

תוכן הענינים

7	בפתח הקובץ -----
	משיעורי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל
9	מצוה לקיים דברי המת ומתנת שכיב מרע -----
14	תרי ותרי -----
	חושן משפט
19	מתנת שכיב מרע/ הרב יוסי איגרא -----
39	בגדר קנין מעמד שלשתן/ הרב אלחנן שלום אלגרוד -----
50	לקיים כל דבר/ הרב יצחק ביסמוט -----
64	כיצד אדם פורע חובו של חבירו?/ הרב מאיר ברקוביץ -----
74	מחילה בדבר שבעין/ הרב יוחנן גבאי -----
83	הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים/ הרב יוחאי יחיא -----
91	מקור הדין של גביית חוב/ הרב יהודה צור -----
105	הפקר בית דין בקנין דרבנן/ הרב ירון רוזיליו -----
125	סדר הגביה מבעל חוב עפ"י היתר עיסקא/ הרב יוסף שליט -----
	פסקי דין - דיני ממונות
137	חזרת קונה לאחר הכנת זר פרחים/ הרב נוריאל בן סימון -----
152	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי -----
	דרוש
185	כח ההקשבה/ הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה -----

בפתח הקובץ

...דבגלות ישראל, יש גלות בתוך גלות (מדברי הגר"א ומקור הדברים קדום לו).
גלות ישראל בין העמים וגלות תלמידי חכמים בתוך ישראל.

(קו' רשימות לב פסח תש"ל ושבועות תש"ל)

וציין הגר"י הוטנר (שם) לדברי הרמב"ן (ריש פ' משפטים) שכל התורה תלויה במשפט ולכן נתן הקב"ה דינין אחר עשרת הדברות שבפי' יתרו.

נמצא לפי"ז שתוקף גלות התורה, היא בשעת גלות משפטי התורה, כאשר לוקחים משפטים, שאינם ממשפטי התורה ואומרים אין לנו צורך במשפטי התורה. משפטי התורה בשעה זו בגלות הם. (והתבטא הגר"י הוטנר שמי שאינו מרגיש גלות זאת של משפטי התורה אינו ראוי לקרותו בשם ת"ח; קר"ל שם עמ' טו).

וכך כתב הרב הרצוג (ר"ח כסלו תש"ח, ירושלים עיה"ק ת"ו):

המטרה העיקרית שלי היתה להראות, שקיימת אפשרות ליצור תחוקה למדינה היהודית ולכונן בה משטר משפטי שלא יהא בה שום פרט בניגוד לתורתנו הקדושה. כדאי לדעתי להתאמץ בכל הכחות לשם מטרה זו. כי אם, ח"ו, נתרפה במלאכת שמים זו, בעת ההכרעה הזו, ח"ו, שהרוב הגדול של הישוב יתיאש, ח"ו, מן התורה, ויאמץ לו לבלי התחשב עם תורת קדושתנו, שורש נשמתנו, איזו תחוקה גויית מודרנית מן המוכן... וזה כבר בעצמו יהא הרס פנימי גמור – רוחני – דתי – היסטורי, וחלול גדול כלפי חוץ.

דומני שמספיק להגיד את הדברים החמורים הללו מבלי לתת להם פירוש. יהי רצון שתשרה שכינה במעשה ידינו ואור התורה יאיר את לבם של כל אחינו בארץ ובתפוצות ונזכה במהרה למדינה היהודית השלמה של אתחלתא דגאולה, ברוח התורה, בנויה על יסודותיה, ומכאן לגאולה השלמה, אמן ואמן! **(תחוקה לישראל על פי התורה א עמ' 1)**

בעמדנו בתוך בין ימי ההודאה שבחדש אייר, ממשיכים אנו להתפלל כי נזכה לראות בהשבת משפטי התורה ולהעמדת מערכת המשפט על תילה.

בגיליון השנים עשר של 'אבני משפט', ימצא המעיין חדו"ת, פסקי הלכה וברורים הלכתיים בנושאים בהם עסקנו בכולל במהלך השנה החולפת. סגנון המאמרים אינו אחיד ויש בו ביטוי לסגנונם של הכותבים.

הברכה והתודה למסייעים בסיוע של ממש להפיץ חדו"ת אלו.

העורך

ערב ש"ק לס' לפני ד' תטהרו, כ"ד למטמונים ה'יתשע

משיעורי מו"ר ראש הכולל שליט"א

מצוה לקיים דברי המת ומתנת שכ"מ*

א. בגדר מצוה לקיים דברי המת

בי"ב קמ"ב, האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ופרש"י: מחלק נכסיו היה ומצוה לקיים דברי המת.

מצינו בראשונים שתי דרכים בבאור מצוה לקיים דברי המת, או שזו מצוה גרידא לקיים את דברי המת או שמצוה זו יוצרת קנין.

תוס' בכתובות ע שואל כיון דמצוה לקיים דברי המת אם כן מאי אהני הא דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו? המרדכי בבבא בתרא (הגהות מרדכי תרסז) כתב, שחילוק גדול יש בין מצוה לקיים דברי המת לבין מתנת שכיב מרע, דמצוה לקיים דברי המת אין זוכה כלל אלא שכופין את היורשים לקיים דבריו ולכן אם אמר תנו חפץ זה לפלוני והיורשים מכרו או נתנו לאחר אין לו טענה על הלוקח או המקבל, לעומת זאת במתנת שכיב מרע הרי החפץ נקנה לו במתנה זו ויוכל לחזור על הקונה או המקבל. לדרכו, התשובה לשאלת תוס' היא, שמתנת שכיב מרע זה קנין ואילו מצוה לקיים דברי המת זו מצוה גרידא.

תוס' תרצו, דמצוה לקיים דברי המת קיים רק כשהושלש הממון, ומדלא תרצו כדברי המרדכי. נראה שתוס' חולקים על המרדכי ולדרכם כתוצאה ממצוה לקיים דברי המת נוצר קנין.

ראיה נוספת להבנה זו מביא המחנ"א מהגמ' בגיטין לח"א. המשחרר עבדו עובר בעשה ואומרת הגמ' שמי שאמר בשעת מיתתו אל ישתעבדו בה כופין את היורשים וכותבים לה גט שחרור, והקשו בתוס' דיש איסור עשה דלעולם בהם תעבודו וכיצד כופין את היורשים לעבור על איסור זה? ותירצו התוס' דכיון דאסורים להשתעבד משום מצוה לקיים דברי המת פקעה בעלותם הממונית ונשאר להם רק הצד האיסורי ובמצב כזה אין איסור עשה, ומוכח אם כן שהמצוה יוצרת קנין.

בגמ' בגיטין יד, ב הולך מנה לפלוני הלך בקשו ולא מצאו. תני חדא יחזרו למשלח ותניא אידך ליורשי מי שנשתלחו, וצ"ב שהרי צוה תנו מנה לפלוני

* שיעור שנמסר בכולל, חורף תשי"ע, נרשם ע"י אחד השומעים.

וכיצד זכו היורשים? ומבארת הגמ': מ"ד יחזרו למשלח סבר הולך לאו כזכי ומ"ד ליורשי מי שנשתלחו סבר שהולך כזכי. אמר ר' בא בר ממל דכ"ע הולך לאו כזכי ולא קשיא הא בבריא והא בשכ"מ. ובהמשך הסוגיא רב פפא אמר הא והא בבריא (והולך לאו כזכי) הא דמית מקבל בחיי נותן יחזרו למשלח הא דמית נותן בחיי מקבל - יתנו ליורשיו. וברש"י: בשעת מיתת נותן זכה בהם המקבל משום דמצוה לקיים דברי המת ואפילו היה בריא. ומכאן שהמצוה יוצרת קנין ולכן זכה המקבל ולאחר מיתתו יתנו ליורשיו.

ר' שמואל באר שיש מצוה ממונית - לזה ששילם ריבית למלוה יש מצוה למלוה "וחי אחיך עמך" להחזיר את הריבית. אם המלוה מת אין חוב על היורשים ולא מוטלת עליהם המצוה (כמבואר בגמ' איזהו נשך) ומבואר בשולחן ערוך (חו"מ סי' פב, ג) שאם הלווה תובע את המלוה שהוציא ממנו ריבית קצוצה והמלוה כופר, ישבע היסת וה"ה דבמודה במקצת ישבע שבועה דאורייתא ואם זו מצוה כמו תפילין מדוע הלווה בעל דבר לתובעו לקיים מצוותו (וכי יוכל אדם לתבוע את חבירו שיקיים שבועתו?) ומכאן שבמצוה שיש לה השלכות ממוניות ישנו מעמד של בעל דבר והלווה יכול לתבוע את המלוה בב"ד לקיים מצוותו ולהשביעו, וה"ה בהענקה ובשאר מצוות התלויות בממון.

וכמו כן מצוה לקיים דברי המת זה לא קנין אך יש זכות תביעה לקיים את דברי המת וזכות זו עוברת ליורשים וא"כ מובן מדוע יתנו ליורשיו היכא שהנותן מת בחיי מקבל דיש למקבל זכות תביעה ומורישה ליורשיו.

ב. מתנת שכיב מרע - מחלוקת הראשונים

בגמ' בגיטין הני"ל באוקימתא השניה ר' אבא בר ממל חילק בין בריא לשכ"מ, דבבריא יחזרו למשלח ובשכיב מרע יתנו ליורשי מי שנשתלחו לו. ופרש"י שבשכ"מ האומר הולך - הולך כזכה. ובארו הראשונים ברש"י, שכשם ששכ"מ שאמר תנו גט דיינין ליה ככתבו ותנו ה"ה הכא מחמת שנוטה למות וקשה עליו הדיבור לא אמר זכה אך זו כוונתו. ונמצא שהאוקימתא 'הא בשכיב מרע' אינה בגדר מתנת שכיב מרע אלא שזה דין מסויים בשכיב מרע האומר הולך שכוונתו להולך כזכה.

תוס' (ד"ה הא) בארו בדברי ר' אבא 'הא בשכיב מרע', שיתנו ליורשי מי שנשתלחו לו מדין מתנת שכיב מרע והעמידו שלמרות שמת המקבל בחיי נותן ובני המקבל נולדו לאחר מות הנותן, מאחר ומתנת שכיב מרע חלה למפרע

משעת הנתנה וכיון שבשעת הנתנה זכה המקבל, מוריש הוא את מתנתו לבניו.

הרי"ן הקשה על תוס' מהגמ' בב"ב קלז נכסי לראובן ואחריך לשמעון, לדעת רבי שמעון מוציא מיד הלקוחות ולדעת רשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון ומודה רשב"ג היכא שראובן נתן מתנת שכ"מ מרע ששמעון מוציא מיד המקבל מתנת שכ"מ מאחר שמתנת שכ"מ מרע חלה לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך. ובארו הראשונים שאחריך פירושו שכשלא יצטרך את המתנה יזכה בה הבא אחריו ולפני מיתתו כשאינו צריך את המתנה זוכה בה השני וקודמת זכייתו למקבל המתנת שכ"מ מרע. ומשמע שמתנת שכ"מ מרע חלה לאחר מיתה ולכן קדמו אחריך, אך לדרכו של תוס' קשה דמאחר והמתנה חלה למפרע משעת אמירתו קדמה המתנה לאחריך ומדוע מודה רשב"ג כשנתן מתנת שכ"מ מרע?

בתוס' כתוב שאפילו נולדו היורשים לאחר מיתת הנותן אין בזה חסרון של דשלבל"ע דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים למקבל משעת אמירת הנותן והקשה הגרע"א מדוע בכדי לצייר ציור של דשלבל"ע כתבו תוס' שנולדו לאחר מיתת הנותן, יכלו תוס' לומר שנולדו לאחר אמירתו. ובאר הגרע"א שלדעת תוס' אמירת השכ"מ נמשכת עד שעת המיתה, דמאחר ושכ"מ יכול לחזור ממתנתו, כל זמן שלא חזר הרי זה כאילו נמשכת האמירה ולכן העמידו תוס' שנולדו לאחר מיתת הנותן דאז הוי דשלבל"ע וקמ"ל תוס' דכיון דחלה המתנה למפרע יתנו ליורשי המקבל.¹

האור שמח (זכיה ומתנה ט, יג) והמנחת חינוך (מצוה רפ) הביאו ראייה ליסוד המובא בדברי תוס' מהירושלמי פאה (ג,ו). נחלקו רב ורבי יוחנן בשכ"מ מרע שכתב לזה וחזר בו ממתנתו הראשונה וכתב לשני, רב אמר שאינו יכול לחזור בו ורבי יוחנן אמר שיכול לחזור בו. היה רבו הראשון כהן והשני כהן והשלישי ישראל (הכהן הראשון נתן עבדו במתנת שכ"מ לכהן השני ולאחר מכן חזר בו ממתנתו הראשונה ונתנו לישראל השלישי) לדעת רב יכול העבד לאכול בתרומה דבין ימות ובין יבריא הרי הוא עבד כהן ואוכל בתרומה

¹ הגרע"א הסתפק בשכ"מ מרע שאמר יטול פלוני פירות דקל שלא באו לעולם דקיי"ל דכל דליתא בבריא ליתא במתנת שכ"מ מה הדין אם בשעת האמירה לא היו הפירות בעולם ובאו לעולם לפני מיתתו האם בכי האי גוונא חלה המתנה. וצדד בפשטות לומר שבעינין שיהיו הפירות בעולם בשעת האמירה דהאמירה היא מעשה הקנין. ומדברי התוס' הנ"ל מוכח דהאמירה נמשכת וכל עוד שבאו לעולם לפני מיתתו תחול המתנה ונשאר בזה בצ"ע.

ולדעת רבי יוחנן אינו יכול לאכול בתרומה, דכיון שחזר ממתנתו נמצא שניתן במתנה לישראל. הכל מודים שאם היה רבו הראשון ישראל אינו אוכל בתרומה שמא יבריא.

מבואר שלדעת רבי יוחנן מאחר שחזר ממתנתו לא יאכל והרי עד שימות האדון הרי הוא עבד כהן דמתנת שכיב מרע חלה לאחר מיתה ומדוע כבר מעתה לא יאכל? ומכאן מוכח שהמתנה חלה למפרע משעת אמירתו ולכן מיד לאחר האמירה אסור בתרומה.²

בנוסף, הכל מודים ברבו הראשון ישראל שלא יאכל שמא יבריא ומשמע שאי לאו החשש היה אוכל בתרומה מיד והרי המתנה לא חלה עד לאחר מיתה? גם מכאן מוכח שהמתנה חלה למפרע ולכן אי לאו החשש שמא יבריא היה אוכל בתרומה מיד.

ג. חזרה במתנת שכיב מרע

האוי"ש מביא מחלוקת ראשונים בדין שכיב מרע שנתן מתנה ובשעת הנתנה שתק המקבל, האם יכול המקבל לחזור בו לפני שמת הנותן. הרמב"ם בזכיה ומתנה פ"ט הי"ד כתב ששכ"מ שנתן מתנה ובשעת הנתנה שתק המקבל, שוב אין המקבל יכול לחזור בו.

הנמו"י ביש נוחלין מביא תוספתא "דייתיקי עד שלא זכה בה בין הוא בין אחר יכול לחזור בה משזכה בה אינו יכול לחזור בה" ומבאר הנמו"י משזכה בה – שידע ושתק ומסתברא דוקא בששתק אחר מיתה אבל מחיים דאינה חלה מתנת שכיב מרע אפילו שתק יכול לחזור בו.

ולכאורה בכל קנין לאחר ל', בתוך ל' יכולים הצדדים לחזור בהם ומה הסברא לומר שאם שתק שוב לא יוכל לחזור? מבאר קצוה"ח בסי' רמה על פי מחלוקת הראשונים שהובאה לעיל, דהרמב"ם כתוס' שהמתנה חלה למפרע ולכן אם שתק אינו יכול לחזור והנמו"י סובר כרשב"א ור"ן שמתנת שכ"מ חלה לאחר מיתה והוי כקנין לאחר ל' ולכן יכול לחזור.

² וכתב המנ"ח שהוכחה זו ניתן לדחות דאולי לא יאכל שמא בשעת אכילתו ימות רבו ותליא במחלוקת אביי ורבא בגיטין כח לגבי שמא ימות.

ד. מתנת שכיב מרע כירושה - ישוב קושית הר"ן

קצוה"ח בסי' קכה באר את דברי התוס' בגיטין הנ"ל על פי הגמ' בב"ב קמז,ב: אמר רבא אמר רב נחמן שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום והגמ' מקשה למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתא בברי איתא בשכיב מרע מילתא דליתא בברי איתא בברי איתא בשכיב מרע והאמר רבא אמר רב נחמן שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני ואע"ג דליתא בברי? ותירץ רב פפא הואיל ויורש יורשה ובארו שם תוס' דלא בעי הגמ' לומר דאיתיה בברי אלא שכיון שיורש יורשה יש כח לשכיב מרע ליתנה, דמתנת שכיב מרע כירושה היא. גם רשב"ם במקום הביא מהגמ' לקמן בדף קמט דמתנת שכיב מרע כירושה שויה רבנן, וא"כ מבואר דבמת מקבל בחיי נותן כתבו תוס' דיתנו ליורשיו דיש במתנה זו תורת ירושה ודיני ירושה והרי הוא יורש בקבר ומוריש את המתנה לבניו. ונמצא דביאור דברי התוס' שאמרו שלאחר מיתתו חלה המתנה למפרע משעת אמירתו הוא דבשעת אמירתו חל על המקבל דין יורש במתנה זו ומאחר ובשעת האמירה חי המקבל מיד חל עליו דין יורש וגם אם מת בחיי הנותן ונולדו בניו לאחר מות הנותן הרי הוא יורש ומוריש.

ולפי זה מתורצת קושית הר"ן על תוס' מאחריך לפלוני שכן הר"ן הקשה מדוע במתנת שכיב מרע קדמו אחריך והרי לפי תוס' המתנה חלה למפרע משעת האמירה ולכאורה קדמה המתנה לזכיית אחריך.

אולם, אם הגדר הוא שבשעת המתנה חל על המקבל דין יורש אזי דין ירושה זה יתממש על הממון שיהיה ברשות הנותן בשעת מיתתו ומכיון שאחריך זכה בממון טרם מיתתו של מקבל המתנה הראשון, לא נכללה המתנה בנכסים אותם הוא מוריש ומובן שפיר לשיטת התוס' מדוע לכו"ע במתנת שכיב מרע קדמה אחריך.

משיעורי מו"ר ראש הכולל שליט"א

תרי ותרי*

א

נחלקו בגמי' יבמות לא,א בתרי ותרי אם מעמידים על חזקה. לחד מ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא היינו שבשתי כיתי עדים המכחישות זו את זו נוצר ספק חזק שלא ניתן לפושטו על ידי העמדת המצב על חזקתו ולכן ספיקא דאורייתא כלומר מדאורייתא המצב נותר מסופק ומעמידים אותו בספוק ולא אזלינן בתר חזקה. והמ"ד השני סובר דתרי ותרי ספיקא דרבנן והיינו דמדאורייתא בתרי ותרי אזלינן בתר חזקה וחכמים החמירו להחשיבו כספק ולא ניזיל בתר חזקה לקולא. לרוב הפוסקים תרו"ת מדאורייתא מוקמינן אחזקה, והוי ספיקא מדרבנן היינו שבמקום חזקת היתר מדרבנן מחמירים והוי ספק ולא מוקמינן אחזקת היתר.

הגרע"א (תשובה קלו) והגרש"ש (שער"י שער החזקות פ"ד) מבארים שחזקה אינה בירור וכי מאחר שכך היה אתמול בכוחה של חזקה לברר שהמצב לא השתנה? אלא שחזקה היא דין הנהגה ולכן במקום תרי ותרי מוקמינן אחזקה. ואילו המ"ד שתרו"ת ספיקא דאורייתא סובר שהחזקה מורה לנהוג כאילו המצב מבורר וממילא מכיון שתרי כמאה ואין משמעות לתוספת של בירורים וראיות כנגד שני עדים מובן שבמקום תרי ותרי לא מוקמינן אחזקה שכן תוספת בירור אינה מעלה או מורידה.

כעין זה מצינו בב"ב לא,ב בתוד"ה וזו, שהקשו שבין לרב הונא ובין לרב חסדא שתי כיתי עדים המכחישות זו את זו עדותן בטלה ומדוע לא נאמין לבתראי במיגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא ובכהאי גוונא קמאי לא היו יכולים לטעון שאינם גזלנים שכן הם בעלי דבר. ותירצו תוס' דבמקום עדים לא אמרינן מיגו דמיגו לא יוכל לסייעם יותר משני עדים ואפילו היו עמהם מאה עדים אין נאמנים דתרי כמאה. ונמצא שבמקום תרי ותרי לא מועילה תוספת בירור ולכן לא נצרף מיגו. אך למ"ד שבתרי ותרי אזלינן בתר חזקה היינו משום שחזקה היא דין הנהגה ולא דין בירור ולכן אף במקום תרו"ת שייך לאוקמי אחזקה.

* שיעור שנמסר בכולל, חורף תש"ע, נרשם ע"י אחד השומעים.

הש"ש ש"ו פכ"ב דן בתרי ותרי במקום שקיימת חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, שנים אומרים פרע תוך הזמן ושנים אומרים לא פרע ולכאורה תרי ותרי נוקמי אחזקה של אין אדם פורע תוך זמנו ונוציא ממון. ובאר הש"ש דכיון שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו היא חזקה מבררת לא שייד לאוקמא אחזקה במקום תרי ותרי. וכ"כ הגרע"א בתשובה קלו וז"ל:

ומה"ט אני מסופק בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היכא דיש תרי ותרי, י"ל דבזה לא אזלינן בתר חזקה, דהך חזקה דא"א פורע תוך זמנו, הוי בגדר אן סהדי והוי כמו עדות. ושוב אמרינן תרי כמאה וכנ"ל, וצ"ע לדינא.

