

## תוכן העינים

7	בפתח הקובץ
	<b>מו"ר ראש הכולל שליט"א</b>
9	שור הנסקל שהוזמו עדיו (על הפקר ויאוש)
13	בדין טוען טענת גנב
	<b>הלכות עדות</b>
17	תוקפו של שטר/ הרב שמואל זיו אברמוביץ
33	עדיו בחתומיו זכין לו/ הרב צבי קופר
	<b>הלכות הלואה וגביית מלוה</b>
48	למהותו של השעבוד/ הרב יוסי איגרא
66	גביית שטרות/ הרב ירון רוזיליו
89	בסוגיית המוכר שט"ח/ הרב נוראל בן סימון
	<b>הלכות טוען ונטען</b>
105	חיוב שבועה מספק/ הרב יוסף שליט
123	בסוגיית 'צריך לברר'/ הרב יצחק ביסמוט
139	ע"א מעידה שהיא פרועה/ הרב מאיר ברקוביץ
	<b>הלכות קנינים</b>
146	אונסא דנפשיה במתנה/ הרב יהודה צור
	<b>פרק השואל</b>
161	בסוגיא דהכישה במקל/ הרב שלמה זאב פיק
188	היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות/ הרב דוד בגנו
	<b>פסקי דין בדיני ממונות</b>
209	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי
	<b>דרוש</b>
	<b>לחג השבועות תשס"ט</b>
227	הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

## בפתח הקובץ

### על כתיבת חדו"ת

וכל מי שגילה לו הקב"ה דבר ואינו כותבה ויכול לכתוב, הרי גוזל מי שגילה לו כי לא גילה לו אלא לכתוב, דכתיב (תהלים כה, יד) סוד ד' ליראיו ובריתו להודיעם, וכתיב (משלי ה, טז) יפוצו מעינותיך חוצה, וזה שכתוב (קהלת יב, יד) יביא במשפט על כל נעלם שגורם שנעלם, אם טוב שגילה לו אם רע שאינו כותבה.

**(ספר חסידים תק"ל)**

בזמן שבית המקדש קיים, כשאדם מקריב קרבן מתכפר לו, וכשאדם כותב בספר מה שלומד איזה חידוש, כתיבה זו היא עולה לו במקום קרבן. ובזה פירש הרב הנזכר [בעל לב אריה] זבח ומנחה לא חפצת וכו' עולה וחטאה לא שאלת אז אמרתי הנה באתי במגילת ספר עלי, שיעלה במקום קרבן וכו'.

**(הגהות החידו"א 'ברית עולם' לס"ח)**

...הרי הכתיבה מצוה חיובית, ואע"פ שכל תושבע"פ האידנא ג"כ כתיבה ומנחה כבר, מ"מ גם כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש הכל הוא בכלל תורה שבע"פ, שנגלה למשרע"ה כמשאז"ל. ומשחידשו בעוה"ז צריך שישאר הדברים לעולמי עד בעוה"ז ג"כ ע"י הכתיבה, וע"כ הזהירו הקדמונים לכתוב כל מה שמחדש כמ"ש בספר חסידים והמגיד לב"י וכדומה, כי אין אדם יודע איזה יכשר ואולי הוא החידוש של תורה שבע"פ השייך לחלקו שלא נגלה עדיין לשום אדם בעולם וכו' רק יוציאנו בפועל בעוה"ז ע"י דיבור פה לתלמידים או ע"י כתיבה וכו'.

וכן הוא ברא"ש ובטושו"ע יו"ד דהאידנא עיקר מצוה בכתיבת תורה שבע"פ.

**(מחשבות חרוץ עמ' נז)**

### עם הקובץ

בשבח והודאה להי"ת, מוגש בזה בס"ד הגיליון האחד עשר של 'אבני משפט'. בבחינת 'מגילת ספר במקום קרבן', בתפילה לבוא יום בו 'זבח ומנחה' חפצת. כעתירת,

העורך

(בצפית ישועה מ) בין המצרים, תשס"ט

## שור הנסקל שהוזמו עדיו

### א

אמרינן במסכת כריתות (כד, א):

אמר רבי כרוספדאי א"ר יוחנן: שור הנסקל שהוזמו עדיו, כל המחזיק בו זכה בו. אמר רבא: מסתברא טעמא דרבי יוחנן, כגון דאמרי ליה נרבע שורו, אבל אמרו רבע שורו, הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע, ולא מפקר ליה, וטרח ומייתי עדים. (להזימם, רש"י).

והקשה בספר קצוה"ח (תו, ב) בשם אחיו, דשור הנסקל שנגמר דינו לסקילה נאסר בהנאה, ואיסורי הנאה אינם ברשותו של אדם ואין אדם מפקיר דבר שאינו ברשותו. (כמבואר בתוס' ב"ק סט, א גבי צנועין שם וכן בפסחים ו, ב וכן בב"ק מה, א דשור הנסקל לאחר שנגמר דינו בב"ד, מכרו אינו מכור, הקדישו אינו קדוש וכו' ועיי' פרש"י שם).

וסברא דמילתא, אף דעצם החפצא של איסורי הנאה הוי בידו וברשותו ואינו דומה לגזל ולא נתייאשו הבעלים, דהנגזל אינו יכול להקדישו או להפקירו דעצם החפצא אינו ברשותו, משא"כ הכא. צ"ל דגם בכה"ג כיון דאין לו אפשרות השתמשות בחפצא של איסוה"נ חשיב כ'אינו ברשותו' (דהעדד אפשרות השתמשות הוי חסרון בבעלות בחפץ). ובעל המאור ס"ל דאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה אף דכל עוד שלא החזיר יש לגזלן קניני גזילה, כיון דיש לגזל אפשרות שימוש בחפץ חשיב ברשותו. ושפיר הקשה קצוה"ח.

### ב

ומיישב קצוה"ח שם, דהתם כיון דהוזמו העדים נתברר לן למפרע שלא היה אסור בהנאה כלל דהדין בטל מעיקרא ושפיר הוי ברשותו וחל ההפקר, שהפקיר משנגמר דינו.

וצ"ב, אף שהוזמו העדים ונתברר למפרע דהגמר דין בטעות וממילא לא היה בשור זה איסור חפצא של איסוה"נ, מ"מ הרי בפועל היה חסרון בהשתמשות ונמצא שכל זמן שלא הוזמו היה בעל השור נעדר אפשרות השתמשות, והוי

כאינו ברשותו ואף שהוזמו העדים לבסוף, מ"מ עד עתה היה מנוע מלהשתמש.

## ג

והנה איתא במסכת ב"ק (צ,ב) :

ת"ר שור תם שהמית והזיק דנין אותו דיני נפשות ואין דנין אותו דיני ממונות (דתם אין משלם אלא מגופו והרי הוא נסקל – רש"י). מועד שהמית והזיק דנין אותו דיני ממונות וחוזרין ודנין אותו דיני נפשות. קדמו ודנהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות. וכי קדמו ודנהו דיני נפשות מאי הוי ליהדר ולידייניה נמי ממונות וכו'.

והקשה הגרע"א בגליון הש"ס שם: ק"ל הא מבואר בפ"ק דף יג,ב דלרבי יהודה נגח ואח"כ הפקיר או הקדיש פטור דבעינן שיהא מיתה והעמדה בדין שוין כאחד (בעל אחד – רש"י), ועיי' ברא"ש דרבנן פליגי רק במיתה אבל בנזקין מודים.<sup>1</sup> א"כ אחר שנגמר דינו הוי הפקר וכדאיתא במס' כריתות הנ"ל, וא"כ א"א למידייניה אח"כ (וא"כ צ"ב קושיית הגמ' התם), והגרע"א שם הניח בצע"ג.

## ד

וקצוה"ח מיישב, דכיון דנגח ונתחייב השור סקילה, לא מהני הפקרו כיון דהוי איסוה"נ אינו יכול להפקיר, משא"כ הגמ' בכריתות שם, דהוזמו עדין ולכן ל"ה נגח ואח"כ הפקיר, ושפיר מקשה הגמ' שם דלידייניה דיני נפשות ואח"כ נידייניה דיני ממונות ומיושבת קושיית רע"א.

<sup>1</sup> ולהעיר בדברי הרא"ש, דאף לרבנן דפליגי על רבי יהודה בנגח ואח"כ הפקיר במיתה, היינו משום דס"ל לרבנן דגם שור ההפקר חייב מיתה, כמבואר במס' ב"ק, ולכן ס"ל דבנגח ואח"כ הפקיר חייב מיתה, אבל לענין נזקין דשור ההפקר פטור, גם בנגח ואח"כ הפקיר פטור. נמצא דגם רבנן מודו בעיקר הך דרשא דמיתה והעמדה בדין שוין כאחד, ורק משום דס"ל דאף שור ההפקר שהמית חייב מיתה, אבל אם היו סוברים דשור ההפקר פטור מסקילה גם אינהו הוו מודים לר' יהודה בנגח ואח"כ הפקיר דפטור. ולפי"ז מובן מש"כ הרא"ש דלענין נזקין בעינן שור שיש לו בעלים, וכן מודים רבנן דכופר שהוא חיוב הבעלים ונגח ואח"כ הפקיר פטור הבעלים מתשלומי כופר. (עפ"י חידושי הגר"ח על הש"ס).

## ה

ומוסיף קצוה"ח שם, נהי דלא מהני הפקירו כיון דנאסר בהנאה והוי אינו ברשותו, ואינו יכול להפקיר, מיהו יאוש הרי מהני בדבר שאינו ברשותו, דהרי בגזילה מהני יאוש. מעתה כי נגמר דינו נימא דיאוש מיהא הוי.

וכתב קצוה"ח דיאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר. וראיה לכך מב"ק סו גבי זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות. (ולכן כל זמן שלא זכה בה אחר יכול השומר לומר הרי שלך לפניך). ואי נימא דביאוש יצא מרשות בעלים, נהי דאינו רוצה לקנות (דהגזלן אינו רוצה לקנות) אכתי היכי מצי למימר הרי שלך לפניך כיון דכבר אין הוא דמריה וכבר אין זה 'שלך' ע"כ.

ויוצא מדברי קצוה"ח הנ"ל, דבגמ' כריתות שפיר יכול להפקירו אף לאחר שנגמר דינו לסקילה, כיון דהוזמו העדים איגלאי למפרע דהוי ברשותו ושפיר מצי להפקיר, משא"כ בסוגיית הגמ' בב"ק צ,ב אינו יכול להפקיר כיון דהוי איסוה"נ. ומיושבת שפיר קושיית רע"א בגליון הש"ס שם. ומצד יאוש, אף דיאוש מהני בדבר שאינו ברשותו, מ"מ כיון דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר לכן אינו נפטר, לא מצד נגח ואח"כ הפקיר ולא מצד נגח ואח"כ נתייאש וכנ"ל.

## ו

והנה ראיתי בספר בית הלוי (סימן מח) דמסיק דאה"נ שהוזמו עדיו כו' הוא מטעם יאוש, והא דאמרינן במס' כריתות שם לשון הפקר, לאו דוקא דיאוש נמי כעין הפקר הוא שמתיר לאחרים לזכות בו. וכן הא דכתב הרמב"ם (נזקי ממון יא,ט), דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעלים, מפרש בית הלוי לאו דוקא הפקר אלא רצ"ל דכבר נתייאשו. ומדייק בית הלוי מירושלמי סנהדרין י,ז דנגעו בה מטעם יאוש. והרא"ש ב"ק (פ"י סי' כא) מפרש דאה"נ שהוזמו עדיו כל הקודם זכה, שהוא מפני שהבעלים מתייאשים ממנו.

ולפי האמור, מיושבת קושיית קצוה"ח, דאיך חל ההפקר והרי איסוה"נ אינו ברשותו, ואינו יכול להפקיר, ולפי האמור דהתם הכוונה מטעם יאוש ויאוש שפיר מהני בדבר שאינו ברשותו.

והגרע"א הנ"ל שהקשה מב"ק צ,ב, לשיטתו אזיל. דיש להביא ראיה מדברי רע"א ב"מ כז דס"ל דיאוש הוי הפקר. דנחלקו מהיכן ילפינן 'פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה' מיאשר תאבד' או (לדעת רבי יהודה) מ'ומצאתה'. ואיתא התם :

מאי בינייהו וכו' רבא אמר פרוטה שהוזלה איכא בינייהו. מאן דאמר מאשר תאבד איכא ומאן דאמר מומצאתה ליכא, ולמאן דאמר אשר תאבד הא בעינן ומצאתה וליכא אלא פרוטה שהוקרה איכא בינייהו, מאן דאמר ומצאתה איכא ומאן דאמר אשר תאבד ליכא ולמאן דאמר ומצאתה הא בעינן אשר תאבד וליכא אלא פרוטה שהוקרה והוזלה וחזרה והוקרה איכא בינייהו מאן דאמר אשר תאבד איכא ומאן דאמר ומצאתה בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה.

וז"ל הגרע"א שם :

וקשה לי דהא מרא דהך שמעתא הוא רבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש, והכא בשעה שהוזל הוי יאוש בעלים דהמוצא בזמן ההוא יחזיק לעצמו ואף דלא יודע שנשאר מונח עד שהוזל ואולי כבר נמצא בעת היוקר, הא מ"מ אנו דנין בשעה שהוזל, אילו הוי ידע ואבידתו עדיין לא נמצא היה מתייבש וביותר קשה למאי דאמרינן מעיקרא אלא פרוטה שהוקרה, א"כ הא כיון דנאבד ממנו בשעת הזול הוי יאוש מדעת. ונשאר בצ"ע.

ואם נימא כדברי קצוה"ח הנ"ל, דיאוש אינו יוצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר, ואם לא זכה בו אחר עד שהוקרה הרי כלה היאוש והוי של הבעלים, וא"כ מאי מקשה הגרע"א.

חזינן בדעתו דס"ל דיאוש הוי כהפקר ולשיטתו שפיר מקשה רע"א בב"ק צ,ב, דלעיל, דאיך אפשר לדונו דיני נפשות ואח"כ דיני ממונות, הא הוי נגח ואח"כ נתייבש דפטור, והניח בצ"ע.

ועי' חזו"א שם.

## בדין טוען טענת גנב

### א

במס' ב"ק (עה,א) מבואר, בהא דקיי"ל מודה בקנס פטור, וילפינן לה דכתיב 'אשר ירשיעון אלהים' פרט למרשיע את עצמו, דהיכא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים, רב אמר פטור, ושמואל אמר חייב.

והסבר הפלוגתא בין רב לשמואל, דרב ס"ל דאמרינן בעלמא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, בהודאת ממון, והודאת קנס אינה מחייבתו וליכא בקנס דין הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. זאת ועוד, דהודאתו בקנס לא רק שאינה מחייבתו אלא שמהווה פטור ולכן ס"ל לרב דמוב"ק ואח"כ באו עדים פטור, כיון דהודאתו בקנס פטרתו.

ושמואל ס"ל, דאין ההודאה בקנס מהווה פטור בקנס, אלא אין ההודאה מחייבתו, ולכן אם הודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מדין העדאת העדים.

ובמס' ב"ק סה,א אמרינן, דקיי"ל בדיני שומרים, דהיכא דטעין שומר חנם שהפקדון נגנב ונשבע והודה, משלם קרן וחומש ואשם (גזילות), וכן אם טען דאבד ונשבע על טענה זו בשקר ונפטר מן התשלומין לבעה"ב והודה, משלם קרן וחומש ואשם וכנ"ל. וה"ה בשאר כפירות כגון נשבע לשקר דלא לזה מפלוני והודה (ובלבד שתהיה כפירת ממון).

והיכא דש"ח נשבע דנגנב הפקדון ובאו עדים והעידו דהגניבה בידו של השומר נקרא טוען טען נגנב ומשלם כפל לבעלים כדין גנב בעלמא.

ובמס' ב"ק שם, מובאת הברייתא וז"ל:

בעה"ב שטען טענת גנב בפקדון ונשבע והודה ובאו עדים, אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואשם ואם משבאו עדים הודה משלם תשלומי כפל ואשם וחומשו עולה לו בכפילו, דברי רבי יעקב. וחכמים אומרים בראשו וחמישיתו, ממון המשתלם בראש מוסיף חומש ממון שאין משתלם בראש אין מוסיף חומש. ר"ש בן יוחאי אומר אין חומש ואשם משתלם במקום שיש כפל.

ויש להקשות, בהא דאמרינן לעיל, אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואשם ופטור מכפל, אף שלאחר הודאתו באו עדים שגנב בכל זאת מיפטר מכפל. כי מודה במקצת ואח"כ באו עדים פטור כדברי רב דלעיל, וא"כ אמאי לא מוכיחים מברייתא זו כדברי רב דלעיל.

ולחן נביא אי"ה יישובו של האו"ש לקושיא זו.

## ב

כתב האו"ש (גניבה ד, ו), דהא דלא מחייב השומר בטוטי"ג אלא בשבועה, משום דכל זמן שלא נשבע אכתי חייב בתשלומין ולא הפסידו עדיין לבעלים, דהא אומר לו או השבע או שלם ורק כשנשבע נגמרה כפירתו. אבל במקום שאי"צ שבועה, אפשר שחייב כפל אף בלא שבועה, כגון בטוען טענת גנב בשמירה בבעלים, דחייב כפל אף בלא שבועה, הואיל ונגמרה כפירתו מיד דלא בעי שבועה.

והקשו האחרונים על האו"ש, דתוס' ר"פ מרובה (ד"ה יצאו קרקעות) הקשו ל"ל קרא למעט עבדים, שטרות וקרקעות מכפל בטוטי"ג, תיפוק ליה משום דליכא שבועה בעשו"ק, וטוען טענת גנב לא מתחייב אלא בשבועת ב"ד. ותרצו תוס' דמשכח"ל ע"י גלגול.

ולדברי האו"ש הנ"ל מאי קשיא להו לתוס', אדרבא כיון דליכא שבועה בעשו"ק יתחייב כפל בטענתו בלבד אף בלא שבועה כמו טוען ט"ג בשמירה בבעלים. חזינן דדעת תוס' דלא כאו"ש הנ"ל, אלא דין מיוחד הוא דליכא כפל אא"כ נשבע דוקא בב"ד ואין חיוב כפל בטענה בלבד, ושפיר הקשו תוס' כנ"ל.

## ג

כתב הרמב"ם (גניבה ד, ז) וז"ל:

מסר שורו לשנים וטענו טענת גנב ונשבעו והודה אחד מהן והשני באו עליו עדים, שניהן משלמין את הקרן, ואם תפש בעל הפקדון את הכפל אין מוציאין מידו, וזה שהודה משלם חומש כשאר הנשבעין שבועת הפקדון שהודו מעצמן.

חזינן בדעת הרמב"ם, דכשם דכפל פוטר חומש, כמו"כ חומש פוטר כפל, ולכן היכא דקדם אחד והודה, דנתחייב בחומש, פוטר הכפל הבא אחרי זה.

ולפי"ז מיושבת קושייתינו הנ"ל, אמאי לא מייתי ראייה דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, מברייתא דב"ק סה,א הנ"ל, משום דברייתא הא דמיפטר מכפל הבא אח"כ, משום דחומש המתחייב קודם פוטר מכפל הבא אחריו. (או"ש גניבה ד, ז).

#### ד

והנה, מבואר בחו"מ (עז,א) דשנים שלוו כאחד או שלקחו מקח אחד או שקבלו פקדון ביחד, שניהם ערבים זה לזה, אע"פ שלא פירשו, ואם אין נכסים לאחד מהם, גובה מחבירו הכל, אבל אם יש לו נכסים, לא יתבע הערב תחלה, כי יש לו דין ערב בכל דבר וגובה מכל א' החצי שהוא מוטל עליו. וזו שיטת הרמב"ן, המובאת בר"ן פ' שבועת הפקדון, וראיתו מגמ' ב"מ, צו,א, דגרסי התם שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם, מהו, כולו שואל בעי' וליכא, או דילמא להיא פלגא דשייליה, מיהת מיפטר, ואם נימא דכל חד וחד מיחייב בכולה מדין בע"ח, אמאי לא מיפטר, ואפי' בכל, דאי כולה שואל בעי' הא איכא, ומשמע דמדין ערב לחוד הוא דמחייב באידך פלגא, מש"ה לא מיפטר אלא פלגא דידיה.

ובנוגע לדברי הרא"ש והטור דס"ל דכל אחד הוה ליה ליה בכוליה, עי' בקצות שם, ביישוב הגמ' ב"מ שם, לדעת הרא"ש והטור.

#### ה

וכתב האו"ש די"ל, דהרמב"ם (פכ"ה ממלוה) כתב, דשנים שלוו נעשים ערבים זל"ז, וכי תבע לחד מצי תבע לכולה, ועי' סימן עז מחלוקת ראשונים בזה, אם נעשה כל אחד קבלן על הכל או ערב ועיי"ש מחלוקת הרמב"ן והרא"ש בזה.

ועי' רמב"ם (גניבה ג, י) דשותפין שגנבו כ"א נמכר בחלקו, ובאר האו"ש (גניבה ג, י), דאף דניתן לתבוע כל שותף על כל הגניבה אין זה מטעם דחשיב גנב בכולה אלא חציו מדין גניבה וחציו מדין ערבות, והואיל וקיי"ל דנמכר בגניבתו ולא בחובו, אינו נמכר אלא בעד חצי הגניבה.

ולפי"ז שנים שטענו ט"ג אין על היותר ממחצה דין גניבה רק דין חוב לבד, א"כ הא חומש מתחייב גם על כל חוב ממון שכפר לו אחד ממלוה או מערבות וכיו"ב. א"כ הטוען ט"ג ונשבע והודה חייב חומש מכל שיווי השור שנעשה שומר להתחייב על כולו וכי טעין חבירו ט"ג ובאו עדים דנעשה כאילו הוא

עצמו גנבו, אינו גנב רק על חצי שנתחייב מצד עצמו, מצד חיוב שמירה דיליה, דע"ז נעשה גנב להתחייב כפל, אבל מה שנתחייב מצד שקבל עליו להתחייב בחיוב חבירו, אין עליו דין גנב שלא עדיף משנים שגנבו, רק חוב כמו מלוה דעלמא או מצד ערבות, ואינו חייב רק בחצי כפל, וכיון שעל כל הממון איכא חיוב חומש, ועל פלגא איכא חיוב כפל, מסתברא דרק חומש פוטר הכפל, לא שכפל מפלגא יפטור את החומש מכולו, וזה נכון. (או"ש גניבה ד, ז).

## הרב שמואל זיו אברמוביץ

### תוקפו של שטר

#### ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. שיטת הרמב"ם

1. מגילת אסתר - שטרות מדברי סופרים

2. נתה"מ וגר"ח - שטרי הקנאה ושטרי ראייה

3. לחם משנה - כר"ת, ראוי להגדה

ג. שיטת הרי"ף - שטרות היוצאים מתחת ידי בעל דין

1. רמב"ן - ראוי להנתן לבע"ד

2. נתה"מ - שטרות שהמעשה ניכר מתוכן

3. תומים - הרי"ף כרמב"ם

4. בית יוסף - הגדת עדים

ד. שיטת ר"ת

1. ש"ך, קצוה"ח - אילם

2. כנסת יחזקאל - דעת המתחייב

3. נתה"מ - נוסח שטר

ה. שיטת הרמב"ן

1. ש"ך - דעת המתחייב

2. קצוה"ח - נוסח שטר

#### א. פתיחה

פסק השו"ע (כח,יא): "העדים ששלחו עדותן בכתב לבי"ד אינו עדות דכתיב ע"פ שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם."

והוסיף הרמ"א: "וכן נוהגין ודלא יש מכשירין את העדים ראויין להעיד ואינם אילמים (טור בשם ר"ת)."

ובסעיף יב כתב: "חותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אע"פ שאין העדים קיימין כדי שלא תנעול דלת בפני לווין."

מסעיפים אלו עולה, שכשרות שטר היא מתקנה מיוחדת, שאל"כ היה פסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם.

דברי השו"ע לקוחין מתוך דברי הרמב"ם ועליו הקשו שאלות רבות כדלקמן: אולם בעניין הכשרו של שטר מצינו כמה עקרונות:

א. דעת המתחייב.

ב. נוסח השטר – כתיקון חכמים וממילא חשוב השטר כמי שנתקיים עדותן בבי"ד.

ג. שטר כשר מדברי סופרים בלבד אבל לא מדין דאורייתא.

ד. כל שטר וכל עדות כשרה ופסול, של מפיהם ולא מפי כתבם הוא באילם.

קצוה"ח (כח,ו) הביא שיטות אלה בשם רש"י- ובעהמ"א, רמב"ן, רמב"ם ור"ת. אבל נראה כביכול שבשיטות הראשונים קיימים הסברים נוספים כלדקלמן שלא דווקא תואמים את דעת קצוה"ח.

### **ב. שיטת הרמב"ם**

הרמב"ם בהלכות עדות (ג,ד) כתב:

דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מכתב ידן, אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אף על פי שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואין צריך לומר במכות ובגלות אלא מפיהן ולא מכתב ידן.

ע"פ הרמב"ם מדאורייתא לא מועילה עדות בשטר כלל. אלא שחז"ל תקנו שסומכין על שטרות בדיני ממונות כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, מה שאין כן מדאורייתא, משום שחשיב הדבר כעדות מפי הכתב.

מקור דברי הרמב"ם במסכת יבמות (לא,ב). הגמ' מקשה מדוע לא כתבו זמן בשטר קידושין ותירצה:

אב"א: משום דלא אפשר, היכי ליעביד? לינחה גבי דידה. מחקה ליה, לינחה גבי דידה - זמנין דבת אחותו היא ומחפה עלה, לינחה גבי עדים - אי דזכירי ליתו ליסהוד, ואי לא - זמנין דחזו מכתבא ואתו מסהדי, ורחמנא אמר: מפיהם ולא מפי כתבם. אי הכי, בגירושין נמי נימא הכי! התם להצלה דידה קאתי, הכא לחובה דידה קאתי.

א"כ רואים שהסיבה שלא כותבים זמן בשטר שלא יעידו מפי הכתב והוי עדות מפי כתבם ולא מפי העדים עצמם.

האריך בקושיותיו הרמב"ן בספר המצוות סוף שורש השני וז"ל:

וכבר השיבו עליו חכמי הדורות בזה תשובות גמורות אינן נעלמות מכל מבין עם תלמיד, מהן שאנו דנין בגיטין בעידי חתימה בלבד והאשה המוציאה לפנינו גט חתום מקיימין אותו בחותמיו ומתירין אותה להינשא על פי עדות השטר וזה דברי הכול. ומפורש אמרו בפרק השולח עדים והעדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם והקשו מפני תיקון העולם דאורייתא היא? דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים? אמר רבא לא נצרכה אלא לר' אלעזר דאמר עידי מסירה כרתי תקינו רבנן עידי חתימה דזימנן דמייתי סהדי אי נמי דאזלו למדינת הים עשו הלימוד הזה שלמדו מן המקרא וכתוב בספר וחתום והעד עדים דאורייתא. ומה שאמרו קיום שטרות דרבנן כוונתם בו הפך דברי הרב לומר דמן התורה בלא קיום דנין...

גם הב"י בסימן כח הקשה על הרמב"ם וז"ל "אבל קשה לי עליו (על הרמב"ם) דאמרינן בכמה דוכתי (כתובות כא, כח) דקיום שטרות מדרבנן אלמא מדאורייתא עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד ולא בעי קיום וצ"ע."

#### **1. מגילת אסתר - שטרות מדברי סופרים**

בעל מגילת אסתר תירץ את קושיותיו של הרמב"ן. הוא ביאר, שכונת הרמב"ם באומרו ששטרות דרבנן, היא שאכן מדברי קבלה מקבלים עדות בשטר אולם מדאורייתא דווקא בעינן פי העדים ומה שכתוב בנביא ירמיה "יש לנו לומר שהוא תקנתם".

ומה שאמרה הגמ' "דאורייתא היא"? כוונתה: "לאו דווקא שיהא דאורייתא אלא כלפי שאמר במתניתין שהיא תקנת ר"ג או שאר חכמים אחרים מקודם ר"ג לפי גרסת תוס' לכן אמר והא מימי ירמיה שקדם לכלם היה ואל יקשה בעיניך כי לשון זה מדאורייתא לא יהיה פירושו תורה ממש שהרי יש כדומה אליו בתלמוד."

והוסיף המגילת אסתר על דברי הרמב"ן, שהקשה שעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, שמשמע שמה"ת הוא נידון בעדות שבשטר אין זו כוונת הדברים, שיש לדון ע"פ עדות השטר עצמו כאילו העידו

בבי"ד אלא "לומר שהעד אשר העידו בשטר הוא קיים שלא יוכלו לחזור בו או לשנות ממנו מאומה בבואם לפני הבי"ד להעיד רק צריך שיעידו בפייהם כאשר כתוב בשטר ממש בלי תוספת וגרעון אחרי שחתמו כאן שמותם".

ובאותה דרך תירץ וביאר את שאלת הרמב"ן<sup>1</sup> והרי קיום שטרות מדרבנן? שאין הכוונה שעדות השטר תועיל ללא עדות אלא הכוונה היא "שמה"ת לא היה צריך לקיים כדי שלא יחזרו בהם ממה שהעידו, דעדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ששוב אינם יכולין לחזור בהם אבל רבנן תקינו לקיימו".

ע"פ מגילת אסתר יוצא שדברי הרמב"ם כוונתם:

מדאורייתא בעינן מפייהם ולא מפי כתבם. כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין תקנת נביאים היא שתתקבל עדות בשטר ומה שהועיל חתימת העדים משום שנחשבת כמי שנחקרה עדותן בב"ד היינו שהעדים לא יוכלו לחזור ולשנות מהדברים הכתובים בשטר. אבל לעולם לא מועילה עדות בשטר.

## 2. נתה"מ וגר"ח - שטרי הקנאה ושטרי ראייה

הגר"ח (עדות ג, ד) כתב אופן אחר בהסבר דברי הרמב"ם וס"ל שפשיטא שגם לרמב"ם מהני שטר וכדעת כל הראשונים, כאשר נכתב מדעת המתחייב, אלא שיש הבדל בין עדות בכתב שפסולה, לעדות בשטר שכשרה. בכלל עדות בכתב שפסולה, כל שטרי ראייה משא"כ שטרי חלות שהם כשרים מדאורייתא. אלא שאת שטרי הראייה רבנן הכשירו משום נעילת דלת בפני לוויין. וז"ל:

האומנם כי גם לדעת הרמב"ם הרי עיקרן של שטרות הוא רק במה שנעשה מדעת המתחייב וכדעת כל הראשונים אבל מ"מ זהו דין בפני"ע דלא חייל דין שטר רק היכא שנעשה לקניין. וע"כ כל שטרי ראייה אף דנעשו כדין שטרות מ"מ זהו דין בפני עצמו דלא חייל עליהו דין שטרות והוויין רק עדות בכתב ופסולים משום מפי כתבם ורק מדרבנן הוא דעדותן מתקיימת ונוהג בהן דין שטרות אבל אה"נ דשטרי מעשה וקניין גם לדעת הרמב"ם הם מדין תורה ומועילין בין לגמר מעשה ובין לעדות ומיושב היטב דעת הרמב"ם.

<sup>1</sup> בעל מגילת אסתר הוכיח דבריו מתוך קושיא על הסברו של הרמב"ן שאם כדבריו שהשטר הוא טוב ללא קיום מדאורייתא, מה שייך תקנת קיום כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין שהרי יותר ישמחו הלוויין בכך שאין הם צריכים לקיים שכן השטר טוב כבר מעת החתימה.

והוסיף לבאר שם שבעדות ישנם מספר עניינים. דברים הקשורים לעצם העדות ודברים הקשורים לקבלת והגדת העדות כגון קבלת עדות ביום ולא בלילה וכן מפייהם ולא מפי כתבם. והתורה כשהכשירה שטרות קבעה שאין צורך בעדות שבשטר דברים הקשורים לקבלת עדות אבל דברים הקשורים לעצם העדות צריך גם בשטרות. אבל לפי הקשה הרי דרישה וחקירה צריך גם בשטרות שכן זהו דבר הקשור לעצם העדות, וא"כ מדוע מבואר שגט ללא זמן כשר? וכן הגמ' ביבמות אומרת שאין כותבין זמן בקידושין והרי זהו דבר הכרחי לדו"ח ואם שטרי קנין הינם מדאו' מדוע לא בעינן זמן? ותירץ "אלא ודאי דנהי דדרישה וחקירה הוי דין בעצם העדות אבל מ"מ כל זה הוא היכא דעדותן צריכה להתקבל אבל בלאו הכי לא בעינן כלל דו"ח בעדותן וא"כ בשטרות דלית בהו דין קבלת עדות ממילא דלא בעינן בהו דו"ח וכמו שנתבאר."

אבל בשטרי ראייה הדינים הקשורים לגבי העדות עדיין הכרחיים ולכן מפייהם ולא מפי כתבם זהו דין נצרך מדין תורה אלא שעשו תקנה בשטרות שלא תנעול דלת. וכן הגמ' לגבי שטר חוב כשהקשתה שבעינן דו"ח שאלתה היתה שמדין תורה בשטרות ראייה צריך דו"ח וביררה הגמ' שגם דו"ח לא צריך מדין דרבנן אבל דברים אחרים בגדר עצם העדות עדיין צריך כגון זכירת העדים את העדות הכתובה בשטר כמש"כ הרמב"ם הלכות עדות (ח,ד) וז"ל:

הואיל והדבר כן שטר שיצא לבית דין ובאו עדים ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לזה מזה או מכר לו, לא נתקיים השטר והרי הן כחרשים עד שיזכרו עדותן, וכל מי שאינו דן כן לא ידע בדיני ממונות בין ימינו לשמאלו.

נתה"מ (כח,ז) כתב בעניין זה לחלק בין שטרי אקנייתא לשטרי ראייה ששטרי אקנייתא גם לרמב"ם הינם מדאורייתא משא"כ שטרי ראייה שאין עדותם עדות מדאורייתא אלא מדרבנן. וסיבת הדבר כתב הנתיבות משום ששטרי אקנייתא אין עדותם על גמר המעשה שהרי גט שנכתב ונחתם בפני עדים נמסר לבעל, והעדים עצמם אינן יודעים כלל ממעשה הגירושין, אם נעשה או לא. ולכן נחשבת עדות השטר על הגירושין כהגדה מחוץ לבי"ד ואין כאן חסרון של מפייהם ולא מפי כתבם. ואם האישה מוציאה את הגט מתחת ידה הרי היא מגורשת משום שאנן סהדי שבעלה גרשה. משא"כ בשטרי ראייה שהעדות היא על עצם המעשה ועל זה צריך עדות של הגדה בבי"ד המצריכה עדות מפייהם ולא מפי כתבם. נפק"מ בדבר זה הוא אדם שקידש אשה בממון

וכתבו ע"כ שטר ראיה ממילא שטר זה הינו על עצם הדבר ולא חשוב כשטר אקנייטא ולכן יכלל בשטר זה דין מפיהם ולא מפי כתבם.

### 3. לחם משנה - כר"ת, ראוי להגדה

הלחם משנה (עדות ג, ד) כתב בדעת הרמב"ם דרך אחרת והיא שהרמב"ם סובר כשיטת ר"ת בתוס' שכל מה שכתבה התורה מפיהם ולא מפי כתבם היינו אדם הראוי להגדה להוציא אלם שאינו ראוי להגדה או במצב שהעדים חתמו בשטר ומתו. אבל כל עוד העדים החתומים חיים, השטר יכול לשמש כעדות גמורה ולא זו בלבד אלא שגם ללא שטר יכולים העדים לכתוב עדותם<sup>2</sup> על דף ולשולחה לבי"ד. ומה שכתב הרמב"ם שעדות השטר מועילה רק מדברי סופרים כוונתו היא דווקא כאשר העדים מתו כבר או שאינם זוכרים עדותם ואין יכולים להעיד בפיהם ממילא עדותם נחשבת מפיהם ולא מפי כתבם. וחכמים בדיני ממונות הקלו במקרה זה. וז"ל:

ולי נראה... ורבינו סובר כר"ת דמן התורה אדם שולח עדות לבי"ד וכן מהני שטר מה"ת היכא שהעדים קיימים וזוכרים העדות או שולחים עדותם לבי"ד. ומה שדקדק שם הטור מדברי רבינו שכתב הרי שלא התירו אלא לחתום בשטר י"ל דמ"ש רבינו מדברי סופרים הוא דחותכין ע"פ עדים שבשטר אע"פ שאין העדים קיימים כלומר שאין ראויים להגיד דכבר מתו דאז מה"ת אינו מועיל שטר ותיקנו רבנן דמהני אבל כל זמן שהעדים קיימים וזוכרים עדותם שיכולים להגיד בפיהם דמהני כדברי ר"ת.

### סיכום שיטת הרמב"ם

מגילת אסתר – מדאורייתא צריך עדות מפי עדים עצמם.

מתקנת נביאים שטר מועיל במילי דרבנן. נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד משמעותו שאין העדים יכולים להכחיש הכתוב בשטר ואם לא אמרו כנאמר בשטר עדותם עדות מוכחשת.

<sup>2</sup> לקמן בדעת הרי"ף תובא דעת התומים, שכתב כלח"מ בדעת הרמב"ם אלא שהוסיף ששיטת הרמב"ם חלוקה מדעת ר"ת בכך שהתקנה של חכמים היתה רק על מצב שמתו העדים משא"כ כאשר העדים שכחו עדותם שאז העמידו על דין תורה והם חייבים לזכרה ואלי"כ הוי מפי כתבם.

נתה"מ והגר"ח - שטר אקנייתא מועילים מדאורייתא גם לשיטת הרמב"ם. שטרי ראייה פסולים מדאורייתא משום מפיהם ולא מפי כתבם. והקלו חכמים במילי דרבנן שלא תנעול דלת בפני לווים.

לחם משנה - כל השטרות והעדויות הכתובות מועילות מדאורייתא. אולם כאשר העדים מתו או שאינם זוכרים עדותם השטר פסול מדאורייתא והקלו חכמים שלא תנעול דלת בפני לווים.

### ג. שיטת הרי"ף - שטרות היוצאים מתחת ידי בע"ד

ביבמות (לא, ב) (הובא לעיל) מקשה הגמ' מדוע לא כתבו זמן בקידושין?

ומתרצת בתירוץ השני שסיבת הדבר היא שאם תזנה עליו אשתו והשטר בידה, תמחק את הזמן. ואם נניח את השטר ביד הבעל הוא ימחוק במקרה שאישתו היא בת אחותו ואם נניח את השטר בידי עדים עלולים להעיד מתוך הכתב על אף ששכחו העדות, והתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם.

משמע שעדות השטר פסולה משום מפיהם ולא מפי כתבם.

מקשה הרי"ף והרי הגמ' אומרת נאמן אדם לומר כתב ידו של אבא וכו' וא"כ רואים ששטר מועיל?

ומתוך הרי"ף שיש לחלק בין כתב היוצא מתחת ידי העדים לכתב היוצא מתחת ידי בעלי הדין. שכתב היוצא מתחת ידי העדים הינו עדות הנעשית מפי כתבם משום שיתכן וישכחו העדות ויעידו מתוך הכתב ועוד שכל עוד השטר בידם יכולים הם לחזור בהם ולכבוש השטר משא"כ עדות היוצאת מתחת ידי בעלי הדין שאז העדים אינם יכולים לחזור בהם. וא"כ נחשב הדבר כאילו נחקרה עדותן בבי"ד. ומוסיף הרי"ף שעדות בשטר תקף שהרי מקרא הוא "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד העדים".

א"כ מתבאר שמפיהם ולא מפי כתבם שייך דוקא במקום שאין שטר אבל המגדיר מהו שטר, מדברי הרי"ף בפשוטם יוצא, כאשר השטר יוצא מידיהם של בעלי הדינים. וסיבת הדבר היא משום שכשהשטר יוצא מתחת ידם השטר נעשה כמי שנחקרה עדותו בבי"ד. בספר הזכות כתב הרמב"ן על קושיות הראב"ד, שהקשה על הרי"ף והרי אנו רואים שישנם שטרות שהעדים נותנים אותם רק לאחר זמן מרובה עד כדי העמדה בדין וא"כ מדוע אנו סומכין עליהם, והרי העדים כבר לא זוכרין את הכתוב? וא"כ ע"פ הרי"ף

הוי מפי כתבם וזו תמיהה גדולה? ותירץ הראב"ד, שכל שטר שאפשר למוסרו לבעלי הדין אע"פ שלא מסרוהו נחשב לשטר אפילו לא נמסר עד העמדה בדין.

### 1. רמב"ן - ראוי להנתן לבע"ד

והרחיב הרמב"ן, שכוונת הראב"ד שזהו ביאור דברי הרי"ף והוסיף שגם כאן בשטרי קידושין מדובר שמסר השטר לאישה. וא"כ היו העדים כמו שלישי וא"כ מדוע שלא יועיל השטר? אלא ודאי כוונת הרי"ף, ששטר זה אע"פ שיצא מידי האישה לא נעשה כמעשה שטר אלא שנכתב לפנקס וזכרון דברים בעלמא וממילא לא מועיל כלל עצם זה שהשטר הגיע לידי האישה ומידה יצא לידי העדים.

ובחידושו על הש"ס ביאר יותר, ששטר זה של קידושין, מכיוון שאין האישה יכולה לעכב השטר ברשותה לכן נחשב כזכרון עדות בשטר ואין זה שטר כלל. משא"כ שטר אחר שיש באפשרות בעל השטר לשמרו ולכן גם אם העמידו ביד שלישי נחשב הוא כשטר.

ע"פ דברי הרמב"ן מבואר, ששטר שאינו יכול להנתן ליד האישה או כל שטר אחר שלא יכול להיות ביד בע"ד אינו מקבל תוקף שטר. וכל עדות שתנתן רק ע"י עדי השטר הוי מפי כתבם ופסול. משא"כ בשטר אחר שעקרונית היה יכול להנתן ליד בע"ד אלא שמבחינה טכנית לא ניתן לידם נחשב הדבר כאילו ניתן ולא הוי מפי כתבם.

הב"י בסימן כח הקשה על דברי הרמב"ן, שחילק בין שטר שניתן לידי הלווה, שמשמע שאם יקויים יחשב כשטר, לשטר אחר היוצא מתחת ידי העדים, שגם אם יקויים לא יחשב כשטר. וכתב שמדברי הרי"ף לא משמע שישנה חלוקה בין שטר לשטר וז"ל: "ותמיהא לי מילתא דמשמע דאין חילוק בין שטר לשטר כלל שהרי כתב ומהאי טעמא מקיימין לשטרא בחתימות ידי סהדי וכי אלמא דאי הוה תחות ידי סהדי לא היה מקיימין ליה אי לא דכירי וצ"ע."

בשו"ע (מו, לה) פסק וז"ל:

חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו, ונעשה חתנו, הוא אינו יכול להעיד על כתב ידו, אבל אחרים מעידים שמכירים חתימתו, אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו. ויש מי שאומר דהיינו דוקא כשהשטר יוצא מתחת יד אחר, אבל אם יוצא מתחת יד העדים, לא.

והקשה קצה"ח בס"ק יח כיצד יתכן שפסק השו"ע שמבוסס על דברי הרי"ף הנ"ל שאם השטר יוצא תחת ידי העדים עצמם והעדים קרובים, הרי השטר פסול שכן הרמב"ן ביאר את שיטת הרי"ף שכל שטר שאפשר למוסרו לבע"ד גם אם לא נמסר חשוב כמסור וא"כ מדוע שהקרוב יפסול שטר זה?

## 2. נתה"מ - שטרות שהמעשה ניכר מתוכן

מתוך כך נתה"מ ביאר את דברי הרי"ף בצורה אחרת. לדעתו כוונת הרי"ף היא, ששטר הקנאה שכל דבריו נכרים מתוך השטר הוי דבריו כמי שנחקרה עדותן בפני ב"ד ולכן גם אם השטר יוצא מתחת ידי העדים השטר הינו כשר, שהרי כולן יודעין מתוך השטר שפלוגי חייב לפלוגי מש"ה "הוי הגדה שבשטר הגדה גמורה" משא"כ שטר שאינו שטר הקנאה ודבריו אינם נכרין מתוכו שאכן קוימו לא חשוב שטר עד שיצא מתחת ידי בע"ד. וה"ה שטר קידושין היוצא מתחת ידי העדים, שאין אנו יודעים אם אכן פלוגי קידש האישה או לא אפילו כבר נתקדשה בו אם יוצא מתחת ידי העדים לא נחשב כהגדת עדות מכיוון שא"א לדעת מתוכו אם נעשה המעשה או לא. וממילא, אם שכחו העדים את המעשה הוי דבריהם מפי כתבם. אלא שהוסיף, שעל עצם הקידושין אין חשש שיעידו כשלא יזכרו משא"כ לגבי הזמן, שגם אם יזכרו את הקידושין יש חשש שיעידו על הזמן מתוך הכתב ועל זה יש חסרון של מפייהם ולא מפי כתבם. ולכן נקטה הגמ' את ענין הזמן ולא את ענין עצם הקידושין.

ואל דבריו אלה כיוונו הרמב"ן והראב"ד. אלא ששאלו, שמכיוון שהשטר היה כבר ביד האישה מדוע לא חשיב כאלו נחקרה עדותן בב"ד בשעת מסירה לאישה. על כך תירצו, שאין זה שטר ראייה, שכן מתוך השטר א"א להוכיח כלום לגבי המעשה ומסיק הנתיבות שממילא מבוארים דברי הב"י בס' מו סעי' לה, שכן בסעיף זה מדובר בשטר שאינו שטר הקנאה והעדויות אינה ניכרת מתוך הכתב ומכיוון שהשטר לא נמסר עד שנעשה חתנו ממילא בטל השטר, ככל עדות של קרוב ולכן נפסל השטר.

## 3. תומים - הרי"ף כרמב"ם

התומים (מו, לח) ביאר את שיטת הרי"ף ע"פ שיטת הרמב"ם. הרמב"ם סובר, ששטרות מועילים מדאורייתא ופסול מפייהם ולא מפי כתבם שייך כאשר מתו העדים. וכדי שלא תנעול דלת הכשירו עדות שטרות אף כאשר מתו העדים. אך אם העדים חיים צריך שיזכרו עדותם ואם שכחוהו השטר ייחשב כמפי כתבם. כך משמע מדברי הרמב"ם (עדות ח, ד):

הואיל והדבר כן שטר שיצא לבית דין ובאו עדיו ואמרו כתב ידנו הוא זה אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרין שזה לזה או מכר לו לא נתקיים השטר והרי הוא כחרש עד שיזכרו עדותן... אבל אם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר או שהיו עדים שזהו כתב ידם מקיימין את השטר ואין משגיחין על דבריהם שאמרו אין אנו זוכרין עדות זו שמא חזרו בהן וזה שאמרו אין אנו זוכרין כדי לבטל השטר וכו'.

לכן חילק הרי"ף בין שטר היוצא מתחת ידם ליוצא ממקום אחר, שאם כתב ידם יוצא מתחת ידם ממילא יש להם מיגו שאינן זוכרים את הכתוב בשטר, שכן בעצמם יכלו לשרוף את השטר וממילא לא היתה כל עדות ולכן נאמנים גם באמירת שכתנו. ומכיון שהם נאמנים לומר שכתנו ממילא קבלת עדות הכתובה בשטר משמעותה עדות מפי כתבם ולא מפיהם. אבל כאשר השטר יוצא מתחת יד בעלי דין או ממקום אחר, אין נאמנים לומר שכתנו, שהרי יכול להתקיים ע"י עדים אחרים וכן אין להם מיגו לומר שאינם זוכרים הכתוב בשטר.

ובכך ביאר מדוע הגמ' נקטה דוקא שאין להניח השטר בידי העדים שמא לא יזכרו (משום שאז יהיה להם מיגו) ולא נקטה הגמ' שמא ימותו העדים ואז יהיה בטל שטר קידושין למפרע ותהיה בעילתו בעילת זנות, שכן לפי הבנת ה"ב"י ששטר חשיב שטר רק כאשר הוא יוצא מתחת ידי בע"ד לא היה צריך להעמיד במצב שהשטר יוצא מידי קרובו (חתנו) על מנת לפסול אלא היה אפשר להעמיד גם במות העדים וממילא יהיה בטל השטר. ועוד קשה, שבכמה מקומות בש"ס נקט אב"י שעדיו בחתומיו זכין לו, וא"כ חלות השטר היא מעת החתימה ולא מעת יציאת השטר מידי העדים<sup>3</sup> אלא שלפי דברי התומים מובן מפני שכל עוד העדים מחזיקין בשטר יש להם מיגו לגבי הכתוב בשטר ונאמנים לומר שכתנו הוי מפי כתבם משא"כ כשאין השטר תחת ידם.

ומתוך דברים אלה מתבאר, שהתומים ביאר את דברי הרי"ף אחרת מפשט דברי הבית יוסף וחברם עם דברי הרמב"ם.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> עיין בקובץ זה מאמרו של הרב צביר קופר בענין עדיו בחתומיו זכין לו (הערת המערכת).  
<sup>4</sup> ועיין בדברי התומים (כח,טז), שביאר שלשיטת הרמב"ם שטרי קנין מועילים מדאורייתא לענין חלות הענין אבל לא לענין הראיה, שבמקרה כזה נצטרך את העדאת העדים וז"ל: "... וכך רצון התורה שהכשירו של גט, שאם עדים חתומים הרי הוא מספיק לגרשה וזולתו לא, אבל אין זה ענין לעדות המועיל לברר הדבר...". אולם אח"כ כתב ששטר אכן מועיל מדאורייתא כל עוד העדים זוכרים אלא שאם אינם זוכרים לא נאמנים אא"כ כתב ידם יוצא מתחת ידיהם וכאשר העדים מתים זוהי תקנת חכמים שיועיל השטר ע"כ.

#### 4. בית יוסף - הגדת עדים

המהדיר על הריטב"א (בהוצאת מוסד הרב קוק) ביאר, שהב"י ס"ל כהרמ"ה בדעת הרי"ף, וכל עוד השטר לא יצא מידי העדים לא נגמרה הגדתן של העדים בשטר משום שהשטר ניתן להשרף ע"י העדים ורק כאשר השטר יוצא מתחת ידיהם אז תגמר הגדת השטר ולכן השטר חשיב שטר רק כאשר יצא ממש מתחת ידיהם.

ובאותו ענין כתב בהוספות על מילואי חושן וצ"ח שכן הבין הראב"ד את דברי הרי"ף כפשוטם ולא כמו שכתב הרמב"ן לתרץ את הראב"ד עם דברי הרי"ף.

אבל מ"מ נראה שברגע שניתן שטר הקידושין אכן האישה תהיה מקודשת אף אם נתן את השטר לאחר מכן לעדים אלא שלענין שטר ראיה הגדת השטר לא תגמר משום שהיא יוצאת מתחת יד העדים.

#### סיכום שיטות הרי"ף

פשט שיטת הרי"ף – שטר היוצא מתחת ידי העדים – לא חשיב שטר. שטר שאינו יוצא מתחת ידי העדים אלא מידי בעלי הדינים – חשיב שטר.

שיטת הרמב"ן בדברי הרי"ף – אף שטר הראוי להינתן לבעלי הדינים חשיב שטר גם אם נמצא עדיין תחת ידי העדים.

שיטת הנתיבות – שטרות שכל המעשה ניכר מתוך השטר גם כאשר יוצא מתחת ידי העדים חשיב שטר. אבל שטרות שאין המעשה ניכר מתוך השטר כגון שטרי קידושין כאשר הם יוצאים מתחת ידי העדים לא חשיב שטר.

שיטת התומים – הרי"ף ס"ל כשיטת הרמב"ם לפיו שטרות היוצאים מתחת ידי העדים, מכיוון שיש להם מיגו, נאמנים בטענת שכחנו וממילא הוי מפי כתבם משא"כ כאשר כתב ידם יוצא ממקום אחר שאין נאמנים.

שיטת הב"י – רק כאשר השטר יוצא מתחת ידי העדים נגמרת הגדת השטר.

#### ד. שיטת ר"ת

##### 1. ש"ך, קצוה"ח - אילם

שיטת ר"ת (הובאה בתוס' במסכת ב"ב לט, ב) – שכל מה שאמרה התורה מפיהם ולא מפי כתבם בא למעט אילם שאינו יכול לדבר אבל כל שראוי

לדבר אלא ששלח עדותו בכתב, עדותו עדות. ואין חילוק בין עדות לשטר כלל. וז"ל התוס' "ועוד אומר ר"י ששמע מן ר"ת שנוהגים לשלוח העדים עדותם באיגרת לב"ד וחשיב עדות והוא דדרשינן בספרי מפייהם ולא מפי כתבם לא אתא אלא למעוטי דוקא אלם שאינו בר הגדה אבל ראוי להגדה אין הגדה מעכבת בו".

אלא שקשה על דבריו מה שאמרה הגמ' בכתובות (כ,א) "ת"ר: כותב אדם עדותו על השטר, ומעיד עליה אפילו לאחר כמה שנים". כלומר, שאסור לאדם להגיד עדותו אא"כ זוכר והרי לשיטתו מספיק אדם שראוי לומר.

ומתוך תוס', שכוונת הגמ' שמדובר שהעד מעיד בב"ד ללא כתב ידו ולכאורה מדובר שאין הוא מעיד שכך כתוב בשטר שא"כ זו עדות טובה אלא שמעיד בסתם שכך קרה אע"פ שאין לו שטר וזו אינה עדות הרי לא זוכר המקרה, ולכן אמרה הגמ' שצריך לזכור המקרה. ומתוך תוס' תירוצ' נוסף שאכן כתב ידו בב"ד אלא שעד אחד חתום עליה וע"א לא חשיב עדות כלל לכן לא מתקבל שטר זה.

כאשר העיד העד בכתב ונשתתק, כתב הש"ך (מו,צג), שלפי ר"ת השטר הוא שטר לא טוב משום שאינו ראוי להגדה כבר וזהו פסק השו"ע (מו,לו). דברי הש"ך הובאו כקושיא על דברי השו"ע, שפסק כאן כר"ת ובמקומות אחרים פסק כשאר הראשונים.

## 2. כנסת יחזקאל - דעת המתחייב

ועל כך ביאר הכנסת יחזקאל<sup>5</sup> חו"מ סי' פב את שיטת ר"ת באופן אחר, וז"ל:

אמנם לזאת יחרד איש דלא אישתמיט חד מן הפוסקים להשמעינו דאילם פסול לחתום בשטר וגם הטור לא גילה רק דרך רמז בנעיונות לשונו חתם כשהיה בריא ודקדק מיניה הש"ך דאילם פסול לחתום ובשו"ע לא נזכר. גלל כן אומר אני במחילה מעצמות קודש הש"ך, לא כן הדבר, כי אם אלם רשאי לחתום בשטר אף לר"ת מטעם רב כמ"ש הרי"ף כיוון שמסרו ללוה או מאחר שבציווי לוח חתמו כמ"ש בעה"מ.

<sup>5</sup> דברי הכנסת יחזקאל הובאו ע"י קצוה"ח בסימן מו. אולם קצוה"ח עצמו נקט שפסול אילם הוא פסול עצמי בגדרי עדות ואינו נוגע לסוגיית מפייהם ולא מפי כתבם. וז"ל: "ומה ששיירתי דרך לעצמי הוא זה, דודאי אלם פסול בחתימת השטר וכדמשמע מדברי הטור (סעיף ל) דכתב חתם כשהוא בריא, אלא דאין פסולו משום מפי כתבם אלא הוא פסול הגוף, והוא מברייתא פרק מי שאחזו (גיטין עא,א) אם לא יגיד (ויקרא ה,א) פרט לאלם שאינו יכול להגיד וע"ש".

אמנם אם בתחילת חתימת השטר היה אלם ואז כיוון שמסרו ללוה או בצווי חתם ועשהו הלווה עד והכשיר אותו הוי כוחו כנאמן עלי פסול ואז גם עתה כשבא לקיים חתימתו אף שעל מנה שבשטר מעיד יכול להעיד כי כבר קבלוהו הלווה על עצמו להיות נאמן בעדות זו משא"כ כשהיה בריא בעת חתימת השטר צריך אחרים להעיד על חתימתו ודוק, לפ"ז שטר שחתם אילם כשר וגם יצא לנו מזה באם חתם כשהיה אילם מעיד בעצמו על חתימתו וזה לענ"ד ברור.

ועפ"ז יוצא, שר"ת לא ס"ל סברא בפני עצמה כנגד שאר הראשונים אלא סובר כשיטתם והלימוד מפיהם ולא מפי כתבם בא לומר, שאילם פסול להעיד על חתימת ידו כאשר חתם בהיותו בריא אבל אם חתם בהיותו אילם מכיון שהלווה קיבלו עליו, ממילא רשאי גם להעיד על כתב ידו בחתימה וע"ז לא נאמר מפיהם ולא מפי כתבם.

### 3. נתה"מ - נוסח שטר

נתה"מ (לט,ו) הביא דברי הש"ך, שר"ת ס"ל כדיעה השניה בתוס' והיא: "ועוד אומר ר"י לא בעינן דעת שניהם והכא היה יכול להביא שטרו אם היה כתוב כתיקון שטרות..." א"כ סבירא ליה לר"ת שצריך נוסח השטר כלומר שטר מתקבל גם לא מפי כתבם כל עוד נכתב כתיקון שטרות – "נוסח שטר".

וז"ל נתה"מ: "והנה זה פשוט שאף לר"ת דמכשיר מפי כתבם במי שאינו אלם מ"מ אין עדותן נגמר עד שבא הכתב לפני ב"ד דבשעת כתיבה שכותבין חוץ לבי"ד לא עדיף ההגדה מפי כתבם מהגדה בפיהם כשמגידיים חוץ לבי"ד אין בו ממש".

ולכן אם כתבו העדים חוץ לבי"ד ונשתתקו לפני שבא השטר לבי"ד או שכחו גם לר"ת פסול. משום שכל עוד לא הגיע הכתב לבי"ד לא הוי כמי שנחקרה עדותן בבי"ד וכהגדה בבי"ד. וכל זה דוקא בעדות שכתבו העדים מעצמם אבל שטר שנכתב כתיקון חכמים הרי הוא כמי שנחקרה עדותן בבי"ד כבר בשעת חתימה.

### סיכום שיטת ר"ת

מפיהם ולא מפי כתבם – דובר רק באילם שאינו מדבר אבל כל שאר העדויות ושטרות מתקבלות. קצוה"ח (כח,ו), לח"מ (הובא בדברי הרמב"ם), ש"ך.

כנסת יחזקאל - ר"ת ס"ל שבעינן דעת המתחייב או כהר"ף שהשטר יצא מיד הלווה השטר כשר לעדות ואף לקיים חתימתו. חתם בריא ונשתתק פסול לעדות מדין מפייהם ולא מפי כתבם.

נתה"מ - ר"ת סובר שצריך נוסח שטר ובמצב כזה השטר כשר. עדות בכתב כשרה רק כאשר הגיע לבי"ד וקויימה. אם כתבו עדות בשטר ונשתתק או שכח ואח"כ הובא לבי"ד הוי מפי כתבם ופסול.

## ה. שיטת הרמב"ן

### 1. ש"ך - דעת המתחייב

בעל המאור (יבמות ט בדפי הרי"ף) כתב תירוץ נוסף על כך ששטרות מועילים אע"פ שאמרינן שבעינן מפייהם ולא מפי כתבם ז"ל:

ולי נראה דהפירוק הנכון כך מפי כתבם הוא שפסולה עדותן אבל מפי כתבו לא וכל שטרי הלוואה ומקח וממכר הלוה והמוכר הוא שמצוה את העדים ואמר כתבו וחתמו וכן גיטי נשים ואין זה מפי כתבם אלא מפי כתבו... אבל היכא דכתבי מנפשיהו בשטר שצריך לומר כתובו ולא אמר כתובו הוא ודאי מפי כתבם הוא.

וכן כתב תוס' כתובות דף כ בשם ר"י וז"ל:

"וי"ל דלא חשיב שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם מדעת הלוה שהיא חייב אז חשיב שטר אבל הכא<sup>6</sup> כשכתוב שלא מדעת הלוה לא חשיב שטרא".<sup>7</sup>

אולם הרמב"ן במלחמות ביבמות, על דברי בעהמ"א הנ"ל השיג על דבריו וז"ל:

אמר הכותב זרוק חוטרא אאורא אעיקריה קאי שזה הפירוק יצא מכלל פירוקו דרבינו ז"ל וחוזר אליו שאם כן לינחיה גבי עדים ולייתו כתבא לבי דינא ונידון בו מפי כתבו שהרי אם תיקנו זמן בקדושין מדעת שניהם הוא כותבו או מדעת מקדש...אלא צריך הוא לפירוש רבינו הגדול ז"ל שכיוון שאין הזמן בשטר עושה מעשה שטר אלא ביוצא מתחת ידי עדים

<sup>6</sup> לגבי מחאה.

<sup>7</sup> וכן היא דעת הרשב"א בתשובותיו (א' רט): "ועל עדות שאמרת אם מקבלים מפי כתבם אין עדות שבשטר עדות אלא בשטר שנעשה מדעת המתחייב כשטר מקנה. אבל כל שטר שלא נעשה מרצון המתחייב אינו אלא פנקס בעלמא ומפי כתבם ולא מפייהם הוא זה."

מפי כתבם הוא ואע"פ שודאי יצא מתחת ידם בשקידש בו את האישה ואח"כ הפקידתו אצלם אין זה דומה לשטר שביד שלישי דכיוון דברשות אחרים אינו משמש כלום אלא אהימנותא דעדים סמכינן וברשותן של עדים הוא צריך להיות מונח אינו אלא כשטר משמוש שכתבוהו עדים לדוכרן פתגמי דהוּו באנפיהו וזה פירוש לפירוש רבינו הגדול.

הרמב"ן כתב שלא די בתירוץ זה של דעת המתחייב, משום ששם מדובר שהשטר קידושין ניתן כבר לאישה מדעתה והיא נתנה את השטר לעדים/שליש וא"כ מה אכפת לן שאין הם זוכרים? שיכתבו זמן בכל מקרה שהרי השטר מ"מ נכתב ע"פ האישה (המתחייב) ויגישו השטר לבי"ד?

ומתוך כך הסביר יותר את דברי הרי"ף. וא"כ רואים שס"ל כהרי"ף שצריך שטר הראוי להנתן לאחד מבעלי הדין ולא נקט כבעל המאור שצריך דעת המתחייב.

אבל מצד שני הרמב"ן עצמו הביא את הסברו של בעהמ"א במסכת ב"ב (קעא,א) ד"ה עדים וז"ל:

ויש לפרש שאינן [העדים] חוזרין ועושין שליחותן [לכתוב שטר שני] משום דהוּו מפיהם ולא מפי כתבם. דכל שטר שכתבוהו מעצמן ולא בשליחות בעל דבר מפי כתבם הוא.

וכ"כ בספר המצוות: "אבל מה שאמרו מפיהם ולא מפי כתבם אינו בשטר שבעל דבר כותבן כגון: גיטין וקידושין, והלוואות ומכירות."

וצריך לומר שלגבי כתיבת זמן בקידושין לא מספיק סיבת בעהמ"א אבל אמת הדבר ששטר הינו מוגדר ע"י כך שיש דעת המתחייב בענייני הלוואות וכדומה וכן משמע מהש"ך (לט,ט) וז"ל: "לענין דינא נראה עיקר כפירוש הראשון של ר"י שהוא בשטת הרשב"א דכל שלא נכתב מדעת שניהם הוי מכתבם ולא מפיהם ופסול לגמרי ולא הוי עדות כלל. וכן דעת הרז"ה בס' המאור פ' די אחין וגם הרמב"ן בס' מלחמות שם נראה עמו בזה ומשמע שם מדבריו שגם דעת הרי"ף כן ע"ש."

ועי' ש"ך (מו,צג) שכתב, ששיטת הרמב"ן כשיטת הרי"ף ששטר מדאורייתא כשר ומשום שכתבוהו ומסרוהו ללוה לא שייך מפיהם ולא מפי כתבם. ונראה א"כ שהרמב"ן אכן ס"ל כשני הדעות.

## 2. קצוה"ח - נוסח שטר

קצוה"ח (כח,ו) כתב ששיטת הרמב"ן היא, שבעיני 'נוסח השטר' ואילו הדרישה לדעת המתחייב היא דעת בעל המאור. וצ"ע, שכן הבאנו במפורש שגם הרמב"ן ס"ל שבעיני דעת המתחייב? ולכאורה לקח דבריו אלה מיבמות דף (ל"א,ב) שהביא את דברי הרי"ף וז"ל: "אלא איכא למימר כיון דאין זה עושה מעשה שטר ולא כתבו של אחד מבעלי דבר הוא שהרי אין עושין... הילכך כשטר משמוש דמי ואין למדין ממנו אלא כשזכרה לאחר מכן, שמה שכתוב שבשטר זה כתבו לעדות בלא שינוי".

א"כ, ממה שכתב "כיוון דאין זה עושה מעשה שטר" משמע שצריך 'נוסח שטר' אבל מצד שני מיד המשך "ולא כתבו של אחד מבעלי דבר הוא" המורה על כך שבעיני דעת המתחייב.

### סיכום שיטת הרמב"ן

קצוה"ח נקט ששיטת הרמב"ן היא 'נוסח שטר'.

מפשט דברי הרמב"ן משמע שנקט כבעה"מ- 'דעת המתחייב' אבל לענין זמן בקדושין נקט את שיטת הרי"ף.

## עדיו בחתומיו זכין לו

### ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. זכיה בשטר
- ג. חתימת העדים פועלת את פעולת השטר
- ד. הודאה בכתיבת השטר
- ה. עבז"ל בשטרי מכר וקנין - שיטת הרי"ף
- ו. עבז"ל בגיטין
- ז. סיכום

### א. פתיחה

המשנה (ב"ב קסז, ב) אומרת "כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו", ולכן עדים רשאים להכין שטר הלוואה ללווה, על אף שאינם יודעים מתי תתקיים ההלוואה בפועל ואף אינם רואים מעשה הלוואה.

והנה, יש לחוש שהעדים יכתבו את השטר בניסן ואילו ההלוואה - הגוררת בעקבותיה את שעבוד הנכסים - תתקיים בתשרי שלאחריו וכשיבוא המלווה לגבות חובו, יטרוף מן הלקוחות, שקנו נכסים מהלווה בין ניסן לתשרי, שלא כדין. הגמ' בב"מ יב, ב מציעה שתי אפשרויות לפתרון בעיה זו :

אלא הא דתנן כותבין שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו לכתחילה היכי כתבינהו ניחוש שמא כתב ללוה בניסן ולא ללוה עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין אמר רב אסי בשטרי הקנאה דהא שעביד נפשיה... אביי אמר עדיו בחתומיו זכין לו ואפילו שטרי דלאו הקנאה...הני מילי היכא דקא מטו לידיה אבל היכא דלא מטו לידיה לא אמרינן.

לדעת רב אסי כתיבת שטר ללווה בלא המלווה מתאפשרת בשטרי הקנאה בלבד, לדעת רוב הראשונים מתבצע קנין בפועל באופן שהשעבוד מתחיל בשעת כתיבת השטר, כך שהמלווה לא יטרוף מן הלקוחות שלא כדין.

לדעת אביי גם בשטרי הלוואה שאין בהם קנין, באמצעות "עדיו בחתומיו זכין לו" שעבוד הנכסים מתחיל בשעת כתיבת השטר וזאת בתנאי שבסופו של דבר השטר אכן יגיע בפועל לידי המלווה.

וצריך להבין כיצד העדים זוכים על ידי חתימה וכיצד נוצר שעבוד לפני החיוב, האם זכיה זו היא מן התורה או מדרבנן ובאילו סוגי שטרות ניתן להשתמש בה?

בהבנת אופן הפעולה של עדיו בחתומיו זכין לו ישנם כמה דרכים:

### ב. זכיה בשטר

במסכת קידושין בדף ט,א נאמר:

ת"ר בשטר כיצד כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי בתך מאורסת לי בתך לי לאינתו הרי זו מקודשת...

ואמר רבא אמר רב נחמן כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי בתך מאורסת לי בתך לי לאינתו בין ע"י אביה בין ע"י עצמה מקודשת מדעתו והוא שלא בגרה..

וצריך להבין מה הוסיף רב נחמן על הנאמר בברייתא? וכתב המקנה (קידושין ט,א ד"ה בין):

רבא חולק על אביי ואינו סובר עדיו בחתומיו זכין לו,<sup>1</sup> ממשמעות דברי הברייתא ניתן היה להבין כי משעת הכתיבה האשה מקודשת, אמנם יש כמובן תנאי שבסופו של דבר יגיע שטר הקידושין לידה אך כשיגיע לידה לבסוף תהיה מקודשת למפרע משעת הכתיבה שכן עדיו בחתומיו זכין לו.

ולכן הוסיף רבא "בין ע"י אביה בין ע"י עצמה" בכדי להדגיש כי הקידושין לא יחולו כי אם משעת מסירת השטר ולא מכתובתו.

ובאר, שלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו וקי"ל שזכיה היא מטעם שליחות עדי החתימה הם שליחי קבלה של זוכה השטר. אמנם, בדין של עדיו בחתומיו זכין לו לא מוזכר שהעדים קונים את השטר ע"י מעשה קנין כלשהוא ודוחק לומר שהם קונים את השטר על ידי הגבהה וכד', שכן עדיו בחתומיו זכין

<sup>1</sup> בגמ' בב"מ לה נראה שאביי ורבא חלוקים לגבי עדיו בחתומיו זכין לו.

משמע שהם חותמים בלבד, ונמצא שנתחדש שחתימת העדים מהווה קנין על גוף השטר ובחתימה זו הם זוכים בשטר עבור זוכה השטר.<sup>2</sup>

כיוון כזה יחייב לכאורה הבנה, שעדיו בחתומיו זכין לו הוא תקנת חכמים שכן קשה מאוד לחדש שמן התורה חתימת העדים מהווה מעשה קנין על השטר. וכ"כ תוס' בב"מ (כ, א ד"ה שובר):

ונראה שתקנת חכמים היא שזוכה משעת חתימה אע"פ שלא נמסר לו עד ימים רבים אחרי כן שאם לא כן לעולם לא יוכלו העדים לחתום אלא אם יראו המסירה משום חששא דכתב בניסן ולא נתן עד תשרי ומזבין ביני וביני.

הבנה נוספת לדרך הזכיה בשטר מופיעה בלבוש מרדכי (ב"מ סי' יד) על פי המבואר באבן העזר קב, ב, שגזל נייר וכתב עליו גט הרי זה גט כשר, שמאחר וכתב עליו קנאו בשינוי מעשה, וממילא למ"ד אומן קונה בשבח כלי כשהלווה מצווה על העדים לכתוב שטר למלוה הרי על ידי חתימתן בשטר שהיא השבח שלו הם קונים את השטר עבור המלווה.

המהרש"א בב"מ על דברי התוס' הנ"ל כתב:

לר"מ דאית ליה עידי חתימה כרתי ודאי עדיו בחתומיו זכין לו מדינא הוא אבל הוצרכו למימר לאביי תקנת חכמים היא שסמכו עצמם דאביי כר"א ס"ל דעידי מסירה כרתי כמ"ש התוס' לקמן

כלומר, לפי ר"מ שעדי חתימה כרתי, עדיו בחתומיו זכין לו הוא מן התורה ודברי תוס' שבארו שזה תקנת חכמים הם לפי אביי הסובר כר"א שעדי מסירה כרתי.

גם התומים בסימנים' לט וסה כתב שאליבא דר"מ הסובר שעדי חתימה כרתי, 'עדיו בחתומיו זכין לו' הוא מדאורייתא.

הקשר שבין דין עדיו בחתומיו זכין לו למחלוקת התנאים בענין עדי חתימה כרתי מופיע למעשה כבר בראשונים בכתובות (צד, ב) בסוגיית שני שטרות

---

<sup>2</sup> הבנה כזו מופיעה ג"כ אצל ר' יצחק אלחנן בבאר יצחק חו"מ סי' א.

### היוצאים ביום אחד.<sup>3</sup>

והדברים צריכים ביאור, שכן לכאורה יסוד מחלוקתם של ר"מ ור"א אם עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי היא בשאלה מהי הגדרתו של שטר קנין. האם חייבים שבתוך השטר יופיעו חתימות העדים, שכן שטר קנין הוא מסירת עדות בשטר מן המקנה אל הקונה ומסירת שטר כזה היא זו שיוצרת קנין או ששטר הוא סיפור דברי הקנין גם בלא חתימות העדים.<sup>4</sup> ואם כן הביאור בעדי חתימה כרתי הוא, שהעדים יוצרים בחתימתם "אשוויי שטרא", ומה התלות בין זה לדין של עדיו בחתומיו זכין לו?

### ג. חתימת העדים פועלת את פעולת השטר

בזכר יצחק (ח"ב סי' לג) כתב בביאור הדין של עדיו בחתומיו זכין לו וז"ל:

ונראה דכונת אביי דעדיו בחתומיו זכין לו היינו דס"ל דכל שכותב שטר שמקנה איזה דבר לחבירו וחותם על זה עדים, זהו גופא קנין השטר ולא בעי נתינה כלל דרק בגט דין התורה שיתן לה (גיטין עח,א) אבל בשטר בזה שהחתים עדים שנותן לה סגי להקנות, וזהו שיטתו של אביי, רק דבעי מטא לידיה משום דהוא תנאי שעד דמטא לידי יהא יכולת בידו לחזור בו...ואל יהא תימה בעיניך איך נאמר דחתימת השטר הוא קנין דבאמת מבואר אצלי (עיי' ח"א סימן כ' ס"ב) דגבי גט נמי כתיבת הגט וחתימתו הוא חלק מהגירושין, לא דבכתיבה נעשה גט רק דזהו חלק מהגירושין, וכתיבת הגט ונתינתו מצטרפים יחד לקיים הגירושין.. וא"כ כמו דבגט הוא עושה חלק כן י"ל בדיני ממונות, נהי דבדברים אי אפשר להקנות לאדם אבל אם כתב בספר והעד העדים כדכתיב קרא (ירמיה לב,מד) זהו קנין השטר.

לדרכו מובן היטב מדוע למ"ד עדי חתימה כרתי אין צורך בתקנת חכמים, שכן על ידי חתימת העדים נוצר השטר ואין צורך במסירתו (מלבד בתור

<sup>3</sup> עיי' שטמ"ק כתובות צד בשם הרא"ה: "נראה לי דאליבא דר"א דאמר עדי מסירה כרתי בודאי לית ליה עבז"ל, דהא עיקר מלתא מסירה וחתימה לאו כלום היא הלכך מאן דסבר לה כר' מאיר אפשר דאית ליה עבז"ל אבל מאן דסבר כר' אלעזר בודאי לית ליה עבז"ל". וכן בשטמ"ק שם בשם הריטב"א "דר"מ ור"א בתרתי פליגי..ואידך דבעדי חתימה לר' מאיר עבז"ל אע"פ שלא הגיע השטר לידו אלא לאחר זמן אבל לר"א אין עבז"ל אלא כשהגיע שטר לידו".

<sup>4</sup> עיי' על כך בהרחבה בספר ארץ הצבי סי' כג.

תנאי, שכן שטרי ממון פועלים את פעולתם משעת הווצרותם ללא צורך במסירה.

הגרש"ש בחידושו לב"מ סי' יט הסביר את התלות שבין עדי חתימה כרתי לעדיו בחתומיו זכין לו בדרך הבאה :

הביאור בעדי חתימה כרתי הוא שעדי חתימה פועלים את הגירושין ואילו מעשה מסירת הגט אינו מעשה הפועל את הגירושין אלא הוא תנאי וזמן שקבעה התורה שבו יהיה כח למעשה החתימה לגרש.

מחלוקתם של ר"מ ור"א אינה בגט אשה לחוד אלא בכל שטרי קנין ולכן בכל שטר עדי החתימה הם אלה שפועלים את הקנין אלא שבגט אשה קבעה התורה שהגירושין לא יחולו כלל בלא מסירה ופרט זה לא ילפינן לשאר שטרי קנין ובהם חלות הקנין חלה כבר משעת החתימה ומכל מקום בשטרי קנין החלות משעת החתימה מותנית במסירת השטר בסופו של דבר מן המקנה אל הקונה שכן כתיבת שטר והשהייתו אצל המקנה מבלי למוסרו לידי הקונה ודאי אינה יוצרת קנין אך לכשימסר השטר פעולתו תחל משעת חתימת העדים.

