

## תוכן העניינים

7	בפתח הקובץ
9	בענייני בל תאחר/ מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל
16	חיוב גט בגין פירוד ממושך / פס"ד מבית הדין הרבני הגדול, ירושלים --
	<b>פסקי דין בדיני ממונות</b>
	<b>דמי תיווך לעסק שהתברר אח"כ שהוא בהפסדים/</b>
58	הרב יהודה שחור, דיין בבית הדין הרבני האזורי, רחובות
68	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי
	<b>הלכות עדות</b>
85	בענין דבר ולא חצי דבר/ הרב יוחאי יחיא
96	בגדר ההוכחה והעדויות על מסירת השטר/ הרב יעקב יהודה יקיר
	<b>הלכות טוען ונטען</b>
105	סירוב הלוה לפרוע בעדים/ הרב דני אסס
118	המתחייב בטענתו ורוצה לחזור בו/ הרב יוסי איגרא
145	נאמנות מכח מיגו/ הרב ירון רוזיליו
161	גלגול שבועה במחויב שבועה שאינו יכול להשבע/ הרב זיו אברמוביץ
174	הודאה בדבר שבמידה/ הרב אלעד אליהו
193	על מחילה בלב, שתיקה והקמה/ הרב מאיר ברקוביץ
209	בגדרי חזקת מטלטלין/ הרב יהודה צור
	<b>חזקת הבתים וקניינים</b>
223	שיטת רשב"ם בסוגיית שיכונני גוואי/ הרב אלחנן שלום אלגרוד
241	קנין חזקה שלא בגוף הקרקע/ הרב יוחנן גבאי
252	שטר אפסרא דארעא/ הרב הראל ברטפלד
	<b>יורה דעה</b>
259	גרות כהלכה/ הרב משה נקש
277	סוגיות לדוגמא/ הרב איתאל בר-לוי
	<b>דרוש</b>
	<b>סוכה זכר לענני הכבוד/</b>
288	הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

## בפתח הקובץ

### שש אנכי על אמרתך כמוצא שלל רב (תהלים קיט)

האיש שזכה להשיג דברי תורה, אמרות ה' טהורות, נמשל למי שהולך בדרך ומצא שלל רב עצום ונשגב, קופות קופות של אבנים טובות ומרגליות, עד שאמתחתי בגדיו והתרמיל שבידו צרים מהכיל אף חלק קטן מהאוצר המנוצר. הנה לבו שש ושמח על הפנינים היקרות שלקח מהן מלוא חפניו, אולם שמחתו מעורבת בתוגה ובצער על שאין לאל ידו לקחת את הכל, ואת החלק הארי הוא נאלץ להשאיר אחריו. כך וכיוצא בזה באדם מישראל הלומד תורת ה', הנה לבו מתענג ועולץ על כל דיבור חדש שלמד, על כל השגה חדשה שהשיג – אולם שמחתו היא בְּדַמְיוֹן שמחת המוצא שלל רב הרבה יותר מכפי כח ויכולת קליטתו. – כי ככל שהוא לומד יותר ויותר הריהו נוכח לדעת עד כמה תורת ה' עמוקה מני ים ועד כמה רחוק הוא עדיין מידיעת התורה בשלימותה.

”שש אנכי על אמרתך” – אולם שמחתי אינה בשלמות, אלא ”כמוצא שלל רב” – שיחד עם שמחתו הוא מצטער על השלל שנאלץ להשאיר בגלל העדר יכולת קליטתו.

(מדברי רבי עקיבא איגר)

### עשירי קדש

בשבח והודאה להי”ת, מוגש בזה בס”ד גיליון עשירי של 'אבני משפט'.

כקודמיו מכיל הקובץ חדו”ת, פסקי הלכה וברורים הלכתיים בנושאים שונים בעיקר בחושן משפט. סגנון המאמרים אינו אחיד ויש בו ביטוי אישי של הכותבים השונים. בפתח הקובץ מאמר של מו”ר ראש הכולל (בעניניו בל תאחר) ובסופו דרשת האדמו”ר ממונסטרישצ’ה.

לכבוד הקובץ העשירי אנו זוכים לצרף מפרי עטם של ראשי הכולל והלומדים בו בשנים עברו, שמסרו לנו מדברי תורתם ופס”ד מבית הדין הרבני הגדול, נקוה להמשיך במנהג זה בעתיד.

בתפילה שנזכה ללמוד וללמד, לשמור ולעשות ולקיים באהבה.

העורך

כסלו, תשס”ט

## בעניני בל תאחר

### א

במסכת נדרים (ג,ב – ד,א) מבואר דאיכא לאו דבל תאחר בנזירות, דמר זוטרא בריה דרב מרי אמר דעובר הנזיר בבבל תאחר קרבנותיו ולהכי צריכי הקישא דנזירות לנדרים, מה נדרים עובר בבל תאחר, אף נזירות עובר בבל תאחר, לענין שיעבור הנזיר בבל תאחר קרבנותיו.

וכתב הר"ן שם (ד"ה ב"ת קרבנותיו), להך אוקימתא אינו עובר בב"ת אלא לאחר ג' רגלים, וכן כתב הרא"ש שם.

ותוס' שם כתב, אם השלים ימי נזירותו ולא הביא איכא בל-תאחר.

ומדייק קרן אורה, בכוונת התוס', דעובר בב"ת מיד אחר שהשלים נזירותו, וליכא דינא דג"ר כלל.

ומקשה הקרן אורה, בהגמ' בערכין כא,א מבואר דחייבי ערכין, עולות ושלמים ממשכנין אותן, חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן, ואמר ר"פ פעמים שחייבים חטאות ממשכנין אותן, בחטאת נזיר, כיון דאמר מר אם גילח על אחד משלשתן יצא, ואם נזרק עליו אחד מן הדמים, הותר הנזיר לשתות יין וליטמא למתים, פשע בה ולא מייתי, והדר דינא דחטאת נזיר כעולות ושלמים, דחיישינן שיפשע ולא יביא הלכך ממשכנין בחטאת נזיר.

והתוס' בר"ה (ו,א ד"ה יקריב) וכן הוא בחי' הר"ן שם, דמתני' דערכין מיירי קודם שיעבור בב"ת, אבל לאחר שעבר בב"ת, גם חייבי חטאות ואשמות ממשכנין אותן. וז"ל תוס' (ר"ה שם) "וא"ת הא דתנן פ' האומר משקלי עלי (ערכין כא,א) חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן, חייבי עולות ושלמים ממשכנין אותן, ה"ד אי מקמי דאתי לידי בל תאחר, אפילו עולות ושלמים נמי לא, ואי דעבר בבל תאחר, אפילו חטאות ואשמות נמי, ומתרץ התוס': "וי"ל דלעולם בשלא עבר עדיין אלא דחזינן שהוא מתעצל להביא ומוציא הוצאות חנם של לצורך ולהכי ממשכנין, ואם אין מוצאין במה למשכנו אז כופין כדאמר הכא".

היוצא מהתוס' והר"ן הנ"ל, דלאחר שעובר בב"ת, אפילו חייבי חטאות ואשמות נמי ממשכנין.

וא"כ מאי קמ"ל ר"פ דחטאת נזיר ממשכנין אותן. מטעם דיפשע בה ולא מייתי וכדלעיל, והא בכל חטאות נמי דינא הכי, דלאחר זמן בב"ת, דכופין אותן, ולשיטת התוס' בנדריים שם הרי כל תאחר בקרבנות נזיר הוא מיד, ופשוט שאפילו דינה של חטאת נזיר ככל החטאות, ג"כ הא כופין וממשכנין מיד, כיון דמטא זמן בב"ת מיד. וא"כ אמאי איצטריך ר"פ לטעמא דפשע ולא מייתי. ועיי' קרן אורה, ונשאר בצ"ע.

ובעל חזון יחזקאל תירץ קושיית הקר"א הנ"ל, דהתוס' אזלי לשיטתייהו בר"ה (ו,א ד"ה יקריב) שלעולם בעולה ושלמים ממשכנין אותן בשלא עבר עדיין בב"ת אלא דחזינן שהוא מתעצל להביא ומוציא הוצאות חנם שלא לצורך כדי שלא ישאר בידו מה לקנות, אבל לחטאת שהיא באה לכפרה אין ממשכנין אותן אלא אחרי שעבר בב"ת, משא"כ בחטאת נזיר שאינה באה לכפרה, ואם ביום קודם דמישלם נזירותיה יש לו בהמה אחת שהקדישה לשלמי הנזירות, ואנו רואים שמוציא הוצאות שלא לצורך כדי שלא ישאר בידו במה לקנות חטאת, ממשכנין אותן על החטאת כמו על העולה, אע"פ שעוד לא עבר על בב"ת, כיון שאם גילח על אי' משלשתן יצא והרי יש לו בהמה מוכנה לשלמים פשע בה בחטאת, ולא מייתי לה.

ויש להעיר, דבנידון תוס' (ר"ה ו,א) אמנם לא עברו עדיין ג"ר ולא מטא זמן בב"ת להעולה והשלמים מיהו חיוב הקרבן כבר חל עליו, והתורה נתנה זמן לאיחור עד ג"ר, ובזה נאמר דין ממשכנין. דאם חזינן דמוציא הוצאות ומבזבז, ואינו משאיר ממון לקניית העולה והשלמים, ממשכנין אותן ומוציאים ממנו ממון עבור העולה והשלמים, משא"כ בחטאת דאתיא לכפרה לא חיישינן שלא ישאיר ממון עבור החטאת והאשם, כיון דרוצה כפרה וכל זה אמנם לפני זמן בב"ת, אבל אחרי שכבר נתחייב בהבאת הקרבנות באמירתו הרי עלי עולה או שלמים, אבל ביומא קודם דמישלם הנזירות, עדיין ליכא עליו חיוב הבאת הקרבנות קודם מלאת ימי נזרו, וא"י להביאם דמיקרי מחוייז ופסל לקרבנות הנזיר, ועכ"פ חיוב הבאה ליכא קודם מלאת ימי הנזירות. א"כ ל"ש גבי נזיר למשכנו על הבאת החטאת קודם דמישלם הנזירות, ולא דמי לנידון התוס' בר"ה גבי למשכנו תוך ג"ר, היכא דמוציא הוצאות וכו', כיון דחיוב הבאת הקרבנות איכא עליו גם בתוך ג"ר.

ולצורך ביאור הענין, יש להקדים, החקירה הידועה בענין ב"ת (עי' גרני"ט ועוד), דעובר בג"ר, די"ל דבאמת המאחר שעה אחת, עובר בב"ת לשלמו, אלא דבתוך ג"ר, אינו מאוחר כלל, כיון דהתורה הרשתו להשהותו עד ג"ר, כי ג"ר הוא כקביעת זמן פרעון, והיינו דזמן חיובו הוא ג"ר ועד אז אכתי לא הגיע זמן חיובו לפרוע. כמו הלואה לזמן קבוע (שבתוי"ז אינו מאחר כלל, כיון דעדיין לא הגיע זמן חיובו).

או דאפילו דזמן חיוב הבאת הקרבן הוא מיד, וכשאינו מקיים נדרו מיד, מאחר הוא, והוא דליכא ב"ת עד ג"ר, דשיעור ג"ר נאמר באיחור ולא בעיקר זמן חיובו (דעליו עובר בב"ת).

ובחקירה זו, חלוקים התוס' והרא"ש, בריש מסכת נדרים (דף ג) ופירשו התוס' שם דאומר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר דאמרינן בגמ' דילמא ימות, רמיא עליה חיוב לקבל נזירות מיד וממילא עובר בב"ת מיד בלא ג"ר, כי תוס' ס"ל דהא דעוברים בב"ת בג"ר, משום דעד אז, לא הגיע זמן חיובו לפרוע, ולכן היכא דצריך לקבל הנזירות מיד, עובר בב"ת מיד.

וברא"ש שם סובר כיון דלאתר חייב לקבל נזירות מחמת החשש דילמא מיית, עובר בב"ת בג' רגלים, כי הרא"ש סובר דהא דעוברים בב"ת בג"ר, כי זהו זמן איחור לעבור עליו בב"ת, ולכן אף דחייב לקבל מיד, מ"מ ב"ת ליכא עד שיעבור ג"ר (כי לפני כן אי"ז מיקרי איחור).

והקה"י (נדרים סימן ד) מוכיח מדברי תוס' (ר"ה ו,א) שהקשו בהא דתנן חייבי ערכין, עולות ושלמים ממשכנין אותן, חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין, משום דאידי דלכפרה אתו לא משהי ליה, וה"ד, אי תוך ג"ר, אפילו עולות ושלמים אין ממשכנין אותן, דהא אכתי לא מטי זמן תשלומין, ואי אחר ג"ר, אפילו חטאות ואשמות נמי צריך למשכן, ועיי"ש שתירצו וכמו שהבאנו לעיל.

והשתא אי נימא דגם בתוך ג"ר איכא חיובא, כענין חוב שכבר הגיע זמ"פ, ורק אזהרת ב"ת ליכא אלא שעומד באיחור ג"ר שלמים, אי"כ מאי הקשו, אי תוך ג"ר, אמאי ממשכנים עולות ושלמים בתוך ג"ר, הרי כיון שהוא בגדר חיוב, שכבר הגיע זמ"פ, לכן ממשכנין אותו ומה בכך דאיסור ב"ת אכתי לא עבר בתוך ג"ר.

ומוכח מהתוס' דס"ל דדינא דג"ר הוא דעדיין לא הגיע זמ"פ, רק לאחר ג"ר. וכיון דתוך ג"ר עדיין לא הגיע זמן החיוב, אי"כ אמאי ממשכניס בעולות ושלמים, ומקשים התוס' היטב.

וכל זה בקושיית תוס', ותירץ תוס' דמייירי תוך ג"ר אלא דמתעצל ומוציא הוצאות באופן שיש לחוש שלא יהא לו אח"כ מה לשלם ולכן ממשכנין על עולות ושלמים. חזינן בתירוצם דבתוך ג"ר אכתי לא הגיע זמן החיוב וזמנו הוא בתר דמישלם ג"ר, ומ"מ ביארו הענין דממשכנין שהבי"ד עכשיו קודם שהגיע זמן החיוב, ממשכנין הואיל ויש חשש שלא ישאר לו כנ"ל, וא"כ לפי"ז הרי חטאת נזיר קודם דמישלם נזירותיה דומה לנידון התוס' בעולות ושלמים תוך ג"ר, דגם בהו ליכא עדיין חיוב להביאם, ומ"מ ממשכנין קודם לזמן החיוב, כיון דידעינן שסוף הזמן להגיע ולא ישאר כלום בביזבוזו. וא"כ ה"נ בנזיר קודם דמישלם נזירותיה, למרות שעדיין לא הגיע יום מלאת, ועדיין ליכא חיוב להביא, מ"מ שפיר קאמר ר"פ דממשכנין (בחטאת נזיר) ואפילו תוך מלאת ומיושב שפיר תירוץ חזון יחזקאל הנ"ל.

איתא בר"ה (ה,א): ופסח זימנא קביעא ליה אי אקרביה אקרביה, ואי לא אקרביה אידחי ליה ופרשו תוס' וז"ל: והרי מיד עובר עליו. ומשני הגמ' אר"ח פסח כדי נסבה. רב ששת אמר מאי פסח שלמי פסח כו' סד"א הואיל ומחמת פסח קאתו, כפסח דמי (וברגל ראשון יעבור עליהן – רש"י) קמ"ל.

והטו"א שם מבאר פשט הגמ' "אי לא אקרביה אידחי ליה", דהיינו דאין בכלל ב"ת בפסח, כיון שאין בו תשלומין לאחר זמן איחורו אי לא אקרבי. ובביאור דברי הטו"א, דזו ד' הירושלמי (ר"ה פ"א הל"א) דליכא ב"ת אם עבר ולא מל ביום השמיני, מדאינו ניתן לתשלומין, ועיי"ש פי' פנ"מ, דמצות שמיני אי"י שוב להשלים שוב לעולם. והכא נמי גבי פסח, דא"א להקריבו בתורת פסח אם לא הקריב בזמנו. ואפילו יביאנו לפסח שני מ"מ מצות ודין פסח ראשון שוב אין בו. ולפי"ז קושיית הגמ' הכא אי לא אקרביה אידחי ליה, לפירוש הטו"א, הן דברי הירושלמי.

(ויש לציין דישנם המפרשים פשט אחר בדברי הירושלמי הנ"ל עיי' פירוש קרבן העדה שם, ולפי פירושו שם ליכא ראייה לטו"א מהירושלמי).

וכ"כ המנ"ח (מצוה תקעד) דברמב"ם אינו מבואר דפסח יעבור על ב"ת מיד, דס"ל כסברת בעל טו"א דבפסח ל"ש ב"ת כלל וכדלעיל, וכן כתב השפ"א שם דלכאורה נראה משמעות הרמב"ם כהטו"א.

וכן בדברי הטו"א וז"ל: "ועוד נ"ל לפרש דה"פ אי לא אידחי ולא שייך גבי לאו דב"ת כלל משום דמשמע לי להגמ' דאינו עובר בב"ת אלא בדבר שלאחר איחורו אכתי בר תשלומין הוא כגון כל הני דחשיב לעיל בברייתא זו אבל בדבר דאי אפשר בתשלומין לאחר זמן הכשירו אינו עובר והיינו לישנא דלא תאחר לשלמו דקרא דמשמע אע"פ שאיחרו בר תשלומין הוי דאכתי רמי חיובא עלי' הוא דעובר עליו משא"כ פסח דאי לא אקרבי' בזמנו אין לו תשלומין לא שייך גבי לאו דב"ת כלל".

ויש להוכיח בדעת הר"ן (ר"ה ד,א) דברייתא הכי קתני דכל אותן השנויים שם, כיון שעברו עליהם ג"ר עובר בב"ת, ותרתי קמ"ל, חדא דכל הני קאי עליהו בבל תאחר, ואשמעינן תו דליכא חד מינייהו שלא יעבור עליו בב"ת כיון שעברו עליהם ג"ר. אבל איפכא לא קאמר לומר שלא יעבור על שום אחד מהן בב"ת עד ג"ר, ובא רבא ופירש בצדקה מחייב עלה לאלתר, לומר דהא דנשנית בברייתא היינו לומר דיש בה חיוב ב"ת, אבל אה"נ דלאלתר מחייב בה, דהא קיימי עניים, ומשום דרובייהו דמתני בברייתא תלו במקדש ובעי' ג"ר לב"ת דידהו, קאמר בכולהו כיון שעברו ג"ר אבל איה"נ דשייך בצדקה לאלתר. ע"כ לשון הר"ן שם.

ולפי"ז מאי מקשה הגמ' על פסח זימנא כו', ואם פירוש הר"ן שם כר"ש, ותוס' והרא"ש, דקושיית הגמ' דעובר מיד, מאי קשיא לגמ' איה"נ יהיה ב"ת בפסח מיד כמו בצדקה. וכן אמאי משני ר"ח פסח כדי נסבה.

וצ"ל דהר"ן ס"ל בהמאירי וטו"א דלעיל דליכא כלל ב"ת בפסח. וזו היא קושיית הגמ' ותירץ רב חסדא דפסח כדי נסבה, ואין בו בכלל ב"ת, לא מיד ולא בג"ר, ושאני מצדקה שיש בה ב"ת מיד.

מיהו אין ראייה מוכרחת בדעת הר"ן דס"ל כהמאירי והטו"א, דאפשר לומר דב"ת דצדקה עכ"פ עובר בכל יום ויום וגם בג"ר שייך. משא"כ ב"ת דפסח לשיטת רש"י ותוס' ורא"ש היינו מיד ולי"ש ג"ר.

## ב

### בענין העשה "ובאת שמה והבאתם שמה" דעובר ברגל א'

איתא בביצה (יט,ב) "כי פליגי למיקם עלה בבל תאחר" (וכולה הך מתני' לענין ב"ת איירי, ת"ק סבר כל המאחר נדרו ג' רגלים אפילו שלא כסדרן עובר בב"ת וכו' והיינו דקא אתא לאשמעינן עצה טובה, כל מי שיש עליו תודה ביאנה בחג הסוכות ואפילו הוא רגל ראשון אחר נדרו שאם לא יביאנה

עכשיו יצטרך לבוא בשבילה לירושלים, שכבר בעלייתו לרגל בפסח לא יביאנה מפני חמץ שבה, ולא בעצרת מפני שהוא יו"ט נמצא שאיחרה ג"ר שלא כסדרן. ואתא ר"ש למימר כו' כסדרן אין שלא כסדרן לא, הלכך הנודרה לפני סוכות יש לו שהות עד לשנה הבאה. וה"ק כל שבא בחג המצות כגון שנדר קודם הפסח והיה עליו להביאה בחג המצות בא בחג השבועות שלאחריו או בחג הסוכות ואין לו עוד שהות, וכל שאינו בא בחג המצות שלא היתה עליו להביאה בפסח כגון שנדר אחר הפסח, אינו בא, כלומר אי"צ להביאה לא בחג השבועות לאחריו ולא בחג הסוכות שיש לו שהות עד חג הסוכות של שנה הבאה שעברו ג"ר כסדרן. רש"י).

ומקשה הפני"י שם, נהי דשייך לומר דבעי ב"ת כסדרן כנ"ל, מיהו העשה ובאת שמה והבאתם שמה איכא ברגל הראשון. ומחדש הפני"י שם דהעשה הזו איכא רק באפריש ולא אקריב, אבל בדלא אפריש, ליכא העשה דרגל ראשון, והסבר דברי הפני"י הנ"ל, מבואר היטב בקה"י נדרים (סימן ד) וכדלקמן.

ואפשר לדייק כן מרש"י ס"פ פנחס. אלה תעשו לד' במועדיכם, לבד מנדריכם ונדבותיכם, וברש"י עה"ת שם, לבד מנדריכם, אם באתם לידור קרבנות ברגל מצוה היא בידכם או נדרים או נדבות שנדרתם כל השנה הקריבום ברגל, שמא יקשה לו לחזור ולעלות לירושלים ולהקריב נדריו ונמצא עובר בב"ת. ולכאורה צ"ע למה לרש"י למינקט גזירה שמא יעבור בב"ת והרי מבואר בר"ה (ו,א) דברגל א' עובר בעשה, ומחמת זה חייב להקריב ברגל ראשון כל נדריו ונדבותיו מד"ת.

ולפי הפני"י הנ"ל ניחא, דמיירי באמר ולא אפריש, דבכה"ג ליכא העשה דרגל ראשון, ומ"מ כתב רש"י דצריך לזרז עצמו להפריש ולהקריב, פן לא יעלה ברגל הבא ויעבור בב"ת בג"ר. (וקרא לבד מנדריכם ונדבותיכם היינו דאמר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה, כדמוקי לה במס' ר"ה ו,א).

מיהו הטו"א (אבני שוהם לר"ה ו,א) חולק על הפני"י וס"ל דגם באמר ולא אפריש איכא לעשה דרגל ראשון, וכן בס' הצ"ח (ביצה יט,ב). ודברי רש"י ס"פ פנחס הנ"ל צ"ב לפי שיטת הטו"א הנ"ל.

ובס' קר"א למס' נדרים (סימן ד) כתב דחייב ההבאה ברגל ראשון אינו מפאת נדרו, אלא מפאת שיש לו קרבן, וכל מה שיש לו חייבתו תורה להביא בעלייתו לרגל, ולפ"ז מובן הפני"י הנ"ל דהעשה ובאת שמה והבאתם, הוי רק בדאפריש ולא אקריב, אבל באמר ולא אפריש, דאכתי לית ליה קרבן, לכן אינו עובר

בעשה זו, וחזינן בגמ' ר"ה דף ז' דבעי התם: יורש מהו בב"ת כי תדור נדר אמר רחמנא, והא לא נדר. א"ד ובאת שמה והבאתם שמה, והא מיחייב בביאה. משמע דהעשה דובאת שמה והבאתם שמה, ברגל ראשון, ודאי חייב גם היורש וכן כתב המנ"ח מצוה תלח, ואע"פ דלענין הלאו דב"ת, מסקי' התם, דכ' מעמך פרט ליורש והיינו משום דהלאו הוא מדיני חיובו או נדרו, והיורש לא נתחייב ולא נדר קרבן אבל העשה דובאת שמה והבאתם שמה, אינו מחמת שנתחייב אלא מפאת דעכ"פ יש לו קרבן להקריבו, וכל מה שיש לו, חייבתו תורה בעשה להביאו כשעולה לרגל. (ועי' קה"י נדרים שם וקה"י ר"ה סימן ג).

## בית הדין הרבני הגדול

### חיוב גט בגין פירוד ממושך

#### פסק דין

**בפני כבוד הדיינים: הרב אברהם שרמן**

**הרב חגי איזירר**

**הרב אברהם שינפלד**

בשנת תשס"ח נשמע בפנינו ערעורה של האשה על פסק דינו של ביה"ד האזורי בו פסק ביה"ד:

א. מחייבים את האשה בקבלת ג"פ.

ב. לאור האמור לעיל, אין מקום לחייב את הבעל במזונות אשתו.

ג. יש להעביר את התיק לביה"ד לגיטין לקביעת מועד.

ד. במידה ולמרות האמור לעיל, האשה תסרב לקבל גיטה, יהא הבעל רשאי לפעול לקבלת היתר נישואין.

לאחר שמיעת הערעור ותגובת ב"כ המשיב, לפני מתן החלטה בגוף הערעור, העלינו בפני המערערת הצעה על פיה הצדדים יתגרשו זמ"ז בהסכמה והבעל יתן לאשה עם סדור הגט סך ... דולר כפיצוי פרעון חיוב מזונות עבר ופרעון הכתובה.

לאחר שיחה ממושכת עם המערערת הפנינו את המערערת וב"כ לשקול בכובד ראש את הצעת ביה"ד ותתייעץ עם גדול בישראל לשמוע דעת תורה ולפעול על פיה. האשה השיבה כי היא התייעצה עם גדול שחיווה דעתו כי בעזרת ה' תפילותיה יעלו להחזיר את שלום הבית על כנו.

לאור זאת, פנתה המערערת שבית דינו יורה לבעל לחזור לאשתו ולהורות על תשלום דמי מזונותיה.

לאחר העיון בכתבי הערעור ובפסק הדין נשוא הערעור ובשאר החומר שבתיק יש לקבל את ערעורה ולבטל את פסק דינו של ביה"ד האזורי המחייב את האשה בקבלת ג"פ ופוטור את הבעל ממזונות אשתו.

בפסק דינו מנמק ביה"ד את העילות שבגינם החליט לחייב את האשה בג"פ בזה הלשון: "יודגש שאין אנו יכולים להצביע על א' מהם כאשם במצב שנוצר

אלא הנתק והפירוד שביניהם נובע מכורח הנסיבות של הצדדים שאי אפשר לרפאותו ולעלות להם ארוכה, כך שתביעת הבעל לגירושין היא הרבה מעבר לטענת מאיס עלי שהגדרתה – אונסא דליבא כפי שכתב הבית יעקב בפ"י על תוס' ד"ה אמרה מאיס עלי (כתובות ס"ג).

ובהמשך כותב ביה"ד "...שאנו נעשה עוול לשניהם אם ניתן למצב כזה להמשך לאורך ימים". בלשון אחר י"ל דביה"ד פוסק שעצם מצב הפירוד הממושך וחוסר הסיכוי לשלום בית, (וכן שיש לראות בתביעת הבעל לגירושין שהיא מעבר לטענת מאיס עלי) כעילות הלכתיות לחיוב האשה בגירושין וכן כנימוק בהלכה להפסיד את מזונותיה.

יש לתמוה על ביה"ד האזורי, שבפסק דין קודם החליט שעל הצדדים להתגרש זמ"ז בג"פ וביסס החלטה זו על הטעם "שהצדדים הגיעו למבוי סתום ואין דרך חזרה והסיכויים לחזרה לחיי שלום בית אמיתיים וכנים הם אפסיים". כלומר מצב הפירוד וחוסר הסיכוי לשלום בית מהווה סיבה להמליץ לשני הצדדים ולומר להם שעליהם להתגרש. על כן מה נשתנה במצב שבין הצדדים, ששנה לאחר מכן ביה"ד רואה במצב הפירוד וחוסר הסיכוי שהשלו"ב יהפוך לעילה לחייב את האשה לקבל ג"פ מבעלה וכתוצאה מכך היתה גם מפסידה את זכות מזונות אשה.

מה גם שבפסק הדין נשוא הערעור שבפנינו כותב ביה"ד במפורש בזה"ל "אין אנו יכולים להצביע על א' מהם כאשם במצב שנוצר".

אם כך הם פני הדברים מדוע ביה"ד מחייב את האשה להתגרש ומפסיד מזונותיה?

תמוה מאוד בעינינו התעלמותו של ביה"ד האזורי מפסק הדין שניתן ע"י ביה"ד הגדול בתאריך ... ובעיקר מהנימוקים ההלכתיים המפורטים שנשלחו בתאריך ... לנמק החלטתינו לדחיית ערעור הבעל לחייב האשה בגירושין. בנימוקים הלכתיים אלו נדחו כל העילות כולל העילות שבגינם חייב ביה"ד האזורי בפס"ד נשוא הערעור את האשה בגט, והאשה זכאית לתבוע את מזונותיה כל עוד שהצדדים לא הגיעו להסכמה להתגרש כהמלצת ביה"ד האזורי. נימוקי דעת הרוב של ביה"ד הגדול משנת תשס"ז מצורפים בזה כ"נספח".

לאור האמור ערעור האשה מתקבל ואין האשה חייבת להתגרש וכל זכויותיה למזונות אשה נתונות בידיה לתובעם מבעלה. וממילא הסעיף בפסה"ד המחייב את האשה להופיע לסדור הגט בטל.

בסעיף ד' שבפסה"ד נשוא הערעור כותב ביה"ד שבמידה ולמרות האמור לעיל האשה תסרב לקבל גיטה יהא הבעל רשאי לפעול לקבלת היתר נישואין.

אמנם נושא קבלת היתר הנישואין לא נידון במסגרת הערעור אולם ברור ללא כל ספק שמאחר וחייב האשה בגט נדחה, ע"פ כל הנימוקים ההלכתיים של בית דיננו אין מקום כלל להסיר מהבעל את חדר"ג שחל עליו לשאת אשה שניה על אשתו.

בעקרון כל עוד שלא ניתן פס"ד מחייב לגירושין, אין מקום ליתן לבעל לישא אשה שניה על אשתו ולעבור על חדר"ג. וכן איתא במהרי"ק שורש קא בשם הרשב"א וכ"ה בתשובת הרשב"א מכת"י בשנתון המשפט העברי ח"ב עמ' 230 בזה"ל: "... והדעת נוטה שלא גזר תקנתו בכל הנשים ובכל המגרשים שלא עשה אלא לגדור בפני הפריצים וההוללים המעוללים בנשותיהם שלא כראוי... נ"ל שלא עשה הצדיק התקנה אלא מפני הפריצים שתולים מעשיהם בדברים בטלים אבל באלו שאמרו שהוא מן הדין או מן החיוב לגרש או לישא אחרת בזה לא גזר הרב" ע"כ וכ"כ הרמ"א באבן העזר (סימן א סעיף י) וז"ל: "ובמקום שאין הראשונה בת גירושין כגון שנשתטית או שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט ממנו יש להקל להתיר לו לישא אחרת". ע"כ.

נודע לנו באחרונה, שהבעל פעל אצל ביה"ד בחו"ל לקבלת היתר נישואין לשאת אשה שניה על אשתו ולדברי האשה בית דין זה נתן לו היתר נישואין וביסס את התרת החדר"ג על פסק הדין של ביה"ד האזורי נשוא ערעור.

לאור דברינו והנימוקים ההלכתיים שעל פיהם פסקנו שאין מקום לחייב האשה בגירושין בטלה כל התשתית ההלכתית ליתן היתר נישואין לבעל וממשיך לחול על הבעל החרם דר"ג.

לאור כל האמור, ערעור האשה מתקבל, אין האשה חייבת להתגרש וזכותה לתבוע מזונותיה. למותר להוסיף כי שני הצדדים התדיינו בפנינו לאחר כל פסקי הדין שניתנו ע"י ביה"ד האזורי והסמכות נתנה לו ואין רשות לשום ביי"ד אחר להתערב, לדון או לפסוק בענין.

למרות האמור, אנו פונים למערערת וב"כ שנית לשקול בכובד ראש את הצעתנו שהועלתה בפניהם ובהחלטתנו מיום ... לסיום הסכסוך הקשה בין הצדדים.

### **נספח מפס"ד בענינם של הצדדים בערעור קודם משנת תשס"ז**

הצדדים וב"כ הופיעו בפנינו והשמיעו כל אחד את ערעורו על פסק דינו של ביה"ד הרבני משנת תשס"ו בו החליט ביה"ד כדלהלן:

א. על הצדדים להתגרש זמ"ז בג"פ.

ב. על הבעל לפצות את אשתו בפיצוי הכולל את כתובתה ועבור על תביעותיה.

ג. בדבר סכום הפיצוי לאחר שיקלול והממוצע בין הדעות, סכום הפיצוי יהיה סך השווה ל- ... דולר בשער יציג אשר ישולם לאשה במעמד סדור הגט.

ד. ניתן לפתוח תיק סידור גט ויש לקבוע מועד.

ב"כ האשה בערעורה על החלטה שעל הצדדים להתגרש ופונה שביה"ד יורה על שלום בין הצדדים. כ"כ מבקשת שביה"ד האזורי ידון בתביעת מזונות מיום הגשת התביעה.

ב"כ הבעל, בערעור נגדי פונה לביה"ד להורות על חיוב האשה בקבלת ג"פ ולהורות שהבעל אינו צריך לפצות את האשה.

לאחר העיון בכל כתבי הערעור ושמיעת הצדדים ובאי כוחם ועיון בכל החלטות ופסקי הדין של ביה"ד האזורי שנתנו בעבר, לא מצאנו כל עילה לחייב את האשה בג"פ. כל טענות הבעל שהוכחו ע"י האשה לא נתבררו ולא הובאו כל ראיות ועדויות בפני ביה"ד האזורי שדן בתביעות הצדדים תקופה ממושכת, אדרבא בשנת תשס"ה כתב ביה"ד, לאחר ששמע את טו"מ הצדדים ועיין בחומרים שבתיק כולל המכתבים שהתקבלו מכבי הרבנים החשובים אשר מכירים את בני הזוג, מחליט ביה"ד שעל הבעל לפייס את אשתו ולהשיב אותה אליו בדרך כבוד כדין עולה עמו על כל המשמעות ההלכתיות בכך.

ובאם ח"ו בתום תקופה של שלושה חודשים יווכחו הצדדים דלא איתדר להו בהדדי, יפרדו זמ"ז בצורה מכובדת ע"י פיצוי נאות לאשה וביה"ד יחליט על

גובה הפיצויים. ואמנם בהחלטה נשואת הערעורים שיצאה יותר משנה לאחר ההחלטה, שפונה לבעל לקבל את בקשת האשה לחזרה לשלום ביתו, כותב ביה"ד שלמרות המאמצים הבלתי נלאים שעשה ע"מ לנסות ולהשכין שלום בית, לא עלה בידו להחזירם לשלום בית אמיתי ולכן הגיע למסקנה להמליץ לצדדים להתגרש זמ"ז בג"פ. המלצת ביה"ד לצדדים להתגרש זמ"ז נובעת מן העובדה דלא מתדר להו בהדדי. כן מציינו בדברי ר' חיים פלאגיי בספרו חיים ושלום (ח"ב סי' קיב) ד"אם וארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו וכבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה, ימתינו עד זמן י"ח חודשים ואם בינם לשמים נראה לבי"ד שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם יפרידו הזוג ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני כדבר האמור, ותמצא מ"ש כזה בס' חסידים. כ"ז כתבתי לכבוד הש"י ותורתו הקדושה".

בפסק דין אדוני - אדוני תיק ערעור נח/248 הגעתי לידי מסקנה ברורה וחד משמעית, מתוך עיון מדוקדק בדבריו, ובפסקי דין רבים שיצאו בביה"ד הגדול ובבתי הדין האזוריים, שאין בדבריו פסק דין אלא עצה והדרכה להתנהגות בית דין כלפי בני זוג שבאים בפניהם. להלן ציטוטים מתוך פסה"ד הנ"ל:

בפסה"ד של ביה"ד הגדול של כבוד הרה"ג הרב א.י. וולדנברג שליט"א והרב י. קוליץ שליט"א והרב א. שפירא זצ"ל (הובא בפד"ר כרך י"ג עמודים 365 – 360) שתמהו על דברי הגר"פ וכתבו בזה"ל, "ואחרי בקשת מחילה הגר"ח פלאגיי ז"ל יחידאה הוא בזה ודבריו תמוהים, כי אפילו במקרים של טענות חמורות שיש בהם ממש נפסק להלכה שמגלגלים את הזוג שנים על שנים ולא כופין לא אותה ולא אותו לגרש ועיין ברמב"ם בפרק ט"ו מה' אישות הלכה ט"ו ואה"ע סי' ע"ז סעיף ד' וסי' קנ"ד סעי' ז' ורמ"א ועוד, ומכש"כ כשאין כל עילה בדבר והמפורסמות א"צ לראיה עד כמה, שרבותינו ז"ל בכל הדורות חייבו שלא להגיע לידי החלטה כפיה לג"פ ע"כ.

ונראה לי מתוך עיון מדוקדק בכל דבריו של הגר"פ בסימן הנ"ל שלא בא לפסוק הלכה בהלכות אבן העזר לחייב או אף לכפות ג"פ כאשר השלום לא קיים בין בני זוג ח"י חדשים. כל הסימן הנ"ל אינו עוסק בשאלה מסויימת של בני זוג, שהשלום לא היה בביתם תקופה מסויימת ונלאו מליישוב את הקטטה והריב שביניהם, ועל זה פסק בענין כשיהיה קטטה ומריבה בין איש לאשתו באיזה צד ואופן שיהיה דהיותר טוב כשיבואו ענינים אלו בפני בי"ד

להאריך הזמן ולהרבות רעים ולתווך השלום כי גדול השלום ובפרט בין איש לאשתו וקשים גירושין... ע"כ.

ושם בהמשך דבריו מעלה דעתו והצעתו לאופן שביה"ד ינהג במצבים שונים בהם נתונים בני הזוג שבאים לפניו, וע"פ איזה שקולים על ב"ד לבחון את דרכו ויחסו כלפי אותם בני זוג. ובסיום הסימן העלה את הצעתו שכאשר ביה"ד נלאו לתווך השלום ואין תקנה לבני הזוג שימתינו עוד ח"י חדשים, ולאחר שביה"ד יראה שאין תקנה להביאם לשלום יפעילו עליהם דרכים של לחץ וכפיה על שניהם שיסכימו יחדיו מתוך הכפיה ויתנו הסכמתם לגירושין. אין בכל דברי הגר"פ כל נימוקים הלכתיים הבנויים על יסודות חיוב או כפיית גט. אין בדבריו פסק דין, אלא עצה והדרכה להתנהגות ביה"ד כלפי בני זוג שבאים בפניהם. על כן גם דבריו על מצב שנלאו לתווך השלום ואין תקנה ואין תקוה לשלום שיפרידו הזוג ולכופם למתן ג"פ עד שיאמרו רוצה אני, שאין בזה חיוב או כפיית גט על צד אחד אלא הדרכה ששני הצדדים יכפו להגיע לידי הסכמה יאמרו שניהם בהסכמה רוצה אני.

אמנם ביה"ד הגדול ירושלים בפס"ד של הרבנים הגאונים הראשלי"צ הרב י. ניסים ז"ל, הרב י.ש. אלישיב שליט"א, והרב ב. זיולטי ז"ל, (הובא בפד"ר ז' 111-113), פרש את דברי הגר"פ, לכופם לתת גט עד שיאמרו "רוצה אני" שסובר שניתן לכפות האשה ליתן לה גט בע"כ למרות חומר חרם דרגמ"ה שלא לגרש אשה בע"כ, אלא שביה"ד עצמו סבור שאין להרחיק לכת כהגר"פ, וביה"ד פוסק שאם האשה מסרבת לקבל הגט מתוך נקמנות דעכ"פ יש לאפשר בכה"ג לבעל להשליש גט וכתובה - סכום אשר יקבע ביה"ד - ולהיפטר ע"כ מהחובים המוטלים על בעל כלפי אשתו, וזה שיכפה את האשה לגירושין. והנראה שביה"ד מבין את דברי ר' חיים פלאגיי שכופים פירושו פס"ד שבנסיבות אלו שאין תקוה לשלום בית בין בני הזוג כופין ממש על האשה, ולא רק ע"י מניעה של שאר כסות ועונה.

אולם הבנתו זו של ביה"ד טעונה הסבר, שהרי כאמור הגר"פ כתב בלשון "לכופם" לתת גט עד שיאמרו "רוצה אני" בלשון רבים ואם נפרש כפיה ממש הן כלפי האיש והן כלפיה אשה וכפיית גירושין על איש בלא שיש את התנאים והנסיבות המיוחדות שבהם ע"פ דין נתן לבצע גט בכפיה ודאי שהגר"פ לא הרחיק לכת לחדש לפסוק או לתקן הלכה זו ע"כ מסתבר לפרש שיטתו של הגר"פ כפי שבארנו.

(עייין בפד"ר כרך י"א בפסק של ביה"ד הרבני בת"א עמוד 206 שהביא את פסה"ד של ביה"ד הגדול הנ"ל שנשען על תקנתו של הגר"ח"פ בספר חיים ושלוש הנ"ל, וכאמור ע"פ דברינו צ"ע אם ניתן לפרש את הגר"ח"פ באופן שלמדו אותו).

ועייין בפד"ר כרך ט' עמ' 211-213 בפס"ד של ביה"ד הגדול, שדן בארוכה בדברי הגר"ח"פ הנ"ל והגיע למסקנה בזה"ל: "ברור איפה שאין להסיק מתשובה זו של הגר"ח פלאגיי שבסוף ספר חיים ושלוש ח"ב ס"י ק"י"ב שום מסקנה הלכתית חדשה בדבר כפיה לגט בין כאשר מדובר בכפיה על האשה לדין שקבלנו את החדר"ג ובודאי שאין לדון על פיו כאשר מדובר בכפיית בעל... לכן לא צרף שיטה זו לנימוקי פסק דיננו" ע"כ. וכן מובא בפד"ר כרך י"ב עמוד 206 בפס"ד שכתב בשיטת הגר"ח"פ וז"ל: "... ונראה ברור שמ"ש לכפות הכוונה בדברים בלבד שביה"ד ישפיע עליהם כל כך עד שבדבריו כאילו יכפה עליהם להגיע להסדר ולהתגרש ולא שנתכוין להכריח בדרכי הכפיה ... לפי זה לא עלה על דעת הגאון ר' חיים פלאגיי לכופם ממש לקבל ולתת גט בעל כורחם רק לרצות אותם עד שיאמרו רוצה אני ויתגרשו אח"כ מרצון טוב וא"כ אין ראייה מכאן ליתן היתר נישואין לבעל שעזב את אשתו..." ע"כ.

בפד"ר ט"ו עמודים 158-161 הובא פס"ד של ביה"ד הרבני בחיפה של כבוד הרה"ג הראב"ד הרב שאר ישוב כהן, הרב מרדכי א. אוריה, והרב חיים שלמה שאנן בו מובאים דברי הגר"ח"פ הנ"ל, שמפרשים ומבינים את שיטתו שהוא פוסק לחייב את הצדדים ג"פ ואף לכפות עליהם ומצרפים דבריו לכפות ג"פ על בעל. אולם נראה כפי שכתבנו בראשית דברינו לאחר העיון המדוקדק בדברי ר' חיים פלאגיי בסימן זה, שאין דבריו פסק דין לחיוב ג"פ וכ"ש לכפית גט על אשה, וכ"ש על האיש, וכל דבריו הם דברי הדרכה ועצה לבי"ד איך לנהוג ולפעול וכאשר ביה"ד לא הצליחו לתווך השלום ואין תקנה לבני הזוג ותקוה להחזירם לשלום שיפעלו בשכנוע וכפיה בדברים שיפרדו זמ"ז בג"פ. אין בדבריו כל הוכחה ופסיקה שביה"ד יוציא פס"ד מחייב ע"פ הלכות חיוב גט האמורות בשו"ע אה"ע וכ"ש שיפעלו לכפיה על הצדדים ע"פ הלכות כפיה גט הנאמרים באה"ע סימן קנ"ד וכו'. עד שיאמר רוצה אני, או שיכפו את האשה לקבל ג"פ בע"כ, ותאמר רוצה אני. מה גם שהגר"ח"פ נוקט בלשון רבים וכותב "ולכופם לתת הגט עד שיאמרו רוצה אני" ואם נקבל את פירוש בתי הדין והפוסקים בדברי הגר"ח"פ שדבריו מתיחסים לפסיקה לכפות גט הרי הוא כותב לכפות הגט הן על הבעל והן על האשה, בלי שמצוין בכל הסימן כולו עילות וסיבות שרק מכוחם ניתן לכפות גט על הבעל בלא חשש

לגט מעושה, או לכפות על האשה בלא שיסתור לחדר"ג דאוסר כפית גט על אשה בע"כ.

בנוסף לכל האמור, נראה לחזק את הקביעה שאין בדברי הגר"פ אלא דברי המלצה להביא את בני הזוג להתגרש שבסוף דבריו כותב הגר"פ, "ותמצא מ"ש כזה בספר חסידים", ונראה שכוונתו לסימן שצ"א בו כותב ס"ח "איש שלקח אשה וכשפו אותם שאין יכולין ליזקק יחדיו ועסקו בשביל רפואה שנה או שנתיים או שלוש ולא הואיל להם, עון להם שיהיו יחדיו".

דבריו הובאו בבא היטב אה"ע סי' קיט ס"ק ג. יעויין בפירוש מקור חסד לר"ר מרגליות זצ"ל על הסימן הנ"ל (שצא) שדן בדברי הס"ח, שעוון להם שיהיו יחד, האם דעתו שיוציאה בגט, והפנה לעיין באהע"ז סי' קנד ס"י בענין בני"ז שאינם יכולים להוליד וליו"ד סי' קפז סעיף יד לענין רואה מחמת תשמיש שחייב להוציאה ועיין שם בפ"ת אות נ"ב אם נוהגים לכופ בענייני זיווגים.

אם נאמר שהגר"פ הפנה לדברי הספר חסידים בסימן זה, ודאי שאין לראות בזה אסמכתא הלכתית לדבריו לכופם ליתן גט שבהלכות כפית גט אלא ודאי כוונתו לדברי הס"ח שבנסיבות שאין בני הזוג גרים וחיים יחדיו, עוון להם שימשיכו להיות נשואים, ואמנם מכל דברי הגר"פ סימן הנ"ל נראה שהנימוק, שהוא שמנחה ומדריך את ביה"ד לפעול עד כדי לכופם להתגרש כלשונו שם ע"מ שלא יהיו חוטאים חטאים רבים, אחד האיש ואחד האשה... וזאת בעיקר מהסיבה שאין ביניהם חיי אישות דגם הספר חסידים מדבר במציאות כזו שאינם יכולים ליזקק יחדיו.

עפ"ז ברור שדבריו של ר' חיים פלאגיי לכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני, הם במסגרת החובה על בי"ד לכפות על המצות, לאפירושי מאיסורא להציל בני זוג אלו ממצב של חוטאים וחטאים, כלשונו.

בדברינו בבירור וקביעת שיטת הגר"פ, תשובה לכבוד הרב המשיב, על שכתב במכתב לביה"ד לאחר שנתקיים הדיון, בו העלה מה שכתוב בהלכה ובשו"ת האחרונים בנידון שבפנינו, שם מידע את ביה"ד "למה שכתב הרה"ג הרב חיים פלאגיי בתשובותיו שאחרי י"ח חודשים שלא גרים ביחד, חייבת היא לקבל גט. ובעניינינו זה כבר יותר מג' פעמים ח"י חודשים".

וכפי שנתברר בדברינו לעיל, אין בדברי הגר"פ כל חיוב להתגרש מדיני אבן העזר וגם דבריו שכופין אין הם במסגרת הלכות בכפיה ג"פ שבאבה"ע הלכות

גיטין קנד, אלא במסגרת המלצה והנחיה לבתי דין, במסגרת הכפיה על המלצות לאפירושי מאיסורא. כפי שהוכח מכל דברי תשובתו כנ"ל. על כן אין מקום לקבל תביעת ב"כ הרב המשיב לחייב את האשה בקבלת ג"פ מכוח דברי הגר"ח ר' חיים פלאגי, כפי שכתב כבוד עמיתי הגר"צ בוארון שליט"א. יש להוסיף שבנידון שבפנינו שמדובר בבני זוג מקהילות אשכנז שחלים עליהם החדר"ג שלא לגרש אשה בע"כ, לא נאמרים דברי ר' חיים פלאגי שעצם מצב של פירוד ממושך יש לכפות להתגרש עד שיאמרו רוצה אני. שכן בעקרון החדר"ג לגרש אשה בע"כ קיים כל עוד שאין חיוב על האשה להתגרש מהלכות אהע"ז ובנידון דידן יש רק מצב של פירוד ממושך ומצב זה כשלעצמו אינו מהווה עילה לחיוב וסיבה לביטול החדר"ג לגרש אשה בע"כ. ובי"ד עצמו ודאי שלא יעבור על חדר"ג לחייב ולכפות גט על האשה כאשר אין עילת חיוב.

עיון בפסה"ד של ביה"ד הגדול של הגאונים הרה"ר הרב ניסים זצ"ל מרן הגר"ש אלישיב שליט"א והרה"ר לירושלים הרב ב. ז'ולטי זצ"ל הנ"ל מלמדינו שבנסיבות שבנידון בפנינו שהאשה חפצה באמת בשלו"ב וודאי שסרובה לקבל גט אינו נובע מנקמנות גרידא, ישאר חומר חרם רגמ"ה שלא לכפות על האשה גט בע"כ. בהזדמנות זו אבקש לתקן ולשנות את דברי לעיל שאין בפסה"ד של ביה"ד הנ"ל כל הוכחה שפרשו את דברי הגר"ח"פ ל"כופס" שנאמרים במסגרת חיוב וכפית הגט שבאה"ע. ביה"ד בקש לקבוע שלא ניתן לכפות על האשה לבני"ז השייכים לקהילות אשכנז, גם מהסיבות שהעלה הגר"ח"פ משום הצלת בני הזוג מעברות חמורות.

לאור זאת לא ברורים לי דברי עמיתי הגר"צ בוארון שליט"א שיש מקום לדון בתביעת הבעל לחייב גט לאור קביעתו של מהר"ח פלאגי ולכאורה נראה ברור שדברי הגר"ח"פ נאמרו רק בבני זוג שלא חל עליהם החדר"ג לגרש אשתו בע"כ. נראה לי דגם בני זוג שמוצאם מעדות המזרח שנישאו במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה וסתמא שנישאים על דעת שלא לגרש אשה אלא מדעתה והסכמתה לא יוכל הבעל לגרש בע"כ. וכן כתבתי בפס"ד תיק חרפוף ערעור תיק מס' נז/778 כדלהלן:

בנוסף על כל הנאמר עד כה, נראה לי שבנידון דנן גם כשהצדדים הם בני עדות המזרח וגם שבכתובה לא נאמרה שבועת הבעל שלא יגרש אשתו בע"כ, אין הבעל רשאי לגרש אשתו בע"כ. שכן הצדדים נישאו זל"ז בעיר רחובות, בשנת תשכ"ב. ובירור ללא כל ספק שכל בני זוג הנישאים בישראל נישאים על דעת

שאינן מגרשין את האשה אלא מדעתה והסכמתה, והאשה ודאי שנישאת על דעת שבעלה לא יוכל לגרשה אלא מדעתה. חוקי המדינה בישראל רואים בשוויון בין איש לאשה עקרון משפטי יסודי ובפרט בהשוואה שבין איש לאשתו להשוות כח האשה לכח האיש, שכשם שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה. (לשון שו"ת הרא"ש כלל מד סימן א בבאור טעם תקנת רגמ"ה, "כדי שהדור לא יהיה פרוץ שמזלזלין בבנות ישראל בזריקת גט בעל כרחיה, שלכן תיקן להשוות כח האשה לכח האיש").

חוקים אלו והחדר"ג יצרו את מנהג כל בני הזוג הנישאים ללא הבדל בין עדות המזרח לעדות אשכנז לשומרי מצות ולשאינם שומרי מצות, שנישאים על דעתם זו, שלא לגרש האשה אלא מדעתה והסכמתה. ואנן סהדי וסתמן כפירושו שעל דעת הסכמה וקביעה זאת הם נישאין. ובנסיבות אלו שהצדדים שבפנינו נישאו על דעת כן אין זה משנה אם מוצאם מעדות המזרח או מעדות אשכנז, ועל נסיבות אלו כתב בשו"ת הרשב"א ח"ד סימן קפו בזה"ל, "ומכאן נלמוד לנידון שלפנינו שכל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה סתמו כפירושו ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעת, ואם יגרשנה שהוא חייב מה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג בין בקנס בין בנדוי, ואפילו הוציאה ממקום שנשאה ושיש שם מנהג קנס, והולכה למקום אחר, אינו רשאי לגרש אלא על פי דרך המנהג מקום של נישואין שעל מנת כן נשאה וכל שכן אם יש שם הסכמה ידועה ויכולים הם לקונסו, באותו קנס או לנדוהו כאילו נשא וגרש שם". ע"פ דברי הרשב"א י"ל גם בנידון דנן דודאי שיש לראות את ישראל כמקום שכל בני זוג נישאים על דעת שאין מגרשין אלא מדעת האשה וסתמו כפירושו שעל דעת כן נישאו שלא יגרשנה אלא מדעת. ואין הבדל לאיזה עדה משתייכים בני הזוג. עדות אשכנז או עדות ספרד.

יש להדגיש שכבר בשו"ת הר"ן סימן לח מעיד הר"ן, מנהיג ופוסק דורו, על תקופתו בענין הדין, אם אשה מתגרשת בעל כורחה, וכתב וז"ל: "...וכי תימא יתן לה גט שהרי האשה מתגרשת בעל כורחה... אף בזה אינו רשאי מפני קנס שיש בדבר מצד המלכות כאשר אמרתם, ולא עוד אלא שאנו מוחזקים שיש חרם הקהילות בדבר, או תקנת רבינו גרשום ז"ל, ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כורחה, ואין אומרים לו לאדם לפרוץ גדרן של ראשונים כדי לקיים שבועתו". אמנם מצינו חלוקי דעות בין הפוסקים בקביעתו זו של הר"ן שאיסור לגרש אשה בעל כורחה פשט איסורו בכל ישראל. ועיין בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סו"ס עח ובספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב שכתב וז"ל: "ומיהו היה נראה דתקנה זו לא פשטה

בספרד ומערב וכל המזרח וכ"כ המהר"ם אלאשקר סוסי צ"ה, אך הר"ן בסי' ל"ח כתב שפשט איסורו בכל ישראל והרשד"ם חיש לה". ובגט מקושר סי' קיט ס"ק כב כתב שמדלא הזכיר הב"י חרם זה ש"מ דלא ס"ל כהר"ן שפשט איסורו בכל ישראל.

ועיין בשו"ת חת"ס חו"מ סי' רג ובאבה"ע ח"א סי' א ובשו"ת עין יצחק אבה"ע ח"א סי' ד' ס"ק כ ובשו"ת יביע אומר ח"ה אבה"ע סי' א, ובנודע ביהודה מהדו"ק אה"ע סי' א ובמהדו"ת סי' קג קבע על יסוד דברי הר"ן הנ"ל שהאיסור לגרש אשה בע"כ חמור מאיסור לשאת אשה שניה על אשתו. ועיין בשדי חמד מערכת גירושין סי' ב אות ח שדן בדברי הנו"ב הנ"ל.

לאור דברי הר"ן והתיחסות הפוסקים לקביעתו שנאמרה כבר לתקופתו שלו ק"ו שבתקופתו ובמקומינו כאן בארץ ישראל אין לקבל את קביעתו החד משמעית של ביה"ד הגדול, שעל צדדים בני זוג שמשתייכים לעדות המזרח שלא חל עליהם איסור לגרש האשה בעל כורחה. היה על ביה"ד לפחות ללכת בדרכיו של המהרשד"ם שכבר בתקופתו חשש לדבריו של הר"ן וכתב ופסק שם בתשובתו בזה"ל, "ועם מטיל אני עליו לפייסה בכל מיני פיוס ובפרט שתתפייס לקבל גט מרצונה שהרי כתב הר"ן בתשובה וז"ל שאנו מוחזקים שיש חרם בקהילות או תקנת ח"ג ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל שלא ראינו ולא שמענו אשה מתגרשת בעל כרחה, נראה דודאי דבכל אשה קאמר בין ארוסה בין נשואה וקאמר ג"כ שפשט איסורו בכל ישראל מה שלא היה כן בתקנה הראשונה ע"כ צריך עכ"פ שיפייסנה, הנלע"ד אני הצעיר, שמוא' די מדינה". עפ"ז בנידון שבפנינו שביה"ד דנן נדרש לתביעתו של (מערער) הבעל לכפות על האשה בניגוד לרצונה לקבל את הגט, וזאת באמצעים משפטיים של קנסות, ודאי שלא נוכל לקבל תביעתו זו ודינה להידחות, וכאמור עיקר טענתנו שלא ניתן לחייב את האשה לקבל ג"פ מתבסס על הקביעה העובדתית, שברורה ללא כל ספק שהצדדים דנן נישאו ע"ד שלא יוכל לגרשה בע"כ. מדברי הרשב"א יש ללמוד עקרון שבני זוג יכולים להתנות תנאי בנשואיהם מכח הסכמה הדדית אישית שלהם שהבעל לא יוכל לגרש אשתו בניגוד לרצונה והסכמתה למרות שמדינא דגמ' יכול לגרשה בע"כ, וכאשר בני הזוג נישאו על דעת מנהג המקום שאין מגרשין אשה בע"כ הרי יש כן הסכמה מכללל ברורה וודאית שהיא כתנאי מפורש של בני הזוג שעל דעת כן נישאו זל"ז שלא יוכל הבעל לגרש אשתו בניגוד לרצונה והתנאה והסכמה זו שוללת מהבעל את זכותו שנתנה לו תורה לגרש אשה שלא מדעתה והסכמתה. וודאי

שאינן הבעל רשאי לתבוע מבי"ד שיפעל שהאשה תקבל את גיטה בניגוד לרצונה והסכמתה.

תמהני על כבוד הרב המשיב שליט"א שבמכתבו אלינו מצטט את מה שפסק המחבר בהל' גיטין סי' קיט סוף סעיף ג' "... ואין ראוי למהר לשלוח אשתו ראשונה אבל שניה אם שנאה ישלחנה" ובבית שמואל שם ס"ק ד כתב "ובזיווג שני אף דלא דבר רק שונא אותה ישלחנה" ובדברים אלו הוא מבקש להישען ולמצוא בסיס הלכתי לתביעתו לחייב את המערערת להתגרש, וזאת משני טעמים:

א. דברי הבי"ש והשו"ע הנ"ל לא נאמרים במי שחל עליו החדר"ג שלא לגרש אשה בע"כ. החדר"ג נאמר בין בזיווג ראשון ובין בזיווג שני וגם אם אדם שונא את אשתו מזיווג שני ולא הוכחו אמתלאות שיצדיקו את שנאתו אין זה מהווה סיבה לביטול החדר"ג ולתבוע מביה"ד לחייבה בגט פיטורין בניגוד לרצונה.

ב. וזה העיקר, דברי הבי"ש מתייחסים לנאמר בשו"ע באיזה נסיבות רשאי אדם לפעול לגרש את אשתו, וכאשר נסיבות אלו לא קיימות לא ימהר לשלחה, אין הלכות אלו מדברות על העילות שבגינם בי"ד יכול לחייב את האשה להתגרש, ובודאי שנסיבות אלו אינם מהוות עילה שיוכל לתבוע מביה"ד שהם יפסקו לחייב האשה. לא יעלה על הדעת שהבי"ש יחדש שבזיווג שני כנידון שבפנינו, בבעל הטוען ששונא את האשה בלא שיוכיח בהוכחות ברורות שיש באשה התנהגות שתצדיק שנאה זו, השנאה כשלעצמה תהווה עילה שבגללה בי"ד יחייב את האשה, גם במציאות בדינא דגמרא, לפני החדר"ג שיכול בעל לגרש אשתו בע"כ בניגוד להסכמתה ורצונה. אין מכח דין זה שיש לומר – שהאשה חייבת לקבל את הגט כפי שבקש הבעל בני"ד. וכן כתב שו"ת הרשב"ש תי' תיא וז"ל:

"והרביעית היא שאין בגירושיה לא מצוה ולא עבירה ולא חיוב כפיה, כגון אשתו שניה שאין בה לא ערוה, ולא דבר אלא כעין שהקדיחה תבשילו או ששנאה או מצא אחרת נאה הימנה. בזו אין חובה על בי"ד ליזקק לו. שאעפ"י ששנינו בפרק חרש (יבמות קיב,ב) האשה יוצאה לרצונה ושלא ברצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו, אין הכוונה שבי"ד יכריחוה לבוא לקבל גיטה, אלא שאם זרק לה גט בחיקה אעפ"י שהיא אינה רוצה להתגרש גירושיו גירושין אעפ"י שלא ברצונה". באור הדברים שדין הגמ' שקובע שניתן לגרש אשה בעל כורחה ושלא מדעתה, רק קובע שאין דעתה ורצונה של האשה תנאי בתוקף

הגט והגירושין, וגם אם הגיע אליה הגט בניגוד לרצונה ובע"כ הגט גט. אין בקביעה זו כשלעצמה כל הוראה שבי"ד יכפו עליה להתגרש בלא עילה הלכתית שמחייבת אותה לגירושין. וכן כתב שם הרשב"ש בהמשך דבריו. בזה"ל "וכבר טעו בזה קצת מגסי הרוח מחמת שראו בהלכות גירושין בפ"א (ה"ב) שכתב הרמב"ם ז"ל שהאשה מתגרשת שלא ברצונה ואלו עניי הדעת חסרי מוח לא ידעו הפרש בין בעל כרחה ושלא ברצונה, לכפיית ב"ד, שאילו אמרה המשנה שהאשה מתגרשת בכפייה שכופין את האשה להתגרש, היה חובה על ב"ד לכופה להתגרש, אבל לא אמרה המשנה אלא שהיא מתגרשת שלא ברצונה. אבל הב"ד יכפו האשה להתגרש שלא במקום מצוה, אין לנו".

הגר"א הורוביץ שליט"א הביא דברי הרשב"ש שציטט, בפסק דין שכתב, מובא בפד"ר חלק י"ג עמוד 273. ושם בפסה"ד הביא דגם ההפלאה והנודע ביהודה כתבו בפשטות כדברי הרשב"ש.

הנודע ביהודה ח' אבה"ז מהדו"ת סימן קי כתב בזה"ל, "אבל האשה אף שבעלה יכול לגרשה בע"כ מ"מ אין שום חיוב עליה שתהא מחויבת לקבל גט, ואם יכולה להשתמט שלא יגרשנה לא ידעתי בזה עליה שום איסור". וההפלאה בק"א סי' עז אות ג כתב וז"ל ... "אלא משום דכיון שנאמר ישלחנה וכיון שרוצה לגרש אינו מחויב לכופי, אבל במזון וכסו' נראה דחייב עד שיגרשנה דנהי שנתנה לו תורה רשות לגרש בע"כ מ"מ היא אינה מחויבת לומר רוצה אני וכל זמן שאינו מגרשה בע"כ חייב הוא בשאר וכסות".

ב"כ האשה במסגרת ערעורה פונה להורות על חיוב המשיב במזונות ראויים ומכובדים מדין עולה עמו, וזאת מיום הגשת התביעה. ביה"ד האזורי בפסק דינו נשוא הערעור איננו שולל את זכותה של המערערת למזונותיה וכותב במפורש במסגרת המלצתו שעל הצדדים להתגרש תוך מתן פיצוי מכובד לאשה ופיצוי זה יכלול כל תביעות האשה כולל מזונות עבור כל התקופה שלא שילם לה את מזונותיה.

עמיתי הרבנים הגאונים שליט"א נחלקו בענין זה של תביעת מזונות של המערערת בעוד שכבוד הגר"ח איזירר פונה לביה"ד האזורי לדון במזונות האלה לאור העובדה שהאשה לא חוייבה בגט ונשארה לה הזכות הבסיסית למזונות והיא עומדת על זכותה שלא לקבל פיצוי ולהמתין לשינוי בעמדת הבעל ובינתים לקבל מזונות.

דעת כבוד עמיתי הגר"צ בוארון שליט"א שהואיל ובנדונינו מסכים הבעל לשלם פיצויי כתובה נאותים נראה לו שא"א לחייבו במזונות לפחות מטענת

קים לי כסברת הרא"ם ופוסקים דקיימי כוותיה והביא שם בתחילת דבריו שהב"ח החזיק כדברי הרא"ם להביא מהר"א ששון שהכריע שהבעל יכול לטעון קים לי. לאחר העיון בדבריהם, איני יכול לקבל את פסיקתו של הגר"צ בוארון שליט"א שאי אפשר לחייב הבעל במזונות משום שהבעל יכול לטעון קים לי כהרא"ם והפוסקים כמוהו כהב"ח והמהר"א ששון.

במובא בפס"ד של ביה"ד הגדול בהרכב הגאונים, הראשל"צ והרה"ר לישראל הרב יצחק ניסים זצ"ל, מר"ן הגר"ש אלישיב שליט"א והרב ב. זולטי זצ"ל פד"ר ח"ג עמודים 176-188, שבת הדין בארץ מורין שאין לומר קים לי כהרא"ם (ע' פסקי דין של בתי הדין הרבניים לישראל כרך א' חוברת 7 עמוד 198-199) והביא את דברי הישועות יעקב הובאו בפ"ת סי' עז סק"ב "ואבותינו ספרו לנו מזקיני הגאון חכם צבי ז"ל שפעם אירע בימיו שמורה א' הורה כדעת הרא"ם והוא ז"ל חלק וסתר דינו אחר מעשה כפה את הבעל שיתן לאשתו מזונותיה בשלימות". לפי"ז בנידון דנן דהבעל שייך לקהילות אשכנז שחל עליהם החדר"ג ודאי שלא יוכל לומר קים לי כרא"ם. ויש להוסיף את שהעיר בשו"ת ושב הכהן סי' נה כי בתשו' הרא"ם לא הזכיר כלל חרם דר"ג רק תקנת הקהילות... ואפשר י"ל דבמקומם לא נתפשט חר"ג וע"ז כתב שהתקנה לא היתה רק שלא לגרשה שלא ברצונה אבל לא שיהא חייב מזונותיה אבל על חר"ג שמשמע מדברי הג"מ... להדיא דאפי' בטמאה כו' הוי כמגרשה בע"כ פשיטא במקום שהיא מותרת לפע"ד ליכא מאן דפליג דהוי כעובר על חרם ר"ג". ונראה דבנידון דנן לא יוכל הבעל לומר קים לי כהב"ח שפסק הרא"ם. המעיין בדברי הב"ח סי' ע"ז (ד"ה כתב הרמב"ם ז"ל) שפסק הרא"ם מדבר באומר מאיסה עילואי שאינו יכול להמשיך לחיות עמה מחמת מאיסות דהוי כאילו נעקר האישות ביניהם, מחמת מאיסות זו, דבזה סבר שיכול להפקיד גיטה וכתובתה להפטר ממזונותיה כהרא"ם, וכן הביא בהגהות הגאון רבי ברוך פרענקל, על חלקת מחוקק שם עז ס"ק ג, שהפנה לדברי הב"ח באה"ע סי' עט ד"ה לשון הרמב"ם, שדן בהלכה אם ראה בעל שהחולי ארוך ואמר לה הרי זה גיטך וכתובתיך ורפאי את עצמך שרשאי לומר, והביא שם הב"ח את שכתב המהרש"ל בבאורו על הטור דכל זה לדינא דגמרא אבל לדין דנהגינן שלא לגרש אשה בעל כורחה מתקנת רגמ"ה לא מצי א"ל כלל הא גיטך אפילו בחולי ארוך.

והעיר הגרבי"פ שלכאורה אליבא דהרא"ם ואליבא דבריו של הב"ח סי' עז במורד, היה צריך להיות דאף בזמן הזה דאיכא חרם דרבינו גרשם מ"מ כיוון שהבעל רוצה לגרשה יפטר, והסביר שאין סתירה בפסיקת הב"ח בין שאמר

במורד בסיי עז לדבריו בסיי עט הנ"ל, דהמעייין כאן בב"ח (סיי עז) יראה שכוונתו כיוון שהבעל טוען שהיא מאוסה בעיניו ועל כן רוצה לגרשה הוי כנעקרו האישות לגמרי מה שאין כן בחולי, שאין דעתו לגרשה מחמת מיאוס אלא משום כובד הוצאות החולה ובכאי גונא לא נעקרו האישות על כן פוסק שם כדעת המהרש"ל דאף שרוצה לגרשה לא מפטר מהוצאות רפואתה.

ע"פ זה י"ל גם בנידון דנן דלא נתברר בפני ביה"ד טענתו שהיא מאוסה עליו או טענות אחרות שבגינן מבקש הבעל לגרש האשה. הבי"ח לא אמר את שפסק שיכול לומר טלי גיטך וכתובתך, במקום שקיים מצב פירוד. עצם הפירוד לא מהווה סיבה שבעל יוכל לומר טלי גיטך וכתובתך, ובזה יודה גם הבי"ח.

יש להוסיף שגם בקהילות שלא קיבלו עליהם החדר"ג בימינו לא יוכל הבעל לומר קיים לי כהרא"ם. בשו"ת הרשב"ש סי' תיא וז"ל: "ואף בזו אני אומר שאם אינה רוצה לבוא לקבל גיטה אין לה מזונות כיון שאין איסור בגירושה והעכבה היא ממנה אין לה מזונות. אמנם זה כולו הוא על פי הלכה, אבל בספר אורחות חיים (להר"א מלוניל ח"ב סימן יא הלכות גיטין ד"ה כתב הר"י מקורבל) "ונהגו העולם שלא לגרש אלא ברצון שניהם", אם כן כיון שנהגו כך וקיימא לן דכל כי האי גוונא מנהגא מעליתא היא חייב הוא במזונותיה עד שתתפייס להתגרש שזה דבר שבממון הוא והמנהג (הזה) הוא אם נתברר דינו הוא כתנאי וכל תנאי שבממון קיים וכבר שנינו הכל כמנהג המדינה". דברי הרשב"ש הנ"ל הובאו בפסק דין של ביה"ד הרבני הגדול בהרכב הדיינים הרה"ג הראשלי"צ הרב י. נסים זצ"ל, הרב י.ש. אלישיב שליט"א והרב ב. זולטי זצ"ל. פד"ר ח"ג עמוד 184. ובעקבות דבריו כותב שם ביה"ד בזה"ל "והואיל ומנהג ותיקין הוא בכל תפוצות ישראל הנודעות לא לגרש בעל כורחה הרי לפי"ד הרשב"ש חייב הבעל במזונותיה". בפסה"ד הנ"ל הצדדים היו בני עדות המזרח שלא חל עליהם החדר"ג ובכ"ז דחה ביה"ד את ערעורו של הבעל על חיוב מזונות האשה בהם חוייב.

כדברי הרשב"ש מצינו בשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קמב ד"ה ועוד נראה שכתב בזה"ל: "אבל אם התנתה אשה בפירוש בשעת קדושין שלא יוכל לגרשה בלי רשותה, ודאי שאינו יכול לגרשה בע"כ אף במקום שלא פשטה תקנת רגמ"ה דאדעתא דהכי נשתעבד לה בכל דיני אישות שלא יוכל לפטור א"ע ממנה בלי רשותה, ובזה לא שייך לומר מתנה עמ"ש בתורה..., אבל אם התנה שלא יוכל לגרשה בע"כ, ה"ז כמוסיף חיוב לאשתו ושפיר יכול לחייב

א"ע ואין זה בתורת תנאי רק בתורת חיוב וכאילו היתה מתנה עמו שיתן לה מזונות כפולים דודאי יכול לחייב את עצמו על זה... וכן נמצא בכמה מקום שאם התנתה עמו שלא ישא אשה אחרת עליה תנאה קיים. וגם דהא קיי"ל כר"י דבדבר שבממון תנאו קיים. וא"כ אצלינו שיש תקנת רגמ"ה הרי נתחייב לה באופן זה בשעת הקדושין אדעתא דמנהג ותקנתא דרבנן קידשה וכן היא נתקדשה ע"ד זה ובודאי אסור לו לגרשה דהוי כגוזלה, ונהי דבדיעבד אם גירשה אין שייך לפסול הגט בשביל זה אבל מ"מ הוי כגוזלה ומפקיע שיעבודה שיש לה עליו קודם זמנו וא"כ אסור להציל א"ע בממון חבירו ואין שום מקום להתיר לו לגרשה בע"כ או לישא אשה על אשתו".

(וכן פסקנו בתיק חרפוץ ערעור תיק מס' 778).

לאור כל דברינו, דינו של ערעור הבעל להדחות והאשה זכאית לתבוע את מזונותיה כל עוד שהצדדים לא יגיעו להסכמה כהמלצת ביה"ד האזורי.

#### **(-) אברהם שרמן**

ביה"ד האזורי החליט שהאשה חייבת לקבל ג"פ מבעלה. כמו"כ אינה זכאית למזונות. לא כתבו נימוקים לפסק הדין. נכתב רק זאת שהפסק בנוי על התרשמותם בפועל מן הצדדים וברור להם שביה"ד הגדול לא יוכל לקבל נימוקים כתובים מכיון שהצדדים לא מופיעים לפני ביה"ד באופן ממושך כמו שהם מופיעים לפני ביה"ד האזורי.

גם אם המציאות הזו נכונה הרי יכלו לכתוב לפחות את תקציר הטענות של כל צד וגם ד"ז לא נעשה. יכלו גם לכתוב אם השנאה והריב מוכיחים על מאיס עלי או לאו ולא עשו.

ידידי הגר"א שרמן הסיק מפסק הדין של ביה"ד האזורי שלדעתם כאשר אין סיכוי לשלום בית והצדדים בפירוד שנים רבות לא גזר בזה רבנו גרשום.

הנושא של פירוד של שנים רבות ומצב של קטטות ומריבות ממושכים לא נמצא בפוסקים בצורתו הנ"ל אבל נוכל להסיק מסקנות לגביו מהפוסקים שדנו בבעל פרוד שנים רבות וטוען מאיסה עלי.

כתבנו בפס"ד קודם בתשס"ז כי לא נראה לנו שיש טענת מאיסות מצד הבעל וזאת משום שהם קיימו יחסי אישות זמן קצר לפני הגשת תביעת הגירושין שהוגשה ע"י הבעל ומטעמים נוספים.

טענות הבעל הן בעיקר בתחום הקטטות והמריבות וטוען שהיא בעלת ריב. הוא סבור שזה נובע מכך שהיא נמצאת בבית ולא עובדת. אין ילדים בטפולה, משום כך נוצר רקע של שעמום והוא גורם לקטטות ומריבות.

לפיכך עלינו למצוא מקור לכך שזוג שיש ביניהם קטטות ומריבות תקופה ממושכת ולא נראה סיכוי לשינוי המצב האם רבנו גרשום גזר גם במקרה זה.

שאלה זו נמצאת בספרי הפוסקים כאשר מצטרף אליה נתון של טענת מאיס עלי לכן ננסה ללמוד משם לעניננו. הדיון שלפנינו הוא לענין גירושין בע"כ (חיוב גט) ולענין היתר ק"ר.

באוצר הפוסקים סימן עג ס"ק טז מוצאים פוסקים אחדים שדנים בענין. הצמח צדק החדש סי' קלב כתב: הטוען מאוסה עלי מכמה טעמים ויושב גלמוד זה ו' שנים ומוכח שטוען אמת כ' דלהלכה היה נראה דאין להכריחו לדון עם אשה המאוסה עליו אבל לא למעשה דלא חזינן שנעשה כזאת להתיר חדר"ג בטענת מאיס עלי.

שם מובאים ג"כ דברי הר"מ אריק בשו"ת אמרי יושר במי שנודע לו שיש לאשתו כמה מומין שלא ידע מהם בעת הנישואין (אבל גם אחרי שנודע לו המשיך לחיות עמה ולכן אין כאן מק"ט והיא זכאית לכתובה). וכתב שיש להתיר חדר"ג משום שר"ג גזר שאם הדיינים יראו טעם מבורר להתיר יוכלו להתיר עפ"י ק"ר וכך היתה התקנה ובנידון דידיה שהיא מנענעת תמיד בכל אבריה ופיה עקום לצד והדיבור הוא בכבדות רב והיא משונה במראיתה הגועל נפש הוי טעם מבורר מאוד וכל שכפי הענין אין ראוי לדור עמה ואין בדבר ערמה יש להתיר עפ"י ק"ר. הוא מביא מהדברי חיים ח"א אהע"ז סימן נא שכ' שעפ"י היתר ק"ר יש להתיר לאו דוקא בנשתתית אלא בכל מקום כיו"ב. ומפרש האמרי יושר: "ובודאי כוונתו בענין שאינה ראויה לחיי אישות או שרואין שקשה לדור עמה".

בנידון של האמרי יושר המקרה חמור בלי שום השוואה לעניננו. והטעם המבורר הוא בדרגה שונה לגמרי מעניננו. גם הניסוח של הדברי חיים הוא שניתן להתיר בכל מום היינו שאינה ראויה לחיי אישות או שקשה לדור עמה

נכתב בפירוש להגדרת המום. אין להסיק מזה לעניננו כי מום הוא מום שאינו עובר אבל מריבות וקטטות ניתן להשקיע בטיפול ויעוץ.

עוד מובא שם פסקו של שו"ת מהרש"ם ח"ג סימן צג שלדעתו אם טוען הבעל שהאשה מאוסה עליו יש להקל לענין חדר"ג הן לענין גירושין בע"כ והן לענין לישא אשה על אשתו. הנימוק הוא משום שיש כמה פוסקים שחדר"ג הוא מדרבנן לכן יש לצרף שיטת הרמב"ם שהאיש לטענת האשה שהוא מאיס עליה כופין לגרש וכן ס"ל לאו"ז הגדול בשו"ת של ר' ישעיה שבסופו וכן במהר"ח או"ז סימן קנה בשם מהר"ם מרוטנבורג. ולא גרע כח האיש מכח האשה כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל מב.

אלא שהמהרש"ם לא סמך על טעם זה (של מאיס עלי) לבדו אלא בצרוף הטעם שהיתה חרשת בעת הקדושין וגם הבעל רומה ע"י אביה באי קיום התחייבות הנדוניה.

כמובן שלעניננו יש גם חילוק נוסף כי בדין אין מציאות של מאיס עלי.

החבצלת השרון סי' ו מצדד להקל בבעל שטוען מאוסה עלי ופירש ממנה זה כמה שנים ולפי דבריו היתה מאוסה עליו מתחילת הנישואין בגלל שהיא קשישה ממנו בי"א שנים. ובצירוף שיש לו טענת פו"ר שהיא עכשיו בת מה שנים והוא בן לד ויש גם צרוף שם שהיא מסרבת לדין תורה.

ראינו שמדובר שם שפירש ממנה זמן ממושך ואעפ"כ מאיס עלי מבורר שקיים שם אינו מתיר בפני עצמו.

בשו"ת דבר אליהו להגר"א קלצקין (מובא שם באוצה"פ) בבעל שטוען מאוסה עלי מכמה טעמים שהציע לפני הבי"ד וגם ימים רבים שנתחרשה ויש צורך לצעוק באוזניה ומפני שהיא מאוסה עליו ואין לו אשה יצא לתרבות רעה וזה פעמים שנתפשרה לקבל גט ובכל פעם חזרה בה. ולדעת הבי"ד כל כוונתה להרגיזו מפני שנאה ונקמה ואין אופן בעולם שידורו יחד (ובתשובה שניה דן שם מצד מורדת ומצד מום גדול שנתחרשה ומצד מאוסה עלי) ומכריע כיון שאין אפשרות שידורו יחד ושע"ז יצא לת"ר ואין בזה תועלת ותקנה לאשה רק לעשות נחת רוח ליצרה שרוצה להנקם בו.

מקרה זה דומה במקצת לעניננו אע"פ ששם יש טענת מאיס עלי מבוררת אבל ההיתר מבוסס על כך שאין אפשרות שידורו יחד וכן על הנזק שיצא לת"ר וגם לאשה אין תקנה כי אינה מצפה לשלו"ב אלא לנקמה.

אמנם בכל זאת אינו דומה לענייננו כי אין לנו בירור בנידון שלנו שהבעל לא יחזור אליה לש"ב אם בית הדין ידחה את תביעותיו לגירושין ולהיתר ק"ר ויחייב אותו במזונות. (גם אמנם אין חשש שיצא לת"ר אבל יש חשש לבריאותו). כמו כן האשה נראה שאינה רוצה נקמה אלא רוצה בכנות שלו"ב. יתכן שתהיה מוכנה לפיצוי גבוה מאוד ויתכן שרוצה שלו"ב גם בגלל המזונות אבל אין זה מגרע ברצון שלו"ב.

באוצה"פ שם מובאת תשובה של באר משה קוני בנין ירושלים סימן טז באברך שנפל בידי אשה שאינה מתנהגת בצניעות כדרך הצנועות ואינה מתנהגת כשורה בעניינים שבינו לבינה עד שהבעל קץ בה וזה תשע שנים שיושב גלמוד מפני שא"א לדור עם אשה נמאסת בעיניו בדרכיה הרעים והיא אינה רוצה לקבל גט בשום אופן. והשיב שם "דאם ברור הדבר שא"א לו לדור עמה בשו"א פשוט דבכה"ג לא גזר ר"ג שיהיה מעוגן כל ימיו דכיון שכופין אותו להוציא בטענת מאיס עלי כמו כן בטוען הוא מאיסה עלי דלא יפה כח האשה מכח האיש כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל מד הובא בשו"ע סימן קיז סעיף יא ברמ"א וכיון שהאיש הוא חרד בודאי אמת שהיא מאוסה עליו כמו"כ ואינו רוצה לדור עמה זה תשע שנים.

יש בענייננו קוי דמיון לתשובה זו שכן הוא איש חרד ויושב בדד כ- 5 שנים וטוען שאינו יכול לדור עמה בגלל הקטטות שביניהם וי"ל שר"ג לא גזר שיהיה מעוגן כל ימיו. אולם אנו חוזרים על החילוק שכאשר טוען מאיסה עלי ויש סבות לכך ברור שהדבר ישאר כך לעולם ונמצא שהוא מעוגן לעולם. אבל קטטות ומריבות יש להם סיבות ואפשר להשלים ולעקור את שרשן ולא נתברר לנו כלל שאי אפשר לעקור את שורש המריבות.

בכנה"ג אבה"ע סימן א הגב"י אות לג פסק שאין להתיר חד"ג בטוען מאיסה עלי.

לסיכום דעת הכנה"ג שאין להתיר ע"ס טענת מאיסות. דעת הצ"צ שאין להתיר אלא בצרוף טעם חשוב של פו"ר. באמרי יושר מתיר רק ע"ס מאיס עלי שיש ברור לפני ב"ד שראוי למאוס בה ויש טעם מבורר.

הדברי חיים שמתיר באינו יכול לדור עמה היינו כשנתגלה אצלה מום שקשה לדור עמה. המהרש"ם לא התיר ע"ס מאיס עלי אלא בצרוף טעמים נוספים.

כמו"כ החבצלת השרון לא התיר ע"ס טענת מאיס עלי אלא בצרוף טעם מבורר של מאיס עלי (הפרש גיל גבוה) וטענת פו"ר וכן משום שהיא מסרבת לדין תורה.

הדבר אליהו מתיר ע"ס שברור שא"א שידורו יחד וכן חשש שהבעל יצא לת"ר אבל הביסוס לכך שא"א שידורו יחד הוא ע"ס מאיסות מבוררת וגם ברור שהאשה אינה מסרבת לגט אלא כנקמה ואין כאן תקנה גדולה עבורה.

כל הפסקים הללו אינם דומים לעניננו. כאן אין טענת מאיס עלי מבוררת ויתכן שאין מאיס עלי כלל. אין כאן צירופים בעלי משקל כמו התשובות הנ"ל. ומוכח מהם שבנידון שלנו אין להתיר חדר"ג.

בתביעה שלפנינו הכל מבוסס על מצב של מריבות וקטטות שהבעל אינו יכול לשאת אותן. ואין לנו בטחון כלל שאי אפשר למצוא את סיבת המריבות ולשרשן.

תשובת הבאר משה דומה יותר לעניננו אבל גם שם יש טענת מאיס עלי מבוררת ולכן יש להניח שלא יוכל הבעל לחזור לדור עמה. מה שא"כ בעניננו.

יש לציין כי הצמח צדק החדש מוסר כי "לא חזינן כזאת להתיר חדר"ג בטענת מאיס עלי" והוא התיר רק בצרוף טעם שהבעל לא קיים מצות פו"ר.

המקורות המובאים לעיל הם לענין לישא אשה על פני אשתו ולקמן נראה שה"ה לענין חיוב האשה בגט.

#### **לענין חיוב הבעל במזונות האשה :**

דעת הרא"ם שגם במקומות שנוהג חדר"ג יכול הבעל לומר טלי גיטך וכתובתך וליפטר ממזונות וכל יתר חיובי האישות. הב"ש והח"מ דחו את שיטת הרא"ם מהלכה. וכ"ז כשאין הבעל טוען מאיס עלי אבל כשטוען מאיס עלי ס"ל לבני אהובה והבית יעקב שהבעל נאמן לענין מזונות (שהוא מוחזק בהם) בטענת ברי שלו. אמנם לענין חדר"ג עצמו אין הוא נאמן אבל יש מקום לעשות "פלגינן" ולהאמינו לענין מזונות ולא לענין החרם עצמו.

יש לטעון כנגדו כפי שמשמע מהח"מ והב"ש שהפקעת מזונות אינה ענין ממוני גרידא אלא חלק מהחרם שאם לא יהיו לאשה מזונות תתגרש על כרחא. הגרי"ש אלישיב בקובץ תשובות ח"ב אהע"ז סימן קנו פירש שאין כוונת הב"ש והח"מ לומר שהיתה תקנה מפורשת שלא יוכל להיפטר ממזונות אלא בכלל התקנה שלא יגרש בע"כ והפקעת מזונות הוא חלק מפעולות אלו.

לפייז יוצא שאם האשה עשירה והפקעת מזונות לא תגרום לה להתגרש בעל כרחה אין זה בכלל החרם.

במקרה שלפנינו יתכן שאם יופקעו מזונותיה תסכים להתגרש אבל לא מפני הלחץ והכפיה של מניעת המזונות אלא בשל חוסר התועלת מהמצב המתמשך. יתכן שהיא רוצה בשלוי"ב כדי להישאר אשתו של אדם מכובד ואמיד ולחיות ברווח ובמכובדות ואם פטור ממזונות תסכים להתגרש בגלל חוסר התועלת הנ"ל ולא בגלל לחץ של רעב או מחסור (כי נראה לנו שאינה במצב כזה). אולם מעיקרא דמילתא לא נראה לסמוך על סברא זו של הבני אהובה משום שרוב הפוסקים חלקו עם הרמב"ם. שמא תאמר שהפוסקים חלקו על הרמב"ם רק בגלל ספק שהאשה הטוענת מאיס עלי ספק הוא שמא עיניה נתנה באחר אבל לענין מזונות שהבעל מוחזק וטוען ברי כו"ע יודו שהוא נאמן.

הח"מ בשם תשובת הרא"ש כתב וז"ל: תשובת הרא"ש כלל מה כתב וז"ל הגאון רבינו גרשום ז"ל תיקן להשוות כח האשה לאיש כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו וכי וכמו שהאיש כופין אותו להוציא (בבעל מום) אף האשה כופין אותה לקבל גט (בבעלת מום) ואם תמאן לקבל ימנע ממנה שאר כסות ועונה וכי (ע"כ). משמע להדיא שבמקום שאין כופין באיש אין כופין באשה וצריך לקיים שאר כסות ועונה וגם מוסיפים על כתובתה כמו באשה המורדת עכ"ל הב"ח.

מבואר בדבריו שגם בטוען מאיסה עלי מחייבים אותו בשאר כסות ועונה אבל לא כתב שכופין אותו לשמש עמה כגון כפיה ע"י נידוי או בדרכי כפיה אחרים.

למרות שהח"מ שם בא לחלוק עם הרא"ם והב"ח והם דיברו בבעל שאינו טוען מאיסה עלי אלא שרוצה לגרשה בלי עילה וטוען טלי גיטך וכתובתך. אבל מתוך הראיה מתשובת הרא"ש אנו מבינים שכל עוד שאין טענת מום שכופין מחמתה באיש אזי גם באשה אין כופין והוא חייב בשכ"ו והיינו גם הטוען מאיס עלי. בהמשך דברי הח"מ מביא ממהרי"ק וז"ל: וכן משמע מתשובת מהרי"ק סימן קז שכל עצמו לא כתב שם אלא מאחר שיש לה מום אף שמחל פעם אחד אין בידינו לכופו ולהיות עמה ולהוליד ממנה בני שנואה מאחר שאפשי"ל דבכה"ג לא תיקן הגאון עליה שלא לגרשה בע"כ כיון שהוא בא מחמת טענה ונמאסת בעיניו מחמת מום וכמו שהאריך שם אבל בשאר נשים שבודאי תיקן הגאון עליה נראה שם שיש לכופו משום ביטול פ"ו וגם באשה שיש לה מום נראה שם שצריך ליתן לה שאר וכסות.

ממסקנת הח"מ נראה, שכל עוד אין באשה מום שכופין כה"ג באיש הגם שיש לבעל טענת מאיס עלי מ"מ כופין אותו גם בשאר כסות ועונה.

ויש לדייק מדבריו שאם הבעל טוען מאוסה עלי ויש לו טעם מבורר אע"פ שכה"ג אין כופין באיש מ"מ באשה יש להקל כי יתכן ור"ג לא תיקן בכה"ג. אבל כשאין טעם מבורר למה מואס בה הרי שכופין את האיש גם בעונה. מדברי הח"מ מבואר שכל זה גם בבעל שרוצה לגרשה.

אבל הבי"ש שם הבין בדעת הרא"ש בתשובה ובמהרי"ק שגם בטוען מאיס עלי בלא טענת מומין הרי הוא מחויב בשאר וכסות אבל אין כופין אותו לקיים עונה.

עין באוצה"פ סימן עז סי' א עמ' פו בשם "שבילי דוד" שכתב כי מתשובת הרא"ש ומתשובת מהרי"ק נראה כמו שכתב הב"ח שכ"ז שאין טענת מום נגד האשה כופין אותו לקיים עונתה וכפי שכתב הח"מ.

עוד כתוב באוצה"פ גם בגבורת אנשים סי' מה כתב בביאור דברי הרמב"ם שהועתק בשו"ע עז א "כל זמן שתרצה לישב דהיינו לאפוקי אם היא רוצה שיכפוהו לשמש דאז כייפינן ליה בכל מה שאפשר ואין מוסיפין לה".

בשו"ע אבה"ע סימן עז כתוב כי "המורד על אשתו ואומר הריני זן ומפרנס אבל איני בא עליה מפני ששנאתיה מוסיפין לה על כתובתה ולא ישמש כל זמן שתרצה היא לישב (תחתיו)". כתוב ע"ז בבאה"ט דצריכים דעתו ודעתה וכ"כ אח"כ בס"ק ו' בדעת הבי"ש.

באוצה"פ מובא ג"כ בשם הפרישה ס"ק ה שהטור כתב ש"המורד על אשתו כופין אותו לזונה" ולא כתב "כופין אותו לשמש עמה" משום ד"בלא דעת נפש לא טוב גם כי אין קישור אלא מרצון נפשו".

לאור הדברים הנ"ל, יש לדון אם באשה הטוענת מאיס עלי ותובעת שיגרשנה, האם לרוב הראשונים, שאין כופין את הבעל לגרשה האם כופין אותה להיות עמו.

הרמ"א כתב שבכל טוענת מאיס עלי ו"נותנת אמתלא לדבריה, כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו וכיו"ב אז דיינינן לה כדינה שתיקנו הגאונים... ואין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו".

משמע שלפני תקנת הגאונים או לאחריה אם אינה נותנת אמתלא אזי כופין אותה להיות אצלו. ועייש בב"ש וח"מ החילוק בין טענה שאינה מבוררת לטענה מבוררת.

נמצא לפי"ז פירוש חדש ברמב"ם. שהעילה לכפית גט בטוענת מאיס עלי היא משום שאם לא נכפה הגט הרי יכפו על האשה להיות עם הבעל ואז הרי היא כשבויה להיבעל לשנוי לה וזה לא יתכן (יתכן גם כן שאפילו אם לא נכפה את האשה להבעל לבעל ששונאת מ"מ כ"ז שהיא תחתיו יש לחוש שהבעל ישמש עמה בעל כרחה ולא יחוש להלכה ש"בלא דעת נפש לא טוב". גם אם לא יבעלנה בעל כרחה מ"מ האשה תחיה בפחד שהוא יעשה כן ותרגיש עצמה כשבויה שיכול לבעול אותה בכל עת כמו בשבויה יעשה כן. מה שאין כן בבעל שטוען מאיסה עלי שלפי הדעות שהבאנו לעיל לא יכפו עליו בעיקר משום הסברא ש"אין קישוי אלא לדעת", ועכ"פ י"ל שלדעת הרמב"ם אין כופין על הבעל. גם אין לחוש שהאשה תרצה שישמש עמה בעל כרחה שאין טבע הנשים להעז ולדרוש זאת שיבא עליה בכפיה.

לפיכך, האחרונים שכתבו שהבעל נאמן בטענת ברי שמאוסה עליו לחייבה בגט כמו בדינו של הרמב"ם באיש אין הכרח בהשואה זו. דעד כאן לא חידש הרמב"ם אלא כשיש לאשה תחושה של שבויה וחשש שתבעל על כרחה אבל באיש הטוען מאוסה עלי אין חשש שהאשה תאכוף עליו לשמש עמה.

גם הגרי"ש אלישיב שהביא את דעת הבני אהובה בפסק דינו הנ"ל לא סמך רק עליו אלא סמך על דעת הפתחי תשובה והישועות יעקב שהביא בסופו של הפס"ד, שאם טוען מאוסה עלי ויש טעם מבורר אזי יכול להפטר ממזונותיה. לדעה זו י"ל שהטעם הוא שבכה"ג לא גזר ר"ג וטעם זה מתקבל לענין מזונות בלבד ולא להתיר החדר"ג כי אין כאן מום מבורר.

מהח"מ והב"ש שנתבררו לעיל ראינו ג"כ שאינם מחלקים לענין מזונות כסברת הבני אהובה כלל. אמנם את סברת הישועות יעקב ניתן לכלול בדבריהם ולומר שאם יש טעם מבורר הרי זה נידון כמו נמצא בה מום שיכול להפטר משאר כסות ועונה. אבל בענין הנידון בתיק זה אין מצב של מאיס עלי ולא של טעם מבורר.

(-) חגי איזירר

ראיתי מה שכתבו הרה"ג שליט"א בפסק דינם הקודם ובפסה"ד הנוכחי, ודעתי שונה הן מן ההיבט העובדתי והן מן היבט ההלכתי. אך קודם שאפרש דברי, מן הראוי לציין את ההשתדלות שהשקיע כב' ביה"ד האזורי בסבלנות רבה בתיק זה, על מנת להביא את הצדדים לשלום בית אמיתי.

כב' ביה"ד קיצר בנימוקי פסק הדין הסופי, ונתן בכך מקום לפרש את דבריו בדרכים שונות, כמו שהעירו עמיתי שליט"א. ביה"ד האזורי מנמק את העדר הנימוקים וטענות הצדדים מפסה"ד ברצון לשמור על כבודם של הצדדים, אך המעיין היטב בפרוטוקולים ובהחלטות ביה"ד שקדמו לפסה"ד, רואה ומבין את שיקול הדעת ההלכתי שהנחה את ביה"ד בהחלטותיו, והביאו אותו למסקנה בפסה"ד.

עוד יש לציין, שביה"ד האזורי ניהל כמה שיחות בנפרד עם כל צד ועם שני הצדדים יחד בלי באי כוחם, והדברים שעלו בשיחות אלה לא נרשמו בפרוטוקול. לכן בהחלט יש להניח, שלביה"ד האזורי יש מידע חשוב הנוגע לתיק מפי הצדדים עצמם שלא מופיע בתיקי ביה"ד. **משום כך יש לקבל את הערכת ביה"ד באשר לפירוד הנפשי של הצדדים.**

#### **העובדות העולות מתיקי ביה"ד האזורי:**

א. עוד בטרם הגיש הבעל את תביעתו בביה"ד האזורי היו הצדדים כשנה בהליכי גישור אצל הרב... והוא אף כתב חו"ד אשר לדבריו טרח ועמל כמה פעמים לעשות שלום בין הצדדים ולא הצליח. היה הבעל מוכן **לוותר למען שלום בית על כל התנאים**, פרט לתנאי שהאשה תמצא עבודה. הוא אף הסכים שההכנסה מעבודת האשה תשאר בידיה לעצמה. **האשה סרבה לכך**. מסקנתו, "שרחוק מאוד לעשות שלום בית, שהם נפרדים לגמרי, ואין אני רואה שום תכלית בקשרים יחד, ולכן אני חושב שיתן גט לאשתו".

ב. הבעל הגיש את תביעת הגירושין בעת שהאשה שהתה בארץ ולאחר פירוד של **כשנה וחצי**. ביה"ד הורה לאשה (לאחר כמה ימים) להגיב על תביעת הגירושין תוך 21 יום, אולם לאשה לא אצה הדרך, ורק כעבור חודש וחצי הגישה בקשה לדחות את מועד הדיון. לגופו של ענין אין אף מילה, וגם לא הבעת רצון בשלום בית. יצויין, שאת התביעה לשלום בית הגישה האשה **כשנה וחצי** לאחר שהבעל הגיש את תביעתו. גם בדיון הראשון אין אף מילה על שאיפתה של האשה לשלום בית, לא מפיה ולא מפי ב"כ. ב"כ האשה אומר: "אנו לא יכולנו להודיע את

עמדתנו מאחר וכתב התביעה לא ברור". כתב התביעה הוא לגירושין, האם לא מן הראוי היה שהאשה תודיע בהזדמנות הראשונה שרצונה בשלום בית?

שיהוי כה רב בהגשת תביעה לשלום בית, ובתגובה לתביעת הבעל, כאשר בני הזוג כבר חיים בנפרד קרוב לשנתיים, מלמד יותר ממאה עדים על כוונתה האמיתית של האשה. כך לא נוהגת אשה שרוצה שלום בית באמת.

ג. בדיון שהתקיים בנוכחות הצדדים טענה האשה שהמתיחות ביניהם נוצרה בגלל הבת של הבעל שבאה לגור עמם בבית. ובתשובת האשה לביה"ד על התנאים שיאפשרו לדעתה שלום בית היא כותבת כנגד נוכחות הבן שגר בבית ודורשת "בנם של הצדדים שהתגורר בבית לא יתגורר בבית, דבר שגורם לבעיות הלכתיות באשר הבעל נוסע הרבה לחו"ל ודי לחכימא באמור". גם במכתבה של האשה לביה"ד היא מאשימה את הבן שהיה הגורם להוצאתה מן הבית, בעקבות הסתות מצד אחיות מסויימות כנגדה.

הבעל סיפר על קשיים נוספים שהערימה האשה על הקשר שלו עם הילדים האחרים גם כן. **האשה העמידה את הבעל במצב בלתי אפשרי**, בו דרשה ממנו להעדיף אותה על פני ילדיו. כאשר אדם אינו יכול לחגוג את החגים עם ילדיו או לקיים קשר טלפוני סדיר וחפשי איתם, ברור שהוא יבחר בסופו של דבר בילדיו, שהם עצמו ובשרו.

בנסיבות אלה, האשה עצמה גרמה לריחוק ולקרע ביניהם, ולרצון הבעל להתגרש. כי אי אפשר לדרוש מאדם להתנתק מילדיו לטובת אשתו, במיוחד כשמדובר בזיווג שני ולאחר שנים לא רבות של נישואין. זה גם מה שאמר ביה"ד האזורי בדיון הראשון לאשה: "הרי אין סיכוי שהוא יתנתק מהילדים שלו".

תגובת האשה, שהואיל ואין לה ילדים היא שמחה שתהיה לה משפחה, אינה עולה בקנה אחד עם התנהגותה ותלונותיה על ילדי הבעל.

ד. בדיון הראשון בו השתתף הבעל הוא אמר: "המריבות והסיכסוכים שהיא גורמת פוגעים בבריאות שלי ואין לי כח להמשיך, לא רוצה לעשות כלום".

ובדיון שלאחריו אמר הבעל: "השאלה כאן או החיים שלי או נישואין אני לא יכול בשום אופן לחיות איתה וגם האשה רוצה גירושין".

ביה"ד שוחח עם הצדדים בנפרד ללא באי כוחם (השיחה לא נרשמה בפרוטוקול) אולם לאחר השיחה אומר ביה"ד:

"ביה"ד מבהיר לנוכחים שאין שום סיכוי לש"ב הבעל טוען שזה פיקוח נפש גם אם האשה רוצה ש"ב אמיתי וצריכים לשמוע מה הפיצוי".

ה. בחודש שבט תשס"ה החליט ביה"ד, שעל הבעל לפייס את אשתו ולהשיב אותה אליו דרך כבוד כדין עולה עמו, והאשה מצידה תהיה לעזר ולאחיסמך לבעלה.

"באם ח"ו בתום תקופה של שלושה חודשים יווכחו הצדדים דלא איתדר להו בהדדי, יפרדו זמ"ז בצורה מכובדת ע"י פיצוי נאות לאשה וביה"ד יחליט על גובה הפיצוי".

**על החלטה זו לא הוגש ערעור והיא התקבלה על שני הצדדים.** אלא שכאשר באו לממש אותה בפועל התעוררו קשיים מרובים כאשר כל צד מאשים את משנהו בכשלונו. בעקבות כך טרח ביה"ד וכתב החלטה נוספת ובה פירט את הצדדים שעל כל צד לעשות למימוש הניסיון של שלום הבית. אך גם ביצוע החלטה זו ניתקל בקשיים ובהאשמות הדדיות. לא עזרו גם ההחלטות הנוספות של ביה"ד האזורי שניסה בכל כוחו להביא לנסיון ממשי של שלום.

לאור הקשיים במימוש ההחלטה התקיים דיון נוסף בביה"ד בשבט תשס"ו בהעדר הבעל. בתום הדיון קיים ביה"ד התייעצות ולאחריה הודיעה לנוכחים: ביה"ד הגיע למסקנה שהצדדים צריכים להתגרש מחור ברירה וחוסר סיכוי לשלום בית אולם על הבעל לפצות את אשתו.

ניתנה שהות לאשה להודיע לביה"ד מה הפיצוי שהיא דורשת, אך במקום להשיב על שאלת ביה"ד הודיעה האשה וכן ב"כ במכתב שהואיל והבן הרווק עומד להתחתן והבת מתגוררת בנפרד, היא רוצה לחזור לשלום בית, וכן שביה"ד יחייב את הבעל במזונותיה. והיא דוחה את הצעת ביה"ד על פירוד ופיצויים.

ו. משראה ביה"ד שהמאמצים להשיב את הצדדים לנסיון של שלום עלו בתוהו, ניתן פסק דין בו נקבע שעל הצדדים להתגרש, וכי הבעל יפצה את האשה בסך ... דולר.