ב

בגמ' כתובות כב,ב:

ת"ר שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא... מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באשם תלוי קאי א"ר ששת כגון שנשאת לאחד מעדיה היא גופה באשם תלוי קיימא באומרת ברי לי.

והנה, נחלקו בגמ' בכריתות יז, ב לחד מ"ד וכך פוסק הרמב"ם, בכדי להתחייב באשם תלוי בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות דאקבע איסורא וכגון אחת חלב ואחת שומן דהאיסור קבוע לפנינו אבל חתיכה אחת שלגביה מסופק אם היא חלב או שומן אין אשם תלוי דלא אקבע איסורא. וכתבו תוס' (ד"ה באשם). דבסוגיין חשיב כאיקבע איסורא וקיימא באשם תלוי למרות שדמיא לחתיכה אחת דס"ס כיון שיש לה חזקת אשת איש חשיב לענין אשם תלוי כאיקבע איסורא.

והקשו תוס' (כתובות כב,ב ד"ה הבא עליה), דמסקינן ביבמות דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקה ובנדון דידן יש חזקת אשת איש ומדוע הבא עליה באשם תלוי ולא בחטאת? ותרץ ר"ת, שחזקה אשה דייקא ומנסבא מרעא לה להך חזקה.

ולכאורה לדרכם של הש"ש והגרע"א יש להקשות, שכן חזקה אשה דייקא ומנסבא משמשת כבירור ואיך מועיל בירור במקום תרי ותרי והרי תרי כמאה ושום תוספת בירור לא תוכל לפשוט את הספק. ומצאתי בגרש"ש בשער"י שער א פי"ח שבאר בכונת תוס', שאה"נ בנדון דידן במקום תרי ותרי

לא יועיל בירור אך חזקה אשה דייקא ומנסבא מגרעת את החזקת אשת איש וזו הסיבה שלא נוקמא אחזקת אשת איש והבא עליה באשם תלוי.¹

ג

איתא בכתובות יט,ב

ת"ר שנים חתומין על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והחזק בב"ד אין אלו נאמנין ומגבינן ביה כבשטרא מעליא ואמאי תרי ותרי ניהו... אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי אמרי כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין אמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא.

והקשה השי"ש (ו,כב) דבכתובות יח,א מבואר דחזקה אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול דהיינו שהמלוה מקפיד להחתים על השטר עדים כשרים ואם כן אוקי תרי בהדי תרי ונעמיד השטר על חזקתו ונוציא ממון על פיו.

ועל פי דרכו באר, שכיון שחזקה זו היא חזקה מבררת לא נעמיד על חזקה זו במקום תרי ותרי, ולכן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה.

הר"ן בכתובות (ט,ב מדפי הר"י) שואל את שאלת תוס', שבתרי ותרי נעמיד על חזקת אשת איש וממילא הבא עליה בחטאת ולא באשם תלוי ואומר הר"ן שאה"נ למ"ד שתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן אחזקה הבא עליה בחטאת והגמ' לא נכנסה לפלוגתא זו, והקשתה שאפילו למ"ד המיקל דתרי ותרי ספיקא דאורייתא מכל מקום הבא עליה באשם תלוי וכיצד יכולה להנשא במצב זה. ולפי זה צריך להבין מה התירוץ בנישאת לאחד מעדיה הרי הקושיא היא אפילו למ"ד מוקמינן אחזקה וכיצד יועיל ברי לי במקום חזקה?

¹ ע"י ח"י הגרש"ש כתובות סי' כג.

הרשב"א בחידושי עמ"ס קידושין סו כתב :

וכיון דאסיקנא כגון שנישאת לאחד מעדיה ובאומרת ברי לי אע"ג דתרי ותרי ספיקא דרבנן היא לא מפקינן לה דהא אינהו בדינא קא אמרי ולגבי עצמן נאמנין הן בדיעבד.

ובביאור דבריו כתב הפנ"י בכתובות, שם שסובר הרשב"א שחזקה אמורה רק ביחס למי שמסופק דלגביו עשתה תורה ספק זה כודאי אך כלפי אדם שאינו מסופק אין הנהגה של חזקה כי חזקה פועלת אך ורק למי שמסופק, וממילא גם למ"ד שתרו"ת מדאורייתא אוקמא אחזקה, ביחס לעד שאינו מסופק וביחס לאשה האומרת ברי לי אין הכרעה של חזקה ובית הדין יאפשר להם להנשא ומובן היטב לדרכו של הר"ן תירוץ הגמ' בנשאת לאחד מעדיה דמהני גם למ"ד שתרו"ת ספיקא דרבנן.

ד

האור שמח (גירושין יב, יז) דן באשה האומרת ברי במקום תרי ותרי מה דינו של הולד האם הברי שלה יועיל לולד או שהוא יהא ספק ממזר. ובאר, שספק ממזר מותר מן התורה דממזר ודאי ולא ממזר ספק אלא שרבנן החמירו, ובאומרת ברי לי לא החמירו רבנן, לעומת זאת בספק חלל לא יועיל ברי לי כי זה ספק איסור דאורייתא.

במשנה כתובות כז, ב,

מתני'. אמר ר' זכריה בן הקצב: המעון הזה לא ידה מתוך ידי משעה שנכנסו עובדי כוכבים לירושלים ועד שיצאו, אמרו לו אין אדם מעיד על עצמו.

ומבואר דכיון שהיה כהן ונשבתה אשתו למרות שידע שלא נבעלה לא התירום. והקשה הגרע"א, דמאחר ושניהם אומרים ברי אמאי לא התירום להנשא כדמצינו בכתובות כב, ב ומאי שנא.

ולדבריו של האור שמח מיושב היטב, דעל הצד שנבעלה אם נתירה לבעלה הוי הולד חלל ונמצא דלגבי הולד הוי ספק חלל ובכי האי גוונא הברי לא יעזור לגבי הולד ומשום כך לא התירום להנשא.

בדרך נוספת ניתן לומר ששבוייה זה חשש אך עשו בה ספק כודאי² ובודאי לא מהני ברי לי דזה אינו ספק אצלנו כלל.

לדרכו של הר"ן הנ"ל שתשובת הגמי' שנשאת לאחד מעדיה ובאומרת ברי לי היא גם למ"ד תרו"ת ספיקא דרבנן ומדאורייתא אזלינן בתר חזקה, יש לדון האם לגבי הולד ניזיל בתר חזקה. הש"ש ש"א פ"א דן ביחס לממזר ודאי ולא ממזר ספק כשיש רוב לאיסורא, והביא את שאלת העולם דלפי הרמב"ם שספק דאורייתא מהתורה לקולא, מדוע צריך פסוק להתיר ספק ממזר. ואחת מן הדרכים לישב הקושיא, דהמיעוט נצרך למצב שיש רוב וס"ד שניזיל בתר הרוב, וחדשה התורה שאף בכי האי גוונא ממזר ודאי ולא ממזר ספק. ולפי זה כ"ש שבמקום חזקת איסור עדיין ישאר הדין דממזר ודאי ולא ממזר ספק.

² עיי אבהע"ז סי' ז סעי' א בפת"ש ס"ק ב שהביא שכי"כ שעה"מ.

מתנת שכיב מרע

כירושה שווה רבנן

ראשי הפרקים

א. פתיחה

מחלוקת רב פפא ורב אחא בריה דרב איקא

ב. צורת הנתינה - נתינת שם יורש או קנין החל בשעת מיתה

1. מתנת שכיב מרע למפרע משעת האמירה - מחלוקת הראשונים

2. תרוץ הקצות על קושיית הר"ן

3. שאלת האור שמח

4. ביאור ר' שמואל את דברי הקצות

5. האם יכול מקבל המתנה לחזור בו לפני מות הנותן

ג. יורש או זוכה - ביאור מתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן

1. מי ראוי לזכות במתנת שכ"מ

2. דעת הר"י גזירת חכמים

3. רשב"ם ותוס'

4. דעת הריטב"א דין משמוש

ד. מהות המתנה - האם יקבל זכיות כיורש

1. מחילת היורשים על מלוה שנתן אביהם כשכיב מרע.

2. דעת הר"י קרקושא שהגמ' לדעת רב פפא

3. דעת הרמב"ן שגם לרב אחא לא יכול למחול

ה. סיכום ביניים

1. האם לרב אחא בעינן ראוי ליורשו

2. הערה בדברי הקצות

ו. שם יורש - נתינת שם יורש או סילוק שאר היורשים

מתנת שכ"מ לעובר

ז. ביאור וסיכום

א. פתיחה

בגמ' ב"ב (קמט,א) אומרת הגמ' 'מתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן'. במאמר זה ננסה לראות במה עשאוה חכמים כירושה- א. צורת הנתנה – תפקיד אמירת השכ"מ, נתינה בקנין או הגדרת המקבל כיורש, ב. צורת הקבלה – זוכה במתנה או יורש המתנה, ג. מהות המתנה – האם יקבל זכויות וחובות של יורש.

ננסה לבחון עד כמה הדברים תלויים זה בזה.

מחלוקת רב פפא ורב אחא בריה דרב איקא

הרבה מהדברים תלויים במחלוקת רב פפא ורב אחא :

בגמ' (קמז,א) נחלקו מדוע שכיב מרע יכול לתת הלוואתו במתנה

אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה - לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. למימרא, דסבר ר"נ: מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר תנו הלוואתי לפלוני - הלוואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא!

רב פפא אמר: הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקא אמר: הלוואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה.

אומרת הגמ' ששכיב מרע אינו יכול לתת דיור (שהדירה אין בה ממש להקנותה, רשב"ם) או פירות דקל (פירות דקל נמי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, רשב"ם) במתנת שכיב מרע משום שלבריא אין דרך להקנותם. אך כן יכול לתת הלוואתו לפלוני, לדעת רב פפא הואיל ויורש יורשה ולדעת רב אחא הואיל ואיתא בבריא במעמד שלושתן.

ובתוס' שם (ד"ה שכ"מ) כתב שאין כוונת רב פפא שאיתא בברי ע"י ירושה אלא כוונתו שמתנת שכ"מ כדין ירושה 'והא דקאמר הואיל ויורש יורשה לא בעי למימר מטעם דאיתא בבריא אלא כיון שיורש יורשה יש כח לשכיב מרע ליתן דברשותו הויין דמתנת שכיב מרע כיורש'.

מבואר מתוס' שמחלוקתם במהות מתנת שכ"מ שלדעת רב פפא עשו מתנת שכ"מ כירושה אך לדעת רב אחא זה כקנין ולכן בעינן שימצא קנין שמועיל בזה בבריא.

ב. צורת הנתינה - נתינת שם יורש או קנין החל בשעת מיתה

1. מתנת שכיב מרע למפרע משעת האמירה – מחלוקת הראשונים

בגמ' בגיטין (יד,ב) מובאת סתירה בין שתי בריתות, לגבי אדם ששלח מנה לפלוני וכאשר הגיע השליח לאותו פלוני נתברר שמת הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו, תני חדא: יחזרו למשלח, ותניא אידך: ליורשי מי שנשתלחו לו.

בתחילה רצתה הגמ' לתלות שנחלקו התנאים בדין 'הולך כזכי' אך דחתה הגמ' והעמידה שאינם נחלקים בדין אלא שכל בריתא עוסקת במציאות שונה:

ר' אבא בר ממל: דכ"ע הולך לאו כזכי, ולא קשיא: הא בבריא, הא בשכיב מרע. רב זביד אמר: הא והא בשכיב מרע, הא דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות, הא דליתיה למקבל בשעת מתן מעות. רב פפא אמר: הא והא בבריא, הא דמית מקבל בחיי נותן, הא דמית נותן בחיי מקבל.

מבואר מדברי ר' אבא שאם הנותן היה שכיב מרע הכסף שייך ליורשים אף שבזמן הגעת השליח כבר מת אביהם. נחלקו הראשונים בטעם הדבר. רש"י והרשב"א מבארים שכאשר הנותן הוא שכיב מרע, הולך שלו כזכי דמי, שברורה דעתו שמתכוון להקנות עכשיו, אך בבריא הולך לאו כזכי. 'שכל זמן שלא חזר בו דבריו ככתובים וכמסורים והולך דידיה זכי הוא ויתנם ליורשי מי שנשתלחו לו שהרי זכה אביהן בחייו'.

ואילו תוס' מבאר בדרך אחרת

אור"י אע"ג דמת מקבל בחיי נותן, ולא קני אלא אחר מיתת נותן, אפ"ה קנו יורשין, דדעת נותן הוא דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו, ואפ"י לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת נותן קנו, אפ"י למ"ד המזכה לעובר לא קנה, דדברי שכיב מרע כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו.

אומר תוס' שמתנת שכיב מרע נקנית משעת אמירת הש"מ, א"כ הואיל והמקבל היה חי בשעת האמירה זכה כבר במתנה, וכאשר מת יזכו בו יורשיו אפ"י אלו שנולדו לאחר מיתת הנותן. מבואר מתוס' שמתנת שכיב מרע מועילה למפרע משעת אמירה, וכן כותב הטו"ר (חו"מ קכה) 'אפילו הכי קנו משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו למפרע משעת נתינה הילכך כיון דאיתא

למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת המתנה והורישו ליורשיו.

הר"ן גם הוא לומד מהגמרא בגיטין שמתנת שכיב מרע חלה למפרע ומשמע מהא דבשכיב מרע אפילו מת מקבל בחיי נותן קנו יורשין, דאי לא למאי איצטריכין למימר בשכ"מ אי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות, הא אע"ג דאיתיה בשעת מתן מעות כיוון דליתיה בשעת מיתת נותן יחזרו למשלח, אלא ודאי בשכיב מרע משעה שמסר המנה לשליח דבריו ככתובין וכמסורין למקבל ואפילו מת בחיי נותן, כך כתבו בתוס'.

אם כן דעת הר"ן כדעת התוס' שנקנה למקבל מרגע אמירת השכ"מ ולא רק בשעת מיתתו, אך הר"ן מקשה על הבנה זאת מגמי ארוכה בב"ב בדין 'אחריך לפלוני'.¹

אבל תמה אני למה דהא קי"ל בסוף פרק יש נוחלין (קלו, א) דמתנת שכ"מ לא חלה אלא לאחר גמר מיתה וכיון דבעידנא דחיילא ליתיה למקבל היאך קנה והא אין קנין למת, וצריך עיון.²

¹ דתניא: נכסי לך ואחריך לפלוני, וירד ראשון ומכר ואכל - השני מוציא מיד הלקוחות, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון. א"ר יוחנן: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל; ומודה, שאם נתן במתנת שכיב מרע - לא עשה כלום. מאי טעמא? אמר אביי: מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריך.

² ובשו"ת הריב"ש (סימן שמו) כתב שקושיית הר"ן מתורצת כבר בתוך דברי התוס': וכבר הרגיש ר"י, בעל התוספות ז"ל, בקושיא זו, ותירץ אותה; שכתב: ואע"ג דלא קנה אלא לאחר מיתת הנותן, אפילו הכי קני, אע"ג דמית מקבל בחיי נותן, כי לכך נתכוון הנותן. שכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות, יזכה לאחר מיתה, אם הוא קיים, ואם לאו, יזכו יורשיו של מקבל, ואפי' נולדו, יורשיו של מקבל, לאחר מיתת מקבל. משום דדברי שכיב מרע, לענין לקנות לאחר מיתתו, חשובין ככתובין וכמסורין משעת נתינתו; אי אמירתו, של ש"מ, למקבל, היא לזכות לאלתר.

מבאר הריב"ש שכוונת השכ"מ להקנות למקבל אם הוא חי, ואם מת קודם מיתת הנותן כוונתו להקנות ליורשים, ולכן אם מת המקבל יזכו היורשים, לא מדין ירושה אלא ישר ממתנת הנותן. ולכאורה מבואר מדברי הריב"ש שנחשב שנותן את המתנה בשעת מיתה, דהיינו שלא רק שחל בשעת מיתה אלא נחשב כאילו אומר עד לשעת מיתה דאל"כ איך יקנו יורשים שנולדו לאחר האמירה, וכעין זה מסתפק רעק"א (סימן קמו).

אך צ"ב בדברי הריב"ש שהרי תוס' כתב שאפילו נולדו לאחר מיתת הנותן יזכו הירושים ואפי' למ"ד שהמזכה לעובר לא קנה, א"כ ודאי שישוד דברי התוס' שיזכו מדין ירושת אביהם ומבואר שזכה משעת אמירה, והדרא קושיית הר"ן.

ובב"י (סימן קכה יב) כתב שכוונת תוס' שכאשר השכ"מ מסר בפועל את המתנה דעתו להקנות מיד למקבל ולכן זכו היורשין ולפי מה שכתוב בתוספות שלנו (שם) לא קשיא שכתבו דטעמא דמילתא משום דדעת נותן הוא דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל לאחר מיתתו או הוא או יורשיו עכ"ל. ואפשר שהטעם הוא כמו שכתב

2. תרוץ קצוה"ח על קושיית הר"ן

קצוה"ח (סימן קכה ס"ק ה) תולה מחלוקת הראשונים הנ"ל במחלוקת רב פפא ורב אחא, רבא אמר בשם רב נחמן ששכיב מרע לא יכול לתת דיור בבית או אכילת פירות בלא שנותן את הבית או הדקל משום שאלו דברים שאדם בריא לא יכול להקנות ע"י מעשה קנין, ושאלה הגמ' אם כן מדוע יכול לתת הלוואתו לפלוני, רב פפא תירץ שהואיל והלואה עוברת בירושה ניתן ליתנה במתנת שכ"מ, ורב אחא מתרץ שישנה בקנין אצל ברי ע"י מעמד שלושתן.

ואומר תוס' בדעת רב פפא שדיור בית ואכילת פירות ליתא בירושה שאם היה בירושה היה מועיל מתנת שכ"מ. אמנם הר"ן שם מקשה 'ולפי זה אויר נמי הואיל ואיתא בירושה בלא גוף איתא נמי בשכיב מרע, ומיהו טעמא דרב פפא לא סליק', דהינו אומר הר"ן שתרוצו של רב פפא אינו עומד שהרי לפי דבריו גם אויר יכול לתת במתנת שכ"מ שהרי איתא בירושה, שאדם יכול לרשת את זכות הדירה בבית. (צ"ב במאי פליגי ואכמ"ל).

ומבאר הקצות (שם) שלדעת רב פפא שמתנת שכיב מרע פועלת בדרך ירושה, כאשר אדם נותן במתנת שכ"מ לפלוני עושה את אותו פלוני כיורש שלו לאותו חפץ, ולכן אם לאחר אמירת השכ"מ מת המקבל ירשו אותו בניו אפי' שנולדו לאחר מיתתו שאדם יורש בקבר ובניו יורשים אותו, 'דנהי דאין קנין למת זוכה בו מתורת ירושה ויורש יורשה אפילו אחר מיתתה דכן סדר הנחלות שממשמשת והולכת עד יעקב (עיין ב"ב קטו, ב) ואפילו אחר מיתת איתא בירושה' אך זה רק לדעת רב פפא שמועיל כדין ירושה אך לדעת רב אחא מתנת שכ"מ הוי כמו קנין ולכן לא יועיל אם מת מקבל.

ואומר הקצות שתוס' תפס את דעת רב פפא כעיקר ולכן סובר שירשו אפי' אם נולדו לאחר מיתת המקבל, אך לדעת הר"ן, שדחה את תרוצו של רב פפא, סבירא ליה כרב אחא ולכן שואל כיצד מועיל קנין שכ"מ למפרע.

רבינו בשם הרמ"ה דשאני מתנה זו שהוציא הממון מתחת ידו דעתו שיקנה מיד הילכך משעה שאמר לשליח זכה המקבל ומוריש ליורשיו.

3. שאלת האור שמח

והנה האור שמח (זכיה ומתנה פ"ט הי"ג) הקשה על הקצות מסוגית הגמ' במזכה לעובר

מה שחידש הרב בקצות דמהכי טעמא מהני בשכ"מ במת מקבל בחיי נותן, דהואיל ואיתא בירושה להוריש ע"י משמוש הוא הדין דירוש המקבל בקבר וזוכה במתנת שכ"מ דכל דאיתא בירושה איתא במתנה, כבר השגתי עליו במקום אחר שנעלם מעין בהיר שמועה שלימה דפרק מי שמת דשם שקיל וטרי אף אם נימא דעובר בר ירושה הוי וכו' יוסי דעובר זכי בירושה דממילא, ואפ"ה לא מהני מדין מתנת שכ"מ, רק לריב"ב דמצוי להנחיל לבנו בעודנו שכ"מ, חזינן דכל היכי דהחיסרון הוא מצד המקבל שאינו בר זכיה לא אמרינן דמהני הואיל ואיתא בירושה.

4. ביאור ר' שמואל את דברי הקצות

ר' שמואל (שעורים גיטין רעח) מיישב קושיית האו"ש על הקצות. 'אמנם נראה דיש לפרש את החילוק שבין עובר להלואה באופן אחר, דלעולם במתנת שכ"מ כיון דכירושה שוויה רבנן, יהבו למקבל דין יורש, והא דחזינן דהיכא דהמקבל לאו בר זכיה הוא לא קנה, היינו משום דהא דאית ליה דין יורש אי"ז מידי דממילא דכשהשכ"מ רוצה להקנות לו ממילא חל עליו דין יורש אלא דהגדר בתקנה דרבנן היה דחשיב כאילו הוא מזכה לו דין יורש וצריך המקבל לזכות דין ירושה, ומה"ט עובר דלאו בר זכיה הוא בקנינים דדעת אחרת מקנה ה"ה דאינו יכול לזכות את הדין יורש'.

מבואר מדברי ר' שמואל שאף שאם נסבור שמתנת שכ"מ פועלת כירושה גמורה עדין כדי להקנות שם יורש למקבל צריך מעשה זיכוי ומי שאינו בר קנין אינו יכול לזכות בשם יורש.³

5. האם יכול מקבל המתנה לחזור בו לפני מות הנותן

השו"ע (חו"מ סימן רמה סעי' יא) כותב 'וי"א שאם היתה מתנת שכיב מרע. כיון ששתק בשעה ששמע, קנה', וביארו האחרונים הטעם 'דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין' ושתק בשעת הקבלה.