הביאור הנ"ל מופיע ביתר הרחבה בחידושו לגיטין סי' ב שם באר שלמ"ד עדי חתימה כרתי היחס בין הכתיבה למסירה הוא כעושה קנין לאחר לי עיקר המעשה נעשה כעת בשעת מעשה הקנין אלא שהחלות תחול לאחר לי וכמו כן עיקר מעשה הגירושין נעשה בשעת חתימת הגט והמסירה היא תנאי לענין חלות הדבר. ולפי"ז באר את דעת הסוברים (טור אבה"ע קמא) שמועיל ביטול גט לאחר חתימתו לענין שלא יוכל לגרש בו עוד אף שהגט נכתב ונחתם כדינו ולכאורה הוא פלא כיצד מועילה חזרה לבטל את הגט, ולפי ההסבר הנ"ל נמצא שהרי זה ככל קנין לאחר לי שבתוך לי ניתן לחזור בו דמאחר והחלות עוד לא חלה הרי זה כדיבור ואתי דיבור ומבטל דיבור. וכמו כן מובנת דעת הראשונים הסוברים בר"מ שלא צריך עדי מסירה בשעת נתינת הגט אף שהוי דבר שבערוה שכן בעיני עדים בשעת עיקר מעשה הגירושין ולא בשעה שמתקיימים התנאים המאפשרים את חלות הדבר.

ביחס להסברים הנ"ל יש להעיר :

א. ההבנה שעדיו בחתומיו זכין לו פירושו שהשטר פועל את פעולתו משעת חתימת העדים יכולה לבאר את הדין הנ"ל בשטרי ממון אך בגיטין ודאי שלא נוכל לומר שגט יחול ללא נתינה בפועל.

ב. התלות שבין עדי חתימה כרתי לעדיו בחתומיו זכין לו מדאורייתא מעלה לכאורה שתוס' סוברים שעדי מסירה כרתי היינו רק עדי מסירה ולא עדי חתימה, כי לסוברים שעדי מסירה כרתי היינו שאף עדי מסירה כרתי (גיטין פו ובר"ן שם), לא בעי' לתקנת חכמים שכן באופן שעדים חתמו בשטר אין סיבה שלא לומר עדיו בחתומיו זכין לו.

#### ד. הודאה בכתיבת השטר

הרי"ף בסוגייתנו (ב"מ ו,א בדפי הרי"ף) באר, ששטר הקנאה הוא שטר שיש בו קנין וז"ל: "שמשה שקנו מידו של לוח שיש בידו למלוה כך וכך שעבד ליה למלוה נפשיה והשתא דטריף בדין טריף".

הרא"ש בסי' לו תמה על דברי הרי"ף וז"ל:

וגם מה שכתב בשטר הקנאה שטר שיש בו קנין לא ברירא לי מה חילוק יש בין קנין לאין בו קנין כיון שכתב בשטר פלוני לוח מפלוני מנה נשתעבדו נכסי לוח למלוה אף בלא קנין דשעבודא דאורייתא שכל מה שאדם חייב נכסיו משועבדים לפרוע ואי משום קלא שיוכלו לקוחות ליהרר עדים החתומים על השטר מפקי לקלא אלא היינו טעמא דרב אסי דאית ליה שלא זכה משעת החתימה לגבות מן הלקוחות משום דלא נפיק קלא עד שימסור לו השטר ביד המלוה א"נ אע"פ שצוה הלוח לכתוב השטר אין דעתו שיחול שיעבוד עד שיבואו המעות לידו הלכך נראה כפירש"י שפירש שטר הקנאה שמקנה לו נכסיו בין ילוח בין לא ילוח יגבה מהן מאותו היום ודבר תימה הוא שאדם ישתעבד נכסיו קודם הלואה ומחמת זה הקול יוצא משעת כתיבה.

לפי הרא"ש, בכדי ליצור שעבוד נכסים משעת כתיבת השטר אין צורך בקנין שכן בעצם כתיבת השטר נוצר השעבוד, אלא שהקול אינו יוצא כי אם במסירת השטר ובכדי ליצור קול משעת כתיבה כותב המתחייב בשטר שמקנה לו נכסיו מהיום בין ילוח ובין לא ילוח ומאחר וזה דבר תימה יוצא הקול משעת הכתיבה. נמצא ששטר אקנייתא אינו שונה משאר שטרות כי אם בנוסח שלו שהוא נוסח שגורם לקול לצאת משעת כתיבת השטר אך לענין קנין שוים הם ואין צורך בבצוע קנין.

וצריך ביאור בדברי הרא"ש כיצד כתיבת השטר גרידא מחייבת את הלוח ויוצרת שעבוד נכסים והרי לא היה מתן מעות וכמו כן השטר טרם נמסר לידי המלוה וכיצד אם כן מתחייב הלוח?

ובאר הדברי חיים (ח"א חו"מ סי' א) על פי המובא בשו"ע חו"מ (ל,ו-ז), שבדיני ממונות מצרפים עדויות של שני עדים למרות שאינם מעידים על אותו המעשה. אם עד אחד מעיד בפני הלווה או הודה לו ביום פלוני והעד השני מעיד בפני הלווה או הודה לו ביום אחר מצרפים את העדויות מכיון שסי"ס שני העדים מעידים על חיוב של מנה. וכתב המחבר, שהצירוף הנ"ל מותנה בכך, שהמלוה תובע שתי הלוואות אבל אם המלוה מודה שלא הלווהו אלא מנה אחד אין לצרף את העדויות שהרי אחד מהם שקרן לדברי התובע אלא אם כן אפשר לתלות שאחד מהם טעה בעיבורא דירחא ובאמת הם מתכוונים בעדותם לאותו היום ולאותה ההלואה.

וכתב הסמ"ע (סי"ק כא), שהצורך בתביעת שני המנים הוא דווקא בשתי הלוואות ומהטעם שהוסבר לעיל אבל בשתי עדויות על הודאה והלוואה אין צורך בתאום זמנים, שכן יתכן שעל מה שהלווהו הודה לו אחר כך, וכתב "ואפילו אם העיד הראשון בפני הודה לו בניסן, והשני מעיד בפני הלווה לו באייר ג"כ אי"צ לתבוע לשניהן ואין זה מיקרי הכחשה דאיכא למימר דאמאי דרצה להלוות לו הודה לו קודם ההלואה ולא נזדמן שילוה לו באותו יום עד זמן שאמר עד השני".

מוכח מדברי הסמ"ע, שהמודה לחבירו בתנאי שילווהו לאחר מכן, ולאחר מכן אכן הלווהו מתחייב על פי הודאתו למפרע ועל פי זה כתב הדברי חיים ליישב את דברי הרא"ש, שהרא"ש סובר שכתובת שטר הלוואה על ידי הלווה היא הודאה על תנאי שילווהו לאחר מכן ולכן סבר הרא"ש שלא צריך לבצע קנין בפועל, שהרי ההודאה שבכתובת השטר מחייבת את הלווה, וכיון ששעבודא דאורייתא ממילא נשתעבדו נכסיו משעת כתיבה אף בלא קנין.

ועל זו הדרך באר את דעת אב"י שעדיו בחתומיו זכין לו, שמשעת חתימת העדים בשטר המתחייב מודה בתנאי שימסר השטר בסופו של דבר לזוכה בו.

### ה. עבז"ל בשטרי מכר וקנין - שיטת הרי"ף

הגמ' בדף יט,ב דנה בדין של מוצא שובר שכתוב בו כי הבעל פרע את כתובת אשתו וז"ל:

ת"ר מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל אין האשה מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה בזמן שהאשה מודה מיהת יחזיר לבעל וליחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה זבנתה לכתובה בטובת הנאה מניסן עד תשרי ומפיק ליה לשובר דכתיב בניסן ואתא

למטרף לקוחות שלא כדין אמר רבא שמע מינה איתא לדשמואל דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל אביי אמר... שובר בזמנו טריף אביי לטעמיה דאמר עדיו בחתומיו זכין לו.

נחלקו הראשונים בשאלה, האם זכיית הבעל בשובר למפרע מותנית בקבלתו לבסוף את השובר.

רש"י (ד"ה ועוד) כתב: "אי נמי זבנתה בטובת הנאה לית לן למיחש לשמא כתבה לשובר בניסן ולא קבלה עד תשרי דאי נמי הכי הוה כי מטא שובר לידיה בתשרי זוכה למפרע בו מזמן חתימתו, ולא הוה ממכרה שבנתיים כלום ושובר בזמן הכתוב בו טורף ואביי לטעמיה".

ולשיטתו אין הבדל בין שובר לשאר שטרות וכשם שבשאר שטרות עדיו בחתומיו זכין לו מותנה בהגעת השטר לזוכה לאחר מכן, הוא הדין בשובר.

גם תוס' (בד"ה שובר) סובר, שפעולת השובר למפרע מותנית בקבלתו לאחר מכן על ידי הבעל וז"ל "ונראה שתקנת חכמים היא שזוכה משעת חתימה אע"פ שלא נמסר לו עד ימים רבים אחרי כן".

הרי"ף (ו,ב בדפיו) חולק על רש"י ותוס' וז"ל:

ועוד שובר בזמנו טורף כלומר אע"ג דזבינתה לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי כיון דכתבה ליה לשובר בניסן זכה הבעל בהוא קרקע דכתובה משעת חתימת עדים בשובר ואף על גב דלא מטא לידיה דהוויא ליה כמחילה וכשהוא טורף עכשיו מניסן כדין טורף.

וצ"ב בדעת הרי"ף, שהרי הגמרא לעיל בדף יג כתבה שתנאי הכרחי לזכיה מדין עדיו בחתומיו זכין לו הוא שבסופו של דבר השטר יגיע לידי הזוכה בפועל ומדוע אם כן כתב בסוגייתנו שזכה הבעל בשובר משעת חתימת העדים למרות שלא מטא לידיה.

הרא"ש בסי' מט מרחיב בדברי הרי"ף הנ"ל וז"ל:

מתוך דברי רב אלפס ז"ל משמע דהא דאמרינן לעיל (יג,ב) דלא אמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו אלא היכא דמטא לידיה בסוף היינו דווקא דבר שצריך מקבל השטר לזכות על ידי השטר דבר שאין בידו. כגון שטר הלואה שזכה המלוה בשעבוד נכסי הלוח על ידי השטר. אבל כשזוכה דבר שהוא כבר תחת ידו זכה בשעת חתימה אפילו לא יבא השטר לידו

לעולם ועוד שמעינן מדבריו דבשטר מתנה או מכר אם מכר המוכר או הנותן את הקרקע לאחר בין חתימת השטר למסירתו דלא אמר עדיו בחתומיו זכין לו משעת החתימה ואין במכירתו כלום שמכר בין חתימה למסירה אלא דוקא לענין שעבוד דלא ליהוי שטר מוקדם אז עדיו בחתומיו זכין לו אבל לענין מתנה או מכר אם מכר או נתן אותו קרקע לאחר בין חתימה למסירה נתבטלה זיכוי החתימה כיון שנתנו לאחר קודם שיבא השטר ליד הראשון דאלת"ה מי הזקיקו לרב אלפס ז"ל לפרש דאע"ג דלא מטא לידיה זכה משעת החתימה משום דהויא לה מחילה אף בלא טעם מחילה כשמחזירים השובר לבעל זכה הבעל למפרע משעת חתימה ונתבטל מכר הכתובה אלא ודאי כל כה"ג קנה הקונה. ורש"י לא פירש כן.

כלומר, לרי"ף היה פשוט מסברא שבשטר מכר או מתנה אם מכר או נתן בין כתיבה למסירה לא אומרים עדיו בחתומיו זכין לו וזכה השני ולא הראשון וממילא הוקשה לו כיצד בשובר ניתן לומר עדיו בחתומיו זכין לו הרי בין כתיבה למסירה מכרה את כתובתה, ולדרכו זכו הקונים בכתובה ולא נוכל לומר עדיו בחתומיו זכין לו וכיצד אומרת הגמרא שזכה הבעל בשובר. מכח קושיא זו הוכרח לחדש, שבדבר שהוא תחת ידו אין צורך במטא לידיה בסוף אלא הבעל זוכה בשובר משעת כתיבתו על ידי מחילת האשה ומובן כיצד קדמה זכייתו ללקוחות.

הרא"ש מבאר שבדברי הרי"ף יש שתי הלכות יסודיות:

- א. בכתיבת שטר על דבר שהוא תחת ידו (שטר מחילה) לא צריך שיגיע השטר לידו לבסוף.
- ב. בשטרי מכר ומתנה, אם מכר או נתן לאחר בין הכתיבה למסירה זכה השני ולא הראשון.

ההנחה השניה היא זו שהכריחה את הרי"ף להסביר בסוגיא שיש מחילה ולא צריך מטא לידיה שכן כיון שהאשה מכרה את כתובתה בין כתיבה למסירה לא יועיל פה עדיו בחתומיו זכין לו.

ונמצא שנחלקו הראשונים האם בשטר מכר או מתנה כשמכר או נתן בין הכתיבה למסירה זכה הראשון למפרע מדין עבז"ל או שכיון שמכר או נתן בינתיים זכה השני.

הש"ך בסי' לט הקשה על שיטת הרי"ף מהסוגיא בב"מ יג:

אלא הא דתנן: מצא גיטי נשים ושחרורי עבדים דייתיקי מתנה ושוברים הרי זה לא יחזיר שמא כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם וכי נמלך עליהם מאי הוי והא אמרת עדיו בחתומיו זכין לו הני מילי היכא דקא מטו לידיה אבל היכא דלא מטו לידיה לא אמרינן.

בגמ' זו מבואר שהמוצא שובר לא יחזיר שמא נמלך עליו שלא ליתנו, ולשיטת הרי"ף שבשובר לא בעינן מטא לידיה הגמרא נותרה בקושיא כיצד יכול להמלך והרי עדיו בחתומיו זכו לו משעת הכתיבה?

גם הגמ' בדף יט טעונה באור לשיטת הרי"ף: "מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר אין האשה מודה לא יחזיר" ולכא' לשיטתו בשעת חתימת העדים זכה הבעל בשובר ומה יועיל שהאשה אינה מודה?

ובאר הנתיבות - ודאי שגם לשיטת הרי"ף אין החתימה גרידא מזכה את הבעל, שכן האשה מכינה את השובר רק על דעת שאכן יפרע הבעל את הכתובה אך אם הבעל לא יפרע את הכתובה אין בכוונתה לזכותו בשובר וממילא יש פה מחילה מעכשיו על תנאי שתפרע לאחר מכן וכשהאשה מודה ומורה לתת לבעל את השובר, הודאה זו משמשת כפרעון והתנאי אכן התקיים ונמצא שהועילה המחילה למפרע.

לפי זה, בשובר לא נזקקנו לזכיה המיוחדת של עדיו בחתומיו זכין לו ודברי הגמ' "אביי לטעמיה דאמר עדיו בחתומיו זכין לו" יתפרשו באופן הבא: עבז"ל מורכב משתי קומות. ראשית מרצונו של כותב השטר לזכותו משעת חתימתו ולאחר מכן מההלכה המיוחדת של עדיו בחתומיו זכין לו.

אביי לטעמיה, שיש אומדנא שברצונו לזכות כבר מעכשיו, יסבור גם כן שכתבת שובר פירושה מחילה מעכשיו על תנאי, שזו למעשה הקומה הראשונה אך לקומה השניה איננו נזקקים במקרה זה ואילו החולקים על אביי לא יראו בכתבת שובר כונה להקנות מעכשיו אלא משעת מסירתו בפועל.

בבאור סברת הרי"ף כתב הקצוה"ח שפעולת מכר או מתנה שנעשית לאחר כתיבת שטר מכירה או מתנה, מבטלת את השטר הראשון שכן אי אפשר למכור שדה פעמיים ומכיון שנתבטל השטר לא יוכל להתקיים ה'מטא לידיה' ולכן אי אפשר לזכות מדין עבז"ל. ואילו הראשונים שחולקים על הרי"ף ואומרים שגם במכר בינתיים זכה הראשון למפרע סוברים שמכיון שבשעת

החתימה היה השטר כשר ואז זכו בו העדים לא אכפת לן אם לאחר מכן התבטל ממנו שם שטר מכיון שהמטא לידיה הוא תנאי בעלמא ואין צורך לשם קיום תנאי זה במסירת שטר כשר בדוקא.

הקה"י נקט כדבר פשוט, שלצורך קיום התנאי אין צורך במסירת שטר כשר ולכן באר את שיטת הרי"ף בדרך אחרת. רעק"א מסתפק האם בעדיו בחתומיו זכין לו בגט שחרור של עבד צריך מטא לידיה כהלכתו או שאין חסרון בטלי גיטך מעל גבי קרקע.<sup>5</sup> ובאור ספיקו הוא האם מטא לידיה זהו תנאי בעלמא ולכן אין להקפיד בו על גדרי נתינה של גט שכן אין הוא מעשה שחרור בפועל או שרק אם בכוחה של הנתינה העכשווית לשחרר מדאורייתא אמרינן שהוא משוחרר משעת כתיבה למפרע אבל אם כעת אין בכוחה של הנתינה לשחרר, אזי לא תקנו גם שחרור למפרע.

ובזה נחלקו הראשונים כיצד תקנו חכמים את התקנה של עבדז"ל, לשיטת הראשונים זהו תנאי בעלמא ולא אכפת לן אם בין כתיבה למסירה מכר או נתן וממילא בטל השטר ואילו הרי"ף סבר שכיון שאין בכוחו של השטר לבצע קנין כעת ממילא אין דין של עבדז"ל למפרע.

### ו. עבדז"ל בגיטין

הגמ' בב"מ יט,א דנה בדין של עבדז"ל בשטר שחרור של עבד וז"ל:

תנו רבנן מצא שטר שחרור בשוק בזמן שהרב מודה יחזיר לעבד אין הרב מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה בזמן שהרב מודה מיהא יחזיר לעבד ואמאי ניחוש שמא כתב ליתן לו בניסן ולא נתן לו עד תשרי ואזל עבדא וקנה נכסין מניסן ועד תשרי ואזיל הרב וזבנינהו ומפיק ליה לשחרור דכתב בניסן וקא טריף לקוחות שלא כדין הניחא למאן דאמר זכות הוא לעבד שיוצא מתחת רבו לחירות וכאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין ליה שפיר אלא למאן דאמר חוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות מאי איכא למימר דכי אתי למטרף אמרינן ליה אייתי ראיה אימת מטא שחרור לידך.

מהגמרא עולה שאליבא דאביי למ"ד זכות הוא לעבד שיוצא מתחת רבו לחירות- עדיו בחתומיו זכין לו, ולכן יש חשש שמא קנה העבד נכסים בין כתיבה למסירה והאדון מכר אותם ולאחר השחרור יטרוף העבד את הנכסים

<sup>5</sup> לשיטת שטלי גיטך מעל גבי קרקע פוסל בגט שחרור. ר' יצחק אלחנן בעין משפט אהע"ז חלק ב ס"י מו נחלק בזה עם הנתיבות, ע"ש.

הללו. הגמ' לא דנה ביחס למעמד האיסורי של העבד האם כתוצאה מעבז"ל נאמר שלמפרע הוא שוחרר ויהיה מותר בבת ישראל למפרע. תוס' בב"מ כ,א דנו בנקודה זו וז"ל: "ולענין איסור נראה דאם עבד בא על בת ישראל קודם שבא לידו גט שחרור שפסלה ושמא גם גבי איסור זכין לו משעת חתימה אע"פ דלא שייך טעמא דפרישית מ"מ לא פלוג רבנן ויש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה".

מההו"א של תוס', הסובר שעבז"ל הוא תקנת חכמים, עולה שהיה צד לומר שחכמים תקנו את התקנה רק לענין הצד הממוני ולא לגבי הצד האיסורי ולכן אם בין כתיבה למסירה היה בא העבד על בת ישראל היה פוסל אותה, ובמסקנתם כתבו שלא פלוג רבנן ולכן הגט שחרור יחול למפרע לגמרי וממילא לא יפסול אפילו שבא עליה קודם מסירה. לאור זאת תקנת עבז"ל תועיל גם לגבי גט אשה וכ"כ התוס' בדף י"ט ד"ה וליחוש: "ואפילו לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו הכא גבי אשה חוב הוא לה", היינו שבגט אשה כיון שהגירושין הם חוב לאשה לא אומרים עבז"ל, ועולה שבמקום שהאשה תחפוץ בגט כגון במקום יבום נאמר עבז"ל.

תוס' סובר שעדיו בחתומיו זכין לו הוא תקנת חכמים. האחרונים מעלים שתי אפשרויות בבאור תקנת חכמים.<sup>6</sup>

- א. החתימה מהווה קנין על השטר והעדים זוכים בשטר עצמו.
- ב. השטר פועל את פעולתו משעת החתימה (בלא זכיה בשטר).

לפי ההגדרה השניה קשה מאוד להבין כיצד עדיו בחתומיו זכין לו פועל בגט שחרור והרי כדי לשחרר את העבד נצרכת נתינה של הגט מידי האדון לידי העבד, ואילו חכמים בתקנתם תקנו שהשטר פועל גם ללא נתינה וקשה לומר שחכמים בטלו את גדרי השחרור.

לפי ההבנה הראשונה צריך ביאור מדוע תוס' נזקקו לומר, שיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה והרי על ידי החתימה זכה העבד בגט מדין זכין ומדוע יש צורך בעקירה?

ר' שמואל (בשיעורים) מעלה שני כיוונים:

- א. האם קנין דרבנן מועיל לקנין דאורייתא.
- ב. האם קניינים מועילים בגיטין.

<sup>6</sup> שיעורי ר' שמואל ב"מ יג,א.

דהיינו, שבנתינת גט צריך שיגיע הגט לידה או לרשותה של האשה (י'ונתן בידה") ונחלקו הראשונים האם אשה יכולה להתגרש באמצעות זכייתה בגט על ידי דרכי הקניינים מבלי שיגיע לידה או רשותה.<sup>7</sup> בנדו"ד העדים זוכים עבור האשה בגט על ידי הקנין המתבצע בחתימה, שלכאורה אינו קנין המייצג הכנסה לרשות (כמשיכה והגבהה) ונמצא שזכו לה בגט אך בפועל הגט לא הגיע לידה או לרשותה,<sup>8</sup> וממילא זהו פתח להצריך את הכח של עקירת דבר מן התורה.

כיוון שונה להבנת הקנין שבשטר בחתימת העדים, עולה מדבריו של ר' יצחק אלחנן: ר' יצחק אלחנן<sup>9</sup> דן בקושיית האחרונים על דברי הטור בסי' סה, שכתב לגבי גט שחרור של עבד, שלא אמרינן עבז"ל אלא אומרים לעבד שיוכיח ממתני הגיע גט לידו. וצ"ב, הרי בגמ' מבואר שעל הצד שזכות היא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות אמרינן עבז"ל וכיון שכך קיי"ל להלכה, מדוע שלא נאמר עבז"ל בעבד?

וכתב שדברי הגמ' הללו טעונים בירור שכן קיי"ל בגט אשה, שטלי גיטך מעל גבי קרקע פסול מאחר וחסר ב'ונתן' וממילא כיון שהוקש ג"ש לגט אשה קשה כיצד יועיל עבז"ל בג"ש והרי לכאורה חסר ב'ונתן' שכן כשהאדון מוסר את הגט לידי העדים שיחתמו עליו אין עליו עדיין שם גט שכן עדיין לא חתמו עליו וכשהם חותמים עליו אין נתינה מהאדון והוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע?

ובאר, שדברי הגמ' שאמרינן עבז"ל בג"ש הם למ"ד (בגיטין סג) ששליח הולכה יכול להיות גם שליח קבלה למרות שלא חזרה שליחות אצל הבעל (לדעת הריטב"א לא חזרה שליחות אצל הבעל הוא חסרון של טלי גיטך מעל גבי קרקע) וממילא האדון חפץ שהעדים יזכו בשטר באופן המועיל ולכן אמרינן שהעדים בשלב ראשוני נעשים שליחי הולכה למסירת הגט ובשלב שני הם נעשים שליחי קבלה וכך העבד משתחרר, אולם להלכה כיון שקיי"ל ששליח הולכה אינו נעשה שליח קבלה לא ניתן לאמר עבז"ל בג"ש ולכן הטור פסק שאומרים לעבד אייתי ראיה מאימת מטי גיטא לידך.

<sup>7</sup> בגיטין עז,ב דנה הגמ' בשכיב מרע שרצה לגרש את אשתו בשבת, והקנה לה את מקום הגט על ידי קנין חזקה שעשתה בו היינו שסגרה את הדלת ונעלה אותה. רש"י מבאר שקנתה את הגט בקנין אגב והראשונים חלקו ואמרו שכיון שקנתה את מקום הגט ממילא נכנס הגט לרשותה והרי היא מגורשת.

<sup>8</sup> יש לציין כי המקנה בקידושין ט,א הובא לעיל, ראה בעדים החתומים על השטר שליחי קבלה, היינו שהקנין המתבצע בחתימה משמש כקבלה ממשית של הגט.

<sup>9</sup> עין יצחק ח"ב אבן העזר סי' מו.

לדרכו, חתימת העדים הינה קנין המבטא הכנסה לרשות ולכן הגט אכן נכנס לרשותה של האשה באמצעות זכית העדים אך החסרון הוא במעבר המתבצע בעדים עצמם משליחי הולכה לשליחי קבלה.

ונמצא שיתכנו שני חסרונות בדין עבז"ל בשטר שחרור ובגט אשה.

א. חסרון ב'ונתן בידה' היינו שהגט נקנה אך אינו מגיע לידה או רשותה (וכן בעבד).

ב. חסרון ב'ונתן' שכן העדים החותמים זוכים בגט ללא נתינה מהבעל.

## ז. סיכום

ג' דרכים בהבנת אופן הפעולה של עדיו בחתומיו זכין לו :

א. המקנה : זכיה בשטר- העדים בחתימתם זוכים בגוף השטר עבור הזוכה בו והחתימה משמשת כמעשה קנין (כך נראה להסביר את שיטת תוס' ב"מ כ,א).

ב. הזכר יצחק והגרש"ש : חתימת העדים פועלת את פעולת השטר- חתימת העדים בשטר פועלת את פעולת השטר, ומסירת השטר בפועל היא תנאי בלבד.

ג. הדברי חיים : הודאה בכתיבת השטר- בחתימת השטר על ידי העדים מודה המתחייב על תוכן השטר והודאה זו מחייבת אותו משעת החתימה שכן המודה לחבירו בתנאי שילוהו לאחר מכן ולאחר מכן הלוואה, מתחייב משעת הודאתו.

ד. נחלקו הראשונים בשטרי מכר ומתנה אם מכר או נתן בין כתיבה למסירה לדעת רש"י ותוס' גם באופן זה אומרים עדיו בחתומיו זכין לו וזכה הראשון כשיגיע השטר לידו, והרי"ף סובר שבמכר או נתן לשני בינתיים לא אומרים עדיו בחתומיו זכין לו וזכה השני. בסברת הרי"ף כתב הקצות שפעולת מכר או מתנה סותרת את משמעות כתיבת השטר שכן אי אפשר למכור שדה פעמיים ולכן זכה השני, בנגוד לשטר הלוואה שמכירה או נתינה אינה סותרת את משמעות כתיבת השטר שכן ניתן למכור שדה משועבדת.

ה. שיטת הרי"ף שבדבר שתחת ידו (כגון בשובר) אין צורך במטא לידיה שכן זוכה משעת כתיבה באמצעות מחילה. הנתיבות באר שגם לדרכו בעיני מסירת השטר שכן המחילה היא על דעת שיהיה פרעון ומסירת השטר משמשת כפרעון ועל פי זה מיושבות קושיות הש"ך על הרי"ף.

- ו. שיטת תוס': עדיו בחתומיו זכין לו הוא תקנת חכמים, מהרש"א ותומים בארו שהיינו למ"ד עדי מסירה כרתי אך למ"ד עדי חתימה כרתי עדיו בחתומיו זכין לו מן התורה (באור דבריהם על פי הגרש"ש והזכר יצחק). מתוס' עולה שניתן לומר עדיו בחתומיו זכין לו גם בגט שחרור ובגט אשה באופן שזכות הוא לה. שתי הבנות בתוס' או שהחתימה מהוה קנין מדרבנן על השטר או שהשטר פועל את פעולתו משעת החתימה. העדפת ההבנה הראשונה לאור שיטת התוס' שאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו בגט שחרור ובגט אשה במקום שזכות הוא לה.
- ז. לשיטת תוס' יש להסביר את הצורך בעקירת דבר מן התורה באמירת עדיו בחתומיו זכין לו בגיטין, ר' שמואל:
1. האם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא.
  2. האם קניינים מועילים בגיטין.
- ח. ישוב קושיית האחרונים על שיטת הטור שבשטר שחרור לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו על פי דרכו של ר' יצחק אלחנן, דברי הגמ' שבגט שחרור אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו הם רק למ"ד ששליח הולכה יכול להיות גם שליח קבלה, ולהלכה לא קיי"ל הכי.

## למהותו של השעבוד

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. למפרע הוא גובה
- ג. בכור נוטל פי שניים
- ד. ביאור דעת רב פפא
- ה. שני סוגי שעבוד
- ו. מכירת שעבוד
- ז. תוספת ביאור בדעת הרי"ף
- ח. שעבודא לאו דאורייתא
- ט. סיכום

### א. הקדמה

איתא במשנה ב"ב (קעה,א) :

המלוה את חבירו בשטר - גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים - גובין מנכסים בני חורין.

ובגמ' (קעה,ב) נחלקו עולא ורבה האם שעבודא דאורייתא, לדעת עולא מדאורייתא גם מלוה על פה היה גובה מלקוחות, אלא שרבנן הקלו על הלקוחות משום שלא יוצא קול. ורבה סבר שמדאורייתא לעולם לא גובים מלקוחות אלא שרבנן תיקנו למלוה בשטר שיגבה כדי שלא תנעל דלת.

במאמר זה ננסה לבחון האם שעבוד הינו זכות בגוף הקרקע, (ואם כן עד כמה), או שמא זכות גביה בלבד; נבדוק האם הגדרת מהות השעבוד תלויה בתוקף השעבוד - דאורייתא או לאו דאורייתא?

### ב. למפרע הוא גובה

1. הגמ' בב"ב (שם) מקשה שלא יתכן שרבה סובר שעבודא לאו דאורייתא, שלדעתו, הבכור נוטל פי שניים בקרקע שגבו יתומים מבע"ח דאביהם. "ומי אמר רבה הכי? והא אמר רבה: גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו", ומפרש

רשב"ם "דכמאן דמשעבד בחיי אבוהון דמי, וקרינא ביה 'בכל אשר ימצא לוי', אלמא שעבודא דאורייתא". מבואר מדברי הגמ' שרק אם נסבור שהשעבוד מהתורה נוכל להבין שהקרקע הנגבית אינה 'ראוי' אלא מוחזק.

לכאורה דין זה תלוי במחלוקת אביי ורבא בפסחים (לא,ב) האם בעל חוב למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה :

איתמר, בעל חוב: אביי אמר: למפרע הוא גובה, ורבא אמר: מכאן ולהבא הוא גובה... כי פליגי - דזבין מלוה, וקדיש מלוה. אביי אמר: למפרע הוא גובה; כיון דמטא זמניה ולא פרעיה - איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי, ושפיר אקדיש, ושפיר זבין. ורבא אמר: מכאן ולהבא הוא גובה. כיון דאילו הוה ליה זוזי - הוה מסליק להו בזוזי - אישתכח דהשתא קא קני.

לדעת אביי מלוה יכול למכור ולהקדיש קרקע המשועבדת לחובו, וכשיגבה הקרקע תהיה זו מכורה או מוקדשת, ולדעת רבא שמכאן ולהבא גובה, הואיל ואילו היו לו מעות היה יכול לסלק השעבוד, אין המלוה יכול למכור או להקדיש.

הפנ"י (גיטין נ,א ד"ה תוס' פחות שבכלים) מוכיח, שלדעת אביי שעבודא דאורייתא, שהרי לאביי למפרע הוא גובה, וממילא ברור שבכור יטול פי שניים, ובגמ' בב"ב (קעה,ב) מוכח שרק אם שעבודא דאורייתא בכור נוטל מהקרקע הנגבית.<sup>1</sup>

2. בביאור דעת אביי - למפרע הוא גובה

המאירי בסוגיא בפסחים (ל,א) מקשה: לדעת אביי, הסובר שבע"ח 'למפרע הוא גובה', מדוע כל היכא שמלוה גובה קרקע משועבדת אינו זוכה בפירות מזמן ההלוואה (ומוכח בבב"מ לה,ב שאינו זוכה בפירות). מכח קושיא זו מעמיד המאירי את מחלוקת אביי ורבא בעשה אפותיקי, וז"ל:<sup>2</sup>

זה שנחלקו אביי ורבא בבעל חוב, שלדעת אביי למפרע הוא גובה ולדעת רבא מכאן ולהבא הוא גובה, פירושו כשעשה לו שדהו אפותיקי, שאם

<sup>1</sup> בחידושי ר' דוד מקשה בסוגיא בפסחים, שמדובר שם במטלטלין שאינם משתעבדים; ותרץ דאביי ס"ל שעבודא דאורייתא ויש שעבוד גם על המטלטלין, ע"ש.

<sup>2</sup> יוצא לדבריו שלרבא אפילו באפותיקי אינו גובה למפרע ולאביי גובה, ואפשר שטעמו של אביי שהואיל ומתנים בפרוש כוונתם כמו קנין מעכשיו על תנאי אם לא יפרע חובו. וכן משמע בפני יהושע, ראה הערה 7.

בשעבוד סתם היאך עולה על דעת אביו לומר למפרע הוא גובה והרי אין המלוה יורד לפירות עד לאחר שומא והכרזה ושטר חליטה מבית דין אלא ודאי באפותיקי.

אמנם מכמה ראשונים מבואר שמחלוקתם בכל שעבוד ולא העמידו הסוגיא באפותיקי. מתוס' בב"ק (לג, א ד"ה איכא) מבואר שלמדו את מחלוקתם בכל שעבוד.<sup>3</sup> וכן משמע בחידושי רבינו דוד (על מסכת פסחים) שמחלוקתם בכל שעבוד.<sup>4</sup>

א"כ לדעת ראשונים אלו הדרא קושיית המאירי מדוע אין הפירות למפרע של המלוה. ויש לבאר בכמה דרכים:

א. הנראה בזה ששעבוד פירושו שישנו קנין על תנאי, שמרגע מסירת המעות ללוה קונה המלוה את הקרקע אם הלוה לא ישלם את חובו, אך בנוסף מותנה שעד זמן הגביה הפירות שייכים ללוה אפילו אם יתברר שהיה שייך למלוה.

הגרשש"ק ועוד דוחים הסבר זה מכח כמה קושיות:

1. דוחק לומר שהלוה עושה לעצמו תנאי כזה שמשאר לעצמו את הפירות, ועוד מנין לנו לומר כן במלוה הכתובה בתורה (נוק וכד').

2. אם המלוה הקדיש יחול ההקדש למפרע ויתברר שפירות חולין ינקו מקרקע הקדש.

3. אם קרקע אחת נקנית למפרע תליא בברירה.<sup>5</sup>

ב. האבני נזר (או"ח שלב) מבאר שאין כוונת אביו שקנוי לו לגמרי למפרע, אלא שיש לו קנין שעבודי למפרע, כמו משכון לר' יצחק (שקנוי לו לשעבוד ואינו עובר בבל יראה ע"ש בגמרא), וא"כ כאשר מקדיש את השדה מקדיש את שעבודו וכאשר גובה בזמן הפירעון ממילא זוכה בו ההקדש או הקונה. ולפי זה מבואר מדוע אינו קונה את הפירות שבינתיים.<sup>6</sup> ומשמע שלדעת רבא אין לו כלל קנין אפילו לא שעבוד כמשכון.

<sup>3</sup> תוס' שם הקשו מדוע לר' ישמעאל הסובר בשור תם שנגח שאין הניזק נעשה שותף בשור שאין הקדישו הקדש, הרי לדעת אביו שלמפרע הוא גובה הקדישו חל, ע"ש. מבואר א"כ שבכל שעבוד לדעת אביו למפרע הוא גובה

<sup>4</sup> ודאי דלא פליגי אלא במלוה בשטר ובקרקע וכו'. וכן משמע שם בכל דבריו.

<sup>5</sup> עיין ברכת אברהם על פסחים ל, א שמיישב קושיות אלו.

<sup>6</sup> דאלי"כ איך יכול בעל השדה להשתמש בקרקע המוקדשת הרי יחול למפרע (אבני"ז).

ג. יש להוכיח מדברי ראשונים שאין הדברים מכוונים לשעבוד למפרע אלא לקנין גמור. תוס' (גיטין מ,ב ד"ה הקדש), שואל מדוע הקדש מפקיע משעבוד "וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוח כל זמן שלא הגיע הזמן, אפי' קדושת דמים נמי תפקיע מיד שעבוד, ואי לא חשיבי ברשותו, אפי' קדושת הגוף נמי לא, דכי יקדיש את ביתו כתיב, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו". ר"י תרץ, שרבה לשיטתו אך לדעת אביי שסובר שלמפרע הוא גובה אין הקדש הגוף חל ואינו מפקיע מידי שעבוד.<sup>7</sup> וכתב האבני"ז שמבואר בתוס' שיש נפ"מ בין אביי לרבה האם הלוח יכול להקדיש קדושת הגוף בקרקע משועבדת, ואם כל דינו של אביי הוא רק קנין שעבוד מדוע לא חל ההקדש על הגוף.<sup>8</sup>

הגרשש"ק (מערכת הקנינים) מבאר בדרך מחודשת. לדעתו עד שעת הגביה, בין לאביי ובין לרבה, אין למלוה קנין גמור בנכסי הלוח, ועד הגביה יש למלוה זכות בנכסים שמשמעותו שאם לא יפרע לו יהיו הנכסים למלוה. נמצא דמתחילה יש למלוה זכות וקנין על תנאי בנכסי הלוח על העתיד אם לא יפרע, וכבר ביאר הגר"ש שקאפ במערכת הקנינים (סי' ז-ח) דכשיש זכות וקנין בחפץ על העתיד נחשב שיש לו עכשיו קנין בחפץ ודינו "כשותף עם הבעלים" של עכשיו. ובה נחלקו אביי ורבה: אם שעבוד נכסים לגביית חובו הוא בגדר קנין על העתיד בנכסי הלוח, דאם לא יפרע לו מתברר למפרע שהיה למלוה קנין בחפץ על העתיד ודינו כשותף, וזהו שיטת אביי, ואילו רבה ס"ל

<sup>7</sup> מסביר הפני"י: "דלאביי כיון דלמפרע גובה, אין הלוח יכול להקדיש אפילו קדושת הגוף, וממילא דה"ה בחמץ ושחרור נמי הוי דינא הכי, דלאביי לא מפקיע מידי שעבוד, ואע"ג דממשנתנו מוכח דאיירי באפותיקי מפורש, כמו שכתבו התוספות בסמוך, מיהו התוספות סברי דאפותיקי מפורש נמי מכאן ולהבא גובה לרבה דלא הוי כמאן דא"ל מעכשיו. ולפי"ז צ"ל דהא דאמרינן בפסחים כי פליגי היכא דאקדיש מלוה ולא משכח פלוגתייהו בדאקדיש לוח לענין קדושת הגוף וחמץ ושחרור, היינו משום דעיקר פלוגתייהו דאביי ורבה התם איירי במקרקעי, מדקאמר דאתי מלוה וטריף מלקוחות, והיינו בקרקעות דוקא, וא"כ ניחא ליה לתלמודא לפרש פלוגתייהו במידי דשייך בקרקעות והיינו קדושת דמים דוקא".

<sup>8</sup> שהחלות היא ממש למפרע מוכח אף מדעת הרמב"ן בקידושין (ח,ב). דעת הרמב"ן במקדש במשכון דר' יצחק מקודשת רק אם לבסוף גבה חובו מהמשכון: "ובמשכון דאחרים דמקודשת כדרכי יצחק, משמע לי מסוגיא דפסחים (ל,ב) דמשכון דתפיס ליה מלוה ברשותו, אם לא פרעו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע הוא גובה, ואי זבין מלוה או אקדיש משעת הרהנה (מסירת המשכון למלוה) שפיר זבין ושפיר אקדיש, ואי זבין לוח או אקדיש לאו כלום הוא וכולה מדרב יצחק כדאיתא התם, ובכה"ג הוא דאמרינן הכא דמקודשת כגון שהוחלט המשכון אחר כן". מבואר בדבריו, שלמד מהסוגיא בפסחים, שרק אם למפרע הוא גובה ואם ימכור או יקדיש הלוח מכירתו מכירה, רק משום כך אינו עובר בבל יראה, ורק משום כך נחשב ממונו לגמרי כדי לקדש בזה אשה. ודעתו כדעת תוס' שאם מקדיש לוח, היכא דהמלוה למפרע גובה, אין הקדשו חל.

דשעבוד נכסים אינו דומה לקנין ובעלות על העתיד והוא רק בגדר זכות גרידא כיון דזכות המלוה אינה ודאית.<sup>9</sup>

אך עדיין צ"ב האם הגדרתו של רשש"ק תועיל לנו להבנת דברי התוס' והרמב"ן, שלדעתם לפי סברת אביי לא יחול הקדש הגוף של הלוח, בעל הקרקע, משום שעבודו של המלוה, והרי הקדש של שותף חל על חלקו, וא"כ מדוע שלא יחול על הקרקע עד הגביה, ואפשר שכוונת תוס' שלא יחול להיות ממון גמור של הקדש. הרמב"ן אמר שאשה תהיה מקודשת רק אם לבסוף גבה את המשכון, אך אם מוגדר שיש למלוה שותפות בקרקע/במשכון מדוע שלא תהיה מקודשת.

והנראה בדעת תוס' והרמב"ן שלמדו בדעת אביי כהסבר הראשון שהבאנו, שעושה קנין על תנאי שאם לא יפרע יזכה בו המלוה משעת ההלוואה אך בתנאי שכל הזכויות עד מועד הפירעון שייכות ללוה.<sup>10</sup>

והנה, נחלקו התומים וקצוה"ח (סו,כו) על פי דברי תוס' (ב"ב עו,ב ד"ה קני) שביאר שאין מועילה מכירת שטרות מדאורייתא "דכמו שאינו יכול להקדישו...כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה". התומים דייקו, שלדעת אביי שיכול להקדיש גם המכירה מדאורייתא, אך קצוה"ח דוחה שגם לאביי, שסובר למפרע הוא גובה, זה רק כאשר המלוה בא וגובה החוב מהקרקע ואז מתברר שזכה למפרע ולכן גם כאשר מוכר לא מועיל המכר עד שיגבה המלוה, ואם המלוה מוחל החוב ולא גובה מהקרקע לא זכה כלל, 'אבל הלוקח דלא זכה בשעבוד משום דהשעבוד גופיה אינו נמכר לו אלא כשגובהו המלוה לבסוף, וא"כ כל זמן שלא גבה המלוה אין הלוקח זוכה בשטר'. יוצא אם כן, שלדעת התומים בדעת אביי תועיל המכירה מדאורייתא ולא יכול למחול ללוה, אך לדעת קצוה"ח המכירה ללקוח מותנת בגביית המלוה את חובו מהקרקע אך אם ימחול בטלה המכירה.

לפי הסבר הגרשש"ק מובן מדוע שתועיל המכירה כאשר מוכר חלקו כדברי התומים, אך לפי ההסבר ששהשעבוד הוא מכר בתנאי, התנאי הוא שאם המלוה יגבה יקנה, מובן שלא יחול המכר אם לא יגבה המלוה.

<sup>9</sup> ועיי' בפרק יב במערכת הקנינים שמבאר לפי דבריו מדוע לאביי אינו עובר בבל יראה הרי הם שותפים כרגע בקרקע.

<sup>10</sup> ובמלוה הכתובה בתורה, כך התנתה התורה.

**סיכום:** פתחנו בהוכחה שדעת אב"י שלמפרע הוא גובה, דעתו ששעבוד דאורייתא, וברור בדעתו שבכור יגבה פי שניים, (לדעת המאירי הנחה זו אינה תקיפה שכל דברי אב"י הם באפודתיקי וחשיב שפירש מעכשיו).

הבאנו שלשה דרכים בהבנת כוחו של השעבוד לפי דעת אב"י:

1. קנין על תנאי.
2. אב"ז - קנין שעבוד, מתברר שמתחילה היתה זכות למלוה, וברגע שמכרה עברה ללוקח.
3. רש"י - שותפות בקרקע, כמו ששותפים מתחלקים בזכויות (ע"פ ר"ן פ"ב דנדרים) כך גם הקרקע קנויה למלוה לעניין, אם הלוח לא יפרע חובו. (ראינו שמקצוה"ח משמע כהסבר הראשון ובדעת התומים יש להסתפק).

### **ג. בכור נוטל פי שניים**

בפרק הקודם למדנו שמי שסובר 'שבכור נוטל פי שניים בקרקע' סובר שעבודא דאורייתא וכש"כ מי שסובר שלמפרע הוא גובה.

יש לשאול שתי שאלות. א. האם מי שסובר ששעבודא דאורייתא חייב לסבור שבכור נוטל פי שניים. ב. האם כל מי שסובר שבכור נוטל פי שניים יסבור שלמפרע הוא גובה.

תוס' בב"ב (קכו, א ד"ה ואין) שואל איך יתכן שר"ב פפא סובר שגבו קרקע אין הבכור נוטל פי שנים ומאידך סובר ששעבודא דאורייתא – "וצריך עיון דר"פ סבר הכא בין גבו קרקע בין גבו מעות אין לו, אם כן סבר שעבודא לאו דאורייתא, דשילהי גט פשוט מדמי להו אהדדי, ובפרק קמא דקדושין (יג, ב) סבר ר"פ שעבודא דאורייתא".

מבואר בדברי תוס' שכל הסובר ששעבוד דאורייתא יסבור שבכור נוטל פי שנים כשגבו קרקע, א"כ אם שעבוד דאורייתא, חייב להיות שכבר נחשב למוחזק אצל המלוה עוד קודם שגבה.

האם הדין שבכור נוטל (כשגבו קרקע) תלוי בהכרעה בשאלה אם למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא?

הרי"מ בחידושיו (לט, ד) כותב שהטעם שבכור נוטל פי שנים הוא משום דלמפרע הוא גובה, דמשמע בגמ' (קכה, א) שדין זה תלוי בדין האם יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה, שאם למפרע הוא גובה כאשר

היתומים גבו קרקע בחוב אביהם התברר שעוד בחיי אביהם היתה הקרקע ברשותו, ולכן בע"ח אחר יחזור ויגבה ומאותו הטעם בכור נוטל פי שנים שחשיב שהיה מוחזק עוד אצל אביהם.

אם נלך בדרכו של תוס', שכל הסובר שעבוד דאורייתא בכור נוטל פי שניים, ועל פי הסברו של החידושי הרי"מ שלמפרע הוא גובה, למדנו – שעבוד דאורייתא שווה שלמפרע הוא גובה.

אמנם תוס' נשאר בצ"ע בדעת ר"פ, ועוד שלפי דברינו לדעת רבא מוכרח ששעבוד דרבנן ובתוס' בגיטין (נ,א ד"ה כיוון) כותב שרבא סובר ששעבוד דאורייתא, ועוד שלדעת הרי"ף והרמב"ם קי"ל שעבוד דאורייתא ופסקו שגבו קרקע אין לו.

לכן מבאר החידושי הרי"מ שמה שאומרת הגמ' שלמ"ד בכור נוטל פי שנים סובר ששעבוד דאורייתא אין זה אומר שכל הסובר ששעבוד דאורייתא צריך לסבור שלמפרע הוא גובה אלא גם לדעת רבא שמכאן ולהבא הוא גובה דין זה מדאורייתא.

**סיכום:** לפי דברי תוס' (ב"ב קכו,א) למדנו שהמשמעות ששעבוד דאורייתא הוא שלמפרע הוא גובה, אמנם ליישב קושיית תוס' וכן מכך דקי"ל שעבוד דאורייתא ובכל זאת גבו קרקע אין לו, למדנו שאף אם שעבוד דאורייתא, מכאן ולהבא הוא גובה.

#### **ד. ביאור דעת רב פפא**

לאחר שלמדנו שאף אם שעבוד מדאורייתא, מכאן ולהבא הוא גובה, ננסה להבין מהו תוקפו של השעבוד.

בגמ' בקידושין (יג,ב) משמע שרב פפא סובר שעבודא דאורייתא:

אמר רב פפא, הילכתא: מלוה על פה - גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות; גובה מן היורשין - שעבודא דאורייתא, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא.

אמנם בגמ' ב"ב (קעו,א) מובאים דברי ר"פ בשינוי, "אמר ר"פ, הלכתא: מלוה על פה - גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין - כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא". על פניו משמע מכאן שסובר ר"פ ששעבוד דרבנן דאל"כ מדוע נצרך הטעם

שגובים מיתומים כדי שלא תנעל דלת בפני לוי, די היה שנאמר שאין כאן צורך לתקן שלא יגבו.

נחלקו הראשונים בישוב סתירת הסוגיות – תוס' ב"ב (ד"ה גובה) כתבו דהוי כמו איכא דאמרי בהבנת דעת ר"פ "ויש לפרש, דר"פ לא אמר אלא מלוה על פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות, וגמרא מפרש לה הכא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, והתם למאן דאמר שעבודא דאורייתא, והוי כמו איכא דאמרי מילתא דהכא ודהתם". הרמב"ן כותב שאף שסבירא ליה לר"פ שעבוד דרבנן כתב בקידושין שגם לסוברים שעבוד דאורייתא לא גובים מהלקוחות אך נשאר הדין ביתומים.

הרי"ף (ב"ב עה,א) לומד שדברי ר"פ עיקרן בקידושין ולכן פוסק דשעבודא דאורייתא – "וקי"ל הכי, דהא ר"פ דהוא בתרא פסק הלכתא הכין בפרק האשה נקנית, דאמר ר"פ הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא".

ומסביר הרי"ף מדוע פה שינה ר"פ את לשונו, כדי לומר מדוע לא תיקנו גם ביתומים, "והא דקא פסק ר"פ הכא, ואמר דהלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, לאו דפליגא דידיה אדידיה, אלא הא קא משמע לן דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי".<sup>11</sup>

יש מן הראשונים (רמב"ן, ריטב"א וכן למד הש"ך – לט,ב) החולקים על הרי"ף, שסובר שלדעת ר"פ שעבודא דאורייתא. לדעתם מוכח שר"פ סובר שיעבודא דרבנן, שהרי סובר שהטעם שלא גובים מיתומים קטנים משום 'דלאו בני מיעבד מצווה ניהו' וא"כ מוכח שסובר דשעבודא לאו דאורייתא, שאם היה שעבוד היה גובה גם מקטנים. וכן מהגמ' בכתובות (פו,א) "א"ל רב כהנא לר"פ, לדידך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי? א"ל, תנינא: במה דברים אמורים - במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין

<sup>11</sup> הריטב"א בקידושין מקשה ל"ל טעם להעמיד על דין תורה: "ולא מחוור... שלא היה צריך לתת טעם למה העמידוה רבנן לגבות מן היורשין כדינו דהא פשיטא שאין חכמים יכולין לעקור דבר מן התורה בלא טעם", וכיוצא בזה הקשה הש"ך בסימן לט. אחרונים מתרצים שהואיל וביטלו את השעבוד, בטל השעבוד לגבי הכל או שכעת חסר בסמיכות הדעת ולכן צריך תקנה חדשה.

אותנו עד שתצא נפשו", מבואר שאפשר לכפותו רק משום המצווה ולא משום הממון.

נראה שלמדו שאם קנוי למלווה שעבוד חשיב שממונו אצל היתומים ולא צריך מצווה כדי לחייבם להוציאו. אמנם הרי"ף כלל לא הכניס זאת כשיקול וכן תוס' בב"ב (קכו, א מובא לעיל) שלמד בדעת ר"פ ששעבוד דאורייתא.

**סיכום:** הרמב"ן, הריטב"א והש"ך למדו בדעת ר"פ הסובר שפריעת בע"ח מצווה ששעבוד לאו דאורייתא ואילו הרי"ף ותוס' לא ראו בדברי ר"פ פריעת בע"ח מצוה נקיטת עמדה בשאלה אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

#### ה. שני סוגי שעבוד

בביאור מחלוקתם – נראה בדעת הרמב"ן (והסוברים כמותו) ששעבוד הוי זכות ממונית בנכס ולא רק זכות גביה בעלמא ולכן אף שהקרקע אצל יתומים קטנים יכול המלווה לטרוף מדין ממוני גבד'.

הרא"ש בתוספותיו (כתובות פו, א ד"ה לא ניחא) מקשה את קושית הראשונים ומתרצה -

וא"ת כיון דשעבודא דאורייתא אפילו מיתמי אמאי לא מגבינן לבע"ח שעבודה אפילו מיתמי קטני כיון דמשעבד ליה מאבוהון ואע"ג דלאו בני מעבד מצוה נינהו מ"מ כיון דשעבודו מונח לפניו למה לא יקחנו, ונראה לי כיון דהשתא נפול נכסי קמי יתמי ואינון לאו בני מעבד מצוה נינהו אף לנכסיהם לא נחתינן דנכסוהי דאיניש אינון ערבין היה וכיון דלוה לא מחייב לא נתחייב גם הערב.

מבואר מדברי הרא"ש, שלדעת ר"פ אע"פ ששעבוד דאורייתא אין השעבוד חל על גוף הקרקע אלא נתנה תורה זכות למלוה לרדת ישירות לנכסים. וכן מסביר התומים (לט, ב) "והיינו דסבירא ליה הא דשעבדא תורה הוא דעיקר חיובו על הלוה דמצווה עליו לפרוע, ואי לא רצה הרי כופין אותו כדאמרין בכתובות (פו, א), ונכסיו אינון ערבין, ולכך גובים דבר תורה מנכסיו", אך מיתומים קטנים אין גביה שכן אינם חייבים לפרוע ולכן הנכסים אינם ערבים.

מבואר מדבריהם שהנכסים ערבים ללוה אך אין זכיה בעצם הקרקע, לכן אף שללוה עצמו היו ערבים, לאחר מותו שוב אי אפשר לגבות מהם כי ליתומים אין שעבוד הגוף ולכן גם אין ערבות.

ואף שהלקוחות גם הם אינם חייבים, אך לזה התורה שעבדה את הנכסים ונתנה רשות למלוה לגבות חובו של הלוה מנכסים אלו אפילו שכבר יצאו מרשות לוח, אך במות הלוה שוב אין חוב כלל ולא ניתן לירד 'לערב'. לפי הגדרה זו שעבוד אינו אלא זכות גביה בלבד.

נמצאנו למדים שלדעת הרי"ף השעבוד הוא רק זכות גביה אך לא קנין בקרקע ולרמב"ן הוי קנין בקרקע.

הרמ"ה בסוף ב"ב (קעו,א) מבאר שכבר נחלקו אמוראים בשאלה זאת דעת עולא ששעבוד דאורייתא מקרא דיוציא אליך את העבוט ולכן מדאורייתא גם מטלטלין משתעבדים אך לדעת ר"פ שאין גובים מטלטלין מיתומים (ואין לומר שהפקיעו השעבוד אפילו מיתומים שהרי ליתומים אין ענין לתקן) למד שהשעבוד מדין ערבות וזה שייך דוקא בקרקע שהמלוה סומך דעתו על כך.

**סיכום:** לדעת הרמב"ן שעבוד הוא בגוף הקרקע ולדעת הרי"ף ותוס' שעבוד אינו אלא זכות גביה. ולפי רמ"ה תליא במחלוקת אמוראים.

### 1. מכירת שעבוד

למדנו בגמרא שלדעת רבא הסובר שמכאן ולהבא הוא גובה לא מועילה מכירת המלוה את הקרקע, אמנם לפי דעת הרמב"ן מדוע אינו יכול למכור את זכותו שבקרקע? וצריך לומר שאין כלל אפשרות למכור שעבוד, אף שיש לו שייכות בקרקע אין זה חלק מוגדר, ורק לדעת אביי שהקרקע נעשית למפרע של המלוה, אם מכרה נעשית של הקונה כמו ההסבר הראשון בפרק א, וכן לפי הסברו של רשש"ק שלדעת אביי זוכה המלוה מרגע ההלואה, אלא שחלקו בקרקע מוגדר מרגע הגעת הזמן, ולכן יכול למוכרו. אמנם נראה שהאבני נזר סובר שלדעת רבא אין כלל שעבוד בקרקע שהרי לדבריו גם בדעת אביי כל זכותו זה שעבוד בעלמא.

אכן לדעת ר"ת ניתן למכור את שעבוד הקרקע. ידועה דעת ר"ת שמהני מכירת שטרות מדאורייתא אך המלוה יכול למחול את השעבוד משום שרק שעבוד נכסים נמכר ולא שעבוד הגוף. וכפי שמביאו הרשב"א (ב"ב קמז,ב): "וטעמא דמוכר שיכול לחזור ולמחול אע"פ שמכירתו מן התורה, לפי שאין אדם יכול למכור אלא זכות השעבוד שיש לו בנכסי חבירו אבל חיוב הגוף שחבירו מחוייב לפרוע לו חובו כדאמרין (לקמן קעד,א) פריעת בעל חוב מצוה אינו יכול למכור, ונכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה וכל שזה מוחל ללוה חיוב הגוף פקע שעבוד הנכסים".

הרשב"א מקשה על ר"ת "ולא ירדתי לסוף דברים אלו, שאלו תאמר שאינו מוכר לו אלא שעבוד הנכסים שיש לו על חבירו, השעבוד אין לו גוף שיהא קנוי ומכור ואילו נכסי הלוחה אינן של מלוה שיוכל למוכרו, דאקדיש מלוה וזבין מלוה לא עשה ולא כלום דקיי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה".

הרי קיי"ל כרבא שלהבא הוא גובה וא"כ השעבוד אין לו גוף והוי דבר שאין יכול למכור.

בפרק הקודם (ה) הבאנו שדעת הרמב"ן שלשעבוד יש ממשות בקרקע וכן דעת הרשב"א בקידושין (יג,ב) ובכל זאת ברור לו שאין דרך למכור שעבוד זה. ומשמע א"כ שדעת ר"ת היא שאפיל לדעת רבא יש קנין בקרקע שיכול למוכרו וקשה שלרבא משמע שאינו יכול למוכרו.

הגרשש"ק (מערכת הקנינים יא) הקשה על ר"ת ששעבוד ניתן למכירה, מבאורו בדעת רבא לפיו אין קנין בקרקע אלא רק זכות לגבות מהקרקע.

ביישוב קושייתו הגדיר את מחלוקת אביי ורבא וכתב: "דלאביי דסובר דזכות זה הוא חלק ממש בקרקע אם נתקיים אח"כ זכותו באותה שדה, ע"כ הוא נמכר בקנין שנקנה שאר נכסים, קרקע בכסף ושטר, ומטלטלין בחליפין או במשיכה, ולרבא דסבירא ליה דזכות זה אינו חלק בקרקע, אף שנמכר ונקדש מן התורה אבל אינו נמכר כשאר חפצים, וצריך קנין זה מעשה קנינים מיוחדים ונמכר ע"י כתיבה ומסירה...וע"י מעשה קנין כזה אפשר למסור זכות זה לאחרים מן התורה".

ז"א שלפי ר"ת ההבדל בין אביי לרבא הוא בדרך בה ניתן לקנות את השעבוד. לפי זה נוכל לומר שאף אם יש קנין וזכות בקרקע המשועבדת, כמו שהוכחנו להרבה ראשונים, י"ל שלדעת רבא ניתן למכור זכות זו רק ע"י שטר הואיל ואין זה חלק מוגדר.

**סיכום:** אף לסוברים ששעבוד הינו זכות בגוף הקרקע אינו יכול למכור זכות זו שאין זה בעלות על גוף הקרקע, כך מוכח מהרשב"א, אמנם בדעת ר"ת משמע שיכול למכור זכות זו אך לכך בעי כתיבה ומסירה. (ומהגרשש"ק משמע שאף שאין זכות כלל בגוף הקרקע ניתן למוכרה).

#### ז. תוספת ביאור בדעת הרי"ף

האם ניתן לומר שאין שום רושם קניני בקרקע המשועבדת?

ישנם מספר סוגיות שמשמע מהם שיש השלכות קנייניות בקרקע:

## דין הילך

הגמ' בב"מ (ד,ב) מביאה הוכחה למ"ד שפטור משבועה ב'הילך' ממודה בשטר 'והאי שטר דקמודי ביה - הילך הוא, ושמע מינה: הילך פטור', ומסביר רש"י שמודה בשטר הוי הילך 'דכיון דכל הודאתו בשטר כתובה, דשטר נמי שתיים משמע, וכל משמעות השטר הילך הוא - שהרי הקרקעות משועבדים על כך' דהיינו הואיל והקרקע משועבדת חשיב הילך, ומבאר הפני"י במקום 'דמה שמודה לו בשעבוד קרקעות מיקרי הילך שהרי הם ברשות המלוה בכל מקום שהם' – מבואר מדרך זאת שכבר יש למלוה זכות בקרקע.

## דין קדימה

הגמ' בכתובות (צ,א) דנה מה הדין בבעל חוב מאוחר שקדם וגבה, ואומר הרמב"ן שהסוברים שמה שגבה לא גבה וחוזר המוקדם וגובה מהמאוחר זה למ"ד שעבוד דאורייתא. והנראה בטעמו, שמשום שהמוקדם כבר זכה בזכות בקרקע לא יכול הבע"ח המאוחר למנוע ממנו לקחת זכותו, אך אם נסבור שכל השעבוד הוא רק דין ערבות ונכסים אלו ערבים גם לבע"ח המאוחר מנין לנו שיכול לחזור ולגבות (רוצה לומר – אם יש זכות קניינית מובן שחל לראשון קודם לשני אך אם זה זכות בעלמא מנין שיש לראשון עדיפות).<sup>12</sup>

לכאורה יש לומר שאף שהרי"ף סובר שהשעבוד נובע מדין ערבות והיכא שאין מצוה אין שעבוד, אך ניתן להבין שכאשר יש מצוה וחובה על הלוח יש גם זכות למלוה בנכסים, שעומדת ותלויה בשעבוד הגוף, וברגע שיופסק שעבוד הגוף גם פוקע שעבוד הנכסים.

כדרך זו נשמע, לכאורה מדברי התומים:

הראשונים שאלו על דעת ר"ת במוכר שט"ח (לעיל) מדוע כאשר מוחל את החוב בטל השעבוד שמכר אך כאשר מת הלוח אף שפוקע שעבוד הגוף עדין קיים השעבוד נכסים, ואומר הר"ן (כתובות מד,ב בדפי הרי"ף) 'ומיהו כשמת הלוח אע"פ ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסים לא פקע, לפי שעיקר ערבותו של

<sup>12</sup> כדוגמא לדבר מבאר הרב שך (אבי עזרי אישות יח,יד) החילוק בין פוסק מזונות לבת אשתו לחיוב מזונות לאשתו. החיוב לבת הוא חיוב ממון והמזונות זה השיעור לעומת חובתו לאשתו בתנאי ב"ד עצם החיוב זה מזונות "וא"כ אם היה שעבוד נכסים לגבות מלקוחות אין זה מגדר קנין שהיא האשה יש לה בנכסים שהרי אין לה ממון גביה כלל רק מזונות והנכסים הרי אינן מזונות אלא שמ"מ הנכסים משועבדים לה מטעם שהן ערבין לכל החיובים שיש. ואף שיש דין ערבות על הקרקע אבל דין קדימה לא שייך שחיוב הערבות חל שפיר אף שיש כבר ערבות על הנכסים בעד חיוב אחר".

נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע מהם, אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים נפקע.

ומבאר דבריו הקצות (סו, כו) "דשעבוד נכסים דין ערב ממש הוא, ודון מיניה דערב אילו הלך הלוה למדינת הים או מת הלוה ולא הניח אחריו כלום ודאי הערב חייב לשלם, ואילו היה המלוה מוחל ללוה גם הערב נפטר, ומשום דהערב נתערב בשביל הלוה אם לא יפרע חובו מן הלוה אזי יהיה קם תחתיו לפרוע חובו, ובזה נתחייב מתחילת הערבות בעוד שהיה חל על הלוה שעבודו ובשעה שהיה הלוה קיים, אלא דכשהלוה פורע בעצמו או שמחל לו המלוה דהוי כפרעון א"כ ממילא נפטר הערב כיון שכבר קיבל המלוה את חובו על ידי פרעון או על ידי מחילה דהוי כפרעון ממש". דהיינו כאשר האדם מוחל הוי כפרעון וממילא נפטר הערב אך אם מת הלוה עדין אחריות הערב חלה וניתן לפדות מהנכסים.

התומים (סו ס"ק מג) אינו מקבל הסבר זה, לדעתו אין אפשרות שיהיה שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף "וצ"ל לפירוש ר"ת אם כן במת לוח ונפלו נכסים קמי יורשים דהא פקע שעבוד גוף, באיזה אופן יחול שעבוד נכסים וצ"ל דאף במת לוח כשירש זוכה בנכסים אף הוא משתעבד כמו לוח בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה". מבואר בתומים שאין אפשרות לגביה ממשועבדים כאשר אין שעבוד הגוף.

לעיל (פרק ד) הבאנו את ישובו של התומים לדעת הרי"ף, שאף דסבירא לן שעבוד דאורייתא אין גובים מיתומים קטנים שכל השעבוד הוא רק דין ערבות ולא זכות קנין בקרקע וא"כ כאשר מת האב ופקע חובת הגוף ממילא אין דין ערבות על הנכסים. אך קשה א"כ אף כאשר היתומים גדולים היה צריך להיות הדין שאין שעבוד שהרי שעבוד הגוף פקע, אלא שצריך לומר שכוונת התומים בדעת הרי"ף כמו שהסביר בדעת ר"ת שעל היתומים יש שעבוד הגוף וגובה מהנכסים, אך דווקא מיתומים גדולים שחייבים במצוות אך קטנים הואיל ואין מצווה אין שעבוד הגוף וממילא אין שעבוד נכסים.

היוצא מדברי התומים - בדעת ר"ת - שכאשר יש שעבוד הגוף יש זכות קניינית בקרקע, שהרי לדעתו הבע"ח יכול למכור רק את שעבוד הנכסים, אך בכל זאת סובר שבמיתת הלוה פוקע גם השעבוד נכסים.

מבואר שאף שנסבור שדין השעבוד הוא רק כערבות לשעבוד הגוף, וכאשר פקע שעבוד הגוף פוקע שעבוד נכסים, יש זכות קניינית בקרקע.

ובהבנה נוספת - קשה לומר שהזכות בקרקע תפקע ותחזור מאליה, אלא לפי הבנה זאת נאמר שיש זכות קנין בקרקע מזמן ההלוואה ועד לפרעון, אך הגישה לקרקע מותנת בשעבוד הגוף בפועל ולכן יתומים קטנים או כאשר המלוה מוחל אף שאין כלל שעבוד הגוף עדין הזכות הקניינית קיימת אך אין את הגישה לקרקע. לפי זה נוכל להבין גם בדעת הרי"ף ששעבוד חשיב הילך משום הזכות הקניינית וכן משום השעבוד יש דין קדימה.

אך לאור הבנות אלו עדין קשה השאלה הנוספת ששאלו הראשונים על שיטת הרי"ף, דמבואר שלר"פ אין שעבוד דאורייתא ששאלה הגמ' 'אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי?', מבואר שאין שעבוד בקרקע, אך לפי דברינו אף שהשעבוד מדין ערבות צמודה לו זכות קניינית. ונראה שבדעת הרי"ף נישאר בהסברנו שאין כלל זכות בגוף הקרקע.<sup>13</sup>

**סיכום:** הוכחנו מדברי התומים שגם לדעה ששעבוד הוא מדין ערבות ומותנה כל הזמן שיש כאן שעבוד הגוף, עדין ניתן להבין שיש כאן זכות קניינית רק שבהסתלק שעבוד הגוף אין גישה לשעבוד בקרקע. אך לבאר שזה סברת ר"פ על פי הרי"ף קשה דא"כ לא נכפה אותו מכפיה על המצוות אלא מדין 'ממוני גבד'.

#### ה. שעבודא לאו דאורייתא

מה כוח השעבוד למ"ד שעבוד דרבנן?

הגמ' ב"ב (קעה,ב) שאלה איך יתכן שרבה סובר שעבודא דאורייתא הרי סובר שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בכור נוטל פי שנים, "ומי אמר רבה הכי? והא אמר רבה: גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו", ומבאר תוס' (ד"ה גבו) שאף דעסקינן שגובים מהלוה עצמו מ"מ משמע שהקרקע משועבדת שהרי במעות אין הבכור נוטל "אלא ודאי עיקר שעבוד הוא על קרקע אלמא שעבוד קרקע לקוחות דאורייתא".

---

<sup>13</sup> בגמ' בב"מ בדין הילך ישנם הסברים נוספים מדוע חשיב הילך. התורת חיים מבאר (לא גירסת רש"י ע"ש) כיוון שמודה בשטר חשיב כאילו נתן לו שטר עכשיו 'והא כיון דקמודי ביה לפני הבית דין על שתים, בהך הודאה הוי כאלו יהיב ליה השתא שטר חוב, דמעיקרא חספא בעלמא הוה והשתא הוא דמשוי ליה שטרא בהודאתו, וא"כ מודה במקצת הוא והילך גמור הוא ואפילו הכי פטור ש"מ דהילך פטור'. ובדין קדימה גם יש להסביר שאף שעבוד זה דין ערבות כאשר הבע"ח מאוחר לקח הקרקע עדין יש למוקדם כח לגבות הקרקע מדין ערבות, וצ"ב.

וצריך ביאור מנין הפשיטות לגמרא, שאם שעבוד דרבנן אין הבכור נוטל פי שנים בקרקע שגבו.

הר"י מיגאש כותב "אלמא שעבודא דאורייתא וכאלו הך קרקע שבק אבוהון והוה ליה מוחזק, דאי סלקא דעתך שעבודא לאו דאורייתא, ומעידנא דגבי ליה בע"ח לקרקע הוא דזכי ליה בההוא קרקע, אבל מקמי הכי לא, דהא שעבודא לאו דאורייתא..." , מבואר מהר"י מיגאש שאם שעבודא לאו דאורייתא זוכה בקרקע רק מזמן הגביה.

הקוב"ש (ב"ב שפו) מביא גם עקרון זה מהרמב"ן (קכו,א) ומבאר: "ואף דמדרבנן טורף מלקוחות, כבר כתב הרמב"ן דמשום שעבודא דרבנן לא מיקרי מוחזק כדמוכח בגמ' שילהי גט פשוט, וטעם ד"ז נראה דהא דטורף מדרבנן ע"כ הוא מטעם הפקר ב"ד, וההפקר הזה מתחדש בשעת הטירפא ולא קודם לכן דאז עדיין אין לו שום זכות בנכסים, ומשו"ה מיקרי ראוי ולא תיכף משעת הלואה, ובבכורות דף נא מבואר דלמ"ד ירושת הבעל דרבנן חוזרת ביובל והיינו דבשביל תקנת חכמים אין לו דין יורש אלא דבשעת מיתת האשה הקנו לו חכמים נכסיה והוי כמתנה דחוזרת ביובל".

אך עדין לא מוסבר מדוע אין בכוח חכמים לתקן שעבוד לא גרע מכוחם להפקיר, הניחא אם נאמר שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו לשעבד בפירוש אינו יכול, (תוס' סו"פ ג"פ דאעפ"י שיכול למוכרן אינו יכול לשעבדן, וכ"כ הריטב"א בפרק קמא דקידושין (יג,ב) סוד"ה א"ר יהודה) דאפילו שעבד בפירוש לא מהני ואף שיכול למוכרן לפי שאין הקנאה לחצאין ע"ש), מבואר שאין חלות כזאת כלל של קנין לחצאין. אך לסוברים שאף שאין שעבוד מהתורה אדם יכול לשעבד נכסיו (רש"י קידושין יג,ב) כש"כ שיש בכוח חכמים לתקן שעבוד – ר' שמואל (שעורים ב"ב קעה) כותב "וצריך לומר דאי שעבודא לאו דאורייתא, גם מדרבנן לא תקנו בגדר שעבוד וקנין, רק זכות גביה תקנו לו, ולכן כל זמן שלא גבה לא חשיב מוחזק".

האור שמח (עדות יא,ו) מבאר שמדרבנן מוכרח שהגביה תהיה רק מכאן ולהבא, כי בדברי סופרים אזלינן בתר גמרו וסופו, שאינו נעשה איסור בעצם רק במקרה, והטעם שתמיד ב"ד גדול יכול לבטל התקנה, "ולכן אמר בסוף ב"ב דאם שעבודא לאו דאורייתא ומהתורה יכול למכור הוי מלוה ראוי בגבו קרקע...מ"מ כיון שהוא דדבריהם לכן בשעת מות אביהם חזינן דאימור תבטל התקנה ולא יהיו יכולים לטרוף מהתורה מלוקח, רק כי אתא שעת

הגביה והתקנה עוד קיימת אז אלימא כדברי תורה אבל חשיבא כאלו באה לאחר מיתת אב."

לאור האמור יוצא שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה בשטר אין למלוה זכות בנכסים.<sup>14</sup>

שאלנו לעיל (פרק ו) מדין קדימה ממנה משמע שיש זכות בגוף הקרקע, אכן הרמב"ן שם בסוגיא (כתובות ז,א) תולה את המחלוקת בשאלה האם מה שגבה גבוי בשאלה האם שעבוד מדאורייתא או מדרבנן, ובלשון הריטב"א: "ורבינו הגדול ז"ל פירש דהאי פלוגתא שייכא בפלוגתא דעלמא (קדושין יג,ב) בשעבודא אי דאורייתא אי לאו דאורייתא, דמאן דאמר מה שגבה גבה קסבר שעבודא לאו דאורייתא ואין מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים אלא בתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוויין ובשני בעלי חובות ליתיה לההוא טעמא כדפירש רש"י ז"ל, ומאן דאמר מה שגבה לא גבה סבר שעבודא דאורייתא ומלוה בשטר טרפא מנכסים משועבדים ואפילו מלוה על פה היתה טורפת אי לאו משום דלית ליה קלא הלכך לגבי בעל חוב מאוחר נמי מפיך מיניה דאמר ליה שעבודא גבך הוא, ובזה יבא יפה מה שפסקו הגאונים ז"ל מה שגבה לא גבה משום דהא קיימא לן שעבודא דאורייתא".

אומר הריטב"א שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא מה שגבה גבה, שאין טעם לתקן שיזכה הראשון משום נעילת דלת שהרי גם השני מלוה, אך למ"ד שעבודא דאורייתא גובה 'דאמר ליה שעבודא גבך הוא'.

#### **למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, האם ניתן ליצור שעבוד?**

דעת רש"י בקידושין (יג,ב ד"ה אינה) שגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, יכול אדם להשתעבד בשטר.

הרשב"א מקשה על רש"י. איתא בב"ב (קעה,ב) דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא "ומה טעם אמרו: מלוה בשטר - גובה מנכסים משועבדים? כדי

<sup>14</sup> יש ראשונים (רמב"ן, רשב"א וריטב"א) שהוכיחו שקי"ל שעבודא דאורייתא מכך שהלכה כרב הונא בריה דרב יהושע, השי"ך (לט,ב) כותב 'ואני בעניי איני מכיר ראייה זו' אף אם שעבוד לאו דאורייתא סוף סוף תקנו שעבוד ואם כן מובן שיגבו גם מיתומים קטנים. וצריך לומר בכוונתו שאינו שואל מכוח זה שתיקנו שעבוד ואין סיבה שיפקע במות הלוח אלא כוונתו שחכמים תקנו כל היכא דלא שייך חשש צררי כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. וזה לשונו 'ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל טעמא משום צררי, ואה"נ דסבר שעבודא לאו דאורייתא, אלא דמשום נעילת דלת תיקנו רבנן דגובים מן היורשים, וא"כ בכל ענין גובין מן היתומים אם לא היכא דאיכא למיחש לצררי'.

שלא תנעול דלת בפני לוי". מבואר שאף שיש שטר גובה רק משום נעילת דלת. הרשב"א מתרץ שאפשר שכוונת רש"י רק אם שעבדו בפרוש והתם מיירי בסתמא שלא משעבד. מתור"ד משמע שלרב ושמואל מהני כתיבה בשטר אך הגמ' בב"ב, למ"ד שעבודא דרבנן, סברא שאף בשטר לא מועיל.