בפסק דין זה הלך כבי"ד האזורי במתווה שכבר קבע בהחלטה הנ"ל מחודש שבט תשס"ה. לפי אותה החלטה, אם בתום שלושה חדשים יווכחו הצדדים דלא מתדר להו בהדדי יתגרשו בצורה מכובדת. **הואיל והצדדים לא הצליחו במשך שנה וחצי אפילו להתחיל את ההסדר**

**שהציע ביה"ד**, הסיק ביה"ד בצדק, שאין לך "לא מתדר להו בהדדי" גדול מזה.

ז. על פסק הדין הוגשו ערעורים הן מצד הבעל והן מצד האשה. הבעל תבע לחייב את האשה בגט, והאשה תבעה לחייב את הבעל במזונות. ביה"ד הגדול (בהרכבו הקודם) החליט ברוב דעות לדחות את ערעור הבעל לחייב את האשה בגירושין. והחזיר את התיק לביה"ד האזורי לדון במזונות האשה.

יחד עם זאת, המליץ ביה"ד הגדול להגיע להסכם גירושין, כי הסיכוי להגיע לשלום בית אחרי שנים של פירוד הוא רחוק. ונראה לביה"ד שאם הבעל יציע פיצוי מכובד יותר ימצא הפתרון הדרוש. דעת המיעוט היתה, שאין לחייב את הבעל במזונות, ויש מקום לחיוב האשה בגט.

ח. בעקבות החלטת ביה"ד הגדול התקיים דיון נוסף בביה"ד האזורי. בדיון שוב חזרו הצדדים על עמדותיהם, ביה"ד ניסה לנהל מו"מ בין הצדדים, והעלה את סכום הפיצוי שישלם הבעל לאשה לסך ... דולר אלא שבסוף הדיון התפתחו צעקות בין ב"כ האשה ובין הבעל ובין ב"כ הצדדים, וביה"ד סגר את הדיון.

ביה"ד הבהיר בדיון, כי החלטת ביה"ד הגדול שהחזיר את התיק לביה"ד האזורי משמעותה לדון בשאלת המזונות אך לא כהוראה לפסוק מזונות. בקיץ תשס"ז נתן ביה"ד האזורי פסק דין נוסף. לעניין הגירושין, נאמר: "ביה"ד מתרשם שהאשה אינה ריאלית ומשכך סרבנותה לקבל גט ועקשנותה בטענת ש"ב אינה מתקבלת על דעתנו... ועל כן מחייבים את האשה בקבלת ג"פ".

ולענין הפיצויים, בהתאם להמלצת ביה"ד הגדול, הוא הועלה ל... דולר בתנאי שהאשה תקבל את הגט במועד הראשון שיקבע. עוד כתב ביה"ד, שאם למרות האמור תסרב האשה לקבל את הגט יהא הבעל רשאי לפעול לקבל היתר נישואין.

על פסק דין זה הוגש ערעורה הנוכחי של האשה.

ט. עמיתי הגר"א שרמן שליט"א כותב בנימוקיו לפסה"ד הראשון "בנסיבות שבנדון שבפנינו שהאשה חפצה באמת בשלוי"ב ודאי שסרובה לקבל גט אינו נובע מנקמנות גרידא".

והגר"ח איזירר שליט"א כותב בסוף דבריו, שנידון דידן אינו דומה **מבחינת העובדות לנידון שבישועות יעקב**, ובלשונו: "אבל בענין הנידון בתיק זה אין מצב של מאיס עלי ולא של טעם מבורר".

לעני"ד את **העובדות בתיק זה** יודע ביה"ד האזורי טוב יותר מאשר ביה"ד הגדול. בביה"ד האזורי התקיימו הרבה יותר דיונים מאשר בביה"ד הגדול, ובעיקר, ביה"ד האזורי קיים כמה שיחות בנפרד על כל צד, ועם הצדדים שלא בנוכחות באי כוחם, וכן עם בני המשפחה ויש להם משקל רב בהערכת ביה"ד את המצב העובדתי לאשורו.

לכן יש לקבל את חווה"ד של ביה"ד האזורי שכתב בפס"ד האחרון – קיץ תשס"ז:

"יודגש שאין אנו יכולים להצביע על אי מהם כאשם במצב שנוצר, אלא הנתק והפירוד ביניהם נובע מכורח הנסיבות של הצדדים שאי אפשר לרפאותו ולהעלות להם ארוכה, כך **שתביעת הבעל לגירושין היא הרבה מעבר לטענת מאיס עלי שהגדרתה – אונסא דליבא** כפי שכתב הבית יעקב בפ"י על תוס' ד"ה אבל אמרה מאיס עלי (כתובות סג,ב). אמנם האשה טוענת פורמלית ש"ב, אך **כאשר שומעים בפירוט את מסכת חייהם כאשר היו במשותף, יגיע כל אחד למסקנא שהפירוד ביניהם הוא לא רק מבחינה גיאוגרפית אלא גם נפשית**, כך שאנו נעשה עוול לשניהם אם ניתן למצב כזה להמשיך לאורך ימים.

**בתיק זה מפאת מכובדותם של הצדדים נמנענו מלהעלות את כל טיעוניהם בכתב, כך שיתכן כשיוצג התיק לערעור בפני כבוד הגאונים חברי ביה"ד הגדול שליט"א יגיעו למסקנא שונה.** אך אנו משוכנעים שעשינו כל אשר לאל ידינו לטוב הצדדים ולכב' הבורא ית' שמו כשפסקנו שהבעל יפצה את אשתו בסיכום כל תביעותיה בסך ... דולר".

הנה כב' ביה"ד האזורי עצמו מדגיש, שלא כתב את כל הטיעונים ששמע מפי הצדדים, וזאת על מנת שלא לפגוע בכבודם. והואיל ואנו מכירים היטב את חברי ביה"ד ואת ניסיונם רב השנים בביה"ד, אנו יכולים להיות סמוכים ובטוחים ששקלו היטב כל מילה לפני שכתבו את פסה"ד. הם מציינים, שיתכן שבגלל שלא כל הטענות נכתבו בפסה"ד, יגיע ביה"ד הגדול למסקנה שונה, ואע"פ כן החליטו שלא לכתבם.

לאור זאת קרוב לוודאי שאנו נעשה עוול לשני הצדדים אם נסמוך על הדברים המעטים שנאמרו בפנינו, ונתעלם ממסקנת ביה"ד האזורי שמדובר בהרבה יותר מאשר טענת 'מאיס עלי' מצד הבעל, ויפירוד נפשי של שני הצדדים זמ"ז.

וראה בפד"ר ה' עמ' 294, פס"ד של הגר"י הדס ז"ל, הגר"י אלשיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל, שכתבו, שהקביעה העובדתית (אם האשה מאוסה על הבעל) מסורה לביה"ד האזורי, לפי שיקוליו וראות עיניו, ולכן אין בידם לשנות את קביעת ביה"ד האזורי "עם כל ההיסוס שבדבר".  
וכן בפד"ר ז, עמ' 113, פס"ד של הגר"י אלשיב שליט"א והגר"ב זולטי זצ"ל, החזירו את התיק לבירור בביה"ד האזורי, האם כוונת האשה בסירובה להתגרש הוא מנקמנות גרידא או שכוונתה באמת לשלו"ב, ולא סמכו על מה שנאמר בפניהם בביה"ד הגדול.

י. יתר על כן, למעשה אין לבי"ד הגדול להתערב בקביעת העובדות. על פי תקנות הדיון יש שלוש עילות להגשת עירעור (תקנה קלה):

1. טעות בהלכה.
  2. טעות הנראית לעין בשיקול הדעת או בקביעת העובדות.
  3. פגם בניהול הדיון באופן המשפיע על תוצאות הדיון.
- וראה שוחטמן, סדר הדיון, עמ' 463, שאין להגיש ערעור שמשמעותו, הכחשת העובדות שביסודו של פסק הדין. כשם שאין ביה"ד הגדול מתערב בממצאים עובדתיים אחרים של ביה"ד האזורי.  
ושם, עמ' 450 הערה 32, דעת הרב הרצוג זצ"ל, **שכל כוחו של ביה"ד הגדול הוא רק לפי התקנות והחוק, ואין לו שום סמכות הלכתית לבקר את פסקי הדין שלא במסגרת התקנות.** וראה, שם, הערה 33 פס"ד של ביה"ד הגדול בהרכב הרבנים הגר"י הרצוג, הגר"ע הדאיה והר"מ בן מנחם ז"ל.

בנידון דיון אי אפשר להצביע על טעות בקביעת העובדות על ידי כבי ביה"ד האזורי. כי כאמור, ביה"ד שמע דברים רבים שלא נרשמו בפרוטוקול ולא נכתבו בפסה"ד משום כבודם של הצדדים. ובודאי שאין לטעון שיש כאן "טעות הנראית לעין", כנדרש על פי תקנות הדיון.

#### **נימוקים הלכתיים לענין החיוב במזונות:**

עמיתי הגר"א שרמן שליט"א האריך בנימוקים הלכתיים לפסה"ד הראשון (שנת תשס"ז) והגר"ח איזירר שליט"א כתב נימוקים הלכתיים נרחבים לפסה"ד הנוכחי. דבריהם נסובים על שיטות הר"ח פלאגי והר"א מזרחי והחולקים עליהם. מסקנת שניהם היא שלמעשה אין להתיר חדר"ג בהסתמך על שיטות הר"ח פלאגי והרא"ם ודעימיה.

אמנם לענין חיוב הבעל במזונות האשה, מסקנת הגר"ח איזירר שליט"א, שבטענת 'מאיס עלי' בטענה ברורה יש לפטור את הבעל ממזונות. אלא ש"בתיק זה אין מצב של מאיס עלי ולא של טעם מבורר". עוד כתב, "ויתכן שרוצה שלו"ב גם בגלל המזונות אבל אין זה מגרע ברצון לשלו"ב". עוד כתב, שיש הבדל בין מאיסות שיש לה סיבה, שאז ברור "שהדבר ישאר כך לעולם, ונמצא שהבעל מעוגן לעולם, אבל קטטות ומריבות יש להן סיבות ואפשר להשלים ולעקור את שרשן, ולא נתברר לנו כלל שאי אפשר לעקור את שרש המריבות".

על כך יש לעני"ד להשיב.

1. מבחינה עובדתית, כבר כתבתי למעלה שיש לקבל את קביעת כב' ביה"ד האזורי שכתב בפסה"ד: "שתביעת הבעל לגירושין היא הרבה מעבר לטענת מאיס עלי שהגדרתה – אונסא דליבא". ולאור קביעת ביה"ד האזורי שיש טעם מבורר ויותר מטענת 'מאיס עלי' של הבעל, ממילא יש לפטור את הבעל ממזונות.

וכן פסק ביה"ד הגדול (פד"ר ה' מ' 297, הדיינים: הגר"י הדס ז"ל, הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל).

2. ומה שכתב "ויתכן שרוצה שלו"ב גם בגלל המזונות אבל אין זה מגרע ברצון לשלו"ב", הנה בפס"ד של הגר"ש אלישיב שליט"א (פד"ר ז' עמ' 113), כתב, שאם אשה מחכה לבואו של הבעל הביתה אך ורק לשם מתן עזר וסעד לילדים הזקוקים לטיפול אב לפי דבריה, מבלי כל רצון ומחשבה לקומם הריסות חיי המשפחה ביניהם, הרי זה גיבובי דברים ופטומי מילי, ולא רצון לשלום בית.

קל וחומר, אם הצהרות האשה לשלום בית נועדו לאפשר לה לקבל מזונות מן הבעל. ולאחר שביה"ד האזורי כבר קבע שיש **פירוד נפשי** בין הצדדים, ברור שאין כיסוי להצהרות האשה, מלבד הרצון לקבל מזונות או פיצוי כספי גדול יותר.

וכבר כתבתי למעלה, שהנושא המרכזי בכל כתבי האשה וב"כ הם המזונות, ואילו לענין שלום הבית היא לא עשתה דבר ואפילו את תביעתה לשלו"ב הגישה יותר משנה לאחר שהבעל תבע גירושין.

3. ומה שכתב, שיש הבדל בין מאיסות שיש לה סיבה, שאז ברור "שהדבר ישאר כך לעולם, ונמצא שהבעל מעוגן לעולם, אבל קטטות ומריבות יש להן סיבות ואפשר להשלים ולעקור את שרשן, ולא נתברר לנו כלל שאי אפשר לעקור את שרש המריבות".

הנה בנידון דידן נעשו נסיונות אמיתיים על ידי ביה"ד האזורי לעקור את הקטטות והמריבות ולא הצליחו, ומסקנת ביה"ד האזורי שאין שום סיכוי לכך. ולכן יש לקבל את הערכת המציאות של ביה"ד האזורי. ובאמת כך כתב גם ביה"ד הגדול בהחלטתו הקודמת, שלא נראה סיכוי לשלוי"ב.

ועוד, הרי לכולי עלמא יש גבול לנסיונות של הפיוס ואי אפשר להשאיר מצב כזה לעולם. ואם הצדדים בנפרד יותר משש שנים, ברור שאפסו הסיכויים לעקור את שרש המריבות והקטטות. מה גם שהאשה מאשימה את ילדי הבעל בהסתה, ואת זה לא יהיה בידי ביה"ד לעקור. וראה פס"ד של ביה"ד הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, ח"ב עמ' 58, הדיינים: הגר"צ עוזיאל, הגר"א הרצוג, הגר"ש אזולאי), על סכסוך שעיקרו בגלל ילדי הבעל מנישואיו הקודמים, וביה"ד קבע שאין לדרוש מן הבעל להוציא את הילדים מן הבית, וכן אי אפשר לחייב את האשה לגור עמם, ולכן יש לבכר במקרה כזה את הגירושין, ואישר את פסה"ד של ביה"ד האזורי לחייב בגט, אלא שמגיע לאשה הכתובה.

4. ראה פד"ר ז' עמ' 113 (הדיינים הגר"י נסים ז"ל הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל), שכתבו, שגם אם לא נרחיק לכת כהגר"ח פלאגי לכוף האשה על גט, מכל מקום יש לאפשר לבעל להשליש גט וכתובה, ולהיפטר על ידי כך מהחייבים המוטלים עליו, וזאת על פי דברי הישועות יעקב סימן עז ומהר"ם מלובלין סימן א. והתיק הוחזר לבירור עובדתי נוסף בביה"ד האזורי לענין זה.

5. גם אם אין סומכין על דעת הבני אהובה (הלכות אישות פרק יד הלכה טו) לכוף אשה לקבל גט בטענת 'מאיס עלי' גרידא של הבעל, מכל מקום מצאנו שצירפו דעתו לענין פטור הבעל ממזונות האשה (וכשיש נימוקים נוספים צירפו דעתו גם לחיוב האשה בגירושין).

ראה לדוגמא, פד"ר ד, עמ' 357-358 (הדיינים: הגר"א הרצוג, הגר"ע הדאייא, הגר"ש אלישיב); פד"ר ז, עמ' 382-383 (הדיינים הגר"ש טנא ז"ל, הגר"י נשר ז"ל והגר"א הורביץ ז"ל). וכן בפד"ר יא, עמ' 23-27 (הגר"ש טנא ז"ל) ועמ' 44-46 (הגר"א הורביץ ז"ל) שהאריכו בטענת 'קים ליי של הבעל, ומסקנתם שאין בטענת קים לי לגרום לביה"ד להתיר חדר"ג, אך מאידך גיסא אין ביה"ד יכול לחייבו במזונות האשה, ולמסקנת פסה"ד ביטלו את פסה"ד למזונות שכבר ניתן בעבר.

6. בספר בני אהובה מדבר לא רק בטענת מאיסות גופנית, אלא גם **"בשאר טענות** שאילו ידעינן שהאמת כדבריו היה בידו לגרשה רק דאין אנו מאמינים לו, א"כ לענין הוצאות מזונות, יש לו לומר אני יודע שהאמת היא כדברי...".

וכן כתב הרמ"א (סימן עז סעיף ג): **"וי"א... אבל בנותנת אמתלא לדבריה כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממנו וכיוצא בזה אז דיינינן לה כדינא שתיקנו הגאונים"**. וראה מהר"א ששון, סימן קפו. וכן כתב בשו"ת הרש"ל סימן סט: **"בנידון זה שהיא אמרה שהוא מאוס עליה מחמת מעשיו הרעים, אין לך מאיס עלי גדול מזה, ומי לא יודה בזה שהוא מאיס ממש"**.

וכן כתבו בפד"ר ג, עמ' 231. וראה פד"ר יא עמ' 66-67 שהביא דעות הפוסקים בשאלה האם טענת 'מאיס עלי' היא בכל דבר או רק מאיסות בחיי אישות.

מכל מקום ודאי שגם בזה יוכל הבעל לטעון 'קים לי', ושוב אין לחייבו במזונות.

וראה אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בעריכת ז. ורהפטיג ח"ב, עמ' 39-40 שם פסק ביה"ד האזורי כתובה ופיצויים לאשה והוסיף (סעיף ו), שאם האשה תסרב לקבל את הגט בתנאים שקבע ביה"ד, **ידון ביה"ד בדבר מתן היתר נישואין לבעל**.

ביה"ד הגדול (הדיינים הגר"א הרצוג, הגרב"צ עוזיאל, הגר"ש אזולאי) קיבל חלקית את ערעור האשה וקבע שאין לחייב בקבלת גט. אעפ"כ כתב בפסה"ד (שם עמ' 40 סעיף ו), **שאם אחרי שהבעל ישליש את הסכום שקבעו לפרעון הכתובה והפיצויים, האשה תסרב לקבל גט, אפשר להפסידה מזונותיה**.

7. יש להוסיף שאין חשש בנידון דידן שמניעת המזונות תשמש כפיה ואילוץ האשה להתגרש, שהרי אנו רואים שהיא מסרבת להתגרש יותר משש שנים אע"פ שאין לה מזונות מן הבעל. ואין זה משנה אם היא מתקיימת ממעשה ידים או משכר דירה או מסיוע של בני משפחה. וכמו שכתבו והוכיחו בפסה"ד של ביה"ד הגדול הנ"ל בפד"ר א, עמ' 198-199.

לאור האמור, אין ספק שלאחר קביעת ביה"ד האזורי שטענת הבעל היא יותר מ'מאיס עלי', צדקו גם בפסיקתם שאין לחייב את הבעל במזונות.

### נימוקים הלכתיים לעניין חיוב בגירושין:

א. הגר"א שרמן שליט"א מסיק שדברי הגר"ח פלאגיי הם עצה והדרכה לביה"ד כיצד לנהוג במקרה כזה שבא לפניו, אין כוונתו לכפיית גט ממש. על כך יש להעיר.

הנה בפירוש שיטתו של הגר"ח פלאגיי מצאנו שלוש גישות של הדיינים: (א) גישת הגרי"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל (פד"ר ז' עמ' 111), שכאשר נראה לביה"ד שאין סיכוי לשלוי"ב, וסירוב האשה להתגרש נובע מנקמנות גרידא ולא מתוך אמונה שאפשר להחזיר את השלום ביניהם, דעת הגר"ח פלאגיי לכוף את הצדדים עד שיאמרו רוצה אני ליתן ולקבל גט.

אמנם ביה"ד עצמו הוסיף, כי אף אם לא נרחיק לכת כהגר"ח פלאגיי להתיר חדר"ג לכוף לגרש בעל כרחו, מכל מקום יש לאפשר בכה"ג לבעל להשליש גט וכתובה ולהפטר ממזונות ומהחיובים המוטלים על בעל כלפי אשתו. וכן נקטו הגר"ש דייכובסקי (פד"ר יא, עמ' 206) וביה"ד חיפה (פד"ר טו, עמ' 158-161).

(ב) גישת הגר"ש גורן ז"ל (פד"ר ט' עמ' 213-211), שהגר"ח פלאגיי מדבר רק באופנים שיש סיבות הלכתיות חשובות לכוף את האשה או הבעל על הגט. אבל אם הפירוד נובע מקטטות ומריבות גרידא, אע"פ שעברו שנים רבות ואין סיכוי שיחזרו לחיות יחד אין לכוף אחד מהם על הגט.

(ג) גישת הגר"מ אליהו שליט"א (פד"ר ט 222-220) שרק כאשר יש סיבה נוספת כמו מרידה של האשה יש לכוף על הגט או להתיר חדר"ג. וכן כתבו הגר"ע בצרי שליט"א (פד"ר יב עמ' 206-204) והגרא"י וולדינברג ז"ל (פד"ר יג, עמ' 360) והצטרפו אליו הגר"י קוליץ ז"ל והגר"א שפירא ז"ל.

לא בידינו להכריע במחלוקת זו, ובודאי שאין בידינו לדחות את דעת הגרי"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל. אך הואיך וגם הם לא כתבו באופן מוחלט שאפשר לכוף אשה על גט מכח סברה זו לבדה, לא נוכל להסתפק בסברה זו לבד לכוף על הגט.

ב. אבל נראה שיש לחייב בגירושין על פי דעת הבני אהובה. כי מה שכתבו בפד"ר א, עמ' 199 שאין לחייב בגירושין על סמך דברי הבני אהובה והבית יעקב, היינו כשאין טענת המאיס עלי מבוררת, ובאים מכח קים לי. אבל כאשר בפי הבעל טענה מבוררת למה האשה מאוסה עליו, וביה"ד משוכנע בדבר, בודאי שיש לחייב האשה להתגרש.

וכן כתב הגרש"ש קרליץ זצ"ל (עטרת שלמה, אה"ע ח"א, סימן כא עמ' צח-צט), שבעל שטוען מאיסה עלי באמתלא מבוררת אפשר לכופה להתגרש מכ"ש מאשה הטוענת מאיס עלי, וכדעת הבני אהובה ותומת ישרים, סימן קלט.

וכן משמע מהרבה פסקי הדין של בכירי הדיינים שאין לחייב בגט על סמך טענה אינה מבוררת אבל בטענה מבוררת מחייבים (ראה: פד"ר ג, עמ' 230-233, הדיינים: הגר"מ בן מנחם, הגר"י הדס, והגר"ב זולטי ז"ל; פד"ר ז, עמ' 382-383 הדיינים הגר"ש טנא ז"ל, הגר"י נשר ז"ל והגר"א הורביץ ז"ל. וכן בפד"ר יא, עמ' 23-27, הגר"ש טנא ז"ל, ועמ' 44-46 הגר"א הורביץ ז"ל).

ומה שכתב הגר"ח איזירר שליט"א לחלק בין טענת מאיס עלי של אשה, שלדעת הרמב"ם כופין לגרש מפני שיש חשש שתבעל בניגוד לרצונה, ובין טענת מאיסה עלי של בעל, שאין חשש זה.

הנה סברא כזו הביא הגרש"ש קרליץ זצ"ל (שם) בשם אחרים (אולי כוונתו לפסה"ד שבפד"ר א, עמ' 327-328), ודחה אותה מכל וכל, עיי"ש דבריו באורך.

וראה עוד, פד"ר יא, עמ' 24-26, מה שכתב הגר"ש טנא ז"ל, שאף לענין חדר"ג מועילה טענת יקים לי של הבעל אם עושה דין לעצמו ונושא אשה אחרת, ולא יקרא עברין.

ג. עוד יש לחייב בגירושין על פי שיטות הפוסקים שהביא הגר"א שרמן שליט"א (ערעור בתיק כהן מ. נ' כהן ס. נדפס בשורת הדין י, עמ' קכד-קלו) היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה'.

הוא מזכיר שם את דברי תעלומות לב לרבי אליהו חזן (אבן העזר ח"ב סי' א), שדן באיש שמאס באשתו ללא סיבה ובא בעלילות שכביכול היא חולה, ונבדקו דבריו ולא נמצאו נכונים, וכתב התעלומות לב, שאין זה תקנה לאשה שנחייב אותו במזונותיה, והיא תשב עגונה בודדה, וגם הוא ישב לבדו ולא ינצל מהרהורי עבירה. לאחר שכל ההשתדלויות שיחזור

אליה לא נישאו פרי ועברו יח חדש אין ביניהם קשר, **בנסיבות אלה יש לבית הדין לחייב את הבעל שיפייס אותה במתן הדמים וליתן לה גט.** והביא שם הסכמה של בית הדין בטרבולוס (לוב) בה נאמר, כשאדם מגרש את אשתו ללא סיבה מוצדקת ינסו בית הדין לדחות הגירושין זמן מה, שאולי יתפייסו ביניהם, ואם מתמשך הזמן ואין שלום אז **יחייבו אותם להתגרש ויסיפו לה שתות על כתובתה.**

כך נהג גם ביה"ד הגדול (הדיינים: הגר"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל, והגר"מ ראטה) בערעור **בו השאיר על כנו את חיוב הגירושין שפסק ביה"ד האזורי לאשה**, והחזיר את התיק לביה"ד האזורי לקבוע את שיעור הפיצוי שישלם הבעל לאשה (אוסף פסקי הדין של הרבנות הראשית לישראל, בעריכת ז. ורהפטיג, עמ' קנז).

כך נהג ביה"ד הגדול בתיק נוסף (הדיינים: הגר"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל, הגר"י קלמס, שם, עמ' פג-פה) **בו השאיר על כנו את פסק הדין של ביה"ד האזורי, שעל הצדדים להתגרש אבל שינה את שיעור הפיצויים.**

וכן יש להוסיף את פסק הדין המובא שם, עמ' נג-נה (הדיינים: הגר"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל, הגר"י קלמס), ש"כאשר ברור לבי"ד שהאשה אשמה בהפרעת חיים של שלום (אף שאין הדין מחייבה לקבלת גט) ושאינן תקוה עוד להחזרת שלום הבית על מכונו, כגון דא אפשר להתסמך על שיטה זו [=של הרא"ם] בצירוף פיצויים שלא להוציא אותה בלי משען ומשענה". עוד כתבו שם "ואם תסרב אחרי ההתראות הראויות לקבל את הגט, לדון בענין זה לחלצו ממסגר העיגון". היינו לתת לו היתר נישואין לשאת אשה על פניה.

ובפס"ד נוסף (שם, ח"ב עמ' 34, הדיינים: הגר"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל, הגר"י הדס) כתבו:

"עיקרו של המנהג לחיוב המגרש אשתו בפיצויים הרי הוא, כדי להרחיק מהתנגשות בחרם דרבינו גרשום, שהרי במניעת שאר כסות ועונה מהאשה, לפי דברי גאוני בתראי וגם קמאי, יש בה משום כפייה קבלת גט".

כלומר, שהפיצויים הם האיזון בין חדר"ג לבין הצורך להביא את הצדדים לגירושין, גם על ידי חיוב האשה.

ד. בכמה פסקי דין של ביה"ד הגדול ובתי הדין האזורי שדנים בשיטת הרא"ם והבני אהובה אנו מוצאים את ההוספה, שדעתו של ביה"ד

הגדול לערעורים היא, שבזמננו יש לנהוג בכל בתי הדין בישראל שלא כדעת הרא"ם, אם לא במקום שמן הדין חייב לגרשה, כגון בעוברת על דת משה ויהודית, או שרשאי לגרשה כגון בנשתטית (ראה: פד"ר א, עמ' 328, ביה"ד האזורי ת"א; פד"ר ד עמ' 340-341 ביה"ד הגדול (הגריש"א) פד"ר יב, עמ' 221 ביה"ד ת"א).

וחיפשתי מה המקור למנהג זה, ומצאתי באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית (ח"א עמ' נד, הדיינים: הגרי"א הרצוג, הרב"צ עוזיאל הגר"י קלמס) שכתבו:

"ידועה שיטת הרב אליהו מזרחי ז"ל... והגאון האמיתי ר' יצחק אלחנן בסוף ספרו נחל יצחק... ואמנם אין אנחנו עושים כהרא"ם ז"ל וחלילה לנו לעשות כן, ואם כך נפסוק נחריב ח"ו את חיי המשפחה בישראל **ומנהגנו עושה תקנת ב"ד** והקהילות ואין לזוז ממנו..." [הדגשה במקור]. וכן כתב שם העורך במסקנות פסה"ד: "מנהג בית הדין הגדול לערעורין ע"י הרבנות הראשית לא"י עושה תקנת בית דין והקהילות ואין לזוז ממנו".

כלומר שהרבנים הראשיים הם שיצרו את המנהג, וקבעו לראות בו תקנת ביה"ד והקהילות. לא אכנס לדון בתוקפו של מנהג כגון זה. מכל מקום גם אם נקבל את הדברים כלשונם, אין לך בו אלא חידוש. והואיל ואנו מוצאים פסקי דין אחרים של אותם דיינים שאשרו לחייב אשה בגט על סמך תשלום כתובה או פיצויים גם כאשר לא היה מקום לחייבה בגט על פי הדין, הרי שכך ראוי לנהוג בכל מקום שהדבר נראה נכון לפי דעת ביה"ד.

[ראה פס"ד של ביה"ד הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, ח"ב עמ' 58, הדיינים: הגרב"צ עוזיאל, הגרי"א הרצוג, הגר"ש אזולאי), על סכסוך שעיקרו בגלל ילדי הבעל מנישואיו הקודמים, וביה"ד קבע שאין לדרוש מן הבעל להוציא את הילדים מן הבית, וכן אי אפשר לחייב את האשה לגור עמם, ולכן יש לבכר במקרה כזה את הגירושין, ואישר את פסה"ד של ביה"ד האזורי לחייב בגט, אלא שמגיעה לאשה הכתובה].

בנידון דידן אי אפשר להצביע על טעות בקביעת העובדות על ידי כב' ביה"ד האזורי. כי כאמור, ביה"ד שמע דברים רבים שלא נרשמו בפרוטוקול ולא

נכתבו בפסה"ד משום כבודם של הצדדים. ובודאי שאין לטעון שיש כאן "טעות הנראית לעין", כנדרש על פי תקנות הדיון.

לכן אינני רואה עילה לבטל את פסק הדין, ויש לדחות את הערעור.

#### (-) אברהם שינפלד

עינתי במה שכתב הגר"א שינפלד ומצאתי לנכון להשיב.

ביה"ד האזורי כותב שאינו יכול להחליט מי אשם בפירוד. ז"א אין עילת גירושין נגד האשה.

מתוך הדברים שכתב הגר"א שינפלד עולה עילת גירושין שהאשה מביאה את הבעל לצורך לוותר על החזקת ילדו ולהכניס את הבעל למצב בלתי אפשרי כזה זה כשלעצמו עילת גירושין. שלש תשובות בדבר.

א. הילד היום גדל וגם בזמן ההחלטה של ביה"ד האזורי היה כבר מעל גיל 20.

ב. האשה טוענת שאין כיום בעיות בגין בנות שמתגררות או מתגררות עם בני הזוג.

ג. ביה"ד האזורי לא ראה בזה עילה של אשמה בפירוד.

מעיון בפרוטוקולים ומכתבי הבעל אנו רואים שהוא מדבר על האשה כבעלת ריב ומשום כך אינו יכול בשום פנים להמשיך לחיות אתה.

ביה"ד האזורי קובע שאין לראות שום סיכוי לשלוי"ב וכך גם בית דיננו. האשה עצמה מודה במקצת בענין המריבות וטוענת שהיו עליות וירידות כמו בכל זוג אולם מכחישה הטענות על היותה אשת ריב ומדון ועל מריבות קולניות תכופות.

יש אמנם מכתבים חתומים ע"י שכנות על הצעקות והמריבות שבקעו תדיר מדירתם תוך ציון שהדבר מפורסם בכל הסביבה.

אמנם השכנות לא נחקרו בביה"ד אבל אולי יש בדבריהם משום אמתלאות לטענת הבעל.

אמנם טענת הבעל לא ברורה. כבר כתבנו שהיו חיי אישות עד לפירוד ביניהם.

בענין מאיס עלי אם צריך שתהיה דוקא מאיסות באישות. נכון הדבר שאין צורך שהטוענת תטען מאיס עלי בענין חיי אישות אבל אנו מניחים שהטוענת מאיס עלי בסתמא אזי יש גם מאיסות בחיי אישות, אבל כאשר אנו יודעים שלא היתה מאיסות מחיי אישות הרי זה סותר הכל, הן ההנחה ביחס לחיי אישות והן הטענות שאינו מסוגל לחיות אתה בגלל המריבות. נזכיר גם שבדיון לפנינו ובדיונים בביה"ד האזורי ובמכתבי הרבנים מודגשת תביעתו של הבעל שתצא לעבודה ואם כן יסכים להשלים עמה. יתכן שבתקופת הפירוד הנמשכת זה למעלה מחמש שנים נתגברה המאיסות אבל זו התפתחות שקשה לתת לה הגדרה מדויקת שהרי העלנו כי בתקופה של "קדם הפירוד" לא היה מצב של מאיסות לא מחיי אישות ולא בכלל.

נראה שלמאיסות הנוכחית (שהבעל כותב במכתביו את ההגדרה מאיסה עלי) אין במה להאחז כי אם בסרבנות האשה להענות לדרישתו לקבל גט.

אמנם יש עדין מקום לומר שגם אם מאיס עלי אין כאן אבל יש כאן טעם מבורר שהאשה היא בעלת ריב והעובדה שלא מוכנת לצאת לעבוד מגבירה את הבטלה והבטלה מביאה לידי שעמום ומכאן המריבות.

אמנם האשה עצמה מכחישה את הטענות והמכתבים בדבר היותה בעלת ריב.

עולה אפוא שאין לנו הוכחה שהאשה היא בעלת ריב. אמנם יש אמתלאות חזקות שיש ביניהם מריבות קשות וצעקות שנשמעות בסביבה. אך אין אנו יודעים מי האשם בהם. לכן אין לנו גם מקום לתלות בטענה שמשיאתו שם רע.

הדבר הברור הוא שנראה לבי"ד שאין סיכוי לשלוי"ב וכי הצדדים לא יוכלו לחיות יחדיו בשלום ללא מריבות (שאין אנו יודעים מי האשם במריבות).

כמובן שיש להתייחס לכל המקורות של הפוסקים שגם בטוען מאיס עלי ואמתלאות אין מתירים לבעל לשאת אשה על פניה שהובאו על ידינו לעיל.

מתוך עיון בדברי ביה"ד האזורי אפשר לשמוע טענה מחודשת (שאולי לא נאמרה במפורש) שבזוג שאין סיכוי לעולם שיחיו ללא מריבות או שאין סיכוי שיחזרו לשלוי"ב בגלל פירוד ושנאה של הבעל לא גזר רבנו גרשום.

יש להשיב א. מי מוסמך לקבוע שלא יחזרו לעולם לש"ב. אם היה מי שמוסמך לכך אולי היינו אומרי שר"ג לא גזר בזה משום שתקנתו היתה לטובת האשה וכאן אין לה תקנה בגזרתו. אולם אם היינו מקבלים טענה זו

כי אז כל בעל יוכל להשיג היתר לבטול חדר"ג ע"י שיעורר מדנים עד לב השמים. על כן ודאי שרבנו גרשום לא לקח טענה זו כטענה מבוררת לבטול גזרותיו כי אם היינו מקבלים טעון זה אזי בטלה למעשה תקנת רגמ"ה.

לכן רק טענות על פגמים והתנהגות של האשה שאינם ביוזמת הבעל הם בגדר "טעם מבורר".

ג. בנוסף לזה גם לולא תקנת רגמ"ה לא יכול היה בעל לחייב את אשתו לקבל גט (כמו שמחייבים את הבעל) רק בטענות על מומים או התנהגות מוכחת של האשה. אבל כשיטען על מריבות (כשלא הוכח שהיא האשמה בכך שהיא בעלת הריב) ביניהם אין זו שום עילה לחייב אשה בגט או לחייב בעל בגט (כאשר אשה תובעת גט בגין מריבות ביניהם).

בענין התקנה שלא יגרש בעל כרחא לא ברור אם מועיל טעם מבורר או מועיל היתר ק"ר.

משום כך, לא נוכל לקבל את טענה שיש כאן "מאיס עלי באמתלאות מבוררות". כפי שכתבנו לא ברור כלל שיש כאן טענת מאיס עלי, כי יש לזה סתירות מהתנהגותם לפני הפירוד.

לא ברור שיש כאן אמתלאות כי האמתלאות הן שיש מריבות קולניות אך לא נאמר בהם שהאשה היא הגורם והיא בעל הריב.

הטענה שאין סיכוי כלל לש"ב לעולם אינה טעם מבורר להתיר חדר"ג או לחייב גט כי אם נחשוב כן בטלה תקנתו של ר"ג וע"כ שהוא לא כלל טיעון זה כטעם מבורר להתיר את החרם.

לאור הנ"ל אני מצטרף למסקנתו של יו"ר ההרכב הגר"א שרמן לקבל את הערעור ולהעביר התיק להרכב אחר לחלוטין.

#### **הערות לדעת הגר"א שינפלד לפי הסדר שנכתבו:**

בעניין "העובדות":

א. בניגוד לדברים האמורים הרי בדיון הראשון (חדשיים וחצי לאחר הגשת התביעה של הבעל) טענה האשה באופן ברור ומפורש שרצונה בשלו"ב. בנידון שלנו קיבל ביה"ד את גירסת האשה שהפירוד נוצר משום שהבעל תבע את הגירושין בתקופה שנסעה לביקור משפחה לרגל שמחה.

אשה שבעלה פתח בהליכי גירושין חשה עצמה נפגעת וכך נטען על ידה. על פי ההלכה הבעל הוא שצריך לפייסה (רשב"א בב"י סימן עז) לכן לא יפלא שהאשה לא הגישה תביעה לש"ב. אמנם בדיון הראשון הנ"ל אמרה את רצונה לש"ב במפורש.

ב. הגר"א שינפלד מביא פסה"ד של הרבנות הראשית ח"ב עמ' 58 שביה"ד קבע כי כאשר הסכסוך הוא בגין ילדי בני הזוג מנישואין קודמין אין לדרוש מן הבעל להוציא את הילדים מן הבית, וכן אי אפשר לחייב את האשה לגור עמהם. ולכן יש לבכר את הגירושין ואישר פס"ד לחייב את האשה בגט. והדבר תמוה. שהרי באהע"ז סימן פד אכן מבואר שכאשר יש סבירות שילדי הבעל או קרוביו מצרים לאשה אזי זכותה קיימת למדור שקט מבלעדיהם. ואם הבעל מציית להלכה שבסימן פד ונותן לאשה מדור בנפרד מהילדים אין סיבה לגירושין. גם אם הבעל מחלק את זמנו בין הילדים והאשה ומתגורר חלק מהזמן עם הילדים וחלק עם האשה אין בזה עילת גירושין.

יתכן שבפס"ד של ביה"ד הגדול הנ"ל היו פרטים נוספים אבל במקרה שלנו רשאי היה הבעל לשכור שתי דירות אחת לילדים ואחת לאשה ולחלק את זמנו. בין כך ובין כך הנושא אינו אקטואלי כי הבן הנידון התבגר ואינו בבית.

ג. מובא מהפרוטוקולים של ביה"ד:

הבעל טען כי הסכסוכים והמריבות פוגעים בבריאותו. השאלה כאן או החיים שלי או נישואין. ביה"ד האזורי משוחח עם הצדדים בלא באי כוחם ובעקבות השיחה אומר ביה"ד לצדדים: "ביה"ד מבהיר שאין שום סיכוי לש"ב הבעל טוען שזה פיקוח נפש גם אם האשה רוצה ש"ב אמיתי וצריכים לשמוע מה הפיצוי".

בסימן עז מבואר כי כאשר האשה טוענת מאיס עלי ויש עמה אמתלאות קובע הרמ"א שאין מחייבין אותה להיות עמו ולא אותו להיות עמה. אי"כ גם כשהבעל טוען שהיא מאוסה עליו ויש פקו"נ לא נחייב אותו לדור עמה ולא אותה לדור עמו ואין יותר פקו"נ. אבל לא נחייב גירושין כפי שהרמ"א בסימן עז לא מחייב הגירושין.

מה שרוצה היתר נישואין היא אינה בעיה של פקו"נ אלא שרוצה לשאת אשה על אשתו. ולפי מה שכתבנו לעיל אין לנו בסיס להתיר את החדר"ג בשל הקושי של הבעל.

ד. בהמשך כותב הגר"א שינפלד שיש להעדיף את התפיסה במציאות של ביה"ד האזורי בענין מאיס עלי ומצטט "הנתק והפירוד ביניהם נובע מכורח הנסיבות של הצדדים שאי אפשר לרפאתו ולהעלות להם ארוכה כך שתביעת הבעל לגירושין היא הרבה יותר מעבר לטענת מאיס עלי". הגר"א שינפלד מסביר את דברי ביה"ד האזורי כי לא מיתדר להו בדרגה הגבוהה הוא יותר ממאיס עלי. כיון שיש סיבות ונסיבות המרחיקות בין הצדדים ואי אפשר להעלות להן ארוכה. אמנם לפי מה שבררנו לעיל שאין כאן טענת מאיס עלי ולא הוכח שהאשה אשמה במריבות אלא מצב של מריבות הדדיות אין זו סיבה להתיר חדר"ג.

מצוטט מדברי ביה"ד האזורי ש"אנו נעשה עול לשניהם אם ניתן למצב כזה להמשך לאורך ימים. ואנו שואלים האם נאמר בזה זכין לאדם שלא בפניו והרי היא עומדת וצווחת אני רוצה שלו"ב. והרי גם אשה המוכנה למחול לבעל שישא אשה שניה אין מתירים לו.

ואף אם ביה"ד סבור שטובת שניהם בגירושין כלום רבנו גרשום נתן במקרה כזה היתר לבי"ד לבטל את החרם. גם אם אמנם זו טובת הצדדים אבל כדי שהחרם לא יתבטל ולמען ישאר בתוקפו ודאי שלא ניתן לבי"ד במקרה כזה לבטל את החרם. כלומר יתכן שבמקרים מסויימים לא יוכל בי"ד להתיר את החרם או לחייב גט למרות שצד אחד או שני הצדדים טובתם בכך אבל תוקף התקנה מחייב שלא יפרצו בה.

לפיכך גם אם ברור שאם יחזרו לש"יב ישארו בריב כל ימיהם (והחרם גם לא ישיג את מטרתו כי לא יבוא להם חיים משותפים) מ"מ כיון שאין באשה אשמה ולא עילה שר"ג קבע להתיר בה אין אנו יכולים לדרוש טעמא דקרא, כי לא רק טובת הצדדים חשובה אלא גם יציבותו של החרם.

גם באשה התובעת גירושין בטענת מאיס עלי ולביה"ד ברור שזה סופי ונחרץ ולא יחזור השלום לעולם מה שנקרא בערכאות "מות הנישואין" גם שם אין אנו יכולים לחייב את הבעל או לכופו אותו. כי בדין של "ונתן מרצונו" לא כתובה כפיה במקרה זה. במקום שחז"ל תיקנו כפיה הרי תיקנו שני דברים, שהאשה לא משועבדת בכה"ג וכן תיקנו חיוב על הבעל בדרגת כפיה, לענין מעשה נתינת הגט שיחשב כניתן לרצונו.

אבל במקרים שאנו מחדשים מדעתנו אפשר אולי לחדש שהאשה לא משועבדת וזה יסוד לפסק הרמ"א בסי' עז אבל חיוב בדרגת כפיה על מעשה הנתינה מנין לנו הכח לחדש.

בחיוב אשה להתגרש יש צדדים יותר חמורים מאשר בבעל.  
כי בבעל ש"לרצונו" הוא דין תורה אין צורך להגן על תוקפו של דין התורה משא"כ בתקנת ר"ג שיש צורך להגן על התקנה.  
ולכן אע"פ שבד"כ יש כלל שלא יהיה דינה של האשה חמור מדינו של האיש מ"מ פעמים שצריך להגן על תוקף התקנה כאשר יש חשש שאם נקל כו"ע יוכלו לפרוץ בכך והחרם לא יעמוד וכך זה המקרה שלנו.

**(-) חגי איזירר**

לאור האמור פוסקים כדעת הרוב.  
תיקי הצדדים יוחזרו לביה"ד האזורי, ויש להעביר הטיפול בתיקי הצדדים להרכב אחר.  
האשה זכאית להעלות את תביעותיה כולל תביעת המזונות בפני ההרכב החדש.

**(-) אברהם שינפלד**

**(-) חגי איזירר**

**(-) אברהם שרמן**

הרב יהודה שחור שליט"א  
דיין בבית הדין הרבני האזורי, רחובות

## דמי תיווך לעסק שהתברר אח"כ שהוא בהפסדים<sup>1</sup>

### ראשי הפרקים

א. המקרה

ב. טענות הצדדים

ג. הנימוקים:

1. טענת התובע על רשלנות והטעיה מצד הנתבע
2. האם די בזכרון דברים כדי לחייב בדמי תיווך
3. דמי תיווך בעסקת מקרקעין לפני הרישום בטאבו
4. האם בנידוננו העסקה בטלה מעיקרא
5. דמי תיווך כשהתבטל המקח מעיקרו מחמת מום
6. גובה הסכום שעל המתווך להחזיר

ד. מסקנה

### א. המקרה

התובע ביקש מהנתבע לתווך לו אולם שמחות בו יוכל להיכנס לשותפות וסוכם ביניהם על תשלום סכום מסוים כדמי תיווך.

הנתבע תיווך לתובע אולם שמחות ונכח במספר פגישות וסייע בניסוח זכרון הדברים שבין התובע לשותף בעל האולם.

התובע שילם לנתבע חלק מדמי התיווך כשהצדדים מכחישים זה את זה, האם שולמו מרבית דמי התיווך שסוכמו מראש או מקצתן. לאחר שהתובע שילם לבעל האולם עפ"י זכרון הדברים מרבית הסכום כדי להיכנס כשותף התברר לתובע, שהעסק שקוע בחובות גבוהים, ובית המשפט פסק שעל בעל האולם להחזיר לו כ- 70 אלף דולר, אך מאחר וישנם נושים רבים הכסף אינו ניתן לגביה ונגרמו לתובע נזקים גדולים כתוצאה מהעסקה.

כאמור, התובע שילם לנתבע חלק מדמי התיווך שסוכמו ביניהם.

---

<sup>1</sup> מתוך נימוקים לפס"ד, שניתן בבית הדין האזורי.

בפנינו כיום תביעת התובע, שהנתבע ישיב לו את דמי התיווך החלקיים ששילם ותביעה נגדית של הנתבע שהתובע ישלים לו את דמי התיווך שעדיין לא שילם.

לכל אחד מהצדדים גרסה אחרת מהו גובה הסכום החלקי שכבר שולם.

הצדדים חתמו בפני ביה"ד על שטר בוררות כחוק, המסמיך את ביה"ד לדון בתביעות הצדדים עד לגובה סכום דמי התיווך.

## **ב. טענות הצדדים**

התובע טוען שהפסדיו הגדולים נובעים מתיווכו של הנתבע שתיווך לו עסק ששקוע בחובות גדולים על אף שהנתבע ידע מכך ואמר לו שהכל בסדר והתובע סמך עליו, וגם אם לא ידע על היקף החובות מחובתו היתה לבדוק זאת במקומות המתאימים (כגון רשם החברות) ומאחר והמתווך עוסק בניהול אולמות שמחה, יש לו את הכישורים והיכולת לבדוק זאת.

משום כך, עליו לפצות את התובע בנזקים שנגרמו לו, וכ"ש שעליו להחזיר את הסכום החלקי שקיבל בגין דמי התיווך.

ב"כ התובע בסיכומיו הרחיב ופרש את היריעה מבחינה הלכתית והביא אסמכתאות ומקורות הלכתיים לפיהם, המתווך כיועץ בשכר, דינו כשומר שכר ועליו לשאת בהפסדים שנגרמו, עקב זאת שלא בצע את המוטל עליו (לידע על החובות, ובאם אינו יודע, לבדוק זאת).

מקורות הלכתיים נוספים הובאו, ולפיהם טוען ב"כ התובע שעסקה שבוטלה מחמת מום במקח, הרי היא בטלה מעיקרא, ולפיכך הסרסור חייב להחזיר דמי הסרסרות שקיבל.

הנתבע טוען שהוא לא ידע על חובותיו של בעל האולם ולא היה מוטל עליו כמתווך לברר זאת. הידע שלו מתמקד בניהול אולמות שמחה ושווק מכירת ארועים באולמות, אך לא בבדיקת מאזנים ומצב כלכלי של אולמות שמחה.

דבר זה היה צריך להתברר ע"י רואה החשבון של התובע, ואכן רוה"ח של התובע קיבל את הנתונים מספר שבועות לפני החתימה על זכרון הדברים ובדקם ואמר שהכל בסדר והיה עליו לבדוקם באופן יסודי. אם בדיקתו של הרו"ח הייתה רק מלמעלה ולא באופן יסודי, זה ענין שבין התובע לרו"ח שלו, ואינו קשור לנתבע, גם אם הרו"ח עשה זאת בחינם עבור לקוחו-התובע, אין

הדבר מעביר את האחריות לאי הבדיקה לפתחו של הנתבע שהינו רק מתווך והתובע סמך על הרו"ח שלו. ברגע שנחתם זכרון הדברים ושולמה המקדמה העסקה נגמרה וזכאי הוא למלוא דמי התיווך שסוכמו גם אם אח"כ התברר שהעסק בחובות.

המקורות ההלכתיים שהובאו ע"י ב"כ התובע עוסקים במקרה שסמכו על יועץ בשכר, אך במקרה זה לא סמכו על המתווך בהיבט הכלכלי אלא על רואה החשבון של התובע, לפיכך תובע הנתבע השלמת מלא דמי התיווך שסוכמו.

## **ג. הנימוקים**

### **1. טענת התובע על רשלנות והטעיה מצד הנתבע**

התובע טוען שהנתבע הטעהו באומרו שהכל בסדר, לא בררנו מה הוא הנוסח המדויק שאמר המתווך לפי טענת התובע, האם אמר "הכל בסדר" או שאמר "הכל בסדר ואין חובות". אם הוסיף שאין חובות אזי י"ל שהמתווך הטעה את הקונה, אך אם אמר "הכל בסדר" יש מקום לדון האם כוונתו באמירת "הכל בסדר" מתייחסת גם לכך שאין חובות או שמתייחסת למרכיבים אחרים בעסקה ועניין החובות יבורר ע"י רואה החשבון של הקונה.

התובע מוסיף שהנתבע ידע מהחובות. לא נתברר בפנינו האם זו טענת ברי או טענת שמא. בנוסף, טוען התובע שגם אם הנתבע לא ידע מהחובות, הוא התרשל בכך שלא בדק.

הנתבע מכחיש שלש הטענות הללו, וטוען שהוא לא הטעה, הוא לא ידע מהחובות ולא היה אמור לבדוק זאת, כי זה אינו תפקידו, והתובע סמך על רואה החשבון שלו.

אילו היה נידון בפנינו תביעת פיצוי בגין ההפסדים שנגרמו לתובע היה עלינו לברר ולהכריע בנקודות אלו. אך מאחר ובפנינו נדון רק התביעה ההדדית בעניין דמי התיווך אין צורך להכריע האם הייתה הטעיה או רשלנות מצד המתווך משום שגם ללא הטעיה או רשלנות חייב הוא להחזיר את דמי התיווך שקיבל וכפי שיתבאר לקמן.

## 2. האם די בזכרון דברים כדי לחייב בדמי תיווך

הפוסקים דנו באריכות האם החיוב בדמי שדכנות חל בזמן התנאים או בזמן הנישואין ומהו המנהג (וראה בזה מש"כ הרמ"א חו"מ ס"ס קפה ונו"כ ועוד) ודנו הפוסקים כשחזרו בהם מהשידוך לאחר התנאים קודם הנישואין מה הדין לענין דמי שדכנות.

כיוצ"ב יש לדון מה הוא השלב המחייב בדמי תיווך בעסקאות ממוניות.

בשו"ת הליכות ישראל (הרב גרוסמן) סי' ה' כותב שמשלמים דמי תיווך לאחר חתימת החוזה ואין להמתין לרישום בטאבו.

בהלכות מתווכים (הרב יוסף גולדברג) פרק ד' סעיף ח' מוסיף, שהמנהג בא"י לשלם עם חתימת החוזה וזכרון דברים שמתפקד כחוזה הרי הוא כחוזה, אך אם כתבו בזכרון דברים שיעשו אח"כ חוזה כנהוג אזי התיווך מחייב רק משעה שיחתמו על חוזה.

במשפטי התורה (הרב צבי שפיץ) ח"ב סי' לה' כותב שאם מוכח מזכרון הדברים שהגמ"ד רק אחרי חתימת החוזה אין זכרון הדברים מחייב בתווך אך אם ניסוחו של זכרון הדברים מחייב, חייבים בתווך אא"כ התנו אחרת. יש לעני"ד מקום לפלפל לפי ההגדרות לעיל מה הדין ואם יש נפ"מ בין ההגדרות הנ"ל כשעשו זכרון דברים מחייב, אך ציינו שיעשו אח"כ חוזה (וראה גם פד"ר יז עמ' 122).

אמנם בנדוננו נוסח זכרון הדברים מחייב ולא צויין בו שיעשו אח"כ חוזה (וכפי הנראה לא תוכנן לעשות אח"כ התקשרות בחוזה), ושולמו מלבד דמי הקדימה מרבית התשלומים של העסקה ולפיכך לפי כל ההגדרות לעיל, חתימת זכרון הדברים מחייבת בדמי תיווך.

## 3. דמי תיווך בעסקת מקרקעין לפני הרישום בטאבו

יש להעיר שבשו"ת הליכות ישראל הנ"ל סי' ה' דן מדוע חייבים בתיווך בזמן החוזה הרי לא נעשה עדיין רישום בטאבו, וכותב דקיי"ל כהחזו"א, שגם כיום הרישום בטאבו אינו מעכב גבי קנין קרקע. אמנם בפסקי דין רבניים רבים כגון פד"ר ו' 217; ו' 252; ו' 320; ו' 376; יב' 294 ובחיבורים נוספים דנו האם קיי"ל כהחזו"א חו"מ ליקוטים סי' טז' סק"ה, או שקנין הקרקע נגמר רק לאחר הרישום בטאבו ואכמ"ל (וכמו כן יש אולי לדון גם אליבא דהחזו"א שכתב דבריו בשנת תרח"צ, האם לשיטתו ישתנה הדין לאחר שנחקקו חוקי המקרקעין המעודכנים כגון חוק המקרקעין תשכ"ט ומה הדין ברוב החוזים

של מכירת דירות ומקרקעין שאינם מתייחסים לקנין אלא רק לזכות חכירה בקרקע שבבעלות מינהל מקרקעי ישראל).<sup>2</sup>

אך נלע"ד דכל הנידון לעיל אין לו כלל שייכות לדמי תיווך.

גם הפוסקים שחולקים על החזו"א וסוברים שגמר הקנין נעשה רק לאחר הרישום בטאבו, יודו שדמי תיווך ישולמו בחתימת החוזה.

הטעם לכך, כי דמי התיווך אינם משולמים בגין העברת הבעלות אלא בגין העסקה, והעסקה היא התחייבות של המוכר כלפי הקונה (תמורת התשלומים), למסור לו את החזקה בדירה (או במקרקעין) עד לתאריך מסוים ולהעביר הבעלות בטאבו תוך פרק זמן שנקבע בחוזה.

ואכן רוב החוזים מנוסחים בלשון של התחייבות ולא בלשון של מכירה, לא כתוב בחוזה מעין לשון המכר שבגמרא "שדי מכורה לך" אלא שהמוכר מתחייב למסור לקונה את החזקה ולהעביר הבעלות לקונה וכו' (וראה גם בפד"ר ו 217, ופד"ר ו 321 ופד"ר יב 296), לפיכך, עיסקת התיווך אינה תיווך של מכר אלא תיווך של התחייבות למכירה. וברגע שהתחייבות אינה הפיכה ולא ניתן לחזור ממנה העסקה הושלמה וזכאי המתווך לדמי תיווך.

בחוזי מקרקעין (או בזכרון דברים מחייב) אין אחד הצדדים יכול לחזור בו ללא הסכמת הצד השני וניתן לכופו לעמוד בהתחייבויותיו.

גם סעיף הקנסות שקיים במרבית החוזים אינו מאפשר לאחד הצדדים לחזור בו עם תשלום הקנס.

לפיכך, נלע"ד שגם לחולקים על החזו"א וסוברים שקנין המקרקעין נגמר רק ע"י הרישום בטאבו, יש לשלם דמי תיווך מיד בחתימת החוזה (או זכרון דברים מחייב), ואכן כך המנהג וכפי שצויין לעיל.

שונה המצב ביחס לשידוכין, גם כשנעשו תנאים יכול אחד מהצדדים לחזור בו קודם הקידושין גם ללא הסכמת השני, אלא שעליו לשלם קנס, משום כך דנו הפוסקים (בחזו"מ סי' קפה סעיף י ובנו"כ ועוד) מהו השלב המחייב האם השידוכין או הנישואין (והאם עצם הזכות לקבלת קנס מהווה סיבה לתשלום דמי תיווך, והאם הקנס הינו זכות כספית או פיצוי על בושה ומה הדין כשבפועל אין אפשרות לגבות הקנס).

<sup>2</sup> ראה משי"כ בענין זה בתחומין כו עמ' 374-372.

לפיכך, בנידונו, שזכרון הדברים נעשה בנוסח מחייב, פשוט הוא שזכרון הדברים הוא השלב המחייב בדמי תיווך.

#### 4. האם בנידונו העסקה בטלה מעיקרא

בהלכות מתווכים (פכ"ג ס"ז ופכ"ד סל"ב) מביא דברי הארחות משפטים, כשהקונה לא נהנה מהעסקה כי הדירה נשרפה דחייב בשכ"ט דהוי אונס שכיח והיה עליו להתנות ומדייק בדבריו שבאונס לא שכיח פטור ומציין בעמ' 41 מש"כ בפרק יב ובציון 13 שם, שדעת הפוסקים שבכל אונס זכאי המתווך לשכ"ט.

אמנם כל האמור לעיל אינו שייך לנידונו מאחר ובנד"ד לא מדובר על עסקה שנחתמה והקונה לא נהנה עקב אונס שארע אח"כ, אלא על עסקה שהתברר שנעשתה מתוך טענה של אי ידיעת היקף החובות והוי כמום במקח שמבטלו מעיקרו.

צודקת טענת ב"כ התובע שבכה"ג אין המתווך זכאי לשכ"ט.

הדברים נכונים גם אם אין המתווך אשם בהטעיה או רשלנות וכפי שנבאר בהמשך.

גם אם אולם השמחות ממשיך לפעול כיום על אף החובות, אין זה גורע מהעובדה שכניסתו של התובע לשותפות הינה מקח טעות עקב החובות הרבים (ואכן בעל האולם חוייב בביהמ"ש לשלם לו 70 אלף דולר שאין אפשרות לגבותם) ולפיכך, יש לקבוע, שהעסקה בטלה מעיקרא.

בנידונו, זכה הקונה בעקבות התיווך בפס"ד של ביהמ"ש שמחייב את בעל האולם לשלם לו 70 אלף דולר.

גם אם היינו מבררים שבסכום זה כלול לא רק החזר ההפסדים אלא גם פיצוי על עגמת נפש או קנס אחר, אין אפשרות לקונה לגבות כספים אלו בפועל (וגם אם בסופו של דבר יקבל סכום חלקי שיקטין במעט את הפסדיו הוא לא יזכה לקבל כסף כפצוי או קנס), ולפיכך הקונה לא נהנה בעסקה זו בקבלת קנס על ביטול העסקה.

משום כך, אין לדמות זאת לנדון בשידוכין (בחוי"מ סו"ס קפה ובנו"כ שם) האם יש לשלם דמי שדכנות כשחזרו מהשידוך, כי זכה ע"י התיווך בקנס, שהרי הישי"ש (ב"ק פ"י סקל"ט והו"ד בש"ך חוי"מ סי' קפה, ס"ק יג), כותב שאם אין אפשרות להוציא הקנס חייב השדכן להחזיר שכרו, וי"ל דה"ה

בנד"ד שהעסקה בטלה מחמת מום במקח והקונה לא ירוויח בעסקה זו קנס, ולפיכך, העסקה בטלה מעיקרא.

### 5. דמי תיווך כשהתבטל המקח מעיקרו מחמת מום

מקורות רבים באחרונים פוסקים שעסקה שהתבטלה מעיקרא עקב מום, פגם וכד' אינה מזכה בדמי תיווך.

המשפט שלום (שבדרון) סי' פה סעי' י פסק כדעת שו"ת שער אפרים סי' קנ שאם נתקלקל המקח מאיזה סיבה, ודאי שפטור מלשלם לסרסור. ובספר פני הבית סי' קפה כותב שנראה מדברי השער אפרים שאם חזרו בגלל מום או בטול מקח אינו יכול לתבוע סרסורו דהוי כאילו לא עשה הסרסור כלום.

ובפעולת צדיק (סי' קיט, קכ) מביא בשם שער אפרים שאפילו אם אח"כ נתקלקלה הסחורה (כגון המובא ברמ"א חו"מ רצד,ו לגבי חוב בטוח שהתקלקל) דכיון שנתקלקל הוי כאילו לא גמרו כלל ולכן מסיק בפעולת צדיק דכה"ג פטור מלשלם לסרסור וכן נלע"ד כשמעיינים במקור הדברים בספר שו"ת שער אפרים (מווילנא) סי' קנ וכפי שדייק ממנו בספר פעולת צדיק. גם מסתימת לשון המשפט שלום נראה שהפטור קיים אפילו אם התקלקל המקח אח"כ וכ"ש בנדון דידן שהמום היה מעיקרו.

ובעטרת ישראל (מובשוביץ) תשובות סי' טז כותב שאם התברר שהחתן נוכל ורמאי בטלו השידוכין מעיקרא מחמת מום והפסיד שכרו ואם נטל שכרו יחזיר (ובהמשך כותב דיש לחלק דלא בכל בטול שידוך יחזיר השדכנות, וכנראה כוונתו שלא בכל ביטול שידוך, סיבת הבטול נובעת ממום). יש לציין שבתשובה זו דן העטרת ישראל בחיוב השדכן בהיזק שגרם (אם ידע מהמום ולא גילה), וכותב סברא שאין לחייבו כי ידוע שלא נותנים אמון בדברי השדכן ולא עליו סומכים.

הרחבת סברא זו גם לגבי מתווכים, שהעולם לא מסתמך בוודאות על מתווכים ומבררים בעצמם, נזכרת גם בהלכות מתווכים (פטי"ו סוף הערה 23) כאפשרות וכנראה סבר שאין חילוק בזה בין מתווך לשדכן וצ"ע לדינא ויתכן ויש לשקול כל מקרה לגופו ואכמ"ל. ושמעתי מהגרי"י אלמליח שליט"א שסברא זו לגבי מתווך מובאת גם בספר כתונת יוסף (ברדוגו).

גם בספרי זמננו כתבו כאמור לעיל. בספר פתחי חושן (שכירות פי"ד סעיף יד) כותב בשם לבושי מרדכי חו"מ סי' טו שאם נתבטל השידוך מחמת מום הו"ל מקח טעות מעיקרו וצריך השדכן להחזיר השכר וכ"ש כשידע מהמום ולא

הודיע (וכ"כ בפתחי חושן שם הע' יז) ובספר הליכות ישראל (גרוסמן) סי' ו כתב שאם העסקה מקולקלת מלכתחילה והמקח נעשה בטעות ונתבטל למפרע יחזיר המתווך שכרו שנטל. וכ"כ שם בהרחבה בסי' ט דבמקח טעות מתבטל המקח מעיקרא (ולכן הקונה ישלם למוכר דמי שכירות או דמי אכילת פירות וכד' כמבואר בשו"ע חו"מ סי' רלב, סט"ו), וכעין זה כתב בסי' י גבי נתגלה מום בשידוך דיחזיר דמי השדכנות.

ובסי' יא מבאר שהצדדים מינוהו לעשות שידוך ואם יש מום אין זה כלל שידוך והקנין בטל מעיקרו וכאילו לא נעשה, וכן פסק בהלכות מתווכים (פטו סעיף יז) שאם התבטל המקח מחמת פגם יחזיר השכ"ט שקיבל גם אם לא העלים הפגם וכ"כ גבי שידוך במשפטי התורה (ח"ב סי' לב).

יש להעיר, שלשון שו"ת לבושי מרדכי סי' טו שהוזכר לעיל אינה ברורה ואינה חד משמעית דכתב גבי שידוך שהתבטל מחמת מום דיחזיר השדכנות וכ"ש הכא שמעיקרא היה מקח טעות (מחמת המום) דהיה לו להודיע. לא ברור מלשונו האם הכל שכן נובע מחמת שהמום בטל מעיקרא או מחמת שהיה לו להודיע והנפ"מ במום מעיקרא במקרה שהשדכן לא ידע. וה"ה בנידונו לפי טענת המתווך שלא ידע מהחובות.

כמו כן, בחלק מהמקורות כותבים שבמום פטור מדמי תיווך ושדכנות ואין הדגשה האם רק פטור מלשלם או שיכול להוציא מהשדכן מה ששילם אך ישנם די מקורות, שכותבים במפורש שבמום מעיקרו יחזיר דמי התיווך והשדכנות שקיבל גם אם לא ידע מהמום.

יש לציין, שבשו"ת דברי מלכיאל ח"ו סי' נד שהוזכר בסיכומי ב"כ התובע כתב שאין צריך לשלם דמי סרסרות כי לא נגמר הדבר אך צריך לשלם דמי טרחו (וראה גם פתחי חושן שכירות פי"ד הע' טז).

בנידון דידן למתווך היתה טירחה כגון: פגישות תיווך, הכנת זכרון דברים, פגישות להסדרת צוות עובדים שיתאימו האולם בכשרות מהדרין-גלאט ועוד. אלו טירחות מקובלות שעושה אותם המתווך כדי לסייע ולשכנע את הצדדים בכדאיות העסקה ושכרו אינו על הטירחה ואינו נמדד לפי גודל הטרחה אלא לפי התוצאה, שהיא השלמת העסקה.

אך לפי האמור לעיל גם אם אין דמי תיווך אולי זכאי עכ"פ לדמי טרחו.

אלא שנראה שיש חילוק בין נידונו של הדברי מלכיאל לנד"ד.

בנידון הדברי מלכיאל הועילה העיסקה שהתבטלה לגבי הקנס, כמו"כ מדובר על חזרה מהעסקה ולא על מום שמבטלו מעיקרא משא"כ בנד"ד שהעסקה לא הועילה לקנס וגם בטלה מעיקרא (ואולי אף פשע בכך שלא ברר, ולפי טענת התובע אף ידע מהמום והעלימו), לפיכך נלע"ד שאין המתווך זכאי לדמי טרחו בנד"ד שהמקח בטל מחמת מום וכפי שנראה בפוסקים הרבים שהבאנו לעיל.

כיוצ"ב י"ל גבי מש"כ בשו"ת נחפה בכסף (חו"מ סי' כו) שאם הסרסור קנה עבור הקונה ארגו סגור והתברר שהסחורה מזוייפת ופגומה לא יפסיד הסרסור שכרו שנטל, כי השלים מלאכתו אף שלא נהנה המשלח (עיי"ש באמצע דף קלו, א ובתחילת דף קלו, ב). אך ישנם כמה טעמים לומר דנד"ד שאני: א) בנד"ד יתכן וידע והטעה כטענת התובע או עכ"פ מוטל היה עליו לברר. ב) בהלכות מתווכים (פט"ו סעיף יט) לומד בדעת הנחפה בכסף דכ"ז אם המתווך הוכיח שלא ידע מהפגם ובנד"ד הנתבע מכחיש שידע אך אין הוכחה לכך. ג) בהלכות מתווכים (שם בהערה), כותב שיש מקום לחלוק על הנחפה בכסף במקרה שיוזמת התיווך בין הצדדים היא של המתווך. בנוסף, וכאמור לעיל, מסתימת רוב הפוסקים לא נראה שסברו כן ולדעתם חייב השדכן והמתווך להחזיר מה שקבלו ואפילו לא ידעו מהמום.

לסיכום: בנידוננו העיסקה בטלה מעיקרא מחמת מום ולפיכך יחזיר המתווך לתובע את דמי התיווך החלקיים שקיבל.

#### **6. גובה הסכום שעל המתווך להחזיר**

מאחר ועל המתווך להחזיר דמי התיווך שקיבל יש לברר מהו גובה הסכום שעליו להחזיר. כאמור הצדדים מכחישים זה את זה, מה הוא הסכום החלקי ששולם כדמי תיווך.

התובע טוען ששילם 3000 דולר והנתבע טוען שקיבל כ- 1200 דולר, לאור האמור פשוט הוא שהנתבע חייב להחזיר סך 1200 דולר וישנה הכחשה על 1800 דולר נוספים.

יש לברר האם חייב המתווך שבועה על סכום ההכחשה מדין מודה במקצת, שהרי נתחייב במקצת.

אמנם מצינו בכך מחלוקת בפוסקים משום שהוא לא נתחייב מכח הודאתו ולא מכח העדאת עדים, אלא שביה"ד פסק שלפי דבריו הוא חייב לשלם. דעת הסמ"ע (חו"מ סי' פז סקט"ז לגבי רבית) דכה"ג פטור משבועת מב"מ, וכ"פ

בקצות החושן (סי' עה סק"ב), ואילו הש"ך (סי' עה, סקיי"ט) והנתיבות (משה"כ שם סקיי"ד) פסקו שכה"ג יש שבועת מב"מ (וקשור גם להבנת דברי בעל התרומות ותשובת הרשב"א ואכמ"ל).

לפיכך, יש בנידוננו מחלוקת הפוסקים האם הנתבע חייב שבועה דאורייתא של מוב"מ (ופשוט שאין כאן שייכות למחלוקת רמב"ם וראב"ד בענין דמי קרקע, שהרי מדובר על תיווך ולא על דמי המקח וכ"ש כשהמקח אינו קרקע אלא הצטרפות לשותפות ואכמ"ל).

לפיכך יש לעני"ד מקום לחייב את הצדדים בפשרת שליש על סכום ההכחשה כתחליף לשבועה:

חדא, דיש פוסקים שחייב שבועת מב"מ דאורייתא, וגם לחולקים הרי הוא חייב עכ"פ שבועת היסת, כמו"כ לטענת התובע המתווך ידע והטעה וגם אם לא הטעה טוען התובע שהנתבע פשע שלא בדק והיה מקום לדון האם לחייבו גם בנזקים שנגרמו (אלא שלא נידון בפנינו) ובנוסף יתכן וישנה אומדנא מכח נסיבות הענין וממהלך הדיון ששילם יותר מסכום של 1200 דולר, ויש לכך גם חיזוק מהמועד המאוחר בו הופקה הקבלה ויתכן והוצאה קבלה על סכום חלקי.

לפיכך נראה שיש לחייב את הנתבע בשליש מההפרש, דהיינו עוד 600 דולר בנוסף ל- 1200 דולר.

כל האמור הוא כפשרה מאחר ואין לביה"ד ידיעה ברורה כמה שולם כדמי תיווך. הצדדים עצמם בביה"ד מכחישים זא"ז אך הם יודעים בבירור האם שולמו 1200 או 3000 דולר ולפי ד"ת על המתווך להחזיר לתובע את הסכום המדויק שקבל.

#### **ד. מסקנה**

לאור האמור לעיל יש לפסוק שעל הנתבע לשלם לתובע את הסכום החלקי שקיבל כדמי תיווך. 1200 דולר אינם שנויים במחלוקת ועל 1800 דולר שהצדדים מכחישים זא"ז יש לחייבו בפשרה על תשלום חלקי של 600 דולר ובסך כולל עליו לשלם 1800 דולר.

## החזרת תשלום ששולם למעון\*

**תובע:** הילדה שלי הייתה במעון של הרב יעקב מחודש מרץ 2008 עד אמצע חודש יולי. אנו נדרשנו לשלם מראש בשיקים עבור כל השנה, ולכן הפקדתי כבר בתחילה את כל השיקים עד לחודש אוגוסט (כולל). מכיון שהוצאתי את בני באמצע חודש יולי אני תובע בחזרה את התשלום עבור חודש אוגוסט. אמנם לגבי החודש השביעי אין לי תביעה אע"פ שהיינו רק חצי חודש, אך לגבי החודש השמיני אני רוצה את כספי בסך 665 ש"ח בחזרה. אמרתי לרב יעקב שאני רוצה את כספי בחזרה, והוא אמר לי שע"פ כללי המשרד למסחר מי שמוציא את הילד לאחר החודש החמישי משלם עד סוף השנה. טענתי היא שלא ידעתי מכללים אלו ולא נאמרו לי מראש. ביקשתי שלא יפרע את השיק הזה, ואעפ"כ הוא נפרע.

**נתבע:** המעון אצלנו מסובסד מכספי המשרד למסחר, זאת אומרת שעל כל תינוק ההורים משלמים סך של 665 ש"ח והמשרד למסחר מוסיף עד לכ-1600 ש"ח. ע"פ הכללים של המשרד למסחר כל מי שמוציא את ילדו קודם לחודש החמישי משלם עד סוף החודש אך מי שמוציא מהחודש החמישי ואילך משלם עד סוף השנה. אמנם מי שקובע למעשה בענייני הכספים של המעון אינו המשרד למסחר אלא אנו מנהלי המעון, אך הכללים של המשרד למסחר הם כנ"ל וזהו מה שמקובל. אכן אני מודה שלא נאמר לעמיחי מראש על כך, אך זהו מה שנהוג לפעול על פי כללים אלו.

### בירור הדין

במקרה שלפנינו נראה שיש לדון בזה מצד שכירות פועלים, בעל המעון הוא למעשה פועל<sup>1</sup> שנשתעבד לעבוד אצל בעה"ב תקופה מסויימת, בנדון דידן עד אוגוסט 2008, ואילו התובע הרי הוא בעה"ב שמתחייב לשלם לפועל תמורת העבודה.

---

\* פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות שע"י ישיבת ההסדר בשדרות.

<sup>1</sup> ועיין בפתחי חושן הלכות שכירות (פ"ז סק"ד, סק"ט).

הוצאת הילדה באמצע התקופה הרי זו הפסקת עבודה באמצע תקופת שכירות הפועל.

### מה היא תקופת השכירות?

בהגדרת תקופת השכירות, נראה שיש להחשיב זאת כשכירות אחת לכל התקופה אע"פ שמגדירים את התשלום כתשלום חודשי בסוף כל חודש וחודש.

והסברא בכך היא שישנה רגילות אצל אנשים להחשיב את שנת הלימודים כחטיבה אחת. ואף שמצורת התשלום החודשית נראה כי מדובר על שכירות חודשית, מכל מקום זהו רק לגבי זמן הפירעון אך לא להגדרת קנין הפועל. זו משמעות פסק הרמ"א שכתב: "מלמד שהשכיר עצמו לשתי שנים והתחיל שנה ראשונה, מקרי התחלה גם לשנה שניה; וה"ה כל פועל" (שלג ב). מסתבר שמדובר על קביעת השכר שנתית ובכל זאת חידש הרמ"א שאנו רואים את שתי השנים כשכירות אחת.<sup>2</sup>

לכן בנדון דידן אע"פ שהתשלום הוא חודשי, כל התקופה הרי היא שכירות אחת.

### האם הסיכום מחייב?

במקרה שלנו היה מעשה קנין, שהרי שכירות פועל נקנית בכסף (נתה"מ שלג סק"א), והרי שולם להנהלת המעון בשיקים מראש וניתן לראותם כקנין כסף.

<sup>2</sup> בחזו"א ב"ק סימן כג, ב משמע אחרת.

והנה הרמ"א (אורח חיים סימן שו ס"ד) כתב בענין שכר שבת: "ואם שכרו לחודש והתנה לשלם לו כל יום כך וכך, מקרי שכיר יום" (ר"ן ס"פ אע"פ). וכוונתו שמחמת כך אין לו לשלם לו עבור שבת אפילו בהבלעה עם כל החודש, כיון שכל יום הוא שכירות בפני"ע. ולכאורה מכאן שאם שכר פועל לתקופה ארוכה וסיכם עמו על תשלום חודשי, כל חודש הוא שכירות בפני"ע ולא כמו שנתבאר.

אלא שכבר כתב בביאור הלכה (ד"ה והתנה שם) לחלק בין מצב שהשכירות היתה לחודש ימים ובעה"ב הסכים לפרוע בסוף כל יום, דהיינו שאע"פ שמעיקר הדין שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, בעה"ב חייב עצמו יותר מעיקר חיובו וזמן הפירעון הוא כבר בסוף יום העבודה, משא"כ בנדון של הרמ"א משמעות התנאי היא שכל יום הוא שכירות בפני"ע, ויכול לחזור בו ולא ישלם אלא על מה שעבר כבר. ולפי"ז ניחא שבנדון דידן יש לומר שכל התקופה היא שכירות אחת אלא שיש כאן התחייבות לגבי זמן הפירעון של בעה"ב שהוא בסוף חודש ולא רק בסוף התקופה.

בנוסף יש כאן תחילת עבודה ונתבאר בשו"ע (שלג, ב) שתחילת העבודה יוצרת כבר את שעבודו של בעה"ב כלפי הפועל.

#### **חזרת המעביד מההסכם - שכר פועל בטל**

במקרה של חזרת בעה"ב באמצע זמן השכירות מבואר בשו"ע (שלג, ב) שאם חזר בו בעה"ב ולא מוצא הפועל להשתכר אצל אחר במקומו הרי חובת בעה"ב לשלם לפועל כפועל בטל. אמנם כל זה כאשר חזרת בעה"ב אינה מחמת אונס, אך אם היא מחמת אונס הרי הוא פטור כמבואר בשו"ע (שם).

בנדון דידן חזרת בעה"ב היא מחמת מעבר דירה למקום אחר שנעשה מרצונו ללא אונס, לכן נראה שיש לחייבו בתשלום שכר לבעל המעון כפועל בטל.

אולם יש לקחת בחשבון את העובדה כי בחודש השמיני המעון פעיל רק שבוע אחד מתוך החודש ובכל שאר הזמן ישנה חופשה לצוות. בחודש הזה הפועל מקבל כל שכרו אע"פ שהוא בטל, א"כ כאן אין להוריד כלל משכרו מחמת בטלתו, שהרי מתחילה סוכם שהוא יתבטל בזמן זה ויקבל כל שכרו. וא"כ נראה שעל שלושת שבועות החופשה יש לשלם את כל השכר, ועל השבוע הראשון שבו בדרך כלל ישנה עבודה יש לפחות מהשכר הרגיל ולשלם רק כפועל בטל.

מהו שכרו של "פועל בטל"? בפתחי חושן (שכירות פ"י סק"י בסופו) כתב בשם הטי"ז שהוא חצי משכר הפועל, אך מדברי הראשונים הרשב"א והרא"ש משמע שפוחתין קצת. לכן למעשה נראה לפי התחשיב שההורים משלמים ליום כ-26 ש"ח, נראה שיש להחשיב שכר בטלה כ-20 ש"ח ליום. וא"כ לשמונה ימי עבודה יש להפחית מהשכר הכולל 48 ש"ח.

#### **מנהג המדינה**

וכל זה כשאין מנהג ידוע, אך אם יש מנהג בעניינים אלו יש לילך אחר מנהג העולם בעניינים אלו של הסכם בין המעביד לעובד, כלל גדול הוא בשכירות פועלים "הכל כמנהג המדינה" כמבואר בשו"ע (שלא, א-ב).

אך בנדון דידן לא נאמר במפורש להורים שום הוראות בזמן הרישום ואפילו אמירה כללית שיש חוקי משרד המסחר, לא נאמרה להם. לכן טענת התובע שהכללים הללו לא חלים עליו, בבסיסה, נכונה.

הוראות המשרד למסחר היא שהפסקה מצד ההורים מהחודש החמישי ואילך מחייבת תשלום עד סוף השנה.<sup>3</sup> אם ההוראה של משרד המסחר הייתה מפורסמת, ובגדר מנהג ידוע, הרי הדבר היה מחייב את התובע אף שלא הכיר את המנהג.

כאשר ישנו מנהג מפורסם לכל אזי האדם מחוייב בכך אף ללא ידיעתו. גם אם לא ידעו אותו משום שעל דעת המנהג הכניס את ילדיו.

במקרה שלנו אין מנהג ברור, המשרד נותן הוראות רק כלפי המעון אבל השאיר לעמותה להחליט כיצד לנהוג עם ההורים. יש שנוהגים לבחון את הנסיבות מדוע הייתה הפסקת ההסכם. ולגבי החודש השמיני שבלאו הכי רובו ככולו הוא ימי חופשה מקובל יותר לגבות תשלום עבור חודש זה למרות שהילדה לא היתה כלל במעון. אך בסופו של דבר אין כאן מנהג קבוע ממש, ומידי ספק לא יצאנו מבחינה זו.

מ"מ ע"פ מה שנתבאר לעיל נראה שמצד עיקר הדין בהלכות שכירות פועלים לגבי החודש השמיני יש לשלם כפועל בטל עבור שמונת הימים הראשונים, ותשלום מלא עבור שאר ימי החודש.

לסיכום פסק הדין, הנתבע צריך להחזיר סך של 48 ש"ח. והאמת והשלום אהבו

הרב אריאל בר-אלי                      הרב שלמה בן יאיר                      הרב דרור טויל

<sup>3</sup> יש לבחון ענין נוסף. לפי הוראות משרד הרווחה התשלום השנתי למעון הוא עבור 11 חודשים ולא 12. והסיבה לכך היא כיון שבחודש האחרון ישנה חופשה בת שלושה שבועות, והתשלום עבור חודש זה נכלל בחודשים הקודמים. אלא שישנם מנהלי מעונות שמאפשרים תשלום נפרד על החודש השמיני בפני"ע כמו שנהגו בנדון דידן. אך נראה שגם אם נניח שיש לילך אחר ההוראות של משרד המשרד למסחר והשעבוד עבור החודש של החופשה כלול בחודשים הקודמים, ולפ"ז נראה שבכל חודש יש לשלם רק 1/11 מתשלום החופשה של החודש השמיני, וא"כ במקרה שלפנינו שהתינוק נכנס למעון באמצע השנה רק מהחודש השלישי, א"כ אמור הוא לשלם רק 5/11 מן החודש השמיני שהוא כמחצית בלבד, ונמצא לכאורה שיש להקל על הנתבע מחמת כך. אך כל זה אם נניח שההסכם הוא ע"פ הוראות משרד הרווחה, אך אם נתחשב בהוראות אלו כבר נתבאר שכיון שהוצאת הילד היתה לאחר החודש החמישי היה צריך לשלם את כל השכר עד סוף השנה, לכן לא ניתן להקל מחמת כך, ויש לדון כעיקר הדין בשכירות פועלים.

## חזרה מפשרה

### העובדות המוסכמות

התובע הוא קבלן שיפוצים, הוזמן לשפץ קראוונים במוסד חינוכי. סוכם איתו על שכר של 420,000 ש"ח עבור 20 קראוונים. סוכם כי התחלת העבודה תהיה ביום שבו יועבר סכום הכסף הראשון.

העברת הכסף התעכבה אולם מנהל המוסד הבהיר לתובע שמבחינתו העבודה חייבת להיגמר בזמן היות ובאים תלמידים חדשים, לשם כך הוא מוכן להוסיף תשלום.

התובע שכר צוות עובדים שעבדו "סביב השעון" וסיים את העבודה באיחור קל.

התובע ביקש תוספת של 90,000 ש"ח עבור החריגות הנובעות מלחץ הזמן. מנהל המוסד הודיע שאין לו אפשרות לשלם סכום זה. בעקבות הדברים הללו הם הגיעו לבית דין רבני ושם הצליחו להגיע להסכמה על פשרה על סך 30,000 ש"ח בלבד.

התובע הסכים לסכום זה בגלל הלחץ של בעלי החובות עליו ובגלל שהוא מעריך את המוסד ומאמין למנהל הטוען שאין למוסד כסף. המנהל דיבר על כך שהוא יעסיק אותו בעבודות בעתיד ואם יוטב המצב הכלכלי הוא אף יפצה אותו.

באותו מעמד הופיע מטעם המוסד עובד שטען שהקראוונים לא נבנו כראוי וישנה בעיה קשה ברצפה שלהם. לדעתו צריך עכשיו לצקת בטון בעלות גבוהה על מנת לסתום את החלל שיש בין הרצפה לאדמה. לדבריו הסכום שהתובע קיבל בפשרה הוא הוגן!

### טענות התובע

היום, לאחר שבע שנים מבקש התובע לקבל עוד 40,000 ש"ח לכיסוי החובות שנוצרו בזמן העבודה.

התובע טוען שבזמן הפשרה הוא לא יכול היה לדעת את היקף החובות שהיו לו על הפרויקט. חלק מהפועלים הגישו את דו"ח שעות עבודה רק לאחר הפשרה וכן הגיעו אליו דרישות תשלום מחנויות לאספקה טכנית שלא היו

ידועות לו בזמן הפשרה. עקב המאמץ לסיים בזמן לא היה מעקב מסודר אחר ההזמנות. נכון להיום יש לתובע חוב על סך 40,000 ש"ח ואותו הוא תובע.

### **טענות הנתבע**

מנהל המוסד מאמין לתובע שאכן יש לו גרעון של 40,000 ש"ח אולם הוא לא יודע האם מותר לו לשלם מכספי המוסד סכום זה מאחר והייתה הסכמה על פשרה.

## **דיון הלכתי**

### **ביטול פשרה**

השאלה העומדת כאן לדיון היא האם ניתן להחזיר את הגלגל אחורה ולבטל את הפשרה?

על מנת לבטל את הפשרה צריך להגיע למסקנה שמדובר בפשרה בטעות – כאשר אחד הצדדים טוען: אילו הייתי יודע על כלל החובות לא הייתי מסכים להתפשר על סכום כל כך נמוך.

האם אכן יש לפנינו פשרה בטעות?

בהלכה מובאת דוגמא לפשרה בטעות - אדם התפשר על סכום נמוך בגלל שהדיין אמר לו שהוא חייב שבועה והתברר שהוא פטור, "הוי פשרה בטעות וחוזר" (ח"מ כה,ה). הרמ"א שם כתב שהדברים אמורים רק כשהאדם אמר בפיו שזו הסיבה לפשרה.

במקרה הנדון כאן הדיין לא טעה בדין, אלא אמיר טעה בהערכה שלו את כלל ההוצאות, וזו לא טעות שמבטלת פשרה. כשהסכים לפשרה, אמיר ידע שלא כל הנתונים לפניו ובכל זאת הסכים לקחת סיכון ובלבד שהכסף ינתן לו מיד. יש בכך מעין מחילה על הזכויות הממוניות שלו ולכן הוא לא יכול לחזור בו.

כך כתב בשו"ת מהרשד"ם (חלק חו"מ סימן קטז):

שאם כן, בטלת כל פשרה, שאחר שידע האחד שהדין עמו יאמר: "קנין בטעות היה שאילו ידעתי שהיה הדין עמי לא הייתי עושה פשרה". וזה ודאי שקר מפורסם כמו שאבאר בעזרת האל ומי שידקדק בלשון הרמב"ם יבין בקל כי לא אמרה רק כשהדיין הטעה לבעל הדין בין בשוגג בין במזיד הא לאו הכי לא. אבל בנדון זה שכבר נתן אל לבו לתבוע אל חברו או הנתבע שכבר רואה שתובעים ממנו לא היה לו ליטול קנין על הפשרה וכיון

שנטל קנין אינו אלא שגמר בדעתו לבטל דעתו ולתלותו ביד המפשר ביניהם.

### **תשלום לפני משורת הדין**

מנהל המוסד אינו שואל האם לפי הדין הוא חייב, שאלתו הייתה האם יש מקום לתשלום לאור העובדה שמדובר בכספי ציבור.

לדעתנו, ישנה סיבה לשלם לתובע את הפסדיו על אף הפשרה. זאת, כיון שהמוסד נהנה מסיומה בזמן של העבודה, ואילולי המאמץ של התובע היה נגרם למוסד הפסד כספי עקב עזיבת תלמידים ושם רע.

כמו כן, לאורך כל הדרך מנהל המוסד דחק בתובע שיעשה כל מאמץ ולא יתחשב בכסף ובאיכות העבודה. מנהל המוסד ידע שצוות שעובד 24 שעות ביממה לא יגיע לתוצר מושלם, לכן גם אם העובד הבכיר של המוסד טוען שהעבודה אינה מושלמת הרי מי שדחף לעבודה כזו היה מנהל המוסד עצמו שהעדיף עמידה בזמנים על פני איכות.

מנהל המוסד אמר בשעת הפשרה שהוא יעסיק את התובע בעבודות נוספות ולמעשה לא עמד בדיבורו, כמו כן הוא אמר שכאשר ישתפר המצב הכלכלי הוא יפצה את התובע, ואף זה לא התקיים.

דברים אלו לא נאמרו בצורה ברורה של התחייבות ולכן אין בהם כדי לבטל את הפשרה שהושגה, אבל יש בהם ליצור חובה מוסרית כלפי התובע. לראייה, אנו מוצאים שאף אפוטרופוס רשאי להתפשר בנכסי יתומים על מנת שלא יצא להם שם רע (חוי"מ יב,ג).

### **החלטה**

1. אין מקום לביטול הפשרה.
2. למרות זאת, אנו חושבים שראוי למוסד לפצות את אמיר על הפסדיו בסך 40,000 ש"ח בהקדם.

בזאת באנו על החתום:

הרב אריאל בר-אלי

הרב דרור טוויל

## סדנת טיסנאות שלא התקיימה במילואה

### עובדות מוסכמות

הנתבע ניהל קיטנה לילדים בחודשי הקיץ. הוא פנה לתובע על מנת שיקיים סדנת טיסנאות בקיטנה. בחוזה נכתב "מספר ילדים כ- 200. תשלום פר ילד 13 ש"ח, סה"כ לתשלום- (נשאר ריק)". בפועל נרשמו לקיטנה כ- 160 ילדים ולסדנה הגיעו 104 ילדים ו-17 מדריכים. הנתבע שילם עבור 134 ילדים.

### טענות התובע

1. קניתי ציוד עבור 200 ילדים ובהתאם לכך הזמנתי מדריכים, הנתבע לא הודיע לי על שינוי במספר הילדים.
2. אני תובע 13 ש"ח כפול 66 ילדים סך הכל 858 ש"ח.

### טענות הנתבע

1. פרט לתובע, כל נותני השירותים בקיטנה התקשרו אלי לוודא את מספר החניכים.
2. אני לא אמור לשלם על מי שלא הגיע בפועל.

### דיון הלכתי

ישנן שתי דרכים לפרש את החוזה:

**פירוש ראשון** - הנתבע קיבל על עצמו הזמנה לכמאתיים חניכים. לפי פירוש זה, ברגע שהתובע הגיע למקום והתחיל בעבודתו הרי שהנתבע התחייב לשלם לו את השכר שהובטח ככל פועל<sup>4</sup> (חו"מ שלג, א).

לאור זאת, לדעתנו, הנתבע היה צריך להודיע על שינוי במספר החניכים ולכן זו רשלנות שלו. לפי זה הנתבע צריך לשלם על ההפרש בין 134 למספר שסוכם. כיון שסוכם על "כמאתיים" נראה שיש לפרש זאת כ- 180 ילדים<sup>5</sup>, אם כן הנתבע אמור לשלם 598 ש"ח.

<sup>4</sup> התיבות (שם) מחלק בין סיכום על עבודה קבלנית, שנחשבת למכר ולכן אין קניין פועלים, לבין פועל שעובד בשעות מסוימות, אז יש דין של שכירות פועלים. נראה שאף במקרה שלנו יש דין פועל, היות והתובע משועבד לזמן מסוים ואף שהחישוב הוא לפי קבלנות אין בכך לגרוע את קנין הפועל.

<sup>5</sup> גם לפירוש זה יש לחלק בין חיוב החומר לעלות השכר. לגבי עלות השכר (7 שקלים) יש קניין פועל. לגבי עלות החומר (5 שקלים) יש לחייב את הנתבע על קניית החומר על ידי התובע, מדין גרמי. אדם שהזמין חפץ אצל אומן וחזר בו צריך לשלם לו את מה שהפסיד

יותר נראה שאף לכיוון זה אין אנו צריכים להתמקד במילים "כמאתיים חניכים" אלא רוח הדברים היא שאם תהיה חריגה גדולה כגון מאה חניכים במקום מאתיים אז ישנו נזק. אם החריגה היא בין 180 חניכים ל 134 חניכים אין זו חריגה גדולה ועל זה אין התחייבות.

**פירוש שני** – והוא הפירוש המסתבר: הנתבע התחייב לשלם 13 לפי מספר הילדים שיגיעו בפועל. אמנם הוזכר המספר מאתיים אבל בסיכום של השכר לא מופיע שום מספר. סביר היה לכתוב את השכר המינימאלי, ומכך שהדבר לא נכתב משמע<sup>6</sup> שלא היתה התחייבות ברורה מצד הנתבע להביא 200 ילדים. לפירוש זה הנתבע צריך לשלם רק על הילדים שהגיעו בפועל.

ישנו ויכוח נוסף לגבי התשלום על השתתפות המדריכים. אנו נוטים לקבוע שהיות והם משמשים לעזרת התובע הם אינם צריכים לשלם על הצידוד.

בפועל, הנתבע שילם על שלושים ילדים נוספים דהיינו 390 ש"ח למרות שלא חויב בכך. יש לראות סכום זה כתשלום שכר המדריכים שהגיעו ללא צורך.

### החלטה

1. לא סוכם בין הצדדים על קיטנה ל- 200 ילדים, ולכן הנתבע חייב היה לשלם רק עבור הילדים שהגיעו לקיטנה.
2. הנתבע פטור מלשלם על הצידוד שנקנה עבור הקיטנה כיוון שהצידוד הוחזר לתובע.
3. הנתבע היה חייב לשלם עבור שני המדריכים שהוזמנו ללא צורך, אולם, בפועל הוא שילם מעבר למה שהיה חייב.
4. לפיכך, הנתבע פטור מתשלום נוסף.

בזאת באנו על החתום:

הרב טווייל, דיין                      הרב פנדל, אב"ד                      הרב בר-אלי, דיין

---

– חומר ועבודה (חו"מ שלג,ה). כאשר אדם גורם נזק לחברו, על הניזק לטפל בעלות מכירת החפץ שניזוק, ולכן התובע הוא שאמור לטפל במכירת הטיסנים הנותרים (שם). ולכן לגבי עלות החומר יכול הנתבע לומר לתובע: "טול את הטיסנים הנותרים" כך שלא נגרם לתובע כל נזק. לגבי שכר המדריכים שהגיעו ולא היה צורך בהם (שני מדריכים כעולה מהחווה) - הנתבע חייב לשלם לתובע.

<sup>6</sup> כל קנין פועל הוא חידוש "הבו דלא לוסוף עלה" (יעויין בתחילת פרק השוכר את האומנים, וברעק"א שם שזה הוא קנין גרוע).

## שכר של נהג הסעות

### טענות התובע

בתחילת השנה נתבקשתי להסיע ילדה עבור הפעוטון שברשות הנתבע. דיברתי עם מנהלת הפעוטון, הגב' רבקה, וסיכמנו על סכום של 550 ש"ח לחודש, היא אמרה לי שצריך לסגור את הענין סופית עם הנתבע כי הוא המנהל והוא משלם את הכסף.

עבדתי 6 ימים בשבוע, הלוך ושוב, מחודש ספטמבר 2007 ועד יוני 2008 (10 חודשים), לא החסרתי יום אחד של עבודה. בפועל קיבלתי מהנתבע ב-6 החודשים הראשונים של העבודה רק 200 ש"ח לחודש, הנתבע אמר לי שזו רק מקדמה, מצבו הכלכלי דחוק אך הוא יעביר לי את שאר הסכום מאוחר יותר, בשלושת החודשים הבאים קיבלתי 250 ש"ח על חודש העבודה האחרון. לא קיבלתי כלום.

שאלה: מדוע אתה תובע רק עכשיו? מדוע לא תבעת את הכסף במהלך השנה? תשובת התובע: אני יודע שמנהלי מוסדות מקבלים תקציב בסוף שנה לכיסוי חובות וחשבתי שאקבל את כל המגיע לי בסוף השנה.

לגבי טענת הנתבע שסיכמנו רק על 200 ש"ח, הדבר לא הגיוני כיון שמחירי הדלק גבוהים, אם נצרף את מרחק הנסיעה, מחירי הדלק, הבלאי והזמן שעבדתי יתברר שמחיר של 200 ש"ח הוא לא רווחי כלל ולא הייתי מסכים על סכום כזה.

### טענות הנתבע

התובע ביצע את עבודתו על הצד הטוב ואין על כך שום תלונה, אלא שמעולם לא סוכם על 550 ש"ח אלא על 200 ש"ח בלבד. הפעוטון אינו מחויב לדאוג להסעה אך בשל מצבה הכלכלי הקשה של אחת האמהות הסכמתי לממן מכספי המוסד הסעה לבתה אף שאיני מקבל החזר על כך.

לא אני הבאתי את התובע לעבוד אלא הוא סיכם את הענין עם מנהלת הפעוטון, גב' רבקה אמרה לי מפורשות שסיכמה עמו על 200 ש"ח בלבד.

שילמתי לו את המגיע לו במזומן או בצ'קים ושילמתי לו בד"כ בזמן, בתחילת החודש. לפני מסי' חודשים הוא ביקש העלאה בשל מחירי הדלק הגבוהים ואכן הוספתי לו 50 ש"ח לחודש ונתתי לו 250 ש"ח.

אני מכחיש כל הסכמה שהיא מעבר לסכומים הנ"ל.

שבוע לפני סוף החודש השישי הוא ביקש את הכסף מראש כיון שהיה זקוק לו וכיון שלא נתתי לו הוא החליט להתנקם בי ולתבוע יותר ממה שמגיע לו.

### דיון

טענת התובע נשמעת הגיונית, בהתחשב במחירי הדלק הגבוהים בשנה האחרונה המחיר של 200 ש"ח עבור הסעת ילדה מביתה לפעוטון 6 ימים בשבוע, הלוך ושוב, נראה סכום שכמעט אין בו רווח ולא סביר שהתובע הסכים לעבוד בסכום כזה.

אמנם, התובע לא הציג בפני ביה"ד שום ראיה המבססת את דבריו שסוכם מראש על 550 ש"ח ואילו הנתבע מכחיש לגמרי את דבריו.

הכלל הנקוט בידנו במקרה כזה הוא "המוציא מחבירו עליו הראיה" ולכן אין מקום לחייב את הנתבע מעבר למה שהוא הודה שהוא חייב, כלומר, על הנתבע לשלם 250 ש"ח עבור חודש העבודה האחרון של התובע.

אילו התובע היה תובע סכום סביר יותר עבור עבודתו, כגון כ-350 ש"ח, והנתבע היה מודה שסוכם על סכום קטן יותר כגון 120 ש"ח, היה מקום לדון שמא יש כאן הודאה בקבלת השרות וטענה לא הגיונית בעליל שהרי אף אדם לא יתן את השרות הנ"ל תמורת סכום הפסד ואז היינו אומרים שמתברר מתוך טענת הנתבע שאינו צודק (עי' שו"ע חו"מ עה,א, התובע והנתבע צריכים לברר טענותיהם שמא מתוך דבריהם נלמד חיוב או פטור), אלא שכאן התובע תבע סכום גדול יותר ממה שמקובל עבור שרות כזה והנתבע מודה על סכום קטן יותר אך לא מופרך מיסודו ולכן חזר הכלל של המע"ה.

ביה"ד בדק בערך את מרחק הנסיעה המדובר ובהתחשב בכך שהתובע אינו מוציא קבלה עבור מס, התברר שיש לתובע ריווח ממוני, אמנם לא גדול.

מעבר לכך, ביה"ד מצא מספר נקודות המחזקות את טענת הנתבע שהסיכום הראשוני היה על 200 ש"ח ולא יותר :

- א. ביה"ד בירר עם גורמים נוספים הקשורים לענין ועולה מכך שהסיכום עם התובע היה 200 ש"ח ומעולם לא דובר כלל על סכום של 550 ש"ח. (אך אין כאן ראיות משפטיות ברורות היכולות לפטור את הנתבע לחלוטין).
- ב. טענת התובע על 550 ש"ח היא לא סבירה, ביחס לשרות אותו נתן זהו סכום גבוה ולא מסתבר שהנתבע היה מסכים לסכום כזה.

ג. התברר לביה"ד שהתובע הסיע שני ילדים נוספים לפעוטון של הנתבע הנמצא בשכונת נוה אשכול, ההסעה סוכמה באופן פרטי עם ההורים והם שילמו לו לאורך כל השנה סכום של 200 ש"ח על שרות דומה להנ"ל, דבר זה מחזק את טענת הנתבע שגם עמו סוכם על סכום דומה.

ד. הנתבע הסיע ילדים נוספים וזה מסביר מעט את הסכמתו לגבות סכום נמוך של 200 ש"ח עבור כל ילד, כיון שסה"כ הוא הרויח 600 ש"ח עבור כל העסקה.

ה. התובע הצהיר בפני ביה"ד שאם יקבל את כל תביעתו הוא מוכן לתת אותה לצדקה, לא סביר שאדם שעבד במסירות במשך קרוב לשנה יוותר עבור צדקה על רוב הסכום שמגיע לו.

### **חיוב שבועה**

יש מקום להטיל על הנתבע שבועת מודה במקצת כיון שהתביעה היא על סכום כולל של 3550 ש"ח ואילו הנתבע הודה על 250 ש"ח (חודש העבודה האחרון כנ"ל) לכאורה יש כאן הודאה במקצת המחייבת את הנתבע שבועה דאורייתא.

אך אין הדבר ברור מכיון שהיה נראה לאורך מהלך הדיון שיש כאן שני מישורים של תביעה: האחד, על 250 ש"ח המגיעים לתובע על עבודתו ללא הסתייגות של הנתבע, והשני, על הפרשי התשלום של כל השנה ולא ברור שהתובע בא לתבוע את 250 ש"ח שהוא הודה במהלך הדיון שהנתבע רצה לשלם לו אותם בעבר.

בשו"ע אנו מוצאים מקרה שבו הנתבע פיצל את התביעה לשניים ולכן אין שבועת מודה במקצת. "תבעו חיטים והודה בהם ואחר כך תבעו שעורים וכפר כיון שהודה בתביעת החיטים קודם שתבעו שעורים אינה מקצת הטענה" (פח, טז).

האם המקרה שלנו דומה? לכאורה כאן ההודאה בחיטים קדמה לתביעת השעורים מה שאין כן במקרה שלנו התביעה כללה את כל הסכום. מצד שני ברור היה לכולם שהתביעה מתמקדת בעלות השכר ולא בשכר החודשי שלא שולם, רק מטעמי פרוצדורה שהתובע פותח תחילה נוצר מצב מלאכותי שגם סכום זה נכנס לתביעה.

אנו מצדדים שיש כאן חיוב שבועה משום שלא מצאנו בפוסקים חילוק בין הודאה שהייתה ידועה וברורה מראש להודאה שחידשה חיוב. כידוע, מנהג בתי הדין להמיר את חיוב השבועה בתשלום כספי על פי דברי השו"ע (חו"מ סימן יב) "רשאי בית הדין לעשות פשרה ביניהם כדי להיפטר מעונש שבועה" (פד"ר ב עמוד 294). מה הוא שיעור הסכום אותו יש להטיל על המחוייב שבועה?