³ ע"ש ברי' שמואל שנשאר בקושיה על המשך דברי הקצות שרצה לומר בדעת רש"י שאפשר ליתן אפ"י למת מתנת שכ"מ ויורשיו יזכו.

שואל הקצות (שם ס"ק ד) מה בכך שדברי שכ"מ כמסורים הרי הקנין חל רק לאחר מיתת הנותן ויכול לחזור בו, וכמו שהמקדש לאחר ל' שניהם יכולים לחזור בהם, ומתרץ הקצות על פי דברי התוס' והרא"ש שהנתינה חלה למפרע משעת האמירה, זה לשון הרא"ש 'ואע"ג דבשעת מיתת הנותן לא היה ראוי לקנות וגם המקבל לא קנה בחייו כיון שמת בחיי נותן, אפ"ה קנה משום דדברי שכיב מרע לענין לקנות לאחר מיתה חשובין ככתובין ומסורין למפרע משעת נתינתו, הלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת המתנה ומורישו ליורשיו וא"כ ה"נ כיון דאחר שמת הוברר שזכה למפרע משעת המתנה, ומשי"ה אין המקבל יכול לחזור כיון דכבר זכה בה תיכף אם ימות.

אך אומר הקצות שזה דוקא לשיטת התוס' והרא"ש שם, אך לדעת רש"י והרשב"א והר"ן שהסבירו את הגמ' בגיטין שאצל שכ"מ הולך כזכי דמי, א"כ לדעתם לא חל למפרע ויכול המקבל לחזור בו עד למיתת הנותן.⁴

[לפי דברי ר' שמואל לעיל גם כאן נסביר שאין יכול לחזור בו משום שכבר זכה בשם יורש, וכן מסביר ר' אהרון קוטלר (משנת אהרון גיטין יג) 'ותמוה, כיוון שקונה רק לאחר מיתה, אמאי לא יוכל לחזור מקודם. אבל להנ"ל ניחא, דמתנת שכ"מ אין זה קנין על לאחר מיתה, אלא דנותן לו דין שיזכה ממילא, והוי כמו שעשאהו ליורש. ולכן כיוון שנתרצה בתחילה ונעשה יורש, שוב זוכה אח"כ ממילא, ולא שיכא בזה חזרה, וכמו ביורש דאוריתא שאינו רוצה לירש, דלא מהני].

ורעק"א (גליון שו"ע שם) מביא שהנמק"י סובר שיכול לחזור בו עד המיתה 'דכתב ומסתבר דוקא שתק אחר מיתה אבל מחיים כיון דמתנת שכ"מ אינה קונה עד אחר מיתה אפילו שתק יכול לחזור בו'.

יוצא לפי דברי הקצות שדין זה, האם יכול לחזור בו, תלוי גם הוא במחלוקת רב פפא ורב אחא, שרק לפי רב פפא שהמתנה כירושה שוב אינו יכול לחזור בו, ועיי' בקצות (קכה מובא לעיל) שם סובר שהר"ן ורש"י נקטו כרב אחא, ולכן חל רק בשעת מיתה וממילא יכול לחזור בו.

באחרונים מופיעים הסברים נוספים מדוע אינו יכול לחזור בו. האו"ש (הנ"ל) מבאר משום שנקנה השיעבוד לכן אינו יכול לחזור. הרב ש"ך באבי עזרי (זכיה ט, יג) מבאר שכל מה שיכול לחזור בקנין לאחר ל' משום דבעינן שלא

⁴ לפי זה מסביר למה השו"ע כתב דין בשם י"א, משום שהרבה פליגי על דין זה.

קלתה קנינו, ומשום שהקנין מסתיים רק אז יכול לחזור בו, אך בשכ"מ שכל המעשה זה הדיבור וקלתה קנינו, שוב אינו יכול לחזור בו.

סיכום: הקצות למד שלדעת רב פפא אמירת השכ"מ יוצרת על המקבל שם יורש, לדעת ר' שמואל צריך כעין מעשה קנין לזכות למקבל שם יורש וזוכה כבר בשעת האמירה בזכות לרשת, לפי דרך זאת לא יוכל המקבל לחזור בו לאחר שקיבל את אמירת השכ"מ, לפי הראשונים שהסבירו שכוונת הגמ' בגיטין שבשכ"מ הולך כזכי משמע שלא חל כלל עד שעת מיתה ולכן לדעתם יכול המקבל לחזור בו על למיתת הנותן. ולדעת רב אחא מוסכם שאמירת השכ"מ זה מעשה קנין המתבצע באמירה וחל רק ברגע המיתה.

ג. יורש או זוכה – ביאור מתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן

1. מי ראוי לזכות במתנת שכ"מ

הגמ' (ב"ב קמט,א) אומרת שמתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן, במעשה דאיסור גיורא שאלה הגמ' שיקנה לבנו רב מרי ע"י מתנת שכיב מרע, ועונה הגמ' 'מתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה'.

ונתקשו הראשונים בהבנת דברי הגמ', שרב מרי היה בנו של איסור אלא שנולד קודם שאיסור התגייר ולכן אינו יורש את נכסיו, אך מאי שנא מכל אדם שמקבל מתנת שכ"מ למרות שאינו בר ירושה?

2. דעת הרי"ף גזירת חכמים

הרי"ף מבאר שכוונת הגמ' שדוקא משום שהוא בנו אינו יכול ליתנו לו, 'הא דאמר רבא מתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה וכל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה, במתנת יורש בלחוד הוא דקא אמר הכי ועיקרא דמילתא משום דקיימא לן דלגבי יורש לשון ירושה ולשון מתנה חד טעמא נינהו ... אבל מתנת שכיב מרע למי שאינו יורש ואפילו לגר דעלמא קני דקיימא לן דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו והכי שדר רבינו האי גאון וצ"ל'.

ושאלו הראשונים על הרי"ף סוף סוף מאי שנא בנו שנולד מגיות מכל אדם אחר, וזה לשון הרא"ש 'גם כי נתלה באילן גדול דברים תמוהים הן, דמאי נפקא מינה בהא דרב מרי בנו של איסור גיורא היה מאחר שהיתה הורתו שלא בקדושה ואין ראוי ליורשו מה לי איסור גיורא שנתן לרב מרי בנו מה לי

לאדם אחר אי מהני לאדם אחר אמאי לא מהני לרב מרי בנו, ואין אלו אלא דברי נביאות'.

והב"י (חו"מ רנו) ביאר כוונת הרי"ף שחששו חכמים שאם יועיל במתנת שכ"מ יבאו לומר שבנו מגיות יורשו, 'דהא טעמא רבה איכא במילתא, דאי הוה מהני מתנתו לרב מרי בנו מאן דחזי סבר דמטעם ירושה הוא נוטלן ואתי למימר דגר יורש את אביו ומשום הכי אמור רבנן דמתנת גר שכיב מרע למי שהוא ראוי ליורשו לא תועיל'.⁵

3. רשב"ם ותוס'

רשב"ם וכן תוס' רי"ד למדו שאיסור לא יכול ליתן למרי במתנת שכ"מ משום שמרי אינו בר ירושה (חיסרון במקבל), שרשב"ם מפרש 'דליתיה בירושה - כגון רב מרי', וכן מפורש בתוס' רי"ד שגר לא יכול לקבל מתנת שכ"מ אפילו מישראל גמור.⁶

תוס' (ד"ה כל) והרשב"א מבארים שהחיסרון כאן שאיסור אינו בר הורשה (חיסרון בנותן), ולכן אומר תוס' שאם נולדו לגר בנים לאחר שנתגייר יכול להוריש למי שרוצה, 'נראה לי דאם היו לגר בנים איתא במתנת שכיב מרע אע"ג דהמקבל גר דליתיה בירושה דעל הנותן הוא דאיכא קפידא ולא על המקבל'.

4. דעת הריטב"א דין משמוש

ובריטב"א מבואר שהחיסרון בשניהם, גם בנותן וגם במקבל, והטעם שמתנת שכ"מ היא ירושה, שרבנן הפקיעו את שאר הקרובים וממילא המקבל הוא היורש היחיד וכאילו שאר העולם מת,

אבל הנכון דמתנת שכיב מרע שורת הדין דלא קניא דהא לא גמרה אלא לאחר גמר מיתה ואין המתים נותנים, וחכמים תקנוה כדי שלא תטרף דעתו עליו ועשאוה כירושה וכאילו זה ראוי ליורשו, כי ע"י משמוש נחלה כל ישראל ראויים לירש זה את זה אילו הוה כלי שבטא, הילכך כל היכא דליתיה לנותן או למקבל בירושה ליתיה במתנת שכ"מ, ורב מרי לאו בר

⁵ וכעין זה כתב במלחמות שם.

⁶ אלא ודאי כל מתנת ש"מ בגר לא קניא, דכיון דליתיה לגר בירושה ליתיה במתנה דכיון דמתנת ש"מ אפי' מסתמא לא קניא אלא לאחר מיתה כירושה שויה רבנן, והילכך מאן דלא חזי לירש לא חזי לקבל מתנת ש"מ ואפילו מאינש דעלמא ואין לחלק בין בנו לאחר.

ירושה הוא ולפיכך אפי' היה איסור בר אורותי כגון שהיה לו בן שהיה הורתו ולידתו בקדושה אינו יכול לתת לרב מרי, וה"ה שאינו יכול איסור לתת לאיניש דעלמא שהוא בר ירושה כיון דאיסור לאו בר אורותיה הוא, והא דאמרינן כיון דליתיה בירושה וכו' בין על הנותן בין על המקבל קאי, וכן דעת מורי הרב ר"א הכ"ס.

אבל יש אומרים דלא קאי אלא על הנותן ולישנא דגמ' מוכח דעל רב מרי נמי קאי.

כדברי הריטב"א כתבו גם כן ר"י קרקושה ורא"ש מלוניל, שמתנת שכ"מ פועלת ע"י משמוש'.

הרשב"א בשו"ת (ח"ג קכב) דוחה הסבר הריטב"א מכל וכל,

כתב: שאין מתנת שכיב מרע כלום, אלא מפני שראויה לזה מדין נחלה, ועשו מקבל המתנה כיוורשו, והואיל וכל ישראל ראוין לירש זה את זה ע"י משמוש. ולא חש לקמחיה, והדברים מראין בעצמן שהטעם הזה פוגמן, דמתנת שכיב מרע, עשו לו חכמים ז"ל חזוק כקנין של תורה, ואפילו במקום יורש, שירש דבר תורה, ואיך תבא בזה מצד משמוש הירש לפניך, ואתה מוציא ממנו מצד משמושו; אין אלו אלא דברים בטלים.⁷

בקובץ הערות (מ,יב) שמבאר מחלוקת הריטב"א והרשב"א האם תקנת מתנת שכ"מ פועלת ע"י משמוש, דתליא במחלוקת נוספת בניהם, האם לירש רחוק יש שם יורש, שהרשב"א שאל על הריטב"א שאם יש כאן יורש ראשון כיצד יכול לזכות מקבל המתנה, ומבאר ר' אלחנן שטעם הריטב"א דכיוון שכל ישראל ראוין לירש זא"ז אלא שהמוקדם בזכייתו מפקיע מהמאוחרין, וכיוון שמשום הפקר בי"ד הפקר אין המוקדמין יכולין לזכות בהנכסים ממילא יורשן המקבל מתנה מדין ירושה דא', "והרשב"א חולק על זה דאזיל לטעמיה דאפילו אם יסתלק המוקדם ויעיל סלוקו מ"מ אין המאוחר זוכה בנכסים דכיוון דהסילוק אינו מועיל אלא לענין זכית הנכסים ולא לסלק מהמוקדם

⁷ ומבאר שם כדבריו בחידושים: 'אלא הטעם נגלה, שקיימו חז"ל דבריו כבריא שקנו מידו, כדי שלא תטרף דעתו עליו; ועוד: שאין טעם זה אלא לפגום המתנות. ומבית אבות אתה למד, שלא מצא טעם זה לא ידים ולא רגלים בבית המדרש, דהא גמירי דלא כליא שבטא, כדאמרינן בהדיא בפרק יש נוהלין, גבי משמוש נחלה, וא"כ בן לוי שנתן במתנת שכיב מרע לישראל, או ישראל שנתן לבן לוי, לא תהא מתנתו בהן קיימת, שהרי אינן ראוין ליירש זה את זה על ידי משמוש'.

דין יורש אין המאוחר יורש דכנכרי גמור הוא חשוב במקום שיש דין יורש להמוקדם".

סיכום: היוצא שלדעת הרי"ף אין פה הגדרה כלל במתנת שכ"מ ואין מגבלה אמיתית שיהיה בר ירושה אלא רק גזירת חכמים שלא ייתן לבנו מגויות. לדעת הריטב"א והר"ש מלוניל מבואר שחכמים תיקנו שמתנת שכ"מ ניתנת כירושה והמקבל ממש יורש כשאר יורשים.

לדעת תוס' והרשב"א נראה שכוונתם שבעינין שהממון יפול לירושה ולאחר מכן יכול להינתן כמתנת שכ"מ אפי' למי שאינו בר הורשה (גדר על הממון), ונראה שהטעם שרק אדם כזה אנו חוששים שמא תתטרף דעתו, שגר שאינו מוריש כלל אין דעתו על הממון.

לדעת הרשב"ם ותוס' רי"ד בעינין שיהיה המקבל בר ירושה, ונראה שאין חיסרון בכך שהנותן יהיה גר.

בדעת תוס' וכן בדעת הרשב"ם ברור שאין הירושה עוברת כירושה ע"י משמוש, שלתוס' המקבל יכול להיות גר ולרשב"ם הנותן יכול להיות גר, אך עדין אפשר שחכמים תיקנו שאדם יכול להגדיר יורש על חפץ מסוים ולכן המתנה תהיה לאחר מיתה, בתנאי שהנותן בר הורשה לתוס', או בתנאי שהמקבל בר ירושה לדעת רשב"ם.

עיינן פרק ו האם דין זה 'כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה' הוא גם אליבא דרב אחא.

ד. מהות המתנה האם יקבל זכיות כיוורש

1. מחילת היורשים על מלוה שנתן אביהם כשכיב מרע

בגמ' ב"ב (קמז,א) מבואר שמלווה שניתנה במתנת שכ"מ אין היורשים יכולים למחול - 'א"ר זירא אמר רב: מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה? שנאמר: והעברתם את נחלתו לבתו, יש לך העברה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע. רב נחמן אמר רבה בר אבוה, מהכא: ונתתם את נחלתו לאחיו, יש לך נתינה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע'.

וכותב שם תוס' שאין הכוונה מדאורייתא אלא אסמכתא, 'לאו מן התורה דוקא קאמר, דהא רב נחמן גופיה אית ליה לקמן דאינה כשל תורה ועשאוה כשל תורה, אלא אסמכתא בעלמא הוא דקאמר'.

ובגמ' (שם ב)

ורבא אמר רב נחמן: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו. ומי אמר רב נחמן הכי? והא אמר רב נחמן, אע"ג דאמר שמואל: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו - מחול, ואפילו יורש מוחל, מודה שמואל, שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למוחלו; אי אמרת בשלמא דאורייתא, משום הכי אינו יכול למחול, אלא אי אמרת דרבנן היא, אמאי אינו יכול למחול? אינה של תורה ועשאוה כשל תורה.

הראשונים לומדים מגמ' זאת שקנין שטרות דרבנן דאם היה מדאורייתא כתוב בגמ' בהדיא שלא היה ניתן למחול,⁸ ומקשים על שיטת ר"ת הסובר שמכירת שטרות מדאורייתא. ר' יונה והריטב"א⁹ מתרצים שכוונת הגמ' שאם היה מדאורייתא היה נלמד מהפסוק של נחלה והיה לזה דין ירושה, שגם שיעבוד הגוף עובר ליורש, ולכן לא היה נמחל, אך בקנין שנקנה רק השעבוד נכסים מועילה מחילה, ולפי תרוץ הגמ' שעשואה כשל תורה היינו עשואה כירושה 'ופרקין דלעולם מדרבנן ואלימו לתקנתיהו שיהא כירוש גמור לזכות אף בזכות הגוף'.

2. דעת הר"י קרקושא שהגמ' לדעת רב פפא

והנה בפירוש הר"י קרקושא תלה את דין רב נחמן, שהנותן במתנת שכי"מ שטר חוב אינו יכול למחול, במחלוקת רב פפא ורב אחא, 'ונראה דסוגין כר"פ דמתנת שכי"מ כירושה שווה רבנן וכל מאי דקני ביורש קני בשכי"מ, ולהכי אינו יכול למחול בנו של שכי"מ, דלרב אחא דקאמר משום דאיתיה בבריא

⁸ זה לשון תוס' ב"ב (עז, א) 'בפ' מי שמת (לקמן דף קמז, ב ושם) משמע דמכירת שטר לא הוי אלא מדרבנן דקאמר התם אמר רבא אמר רב נחמן מתנת שכיב מרע אינה אלא מדרבנן ומי אמר רב נחמן הכי והאמר רב נחמן אע"ג דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל, מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכיב מרע שאין יכול למחול, אי אמרת בשלמא דאורייתא היינו דאין יכול למחול אלא אי אמרת דרבנן אמאי אין יכול למחול אלמא מוכר שטר מדיכול למחול הוי מדרבנן'.

⁹ זה לשון הריטב"א 'והכא הכי קאמר אי אמרת בשלמא דמתנת שכי"מ מדאורייתא הו"ל כירוש גמור מן התורה שהוא כרעא דאבוה וזוכה אפילו בשיעבוד הגוף, ואין היורש יכול למחול כשם שאין היורש יכול למכור שטר חוב שירש חבירו, אלא אי אמרת דרבנן הא זכותא דיורש עדיף שזכה בשעבוד הגוף שהוא כרעא דאבוה ומקבל מתנה לא זכה בו ולמה אין היורש יכול למחול, ופרקין דלעולם מדרבנן ואלימו לתקנתיהו שיהא כירוש גמור לזכות אף בזכות הגוף'.

משמע דעשאווה כמתנת בריא, וא"כ אמאי אינו יכול למחול. וכן כותב בר"ש מלוניל.

וכן רעק"א בשו"ת (החדשות סימן עה) כותב שעשאווה לירש גם לשעבוד הגוף, דאם לא כן עדיין יקשה אמאי אין הירש דהנותן יכול למחול שעבוד הגוף וממילא לפקע החוב, אלא ע"כ דעשאווה לירש גם לשעבוד הגוף, ומקשה 'ולכאורה קשה התינח לר"פ ב"ב שם דהואיל וירש יורשו, אבל לשינוי דרב אחא שם דעשאווה כירש רק במה דאיתא בבריא ואם כן איך יזכה בשעבוד הגוף הא ליתא בבריא'.

הנה לפי דעתם, לדעת רב פפא דימו מתנת שכי"מ לירושה בין במעשה הקנין ובין בצורת הקבלה ולדעת רב אחא דימו זאת לקנין בריא גם בצורת הקבלה, ולכן לפי רב אחא הירש יכול למחול משום שהמקבל זכה רק בשעבוד נכסים ולפי רב פפא שהמקבל יורש את ההלואה וממילא גם את שעבוד הגוף אין הירש המקורי יכול למחול.

3. דעת הרמב"ן שגם לרב אחא לא יכול למחול

אמנם ישנם ראשונים שמבואר שגם לרב אחא אין יכול למחול כאשר מקנה שטר חוב במתנת שכי"מ. כך הרמב"ן (ב"ב עז,ב) מביא שיש מקשים על תרצו של רב אחא, שאף שמועיל נתינת חוב במעמד שלושתן עדין ליתא בבריא מכירת שטר שאינו יכול למחול,¹⁰ ואומר הרמב"ן 'ומיהו אין זה הפירוש נכון דהא לאו קושיא היא אם בבריא לעולם מוחל אם בשכיב מרע אינו מוחל מאחר שעיקר הקניה איתא בבריא דהא אלמוה רבנן למתנת שכיב מרע טפי'. ולפי דברי הר"י מקרקושה ליתא שאלה כלל שהרי לדבריו לרב אחא מהני מחילה גם בשכי"מ.

ויש לשאול איך למד הרמב"ן את דעת רב אחא, שלכאורה צודק רעק"א בשאלתו שאם נדמה מתנת שכי"מ לקנין בריא מהני מחילת הירש.

רעק"א (שם) מביא מכאן ראייה לראשונים שבמעמד שלושתן א"א למחול¹¹ ועשו מתנת שכי"מ כמעמד שלושתן.

¹⁰ ורוצים להוכיח שלא מהני מחילה במעמד שלושתן.

¹¹ עיין חו"מ קכו סעיף א. השו"ע מכריע שאין מועילה מחילה וע"ש בש"ך (ס"ק ז) דהו ספיקא דדינא.

אך מהרמב"ן מבואר שבמעמד שלושתן אפשר למחול ולכן נראה לבאר שסובר שגם לרב אחא אף שתקנת חכמים היתה שהשכ"מ יכול להקנות בדיבור (איפה שבריא צריך קנין) אך צורת המעבר לקונה היא כמו ירושה, שהרי מקבל את המתנה רק לאחר מיתת הנותן, ולכן גם לדעת רב אחא אין היורש יכול למחול שמקבל המתנה ירש את שעבוד הגוף, ואפשר שזה כוונת הרמב"ן 'אלמוה רבנן למתנת שכיב מרע טפי', שעשאוה כירושה.

כך נראה גם מדברי ר' יונה והריטב"א שתוצו שכוונת הגמ' שעשאוה כירושה ולא כתבו זאת רק אליבא דרב פפא, ועוד שהריטב"א פוסק כרב אחא ואם לדעתו יכול למחול היה צריך לציין זאת.