תוס' ב"ב (ד"ה דבר) סובר, שאי אפשר לשעבד "אע"פ דכתב ליה אחריות בהדיא, לאו דאורייתא הוי האי קנין, דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות אע"פ שיכול למכרן". וכ"כ הריטב"א בקידושין.

ניתן לומר ששרש מחלוקתם נעוץ בגדר שעבוד, שלסוברים שלא ניתן לשעבד אם התורה לא חידשה כן, ששעבודא הוי רק כערב ללא זכות קנינית וממילא לא ניתן ליצור ערבות כזאת בנכסים, אך אם נסבור ששהשעבוד הוא זכות קנין בקרקע אין סברא שאם יכול למכור שלא יכול לשעבד. אמנם הריטב"א כותב שלא מועיל לשעבד משום שאין קנין לחצאין, מבואר שאף אם הוי זכות בקרקע ניתן לסבור שאי אפשר לשעבד, ולפי זה למד הקצות (לט,א) שאפשר שאף למ"ד שעבודא דאורייתא לא מועיל לשעבד מה שלא השתעבד מהתורה.

**סיכום:** למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מבואר בגמ' ב"ב (קעה,ב) שהשעבוד אינו אלא זכות גביה בלבד (הפקר בי"ד הפקר – קוב"ש) אך לא קנין משעת הלואה, ומובן שלא יהיה דין קדימה. לפי רש"י ולפי תור"ד לרב ושמואל - בשטר הוי שעבוד דאורייתא, ולדעת הרשב"א רק אם שעבד בפירוש.

#### **ט. סיכום**

ננסה לדרג את ממשותו של השעבוד בנכסים לפי הדרכים שהבאנו:

#### **א. למפרע הוא גובה**

1. כל מלוה קונה את הקרקע משעת הלואה באם הלוה לא יפרע. (תנאי שהפירות ללוה)
2. המלוה קונה את הקרקע כשותף לזמן וירד לקרקע בהגעת זמן הפירעון. (רש"י"ק)
3. המלוה קונה מרגע הלואה קנין שעבוד בקרקע. (אבני נזר)

#### **ב. מכאן ולהבא הוא גובה**

1. המלוה קונה זכות קנינית בקרקע שתתן לו זכות לרדת לקרקע בהגעת זמן ואף למכור זכות זו. (ר"ת אם סובר כרמב"ן לקמן)
2. יש זכות קנינית אך אינו יכול למוכרה. (רמב"ן, רשב"א)

למהותו של השעבוד

3. יש זכות קנינית אך אינו יכול לגשת אליה ללא שעבוד הגוף. (דעת הרי"ף בבאורנו בהסבר התומים)

4. אין זכות קנינית רק הנכסים ערבים על החוב ויפקע בחיסרון שעבוד הגוף. (הרי"ף בדרך הפשט וצי"ב)

**ג. שעבוד דרבנן**

אין שום זכות בקרקע אלא זכות גביה מדרבנן.

## הרב ירון רוזיליו

### גביית שטרות ע"י בית דין

#### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. מדוע שלא תהא גבייה משטרות?
  1. כפיית בית דין בנכסי לווה
  2. ירידה לנכסים לצורך השבת ריבית קצוצה
  3. שתי סברות עיקריות המאפשרות ירידה לנכסים
  4. גביית מטלטלין
  5. גביית שטרות ע"י בית הדין
  6. העברת בעלות על חובות
  7. מסקנת הדברים
- ג. היחס בין גביית שטרות לשעבודא דר' נתן
  1. דעת הרשב"א
  2. דעת הרשב"א בשעבודא דר' נתן
  3. קצות החושן – חובות משתעבדים
  4. נתיבות המשפט – חובות משתעבדים מחמת דינא דר"נ
  5. גביית שטרות במקום שעבודא דרבי נתן
  - ד. שעבוד וגביית חובות מדרבנן
  - ה. בדעת הראשונים
  - ו. סיכום

#### א. הקדמה

הגמרא במסכת כתובות דף יט, א מביאה :

אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן. דקאמר מאן? אי דקאמר לווה, פשיטא כל כמיניה? אלא דקאמר מלווה תבוא עליו ברכה וכו' אביי אמר לעולם דקאמר מלווה וכגון דחב לאחרים

וכרבי נתן דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה – תלמוד לומר "ונתן לאשר אשם לו".

בדברי רב מובא שהאומר על שטר חוב החתום כדת בעדים ומונה אצל המלווה שהוא "שטר אמנה", כלומר שטר שניתן אמנם למלווה, אבל הלואה בפועל לא היתה וסיבת נתינת השטר היא שאם ירצה הלווה הלואה מאוחר יותר יהא כבר שטר מוכן בידו של המלווה, והלווה "מאמין" למלווה העתידי שלא יתבענו אא"כ אכן תתבצע ההלוואה בפועל.

הגמרא דנה מי הוא המעיד על כך, ששטר זה אינו שטר רגיל אלא שטר אמנה. אם נאמר שזהו הלואה – אז ודאי שלא נאמן, שברור הוא שלווה לא יכול לטעון כלפי אדם המחזיק שט"ח עליו שלא היה חוב, דא"כ ביטלת תורת שטרות. אם נאמר שזהו המלוה – אז ודאי נאמן לחובתו לומר שבאמת אין הלה חייב לו דבר ותבוא עליו ברכה שהיא אדם ישר ומודה בכך. (בהמשך הגמרא דנה באפשרות שהעדים אומרים כן). אביי מתרץ שמדובר שהמלווה אומר כן, ומה שלא נאמן הוא מחמת שהוא "חב לאחריני" – שהודאתו אינה לחובתו בלבד, אלא לחובת אדם נוסף – המלווה שלו. כלומר שיש אדם נוסף שהמלווה חייב לו סכום כסף שלווה ממנו, והיות וחדש ר' נתן שבמצב כזה בית הדין גובה את חובו של הלווה לטובת המלווה של המלווה ולא המלווה האמצעי, נמצא שחוב זה כבר אינו ממש של המלווה האמצעי, ולכן הודאתו שחוב זה הרשום בשטר בעצם אינו קיים והשטר הוא אמנה, היא הודאה לחובת המלווה הראשון – וע"כ לא מתקבלת.

הר"ן (בפירושו על הרי"ף) מקשה :

"ואם תאמר ובלאו ר' נתן נמי הוי חב לאחריים דנהי דאין מוציאין מזה ונותנין לזה כל זמן שלא יתבענו ללווה מ"מ כשיתרעם המלווה בב"ד למה לא יגבו לו חוב זה כשם שהם מגבין לו שאר נכסיו". ומתרץ: "יש לומר דשטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבים לו ומהכא שמעינן לה. וה"נ מוכח בסוף מכילתין גבי בי שהוציאו שטר חוב זה על זה דאמרינן זה גובה וזה גובה הלכך בלאו ר' נתן לא הוי חב לאחריים אבל לר' נתן דסבירא ליה שהמלווה יכול לתבוע בדין בעל חוב של לווה ולפרע ממנו הוי חב לאחריים ולא מהימן".

הר"ן מקשה מדוע ה"חבות" לאחריני נובעת מדינו של ר' נתן בלבד [ניתן להוסיף שפרט למשמעות הסוגיא היא מותנה דין זה של רב בחלות דינו של ר' נתן, שאינו חל לחלק מן הראשונים אלא במקום שלמלווה האמצעי אין

נכסים אחרים הניתנים לגבייה, וכן ישנם החולקים על עצם דינו של ר' נתן (קידושין טו, א) וכן שעבודא דר' נתן יתכן שניתן למימוש רק בהגיע זמן הלווה לפרוע חובו למלווה האמצעי כמובא ברשב"א לקמן] הרי אם יבוא מלווה לבית הדין ויתבע את הלווה שלא פורע את חובו ובית הדין יאלץ לרדת לנכסי הלווה ע"מ לגבות את החוב, אם ימצא ביד הלווה שטרי חוב שחייבים לו אנשים אחרים, הרי בית הדין יגבה אותם "ויחליט" אותם לטובת המלווה. וא"כ יש למלווה שייכות לשטרי חוב הנמצאים אצל הלווה גם בלי דינו של ר' נתן אלא מעצם היותם ברי גביה לטובת חובות ומדוע הגמרא תולה את ה"חב לאחריני" דווקא בדינא דר' נתן ולא בעצם המציאות של מלווה – לווה כשהלווה מחזיק שטרי חוב.

מחדש הר"ן – כשבית הדין יורד לנכסים ע"מ לפרוע חובות אינם לוקחים שטרי חוב, והסיבה היא שאין גופן ממון ובי"ד גובה רק נכסים ממשיים שגופן ממון ולא שטרי חוב. אף שאותם שטרי חוב ניתנים למימוש והיו שווים כסף רב עבור המלווה – מ"מ כיון שכרגע אין גופם ממון, בי"ד לא משתמש בהם לפרעון החוב.

המקור לדין זה אליבא דהר"ן הוא הסוגיא עצמה הנזקקת לדינא דר' נתן ע"מ להגדיר את המצב "חב לאחריים". הר"ן מביא גם מסוגיא לקמן (כתובות קי, א) ראייה לדינו – הסוגיא מביאה ששני אנשים המחזיקים שטרי חוב זה על זה, בסכום דומה, אם שניהם מחזיקים בנכסים בעלי איכות דומה, לדוגמא בינונית ובינונית, אז אין טעם בגבייה כי כ"א יגבה בינונית וישלם בינונית. וע"כ זה עומד בשלו וזה עומד בשלו. אולם אם לאחד ישנם נכסים איכותיים יותר כגון עידית ולחברו פחותים היות ואם תתבצע גבייה ירויח בעל הנכסים הפחותים שהרי יתן נכס פחות ויקבל נכס איכותי יותר – א"כ הגבייה תתבצע היות ויש רווח לאחד הצדדים. והיה מקום להקשות, דהרי יכול המפסיד כתוצאה מגבייה זו להציע לחבירו את עצם שטר החוב שבידו, כתשלום עבור חובו (הוא יכול להוציא כל שטר חוב, גם של אחרים החייבים לו, אולם בסוגיא נראה שאין להם נכסים אחרים פרט לקרקעות המדוברים) וע"כ יוכל למנוע את הגבייה מהקרקע ולא להפסיד את קרקעותיו הטובים יותר.

ומכך שהגמרא לא הביאה כן, וגובים קרקעות, מוכח שא"א לשלם חובות ע"י שטרות. (כאן רואים שלא רק שבית הדין אינו גובה, אלא גם האדם עצמו לא יכול להציע לבעל חובו שטר כפרעון, עיין תומים קא, ה).

הרשב"א בתשובה תתקכט הביא :

מכל מקום אם לא הניחה לפניו אלא עסק הלוואה יש לי מקום עיון לפי שנראה לי מדין שאין גביית בית דין בשטרי מלווה שאין גופן ממון אלא מילי בעלמא ואין גביית בית דין במילי ואף על גב דמזבני בפריטי (כלומר אף שיש להם שווי ממוני להמכר בשוק) אלא בשעת פרעון בית דין מוציאים מזה ונותנים לזה מדרבי נתן. ויש לי לזה ראיות מוכרחות אלא שאני רואה שאפילו בזמן שהיו בארץ גדולי המורים היו מגבין אפילו משטרי הלוואות.

בתשובות המיוחסות לרמב"ן סי' נב נוסף – "וכופף אני ראשי למנהג של ישראל".

ואכן רבינו ירוחם (נתיב ו' ח"ב) הביא שהרשב"א היה כופה הלווים למכור שטרות ולפרוע חובם, אבל בהעדר הלווה לא היתה גובינא דבי דינא מהשטרות, משמע שלמעשה נהג הרשב"א לא לגבות משטרות והיות והתשובות המיוחסות לרמב"ן הם של הרשב"א לא ברור מה נהג הרשב"א למעשה ומ"מ מתבאר שמסברא הבין הרשב"א כר"ן אבל הביא מנהג גדולי המורים להגבות שטרות, ולמעשה יתכן שנהג כמותם.

ישנם שהביאו בשם הרא"ש, שסבר כגדולי המורים, שמדינא מגבין שטרות. אחרונים דנו היכן הדברים מובאים מדבריו, עיין ש"ך קא,ה ולקמן.

השו"ע בחו"מ (קא,ה) פסק: "אם יש ללווה שטרי חוב של אחרים יכול להגבותם לו וישומו אותם כפי מה שהוא הלווה אם הוא אלים וכפי מה שהם נכסיו עידית או זיבורית".

בדברי המחבר חזינן שהלווה עצמו יכול להגבות שטרותיו למלווה דידיה. ויתכן וה"ה לבית הדין היורד לנכסי הלווה. חזינן בפשטות שפסק כגדולי המורים, היות ומשמע ברשב"א באחת מתשובותיו שנהג כמותם ונמצא שלהלכה מגבין משטרות, וכן נוקטים האחרונים בפשטות בדעת השו"ע שגם בית הדין יכול לגבות שטרות.

מהי בעצם הבעיה בגבייה משטרות, מה מונח בחסרון "אין גופן ממון" שהביאו הר"ן ורשב"א, הרי בית הדין מעונין להגבות למלווה את חובותיו, וביד הלווה נמצאים שטרי חוב הניתנים למימוש מידי ובכל אופן בעלי שוויות ממונית ומדוע שלא יקבלם המלווה בחובו. ומה הדין אם זוהי

האפשרות היחידה לגבות החוב בהעדר נכסים אחרים, האם יאכל הלווה וחדו בשטרותיו והמלווה ישאר ללא פרעון?

מה תוקפה של גביית שטרות, האם כמכירת שטר חוב (שמשאירה ביד המלווה – המוכר אפשרות למחול חובו ללווה) או שהינה החלטית וחזקה יותר ואינה ניתנת למחילה.

האם שטרות משתעבדים לחוב או רק נגבים כנכסים בני חורין. ומאי נפקא מינה בכך?

להלכה קי"ל כר' נתן והלווה משלם למלווה הראשון ולא למלווה המקורי שלו, האם אחרי שעבודא דר' נתן יש משמעות למחלוקת הנ"ל דהרי מה"ת ממילא החוב ישולם למלווה הראשון?

לקיצור ולהבהרה, נגדיר מעתה שלוי הוא הלווה החייב לשמעון, ושמעון חייב לראובן חוב אחר, והנידון הוא יכולתו של ראובן לגבות משמעון את שטר החוב המונח ברשותו שעל ידו הוא נושה בלוי.

### **ב. מדוע שלא תהא גבייה משטרות?**

הר"ן וכן הרשב"א בתשובה הנ"ל הביאו שהיות ושטרות מילי נינהו, ב"ד לא מגבה מהם חובות. וצריך להבין מה מונח בדבריהם ומהו החסרון בכך שמילי נינהו.

קצוה"ח (קא,ב) מסביר שמחלוקת הרשב"א והר"ן עם גדולי המורים בענין גביית שטרות תלויה במחלוקת הראשונים בטעם הדבר שאשה מתקדשת בשטר חוב דאחריני.

קיימא לן, שאשה לא מתקדשת בחוב דידה, כלומר אם אשה חייבת לפלוני סך מסוים, הוא אינו יכול לקדשה בפני עדים באותו חוב. וזאת מחמת שהאשה לא מקבלת שום דבר חדש באותה מחילה, ורק מוותר לה על חוב עתידי שלה כלפיו. אולם אם מקדשה במלווה דאחרים, כלומר שאחרים חייבים לו ממון והוא מקדשה באותו חוב, ומעתה החוב יהיה כלפיה, בזה אמרינן שמקודשת.

בטעם החילוק בין מלווה דידה למלווה דאחרים הביא הר"ן דבמלווה דאחרים אמדינן שדעתה להתקדש בהנאה הבאה לה ולא בכסף עצמו, משמע שגם מלווה דאחרים לא חשוב כסף קידושין, אולם היות ואית לה הנאה

ושווה פרוטה, ודעתה להתקדש בהנאה זו (וכן אמדו חכמים דבמלווה דידה דלית לה הנאה עכשיו היא מתכוונת להתקדש בחוב עצמו והוא איננו חשוב כסף, ובמלווה דאחרים דעתה להתקדש בהנאה וע"כ מקודשת).

נמצא לשיטת הר"ן דמלווה כלל ל"ה כסף, רק שינוי כוונתה של האשה להתקדש בהנאה הוא היוצר קידושין.

תוספות סובר שבמלווה דאחרים מקודשת מחמת שהגיע לה הנאה מחודשת שלא היתה לה קודם (והחסרון במלווה דידה הוא שהנאה זו כבר היתה לה ולא קיבלה דבר מחודש). משמע שהלוואה עקרונית חשיבא ככסף, אבל בהלוואה דידה יש חסרון בדיני קידושין דצריך שתבוא לה הנאה מחודשת.

וא"כ נמצא לשיטת קצות החושן שנחלקו הראשונים בהגדרת מלווה אי הוי ככסף או לאו ונ"מ אם אפשר עקרונית לקדש במלווה ועוד נ"מ דאי הוי כסף חל עליו שעבוד. אבל אי לא הוי כסף והוי בגדר הנאה וכדו' – לא חל עליו שעבוד.

ובזה נחלקו גדולי המורים עם הרשב"א דהרשב"א סובר שחוב אינו ככסף ולא משתעבד וע"כ לא גובין ממנו וגדולי המורים סברי דהוי ככסף וגובים ממנו.

בעצם שיטתו יש להקשות מדוע הגבייה תלויה בהכרח בשעבוד, הלא אנו מוצאים גביית ב"ד גם ללא שעבוד, כגון במטלטלין, וא"כ אף ללא שעבוד תתכן גבייה מדין "מיניה דידיה" (וראיתי שהקשה כן בטבעת החושן).

#### **1. כפיית בית דין בנכסי לווה**

ר' יצחק אלחנן בספרו נחל יצחק (לט, סימן ב) דן באריכות בענין גביית ב"ד מנכסי החייב.

בסוף ב"ב מובאת מחלוקת האם שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא. כלומר האם אדם החייב לפלוני סך מסוים אמרינן שגם נכסיו משועבדים לצורך הענין מהתורה, וההשלכות מכך הן במקרה שהלה ימכור נכסיו או ימות ויוריש נכסיו דאז שייך שהמלווה ילך לנכסים ויטרוף מהם כיון ששעבודו קדם לקנינם, או ששעבוד הוא דין דרבנן.

כל זה הוא לכאורה רק ביחס לנכסים שיצאו מרשות החייב, אבל כל זמן שהנכסים ברשותו (נכסים בני חורין) בזה לכו"ע יורדים לנכסיו וגובים ממנו וזאת עפ"י המבואר בכתובות פו, א :

א"ל ר' כהנא לר' פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצווה אמר לא ניהא לי דאיעבד מצווה מאי א"ל תנינא במה דברים אמורים במצוות ל"ת אבל במצוות עשה כגון שאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו.

חזינן שאיכא דין ירידה לנכסים מחמת הדין הכללי של כפיה על המצוות, וע"כ כופין את הלווה לפרוע את חובו ולכאורה אפילו יורדים ישירות לנכסיו "דעד שתכפהו בגופו תכפהו בממונו" (רמב"ן בסוף ב"ב), והיות ופריעת חוב הינה מצווה (לרש"י "הן צדק" שיהא הן שלך צדק ולא שלך צדק; בשטמ"ק כתובות שם הביאו שהמצווה היא "האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט החוצה" בתשובות הרדב"ז (ב,תר"י) כתב בשם הרמב"ם שהמקור הוא מ"והשיב את הגזילה"). נמצא, דלכאורה אין שום מניעה לירד לנכסי אדם החייב ממון לחבירו, דאף דליכא שעבודים, כל זמן שיש לו נכסים ברשותו יש לנו לירד לנכסיו מכח כפיה על המצווה המסורה לבית דין ועד שתכפהו בגופו תכפהו בממונו.<sup>1</sup>

## 2. ירידה לנכסים לצורך השבת ריבית קצוצה

ביו"ד (קסא,ה) נפסק שאדם שלקח מחבירו ריבית, האסורה מה"ת, הדין הוא ש"יוצאה בדיינים". בית הדין כופה אותו להחזיר מחמת מצוות עשה של "וחי אחיך עמך" אולם בית הדין לא יורד לנכסיו באופן ישיר וגובה את סכום הריבית.

מקור הדין מובא בבית יוסף שם בשם הרשב"א והר"ן שבחוב החזרת ריבית אין שעבוד נכסים, דהיות וגילתה תורה שיורשים פטורים להחזיר ריבית דהיה חייב אביהם, משמע שליכא שעבוד נכסים, דאם היה שעבוד, החוב לא היה פוקע במיתת האב, כמו שאר חובות שמוטל על היורשין לשלם מנכסי האב המשועבדים.

משמע מדין זה שירידה לנכסי חייב נעשית רק במקום שיש שעבוד נכסים לטובת המלווה, ואז לכאורה הירידה היא מדין "ממוני גבך" דהב"ד מממש את זכות המלווה הקיימת בלאו הכי בנכסים, והירידה היא ישירות לנכסים ללא תלות בחיובי מצוות המוטלים על החייב.

<sup>1</sup> בכל הנדון כאן עיי' שערי יושר ש"ה (הערת העורך).

וזה לכאורה בסתירה לאמור בתחילת הדברים שכפיה תיתכן בכל מקום דאיכא מצווה מדין כפיה על המצוות, אף במקום שאין נכסים משועבדים. (קושיא דומה הובאה גם בקצה"ח לט,א ובמחנה אפרים ריבית סימן א).

### 3. שתי סברות עיקריות המאפשרות ירידה לנכסים

הרמב"ן בסוף בבא בתרא בד"ה הא דאמר רבה מביא :

כופין אותו לקיים מצוות עשה דפריעת בעל חוב אלמא לרבה אפילו מבע"ח שעבודא לאו דאורייתא אלא מצווה איכא.

ואיכא דקשיא ליה ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיו והא כתיבו תשלומין בתורה "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם", "חיים שנים ישלם", "שלם ישלם המבעיר את הבעירה", "ונתן בפלילים"... ולדידי לא קשיא דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בעל חוב מצווה מה"ת וכופין על מצוות עשה אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מ"ע שלו בעל כרחו...

חזינן בדברי הרמב"ן שהבין מפשט הפסוקים שישנה כפיה של בית הדין על תשלומי נזק וכדומה וע"כ הכריח לא כהנחתו הראשונה דאי שעבודא לאו דאורייתא לא יורדים לנכסים אלא שבכל אופן יורדים לנכסים (עין בדברי הנח"י (ב ענף א) שמאריך בהבנת אופן לימוד הרמב"ן מהפסוקים).

אולם בעצם הירידה לנכסים צ"ב מאיזה כח תהא לאור דברי הרמב"ן הנ"ל ובנוסף יש לברר דאף אי נימא דיש ירידה לנכסים, מ"מ מהו התוקף הניתן לבית הדין.

דלכאורה אף שאנו יודעים שבית הדין כופה על המצוות זהו לכפות את החייב לשלם, אבל מי יימר שנמסר לבית הדין הכח לרדת לנכסיו ולהוציא מזה ולתת לזה. ואף שהפקר ב"ד הפקר מ"מ לא בכל מקום רשאי ב"ד להשתמש בכחו זה, רק למיגדר מילתא וכדו', ואולי הכא אין מקום לשימוש זה, כי יתכן שגם אחרי שב"ד יפקיע מהנכסים לא יפטר הלה מחיובו אלא א"כ התובע ימחל על החוב דהרי ע"י הפקר אתי לידיה ולא בתורת חיובו לשלם נזקו.

ובזה ניתן לומר שנחלקו אמוראים האם שעבודא דאורייתא או לא. דלמ"ד שעבודא דאורייתא זה גופא המקור, מכך שיש ירידה לנכסים ש"מ שיש למלוה כח ושייכות בנכסים מכח ההתחייבות כלפיו ומכך נובע הכח להוציאם

מיד הלווה. אולם למי"ד שעבודא לאו דאורייתא הכפיה היא אכן מכח כפיה על המצוות וסי"ל הסברא דעד שתכפהו בגופו תכפהו בממונו.

ובזה א"ש פסק השו"ע לגבי ריבית דהיות ולהלכה קי"ל שעבודא דאורייתא (אף שיש חולקים עיין ש"ך ר"ס לט שנקט שהוא ספיקא דדינא) – א"כ כח הכפיה ניתן רק במקום דאיכא שעבוד, אבל במקום דליכא שעבוד כמו בריבית – אין אפשרות של ירידה לנכסים.

#### 4. גביית מטלטלין

אמנם לפ"ז צ"ב כיצד תיתכן גבייה ממטלטלין דלוה, הרי מטלטלי לא משתעבדי וכיצד נחתינן למטלטלי מדין "מיניה דידה", ומילא למי"ד שעבודא לאו דאורייתא א"ש דכפיה על המצוות לא תליא בדין שעבוד, אולם למי"ד שעבודא דאורייתא קשה.

ואפ"ל לפי הראשונים שמטלטלי משתעבדי מה"ת, לענין זה העמידו חכמים הדין על דין דאורייתא והשאירו השעבוד לזה, ורק במקום שמכרם הפקיעו השעבוד.

אפשרות נוספת שמציע הנחל יצחק היא שהיות וב"ד יכול למשכן את החייבים ומשכון משועבד הוא לטובת המלווה, ואפילו אלים שעבודו משעבוד רגיל כמובא בקידושין ח,ב דיתכן קידושין במשכון, אז נימא שע"י שב"ד ממשכנין את החייב – ממילא חל שעבוד על הדבר וע"כ ב"ד יכולים להחליטו ביד המלווה כמו כל נכס דאית ביה שעבוד, אמנם בקרקעות נזקקנו לומר דשעבודא דאורייתא דקרקעות אינם בתורת משכון ועי"ש.

לפי דברי הנחל יצחק, היכולת של בית הדין לירד לנכסי אדם אינה מובנת מאליה, והיא מיוסדת על שתי דרכים:

א. שעבוד – נכסים המשועבדים לטובת המלווה ניתנים למימוש ע"י בית הדין, בזה נכללים קרקעות למי"ד שעבודא דאורייתא, וכן התחדש שאפילו מטלטלין יכולים להשתעבד או ע"י משכונם ביד בית הדין או מעצם דינא דאורייתא.

ב. כפיה על המצוות, בתוספת הסברא דעד שתכפהו בגופו תכפהו בממונו, וזו סברא שלא מקובלת על הכל, והסוברים שעבודא דאורייתא לא נזקקים לה ולא סוברים אותה.

נציין שדרכו זו של בעל נחל יצחק אינה הדרך היחידה בהסבר המחלוקת דשעבודא דאורייתא ובפרטי הדינים המסתעפים, אולם דרך דבריו ניתן להבין מנין נובע כחו של בית הדין לירד לנכסיו של אדם. בדבריו מצויה אריכות רבה יותר, אנו הבאנו את תמצית הדברים הנוגעים לענינו.

#### **5. גביית שטרות ע"י בית הדין**

לאור הנ"ל היכא שאנו באין לדון על ירידה לנכסי החייב וגביית שטרות יובנו דברי הרשב"א והר"ן, וכן דעת קצוה"ח התולה דין גבייה בדין שעבוד.

הר"ן והרשב"א סוברים להלכתא דשעבודא דאורייתא, לשיטתם כל דין הירידה לנכסים הוא רק בנכסים דשייך בהם שעבוד. אבל חובות ושטרות דאין גופן ממון (או דלא מיקרו "כסף" לשיטות קצוה"ח) לא נתפס בהם שעבוד, והיות וכן א"א לגבותם. ואמנם למ"ד שירידה לנכסים היא מכח כפיה על המצוות (ולדעת הנח"י סברת המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא) אז ניתן לרדת לנכסי החייב ולגבות גם שטרות דעד שתכפהו בגופו תכפהו בממונו שייך בשטרות כמו דשייך בשאר נכסים.

הנחל יצחק מביא שגם יכולת המחילה על החוב תלויה בזה, דמהר"ן והרשב"א משמע דאי ב"ד היה גובה השטרות אז א"א היה למחול על החוב, דגבייה עדיפה ממכירת האדם עצמו. והש"ך (בסימן קא שם) חולק וסובר שגבייה לא עדיפה ממכירה ויכול המלווה למחול לאחר הגבייה. דאי נימא שהכפיה היא מכח ירידה לנכסים (אילו היה שעבוד בשטרות) אז זו ירידה מוחלטת, וכח ב"ד חזק ממכירה. אולם אי נימא שזה מכח כפיה על המצוות יתכן שכח ב"ד הוא לגשת לממון, אבל הוא בעצם כמחליף את האדם עצמו וכמקיים מצוותו, והיות ואם האדם עצמו היה מוכר שטרותיו המכירה היתה משאירה יכולת מחילה, ה"ה גביית בית דין.

#### **6. העברת בעלות על חובות**

אדם המוכר שטר חוב לחבירו, נפסק להלכה שאם מחל המוכר את חובו ללווה – החוב מחול.

נחלקו ראשונים בסברת הענין לדעת הרי"ף והרמב"ם – מכירת שטרות תופסת מדרבנן בלבד. מהתורה החוב לא נמכר ועדין שייך למלווה וע"כ מחילתו מועילה. הסיבה שהמכירה אינה חלה מה"ת היא מחמת שהחוב אינו ברשותו, אלא ביד החייב לו, ואפילו שנכסיו משועבדים לו, מ"מ הנכסים אינם ברשותו.

ר"ת חולק וסובר שבכל חוב ישנם שני שעבודים. שעבוד הגוף המוטל על הלווה לשלם חובו. וזו חובתו החוקית לשלם חובו, וממנה נובע שעבוד נכסיו – שנכסיו ערבין ואחראים לחוב. מכירה חלה מהתורה על שעבוד הנכסים והשעבוד אכן עובר לבעלות הקונה. אולם, ההתחייבות של הלווה לשלם אינה ברת מכירה והיא נשארת ביחס למלווה המקורי. נמצא שכשהלווה משלם הוא מממש את התחייבותו למלווה המקורי, אבל התשלום בפועל הוא לקונה שכאילו בא מכחו של המוכר.

ביחס לבית הדין הבא לגבות שטרות, למאן דאית ליה גביית שטרות יש לדון מה כוחם להעביר בעלות על חוב, האם כאדם עצמו או יותר מכך, הרשב"א והר"ן נקטו שאילו היתה גביית שטרות, היא לא ניתנת למחילה ומוכח דסברי שכח ב"ד חזק יותר מכח האדם עצמו המעביר חובותיו.

הש"ך (קא,י) חולק וסובר שגם אחרי גבייה תתכן מחילה – משמע שהבין שכח ב"ד כח המוכר שט"ח.

בסברת הרשב"א והר"ן נאמרו כמה אפשרויות:

א. החסרון של "אינו ברשותו" שמחמתו האדם לא יכול למכור חובותיו לא קיים ביחס לבית הדין – דהרי כחם הוא תמיד בדבר שאינו ברשותם, וע"כ גבייתם מועלת מן התורה.

ב. אליבא דר"ת שסובר ששעבוד הגוף אינו סחיר, קיימת מציאות שגם ר"ת מודה ששעבוד הגוף עובר, כגון שמת המלווה ומעתה חייב הלווה לבניו. נמצא מכח מכירה שעבוד הגוף לא עובר, אולם מכח ירושה עובר וא"כ יתכן שכח בית דין הוא כירושה [הנחל יצחק מביא ראיות שאכן כחו של ירושה מהפסוק "אלה הנחלות..." מה אבות מנחילין אף ראשין מנחילין (גיטין לז, א) – שממנו לומדים דהפקר ב"ד הפקר, ובנוסף נלמד שכחם כנחלת ירושה של אבות].

לשיטת הש"ך נוכל לומר שהיות ודעתו דהעיקר כשיטת ר"ת, נאמר שסובר בפשטות דא"א להעביר שעבוד הגוף – ורק ירושה ממשי שאני וכח ב"ד לא הוי כירושה.

## 7. מסקנת הדברים

לכאורה כשאנו באים לגבות שטרי חוב הנמצאים ברשות הלווה אנו עוסקים בגבייה מנכסים בני חורין, וע"כ מצד הסברא הפשוטה היה מקום לומר שאכן

שטרות כמו שאר נכסיו. ובאמת למאן דאמר שגבייה מבני חורין היא מכח כפיה על המצוות ויש כפיה גם בממונו, אז ניתן לגבות גם שטרי חוב.

אולם, אם נאמר שירידה לנכסי חייבים, אפילו נכסים שברשותו אינה אפשרית אלא בנכסים משועבדים או שניתן להחיל עליהם שעבוד ע"י עצם הירידה (הפיכתם למשכון), בשטרות שבמהותם לא חל בהם שעבוד כיוון שאין גופן ממון – א"א לגבותם כלל, ורק לכוף הלווה שימכרם לאחרים או למלווה עצמו – נוכל מדין כפיה על המצוות, וכמו גביית ריבית קצוצה לדעת השו"ע.

תוקף הגבייה יהא תלוי בהבנת כח בית הדין האם כחם כמכירה או כירושה וכן האם במכירת שטרי חובות נסבור כר"ף ודעימיה או כר"ת ודעימיה, ונ"מ מזה אם תיתכן מחילה לאחר הגבייה.

אולם דברי הנחל יצחק אמורים לשיטת הר"ן והרשב"א שנקטו שגבייה היא מוחלטת וכחה יפה יותר ממכירת בעל השטר עצמו. וגבייה זו תלויה בשעבוד השטר כפשט דברי הר"ן. החזו"א נוקט שגבייה מבני חורין אינה תלויה בשעבוד כלל, ולהלן נדון בדבריו.

### ג. היחס בין גביית שטרות לשעבודא דר' נתן

#### 1. דעת הרשב"א

הרשב"א בחידושין (קידושין טו, א) מקשה מדוע נזקקנו לדינא דר' נתן, הרי גם ללא חידושו של ר' נתן מהפסוק היה הדין כן, דכמו שכל נכסי הלווה משועבדים למלווה לפרעון חובו, ה"נ ישועבדו שטרי חוב נמצאים ברשות הלווה לטובת המלווה וממילא יכול ראובן לגבות את חובו ישירות מלוי.<sup>2</sup>

תשובתו של הרשב"א היא שחובות הן "מילי", כלומר אינם ממון הלווה ממש אלא זכות שיש לו לתבוע ממון מלוי, וע"כ אינם משועבדים לטובת ראובן. דשעבוד חל על ממון ממש, (דהרי איכא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ושעבוד אינו אפשרי כלל והוה כקנין דברים בעלמא, ע"כ גם אי נימא שעבודא דאורייתא זה דווקא בממון ממש שנוכל לומר שיש למלווה שייכות בו –

<sup>2</sup> אמנם יש להעיר דעדין גביית ראובן אינה פשוטה, דהרי מתוקף השעבוד בשטר יכול הוא לבוא לב"ד ע"מ שיחליטו לו את השטר, אבל החוב לא שייך לו לפני הגבייה, ואילו מדינא דר' נתן שעל לוי מוטל לשלם חובו לראובן ללא שום התערבות של בית הדין, עיין חידושי ר' שמואל שדן בכך בדברי הרשב"א (בי"ב, כח).

"שעבוד" אולם בדבר שאינו ממון אלא זכות גבייה וכדומה בזה לא נוכל לחדש שאיכא שעבוד).

והיות וכן לראובן אין שייכות לחובות ושטרות שיש ביד שמעון, ולוי משלם את חובו לשמעון בלבד, אלמלא דינא דר' נתן שחידש שלוי מחויב לשלם חובו לראובן ולא לשמעון.

החזו"א (ב"ק טו, יג) מרחיב את שאלת הרשב"א, דאף אחרי שאמרנו שחובות מילי נינהו ולא משתעבדי, מ"מ מדוע שלא יוכל ראובן לתבוע משמעון שימסור לו את שטר החוב דלוי שיש בידו בתורת גבייה "מיניה דידיה" (החזו"א לא נקט כנחל יצחק שגם גבייה מינה דידיה מותנית בשעבוד נכסים, או לכה"פ בנכסים שניתן לשעבד בתורת משכון, אלא כפשטות הענין שגבייה מדין מיניה דידיה אינה תלויה בשעבוד כלל והיא נגביית מבני חורין, יתכן מדין כפיה על המצוות).

החזו"א מתרץ דהיות וגביית בית דין לא עדיפה ממכירה, א"כ יהא הדבר תלוי במחלוקת הראשונים במכירת שטרי חוב. לשיטת הרי"ף שמכירת שטר חוב היא מדרבנן, אתי שפיר דהרשב"א שואל במישור הדאורייתא מדוע נצרכנו לדינא דר' נתן, ומדאורייתא כלל אין אפשרות להעביר בעלות על חובות (דעת הרשב"א בזה כרי"ף).

גם לשיטת ר"ת, שמה"ת ניתן למכור שעבוד נכסים וממילא ביד בית הדין לעשות כן, ניתן לומר שהיות ושעבוד הגוף נשאר ביד המלווה המקורי, וזה מאפשר לו למחול על החוב, אז בית הדין לא מעונין לבצע גבייה כזו שניתנת להפקעה ע"י מחילה.

נמצא שלהגדרת החזו"א שגביית בית הדין היא כמכירה ולא יותר מצאנו סיבות נוספות מדוע בית הדין לא מגבה שטרות, או מצד אי יכולתו לשיטת הרי"ף או מצד אי רצונו לשיטת ר"ת, וכל זה מה"ת אבל מדרבנן שתיקנו מכירת שטרות יש לדון האם תקנה זו מאפשרת גם לבית הדין להגבות שטרות מדרבנן (וכדלקמן).

החזו"א דן בדברי הרשב"א אולם ברשב"א משמע שסובר שגביית בית הדין היא מוחלטת וחזקה יותר ממכירת שטרי חוב, וע"כ לא ברור שהרשב"א מקבל אפשרות גביית בית דין כמכירה, ובאמת מפשט לשונו משמע שבית הדין כלל לא ניגש לגביית שטרות כי מילי נינהו וגם בתורת מיניה דידיה, וכפי שנקט הנחל יצחק בדבריו.

## 2. דעת הרשב"א בשעבודא דר' נתן

הרשב"א בדבריו שם על שעבודא דר' נתן מביא שענינו של דינא דר' נתן הוא מדין "אפוכי מטרתא למה ליי", ביטוי המופיע בכתובות קי, א (הנ"ל) וענינו הוא אדם הנושא משא בעל משקל שווה בשתי ידיו אין לו ענין להפוך משאו מימין לשמאל דהרי לא יועיל בזה דבר. וה"נ היות ולוי חייב לשמעון ושמעון חייב לראובן, אז אין טעם שלוי ישלם לשמעון ושמעון יעביר לראובן, ועדיף יותר שלוי ישלם חובו ישירות לראובן.

סברא זו מובאת בכתובות קי, א ללא חולקין ואילו בדינא דר' נתן מצאנו חולקים, ע"כ הוסיף הרשב"א שבמקרה דידן יש סברא להיפוך, מחמת שלוי יטען לראובן "לאו בעל דברים דידי אתי" ואיני מעונין לשלם לך אלא לשמעון שהוא המלווה שלי חידש ר' נתן מקרא שלא אומרים סברה זו, ולוי מחוייב לשלם לראובן.

נמצא לפי דברי הרשב"א שדינו של ר' נתן הוא קיצור תהליכי הגבייה ותו לא, מדבריו משמע שלא נוצרים שום שעבודים חדשים מחמת כן ורק גזרה תורה שניתן לקצר את תהליכי הגבייה וא"א לומר "לאו בעל דברים דידי אתי". וע"כ גם אחרי דינא דר' נתן לא השתנה דבר במעמד החובות והם אינם משתעבדים דהרי מילי נינהו. אמנם במקום שאיכא דינא דר' נתן אז יכול ראובן לתבוע את לוי ללא קשר לשעבוד החוב אלא מכח דינא דר' נתן, אבל אם אין דינא דר' נתן וכגון שלשמעון יש נכסים נוספים, אז לא יכול ראובן לבקש מבית הדין להגבות לו שטרות שמעון – כי שטרות מופקעים מגביית בית דין.

## 3. קצות החושן – חובות משתעבדים

קצוה"ח (פו, א) דן בשאלת הרשב"א הנ"ל – דמה צורך יש בדינא דר' נתן, בין יתר הדברים מביא קצוה"ח שלהלכה קי"ל שאפשר לשעבד חובות באגב. (עפ"י תשובת הרא"ש) – כלומר אדם יכול לשעבד שטר חוב שבידו לחבירו ע"י קנין אגב, שאגב קרקע משעבד לו להדיא גם שטר חוב שבידו.

ולרשב"א הרי חובות מילי נינהו ולא נתפס בהם שעבוד, משמע שלהלכה שקי"ל כתשובת הרא"ש הנ"ל נקטינן שחובות לאו מילי נינהו לענין שעבוד, ואף שמכירת שטרות אינה מועלת מה"ת – מ"מ שעבוד עדיף מקנין. וע"כ להלכה ניתן לגבות שטרות, דהרי משתעבדים ולא כדעת הרשב"א (אמנם

ניתן לחלק ולומר שדווקא בשעבוד מפורש משתעבדים ולא ממילא, הקצה"ח לא מחלק בהכי).

#### 4. נתיבות המשפט – חובות משתעבדים מחמת דינא דר' נתן

נתה"מ חולק על קצוה"ח וסובר שלהלכה חובות מילי נינהו ולא משתעבדי, רק חידוש התורה בדינא דר' נתן הוא גופא מכיל בתוכו שחוב משתעבד. והנתיבות אזיל בזה לשיטתו בדינא דר' נתן, שדין התורה שלוי ישלם לראובן הוא מחמת חידוש התורה שחובו של לוי הנמצא ביד שמעון משתעבד לראובן כשאר נכסי שמעון.

לשיטתו לוי הוא רק כערב, ולא כלווה חדש, וענינו הוא ככל שעבוד נכסי – דאם ללוה אין ממה לפרוע אז ניגשים לנכסיו, ה"נ ניתן לטרוף מלוי אם אין לשמעון נכסים לשלם.

בעל קצוה"ח במשובב נתיבות השיג עליו, שבתשובת הרא"ש שבה הביא את שעבוד החוב אגב קרקע הדגיש הרא"ש להדיא שהוא גם ללא שעבודא דר' נתן ובהכי איירי שם (ועיין עוד ראיותיהם במשובב שם בריש סימן פו). הקצוה"ח כשלעצמו לא מקבל דעת הנתיבות כי לפי שיטתו חידושה דר' נתן הוא שלוי הופך לבעל חוב של ראובן ממש ולא שהחוב כשלעצמו משתעבד, ורק היות ולהלכה נקטינן כרא"ש אז להלכה נקטינן שחובות משתעבדים.

נמצא דלדעת הרשב"א חובות לא משתעבדים כלל, גם לא אחרי דינא דר' נתן, הקצה"ח מביא שלהלכה לא קי"ל בזה כרשב"א, אולם בנתיבות המשפט הביא שמה שלהלכה חובות משתעבדים זה רק במקום שאיכא דינא דר' נתן (כגון דלית לשמעון נכסים אחרים אלא חוב זה) ושעבודם נובע מחידוש התורה ברי' נתן.<sup>3</sup>

יוצא א"כ שחלות שעבוד על חובות במקום שקיים שעבודא דר' נתן תלוי בהבנת האחרונים בדינא דר' נתן:

א. קצוה"ח – חידוש התורה הוא שלוי הופך להיות בעל חוב ממש של ראובן. וזה לא נוגע לעצם השעבוד של החוב הקודם אלא כעין חוב חדש שמחליף את החוב הקודם.

<sup>3</sup> יש מקום להתלבט לפי דעת הנתיבות האם אחרי חידוש התורה ששטרות משתעבדי בדינא דר' נתן נוכל להרחיב זאת אף למקומות שלא שייך דינא דר' נתן כי הרי מצאנו ששעבוד יכול לחול על שטרות, או שנימא שחובות הן מילי וכדברי הרשב"א ורק במקום שהתחדש שאיכא שעבוד הן משתעבדים.

ב. נתה"מ – חידוש התורה הוא עצמו שחוב משתעבד, אף שהוא כמילי, מ"מ במקום ששייך שעבודא דר' נתן חובות משתעבדים.

ג. רשב"א – חובות אינם משתעבדים, וחידושו של ר' נתן הוא רק באופן הגבייה וע"כ אינו משנה דבר במצב החובות.

#### **5. גביית שטרות במקום שעבודא דרבי נתן**

לעיל נתבארה מחלוקת קצות החושן ונתיבות המשפט האם חלות שעבודא דר"נ יוצרת שעבוד על חובות למ"ד שחובות דעלמא מילי נינהו ולא משתעבדי.

ענין נוסף שיש לבאר הוא האם דינא דר"נ שבו התורה חידשה שחובו של לוי ישולם לראובן ולא לשמעון יאפשר לגבות את השטר אפילו לסוברים שבעלמא חובות אינם נגבים.

הרשב"א בתשובה אלף כז מביא להדיא שאף שחובות מילי נינהו ולא נגבים מ"מ כשיגיע זמן פרעון החוב אז יגבו ב"ד את החוב מלוי ויתנו הממון לראובן מחמת דינא דרבי נתן.

חזינן שהרשב"א סובר שכל חלות דינא דר"נ הוא בהגעת זמן הפרעון, וכן משמע גם מלשון הר"ן בסוגיא בכתובות יט, א הנ"ל. וא"כ ודאי לא שייך לגבות שטרות שטרם הגיע זמנם מכח דינא דר"נ שהרי עדיין לא חל.

בהגיע הזמן הביא הרשב"א שב"ד יוציאו מלוי ויתנו לראובן, משמע שגם בהגיע הזמן א"א לגבות את השטר עצמו אפילו שכבר חל דינא דר"נ, אולם יש לדחות דא"צ לזה אחרי שניתן לפרוע בפועל אבל אולי יודה הרשב"א שאפשר בכה"ג לגבות את השטר עצמו.

הש"ך (פו, יא) מאריך להוכיח שדינא דר"נ חל מיד בשעת ההלוואה עוד לפני זמן הפרעון, ואפילו את דברי הרשב"א מסביר לאור זאת, ונ"מ שגם לפני זמן פרעון לא יכול שמעון למחול חובו ללוי למ"ד שא"א למחול במקום שעבודא דר"נ.

לשיטתו מתעוררת השאלה שוב האם לדעה שחובות לא נגבים נוכל לגבותם השתא מכח דינא דר"נ.

החזו"א (ב"ק טו) מביא בפשיטות שנוכל לגבות את עצם השטר קודם הגעת זמן מכח דינא דר"נ אפילו לשיטת הרשב"א. יוצא לשיטתו שכל מחלוקת

הרשב"א וגדולי המורים היא רק במקום דליכא שעבודא דר"נ אבל במקום דאיכא שעבודא דרבי נתן לכו"ע גובים.

הפך דעת החזו"א הביא התומים בסימן קא,ו שגם במקום חלות דינא דרבי נתן א"א לגבות שטרות לשיטה ששטרות אינם נגבים וחידוש התורה הוא שנכפה את שמעון למכור את שטר חובו לראובן אבל בית הדין עצמו מנוע לחלוטין מגביית שטרות. לפי זה גם השתא שנפסק כרבי נתן איכא נפקותא גדולה ממחלוקת הרשב"א עם גדולי המורים שלגדולי המורים אנו יכולים לקחת החוב ולהליטו לראובן כדינא דרבי נתן ולדעת הרשב"א לא נוכל אלא לכוף לשמעון שיעביר הבעלות על החוב.

נוכל לומר ששלשת השיטות הנ"ל נובעות מהבנת דינא דרבי נתן.

לפי שיטת קצוה"ח והש"ך בסימן פו חידוש רבי נתן הוא שלוי משועבד ישירות לראובן וכאילו נוצר חוב חדש ביניהם, עד כדי כך שאם ישלם לוי לשמעון לא יצא בזה ידי חובתו לשיטת קצות החושן שם. א"כ אין לדון על גביית השטר שהרי באמת החוב כבר גבוי ונמצא בבעלות ראובן ולא שמעון, השטר שביד שמעון מהווה סימן בלבד למצב האמיתי שהחוב כבר לא בבעלות שמעון, ואי נימא ששעבודא דרבי נתן חל קודם זמן הפרעון, אזי אין צורך בגבייה אלא על בית הדין להבהיר שמעתה חובו של שמעון שייך לראובן.

אמנם לשיטת הסמ"ע בריש סימן ס שהביא מה שמשמע מפשט לשון הראשונים שדינא דרבי נתן חל רק מזמן פרעון ודאי שלא שייך לדון על גבייה קודם הזמן לשיטת הרשב"א.

אמנם לשיטת נתיבות המשפט שם בסימן פו שמכח דינא דר"נ חובו של שמעון משתעבד לראובן ולא שנוצר חוב ישיר בין ראובן ללוי, עדיין יש צורך במימוש השעבוד ובה אתינן למחלוקת החזו"א והתומים שלחזו"א פשוט שניתן לגבות אפילו לשיטת הרשב"א אחרי שהתורה עצמה חידשה שלוי ישלם לראובן, והתומים סובר שמימוש דינא דרבי נתן לא יכול להעשות ע"י גביית בית דין שאינה הליך אפשרי לשיטת הרשב"א אלא באמצעים אחרים.

בשיטת הרשב"א שדינא דר"נ הוא רק אפוכי מטרתא למה לי, כלומר קיצור תהליכי הגבייה, מסתבר שלא יוצרו שעבודים חדשים מכח זה וודאי לא נוכל להגבות שטרות אלא לצוות ללוי שישלם ישירות לראובן בבוא זמן הפרעון.

#### ד. שעבוד וגביית חובות מדרבנן

החזו"א (ב"ק טו) מאריך בעניני גביית חובות ושעבודא דר' נתן.

החזו"א נוטה לומר שם שגם אליבא דהרשב"א שסובר שחובות לא משועבדים וגם אינם נגבים, ה"מ לדינא דאורייתא, אולם מדרבנן שייך לומר שנגבים וגם שתקנו בהם שעבוד, הוכחות החזו"א הן ממספר סוגיות שמהן משמע שאיכא בחובות שעבוד או גבייה.

בסברת הענין כבר הזכרנו שהחזו"א נוקט שגביית ב"ד כחה כמכירת המלווה עצמו, וא"כ לשי' הרי"ף כשם דא"א מדאורייתא לגבות חוב דהרי מה"ת חובות כלל אינם ניתנים להעברה, וגם לר"ת ניתן להעביר רק שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף, מה שמשאיר מקום למחילה וע"כ אפ"ל שבית הדין לא מגבה באופן כזה הניתן למחילה.

אולם אפ"ל שמדרבנן לשיטת הרי"ף אחרי שתיקנו מכירות שטרות, יכול גם בית הדין להשתמש בכך ולהגבות שטרות כמו במכירה (ונחלקו הש"ך והקצוה"ח בסימן קא, אם צריך שהב"ד יכתבו לו קני לך איהו וכל שעבודיה במקום הבעלים עצמו, או שא"צ לכך ועצם מסירת השטר ע"י בית הדין תחשב גבייה כמו כל גביית בית דין שאינה נזקקת להקנאה מצד בית הדין).

ואף שאפשרות המחילה קיימת, מ"מ אפ"ל שמדרבנן מגבין אפילו שניתן הדבר למחילה (אמנם להלכה עיין תומים בסימן קא שנוקט שא"א למחול אחרי גביית ב"ד וא"כ זו מחלוקת אחרונים לדינא, הש"ך סובר כחזו"א שיכול למחול).

אמנם כל זה אמור לענין גבייה, דאינה תלויה בשעבוד, דהרי בית הדין יורד גם למטלטלין וכדו' שאינם משתעבדים (הנחל יצחק אמנם תלה גבייה בשעבוד וגבייה, אולם החזו"א חולק).

מדרבנן שעבוד בשטרות לא תליא בדין מכירת שטרות וא"כ אין ראייה מהני"ל לענין שעבוד, אולם החזו"א מוכיח מכמה סוגיית שלדינא חובות גם משתעבדים, ויש השלכות מעשיות משעבוד זה.

בסוף דבריו הביא החזו"א, שמלשון הרשב"א בתשובות משמע להלכתא שאין גובים משטרות, וא"כ בדעת הרשב"א עצמו חזינן שסובר שאין כלל גבייה, גם לא מדרבנן. אולם בדעת ראשונים אחרים נקט החזו"א שאף

שמדינא דאורייתא מסכימים עם הרשב"א מ"מ להלכה סוברים שניתן לגבות מדין דרבנן.

נביא ממקצת דברי החזו"א, וכן ענינים מחודשים שבאו בדבריו.

#### **אשה שחבלה באחרים – בבא קמא פט,א**

מובא שם שאשה שחבלה באחרים פגיעתה רעה היות ואין לה ממה לשלם, שהרי כל נכסיה ברשות בעלה או משועבדים לו, הגמרא מנסה למצוא דרכים להגבות ממנה דמי הנזק. בין היתר שואלת הגמרא מדוע שלא תמכור כתובתה בטובת הנאה לאחרים (כלומר בדמים מועטים מערך כתובה, שהרי גביית הכתובה אינה ודאית, דרק אם ימות בעלה בחייה או יגרשנה תבוא לידי גבייה).

הגמרא דוחה, דהיות ויכולה למחול – אין טעם בזה כי תמחול לבעלה את הכתובה, היות והיא מקורבת לבעלה ונמצא שבית הדין יפסיד בידיים את מי שקנה את הכתובה ואפילו למסור את הכתובה לידי הניזוק עצמו אין טעם – דודאי תמחול לבעלה ולא יצא מכך דבר.

מכאן חזינן שבית הדין בבואו לגבות חוב אכן ניגש לשטרות שביד הלוח.

אמנם החזו"א דחה ראייה זו, דהרי שם מדובר שאנו תובעים מהאשה למכור כתובתה ולא אנו עושים זאת בכפיה, וזה ודאי נכון גם לדעת הרשב"א דאם יש ללווה שטרי חוב כפינן לו למוכרם (והיות וזה לא חוב בין אשה לבעלה אין החסרון שודאי ימחול החוב דלווה ומלווה אינם אוהבים זה לזה) אבל לענין בית הדין היורד לשטרות – אין ראייה משם.

#### **זה גובה וזה גובה – כתובות קי,א**

ראובן ושמעון שכל אחד מחזיק שטר חוב על חבירו במנה, אם לשניהם יש אותה איכות נכסים, בינונית ובינונית אז אין טעם בגבייה, וזה עומד בשלו וזה עומד בשלו.

אולם, אם לאחד מהם נכסים טובים יותר – לזה עידיית ולזה זיבורית (וע"ש בגמרא החשבון) – כ"א יכול לתבוע גבייה ובעל הנכסים הפחותים מרויח – שנותן פחותים ומקבל משובחים.

הקשו הראשונים במקום (ריטב"א, ר"ן ועוד) מדוע מפסיד בעל הנכסים המשובחים – הרי מילא נכסים אחרים אינו מציע כי משמע בגמרא שאין לו אולם את החוב שבידו יכול לתת בפרעון חובו.

הריטב"א תירץ ששטרות אינם בני גוביינא וע"כ לא יכול הלה לתיתם בפרעון חובו, אולם אם לא היה לו דבר מלבד שטר חוב זה מגבינן מיניה דלא ליכול הלה וחדו.

אולם במקום שאין אפשרות אחרת – גובין מהן ע"מ שלא ייוצר מצב שהמלווה יוותר ללא פרעון והלווה יחזיק בשטר חוב שהוא בעל ערך ממוני – יאכל אותו וישמח "ליכול הלה והדי".

הקשה החזו"א מה הסברא בזה, הרי אי חובות בני גבייה הן – שיגבו לכתחילה ואי לאו מדוע גובין חובות בהעדר נכסים אחרים.

הסביר החזו"א ששיטת הני ראשונים היא שחובות אינם משועבדים – דמילי נינהו וכדברי הרשב"א, אולם ניתנים הם לגבייה ישירה ע"י בית הדין כשהם ביד המלווה ככל נכסים בני חורין שיש בידו. וע"כ במקום שיש קרקע משועבדת למלווה דידיה ושטר חוב שאינו משועבד, יכול המלווה לטעון תן לי שעבודי ולא את שטר החוב, אם החוב היה משועבד אז שניהם בעלי מעמד שווה ולא יכול לתבוע קרקע דווקא, אבל היות וחוב אינו משועבד – אז יכול לתבוע קרקע וא"א לסלקו בחוב – וזו הוכחת הראשונים שם דחובות לא משתעבדים, אולם בהעדר נכסים אחרים אלא שטר חוב זה – אז גובין ממנו ככל גבייה מבני חורין.

החזו"א הוכיח מסוגיא זו שלשיטת הריטב"א אף שחובות לא משתעבדים, מ"מ נגבים, ככל גבייה מבני חורין, אמנם בדעת הרשב"א משמע שאינם בני גבייה כלל כמובא כלשונו בתשובותיו, שלמעשה יתכן שכפף ראשו לגדולי המורים אבל לשיטתו א"א היה לגבות כלל.

## ה. בדעת הראשונים

ראינו את שיטת קצוה"ח שתלה מחלוקת הרשב"א עם גדולי המורים בשאלה האם חובות משתעבדים ואת דברי הנח"י שמקשר את יכולת הגבייה עם אפשרות השעבוד.

אולם בעיון בדברי הר"ן הנ"ל (כתובות יט, ט) וכן בדברי הרשב"א (ב"ק פט.א) ובדברי הרשב"א בתשובות הדנים בגביית שטרות ( אלף כז, אלף קיב ועוד)

נראה שהראשונים הזכירו שחובות הם מילי או "אין גופן ממון" ולכן אינם נגבים, אבל לא הוזכר כלל בדבריהם שחובות אינם בני שעבוד. לאחרונים הנ"ל היה פשוט הקשר בין כך שחובות הם מילי ובין התוצאה שחובות לא ישתעבדו.

יתכן מאד שהקשר נוצר בעקבות דברי הרשב"א בקידושין טו,א. הרשב"א הקשה מה צורך בחידושו של רבי נתן הרי כל נכסי הלווה משועבדים למלווה כולל חובות שחייבים לו, ותירץ שבאמת חובות אינם משתעבדים וע"כ אתי חידוש של רבי נתן לשייך גם את החובות לבעל החוב.

וא"כ הרשב"א הסובר שחובות אינם בני גביה הוא הסובר שחובות אינם משתעבדים וע"כ נפתח הפתח לנמק את אי גביית החוב באי יכולתו להשתעבד.

אולם בתשובות המיוחסות לרמב"ן (כג) שהם של הרשב"א כידוע מובא :

דמה שטען דשטרי חוב אינם משועבדים לו לא טען כדן דכל מה שיש ללוה משועבד למלווה אלא ראובן זה שמע וטעה הוא שמע שאמרתי אני שאין בית דין מגבין שטרי חוב לפי שאין גופו ממון ומילי ניהו ואין בית דין עושין גובינא במילי אבל בודאי משועבדים הם לבעל חוב דאי לא למה מוציאין מזה ונותנים לזה...

מפורש בדברי הרשב"א שחובות אכן משתעבדים ובכל אופן אינם נגבים שלא כדעת קצוה"ח ונחל יצחק. הדברים, אמנם, עומדים בסתירה לדברי הרשב"א בקידושין טו,א שכתב להדיא שחובות אינם בני שעבוד. (ויתכן ודבריו במסכת קידושין הם של תלמיד הרשב"א כמובא בחלק מהנוסחאות שם). בכל אופן בתשובות הנ"ל אנו מוצאים שיטה שחובות אינם בני גביה דמילי ניהו אף דאיכא שעבוד בהם וא"א לומר סברת נחל יצחק שנימק את אי הגבייה באי יכולת השעבוד, א"כ צ"ב מה מונח בסברת הרשב"א בזה.

הריטב"א בכתובות קא,ב על דברי הגמרא שבית הדין לא מכריז על שטרות אלא שם אותם ללא הכרזה, הקשה - הרי שטרות אינם בני גבייה ואיך יתכן מצב שבו בית דין שם שטרות ומה ההו"א שיכריזו עליהם. הרשב"א תירץ ששם איירי בשטרי משכונא עיי"ש. הריטב"א תירץ שאף ששטרות אינם בני גובינא ה"מ כשיש נכסים אחרים לגבות מהם אולם אם אין ברירה אחרת, אז גובים מהם.

יש שתמהו ממה נפשך אי בני גביה ניהו – נגבה אותם תמיד, ואי אינם בני גביה כיצד אנו גובים אותם במקום שאין ברירה. החזו"א תירץ ששיטת הריטב"א ששטרות נגבים אבל אינם משתעבדים ע"כ הם בעדיפות אחרונה לגבייה, עיין לעיל שהבאנו דבריו.

בתשובת הריטב"א סימן קפז מובא :

דשטרות כיון שאין גופן ממון ויכול המלווה למחול אותם אינם בני גוביינא וכו'.

חזינן שהריטב"א מנמק מדוע שטרות אינם נגבים, כיון שיכולים להמחל, וזו ממש סברת החזו"א כנ"ל. חידוש נוסף יש כאן, חיזוק לדברי הש"ך שגביית בית דין כחה כמכירת שט"ח וניתנת למחילה בניגוד לדברי הרשב"א שגביה חזקה ממכירה.

לאור זאת ניתן להבין מדוע בהעדר נכסים אחרים מגבין משטרי חוב, כיון שהחשש ממחילה נותן עדיפות לנכסים אחרים אבל אם אין דבר אחר אזי עדיף להגבות שטר מאשר שום דבר אף שיש חשש שימחל.

בסיכום הדברים נמצא שיש קושי בהבנת נחל יצחק לאור דברי הרשב"א בתשובות, וכן מצאנו תנא דמסייע לשיטת החזו"א בטעם לאי גביית שט"ח.

## ו. סיכום

חזינן מחלוקת ראשונים אם שטרות בני גבייה הם, וכן האם יכול לחול שעבוד על שטרות.

הרשב"א והר"ן נוקטים ששטרות אינם משתעבדים ואינם נגבים, הרשב"א העיד שפשט המנהג כגדולי המורים להגבות משטרות. הש"ך והתומים קאו, מזהים את דעת הרא"ש כדעת גדולי המורים.

אמנם לא בהכרח שהרא"ש דיבר לדינא דאורייתא כי יתכן שדיבר לדינא דרבנן וכהבנת החזו"א שמדרבנן יש סברא לומר שגובים משטרות אף אי מדינא דאורייתא לא גובים מהם.

בסברת הענין היה מקום להקשות, שגם אם נאמר ששטרות לא משתעבדים, מ"מ מדוע שלא יגבו מהם כמו שגובים ממטלטלי. בנחל יצחק הסביר בדעת הר"ן והרשב"א שהם נוקטים שגם דין גביה תלוי בדין שעבוד – ואם שטרות לא משתעבדים גם גבייה אינה אפשרית מהם.

החזו"א נוקט שגבייה מבני חורין אפשרית תמיד, והסיבה שא"א לגבות שטרות יכולה לנבוע או מאי היכולת להעביר חובות או מאי הרצון לעשות גבייה שניתנת למחילה ולהפקעה.

בדעת הרא"ש שסבר שחובות נגבים אפ"ל שסובר שחובות משתעבדים ככל שאר נכסים וכמובא בתשו' הרא"ש שחובות משתעבדים באגב, אמנם נחלקו בעל הקצה"ח ובעל נתיבות המשפט האם יכולת השעבוד תלויה בחלות שעבודא דר' נתן. וכן ניתן לומר שסובר שגבייה אפשרית ככל גבייה מנכסים בני חורין.

החזו"א נוקט שגם הראשונים הסוברים שמה"ת חובות לא משתעבדים או נגבים, מ"מ מדרבנן אחרי תקנת מכירת שטרות תיתכן גבייה, וגם שעבוד הוכיח החזו"א מכמה סוגיות שקיים בשטרות, לכה"פ מדרבנן.

החזו"א נוקט שיש שיטה נוספת – שיטת הריטב"א שאף שחובות אינם משתעבדים, מ"מ הם ברי גבייה ככל נכסים בני חורין. כשהנפ"מ משעבודם היא סדרי הגבייה שמשועבדים קודמים לבני חורין.

ולכאורה ניתן להוסיף שגם קדימות בגביית מספר בעלי חוב תושפע מכך, שאם החובות משועבדים אזי ישנה קדימה למשעבד הראשון אולם אי לאו, אז דינם כמטלטלי שחל בהם רק דין גבייה ואז לא תהא עדיפות לבעל חוב מוקדם.

## הרב נוריאל בן סימון

### בסוגיית המוכר שט"ח

#### ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. שיטת ר"ח

1. הסבר האור לציון

2. דיון בדברי האור לציון

3. מהלך חדש בדברי ר"ח

ג. 1. שיטת הרי"ף

2. שיטת תוס'

ד. שיטת ר"ת

1. קושיית על שיטתו

2. הסבר הגר"ח

3. הסבר הגר"א וייס

4. גבייה מיתומים

5. קשיים בדין גבייה מיתומים

6. מצוה לפרוע חוב אביהם

7. הסבר המשפט יהונתן

ה. חברה בע"מ

#### א. הקדמה

גרסינן בכתובות פה, ב :

אמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש  
מוחל מודה שמואל במכנסת שטר חוב לבעלה וחזרה ומחלתו שאינו  
מחול מפני שידו כידה.

והנה דברי הגמ' צ"ב, דאם שטרות נמכרים כשאר מטלטלין מדוע יכול  
למחול, הרי לאחר המכירה שוב אין החוב שלו? עוד צ"ב דאף דמחילה מהני

מאי שנא מכנסת שטר חוב לבעלה דאינה יכולה למחול וכן שכיב מרע שנתן שט"ח במתנת שכ"מ שאינו מוחל (ב"ב קמז, ב).

מכח שאלות אלו מצאנו לרבותינו הראשונים, שלשה דרכים בבאור הדין, ויתבארו כולם לקמן.

בשלהי המאמר נדון בקצרה בענין 'חברה בע"מ' מצד היחס בין שעבוד הגוף לשעבוד נכסים.

### **ב. שיטת ר"ח**

רבינו חננאל (הו"ד בריף כתובות מד, ב) כתב שהטעם שאדם יכול למחול שטר שמכרו, הוא משום שיכול לומר: א) עיינתי בפנקסי והתברר לי שאינו חייב לי כלום. ב) אני מסתפק אם פרעני או לא ומספיקא לא מגבינן שטרא. ועפ"ז הסביר למה שכ"מ אינו יכול למחול משום דסתם שכיב מרע מדייק בדבריו ולא יתכן שטעה, ואם נתן לו את השטר בחזקת חיוב שוב לא יכול לומר פרוע הוא.

והנה דברי רבינו חננאל צריכים ביאור טובא, דלכאורה מהכ"ת שיוכל המוכר לומר התברר לי שנפרעתי לאחר שכבר מכר את השטר חוב והרי זה הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים שאינו נאמן. (וכדאיתא כתובות יט, בתירוץ אביי ע"ש) וכן הקשה הנמו"י. והוסיף להקשות דלפי דברי ר"ח יוצא שנאמן בטענת מחילה במיגו דפרוע ואילו מהגמ' דב"מ (יט, ב) מוכח שאינו נאמן לומר פרוע אלא משום דמצי מחיל אלמא דטענת מחילה לא תליא בטענת פרעון. (לכאורה נראה מדבריו שהבין בר"ח שנאמן בטענת מחילה במיגו דיכול לטעון פרוע).

הרי"ף הקשה על ר"ח שאם דבריו נכונים אזי:

א. אפילו המכנסת שט"ח לבעלה יכלה למחול, דאפילו דידו כידה, הרי אין זו טענת מחילה אלא טענת התברר לי שנפרעתי, שאין זו פעולה אקטיבית שאינה יכולה לעשות דידו כידה, אלא זה גילוי דעת על מעמד השטר דפרוע הוא טרם נישאה לו.

ב. אמאי שכ"מ אינו יכול למחול, והרי קי"ל בשכ"מ שאם עמד מחליו חוזר במתנתו אפילו שהוא מידק דייק. (ולא זכיתי להבין דהרי הטעם דשכ"מ יכול לחזור בו הוא דאמריי דעל תנאי נתן את המתנה ורק אם ימות נתן ואם לא, שלא נתן מתנה אדעתא שישאר עני ויצטרך ללוות מאחרים כדמבואר

ברשב"ם (קמ"ב, ב ד"ה ולא שמר), אבל הכא שמדייק בדבריו ומכר את השטר בחזקת חיוב אגן סהדי שהשטר אינו נפרע שוב אינו יכול לחזור וצ"ע).

ג. מלשונו של שמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו משמע דאפילו אם באמת הלוח חייב לו ומחלו מחול. ואם כדברי ר"ח הו"ל למימר וחזר ואמר לא פש לי גביה ולא מידי.

ד. ממעשה דקריבתיה דר"נ דאיתא בכתובות (פ"ה, ב) שקרובתו של ר"נ מכרה כתובתה בטובת הנאה, נתגרשה ומתה. באו הלוקחות ותבעו את בתה ור"נ יעץ לה שתמחל הכתובה לאביה ותירש הכתובה ממנו. אם כדברי ר"ח כיצד ר"נ אמר לה לומר פרוע השטר כשהוא לא פרוע והר"ז טענת שקר גמורה" וחס ליה לר"נ לאגמורי טענותא דשקרא לאינשי"י מכח הקושיות הנ"ל דחה הרי"ף את דברי ר"ח.

### 1. הסבר האור לציון

והנה הגרבי"צ אבא שאול זצ"ל מיישב הדברים, ונביא מדבריו: דעת ר"ח שהחסרון במכירת שטרות הוא שלעולם יאמר הלוח לקונה לאו בע"ד דידי את ולכן אין לקונה כח לתבוע אותו אלא מכח המוכר, שהוא המלוה האמיתי. וכיוון שכל הסתמכות היא על המוכר יכול המוכר לומר ששטר פרוע. ראיה לדבר עד מפי עד במקום שנאמן אם בא העד הראשון ויכחיש את העד השני נאמן, כיון שכל הסתמכותו היא עליו. (עיין כתובות ע, ב).

ועפ"ז יורדות כל הקושיות, דמה שהקשה ממכנסת שט"ח לבעלה דאמאי אינה יכולה לומר דפריע הוא. י"ל דדוקא בלוקח שכל הסתמכותו על המוכר אמרינן כן, אבל בבעל שידו כידה היינו שיש לו כח עצמו לתבוע את החוב, ואינו זקוק לכח של אשתו, בכה"ג לא מציא למימר פריע היא.

ומה שהקשה הנמו"י דהודאת בע"ד במקום שחב לאחרים לא מהני וכדמוכח בסוגיא דכתובות (יט, א), י"ל דשאני התם דמיירי שהמלוה חייב לאחרים ואינו נאמן משום שחוב זה משעובד למלוה שלו מדר"נ, ושאני שעבודא דר"נ שלמלוה הראשון יש זכות גבייה עצמית בלוח האחרון ולא מצי למימר ליה לאו בע"ד דידי את.

ולגבי הקושיא מב"מ (יט, ב), י"ל דאין כוונת הגמ' לנמק את הדין של הברייתא - שבזמן שמודה יחזיר - שזה מטעם דינו של שמואל, שהואיל ויש לה טענת מחילה יש לה טענת פרעון. אלא כוונת הגמ' היא להביא סיוע לדינו

של שמואל, שאף שהוא חב לאחרים נאמן, כמו שמצינו באשה שאף שחבה ללוקח נאמנת לומר פרוע.

ומה דהקשה הרי"ף מלשון "וחזר ומחלו" שמשמע שאף שאית ליה גביה אפי"ה יכול למחול, י"ל דאכן בכה"ג דאית ליה גביה לאו כל כמיניה למחלו, אלא משמענו שכאשר אומר המוכר מחלתי אנו מפרשים דבריו שכוונתו פרוע הוא, ורבותא קמ"ל אף דלא אמר הכי בהדיא הכי מפרשין לה. אבל אי ידעי דאית ליה פשיטא דלא מצי מחיל.

## 2. דיון בדברי האור לציון

יש להעיר לכאורה, דמה דיישב הגמ' (ב"מ כ, א), דאין כוונתה לומר את דינו של הברייטא שנאמנת בפרוע מיגו דמחילה, הנה רבינו חננאל פרש כך על אתר בדברי הגמ' דהאשה נאמנת במיגו דמחילה וז"ל "ומיגו דאי בעיא מחלה לה לכתובה לבעלה כי אמרה שובר האי דידיה הוא נאמנת, ואין תקנה שלא יהיה המוכר רשאי למחול כלל".

עוד יש להעיר דמהכ"ת דיוכל הלוח לאו בע"ד דידי את, לאחר שהמכירה הועילה אף מדאוריתא?

## 2. מהלך חדש בדברי ר"ח

ונראה ליישב דברי ר"ח בעז"ה, עפ"י מה דמצינו בקצוה"ח (לט, ה) דחקר בדין הערב שאם טוען הלווה פרוע אין גובין מן הערב ואם טוען לא פרוע גובה. ואמאי, ניחוש לקנוניא? ויישב דערב מוגדר כאיני יודע אם פרעתיך כיון דודאי נתחייב עיי"ש. נתה"מ (סק"ו) פליג עליה וכתב: "דבשלמא בערב כיון שנתערב בעד מלוה בעי"פ, ודאי על דעת כך נתערב דכשיתחייב הלווה בבי"ד באיזה אופן שיתחייב ולא יהיה ללוה לשלם אזי יתחייב הערב", כלומר, מה שמגדיר לעולם את חיוב הערב הוא לא המצב האמיתי של החוב אלא אם הלווה מתחייב בבי"ד, על אופן זה הערב נתערב. והנה מדברי נתה"מ נתבאר דיש מנגנון כזה שמה שמגדיר אם החיוב אינו פעם אחת בשעת ההתחייבות (כעין שמצינו בשעבוד דנשתעבד רק מה שהיה) אלא בכל פעם צריך לבדוק האם הלווה חייב וזה חובו של הערב.

עפ"י י"ל דזו כוונת ר"ח, דאכן המכירה מועילה מדאורייתא, ואעפ"כ יכול המוכר לומר "פריע הוא", ואין כאן בעיה של הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים, כיון שכל עצם המכירה היתה שכל מה שחייבים למוכר חייבים

לקונה, וכיון דכאשר המוכר אמר פריע הוא אינו יכול לגבות את השטר ה"ה דלא מצי הקונה לגבותו.<sup>1</sup>

לגבי המכנסת שט"ח י"ל דזה שאני ממכירת שט"ח דשם הכל נידון לפי המוכר, הכא כיון דידו כידה חשוב הוא כהבעלים האי של השטר חוב.

לגבי חזר ומחלו יתורץ כדברי הגר"צ זצ"ל דאכן למחול אינו יכול, וכאשר הוא אומר מחול הוא אנו מפרשים כדבריו שכוונתו לומר פרוע הוא, ורבותא קמ"ל אף דלא אמר פריע הוא להדיא מפרשינן לדבריו.

שוב הראוני בחידושי החת"ס (כתובות פה, ב), שהסביר את ר"ח עפ"י דברי הראב"ן. ראב"ן ס"ל שיכול הלוה לומר למוכר השבע לי שלא פרעתי למוכר, נמצא שלא פקע שיוכו של השטר אל המוכר, ולכן יכול נמי למחול. ור"ח הוסיף, שאף שלא חיישינן שהמוכר הודיע לקונה שכבר נפרע קודם המכירה - דאם כן למה מכרו לו - וכאילו אמר שלא נפרע, מ"מ יטען הלוה דילמא שב המוכר לביתו וגילה שכבר נפרע, וא"כ השבע (אתה הקונה) שהמוכר לא נפרע, נמצא שלא פקע שם המוכר מהשטר.

ודברים אלו הם כעין מה שכתבנו, שהמוכר לא הסתלק מהשטר ולכן יש לו השפעה על מהות החוב.