בשו"ת שבות יעקב כתב שיש לחייב כשליש מהתביעה כאשר ישנה שבועה דאורייתא (מובא בפת"ש סימן יב סק"ג). אולם בשו"ת דברי מלכיאל ח"ב סימן קלג הוסיף שיש לשקול היטב האם יש לבית הדין אומדנא לגבי מהות השבועה. אם לבית הדין נראה שיש חשש לשבועת שקר אז באמת ניטול להטיל עליו סכום גדול אולם אם נראה שזו שבועת אמת והאדם היה מוכן להשבע אזי יתן דבר מועט. "לפי העניין כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש... אסור לו לדיין לחייב את הזכאי באמת ומוטל עליו לתת לתובע רק דבר מועט בעד תביעתו". לכן הוחלט להמיר את שבועת הנתבע בסכום של 300 ש"ח. ביה"ד התחשב גם בכך שהסכום של 200 ש"ח שקיבל הנתבע עד היום הוא סכום נמוך ביחס לשרות שניתן ואינו משקף נכונה את השקעת התובע, ומסירותו לאורך כל תקופת עבודתו.

### החלטה

1. הנתבע פטור מלשלם את הסכום אותו תובע התובע, ועליו לשלם סכום של 250 ש"ח עבור החודש האחרון, סכום שלא היה עליו ויכוח כלל וביה"ד לא נדרש לדון בו.
2. הסכום הראוי לדעתנו עבור הפיצוי הנוסף הוא תוספת של 50 ש"ח עבור אותם ששה חודשים בהם התובע קיבל רק 200 ש"ח.
3. סה"כ על הנתבע לשלם לתובע 550 ש"ח תוך 30 יום מיום מתן פסק הדין.

"והאמת והשלום אהבו".

בזאת באנו על החתום:

הרב שלומי בן יאיר                      הרב דרור טוויל                      הרב אריאל בר-אלי

## חימום בתנור עצים

**שאלה:** בישוב שבו יש רגילות לחמם את הבתים בחורף ע"י הסקה. רוב התושבים משתמשים בדלק וכד' להסקה וישנו אחד שמתמש בעצים להסקה, כתוצאה מכך יש ריבוי עשן שגורם לריח ומזיק לבגדים שתלויים לכביסה שריח העשן נקלט בהם ומפריע מאוד. שאלתם היא האם יכולים לעכבו מלהסיק בעצים. יש לציין שהתושבים מיחו מיד ולא לאחר זמן.

**תשובה:** השאלה הבסיסית היא האם יש חובת הרחקת נזיקין על היזק זה?

יש כאן היזק לבגדים כפי שתיארו התושבים, בנוסף אפשר שנחשב הדבר לנזק לאדם עצמו שלובש בגדים אלו, לבישת בגדים שיש בהם ריח היא מזיק ממש לאדם. והנה בנדון דידן נראה שנחשב עשן שאינו תדיר שהרי רוב היום אין מבעירין את התנור, אלא בשעות מסויימות, ובימים מסויימים, אם כך הדבר תלוי במחלוקת הפוסקים.

מצאנו שנחלקו הפוסקים באיזה סוג עשן ישנה חובת הרחקה. מדברי הטור (קנה לז) בשם הרמ"ה עולה שגם עשן שאינו תדיר כגון תנור שיחיד אופה בו פת וכן כירה וכד', ישנה חובת הרחקה. וכן כתב המחבר בשו"ע (שם): "ומיהו לכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר". אמנם מדברי תרומת הדשן (קלז) נראה כי עשן שאינו תדיר ואינו מצוי אין חובת הרחקה כלל, וכן כתב הרמ"א (שם): "וי"א דבעשן שאינו תדיר, אפילו לכתחלה לא יוכל למחות". הש"ך (שם ס"ק יט) האריך להוכיח כמחבר ופסק כמותו, וכן מצדד בבאור הגר"א (שם ס"ק קט), וכן משמע מנתה"מ (חדושים שם ס"ק סז) והוסיף שאפילו אינו אלא ספק, הרי קיי"ל (קנה,ג) שבמחלוקת הפוסקים על המזיק להרחיק את עצמו.

נראה לאור פסקי הש"ך והנתיבות כי מוטלת על בעל העשן חובת הרחקה וניתן לחייב את בעל הבית לעשות מחיצה או ארובה. עוד התברר שתנור עצים כזה לא מכבים אותו כל החורף ואף במשך היום ישנה בעירה קטנה ולכן ניתן לומר שיש כאן הזק של עשן תדיר ואף הרמ"א יודה.

ככלל אנו ממליצים למזכירות היישוב לקבוע כללים בנושא זה ויש לדבר תוקף של תקנות הקהל.

יש להעיר בזה ממש"כ המאירי (ב"ב כג,א) ד"ה עשן וז"ל: "עשן זה שהזכרנו שאין לו חזקה, פירשו בתלמוד המערב דוקא בעשן התדיר כגון נחתומות

וצבעות, אבל בכדי צרכו לאפות את פתו ולבשל את תבשילו, אין ספק שאין יכול לעכב. וכן שאינו יכול לכופו לעשות מחיצה חזקה לעמוד בפני העשן".

וא"כ לכאורה זהו סיוע גדול לפסק הרמ"א. אלא שנראה שאינו דומה, שלדעת המאירי הסיבה המתרת היא "בכדי צרכו" דהיינו שלא ניתן לנהל חיים תקינים בבית אם לא יבשל וכד', משא"כ לדעת תרה"ד ההיתר הוא מחמת שאינו תדיר ואפילו בדבר שאין בו בכדי צרכו של האדם לא ניתן לעכבו.

ונראה שגם לדעת המאירי ש"בכדי צרכו" לא ניתן לחייבו להרחיק, כאן שהמדובר הוא בצורך חימום שאפילו נחשיבו כבשול וכד' מ"מ יכול לחמם שלא בעצים אלא כרוב בני"א בישוב ע"י סולר וכד' באופן שלא עושה עשן, וא"כ גם למאירי ניתן למונעו מכך.<sup>7</sup>

**לסיכום**, נראה שבנדון דידן ניתן למנוע את בעל התנור מלהסיקו בעצים, ויסיק בסולר וכד' כשאר הדרים בישוב.

---

<sup>7</sup> ואמנם אם גם עשיית מחיצה או ארובה לא תועיל נראה מסברא שאין לדרוש מבעה"ב שלא יבשל בתוך ביתו, וגם המחבר יסכים לכך, שלא נחלק על המאירי אלא אם יש לכופו למחיצה וכד' אולם אם גם מחיצה לא תועיל מסתבר שגם המחבר יסכים שלא ניתן למונעו מצורך בסיסי זה. וכעין זה כתב המאירי בהמשך דבריו (שם): "מי שעשה ארובה בגגו לצאת דרך בה עשן הבית והעשן יוצא ורוח מצויה באה ודחותו לתוך ביתו או חלונו של חברו וממלאתו עשן, נסתפקו בה גדולי קדמונינו בנרבונה, ומ"מ נטו לומר שכל כיוצא בזה אין בידו למחות ולכופו לסתום ארובתו, שאל"כ מה תקנתו של זה. ואין זה דומה לזורה ורוח מסייעתו, שבזורה ורוח מסייעתו ההזק נעשה בידיים". ונראה שהמדובר הוא בכה"ג שהיתה חובת הרחקה גם לדעת המאירי, כגון בעשן של נחתום וכד', ולכן חייבו לעשות ארובה ואם גם הארובה אינה מועילה לא מחייבים יותר מכך, "שאל"כ מה תקנתו של זה". ונראה שק"ו בנדון דידן, שאפילו שלדעת המחבר גם בצרכים בסיסיים ניתן לעכב נזק של עשן, מ"מ אם עשה ארובה וכד' ובכל אופן מזיק, לא ניתן לחייבו יותר מכך.

## אחריות על גניבת חפצים משומשים מישיבת שדרות

### תיאור המקרה

בחור נתבקש לעבור לחדר אחר בפנימייה. בחדר החדש אין די מקום להניח את כל חפציו, לכן קיבל אישור להשאיר את חפציו בחדר הקודם.

הוא ביקש ולא נענה לקבל מפתח לחדר. ביום שישי לפני הנסיעה הביתה נגש שוב לאחראי וביקש לנעול את החדר. האחראי נמנע מלהתחייב ואמר "אשתדל". בסופו של דבר נגנבו חפצים בשווי של 400 ש"ח (השווי לפי ערך של חפצים חדשים).

### בירור הדין

יש להפריד בין התביעה של התלמיד לתת לו מקום שמור לחפציו, לבין הדיון על תשלום הנזק. הבקשה הלגיטימית של הבחור לקבל מקום לחפצים אינה חלק מהדיון הממוני.

חיוב ממון יכול לבוא בחשבון רק מצד חיובי שמירה! האם הייתה פה קבלת שמירה?

האחראי לא קיבל על עצמו שמירה, שהרי תגובתו הייתה "אשתדל". יותר מכך הבחור עצמו היה מודע לסיכון בהשארת חפצים ולכן הוא לקח איתו חפצים יקרים. אם הוא רצה הוא יכול היה לדאוג ולהעביר את החפצים לחדר שמור אחר.

מסקנה: מעיקר הדין ישיבת שדרות פטורה.

מנהל ישיבת שדרות החליט לפני משורת הדין לפצות את הבחור. הפיצוי יהיה בהתאם לדין, דהיינו, על הצד שישנו חיוב לפצות על הגנבה מדין שומר שכר (כאילו הייתה קבלת שמירה ואז נידון כשומר שכר שהרי הבחור משלם לישיבה על הצרכים הבסיסיים).<sup>8</sup> מה הוא סכום החיוב?

בבואנו להעריך חפצים משומשים אנו נתקלים בבעיה. בדרך כלל השומה היא לפי שווי החפץ אילו היה נמכר בשוק. אולם, שיטה זו אינה שייכת כאן כיון

---

<sup>8</sup> ישנה חובת שבועה על הבחור – שבועת הנגזל שתקנו אף בפקדון (צ"ל) ומנהל ישיבת שדרות מחל עליה.

שאינן דורש לקניית סנדלים וחולצות משומשות. בעקבות זאת, כתב על כך בספר פתחי חושן (הלכות פקדון פרק ח ס"ק מט) שנראה לכאורה לפטור.<sup>9</sup>

ואכן, בספר נתיבות המשפט (קמח, א) כתב וז"ל:

דנראה דדבר שאינו שוה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו רק ששוה לאיש ההוא אין המזיק חייב לשלם.

מההוכחות שמביא שם נראה להדיא שאף חפץ שמצד עצמו יש לו ערך אלא שבפועל אין לו שוק, פטור.<sup>10</sup>

אולם הש"ך (חוי"מ שפו, א) הביא את דברי תוס' (ב"ק עא, ב ד"ה וסבר) ששור הנסקל אינו חייב עליו היות ורק לשומר יש לו ערך בו, והסיק שאין תירוץ זה של התוספות עיקר, משמע שלא כנתיבות המשפט.

כך פסק הגר"ז"נ בתחומין ח:

מזיק דבר שאינו נמכר, כתמונה אישית, תעודה סמיכה וכיוצ"ב, לדעת קצוה"ח ונתה"מ משמע שפטור, אך יש לדחות ראיותיהם. וכן מוכח מהש"ך שחייב. בשעור החיוב יש להעזר בקני המדה הבאים במדת האפשר: במחיר שיעלה להשיג אותו דבר שניזוק מחדש, מחיר הרכישה של אותו דבר שניזוק.

וכן מסקנת הרב מרדכי פרבשטיין (קובץ דברי משפט):

יש מקום לומר שבבגד משומש, שומת הנזק היא האפשרות לשיקום הנזק, הדרך הנכונה לשומה זו היא ערכו של בגד חדש בניכוי פחת השימוש, כמה היה האדם מוכן לשלם על החפץ שלו.

לכן השומה המוצעת היא על פי המחיר שהבחור היה מוכן לשלם עבור חפציו. למשל אם המחיר לסנדלים חדשים 200 ש"ח הבחור יהיה מוכן לשלם 120 ש"ח עבור סנדלים משומשות המתאימות לו.

**החלטה:** להערכתנו היות ומדובר על חולצות ופרטי לבוש, הבחור היה מוכן לשלם עבורם סכום גבוה יחסית ולכן החלטנו על סך 280 ש"ח.

הרב פנדל                      הרב בר-אלי

<sup>9</sup> צ"ב בדברי פתחי חושן שכתב שיש להעריך את הפער בין חפץ חדש לבין חפץ משומש ואת הפער ישלם. מה מבטא הפער?

<sup>10</sup> המנחת שלמה (ח"ג קד) ביאר שנתה"מ סובר כך רק בזכויות שיעבוד ולא בחפץ ממש.

## הרב יוחאי יחיא

### בענין דבר ולא חצי דבר

#### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. שיטת הרי"ף
  1. הסבר הגרני"ט
  2. קושיות על דברי הרי"ף
  3. יישוב דברי הרי"ף
- ג. שיטת ר"י
  1. ביאור חידושי הרי"מ
  2. ביאור המהריט"ץ
- ד. דעת הרמב"ן
- ה. להלכה
  1. הכרעת השו"ע באבה"ע
  2. קושיית שעה"מ
  3. אופנים ליישב

#### א. הקדמה

משנה ב"ק ע,א:

גנב ע"פ שנים וטבח ומכר על פיהם או על פי שנים אחרים משלם  
תשלומי ארבעה וחמשה.

ובגמ': "לימא מתניתין דלא כרבי עקיבא דאי ר"ע האמר דבר ולא חצי דבר,  
דתניא אמר רבי יוסי כשהלך אבא חלפתא אצל ר' יוחנן בן נורי ללמוד תורה,  
ואמרי לה ריב"ז אצל אבא חלפתא, אמר לו הרי שאכלה שנה ראשונה בפני  
שנים שניה בפני שנים שלישית בפני שנים מהן אמר לו הרי זו חזקה, אמר לו  
אף אני אומר כן אלא שר"ע חולק בדבר שהיה ר"ע אומר דבר ולא חצי דבר.  
אמר אביי אפילו תימא רבי עקיבא מי לא מודה ר"ע בשנים אומרים קידש  
ושנים אומרים בעל דאע"ג דעדי ביאה צריכי לעדי קידושין כיון דעדי קידושין  
לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינא בה ה"נ אע"ג דעדי טביחה צריכי לעדי גניבה  
כיון דעדי גניבה לא צריכי לעדי טביחה דבר קרינא ביה ורבנן האי דבר ולא

חצי דבר למעוטי מאי למעוטי...שנים אומרים אחד בגבה ושנים אומרים אחד בכריסה הני אמרי קטנה היא והני אמרי קטנה היא".

בבאור החילוק – לרבנן, דמודו דבעדות שערות, שנים אומרים בגבה ושנים אומרים בכרסה הוי חצי דבר ואילו בעדות על שנות חזקה לא הוי חצי דבר, נחלקו ראשונים. נביא אי"ה דבריהם ונדון בהם?

## **ב. שיטת הרי"ף**

הרי"ף ב"ב (ל,ב בדפיו) כתב:

"והדין הוא פירוקא לא דמיא חזקה לשתי שערות דעדות כל שתא ושתא משני חזקה דבר מעליא הוא דהא מיחייב לאהדורי פירי דתרתני שני אפומייהו כד לא אתיא כת שלישית וכד אתיא כת שלישית ומסהדא דאכלה שנה שלישית הרי מלאו ליה תלת שנין וקיימא ליה חזקה ואי לאו דינא דחזקה הוה מיחייב לאהדורי פירי דתלת שנין אלא כיון דמלאו ליה תלת שנין קיימא לה חזקה וקיימא ארעא בידיה ודידיה הוה קא אכיל והיינו טעמא דמצטרפו לענין חזקה דמגו דהויא עדות לענין פירי הויא עדות לענין חזקה דהא בהא תליא אבל שתי שערות ליכא למימר בהו הכי דכיון דלא מסהיד אלא בחדא חדא שיערה אחד אומר אחת בגבה ואחד אומר אחת בכריסה ואנן בעינן שתי שערות במקום אחד לא הויא עדותן עדות דחדא שיערה חצי דבר הוא ולא מהניא מידי דלא עבדינן בה עובדא וכמאן דליתיה דמיא והויא ליה כג' שנים שאינן רצופות הילכך לא מצטרפי והרי איתברר לך דשניאן שני חזקה משתי שערות ואיפריק קושיין כהוגן".

מפשט דבריו נראה דעדות שאפשר לקיים בה דבר, כגון לגבות פרות, שפיר תצטרף לעדות אחרת, כגון עדות על ג' שנות חזקה. אך בכת על שיערה בגבה וכת על שיערה בכרסה – כל כת בפני עצמה לא מהני כלל ולכן אינן מצטרפות.

## **1. הסבר הגרני"ט**

הגרני"ט (ב"ב ס"י קפג) מוסיף לבאר דלא בעינן דוקא תוצאה מעשית ממשית בעדות כל כת. כדי שלא יהיה חסרון חצי דבר די בכך שבמקום אחר עדות כזו היתה מאפשרת תוצאה מעשית, שוב לא הוי חסרון של חצי דבר, לדעת רבנן.

ומוכיח זאת שהרי פעמים שהמערער על השדה אינו טוען שהיושב גזלה אלא טוען לפירות הורדתיו ובכה"ג כאשר יבואו עדים שאכל שנה אינו זוכה בפירות שהרי המערער הודה שאינם שלו. מ"מ לרבנן מועילה עדות של שנה

שנה בחזקה א"כ מוכח שאין צורך שתועיל העדות לפירות בפועל אלא הואיל ויש מקום שעדות זו נחשבת דבר שלם, אין כאן חצי דבר.

עפ"י הגרנ"ט מבואר שנחלקו ר"ע ורבנן בגדר חצי דבר, האם הוא גדר בקיום הענין שלפנינו, שאין לקיים דבר עפ"י שתי עדויות וזו דעת ר"ע ואילו לדעת רבנן הוא גדר בגוף העדות, האם על אמירה כעין זו יש שם עדות במקום אחר.

## 2. קושיות על דברי הרי"ף

תוס' (ב"ק עב, ד"ה למעוטי) מקשה על הרי"ף ממשנה (גיטין סג, ב): "האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שתי כיתי עדים שנים שאומרים בפנינו אמרה, ושנים שאומרים בפנינו קיבל וקרע". ממשנה זו רואים שעדות כזו לא חשיב חצי דבר אע"ג שכל כת צריכה לכת השניה וכל כת וכת בפני עצמה לא מהני לכולם. ומ"מ אין שם חסרון של חצי דבר.

בעה"מ (ב"ק כז בדפי הרי"ף) הקשה על הרי"ף שעדות בשערה אחת אינה עדות ולא מהני לשום דבר. א"כ מדוע הקשו (ב"ק ע, א) דמתני' דלא כר"ע לכאורה מתני' גם לא כרבנן, שהרי עדות הטביחה לא מהני בפני עצמה כלל והוי חצי דבר גם לרבנן (לפני שאביי חידש שעדות ע"ג עדות מתקבלת).

## 3. יישוב דברי הרי"ף

### הסבר הרמב"ן

הרמב"ן (בחידושו לב"ב נו) מתרץ את קושיית תוס' בגיטין: "ואיכא למימר דעדות, דבפנינו אמרה לו עדות בפני עצמו היא, ולא איצטריכא לאיצטרופי דלא מסהדי כלל בגירושיה או בגיטה אלא דחזו דאיתתא שויתיה להאי גברא שלוחה ומעתה יכול לקבל גיטה. שהרי הוא שלוחה ואינם צריכים להצטרף כלל".

ומבואר מדברי הרמב"ן שעדות על מינוי השליחות חשיבא כעדות על דבר שלם בפני עצמו כיון שיש אופן שאינה צריכה עידי קבלה, כשיוצא גט מתחת יד השליח. וזה שפעמים צריכה עדי קבלה אין בכך חסרון של חצי דבר לרבנן כפי שהסביר הגרנ"ט, כל שבמקום אחר מהני עדות כזו. ואילו תוס' בקושייתם הבינו ברי"ף דבעינן תוצאה מעשית עכשוית.

על קושיית בעה"מ כתב הרמב"ן במלחמות (ב"ק שס), שבהו"א סברו שרבנן לא דרשי כלל 'דבר ולא חצי דבר': "אלא דבר ואפילו חצי דבר. דעל כרחך נמי הוה לן למימר הכי דרבנן לא סברי דבר ולא חצי דבר דאי לא מתני' מני".

אומר הרמב"ן, מאחר והמשנה גם לדעת ר"ע לאחר חידושו של אב"י שוב יכולה לשאול הגמרא האם גם רבנן דורשים דין דבר ולא חצי דבר. לכל הפחות אי מהני החצי דבר לדבר שלם במקום אחר, וכנ"ל.

הקה"י (סנהדרין יט) מכריח את סברת הרמב"ן שבהו"א של הגמ' לפני שידענו את חידושו של אב"י לא ניתן להבין שרבנן דורשים דבר ולא חצי דבר שאם אכן אית להו דבר ולא חצי דבר, רק שסוברים שאם מועיל לפירות יועיל אף לחזקה עדיין לא מובן איך נקבל עדות לחזקה ע"י ג' כיתות. שאע"פ שהכת הראשונה והשניה מועילות לפירות אך הכת השלישית מועילה רק לחזקה ואינה מועילה לפירות ואיך נוכל לקבלה אפילו לרבנן. אך לאחר שמחדש אב"י שעדות ע"ג עדות מועילה אף שהעדוה האחרונה אינה מועילה כלל, שוב ניתן להבין שרבנן אית להו דבר ולא חצי דבר והכת השלישית מתקבלת ע"ג הכיתות הראשונות שהעידו לפירות, אף שעדותה של הכת השלישית לא מהני לפירות בכל גוונא.

### תירוץ רעק"א

רעק"א (דרו"ח סוף חולין) מבאר שתירוץ הרמב"ן על קושית בעה"מ, שלהו"א רבנן לא דרשי דבר ולא חצי דבר ורק לאחר דברי אב"י למדה הגמ' שרבנן דורשין חצי דבר. תירוץ דחוק הוא ורוצה לומר שעיקר קושיית בעה"מ ליתא שהרי אנו מוצאין שעדי טביחה מועילים בפני עצמם כגון: כאשר יודעים העדים שבהמה זאת שטבחה הגנב שייכת לראובן וכיון שאין חזקת מטלטלין בגודרות, ממילא עדותם מועילה לחייבו בתשלומין לפי שעת הטביחה, כדן "תברא או שתיה", ודמי לעדות של אכילת פירות, בטוען לפרות הורדתיך ולא מהני העדות לפירי מ"מ מועיל לענין חזקה. וכהסבר הגרנ"ט דכל שעדות זו יכולה להתקבל במקום אחר לא הוי חצי דבר.

נראה שכוונת רעק"א שכבר בהו"א המשנה קיימא אליבא דרבנן בהיכי תימצו שעדי הטביחה מכירים שהבהמה של ראובן, אך לפי הסבר הגרנ"ט שהבאנו לעיל, אם מצינו מקום אחד שעדות על טביחה מועילה בפני עצמה אי"כ יש לעדות שם עדות ותועיל בכל מקום.

הוסיף רעק"א: "ואולם עדיין לא פלט מנן קושיה אחרת כעין קושיית הרז"ה והיינו במה דהקשה תוס' על הר"י מההוא דג' אומרים בפנינו אמרה, ובחי הרמב"ן (ב"ב) תרץ דעדי אמירה לחוד – מהני, דהוי שליח ואם יקבל גט בפנינו מהני ואף דעדי קבלה לחוד לא מהני מ"מ לא הוי חצי דבר כיון דעדי אמירה לא צריכי לעדי קבלה ע"ש. ובזה יקשה לס"ד דהכא".

לעיל הבאנו קושית תוס' ממשנה בגיטין: שנים אומרים בפנינו אמרה וכו' ושם כל עדות בפני עצמה אינה מועילה לדבר והובא לעיל תירוץ הרמב"ן בחידושו שעדות על מינוי שליח מהני ולא חשיב חצי דבר, דהוי שליח ואם יקבל הגט בפנינו מהני. ואף דעדי קבלה לחוד לא מהני מ"מ לא הוי חצי דבר כיון שעדי אמירה לא צריכי לעידי קבלה כתירוץ אביי.

מקשה רעק"א, לתירוץ הרמב"ן יקשה להו"א, קודם תרוצו של אביי, דאם לרבנן היכא דעדים אחרונים לא צריכי לראשונים אין חסרון של חצי דבר, א"כ מתני' דגיטין על עידי מינוי שליחות ועידי קבלה כמאן אזלה?

לכן מבאר רעק"א באופן אחר. מתחילה ברור שלרבנן מהני עדות על גבי עדות ואם קבלנו עדות גניבה עדות טביחה תתקבל. ואם קבלנו עדות על מינוי שליח ניתן לקבל עדות גם על הקבלה, אלא שהגמ' מקשה על ר"ע בדוקא. לר"ע, אף שקיבלנו עדות לענין פירות לא ניתן להשתמש בה לענין חזקה. בהו"א ס"ד דבעינן שתועיל "לענין מה שאנו דנים" והואיל ואז עוסקים בשאלה אם יש חזקת קרקע לא נוכל להשתמש בעדות שהועילה לענין פירות. ואם כן אף שקיבלנו עדות גניבה לא ניתן להשתמש בה לענין תשלומי ארבעה וחמישה שבזה אנו דנים. ולכן מקשה הגמ' לימא מתניתין דלא כר"ע אך לרבנן שניתן להשתמש גם בעדות שהועילה לדבר אחר נוכל להשתמש בעדות גניבה גם לענין ארבעה וחמישה ומועילה עדות על גבי עדות.

ומבאר רעק"א את תירוצו של אביי "ומי לא מודה ר"ע בשנים אומרים קידש ושניים אומרים בעל וכו'" שאע"פ שעדות הקידושין לא באה לענין הביאה אך לאחר שהעידו על הקידושין הוחזקה אישה זו באשת איש, בתחילה אנו דנין שהיא מקודשת ועדות הביאה מחייבה מיתה, וכיו"ב שתחילה אנו דנין שגנב ואח"כ ממילא חייב על הטביחה. אך א"כ מדוע לא נאמר כן גם בעדות פירות, שכבר נודע לנו שיושב שנה ע"י עדות אכילת פירות, מבאר רעק"א "שאני חזקה דהתשלומי פירות הם היפוך החזקה", כוונתו שפסיקה המחייבת פירות סותרת את המגמה ליצור חזקת ג' שנים למחזיק.

## שיטת האור שמח

עפ"י דברי האור שמח (ריש ה' סוטה) תבואר שיטת הרי"ף. שואל האור שמח על הא דקי"ל שבעדות קינוי וסתירה מועיל אפילו בשתי כיתות נפרדות כת על הקינוי וכת על הסתירה והרי יש פה חסרון של חצי דבר, אלא מבאר האור שמח דמסתברא בשיטת הרי"ף דהיכי שהדברים המה עצם החיוב כגניבה ומכירה בנפש לרבנן סגי אף אם הוא חצי דבר, מה שאין כן בשתי שערות שיכול להיות גדול בלא שערות כמו סריס ובנים וכיו"ב רק שהסימנים הוא סימן ומופת שהיא גדולה וכן חזקה מה שאכל שלוש שנים בשופי זה אות נאמן שמכר לו השדה בשטר בזה כיון שמעידים על חצי סימן א"כ לא הוא עדות כלל ולכן בעי הרי"ף ליתן טעם בחזקה משום שמועיל עדותן לאכילת הפירות אך בדברים שהם עצם החיוב כמו בגניבה ומכירה בנפש לא בעי כלל שיועיל עדותן לשום דבר. למדנו מדברי האור שמח שקושית תוס' ובעה"מ מעיקרא ליתא. כל דין חצי דבר לרבנן שייך רק בראיות אך במינוי שליח או גניבה וטביחה שהם 'עצם הדבר' אין דין כזה.

לאחר חילוק האו"ש שיש לחלק בין עדות על עצם המחייב לעדות ראיה שרק בראיות יש חסרון של חצי דבר, קשה מדוע לגמ' ברור שר"ע יסבור שיש חסרון של חצי דבר גם כאשר מעידים על עצם החיוב (בב"ק ע"ב, הקשו שעדות גניבה וטביחה לא כר"ע) במקום תירוצו של אב"י שעדות על גבי עדות מועילה היה ניתן לתרץ דשאני עדות חזקה שהיא "ראיה" בעוד שעדות בגניבה וטביחה זה עדות של המעשים המחייבים? ונראה לומר שהסבר האו"ש נכון רק לרבנן שלדעתם זה דין בקבלת עדות ולכן דוקא בראיה יסברו שאין משמעות לחצי דבר שאין באמירה זו מאומה דהיינו שבשערה אין בה שום משמעות אך לאחר שהתקבלה העדות מסיבה אחרת כגון לפירות מהני גם לשאר דברים אך לר"ע שזה דין בצירוף עדות ואפילו שהתקבלו העדויות אי אפשר לצרפם מבואר שהחסרון זה בלפסוק דין ע"י שתי כיתות וא"כ אין חילוק בין עדויות של "ראיה" לעדויות של המעשים המחייבים, ז"א שלעולם לא נפסוק דין ע"י שתי כיתות.

## ג. שיטת ר"י

תוס' בב"ק (ע"א ד"ה למעוטי) מבארים, לדעת רבנן, את החילוק בין עדות שערות דלא מהני לגי' כתות בשנות חזקה דמהני: "דהתם ראו כל מה שהיו יכולין לראות באותה שנה". וכעין זה כתב בעל המאור (ב"ק כח, א):

ושאני עדות התלויה בשני זמנים מעדות התלויה בזמן אחד שכל עדות התלויה בזמן אחד כיון שהיה יכול לראות זה בשעה שראה זה ולא ראה לא מצטרפים.

### 1. ביאור חידושי הרי"מ

הרי"מ בחידושו (גיטין סג ד"ה תוספות) מבאר שאין כוונת תוס' דתליא הטעם אם יכולין או אין יכולים דאטו באונס או פשיעה תליא כשרות העדות: "רק הטעם לחלק בין שהעדות בשעה אחת כמו ב' שערות דראיית העדות שיש לה ב' שערות והיא גדולה ובפעם אחת דזהו הדבר וכשלא ראו כת אחת רק שעה אחת א"כ ראו רק חצי דבר מהעדות של אז. ולא מהני בודאי אף שהיו אנוסים ולא יכלו לראות יותר. רק בשני חזקה כיון שגם בכת אחת אין העדות של החזקה בפעם אחת רק בהמשך זמן של ג' שנים. וא"כ מה שראו אכילת שנה אחת ראו כל הדבר שיש לראות ועל שנה ב' גם אם היו רואים הוא ראיית זמן אחר ואין חילוק בין אחרים להם וקרינן ביה דבר שלם בשעת ראייה".

ז"א שעדות שהזמן מחלקה לכמה "ראיות" לא יהיה חסרון שכל "ראיה" תגיע מכת אחרת אך עדות של ראייה אחת נוכל לקבלה רק מכת אחת.

בדומה לדברי הרי"מ מבאר הגרני"ט (ב"ב ס"י קפג): "יש לבאר שכוונתם דאין הטעם דלא מהני לרבנן משום שלא ראו כל מה שיכולים לראות אלא הכוונה דדבר שמצורף מחלקים וכל חלק מועיל לחלק השני כל חלק נקרא דבר שלם אבל בבי שערות מציאות וענין אחד דכשיש לה ב' שערות נעשית גדולה וכמות זו של ב' שערות על כרחך שבבת אחת נמצאים אצלה".

נראה שכוונתו כמו שביארנו בדעת הרי"מ, שאם ה"זמן" גורם את הפרטים אזי כל פרט דבר שלם אך אם הכמות גורמת את הפרטים אז יש צורך בכל הפרטים בכת אחת.

### 2. ביאור המהריט"ץ

המהריט"ץ (סי' קו) מבאר שהחסרון בראיית שעה אחת משום דמחזי כשיקרא "כיון שהלכו לבדקו ובדקו אותו וראה שעה אחת מימין למה לא ראה אותה שבשמאל ואותן שמעידים על אותה שבשמאל כיון שבדקו למה לא ראו אותן שבימין לכך לא הוי עדות דודאי שקר הוא או שהן מכחישין זה את זה שזה אומר אני בדקתי בעצם ולא מצאתי כי אם שעה אחת בגבה

והשני אומר אני בדקתי בעצם ולא ראיתי כי אם שעה אחת בכריסה א"כ עידי שקר הם. כיון שהם מכחישים זה את זה ולכן אין כאן עדות".

מבואר מדבריו שאין מקבלים עדות זאת מחשש שהעדים משקרים. ולכאורה קשה דאם זה הטעם קרא ל"ל ת"ל דאיכא חשש משקר?

ויש לומר שלולי חידוש הפסוק לא היה לנו כח לקבוע מסברה שאין מקבלים עדות זו שהרי בדבריהם אין הכחשה מפורשת, והפסוק בא לחדש שכאשר יש חסרון של חצי דבר המיחזי כשקרא אין לנו לקבל עדות זו.

#### ד. דעת הרמב"ן

הרמב"ן במלחמות (ב"ק כח בדפי הרי"ף) כותב: "הרוצה לעמוד על העיקר יבוא ויסמוך על דברי רבינו שלמה ז"ל".

וכונתו למש"כ רש"י (ב"ק ע,ב): "הני אמרי אכתי קטנה היא וכו', הילכך לא מצטרפין, אבל לגבי חזקה כולן מעידין שהיה מוחזק בה".

והרמב"ן מבאר כוונת רש"י – הרמב"ן מחלק שבעדות על שעה אחת אין זו התחלת הגדלות "שאף הקטנה שבקטנות אפשר שיהיה לה שעה אחת, וכשאתה מעמידה על אותה חזקה שהן מעידים אכתי קטנה היא... אפילו עמדה בשעה זו כל ימיה קטנה היא".

לעומת זאת, עדות על חזקה אכילת השנה הראשונה היא התחלת החזקה, שכל כת מעידה שהוא מוחזק בה כאדם המחזיק בשלוי. ואילו שמעידין אנו ראינוהו אוכל אותה כאוכל את שלו עדות שלם הוא אעפ"י שאנו צריכים עדות אחרים מפני שאתה אומר שמא יצאת מרשותו ולא עמדה בחזקתו אלא אותה שנה מ"מ אם תעמידנה בחזקתה בעדות זו שלו היא, נמצאת עדות זו התחלת עדות שניה שהרי העידו שראו אותו ברשותו של זה ולא יצאת מרשותו ושלו היא אם לא נולד שם דבר אחר ויצאת מרשותו. א"כ למדנו בדעת הרמב"ן שהמדד לחסרון של חצי דבר בעדות הוא כאשר העדות אינה משנה את החזקה הקודמת ומחילה חזקה או ידיעה בנשוא העדות, אך כאשר העדות מהווה התחלת חזקה או ידיעה בנשוא העדות וכל המתבקש ע"י הכת הנוספת הוא שהענין ישתמר בכה"ג אין חסרון של חצי דבר.

ר' מאיר שמחה (ב"ב כט,א אות ה) מבאר שהרמב"ן בהסברו לדין חצי דבר אזיל לשיטתו בגדר חזקת שלוש שנים. הרמב"ן בחידושו (ב"ב מב,א) מבאר טעם חזקת ג' שנים וז"ל: "דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי דידיה בלחוד

אלא כיון דהאי שתק רגלים לדבר, אלא שתוך שלוש אמרינן למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלוש כיון דלא מיזדהר ביה טפי איתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחינם שתק". היוצא מדברי הרמב"ן שהוכחת החזקה נעשית מיד אלא שיש להמתין ג' שנים כדי לסלק הריעותא של אחוי שטרך.

לפי זה מסביר ר' מאיר שמחה שכל כת הבאה להעיד על אכילת שנה מעידה כבר על דבר שלם שהרי דעת הרמב"ן שהחזקה נוצרת מיד.

הדבר מובן לפי הסבר האו"ש (הנ"ל פרק ב) בדעת הרי"ף, שחילק שדין דבר ולא חצי דבר קיים רק בעדות של סימן לדבר מסויים כגון סימני גדלות שהם אינם גדלות אלא סימנים לגדלות וחצי סימן לאו כלום הוא, ולפי הסברו בדעת הרמב"ן שכל כת מעידה על דבר שלם ומה שצריכים ג' כיתות הוא רק לסלק הריעותא של אחוי שטרך א"כ כל כת העידה על דבר משמעותי, ולא דמי לחצי סימן. דג' שנים אינם סימן שקנה דלכך די אף בשנה אחת.

## ה. להלכה

### 1. הכרעת השו"ע באבה"ע

בשו"ע (אבה"ע קמב) נפסק:

אם יש עדים שהבעל מסר לסומא זה גט זה לגירושין, כשר שהרי כיון שיש עדים אינו צ"ל בפני נכתב ובפני נחתם ויהיב לה באפי הנהו סהדי גופייהו, ואם נתקיים בחותמיו כשר בכל גוונא.

ז"א שצריך שתהיה הנתונה באפי הנהו סהדי של המסירה. והט"ז ציין שמקורו בדברי הרמ"ה שבטור. וטעמו דלא להוי חצי דבר. והוסיף הט"ז שלתוס' אין כאן חסרון כלל שהרי מעידים על מה שיכולים לראות אלא מוכח שהרמ"ה סובר כרי"ף שרק כאשר העדות הראשונה מהני בפני עצמה לדבר מסוים לא הוי חצי דבר. ואנן קי"ל כשיטת תוס' שכתבו שתירוץ זה עיקר.

אך קשה, שהרי תוס' הנ"ל הקשו על שיטת הרי"ף ממשנה בגיטין וכנ"ל, דבעדי שליחות ועדי מסירה אין חסרון של חצי דבר ולרמב"ן מיושב דעדי מינוי השליחות מהני במקום אחר ולכן אין בהם חסרון של חצי דבר. הב"ש מבאר דשאני הכא שאין כח לעולם ביד השליח, שהרי הוא סומא ואינו יכול לומר בפ"נ וחיוב עדים, ושאני מהמשנה בגיטין דפעמים יש כח ביד השליח לגמור הגירושין ולא יועיל תרוץ הרמב"ן.

## 2. קושיות שעה"מ

שער משפט (ל,יא) מקשה על הכרעת הטי"ז והב"ש שהשו"ע הכריע כשיטת הרי"ף. בשו"ע חו"מ (קמ,יב) כתב:

יש אומרים שאין עדות השוכרים מועיל אלא אם כן שכרו בשטר, אבל אם שכרו בלא שטר, לא. ויש אומרים דאפילו שכרום לשלשה שוכרים זה אחר זה, לכולם בלא שטר, מצטרפים.

מבואר, ששלושה כתי עדים ששכרו כל אחת שנה מצטרפים לעדות חזקה, ואומר שעה"מ שאי אפשר לומר שמהני לדעת הרי"ף משום שכל כת מחייבת עצמה בתשלום שכירות למערער שהרי יש שהכת הראשונה מגיעה להעיד ללא הכתות הנוספות והבית ממילא שייך למערער, ולהם יש הודאת בע"ד שחייבים לו השכירות: "מה עדות הוא זה שיהא דבר שלם הלא מתחייב בהודאתו ומקיימי דבר דיבר הכתוב ולא בעושי הדבר", וא"כ משמע שהשו"ע לא פסק כרי"ף אלא כתוס'. א"כ נמצאו פסקי השו"ע סותרים זה את זה. בחו"מ פסק כתוס' ובאבה"ע פסק כרי"ף.

מתרץ שער משפט, שאפשר שהשו"ע מסתפק ובכל מקום נקט לחומרא, ולכן בגט שמביא חרש מצריך שעדי הנתינה יהיו במסירה, אך בחזקה לא יוציא הקרקע מידי היושב כי ייתכן והלכה כתוס'.

אך מקשה שעה"מ מדין נוסף בשו"ע (רה,ה):

יש מי שאומר שאפילו אמר: כתבו לי שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע על פי עדים האונס שאנסוני יצטרף עדותכם לבטל המקח, אין שומעין לו. (רמ"א:): מיהו אם כבר כתבה המודעא, והביא אח"כ ראיה דאנוס היה, המכירה בטלה.

וצ"ע איך מועיל עדי שטר על המודעא בצירוף עדים על האונס הרי כל כת אינה מועילה בפני עצמה כלום, ואין לומר שהרמ"א הכריע כאן כשיטת תוס' מספק ודעתו שבספק חזקה משאירים אצל המרא קמא דא"כ הדרא קושיה לדוכתא מדין השוכרים לעיל, דהתם מספק אוקים בידי המחזיק וצ"ע.

וכן אומר קצוה"ח (רה): "נראה דהיינו לשיטת תוס' בהא דמהני שלשה כתי עדים לחזקה ולא הוי חצי דבר, כיון שראו כל מה שהיו יכולין לראות כמ"ש תוס' במרובה (ב"ק ע,ב) אבל לשיטת הרי"ף טעמא דחזקה דמהני לשלומי

פירי ע"פ כת הראשון, א"כ הכא הו"ל חצי דבר כיון דמודעא בלא אונס וכן אונס בלא מודעא לאו כלום".

### 3. אופנים ליישב

את הקושיא הראשונה של שעה"מ, כיצד מועילה עדות שוכרים, יש ליישב עפ"י דברי הגרנ"ט בדעת הרי"ף; לדעתו כוונת הרי"ף שמספיק שיש מציאות כל שהיא במקום אחר שעדות על נתון מסוים מועילה כדי שנוכל לקבלה תמיד, כגון שהמרא קמא טוען לפירות הורדתיו ששוב אין העדים מועילים לפירות, ע"ש, וא"כ גם כאן אף שהעדות של השוכרים אינה מחייבתם ממון למערער אלא הודאת בע"ד מחייבתם. אך מצינו שתועיל עדות לחייב השוכרים לשלם למערער, כגון שיעידו אחרים שראו השוכרים שם שנה, ויתחייבו מדין עדות. לכך אין חסרון חצי דבר בעדות השוכרים אף שהיא כשלעצמה לא מחייבת אותם בתשלום למערער, אלא הודאתם מחייבת.

אמנם אין זה מיישב את הקושיא השניה של שעה"מ, שהרי עדות מודעא לעולם אינה מועילה. בפני שלמה (ב"ב מ,ב) מבואר, שאע"פ שיש בעדות מודעא חסרון של חצי דבר חכמים עשו תקנה כדי להציל העשוק מיד עושקו.

ב. הבאנו לעיל את דברי האו"ש, שדין חצי דבר הוא רק בעדות שהיא סימן לדבר אך לא היכא שהעדות היא חלק מדין הדבר, כך הסביר מדוע לפי הרי"ף מועילה עדות בקינוי וסתירה, שאע"פ שאין משמעות לקינוי מ"מ זה מעשה שגורם את הדין. לפי זה מסביר הקה"י (סנהדרין יט) שבעדות על מודעא אין חסרון של חצי דבר שאין עדותם רק בגדר עדות סימן לדבר בלבד שהמכר שיעשה אחר כך אינו קיים "אלא דקעביד עכשיו ביטול על המעשה דלהבא", ומדמה זאת לענין ביטול נדרים שמפר נדרי עצמו עד שלא ידור, וכן מוכח בדעת הרמב"ם שמהני מודעא גם על גט שאינו באונס "כל גט שאתן מכאן עד עשרים שנה יהא בטל", מבואר א"כ שביטול הוא מעשה מבטל ולא ראיה שאכן נעשה באונס, ולכן לפי הסבר האו"ש אין כאן חסרון של חצי דבר.

לפי דברי שעה"מ יש לפנינו ספיקא דדינא ויש לחוש לחומרא לשתי הדעות וכן כותב החכמת שלמה בסימן רה לפי הסברו של הגרנ"ט ניתן לומר, שהכרענו כדעת הרי"ף דדי בשם עדות גם לענין אחר, ואם נפסוק כאור שמח כל הדין של חצי דבר הוא רק בעדות סימן לדבר.

הרב יעקב יהודה יקיר  
ר"מ בישיבת בית אורות, ירושלים

## בגדר ההוכחה והעדות על מסירת השטר

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. גיטין כ,ב: מחלוקת הרמב"ם והאו"ז
- ג. באור הסוגיה עפ"י תוס'
- ד. שיטת נתיבות המשפט ור' חיים מבריסק
- ה. שיטת קצוה"ח
- ו. סיכום

### א. הקדמה

במאמר זה נדון בסוגיית הגמ' גיטין כ,ב:

בעי רמי בר חמא היו מוחזקים בעבד שהוא שלו וגט כתוב על ידו והרי הוא יוצא מתחת ידה מהו.

הסוגיה עוסקת בנתינת הגט, ודנה בגט הנכתב על ידו של עבד ויוצא מתח"י האשה, האם יש במצב זה הוכחה לכך שהבעל גירשה.

במהלך הדיון בסוגיה יתברר, ששאלת ההוכחה שהגט אכן נמסר, תלויה גם בהגדרת חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו, וגם בהלכה מחודשת בדיני השטרות, שטר היוצא מתח"י של האדם מוכיח על עצמו שאכן הוא נמסר לו.

### ב. גיטין כ,ב: מחלוקת הרמב"ם והאו"ז

למדנו בגיטין כ,ב: "בעי רמי בר חמא היו מוחזקים בעבד שהוא שלו וגט כתוב על ידו והרי הוא יוצא מתחת ידה מהו? מי אמרינן אקנויי אקני לה, או דלמא הוא מנפשיה עייל. אמר רבא ותיפוק ליה דכתב שיכול להזדייף הוא בכתובת קעקע... מאי הוי עלה? תא שמע דאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה".

נסתפק רמב"ח בגט הכתוב (בכתובת קעקע) על ידו של עבד המוחזק כשייך לבעל, ויוצא הוא מתח"י האשה, האם מגורשת היא? והסיקה גמ' דהגודרות

אין להן חזקה, דהיינו שאם הבעל טוען שהעבד הלך מעצמו אל האשה, מוציאים את העבד מתחת ידה ומחזירים אותו לבעל. זו המסקנה הממונית של הסוגיה, אך נחלקו הראשונים במסקנת הסוגיה בהיבט האסורי לענין הגירושין.

האו"ז בסי' תשטז (הובא בהגה' אשרי בפירקין בסי' כ) כתב שאינה מגורשת.

אמנם הרמב"ם (גירושין ד, ד) כתב:

היה הגט חקוק על ידו של עבד בכתובת קעקע והיה יוצא מתחת ידה והיו העדים חקוקים על ידו הרי זו מגורשת, אע"פ שאין לה עידי מסירה, שהרי אין יכול להזדיין. אפילו היו מוחזקין בעבד שהוא שלו וגט חקוק על ידו והוא יוצא מתחת ידה והיא אומרת בעדים נמסר לי הרי זו ספק מגורשת שמא מעצמו נכנס לה. שהגודרות אין להן חזקה.

כתב הטור (סי' קכד):

וכתב הרמ"ה דחיישינן מספק לחומרא והוא ספק מגורשת ואי ניסת לשני תצא בגט.

ובאר הב"י: "ואע"ג דמשום דאין להם חזקה מפקינן להו מיד השני ויהינן להו לראשון מכל מקום לענין גט אשה מידי ספיקא לא נפקא".

נמצא שהרמב"ם והרמ"ה מחלקים בין דיני הממונות לדיני האיסורים, דאע"פ שמוציאים את העבד מהאשה לבעל, לא נאמר שאין האשה מגורשת, באופן ודאי, אלא היא ספק מגורשת, ואילו האו"ז משוה את ההלכות וכיון שמוציאים את העבד מהאשה לבעל, האשה אינה מגורשת כלל.

בבאור מחלוקתם שמעתי בכולל, ממו"ר הגרמ"ד שליט"א, שנחלקו בהגדרת חזקת מ"ק שמכוחה זוכה הבעל בעבד. דהנה קונטרס הספקות בכלל א דן בגדר חזקת מ"ק האם כוחה מכח חזקה קמייתא באיסורים, או שהיא מעין חזקת ממון שכשם שאין מוציאים ממוחזק בלי ראייה כך מ"ק נחשב מוחזק שלא להוציא ממנו בלי ראייה. אם נאמר שחמ"ק הוי חזקה דמעיקרא, ממילא יוצא שהיא מכריעה את הספק מדין ודאי ככל חזקה דמבעקרא המכריעה, אך אם נאמר שהוי מוחזק, ממילא יוצא שהספק לא הוכרע אלא מספק לא מוציאים ממ"ק. אכן נראה לומר שהרמב"ם ס"ל שמ"ק הוי כמוחזק ואינו מכריע את הספק. ולכן אע"פ שמוציאים את העבד לבעל מ"מ לענין איסורים הוי ספק מגורשת, ואילו האו"ז סובר שמ"ק הוי חזקה

דמעיקרא המכריעה את הספק וא"כ העבד של הבעל מדין ודאי והאשה כלל אינה מגורשת.

והדברים מבוארים בספר נחל יצחק (סי' עב. בקונטרס בדין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר). הנח"י הביא את דברי התומים והנתיבות, שכתבו דהא דמוציאים מן המוחזק דברים העשויים להשאיל ולהשכיר היינו דוקא את גוף החפץ אבל אם יש דיון לגבי דמי החפץ אין מוציאים. וכתב שם להביא ראיה לדבריהם מפסק הרמב"ם, הרמ"ה והשו"ע בסוגיין, דקשה דאמאי הוי ספק מגורשת? ובאר: "וע"כ טעמם משום דהא דמסקינן הוי הטעם משום חזקת מ"ק... וא"כ י"ל דלכן לא מהני זה רק לענין אפוקי ממונא. אבל לא לענין איסור א"א משום דהא כתב קצוה"ח (בקונטרס הספיקות כלל א) לדון דחזקת מ"ק הוי מעין חזקת ממונא, ועיקר מילתא דחזקת ממונא לעיל הוי מצד חזקה המבררת רק משום שאין אנו יכולים להוציא מן המוחזק בלא ראיה ע"ש. וכ"כ הנתיבות (לד ס"ק טו) וכו' ע"כ אין מועיל זה הסברא במקום איסורא והוי שפיר ספק מגורשת. והך מילתא דגודרות אין להם חזקה וכן הך מילתא דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הוי הכל בחד טעמא...".

נמצאנו למדים שהרמב"ם והשו"ע שפסקו שהויא ספק מגורשת כוונתם דהוי ספק מן התורה וטעמם עמהם משום דגודרות הוי ספק, משום דחזקת מ"ק היא מעין חזקת ממון.

### ג. באור הסוגיה לפי תוס'

רמב"ח הסתפק בסוגיה בדין גט הכתוב על העבד ופשטה לו הגמ' מריש לקיש דאמר הגודרות אין להן חזקה. תוס' בסוגיה הקשו מדוע לא פשטה הגמ' ממשנה מפורשת בחזקת הבתים: "העבדים חזקתן ג' שנים מיום ליום" ועוד מה חידש ר"ל בדבריו, שלא שמענו כבר במשנה? בהסבר הדבר הובאו בתוס' שתי שיטות:

1. שיטת הרי' יהודה מקורבי"ל: ר"ל חידש שאע"פ שבסוגיין מיירי באופן שיש הוכחה מסוימת שהעבד או הפרה ניתנו לאשה שהרי הגט כתוב עליהם, מ"מ אין לה חזקה בהם.

2. שיטת בעל התוס': יש חילוק בין בהמות לבין עבדים; עבדים הם בני דעת ויכולים ללכת מדעתם למקומות אחרים, אבל בהמות אין בהם דעת ואינן הולכות למקומות אחרים מעצמן. לכן ממשנת העבדים לא ניתן ללמוד את

דין הבהמות דהו"א דדוקא עבדים אין להם חזקה כיון שעילי מנפשיהו אבל בבהמות כן תהיה חזקה, קמ"ל ר"ל דגם גודרות אין להם חזקה. לכן בסוגיין א"א לפשוט ממשנת העבדים, דהא בסוגיין יש הוכחה מסוימת שהעבד ניתן לאשה שהרי גט כתוב על ידו וכן מדברי ר"ל למדנו שאין לאשה חזקה בעבד גם בכה"ג.

נחלקו להלכה הב"י והדרישה בסי' קכד, בעקבות דברי תוס' בדין גט הכתוב על קרן פרה, המוחזקת לבעל והרי היא יוצאה מתחת ידי האשה. הדרישה כתב: "בפרה דאיכא תרתי לטיבותא, דלא עיילה מנפשה וגם איכא הוכחה שהגט שלה מדחקק על קרנא, לא מיבעיא ליה כלל ופשיטא דמגורשת ודאי". דהיינו עפ"י סברת התוס' רוצה הדרישה לומר שבפרה האשה ודאי מגורשת, כיון שישנן שתי סברות לומר שאכן הבעל נתן את הפרה. לעומתו הב"י כתב: "הוא הדין דשייך למיבעיא אם היו מוחזקים בפרה שהיא שלו וכי היכי דאסיקנא בעבד דהו"א ספק מגורשת ה"ה לפרה". הט"ז נקט כב"י והסביר שבסוגיה למדנו שבגודרות ועבדים לא אזלין בתר סוגי הוכחות כלל ולכן גם בפרה שגט כתוב על קרנה אין חזקה לאשה. רעק"א הוכיח כשיטת הדרישה, מכך שרמב"ח לא דן בגט על פרה אלא הסתפק דוקא בעבד אע"פ שכדי להעמיד את הספק חייבים להסביר בדרך איסור של כתובת קעקע.

עוד נחלקו הפוסקים בדין הגירושין אם נשאר העבד תח"י האשה ג"ש: הב"י כתב: "וכן אם היה העבד אצלה ג"ש מזמן הכתוב בגט ולא מיחה בה, משמע לכאורה דמגורשת גמורה הו"א... דאחר ג"ש יש להם חזקה... שמה שהיה העבד אצלה קודם זמן הכתוב בגט... (ו)ליחוש דילמא כתב ליתן ולא נתן. י"ל דלא מקדים איניש פורענותא לנפשיה". כלומר לפי הב"י לאחר שהחזק העבד אצלה ג"ש ולא מיחה הבעל הרי היא מגורשת ודאי. הט"ז חולק על הב"י בהלכה זו, ופוסק דגם לאחר ג"ש הוי ספק מגורשת דלעולם יש לחוש שמא מנפשיה עייל העבד ולכן לא מיחה הבעל דהרי אין לאשה חזקה בנכסי בעלה.

#### **ד. שיטת נתיבות המשפט ור' חיים מבריסק**

התבוננות נפלאה בסוגיה מצאנו בדברי הנתיבות ור' חיים. הנתיבות בתו"ג על סדר המסכת הביא את הדינים מסי' קכד:

1. כאשר הבעל מודה שנתן לאשה את הגט נאמנת, ומגורשת גמורה.
2. כאשר יש לה חזקה כנ"ל לאחר ג"ש, מגורשת.

והקשה התו"ג: "ולכאורה קשה דהא בעל שאמר גרשתי אינו אלא ספק מגורשת, ועוד דהבעל אינו נאמן למפרע והכא משמע דמגורשת מזמן הגט, וגם קשה הא דאם אין הבעל מודה שאינה רק ספק מגורשת אף דהעבד ודאי מוציא הבעל מידה בדין".

קושיותיו מתבארות יותר בדברי ר' חיים בסטנסיל סי' קמח שכתב: "וקשה כיון דמיירי דליכא ע"מ כמבואר בסוגיין ורק דהע"ח הם ע"מ, או דאנן סהדי שבא הגט מידו לידה, וא"כ כיון דהגודרות אין להם חזקה ואין לנו ראיה מהתפיסה שבא לה מידו לידה, וא"כ ליכא בזה האנ"ס וליכא בזה כלל ע"מ והוי מגרש בלא עדים".

דהיינו כיצד ניתן לפסוק שהיא ספק מגורשת, הרי אע"פ שיש ספק האם ניתן לה הגט אין אלו גירושין כלל כי אין עדים על הגירושין. במקרה שאין עדי"מ, המציאות של הגט בידי האשה, מוחזקותה בו היא העדות/האנ"ס על הגירושין וכיון שאינה מוחזקת בגודרות אין כאן גירושין כלל. ומה תועיל הודאת הבעל ומה תועיל החזקה של ג"ש לחסרון זה שקיים בגירושין?

שני גדולים אלו מחדשים חידוש בגדר האנן סהדי והעדות על המסירה בשטרות. ההוכחה על המסירה אינה עצם חזקת הממון שיש למקבל בשטר, אלא ישנה חזקה בשטר עצמו המוכיחה את מסירתו: אנ"ס ששטר שנכתב אכן נמסר. ר' חיים, כתב:

והנראה לומר בזה דאין הדין דהגודרות אין להם חזקה מפקיע האנן סהדי של המסירה לגמרי דנימא שלא היה בזה מסירה כלל ומאיליהם באו אצלה, אלא כיון דגט חקוק על ידו והיו מוחזקים בעבד שהוא שלו ויוצא עכשיו מתחת ידה, שפיר יש בזה בדיני שטרות אנן סהדי שהיה מעשה מסירה... ורק דלענין ממונות של העבד אחרי שהיה מוחזק אצלנו שהיה עבדו אינו יוצא ע"י התפיסה שלה מוחזקתו. וזהו המגרע ראית השטר שלא תוכל להנשא בו שמספק עלינו אם נתגרשה. אבל לענין מעשה המסירה שפיר הוי העדי חתימה עדי"מ, ואנ"ס על עצם מעשה המסירה והוי מגרש בעדים.

חידושו של ר' חיים מתבאר בספרו על הרמב"ם (גירושין ו, ט). נחלקו הרמב"ם והראב"ד (אישות ג, טו): "האיש שעשה שליח לקדש לו אשה אינו צריך לעשותו בעדים שאין מקום לעדים בשליחות האיש אלא להודיע אמיתת הדבר. לפיכך אם הודו השליח והמשלח אינן צריכים עדים כמו שליח הגט..." וכתב הראב"ד: "אין הנידון דומה לראיה דלענין שליח הגט גיטו מוכיח עליו

וכו' אבל בקידושין דאפילו שניהם מודים אינו כלום כי מודו השליח והשולח נמי לא כלום הוא".

הרמב"ם סובר שמינוי שליח לקדש אשה אינו מצריך עדים והראב"ד חולק וסובר שבעיני עדים על המינוי. הקשה הראב"ד על הרמב"ם דאין להוכיח מגט, דשאני התם דגיטו מוכיח עליו, והוסיף ר' חיים להקשות דהרמב"ם בעצמו סובר דהגט מוכיח שהוא שליח וכן שנמסר לגירושין?

וכתב ר' חיים לתרץ :

דהרמב"ם ס"ל דנהי דהכתב מוכיח שהבעל עשאו שליח, אבל אין זה אלא הוכחה בעלמא, ולא מהניא זאת אלא לברורי מילתא שהאמת כן הוא שהוא שליח לגירושין, וכל זה לא מהניא אלא אם נימא דשליח שעשאו בינו לבין עצמו ג"כ השליחות קיימת, ואז מהניא הוכחת הכתב לברר שהוא שליח לגירושין, אבל אם נימא דשליחות של גירושין דינה כגירושין עצמן, דבלא עדים השליחות בטלה, ובעיני העדים לקיומי מילתא דשליחות, אז בעיני דוקא עדים או דבר שיש בו נאמנות מדין תורה, ולא הוכחה בעלמא. ואינו דומה לגט שמסרו ליד האשה בלא עד"מ דמהניא לדעת הרמב"ם, דהתם השטר גופיה מעיד על זה שבא ליד האשה, דעיקרו של שטר הוא שהבעל נותנו לה ומגרשה, ועל כן שפיר מקרי ראית השטר דמהני מדין תורה, משא"כ לענין השליחות אין בהשטר מאומה מזה, ולא הוי רק הוכחה בעלמא וזה אינו מועיל רק לברורי מילתא ולא לקיומי מילתא.

ר' חיים מחלק בין ראיה הנובעת מתפיסה ממונית של השטר, מכך שפלוני מחזיק בו, לבין ראיה הנובעת מהלכות שטרות, מכך שהשטר מעיד על מסירתו לפלוני. הראיה בהלכות שטרות היא אנ"ס מדין תורה ומועילה לחלות המעשה, ואילו הראיה מכח המוחזקות הממונית היא הוכחה בעלמא ואינה אנ"ס מדין תורה ולכן לא מועילה לחלות.

המורם מהני"ל, שבגט הכתוב על העבד ויוצא מתחת ידי האשה יש הוכחה של אנ"ס בהלכות השטרות, שאכן נמסר מהבעל לאשה שהרי זהו תוכנו של הגט, ואע"פ שבמוחזקות הממונית יש חסרון בגודרות אין בכך לבטל את הראיה בהלכות השטרות. במקרה דידן יש סתירה בין המוחזקות הממונית לבין ההוכחה בהלכות השטרות ולכן פסק הרמב"ם שמגורשת מספק.

נראה שעל יסוד זה בנויים דברי התו"ג בהסבר סוגיין. דהסביר התו"ג שרמב"ח כלל לא הסתפק על הגירושין דודאי גירשה, דכיון שהגט כתוב על ידו של העבד לא היה נותן הבעל שיהיה סתם אצל האשה, וספקו הוא רק על העבד מבחינה ממונית דיכול הבעל לטעון שנתנו לה ע"מ שתחזיר את העבד כיון שאין מוחזקות בגודרות מול מ"ק. ועפ"י כתב שמדאורייתא הוא מגורשת אלא דחכמים עשאוהו כספק כיון שממונית העבד חוזר לבעל וכל הראיה על הגירושין היא על ידו, ולכן במקום שהעבד אינו חוזר לבעל כגון שהבעל מודה, או חזקת ג"ש היא מגורשת ודאי. ועדיין יש להבין דבריו דהא בזמן הגירושין אין עדים על הגירושין ואיך מהני הראיה מכך שלא תבע העבד לאלתר? וע"כ כדברי ר' חיים, שיש ראיה מהשטר עצמו על מסירתו והוי אנ"ס בדיני השטרות, והוסיף התיבות שגם בדיני הממונות ישנן ראיות.

יסוד זה בדיני השטרות מבואר בנתיבות (בספרו תו"ג קכד באורים ב), שכתב שלרמב"ם סגי בעד"ח כדכתב הר"ן דהוי ליה עד"ח כעדי מסירה, והיינו, אומר התו"ג, שעד"ח הם המעידים על המסירה. וכן כתב התיבות בחו"מ בסי' נב, דאם העד"ח נפסלו אחר החתימה קודם המסירה השטר בטל כיון שלא נמסר בעדים כשרים והיינו דנקט שעד"ח הם המעידים על המסירה אע"פ שלא ראוהו. והוא משום ההלכה בשטרות האומרת שאנ"ס שאכן נמסר השטר ועידי השטר החתומים על עשייתו הם המעידים ממילא על השלמת פעולה במסירה. הלכה זו בשטרות האומרת שהשטר מעיד על מסירתו אם יוצא הוא מתח"י האדם האמור לקבלו, היא המסבירה כיצד ניתן לראות את עד"ח עצמם כמעידים על מסירת השטר למרות שהם ראו ושמעו רק אם ציווי כתיבתו. דהם המשווים את השטר לשטר, והשטר מעיד על מסירתו.

### ה. שיטת קצוה"ח

קצוה"ח (רמא, א) מחדש שבעיני עדים לחלות בין בדבר שבערוה ובין בממונות אלא שבממונות הובע"ד כמאה עדים דמיא. והיינו שעדי חלות לא מוכרחים להיות שני עדים שראו את המעשה, אלא גם עדות ידיעה מועילה לחלות.<sup>1</sup> והוכיח כן מדברי הר"ן בהסבר שיטת הרמב"ם הנ"ל, דלר"א סגי בעד"ח למרות שעדי מסירה כרתי (וע"ע קצוה"ח צ, ז). לדעת קצוה"ח באור הר"ן ברמב"ם הוא שעד"ח הם הגורמים לכך שידוע לנו שהגט נמסר ע"י

<sup>1</sup> ע"י קובץ אבני משפט ט, מאמרו של הרב ירון רוזיליו (הערת מערכת).

הבעל, דכיון שהגט יוצא מתח"י האשה והעדים מעידים שהבעל כתבו, א"ס שהוא מסרו. א"ס זה הוא עד"מ של הגט הפועלים את חלות הגירושין.

במשובב נתיבות בסי' נב כתב: "והיינו לפי שאנו רואין הגט בע"ח ביד האשה אגן סהדי במסירתו ואגן עד"מ ע"י ע"ח, תדע דאם חתמו עדים ומתו ואח"כ מסרו לה בו ביום דודאי כשר, דא"ס שבא הגט מיד הבעל לידה ואגן הוי ע"מ ה"ה אם נפסלו אחר החתימה ואח"כ מסרו לידה, אגן הויין ע"מ וזה פשוט.

קצוה"ח חולק על נתיבות הנ"ל. הנתיבות למד בר"ן, שעד"ח הם עדי המסירה ובארנו דבריו לעיל דזוהי הלכה מהלכות השטר, שהשטר מעיד על מסירתו ולכן כתב שאם נפסלו העדים קודם מסירת השטר, השטר בטל. אבל קצוה"ח אינו מכיר הלכה כזו בדיני השטרות כלל. לשיטתו העדות על מסירת השטר היא עדות ידיעה ואגן - בי"ד, סהדי שנמסר השטר, ולכן אין פגיעה בשטר אם העדים נפסלו לאחר חתימתו קודם מסירתו.

לאחר שהעמדנו את שיטת קצוה"ח, חוזרת ועולה השאלה בסוגיתנו כיצד פסקו הרמב"ם ודעימיה דהוי ספק מגורשת הא בגודרות ליכא א"ס שנמסר הגט, ואם אין עדים לא הוי גירושין כלל?

נראה שעיון בדברי הרמב"ם (גירושין ד, ד) יענה על שאלתנו, וז"ל: "היה הגט חקוק על ידו של עבד בכתובת קעקע והיה יוצא מתחת ידה והיו העדים חקוקים על ידו הרי זו מגורשת אע"פ שאין לה עידי מסירה שהרי אין יכול להזדייף. אפילו היו מוחזקין בעבד שהוא שלו וגט חקוק על ידו והוא יוצא מתחת ידה והיא אומרת בעדים נמסר לי הרי זו ספק מגורשת שמא מעצמו נכנס לה, שהגודרות אין להם חזקה".

בהסבר דבריו כתב האמרי משה (סי' יט): "ויש להבין אי הרמב"ם מפרש האיבעיא דרמב"ח ג"כ בהעדים חקוקים על יד העבד, כמו שפירש הרמב"ם המשנה, א"כ למה צריך הרמב"ם, דהיא אומרת בעד"מ נמסר לי, הרי להרמב"ם סגי בעד"ח לחוד"? דהיינו כיון שהרמב"ם מעמיד שגם עד"ח חקוקים על העבד, ושיטת הרמב"ם היא שסגי בעד"ח מדוע צריכה האשה לטעון שנמסר לה הגט בפני עד"מ?

וכתב שם לתרץ עפ"י דברי הר"ן וכהסבר קצוה"ח, דהא דסגי בעד"ח היינו דוקא כאשר אגן סהדי שהיתה מסירה מיד הבעל לאשה. אבל בגודרות שלא קיים הא"ס בעינן דוקא עדי מסירה.

ז"א הרמב"ם מעמיד את דברי רמב"ח דוקא בכה"ג שהאשה טוענת שהגט נמסר לה בעד"מ ולכן הוא ספק, כי לטענתה היתה מסירה כשרה אך אנו מסופקים שמא מנפשיה עייל. אם האשה לא תטען שנמסר לה בעד"מ אין כאן גירושין כלל דאפילו אם הבעל מסר לה הגט אין כאן עד"מ דליכא אנ"ס על המסירה בגודרות.

#### ו. סיכום

1. נחלקו הראשונים בדין הגירושין בגט החקוק על ידו של עבד המוחזק כשייך לבעל, ויוצא כעת מתח"י האשה. הרמב"ם והרמ"ה כתבו שהוי ספק מגורשת, והאו"ז כתב שאינה מגורשת כלל.
2. בהסבר המחלוקת י"ל שנחלקו בגדר חזקת מרא קמא. האו"ז סובר שמ"ק הוא חזקה דמעיקרא המכריעה את הספק והרמב"ם סובר שמ"ק הוא כמוחזק. (בשם מו"ר הגרמ"ד שליט"א וכיו"ב ראה נח"י חו"מ עב).
3. תוס' כתבו שגודרות אין להם חזקה אע"פ שאין בהן דעת לילך למקום אחר ומדין הגודרות ניתן ללמוד לעבד עם גט חקוק שאין בו חזקה למרות שהגט הוא קצת ראייה על המסירה.
4. נחלקו הפוסקים בגט הכתוב על קרן פרה האם היא מגורשת גמורה. הב"י כתב שהוי ספק מגורשת כמו בעבד והדרישה כתב שהויא ודאי מגורשת. הט"ז נקט כב"י, ורעק"א נקט כדרישה.
5. עוד נחלקו הפוסקים בדין הגירושין בסוגיין אם נשאר העבד תח"י האשה ג"ש, הב"י כתב שודאי מגורשת והט"ז כתב דהוי ספק מגורשת.
6. הגר"ח מבריסק והנתיבות מחדשים גדר חדש בהלכות שטרות, השטר עצמו מעיד על מסירתו. אן סהדי ששטר כשר אכן נמסר. הלכה זו אינה תלויה בדיני הממונות, אלא היא הלכה עצמאית לשטרות.
7. קצוה"ח אינו מקבל הלכה זו; לשיטתו ההוכחה על מסירת השטר קשורה בהלכות הממונות ולכן צריך להעמיד סוגיין באוקימתא שהאשה טוענת שהגט נמסר לה בעד"מ.

## סירוב הלוח לפרוע בעדים

### ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. אל תפרעני אלא בעדים, סוגיית הגמרא
- ג. מחלוקת הראשונים
- ד. סיכום הסברות
- ה. מדברי האחרונים
1. לשיטת הר"ן
2. לשיטת הרמב"ן
- ו. פסיקת ההלכה

### א. פתיחה

שו"ע חו"מ (ע,א): אסור להלוות בלא עדים, ואפילו לתלמיד חכם, אלא אם כן הלווה על המשכון. והמלוה בשטר משובח יותר.<sup>1</sup> וכל המלוה בלא עדים עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול וגורם קללה לעצמו. והוא מבי"מ עה,ב. המלוה את חברו בעדים בלא קנין ובלא שטר אין צריך לפרעו בעדים אלא נאמן בשבועת היסת לומר פרעתיך. וכך נפסק בשבועות מא,ב. ושם סעיף ב: אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני, אומרים ללוה הביאם (רמ"א: שצריך לברר דבריו). ריש סעיף ג: אמר לו אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים.

במאמר זה נתמקד במקרה האחרון, שאמר המלוה ללוה אל תפרעני אלא בפני עדים<sup>2</sup> והלוה מתנגד לתנאי זה, האם תועיל מחאתו ובאיזה אופן.

מקורות הדיון הם בגמרא שבועות מא, ובמב"ם ונו"כ הלכות מלוה ולוה טו,א, טז ושו"ע חו"מ ע,ג. מקור אחר יצוין בגוף המאמר.

<sup>1</sup> מפני שבמשכון אפשר שישכח סך ההלוואה, באר הגולה ס"ק ג.

<sup>2</sup> בספר מטה שמעון להרב מרדכי שמעון בן שלמה כתב בסימן ע הגהת הטור אות כ, דמלשון התלמוד והפוסקים שכתבו שאמר המלוה ללוה בלשון שלילה "אל תפרעני אלא", ולא בלשון חיובית "תפרעני בעדים", משמע שאם אמר בלשון חיובית יכול הלוה לומר פרעתיך ביני ובינך ויהיה נאמן ע"ש.

## ב. אל תפרעני אלא בעדים, סוגיית הגמרא

במשנה לח, ב: מנה לי בידך, אמר לו הן, אל תתנהו לי אלא בעדים. למחר אמר לו תנהו לי, נתתיו לך, חייב, מפני שצריך ליתנו בעדים.

ובגמ' מא יש שני לשונות. ללשון ראשון, אמר רב יהודה אמר רב אסי המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים. והקשתה עליו הגמרא מהמשנה, שעל ידי שתבעו לפרוע בעדים ותביעה זו נעשתה בפני עדים, הרי זה כאילו הלוהו בעדים, וכעין דברי רב אסי, ובכל זאת אומרת המשנה שאם הלוה אמר שפרע בלא עדים פטור, ואם כן אינו צריך לפרעו בעדים? ומעלה הגמרא שיש כאן תיובתא לרב אסי. אומרת הגמרא שרב אסי יחלק בין המקרים, ובמשנה מדובר שהלוהו שלא בעדים ואם כן האמינו המלוה ללוה, ולמרות שאח"כ אמר לו לפרוע בעדים דוקא, מ"מ הלוה מתייחס לנאמנות שנתן לו המלוה בשעת ההלוואה שלא יצטרך לפרוע בעדים. מה שאין כן בנידון דרב אסי, שמתחילה בזמן ההלוואה הלוהו בעדים, ולכן אם יאמר הלוה שפרע בלא עדים אינו נאמן, כי מתחילה לא סמך עליו המלוה.

בלשון השני אומר רב יוסף: אמר רב יהודה אמר רב אסי המלוה את חבירו בעדים אינו צריך לפרעו בעדים ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים. שמואל חולק על רב אסי ויכול הלוה לומר פרעתוך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים.<sup>3</sup>

מקשה הגמ' על דעת שמואל ממשנתינו, שכתוב שאם אמר הלוה נתתיו לך חייב, מפני שצריך לפרעו בעדים. ומעלה הגמרא תיובתא דשמואל. אומרת הגמרא שלדעת שמואל יש כאן מחלוקת תנאים: דתניא, בעדים הלויתוך בעדים פרע לי, או יתן או יביא ראיה שנתן. רבי יהודה בן בתירא אומר: יכול לומר לו פרעתוך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים. ואם כן רב אסי כמשנתנו וכן דעת ת"ק דברייתא, ושמואל כר"י בן בתירא.

רב אחא מקשה על תירוץ זה, ממאי דבשעת הלוואה קאי, דלמא בשעת תביעה קאי, והכי קאמר ליה, לאו בעדים הלויתוך, בעדים היה לך לפורעני, אבל בשעת הלוואה דברי הכל חייב? ואם כן יוצא שריב"ב ות"ק לא נחלקו בדשמואל ורב אסי, וכולי עלמא כרב אסי.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> בדעת שמואל עיי' תוס', רשב"א, רא"ש ור"ן.

<sup>4</sup> דעת רב אחא תבואר לקמן בדברי האחרונים.

מסיקה הגמרא, רב פפא משמיה דרבא אמר: המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרוע בעדים, ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרוע בעדים.

### ג. מחלוקת הראשונים

כתב הר"י מגאש בחידושו כאן, שאפילו אם אמר לו מלוה ללוה לאחר ההלוואה שיפרע לו בעדים, עדיין צריך לפרוע בעדים, שהרי המשנה מדברת לאחר ההלוואה ולא בשעת ההלוואה, שהרי כתבה המשנה מנה לי בידך (מלפני כן), אמר לו הן. וכן הוא בראשונים.

הרמב"ן סייג, שאם לא קיבל עליו הלוח ואמר למלוה שאינו מסכים לתנאי, ויפרע לו ללא עדים, כדי שלא יצטרך להביא את עידי הפרעון בעת שיתבענו המלוה, יוכל לפרעו בלא עדים, שאם לא כן, אם ילכו העדים למדינת הים או ימותו יוכל המלוה לתובעו ולא תהיה ללוה ראייה שפרע. ואינו חוששים שמא הלוח מתכוין לכפור במלוה ולא לפרעו כלל ולכן אינו מסכים לקבל עליו לפרוע בעדים, אלא אדרבה, אומרים למלוה שאולי הוא רוצה לכפור בפרעון של הלוח ולכן הוא רוצה פרעון בעדים. ויש לנו לחשוש לזה, שמעיקרא המלוה הלוח ללוה ללא עדים.<sup>5</sup>

הסכים לזה הרא"ש (סימן יא), והוסיף שאפילו אם הלוח שתק כשהמלוה התנה עמו, אין זה נחשב שקיבל עליו את התנאי, מכיון שמתחילה האמין לו המלוה ולא הלוחו בעדים, לא חשש הלוח לומר שאינו מסכים לתנאי,<sup>6</sup> אבל אם בשעת ההלוואה אמר לו המלוה שיפרע בעדים ושתק הלוח וקיבל המעות, שתיקה הוי קבלת התנאי, שעל דעת כן קיבל המעות.

סיים הרא"ש שאם נתחייב אדם לחבירו בב"ד, ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים, אפילו אם יאמר הלוח איני מקבל תנאי זה, לאו כל כמיניה, שמכיון שהוצרך להביאו לדין בשביל ממון זה והתרה בו בפני ב"ד, התראתו התראה.

וכתב הר"י מגאש: "דליכא הפרש בהאי עניינא בין אמר לו דבר זה בשעת ההלוואה או לאחר מיכן, דמאן דמחייב בין הכי ובין הכי מחייב, דהא מכל

<sup>5</sup> מפורש יוצא לרמב"ן, שבשעת ההלוואה יועיל התנאי, וכן הוא בראשונים.

<sup>6</sup> וכן משמע שהבין הרשב"א (לח, ב) את דעת הרמב"ן. אבל הריטב"א (מ, ב) והמגיד משנה כתבו להדיא שלרמב"ן שתיקה הוי כקבלה, ורק אם מחה להדיא לא הוי קבלה, וכן כתב בגידו"ת (שער כה ח"ב אות א ד"ה ואיכא) וכן כתב הש"ך סק"ט ושאר האחרונים.

מקום כבר התרה בו בשעה שיש לו בידו הלואה קודם שיפרענה לו שלא יפרענו אלא בעדים. ומאן דפטר בין הכי ובין הכי פטרי.<sup>7</sup>

כתב הר"ן (כ,ב בדפי הרי"ף) בשמו<sup>8</sup> ובשם הרמב"ם<sup>9</sup> שאין הדבר תלוי בהסכמת הלוח לתנאי, אלא כיון שהמלוה התרה בלוח צריך לפרעו בעדים.

הרשב"א (לח,ב) והר"ן הקשו ע"ז אליבא דהרמב"ן, שאם התנה המלוה עם הלוח בשעת ההלואה מובן, שעל ידי קבלת המעות השתעבד הלוח, אבל אם התנה עמו לאחר ההלואה, במה השתעבד הלוח ומדוע מחויב לפרוע בעדים.

הר"ן תירץ שאכן אין החיוב לפרוע בעדים משום שעבוד של הלוח אלא משום שאנו אומרים שכיון שהמלוה התרה בלוח בעדים לפרוע לו בעדים והמלוה יכול לברר דבריו על פי עדים אלו, אין הלוח עשוי לפרוע בלא עדים כדי שלא יחזיקנו המלוה בין הבריות בלוח ואינו משלם. ולכן אם הלוח טוען שפרע בלא עדים אנו סהדי שהוא משקר.<sup>10</sup>

הרשב"א<sup>11</sup> כתב הטעם שיכול המלוה לחייב את הלוח לפרוע לו בעדים, משום עבד לוח לאיש מלוה, ואפילו שלא בשעת מתן המעות.

הריטב"א (מ,ב) הקשה לפירוש זה,<sup>12</sup> איך יוכל המלוה לשעבד את הלוח כעת לדבר שלא השתעבד לו בשעת ההלואה, ולהוסיף עבדות על עבדותו? ואם קבל עליו הלוח ניתן להבין שמשתעבד אחר כך, משום שבהנאה שנותן לו המלוה, כגון עיכוב המעות או הנאה אחרת, ישתעבד הלוח, אבל לשעבדו בעל כרחו מנין לנו. וסיים שלכן הוא פוסק כדברי הרמב"ן, ושכן הסכים מורו

<sup>7</sup> הר"י מגאש דיבר לדעת שמואל אך אה"נ כן הוא לדעתו להלכה. ברם, הובאה לעיל דעת הרא"ש לחלק בין שעת ההלואה ובין לאחר קבלת המעות, ולשאר הראשונים לפחות בהו"א יש סברא לחלק. המל"מ נקט בדעת הרא"ש שאין לחלק ולעולם הוי מחאה. ובסוף דבריו הביא מאן דאמר לחלק בדעת הרמב"ם בכה"ג, וכן נקט להלכה בדעת הרמב"ן.

<sup>8</sup> ע"י באור אחר בהערות לחידושי הריטב"א מוסד הרב קוק (עמוד שעח הערה 269).

<sup>9</sup> כך הבין גם המגיד משנה. אבל הריטב"א חולק, וכתב שהרמב"ם לא פירש בזה כלום. יעויין בהמשך המאמר בדברי האחרונים.

<sup>10</sup> נראה שפירוש הר"ן נכנס בדברי הר"י מגאש. ודלא כהערת הגרמ"ש שפירא בהערות לחידושי הר"י מגאש (הוצאת אורייתא הערה קב). שו"ר שכן כתבו הגידולי תרומה (שם) והאמרי בינה הלכות הלואה סימן סה.

<sup>11</sup> וכן הסביר המ"מ בר"י מגאש וברמב"ם והוסיף שכן כתב הרמ"ה.

<sup>12</sup> הריטב"א כתב את שיטת הרשב"א בשם הרא"ם. וכתב ששאל לרשב"א וענה לו שבמלוה נראין דברי הרא"ם משום עבד לוח וכו'. ובפקדון נראין דברי הרמב"ן (ובאמת סברת הרשב"א לא שייכת בפקדון. ויש לדון ביחס בין מלוה ופקדון, והוא נושא בפני עצמו).

הרא"ה. ברם, הרשב"א עצמו תירץ קושיא זו משום שכל מלוה נותן את הכסף על דעת כן, שיוכל להתנות אפילו שלא בשעת ההלוואה.

#### ד. סיכום הסברות

הר"י מגאש, הרמב"ם (לדעת הבי"י), רמ"ה, רשב"א, ר"ן וספר התרומות (שער כה ח"ב סימן א) פוסקים שאין הלוח יכול למחות במלוה.

הרמב"ן, הרא"ש, רא"ה, ריטב"א והמאירי פוסקים שיכול הלוח למחות במלוה ולא לקבל את תנאו.

לר"ן, וכן הסביר הבי"י, הטעם משום אן סהדי שהלוח לא יפרע בלא עדים כיון שרואה שהמלוה התרה בו, ולכן תועיל התניית המלוה גם לאחר ההלוואה, וכן נראה להסביר בר"י מגאש.

ולשאר הפוסקים הטעם הוא משום השתעבדות, ולכן לרמב"ן והרא"ש לא תועיל אמירת המלוה ללא הסכמת הלוח.<sup>13</sup> לרשב"א ועוד יש כאן עבד לוח לאיש מלוה, ולכן אין צריך הסכמת הלוח.<sup>14</sup>

התנה עמו שלא בשעת ההלוואה והלוח שתק, גם הרמב"ן מודה ששתיקתו כקבלה, ורק לדעת הרא"ש לא הוי קבלה.

#### ה. מדברי האחרונים

##### 1. לשיטת הר"ן

השי"ך (סי"ק ט) כתב שכאשר מחה הלוח ולא קיבל את התנאי, נאמן הלוח לומר סמכתי על מחאתי ופרעתי לו שלא בעדים, ואין בזה אן סהדי של הר"ן שלא יפרע אלא בעדים.

המל"מ דוחה את דברי הר"ן מהמשך סוגיית הגמ', במקרה שהמלוה אמר ללוח אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, וכאשר בא המלוה לגבות חובו אומר לו הלוח פרעתיך בפני שנים אחרים והלכו להם למדינת הים או מתו, הלוח

<sup>13</sup> אמנם הרמב"ן נקט כן דוקא באמר לו כן לאחר ההלוואה ולא בשעת ההלוואה, ולהרא"ש אין חילוק, ומטעם זה הגידולי תרומה נקט את הרמב"ן והרא"ש כשתי שיטות נפרדות.

<sup>14</sup> בסמ"ע סי"ק יב משמע שאיחד את סברת הר"ן והרשב"א כשכתב שכן כתב המ"מ, וצ"ע, דלכאורה הטעמים סותרים. ולפנינו המ"מ הביא רק דעת הרשב"א והרמב"ן.

אינו נאמן.<sup>15</sup> ואין אנו סהדי שמשקר ולר"ן היה צריך להיות נאמן,<sup>16</sup> אבל מטעם שעבוד א"ש, שהשתעבד לפרוע בפני פלוני ופלוני ולא בפני אחרים.

המל"מ הביא מקרה נוסף שתהיה בו נפקא מינה בין השיטות, כאשר המלוה אמר אל תפרעני אלא בפני עדים ופרע מקצתו בינו ובינו והמלוה מודה בזה, ויש ויכוח בין המלוה והלוה אם פרע גם את השאר, שבכגון זה יהיה הלוה נאמן, שאין כאן אנו סהדי שלא יפרע לו בינו לבינו אלא בפני עדים, שהרי המלוה מודה שהלוה עשה כן בחלק מההלואה, ואם כן יתכן שעשה כן בכל ההלואה. אבל מטעם שעבוד ניחא, שהלוה השתעבד לפרוע בפני עדים, ואפילו אם פרע מקצת החוב, עדיין שאר החוב חייב הוא לפרוע בפני עדים.

בספר שרשי הי"ם ח"ג להרב רפאל יצחק מאיו (ד"ה דע דבעיקר) דחה דברי הש"ך, משום דאחר שכתב הר"ן שלר"י מגאש והרמב"ם אפילו אם מחה הלוה לא מהני מחאתו, כתב הטעם של אנו סהדי, וא"כ אף בכה"ג דבר הר"ן, ואף כתב בפרוש שמועיל מטעם זה לחייב הלוה אף אם מיחה בתנאי.

בספר קרית מלך רב לרבי יהודה נבון דחה דברי המל"מ משום שכיון שאמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, והקפיד לומר "פלוני ופלוני", אין הלוה פורע אלא באותם עדים, ולכן אם יאמר פרעתיך בפני אחרים והלכו להם, אנו סהדי דמשקר. וכן מצא בדברי הר"ן שכתב, דכאשר אמר פרען בפני ראובן ושמעון לא מצי למימר פרעתיך בפני אחרים משום דריע טענתיה, והוא כמו שאומר המלוה אל תפרעני אלא בעדים והלוה אומר פרעתיך ביני לבינך.<sup>17</sup>

אכן האזל (ד"ה אכן) הקשה למה יהיה אנו סהדי, הרי הלוה יודע שיש לו מיגו ויכול לומר תאמין לי שפרעתי ביני ובינך, במיגו שיכל לומר פרעתיך בעדים, וסמך עצמו על המיגו, ואין את האנו סהדי שלא יפרע ללא עדים?

ותירץ, שמה שכתב הר"ן שאין הלוה עשוי לפרוע שלא בעדים, אין הסיבה משום שכיון שהמלוה התרה בו לכן לא יהיה נאמן לומר פרעתי שלא בעדים, אלא להיפך, הטעם שאין נאמן הלוה לומר פרעתי בינו ובינך משום שאין הלוה עשוי לפרוע שלא בעדים, ולא שאין עשוי לפרעו משום שלא יהיה נאמן, ולכן מיושב, שלמרות שיוכל הלוה לברר טענתו במיגו, מ"מ אינו עשוי לפרעו

<sup>15</sup> אם היה אומר לו המלוה אל תפרעני אלא בפני "עדים" (ולא "פלוני ופלוני") לרמב"ם היה נאמן, ולר"י אף בכהאי גוונא לא נאמן.

<sup>16</sup> סו"ס לדבריו הלוה פרע בפני עדים וקיים התנאי, ולא יוציא עליו המלוה לעז שאינו פורע.

<sup>17</sup> כעין זה כתב גם בספר שרשי הי"ם שם.

שלא בעדים כיון שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים, ועכשיו אינו נאמן במיגו משום דהוי במקום אגן סהדי.<sup>18</sup>

## 2. לשיטת הרמב"ן

הבאנו לעיל דבמקרה שהתנה המלוה שלא בשעת ההלואה והלוח מחה, דלרמב"ן מחאתו מחאה, ואין צריך לקיים התנאי.

והקשה הלחם משנה: הגמרא הקשתה על שמואל מהמשנה, שרואים שצריך הלוח להביא עדים שפרע למלוה, ואינו נאמן לומר פרעתך, ודלא כשמואל. תירצה הגמרא, שיש בברייתא מחלוקת תנאים, ולתנא קמא צריך שיביא ראיה שנתן, ולרבי יהודה בן בתירא יכול לומר פרעתך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים, וא"צ להביא עדים ואם כן שמואל כריב"ב, ומשנתנו כת"ק.

נוסיף הערה מדין, שאפשר להעמיד את מחלוקת התנאים בברייתא בשלושה מצבים, בשעת ההלואה, לאחר ההלואה, בשעת תביעת המעות בחזרה. על זה הקשה רב אחא שאולי הברייתא לא דיברה במקרה שהמלוה התנה בשעת ההלואה ואז המחלוקת בברייתא כמחלוקת המשנה ושמואל, אלא אולי הברייתא מדברת בשעת התביעה, ורק בשעה שבא המלוה לגבות מעותיו אומר ללוח, כיון שראית שהלויית לך בפני עדים ולא סמכתי עליך שתודה שלוית, כך היית צריך לפרוע לי בפני עדים מכיון שאינני סומך עליך, ובזה נחלקו ת"ק וריב"ב, ואינו ענין למשנתנו ושמואל, ושוב יהיה קשה לשמואל מהמשנה, דבברייתא לכולי עלמא אם התנה בשעת הלוח צריך לפרוע בעדים. והקשה הלח"מ, דלהרמב"ן מדוע היה צריך רב אחא להעמיד שלא תבע המלוה שיפרע לו בעדים עד שעת התביעה, יכלה הגמרא להעמיד שתבע המלוה שלא בשעת ההלואה, והלוח מחה ובזה אמר (ריב"ב) שיכול לומר

---

<sup>18</sup> קושית אבן האזל היא על גבי הסבר הר"ן, אבל בשלב קודם השי"ך ס"ק יא הקשה לגמרא, מדוע הלוח אינו נאמן לומר שפרע שלא בפני עדים, במיגו שיכל לומר קיימתי תנאך ופרעתך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים או מתו? והביא שלשה תירוצים לראשונים: א. לרא"ש (כאן, סימן יג) כי אין זה מיגו טוב, דיותר נוח לו לומר פרעתך ביני לבינך ושכחתי ההתראה שהתרת בו, ממה שיאמר פרעתך בפני פלוני ופלוני ומתו, כי יאמרו העולם, הרוצה לשקר ירחיק עדי (פירוש: שמכירים העולם בשיקרו). ב. למגיד משנה (כאן הלכה ב) אין כאן מיגו כי מודה שלא קיים התנאי, ולכן צריך לקיים תנאו שהרי הוא מחייב נפשו בקיום התנאי, שאמר שלא קיימו. וכיון שלא נתברר שפרע, אומרים לו שמחויב לקיים תנאו. ג. לבית יוסף (תירוץ הר"ן) כיון שאמר המלוה אל תפרעני אלא בעדים אגן סהדי דלא פרעיה שלא בעדים, והיכא דיש אגן סהדי ליכא מיגו.

הלוח פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים, והוי רבותא גדולה יותר, שלמרות שהמלוה תבע שיפרע לו בעדים א"צ להביא את העדים?

הלח"מ תירץ שאם הגמרא היתה מעמידה כך היה משמע שטעמו של ת"ק שאמר "או יתן או יביא ראיה שנתן" הוא מפני שהמלוה התנה, ואין סברא שיועיל תנאי זה כיון שהתנאי היה לאחר ההלואה והלוה לא הסכים לתנאי.

בספר קרית מלך רב (לקראת סוף דין א-ב) כתב שתירוצו של הלח"מ לא ניתן להאמר, שהרי מצאנו כמה מרבתינו שסוברים שאפילו היה התנאי אחר ההלואה ומיחה הלוה אין מחאתו מחאה, ואם כן ודאי שיש סברא שיועיל תנאי זה. וגם את קושיית הלח"מ דחה הקמ"ר, שאם רבי יהודה בן בתירא מדבר במקרה שהלוה מחה, איך אומר ריב"ב שיכול הלוה לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים, הרי הלוה לא קיבל את התנאי וכלל לא צריך לומר לו פרעתיך בפני עדים ודי שיאמר פרעתיך ביני לבינך.<sup>19</sup>

בספר שרשי הי"ם כתב: ספר התרומות (שם) כתב, שלא נלמד מדברי רב אחא "ממאי דבשעת הלוה קאי, דלמא בשעת תביעה קאי" שבא למעט מקרה שהמלוה מתנה שלא בשעת ההלואה, אלא בא למעט רק כאשר המלוה אומר כן בשעת תביעה שהיה הלוה צריך לפרוע בעדים, שבזה אומר ריב"ב שאין מחייב את הלוה.

ובגידולי תרומה שם הקשה שמדברי ספר התרומות משמע שבא רק לתרץ שלא יקשה מדברי רב אחא לשיטתו (=התרומות סובר כר"י מגאש והר"ן והתראת המלוה מועילה בין בשעת ההלואה ובין לאחר מכאן) ולכאורה היה יכול לומר יותר מזה, ודברי רב אחא יהיו ראיה להתרומות, שגם לאחר ההלואה תועיל התראת המלוה, דאם כונת רב אחא לומר שריב"ב שאמר שלא מועילה התראת המלוה לא דיבר בשעת ההלואה (ולכן דברי ריב"ב לא יהיו ראיה לשמואל), די היה לומר "ממאי דבשעת הלוה קאי", ולא היה צריך להוסיף "דלמא בשעת תביעה קאי", ואם הוסיף זאת סימן שרק בשעת תביעה אומר רב אחא אליבא דריב"ב שלא תועיל התראת המלוה, אבל בזמן הביניים, שלא בשעת ההלואה, תועיל התראת המלוה.

<sup>19</sup> הוסיף הקרית מלך רב, שרב אחא מותיב לשמואל, ומה יענה שמואל! ותירץ הוא ז"ל, שהגמרא הסתפקה אם בברייתא מדובר בשעת תביעה או לא, ואם כן רב אחא אינו מקשה בודאות, ושמואל סובר במחלוקת זו של ת"ק וריב"ב שמדובר שלא בשעת תביעה. עיין שם שהוסיף הסבר לתרץ את שמואל ודבריו קשים לי.

ומוסיף הגידו"ת: ואין לומר שרק בשעת ההלואה יועיל התנאי לריב"ב, והלשון שנקט רב אחא היא בגלל דעת ת"ק שמחייב, שאי אפשר שיחייב כאשר התנאי היה אחר ההלואה והלוח לא קיבל את התנאי (כתירוץ הלח"מ), דאם כן יקשה יותר, איך ת"ק מחייב אפילו כאשר המלוה לא התנה, והרי במשנה שנינו, מנה לי בידך אמר לו הן, למחר אמר לו תנה לי וכו', ואפילו הכי מעמיד זאת רב אחא באומר כן בשעת תביעה, ואם כן כל שכן שיכול לומר רב אחא "דלמא שלא בשעת הלואה" (כלומר שהמלוה התנה שלא בשעת הלואה והלוח מוחה, ומכל מקום לת"ק חייב). רואים מהגידו"ת שלא כהלח"מ, וללא התראה כלל הוי רבותא יותר לחייב את הלוח מאשר מקרה שהמלוה מתרה והלוח מוחה.

על זה כתב שרשי הי"ם שלפי לשנא בתרא דרב אסי המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, אבל אם אמר לו בפירוש אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים, ולא נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך כיון שהתנה בו בפירוש. ועל זה אנו מסתפקים, האם התנאי שהתנה בפירוש יועיל רק בשעת ההלואה כי הלוח משתעבד אגב המעות שמקבל אבל שלא בשעת הלואה כי אלו אין תנאי כי זוהי לא שעת ההשתעבדות, והדבר היחיד שיש זה עידי ההלואה ובוה קיימא לן המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, או אולי התנאי תפוס גם לאחר ההלואה.

ובעל התרומות דייק מריש דבריו של רב אחא "ממאי דבשעת הלואה קאיי" ולא אמר "ממאי דבשלא בשעת תביעה קאיי", וזה לפי הצד הראשון בהסתפקות, שרק בשעת הלואה משתעבד בתנאי זה, וזהו בין לת"ק ובין לריב"ב, והמחלוקת ביניהם היא שלת"ק צריך לקיים תנאו לפרוע בעדים וללא עדות לא יועיל ואין לו נאמנות במיגו, ולריב"ב גם בלא עדים יפטר הלוח אם יאמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, ויועיל לו המיגו, ומחלוקתם היא כשהתנה בשעת ההלואה דוקא, אבל שלא בשעת ההלואה לכולי עלמא לא משתעבד, דאז היה רב אחא צריך לומר "ממאי דשלא בשעת תביעה קאיי" והיינו מבינים שמחלוקתם שלא בשעת הלואה.

והמשך דברי רב אחא "דילמא בשעת תביעה קאיי" כך צריך לפרש: מנין לך שמחלוקת ת"ק וריב"ב היא כאשר המלוה מתנה בשעת ההלואה, ומדובר לפי לשנא בתרא דרב אסי, אולי מחלוקתם כאשר המלוה אומר כן בשעת תביעת המעות, ומחלוקת ת"ק וריב"ב היא כמחלוקת לשנא קמא ולשנא בתרא דרב אסי, ולת"ק המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים, ולמרות שלא היה

תנאי כלל היה צריך לפרוע בעדים וללא עדים לא נאמן, ולריב"ב אין צריך לפרוע בעדים וכלשנא בתרא דרב אסי. ובזה מיושב מה שהיה קשה ללחם משנה ולגידולי תרומה (כל אחד לפי דרכו) איך מחייב ת"ק, מכיון שלתנא קמא גם ללא תנאי צריך לפרוע בעדים. וגם המשנה שלנו לא תקשה לפי זה, שנעמיד כלשנא קמא דרב אסי ונתרץ כמו שתירץ רב אסי שמדובר במשנה שהלוה לו שלא בעדים.

מכל מקום, יוצא לנו מרב אחא, שאם ת"ק וריב"ב שניהם סוברים כלישנא בתרא דרב אסי, אפשר להעמיד מחלוקתם דוקא כשהתנה כמו בשעת הלוואה, אבל אם לא התנה אלא לאחר ההלוואה הוי ליה כאילו לא התנה כלל ונאמן הלוה. ולכן רב אחא נקט את הלשון "ממאי דבשעת הלוואה קאיי" ולא "ממאי דשלא בשעת תביעה קאיי".

ולכן בעל התרומות דחה הבנה זו, דשעת הלוואה שנקט רב אחא היא לאו דוקא, דכל שלא בשעת תביעה שעת הלוואה קרי ליה, ואפילו יהיה אחר ההלוואה, ושכן כתב הרי"י מגאש, ובזה מיושב מה שהקשה הגידולי תרומה על בעל התרומות, כי היה אפשר להבין את דברי רב אחא שמדבר רק בשעת ההלוואה ממש ולא אחר ההלוואה.<sup>20</sup>

והוסיף שרשי הי"ם שבזה מתורצת קושית הלח"מ על הרמב"ן, דמה שאמר רב אחא "דלמא בשעת תביעה" הוא דבר אחר, שלת"ק המלוה את חברו בעדים צריך לפרוע בעדים, ולא קשור להלכה שאנו פוסקים כלשנא בתרא.

ונמצאו לקושיית הלח"מ שלושה תירוצים: מה שתירץ הוא עצמו, ודחית הקרית מלך רב, והסבר השרשי הי"ם לסוגיא.

על מה שדחה הקרית מלך רב ללח"מ, שאי אפשר לומר שלת"ק יהיה חייב הלוה אע"פ שמחה כאשר התנה עמו המלוה שלא בשעת ההלוואה, והקרית מלך רב תמה שהרי יש פוסקים שפוסקים כן, וא"כ ודאי ששייך לומר כן בדעת ת"ק, דחה שרשי הי"ם וכתב "ושיחתו איני מכיר, דאטו גברא אגברא קרמית", שתירוץ הלח"מ הולך אליבא דהרמב"ן, ולרמב"ן כאשר מוחה הלוה לאחר ההלוואה מחאתו מחאה, ומה שייך להקשות שכן סובר הרי"י מגאש?

<sup>20</sup> ועיין בגידולי תרומה מה שתירץ בעצמו לבעל התרומות.

## ו. פסיקת ההלכה

מִרְן הַבִּי הַכְרִיעַ כְּרִ"ן בְּשֵׁם הַר"י מִגָּאֵשׁ וְהַרְמַב"ם, וְאִם הַמְלוּה הַתְנָה עִם הַלוּה, לַעֲוֹלָם חַיִּיב לַפְרְעוּ בַעֲדִים, בֵּין אִם הַתְנָה בְּשַׁעַת הַלוּאָה וּבֵין לְאַחֲרֶיהָ, בֵּין אִם הַלוּה שֶׁתֵּק וּבֵין אִם הַלוּה מִחָה כִּי יֵשׁ אֵן סֵהֲדִי שֶׁהַלוּה לֹא יִפְרַע לֹלָא עֲדִים, וְאִין הַלוּה נֶאֱמָן לַטַּעוֹן פְּרַעְתִּי בִּינִי וּבִינְךָ לֹלָא עֲדִים. וְכַתֵּב הַבִּי שְׁכִיּוֹן שֶׁהַגְּמִי לֹא חִילְקָה בֵּין שַׁעַת הַהַלוּאָה וּבֵין לְאַחֲרֶיהָ מִנֵּין לֵנו לְחִלְקָה בַּכֵּךְ.<sup>21</sup>

הַמְשַׁנָּה לַמֶּלֶךְ חִילְקָה אֶת הַמְקַרִּים לְאַרְבַּעַה :

1. הַמְלוּה הַתְנָה בְּשַׁעַת הַהַלוּאָה וְהַלוּה מִחָה.
2. הַמְלוּה הַתְנָה בְּשַׁעַת הַהַלוּאָה וְהַלוּה שֶׁתֵּק.
3. הַמְלוּה הַתְנָה לְאַחַר הַהַלוּאָה וְהַלוּה מִחָה.
4. הַמְלוּה הַתְנָה לְאַחַר הַהַלוּאָה וְהַלוּה שֶׁתֵּק.

הַשׁוֹי"ע כַּתֵּב, דְּבַכַּל הַחֲלוּקוֹת הַלוּה צְרִיךְ לְקַיֵּים אֶת הַתְנָאִי וְאִינוּ נֶאֱמָן לֹמַר פְּרַעְתִּי בְּלֹא עֲדִים.

הַשִּׁי"ךְ (ס"ק ט) הַבִּיא מַה שֶׁכַּתֵּב הַר"ן שְׁמַלְשׁוֹן הַרְמַב"ם שֶׁכַּתֵּב צְרִיךְ לַפְרְעוּ בַעֲדִים "מִפְּנֵי הַתְנָאִי" מִשְׁמַע, שֶׁכַּל אֵימַת שִׁישׁ תְּנָאִי מַחֻיב הַלוּה לְקַיֵּימוֹ. וְדַחַה הַשִּׁי"ךְ,<sup>22</sup> וְהַסְבִּיר אֶת דְּבַרֵּי הַרְמַב"ם שֶׁהַלוּה צְרִיךְ לַפְרְעוּ בַעֲדִים כֹּאֲשֶׁר יֵשׁ תְּנָאִי, וְתְנָאִי יֵהִיָּה רַק כֹּאֲשֶׁר הַלוּה לֹא מוּחָה, וְכַמוֹ כַּל תְּנָאִי שֶׁצְרִיךְ הַסְכַּמַּת שְׁנֵי הַצַּדִּדִים. הוֹסִיף הַשִּׁי"ךְ שִׁיִּתְכֵן שְׁדַעַת ר"י מִגָּאֵשׁ תֵּהִיָּה גַם כֵּן כְּמוֹ שֶׁהוּא הַסְבִּיר אֶת הַרְמַב"ם.