סיכום: לדעת רב פפא זכויות מקבל המתנה הם כיוורש. בדעת רב אחא נחלקו: דעת הר"י קרקושא, וכן רעק"א, גם מעשה הקנין וגם צורת הקבלה הם כקנין בריא, לעומת הרמב"ן שאף שמעשה הנתינה כקנין של בריא צורת הקבלה כירושה.

ה. סיכום ביניים

1. האם לרב אחא בעינין ראוי ליורשו

בפרק הקודם שאלנו האם הדין שיהיה ראוי ליורשו תלוי במחלוקת רב פפא ורב אחא, ושם ראינו דעת הריטב"א, ר"י קרקושא ורא"ש מלוניל שהטעם שבעינין ראוי ליורשו משום שמתנת שכ"מ פועלת כירושה דא' שאנו מפקיעים את הזכות משאר היורשים, וא"כ לפי דבריהם כאן, שרק לפי רב פפא אין יכולים למחול לאחר נתינת שכ"מ, משמע שלדעת רב אחא שיכול למחול אין המתנה עוברת כירושה ע"י משמוש, וא"כ גם לא צריך שיהיה ראוי ליורשו.

לפי דברי התוס' והרשב"ם שם דבעינין שהנותן יהיה ראוי להוריש לתוס', או המקבל ראוי לרשת לרשב"ם, ניתן לומר שלמדו זאת גם לדעת רב אחא, כמו שלמדנו בדעת הרמב"ן והריטב"א בפרק ג, שאף שרב אחא מגדיר שהדיבור של השכ"מ הוא כקנין של בריא, אך חכמים שתקנו שחל לאחר מיתה תקנתם היתה שיהיה כיוורש וממילא יזכה בשעבוד הגוף ובעינין ראוי ליורשו.

לפי הסבר הר"י בפרק הקודם שכל כוונת הגמ' דבעינין ראוי ליורשו הינו שגזרו שלא יתן לבנו מגויות, ודאי שאין זה תלוי במחלוקת רב פפא ורב אחא, ולכו"ע נגזור שלא יחשבו שבנו הגר יורשו.

2. הערה בדברי הקצות

הקצות כתב שלדעת רב פפא חל שם יורש משעת אמירה ולדעת רב אחא הוי כקנין שחל בעת מיתה. יש להעיר בדברי הקצות לשני הצדדים:

1. אפשר שגם לרב אחא חל שם יורש. בפרק ג ראינו שדעת הרמב"ן וכן משמע מהריטב"א שגם לרב אחא התוצאה שהמקבל יורש את החפץ, אם כן ניתן לומר שאף שרב אחא מדמה למעשה קנין אפשר שהתוצאה שחל עליו שם יורש, ולפי זה גם לדעת רב אחא מיד לאחר 'הקנין' חל כבר שם יורש ויוכל לרשת גם לאחר מיתה.

2. אפשר שגם לרב פפא אינו חל עד למיתה. דעת הריטב"א שמתנת שכ"מ כירושה ממש, ובכל זאת בגיטין שהגמ' אומרת שאפי' שמת המקבל יתנו ליורשים, מבאר הריטב"א שהטעם משום שבשכ"מ הולך כזכי ואינו לומד כתוס' שחל עליו שם יורש, נראה שמבין שהמקבל אינו זוכה בשם 'יורש' עד לשעת מיתה, ולכן אם מת המקבל לא יזכו יורשיו (אם לא שמסר לו בהולך כזכי).

ועיין או"ש (זכיה ומתנה פ"ט הי"ג) שמביא משו"ת המהרי"ט (חו"מ עד) לתרץ דעת תוס' והרא"ש דליפוי כחה של מתנת שכ"מ עשאוה כמתנה מהיום ולאחר מיתה דשעבודא חייל מהיום וזכות לאחר מיתה ובע"ח גובה מהם דשעבוד דילהו קודם.¹²

1. שם יורש - נתינת שם יורש או סילוק שאר היורשים

למדנו בדעת רב פפא שהשכיב מרע נותן שם יורש למקבל המתנה, ובפרק ב העלנו שנחלקו הריטב"א ור"י מלוניל עם רשב"ם תוס' והרשב"א האם הכוונה שיוצר' יורש נוסף או ע"י שמסלק שאר היורשים נעשה המקבל יורש יחידי לחפץ זה (ולפי הסבר הקוה"ע תליא במחלוקת האם ליורש מאוחר שם יורש). בפרק זה נראה מחלוקת האחרונים האם מהני מתנת שכ"מ לעובר, ולכאורה תליא במחלוקת הראשונים הנ"ל.

¹² אומר האו"ש 'וגם זה אינו מובן כ"כ, דמשום שעבוד לבד יזכו יורשי המקבל בהך מתנה ויהיה שלהם כיון דליתא רק שעבוד וצ"ל דמ"מ השליח צריך ליתן ליורשי המקבל ואינו יכול להחזיר ליורשין כיון דשעבודא רמי מחיים של המקבל וכמו דאמרן משום מצווה לקיים דברי המת'.

מתנת שכ"מ לעובר

בגמ' ב"ב (קמא, ב) מובא דינו של רב הונא שהמזכה לעובר לא קנה אמר רב הונא: הוי מזכה לעובר, והמזכה לעובר לא קנה. איתביה רב נחמן לרב הונא: האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה - ילדה זכר נוטל מנה! אמר ליה: משנתינו איני יודע מי שנאה.

ובהמשך הגמ' מנסה להעמיד דברי המשנה כר"י בן ברוקה ולימא ליה: רבי יוחנן בן ברוקה היא, דאמר: לא שנא ירושה ולא שנא מתנה! דתנו, רבי יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו - דבריו קיימין! אימור דשמעת ליה לרבי יוחנן בן ברוקה - לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי אמר?

ובתוס' (שם ד"ה נכסי) מוכיח שדינו של רב הונא שהמזכה לעובר לא קנה אפילו אם נותן לעובר במתנת שכ"מ, שהרי הגמ' מנסה להעמיד המשנה אליבא דרביב"ב דמירי רק בשכ"מ 'בשכיב מרע איירי מדקאמר עלה ולוקמה כר' יוחנן בן ברוקה ורבי יוחנן בן ברוקה בשכיב מרע איירי.

וממשיך תוס' שאע"פ שדברי שכ"מ ככתובין ומסורין אך זה דוקא אם מהני בבריא ע"י קנין אך כאן גם בריא אינו יכול להקנות לעובר. אך שואל תוס' על דברי עצמו שהרי בריא אינו יכול להקנות הלואה ושכ"מ יכול ליתנה במתנה

ואע"ג דאמר לקמן (קמח, א) שכ"מ שאמר הלואתו לפלוני הלואתו לפלוני אע"ג דליתיה בבריא אפילו בקנין, דאי איתיה בבריא בקנין אם כן הוי שכיב מרע ובריא שוין, מ"מ הכא ליתא בשכ"מ כיון דליתא בבריא בקנין, דכולהו לא בחדא מחתא מחתינהו.

אומר תוס' שאף שיש יוצאים מהכלל, מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, כולהו לא בחדא מחתא מחתינהו, ולכן כאן אנו צמודים לכלל ולא מהני מתנה לעובר.

שואל רעק"א, מה שאלת תוס' הרי זה בדיוק מה שהגמ' (קמז, ב) מובא בהקדמה) שואלת על הכלל מילתא דאיתא בבריא כו' ורב פפא תירץ דאיתא בירושה ורב אחא תירץ דאיתא במעמד שלושתן, ומתמהני דהא זהו בעצמו

פירכת הש"ס שם על הלוואתי לפלוני דליתיה בבריא ומשנין דאיתיה בבריא במעמד ג',¹³ וצלע"ג וחיודש שלא מצאתי מי שעמד בזה'. והנה ברש"ש כותב על דברי התוס' ר"ל ואמר שם רב פפא הואיל ויורש ירושה וא"כ מאי קאמר הכא שאני ירושה הבאה מאליה', וכוונת הרש"ש שדברי התוס' חסרים במקצת, וכוונתם לשאול על גבי תרוץ רב פפא, שכל דהיכא דאיכא בירושה איכא במתנת שכ"מ, א"כ קשה על דברי הגמ' שאמרה שעובר זוכה בירושה הבאה מאליה,¹⁴ ולפי דברי רב פפא מתנת שכ"מ הוי כירושה ואם ירושה הוא זוכה ה"ה במתנת שכ"מ, זה כוונת תוס' בשאלתו, ועל זה תירץ התוס', דכולהו לא בחדא מחתא מחתינהו, דהינו שלא לגמרי הוי כירושה (יבואר בהמשך).

רעק"א¹⁵ מסיק שלדעת רב פפא מהני מתנת שכ"מ לעובר וסוגית הגמ' על דברי רב הונא הם אליבא דרב אחא - 'וא"כ באמת יהא הדין לר"פ דמזכה לעובר במתנת שכ"מ דמהני כיון דעובר יורש בממילא ונצטרך לומר דסוגי דידן אזלא אליבא דר"א דמשום דאיתיה בבריא במעמד ג' וצ"ע לדינא'.

א"כ יוצא שלדברי הרש"ש גם לדעת רב פפא אי אפשר להקנות לעובר ולדברי רעק"א לרב פפא ניתן לתת מתנת שכ"מ לעובר.

¹³ ושואל גם על הוכחת תוס' – 'יגם מה שהוכיחו דמלוה ליתיה בברי בקנין דא"כ הוי בריא ושכ"מ שוין דמה הוצרכו לראי' להדי' אמרינן והרי הלוואה דליתיה בבריא'.

¹⁴ 'ולימא ליה: רבי יוסי היא, דאמר: עובר קני! דתנן: עובר פוסל ואינו מאכיל, דברי רבי יוסי! שאני ירושה הבאה מאליה'.

¹⁵ רעק"א מבאר בתחילה שגם אליבא דרב פפא יש לומר שאין שכ"מ יכול ליתן לעובר, שאף שירושה הבאה מאליה זוכה, מ"מ הכא ניחא שחז"ל עשו מתנת שכ"מ כירושה וכל מה שמוריש לבנו יכול גם להוריש לאחרים, דהיינו שחכמים אמרו כל היכא דאיכא בירושה הכוונה שיכול להוריש לבנו בדינו של ר' יוחנן בן ברוקה אזי יכול ליתן גם לאחרים במתנת שכ"מ, וא"כ הואיל ולריב"ב אין יכול ליתן לעובר לכן גם שכ"מ אינו נותן לעובר.

אך מקשה רעק"א שהרי הוכיח המהרי"ט שלריב"ב לא מועיל להוריש דבר שלא בא לעולם, 'א"כ חזינן דבדבר שאינו תופס בו קנין א"י להוריש, דלהוריש בן בין הבנים בדיבור בעלמא הוי כמו קנין במתנה, א"כ י"ל ה"י במלוה דאינו בעין ואין קנין נתפס בו י"ל דאין נתפס בו ג"כ זכות הורשת בן בין הבנים, רצונו לומר שמנין לנו שריב"ב מועיל להוריש מלוה לבן בין הבנים אחרי שלמדנו שבדבר שלא בא לעולם אינו יכול להוריש, שדוקא דבר שיכול להקנות יכול להוריש, ולפי זה צ"ל שמה שאמר רב פפא 'הואיל ויורש ירושה' הכוונה לירושה הבאה מאליה ואם כן יועיל מתנת שכ"מ גם לעובר כמו כל ירושה הבאה מאליה. (רעק"א נתן שתי אפשרויות בהבנת דברי ר"פ או שכוונתו שחכמים תקנו זאת כירושה של ריב"ב ואז זה רק היכא שמועיל קנין או דהוי כירושה הבאה האליה, וצ"ב בדבריו מדוע לא לומר שריב"ב לא מהני בדבר שלא בא לעולם אך מהני במלווה כמו שאומרת הגמ' לגבי שכ"מ).

בפרק א הבאנו את קושיית האו"ש על דברי הקצות, ביאר הקצות שלדעת רבנן יזכו היורשים שנולדו לאחר נתינת המתנה הואיל ואביהם יורש בקבר והם יורשים אותו, והאור שמח הקשה מסוגית הגמ' במזכה לעובר דאם הוי כירושה הרי עובר זוכה "כבר השגתי עליו במקום אחר שנעלם מעין בהיר שמועה שלימה דפרק מי שמת דשם שקיל וטרי אף אם נימא דעובר בר ירושה הוי... חזינן דכל היכי דהחיסרון הוא מצד המקבל שאינו בר זכיה לא אמרינן דמהני הואיל ואיתא בירושה'. והבאנו את תרוצו של ר' שמואל 'דהגדר בתקנה דרבנן היה דחשיב כאילו הוא מזכה לו דין יורש וצריך המקבל לזכות דין ירושה, ומה"ט עובר דלאו בר זכיה הוא בקנינים דדעת אחרת מקנה ה"ה דאינו יכול לזכות את הדין יורש", מבואר מדברי ר' שמואל שאף שאם נסבור שמתנת שכ"מ פועלת כירושה גמורה עדין כדי להקנות שם יורש למקבל צריך מעשה זיכוי ומי שאינו בר קנין אינו יכול לזכות בשם יורש.¹⁶

לפי הסבר הרש"ש, תוסי' שאלו את שאלת האו"ש, מדוע שלרב פפא לא יועיל מתנת שכ"מ לעובר ותרצו 'דכולהו לא בחדא מחתא מחתינהו', ונראה כוונתם לפי דברי ר' שמואל, שאף שמתנת שכ"מ כירושה לענין הזה של נתינת שם יורש בעינן 'הקנאה'.

והנה לפי דברי רעק"א אין הכי נמי, שלדעת רב פפא כמו שמת זוכה ה"ה לעובר.

סיכום: לאו"ש היה ברור שאם מתנת שכ"מ פועלת כירושה אפשר לתת גם לעובר וכן הכריע רעק"א בדעת רב פפא שיכול ליתן לעובר, אך לדעת הרש"ש ור' שמואל אפילו אם פועל מכח ירושה לא ניתן להקנות לעובר. נראה שהאו"ש ורעק"א הבינו שלפי דרך זאת השכ"מ אינו מזכה למקבל אלא מסלק את שאר היורשים מהחפץ הזה ואז המקבל זוכה בה כירושה הבאה מאליה, אך לדעת הרש"ש ור' שמואל האדם מזכה למקבל שם יורש ולא ניתן לזכות זאת לעובר.

ז. ביאור וסיכום

לאור כל האמור ניתן ללכת בכמה דרכים בהגדרת מתנת שכ"מ כירושה. ננסה לעמוד על הדרכים לאור מחלוקת רב פפא ורב אחא.

¹⁶ ע"ש ברי' שמואל שנשאר בקושיה על המשך דברי הקצות שרצה לומר בדעת רש"י שאפשר ליתן אפי' למת מתנת שכ"מ ויורשיו יזכו.

תחילה ננסה לצמצם את מחלוקתם:

א. ניתן לומר שלכ"ע מתנת שכ"מ אינה כירושה כלל, ומה שאמרה הגמ בב"ב (קמט) כירושה שווה רבנן להסבר הרי"ף אינו אלא גזירה בעלמא (ראה פרק ב) ומה שאמר רב פפא הואיל ויורש ירושה, כוונתו שחכמים תיקנו מתנה שחלה בשעת מיתה תיקנו כל דבר שהוא בר ירושה. ומה שאין מועילה מחילה למלוה שניתנה במתנת שכ"מ משום שעשאוה כקנין דא'.

ב. ניתן לומר שלכ"ע מתנת שכ"מ הוי ירושה גמורה, שרבנן הפקיעו את זכותם של שאר היורשים וממילא זוכה מקבל המתנה, אלא שלפי רב אחא כדי לתת שם יורש בענין שיהיה מציאות שקנין בבריא מועיל (ראה דעת הרמב"ן פרק ג), ולפי רב פפא רק צריך שיהיה גברא שיכול לקנות כדי ליכות בשם יורש (ולכן לא מהני לעובר, פרק ה). לדרך זאת גם לדעת רב אחא בעינן שיהיה ראוי ליורש וכן היורש לא יכול למחול מלוה שנתן אביו במתנת שכ"מ שהרי נעשה כירושה למקבל.

ניתן לבאר שמחלוקתם קיצונית

ג. לפי ר"י קרקושא ורא"ש מלוניל, שביארו שמתנת שכ"מ היא ירושה גמורה ע"י שמסלקים את שאר הקרובים, וביארו זאת דווקא אליבא דרב פפא, אך לדעת רב אחא זהו קנין רגיל, ניתן לומר שמחלוקתם לאורך כל הדינים שאמרנו. דהיינו שלפי רב פפא בענין שיהיה ראוי ליורשו ולא ניתן ליורשים למחול מלוה שנתקבלה מאביהם במתנת שכ"מ, השם יורש ניתן מיד ולכן אף אם מת קודם הנותן יזכו היורשים, יהיה ניתן לתת לעובר כמו כל ירושה (לפי רעק"א פרק ה), ולא יהיה ניתן לחזור בו אם שתק לאחר אמירה. אך אליבא דרב אחא שהוי קנין שנעשה עכשיו וחל לאחר מיתה, לא בעינן שיהיה ראוי לירושה, לא יזכו היורשים (אא"כ מסר והוי הולך כזכי) אם מת המקבל, עובר לא יזכה, יכול לחזור בו עד מות הנותן.

ניתן לבאר בדרך ממוצעת

ד. אפשר לומר שנחלקו באופן מהותי שלדעת רב פפא פועל בגדר ירושה ולדעת רב אחא בדרך של קנין. אך יש לדון על כל נפק"מ שהעלנו, 1. הקצות ביאר בדעת תוס' שחל למפרע משעת אמירה משום דהוי ירושה אך ראינו בדעת הריטב"א ששם יורש חל רק

בשעת מיתה (פרק ה) ואם מת המקבל בחיי הנותן לא יזכו יורשיו.

2. אף שהמתנה היא כירושה לדעת רב פפא, ביאר ר' שמואל שלא ניתן להקנות לעובר (לא כרעק"א פרק ה) משום שצריך לעשות מעשה של נתינת שם ולעובר לא מהני.

3. לפי מה שלמדנו בריטב"א ששם יורש אינו חל אלא לאחר מיתה, אפשר שיכול לחזור המקבל אף אם שתק, וצ"ב.

הרב אלחנן שלום אלגרוד

בגדר קנין מעמד שלשתן

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. מחלוקות הראשונים בדינים שונים בקנין מעמ"ש
- ג. הסבר מחלוקות הראשונים וגדר קנין מעמ"ש לשיטתם
- ד. הלוכה עומד תחת המקנה
- ה. שיטת קצוה"ח - זכות תביעה בלבד
- ו. הסבר נוסף
- ז. גדר קנין מעמ"ש לר"ת והסבר שיטתו

א. הקדמה

איתא בגמ' (גיטין יג, ב; ב"ב קמד, א) שאחד מן הקניינים שבאמצעותם ניתן להקנות הוא "מעמד שלשתן", וז"ל הגמ' בגיטין: "גופא, אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא, והאלקים! אמר רב אפילו במלוה", ומסביר רשב"ם (ב"ב שם ד"ה במעמד שלשתן) ששלושת האנשים הם – הנפקד, המפקיד ומקבל המתנה, וא"כ למ"ד שמעמד שלשתן מועיל גם במלוה, שלושת האנשים הם – המלוה, הלוח ומקבל המתנה.

הגמ' (גיטין יד, א) אומרת שקנין זה הינו רק מדרבנן, דכיון שאין כאן מעשה קנין אלא רק דיבור בעלמא, מדאורייתא אין כאן קנין כלל ורק מצד תקנת דרבנן יכול הדיבור להחיל קנין.

והנה בטעם התקנה כותב רשב"ם (ב"ב הנ"ל ד"ה קנה), שהוצרכו חכמים לתקן קנין שכזה משום שזהו מעשה שבכל יום שרוצים להקנות מאחד לשני ולא תמיד מצויים עדים ע"מ שיהא ניתן להקנות בקנין רגיל, וכך גם כותב הטור (חוי"מ קכו, יג) וז"ל: "ופירש ר' יצחק שעשו אותו לתקנת השוק, דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות, מעמידו אצל בעל חובו וא"צ להמתין עד שיקנה לו כקנין".

והנה לכאורה יש להקשות על דברי רשב"ם, דהא הגמ' בגיטין (הני"ל) אומרת שקנין מעמד שלשתן הוא "הלכתא בלא טעמא", ולפי דברי רשב"ם יש בזה טעמא מעלייתא – מפני תקנת השוק? מתרצים תוס' (גיטין הני"ל ד"ה כהלכתא) שכוונת הגמ' היא שאין טעם כיצד קנין זה חל – דהלא אין כאן כל מעשה אלא דיבור בעלמא, אולם יש טעם מדוע תיקנו חכמים קנין שכזה – כדברי רשב"ם – משום תקנת השוק ע"מ שלא יצטרך לטרוח ולהביא עדים ולעשות קנין.

ב. מחלוקת הראשונים בדינים שונים בקנין מעמ"ש

והנה בדין מעמד שלשתן מצינו שלש מחלוקות ראשונים :

- (1) מעמ"ש בעל כרחו של של הלוח או הנפקד - לר"ת מועיל (גיטין יג,ב תוד"ה גופא אמר רב הונא); רשב"א (שם ד"ה אמר רבא) ועוד - לא מועיל.
 - (2) שמואל סובר שהמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול (קידושין מח,א ועוד), מ"מ אם מכר או נתן את השטר חוב במעמ"ש – מודה שמואל שאינו יכול למחול. כך סובר ר"ת (שם ד"ה תנהו לפלוני) ס'; ואילו הרי"ף והרמב"ן (מובאים בר"ן קידושין כ,א בדפי הרי"ף ד"ה וגרסינן תו) סוברים דאף שקנה או נתן שטר חוב במעמ"ש – מ"מ יכול למחול.
 - (3) לוח/נפקד גוי - לא תיקנו מעמ"ש, כך דעת ר"ת (שם ד"ה במעמד שלשתן); ואילו השו"ע (חוי"מ סי' קכו,כב) מביא את שיטת הרי"ף (תשובה סי' רלח) שאין חילוק במעמ"ש בין גוי לבין ישראל ובכל מקרה הקנין חל.
- והנה יסוד מחלוקתם של הראשונים הינה בהגדרה ובאופן הפעולה של קנין מעמ"ש, וצריך לבאר מהם ההבדלים ביניהם שגורמים למחלוקת הני"ל.