### ג. 1. שיטת הרי"ף

הרי"ף סובר שהטעם דיכול המוכר למחול הוא משום דהמכירה מועילה רק מדרבנן. וצ"ל א"כ אמאי שכ"מ אינו יכול למחול, מאי שנא? ומחדש הרי"ף דאכן שכ"מ גופיה מצי מחיל, ומאי דאמריי שכ"מ התם (ב"ב קמז, ב) היינו יורש. ומאי שנא יורש? אומר הרי"ף דרבנן עשו את מתנת שכ"מ כמתנה דאורייתא "דמטיא לידיה דמקבל" ולכן לא יכול למחול "דלית ליה מאי דמחיל" והוכיח את דבריו מהגמ' דב"ב (קמז, ב) שהסתפקה בדין שכ"מ האם מתנתו דאורייתא ורצתה הגמ' לפשוט מהא דאין שכ"מ יכול למחול דמתנתו דאורייתא דאם מתנתו דרבנן אמאי לא יוכל למחול? ופריק אכן מתנתו מדרבנן אלא שעשאוה כשל תורה - הנה חזינן מהגמ' דבגלל דעשאוה כשל

<sup>1</sup> ואי"ז דמיון גמור ליחס בין ערב ולוה, דהתם הלוה הוא ממש בע"ד והוא ממש המתחייב אלא שאת הפרעון מבצע הלוה, ואי"ז מענינו המצב האמיתי של החוב (כפי שרואים בשעבוד נכסים שהחיוב על הגברא וגובים מנכסים). ואילו בנדו"ד לאחר מכירת השטר, המוכר אינו בע"ד כלל אלא שיש לו את 'זכות ההגדרה' של החוב.

תורה אינו יכול למחול והינו דוקא ביורש, ששם נתנו למתנת שכ"מ גדר של תורה, אבל שאר שטרות מכירתם דרבנן ולכן מצי מחיל.

והנה מ"ש בדעת הרי"ף שס"ל מכירת שטרות דרבנן כ"כ הבי"י בדעתו (סו, כג), והיינו בפשיטות משום דקשיא לרי"ף, אמאי יכול למחול וע"ז הביא את דברי ר"ח, ולאחר שדחאם הביא את הגמ' דבי"ב (קמז) דמשמע מינה דכל מכירת שטרות היא דרבנן ושאני שכ"מ דעשאוה כשל תורה.

אמנם הש"ך (שם סק"א) דחה הבנה זו בדעת הרי"ף, וס"ל דהרי"ף לא בא לענות על שאלת התוס' דפשיטא ליה (כר"ת או כהחולקים) אלא דקשיא ליה מאי שנא בריא דיכול למחול על שטרו משכ"מ שאינו יכול למחול וע"ז הביא את דברי ר"ח ודהאם, והביא את הסוגיא דבי"ב (קמז) ופרש דשכ"מ דהתם היינו יורש וספק הגמ' הוא, אם נאמר שמתנת שכ"מ הוי דאורייתא מובן למה אינו יכול למחול דהו"ל כיוורש, ואין יורש יכול למחול על ירושת חבירו, אבל אם היא דרבנן לא מובן למה אינו יכול למחול, וע"ז יישבה הגמ' דעשאוה כשל תורה כדי שלא תטרף דעתו של בעה"ב.

הש"ך שם מסיק דהרי"ף אזיל בשיטת ר"ה"פ דמכירת שטרות הוי דאורייתא, ודלא כהבי"י והרי"ן (פרי הכותב) דהבינו שדעתו דרבנן.

ובתומים (סק"א) כתב דראייתם (דהבי"י והרי"ן) היא מתירוצו של הרי"ף, שכתב הטעם דאין שכ"מ יכול למחול דעשו אותו כמתנה דאורייתא כאילו מטיא לידא דמקבל. והנה, אם סובר הרי"ף דמכירת שטרות מדאורייתא, הרי כל מוכר ונותן הוי דאורייתא והגיע לידי המקבל ואעפ"כ יכול למחול וא"כ לא כתב הרי"ף שום נימוק לשוני בשכ"מ, אלא ע"כ דס"ל דמכירת שטרות דרבנן ושאני יורש דעשאוה כמאן דמטיא לידא דמקבל.

ובאמרי בינה (סג סק"ה) הביא משו"ת הר"י מיגאש תלמיד הרי"ף ששמע מרבו דמלוה בשטר כשיש ללוה קרקעות מועיל בה מכירה מן התורה – והיינו שהרי"ף סובר שמכירת שטרות דאורייתא, ועפ"ז באר דמ"ש הרי"ף כמתנה דאורייתא היינו היכא שאין ללוה קרקעות שאז המכירה היא מדרבנן.

## 2. שיטת תוס'

לעומת הספק בדעת הרי"ף, תוס' כתבו להדיא (כתובות פה, ב) שמזה שיכול למחול את השטר מוכח שמכירת שטרות דרבנן. והטעם דבשלמא כשיש לו קרקעות מוכר לו אותו שעבוד אבל כשאין לו מה מוכר לו.

בטעם הדבר שמכירת שטרות מדרבנן מצאנו כמה הסברים :

א) אינו ברשותו תוס' (ב"ב ע"ז ד"ה קני) שאלו למה לא תועיל מכירת שטרות והמכר יחול על השעיבוד נכסים (קרקע)? ותרצו שכיון שהקרקעות אינם ברשותו לא חל המכר עליהם.

ב) אינו שלו – כן תרץ הנמו"י (שם) דקיי"ל כרבא דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ולא הוא שלו.

ג) הגר"ח – (מכירה כב) וברכ"ש (ב"ב נה-נו) דייקו מלשון הרמב"ם שהחסרון הוא במעשה הקנין משום שהמעשה קנין נעשה בשטר ולא בגוף החוב, וכל קנין נעשה בגוף הדבר הנקנה, ולכן לא מהני מדאורייתא.

נחלקו הפוסקים בקנין דרבנן אי מהני לדאורייתא הב"י (סי' כח) הביא את דברי רבינו ירוחם שמי שקדש אשה במעמד ג' הוא קידושין דרבנן לחומרא, כיון דמועמד שלשתן הוא דרבנן והב"י פליג בזה דכיון שרבנן תקנו שקונה הוא מקודשת מן התורה. לפי זה צריך להבין כאן אמאי ל"מ מדאורייתא ותבטל אפשרות המחילה?

ושמעתי בבאור הענין ממו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א, בהקדם קושיא נוספת. דאף אם קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא מ"מ לאחר שאדם משך חפץ לקנותו שוב אין המוכר יכול לחזור בו. וא"כ מדוע מהני מחילה לאחר מכירת שט"ח?

והנה הנמו"י (כתובות מד, ב) כתב דא"א למכור שטרות דאין גופן ממון. ויש לחקור מה החסרון בכך שאין גופן ממון לענין מכירה – דבר שאין גופו ממון אף שהוא חפצא דבר הקנאה אך אין פעולת קנין הנתפסת לגביו, או דילמא דבר שאין גופו ממון אינו חפצא בר הקנאה כלל.

ונחלקו ראשונים האם ניתן להקנות חוב בקנין אגב. תוס' (ב"ב קמח, א) סובר שאפשר.

כמו כן ידועה חקירת האחרונים בגדר אגב – האם הקנין בקרקע מתייחס אף למטלטלין או שהקנין נעשה בקרקע בלבד וחלות הקנין מהני אף למטלטלין.

אם ננקוט כצד ב (דאין קנין במטלטלין) יש לבאר שמהני אגב להקנות חוב דאף שחוב אין גופו ממון ואין קנין להקנותו, באגב אין צריך קנין למטלטלין וממילא שפיר נקנה חוב באגב. והסוברים שלא מהני אגב לחוב הרי זה משום דסברי שחוב אינו חפצא דהקנאה כלל.

מעתה י"ל, שהרי"ף ס"ל שמלוה אינה חפצא בר הקנאה כלל ואף שרבנן תיקנו מכירת שטרות מ"מ מדאורייתא לא חל כלל קנין והבעלות תשאר בידי המלוה הראשון, ולכן שפיר מהני מחילתו וחז"ל לא חידשו קנין (דרבנן) לדבר שאינו בר הקנאה כלל. ודו"ק.

#### ד. שיטת ר"ת

ר"ת (הו"ד בר"ן ב"ב קמז,ב ובעוד דוכתי) סובר שמכירת שטרות מדאורייתא, והביא ראיה מדתנן בפרק הזהב (ב"מ נו) "אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והקרקעות והשטרות מה"מ דת"ר וכי תמכרו ממכר לעמיתך ממכר – מי שגופו מכור וגופו קנוי יצאו שטרות שאין גופן קנוי ואין גופן מכור אלא לראיה שבהם." ומכאן מוכח שמכירת שטרות מדאורייתא, דאי מדרבנן אמאי איצטריך קרא למעוטינהו מאונאה. וכיון שמכירתם דאורייתא תמוה כיצד יכול המוכר למחול את השטר? והגדיר שבכל חוב יש שני שעבודים למלוה על הלואה (א) שעבוד הגוף – והיא חובתו של המלוה לפרוע, והוא עיקר השעבוד. (ב) שעבוד נכסים - שאם הלואה לא יפרע יגבו מהם, כדין ערב. ושעבוד הגוף שיש למלוה על הלואה לאו בר מכירה הוא כלל, ולעולם נשאר אצל המלוה ולכן מצי המלוה למחול את החוב.

#### 1. קושיות על שיטתו

מצאנו בדברי רבותינו שתמהו על דבריו מכמה פנים :

הרשב"א (ב"ב קמז) הביא את דברי ר"ת והקשה עליו כמה קושיות : (א) אם נאמר שמוכר רק את השעבוד נכסים ותו לא, צ"ל מה מוכר לו, שהרי נכסי הלואה אינם ברשותו שיוכל למוכרם דקיי"ל כרבא (בפסחים ל,ב) דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. ואם נאמר שמשום מה מצליח למכור לו את הקרקע ג"כ, כיצד יכול למחול, שהרי אין אדם מוחל נכסי חבירו. (ב) אם כל היכא דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד הנכסים, אי"כ לא תהיה גבייה מיורשים אפילו במלוה בשטר, דהרי שעבוד הגוף פקע במיתתו (ויש להעיר דשאני היכא דמת מלוה דאמנא אין שעבוד הגוף, אבל אין להגדיר זאת כפקיעת השעבוד שתשפיע על שעבוד הנכסים, ולא דמי למחילה שעל ידה בטל החוב (וכאילו נפרע) ושוב אין שעבוד נכסים. ועיין להלן בדברי הר"ן). (ג) אין נפרעים מן הערב תחילה. ואם המכירה מועילה רק לגבי שעבוד הנכסים ולא לגבי שעבוד הגוף, נמצא דלגבי הקונה אין לוח כלל, וכיון שכן או שתפקע המכירה שכיון שאין לוח אין ערב או שיורידו ללוקח לנכסים בלי להודיע ללוח.

ד) כיון שא"א למכור שעבוד הגוף ה"ה דלא ניתן להורישו ולפי"ז יצא, שיורשי מלוה לא יוכלו לגבות את החוב מהלוה, דהוא נשתעבד לאביהם ולא להם.

עוד מצאנו בחי' הריטב"א (קידושין מז, ב) שהקשה על הסברו של ר"ת שאם אכן שעבוד הגוף אינו נמכר, והיינו שהלוה עדין חייב למלוה, את הכסף, כיצד יכול הלוקח לתבוע את הלוה, והרי מצי אמר ליה לאו בעי"ד דידי את. ואם נאמר שכאשר המלוה מוכר את השטר הוא בעצם נותן לו הרשאה לתבוע את החוב, א"כ כאשר מת המלוה תבטל ההרשאה וממילא תבטל המכירה, דכיון דאינו יכול לתבוע את הלוה (דבטלה הרשאה) ממילא לא יוכל לגשת אל שעבוד הנכסים דא"א לגבות מנכסי הלוה בלי תביעת הלוה תחילה כדאיתא בב"ב (קעד) והרי איתא בגמ' (ב"ב קמז) דאפילו יורש מוחל, משמע דכ"ז שלא מחל המכירה קיימת.

### ישוב דברי ר"ת

בריטב"א (קידושין הנ"ל) תרץ וז"ל: "ואיכא למימר שהלוה נעשה בשעת מתן מעות כאמר משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול ליי".<sup>2</sup>

עפ"י דברי הריטב"א לכאורה מיושבת כל הקושיות הנ"ל דמ"ש הרשב"א דצ"ע מה מוכר לו כיון שאין הנכסים ברשותו, לפי הנ"ל א"ש דאכן אינו מוכר לו את הנכסים דהם אינו ברשותו אלא מוכר לו את זכות גבית הנכסים ונותן לו הרשאה עליהם.

ושאלות ב-ד א"ש בפשטות דכיון דהוא משתעבד לכל דאתי מחמתיה נוצר מעין שעבוד בין הלוה לבין הלוקח.

אלא דצ"ב בדברי הריטב"א הנ"ל, דאם הלוה משתעבד לכל מאן דאתי מחמתיה, אמאי נזקק ר"ת לחלק בין שעבוד הגוף לשעבוד הנכסים, דלפי"ז אפשר לומר דהמכירה לא מועילה כלל אף לשעבוד הנכסים, אלא דהלוה השתעבד לכל הבא מחמתו. או שהמכירה חלה גם על שעבוד הגוף שע"י שמכר לוקח את השטר נוצר שעבוד הגוף כלפי הלוקח.

שו"ר שהקשה כן על הריטב"א באמרי בינה (הלואה סג, ח) ובאר ע"פ דברי רשב"ם דהטעם דאין נפרעים מן הערב תחילה, הוא דלמה נזלזל בנכסי הערב

<sup>2</sup> הא דהדגיש רבינו כ"ז שלא תמחול לי באר שם המגיה (הערה 734) דרבינו לשטתו, דפרש בטעמא דמעמד שלשתן אינו יכול למחול משום דכאלו אומר הלוה משתעבדנא... וא"כ הכא דיכול למחול היינו משום דהוא משתעבד כל זמן שלא ימחל.

להוריד את המלוה לתוכם, אולי המלוה יתרצה ויפרע להמלוה במעות, וכיון שהלוקח מודיע ללוה שבידו לסלק את החוב אם לא יפרע שפיר דמי לגבות מנכסיו.

וזו כוונת הריטב"א דנעשה כאומר משתעבדנא לכל דאתי מחמתך, דלא ממש משתעבד קאמר, אלא דהלוה נותן את הזכות למלוה, שכל מי שיקנה את השטר יוכל מיד לגשת אל הנכסים ולא יצטרך לתבוע את הלוה תחילה.

התומים (סו, מג) הקשה כן על הריטב"א וכתב "שדבריו ביותר צריכים עיון".

## 2. הסבר הגר"ח

כתב בחידושי הגר"ח (סטנסיל סי' קכח)<sup>3</sup> וז"ל: "ועוד נראה לומר בזה דהנה כשמוכר המלוה השעבוד אין השעבוד נשתנה בזה המכירה, שמקודם היה השעבוד למלוה וישתנה ויתחלף לשעבוד של לוקח, אלא על השעבוד שישנו למלוה אל המלוה חל קנין הלוקח שהוא קנוי עתה לו לגבותו והשעבוד גם עכשו למלוה ולכן שפיר יכול למחול".

והיינו שבין שעבוד הנכסים ובין שעבוד הגוף הם לעולם אצל המלוה האמיתי, וא"א לחלק אותם זה מזה, אלא דזוכה הלוקח ונהיה הוא בעלים על גביית החוב של המלוה.

אולם חדא ועוד קאמינא, חדא דלפי דברי הגר"ח דרק החוב נמכר והשעבוד נכסים כדקאי קאי צ"ע אמאי נזקקנו להגיע לחילוק בין שעבוד נכסים לשעבוד הגוף, ועוד דבדברי ר"ת שהובאו בר"ן מוכח דשעבוד הנכסים ממש נמכר הן מלשונו והן ממה שהקשה דלפי ר"ת מה הדין כשמת לוה דלכאורה פקע שעבוד הגוף.

## 3. הסבר הגר"א וייס

בספר לקט שיעורים (משיעורי הגר"א וייס שליט"א כתובות פה, ב) כתב בהסבר דברי ר"ת כך: "ונראה בביאור שיטת ר"ת דגדר שעבוד הגוף שונה משעבוד נכסי, והיינו ששעבוד הגוף הוא מצד הלוה שמחוייב לפרוע חובו למלוה, ושעבוד נכסי הוא מצד המלוה דיש לו זכות לגבות חובו מנכסיו, ולפי"ז אין יכול המלוה למכור חובתו של הלוה אלא יכול למכור את זכותו לגבות חובו ואין הכוונה דמקנה לו קנינו שיש לו בנכסיו אלא מקנה לו זכותו

<sup>3</sup> בהסבר לדברי הראב"ד דס"ל כר"ת, דאיכא שני שעבודים ורק שעבוד נכסים נמכר.

בגביית החוב, ואין נפ"מ אם יש ללוה קרקעות או לאו... ובכל אופן מוכר לו זכותו לגבות מהלוה" ע"כ.

עפ"י דבריו מיושבים הקושיות דלעיל ועיין בספר דרך משפט (סי' כג) דפרש בדרך דומה לזו, אלא דהקשה דדבר זר הוא לומר ששעבוד הגוף יהיה לאחד ושעבוד הנכסים לאחר אחרי דכל משמעות שעבוד נכסי הוא בעצם ערבות על החוב, ועפ"י דברי הגר"א וייס א"ש דאין כוונת ר"ת לשעבוד ממש שחל על הנכסים אלא לעצם זכות הגבייה וממילא אין מניעה שהלוה יהיה חייב לאחד זכות הגבייה תהיה לאחר.<sup>4</sup>

#### 4. גבייה מיתומים

לעיל הובאה קושית הרשב"א על ר"ת דלפי דבריו דכל היכא דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד הנכסים א"כ כשמת לוח פקע שעבוד הגוף, וכיצד א"כ יש גבייה מיתומים דהרי פקע השעבוד נכסים והנה הר"ן (כתובות פו) הקשה כן ותרץ וז"ל: "ומיהו כשמת לוח אע"פ ששעבוד גופו פקע, שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוה שירד לנכסיו ויפרע מהם, אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודן של נכסים נפקע".

קצוה"ח (סו,כד) באר דבריו, דדין שעבוד נכסים כדין ערב, וכמו דבערב אם הלוה מת או שהלך למדינת הים יגבו מן הערב דע"ז גופא נשתעבד הערב, אלא שכאשר פרע הלוה או מחל המלוה דהוי כפרעון ממילא נפטר הערב, ה"ה בנכסוהי דבר איניש דיש להם דין ערב.

אולם התומים (סו,מג) הביא את דברי הר"ן הנ"ל וכתב שאינם מובנים לו וחידש מדנפשיה דלר"ת במת ליה וזכו יורשים הנכסים, מתחדש אצלם שעבוד הגוף לפרוע את החוב כמו שהיה אצל הלוה, ומעתה הם בעלי החוב.

#### 5. קשיים בדין גבייה מיתומים

א) הקשה קצוה"ח דאם יש ליורשים שעבוד בגוף, א"כ יצטרכו לשלם אף אם לא ירשו מאביהם כלום, והדין ברור שפטורים מלפרוע כשלא ירשו מאביהם.

ב) עוד הקשה מדוע אין גובים ממטלטלים, כדין מיניה, דהרי היורש נשתעבד.

<sup>4</sup> אלא דצ"ע קצת הגדרת שעבוד נכסי כזכות גבייה, דכשהר"ן הזכיר שעבוד נכסי ציין לדברי הגמ' "דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה..." ומשמע שאי"ז זכות גבייה אלא שעבוד ממש.

ג) עוד יש לתמוה דבשלמא ביתמי גדולים דאיכא עלייהו חובה לפרוע החוב נשתעבדו נכסיהם, אבל ביתמי קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו ואין עליהם חובה לפרוע את החוב, אמאי כשיגדלו תחול עליהם חובה לפרוע, והרי כשהגדילו אין להם זכיית ירושה חדשה (כן הקשה המגיה דהתומים).

ד) עוד הקשה במשובב בסיי לג מהא דגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו דמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש וגובין מהם כמו מהיורשים והתם לא שייך הטעמא דכרעא דאבוהון.

ה) עצם חידוש התומים אינו מובן בסברא דמהיכי תיתי שיחול על היתומים שעבוד הגוף, דהרי המעשה המחייב, הוא ההלוואה, והלווה שלוה נשתעבד אבל יתומים אמאי יתחייבו בשעבוד הגוף.

עוד הקשו באחרונים קושיית נוספות לא עת האסף, עיין בדברי המגיה לתומים.

#### **6. מצוה לפרוע חוב אביהם**

ומצאנו באחרונים ג' נביאים מתנבאים בסגנון אחד בהסבר התומים וה"ה הנחל יצחק (קח ענף ב), האמרי בינה (הלואה ב) וביתר ביאור באבי עזרי (מלוה ולווה יא,א) דביארו דשעבוד הגוף שיש ליתומים נובע מכח המצוה שיש להם לפרוע את חוב אביהם. וכשם שעל מצות פדיון הבן יש שעבוד נכסים, כך מצוה זו לפרוע חוב אביהם משעבדת את היתומים ולכך הנכסים משתעבדים מכח שעבוד היתמי. וכיון שהמצוה היא לפרוע חוב האב, רק הנכסים שירשו ממנו משועבדים לפרעון, ולא נכסי עצמם.

עוד יש להוסיף דזמן חלות השעבוד הוא שעת מיתת האב והנפ"מ בזה דאף נכסים שקנה האב לאחר שלוה באופן שאינם משתעבדים כל זמן שהאב חי, מ"מ כעת משתעבדים בשעה שנופלים בפני היתומים.

עפ"י דבריהם יישב במשפט יהונתן את הקושיא מיתמי קטנים דלכאורה פקע מינייהו השעבוד וכיצד יגבו מהם כשיגדלו, דלדבריהם א"ש דכיון דמה דמשעבד אותם זו המצוה לפרוע חוב אביהם, א"כ המצוה הזו רביע עלייהו.

וכשיגדלו תחול בפועל וממילא ישתעבדו נכסיהם לצורך כך.<sup>5</sup>

וכן מה שהקשה קצוה"ח דיתומים יצטרכו לפרוע אף אם לא ירשו כלל, ותהיה גבייה אף ממטלטלין כדין מיניה – לפי המבואר ל"ק דמצוה זו לפרוע חוב האב היא דיקא מנכסים שהשתעבדו ע"י חוב אביהם אבל נכסים שלהם או מטלטלים הואיל ואצל אביהם לא נשתעבדו אף הם לא נשתעבדו בזה.

אולם, עדין קשה קושית האמרי בינה, דיתומים שירשו נכסים משועבדים (היינו שנמכרו ללקוחות) הדין דגובה המלוה מהם. ואמאי, הרי מנכסים אלו לא נשתעבדו היורשים לפרוע כלל. הטעם דלא נשתעבדו היורשים לפרוע מנכסים אלו הוא, דבמיתת האב פקע שעבוד הנכסים מצד האב. וכאשר היתומים זכו בירושה נתחייבו מכוחה במצוה לפרוע חוב אביהם, דוקא מנכסים אלו ואילו נכסים שביד לקוחות נחלטו להם ולא מתחדש שעבוד מכח היתומים, דאין להם זכות בנכסים אלו וממילא ברור הוא דאין על נכסים אלו שעבוד. מעתה צריך באור מדוע יש גבייה מהם, דלכאורה צריך לפקוע דין שעבוד נכסים מהם.

### 7. הסבר המשפט יהונתן

בהוספת בסוף הספר הנ"ל באר דברי התומים והר"ן בדרך חדשה. בהקדים דברי רש"י במסכת פסחים (ל,ב ד"ה כו"ע), דהטעם דבע"ח גובה מנכסים משועבדים וז"ל: "דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדשו הקדש שהרי ממושכנים הם למלוה ואע"ג דהן שלו אינם ברשותו..." – מבואר בדבריו דהטעם לגביית בע"ח הוא דלעולם חשיבי הנכסים "ברשות" המלוה ולעולם לא הועילה המכירה כלל.

והקשה הנחל יצחק (לט) על רש"י דאי הטעם לגבייה מלקוחות הוא משום דחשיב כאינו ברשותו של הלוח ובטל המקח, אי"כ מדוע יש גבייה מירושת יתומים והרי ירושה מועילה אף בדבר שאינו ברשותו, כיון דזכיית ירושה אתיא ממילא.

והנה י"ל דהר"ן והתומים לא פליגי אלא משלימים זה את זה. דהר"ן בא לענות על השאלה דהיכא דמת הלוח כיצד יגבו מהנכסים כשאין יורשים כגון

<sup>5</sup> אמנם העיר שם דלפי ביאור זה דכל השעבוד הוא מחמת המצוה לפרוע חוב אביהם, י"ל מה יהיה הדין בשאר היורשים (חוץ מבנים). דהרי רש"י בכתובות (צא) כתב שמצוה זו היא משום כבוד אביהם וא"כ שאר היורשים לא מחוייבים בכך. והרי התומים בעצמו כתב (אורים קז,ד) שפריעת החוב מוטלת אף על שאר היורשים, שלא יהיה מורישו בכלל לוח רשע ולא ישלם, וצ"ע.

בגר, דכיון דפקע שעבוד הגוף פקע השע"נ. וע"ז קאמר דמעשה ההלוואה היא הסיבה הגורמת לשעה"ג ושעה"נ, ואף לאחר מיתה סיבת החייב עומדת בעינה ולכן יהיה שעבוד נכסים ויגבו מהם. ורק כאשר נפרע החוב או נמחל דאזלא לה סיבת החיוב ממילא לא תהיה גבייה כלל. ויעויין בלשון הר"ן דלא נחת לדון לגבי היורשים.

וניתן לומר שהתומים אכן מסכים דסיבת החיוב תגרום לשעה"נ, אולם הוא התמודד עם שאלה אחרת דמה יהיה הדין באופן שמת הלוח ונפלו הנכסים לפני היורשים דהם זכו בנכסים לגמרי (דמועילה ירושה אף בדבר שאינו ברשותו וכדלעיל), דהרי הטעם דאפשר לגבות הוא משום דל"מ המכירה והרי הכא מהני ירושת היורשים וא"כ כיצד יוכל להוציא מהם – וע"ז הוסיף וחדש דאצל היתומים מתחדש שעה"ג מכח המצוה דעלייהו ומחמת זה איכא גם שע"נ. וגם לפי חידושו זה עדיין זקוקים אנו לתירוץ הר"ן דסיבת החיוב לגר שמת ללא יורשים דכיצד תהיה גבייה מנכסים והרי ליכא שעה"ג.

ועפ"י האמור מיושבת קושית האמ"ב כיצד יש גבייה מלקוחות האב לאחר מיתתו דהרי היתומים לא נשתעבדו, דכל חיובם הוא מנכסים שירשו ונכסים אלו מכרם האב ושוב ליכא עלייהו חובת פרעון מהם? וי"ל דאכן שעבוד הגוף שהתחדש אצל היתומים לא ישעבד נכסים אלו אבל סיבת החיוב מצד האב לא פקעה אף לאחר מיתתו. וכמו שגובים מלקוחות בחיי האב וכדברי רש"י שלא חלה המכירה, ה"ה לאחר מותו לא פקע השעבוד מנכסים אלו. ולפ"ז, ששעבוד האב קיים במקרה זה, יגבו מלקוחות האב אף אם היתומים קטנים.

ועפ"ז מיושבת גם קושית המשובב מהא דגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, דהמחזיק בנכסים גובים ממנו בע"ח דהגר והרי היכא לא שייך טעמא של כרעא דאבוהון כמו ביורשים – וי"ל דאף הכא סיבת החיוב קיימת ומשעבדת את הנכסים ויגבו מהם.

#### **ה. חברה בע"מ**

בעידן המודרני התחדש המושג של חברה בע"מ, שע"פ חוקי המשפט הבינלאומיים, היא מהווה "יישות משפטית נפרדת" מחבריה בעלי החברה, ואינה תלויה בקיומם הפיזי של בעלי החברה, החברה יכולת ללוות ולהלוות, למכור ולקנות ועוד. נכסי החברה שייכים לחברה בעצמה. אם החברה לוותה הרי רק נכסיה משועבדים לצורך הפרעון, ושום שעבוד לא רביע על בעלי החברה. וזה אפילו אם הבעלים של החברה הוא אדם אחד בלבד, לא רובצת שום חובה ממונית על הבעלים אלא רק על נכסי החברה.

והנה בשו"ת אגרו"מ (יו"ד ב,סג) דן בדבר ביחס לאיסור ריבית בבנקים וז"ל: "אבל אני אמרתי חידוש בענין איסור ריבית, והוא בעיני ברור לדינא, בדבר זה שרובא דרובא דאינשי מניחין מעותיהן במדינותינו בהבאנק, ונוטלים הריבית שנותנים בכל באנק... ויש גם באנק שהם של יהודים, שאין עוברים על איסור ריבית דאיכא על המלוה והלוה. משום דסתם מלוה הרי איכא שעבוד הגוף, שיש על גופו של הלוה, אף שאין לו כלום חייב לשלם... וכשלא ישלם עבר על חיובו... וזהו סתם מלוה שבתורה, וממילא נראה שרק בסתם מלוה שעושה חיוב תשלומין על הלוה. נאסר בתורה מליקח ריבית, אבל מלוה כזו שאינו עושה שום חיוב על גוף האדם לשלם, וליכא עליו העשה דתשלומין, ולא יהיה רשע כשלא ישלם, לא נאמר על זה איסור ריבית... אבל טעם זה אינו מועיל להתיר ללוות מהבאנק כשהוא של ישראלים, אם הלוה הוא איש פרטי שיש עליו שעבוד הגוף והעשה דפריעת בע"ח לשלם".

ובדברי האגרו"מ מצאנו שני חידושים: קיימת אפשרות של שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף. איסור ריבית תלוי בשעבוד הגוף כי אז יש גברא שמצווה לפרוע, אבל בשעבוד נכסי לחוד אין איסור ריבית. (ונראה דהו"ל כאדם חיצוני שיתן למלוה, כסף עבור הלוואתו לפלוני דלא שייך איסור ריבית בכה"ג).

והעירני מו"ר הגרמח"ד שליט"א, דלכאורה הדברים תלויים במחלוקת הראשונים בסוגיא דקידושין (ח,א) "דאמר ר' נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן".

דעת הרמב"ן והרשב"א שכיון שהמנה שמקדש בו אינו בעין, אלא אגיד גביה וברשותו הוא לא מהני במקום כסף אף לענין קרקעות.

דעת הרא"ש (סי' י) דאין כאן משכון, משום דאדם יכול לשעבד נכסים לדבר שנתחייב בו, אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד על נכסיו וכאן כיון שלא נתחייב לאשה מעולם ממילא לא יחול המשכון.

והנה האבנ"מ (כט,י) כתב בדעת הרמב"ן והרשב"א דבכה"ג במתנה, אם נותן לחבירו מנה ונותן לו משכון עליהם זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה. ותמה שם האבנ"מ כיצד יתכן שיהיה שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף והרי השעבוד נכסים מועיל רק מדין ערבות וכל היכא דלוה פטור ערב נמי פטור?

והביא תשובת הרשב"א דהערב יכול להתחייב אף בדבר שהלוח פטור והרשב"א לשיטתו סובר דבמתנה משתעבד למשכון אע"ג דליכא לוח.

העולה מדבריו שם דמחלוקת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש היא האם אפשר לשעבד שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף, דדעת הרמב"ן והרשב"א דאפשר ודעת הרא"ש דא"א – נמצאנו למדים דהאגרו"מ נקט לכאורה כצד אחד במחלוקת זו. (עוד יש להוסיף שלפי ההבנה הפשוטה בדברי התומים והר"ן דלעיל, אף הם נחלקו האם אפשר להיות שעבוד הגוף ללא שעבוד נכסים, דלתומים א"א ולר"ן אפשר, עיין לעיל).

ואכן בפד"ר (ח"ו עמ' 322) תלו את הדיון בחברה בע"מ במחלוקת הראשונים והנ"ל ובדברי האבנ"מ. אלא שהוסיפו שאף לפי הרא"ש דאין מציאות כזו, מאחר ומנהג המדינה הוא כזה אז אף שמבחינה הלכתית אי"ז תקף, יועיל הדבר מדין סיטומתא כיון שדרך העולם שזה מחייב ולא גרע ממנהג התגרים.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> להרחבת העיון בענין חברה בע"מ נציין לכמה מקורות בנושא: צ"פ ורשא, קפד; מהר"ם שיק יו"ד קנח; מהרי"א הלוי ב, קכד; גליון מבי דינא עניני שביעית עמ' שכו ואילך מאמר מקיף מרבי יעקב אברהם כהן; מנחת יצחק י, קמג; שבט הלוי ח, שו; בספר נשך כסף סי' א בשם הגר"ח פ שיינברג ואכמ"ל.

## חיוב שבועה מספק

### ראשי הפרקים

- א. מחלוקת האחרונים בחיוב שבועת הנוטלים מספק
- ב. שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה
- ג. תליית צדדי החקירה במחלוקת תוס' וריטב"א
- ד. באור דעת הר"ן לשיטתו
- ה. מחלוקת האחרונים בדינו של תרוה"ד
- ו. באור מחלוקת האחרונים בדין מיגו לחייב שבועה
- ז. באור דעת התומים
- ח. טענת קים לי לפטור משבועה
- ט. סיכום

### א. מחלוקת האחרונים בחיוב שבועת הנוטלים מספק

בש"ך (פז, י) מבואר, שלא משביעים אדם מספק כאשר ישנה מחלוקת שלא הוכרעה אם לחייב שבועה. ומקור דבריו מתשובת המוהריב"ל (ב, מו) וז"ל:

וכי היכא דבממונא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ותיקו דממונא קולא לנתבע הכי נמי לענין שבועה לא משביעין ליה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ומצי אמר קים לי כהני דאמרי דנאמן בלא שבועה.

המהרי"ט בתשובה (א, קנא) כתב, דדבר פשוט הוא לפטור משבועת הנפטרים בספק, ולמד דין זה מדברי תוס' שבועות (מא ד"ה ומאן דתני אסיפא), שכתבו בשם ר"ת הואיל ויש מחלוקת אם משביעים היסת במקום שאין דררא דממונא אין להשביע מספק משום שהמוציא מחברו ע"ה. וא"כ נראה, שכך הדין בכל שבועת הנפטרים. ומבאר המהרי"ט, שיש להסתפק בשבועת הנוטלים אם יש ספק חיוב שבועה, שבזה היה אפשר להחשיב הנוטל כמי שמוציא ויצטרך להוכיח שפטור, אך פוסק שגם בשבועת הנוטלים לא משביעים מספק. ומוכיח זאת מדברי הרא"ש (כתובות ט, כח) ונבאר ראייתו.

הגמ' בכתובות פח מבארת, שלדעת ת"ק ור' אליעזר אשה שבעלה הושיבה חנונית יכול להשביעה, שלא לקחה מנכסיו. לדעת ר"ש רק אם תתבע

כתובתה יכול להשביעה וכן הדין ביורשי הבעל. הרי"ף פוסק כת"ק ור"ת ור"ח פוסקים כר"ש. ומבאר הרא"ש, שפוטרים אשה שהושיבו חנונית מלהישבע כשבאה ליטול כתובתה. ואף שיש טענת ספק של היתומים שמא כבר גבתה כתובתה, הואיל ויש בזה מחלוקת הרי"ף מול ר"ת ור' חננאל איך לפסוק אם חייבת שבועה ליתומים או לא. מבואר שגם בשבועת הנוטלים<sup>1</sup> לא מחייבים שבועה מספק.<sup>2</sup>

והנה הרי"ן בשבועות (מא,א) ע"ד התוס' שם (אשר ממנו דייק המהרי"ט, שבשבועת הנפטרים פוטרים במקום ספק) כתב וז"ל:

ולפיכך פסק (רבינו יעקב) כמאן דמתני לה אסיפא אבל כל היכא דליכא דררא דממונא פטור דכיון דמדינא בכל ענין פטור ובגמרא מספקא להו בדבר נחמן היכי אתקין ונקטינן לקולא.

<sup>1</sup> דברי מהרי"ט צריכים לכאורה באור, משום שמבואר במשנה (כתובות פז) שכאשר האשה באה לגבות כתובתה חייבת להישבע גם לדעת ר' שמעון וא"כ גם לשיטת ר"ח שפוסק כר"ש, כשהאשה באה ליטול חייבת להישבע. וא"כ מניין מוכיח המהרי"ט, שגם בשבועת הנוטלים הרא"ש פוטר מספק (וכך מקשה בשו"ת בעי חיי סי' קג)? ונראה לבאר, שהמהרי"ט הבין שדעת הרא"ש לבאר מסקנת הסוגיא שם כרש"י, שפירש שר"ש חולק על ת"ק גם בדין הפוטר אשתו מן השבועה, שבזה ר"ש מחייב, כאשר באה ליטול (וכהעמדת אביי) וגם בזה כותב הרא"ש שלא מחייבים מספק אף שבאה להוציא, וכך אפשר לדייק בלשונו (פרק ט ס' כח) שכתב "ומסיק" והביא גם העמדת אביי וגם העמדת ר"פ למחלוקת התנאים משום שלפי הסבר זה ר"פ מוסיף על דברי אביי עיי"ש.

<sup>2</sup> אך בשו"ת הרא"ש עא, ח פוסק לגבי מלוה שיש לו נאמנות ובה לגבות מן הלקוחות הואיל ויש מחלוקת הפוסקים אם הנאמנות מועילה כנגד הלקוחות ויכול לגבות בלי שבועה שלא נפרע, או שאין הנאמנות מועילה כלפי הלקוחות אלא רק כלפי הלוה וחייב שבועה, לא נוציא ממון עד שישבע. וא"כ מוכח שכדי ליטול חייב שבועה בספק פלוגתא וכך הקשה על המהרי"ט בשו"ת בעי חיי קג.

אך לכאורה יש לעיין בדין זה, שכן הרא"ש בפסקים בכתובות (פרק ט ס' כב), לאחר שהביא מחלוקת הראשונים, האם נאמנות למלוה מועילה כנגד הלקוחות או לא פוסק כך, וז"ל: "אבל מתוך דברי רב אלפס ז"ל משמע שלא ירד לחילוק זה, דמשמע דמפליג בין ירתי ללקוחות וכן כתב רבינו חננאל ז"ל ומעשים בכל יום שאין נפרעין מן המשועבדים אע"פ שיש להם נאמנות אלא בשבועה ומן היתומים שלא בשבועה וכו' והראב"ד וה"ר מאיר הלוי ז"ל חלקו גם הם בין קדמו הלקוחות ובין קדם הנאמנות והאידינא דנפשי רמאי נכון להחמיר כדברי ר"ח ורב אלפס ז"ל. ומבואר מדבריו שרק בגלל ש"נפשי רמאי" מחייבים שבועה אך אם היה ספק לא היינו מחייבים שבועה ומזה נראה מוכח כדברי המהרי"ט.

ואולי אפשר לבאר, שרק במצב שיטען קים לי יפסוק הרא"ש לחייב גם בספק פלוגתא, אך בסתם ספק לא נחייב שבועה מספק אף כשבא ליטול, ולכן פסק הרא"ש שמחייבים שבועה רק בגלל ש"נפשי רמאי". ועיין לקמן בהערה 28, שיש חילוק בין טענת קים לי לבין טענת מוחזקות במקום ספק.

מבואר מדבריו, שהואיל ויש ספק אם לחייב היסת במקום שאין דררא דממונא הדין שפטור מלהישבע.

ובהגהות רע"א על השו"ע (על הש"ך דלעיל) דייק מדבריו שרק בגלל שהספק הוא בשבועה דרבנן לא נחייב מספק, אך בספק בשבועה דאורייתא כן נחייב מספק. וא"כ נראה שחולק על המהרי"ט, שבכל שבועת הנפטרים פשוט שפטור במקום ספק.

אך מבאר רע"א, שגם בספק חיוב שבועה דאורייתא פוטרים ומוכיח זאת מתוסי' בשבועות מ,א.

הגמ' אומרת, שנחלקו ר"ג וחכמים בדין טענו חיטים והודה בשעורים ולא בטענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם כדי "להודיעך כוחו דר"ג". ותוסי' שם בארו, מדוע הגמ' מעדיפה להשמיע את כוחו דר"ג שמחייב אפי' בטענו חיטים והודה בשעורים ולא את כוח חכמים שפוטרים משום שעדיף כוחו על דברי רבנן שהם "כח דפטורי". ומכאן מוכיח רע"א שגם בשבועה דאורייתא יותר קשה לחדש חיוב מלפטור וממילא במצב של ספק חיוב שבועה נפטור את האדם מלהישבע, מפני שאין בידינו כוח לחייבו.<sup>3</sup>

וא"כ יש לבאר במה נחלקו הר"ן ותוסי' לגבי חיוב שבועה דאורייתא מספק.

---

<sup>3</sup> אך בהגהות חת"ס (שם) מבואר, שבספק חיוב שבועה דאורייתא כן מחייבים שבועה, כמדויק מלשון הר"ן ורק כאשר הדיין מסתפק אז אין לחייבו אף בשבועת התורה וכך לומד מדברי התוסי' המובאים לעיל. וא"כ צריך באור במה נחלקו רע"א והחת"ס בשאר ספק שבועה דאורייתא ובמה מיוחד הדין כאשר הדיין מסופק. בבאור המקרה שהדיין מסופק, היה אפשר לומר, שגם כשיש חיוב שבועה ברור, לא משביעים מספק אך מצינו בש"ך (עה,ו) שהביא דברי תשובת הרא"ש (עא,ה) "שלא משביעים היסת אלא בטענה מבוררת" וביאר הש"ך שמדובר במקום שהדיין מסתפק אם התובע ישר וטוען באמת או שיש לו רמאות בדבר ולכן רוצה לחייבו שבועה. ובמקרה זה פסק הרא"ש, שבדרבנן לא משביעים, ומדייק הש"ך שבשבועה דאורייתא יסבור הרא"ש שנשביע אף במקום שיש ספק שטענת התובע היא ברמאות. ולכאורה מבואר בדעת הרא"ש דלא כדברי החת"ס, שפטר במקרה בו הדיין מסופק. אך נראה לבאר שספק לדיין, כאשר ישנה סיבת חיוב ברורה, לא יגרום לשינוי הדין ורק בספק על עיקר החיוב מוכיח החת"ס מהגמ' שנפטור מספק. וכך גם נראה לדייק מדברי הש"ך (עה,ט) וז"ל "מ"מ נשמע דהיכא דאין הדיין יכול לידע אם הודה כמערים או כמודה, והוא אומר ידעתי שאתה חייב לי ובדעתי היה לתבוע ממך מנה, פטור משבועה דאורייתא, ובשבועת היסת נראה דחייב וכמ"ש לקמן סימן פח סעיף לב (ס"ק נו) דלענין שבועת היסת לא בעינן שתקדום תביעה להודאה" עכ"ל. ומבואר מדבריו, שאף שהדיין מסופק אם נוצר מצב של מוב"מ לא מחייבים בדאורייתא כיון שאין סיבת חיוב ברורה.

עוד יש לברר ע"פ הסברא שהבאנו בשם מהריב"ל, שחיוב שבועה הינו כחיוב ממון ולא נוציא מספק, מדוע לחלק בין חיוב שבועה דרבנן לחיוב שבועה דאורייתא הרי בחיוב ממון בשניהם לא מוציאים מספק?

## ב. שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה

ישנן שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה:<sup>4</sup>

(א) חיוב שבועה הינה זהה לחיובי הממון כיון שהחובה להישבע היא חובה כלפי בעל הדין השני והשבועה היא מעין סוג של תשלום.

(ב) חיוב השבועה הינו דרך שבה בי"ד מברר ספק שקיים לפניו והחיוב להישבע אינו חיוב על הנשבע כלפי בע"ד השני אלא מעין חיוב של הלכות דיינים, שבי"ד צריך להטיל חיוב שבועה כדי לברר הספק.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> האחרונים חקרו האם שבועה היא חיוב עצמאי או שזה רק דרך להיפטר מחיוב הממון (עין בחידושי הגרש"ש ב"ב יט ובקוב"ש ב"ב קג). והוכיח הגרש"ש, שהשבועה היא חיוב עצמאי, מכך שלומדים מפסוק ששביעית משמטת שבועה. מבואר שזהו סוג של חיוב על האדם ולכך שייד בזה שמיטה עיי"ש. ולצד שזהו חיוב יש לדון האם זהו חיוב כלפי התובע או חיוב כלפי ביה"ד.

ובגמ' ב"מ יז מבואר שאדם שחייב עצמו שבועה שלא בביה"ד וטען שנשבע והוכחש בעדים לא הוחזק כפרן, אך אם נתחייב שבועה בביה"ד ואמר שנשבע והוכחש הוחזק כפרן לאותה שבועה. ומבואר בגמ', שהחילוק הוא, האם אדם כופר במה שלא חייבוהו בי"ד גם בלי שמתכוון לכפור בדין. ויל"ע בשבועה שאדם חייב בה את עצמו, אם שייד הצד שזהו חיוב כלפי בי"ד או שזהו וודאי חיוב כלפי התובע את השבועה.

<sup>5</sup> לכאורה לפ"ז היה מקום לתלות צדדי החקירה במחלוקת רמב"ם ורמב"ן בספר המצוות מצות עשה ז' שהרמב"ם סובר שיש מצות עשה להישבע והרמב"ן בהשגות חולק, ששבועה אינה מצווה אלא התורה רק מרשה להישבע לצורך ברור הדין. וא"כ אפשר שהרמב"ם למד ששבועה הינה חיוב איסורי, שבא לברר וכדעת קצוה"ח ונתה"מ, אך הרמב"ן סובר שזה חיוב ממוני בלבד ובכל מקרה לא נחייב מספק. אך תליה זו קשה מכמה סיבות: (א) לפי המגילת אסתר מצות העשה לרמב"ם היא שכשנשבעים - להישבע בשם ה', אך לא עצם חיוב השבועה וא"כ גם לדעת הרמב"ם החיוב עצמו אינו איסורי.

(ב) בספק פלוגתא בארנו, שלכו"ע לא מחייבים מספק מפני שיכול הנתבע לומר קים לי (כמבואר בדברי מהריב"ל הובאו לעיל) ולכאורה אם נבאר ברמב"ם שזו מצווה מה שייד קים לי בחיוב מצווה?

(ג) אם גדר המצווה שכותב הרמב"ם הוא בהגדרת חיוב השבועה א"כ לכאורה בכל ספק שבועה היה לנו לחייב משום ספק דאורייתא לחומרא? (ואולי בכ"ז צריך לפטור משום ספק שבועת שוא, שנשבע ללא צורך, אך אולי לא חשוב לשוא וכמו בברכה שאינה צריכה בספק ברכות ואכמ"ל).

אלא נראה, שבין אם נגדיר, שחיוב השבועה הוא כחיוב ממון, שנוצר על הנתבע כמו שיתבאר לקמן בדעת תוס', ובין אם נבאר שזהו חיוב כלפי בי"ד כדי לברר האמת כנראה בדעת הריטב"א, שייכת המחלוקת האם כשאדם המחויב שבועה נשבע, מקיים בזה מצוות עשה או לא ואין מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן שייכת לזה (וכמו והשיב את הגזלה, שבעקבות החיוב הממוני, יש גם מצוות עשה).

וראיתי בחכמת שלמה להגר"ש קלוגר (ר"ס עה), שהסתפק אם אומרים רוב לחייב שבועה, מכיון שמבואר לגבי אבדה שרוב עדיף מעד אחד ואם ע"א מחייב שבועה אז גם ע"י רוב היינו צריכים לחייב שבועה. ומכריע שממ"נ לא חייב שבועה מפני שמצד חיוב הממון אז פטור מכיון שאין הולכים בממון אחר הרוב, ומצד חיוב השבועה, בזה דנים כדין איסורים ולכן לא נוכל להשביע כיון שמכריעים באיסורים אחר הרוב אז וודאי לנו שמשקר עיי"ש. ומבואר מדבריו, שיש צד לומר שחיוב שבועה נידון כאיסורים ולכן לא נפטור במקרה של ספק חיוב שבועה מכח הכלל שאין הולכים בממון אחר הרוב.<sup>6</sup>

והרב ישראל יעקב פישר באבן ישראל (ח"ד עמ' קד) מביא שני צדדים אלו בהבנת חיוב השבועה וז"ל:

דנה בעיקר חיוב שבועה דאורייתא גבי מוב"מ או בהעדאת ע"א י"ל בתרי גווי:

א) י"ל דכל חיוב השבועה הוא כדי לברר טענותיו והוא דכיון דמוב"מ או בהעדאת ע"א חסר עיי"ז בהטענה ולכן הוא מחויב שבועה.

ב) י"ל דכל דין שבועה הוא חיוב שנתחייב לבעל דינו וכי היכי דאיכא חיובי ממון ה"נ איכא חיוב שבועה.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> ולדעת תוס' (כפי שיתבאר לקמן) היה נראה לומר שפשוט שרוב לא מחייב שבועה בגלל שאדם חשוב מוחזק בשבועתו כמו בממונו ולא מוציאים ע"י רוב. ולא יצטרך לומר שנשבע נגד רוב הוא וודאי משקר ולא נתלה במיעוט (כדברי הגר"ש קלוגר) מפני שלכאורה זה תלוי במחלוקת תוס' ושטמ"ק בב"מ ו' אם רוב זה הכרעה וודאית או לא ואכמ"ל. ועיין בחכמת שלמה להגר"ש קלוגר אבה"ע קנב, ושיאר הסברא מדוע לא אומרים מיגו להוציא. וביאר שם על פי דברי התומים - הואיל ומיגו בנוי על רוב אנשים שהם יודעים את הדין ורק אצלם קימת סברת המיגו, שאם היו שקרנים היו טוענים טענה אחרת שהיו זוכים ע"י בדין. אך אצל המיעוט שאינם בקיאים בדין אין שום ראיית נאמנות מכך שלא טענו את טענת המיגו. וא"כ מבואר הואיל ואין מוציאים ממון ע"פ רוב גם לא נוציא מכח מיגו. ולפי ביאור זה של התומים בדין מיגו יש להסתפק, האם לדעתו רוב מחייב שבועה כיון שמבואר בתומים שאומרים מיגו לחייב שבועה, וא"כ לכאורה גם רוב יועיל כדי לחייב שבועה וצ"ע. אך נחל יצחק כללי מיגו סי' א רצה להוכיח, שמיגו עדיף מרוב, מכך שכו"ע מודים שאין מוציאים בממון ע"פ הרוב ובמיגו לדעת רמב"ן רשב"א וריב"ש אומרים אף להוציא ממון עיי"ש.

<sup>7</sup> ועיין שם בדבריו, שביאר בזה דעת רב בב"ק קו, א שנשבע ואח"כ באו עדים שפטור משום שבועה כתשלום, ואף שבררו העדים את המציאות הוא כבר שילם בשבועתו אך בדעת המסקנה של הגמ' (שפוסקים כמותה להלכה) דלא כרב וחייב לשלם אם באו שני עדים, אפשר להסתפק בחקירה, האם השבועה היא כתשלום ושני עדים מחדשים חובה לשלם יותר משבועה או שתפקיד השבועה הוא ברור לבי"ד ושני העדים הם ברור יותר חזק שמבטל את השבועה. ועיי"ש בדבריו הנפלאים, שהאריך לתלות זאת בהרבה מחלוקות ראשונים.

ואף שביאר החקירה לגבי שבועה דאורייתא<sup>8</sup> אולי אפשר לבאר זאת גם בשבועות דרבנן, מפני "שכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון" וגם בדרבנן קיימים שני ההסברים לחיוב השבועה.

וצריך להוסיף באור, מדוע אם נגדיר את חיוב השבועה כחיוב כלפי ב"ד נוכל לחייב גם בספק ולא נדון את הנשבע כמוחזק בשבועתו?

ונראה לבאר דברינו בהקדם דברי תוס' בב"ק (לז' ד"ה קמ"ל דאין), שהקשה מדוע אין הולכים בממון אחר הרוב הרי מצינו שהולכים גם בנפשות אחר הרוב ואפילו דליתא קמן. ועוד שואל, שגם בממונות הולכים לפי הרוב לגבי הכרעה כרוב הדיינים. וז"ל התוס': "תימה מה טעם אין הולכין לייתי בק"ו מדיני נפשות כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין (ג,ב) ור' יאשיה מיייתי ליה בק"ו מדיני נפשות ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש ואפי' רובא דליתיה קמן אזלינן בדיני נפשות בתר רובא כדאמר בריש סורר ומורה (סנהדרין דף סט) וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה דהא ב"ד מפקי מיניה אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא."

מבואר בתירוץ התוס' (לאחר שביאר שאין רוב דיינים דומה לרוב במציאות), שבדיני נפשות לא אומרים שאדם חשוב מוחזק כבממונות ואין לו חזקה שיכולה להצטרף עם המיעוט כדי לפוטרו מספק כנגד רוב שמחייבו.

ובשב שמעתתא ד, ח הביא קושיית אחיו על דברי התוס' וז"ל:

...דהיכא אזלינן בדיני נפשות בתר רובא ואפי' ליתא קמן וכמו שהוכיחו תוס' מפרק בן סורר ממאי שנא ממון דאין הולכים אחר הרוב משום דמסייע למיעוט חזקת ממון דאלים טובא ולמה לא נימא כן בדיני נפשות כיון דמסייע ליה חזקת גופי' ואם גופו נידון ע"י רובא ממונו לא כ"ש והיא קושיא עצומה.

מבואר ש"ל שגם בדיני נפשות צריכה להיות חזקה כמו בדיני ממונות.

ובקוב"ש ח"ב (קונטרס דברי סופרים סימן ה אות ב) מביא קושית הש"ש על תוס' ותירץ בזה וז"ל "ונראה דאינה קושיא דלא שייכא טענת מוחזק אלא בדיני ממון, שהדין הוא בין אדם לחבירו אבל בדיני נפשות שהדין הוא בין

<sup>8</sup> ועיין בדברינו לקמן בדעת הר"ן לחלק בין הגדרת שבועה דאורייתא לשבועת היסת.

אדם למקום<sup>9</sup> לא שייך כלל מוחזק<sup>10</sup> וכן מצינו דבספק מצוה שבין אדם לחבירו כגון במתנות כהונה אמרינן הממע"ה ובספק נדרי גבוה הולכין להחמיר כמבואר במנחות (קו) גבי פירשתי ואיני יודע מה פירשתי ולא אמרינן הממע"ה והטעם דלגבי גבוה אין אדם מוחזק<sup>11</sup> כלל לא בגופו ולא בממונו" עכ"ל.

מבואר מדבריו, שבחיוב שאינו בין אדם לחברו לא שייך דין מוחזק וא"כ מובנים דברי התוס' שכתבו "ולכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה דהא בי"ד<sup>12</sup> מפקי מיניה", שחיוב נפשות, בי"ד הם המוציאים וכנגדם אין מוחזק.

וא"כ נראה לבאר גם לגבי שבועה, אם נגדיר שהוא חיוב כלפי בי"ד לא נדון בו כדין של מוחזק בספק חיוב בדאורייתא או בדרבנן.

### ג. תליית צדדי החקירה במחלוקת תוס' וריטב"א

ונראה שיש אפשרות לתלות צדדי החקירה במחלוקת התוס' והריטב"א בשבועות מ,א. הגמ' מביאה, שנחלקו ר"ג ורבנן בדין טענו חיטים והודה לו בשעורים, לר"ג חייב שבועה ורבנן פוטרים. ומוסיפה הגמ', שנחלקו התנאים גם בטוענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם, שר"ג מחייב ורבנן פוטרים. אך הסיבה שנחלקו בברייתא דווקא במקרה של טענו חיטים והודה לו

<sup>9</sup> ולכאורה נראה שבאור זה בתוס' יהיה תלוי במחלוקת ר"י ור"ת בתוס' בב"ק כב, ד"ה בעבד דחד וגדי דחד. לדעת ר"י בחיוב מיתה כלפי אדם אחד וחיוב ממון כלפי אדם אחר אפשר שלא יהיה דין של קם ליה בדרבה מיניה, כיון שחשוב חיוב כלפי שני אנשים נפרדים וא"כ יהיה יותר קשה לחלק בין חיוב מיתה לחיוב ממון, כיון שגם חיוב מיתה על הריגת אדם הוא כלפי חברו ובכ"ז בפשטות הולכים אחר הרוב. אך לדעת ר"ת שם שמשוה חיוב מיתה על אדם מסוים לחיוב מיתה על חילול שבת, נראה שהבין, שכל חיוב מיתה הוא כלפי שמים ולא כלפי חברו וא"כ יהיה אפשר לחלק בין חיוב מיתה לחיוב ממון עיי"ש.

<sup>10</sup> והרב מאיר ברקוביץ הסביר בזה שאפשר והואיל גם המחויב עצמו הוא כביכול בבעלות שמים לא שייך שיחשב מוחזק בחיוב כלפי שמים ודפח"ח. ודברים אלו מובנים לפי דברי הרדב"ז סוף פ' יח מהלכות סנהדרין עיי"ש.

<sup>11</sup> עיין בסמ"ע ס"י ס"ק טז שמבאר, שגם בספק הקדש קימת טענת "המוציא מחברו וכו' " וכך מבאר שם נתה"מ וא"כ צריך באור בדברי הקוב"ש.

<sup>12</sup> ועיין גם בשע"י (ג,ג) שביאר דברי התוס', שיש להכרעת רוב של בי"ד שפוסק דין וודאי של פסק בי"ד, ויש להכרעתם "כוח בי"ד" ולכך לא יועיל למחזיק דין מוחזק כיון שבי"ד הכריע נגדו. ולפי באורו ג"כ אתי שפיר דברינו שהואיל ובי"ד מסופקים בדין ורוצים לחייבו שבועה אין סיבה להכריע ע"פ דין מוחזק.

בשעורים "להודיעך כוחו דר"ג", ובאר התוס' (שם) וז"ל "דכחו עדיף דמילתא דרבנן הוי כח דפטור". ודייקו רע"א והחת"ס מדברי התוס', שבספק חיוב שבועה לא נחייב, משום שיותר קשה לחייב שבועה מאשר לפטור ולכן הגמ' רוצה להשמיע את הרבותא שר"ג מחייב.

אך מדברי הריטב"א שם נראה שחולק. וז"ל:

להודיעך כוחו דרבנן גמליאל. וא"ת אדרבה ליתני טענו חטין ושעורין להודיעך כוחן דרבנן דפטרי, י"ל דהיא לא חשיב להו כח כיון דבעו הודאה ממין כל הטענה.

מבואר מדבריו שבאמת החידוש היותר גדול בדין השבועה הוא לפטור ובספק יש לחייב אלא בגלל שלדעת חכמים ההודאה לא חשובה הודאה במקצת כיון שאינה ממין כל הטענה יותר פשוט שפטור ואין חידוש שפוטרים אף בטענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם.

בביאור מחלוקתם נראה לומר, שלדעת התוס' חיוב שבועה הוא סוג של חיוב ממון ולכך כמו שבממון בסתם יותר קשה להוציא מאדם כך גם בשבועה ולכך הרבותא היא מה שר"ג מחייב. אך לדעת הריטב"א חיוב השבועה הוא צורת ברור של ב"ד ולכך הייתה סברא לחייב מספק כדי לברר לבי"ד את המציאות, ולכן צריך לתרץ שבדעת רבנן אין חידוש וזו הסיבה שכוחם אינו עדיף.

#### **ד. באור דעת הר"ן לשיטתו**

לדברינו אפשר לבאר דברי הר"ן (שבועות מא), שדייקו האחרונים מדבריו, שבספק שבועה דאורייתא כן משביעים. ולכאורה לסברת תוס' (שם מ) מדויק מדברי הגמ' עצמה, שבסתם קל יותר לפטור מאשר לחייב ומדוע בספק שבועה דאורייתא נחייב? ויתכן שהר"ן יבאר הגמ' כריטב"א וממילא לא יצטרך ללמוד כדעת התוס' לפטור בספק חיוב שבועה דאורייתא.

נחלקו ראשונים בריש ב"מ האם ע"א המסייע לנתבע פוטר משבועה. והר"ן שם הביא את ראיית המהר"ם, שע"א פוטר משבועה, מכך שהגמ' בב"מ ג, ב רצתה ללמוד דין רבי חייא קמייטא מפיו וע"א שמחייבים שבועה, ולא דחתה מה לפיו וע"א שכן אינם מוכחשים מכיוצא בהם. וע"כ משום דע"א פוטר משבועה ושפיר מוכחש מכיוצא בו. וביאר הר"ן שאין ראית המהר"ם מוכרחת כיון שבע"א כנגד ע"א פטור משבועה לכו"ע (גם אם בעלמא ע"א לא פוטר) כיון שהעד המחייב מוכחש ע"י העד הפוטר. ואפילו אם באו בזה אחר

זה לא אומרים שהראשון חשוב כשנים כמו לגבי ע"א אומר מת והתירוה להינשא, שאף אם יבוא אח"כ ע"א שיכחישו, לא נחזור לאוסרה כיון שלגבי חיוב שבועה חשוב עדיין מחוסר מעשה, שצריך להישבע ולא חשוב שכבר נפסק על פיו.

והתשב"ץ (סי' צב) חולק על הר"ן וסובר, שיש לדמות חיוב שבועה לפסיקת דין של אשה וגם בזה היינו צריכים לומר בבאו בזא"ז שהראשון חשוב כשנים. ומבאר הרב פישר (שם), שהתשב"ץ סבר שהעד מפיל מעין חיוב על הנתבע להישבע ולכן דומה לעד המתיר אשה שמחיל עליה דין פנויה.

ועפ"י מה שנתבאר, הר"ן פוסק לשיטתו שחיוב השבועה בשבועה דאורייתא הוא חיוב שבי"ד מחייבים כדי לברר הדין והחיוב הוא כלפי בי"ד. וא"כ העד רק יוצר את הספק של ביה"ד, ולא מחדש חיוב על הנתבע ולכן לא מגדירים את הע"א כיוצר חיוב ופוסק דין כמו בחיוב ממון. וממילא ע"א שיבוא אחריו יכול להכחישו גם בלי חידוש דין עד המסייע. וכן ברור מדוע בספק (ואפילו ספק פלוגתא) בשבועה דאורייתא נחייב, שכן חשוב שיש ספק לפני בית הדין והם צריכים לבררו ע"י השבועה. אך בנוגע לשבועת היסת נראה בדעת הר"ן, שזה חיוב כלפי התובע (וכך מוסבר יותר דין 'מיפך' שהוא רק בשבועה דרבנן) ולכן פסק הר"ן בדעת ר"ת שפטור בספק פלוגתא בשבועת היסת, כיון שהנתבע אומר קים לי שאני פטור.

#### ה. מחלוקת האחרונים בדינו של תרוה"ד

בתרוה"ד (א, שלד) פסק, שכאשר ע"א בא לפטור אדם משבועת השומרים אף שיש עד שמכחישו ומעיד לחייב, פטור משבועה וכן במודה במקצת. וביאר טעם הדבר שכן ע"א פוטר משבועה כאילו היה שנים, ומה שיש שתי סיבות לחייב שבועה אין זה משנה וכמו שבשני עדים אומרים תרי כמאה ולא יועילו עוד סיבות לחיוב.

השי"ך (פז, טו) חולק על תרוה"ד ומבאר דאמרינן סלק עדותם של שני העדים וחשוב כאילו אין אף עדות ברורה ואם יש סיבה לחייב שבועה חוץ מהעד המחייב צריך להישבע. ומביא ראיה לשיטתו מפסק המחבר בסי' פב כששנים אומרים היה תנאי ושנים אומרים לא היה תנאי חייב הלוה היסת ולא נפטור ע"י העדים.

ובתומים הביא דברי הש"ך והקשה<sup>13</sup> עליו מפסק המחבר (בסי' עא) במקרה שהמלווה מוציא שטר ושני עדים אומרים שהיה תנאי בשטר שלא התקיים ולכן הלווה פטור מלשלם, ושני עדים אומרים שלא היה תנאי והלווה חייב לשלם, ופוסק השו"ע שאי אפשר לגבות ע"י השטר. ולכאורה לפי הש"ך היינו צריכים לומר סלק עדותם ולגבות עם השטר? אלא מוכח שלא אומרים לסלק לגמרי עדותם ונשאר ספק ולכך לא מוציאים ממון. וא"כ מבאר התומים שגם בשבועה לא נאמר סלק עדותם אלא נשאר ספק ולא נחייב שבועה מספק כתרודה"ד ולא כש"ך.

קצוה"ח וכן נתה"מ<sup>14</sup> פוסקים כש"ך וס"ל שאומרים "סלק עדותם" וחיוב השבועה נשאר בין בחד וחד בין בתו"ת. והנתיבות מתרץ קושיית התומים, שדין שבועה שונה מדין ספק בהוצאת ממון<sup>15</sup> וז"ל "ולא קשה מידי, דשאני התם דהא ידוע דלא חייביה רחמנא ממון כי אם על הוודאי ולא על הספק, אבל בשבועה דחייביה רחמנא על הספק, במקום שיש ספק לבית דין אי התובע אומר אמת או הנתבע, חייביה רחמנא שבועה, וא"כ כי איכא נמי תרי ותרי אין הספק אלים יותר מקודם, דהא מקודם היה ג"כ ספק אם התובע אומר אמת או הנתבע וחייביה רחמנא שבועה על ספק זה, וא"כ מה בכך דאיכא ג"כ תרי ותרי על ספק זה, הא מקודם היה ג"כ ספק לבית דין אי התובע אומר אמת או הנתבע, ועל ספק כזה שיש ספק לבית דין אם האמת כדברי התובע חייביה רחמנא שבועה. משא"כ כשיש מחלוקת הפוסקים אי

<sup>13</sup> ובקצוה"ח (פז, ח) הביא קושיית התומים על הש"ך מסי' עא ותירץ בזה בשם אחיו בעל תרומת הכרי לחלק בין מצב של תו"ת בממון, שפוסקים שפטור מספק ולא מוציאים הממון לבין הדין של תו"ת, כאשר יש חיוב שבועה. ומחלק שכאשר הספק הוא בממון אז אומרים בתו"ת סלק עדותם שאין הכרעה לגבי הממון ואז חוזר להיות חיוב שבועה אך במקרה של תרוה"ד שיש ע"א לפטור וע"א לחייב אז פטור משבועה שכן כל הספק שהעלו העדים הוא על חיוב השבועה ובוה לא אומרים סלק עדותם. ומביא ראיה ליסוד זה מגמ' (בי"מ ק, א), שבספק דררא דממונא ויש חיוב שבועה חייב להישבע אף שלגבי הממון לא מוציאים ממנו משום שהכרעה בממון לא יוצרת פטור משבועה. ונראה לבאר בדעת בעל תרוה"כ, שחיוב שבועה אינו נובע מחיוב הממון אלא נחשב כחיוב נפרד, שבי"ד מטילים כשאין ראיות על חיוב ממון. ולכן כאשר יש ספק לגבי חיוב השבועה (כמו בחד וחד) אז לא נחייב מספק כיון שאין לפנינו סיבה לחייב כשהעד הוכחש. אך כאשר יש סיבה לחיוב שבועה והספק הוא על חיוב הממון (כבתו"ת) נחייב שבועה, כיון שיש צורך לברר את הספק הממוני ע"י השבועה ואין הראיות לגבי הממון גורמות לפטור משבועה. אך למסקנה מקשה על תרוה"ד, משום שע"א בהכחשה לאו כלום הוא ואינו חשוב עד המסיע לפטור משבועה עיי"ש.

<sup>14</sup> פז באורים ד (הובא לעיל).

<sup>15</sup> כהסבר נתה"מ מבואר גם בקצוה"ח פב, יט בהסבר דברי הש"ך וכן מבאר החזו"א עיי"ש.

חייביה רחמנא שבועה, בענין כזה ודאי דפטור משבועה, כיון שיש ספק בגוף השבועה אי חייביה רחמנא שבועה כלל.<sup>16</sup>

ואפשר לבאר, שהדין בו נחלקו האחרונים יהיה תלוי בשני הדרכים שהבאנו להגדיר את חיוב השבועה:

א) לדעת התומים צורת חיוב שבועה הינה זהה לחיובי הממון כיון שהחובה להישבע היא חובה כלפי הבעל דין השני והשבועה היא מעין סוג של תשלום וזה כדעת התוס'. וא"כ כאשר יש עדות שיוצרת ספק על חיוב הממון אנו מסופקים גם לגבי חיוב השבועה כיון שבכוח העדים לבטל את סיבת חיוב השבועה. ולכן פוסקים שלא נוציא (נחייב) שבועה מספק.

ב) לדעת קצוה"ח (פביט) והנתיבות חיוב השבועה הינו דרך שבה בי"ד מברר ספק שקיים לפניו והחיוב להישבע אינו חיוב על הנשבע כלפי הבע"ד השני אלא מעיין חיוב של הלכות דיינים, שבי"ד צריך להטיל חיוב שבועה כדי לברר הספק וזה כדעת הריטב"א. וא"כ כאשר יש לבי"ד ספק שמחייב שבועה אף שנוספו עדים לכ"א מצדדי הספק, לבי"ד הספק נותר שקול ולכך מבררים ע"י חיוב השבועה. אך בספק של מחלוקת הפוסקים וודאי פטור כיון שאז יש ספק אם בכלל יש צורך לברר ובזה בי"ד לא נצרכים לברור של השבועה.<sup>17</sup>

### ו. באור מחלוקת האחרונים בדין מיגו לחייב שבועה

האחרונים הנ"ל נחלקו בשאלה נוספת: האם בכח מיגו לחייב שבועה? הבי"ש (אבה"ע צו) הביא תשובת הרי"ף (מח), שפסק בדין אשה שתובעת כתובתה לאחר הגרושין והבעל טוען שפרע לה בזמן הנישואין, שהדין שגובה כתובתה בלי שבועה משום שאין אדם פורע תוך זמנו. והקשה הגדו"ת מדוע פטורה משבועה, הרי אם יטען הבעל פרעתי אחר הגרושין יכול לחייבה שבועה וא"כ נאמינו במיגו כשטוען פרעתיך בנשואין לחייבה שבועה. ומוכיח מקושיתו יסוד, שלא אומרים מיגו לחייב שבועה.

התומים (קיצור כללי מיגו קיח) חולק, ופוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה. ומבאר, שהרי"ף פסק, שהאשה פטורה מלהישבע עפ"י מסקנת הגמ' בב"ב ה

<sup>16</sup> ובתומים הביא סברא זו אך דחה אותה, שהיא סברא חלשה, וא"כ מבואר שתפס אחרת את חיוב השבועה.

<sup>17</sup> ונראה מדברי הרי"ן בשבועות מא. (ע"פ דיוקם של הרע"א והחת"ס שהובאו לעיל), שגם בספק פלוגתא משביעים בספק חיוב שבועה דאורייתא ועיין בדברינו לעיל.

בדין מיגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. ומסיקה הגמ', שספק לנו האם אומרים מיגו במקום חזקה או לא. ולכן מספק לא יכולים לחייב האשה שבועה ויכולה לגבות את כתובתה, שכן חיוב הכתובה הוא וודאי וחיוב השבועה הוא ספק. רואים שחיוב שבועה נידון כחיוב ממוני וכדעת תוס' ולא מחייבים מספק אף בשבועת הנוטלים, שבאה להוציא ממון.<sup>18</sup>

אך מבואר מדבריו שחיוב שבועה אינו ממש כחיוב ממון, שכן להלכה בממון יש מחלוקת אם אומרים מיגו להוציא או לא ואילו לגבי שבועה מבאר התומים, שמחייבים ע"י מיגו.

נראה לבאר חילוק זה ע"פ דברי התומים עצמו (קיצור כללי מיגו של הכנה"ג ס"ק ז). כנה"ג פוסק שם כדעת המהרי"ט, שאי אפשר לחייב יבם לחלוף עפ"י נאמנות האשה במיגו נגד היבם. אך התומים חולק שם על המהרי"ט ומבאר, שהכלל שלא אומרים מיגו להוציא מכוון להוצאת ממון "משום דאליס חזקת ממון", אך בדברים אחרים, שאינם נוגדים את חזקת הממון לא נאמר הכלל,<sup>19</sup> שאין אומרים מיגו להוציא. ומדייק כדבריו בדעת התוס' והמרדכי, ולכן מובן מדוע פוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה אף שבספק לא מחייבים.

לעומתו, קצוה"ח (פב,טז) פוסק כגידו"ת שסובר שלא אומרים מיגו לחייב שבועה. ומתוך קושיית התומים, שאם היינו מחייבים שבועה ע"י מיגו אז מספק היינו אומרים שלא נוציא הממון מהבעל עד שהאשה תישבע, ומכך

<sup>18</sup> אך מדברי רע"א בהגהות נראה שלא תלה המחלוקת. מחד רע"א מביא את פסיקת הגדולי תרומה שלא אומרים מיגו לחייב שבועה ומאידך נראה שמכריע כתוס', שבספק חיוב שבועה דאורייתא פטור ודלא כר"ן. ואפשר שמחלק בין שבועה דאורייתא לבין שבועת הנוטלים שהיא דרבנן. שבועה דאורייתא היא כתשלום ולא נחייבה מספק אך שבועה דרבנן היא ברור של בי"ד ולכן קודמת לדיון על תשלומי הממון. אך א"כ סברתו תהיה הפוכה מהסברנו בשיטת הר"ן (ראה לקמן), שפוטר בשבועות דרבנן ומחייב בספק שבועה דאורייתא! ואפשר שזה בכלל מחלוקת תוס' והר"ן וצ"ע. אך עיין בנחל יצחק (פב סו"ס ז), שפוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה דווקא את התובע כיון שהנתבע מחזיק בממון, אך לחייב את המוחזק בשבועה ע"י מיגו אי אפשר כיון שחשוב מיגו להוציא ואף בשבועות דרבנן שאין בהם ירידה לנכסים הדין כן משום שכעין דאורייתא תיקנו עיי"ש.

<sup>19</sup> ובביאור החילוק בין חיוב שבועה לחיוב ממון, אף שבשניהם אדם מוחזק, אפשר להסביר ע"פ דברי הט"ז (רצו,א), שאף למ"ד שאומרים מיגו להוציא לא נאמר מיגו לאפטורי משבועה כיון שהואיל ואפשר לברר יותר לא מסתפקים רק במיגו או רוב. ולכך גם לגבי חיוב שבועה אפשר שנחייב להישבע מכח מיגו כדי לברר אף אם ממון לא מוציאים במקום שיש מיגו או רוב לחייב. אך במקום ספק שקול לא נחייב, כיון שאדם חשוב מוחזק בשבועתו נגד הבע"ד השני. אך מהתומים שמחלק גם בין ממון לחליצה נראה שסובר שהמוחזקות מיוחדת היא לממון.

שמוציאים, מוכח שכלל לא אומרים מיגו לחייב שבועה. וזה מתאים לשיטת הריטב"א שחיוב השבועה הוא חיוב שבי"ד מטיל כדי לברר הדין והוא קודם לחיוב הממון.

#### ז. באור דעת התומים

קצוה"ח מקשה על התומים מדין פוגמת כתובתה. באבה"ע (צ,ז) פסק השו"ע ע"פ הרא"ש והרי"ף, שגם בפגמה פחות משו"פ, אע"פ שיש ספק בגמי' אם חייבת שבועה, פוסקים שחייבת להישבע כדי ליטול. וא"כ כך יהיה הדין גם בספק מיגו במקום חזקה, שנחייבה שבועה כדי ליטול. על דברי תרוה"ד (הובאו באות הקודמת) לא קשה קושיית קצוה"ח, שכן אפשר שמחלק בין שבועה דאורייתא לשבועת הנוטלים כנראה בדעת הר"ן (הובאה לעיל), אך על התומים קשה.

ובתירוץ קושיית קצוה"ח על התומים נראה להקדים ולהקשות מדברי המהרי"ט (הובאו לעיל אות א) שמוכיח מדברי הרא"ש שגם להוציא לא מחייבים האשה שבועה מספק. הרי בספק פוגמת פסק הרא"ש הואיל והגמרא נשארה באיבעיא אם חייבת שבועה או לא, חייבת להישבע כדי להוציא. וא"כ מדוע שונה הפסק לגבי מחלוקת ת"ק ורבי שמעון שיש ספק כמי פוסקים ושם מוציאה בלי שבועה?

ונראה לומר, שכאשר אין תביעה ברורה לבי"ד ורק ע"י השבועה מתבררת תביעת הממון בזה כן נחייב את התובע שבועה מספק, כיון שלולי השבועה אין כלל ספק לגבי הממון. ואם אשה הפוגמת פחות מפרוטה גם חשובה כלא דייקא, אז תביעתה חשובה כתביעת שמא. ולכן פסק הרא"ש שלא מחייבים את הבעל לשלם אם לא תשבע. אך בכותב לאשתו שפוטרה משבועה, תביעת הממון וודאית שתובעת כתובתה בברי ויש ספק אם חייבת שבועה לאמת התביעה ובזה פוטרים מספק אף אם באה להוציא ממון ע"י שבועתה.