לְכֵן הַשִּׁי"ךְ פִּסַּק שֶׁבְּחֲלוּקָה הַשְּׁנִיָּה וְהַרְבִּיעִית פּוֹסְקִים כְּרֹב הַפּוֹסְקִים וְדֹלָא כְּהַרְא"שׁ, וְכַמוֹ שֶׁכַּתֵּב הַשׁוֹי"ע, וְשֶׁכֵּן הוּא פִּשְׁט הַמְשַׁנָּה כְּחֲלוּקָה הַרְבִּיעִית, שֶׁהַמְלוּה מִתְנָה לְאַחַר הַהַלוּאָה וְהַלוּה שֶׁתֵּק, וּמְכַל מְקוּם חַיִּיב. אֲבָל בְּחֲלוּקָה הַרְאִשׁוֹנָה<sup>23</sup> וְהַשְּׁלִישִׁית פִּסַּק כְּרֹא"שׁ וְטוֹר וְרַבִּינוּ יְרוּחַם וְשֶׁכֵּן גַם בְּרַמְב"ם

<sup>21</sup> עַפ"י הַרְשֵׁב"א. ע"י גִּידוּי"ת שֵׁם ד"ה וּמֵאִי דְקָאֵמַר, שֶׁהַסְבִּיר הַמְשַׁנָּה אֵלִיבֵא דְהַרְמַב"ן.

<sup>22</sup> עֵיין לַעִיל שֶׁהַבְּאֵנוּ דְבַרֵּינוּ עַל הַר"ן, וְמַה שֶׁחֲלַקוּ עַל הַשִּׁי"ךְ.

<sup>23</sup> הַתּוֹמִים (ס"ק ג) כַּתֵּב שֶׁלְּפִי דְבַרֵּי הַשִּׁי"ךְ וְהַמְלִ"מ בְּחֲלוּקָה הַרְאִשׁוֹנָה, שֶׁהַלוּה מִתְנָה בְּשַׁעַת הַהַלוּאָה וְיֵשׁ מַחֲלוּקַת בֹּזָה, לֹא מוּבָן מַה הַמְצִיאוֹת. אִם מְדוּבָר שֶׁהַלוּה מוּחָה בְּשַׁעַת הַתְנָאִי שֶׁהַתְנָה הַמְלוּה וּמְכַל מְקוּם הַמְלוּה הַלוּה לוֹ, אִם כֵּן הַמְלוּה סְבִיר וְקַבִּיל, וְלִכַּל הַפּוֹסְקִים אִין הַלוּה צְרִיךְ לַפְרְעוּ בַעֲדִים. וְאִם מְדוּבָר שֶׁהַלוּה מִחָה וְאַח"כּ בְּזִמְן נִתְיַנַּת הַמַּעוֹת חוֹזֵר הַמְלוּה וְהַתְנָה, וְהַלוּה שֶׁתֵּק, אִם כֵּן שֶׁתִּיקָה כְּהוֹדָאָה וְגַם לְרֹא"שׁ צְרִיךְ לַפְרְעוּ בַעֲדִים, וְנִשְׂאָר בְּקוּשִׁיא. וְגַם הַקְרִית מֶלֶךְ רַב וְסַפֵּר מִטָּה שְׁמַעוֹן (שֵׁם, אוֹת כג) הַקְשׁוּ כֵן.

וברמב"ן, וגם במשנה לא כתוב שמחה ומשמע ששתק, ורק כשתק חייב. ועוד, שכתב שטעם הר"ן לא שייך הכא.

המל"מ כתב בתחילה שבחלוקה הראשונה והרביעית הרא"ש הוא דעת יחיד לגבי כל הפוסקים ולכן לא יכול הלוח לומר קים לי כהרא"ש, ובין אם מחה בשעת ההלואה ובין אם שתק לאחר ההלואה חייב הלוח לפרוע בעדים. בחלוקה השניה לכל הדיעות חייב הלוח. בחלוקה השלישית הרמב"ן סובר כהרא"ש, ולכן יכול הלוח לומר קים לי. אבל אח"כ כתב המל"מ שראה שרבינו ירוחם (נתיב ג חלק ב) כתב בשם התוספות כסברת הרא"ש, וגם כתב רבינו ירוחם בדעת הרמב"ם שלא כהבנת המגיד משנה והר"ן, אלא הרמב"ם דבר דוקא בשתק הלוח (וכמו שהבין הש"ך ברמב"ם). ועוד רצה המל"מ להעמיד את דברי בעל התרומות כרמב"ן. ולפי"ז יצא למל"מ שפרט לחלוקה השניה שהמלוה התנה בשעת ההלואה והלוח שתק שבזה לכולי עלמא התנאי קיים, בכל שאר החלוקות יכול הלוח לומר קים לי.<sup>24</sup>

בספר קרית מלך רב דחה את הבנת המל"מ ברבינו ירוחם, מפני שהבין שרי"ו גם כן סובר כהרב המגיד ברמב"ם. וגם דחה את הבנת הש"ך ברמב"ם והרמב"ם מיירי אף במחה, והלוח צריך לקיים התנאי.

המל"מ הוסיף עוד מקרה שהביא הרא"ש, שנתחייב לחבירו בבית דין, והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים והלוח מחה, כתב הרא"ש שהתראתו התראה. וכתב המל"מ, נראה לי שסברא זו מוסכמת מהכל ואף הרמב"ן יודה בזה.

והש"ך תמה, היאך יכול להכריחו לקבל תנאו, ונשאר בצ"ע. קצוה"ח (ס"ק ג) יישב, שמדובר באופן שהיתה תביעה בב"ד ונתחייב בב"ד שאז יכול המלוה לעשותו מלוה בשטר על ידי הפסק בב"ד, ולכן גם יוכל להטיל תנאים על הלוח בעל כרחו. אבל אין הכי נמי, אם רק ההתראה היתה בב"ד, אין המלוה יכול להכריח את המלוה לפרעו בעדים. נתה"מ (משפט הכהנים ס"ק ו) הכריע שמנהי בזה התראה בפני בב"ד.

להלכה נראה שלנוהגים כשו"ע, חייב הלוח לקיים התנאי בכל המקרים הנ"ל. ולשאר העדות, אם המלוה התנה בשעת ההלואה והלוח מחה, או שהתנה שלא בשעת ההלואה יכול הלוח לומר קים לי, ואינו צריך לפרוע בפני עדים.

<sup>24</sup> כתב עוד המל"מ: ודע, שכל מה שטרחנו למצוא חבר לסברת הרא"ש בחלוקה הראשונה והרביעית הוא לסברת מרן שכתב בסימן עז שהרא"ש והטור הם כת אחת, דלעולם הטור אזיל בשיטת אביו. אבל לפי מה שעלתה הסכמת אחרוני זמננו שהרא"ש והטור חשיבי תרי כתות, יכול לומר קים לי כהרא"ש והטור.

סירוב הלוה לפרוע בעדים

ואם התנה בשעת ההלוואה והלוה שתק, קיבל עליו את התנאי דשתיקה כהודאה. ואם התרה בו בפני ב"ד חייב הלוה לקיים את התנאי אע"פ שמחה.

## הרב יוסי איגרא

### המתחייב בטענתו ורוצה לחזור בו

#### ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. הוחזק כפרן
  1. סברת הדין
  2. סיכום דעות הראשונים
  3. האם מוחזק כפרן חוץ לבי"ד?
- ג. כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי
  1. האומר לא לויתי חוץ לבי"ד
  2. הודאה מפורשת או הוכחה
- ד. חוזר מחיוב לפטור
  1. המוכחש בטענתו הראשונה
  2. מדוע חוזר מפטור לפטור?
  3. מיגו נגד הודאת בע"ד
- ה. טוען וחוזר וטוען  
טעם הדין
- ו. מיקרי מבחן
  - דין א - ביאור גמ' בשבועות לד, א
  - דין ב - תלה טענתו בדבר צדדי, והוכחש בו
  - דין ג - שיטת הריב"ש
  - דין ד - טוען מזוייף ונתקיים השטר
  - דין ה - בהכחשת ע"א
  - דין ו - ביאור מחלוקת רמב"ם ראב"ד
- ז. סיכום

## **א. פתיחה**

כאשר אדם מתחייב בבי"ד אינו יכול לשנות טענתו לטענה שתפטור אותו.

לדין זה מצינו ארבעה טעמים בגמ': א. הוחזק כפרן; ב. הודאת בע"ד; ג. לחזור מחיוב לפטור; ד. דין אין אדם חוזר וטוען.

בארבעת הפרקים הראשונים נבאר אי"ה בקצרה כל אחד מהדינים, נבדוק האם ובמה כל דין שונה מחברו. בפרק החמישי נציג דינים שבהם יש להסתפק מה הסיבה המחייבת, ננסה לראות מתי נשתמש בכל טעם.

## **ב. הוחזק כפרן**

ב"מ יז, א: "אמר רבה בר בר חנה, אמר רבי יוחנן, מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו, וחזר ואמר פרעתי, הוחזק כפרן לאותו ממון, כי הא דשבתאי בריה דרבי מרינוס כתב לה לכלתיה איצטלא דמילתא בכתובתה וקבלה עליה, אירכס כתובתה, אמר לה לא היו דברים מעולם, אתו סהדי ואמרי אין כתב לה, לסוף אמר להו פרעתי, אתא לקמיה דרבי חייא אמר ליה הוחזקת כפרן לאותה איצטלא".

ופרש"י (ד"ה הוחזק כפרן): "שאינן נאמן עוד עליו לומר החזרתי ופרעתי, עד שיפרע בעדים".

אומר רבב"ח, אם הנתבע שיקר בטענתו שוב אינו נאמן לענין ממון זה, ולכן גם אם לאחר שחייבו אותו בי"ד לשלם, ואמר לאחר מכן, פרעתי למחרת, אינו נאמן עד שיפרע בעדים.

## **1. סברת הדין**

צ"ב מה טעם דין זה שאינו נאמן בטענתו הואיל ושיקר בתחילה, וכלשון שער משפט (עט ס"ק ג) "דהא דקיי"ל דהוחזק כפרן ואינו נאמן לומר פרעתי הוא לכאורה כהלכתא בלא טעמא דנהי נמי שכפר פעם אחת מהיכי תיתי נאמר שכופר עכשיו דהא מהכי טעמא נמי אמרינן דלא הוחזק כפרן לממון אחר".

שעה"מ מציע שני ביאורים:

א. אנן סהדי שלא יפרע בלא עדים

"דכיוון שכבר הוחזק כפרן בב"ד אנן סהדי דשוב אינו פורע בלא עדים דירא שהמלוה יוציא לעז עליו שלא פרע והכל יאמינו לו כיוון שכבר רצה לכפור

הלואה זו, בדומה לסברת הר"ן (שבועות כ,ב בדפי הרי"ף) בדין האומר לחבירו 'אל תפרעני אלא בעדים' צריך לפרעו בעדים, והטעם כדי שלא יוציא האחר לעז עליו, לכן מסתמא אינו פורע אלא בעדים. וכן מצא בשו"ת הרשב"א 'אי נמי חזקה היא, שכל שהוכחש בעדים והוחזק כפרן גמור לשלם ממון, חזקה לא היה פורעו אלא בעדים'.<sup>1</sup>

ב. איבוד כח הטענה

"כיוון שהוחזק כפרן שוב לא מאמינים לו בטענתו". כן מוכח מבעה"מ, ששאל מדוע בהוחזק כפרן שכנגדו נוטל בלא שבועה ואילו בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל, וחילק ששם הוא ממון אחר, ולא כתב הטעם שכאן אגן סהדי שלא פרע, והרא"ש והנמו"י הביאו דבריו.<sup>2</sup>

נראה שכוונתם כמו שאומר הקוב"ש (קובץ שמועות ב"מ יב) 'היינו דלטעון פרעתי צריך כח טענה, ומי שהוחזק כפרן אין לו כח טענה וטענתו כמאן דליתא'. או כלשונו של הרב שך (אבי עזרי, גזו"א יד): "ע"כ בכל חיוב אם הוחזק כפרן אינו נאמן לטעון פרעתי, שצריכים נאמנות על הטענה שפרע שהרי הוא רוצה לפטור עצמו מהחיוב שנתחייב ועליו הראיה, שרק אם לא הוחזק כפרן שהחוב עומד לפירעון ואדם עשוי לפרוע חובו נאמן ולא בהוחזק כפרן". מבואר מדבריהם שאדם הרוצה לפטור עצמו מחזקת החיוב עליו

<sup>1</sup> שעה"מ דן בשאלה האם כאשר אדם כפר בפיקדון והוכחש בעדים ולאחר מכן טען נאנסו האם נאמן בשבועה, ולפי הטעם הנ"ל בפיקדון בטענת נאנסו לא שייך הוחזק כפרן, שהרי האונס קורה מעצמו, ואי אפשר לומר אגן סהדי שלא נאנס שאחרת היה מביא עדים.

<sup>2</sup> וכן מוכח מהריטב"א שמסביר שנוטל בלא שבועה משום שבשביל חדא מילתא לא תיקנו שבועה ולא דומה לחשוד שחשוד לכל ממון ולא חילק בפשטות שיש כאן אגן סהדי. וכן מוכח מבעה"ת ומהטו"ר שכתבו שכאשר אמר אין לך בידי ובאו עדים שלוחה אם יסביר דבריו שפרע פטור אך אם יאמר פרעתי אח"כ הוחזק כפרן שהרי הודה שהתכוון ללהד"מ, והרי כאן טוען שפרע קודם שבאו עדים ואין עדיין אגן סהדי שיפרע רק בעדים. שעה"מ רצה לומר לפי סברא זו שמי שכפר בפיקדון שוב לא יהיה נאמן בטענת נאנסו שהרי איבד את כח הטענה, אך דחה זאת שהרי הטעם לפי סברתם שנוציא ממון משום שחשיב כאילו טוען איני יודע אם פרעתיך אך זה מותנה שהתובע יטען ברי משא"כ כאשר תובע פיקדון אינו אומר בברי שלא נאנסו, ולכן הכריע שלא מוחזק כפרן ויכול להיפטר בטענת נאנסו בשבועה.

לטעון טענה 'חזקה' והכפרן נפגעה טענתו.<sup>3</sup>

ג. תקנת חכמים

לתומים (צ,י) סברא נוספת. תקנת חכמים היא, שאדם ששיקר בבי"ד שוב אינו נאמן בטענותיו לממון זה, 'אין מהדין רק קנס שקנסו חכמים, הואיל והחציף לכפור בבי"ד ולומר דבר שקר, קנסוהו חכמים בכח ביי"ד יפה שלא יהיה לו נאמנות'.

## 2. סיכום דעות הראשונים

כדברי התומים מצינו בשטמ"ק בב"מ (ד,א גליון תוס' ד"ה והא) שדין זה של הוחזק כפרן הינו רק מדרבנן. שעה"מ מצא שבשו"ת הרשב"א נקט שיש אן סהדי, ובדעת בעה"מ והריטב"א שיש כאן איבוד נאמנות.

מהראשונים בב"ב (ו,א) משמע שסוברים כריטב"א, שהכפרן מאבד את כח הנאמנות. הגמ' מביאה את דברי המשנה בשבועות:

ת"ש: מנה לי בידך, אמר לו: הין, למחר אמר לו: תנהו לי, אם אמר נתתיו לך - פטור אין לך בידי - חייב, מאי אין לך בידי? לא היו דברים מעולם, דאמר מר: כל האומר לא לויתי, כאומר לא פרעתי דמי.

והקשו הרשב"א,<sup>4</sup> הריטב"א והר"ן (שם) מדוע צריכה הגמ' לטעם של 'כל האומר לא לויתי תיפוק ליה משום שהוחזק כפרן. מבואר משאלתם שמטעם שהוחזק כפרן נלמד לחייבו ואינו נאמן בטענת פרוע, אע"פ שטוען שפרע קודם שטען להד"מ. מוכח שאין טעמם משום אן סהדי, שהרי טוען שפרע קודם שנתפס בשיקרו, אלא טעמם שאיבד נאמנותו.

לאור האמור נסתפקתי בביאור דברי הראשונים בב"מ (טז,ב).

<sup>3</sup> הקוב"ש והרב שך באו ליישב בזה את קושיית הקצות (עט) מדוע גזלן נאמן לטעון החזרתי בלא עדים 'מכל שכן גנב וגזלן שגזלו ממון זה דהוא יותר מכפרן בהלואה אמאי אינו צריך ראייה' הקצות תירץ שדווקא שכופר בבי"ד מוחזק כפרן אך הקוב"ש ועוד הקשו שהטעם בזה משום שאין אדם מגלה טענותיו חוץ לבי"ד ואין זה שייך לגזלן, לכן מיישב הקוב"ש שדווקא כפרן שטען שקר אין לו כח טענה מה שא"כ גזלן שלא שיקר בטענתו. הרב שך אומר שאכן הוחזק כפרן גם בגזלן אלא שבגזלן אין הסיבה שחייב הואיל ונתחייב בשעת גזילה אלא החיוב הוא להשיב את הגזילה בכל רגע וא"כ אף שהוא כפרן מ"מ על הבעלים להוכיח שאכן לא החזיר.

<sup>4</sup> האבי עזרי הקשה דדברי הרשב"א סתרי אהדדי וצ"ב.

אמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: המוצא שטר חוב בשוק, אף על פי שכתוב בו הנפק - לא יחזירו לבעלים. לא מיבעיא היכא דלא כתוב בו הנפק - דאיכא למימר כתב ללות ולא לוח, אלא אפילו כתוב בו הנפק, ומאי ניהו - דמקוים, לא יחזיר, דחיישינן לפרעון. איתביה רבי ירמיה לרבי אבהו: כל מעשה בית דין הרי זה יחזיר! - אמר ליה: ירמיה ברי, לא כל מעשה בית דין שוים, אלא כגון שהוחזק כפרן. אמר רבא: ומשום דהוחזק כפרן חדא זמנא, תו לא פרע כלל? - אלא אמר רבא: מתניתין בשטר חלטאתא ואדרכתא.

אמר רבי אבהו ששטר שנפל לאחר שהלוה הוחזק כפרן יחזיר למלוה שאינו נאמן בטענת פרוע, והקשה רבא משום דהוחזק כפרן חדא זמנא תו לא פרע?

ושואלים הראשונים על דברי רבא הרי איתא בגמ' שם שהוחזק כפרן אינו נאמן לעולם בטענת פרוע ומה תמיהתו של רבא 'תו לא פרע כלל?'. הראב"ד (בשטמ"ק) כותב שאכן כוונתו של רבא רק אם הוחזק כפרן לממון אחר אך אם יוחזק כפרן לממון זה שוב אינו נאמן ונחזיר את השטר למלוה. תוס', הרשב"א והריטב"א תירצו שהואיל והשטר נפל הורעה נאמנתו של המלוה שאם לא היה פרוע היה שומר את השטר ובכה"ג גם כפרן נאמן לטען פרוע.

אך יש לשאול מה ענין הוחזק כפרן להחזיר השטר, שהרי כאשר נמצא שטר יש לנו ספק ללא טענותיהם האם היה פירעון, וגם לאחר שהוחזק כפרן עתיד לפרוע, ואפשר שפרע וקיבל תמורת זה השטר ונפל ממנו, וא"כ אפשר להבין דברי רבא בפשטות שתמיד יש לחשוש שפרע. וגם אם אין לו עדים א"א לומר אכן סהדי שלא פרע שהרי אינו חושש לפרוע בעדים שמקבל השטר לידו. ושוב מצאתי שר' שמואל (חידושים בב"מ טז, ב) מקשה כן 'וצ"ע בדעת הראשונים הנ"ל, מה הוקשה להם כלל הא שפיר הקשה רבא כפשוטו דדינא הוא דהיכא דהוחזק כפרן אינו נאמן בטענתו, מ"מ אינו משום רגל"ד שלא יפרע עוד אלא משום שאין לו דין וזכות טענה בדבר זה, וכ"ז לענין שאינו נאמן בטענתו, אבל לענין החזרת שטר... הרי אין אומדנא שלא יפרע כלל'.<sup>5</sup>

אלא אם נאמר שהבינו שמשום שהנתבע הוחזק כפרן, כל היכא שיחלוק התובע על דברי הנתבע יהיה נאמן התובע בטענתו משום שהכפרן איבד כח טענה, ולכן אם אומר התובע שנפל השטר ממנו והנתבע טוען שנפל ממנו יהיה נאמן התובע. (עיי' בד"ק הריב"ש לקמן ו דין ג).

<sup>5</sup> ע"ש שמיישב קושית הקצות מדוע לא פסק הרמב"ם שכאשר נפל אפ"י כפרן נאמן לטעון פרוע, שסובר שאין לזה כלל מקור בסוגיא זאת לפי האמור.

### 3. האם מוחזק כפרן חוץ לבי"ד?

השו"ע (עט,ט) כותב 'אינו מוחזק כפרן, אא"כ כפר בבית דין ובאו שני עדים והכחישוהו...אם לא היתה הכפירה בבית דין, לא הוחזק כפרן'. ומקור הדין מהריף בב"מ (י,א) 'הוחזק כפרן לאותו ממון וישלם וה"מ דכפריה בב"ד'.

#### טעם הדין

א. יש שלמדו<sup>6</sup> מהגמ' ב"ב (לא,א) שמודים נהרדעי שאם טען טענתו הראשונה מחוץ לבי"ד שחוזר וטוען, 'מאי טעמא? עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא'. ולכן אף שנמצא שקרן אין מלמד שישקר בבי"ד.

ב. מהקצות (עט,י) משמע שהטעם אינו כן, שרוצה לומר שאם גזל בבי"ד יחשב כפרן, אע"פ שאם גזל חוץ לבי"ד אינו מוחזק כפרן, ונראה שטעמו משום שקנסנו כאשר פושע בבי"ד כדברי התומים לעיל (הערה 3). ואפשר שגם לפי הסברות האחרות שהביא שעה"מ אין הטעם משום דלא מגלי טענתיה אלא שרק כאשר משקר בבי"ד מאבד כח הטענה, או שיש אגן סהדי שאינו פורע משום שנתפס בשיקרו בבי"ד.

מלשון הטור (סימן עט) משמע שלדעת ר' יונה אדם מוחזק כפרן חוץ לבי"ד (וכך הבינו הב"י והדרישה). אמנם הט"ז (לסעי' ט) מפרש שמתכוין שיש הודאה אך לא מוחזק כפרן וכן האבי עזרי שהבאנו לקמן (ג.2) מבאר שיש טעות סופר בטור.

עין בהסברינו במח' רשב"ם ר' יונה לקמן (סוף פרק ב) שניתן להבין לפי ר' יונה שאדם שטען חוץ לבי"ד טענה ורוצה להופכה לגמרי א"א לומר שלא מגליה טענתיה, וא"כ אם הטעם רק משום שלא מגליה טענתיה הרי שלפי ר' יונה במכחיש לגמרי דבריו יוחזק כפרן, אך אם הטעם רק משום שכפר בבי"ד גם לפי ר' יונה לא יוחזק כפרן. וצ"ב.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> עיי' ב"ח על דברי הטור סעי' ט, וכן כותב המ"מ (טו"י ו,ב) 'וכתב רבינו ולעולם אין אדם מוחזק כפרן עד שיכפור בבי"ד וכן כתבו ז"ל וכן בדין שהרי חוץ לבי"ד יכול הוא לטעון מה שירצה. וכן אומרים הרשב"א והריטב"א ב"ב ו,א עיי' לקמן ג.1.

<sup>7</sup> לפי הסברו של הרב שך שנביא לקמן שגם לפי ר' יונה אין אדם מגלה כלל טענתיו פשיטא שאינו מוחזק כפרן.

### ג. כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי

איתא בגמ' בשבועות (מא,ב):

ההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי מאה זוזי דאוזיפתך, אמר ליה: לא היו דברים מעולם, אזל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה; אמר אביי: מאי ניעבוד? אינהו אמרי אוזפיה, אינהו אמרי פרעיה. רבא אמר: כל האומר לא לוייתי, כאומר לא פרעתי דמי.

מבואר מדברי רבא שאדם האומר לא לוייתי מודה בהודאת בע"ד שלא פרע, שאפי' שמביא עדים על הפירעון אינו נאמן. וכן אומרת הגמ' בב"ב (ו,א) הבאנו לעיל ב.2).

#### 1. האומר לא לוייתי חוץ לבי"ד

איתא בגמ' בב"ב (לא,א):

ומודו נהרדעי, היכא דאמר ליה: של אבותי שלקחיה מאבותיך - דחוזר וטוען; והיכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען, ואתא לבי דינא וטען - דחוזר וטוען, מאי טעמא? עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא.

ומפרש רשב"ם 'כל היכא דאישתעי מילי מאבראי לבי דינא, קודם שטען כלום בב"ד, ולא טען מה שהוא טוען עכשיו בב"ד ואתא לבי דינא לטעון טענות שעוקרות לגמרי את הראשונות דחוזר וטוען'.

לומד ר' יונה מדבריו 'ונראה מדבריו דאע"פ דטוען חוץ לבי"ד של אבותי ולא של אבותיך חוזר וטוען בב"ד של אבותי שלקחיה מאבותיך, אי"נ מינך זבינתה ואכלית שני חזקה'. אך ר' יונה חולק 'ונראה בעיני שאם טען חוץ לבי"ד של אבותי ולא של אבותיך הרי הוא כמי שטען לא לקחתיה ממך מעולם, כעין הא דקיי"ל כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי דמי, וכיון שהודה חוץ לבי"ד שלא לקחה הימנו שוב אינו יכול לחזור ולטעון מינך זבינתה דהודאה אפי' חוץ לבי"ד מהניא ואינו יכול לטעון משטה הייתי בך בכה"ג, אע"פ שלא אמר אתם עדי, שהרי לפטור עצמו הוא בא ולא לחייב עצמו'.

כסברת ר' יונה מצאנו ראשונים נוספים, הבאנו לעיל (ב.2) סיכום דעות הראשונים) את קושית הראשונים בב"ב (ו,א) מדוע צריך טעמא של כל האומר לא לוייתי תיפוק ליה דהוחזק כפרן, ותירצו הריטב"א והרשב"א שאין כאן דין הוחזק כפרן, אלא רק הודאה, משום שאמר חוץ לבי"ד. וז"ל הריטב"א, 'אי"נ דאיהו אמר חוץ לבי"ד להדי"מ, ואילו לא היה כאן אלא כפירה

יכול היה לחזור ולטעון לדחייה טענתי כן שלא לגלות טענותי, דעביד איניש דלא מגלה טענתיה אלא בב"ד (לקמן לא,א) ולעולם לויתי ופרעתי, אבל עכשיו שיש לי בכלל דבריו שלא פרע והודאה דחיוב ודאי לא טעין איניש חיוביה חוץ לב"ד אלא בדוקא, ואפילו הודאה מתוך כפירה היא כהודאה לענין זה, וזה מחזור ונכון. מבואר מדבריהם שאע"פ שאין דין הוחזק כפרן חוץ לב"ד הודאה יש כאן.

א"כ נחלקו רשב"ם ור' יונה והרשב"א האם אנו אומרים הודאה מתוך כפירה חוץ לב"ד, שבהודאה מפורשת מודה הרשב"ם שם שחייב 'וה"מ טענות בעלמא אבל טען בפירוש בפני עדים חוץ לב"ד חייב אני מנה לפלוני הרי הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בב"ד.

בהמשך דברינו ננסה להבין במה תליא מחלוקתם האם יש הודאה מתוך כפירה חוץ לב"ד.

## **2. הודאה מפורשת או הוכחה**

יש לשאול בדעת הראשונים הסוברים שאינו מוחזק כפרן חוץ לב"ד משום שאין אדם מגלה טענתו מדוע א"כ לדעתם נוצרה כאן הודאה הרי הוא טוען טענות שווא כדי לא לגלות לחברו טענותיו?

על מנת להבין זאת יש להבין כיצד נוצרת הודאה מתוך כפירה.

רע"א בתשובה (קמט) חוקר האם זה מדין הוכחה או הודאה מפורשת, דהיינו האם משום שלא טען פרוע מוכח שלא פרע או שכל שאומר לא לויתי טמון בדבריו שלא פרע.

ומביא דברי הנמו"י בב"ק 'מי שיש לו מלוה אצל חברו רשאי לתפוס מחבירו כנגדו, ואינו כן בפקדון דדלמא ההיא פקדון אתניס ולית ליה גבי חבריה כלום, ומיהו אי טעין הנפקד להד"ם רשאי המפקיד לתפוס משכנגדו, ואין לחוש דלמא אתניס, דהא אמרינן בעובדא דההוא רעיא דכשנגדו נשבע ונוטל, ואמאי ניחוש דלמא נאנסה, אלא ש"מ דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי מדלא פטר נפשיה בקושטא, ומשמע שנוצרה כאן הודאה משום שהיה יכול למפטר נפשיה בטענת אונס ולא טען כן וממילא מוכח שלא נאנס, אבל היכא דלא מצי פטר נפשיה לא אמרינן כאומר לא פרעתי.

אך אומר רע"א דקושטא דמילתא שכאשר אומר לא לויתי 'ממילא הוי הודאה על הפרעון, דא"א לפרעון בלא הלואה, ומה שאמר הנמו"י רק משום

דלא פטר נפשיה בקושטא דהתם אי אפשר לומר שמתוך דבריו יש הודאה שאפשר שאכן נאנסה אע"פ שלא הפקיד אצלו אלא רק מכח זה שלא טען מוכח שלא נאנסה.<sup>8</sup>

על פי דברי רע"א מסביר האבי עזרי (ו,ג) את מחלוקתם של הראשונים הנ"ל, 'דאי הוא מטעם הוכחה, מחוץ לבי"ד, דעביד איניש דלא מגליה טענתיה אלא בבי דינא, ליכא הוכחה, אבל אם הוא מטעם הודאה מפורשת אף בחוץ לבי"ד יש הודאה, והודאה מפורשת הא אף חוץ לבי"ד מחייב'.

אם כן לפי ר' יונה והרשב"א אע"פ שלא מוחזק כפרן משום שאינו מגלה טענתו אך יש כאן הודאה מפורשת, אך לפי הרשב"ם שכל הודאה היא רק מדין הוכחה מחוץ לבי"ד אין אדם מגלה טענתו.

יוצא מדברי הרב שך שלדעת רשב"ם מועיל רק מדין הוכחה ולא כהודאה מפורשת, אמנם בדברי רע"א מבואר שיש את שתי האפשרויות יש מקום שנצטרך כח של הוכחה שאין הודאה מפורשת (נאנסו בפיקדון) ויש מקום שנצטרך הודאה מפורשת משום שאין הוכחה (מזויף בשטר עם נאמנות).

לענ"ד ניתן להסביר מחלוקתם באופן נוסף, דעת הרשב"ם שכאשר אדם מודה מתוך טענתו, מחוץ לבי"ד, יש לו אמתלא 'לא רציתי לגלות טענותי' אף שמשנה דבריו לגמרי, בדומה לאמתלא של 'משטה' ו'השבעה' כאשר מחייב את עצמו. אך ר' יונה סובר שאע"פ שאין אדם מגלה טענתו אך מ"מ אינו משקר בדבריו ולכן יטען טענות 'אפורות' כגון 'של אבותי' אף שכוונתו 'דסמכנא עליה כאבותי'. א"כ לכל"ע יש הודאה מפורשת בדבריו אך שהרשב"ם סובר שכאן יש לו אמתלא טובה לפטור עצמו. וכך נראה מרע"א שלא הביא כלל מחלוקת ראשונים זאת. (ועיי' סוף פרק ב שלפי הסברינו זה אין הטעם שאין מוחזק כפרן חוץ לבי"ד משום שאינו מגלה טענתו שהרי להכחיש לגמרי מדייק).

#### **ד. חוזר מחייב לפטור**

אומר השו"ע (פ,א) :

בד"א שאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה, כשנתחייב בדין בטענה ראשונה, אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה יכול לחזור

<sup>8</sup> לפי זה הכריע שכאשר יש בשטר נאמנות כב' תרי לסוברים שאינו נאמן בטענת פרוע אם טען לא לויתי הודה שלא פרע אע"פ שלא היה יכול לטעון פרוע, ע"ש.

ולטעון ולזכות בטענה האחרת, ואע"פ שלא נתן אמתלאה לטענה הראשונה, ואע"פ שיצא מבית דין וחזר, יש לו לחזור ולטעון ולהפך כל הטענות שירצה מפטור לפטור עד שיבואו עדים, אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו טענתו הראשונה שסמך עליה אינו יכול להשיאו לטענה אחרת.

כדברי השו"ע משמע מכל הפוסקים, שאדם יכול לשנות טענתו מפטור לפטור אך לא מחיוב לפטור.

### 1. המוכחש בטענתו הראשונה

הטור (פ) מביא מחלוקת ר"י מיגאש והרמ"ה מה הדין כאשר חזר מפטור לפטור ולאחר מכן באו עדים והכחישו את טענתו הראשונה, לדעת הרמ"ה איבד את נאמנותו ושוב אינו נאמן בטענתו השניה ומפסיד את הממון, ולדעת הר"י מיגאש נשאר נאמן בטענתו השניה.

### 2. מדוע חוזר מפטור לפטור?

הר"י מיגאש (מובא בטור) כותב שהטעם שיכול לחזור מפטור לפטור משום שיש לו מיגו, 'אבל כל זמן שלא הכחישוהו חוזר וטוען, אע"פ דנפק לברא, במגו דאי בעי קאי אטענתיה קמייתא ומיפטר, מצי נמי טעין טענה אחריתא ומיפטר'.

הקצות (פ,ג) מוכיח שאין הטעם משום מיגו, דא"כ מדוע סובר הר"י מיגאש שכאשר באים עדים ומכחישים הטענה הראשונה עדין נאמן בטענתו הנוכחית הרי קי"ל שכאשר מוכחשת הטענה ה'מיגואית' שוב אינו נאמן בטענתו השניה, כגון אשת איש ונתגרשתי אם יבואו עדים שהיתה א"א שוב אינה נאמנת שנתגרשה, לכן מבאר הקצות שהטעם שאדם חוזר מפטור לפטור משום שלא נוצרה הודאת בע"ד, 'לכן נראה דחוזר מפטור לפטור הוא טענה מחמת עצמה כיון דעדיין לא נתחייב לא שייך הודאת בעל דין וכמי שלא נחקרה עדותו דמי דיכול לחזור, ומבאר שאין כוונת הר"י מיגאש לכח המיגו, אלא מתוך שיכול להישאר בטענתו הראשונה נאמן לשנות טענתו כמה שירצה שהרי עוד לא נוצר חיוב.

הנתיבות (עב, לד) מבאר בשם התומים, שהטעם שיכול לחזור מפטור לפטור משום 'דהטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה ויכול לחזור מדבריו ומביא ראיה לדבריו מדין השו"ע (פ,ב) שכתבו הטענות אינו יכול לחזור מפטור לפטור, ותמוה הרי עדין יש לו מיגו אלא ודאי הטעם משום שבכתב אדם מדייק ושוב אינו יכול לחזור בו.

אך דבריו צרכים ביאור, מדוע אינו יכול לחזור גם לאחר שבאו עדים הרי בטענות שבא לפטור עצמו אינו מדייק. מסביר ר' שמואל (חידושים ב"ב ט) שכל זמן שלא טען לא חוששים שלא דייק בטענתו רק שבכוחו לטעון כן, אמנם לאחר שבאו עדים והעידו שלוח הרי לפנינו נעשה כפרן ושוב אינו נאמן לטעון שלא דייק ואל לנו להחזיקו כפרן, כיוון דעתה נקטינן דהוא כפרן ואין לו נאמנות על זה גופא לטעון שאינו כפרן, (עי' פרק ו דין ה הסבר נוסף).

האבי עזרי (שם) כתב גם כן אותו טעם, שלא מדייק בטענתו, אך מצריך שיהיה לו מיגו כדי שיהיה נאמן לטעון שלא דייק וכותב שזה כוונת הר"י מיגאש שמצריך מיגו.

ר' אלחנן (קוב"ש ב"ב קיב) מסביר דברי הר"י מיגאש שיכולתו לחזור מדבריו הראשונים זה רק מכח מיגו, ומיישב קושיית הקצות, אם הטעם משום מיגו איך לא מאבד את כוחו כאשר באים עדים על הטענה ה'מיגואית', ומחלק שדין הגמ' בכתובות, שכאשר באים עדים שהיתה אשת איש שוב אינה נאמנת בדבריה שנתגרשה, זה דווקא היכא שצריכים את הפה שאסר הוא שהתיר, שהרי אנו עוסקים בדבר שבערוה או בממון וצריך שני עדים, אלא שכאשר הפה שאסר זה הפה שמתיר האשה נאמנת, ולאחר שבאים עדים שוב אין לה כח נאמנות, אך כאשר רוצה לחזור מפטור לפטור מספיק לו כח של 'מה לי לשקר' ושוב הוא נאמן בטענתו ולא נוציא ממנו ממון. (ובדעת הרמ"ה ששוב אינו נאמן בטענתו מבאר משום שאיבד את כח הטענה ולא כב"י שכתב הטעם שמא ידע שיש עדים על הטענה הראשונה).

### 3. מיגו נגד הודאת בע"ד

הר"י מיגאש כתב שהיכולת לחזור מפטור לפטור משום שיש לו מיגו, וביאר ר' אלחנן שכוונתו לכח מיגו ולא כדברי הקצות שעוד לא חלה הודאת בע"ד. ואם כן מקשה איך נאמן במיגו לחזור בו מהודאת בע"ד הרי פיו עדיף מעדים ובעדים הדין שאינם חוזרים ומגידיים, וכן מקשה על תוס' (ב"ב קעה) שמסביר שהטעם שאינו יכול לחזור משום דמידק דייק ולא מטעם של חוזר ומגיד. ומיישב שהטעם שאינו יכול לחזור אין זה משום גזה"כ של חוזר ומגיד אלא משום חוסר נאמנות ולכן אם יש לו מיגו נאמן לחזור בו, היכא שלא מידק דייק כגון היכא שרוצה לפטור עצמו, בדומה להסבר הרב שך בדעת הנתיבות (לעיל), שכאשר מודה ע"י כפירה נאמן לטעון ע"י מיגו שלא דייק.

האבי עזרי (שם) מקשה, אם אכן הדין שנאמן ע"י מיגו לחזור בו מהודאת בע"ד, קשה הגמ' בב"ב (לא,א) מדוע אינו נאמן לחזור מטענתו של אבותי

ולטעון אני קניתייה במיגו שיכול לתקן דבריו ולומר שאבותי קנו מאבותיך, שלטענה זאת גם נהרדעי מודים שיכול לחזור.<sup>9</sup> ועוד מקשה מדוע כאשר טען לא לויתני, ובא ע"א שלוח, אינו יכול לחזור ולטעון פרעתי מקודם, הרי יש לו מיגו שיכול לטעון פרעתי עכשיו, שאינו מוחזק כפרן בע"א. וכעין זה הקשה רע"א (ח"מ עט, י) על בעל התרומות, שכאשר טען אין לך בידי ואח"כ הביא עדים שלוח, יכול לתקן דבריו דאין לך בידי לפי שפרעתי, אך באומר פרעתי אחר שאמרתי אין לך בידי, משהוחזק כפרן שוב אינו נאמן. וק"ל דלהימני במיגו שהיה מפרש דבריו כן, וכן הקשה הגדו"ת.

מתרץ הרב שך 'על כורחך נראה שמוכח מזה, דאם טען טענה שנתחייב בה, שוב אינו יכול לחזור בו ולפטור עצמו לשנות הדין אף ע"י מיגו, אף שאינו נגד הודאת בע"ד משום דאפשר שלא דייק, אבל כך הוא הדין דמאחר שאיפסק ע"פ טענתו לחיוב אינו יכול לחזור ולפטור עצמו אף במיגו. ולכן אם נתחייב שבועה ע"י עד אחד אינו יכול לחזור שכבר התחייב. מבואר שדין אינו חוזר וטוען הוא דין חדש מדיני ב"ד.<sup>10</sup>

### ה. טוען וחוזר וטוען

בגמ' ב"ב (לא, א) נחלקו עולא ונהרדעי האם כאשר אדם טען 'של אבותי' ובאו עדים נגדו, יכול חוזר ולטעון ולתקן דבריו שכוונתו היתה שהוא עצמו קנאה רק דסמכנא עליה כאבתיה. וכאשר אמר 'של אבותי ולא של אבותיך' אומרת הגמ' שלכל"ע אינו חוזר וטוען.

### טעם הדין

#### 1. הודאת בעל דין

הגמ' לא ביארה מדוע אינו יכול לחזור ולטעון. מהראשונים נראה שאין כאן דין חדש אלא שכאשר התחייב בהודאתו יש כאן הודאת בע"ד, ולכן כאשר אמר 'של אבותי ולא של אבותיך' יש כאן הודאה שמעולם לא קנה. כך משמע מהרשב"ם (ל, ב ד"ה והני"מ) שמבאר דברי רבא 'עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה'. אומר הרשב"ם, 'אין ללמוד דלא צריך עדים לז' שנים שהרי רבא

<sup>9</sup> שאלה זאת דוקא להסבר הרב שך בדעת התיבות, אך לפי דברי ר' שמואל שם שכבר הוחזק כפרן מובן מדוע אינו נאמן לשנות טענתו רק אם יסביר שלא כפר כלל. אך הקושיה השניה קשה גם להסברו.

<sup>10</sup> היוצא מהסברו של ר' אלחנן, בתוספת דברי הרב שך, שכאשר אדם מתחייב בטענתו אינו יכול לחזור בו מבי סיבות, גם שוב אין לו מיגו ועוד שאפילו היה לו מיגו אינו חוזר וטוען.

להודיענו בא דאינו קרוי חוזר וטוען במאי דאמר לבסוף שני חזקה טובא קאמינא דעביד איניש כו' שאילו היה חוזר וטוען להכחיש דברים הראשונים אפי' כי מייתי סהדי בהני אחרונים אינו כלום דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואחר טענות הראשונות נלך. מבואר מדברי הרשב"ם שהטעם שאין אדם חוזר וטוען משום שיש כאן הודאת בע"ד.

## 2. הוחזק כפרן

בעל התרומות (שער יב חלק ב) כותב שדין אינו חוזר וטוען ודין הוחזק כפרן הכל דין אחד. זאת אומרת הטעם שאינו חוזר וטוען משום שהוחזק כפרן, ויש להבין מדוע לא מספיק הטעם של הודאת בע"ד כמו שאמר הרשב"ם.

על מנת להבין דין זה נביא את קושיית הגדולי תרומה (שם) על הרמ"ה.

הגדו"ת מביא את דברי הרמ"ה שהבאנו לעיל (פרק ג) שאם לאחר שחזר מפטור לפטור באו עדים והכחישו טענתו הראשונה שוב אינו נאמן בטענתו השניה ומסיים הרמ"ה 'לא משגיחין בטענה בתרייתא עד שמייתי ראייה', ושואל הגדו"ת איך מועיל שיביא ראייה הרי אינו נאמן בטענתו השניה אלא נשאר בטענתו הראשונה וא"כ יש כאן הודאת בע"ד, כגון שאמר תחילה לא לויתי, וחזר וטען לויתי ופרעתי, ובאו עדים שלוה, שוב אינו נאמן בטענת הפירעון וממילא יש כאן הודאה שלא פרע.

ומיישב הרב גולדשמידט (מהדיר בהוצאת מכון ירושלים) שיש מצב שבו אדם טען טענה אחת וחזר לטענה שניה שאינה מעניין הראשונה וגם שהוכחש בטענתו הראשונה אין הודאת בע"ד כנגד ההודאה השניה, בזה אומר הרמ"ה שאם יביא עדים על טענתו השניה יהיה נאמן, שהטעם שאיננו מקבלים טענתו משום שהוחזק כפרן אך על ידי עדים יהיה נאמן, דוגמא לזה נביא בהמשך (ו דין ד) בדין הרשב"א כאשר טען מזויף.

לפי תרוץ זה מובן מדוע בעל התרומות כתב שהטעם שאינו חוזר וטוען משום שהוחזק כפרן שיש פעמים שאין הודאת בע"ד.

כדעת בעל התרומות שהטעם שאינו חוזר וטוען משום שהוחזק כפרן מובא בהדיא בתשובת הרשב"א בהוכחש ע"י ע"א, מובא לקמן (ו סוף דין), שם נביא טעם נוסף מדוע יש צורך בטעם של הוחזק כפרן אפילו במקום שיש הודאת בע"ד.

### 3. דין בדיני הטענות

ר' שמואל (חידושים ב"ב ח) מבאר שדין אין אדם חוזר וטוען הוא דין עצמאי ב'דיני הטענות' שאי אפשר לטעון טענה הנראית כסתירה לטענה הראשונה. ובכך מסביר את דברי הר"י מיגאש (לעיל יג.1) שמצריך מיגו כדי לחזור מפטור לפטור, שאע"פ שהאמת עם הקצות שאין הודאת בע"ד עד שמתחייב, אך עדיין אינו נאמן לחזור ולטעון בלא מיגו, שקלקל את כח הטענה בזה שטען קודם לכן טענה אחרת. ומוכיח עיקרון זה מהרמב"ן (חידושים ב"ב ו,א) ששואל על הגמ' (הבאנו לעיל ב.2) מדוע צריך טעם של 'כל האומר לא לוית' הרי הודה בהדיא לפני העדים, ומת' דבעא לתירוצי אין לך בידי חייב אע"פ שבאו עדים ואמרו שלוח ופרע, דאי לא באו עדים פשיטא שאפילו בחוזר הוא וטוען פרעתי ודאי שאינו חוזר וטוען. מבואר שאפי' אם אין הודאת בע"ד שלא פרע אינו נאמן לחזור ולטעון ללא עדים. אך לאחר שנתחייב ע"י עדים על טענתו יש כאן הודאת בע"ד ושוב אינו נאמן, כדברי הקצות.

ולעיל (ד.3) ראינו עיקרון זה בדברי הרב שך, שהסביר שאע"פ שמועיל מיגו נגד הודאת בע"ד לאחר שנתחייב אינו נאמן לחזור ולטעון, משום דין שאינו חוזר וטוען. (לפי ר' שמואל מועיל המיגו דווקא שאין הודאה שסובר כקצות, אך לאחר שנוצרה הודאה שוב אינו נאמן אפי' במיגו).

#### ו. מיקרי מבחן

בפרק זה נביא מקרים בהם השתמשו בגמ' ובפוסקים באחד מהדינים שהבאנו, ננסה להבין מדוע ומתי השתמשו בכל אחד מהטעמים הנ"ל.

#### דין א - ביאור גמ' בשבועות לד,א

"ייתב רב המנונא קמיה דרב יהודה, ויתב רב יהודה וקא מיבעיא ליה: מנה מניתך בפני פלוני ופלוני, ועדים רואין אותו מבחוץ, מאי? א"ל רב המנונא: והלה מה טוען? אי אמר לא היו דברים מעולם, הוחזק כפרן! אי אמר אין, שקלי ודידי שקלי, כי אתו עדים מאי הוי? א"ל: המנונא, את עול תא".

מבואר בדברי רב המנונא שאם טען בתחילה להד"מ והוכחש בעדים שוב אינו נאמן לטעון 'שקלי ודידי שקלי' והטעם לכך משום שהוחזק כפרן.

יש לברר האם יש כאן גם הטעם של הודאה.

אדם זה טען תחילה להד"מ והוכחש בעדים שאכן היתה העברת מעות מהתובע אליו, ועכשיו רוצה לחזור ולטעון אכן היתה העברת מעות אך דידי שקלי. האם ניתן לומר שהודה שלא את שלו קיבל? לכאורה לאחר שבאו העדים ונודע לנו שניתנו המעות יש לנו ספק מה היתה פשר העברה ואי אפשר לומר שהוא שלל את האפשרות של מתנה שהרי בתחילה הכחיש את עצם הנתנה. אך לפי הסברו של רע"א (לעיל ג.2) שישנה הודאה ע"י הוכחה, שאם אכן יכול להיפטר בטענה זאת וזו האמת ודאי שהייתה טוען ומכך שלא טען הודה שאין לו טענה אחרת להיפטר, אם כן יש כאן הודאה שלא את שלו הוא לקח.

אך שוב יש לשאול אם אכן יש כאן הודאה מדוע השתמשה הגמ' בטעם של הוחזק כפרן?

הבאנו לעיל (ב.2) את שאלת הראשונים (ב"ב ו,א) ששאלו להיפך משאלתינו, אם יש טעם של הוחזק כפרן מדוע צריך להביא טעם של הודאת בע"ד, ורצונם לומר שבטעם של הוחזק כפרן כלול גם שאינו יכול לשנות טענתו הראשונה וגם שמכאן והלאה אינו נאמן לכן עדיף לנקוט טעם זה, אם כן כאן ניחא שכתבה הגמ' טעם של הוחזק כפרן שאינו נאמן גם מכאן והלאה.

אך עדיין צ"ב שהרשב"א שם תירץ ג' תרוצים לשאלתו:

קמ"ל דאפילו באו עדים אינו נאמן בטענת פרעתי, שאם היה הטעם משם הוחזק כפרן היה נאמן ע"י עדים. ללא הטעם של 'כל האומר לא לויתי היינו מתרצים דיבורו 'דה"ק לא היו דברים מעולם שלויתי ולא פרעתי אלא פרעתי, קמ"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי.

איצטריך היכא דטען חוץ לבי"ד שאין אדם מגלה טענתו אלא בבי"ד וקמ"ל 'דהודאה מתוך כפירה הודאה אלימתא היא וכאומר בטענת ודאי לא פרעתי דמי.

לפי תרוץ ב' של הרשב"א מובן שכאן השתמשנו בטעם של 'הוחזק כפרן' שהרי כאן אין לתרץ דיבורו שהרי אמר להד"מ וכמו שכותב תוס' שבועות (מא,ב ד"ה כל) שכאשר טען להד"מ אי אפשר לתרץ לשונו. וכן מובן לפי תרוץ ג' של הרשב"א דהתם מיירי חוץ לבי"ד, שהרי גם הודאתו הראשונה חוץ לבי"ד הייתה, ולא שייך טעם של הוחזק כפרן כלל, אך כאן משמע שמיירי בבי"ד ושייך טעם של הוחזק כפרן.

אך צ"ב לפי תרוץ א' מדוע לא נכתוב הטעם שיש כאן הודאה ללמדנו שאפי' יבואו עדים שנתנם במתנה לא יועיל.<sup>11</sup>

רב המנונא חייבו לשלם משום שהחזק כפרן, ויש להבין כיצד במעשה זה החזק כפרן? בפרק ב.1 הובאו שלש סברות בדין החזק כפרן. א. אגן סהדי שלא יפרע אלא בעדים. ב.איבוד כח טענת פרוע. ג. תקנת חכמים למי ששיקר בבי"ד שאינו נאמן בטענותיו. ולכאורה ג' האפשריות נכונות רק כאשר ידוע שחייב ורוצה להיפטר ע"י טענת פרוע, ששוב אינו נאמן בטענתו, אך במעשה דרב המנונא טען בתחילה להד"מ ובאו עדים שנתן מעות אך אינם מעדים שחייב, אלא שהתובע טוען שהנתינה שהעידו העדים היתה הלואה והנתבע טוען כנגדו שהיה מתנה או פירעון, וא"כ יש לשאול אפי' שהנתבע החזק כפרן מדוע התובע נאמן?

וכן שואל הברכת אברהם בב"מ (יז,א) 'ובהנך צ"ע מאי שנא מכל ברי ושמא באינו יודע אם הליתני דאמרינן המע"ה'.

ניתן ליישב קושיה זאת בשני אופנים:

רב המנונא השתמש בטעם של החזק כפרן לומר לנו שאינו נאמן גם מכאן והלאה, אך הטעם שבי"ד פוסקים לחייבו זה משום שיש כאן הודאת בע"ד שלא קיבל מתנה ולאחר שמתחייב שוב לא יהיה נאמן לטעון פרוע בלא עדים. ומשמע שסובר רב המנונא שכל מקום שמוחזק כפרן כלול בזה שיש כאן הודאה שאינו יכול להיפטר בטענה אחרת.<sup>12</sup> (עי לקמן דין ד הרשב"א).

אדם שטען טענה כדי להיפטר ונתברר ששיקר בדבר, כל טענתו כמאן דליתא ושוב אין לו טענה כלל וכאשר אין טענה אנו נותנים למי שהוא ברי, בדומה

<sup>11</sup> קצות סה"ה, מבאר שיש שני דינים בדין החזק כפרן: א. שאינו נאמן בטענתו מכאן ולהבא לאחר שנתחייב. ב. כאשר כפר ובאו עדים הודאת בע"ד שלא פרע. ומסביר את הגמ' בב"מ כי הא דשבתאי בריה דרבי מרינוס כתב לה לכלתיה איצטלא דמילתא בכתובתה וקבלה עליה, אירכס כתובתה...לסוף אמר להו פרעתיה, אתא לקמיה דרבי חייא אמר ליה החזקת כפרן לאותה איצטלא. שכוונת ר' חייא לומר שיש כאן הודאת בע"ד. החזו"א (ליקוטין סימן כ ב"מ ז) אומר שלפי דברי הקצות היה לר' חייא לומר 'כל האומר לא לוית', ולא הבנתי שאלתו שהרי רואים בראשונים ב"ב ו,א שגם שיש הודאה טוב לכתוב הטעם שהחזק כפרן, לקמן בדברי רע"א (לקמן דין ד, בביאור תשובת הרשב"א) הסביר לשונו של הרשב"א 'שלא החזק כפרן' רק שלא הודה אך כן החזק כפרן. וצ"ב האם לפי החזו"א כל מקום שאמרה הגמ' החזק כפרן מתחייב רק משום טעם זה ולא משום הודאה?

<sup>12</sup> אמנם מהרשב"א בתרוץ השלישי, שבאר שהגמ' לא כתבה דין של החזק כפרן ללמדנו שאם יבואו עדים לא יהיה נאמן, מוכח שאינו סובר שכלול בזה הודאת בע"ד.

לסברא שאומר הקוב"ש למ"ד ברי ושמא ברי עדיף, משום שאדם נאמן בדבריו אם אין מישהו שמכחיש אותו וכאשר הנתבע טוען שמא אין אדם מכחישו, ולמ"ד שברי לא עדיף משום שסובר שגם טענת שמא היא טענה, אך כאן כאשר נמצא ששיקר בדבריו נחשב כאילו לא טען כלל ונאמין למי שטוען בברי ונוציא ממון. ואם תאמר שעכשיו חוזר וטוען טענה חדשה שזה היה מתנה, כבר אי אפשר לקבלה, או משום שהוחזק כפרן (לא לפי האפשרות של אגן סהדי, ע"ב.1), או שאין אדם חוזר וטוען אם התחייב בטענתו.

לפי זה גם בעצם חיוב הממון הטעם משום שהוחזק כפרן.

### דין ב - תלה טענתו בדבר צדדי, והוכחש בו

הגמ' בשבועות (לד, ב):

ההוא דא"ל לחבריה: מנה מניתי לך בצד עמוד זה, א"ל: לא עברתי בצד עמוד זה מעולם, נפקו ביה סהדי דהשתין מים בצד עמוד זה, אמר ר"נ: הוחזק כפרן. א"ל רבא לר"נ: כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש, עביד לה ולא אדעתיה.

רב נחמן סובר שאדם זה הוחזק כפרן ולכן מתחייב ורבא חולק עליו משום שדבר זה אין על האדם לזכור ולא ברור שכוונתו היתה לשקר. גם במעשה זה בדומה לדין שהבאנו לעיל (ו דין א) 'במנה מניתי', יש לברר מה הטעם שאנו מחייבים אותו ממון, לעיל, (ו סוף דין א), הבאנו שתי אפשרויות מה המחייב או שיש הודאת בע"ד שאם רצה לפטור עצמו בלהד"מ מודה שלא היה נתינת מתנה או שהטעם של הוחזק כפרן מועיל גם להוציא ממון כאשר התובע בטענת ברי.

יש לברר האם גם במעשה זה יש הודאת בע"ד.

אדם זה טוען שלא לוח ומצדיק דבריו שמעולם לא עבר ליד עמוד זה, ובאים העדים ומכחישים שכן עבר, אדם זה חוזר וטוען אף שעברתי לא לווייתי, דהיינו שעדיין נשאר בטענתו הקודמת שלא לוח, וא"כ קשה לומר שמוכח שמכך שטען טענה א' מודה שאין לו טענה ב' שהרי כאן נשאר באותה טענה.

תוסי' שם (ד"ה ואתו) שואלים, אם מוחזק כפרן כאשר הוכחש שעבר ליד עמוד זה, א"כ גם ברי חייא קמייתא (בב"מ ג, א), כאשר תבעו מנה וטען להד"מ ובאו עדים שחייב נ', שחייבו ר' חייא שבועה, מדוע לא נאמר שהוחזק כפרן והתחייב לשלם הכל.

הנראה משאלת תוס' שלמד מהדין הנ"ל שכל היכא שנמצא ששיקר בטענתו במשהו, שוב אי אפשר לקבל טענו כלל ומתחייב בממון.

בכונת תירוץ תוס': "וי"ל דהכא דקאמר לא עברתי בצד עמוד זה, משמע דבעי למימר דאם עברתי מעולם בצד עמוד זה אני חייב, ולכך הוי כפרן בכל כשהעידו עדים שהשתין בצד עמוד זה, אבל התם לא הוחזק כפרן אלא בני ואותם פורע", נראה שהואיל ואדם זה שיקר בדבר שוודאי זוכר (לפי רב נחמן) והוסיף פרט שלא לצורך, טמון בדבריו 'לא רק שאני לא חייב אלא מעולם לא עברתי ליד עמוד זה, ואם תוכיחו שעברתי הריני מתחייב'. וצ"ב קצת מדוע שאדם יהי לו כזאת אומדנא.

הגידו"ת (שער יב חלק ב ס"ק ד) מקשה על תרוצו של תוס' שמחלק בין רח"ק להכא, כאן אומר תוס' שהאדם מחייב עצמו אם עבר ליד עמוד זה, ולכאורה ה"ה גם ברח"ק שאומר 'איני חייב לך כלום מהמנה', ומשמע דבעי למימר שאם יש בידו קצת הוא חייב הכל, 'וק"ו הוא אם כשלא הוכחש כלל בגוף ההלואה אלא במקצת המקום, אע"ג דאין העדים יודעים מההלואה כלום, חייב, כשהוכחש בגוף ההלואה שהעדים יודעים בקצתה ממש לא כש"כ שיתחייב על השאר מתוך כפרנותו'.

אלא מיישב הגדו"ת באופן אחר, שכאן ההלואה עצמה והיותה בצד העמוד הם שני ענינים מחולקים זה מזה, אלא שהנתבע ענה לתובע שכמו ששקר שעברתי ליד העמוד כן עצם ההלואה היא שקר, והשתא כשנמצא שעבר בצדו ממילא גם ההלואה תהא אמת. מה שא"כ בב"מ שכפר בהכל ולא תלה את דבריו בשום דבר. מבואר מהגדו"ת שכאשר האדם תולה את טענתו בדבר מסויים ומשקר בדבר זה אנו נוקטים שכל דבריו שקר וחייב, ואינו נאמן לטעון טענה חדשה, שעבר ליד עמוד זה אך לא לזה מעולם.

טעם הדבר נאמר כשני הדרכים שהבאנו לעיל (ו דין ב), או שטמונה כאן הודאה כמו בכל הוחזק כפרן, שאם יש לו טענה אמיתית מדוע לא טען אותה ולכן חייב לשלם, או אפשר שבכה"ג אין כלל הודאה שהרי נשאר בטענתו, שלא לזה, אלא שכוונת הגדו"ת שהוחזק כפרן בטענתו וזה סיבה לחייבו שינתקלקלה טענתו, ואם כן נמצא שיש מקום שנחייבו רק משום שהוחזק כפרן ואין כאן הודאה כלל. הנפ"מ בין שתי הטעמים אם יבאו עדים שלא לזה, לפי אפשרות א' שיש כאן הודאה שלזה ישאר חייב, ולפי אפשרות ב' שמתחייב רק משום שהוחזק כפרן העדים יפטרנהו.

היוצא מדברינו שלדעת תוסי' אי אפשר לחייבו משום הודאה שהרי נשאר בטענתו, אלא שהוא מחייב עצמו בממון,<sup>13</sup> ומכאן והלאה לא יהיה נאמן לטעון פרוע משום שהחזק כפרן ששיקר בממון זה. ולדעת הגדו"ת מתחייב כאן או משום הודאת בע"ד שהרי שיקר בטענתו הראשונה או שהחזק כפרן והתובע נאמן בברי להוציא.

### האם יש משמעות להלכה כאשר מוחזק לכפרן מדבר צדדי?

במעשה זה נחלקו רב נחמן ורבא, והלכה כרבא דהוי 'מילתא דלא רמיא עליה דאיניש, עביד לה ולא אדעתיה'. ניתן להבין דברי רבא בשני אפנים - א. כוונתו שאדם לא זוכר דבר כזה האם עבר או השתין ליד עמוד זה. ב. אדם שטוען טענה לפטור עצמו אי אפשר לתפוס אותו בשקר בדברים שלא מעצם החיוב, שעכשיו עסוק רק אם היתה הלואה.

מהר"י מיגאש משמע כאפשרות השניה:

אבל היכא דלא מכחשי ליה בנטילת ממון עצמו אלא במידי אחרינא מחקירות הדברים דליתיה נטילת ממון ממש, לא עברתי עמוד זה מעולם ומאי דדמי ליה, ואף על גב דאתו עדים ומכחשי ליה בההוא מידי דכפר ליה לא החזק כפרן, אלא מצי בתר הכי למיהדר מההוא מימרי קמא לההוא מימרא אחרינא, דהא לא איתכחש בנטילת הממון ממש אלא בההוא מידי אחרינא הוא דאיתכחש דהא מחקירת הדבר י"ל מילתא דלא רמיא עלויה לאו אדעתיה, ואפשר ליה השתא למימר עברתי בצד עמוד זה אבל לא לויתי ממך כלום אי נמי לויתי ופרעתי.

מהסמ"ע (עט, כט) משמע כאפשרות הראשונה: "כל מילי דאין האדם מחוייב לעשות וגם אין לו תועלת בעשייתו... משום הכי פעמים משנה מהענין ואומר בהיפך".

<sup>13</sup> מדרכו של תוסי' משתמע חידוש שכאשר אדם בוחר בטענה כדי להיפטר ונמצא שקרן, דעתו לחייב עצמו. לפי זה צריך בירור מה מקשה הקצות (לד, ד) על המהר"י בן לב הסובר שאדם יכול לחייב עצמו 'דאתינן עלה מתורת חיוב ומתורת מתנה כיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב וזה שמודה שחייב הוי כאלו אמר חייב אני לך מנה ויכול לחייב עצמו, ומקשה עליו הקצות, 'קשה לי טובא דהא באומר להד"מ ואח"כ באו עדים דאינו נאמן לומר פרעתי אע"ג דעדים מעידים שפרע משום דהוא נאמן על עצמו יותר וכל האומר לא לויתי כאלו אומר לא פרעתי והתם ליכא למימר דהוא בתורת חיוב חדש דהא אדרבה הוא בא לפטור עצמו בטענת פרעתי, ולפי דברי תוסי' הנ"ל לא קשה מידי שלמדנו שאדם ששיקר בטענת הפטור שלו מחייב עצמו אם ייתפס. שאלה ששמעתי מהגרז"נ שליט"א.

אמנם רע"א על סעי' ד כותב 'תבעו מנה שהלוויתך ואמר לא לויתי משום אדם מעולם ובאו עדים שלוח אבא אינם יודעים אם מזה או מאחר מיקרי הוחזק כפרן וחייב לשלם לו, כנלע"ד דברי הירושלמי פ"ד דשבועות' ומוסיף הפת"ש שם 'ולכאורה ע"כ דה"ה אם אמרו העדים בבירור שלוח מאחר הוחזק כפרן וצ"ע'.

משמע מדבריהם שאע"פ שלא ידוע כלל שהתחייב לו, הואיל ונמצא שקרן בטענתו מוחזק כפרן וחייב לשלם. וצריך בירור מנין שהלואה מאדם אחר רמיא עליה דאיניש אפשר שאדם שוכח הלוואת שהיו בעבר, ואולי כוונתם דווקא שעדין חייב וזה ודאי שחייב לזכור וצ"ע. ולדרכו של הסמ"ע א"ש. אם יבואו עדים שלא לוח, לפי תוסי' חייב שהרי חייב עצמו ולפי הגדו"ת תלוי בשני הפירושים שהבאנו לעיל.

### דין ג - שיטת הריב"ש

הש"ך (טו) מביא את תשובת הריב"ש (שנד):

אין ספק שראובן הוחזק כפרן ואינו יכול לטעון עוד באותם החפצים כלום ונאמן שמעון עליהם לומר עדין הם בידו, גם בשיווי החפצים נאמן שמעון כל שיעריך אותם בדבר שהוא אמוד בהם וא"צ שבועה וכו'.

ושואל הש"ך: "וצ"ע אמאי יהא נאמן על שיווי החפצים בלא שבועה הלא על זה לא הוחזק כפרן". בסברת הריב"ש נראה לומר, שאדם שהוחזק כפרן על ממון זה איבד לגמרי את כח הטענה, ומעתה עליו להביא ראיות ואין משמעות לטענותיו. לעיל (ו דין ב) הבאנו אפשרות שמוחזק כפרן צריך לשלם אפי' היכא שאין הטעם של הודאת בע"ד הואיל ואין לו כבר טענה כלל, לפי הריב"ש לא רק בטענה שנמצא שקרן בטלה טענתו אלא גם מכאן ולהבא לענין ממון זה טענותיו כמאן דליתא. אמנם הש"ך לא מקבל סברא זאת, ולדעתו חשיב ממון אחר ולטענה זאת לא הוחזק כפרן.

הבאנו לעיל (ב.2) את שאלת הראשונים מדוע שטר שנפל מכפרן אינו מחזירו למלוה והקשה ר' שמואל שקושייתם אינה ברורה שהרי גם כפרן אפשר ששילם ונפל ממנו השטר, אך לפי הריב"ש דבריהם מובנים שאם הוא כפרן התובע נאמן לממון זה.

### דין ד - טוען מזוייף ונתקיים השטר

הרמ"א (פב,א) מביא מחלוקת :

אמר תחילה, מזויף השטר, ואחר שהביא עדים לקיימו אמר הלוה, פרוע- י"א דהחזק כפרן ואינו נאמן, מאחר שאמר מזוייף כאילו אמר: לא לויתי ואינו נאמן אחר כך לומר: פרעתי (נ"י סוף ב"ב). ויש חולקין ואומרים דנאמן הוא, דהא לא כפר בהלואה, רק שאומר שהשטר מזוייף, ורצה לומר שיקיימנו ואחר כך ידון עמו (הרשב"א).

נחלקו הנמו"י והרשב"א האם הוחזק כפרן כשטען תחילה שהשטר מזוייף. ונחלקו הסמ"ע והש"ך מה נפק"מ, הרי בכל אופן חייב כי השטר מקוים? מהסמ"ע משמע שנפק"מ אם יוכל לטעון אשתבע לי דלא פרעתיך, והש"ך אומר שנפק"מ אם יביא עדים שפרע שלדעת הנמו"י כאילו אמר לא לויתי וממילא הודה שלא פרע ולדעת הרשב"א אין כאן הודאת בע"ד.

רע"א (בגליון השו"ע) אומר שלפי הש"ך דעת הרשב"א שאין כאן הודאה, דמזוייף אינו בכלל אומר לא לויתי לדונו בהודאה שלא פרע, אבל מ"מ י"ל דהחזק כפרן לאותו ממון כיוון דאמר דהשטר מזוייף ונתקיים ואינו נאמן לומר השבע לי שלא פרעתיך.

מבואר מדברי רע"א שדעת הרשב"א שאין בכה"ג הודאת בע"ד אך יש הוחזק כפרן. על פי זה מיישב קושיית הש"ך (סט,י), השו"ע אומר שם 'אם כפר ואמר שאינו כתב ידו אם נתקיים בב"ד או שעדים מעידים שהוא כתב ידו הוחזק כפרן ומשלם', ושואל הש"ך מדוע לא הביא הרמ"א דעת הרשב"א שחולק דבכה"ג לא הוחזק כפרן, ועפ"י רע"א מבואר שכוונת השו"ע שהוחזק כפרן ולא נחת מה יהיה הדין אם יבאו עדים.

לשון הרשב"א בתשובה (מובא בב"י ס"ס פ מחודש ה) "אפי' טען מעולם לא כתבתי שטר זה אינו מוחזק כפרן שהרי לא כפר בעיקר הפיקדון" ואע"פ שלשון הרשב"א שלא הוחזק כפרן רע"א מבאר שלא היתה כאן הודאה.

הגדו"ת (שער יב ח"ב ד) מקשה על הרשב"א מדוע בכה"ג לא הוחזק כפרן, מאי שנא מסוגיית 'לא עברתי בצד זה', ששם אע"ג שלא כפר בעיקר ההלואה כלל מ"מ אי לאו מטעמא דכל מלתא דלא רמיא, אמרינן דהוחזק כפרן.

המהדיר בשו"ת הרשב"א (דפוס ראשון<sup>14</sup>) הסביר כוונתו שאומר קיים שטרך וחות לדינא, דהיינו שנאמן לומר שכלל לא רצה לכפור בהלואה אלא דורש שקודם הדיון יוכיח כשרות השטר. מה שא"כ כאשר טוען לא עברתי ליד עמוד זה, ברור שכוונתו שלא לזה.

וא"ת הרי כל הכופר בהלואה אפשר שטוען קודם תוכיח שהיתה הלואה ואז נידון, או קודם תוכיח שנעשיתי שומר ואז נידון.

נראה לומר, שכאשר טוען שלא לזה או שלא נעשה שומר אם דבר זה לא יתברר ודאי שסרה התביעה אך כאשר אומר ששטר זה מזויף אפי"א לא יצליח לברר דבר זה, עדין יכול לטעון אף שמזויף השטר אך היתה הלואה, ולכן דווקא בשטר מזויף אפשר שטוען כן לא כדי להיפטר אלא כקדם תביעה.

ואם תאמר סוף סוף יש כאן הודאה מתוך כפירה, שאם פרע מדוע לא טען כן, יש לומר שכאשר תובעו עם שטר לא יועיל לו לטעון פרוע שהרי אם יתקיים השטר יצטרך לשלם, ולכן הדבר היחיד שיכול להרוויח זה את הזמן עד שיקימו ולכן לא משנה לו מה לטעון אם מזויף או שיפרע.

אך א"כ צריך להבין מדוע לרע"א הוחזק כפרן הרי לא טען כן אלא להרוויח זמן?

אפשר שרע"א סובר שהטוען מזויף כוונתו לכפור במלוה אלא שלמד שדעת הרשב"א שאין הודאה מתוך כפירה בדרך הוכחה כלל ובמעשה זה ודאי שאין הודאה מפורשת שאפשר ששטר זה מזויף אך היתה הלואה, ולכן רק הוחזק כפרן. (עי' לעיל ג.2 האבי עזרי מביא שיש ראשונים הסוברים שאין הודאה דרך הוכחה).

עוד אפשר שלדעתו אף אם ברור שלא רצה לכפור בממון בטענת להד"מ אך ס"ס שיקר בבי"ד ואיבד כח טענתו.

#### **סיכום מחלוקת הנמו"י והרשב"א**

לפי המגיה בגדו"ת נחלקו האם אדם שטוען מזויף ודאי שרוצה להיפטר או אפשר שרוצה להרוויח זמן. לפי רע"א או שנחלקו האם יש הודאה מתוך כפירה דרך הוכחה, או שלמד כדברי המגיה רק שסובר שאדם ששיקר בבי"ד אפי"א בלי כוונה להיפטר הוחזק כפרן.

<sup>14</sup> כך כתב המהדיר בהוצאת מכון ירושלים.

## דין ה - בהכחשת ע"א

דעת הרמב"ם (טו"י ד, ח) שכאשר כפר, ובא ע"א והכחישו, מתחייב מתוך שאינו יכול להישבע, 'וכן כפרן שבא עליו עד אחד וטען שפרע או החזרתי לך הפקדון הרי זה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם'. שלולא שהיה בא עד היה נאמן במיגו דאי בעי היה נשאר בטענתו, אך כאשר הגיע העד בטלה טענת המיגו והוי כדין נסכא.

הרשב"א בתשובה (מובא בב"י עה) אינו מודה לרמב"ם :

אני איני מודה בכך כלל, שלא אמרו כל שנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ואם אינו יכול לישבע משלם, אלא כשמחייבין אותו ממון בעדותן ממש כנסכא דרבי אבא, דכיון שלקח נסכא מחבריה דרך חטיפה הרי זה מתחייב ממון על פי עדותן ממש של עדים, והלכך עדות העד האחד מחייבו שבועה במקום תשלומין וכשאינו יכול לישבע משלם ממון, אבל כשהוא מתחייב על ידי שני עדים ולא מחמת עדותן ממש כגון זה שאלו לוח בפני שנים אינו חייב לפרוע בעדים והילכך האומר לחברו מנה לי בידך שהלוייתך בפני פלוני ופלוני ואמר הלה אין לוייתי ופרעתי פטור, ואם כן כשאמר לא לוייתי וחזר ואמר לוייתי ופרעתי אינו מתחייב ממש בעדותן של עדים אלא מתוך שכפר וחזר וטען שלוח ופרע הוחזק כפרן לאותו ממון, אם כן בעד אחד מעידו לא הוחזק כפרן וכדאמרין בדברי חייא קמייתא (ב"מ ד) מה להצד השוה שבהם שכן לא הוחזק כפרן כלומר בפיו ובעד אחד אם כן אין כאן מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע אלא באומר לוייתי ופרעתי ועד אחד מעידו שלוח ואינו יודע אם פרע אם לאו, דאף על גב דמודה לדברי העד אין אומרים בו מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע.

מבואר מדברי הרשב"א, שדווקא כאשר אם באים שנים מחייבים מכוחם ממון אז בע"א יהיה הדין 'מתוך', אך כאשר גם שנים שבאים אינו מתחייב מפיהם אלא מכח שהוחזק כפרן בע"א שאינו מוחזק כפרן יהיה פטור.

יש לשאול על דברי הרשב"א - א. מדוע בע"א אין הודאת בע"ד שלא פרע. ב. אפי' אם אין הודאת בע"ד, איך יכול לחזור מפטור לפטור הרי אין לו מיגו. ג. מדוע כתב שהטעם בשני עדים שאינו יכול לחזור ולטעון פרוע משום שהוחזק כפרן הרי יש כאן הודאת בע"ד.

הסבר א - ר' שמואל (חידושים ב"ב ט) מבאר דעת הרשב"א, שסובר כקצות שאין הודאת בע"ד עד שמתחייב, וחייב שבועה עוד לא נחשב לחיוב עד

שישבע. אך עדין קשה שמשמע ברשב"א (תשובה ח"ו רלח) שהטעם שיכול לחזור מפטור לפטור הוא מטעם מיגו ממש 'אין לך מיגו יותר חשוב ממנו', ולא כדברי הקצות שאין צורך למיגו כלל, וא"כ לאחר שבא הע"א אין לו מיגו שאינו רוצה להישאר בטענתו הנוכחית. וצריך לומר לפי הסבר ר' שמואל שהבאנו לעיל (ד) שהצורך במיגו הוא כדי שיוכל לחזור ולטעון ולא משום הודאת בע"ד, ולמיגו זה אין צורך בכח טענה אלא רק למה לי לשקר (לכן אף שיבאו עדים נגד הטענה הראשונה לא נגרע כח המיגו), וידוע הסבר האחרונים בדין נסכא (בדעת ריב"ם) שכאשר יש ע"א יש לו מיגו להכחיש העד אך אין לו מיגו של כח טענה כי ע"א הוא כשניים, אך כאן הואיל ולחזור מפטור לפטור די ב'מה לי לשקר', נאמן בטענתו השניה. (ולא דומה לנסכא שטוען עכשיו טענה שמצריכה מיגו 'דידי חטפ'י מה שא"כ בנדו"ד שטוען פרוע שהוי טענה טובה רק הצורך במיגו משום שטען תחילה טענה אחרת).

הסבר זה עדיין לא מיישב את שאלה ג למה אמר הרשב"א שהטעם בשני עדים משום שהחזק כפרן ולא משום הודאת בע"ד. ועוד שלפי הסבר זה יצטרך להישבע בנקיטת חפץ ובפוסקים לא משמע הכי.

הסבר ב- הרשב"א סובר כנתיבות (לעיל ג) שאדם חוזר מפטור לפטור משום שאינו מדייק בטענות הפטור ויכול לחזור אפי' בלא מיגו, וא"כ אפי' לאחר שנתחייב יכול לחזור בו שהרי לא דייק בטענתו הראשונה. על זה אומר הרשב"א שהטעם הוא משום שהחזק כפרן ושוב אינו יכול לחזור בטענותיו.

ואם תשאל שיאמר עכשיו שלא דייק וממילא לא יחזק כפרן? מסביר ר' שמואל בשני דרכים: א. לאחר שודאי לנו שלא דייק שוב יש לחשוש שלא ידייק ואיבד את כח הטענה. ב. אנו תולים שכל אדם שטוען מדייק אך אם יאמר לנו שלא דייק יהיה נאמן ולאחר שבאו עדים והכחישו טענתו שוב אין לו נאמנות לומר שלא דייק.

הקושי בהסבר זה שהרשב"א לא מצריך מיגו לחזור מפטור לפטור מה שמופרש בתשובה שהבאנו לעיל.

לאור האמור צ"ב קצת בדעת הרמב"ם מדוע חייב מטעם 'מתוך'! אם סובר כקצות שלא נוצרת הודאה עד שמתחייב וכשבא ע"א חלה הודאת בע"ד א"כ גם לרב ושמואל החולקים על דין 'מתוך' אינו נאמן בטענת פרוע. אם נאמר שסובר שלא חלה הודאה אף לאחר שבא הע"א, אך צריך מיגו כדי לחזור ולטעון וכשיש חיוב שבועה אין מיגו, אך זה רק חיסרון של כח טענה והוכחנו שכאן מספיק רק 'מה לי לשקר'.

וצ"ל שסובר כר"י בנסכא דר"א (ב"ב לג,א), שאין אדם רוצה להישבע נגד עד וא"כ אין כאן מיגו כלל. או שסובר כדעת הרמ"ה החולק על הר"י מיגאש שאם באים עדים על הטענה הראשונה איבד גם טענתו השניה שמצריך כאן מיגו גמור. (לפי ר' אלחנן לא כב"י, עיין פרק ג).

#### דין ו - ביאור מחלוקת רמב"ם ראב"ד

רמב"ם (טוען ו,ג) :

מנה הלויניתך, כפר בבית דין ואמר לא היו דברים מעולם, ובאו שני עדים שלוח ממונו מנה ופרעו, והמלוה אומר לא נפרעתי הרי זה חייב לשלם, שכל האומר לא לויתי ובאו עדים שלוח כאומר לא נפרעתי דמי, ונמצא הלוח אומר לא נפרעתי והעדים מעידים אותו שפרעו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואין המלוה חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפרן.

והשיג הראב"ד "שהרי הוחזק כפרן. א"א אין צורך לזה הטעם". הראב"ד מקשה, הרי אמרת שיש כאן הודאת בע"ד שלא פרע ואם כן ודאי שחייב ואין התובע צריך להישבע, ולמה צריך את הטעם של הוחזק כפרן.

בביאור הרמב"ם :

הש"ך כתב (ס"ק ג) : "ואפשר כונת הרמב"ם להורות דאפילו יטעון אחר כך פרעתי לא יהא נאמן". וכן אומר הגר"א שצריך לדחוק כביאור הש"ך.

בספר חזקה רבה (הלכה שלג) מיישב - השו"ע (עט,ג) מביא פסק הרמב"ם ימי שהודה בבית דין שחייב לזה התובע מנה, ואחר כך אמר, נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו, והרי עדים, הרי זה עדות מועלת ועושים על פיהם, שהרי לא הכחיש עדות, ואינו כאומר, לא לויתי מעולם. ואומר הרמ"א ידוקא שטען שפרעו קודם שבאו העדים, אבל אם באו העדים תחלה, אינו נאמן. אך הש"ך (ס"ק י) אומר 'ומדברי הרב המגיד סוף פ"ז מהלכות טוען ומביאו ב"י לקמן סוף סימן פ"ב, מבואר להדיא דאפילו באו העדים תחילה נאמן. ולפי המ"מ צריך ביאור מדוע כאשר טען להד"מ ובאו עדים שלוח ופרע אינו נאמן לטעון נזכרתי שפרעתי מאי שנא מכאשר חייב עצמו בהדיא, אלא שצ"ל שהואיל והוחזק כפרן אינו נאמן לחזור ולטעון אפי' כדברי העדים, וא"כ מובן מדוע צריך הרמב"ם את הטעם של הוחזק כפרן, דלולא זה היה יכול להיפטר (לא רק מדוע לא להשביע).

באבי עזרי (הנ"ל) מבאר דעת הרמב"ם באופן הבא- הרמב"ם סובר כדברי הנתיות (לעיל פרק ב) שאדם נאמן לחזור מפטור לפטור משום שאינו מדייק בטענות הפטור, אל על מנת שנאמין לו שלא דייק יש צורך במיגו וזה כוונתו של הר"י מיגאש, ולכן לאחר שבאו עדים אף שיתכן שלא דייק, שהרי לא ידע שהולכים לחייבו על טענה זאת, אך כבר אינו נאמן שלא דייק שאין לו מיגו שהרי יתחייב, ולכן אע"פ שלא נאמן בטענתו שלא דייק אך אפשר שיצטרך התובע להישבע וע"כ כותב הרמב"ם הטעם דפטור אפי' משבועה משום דהוחזק כפרן, דאף דלא דייק אבל גם זה עושה לכפרן מה שטען בבי"ד טענות כאלו מה שלא דייק בהן והכלל דהוחזק כפרן נוטל בלא שבועה. אך כל זה דווקא אם נאמר שדעת הרמב"ם ש'כל האומר לא לויתי' זה מכח הוכחה (ד.2) ולא הודאה מפורשת ומשום כך יכול לטעון שאכן פרע רק שבתחילה לא דייק בטענתו, ומוכח כן ממה שהרמב"ם הצריך שתהא הכפירה בבי"ד,<sup>15</sup> אך דחוץ לבי"ד אדם לא מגליא טענתו, ולכן שייך לומר הגדר דלא דייק. אך הראב"ד סובר שכל האומר לא לויתי יש הוכחה מפורשת בדבריו שלא פרע וא"כ ודאי שלא שייך הטעם שלא דייק לבטל הודאתו, וא"כ בהכרח הטעם שיכול לחזור מפטור לפטור לראב"ד שסובר כקצות, שלא חלה הודאת בע"ד וא"כ כאן לאחר שנתחייב יש הודאת בע"ד ואינו יכול לחזור בו ואין התובע צריך שבועה. (לפי דברי הרב שך הטעם מדוע לא משביעים).

#### ז. סיכום

- אדם שכפר והוכחש על ידי עדים, אינו יכול לחזור ולטעון טענה חדשה, ואם גם הוחזק כפרן אינו נאמן בטענתו גם מכאן והלאה. דעת הריב"ש שהנתבע איבד כח טענתו לגמרי והתובע' נאמן אפילו להוציא ממון. ואם נוצרה הודאת בעל דין אפילו יבואו עדים ויעידו כטענתו השנייה לא יהיה נאמן.
- על מנת שיוחזק כפרן צריך שיכפור בבי"ד אך לדעת הרבה ראשונים אע"פ שאינו מוחזק כפרן חוץ לבי"ד אך יש הודאה מתוך כפירה חוץ לבי"ד.
- רע"א חקר, האם הודאה מתוך כפירה זה מכח הוכחה או הודאה מפורשת והרב שך תלה שיש בזה מחלוקת ראשונים, אם הטעם רק משום הוכחה אם אינו נאמן בטענת פרוע אין הודאה כאשר טען לא

<sup>15</sup> השי"ך והגר"א כתבו שהרמב"ם מצריך בי"ד שאל"כ לא יוחזק כפרן ולא דהוי הובע"ד.

לויתי, ואם הטעם רק משום הודאה מפורשת כאשר טען טענה שאינה סותרת בהכרח את הטענה החדשה אין כאן הודאה; מרע"א משמע ששתי הדרכים נכונות.

- יש אפשרות שאדם יוחזק כפרן אע"פ שאין כאן הודאת בע"ד, כגון שטען מזויף על השטר לשיטת הרשב"א לפי רע"א, ושוב לא יוכל לטעון אשתבע לי, ועוד נסתפקנו שאפשר שאע"פ שאין הודאה אך הואיל והוחזק כפרן מתחייב משום ש'נתקלקלה' טענתו ונאמן התובע בטענת הברי שלו. הבאנו דעת הקצות שרק כאשר מתחייב ע"י טענתו נוצרת הודאת בע"ד וקודם לכן אין צורך במיגו ור' שמואל סבר שאע"פ שאין הודאה צריך עדיין מיגו.
- כאשר הגמ' והפוסקים משתמשים במושג הוחזק כפרן אפשר שכוונתם שמתחייב משום הודאת בעל דין.
- בכל מקרה יש לבחון האם הוחזק כפרן והאם יש הודאת בע"ד והאם מתקיימים התנאים בהם יכול לחזור מפטור לפטור.

## נאמנות מכח מיגו

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הראיה שבמיגו
  1. הבנת העילוי ממייציט
  2. בדברי העילוי ממייציט
  3. הבנה נוספת - "מה לי לשקר"
- ג. מיגו כ"כח טענה"
  1. גישות האחרונים בהסבר "כח טענה"
  2. זה בני וכהן הוא
  3. סוגיית גחין ולחיש
  4. פרוע מיגו דמזויף
- ד. מיגו באיסורים
- ה. סיכום

### א. הקדמה

נאמנות האדם בטענת מיגו היא דבר ידוע המובא במקומות רבים, בהקשרים שונים, ממוניים ושאינם ממוניים.

ההבנה הפשוטה היא, שאנו מניחים, שאדם שיש באפשרותו לטעון טענה המתקבלת בב"ד, והוא טוען אחרת, אינו משקר, כי אם היה משקר היה טוען טענה המתקבלת.

הרשב"א כותב "שכל מקום שיש מיגו אנו מאמינים שהאמת כמו שטוען שאילו בא לשקר היה לו לטעון טענה אחרת בשקר שהיה נאמן בה" (שו"ת הרשב"א ג, פא).

אמנם מצאנו גישה הפוכה ויש ששללו את הראיה לנאמנות המונחת במיגו כמובא בשו"ת עטרת חכמים לבעל האמרי ברוך (חו"מ סי' כ עמ' לח).

וכי היכא דיש לבעל דין מיגו אנו מחליטים בודאי שהוא דובר אמת? וכי יכול להיות שמשקר ואחז אחת הטענות שהדין שיפטר בה וכו' מ"מ כיון

שיש עוד צד טענה להלוה להשתמט ולהיות נמצא זכאי נגד המלוה אנו דנים בכל אשר יטעון במתוך שהוא יכול לומר ופטור בזה מתביעות המלוה כמו בטענה אחרת שיכול לטעון וכו' ורבים משתבשים לומר וסוברים כשיש מיגו הוי כאלו על ידי זה יש אומד דעת שטוען אמת וחבירו שקר.

לפנינו הגדרה אחרת ליסוד נאמנות במיגו. הדברים מתבררים יותר בקוב"ש (ח"ב סימן ג) ואצל הגר"ש שקאפ שהזכירו את "כח הטענה" ביחס למיגו, ולא דוקא בירורה של הטענה.

במאמר זה ננסה לדון בקשיים שבהבנת המיגו כ"ראיה" ומאיך המגבלות בהגדרת הנאמנות כ"כח טענה", ונביא חלק מגישות האחרונים בנושא.

## **ב. הראיה שבמיגו**

### **1. הבנת העילוי ממיציט**

העילוי ממיציט (סימן נא) מקשה על עצם הנאמנות במיגו. נאמנות האדם במיגו מבוססת על כך שבפני האדם עומדות שתי טענות, אחת הפוטרת אותו בדין ואחרת המחייבתו, והאדם בחר בטענה המחייבת. ומתוך כך אנו משוכנעים - "אנן סהדי", שהוא דובר אמת, שהרי אלו היה שקרן היה בוחר בטענה המזכה אותו בדין ולא בטענה הגרועה. וע"כ אנו נותנים לו נאמנות גם בטענה שבחר, וטענה זו הופכת להיות בסופו של דבר טענה המזכה אותו.

הקשה העילוי ממיציט, הרי כל זה נכון אילו אכן היה האדם חושב שבטענה זו שבחר אין לו נאמנות, והעובדה שבכל אופן בחר בה מעידה על מהימנותו וכנ"ל, אולם לאחר שנתחדש דין מיגו, והאדם יודע שגם בטענה שבה בחר יהא נאמן מדין מיגו, נמצא שבפני האדם עומדות שתי טענות שונות, שבשניהן הוא זוכה בדינו, וא"כ בחירתו באחת מהן אינה מעידה דבר על נאמנותו ויתכן שהוא משקר ובחר באחת מבי הטענות. וא"כ יוצא שאף שודאי יש היגיון במהלך הנ"ל ביחס לברור נאמנותו במיגו, הדבר נכון רק אם אין הדבר ידוע לבעל הדין, אולם כשנתחדשה הלכה זו שנאמן, שוב נפגם החשבון והראיה מסתלקת, וצ"ע.

העילוי ממשיך ועושה חשבון, דלפי חשבונו הנ"ל שיש לשלול מהאדם את נאמנות המיגו, שוב נמצא שעומדות לפניו שתי טענות אחת פוטרת ואחת מחייבת. ואם יבחר בטענה המחייבת יתעורר האגן סהדי מחדש ויהא נאמן, ואם נאמינו שוב יתבטל האגן סהדי וחוזר חלילה, ונמצא שהנאמנות הניתנת גורמת בעצמה לערעורה.

נמצא שבמצב זה נאמנות האדם מוטלת בספק, ובית הדין לא יכול לחייבו שמא דובר אמת הוא, וגם לפוטרו א"א, שמא דובר שקר, וע"כ ב"ד מנוע מפעולה בנידון ומתוך כך נקבעה הפסיקה שלא להוציא ממון במקום שלנתבע יש מיגו, ומאידך א"א להוציא ממון במקום שלנתבע יש מיגו כי לא נתבררה נאמנותו והרי היא ספק. ומזה יוצא הדין המוסכם לרוב הפוסקים שמיגו להחזיק אמרינן, אבל מיגו להוציא לא אמרינן.

נראה מדבריו שהגדרת המיגו יוצרת באמת רק ספק ביחס לנאמנותו, ואפילו פחות מאשר ספק רגיל, אלא מצב מורכב שבו מחד אין אפשרות לזכותו כי אז תישמט הראיה ואין אפשרות לחייבו כי אז תיווצר ראייה, וע"כ ב"ד האמור לפסוק בענין מנוע מלהכריע וע"כ אנו משאירים הממון בידי המוחזק ולא מוציאים ממון על סמך מיגו שיש לתובע. נמצא שנאמנות המיגו היא בעצם ביחס לבית הדין שמנוע מפעולות משמעותית יותר בנידון.

ומתוך כך יש מקום לחלוקה נוספת, במקום שהנידון במיגו הוא פטור משבועה ולא מממון ההחלטה אם לפוטרו משבועה או לא העומדת בפני ב"ד היא פחות חמורה, דאף שאין לנו החלטה ביחס לנאמנותו מ"מ הטלת שבועה לא מכריעה את הדין וניתן לחייב את הנתבע להישבע על אף שיש לו מיגו, כלומר יכולת לטעון טענה שבה לא היה צריך להשבע, דהרי אם דובר אמת הוא ישבע, ואם לא לא ישבע ויפסיד בעצמו ולא כתוצאה ישירה של פסק בית הדין. ובזה תוסבר שיטת הראשונים (ר"י מיגאש שבועת מב,ב ועו"ר) שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

ואמנם במקום שבו יהא לנתבע מיגו כזה שיכול היה לטעון טענה עדיפה יותר מטענתו (גם לאחר שטענה זו שטען הופכת לטענה מזכה) יהא זה בירור אמיתי וטוב יותר, דהרי גם אחרי שטענה זו מזכה אותו עמדה לרשותו טענה טובה יותר ובכל אופן לא בחר בה, הדבר מהווה ראייה ובירור טוב יותר לנאמנותו. וזו כוונת הגמ' בב"מ ג,ב "מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע..." שלפי תוס' ועוד כוונת השאלה מדוע שלא נאמינו במיגו

שיכול היה לכפור הכל ולר"י מגאש שסובר שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן קשה שאלת הגמ', דאיך יועיל מיגו לפטור שבועה.

ועל כן צריך לחלק כנ"ל, שמיגו כזה שבו האדם בחר בטענה שבה הוא מפסיד יותר יש יותר מקום להאמינו, וגם לפוטרו משבועה. ושם הרי אם האדם היה כופר בכל התביעה, היה נפטר לחלוטין ללא שבועה והוא בחר להודות בחלק מהתביעה ובכך לשלם סכום מסוים. בחירתו זו מהווה אכן ראיה שהוא דובר אמת והקשתה הגמרא מדוע שלא יפטר משבועה. מסקנת הגמרא שם שאדם מפרך להעזי פניו ולכפור הכל ואין לו מיגו ולכן מודה במקצת חייב שבועה.

לסיכום, דעת העילוי ממייציט היא שמיגו אכן לא נותן נאמנות לבעל הדין רק מהווה גורם בפסיקת בית הדין, שמנוע מלחייב את הנתבע ממון, אבל הגבלה זו לא קיימת לגבי שבועה שכן עדיין יכול הנתבע להשבע ולהפטר. וכן במקום שיש עדיפות ברורה לטענה שיכול היה לטעון מבחינת תוכן הטענה (ולא מבחינת חיובו או אי חיובו בה) אז ישנו ברור אמיתי יותר שנותן נאמנות, הפוטרתו משבועה.

## 2. בדברי העילוי ממייציט

יש להבהיר מספר נקודות ביחס לדעתו:

א. לכאורה אף שהעילוי הגדיר את מציאות המיגו כספק, לפי חשבונו יוצא שאפילו ספק אין לכאורה. שהרי אם לפני בית הדין ישנו נידון של נתבע הרוצה להפטר בטענת מיגו, כלומר "מיגו להחזיק" ומתוקף טענת המיגו שלו הוא יזכה בדין בעצם, ואף שהדבר נובע מכח הימנעות בית הדין מפסיקה אקטיבית, מ"מ למעשה יוצא שנשאר עם ממונו בידו, ובעצם זכה בדינו. א"כ יוצא שאין לבית הדין שום ראיה על מהימנותו, דהרי מולו ישנן ב' טענות מזכות. ובמצב שבו לתובע יש מיגו, כלומר "מיגו להוציא", ואנו לא מזכים אותו, כי בית הדין מנוע מלהוציא ממון, נמצא שאדם כזה שטען טענה זו אף שבכוחו היה לטעון טענה אחרת שהיה בכחה להוציא ממון, צריך להיות נאמן מבחינת חשבון המיגו שהרי בחר בטענה שלא מזכה אותו אלא הפסידתו בדינו. וא"כ נוצר מצב אבסורדי לכאורה, שהדין המעשי תמיד הפוך למצב הראיות, דמקום שמחייבים הראיות הם לזכות ולהפך.

ב. אף שההלכה הפשוטה היא שמיגו להחזיק אמרינן ומיגו להוציא לא אמרינן, יש הסוברים שאמרינן מיגו להוציא (רמב"ן ב"ב לב, ב). לחשבונו

של העילוי אין הבנה לשיטה זו, דהרי א"א לפעול אקטיבית במקום שיש מיגו, ומכח מה אנו מוציאים ממנו?

ג. בש"ס מוצאים נאמנות של מיגו בנוגע לאיסור והיתר ולא בממונות בלבד. לדוגמא, כתובות כה, ב אדם האומר בני זה וכהן הוא אינו נאמן, כי קרוב לא נאמן ביחס לתרומה. הקשו התוספות, מדוע שלא נאמינו במיגו שיכול היה לא לומר שהוא בנו והיה נאמן להאכילו בתרומה.

וכן לגבי אשה שבאה ואומר מת בעלי, נאמנת מכח תקנת חז"ל שהסתמכו על טעמים מסוימים, אשה דייקא ומינסבא וכן הרצון להקל במקום עיגון. אולם במקום שיש חשש אי דיוק כמו במלחמה, שהאשה עלולה לטעות ולחשוב שבעלה מת אינה נאמנת. הגמרא ביבמות בריש פרק "האשה שלום" דנה האם אשה שהחזיקה בעצמה מלחמה בעולם, כלומר שב"ד לא ידע שישנה מלחמה באיזור ההוא ואמרה מת בעלי, תהא נאמנת במיגו שיכולה היתה לומר שלום בעולם (וע"ש בראשונים במהות מיגו זה, שבאמת י"א שאינו מיגו, אבל ישנה שיטה שזהו מיגו והכוונה שנאמינה במה שאומרת שבטוחה בכך שמת ע"ש).

יש עוד דוגמאות רבות למיגו באיסורים, ולפי הבנת העילוי מיגו אינו נותן נאמנות ולא מהווה בירור בעצם, אלא שבממונות נוצרת פסיקה לטובת הנתבע מפאת מוחזקותו בממון, אבל מה שייך מחמת זה לפסוק הדין באיסור והיתר, להתיר אשה להנשא וכדומה.

היה מקום לדמות זאת לשיטתו בטענת ברי באיסורים. אשה שאומרת מת בעלי ובי' עדים מכחישים אותה ובי' עדים אומרים כמותה, למסקנת הגמ' (כתובות כב, ב) יכולה להנשא לאחד מהעדים האומרים כמותה. ובפנ"י הסביר, שהיות והדבר ספק לב"ד והיא טוענת ברי אין לב"ד אפשרות לכופה על כך. וא"כ היה מקום לומר שמחמת שיש ספק ביחס לנאמנותו, ב"ד מנוע מלהתערב וע"כ נפסק הדין כטענת בעל המיגו. אך אין לומר כן, כי נאמנות הברי בכתובות שם מוגבלת, ורק האנשים שטוענים בודאות "ברי לי" רשאים להשתמש בה, כלומר האשה והעדים התומכים בגירסתה. אבל לאנשים אחרים הדבר חשוב ספק ואינם רשאים להקל. ואין לזה דמיון לנאמנות מיגו המובאת בכ"מ ביחס לאיסורים ששם הנאמנות מועילה אף לאחריהם.

### 3. הבנה נוספת - "מה לי לשקר"

ניתן להציע הבנה נוספת ביחס לנאמנות במיגו בשונה מהבנת העילוי.

העילוי מבין שנאמנות האדם במיגו מבוססת על כך שעומדות לפני הטוען טענה מחייבת וטענה מזכה, והוא בוחר בטענה הגרועה מבחינתו והיא הטענה המחייבת ומכח זה אנו מניחים שהוא דובר אמת וטענתו (הגרועה) מתקבלת. כלומר הנאמנות קיימת אל אדם שמוכן 'להקריב' את דינו ולטעון טענה שחושב שלא תתקבל בב"ד, ועל סמך זה הוא יכול לקבל נאמנות. והיות וידוע לאינשי שיש נאמנות גם בטענה שניה – ממילא בטל כל היסוד לנאמנות.

ניתן לבאר כך: בדיני ממונות, יש חילוק בין "ראיה" ל"טענה". כשב"ד דן בדיני ממונות, העדיפות הראשונה היא להכריע עפ"י ראיות (עדות, שטר וכדו'). בהעדר ראיות פעמים שהדין יוכרע עפ"י "טענות".

לדוגמא, אדם שתובע הלויתך מנה והלה טוען להד"ם, אף שלב"ד אין שום ראיה, טענת להד"ם מתקבלת דהרי זכותו של הנתבע לחייב את התובע להביא ראיות על עצם החיוב. וטענת להד"ם הא טענה חזקה. ואפילו במקום שהנתבע מודה לעצם ההלוואה, ומודה שהתובע הוא בעל דברים ידיה, אם יטען פרוע, במלוה בעל פה, טענתו מתקבלת, ללא ראיות, כי טענת "פרוע" היא טענה טובה. כלומר ב"ד מבקש מהתובע להביא ראיה. אולם אם ההלוואה היתה בשטר, והלוה טען "פרוע" בזה ב"ד לא מקבל טענתו, דמול טענתו ישנה חזקה "שטרך בידי מאי בעיי" ועל כן משלם. ואף שטוען שפרע ולא לקח השטר מסיבות כאלו ואחרות, ב"ד לא מקבל טענתו כי לא מסתברים הדברים וזו טענה גרועה.

נמצא שאף שבמישור הטענות אין ראיה לאחד מהצדדים, מ"מ יש טענות טובות ויש טענות גרועות ופעמים שהדין מוכרע עפ"י עדיפות הטענות.

ואפשר לומר שלחזק טענה שאינה מתקבלת מצד עצמה (אינה מסתברת במציאות וכדו'), די בראיה חלשה, לומר שהוא דובר אמת ובכך להפוך את טענתו לטובה, כי נאמנות ממש אין, ולקבל טענתו אין צורך בראיות גדולות. ועל כן אפשר לומר שכל שלאדם יש טענה אחרת, שמכחה יכול הוא לזכות בדינו, כשטוען טענה אחרת רגלים לדבר שאינו משקר, כי למה לו לשקר אחרי שיש לו אפשרות לטעון טענה המתקבלת. ובזה סגי "להכשיר" טענתו.

בחי' ר' נחום פרצוביץ (ב"ב לב, ב) בסוגיית שטרא זייפא, הלך בדרך זו, שהיות ותועלת המיגו בדיני ממונות היא במישור הטענות, אין לנו צורך בסיבות

חזקות לברר נאמנותו ודי ברגלים לדבר שהוא דובר אמת, ואינו "נאמנות" ממש.

ניתן אולי להוסיף שהטענה שלא טען היא טענה טובה יותר, הראיה שהיא מתקבלת מצד עצמה, ועל כן יש ראייה מכך שלא טען אותה שהוא דובר אמת, שהרי אם היה שקרן היה בוחר בטענה הטובה יותר, אולם מצאנו מיגו גם בטענות שוות, ואפילו בטענה שהיא גרועה יותר ממה שטען בפועל. עיין בכללי המיגו לש"ך כלל כט.

אולם במיגו באיסורים או בדבר שבערוה, צריכים סברא חזקה יותר, דהרי שם ודאי מדובר בנאמנות ממש ולא ב"טענה" ששייכת רק בדיני ממונות.

בכתובות כה, ב מובא שהאומר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ולא ליוחסין (כלומר להצטרף עם עוד אחד ולהחזיקו בכשרות שאינו ממזר וכדו') והחילוק הוא, שתרומה בידו הוא. כלומר היות והוא עצמו כהן יכול הוא לקבל תרומה ולהאכילו.

ולכאורה זה "בידו" תמוה מאוד; בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן כי בידו לגרשה ולעשותה פנויה, ועל כן אנו מאמינים לו שגרשה היא. אבל הכא אין בידו לשנות הדין, ואם הלה לא כהן, הוא לא יהפוך לכהן ע"י שיאכילנו בתרומה. ומצינו עוד "בידו" כזה, בסוגיא דשליש (גיטין סד, א) דפרש"י שנאמנותו לומר שלגירושין קיבל הגט מהבעל ולא לפקדון נובעת מכך שיכול לתת לאשה את הגט. והרי גם שם אם הבעל לא נתנו לו לגירושין, הנתינה לאשה לא תהפוך אותה למגורשת, רק אנו נחזיקנה בטעות לכזו.