ג. הסבר מחלוקת הראשונים וגדר קנין מעמ"ש לשיטתם

בבאור המחלוקת הני"ל יש לפרש כך :

הגר"א (חוי"מ סי' רכו סקני"ז) בביאור שיטת הרי"ף שקנין מעמ"ש מועיל אף כאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, אומר וז"ל: "דמעמד שלשתן הוא קנין כני"ל,¹ וקנין איתיה נמי בגוי, כמ"ש תוס' בריש קידושין (ג,א ד"ה ואשה)". מבואר א"כ מדברי הגר"א בשיטת הרי"ף דהוא סובר שדין מעמ"ש הינו כדין קנין

¹ כוונתו כמו שכתב לעיל (בסקל"ה) וז"ל שם: "דמעמ"ש דין קנין לו והוי כשטר, וכמ"ש בכתובות קא,ב אלימא מילתיה דשטרא. ספר התרומות (כח ח"ה סי"ב)".

בעלמא כמו כל קנייני דרבנן [כגון: ד' אמות, סיטומתא, חליפין וכד']. ע"פ זה מובן א"כ מדוע סובר הרי"ף שקנין מעמ"ש מועיל אף כאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, דכמו שכל שאר קניינים מהני בגוי – ה"ה קנין מעמ"ש.

והוסיף לבאר הגר"מ הורביץ (ספר הזכרון לגרמ"ש שפירא 'תבואות שמש') שאף במחלוקת הראשונה גבי מעמ"ש בעל כרחו של הלוח או הנפקד, הדעות שחולקות על ר"ת וסוברות שקנין זה אינו מועיל בע"כ, סוברות כדעת הגר"א: דכיון שקנין מעמ"ש הוא קנין כמו כל שאר קנייני דרבנן, כמו ששאר קניינים אינם מועילים בע"כ של אחד מן הצדדים, אף כאן אינו מועיל בע"כ של הלוח או הנפקד (ואע"ג שהלוח או הנפקד אינם באמת צד בדבר, דהלא הם אינם המקנים או הקונים, מ"מ כיון שבלעדיהם אין קנין, בעי שיהא מדעתם – כמו שקנין בע"כ של עדים היכן דבעי עדים אינו מועיל). אומר הגר"מ הורביץ שה"ה במחלוקת השנייה גבי המוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אם יכול למחול, דהדעות שחולקות על ר"ת וסוברות שכן יכול למחול, סוברות אף הן כדעת הגר"א: דכיון שקנין מעמ"ש הוא קנין כמו כל שאר קנייני דרבנן, כמו שהמוכר שט"ח בכל הקניינים ומחל מחילתו מחילה, ה"ה בקנין שטרות ע"י מעמ"ש שמחילתו מחילה.

דעת ר"ת תתבאר לאור דברי המבי"ט בספרו קרית ספר (מכירה פ"ו) וז"ל: "מעמ"ש הוי הלכתא בלא טעמא כדאמרינן ספ"ק דגיטין. ונראה דהוי דאורייתא, וכדאמרינן בהל' מלוה ולוה פט"ז". ובהל' מלוה ולוה פט"ז אומר המבי"ט וז"ל: "וכיון דקיי"ל ספ"ק דגיטין דלי"ש מלוה ול"ש פיקדון, וא"כ הוי מקודשת, כיון דהוי במעמ"ש, מדאורייתא. ואפשר דילפינן לה מרבי נתן, מנין לנושא בחבירו וכו', וכיון דמדאורייתא מוציאין מזה לזה, כל שכן אי אקניה ליה במעמ"ש דקני חנווני ובעה"ב ופועל מדאורייתא". שדין מעמ"ש הינו מדאורייתא ונלמד מדין שעבודא דר"נ, דכמו שבשעבודא דר"נ החוב של הלוח עובר מהמלוה אל בעל חובו וכעת הבע"ח עצמו נחשב כמי שהלוה באופן ישיר ללוח, ולומדים זאת מ"ונתן לאשר אשם לו", כך גם במעמ"ש – דכעת הלוקח נעשה בעלים על החוב ועוברים אליו כל השעבודים של המקנה בין שעבוד הגוף ובין שעבוד נכסים.

ע"פ הדברים הללו מבוארת שיטת ר"ת בשלוש המחלוקות שהובאו לעיל (באות ב). 1. כמו ששעבודא דר"נ מועיל בע"כ של הלוח, ה"ה שמעמ"ש מועיל בע"כ של הלוח או הנפקד. 2. הסיבה שר"ת סובר ששט"ח שנמכר או ניתן במעמ"ש אינו בר מחילה היא משום שר"ת לשיטתו שהטעם שבעלמא שמואל

סובר שכן יכול למחול הוא משום שהמוכר שט"ח מוכר רק את שעבוד הנכסים ולא את שעבוד הגוף, ולכן יכול למחול על שעבוד הגוף וממילא פוקע שעבוד הנכסים. כל זה הוא בסתם מוכר שט"ח, אבל במעמ"ש שהלוקח נכנס תחת המקנה ועובר אליו גם שעבוד הגוף – כמו בשעבודא דר"נ, ממילא לא נותר למקנה דבר שעליו הוא יכול למחול. 3. מסיבה זו סובר ר"ת שמעמ"ש לא שייך היכן שהלוח או הנפקד הוא גוי, דכמו שבשעבודא דר"נ סובר שלא שייך דין זה היכן שהלוח הוא גוי, ה"ה במעמ"ש.

אולם יש לבאר כיצד יסביר המבי"ט את דברי הגמ' (גיטין יד, א) שמעמ"ש הינו לכאורה קנין דרבנן, וז"ל הגמ': "אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא: חדא, הא"י! ונראה לומר שכוונת דברי המבי"ט אינה שמעמ"ש הינו דין הכתוב בתורה, אלא שזהו דין דרבנן המבוסס על דין דאורייתא של שעבודא דר"נ. א"כ אמאי אומרת הגמ' על דין מעמ"ש שזהו "הלכתא בלא טעמא"? הלא זהו דין הנובע מטעם גמור? אלא נראה שהמבי"ט יסביר את דברי הגמ' אליבא דרש"י (שם) וז"ל: "כהלכתא בלא טעמא - כאילו קבלה משה הלכה מסיני שאין צריך לתת בה טעם", דהיינו שאכן למעמ"ש יש טעמא – מדין שעבודא דר"נ, אלא שחכמים לא ראו צורך לתת בו טעם כיון שטעמו ברור.

ד. הלוקח עומד תחת המקנה

ראיה א

והנה יסוד זה – שבדין מעמ"ש הלוקח עומד תחת המקנה כמו בשעבודא דר"נ, ניתן להוכיחו מדין הפקר בי"ד הפקר. הגמ' (גיטין לו, ב) מביאה שני פסוקים מהם ניתן ללמוד שהפקר בי"ד הפקר, וז"ל: "רבא אמר: הפקר בי"ד היה הפקר, דאמר ר' יצחק: מנין שהפקר בי"ד היה הפקר? שנאמר: (עזרא י) וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. רבי אליעזר אמר, מהכא: (יהושע יט) אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו', וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך, מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו". המחנה אפרים (קנין משיכה ב) והחת"ס (שו"ת יו"ד שיד) כותבים שהפקר בי"ד הפקר מועיל רק להפקיע מרשותו של זה ולא להקנות לזה, וז"ל המחנה אפרים: "דטעם זה דהפקר בי"ד, לא סגי אלא להפקיע ממונו מרשותו דבעלים, אבל לעשות ע"י מי שאינו זוכה כזוכה

כאילה הגיע לידו ממש – לא אמרנין". כך גם מדויק המהר"ץ חיות (גיטין יד, א) עיי"ש. ונראה שלמדו דין זה מהפסוק שהביא ר' יצחק שעוסק בהפקעת ממון ולא בזכיית ממון. אולם הרשב"א (גיטין לו, ב ד"ה רבא) מדויק מהפסוק שהביא ר' אליעזר שדין הפקר ביי"ד הפקר הינו אף להקנות לאחר, וז"ל הים של שלמה: "ונראה דהא דר' אליעזר עדיף, דילפינן מינה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו. ולא תימא דוקא שיכולים להפקיע אותו או להחרימו". ולפי זה קשיא טובא: דיוצא ששני הפסוקים שהביאה הגמ' לגבי דין הפקר ביי"ד הפקר סותרים אחד את השני, דמהפסוק שהביא ר' יצחק לומדים שיש לביי"ד כוח רק להפקיע ממון ולא להקנותו, ואילו מהפסוק שהביא ר' אליעזר לומדים שיש לביי"ד כוח גם להקנות הממון ולא רק להפקיעו? אלא מתרץ הגר"מ הורביץ שנראה מוכרח שיש שני דינים בקנין דרבנן: 1. הראשון, שרבנן תיקנו קניינים נוספים ע"ג הקניינים שיש בתורה (כגון ד' אמות, ומשיכה לר' יוחנן וכד'), ובאופן זה ודאי אמרנין שחכמים רק הפקיעו הממון מהבעלים ותיקנו שאחר יקנה הממון ע"י מעשה קנין דרבנן, וכשקונה בקנין כזה – ודאי הוי שלו רק מדרבנן. 2. השני, שרבנן החליטו להעביר הממון מאחד לאחר אף בלא מעשה קנין, ובזה נעשה הממון ממונו של האחר באופן גמור ומוחלט אפילו מדאורייתא, ויש להם הכוח לעשות זאת כנלמד מהפסוק השני של "ואלה הנחלות" – דכמו שנחלה עוברת מאב לבן באופן ישיר ללא שום קנין כך גם יש לרבנן הכוח להעביר ממון מאחד לאחר בלא שום קנין ונעשה הממון של האחר באופן גמור ומוחלט כמו שנחלה שייכת באופן גמור ומוחלט ליוורש.²

² בספר הזכרון הנ"ל הובאו מספר ראיות לכך שיש ביד רבנן הכוח להעביר ממון מאחד לאחר: א. איתא בגיטין (כ, א): "אמר רב חסדא: יכילנא למיפסלינהו לכולי גיטי דעלמא. אמר ל' רבא: מאי טעמא? אילימא משום דכתיב (דברים כד) וכתב, והכא איהי קא כתבה ליה, ודילמא אקנויי אקנו ליה רבנן!", ומסביר רש"י (שם ד"ה אקנויו) וז"ל: "אקנויי אקנו ליה רבנן - ההוא זוזא מדידה, והוי כמאן דיהיב ליה איהו, דהפקר ביי"ד היה הפקר". רואים א"כ שמכוח הפקר ביי"ד הפקר ניתן לחכמים כוח להפקיע ממון דידה ולהעביר אותו לבעל בלי שום מעשה קנין, והוי שלו מהתורה למפרע. ב. איתא ברש"י (גיטין לג, א ד"ה תינח) וז"ל: "תינח דקדיש בכספא - איכא למימר אפקעינהו לקידושין בגט דדבריהן ואמרו ליהו מעות למפרע מתנה". דהיינו שיש לחכמים הכוח אף למפרע ליתן את ממון הבעל כמתנה לאשה. ג. איתא בתוסי' (גיטין מ, א ד"ה וכתב) וז"ל: "ואע"ג דבעלמא אין האפוטרופסין רשאיין להוציאן לחירות, הכא כיון דעשה שלא כהוגן להקנותו לבנו קטן, הפקירוהו ביי"ד ונתנוהו לאפוטרופוס לשחררו כדאמרין דאפוטרופסין תורמין ומעשרין לאכול, ואע"ג דדרשינן (לקמן נב, א) אתם ולא אפוטרופסין, אלא הפקר ביי"ד הפקר והפקירו ביי"ד התבואה של תינוק ונתנוהו לאפוטרופוס שיוכל לתרום". רואים להדיא מדברי תוסי' שמדין הפקר ביי"ד הפקר יש לחכמים הכוח לא רק להפקיע ממון אלא אף להקנותו.

מבאר הגר"מ הורביץ שע"פ זה י"ל שזהו היסוד של מעמד שלושתן: דאין זה מתורת קנין אלא מצד תקנת חכמים שהממון עובר מהמלוה או מהמפקיד ישירות לאדם שלישי ללא מעשה קנין, והאדם השלישי נחשב כבעלים גמור על הממון מהתורה, ועבר אליו גם שעבוד הגוף ולא רק שעבוד הנכסים. ע"פ החילוק הנ"ל, מיישב הגר"מ הורביץ את קושיית הבי"ש (כח,ו) על הבי"י. דהנה הביא הבי"י את שיטת רבינו ירוחם שהמקדש אשה במעמד שלושתן מקודשת מדרבנן, והשיג עליו הבי"י וז"ל: "ואינו מוכרח, דהא איכא למימר כיון דתקנו רבנן, נקנו לו המעות, וכיון שנקנו לו המעות – הו"ל כאילו נתן לה הכסף והיא מקודשת מדאורייתא". והנה בשו"ע (אה"ע סי' כח,א) איתא ברמ"א וז"ל: "קידשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן. רבינו ירוחם". הקשה הבי"ש הנ"ל אמאי השיג הבי"י על רבינו ירוחם רק בדין מעמד שלושתן ולא השיג עליו גם בדין גזל אחרי יאוש לבד? ובאמת היש"ש (בי"ק ז,ו) משיג בזה על רבינו ירוחם הנ"ל בגזל אחר יאוש לבד וסובר שמקודשת מדאורייתא? ועיי"ש בתירוץ הבי"ש. הגר"מ הורביץ מציע תירוץ אחר: במעמ"ש שחכמים תיקנו שהממון עובר מהמקנה ללוקח ללא מעשה קנין, אזי הממון שייך ללוקח באופן גמור ומוחלט מדאורייתא, ולכן השיג הבי"י על רבינו ירוחם בדין מעמד שלושתן; אולם ביאוש כדי דחכמים תיקנו שבעי קנין ע"מ שיהא ברשותו, בזה וודאי שקונה זאת רק מדרבנן ולא מהני לדאורייתא, ולכן לא השיג בזה הבי"י על רבינו ירוחם.

ראיה ב

ראיה נוספת שניתן להביא ליסוד זה מובאת בפרי משה (בדרכי הקניינים סי' כח): הפנ"י (גיטין יג,ב על תוד"ה גופא) מסביר שלשיטת ר"ת שקנין מעמ"ש נעשה בע"כ של הלוח או הנפקד, ה"ה שכעת הלוח או הנפקד נעשה בע"כ שומר של הלוקח. ולכאורה דברים אלו תמוהים מאוד – דכיצד נעשה הלוח או הנפקד שומר בע"כ עבור הלוקח? אלא מוכח מהפנ"י שגדר מעמ"ש הוא שתיקנו חכמים שהלוקח עומד במקום הבעלים ואת כל הדינים שיש לראשון על החפץ, מקבל כעת הלוקח. לכן כשהחפץ נמצא אצל השומר והמקנה אומר לו במעמ"ש שמקנה את החפץ ללוקח, הרי שכעת עומד הלוקח במקומו על כל הדינים כולל דיני שמירה, וא"כ נעשה השומר כעת שומר של הלוקח שעומד במקום הראשון. א"כ כיון שבמע"ש נכנס הלוקח תחת המקנה לכל דיני החפץ, מובן מדוע בקנין זה חל הקנין אף על שעבוד הגוף – דכמו שראשון יש שעבוד הגוף בחפץ ה"ה שבמעמ"ש מקנה זאת ללוקח.

ה. שיטת קצוה"ח – זכות תביעה בלבד

קצוה"ח (קכו, יז) חולק על הפני"י (שהובא לעיל באות ד) וסובר שאין השומר נעשה שומר של הלוקח בע"כ.

מסביר הרב שך (אבי עזרי אישות ה, יז) שקצוה"ח סובר שקנין מעמ"ש אינו שהלוקח נכנס תחת המקנה, אלא שהמקנה מקנה ללוקח את זכות התביעה בלבד. לכן אין השומר נעשה שומר של הלוקח בע"כ, דהא לא נכנס תחת הבעלים. ר"ת - אליבא דקצוה"ח - סובר שהמוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אינו יכול למחול, הוא משום שהמכירה לא הייתה על ההלוואה עצמה אלא על זכות התביעה, ולאחר שמכר זאת – כבר לא יכול למחול על זכות זו.

במחלוקת זו ניתן לתלות מחלוקת נוספת בין הפני"י לבין קצוה"ח. נחלקו האחרונים האם קנין מעמ"ש מועיל על דבר שאינו ברשותו, כגון גזילה וכד': קצוה"ח (קצד, ד) סובר שכן, ומוכיח זאת מכך שמעמ"ש מועיל אף על הלוואה אפילו שאינה ברשותו; אולם האור שמח (הל' זכיה ומתנה י, ב) הביא בשם התשב"ץ (ח"ב רלה) שאפילו אם הלוואה נקנית במעמ"ש, דבר שאינו ברשותו כגון גזילה אינה נקנית במעמ"ש. ונראה שמחלוקתם הינה המחלוקת הקודמת: קצוה"ח סובר כשיטתו שקנין מעמ"ש הוא שמקנה ללוקח את זכות התביעה, ולכן קנין זה מועיל אף שהדבר אינו ברשותו משום שהקנין אינו חל על גוף הדבר אלא רק על זכות התביעה; אולם התשב"ץ סובר כדעת הפני"י שקנין מעמ"ש הוא שהלוקח נכנס תחת הבעלים, וא"כ בדבר שאינו ברשותו שלמקנה עצמו חסר בבעלות על הדבר, לא שייך שיכניס אחר תחתיו לדבר שאינו ברשותו, כמו שבכל הקניינים לא שייך להקנות ולהעביר בעלות כאשר למקנה חסר בבעלות עצמה (ומה שסובר התשב"ץ שמועיל קנין מעמ"ש בהלוואה, י"ל שסובר כבעל המאור שגם הלוואה מקרי ברשותו).

ו. הסבר נוסף

איתא בתוס' (גיטין יג, ב ד"ה במעמד) וז"ל: "אומר ר"ת דלא תקינו מעמד שלשתן בעובד כוכבים אם הנפקד או הלוה עובד כוכבים ואמר ליה ישראל תנהו לישראל אחר – לא קנה, כיון דאפילו אמר לו זכי לא קנה כיון דאין זכיה לעובד כוכבים (ב"מ עא, ב), ה"ה במעמד ג' לא קנה". מדייק קצוה"ח (סו ססק"ב) ששיטת ר"ת היא שמעמ"ש פועל מדין זכיה, ולכן היכן שהדבר מופקע מפרשת זכיה – כגון בגוי – לא מהני ביה מעמ"ש.

הג"ר זלמן רוטברג (קול התורה קובץ נג) מוסיף ומוכיח שמעמ"ש פועל מדין זכיה מדברי הר"ן על הסוגיא (גיטין ה,א בדפי הרי"ף ד"ה מתני') האומר שמעמ"ש לא מהני בגט משום שלא שייך זכיה בגט – דגט אינו מידי דזכות אלא מידי דחובה.

אולם יש להקשות, דהא ר"ת סובר (כדלעיל אות ב) שמעמ"ש מועיל אפילו בע"כ של הנפקד או של הלוח, וכיצד שייך זכיה בע"כ של הזוכה? אלא מתרץ הג"ר זלמן רוטברג שכיון מעמ"ש הוא זכיה מחודשת והוי כהלכתא בלא טעמא, א"כ אינו דומה לשאר זכיות שנעשים דוקא מדעתו של הזוכה, אלא זכיה זו מתקיימת במעמ"ש אפילו בע"כ של הזוכה. דבריו מתבססים על דברי הקרבן נתנאל (פ"א אות ק) שמסביר דכיון שמצינו קנין זכיה מדאורייתא מטעם שליחות, אסמכוהו רבנן דתקון מעמ"ש אפילו בע"כ למרות שזכיה מטעם שליחות הינה רק מדעתיה דהשליח; מה שא"כ בגוי שאין לא זכיה כלל מדאורייתא, ולכן מופקע לגמרי מדין זה של מעמ"ש.

וצריך לברר לשיטה זו מדוע סובר ר"ת (לעיל באות ב) שאפילו שמואל מודה שהמוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אינו יכול לחזור ולמחול? כיצד דין זה קשור לדין זכיה? נראה לתרץ ע"פ דברי ר"ת עצמו בסוגיא בכתובות (פה,ב) העוסקת במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, דמקשים שם התוס' בשם ר"י (ד"ה המוכר שט"ח) כיצד יכול הבע"ח למכור החוב במקרה שאין ללוח קרקעות? הלא במקרה כזה ליכא שעבודא מדאורייתא? ומתרצים ר"י ור"ת שאין זה מכר מדאורייתא אלא רק מדרבנן ולכן גם שייך ביה מחילה, מה שא"כ במידי דאורייתא דלא שייך ביה מחילה. א"כ י"ל דדין מעמ"ש הנובע מדין זכיה דאורייתא דשליחות, אע"ג שהוא קנין דרבנן מ"מ דומה בזה למידי דאורייתא ולא למידי דרבנן ולא שייכא ביה מחילה.