בחילוק זה מבואר גם מדוע פוסק התומים כש"ד בסי' עה בשם הרא"ש, שבספק רמאות בטענת התובע בשבועה דאורייתא מחייבים שבועה, אף שלכאורה זה ספק<sup>20</sup> חיוב שבועה, מפני שגם שם התביעה וודאית והשבועה באה רק לאמת התביעה ולכן אפשר לחייב הנתבע שבועה למרות שהתעורר ספק.

<sup>20</sup> אף שלפי מה שכתבנו לעיל הערה 2 אפשר שמתורץ עי"ש.

ובזה תתורץ גם קושיית קצוה"ח על התומים, שבספק פוגמת התביעה מסופקת ולכך צריכה להישבע אך בנידון של מיגו להוציא שבועה תביעת הכתובה וודאית ויש ספק אם המיגו של הבעל מחייב שבועה בזה פוסקים שלא משביעים מספק. ואפשר שזה באור לשון התומים "שחייב הממון וודאי והשבועה ספק".

אך לפי דברינו עתה אפשר לבאר שאין מחלוקת בין דין הרא"ש<sup>21</sup> בספק רמאות בטענת התובע, שבשבועה דאורייתא מחייבים את הנתבע להישבע, לבין פסק תרוה"ד בע"א וע"א בשבועת השומרים, שאף שזו שבועה דאורייתא פוטרים מספק, משום שע"א<sup>22</sup> - וק"ו שנים - יוצרים ספק על עצם טענת התובע<sup>23</sup> מכיון שיש עדות נגדו וממילא מתבאר שכאשר יש ספק בעצם התביעה לא משביעים את הנתבע מספק הואיל ואין לפנינו תביעה ברורה,

<sup>21</sup> שו"ת כלל עא הובא לעיל הערה 2.

<sup>22</sup> ועיין במשנת יעבץ (חוי"מ כא) שרצה לבאר יסוד זה, שהשבועה אינה סיוע לאמת טענת הנשבע אלא ערעור לטענת התובע וע"י זה מתרץ קושיית הנוב"י (מובאת בשו"מ תניינא סי' נב) מדוע יש ק"ו לעד המסייע שיפטור משבועה מכך שמחייב (לדברי מהר"ם מרוטנבורג), הרי לכאורה שבועה מנצחת את העד וא"כ מנין לומר שע"א יועיל לפטור במקום השבועה, הרי הוא ברור פחות טוב משבועה? ומבאר הרב ז'ולטי שאפשר שהשבועה לא מצליחה להכחיש העד אלא מבטלת את תביעת התובע וא"כ נשאר הק"ו שאם בכח העד לחייב גם יכול לפטור ובאמת אפשר שע"א יותר חזק משבועה. וא"כ מבואר, שאפשר להגדיר גם ע"א כמי שיוצר ספק בעיקר התביעה כיון שהוא עדיף משבועה (כמחויב מעשיית הק"ו של המהר"ם) ואם שבועה יוצרת ספק בתביעה א"כ כך גם ע"א. ולפי האמור במקום ספק חיוב שבועה מול ע"א לא נחייב שבועה מספק שכן עצם התביעה מסופקת.

<sup>23</sup> ע"פ הגדרה זו אפשר אולי להבין יותר דברי המהר"י"ט (א,קנא), שמתרץ הסתירה בדברי הטור שפוסק בסי' פז (ובעוד מקומות) שעד המסייע פוטר אף משבועת היסת כתוס' ורא"ש אך בסי' קמו פסק ע"פ דברי הרמב"ם במחזיק שהביא ע"א על כך שהחזיק ג"ש באכילת הפירות, שאע"פ שפטור מלהשיב הפירות חייב להישבע היסת. ולכאורה סותר דבריו מדוע לא יפטור ע"א את המחזיק כדין עד המסייע? ומתרץ המהר"י"ט וז"ל "דשאני התם דאפילו לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינו שלו ואכילתו בפירות בגזל היתה שלא העיד העד אלא שאכלה שני חזקה אבל לא העיד שהוא יודע שהוא שלו, וכיון דאפילו לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינו שלו, ישבע הסת ויפטור מאכילת פירות. אבל היכא דעד אחד מסייעו בעדותו פטור מן התביעה דודאי בנדון דידן פשיטא ופשיטא שפטור מן השבועה מהטעמים שכתב מהר"ם ז"ל, עכ"ל. ומבואר בדבריו שכיון שהעד אינו מעיד בודאי נגד התובע אינו פוטר מהיסת.

ולכאורה קשה, הרי לפטור מתשלום בעד הפירות שאכל, די בעדות העד, כיון שעדותו חשובה כראיה על בעלותו וא"כ מדוע לא יועיל לפוטרו מהיסת מדין עד המסייע? ולדברינו אפשר לבאר, שכאשר אין העד יודע מי הבעלים על השדה לא חשוב כמספק את טענת התובע וממילא יש מקום לחייב היסת. אך כאשר הע"א מכחיש התובע בוודאי, אין בכלל תביעה ברורה ולכן פוטר משבועה ואפילו מהיסת.

כמו שבארנו בספק אם חשובה פוגמת כתובתה ואין זה דומה לספק רמאות, שאז ברור שיש תביעה אך ספק מי דובר אמת.

אך קצוה"ח ונתה"מ סברו, שאין חילוק, ובכל מקרה שיש ספק חיוב שבועה בשבועת הנוטלים נחייב את הנוטל להישבע כיון ששבועה היא יכולת של ב"ד לברר הספק וממילא היא קודמת להוצאת הממון. וזהו חיוב, שאם אדם רוצה שבי"ד יתערב ויוציא ממון אז צריך לברר לבי"ד את תביעתו. ובחיוב שבועה של הנתבע ויש תו"ת, מחייבים אותו להישבע, כיון שיש לבי"ד ספק אמיתי לגבי הממון. ולשיטתם, שפוסקים שאפילו בתו"ת ויש חיוב שבועה מחייבים אותו להישבע, מוכח שגם במצב שהתביעה בספק (משום שיש עדות נגדית) מחייבים<sup>24</sup> בשבועה דאורייתא כשיש סיבה להסתפקות ב"ד (כשבועת שומרים ומודה במקצת) ולא שייכת לשיטתם טענת הנשבע שמוחזק בשבועתו. ולכך מתבאר גם מדוע משווים דין ספק פוגמת כתובתה לדין תובעת בתוך הזמן מול מיגו של הבעל.

ולפי דברינו צריך לומר, שקצוה"ח ונתה"מ אינם מקבלים<sup>25</sup> את הבנת המהרי"ט ברא"ש, שפוטר משבועה אף באשה שבאה להוציא כאשר יש ספק אם חייבת שבועת הנוטלים או לא. או מפני שלומדים אחרת בדעת הרא"ש (כמובא לעיל הערה 2 בשם שו"ת בעי חי) או משום שפסק זה של הרא"ש לא נתקבל להלכה ולכן לא סוברים כך.

#### ה. טענת קים לי לפטור משבועה

אך במקום מחלוקת הפוסקים, שאומר הנתבע קים לי כדעה אחת, מבואר שגם לדעת הש"ך, קצוה"ח ונתה"מ לא מחייבים מספק. וצ"ב מדוע לא נאמר שלבי"ד יש ספק ונשביענו מספק?

ומצאתי בתשובת מהרש"ך (א,קכד) שמסתפק אם אפשר לטעון קים לי כדי להיפטר, במחלוקת הפוסקים בחיוב שבועה. ורצה לתלות דין זה במחלוקת הראשונים האם אומרים מיגו לאיפטורי משבועה או לא. וביאר שלדעת הר"י

<sup>24</sup> אך אפשר לבאר בדעת הש"ך, קצוה"ח ונתה"מ, שהבינו שהתביעה נשאת בעינה אף שיש עדות נגדה. או בגלל שמסלקים העדים בגלל העדות הנגדית, או שהעד שמאמת התביעה מחזק אותה בחזרה.

<sup>25</sup> אולי היה אפשר לחלק ולומר, שבספק פלוגתא גם קצוה"ח ונתה"מ יפטרו, משום שהאשה טוענת קים לי שאני פטורה, אך זה קשה מאוד שהרי הבעל שהוא מוחזק בממון יאמר קים לי שאת חייבת ולכן נראה שאין לחלק.

מגאש, שלא אומרים מיגו לאיפטורי משבועה, גם לא יוכל לטעון קים לי. ונראה לי שכוונתו שאם מיגו לא פוטר משבועה, זה בגלל שנחשב המחויב שבועה כמי שאינו מוחזק אלא התובע מוחזק בחיוב השבועה ולכך לא יועיל לו המיגו. ולכן גם לענין טענת קים לי אינו חשוב מוחזק, שיאמר שידוע שהוא פטור.

ונראה שאפשר להסביר בדעתו, שחיוב השבועה הינו חיוב שבי"ד מחייבים וכמ"ש לעיל בדעת הריטב"א, ולכך לא מועילה טענת מוחזקות לפטור משבועה בשום מקרה אף לא כשהמחויב טוען קים לי.

אך מבואר בכנה"ג סי' לה אות עד, שפוסקים רבים חלקו<sup>26</sup> על מוהרש"ך בזה ובראשם המוהר"י בן לב, שפסק שאפשר לטעון קים לי להיפטר משבועה. וכך הש"ך ושאר הפוסקים, פסקו כמהרי"ט שאפשר לטעון קים לי בשבועת הנפטרים ולא תלו זאת בדין מיגו לאיפטורי משבועה.

וא"כ בדעת קצוה"ח ונתה"מ צריך להוסיף באור, מדוע בספק רמאות בטענתו מחייב הרא"ש בדאורייתא וכן נחייב בתו"ת ואילו במקום טענת קים לי בכ"ז פוטרים?

ונראה שבי"ד מטיל שבועה מספק, כאשר הצורך לברר הוא מכח סיבה וודאית לחיוב השבועה ויש ספק בסיבה לפטור מהשבועה, באופן זה מחייבים מספק.<sup>27</sup> אך כאשר הספק הוא, האם בכלל יש כאן דין שמצריך את בי"ד לברר, באופן זה בי"ד אינם מחייבים שבועה. ועולה מזה, שהאפשרות לומר קים לי היא רק הסיבה שבגללה הספק מוגדר כספק בעיקר השבועה, שכן למי"ד אחד אין סיבה להסתפק וממילא בי"ד לא מצריך לברר.<sup>28</sup> ולפי זה ייתכן, שאף אם בספקות גמורים כתו"ת וכן ספקות שנשארו בגמי' כאיבעיא דלא איפשיטא נחייב שבועה מספק, מכיון שיש לפני בי"ד ספק בנאמנות התביעה ואין אפשרות לדון בממון לפני הברור לבי"ד. אך במקום שיש טענת

<sup>26</sup> בבאור מחלוקת הראשונים אם אומרים מיגו לאפטורי משבועה האריכו האחרונים בדרכים שונות, שאינן תלויות בשאלה אם חיוב שבועה הוא כלפי בי"ד או כלפי הנתבע. ועיין קוב"ש ח"ב סי' ו' וקה"י ב"ב כב.

<sup>27</sup> ועיין לעיל הערה 3.

<sup>28</sup> וכעין סברא זו עיי' קצוה"ח קגו, שמחלק בין מקרה שאדם טוען קים לי ונפטר גם כאשר בא להוציא ממוחזק לעומת מקרה בו יש ספק במציאות ועל המוציא להביא ראיה, ע"ש.

קים לי להפטר לא ברור כלל אם יש לבי"ד צורך לברר<sup>29</sup> מאחר ויש בזה מחלוקת הפוסקים ובאופן זה לא מחייבים מספק.

נראה שהחתי"ס, שפסק בסתם שבועה דאורייתא כר"ן<sup>30</sup> שבספק מחייבים, למד שזה חיוב כלפי בי"ד (כדעת הריטב"א) וא"כ כאשר יש סיבת חיוב ברורה אז מחייבים בספק, ורק בספק בדין שקיים אצל הדיין עצמו לא מחייבים שבועה, כיון שחיוב השבועה נמדד לפי הצורך של הדיין לברר ואם הדיין לא יודע מה ההלכה במקרה שלפניו אין זה חשוב כספק שצריך להתברר בבי"ד. אך בכל ספק אחר ואפילו ספק פלוגתא, כל הסיבות לחייב ולפטור ברורות ולכך זה דומה לספק של תו"ת שבי"ד מחויב לברר.

והגמ' (שבועות מ) שהשמיעה הרבותא בדעת ר"ג, שמחייב להישבע, זה רק בגלל שהגמ' עצמה הסתפקה בגדר הודאה ממין הטענה, אם טענו חיטים והודה בשעורים חשוב כמודה במקצת או לא ובה היינו פוטרים מספק אף בשבועה דאורייתא, ולכן כתבו התוס' שצריך כוח עדיף כדי לחייב.

### ט. סיכום

בארנו שישנם שתי אפשרויות להגדיר את חיוב השבועה.

בדעת התוס' שבועות והתומים נראה, שכל חיוב שבועה דומה לחיוב ממון ולכך לא נחייב מספק.

ובדעת הריטב"א, קצוה"ח והנתיבות נראה, שהבינו שזה חיוב שבי"ד מטילים כדי לברר הספק שלפניהם. ולכן גם כשיש צד לפטור אפשר לחייב כדי לברר.

כ"כ בארנו בדעת הר"ן, שיש מקום לחלק בהגדרת השבועה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן וע"פ זה נכריע אם לחייב מספק.

בארנו, שבין שני הצדדים כיצד להגדיר את חיוב השבועה תהינה נפ"מ לשני דינים בהם נחלקו האחרונים. (עד כנגד עד ומיגו לחייב שבועה).

<sup>29</sup> וחילוק זה יותר מובן ע"פ הסברא שנכתוב לקמן בהסבר דעת החתי"ס עיי"ש.

<sup>30</sup> ולשיטת החתי"ס מבואר שהתוס' והר"ן לא חולקים ולא כהסברנו שהר"ן סובר כריטב"א ויחלוק על תוס'.

עוד הבאנו מספר מקרים בהם מבואר, שבכלל לא נוצר ספק לביה"ד משום שעצם התביעה מסופקת ולא נאמנותה ובזה לכל הדעות נחייב שבועת הנוטלים אף מספק.

וכן הבאנו אפשרות, שבספק פלוגתא שבו ניתן לטעון קים לי לכל הדעות, נפטור נתבע מלהישבע.

## בסוגיית 'צריך לברר'<sup>1</sup>

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הבא לידון בשטר וחזקה
- ג. בירור הטענה במיגו במקום שצריכה בירור
- ד. הצורך בטענה הצריכה ברור
- ה. "אכלה שית ואכלה שבע"
- ו. ביאור דעת הרשב"ם ב'צריך לברר'
- ז. בירור הטענה במתוך דיבורו נגד ראייה
- ח. בסוגיא דשטרא זייפא (רשב"ם)
- ט. חיוב לברר לאחר תקנת שבעת היסת
- י. סיכום

### א. הקדמה

בשלהי ב"ב (קע) מביאה הגמרא מחלוקת רבי ורשב"ג בהבא לידון בשטר וחזקה, דלרבי נידון בשטר ולרשב"ג אף בחזקה. ובמסקנת הגמרא פליגי ב'צריך לברר' או אין צריך לברר.

באור הדברים, שהטוען כנגד ערעור על קרקע, שהוא מחזיק בה: "יש לי שטר וחזקה", האם צריך לברר ולהוכיח את כל הראיות שטען שישנם בידו אף שדי בהוכחה אחת כדי לזכותו בדין, וכך סבר רבי דנידון בשטר (שבכלל שטר-חזקה), ורשב"ג סבר דסגי בהוכחה של אחת מהם ואף החלשה (עדי חזקה).

ובראשונים שם דנו, במה נחלקו רבי ורשב"ג והלכתא כמאן (חילופי גרסאות אם אמר רב הלכתא כרשב"ג כגרסה שלפנינו או אמר רב הלכתא כרבי כגרסת הגאונים).

וזה תורף דבריהם הנצרך לענייננו:

---

<sup>1</sup> לעי"נ דודי אחיעזר ב"ר דוד יפת. תנצב"ה.

הרשב"א כתב, דדוקא בשטר וחזקה נחלקו כיון שחזקה אתיא מכח שטר צריך לברר אבל בעלמא אף לרבי אין צריך לברר.

שיטת ר"ת, דאף רבי לא סבר ד"צריך לברר" אלא לכתחילה: "ואם ימצאו ויאמרו לא ראינו מעולם מיחייב אבל אם לא ימצאם לא איבד בכך שאין הסברא שהיה מחייבו לשלם על זה אם לא יוכל למצאם כי מה דין הוא זה שיפסיד בחינם אם לא יוכל לאמת דבריו שלא היה צריך לטעון" וכו'.

הרשב"ם נוקט (בשם רש"י), שבירור הטענה דהיינו הוכחת כל הטענות מעכבת לשיטת רבי, ופסק כרשב"ג דאינה מעכבת ואם לא בירר לא הפסיד.

הרמב"ם (טוען ונטען ו,ו) כתב "תן לי מנה שהלוויתך והרי העדים ואמר הנטען פרעתך בפני פלוני ופלוני, אומרים למלווה הבא אותם והפטר לא באו או שמתו או שהלכו למדינת הים ישבע היסת שפרעו, שאין אנו מצריכים אותו להביאן אלא לברר דבריו ולהפטר אף מן השבועה".

הכס"מ שם כתב, דפסק דצריך לברר מיהו אינו לעיכובא והיינו לכאורה כר"ת הנ"ל.

במאמרנו נוכיח, בעז"ה, שהרשב"ם על אף שבסוגיה בגי'פ הנ"ל פוסק להדיא כרשב"ג דא"צ לברר, מ"מ מפירושו בדעת מ"ד 'צריך לברר' דאם לא מברר מפסיד, נלמד שבמקומות שיש צורך לברר - אף לשיטתו - אם אינו מברר מפסיד וכדי שלא יסתרו דבריו זה לזה צריך להגדיר ולחלק בין המקרים הנראים, לכאורה, כשווים.

הטור והשו"ע (עה,א) פותחים בדיני טו"נ, בדין שצריכים בעלי הדין לברר טענותיהם, וז"ל השו"ע: "התובע את חברו בב"ד מנה לי בידך בית דין אומרים לו ברר דברך ממה חייב לך הלווית אותו או הפקדת בידו או הזיק ממונך שאפשר שהוא חושב שחייב לו ואינו חייב לו וכן הנתבע אם משיב אין לך בידי כלום או איני חייב לך כלום צריך לברר דבריו דשמא טועה וסובר שאינו חייב לו והוא חייב לו וכו'".

ובבאור הגר"א (סק"ג) שם ציין לב"ב קע,א הנ"ל וכן מצאתי בעינים למשפט<sup>2</sup> לב"ב (שם אות ז) ציין שמקור דין זה ש'צריך לברר' הוא מסוגיה זו וכו'.

<sup>2</sup> להרב יצחק אריאלי זצ"ל רב ומו"צ ור"מ ישיבת מרכז הרב המעטירה.

<sup>3</sup> ועיין בגנזי קדם די עמ' 49 תשובה מתלמיד הרשב"א דבדין זה ציין לגמ' הנ"ל ב"ב קע.

אמנם הב"י וכן ה"ה (ו,א) על הרמב"ם שמביא הטור שם, ציינו המקור מסוגיות אחרות ומדין עדים שחוקרים אותם וכ"ש בע"ד עצמו.

במאמרנו, ננסה להגדיר ולהבין את יסוד הדין ד"צריך לברר" בעיקר דרך שיטת הרשב"ם.

וכן ננסה לחבר או לחלק בין הדין 'צריך לברר' שבתחילת סימן עה (וברמב"ם טוען ונטען ו,א) לדין 'צריך לברר' בחזקת קרקעות ב"ב קע. האם מדובר באותו דין (וכפי שציין הגר"א הנ"ל והעינים למשפט) או שזה דין נפרד ומדברנן כשיטת חלק מהפוסקים שם ואסיקו ליה על שמיה.

## **ב. הבא לידון בשטר וחזקה**

בשלהי ב"ב (קסט,ב-קע,ב ובסנהדרין כג,ב) :

הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר דברי רבי רשב"ג אומר בחזקה.

ובגמרא מסקינן דבלברר קמפלגי, דלרבי נתבע שהשיב ריבוי טענות לזכותו צריך לברר ולהביא ראיות לכל טענותיו כי הכא, שטען שטר מכירה יש לי ועדי חזקה. אם לא הוכיח השטר אלא רק הביא עדי חזקה הפסיד אף שאם היה טוען מתחילה רק מינך זבינתא ואכלתיה שני חזקה ושטר היה לי ואבד היה זוכה בעדי חזקה בלבד.

ולרשב"ג די בעדי חזקה ואין צריך לברר ולהוכיח את כל טענותיו וכי היכי דאילו טען מעיקרא אבד שטרי ויש לי חזקה שלוש שנים נאמן כי טען נמי יש לי שטר עם חזקה נאמן בעידי חזקה בלבד. זו תמצית הסוגיה שם וכפרוש הרשב"ם ופסק כרשב"ג, וז"ל "ואע"פ שהלכה כרבי מחבירו בהא הלכתא כרשב"ג דא"צ לברר".

ונראה בסברת רבי, דצריך לברר, ע"פ לשון הרשב"ם שם ד"ה אלא הכא :

אדם שטוען למערער שני מיני חזקות יש לי, אחת שיש בידי עדיין שטר מכירה שעשית לי על זה השדה ועוד שיש לי עדי חזקת שלש שנים וקאמר רבי נדון בשטר שצריך לברר ולאמת את דבריו ולהביא את השטר כמו שטען ועדי חזקה בלא שטר לא יועיל לו כאן מאחר שזה עומד ומערער לא מסרתי לך שטר מעולם ולא מכרתי לך ושלא כדין החזקת והלה טוען שטר יש עדיין בידי ואילו לא טען כך היה די לו בעדי חזקה כדאמר בחזקת הבתים (לעיל כט) דעד תלת שנין מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר.

ומדהאריך הרשב"ם וכתב גם את טענת המערער "שזה עומד ומערער לא מסרתי לך שטר מעולם" משמע דתביעת המערער היא מחייבת את המחזיק כיון שהוא טען שיש לו שטר.

בפשטות טענה היא - 'הקרקע הזו שלי מאבותי' או 'מינך זבינתה'.

'הא שטרא' או 'עדי חזקה' הן הצגת ראיות, שאינן נכללות בגדרי והלכות טענה אלא עניין חיצוני.

אבל הרא"ש (פ"ג סי' יב) בהסבר פירוש רשב"ם בסוגיה דשטרא זייפא (ב"ב לב, ב) דההוא דטען מינך זבינתא והא שטרא וטען המערער שטרא זייפא גחין ולחיש המחזיק לרבה אין שטרא זייפא מיהו שטרא מעליא הו"ל ואירכס דלרב יוסף אין לו מיגו.

ונחלקו שם הראשונים בפירוש דברי רב יוסף למה לא אמרינן מיגו מה לי לשקר כדאמר רבה, ומבאר הרא"ש בשיטת רשב"ם דכשטען "מינך זבינתה והא שטרא" חד טענה הוא ולכן אין לו מיגו לשיטת רשב"ם, דכשאמר 'הא שטרא' אין זה בגדר הצגת ראיה לטענה אלא מקבל שם טענה (ולקמן יתבאר איך לפ"ז לר' יוסף אין מיגו).<sup>4</sup>

ולכך לרבי אם לא הציג המחזיק שטר כטענתו, שיש לו שטר, נמצאת טענתו טענה גרועה ואילו טענת המערער טובה, כיון שטען המחזיק יש לי שטר, יש זכות למערער לתובעו לברר את הטענה ומשוי לטענת המחזיק כשמה וזוכה מכח משקל הטענות כברי ושמא<sup>5</sup> או הוחזק כפרן (כהסבר רא"ו) דטענה טובה כנגד טענה גרועה גוברת ולראיה במיגו אין כח לזכות בקרקע בלי טענה טובה, כך נ"ל בהסבר דעת רבי אליבא דרשב"ם.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> והרא"ש שם חולק וז"ל 'וליתא להאי טעמא דעיקר טענתו היינו הא דקאמר מינך זבינתא והשטר אינו כי אם לראיה בעלמא'.

<sup>5</sup> אף דברי ושמא לאו ברי עדיף, בקרקע דחזקה בלי טענה אינה חזקה א"כ לא חשיב מוחזק בקרקע כיון שטענתו גרועה.

<sup>6</sup> ובשערי דיני ממונות לר"ה גאון בחרוז גנזי נסתרות בדין זה: "ותובע לפניך עמיתו, חקור מה היא ובמה טענתו, לבל תדין עלי ספק ושמא".

### ג. בירור הטענה במיגו במקום שצריכה בירור

בעובדא דשיכוני גוואי (כט,ב), ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה אמר ליה אנא בשיכוני גוואי הוואי.

ונחלקו שם רבא ורב נחמן על מי חובת הראיה, דר"נ סבר דעל המחזיק לברר שהחזיק כדין, ורבא אמר המוציא מחברו עליו הראיה ועל המערער להביא ראיה, ורבו הפירושים בראשונים באופן המעשה אם היו למחזיק עידי מ"ק או לא ובפירוש טענת המערער "אנא בשיכוני גוואי".

הרי"ף הביא את פירוש הגאון, דמיירי הכא כשאין למערער עידי מ"ק אלא האי לוקח אמר דיליה היא והוא אמר דזבנא מיניה, ולכן רבא זיכה את המחזיק, דהמוציא מחברו עליו הראיה, מכח מיגו הפה שאסר.

רב נחמן, דפליג עליה ואוקמה ביד מערער, סבר "אע"ג דלית ליה להאי סהדי דארעא דיליה הות כי קא מודה האי לוקח דדיליה הות ואמר דזבנא מיניה ואכלה שני חזקה בעי לאיתויי סהדי דאכלה שני חזקה".

ובהגהות פורת יוסף שם כתב על פירוש הגאון "ונראה דס"ל דרב נחמן ס"ל כרשב"ג (נראה דט"ס וצ"ל כרב"ל) לקמן דהבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר דצריך לברר וגם כאן כיון דאמר דאכל שני חזקה צריך לברר אף על פי דאית ליה מיגו". ומדבריו נשמע, דרבא סבר כמ"ד א"צ לברר.

הרי"ף דחה פירוש הגאון הנ"ל מדתנן בכתובות "מודה ר"י באומר שדה זו של אביך הייתה ולקחתיה ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר" וכנ"ל בנידו"ד, יש להאי מחזיק הפה שאסר הוא שהתיר וא"כ ר"נ דחייב את המחזיק אף שיש לו הפה שאסר לפירוש הגאון אתי דלא כחד.

באבי עזרי (מהדו"ק טו"נ טו, י) באר, דמיגו לא מהני להאמין לסיפור ולטענה שטוען אלא מועיל להאמינו שהחפץ שלו כגון בפרוע במיגו דמזוייף אין המיגו מוכיח שפרע אלא המיגו מועיל לו להיפטר מתשלום. והוכיח זאת מהראב"ד גבי תופס מטלטלין שלא בעדים דנאמן עד כדי דמיהם במיגו דלהד"ס, וכהני עיזי דאכלי חושלא. ואפילו הכי לא נאמן במיגו לטעון שהלה עשה בו מעשה שמחייב קנס, דבקנס כל זמן שאין פסק דין אין חיוב ממון וא"כ במיגו היינו

צריכים להאמינו על המעשה של חיוב הקנס וע"י זה לפסוק הדין אלא שעל המעשה ל"ש להאמינו במיגו.<sup>7</sup>

וא"כ בטוען "מינך זבינתא ואכלתיה שני חזקה" נהי דנאמן במיגו, שקנה את השדה, דהפה שאסר אבל כיון שטען אכלתיה שני חזקה גרע ואין המיגו מאמינו על סיפור הדבר שאכל, וא"כ לא קשיא מידי מכתובות הנ"ל, דהתם לא טען שאכל שני חזקה ורבא נמי מודה דמיגו לא מהני להאמינו ולא מהני מיגו לברר טענת "אכלתיה שני חזקה", וכנ"ל, ולרבא דנאמן במיגו ועל המערער להביא ראיה אף שאין נאמנות במיגו לעדות חזקה בהכרח סבר הגאון ברי"ף כפירוש רשב"ם בסוגיא שם, דאיירי ביש למחזיק עדי חזקה וטען המערער דהייתה לו דרך עליו ובטלה החזקה וכיון שבייר בעדים החזקה כדיון, מעתה על המערער לברר ולהוכיח טענת "שיכוני גוואי" ולכן אמר רבא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. א"כ לכו"ע לא מהני מיגו לברר טענת חזקה אי לית ליה עדים ולכו"ע צריך לברר בטוען החזקתי ג"ש ולא מהני בירור במיגו ובזה חלוק הסבר הפורת יוסף מהאבי עזרי. דלפורת יוסף רבא ורב נחמן נחלקו אי צריך לברר הטענה ולהסבר האבי עזרי כו"ע מודו דצריך לברר ואה"נ היה בירור בעדים והמיגו לא מברר את טענת המחזיק אלא מסלק הרעותא דשכוני גוואי ומהיכי תיתי להאמינו דדר בשיכוני גוואי וביטל את החזקה כיון שהמחזיק מכחישו ויש לו מיגו.

#### ד. הצורך בטענה הצריכה בירור

בשבועות (מא,ב)

ההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך א"ל ולא פרעתך בפני פלוני ופלוני אתו פלוני ופלוני אמרי להד"ם סבר רב ששת למימר הוחזק כפרן אמר ליה רבא כל מלתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתיה.

ובתוס' שם (ד"ה כל מילתא) כתבו דרבא ס"ל כמ"ד אין צריך לברר.

ובדין זה פסק הרמב"ם (טוען ונטען ו,ד) כרבא, ובדין שאח"ז פסק דצריך לברר. ה"ה תירץ שם, דבהלכה ה דפסק כרבא איירי במלווה את חבירו בלי עדים ובהלכה ה מיירי במלווה את חבירו בעדים.

<sup>7</sup> הסבר דומה אבל לא זהה מפורסם בקו"ש וברשש"ק בשם 'כח טענה' או 'כח נאמנות'.

ולא הבנתי את החילוק כלל, שהרי גם המלווה את חברו בעדים א"צ לפרעו בעדים ומה הסברה לחלק הרי אין צורך בעדי פרעון בין הלווה בעדים ובין הלווה שלא בעדים? (שו"מ שכה"ק בגדולי תרומה שער מא א,א).

ונראה להסביר חילוק זה ע"פ הגמרא בשבועות (מא,א) למ"ד דהמלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים ולשמואל נאמן לטעון פרעתך ביני לבינך במיגו, ד"יכול לומר לו פרעתך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים" ואילו המלווה את חברו בלי עדים מצי למימר להד"ם, כלומר המלווה את חברו בלי עדים אינו צריך 'טענה', דלהד"ם אינה טענה ולא ניתן לבררה.<sup>8</sup>

ולכך במלווה את חברו בעדים, דצריך שם 'טענה' והראיה שנאמן רק במיגו דפרעתך בפני פו"פ והלכו למדה"י, ולכן נאמן בפרעתך ביני לבינך אף בלא עדים, אך כשמוסיף ראיה נוספת לטענתו היא מקבלת גם שם 'טענה' כדלעיל ברא"ש בהסבר הרשב"ם "דמינך זבינתא והא שטרא חד טענה היא" וצריך לבררה די הצורך כדין בירור הטענה. משא"כ במלווה את חברו בינו לבינו, דמצי פטר נפשיה בלהד"ם אינו צריך 'טענה', דלהד"ם - כאמור - אינה טענה הטעונה בירור, לכך כשנאמן לומר פרעתי במיגו דלהד"ם אינה טענה ואף ראיות שיצרף כגון בפני פלוני ופלוני אינם טענה כיון שבעיקר הפטור אינו צריך טענה ולכך אין צריך לברר אם טען.<sup>9</sup>

אם כן, בתביעת קרקע, דקיי"ל כל חזקה שאין עימה טענה אינה חזקה, לא שייך להפטר בלי טענה נגד מ"ק ולעולם הצגת הראיות נכנסת בגדר טענה, אם טען והציג ראיות. (ואפשר דלכך הלכתא כר"י בארעא והלכתא כרבה בזוזי ודו"ק).

---

<sup>8</sup> ומו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א שדי בה נרגא, דכל זה הוא לל"ק בגמ' שם, דהמלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים אבל למסקנה א"צ לפורעו בעדים ולכאורה לא עני מיגו דיכיל למימר פרעתך בפני פו"פ והלכו למדינת הים? ולתרץ ולברר מקחי נקיטנא בשיפולי גלימתיה ואומר דהחזרה מהל"ק היא מכח התיובתא ממתניתין ובתוס' שם ד"ה תיובתא כתבו דלשמואל אין קושיה וא"כ למסקנה דא"צ לפורעו בעדים הוא מכח המיגו של שמואל.

<sup>9</sup> שו"מ בבאר לחי רואי (להגר"ח סרנא שליט"א) שהסביר את חילוק הה"מ כעין זה.

### ה. "אכלה שית ואכלה שבע" (ב"ב ל,ב)

בגמרא (ב"ב ל,ב)

ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינתא ואכלתיה שני חזקה, אייל והא נקיטנא שטרא דזבנה לי מיניה הא ארבע שני? אייל מי סברת שני חזקה תלת שני קא אמינא שני חזקה טובא קא אמינא. אמר רבא עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה וה"מ דאכלה שבע שני דקדים חזקה דהאי לשטרא דהך אבל שית אין לך מחאה גדולה מזו.

פשט הגמ' : ראובן מערער על ישיבתו של שמעון בקרקע, שמעון משיב: מלוי לקחתיה והשתמשתי בה שני חזקה ולפיכך איני צריך להוכיח בשטר.

טוען ראובן, בידי שטר שקנתיה מלוי לפני ארבע שנים וא"כ אף אם כדברך שקנית ממנו לפני ג"ש שאכלת שני חזקה והיינו ג' השנים האחרונות, השטר שלי קודם לחזקתך וא"כ אף אם אמת שהחזקת ג"ש קדמה מכירתו לי לחזקתך.

חזר שמעון וטען, דכוונתו בטענת ואכלתיה שני חזקה לא לג"ש האחרונות אלא 'טובא' הרבה שנים אני מחזיק בה וקדמה חזקתי לשטרך.

פסק רבא, דעביד איניש דקרי לשני טובא שני חזקה, ופירש רשב"ם, דרבא אתי למימר, דאין זה חשיב טוען וחוזר וטוען במה שמתרץ דבריו "מי סברת שני חזקה תלת קא אמינא אלא טובא שני" אלא כמפרש דבריו הראשונים. וכיון שמביא עדים על כל הז' שני חזקה מוכיח את טענתו, שקדמה החזקה שלו לשטר של המערער.

עוד כתב רשב"ם בשם יש מפרשים, שדי בעדים על ג' שנים אחרונות וע"י עדות זו זוכה במיגו<sup>10</sup> דמינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה (אף הרמב"ן כתב

---

<sup>10</sup> אמנם הרשב"ם לא הזכיר בדעת היש מפרשים מיגו, אך כך הסבירו רבים מהאחרונים וכן משמע במהרש"א שמובא בהערה הבאה. ועיין בגידולי שמואל הסבר אחר.

ורשב"ם הקשה על שיטת הי"מ וז"ל: "ולאו מילתא הוא שהרי החזקה במקום שטר עומדת ולא היא חזקת ג"ש האחרונים שיש לו עדים עליהם אלא שטר של ג' שנים והרי שטר של ד' שנים הקודם לו פוסלו וכו".

<sup>11</sup> ובתוד"ה אבל שית הקשו וז"ל "הקשה ר"י בן מרדכי אפילו לא אייתי סהדי אלא דאכלה שלוש שנים נאמן לומר לקחתיה קודם מינך במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה ואומר ר"י דאין זה מיגו דמעיקרא לא יטעון כלל מינך זבינתה דאין יודע אם יש לזה שטר". ובמהרש"א באר דקושיית תוספות היא דוקא לשיטת הרשב"ם דבעי עדים על כל השבע שנים אבל ל"מ אה"נ נאמן במיגו דמינך זבינתה. הש"ך (קמו, א) כתב דהמהרש"א לא כיון האמת, דודאי קושיית התוס' היא גם ליש מפרשים ואף לשיטתם דלא בעינן עדים ז"ש עכ"פ צריך טענה ז"ש שקדמה חזקה לשטר ונאמן בטענתו שקדמה החזקה במיגו ואתיא שפיר קושיית תוס' דהקשו אמאי בעי טענה ז"ש די בטענה שש שנים ועדים על שלוש אחרונות ונהמני במיגו דמינך זבינתה אף בטענה בפחות מז"ש? ותירצו דאין זה מיגו כיון שלא יטעון כך קודם שטען המערער-שמעון שיש בידו שטר. התומים (קמו, כג) הכריח את דברי המהרש"א, דאי קושיית ריב"ם היא גם ל"מ שבשית יועיל מיגו א"כ מה הועילו בתירוצם דבאכלה ז' יועיל מיגו הרי גם באכלה ז' לא ידע המערער ממציאיות השטר ואכתי אין מיגו? והסביר התומים את דברי תוס' כך: "וה"מ דאכלה שבע שנים דקדמה חזקה דהאי... אבל אכלה שית אין לך מחאה גדולה" כלומר ביהני מילי דאכלה שבע אבל שית אין לך מחאה גדולה? הגמ' מדברת על עדות ז' שנים ועדות שש. דוודאי טענתו היא שאכל ז' שנים אלא הי"מ דבאו עדים על שבע שנים אבל באו עדים על שש לא מועיל כיון שהייתה מחאה במכירה קודם העדות חזקה. ועל זה הקשו ומפשטות לשונם כך משמע דאם באו עדים רק על ג' אחרונות יהא נאמן במיגו דמינך זבינתה אף לרשב"ם, דבדאיכא עדים על שש שנים כבר אינו יכול לטעון מינך זבינתה ולכך אין לו מיגו ועל זה אומרת הגמרא וה"מ דאכלה שית כלומר באו עדים על שש שנים (ובזה גריע מבאו עדים על שלוש). מ"מ אם יש לו עדים רק על ג' שנים אחרונות נהמני במיגו ועל זה תירץ ר"י דאין זה מיגו כיון שלא ידע ממציאיות השטר. א"כ בהסבר המהרש"א והתומים דקושיית תוס' ותיירוצם לא שייכת ב"מ דאכן מועיל מיגו בטענה ז' ועדות ג"ש חוזרת וניעורת הבעיה למה לא מועיל מיגו ל"מ ברשב"ם אף בטוען שש שנים והביא עדים על ג' אחרונות כיון דיש לו מיגו דמינך - המערער זבינתה לאחר שקניתה ממ"ק - ואכלתיה שני חזקה? ובה שלא ידע ממציאיות השטר לא יתורץ ומיגו למפרע לא אמרינן. דא"כ גם בטוען ז' שנים לית ליה מיגו אלא מוכרחים לומר דסברי הי"מ דכיון דשטר אית ליה קלא (ולכך הוי כמחאה) וידע גם המחזיק שיש שטר וא"כ לא הוי מיגו למפרע. וכך הקשה בתו"ח על קושיית תוס'.

בית הלוי (ג, לו) תירץ דה"מ קאי כדרישה (קמו, כד) בשיטת רשב"ם דמיגו נגד ריעותא דאחוי שטרך לא אמרינן, והיינו דבתוך ג"ש אנן סהדי דהלוקח זהיר בשטרו ואם כנגדו טוען המערער אחוי שטרך והמחזיק משיב ארכס שטרא לא מועיל אף אם יש לו מיגו. והכי נמי הכא נהי דאית ליה מיגו דמינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה ונאמן דזבנה ממ"ק לפני שש שנים כטענתו, אכתי הייתה מחאה במכירת השדה למערער בשנה השלישית ונתהווה ריעותא דאחוי שטרך למחזיק ונגד ריעותא זו לא מועיל מיגו דהוי כמיגו נגד עדים.

ולכאורה פרכת הרשב"ם ליי"מ אין לה הבנה. דיתרון עדי ג"ש על שטר ע"י מיגו ברור, דבנקיט המחזיק שטר דזבנא מפלוני לפני ג"ש אין יכול לטעון מינד זבינתא כיון שבא בשטר שקנה ממ"ק, ושטר המערער קדם, אבל בעדי ג"ש האחרונים ע"י המיגו מברר שהיה לו שטר מהמ"ק, שקדם לשטר המערער?

ובכוונת רשב"ם בקושיה צ"ל, דהעדאת עדים דג"ש מוכיחה שהתכיון לטענתו הראשונה כפשוטה, כמו בטוען שטר יש לי מלפני ג"ש ומראה השטר מי נימא דאית ליה מיגו, הרי קדם שטר המערער והפסיד המיגו ע"י השטר? ואינו יכול לחזור ולטעון כיון שהעדים שהם כשטר (בחסרונות שבשטר) לענין זה, מכחישים טענתו השנית.

והדבר דומה לדין שהביא הטור בשם בעל התרומות (עט, ט) דכשתובעו מנה לי בידך והשיב בלשון 'אין לך בידי כלום' אפשר לפרשו בשני פנים: 'אין לך בידי כלום' - להד"ם או 'אין לך בידי כלום' - שכבר החזרתי לך.

אם באו עדים שלוה אם חוזר וטוען אין לו בידי כלום שכבר החזרתי נאמן וחוזר וטוען כוונתי הייתה אין לך בידי כלום שכבר פרעתי.

אבל אם לאחר שבאו עדי הלוואה טוען פרעתיך לאחר התביעה הראשונה בה טען "אין לו בידי כלום" מוכח שכוונתו בטענה "אין לו בידי כלום" היתה להד"ם וכיון שכעת מודה שהרי הוכחש בעדים שהיה לו בידו בשעת התביעה הראשונה וטען להד"ם - הוחזק כפרן ואם כן לכאורה מוכח דבראיה כל דהוא לכוונתו בטענה הראשונה בה הוא מפסיד די להפסידו את זכות החזרה לתרץ דבריו.

וגם כאן אי מוכח להדיה או שהיה טוען מפלגיה זבינתה לפני ג' שנים ואכלתיה שני חזקה וודאי שהפסיד כיון שקודם שטר המערער לחזקתו אי"כ שמביא עדים רק על ג' אחרונות ולא טעין בתחילה שני חזקה טובא האיך נאמינו במה שחוזר וטוען כך הרי לא הוכיח את טענתו כעת בעדים יותר ממה שאמר בטענה המפסדת אותו ואדרבא חיזק את הטענה הגרועה?

וצ"ל דלי"מ אי"צ כאן לדין טוען וחוזר וטוען אלא דכיון שלשטתם וודאי ידע המחזיק ממציאיות השטר אי"כ טענתו השנית היא רק הסבר המילים של טענתו הראשונה ולא חזרה מטענה.

וא"כ קשה לרשב"ם אמאי אין נאמן במיגו וכי"מ (ודוחק לומר שנחלקים במציאות אם ידע המחזיק שיש שטר או לא) וכעין זה אומר של אבותי וזה

אומר של אבותי דלכו"ע אף אם הוכחש יכול לתרץ של אבותי שלקחתי מאבותך נאמן (ואף הרשב"ם מסכים שאין כאן טוען וחוזר וטוען ובא רבא ללמד שיש במשמעות סובל זה התיקון (כלשון השו"ע).

עוד קשה לרשב"ם מדוע צריך להביא עדים על כל הז"ש לכאורה די שיברר חזקתו בעדים של ג' השנים הראשונות וקדמה חזקתו לשטר של המערער ומה הצורך בעדות אכילה על הד' הנותרות?<sup>12</sup>

### ו. ביאור דעת הרשב"ם ב'צריך לברר'

להאמור לעיל, דלמ"ד צריך לברר, דמיגו לא סגי לברר טענת/ראיית - שני חזקה, מבוארת כאן דעת הרשב"ם, דבטען המערער אכלתיה שני חזקה ואח"כ תרץ לשונו דטובא קאמר ולא ג"ש אחרונות והביא עדים בג"ש אחרונות, אף שיש לו מיגו דמיגך זבינתה ואכלתיה שני חזקה לא מהני. כיון דטעין מפלגיה זבינתה ואכלתיה שני חזקה צריך לברר, שחזקתו קדמה לשטר, דבאכילה שקדמה לשטר הוא זוכה ואת אכילה זו בירר רק במיגו ובזה לא סגי לאחר שטען מכח אכילה שקדמה לשטר.

ובעידי ג"ש אחרונות לא מברר כלל טענתו דטובא שני קאמר, 'ואכלית שני חזקה' וקדמה חזקתו לשטר ואף אם טען 'טובא שני' בתחילה בלי צורך לחזור ולתרץ דבריו לא מהני שיביא עדים על ג"ש אחרונות ונהי דמצי לתרץ דיבוריה לא יועיל יותר מאילו טען כך בתחילה.

וליש מפרשים, דמהני מיגו לבירור טענתו, שקדמה חזקתו לשטר - לפי הפורת יוסף (הנ"ל בשיכונני גוואי), דרבא סבר אין צריך לברר, צ"ל דרבא לשיטתו (דרבא דן כאן לזכות המחזיק) ובנאמנות במיגו סגי וא"צ לברר.

אבל בהסבר האבי עזרי הנ"ל דרבא נמי מודה דבירור במיגו לא מהני לברור הטענה אלא דבמעשה דשיכונני גוואי היה למחזיק עידי חזקה וטען המערער שהחזקה גרועה כיון שעבר דרך עליו בזה אמר רבא המוציא מחברו עליו הראיה אמנם מהני מיגו נגד טענת המחזיק דהחזקה ריעא שהיה עובר דרך עליו.

א"כ י"ל, דכיון שיש לו עידי חזקת ג"ש האחרונות בזה סגי לברר את טענתו "אכלתיה שני חזקה". אמנם המערער הוציא שטר ומבטל את חזקתו ונגד זה

<sup>12</sup> ולקמן יובאו דברי הסמ"ע דלאו דוקא, אלא סגי בג"ש ראשונות.

מהני מיגו דמינך זבינתא, דהיינו את טענתו אכלתיה שני חזקה כבר בירר בעדים ובזה גם יכול לפרש טובא קאמינא רק השטר, שכביכול קדם לחזקתו הוי כטענת שיכוני גוואי המבטל את החזקה וכנגדה די במיגו, היינ נגד טענת השטר סגי במיגו וקאמר רבא דהוי כטוען בפירוש בתחילה מפלניה זבינתה לפני זייש והרי עדים בגייש אחרונות ובמיגו דמינך זבינתא.

### ז. 'בירור הטענה' במתוך דיבורו נגד ראייה

אמנם עדיין לא מובן מדוע מצריך הרשב"ם עידי ז' שנים לכאורה די בעדים בג' שנים ראשונות והם מוכיחים שקדמה חזקתו לשטר. ובסמ"ע (קמו, מו) דלאו דוקא אלא די בעדים המבררים חזקה שקדמה לשטר.

אך מלשון הרשב"ם (וכן בלשון הרמב"ם וש"פ) בסד"ה והני מילי וז"ל "ובפרוש ר"ח נמי מצריך עדים לכל הז' שנים" לכאורה משמע דבעי עדים על כל הז' שנים.

ונראה לומר דוודאי אם טען מתחילה מפלניה זבנתא לפני ז' שנים ואכלתיה שני חזקה היה די בעדי אכילה דגייש הראשונות אלא דכאן הוצרך לחזור ולטוען כיון שהוציא עליו הלה שטר שקנאה מהמוכר לפני ארבע שנים.

ובדיני טוען וחוזר וטוען כשמוציא התובע ראייה או עדים בין הטענות המכחישים טענתו הראשונה, צריך להסביר את טענתו הראשונה כגון של אבותי ואח"כ טוען של אבותיך והאי דאמרי דאבהתי דסמיכנא עלה כדאבהתי או של אבותי שלקחיה מאבותיך.

וא"כ הכא כשטען בתחילה ואכלתיה שני חזקה אכן יש מקום להסביר את דבריו כרבא, דטובא קאמר, אבל יש מקום לחשוד שהוא לא ידע ממציאיות השטר והתכיון שאכל גייש האחרונות ובכך לזכות בשדה, דנהי דאפשר לתרץ דבריו דהתכיון "טובא" כיון שההסבר בא בעקבות הצגת שטר נראה כמשקר והתכיון לג' אחרונות ואם לא יוכיח אכילת האחרונות כיון שיש שטר נגדו ויש חשש שלא ידע ממציאיות השטר וכך טוען המערער.

והא דיש עדים שקדמה חזקתו לשטר, אין בזה סתירה לשטר המערער דאפשר שחזר ומכרה למוכר והוא מכרה למערער וטענין ליה וכעין זה כותב הסמ"ע דצריך עדי ז' שנים אם יש עדים שראו את המוכר דר יום אחד אחר החזקה של המחזיק וטענין ליה שהמוכר חזר ולקחה מהמחזיק ומכרה למערער.

אף אנו נאמר דטענה בשטר שהמערער קנאה ממ"ק לפני ד' שנים אינה סותרת לעדי חזקתו אם סגי בג"ש ראשונות, והוי (השטר) כראיה דדר בה המוכר חד יומא אם יש לו רק עדים בג"ש ראשונות ואמת אם היה טוען שני טובא בתחילה היה נאמן וקדמה חזקתו לשטר.

אך כיון שהיה מקום לפרש שהתכיון - בטענה הראשונה - לשנים האחרונות, נגד זה יש טענת שטר ובעי לברר, כיון שבא לזכות גם נגד השטר (מפני שחזר וטען לאחר ראיה המכחשת קצת את טענתו) ולא מהני מיגו, דבתחילה היה טוען "טובא" ולא היה צריך להביא עדי ג"ש אחרונות, דמיגו - כמבואר לעיל בשיטת הרשב"ם - אינו מברר חזקה.

א"כ הסבר הסוגיה ומחלוקת רשב"ם וי"מ עולה כך: לרשב"ם בעי עדים ז"ש כיון שטען מכח חזקה שקדמה לשטר ובעידי ג' אחרונות צריך לברר את טענתו גם כנגד השטר כיון שהיה צריך לתרץ דבריו לאחר הצגת השטר והוכחנו לעיל שכל דבעי טענה וטען צריך לברר, ונהי דאילו טען מתחילה רק ג"ש ראשונות די היה בכך, כיון שלא טען כך ונזקק לפרש דבריו בעקבות השטר צריך לברר חזקתו גם כנגד השטר.

ול"מ אפשר לומר דסברי דא"צ לברר בעלמא ורבא לשיטתו שם או דבעלמא צריך לברר וגם כאן בירר את עיקר הטענה שאכל שני חזקה, מיהו נגד השטר א"צ לברר וסגי במיגו כיון שהשטר הוי כריעותא צדדית כי הא דשיכוני גוואי, מיהו טענת ז"ש בעי גם ל"מ, דאי לא טוען כך אם נמשיך את ההשוואה לשיכוני גוואי הוא כמודה דהמערער דר בשיכוני גוואי ולא החזיק כדן.

#### ח. בסוגיא דשטרא זיפא (רשב"ם)

ובסוגיא<sup>13</sup> לקמן (לב) "דההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מינך זבינתא והא שטרא, אמר ליה שטרא זיפא הוא. גחין ולחיש לרבה אין שטרא זיפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא. א"ל רב יוסף, אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא".

ובפירוש הרשב"ם - מדוע לא מועיל לרב יוסף מיגו, הסביר בגדולי שמואל, וז"ל: "ותו יש לבאר דברי הרשב"ם בטעמא דרב יוסף ע"פ הגמ' לקמן דמפרש ברייתא הבא לדון בשטר ובחזקה... ופירשב"ם דלרבי נידון בשטר

<sup>13</sup> מקצת הדברים הובאו לעיל בהסבר דברי הרא"ש ומינה ומינה תסתיים שמעתתא.

כיון דטען יש לי שטר מכירה עליו לקיימו, אף די שיש לו עידי חזקה ואם לא בירר הפסיד. ורשב"ג פליג, כיון שיש לו חזקה גמורה אין צריך לברר, וכן הוא כוונת רשב"ם הכא, דסברת רב יוסף כיון דטען תחילה והא שטרא ובא לידון בשטר כדי לזכות בשדה עליו לברר, דשטר מעליא הוא ואף דאית ליה מיגו ע"כ.<sup>14</sup> הרי לן ראייה נוספת ברשב"ם, דסובר "צריך לברר" ובמיגו לא סגי לברר הטענה.

אלא דצ"ע טובא, דהרשב"ם שם פסק כרשב"ג דאין צריך לברר וכיצד ניתן לומר בביאור הרשב"ם בסוגיות הנ"ל, דפירש ע"פ מ"ד צריך לברר?

וצריך לומר, שהרשב"ם שם (בב"ב) פירש "דאין אדם צריך לברר ריבוי טענות שטען שאין צריכים לו" וכן בהמשך "אין צריך לברר דבריו שהרבה לטעון", והיינו דהתם טען שיש לו שטר וחזקה ובכל אחד מהם היה זוכה בדיו ולכן אין צריך לברר ריבוי טענות וראיות, שאחת מהם מיותרת, ובכל אחת מהם זוכה והשאר הוי הפלגת דברים וכפירושו שם (בד"ה ואף רבי) "כלומר מן הדין הלכה כרשב"ג שאף רבי לא נחלק אלא משום דס"ל דצריך לברר את דבריו אחרי שטען יש לי שטר ורבי מודה שאם לא טען לא היה צריך אלא חזקה לבדה", ומדבריו נשמע לרשב"ג, דסבר לפ"ז דבטוען חזקה לבדה צריך לברר חזקה לבדה.

אבל בטוען טענה וראיה אחת צריך לבררה ולא מהני מיגו לבירור, ולסברא שהבאנו בפירוש הרשב"ם למ"ד צריך לברר, דאי לא מברר הוי כברי ושמא מפני התביעה הנגדית מובן טפי. דבטוען ובא לזכות בראיה אחת חייב לבררה מדין משקל הטענות הנ"ל לשווי לטענתו טענת ברי אף למ"ד אין צריך לברר, אבל בריבוי טענות לרשב"ג "אין לו להפסיד בשביל שפת יתרי" (רשב"ם שם).

ובגדו"ש הנ"ל תירץ דהרשב"ם (בג"פ) פסק כרשב"ג, דהתם בעדות חזקה דאלימא ממיגו ובצירוף מיגו דא"ב שתיק ולא טעין שטר יש לי בידי אבל הכא במיגו לבד לכו"ע צריך לברר.

<sup>14</sup> פרפרת נאה בהסבר הרשב"ם בד"ה לחיש לרבה בנחת שלא שמע (ישמע ב"ח) המערער, ולא כ"כ מובן מאי אתא לאשמועינן וע"פ הנ"ל ברשב"ם דחובת בירור הטענה היא חובה כלפי הבע"ד כשטוען נגדו שטרא זייפא ומשוי לטענתו כטענת שמא כנגד ברי. לא רצה המחזיק שישמע התובע ויתבע שטר מעליא והבי"ח תיקן "שלא ישמע" ולא "שלא שמע" ואכן שמע המערער לגרסת הב"ח. (לפז"ר).

### ט. חיוב לברר לאחר תקנת שבועת היסת

בהקדמה הובאו דברי הטור ושו"ע ריש סימן עה שבעלי הדין צריכים לברר טענותיהם, וכבר צויין שם שהגר"א והעינייים למשפט ציינו לסוגיין שלהי ב"ב והלשון מוכיח.

והסמ"ע הבדיל בין דין זה לדין של הבא לידון בשטר וחזקה, וז"ל: "כאן בריש הלכות טוען כתב רבינו אם צריכים לברר תחילת ועיקר טענתם, ולעיל סימן ע מיירי שכבר ביררו תחילת טענתם אלא שטען הנתבע עוד שיש לו עדים שפרעו אם חייב להביא עדים ושאלם באו והכחישו, מה דינם".

הסמ"ע מחלק בין הצורך בבירור ראיות, הנידון לעיל באריכות, לבין הצורך לברר עיקר החיוב או הפטור.

ולכאורה הצורך בבירור הראיות במקום שצריך, הוא הוא בירור עיקר החיוב או הפטור, וא"כ הדין פשוט במקום שיש צורך בבירור הראיות מתברר עיקר החיוב או הפטור מעצמו ומה הוא הדין הנזכר כאן ובמה שונה מהדינים דלעיל?

וצריך לומר בהסבר הסמ"ע, דבסימן ע הדיון הוא לגבי חיוב הממון וכן בדינים דלעיל הדיון הוא לגבי תביעת קרקע ולעניין החיובים והפטורים ממון ושם וודאי שצריך ראיות ולבררם.

בריש סימן עה הנידון הוא חיוב שבועת היסת, ולחיוב היסת אין צריך ראיות, דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו בידו, בזה התחדש שכשם שבחיובי ממון אם צריך טענה וראיה צריך לברר הטענה אם טען לראיה. כ"כ בחיוב היסת, כיון שאין צורך בראיות מ"מ את עיקר התביעה גם צריך לברר כיון שהיא המחייבת.

ועולים בקנה אחד הדינים והדיעות דלשיטתייהו אזלי, דדין פשוט הוא דאין נשבעים על טענת שמא וא"כ למתבאר לעיל, דטענה שאינה מבוררת היא כטענת שמא, מובן למה בהיסת ל"ש להשביעו, כשאין מברר לב"ד את עיקר החיוב.

ובב"ח כתב בשיטת הרמב"ם: "דאלמא דאם אינו מברר אין משגיחים בטענתו ואין מקבלים את טענתו, דאם תובע הוא יפסיד ואם הנתבע אינו

מברר מחייבים אותו לשלם" דהוי כברי ושמא בצירוף חזקה דאין אדם תובע  
אא"כ יש לו בידו.<sup>15</sup>

וברמב"ם מדוייק בדין זה (טו"נ ו,א), שבתביעה בלי ראיות, טענת להד"ם  
היא תשובה מספקת ואינה צריכה בירור, והיינו גם כדאמרן וסיים הרמב"ם  
בבא זו "שהרי אנו דנים במתוך שיכול לומר בכל מקום", וכוונתו דכוחו לברר  
שאינו חייב מפני שפרעו וכד' ולהפטר בהיסת הוא מתוך שיכול לומר להד"ם  
וישבע היסת שהרי אין ראיות, כך יכול להפטר בהיסת בשאר הטענות במיגו  
דלהד"ם.

#### י. סיכום

החיוב לברר טענות וראיות, שטען בעל הדין, הוא חיוב מוסכם אף אם לא  
פסקינן כרבי, דאי לא מברר הראיות משווה לטענתו כטענה גרועה וכברי  
ושמא והצגת הראיות נחשבת כגוף הטענה.

החילוקים הם:

במקום שצריך ראיה, אם טען (לרבי אף אם הרבה בראיות) חייב לברר  
ראיתו.

במקום שמצי למפטר נפשיה בטענת להד"ם ובשבועה אי"צ לברר הראיה אף  
אם טען שיש בידו ראיה.

את עיקר החיוב (תובע) והפטור (נתבע) חייב לברר ונאמן במיגו דלהד"ם  
ובשבועת היסת וא"כ אינו צריך ראיות ולא לבררם אף אם טען. וא"כ  
בקרקע, שלעולם צריכה טענה וראיה (או חזקה), אם טען לראיה חייב לברר  
ולהביאה לב"ד אבל אם מתחילה לא טען לראיה כגון 'שדה זו של אביך היתה  
ולקחתיה הימנו' נאמן במיגו כיון שלא טען לראיה.

---

<sup>15</sup> כדפסקינן בכ"מ דברי ושמא בצירוף חזקה גובר על חזקת ממון כר"ג ור"א בכתובות יב,ב.  
ועיין ש"ך (צא,יב), שברי בצירוף חזקות שונות כגון חזקה שליח עושה שליחותו גם  
מסייעות לברי להוציא מחזקת ממון.

## ע"א מעידה שהיא פרועה

### ע"א המעיד ששטר נפרע תוך זמנו

איתא בשו"ע חו"מ פד, ה :

עד אחד מעיד בשטר שהוא פרוע, לא יפרע אלא בשבועה. במה דברים אמורים, כשעבר זמנו. אבל אם הוא תוך זמנו, נפרע שלא בשבועה, אלא אם כן טען הלוח: ישבע לי. עד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע, ומת המלוה עד שלא נשבע, אין יורשיו גובין אותו; והוא הדין לפוגם שטרו, ומת עד שלא נשבע.

והקשה קצוה"ח (שם ד), דקיי"ל כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה (כתובות פח, ב; שבועות מא, א), ופשוט ששנים נאמנים להעיד על שטר תוך זמנו דפרוע הוא, מעתה צ"ב אמאי אחד אינו מחייבו שבועה?

ואכן הטור הביא בשם רב האי גאון, שע"א המעיד שהשטר פרוע, מחייב את התובע להישבע ע"מ ליטול, אף שמעיד שהפרעון היה תוך הזמן.

קצוה"ח מיישב, דהואיל ושבועה זו אינה מדינא, וכדמוכח בסוגיית הגמ' (כתובות פח) מתרי טעמי – מדאורייתא כל הנשבעים – נשבעים ואינם משלמין ועוד דאין נשבעין על קרקעות, וכל טעם שבועה זו – שהוא מדבריהם – כדי להפיס דעתו וכמפורש שם בגמ', הקילו ולא חייבו, בכגון זה, שהעד מעיד נגד חזקה (דאאפת"ז). וכיו"ב מצאנו בהגהות מיימוני (פ"א מהל שבועות), דלשבועה זו לא בעי נקיטת חפץ, כיון דאינו אלא להפיס דעתו של בעל.

והנה, לשון קצוה"ח הוא דהואיל וזו שבועה דרבנן, אם כן במעיד על פרעון תו"ז 'הקילו'. ונראה לבאר דבשבועה זו לא שייך כלל לומר 'כל מקום ששנים מחייבים שבועה אחד מחייב ממון' ולא מצד קולא בלבד, וכדלהלן.

הרמב"ן ב"ב לד, א בסוגיית נסכא דרבי אבא כתב וז"ל :

ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה עד אחד עד שישבע הלה להכחישו וכל זמן שלא נשבע הרי העד נאמן וכו'.

נמצא כי לדברי הרמב"ן עדות ע"א היא עדות גמורה לחייב ממון כל זמן שהנתבע לא נשבע להכחישו, וי"ל שהגדרה זו עומדת ביסוד דברי חז"ל, שכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה, ולכן שפיר י"ל שעד נאמן להעיד על פרעון תו"ז כמו שנים לממון. אבל לע"א המעיד על שטר שהוא פרוע אין נאמנות מדאורייתא כלל ואין לו נאמנות על עיקר הממון אלא לחייב שבועה להפיס דעת מוציא השטר. ולכן אין מקום לכלל דיכל מקום ששנים מחייבים וכו"ו. וי"ל דע"א בכה"ג הוא כע"א באיסורים שאינו נאמן נגד חזקה, ולכן אינו נאמן כאן כנגד חזקה דאפתי"ז.<sup>1</sup>

ראיה לדבר, מכך שלחיוב שבועת ע"א אי"צ טענת שתי כסף (שבועות מ,א) וכפסק הרמב"ם (טען ונטען ג,ו):

העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה.

ואילו בנדו"ד, ע"א המעיד ששטר פרוע, נראה שאינו מחייב שבועה אא"כ עדותו היא על שתי כסף. וכך משמע מדברי הרמב"ם שם הלכה ז (שבניגוד לדעת רבותיו נקט) שרק בכפירת שתי מעין יש חיוב שבועת הנוטלין, ומשמע שכולל שבועת ע"א המעיד שהשטר פרוע. מוכח, א"כ, ששבועת הנוטלין דע"א אינה שייכת לכלל שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וי"ל שזו תקנת שבועה חדשה, להפיס דעת התובע.

#### **טענת התובע – ברי או שמא**

דעת הכס"מ, שע"א המעיד שהשטר פרוע מחייב שבועה רק אם הנתבע טוען טענת ברי. הש"ך (פד,ז) חולק וס"ל שגם בטענת שמא מחייב ע"א שבועת הנוטלים.

לאחר הבאת דברי הכס"מ, כתב הש"ך, וז"ל:

ואין דבריו נראין לי, דכיון דקי"ל בטוענו ספק על פי העד צריך שבועה, דכמו ששנים מחייבין ממון אף בשמא הוא הדין באחד לענין שבועה וכמ"ש הרי"ף (שבועות כת,ב מדפי הרי"ף) והמחבר לעיל סוף סימן עה (סעיף כג), א"כ הוא הדין הכא. (והמשיך להוכיח מתשובות הרשב"א).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ויש להעיר, דמ"מ בעינן עד כשר וקרוב אינו נאמן (תוס' כתובות פה,א ד"ה מרענא).

<sup>2</sup> בעל הפלאה דייק מלשון המשנה, שהבעל אומר התקבלת כתובתך, משמע שטוען בברי.

והנה, למבואר לעיל, י"ל דבהא פליגי הכס"מ והש"ך. דלדעת הש"ך אף בשבועת ע"א המעיד שהשטר פרוע קיים הגדר, דכל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייב שבועה (וכפי שכתב הש"ך להדיא), ואף שהכא חיוב השבועה הוא מדרבנן, מסתבר דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. ואילו הכס"מ ס"ל דל"א כלל האי כללא דיכל מקום ביחס לשבועה זו שכל ענינה להפיס דעתו של בעל השטר.

מעתה, לש"ך תשוב ותתעורר קושיית קצוה"ח מדוע העד לא יחייב שבועה תו"ז וכדין כל מקום ששנים מחייבין ממון וכו', וצ"ל שהש"ך יאמר בסתמא דכברי קצוה"ח דהואיל ושבועה זו מדרבנן בכה"ג לא תיקונה.

עוד י"ל בדעת הש"ך, דקצוה"ח בקושייתו הוסיף:

ואע"ג דבאיסורין קי"ל (יו"ד קכז, ג) דאין עד אחד נאמן באתחזק איסורא או היתרא, היינו דוקא באיסורין אבל בממון נגד חזקה נמי מעיד, דהא אפילו מעיד על חפץ שבחזקת חבירו כמה שנים שהוא גזול, מחייבו שבועה, אפילו הוא נגד חזקה דכל מה שיש תחת ידו הרי הוא שלו, ומשום דעד אחד לשבועה הוא כשנים.

ויש להעיר על ראיית קצוה"ח, דמהני ע"א נגד חזקה לחייב שבועה, מהא דמהני ע"א נגד חזקה דמה שתחת יד אדם וכו' אי נימא דחזקה זו היא מדין מוחזק לכן ע"א מחייב שבועה כנגדו אבל נגד חזקה דאאפת"ז, שהיא חזקה מבררת<sup>3</sup> ייתכן וע"א אינו מחייב שבועה כנגדה.

והנה, יעויין כתובות פה, א תוד"ה מרענא, שהקשו למאי הלכתא אמר רב פפא דמרעינן ליה (לשטרא אפומה דבת רב חסדא), אי לשבועה אפילו לא מהימן כבי תרי יתחייב שבועה מדתנן עד א' מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה, ותרצו שרק עד כשר מחייב שבועה מכוח עדותו והכא בפסולי עדות קאמר מצד קים ליה בגויה.

השואל בשו"ת נו"ב (חו"מ מהדו"ת סי' כב) הקשה, דלכס"מ מיושבת קושיית תוס' שפיר, דנפ"מ אם בע"ד טוען בשמא וליכא לשבועת ע"א בכה"ג. והשיב

<sup>3</sup> ועיין חשן אהרן שכתב, שחזקה אאפת"ז לא גרע מעד המסייע, וכשם שעד המסייע פוטר משבועה, כך חזקה זו בכחה לסייע לפטור משבועה. ולכאורה תלוי בגדר עד המסייע אי חשיב כאילו נשבע או שבכה"ג לא נתחייב שבועה (חקירת רע"א ב'כתב וחותר' סי' ג). וכן בגדר חזקה זו אי חשיב כאן סהדי ואכמ"ל.

הנו"ב, שהכס"מ כתב כן בדעת הרמב"ם ואה"נ ייתכן ותוס' לא ס"ל כן, ע"ש.<sup>4</sup>

ויש להעיר, שניתן היה לתרץ קושיית תוס' באופן נוסף, דלרמב"ם ולשו"ע לא משביעין שבועת ע"א כנד השטר בע"א המעיד על פרעון תוך הזמן, ושפיר י"ל דמ"מ מהני הא דמהימנת ליה כבי תרי. וא"כ ממילא נופלת הוכחת השואל לנו"ב.

וי"ל דלמעשה חד מתרי מילי נקט, דאם בשמא צריך שבועה, פירוש הדבר דס"ל דהוי כעין דאורייתא ובגדר כל מקום ששנים מחייבין ממון, וא"כ מחייב שבועה אף בטענת שמא של התובע. ואם ס"ל דבעי טענת ברי, הו"ה נמי דאין להשביע על טענת פרעון תו"ז, והדינים תלויים זב"ז.

להשלמת פרק זה יש לציין לדברי התומים (פד,ז) ועוד, שכתבו שהואיל וכל השבועה היא להפיס דעתו, לא שייך להפיס דעתו א"כ טוען בברי.

### מחלוקת רמי בר חמא ורבא

כתובות פז,ב:

עד אחד מעידה שהיא פרועה. סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא דכתיב (דברים יט) לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה ואמר מר כל מקום שהשנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת ועוד אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל.

וצ"ב מה ההו"א של רמי בר חמא (עי' חידושי הריטב"א ועוד)?

עוד צ"ב, דבכתובות, לעיל מיניה, מצינו מחלוקת זו בין רמי בר חמא לרבא ביחס לשבועה דפוגמת כתובתה, והרי"ף הביאה רק ביחס לשבועת ע"א מעידה שהיא פרועה והשמיטה לגבי פוגמת אף דהיא לעיל מיניה, וצ"ב. וכבר הקשה כן הגדו"ת (שער כא ח"ה אות א) על ספר התרומות. וכתב שם, דעל הרי"ף אין לדקדק אמאי לא הביא דברי רמי בר חמא על פוגמת, דהביאה בנוגע לע"א, כי רצה להביא המשך דברי הגמ' דאמר רב פפא אי פיקח הוא

<sup>4</sup> וע"ע הגהת רע"א בסו"ס פד שמסייע לכס"מ מדברי הרא"ה, אף שהרא"ה ס"ל דע"א בעלמא מחייב שבועה אף בטוענו שמא, ע"ש.

מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא וכו', וזה לא שייך בפוגמת, אך לבעל התרומות א"א לתרץ כן, כי הוא לא הביא דברי רב פפא כלל. ועוד קשה, מאי קסבר רמי בר חמא, לאחר שכבר נדחו דבריו פעם אחת על ידי רבא - לאחר שסבר שפוגמת הוי שבועה דאורייתא - ומאי קסבר דהדר אמרה על שבועת ע"א מעידה שהיא פרועה?<sup>5</sup>

הכתב סופר העלה בחידושו (עמ"ס כתובות), שיש קצת ראייה מהגמ' לשיטת הש"ך הנ"ל, שע"א מעידה שהיא פרועה מחייב שבועה אף בטענת שמא. דברי רבא מוסבים על דברי רמי בר חמא, שהדגיש בדבריו שכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה, נמצא שרבא לא פליג אעיקר זה אלא בא לומר ששבועה זו מדרבנן היא, אבל דיניה ופרטיה כשל תורה הן דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. ולפי"ז כשם שע"א מחייב שבועה דאורייתא אף בטענת שמא של התובע (לפוסקים כן) כך גם בע"א המעיד שהשטר פרוע.

לפיכך מובן מדוע הרי"ף הביא את דברי רמי בר חמא ולא הסתפק בדברי רבא בלבד, כי מדברי רמי בר חמא נלמד לדברי רבא (ואי"צ טענת ברי), ומובן מדוע הביא המו"מ בין רמי בר חמא לרבא בחלק השני של הסוגיא אודות שבועת ע"א ולא ביחס לפוגמת ודוק'.

דברי הכת"ס מיוסדים, כאמור, על התפיסה, שהאי כללא דכל מקום ששנים מחייבין ממון שייך ביחס לשבועה דידן אליבא דהלכתא וכפי שכתב הש"ך, ולא לרמי בר חמא בלבד.

ובדעת הכס"מ י"ל שהיא גופא מחלוקת רמי בר חמא ורבא. כבר כתב הריטב"א, דמה דאיתא, דסבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא, לא דאורייתא ממש אלא דרבנן כעין דאורייתא וי"ל דבהא גופא פליג רבא וס"ל שהשבועה היא מדרבנן ולא כעין דאורייתא אלא רק כדי להפיס דעת.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> ועי' גדו"ת שם, דרחוק לומר "דרמי בר חמא אמרו בסתם בכולל כל המשנה ומסדר הגמ' מייתי לה למימריה בכל חלוקה וחלוקה מאלו השתים, דודאי אין מקום לזה". אך כבר קדמו הריטב"א בכיו"ב, וז"ל שם: "והא דלקמן דעד אחד כי הדדי אמרינהו רמי בר חמא ופרשינהו רבא אלא דרב אשי סדרינהו כל חדא וחדא בדוכתיה, ויש כיוצא בזה בתלמוד, כן נראה לי". אמנם יש להעיר שרבא הגדיר באופן שונה את סיבת חיוב השבועה בפוגמת ובע"א המעיד שהשטר פרוע.

<sup>6</sup> ולהעיר מדברי הריטב"א, שכתב שאין מחלוקת בין רמי בר חמא לרבא, אלא דיש שטעו בהבנת דברי רמי בר חמא וסברו שכונתו לדאורייתא ממש ובא רבא לפרש שאי אפשר לומר שזו שבועה דאורייתא ממש.

ובהמשך הסוגיא אמר רב פפא, דאי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, וכתב רש"י דנפ"מ דשבועה דאורייתא בעי שם ונק"ח. ייתכן ונפ"מ זו היא רק לרבא אך לרמי בר חמא אף דשבועה זו מדרבנן היא, מ"מ כעין דאורייתא תיקנוה.

ובדעת רב האי גאון, המובא בטור, דס"ל דאף ע"א המעיד על פרעון תו"ז מחייב שבועה, י"ל דיסבור שרבא לא פליג על רמי בר חמא בענין זה ואף בשבועת הנוטלין דידן יש לומר הכלל דכל מקום ששנים מחייבין וכו'.

### **נפ"מ נוספות**

יש להסתפק אם מועיל מיגו לאפטורי משבועה זו, דע"א מעיד על שטר שהוא פרוע. דהנה מיגו לאפטורי משבועה - אף דאמרינן, מ"מ לאפטורי משבועת ע"א ס"ל לר"ן ריש פי' כל הנשבעים דלא מהני, וטעמיה דע"א לממון כשנים לשבועה וכמו שלא מהני מיגו נגד עדים. ומכח ההגדרה הנ"ל בשבועת ע"א המעיד ששטר פרוע י"ל שיועיל מיגו לפטור משבועה זו. אם כי י"ל דהואיל וכל מטרת השבועה להפיס דעתו ייתכן ולא יועיל מיגו, ולאידך גיסא י"ל דכל שיש לו מיגו, מעולם לא תיקנו שבועה.

ועיין קצוה"ח הנ"ל (פד, ד) דעד המסייע פוטר משבועה אך לא משבועת ע"א, דע"א הרי הוא כשנים ולכן לא מועיל ע"א כנגדו. וי"ל שלפי הנ"ל יועיל עד המסייע לפטור משבועת הנוטלים דע"א מעיד שהוא פרוע, ואילו לדעת קצוה"ח, דאף בשבועה זו אמרינן שהרי הוא כשנים, גם משבועה זו דע"א, עד המסייע לא יפטר.

### **סיכום**

לפנינו שתי אפשרויות להבנת גדר תק"ח בשבועת הנוטלים, בע"א מעיד על שטר שהוא פרוע. האם שבועה זו כשבועה דאורייתא דע"א, אלא שכאן חידשו שישבע ויטול, וממילא נימא דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון, והבסיס לשבועה יהיה דכל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייב שבועה, או דנימא דלפנינו תקנה חדשה שיסודה הפסת דעת ולא שייך פה כעין הדאורייתא דע"א.

נפ"מ:

1) לע"א המעיד שהשטר נפרע תו"ז, ונחלקו רב האי גאון והרמב"ם אם העד מחייב שבועה בעדות זו.

ע"א מעידה שהיא פרועה

2) אם לחייב שבועה זו בעי טענת ברי של הנתבע, לסוברים ששבועת ע"א היא אף בטוען התובע שמא.

3) גובה הסכום – שו"פ כדין שבועת ע"א או שתי כסף כדין שבועות הנוטלים.