ומ"מ מתחדש בסוגיות אלו שאם ביד האדם להטעות את ב"ד הדבר נותן לו נאמנות, דאז אומרים מה לו לשקר, אם היה רוצה לשקר היה יכול להטעותנו בדרך אחרת. ושם הדבר נוגע לאיסורים, לתרומה ולהיתר אשת איש לעלמא. ואף שמדינא אין לו שום נאמנות, כי קרוב לא נאמן לתרומה ושליש לא נאמן (לדבר שבערוה בעי שנים), מ"מ בהעדר אינטרס לשקר אנו מחזיקים אותו לנאמן בדבריו.

ואם כן כך הוא בכל מיגו, העובדה שביד האדם לטעון טענה ולהיות נאמן בה, אפילו באיסורים נותנת לו נאמנות ביחס לטענה נוספת, כי בהעדר אינטרס לשקר אנו אומרים מה לו לשקר.

### ג. מיגו כ"כ טענה"

אף שבפשט הדברים כח המיגו מבוסס על בירור: מ"ל לשקר כמבואר בב"ב ה,ב וכן משמע מפשטות הראשונים בכ"מ, חידשו ראשי הישיבות שבמיגו קיים גורם נוסף "כח טענה" שגם מכחו נאמן האדם בטענת מיגו.

ההגדרה הפשוטה לכח הטענה היא שהיות והאדם יכול לטעון טענה אחרת המזכה אותו בממון זה, אם כן כחו בממון זה רב משל חבירו וזה גופא נותן לו כח לזכות בו אפילו בטענות אחרות. ר' שמואל רוזובסקי אמר בשם הגרש"ק שהוא כמוחזק בממון זה, ואף שממילא הוא מוחזק, שהרי בד"כ מיגו בא להחזיקו בממון ולא להוציא, מ"מ יכולתו לזכות בממון זה ע"י טענה אחרת מגדילה את חזקתו בממון והוא זוכה בו גם בטענה חלשה יותר.

לפי"ז אין הכרח שהאדם יהא מודע לטענות האחרות שבאפשרותו לטעון, והיכולת כשלעצמה נותנת לו כח בממון זה, ובזה נתיישרה התמיהה וכי כל אדם יודע מהטענות שיכול היה לטעון שנאמר מ"ל לשקר דבאמת אין צורך בכך על מנת שיהא בידו כח הטענה שהוא מושג משפטי ולא "ראייתי".

#### 1. גישות האחרונים בהסבר "כח הטענה"

בהגדרת כח הטענה מצאתי שלש הבנות באחרונים.

א. בקוב"ש (ח"ב סי' ג) מבאר שבכל מיגו יש את שני הענינים, מ"ל לשקר ו"כח הטענה". נאמנות האדם בעצם מבוססת על שניהם יחד, כמשלימים זה את זה. בהעדר אחד מהם המיגו יהא חלש יותר וכחו יהא טוב רק לדברים מסוימים אם בכלל.

לדוגמא, מיגו דהעזה, שלאדם ישנה טענה נוספת לטעון ועל ידי כן לזכות בדינו, אלא שטענה זו מצריכה "העזה" היות ובעל דינו מכיר בשקרו וכדומה, או שהוא כופר לחלוטין בטובתו. לדוגמא, מודה במקצת במיגו שיכול לכפור הכל שהיות וקיבל הלואה מחבירו הוא מתבייש להעיז ולכפור בכל.

להלכה מיגו דהעזה מועיל לממון אולם אינו מועיל לפטור שבועה, אפילו למי"ד שמיגו מועיל לאפטורי משבועה. הסביר הגרא"ו שבמיגו דהעזה יש "כח הטענה" שהרי בפועל יש ביד האדם לטעון הטענה השניה, אף שיעיז בה. אולם יש חסרון בבירור של "מ"ל לשקר" דהרי מה שלא טען הטענה השניה היא מחמת שלא רצה להעיז פניו, וא"כ אין לנו ראייה לנאמנותו.

ומיגו כזה שיש בו רק "כח טענה" מועיל להחזיק הממון בידו, אבל לא מועיל לפוטרו משבועה. כי על מנת להפטר מחיוב שבועה שבאה לברר את מהימנותו עליו להביא בירור חלופי, ומיגו כזה הרי לא מברר. לקמן יתבארו נידונים נוספים המכילים מרכיב אחד של המיגו ולא את שניהם.

ב. ר' שמעון שקופ (כתובות בסימן כז), מביא הבנה נוספת ביחס שבין כח הטענה לבירור ה"מ"ל לשקר" (אף שבמקומות אחרים נקט כקוב"ש).

כח המיגו הוא הבירור, שהיות ויכול היה לבחור טענה אחרת, אז אגן סהדי שהוא דובר אמת, וכהבנה המקובלת. אלא שאין זה אגן סהדי רגיל (שבד"כ כחו כשל עדים, היינו שהב"ד עדים כביכול על הדבר) היות ויש חסרונות בבירורו של המיגו, שמא הלה לא מודע לטענות הנוספות וכדומה (ר' שמעון עצמו לא מפרט את החסרונות) אז כח ה"אגן סהדי" מוגבל לתחומים מסוימים, ומהות ההגבלה היא כח הטענה דהיינו נאמנותו בטענה האחרת תהיה אך ורק מעין נאמנותו בטענה המקורית.

הדברים אמורים ביחס לתחום נאמנותו, לדוגמא אם אדם היה נאמן לטעון מזויף ונאמנותו זו תקפה עד שיבואו עדים ויקיימו את השטר, גם נאמנותו בטענת "פרוע" שכחה בא לה במיגו שיכול היה לטעון מזויף תהא מוגבלת עד להגעת עדי קיום. אף שאין התנגשות עקרונית בין העדים לבין טענתו הנוכחית שהרי כשטען פרוע הוא בעצם מודה שהשטר אינו מזויף, רק טוען שפרע את החוב.

ר' שמעון מוסיף שהקבלה תהא גם ביחס לאיכות ומהות הנאמנות. אם בטענה המקורית נאמנותו היתה מדין עדות, ובטענה שטוען עכשיו נאמנותו מחמת סיבות אחרות, המיגו אינו מתקיים.

בתיחום נאמנותו רק לתחום הנאמנות המקורית, אפשר להבין שהדבר בא למנוע הערמה, דאם יהא יתרון לטענה הנוכחית האדם עלול להערים ולטעון אותה בשקר. ולדוגמא אדם יעדיף טענת פרוע על מנת שלא תישמט טענתו בזמן ביאת עדי קיום. אולם בכך שנאמנותו צריכה להיות רק מעין הנאמנות המקורית לא נתבררה לי סברתו, דמשמע מדבריו שעצם שינוי מהות הנאמנות מטענתו לטענת המיגו מפקיעה את כחו של המיגו ולא דוקא מעבר מנאמנות פחותה לטובה יותר ולקמן יתבארו הדברים.

ג. בחידושי ר' נחום לבי"ב לב, בסוגיית גחין ולחיש וכן במנחת אשר ב"ב סימן יח מצאתי הגדרה נוספת.

מתוך שני קשיים עיקריים בהבנת כח הבירור שבמיגו: קושית העילוי כמבואר לעיל וקושי שהובא באחרונים דלאו כו"ע דינא גמירי לדעת את כל הטענות שיכולים לטעון, נטו ר' נחום והמנח"א לסברת כח הטענה. והיות וטענות אינן ראיות אלא שב"ד מקבל טענה מסוימת אף ללא הוכחה ולתבוע מבעל הדין השני להביא ראיה וטענה המתקבלת היא טענה שיכולה להיות ולא שהיתה בפועל, כי הוכחה הרי אין, וטענה לא מתקבלת היא טענה שהסבירות למהימנותה נמוכה מבחינת המציאות, או שיש חזקות מסוימות נגדה. וא"כ היות וכל הנדרש בתחום הטענות הוא רק טענה ש"יכולה להיות" לא נדרשת הוכחה משמעותית, רק רגלים לדבר, וע"כ בא ה"מ"ל לשקר" שאף שכחו מוגבל די בו על מנת להפוך טענה למתקבלת.

אלא שיש הבדל מסוים בהגדרותיהם: ר' נחום מבין שעיקר נאמנות המיגו נובעת מכח הטענה כפי שהבין הקוב"ש, אלא שהיות וטענה זו כעקרון היתה טענה שאינה מתקבלת, מחמת אי היתכנותה היחסית וכדו', יש קושי לזכותו על סמך טענה חלשה כזו, אף שהתעצם כוחו ע"י כח הטענה, על כן אנו נזקקים לסברת מ"ל לשקר – לומר שמסתברת טענתו דאם היה משקר הרי יש לו טענה אחרת, ובכך אנו מגדירים את טענתו כטענה מסתברת ומתקבלת, שהרי יש סיבה טובה להניח שאינו משקר. נמצא לדבריו עיקר כח המיגו הוא כח הטענה והמרכיב הראייתי – מ"ל לשקר בא רק כמצטרף. (בניגוד לקוב"ש שהביאם כשני גורמים מקבילים בנאמנותו).

המנחת אשר הביא שהיות וטענתו חלשה יש צורך ב"מ"ל לשקר" על מנת לחזקה. עצם הנאמנות בטענה אינו מכח הטענה שהיה יכול לטעון וכמושג המקובל של כח הטענה אלא ראה אותה כשלעצמה כטענה חלשה שיש צורך בחיזוקה. ואף שבדבריו הזכיר "כח הטענה" נראה שלמעשה לא נזקק לזה, ועיקר סברתו להגביל את כח המיגו לעולם הטענות ולא כראיה.

להבהרת המושגים "אנן סהדי" ו"כח טענה" נביא מספר דוגמאות שהביאו האחרונים ביחס לדיון במיגו.

## 2. זה בני וכהן הוא

כתובות כה, ב:

רבי ור' חייא חד העלה אח עפ"י אחיו ללויה וחד העלה בן עפ"י אביו לכהונה... דתניא הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי...

למסקנת הגמרא, אליבא דרבי, המעיד על בנו שכהן הוא אינו נאמן להשיאו אשה, כלומר ליוחסין להעיד עליו שאינו ממזר וכדומה במקרה שהלה לא הוחזק לנו בכשרות. אבל נאמן להאכילו בתרומה היות ובידו האכילו בתרומה, שהרי כהן הוא ומקבל תרומה ובידו להאכילו.

תוס' (ד"ה הרי שאמר בני) מקשים, שמלשון הגמרא "בני זה וכהן הוא" משמע שהאדם מחדש לנו שני דברים, ראשית שהוא בנו ושנית שהוא כהן (דהיינו שאינו בן גרושה) וא"כ מקשה תוספות מדוע שלא נאמינו במיגו שיכול היה לא לומר שהוא בנו ואז היה נאמן כעד אחד לתרומה וגם היה מצטרף עם אחר להעידו ליוחסין. תירוץ התוספות הוא שהיות ולדבריו קרוב הוא אינו נאמן דקרוב לא נאמן להעיד על קרובו.

הקשה רע"א (וכן ר' אלחנן ור' שמעון) מה בכך שלדבריו קרוב הוא הרי מיגו מתקבל גם לבעל דבר עצמו וא"כ אין חסרון בקורבתו, ומה חסרון שלדבריו קרוב הוא הרי יכול היה לשתוק והיה נאמן שהוא כהן וא"כ אגן סהדי שדובר אמת הוא כבכל מיגו.

הסביר ר' אלחנן (קוב"ש ח"ב סימן ג) שתוס' סובר שמיגו מבוסס גם על כח טענה ונאמנותו לומר שכהן הוא נובעת מכח הטענה שלו שיכול היה לא לומר שהוא בנו והיה נאמן. אבל היות והוא גילה לנו שהוא קרוב ממילא מעכשיו אנו יודעים שלעולם לא היתה לו אפשרות להיות נאמן בכך שהוא כהן כי קרוב לא נאמן להעיד על כך. ואמנם כח הבירור של המיגו קיים כאן כי יכול היה לשתוק אולם חסר בכח הטענה.

ואמנם יש להקשות, הרי בכל טענה שאדם טוען הוא בעצם מודה שהטענה השניה היא שקר ומדוע אנו אומרים שיש לו כח טענה וכאן לא? מסביר ר' אלחנן ששם האדם יכול היה בדין לטעון את ב' הטענות ואף שאם היה טוען טענה אחרת היתה זאת טענת שקר (לפי הודאתו עכשיו שטען טענה אחרת) מ"מ אם היה טוען אותה בית הדין הימה מתקבלת.

משא"כ אדם זה שהוא, אם היה מסתיר את קורבתו והיה מעיד עליו שהוא כהן, אף שעדותו היתה מתקבלת מ"מ הקבלה היתה שלא כדין כי קרוב פסול לעדות כזו, והיתה בזה הטעיה של בית הדין.

וא"כ בתירוץ תוס' מונח שאף שמיגו זה טוב הוא כבירור, מ"מ כח הטענה חסר בו וע"כ א"א להאמינו בנידון שם.

ר' שמעון שקופ (כתובות ס"י כז) משתמש ג"כ ביסוד כח הטענה ע"מ להסביר את תוס', אבל בהתאם לדרכו הנ"ל ולא כקוב"ש. לפי הגרשש"ק הרי מיגו הוא ראיה בלבד. כח הטענה משמש רק לתיחום נאמנותו כדלעיל. וע"כ הסביר הגרשש"ק שדברי התוספות שלדבריו קרוב הוא כוונתם שאם לא היה אומר שהוא בנו היה נאמן מדין עדות ועכשיו שגילה לנו שהוא בנו אף שמידת הבירור של ה"אנן סהדי" קיימת, מ"מ א"א להאמינו עכשיו בעדות כי קרוב הוא אלא כנאמנות אחרת וזה א"א כי חלק מתנאי המיגו הוא שיהא נאמן באותה מידה ובאותו סוג של נאמנות.

דרך זו שונה מדרכו של הקוב"ש. הקוב"ש שולל את נאמנותו כי עכשיו נתברר שאין כאן כח טענה אמיתי, אולם ר' שמעון לשיטתו שהנאמנות במיגו אינה נובעת מכח טענה אלא מבירור, וע"כ לא אכפת לך מכח טענתו, רק היות ואיכות הנאמנות מטענה לטענה השתנה נפגם המיגו לשיטתו.

### 3. סוגיית גחין ולחיש

ב"ב לב, א :

ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתיה והא שטרא. א"ל שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הווא לי ואירכס... אמר רבה מה לו לשקר א"ל ר' יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא.

הנידון בגמרא הוא אדם המחזיק בידו שטר, שנראה כשטר טוב ובפשטות בידו לקיימו או שהוא כבר מקוים. ובגיננו תובע בעלות על קרקע או הלואה. שכנגדו טוען שהשטר מזויף והוא אכן מודה לו, רק מוסיף שהיה בידו שטר אמיתי ואבד, ולכן זייף שטר דומה. אותו אדם יכול היה להחזיק שטרו כשטר טוב, כי הזיוף היה מוצלח. לרבה יש להאמינו במיגו דאי בעי לא היה מודה בזיוף. ולר' יוסף לית ליה מיגו.

והקשו הראשונים מדוע לר' יוסף לית ליה מיגו הלא סו"ס יכול היה לזכות בדינו מכח השטר השני וא"כ "מ"ל לשקר", וע"ש משכ"ב.

ר' אלחנן (ביחס לדברי רשב"ם) מבאר לפי דרכו, שאמנם בירור יש כאן דהרי סו"ס אילו רצה היה טוען ששטר טוב הוא. אבל אחרי שהודה שהשטר מזויף, נמצא דאם היה בא לבית הדין לזכות מכח השטר היה בא בשקר. וב"ד היה

מוטעה בזה, ע"כ לית ליה כח טענה וזהו חסרון במיגו.<sup>1</sup> מהחולקים על הרשב"ם בסוגיא שם (תוספות, רמב"ן ועו"ר) נראה שאינם סוברים את "כח הטענה".

הגרשש"ק לפי דרכו הסביר שהיות ונאמנותו אם היה בא מכח השטר היתה נאמנות של עדות כי הרי בא מכח ב' עדים החתומים בשטר, והשתא בא מכח נאמנות גרידא, שנאמינו שהיה בידו שטר וקנה השדה, א"א למיגו לפעול במצב כזה, כי יש הבדל במהות הנאמנות.

אין לומר שבמקום שיכול היה לזכות מחמת כח נאמנות גדול כעדים ודאי שיוכל לזכות מכח נאמנות אחרת, ורק להפך תהיה בעיה, כי ניכר שגרשש"ק לא נקט כך וכל שינוי בטיב הנאמנות לטב ולמוטב מגרע כח המיגו.

#### 4. פרוע מיגו דמזויף

בדיני שטר ישנה מחלוקת המופיעה במספר מקומות באדם שטוען על שטר חוב היוצא כנגדו שהוא פרוע וטענתו זאת אינה מתקבלת כשלעצמה שהרי אם השטר היה פרוע מקומו הוא אצל הלוח ולא אצל המלוה "שטרך בידי מאי בעי", האם התובע עדיין נזקק לקיימו. יש הסוברים שאין צורך שהרי הלוח עצמו מודה שהשטר אמיתי הוא רק שטוען שפרעו. ויש הסוברים שהיות ויכול היה הלוח לטעון מזויף וטענתו זאת היתה מתקבלת ופוטרתו מלשלם עד שהלה היה מקיים את שטרו ומוכיח שאינו מזויף, יש לתת לו נאמנות זו גם כעת ויהא נאמן בטענתו עד שהלה יקיים את שטרו.

תוס' (כתובות יט, א ד"ה מודה בשטר) מקשה לדעה שאין צורך בקיום השטר, מדוע אינו נאמן במיגו שהיה טוען מזויף. תירוצם הראשון הוא שאין כאן מיגו כי אדם ירא לטעון מזויף כי אם יבואו עדים ויקיימו יתברר הלה כשקרן, משא"כ בטענת פרוע שא"א להכחישו. (החולקים יסברו שזה מיגו טוב). בתירוץ השני הביא תוס' בשם רש"י שהיות וקיום שטרות רק מדרבנן, חכמים הצריכו קיום רק בטענת מזויף ולא בטענת פרוע.

על תירוצם השני של תוספות הוקשה לאחרונים, מה אכפת לך אי קיום דרבנן או לא ובמה הצריכו קיום, הרי סוף סוף לאדם זה ישנה אפשרות להפטור בטענת מזויף ומדוע שלא נאמינו בטענת "פרוע" ככל מיגו דעלמא.

<sup>1</sup> ר' נחום בחידושו לב"ב מביא שגם לפי יסודו של הקוב"ש אפ"ל שלא נפגם כח טענתו, דהיות וסו"ס יכול היה לבוא לבית הדין ולזכות בדינו שפיר איכא כח טענה בזה.

ועוד הקשו אחרי שלאדם יש בירור של מיגו בטענת "פרוע" למ"ד דאית ליה מיגו, מדוע כשבאים עדים יורדת נאמנותו הרי הבירור לא פוקע ע"י העדים, כי גם הוא הודה שהשטר לא מזויף.

התירוץ המקובל (עי' אבן האזל ועוד) שתוס' בתירוץ השני מתבסס על התירוץ הראשון ובאמת אין כאן מיגו מחמת שירא, אלא שקשה להם שנאמינו מכח הפה שאסר היות והשטר ללא הודאתו ולפני קיומו חשוב כחספא בעלמא, א"כ כל כח השטר מכוחו של הלוח, ולכן יש להאמין ללוח שהשטר פרוע דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ועל זה תירצו שהיות וקיום שטרות דרבנן השטר לא חשוב חספא אף לפני קיומו שהרי מהתורה שטר כשר הוא ואין זה הפה שאסר רק מיגו ומיגו הרי אין כי ירא שיוכחש. (ומכאן נשמע שהחולקים יסברו שאחרי שחכמים הצריכו קיום שויהו כחספא וע"כ כל כח השטר נובע מהודאתו ואיכא הפה שאסר וע"כ צריך לקיימו).

ר' שמעון (כתובות סימן כז) מיישב קושיא זו לפי שיטתו שם, שהסיבה שאין לו מיגו היא מחמת שיש שוני בין הנאמנות בטענת מזויף לבין הנאמנות בטענת פרוע, ואף שאיכא הכא בירור של אנן סהדי מ"מ הרי בעינן נאמנות דומה כפי שהבין את מושג כח הטענה ונאמנות מזויף נובעת מפסילת העדים ואינה יכולה לתת נאמנות "פרוע" שהיא טענה בעלמא.

אמנם יש לבאר, דהרי תוס' בתירוץ הראשון הביאו שהוא מיגו, רק היות וירא לטעון לא הוי מיגו, וזה קשה לשיטתו וצל"ב.

מסוגיא זו דוגמא נוספת לשילוב בין הבירור לבין כח הטענה. ביחס לשאלה הנוספת, מדוע שיופקע הבירור לאחר שבאו עדים תירץ הקוב"ש (ב"ב ל,א) שתוס' סובר בתירוץ השני שליכא הכא מיגו וכנ"ל, ונאמנותו היא מכח הפה שאסר למ"ד שצריך לקיימו, ובהפה שאסר קי"ל שאחרי שבאים עדים ומעידים ונמצא עכשיו שהדין הוא לא על פיו בלבד אזי פוקע כח הפה שאסר (ר' אלחנן נוקט בפשטות כהפלאה שפוקע הפה שאסר), ולא שייך להקשות שהבירור עדיין קיים כי לפי זה בירור לעולם לא היה כתירוץ הראשון שליכא מיגו, ורק מכח הפה שאסר אתינן עלה.

אולם ר' שמואל (ב"ב ל,א) בסוגיא דחוזר מפטור לפטור, הביא שאף אי נימא שמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו כי איכא מיגו, ולא מכח הפה שאסר, מ"מ אחרי שיבואו עדים אמנם כח הבירור נשאר וכנ"ל, אולם "כח הטענה" פוקע, כי אחרי שבאו העדים כבר לא יכול לטעון מזויף דהרי העדים כאן. וא"כ נשאר בידו מיגו חלקי, בירור ללא כח טענה ואינו מועיל לפטור ממון.

ר' שמואל הוסיף שם שמיגו חלקי כזה יכול לעזור במקרים אחרים, כגון בחוזר מפטור לפטור, כלומר אדם שטען טענה שפטרותו, אחרי זמן משנה לטענה אחרת שפוטרת אותו גם, דקי"ל שיכול לחזור, ואף שנראה קצת כשקר מ"מ מיגו שיכול להשאיר בטענה הקודמת יכול לחזור, ואף שיבואו עדים ויסתרו אח"כ טענתו הראשונה ונמצא שעכשיו כבר לא יכול להשאיר בטענתו הראשונה, ולכאורה בטל המיגו, מ"מ היות ורק כח הטענה בטל והבירור נשאר, בזה יועיל מיגו כזה, כי זה רק להסיר חשש שקר מסוים שקיים בחזרה מטענה לטענה, ובזה די במיגו חלש כזה. (ר' שמואל שם בהסבר שיטת הר"י מיגאש בסוגיא דחוזר מפטור לפטור עיי"ש).

נמצא שיש נפ"מ מחקירה זו בשרשי המיגו, ופעמים שבהעדר אחד הגורמים לכח המיגו תשתנה ההלכה.

#### **ד. מיגו באיסורים**

יש מקום לבחון את ההגדרות הנ"ל בתחומים שאינם ממוניים ומועיל בהם מיגו, כגון בעניני איסור והיתר או בהיתר אשה לנישואין וכדו'.

ומצאנו דוגמאות רבות לכך שמיגו מועיל בענינים שאינם של ממון. הובא לעיל מכתובות כה, ב – האומר בני זה וכהן הוא שנאמן לתרומה ולא ליוחסין. והקשו התוספות מדוע אינו נאמן מכח מיגו שיכול היה לומר שאינו בנו. וכן עדים שאמרו לאדם אכלת חלב, והלה מכחיש נאמן במיגו שיכול לומר "מזיד הייתי" ונפטר מקרבן.

ולגבי אשה שאמרה מת בעלי במלחמה שב"ד אינו יודע עליה, נאמנת במיגו שיכולה היתה לומר מת בעלי על מטתו. ועוד כהנה וכנה.

לכאורה להגדרה המקובלת שמיגו הוא בירור כאן סהדי שהאדם דובר אמת, בירור זה קיים גם בתחומים שאינם של ממון. דמ"ל לשקר אם יכול היה להשיג את אותה מטרה בטענה אחרת, אולם אם ההגדרה היא כח טענה צ"ב מה שייך דבר זה באיסורים? ובפרט להגדרת הגרשש"ק שהוא חשוב כמוחזק, היות ויכול לזכות בטענה אחרת מאי "מוחזק" שייך באיסור והיתר?

להסבר לעיל בשם הגרשש"ק לא קשה מידי, שהרי הגרשש"ק הבין שכת המיגו הוא ה"אנן סהדי" בלבד, וכח טענה שימש רק לתחום את נאמנותו. וזה שייך גם באיסורים אחרי שעצם הבירור קיים.

אולם להבנת הקוב"ש שכח טענה עומד בפ"ע לכאורה אינו שייך באיסורים. ובפרט להבנת ר' נחום והמנחת אשר שצמצמו את בירורו של המיגו למישור הטענות ושאינו חזק דיו ע"מ לספק "ראיה", קשה כיצד מצאנו מיגו בעניני איסור והיתר ששם נדרשות ראיות ולא טענות?

ושאלתי כמה ת"ח ואמרו לי שמסברא אכן לא שייך כח טענה באיסורים, וכל החקירה של הקוב"ש היא רק בדיני ממונות ובאיסורים איכא רק בירור.

אלא שהקוב"ש מביא את יסודו גם ביחס לאיסורים (בני זה וכהן, נאמנות אשה לומר מת בעלה במיגו שגרשה לרב המנונא שאינה מעיזה גם שלא בפניו עיי"ש), וראיתי שגם הרב גוסטמאן בקונטרסי שעורים לב"ב מביא דוגמאות לכח טענה באיסורים. רואים שהדבר כלל לא הפריע להם לשייך כח טענה באיסורים, וצ"ב.

ואולי אפ"ל שאחרי שלאדם יש נאמנות בעניני או"ה, לדוגמא אשה הנאמנת לומר מת בעלה או נתגרשתי עיקר הנאמנות היא לא לספר את ההתרחשות אלא ביחס לתוצאה הדינית היוצאת מכך, היתרה להינשא. ועי"כ אחרי שנאמנת בטענה אחת יש סברא לתת לה נאמנות גם בטענות אחרות אחרי שבכה להתיר את עצמה. וזהו המושג כח טענה גם ביחס לאיסורים.

#### ה. סיכום

מפשט דברי הראשונים עולה שנאמנות האדם במיגו היא סוג של בירור. מעין אומדן דעת של הדיינים שהלה דובר אמת.

האחרונים הוסיפו שבמיגו יש גורם נוסף - כח הטענה שהוא גורם משפטי הנותן כח לטענתו המקורית לא מכח בירור אלא מכחו של הטוען שיכול היה לזכות בחפץ באופן אחר.

יש ששללו לחלוטין את הבירור שבמיגו (הברוך טעם), אך הגישה המקובלת יותר שילבה ביניהם, תוך יכולת לשימוש במיגו שבו קיים רק אחד מהגורמים הנ"ל, במקרים שבהם הנאמנות הנדרשת לא היתה גדולה.

ראינו שמחד גיסא יש קושי להבין את הבירור שבמיגו, אך מאידך גיסא קיים קושי להבין איך כח הטענה משתלב בענינים שאינם של ממון, כשברור ומוסכם שמיגו הינה נאמנות המתקבלת גם בענינים של איסור והיתר.

## הרב זיו אברמוביץ

# גלגול שבועה במחויב שבועה שאינו יכול להשבע

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. טענת איני יודע בטענה העיקרית
- ג. סתירה בדברי השו"ע
  1. שיטת הסמ"ע
  2. תירוץ התומים
- ד. סיכום
- ה. בשיטת קצות החושן
- ו. גלגול למחויב שבועה שאינו יכול להשבע
- ז. ישוב דברי הראשונים לשיטת הסמ"ע

### א. הקדמה

1. אין נשבעים על עבדים, שטרות וקרקעות. כמו כן מכוח טענת שמא לא ניתן לחייב בשבועת מוב"מ (וי"א אף שבועת ע"א). עם זאת יש אפשרות לחייב אדם להשבע במקרים כנ"ל, כשבעל הדין התחייב שבועה בבי"ד. וכך שנינו ברפ"ו בשבועות: "שהנכסים שאין להם אחריות זוקקין את הנכסים שיש להן אחריות לישבע עליהן". מקור הדין בתורה נתבאר בקידושין (כז).
2. ישנם מצבים בהם מתחייב האדם שבועה ואינו יכול להשבע, במקרה זה חייב האדם לשלם. כמבואר בב"ב (לג, ב סוגיית 'נסכא דרבי אבא', תביעה בע"א שבדר"כ מחייבת שבועה אך אופן ההכחשה ע"י הנתבע אינה מאפשרת שבועה) ובשבועות מז, א (מודה במקצת שטענת הכפירה היא בשמא).
3. בשילוב בין גלגול שבועה ודין מחויב שבועה ואי"ל יתכנו מספר מצבים:
  - א. אם נשבע על הטענה העיקרית ועל הטענה המגולגלת אומר 'איני יודע' ולכן הוא מחויב שבועה ואינו יכול להשבע.
  - ב. הנתבע משיב על הטענה העיקרית 'איני יודע' ולכן הוא מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם, ועל הטענה המגולגלת טוען הנתבע טענת ברי.

ג. בין על הטענה העיקרית בין על הטענה המגולגלת אומר הנתבע 'איני יודע'.

### **ב. טענת איני יודע בטענה העיקרית**

נחלקו הראשונים, לכאורה, מה הדין כאשר בשבועה העיקרית הנתבע אינו יכול להשבע ומתוך כך משלם (מקרה 2).

הב"י (צד) הביא מחלוקת בדין זה: "אבל בעל התרומות בשער לח (ח"א סי' ב) כתב שאם טענו מנה והודה לו בחמשים ועל השאר טען איני יודע והאחר גלגל עליו כמה גלגולין והנתבע השיבו על הגלגולין אין לך בידי כלום אע"פ שעיקר שבועה אנו דנין בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא נדון כן על הגלגולים אלא נשבע על הגלגול אם ירצה או הפכנה עליו וזה שלא כתשובת הרא"ש דבסמוך (סי"א) שכתב שאין כאן גלגול".

ואלו הן דברי הרא"ש כפי שהובאו בטור חו"מ צד: "שאלה לא"א הרא"ש ז"ל, ששאלת מחויב שבועה ואינו יכול לישבע שדינו לשלם אם רצה הלה לגלגל עליו אם יכול או אם יאמר המתחייב הריני משלם. תשובה דבר פשוט הוא שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול".

יוצא שלפי בעל התרומות כאשר הוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע בטענה העיקרית – משלם, ועל השבועה המגולגלת או ישבע או יהפך. ומהרא"ש משמע שבטענה העיקרית משלם וכיון שאינו יכול להשבע לא מגלגלין כלל.

שתי הדעות הובאו בשו"ע (חו"מ צד, ז).

ניתן להסביר את דברי הרא"ש, שהסיבה שאי אפשר לגלגל שבועה כאשר התובע הוא מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם, היא משום שעיקר חיובו הוא חיוב ממון ולא נוצר מצב של חיוב שבועה וא"א לגלגל שבועה ע"ג חיוב ממון. וכן כתב הב"ח (סו"ס צד) בהסבר דעת הרא"ש: "והשיב הרא"ש דאין כאן גלגול כי לא נתחייב לו שבועה מעולם אלא תשלומין חייב לו מן התורה דמקרא ילפינן לה 'שבועת ה' תהיה בין שניהם' ולא בין היורשין כדאיתא פרק כל הנשבעין (מז, א) ואם כן אין כאן גלגול אפילו שניהם רוצים שישבע על הכל דהויא לה שבועת שוא...".

לפי הסבר זה בעל התרומות שאומר שאפשר לגלגל, סובר שאף על פי שדינו לשלם מ"מ חיוב הממון נובע מחיוב השבועה ולכן יכול לגלגל שבועות על הנתבע.

ביטוי לדין זה, שמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע חיובו הופך לחיוב ממון  
אנו מוצאים בסוגית "עד המסייע". נחלקו הראשונים אם עד המסייע לנתבע  
המחוייב שבועה, פוטרו. הרא"ש (ב"מ א, ג) שסובר שכן, דוחה קושיית  
החולקים: "ויש מקשין הבל מהא דאמר לקמן (לו, א) שומר שמסר לשומר  
חייב דא"ל את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ואמאי חייב  
יפטרנו שומר השני בעדותו משבועתו שהוא חייב. ולא קשה מידי דחיוביה  
דראשון בשביל דאין יכול לישבע הוא והוא אין רוצה להאמין לשבועת השני  
ונתחייב לו הראשון ממון ואין עד אחד פוטר מחוייב ממון".

הואיל והשומר הראשון לא יכול להשבע ממילא הוי מחוייב שבועה שאינו  
יכול להשבע ומחמת שחיוב השבועה הפך לחיוב ממון אין עד אחד יכול  
לפטור מחוייב ממון אלא רק מחוייב שבועה. וכן הבין הקצות מדברי הש"ך.

קצוה"ח (פז, ט) דן בדברי הש"ך (סקט"ז), שסובר ש"היכא דהוי מחוייב  
שבועה ואינו יכול לישבע משלם אין עד מסייע פוטרו", ע"ש. ומקור דינו  
בדברי הרא"ש הנ"ל. קצוה"ח כתב על דברי הש"ך: "ולענ"ד נראה דזה לא  
הוי ממון וכו'".

וכן הבין התומים את מהות מחלוקתם של הרא"ש ובעל התרומות בהבנת  
מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם האם אפשר לגלגל על הטענה  
העיקרית. לבעל התרומות אפשר לגלגל, שכן החיוב הוא חיוב שבועה לעומת  
הרא"ש שאי אפשר לגלגל שכן החיוב הוא חיוב ממון.

### ג. סתירה בדברי השו"ע

ז"ל הטור (חומ עה):

יש אומרים דלא אמרי' בשבועה הבאה ע"י גלגול מתוך שאינו יכול לישבע  
משלם בין שיכול לישבע על עיקר שבועה ושע"י גלגול אינו יכול לישבע בין  
שאינו יכול לישבע על עיקר השבועה ושע"י גלגול יכול לישבע. כיצד? הרי  
שטענו מנה והשיב לו אין לך בידי אלא נ' ונ' איני יודע והתובע גלגל עליו  
דברים אחרים והשיב הנתבע על הגלגול אין לך בידי כלום אע"פ שאינו  
יכול לישבע על עיקר השבועה ודנין בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אין  
דנין כך על הגלגול אלא ישבע על הגלגול אם ירצה או יהפכנה על שכנגדו.  
וכן אם טענו מנה והודה לו נ' וכפר לו נ' וכשבא לישבע גלגל עליו דברים  
אחרים והשיב על הגלגולים איני יודע ישבע שבועת התורה על הנ' אשר  
כפר והיסת על הגלגולים שאינו יודע בהן. אבל הרמ"ה כתב כיון שנתחייב

שבועה מן התורה על הכפירה וגלגול שבועה דאורייתא הוא והוא טוען על הגלגולים איני יודע קרינן ביה שפיר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה.

וכן הביא השו"ע להלכה בסעיף טו :

יש אומרים דלא אמרינן בשבועה הבאה על ידי גלגול מתוך שאינו יכול לישבע משלם, בין שלא היה יכול לישבע על עיקר שבועה הבאה עליה גלגול וצריך לשלם, (אלא ישבע כו' על הגלגול או מהפכה על שכנגדו) (טור), בין שיכול לישבע על עיקר השבועה ושעל ידי גלגול אינו יכול לישבע. ויש אומרים שכיון שנתחייב שבועה מן התורה על הכפירה, והוא טוען על הגלגולים: איני יודע, קרינן ביה שפיר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם.

יש סתירה כביכול בין המקורות. שבסימן צד נקטנו בדעת הרא"ש שאין גלגול כלל ואילו בסימן עה משמע שכן מגלגלין. שכתב שם הטור "וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה" כלומר שכאשר על הטענה העיקרית הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע מגלגלין עליו עוד שבועות, כדעת בעל התרומות. א"כ יוצא שבסימן עה אין מחלוקת כלל לגבי מצב שבשבועה העיקרית הוא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע אלא כל המחלוקת היא כאשר על הטענה המגולגלת הנתבע אומר 'איני יודע' שלבעל התרומות והרא"ש נשבע היסת או מהפך ולרמ"ה משלם.

וכבר העיר כן הב"ח (סו"ס צד): "ויש לתמוה על דברי הב"י שהעתיק כאן דברי בעל התרומות שכתב רבינו בסימן עה וכתב עליהם וזה שלא כתשובת הרא"ש וכו' וגם בשו"ע כאן כתב שתי סברות בזה ולא דק, דודאי גם הרא"ש מודה דנשבע על הגלגול כדינו דבטענת ודאי ישבע היסת או שבועה דרבנן ובטענת ספק ליכא אלא חרם סתם אלא שאין כאן גלגול לומר שאם רוצה לקבל ממנו שבועה על עיקר טענתו שישבע גם על הגלגולים דכיון דלא נתחייב שבועה מעולם אין כאן גלגול דבי"ד מעכבין על השבועה זו."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> וצ"ב מדוע כתב הטור את דברי הרא"ש בסימן זה ועל כך הוסיף הב"ח: "ולכן הביא רבינו תשובת הרא"ש כאן ללמוד מדבריו דאיסור איכא בשבועה זו אפילו שניהם רוצים, דאם לא כן לא היה שום צורך בתשובה זו דכבר נתבאר דין זה בביאור בסימן עה".

## 1. שיטת הסמ"ע

אף הסמ"ע כתב כב"ח, שכ"ע סבירא להו שאין גלגול כלל מדאורייתא ושלא כב"י בסימן צד שס"ל שיש מחלוקת בין הרא"ש ובעל התרומות, וזאת משום שמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע משלם חיובו חיוב ממון. ולכן הגלגול שמגלגלין הינו גלגול כזה שהתובע יכול לתבוע רק בטענת ברי שהיא טענה כזו שמחייבת שבועה מדרבנן גם כאשר היא באה בפני עצמה ואם כן על הטענה העיקרית נפטר משבועה מתוך שאינו יכול להשבע וחייב ממון בין לשיטת הרא"ש בין לשיטת בעל התרומות והגלגול עצמו אינו הגלגול הדאורייתא אלא מעין תביעה חדשה ואם כן יוצא שאין כלל מחלוקת ביניהם. ומה שהביא הב"י בשם הרא"ש שכתב "תשובה דבר פשוט הוא שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול" אין הכוונה שאין הוא יכול להשביעו שכן זו היא כעין טענה חדשה שיכול לחייב עליה שבועה. את דברי הרא"ש אפשר להבין בשני אופנים: או שמדובר שמגלגל עליו בטענת ספק שאז אין צריך להשבע כלל או שהיה הוה אמינא שכשם שעל הטענה העיקרית משלם מדין מחוייב שבועה כך גם על הטענות המגולגלות יהיה דינו מחוייב שבועה אפילו בטוען ברי קמ"ל שנשבע שאינו יודע או מהפך את הטענה העיקרית ואין כאן גלגול (פרישה ד"ה ואם רצה הלה).

ואלו דבריו בדרישה (צד ס"ק יא):

"(ד)נראה פשוט שאין כאן שום מחלוקת בין הרא"ש ובעל התרומות דמה שכתב הרא"ש "אין כאן גלגול" רצונו לומר דין גלגול לומר מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו שכתבתי בפרישה ואף בעל התרומות סובר כן. ומה שכתב בעל התרומות נשבע על הגלגולים היינו משום שהוא איירי כשטענו טענת ודאי אתה חייב לי מנה והלה כופר דאף דאין מגלגלין כפירה זו אעיקר טענתו כשהשיב עליה איני יודע וכנזכר לעיל (ס"ז) מכל מקום חייב לישבע היסת אכפירתו זו על טענת ודאי שטען עליו. גם הרא"ש מודה לזה כמו שכתבתי בפרישה והוי כאילו טענו תביעה בפני עצמה וכן לעיל הביא רבינו דין זה של בעל התרומות בשם יש אומרים ומוכח התם דגם הרא"ש מודה לדין זה..."

ובתוספת דברים כתב בסמ"ע (צד ס"ק יג): "המחבר הולך בדברים הללו לשיטתו שמחולקים בדין זה הבעל התרומות והרא"ש שהבעל התרומות סבירא ליה שישבע על הגלגולים או יהפכנה והרא"ש סבירא ליה דאין כאן גלגול כלל אבל בפרישה כתבתי סתירת דבריו ממה שכתב הטור שם בשמו

בסימן ע"ה סי"ח די"א דלא אמרינן כו' והם דברי בעל התרומות שבכאן ומסיק שם דהרא"ש הסכים לדבריו וגם הוכחתי שם בפרישה שאפילו הרמ"ה שכתב הטור שם בשמו שחולק עם בה"ת היינו דוקא על בבא שניה דלשם והיא מה שכתב המחבר כאן בס"ט אבל כשטען על מקצת טענה ראשונה איני יודע כולי עלמא מודו דלית ביה גלגול לומר מחויב שבועה שאינו יכול להשבע משלם אלא דינו הוא דאם הגלגולים הם דברים שאם טענן לחוד היה הנתבע חייב להשבע עליהם היסת או שבועת חכמים גם עתה ישבע (וזה שאמר שם או ישבע או יהפך) ואם לא היה חייב שבועה עליהם גם עתה לא יתחייב מכח הגלגול ובעל התרומות שהביאו הבית יוסף מיירי כשהיה הנתבע חייב שבועת היסת על טענת הגלגולים גם זולת הגלגולים והרא"ש שהביא איירי מתרוויהו ולא כתב אלא שאין כאן דין גלגול לומר מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכל חד כדינו עיין שם ובע"ש נמשך אחר דברי המחבר וכתב פלוגתא בזה ולא דק ע"ש.

## 2. תירוץ התומים

התומים (צב סי"ק ז) כתב שבעל התרומות אכן חולק על הרא"ש - כהב"י, וכתב שהרא"ש הולך כשיטתו בעד המסייע שברגע שמחוייב שבועה ואינו יכול להשבע, נפטר משבועת הגלגול לגמרי שכן יש כאן חיוב ממוני ולא חיוב שבועה כנ"ל<sup>2</sup> (והוסיף שאף שיטת הרמב"ן סוברת שלא כהרא"ש שמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע משלם אף שמקור חיובו הוא שבועה ולא ממון) וז"ל:

"ולעניות דעתי נראה, דאזלו לשיטתם, דהרא"ש בריש בבא מציעא הקשה מהך דשומר שמסר לשומר למה יתחייב, הלא שומר עד אחד מסייע ויפטר משבועה. ותירץ הרא"ש דכיון שאין יכול לישבע תו ליכא כאן שבועה והוה ליה ממון גמור ותו לא קם עד אחד לממון. ולשיטה זו אף כאן הדין כן, דכיון דאמר איני יודע תו אין כאן חיוב שבועה כלל ואפילו עד אחד אינו יכול לפוטרו ממנו, וא"כ מה חיוב שבועה שייך כאן הא פרחא שבועה."

ועל שאלת הסמ"ע שהקשה סתירה מסימן עה, כתב שמה שהביא הטור בסימן עה בהתחלה הם דברי בעל התרומות שכאשר בשבועה העיקרית הוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע נשבע או מהפך על זה חולק הרא"ש. ומה שכתב הטור "וא"א הרא"ש סובר כסברא ראשונה" הוא כנגד דברי הרמ"ה

<sup>2</sup> כ"כ בקובץ שיעורים ח"ב סי"ז.

על החלק השני של דברי בעל התרומות שכאשר על הטענה העיקרית טוען ברי ומתחייב שבועה דאורייתא ועל הגלגולים אומר איני יודע נשבע היסת שאינו יודע ולא כהרמ"ה שהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם.

וז"ל התומים: "ובאמת המעיין בבעל התרומות ריש לח שהאריך אם נידון על הגלגול גם כן מתוך שאינו יכול להשבע משלם או לא, ש"מ דלא סבירא ליה כהרא"ש דאם לא כן הוי ליה למימר בקיצור דאין כאן עיקר שבועה דהא אמר איני יודע. ומה שטען הסמ"ע שבסימן עה כתב הטור דהרא"ש הסכים לסברא ראשונה כבר פירש הוא עצמו בפרישה (סעיף יא) דיש לומר דמוסב רק למה שכתב דרמ"ה חולק ורמ"ה גופיה לא על הך בבא חולק כלל כי אם על זה בבא בטוענו ברי על עיקרא שבועה ועל הגלגול טוען איני יודע בו דעת רמ"ה לדון ביה מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ועל זה כתב וא"א הרא"ש הסכים לסברא ראשונה אבל לא מיירי מדין בבא קמייתא כלל כי אין שם מקומו בסימן עה רק כאן בסימן צד".

#### **ד. סיכום**

מחבר ותומים - כאשר על הטענה העיקרית אינו יכול להשבע:

בעל התרומות סובר שיכול לגלגל עליו שבועות אחרות.

הרא"ש סובר שאין גלגול כלל.

סמ"ע, ב"ח וש"ך - כאשר על הטענה העיקרית אינו יכול להשבע אין מחלוקת בין הרא"ש ובעל התרומות ולכולי עלמא אין דין גלגול כלל.

נפק"מ: למחבר ולתומים בדעת בעל התרומות יכול לגלגל גם על טענות שמא. ולרא"ש יכול לגלגל רק בטענות ודאי כעין שבועה חדשה.

לסמ"ע ולב"ח יכול לגלגל רק בטענות ודאי בין לבעל התרומות בין לרא"ש. גם אם יסכימו התובע והנתבע שישבע על הגלגול בטענת שמא אסור לנתבע להשבע כמו שכתב הב"ח (ראה הערה 1).

#### **ה. בשיטת קצות החושן**

קצוה"ח (עה, טו) נקט כדברי הסמ"ע שאין מחלוקת בין הרא"ש ובעל התרומות ואלו דבריו: "כתב בסמ"ע (סק"מ) דוקא בסיפא פליגי יש אומרים אלו [פירוש- הרמ"ה על בעל התרומות], אבל ברישא כשנתחייב בעיקר שבועה ואינו יכול לישבע מודה דנשבע על הגלגול היסת ונפטר דהא אין כאן שבועה

דאורייתא כלל דהא צריך לשלם ע"ש, וכ"כ הב"ח (סעיף יח) וכ"כ הש"ך (סקנ"ב) ע"ש. "והוסיף הקצות להביא את דברי הפני יהושע וסיכם בדבריו "וא"כ הסברא המרווחת כדברי הסמ"ע וכן עיקר."

לעומת זאת בסימן פז סק"ט כתב שמחויב שבועה שאינו יכול להשבע שמשלם אינו מחויב ממון גרידא אלא ששבועה הופכת לממון וכ"כ בסוגית עד המסייע: "ולענ"ד נראה דזה [-דין מחויב שבועה ואינו יכול להשבע] לא הוי ממון, דהא היכא דטען איני יודע ועד אחד מעיד דצריך לשלם משום מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם לא אמרינן היכי קם עד אחד לממון, וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד. על כרחך צ"ל דעד אחד כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב משום דאינו יכול לישבע, וא"כ ה"ה להיפך כי אתי עד מסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה ממילא תו ליכא חיוב ממון עליה."

א"כ לפי דבריו שמחויב שבועה ואינו יכול להשבע הוי חיוב שבועה ומתוך כך נגרר חיוב ממון מדוע בסימן עה וצד נקט כדברי הסמ"ע שהוי חיוב ממון ואינו יכול לגלגל, לכאורה היה צריך לומר שכיון שמקורו חיוב שבועה יכול לגלגל עליו?!

היה מקום להסתפק ממתי חלה האפשרות לגלגל. אם מרגע השבועה בפועל או מרגע חיוב השבועה. אם נאמר שהשבועה בפועל היא המאפשרת לגלגל מובן לפי הקצות מדוע במחויב שבועה שאינו יכול להשבע אין לגלגל שכן אף פעם לא נוצרה האפשרות בפועל לגלגל אבל אם נאמר שהאפשרות לגלגל מתאפשרת מרגע חיוב השבועה צריך עיון מדוע הקצות נקט שאין לגלגל במחויב שבועה שאינו יכול להשבע? הקהילות יעקב (ב"מ ד ס"ק ד) דן בשאלה זו בדרך אגב:

"...ונפסק בשלחן ערוך סימן צד סעיף ג מי שנתחייב שבועה והתחיל התובע לגלגל עליו עוד דברים ואמר הנתבע הריני משלם תביעה הראשונה שמחמתה נתחייב שבועה [וכונתו לפטור ע"י זה משבועת הגלגולים] אין שומעין לו אלא אומרים לו או תן לו כל מה שגלגל עליך או השבע ע"ש והיינו דדין גלגול איכא משעה שנתחייב שבועה הראשונה ולא דוקא בשעה שנשבע בפועל חל דין גלגול אלא משעה שנתחייב שבועה איכא כח לגלגל עליו עוד שבועות ומשום הכי אפילו רוצה לשלם תביעה ראשונה דליכא שבועה בפועל מ"מ חיוב שבועה כבר היה ונתפס החיוב על מה שגלגל עליו."

יוצא אם כן מדבריו שחיוב הגלגול הינו מרגע חיוב השבועה ולא מרגע השבועה בפועל<sup>3</sup> וא"כ כביכול היה אפשר לגלגל גם במצב של מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע?

ונראה לומר שגם במצב של חיוב שבועה לא מספיק חיוב תיאורטי אלא צריך שבית דין יחייב שבועה ורק אז אפשר לגלגל גם אם לא נשבע הנתבע בפועל. ולכן במחוייב שבועה שאינו יכול להשבע מכיוון שבי"ד לא פוסק שבועה בפועל לכן אין כאן גלגול גם לשיטת הקצות מה שאין כן בסימן צד, ג, שבית דין פסק שבועה אלא שהבע"ד התחרט מלהשבע אפשר לגלגל גם אם לא נשבע בפועל. וא"כ יצא שישנם ג' מצבים: (1) שבועה בפועל שבזה אין ספק כלל שאפשר לגלגל שבועה. (2) כאשר בית דין חייב שבועה אבל הנתבע עדיין לא נשבע. וגם כאן אפשר לגלגל שבועה כדמוכח מסימן צד, ג. (3) כאשר הנתבע מעיקר הדין חייב שבועה אלא שבית דין לא חייבו משום שאמר 'איני יודע'. במצב זה, אף שמקור חיובו הוא שבועה חיוב זה הופך ישירות לחיוב ממון ולכן א"א לגלגל עליו שבועה.

לפי"ז אפשר לומר שכאשר התובע תבע מנה והנתבע הודה בחמישים וכפר בחמישים ואחר כך חזר בו מטענתו ואמר 'איני יודע' על החמישים (נמצא משלם החמישים השני לאחר שנתחייב שבועה עליהם) כיוון שבי"ד חייב אותו שבועת מודה במקצת אע"פ שבסופו של דבר אינו נשבע אלא משלם מכל מקום יוכל התובע לגלגל עליו גם אם לא גלגל בשעה שהתחייב שבועת מודה במקצת.

ואולי עוד יש לומר שדברי הקצות בדין עד אחד, שמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע הינו נובע משבועה ולא חיוב ממון זה נכון דוקא במצב של עד אחד אבל בחמישים ידענא וחמישים לא ידענא מודה הקצות שנעשה חיוב ממון. וסיבת הדבר היא שעדות עד אחד היא כבר יוצרת אפשרות של חיוב שבועה עוד לפני תשובת הנתבע לעדות העד משא"כ בחמישים ידענא וחמישים לא

<sup>3</sup> ולעני"ד יש עדיין לעיין בספק זה. שכן דין זה מדבר כאשר טענת התובע היא ברי בין על הטענה העיקרית בין על טענת הגלגול אבל כאשר התובע טוען טענת שמא על טענת הגלגול יכול הנתבע לחזור בו מהרצון להשבע על הטענה העיקרית ולשלם אותה ומתוך כך להפטר משבועת "איני יודע" על הגלגולים כמו שכתב הנמו"י בב"מ נו בדפי הרי"ף ובשו"ע שם ובסמ"ע צד, י. וע"פ דין זה היה אפשר לומר שדוקא השבועה בפועל היא הגורמת את שבועת הגלגול וצ"ע.

ידענא שיש שם רק תובע ונתבע וחייב השבועה תלוי בתשובת הנתבע. ולכן כאשר הנתבע אמר איני יודע נעשה חיובו בצורה ישירה חיוב ממון. וצ"ע.

### ו. גלגול למחויב שבועה שאינו יכול להשבע

הובא לעיל שהסמ"ע נקט שלכולי עלמא לא אמרינן גלגול במחויב שבועה שאינו יכול להשבע בטענה העיקרית. אולם הרבה אחרונים הוכיחו שישנם ראשונים שלא נקטו כך.

המקור לדבריהם הוא הגמ' בב"מ (ק,א) :

משנה: היו לו שני עבדים, אחד גדול ואחד קטן, וכן שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומר: גדול לקחתי, והלה אומר: איני יודע - זכה בגדול. המוכר אומר: קטן מכרתי, והלה אומר: איני יודע - אין לו אלא קטן. זה אומר גדול, וזה אומר קטן - ישבע המוכר שהקטן מכר. זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע - יחלוקו.

גמרא: היו לו שני עבדים אחד גדול ואחד קטן (וכו'). אמאי ישבע? מה שטענו - לא הודה לו, ומה שהודה לו - לא טענו! ועוד: הילך הוא! ועוד: אין נשבעין על העבדים! - אמר רב: בטוענו דמי; דמי עבד גדול, דמי עבד קטן, דמי שדה גדולה, דמי שדה קטנה. ושמואל אמר: בטוענו כסות עבד גדול, כסות עבד קטן, עומרי שדה גדולה, עומרי שדה קטנה. כסות - מה שטענו - לא הודה לו, ומה שהודה לו - לא טענו! - כדאמר רב פפא: בדיילפי, הכא נמי בדיילפי.

וכתב על כך הרמב"ן (צח,א) והרי שנינו עוד "הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול" ולרב נחמן מתוקמא משום עסק שבועה ומשמע זכה בעבד גדול. ואע"ג דליכא עליה שבועה אלא משום זוקקין כי אמר איני יודע הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם.

וביאר דבריו בתומים הנ"ל וכתב שהתובע טוען עבד בכסותו ומתחייב שבועת מודה במקצת על הכסות ומגלגל שבועה על העבד. ומשמע שגם על הכסות אומר איני יודע שכן לא יתכן שידע שהכסות היא בגודל מסוים והעבד בגודל אחר. וא"כ על הכסות, שהיא הטענה העיקרית, אומר איני יודע ומגלגלין על העבד. א"כ מוכח שיטת הרמב"ן שאפילו טען איני יודע על הטענה העיקרית מגלגלין שבועה.

הנמו"י (ב"מ נו, א בדפי הרי"ף) הוכיח מהמקור הנ"ל שיש דין מתוך בגלגול על המשנה של השואל פרה מחברו וז"ל:

"...דלא מצית למימר דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע אלא בעיקר תביעה אבל בגלגולין לא דהא משנה מפורשת היא לקמן [דף ק ע"א] דתנן שני עבדים אחד גדול ואחד קטן וכו' לוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול והא ודאי לרב נחמן דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור כי היכי דהוצרכנו לאוקמי למתניתין דהכא בעסק שבועה הכא נמי נוקי ההיא בעסק שבועה והיכי משכחת לה עסק שבועה, בעבדים גופייהו אי אפשר דהא אין נשבעין עליהם אלא על כרחין כגון שטענו עבד בכסותו וכדאוקים רב אושעיא לקמן וכיון דמודה ליה בחד עבד וחד כסות מחוייב שבועה אכסות אחרת שאין מודה לו ואעבד ע"י גלגול ומתוך שאינו יכול להשבע דהא אינו יודע משלם וכן הסכימו האחרונים ז"ל דמתוך שאינו יכול להשבע אמרינן נמי אגלגול וכן דעת רב יהודאי גאון ז"ל".

בפשטות אפשר להבין את דברי הנמו"י שבמקרה של 'עבד בכסותו' מדובר שהקונה תובע כסות גדולה והמוכר טוען, בטענת ברי, <sup>4</sup> שמכר כסות קטנה. ומתוך שהמוכר נשבע שבועת מודה במקצת מגלגל עליו הקונה עבד גדול שכן אין נשבעין על העבדים. אבל שער משפט עה, יב כתב להוכיח שהנמו"י דיבר על כך שבשבועה הראשונה מדובר שעל הכסות עצמה המוכר אומר שאינו יודע מה מכר. א"כ מוכח שגם כאשר הוא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע על הטענה העיקרית אמרינן, לפי הנמו"י, גלגול שבועה. והוסיף שער משפט שכך כתב הנמו"י במפורש על המשנה של שני עבדים וז"ל (נו, ב בדפי הרי"ף):

"הא מוקמינן בגמ' דמיירי בדיילפי כלומר שהבגד וכו' מחובר בחתיכה אחת ולוקח אומר ג' אמות דבגד זו לצורך כסות עבד גדול מכרת לי ומוכר אומר איני יודע אם שתי אמות מכרתי לך לצורך עבד קטן או ג' כמו שאמרת...".

<sup>4</sup> כך הבין דבריו הב"ח בסימן רכג וכ"כ הפני יהושע הובא בקצות סימן ע"ה ס"ק ט"ו וכתב שאין להבין כך את המקרה של עבד בכסותו אלא שמדובר שעל הכסות טוען שמא והוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע משלם וכן על העבד (כדלקמן בשער המשפט). וכתב הקצות שדבריו אינם כדברי הסמ"ע והש"ך שכן לפי הפני יהושע מגלגלין גם כאשר הטענה העיקרית היא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע. ומדבריו יוצא גדר חדש בגלגול. כאשר בטענה העיקרית נשבע אז לא מגלגלין כמו בהשואל את הפרה אבל כאשר בטענה העיקרית טוען שמא מגלגלין עליו בטענת שמא כמו ב'עבד בכסותו'. וכתבו שניהם שכן כתב הריטב"א בדעת התוס' אולם הקצות כתב שהביא תרוץ נוסף והעיקר כתירוץ בתרא.

א"כ מוכח שהמוכר טוען שמא והוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם ואפילו הכי מגלגלין על העבד וגם עליו מתוך שאינו יודע משלם עבד גדול. וסיכס שער משפט "וברור דדברי הנמו"י אלו היה בהעלם עין מהסמ"ע והש"ך".<sup>5</sup>

החזו"א (חו"מ ה,ח) הביא דברי הסמ"ע והש"ך וכתב על כך "ולכאורה הדבר מפורש בהיפוך בכל הראשונים ז"ל שדנו בהא דבב"מ (ק,א) זה אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול ומסקינן דתבע עבד בכסותו ושדה בעומריה והוכיחו מכאן דאמרינן מתוך שבועת גלגול כמש"כ הנמו"י שם צז,ב והרז"ה דחה דלא קאי מתניתין אלא על הכסות והרמב"ן במלחמות דחה וכן הריטב"א ... ומכל מקום למדנו מדברי כולם דיש כאן שבועת גלגול כיון דעיקרו חיוב שבועה ולא דנו אלא אי אמרינן כאן מתוך, אבל אי הנתבע טוען על הגלגול ברי לכולי עלמא חייב שבועה".

### ז. ישוב דברי הראשונים לשיטת הסמ"ע

נראה שהוכחת האחרונים מהגמ' הנ"ל שמגלגלין על 'איני יודע' לא קשים על דברי הסמ"ע והש"ך כמו שחילק הסמ"ע בעצמו (דרישה<sup>6</sup> רכג ס"ק ב) :

1. כל מה שאמרנו שאין מגלגלין על הטענה העיקרית זה דוקא כשהתביעה נעשתה בשני שלבים אבל כאשר הטענה העיקרית וטענת הגלגול נעשו בחדא זימנא מגלגלין גם על 'איני יודע' בטענה העיקרית. כלומר בסימן ע"ה ובסימן צד, שכתב הסמ"ע שלכולי עלמא לא מגלגלין היינו משום שהתובע תבע תביעה מסויימת ולאחר שהנתבע התחייב שבועה גלגל עליו דברים נוספים. משא"כ במקרה של עבד בכסותו ששם תביעת הכסות ותביעת העבד נעשו בבת אחת אע"פ שהטענה העיקרית הוי 'מתוך' אפ"ה מגלגלין.

2. יש הבדל בין מקרה שהטענה העיקרית וטענת הגלגול שונות זו מזו לבין מקרה שעל שתי הטענות אומר איני יודע. בסימנים צד ועה מדובר שעל

<sup>5</sup> ועיי' בחי' הריטב"א (ב"מ ק,ב): "...וא"ת א"כ רישא דקתני אם אמר איני יודע זכה בגדול אליבא דר"נ מיירי עיי' גלגול וקשה לפירוש התוס' והראב"ד ז"ל שאמרו דבשבועת גלגול לא אמרינן מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, י"ל דהתם כשהשבועה באה בגלגול שמא כההיא דהשואל את הפרה (צז,ב), אבל הכא שבאה בטענת ברי כשאנו יודע ואינו יכול לישבע משלם, אי"נ דלר"נ מוקי' מתני' בדמי עבד או בכסות עבד וכאוקימתי דרב ושמואל ולית ליה פירכא דר' אושעיא".

<sup>6</sup> עיי"ש שהסמ"ע התייחס בעיקר לכך שהטור כתב שהנתבע משלם את התביעה המגולגלת ואילו בסימנים עה וצד סתם הטור כרא"ש שנשבע היסת או מהפך ולא כהרמ"ה שמשלם.

הטענה העיקרית אומר איני יודע ועל הטענה המגולגלת טוען ברי או להפך. אבל בעבד בכסותו אפשר לומר שעל שתי הטענות טוען שמא ולכן במצב כזה הדין הוא שמגלגלין ומתוך שאינו יכול להשבע על שניהם משלם את שניהם.<sup>7</sup>

ואף לשער המשפט ישוב:

3. שער משפט הנזכר לעיל כתב לתרץ דברי המשנה שמוכח (לשיטתו) שמגלגלין על טענת 'מתוך'.<sup>8</sup> חזינן שהתורה חייבה שבועת גלגול רק כאשר נשבע כבר על דברים אחרים. אבל כאשר נפטר מהשבועה העיקרית אין מגלגלין. וזו הסיבה שאין מגלגלין על טענת איני יודע כשהיא הטענה העיקרית. אבל בעבדים וקרקעות דין אחר להם. התורה קבעה שאין נשבעין עליהם כלל כאשר הם נשוא התביעה אלא ע"י שבועת גלגול. וחידוש זה שחידשה התורה שאין נשבעין עליהם אלא בפני עצמם אין לך בו אלא חידוש. "אבל היכא שנתחייב לו שבועה דאורייתא ממקום אחר נשבעין ג"כ עליהם ע"י גלגול ומוקמינן להו אדינייהו כשאר מודה במקצת ואמרינן בהו מתוך שאינו יכול להשבע משלם." ולכן למרות שבדרך כלל אנו אומרים שאין דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם בטענה המגולגלת בעבדים וקרקעות כן אומרים. ולא זו בלבד אלא גם במקום שבטענה העיקרית אמר איני יודע ומתוך כך ישלם ולא נגלגל עליו שבועות אחרות, בעבדים וקרקעות כן נגלגל, הואיל וכבר חלה עליהם חובת שבועה אף שבפועל אינו נשבע אלא משלם מכל מקום חלה עליהם שבועה בכלל ונשבע ומתוך שאינו יכול להשבע משלם.

<sup>7</sup> עיין הערה 5 שזו סברת הפני"י והקצות כתב עליו שזה לא כהסמ"ע. ולכאורה הסמ"ע כתב במפורש כדברי הפני"י. אלא שהסמ"ע כתב שזה קצת דחוק משום שהטור היה לו לכתוב זאת בסימן עה, ואולי לכך התכוין הקצות.

<sup>8</sup> לעיל הובא שהב"ח כתב שגם אם יסכימו התובע והנתבע להשבע על הטענה המגולגלת, אסור להשבע, בניגוד לאמור כאן בפנים.

## הרב אלעד אליהו

### הודאה בדבר שבמידה

#### ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. מחלוקת אביי ורבא
- ג. שיטת רש"י
- ד. שיטת תוספות
- הסבר התומים בדעת תוספות
- ה. שיטת הגר"א
- ו. שיטת החזו"א
- ז. סיכום
- ח. דינו של הר"י מגאש
- ט. שיטת הרמב"ן
- י. שיטת הרא"ש
- יא. מקור הדין

#### א. פתיחה

כאשר אדם מודה לחבירו במקצת מתביעתו, מתחייב הוא שבועת התורה- שבועת מודה במקצת. מספר תנאים יש על מנת שבית הדין יחייבו את הנתבע שבועה זו. אחד מתנאים אלו הוא שתהיה הטענה וההודאה בדבר שבמידה.

משנה שבועות (פרק שיש):

אין נשבעין אלא על דבר שבמידה, ושבמשקל, ושבמנין. כיצד? בית מלא מסרתי לך, וכיס מלא מסרתי לך, והלה אומר איני יודע, אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור, זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב.

נראה שישנם כמה אפשרויות להבין את גדרו של תנאי זה. א- תנאי בטענותיהם. ז"א שבדין מודה במקצת צריך לומר טענות שעונות על הקריטריון של מידה ומשקל. אולי כגזרת הכתוב ואולי כחלק מהפסיכולוגיה שגורמת לנו להשביע מודה במקצת. ב- תנאי בבי"ד. ז"א שבי"ד לא יכול לדון דין מודה במקצת כאשר אינו יודע בברור את מידת מחלוקתם. לאפשרות זאת נצרף את האומדן של הבי"ד על טענותיהם. אולם לדרך הראשונה שהצענו אנו דנים במה ששמענו מפיהם ולא במה שאנו יכולים לברר מתוך

דבריהם. ג- תנאי בשבועה. אנו צריכים שהשבועה תהיה על דבר מבורר. לדרך זו לא נוכל להסתפק בברור חלקי של הטענות. כיון שעדין לא תהיה השבועה על דבר מבורר. ומאידך יכול הברור להעשות שלא ע"י טענותיהם. ולא יהיה שייך בזה דין של יצאה הודאה בפטור.

ברור הוא שאם דבר שבמידה הוא דין בהגדרת הטענות לא היינו מצפים לראות אותו במקרים אחרים. אולם אם זה דין בדיון של בי"ד או דין בשבועה ייתכן ויימצא גם במקומות אחרים.

ננסה לבחון דין זה על פי סוגית הגמרא והראשונים, תוך עיון במקור הדין.

### **ב. מחלוקת אביי ורבא**

נחלקו אמוראים (שבועות מג,א) באיזו תביעה מדובר במשנה. אביי מעמיד את דין המשנה כאשר התובע טוען בית מלא ולא מיקד טענתו על בית מסוים. היינו "בית סתם". אולם אם יאמר התובע "בית זה" הרי שטענתו ידועה ואינה בכלל דבר שאינו במידה. במקרה זה הנתבע יתחייב שבועה אף אם ישיב "מה שהנחת אתה נוטלי".

רבא מקשה על אביי שלדבריו התנא בסיפא לא היה צריך להביא דין זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון - חייב. אלא לומר: במה דברים אמורים - בבית מלא, אבל בית זה מלא - חייב.

בהסבר שאלת רבא כתבו תוס' (ד"ה ליפלוג) שהואיל ואין משמעות לתביעת עד הזיז בבית סתם, מוכרחים להעמיד שבסיפא מדובר ב"בית זה". וכיון שמדובר ב"בית זה" נכתוב באופן פשוט במה דברים אמורים - בבית מלא, אבל בית זה מלא - חייב!. שהיא הדוגמה היותר פשוטה כפי שמציע רבא.

רבא סובר, שגם אם נעמיד את המשנה כשהתובע טוען "בית זה" אם הנתבע יענה "מה שהנחת" פטור. כיון שאין כאן "דבר שבמידה".

את החילוק הפשוט בין בית סתם לבית זה הוא ביכולת למדוד את התביעה, ניתן להבין בשני אופנים: או שכאשר התובע יטען "בית זה" אנו נלך לבית ונמדוד וכך תהפוך תביעתו לדבר שבמידה. או שמכיון שהוא טען דבר שניתן למדוד ה"ז תביעת דבר שבמידה, למרות שעד שלא נמדוד לא נדע את המידה.

### ג. שיטת רש"י

בסברת אביי כתב רש"י: "דכיון דאמר ליה בית זה מלא וזה מחזירה לו חסרה נראה חסרונה והרי הוא כזה אומר עד החלון וזה עד הזיז".

היינו כשנלך לבית המדובר נראה את מידת הבית, ונראה גם את גובה הפירות. וכך נדע את ההפרש ביניהם והוי דבר שבמידה. ז"א שאנו מתחשבים במדידה שאחר שלב הטענות על מנת להחשיב זאת כדין דבר שבמידה.

נראה שרבה החולק על אביי מודה שתביעת בית זה נחשבת לתביעת מידה. שהרי אין סיבה לומר שיש הבדל בין "בית זה מלא" ל"בית זה עד הזיז". ו"עד הזיז" בבית זה הוי דבר שבמידה. אבל רבא סבר שתשובת "מה שהנחת אתה נוטלי" אינה מידה. למרות היכולת שלנו למדוד את תשובתו. וסובר הוא שלא מתחשבים במדידה שאחר שלב הטענות. אלא שלדבריו צריך לומר שמה ש"בית זה" נחשב לדבר שבמידה הוא כיון שתבע דבר שיש לו מידה.

היוצא לנו: לכו"ע גם בתביעה וגם בהודאה צריך שיטענו מידה ונחלקו האם המדידה שלאחר ההודאה מחשיבה את ההודאה לדבר שבמידה.

אפשר א"כ לומר שמחלוקתם היא בגדר דבר שבמידה. רבא הסובר שאין אנו מודדים את הודאתו הבין שדין דבר שבמידה בא להגדיר את טענותיהם - הכפירה וההודאה. וכיון שבתוך בדבריו לא נאמרה מידה נפטר מחיוב שבועה. אביי לעומתו לא הבין שזהו דין בטענות ולכן מצרף הוא את מדידת בית הדין לטענות בעלי הדין. (כמו האפשרות השניה או השלישית שהצענו).

### ד. שיטת תוספות

תוס' לא התייחס לסברת אביי. אולם הם שאלו על דברי רבא מדוע ראייתנו לא תחשיב את טענותיהם לדבר שבמידה. ובשאלתם ציטטו תוס' את לשון רש"י בהסברו לאביי. וז"ל: "וא"ת ואמאי לא חשיב בית זה מלא דבר שבמידה דכיון דאמר ליה בית זה מלא וזה מחזיר לו חסרה נראית חסרונה והרי הוא כזה אומר עד הגג וזה אומר עד הזיז" ואפשר להסיק מכך שתוס' הבינו שזה מה שעומד ביסוד שיטתו של אביי.

תשובה ראשונה בתוס': "וי"ל דבשאיין חסרה אלא מעט מקריא מלאה ואין ידוע מה ביניהם". תביעת בית מלא אינה תביעה מוגדרת כיון שגם בית חסר מעט נקרא מלא בלשון אנשים. ולכן גם אם נמדוד לא נדע "מה ביניהם". בבאור דבריהם אפשר לומר שכעת אין אנו יודעים כלל שיש ביניהם הפרש

כיון שמצב הפירות בבית קרוב להיות מלא והוי בכלל מה שקוראים אנשים מלא. וא"כ בתשובת מה שהנחת לא נודע לנו שיש ביניהם הפרש. אולם אם ימצא שהבית מלא רק בחציו ברור שאין זה בגדר בית מלא והודאתו תחשב לדבר שבמידה. אם נבין כך יצא שאין חיסרון בתביעת "בית זה מלא" אלא שתשובת הנתבע ביחס לטענה אינה מודגרת. אפשרות זו דחוקה. כיון שצריך להעמיד את המשנה רק באופן שהבית קרוב להיות מלא.

הט"ז (פח,כד) הלך בדרך דומה וסבר שגם לתירוץ זה של תוס' אין חיסרון עצמאי בתביעת "בית זה מלא". ורק ביחס לתשובת "מה שהנחת" אין כאן דבר שבמידה. וזה פירושו: תביעת בית מלא נחשבת לדבר שבמידה. למרות שכשחסר קצת עדין אנשים קוראים מלא, אין זה פוגם בזה דהוי דבר שבמידה. והסיבה היא, כיון שאין דרישה מאדם שדייק כ"כ. (ואפילו כאשר אדם אומר עד הזיז ברור לנו שאינו מתכוון לומר בדיוק עד הזיז). אם יענה הנתבע ויודה בחצי בית יתחייב שבועת מודה במקצת. אלא שכאשר הנתבע עונה "מה שהנחת אתה נוטל" חסרה מידה בהודאה. וכאן נכנסת שאלת תוס'. שתוס' שואל שנחשיב הודאתו למידה מצד היכולת שלנו למדוד. ועל כך ענו שמלא אינה הגדרה מדויקת שנוכל למדוד על פיה.

ז"א כאשר אנו שומעים מפיהם טענה אנו יכולים להחשיבה כמידה למרות שאינה מדויקת כיון שזו דרך הדיבור. אולם אם אין אנו שומעים מידה בטענותיהם ואנו צריכים למדוד, בזה אנו צריכים מידה מדויקת. ברור א"כ שהט"ז הבין שאין זה גדר בטענותיהם אלא גדר בדיון בבי"ד, שבי"ד ידע על מה הדיון שבפניו.

ישנה דרך אחרת להבין את דברי תוס'. הלח"מ (טו"נ ד, ב), הסמ"ע (ס"ק מה) והגר"א (ס"ק נ) הבינו שלתירוץ זה בתוס' רבא סובר ש"בית זה מלא" אינה מידה כלל. ואפילו יענה הנתבע "עד החלון" לא תהיה כאן שבועה כיון שחסרה בתביעה מידה.

בדעת אביי אפשר לומר שחולק בהיבט הלשוני והוא סובר שתביעת בית מלא משמעותה בית מלא לחלוטין.

עוד אפשר לומר שאביי מודה שתביעת בית מלא אינה מוגדרת. אלא שהוא סובר שאין אנו צריכים לדעת את ההפרש ביניהם אלא מספיק שנדע שיש הפרש. (ואכן לפי הרא"ש זהו גדר דין דבר שבמידה כפי שנבאר לקמן ע"פ הנתבות). והביאור בזה למרות שכשאנשים מגיעים לבה"ד אנו יכולים להניח שהם מתוכחים. אולם כדי לדון דין מודה במקצת אנו צריכים לשמוע

בדבריהם את הויכוח. (דין בטענות) וא"א לומר שזהו דין בידיעת בי"ד כיון שאעצם הגעתם לבי"ד מלמדת אותנו שיש ויכוח ביניהם. ואין אנו צריכים לדון בדבריהם. אלא שבדברי אביי קשה ללכת בדרך זו כיון שהוא מחשיב את הודאת "מה שהנחת" לדבר שבמידה. וזה אפשרי רק אם בי"ד ימדדו את הודאתו. ואם דין דבר שבמידה הוא דין בטענות אין מקום למדוד לאחר שלב הטענות. ובבואנו להסביר את שיטת התומים ננסה להעמיד דרך זו.<sup>1</sup>

משני ההסברים בדעת רבא עולה כי מדידת בי"ד מועילה להחשיב טענותיהם לדבר שבמידה. ועוד - וספות אינם מסתפקים בידיעה כללית שיש ביניהם הפרש בטענות. אלא מצריכים שאנו נדע את מידת ההפרש בין התביעה לטענה<sup>2</sup> וכיון שבית מלא אינו דבר מוגדר לא נוכל לדעת ע"פ דבריו הראשונים מה ההפרש המדויק גם לאחר מדידה. (וגם אם אחרי ההודאה יתקן או יסביר שהתכוון ל"מלא" עד הס"מ האחרון, כבר יצאה ההודאה בפטור והוי קדמה הודאה לתביעה המחייבת).

ניתן לפרש בדרך זו בדעת רבא בין אם נאמר שזהו דין נוסף על טענותיהם ובין אם נאמר שזהו דין בשבועה.<sup>3</sup>

ב. עוד מתרץ תוס' וז"ל: "אי נמי בעינן שיזכיר מדה בהודאתו". וכונתו היא שלא מהני מה שאנו יכולים למדוד אח"כ כמה היתה טענתו והודאתו. ואנו מצריכים שבשעת ההודאה יאמר דבר שעונה על גדר דבר שבמידה. והינו שמסביר את המחלוקת כמו שהסברנו בדעת רש"י.

### הסבר התומים בדעת תוספות

האחרונים הקשו על תוס' שתי קושיות בסגנון דומה.

המהרש"א הבין בתירוץ השני שטענת מה שהנחת אינה דבר שבמידה. אבל אין חיסרון בטענת בית זה מלא. וקשה דא"כ מדוע לא נקטה המשנה "זה

<sup>1</sup> קשה לכאורה לומר שאביי סובר שלא צריך מידה משני הטענות (כפי שהגרי"א מפרש, ראה לקמן) ואנו מסתפקים במדידת מה שהנחת. כיון שבדברי אביי משמע שביית זה הוי מידה ללא קשר לתשובת הנתבע.

<sup>2</sup> כך מדויק מלשון תוס' (ותוס' הרא"ש) שכתב ואין ידוע מה ביניהם ולא 'ואין ידוע שיש ביניהם'. ונראה גם שהתומים פח ס"ק טו הבין כך בדבריהם.

<sup>3</sup> אולי היה מקום לומר שלט"ז אין זה יכול להיות דין בשבועה כיון שאין אנו יודעים במדויק את הטענה ואי אפשר להשביע על טענה שאינה מבוררת. אבל לפי מה שאמרנו בדבריו נראה שאין חיסרון במידה אלא רק כלפי יכולת המדידה שלנו.

אומר בית זה וזה אומר עד החלון חייב? וכמו שרבה הקשה על אביי.

הרש"ש הוסיף קושיה על המהרש"א – בתירוץ הראשון אנו מבינים שאין חיסרון בתשובת "מה שהנחת" ויש חיסרון בתביעת "בית זה מלא". וקשה דא"כ מדוע לא נקטה המשנה "זה אומר עד הזיז וזה אומר מה שהנחת אתה נוטל"? וכמו שהקשה רבא.<sup>4</sup>

ומכח קושיות אלו מסבירים הרש"ש והתומים (פח ס"ק טו) ששני תירוצי תוס' הם תירוץ אחד (ואת ראשי תיבות א"נ צריך לפתוח "אף נמי") ורבא סובר א- אין מודדים את הבית לאחר תביעתו. ב-תביעת בית מלא אינה דבר שבמידה ואנו צריכים לדעת מידה מדויקת. ולכן בסיפא התנא שינה גם את התביעה וגם את ההודאה.

באיזו נקודה אביי חולק על רבא? הרש"ש כתב שאביי חולק רק בדין "בית זה מלא" שזו נחשבת לתביעת מידה. ומודה לרבא שהודאת מה שהנחת אינה דבר שבמידה. אולם בלשון הגמרא אין זה נכנס. שבשאלת רבא לאביי משמע שאביי סובר שהודאת מה שהנחת נחשבת לדבר שבמידה (בבית זה) "א"ל רבא אי הכי אדתני סיפא זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב לפלוג ולתני בדידה במה דברים אמורים בבית מלא אבל בית זה מלא חייב?" משמע שלפי אביי היה מספיק רק לחלק בין בית סתם לבית זה. אבל להסבר הרש"ש אי אפשר להסתפק בזה כיון שעדיין לא שמענו שהודאת "מה שהנחת" אינה נחשבת דבר שבמידה.

אפשרות אחרת לומר היא שאביי חולק על רבא בתרתי. א- מדידת ב"ד הופכת את טענותיהם לדבר שבמידה (כלפי תשובת מה שהנחת). ב- משמעות בית מלא היא מלא לחלוטין. אלא שצריך לקשור בין שני מחלוקות אלו.

---

<sup>4</sup> קשה מדוע המהרש"א לא הקשה את קושיתו של הרש"ש. הרי היא כמעט זהה לשלו ובסדר הסוגיה היא קודמת. שהרש"ש הקשה על התרוץ הראשון והמהרש"א הקשה על התרוץ השני.

ואולי אפשר לתרץ. תוס' הסבירו ששאלת רבא היא שכיון שחייבים להעמיד את הסיפא בבית זה ולאביי מספיקה טענה זו מדוע לא נקטה המשנה את הדוגמה הפשוטה בית זה מלא. וא"כ לתירוץ השני בתוס' קשה על רבא מדוע לא נקטה המשנה בסיפא ז"א בית זה וז"א עד החלון? אולם לפי התירוץ הראשון, לרבא לא יכולה המשנה לנקוט בית זה וחיבת להדגים ב"עד הזיז" א"כ נקטה המשנה עד החלון אגב שנקטה עד הזיז שאין סיבה להעדיף אחד על גבי השני. כנלע"ד ( וזה הוי הפוך מהגר"א -לקמן שהבין שקושית רבא היתה רק מתשובת עד החלון ולא משאלת עד הזיז).

אפשר לומר שאביו מודה שאין במשמעות בית מלא מידה מדיוקת אלא שאביו סובר שאין אנו צריכים לדעת את ההפרש המדויק ביניהם.

ובהסבר מחלוקתם נאמר כך: גם אביו וגם רבא הבינו שהודאה במידה זהו דין בטענות. רבא הבין שאנו צריכים לשמוע ממש מידה בטענותיהם ועל כן אין מדידת בי"ד מועילה להחשיב טענותיהם לדבר שבמידה. אביו סבר שאין צורך לשמוע מידה בטענותיהם אלא די בידיעה שיש ויכוח ביניהם. ולכן גם תביעת בית מלא מועילה להחשיב זאת לתביעת דבר שבמידה.

תשובת מה שהנחת ללא מדידת בי"ד אין לה משמעות וכיון שהגדרנו שאביו הבין זאת כדון בטענות איך אפשר לצרף את מדידת בי"ד להחשיב תשובתו לדבר שבמידה? אפשר לומר שכיון שדי לאביו הידיעה שיש ויכוח בין התובע לנתבע, עצם היכולת של בי"ד למדוד את הודאתו, מחשיבה את הודאתו לדבר שבמידה, לפחות כלפי הידיעה של בי"ד שיש ויכוח ביניהם.<sup>5</sup>

לשיטת התומים יש ביטוי בהלכה. הסמ"ע (פח, מה) הבין שתביעת בית זה מלא אינה נחשבת לתביעת דבר שבמידה. הגר"א הקשה, הרי בשו"ע מוכח שפסק כתירוץ השני בתוס' (שצריך שיזכיר מידה בהודאתו). על פי דברי התומים אפשר להסביר שהסמ"ע סבר ששני התירוצים משלימים זה את זה.

#### ה. שיטת הגר"א

הגר"א (פח ס"ק נ) סובר שבית זה מלא נחשב כדבר שבמידה ולא כתירוץ הראשון של תוס'. שאם מחלוקת אביו ורבא היא על "בית זה מלא". האם נחשב מידה או לא. היה על רבא לומר רק דבית מלא לא ידיעא טענתיה ולא לומר "לעולם אינו חייב - עד שיטענונו בדבר שבמידה שבמשקל ושבמנין, ויודה לו בדבר שבמידה ושבמשקל ושבמנין". ולמה האריך רבא במשפט זה?

ובהסבר מחלוקת אביו ורבא כתב שאביו סובר שמספיק מידה או בתביעה או בהודאה. רבא סובר שצריך מידה גם בהודאה וגם בתביעה.

דברי הגר"א בדעת אביו יובנו רק אם נאמר שאביו סובר שדבר שבמידה בא להגדיר את הדיון בבי"ד וברגע שצד אחד הזכיר מידה אנו יודעים על מה מדובר. אבל אם זה ההסבר באביו למה צריך הגר"א לחדש גדר כזה? הרי אם אנו אומרים שזהו אינו דין בטענותיהם מדוע שלא נמדוד את הודאתו "מה

<sup>5</sup> הסבר זה באביו אינו עולה בקנה אחד עם הסבר הנתיבות בדעת הרא"ש. לדעתו הודאת "מה שהנחת" אינה דבר שבמידה כיון שאין אנו שומעים ממנה שיש ויכוח בין השנים.

שהנחת". וכשנמדוד הודאתו תהיה לנו מידה משני צדדים. באופן זה נוכל לומר שחידוש אביי הוא רק במדידה שאחר טענותיהם שמחשיבה את הדיון לדבר שבמידה והוי חידוש קטן יותר? אולם הגר"א יצא לשיטתו מתוך דקדוק בלשון הגמרא ולכן חידש שזו שיטת אביי.

בסוגית הגמ' מפרש הגר"א שקושיית רבא על אביי היא מדוע המשנה בדוגמא לחיוב (זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון – חייב) נקטה גם תביעה בדבר שבמידה וגם הודאה בדבר שבמידה הרי לאביי מהני מידה באחד מהם?

הגר"א גם מתמודד עם שאלת המהרש"א. המהרש"א שאל על תוס' (בתירוץ השני) שאם אנו סוברים שבית זה מלא נחשב מידה מדוע המשנה בדוגמא לחיוב לא נקטה זה אומר בית זה מלא וזה אומר עד החלון. אלא, זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון?

וסובר הגר"א שהמשנה רוצה לחדש שגם תביעת עד הזיז נחשבת לדבר שבמידה. שהיה אפשר לחשוב שרק תביעת בית מלא נחשב לתביעת דבר שבמידה, כיון שבבית מלא כשחסר כל שהוא ניכר ההבדל מיד. אולם תביעת עד הזיז לא תחשב למידה כיון שחיסרון קטן אינו ניכר. קמ"ל דגם עד הזיז הוי מידה. ולפי זה נצטרך לומר שקושיית רבא על אביי היא מדוע המשנה לא נקטה בסיפא זה אומר עד הזיז וזה אומר מה שהנחת אתה נוטל.

לדברי הגר"א גם אביי לא סובר שמהני הא דנלך למדוד בבית. וזה הוי שלא כתוס'. גם בשאלת רבא הסביר הגר"א שלא כמו תוס'. שהרי תוס' הבינו שהקושיה על אביי היא מהא דהסיפא לא נקטו בית זה במקום עד הזיז.

#### **ו. שיטת החזו"א**

במשנה כתוב שאם מודה בפירות עד לחלון נחשבת הודאתו לדבר שבמידה. אבל אם אומר מה שהנחת אתה נוטל אינו דבר שבמידה. ודבר זה תמוהה מה ההבדל בין אם אומר הפקדת עד גובה החלון ובין אם אומר הפקדת עד גובה ערמת הפירות? הרי ברור שאם יאמר "הפקדת עד גובה הפירות בערימה ממול" נחשיב הודאתו לדבר שבמידה ומאי שנא?

צריך לחלק שבמקום שנותן מידה שאינה קשורה לתביעה כגון שאומר עד לחלון אם נבא לבית אפשר שנראה שהפירות אינם מגיעים עד לחלון ונחייב אותו. אם כן משמע שיש כאן מידה. אולם כאשר הוא מודה ואומר מה

שהנחת אתה נוטל אף פעם לא תימצא הודאתו חסרה. וגם אם יחסר בין הודאתו לבדיקת בי"ד לא יהיה הדבר ניכר.

ובסברא זו נחלקו אב"י ורבא :

אב"י סובר שהודאת מה שהנחת נחשבת לדבר שבמידה. ואף אם לא נלך למדוד בבית וכמו שתביעת בית זה מלא נחשבת לדבר שבמידה גם אם לא נלך לבית למדוד. ורבא סובר שהודאה מידה דרך הדבר הנתבע אינה נחשבת מידה.

לחזו"א צריך לומר שעיקר שאלת רבא על אב"י היא מדוע המשנה נקטה עד החלון ולא נקטה מה שהנחת אתה נוטל.

גם לשיטת הגר"א וגם לשיטת החזו"א סברת אב"י אינה מבוססת על צירוף המדידה לאחר הודאתו, וא"כ דבריהם אינם עולים בקנה אחד עם דברי תוס', שכן בתשובה הראשונה בתוס' הבנו שמדובר בצרוף המדידה, ואין רמז לשינוי בענין זה בתשובה השניה.

## ז. סיכום

יש מספר שיטות בהבנת המחלוקת :

א. רש"י ותוס' בתירוץ השני – אב"י סובר שמדידת הבית הופכת את הודאתו לדבר שבמידה. רבא סובר שרק הדברים שנשמעים מפיו מהווים מדד האם יש כאן מידה.

שורש המחלוקת הוא שאב"י סובר שזהו אינו דין בטענותיהם ורבא סובר שזהו גדר בטענותיהם.

ב. תירוץ ראשון בתוס' – אב"י ורבא מודים שאנו יכולים למדוד את כמות הפירות שבבית ולהחשיב הודאת מה שהנחת לדבר שבמידה. וחולקים או בכוונת אנשים באומרם בית מלא. או שאב"י סובר שדי לנו לדעת שיש הפרש ביניהם. ורבא מצריך שנשמע מידה.

ג. שיטת התומים – תירוץ תוס' משלימים זה את זה. הרש"ש הסביר שהם חולקים רק בתביעת בית זה מלא ואב"י מודה לרבא ש"מה שהנחת" אינה מידה.

הסבר נוסף שהסברנו: רבא מצריך לשמוע טענות מבוררות ולאב"י סגי בשמיעת ויכוח ביניהם.

### ה. דינו של הר"י מגאש

עד כה בחנו את הדין דרך מחלוקתם של אביי ורבא. פן נוסף ומרכזי בדין דבר שבמידה הוא דינו של הר"י מגאש.

המשנה בשבועות (מג,א) מדברת בלוח שמסר משכון למלוה ואבד המשכון. ויש ויכוח מה היה שווי המשכון וכתב הר"י מגא"ש:

(ביחס למפקיד ושומר ולא במקרה של לוח ומלוה) "וכיון שכן שמעינן ממילא דהיכא דאמר שומר אנא לא ידענא כמה הויא שויא ובעל הפקדון אמר ידענא דהוי שוה כך וכך דכיון דמכל מקום הא קא מודה ליה הנתבע דמתחייב ליה מידי ולא ידע כמה הוי ניהו הוה ליה מחויב שבועי ואינו יכול להשבע ומשלם כדאמרינן מנה לי בידך ואמר לו חמשים יש לך וחמשים איני יודע הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם הלכך משלם כל מה שאמר התובע בלי לחייב התובע שבועה על כך ואם רצה הנתבע להחרים סתם על מי שנטל ממנו מה שלא היה ליטול אין מונעין אותו מכך".

כדינו של הר"י מגאש הובא להלכה ברמב"ם (שאלה ופקדון ה,ו):

"הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע, בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע, וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ורבו ז"ל"

אולם הראשונים התקשו מאוד בדינו של הר"י מגאש. שהרי כאשר השומר עונה למפקיד איני יודע כמה היה שווי החפץ אינו מודה לו בדבר שבמידה. ומה שונה תשובה זו מתשובת מה שהנחת אתה נוטל? ומלבד זאת הרי כדי להתחייב בשבועת מודה במקצת צריך לכפור בשווי שני כסף וכאן אינו כופר בשני כסף. ומחמת שאלות אלו חלק הראב"ד על דברי הרמב"ם. הרמב"ן והרא"ש ענו על שאלות אלו. והאחרונים התחבטו בהבנת דבריהם.

### ט. שיטת הרמב"ן

דברי הרמב"ן הובאו בר"ן בקיצור (יז,ב) וז"ל:

תירץ הרמב"ן ז"ל דלא דמי דכי אמר אינו יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל כיון שהודה לו בכל מה שבבית והוא דבר שאפשר לעמוד [עליו] לאו דבר

<sup>6</sup> עיי' חזו"א חו"מ (יג,טו) מדוע הרמב"ם נזקק לומר שהוא פושע ע"ש.

שבמנין הוא ופטור אבל שומר שאמר אינו יודע כמה היה שוה אין לך בהודאתו אלא פחות שבממון דהיינו שוה פרוטה ועל כל השאר הרי הוא ככופר גמור (והוי מין הטענה) כיון שאי אפשר לחייבו מתוך טענתו שהרי הוא דבר שא"א לעמוד עליו וה"ל כאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דדיינינן ליה כמחויב שבועה שאינו יכול לישבע הי"נ הרי הוא כאומר פרוטה ידענא שהוא שוה ואידך לא ידענא ומ"מ דוקא באומר יודע אני שהיה שוה ממון אבל איני יודע כמה אבל באומר איני יודע אם היה שוה כלום פטור דאין כאן הודאה כלל.

הש"ך (עב,ג) באר דברי הרמב"ן: כאשר עונה אדם איני יודע ואין אנו יכולים למדוד הודאתו כגון שאבד החפץ וכדו' אנו יכולים לפסוק מתוך דבריו את ההודאה המינימלית דהינו פרוטה. ובשאר אנו מחשיבם אותו לכופר. שהרי אינו משלם יותר מהמינימום שבדבריו. וא"כ הוי כמודה בפרוטה מתוך התביעה. ומכיון שאינו יודע, אינו יכול להישבע על השאר, ומשלם. כדן כל שבועה דאורייתא כשאינו יכול להשבע.

ולכן בתשובת איני יודע כשהפיקדון אבד וכד' אנו מחשיבים את תשובתו לדבר שבמידה מצד היכולת שלנו לפסוק מתוך דבריו.

אולם כאשר הנתבע עונה "מה שהנחת אתה נוטל" מדובר שאפשר למדוד באיזה כמות הודה ולכן אין בית הדין יכולים לפסוק מתוך הודאתו. שמא יש בהודאתו יותר מפרוטה. ובשעה זו אין כאן משמעות של מידה. וכאשר ילכו למדוד ידעו מה מכילה הודאתו אולם בשעה זו כבר יצאה הודאתו בפטור.

קצוה"ח מסכים עם הש"ך בהסבר הרמב"ן ובתירוץ הקושיה.

אולם יש מספר קושיות על שיטתם:

א. קצוה"ח (עב) מקשה מדברי השו"ע. השו"ע (עב,טז) כותב "המלוה את חבירו על טבעת שיש בו אבן, ונאבד, אם הלוח מודה שאותו שביד השולחני שוה לשלו, פשוט שנלך אחר שומת הבקיאים. אבל אם טען הלוח דשלו היתה שוה יותר, והמלוה טוען ברי שלא היתה שוה אלא כזו, הרי זה מודה מקצת, ונותן לו מה שהוא מודה ונשבע על השאר..". ומקשה הקצות הרי כאשר הוא מודה בשווי הטבעת אנו עדיין צריכים להעריך כמה היא שווה ואין אנו יכולים לפסוק מתוך דבריו וא"כ הוי הודאה בדבר שאינו במידה. ולכן מכריח הקצות להעמיד את דין השו"ע כאשר

נמצאת הטבעת בפני בי"ד ואז הם יכולים לראות שוויה בשעת ההודאה. והודאתו נחשבת לדבר שבמידה.

ב. קצוה"ח (פח,כ) מקשה מדברי הרמב"ם (נערה פ"ב) שכאשר אישה תובעת אדם שאנס אותה בקטנותה וחייב לשלם לה צער בושת ופגם. והוא טוען שפיתה אותה ואינו צריך לשלם לה צער. הוי מודה במקצת. ותמוהה הרי עדיין צריכים אנו להעריך כמה שווה הצער והפגם ומדוע הוי דבר שבמידה?

ולתרץ קושיה זו משתמש קצוה"ח בדין מידה מצד אחד.

המשנה אומרת שהמודה לחבירו בחמישה גפנים מתוך תביעת עשרה גפנים נחשב מודה במקצת. והרמב"ן הוכיח ממשנה זאת שאע"פ שאין אנו יודעים כמה ענבים היו טעונות הגפנים ואין אנו יודעים שווי הודאתו נחשב מודה במקצת כיון שבדבריו אמר מידה מצד אחד.<sup>7</sup> וא"כ בעינינו גם בהודאה בנוק אחד מתוך תביעת כמה נזקים נחשב זה כהודאה מצד אחד.

ג. הנתיות (פח,ח) מקשה מסימן ת' כשהתובע אומר גדול הזיק והנתבע אומר קטן נשבע שבועה דאורייתא למרות שחסרה עדין שומה ואין השור המזיק לפני בי"ד.

הנתיות תירץ את כל קושיות הקצות ביסוד אחד: כאשר האדם מודה בדבר ובי"ד יכול לפסוק את הודאתו, בזה נגמרת ההודאה. אולם כאשר אין בי"ד יכול לפסוק את הודאתו אלא לאחר בדיקה עד שלא תיגמר הבדיקה לא נפסקה הודאתו. ולכן כאשר אומר אדם מה שהנחת אתה נוטל בי"ד יכול לפסוק לאדם לך טול את מה שבבית. למרות שבי"ד לא יודע כמה יש בבית. וא"כ בזה נגמרת הודאתו ונמצא שלא היתה הודאה בדבר שבמידה. אבל כאשר האדם מודה בדבר שצריך שומה אין בי"ד יכול לפסוק לפי הודאתו עד שלא ישום את הדבר. ולכן עד שלא נשום את הדבר לא נגמרה הודאתו. וכשנשום הודאתו תהיה הודאה בדבר שבמידה.

<sup>7</sup> והודאה במידה מצד אחד שונה מהודאת עד הזיו בבית סתם שאינה מידה. (תוס' שבועות שם ד"ה לפלוג). כיון שאמירת עד הזיו נחשבת מידה רק מכח היכולת שלנו למדוד אותה (ואינה כאמירת ליטר או קילו) וכאשר אין אנו יכולים למודדה אין שום משמעות לאמירה זו ואין זה אפילו מידה מצד אחד. אולם נקיטת מספר נחשב מידה גם בלי המדידה שלנו. ומובן א"כ מדוע לא יכל הקצות להשתמש בדין זה ע"מ לתרץ את הקושיה מטבעת.

### מהו יסוד שיטת הרמב"ן?

בספר מעיני מים (שבועות דף מג) כתב שהרמב"ן סובר שדין דבר שבמידה אינו בא להגדיר את הטענות שבי"ד צריך לשמוע אלא שביה"ד ידע את המידה שעליה הצדדים טוענים. ודבר זה מסביר מדוע הרמב"ן מצריך שנדע מידה מדויקת של ההפרש ביניהם. כיון שאם דבר שבמידה היה דין בטענות היינו מסתפקים בהזכרת מידות ולא דוקא בידיעת ההפרש.

לדבריו בדעת הרמב"ן, דין דבר שבמידה הוא דין בביה"ד. ולכן הרמב"ן החשיב את תשובת איני יודע (שווי) לדבר שבמידה מכח הסקת בי"ד מתוך דבריו. מדוע א"כ לא נחשיב את הודאת מה שהנחת לדבר שבמידה לאחר שנמדוד? שהרי החילוק בין ההבנה שזהו דין בטענות לבין ההבנה שזהו דין נוסף מתבטא גם בזה שאנו יכולים להסיק מידה למרות שלא הוציא אותה מפיו.

וצריך לחלק ולומר שהדין הוא שבשעה שהצדדים אומרים את דבריהם ידע הב"ד את מידת דבריהם. אולם זהו דוחק שאם זה אינו דין בהגדרת הטענות אלא בידיעת בי"ד אין סברא לומר חידוש כזה.

גם בדברי הקצות מוכח שאי אפשר לומר תירוץ זה וכפי שנפרט.

כתב בשו"ע (עה,ה): "מנה לי בידך מהלואה פלונית ומנה מהלואה אחרת שהלוייתך בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו: אין לך בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתיך כך וכך ומהלואה שניה פרעתיך כך וכך, ומתוך טענתם הכירו הבית דין שעדיין חייב לו מאותם שתי הלואות עשרים דינרים, הוה ליה כשנים מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו, וישבע שבועה מן התורה על השאר. הגה: ודוקא שהכירו הבית דין שהודה עדיין במקצת, לפי חשבוננו, אבל אם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו, לא מקרי הודאה במקצת (ב"י בשם רשב"א). ועיין לקמן פז,ה.

ונחלקו הש"ך והקצות (שם) בכונת השו"ע. הש"ך סבר שכאשר הנתבע השיב ופירט את דרך הפרעון והתברר שחלק מהחוב נפרע בריבית שהתובע היה חייב לו. וזה אינו נחשב פרעון. נחשב הנתבע למודה במקצת. קצוה"ח סובר שרק כאשר האדם טועה בחשבון (100=30+50) הוי מודה במקצת כיון שבדבריו אמר שלא פרע את כל החוב. אולם אם יש לאדם טעות בדין (ריבית)

אין אנו מרכיבים את ידיעת ביי"ד על הודאת פיו ולא הוי מודה במקצת ולא מדין רבי חייא קמייתא.

להוכיח דבריו הביא הקצות את משנתינו. "בית מלא מסרתי לך, וכיס מלא מסרתי לך, והלה אומר: איני יודע, אלא מה שהנחת אתה נוטל – פטור" אם אנו אומרים שאפשר להשתמש במדידת ביי"ד ע"מ להחשיב זאת למודה במקצת מדוע במשנה כתוב שפטור. ובדבריו אומר הקצות "וגבי מה שהנחת אתה נוטל אפילו היה ידוע לב"ד כבר כמה היה שם אפ"ה פטור כיון דהוא לא הודה בפירוש בדבר שבמדה," משמע שהבין שזהו דין בהגדרת הטענות ולא דין נוסף וצדדי. שאם זה היה דין צדדי לא היה מקום להוכיח משם וגם הי מקום לצרף את ידיעת ביי"ד כשיודע את המידה בשעת ההודאה. (וכמו שאמרנו הקצות הולך עם שיטת הש"ך בהסבר הרמב"ן).

המעניי מיס הבין שהרמב"ן מצריך שנדע מידה מדויקת ולכן חידש הרמב"ן שאמירת איני יודע מכילה בתוכה בדיוק פרוטה. והמעניי מיס הקשה שלפי זה איך הרמב"ן מחשיב מודה במקצת מצד אחד (כשהודה בחמישה גפנים ואין אנו יודעים את כמות הפירות בגפנים). למודה במקצת, הרי אין אנו יודעים מידה מדויקת.

אלא שלעיל ראינו שקצוה"ח השתמש ביסוד מידה מצד אחד על מנת לתרץ את דברי הרמב"ם לשיטת הרמב"ן. וגם הרמב"ן בעצו הביא את דין מידה מצד אחד.

אולם אם נסביר בדעת הרמב"ן שבאמירת איני יודע אנו שומעים מידת פרוטה כאילו אמר במפורש איני מוכן לשלם יותר מפרוטה. ואין כוונת הרמב"ן שאנו צריכים לדעת מידה מדויקת של המחלוקת ביניהם אלא שאנו צריכים לשמוע מידה ובאמירת איני יודע יש מידה. יובן מדוע הרמב"ן מקבל את דין מידה מצד אחד. והדברים יעלו בקנה אחד עם דברי הקצות.

ומלבד זאת נראה דלא קשה קושית המעניי מיס. שאפשר להבין שסברת מידה מצד אחד היא שמבחינתנו התביעה היתה רק גפנים וההודאה היתה בגפנים. וכמו שבתביעת חיטה אין אנו צריכים לדעת את שווי החיטה על מנת לפסוק את הדין כיון שהדיון הוא על החיטה ולא על שוויה. ולפי זה אם התביעה תהיה עשרה גפנים טעונות חמישים ק"ג כ"א וההודאה תהיה חמישה גפנים והם טעונות כמו שקיבלתי אותם (על משקל מה שהנחת) לא הוי דבר שבמידה. ולפי"ז אפשר לומר שדין מידה מצד אחד מובן גם לשיטה שסוברת שדבר שבמידה זהו דין בשבועה.

לפי דברינו אפשר שסברת אביי היא או כגר"א או כרש"י או כחזו"א.