ובדעת הראשונים החולקים על ר"ת (לעיל באות ב), י"ל בפשיטות שסוברים כמו שהסביר הג"ר משה הורביץ (לעיל באות ג); אולם הרב רוטברג מסביר שהרמב"ן החולק על ר"ת וסובר שמעמ"ש לא מהני בע"כ של הנפקד או הלוח, סובר אף הוא שמעמ"ש פועל מדין זכיה, וכמו שבזכיה דאורייתא דשליחות לא שייך זכיה בע"כ של השליח הזוכה, ה"ה דמעמ"ש לא מהני בע"כ של הנפקד או הלוח הזוכה עבור הלוקח. וא"כ י"ל דהטעם דהרמב"ן חולק על ר"ת וסובר שגם במוכר או נותן שט"ח לחבירו במעמ"ש סובר שמואל שיכול לחזור ולמחול, הוא משום שלמרות שמעמ"ש מיוסד על דין זכיה דאורייתא, מ"מ הוא קנין דרבנן ולכן שייכא ביה מחילה. אולם צריך

בירור מה תהיה דעת הרמב"ן גבי מעמ"ש כשהלוה או הנפקד הוא גוי – האם יסבור בזה כדעת ר"ת שלא מועיל מעמ"ש או שיסבור בזה כדעת הרי"ף שכן מועיל בזה מעמ"ש? ונ"ל לומר ע"פ הנאמר לעיל שהרמב"ן יודה בזה לשיטת ר"ת דלא שייך מעמ"ש בגוי משום שגוי מופקע לגמרי מדין זכיה.

ז. גדר קנין מעמ"ש לר"ת והסבר שיטתו

איתא בתוס' (ב"ב הנ"ל ד"ה כהלכתא) וז"ל: "ובמעמד שלשתן לא רצו חכמים להטריח להביא עדים ולעשות קנין, דמסתמא כיון שאמר לו במעמד שלשתן הקנה לו לגמרי".

לצורך ביאור דברי התוס', יש להביא חקירה ידועה בגדרי קניינים (עיי' למשל בספר פרי משה בענייני קניינים סי' א אות ב), דהנה ידוע שקנין מורכב מבי' דברים: 1. מעשה קנין שהוא הוראת בעלות של הקונה בחפץ, 2. וגמירת דעת של הקונה והמקנה על הקנין, ויש לחקור בחלות הקנין: האם הקנין הוא במעשה, דהיינו שהתורה חידשה שמעשה קנין יוצר את העברת הבעלות, אלא שצריך דעת ע"מ להחיל את המעשה; א"נ שעיקר הקנין הוא ע"י גמירות הדעת – שזהו חלק מהבעלות על חפץ שאדם יכול להחליט מי יהיה הבעלים במקומו, אולם צריך מעשה קנין משום שהמעשה מראה שאכן ישנה גמירות דעת ואין זה בגדר דברים שבלב. נחלקו הראשונים והאחרונים בחקירה זו ומתוך כך ישנם נ"מ למעשה.

א) רבנו יונה (ב"ב מ, א ד"ה קנין בפני בי') סובר להדיא כצד השני בחקירה – שעיקר הקנין נעשה ע"י הגמירות דעת, וז"ל: "דכל עיקר הקנין הוא לגמור הדבר ולחזקו". כך גם איתא בתוס' (בכורות יח, א ד"ה אקנויי) וז"ל: "ואפילו בלא קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה". כך גם סובר רע"א (שו"ת מהדו"ק סי' לז) שהיכן שגמר ומקני, מהני אפילו ללא מעשה קנין. גם האבני מילואים (סי' ל סק"ג) סובר שבמקום מצוה אמרינן שגמר ומשעבד נפשיה אף ללא קנין.³ וכן דעת רשב"ם (ב"ב פח, א ד"ה רב ספרא) האומר שמי שגומר בלבו אפילו במחשבה, מועיל לקנות ולהקנות ולא בעי מעשה קנין. כך גם מוכח מהגמ' (נדרים מח, א) שר' יהודה ס"ל שהכותב לנשיא אין צריך ליזכות לו,

³ אולם צריך לברר אמאי פוסק האבני"מ (בקצוה"ח רמא, ז) שהיכן שנשבע לתת לאחר, אין השבועה עושה קנין? הלא כיון שחייב לקיים שבועתו ומקיים בזה מצוה, מאי שנא משאר מקום מצוה שאומר האבני"מ דגמר ומשעבד נפשיה?! אכן אור החיים הקדוש (בראשית כה, לג) חולק וסובר שע"י שבועה כן חל קנין.

דכיון שמי שרוצה לזכות לנשיא איכא גמירות דעת גמורה לקנין, לכן סגי בכתיבה גרידא ולא בעי מעשה קנין.

ב) אולם הריטב"א (קידושין כה, ב ד"ה והוי חולק, וז"ל: "והוי יודע שכל מקום שאמרו חכמים שאין קנין מן הקנינים קונה, אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו – אינו קונה, והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא שאינו קונה". מבואר להדיא בריטב"א שאע"ג שישנה גמירות דעת של הקונה והמקנה לקנין, מ"מ אין זה מועיל אא"כ ישנו מעשה קנין מוסכם. ש"מ שסובר כצד הראשון בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י המעשה ובעי דעת ע"מ להחיל את המעשה⁴. כדעת הריטב"א סובר גם הש"ד (ח"מ קצח, ק).

וישנן מסי נ"מ הלכה למעשה בחקירה זו: 1. האם כל קנין שמוסכם בין הצדדים יכול להחיל קנין או שבעי דוקא קנין שנקבע ע"י התורה או חז"ל? לסוברים שעיקר הקנין נעשה ע"י גמירות דעת, כל קנין מוסכם מועיל; אולם לחולקים וסוברים שעיקר הקנין נעשה ע"י המעשה, בעי דוקא קנין שנקבע ע"י התורה או חז"ל. 2. נחלקו הראשונים והאחרונים האם קנין סיטומתא (ב"מ עד, א) הוא מדרבנן או מדאורייתא. דעת הנתיבות (סי' רא ביאורים סק"א) דקונה רק מדרבנן; אולם הרמב"ן (במיוחד ס"י רכה), הדבר אברהם (ח"א סי' א), החת"ס (שו"ת יו"ד סי' שיד) והקוב"ש (קידושין אות עט) חולקים וסוברים שקנין סיטומתא הוא מדאורייתא. ובהסבר מחלוקתם י"ל דהנתיבות סובר כצד הראשון בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י המעשה, וכיון שסיטומתא אינו מעשה קנין רגיל מדאורייתא, ממילא הוי קנין רק מדרבנן; אולם החולקים סוברים כצד השני בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י גמירות הדעת, וא"כ אין נ"מ מהו המעשה שמוכיח על הגמירות דעת, וודאי שבמקום שנוהגים שסיטומתא הוי קנין מעלייתא, איכא גמירות דעת גמורה והוי קנין מדאורייתא.

ע"פ כל הנאמר לעיל, אומר הפרי משה שתוס' בסוגיית מעמד שלושתן הינו אליבא שיטתו בבכורות וכדעות הנ"ל שסוברות כצד השני בחקירה – שעיקר הקנין חל ע"י גמירות דעת, וממילא במקום שישנה גמירות דעת לא בעי מעשה קנין. א"כ מעמד שלושתן מראה על גמירות הדעת כדאיתא בתוס'

⁴ וצריך בירור בדברי הריטב"א, דהנה במקום אחר (ב"מ מז, ב ד"ה דבר תורה) כתב הרי: "והכתוב גם כן אמר 'או קנה' – כדרך שבני אדם קונין", דמשמע מדבריו שכן חולכים בקנינים בטר מנהג בני האדם ולא בעי דוקא קנינים מוסכמים, וזאת משום שלכאורה סוברים כצד השני בחקירה – שעיקר הקנין נעשה ע"י הגמירות דעת!;

"דמסתמא כיון שאמר לו במעמד שלשתן הקנה לו לגמרי", ולכן תיקנו חכמים שקנין מעמד שלושותן מחיל קניינים. אולם ע"פ הנאמר לעיל יש לברר אמאי לתוס' קנין זה הינו רק קנין מדרבנן? לכאורה כיון שישנה גמירות דעת בעי שיהא קנין מדאורייתא? נ"ל דלכך נקטו תוס' כאן לשון "מסתמא" – דבשונה ממקומות אחרים בהם קים לן בוודאות שישנה גמירות דעת, במעמד שלושותן אין זה כ"כ ברור אלא רק "מסתמא" ולכן הקנין חל רק מדרבנן ולא מדאורייתא. וכן מוכח מלשון התוס' בתחילת דבריו על לשון הגמ' שישנן שלוש הלכות שהן כהלכתא בלא טעמא ובתוכם מעמד שלושותן, דאומר תוס' ש"קצת טעם יש", דמשמע שאין אלו דברים מוחלטים וברורים, דא"כ לא הוי הלכתא בלא טעמא.

ע"פ הדברים הללו יש לבאר את שיטת ר"ת בשלוש המחלוקות הנ"ל (אות ב): מעמ"ש בעל כרחו של הנפקד או הלוח – י"ל דכיון שמעמ"ש הינו גמירות דעת – דהיינו שזהו חלק מהבעלות על חפץ שאדם יכול להחליט מי יהיה הבעלים במקומו, ממילא יכול להחליט שהבעלים החדשים של החפץ יהיה האדם השלישי אפילו בע"כ של הלוח או הנפקד, דהא אינו צריך את הסכמתם בנוגע לחפץ ששייך לו.

שט"ח שנמכר או ניתן במעמ"ש לא ניתן למחול עליו, מסביר הפרי משה שר"ת לשיטתו שהטעם שבעלמא שמואל סובר שכן יכול למחול הוא משום שהמוכר שט"ח מוכר רק את שעבוד הנכסים ולא את שעבוד הגוף, ולכן יכול למחול על שעבוד הגוף וממילא פוקע שעבוד הנכסים. כל זה הוא בסתם מוכר שט"ח, אבל במעמ"ש דהוא הלכתא בלא טעמא, תיקנו חכמים שקונה אף את שעבוד הגוף והוי מכירה גמורה ולכן אינו יכול למחול. אולם צריך ביאור מאי שנא מעמ"ש מקנין בכתיבה ומסירה דהתם ל"ש למכור שעבוד הגוף משום שאין זה דבר הנקנה? ועיין לעיל (באותיות ג-ד) שם הוסבר ששיטת ר"ת היא שהלוקח עומד ממש תחת הבעלים וא"כ מקבל אף את שעבוד הגוף של הבעלים ולא רק את שעבוד הנכסים.

ע"פ זה יש לבאר את שיטת ר"ת שמעמ"ש ל"ש היכן שהלוח או הנפקד הוא גוי. די"ל דכאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, אין למקנה גמירות דעת גמורה, דהלא על גוי איתא בב"ב (מה,א) שאין לסמוך עליהם כלל, וז"ל: "אמימר אמר: אפי' ליכא כל הני - לא, מאי טעמא? מידע ידע דסתם עובד כוכבים אנס הוא, שנא': (תהלים קמד) אשר פיהם דבר שוא וימינם ימין שקר".

לקיים כל דבר

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. חלוקה, קנין דברים?
- ג. התחייבות על תנאי
- ד. מתנה שומר חנם להיות כשוכר-והדמיון לתוספת כתובה
- ה. קנין ב'דין חלוקה'
- ו. לקיים כל דבר
- ז. סיכום

א. הקדמה

בתחילת מסכת ב"ב הגמ' דנה בחלוקת שותפים בחצר שאין בה דין חלוקה ובמהלך הסוגיה מעלה הגמרא בעיה שמחדשת את המושג 'קנין דברים' כלומר שעשו הקונה והמקנה קנין בסודר ובכל זאת לא הועיל לקיום הדבר דהוי קנין דברים ופרש"י ז"ל "ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או במתנה או שיעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין" ובפשטות ההסבר שקנין סודר הוא כשאר הקנינים (משיכה, הגבהה וכד') ולא מועיל אלא על חפץ הקיים בעין שעליו חל הקנין ומועברת הבעלות לקונה משא"כ בקנין לחלוק שהוא החלטה והסכמה על פעולה שעל זה אין חל קנין.

מאידך מצאנו במקומות רבים בש"ס ובפוסקים שמועיל קנין אף שלכאורה אין המשמעות הפשוטה של הקנין העברת בעלות על חפץ הקיים בעין. ואכן בתוס' רמזו והשוו וחילקו למקום אחר (שומרים וכדלקמן) שנראה שלא עומד בקריטריון הנ"ל ונראה כקנין דברים. וישנם עוד כפי שיבואר ונסה לבאר ולחלק בין הדינים השונים מתי מועיל קנין אף בדברים ומתי אין מועיל.

ב. חלוקה, קנין דברים?

במשנה ריש ב"ב השותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר בונים את הכותל באמצע וכו' ובגמ' תרי לישני ללישנא קמא מאי 'מחיצה' גודא כלומר שותפים

שרצו והסכימו בניהם לעשות כותל ע"מ לסלק היזק ראייה בונים את הכותל וכו' וללשון זה היזק ראייה לאו שמיה היזק כיון שאין יכולים שותפים בחצר לכפות אחד על השני בחלוקה על בניית כותל.

וללישנא בתרא מאי 'שרצו לעשות מחיצה' פלוגתא כלומר שרצו לעשות מחיצה היינו לחלק החצר וכיון שרוצים לחלק חייבים לבנות את הכותל במקום ובאבנים של שניהם כיון דרצו לחלוק בחצר כפינן להו לבנות כותל דהיזק ראייה שמיה היזק ולא מצי למימר חד לחבריה כשנתרצתי לך לא נתרצתי ע"מ לבנות בחלקי.

ובהמשך שואלת הגמרא אי היזק ראייה שמיה היזק מאי איריא 'רצו' אפילו לא רצו נמי? כלומר אם מדובר בחצר השותפים שיש בה דין חלוקה יכול כל אחד מהשותפים לכפות את חברו לחלוקה ואי היזק ראייה שמיה היזק המשמעות היא בניית כותל משותף ויכול אחד לכפות חברו בבניית הכותל ולמה במשנה איירי דווקא ב'רצו' - שניהם במשמע?

ומוקמינן בחצר שאין בה דין חלוקה שאין אחד יכול לכפות את חברו לחלוק רק בהסכמת שניהם, לפיכך אם רצו שניהם לחלוק בונים את הכותל, ומקשה הגמרא אי באין בה דין חלוקה מה מועיל שרצו, אכתי להדרי בהו? ומשני אמר רב אסי אמר רבי יוחנן שקנו מידו בקנין סודר וממשיכה הגמרא ומקשה וכי קנו מידם מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא? ומשני או שקנו מידו ברוחות, ורב אשי כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וכן השני ע"כ תמצית הסוגיה.

ובתוס' שם ד"ה 'כי רצו מאי הוי' כתבו דלמ"ד מחיצה גודא לא פריך כי רצו מאי הוי דאיכא למימר דקנו ושעבדו נכסיהם לבניין הכותל אלא למ"ד פלוגתא לא מהני קנין, דקנין דברים בעלמא הוא דלא מסיק אדעתיה שקנו ברוחות' ומבואר בדברי תוס' דאע"פ דהקנו זל"ז לבנות כותל דהיינו פעולה הדדית אין החסרון של קנין דברים דחל הקנין על בניין הכותל (האבנים) ולא כן בקנין לחלוק אע"פ שגם יש לזה משמעות ממונית לחלוקת חצר.

ולא מובן כ"כ מאי שנא וביותר מוקשה כיון שהמשמעות של חלוקה למ"ד פלוגתא היא בניית כותל דהיזק ראייה שמיה היזק אם כן גם בזה שעבדו נכסיהם לבניין הכותל¹ כלומר אף שזה תוצאה של חלוקה אם יש משמעות ממונית נוספת או התחייבות בקנין חל הקנין ולא הוי קנין דברים כמו שכתבו

¹ עיין משנת יעבץ חו"מ ס' כט דיסוד חיוב בניית הכותל הוא בעצם דין החלוקה.

בלמ"ד גודא שאף שלא קנו מידם על האבנים חל הקנין לבנות כיון שהמשמעות בסופו של דבר היא גם על האבנים משכחת רווחא וחייל הקנין?

ולולי דברי תוס' גם קשה דבקנין על חלוקה גרידא ישנה משמעות ממונית בבעלות דכיון שבחצר שיש בה דין חלוקה יכול כל אחד מהשותפים לכפות לחבירו לחלוק חזינן דלכ"א מהם חצי חצר בבעלותו ובחצי השני שעבוד לתשמישים בשכר שנותן לחבירו כנ"ל וא"כ בחצר שאין בה דין חלוקה שקנו לחלוק הקנו זל"ז בחצר זכות ממונית זו וא"כ אמאי מקשה קנין דברים בעלמא?²

ואפשר דלמקשן הוקשה לשון המשנה ש'רצו לעשות' דהיינו חלוקה עתידית וא"כ הוי כקנין אתן כלומר עצם קנין על חלוקה אף באין בה דין חלוקה מהני אלא כאן כיון שנתרצו לחלוק בעתיד וכן משמע מתוס' הנ"ל שהבעיה היא שהקנין הוא על התחייבות לחלוקה (או לכותל למ"ד גודא) בעתיד ולא מידית ולכן לא מהני, א"כ מאי משני שקנו ברוחות לישני שקנו לחלוק מיד בקנין זה והרי תירוצי הגמרא מ"מ חוזרים מהנחת היסוד שלשון רצו היינו בעתיד (וביד רמ"ה כך הסביר את המו"מ).

ובחזו"א (ב"ב ח, טז) ג"כ דן אמאי קרי לה בגמ' קנין דברים בקנו לחלוק אף באין בה דין חלוקה, שהרי הרשב"א בתשובותיו (הובא ברמ"א חו"מ קע"א, א) כתב שבחצר שיש בה דין חלוקה וקבלו קנין שלא לחלוק אין יכולין לכוף זא"ז לחלוק וחזינן שאפשרות חלוקה או שימוש משותף דהיינו וויתור על חלוקה הוא דבר הנקנה בקנין ולמה כאן מקשינן 'קנין דברים בעלמא?' (ועיי"ש שנדחק לפרש בגמ' דאיירי באין החלוקה מבוררת).

ובלשון הרמב"ם משמע שגם בתירוץ מדובר על רצון לחלוקה עתידית שכך כתב (שכנים ב, ג) 'מקום שאין בו דין חלוקה שרצו השותפים לחלקו אף ע"פ שקנו מידם שרצו כל אחד מהם יכול לחזור בו שזה קנין דברים הוא כמו שבארנו. אבל אם קנו מידם שזה רצה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית אינן יכולים לחזור' וצריך להבין את החילוק אם ברצו מאי שנא אם רצו ברוחות ואיך קנין מועיל לרצון אם הבעיה בקנין דברים שאין תוצאה מידית לקנין אלא התחייבות לפעולה.

² שו"מ שכך הקשה בשיעורי הגרא"י בלוד מטלז ב"ב סימן ב.

ג. התחייבות על תנאי

בתוד"ה קנין דברים בעלמא כתבו ז"ל "בפרק השוכר את הפועלים דתנן מתנה שומר חינם להיות כשואל ומוקי לה בקנו מידו התם לאו קנין דברים הוא אלא קנין גמור הוא שמשעבד את עצמו שאם יאנס ישלם".

ודברי תוס' מבוארים במק"א בכתובות ריש פרק אע"פ (נד, ב) שהקשה ר"י לרבינו אליהו איך חתן שאנו יודעים שאין לו שווה פרוטה ומעשים שבכל יום שמתחייב בכתובה מאה ליטרין ובשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב והואיל ונתחייב אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים כיון דכתב דאיקני והשיב לו רבינו אליהו דמצינו כעין זה במתנה שומר חינם להיות כשואל ובקנין ואין זה קנין דברים כברייתא ב"ב כיון שכאן משעבד גופו וכו'.

ובהסבר התוס' נראה דר"י בקושיה סבר דלא שייך שיעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים³ והשיב לו רבינו אליהו דשייך שעבוד הגוף גם בלי שעבוד נכסים. והראיה מהמשנה ב"מ אמנם לכאורה ערבך ערבא צריך דמאן ימא לן דבכל עניין ניתן להתנות להיות כשואל אפשר להקשות גם שם איך שומר בלי נכסים יתחייב בכה"ג ואין ראיה מהמשנה ההיא יותר מכאן וכמו שבמשנה כאן דקתני דמוסיף איכא לאוקמי ביש לו נכסים והקושיה היא על המנהג ומעשים בכל יום בחתן עני גם בדין השומרים אפשר להעמיד ביש לו נכסים וכך הקשה המהרש"א (ע"ש בתירוץ ובהפלאה ובקוה"ע לח, ח).

וברא"ש מובאת הקושיה בתוספת ביאור וז"ל 'שאלו את רבנו אליהו ז"ל היאך יכול אדם לשעבד לו עצמו על מאה מנה כיון שאין לו עכשיו וגם אינו מחויב בהן בשלמא כשהוא מחויב ממון יכול לשעבד לו הואיל וגופו מחויב דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ... אבל זה שאין לו נכסים וגם אין משעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד אלא לכשתאלמן או תתגרש... והשיב דמצינו כענין זה בפי השוכר את הפועלים (ב"מ צד, א) מתנה שומר חינם להיות כשואל ופריך במאי ומשני כשקנו מידו ומשמע דאיירי בכל ענין אפילו אין לו נכסים עכשיו וגם אינו חייב לו כלום עד שיבא האונס ומשעבד עצמו לכשהתחייב, ואין זה קנין דברים וכו'.

ומבואר ברא"ש דר"י בקושיה, ידע שאדם יכול לשעבד גופו להתחייב אף שכרגע אין שעבוד נכסים אלא כוון שכאן אינו מתחייב מיד אלא לאחר זמן

³ ובקו"ש כתב דכך סוברים תוס' גם למסקנה בתירוץ השני.

אמנם כל התחיבות היא לאחר זמן אבל כאן גרוע דחל החיוב כשימות או יגרשה וא"כ אפי' חיוב הגוף ליכא דמחייב עצמו בתנאי כדבר שלא בא לעולם.

ובמחייב עצמו בדבשב"ל או בתנאי שלב"ל האריכו הקצות והנתיבות והתומים (סימן ס) ותורף הדיון נסוב סביב דברי תוס' והרא"ש הנ"ל דהנה בשו"ע (ח"מ ס, ו) הביא את דברי בעה"ת במחייב עצמו בדבשלב"ל בקנין דמחויב ולמדו בעל התרומות מדין דאיקני.