4) אי מהני מיגו לפטור משבועה זו ואם עד המסייע יפטור משבועה זו, אף לסוברים שעד המסייע אינו פוטר משבועת הנוטלים, שנוצרה מעדות ע"א.

## הרב יהודה צור

### אונסא דנפשיה במתנה

#### ראשי הפרקים

- א. אונס במכר ובמתנה
- ב. אונסא דנפשיה במכר ובמתנה
- ג. מתנתא טמירתא
- ד. שיטות הראשונים בסוגיא
  1. הר"י מיגאש
  2. שיטת ר"ח
  3. שיטת הרמב"ם עפ"י המגיד משנה והראב"ד
  4. שיטת הראב"ד עפ"י אבן האזל
  5. שיטת הרמב"ם עפ"י אבן האזל
- ה. ההבדל בין אונסא דנפשיה במתנה למכר
- ו. הגבול בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני
  1. שיטת נתה"מ בדין אונס עקיף ע"י אחרים במתנה ובגט
  2. הסבר האגרות משה בדעת הנתיבות
  3. שיטת הפתחי תשובה בדין גט שניתן באונס עקיף
- ז. סיכום

#### א. אונס במכר ובמתנה

בדיני תורה אדם אינו נושא באחריות למעשה שעשה באונס. כלל זה נאמר אף ביחס לדיני הקנינים, ואדם שעושה פעולת קניין באונס, באופן עקרוני המקח לא יחול.

בבבא בתרא מז, ב מובא דין של מי שנאנס למכור מנכסיו :

אמר רב הונא : תליוהו וזבין - זביניה זביני ; מ"ט? כל דמזבין איניש,  
אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני.

וביאור הגמרא, שמי שאיימו עליו שאם לא ימכור יהרגוהו או ייסרו אותו, והוא אכן מכר, המכירה תופסת. והרי זה אונס? אלא שבמצב כזה, יש לנו

אומדנא שמאחר והוא קיבל כסף עבור המכירה, בסופו של דבר הוא התרצה למכור, והמכירה מתבצעת בלב שלם. לעומת זאת במתנה שאנסוהו לתת, אין אומדנא שהנתינה היתה בלב שלם, וממילא אומרים הראשונים על הסוגיא, שהמתנה בטלה.

כתוצאה מחילוק זה בין מכר למתנה ישנם הבדלים נוספים בין שני המקרים, למשל לענין מודעא.

בשו"ע חו"מ רה,א נפסק לענין מודעא במכר :

מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכרו, ממכרו ממכר בין במטלטלים בין בקרקע, שמפני אונסו גמר והקנה אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים. לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכרו, ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאם אותה מידו ומחזיר הדמים. וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שישמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה: אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה, אינה מודעא.

לעומת זאת בסעיף ב לגבי מתנה נפסק: "במה דברים אמורים, במכר; אבל במתנה או מחילה אין צריכין להכיר אונסו." ובסעיף ו שם "במה דברים אמורים שצריך שידעו שהוא אנוס, במוכר או בעושה פשרה; אבל במתנה או במחילה, אם מסר מודעא קודם, אף על פי שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה, שאין הולכים במתנה אלא אחר גלוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה".

כלומר שאם מודעא תועיל לבטל מכר, הרי זה רק כאשר היא נמסרת לפני המכר, ויש עדים על כך שהמכירה אכן נעשתה באונס. ואילו במתנה אם האונס ידוע אף שלא נמסרה מודעא, המתנה בטלה, וכן להיפך, אף שנמסרה מודעא או גלוי דעת אחר, ולא היה אונס בזמן הנתינה, המתנה בטלה, מכיון שמספיקה ידיעה כלשהיא על כך שהוא לא רוצה בלב שלם את המתנה הזו.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> זו שיטת הרי"ף והרמב"ם, אמנם רשב"ם בסוגיא שם חולק וסובר שלא די בגילוי דעת בפני עצמו לבטל מתנה.

## **ב. אונסא דנפשיה במכר ובמתנה**

בסעיף יב שם פוסק השו"ע:

באיזה אונס אמרו שהוא מבטל המקח, באונס דאתי ליה מאחריני; אבל באונס דאתי ליה מנפשיה, כגון מי שמוכר מפני שהוא דחוק למעות, לא. ואפילו באונס דאתי ליה מאחריני, דוקא שאנסוהו למכור, אבל לא אנסוהו למכור, אלא ליתן מעות, ומחמת שלא היו לו המעות הוצרך למכור, לא הוי אונסא, וזביניה זביני.

כלומר שלגבי מכר, רק אונס ישיר על פעולה מסויימת כגון תליוהו וזבין נחשב כאונס, שבצירוף למודעא יבטל את המכר, אך אונס עקיף כגון שמאיימים עליו לתת מעות ואם לא יהרגו אותו, והדרך היחידה להשיג מעות היא למכור את השדה, אז אמנם מכירת השדה נעשתה תחת האילוץ של הצורך במעות, אבל זה לא נחשב כאונס מכיון שאת מעשה המכירה עצמו הוא רצה וזיס וזה לא אונס מספיק בשביל להחשב כאונס שמבטל מכירה.

לפי כל הנ"ל מתעוררת שאלה מה יהיה הדין במקרה של אונסא דנפשיה כמו למשל, המקרה שהוזכר בדברי השו"ע הנ"ל, במקרה של מתנה, האם אונס כזה נחשב כאונס, אך אונס חלש ולכן למכירה הוא לא מספיק, אך למתנה, שבה כפי שהזכרנו למעלה די בגילוי מילתא בעלמא זה יספיק, או שנאמר שאונס כזה איננו נחשב כאונס כלל ולכן בין במכר בין במתנה, הוא לא יהווה עילה לביטול הקנין.

## **ג. מתנתא טמירתא**

בב"ב מ,ב מובא הדין של מתנתא טמירתא:

אמר רבא: והויא מודעא לחברתה. א"ר פפא: הא דרבא, לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר. דההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה: אי כתבת לי כולהו נכסיך הוינא לך, ואי לא - לא הוינא לך, אזל כתביה לה לכולהו נכסי. אתא בריה קשישא, א"ל: וההוא גברא מה תהוי עליה? אמר להו לסהדי: זילו אטמורו בעבר ימינא וכתבו ליה. אתו לקמיה דרבא, אמר להו: לא מר קנה ולא מר קנה, מאן דחזא סבר: משום דהויא מודעא לחברתה, ולא היא, התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה, אבל הכא מר ניחא ליה דליקני, ומר לא ניחא ליה דליקני.

ביאור דברי הגמ': אם אדם נותן מתנה ומצווה על העדים לעשות זאת בהסתר ולאחר מכן מוכר או נותן את אותו דבר לאחר, אומר רבא שהמתנה הראשונה נחשבת כמודעא למתנה השניה. דעתו של רבא, נלמדת מהמקרה בו אדם רצה לקדש אשה, והיא התנתה את הקידושין בכך שיתן לה את כל נכסיו, והוא התכוון לכתוב לה שטר, אך לפני שהספיק,<sup>2</sup> בא בנו ומחה על כוונתו לתת לאשה את כל נכסיו, וציווה אותו אדם לתת את כל נכסיו במתנה טמירתא לבנו לפני שנותנים את השטר לאשה, ופסק רבא שלא האשה קנתה, ולא הבן קנה, ומכאן ראייה שמתנה טמירתא לא מהווה קנין, אלא מהווה מודעא כלפי אחר, ודוחה הגמ', שייתכן ומתנתא טמירתא אינה מודעא, אלא שבנדו"ד, המקדש מוגדר כאנוס ביחס למתנה (מחמת רצונו לקיים התנאי) לכן המתנה טמירתא מהווה מודעא, אך במקרה רגיל מתנה טמירתא אינה נחשבת למודעא, ואין לה שום משמעות, והשני שמקבל שטר טוב יקנה את המתנה.

#### ד. שיטות הראשונים בסוגיא

##### 1. הר"י מיגאש

בביאור הסוגיא נחלקו הראשונים, ושתי הדעות מובאות בר"י מיגאש ב"ב (מ,ב ד"ה אמר רבא). דעה ראשונה: "...נקטינן השתא להאי פירושא, דמאן דכתב מתנה לחבריה, ואע"ג דמוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתבה, ולא ברעות נפשיה, כיון דה"ל למימסר מודעא ולא מסר, מתנה גמורה היא, דאיכא למימר דאגב אונסא גמר ומקני, דהא הכא דקא מוכחא מילתא דאגב אונסא הוא דכתב לה, וטעמא דמבטלה לה משום דאיכא האי אחריתי דהיא מודעא לה, אבל היכא דליכא אחריתי דהויא מודעא לה, לא מבטלה לה, אלא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני עד דמסר מודעא עלה, אלא מיהו דוקא אונסא דאתי מחמת נפשיה ולא אתי ליה מחמת אחריני".

לשיטה זו הנידון בסוגיא הוא נתינת מתנה ע"י אונסא דנפשיה, כלומר מתנת הנכסים שנתן אדם לאשה נעשתה שלא ברצון מלא, אלא בגלל שהוא היה אנוס ע"י יצרו לקדש אותה, וזה נחשב כנתינת מתנה באונסא דנפשיה, ומכיון שאונסא דנפשיה הוא אנוס חלש שכשלעצמו, הוא לא מבטל את המתנה, בניגוד לאונס אחר, שבו מספיק שהעדים יודעים שהיה אנוס, והמתנה בטלה

<sup>2</sup> כך פירש רשב"ם את הסוגיא וכן רוב הראשונים, אך יש שרצו לבאר שבאמת נתן לאשה את המתנה ואח"כ נתן לבנו את המתנה טמירתא.

אף ללא גילוי דעת של הנותן, באונסא דנפשיה ע"מ שהמתנה תתבטל, יש צורך במודעא מסוג מתנתא טמירתא שהיא מודעא חלשה, שבמכר לא תוכל להיות מודעא, אך פה יש צירוף של מודעא חלשה ואונס חלש כדי לבטל את המתנה. לדעה זו אונסא דנפשיה מוגדר כאונס, אך אונס חלש שלא יצליח לבטל מתנה, אלא אם כן מצורפת אליו מודעא (ודי במודעא חלשה כמתנתא טמירתא).

## 2. שיטת ר"ח

והדעה השניה: ".. ונקטינן מינה להאי פירושא, דמאן דיהיב מתנה לחבריה, ומוכחא מילתא דלאו ברעות נפשיה הוא דכתבה, אלא מחמת אונסא, ואע"ג דההוא אונסא דאתי ליה מחמת נפשיה היא, ואי בעי לדחויי לההוא אונסא מצי דחי ליה, דההיא מתנה לאו כלום היא ולא צריך לממסר עלה מודעא, ולהכי נהוג עצמך לכתוב בשטרי מתנות בלבב שלם בלא שום אונס כלל. והדבר צ"ע."

לדעה זו (הובא ע"י הר"י מיגאש והטור חו"מ סו"ס רמב הביאה בשם ר"ח), די באונסא דנפשיה על מנת לבטל מתנה, אלא שבסיפור שמובא בסוגיא, המתנה טמירתא נצרכת, כי זה מה שמברר שאכן היה אונס בנתינת הנכסים לאשה, וללא המתנה טמירתא היינו חושבים שאותו אדם אכן נתן לגמרי ברצון את כל נכסיו לאשה, ובאמת, לדעה זו, למתנה טמירתא אין שום משמעות דינית אפילו לא כמודעא חלשה למתנה השניה.

נמצא, שנחלקו האם אונס כזה שאדם עושה פעולה שהוא לא רוצה בה מצד עצמו, אלא שהוא רוצה להשיג תוצאה אחרת, שעל מנת להשיג אותה הוא חייב לעשות את הפעולה הראשונה – מה שהגדרנו למעלה כאונסא דנפשיה, האם יש בכוח אונס כזה בכדי לבטל מתנה, או שהוא מבטל מתנה רק בצירוף מודעא, ואפילו חלשה.

## 3. שיטת הרמב"ם עפ"י המגיד משנה והראב"ד

הרמב"ם (זכיה ומתנה ה, ד-ה) פסק: "כבר ביארנו שהמוסר מודעה ואחר כך נתן המתנה בטילה אף על פי שאין זה אונס, שאין הולכין במתנה אלא אחר דעת הנותן, הואיל וגילה דעתו שאינו רוצה בה מתנתו בטילה, לפיכך מי שהיו הדברים מוכיחין שאין דעתו ליתן מתנה זו אפילו שנתנה מתנה גלויה ונמצאת שנתנה מקודם מתנה מסותרת הרי שתי המתנות בטלות, הראשונה

מפני שהיא מסותרת, והשניה מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זו המתנה שנמצאה כמו מודעה לה."

וביאור דבריו, שבמתנה די בגילוי דעת של הנותן, שהוא אינו רוצה במתנה כדי שהמתנה תתבטל, אפילו כשאין אונס, ולכן במקרה של מתנה רגילה, שקדמה לה מתנה טמירתא, וברור שהמתנה טמירתא ניתנה כגילוי דעת שאינו חפץ במתנה השניה, המתנה השניה אכן בטלה, ובהמשך לכך מובאת הלכה ה"מעשה באחד שרצה לישא אשה אמרה לו איני נשאת לך עד שתכתוב לי כל נכסיד, שמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן, אמר לעדים לכו והחבאו וכתבו לו כל נכסי במתנה, ואחר כך כתב לה כל נכסיו ונשאה, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הבן לא קנה והאשה לא קנתה, שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא, שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה אע"פ שהיא בטילה מפני שהיא מסותרת, וכן כל כיוצא בעניינים אלו."

באופן פשוט משמע מסוף דבריו, שהמתנה טמירתא, גילתה על המתנה הראשונה, שהיא נעשתה שלא ברצון ומתוך שהיה אנוס ביצרו. ואם כן לכאורה המקרה המובא בהלכה ה הוא דוגמא לדין העקרוני המובא בהלכה ד, וכן הבין הראב"ד, ולכן בהשגה להלכה ד כתב "כגון המעשה שהוא הביא" וכן הבין הרב המגיד ואלו דבריו שם: "...ופירוש המחבר כך הוא ולא היא התם הוא דהויא מתנת הבן מודעא משום דעובדא גופא מוכחא דאיכא אונס ומיהו אי לאו מתנת הבן היינו אומרים שאונס זה לאו אונס גמור הוא שאם ירצה לא ישאנה ולא יתן לה נכסיו אלא גמר בלבו ונתן אבל כשכתב לבן מתנה מסותרת בטל מתנתה וכן פירשו ז"ל ועיקר. דודאי שלא במתנת הבן אין זה אונס כלל ועכשיו ג"כ אינה בטילה מדין אונס אלא מדין מודעא. וזהו שהקדים המחבר כבר ביארנו שהמוסר מודעא ואע"פ שאין שם אונס וכו' ויש שיטות אחרות וזאת נכונה."

וביאור דבריו, שהסביר בדברי הרמב"ם שבאמת מתנה טמירתא אינה נחשבת לכלום, אך במקרה שהובא בסוגיא, מכיון שברור שהמתנה שנתן לאשה נעשתה בניגוד לרצונו, לכן במקרה כזה מהווה המתנה טמירתא מודעא, והמתנה בטלה כדין כל מתנה שהיה לגביה גילוי דעת שאינו רוצה בה אפילו ללא אונס. והוא מדגיש בסוף דבריו, שהמתנה בטלה רק מכח המודעא וכלל לא מכח האונס, כי אונס כזה אינו נחשב כאונס כלל, אלא שבמקרה זה הוא מגלה על כך שהמתנה טמירתא הייתה מודעא ביחס למתנה, ולכן היא מבטלת אותה.

היוצא מדבריו, שאונסא דנפשיה אינו מוגדר כלל כאונס,<sup>3</sup> אלא שבמקרה שהובא בסוגיא, הידיעה על האונסא דנפשיה מגלה שהמתנה טמירתא, ניתנה כגילוי דעת על המתנה הגלויה, וכאשר אין ידיעה ברורה על חוסר רצון של הנותן, אז המתנה טמירתא אינה נחשבת לכלום אפילו לא כמודעא.

#### 4. שיטת הראב"ד עפ"י האבן האזל

לאבן האזל שיטה הפוכה בהסבר דברי הרמב"ם. מסדר ההלכות ברמב"ם, שהביא את הדין העקרוני בהלכה ד, ולאחר מכן בהלכה ה הביא את הסיפור, משמע שאין כאן עיקרון ודוגמא, כפי שסובר הראב"ד, אלא שיש כאן שני דינים שונים. וכך הוא מסביר את מחלוקת הראב"ד והרמב"ם: הראב"ד סובר שדוקא במקרה כמו שהובא בגמ' שיש מתנה ע"י אונסא דנפשיה, ויש מתנה טמירתא, במקרה כזה המתנה טמירתא תהווה מודעא למתנה הגלויה, למרות שלא די באונסא דנפשיה לבטל מתנה, אך הוא מוכיח שהיא ניתנת בחוסר רצון ולכן מוכח שהמתנה טמירתא מהווה מודעא, אך במקרה שבו האונס לא יהיה אונסא דנפשיה כזה, אלא אונס חלש אף יותר, כגון אחד שחבירו מפציר בו שיתן לו מתנה, ולבסוף הוא נותן לו, אלא שתחילה הוא נותן אותה לאחר במתנה טמירתא, במקרה כזה המתנה טמירתא אינה כמודעא מכיון שהפצרות חבר אינן נחשבות כאונס. יוצא מהסברו של האבן האזל בשיטת הראב"ד שיש שלוש רמות של אונס:

א. אונס שאחרים אונסים אותו – אונס גמור שיבטל מתנה מצד עצמו ואף יועיל במכר בצירוף מודעא.

ב. אונסא דנפשיה – כגון המקרה של הסוגיא כלומר, שהוא נאלץ לתת את המתנה בגלל שהוא לא רוצה להפסיד משהו משמעותי ובמקרה של הסוגיא היינו קידושי האשה – אונס כזה אינו נחשב אונס, אך כאשר יש מתנה טמירתא הוא יהווה הוכחה שהמתנה אינה לרצונו, וממילא יהפוך את המתנה טמירתא למודעא.

ג. אדם שעושה פעולה לא לגמרי ברצונו החופשי אלא בגלל לחץ חיצוני כגון אחד המפציר בחברו שיתן לו מתנה – זה לא נחשב אונס כלל ולא מהווה הוכחה על המתנה טמירתא שנחשבת כמודעא.

<sup>3</sup> לכאורה זו דעה שלא מצאנו בראשונים שהבאנו עד עתה, כי לכו"ע לאונס כזה יש שם של אונס אלא שהוא לא מספיק חזק כדי לבטל מתנה לחלק מהשיטות.

## 5. שיטת הרמב"ם עפ"י אבן האזל

בהסבר דברי הרמב"ם אומר האבן האזל כך: "ונראה דדעת הרמב"ם, דגם בהך עובדא, לא היה גדר אונס כלל, דאם היה גדר שמוכח בודאי שאינו נותנה ברצון, לא היינו צריכין למה שקדמה לה מתנתא טמירתא, דבלא"ה לא הוי מהני מתנה זו, דאף דגבי מכירה ודאי לא היה בזה גדר אונס כיון שלא אנסוהו אלא הוא היה אונס בשביל יצרו שרצה לישא האשה, זה דוקא במכירה דבעינן שיהיה אונס עפ"י דין, אבל במתנה שאין הולכין אלא אחרי גילוי דעת של הנותן מה איכפת לן שאינו אונס עפ"י דין כיון דעכ"פ אינו נותן ברצון..."

ביאור דבריו, שלשיטת הרמב"ם אונס כל שהוא אפילו חבירו מפציר בו וכדו' יחשב כאונס שמבטל מתנה מצד עצמו, ללא צורך במודעא מכיון שלשיטת הרמב"ם במתנה גילוי דעת כלשהוא אפילו שידוע שלא היה אונס, מספיק בשביל לבטל את המתנה, ממילא פשוט שבמקום שלא גילה דעתו במפורש, אבל מוכח מהענין, שהוא נתן מתנה ללא רצון חופשי אלא מחמת אילוץ חיצוני כל שהוא, גם זה יספיק לבטל את המתנה, ולכן צריך לומר שהרמב"ם מסביר את המקרה בסוגיא, שהגמ' מבינה שללא המתנה טמירתא, היינו אומרים באופן פשוט שהוא לא היה אונס כלל והוא עשה זאת מרצון גמור, כי אם נאמר שהוא לא באמת רצה לתת לה את המתנה ותכנן לבטל אותה, יוצא שהוא רמאי וסתם אדם אינו נתפס כרמאי, אך כאשר נתן את המתנה טמירתא הוכח שבכוונתו לרמות, ולא נתן את המתנה בלב שלם, והמתנה אכן תבטל. ואם כן יוצא שבהלכה ד דיבר הרמב"ם באופן כללי על מצב בו לא ברור לנו אם נתינת המתנה הייתה ברצון או באילוץ, לכן צריך את המתנה טמירתא, כדי שתברר זאת, ואילו בהלכה ה הוא מוסיף חידוש, שהדין שנאמר בהלכה ד נכון אף במצב שביטול המתנה יגדיר אותו כרמאי, ואז מול ההוכחה שהוא נתן את המתנה שלא ברצון, יש חזקה שסתם אדם אינו רמאי ומן הסתם התכוון לתת לה את המתנה, ואם כן היה מקום לחשוב שבמצב כזה אפילו המתנה טמירתא לא תועיל בתור הוכחה לביטול המתנה, ולכן כותב הרמב"ם בהלכה ה שאפילו במצב כזה המתנה בטלה. יוצא מדבריו שהרמב"ם סובר כדעה השניה בר"י מיגאש ור"ת, שאונסא דנפשיה במקום

שמוכח שאכן בגללו ניתנה המתנה, מבטל את המתנה אפילו ללא מודעה, ואפילו במקום שאינו אונס כלל כגון שהפציר בו חבירו שיתן לו מתנה.<sup>4</sup>

### ה. ההבדל בין אונסא דנפשיה במתנה למכר

עד כה דנו בשאלה מהו הגבול בין אונס לרצון ביחס למתנה, אולם גם אם נגדיר אונסא דנפשיה, כאונס גמור, מתעוררת השאלה מדוע לא נגדיר את המצב כמכר ולא כמתנה, שהרי במקרה המובא בסוגיא, האיש נותן את המתנה בכדי לקבל את הקידושין, ואם כן המתנה מהווה תשלום על הקידושין, ולכאורה זהו מצב של מכר שבו הדין שאפילו אם ידוע שהיה אונס גמור, ללא מודעה של המוכר, המכר קיים, מכיון שאגב זוזי גמר ומקני, ואם כן גם במקרה הנ"ל הדין היה אמור להיות כך.

האור שמח (זכיה ומתנה ה,ב) אומר, שבאמת בדרך כלל מקרים כאלה יוגדרו כמכר ולא כמתנה, ואפילו שהיה בהם אונס גמור המקח לא יתבטל, אך שונה המקרה הנ"ל מכיון שהוא נתן לה במתנה את כל נכסיו, ויש אומדנא שאין דעתו של אדם לעשות כך ולכן, מתנה טמירתא מבטלת את המתנה, אבל במקום שאין אומדנא כזו, כל אונסא דנפשיה יוגדר כמכר ולא יתבטל באונס או בגילוי דעת.

הקוב"ש (בי"ב סימן קע) והחזו"א (אה"ע צט,ה) מסבירים שההבדל בין אונסא דנפשיה לבין מכר, אינו מצד דעת האדם כי דעת האדם שווה בשניהם, אלא ההבדל הוא בהגדרה ההלכתית של הפעולה, כלומר אם פעולה של צד אחד בעיסקה תחייב את הצד השני כגון במכר, שברגע שהקונה מושך את החפץ והמוכר מקנה לו, מתחייב הקונה בדמי החפץ, זה יוגדר כמכר, אך אם פעולת הקנין הראשונית לא תחייב את המשך העסקה, כגון במקרה של הסוגיא, שאם קידש את האשה היא לא יכולה לכפות אותו לתת לה את המתנה, ולכן זה יוגדר כשתי מתנות שכל אחד נותן לשני, לא יהיה לזה דין של מכר אלא של מתנה (החזו"א בדבריו תולה את הגדרת המצב כמכר או

<sup>4</sup> לכאורה גם זה חידוש שלא ראינו עד עתה, מכיון שלדעת ר"ח מדובר על אונסא דנפשיה שמבטל מתנה, אך לא על משהו פחות מכך, כגון הפציר בו חברו. וצ"ב מה הכריח את אבן האזל להגדיר כך בדעת הרמב"ם, ולא לומר שהוא סובר כר"ח, כלומר שאונסא דנפשיה מבטל מתנה.

כמו כן יש לעיין, שלפי דבריו יוצא לכאורה, שרק מתנה שניתנת ברצון חופשי לגמרי היא מתנה, והרי הגמ' במגילה כו,ב הגדירה שכל מתנה הרי היא כמכר מכיון שתמיד יש הנאה כלשהיא לנותן המתנה ולכן הוא נותנה, ואם כן לפי הגדרה זו לא תתקיים אף מתנה, ויש לחלק.

כמתנה בדעתו של הנותן, אבל העיקרון הוא שכאשר העיסקה מחייבת זה גמירות דעת של מכר וכאשר העסקה לא מחייבת, זו גמירות דעת של מתנה).

### ו. הגבול בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני

ענין נוסף שיש להגדיר, הוא מתי אונס נחשב לאונסא דנפשיה ומתי הוא נחשב כאונס שאחרים אונסים אותו, ואז זה נחשב כאונס גמור. ויש להדגיש שלגבי מתנה, הנ"מ בין שני המקרים היא רק לפי שיטת הר"י מיגא"ש, אך לפי שיטת ר"ח, אין הבדל בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני, ושניהם מבטלים את המתנה.

#### 1. שיטת נתה"מ בדין אונס עקיף ע"י אחרים במתנה ובגט

נתה"מ (רה ס"ק ח) דן במקרה שבו לא אנסו את האדם לתת מתנה, אלא שאנסו אותו סתם, כגון שרצו להרוג אותו, וע"מ להציל עצמו נתן מתנה וע"י זה ביטל את האונס. האם אונס כזה מוגדר כאונס שאחרים אונסים אותו ואז המתנה בטלה, או שזה מוגדר כאונסא דנפשיה ולחלק מהשיטות, וכן פסק השו"ע, על מנת לבטל את המתנה, יש צורך גם במודעא.

בסוגיית סיקריקון (גיטין נה, ב) מדובר על מצב שבו היו גזירות שהותר לגויים להרוג יהודים, ולכן במצב כזה, אומרת הגמרא, גוי שאונס יהודי לתת לו קרקע, ובאופן פשוט משמע שהוא לא שילם עליה, ומכר אותה ליהודי אחר, היהודי השני קנה, ואין כאן דיני סיקריקון שמפורטים שם במשנה, שהקרקע חוזרת לבעליה, מכיון שיש אומדנא שהיהודי אגב אונסיה גמר ומקני, ומקשים הראשונים שהרי זה מצב של תליוהו ויהיב, ואם כן איך הגמרא אומרת שהגוי האנס קונה? ומביא על זה הב"י חו"מ (רה, יב) תירוץ של הרשב"א, שהמצב באותו זמן היה שהאנשים התיאשו מלשוב לשדותיהם באופן כללי, ולכן זה נחשב כאילו הוא קיבל דמים, כי ממילא הקרקע כבר לא שלו. ועוד תירוץ מביא הב"י: "...ולי נראה לתרץ בענין אחר, דכשהאנס אומר תן לי קרקע זו, ואי לא קטילנא לך, ודאי לא גמר ומקני, אלא אם כן נתן לו דמים, אבל כשאין האנס תובע ממנו כלום, אלא שהוא רוצה להורגו, וזה נותן לו קרקעו כדי שיניחנו, ודאי שאף בלא דמים גמר ומקני, ומשום הכי בשתי גזירות כיון שהופקרו להריגה, האנס היה בא להרגו בלא שיתבע ממנו קרקעו, וזה היה פודה עצמו בקרקעו וגמר ומקני, אבל בגזירה בתרייתא, כיון דאמרי כל דקטיל ליקטליה, ודאי לא היה בא להורגו, אלא על ידי שתובע

ממנו קרקעו ומגזים לו שיהרגנו אם לא יתננו לו, ולפיכך לא גמר ומקני כיון שלא נתן לו דמים...".

וביאור דבריו הוא שיש הבדל בין מקרה שבו האנס אומר לאדם, תן לי את השדה או שאהרוג אותך שזה ודאי אונס גמור ואין כאן מתנה, לבין מקרה שבו הוא בא להרוג אותו בלי דרישות מיוחדות, והנותן מפייס אותו ע"י נתינת מתנה, שבזה המתנה לא מתבטלת כי הנותן עצמו נתן ללא אונס על הנתינה, וזה המקרה שעליו מדברת הגמרא בגיטין ובאופן זה הגוי קונה את השדה למרות האונס.

הנתיבות פושט את שאלתו מכח התירוץ השני של הב"י ואומר שכן הסיק המהר"ש, שבמצב כזה המתואר בשאלה זה נחשב כאונסא דנפשיה ולא כאונסא דאחריים.

בעל הנתיבות הולך בשיטה זו גם בספרו תורת גיטין. הב"י (אבה"ע קלד), בענין כפיה בגט, מביא ספק של הרשב"ץ לגבי מקרה שבו אשה גזלה מעות מבעלה, ואינה מוכנה להחזיר לו אותן עד שיגרשנה, או שמאיימת עליו להפסידו ממון אם לא יגרשנה, האם זה נחשב שהגט מעושה או שזה נחשב שהוא ניתן ברצון והוא כשר,<sup>5</sup> והב"י נשאר גם הוא בספק, ומקשה התו"ג שהרי מוכח מהסוגיא בב"ב שאונס ממון נחשב לאונס ואם כן מה המקום להסתפק, שהרי הדין צריך להיות פשוט שהגט בטל, ואמר התו"ג שהב"י והרשב"ץ הסתפקו במקום שבו אין קשר ישיר בין האונס לגט, כגון שהאשה מאיימת על הבעל להפסידו ממון אך לא מזכירה במפורש את הגט, והבעל שמבין מעצמו, שאם יתן גט לא יפסיד את הממון, במקרה כזה אפשר להתייחס אל נתינת הגט כאונסא דנפשיה, וזה יהיה תלוי בשני התירוצים בב"י על הקושיא מסיקריקון כנ"ל, אך כאשר האשה מזכירה במפורש שהאונס הוא בכדי שיתן לה גט, זה ודאי נחשב גט מעושה. התו"ג מוסיף שאותו הדין שייך במקרה אחר שהובא ברשב"ץ ושמובא גם ברמ"א אבה"ע (קלד, ד) לגבי אב שאונסים אותו לתת גט, ע"י שמכים את בנו כל עוד הוא לא נותן, וגם במקרה זה אומר התו"ג שאם הגט מוזכר במפורש בשעת האונס, זה ודאי גט מעושה, אך אם לא הזכירו את הגט למרות שהיה ברור שזו מטרת הענין, במקרה כזה שייך הספק של הרשב"ץ והב"י.

<sup>5</sup> הגמרא בב"ב משהו בין מתנה לגט בענין זה של נתינה באונס, ולכן הדינים בהקשר זה יהיו שונים בשניהם.

**לסיכום:** לפי התו"ג החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני הוא האם האנס הזכיר את מטרת האונס או לא, אפילו שגם כשהוא לא מזכיר, ברור מה כוונתו באונס זה.

## 2. הסבר האגרות משה בדעת הנתיות

האחרונים מקשים על התו"ג הרבה קושיות ואחת הקושיות הפשוטות היא שלכאורה לא כל כך מובנת הסברא, שענין "טכני" כזה של הזכרת מטרת האונס ע"י האנס, זה מה שיקבע האם זה אונסא דנפשיה או אונסא דאחריני.<sup>6</sup>

בשו"ת אגרו"מ (אבה"ע א, קלז) הוסיף להקשות על התו"ג, שהרי הדין שעליו מתבסס התו"ג בדבריו היא סיקריקון, עפ"י התירוץ אחד של הב"י, כלומר שכאשר יש איום על הריגה והנאנס בעצמו מציע לתת מתנה מעצמו ע"מ להסיר את האיום, המתנה נקנית, ואומר התו"ג שאותו דבר שייך באונס ממון. ומקשה האג"מ שבאונס נפשות שייך לומר שהנאנס נותן ברצון גמור את המתנה, מכיון שברור שמה שהוא רוצה עכשיו, זה להציל את נפשו ולכן ברור שהוא נותן את המתנה ברצון גמור, לעומת זאת במקרה שהאנס מאיים עליו באופן ישיר ודורש שיתן לו את המתנה או שיהרוג אותו, נתינת המתנה במצב כזה נחשבת כמעשה קוף, כי היא נעשית לגמרי באונס, ולכן בתליוהו ויהיב לא הוי מתנה, אך באונס ממון שהוא לא אונס כל כך חמור, והרצון להשיג את הממון אינו כל כך חזק, והאדם מעדיף את אשתו על פני הממון, ולכן אפשר להגדיר שבמקרה של אונס עקיף הרצון בגירושין לא היה רצון גמור, אלא על מנת לבטל את אונס הממון, מה שאין כן בנפשות, שמכיון שהאונס הוא חמור הנתנה הייתה נתינה גמורה. מסביר האגרו"מ בשיטת התו"ג, שגם אונס ממון נחשב אונס גמור, מכיון שיש אנשים שממונם חביב עליהם ועדיף להם יותר מנשותיהם, וממילא יכול להיות שהאדם מגרש לגמרי, כי הוא רוצה להינצל מהפסד הממון, וכאשר האנס מזכיר את הגירושין בשעת האונס, אפילו באונס ממון, מעשי הנותן יוגדרו כמעשה קוף ולכן הגט יתבטל, ולכאורה מתכוון האג"מ לומר כך גם באונס של אב ע"י הכאת בנו לשיטת התו"ג.

לפי הסבר זה בתו"ג, רק אונס חזק כגון נפשות וכדו' יצור מצב שכשהאנס לא מצוין את מטרת האונס, הנאנס רוצה מעצמו במטרה זו רצון שלם ע"מ

<sup>6</sup> עיין חזו"א אבה"ע צטו, שאומר שאם כך הדין, אם כן נפל דין גט מעושה כפיתא בבירא.

להסיר מעליו את האונס, ולכן זה יהיה אונסא דנפשיה, אך באונס יותר חלש, הנאנס לא רוצה באמת בפעולה הנעשית אלא שהוא עושה אותה ע"מ להרחיק ממנו את האונס, ולכן זה יהיה אונסא דאחריני.

### 3. שיטת הפתחי תשובה בדין גט שניתן באונס עקיף

אף הפת"ש (אבה"ע קלד ס"ק יא) מקשה על התו"ג וחולק עליו, ומסביר שהרשב"ץ הסתפק דוקא לגבי אונס ממון ביחס לגט, מכיון שבדרך כלל אצל רוב העולם אין דמים לאשה, ואדם מוכן לשלם הרבה בשביל לא לגרש את אשתו, ולכן אם במקרה זה הבעל העדיף לגרש את אשתו ולא להפסיד את הממון, מוכח שהוא רצה בזה, אחרת הוא לא היה עושה את זה, ולעומת זאת אפשר לומר שבאמת הוא לא רצה בזה, אלא שממונו חביב עליו מגופו, ולכן למרות שרצה באשתו, בכל זאת מתוך אונס, העדיף את ממונו עליה, ולכן מסתפק הרשב"ץ. ומוסיף הפת"ש, שלפי זה יהיה הבדל בין מקרה שבו מאיימים על האדם שיפסידו ממון שבבעלותו אם לא יתן גט, שזה יחשב כאונס, לבין מקרה שבו ישלמו לו אם יגרש, ואם לא יגרש יפסידו אותו ממון, במקרה כזה הגט יהיה כשר ממה נפשך, אם אשתו חשובה לו מהממון ובכל זאת התרצה לגרש, כנראה שרוצה בזה, ואם הוא אדם כזה שממונו חשוב לו מאשתו, אז המקרה פה נחשב כתליוהו וזבין, כי משלמים לו על הגט.<sup>7</sup>

מהפת"ש נראה, שלדעתו אין חילוק מהותי בין מקרה בו מטרת האונס הזכרה בפרוש, לבין מקרה שיש אונס והנאנס מעצמו נותן מתנה, כדי להסיר את האונס. שני המקרים מוגדרים כאונסא דאחריני אך במקרים בהם הנאנס מקבל תשלום עבור המתנה, הרי זה כמכר, ותליוהו וזבין זביני זביני.<sup>8</sup>

אמנם יש פוסקים, (המבי"ט ב,קלח) שסוברים שבאונס כזה אף שהאנס מזכיר במפורש את מטרת האונס, זה לא נחשב אונס והגט כשר, כי רק אונס שנעשה ישירות לנותן הגט נחשב אונס, אך במקום שנשוא האונס הוא מישהו אחר, אפילו איימו על בן שיהרגו אביו אם לא יתן גט וכד' אין זה גט מעושה.

<sup>7</sup> עוד בענין זה עיין בספר כפיה בגט בהוצאת אוצר הפוסקים בהרחבה רבה.

<sup>8</sup> אך בזה קצת קשה עליו מהגמ" בב"ב, ששם מוכח שגם כאשר יש תשלום במתנה, זה לא תמיד יגדיר את המצב כמכר, ואם כן גם בגט כשמקבל עליו תשלום, הדין לכאורה כפי שהעלינו למעלה, שזה אונסא דנפשיה במתנה, וצ"ע.

## ז. סיכום

א. לאור הדינים הבאים: (1) תליוהו וזבין זביני זביני. (2) במתנה די בידיעה על אונס בשביל לבטל את המתנה, אף בלי מודעה של הנותן. (3) אונסא דנפשיה לא מוגדר כאונס לענין מכר, ולכן אף בצירוף מודעה הוא לא יבטל מכר. יש לדון מה יהיה הדין במתנה שניתנה באונסא דנפשיה?

ב. נחלקו ר"ח ור"י מיגאש בהסבר הגמ' בב"ב מ,ב בסוגיא דמתנתא טמירתא, במקרה בו אדם רצה לקדש אשה והיא התנתה את הקידושין בכך שהוא יתן לה כל נכסיו במתנה, והוא הביע את הסכמתו, אך לפני שנתן לה את המתנה, נתן לבנו במתנה טמירתא את כל נכסיו, וההלכה שם שלא האשה זכתה ולא הבן זכה, ונחלקו השיטות הנ"ל למה האשה לא זכתה:

1. האם בגלל שנתנת המתנה מוגדרת כאונס שמבטל אותה כלומר שאונסא דנפשיה מבטל מתנה.

2. המתנה בטלה שם בגלל אונסא דנפשיה בצירוף המתנה טמירתא שהיא מודעה גרועה, אך אונסא דנפשיה לבד, לא יבטל מתנה.

ג. בשיטת הרמב"ם הבאנו שתי שיטות:

1. מ"מ – הרמב"ם פוסק כר"י מיגאש, ומשמע ממנו שאונסא דנפשיה כלל לא נחשב לאונס, ומה שמבטל את המתנה זו המתנה טמירתא שנחשבת כמודעה, ולדעת הרמב"ם אף בלא אונס בכוחה לבטל מתנה.

2. אבן האזל – אונסא דנפשיה מבטל מתנה, ואפילו הפציר בו חברו עד שנתן לו מתנה (פחות מאונסא דנפשיה), המתנה בטלה.

ד. יש להגדיר מה ההבדל בין נתינת מתנה באונסא דנפשיה לבין מכר, למה שנגדיר את המתנה כנתינת מתנה באונסא דנפשיה של רצון בקידושין, ולא נגדיר שהקידושין מהווים תשלום של האשה על המתנה, וממילא זה מכר גמור. ובענין זה ראינו שני כיוונים:

1. אור שמח – באמת ברוב המקרים, מצב כזה יחשב כמכר ולא כמתנה אך בדוגמא של הגמרא מכיון שיש אומדנא שאדם לא נותן את כל נכסיו, במצב כזה, זה יוגדר כמתנה באונסא דנפשיה, כי הוא לא מתרצה בזה.

2. חזו"א וקוב"ש – הקביעה אם זה מכר או מתנה נקבעת עפ"י מעשה הנתונה של צד אחד, האם הוא חייב את הצד השני - שזה יהיה מכר, או שהוא לא חייב, והצד השני צריך לתת מתנה רק מכח הסיכום ביניהם, שזו תהיה מתנה באונסא דנפשיה.

ה. לסוברים שיש הבדל בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני במתנה, מתי אונס יוגדר כאונסא דאחריני ומתי כאונסא דנפשיה, במקרים שבהם יש אונסא דאחריני לתת מתנה אך האונס לא נעשה בצורה ישירה, והבאנו שני ביאורים:

1. תו"ג – מה שעושה את ההבדל בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני, זה האם האנס מזכיר במפורש את מטרת האונס שאז זה יחשב כאונסא דאחריני, אך אם הוא מפעיל את האונס ללא הזכרת המטרה אפילו שידוע לכל שזו היא מטרת האונס, זה נחשב כאונסא דנפשיה.

2. פתחי תשובה ועוד – כאשר אחרים אונסים אותו לתת מתנה בין אם מזכירים זאת במפורש ובין אם לא, זה נחשב כאונסא דאחריני.

3. המב"ט ועוד – אונס שלא נעשה ישירות על נותן הגט, בין אם הוזכר במפורש שמטרת האונס היא הגט ובין אם לאו אינו נחשב כאונס כלל.

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

## בסוגיה דהכישה במקל (ב"מ צט,א)<sup>1</sup>

### זמן חלות חיוב השואל באונסים

למדנו במשנה במסכת בבא מציעא (צח,ב) :

משנה. השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו, או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור. אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל: הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה - חייב.

מהרישא משמע, שהשואל פטור כי הפרה לא הגיעה לרשותו ושחיוב אונסים חל רק מזמן שהפרה מגיעה לרשות השואל, כלומר חלות שם שואל הוא רק בהגעת הפרה לידי השואל, או לידי שלוחו שהוא כידי ממש או לרשותו.

ואל תתמה, מאחר והמשאיל שלח הפרה עם שלוחו של השואל, הרי היא כבר ברשות השואל? כבר באר רש"י: "או ביד בנו [ביד עבדו] או ביד שלוחו של שואל [ומתה] פטור - אם מתה בדרך פליגי בה רבה ורב חסדא בהגוזל קמא (ב"ק קד,א), רב חסדא מתרץ לה להאי דשואל דמתניתין - בשכירו ולקיטו שדר בביתו, אבל אין עדים שהוא שלוחו, דאי איכא עדים - הוי שליח וחייב השואל באונסין, משמסרו לו, רבה אומר: אפילו עשאו שליח בעדים - לאו שליח הוא, להתחייב על ידו באונסין, דהכי קאמר ליה: איניש מהימנא הוא, אי בעית לשדורי בידיה - שדר".

לא מדובר בשליח ממש, אלא במי שעושה בקשותיו של השואל, כעין פועל, ולכן הפרה עדיין לא הגיעה לרשותו של השואל ואם מתה השואל פטור. וכן משמע מדברי רש"י ד"ה וכן בשעה שמחזירה, ע"ש.

---

<sup>1</sup> תודתי נתונה לידידי ר' יעקב פלומנהפט ור' שרגא סוקניק, שליבנו אתי את הסוגיה והעירו הערות ענייניות. דברי מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל בפרק השואל מקורם ברשומותיהם של הרבנים צבי רייכמן וטוביה גרוסמן.

אולם לפי דברים אלו ולפי פשטותה של המשנה, בסיפא צריך לפרש, שהפרה הגיעה לרשות השואל, ולכן הוא חייב באנסיה. רשותו במקרה זה הוא שלוחו, ובנו של השואל הוא שליח ממש (ובפשטות הוא גדול), כמו השליח של הסיפא. אולם קשה מעבדו של המשאיל ואכן הגמי' דנה בסיפא, כשהמשאיל שולח בידי עבדו, הרי יד עבד כיד רבו, וא"כ הפרה לא יצאה מרשות המשאיל ומדוע נתחייב השואל באונסין? שמואל העמיד את המשנה, שעבד המשאיל בסיפא הוא עבד עברי, וכן פסק הרמב"ם.<sup>2</sup>

בעקבות ברייתא שלמדה שבידי עבדו של השואל פטור, למדה הגמרא שרב העמיד את המשנה במקרה בו אמר השואל למשאיל "הכישה במקל והיא תבא".<sup>3</sup> הראשונים נחלקו אם מדובר שהמשאיל מכישה במקל והעבד רק בא אתו (כבתחילת דברי הראב"ד להלן) או האם הכוונה שהעבד יכיש אותה במקל (כריטב"א: "פי' דהא דקתני שלח ביד עבדך שאמר לו בפירוש אמור לעבדך שיכישנה ותבא" והמשך דברי הראב"ד: "ואם הכישה העבד").<sup>4</sup> בכל מקרה, צריך להסביר איך השואל חייב באונסין אם הפרה עדיין לא הגיעה לרשותו ולנ"ל אין כאן חלות שם שואל.

### הכישה במקל מדין תנאי בשומרים [פירוש א' של הראב"ד]

הראב"ד בפירושו למשנה ולציוור של רב הציע פרשנות אחרת. כפירוש ראשון, כתב שטעם הרישא של המשנה, שאין השואל חייב הוא מפני שבנו, עבדו או שליחו של משאיל או שואל אינם יכולים לזכות לשואל מפני שאין חבין לאדם שלא בפניו, והרי השואל יהיה חייב באונסים ומזונותיו של הפרה (ואין כאן שליח אמיתי אלא לקיטו ושכירו של השואל) אולם בסיפא שהשואל

<sup>2</sup> מלשון הרמב"ם שאלה ופקדון ג, א משמע שלמד ששמואל חולק על רב בדין הכישה במקל ופסק כשמואל, ועיי' תוס' ריש צט, א, ד"ה אמר שמואל, בשם הר"ח. אכן הרא"ש (פ"ח יב) בשם תוס' אחרים נקט, שאין מחלקות בדין ושמואל מודה לדברי רב להלכה, ומחלוקתם היא רק בפשט המשנה.

<sup>3</sup> רע"א על אתר העיר: "גמי' ביד עבדו חייב. עיי' ירושלמי פ"ד דמע"ש עלה דמתני' מערימין על מ"ש". וז"ל הירושלמי: "תמן תנינן השואל את הפרה ושילחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו לית הדא אמרה שהעבד זכה מרבו לאחר אמר רבי לעזר תיפתר בעבד עברי אמר רבי יוחנן אפילו תיפתרינה בעבד כנעני תיפתר באומר לו פתח לה והיא באה מאיליה ותני כן הנהיגה המשיכה קרא לה ובאת אחריו נתחייב לה לשלם כשואל".

<sup>4</sup> כך נראה, שהאוקימתא של 'הכישה במקל' מתייחסת רק למקרה של עבד כנעני. אמנם עיי' בספר תורת חיים (צט, א) למד שכך מדובר בכל המקרים (בנו, שלוחו). ונפ"מ לבנים קטנים. לפי דברינו רק בבנים גדולים שייך שליחות, אך לפי התורת חיים, ייתכן ומתני' מיירי אף בקטנים, שהרי הם באים רק להשגיח על הפרה שלא תלך לאיבוד, ועיי' להלן.

אמר "שלח" הרי הוא התחייב באונסים ובמזונות הפרה, וממילא אין כאן חבין לו אלא רק זכות בשבילו, ואם כן בנו ושלוחו זכין לו ומיד הוא נעשה שואל. וכך הם דברי הראב"ד כפי כפי שהובאו בשטמ"ק ב"מ צח, ב (דברי הראב"ד במיוחס לריטב"א הם לקויים כאן):

והאי שלוחו של שואל דאמרינן הכא פטור לאו דשויהיה שליח לאיתויי אלא כגון שכירו ולקיטו כדאוקמה רב חסדא בפרק מרובה דהלכתא כוותיה והטעם לכל אלה דפטור לפי שאין חבין לאדם אלא מדעתו ואין המשאיל יכול לזכות לשואל על ידי אחד מאלו כדי שיתחייב באונסין אלא מדעתו.

לפי מהלך זה הסביר הראב"ד בהמשך:

עוד צריך אני לדבר על זו המשנה כי היא צריכה לפנינו, כי כשאמר לו שלחה לי ביד בנך או ביד עבדך או ביד שלוחך והמשאיל אמר לבנו או לשלוחו תוליד זו הפרה לפלוני היאך נעשו שלוחיו של שואל והלא השואל לא דבר עמהם והמשאיל הוא שמצוה עליהם להוליכה אצלו והלא הם שלוחיו של משאיל ולא של שואל. ועל כן אני אומר כי הוא על ידי זכוי שיאמר להם המשאיל זכו בפרה זו לפלוני לשאלה כי כן רצה שתזכו לו והם כיון שקבלו אותה לשום זכוי כבר נעשו שלוחי השואל וידם כידו הואיל ומדעתו היו ואע"פ שיש לו בזה הזכוי ענין צד חובה להתחייב באונסיה ובמזונותיה מיד לפי שחבין לו לאדם שלא בפניו מדעתו.

לדעת הראב"ד בסיפא הם שלוחיו מדין זכין לאדם שלא בפניו. ושאלו בגמ' מעבד כנעני של המשאיל, איך הוא יכול לזכות לשואל, הרי ידו כיד המשאיל? שמואל העמיד את המשנה בעבד עברי, שיכול לזכות עבור השואל, ורב העמידו בעבד כנעני. ובבאור דברי רב מצאנו פרשנות מיוחדת בדברי הראב"ד:

רב אמר אפילו תימא בעבד כנעני נעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא ואני מקבל עלי אחריותה מיד כשתתחיל לבא ועל זה התנאי שאלה ממנו ושמענו שמתנה שומר חנם להיות כשואל ואף זה כמוהו. ואקשינן עליה דרב מברייתא דקתני ביד עבדו פטור וכו' ושני ליה לא תימא נעשה דהא ודאי לא אמרינן דבעינן מיהא שתצא מרשותו וכל זמן שהיא ביד עבדו לא יצאה מרשותו אלא אימא מתניתין באומר לו הכישה במקל והיא תבא ביד עבדך ואם הכישה העבד כיון שיצאה מרשות משאיל

ומתה חייב, שכך קבל על עצמו, שאפילו אמר לבעלים עצמן כך ומתה חייב. וברייתא דקתני פטור שלא אמר לו כך אלא שלחה לי ביד עבדך, שאפילו זיכה לו על ידו לאו כלום הוא שאין שום זכוי קונה עד שיוציא מידו ליד אחר ויד עבדו כנעני כיד עצמו הוא והרי הוא כמי שמזכה מימינו לשמאלו.

הראב"ד למד שהכיסה במקל מחייבו כשומר חנם. כיצד? כנראה על ידי הדין של הנח לפני של המשנה (פ,ב), המשאיל עשה מה שאמר לו השואל, כמו הנח לפני, והשואל נעשה ע"י כך שומר חנם,<sup>5</sup> ונצרף לכאן דברי המשנה בסוף פרק שביעי (ב"מ צד,א) ששומר חנם יכול להתנות להיות חייב כשואל.

### הכיסה במקל מדין שליחות [פירוש ב' של הראב"ד]

הראב"ד הציע פירוש שני למשנה:

ועוד אני אומר אפילו תימא שלא על ידי זכוי אלא שאמר לו שלחה לי ביד בנדך או ביד עבדך כלומר אמור לו בשמי שיביאנה לי ואמר לו והוא קבל על עצמו להביאה ולמסרה לידו נמצא שהוא שלוחו של שואל שעשאו שליח על ידי בעל הפרה.

השואל עשה את המשאיל שליח למנות את בנו, שלוחו, עבד עברי (לפי שמואל) של המשאיל, או את בנו, שלוחו, עבדו של השואל להיות שליח של המשאיל. לפי זה מדובר בבנו גדול של משאיל או של שואל. וכ"כ הראב"ד:

אבל אם אמר לו השואל שלחה לי ביד בני זכוי ושלחה ומתה בידם אף על פי שלא נכנסה לרשות שואל חייב לפי שעשאו הוא עצמו שלוחים והן בשקבלו על עצמן להביא אצלו נעשו שלוחיו.

אך קשה לרב שמדובר בעבד כנעני וכמו ששאל הראב"ד:

מכל מקום עבד כנעני הקשה עליו יד עבד כיד רבו דמיא ואף על פי שנעשה שלוחו של שואל עדיין לא יצאה מרשות משאיל. ותירץ רב שאפילו אמר לעצמו היה שלוחי להכיסה במקל והיא תבא כיון שיצאה לסימטא נתחייב השואל בה במשיכה זו לסימטא.

<sup>5</sup> ראה עוד דברי הראב"ד (הובא בשטמ"ק ב"מ פ,ב): "הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרין בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכיסה במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי. אי נמי ד' אמות דידיה בסמטא כחצרו דמיא לכל דבר."

נראה שלפי הראב"ד, רב למד שבכל יתר האישים במשנה, השואל ממנה את המשאל למנות אותם להיות שליחים, במקרה של הכישה במקל, השואל ממנה את המשאל באופן ישיר ("אמר לעצמו") להיות שלוחו, להכיש את הפרה במקל, ומכיוון שיצאה לסימטא יש כאן משיכה עבור השואל והוא מתחייב. כך למד תוס' בפירושו הראשון, שביציאה לסימטא קנה השואל, וצ"ע שאין כאן משיכה ונדון בזה להלן.

עוד שאל הראב"ד בשם התלמיד הצרפתי:

והתלמיד הצרפתי שהקשה על משנה זו ואמר כשיאמר לבנו או לשליחו הולך פרה זו לפלוני אף על פי שאמר לו השואל שלח למה יהיה חייב במיתתה ואפילו אם הגיע לרשות השואל והלא שאלה בבעלים היא שהרי אמר לשלוחו השאל עם פרתי להוליכה לו שמע מינה אמר לשלוחו צא והשאל עם פרתי שאלה שלא בבעלים היא ותפשוט ליה מהא זו היא קושית הצרפתי. ודברים של בלבול הם אבל אינם דברים של עיקר<sup>6</sup> לפי כי המזכה לחברו על ידי בנו או שלוחו אינו אומר לו היה במקומי אבל אומר לו היה במקום פלוני וזכה לו בחפץ זה. אבל אמר לשלוחו השאל לי עם פרתי השואל עצמו מושך פרתי ובקש מן המשאל שיעזור לו במלאכתו ואמר לו אני לא אוכל לעזור אותך אבל שלוחי יעזור אותך במקומי נמצא כשאמר לשלוחו השאל עם פרתי לעזור היה במקומי אמר לו וזאת היתה שאלתנו אם יהיה השליח במקום המשאל לפטרו כאלו היה הוא עצמו נשאל לו וזה אינו דומה למשנתנו ואף אם נאמר כי משנתנו שלא על ידי זיכוי היא אלא בפשיטא שאומר לו תוליד פרה זו לפלוני מכל מקום צריך לפרש שלא משליחות המשאל הם מוליכים אותה אלא שהוא שואל אותם תרצו להוליך פרה זו לפלוני כי צוה עלי לאמר אליכם שתביאו אותה לו והם כיון שקבלו על עצמם להוליכה משבאה לידם נעשו שלוחי השואל ויצאו משליחות המשאל כי הם מדעתם מוליכים אותה ולא בעל כרחו ושלוחי השואל הם ולא שלוחי המשאל וקושית הצרפתי הלכה לרוח.

השליח כאן הוא למעשה שלוחו של השואל ולא של המשאל. נמצא שלפי הראב"ד המשנה מדברת בפשטותה בשליחים, או על ידי זכייה או שליח ממש. ברישא אין שליח, ולכן אין השואל חייב, ובסיפא יש זכייה או שליחות עבור השואל ולכן הוא חייב. ואם מדובר בזכייה אז בעבד כנעני מתחייב

<sup>6</sup> נוסח הראב"ד שהובא במיוחד לריטב"א: "והיא קושיא של (הכל) [הבל]".

השואל מדין מתנה שומר חנם להיות כשואל, ואם זה משליחות, נעשה המשאיל שליח של השואל לבצע את המשיכה, כלומר הכשת הפרה במקל.

נראה מדברי הראב"ד בפירושו הראשון שעניין הזיכוי לטובת השואל הוא מדין שליחות, וכמו שכתב: "והם כיון שקבלו אותה לשום זכוי כבר נעשו שלוחי השואל וידם כידו הואיל ומדעתו היו". אולם מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל בשיעוריו לפרק השואל, פירש את דברי הראב"ד באופן אחר וחייד את המחלקות בין שני פירושי הראב"ד.

שאל הרב על דברי הראב"ד, כיצד מועיל קנין בלי מסירה לרשות השואל, הרי הם אינם שלוחי השואל! והסביר הרב זצ"ל א) דהיכא שרצה שהשואל שיעשו הם הקנין לשם השואל אע"פ שאינם שלוחי השואל, ולא נכנסה לרשותו, מכל מקום מהני, וממילא יוצא לפי זה שלזיכוי אינו צריך שיהא שלוחו של שואל. ב) שמי שאינו שליח השואל יכול לעשות קנין בעדו ולזכות לו בזה הקנין מפני שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות. עוד פירש הרב שלפי הפירוש השני של הראב"ד צריך כניסה לרשות השואל להתחייב בדיני שואל, ולכן רק בשליחות מועיל קנין ולא זכייה בעצמו. הרב הוסיף עוד הסבר בפירושו הראשון של הראב"ד, שמי שקונה חשוב תופס בעד השואל ויש מסירה לרשותו. הרב חייד את ההבדל בין שני הפירושים בזיכוי על פי דברי תוס' (ד"ה כיון), שנדון בו להלן. לפי הצד של שליחות והצורך לכניסה לרשותו, זה לא יועיל ברה"ר. לפי הפירוש הראשון של הרב בדברי הראב"ד בעניין זכייה שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות, זה יועיל ברה"ר בלי הכנסה לרשות השואל. נמצא שקנין בלי הכנסה לרשות השואל מחייב שמירה. לפי הפירוש השני של הרב בפירוש ראשון של הראב"ד שמי שקונה חשוב תופס בעד השואל ויש מסירה לרשותו, ייתכן שאז צריכים כניסה לרשות השואל וברה"ר קנין זה לא יועיל. נראה שהפירוש השני של הרב יותר מתאים לדברי הראב"ד בעניין זכייה, והפירוש הראשון מחודש מאד.

### **הכניסה במקל מדין ערב - שיטת הריטב"א**

הריטב"א בפירושו למשנה למד כנראה כמו הראב"ד, שהרי כך משמע משאלת הצרפתי ששאל בפירושו למשנה:

וא"ל השואל שלח ושלחה ומתה חייב. פי' ואפי' כששלחה ביד שלוחו של משאיל, וא"ת א"כ הויא לה שאלה בבעלים ע"י שלוחן של בעלים שהם במלאכתו של שואל להביא לו הפרה, ואמאי לא פשיט מינה בעיא דלעיל

(צו,א) דהאומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי אי חשיבא שאלה בבעלים או לא?

מתרץ הריטב"א כמו הראב"ד :

וי"ל דשאני הכא שזה השליח אינו עומד במקום המשאיל אלא במקום השואל כי כשאמר לו השואל שלח הרי הוא כאילו אמר לו יהא שלוחי לזכות בה ולהביאה אלי.

הרי לפי דבריו היה צריך להיות דין בעליו עמו, אלא מפני שהשליח הוא למעשה שלוחו של השואל ולא של המשאיל, אין כאן בעליו עמו. רואים שהריטב"א אכן למד כמו הראב"ד ובנו ושלוחו של משאיל הם שלוחיו של השואל וממילא חל עליו שם שואל והוא חייב באונסים. אלא עדיין קשה משיטת רב בעבד כנעני שפירושו שאמר למשאיל להכישה במקל והיא תבוא – איך מתחייב השואל במקרה זה?

הריטב"א הפנה לדברי רש"י :

לא תימא - כדתרצה רב נעשה כאומר לו, אלא רב מוקי לה למתניתין באמר לו הכישה במקל והיא תבא אחרי, דשעביד נפשיה מכי נפקא מחצרו, ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר.<sup>7</sup>

מה פשר דברי רש"י "דשעביד נפשיה"? עי' חידושי הריטב"א צט,א :

פירוש לפירושו [של רש"י], דהכא לא מדין שאלה נתחייב בה, אלא שכל שאומר לחברו שיוציא ממנו על פיו למקום שאינו משתמר או שיזרקנו לים וכיוצא בו ויתחייב לו, מיד שעשה כן על פיו נשתעבד לו בההיא הנאה כאילו קבלו ממנו ממש, ואב לכולן ערב וכדפרשינן בפ"ק דקידושין, וכל שאמר כן בפירוש הכישה במקל והיא תבא ואתחייב אני לך דכו"ע חייב דהו"ל כאומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך שהוא חייב וכיוצא בו באשה שהיא מקודשת, אבל הכא אע"פ שלא אמר לו אתחייב אני לך אמר רב שהוא חייב דכיון דלהנאתו הוא אומר לו לשלחה מסתמא כאילו פירש ואתחייב אני לך דמי, מה שאין כן באומר זרוק מנה לים דכל היכא דלא אמר לו ואתחייב אני לך לא מחייב כיון שאין הזריקה לתועלתו של זה, והשתא אתי שפיר מאי דאמרין שהאומר שלח לי ביד עבד כנעני כיון דרוב עבדים רשעים ואין להם ממון לשלם הרי זה

<sup>7</sup> ועיי' פרש"י ד"ה נעשה כאומר הכישה במקל והיא תבא ובד"ה לפנים מחצרו של משאיל.

כאומר הכישה במקל לרה"ר או למקום איבוד, ומאן דמותיב לה בסמוך סבר דכיון דעבד בן דעת ואימת רבו עליו מקום המשתמר הוא חשוב וכיון שלא אמר לו ואתחייב אני לך פטור, מ"ר.

הריטב"א מבאר בדעת רש"י שיש התחייבות לאונסים מטעם ערב. לפי דבריו, לפי שמואל כל הסיפא של המשנה מדברת בשלוחו של השואל. רב מודה שרוב האישים הם שלוחיו של השואל, אך בעבד כנעני יש כאן ציור מיוחד, התחייבות השואל מדין ערב.

אולם יש מקום לדון בדברי הריטב"א שהכישה במקל חייב מטעם ערב, האם פירושו שיש כאן התחייבות גרידא, ומחוייב באונסין אך אין לו שם שומר כלל (ויש מן האחרונים שכך למדו בדעת הריטב"א והביאו דבריו עם הר"ן דלהלן). או שמא, מדין ערב, הוא התחייב להיות שואל, וחל עליו שם שואל. להלן נביא את דברי הר"ן שסובר שקיבל על עצמו חיוב אונסים בלבד ללא חלות שם שואל, אבל נראה שלדעת הריטב"א על ידי דין ערב נעשה לשואל. הריטב"א לא המשיך להסביר, שבמקרה של עבד כנעני שמביא את הפרה אחרי שהכישה במקל, יש התחייבות גרידא ולא שייך כאן בעליו עמו, ונראה שהוא הסתמך על דבריו במשנה, שהעבד הכנעני הוא כשלוחו של שואל, והוא עושה לטובתו, וממילא רואים שיש כאן חלות שם שואל.

לסיכום, הריטב"א הסביר את המשנה כראב"ד, אך ב'הכישה במקל' אחז בשיטת רש"י, שלמרות שלא נכנס החפץ לרשות השואל, נעשה השואל שומר מדין ערב ודיני שואל חלים עליו הן לענין חיוב אונסים והן לענין בעליו עמו.<sup>8</sup>

### **המשנה וכן דברי רב בענין הכישה במקל מדין ערב - שיטת הר"ן**

אלו דברי הר"ן במשנה:

ואם תאמר במה נתחייב, דאפילו למאן דאמר שליח שעשאו בעדים הוי שליח הני מילי בעדים כדקאמרינן להכי טרח ואוקמיה בסהדי כי היכי דלוקמוה ברשותיה והכא ליכא סהדי אלא דאמר למשאיל לשדורי ליה בידיהו וכי תימא כיון דאמר ליה למשאיל כשליח שעשאו בעדים דמי תינח לרב חסדא דאמר הוי שליח. אלא לרבה דאמר לא הוי שליח מאי איכא למימר, ויש לומר דהכא לאו מדין שליחות הוא אלא מדין ערב

<sup>8</sup> בהמשך פירש הריטב"א, שאין מחלוקת לדינא בין רב לשמואל, אלא רק בפירוש המשנה, ע"ש בדבריו. ונראה שאם לדעתו היתה מחלוקת גם בפרשנות של בעליו עמו בעבד כנעני, מסתבר שהריטב"א היה מעיר על כך. ולכן נראה שמדין ערב חל עליו חלות שם שואל.

שכיון שאמר לו להוציא פרתו מרשותו ולשלחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב דכל מוציא ממון מרשותו על פי חברו נתחייב לו חברו כדין ערב והכי מוכח בפרק קמא דקידושין (ז, א).

באותו אופן פרש הר"ן את דברי רב. (הובא בשטמ"ק במקום).

נמצא שלר"ן אין כאן דין שואל כלל אלא חיוב באנוסין מדין ערב, ומטעם זה כתב הר"ן שאין כאן גם פטור של בעליו עמו, שהוא דין מדיני השומרים. כמו כן נראה שלפי הר"ן אפילו אם בנו הוא קטן הוא יתחייב מטעם ערב.<sup>9</sup>

נראה להעמיק קצת בשיטת הר"ן, ואם כנים דברינו בפירוש שיטת הריטב"א, יש לדון אם חל שם שומר על ידי קניינים מלבד משיכה. בכל המקרים במשנה יש משיכה של השואל, או שלוחו, או עבדו הכנעני. בכל המקרים האלו, החפץ נכנס לרשותו של השואל והוא מקבל אחריות שומרים עליו. אפילו בהנח לפני, יש כאן כניסה לשמירתו של השומר, ובמיוחד לפי הראב"ד, שדין זה הוא רק בסימטא והוא כהכישה במקל שהוא כמשיכה. לכן צ"ע אם קניין סודר שהוא קניין גרידא מועיל כקניין בשומרים, אולי אי אפשר שיחול על השואל דין שומר אם החפץ נמצא ברשות המשאיל למרות שהוא מתחייב על יד קניין סודר. ומה שאנו מסתפקים בקניין סודר, לכאורה שייך גם בדין ערב, שהרי לא היתה כניסה לרשותו, וקבלת הנאה של פרוטה לא מכניסה את הפרה לרשותו. קבלת אחריות לאונסים, התחייבות לשלם כשואל, יכול לחול על ידי קניין סודר או קניין ערב, אבל לא חלות שם שומר. כך נראה לפרש את דברי הר"ן.

<sup>9</sup> לעומת הריטב"א, הר"ן למד ששמואל חולק על רב בדין הכישה במקל, ואו אינו סמכה דעתיה, או אין גמירת דעת מפני בהכישה במקל ייתכן שאפשר להחזיר את הפרה לעומת דין ערב במסכת קידושין שמדובר בזרק לים ואין סיכוי להחזיר את החפץ: "ולענין פסק הלכה הרב אלפסי ז"ל לא הביאה לדרב משמע דסי"ל דליתא דשמואל פליג עליה, וה"נ מסתברא מדחזינן לרב אשי דדחיק נפשיה בהך ברייתא דאיתתין לסיועה לרב כי היכי דלא לסיעי ליה ואי ס"ל כוותיה למה ליה לדחוקי נפשיה כי דיכי דלידחיה לדרב אלא ודאי משמע ליה דשמואל פליג עליה, וכ"פ הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות שאלה דא"ל הכישה במקל פטור, וכ"ת אמאי לחייב מדין ערב כאינך דמתני', לא דמי דהני כיון דאזלי בהדי פרה סמכא דעתיה דעבד ושליח מנטרו לה ומחייב מדין ערב אבל אמר לו הכישה במקל לא סמכא דעתיה, ואע"ג דהתם בפ"ק דקידושין מוכח דהאומר לחבירו זרוק מנה לים חייב מדין ערב התם דוקא דא"ל בהדיא ואתחייב אני לך אבל הכא דלא א"ל אלא הכישה במקל בלחוד פטור, עוד נ"ל דהכא אפילו אמר ואתחייב אני לך פטור דהתם בתנהו לכלב אי נמי זרוק לים ואתחייב אני לך ה"ט דמתחייב לפי שמשעה שזרקו אזיל לאבוד ולא כל הימנו להחזירו, אבל הכא שמשעה שהכישה יכול להחזירה אפילו א"ל בהדיא ואתחייב אני לך פטור".

אבל ניתן לומר, שאין צורך בכניסה לרשותו ודי בקניין (משיכה, סודר או חיוב כערב) להחיל על השואל שם שומר, וכך נראה לפרש את דברי הריטב"א. ונראה להביא ראייה לדברי הריטב"א מפירושו לדף יא כפי שהובא בשטמ"ק ב"מ יא, ב:

ומקומו מושכר לו. ושם הוא אומר שנתקבלו שכר זה מזה. ואם תאמר ולמה הוצרכו לכך ישאילנו לו בחליפין במה שנקנה בכסף בשטר בחזקה דאמאי לא. וטעמא דהכא משום דכיון דהוויא שנת הביעור רצה לעשות הוכחה ניכרת לכל שמוציאו מרשותו כיון ששכר מקומו ונתקבל ממנו שכר. וכן פירש מורי בשם רבו הרמב"ן ז"ל.

באופן עקרוני קניין סודר מועיל להחיל דין שאלה על הקרקע, וממילא חל על הגברא ששואל את הקרקע חלות שם שואל, אלא מפני שרצו הוכחה ניכרת לא עשו כן, וממילא הוא הדין לקניין ערב שיחול על ידו שם שואל. אולי הר"ן סבור כשיטת תוספות (קידושין כז, א ד"ה ומקומו). שחליפין לא מהני בשכירות קרקע.

נראה שאם אין שכירות נקנה בחליפין, הוא הדין שלא יועיל חליפין לקבלת אחריות של גניבה ואבידה ולהחיל שם שוכר. אם כן, נראה שהוא הדין בשאלה, ואכן כך מפורש בתוס' שאנץ (שטמ"ק שם).

נראה שכך דעת הר"ן ולכן למד שיש רק התחייבות של אונסים אבל לא חל עליו חלות שם שואל ואין כאן מכלול דיני שומרים.<sup>10</sup>

בכל מקרה, נמצא שלקושיית הריטב"א למה אין דין שאלה בבעלים במקרה של שלוחו של המשאיל מצאנו ב' תירוצים: לפי הראב"ד והריטב"א, שליח זה הפך למעשה להיות שלוחו של השואל, ונדון בזה להלן. לפי הר"ן אין שם שואל עד שהפרה תגיע לרשות השואל וממילא אין כאן דין בעליו עמו. כל החיוב של ה"שואל" באונסים הוא מדין ערב בלבד ולא מחלות שמירה.

נחזור ונדגיש שמלבד הנפקותא הזו בין הר"ן לבין הריטב"א, נראה שהם חלוקים גם בדין בנו דמתניתין אם הוא בבנו גדול בלבד או אף בבנו קטן. לפי הר"ן אין כאן דרישה של רשות שואל אלא רק התחייבות, ובההיא הנאה הוא משבעד נפשיה באונסים ולכן זה יחול אף בבנו הקטן. אבל לפי הריטב"א, מדובר בדין שליח ממש ולכן בנו צריך להיות גדול. למעשה כבר עמד על כך

<sup>10</sup> ראה סיכום השיטות באנציקלופדיה תלמודית, כרך טו, ערך חליפין ריש טור תקסט.

נתיבות המשפט (ביאורים שמ,יא), והדגיש שנפ"מ בין השיטות אי בעינן בר שליחות או לא (קטן, חש"ו וגוי).

כמו כן לעניין חזרה מצד המשאיל, לפי מה שתיקנו משיכה בשומרים [ואליבא דשיטת התוס', הוא הדיון בהמשך הסוגיה (צט,א)]. לפי הראב"ד וריטב"א, אם יש כאן שליח הרי זה כמו שהשואל בעצמו שקנה, ואין המשאיל יכול לחזור בו, אבל לפי הר"ן יש כאן התחייבות בלבד, וממילא אפילו שיש כאן שליח כשר, לא חל על ה"שואל" שם שומר או שם שואל, ולא היה מעשה קניין לזה, ולכן המשאיל יכול לחזור בו.

### **למה אין שאלה בבעלים בשליח של משאיל או בעבד כנעני של משאיל**

מלבד התירוצים, שהזכרנו עד כה, לקושיית הריטב"א, מצאנו תירוצים נוספים.

הריא"ז בקונטרס הראיות שלו למסכת ב"מ התייחס לשאלת תוס' בעניין עבד כנעני. וכך לשון תוספות צט,א ד"ה באומר:

באומר הכישה במקל והיא תבא - ואע"פ שעבדו מוליכה לא הוי שאילה בבעלים והא דאמרינן יד עבד כיד רבו היינו שנשאל הרב עצמו עם הפרה ושלח עבדו במקומו וכיון שבמקום בעלים לא חשיב כבהמה אבל הכא ששואל את עבדו הוה ליה כשואל שתי פרות דעבדו כבהמתו דמי.

חידש תוס', ששליחת העבד כנעני עם הפרה היא כשליחת שתי פרות. אמנם אין בדברי תוס' יישוב לקושיית הראב"ד מפני שאי אפשר לומר ששליח הוא כבהמה, ואולי תוס' מסכים לדברי הראב"ד, שהשליח הוא שלוחו של השואל, אבל אי אפשר לומר על עבד כנעני שהוא יהיה שלוחו של השואל, ולכן תוס' הציע, שהוא כפרה נוספת. הריא"ז כתב ביחס לשאלה זו:

וני"ל דלא יקרא שאלה בבעלים אלא כשנשאל למלאכתו וכו' אבל אם הוא רוצה לשמור פרתו בין הוא עצמו בין עבדו אין זו שאלה בבעלים שאין נשאל לו לעצמו, ואעפ"י ששמירתן מועלת על השואל אי רוצה לסמוך בכך אלא הוא שמר את שלו במה שיכול ודעתו עליו תדיר.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> נעיר מדברי המאירי שם: "אבל אם לא היתה כונתו בכך אלא לבקר המשאוי אם הוא גדול יותר מדאי אפילו סייע בהקל משאו או לתקנו על הבהמה הואיל ואין כונתו אלא לבקר את המשאוי אין זה שמירה בבעלים שלא נעשה בזה שאול אלא לעצמו שלא להטעין בהמתו יותר מדאי". כמו כן נעיר (לעומת הע' 58 של המהדיר) שגם הלח"מ כיוון לדעת הריא"ז, ראה לח"מ שאלה ופקדון ג,א.

תירוצו של ריא"ז שייך אף בשליח. השליח של המשאיל אינו בגדר בעליו עמו, אלא מגמתו היא לזכות עבור השואל, ולהשגיח על הפרה עד שתגיע לידי השואל ממש.

במיוחד לריטב"א על אתר, לאחר הבאת שאלת תוס' ותירוצו הנ"ל, הוסיף :

...באומר לו הכישה במקל וכו' שאין זה השאלה בבעלים ולא (נצא) השאל עם פרתי דהתם שאלת הפרה נעשית במשיכת' ושאלת בעלים לאו צורך שאלת פרה אבל הכא דהכישה במקל צורך שאלת הפרה הוא שכך אומר לו תבא באחריותי על מנת שתכישנה במקל נמצא הכשת' במקל היא משיכת' בלא בעלים על ידי כן מחייב עצמו באחריות ע"כ.

נראה שפירוש זה ס"ל, שלעיל (צו, א), הקניין נעשה רק על ידי השואל, ועזרת השליח (או העבד) אינה עבור מעשה הקניין, אלא עבור השואל עצמו, ולכן יש כאן שאלה בבעלים. אבל במקרה שלנו, אי אפשר לבצע את מעשה הקניין ללא עזרת השליח, אם כן, אפשר לומר שני הסברים: או שהעזרה כאן היא לטובת המשאיל, או, וכך יותר נראה לי לומר, שעזרת העבד או שליח, היא חלק ממעשה הקניין, וללא העבד, לא מתבצע קניין – במקרה כזה אין כאן שאלה בבעלים בכלל, אלא חלק ממעשה קניין. וע"ע להלן.