### י. תרוץ הרא"ש

הרא"ש סימן כז כתב שאין דברי הרמב"ן מובנים לו ולכן כותב תרוץ אחר. ולשם הבנת דבריו נביאם. וז"ל:

"ונראה דלא קשה דכיון שאומר יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה יותר שפחות משהו פרוטה אין נחשב שוויו בחפץ אחד ואם לא יגיע לשוה פרוטה אינו מונה אותו הלכך זה שאומר שהיה שוה יותר מסלע ע"כ בפרוטה הודה הרי יש כאן הודאת ממון וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו אלא פחות שבממון ואין יכולין להוציא ממנו אלא בפרוטה והוי כאילו הזכיר בפירוש שוה פרוטה יותר הלכך על כל השאר יאמר שאיני יודע ואילו כבר על השאר יש כאן כפירת שתי כסף וכיון שאמר אין יודע הוי מחויב שבועה שאין יכול לישבע ולא דמי לבית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהתם אין הנתבע משיב שמא אלא כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא הפקדת אצלי מזה לא נתתי לבי לידע אם היה ממש מלא וגם הטענה אינה כל כך בריאה שכן מורגל בלשון מלא שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות אבל זה אני יודע בודאי שכמו שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודאה כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה ומשקל ומנין שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסרו".

הש"ך הנ"ל הבין שהרא"ש מחלק בין תביעת כסף לתביעת פירות. והאריך להקשות עליו. הטי"ז (פח, כג) הסביר את דברי הרא"ש בדומה להסבר הש"ך בדעת הרמב"ן ולפי התירוץ בתוס' שבית אינה מידה מדויקת עיי"ש

התומים הסביר שהרא"ש אינו דן את דינו של רבינו יונה מדין דבר שבמידה. שמצד דין זה באמת היה פטור משבועה ולא הינו אומרים מיתוך שאינו יכול להישבע משלם.<sup>8</sup> וסיבת החיוב כאן היא מכח ברי ושמא.

<sup>8</sup> ומה שהרא"ש עושה חשבונות שכופר בשני כסף ומודה בפרוטה. אינו בשביל שתהיה הודאה בדבר שבמידה אלא כדי שתהיה טענת שני כסף. וקצת צריך עיון מדוע אנו נצרכים לחשבון זה הרי לשיטתו אין אנו דנים כאן מדין מודה במקצת כלל. ואם זה בשביל להגיע למצב שבו אם היה טוען כך היה מתחייב מה ראית לחלק בין דין שתי כסף ובין דין דבר שבמידה. כמו כן לדבריו צריך לבדוק מה יהיה הדין בברי ושמא היכא שאין כפירת שתי כסף והיכא שהתביעה היא על הקרקע.

והיינו שבגמרא נחלקו האמוראים (רב הונא ורב נחמן) האם אמרינן ברי עדיף ומוציא ממון. ולהלכה נקטינן דלא אמרינן ברי עדיף. אבל במקום שהתורה העדיפה את טענת הברי וחייבה את הנתבע שבועה (מודה במקצת) אם אינו נשבע אנו מוציאים ממון בטענת הברי. ובנידון דידן אם היה הנתבע מודה בדבר שבמידה הינו אומרים שחייב שבועה וישלם כיון שלא יכל להשבע. היינו שאנו מקבלים את טענת הברי של התובע. ולכן גם במקום שאין שבועה מחמת דין דבר שבמידה עדיין טענת ברי עדיפה להוציא ממון.

אולם הרבה אחרונים נקטו בדעת רא"ש כשיטת הנתיבות (פח,ח): כאשר אדם עונה איני יודע את שווי הדבר, אנו רואים שיש בין השנים ויכוח על גובה הסכום שצריך לשלם. אולם כאשר הנתבע עונה לתובע מה שהנחת אתה נוטל לא משמע מדבריו שיש ביניהם ויכוח דשמא הבית מלא. ומה שיתברר אח"כ שהיה חסר בבית לא מהני להשביעו דכבר יצא הודאה בפטור. והרא"ש שעשה חשבון על פרוטה וכפירה אינו עושה זה מדין דבר שבמידה אלא כדי שיהיה הודאה בפרוטה וכפירה בשתי כסף. הנתיבות הסביר שעיקר סברת הרא"ש לחלוק על הרמב"ן כיון שאינו מקבל את האפשרות שידיעת בי"ד תהפוך את הטענות לדבר שבמידה. מדבריו אנו למדים א- דין דבר שבמידה הוא דין בטענות בלבד. ב- אין צורך שאנו נדע מידה. וגדר הדין הוא שאנו נדע שיש הפרש ביניהם.

לפי הסבר זה א- אין צורך לחדש את הדין של מודה במידה מצד אחד שהרי כל שאנו שומעים ביניהם ויכוח נחשב זה למידה.

ב- כל קושיות הקצות והנתיבות לא קשות כיון שבכל אחד מהמקרים שהקשו מהם מתוך טענותיהם אנו שומעים הפרש.

ג- לפי הגדרה זאת צ"ע מה יהיה הדין היכא שתבע עד הזיו בבית סתם והודה בבית סתם עד החלון. אין באפשרותנו לדעת את ההפרש ביניהם אך ברור שקיים הפרש. תוד"ה זה אומר כתב שאין זה נחשב לדבר שבמידה. אולם לדברי הנתיבות בדעת הרא"ש נראה שאין כאן חיסרון של דבר שבמידה.

לפי הרא"ש אפשר להסביר את דברי אביי בכמה אופנים: א- אביי הבין שדבר שבמידה אינו דין בטענותיהם ולכן מדידת בי"ד מחשיבה זאת לדבר שבמידה ובוה צריך לומר שאנו לא יכולים להסתפק בידעה סתמית על מחלוקת ביניהם דא"כ אין שום משמעות לדין זה דבכל שנים שבאים לדין אנו יודעים שיש ביניהם הפרש. וגם אמירת בית סתם מלא ותשובת מה

שהנחת תחשב לדבר שבמידה. ב- אביי לא מצריך שנדע שיש הפרש ביניהם אלא שתזכר מידה ע"י אחד הצדדים כמו שהגר"א הציע.

### מקור הדין

בראשונים מצאנו שלשה מקורות לדין זה:

א. הר"ן והרא"ש על הדף הביאו את דברי המכילתא<sup>9</sup> כסף או כלים, מה כסף שדרכו להמנות, אף כלים שדרכן להמנות, מכאן אמרו כל טענה שאינה במדה במשקל ובמנין אינה טענה

ב-ג. בב"ק (סג,א) עוסקים בילפותא ובגדר תשלום כפל. אומרת הגמ' שהיה מקום ללמוד כלל ופרט מהכתוב "כי יתן איש אל רעהו וכו'" ומכיון שהתורה כתבה לנו עוד כלל ופרט "על כל דבר פשע" יש ריבוי. תוס' (ד"ה למה) מסיק מהגמ' שדיני כפל ושבועה שווים וז"ל: לפי מה שפירשתי דכפל ושבועה הכל אחד כי היכי דדרשינן לענין שבועה מה כלים שנים הכי נמי לענין כפל וכן הא דמעטינן דבר שאינו מסויים הוי בין לענין שבועה בין לענין כפל ואפי' היכא דנשבע על ידי גלגול בדבר שאינו מסויים פטור הוא מכפל.

בהמשך הגמרא ממעטים מ"שלמה" דבר שאינו מסויים. רש"י פירש דבר ללא סימן. בתוס' שני פרושים אחרים: א- (ריב"א) דבר שאינו במידה, במנין ובמשקל ופסוק זה הוא המקור למשנה בשבועות. ולפרוש זה אנו מבינים שדבר שבמידה הוא דין בשבועה. שהרי תוס' נקטו שההשואה היא בין כפל לשבועה. ב- חצי דבר כגון חצי אגוז וחצי רימון. והוסיף תוס': "ודבר שבמידה וכו' דמצרכי גבי חיוב שבועה, תיפוק ליה ממשמעות דכי הוא זה"

בתחילת דברינו ראינו שלש הבנות בדין דבר שבמידה. ננסה לבחון האם יש קשר בין הסברות שהזכרנו למקור הדין.

א. "כסף או כלים" משמש בפסוק כתיאור של החפץ המופקד ולא כתאור של טענת התובע. והיה מסתבר לומר שהראשונים שלמדים מפסוק זה יבינו את דין דבר שבמידה כדין בידיעת ביה"ד ולא כדין שמגדיר את הטענות.

ב. "כי הוא זה" מדבר על טענת הנתבע ולכן מסתבר לומר שהלומר מפסוק זה יבין את דין דבר שבמידה כדין בטענות עצמם.

<sup>9</sup> מכילתא דרבי ישמעאל משפטים - מסכתא דנזיקין פרשה טו.

ג. ולפי ריב"א מפורש בתוסי' שהבין את הלימוד כדין בשבועה. והוא השווה זאת לדין כפל שזהו פסק הדין.

אולם אין דברינו כאן עולים בקנה אחד עם דברינו לעיל. הנתיות הסביר שהרא"ש סבור שזהו דין בטענות עצמם. וכאן אנו רואים שהרא"ש למד את מקור הדין מ"כסף או כלים".

החזו"א (חו"מ יב,ח) כתב שאם אנו מבינים שדין דבר שבמידה הוא דין בשבועה הכוונה היא שהשבועה צריכה להיות על דבר מבורר. ולפי זה אין סברה להשביע על דבר שבמידה מצד אחד (תביעת י' גפנים ותשובת ה' גפנים ללא הזכרת כמה פירות יש בכל גפן). ולכן סובר החזו"א שכל הראשונים שהביאו את דין דבר שבמידה מצד אחד חולקים על הבנת הריב"א.

לחזו"א, מהרמב"ם שפסק בתובעת אנסתני והוא מודה בפיתוי דהוי מודה במקצת, סובר שיש שבועה בדבר שבמידה מצד אחד. מוכח דלא כריב"א.

אמנם אם נלמד שסברת דבר שבמידה מצד אחד היא שבי"ד דנים על מה שהם מציגים בפניו. וכיון שהתביעה היתה רק על גפנים לא חסר כלום לא בטענה ולא בשבועה<sup>10</sup>. וא"כ אין ראיה מהרמב"ם לגבי שיטת הריב"א.

ראשונים רבים נקטו כמקור הדין כמו ריב"א<sup>11</sup> וביניהם הר"י מגאש ועליו נשענו הרא"ש והרמב"ן. ולפי הסברם (של הרא"ש והרמב"ן) ברור שאין אנו מצרפים מדידה שמחוץ להודאתם ע"מ שתהיה בדבר שבמידה. אולם בהבנה הפשוטה אנו מבינים שאם אנו נאמר שדבר שבמידה הוא דין בשבועה, מדידה שלאחר טעניתיהם תועיל להחשיב את השבועה לדבר שבמידה. וצ"ע.

אפשר לומר שהראשונים אינם מחויבים לשיטת הר"י מגא"ש בהבנת דין דבר שבמידה. ורק בגלל שהרמב"ם כתב את הדין הם פסקו אותו והסבירו אותו לפי הבנתם את דין דבר שבמידה. וזה דחוק דאם הרמב"ם הבין את דין דבר שבמידה בדרך שונה מהר"י מגא"ש מדוע הוא צריך לפסוק את דינו ב"איני יודע"? כן יש לזכור שהרמב"ם נחשב לתלמידו של הר"י מגא"ש.

<sup>10</sup> כפי שבתביעת כמות חיטים אי"צ לנקוב מחיר של קילו בשוק.

<sup>11</sup> בתוסי' ב"ק שם ד"ה דבר (ושבועות מג,א ד"ה אלא); ר"י מיגש בתשובתו שבשטמ"ק ב"ק סג,א בטוען טענת גנב; ח"י הראב"ד לב"ק שם, רשב"א שם בשם שאר מפרשים; מאירי שם. (אנצ"ת כרך ו, דבר שאינו מסוים, טור תרל הערה 65).

יש למצוא קשר בין מקור הדין לשיטות הראשונים הנ"ל. ייתכן וכונת ריב"א באמרו שזהו דין בשבועה אינה לומר שתהיה השבועה על דבר שבמידה אלא שהטענה המחייבת שבועה תהיה טענה על דבר שבמידה, וצ"ע.

## על מחילה בלב, שתיקה והקמה

### א

דעת תוס' ריש פסחים שביטול חמץ פירושו הפקר. הר"ן הקשה, שהפקר בלב אינו מועיל כי דברים שבלב אינם דברים ואם כן כיצד שנה התנא: "מבטלו בלבו ודיו", וע"ש שמפרש ענין הביטול באופן שונה.

### שיטת הרשב"א בדין דברים שבלב

הרשב"א (קידושין נ) מסביר שהכלל "דברים שבלב אינם דברים" נאמר רק כאשר הדברים שבלבו סותרים את מעשיו, אבל דברים שבלב שאינם סותרים את מעשיו הם דברים. לכאורה לפ"ז הרשב"א יאפשר לבטל חמץ בלב משום שמעשיו אינם סותרים את מחשבתו. שער משפט (צח,ב) מוכיח משאלת הר"ן על תוס' שהוא חולק על הרשב"א בדין דברים שבלב, וסובר שדברים שבלב אינם דברים גם כאשר איננו עושה מעשה שסותר כמו בחמץ.

נפקא מינה ממחלוקת זו: מחילה בלב. לפי הרשב"א המחילה תפסה, ואינו יכול לחזור בו אך הר"ן יסבור שהמחילה לא תתפוס.<sup>1</sup>

בדין טענו חיטים והודה לו בשעורים (ב"ק לה,ב), נאמרו בראשונים שלושה טעמים להסביר את דברי רבה בר נתן שהנתבע פטור מהשעורים:

א. הודאת הנתבע שחייב לו שעורים אינה הודאה, ויכול לומר משטה הייתי בך. (רמ"ה)

ב. הודאת התובע שאינו חייב לו שעורים, מכך שלא תבע את שניהם כשדיבר על אותו המקרה. (ר"ן)

ג. מחילת התובע על השעורים, הואיל ושתק לאחר שהנתבע הודה בשעורים. (רש"י ותוס')

היש"ש (בב"ק) כותב שא"א לפרש שהיתה מחילה על השעורים הואיל והוי דברים שבלב, ומחילה שבלב איננה מועילה.

---

<sup>1</sup> על מחילה בלב עיי' חקרי לב חח"מ סי' ו עפ"י ריטב"א ב"מ לד, ב ובשו"ת עטרת שלמה (הגר"ש קרליץ) סי' כב.

קצות החושן (יב,א) מביא מהרש"ל (בהגהותיו לסמ"ג), שאם בלבו היה למחול ועכשיו חוזר בו ואינו רוצה למחול, המחילה הויה מחילה, למרות שהיתה בלב (סתירה לדבריו ביש"ש לעיל, ואכמ"ל). ראייה לדבר מדין אלמנה שלא תבעה כתובתה מהיתומים במשך עשרים וחמש שנה (כתובות קד,א), אומדים את דעתה שהיא מחלה, מכאן מוכח שמחילה בלב מועילה.

## ב

### שיטת קצות החושן בדין דברים שבלב

ומקשה הקצות, לא מצינו שמחילה בלב הויה מחילה. וכדי לישב את הראיה מדין אלמנה, מחלק הקצות על פי מהרי"ט שאף שדברים שבלב אינם דברים, דברים שהם בלבו ובלב כל אדם הם דברים. כלומר אם הדברים שבלב ניכרים לעין כל דברים שבלב כל אדם הויה דברים, ולכן אשה שלא תבעה כתובתה במשך עשרים וחמש שנה אלו דברים שבלבו ובלב אדם כלומר גלוי לכולם שאשה זו מתכוונת למחול כתובתה. לפי זה גם בסוגיית טענו חיטים והודה לו בשעורים אומר הקצות שגלוי וידוע לכולם שהתובע מחל על השעורים, אע"פ שזוהי מחילה בלב. (יש להעיר על דברי קצוה"ח, שהרי נחלקו הראשונים מה הטעם שפטור מדמי שעורים, משמע שלא ברור לכולם שבמקרה כזה התובע מוחל ועכ"פ למ"ד שטעם הדין הוא מחילת התובע, צ"ב איך חשיב שדברים שבלבו ובלב כל אדם כאשר ראשונים אחרים אינם רואים כאן מחילה כלל!).

### תרומה וקדשים

שער משפט מקשה על הרשב"א: הרשב"א ביסס דבריו (בין היתר) על כך שהפרשת תרומה מהני במחשבה ומכאן שדברים שבלב שאינם סותרים לפיו מהני. והקשה שער משפט, הרי במס' שבועות (כו,ב) מבואר שתרומה וקדשים שמהני בהם מחשבה חשיב כשני כתובים הבאים כאחד (ונחשב לכם תרומתכם; 'כל נדיב לב') ואינם מלמדים. וא"כ כיצד רצה הרשב"א ללמוד יסודו מתרומה שמועילה בה הפרשה במחשבה?

על מנת לתרץ את קושיית שער משפט על שיטת הרשב"א מסבירים הגרנ"ט, ר' ברוך בער (ברכת שמואל ריש קידושין) ור' שמואל (ריש פסחים), שבתרומה יש שני עניינים:

1. בדרי"כ א"א לפעול חלויות וקנינים במחשבה בלבד וצריך דיבורים ומעשים. החידוש בתרומה ובקדשים שמועילה מחשבה ליצירת חלות.

## 2. בתרומה ובקדשים דברים שבלב הוי דברים.

מהגמי בשבועות עולה, שאין ללמוד מתרומה וקדשים לכל התורה כולה, כי הם שני כתובים ואינם מלמדים. אין הכרח שכתובים אלו נחשבים לשני כתובים שאינם מלמדים ביחס לשני הדינים הנ"ל. י"ל שאינם מלמדים שאפשר יהיה לעשות חליות במחשבה, אך לכך שדברים שבלב ייחשבו לדברים - כל עוד שאינם סותרים לפיו (ונפ"מ לביטול מקח וכדומה, דהיינו לגרום לדינים אך לא לחליות), יש ללמוד מתרומה. (ר"ל דשני כתובים אינם מלמדים הואיל והתורה כתבה שניהם להורות שאין כאן בנין אב לכל התורה, אך בנידון דידן ייתכן והלכה אחת מתוך שני החידושים שבתרומה אכן תִּלְמַד למקומות אחרים).

שער משפט לא למד כך ברשב"א, שהרי כתב שלרשב"א גם בחמץ, דברים שבלב יועילו. ולכן, לדעתו, הרשב"א בהחלט יכול לסבור שביטול חמץ ענינו הפקר ואעפ"כ 'מבטלו בלבו ודיו'. והנה על פי ביאור האחרונים הנ"ל בדברי הרשב"א עולה שדברים שבלב הם דברים רק כאשר אינם באים ליצור חלות חדשה והרי הפקר היא יצירת חלות חדשה.

וע"כ נצטרך לפרש מחלוקת האחרונים אי מהני מחילה בלב באופן אחר מהצעת שער משפט. וי"ל שתלוי אם מחילה הוי הקנאה או סילוק וכפי שחקר המחנ"א.

ובחקירה זו תלה המחנ"א שתי נפ"מ: אי מהני מחילה בע"כ של הנמחל וכן אי מהני מחילה לקטן וצ"ל שהסובר שמהני מחילה בלב ס"ל שמחילה אינה חלות חדשה אלא סילוק בלבד. ועי' מחנ"א (זכיה מהפקר סו"ס יא) שא"א לחזור ממחילה אפילו תוכד"ד כי אינה קנין ומעת שיצא מפיו זכה בו חבירו.

### ג

#### הסבר שיטת הר"ן על פי דברי הרשב"א

סיוע להצעה הנ"ל לצמצום מחלוקת הר"ן והרשב"א<sup>2</sup> (דלא כשער משפט) ניתן להביא מנדרים עט, דאיתא התם דקיום בלב הוי קיום. ומבאר הר"ן שלומדים זאת מכך שבכוחה של שתיקה ביום שומעו לקיים את הנדר, וז"ל:

דכיון שעבר יום שמיעה ולא הפר גלי אדעתיה שהוא רוצה בקיומו של נדר.

<sup>2</sup> העירוני שהר"ן בקידושין הביא דברי הרשב"א ולא נראה שחולק עליהם.

והקשה רע"א בגליון הש"ס, דמה שאמרנו שדברים שבלב אינם דברים, הוא רק כאשר א"א לדעת מה כוונתו, אבל כאשר הדברים מוכחים כגון מי ששתק כל היום, הדברים הם בלבו ובלב כל אדם. אבל מי שקיים בלבו אין לנו שום הוכחה שהוא קיים ואלו ככל דברים שבלב שאינם מועילים. אם כן, איך למד הר"ן מדברים שבלב (שהם בלב כל אדם) להקמה שהיא רק בלבו.

האחיעזר (יו"ד יט, ג וכיוצ"ב ביונת אלם), מתרץ שהשוואה שעשה הר"ן בין שתיקה ביום שומעו להקמה היא רק כדי ללמוד שלהקמת נדר אין צורך בדיבור (לעומת נדר<sup>3</sup>). לגבי העובדה שניתן להקים בלב, אין צורך בלימוד מיוחד כי הר"ן סובר כהרשב"א שדברים שבלב שאינם סותרים את פיו הינם דברים. (האחיעזר מרחיב לבאר את דעת הרשב"א ע"ש). ממילא יוצא שהר"ן סובר כהרשב"א.

#### ד

### הקמה - יצירת חלות או ויתור על זכות ההפרה?

על פי זה נצטרך לומר שהקמה איננה החלת חלות. שהרי על פי הסבר הגרנ"ט ודעימיה כל דברי הרשב"א הם רק בדברים שאינם צריכים להחלת חלות. (כאמור, שער משפט לא למד כך אלא גם בהחלת חלות אמר הרשב"א את דבריו). אם נאמר שהקמת נדר היא חלות אי אפשר לומר את תירוץ האחיעזר לקושיית רע"א על הר"ן על פי הרשב"א.

מדוע היתה הו"א שכמו שנדר צריך דיבור גם הקמה צריכה דיבור? בגמ' בדף סט בעי רבא: יש שאלה בהקם או אין שאלה בהקם? את"ל יש שאלה בהקם, יש שאלה בהפר או אין שאלה בהפר? ת"ש, דא"ר יוחנן: נשאלין על ההקם, ואין נשאלין על ההפר.

מתלבטת הגמ' האם ניתן להישאל על ההקמה. הרא"ש (והר"ן בסגנון דומה) כתב שהואיל והקמה היא מעין נדר יש סברא לומר שאפשר לישאל עליה. ולכן הר"ן היה צריך לומר מדוע הקמה היא לא לגמרי עומדת בגדרים של נדר

<sup>3</sup> אמנם לא נתפרש בש"ס בהדיא שצריך דיבור בנדר. לגבי שבועה נזכר בתורה ביטוי שפתיים ואיתא בש"ס: "אמר שמואל גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו" (שבועות כו, ב), אך הראשונים כתבו כן אף ביחס לנדר, עיי' פירוש הרא"ש נדרים סב, ב ד"ה שלא נתכוין: ...ובנדר בעינן שיוציא בשפתיו כדכתיב כל היוצא מפיו יעשה כו'. וכן הוא בפירוש הרא"ש ריש נדרים ד"ה האומר לחבירו מודר אני ממך.

והיא איננה צריכה דיבור. ולפי"ז היה נראה שיש בהקמה ענין של חלות וכנדר עצמו.

נחלקו ראשונים ובעקבותם המחבר והרמ"א (רלד, כג) האם אשה יכולה להישאל על נדר לאחר הקמה:

דעת המחבר: בעל שקיים נדרי אשתו, והלכה לפני שלשה הדיוטות והתירו לה, מותר. וכן פסק הש"ך לדינא.

ודעת הרמ"א: וי"א דאין חכם או ג' הדיוטות יכולין להתיר אחר הקמה של בעל. [הנ"כ מביאים הוכחות לכאן ולכאן].

במאי קמיפלגי? הקה"י לנדרי ועוד אחרונים תולים מחלוקת זו בחקירה מהי הקמה. אפשר להבין שהקמה היא איבוד יכולת ההפרה, והנדר נשאר בעינו, ולכן חכם מתיר נדר לאחר הקמה ככל נדר אחר. ואפשר לומר שהקמה היא חיזוק הנדר והנדר כעת 'אליס' ולכן לא ניתן להישאל על נדר כזה.

מעתה נצטרך לומר שהאחיעזר המובא לעיל צועד בדרכו העקרונית של הב"י הסבור שהקמה איננה החלת חלות, ובכך מתרץ את דברי הר"ן (שלומד על קיום בלב משתיקה ביום שמעו) ע"פ הרשב"א (שדברים שבלב שאינם סותרים לפיו הוי דברים). כי ניתן לאבד זכות על פי דברים שבלב. (ולפי זה צריך לומר שמחילה היא סילוק ולא החלת חלות וכנ"ל).

יש להעיר שייתכן ואף אם נסבור שנדר שהוקם חשיב אליס, ייתכן ותועיל שאלה לחכם על הנדר, הואיל וחכם עוקר הנדר למפרע, יש לומר ששוב אין את מה להקים (קה"י שם).

### **האם שתיקה כהקמה?**

רבא דן (נדריס סט) האם ניתן להישאל על הקמה. ונחלקו הראשונים, האם מדובר ביום שומעו, או שניתן להישאל על ההקמה גם אחרי יום שומעו:

הר"ן סובר שמדובר ביום שומעו, שהרי אם עבר כבר יום שומעו א"א להפר שהרי לא גרע משתיקה.

הטור (רלד, מט וכן בשו"ע שם) לעומתו כותב, שאפשר לישאל על ההקמה גם שלא ביום שומעו, שהרי הוא כמו מי שלא ידע שאפשר לישאל על ההפר.

וצריך באור במאי פליגי?<sup>4</sup>

נראה שהר"ן סובר כשו"ע הנ"ל (שנשאלים על נדר לאחר הקמתו), שהרי אם הוא סובר כהרמ"א על פי הסבר הקה"י, יש נפק"מ לישאל על ההקם גם לאחר יום שומעו, שהרי לפני שהבעל נשאל על ההקם חכם אינו יכול להתיר את הנדר, אך אם הבעל ישאל על ההקם הנדר יחזור להיות נדר בכוח רגיל, והאשה תוכל ללכת ולישאל אצל חכם.

הרש"ש בדף סט מעיר על הר"ן בכתובות (דף לב מדפי הרי"ף) שאומר שאין נשאלים על שתיקה. ומקשה הרש"ש, וכי מה בין שתיקה להקמה, הרי ע"י שתיקה מוכח שהקים - "הקים אותם כי החריש לה ביום שומעו".

כיוצא בזה הקשה הרש"ש על המשנה נדרים סו, א. דאיתא התם: הפר האב ולא הפר הבעל ולא הפר האב אינו מופר ואין צריך לומר שקיים אחד מהם. ובמיוחס לרש"י כתב: "הפר האב ביום שמעו ולא הפר הבעל אלא שתק מעת לעת" וקשה דשתיקה ביום שמעו כקיום הוא ומאי קתני סיפא ואין צריך לומר שקיים אחד מהם. וכן נראה מלשון הרא"ש בפירושו למשנה שם דשתיקה ביום שמעו לא חשיב הקמה, והקשה הרש"ש דע"כ חשיב קיום דמקרא מלא הוא 'הקים אותם כי החריש לה ביום שמעו'.

מהרש"ש רואים שהבין ששתיקה והקמה הם ביטול זכות ההפרה ואינם פועלות כלום בנדר. אבל ע"מ להסביר את הר"ן יש לחלק ולומר ששתיקה היא הקמה הפועלת מאליה והיא איבוד זכות ההפרה. ואילו הקמה שאדם מקים בפועל, יש בה מרכיב חזק יותר, הבעל מאלים את הנדר - "הוא נתן אצבע בין שיניה" (כתובות עב).

אך אם כנים הדברים, צ"ע טובא במש"כ הר"ן בדף עט, שניתן להסיק שקיום בלב מהני, מדין שתיקה ביום שומעו. והרי אלו שני דינים שונים.

### הקמה - חלות

עוד יש להוכיח כנ"ל, שבהקמה יש חלות מסויים כי אם נאמר שקיום איננו אלא סילוק וויתור על זכות הפרה ולא יצירת חלות, מה שייך ב"קיים ליכי קיים ליכי" ונשאל על הראשונה שהשניה תחול (כלשון הגמרא נדרים סט)? נראה מכאן, שהקמה עצמה עושה חלות.

<sup>4</sup> ע"י דברי רע"א בשו"ת (קמא מח) שתמה על הטור מדוע לא הביא דין זה בשם אביו רא"ש.

## ה

### שיטת הרמב"ם בקיים ומופר ליכי

איתא בנדרים סט : בעי רבא : קיים ומופר ליכי מהו? ומוכיחה הגמ' מדינו של רבה שכל שאינו בזה אחר זה, אפילו בבת אחת נמי לא ונחלקו הראשנים מה מסקנת הגמרא :

לדעת הר"ן הנדר עומד בעינו, כמו במקדש שתי אחיות שאף אחת מהן איננה מקודשת, ואין כאן לא הקמה ולא הפרה.

לדעת הרמב"ם (נדרים יג, כב) הנדר מוקם.

### הסבר הגר"ח

עיי ר"ן, רדב"ז וכס"מ שהתקשו בדברי הרמב"ם הנ"ל.

ובאר ר' חיים (בספר), בקידושי אשה שתי החלויות סותרות זו את זו. רק עם הבעיה היא דינית א"א שיחולו ביחד. אם הבעיה נובעת מהמציאות אפשר שיחולו יחד למרות שא"א שיחולו בזה אחר זה, לדוגמא בעלמא - ראובן שמכר שדה לשמעון ואח"כ שב ומכר אותה ללוי, המכירה ללוי איננה חלה, אבל ניתן למכור בבת אחת לשמעון וללוי. הפרה אינה יכולה לבוא אחרי הקמה מבחינה דינית. הקמה יכולה לבוא אחרי הפרה מבחינה דינית, אלא שא"א להחיל הקמה מבחינה מציאותית כי כבר אין כאן נדר, ולכן כאשר יהיו שניהם יחד, תישאר ההקמה שהיא יכולה לחול. (וע"ש בהגדרת מחלוקת הרמב"ם והר"ן).

יסוד דברי הגר"ח לחלק בדינו של רבה דכל שבזה אחר זה אינו אלא בעיכוב דיני ולא בעיכוב מציאותי, מצינו בתוס' בגיטין מב :

"ונראה לרבינו שמואל דרבה לטעמיה דאית ליה בפ' שני דקידושין (דף נב), ובמי שהוציאוהו (עירובין נא) כל שאין בזה אחר זה אפי' בבת אחת אינו ובזה אחר זה לא קנה כיון דשייר ולא דמי לשיחרר חציו ומכר חציו דהתם הוי בזה אחר זה אם מכר חציו תחילה וקצת קשה לפירושו דאם כן כי אמר כולו נמי לא ליקני בבת אחת כיון דבזה אחר זה שני לא קני כמו במקדש שתי אחיות דאינן מקודשות כיון דבזה אחר זה לא תפסי קדושין בשניה אלא ודאי לא שייך כל שאינו בזה אחר זה אלא היכא שהראשון מונע את השני מלחול כמו בשתי אחיות שמונעים קידושי הראשונה מלחול קידושי שניה אבל הכא הא דלא קני שני בזה אחר זה לאו משום דלא חזי לקנות אלא משום דכבר

נסתלק הנותן ואין לו בהן כלום מידי דהוה אנותן כל נכסיו לשנים וכתב לכל א' נכסיי נתונין לך במתנה וזיכה להן בבת אחת דקנו כל הנכסים".<sup>5</sup>

ושואל העולם על הגר"ח, שהרי בגמ' בקידושין הובא נידון של מרבה מעשרותיו, והשוו לדברי רבה דכל שאינו בזה אחר זה וכו' ושם זה ענין של מציאות - שלאחר תיקון הכרי - שוב א"א לעשר עוד? וע"כ צ"ל שבמרבה מעשרות יש גם מניעה דינית ולא רק מצד המציאות (בשם הגרי"ז).

וכך יש להבין דברי תוס' בכורות ט,א. דתנן התם חמורה שלא ביכרה וילדה שני זכרים נותן טלה אחד לכהן ובגמ' א"ר ירמיה דמתני' דלא כריה"ג דס"ל אפשר לצמצם דלשיטתו תרוייהו קדשי ואביי ס"ל שאף לריה"ג רק אחד קדוש (דנתמעט מקרא). והקשה תוס' לאביי דמתני' אתיא כריה"ג ונותן טלה אחד לכהן נימא כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת נמי לא ולא יקדש לא זה ולא זה? ולכאורה קושייתם סותרת להנחה הנ"ל כי כאן החסרון אינו חסרון דיני - לכאורה - אלא חסרון מציאותי דכל שיצא ראשון תו הבא אחריו לא מיקרי פטר רחם. וליישב י"ל בהקם הערה נוספת, דתוס' הקשו דוקא לאביי (ועי' רשב"א ביקידושין דאביי פליג אטעמא דרבה) ומדוע לא הקשו לר' ירמיה דס"ל לריה"ג דשניהם קדושים? וע"כ צ"ל דר' ירמיה אינו ענין לכללא דרבה הואיל ואי חלות קדושה על שני פטרי החמור בזה אחר זה הוא ענין מציאותי שפיר מצי לחול בבת אחת, אך לאביי דיליף מקרא דאפילו בבת אחת קדושה אינה חלה על שניהם הוי גזה"כ ולא רק ענין של מציאות ולכן שפיר הקשה תוס' דכל שבזה אחר זה לא חל נימא דבבת אחת נמי לא חל ודוק.

## ו

### הסבר האור שמח

האור שמח (שם, פ"ג) מתרץ דברי הרמב"ם באופן אחר. הואיל וכל שאינו בזה אחר זה בבת אחת נמי לא, הדיבור של ההקמה והדיבור של ההפרה התבטלו, וממילא נשארה הקמה והפרה בלב. והואיל והפרה בלב לא מהני חלה ההקמה.

<sup>5</sup> יעויין תוס' ר"ד (קידושין דף ג) שואל על דין אין איסור חל על איסור, הרי אם יבואו שני האסורים בבת אחת - יחולו. והרי כל שאינו בזה אחר זה, אינו בבת אחת, ע"ש ואכמ"ל.

יש להעיר על דברי האור שמח, שהרי ייתכן אותו אדם גם חשב להקים ולהפר כאחד, וכמו שא"א לחתוך את הדיבור, א"א לאחזו בהקמה ולהתעלם מההפרה. בלשון אחר: ייתכן ולא היתה כאן כונה להקמה אלא כונה להקמה והפרה כאחד ואף אם הקמה בלב מהני כאן חסר בכונתו.

האור שמח עצמו חוזר בו ואומר שכל שחשב להוציא בפיו לא מועיל מחשבת הלב, (כמבואר בטו"א ר"ה ח) שמי שחשב להפריש תרומה ואמר מעשר, לא תועיל ההפרשה שבלבו.

ז

### הסברי הגר"ח שמואלביץ

ר' חיים שמואלביץ,<sup>6</sup> דוחה את ניסיון התירוץ של האור שמח, שהרי אם קידש שתי אחיות בקידושי כסף ולאחת מהן מסר אף שטר קידושין פשיטא שלא תתקדש. לא נאמר שהכסף ביטל הכסף ונשארו קידושי שטר. הכא נמי הקמה בפה ובלב הם חלות הסותרת להפרה בפה.

ר' חיים שמואלביץ דוחה אף את דברי הגר"ח. הרמב"ם סובר (מובא בר"ן בדף סז) שאם אחד הפר נדר והשני קיים (אב ובעל) וחזר המקיים ונשאל על הקמתו המפר אינו יכול להפר שנית כי אין הפרה לאחר הפרה (ע"ש בר"ן דלרמב"ם הפרה ראשונה בטלה כששני קיים). לפי זה ניתן לומר שהקמה לא חלה לאחר הפרה כי האמירה הראשונה של הבעל ביחס לנדר היא המכרעת.<sup>7</sup> אם כן, ההקמה איננה יכולה לחול על בסיס ההפרה גם מבחינה מציאותית וגם מבחינה דינית. לפי זה יעבוד הכלל של כל שאינו וכו'. ולכן גם תירוץ הגר"ח צ"ב.

ר' חיים שמואלביץ באר את פסק הרמב"ם בשני אופנים: אופן ראשון - אף אם נאמר שמצד כללא דרבה ההקמה וההפרה נתבטלו, מ"מ אין בכך חסרון בהחלטת ההקמה וההפרה, וחשיב שנתבטל מכח דין/דבר צדדי וממילא נשאר הנדר בתקפו.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> ספר הזכרון עמ' קפה ואילך.

<sup>7</sup> ברור שלא נאמר כן בכל ענין. למשל: לרבי נתן הפרה קודם שחל הנדר (דף צ) או הפרה לרבנן (דף עה) קודם שנדרה, בכה"ג לא מיקרי הפרה כלל.

<sup>8</sup> לפי"ז דלא חשיב נדר שהוקם אלא שהבעל איבד זכות ההפרה תוכל האשה להשאל אצל חכם אף לסוברים שלאחר הקמה לא מהני התרת חכם.

אופן שני - הקמה איננה יצירת חלות אלא שחידשה תורה שאם לבעל יש רצון שהנדר יתקיים שוב אינו יכול להפר. בדברים שנפעלים על ידי הרצון (בלבד) לא שייך לומר שהדברים שבלב אינם דברים, כי כל צורך התורה בקיום הוא בלב, שיראה שרוצה בקיום הנדר. כך בביטול חמץ על פי הסבר הר"ן דרשו חכמים בדיקה, כי הדבר תלוי במחשבותיהם של בני אדם ואין ליבותן שווים. שואל שם רע"א מדוע? הרי הוא מבטל בפיו ולא אכפת לי מה חושב בלבו? אלא שדברים שהם תלויים רק במחשבת הלב ללא כוונת חלות בלב, העיקר היא מחשבת הלב.<sup>9</sup>

בכלל דכל שאינו בזה אחר זה חידש רבה דאף שבב"א עדיין אין חלות כלל שביכולתה למנוע חלות אחרת, מ"מ בכח מעשה אחד למנוע ממעשה אחר כח ליצור חלות, ולכן כל שהחלות איננה נפעלת ע"י האדם אלא 'מאליה' שוב לא שייך לכאן כללא דרבה. (וכעין דברי התור"י הנ"ל, שלא שייך דין דכל שאינו בזה אחר זה באיסורים דחלים בבת אחת וכתב התור"י דבאיסורים חלים ללא מעשה אלא מאליהם ודוק).

לפי זה, יש לדחות את דחיית האור שמח! כי בתרומה יש יצירת חלות ומהני במחשבה, אבל הקמה איננה יוצרת שום חלות אלא רק מחשבה בלב. ולכן סברת הטו"א שבמקום שמתכוין להוציא בשפתיו לא מהני כונת הלב, אינה אלא בתרומה וכדומה דשם הרצון אינו פועל אלא מחשבתו (כמחשבה להקנות) ולכן כל שכיון להוציא בשפתיו לא נאמר שחל על ידי מחשבתו כי חסרה כונה שהמחשבה תפעל.

לפי זה יוצא שהקמה איננה החלת חלות כלל, אלא שבהקמה הבעל מגלה שחפץ בקיום הנדר. אם כן המהלך בו חילקנו בין הקמה לשתיקה לא יועיל ונצטרך למצוא תירוץ אחר לשאלת הרש"ש. (אמנם למהלך זה של הגר"ח שמואלביץ לפיו אין בהקמה אלא רצון בלבד לא הבנתי מה שייך שאלה על הקמה?)

<sup>9</sup> עפ"י ניתן לבאר שמחלוקת ר' יאשיה ור' יונתן (נדריים עב,ב) אי מהני שליח היינו בהפרה בלבד אבל להקמה פשיטא שלא מועיל שליח דלא שייך שליחות לדבר שכל כולו רצון. ובזה איש קושיית העולם על הבי"י (יו"ד רלד) שר"ל שהטור נקט להלכה שאין שליח להפרה מכח ספק וספיקא דאורייתא לחומרא. והדבר צ"ב, דבשלמא בשליחות להפרה שפיר י"ל דאזלינן לחומרא ולא מהני, אבל אם אין שליח להקמה הוי לקולא? ונאמרו יישובים שונים לקושיא זו ולדברי הגר"ח שמואלביץ לק"מ.

## חילוק נוסף בין שתיקה להקמה

ליישוב הערת הרש"ש הנ"ל, מה בין שתיקה להקמה, שעל שתיקה לא מהני שאלה ועל הקמה אפשר להשאל, כתב הקה"י שהסיבה שא"א להישאל על שתיקה, הואיל ושתיקה בטעות הויא שתיקה, והתרת חכם מבוססת על טעות בנדר (ולכן לב"ש לא נשאלים על ההקדש כי הם סוברים שהקדש בטעות הוי הקדש).

## ח

### הלבוש - על הקמה בלב אי אפשר להשאל

עוד אפשר לתרץ את קושיות הרש"ש ע"פ ההקדמה הבאה:

לעיל הובאה מחלוקת בשאלה: האם חכם מתיר נדר לאחר הקמת הבעל? ונחלקו בכך המחבר והרמ"א. לאחר הבאת י"א שחכם אינו מתיר לאחר הקמה הוסיף הרמ"א בשם מהרי"ק (שרש נ) שאם הבעל החריש לה יכול חכם להתיר. מדברי מהרי"ק עולה שאף אם נאמר שהקמת בעל מאלמת הנדר (וכנ"ל מהקה"י) בשתיקת הבעל לא אמרינן הכי, אלא שבחלוף יום שמעו איבד הבעל את זכות ההפרה.<sup>10</sup>

אמנם בתשובת מהרי"ק הנ"ל נטה מתחילה לומר ש"אין נראה בעיני לחלק כל כך בין קיום להחרש דדא ודא קיום הנדר הוא", אלא שלבסוף כתב: "ומכל מקום מאחר שכבר פשט המנהג שהחכם מתיר אחר החרש הבעל שמא יש לחלק בין החרש לקיום נלע"ד נכון וישר שישאל הבעל על ההקם ונמצא כאלו לא קיים ואח"כ תשאל היא על נדרה אשר שוו רוב הפוסקים בלי ספק שהחכם יכול להתיר".

וצ"ב מעיקרא מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר בחילוק בין שתיקה להקמה. ובפרט שהביא לעיל מיניה מדברי הראשונים "שאין קיומו עושה כלום בנדרה אלא שעושה כנדר אלמנה וגרושה אשר אין לה קצין שוטר ומושל על נדרה וכו'". לכן נראה לפרש חילוקו על פי דברי הלבוש (רלד, ו). הרמב"ם סובר שבנערה המאורסה שמפירים נדריה בשותפות, אם קיים האחד וחזר ונשאל על ההקמה אינו יכול להפר ביחד עם השני. ומחדש הלבוש שאפי' בו ביום איננו יכול לחזור ולהפר בשותפות, שרק אם ההפרה תלויה בו לבדו, יכול

<sup>10</sup> לעיין היטב בשו"ע יו"ד רלד, כג ובש"ך ס"ק לט ובהגהות רע"א.

לישאל על ההקמה, אבל אם מפריס בשותפות, יש לחשוש שאחד הקים בלב, ועל הקמה בלב א"א להשאל וז"ל:

אם קיים האחד, אפילו חזר ונשאל על ההקמה אינו יכול להפר עם השני. ונראה לי אפילו נשאל על ההקמה בו ביום של שמיעת שניהם אינו יכול שוב להפר עם השני, אף על גב דאמרינן לקמן סעיף מט דהמקיים נשאל ומיפר, היינו כשהפרה תלויה בו לבדו, אבל הכא שההפרה תלויה בשניהם מיד שקיים אחד מהם השני לא העלה על דעתו להפר, כיון שידע שלא יהיה בה ממש והוי כאילו קיימו במחשבתו, ואמרינן לקמן סעיף מא דקיום המחשבה מהני לגבי דידיה. וליכא למימר שישאל גם כן על הקמתו, דהא לא נדר כלום והתורה אמרה לא יחל דברו, אבל אחרים מוחלין, דברו משמע ולא מחשבתו. כן נראה לי טעמא ודוק.

על פי זה אפשר לחלק, שעל הקמה בפה דדמיא לנדר, אפשר לישאל עליה. אבל על הקמה בלב כמו שתיקה א"א להישאל.

אמנם לפי זה יוצא שא"א להישאל על הקדש בלב (ואכן כן כתב בספר גור אריה יהודה). אבל יותר קשה, שלפי הנ"ל יוצא שא"א להישאל על תרומה שהופרשה בלב, וזה קשה מגמ' בפסחים מו.ב. דאיתא התם בבאור מחלוקת התנאים אודות המפריש חלה בטומאה ביו"ט של פסח אי הוי תמץ שמוזהרים עליו:

והכא בהואיל קמיפלגי. דרבי אליעזר סבר: אמרינן הואיל ואי בעי איתשיל עלה ממוניה הוא. ורבי יהושע סבר: לא אמרינן הואיל.

מבואר שלרבי אליעזר אין להפריש בטומאה בגלל איסור ב"י, ואם כל סברתו היא 'אי בעי איתשיל' היה לרבי אליעזר להנחות להפריש באופן שא"א להישאל. ולנ"ל ניתן היה לומר להפריש במחשבה ושוב לא מהני שאלה, ומכאן נראה שאין הפרשה שליתא בשאלה וצ"ע.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> באופן דומה הוכיחו בשו"ת עונג יו"ט ובשו"ת באר יצחק שמועילה שאלה על הפרשת שלח. ושניהם הוכיחו מגמ' זו שלא תמצא הפרשה דליתא בשאלה.

ט

**הקמה ושתיקה - שתי הלכות**

דברי הר"ן עדיין טעונים באור. בפשטות הר"ן יודה שיש שני סוגי שתיקה. יש שתיקה ביום שמעו שמשמעותה שבסוף היום איבד הבעל את זכות ההפרה שהיתה לו, הזמן חלף ועבר לו. ויש שתיקה שפועלת כהקמה.

בדעת הר"ן מוכרחים, לכאורה, לומר שיש שני סוגי שתיקה והדבר מוכרח, שכן בגמ' הסתפקו ולהלכה נפסק שהשותק על מנת למיקט הוא שתיקה. האם שתיקה זו מתפרשת כהקמה? האם יש הכרח לפרש כך כונתו? אדרבא מסתבר שכל כונתו - כפי שהעידו עליו - 'למיקט' בלבד. שותק על מנת למיקט מהני, כי בעקבות השתיקה איבד הבעל זכות ההפרה, אך מנין שיש בשתיקה גם הקמה? ובמילים אחרות מנין לר"ן שני דינים בשתיקה (דין אחד - איבוד זכות הפרה; דין שני - הקמה)? הוכחת הר"ן שהקמה בשתיקה מהני משתיקה ביום שמעו מבוססת, בהכרח, על שתיקה שיוצרת הקמה ולא משותק על מנת למיקט.

באחרונים שתי מגמות בהסבר הדבר.

האפיקי ים (סימן יז) סבור, שגזרת הכתוב היא שיכולת ההפרה מוגבלת בזמן. גם מי שגירש את אשתו, איבד את יכולת ההפרה ברגע שחלף יום שמעו. גם מי שהקים את הנדר ויישאל על הנדר למחרת, לחלק מן הראשונים אינו יכול לחזור ולהפר את נדר אשתו, מכיוון שחלף יום שמעו. וכך גם בשותק על מנת למיקט אין לומר שהתכוין להקים.

אמנם, בעקבות הלכה זו נוצרת הלכה נוספת, שמי שיודע את ההשלכות של השתיקה ושותק, מגלה בכך שהוא מתכוין להקים את הנדר.

ומוסיף האפיקי ים שיש סימוכין לחידוש הנ"ל בפסוקים עצמם:

מצד אחד נאמר שאם הבעל חריש לה - "וקמו נדריה וכו'". אך בהמשך הפרשה נאמר: "ואם חריש יחריש לה... והקים את כל נדריה וכו' הקים אתם כי חריש לה ביום שמעו". הרי שפעם אחת נאמר, שבעקבות שתיקה הנדרים 'קמו' ופעם אחרת נאמר שהבעל (בשתיקתו) הקים הנדרים. אף לאחר הלימוד מן הפסוקים יודה האפיקי ים שיש שתיקה שאינה הקמה. השותק

על מנת למיקט אינו כמקים את הנדר, אלא שאיבד את זכותו להפר את הנדר.<sup>12</sup>

כיוון אחר בביאור דברי הר"ן (נדריס עט), שהקמה שבלב נלמדת משתיקה ביום שמעו, עולה מדברי הדבר אברהם והחזון יחזקאל (תוספתא פרק ז):

במשנה פרק נערה המאורסה איתא: "נדרה עם חשכה (נדרה בשבת סמוך לחשכה) מפר עד שלא תחשך (מפר לה נדרה בשבת אפילו שלא לצורך שבת) שאם לא הפר וחשכה אינו יכול להפרי".

וצ"ב לר"ן שסובר שאם החריש לה ביום שמעו שוב אינו מפר כי מוכח שרצה להקים, ולא בגלל שמשך הזמן שהתורה נתנה להפריה הא יום אחד בלבד, בנדון דידן, אילו לא היו מפירים בשבת אין מכאן הוכחה כלל שרצונו להקים (ומדוע שתיקה זו לא תחשב כשותק ע"מ למיקט)? הר"ן כתב (ד"ה ואמאי): "אלא ודאי משמע דכל שתיקה מקיימת".

ובאר החזון יחזקאל (עמ' 72), שיסוד הדין דלאחר יום שמעו אין הבעל מפר הוא משום שיש בשתיקה בכל יום שמעו גילוי דעתו שרוצה בקיום הנדר. ועל גבי הבנה זו חקקה התורה ש"יום שמעו" הוא זמן מוגבל להפרתו. ואם נמנע מלהפר באופן שאין בשתיקתו גילוי דעת על רצונו להקים, אעפ"כ שוב אינו מפר.<sup>13</sup>

לפנינו גישה הפוכה מגישת האפיקי ים. לאפיקי ים יום שמעו ענינו משך זמן שנתנה תורה להפריה, ועל גביו נצמח צד של הקמה. לרב אברמסקי איפכא - עיקר ענין יום שמעו - ששתיקה במשך זמן זה מוכיחה על כונה להקים אלא שגזרה תורה במעין 'לא פלוג' שכל שעבר יום שמעו, אף אם לא נוצרה הוכחה לכונת הקמה, שוב לא יוכל להפר.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> ע"ש באפיקי ים שכתב ליישב קושיית רע"א בגליון הש"ס.

<sup>13</sup> כמשל להלכה כעין זו כותב הרב אברמסקי כך: כל הנודרת על דעת בעלה נודרת (מימרא דרב פנחס), וגם הנודרת ומפרשת שהנדר לא יהיה על דעת בעלה, בעלה מפר את נדרה (ריטב"א). על יסוד הסברה שכל הנודרת על דעת בעלה נודרת חקקה התורה עקרון שהבעל מפר את נדרי אשתו. החוק קבוע גם במקרה שבו האשה באופן חריג אינה נודרת על דעת בעלה, ועדיין תתכנה נפ"מ מסברת 'כל הנודרת'.

<sup>14</sup> לכאורה יש לעיין בעיקר קושיית רע"א. רע"א תפס ששתיקה ביום שמעו מתפרשת כהקמה, ופירוש זה כה גלוי הוא עד דהוי דברים שבלבו ובלב כל אדם. והרי לפי הנכתב בפנים הכרח זה צ"ב, הרי שתיקה יכולה אף להתפרש כשתיקה על מנת למיקט? האם יש אפשרות לקבוע שיש לפנינו דברים שבלבו ובלב כל אדם? ולפי"ז קושיית רע"א מעיקרא ליתא. וצ"ב.



### דברים שבלבו ובלב כל אדם - אם ניכר בזמן מסויים

הדבר אברהם (ח"ב סו"ס יד) העלה סברא חדשה: דברים שבלבו ובלב כל אדם הם דברים רק כשיש זמן מסויים בהם ניכר שיש כאן דברים. אך אם מתבססים על אומדנא כללית שהיתה כונה מסויימת (לא חשיב דברים שבלבו ובלב כל אדם. עפ"י הנחה זו מיושבת קושיית רע"א בנדריים עט. שתיקה כל יום שמעו אינה עדיפה על פני הקמה בלב ואין לומר שבשתיקה ביום שמעו הוי בלבו ובלב כל אדם כי אין רגע מסויים עליו ניתן לומר שהיתה הקמה. ובלשון הדבר אברהם:

די"ל דהא דמהני בדברים שבלב אומדנא דמוכח הוא דוקא אם בשעה שהוא חושב בלבו יש לנו אז האומדנא ומוכח וגלוי לכל שחישב עכשיו כן, דכיון שהאומדנא מוכיחה ומשלימה את המחשבה שבלב נעשית אותה מחשבה כדיבור, אבל אם בשעת מחשבתו אין אומדנא אלא דאח"כ תהא אומדנא שחשב כן מקודם לא מהני, דבשעת מחשבתו אין הוכחה ולא נעשית אז כדיבור ובשעת הוכחה אין מחשבה שתתפוס בה אז האומדנא למשווי לה כדיבור. וא"כ אין לדון בשתיקה דיום שמעו משום אומדנא דמוכח שהרי לא יתברר לן לעולם בדיוק השעה שבה הוא מקיים בלבו את הנדר שתחול עלה האומדנא, דעד שלא עבר כל היום אין הוכחה שקיים דאפשר שיפר עוד או יקיים בסוף היום, וכשיבוא רגע האחרון מן היום נמי ליכא אז אומדנא דבהיא שעתא מקיים דאפשר דקיים כבר קודם לכן ועכשיו אינו חושב שום קיום של נדר, אלא דלבתר שיעבור כל היום יש אומדנא דודאי קיים באיזה רגע שיהי' במשך היום שעבר, וזה הוי אומדנא למפרע בשעה שאינו חושב בלבו וי"ל דלא מהני כנ"ל, וא"כ נשאר רק דברים שבלב גרידא ומוכח שפיר דקיום בלב מהני.<sup>15</sup>

מעתה, יש לחזור ולעיין בדברי היש"ש וקצוה"ח בנוגע למחילה בלב. שוב ניתן להסיק שמחילה בלב מהני מהדין שאלמנה שלא תבעה כתובתה עשרים וחמש שנה מחלה. אין לדחות שהוי דברים שבלבו ובלב כל אדם שכן

<sup>15</sup> בראשית הדברים הובאו דברי הר"ן פ"ק דפסחים דביטול אינו הפקר ומוכח כן מכך שמהני ביטול בלב. ולכאורה יש להקשות דאומדנא דמוכח הוא שמתכוין להפקיר על מנת להינצל מאיסור והוי כדברים שבלבו ובלב כל אדם. ולני"ל אי"ש (כ"כ הדב"א שם). וצ"ב משבת יח, ב"ב דאדם מצווה על שביתת כלים ולגבי הדלקת הנר 'דמפקר להו אפקורי', ובתוס' שם: 'דמסתמא אפקרה להו', ובתוס' ב"מ ל,ב איתא "אנן סהדי דמפקר להו בלבו שלא יעשה איסור שביתת כלים".

האומדנא היא ממשך הזמן אך לא קיימת נקודת זמן מסויימת שבה הדברים שבלב היו ניכרים כדברים שבלבו ובלב כל אדם. אלא שהדבר אברהם סיים שעיקר חידושי מילתא חדתא היא וצריך ראייה לזה.

## בגדרי חזקת מטלטלים

### ראשי הפרקים

- א. חזקת ממון
- ב. המקור לחזקת מטלטלין והגדרתה
- ג. קושיה מסוגיית נסכא דרבי אבא
- ד. קושיה שניה ושיטת הנו"ב
- ה. שיטת האור שמח – חזקה 'שלילית'
- ו. חתם סופר: חזקת מטלטלין = מוחזקות
- ז. שלוש שיטות בחזקת מטלטלין
  1. מוחזק מול מרא קמא
  2. טענת המחזיק
- ח. שיטות הראשונים בפי חזקת הבתים
- ט. קצוה"ח – חזקת מטלטלין בעי טענה
- י. סיכום

### א. חזקת ממון

שתיים מהחזקות השייכות במטלטלים הן חזקת ממון וחזקת מטלטלים. באופן כללי חזקת ממון משמעותה שכאשר יש ממון ביד אדם ואין לבית הדין ראיה מספיק טובה בשביל להוציא ממנו ממון זה, הם נמנעים מלעשות זאת, אלא משאירים את המצב כפי שהוא ומשאירים את הממון ביד המוחזק, כפי שזה בא לידי ביטוי בדברי הגמרא בב"ק מו, ב "א"ר שמואל בר נחמני: מניין להמוציא מחבירו עליו הראיה? שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי הא למה לי קרא סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא". ובראשונים ואחרונים כגון חת"ס אה"ע סימן ה: "בב"ק קאמר הש"ס דהמוציא מחברו עליו הראיה סברא הוא מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא. מבואר שאיננו חזקה שהוא שלו אלא אין שום אדם יכול להוציאו מידו אלא בראיה ברורה ואפילו רוב מנגדים איננו ראיה מספקת להוציא מידו דאולי שלו הוא ועוד אפילו המחזיק טוען שמא

ומסופק אם הוא שלו מ"מ צריך אידך להביא ראיה מספקת דמאי חזית להוציא מידי וליתן לזה והכלל לע"ד חזקת ממון איננו חזקה כלל רק ספיקו עצום כל כך עד שאין אדם יכול להוציא ממנו בלי ראיה ברורה", ובנתיבות (פח,ד): "ולא דמי לחזקת ממון דאינה מטעם חזקה רק מסברא יליף לה בריש הפרה [ב"ק מו,ב] דאין מוציאים מהמוחזקים בלא ראיה" כמובן שחזקה זו תהיה שייכת במצבים בהם לב"ד יש ספק במציאות אך כאשר לב"ד יש ידיעה לגבי המציאות, חזקה זו לא תהווה שיקול בהכרעת הדין (כמובן שיש עוד הרבה מה להרחיב בענינה של חזקה זו, אך לענינו נדרש רק התמצות הנ"ל).

### **ב. המקור לחזקת מטלטלים והגדרתה**

החזקה השניה היא חזקת מטלטלים ובה אנו רוצים להרחיב. חזקה זו באופן פשוט בנויה על האמירה שחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו והיא מובאת לראשונה בדברי הרמב"ן בחידושו למסכת כתובות יט,א. הגמרא שם אומרת שאם המלוה מודה שהשטר שבידו הוא שטר אמנה, הוא לא נאמן. ומעמידה הגמרא שמדובר במקום שחב לאחרים כגון: בשעבודא דר' נתן כלומר שהוא, המלוה חייב לאדם שלישי כסף, ובכך שהוא טוען על שטר שבידו, שהוא שטר אמנה, הוא פוגע בבע"ח, ולכן הוא לא נאמן על כך. ומקשים שם הראשונים למה שלא יהיה נאמן במיגו שהיה יכול למחול על השטר וכן לטעון עליו שהוא אמנה, או לשרוף אותו? הרמב"ן שגם הוא מביא את הקושיא הזו, מביא מספר תירוצים, ולבסוף כתב:

והרמב"ם ז"ל "טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינן שלי אלא פקדון הן בידי או שאולין ושכורין אין שומעין לו או יביא ראיה או יגבה מהן בעל חובו", ושם נחזור ונאמר שאין אדם נאמן במה שבידו לומר שהוא של אחרים, מאחר שתבעוהו בחובתו, חזקה כל מה שביד אדם שלו הוא, ולפיכך אמר רב במלוה שאמר שטר אמנה הוא זה וחב לאחרים דאינו נאמן אפילו במגו, דאם איתא דאמנה הוית, אמאי לא החזיר לו שטרו עד עכשיו שתבעוהו לב"ח כדר' נתן, וכן אינו נאמן במגו דפרוע ואי בעי קלייה, דמגו במקום חזקה זו לא אמרי', דעביד אינש למעבד קנוניא, אבל במוצא שובר בזמן שהאשה מודה שמיד הבעל נפל מהני ליה מגו במקום חששא דליכא הכא חזקה דשיקרא כלל, ואפילו שטר כתובה יוצא מתחת ידה, ומעתה מי שבידו מטלטלין אינו נאמן משום מגו להפקיעם מיד בע"ח לומר

של אחרים הם של הקדש הם, אא"כ נתנם או הקדישם בפנינו ויצא גזבר ונוטלם, וצריך עיון ובדיקה.

וביאור דבריו, לאחר שהוא מצטט את הרמב"ם (מלוה ולוה א, ד) אודות לזה שכאשר בא המלוה לגבות ממנו חפץ טען שחפץ זה אינו שלו אלא הוא מושאל לו וכדומה הוא אינו נאמן בכך, ועל זה אומר הרמב"ן "שמא נחזור ונאמר שאין אדם נאמן במה שבידו לומר שהוא של אחרים מאחר שתבעוהו בחובתו". כלומר, שלאחר שתובעים אותו אין הוא נאמן לומר על חפץ שנמצא תחת ידו שהוא אינו שלו כי "חזקה כל מה שביד אדם שלו הוא" ומזה הוא מסיק לדין של הגמרא בכתובות שלכן אדם לא נאמן לומר על שטר שבידו שהוא שטר אמנה אפילו במיגו, כי זה מיגו במקום חזקה, והוא מוסיף נימוק המחזק את החזקה והוא שאם אכן השטר הוא אמנה, מדוע חיכה מלוה זה עד שתבעו אותו ולא החזיר לפני כן את השטר ללוה? כמו כן, בעל השטר לא נאמן לטעון אמנה במיגו דפרוע או שהיה יכול לשורפו מכיון שזה מיגו במקום חזקה וכן בגלל שיש כאן חשש קנוניה, שהמלוה והלוה עושים קנוניה כנגד הבע"ח של המלוה, ומשמע שהאפשרות של הקנוניה מחלישה את המיגו, ולכן הוא לא עומד מול החזקה הזו, ומסכם הרמב"ן שמי שבידו מטלטלין אינו נאמן להפקיעם מבע"ח ע"י טענה שהם של אחרים או של הקדש, אלא אם כן יש ראייה ברורה לכך, וצריך עיון ובדיקה.

ומדברי הרמב"ן עולה, שהוא אומר לכאורה בצורה מסופקת, שישנה חזקה שמה שתחת יד אדם שלו וזה מועיל לכך שכאשר לאדם יש חפץ תחת ידו הוא לא יהיה נאמן להגיד שהחפץ אינו שלו, וגם חזקה זו צריכה לחיזוקים נוספים. לכאורה נראה לומר בדבריו, שחזקה זו מועילה דווקא לשלול נאמנות של אדם שטוען שחפץ שנמצא תחת ידו אינו שלו, אך לא בהכרח שהיא תיצור חזקה חיובית, כלומר, שכאשר יש לאדם חפץ תחת ידו ומתעורר לגביו ספק כל שהוא, חזקה מה שתחת יד אדם שלו כדי להכריע שהחפץ הוא של המחזיק בו, ונרחיב על כך בהמשך.

כך גם עולה מדברי הרמב"ם (מלוה ולוה א, ד) כפי שציטט הרמב"ן וכן שם ב,ו.<sup>1</sup> הרב המגיד (שם א, ב) בהסברו השני כותב שהרמב"ם סובר כרמב"ן,

<sup>1</sup> הרב המגיד שם מסביר כך ברמב"ם, שאדם לא נאמן לומר על שטר שבידו שהוא אמנה בגלל חזקה זו, ואפילו שיש לו מיגו זה לא מועיל בגלל חשש קנוניה, אך לפי זה לשונו של הרמב"ם קצת קשה כי הוא מזכיר רק את החשש לקנוניה וכלל לא מזכיר את החזקה, שהיא לכאורה הסיבה העיקרית לדין זה לפי הסברו של הה"מ.

ולכן אין מיגו, כי זה מיגו במקום חזקה. ולמרות שב"ב זה בעיא דלא איפשטא האם מיגו עומד במקום חזקה או לא, אך במקרה זה מכיון שיש חשש לקנוניא זה מרע את המיגו ולכן הוא לא מועיל במקום חזקה זו.

גם בשו"ע חו"מ צט,א נפסק כך להלכה: "ואם נראה לו ממון אחר שנשבע שבועה זו ואמר: של אחרים הוא, או: עסק הוא בידי, אין שומעין לו עד שיביא ראיה." והרמ"א שם מבאר דבריו: "הגה: ואע"פ שיש לו מיגו, שהיה יכול להחזירם או לומר: לא היו דברים מעולם, אינו נאמן, דהוי מיגו במקום חזקה, דכל מה שנמצא ביד אדם בחזקת שהוא. ויש חולקין בזה".

הש"ך שם בס"ק ו מאריך להוכיח שבניגוד לדברי הרמ"א כו"ע מודים לחזקה זו, ושמייגו לא יועיל נגדה. אך לעומת זאת בסימן מז,א לגבי הטוען על שטר שבידו שהוא אמנה, פוסק השו"ע שאינו נאמן רק כאשר השטר מוחזק בב"ד או ביד שלישי, כהעמדת תוס' והרא"ש בכתובות יט, ומזה משמע שכששטר בידו נאמן הוא לומר על השטר שהוא אמנה מכיון שיש לו מיגו כלומר שלכאורה אין את החזקה מה שתחת יד האדם שלו, ובאמת הש"ך שם ס"ק ו אומר שהשו"ע כן סובר חזקה זו, וכפי שהוכיח בסימן צט אלא שלגבי שטר לא נאמרת החזקה מכיון שהמעוות שאליהם מתייחס השטר לא נמצאות ממש תחת ידו ובמקרה כזה חזקה זו לא קיימת.<sup>2</sup>

הקצות (צט,ג) מקשה על שיטה זו: "טעמא דלא אמרינן מגו שהיה יכול להחזירם או לומר להד"ם משום דחזקה כל מה שיש תחת יד אדם הרי הוא שלו והוי מגו במקום חזקה. ואע"ג דאיבעיא לן בפרק קמא דבתרא (ה,ב) אי אמרינן מגו במקום חזקה דתוך זמנו, הך חזקה אלימא טפי, ועיין ש"ך (סק"ו)", כלומר הוא שואל למה פשוט לכל הנ"ל שמייגו לא מועיל כנגד חזקה, והרי הגמרא בתחילת ב"ב לגבי לוח, שלאחר שעבר זמן הפרעון, אמר שפרע את החוב בתוך זמנו שזה כנגד חזקה, אין אדם פורע תוך זמנו, האם הוא נאמן במיגו שיכל להגיד שפרע עכשיו, והגמרא נשארת בבעיא דלא איפשיטא

<sup>2</sup> לפי זה יש להעיר שאם נאמר כך, הגמ' בכתובות יט אינה יכולה להוות מקור ללימוד חזקה זו, ואילו הכס"מ (מלוה ולוה א,ד) כתב על דברי המ"מ שאמר על הדין המובא שם ברמב"ם, "שלא התבאר בש"ס", שזה התבאר בכתובות יט ומשמע שהוא סובר שהגמרא בכתובות היא המקור לחזקה מה שתחת יד אדם שלו, ואולי אפשר לומר שהוא סובר כך בדעת הרמב"ם אך ליה לא סבירא ליה, ואם כן צריך לברר מה יהיה, לשיטתו, המקור לחזקה זו.

האם מיגו נגד חזקה מועיל או לא, ואם כן איך זה פשוט לכל הנ"ל,<sup>3</sup> שחזקה גוברת על מיגו? ומתרץ הקצות שחזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא, היא יותר אלימתא מחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, ולכן ביחס אליה אין ספק ופשוט שמיגו לא יועיל נגדה.

מכל הנ"ל עולה שישנה חזקה כזו והיא אפילו חזקה אלימתא כדברי הקצות, אך כפי שהדגשנו בדברי הרמב"ן, כל המקורות הנ"ל מדברים במקום שהחזקה גורמת לכך שאנו לא מאמינים לאדם כאשר הוא אומר על רכוש שתחת ידו שהוא אינו שלו. אך אם נאמר שאין חילוק וכשם שאדם אינו נאמן על ממון שתחת ידו שהוא אינו שלו, כך כאשר יהיה ספק לגבי ממון שנמצא תחת ידו של אדם, תהיה חזקה שהממון שייך לאדם זה, תתעוררנה כמה קושיות ולהלן נמנה שתיים מהן.

### ג. קושיה מסוגיית נסכא דרבי אבא

בב"ב לג,ב מובא המקרה של נסכא דר' אבא שבו אחד חטף מהשני נסכא וטוען "חטפי ודידי חטפתי" כלומר אכן חטפתי אך זה שלי, ועל מעשה החטיפה יש עד אחד, ואומרת הגמרא שמכיון שיש עד אחד שמחייב אותו שבועה, והוא לא יכול להישבע להכחיש את העד מכיון שכבר הודה לו שחטף, יש כאן דין של מחוייב שבועה שמתוך שאינו יכול להישבע משלם, ומשמע שרק בגלל סיבה זו יש תשלום ואם לא היה חייב שבועה ע"י העד, לא היה חיוב תשלומים, וכך מסיק הרמב"ן שם: "והוי יודע דהך נסכא ברשותו דגזלן היא שראוה עדים כשבא לב"ד, שאם לא ראה נאמן לומר חטפי ודידי חטפי מגו דיכול למימר החזרתיה לו ואפילו באו שני עדים שחטף", כלומר שבמצבים מסויימים החוטף כן יהיה נאמן שהנסכא שלו במיגו שהיה יכול להגיד החזרתי את הנסכא ולכאורה אם יש חזקה מה שתחת יד שלו אם כן החזקה אומרת שהנסכא היא של הנחטף, ואם כן הרי הרמב"ן בעצמו אמר בכתובות כנ"ל שמיגו לא יועיל נגד חזקה זו.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> ולפי דברי המ"מ שהבאנו לעיל שהחשש לקנוניא מערער את המיגו לכאורה אין מקום לשאלה זו.

<sup>4</sup> ולכאורה זו קושיית הש"ך (צ,ז) על הסמ"ע שם, וכן הקשה הנתיבות שם ג על הש"ך עצמו.

#### ד. קושיה שניה ושיטת הנו"ב

השו"ע פוסק (אה"ע יז, כד), שלא ניתן לזהות מת על מנת להתיר עגונה על פי בגדיו בלבד. אין לסמוך על זיהוי מכיון שחוששים לשאלה כלומר שחוששים לכך שבעל הגדים השאיל את בגדיו למת שלפנינו. הנו"ב (בתשובה לו ומג) תמה מדוע יש חשש כזה, הרי חזקה שמה שתחת יד אדם שלו ומכח חזקה זו ניתן לקבוע שבעל הבגדים הוא המת שלפנינו. ובלשונו: "...קשה לי מאד שהרי זו חזקה אלימתא דכל מה שנמצא אצל אדם הוא שלו וחזקה זו מהני אפילו נגד מיגו כמבואר בחו"מ (צט, א בהג"ה) ולדעת הש"ך ס"ק ו כל הפוסקים מודים בזה וא"כ למה ניחוש לשאלה... אמנם לדעת רמ"א בסימן צט, שהביא יש חולקין דגם חזקת מה שנמצא אצל אדם לא מהני במקום מיגו א"כ יש מקום להחמיר שאז שוה חזקה זו לחזקת אשת איש אלא שעכ"פ במקום שחזקת אשת איש איתרע קצת ודאי שחזקה זו עדיפא. ולכן נלע"ד שמי שעזב אשתו עגונה והלך למדה"י ואח"כ נמצא אחד מת ומכירים אותו ע"י כלים יש להחמיר אפילו בכלים דלא מושלי אבל במי שישב עם אשתו והלך לסחורה על דעת לחזור ולא חזר שעכ"פ איתרע חזקת א"א שתיכף נולד לנו ספק מיתה על האיש הזה ודאי יש להקל בכלים דלא מושלי" ומשמע מדבריו שאכן הוא סובר שחזקה זו מועילה להכריע לגבי הממון המסופק שהוא של האדם שאצלו הוא נמצא, ובאמת כך הוא מכריע להלכה גם לגבי עדות אשה, שחזקה זו מכיון שהיא אלימתא היא גוברת על חזקת אשת איש, אך זה רק במקום שהבגדים מוגדרים ככלים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר (אך רוב הבגדים הם כן עשויים להשאיל להשכיר) ומכיון שהרמ"א מביא יש חולקים בסימן צט כנ"ל, לכן הוא מכריע לסמוך על חזקה זו רק במקום שאיתרע חזקת אשת איש.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> ועיין באור גר"א חו"מ שסד,ה שלדעת הרמב"ם מיגו דהחזרתי לא יועיל בנסכא בגלל חזקה מה שתחת יד האדם שלו. אמנם הוא מסייג ואומר שגם לפי הרמב"ם במקום שאין עדים כלל יהיה נאמן כשיאמר שלי חטפתי במיגו דלהד"ם למרות שזה גם נגד החזקה. אמנם אם נאמר שהנו"ב סובר כשאר הראשונים, שבנסכא בליכא ראה נאמן במיגו דהחזרתי זה יהיה קשה על שיטתו, ואולי הוא סובר כנתיבות צט,ג הנ"ל (וכן מז,ג) שאומר שבמקרים שבהם מי שטוען במיגו נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו והוא גם מוחזק בממון, המיגו יצטרף לחזקת הממון, והוא יגבור על החזקה, וממילא לא קשה הקושיה מנסכא וכן שאר הקושיות שיובאו להלן.

### ה. שיטת האור שמח – חזקה 'שליטת'

אמנם האור שמח (מלוה ולוה ב,א) מחלק בין נאמנות של אדם להגיד על ממון שנמצא תחת ידו, שאינו שלו, לבין חיזוק בעלות. בתחילת דבריו הוא מקשה, איך אומרים שאדם יכול לטעון על שטר פרוע מיגו דמזויף, הרי מכח חזקה זו משמע שהשטר אינו פרוע ואיך יועיל המיגו נגד חזקה זו (קושיית הקצות מז), והוא מוסיף עוד קושיות ובתירוץ לשאלות הנ"ל כתב:

והנראה לי ברור, דחזקה דמה שת"י אדם הוא שלו, היא חזקה אשר לא מצאנוה בש"ס, רק מקורה מהך דאומר אמנה היא (כתובות יט,א) אף ע"ג דאיכא מיגו דאי בעי קלתיה, ואי בעי הוי מחיל ליה וכיו"ב, ולכן ברירא דמילתא דאין ה"נ דזו לא עדיפא מחזקת ממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכך בסימנים לא מפקינן ממונא, עיין מש"כ תוספות חולין צו (ע"א ד"ה פלניא), ולא כך נאמרה חזקה מה שת"י אדם הוא שלו, דאימור רוצה לגזול ממון אחרים, וגזול הוא בידו, רק כך צריך לומר, חזקה דתפיסת האדם בחפץ או בשטר כל מה שתחת ידי תפיסתו מוכחת שלצורך עצמו הוא מחזיק בה ובחזקת ממונו, רק דא מצי להיות שמחזיקה לעצמו בתורת גזילה, ואין זה ברור וחזקה על המעשה בממון זה, דע"ז אין ברור, דאימור אינו שלו, ורק כמו כל חזקת ממון שבכל מקום, דאיננה חזקה מכרעת ומבררת אופן הענין, רק דלא מצינן לאפוקי מחזקתו [עיין בקונטרס הספיקות כלל א], רק דא ברור שהתפיסה של אדם בחפץ או בשטר מוכיח שלצורך עצמו הוא אוחז בה, ותפיסתו בה מברר ברור גמור שבחזקת שהוא שלו מחזיקה, וכן אמרינן, חזקה מה שת"י אדם הוא לחזקת שהוא שלו וכו'.

וביאור דבריו, שחזקה זו אין בכחה להכריע שממון שנמצא תחת יד אדם הוא ודאי שלו ומוכח שלא גזל אותו וכדומה, אלא שחזקה זו מכריעה שכאשר אדם מחזיק במשהו, ודאי שהוא עושה את זה מתוך אמירה וכוונה שדבר זה הוא שלו,<sup>6</sup> אך אין זה מברר שכך זה באמת, כמו חזקת ממון שאומרת שב"ד לא מתערב להוציא את הממון מתחת יד האדם אך לא מבררת שהממון הוא אכן שלו, ולכן לזה שטוען כלפי בע"ח שממון אינו שלו הוא לא נאמן וכן לגבי שטר אמנה, וממילא לכן לא קשה משטר רגיל שהמלוה בא לגבות בו, כי שם

<sup>6</sup> כפי שהבאנו לעיל מדברי הרמב"ן, גם ממנו נראה קצת שהולך בכיוון זה שכן כתב "דאם איתא דאמנה הוית, אמאי לא החזיר לו שטרו עד עכשיו?"

חזקה זו לא שייכת, כי שם המלוה אכן טוען שהממון שבשטר הוא שלו אלא שייכת רק חזקת שטרך בידי מאי בעי, שלגביה ודאי שמיגו יועיל.

לפי דבריו אלו הוא מתרץ את הקושיות הנ"ל שהבאנו, שלגבי נסכא המיגו שם יועיל כי החזקה לא מכריעה שהממון שייך לזה שחטף ממנו, אלא באה רק במקום שאדם טוען על ממון שנמצא אצלו שהוא לא שלו, וכן לגבי קושיית הנו"ב ביחס לחשש שאלה, הוא מתרץ באותה דרך שהחזקה כלל לא מעידה שהבגדים הם של מי ששובש אותם.

### ו. שיטת החת"ס בחזקת מטלטלין

המל"מ (מלוה ולוה א, ד) וכן החת"ס (אה"ע ב) אומרים שאין כלל חזקה כזו שמה שתחת יד האדם שלו וכאמור, היא כלל לא נזכרה בש"ס, ואומר החת"ס: "...חזקת מה שביד אדם הוא שלו לא ידעתי לה מקום ושום סברא אדרבא בב"ק קאמר הש"ס דהמוציא מחברו עליו הראי' סברא הוא מאן דכאיב ל' כאיבא אזיל לבי אסיא מבואר שאיננו חזקה שהוא שלו וכו' בהא סלקינן דחזקת ממון איננו חזקה כלל רק שא"א להוציאו מידו ואע"ג דמי שאמר על מה שתחת ידו שאינו שלו אינו נאמן להפסיד בעלי חובו היינו משום דכל מה שלו הוא משועבד לבע"ח, וכל היכי דאיתנהו להני נכסי, ברשות שיעבוד בעלי חובו קיימא, וא"כ הבא להוציא משעבודם עליו הראי', והוא אינו נאמן בעדותו להפסיד שמא שלהם אבל זולת זה אי הי' טוען זה איננו שלי אינו אומר נגד החזקה כלל ומשו"ה אמרו חז"ל שאין להתיר עגונה על סי' כליו דחיישי' לשאל' ועמדו האחרונים דנימא חזקה מה שביד אדם הוא שלו ולק"מ כי אין כאן חזקה כלל."

וביאור הדברים הוא שאין חזקה כזו שמה שתחת יד אדם שלו, אלא יש חזקת ממון שכאמור אינה מבררת אלא מגדירה, שמכיון שיש ספק עצום האם צריך להוציא את הממון מיד האדם או לא, לכן משאירים אותו בידי מצד הספק, ובאמת באופן עקרוני ודאי שאדם נאמן להגיד על ממון שתחת ידו שהוא אינו שלו אלא שכשיש בע"ח,<sup>7</sup> הבע"ח נחשב כמוחזק בממון של החייב לו וממילא החייב לא יכול להוציא את הממון ממוחזקות זו בטענה

<sup>7</sup> סברא הדומה למה שאומר הקצות (פב, י) בהסבר שיטת הרשב"א, שאומרים מיגו להוציא בשטר, מכיון שהשטר כגבוי דמי, ולכן זה נחשב כמיגו להחזיק, והקצות מסביר שזה דוקא כשיש שיעבוד נכסים שנוצר ע"י השטר.

בעלמא.<sup>8</sup>

## ז. שלוש שיטות בחזקת מטלטלין

העולה מכל הני"ל הוא שבהגדרת חזקה מה שתחת יד אדם שלו יש שלוש דרכים: א. הנו"ב הבין שחזקה זו היא חזקה אלימתא שמשמשת לשני הכיוונים גם כנגד שלילת הבעלות, וגם מסייעת בחיזוק הבעלות,<sup>9</sup> עד כדי כך שהוא מצמצם את הדין שחיישינן לשאלה בעדות אשה.<sup>10</sup>

ב. דעת האו"ש וכל ההולכים בשיטתו, (ואולי זו דעת הרמב"ן), שחזקה זו נאמרה דוקא לגבי מי שטוען על ממון שנמצא תחת ידו שהוא אינו שלו, שהוא לא נאמן אך היא אינה מהווה חיזוק לבעלות.

ג. החת"ס אומר שאין כלל חזקה כזו, אלא שבכל מקרה לגופו צריך לברר מי נחשב מוחזק בממון, ובנדון בכתובות יט,א הני"ל, המוחזק הוא הבע"ח של המלוה, ולכן המלוה לא יכול לטעון כנגדו שהשטר הוא שטר אמנה.

## 1. מוחזק מול מרא קמא

בהתאם לזה, תהיה לכל אחת מן הדרכים הני"ל התייחסות שונה, למקרה בו שני בעלי דין טוענים לבעלות על חפץ מסוים כאשר לאחד יש חזקת מרא קמא, והשני שטוען שהוא קנה מהראשון ומחזיק בחפץ.

א. לפי דרכו של הנו"ב במקרה כזה יש חזקה מה שתחת יד אדם שלו שהיא מבררת שהמחזיק בממון הוא בעליו, יתכן שיש כאן גם חזקת ממון, אך זו

<sup>8</sup> החת"ס סובר שבע"ח שאליו משועבד השטר הוא נחשב המוחזק, אך לכאורה היה ניתן להבין שבעל השטר הוא המוחזק, או הלוח השני שממנו רוצים להוציא בשטר, ולכאורה נראה שכך הבינו כל הראשונים הני"ל שהסבירו בכתובות שהמינו לא יועיל כי הוא נגד חזקה מה שתחת יד האדם שלו, והרי אם היו סוברים כחת"ס לא היו נזקקים לטעם זה אלא היו יכולים לומר בפשטות שזה מינו להוציא אלא אם כן נאמר שהרמב"ן לשיטתו שמינו להוציא אמרינן אמנם בנתיבות שהבאנו בהערה 5 מוכח שגם הוא הבין שבעל השטר לא נחשב מוחזק, אחרת הוא היה צריך להיות נאמן במינו, לפי דבריו. ובאמת העיר עליו שם בסימן מז האמרי ברוך, שלכאורה היה אפשר להגדיר את בעל השטר כמוחזק, בגל שהלוח השני מוחזק בממון שהבעל חוב רוצה להוציא.

<sup>9</sup> וכן סובר הגר"א בדעת הרמב"ם כני"ל.

<sup>10</sup> בנתיבות הני"ל שהבאנו בהערות הקודמות ישנה דרך נוספת שמצמצמת במקצת את הדרך הזו ואומרת שבמקום שיש מינו בצירוף למוחזקות בממון המינו יגבר על חזקה זו וזו דרך בהגדרת חזקת מטלטלין.

חזקה שאינה מבררת, ואילו במקרה זה יש גם בירור בגלל חזקה מה שתחת יד אדם שלו.

ב. לדעת האו"ש לא שייכת כאן חזקה מה שתחת יד אדם שלו, מכיון שאין בכח חזקה זו לחזק בעלות.

ג. וכן לפי שיטת החת"ס לפיה אין כלל חזקה כזו, ומצד שני ברור שהחפץ נשאר אצל המחזיק, אך לכאורה לא ברור מה יוציא מחזקת מרא קמא, שהרי לכאורה חזקת ממון לא תועיל פה, מכיון שיש כאן טענת בעל דין מצד אחד לעומת חזקת מרא קמא, ואם כן זהו מצב שאין בו ספק לב"ד, אלא הם צריכים להכריע לפי חזקת המרא קמא, אלא שבמטלטלים מכיון שמהותם היא שהם עוברים מיד ליד, והיום הם תחת ידו של זה, ומחר הם תחת ידו של זה, ממילא חזקת מרא קמא בהם אינה משמעותית, ועיקר ההכרעה בהם נעשית עפ"י חזקת ממון, כלומר בידי מי שמחזיק בהם עכשיו, ועצם זה שהוא מחזיק יוצר ספק לבית דין שמא המטלטלים הם שלו ע"י שקנה מהראשון וכו', ולכן כדברי החת"ס חזקת ממון תכריע גם במקום כזה.

## 2. טענת המחזיק

בהמשך לנ"ל יש לברר במקרה שהצגנו למעלה שבו יש בעל דין שיש לו עדי מרא קמא על חפץ מסויים, שנמצא ביד בעל הדין השני שטוען שקנה את החפץ מהמרא קמא, מה צריכה להיות טענתו של המוחזק בחפץ? ידוע הדין שכשיש חזקת ממון, ברי ושמא לאו ברי עדיף כלומר שאין צורך בטענה כאשר יש מוחזקות ממונית,<sup>11</sup> ולפי מה שאמרנו למעלה בשתי הדרכים להתייחסות למקרה הנ"ל, לדרך הראשונה במקום כזה יש חזקה אלימתא שמה שתחת יד האדם שלו שמבררת שהממון הוא של המחזיק, וכן לכאורה יש חזקת ממון, ולכן הוא לא יצטרך לטעון טענה והחפץ ישאר בידו, לפי הדרך השניה יש כאן חזקת ממון ולכן גם לפי דרך זו לכאורה אין צורך

<sup>11</sup> מהנתיבות (פח,ד) היה ניתן לכאורה להבין הפוך, שכאשר אין טענה, מוחזקות בממון לא תועיל. ואלו דבריו שם: "ולא דמי לחזקת ממון דאינה מטעם חזקה רק מסברא יליף לה בריש הפרה [ב"ק מו,ב] דאין מוציאים מהמוחזקים בלא ראייה, משו"ה כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה..." ואולי אפשר להסביר שהנתיבות מתייחס רק לחזקת ממון הנוצרת מתפיסה, וזו אמנם חזקת ממון אך יותר חלשה, מכיון שהיא אינה מוכיחה כלום שהרי היא התהוותה לעינינו, ולכן היא צריכה להיות מגובה בטענה. אך בחזקת ממון שהממון היה ביד המוחזק מלכתחילה, במצב כזה ניתן לומר שהמוחזקות מהווה גם מעין הוכחה לבעלותו של המוחזק (אולי עפ"י חזקה מה שתחת יד אדם שלו).

בטענה. ואם כן יוצא שלפי שני ההסברים הנ"ל, במקרה הנ"ל לא יהיה צורך בטענה של המוחזק, וגם אם הוא יטען שמא, ולכאורה גם אם לא יטען בכלל, נשאר את הממון בחזקתו, אלא אם כן נאמר שבמקרה כזה שעליו לטעון קניתי וכדומה, והוא לא טוען כך אלא שותק זה מהווה ריעותא שתפגע בחזקת הממון שלו, ולפי הדרך השניה זה יפגע אפילו בחזקת מה שתחת יד אדם שלו.

#### ה. שיטות הראשונים בפ' חזקת הבתים

בב"ב כח,ב מנסה הגמ' למצוא טעם לחזקת שלוש שנים בקרקעות לשיטת הולכי אושא, ותולה את זה בלימוד משלוש הנגירות שגורמות לשור תם להפוך לשור מועד. חלק מהראשונים (ר' יונה, רמב"ן ועוד) מסבירים שהגמרא סוברת לשיטת הולכי אושא, שהשלוש שנים שאדם יושב בקרקע מגדירות אותו כמוחזק, עד כדי כך שהגמרא שואלת שאם כך הוא הדין, מדוע יש דרישה מהלקוח לטעון טענה, כפי שרואים מהמשניות בהמשך הפרק שם, וללא טענה חזקתו אינה חזקה, הרי אם הוא מוחזק על המרא קמא להביא ראיה אפילו במקום שהמחזיק שותק, כמו בחזקת ממון במטלטלים וכך הוא בלשונו של ר' יונה: "...לפיכך כל זמן שלא טוען כלום, קרקע בחזקת בעליה עומדת. והא דלא אמרו הכי במטלטלים, אלא הרי הן בחזקת התפוס בהם, אע"פ שאין עם התפיסה טענה, התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון שהרי זה תפס בהם. ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וכיון דאינם עשויין להשאיל ולהשכיר, ודאי מיד הא' באו לידו..." וכן הובא בר"נ לגבי קרקע "...אלא ה"ק כיון דאמרת דנפק ליה מרשות מוכר, אע"ג דלא טעין לוקח מידי תהוי חזקה, שהרי מערער זה בקרקע זה כאדם מן השוק כיון שיצא מחזקתו לגמרי, ואין מחזיק זה צריך לטעון ולהשיב לו כלום. ומהדרינן טעמא מאי דאמרינן דילמא כדקאמר, כלומר שהרי אי אפשר שיזכה בקרקע זו אלא אם כן לקחה, וכיון דאיהו לא טעין הכי, הורעה חזקתו, שאלו לקחה בודאי שהיה טוען כן בפירוש, וכיון דאתיליד ריעותא בהך חזקה לא מהניא. והיינו דכי ליכא ריעותא אע"ג דלא טעין מידי מהניא, כגון יורש".

הגמרא בהמשך, על פי פירושם, דוחה את ההשוואה, ואומרת שלגבי קרקע שתיקת המחזיק היא ריעותא כדברי הר"ן, ולכן חזקה ללא טענה לא תועיל.

ולענינו, כפי שרואים בדבריהם, כאשר יש מרא קמא במטלטלים שטוען על מוחזק, הדין עם המוחזק, והממון נשאר אצלו, אף אם הוא שותק, ואולי הר"ן סובר שגם במטלטלים אם הוא שותק זה יוצר ריעותא.

בדברי ר' יונה רואים עוד סברא לחיזוק המוחזקות של המוחזק והיא, אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, סברא שנמצאת בגמרא בשבועות אך היא שייכת רק כאשר המרא קמא טוען שהחפץ נגנב ממנו, אך אם הוא טוען שהחפץ מושאל למוחזק, למרות שמדובר בכלים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, ומוכח בגמרא שם שהוא יכול לטעון כך, במקרה כזה סברא זו לא תהיה שייכת.

### ט. קצוה"ח – חזקת מטלטלין בעי טענה

השו"ע בתחילת הלכות חזקת מטלטלים (חוי"מ קלג,א) אומר "כל דבר המטלטל שהיא ביד הראדם בחזקת שהוא אלו..." ועל כך אומר הקצות שם (סק"א): "ונראה דאם היה ביד קטן מוציאין ממנו כל שיש עדים שהיה שלו אפילו בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר, וכמ"ש הרמב"ם פי"ג מטוען (ה"ב) חש"ו אין אכילתן ראייה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידם, וע"ש שכתב הרב המגיד שאין דעתו לומר שאין להם צד קנין דהא ודאי יש להם, ואפילו שוטה יש לו זכיה אם זיכה לו וכו', אלא לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה כתב רבינו שאין חזקתן ראייה ע"ש. וכ"כ בשו"ע סימן קמט (סעיף יח) דחש"ו אין אכילתן ראייה. ומזה נראה דה"ה במטלטלין, דמטלטלין נמי טענה בעי והו"ל כמו חזקה שאין עמה טענה וכו'".

ביאור דבריו, שאם יש עדי מרא קמא, והוא טוען על חפץ שנמצא ביד קטן, נוציא את החפץ מיד הקטן, כמו שמוכח מהרמב"ם ומהרב המגיד שאומרים שלחרש שוטה וקטן אין חזקת ג' שנים בשדה, והקצות מבין בדבריהם שזה נובע מכך שלחש"ו באופן עקרוני אין טענה, וכל חזקה שאין עימה טענה אינה חזקה. וזה נכון אף במטלטלים ולכן לא תועיל לקטן מוחזקותו ואנו נוציא ממנו כשיש מרא קמא, למעט מקרים מסויימים שבהם בית הדין יטען לטובתו ואז תהיה חזקת עם טענה, והחפץ ישאר אצלו. והיוצא מדבריו באופן פשוט שבמקרה של מוחזק של מול מרא קמא במטלטלים, המוחזקות לא תועיל ללא טענה ולכן בקטן המוחזקות שלו לא תועיל, כי אין לו טענה.

### קושי בשיטת קצוה"ח

לאור כל מה שנאמר למעלה לא מובן לי מדוע? וגם אם נאמר ששתיקה במצב כזה יוצר ריעותא בחזקת הממון כפי שרצינו ללמוד מהר"נ כנ"ל, במקרה של קטן לא שייך לומר את זה כי הרי לא מדובר שהקטן שותק בפועל

אלא שהוא מוגדר כמחוסר טענה וממילא לא שייכת הריעותא הנ"ל, ואם כן לא זכיתי להבין למה הקצות מצריך טענה במצב כזה.

ואולי אפשר לומר שהקצות אומר את הדין דוקא במצב מיוחד כזה שיש מוחזק קטן, שמולו יש מרא קמא עם עדים, כלומר שברור שמקרה שבו יש קטן מוחזק, וסתם אדם מהשוק בא וטוען על מה שהקטן מחזיק שהוא שלו, ודאי שלא נאמין לו ולא נוציא מיד קטן ואולי אפשר לומר שטענתו כלל לא "נשמעת" לבית הדין כל עוד אין לו ראיה לשייכותו לחפץ, ורק כאשר תהיה לו ראיה כזו הוא יוכל לטעון. אך כאשר אדם יביא עדי מרא קמא, ודאי שטענתו "תישמע" לבית הדין, ואז המוחזק שמולו יצטרך לטעון גם הוא טענה או להיות עם יכולת לטעון טענה, ובמקרה כזה נכריע עפ"י חזקת ממון והחפץ ישאר ביד המוחזק, אך כאשר מדובר על קטן שאין לו כלל יכולת לטעון טענה בבית דין, וכפי שזה בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם שאדם שטוען שמא ויש לו עד אחד לטענתו, הוא יכול לחייב שבועה, אך קטן שטוען אפילו ודאי ויש לו עד אחד לטענתו אינו יכול לחייב שבועה, במקרה כזה חזקת הממון לא תועיל ונוציא מהקטן כדברי הקצות ואולי אפשר לומר בדרך אחרת שאין חזקת ממון לקטן מול מרא קמא. אם נגדיר שהתנאי שיווצר הספק שיצור את חזקת הממון הוא היכולת של המחזיק להעביר את החפץ לרשותו ע"י קנין ואילו בקטן הדרך היחידה שלו להיות בעלים על חפץ היא שהמרא קמא יקנה לו אותו ומכיון שפה המרא קמא מכחיש שהייתה הקנאה אין לקטן מוחזקות, כי לא נוצר ספק האם החפץ הוא שלו או לא וצ"ע.<sup>12</sup>

## י. סיכום

בחלק הראשון של המאמר בררנו מהי חזקת מטלטלים – חזקה מה שתחת יד אדם שלו, והעלינו שמקורה בדברי הרמב"ן כתובות יט, א ושהיא חזקה אלימתא הגוברת על מיגו. הבאנו שלוש שיטות אחרונות בהבנת חזקה זו: א. הנו"ב אומר שזו חזקה אלימתא שפועלת בכל הכיוונים כלומר, בין בשלילת טענה של חוסר בעלות על חפץ, שנמצא תחת ידו של אדם, ובין בחיזוק הוכחת הבעלות על חפץ שנמצא תחת ידו, עד כדי כך שהוא אומר

<sup>12</sup> הקצות (קנב) מחלק בין קרקע למטלטלין ואומר שבניגוד לקרקע שצריך לטעון עליה טענה לבעלות ואם לא טוען לא נוצרת מוחזקות, במטלטלין נוצרת מוחזקות כבר בעצם התפיסה ללא כל טענה.

שבאופן בסיסי אין חשש שאלה בבגדים שמת לבוש בהם.<sup>13</sup>

ב. האור שמח אומר שחזקה זו שוללת מהאדם יכולת להגיד על חפץ שנמצא תחת ידו שהוא אינו שלו, אך היא לא מסייעת לחיזוק הוכחת בעלות של אדם על חפץ שנמצא תחת ידו.

ג. החת"ס אומר שאין כלל חזקה כזו, אלא ישנה רק חזקת ממון. וההסבר לגמרא בכתובות יט, א הנ"ל הוא, שכאשר לאדם יש שעבוד על נכסי חברו, יש לו מעין מוחזקות בהם ולכן המשועבד לא יוכל לטעון שהנכסים אינם שלו.

בחלק השני של המאמר על פי זה רצינו לומר שבמקרה שלאחד יש עדי מרא קמא, החפץ נשאר ביד המוחזק, לפי החת"ס ולכאורה כך יסבור גם האור שמח. ההכרעה מתקבלת בגלל חזקת ממון שיש למוחזק, ולכאורה גם לנו"ב יש לו חזקת ממון אלא שמצטרפת חזקה אלימתא של מה שתחת יד אדם שלו, ולפי זה לפי הדין שבחזקת ממון ברי ושמא לאו ברי עדיף כלומר שלא צריך טענה בחזקת ממון, גם במקרה הזה לא יצטרך המוחזק לטעון טענה.

הבאנו את דברי הראשונים בב"ב שאכן הולכים בכיוון זה, ולעומתם הבאנו את הקצות קלג, א שנראה ממנו שסובר שיש צורך בטענה, וללא טענה המוחזקות לא תועיל.

---

<sup>13</sup> הבאנו לעיל את דברי הנתיבות שמצמצם שיטה זו ואומר שבמקום שיש מוחזקות המיגו יועיל מול החזקה.

## הרב אלחנן שלום אלגרוד

### שיטת רשב"ם בסוגיית שיכוני גוואי

#### א. הקדמה

איתא בגמ' (כט,ב-ל,א)<sup>1</sup> וז"ל: "ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ביתא? אמר ליה: מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה, א"ל: אנא בשכוני גוואי הואי; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר ליה (למחזיק): זיל ברור אכילתך. אמר ליה רבא: הכי דינא? המוציא מחבירו עליו (על המערער) הראיה. ורמי דרבא אדרבא, ורמי דרב נחמן אדרב נחמן; דההוא דא"ל לחבריה: כל נכסי דבי בר סיסין מזבינא, הואי ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין, אמר ליה: הא לאו דבי בר סיסין היא, ואיקרוי הוא דמיקריא דבי בר סיסין; אתו לקמיה דרב נחמן, אוקמא בידא דלוקח. א"ל רבא: דינא הכי? המוציא מחבירו עליו הראיה. קשיא דרבא אדרבא, קשיא דרב נחמן אדרב נחמן! דרבא אדרבא לא קשיא: התם מוכר קאי בנכסיה, הכא לוקח קאי בניכסיה; דרב נחמן אדרב נחמן נמי לא קשיא: כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין, עליה דידיה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא, אבל הכא לא יהא אלא דנקיט שטרא, מי לא אמרינן ליה: קיים שטרך וקום בניכסי?".

בסוגיא ישנן כמה וכמה שאלות בעלות נ"מ הלכתיות רבות: (1) האם יש למערער בסוגיא זו חזקת מרא קמא? (2) מהי בדיוק טענת המערער "אנא בשכוני גוואי הואי"? (3) מהי בדיוק ההשוואה בין סוגיית שכוני גוואי לסוגיית בי בר סיסין שמחמת השוואה זו מקשה הגמ' על ר"נ ועל רבא? (4) האם הלכה בסוגיא כרב נחמן כדאיתא בגמ' (כתובות יג,א) דהלכתא כוותיה בדני, או שהלכה כרבא כדאיתא ברא"ש (ברכות פ"ג סי' ב) דהלכתא כוותיה דהוא בתראה?

במאמרנו נתמקד בשיטת רשב"ם ובפתרון השאלות הללו אליבא דשיטתו.

#### ב. האם יש למערער בסוגיא זו חזקת מרא קמא?

רוב הראשונים סוברים שאכן יש למערער חזקת מרא קמא ולכן סובר רב נחמן שעל המחזיק להביא ראיה להוכיח את טענתו<sup>2</sup>, וכך אכן מסביר רשב"ם

<sup>1</sup> כל ההפניות לגמ' וראשונים הן למסכת ב"ב פרק שלישי א"כ צויין אחרת.

<sup>2</sup> הסבר הראשונים לשיטת רבא יתבאר לקמן.

(כט,א ד"ה עליו) במפורש וז"ל: "והאי עובדא לא מתוקם אלא כשהיה לו עדות למערער דבית זה שלו היה; אבל בלא עדות, אפילו רב נחמן מודי דהמחזיק נאמן בלא ראיה – שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, דאי בעי אמר שלי הוא מעולם [ולכן] כי אמר נמי 'מינד זבינתה', מהימן".

אולם הרי"ף (שם טו,א) מביא שיטה הסוברת שלמערער לא היו עדי מרא קמא וכל הסיבה שמתייחסים למערער כאל מרא קמא הוא מחמת הודאת המחזיק, ומשו"כ סובר רבא שעל המערער להביא ראיה לדבריו – דכל כוחו של המערער נובע מהפה שאסר של המחזיק, וז"ל: "האי מעשה דשכונני גוואי חזינא ביה תרי פירושי. איכא מאן דפריש דהא מערער לית ליה סהדי דהאי ארעא דיליה היא... אלא האי לוקח הוא דאמר דיליה היה והוא אמר מיניה זבינתה והוה ליה הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומשום הכי אמר רבא המוציא מחברו עליו הראיה. ור"נ סבר אע"ג דלית ליה להאי סהדי דארעא דיליה הות, כי קא מודה האי לוקח דדיליה הות ואמר דזבנה מיניה ואכלה שני חזקה – בעי לאיתויי סהדי דאכלה שני חזקה". לשיטה זו, דעתו של רבא מובנת היטב, דכיון שכל חזקת המרא קמא של המערער מבוססת על דברי המחזיק, אי"כ המערער הינו בעמדה נחותה ועליו להביא עדים לבסס את דבריו. אולם צריך ביאור לשיטת ר"נ: מדוע המחזיק צריך להביא עדים? הלא זהו הפה שאסר וא"כ לא היה מוכרח כלל לומר שהמערער הינו מרא קמא ובכך היה דוחה לגמרי את דבריו? ונראה לומר שסברת רב נחמן היא שכיון שהמחזיק טוען שהקרקע הינה שלו בגין חזקת ג"ש, הבאת עדים על החזקה הינה תנאי מוכרח ע"מ שהחזקה תחול, וללא עדים – ליכא לחזקה. מרגע שהמחזיק טען שהקרקע שלו בגין חזקת ג"ש, חלה עליו חובה להביא עדים כדי לבסס את חזקתו ואין זה משנה אם יש כאן הפה שאסר או לא<sup>3</sup>. יוצא אי"כ מדברי רב נחמן, שבכך שהמחזיק הודה על האמת, הרי שגרם רעה לעצמו משום שהכניס עצמו למצב הלכתי שבו ללא ראיה טענתו אינה מתקבלת כלל.

<sup>3</sup> סברא דומה נמצאת בדברי המהרא"ל צינץ (מקצוע בתורה חו"מ עא סק"ה) שסובר שגם כאשר האדם עצמו יוצר מציאות של שני עדים או אגן סהדי, מ"מ אינו נאמן נגדם בגין הפה שאסר, משום שאין חילוק בין שני עדים ממש ואגן סהדי שקיים גם ללא הודאתו לבין שני עדים/אגן סהדי שהוא יצר בהודאתו. אי"כ ה"ה דאין הבדל בין חזקת מרא קמא שקיימת ללא עדות לבין חזקת מרא קמא שהמחזיק עצמו יצר, דבשניהם צריך להביא ראיה ע"מ לבסס את חזקתו.