ובכנה"ג (שם הגב"י ס"ק ס) הסתפק אי מת קודם שבאו לעולם אי מחויבים היורשים ותלה במח' הראשונים בדין דאיקני אם יכול לחזור קודם שבה לעולם או לא וסיים דאפשר דהכא כו"ע מודו דבמת לא חל החיוב על היורשים.

ובתומים (ס, סק"י) הקשה א"כ איך מגבינן כתובת אלמנה באופן שהתחייב החתן?

וחילק בין מתחייב על פירות דקל לבין תולה חיוב ממון מידי בדבשב"ל דבתולה חיוב מידי בדבשב"ל כלומר באומר אם לא אתן לך פירות דקל לכשיצאו אתן לך כו"כ דהחיוב דמים חל על גופו מיד משא"כ במתחייב בפירות דקל כשיצאו אם מת קודם הרי חל החיוב רק שיצאו ואם מת קודם חיובו נתבטל וזכו בהם יורשים.⁴

ובקצוה"ח שם חלק דגבי חיוב לכו"ע ליתא בחזרה כיון שמשמעות החיוב בדבשב"ל הוא חיוב על גוף וגופו איתיה בעולם אם לא יתן הפירות או ימות התחייב בדמי הפירות דמשמעות החיוב היא הפירות שיבואו או דמיהם ולכך חל על גופו מיד דאי לאו אלא חל החיוב רק כשבאו לעולם כבר כלתה קניינו.

ובנידון התומים בתנאי בדשב"ל הוא גרוע טפי דבשלמא במתחייב בדבשב"ל גופו בעולם והוא מתחייב לחפץ או לדמיו וכנ"ל אבל בתולה בתנאי כזה גרוע והוי כמו לאחר שאתגייר ולא מצינן למימר דהחיוב חל על גופו תיכף.⁵

⁴ ומ"מ צ"ע איך במתחייב בדשב"ל איך חל הא כלתה קניינו.

⁵ אמנם הקצות כתב דחתן ומאה ליטרין שייך לקטגוריה הראשונה דמחויב והיא היא ראיתו שהתחיבות חלה ואינו יכול לחזור אף קודם שב"ל וצ"ע דבסוף דבריו ג"כ כתב שכשהתנאי הוא כעין זה (אם יגדל בני ולא יקח בתך) הוא גרוע טפי והו"א דלא נשתעבד אף גופו ונלמד ממקום אחר שמחויב וצ"ל שלמודו מחתן הוא לאחר התירוץ של ר' אליהו שאותו צריך להסביר מ"מ לאחר התירוץ ניתן ללמוד שאם חל חיוב אין יכול לחזור בו ובמת לא פקע. (ועו"ל שהקצות דן בדברי התוס' ריש אע"פ ולא בדברי הרא"ש שם אי פליגי).

א"כ לדרך הקצות שאלת ר"י לרבנו אליהו היא איך חתן מחייב עצמו במאה ליטרין שידוע שאין לו דבר, ואם כן לא יכול לחול ההתחייבות מצד שעבוד נכסים,⁶ וגם שעבוד הגוף לא חל כי אינו מתחייב עכשיו כלל ואין לקנין על מה שיחול?⁷

ד. מתנה שומר חינם להיות כשוכר-והדמיון לתוספת כתובה

בבבא מציעא צד,א במשנה בתנאים ששומרים מתנים להוריד מעליהם חיובים כגון מתנה שומר חינם להיות פטור מן השבועה וכן בגמ' שם מתנה שומר חינם להיות כשואל דהיינו גם להוסיף חיובים ומקשה שם הגמ' במאי בדברים? אמר שמואל בשקנו מידו רבי יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בהיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהמנא הוא גמר ומשעבד נפשיה.

לכאורה בשלב שבו מתרץ שמואל בשקנו מידו היה מקום לשאול את שאלת הגמ' בב"ב וכי קנו מידו מאי הוי קנין דברים בעלמא?

על כן בתוס' בב"ב כתבו 'התם לאו קנין דברים אלא קנין גמור הוא וכו' ובתוס' בכתובות נד תירץ מהא דשומר מתנה בקנין להוסיף חיובים דמי לחתן המתחייב וצריך להבין תירוצם וראייתם משומר והשוני מחלוקה בחצר.

והנראה לומר בדרך מחודשת דקושית ר"י כמבואר היא על המנהג שמוסיפים בכתובה וקאי אמתניתין אע"פ שאמרו אם רצה להוסיף מוסיף והשאלה היא על המנהג דמתני' איכא לאוקמא ביש לו ובאין לו כלל כמעשים שבכל יום הוי קנין דברים על התוספת דאין שיעבוד נכסים דבלית ליה ואין שיעבוד הגוף דיש חסרון דמתנה החיוב בדבשלב"ל והשיב לו ר' אליהו דמצינו כענין זה בחיובי שומרים וכוונתו בדמיון דכי היכי דבשומר מתחייב בחיובי שומר כל שהם בקבלת השמירה ובזה מחויב מ"מ מדיני שומרים וכיון שחל עליו דין שומר והוא משעבד גופו לזה החיוב בחיובי שומר חינם בין אם יש לו נכסים

⁶ אמנם הרא"ש בשלב זה גם לא הביא את דברי תוס' דבשלמא כשיש לו נכסים יועיל' בהמשך דבריו משמע שמועיל אם יש לו נכסים אף שאינו מתחייב עתה אלא לכשתאלמן או תתגרש וליתא לחסרון תנאי בדבשלב"ל כיון שחפץ ההתחייבות או חילופיו בעין וחילל הקנין כעת עליו.

⁷ לאחר כתבי זאת ראיתי באבי עזרי (אישות יח,יד) שכך הסביר קושיית ר"י ותירוץ רבינו אלי' (להבנת').

חל שעבוד על גופו מ"מ מצד דין שומר א"כ בחלות דין זה אפשר להוסיף בקנין חיובים נוספים של דיני שומרים⁸ כיון שחל עליו מ"מ חיוב וחל חיוב שמירה בשעת קבלת השמירה ולא הוי קנין דברים.

כיוצא בזה בכתובה ובתוספת כתובה כיון שבמנה ומאתים מחויב ומשועבד מ"מ בתנאי ב"ד וא"צ לזה לכללי השעבודים והקניינים הרגילים הקנין נצרך לתוספת הכתובה וכיון ששמעין במתניתין שתוספת כתובה ככתובה אם כן נכנס בדיני כתובה וכיון שחל עליו דין שחייב לה ק' ור' בתנאי ב"ד וחל החיוב מצד סיבת החיוב (הנישואין) כן יכול להוסיף ולהתחייב לה מאה ליטרין אף שבכללי ההתחייבות והקניינים הרגילים אינו יכול להתחייב באופן זה.⁹

ובזה מתיישב על נכון הדמיון בין חתן המתחייב מאה ליטרין לשומר המוסיף ע"ע חיוב שמירה מעולה דבתרוויהו איכא דינים המחייבים בלי ההתחייבות הנוספת וזו הסיבה שחל הקנין דגם בשומר אינו מתחייב עתה אלא לכשתאנס והוא תנאי בדבשב"ל וחזינן דחל תוספת שמירה ע"י קנין בשומר.

אכן מצינן לאוקמי בשומר בדאית ליה נכסים ולכך מועיל אך לא יתכן להחל שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף¹⁰ ומה דבכתובה היה ניחא לתוס' אי הווי ליה נכסים יש לחלק בכתובה שחל חיובו על נכסים מיד בדאית ליה כיון שעיקר תקנת כתובה היא לתת את הכתובה מיד וליחד לה המעות או הכלי זהב או עביט בשלב השני ולאחר תקנת שב"ש שכל נכסיו יהיו אחראים לכתובתה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה אמנם מ"מ עיקר אופי נתינת הכתובה דחל משעת נישואין וא"כ אינה התחייבות גרידה ביש לו נכסים (כמבואר באבני משפט במקום אחר).

ואולי בזה יתישב קושית המהרש"א שם דמאי מייתי ראייה משומר כי היכי דבמתני' דהכא איכא לאוקמי בדאית ליה נכסי כך גם בשומר ולמבואר לעיל גם בדאית ליה ניכסי עדיין בשומר יהיה מחודש דאפשר לו להשתעבד לשמירה מעולה יותר (ואילו מהמשנה בכתובות אי מוקמינן בדאית ליה ניכסי אין לילמוד לעניין קושיית ר"י).

⁸ שמתנה דוקא להיות כשואל וכד' כלומר נכנס לדין שומר אחר כיון שישנו דין שואל (וברעק"א בדו"ח משמע כן).

⁹ וודאי שאפשר להתחייב בקנין גם בלי דינים כי משעבד גופו בשעת הקנין לחוב, אמנם כאן בלי הדין המחייב לא היה חל הקנין בתוספת מחסרונות של תנאי וכו' וכמבואר לעיל.

¹⁰ עיין חידושי הגרש"י הכהן שקאפ קונטרס השעבוד סימן ב.

רעק"א תירץ (דו"ח כתובות נד, ב וכן בהפלאה שם) דשואל מחייב משעת אונסים ואילו מת קודם האונס אין גובים מנכסיו וא"כ איך מתחייב להיות כשואל הרי אם מתחייב במעכשיו בשעת הקנין חיובו יותר משואל אלא ע"כ שמחייב גופו לשלם אם יאנס ולא חל אנכסיו מעכשיו וא"כ ע"כ בשומר הוא שעה"ג בלי שעבוד נכסים דהתם וודאי אין משעבד נכסיו בקנין. (וני"ל שהם הם הדברים).

ה. קנין ב'דין חלוקה'

בסוגיין מתרצת הגמ' כגון שקנו בידם ברוחות רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק והקשו הראשונים מה חדית לן רב אשי וכי צריך לאשמועינן דחזקה מועילה בקרקע?

וביסוד התירוצים דבחלוקה אין הקנאה מחודשת כיון ששניהם בעלים עוד מקודם ולכך כתבו תוספות שא"צ לומר לו לך חזק וקני אף שלא בפניו וברא"ש כתב דרב אשי אתא לאשמועינן דאין צורך ששניהם יחזיקו אלא די שאחד יחזיק וכיון שאחד החזיק נתחייב זה בחליפיו.

וביותר מפורשים הדברים ברשב"א וז"ל "ויש מפרשים דאע"ג דבעלמא קיימא לן במוכר שדה לחבירו שלא בפניו צריך למימר ליה לך חזק וקני, הכא דאינו זוכה בשל אחרים אלא בירור חלקים בלחודא הוא כיון שנתרצו ברוחות והלך זה בעצמו והחזיק ואע"פ שלא אמר לו לחו"ק וכו"ו.¹¹

ולכאורה דבר זה תלוי במח' אי יש ברירה או אין ברירה דלמ"ד יש ברירה בחלוקה הוברר הדבר למפרע דחלק זה שלו מתחילה היה ול"מ קנין אבל למ"ד אין ברירה אכן בעי מ"ק לקנות כל אחד חלקו ולהסתלק מחלק חבירו אמנם ע"פ מה שיסד הגר"ח מבריסק זצ"ל בחידושו (שכנים ב,יא) דאף למ"ד אין ברירה והאחים שחלקו לקוחות הם אין הפשט שקנו זמ"ז דפשיטא דירשים ובעלים הם בכל תפוסת הבית אלא דלאחר חלוקה הם כלקוחות וכן למ"ד יש ברירה אין הפשט שהוברר למפרע שמשעת נפילת הירושה זה היה חלקו אלא דלאחר חלוקה דינו כירוש על חלק זה ומבואר דחלוקה הוא חלות דין ואינו מקח אף למ"ד אין ברירה אלא דבגוף השותפות או הירושה מונח זכות חלוקה לכא"א בדבר שיש בו דין חלוקה ולאחר חלוקה שכ"א לקח את חלקו במעשה חלוקה מקרי שלקח 'חלוקה'.

¹¹ ובעליות דר"י "ואין דין חלוקה כדין מכר או מתנה".

וא"כ צריך לומר שהיא גופא בא לחדש לנו רב אשי דכשם שחזקה עושה קנין בקרקע חזקה מועילה למעשה חלוקה בקרקע וזה שכתבו דאין צריך לומר לך חזק וקני' דכיון שאמרו אתה תיקח רוח צפונית ואני אקח רוח דרומית והלך והחזיק כל אחד בשלו זה שלא בפני זה נעשה כמי שקנו מידם ברוחות וכו"ו ולכאורה היו צריכים לומר נעשו כמי שאמר לחו"ק?

אלא דצ"ל דכמו דבקנו מידם ברוחות המ"ק הוא לא על גוף הקרקע אלא על המעשה חלוקה שמשמעותו הוא בירור חלקים הכ"נ החזקה היא על הבירור חלקים דהיינו החלוקה.

ומעתה מובן מהלך הגמ' כי רצו מאי הוי וכי קנו מידם קנין דברים בעלמא. דלמבואר בחלוקה אין הקנאה מחודשת ובדבר שיש בו דין חלוקה מונח דין חלוקה הדדי בין שניהם וכל היכא דבעי א' מהשותפים לחלוק כופה על חברו ומדברי הגר"ח הנ"ל נראה שחלוקה הוא 'דין' אלא דלמ"ד לקוחות הוא לקוח בחלקו לאחר חלוקה אבל המעשה הוא מעשה חלוקה ולא מקח ולמ"ד יורשים דין החלוקה משווה ליה כיורש בחלקו ולתרוויהו המעשה הוא חלוקה ולא מקח.¹²

ובחצר שאין בו דין חלוקה אין הדין המחייב הנ"ל וא"כ לא יכול לחול קנין על התחייבות לחלוקה דנהי דל"ב על התחייבות שעבוד נכסים או הקנאת נכסים וסגי בשעבוד הגוף וגופו הא איתיה מ"מ בעינן דין המחייב ועליו אפשר להוסיף בקנין חיובים נוספים והכא דאין דין המחייב חלוקה לא יכול להחיל התחייבות לדין זה והשתא אתי שפיר הא דצינו התוס' לדין מתנה שומר חנם דהדמיון הוא שבשניהם מחיל ע"ע התחייבות באופן שאין שעבוד נכסים ושעה"ג ומ"מ בשומרים כיון דאיתיא לדין שומרים ובהם מתחייב מ"מ א"כ מצי הקנין רווחא וחייל וכן בכתובה כיון שהמעשה נישואין מחייב אותו לכשתגרש או ימות בק' ור' וחיוב זה חל מעתה יכול להוסיף ולהתחייב בדיני כתובה באלף אלפים אף שאין לו עתה וגם אין מתחייב מעכשיו באופן שלא חל קנין על ההתחייבות מחסרונות הנ"ל.

בהמשך הגמרא מתרצת 'שקנו מידם ברוחות' ואו אז לא הוי קנין דברים. וברש"י 'זה בורר לו חלק מזרחי וזה בורר לו חלק מערבי וקנו מידם ומעתה

¹² וע"ע בקונטרסי שיעורים נדרים שיעור כו, א שדייק מדאמרינן 'דין' חלוקה ולא שיעור חלוקה דהוא דין מיוחד ולא מפרשת 'וכי תמכרו ממכר לעמיתך' ומדייק כך גם מלשון המשנה לקמן ב"ב מב, א (אף שבגמ' נדרים שם הלשון 'כדי חלוקה' ואפשר דבנדרים הדיון הוא לגבי גדרי השימוש המשותף ולא לרצון לחלוקה וצ"ע).

נקנה חלק מזרחי לזה ואין לזה חלק בו וכן השני לחבירו' בפשטות דברי רש"י ז"ל דאף דבדבר שאין בו דין חלוקה אין יכולים לכפות זא"ז לחלוק מ"מ אם רצו שניהם אפשר, וא"כ קנין על התחייבות לחלוקה גרידא לא מועיל וכנ"ל אבל אם קנו ברוחות מועיל ובפשטות הכוונה שמגופה של קרקע קנו מידו (כתובות פג,א) וקשה איך מועיל קנין בלי חידוש בעלות? ועוד קשה מאי לשון 'רצו' השותפים שחלקו מבעי ליה?

ובדרך אפשר נ"ל בדעת רש"י דבדבר שאין בו דין חלוקה צורת החלוקה היא הסתלקות מהשותפות כלומר בחלוקת שותפים בדבר שיש בו ד"ח, החלוקה היא עוד זכות מזכויות השותפות שיש לכ"א. ובדבר שאין בו דין חלוקה החלוקה היא הסתלקות מהשותפות ולכך צריך כ"א לברר חלקו ומהנה קנין לסלק שותפו מחלקו כיון שלא משתמש בזכות החלוקה אלא מסלק את השותפות מעיקרא, דשותפים לכ"א יש שעבוד על חלקו של חבירו לתשמישים וקנין מהני להקנאת וסילוק שעבוד וזהו שהאריך רש"י ז"ל בד"ה קנין דברים הוא, ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או במתנה או שעבוד קרקעות שהקנין חל עליו וכו' דעל שעבוד חל קנין ונהי דלחלוק גרידא לא סגי דקנין דברים הוא אם הגדירו כל אחד את חלקו והסתלק חבירו מהני דקנין חל גם על שעבוד קרקע בקרקע מסויימת והגדרת השותפות היא שיעבוד חלקו לתשמישים ובה מתורץ איך מהני קנין ולא הוי קנין דברים וגם מאי לשון 'רצו לעשות מחיצה-פלוגתא' דהחלוקה נוצרת בבי' שלבים כלומר קנו מידם שרצה כל אחד ברוח אחרת ומעתה נקנה כלומר לאחר שרצו ברוחות וקנו ומשמעות הקנין הסתלקות מהשותפות ומעתה נקנה רוח מזרחית לזה ומערבית לזה.

ובלשון הרמב"ם שהובא לעיל משמע דמהני קנין להתחייבות בחלוקת שותפים שכתב "אבל אם קנו מידם שזה רצה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית אינן יכולים לחזור" ובהכי שפיר מיושב מאי לשון 'רצו'. ומהני קנין לחלוקה דמשמעות החלוקה הוא בירור חלקים ונהי דסתם קנין לחלוק ל"מ כיון שאין דין וזכות כזה בחצר שאין בה דין חלוקה אם בררו חלקים מהני כיון שהחסרון הוא לרמב"ם שאין החלוקה מבוררת לכך באין בה דין חלוקה אבל אם ביררו חלקים וקנו מידם 'הצליחו' ליצור דין חלוקה ועדיין החלוקה היא מזכויות השותפות¹³ (וזה הנפק"מ בין הרמב"ם לרש"י ושאר הראשונים

¹³ ואולי אפשר להוסיף מהמשנה לקמן (יא,א) "אימתי בזמן שאין שניהם רוצים. אבל בזמן ששניהם רוצים אפילו בפחות מכאן יחלוקו וכתבי הקודש אע"פ ששניהם רוצים לא יחלוקו". והגמ' (יג,א) ובגמ' נחלקו אי אין שניהם רוצים אי איתא לדינא דגוד או איגוד

דלרמב"ם החלוקה בקנו מידם ברוחות הוא התחייבות לחלוקה ומשוי הקנין על ברור החלקים ליש בה ד"ח, ולרא"ש ורש"י הקנין הוא הקנאת השעבוד השותפות בחלקו ופירוק השותפות מכל וכל ולא מזכויות השותפות ודו"ק).

ו. לקיים כל דבר

והנה לאחר שנתחדש דבקנין סודר לא מועיל רק למטלטלין, קרקע, שעבוד, אלא גם זכויות ממוניות שיבואו לאחר מכן מצד הדינים, נבא לבחון דינים נוספים בהם מצינו שמועיל קנין אף שנראה כקנים דברים.

ראש וראשון לכל הדינים הוא מקור קנין סודר במגילת רות (ד, ז) יוזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו' ובגמרא (ב"מ מז, א) גאולה זו מכירה וכה"א לא יגאל תמורה זה חליפין וכה"א לא יחליפנו ולא ימיר אותו לקיים כל דבר שלף איש נעלו וכו' וברש"י שם גאולה זו מכירה שמכר לו מכירה גמורה בדמים ולא קיבל ממנו מעות ובאין לקיים דברי מכירתן ע"י קנין חליפין שמחליף כלי זה בחפץ שכנגדו לקיים כל דבר שלף איש נעלו ור"ת בתוס' שם פירש שמוזכרים בפסוק ג' קנינים והיינו מכירה במשיכה או בכסף (למר בדאית ליה ולמר כדאית ליה) תמורה זה חליפין שוה בשווה ולקים כל דבר לרבות אף שאינו שווה בשווה.

במעשה בבועז והגואל-פלוני אלמוני במה שמבואר בפשטות הפסוקים שנעמי מכרה שדות של אלימלך והיה מוטל על הגואל- לגאול והתנה בועז שהיה רחוק מ'טוב' בקורבה לאלימלך את הגאולה בנישואי רות והגואל לא חפץ בנישואי רות (שחשש פן ישחית את נחלתו נחלת ה' בניס טעה במואבי ולא מואבית רש"י שם) וקנו בק"ס על זה. ועל הסבר זה הקשו קושיות רבות ואכמ"ל.¹⁴

ובפשטות כהאחרונים (רש"י"ק ב"ב סמן ה) שהסבירו שגא"ג הוא צורת חלוקה (בדמים) בדבר שאין בו ד"ח א"כ כשרצו לחלוק בפועל הוא הקנאת זכות גא"ג וא"כ ברצון לחלוקה בקנין לא סגי דכ"א צריך לברר לו חלק שאותו הוא ימשוך ויקנה את זכות הגוד והחלק שימשיך לחבירו ויקנה לו את האגוד א"כ הן אמת בשיטת הרמב"ם דרצו גם ברוחות ולא חלקו ממש והרצון לרוחות יוצר ד"ח בדבר שאין בו ד"ח להקנאת זכות דין גוד או איגוד. (בדרך אפשר).