#### **הכישה במקל מדין משיכה – כניסתה לרשות השואל**

תוס' הבין את המשנה לפי פשוטתה, והשואל חייב באונסים מפני שיש עליו שם שואל, מאחר והפרה נכנסה לרשותו, או על ידי עבדו של השואל, או ע"י שלוחו או בנו, ולפי זה נראה שהוא בנו הגדול שהוא בר שליחות. כמו כן בנו או שלוחו של המשאיל הופכים להיות שליחים של השואל, ובכך הפרה הגיעה לידי השואל מיד. אבל קשה מעבדו של המשאיל שהרי ידו של עבדו כידו של המשאיל, והפרה עוד לא יצאה מרשותו של המשאיל, ולמה חל על השואל חלות דין שואל? לזה תרצו תוספות (צט, א ד"ה כיון) באופן אחר את המשנה, ובמיוחד את הדין של הכישה במקל. בהסבר הראשון שלהם הם כתבו :

כיון שיצאתה מרשות משאיל נתחייב שואל באונסין - לכאורה נראה דמירי שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל אבל יצאתה מיד לרה"ר לא כיון דמשיכה אינו קונה ברה"ר והא דלא הוצרך רב לפרש דפשיטא הוא דלא עדיף ממשיכה אי נמי סתם חצרות סמוכים פתחיהן לצד רה"ר ולא לרה"ר עצמו לכך לא הוצרך לפרש.

ונשאלה השאלה, איך יציאת הפרה לסימטא או לצדי רה"ר נחשב כאילו משכה השואל? אכן כך שאל הריטב"א על התוס':

תמיהא מילתא כי אמר לו הכישה במקל והיא תבא במה זכה בו השואל והרי לא משך ולא באה לרשותו כלל, ויש מתרצים דמייירי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא לסימטא או לצדי רה"ר שהמשיכה בה קונה, ותמיהא מילתא דהא כל זמן שהוא לא משך או לא קראה שתבא אין כאן משיכה, ומדין חצר לא משמע דקני ליה סימטא או צדי רה"ר בשום דוכתא ואפי' הוא עומד בצדן א"כ הוא מדין ד' אמות שתקנו חכמים וכשאומר דליקני ליה ד' אמות דידיה.

לעיל הבאנו פירוש כעין התוס' בדברי הראב"ד, ושם הוא אמר ששואל מינה את המשאיל להיות שלוחו, ובכל זאת אין כאן משיכה וכקושיית הריטב"א.

### **הסבר א' – על פי שיטת הראב"ד בעניין שליח**

לעיל הבאנו את הפירוש השני של הראב"ד שמשנה מדברת בשליח, אלא אז היה קשה קושיית הגמרא מעבד כנעני, וכמו שסיכם ופירש הראב"ד אליבא דרב:

מכל מקום עבד כנעני הקשה עליו יד עבד כיד רבו דמיא ואף על פי שנעשה שלוחו של שואל עדיין לא יצאה מרשות משאיל. ותירץ רב שאפילו אמר לעצמו היה שלוחי להכישה במקל והיא תבא כיון שיצאה לסימטא נתחייב השואל בה במשיכה זו לסימטא.

הסברנו לעיל שלפי הראב"ד, רב למד שבכל יתר האישיים במשנה, השואל ממנה את המשאיל למנות אותם להיות שליחים, במקרה של הכישה במקל, השואל ממנה את המשאיל ישיר ("אמר לעצמו") להיות שלוחו, להכיש את הפרה במקל, ומכיוון שיצאה לסימטא יש כאן משיכה עבור השואל והוא חייב. כעת נסביר את דברי הראב"ד, וכמדומני שעל פיו יהיה אפשר לפרש את דברי התוס'.

נראה להסביר את שיטה זו של הראב"ד על פי דברי הרמב"ם (מכירה ב,ו): "כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה או שהכישה במקל ורצה בפניו כיון שעקרה יד ורגל קנאה..." הרי שהכישה במקל הוא קניין משיכה. מקורו של הרמב"ם הוא בבבלי מסכת בבא בתרא (עה,ב): "כיצד במשיכה?"

קורא לה והיא באה, או שהכישה במקל ורצתה לפניו, כיון שעקרה יד ורגל – קנאה" (וכן הוא בקידושין כב, א), והסביר הריטב"א בב"ב: "ה"נ במשיכה לא בעינן במשיכה ממש אלא כל שהולכת מחמתו", והמקור הוא תוספתא קידושין (ליברמן) א, ז: "אי זה הוא משיכה בין שמשך בין שהנהיג בין שקרא לה ובאת אחריו הרי זו משיכה".

נראה שהמשאיל אכן עושה את המשיכה עבור השואל. מטעם זכייה המשאיל אינו יכול לזכות עבורו, שהרי אי אפשר להיות מזכה וזוכה ביחד, אבל כאן, אין סתירה בין המשאיל לבין השואל, שהרי בהכאה אחת הוא מוציא את הפרה מרשותו וגם עושה את המשיכה של השואל ועבורו, וכך נציגו ושלוחו של השואל (כלומר המשאיל בעצמו) עושה את הכישה במקל שהיא היא מעשה משיכה. סברה זאת שהמקנה יכול לשמש כשליח של הקונה ולקנות עבורו גם כתב המבי"ט בתשובותיו (א, קמה):

ואפילו היו בעלי הספינה עצמם הם המושכים הספינה ומסיעים אותה להקנותה לבעלי הסחורות היה נראה לי שקונים במשיכה זו שהרי נעשו שלוחים לזה הגע עצמך שקנה אדם בית מחבירו ורצה להחזיק בה בתיקון מנעול וכיוצא בה ואמר למוכר שהיה אומן שיתקן אותו בשכירות שיתן לו כדי שיחזיק בבית ועשה כן נראה פשוט שהחזיק בבית אפילו על ידי המוכר כיון שנעשה שלוחו לדעתו ובשכירותו ואפילו אם נתרצה להיות שלוחו בלי שכירות נמי וכן אם אמר לו שידוש את המצר שבין שדהו ובין השדה שקנה ממנו להחזיק בו קנה כיון שנעשו שניהם כשדה אחת וכן אם אמר לו משוך פרה זו שאתה מוכר לי לרשותי או לסמטא מר"ה כדי שאחזיק בה נראה דבכל אלו קנה דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשו' הקוני' דכיון דקונה על יד שליח מה לי הוא מה לי שליח דעלמא כי הני גוונא דאמרן...<sup>12</sup>

<sup>12</sup> דברי המבי"ט הובאו בפת"ש חו"מ ר, יב (ח), ואח"כ הוסיף הפת"ש: "ועיין בספר שער משפט (ר, ד) שהביאו, ותמה עליו שכ"כ בפשיטות והדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא כו', ומסיק וכתב, אך מ"מ היכא שקנה חפץ מחבירו ולא משך, ואמר לו שלח לי ביד בנך או ביד עבדך או ביד שלוחך, מיד ששלח בידם ומשכו או שהגביהו קנה הלוקח דנעשה שלוחו של הלוקח, אף שלא א"ל בעצמו רק אמר לו להמוכר לומר להם לשלחו לו, כדמוכח מההיא דפרק השואל כו' (ב"מ צח, ב), וה"ה לענין קנייה נמי דינא הכי, ע"ש. עיין עוד באמרי בינה, קניינים, סי' ח ד"ה וראיתי, שדחה דבריהם. ייתכן ומחלוקת זו מופיעה כשתי הדעות בראב"ד, אם יש כאן תנאי או שהמשאיל הוא שלוחו של השואל, וההסבר הראשון של הראב"ד שהובא לעיל, אינו מקבל את ההסבר זה שהמשאיל יכול להיות גם שליח של השואל. ראה עוד באמרי משה, לג, ט, שדן בעניין זה. בשיעור בענין זה הוספתי לפרש על פי דברי מו"ר הגריד"ס, שפירש שהמשאיל יכול לעשות קניין ולאחר הקניין

והנה הזרע יצחק על אתר (ד"ה תוסי' בד"ה כך תקנו) שאל: "ותימה דלא הזכירו (התוסי' הנ"ל – שז"פ) דרש"י מפרש לענין שעבוד בדף צ"ד ע"א, תי"ט ס"פ הפועלים מ"י... כמו כן העיר הרב ישעיה פיק ברלין בגיליון שלו על התוסי' על אתר, ואכן תוספות יום טוב ב"מ ז, י כתב:

מתנה שומר חנם וכו'. ומ"ש הר"ב ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך. וכן לשון רש"י בגמרא. וטעמא דאמרינן... (צט, א) דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. ותמיהני על התוספות (ד"ה כך) שם שכתבו בפשיטות דלא להתחייב באונסים. אלא לענין חזרה קאמר כשהשכיר או השאיל ולא הזכירו דלרש"י מתפרש לענין שעבוד וגם הרמב"ם העתיקו וכו' לענין שעבוד השומר ועיין בפרק דלעיל משנה ו.

הנה רש"י כתב בסוף פרק ז (צד, א):

אפילו תימא - רישא דקתני מתנה שומר חנם להיפטר משבועה - רבי מאיר, והאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אלא שאמר לו אי אפשר להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה,<sup>13</sup> והאי כי משיך - כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת, ולמה שירד - ירד...

ואם תאמר, איך ייתכן ש"הנח לפני" במשנה (פ, ב), יהיה חייב, הרי אין שם משיכה. נראה שרש"י יפרש כמו הראב"ד (הובא בשטמ"ק שם):

מתניתין: הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרינן בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה

---

נתהפך תפיסתו לתפיסה בעד השואל, והסברתי את דבריו לפענ"ד, שבהכישה במקל, ברגע שזה יוצא מרשותו של המשאיל, המשאיל יכול לזכות עבור השואל (ואולי זה בארבע אמות הראשונים מחוץ לרשותו של המשאיל או בסימטא) וברגע שאין הפרה ברשות המשאיל ממש, המשאיל יכול לזכות עבור השואל, וראה עוד סיכום של השיטות ותוספת סברות בילקוט ביאורים לבי"מ צח, ב-צט, ב. וע"ע בתוך: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, ב"מ, השואל, אלון שבות תשס"ג, עמ' 194-193, ובמיוחד הע' 5. ע"ע בדברי המאירי ב"מ פ, ב, בדיונו איך ואיפה הנח לפני חל וביחס לסוגיה בב"ק עט, א (עיין להלן), ולפי דבריו הנח לפני חל גם בשוק שהוא רה"ר, ובסוף הוא אומר: "ואפשר שכל שאמר הנח לפני הרי הוא כאלו אומר הביאה והניחה לפני וכל שמושך ומביא מחמת שליחותו כמו שמשכה הוא דמ"י, הרי ראייה לדברי המב"י"ט.

<sup>13</sup> לפי דברי רש"י ב"ק עט, א, "תיקנו משיכה בשומרים - שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך" הדיון כאן הוא אחרי תקנת חכמים, וכמו הפירוש במשנה ב"ק עט, א, שכל דיני המשנה הם אחרי התקנה.

במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי...

אי לכך, יש מקום לומר שאין הפירוש בדברי רש"י כמו הריטב"א שיש כאן התחייבות מדין ערב, אלא למעשה תוס' מפרש את שיטת רש"י, שהרי רש"י כתב:

לא תימא - כדתרצה רב נעשה כאומר לו, אלא רב מוקי לה למתניתין באמר לו הכישה במקל והיא תבא אחרי,<sup>14</sup> דשעביד נפשיה מכי נפקא מחצרו, ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר.

לפי זה משיצא מחצרו, הרי יצא לסמטא ויש כאן משיכה, והוא משיכת השואל, שהרי המשאל הוא שלוחו של השואל וכדברי הראב"ד. על ידי ההכשה במקל שהיא המשיכה, השואל שעביד את נפשיה כמו בכל משיכה וכדברי רש"י צד, א. ומה שרש"י כתב בסוף דבריו "ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר", מפריע לרש"י למה אין כאן דין בעליו עמו, ולזה הסביר התוס' בד"ה באומר, שיש כאן שתי פרות, ודבריו מפרשים את רש"י.<sup>15</sup>

נראה עוד שאפשר להביא ראיה לשיטת הראב"ד, ואם כנים דברינו יש גם ראיה לתוס' ורש"י, מדברי הירושלמי שהוזכרו על ידי רע"א: "אמר רבי יוחנן אפילו תיפתיניה בעבד כנעני תיפתר באומר לו פתח לה והיא באה מאיליה

<sup>14</sup> צ"ע בדברי רש"י שכתב פעמיים "והיא תבוא אחרי" כאן ולעיל ד"ה "נעשה כאומר הכישה במקל והיא תבא - אחרי" - הרי השואל אינו נמצא לעשות משיכה ולכן הוא שולח את הפרה עם שליח, או עבדו, או בנו, או מבקש להכישה במקל והיא תבא. בדוחק אפשר לפרש שרש"י מתכוון ש"היא תבוא אלי", ועדיין צ"ע.

<sup>15</sup> אמנם ייתכן ואי אפשר לומר כך בדעת רש"י, כי בסוף ד"ה לפנים כתב: "אבל אם היתה צריכה לבא דרך רה"ר - לעולם אימא לך אפילו אמר ליה הכי לא סמכא דעתיה שיפקירנה המשאל בלא שומר, ולא שעבד נפשיה עד שתבא לידו". משמע שהכישה במקל חל אפילו לרה"ר, וראיה לפירוש הריטב"א. אולי בכל זאת תוס' בפירושם השני, יפרשו גם אליבא דרש"י, אלא לפי מה שכתבנו שדברי רש"י בב"ק וכאן בסוף פרק השוכר את הפועלים הם כשיטת הראב"ד במשנה פ, ב בסוף האומנין, לא ייתכן קניין משיכה ברה"ר לכן נראה לפרש שאמנם הכישה במקל הוא לסימטא, אבל אחר כך הפרה תבוא דרך רה"ר לביתו של השואל, ולפי שמואל, אין השואל סומך על זה. אמנם מו"ר הרב זצ"ל למד פשט ברש"י כמו הראב"ד הנ"ל בתירוץ הראשון שלו: יציאה מרשות המשאל מחייב השואל בלי משיכה אם יש תנאי מהשואל כמו מתנה ש"ח להיות כשואל. אמנם הרב אמר שלפי מתנה שומר חינם להתחייב בלי קניין, אך לעניות דעתי זה קשה מרש"י בדף צד הנ"ל, ולכן הנראה לעניות דעתי כתבתי.

ותני כן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת אחריו נתחייב לה לשלם כשואל<sup>16</sup> – פירושו של "הנהיגה" הוא הכישה במקל!

### הסבר ב' – על פי המיוחס לראב"ד לקושיית תוס' מעבד כנעני

אם תוס' אינו מקבל את שיטת הרמב"ם והירושלמי הנ"ל, אז אולי המיוחס לריטב"א שהבאנו לעיל נותן אפשרות לעוד הסבר:

אבל הכא דהכישה במקל צורך שאלת הפרה הוא שכך אומר לו תבא באחריותי על מנת שתכישנה במקל נמצא הכשת' במקל היא משיכת' בלא בעלים על ידי כן מחייב עצמו באחריות ע"כ.

נראה מדבריו שיש כאן מעין שיטת הריטב"א, שהרי אין כאן משיכה אמיתי, שהרי אין כאן בעליו, ואם כן איך הוא מחייב את עצמו באחריות? צריך לומר על ידי קניין ערב הוא מחייב עצמו באחריות. מכיוון שהמיוחס לריטב"א קורא זה "משיכה בלא בעלים" הרי יש כאן תכונות של משיכה, כלומר לסימטא, וכדברי התוס', ובכל זאת אין כאן מעשה משיכה וכשאלת הריטב"א, לכן השואל מחייב את עצמו באחריות, וזה רק מדין ערב. בכל מקרה, יש כעת פירוש מחודש בדברי תוס', שהוא למעשה כעין הריטב"א ברש"י. נמצא שפירוש דברי תוס' "שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל" הוא שאין כאן השוואה במעשה הקניינים אלא בתוצאותיהם – שבשניהם, משיכה ובהכשה במקל, יש קבלת אחריות.

אם כנים דברנו, היה נראה לומר שיש כאן חיוב אחריות בלבד, אבל אין כאן חלות שם שואל, אלא אי אפשר לומר כך, שהרי דברי המיוחס לריטב"א הובאו ביחס לשאלה למה אין שאילה בבעלים כאן, ודבריו כאן משמע שאין כאן שאלה בבעלים, מפני שכל צורך בעבד הוא לעשות את המעשה קניין ולא לעזור לשואל במקום המשאיל. נראה שהמחייב עצמו באחריות הוא התוצאה ולא הסיבה למה אין כאן שאלה בבעלים, ולכן צריך לומר שאכן חל שם שואל, ובגין זה הוא מקבל על עצמו אחריות. עוד נעיר שלפי התוס' שתירץ את הקושיה על ידי שתי פרות אי אפשר לומר שיש חיוב אחריות בלבד.

<sup>16</sup> מלבד המקור שהביא רע"א ממסכת מעשר שני, דברים אלו חוזרים עוד פעמיים בירושלמי: בעירובין ז,ו (דף כד טור ג): "ותני כן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת נתחייב לשלם כשואל"; וכן בקידושין א,ג (דף ס טור א): "ותנינן הנהיגה, המשיכה, קרא לה ובאת אחרון מתחייב בה כשואל."

בכל מקרה, אפילו אם הפירוש בדברי המיוחס לריטב"א הוא אכן מדין ערב, פרשנות כזה בדברי התוס' הוא דחוק, שהרי תוס' הדגיש "דמיירי שיצאתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל" ובפשטות יש כאן השוואה לעצם המעשה משיכה, ולא לתוצאות של מעשה משיכה.

### הסבר ג' – קניין שמירה מיוחד

מו"ר הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל פירש, שיש כאן קניין שמירה מיוחד. הסברתי את דבריו, הרי משיכה היא כניסה לתחום בעלותו של הקונה, כלומר יציאה מרשות בעלות המקנה וכניסה לבעלותו של הקונה. הוא הדין בשאלה, יש יציאה מרשות המשאיל וכניסה לרשות השואל על ידי שמשך השואל אליו את הפרה. חידש רב שלא דווקא השואל צריך למשוך אליו את הפרה, אלא המשאיל יכול לדחוף את הפרה אל השואל (כעין קניין מסירה), ומרגע שיש העדר רשות המשאיל, וכיוון לרשותו של השואל, הוי כבר אז נכנס לתחום רשותו ההלכתי של השואל, וזהו הקניין המיוחד שיש רק בשומרים, וסגי לן בהעדר רשות המשאיל. (ע"פ ציווי השואל כמובן) ודחיפה לכיוון השואל (הכיסה במקל הוי כעין סמל לזה), ובזה הוי הכנסה לרשות השואל ההלכתי. אי-לכך זה פירושו של התוס': "דחשיב כאילו משכה שואל" שיש כאן הכנסה לרשותו של השואל על ידי הכיסה במקל, פירוש כניסה הלכתי על ידי עזיבה לרשות המשאיל.

נראה שאפשר להוסיף על פי דברי רא"ש בפרק השואל, סימן טו :

...אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה. כדאיתא לעיל... (פ,ב) דהנח לפני הוי שומר חנם. והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה. וכן שואל נמי אם אמר ליה הכיסה במקל והיא תבוא ויצאה לרה"ר במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו. ולא עדיף ממה שאם משך השואל שם ואפילו הכי נתחייב באונסים... וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין. דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר. אבל לענין חיוב אונסין מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה.

יש כאן קניין מיוחד לשומרים, וברגע שיצאה הפרה מרשות המשאיל על פי ציווי השואל, השואל כבר קנה. אולם לפי זה, אין כאן משיכה, אלא סילוק שמירת המשאיל לטובת השואל, ולא נראה שהתוס' בפשטות למד כמו הרא"ש, שהרי לפי הרא"ש למה צריך משיכה בכלל בשואל, ולמה הנח לפני

לא יחייב גם בשואל, ומשמע מן הרא"ש שאכן הוא יחייב כך לפני המשיכה אם אמר לו הנח לפני ("... אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי") אלא בתוס' צריכים לומר שמעשה המשיכה מעכב. ייתכן שהרב זצ"ל רצה לומר שאכן צריכים המשיכה עבור גמירת דעת, ולחייב באונסים לא סגי בהנח לפני, אבל אין כאן קניין משיכה קלסי, אלא דבר המסמל כניסה לרשותו וכמו שפירשנו לעיל.

### הכישה במקל מדין משיכה – התחייבות להיות שואל

אמנם תוס' כתב עוד תירוץ:

ועוד י"ל דהכא מיירי אפי' יצאת מיד לרה"ר דלענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברה"ר אף על גב דלא קניא לענין מקח כמו שואל קורדום לרב הונא דאמר לקמן דקני במשיכה להתחייב באונסין אף על גב דלא קניא לחזרה.

היה מקום לחקור אם יש רק התחייבות גרידא לחיוב אונסים וכמו שיטת הר"ן שהתחייב מדין ערב, או האם יש חלות שם שואל שחל על השואל ע"י משיכה ברה"ר. ראה בדברי תוס' ר' פרץ שכתבו: "ועי"ל דמיירי שפיר שיצתה לרה"ר ממש, וכיון דאמר ליה הכישה במקל שעביד נפשיה מהשתא", ונראה שדבריו הם כמו דברי רש"י, ולפי זה ייתכן שיש כאן התחייבות גרידא, כמו שלמד הר"ן או הריטב"א (לפי אפשרות אחד).

אכן מו"ר הגריד"ס למד, שיש כאן מעשה קניין וחל עליו חלות שם שואל. אולי אפשר להביא ראיה לדבריו מדברי תוס' (ד"ה באומר) ביחס לשאלה למה אין כאן בעליו עמו בעבד כנעני ותוס' לא הציע בשום מקום שאין כאן שם שואל ולכן אין כאן דין בעליו עמו, וכן להלן בתוס' ד"ה כך שכתב שהתקנה של משיכה "לא להתחייב באונסין קאמר" שהרי בזה משיכה קונה מן התורה וכמו שכתבו בהמשך: "ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה", ותוס' לא חילק בין משיכה ברה"ר או לסימטא. אמנם אולי אפשר ללמוד בכל זאת שאפילו אם כל הקניין ברה"ר הוא מדין ערב, הוא מתחייב להיות שואל על ידי כך, וכמו שהצאנו בדברי הריטב"א.

נראה להביא ראיה לפירושו של מו"ר, שאין כאן קניין ערב כלל, אלא קניין משיכה, מדברי תוס' הרא"ש על אתר שהרחיב בפירוש בדברים:

ועוד י"ל דאיירי שפיר בשיצאת לרה"ר ואע"ג דלענין מקח לא היה קונה אפילו אם משכה ברה"ר להתחייב שואל באונסין קנה, מידי דהוה

אמשיכת שואל לרב הונא דמחייבתו באונסין אע"ג דלענין חזרה לא קנה עד שעת בקוע, ה"ה במשיכה ברה"ר קניא לכו"ע להתחייב באונסין אע"ג דלענין מקח לא קניא.

הרא"ש השווה בין דברי רב הונא, שמשיכת השואל [שעת שאילה" בלשון הגמ'] מחייב באונסים מדין חלות שם שואל והוא הדין שמשיכה ברה"ר יחייב באונסים מפני שחל עליו שם שואל. מקורו של תוס' הוא בסוגיה בתחילת פ' השואל (צד, ב):

מדקתני סיפא ואחר כך שאל את הפרה, מכלל דרישא דקתני עמה - עמה ממש. עמה ממש מי משכחת לה? פרה במשיכה ובעלים באמירה! - איבעית אימא: כגון דקיימא פרה בחצרו דשואל, דלא מחסרא משיכה...

רואים שהדין של בעליו עמו חל עם מעשה המשיכה, כלומר, מתי שחל עליו חלות שם שואל.<sup>17</sup>

לכן נראה יותר לפרש את דברי תוס' על פי מה שפירש הגריד"ס במחלוקת בין שני פירושי תוס': הרב חקר אם מעשה משיכה מופקע מרה"ר או האם אכן שייך מעשה משיכה ברה"ר רק החלות של בעלות על ידי משיכה מופקע מרה"ר. אולי אפשר להוסיף יתר הסבר: האם משיכה היא קניין פורמאלי, כלול ב"יד עמיתך" (ויקרא כה, יד), או האם יש כאן הצגת בעלות (דומה להגבהה שהיא שליטה מוחלטת על החפץ או חזקה בקרקע), ועל ידי הצגת בעלות חל בעלות. אם זה הצגת בעלות, אז אין לו מקום ברה"ר, שהרי כל הקניין הוא לבעלות ובעלות על ידי משיכה מופקע משם, מפני אין לקונה רשות שם, ולכן הוא לא יוכל למשוך אותו לרשותו שאין לו שם. אבל אם זה קניין פורמאלי, מעשה קניין, אז ברה"ר יש מחסום שלא נותן לחלות בעלות לחול, אבל עקרונית המעשה קניין שייך, ולכן ניתן להתחייב באונסים על ידו, ולחול חלות שם שואל עליו.

ייתכן ומחלוקת שני תירוצי תוס' תלויה בטיב הקניין שיש לשואל ושוכר בחפץ. מדברי הרמב"ם (שאלה ופקדון א, ה) משמע שיש קניין בגוף החפץ:

<sup>17</sup> אולי זה ספקו של המיוחס לריטב"א שהביא את שיטת התוס' בסוף דבריו, אבל הוסיף המיוחס לריטב"א וצ"ע: "ועו"ל דאע"ג דלענין מקח לא קנה במשיכה ברה"ר אבל בשומרין קניי להתחייב בדיניהן אפילו ברה"ר וצ"ע. תוס"י. האם המיוחס לריטב"א מסתפק אם יש בכלל חיוב ע"י משיכה ברה"ר, או מה טיבו של המשיכה כאן, מעשה משיכה או מדין קניין ערב.

השואל כלי מחבירו וכו' הרי המשאל מחזירו בכל עת שירצה, שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה וכו' ודין הוא הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן ומקבל מתנה קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום, כשם שהנותן כמוכר שאינו יכול לחזור בו לעולם כך המשאל כמושכיר שאינו יכול לחזור בתוך הזמן...

הריטב"א (קידושין מז, ב) חולק ולומד שאין לשואל קניין בגוף החפץ:

מיהו לית הלכתא כרב הונא, אלא כרבי אלעזר דאמר התם וכו' (ב"מ צט, א) כך תקנו משיכה בשומרין, בין בשאר שומרין דלא קנו גופא כלל ואין להם הנאה בגוף הדבר הנפקד ואינם מתכוונים לקנות ומדינא אין משיכה מועלת בהם, בין בשואל דאית ליה הנאה אלא דלא קני גופא כדאמרן, ומדינא לא מהניא משיכה בה אלא דרבנן תקון הכי וכו' הלכך שאלה נקנית במשיכה כדין מתנה והוא הדין למלוה, ואפילו כולה בעינה, ואם קדש בה את האשה אינה מקודשת כרב, מפי מורי רבינו נר"ו.

לפי זה, תוספות בתירוץ הראשון סובר כמו הרמב"ם שיש קניין לגוף החפץ, ממילא צריכים קניין הקונה לבעלות, וזה רק בסימטא. אבל תוס' בתירוצו השני סבורים כמו הריטב"א בקידושין שאין לשואל קניין בגוף החפץ, ויש רק חלות שם שואל גרידא המחייב אותו באונסים ולכן אפשר לעשות את המעשה קניין לזה גם ברה"ר.<sup>18</sup>

מחלוקת זו מתאימה לפירושו של הרב סולובייצ'יק בדין משיכה ברה"ר. לפי הרמב"ם, אין משיכה חלה ברה"ר מפני שהיא מופקעת שם. אבל לפי הריטב"א אין שום קניין ממוני, ולכן אין שום קניין בגוף הכלי או פרה, וממילא יש סך הכל חלות שם שואל ואולי זה כן יחול ברה"ר.

הזכרנו לעיל שהרב זצ"ל למד בפירוש הראשון של הראב"ד, בעניין זכייה, שהקנין בעצמו חשוב תפיסה ומסירה לשואל אף בלי שליחות, זה יועיל ברה"ר בלי הכנסה לרשות השואל. נמצא שקנין בלי הכנסה לרשות השואל מחייב שמירה. הרב קישר את זה לשיטת תוס' כאן, שזה יועיל גם ברה"ר. יש

<sup>18</sup> להרחבת הפירוש בשיטות התוס' ורמב"ם, ראה מאמרי, "בענין קנין בשומרים", מגל, ו (תשמ"ח), עמ' 47-53.

כאן מעשה משיכה או מעשה מסירה שהם מהווים קניין וזה עצמו מחייב את השואל בשמירה.

לפי הפירוש הראשון שהזכרנו מעשה משיכה הוא אכן הכנסה לרשות השואל, אבל לא לבעלות או זכות חזרה, אלא רק לחייב בחלות דין שואל. לפי הפירוש השני של הרב, בשיטת הראב"ד, אין כאן הכנסה לרשות השואל כלל, אלא מעשה קניין בלבד המועיל לחייב את השואל בשמירה.

### **שני תירוצי תוספות ויחסם לשיטות תוספות אחרים בש"ס**

נראה עוד שהמחלוקת בין שני התירוצים בתוס' זהה למחלוקת ר"י וריצב"א בתוס' כתובות, לא (ד"ה וברשות):

והא דאמר בהמוכר את הספינה (ב"ב פד, ב) דאביי ורבא דאמרי תרוייהו דמשיכה לא קניא ברה"ר אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהכא דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי. וריצב"א נראה לו דפליג דהא במרובה (ב"ק עט. ושם) גבי נתנה לבכורות בנו דקתני סיפא איכא נמי למידק כמו שמדקדק כאן והתם לענין משיכה דקנין איירי ללשון ראשון שפ"י שם בקונטי' ואפילו ללשון שני הא מוכח התם בגמ' (סה, א) שאין לגנב להתחייב אלא במשיכה הראויה לקנין.

כלומר, שהר"י חילק בין קניין למכירה שאז משיכה אינו קונה ברה"ר, אבל להחיל שם גנב ולהתחייב באונסים, די במשיכה לרה"ר, ונראה שהוא הדין לחלות שם שומר/שואל, שתועיל לכך משיכה ברה"ר. אבל הריצב"א דורש קניין משיכה גם אצל גנב כמו לבעלות וממילא נראה שהוא הדין לחלות שם שואל, וממילא צריך הקניין משיכה להיות בסימטא. נמצא שהפירוש הראשון של תוס' הוא לפי ריצב"א, ופירוש השני הוא לפי ר"י.

נראה עוד לומר ששני הפירושים בתוס' תלויים במחלוקת בין תוס' בב"ק עט, א לתוס' בסוגייתנו. בהמשך הסוגיה נחלקו רב הונא ורבי אלעזר:

אמר רב הונא: השואל קרדום מתבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו. למאי? אילימא לאונסין - מאי שנא פרה דמשעת שאילה? אלא לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה... ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים...

אין תקנת משיכה במקום "שעת שאילה", אלא התקנה היא ביחס לשעת החזרה, שמהתורה משהשתמש בחפץ המושאל ("בקע בו") המשאיל אינו יכול לחזור בו, ובא רבי אלעזר ואמר שיש תקנה, שמשעת המשיכה אינו יכול לחזור בו, וכן הוא הפשט בברייתא בסוף הסוגיה. כך למד תוס' ד"ה כך :

כך תקנו משיכה בשומרים. לא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פ' האומנין (פ,ב) דהנח לפני שומר חנם והוא הדין ש"ש בגניבה ואבידה ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה<sup>19</sup> וליכא למימר דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא קנו מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכו'.

לסיכום, לפי תוס' בב"מ, משיכה קונה לחול חלות שם שואל ושוכר מן התורה, ולשומר חנם ולשומר שכר מספיק הנח לפני, ותוס' לא חילק במשנה בין הנח לפני ברה"ר או במקום אחר. כך גם למד המאירי (ב"מ פ,ב), שהעמיד את הדין של הנח לפני ברה"ר, בדיונו שם איך ואיפה הנח לפני חל, הוא למד שזה חל גם בשוק שהוא רה"ר ואין לו דין סימטא :

...ולא יראה כן שהרי בגמרא פירשה אף בשאמר לו כך בשוק וכמו שאמרו בסוגיית הגמרא אבל בשוקא דלאו בר נטורי הוא וכו' ומתוך כך יראה לפרשה בשמשכה והוצרך לאמרה שלא להסתלק מדין שמירה בהנח לפני כמו שנסתלק בהנח סתמא אע"פ שמשכה אח"כ או בהנח לפניך ובהא ביתא קמך...

ראה עוד דברי ר"י מלוניל שפירש במשנה שמדובר ברה"ר.

לעומת זאת הסוגיה במסכת ב"ק (עט,א) למדה, שתקנת משיכה היא לחייב את השומר בדיניו כפי שמשמע מהמשנה שם. וכך נשמע מדברי הגמרא שם :

בעי אמימר : תיקנו משיכה בשומרים או לא? אמר רב יימר, ת"ש : נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו, לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר, היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים - פטור ; מאי לאו שומר, וש"מ : תיקנו משיכה בשומרין. אמר ליה : לא, גנב... וש"מ : תיקנו משיכה

<sup>19</sup> עיי' משך חכמה, שמות, כב: יג: "וכי ישאל איש מעם רעהו. נתקו הכתוב השואל מכלל השומר ואמרו ענין לפני עצמו, "מעם רעהו" - מגיד שאינו חייב עד שיוציאו חוץ לרשותו, מכילתא (טז,ט). ונפלא הדבר לשיטת תוס' פ' השואל צט,א ד"ה כך תקנו, דשואל שאני משאר השומרים, דשאר שומרים ב'הנח לפני חייב, ושואל דוקא במשיכה. ולכן בעי שיוציאו מרשות בעלים, ולכן נתקו מכלל השומר, שיהיה "מעם רעהו" דוקא".

בשומרין, ש"מ. איתמר נמי, אמר ר' אלעזר: כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין.

פשטות הסוגיה עוסקת בחלות שם שומר שחל במשיכה, וכן פרש"י: "תיקנו משיכה בשומרים - שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך". כך גם משמע מדברי תוס' שם:

תיקנו משיכה בשומרין או לא - הא לא מבעי ליה אי משעת משיכה [או משעת מלאכה] מתחייבים כל חד וחד כדיניה שומר חנם בפשיעה ושומר שחר בגניבה ואבידה ושואל באונסין דפשיטא דמשעת משיכה מתחייבים דאם לא כן מאימתי...

משמע מתוס' בב"ק, שלפי המשנה בב"מ משיכה היא המחייבת את דיני שומרים ודי במעשה המשיכה כדי לחייבם בדיני שומרים. אךן פשטות הסוגיה בב"ק עולה, שהמחייב בשומרים הוא מעשה המשיכה, וכן למד רש"י הנ"ל, וכן משמע מדברי הרא"ש בב"ק, (פ"ז יא):

איתמר נמי אמר רבי אלעזר כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. ומשעת משיכה נתחייבו כל אחד כדינו. שומר חנם בפשיעה וש"ש בגניבה ובאבידה ושואל באונסין.<sup>20</sup>

אם שומר חנם מתחייב רק ע"י משיכה, כיצד תתפרש המשנה ב"מ פ,ב (הנח לפני מחייב שומר חנם). כמו כן הערנו לעיל שרש"י בב"מ צד, א למד שמשיכה היא המחייבת השומר חנם. לכן נראה שכולם לומדים כמו שפירש הראב"ד (ודבריו הובאו בשטמ"ק):

מתניתין: הנח לפני שומר חנם. איכא דמקשו כי אמר לו הנח לפני נמי אמאי חייב והא לא משך ואמרין בפרק מרובה שתקנו משיכה בשומרים. ולא קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא דהויה משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי...

נמצא שרק משיכה קונה בשומר חנם וש"ש, והנח לפני הוא סוג של משיכה, וכן הכישה במקל. וזה דעתו של תוס' בפירוש הראשון.

<sup>20</sup> את הסתירה בעניין משיכה בשומר חנם וש"ש בדברי התוס' אפשר לדחות וללמוד שיש מחלוקת בין התוס', אם לא לדחוק ולומר שכל התוס' סבורים כמו הראב"ד בפירוש למשנה בב"מ פ,ב, דבר שנראה לי דחוק מאד, אבל ברור שאי אפשר לומר מחלוקת בין דברי הרא"ש בב"ק לבין דבריו בב"מ, וצ"ע.

אולם תוסי' בב"מ ד"ה כך, לומד שבשומר חנם אין צורך במעשה משיכה, ודי בהנח לפני, ולכאורה זה יועיל גם ברה"ר וכפשטות המשנה וכנ"ל. ונראה שההסבר הוא כמו הרא"ש בב"מ הנ"ל: "דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה. כדאיתא לעיל בפרק האומנין (פ,ב) דהנח לפני הוי שומר חנם. והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה." ודין זה הוא על פי הסברה: "מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה". אמנם הרא"ש אומר כך אף בשואל ובשוכר [וסתר משנתו מבי"ק, וצ"ע], אבל בזה תוסי' בב"מ חולק, ולומד שמשיכה דווקא קונה מן התורה בשואל וכן בשוכר.

ניתן להוסיף הסבר לחילוק שבין שואל ושוכר. מצד אחד צריך מעשה קניין להחיל את השם שומר לבין שומר חנם ושומר שכר שלא צריכים מעשה קניין זה על פי דברי מו"ר הגריד"ס בשיעוריו לפרק מרובה שיעורים ב"ק, ח"ב, בעריכת הרב רייכמן):

שיטתם [של תוסי' בב"מ] שש"ח וש"ש מתחייבים באחריות משעת קבלת השמירה על עצמם ואילו שואל מתחייב באונסים רק במשיכה. ובפשטות סוברים דשואל שאני משומרים דעלמא כי השואל חייב באונסים מחמת קנין השאלה שיש לו בחפצא ולא מחמת התחייבות בעלמא ולפיכך צריך לעשות קנין משיכה כדי להתחייב באונסין.

נוסיף עוד, שלפי תוסי' בב"מ תקנת רבי אלעזר היא לעניין חזרה, ולמעשה כך למד תוסי' בב"ק בהמשך דבריהם:

אלא אור"י דמבעי ליה בשואל ושוכר אי מצי משאיל ומשכיר למיהדר ביה אפי' משך עד שיתחיל במלאכה או לא וכו'.

לסיכום, במשנה בב"ק בשואל ובשוכר צריך קניין שלם שאינו יכול לחזור בו. בכל מקרה משמע מדברי תוסי' בב"ק שש"ח ושש"ש נעשים שומרים מדאורייתא על ידי משיכה (שהרי הביאו אותה ראייה מדברי רב הונא: "אי לאונסים מ"ש פרה דמשעת שאלה") שהרי כלל את כל השומרים ביחד,<sup>21</sup>

<sup>21</sup> יש להסתפק אם לפי תוסי' בב"ק האם דין משיכה לחלות שם שומר הוא מהתורה או מדרבנן. האם הם למדו כמו רש"י בב"ק שתקנת החכמים גם שייך לזה, ויש חידוש נוסף שגם תקנו לעניין חזרה [וכן אפשר ללמוד שיש תקנה קדומה מזמן המשנה שמשיכה קונה לחייב את השומרים בדיניהם, וכעת דנה הגמ' אם תקנת משיכה חלה גם לעניין חזרה], או מן התורה משיכה קונה בכולם, וכל שאלת הגמ' היא רק לעניין חזרת המשאיל והמשכיר, ונראה שלפי תוסי' בב"ק משיכה קונה בכל השומרים מהתורה.

לעומת תוס' בב"מ שמשמע שבש"ח וש"ש "הנח לפני" לבד סגי לחייב את השומר בדיני שומרים.<sup>22</sup> לפי תוס' בב"מ רק בשואל או בשוכר, משיכה קונה מדאורייתא כדי לחול דין שואל ושוכר, ייתכן שכשם שהנח לפני חל גם ברה"ר כך גם משיכה, ותוס' למד זאת מפני שלא נראה להם שיש לחלק בחלות דין השומרים ממקום למקום, וממילא כולם יחולו גם ברה"ר. אמנם תוס' לומד שיש כאן מעשה משיכה ממש כקניין, ולא מצד סילוק שמירת המשאיל כשיטת הרא"ש הנ"ל, שכן לפי תוס' צריך מעשה משיכה כי משיכה קונה עבור אונסים ולהחיל שם שומר אפילו ברה"ר וכנ"ל.

נראה להעמיק עוד בתפקיד המשיכה ברה"ר, לפי תוס' בתירוץ השני. עד עכשו הסברנו שצריכים קנין משיכה באופן פורמלי ליצירת קנייני שאלה, וכך משמע מדברי הגריד"ס בשיעורי בב"מ. העיר ידידי ר' יעקב פלומנהפט שיש שני חלקים לקניין משיכה: הוצאה מרשות הבעלים והכנסה לרשות המושך. על פי הערתו יש מקום לומר, שהמחלוקת בין שני פירושי תוס' היא אם אפשר לפצל את קניין משיכה לשני חלקים כנ"ל, או האם רק האפשרות של כניסה לרשות המושך הוא שמושך את דבר הנקנה מרשותו של הבעלים. לפי פירוש זה, משיכה יכולה לפעול רק בסימטא, הן במכר והן בשומרים. אבל אם אפשר לפצל אותו, אז בשומרים שדי להוציא את החפץ מרשות המשאיל, במשיכה יחול שם שומר, כמו הנח לפני דבסילוק הבעלים נעשה שומר, ואילו בשואל שיש קנייני שאלה, לא די בסילוק המשאיל, אלא צריך קניין פורמאלי, והוא קניין המשיכה שמוציא את החפץ מרשות הבעלים. נמצא שלפי הרא"ש די בסילוק המשאיל מצד המשאיל בלבד, ולפי תוס' צריך מעשה קניין להוציא החפץ משמירת הבעלים. נמצא ששואל יש לו רוב

<sup>22</sup> וצ"ע לפי תוס' אם בהנח לפני המפקיד אינו יכול לחזור בו אם סיכם לשלם סכום גדול לשומר שכר, ואמר הש"ש, הנח לפני, לכאורה בקבלת השמירה, אין המפקיד יכול לחזור מן ההסכם הזה, וצ"ע. ראה מחנה אפרים שומרים יח, אם השומרים בעצמם יכולים לחזור בהם. אמנם ראה ערוה"ש חו"מ רצא, יט: "והבעלים ודאי דיכולים לחזור בהם וגם בשומר שכר אם משלם לו שכרו עד הזמן שקבע ואין השומר יכול לכופו לשמור דוקא דהזמן הוא לטובת בעה"ב כמ"ש בסי' עדי", אמנם מכיוון שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, מה דינו אם עדיין לא שילם המפקיד, האם הוא יכול לחזור בו? וע"ע פתי"ש חו"מ רצג, ב. כל זה בשומר חנים, אבל בשומר שכר שמפסיד את שכרו, אולי המפקיד אינו יכול לחזור בו כבר מ"הנח לפני"; מו"ר הרב זצ"ל ששאל על התוס' בב"ק עט, א ד"ה תיקנו: מה הדין בשאר שומרים? והציע שתי אפשרויות: ייתכן ובשאר שומרים יש חזרה לעולם, וכדברי ערוה"ש, ואח"כ הציע שבשאר שומרים זה דבר פשוט שמשיכה קובעת אי-חזרה, שהרי ליכא מלאכה אחר כך (וממילא גם רב הונא יודה לזה), אלא זה רק לפי התוס' בב"ק, אבל לפי תוס' ב"מ שבשאר שומרים הנח לפני מועיל, מה הדין בחזרה לפי זה, ועדיין צ"ע.

השימושים בחפץ וקנייני שאלה, צריך מעשה קניין לקבלת השמירה והוא על ידי הוצאת החפץ משמירת המשאל וקבלת השמירה על ידו.<sup>23</sup>

היה עוד מקום לומר, שתפקיד המשיכה בשואל הוא להוסיף גמירות דעת. באמירת הנח לפני שומר חנם מקבל על עצמו חלות שם שומר, אבל בשואל שיש קנייני שאלה, לא די באמירה בלבד, אלא צריך מעשה להוסיף גמירות דעת, וזו המטרה של המשיכה, ולכן זה מועיל גם ברה"ר. אולי זו כוונת תוס' ר' פרץ הנ"ל – אין כאן קניין ערב, אלא גמירות דעת לקבל חיובי שמירה. לפי הרא"ש אין צורך במעשה לגמירת דעת ודי בסילוק שמירת הבעלים על פי ציווי השומר, ולדעת תוס' כך הדין בשומר חנם ושומר שכר, אבל מכוון שיש קנייני שאילה שחלים על השואל יש צורך בתוספת לגמירות דעת שהוא קיבל את דיני שואל וזהו המעשה משיכה שגם חל ברה"ר.

המכנה המשותף בשני ההסברים הוא, שמשיכת שואל דומה ל"הנח לפני" אלא שצריך יותר כוח כדי להחיל שם שואל, ולכן לתוס' כולם חלים ברה"ר. אולם יש נפקותא בין שני ההסברים. לפי ההסבר הראשון, יש קניין פורמאלי המוציא את החפץ מרשותו של המשאל, וכך השואל יקבל על עצמו חלות שם שואל. לפי הפירוש השני, עצם קבלת השמירה מחייב את השואל, אך חסר בגמירת הדעת שלו, ומטרת המשיכה לגמירות דעת. לפי זה, ייתכן וגם קניין סודר או אפילו קניין ערב יכול לספק את גמירות הדעת הדרושה להחיל שם שואל. לפי זה יש תוספת הסבר לפירוש שלנו בדברי הריטב"א הנ"ל.

לסיכום, תוס' ד"ה כיון בתירוץ הראשון שהעמיד את המשיכה בסמטה לומד שכל השומרים צריכים משיכה, וכולם צריכים משיכה לסמטה, וממילא הוא הדין בהנח לפני שזה בסימטא, ותוס' למד כמו רש"י לעיל צד, א וכן כמו הראב"ד, והמקור הוא פשטות המשנה וסוגיה בב"ק עט. תוס' בתירוץ השני למד, שהנח לפני הוא קניין מיוחד עבור ש"ח וש"ש, ומועיל אף ברה"ר, וקניין משיכה הוא הקונה לחלות שם שואל ושוכר מן התורה, וממילא אפשר שהוא קונה אף ברה"ר, כמו הנח לפני, אבל טיב הקניין שונה ביניהם.

<sup>23</sup> ראה עוד דברי הגרמ"ח דימנטמן, "גדרי קנין משיכה", אבני משפט, ג, טבת תשס"ד, עמ' 9-13.

**הרב דוד בגנו**  
ר"מ במכון הגבוה לתורה  
אונ' בר-אילן

## **היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות** (בבא מציעא קא,א)

### **ראשי הפרקים**

- א. הקדמה
- ב. שיטות הראשונים – טענת "טול עציך ואבניך"
- ג. ביאור מחלוקת הראשונים
- ד. מעמד היורד מול בעל הקרקע
- ה. יסוד המחלוקת - חובת הנאה ותשלומין בניגוד לרצונו
- ו. טענת "טול עציך ואבניך"
- ז. מחלוקת הרמב"ן והריטב"א כנגד הרא"ש – שדה העשויה ליטע
- ח. דין התורה אצל רב
  1. פירוש טענת "לא בעינא"
  2. באיזו שדה מדובר? מחלוקת הרמב"ן והרא"ש
  3. פירוש בעה"מ דין התורה
  4. שיטת הרמב"ם – כרמב"ן ודעימיה או כרא"ש?
- ט. הנימוק לסירוב לשלם עבור הנאה בניגוד לרצונו
- י. שיטת הרמב"ם – צריך הצדקה או לא?
- יא. הנאה שאי אפשר ליטול בחזרה
- יב. הצעה לביאור דברי הרמב"ם
- יג. סיכום

### **א. הקדמה**

הגמ' במסכת בבא מציעא בדף קא דנה במקרה שאדם השביח את נכסי חברו בלי רשותו, ומגדירה את החיובים והזכויות של בעל הקרקע והיורד.

זה לשון הגמ':

איתמר, היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, אמר רב: שמין לו, וידו על התחתונה. ושמואל אמר: אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. אמר רב פפא: ולא פליגי; כאן - בשדה העשויה ליטע, כאן - בשדה שאינה עשויה ליטע..

איתמר, היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו: עצי ואבניי אני נוטל, רב נחמן אמר: שומעין לו, רב ששת אמר: אין שומעין לו.. מאי הוי עלה? - אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן - בבית שומעין לו, בשדה - אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא - משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי: משום כחשא דארעא. מאי בינייהו? איכא בינייהו חוצה לארץ.

הגמ' מתייחסת לשני הצדדים הנידונים - בעל הקרקע והיורד (הן כלפי נטיעה והן כלפי בניית חורבה).

כלפי בעל הקרקע - הגמ' דנה כמה עליו לשלם ליורד, ומחלקת בין שדה העשויה ליטע (שמואל) לשדה שאינה עשויה ליטע (רב).

כלפי היורד - מובאת הטענה "עצי ואבניי אני נוטל", והגמ' דנה אם שומעים לו או לא.

מפליא הדבר שלא נזכרה כלל טענת "טול עציך ואבניך" מצד בעל הקרקע.

נראה אולי שזו הזכות הבסיסית ביותר של בעל הקרקע, לדרוש מהיורד לסלק את עציו ואבניו, ולא להתחייב לשלם לו מאומה. מדוע טענה זו לא מופיעה בסוגיא?

הראשונים נחלקו בשאלה, האם יכול בעל הקרקע לסרב לקבל את ההנאה או לא, ובאלו מקרים. ננסה לבאר את מחלוקתם.

### **ב. שיטות הראשונים - טענת "טול עציך ואבניך"**

נחלקו הגאונים והראשונים האם, ועד כמה יכול בעל הקרקע לטעון טענה זו: זה לשון הרי"ף (נח, ב):

ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתבתא דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבניי אני נוטל שומעין לו הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך

שומעין לו אבל אי שביק ליה בעל בנין ואזל ליה וחזינן לבעל קרקע בתר הכי דקא גדר ומנטר ליה מחייבינן ליה בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה כי ההוא דאתא לקמיה דרב וכו'.

והאי טעמא טפי עדיף ומסתבר מההוא טעמא דכתבני בספר מקח וממכר דלא יהא אלא ספק הא קי"ל דספק ממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע וכל שכן דטעמא דמסתבר הוא.

הרי"ף מציין שנחלקו בכך הגאונים: רב האי גאון (דבריו מופיעים בספר המקח והממכר שער ז אות יח) סבר שבעל הקרקע אינו יכול לטעון "טול עציך ואבניך", ואילו מהשיבה שלחו שיכול לטעון.

דעתו של הרי"ף נוטה לפסוק כפי ששלחו מהשיבה משני טעמים: א. כיון שטעם זה מסתבר. ב. אפילו נאמר שיש לפנינו ספק כפי איזה שיטה לפסוק – ספק ממונא לקולא, ואין בעל הקרקע צריך לשלם.

בדעת רה"ג צידד בעל המאור, ובדעת הרי"ף צידדו הרמב"ן, הרשב"א, הרמב"ם והרא"ש.

טענת בעה"מ היא ש"אין לנו לחלוק אלא במה שחלקו בו הגמרא", וכיון שהגמ' רק הזכירה חילוק זה בהקשר ליורד ("עצי ואבני אני נוטלי") ולא בהקשר לבעל הקרקע – אין לך בו אלא חידושו.

לעומתו, טענו הרמב"ן, הרשב"א והרא"ש שחילוק זה מופיע בגמ' במסגרת דין התורה שהתרחש אצל רב. הדברים יורחבו בהמשך, בע"ה.

נקדים כעת, שגם במחנה המצדדים בשיטת הרי"ף אין הסכמה מוחלטת:

הרמב"ן והרשב"א סברו שטענת "טול עציך ואבניך" מתקבלת רק בשדה שאינה עשויה ליטע, ולא בשדה העשויה ליטע.

זה לשון הרמב"ן:

וכן דעת רבינו הגדול (=הרי"ף) דלמריה ארעא שומעין לו אם אמר טול עציך ונטיעותיך ואבניך בין בבית בין בשדה.. שומעין לו בכלן, ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה.

אולם הרא"ש סבר שהטענה מתקבלת בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע.

זה לשון הרא"ש (ח, כב) :

והא דאמר בשדה העשויה ליטע אומדים כמה אדם וכו' ובשאיך עשויה ליטע ידו על התחתונה היינו כשבעל השדה רוצה לקיים הנטיעות בשדהו. אבל אם אינו רוצה לקיימם אומר לו קח נטיעותיך ולך אפ"י בשדה העשויה ליטע.<sup>1</sup>

### ג. ביאור מחלוקת הראשונים

ראשית, עלינו להבין מה הסברא שנחלקו בה הראשונים?

נראה ברור מתוך דברי בעה"מ, שגם הוא מסכים ששייך לטעון "טול עציך ואבניך" כאשר אין לבעל הקרקע הנאה מהנטיעות. זה לשונו :

אבל ודאי היכא דהוי ההוא בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו כההוא בנינא – כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עציך ואבניך דהא לא מהני ליה ולא מידני.

המקור לכך בגמ' בכתובות פ, א – בעל שהוריד אריסים לקרקע של נכסי מילוג, הוציא ואכל ("מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל"), התגרש מאשתו, וכעת האריסים דורשים את שכרם. האם על האשה לשלם להם או לא?

מסיקה הגמ' שאם הבעל אינו יכול לתפקד כאריס – האשה צריכה לשלם להם את שכרם (כיון שהיתה שוכרת בעצמה אריסים), אך אם הבעל יכול לתפקד כאריס – אינה צריכה לשלם להם כיון שאין לה הנאה, דבעלה היה עושה כן בכוחות עצמו.<sup>2</sup>

נמצא, שטענת רה"ג ובעה"מ כלפי בעל הקרקע היא – נהנית! לכן, עליך לשלם.

א"כ, צריך עיון, מה סברו שאר הראשונים כלפי טענה זו?

נראה שמחלוקתם תלויה במחלוקת נוספת, כדלקמן :

### ד. מעמד היורד מול בעל הקרקע

כמה משלם היורד שלא ברשות? בגמ' מובאות שתי דעות :

<sup>1</sup> גם הרמב"ם (גזילה ואבידה י) סבר כרי"ף שיכול לטעון "טול עציך ואבניך", אך לא ברור אם סבר כרמב"ן והרשב"א או כרא"ש (עין לקמן). נדון בדבריו, בע"ה, בהמשך.

<sup>2</sup> גמ' זו הובאה להלכה בדברי המרדכי בסוגייתנו (רמז שפא).

רב: "שמין לו וידו על התחתונה". שמואל: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה".

רב פפא מסיק שאין כאן מחלוקת אלא רב דיבר על שדה שאינה עשויה ליטע, ושמואל – על שדה העשויה ליטע.

נחלקו הראשונים בפירוש שומא זו:

רש"י פירש (והסכימו עימו הרי"ף, הרמב"ן, הרא"ש ועוד) ש"ידו על התחתונה" היינו שבין ההוצאה והשבח – יקבל את הפחות שביניהם. ולפי זה, "ידו על העליונה" (לשון רב בהמשך, המובנת בהקשר לשדה העשויה ליטע – כדינו של שמואל<sup>3</sup>) היינו שבין ההוצאה והשבח – מקבל את היתר שביניהם, דהיינו, מקבל יותר מהוצאתו.

וכן פירש רש"י (שם) שמשלם לו "כמנהג שתלי העיר".

בעה"מ הקשה על דבריו:

היכן מצינו יורד שלא ברשות ב"ד ושלא ברשות בעלים שיהא נוטל בשבח היתר על ההוצאה, וכן (נראה שצריך לומר: "וכי") מי עשאו לזה אריס או שתלא?

לכן, פירש בעה"מ שבכל מקרה אין היורד מקבל יותר מאשר את ההוצאות שהוציא. אלא שיש חילוק באופן שומת ההוצאות:

בשדה שאינה עשויה ליטע – שמין כמה מוציאים עבור הנאה מפועלים זולים ופשוטים, ונותנים לו.

בשדה העשויה ליטע – שמין כמה מוציאים עבור הנאה מפועלים טובים ויקרים, ונותנים לו.<sup>4</sup>

הריטב"א (שפירש כרש"י) נזקק לקושית בעה"מ מ"ידו על העליונה", ויישב:

דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי ניחא להו במאי דעבד וכאילו ירד מדעתם דמי.

<sup>3</sup> אמנם, עיי' בריטב"א בשם רבנו פנחס הלוי שפי' באופן אחר – "ידו על העליונה" לבחור אם לעקור את העצים או לקבל שכר, והריטב"א הסכים עימו. גם הנמו"י הביא שיטה זו.

<sup>4</sup> בדומה לעיקרון זה פירש רה"ג: "ידו על התחתונה" היינו שאם נחלקו כיצד לשום – שמין לו כדעה ששמה בערך הפחות ביותר. ו"ידו על העליונה" היינו ששמין לו כדעה ששמה בערך היקר יותר. אך בכל מקרה אין נותנים לו יותר מהוצאותיו.

ובנוסף מעט שונה, אפילו בלי להזדקק לשתיקת הבעלים, כתב הרמב"ן :  
ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי  
ועדיף מינה.

נמצא, לשיטת הרמב"ן והריטב"א, שהסיבה לחייב את היורד היא משום  
שנחשב למפרע כ"שלוחו" של בעל הקרקע. לכן, שייך לחייב את בעל הקרקע  
"כמנהג שתלי העיר". בניגוד לשיטת רה"ג ובעה"מ שלא ראו ביורד מעולם  
"שליח" אלא בשה"כ "גורם הנאה" לבעל הקרקע. לכן, לעולם לא יקבל  
כ"שלוחו" אלא רק את הוצאותיו.

כל זה בשדה העשויה ליטע.

כיצד יוגדר היורד בשדה שאינה עשויה ליטע?

לרה"ג ובעה"מ – ודאי שלא יוגדר כ"שליח" אלא בשה"כ גורם הנאה.

לרמב"ן ולריטב"א – אפשר לומר שהם יודו לרה"ג ובעה"מ שסיבת התשלום  
היא רק משום ההנאה שנגרמה על-ידיו לבעל הקרקע (שהרי כאן ודאי שבעל  
הקרקע לא היה עושה כן בעצמו), ולכן, ידו על התחתונה. אך אפשר לומר  
שגם כאן סיבת החיוב אינה רק משום ההנאה גרידא אלא משום שנחשב כעין  
"שליח" של בעל הקרקע, בתנאים פחות טובים מ"שתלי העיר".

#### ה. יסוד המחלוקת – חובת הנאה ותשלומין בניגוד לרצונו

ביאור הדברים :

עובדה קיימת היא שבעל הקרקע קיבל "אילנות טובים ליהנות בהם בני  
אדם", אך הנאה זו "נכפתה" עליו ע"י היורד, שלא ברצונו.

האם ניתן לחייב אדם ליהנות בעל-כורחו?

כמדומני, שבנקודה זו נמצא שורש המחלוקת בין הראשונים :

רה"ג ובעה"מ סברו שכיון שסוכ"ס נהנה, וההנאה היא עובדה ברורה  
ומוגמרת – עליו לשלם.

אין לחפש הגדרה נוספת מעבר ל"הנאה" אצל היורד כיון שודאי שבעל  
הקרקע לא שלחו ומסתבר שמלכתחילה לא היה מסכים לכך, אך העובדה  
היא שנהנה.

לכן, רמת התשלום בהתאם – לא יותר מההוצאות בצורה זו או אחרת.

הרמב"ן והריטב"א סברו שאי אפשר לחייב אדם ליהנות ולשלם על כך בעל כורחו. ובלשונו של בעל נתיבות המשפט (סי' שעה ביאורים ס"ק ב): "יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה"<sup>5</sup>.

א"כ, מדוע חז"ל חייבו את בעל הקרקע לשלם?

על כורחנו, משום שיש מידה של התרצות למפרע של בעל הקרקע במעשה הנטיעה של היורד.

אלא שיש הבדל בין מידת ההתרצות בשדה העשויה ליטע לבין שדה שאינה עשויה ליטע:

בעשויה ליטע – ההתרצות מלאה. אם היורד לא היה עושה כן, מסתמא, בעל הקרקע היה עושה זאת בעצמו ושוכר שתלים. לכן, עליו לשלם לו כמנהג שתלי העיר.

באינה עשויה ליטע – ההתרצות חלקית. אמנם, בעל הקרקע לא היה עושה כן מלכתחילה (אלא כנראה היה זורע שם תבואה וכדומה), אך לאחר מעשה – מסתבר שהתרצה בהנאה זו.

#### ו. טענת "טול עציך ואבניך"

לפי זה, טענת "טול עציך ואבניך" מקבלת פירוש שונה לפי השיטות השונות:

לרה"ג ובעה"מ – פירוש הטענה "לא נהניתי". שכן סיבת החיוב היא משום ההנאה גרידא.

אך לרמב"ן, ריטב"א והרא"ש – פירוש הטענה "לא התרציתי לקבל הנאה זו". לא די בכך שנהניתי כדי לחייב אותי אלא צריך גם את ההתרצות שלי לקבל את ההנאה.

הנפק"מ מפירושים אלו היא – האם, ועד כמה ניתן להשתמש בטענת "טול עציך ואבניך"?

לרה"ג ובעה"מ: לא ניתן להשתמש בטענה זו כלל, שכן נהנה בפועל. המצב היחיד הוא רק כאשר יוכיח בעל הקרקע שלא נהנה כלל (כדברי בעה"מ לעיל).

<sup>5</sup> דבריו ידונו בהרחבה בהמשך המאמר.

אך לרמב"ן, לריטב"א ולרא"ש: ודאי ששייך יותר להשתמש בטענה זו, אפילו אם ברור שבעל הקרקע נהנה, שכן אינו מעוניין לקבל הנאה זו.

#### ז. מחלוקת הרמב"ן והריטב"א כנגד הרא"ש – שדה העשויה ליטע

הרמב"ן והריטב"א הסכימו לשימוש בטענת "טול עציך" בשדה שאינה עשויה ליטע. אך בשדה העשויה ליטע – סברו שניהם שאי אפשר לטעון "טול עציך". לעומתם, הרא"ש (שג"כ פירש על דרך הרי"ף) טען שאפשר לטעון "טול" אפילו בשדה העשויה ליטע, וכל הנידון בסוגיא – כמה עליו לשלם – הוא רק לאחר שהתרצה לקבל את ההנאה.

ביאור שורש מחלוקתם תלוי בהבנת דין התורה שהתרחש אצל רב:<sup>6</sup>

#### ח. דין התורה אצל רב

זה לשון הגמ':

דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שום ליה! - אמר ליה: לא בעינא. - אמר ליה: זיל שום ליה, וידו על התחתונה. - אמר ליה: לא בעינא. לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה. - אמר ליה: גלית אדעתך דניחא לך - זיל שום ליה, וידו על העליונה.

הויכוח אינו מובן:

כיצד מקבל רב פעם אחר פעם את טענת "לא בעינא" ומשנה בעקבותיה את פסק הדין?

ובפרט, שבפשוטו, נראה שטענת "לא בעינא" משמעה סירוב לקיום פסק הדין! לא מסתבר כלל שרב ישנה את הפסק רק משום שהנתבע אינו מוכן לציית לדבריו.

עוד יש לברר, באיזה סוג שדה מדובר? – מדברי רב בפעם השניה ("וידו על התחתונה") משמע שמדובר באינה עשויה ליטע, אך א"כ, מדוע לא אמר זאת לנידון כבר מתחילה?

---

<sup>6</sup> שממנו הסיק רב פפא שדברי רב ("שמין לו וידו על התחתונה") נאמרו בשדה שאינה עשויה ליטע.

ראשית, נטפל בשאלה הראשונה :

### 1. פירוש טענת "לא בעינא"

רש"י פירש, שטענת "לא בעינא" עניינה – איני חפץ בנטיעתה. שדה לבן היתה לי.

ברור לפי"ז, מדוע רב אמר לו מייד אח"כ "זיל שום ליה וידו על התחתונה", שהרי אמר ששדהו אינה עשויה ליטע.

אך א"כ, מה פירוש הטענה החוזרת "לא בעינא"?

רש"י אינו מוסיף הסברים, ומכאן עולה שזו אותה טענה בדיוק! ומכוח טענה זו שתק רב ולא חייב אותו לשלם עד שגדרה מעצמו.

כלומר, רב שמע בתחילה מדבריו שלא היה נוטע את השדה מעצמו. אך חשב שמ"מ התרצה לאחר מעשה בהנאה זו (התרצות חלקית), ולכן חייב אותו לשלם כש"ידו על התחתונה". אולם כוונת בעל הקרקע היתה שלא התרצה בכך כלל כיון שמעוניין לזרוע בה תבואה. לכן, לא חייב אותו רב לשלם.

אע"פ שמסתבר שנהנה, אינו מחוייב לקבל הנאה זו בעל-כורחו, וזכותו לסרב לשלם.<sup>7</sup>

### 2. באיזו שדה מדובר? מחלוקת הרמב"ן והרא"ש

רוב הראשונים סברו שמדובר בשדה שאינה עשויה ליטע מכוח דברי רב "זיל שום ליה וידו על התחתונה". על "שדה העשויה ליטע" לא היה דיון בכלל.<sup>8</sup>

אולם הרא"ש הקשה ע"ז שתי קושיות :

1. א"כ, נמצא שרב חוזר על עצמו פעמיים (שכן כבר בתחילה צריך לפרש בדבריו "ידו על התחתונה")?
2. כיצד יתכן שמכוח הגידור יצטרך לשום לו וידו על העליונה? הרי זו שדה שאינה עשויה ליטע?

<sup>7</sup> רואים מכאן, לכאורה, שאינו יכול סתם לטעון שאינו מעוניין בהנאה, אלא רק אם יש הצדקה לטענתו (שמעוניין לזרוע שם דבר אחר). עיין עוד ברא"ש (אות כג) שג"כ סבר שרק אם יש הצדקה לטענתו – זכותו לסרב (כגון: מצב כלכלי קשה וכד'), אך אם "תואנה הוא מבקש.. לא נקבל את טענתו, ויצטרך לשלם. הדברים ידונו, בע"ה, בהמשך.

<sup>8</sup> ופשיטא שאינו יכול לטעון "טול עציך ואבניך", כדלקמן.

הרמב"ן יישב את הקושיא הראשונה וטען שרב לא ידע אם השדה עשויה ליטע או אינה עשויה ליטע, ולכן, אמר לו "זיל שום ליה" בלי פירוט. ולאחר שאמר לו "לא בעינא" – הבין מדבריו שאינה עשויה ליטע, ופסק לו "ידו על התחתונה".

כלפי הקושיא השניה של הרא"ש – נראה שהרמב"ן סבר שהפתרון נמצא בגוף המעשה:

כשבעל הקרקע אמר "לא בעינא" בפעם השניה הבין רב שאינו מעוניין כלל בהנאה זו. וממילא, רב איפשר לו לעקור את העצים. כיון שכך, עצם העובדה שהיה יכול לעקור את העצים, ואעפ"כ, בחר לגדור את השדה – מראה את התרצותו המלאה במעשהו של היורד.

וכך גם כתב רש"י: גלית אדעתך דניחא לך – ועשיתה שדה העשויה ליטע וידו על העליונה.

נמצא, לפי הרמב"ן ודעימיה, שבכוח ההתרצות להפוך שדה שאינה עשויה ליטע ל"עשויה ליטע", ולחייב את בעליה לשלם ערך מלא כמנהג שתלי העיר.

ממילא, על אחת כמה וכמה שבשדה שמצד עצמה "עשויה ליטע" – ישלם לו כמנהג שתלי העיר, שהרי דרך העולם לנטוע בה אילנות ולא רק ריצוי חריג של אדם פרטי, וכלשון הרמב"ן – דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה. אפילו אם אותו אדם יצווח שאינו מעוניין בכך – בטלה דעתו אצל כל אדם. לכן, בשדה העשויה ליטע – אין שומעין לו.

אך הרא"ש חלק על זה. לדעת הרא"ש צריך התרצות משמעותית יותר. אין בכוח הגידור להפוך שדה שמצד עצמה אינה עשויה ליטע ל"עשויה ליטע".

המעשה התרחש בשדה העשויה ליטע, ולכן, רב אמר לו "זיל שום ליה" (והכוונה: "ידו על העליונה"). אלא שאפילו בשדה שכזו זכותו של בעל הקרקע לומר: "איני מתרצה בכך". ובאמת, רב קיבל את טענתו (בתחילה חשב רק שאינו מעוניין לשלם לו כשידו על העליונה, ולאחר שחזר שנית על טענתו – הבין רב שאינו מעוניין כלל בהנאה זו, ולכן, קיבל את טענתו).

הגידור רק החזיר את החיוב המקורי למקומו ("ידו על העליונה") כיון שהשדה במקורה עשויה ליטע, ונמצא, שההתרצות מלאה.

לפי זה, גם ב"שדה העשויה ליטע" אפשרית טענת "טול עציך ואבניך". רק לאחר הריצוי ניתן לחייבו לשלם ליורד כשתלי העיר.

בקצרה, לדעת הרמב"ן ודעימיה, דין התורה עוסק ב"שדה שאינה עשויה ליטע", ודווקא שם שייך לטעון "טול עציך ואבניך". ב"עשויה ליטע" בטלה דעתו אצל כל אדם.

אולם לדעת הרא"ש, דין התורה עוסק ב"עשויה ליטע", ואפילו שם יכול לטעון "טול עציך ואבניך". על אחת כמה וכמה שיכול לטעון זאת ב"אינה עשויה ליטע". לא ניתן לחייב את בעל הקרקע לשלם כל עוד אין ריצוי לכך מצידו.

### 3. פירוש בעה"מ לדין התורה

בין לרמב"ן ובין לרא"ש יש הוכחה מתגובת רב שמקבלים את טענת "טול עציך ואבניך" מבעל הקרקע, שהרי רב שתק ולא חייבו בתשלומים כשטען "לא בעינא" (בפעם השניה).

כיצד יענה בעה"מ, שסבר שאין מקבלים טענה זו אפילו ב"אינה עשויה ליטע", על הראיה מהסוגיא?

מפתיע, שבעה"מ מתייחס למקרה זה כראיה לשיטתו. וז"ל:

...דלעולם שמין לו כרב דא"ל לה הוא גברא זיל שום ליה וידו על התחתונה ואע"ג דאמר ליה לא בעינא.

כיצד הקושיא נהפכה לראיה?

הדגש הוא ביחס בין תגובת רב לטענת בעל הקרקע – הרמב"ן ודעימיה פירשו שרב אמר "זיל שום..". בעקבות טענת "לא בעינא", ואילו בעה"מ פירש שרב אמר "זיל שום..". בניגוד לטענת "לא בעינא".

נראה שבעה"מ פירש את המעשה באופן זה:

רב חייב את בעל הקרקע מלכתחילה לשלם את ההוצאות באופן מלא (כ"עשויה ליטע"). בעל הקרקע הגיב: "לא בעינא", כלומר: "טול עציך ואבניך".

רב הבין מייד שכוונתו היא לא לשלם מאומה כיון שמעוניין שהיורד יטול את עציו, ולא הסכים לדבריו, אלא טען "זיל שום ליה וידו על התחתונה". כלומר, אמנם, אינך מעוניין בנטיעות אלו (ולכן, הנאתך אינה שלמה, ואינך צריך לתת לו הוצאות בצורה מרווחת) אך מ"מ נהנית! לכן, עליך לשלם לכה"פ כשיידו על התחתונה".

השאלה היא – מה פשר טענת "לא בעינא" בפעם השנייה, ומדוע רב לא חייבו מייד לשלם?

יתכן, שרב הבין מהמשך סירובו שדבריו הם מהשפה ולחוץ, והעדיף לחכות ולהוכיח לבעל הקרקע מתוך מעשיו גופא שרק חיפש תואנה להיפטר מתשלומים, ועיי"ז לחייב אותו בהוצאות המלאות.

#### 4. שיטת הרמב"ם – כרמב"ן ודעימיה או כרא"ש?

זה לשון הרמב"ם (גזילה ואבידה י, ד-ה):

(ד) היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה.

(ה) אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע.

מפשט לשון הרמב"ם משמע שהלכה ה מתייחסת לכל האמור בהלכה ד. כלומר, טענת "טול עציך ואבניך" מתקבלת בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע. וכן פירשו בדעתו הכס"מ והסמ"ע (חוי"מ שעה, ד).

לפי זה, שיטת הרמב"ם היא כשיטת הרא"ש.<sup>9</sup>

אולם המגיד משנה (שם) חולק על פירוש זה בדעת הרמב"ם. זה לשונו:

נראה שאין דעת הרב ז"ל בזה אלא בשדה שאין עשויה ליטע שאז הדין עם בעל השדה אבל בעשויה ליטע לא כל הימנו וכן עיקר ובזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל וכ"נ מן ההלכות.

לדברי המ"מ, הלכה ה מוסבת רק על הסיפא של הלכה ד, על שדה שאינה עשויה ליטע.<sup>10</sup> ונמצא, שהרמב"ם סובר כשיטת הרמב"ן ודעימיה.

אמנם פשטות לשון הרמב"ם בהלכות ד, ה אינה מורה כדבריו, אך יש סימוכין גדולים בהמשך דברי הרמב"ם לדבריו.

<sup>9</sup> הטור מוסיף שגם הרמ"ה סובר כך.

<sup>10</sup> יש להעיר שהמבנה התחבירי של הלכות ד, ה מורה לא כדברי המ"מ כיון שמהנוסח "ואם אינה עשויה ליטע..." משמע שזה המשך אחד עם תחילת ההלכה. התחלה חדשה נמצאת בהלכה הבאה "אמר בעל השדה וכו'". לפי דברי המ"מ ההתחלה החדשה היתה צריכה להיות בשדה שאינה עשויה ליטע, ובהמשך לזה לכתוב את הדין של "טול עציך ואבניך".

זה לשון הרמב"ם בהמשך ההלכות :

(ו) החצרות הרי הן ראויות לבנין ולהוסיף בהן בתים ועליות, לפיכך הורו הגאונים שהבונה בחצר חבירו שלא מדעתו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמן לו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום.

(ז) היורד לשדה חבירו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח, ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה כיורד ברשות הן ושמן להם וידם על העליונה.

(ח) היורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה ואחר כך בא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראין שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר שמין לו וידו על העליונה.

(ט) היורד לתוך חרבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה, ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע, אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו.

1. הרמב"ם מביא בהלכה ו את הדין לגבי בניית החצרות, ומסיק שכיון שחצרות נחשבות כ"שדה העשויה ליטע" – שמין לו וידו על העליונה (כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו).

בהלכה זו לא מופיעה טענת "טול עציך ואבניך".

רק בהלכה ט, העוסקת בבניית חורבה – שלדעת הרמב"ם נחשבת כ"שדה שאינה עשויה ליטע" (והראיה: ששמין לו וידו על התחתונה) – הזכיר הרמב"ם את הטענה "טול מה שבנית".

מכאן, שטענת "טול עציך ואבניך" מתקבלת רק בשדה שאינה עשויה ליטע.<sup>11</sup>

(ולא מסתבר לומר שהטענה בסוף הלכה ט הולכת על כל מה שנאמר לפני כן, שהרי ודאי שב"יורד ברשות", שותף, בעל בנכסי אשתו, וכשגילה דעתו שניחא לו לא שייך שיוכל לטעון "טול עציך ואבניך").

<sup>11</sup> הסימוך הראשון (להלן) ע"פ דברי הגרא"ז באבן האזל (גזילה ואבידה י, ד-ה).

2. הרמב"ם כתב בהלכה ח שאם בעל הקרקע השלים את הבניין או שמר את הנטיעות – חייב לשלם ליורד כשידו על העליונה.

מסתימת לשון הרמב"ם משמע שדין זה קיים בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע.

לכאורה, הבנה זו מסתדרת עם שיטת רש"י, הרמב"ן והריטב"א – שפירשו את דין התורה של רב בשדה שאינה עשויה ליטע – ו"גלית אדעתך" הופך את השדה ל"עשויה ליטע". משא"כ, לשיטת הרא"ש – שדה שאינה עשויה ליטע לא תיהפך ל"עשויה ליטע" בעקבות גילוי הדעת.

זהו סימוך נוסף שהרמב"ם למד כרמב"ן ודעימיה ולא כרא"ש.

אולם נראה שאין כאן כ"כ ראיה כיון שהרמ"ה סבר מחד כרא"ש – שיכול לטעון "טול עציך ואבניך" בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע, ומאידך סבר כרמב"ן ודעימיה – שגילוי דעת של הבעלים יגרום לשום ליורד כשידו על העליונה בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע.<sup>12</sup>

ממילא, יתכן שהרמב"ם סבר ג"כ כרמ"ה, ולשיטתו, יכול לטעון "טול עציך ואבניך" גם בשדה העשויה ליטע.