הרי"ף עצמו דוחה את הפירוש הזה וסובר כרוב הראשונים – שלמערער אכן היו עדים שהוא מרא קמא, וז"ל: "אלא האי מעשה הכין פירושא, כגון דהאי ארעא ידיעא וברירא דלהאי מערער הות". לכן מסביר הרי"ף שרב נחמן סבר שעל המחזיק להביא ראיה משום שלמערער איכא עדים שהוא אכן מרא קמא.

### ג. שיטת רשב"ם בסוגיא

רשב"ם (כט,ב ד"ה אנא) מבאר את טענת המערער "בשכוני גוואי הואי" כך: "בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתו, והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי, ולכך לא מחיתי".

נחלקו הראשונים מהי בדיוק טענת המערער אליבא דרשב"ם. (א) הרא"ש (סי' ד) סובר וז"ל: "פירש רשב"ם שהיה דר בבתיים פנימים והיה עובר דרך עליו, וכיון שהיה משתמש עמו בדריסת הרגל – לא היה חושש למחות". דהיינו, מסביר הרא"ש שכוונת רשב"ם היא שעצם המעבר דרך הבית החיצון, עצם דריסת הרגל, נחשבת כשימוש שמפקיע את חזקת המחזיק. (ב) אולם המהר"ם מרוטנבורק (מובא במרדכי סי' תקכג) חולק וז"ל: "ורבינו מאיר פי' בתשובתו, דהא דאמר בשכונא גוואי הוינא, פירוש כגון שאמר הייתי משתמש בכל הבית החיצון בכל מקום שהייתי חפץ להשתמש, וכשהיינו באים אני ואתה להשתמש במקום אחד – היית נדחה מפני. הלכך לא חששתי למחות". דהיינו, המהר"ם סובר שטענת המערער לא היתה שיש לו דריסת רגל דרך הבית החיצון אלא שיש לו זכות שימוש בכל הבית החיצון<sup>4</sup> וזוהי כוונת רשב"ם "ומשתמש עמך בבית החיצון", ולא עוד אלא שהמחזיק היה נדחה מפניו כאשר שניהם באו להשתמש באותו מקום. מדייק מכך הסמ"ע (חו"מ קמ,סקי"ט) שלשיטה זו, רב נחמן סובר שרק טענה בעלת חוזק שכזה מבטלת את החזקה, אולם טענה חלשה יותר כגון "דריסת רגל היה לי עליך" – בזה גם ר"נ מודה שיד המחזיק על העליונה.

מורנו הגרמ"ח דימנטמן הסביר שאפשר לומר שלפי שיטת הרשב"ם, מח' ר"נ ורבא היא בגדרי "מוחזק": ר"נ מצריך מהמחזיק להביא עדים על שני דברים – (1) הן על כך שאכן דר בבית ג"ש (2) והן על כך שדר בבית לבדו ללא

<sup>4</sup> כך גם סובר רבנו גרשום (ב"ב כט,ב ד"ה אנא בשכוני גואי) וז"ל: "והחזקתי בה ולא שמשתי בה יותר ממני". הדרכי משה (חו"מ קמ,סקי"ט) כותב שכדברי המהר"ם נראה מהנימוקי יוסף, וכן כותב שפירוש רשב"ם מחוור יותר מהפירושים האחרים, וא"כ ש"מ שסובר כדעת הרשב"ם לפי ביאור המהר"ם.

המערער; ואילו רבא סובר שהמערער צריך להביא ראיה שאכן דר עם המחזיק בבית הפנימי.

הסיבה שר"נ סובר שיד המחזיק על התחנתונה ולכן הוא צריך להביא עדים, היא משום שכל כוחו של המחזיק נובע מכך שטוען שישב שם שלש שנים. טענה זו הינה מקבילה לשטר, וכמו ששטר ללא עדים [היינו ללא חתימות של עדים] אינו שווה דבר, כך גם טענת חזקת ג"ש ללא עדים אינה שווה דבר. לכן ע"מ שתהיה תוקף לטענת המחזיק של חזקת ג"ש – הוא מוכרח להביא עדים. וז"ל הרשב"ם (ל,א ד"ה מי לא): "והחזקה של שלש השנים, במקום שטר היא באה". הסיבה שר"נ מצריך מהמחזיק להביא עדים גם על כך שדר בבית לבדו, היא משום שרשב"ם מבין שטענת המערער שדר בבית הפנימי והיתה לו דריסת רגל/זכות שימוש בבית החיצון, גורעת מחזקת הג"ש של המחזיק, ור"נ סובר שע"מ שהמחזיק יוגדר כ"מוחזק", החזקה חייבת להיות מוחלטת – דהיינו חזקה ללא כל ערעור עליה, וכל ספק שהוא בחזקה מונע ממנו מלהיות "מוחזק" מבחינה הלכתית. לכן בויכוח הנ"ל בינו ובין המרא קמא – הוא עצמו צריך להביא ראיה שתוכיח שהוא אכן המוחזק בקרקע וחייב לדחות את טענת המערער ע"מ שחזקתו תוגדר אכן כחזקה, וכיון שהמחזיק טוען שטענת המערער שדר בבית הפנימי הינה טענה שקרית – ממילא הדרך לדחות את טענתו ולבסס את החזקה היא ע"י שיביא עדים שדר שם ג"ש לבדו, וז"ל הרשב"ם (שם) "ומאחר שהמוכר מערער על החזקה שאינה חזקה, צריך זה להביא עדים שחזקתו גמורה – שלא דר זה עמו".

רבא חולק על רב נחמן וסובר שע"מ שהמחזיק יוגדר כ"מוחזק", החזקה צריכה להיות טובה אולם אין החזקה חייבת להיות מוחלטת, ולכן למרות שנוצר ספק חלש בחזקה, ספק זה אינו משנה את מעמדו ההלכתי כ"מוחזק" בקרקע. ממילא בויכוח בינו ובין המרא קמא כאשר יש לו חזקה טובה למרות שאינה מוחלטת – על המרא קמא להביא ראיה שתוכיח שהמחזיק אינו "מוחזק". הואיל וכל מחזיק חייב להביא עדים על טענת חזקת ג"ש, ברגע שיש לו עדים שמעידים על כך שישב שם ג"ש [דהיינו העדות הראשונה שהצריך רב נחמן], אע"ג שאינם מעידים שהמערער לא דר שם כלל [דהיינו העדות השנייה שהצריך רב נחמן], מ"מ יד המערער על התחנתונה, וזאת משום שהערעור של המרא קמא יוצר רק ספק חלש והסיבה לכך היא שטענת המערער שדר בבית הפנימי הינה טענה מחודשת שלא נשמעה אלא בב"ד, וא"כ יש לנו אומדנא כנגד טענתו, וז"ל הרשב"ם (כט,ב ד"ה עליו): "עליו - למערער להביא ראיה שנשתמש עמו, וסבירא ליה לרבא דכיון שראו עדים

לזה המוחזק שנשתמש בו שלש שנים, אין לנו לחוש שמא גם זה היה עמו, הואיל ולא שמענו בלתי היום".

ונלע"ד דמדברים אלו של רשב"ם, ניתן להסביר המח' בין ר"נ לרבא באופן אחר ולומר שגם רבא מצריך שהחזקה תהיה חזקה מוחלטת, אלא שנחלקו רבא ור"נ מה דין החזקה במקום שבו לא שמענו בלתי היום שהמערער דר בבית הפנימי: רבא סובר שזו חזקה מוחלטת שמבטלת את טענת המערער שהיתה לו דריסת רגל/זכות שימוש, וממילא חובת הראיה חלה על המערער; ואילו ר"נ חולק וסובר שזו עדיין אינה חזקה מוחלטת משום שטענת המערער יוצרת ספק כלשהו, ולכן חובת הראיה חלה על המחזיק.

#### **ד. הסבר מח' ר"נ ורבא לשיטת הרשב"ם אליבא דקצוה"ח בסי' קמג**

ישנו הסבר נוסף במה נחלקו ר"נ ורבא שמובא בקצוה"ח (קמג, סק"ג) אליבא דרשב"ם ש"שכוני גוואי" פירושו שהמערער היה גר בחדרים הפנימיים ועבר דרך דירת המחזיק, וז"ל קצוה"ח: "ביאור דברים נראה, דלא אמרינן בזה ברר אכילתך כמו בהאי דשכוני גוואי דקיי"ל כרב נתמן דאמר זיל ברר אכילתך, דהתם הוי ספק בגוף החזקה אם החזיק כראוי או לא, דאם היה למערער דריסת הרגל – הרי אינו חזקה, והמחזיק כשם שצריך עדים על חזקתו שלש שנים כן צריך עדים על מהות החזקה אם היה כדינו או לא; אבל אם יש למחזיק עדי חזקה שהחזיק כראוי שלש שנים אז צריך המערער להביא ראיה שמיחה כראוי כיון דיש חזקה ברורה וזה שאומר שמיחה צריך עדים". דהיינו, שיטת ר"נ היא כמו שהוסבר לעיל (באות ג): המעבר של המערער דרך רשות המחזיק יוצרת גירעון בעצם החזקה של המחזיק<sup>5</sup>, וגירעון זה נוצר לא רק כאשר ודאי לנו שלמערער היתה דריסת רגל ברשות המחזיק אלא גם כאשר מסתפקים בזה (כמו הכא שהמערער טוען שכן היתה לו דריסת הרגל ברשות המחזיק ואילו המחזיק מכחיש זאת), ולכן צריך המחזיק להביא עדים על החזקה ע"מ לבסס את חזקתו ולהוכיח שהמערער לא עבר דרך רשותו.

אולם רבא סובר שדריסת הרגל ברשות המחזיק אינה ריעותא בעצם החזקה – שהרי המחזיק עדיין משתמש בקרקע, אלא דריסת הרגל הינה מחאה. הראשונים כותבים שבחזקת ג"ש רגילה, כאשר המערער טוען שמיחה

<sup>5</sup> וצ"ע, דקצוה"ח בסי' קמ (סק"ג) מסביר שדריסת הרגל אליבא דר"נ הינה מחאה ולא גירעון בעצם החזקה!:

וממילא החזקה אינה חזקה, על המערער להביא עדים שאכן מיחה. שואל הגר"א וסרמון (קוב"ש אות קד) מדוע צריך המערער להביא עדים שאכן מיחה, וז"ל: "אבל בנימוקי יוסף פירש, דראיה של חזקה היא משתיקתו של מערער, וכיון שמיחה ולא שתק – לא מהניא חזקה מידי. ולכאורה לפי טעם זה למה צריך המערער להביא ראיה שמיחה? הלא אם באמת מיחה לא היתה חזקתו כלום, וא"כ אדרבא – על המחזיק לברר שהיא חזקה מעליא [וא"כ צריך דוקא המחזיק להביא עדים ולא המערער]? וצ"ל כיון דהחזקה ודאית וביטול החזקה ע"י מחאה ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי [ולכן המערער צריך להביא עדים על המחאה ולא דורשים מהמחזיק להביא עדים על החזקה]". ממילא אם דריסת הרגל הינה כמו מחאה רגילה, אזי על המערער להביא ראיה כמו בכל מקרה רגיל של ויכוח בינו ובין המחזיק.

### **ה. הסבר מח' ר"נ ורבא לשיטת הרשב"ם אליבא דקצוה"ח בסי' קנה**

הסבר נוסף במח' ר"נ ורבא אליבא דשיטת הרשב"ם מובא בקצוה"ח (קנה, סקט"ז) וז"ל: "בפרק חזקת הבתים (כט, ב) גבי אנא בשכונני גוואי הואי אמר רב נחמן זיל ברר אכילתך, ורבא אמר דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש, וכיון דהא דמוקי לה בלוקח היינו לרבא דפריך מיניה דאמר אינו סומך, ורבא דס"ל דבספק החזיק דהמוציא מחבירו עליו הראיה".

דהיינו, אומר קצוה"ח שהן ר"נ והן רבא מודים שהמוחזק אינו מוחזק ודאי אלא ספק מוחזק, וזאת משום שטענת המערער "אנא בשיכונני גוואי הואי" מערערת את המוחלטות של חזקתו, אלא שמחלוקתם היא על מי להביא ראיה במקרה של ספק חזקה: רבא סובר שעל המערער להביא ראיה ולהוכיח שלא היתה חזקה, דהרי המוציא מחבירו עליו הראיה; ואילו ר"נ חולק וסובר שבספק חזקה על המחזיק להביא ראיה ולברר חזקתו.

הגר"ח מטלז תמה בזה על קצוה"ח, שהרי רבא ג"כ מודה שבספק חזקה על המחזיק לברר משום שמרא קמא עדיף מספק מחזיק, דהרי אמר רבא (כט, א) שצריך להביא עדים על הלילות ורק בשכונני גוואי שיש כאן ודאי חזקה לפנינו [שהרי למחזיק יש עדים שישב שם ג"ש] והמערער בא לקלקל את החזקה, בזה ס"ל שאין המחזיק צריך להוכיח ספק זה, ומה ההבדל ביניהם?

מיישב המילואי חושן (הני"ל) שיש לומר שאכן רבא סובר שישנו הבדל בין שכונני גוואי לשאר מקרים וזאת משום שבשכונני גוואי ישנו ספק הנוצר רק בגין ספק מחאה – דלמרות שהמערער טוען שהיה דר בחדרים הפנימיים המחזיק מכחישו ואין בזה עדים, וספק זה הינו קלוש יותר מאשר ספק רגיל

שפוגם בחזקה. הוכחה לכך ניתן למצוא בגר"א וסרמן (קוב"ש אות קד) שמסתפק במקום שבו יש ספק במחאה – כגון בתרי האומרים שמחה ותרי האומרים שלא מיתה, האם גם במקרה כזה אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי והמערער צריך לברר. רואים א"כ מדבריו שספק מחאה אינה בהכרח גורמת לכך שיד המחזיק על התחונה, וצ"ל שקצוה"ח סובר שזו היא בדיוק מח' רבא ור"נ.

יוצא מדברים אלו שקצוה"ח סובר שספק מחאה אליבא דרבא אינו מערער את החזקה אלא נשאר במישור של מחאה בלבד.

### ו. שיטת התוס' בסוגיא

איתא בתוס' (כט,ב ד"ה בשכוני גוואי) וז"ל: "והוא לי אורח עלך. ונראה לי שהיה לו עדים שהיה בשכוני גוואי אבל לא היו יודעים באיזה דרך היה יוצא, דאי לא היה לו עדים כלל דהוה בשכוני גוואי, היכי הוה קאמר רב נחמן זיל ברור אכילתך? דאטו יש להם לעדי חזקה לידע שלא היה המערער באותו בית כל שלש שנים? ואם יאמר המערער הייתי עמך שני ימים ואין לך שלש שנים שלימות והעדים אינן יודעים יפסיד?".

תוס' סובר כדעת הרשב"ם שטענת המערער היא שדר בבתי הפנימיים, ומסביר את טענת המערער כשיטת הרא"ש (שהובאה לעיל באות ג) – שהיתה לו דריסת רגל דרך הבית החיצון. אולם בשונה מרשב"ם, שמבין שהמחזיק טוען שטענת המערער שדר בבית הפנימי הינה טענה שקרית, מבינים תוס' שאין מח' בנקודה זו – שהרי כתבו שיש עדים על כך שהמערער גר בבית הפנימי. אלא מעמיד תוס' שמדובר שיש לביתו של המערער שתי יציאות לרה"ר – אחת דרך רשות המחזיק ואחת שלא דרך רשותו, ומחלוקתם היא האם למערער היתה דריסת רגל דרך רשות המחזיק [וכך טוען המערער], א"נ שלא היתה לו דריסת רגל דרך רשות המחזיק והיה יוצא לרה"ר רק דרך היציאה האחרת [וכך טוען המחזיק]. ונ"ל שלמרות שתוס' סובר שאכן יש למערער עדים שדר בבית הפנימי, מ"מ טענתו שהיתה לו דריסת רגל דרך הבית החיצון למרות שיש לו יציאה נפרדת הינה טענה מחודשת שלא נשמעה אלא בב"ד וישנה אומדנא כנגד טענתו מצד "הואיל ולא שמענו בלתי היום" (כדלעיל אות ג), שהרי המחזיק טוען שישנן שתי יציאות ומעשים בכל יום שבמבנה משותף גרים שני אנשים שלכל אחד מהם יציאה נפרדת [כגון בית דו-משפחתי], ואילו מציאות של שתי יציאות נפרדות כאשר אחד מהדיירים משתמש תדיר ביציאה של שכינו הינה דבר מחודש ולא מצוי.

אולם במקרה שבו ישנה רק דרך אחת לצאת לרה"ר מביתנו של המערער והיא דרך רשות המחזיק, אומר התוס' רי"ד (ד"ה אנא בשכונני גוואי) שאף רבא היה מודה בזה שיד המחזיק על התחתונה, וז"ל: "שאם לא היה להן פתח פתוח לרה"ר, לא היה אומר רבא המוציא מחברו עליו הראיה, שכיון שיש לו עדים שדר בחדרים הפנימיים – הדבר ידוע שהיה נכנס ויוצא דרך עליו".

א"כ, מכוח ההסברים שהבאנו (אות ג), ר"נ סובר שיד המחזיק על התחתונה ולכן עליו להביא עדים (1) שאכן דר בבית ג"ש (2) ושהמערער היה נכנס לביתו דרך היציאה האחרת ולא דרך רשותו; ואילו רבא סובר שיד המערער על התחתונה ולכן עליו להביא עדים שהיתה לו דריסת רגל דרך רשותו של המחזיק.

### ז. דין שותפים אליבא דשיטת הרשב"ם

קצוה"ח (קמ,סק"ג) מביא את תשובות הב"ח שדן במקרה שהמערער והמחזיק החזיקו כל אחד חצי מהקרקע, וז"ל: "שוב ראיתי מבורר כדברינו אלה בתשובת ב"ח (סי' ז) ז"ל שם: 'שמעון היה משתמש בחצר ראובן שכינו ושואב גם מים מבאר שבחצירו והולך הוא ובני ביתו לבית המוצנע העומד בחצירו של ראובן, ומת ובניו אחריו היו משתמשים בכל התשמישין הנזכרים, ועמד ראובן ומחה בהם וטוען ואומר עד עתה לא הייתי מקפיד אבל עכשיו שנתוספו דיורים ובני בית מרובין אקפיד, והיורשין באין מכח חזקה וטוענין כיון שאנחנו באין מחמת ירושה א"צ טענה, וראובן טוען דאין בתשמישין אלו דין חזקה כיון שגם אנכי ובני ביתי משתמשים בכל התשמישין הנזכרים, הדין עם מי. תשובה, הדין עם ראובן, דהא אמרינן בפרק חזקת הבתים דף כ"ט (ב) ...א"ל אנא בשכונני גוואי הואי, אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל ברר אכילתך. ופירש רשב"ם (ד"ה אנא) ... וא"כ כ"ש בנידון דידן דהשתמשו ביחד בכל התשמישין זה כמו זה דפשיטא דחזקת המחזיק אינו חזקה וכו'". דהיינו, דעת הב"ח היא לכאורה שכל שימוש משותף של המרא קמא והמחזיק, פוגם בעצם החזקה משום שדומה לשכונני גוואי – דבמקום שמשתמש יחד עמו אין המרא קמא צריך למחות ובמקום שלא צריך למחות ליכא חזקה, ולכן לעולם לא תהיה למחזיק חזקת ג"ש א"כ יביא ראיה שהוא אכן המוחזק.

קצוה"ח עצמו חולק בזה על הב"ח, וסובר שאין להשוות בין מקרה של שימוש משותף של המרא קמא והמחזיק לבין שכונני גוואי, וז"ל: "והנה ידעתי מיעוט ערכי נגד כל הנך רבוותא, אמנם לאחר העיון נראה לפענ"ד דכה"ג מהני חזקה לומר שהם שותפין שוה בשוה. וראיה ברורה לזה ממ"ש

הרא"ש (ב"ב פ"א, ס"י יא-יב) גבי אחזיק להורדי... ומבואר דהיכא דמשתמשין שניהם שוה בשוה – הוי חזקה להכי להיות חצי שלו... וזה לענ"ד ראייה גדולה... ולכן נראה לחלק בין האי דשכוני גוואי לחזקה דשיתוף: והוא דהתם בשכוני גוואי שטוען המחזיק שקנה גוף הקרקע להיות שלו [וטוען שאין למערער שום חלק בזה], וכיון שהבעלים יש להם יד בחזקתו של זה בדריסת הרגל על גוף הקרקע – הרי זה כמו מחאה<sup>6</sup>; אבל בשותפין כל אחד ואחד בשלו הוא נכנס ואין אחד משתמש בחלק חבירו כלל דאמרינן ברירה, וכמ"ש הר"ן ריש פרק השותפין בנדריים (מה, ב) בהא דתנן 'השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס לחצר, רבי אליעזר בן יעקב אומר זה נכנס בשלו וזה נכנס בשלו'... ורבי אליעזר בן יעקב סובר ברירה והגוף קנוי לגמרי לכל אחד בשעה שמתמש ובזמן כל אחד קנוי הוא לו לגמרי... וכ"כ הב"י באו"ח סימן תרנ"ח גבי אתרוג הקהל דיוצאין בה משום ברירה – דקי"ל כראב"י. וא"כ כיון דשותפין כל אחד בשלו הוא משתמש ולא בשל חבירו – א"כ אין להם לבעלים שום תפיסת יד בשל שותף המחזיק ומש"ה הוי חזקה". דהיינו מסביר קצוה"ח שיש הבדל גדול בין שכוני גוואי שם טוען המחזיק שהוא הבעלים היחידי של הקרקע – דאזי דריסת הרגל של המערער פוגמת בחזקה של המחזיק, לבין המקרה שהובא לפני הב"ח שם טענו המחזיקים שהם שותפים ביחד עם המערער – דאזי השימוש המשותף [שמקביל לדריסת רגל] אינו פוגם בחזקה של המחזיקים, וזאת משום שלשיטת הר"ן שיש ברירה יוצא שכל אחד משתמש בשלו ולא בשל חבירו.

#### ח. קושיית הנתיבות על הבנת קצוה"ח הנ"ל ותירוץ על הקושיא

הנתיבות (קמ, ביאורים סקי"ט) מקשה על קצוה"ח (לעיל אות ז) הסובר שכשהמחזיק טוען שהוא שותף מהני החזקה, וז"ל הנתיבות: "לא ידעתי היאך מלאו לבו לחלוק על כל הנך גדולים, וכן מוכח מהנמו"י (טו, א) מדפי הרי"ף) במה שהקשה על הרשב"ם (כט, ב ד"ה אנא) וז"ל, 'דאלת"ה מכר קרקע ושייר דרך במה יקנה?' ע"ש. ולדברי הקצוה"ח לק"מ, דהא בכה"ג כשהמחזיק טוען כן [שאכן שייר למערער דרך] באמת יש לו חזקה [שהרי זה כמו שני שותפים שגביהם סובר קצוה"ח שדריסת הרגל אינה פוגמת בחזקה של המחזיק]? אלא ודאי דלהרשב"ם אף בכה"ג אין לו חזקה!".

<sup>6</sup> דלא כמו דבריו שהובאו לעיל (באות ד) שדריסת הרגל הינה גירעון בחזקה ולא מחאה, וצ"ע!?

הנתיבות עצמו סובר שצריך את סברת קצוה"ח ליישב את קושיית הט"ז שהקשה דהלא יש מקומות בבית שלא עובר דרכם, ואמאי לא יהא בהם חזקה למחזיק? אלא שקושיית הט"ז נובעת מכך שסובר שהמעבר הינו גירעון בחזקה ותו לא, וא"כ הוי גירעון רק היכא דעובר; אולם אליבא דקצוה"ח, כיון שהמעבר נחשב כמחאה, אף כשהמערער שעובר במקום מסוים מ"מ היה צריך המחזיק להיזהר בשטרו [כמו בכל מחאה שצריך להיזהר בשטרו אף כשהמוחה נמצא במקום רחוק] – דהא מחאה הינה על כל החזקה, ולכן במקרה שעבר דרך חלק מרשותו וליכא למחזיק שטר – אמרינן שמשקר.

למרות זאת, הנתיבות חולק על קצוה"ח מכוח הקושיא שהקשה מדברי הנ"י וסובר שגם כשהמחזיק טוען שהוא שותף עם המערער, דריסת הרגל של המערער מבטלת את חזקתו – כמו שפסק הב"ח.

את קושיית הנתיבות, מתרץ העולם כך (מובא במלואי משפט לגר"י דזימיטורבסקי על נתיבות המשפט קמ הערה 15): הנתיבות מבין דכוונת קצוה"ח היא שכשהמחזיק טוען שקנה את כל הקרקע, בזה דריסת הרגל של המערער מבטלת את החזקה משום שהוי כמו מחאה, אבל כשהמחזיק טוען שהוא שותף עם המערער בקרקע – אין דריסת הרגל של המערער מבטלת את החזקה כלל משום שגם לפי טענת המחזיק יש למערער רשות לדור עמו ולעבור ברשות המשותפת. ע"פ הבנה זו הקשה הנתיבות את קושייתו.

אולם לא ניתן לומר שזו כוונת קצוה"ח, שהרי הוא עצמו הסביר שהטעם שדריסת הרגל של המערער אינה מבטלת את החזקה כשהמחזיק טוען שהם שותפים, היא משום שקי"ל כר' אליעזר בן יעקב שבכה"ג אמרינן ש"יש ברירה" וכל אחד משתמש רק בשלו. הנתיבות סבר שגם בשייר דרך אמרינן ש"יש ברירה" וכל אחד משתמש רק בשלו – בדיוק כמו שותפים; אולם נראה לומר שקצוה"ח סבר שבמכר קרקע ושייר דרך – לא שייד לומר ש"יש ברירה", דדין זה שייד רק היכן שיש לשניהם קניין הגוף ממש בשותפות ואזי אמרינן ש"יש ברירה" וכל אחד משתמש בשלו, אבל במכר קרקע ושייר דרך, הרי הרשות לעבור שם שייכא גם כאשר לא שייר המוכר גוף הקרקע ממש אלא רק שייר לעצמו שעבוד וזכות בלבד לעבור דרך רשות הלוקח, ובזה ודאי שמשתמש בחלקו של הלוקח ולא בחלקו שלו – בשונה משותפים, וא"כ שפיר מובנת קושיית הנימוקי יוסף על רשב"ם שבכה"ג לא תהא חזקה לשיטתו.

### ט. קושיית הגר"ש שקאפ על קצוה"ח ותירוץ על הקושיא

הגר"ש שקאפ (חידושי ר"ש טו) מקשה אף הוא על קצוה"ח (לעיל אות ז): "ולענ"ד אין דבריו נראים כלל, דמה נ"מ בזה אם יש ברירה או לא? כיון דמ"מ הם משתמשים בפועל בתערובות, ואיזה נפקותא לו למערער בדין ברירה?". דהיינו, כיצד הלכות ברירה יקבעו האם יש או אין חזקה? הלא במציאות שניהם מחזיקים ביחד בקרקע/בכותל, אלא שמבחינה הלכתית נחשב שכל אחד מהם החזיק לבדו, וחזקה הינה בחינה מציאותית וא"כ לא שייך שתחול חזקה היכן שהחזקה הינה רק הלכתית ולא מציאותית?

לכן הגר"ש שקאפ חולק על קצוה"ח וסובר כב"ח – שבאמת לא שייכא חזקה בשותפים, וז"ל: "אלא נראה ברור דלשיטת רשב"ם ותוס' לא מהני חזקה לשיתוף, דס"ל דכיון שהמערער ג"כ נשתמש בדבר זה שטוען עליו חזקת ג"ש, א"צ למערער למחות, דלא ניכר מי הבעלים בהך שדה, וכל זמן שלא ניכר בפועל שעיקר הבעלים הוא המחזיק – א"צ המערער למחות".

ולע"ד ניתן לומר שאף קצוה"ח מודה לדברי הגר"ש שקאפ שחזקה הינה גדר מציאותי, אלא שהגר"ש שקאפ סובר שגדר הלכתי של ברירה לא יכול לגרום לשינוי בגדר מציאותי של חזקה, ואילו קצוה"ח סובר שהגדר ההלכתי של ברירה כן יוצר מציאות של חזקה – דהיינו שבגין אותו גדר הלכתי היה צריך המערער למחות. הוכחה לכך ניתן למצוא ממח' בגדרי מיגו, שנחלקו האחרונים האם אמרינן מיגו לעם הארץ במקום שצריך לימוד ועומק גדול. הטי"ז (יו"ד קסט) והתומים (פב כללי מיגו סקכ"ח) סוברים שלא, דלא מהני מיגו כשאפשר שאין הנתבע יודע הטענה ההיא, וזה ממש כדברי הגר"ש שקאפ; ואילו הש"ך (חו"מ סו, סקנ"ו) והנתיבות (פב קיצור כללי מיגו כלל י) חולקים וסוברים שכן אומרים מיגו במקרה כזה ולא אמרינן שאולי לא ידע הנתבע מזה. אחד ההסברים בשיטת הש"ך והנתיבות היא שדרכו של אדם היא להתייעץ עם בר-סמכא בנושא בכל הנוגע לדיון משפטי, ולמרות שהוא אינו מבין בגדרי מיגו, ישנו מישוהו שכן מבין בזה וייעץ לו מה לעשות. א"כ הי"ה שניתן לומר הכא שקצוה"ח סובר שגם כאן שמדובר בויכוח על קרקעות, יתייעץ האדם עם בר-סמכא בכל הנוגע לדרך הפעולה שעליו לנקוט, וגבי שותפות יאמר לו אותו בר-סמכא שישנו דין של ברירה ולכן עליו למחות, ומכך שלא מחה – איכא חזקה.

### י. קושיות הרמב"ן על רשב"ם והסבר הב"ח את הקושיות השונות

הרמב"ן הקשה שתי קושיות על שיטת הרשב"ם: חדא, מדוע שהקונה יפסיד חזקתו בגלל שהמוכר שייר לעצמו דרך? הלא זה דבר נפוץ ומצוי ולמעשה דר הקונה בבית לבדו?<sup>7</sup> ועוד, אם נימא שדריסת הרגל מבטלת החזקה, מדוע רבא מצריך מהמערער להביא ראיה? הלא ליכא חזקה למחזיק כלל וא"כ הוא עצמו צריך להביא ראיה שהוא מוחזק?

והנה בתשובות הב"ח (ישנות ז) הבין ששתי הקושיות של הרמב"ן על רשב"ם נובעות מהסתפקות שהיה לרמב"ן בכוונת דברי רשב"ם, וז"ל הב"ח: "ולפע"ד יש ליישב להרמב"ן דקשיא ליה השנייה לפי שראה בפירש הרשב"ם דכתב 'והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בביתי החיצון שדרת בו ברשותי כו', דאפשר לפרש דלמאי שהיה עובר דרכו עליו קרי ליה משתמש עמך בביתי החיצון ואעפ"י דלא היה משתמש עמו כלל כי אם בהעברת הדרך עליו בלחוד – דלפי זה לא קשיא השנייה, ואם נפרש דרצונו לומר שזולת שהיה עובר דרכו עליו עוד היה משתמש בבית החיצון שהיה מניח כלים בחדרים שבבית החיצון ושאר תשמישים – א"כ קשיא השנייה ולא הראשונה, והקושי האחת והשנייה אינן אלא בדרך מאי נפשך – או הראשונה קשיא או השנייה". דהיינו, אומר הב"ח שהרמב"ן הסתפק האם כוונת רשב"ם היא שהמערער טוען שהיתה לו דריסת רגל בלבד ברשות המחזיק, א"נ שטוען גם שהיה משתמש עמו ברשותו (עי' לעיל אות ג שנחלקו בכך ראשונים).. לצד שהמערער טוען שהיתה לו רק דריסת רגל, מקשה הרמב"ן את קושייתו הראשונה – שמה שעובר שם המערער אינו מקלקל את החזקה של המחזיק; ולצד שהמערער טוען שהיה משתמש עמו ברשותו, מקשה הרמב"ן את קושייתו השנייה – מ"ט דרבא שהמערער צריך להוכיח את דבריו? הלא לטענתו שהשתמש עם המחזיק ברשותו, ליכא למחזיק חזקה כלל? ואומר הב"ח שהקושיא השנייה לא שייכא לצד שלמערער היתה רק דריסת הרגל,

<sup>7</sup> הרשב"א (בחי'דושיו) מקשה באופן דומה על רשב"ם. לרשב"ם לעולם לא תהיה חזקה במקרה שהמוכר שייר לו שם דריסת הרגל, ודבר זה קשה מאד שהרי מעשים בכל יום שכך אנשים מוכרים וקונים, כגון מי שיש לו שתי דירות, חיצונית ופנימית, וע"מ להגיע לפנימית יש לעבור דרך החיצונית, ולפי רשב"ם לעולם לא יוכל למכור הדירה החיצונית ולשייר לעצמו הפנימית, משום שיהא חייב לשייר לעצמו דריסת רגל ע"מ להגיע לביתו וזה כשלעצמו מונע מהלקוח להיות מוחזק בדירה החיצונית ויצטרך לשמור שטרו לעולם. ולשיטת קצוה"ח (לעיל אות ז) ניתן לתרץ שאכן תהיה ללוקח חזקה במקרה ששייר המוכר דרך כשטוען טענת שותפות, אולם לחולקים על קצוה"ח, קושיית הרשב"א אכן נותרת ללא מענה.

דאזי מובן מדוע צריך המערער להביא ראיה לשיטת רבא, דדריסת הרגל אינה מבטלת החזקה; והקושיא הראשונה אינה שייכת לצד שהמערער היה משתמש עם המחזיק ברשותו, דברור ששימוש משותף מקלקל את החזקה.

### יא. קושיית קצוה"ח על הסבר הב"ח ויישובו של החת"ס

קצוה"ח (קמ,סק"ז) מקשה על דברי הב"ח (לעיל אות י) שדעת הרמב"ן היא שדריסת הרגל אינה מבטלת את החזקה, וז"ל: "ותמהני במ"ש דהשניה לא קשיא ליה – דפשיטא דהעברת דרך לא מקרי דירה וא"כ ניחא טעמא דרבא? דהא ודאי רבא נמי מודה דהעברת דרך מבטל החזקה... אלא ודאי דגם רבא מודה בעיקר הדין אלא כיון דלא נודע אם היה לו דרך ס"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, וא"כ קושיא השניה של הרמב"ן קשיא בלא הראשונה כיון דודאי רבא מודה בעיקר הדין וכמ"ש וזה פשוט". קצוה"ח אינו מחלק בין דריסת רגל לבין שימוש משותף – דשניהם יוצרים לשיטתו ספק בחזקה<sup>8</sup> וא"כ לא צריך להיות כל הבדל ביניהם.

החת"ס (בחיידושו כט,א ד"ה בשכונל) מיישב את דברי הב"ח: "אי בשכוני גוואי לא היה על זה כי אם דרך בעלמא, א"כ אין זה שום ביטול בחזקתו של זה שהרי החזיק כדמחזק אינשי רק זה יצא ונכנס דרך עליה, ולא בא אלא לומר דהעברת דרך הוה כמו מחאה לא ביטול חזקתו אלא אין צריך למחות. וא"כ שפיר קאמר רבא המוציא מחבירו עליו הראיה כיון שעכ"פ חזקה מעליא החזיק והספק הוא במחאה, א"כ הממע"ה ולק"מ ארבא". לדעתו, הב"ח סובר שיש חילוק בין דריסת רגל לבין שימוש משותף. כאשר המערער טוען שהשתמש עם המחזיק ברשותו נוצר ספק בחזקה; אולם כאשר המערער רק טוען שהיתה לו דריסת רגל ברשות המחזיק, אין זה ספק בחזקה אלא ספק במחאה<sup>9</sup> – שבמקרה כזה טוען המערער שלא צריך יותר למחות במחזיק, ולכן חובת ההוכחה על המערער כמו בכל מקרה שטוען שמחה.

<sup>8</sup> או ספק במחאה אליבא דדבריו בסי' קמ (סק"ג).

<sup>9</sup> יש לברר מה הסברא לומר שהעברת דרך היא מחאה? הלא יותר מסתבר לומר שהמערער מכר למחזיק את הבית החיצון ושייר דרך לעצמו וליכא מחאה? באר הגר"ד פוברסקי (כט,ב אות קיז) דאה"נ אם המחזיק היה מודה שהמערער עבר דרך עליו משום ששייר דרך לעצמו – חזקתו היתה חזקה משום שיש לו עדים שהחזיק וליכא כאן מחאה; אולם כיון שהמחזיק טוען שלא עבר דרך עליו ולא שייר לעצמו דרך, א"כ לפי דבריו, אם המערער אכן עבר ברשותו – יש לראות בכך מחאה ולא שיוור דרך.

### יב. תירוץ קושיות הרמב"ן על רשב"ם

הובא לעיל (באות י) שתי קושיות הרמב"ן על רשב"ם: (1) מדוע הקונה יפסיד חזקתו בגלל שהמוכר שייר לעצמו דרך? הלא זהו דבר שכיח ולמעשה דר הקונה בבית לבדו? (2) אם דריסת רגל מבטלת חזקה, מדוע רבא מצריך מהמערער להביא ראיה? הלא למחזיק ליכא חזקה?

ניתן לתרץ את הקושיא הראשונה כך: אליבא דהבי"ח שהובא לעיל (באות י), קושייתו הראשונה של הרמב"ן הינה על הצד שכוונת רשב"ם היא לדריסת רגל. ניתן לתרץ שרשב"ם אינו מתכוון לדריסת רגל אלא לשימוש משותף ברשות המחזיק, כמו שהסביר המהר"ם שהובא לעיל (אות ג). שימוש משותף של המוכר ושל הלקוח ברשות הלקוח לאחר מכירה אינו דבר נפוץ כלל, וא"כ מובן היטב מדוע רשב"ם סובר שבמקרה כזה יפסיד הלקוח את חזקתו.

את הקושיא השנייה ניתן לתרץ ע"פ הסברו של קצוה"ח הנ"ל (אות ה): במקרה של שיכונני גוואי, למרות שטענת המערער פוגמת בחזקה של המחזיק, מ"מ כיון שזו רק ספק מחאה, רבא סובר שיד המחזיק עדיין על העליונה ועל המערער להביא ראיה, עיי"ש.

### יג. מהות ההשוואה בין סוגיית שכונני גוואי לבין סוגיית בי בר סיסין

איתא בגמ' (כט, ב-ל, א) וז"ל: "ורמי דרבא אדרבא, ורמי דרב נחמן אדרב נחמן; דההוא דא"ל לחבריה: כל נכסי דבי בר סיסין מזבינא לך, הואי ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין, אמר ליה: הא לאו דבי בר סיסין היא, ואיקרוי הוא דמיקריא דבי בר סיסין; אתו לקמיה דרב נחמן, אוקמא בידא דלוקח. א"ל רבא: דינא הכי? המוציא מחבירו עליו הראיה. קשיא דרבא אדרבא, קשיא דרב נחמן אדרב נחמן?!" מסביר רשב"ם (ל, א ד"ה קשיא) שקושיית הגמ' היא: "דלעיל מוקי לה רב נחמן ביד המוכר ורבא ביד הלוקח והכא איפכא".

והנה, מהות ההשוואה בין סוגיית שכונני גוואי לבין סוגיית בי בר סיסין טעונה בירור, דהלא בסוגיית שיכונני גוואי נחלקו ר"נ ורבא האם יש למחזיק חזקה או לאו, ואילו בסוגיית בי בר סיסין נחלקו ר"נ ורבא אחר לגמרי – האם השדה שנקראת בי בר סיסין הינה בכלל המכר או לא?

ונראה ליישב ע"פ דברי רבנו גרשום שהובאו לקמן (ב"ב קנט, ב). הגמ' שם מביאה את אותה סוגיא כמו בדף כט, אלא ששם מביאה ברישא את סוגיית בי בר סיסין ומקשה מסוגיית שכונני גוואי – איפכא ממהלך הגמ' בדף ל.

אומר שם רבנו גרשום וז"ל: "קשיא דרב נחמן אדרב נחמן. דלעיל [בבי בר סיסין] אוקים לנכסי בידא דלוקח והוה ליה מוכר מוציא מחבירו עליו הראיה, והכא [בשכוני גוואי] אוקמינהו בידא דמוכר דמוחזק הוא והוה ליה לוקח המוציא מחבירו עליו הראיה". לשון הממע"ה בסוגיית בי בר סיסין מופיעה רק בדברי רבא שמעמיד השדה ברשות המוכר, וכאן משתמש רבנו גרשום בביטוי זה בשיטת ר"נ שמעמיד השדה ברשות הלוקח. וצריך ביאור: היאך יכול רבנו גרשום לקרוא למוכר "מוציא"? הלא השדה עדיין נמצאת בפועל מבחינה מציאותית בידיו, ועליה טוען הלוקח שגם אותה קנה וצריך המוכר לתת לו אותה, וא"כ המוכר הוא "המוחזק" בשדה ומה פשר לשון "המוציא" גביו?

נ"ל דרבנו גרשום סובר שהן בסוגיית בי בר סיסין והן בסוגיית שכוני גוואי הדיון הינו "מי מוגדר מבחינה הלכתית כמוחזק ולכן אינו צריך להביא ראיה, ומי מוגדר מבחינה הלכתית כמוציא וממילא כן צריך להביא ראיה". ר"נ סבר שבשכוני גוואי המוכר מוגדר כ"מוחזק מבחינה הלכתית" וממילא הלוקח הינו המוציא ועליו להביא ראיה, ולכן מקשה הגמ' על ר"נ שבסוגיית בי בר סיסין סובר איפכא – שהלוקח מוגדר כ"מוחזק מבחינה הלכתית" (למרות שאינו מוחזק בפועל מבחינה מציאותית) וממילא המוכר הינו המוציא שצריך להביא ראיה. רואים מדברי רבנו גרשום ששתי הסוגיות דנות באותה שאלה, וממילא ברורה ההשוואה ביניהם.

#### **יד. כיצד נפסקה ההלכה בסוגיא**

איתא ברשב"ם (ל,א ד"ה מי לא) וז"ל: "ובהני תרי עובדי [שכוני גוואי ובי בר סיסין] סבירא לן כרב נחמן דהלכתא כוותיה בדינא".

רשב"ם הכריע שהלכה כרב נחמן משום שלשיטתו הכלל שהלכתא כוותיה בדיני (כתובות יג,א) עדיף על הכלל שהלכתא כרבא דהוא בתראה (רא"ש ברכות פ"ג ב), ש"מ שרשב"ם הבין שאכן נחלקו ר"נ ורבא בדינים הללו.

גם הרשב"א (כט,ב ד"ה וקיי"ל) מכריע כר"נ, אך לא מטעמו של הרשב"ם: "וקיי"ל כרב נחמן בהני תרי עובדי בהא ובאידיך דבי סיסין, דאותה שעה שהיה חולק רבא עמו – תלמיד יושב לפניו היה וכדמשמע מדאמר'י 'א"ל רבא דינא הכי? ולא אמר'י 'רבא אמר המוציא מחברו עליו הראיה', ואין הלכה כתלמיד במקום הרב". לדעת הרשב"א רבא ור"נ לא נחלקו כלל אלא רבא היה תלמידו של ר"נ ושאל שאלות הלכתיות על הפסקים שפסק רבו, ולא

חלק עליהם, וממילא אין מקום בסוגיא להסתפק כמי ההלכה, דכיון שרבא לא נחלק – פשיטא שהלכה כר"נ.

למרות שישנם פירושים נוספים של הראשונים לסוגיית שכוני גוואי שחולקים על הסברו של רשב"ם, הטור (חוי"מ קמ) פוסק כרשב"ם שכוני גואי פירושו שהמערער דר בחדרים הפנימיים וכהסבר התוס' (לעיל באות ו), ולגבי מחלוקת הרא"ש ומהר"ם (לעיל באות ג) פוסק כהרא"ש שאפילו בטענת דריסת רגל של המערער יש למחזיק להביא ראיה על חזקתו, וז"ל: "ואם טען המערער דרתי בבית הפנימי ועברתי דרך עליך ולפיכך לא חששתי למחות, אם ידוע שהוא היה דר בבית הפנימי והיה לו דרך לעבור על זה וגם דרך לצאת מצד אחר אלא שאין ידוע אם עבר דרך עליו אם לאו, טענתו טענה וצריך המחזיק לברר שלא עבר דרך עליו".

גם הדרכי משה (לעיל הערה 3) סובר שפירוש רשב"ם מחוור יותר מהפירושים האחרים. לגבי המח' בין הרא"ש והמהר"ם, חולק הדרכי משה על הטור וסובר שיש להעדיף את פירוש המהר"ם, וא"כ ש"מ שהמערער טוען שהשתמש עם המחזיק בדוקא, ורק טענה שכזו גורמת לדיון בין ר"נ לרבא האם יש כאן ספק מחאה או ספק חזקה, אולם טענה של דריסת רגל מצד המערער אינה מספקת, וכך סובר הסמ"ע (לעיל באות ג). וברמ"א (חוי"מ קמ, ג) פוסק וז"ל: "י"א שאם היה ידוע שהמערער היה דר בחדר הפנימי מן הבית, וטוען שהיה עובר דרך הבית החיצון ולכך לא מיחה במחזיק בבית החיצון, אע"פ שיש לחדר הפנימי עוד דרך מצד אחר, ולא ידעין אם עבר דרך הראשון, אפילו הכי טענתו טענה וצריך המחזיק להביא ראיה שלא עבר דרך בית החיצון. ויש אומרים דזה לא מבטל החזקה אלא אם כן טען: כשרציית הייתי משמש בכל בית הראשון, והוצרכת לדחות מפני, ולא החזקת בבית החיצון רק כשלא הוצרך לי". דהיינו, מביא הרמ"א ברישא את שיטת הטור – פירוש רשב"ם בשיטת התוס' והרא"ש, ובסיפא מביא את שיטת המהר"ם – דלא סגי בטענת דריסת רגל אלא בעי דוקא טענת השתמשות.

אולם השו"ע (חוי"מ קמ, ג; קמו, יא-יב) אינו מביא כלל את שיטת רשב"ם, ומסביר הסמ"ע (חוי"מ קמו, סק"יח) שהשו"ע מפרש את סוגיית שכוני גוואי כר"י וברמב"ם – שטענת המערער הינה שלא היה במקום בשעת המקח לפי טענת המחזיק, וא"כ יוצא שאין מקור בגמ' כלל להלכה שהובאה בטור וברמ"א הנ"ל אליבא דשיטת רשב"ם.

## טו. סיכום

א. רוב הראשונים סוברים שאכן יש למערער בסוגיית שיכוני גוואי חזקת מרא קמא; אולם הר"ף (טו,א) מביא שיטה הסוברת שלמערער לא היו עדי חזקה וכל הסיבה שמתייחסים למערער כאל מרא קמא הוא מחמת הודאת המחזיק.

ב. רשב"ם מבאר ש"אנא בשכוני גוואי הואי" פירושו שהמערער טוען שדר בחדרים הפנימיים ואילו המחזיק טוען שהוא משקר. ונחלקו הראשונים מהי טענת המערער: שיטת הרא"ש היא שטוען שהיתה לו דריסת רגל ברשות המחזיק; ואילו שיטת המהר"ם היא שטוען שהשתמש עמו ברשותו. תוס' מודה לפי הרשב"ם אולם סובר שכ"ע מודים שאכן המערער דר בחדרים הפנימיים ויש לו דרך אחרת לבא ולצאת מרשותו, אלא שהמערער טוען שיש לו דריסת רגל גם דרך רשות המחזיק והמערער טוען שהוא משקר.

ג. ארבעה הסברים במח' ר"נ ורבא: (1) לדעת ר"נ ע"מ להיות "מוחזק" בעי חזקה מוחלטת, וכשאינן זה כך – על המחזיק להביא ראיה; ולדעת רבא ע"מ להיות "מוחזק" לא בעי חזקה מוחלטת, ולכן גם כשאינן זה כך נחשב כ"מוחזק" ועל המערער להביא ראיה. (2) הן ר"נ והן רבא סוברים שע"מ להיות "מוחזק" בעי חזקה מוחלטת, אלא שנחלקו מה דין החזקה במקום שלא שמענו בלתי היום שהמערער דר בבית הפנימי: דרבא סובר שזו חזקה מוחלטת שמבטלת את טענת המערער שהיתה לו דריסת רגל/זכות שימוש, וממילא חובת הראיה חלה על המערער; ואילו ר"נ סובר שזו עדיין אינה חזקה מוחלטת משום שטענת המערער יוצרת ספק כלשהו, ולכן חובת הראיה חלה על המחזיק. (3) לדעת ר"נ דריסת רגל של המערער יוצרת ספק בחזקה ולכן על המחזיק להביא ראיה; ולדעת רבא דריסת רגל יוצרת רק ספק מחאה ולכן על המערער להביא ראיה כמו בכל מחאה. (4) כו"ע מודים שנוצר כאן ספק בחזקה, אלא שר"נ סובר שאין חילוק בין שיכוני גוואי לשאר מקרים ולכן על המחזיק להביא ראיה כנגד המרא קמא; ואילו רבא סובר שישנו חילוק בין שיכוני גוואי לשאר מקרים משום שהכא הספק בחזקה נוצר בגלל ספק מחאה, ובמקרה כזה על המערער להביא ראיה.

ד. נחלקו אחרונים מה דעת רשב"ם במקרה שהמחזיק טוען לשותפות עם המערער: דעת הב"ח, הנתיבות והגר"ש שקאפ היא שכל שימוש משותף של המרא קמא והמחזיק, פוגם בעצם החזקה משום שדומה לשיכוני גוואי – דבמקום שמשותף יחד עמו אין המרא קמא צריך למחות ובמקום שלא

צריך למחות ליכא חזקה, ולכן לעולם לא תהיה למחזיק חזקת ג"ש אא"כ יביא ראיה שהוא אכן המוחזק; אולם קצוה"ח חולק וסובר שיש הבדל גדול בין שכוני גוואי שם טוען המחזיק שהוא הבעלים היחידי של הקרקע – דאזי דריסת הרגל של המערער פוגמת בחזקה של המחזיק, לבין כשהמחזיקים טוענים שהם שותפים ביחד עם המערער – דאזי השימוש המשותף [שמקביל לדריסת רגל] אינו פוגם בחזקה של המחזיקים, וזאת משום שלשיטת הר"ן יש ברירה יוצא שכל אחד משתמש בשלו ולא בשל חברו.

ה. דעת הב"ח והחת"ס היא שלרשב"ם יש חילוק מהותי בין כשהמערער טוען שיש לו דריסת רגל בלבד – ואז נוצר רק ספק במחאה, לבין כשהמערער טוען שהשתמש עם המחזיק ברשותו – ואז נוצר ספק בחזקה; קצוה"ח חולק וסובר שלרשב"ם אין חילוק כזה ובשני המצבים נוצר או ספק בחזקה או ספק במחאה.

ו. ההשוואה בין סוגיית שכוני גוואי לסוגיית בי בר סיסין היא שבשניהם השאלה הינה "מי מוגדר מבחינה הלכתית כמוחזק ולכן אינו צריך להביא ראיה, ומי מוגדר מבחינה הלכתית כמוציא וממילא כן צריך להביא ראיה".

ז. הלכתא כרב נחמן, שהמחזיק צריך להביא ראיה, או משום שקי"ל שהלכתא כוותיה בדיני, או משום שרבא לא נחלק עליו כלל אלא רק שאל את רב נחמן שיסביר את שיטתו משום שהיה תלמיד בפני רבו.

ח. השו"ע אינו פוסק כרשב"ם כלל; אולם הטור והרמ"א ב"א קמא פוסקים כרשב"ם ע"פ הסבר תוס' והרא"ש (שהובאו לעיל במח' ב); והרמ"א ב"א בתרא פוסק כרשב"ם ע"פ הסבר המהר"ם (שהובא לעיל במח' ב).

## קנין חזקה שלא בגוף הקרקע

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. סוגיות הגמרא
- ג. שיטת הרמ"ה
- ד. שיטת הרמב"ם
1. מחלוקת בהבנת דברי הרמב"ם
2. באורים בשיטת הרמב"ם
- ה. שיטת הראב"ד
- כסף וחזקה
- ו. קנין חזקה לשכירות

### א. הקדמה

ישנם שני סוגי חזקה בקרקע: הא' - ראייה, חזקה שיש עמה טענה דהיינו אדם הטוען על מקום מסוים ששייך לו בטענה שקנה אותו מפלוני ומביא עדים שישב במקום זה ג' שנים, חזקה זו מגלה לבי"ד שטענתו אמיתית. והב' - חזקה כמעשה קנין. קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה. חזקה זו צריכה להיות פעולה בגוף הקרקע כדוגמת המשנה "נעל גדר ופרץ" (ב"ב מב,א).

במאמר זה ננסה לבחון האם לקנין חזקה בקרקע מהני חזקה בלי פעולה בגוף הקרקע, כגון שטיחת פירות העמדת הבהמות וכו'.

### ב. סוגיות הגמרא

נחלקו ראשונים בבאור שתי סוגיות בב"ב:

1. ב"ב כט,ב: "אמר רבא אכלה כולה חוץ מבית רובע קנה כולה חוץ מבית רובע" דהיינו אכל פירות מקרקע חוץ מבית רובע שמשם לא אכל מהפירות. אמר רבא שקונה את הקרקע חוץ מאותו בית רובע. ובהמשך "אר"ה בריה דר"י ולא אמרינן אלא דבר זריעה היא אבל לאו בית זריעה היא קני לה אגב ארעא (שהרי מקום זה אי אפשר לזרוע וכיצד יקנה?) מתקיף ליה רב ביבי בר אביי אלא מעתה צונמא (קרקע צחיח) במה יקנה, אלא באוקמי בה חיותא ומשטחא בה פירי ה"נ איבעי ליה לאוקמי בה חיותא, א"נ משטחא בה פירי".

רבים מהראשונים (רשב"ם, ר"י מגא"ש, רבינו יונה) למדו שהסוגיה עוסקת בחזקת ג' שנים. אולם מדברי הרמב"ם משמע שהסוגיה עוסקת בקנין חזקה.

וז"ל (מכירה א, ט): "היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדירה ולא פריצה ואינה בת זריעה הרי החזקה שקונה אותה בה שטיחת הפירות או העמדת הבהמה וכיוצא בזה". הראב"ד משיג: לקניית קרקע יש צורך בחזקה בגוף קרקע כעין נעל גדר ופרץ.<sup>1</sup> [יש להעיר שאף הרמב"ם (טו"י יב, טז) פסק שאם יש טענה עם חזקה קונה: "אכלה כולה חוץ מבית רובע החזיק בכולה חוץ מאותו בית רובע שלא נהנה בו", ובהמשך הדברים נסביר שיטתו].

2. ב"ב נז, א: "אלו דברים שיש להם חזקה ואלו דברים שאין להם חזקה היה מעמיד בהמה בחצר תנור רחיים וכיריים ומגדל תרנגולים וכו' אינה חזקה. אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים וכן לתנור וכו' הרי זו חזקה".

ובגמ' שם "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא אמר עולא כל שאילו בנכסי הגר קנה בנכסי חבירו קנה, כל שאילו בנכסי הגר לא קנה בנכסי חבירו לא קנה. מתקיף ליה רב ששת וכללא הוא והרי ניר דבנכסי הגר קנה בנכסי חבירו לא קנה והרי אכילת פירות דבנכסי חבירו קנה בנכסי הגר לא קנה" ומסקנת הגמ' שם שהמשנה עוסקת בחצר השותפין.

נחלקו ראשונים באיזו חזקה מדובר. לדעת הרשב"ם מדובר בחזקת תשמישים שאדם משתמש בהם ג' שנים ולא מחה בו חבירו ומעתה יש למחזיק חזקה לזה ויכול לטעון אתה נתתי לי לתשמיש. ובטור קנג, כו בשם גאונים כתב שלא לתר קנה בחזקת תשמישים ואין צורך בג' שנים. והרמב"ם טו"י יב, יד פסק שהמשנה מדברת לענין חזקת ג' שנים.

בהמשך דברי הגמ' "מאי שנא רישא מסיפא" יש נסיון להשוות בין קנין חזקה בנכסי הגר לקנין חזקה בנכסי חבירו. ופרשב"ם קנין חזקה בנכסי הגר דהיינו לקנות קרקע מנכסי גר בקנין חזקה (נעל וכו') ונכסי חבירו פירש רשב"ם לקנות קרקע מחבירו בטענת חזקה דג' שנים, והגמ' דוחה את ההשוואה כי אכילת פירות לא מועילה לנכסי הגר ואילו לחזקת ג"ש מהני.

מדברי הרשב"ם נראה שחולק על הרמב"ם הנ"ל שסובר שקרקע נקנית (משמע בין בנכסי הגר בין בנכסי חבירו אם פעולה זו משמשת כקנין חזקה)

<sup>1</sup> ע"ש מגדל עוז ודבריו צ"ב.

באכילת פירות או אפילו גם העמדת הבהמות ואין הוא מצריך פעולת חזקה בגוף הקרקע וא"כ כיצד יפרש דברי הגמ' הנ"ל?<sup>2</sup>

### ג. שיטת הרמ"ה

ועיין ביד הרמ"ה (ב"ב נו,ב) לגבי אכילת פירות בנכסי חבירו שקנה, דוקא בשיש עמה טענה אבל באין עמה טענה לא קני, ואע"ג שמצאנו שחזקה ללא טענה קונה דומיא דאכילת פירות, כדברי הגמ' בקדושין כו,א: מנין שקנין חזקה מועיל בקרקע אמר חזקיה דאמר קרא "ושבו בעריכם אשר תפשתם" במה תפשתם – בישיבה, דברי ר' ישמעאל תנא "וירשתם אותה וישבתם בה" במה ירשם – בישיבה. קנין חזקה של ישיבה בערים כאכילת פירות דמיא ומדוע שם קונה בחזקה שאין עמה טענה ואכילת פירות צריך עמה טענה? ותירץ, ישיבת ערים וחצרות חשיב הנאה שיש לו מגוף הקרקע אבל אכילת פירות באה לאחר שקטף מהעץ וההנאה היא מהפרי – מהטלטים, ולא מגוף הקרקע או מעל גבי הקרקע מש"ה לא קני.

וראיה מדברי ר' ששת דס"ל דאכילת פירות בנכסי הגר לא קנה ואילו ע"י הצעת מצעות קנה ומ"ש זה מזה? אלא שזה נהנה מע"ג הקרקע (הצעת מצעות) ואילו באכילת פירות נהנה ממטלטלין. והוסיף, שקנין חזקה בישיבה בקרקע קונה, זה דוקא שהקונה עצמו יושב ונהנה מהקרקע, אבל אם שולח שליח כדי לקנות לו קרקע זו ויושב השליח בקרקע אין הקנין חל, שהרי הקונה עצמו לא הוא נהנה מגוף הקרקע, אף שיכול לשלוח את השליח לקנות בעבורו קרקע באחת מדרכי קנין החזקה (נעל וכו') ששם הקנין לא תליא בהנאה אלא בפעולה בקרקע.

יש לשאול מה בין פעולת חזקה של גידול תרנגולים והעמדת בהמה שלא קונה לבין הצעת מצעות שקונה? י"ל שזה צורך לאדם מה שאין כן העמדת הבהמה וגדול תרנגולים ההנאה מגוף הקרקע באה לבהמה ולא לאדם.

בסיכום דברי הרמ"ה – כדי לקנות בקנין חזקה בשאין עמה טענה יש צורך בחזקה בגוף הקרקע כעין גדר נעל ופרץ ואם עושה קנין שלא בגוף הקרקע אלא על גבי הקרקע צריך כמה תנאים לזה:

<sup>2</sup> בהמשך נתייחס לשאלה האם יש הבדל בין קניית קרקע מנכסי הגר לבין קנין מחבירו, ועי' ריטב"א במקום על דברי עולא כל שאילו בנכסי הגר קנה: "לאו דוקא נכסי הגר אלא ה"ק כל שבחזקת קנין משום דבנכסי הגר אין קנין מן הגר אלא חזקה נקיט הכי" הרי שאין חילוק בין לקנות בחזקה מנכסי הגר לשאר נכסי חבירו.

- א. יש צורך בהנאה של הקונה (למעט שליח).  
ב. יש צורך בהנאה לאדם (למעט הנאה לבהמות).  
ג. צריך שיהנה ישירות מעל גבי הקרקע (באכילת פירות ההנאה ממטלטלים).

#### ד. שיטת הרמב"ם

##### 1. מחלוקת בהבנת דברי הרמב"ם

בניגוד לדברי הראשונים שהזכרנו לעיל דעת הרמב"ם שגם שטיחת פירות והעמדת בהמות יכולים לשמש כקנין חזקה. וז"ל הרמב"ם (מכירה א, טו):

"היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדירה ולא פריצה ואינה בת זריעה הרי החזקה שקונה אותה בה שטיחת הפירות או העמדת הבהמה שם וכיוצא בזה משאר תשמישי". ובהלכה טז כתב: "המוכר קרקע לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה או שאסף פירות האילן או זמרו... וכן אם אסף סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח מיד בחזקה..." ובהשגות הראב"ד שם משיג וז"ל: "הא מילתא לא מייחורא דהא חזקת אכילת פירות הוא ואכילת פירות לא מהניא אלא כנגד טענה אבל למיקנא בה ארעא לא קניא אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל גדר ופרץ".

בהסתכלות ראשונה נראה שמחלוקתם היא בשאלה האם ישנה אפשרות לקנות קרקע בחזקה שאין עמה טענה כגון בחזקה שע"ג קרקע ולא חזקה בגוף הקרקע כעין נעל גדר ופרץ. לדעת הרמב"ם אפשר לקנות והראב"ד ס"ל שרק לגבי חזקה שיש עמה טענה תועיל פעולה שע"ג קרקע.

נתייחס בראשונה לדברי הרמב"ם. רע"א מביא בשם מהרי"ט א, סה שדברי הרמב"ם נאמרו דוקא בקרקע צחיח דלא חזי לנעילה וגדירה אבל בשדה רגילה או בית גם הרמב"ם מודה שיש צורך בחזקה כעין נעל גדר ופרץ.

לעומתו המ"מ כותב בדעת הרמב"ם "ומה שלמדנו שיש צורך בחזקה של נעל גדר ופרץ זה דוקא שהלוקח אינו נהנה אבל שהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה, ואף יש ללמוד זה מדין ק"ו, שהרי נעל את הבית הוי חזקה שהרי נועל הוא בפני כל אדם כדרך שאדם עושה בשלו וכדי למנוע מאחרים להכנס לביתו נחשב חזקה כ"ש לאכילת פירות או כל דבר שהבעלים נהנים דרך הנאת הקרקע או משתמשים דרך שימוש". משמע מדבריו שדין זה של הרמב"ם נאמר בכל סוגי הקרקעות ולא דוקא בקרקע צחיח.

בשרש מחלוקת המהרי"ט והמ"מ בדעת הרמב"ם אפשר לומר שנחלקו בשאלה מה מקור דברי הרמב"ם. המהרי"ט למד זאת מב"ב כט, ב בסוגיה של צונמא, ששם הגמ' שואלת אלא מעתה צונמא (קרקע צחיח) במה יקנה אלא באוקמי ביה חייתא ומשטחה בה פירי וכו' ושם קונה בקנין חזקה כזה, דוקא בקרקע צחיח ושם לדבריו הסוגיה עוסקת לקנות קרקע בחזקה, לעומתו המ"מ יחלוק ויסבור כשאר הראשונים שם שמדובר בחזקה שיש עמה טענה.

וא"כ לדבריו צ"ל שמקורו של הרמב"ם כנראה מגמ' קדושין כו, ב "ושבו בעריכס" שקנין חזקה בישיבה קונה ושם משמע בכל סוגי הקרקעות (אעפ"י שיד הרמ"ה לעיל הביא מקרה זה וכתב שלגבי אכילת פירות שונה הוא מישיבה בקרקע כנראה שהרמב"ם יחלוק ויסבור שזה היינו הך). לפי דברי המהרי"ט אפשר לתרץ את דברי הגמ' ב"ב נו, א (עיין בקושיא לעיל) ששם כתוב בנכסי הגר לא קונה באכילת פירות ואילו לשיטת הרמב"ם אכילת פירות או שטיחת פירות נחשב כקנין חזקה לקנות את הקרקע וצ"ל שכל דין זה נאמר רק בקרקע צחיח אבל בקרקע שאינה צחיח גם הרמב"ם מודה שצריך קנין חזקה בגוף הקרקע כעין נעל גדר ופרץ.

## 2. באורים בשיטת הרמב"ם

### א. לחם משנה

מדברי המ"מ עולה שאכילת פירות עדיפה על חזקה אחרת שעושה ע"ג קרקע, והקשה הלח"מ (זכיה ב, ג) כיצד א"כ פסק הרמב"ם (זכיה ב, ד), שבנכסי הגר "כל המחזיק בהם כדרך מדרכי החזקה כו' קנה חוץ מאכילת פירות" והרי אכילת פירות עדיפה על חזקה אחרת? ותירץ דשאני בנכסי הגר או נכסי הפקר<sup>3</sup> בהם אין דעת אחרת מקנה ואפילו נעל לא קנה ויש צורך בהעמדת דלתות כדי שיקנה בקנין חזקה של נעל.

### ב. אבן האזל

אבן האזל שם תמה על דברי הלח"מ שהרי כתב בהיפוך מהמשנה ב"ב מ, ב: "אבל נותן מתנה ואחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל גדר ופרץ כל שהו ה"ז חזקה", ולדברי הלח"מ לא די בחזקה של נעל ובעינן העמדת דלתות?

<sup>3</sup> עיין נתיבות המשפט (קצב) שכתב חילוק זה. ומדבריהם עולה שבנכסי הפקר אינו נחשב דעת אחרת מקנה. ועין במשנה למלך מכירה כט, יא שמסתפק בזה וכתב שמן הסברא נראה שבזמן שאדם מפקיר נפיק מרשותיה ובשעת זכיה ליכא דעת אחרת מקנה, וכתב שזו מחלוקת, תוס' ב"מ יב שס"ל שאין דעת אחרת מקנה בניגוד לשיטת רש"י ונמו"י.

ועל שאלתו אפשר לתרץ שיש הבדל בין נכסי הגר לנכסי חבירו, דהיינו שמעשה של אכילת פירות מראה על בעלות ולכן בנכסי חבירו אם יבוא ויאכל בפירותיו קנה, שהרי אין לו רשות לאכול וכשאוכל מראה בעלות על הדבר. אבל בנכסי הגר אין אכילת הפירות הוראה של בעלות שגם אם אינו רוצה לקנות השדה רשאי לאכול הפירות.

#### ג. אור שמח

האור שמח (שם) רצה לחלק בענין אחר. בנכסי הגר יש שתי זכיות. זכיה בפירות וזכיה בקרקע. וא"כ כשאוכל פירות האילן אין זה נחשב שרוצה לזכות בגוף הקרקע אלא רק בפירות עצמם אבל שאר חזקות שעושה ע"ג הקרקע כיון שנהנה מגוף הקרקע וניכר דאדעתא דארעא עביד, קני. אבל במכר שאין זכיה ללא דעת בעלים והרי הבעלים מוכרים את כל השדה וכוללים בתוכו פירות וקרקע א"כ כשאוסף פירות ואכל החזיק בקרקע כמו שמחזיקים שאר אינשי ולכן קני.

#### ד. מרכבת המשנה

מרכבת המשנה (מכירה א, טו) מציע חילוק נוסף בין נכסי הגר לנכסי חבירו, שאכילת פירות בנכסי חבירו זה נהנה וחבירו חסר לכן קני, מה שאין כן בנכסי הגר שאין מחסר מהבעלים לא קני. ולפי זה העמדת הבהמות גרע מאכילת פירות שהרי לא מחסר מהבעלים ממון ולא קני אלא א"כ זה קרקע צחיח ששם פוסק הרמב"ם שיקנה.

#### ה. שיטת הראב"ד

הראב"ד בהשגות כתב שקנין חזקה שע"ג הקרקע אינו מועיל לקנות, אלא לחזקת ג' שנים עם טענה.

וכתב המ"מ (מכירה א, טו) שהרמב"ן והרשב"א מסכימים לשיטת הראב"ד. והוכיח זאת מדבריהם, מהגמ' בקדושין כב, ב בסוגית קנין עבד שנקנה כמו קניני קרקע בשטר כסף וחזקה. ובגמ' שם בחזקה כיצד התיר לו מנעלו או הוליך כליו אחריו לבית המרחץ הפשיטו הרחיצו וכו'. והרמב"ן כתב שם "שאין חזקת עבדים אלא לפי מה שהם כגון שהנעילו מנעלו וכל אלו המוזכרים... אבל אמר לו תפור לי עשה עמי מלאכה הוה ליה אכילת פירות ואינו קונה בקרקעות, כדאיתא ב"ב נו, ב ואינו קונה נמי בעבדים. והוסיף דהר"משה (=הרמב"ם) משתבש אפילו באכילת פירות ותשמישי צרכיו".

אמנם הכס"מ (מכירה ב,ב) חולק על המ"מ שהשווה בין אכילת פירות לשאר מלאכות שאפשר לקנות בהם עבד וה"ה במלאכות שאינם ניכרים לעבד כגון תפירה בבגד וכו'. וכתב הכס"מ שאין דומה קנין אכילת פירות לתפירה בבגד, שבמקרה כזה לא רואים במלאכה זו ששייך לרבו מה שאין כן באכילת פירות שבעת הנאתו מינכר לכל שהוא שלו וקני. הקשה הלח"מ זכיה ב,ג: הגמ' ב"ב נג,ב משווה בין חזקה של הצעת מצעות שקונה בנכסי הגר לבין מלאכות שהעבד עושה ונקנה בהם בקנין חזקה כגון הפשיטו הרחיצו וכו'.

א"כ, לדברי הרמב"ם שאכילת פירות מועילה בקרקע וה"ה בעבד כיצד הגמ' משווה, הרי מלאכות אלה לא גרועות מאכילת פירות, וכמו שכאן קונה ה"ה בעבד. ואילו בנכסי הגר לא מועיל אכילת פירות (כדברי הגמ' נז,א) ה"ה לא תועיל הצעת מצעות ומדוע הגמ' משווה בין קנין חזקה בהצעת מצעות בגר לקנין חזקה של עבד, ונשאר בצ"ע.

ואולי אפשר לתרץ קושיא זו עפ"י ההסברים שנאמרו לעיל בדברי הרמב"ם. וכך יש לתרץ, שהצעת מצעות קונה בנכסי הגר שכיון ששכב שם גופו נהנה מן הקרקע (כדברי הרשב"ם בגמ'), אבל אכילת פירות לא קונה בנכסי הגר מהטעמים שהוזכרו לעיל, או משום שלא מראה בעלות (אבן האזל) או שלא מחסר מהבעלים (מרכבת המשנה).

בב"ב נג,ב א"ר עמרם המציע מצעות בנכס הגר קנה. וכתב הנתניבות קצב,א שמקום בביהכ"נ נקנה בישיבה הואיל ועשוי לישיבה בלבד, ואף שהראב"ד חולק על הרמב"ם בקרקע צחיח וסובר שלא קני בשטיחת פירות, בנידון דידן יודה שקונה ודמי למציע מצעות הואיל וגופו נהנה ודרך הנאתו בכך.

בשטמ"ק מובא טעם אחר שהצעת מצעות קני אף לראב"ד, הואיל ומיפה את הקרקע (עיין ברשב"א מהו יפוי הקרקע בהצעת המצעות). ולפי זה אפשר לומר שהשטמ"ק והנתניבות נחלקו בדעת הראב"ד כיצד קנין חזקה קונה. לדעת הנתניבות כל דבר שהגוף נהנה אע"פ שמעשה החזקה לא נעשה בגוף הקרקע קני. ולדעת השטמ"ק קנין חזקה תמיד צריך לפעול בגוף הקרקע, כעין נעל וכו' והמציע מצעות מיפה את הקרקע ולכן קני. והדבר מפורש בדברי השטמ"ק שמצטט את הראב"ד וז"ל "כללא בנכסי הגר שצריך תיקון קרקע או אפילו יפוי כגון סיוד וכיור או הצעת מצעות".

ראיה נוספת לכך, מדברי הרמ"א (קצב,יא): "יש חולקים וסבירא להו דאין קונים בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצא בזה

שאינו מועיל לקרקע והכי מסתברא". רואים מדבריו שקנין חזקה זה פעולה שמועילה לגוף הקרקע וכדברי השטמ"ק.

ועוד מצאנו בדברי השו"ע (רעה, טו): המציע מצעות בנכסי הגר כיון שייפה הקרקע בהצעתן קנה.

אמנם יש להעיר על דברי הרמ"א שם שכתב "ויש אומרים דוקא ששכב על המצעות דהואיל ונהנה מגוף הקרקע וגם הציע אותם קנה", לכאורה, סותר דבריו הראשונים שכאן נותן הטעם שהאדם נהנה מן הגוף ולעיל כתב שהקנין צריך להועיל לגוף הקרקע.

### כסף וחזקה

שער משפט (קצב, ב) כתב בדעת הראב"ד שמה שאין קונים בחזקה זה דוקא כשלא נתן דמים אבל בנותן דמים (אף במקום שכותבים שטר) מהני החזקה דאכילת פירות, והטעם לזה כיון דחזינן שבחזקה לחוד מועיל ובלי שטר (אף במקום שכותבים שטר) והטעם שמצריכים בקנין כסף אף כתיבת שטר משום דלא סמכה דעתיה, וא"כ בקנין חזקה אע"פ שצריך קנין שמועיל לגוף הקרקע זה דוקא אם בא לקנות בקנין חזקה לחוד, אבל כל היכא שנותן הדמים ואינו קונה משום דלא סומך דעתו אמנם משהחזיק הלוקח באכילת פירות אזי סמכה דעתיה ונקנה בכסף לבד. וכה"ג אמרינן בקידושין כז, א גבי מוכר לחבירו עשה שדות בעשר מדינות ונתן לו דמי כולם כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם ובלא נתן לו דמי כולם לא קנה אלו כנגד מעות, אלמא בנתן דמי כולם מהני אף בחזקה קלישתא ומסיים דבריו זה נכון בסברא אלא שלא מצאתי גלוי לזה בדברי הקדמונים. עכת"ד.

על פי חידושו מיישב סתירת פסקי הטור. כאן פסק כדברי הראב"ד, דבעינן חזקה בגוף הקרקע ובסי' ערה כתב שיש חילוק בין לוקח מחבירו קרקע שנקנית באכילת פירות לבין לוקח מנכסי הגר דבעינן דוקא חזקה בגוף הקרקע. (המל"מ מכירה א, טו הניח קושיא זו בצ"ע). וזו הקושיא שהעלנו בפסקי הרמ"א דלעיל

שער משפט תרץ, שכוונת הטור שמועיל חזקת אכילת פירות במקרה שנתן דמים וחזקה כל שהיא מועילה לקנות.

האמרי בינה (קנינים כב) כתב שחידושו של שער משפט מבואר בתוס' כתובות (צג, א ד"ה מאימת) ותורף דבריו: ראובן מכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו. משהחזיק בה אינו יכול

לחזור בו ומאימת מחזיק בה מכי דייש אמצרי. שואל תוסי וכי אנו לא יודעים מתי אדם נחשב מחזיק בקרקע והרי משנה מפורשת בב"ב נעל גדר ופרץ ומה בא זה ללמדנו, ותרץ ששאלת הגמ' היתה בזמן שכבר שילם את הדמים עבור הקרקע ומועילה החזקה אף שעשה פעולת חזקה קלישתא מכי דייש אמצריא כיון שיש נתינת דמים. מדברי תוסי עולה, שנתנת דמים מועילה לקנות אף בחזקה קלישתא.

אמנם מדברי קצוה"ח (רלה,ו) משמע שחולק על יסוד זה (וסובר שאפילו נתן הדמים אינו קונה באכילת פירות).

נראה שמחלוקת שער משפט וקצוה"ח תלויה במחלוקת ראשונים בקדושין (כו,א) בענין במקום שנהגו לכתוב שטר בקנין קרקע כסף אינו קונה עד שיכתוב שטר. ויש לברר לאחר שכתב שטר באיזה קנין נקנה הקרקע בשטר או בכסף? מדברי רש"י משמע שקונה בשטר שכתב וז"ל: "כיון דרגילים בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא".<sup>4</sup>

לעומתו הריטב"א והרמב"ן ס"ל שהכסף קונה, אך כל זמן שלא כתב שטר חסר בסמיכות הדעת. לפי זה אפשר לומר שדעת שער משפט כריטב"א וכרמב"ן, הכסף קונה רק שחסר בגמירות דעת ולפיכך די בחזקה קלישתא כאכילת פירות. ואילו קצוה"ח ס"ל כדברי רש"י שהקנין חל בכתיבת השטר. ואין הקנין חל בנתינת הדמים כיון שסומך דעתו על השטר ולפיכך במקרה שנתן דמים ואח"כ עשה פעולת חזקה כאכילת פירות כיון שחזקה קלישתא היא אין יכול לקנות במעשה כזה.

## ו. קנין חזקה לשכירות

המהרי"ט (א,סה) כתב שלשכירות קרקע בעינן חזקה מעלייתא כעין נעל וכו'. והוכיח דבריו מגיטין עז,ב: ההוא שכ"מ שרצה לגרש את אשתו ולא הספיק למסור לה את הגט וכרגע אינו יכול לטלטל את הגט ולמסור לה (בשבת) ורבא הציע שיקנה לה את המקום בחזקה "תיזיל תיחוד ותפתח" וכעין נעל גדר ופרץ ובחזקה זו ישאיל/ישכיר לה את הקרקע ותתגרש מדין גט בחצרה.

<sup>4</sup> עיין בר"ן שם שכתב שבמקומות שרגילים לכתוב שטרי קנין כוונתו בקנין על השטר ולא על הדמים. מטעם שמרויח בזה שני דברים גם קנין וגם שטר העומד לראיה.

הנתיבות (קצב) תמה עליו, שבכל הראיות שהביא (ע"ש) החפצים שהיו בחצר היו שייכים למקנה ואין לקונה שום שימוש בחצר לפיכך צריך שיקנה בקנין חזקה כעין נעל גדר ופרץ, אך אם הקונה משתמש במקום בחפצים שלו יקנה המקום מדין חזקת שימוש ואין צורך בחזקה מעלייתא, ומכח קושיא זו חלק קצוה"ח קפט,א על המהרי"ט ונקט שאף לראב"ד קונה לשכירות די בחזקת תשמישים.

הנתיבות שם הביא שהמחנ"א (שכירות א) חולק על המהרי"ט ושכירות קניה אף בהכנסת כלים בלבד וכתב כדרך תשמישו כך דרך קנייתו כמו שביל של כרמים דעביד להילוך וקני בהילוך.

וראייתו מב"ק מח,ב כנוס שורך אם אמר לו שמור חייב בנגיחותיו, אם לא אמר לו שמור פטור ובהסבר הגמ' שם כאשר לא אמר לו לשמור נחשב כאקנוי אקני ליה מקום בחצירו וה"ל חצר השותפין ואינו משלם. משמע מהגמ' שבהכנסת הבהמה לחצר נעשה שותף בחצר.

במחלוקת זו בין המחנ"א והמהרי"ט, כתב הנתיבות שיש שני סוגים של קנין חזקה לשכירות. הא' לשכור קרקע בכדי שבקרקע ישתמש כבשלו ויוכל לקנות בו בקנין חצרו כגון מציאה. ובסוג זה של שכירות צריך קנין חזקה מעלייתא. והב' לקנות את הקרקע בשביל זכות תשמיש במקום. במקרה זה אין צורך בקנין מעלייתא אלא אפילו קנין חזקה של למישטח פירי או העמדת בהמות קני לה, ובכך יש ליישב את מחלוקת המהרי"ט והמחנ"א.

המהרי"ט שהוכיח דבריו מהגמ' בגיטין בשכ"מ שרצה לתת גט לאשתו, שם שכירות הקרקע משמשת לקנות חפצים עבור השוכר יש צורך בקנין מעלייתא, ומה שדיבר המחנ"א שמספיק לקנות שכירות קרקע בקנין חזקה של העמדת הבהמה זה בכדי שיהא לו שימוש במקום, וזה מספיק בקנין כעין זה, ולזה כוונה הגמ' ב"ק מח שנעשה שותף בחצר בהעמדת הבהמה.

בקוב"ש (ב"ב שז) כותב שמתוס' רואים דלא כקצוה"ח. בסוגיית כליו של קונה ברשות מוכר קונה או לא מוכיחה הגמ' ממקרה שזרק לה גט וקנתה מגורשת אלמא כליו של קונה ברשות מוכר קנה ודחו דמיירי שבעלה מוכר קלתות ונתן לה רשות להניח שם קלתה, ושאל תוס' (ד"ה כגון) אע"פ שבעלה נותן לה רשות להניח שם קלתות בכ"ז צריכה חזקה כדי לקנות? מקושית תוס' רואים שתשמיש לא מהני לקנות לתשמישים ודלא כמחנ"א וקצוה"ח.

רבינו מאיר שמחה (חידושים ב"ב פה,א) מיישב שגם תוס' ס"ל כמחנ"א ששכירות קרקע נקנית בתשמישים אלא שבגמ' מיירי שמגרשה בע"כ, ולא ניחא לה לקנות המקום בקנין חזקה ע"י הכנסת הכלים, וחזקה צריכה כוונה כדי לקנות ולכן לא קנתה בתשמיש.

ואפשר עוד ליישב, עפ"י דברי התיבות הנ"ל, שכאן השכיר לה מקום כדי לתת לה הגט ולכן בעי קנין חזקה מעליא ולא מהני חזקת תשמישין.

האמרי בינה (קונטרס הקנינים ג) הוכיח מדברי הרשב"א דלא כמחנ"א וקצוה"ח. הרשב"א בקדושין ב,א, כתב שקנין אישה נלמד מקיחה קיחה משדה עפרון ושאל כשם שקרקע נקנית בחזקה ה"ה אישה נקנית בחזקה. ותיירץ דכיון שאין גוף האשה קנוי ולא קני לה אלא למעשה ידיה, לא שייך בה חזקה, והקשה והרי עבד כנעני עד שלא טבל אין גופו קנוי ולא קני ליה אלא למעשה ידיו ואפ"ה נקנה בחזקה, ותיירץ כיון שע"י חזקה זו יכול לבוא לידי קנין הגוף לאחר שיטבילו לשם עבדות, ממילא מועילה אצלו קנין חזקה.

מבואר דהיכא דלא נקנה הגוף לא מהני קנין חזקה, וא"כ הא דשכירות קרקע נקנית בחזקה צ"ל דמהני כי הגוף נקנה לפירות ועוד שקנין חזקה מועיל לקנין גוף הקרקע ה"ה שיועיל לחציו דהיינו לפירות, אבל אם אינו מקנה לו בחזקה שתועיל לקנין גוף הקרקע לא תועיל כלל החזקה, ולכן אם משכיר לו בקנין חזקת תשמישים לא תועיל חזקה זו לקנות.<sup>5</sup> דלא כמחנ"א וקצוה"ח שס"ל שאפשר לקנות שכירות קרקע לתשמישים בחזקת התשמיש.

ועיין בנחל יצחק (לט, יז) שדן מנין שתחילת מלאכה חשוב קנין לגבי פועלים. לדעת הרמב"ם י"ל שפועל שנשכר נחשב כעבד ונקנה בחזקה כאכילת פירות ואף לשיטת הראב"ד דס"ל דלא קני באכילת פירות זה דוקא לקנות קרקע אבל לשכירות קני, הואיל ועיקרו זכיה בפירות, קני באכילת פירות; לפי זה בפועל שאין כונה לקנותו אלא לשכרו לכו"ע נקנה בתחילת מלאכה דהוי כאכילת פירות. מדבריו עולה שסובר כמחנ"א וכקצוה"ח.

<sup>5</sup> יש לדון בראיה מעבד כנעני שנקנה בחזקה ויכול לקנותו אח"כ לגופו ע"י מעשה טבילה, האם מעשה הטבילה הוא המשך לקנין הקודם או שהטבילה היא קנין בפני עצמו. א"כ קנין חזקה שעשה לעבד עדיין חסר בו בקנין ואינו קונה אלא רק ע"י מעשה הטבילה שהוא קנין בפני עצמו וא"כ קנין החזקה הוא לא מעשה קנין שיבא לידי קנין הגוף ע"י קה"י יבמות לה, מאירי יבמות מו,א (וע"ע בהרחבה באבני משפט ח"ח עמודים 181-183).

**הרב הראל ברטפלד**  
ר"מ בישיבת דרך חיים, שעלבים

## **שטר אפסרא דארעא** **גדרי המושג ופסיקת ההלכה**

בסוגיית קנין אגב (קידושין כו,א) נסתפקו: "איבעיא להו בעינן צבורים או לא", ובעי למיפשט מבריייתא: "אם קדם מוכר וכתב לו את השטר כאותה ששנינו כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו כיון שהחזיק עמו בקרקע נקנה שטר בכל מקום שהוא שמע מינה לא בעינן צבורים בה, שמע מינה". ראיית הגמ' היא מכך שהשטר נקנה אגב השדה, אע"פ שאינו מונח בה.

דוחה הגמ': "שאני שטר דאפסירא דארעא הוא". לשטר יש דין מיוחד ואע"פ שהוא לא צבור בכל זאת נקנה לעומת שאר המטלטלין שכדי לקנותם נדרש שיהיו בקרקע.

בכונת הדחיה יש להסתפק: אם הכונה שהשטר נקנה בקנין אגב, ואע"פ שבכל אגב צריך שהמטלטלין יהיו צבורים, בשטר אין צריך שיהיה צבור, כיון שהשטר קשור לקרקע הואיל והוא משמש כראייה על בעלות בקרקע. או שנבאר שכוונת הגמרא שכדי לקנות את השטר של הקרקע אין צריך אפילו לקנין אגב כיון שהשטר הוא ממש חלק מהקרקע. קנין אגב נצרך לקנות מטלטלין עם הקרקע אבל לקנות השטר אין צריך לקנין אגב.

נראה שנחלקו בשאלה זו קצוה"ח ונתה"מ.

קצוה"ח (רעה,א) דן בשאלה האם מטלטלין שהם הפקר נקנין באגב: "דאפשר דקנין אגב לא מהני אלא בדעת אחרת מקנה ומעצמו אינו זוכה".

בהמשך דבריו כתב, שיש הבדל בין הפקר למתנה. במתנה גם אם המטלטלין אינם צבורים, הם נקנים באגב כמבואר בשו"ע (חו"מ רב,ב) בתנאי שיאמר המוכר אגב וקני. אבל בצבורים אין צריך לומר אגב וקני (סעיף א שם), ובאר הסמ"ע (ס"ק ג): "דחשבינן המטלטלין שעל הקרקע כאילו הם מגוף הקרקע ומחוברים אצלה".

השו"ע הסתמך על דברי הרמב"ם (מכירה ג,ח-ט). ולכן בהפקר אינו יכול לקנות כיון שאין מקנה שאומר אגב וקני, אבל בצבורים בה אפשר לקנות באגב אפילו בהפקר, כיון שלא צריך לומר אגב וקני אלא במציאות המטלטלין טפלים לקרקע בזה שהם צבורים בה.

(היה מקום לדחות את דברי קצוה"ח ולומר שבצבורים לא צריך אגב וקני מהמקנה כיון שבסתמא אם המטלטלין צבורים יש כאן דעת מקנה, אבל בהפקר שבכלל אין דעת מקנה לא יעזור גם אם צבורים בה).

בסוף דבריו מביא קצוה"ח ראייה מדברי הרשב"א (ב"ק נב,ב), שכותב שאדם המחזיק בקרקע של גר שמת ונכסיו הם הפקר מוציא גם את השטר של הקרקע אע"פ שאחר מחזיק בידו את השטר: "שהמחזיק בקרקע קונה השטר בכל מקום שהוא דשטרא אפסרא דארעא". ומבאר קצוה"ח שהשטר נקנה ע"י קנין אגב "וזה שהחזיק בקרקע דקונה השטר בכל מקום שהוא אינו אלא בתורת אגב...א"כ מוכח דקונה אגב קרקע בהפקר" ואע"פ שבכל קנין אגב בהפקר צריך צבורים, השטר נחשב צבור בגלל אפסרא דארעא ואין צריך לומר אגב וקני ונקנה גם בהפקר.

מבואר, שקצוה"ח נקט שגם אם שטר אפסרא דארעא עדיין צריך קנין אגב.

נתיבות המשפט (שם ס"ק א) כותב "ומ"ש ראייה מהרשב"א (ב"ק נב) שכתב גבי המחזיק בשטרות דהמחזיק בקרקע הגר קנה השטר דשטר אפסרא דארעא ומזה הוציא בקצוה"ח דהפקר מהני אגב קרקע וזה אינו דשטר אפסרא דארעא הוא עדיף דהוי כאילו הוא מחובר בקרקע ונקנה עם הקרקע" נראה מדבריו שאין צריך לקנין אגב אלא השטר נחשב מחובר ממש לקרקע.

ובהמשך הסוגיא (קידושין שם): "והא עלה קתני זו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות וכו' ש"מ לא בעינן צבורים בה ש"מ". לכאורה סברת 'שטר אפסרא דארעא הוא' נדחתה הואיל ועל הדין ש"כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו כיון שהחזיק עמו בקרקע נקנה שטר בכל מקום שהוא" שנינו את הדין של קנין אגב "זו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות" מוכח שזה לא קשור לשטר בדוקא אלא זה קנין אגב רגיל, ואין צורך בצבורין.

בפשטות נראה שסברת שטר אפסרא דארעא נדחתה. אכן הרשב"א, קצוה"ח ונתה"מ הזכירו בדבריהם את המושג שטר אפסרא דארעא והביאו זאת לדינא וע"כ יפרשו הגמ' באופן אחר.

### **באור קצות החושן**

שטר אפסרא דארעא מהני לכך שהשטר נחשב צבור. מוסיפה הגמ' "זו היא ששנינו..." וכיון ששנינו "נכסים" בלשון רבים א"כ הוסיפה שגם למטלטלין

יש אותו דין כמו לשטר, שכאשר הם מחוץ לקרקע הם נקנים באגב ולגבי מטלטלים אין את הדין המיוחד של שטר וא"כ לא בעינן צבורים בה.

### **באור נתיבות המשפט**

אמנם שטר לא שייך לקנין אגב אבל הגמרא הוסיפה "וזו היא ששינו...". לגבי מטלטלים ללמד שכמו ששטר הוא רחוק מהקרקע ונקנה, כך גם כל המטלטלין נקנים אע"פ שהם רחוקים מהקרקע. וכל דבר לפי ענינו, השטר מדין אפסרא דארעא, שמשמעותו שהוא מחובר לקרקע ואילו שאר המטלטלין מדין אגב. וא"כ מוכח שלא צריך צבורים בה.

### **סיכום**

בפשטות הסוגיא נראה שהיסוד של שטר אפסרא דארעא נדחה, אך מדברי הרשב"א, קצוה"ח ונתה"מ נראה שזה נשאר למסקנה ובארנו את הגמ' לשיטתם. (בב"ב עז, ב מבואר שקנין השטר הוא באגב כדברי הקצות וצ"ע ונבאר גמרא זו בהמשך הדברים).

### **באור הגמרא ב"ב עז, ב ע"פ רבינו יונה**

אף רבינו יונה (ב"ב עז, ב) מזכיר את המושג שטר אפסרא דארעא.

איתא בב"ב (עז, א על פי גירסת רבינו יונה, ר"ת ור"י בתוד"ה אמר אמימר): "אמר אמימר הלכתא אין אותיות נקנות במסירה...אמר רב אשי סברא נמי הוא דאותיות מילי נינהו ומילי במילי לא מיקנין".

כיון שהשטר הוא מילים א"א לקנות את שעבודו ע"י מסירת המילים עצמם של השטר אלא צריך לכתוב שטר נוסף ובו כתוב שמקנים את שעבוד השטר. וזאת כונת הגמרא "אין אותיות נקנות במסירה" לא מספיק למסור את השטר אלא צריך גם כתיבת שטר נוסף על השעבוד. מוסיף ומבאר רבינו יונה שדין זה נאמר דוקא על שעבוד של אחרים, שטר מלוה של אחרים וכן שטר מכר של אחרים אבל שטר מלוה בין המלוה ללוה וכן שטר מכר בין הקונה למקנה המסירה לבד מועילה להקנות את השעבוד כיון שהשטר מפורש בשמותם וזה ענינו המכר המלוה והשעבוד.

מקשה שם הגמרא "אם קדם מוכר וכתב את השטר כאותה ששינו כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה שטר בכל מקום שהוא וזו היא ששינו נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש

להם אחריות בכסף בשטר ובחזקה" ומבאר רבינו יונה את קושית הגמרא: כל שטר שנותנים ללוקח ולמלוה צריך מסירה ואין צריך שיאמר לו כלום שהרי השטר מפורש בשמותם וההקנאה מפורשת בשטר, כל זה נאמר דוקא בקנין מסירה אבל כל זמן שאין מוסר השטר לידו אלא עושה בקנין אחר כגון חליפין או אגב לא יקנה כיון שצריך לומר בשעת הקנין קנה לך שטר במקום פלוני וזה נקרא מילי, ומילי במילי לא נקנים לפי רב אשי, ובכל זאת רואים שהשטר נקנה במילי כיון שבקנין אגב צריך לומר אגב וקני וא"כ גם בשטר של אחרים תועיל מסירה אע"פ שזה מילי.

רבינו יונה מבאר את תשובת הגמ' 'אגב שאני': "דאלים טובא ואפילו מילי מיקניאן ביה דאע"ג דצריך לומר ליה אגב וקני מתוך שנגמרת קניית הקרקע קונה אגבה כל דבר."

לרבינו יונה מהני אגב כמו מסירה בשטר מלווה למלוה או ממוכר ללוקח. מוסיף רבינו יונה ששומעים מדברי הגמרא שלושה דינים ואחד מהם הוא שצריך שיאמר לו אגב וקני כשמחזיק את הקרקע לקנות את השטר בכל מקום שהוא ולכן חשבה הגמרא שיש בזה בעיה של מילי. מוסיף רבינו יונה "ואיכא מ"ד דבהקנאת שטר אגב קרקע אין צריך שיאמר לו אגב וקני משום דשטר אפסרא דארעא כדדחי פרק האשה נקנית".

היה מקום לבאר מחלוקת הראשונים המובאת בדברי רבינו יונה כך: רבינו יונה סובר ששטר אפסרא דארעא לא נשאר במסקנה ולכן צריך לומר גם בשטר אגב וקני כמו בכל המטלטלים הרגילים אבל הדעה השניה סוברת ששטר אפסרא דארעא נשאר למסקנה ולכן אין צריך לומר אגב וקני.

אך יש לעיין בדיון זה האם צריך לומר אגב וקני כדי לקנות שטר.

הרשב"א (קידושין כז, א) כותב "והא דקאמר כיון שהחזיק בשדה נקנה שטר בכל מקום שהוא לאו למימרא דכשהחזיק זה סתם קנה שטרא אלא בדאמר ליה מוכר ללוקח קני לך שטרא אגב קרקע וכדאסיקנא בסמוך דאגב וקני בעינן ומצאתי לרבתינו הצרפתיים שנסתפקו בדיון זה בגיטין וכו' ואמרו דשמא הכא כיוון דהאי שטרא אפסרא דארעא לא בעינן אגב." גם בדברי הרשב"א היה מקום לבאר שנחלקו בשאלה האם שטר אפסרא דארעא נשאר למסקנה. לפי הרשב"א לא נשאר ולכן צריך לומר אגב וקני ולפי רבתינו הצרפתיים שמסתפקים בזה יש מקום לומר שזה נשאר למסקנה.

יש גם מקום לבאר שאע"פ ששטר אפסרא דארעא נשאר למסקנה בכל זאת הסתפקו האם צריך לומר אגב וקני).

### **שתי בעיות בדברי הרשב"א**

וצ"ע, לפי קצוה"ח, דברי הרשב"א בקידושין סותרים לדבריו בב"ק. קצוה"ח באר שלדעת הרשב"א (ב"ק נב,ב) שטר נקנה מדין אפסרא דארעא למחזיק בקרקע וזה מועיל בקנין אגב בהפקר כיון שאין צריך לומר אגב וקני בשטר ואילו בקידושין מבאר הרשב"א שצריך לומר בשטר אגב וקני.

בעיה נוספת שמתעוררת בדברי הרשב"א היא שאינו מזכיר בקידושין שטר אפסרא דארעא ולכן רצינו לבאר שצריך לומר אגב וקני ובב"ק כותב במפורש ששטר אפסרא דארעא. אמנם כמו שהערנו יש מקום לומר בקשר לבעיה השניה, שהרשב"א בקידושין גם מסכים ששטר אפסרא דארעא ובכל זאת מצריך לומר אגב וקני אבל הבעיה הראשונה נשארת, וצ"ע.

### **שיטת הרמב"ם והראב"ד**

הרמב"ם (מכירה ג,ח-י) כותב שבצבורים אין צריך לומר אגב וקני ובאינם צבורים צריך לומר אגב וקני והראב"ד חולק עליו.

אם ננקוט כדברי הנתיבות שהשטר נחשב מחובר לקרקע ממש ולא שייך בזה קנין אגב ודאי שאין צריך לומר בשטר אגב וקני. אך אם ננקוט כדברי הקצות שהשטר נקנה בקנין אגב ונחשב צבור לקרקע לרמב"ם לא יצטרכו לומר אגב וקני אך לראב"ד יצטרכו לומר אגב וקני.

אם ננקוט שבמסקנה נדחה הדין של שטר אפסרא דארעא ודאי שצריך לומר בשטר אגב וקני בין לרמב"ם ובין לראב"ד כיון שהשטר אינו בקרקע.

הרמב"ם (מכירה ו,יד) כותב "וכן המוכר קרקע וכתב השטר ואין הלוקח עמו כיון שהחזיק הלוקח בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא" וכותב הראב"ד "והוא דאמר אגב וקני". הרמב"ם לא הביא את אמירת אגב וקני.

ברמב"ם חייבים לומר שסובר שדין שטר אפסרא דארעא נשאר למסקנה ולכן לפחות השטר נחשב צבור בקרקע ואין צריך אגב וקני לשיטתו (מכירה ג,ח) שבצבורים אין צריך לומר אגב וקני וכך מבואר באו"ש במקום. לעומת זאת הראב"ד יוכל לומר ששטר אפסרא דארעא נשאר למסקנה ולשיטתו צריך

לומר אגב וקני גם בצבורים כמבואר בהשגות (מכירה שם ה"ט), או שיסבור שדין שטר אפסרא דארעא לא נשאר למסקנה.

### אפסרא דארעא במקומות נוספים

יש לדון האם הכלל של שטר אפסרא דארעא נאמר גם במקרים נוספים?

בגיטין (כב,ב) כתוב: "עציץ וזרעים של אחד ומכרן לאחר החזיק בזרעים קנה עציץ וזו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה".

תוד"ה החזיק מסתפק האם צריך לומר אגב וקני לעציץ "או שמא הכא לא צריך דכיון דצריך עציץ לזרעים בטל אגב זרעים...ושמא התם לא בעינן אגב משום דשטר אפסרא דארעא הוא". ז"א שלמסקנה היסוד ששטר אפסרא דארעא התקבל וכל הספק הוא האם גם בעציץ ננקוט דין זה.

ויש לבאר בדעת תוס', שמסתפק בבאור הכלל שטר אפסרא דארעא. האם הכונה שכל דבר שקשור לקרקע ובטל לקרקע נקרא אפסרא דארעא וייתכן וגם בעציץ שטפל ומשמש את הזרעים לא יצטרך לומר אגב וקני כמו בשטר או כונת הכלל שטר אפסרא דארעא הוא שדוקא לשטר שאין לו משמעות בלי הקרקע כיון שהוא או שטר ראייה על הקרקע או שטר מכר על הקרקע והקרקע עם הקונה והמקנה כתובים שם ולכן דוקא עליו נאמר שטר אפסרא דארעא אבל לא על עציץ וזרעים וא"כ בעציץ וזרעים יצטרך לומר אגב וקני.

הרמב"ם (מכירה ג,ז) סתם בנידון עציץ וזרעים והראב"ד לא השיג, ומסתימת הדברים נראה, שאין צריך לומר אגב וקני בעציץ וזרעים ואם כן סברת שטר אפסרא דארעא קיימת למסקנה גם בעציץ וזרעים. אך יש להדגיש כי הראב"ד כתב, שבשטר צריך אגב וקני והתלבטנו בדבריו ובעציץ אין צריך לומר אגב וקני, ונראה שסובר כרשב"א (קידושין כז,א) בשם רבותינו הצרפתים שדוקא בעציץ וזרעים אין צריך לומר אגב וקני אבל בשטר צריך לומר. וז"ל: "וסתמא דמילתא מדלא קאמר אמר לו אגב ואחזיק בזרעים קנה עציץ משמע דאפילו במוכר סתם ולא אמר ליה אגב וקני משום דכיון דהעציץ צריך כאן לזרעים בטל לגבי הזרעים ושמא ה"ה לשטר זה כיון דשטר אפסרא דארעא והם אמרו דשמא יש לחלק ובאמת כי יש צדדים לחלק וצ"ע". מבואר שיש צד לומר שעציץ וזרעים נחשבים יותר כדבר אחד מקרקע ושטר ויש לבאר זאת כיון שהשטר רחוק מהקרקע ורק עצם זה שהוא ראייה

על הקרקע יוצר את חיבורו לקרקע משא"כ בעציץ וזרעים הם עכשיו במציאות מחוברים ביחד ולכן דוקא בהם א"צ לומר אגב וקני. נראה שלדעת תוס' (גיטין כב, א) סברת שטר אפסרא דארעא עדיפה על עציץ וזרעים והבאור כנ"ל שלשטר אין שום ממשות עצמית בלי הקרקע. הב"י (סי' רב) הביא, שתוס' הסתפקו אם בזרעים ועציץ בעי אגב וקני "והר"ן כתב בשם התוס' דפשיטא להו דלא צריך אגב וקני". ואף שבשו"ע (שם, יב) כתב: "החזיק בזרעים קנה עציץ" ולא הוסיף שצריך אגב וקני, בהגהות אמרי ברוך מסתפק בזה.

**הרב משה נקש**  
ר"מ בישיבה התיכונית, שעלבים

## **גרות כהלכה**

**חלק א: סמכות בתי הדין בזה"ז**

### **שליחותייהו**

נאמר בפי שלח: "וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם וכו' כאשר תעשו כן יעשה, הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר חוקת עולם לדורותיכם ככם כגר יהיה לפני ה', תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם".

קיימ"ל דמדאורייתא אין בית דין פחות משלושה דיינים מומחין וסמוכין איש מפי איש עד משה רבנו (ויליף לה מג' פעמים אלהים בפי משפטים). תהליך הסמיכה מפורט ברמב"ם (סנהדרין יג, יד) ע"ש.

והנה הגמ' ב"ק פד, ב עומדת על העובדה שדנו דיני ממונות בבבל למרות שלא מצויים שם סמוכין, חז"ל לא יכלו להפקיר את תושבי הגלות לאנרכיה חברתית, ומתוך הבנה שחברה ללא יכולת שיפוטית אינה יכולה להתקיים, תיקנו חכמים שבדברים שכיחים שיש בהם חסרון כיס כירושות הלואות, גזלות שלא ע"י חבלות ועוד יש להם רשות לדון, וכלשונם: "דעבדין שליחותייהו בבבל מידי דהוה אהודאות והלואות", כלומר כשם שבהודאות והלואות ביטלו דין סמוכין כדי שלא תינעל דלת בפני לוין כך ביטלו דין סמוכין בדיני ממונות מסוימים כדי לנעול דלת בפני עושה עוולה. וכביכול דייני בבל נחשבים לשליחים של אותם דיינים סמוכים שבארץ ישראל.