נמצא, שלא ברור מלשון הרמב"ם האם סובר כרא"ש והרמ"ה (שיכול לטעון "טול...") אפילו בשדה העשויה ליטע) או כרמב"ן ודעימיה (שאינו יכול אלא רק בשדה שאינה עשויה ליטע).

[הצעה נוספת לביאור דברי הרמב"ם מופיעה בסוף המאמר].

הבנות אלו בשיטת הרמב"ם יוצרות נפק"מ בנושא שנעסוק בו כעת:

### **ט. הנימוק לסירוב לשלם עבור הנאה בניגוד לרצונו**

הסברנו בתחילת הדברים ששורש מחלוקת רה"ג ובעה"מ כנגד הרי"ף והמצדדים בשיטתו הוא האם שייך לחייב אדם ליהנות ולשלם עבור הנאה שנכפתה עליו בניגוד לרצונו.

<sup>12</sup> נראה לעני"ד, שהרמ"ה יפרש את דין התורה של רב כדין כללי – בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע. דלא כרמב"ן ודעימיה ודלא כרא"ש.

רה"ג ובעה"מ סברו שניתן לחייב, ולכן, כל חיוב התשלומים ליורד הוא מדין "נהנה" ותו לא, וממילא, לא שייך לטעון "טול עציך ואבניך".

לעומתם, הרי"ף ודעימיה סברו שלא ניתן לחייב, ולכן, שייך לטעון "טול עציך ואבניך", וכשאנו טוען – צריך לשלם מכוח הגדרת היורד כ"שליח" (באופן מלא או חלקי).

לשיטת הרי"ף ודעימיה, האם צריך נימוק מוצדק כדי לטעון "טול עציך ואבניך", או שמא די בכך שבעל הקרקע טוען – "אינך יכול לכפות עלי הנאה בניגוד לרצוני"?

מדברי הראשונים משמע שצריך נימוק מוצדק לכך. נביא לכך מספר מקורות:

1. לשון רש"י על טענת "לא בעינא": איני חפץ בנטיעתה, שדה לבן היתה לי. כאמור, טענה זו התפרשה (בפעם השניה) כ"טול עציך ואבניך".

2. לשון הרא"ש: אבל אם אינו רוצה לקיימם אומר לו קח נטיעותיך ולך אפי' בשדה העשויה ליטע. לפי שיכול לומר לדידי נחא לי טפי בשדה לבן.

3. לשון הרמב"ן – כשמסביר את ההצדקה בטענת "לא בעינא" (= "טול עציך ואבניך") - דדינא קאמר ליה כיון דלא בעי נטיעות, שאם רצונו בשדה לבן אינך רשאי לכופו ליקח נטיעותיו של זה

4. שיטת הרמב"ן ודעימיה – שבשדה העשויה ליטע אינו יכול לטעון "טול עציך ואבניך" – מורה שצריך נימוק מוצדק. שהרי אם יכול סתם לטעון "אינך יכול לכפות עלי..". ללא שום הצדקה, מדוע לחלק בין סוג השדות?

מדוע צריך הצדקה לטענת "טול עציך ואבניך" ולא מספיקה הטענה כשלעצמה?

נראה שהתשובה לכך מופיעה בהמשך דברי הרא"ש בשם הראב"ד:

הרא"ש עוסק ב"יורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות" – האם שומעים לטענת בעל הקרקע "טול עציך ואבניך" או לא? זה לשון הרא"ש (סימן כג):

והראב"ד ז"ל כתב דאין שומעין לו דקי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מזיק הוא דאין שומעין לו אלא ישב בו עד שיתן יציאותיו. ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו :

הראב"ד סבר שחורבה עומדת להיבנות.<sup>13</sup> ממילא, גם אם היורד לא היה בונה אותה – בעל הקרקע היה בונה אותה בעצמו בשלב מסויים. לכן, אם בעל הקרקע טוען כעת "טול עציך ואבניך" – אינו נחשב אלא מזיק את חברו.

הרא"ש ג"כ מקבל את הנחת הראב"ד אולם רק בתנאים מסויימים : אם כעת בעל הקרקע אינו יכול להשתמש בחורבה (כל עוד לא שופצה), ויש לו מספיק כסף כדי לבנותה – "תואנה הוא מבקש...".

נמצא לשיטתם, שמעיקר הדין, היתה זכות לבעל הקרקע לתבוע סילוק של ההנאה ללא שום צורך בנימוק מסויים, מפני שאינו חייב ליהנות בעל כורחו ולשלם על כך.

אלא שכיון שסילוק שכזה כרוך בנזק ליורד – אין ביכולת בעל הקרקע לסלק אותו ללא טענה מוצדקת. אם אין לו טענה שכזו – ההנאה תישאר בשדהו, וממילא, יהיה עליו לשלם עבורה.<sup>14</sup>

#### **י. שיטת הרמב"ם – צריך הצדקה או לא?**

יתכן שמצאנו ברמב"ם שיטה שונה משאר הראשונים :

בהלכה ה כותב הרמב"ם : אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך – שומעין לו.

לא מופיעה ברמב"ם שום הצדקה לטענה זו, ומשמע מסתימת לשונו, שיכול לטעון טענה זו ללא שום הצדקה נוספת.<sup>15</sup>

אלא שדיוק זה תלוי בשתי ההבנות דלעיל בשיטת הרמב"ם :

<sup>13</sup> בניגוד לראשונים אחרים. עיין למשל ברמב"ם (גזילה ואבידה י, ט) שסבר שחורבה אינה עשויה להיבנות.

<sup>14</sup> עיין עוד בהמשך הדברים - בקטע העוסק בדברי הנתיבות – להבהרה נוספת של סברא זו.

<sup>15</sup> אפשר היה לדחות דיוק זה בטענה שהרמב"ם רק הזכיר את עצם הטענה ואין דרכו לפרט את ההסברים העומדים מאחוריה. אולם לענ"ד אין זה מספיק – שהרי יש נפק"מ גדולה לדינא אם צריך לנמק או לא. ולכן, היה על הרמב"ם להזכיר זאת.

להבנת הכס"מ והסמ"ע בדעת הרמב"ם – שטענת "טול עציך ואבניך" מתקבלת בין על שדה העשויה ליטע ובין על שאינה עשויה ליטע – דיוק זה נראה נכון.

אולם להבנת המ"מ בדעת הרמב"ם – שטענת "טול.." מתקבלת רק על שדה שאינה עשויה ליטע – יותר מסתבר לומר, שהרמב"ם סבר ש"טול עציך ואבניך" בשדה שאינה עשויה ליטע אינה צריכה הסבר, שהרי ההסבר גלוי וברור! זו שדה שאמורה להיות שדה תבואה ולא שדה אילן!

נמצא, להבנת המ"מ, שגם הרמב"ם מסכים עם כל שאר הראשונים – שצריך נימוק מוצדק לטענת "טול עציך ואבניך", ואין די בטענה כשלעצמה.

#### **יא. הנאה שאי אפשר ליטול בחזרה**

אדם צבע בגד לחברו שלא מדעתו, ורוצה לקבל תשלום עבור הצביעה. טענת "טול צבעך" לא שייכת. האם בעל הבגד צריך לשלם עבור ההנאה ש"נכפתה" עליו או לא?

לכאורה, הדין תלוי בכיוונים השונים שהצגנו לעיל:

לרה"ג ובעה"מ (אי אפשר לטעון "טול.."): פשיטא שצריך לשלם כיון שנהנה.<sup>16</sup>

לרי"ף ודעימיה (אפשר לטעון "טול.."): הדבר תלוי –

לסוברים שצריך נימוק מוצדק לטענת "טול.." – כל עוד לא תהיה לו סיבה מוצדקת – אינו יכול להיפטר מהתשלומין על ההנאה, אע"פ שנכפתה עליו שלא מדעתו.

אך להבנת הכס"מ והסמ"ע ברמב"ם – שדי בטענת "טול.." כשלעצמה – היה נראה לומר שלא יצטרך כלל לשלם עבור ההנאה כיון שאי אפשר לחייבו לשלם עבור הנאה בניגוד לרצונו.

אך בדברי בעל נתיבות המשפט (שעה ס"ק ב) מבואר אחרת:

אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך. נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות (במה) [כמה] שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו

---

<sup>16</sup> א"כ יוכיח שלא נהנה מהצבע.

ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו.

לדבריו, עלינו להגביל את כל הדיון בסוגיא למקרה שבו ניתן ליטול את ההנאה בחזרה.

אפילו אם אין צורך בהצדקה לטענת "טול עציך ואבניך" – אין הכוונה שבעל הקרקע יכול להמשיך ליהנות מהעצים ולא לשלם עבור הנאתו!! אלא כוונת הגמ' לומר שבעל הקרקע יכול לומר "איני רוצה ליהנות מזה". אינך יכול לכפות עלי ליהנות, ולכן, טול את הנאתך ולך!

אולם, זה ברור, שאם בעל הקרקע או הבגד בפועל נהנה – עליו לשלם עבור הנאתו מדין "נהנה".

לפי זה, כל הדיון בין הראשונים (האם מספיק לחייב מדין "נהנה" או צריך להגיע לדיון "שליח") היה סביב השאלה – האם יכול היורד לחייב את בעל הקרקע ליהנות, וממילא, לשלם עבור ההנאה, או שמא אינו יכול לחייבו ליהנות, ועליו ליטול את ההנאה בחזרה.

אך אם המציאות היא שנהנה – ודאי שישלם על הנאתו.

כך גם מתפרשים דברי הרא"ש בשם הראב"ד (הובאו לעיל אות ט): כאשר סילוק ההנאה כרוך בנזק, ואין לכך נימוק מוצדק, אי אפשר לסלק את ההנאה, ודינה כבגד שנצבע וחייב הנהנה לשלם.

#### **יב. הצעה לביאור דברי הרמב"ם**

הבאנו לעיל סתירה בדברי הרמב"ם (בפרק י מהלכות גזילה ואבידה) בין תחילת דבריו (הלכות ד,ה) להמשך דבריו (הלכות ו,ט).

בתחילת דבריו (העוסקים ביורד לשדה חברו שלא ברשות) משמע שבעל הקרקע יכול לטעון "טול עציך ואבניך" בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשויה ליטע (כרא"ש והרמ"ה).

ואילו בהמשך דבריו (העוסקים בחצר (ה"ו) וחורבה (ה"ט)) משמע שרק בשדה שאינה עשויה ליטע יכול לטעון "טול..". (=חורבה) ולא בשדה העשויה ליטע (=חצר).

כדי ליישב את פשט ההלכות בכל מקום נראה שיש לחלק בין נטיעות בשדה לבין בניין בקרקע.

ראשית, נביא את המקור לחילוק זה, ואח"כ נבאר את הסברא :  
סוגיית הגמ' מחולקת לשני חלקים – 1. היורד לתוך שדה חברו וכו'. 2. היורד לתוך חורבתו של חברו וכו'.

בחלק הראשון דנה הגמ' כיצד שמין, ובהמשך (דין התורה אצל רב) מופיע שמתקבלת טענת "לא בעינא" (לפי רוב הראשונים), כלומר "טול עציך...".  
בחלק השני דנה הגמ' בטענת הבונה "עצי ואבני אני נוטלי" (האם שומעים לו או לא?).

מדוע הגמ' חילקה את הסוגיא לשניים ולא הביאה את הדיון בכל הטענות הנ"ל במקרה אחד (נטיעות בשדה או בניין חורבה)?  
עניין נוסף שיש לשים לב אליו הוא לשון הרי"ף בסוגיא (הובאה לעיל בעמוד א):

ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתבתא דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו

לא ברורה התליה של טענת בעל הקרקע בטענת בעל העצים ("כי היכי... הכא נמי..."). מה הקשר בין שתי הטענות?

כנראה, ביאור הדברים הוא שיש הבדל בין הנוטע בשדה חברו לבונה בניין בקרקע.

יותר קל לסלק את הנטיעות שנטע היורד בשדה חברו מאשר לסלק את הבניין שבנה היורד בחורבת חברו. סילוק הנטיעות כרוך רק בעקירת האילנות, ואין בכך נזק משמעותי, שכן האילנות עדיין קיימים ואפשר לנטוע אותם במקום אחר ("עקור אילנך ולך"). לשון הרמב"ם). אולם פירוק הבניין פירושו הפסד של חומרי הבניין (הטיט המחבר בין האבנים, ומסתבר שגם האבנים עצמן אינן ראויות עוד לבניין כמו קודם).

לכן, ביורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, יכול בעל הקרקע לומר "עקור אילנך ולך" בלי שום נימוק מיוחד, מהסיבה שכתב הנתבות "איני רוצה ליהנות בעל-כורחי". קח את ההנאה ולך. המקור לכך אינו מדברי

הרי"ף אלא מפורש בגמ' בטענת "לא בעינא" שהתקבלה ע"י רב. ודאי שאין  
הבדל, לפי זה, בין שדה העשויה ליטע או אינה עשויה ליטע.

הרי"ף דיבר על המקרה המסובך יותר – שבו מסברא לא ניתן לומר "טול  
בניינך ולך" כיון שיש בדבר זה היזק והפסד לבונה. אולם שם יש סיבה אחרת  
המאפשרת לבעל הקרקע לטעון זאת – כיון שהבונה בעצמו יכול לומר "עצי  
ואבני אני נוטל" – ודאי שבעל הקרקע לא גרע ממנו!

אם הבונה לא היה יכול לומר "אני נוטל" – היה דין בניין החורבה בדיוק כמו  
צביעת בגד (שבעל הבגד חייב לשלם כיון שאי אפשר ליטול את ההנאה, כמו  
שכתב הנתיות). אך כיון שהבונה יכול לומר זאת – נמצא, שאפשר להסיר  
את ההנאה וליטלה בחזרה. ממילא, בעל הקרקע לא גרע ממנו.

אלא שטענת הבונה שייכת רק בבניית חורבתו של חברו (שלפי הרמב"ם  
"אינה עשויה ליבנות"). בבניית "חצר" (עשויה ליבנות) – הבונה אינו יכול  
לטעון טענה זו.<sup>17</sup> וממילא, ודאי שגם בעל הקרקע אינו יכול לטעון "טול  
אבניך".

### יג. סיכום

העולה מדברינו :

א. הגמ' אינה מזכירה את טענת "טול עציך ואבניך" מצד בעל הקרקע.

ב. נחלקו הראשונים – האם, ועד כמה שייכת טענה זו :

ה"ג, בעה"מ: לא ניתן לטעון "טול..". אלא אם כן יוכיח שלא נהנה.

רי"ף ודעימיה: ניתן לטעון "טול..".

ג. בשיטת הרי"ף נחלקו הראשונים – מתי יכול לטעון "טול..".?

רמב"ן, ריטב"א: רק בשדה שאינה עשויה ליטע. אך בעשויה ליטע – בטלה  
דעתו אצל כל אדם.

רא"ש, רמ"ה: גם בשדה העשויה ליטע יכול לטעון "טול..".<sup>18</sup>

<sup>17</sup> אולי על דרך מה שכתב הרשב"א שחצרו של בעל הקרקע קונה את הבניין בשבילו כיון  
שכך היא הדרך.

<sup>18</sup> בדעת הרמב"ם – מחלוקת בין נושאי הכלים אם סבר כרמב"ן או כרא"ש.

ד. הסבר המחלוקת באות ב: **לרה"ג ובעה"מ** – די בהגדרת היורד כ"מהנה" כדי לחייב את בעל הקרקע לשלם (ומשלם רק כפי הוצאותיו ותו לא). **לרי"ף ודעימיה** – לא ניתן לחייב מטעם "מהנה", אלא צריך להגיע להתרצות בעל הקרקע שהיורד יהיה שלוחו.

ה. לפי האמור באות ד – פירוש טענת "טול עציד ואבניך": **לרה"ג ובעה"מ** – לא נהנית. **לרי"ף ודעימיה** – לא התרצית.

ו. ביאור מחלוקת הרמב"ן והרא"ש במידת ההתרצות הנצרכת (לרא"ש – צריך יותר מאשר לרמב"ן, ולא בטלה דעתו אצל כל אדם). נפק"מ, בשדה העשויה ליטע.

ז. לרוב הראשונים הסוברים שניתן לטעון "טול" (יתכן שלכולם), צריך סיבה מוצדקת לטענת "טול עציד ואבניך". אחרת, נחשב "מזיק" ("תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבניין.."). יתכן, שהרמב"ם סבר שאין צורך בסיבה מוצדקת.

ח. הגבלת ה**נתיבות**: הדיון שייך רק כשיכול להימנע מליהנות (ע"י נטילת ההנאה בחזרה). אך אם בפועל נהנה – לכר"ע, חייב לשלם.

ט. הצעה להסבר ה**רמב"ם**: יש חילוק בין נטיעת אילנות בשדה לבין בניית בניין – בנטיעת אילנות: ניתן לומר לנוטע "עקור אילנך ולך" בלי נימוק מיוחד. (איני רוצה ליהנות בעל-כורחי). אך בבניית בניין: אי אפשר, עקרונית, כיון שיש בזה נזק לבונה. רק במקרים שהבונה עצמו יכול לטעון – יכול גם בעל הקרקע לטעון (חורבה).

הרב אריאל בר-אלי

## פסק דין – צוואה וירושה

התובעת: ציפורה

הנתבע: משה

### טענות וראיות

#### עובדות מוסכמות

שני בעלי הדין הנם אח ואחות בני אותה אם, והסכסוך ביניהם נוגע לדירה שהיתה שייכת לאמם עליה השלום (להלן, המנוחה), שנפטרה בשנת 2002.

בחדש מאי 1989 חברת 'עמיגור' הציעה למנוחה לרכוש את הדירה במחיר נמוך, הצעה בלעדית למנוחה, בזכות העובדה שגרה שם בשכירות שנים רבות. לא היה באפשרות המנוחה לקנות את הדירה ולכן הנתבע לווה כסף מחבר ונתן למנוחה את הכסף לשם רכישת הדירה. כמו כן נלקחה משכנתא מהבנק על שם המנוחה אולם הנתבע היה זה שפרע אותה. יש לציין, שבאותה תקופה, מצבו הכלכלי של הנתבע היה דחוק.

#### טענות התובעת

התובעת הציגה בפני בית הדין צוואה, שנכתבה בתאריך 6/93 (להלן, הצוואה השניה). לטענת התובעת, בהיות הצוואה הזאת המאוחרת בזמן, היא היחידה שבתוקף ובה נאמר במפורש, שהדירה עוברת לרשות התובעת בלבד.

כמו כן הציגה התובעת תצהיר חתום על ידי עורך דין ובו כתוב במפורש, שהחתימה על הצוואה הקודמת הייתה בניגוד לדעת המנוחה כמרמה וכמעשה תחבולה. התובעת גורסת, כי המנוחה נלקחה באמתלת שווא ולפיה חתימת ידה דרושה לטובת ענייני הפנסיה של הנתבע. התובעת טוענת אפוא, כי התצהיר הזה מבטל את כל המסמכים הקודמים, כגון ייפוי הכח וזכרון הדברים, שהציג הנתבע. דהיינו, היות והמנוחה עצמה מעידה מפיה, שהכל ניתן במרמה, אין לייפוי הכוח ולזכרון הדברים שום תוקף ורק הצוואה העדכנית, שבידי התובעת, היא הקובעת וממילא על בית הדין להורות על העברת הבעלות בדירה לטובתה.

אומנם, התובעת מודה, כמצויין ברישא, שהנתבע שילם את הכסף עבור הדירה אלא שאין די בכך בכדי להקנות לו את הבעלות בדירה, שבפועל רשומה על שם המנוחה. הנתבעת גם מכירה בכך, שהנתבע עזר כלכלית למנוחה לקנות את הדירה לעצמה, אך גם התובעת בתורה, סייעה כלכלית לאמה המנוחה במשך כל התקופה בה התגוררה בסמוך אליה, כולל תשלומי ארנונה וכדומה.

### **טענות הנתבע**

הנתבע טוען שהדירה שלו בדין ולא בחסד, מכיון ששילם את התמורה עבורה ולא התכוון לתת לאמו שום מתנות. מה גם שמצבו הכלכלי לא איפשר לו ללוות כספים בכדי לתתם כמתנה למנוחה. כלומר, מראש היה ברור, שרכישת הדירה נעשתה בידיעה, שתעבור לרשותו עם פטירת המנוחה.

הנתבע הציג בפני בית הדין צוואה מהתאריך 8/89 (להלן, הצוואה הראשונה) בה כתבה אמו שהדירה תהיה של הנתבע. לדברי הנתבע הצוואה נכתבה עבורו מתוך הכרה ורצון ברורים של המנוחה, ולמעשה, עניין הצוואה היה צעד פורמאלי בלבד להעביר לרשות הנתבע את מה שממילא שייך לו.

הנתבע מספר, שיותר משנה לאחר כתיבת הצוואה הראשונה, בחודש פברואר 1992, הפצירה בו אשתו לחזק את הזכות בדירה באמצעות מסמך נוסף מלבד הצוואה, היות וצוואה ניתנת לשינוי. לשם כך לקח הנתבע את המנוחה לעיר תל אביב ושם, אצל עורך הדין, ערכו שטר מתנה, שכולל זכרון דברים וייפוי כח בלתי חוזר. הנתבע מדגיש כי הכל נכתב מתוך שיקול דעת, בצורה ברורה וללא שום תחכום. כדבריו, "המנוחה ידעה על מה היא חותמת". אי לכך, יש תוקף למסמכים הללו בהם נאמר, באופן חד משמעי, שהנתבע הוא המוסמך היחידי להחליט בנוגע לדירה.

כאמור, התובעת טוענת, שהמנוחה הובאה לחתום על המסמכים בדרך תחבולה והטעיה באמתלה, שהחתימה הנה אך ורק לצורך ענייני הפנסיה של הנתבע כשלמעשה בכוונתו 'לגלגל' את חתימתה במרמה לצורך השתלטות על הדירה. בתגובה לכך, מודה הנתבע כי אכן היה צורך להוציא את המנוחה מהבית באמצעות סיפור הפנסיה, שהרי אם לא כן, התובעת לא היתה מאפשרת להוציא אותה, אולם בפני עורך הדין הוסבר למנוחה בדיוק על מה היא חותמת כפי שכתב עו"ד פ'.

לפיכך, טוען הנתבע, הדירה שייכת לו. בנוסף לכך, הוא תובע מהתובעת שכר דירה עבור השימוש בדירה.

### **ראיות**

מטעם התובעת הוצגו בפני בית הדין צוואה מחודש מאי שנת 1993 (הצוואה השניה) וכן תצהיר, ושלושה תצהירי עדות מחודש נובמבר שנת 2008.

מטעם הנתבע הוצגה צוואה מחודש אוגוסט שנת 1989 (הצוואה הראשונה) וכן תצהיר, זכרון דברים וייפוי כח בלתי חוזר מחודש מאי שנת 1992.

### **דיון**

#### **א. רכישת הדירה ורישומה על שם המנוחה**

עולה השאלה, האם יש משמעות לכך שהנתבע הוא זה שנתן את הכסף עבור המנוחה.

הזכות לקנות את הדירה במחיר נמוך היתה שמורה למנוחה בלבד, לכן נראה שחברת עמיגור התכוונה למכור את הדירה דווקא למנוחה. ומכאן, עולה המסקנה ההלכתית והחוקית, שלמרות שהנתבע שילם עבור הדירה, עמיגור מכרה את הדירה למנוחה בלבד וכפי שהדבר התבטא ברישום בטאבו.

#### **ב. הצוואה שנכתבה לטובת הנתבע**

צוואה זו תקפה מבחינה חוקית אולם מבחינה הלכתית אינה תקפה. כיון שלפי ההלכה אין אפשרות להקנות נכס לאחר מיתה וממילא אין אפשרות לצוואות לאחר מיתה. אך ישנה דעה ולפיה יש כוח לצוואה כזאת מדין "מצווה לקיים את דברי המת" (אחיעזר ח"ג סימן לד).

#### **ג. זיכרון הדברים וייפוי הכוח שנכתב לטובת הנתבע**

מצינו דיון בפוסקים בסוגיית תוקפו ההלכתי של זכרון דברים (הרב מרדכי בנימין רלב"ג, בית הדין האזורי ירושלים אבני משפט, עמ' קסד-קעג; הרב זלמן נחמיה גולדברג תחומין כרך יב, עמ' 279-299). בדיון זה מובאת הטענה, לפיה גם אם נניח שיש לזכרון דברים תוקף של חוזה, הרי שלא די בכך ויש לדון האם יש צורך גם ברישום.

כלומר, יש לבחון מהו מעמד הדירה כאשר זיכרון הדברים, אפילו היה נחשב בעינינו כחוזה לכל דבר, לא נרשם ברשומות, וכפועל יוצא לא דווח לרשויות המס ולא שינה בפועל את מצב הנכס בטאבו.<sup>1</sup> דהיינו, האם החתימה על חוזה בלבד נחשבת לשטר מכר ובכך הסתיים המכר או שעלינו להתחשב בחוק הקובע, שכל עוד שאין רישום לנכסי דלא נידי ברשויות אין כאן קניין?

אם נניח שאכן זיכרון הדברים לא העביר את הבעלות לנתבע באופן מלא, יש לדון בשאלה מהי ההגדרה של המצב הממוני הקיים מחמת ייפוי הכוח, האם יש פה שעבוד הגוף (כלומר, התחייבות) בלבד בגין החובה של המנוחה להעביר את הנכס, או שמא יש פה קניין ממש?

כלומר, האם ייפוי הכוח, המאפשר לנתבע לפעול בנכס כרצונו כולל העברת הבעלות בו או שעבודו, בהכרח גורר אחריו זכות בנכס עצמו או שמא אין פה אלא שעבוד הגוף בלבד של המנוחה כלפי הנתבע. האבחנה הזאת משמעותית ביותר כאשר המנוחה נפטרה מן העולם ושעבוד הגוף שלה פוקע לעומת שעבוד הנכסים הקיים כלפי היורשים גם לאחר המוות.

ניתן להביא דוגמא להתחייבות הכוללת רק שעבוד הגוף - מוכר מתחייב לספק דגם מסוים של מוצר כאשר אין לו אותו כרגע במלאי. במצב זה ישנו חסרון של דבר שלא בא לעולם ומשום כך הנכס אינו קנוי. אולם כותב על כך בעל נתיבות המשפט "כשמחייב עצמו ליתן דבר ידוע החוב חל על גופו ליתן לו את אותו דבר" (רגו). המוכר אכן חייב לספק את המוצר אבל לקונה בנתיים אין שום זכות במוצר.

מקריאת התוכן של ייפוי הכוח מתברר, שהוא מאפשר למוטב שליטה מלאה בנכס, ביכולתו למכור או לתת מתנה ללא צורך באישור בעל הנכס הקודם, כמו כן הוא תקף אף לאחר פטירת בעל הנכס.

על מנת שהסכם זה יהיה תקף עלינו להניח שישנה כאן הקנאה של זכויות בנכס עצמו ולא רק שעבוד הגוף. אם היה רק שעבוד הגוף הוא לא היה מאפשר למוטב לפעול בנכס לאחר מיתה. הכותרת של המסמך היא "ייפוי כוח לא חוזר", אם כן הייתה כאן הקנאה של זכויות שליטה בנכס ללא יכולת

<sup>1</sup> החזו"א פסק, שרישום בטאבו אינו מעכב קניין (ליקוטים ב"ק סימן טז סק"ה). אולם המקרה שלנו שונה, ממצב שבו הייתה מכירה גמורה ורק חסרה העברה פורמאלית בטאבו, היות וכאן העסקה לא דווחה לרשויות המס ובעצם לא התבצעה שום פעולה מעבר לחתימת החוזה. לכן אין לראות את זיכרון הדברים כשטר מכירה גם אם נגדיר אותו כחוזה.

חזרה. זכות זו אינה פוקעת אף לאחר מיתת המנוחה וממילא אין יכולת לצוואה החדשה להורות אחרת!

עולה מהדברים האמורים, שאין כאן קנין גמור של הנכס היות שלא דווח על העסקה לרשויות, אולם יש כאן זכות בנכס עצמו להתנהג עמו כבעלים וממילא אין אפשרות חזרה.

מבחינת חוקי המדינה, עסקה במקרקעין טעונה רישום ונגמרת ברישום, עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה "התחייבות לתת מתנה" (סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969). חזרה ממצב של "התחייבות לתת מתנה" אפשרית:

כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

לדעתנו,<sup>2</sup> חתימה על ייפוי כוח בלתי חוזר כמוה כויתור בכתב על זכות זו ולכן גם מבחינה חוקית המנוחה אינה יכולה לחזור בה.

#### ד. הצוואה שנכתבה לטובת התובעת

צוואה זו מבטלת את הצוואה הראשונה, אולם כפי שנכתב לעיל אין לה תוקף הלכתי אלא לכל היותר "מצווה לקיים את דברי המת". האם יש להתחשב במצווה זו במקרה שלנו?

נראה פשוט, שאם רצון המת אינו כדין לא מתחשבים בו. אדם שמצווה את בניו "אל תקברוני" לא מתחשבים ברצון שלו, הסותר את מצוות הקבורה<sup>3</sup> (סנהדרין מו, א).

בעניינינו הצוואה החדשה מבקשת לקחת מהבן את הזכות הממונית, שכבר יש לו בנכס, אין בכך מצווה לקיים את רצון המנוחה ולנהוג שלא כדין (אלא אם נפל פגם בייפוי הכוח וכפי שיבואר בסעיף ה).

<sup>2</sup> פירוש זה לחוק מקובל גם על היועץ המשפטי מטעם "גזית".

<sup>3</sup> אדם התורם את גופו לאחר מיתה, שלא כדין, לא מקיימים את רצונו (שו"ת חת"ס יו"ד שלו).

### ה. התצהיר של המנוחה בו נכתב שהנתבע רימה אותה

עולה השאלה מה מעמדו ההלכתי של התצהיר, שניתן לתובעת ונועד לבטל את כוח שטר המתנה שניתן לנתבע.

מבחינה הלכתית גם אם המנוחה עצמה הייתה באה לבית הדין וטוענת למרמה ולכך שלא הבינה על מה חתמה לא היינו מקבלים את טענתה. כיון שכאשר אדם מערער על שטר חתום עליו להוכיח את טענתו, בלא הוכחה ישנה מעין חזקה שהשטר נכתב בכשרות ומי שמטיל בו ספק עליו הראיה (כתובות יח העדים שאמרו; חו"מ סח, ב).

בנוסף עומדת לפנינו חתימתו של עו"ד על ייפוי הכוח, שניתן לנתבע ובייפוי הכוח מודגש במפורש, שהוסבר למנוחה על מה היא חותמת, חתימת עורך הדין מהווה תוספת חיזוק לייפוי הכוח, כלומר יש לחתימת עורך הדין משקל מכח החזקה, שאומן לא מרע אומנותו (חולין צז, א).

גם מבחינה חוקית צריך להראות שנפל פגם בעת כתיבת החוזה [ש' שילה, פירוש לחוק הירושה תשכ"ה – 1965, (הוצאת נבו)]:

הלכה פסוקה וקבועה היא, שכשלפנינו צוואה שעל פניה נתמלאו בה כל הדרישות הצורניות, חזקה שהיא תקפה, ועל הטוען לפסלות הראיה נטל ההוכחה. ואולם, אם הצוואה פגומה בפגם זה או אחר, חובת הראיה מתהפכת, ועל הטוען לקיומה נטל ההוכחה, שאמנם לפנינו צוואה שאין ספק באמיתותה.

בנידון דידן לא הוכח כי אכן נפל פגם בעת כתיבת החוזה.

### ו. התצהירים שהגישה התובעת

בתצהירים נכתב,<sup>4</sup> שהעדים שמעו את המנוחה אומרת כי בנה רימה אותה. תצהירים אלה אינם משמעותיים מבחינה הלכתית, הן מצד שהם עדות בכתב ואף אם נתחשב בהם כאומדנא אין הם משמעותיים היות וגם אילו המנוחה עצמה הייתה מתייצבת בבית הדין וטוענת לרמאות לא היינו מקבלים את טענתה ללא ראיות.

<sup>4</sup> הנתבעת סירבה להביא את העדים לדיון בנוכחות התובעים, לדבריה - מחשש שיאיימו עליהם וכדומה. בית הדין לא קיבל את טענתה משום שהוא סומך על כוחו למנוע את התלהטות הרוחות.

נוסיף ונאמר, שאף אם הצוואה השניה כן מעוררת ספק שמא הייתה רמאות בייפוי כח, מכל מקום הכלל בדיני ירושה, שבמקום ספק ישנו יתרון לבן שהוא היורש היחידי בדיני תורה (ב"ב פרק תשיעי).

### סיכום

מבחינה הלכתית ישנן שתי סיבות לפסוק לטובת הנתבע.

א. בייפוי הכוח וזיכרון הדברים נתנה המנוחה לנתבע, בחייה, זכות בנכס עצמו וממילא אין באפשרותה ליטול ממנו זכות זו. גם מבחינה חוקית אין אפשרות לחזור מזיכרון הדברים ולכן הצוואה השנייה אינה תקפה.

ב. כאשר יש ספק בדיני ירושה, היורש הוודאי עדיף (ב"ב פרק תשיעי) וכאן הנתבע הוא היורש היחידי על פי דין תורה.

ג. לגבי הטענה למרמה לא הובאו ראיות המוכיחות שאכן עורך הדין של הנתבע רימה, אלא יש רק טענה של המנוחה.

ד. התביעה של הנתבע, שהתובעת תשלם לו על השימוש בדירה עד היום, אינה מתקבלת, הנתבע איפשר לתובעת לגור בדירה מתוך מחשבה שהדברים יוסדרו בדרך טובה ולשם כך מחל על זכת השימוש.

### החלטה

א. הדירה שייכת לנתבע.

ב. התובעת פטורה משכר דירה על התקופה בה השתמשה בדירה.

ג. פינוי הדירה תוך שלושים יום.

בזאת באנו על החתום

הרב אריאל בר-אלי	הרב דוד פנדל	הרב דרור טוויל
דיין	אב"ד	דיין

### נספח

בשולי פסק הדין אנו רוצים להוסיף, שאין בפסק דין זה שום הכרעה בוויכוח על היחס של המנוחה לכל אחד מהצדדים. גם כלפי הטענה שהמנוחה אמרה שרימו אותה לא הכרענו היות ובהיבט המשפטי אין לכך ראיות. חז"ל לימדו אותנו בהרבה מקומות כמה גדול השלום ולכמה תקלות המחלוקת עלולה להביא. ראינו בבית דיננו התפרצויות לא הולמות - קולה של המחלוקת הזו כבר יצא במשך כמה שנים. מבית דין צריכים לצאת שמחים שנעשה דין ולקבל את הדין באהבה ולקבל בקבלה חמורה לא להוציא מילה רעה על מישהו ולהיכשל באיסורי תורה (לשון הרע וכו').

**בית דין מפציר בשני הצדדים - הפסיקו מרגע זה את המחלוקת.**

## הפרעת מזגן לבניית סוכה

### תיאור המקרה

הנתבע התקין מזגן מעל המרפסת של שכנו (התובע). זו המרפסת היחידה בבית וישנה פגיעה באפשרות לבנות סוכה במרפסת. בעלי הדין העבירו את המקרה בכתב לבית הדין.

### דיון הלכתי

היות ובעלי הדין לא לפנינו אין לנו אפשרות לתת תשובה החלטית למקרה זה. בייחוד כאשר ישנו וויכוח על העובדות, האם המנוע של המזגן בולט בשיעור של 22 ס"מ או 31 ס"מ מעל המרפסת? לכן להלן נפרט את האפשרויות השונות וכיצד יש לנהוג בכל מקרה. נקדים, שלענין רוחב המזגן יש השלכה ישירה להלכות סוכה. נבחין בין שלשה מצבים:

א. רוחב המזגן פחות מג' טפחים (פחות מ24 ס"מ) - ניתן לשבת גם תחת המזגן (או"ח תרלב,א). במצב זה אין שום תביעה כלפי השכן, בעל המזגן.

ב. רוחב המזגן בין ג' לדי' טפחים (24 - 32 ס"מ ולא עד בכלל) - במצב זה לדעת השו"ע (שם) ניתן לשבת תחת המזגן, אך המשנה ברורה (סק"ג) כתב שיש חולקים ויש להחמיר לכתחילה, לפ"ז נמצא שלכתחילה אין לשבת תחת המזגן. במצב זה אין אפשרות לכפות על בעל המזגן להעביר אותו לחלון אחר היות ולפי הדין המובא בשו"ע מותר לשבת בסוכה. ומה שיש מחמירים, כמובא במשנה ברורה, אין זה מחייב את השכן, הרוצה להחמיר יחמיר בשלו.

פסק זה תלוי בשאלה נוספת האם מראש המרפסת הוגדרה כמרפסת סוכה?

לשכנים בבית משותף ישנם שעבודים הדדיים, חלקם נובעים מהנכס המשותף כדוגמת חדר המדרגות. חלקם נובעים מהתוכנית של הבניין, כפי שהוצגה מראש לכל אחד מבעלי הדירות, כדוגמת מרזב המנקז את כל מי הגשמים לחצר של הדייר התחתון. לכן אם בתוכנית המקורית המרפסת הוגדרה כמרפסת סוכה אזי ישנו שעבוד של דיירי הבנין לאפשר מרפסת סוכה. במקרה זה יוכל בעל המרפסת לדרוש משמעות רחבה יותר של סוכה. הסיבה לכך היא, שכאשר האדם מפרט דבר אנו מפרשים את הכוונה כפי המשמעות המילולית המקובלת. המנהג הרווח היום הוא להחמיר כדברי

המשנה ברורה ולא לשבת תחת סכך פסול בגודל שלושה טפחים (על פי פסקי תשובות שם). לכן אנו מפרשים את הסעיף בחוזה, המגדיר מרפסת סוכה בהתאם לחומרה זו. (אף אם השכן העליון יקנה את דירתו קודם לתחתון הרי הוא משועבד בהתאם לתוכנית).<sup>1</sup>

לכן יש לנתבע זכות ממונית למרפסת סוכה שנקנתה כחלק מתוכנית הבית, ואנו מפרשים את כוונתו למרפסת המאפשרת סוכה הכשרה לכתחילה. בעל המזגן צריך להעביר אותו למקום אחר.<sup>2</sup>

ג. רוחב המזגן מדי טפחים ואילך (מ32 ס"מ ואילך) - במצב זה ההלכה היא שהיושב תחת המזגן לא יצא ידי חובתו ושאר הסוכה כשרה (שם).

יש לברר דבר בסיסי, מי הוא הבעלים על מקום האוויר סביב הבניין?

בדרך כלל אדם שיש לו קרקע יש לו זכות שימוש באויר מעל הקרקע עד רום רקיע (חו"מ ריד,ה). אולם כאשר מדובר בבנין משותף הרי ישנה שותפות של כל הדיירים באוויר שסביב הבניין.<sup>3</sup>

כעת יש לדון איך מחליטים על צורת השימוש באוויר הבניין המשותף? מה קודם למה?

שותפים משתמשים בנכס המשותף לפי היעוד שלו - "שני אחין אחד עני ואחד עשיר והניח להן אביהן מרחץ ובית הבד. עשאן לשכר השכר לאמצע. עשאן לעצמו הרי עשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבד" (ב"ב יג,ב). ככל שהשימוש ממצה יותר את הייעוד של הנכס הרי הוא קודם גם אם הוא בא על חשבון השני.

וכן נפסק בשו"ע (חו"מ קנד,כו): "אחד מן השותפים שרצה להגביה הכותל המשותף ביניהם אף על פי שהוא מאפיל בחצר אין חבירו יכול לעכבו". וכן פסק בספר משפט שלמה הלכות נזקי שכנים: "בהוצאת מרפסות אינו נוטל משל חבירו, אלא הו"ל כפתיחת חלון לחצר השותפין כיון שהוא בתוך גבולו

<sup>1</sup> בדיני מקח טעות נחשב לפגם אפילו דבר שהוא חומרא בעלמא (נתה"מ רלב,יב).

<sup>2</sup> לגבי העלות של העברת המזגן, בעלי הדין יגיעו לפשרה ביניהם ואם אין הסכמה אזי עליהם לבוא לפנינו להכרעה.

<sup>3</sup> לפי פסיקת בתי המשפט, על פי חוקי המדינה, האוויר שייך לבעל הדירה שסמוך לאותו מקום, האוויר שמול קומה שנייה שייך לאותה דירה. יש לדון האם הפסיקה הזו ידועה עד כדי כך שיש לה תוקף הלכתי של מנהג. ממילא מה שמול בעל המזגן שייך רק לו.

שלו. ומה שבולטת המרפסת לחצר השותפין, אם אינה מאפילה לא חשיב משתמש בדבר שאין דרך השותפין לעשותו, שהרי מקובל כיום מרפסות לסוכה וכדו' וממילא גם מדין שעבוד השותפין א"א למונעו מלעשותו."

מסברא נראה שהשימוש במזגן עדיף על שימוש המרפסת לסוכה היות והוא שימוש קבוע.<sup>4</sup>

הקביעה הזו אינה מוחלטת ותלויה בסוג האוכלוסייה המתגוררת באותו מקום וכן בתנאי מזג האוויר, אולם במקרה שלנו נראה שיש עדיפות למזגן.

כאן המקום לדון במשמעות ההלכתית של קדימת בעל הסוכה למזגן, האם נוצרו לו זכויות עקב כך?

ניתן לחלק את השאלה לשניים, מצד שהוא כבר בפועל משתמש באויר הבניין לצורך הסוכה ואסור להזיק לו. ומצד זה שנוצרו זכויות לבעל הסוכה באוויר המשותף, האוויר שמעל הסוכה משועבד לסכך של הסוכה בלבד. המינוח ההלכתי האם יש פה חזקת תשמישין<sup>5</sup> וכן האם יש פה משום נזקי שכנים כאשר בעל המזגן מתקין אותו מעל הסוכה.

### נזקי שכנים

בהלכות נזקי שכנים נפסק מצד אחד "זה נוטע בתוך שלו וזה חופר בתוך שלו" (ח"מ קנה, לב). מצד שני ישנה מיגבלה על שימוש הפוגע ישירות בשכן. למשל, אדם שקנה מכונה המרעידה את כל המבנה ומונעת שימוש תקין בחצר, חייב להפסיק את השימוש במכונה משום שנחשב הדבר כאילו ירה חץ לרשותו של חברו (שם סעיף טז).

האם הפסול שנוצר בסוכה נחשב מבחינה הלכתית ל"חצים" של בעל המזגן?

הדוגמאות המופיעות בהלכה לחץ הם דברים שמגיעים משכן אחד לשני כגון עשן או חום או רעידת הקרקע, כאן לא יוצא שום דבר לרשות השני אלא מבחינה הלכתית הוא פוסל כנגדו. האם בכל זאת ניתן להחשיב פסול הלכתי כ"חץ" שיוצא מרשות המזיק?

<sup>4</sup> וכן משמע בפתחי חושן שכנים פרק טו סוף הערה מז. עקרון זה שדנים על מהות השימוש לעומת הפגיעה בשכן מבואר באריכות בספר משנת רבי אהרון על נזקי שכנים.

<sup>5</sup> ניתן לטעון, שאף שאין חזקה במובן של חזקת תשמישין מכל מקום האוויר כאן משותף, והקדימה של בניית הסוכה יצרה כבר מעין חלוקה של שותפות, שאי אפשר להפקיע את זכותו של בעל הסוכה מכוח כללי שותפות. לענ"ד אם עומד עכשיו לדיון שימוש מתאים יותר לאוויר הבניין אין להתחשב בקדימה של בעל הסוכה רק מכוח חזקת תשמישין.

בגמרא ב"ב ב,א מובאת ברייתא "מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גזור". רש"י פירש "שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים" אם כן ישנה חובת הרחקה המוטלת על בעל הגפן כדי למנוע מבעל התבואה הפסד הלכתי, למרות שלא יוצא ממנו שום דבר לשדה חבירו.

לכאורה זו היא הדוגמא אותה חיפשנו, מקרה שדורשים מהמזיק שירחיק את שימושיו מפני גרימת הפסד הלכתי לחבירו. בחידושי הר"ן מובאת דעה שלהלכה אין צורך להרחיק משום שאין זה "גירי דיליה". הר"ן נוטה לחלוק על פירוש זה ולהלכה צריך להרחיק את הכרם משדה התבואה.

ניתן לבאר את המחלוקת כפי שהזכרנו לעיל, כאשר אין דבר שמגיע מרשות המזיק לניזק אין חובת הרחקה.

לכאורה נקודת המחלוקת עם הפירוש הראשון היא בנקודת הדיון שלנו- לדעתו השפעה הלכתית מוגדרת כ"גירי דיליה".<sup>6</sup>

מכל מקום מדברי האחרונים משמע, שפסול הלכתי כן נחשב ל"גירי דיליה". בספר שער משפט (קעד,ד) כתב שיש למנוע מגרושה להינשא לאדם המתגורר בסמוך לגרוש שלה משום שזה יאלץ את הגרוש לעבור דירה והדבר נחשב ל"גירי דיליה".

בספר משכן שלום (ב,יא) הוכיח מדיני אבילות (יו"ד שעא,ד ובספר ערך ש"י שם) כאשר שכן מכניס בידיים מת לתוך ביתו יכולים השכנים הכוהנים לכפות אותו להוציאו משום שמונע מהם להשתמש בביתם.

ממקורות אלו נראה, שמניעה הלכתית דינה כחיצוי, ועל המזיק לסלק את הנזק. אולם במקרה שלנו אין הוא נחשב מזיק היות ובזמן הוצאת המזגן אין סוכה במרפסת, כמבואר בהערה.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> אולם עדיין ישנו שוני וזה לשון הר"ן: "שיש איסור בדבר, ובעל הכרם הוא שנכנס בגבולו של חבירו". לדעה זו יש פה שילוב של שני דברים יצירת איסור כלאים וכן זה שנכנס בגבול חבירו. אצלנו המזגן לא נכנס בגבול חבירו ממילא לא יחשב הדבר לגירי דיליה. כך עולה מדברי תוספות (שם) שחובת ההרחקה מוטלת על בעל הכרם היות ועבודת המחרישה תגרום לו להכנס לתוך שדה חבירו. משמע שללא טעם זה אין לחייב את בעל הכרם למרות שאוסר את תבואת חבירו.

<sup>7</sup> כל זה נכון כאשר הניזק קיים וכבר נמצא במקום. בנדון דידן המזגן הותקן לאחר חג הסוכות ובזמן ההתקנה אין סוכה, האם ניתן לקרוא לו מזיק? אנו לומדים כי אסור לאדם לחפור בור סמוך לשדה של חברו, גם אם אין שם כרגע בור שעלול להיזק, הואיל והחפירה מזעזעת את הקרקע של השכן. דבר זה נכון רק בשדה העשויה לבורות (חוי"מ קנה,יח). נראה שסתם מרפסת עשויה לשימוש של סוכה ובכך היא דומה לשדה העשוי

## חזקת תשמישין

האם לבעל הסוכה יש חזקת תשמישין (הכרעת השו"ע - שתיקה יוצרת חזקת תשמישין אף ללא טענה, קנד, יב) מכח זה שהוא משתמש במרפסת כבר כמה שנים לצורך הסוכה ואף אחד לא מיחה בו? למדנו בב"ב (ו, ב) "סוכה דמצוה עד שבעה ימים לא הוי חזקה, בתר שבעה ימים הוי חזקה". וביאר רש"י "אם סמכה לכותל חברו ולא מיחה בו" אין חזקה היות וזה הוא שימוש עראי, שאינו מצריך מחאה. כל חזקה בנויה על העדר המחאה הטבעית של הבעלים, אולם במצב של שימוש זמני הבעלים שותק מסיבה אחרת, הוא אינו מודאג, הוא יודע כי בעוד שבוע המבנה יסולק.

והנה דברי הגמרא מוסבים על נסיון של בעל הסוכה ליצור חזקה של שימוש קבוע למשך כל השנה, הוא רוצה לקבוע בכותל חברו את הקורה שלו למשך כל השנה. אולם אנו דנים על שימוש זמני למשך שבוע ימים בלבד בכל שנה.

יש להסתפק האם ישנה חובת מחאה במצב זה? מצד אחד מדובר על שימוש ארעי אולם מצד שני יכולה להיווצר חזקה לכל שנה ושנה לשימוש זה.

נראה, שבעל המזגן אינו רואה צורך למחות וממילא אין חזקה. ישנם שתי סיבות לכך שהוא אינו מוחה, הוא לא מרגיש מאוים משימוש זמני,<sup>8</sup> וכן בעל הסוכה לא לוקח ממנו דבר, הוא בונה סוכה במרפסת שלו.

כעין זה כתב הרא"ש לגבי פתיחת חלון לחצר חברו, כאשר בחצר אין שימוש ואין הזק ראייה. לדעתו במצב זה אין יכולת מחאה שכן כעת אינו מפסידו. לעומתו הרשב"א סובר שניתן למחות כבר עכשיו על שם העתיד, אולי ירצה להשתמש בחצר ונמצא שהחלון יזיק אותו. זכותו של האדם למנוע התדיינות עתידית בבית הדין ולכן ביכולתו למחות עכשיו על אף שאין הזק עכשווי.

הרמ"א (קנד, טז) פסק שאכן ניתן למחות לכתחילה בבעל החלון כדי לא להגיע אח"כ לדיון בבית דין. והוסיף הרמ"א, שאף שניתן למחות אם לא מחה לא נוצרה חזקה.

---

לבורות. והנה נחלקו הראשונים האם רק בחפירת בור יש חיוב הרחקה בגלל הרעת הקרקע או שהדבר אסור בכל מעשה שמונע שימוש של השכן בחצרו בעתיד הדבר אסור כיון שנחשב כאילו הדבר הניזוק כבר קיים (תוס' ד"ה מרחיקין ב"ב יז, ב, לעומת הרמב"ן שם). הבי"ה הכריע שרק בבור יש חיוב הרחקה וכן נראה מנתה"מ (קנה, לה) וכן הסיק בשו"ת רע"א (מובא בפת"ש שם). א"כ אין חיוב הרחקה משטח המיועד לשמש לסוכה.

<sup>8</sup> כמו כן ברור לו שהשימוש בסוכה לא יסתור בעתיד שימוש קבוע שלו, א"כ מה לו למחות.

לכן אף כאן לא נוצרה חזקה לבעל הסוכה.

בנוסף יש לדון האם שייך בכלל לדבר על חזקת תשמישין באויר הבניין?

בדרך כלל חזקת תשמישין נוצרת כאשר ישנו מעשה הפוגע ברשות השכן כגון העמדת קורה על כותל חבירו, שאז הוא אמור למחות. אולם כאן בעל הסוכה לא לקח שום שימוש מבעל המזגן, לכל היותר הוא טוען שיש לו "חזקה שלילית" דהיינו יכולת למנוע מבעל המזגן להשתמש באופן שיפסול את הסוכה. האם שייך ליצור חזקה כזו? נראה שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים לגבי "דוושא".

בימי חז"ל כאשר בנו כותל היו מחזקים אותו על ידי הילוך סביבות הכותל במשך תקופה ארוכה. אדם בנה כותל בסוף הגבול שלו בסמוך לחצר חבירו. כתוב במשנה, שבעל החצר צריך לשמור על מקום פתוח סביב הכותל של חבירו. ההרחקה הזו היא על חשבון בעל החצר, ונשאלת השאלה מהיכן צמחה זכות זו של בעל הכותל? תירץ הרב המגיד (שכנים ט, ט וכן פסק הרמ"א קנה"ד), שמדובר בקרקע הפקר לכן בעל הכותל זכה גם בקרקע שסביבות הכותל על מנת לחזקו. לעומת זאת קצוה"ח דייק מדברי התוספות שיש אפשרות ליצור זכות בנכסי חבירו גם כאשר אין שימוש ישיר.

לסיכום - אין לבעל הסוכה חזקת תשמישין משתי סיבות, השימוש הוא ארעי ואינו זוקק מחאה, כרגע הוא לא לוקח שום דבר מחבירו.

## סיכום

בעל המזגן אינו חייב להעביר את המזגן למקום אחר.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> אם במפרט הטכני מופיעה ההגדרה של מרפסת סוכה ישתנה הדין כמבואר לעיל.

## שבירת משקפיים

### תאור המקרה

שני חברים נפגשו ברחוב, הם התקרבו זה לקראת זה ואז אחד הרים את ידו לטפוח על כתפו של חברו, אדם אחר הגיע מצדו השני של הכביש ועבר בין שני החברים. הטופח על כתפי חברו לא שם לב לאדם השלישי שהתקרב, ובטעות הפיל את משקפיו למרכז הכביש. מכונית שעברה פגעה במשקפיים ושברה אותם. האם האדם שהפיל את המשקפיים לכביש חייב בנוקם?

### בירור הדין

ראשית יש לדון האם האדם שלישי לא נחשב שהזיק עצמו, וכפי שמופיע בבבא קמא (כח,א) "אם הוזק - בעל חבית חייב בנוקו, דדוקא נתקל, אבל שבר לא, דהוא אזיק נפשיה".

הדבר תלוי בשאלה, האם הוא השתמש ברשות הרבים בצורה לא סבירה? האם בכך שנכנס בין אותם שני אנשים הוא שינה מהמצופה מהולך רגל?

מתוך תיאור הדברים עולה, שהייתה צפיפות במדרכה וקשה היה להבחין שאותם שני אנשים קשורים זה לזה. במצב זה אין כאן רשלנות מצד בעל המשקפיים. כאשר לאדם ישנה רשות להלך לא שייך לטעון שהוא הפסיד את עצמו. נוסף, שגם האדם הפוגע לא עשה פעולה חריגה ברשות הרבים מותר לאדם לטפוח על שכם חברו ברה"ר ובלבד שיתחשב בעוברים ושבים. קשה היה לצפות שיעבור אדם מצדה השני של הכביש בדיוק ברגע הטפיחה, פעולת הטפיחה נחשבת, אם כן, למעשה ברשות.

### אדם המזיק

אף שמעשה הטפיחה הוא ברשות עדיין ישנה אחריות על נזקים, שנוצרו בזמן הטפיחה.

בשו"ע חו"מ (שעח,ז): "שנים שהיו רצים ברשות הרבים, או שהיו מהלכים: והוזקו זה בזה - פטורים. הזיקו זה את זה - חייבים." ההבדל בין "הזיק" ל"הוזק" הוא: "הזיק" - ההזק נוצר ע"י עשיית מעשה אפילו שלא בכוונה מצד המזיק.

"הוזק" - ההיזק נוצר מחמת היתקלות.

אולם המשקפיים לא נשברו מחמת הטפיחה אלא על ידי המכונית שדרסה אותם, לכן אין זה דומה לדין של אדם שנתקל בחברו ומזיק אותו בעצם ההיתקלות.

יש לדון בחיוב מטעם אדם המזיק ע"פ דברי נתיבות המשפט.

מדברי נתה"מ (רצא סק"ז) נראה, שאם אדם נטל חפץ של חבירו והניחו במקום המופקר, ה"ז נחשב כמזיק בידיים, שכך כתב: "אם עשה מעשה בגוף החפץ, כגון שראובן נטל כלי מבית שמעון והניחו באם הדרך במקום שאינו משתמר, ודאי דחייב אפילו לא עשה קנין, דהא בב"מ פרק אלו מציאות (כה,ב) קרי ליה הש"ס אבידה מדעת למקום שהוא אינו משתמר, וכיון שהניחו במקום שאינו משתמר לגמרי עד שנקרא עליו שם אבידה, הוי כמאבדו ומפסידו בידיים דחייב." נראה שכונת נתה"מ, שיש לחייב מדין גרמי ולא מדין מזיק בידיים גמור, שהרי לא עשה מעשה ממש בגוף החפץ.

יש לחלק בין דברי נתה"מ למקרה שלנו:

א. בנדון של נתה"מ המדובר הוא, שהאדם הניח מדעת במקום שאינו משתמר כלל, משא"כ בנדון דידן הנחת המשקפיים על גבי הכביש היתה שלא מדעת כלל.

ב. עוד ייתכן לחלק, שדברי נתה"מ הם דוקא במצב שהמניח במקום המופקר קבל על עצמו שמירה אלא שלא עשה מעשה קנין, ובזה חידש נתה"מ שכיון שקבל על עצמו שמירה הרי הוא מתחייב על פשיעה כזו, שהיא בבחינת מעשה היזק, משום שהבעלים מסתלקים משמירת החפץ וסומכים עליו והוא הולך ומניחו במקום לא משומר. הנחה במקום כזה חשובה כמעשה היזק, מה שאין כן במקרה שלנו<sup>1</sup> שאין קבלת שמירה.

---

<sup>1</sup> נתה"מ עצמו הדגיש שהחיוב הוא אף שאין דין שומר אולם כוונתו שאין תוקף הלכתי לקבלת השמירה אבל כלפי הבעלים הייתה כאן אמירה, שגרמה להם לסמוך עליו. הדבר לא קיים כאשר לא היה סיכום עם הבעלים. סימוכין לביאור זה בדברי נתה"מ הם דברי הרמ"א בסעיף זה, שמפורש בדבריו שיש כאן קבלת שמירה בדווקא. וכן מובא בהגהות מלואי חושן שם.

## חיוב מדין אש

ג. עוד יש לדון כאן לחייבו מדין אש. בשו"ע (תיח,יא) מובא: "הכופף קמתו של חברו לפני הדליקה, כדי שתגיע בה הדליקה, אם כפפה במקום שתוכל הדליקה להגיע ברוח מצויה, חייב לשלם." יש לדמות את תנועת המכוניות על הכביש לכוח קיים ומצוי בדומה לאש,<sup>2</sup> לכל הפחות בכביש כזה, שהתנועה בו מצויה (כך נקט בד"ץ בירושלים, קובץ "ודרשת וחקרת" עמוד יט).

האדם שהפיל את המשקפיים הרי הוא ככופף את המשקפיים לפני הדליקה.

אך נראה שאין הדמיון עולה יפה.

א. הכלל של "אדם מועד לעולם" נכון רק לגבי אדם המזיק ולא לגבי ממון המזיק. הדרישה מאדם היא, שישמור כראוי על ממונו. הגמרא ביארה שהכוונה לשמירה מפני רוח מצויה בלבד, לעומת אדם המזיק החייב גם על נפילה מראש הגג ברוח שאינה מצויה (ב"ק כז). אף אצלנו פעולת ההזק הייתה ברשות וללא רשלנות אם כן אין בכך לחייבו משום אש.<sup>3</sup> כאשר אדם יוצר אש הוא מתחייב רק כאשר הייתה רשלנות מצדו ולכן כאשר הניח אבן בראש הגג ונפלה ברוח שאינה מצויה פטור. וכן מבואר בגמרא לגבי אדם שהניח את הדליל (חבל) במקום מוצנע ובא תרנגול והשליך אותו לרחוב ונגרם נזק ממנו, בעל הדליל פטור היות ואנוס הוא (ב"ק יט).

ב. אנו עסוקים במקרב דבר אל האש, זה הוא דין מחודש, שאף שאין פעולה במזיק עצמו (באש) אלא בחפץ הניזק, חייב. מלשון השו"ע נראה שיש כאן תנאי מיוחד לחיוב - כוונה להזיק. רק כאשר מתכוון לכך, אז יש לייחס אליו את מעשה האש שלא הוא הדליק, אך אם לא נתכוון לכך אין מעשה האש

<sup>2</sup> האם שייך להחשיב את נהגי המכוניות כרוח מצויה הרי הנהג בעל בחירה ושונה בכך מרוח שהיא כוח טבעי. מבואר בתוספות (ב"ק ו,א ד"ה לאתווי) כי יש לחלק בין פעולה מודעת שאז אכן האדם הבחירי מסלק את האחריות משותפים נוספים, כדוגמת אדם שדחף שור לבור שבעל הבור פטור. אולם אם האדם דחף שלא בכוונה את השור לבור הרי הוא מתחלק עם בעל הבור בתשלום. אף כאן הנהג אינו מודע להזק שהוא גורם לכן שייך לדמות אותו לרוח מצויה.

<sup>3</sup> לכאורה הגדרים של אש צריכים להקביל לאדם המזיק לפי מה שנפסק כרבי יוחנן "אשו משום חיצוני"? צ"ל ד"אשו משום חציו" זה רק אחרי שפשע ביצירת האש הרי זה חף. הרי אדם המזיק חייב ברוח שאינה מצויה ובכל זאת באש פטור. כ"ש לדעה החולקת על תוספות וסוברת שבמקרב דבר אצל האש אין משום חציו אלא אש משום ממונו (שטמ"ק שם).

מיוחס אליו. וכלשון השו"ע: "הכופף קמתו של חברו לפני הדליקה, כדי שתגיע בה הדליקה". רק כאשר רוצה להזיק – "כדי שתגיע בה הדליקה"<sup>4</sup>.

### לסיכום

נראה שיש לפטור את מפיל המשקפיים מכיון שלא נשברו מחמת הנפילה. על שבירת המשקפיים מחמת נסיעת המכונית אין חיוב ברור לא מדין אדם המזיק ולא מדין אש.

---

<sup>4</sup> יתכן ואין כוונת השו"ע לציין את מטרת הכופף אלא לומר שמדובר שכפף את קמת חברו באופן שהדליקה יכולה להגיע אליה, ופירושו "בכדי" שתגיע וכו'. כמו כן אפשר שגם אם יש צורך בכוונת הכופף זהו לחיוב לצאת יד"ש ברוח שאינה מצויה, אולם לעיקר החיוב לשלם במקום רוח מצויה הי"ז חייב גם אם לא התכוון שהאש תשרוף את הקמה.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א  
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

## לחג השבועות תשס"ט לפ"ק\*

**איתא** במדרש (מדרש זוטא רות א,א):

רבי תנחומא פתח נְדַרְשֵׁתִי לְלוֹא שְׁאֵלוּ נְמַצְאֵתִי לְלֹא בְקִשְׁנִי - נדרשתי ללא שאלו, זה רחב הזונה, נמצאתי ללא בקשוני, זה רות המואביה, שלא יצאתה מן העולם עד שראתה שלמה המלך, וכן הוא אומר וישם כסא לאם המלך זו רות המואביה, שהיא היתה אמה של מלכות, ומה ענין רות אצל עצרת שהיא נקראת בעצרת בזמן מתן תורה, ללמדך שלא ניתנה תורה אלא על ידי יסורין ועוני, וכן הוא אומר חִיְתָךְ יָשְׁבוּ בָּהּ תִּכְיֶין בְּטוֹבְתָךְ לְעֵנִי אֲלֻקִּים, אמרה תורה לפני הקב"ה רבש"ע תן חלקי בשבט של עוני, שאם עשירים עוסקין בי יהיו מתגאין, אבל כשהן [עניים הם] מתעסקין בי, ויודעין שהם רעבים, שנאמר נָתַן הַסֶּכֶל בְּמַרוֹמִים [רַבִּים] וְעֲשִׂירִים בְּשֶׁפֶל יָשְׁבוּ.

ומאמר המדרש קשה בתרתי: (א) מה הקשר בין ראש המאמר לסופו; (ב) למה ניתנה תורה דוקא ע"י ייסורין, והא אין הקב"ה בא בטרוניא עם בריותיו (ע"ז ג,א), ומי סני ליה להקב"ה אי אכלי צדיקי תרי עלמי (הוריות י,ב).

**עוד** איתא במדרש (ב"ר כה,ג):

עשרה שני רעבון באו לעולם, אחד בימי אדם הראשון שנא' ארורה האדמה בעבורך, ואחד בימי למך שנא' מן האדמה אשר אררה ה', ואחד בימי אברהם - ויהי רעב בארץ, ואחד בימי יצחק שנא' ויהי רעב בארץ מלבד הרעב הראשון, ואחד בימי יעקב שנא' כי זה שנתים הרעב, ואחד בימי שפוט השופטים שנא' ויהי בימי שפוט השופטים ויהי רעב בארץ, ואחד בימי דוד שנא' ויהי רעב בימי דוד ג' שנים, ואחד בימי אליהו שנא' חי ה' אלקי ישראל אשר עמדתי לפניו אם יהיה השנים האלה טל ומטר כי אם לפי דברי, ואחד בימי אלישע שנא' ויהי רעב גדול בשומרון שהוא מתגלגל ובא לעולם, ואחד לעתיד לבא שנא' לא רעב ללחם ולא צמא

\* שיחה שנמסרה בכולל, ב' בסיון תשס"ט.

למים כי אם לשמוע את דבר ה' עכ"ל [ואותו מאמר נמצא בתרגום רות (א, א)].

ולכאורה דברי המדרש אינם מובנים, שהרי ודאי היו הרבה יותר מעשר שני רעבון בהיסטוריה, וא"כ מהו דקאמר שבאו עשרה שני רעבון לעולם. ועוד צריכים להבין מהו דמצרף הרעבון והצמאון לדבר ה' שיהיה לעתיד לבוא ליתר שני הרעבון שבא לעולם, וכי יש איזה קשר ביניהם.

**והנראה** לומר בזה הוא דחז"ל באו להשמיענו שיש צורך ברעבון וצמאון, והם חלק אינטגרלי של הבריאה, ואי אפשר בלעדיהם. כן הוא בעולם הפיזי שיש צורך ברעבון וצמאון שבלעדיהם היו מתים מחוסר מים ומחוסר תזונה, שהרי אם לא היו מרגישים רעבון וצמאון לא היו מודעים למה שחסר ואי אפשר היה להתקיים. וכמו שהוא בעולם הפיזי כך הוא גם ברוחניות, שבלתי הרגש רעבון וצמאון לרוחניות אי אפשר להיות כלי קיבול לדבר ה'. ועל זה אמר בן זומא במשנה אבות (פ"ד מ"א) איזהו חכם הלומד מכל אדם, שזה שהאדם מוכן ללמוד מכל אדם הוא סימן על רעבון האדם וצמאונו לחכמה, ולפיכך הוא נקרא חכם, שבלי רעבון וצמאון הרי האדם הוא אטום ואי אפשר לו לקבל חכמה.

**ומהאי טעמא שנינו בפ"ו דאבות (מ"ד):**

כך היא דרכה של תורה פת במלח תאכל ומים במשורה תשתה ועל הארץ תישן וחיי צער תחיה ובתורה אתה עמל, ואם אתה עושה כן אשריך וטוב לך אשריך בעולם הזה וטוב לך לעולם הבא, אל תבקש גדולה לעצמך ואל תחמוד כבוד, יותר מלמודך (עשה), ואל תתאוה לשלחנם של מלכים ששולחנך גדול משולחנם וכתרך גדול מכתרם, ונאמן הוא בעל מלאכתך שישלם לך שכר פעולתך.

דבמשנה זו המחיש התנא הדרך לקבלת התורה, והיינו שישתפק במועט, ואם הוא עושה כן הרי הוא ממלא סיפוק רעבונו וצמאונו באפיקים רוחניים, מה שאין כן אם מחפש עושר וכבוד ומתאוה למלא סיפוק רעבונו וצמאונו באפיקים גשמיים אין הוא כלי המוכן לקבל תורה.

**והנה** כתב המהר"ל בספרו דרך חיים על אבות (ג, ז; ה, א), שהמספר עשרה מורה על מעלה ושלימות, שהרי אין מספר למעלה מעשרה, שאחרי שאתה סופר עשרה אתה חוזר לאחד וכן הלאה, וכן כל המספרים מסתכמים לעשרה. ולכך אמרו חז"ל בגמ' סנהדרין (לט, א) דכל בי עשרה שכינתא שריא,

ומהאי טעמא נברא העולם בעשרה מאמרות (אבות פ"ה מ"א). וא"כ יש לנו לומר דכאשר אמרו חז"ל דעשרה שני רעבון באו לעולם הם באו להשמיענו שרעבון הוא דבר חיובי ויש בו שלימות, והיינו כמו שנתבאר שדוקא על ידו מתקיים האדם ודוקא על ידו ישיג את שלימותו. אלא דאם האדם הוא רעב וצמא לטוב ולרוחני אין צורך לשני רעבון, אבל אם סוטים מן הדרך הישרה ואין מנצלים הרעב והצמאון לאפיקים חיוביים אזי מדות אלו הופכים לרועץ ובאה שנת רעבון לעולם.

**והנה תניא בגמ' יבמות (מח,ב) :**

ר' חנניא בנו של רבן גמליאל אומר מפני מה גרים בזמן הזה מעונין ויסורין באין עליהן מפני שלא קיימו שבע מצות בני נח, ר' יוסי אומר גר שנתגייר כקטן שנולד דמי אלא מפני מה מעונין לפי שאין בקיאתן בדקדוקי מצות כישראל, אבא חנן אומר משום ר' אלעזר לפי שאין עושין מאהבה אלא מיראה, אחרים אומרים מפני ששהו עצמם להכנס תחת כנפי השכינה, אמר ר' אבהו ואיתימא ר' חנינא מאי קראה, ישלם ה' פעלך ותהי משכורתך שלמה מעם ה' אלקי ישראל אשר באת לחסות וגו'.

וכבר נדחקו כל המפרשים לפרש מאי דהביא ר' אבהו הפסוק (רות ב,יב) ישלם ה' פעלך ותהי משכורתך שלמה מעם ה' אלקי ישראל אשר באת לחסות תחת כנפיו, שהוא לכאורה סותר לכל מאי דתני בברייתא, שהרי הברייתא באה לפרש למה הגרים מעונין ומיסורין, ומביא ר' אבהו פסוק להיפך שתקבל רות שכרה משלם על אשר באת להסתופף תחת כנפי השכינה. ועוד קשה הא רות עברה מסלול הייסורים, ולא יתכן לומר עליה הטעמים שאנו מוצאים בברייתא שלא היתה מדקדקת במצוות כישראל ושלא עשתה מאהבה אלא רק מיראה ושהיא שהתה ליכנס תחת כנפי השכינה [שהרי רש"י מפרש ביבמות שם (ד"ה אשר באת) שמיהרה ולא איחרה].

**לכן** לולי דברי המפרשים הייתי אומר שבא ר' אבהו לומר טעם אחר למה גרים המה מעונין וייסורין באים עליהם, והיינו כמו שנתבאר בדברינו שדוקא ע"י העינוי והייסורין בא לידי ביטוי הרעבון והצמאון של הגרים לדבר ה', והגרים צריכים לזה עוד יותר מישראל, והוא משום דאיתא בגמ' קידושין (ע,ב) : אמר רבה בר רב הונא זו מעלה יתירה יש בין ישראל לגרים, דאילו בישראל כתיב בהו והייתי להם לאלקים [והמה] יהיו לי לעם, ואילו בגרים כתיב מי הוא זה ערב את לבו לגשת אלי נאום ה', והייתם לי לעם ואנכי אהיה

לכם לאלקים עכ"ל, אלמא דהגר צריך להתאמץ יותר כדי למצוא את ה', ולכך הוא מוכרח לעבור מסלול הייסורים.

**ובכן** זהו מה שמביא ר' אבהו הפסוק ישלם ה' פעלך ותהי משכורתך שלמה מעם ה' אלקי ישראל אשר באת לחסות תחת כנפיו, והיינו כמו שכתב במדרש לקח טוב (רות ב, יב):

ישלם ה' פעלך ותהי משכורתך שלמה, מלמד שאין הגרים נצלחין אחר שמתגירין.

לכך הוצרך בעז לְבַרְכָה עכ"ל. וא"כ זהו פירוש הכתוב, שבירך אותה בועז שישלם ה' פעלה ותקבל שכרה משלם, והוצרכה לברכה זו מפני שהיא באת לחסות תחת כנפי השכינה והוצרכה לעבור מסלול העוני והייסורין. וזהו דקאמר ר' אבין שאין צריכים לתלות ייסורי הגרות בסיבות אחרות, אלא עצם הגרות מחייב מסלול הייסורין, מפני שדוקא ע"י זה בא לידי ביטוי רעבון הגר וצמאונו לדבר ה'.

**ומעתה** חוזרים אנו לבאר מאמר המדרש שהקדמנו, שמביא הפסוק בישע"י (סה, א):

נְדַרְשָׁתִי לְלוֹא שְׁאֵלוּ נִמְצָאתִי לְלֹא בְקִשְׁנִי אֲמַרְתִּי הֲנִי הֲנִי אֶל גּוֹי לֹא קָרָא בְשָׁמִי.

שמשמעות הכתוב שמדבר על גרים וכמו שאמר בסיפא דקרא אל גוי לא קורא בשמי, ועליהם הוא אומר נדרשתי ללא שאלו נמצאתי ללא בקשוני, והיינו דאע"ג דאיתא בגמ' קידושין דעל גרים כתיב (ירמ"ל, כא-כב) מי הוא זֶה עָרַב אֶת לְבֹו לְנִשְׁתֵּי אֵלֵי נָאָם ה', וְהִיִּיתָם לִי לְעַם וְאֶנְכִי אֶהְיֶה לְכֶם לְאֱלֹקִים, דמשמעו שהיוזמה צריכה לבוא דוקא מצד הגר ורק אחר כך מזדמן אליו הקב"ה, מ"מ עצם הדבר שהוא מתעורר להתגיר בא מאת הקב"ה, וכדכתיב לפני כן באותו פסוק וְהִקְרַבְתִּיו וְנִגַּשׁ אֵלַי, אלמא דעצם ההגשה לה' באה משום שהקריבו הקב"ה אליו. ולכך פירש המדרש שהפסוק מדבר על רחב ורות. וממשיך המדרש לאמר שזכתה רות לראות שלמה המלך יושב על כסא המלכות, ונתקיים בה ברכת בועז שישלם ה' פעלה, שצדיקים תחלתן יסורין וסופן שלוח (ב"ר סו, ד).

[אלא דקשה בלשון הכתוב בירמ"י שם דקאמר: וְהִיֶּה אֲדִירוּ מִמֶּנּוּ וּמִשְׁלוֹ מִקְרָבוֹ יֵצֵא וְהִקְרַבְתִּיו וְנִגַּשׁ אֵלַי, ואי כדברי חז"ל בגמ' קידושין דאירי בגרים א"כ איך נפרנס רישא דקרא דקאמר והיה אדירו ממנו ומושלו מקרבו

יצא, דהא בגמ' גיטין (נו,ב) דריש דאין אדיר אלא מלך, ואיך אפשר למנות מלך מגרים, דהא בגמ' ב"ק (פח,א) ממעט גרים ועבדים ממלכות מהא דכתיב (דברים יז,טו) מקרב אחיך תשים עליך מלך, ועוד דקרא גופא משמע שהמלך הוא מזרע ישראל דהא קאמר ומושלו מקרבו יצא, וא"כ מוכרחים לומר דרישא דקרא איירי בישראל. לכן נראה לי לומר דקשיא להו לחז"ל בסדר הקרא דלכאורה הו"ל למימר איפכא והקרבתיו ונגש אלי ורק אח"כ לומר והיה אדירו ממנו ומושלו מקרבו יצא, דהיינו שיזכו למלכות רק אחרי שהקב"ה יקרב אותם אליו. ולתרץ זה פירשו דהא דכתיב והקרבתיו ונגש אלי לא קאי על ישראל, אלא על הגויים שלחצו ישראל שמוזכרים בפסוק שלפני זה דכתיב (ירמ"ל,כ) ופקדתי על לוחציו, וקאמר דאחרי שיעניש הקב"ה את לוחציו ויקבלו בני ישראל המלכות אז יקרב הקב"ה את הלוחצים שבעבר והם יגשו אליו ויתגיירו, אבל אע"ג שהקב"ה יקרבים מ"מ הם יצטרכו לקחת היוזמה, ולא כמו אצל ישראל.]

**וממשיך** המדרש להשמיענו שדרך זו אינה מוגבלת דוקא לגרים, אלא כל מי שרוצה לקבל על עצמו עול תורה צריך להיות מוכן לעוני וייסורין, ובלאו הכי לא סגי, מפני שרק בדרך זו יבוא לידי ביטוי רעבונו וצמאונו לדבר ה', והיינו כמשנה אבות הנ"ל דכך היא דרכה של תורה כו'. וזהו דקאמר המדרש: ומה ענין רות אצל עצרת שהיא נקראת בעצרת בזמן מתן תורה, ללמדך שלא ניתנה תורה אלא על ידי יסורין ועוני. אבל סוף הכבוד לבוא (ספרי דברים פיסקא מח), שכל מי שמקבל עליו עול תורה סופו לזכות לשלוח לעושר ולכבוד, ודוק היטב בזה.