גם בענייני כפיה בגט מצינו תקנת שליחותייהו כמבואר בגיטין פח, ב.

ועיין בר"ן גיטין פח (מט, ב בדפי הרי"ף) שהוסיף דתקנת שליחותייהו נצרכת מאוד בגיטין כדי לאפשר את נישואיהן של בנות ישראל ולא תשארנה עגונות.

ויש להבין כיצד מועילה כאן שליחות או נתינת רשות האם מדין שלוחו של אדם כמותו? או שמא נתינת הרשות היא כעין סמיכה? ודאי שלא! כי לא שייך בזה שלוחו של אדם כמותו בדבר שאדם צריך לעשות בעצמו כשם שלא שייכת שליחות במצוות הנחת תפילין, אם יש צורך בדיינים סמוכים כדי לדון הרי שזה אינו מתקיים בהדיוטות, אלא פשוט שאין להחשיב את הדין כאילו נעשה ע"י הסמוכים שבא"י דלא מסתבר לייחס לדייני א"י משפט שלא שמעו

את טענות הצדדים ולא קיבלו עדים ולא נשאו ונתנו בדבר, כמו כן אין לומר כי נתינת הרשות היא בעצמה מעין סמיכה שהרי קימ"ל שאין סומכין בחו"ל, ואפילו אם הסומך נמצא בא"י והנסמך בחו"ל אין מועילה הסמיכה (רמב"ם סנהדרין ד,ו). וכך מבואר ברמב"ן (יבמות מו,ב): "דשליחותיהו דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קידושין וגיטין כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש".

המורס מכל האמור שאין לדין שליחותיהו מקור מן התורה אילולי הפקר ב"ד הפקר או דאפקיענהו רבנן לקידושין מיניה.

אך הדברים אינם פשוטים. ונקדים לימוד ביבמות מו,ב:

"אמר רבה עובדא הוה בי רבי חייא בר רבי יוסף מתני רבי אושעיא בר רבי ורב ספרא מתני ר' אושעיא בר' חייא דאתא לקמיה גר שמל ולא טבל אמר ליה שהי כאן עד למחר ונטבלינך שמע מינה תלת שמע מינה גר צריך שלשה ושמע מינה אינו גר עד שימול ויטבול ושמע מינה אין מטבילין גר בלילה ונימא שמע מינה נמי בעינן מומחין דלמא דאיקלעו אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן גר צריך ג' משפט כתיב ביה". פרוש: מעשה בגוי שבא להתגייר בפני שלושת הרבנים הנ"ל שבמקרה היו גם מומחין/סמוכין הוליד הלכות חשובות בהלכות גרות, וביניהם שגר צריך שלושה כי משפט כתיב ביה, אך אין ראיה ממעשה זה שכדי לגייר צריך גם סמוכין למרות שפשוט לגמי' שיש צורך בזה, דדלמא נקלעו מומחין לאותו מקום.

ובתוס' (ד"ה משפט): "ואנן היכי מקבלינן גרים הא בעינן מומחין? וי"ל דשליחותיהו עבדינן וכו' וכמו שחשו לנעילת דלת בפני לוויין חשו נמי לנעילת דלת בפני גרים". והוסיף הר"ן, דאף שגרות היא מילתא דלא שכיחא (גיטין פה,א) מ"מ להכניס אדם תחת כנפי השכינה אע"ג דלא שכיח, עדיף טפי מממונא דשכיחא.

וקשה טובא, דאי דין שליחותיהו מדבריהם בלבד כיצד אפשר לקבל גרים בזמן הזה? כאן לא יועיל הטעם של 'כל המקדש' או 'הפקר ב"ד הפקר' שהרי אנו מתירים אותו לבא בקהל ומחייבים אותו במצוות ישראל לכל דבר.

מכח קושיה זו הסיק בעל נתיבות המשפט (חו"מ א ביאורים א) שתוקף שליחותיהו מן התורה: "רק שנמסר לחכמים, ולא עשו אותנו לשלוחים רק במקום דאיכא נעילת דלת".

אמנם יעויין טור חו"מ סי' א: "...ודרשינן לפנייהם ולא לפני הדיוטות ואנו הדיוטות אנו לפיכך אין הדיינין מן התורה אלא דשליחותיהו דקמאי

עבדינן" וכיו"ב כתב הרמב"ן על התורה דברים (טז, יח), והשוה לדבריו בחידושי ליבמות מו, ב בענין קבלת גרים בזה"ז שהסתפק הרמב"ן ומסיים: "ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטת דנין בשליחותיהו דמומחין". וע"ע במנ"ח מ' תצא. ובאמרי בינה (חו"מ דיינים א) שחלק על התיבות. (וע"ע משנת יעבץ חו"מ ז).

כעת נתייחס למה שכתב התיבות דאין לומר שעקרו חכמים דבר מן התורה לפי שאין כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה. סוגיה זו נידונה באריכות ביבמות (פט - צ) והסיקה שיש להם כוח לעקור רק בשב ואל תעשה או דין ממוני מכוח הפקר ב"ד הפקר הנלמד מפסוקים, אך בסיום אותה סוגיה מביאה הגמ' ברייתא שלכאורה משמע ממנה שיש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אפילו בקום עשה וז"ל:

ת"ש: אליו תשמעון - אפילו אומר לך עבור על אחת מכל מצות שבתורה, כגון אליהו בהר הכרמל, הכל לפי שעה שמע לו! שאני התם, דכתיב: אליו תשמעון. וליגמר מיניה! מיגדר מילתא שאני. וכו' ת"ש, א"ר אלעזר בן יעקב: שמעתי, שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה - אלא לעשות סייג לתורה; ומעשה באדם אחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לב"ד וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך - אלא שהשעה צריכה לכך. וכו' מיגדר מילתא שאני.

לא זו בלבד שיש לחכמים כח לבטל קידושין הואיל "וכל המקדש..." אלא בכוחם אף לעקור דבר מן התורה ואפילו בקום ועשה אם זה למיגדר מילתא. ויש להשוות למה שאמרו חכמים בסוף ברכות "עת לעשות לה' הפרו תורתך".

וכנראה שהתיבות לא ראה בקבלת גרים מצב שמחייב עקירת דין תורה, שאין בזה מיגדר מילתא, דמי מחייב אותנו לקבל בכלל גרים?

אך מתוסי' בכתובות יא, א משמע לא כך. על דברי רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד דזכין לאדם שלא בפניו, הקשה תוסי' (ד"ה מטבילין) כיצד מועילה זכייה אם נסבור שזכיה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן? ומתרצים שאין הכי נמי הגרות של קטן תופסת מדרבנן בלבד, ומיד שואלים כיצד יתכן שרבנן יתירו לגוי להתחתן בבת ישראל? ותרץ דקסבר כמ"ד ביבמות שיש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה.

וקשה הרי מסקנת הגמ' שם שרק למגדר מילתא יש כוח בידם לעקור, וכי גרות של קטן היא בגדר מיגדר מילתא!?

גם קצוה"ח (לד,א) כתב שגרות בזמן הזה ותקנת שליחותיהו מתבססים על הכוח שיש ביד חכמים לעקור דבר מן התורה וז"ל: "...ואפשר כיון דאנן עכשיו שליחותיהו דקמאי עבדינן ואפילו לקידושי תורה, וכמ"ש תוספות בפרק החולץ (יבמות מז,א ד"ה משפט) בהא דמקבלין גרים בזמן הזה משום דשליחותיהו דקמאי קא עבדינן, ואם זה הגר הלך וקידש הוי קידושי תורה דאם בא אחר וקידש אח"כ אין קדושי השני תופסין, וצ"ל בדבר גדול כזה דיש כח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפילו בקום עשה. ועיין תוספות ריש פרק האשה רבה (שם פח, א ד"ה מתוך)".

גם תוס' בנזיר מג,ב ד"ה והאי כתב בזה הלשון:

ואף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכ"ע יש כח לעקור תדע דבכולי סוגיא דהתם (לא) מייתי מאשה שנאמנת לומר מת בעלי דהרי עוקר דבר תורה בקום ועשה אלמא ודאי במקום שיש פנים וטעם יש כח לעקור.

וכן הוא בתוד"ה מתוך (יבמות פח,א) ובתוד"ה כיון פט,ב שם. ובתוד"ה וליגמר שם צ,ב כתב שאליהו בהר הכרמל היה מצב של מיגדר מילתא, שיתקדש שמו של הקב"ה ברבים וע"י כך יחזרו ישראל למוטב.

ונראה שתוס' ובעקבותיו הקצות החשיבו את הגרות שבכל דור ודור כדבר גדול שיש לעקור דבר מן התורה עבורו, כאשר גויים שכל ימיהם חיו חיי טומאה והפקר מחליטים לעשות מעשה משמעותי ולהתדפק על דלתותינו בכדי להיכנס תחת כנפי השכינה אי אפשר לסרב להם שהרי בזה גופא מתעלה ומתקדש שמו של הקב"ה בעולם. וזהו רצון ה' במה שהחליטו חכמים לקבל גרים בכל דור אפילו ללא סמוכין ולא לנעול בפניהם דלת.

יש המדייקים מהרמב"ם (איסור"ב יג,טו) שכתב דבימי דוד ושלמה היו המון העם מתגיירים בפני הדיוטות וב"ד הגדול היו חוששין להם, שהרמב"ם לא מצריך סמוכין בגרות אפילו במקום שמצויים סמוכין, וכן איתא בריטב"א (יבמות עט,ב) על דברי הגמ' האומרת שבימי דוד התווספו לעם ישראל מאה וחמישים אלף גרים אומר הריטב"א שכולם התגיירו בפני ב"ד הדיוטות, הרי שליטתם אין צורך בסמוכים כדי לגייר אף במקום שמצויים סמוכים, ודעות אלו צריכים לימוד מה המקור לשיטתם?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ועיין בהגהות הרב אהרן יפה'ן על הריטב"א ליבמות בהוצאת מוסד הרב קוק לדף מו,ב הערה 209 ולדף עט,א הערה 746 שעמד על קושי זה (וראה הערה הבאה).

## לדורותיכם

פתרון אחר לתוקף הגרות בזה"ז מוצע ע"י רבנו נתנאל (הובאו דבריו בקידושין סב,ב בתוס' ד"ה גר) היות ובגר כתיב לדורותיכם שנא' "וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם וכו' הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר חוקת עולם לדורותיכם" (פר' שלח) כאן גילתה התורה שיש לקבל גרים בכל דור ומכאן שסמוכין אינם לעיכובא (עכ"פ כשאין).

רעיון זה מבוסס על דברי הגמ' בכריתות ט,א שתמחה כיצד ניתן לגייר גרים בזה"ז שאין קרבן, הרי בשלושה דברים נכנסו אבותינו לברית: במילה טבילה והרצאת דמים (קרבן) ומשיבה הגמ': כתיב לדורותיכם, הרי שניתן לקבל גרים אף ללא קרבן. (כר' נתנאל כ"כ הרמב"ן והרשב"א יבמות מו,ב).<sup>2</sup>

אך לי הקטן קשה מאוד כיצד ניתן לדרוש את המילה לדורותיכם ובזה לוותר על תנאים מסוימים בהלכות גרות, הרי בעוד מקומות בתורה מופיעה המילה "לדורותיכם" ולא מצינו שמוותרים על תנאים מסוימים בקיום אותה מצווה, להלן מס' דוגמאות: בפר' בא (יב,ד) כתוב "והיה היום הזה לכם לזיכרון וחגותם אותו חג לה' לדורותיכם חוקת עולם תחגוהו".

וכי יעלה על הדעת שנעלה היום להר הבית להקריב קרבן פסח הואיל וכתביב לדורותיכם?

גם בפר' חלה (במדבר טו) נאמר "לדורותיכם", וכי חלה תנהג בזמן הזה מן התורה למרות שאין כל יושביה עליה הואיל וכתוב בה לדורותיכם? (ואינו דומה למה שדרשו בבכורות יב לחייב עיסת שביעית בחלה – אין שם ויתור על יסוד בחיוב חלה, ופשוט).

ואולי יש לחלק בין היכא שהתורה מצוה על מצוה מסוימת לדורות לבין היכא שמספרת על מציאות מסוימת, כלומר: כאשר התורה מצווה ציווי לדורות, ודאי שאין להקל בשום תנאי בכל זמן, ואם חסר אפילו אחד מהם לא ניתן לקיים את הצווי, אבל בגר התורה פותחת בסיפור דברים "וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם" נוסח כזה בא לשלול אפשרות לאי קבלת גרים, שאם תתכן תקופה שבה אין מקבלים גרים בגלל העדר סמוכין, הפסוק חלילה מחזי כשיקרא, אלא ע"כ כאן רמוז שבכל דור יהיו גרים בתוכנו למרות שחסרים חלק מתנאי הגרות כקרבן או סמוכין. חילוק זה

<sup>2</sup> קצת קשה מדוע הגמ' בכריתות שאלה על העדר הקרבן ולא על העדר הסמוכין, ואולי זה מהוה מקור לשיטת הרמב"ם והריטב"א שלא הצריכו מומחין בגיור.

הכרחי, שאם לא נאמץ אותו יקשה מקרא בסוף פרשת רוצח "והיו אלה לכם לחוקת משפט לדורותיכם בכל מושבותיכם" (במדבר לה) וכי דיני נפשות נוהגים בימינו בגלל הפסוק הזה שכתוב בו לדורותיכם?! אלא הוא אשר אמרנו: היות ופסוק זה מתייחס למצווה הרובצת על הסנהדרין לדון בדיני רוצח, אין בעיה של מיחזי כשיקרא אם יתבטלו דיני נפשות באחד מן הדורות בגלל העדר סמוכין, כי כך כוונת התורה שנדון לדורות דיני נפשות כשהדבר אפשרי, שמא תשאל והרי גם הפסוק המצוטט בכריתות ט,א (במדבר טו, יד: "וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדתיתכם ועשה אשה ריח ניחח לדי כאשר תעשו כן יעשה"), המדבר על גר מתייחס למצווה מסוימת (נסכים) שאינה נוהגת כשאינן בית מקדש, א"כ כיצד ניתן לדרוש תיבת לדורותיכם להורות שגרות נוהגת בכל דור? יש ליישב, שהתורה יכלה לקצר ולכתוב כל האזרח והגר יעשו הנסכים לדורותיכם, אריכות הדברים בדרך סיפורית רומזת לכך שגרות נוהגת לדורות.

והנה בספרי פ' שלח פסקה טז (מלבי"ם) דרשו על הכפילות בפסוק כך: "וכי יגור אין לי אלא גר המתגייר, גר שנתגייר מניין תלמוד לומר או אשר בתוכם לדורותיכם". וביאר המלבי"ם, שמקובל אצל חז"ל שלשון 'גר אתכם' משמעותו שנתגייר מקרוב (כלומר כעת) והגר בתוכם משמעותו שנתגייר מימים רבים.

זאת ועוד, יעויין בכריתות ח,ב במשנה ובגמ' שהקרבת עליו מדבר פסוק זה הוא קרבן הגר שצריך להביא בכדי להכנס לברית שגם הוא טעון נסכים, ועיין בהעמק דבר לנצי"ב (פסוק יד) שהבין את הפסוק כמו המלבי"ם והסביר כך: אם יבא אדם להתגייר כעת צריך להביא קרבן הטעון נסכים בכדי להשלים גרותו שנא' "כי יגור איתכם גר ועשה אישה ריח ניחוח לה" או אם מצוי בתוכם גר שנתגייר לפני ימים רבים ועדיין לא הביא קרבן, צריך להביא קרבן. והקשה הנצי"ב דלכאורה אינו מובן, היאך אפשר שיהיה כבר בתוכם לדורותיכם ללא קרבן והרי אכתי גוי הוא? ותירץ שפסוק זה יתכן רק לאור העובדה שבזמן שאין בהמ"ק קיים אפשר לקבל גרים גם ללא קרבן, וכמסקנת הגמ' בכריתות ט,א על כן הפסוק מדבר גם על אפשרות שבעתיד יגורו בינינו גרים שקבלו אותם כדין ללא קרבן כשבהמ"ק חרב, ואח"כ נבנה המקדש בימיהם שחייבים להביא קרבן לגרותם<sup>3</sup> עכתי"ד, דבריו אלו של הנצי"ב די מתאימים לדעה המובאת בכריתות שם שגר בזמן הזה צריך

<sup>3</sup> ועיי' העמק דבר ששולל הסבר כי דרשת חז"ל היא מהמילה לדורותיכם גרידא וכנ"ל.

להפריש דמים לקרבן עד שיבנה הבית.<sup>4</sup> על פי דברים אלו אולי יש מקום לשאול כיצד יש לנהוג בגרים בזמן הזה לכשתתחדש בעז"ה הסמיכה? האם יצטרכו לעמוד שוב בפני ב"ד או שמא גרותם תפסה באופן מוחלט? סביר להניח שאין זה דומה לחיוב קרבן.<sup>5</sup>

### גרות מדרבנן

בדרך יחודית הלך הרב אהרן יפהו. (הערות לחי' הריטב"א יבמות מו, ב).

הנה ידוע כי איסור חתנות עם הגויה המצויה כיום שאינה מז' עממין שנויה במחלוקת רשב"י ורבנן (עיין ע"ז לו, ב). לדעת רשב"י הדורש בכל מקום טעמא דקרא, נימקה התורה את איסור חתנות עם הגויה "כי יסיר את בנך מאחרי" (דברים ז) ומכאן לרבות כל המסירות שמסירות אותנו מדרך ה' שאסור להתחתן איתם, אך לדעת חכמים אין איסור זה נוהג אלא במה שדיבר הפסוק דהינו בז' אומות בלבד, ולגבי שאר אומות אינו אסור אלא מדרבנן בלבד. להלכה נחלקו בזה גדולי הראשונים: הרמב"ם (איסו"ב יב) פסק כרשב"י והטור אבה"ע טז פסק כחכמים. המחבר באה"ע שם פסק כרמב"ם והרמ"א פסק כטור. על כן בבואנו לנתח את הבעיה העומדת בפני חיתון עם גיורת בזמן הזה, ממה נפשך אין בזה איסור, אם לדעת רשב"י שאסר מחשש שיסירו אותנו מדרך ה', חשש זה לא קיים כאשר עברו תהליך של גיור כדת, וקיבלו כל המצוות באמת, קל וחומר לפי רבנן שלא גזרו על איסור חתנות בכהאי גוונא כאשר עברה תהליך גיור כדת משה וישראל עפ"י דעת חז"ל בעצמם עכת"ד.

הקושי בפירוש זה הוא, שאין כאן פתרון עבור הילדים שיוולדו, הרי הם אינם מתיחסים אחריו רק אחריה ויחשבו לגויים, ודוחק לומר שהיות וכל המקור של חז"ל שכן בינך הבא מן הגויה קרוי בנה שנא' כי יסיר ולא כי תסיר ובמקום שאין חשש הסרה כגון במקרה דנן יתייחסו הילדים אחר האב ולא אחר האם שנא' "למשפחותם לבית אבותם", שלא מצינו באף מקום בחז"ל

<sup>4</sup> אולי אפשר למצוא רמז בפסוק שיש שני סוגי מתגיירים הראשון גר ממש והשני כמעט גר והוא מכונה "או אשר בתוככם לדורותיכם" כיוון שמחוסר קרבן, התורה אינה קוראת לו גר ממש למרות שאין זה מעכב באופן זמני.

<sup>5</sup> יורשה לחדש: למ"ד שאדם רשאי לדון הקש מעצמו כק"ו, ניתן להקיש בין איסור דם למציאות גרים בתוכנו על פי הפסוק בויקרא (יז, ז) "וְאִישׁ אִישׁ מִבֵּית יִשְׂרָאֵל וּמִן הַגֵּר הַגֵּר בְּתוֹכְכֶם אֲשֶׁר יֹאכַל כָּל דָּם וְנָתַתִּי פָּנָי בְּנַפְשׁ הָאֲכָלָת אֶת הַדָּם וְהִכְרַתִּי אֶתְּךָ מִקֶּרֶב עִמָּה" מה איסור דם נוהג בכל זמן אף גרים קיימים בכל זמן בין אם יש קרבן ובין אם אין, בין אם יש סמוכין ובין אם אין סמוכין.

שיש הבדל בין גויה לגויה, ובפשטות כל הנולד מן הגויה הולד כמותה אפילו תהיה הכי כשרה שבעולם. כמו כן יצא לפי זה שכל המצוות שחייב בהן הגר הן מדרבנן בלבד ולא מן התורה וזו לא שמענו, אדרבא לאחר שהתגייר חייב במצוות כישראל ונענש כישראל. אך יורשה לומר שדבריו אינם רחוקים מן ההגיון לפי שניתן לומר שעל כך הסתמכו התוס' והקצות באומרם שעקרו דבר מן התורה בקום ועשה בשביל גרות, לפי שהעקירה אינה ממש עקירה, וכלשון תוס' המובא לעיל וז"ל "ואף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכ"ע יש כח לעקור", וכדבריהם ביבמות (פח,א ד"ה מתוך) "ואין זה עקירת דבר מן התורה כיון שדומה הדבר הגון שבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מן התורה".

על פי דברים אלו נסכם ונאמר: הכח שיש לב"ד בכל דור ודור לדון ולהעניש אפילו שלא על פי דין תורה כמלקות ומיתה כשרואין העם פרוץ בעבירות<sup>6</sup> נובע מכך שיש רשות ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אפילו בקו"ע, וזאת במטרה לשמור על התורה, כי סוף כל סוף זה רצון ה'.

וראו להביא את דברי השיטה מקובצת ב"ק פד,ב וז"ל:

שמכל מקום הסכימו הגאונים לדון עכשיו ככל דיני גזלות וגנבות וחבלות מפני תיקון העולם. וגדולי הפוסקים כתבו כן אף בדיני הקנסות שאע"פ שאין דנין אותם בבבל מנדין אותו עד שיפייס את חברו. וגדולי הגאונים כתבו אף לקנוס בממון ומלקות בכלל שהשעה צריכה לכך. ואומר אני שהמקומות שהורשו מצד מלכותם לדון בדיני ישראל והיתה הסכמת כל העם לעשות כן הרי הוא מן הסתם כמו שקבלו עליהם בעלי דבר לדון בדיני ישראל ואף בדיני נפשות דנין בהם מצד הסכמתן לפי צורך שעה... ומקצת גדולי הדורות כתבו מן הדין מפני שכל שהצריכו מומחין לגזלות וחבלות לא נאמר אלא בזמן שיש בעולם מומחין אבל כל זמן שאין שם מומחין דנין בהם בבאים בשליחותן שאם לא כן בטלו כל הדינים שהעולם חרב.

לאור דברים אלה ניתן לומר שהקצות והנתיבות לדבר אחד נתכוונו, היות ורצון ה' שלא יהיה העולם חרב ולא ישארו נשים עגונות, ומי שבא באמת להיכנס תחת כנפי השכינה אי אפשר לדחותו בשתי ידיים, יש תוקף של תורה לדינים ולמשפטים הנעשים בזמן הזה, והתורה עצמה היא זו שמורה לנו

<sup>6</sup> סנהדרין מו,ב ושו"ע חו"מ סי' ב.

לעקור אותה בכדי לשמור עליה ועל עם ישראל, לכן אף אם משמע מהראשונים דשליחותייהו הוי מדרבנן, הכוונה היא: כי מכח הבנתם וחכמתם הגיעו למסקנה שהעולם צריך לכך, וללא תקנות אלו לא מתקיים רצון ה' בעולם, ממילא יוצא שלאחר שתקנו מה שתקנו יש לדינים תוקף של תורה.

### **חלק ב: רצינות כוונות הגר**

תהליך הגיור במלואו מתואר ביבמות מז :

"תנו רבנן: גר שבא להתגייר בזמן הזה, אומרים לו: מה ראית שבאת להתגייר? אי אתה יודע שישראל בזמן הזה דוויים, דחופים, סחופים ומטורפין, ויסורין באין עליהם? אם אומר: יודע אני ואיני כדאי, מקבלין אותו מיד. ומודיעין אותו מקצת מצות קלות ומקצת מצות חמורות, ומודיעין אותו עון לקט שכחה ופאה ומעשר עני. ומודיעין אותו עונשן של מצות, אומרים לו: הוי יודע, שעד שלא באת למדה זו, אכלת חלב אי אתה ענוש כרת, חללת שבת אי אתה ענוש סקילה, ועכשיו, אכלת חלב ענוש כרת, חללת שבת ענוש סקילה. וכשם שמודיעין אותו עונשן של מצות, כך מודיעין אותו מתן שכרן, אומרים לו: הוי יודע, שהעולם הבא אינו עשוי אלא לצדיקים, וישראל בזמן הזה אינם יכולים לא רוב טובה ולא רוב פורענות. ואין מרבין עליו, ואין מדקדקין עליו. קיבל, מלין אותו מיד...נתרפא, מטבילין אותו מיד; ושני<sup>7</sup> ת"ח עומדים על גביו, ומודיעין אותו מקצת מצות קלות ומקצת מצות חמורות; טבל ועלה - הרי הוא כישראל לכל דבריו".

### **גרי אריות**

במשנה ביבמות (כד,ב): "הנטען על הגויה ונתגיירה הרי זה לא יכנוס ואם כנס אין מוציאין מידו" ומדייקת הגמ' "הא גיורת מיהא הוי" למרות שנתגיירה לא לשם יהדות אלא כדי שישאנה זה (רש"י ד"ה הא שם), ברייתא שם: האיש שנתגייר לשם אישה או אישה לשם איש או לשם שולחן מלכים או לשם שררה אינן גרים דברי רבי נחמיה שהיה רבי נחמיה אומר אחד גרי אריות ואחד גרי חלומות ואחד גרי מרדכי ואסתר אינן גרים עד שיתגיירו לא מחמת שררה כל שהיא או אינטרס אחר, אך רבי יצחק בר שמואל בר מרתא

<sup>7</sup> בטור ובשו"ע יו"ד רסח,ב איתא שלושה.

משמיה דרב אומר שהלכה כדברי האומר כולם גרים הם בדיעבד ולא לכתחילה, עכת"ד הגמ' שם.

מדברי רבי יצחק שכולם גרים משמע שכולל גם את גרי האריות שנכללו ברשימת רבי נחמיה, ולכאורה המחלוקת המפורסמת אם כותים גרי אריות או גרי אמת תלויה במחלוקת רבי יצחק ורבי נחמיה, וכן משמע מרש"י (ד"ה גרי אריות) "כגון כותים דכתיב בספר מלכים (ב,יז) וישלח ה' בהם את האריות ונתגיירו כדכתיב התם בגלות שומרון".

ובקידושין עה,ב: ר' ישמעאל סבר כותים גרי אריות הן וכהנים שנטמעו בהם כהנים פסולים, ורבי עקיבא סבר כותים גרי אמת הן וכהנים שנטמעו בהן כהנים כשרים היו, ועוד שם דרבי אלעזר סבר לה כרבי ישמעאל דכותים גרי אריות הן.

וכך כתב הריטב"א בחידושו לקידושין שם (וכיו"ב ברמב"ן שם) וז"ל:

סבר לה כרבי ישמעאל דאמר כותים גרי אריות הם. פי' והוה להו גוים גמורים, דאע"ג דבמסכת יבמות איפסקא הילכתא דאחד גר שנתגייר לשם אשה או לשם שלחן מלכים או לאריות הוי גר, רבי ישמעאל לא סבר הכי, אי נמי דשאני כותים דלא נשתקע שם עבודה זרה מפיהם לעולם אפילו אחר גרות כדכתיב (מלכים ב,יז) את ה' היו יראים ואת אלהיהם היו עובדים וכו' והוי גרותם באונס לעולם, ומאן דאמר גרי אמת הם סבר דגרים היו אלא שחזרו לסורם והוה להו כישראל משומד, כדאמרין ביבמות (מ,ב) טבל ועלה הרי הוא כישראל לכל דבריו למאי הלכתא דאי הדר ביה ישראל משומד הוי, וזה יותר נכון.

אולם לפי ההסבר השני של הריטב"א אין קשר בין שתי המחלוקות וגם מ"ד כותים גרי שקר יוכלו להסכים עם הדעה המקילה במס' יבמות שם, בנימוק שמעולם לא עזבו את ע"ז שלהם. וכן דעת תוס' ביבמות (ד"ה הלכה). אלא שלמ"ד גרי אמת הן, לדעת הרמב"ן והריטב"א הגיור היה מושלם רק שחזרו לסורם מאוחר יותר, ולדעת התוס' הם התגיירו פעמיים: בפעם הראשונה גיורם לא תפס, ובפעם השניה כשעזבו את יראתם הגיור תפס. עכ"פ לכו"ע משמע שגר שלא עזב את דרכו הראשונה תוך כדי הגיור או שמתכוון תוך כדי הגיור להמשיך בדרכו הראשונה ויש אומדנא דמוכח שזו היתה כוונתו לא הוי

גר.<sup>8</sup>

על כל פנים אנו פוסקים להלכה שגוי שנתגייר מחמת אינטרס כל שהוא גרותו תפסה בדיעבד ויש להבין מדוע? אם נאמר שכאן מפעילים את הכלל שדברים שבלב אינם דברים והרי אומדנא דמוכח לשם מה בא להתגייר, ואפילו אם הדבר ספק יש לנו לכאורה להעמיד הגוי על חזקתו הקודמת שעדיין גוי הוא, על כך עמדו הראשונים, וז"ל הריטב"א ליבמות שם :

הא גיורתא מיהא הויא. פי' ואעי'ג שלא נתברר לנו אם נתגיירה שלא מחבתן דהא מדקתני ונתגיירה ולא קתני ואחי'כ נתגיירה משמע אפילו נתגיירה לאלתר שרגלים לדבר לחוש, וכיון דאם איתא דלשם כך (נתגיירה) לא הויא גיורת היכי קתני לא יכנוס הוא דמשמע דאחרים כונסים, ועוד היכי קתני אם כנס אינו מוציא הא ודאי היה לנו להעמידה בחזקת של גיות עד שיתברר לנו שנתגיירה בלב שלם.

הלכה כולן גרים. פי' דגמרא גמיר לה דרבנן פליגי על ר' נחמיה וסתם מתניי כרבנן הוא, והקשו בתוספות כיון דגרי אריות גרים הן לרבנן למה אמרו שהם כגויים למ"ד גרי אריות הם, ותירצו דשאני התם שהכתוב אומר עליהם ואת אלהיהם היו עובדים לומר שלא נתגיירו בלב שלם מעולם ולא קבלו עליהם, ומאן דמכשר התם סבר דנתגיירו בלב שלם אלא חזרו לסורם, אבל (הא) הכא כיון דנתגיירו וקבלו עליהם חזקה הוא דאגב אונסייהו גמרו וקבלו ואעי'ג דמחמת האונס הוה גרות הוא אליבא דרבנן". הרי להדיא מדבריו שאין לחשוש לזה, ודברים דומים כתב הרמב"ן שם.

ובאחיעזר (ג,כו) הסביר כך: "...דכיון דנתגיירו וקבלו עליהם חזקה דאגב אונסייהו גמרי וקבלי, ובפשוטו נראה דאעי'פ דאומדנא דמוכח דכונתו לשם אישות, מ"מ משום אונס הרצון גמר ומקני וקבל הגרות בלב שלם, ואיכא אומדנא שגמר ומקבל בלב שלם, והנה בדין זה מבואר בראשונים ובשו"ע

<sup>8</sup> קשיא לי טובא. אם נחזור לפסוקים נבחין שמי שנתמנה להחזירם למוטב ולגיירם היה כהן שנשלח ע"י מלך אשור. ויש לעמוד אחר טיבו של אותו כהן ומי היה בית דינו? מפרש"י (פס' לד) משמע שהיה כהן רשע וז"ל: ואינם עושים כחקותם וכמשפטם שהי עליהם לעשות משנתגיירו אלא כמו שהורם הכהן שהי מן השומרונים שהיו עוי'ג. אולם מהרלב"ג (פס' כז) משמע שכהן כשר היה רק הם לא שמעו בקולו ועי'ע ברלב"ג לפס' מא. ולכאורה אם אותו ב"ד שגיירם היה תחת פיקודו של כהן רשע הרי לפנינו ב"ד פסול. (עיין אגרו"מ יו"ד א,קס וב,קלב שקבלת מצוות מצוות בפני ב"ד רפומי אינה מועילה). וכיצד זה עלתה גרותם? ודוחק לומר שבזה גופא נחלקו רבותינו אם הם גרי אמת או שקר שלא מצאתי בראשונים או האחרונים מי שעמד על כך ותלה זה בזה, וצ"ע.

דאפילו נודע שבשביל דבר הוא מתגייר הואיל ומל וטבל יצא מכלל הנכרים וחוששים לו עד שתתברר צדקתו כיון דאין כאן אומדנא שאינו מקבל בלב שלם, לו יהי שבאמת אינו מקבל בלב שלם מה בכך, הרי דברים שבלב אינם דברים ואומדנא דמוכח אין כאן, אדרבא הרי אומדנא שכונתו בלב שלם דמשום אונסייהו גמר ומקבל".

ועדיין הדברים אינם פשוטים. בשלמא בבי"ד של מומחין/סמוכין יש להכשיר בדיעבד גרות לשם אינטרס אבל בימינו כשהסמכות לגייר נובעת מכוח שליחותיה או מכוח שעקרו דבר מן התורה (ראה חלק א) וכי עשו אותנו שלוחים לגרות כזו שאסורה לכתחילה?! וכי עבור גרות כזו עקרו דבר מן התורה? והרי חכמים הראשונים לא היו מקבלים אותם כלל. בשלמא לדעת הרמב"ם שלגרות מועיל ב"ד של הדיוטות אפילו היכא דאיכא סמוכין ניחא, או לדעת הראשונים שדרשינן לדורותיכם דסמוכין אינם מעכבים הגרות היכא שאין ניחא, אך ללא טעמים אלו כיצד גרות לשם אישות תופסת? ועיי' אר"ש (איסור"ב יד, יג) שהקשה מעין זה וצייד בטעם שלדורותיכם.

### קבלת מצות

עוד יש לחקור האם קבלת מצוות מעכבת בגרות או לא. הנה בשו"ע (יו"ד רסח, ג) נפסק שקבלת מצוות מעכבת אם אינה ביום ובשלושה, ובש"ך שם ס"ק ט פסק שאם לא קיבל מצוות בפני שלושה אפילו בדיעבד מעכב, אך אם נדקדק היטב בדברי הגמ' ליבמות מז, ב משמע שכל מטרת הודעת המצוות היא רק בכדי להקשות מעט על המבקש להתגייר ע"מ לבדוק היטב את רצינותו ולנסות להניא אותו מכך אולי יפרוש וז"ל:

ומודיעים אותו מקצת מצות קלות ומקצת מצות חמורות. מ"ט? דאי פריש נפרוש, דא"ר חלבו: קשים גרים לישראל כספחת.

רואים שהגמ' לא נימקה את הודעת המצוות כתנאי הכרחי להיכנס בברית אלא כמעשה טכני בלבד, משמע שאין זה מעכב, וכן נראה מדברי הריטב"א (כתובות יא, א) וז"ל "והאי דמטבילין אותו אע"ג דגר בעלמא בעינן שיודיעוהו קלות וחמורות, ההיא למצווה ולא לעכב והכא דלאו בר הודעה הוא אינו מעכב". וכן דעת הנמו"י (יבמות טז, א בדפיו) דכתב להדיא שאם לא הודיעוהו אינו לעיכובא וכן דעת המ"מ (הל' יז שם), אך תוס' (יבמות מה, ב ד"ה מי) מצריך שלושה בקבלת מצוות ולא לטבילה, ומשמע שזה לעיכובא, וכן דעת הרא"ש שם. אכן לא חייבים לעשות מזה מחלוקת או סתירה בהלכה, יש

מהאחרונים<sup>9</sup> שרצו לחלק בין קבלת מצוות בסתמא שמעכבת לבין הודעת שכר מצוות ועונשן שאינו מעכב שהרי להדיא נפסק בשו"ע סעיף יב שם וברמב"ם שם שאין הודעת שכר המצוות ועונשן מעכב הגרות, זאת ועוד בשו"ע הל' ב שם פסק שרק מודיעים לו מקצת מצוות קלות וחמורות ואין צורך ללמדו כל התורה כולה אבל ודאי לאחר שלמדוהו ועשה תנאי שאינו מוכן לקבל אפילו דבר אחד אין מקבלין אותו כדאיתא בבכורות ל,ב "גר שקיבל כל התורה כולה חוץ מדבר אחד אין מקבלין אותו" ומשמע בפרוש הרלב"ג (מל"ב יז, מא), שאף בדיעבד אינו גר וז"ל "אך הגר לא יהיה גר אם לא יקבל עליו כל מצות התורה כי התורה זאת בלתי קבלת תוספת וגרעון כמו שנזכר במקומות מהתורה" וכן פסק בשו"ת אגרו"מ יו"ד (ג, קח ד"ה והנה).<sup>10</sup>

המורם מהני"ל: קבלת מצוות כללית מעכבת, ואף שאינו יודע ממש מה בדיוק מקבל על עצמו די לנו שיאמר שרוצה להיחשב כישראל ולקבל את דיניהם באופן כללי. כך פסק האגרו"מ (יו"ד א, קס ד"ה ועוד) וז"ל "והטעם משום שקבל עליו להיות ככל היהודים שנחשבה קבלה אף שלא ידע כלום מהמצוות ידיעת המצוות אינה מעכבת הגרות ורק בידע ולא רצה לקבל הוא עכוב בגרות דהא א"צ ללמד כל התורה כולה קודם שנתגייר דרק מקצת מודיעין". ושם: "עוד יש מקום לומר טעם גדול דמה שבעלה שנתגיירה בשבילו הוא מחלל שבת ומופקר בכמה איסורין עושה שהיא סבורה שאין חיוב כ"כ לשמור המצוות וא"כ הוא כגר שנתגייר בין העכו"ם שמפורש בשבת סח שהוי גר אף שעדין עובד ע"ז עיי"ש והטעם משום שקבל עליו להיות ככל היהודים שנחשבה קבלה אף שלא ידע כלום מהמצוות ידיעת המצוות אינה מעכבת הגרות ורק בידע ולא רצה לקבל הוא עכוב בגרות דהא א"צ ללמד כל התורה כולה קודם שנתגייר דרק מקצת מודיעין".

#### אחיעזר: גדר 'חוץ מדבר אחד'

האחיעזר (ג,כו) חידש: "ולבד זה נראה דדין זה דנכרי שבא להתגייר ולקבל עליו כל המצוות חוץ מדקדוק אחד מד"ס דאין מקבלין אותו, היינו במתנה

<sup>9</sup> שו"ת חמדת שלמה חיו"ד סי' כט ל.

<sup>10</sup> וז"ל "והנה ליכא שום נידון על הגרות מאחר דקבלה כל המצוות לפני הבי"ד, ואף שנכרי שבא לקבל כל התורה חוץ מדבר אחד אין מקבלין אותו כדנתיא בברייתא בבכורות דף ל' ע"ב, ומשמע דגם אם קבלו אותו אינו כלום דהרי תניא שם גם הבא לקבל דברי חברות חוץ מדבר אחד אין מקבלין אותו, שבזה משמע שאף בדיעבד שקבלו אותו לחבר אינו בדין חבר. "דלא כנצי"ב, שיובא לקמן.

שלא לקבל ושיהיה מותר לו דבר זה מן הדין, בזה אין מקבלים אותו דאין שיור ותנאי בגרות ואין גרות לחצאין, אבל במי שמקבל עליו כל המצות, רק שבדעתו לעבור לתיאבון אין זה חסרון בדין קבלת המצות.

ומה"ט נראה מה שחשש לגייר לפי שלא ישמור דיני ישראל כהלכה, אפי"ל דאין לחוש לזה כיון דמקבל עליו כל המצות אף שחושב לעבור על איזה מהמצות אח"כ לתיאבון, מ"מ אין זה מניעה לקבלת המצות, ודוקא היכא שמתנה שלא לקבל עליו זהו חסרון בקבלת המצות דמעכב. אולם היכא שברור הדבר שבדאי יעבור אחרי כן על איסורי תורה חלול שבת ואכילת טריפות ואנו יודעים בבירור כונתו שאינו מתגייר רק לפנים ולבו בל עמו, הרי אומדנא דמוכח שמה שאומר שמקבל עליו המצות לאו כלום הוא א"כ זהו חסרון בקבלת המצות דמעכב".<sup>11</sup>

והנה לכשנעיין ברמב"ם (איסורי"ב יג) ניווכח כי הלכות טז ויז סותרות זו את זו: (טז) "ולפי שגייר שלמה נשים ונשאן, וכן שמשון גייר ונשא, והדבר ידוע שלא חזרו אלו אלא בשביל דבר, ולא על פי ב"ד גיירום חשבן הכתוב כאילו הן עכו"ם ובאיסורן עומדין, ועוד שהוכיח סופן על תחלתן שהן עובדות עבודה זרה שלהן וכו'". (יז) "גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו המצות ועונשן ומל וטבל בפני ג' הדיוטות ה"ז גר, אפילו נודע שבשביל דבר הוא מתגייר הואיל ומל וטבל יצא מכלל העכו"ם וחוששין לו עד שיתבאר צדקותו, ואפילו חזר ועבד עבודה זרה הרי הוא כישראל מומר שקידושיו קידושין, ומצווה להחזיר אבידתו מאחר שטבל נעשה כישראל, ולפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן ואעי"פ שנגלה סודן".

השו"ע יו"ד (רסח,יב) השמיט את לשון הרמב"ם בהלכה טז דאמר שהוכיח סופן על תחילתן, והעתיק רק את הלכה יז: "כשיבא הגר להתגייר, בודקים אחריו שמא בגלל ממון שיטול או בשביל שררה שיזכה לה או מפני הפחד בא ליכנס לדת. ואם איש הוא, בודקין אחריו שמא עיניו נתן באשה יהודית. ואם אשה היא, בודקין אחריה שמא עיניה נתנה בבחורי ישראל, ואם לא נמצאת להם עילה מודיעים להם כובד עול התורה וטורח שיש בעשייתה על עמי הארצות, כדי שיפרשו. אם קיבלו ולא פירשו, וראו אותם שחזרו מאהבה, מקבלים אותם. ואם לא בדקו אחריו, או שלא הודיעוהו שכר המצות ועונשן, ומל וטבל בפני ג' הדיוטות, ה"ז גר אפי" נודע שבשביל דבר הוא מתגייר, הואיל ומל וטבל יצא מכלל העובדי כוכבים, וחוששים לו עד שתתברר

<sup>11</sup> אך לא זכיתי להבין את סוף דבריו דלכאורה נראין כסותרין.

צדקתו; ואפילו חזר ועבד עבודת כוכבים, הרי הוא כישראל מומר שקדושיו קדושין". עכ"ל מרן המחבר.

אך מידי סתירה ברמב"ם לא יצאנו. ועמד על כך באגרו"מ יו"ד (ג,קח) וחילק בין היכא שעבר זמן גדול מאז הגרות שחסרו לסורם לבין זמן קצר, דבזמן גדול לא אמרינן שהוכיח סופן על תחילתן ודברים שבלב אינן דברים והרי הוא כישראל מומר, אך אם עבר זמן קצר וראינו שממשיך דרכו הקודמת יש להניח שהוכיח סופו על תחילתו, עכת"ד.

ובמחילה מכבוד מע"ת, הרמב"ם לא כתב בפרוש שגרותן בטלה, אלא כתב 'שחשבן הכתוב כאילו הן גויות ובאיסורן הן עומדים' זאת ועוד: שהגרמ"פ נתן דבריו לשיעורין, דכמה זמן צריך לעבור בכדי להסיר החשש הנ"ל? ומדוע חילוק זה לא הובא בשו"ע?

על כן נראה ליישב את הרמב"ם בדרך אחרת: יש לחלק בין היכא שהודיעו לגר המצוות שכרם ועונשם, לבין היכא שלא הודיעוהו כלל, רק קיבל עליו חוקי היהודים מבלי להבין את משמעותם, דהיכא שהודיעו גרע טפי מהיכא שלא הודיעו לו,<sup>12</sup> ולכן בהלכה יז מדבר הרמב"ם במפורש על מקרה שהגר התגייר מבלי שידע את משמעות המצוות ועונשם, דבזה אמרינן שתפסה גרותו ואפילו ראינו שחזר ועבד ע"ז, הרי הוא כישראל מומר, לפי שדי לנו במה שרצה להיכנס לכלל ישראל בתחילה ולקבל מצוות באופן כללי ביותר, ובהלכה טז מדבר הרמב"ם על אותן נשים שקיימו שלמה ושמשון, דנראית כוונתו שנתגיירו ללא בדיקה דקדקנית וללא הודעת מצוות, רק עזבו עבודה זרה מיוזמתם בכדי להינשא, לכן חשבן הכתוב כאילו הן גויות כיון שלא ברצון חכמים נתגיירו ועוד שהוכיח סופן על תחילתן, אך לא גויות ממש כיון שסוף כל סוף הגרות תפסה בדיעבד היות ולא הודיעו להם המצוות ומשמעותן, ובאמת גר שידע מה הוא מקבל על עצמו וחזר לסורו לאחר זמן, יתכן שיש להפעיל שיקול דעת אם הוכיח סופו על תחילתו ולעורר ספק על עצם גרותו, ועדין הדברים צריכים ליבון כי גם חילוק זה לא כתוב במפורש בשו"ע אלא ברמז בלבד, וקשה להסתמך בהלכות גרות על רמזים.

הרב משה גנץ שליט"א (שעלבים) רצה להוכיח מהרמב"ם הנ"ל שקבלת מצוות אינה מעכבת, ואפילו אם הודיעו לגר שכר המצוות ועונשם וחזר לסורו, אין לבטל הגרות בשל כך כי אחרת כיצד שלמה ושמשון קיימו

<sup>12</sup> סברה כזו מופיעה בשו"ת אגרות משה יו"ד ח"א סימן קס ד"ה ועוד.

נשותיהם. (אך על פי הסברי ברמב"ם אין הדברים מוכרחים).

והראה לי את דברי הנצי"ב (שו"ת משיב דבר ה,מו) שכתב דלשון אין מקבלין אותו, פירושו דלכתחילה אסור לקבלו היכא שמתנה לעבור על דברי תורה, אבל בדיעבד אם קיבלוהו הוי גר גמור, והפליג עוד הנצי"ב לומר שאם שלושה קיבלו גוי על מנת שלא לשמור כלל דת יהודית, אע"ג שעשו שלא כדין וגרמו לאותו האיש רעה, מכל מקום הרי הוא גר גמור על פי דין תורה. ובזה הסביר את גרותם של גויים בימי דוד ושלמה וכן את מעשה דהלל דלהלן.

### מעשה דהלל

בגמ' שבת לא,א מסופר :

שוב מעשה בנכרי אחד שבא לפני שמאי, אמר לו : גיירני על מנת שתלמדני כל התורה כולה כשאני עומד על רגל אחת. דחפו באמת הבנין שבידו. בא לפני הלל, גייריה. אמר לו : דעלך סני לחברך לא תעביד - זו היא כל התורה כולה, ואידך - פירושה הוא, זיל גמור.

וצ"ב, היכן בדיקת רצינות הגר? אם היה אחד מבתי הדין כיום מגייר בצורה כזו יש להניח שהיתה נמתחת עליו ביקורת חריפה. קושיה זו הקשו תוס' בשני מקומות ביבמות : (כד, ב ד"ה לא וקט, ב ד"ה רעה) :

וההיא דפ"ב דשבת (דף לא) ההוא דאתא לקמיה דהלל ואמר גיירני ע"מ לעשות כ"ג בטוח היה הלל דסופו לעשות לשם שמים

ולא נתבאר בתוס' על מה הסתמך הלל? כיצד ידע שסופו לשמים? ונראה לענ"ד להציע פרוש מקורי לסיפור הנ"ל. יש לשאול מדוע לא הלך אותו גוי ישירות להלל? סביר להניח שהגוי לא הכיר את הלל ושמאי, ובחר ללכת לב"ד הקרוב אליו שהיה ב"ד של שמאי. שמאי לא קיבלו, כפי שנדרש מכל ב"ד לענייני גרות, ודחפו באמת הבניין, משנוכח לדעת שב"ד הקרוב אליו אינו חפץ לקבלו הלך וניסה שוב את מזלו בב"ד אחר, הלא הוא ב"ד של הלל, מן הסתם הלל שאל אותו : "מהיכן הגעת?" והלה השיב כי בא מב"ד של שמאי שדחפו באמת הבניין, כמוכן שהגוי לא ידע כיצד יגיב הלל שאילו ידע היה מגיע אליו מתחילה, לכן הלל הניח שגוי זה העומד לפניו מוכן לקבל שוב בזיונות ומכות ובלבד לנסות ולהיכנס תחת כנפי השכינה, ומכאן שליבו לשמים. הסבר זה יש בו בכדי לשפוך אור על המעשה הנ"ל, ובזה נראה לענ"ד להסביר גם את הסיפור הראשון המופיע שם :

"תנו רבנן: מעשה בנכרי אחד שבא לפני שמאי, אמר לו: כמה תורות יש לכם? אמר לו: שתים, תורה שבכתב ותורה שבעל פה. אמר לו: שבכתב - אני מאמינך, ושבועל פה - איני מאמינך. גיירני על מנת שתלמדני תורה שבכתב. גער בו והוציאו בניזיפה. בא לפני הלל - גייריה". אך עדיין לא הכל ברור, נהי שלהלל היתה אומדנא שכוונתו לשמים, אך עדיין יש כאן שיור בגרות כפי שרש"י בעצמו נימק את סירובו של שמאי לקבלו וז"ל:

הוציאו בניזיפה - דתניא: הבא לקבל דברי חברות חוץ מדבר אחד, וכן גר הבא להתגייר וקבל עליו דברי תורה חוץ מדבר אחד - אין מקבלין אותו, במסכת בכורות (ל,ב).

ופרש"י: "גייריה - וסמך על חכמתו שסופו שירגילנו לקבל עליו, דלא דמיא הא לחוץ מדבר אחד - שלא היה כופר בתורה שבעל פה, אלא שלא היה מאמין שהיא מפי הגבורה, והלל הובטח שאחר שילמדנו יסמוך עליו" משמע מרש"י שיש לב"ד להשתמש בשיקול דעת ואומדנא. ואם אומד הדיין בדעתו שאם ילמדנו היטב אורחות ה' תתישב מחשבתו אין זה נקרא שיור בגרות וניתן לקבלו כעת על סמך שילמד בעתיד.

נמצא שהגרות אינה תלויה ועומדת עד שילמד את האמת, אלא להיפך. הגרות תופסת מיד על סמך העתיד. דברים מעין אלו נרמזים ברמב"ם (איסורי בי'ג,ז) וז"ל: "גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעה המצוות ועונשן ומל וטבל בפני שלושה הדיוטות הרי זה גר ואפילו נודע שבשביל דבר הוא מתגייר הואיל ומל וטבל יצא מכלל הגויים וחוששין לו עד שיתבאר צדקתו". משמע שיש גרות על סמך העתיד, אך גם המהרש"א שם הרגיש בקושיות אלו, ותירץ שהלל לא גייר אותו מיד אלא קיבל על עצמו לגיירו בעתיד לאחר שילמדנו תורת אמת ובזה רצה להוכיח שאין איסור ללמד גוי תורה כשדעתו להתגייר, עכתי"ד. אך נ"ל שאין פירושו נכנס במילים של הגמ' דלשון "גיירא" משמע מיד, וכן רש"י שטרם להסביר מדוע אין כאן חיסרון של גר שמקבל התורה חוץ מדבר אחד, משמע שגיירו מיד שאם כדברי המהרש"א אין כאן קושיה כלל שהרי גיירו לאחר שלמד וקיבל הכל, אלא ע"כ מוכח כמונו שגיירו מיד. גם רע"א (יבמות כד,ב) הביא את דברי המהרש"א וחלק עליו:

"...כך הקשו תוס' בפי' כיצד ותירצו דבטוח ה"י הלל דסופו לשם שמים וכו' הרי דס"ל לתוס' דגייריה קודם שלמדו, ואזדא ראיית המהרש"א דאחר הגרות אף דעדיין לא ה"י לש"ש, מכל מקום בדעבד הוי גר ומותר ללמוד תורה, ובסוף קיבל הגרות לש"ש". ועי' אגרו"מ (יו"ד ג,קו ד"ה ויהיה) דלא

כמהרש"א.

לא באנו בזה לפסוק הלכה כל שהיא בענייני גרות, רק לעורר הנושא ולהציע הצעות למחשבה בפני רבנו, בפרט לאור המצב הקשה והמסובך שנוצר בעטיו של חוק השבות שאפשר עליית גויים רבים מארצות הנכר, אשר הוליד סכנה גדולה של נשואי תערובת, ואין חדש תחת השמש.

גם בעליית עזרה ונחמיה נתקלו בנשואי תערובת, ומעניין לקרוא את תגובת עזרה ונחמיה למה שראו (עזרא פרק י): "וַיִּקְרָא הַכֹּהֵן וַיֹּאמֶר אֲלֵהֶם אַתֶּם מְעַלְתֶּם וַתּוֹשִׁיבוּ נָשִׁים נְכָרִיּוֹת לְהוֹסִיף עַל אֲשֶׁמַּת יִשְׂרָאֵל. וְעַתָּה תָּנוּ תוֹדָה לַה' אֱלֹהֵי אֲבוֹתֵיכֶם וַעֲשׂוּ רְצוֹנוֹ וְהַבְדִּילוּ מֵעַמֵּי הָאֶרֶץ וּמִן הַנָּשִׁים הַנְּכָרִיּוֹת". וע"ע בהרחבה בדברי נחמיה (פרק יג).

כיום שאין ביכולתנו להגיב כעזרה ונחמיה במגבלות של דינא דמלכותא לא נותר לנו אלא לחפש פתרונות אחרים לאפרושי מאיסורא, פתרונות אשר מילאו את ספרי השו"ת העוסקים בזה זה כמה דורות.

הרב איתיאל בר-לוי  
ראש ישיבת בני"ע חולון

## סוגיות לדוגמא\*

### א. מעשה בעובד כוכבים מאשקלון (קידושין לא,א)

סיפור המלמד נושאים רבים:

בליבה של סוגיית כיבוד אב ואם נמצאת אגדת חז"ל מפורסמת. הסיפור על כיבוד אב שכיבד עובד כוכבים מאשקלון - דמא בן נתינה.

מתוך סוגיא זו ניתן להעלות נושאים רבים לדין. חלקם באמונה והשקפת עולם וחלקם בנושאים הלכתיים צרופים.

יש להראות לתלמידים איך סיפור ידוע כזה, המסופר כבר בתקופת הגן, יכול להוות בסיס לדיונים אמוניים והלכתיים רחבים.

א. טעמיה של מצוות כיבוד אב ואם.

ב. ההבדל בין מצוות שכליות ומצוות שמעיות.

ג. חובת כיבוד ואם אצל גויים.

ד. האם ניתן ללמוד הלכות מאגדות חז"ל?

ה. האם מותר להעיר את אבא משנתו לצורך פרנסה או לקיום מצווה?

ו. כבוד להורים שנטרפה עליהם דעתם.

ז. החובה לכבד הורים על אף שהם מבזים את הבן.

### קידושין לא,א

בעו מיניה מרב עולא: עד היכן כיבוד אב ואם? אמר להם: צאו וראו מה עשה עובד כוכבים אחד באשקלון ודמא בן נתינה שמו; פעם אחת בקשו חכמים פרקמטיא בששים ריבוא שכר, והיה מפתח מונח תחת מראשותיו של אביו, ולא ציערו. אמר רב יהודה אמר שמואל, שאלו את ר' אליעזר: עד היכן כיבוד אב ואם? אמר להם: צאו וראו מה עשה עובד כוכבים אחד

---

\* שני המאמרים הבאים הופיעו בחוברת עבור רמ"ם בישיבות בני"ע כדוגמא ללימוד סוגיא בעיון בישיבה תיכונית (הערת מערכת).

לאביו באשקלון ודמא בן נתינה שמו, בקשו ממנו חכמים אבנים לאפוד בששים ריבוא שכר, ורב כהנא מתני: בשמונים ריבוא, והיה מפתח מונח תחת מראשותיו של אביו, ולא ציערו. לשנה האחרת נתן הקב"ה שכרו, שנולדה לו פרה אדומה בעדרו. נכנסו חכמי ישראל אצלו, אמר להם: יודע אני בכם, שאם אני מבקש מכם כל ממון שבעולם אתם נותנין לי, אלא אין אני מבקש מכם אלא אותו ממון שהפסדתי בשביל כבוד אבא... כי אתא רב דימי אמר: פעם אחת היה לבוש סירקון של זהב והיה יושב בין גדולי רומי, ובאתה אמו וקרעתו ממנו, וטפחה לו על ראשו וירקה לו בפניו, ולא הכלים".

האם דווקא מגוי נלמד לכבד הורים!?

כאמור לעיל, הסיפור על דמא בן נתינה הינו אחד מסיפורי המופת אותם לומד כל ילד בקטנותו.

הסיפור מעלה שאלות רבות, אך דומה כי השאלה הראשונה הנשאלת על ידי הילד השומע את הסיפור וכנראה אף על ידי מבוגרים היא, מדוע מצאו חכמים לנכון ללמד אותנו עד היכן מגיעה מצוות כיבוד הורים דווקא על ידי סיפור על גוי?

בתלמוד ישנם סיפורים רבים אחרים על גדולי ישראל שכיבדו את הוריהם ויש רושם ברור כאילו בחרו חכמים דווקא את הסיפורים על גויים. מדוע?

תופעה זו אינה יחידאית בתלמוד, במקומות נוספים אנו מוצאים חזרה על עיקרון זה. הדוגמא הנוספת לכך היא היחס לכיבוד ההורים של עשו הרשע.

חז"ל מציינים שעשו היה הראשון שכיבד מאוד את אביו, ואף השפיע הדבר על יעקב.

וכך אומרים חז"ל על הפסוק:

"וַיִּשְׁטֵם עֵשָׂו אֶת יַעֲקֹב עַל הַבְּרָכָה אֲשֶׁר בָּרַכּוֹ אָבִיו וַיֹּאמֶר עֵשָׂו בְּלִבּוֹ יִקְרְבוּ יָמֵי אָבִי וְאֶהְרֶגֶה אֶת יַעֲקֹב אָחִי:" (בראשית כז, מ).

ואומר על כך רש"י: "יקרבו ימי אבל אבי - כמשמעו, שלא אצער את אבא..."

הידיעה שעשו מקפיד במצווה זו באופן מיוחד הטרידה את יעקב לפני פגישתו עם עשו. יעקב חושש שמא זכות זו תעמוד לעשו ויקשה עליו להנצל ממנו.

כך מופיע במדרש לקח טוב (בראשית פרק לב, ד"ה וישלח יעקב) :

וישלח יעקב מלאכים לפניו אל עשו אחיו. א"ר שמואל בר נחמן בוא וראה בצדיקים כמה מתיראים מן החטא, שאחר כל הבטחון שהבטיח הקב"ה את יעקב אבינו היה מתיירא מעשו ושלח לפניו מלאכים, ולמה היה מתיירא אמר זה עשרים ושתים שנה שלא ראיתי את אבי, ולא שימשתי אותו, שמא יגרום החטא, ויעמוד עלי ויהרגני, שעמד לפני אבי ושרתו, לפיכך וישלח יעקב מלאכים.

ודוגמא נוספת :

הגמרא בסנהדרין (צו,א) באגדות על נבוכדנצר הרשע, מספרת על המלך שמלך בבבל לפני נבוכדנצר. שמו של אותו המלך היה בלאדן בן בלאדן. הגמרא תמחה על כך שלאדם יש שם זהה לשמו של אביו, ועל כן מסבירה :

"מאי בלאדן בן בלאדן? אמרי: בלאדן מלכא הוה, ואישתני אפיה והוה כי דכלבא, הוה יתיב בריה על מלכותא. כי הוה כתיב - הוה כתיב שמיה ושמיה דאבוה בלאדן מלכא. היינו דכתיב (מלאכי א) 'בן יכבד אב' "

מסבירה הגמרא שבלאדן האב סבל ממחלה קשה, עד שנשתנו פניו והפכו לפני כלב. היה מוכרח למלא את מקום אביו, אך לא רצה לבזותו, ועל כן נטל לעצמו את שם אביו.

מדהים! חכמים כביכול מחפשים סיפור על כיבוד אב ואם ומשתדלים לחפש דווקא גויים ואף רשעים גדולים שהקפידו על מצווה זו במיוחד.

מדוע? האם ראוי היה שחכמים ילמדו אותנו את גדולת מצוות כיבוד אב ואם דווקא על ידי גוי?

נדמה לי שניתן ללכת בשתי דרכים להבנת הסוגיא. נשים לב ששתי הדרכים הינן הפוכות, אך הן צומחות משורש אחד :

## דרך א

כיבוד אב ואם – מצווה שכלית או שמעית (חוקית)?

ביהדות ישנן שתי סוגי מצוות : שכליות ושמעיות.

השכליות הינן מצוות שכל אדם מבין את חשיבותן ונחיצותן (כמו האיסור לגנוב ולרצוח) והיינו מקיימים אותן כנראה גם ללא הציווי האלוקי. לעומת זאת, המצוות השמעיות הינן מצוות אשר טעמן אינו ברור לנו כלל. מצוות

אלו נקראות גם "חוקים". (הדוגמא הידועה והבולטת היא מצוות מצוות פרה אדומה) מצוות שאין לנו שום יד ורגל בסיבתה ובעומקה, ואם נשאל את עצמנו מאיזה טעם אנו מקיימים מצווה זו? התשובה בפשטות הינה: "כי ה' ציוה".

מצוות כיבוד אב ואם לכאורה היא דוגמא פשוטה למצווה שכלית, ומהווה הנהגה פשוטה במצוות שבין אדם לחבירו. כל בן אדם - גדול כקטן, יהודי וגוי צריך להכיר בחובה הבסיסית של כיבוד אב ואם. חובה זו אינה נובעת מציווי אלוקי, אלא מתחושה טבעית של תודה והכרת הטוב. הוריו של אדם העניקו לו את חייו, השקיעו בו את מיטב זמנם ומרצם, פיתחו אותו וטיפחו אותו, ועל כך הוא חייב להם תודה מקרב לב.

ואם כן, המחויבות של אדם להוריו היא בראש ובראשונה מחויבות מוסרית, הנובעת מהכרת הטוב.

וכך מנסח את הדברים בעל ספר החינוך (מצווה לג):

משרשי מצוה זו, שראוי לו לאדם שיכיר ויגמול חסד למי שעשה עמו טובה ולא יהיה נבל ומתנכר וכפוי טובה, שזו מידה רעה ומאוסה בתכלית לפני אלקים ואנשים. ושיתן אל לבו כי האב והאם הם סיבת היותו בעולם, ועל כן באמת ראוי לו לעשות להם כל כבוד וכל תועלת שיוכל, כי הם הביאוהו לעולם, גם יגעו בו כמה יגיעות בקטנותו.

דברים אלו עולים בקנה אחד עם ההבנה שהצגנו לעיל, הבנה הרואה במצוות כיבוד אב ואם מצווה שכולה הכרת הטוב להורים וככזו, הרי שהיא מחויבת וברורה לכל אדם, גם ללא הצו האלוקי. אך מענין לראות שספר החינוך לא הסתפק בכך והוסיף:

וכשיקבע זאת המדה בנפשו יעלה ממנה להכיר טובת האל ברוך הוא, שהוא סיבתו וסיבת כל אבותיו עד אדם הראשון, ושהוציאו לאויר העולם וסיפק צרכו כל ימיו, והעמידו על מתכונתו ושלימות אבריו, ונתן בו נפש יודעת ומשכלת, שאלולי הנפש שחננו האל יהיה כסוס כפרד אין הבין, ויערוך במחשבתו כמה וכמה ראוי לו להזהר בעבודתו ברוך הוא.

לכשנעמיק בדברי בעל ספר החינוך, נוכל להקשות לכאורה על מטרת הבאת הקטע השני.

אם מידת הכרת הטוב היא השורש למצוות כיבוד אב ואם, מה צורך בהדגשה שמתוך כיבוד אב ואם יבא לזהירות בעבודת האל ברוך הוא? מה הקשר ומה הצורך בכך?

אלא נראה לומר שיש כאן חידוש גדול שאמנם כיבוד אב ואם מגלם את אחת מהמצוות היותר מובנות ומוסריות, אך יש בה – כמו בכל מצווה בתורה גם צו אלוקי ולעיתים הצו האלוקי אף גובר על החובה המוסרית. אצל עם ישראל – קבלת התורה בסיני – מחייבת לא רק את צו המצפון והכרת הטוב שבהם, אלא גם ובעיקר את הצו ההלכתי.

רעיון זה בא לידי ביטוי בהרבה מקומות ובענין כיבוד אב ואם מוצאים אנו בגמרא ביבמות:

תניא: יכול יהא כבוד אב ואם דוחה שבת? תלמוד לומר: 'איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמורו' - כולכם חייבין בכבודי.

לאמור, החובה המוסרית כלפי האב יכולה להיות גדולה וחשובה, אך מחייבת היא עד שבא הדבר בסתירה לערך של כבוד ה' וההלכה. במקרה כזה, אין עצה ואין תבונה נגד ה'.

לאור זאת ניתן להבין את מטרתם של חכמים בהדגשת כיבוד ההורים של הגויים, רוצים חז"ל לומר לנו שאמנם המחויבות המוסרית של אדם להוריו היא גדולה, אך זה נכון רק אצל הגוי אצל עם ישראל הדבר נכון רק בבחינת קומה ראשונה, אך בתנאי שמעליה יש את הקומה העליונה יותר, היא החובה ההלכתית והציות לצו האלוקי.

## **דרך ב**

### **דרך ארץ קדמה לתורה**

ידועים דברי חז"ל במקומות רבים, על כך שהתורה מקדימה את סיפורי האבות למצוות התורה ועוד מאריכה בסיפורים בכל ספר בראשית כדי ללמדנו דרך ארץ שקדמה לתורה.

זו הסיבה גם לכך שהאלוקים מתייחס בסלחנות לחטא דור הפלגה, אך מגיב בחומרה רבה לחטאם של דור המבול שהיו נגועים בגזל ובחטאי ה"דרך ארץ".

רעיון זה ניתן למצוא לאור דברי בעל אור החיים הקדוש (שמות יח, כא).

אור החיים עוסק בשאלה, מדוע בחרה התורה להקדים לפרשיית קבלת התורה את עצותיו של יתרו, חשוב ככל שיהיה (חותן משה), אך מגוי נלמד דרכי משפט? ולא זו בלבד, אלא שהתורה מיחדת את שמו דווקא על פרשיית קבלת התורה?

וראייתי לתת לב, איך זכה יתרו, שתיכתב על ידו פרשה זו, והן אמת כי הוא כיבד משה עבד ה', והנה שכרו שכיבדו ה', אלא היה ה' יכול עשות לו דרך כבוד אחר, לא בדרך זה שיכאחא חס ושלוס כפחות ידיעה בעם ה', עד שבא כהן מדין והשכילם.

ונראה כי טעם הדבר הוא להראות ה' את בני ישראל הדור ההוא וכל דור ודור, כי יש באומות גדולים בהבנה ובהשכלה, וצא ולמד מהשכלת יתרו בעצתו ואופן סדר בני אדם אשר בחר, כי יש באומות מכירים דברים המאושרים, והכוונה בזה, כי לא באה הבחירה בישראל, לצד שיש בהם השכלה והכרה יותר מכל האומות, וזה לך האות השכלת יתרו, הא למדת כי לא מרוב חכמת ישראל והשכלתם בחר ה' בהם, אלא לחסד עליון ולאהבת האבות, ויותר יערב לחיך טעם זה למאן דאמר יתרו קודם מתן תורה בא (ילק"ש רמז רסח), כי נתחכם ה' על זה קודם מתן תורה לומר שהגם שיש באומות יותר חכמים מישראל אף על פי כן אותנו הביא ה' אליו ובחר בנו, ועל זה בפרט עלינו לשבח לאשר בחר בנו מצד חסדיו...

מהי החכמה הזו שקיימת אצל הגויים והיתה לפני מתן תורה? זוהי ה"דרך ארץ".

יש כאן מסר גדול וחשוב שעצתו של יתרו כרוכה ביחד עם מתן תורה, אפילו קודמת לה ולא רק, אלא כל הפרשה תקרא על שמו של יתרו, ללמדנו, שגם לאחר מתן תורה עדיין ראוי לאיש הישראלי להיות קשוב לקולה של ה"דרך ארץ".

הוקדמה פרשת יתרו למתן תורה ונסמכה לה, ללמדנו שדרך ארץ קדמה לתורה.

נמצאנו למדים כי מדמא בן נתינה – הגוי מאשקלון – למדו החכמים מהי דרך ארץ, איך מתיחסים לאב שישן, איך מנהלים מסחר הוגן ואיך אפשר להיות שונא בצע. וכל זה, גם לפני וללא קבלת התורה.

## סוגיות לדוגמא

### ב. האם מותר לחלוק על אבא בלימוד בחברותא? (קידושין לא, ב)

פעמים רבות נפגשים אב ובנו בחווית לימוד משותפת. בשיעור בבית הכנסת או בלימוד בחברותא. במקרה כזה, יתקל התלמיד בשאלה הלכתית מרתקת: האם יכול בן לחלוק על אביו?

השאלה יכולה לבא לידי ביטוי באופנים שונים:

א. האם מותר לבן לחלוק על אביו בהלכה או בסברא תוך כדי הלימוד?

ב. אב שמוחל על כבודו, האם אז יוכל הבן לחלוק עליו?

ג. בן שרואה את אביו עובר עבירה, האם וכיצד עליו להעיר לו?

כפתיחה לעיוננו, נביא סיפור אודות רש"י, גדול פרשני התורה, ומחלוקתו עם נכדיו.

כידוע, לרש"י לא היו בנים, ולבנותיו שהיו משכילות מאוד, גדלו בנים תלמידי חכמים. שניים מהמפורסמים ביותר הם, האחים רשב"ם ורבינו תם, גדלו על ברכיו של הסבא ר' שלמה יצחקי והיו לגדולי בעלי התוספות שבצרפת.

האגדה מספרת שיום אחד עת היה עסוק בכתיבת פרשיות תפילין, החזיק רש"י את נכדו הקטן רבינו תם על ברכיו, ולפתע שיחק הפעוט בבקבוק הדיו והדיו נשפך על הקלף. כשראה זאת רש"י אמר: עתיד זה הקטן לחלוק עלי בסדר פרשיות התפילין.

זכה רש"י שנכדיו נעשו לענקי עולם וחלקו עליו באין ספור נושאים וסוגיות ולעיתים בצורה קשה.

אין ספק שכל אחד מאיתנו היה שמח ואף מתפלל לכך שנכדיו יחלקו עליו כך, אולם השאלה שאנו נעלה לדיון בסוגיא זו היא האם נהגו הנכדים כראוי? האם מותר לבן/נכד לחלוק על אביו/סבו בפסיקת הלכה?

ברייתא בקידושין לא, ב:

ת"ר: איזהו מורא, ואיזהו כיבוד? מורא - לא עומד במקומו, ולא יושב במקומו, ולא סותר את דבריו, ולא מכריעו. כיבוד - מאכיל ומשקה, מלביש ומכסה, מכניס ומוציא...

ופירש רש"י במקום:

אם היה אביו וחכם אחר חלוקים בדבר הלכה, לא יאמר נראים דברי פלוני...

הוסיף על כך הטור (יו"ד רמ) בשם הרמ"ה:

זה אינו צריך לומר, אלא אפילו נראין לו דברי אביו אין לו לומר נראים דברי אבא, שנראה כאילו הוא מכריע דברי רביו, אלא אם יש לו להשיב תשובה על החולקין על אביו, ישיב.

וכך פסק הש"ך להלכה (שם ס"ק ב).

ונראה דסותר את דבריו אסור אף שלא בפניו וכן משמע בדרישה...

### מסקנה ראשונית

מדברים אלו עולה בברור שאין לבן הלומד עם אביו לסתור את דברי האב ואין לתלמיד לסתור את דברי רבו גם כאשר הם עוסקים בתורה.

אולם לכאורה, דברים אלו קשים מאוד מכמה טעמים:

איך יוכל בן ללמוד עם אביו ללא היכולת להתווכח על הבנת הדברים? הרי מחויב הוא במצות "ושננתם לבניך" וכל מהותה של מצוות חינוך הבנים לתורה היא בלימוד משותף, היתכן לימוד פורה ללא דיון והתנצחות בהלכה הלא כבר למדנו את הכלל בדרכי הלימוד: "לא הביישן למד"?

אם הבן משוכנע שהראיות עימו ודעתו נכונה, למה לא יחלוק על אביו, הרי על החולק רבו אמרה הגמרא לעיל: "אפילו אב ובנו הרב ותלמידו שעוסקין בתורה בשער אחד נעשים אויבים זה את זה, ואינם זזים משם עד שנעשים אוהבים זה את זה, שנאמר את והב בסופה..." (ל, א).

מוצאים אנו בתלמוד ובראשונים פעמים רבות שכן חולק על אביו וכראיה הביא לכך בעל ה"פתחי תשובה" עשרות מקרים מהתלמוד (יו"ד רמ).

בקשיים אלו הרגיש בעל תרומת הדשן (פסקים וכתבים, רלח) וכתב על כך דברים ברורים:

אמנם מה שכתבת, אם אין לתלמיד רשות לחלוק על רבו באיזה פסק והוראה, אם יש לו ראיות מן הספר ופסקי גאונים הפך מדעת הרב. נראה ודאי אם הוראות ברורות קצת וצורתא דשמעתא משמע כדברי התלמיד, למה לא יחלוק? כך היתה דרכה של תורה מימי התנאים. רבינו הקדוש חלק בכמה מקומות על אביו ועל רבו, רשב"ג. באמוראים, רבא היה חולק בכמה דוכתי על רבה, שהיה רבו... אשירי [הרא"ש] חולק בכמה דוכתיין אמהר"ם [על ר' מאיר מרוטנבורג], שהיה רבו מובהק.

אולם איך ניישב דברים אלו עם הסוגיא שלנו שמשמע בה שאסור לחלוק בשום אופן? וכמו כן הגמרא במסכת סנהדרין (דף קי) גם כן קובעת בנחרצות: "כל החולק על רבו כחולק על השכינה"?

ואכן, האחרונים צעדו בדרכים שונות כדי לבאר את הסוגיא ולהתיר את הויכוח וההתפללות כשלומדים עם האב והרב.

#### **דרך א: איסור הסתירה – רק בענינים כלליים**

מסבירים האחרונים שנראים הדברים שלא כשיטת רש"י בסוגיא, אלא שכל האיסור לחלוק על רבו או על אביו הוא לא בדברי תורה והלכה אלא רק בענינים כלליים ובעניני העולם, אבל כשעוסקים בהלכה ובלימוד ודאי מותר ואף צריך הבה לחלוק על אביו ועל רבו ואין בכך משום "סותר דברי אביו או רבו". וכמו שכתב הרא"ש בתשובה:

מי לנו גדול מרש"י שהאיר את עיני הגולה כולה בפירושו ונחלקו עליו יוצאי נכדיו – יוצאי יריכו רבינו תם ור"י וסתרו לגמרי את דבריו.

(כך מובא בספר פחד יצחק ערך כיבוד אב ואם דף מב ובנצי"ב בספרו העמק שאלה פרי יתרו סימן מו).

אולם עדיין קשה לשון הגמרא באומרה: "לא יסתור את דבריו" ובמיוחד לא מתישב פירוש זה עם פירושו של רש"י והטור שהובאו לעיל?

### דרך ב: איסור הסתירה – בצורת הסתירה

ניתן לומר שגם אם כוונת הגמרא הוא לסתירה בדברי תורה, אין הכוונה לעצם המחלוקת, אלא לאופן הסתירה ולהבעת המחלוקת. כלומר, כשמדובר על מחלוקת עם אב או עם רב, לא יאמר "לא כ"י" וכדומה, אלא צריך הוא לחלוק בדרך של כבוד מיוחד ודרך ארץ לומר לו: "אבא בדבר זה כך כתוב במקום פלוני". דבר נוסף, אין לסתור את דברי האב או הרב ללא ראיות, אלא רק אם מחזיק ומשוכנע בצדקת שיטתו ויש לו ראיות והוכחות ברורות וחד משמעיות לכך.

ומתוקים מדבש הם דברי ר' חיים מוולוז'ין בפירושו לפרקי אבות (א,ד) על דברי המשנה: "הוי מתאבק בעפר רגליהם והוי שותה בצמא את דבריהם...":

הנה הלימוד נקרא מלחמה, כמו שאמרו "מלחמתה של תורה", אם כן גם התלמידים לוחמים יקראו... ואסור לו לתלמיד לקבל דברי רבו כשיש לו קושיות עליהם, ולפעמים יהיה האמת עם התלמיד, וכמו שעץ קטן מדליק את הגדול. וזה שאמר "יהי ביתך בית ועד לחכמים והוי מתאבק", מלשון "ויאבק איש עמו" (בראשית לב,כד), שהוא ענין התאבקות מלחמה, כי מלחמת מצוה היא. וכן אנו נגד רבותינו הקדושים אשר בארץ ונשמתם בשמי מרום, המחברים המפורסמים, וספריהם אתנו, הנה על ידי הספרים אשר בבתנו, בתינו הוא בית ועד לחכמים אלה, הוזהרנו גם כן וניתן לנו רשות להתאבק וללחום בדבריהם ולתרץ קושייתם, ולא לישא פני איש, רק לאהוב האמת. אבל עם כל זה יזהר בנפשו מלדבר בגאווה וגודל לבב, באשר מצא מקום לחלוק, וידמה כי גדול הוא כרבו או כמחבר הספר אשר הוא משיג עליו, וידע בלבבו כי כמה פעמים לא יבין דבריו וכוונתו, ולכן יהיה אך בענוה יתירה, באמרו "אם איני כדאי אך תורה היא" וכו'.

וזהו שאמר "הוי מתאבק" כנ"ל, אך בתנאי - "בעפר רגליהם", רוצה לומר בענוה והכנעה ולדון לפנייהם בקרקע.

רוצה לומר: הבעת הדעה הכרחית, גם ובעיקר כשהיא באה בסתירה לדעה השניה, וזוהי בדיוק "מלחמתה של תורה". אך התנאי הוא דרך הבעת הדברים ומידת השמירה על כללי ההתנהגות בויכוח. כשמדובר על האב או על הרב על אחת כמה וכמה שיש לנהוג בזהירות יתירה, אך אין זה אומר שאין לקיים ויכוח ומחלוקת שהיא לשם שמים.

ערוך השולחן הביא את דברי הטור והש"ך ופסק להלכה:

מה שאמרו שאסור לחלוק על אביו הוא דווקא בפניו, אבל שלא בפניו הרי מצינו בגמרא שר"א בר"ש חולק על אביו ומר בר רב אשי אמר הא דאבא בקטנותא היא והרמב"ם חולק על אביו בהלכות שחיטה פ"א והטור חלק על אביו הרא"ש ואיך אפשר לומר שאין לחלוק בדינים על אביו, הלא תורת ה' תמימה היא והיא תורת אמת ואין מחניפין בה ואפילו בפניו יכול הבן לפלפל עם אביו ולהקשות ולתרץ ולהעמיד ההלכה על מכונה והרבה בגמרא נמצא שהבן הקשה על אביו ותירץ וכך היא דרכה של תורה.

מעיון בדברי האחרונים ניתן לסכם מספר הלכות:

מסתבר שהסוגיא שלנו אינה עוסקת רק בדברי תורה, אלא אף בכל נושא בענייני העולם אסור יהיה לבן לסתור את דברי אביו או רבו.

אם אביו או רבו מבקשים לשמוע את דעתו בענין מסוים, ודאי שמותר לו לומר את דעתו, גם היא סותרת את דעתם.

רשאי לחלוק על אביו או רבו שלא בנוכחותם וכך עשו הרבה מגדולי הדורות.

הלומד עם אביו או רבו יכול לחלוק עליהם בשעת הלימוד (כך לרוב השיטות) בתנאי שהוא תלמיד חכם וראיותיו ברורות ומוצקות באופן מוחלט וכן בתנאי שעושה זאת בדרך ארץ ולא בסגנון של סתירת הדברים בפניו, אלא בהעלאת הצד הנגדי.

בעסקנו בסוגיית מחלוקות בין תלמידי חכמים ראוי להביא את דברי הרב קוק זצ"ל (סידור עולת רא"ה) על דברי ר' אלעזר ברבי חנינא במסכת ברכות "תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם":

יש טועים שחושבים, שהשלום העולמי לא יבנה כי אם על ידי צביון אחד בדעות ותכונות, ואם כן כשרואים תלמידי חכמים חוקרים בחכמה ודעת תורה, ועל ידי המחקר מתרבים הצדדים והשיטות, חושבים שבזה הם גורמים למחלוקת והפך השלום. ובאמת אינו כן, כי השלום האמיתי אי אפשר שיבוא לעולם כי אם דוקא על ידי הערך של ריבוי השלום...שיתראו כל הצדדים וכל השיטות, ויתבררו איך כולם יש להם מקום, כל אחד לפי ערכו מקומו וענינו. על כן תלמידי חכמים מרבים שלום, כי במה שהם מרחיבים ומבארים ומילדים דברי חכמה חדשים, בפנים מפנים שונים, שיש בהם ריבוי וחילוק ענינים, בזה הם מרבים שלום, שנאמר: וכל בניך למודי ה'.

### סוכה זכר לענני הכבוד\*

**כתיב** (דברים טז, יד-טו) ושמחת בחגך ואתה ובנך ובתך ועבדך ואמתך והלוי והגר והיתום והאלמנה אשר בשעריך, שבעת ימים תחוג לה' אלקיך במקום אשר יבחר ה' כי יברכך ה' אלקיך בכל תבואתך ובכל מעשה ידיך, והיית אך שמח. וכבר דקדקו המפרשים למה כופל דבריו לאמר והיית אך שמח אחר שכבר אמר לפני כן ושמחת בחגך.

**והנה** ידועה קושיית הטור (או"ח סי' תרכה) שאם מצות סוכה היא זכר ליציאת מצרים א"כ היה לו לקבוע המצוה בחודש ניסן שבו יצאו ממצרים, ומה גם לדעת ר' אליעזר בפ"ק דסוכה (יא, ב) דסוכות היו ענני כבוד, ומצינו בתורה שהקיפם בענני כבוד בחודש ניסן (עי' שמות יד, יט ובפירש"י שם), וא"כ קשה למה נקבעה מצוה זו דוקא בחודש תשרי.

[והנה כתב הגר"א בפירושו על שה"ש (א, ד): ובה מתורץ מה שהקשו למה אנחנו עושים סוכות בתשרי, כיון שהוא נגד היקף ענני כבוד היה ראוי לעשות בניסן, כי בניסן היה תחילת היקף עננים, אבל נראה לפי שכשעשו את העגל נסתלקו העננים, ואז לא חזרו עד שהתחילו לעשות המשכן, ומשה ירד ביוה"כ, ובמחרת יוה"כ ויקהל משה וציוה על מלאכת המשכן - זה היה ביו"א תשרי, וכתוב והם הביאו כו' בבוקר בבוקר - עוד ב' ימים, הרי י"ג בתשרי, וביו"ד בתשרי נטלו כל חכם לב ממשה את הזהב במנין ומשקל, ובט"ו התחילו לעשות, ואז חזרו ענני כבוד, ולכך אנו עושין סוכות בט"ו בתשרי עכ"ל"ק. וכן הביא בדרשות מהר"ם חביב (פ"י אמור דרוש ב) בשם לבנת הספיר. אלא דמהר"ם חביב הקשה על זה ממה שכתוב בנחמ"י (נחמיה ט, יח-יט): אף כי עשו להם עגל מסכה ויאמרו זה אלהיך אשר העלך ממצרים ויעשו נאצות גדלות, ואתה ברחמיך הרבים לא עֲזַבְתָּם במדבר, את עמו הענן לא סר מעליהם ביוםם להנחתם בהדרך ואת עמוד האש בלילה להאיר להם ואת הדרך אשר ילכו בה, אלמא דלא נסתלקו ענני כבוד בעקבות חטא העגל.

**אולם** ראיתי מביאים מתרגום שה"ש (ב, יז) שכתב: ובזעירות יומיא עבדו בני ישראל עגלא דדהבא ואסתלקו ענני יקרא די מטללין עלויהן ואשתארו

\* שיחה שנמסרה בכולל, בעשיית תשס"ט.

מפסרמן כו', אלמא דבאמת נסתלקו מהם ענני כבוד בגלל חטא העגל. ולכאורה דברי התרגום סותרים מקרא מפורש בנחמ"י. וכתב בשפת אמת (ליקוטים פרי' כי תשא ד"ה וירא משה) דמוכרחים לומר שנסתלקו וחזרו ע"י תפלת משה. והביא השפת אמת ששוב מצא כן בנחל קדומים (שמות לב, כה) שכתב בשם רבינו אפרים: כי פרוע הוא - מגולה, שנסתלקו ענני כבוד, אלא שהחזירן משה בתפילתו עכ"ל. אלא דבהגהות חתן השפת אמת (ליקוטים שם) הקשה על זה ממאי דאיתא במדרש (במד"ר יט, כ): בנוהג שבעולם לגיון שמרד במלך חייב מיתה, ואלו כפרו בו ומרדו ואמרו אלה אלהיך ישראל לא היה צריך לכולתן, אלא אפילו באותה שעה לא זו מחיבתן, לזה להן ענני כבוד ולא פסקו מהן המן והבאר, וכה"א כי עשו להם עגל מסכה וגוי' ואתה ברחמך הרבים לא עשיתם כלה במדבר עכ"ל. אולם כיון דאיתא בתרגום שה"ש שנסתלקו ענני הכבוד מוכרחים לומר שהתרגום חולק על המדרש. ולפי דברי הלבנת הספיר והגר"א צ"ל שאע"ג שחזרו בגלל תפלת משה מ"מ לא חזרו אלא רק בט"ו בתשרי.]

**ואיתא** בפ"ק דסוכה (ט, א): אמר רב ששת משום ר' עקיבא מנין לעצי סוכה שאסורין כל שבעה, ת"ל חג הסוכות שבעת ימים לה', ותניא ר' יהודה בן בתירה אומר כשם שחל שם שמים על החגיגה (שלמי חגיגה שם שמים חל עליהם לאוסרן עד לאחר הקטרת אימורין דזכו בהו בתר הכי משלחן גבוה כעבד הנוטל פרס) כך חל שם שמים על הסוכה שנא' חג הסוכות שבעת ימים לה' - מה חג (חגיגה) לה' אף סוכה לה' עכ"ל. וצריכים לדעת למה חידשה התורה כאן חידוש כזה שהסוכה שהיא חפצא דמצוה יהא אסור בהנאה כהקדש, ומאי שנא ממצוות אחרות שהחפצא שלהם אסור רק מטעם מוקצה מחמת מצוה. ומה גם שמצוה זו ניתנה בעצם להנאת האדם, וכלשון השו"ע (או"ח תרלט, א): כיצד מצות ישיבה בסוכה, שיהיה אוכל ושותה וישן ומטייל ודר בסוכה כל שבעת הימים בין ביום בין בלילה כדרך שהוא דר בביתו בשאר ימות השנה, וכל שבעת ימים עושה אדם את ביתו עראי ואת סוכתו קבע עכ"ל, ואין לך הנאה גדולה מזו, וא"כ קשה דלמה דוקא במצוה שניתנה להנאת האדם אסרה התורה החפצא דמצוה כמו הקדש.

**וכתיב** (מלכים א ח, יב-יג) אז אמר שלמה ה' אמר לשכון בערפל, בנה בניתי בית זבול לך מכון לשבתך עולמים. ותירגם יונתן: בכך אמר שלמה ה' אתרעי לאשראה שכינתיה בירושלם, מבנא בניתי בית מקדשא קדמך אתר מתקן לבית שכנתך עלמין עכ"ל. ופירש הרד"ק: אז כשראה ששכן הכבוד בבית הזה שאמר ה' שישכון בתוך בני ישראל בערפל, והוא הענן כמו שכתוב ענן וערפל,

והוא שאמר ושכנתי בתוך בני ישראל, והוא שירד כבודו בענן במקום המקדש לְעֶבְדוֹ, וכמו שאמר כן עשה שהשכין כבודו בבית זבול שבניתי לו, ורז"ל אמרו כשאמר כי בענן אראה על הכפורת רמז להם כי בענן יראה בבית עולמים, ויונתן תירגם ה' אתרעי לאשראה שכינתיה בירושלם תרגם בערפל בירושלם, כלומר מקום שישכון שם הערפל, והוא ענן הכבוד עכ"ל. וצריכים להבין למה קורא לירושלים "ערפלי". ומה שפירש הרד"ק שהכוונה היא שירושלים היא המקום ששוכן שם הערפל עדיין טעון ביאור דהא היה יכול לתרגם ערפל כפשוטו, ואם כוונת הפסוק היא שישכון בירושלים א"כ הו"ל למימר כן בפירוש. ועוד קשה דהו"ל לתרגם "ערפלי" דקאי על מקום המקדש, ולמה תירגם "ירושלים" שהוא שטח הרבה יותר רחב, שלא מצינו הכרח לתרגם כן בפסוק. אלא על כרחך שהמתרגם קסבר שירושלים עצמה נקראת "ערפלי", וטעמא בעי. ועוד צריכים לדעת למה בכל מקום מתראה כבוד ה' דוקא בענן וכמו דכתיב (שמות טז, י) והנה כבוד ה' נראה בענן. וכן אנו פותחים ברכת שופרות בתפלת ראש השנה: אתה נגלית בענן כבודך על עם קדשך לדבר עמם, אלמא דעיקר גילוי כבוד ה' הוא דוקא בענן.

**והנה** מבואר הוא שפסוק זה נאמר בח' תשרי, שהרי בו ביום חנכו בית המקדש, וכתיב (דהיי"ב ז, ט) ויעשו ביום השמיני עצרת, כי חנוכת המזבח עשו שבעת ימים והחג שבעת ימים, אלמא דחנוכת המזבח התחיל שבעה ימים לפני חג הסוכות, ויוצא שזה היה בח' בתשרי. והנה איתא בגמ' מו"ק (ט, א): אמר ר' פרנך אמר ר' יוחנן אותה שנה לא עשו ישראל את יום הכפורים (לפי ששבעה ימים שלפני סוכות כל יום עשו שמחה ומשתה דכתיב ויעש שלמה בעת ההיא את החג שבעת ימים ושבעת ימים ארבעה עשר יום), והיו דואגים ואומרים שמא נתחייבו שונאיהן של ישראל כלייה, יצתה בת קול ואמרה להם כולכם מזומנין לחיי העולם הבא, מאי דרוש, אמרו קל וחומר ומה משכן שאין קדושתו עולם וקרבתו יחיד (של נשיאים) דוחה שבת דאיסור סקילה (דחמור מכרת), מקדש דקדושתו עולם וקרבתו צבור (דמה שהיו מקריבין בימי חנוכת הבית קרבן צבור הוא) ויום הכפורים דענוש כרת לא כל שכן, אלא אמאי היו דואגים, התם (במשכן) צורך גבוה (הווי קרבנות) הכא (בחנוכת הבית) צורך הדיוט (משתה), הכא נמי מיעבד ליעבדו (קרבנות) מיכל לא ניכלו ולא לישתו, אין שמחה בלא אכילה ושתיה עכ"ל.

**ולכאורה** קשה דהא איתא בפסיקתא רבתי (פיסקא ו): אף שלמה גמר מלאכת המקדש בחודש מרחשון ובשנה אחת עשרה בירח בול כלה הבית, מהו בירח בול, בירח שהביא הקב"ה את המבול, ונעשה נעול שנים עשר

חודש, והיו הכל מלמלאין על שלמה לומר לא בנה של בת שבע הוא, היאך הקב"ה משרה שכינתו לתוך מעשה ידיו, והאלקים שחשב לערב שמחת בית המקדש בחודש שנולד בו אברהם בירח האתנים, זה חודש תשרי, ולמה הוא קורא ירח האיתנים החודש שנולד בו אברהם שנאמר משכיל לאיתן האזרחי, וכל אותם שנים עשר חודש שנעשה נעול אף על פי שהיתה כל מלאכת המקדש גמורה הואיל והיה נעול כמי שלא עשה בה כלום, כיון שנפתח בחודש המועדות והקריב הקרבנות וירדה האש אמר הקב"ה עכשיו שלמה המלאכה - ותשלם כל המלאכה עכ"ל. וקשה דבשלמא אם עשו חנוכת הבית בזמן גמר המלאכה שפיר דחה יוה"כ, אבל מאחר שנדחה חנוכת הבית לזמן מאוחר יותר למה גרם להם הקב"ה שיצטרכו לדחות יוה"כ, הא היה יכול לדחות לזמן אחר.

**והנראה** לומר בזה הוא, דהנה שמעתי מקשים, דאיך זה שבערב יוה"כ אוכלים ושותים ואחרי האכילה והשתיה מגיעים בליל יוה"כ לדרגת מלאכים עד שאומרים בשכמל"ו בקול רם, וביוה"כ צמים ומתפללים כל היום ואחרי כל זה חוזרים לדרגת בני אדם עד שמוכרחים לומר בשכמל"ו בלחש.

**ואמרת** לתרץ ע"פ מה ששמעתי מכ"ק אבא אדומו"ר הרה"ק נ"ע, שסיפר שבפעם הראשונה שהגיעו הני תרי אחי קדושי עליון הגה"ק הר"ר שמעלקי זצ"ל והגה"ק בעל הפלאה זצ"ל אצל המגיד הגדול ממעזריטש זי"ע, ושהו שם כמה ימים, ולא מצא דרכו של המגיד חן בעיניהם, וכאשר באו להמגיד להיפרד ממנו ושאל אותם אם דרכו נראה בעיניהם או לא התחמקו מלענות לו תשובה ברורה, ותפס המגיד מדיבורם שדרכו לא מצאה חן בעיניהם. לכן הוא ביקש מהם שלפני שהם יוצאים לדרך ייכנסו לבית המדרש ויחפשו את תלמידו הרה"ק הר"ר זוסיא זצ"ל ויקבלו ממנו איזה דבר תורה. הם הלכו לבית מדרש כבקשת המגיד ושאלו איפה נמצא הר"ר זוסיא, והצביעו על איזה עני מרוד לבוש בבלויי סחבות שיושב מאחורי התנור ואומר תהלים. נגשו אליו ואמרו לו שהמגיד אמר שהם צריכים לקבל ממנו איזה דבר תורה לפני שהם יוצאים. הסתכל עליהם הר"ר זוסיא בעינים תמהות ושאל אותם מה אני כבר אוכל ללמד אתכם, הלוא אתם אברכים גדולי תורה ואני יהודי פשוט שלא למד ולא יודע כלום. התווכחו עמו ולא הרפו ממנו עד שאמרו לו בתקיפות שלא יעזבו אותו עד שילמדו ממנו משהו, ולא יועילו לו כל התחמקויותיו. הר"ר זוסיא ראה שאינו יכול להיפטר מהם לכן הוא נענה ואמר שלמד פעם גמ' ברכות, אם הם רוצים הם יכולים לשבת וללמוד אתו. פתחו גמ' ברכות ואיקלע להם סוגית הגמ' שאומרת תשעה וארון מצטרפים

(שם מז, ב), והר"ר זוסיא קורא ומסביר את הגמ' בתמימות ובפשטות, ואומר שתשעה אנשים וארון מלא ספרי תורה מצטרפים להיות מנין, ואחר כך הוא ממשיך בקושיית הגמ' וכי ארון גברא הוא, והוא מקשה ואומר שמעולם היה תמוה אצלו מה היתה ההו"א, האם לא ידע מקודם שארון הקודש אינו בן אדם. ואמר שחשב שאולי אפשר לפרש ע"פ מה שידוע בהלכה שאם חסר אחד למנין אפשר לקחת קטן ולתת לו ספר תורה ולצרף אותו למנין (עי' באר היטב או"ח נה, ז). ועל פי זה עשתה הגמ' ק"ו, דמה אם מצינו שאפשר לצרף קטן עם ספר תורה אחד למנין כ"ש שאפשר לצרף ארון הקודש שהוא מלא ספרי תורה. ועל ק"ו זה באה הגמ' להקשות דמה יועילו כל ספרי התורה, הלוא צריכים את הבן-אדם ואם אין בן-אדם אין כלום. ומסופר שהני תרי אחי הבינו את המסר שלו, שזאת היא בעצם מה שבאה דרך החסידות ללמד, ונשארו אצל המגיד הגדול לקבל את דרכו דרך החסידות, ודפחק"ח.

**ומעתה** אני אומר שזאת היא התשובה לשאלה ששאלו למה אחרי כל עבודת יוה"כ חוזר להיות בן אדם, והטעם הוא שעיקר יסוד החסידות הוא להיות בן אדם, וזאת היא עבודה קשה מעבודות הקשות שבקדושה, ויותר קשה להיות בן אדם מלהיות מלאך, ולכן מעבודת ערב יוה"כ אפשר להתעלות להיות כמו מלאך, אבל צריכים עבודת יוה"כ כדי להתעלות עוד יותר להיות בן אדם. זאת אומרת שכל ההתעלות של יוה"כ להיות דומה למלאך איננה מטרה העומדת בפני עצמה, שאין התכלית להיות מלאך, אלא שע"י עליה זו יתעלה האדם להיות בן אדם אחר - יותר גבוה ויותר מעולה.

**ובאמת** איתא כן במדרש תנחומא (נשא סי' טז): אמר ר' שמואל בר נחמן בשעה שברא הקב"ה את העולם נתאוה שיהא לו דירה בתחתונים כמו שיש בעליונים, ברא את האדם וצוה אותו ואמר לו מכל עץ הגן אכול תאכל ומעץ הדעת טוב ורע לא תאכל ממנו ועבר על צויו, אמר ליה הקב"ה כך הייתי מתאוה שיהא לי דירה בתחתונים כמו שיש לי בעליונים ודבר אחד צויתי אותך ולא שמרת אותו, מיד סלק הקב"ה שכינתו לרקיע הראשון, מנין, דכתיב וישמעו את קול ה' אלקים מתהלך בגן, כיון שעברו על הצווי סלק שכינתו לרקיע הראשון, עמד קין והרג להבל מיד סלק שכינתו לרקיע שני כו', אמר הקב"ה שבעה רקיעים בראתי ועד עכשיו יש רשעים לעמוד בה, מה עשה קפל את כל הדורות הראשונים הרשעים והעמיד אברהם, כיון שהעמיד אברהם סיגל מעשים טובים ירד הקב"ה מן רקיע שביעי לששי, עמד יצחק ופשט צוארו על גבי המזבח, ירד מששי לחמישי כו', עמד משה והורידה לארץ שנא' וירד ה' על סיני וכתוב באתי לגני אחותי כלה, אימתי כשהוקם המשכן

עכ"ל.

**ולמדים** אנו מדברי המדרש הללו שעיקר תכלית הבריאה היא שיעבדו את הקב"ה בהיותם בני אדם למטה על הארץ ולא להידמות למלאכי מעלה. וזה בא לידי ביטוי מירבי בהקמת המשכן שהשכין הקב"ה שם את שכינתו. וכן הוא גם בחינוך בית המקדש שהתקיימה תכלית הבריאה שהשרה הקב"ה את שכינתו בתחתונים. ולפי זה שפיר מובן למה היה בכח חינוך בית המקדש לדחות לצום כיפור, שהרי נתבאר שצום כיפור מביא את האדם להיות דומה למדריגת מלאך, אבל אין זו התכלית, אלא אדרבה התכלית שיהיה בן אדם ויעבוד את השי"ת בתור בן אדם, ומעשה חינוך בית המקדש היתה הורדת השכינה לתחתונים כדי שיעבדו את השי"ת בתור בני אדם. ולכן חינוך בית המקדש שהוא התכלית דוחה את יוה"כ שאינו אלא אמצעי לתכלית.

**ובכן** זהו מה שאמר שלמה ה' אמר לשכון בערפל, שרצון השי"ת היא שתהיה לו דירה בתחתונים במקום חושך ואפילה, ודוקא שם מתגלה כבוד ה'. וזהו שמתרגם יונתן ה' אתרעי לאשראה שכינתיה בירושלם, שהכוונה היא שאין התכלית שתהא השכינה שרוייה רק במקום המקדש, אלא שתתפשט בכל העיר במקום שבני אדם חיים רגילים, ואדרבה ע"י זה מתגלה כבוד ה'. ומשם צריך לצאת ההשפעה לכל העולם שיעבדו בני אדם את השי"ת בחיי המעשה של יומיום.

**והנה** מצות סוכה היא זכר לענני כבוד, שמורה על ירידת שכינה לתחתונים. ואפילו אליבא דר' עקיבא דקסבר דהוי סוכות ממש כמבואר בפ"ק דסוכה (שם), מ"מ מורה על זה שדאג הקב"ה למלא מחסורם של בני ישראל שתהיה להם מקום דירה, וכאשר עושים מצוה לזכר זה הרי זה מורה על שכינתו של הקב"ה בתחתונים שדאג למלא מחסורם של בני ישראל בצאתם מארץ מצרים. והרי זו עבודה להקב"ה בחיי המעשה שהופך את הדירה לחפצא של מצוה. ומאחר שבזה גורם להשראת השכינה בתחתונים לכן הוקשה הסוכה לקרבנות והיא אסורה בהנאה.

**ולפי** דברינו מתורצת גם קושיית הטור שהקשה למה קבעה התורה מצות סוכה לחדש תשרי ולא לחדש ניסן. אולם לפי מה שנתבאר אתי שפיר, דמאחר דביוה"כ מתעלה האדם להיות כמלאך ואין זו תכלית השלימות, ומוכרח לרדת לעבוד את השי"ת כבן אדם, לכן ניתנה לו מצות סוכה שנכנס בה בכל קומת גופו להורות שכל גופו נרתם למטרת העבודה להשי"ת. [ולפי דברינו אפשר לבאר גם מה שכתבו הלבנת הספיר והגר"א שבחטא העגל

נסתלקו ענני כבוד ובט"ו בתשרי חזרו. ויש לומר דהטעם הוא שבחטא העגל עשו ההיפך מהעבודה במעשי יומיום, שבמקום לעבוד את השי"ת בדברים גשמיים עשו הדברים האלה לשם עבירה וכדכתיב (שמות לב, ו) וישכימו ממחרת ויעלו עולות ויגישו שלמים וישב העם לאכול ושתו ויקומו לצחק. ומאחר שכן גרמו להסתלקות השכינה. ולכן היו צריכים ליוה"כ כתשובת המשקל על מה שאכלו ושתו לשם העגל, וכאשר צמו ביום כיפור תיקנו את החטא, ושוב היו יכולים להוריד את השכינה ע"י העבודה במעשי יומיום, ולכך חזרו אז ענני הכבוד].

**ומעתה** מבואר למה כופל הפסוק לומר ושמחת בחגך, והיית אך שמח, שהכוונה היא שאם צריך האדם להתעלות להיות כמו מלאך כדי לעבוד את השי"ת הרי לא יתכן שיהיה שמח כל הזמן שהרי לא יתכן שיהיה תמיד במדריגה זו אלא רק לפעמים נדירות, אבל אם האדם שמח בשמחת החג, דהיינו שבא לידי הכרה שיכול לעבוד את השי"ת בכל גופו, אזי הוא יהיה שמח תמיד. וא"כ זהו פירוש הכתוב ושמחת בחגך, ואז אם תעשה כן אזי תזכה להיות שמח תמיד - והיית אך שמח, ודוק היטב בזה.