¹⁴ עין בשורש ישי (לרבנו שלמה אלקבץ) ובמשיב נפש (לבי"ח) ובמאמרו המפורט בעניין זה של הרב יעקב שלמה מוזסון בקובץ בית אהרון וישראל (שנה כא, ה).

וברמב"ן עה"ת (ויקרא כה, לג) כתב שכלול במצוות הגאולה לפי פשטי המקראות גם כשיעני ויצטרך למכור משדותיו שיבא הקרוב בירושתו ויקנה אותה והוא הנקרא גאולה.. וכן מפורש שם בענין בועז ונראה בעיני שהיו דנים לו דין קדימה כאשר הנהיגו לנו רבותינו בדינא דבר מיצרא והיו קונים מן הגואל הראשון בקנין סודר כמו שעשה בועז ע"כ ת"ד וא"כ המעשה היה שרצתה נעמי למכור מנכסיה (או ששעבד לה אלימלך בכתובתה או שירשה מאלימלך דרך אביה שהיה אחיו והיא בת יחידה) ויכלה נעמי ככל מוכר להתנות המכירה בנשואי רות (ובועז שלוחה) וכיון שלא רצה טוב בתנאי היה צריך לוותר על זכותו בקניה בתור הקרוב הראשון לקרוב השני בדיני הירושה ואת זכות דין הגאולה בקרוב קרוב קודם הקנה לבעז בק"ס ואף שעוד אין לו זכויות בקרקע כיון שיש דין בגאולה של קרוב קרוב קודם מהני הק"ס להקנות או לסלק זכותו זו.

עפ"ז ניתן לומר שגם בפשט הראשון שנעמי מכרה שדות אלימלך לזר ורצה הגואל הקרוב לגאול אבל לא רצה בתנאי לישא את רות והיה תלוי זב"ז, הקנה טוב לבעז את זכותו לגאול מזר אף שהנכסים אינם עתה ברשותו מהני קנין ע"ז כיון שדין גאולה הוא זכות מסוימת דינית שנקנת בקנין והוא כדברינו הנ"ל.¹⁵

ובסנהדרין כד, ב בקבל על עצמו קרוב או פסול "אמר ר"ח בר שלמיה שלחו ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו לפני גמר דין וקנו מידו מאי שלח להו אין לאחר קנין כלום" ופרש"י וקנו מידו מתחלה שלא לחזור, והנמו"י שם כתב "כיון שקנו מידו מתחלה שלא יחזור בו שוב אינו חוזר בו ואף על גב דמחזי כקנין דברים אפילו הכי אשכחן כקנין שמחזק הדברים כדאמרו גבי דיני דבר מצרא וגבי משכנתא באתרא דלא מסלקי".

ובש"ך (חו"מ כב, סק"ד) הביא דעת ראב"ן שבלשון זה שלא יחזור הוי קנין דברים.

ובביאור פירוש רש"י והנמו"י צ"ל דהא דמהני קבלו עלייהו קא"פ לדין או לעדות אף בלי קנין הוא מדין אודיתא (או הודאת בע"ד) אלא דאכתי יש חסרון של אסמכתא דהרי קיבל עליו מפני שהיה בטוח בצדקתו לזה מבואר בתוספות (ב"מ עד, א) ד"ה הכא דכיון שיש תביעה זה על זה והם קיבלו

¹⁵ ע"ע בשו"ת חבל יעקב (ח"א י"ט, יא) שכך תירץ והשווה קנין זה לדין הרשב"א דאפשר להקנות בדבר שיש בו ד"ח שלא יחלקו.

עליהם כך את הדין לכן אף שנראה כאסמכתא א"צ קנין כלומר, כיון שיש תביעה היינו ממון לטענת אחד מהם אצל השני א"כ הדין הוא אם הנתבע חייב או פטור ולא דמי לשניים שנתערבו שאין תובע ונתבע אלא שניהם יכולים להרוויחו לכך צריך קנין א"כ בהסכמה לדון אצל הקא"פ הוי כאילו יקנה לו בגמ"ד את הממון באודיתא או שאז תהיה הובע"ד.

וא"כ כיון שיכולים לחזור בכל עת כלומר מההסכמה להקנות בגמר דין לכן גמרו ומקנו בל' קצת אחר ההסכמה והקבלה מחייבים רק לאחר גמר דין.

וא"כ בקבלו קא"פ בקנין שלא לחזור כיון דבעלמא חל מדין אודיתא ובכוחו כבר להקנות כעת באודיתא א"כ בדין קא"פ יכול לשוות לו בקנין אופי ששל קא"פ של אחר גמר דין.

ובדינא דבר מיצרא (שנזכר בנמו"י מב"מ קח,א) שיש זכות ראשונים לבר מיצרא לקנות השדה, אם בא המוכר והציע לבר מיצרא לקנות ולא רצה צריך קנין על הוויתור בזכות זו וגם כאן אין לבר מיצרא עדיין זכות ורשות בשדה והיה מקום לומר דהוי קנין דברים. ואם נימא שזכות מצד הדין אף שהממונות הם תוצאה לא ממומשת היא דין שנקנה בק"ס נמי אתי שפיר.¹⁶

ובטור (חוי"מ לט, ה ו) כתב "אבל אם לקח לו בקנין כותבין לו דסתם קנין לכתובה עומד ואפילו לא ראו ההלואה אלא שהודה בפניהם שחייב לו מנה ולקח בקנין כותבים לו" ובב"י שם "הודה בפני שנים וקנו מידו כותבין פירש ריב"ן שקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פלוני אבל אם אמר בסתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים לא ידעתי על מה יחול הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר עכ"ל ובבדק-הבית כתב "אין דבריו נ"ל שכיון שמודה שחייב לחבירו מנה נכסיו משועבדים ונוטל קנין על שיעבוד נכסיו שמקנה לו נכסיו לשעבדם".

ובפשטות נחלקו במחלוקת קצוה"ח (לד, ד) ומהר"י בן לב אם הודאת בע"ד היא נאמנות או התחייבות ולריב"ן כיון שזה דין נאמנות א"כ אם קבע לו זמן הרי הוסיף דינים וזכויות התלויות במלווה לזמן (אין אדם פורע ת"ז וכדומה) ולכך חל הקנין ואילו לב"י א"צ לזה כיון שהודאה הוא התחייבות חדשה א"כ כעת בהודאה בקנין מחדש את שעבוד הנכסים.

¹⁶ ועיין בר"ן כתובות מ, א בדפי הרי"ף דין דומה שמועיל קנין להסתלקות מחלק היבם אף קודם היבום אף שנראה כקנין דברים והסביר שכיון שזכות דינית להתנות על נחלה שלא ירשנה יכול להקנות על זה.

ז. סיכום

יצאנו לדון מסוגית הגמ' ב"ב דבחצר שאין בה דין חלוקה ל"מ קנין לחלוק ונתבאר דחלוקה הוא זכות דינית של כ"א מהשותפים ולא מקח ממילא שאין דין זה לא מהני קנין.

זכינו לדין דמהני קנין להוסיף התחייבויות אף שבאופן אחר לא היה מהני התחייבות כזו כיון שישנו דין המחייב חייל קנין עליה להרחיב את ההתחייבות והוא בדיני שומרים ותוספת כתובה בחתן.

וא"כ יצא לחלק ולחדש דבכל מקום שברשותו דין אף שאין מקנה דבר וגם לא מתחייב אלא שהזכות היא 'דין' שיכול לזכות ע"י בזכות ממונית שפיר מצי להקנות ולקנות בק"ס ולא מקרי קנין דברים.

הרב מאיר ברקוביץ

כיצד אדם פורע חובו של חברו?*

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. הלוח זוכה במעות תחילה
- ג. מחילה
- ד. מדין עבד כנעני
- ה. פדיון הבן
- ו. הסכמת הלוח
- ז. שוקל את שקלו
- ח. וכן לענין ממונא
- ט מעשה פרעון אך לא בע"כ
- י. לסיכום

א. פתיחה

נחלקו תנאים בדין פורע חובו של חברו האם חייב בעל החוב לשלם לפרוע החוב או לא. אך נראה שלכו"ע החוב עצמו נפרע. וצ"ב מנלן פשיטות זו ובעיקר מה טעמה? כיצד אדם פורע חובו של חברו?

מצאנו דין פורע חובו של חברו אף במקום שהמלוה מחזיק משכון. האבני נזר (אבה"ע סימן שמט) שואל למי שייך המשכון לאחר שאדם אחר פרע החוב? ויש לעיין במה נפקע החוב או השעבוד מהמשכון כשאדם אחר - שאינו הלוח, פורע למלוה את החוב?¹

לוח יכול לפרוע חובו בעל כרחו של המלוה. האם אדם שלישי יכול לפרוע החוב בעל כרחו של המלוה? בשאלת פרעון בע"כ יש לדון בשתי נקודות: פרעון בע"כ אי שמיה פרעון אי לאו? ועוד, האם יש אפשרות שלוח יפרע החוב

* עיקרי הדברים נאמרו בשיעור בכולל, שלהי טבת תש"ע.

¹ ויש עוד לעיין האם ומה ניתן להסיק מכך שיורשים פורעים חוב אביהם. במסגרת זו יש כמובן לדון בהגדרת חיוב היתומים לפרוע חוב אביהם ובאיזו מידה הפך חוב זה להיות חוב שלהם עצמם ואכמ"ל.

כיצד אדם פורע חובו של חברו?

בלי הסכמת המלוה ובאופן שאינו זוכה במעות? (ויש להסתפק לצד שני האם אפשר לפרוע החוב בעל כרחו של הלוה, ועוד חזון מועד).

ב. הלוה זוכה במעות תחילה

כתב החזו"א (אבה"ע קלו לנדריס דף לג) :

יש לעיין בטעם שאחד פורע חובו של חברו, אם הוא מטעם שהלוה זוכה במעות ע"י קבלת המלוה וא"כ המלוה הוא שלוחיה של הלוה?

מדברי החזו"א ניכר שהתקשה בשאלה כיצד אדם פורע חובו של חברו. ואכן במחשבה ראשונה נראה היה, שאין אפשרות לימעה פרעון א"כ כסף הפרעון הוא כספו של הלוה. ולכן מציע החזו"א שהמלוה יזכה בכסף עבור הלוה ויחזור ויזכה ממנו.²

החזו"א דוחה אפשרות זו :

וא"כ איך מותר במודר הנאה?

ר"ל, דלצד זה פורע החוב מזכה תחילה את הכסף ללוה נמצא מהנהו באופן ישיר. (ובמשנה בנדריס איתא דמודר הנאה פורע לו חובו).

ג. מחילה

יש לפרש באופן אחר (ע"ש בחזו"א): פורע חובו של חברו מהני מכח זה שהמלוה מוחל על החוב. פורע החוב מזכה כספו למלוה בתנאי שהמלוה ימחל על החוב.

² ובדומה לכך מצאנו בגט אשה. ע"י בדברי הפר"ח ריש הלכות גיטין בגט ע"י שליח ובעיני נייר של הבעל, וכתב השליח על נייר שלו. ועיי"ש בטור בשם הרמ"ה שהובאו בטור. ובבאור מחלוקתם ע"י האו"ש שסבור שנחלקו בגדרי שליחות. ויש לומר שלפי הרמ"ה השליח נותן הגט לאשה והיא זוכה בו עבור המגרש וחוזרת ומתגרשת בו וע"י עונג יו"ט סיק קז (באור אחר בדברי הרמ"ה ע"י שיעורי הגרש"ש עמ"ס גיטין). וכן צ"ל לנתה"מ (קצה, א) שהעדים מקנים הסודר לקונה, במסירתו למקנה וחוזר המקנה וזוכה בו לעצמו, לצורך הקנין בקנין סודר בסודר של העדים. ונראה שכך מבואר בב"י חו"מ קצה במה שהביא מהתשובות המיוחסות. וע"ע אמרי בינה דאם אין האב מוחה אי"צ לדין עבד כנעני אלא מהני מדין זכייה, ר"ל שהכהן זוכה מהפודה עבור אבי הבן ואח"כ חוזר וזוכה לעצמו.

טרם נמשיך בדברי החזו"א נפנה לעיין בדברי המל"מ (מלוה ולוה ה, יד ד"ה כתב מרן) ביחס לשאלה הבאה: ראובן מודר הנאה משמעון. האם שמעון יכול למחול לראובן על החוב או שמא בכך מהנהו הנאה אסורה?

תוס' בכתובות קח כתבו שמודר הנאה פורע חובו של חברו כי הנאה זו אינה אלא בגרמא. האם מחילת החוב כמוה כהנאה בגרמא או שמא יש כאן הנאה ישירה יותר?

המל"מ עוסק בשאלה זו מצד דיני ריבית. ראובן מלוה לשמעון בתנאי ששמעון ימחל לו על חובות קודמים ביניהם. האם באופן זה יש איסור ריבית? ראובן מלוה לשמעון וקוצץ עמו שיוסיף על סכום הפרעון מחילת חוב. ייתכן ומחילה זו כמוה כפרעון חוב לחברו, שאינה נחשבת כהנאה אצל מודר הנאה.

ובלשון המל"מ:

שהמלוה את חברו על מנת שימחול לו את חובו לא הוי רבית קצוצה וכן למד הרב בגי' בח"ד סי' י"ז וכתב דטעמא דמילתא דכיון דלא מידי יהבי ליה בעין ואינם מוציאים עתה כלום מידם דמי לרבית מוקדמת כו' ודבריו תמוהים דשאני הכא דעד שעת ההלואה היו ביד המלוה בתורת הלואה ולא דמי כלל לרבית מוקדמת ויש מי שכתב דמחילת מלוה לא הוי רבית קצוצה משום דליכא הנאה למלוה וכדאמרין גבי מודר הנאה מחברו פורע לו את חובו משום דלא חשיבא הנאה מוחל לו חובו לא שייך ה"ט שהרי הפיוס אסור לו מ"מ הרי כתבו התוס' בפרק הכונס דאפילו ב"ח דוחק הניח מעותיו על קרן הצבי ואע"ג דלא שייך טעמא דפיוס לפי שיכול לומר לו הייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעים עבורי כו' וא"כ לפי טעם זה אף המודר עצמו מוחל לו חובו משום דמצי למימר לא אהנית לי כלום דבלא"ה הייתי מוצא אוהבים ואף דנימא דהמודר עצמו אסור למחול חובו משום דמ"מ מהנהו שא"צ לשלם חובו ואע"ג דגבי פורע לו חובו לא חשיב הנאה התם היינו טעמא שאינו אלא גרמא בעלמא שע"י שפורע זה לבעל חובו מיפטר וכמ"ש התוס' בפרק שני דייני (דף קח) אבל היכא שהמודר מוחל לו את חובו אסור לפי שמהנהו שא"צ לשלם חובו ולא שייך כאן לומר גרמא בעלמא הוא ויש קצת ראייה לדין זה מדאמרין בריש פרק אין בין המודר מקום שנוטלין עליה שכר תפול הנאה להקדש וכתב שם הר"ן וז"ל שאילו היה מוחל לו נמצא מהנהו ומ"מ לא מיקרי משום האי הנאה פורתא רבית קצוצה כיון

כיצד אדם פורע חובו של חברו?

שהמחילה לא חשיב כנותן לו מעות שהרי קי"ל דמודר הנאה פורע לו חובו או משום טעמא דפיוס או משום טעמא דהייתי מוצא אוהבים ה"ה דגבי רבית נמי מחילת חוב לא חשיב רבית קצוצה משום הני טעמי אך קשה לי לטעם זה דלעולם במחילת חוב איכא הנאה אלא דלגבי מודר הנאה כיון דשלא ברשות פרע לא אסור משום דמצי למימר זאת ההנאה שעשית לי בלאו את נמי הייתי נהנה דמפייסנא ליה או שהייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעים בשבילי נמצא שלא הגיע לי מצדך הנאה אבל היכא שהתנה ואמר ע"מ שתמחול לי חובך פשיטא דאיכא הנאה טובא במחילת החוב שהרי גילה דעתו שאותה ההנאה שהיה יכול לקבל בין ע"י פיוס או ע"י אוהבים רוצה לקבלה בשביל ההלואה וזהו רבית קצוצה.

סיוע להבנה זו, שיסוד פריעת חובו של חברו הוא מכח מחילה נמצא בדברי הגרש"ש בשיעוריו למסכת ב"מ (סי' טו). שיטת תוס' בכתובות קחא, (ד"ה הא מני חנן) דדעת חנן דהלואה פטור מלשלם לפרוע חובו כי אין כאן נתינת ממון מהפורע ללוה אלא שנפטר מחובו בגרמא בעלמא ותוס' שם דימו זאת למודר הנאה מחברו ואין לו מה יאכל הולך אצל חנוני וכו' והוא נותן לו ובא ונוטל מזה, דהתם אינו אלא גרמא. הגרש"ש טען שמדברי תוס' שאין כאן נתינה/הנאה ישירה מוכח שהחוב נמחל. וכדברי המל"מ הנ"ל.

אפשרות זו (מחילה) תתכן רק בפרעון שנעשה מרצונו של המלוה ולפ"י יצא שא"א לפרוע חוב של אחר בע"כ של המלוה.

ד. מדין עבד כנעני

כנראה שהגבלה זו לא נראתה לחזו"א ולכן מציע החזו"א אפשרות שלישית:

אלא נראה שהוא מדין עבד כנעני. שחברו יכול לשם עבורו.³

(הרי שלחזו"א לא היה פשוט שאדם יכול לפרוע חובו של חברו מדין פרעון). ויש לעיין בדברי החזו"א הרי פשוט שא"א לקדש אשה - מדין ע"כ - בע"כ ואילו מדבריו ניכר שס"ל שניתן לפרוע חובו של חברו - מדין ע"כ - בע"כ של חברו (דאל"ה כשם שלא ניחא ליה לחזו"א מדין מחילה, הואיל ואינה בע"כ של המלוה הו"ה להצעתו מדין ע"כ ופשוט. אך החילוק ברור, החידוש בדין

³ בגדרי עבד כנעני והאם זהו דין מיוחד לקידושין או שניתן להסיק מכאן לשאר דוכתי עיי בדברי הרב גוסטמאן, קונטרסי שיעורים עמ"ס קידושין שיעור טו.

ע"כ שנתנית ראובן חשיב כנתנית שמעון (אף בלי מינוי שליחות) ובמקום שראובן יכול לפעול בע"כ של צד ג' גם מי שיפעל במקומו מדין ע"כ יוכל לפעול בע"כ של אותו צד.

ה. פדיון הבן

הרמ"א (יו"ד שה"י) מביא בשם הריב"ש: "אין האב יכול לפדות ע"י שליח". וצ"ב מדוע לא, וכפי שתמה הש"ך: הא קיי"ל בכל מקום דשלוחו של אדם כמותו, והביא מדברי הר"ן (פ' כל שעה) שמפורש כן שמהני שליחות לפדיון הבן.

וכתב הגר"א שם, כל זה (דברי הריב"ש) ו"ל:

כ"ז הוא תמוה דלא מיבעיא ע"י שליח דשלוחו של אדם כמותו אלא דאף אחר יכול לפדות אפי' בלא דעתו של אב דלא עדיף ממ"ש שאחר יכול לפדות כמ"ש בפ"ד דמ"ש⁴ וכן נטע רבעי כמ"ש בפ"ה וכן הקדש כמ"ש בערכין וכ"ש כאן שאינו אלא חוב בעלמא שהרי הכהן גובה ממשועבדים⁵ כמ"ש בבכורות מה"א-ב ושם אישתעבדו ניכסי כו' וע"ש כל הסוגיא ובקדושין כ"ט, ובתוס' שם וכי הפורע חובו של אחר אינו נפטר הלוא אלא דלכתחלה יותר מצוה באב וכמו מילה ושאר דברים שהאב חייב וגם בריב"ש ליתא מזה כלום אלא בדברי השואל שם וגם אינו מוכרח דבריו ועט"ז וש"ך⁶ (ע"כ).⁷

⁴ ע"י שו"ת חמדת שלמה יו"ד לא אות כ שלא מצא כן במשניות מע"ש וצ"ן לתוס' ב"ק סח"ב ד"ה הוא דאמר, שמשעה שהוקדש דבר יצא מרשות בעלים וכל אחד יכול לפדות משא"כ רבעי שזכות הבעלים לאכלו בירושלים כמע"ש, ומבואר בדבריהם שלפדיון מע"ש ורבעי יש צורך בניחותא דבעלים. וא"כ צ"ב בדברי הגר"א. וע"ע עונג יו"ט סימן צג, שיעורי הגרש"ש ב"ק לד, ובשו"ת הר צבי יו"ד סי' רמב ומשם לספר הדרת קודש (הגרצ"פ) סימן כז ובהערות המהדיר שם. וע"י חזו"א יו"ד קפה שהשיג על ראיות הגר"א.

⁵ לכאורה, מההלכה שיש שעבוד נכסים לפדה"ב יש להוכיח, שמצות הפדיון יוצרת/משמעותה חוב לכהן. האם יש כאן הוכחה שאין בפדיון תהליך מורכב יותר? הגר"א סבר שבפריעת החוב מתקיימת המצוה והיה מקום לסבור שבקיום המצוה נפרע החוב. כהבנה זו שפדה"ב גדרו פריעת חוב ע"י קוב"ש קידושין אות לו שתמה כיצד מהני מתנה ע"מ להחזיר בפדיון הבן הרי פשיטא שלא מהני מתנה ע"מ להחזיר לפריעת חוב, ותרץ: "וצ"ל דחוב פדה"ב הוא בתולדה מהמצוה וכיון דהמצוה מתקיימת במתנה ע"מ להחזיר כמו בכל מתנות כהונה ממילא מסתלקת החוב... אלא דקשה מהא דבספק פדיון הממע"ה ואם העיקר הוא המצוה ראוי לילך בספקו להחמיר". בגדרי פדיון הבן ע"י משי"כ בשמעתיך גליון 150 עמ' 177-184.

⁶ יש לעיין בנדון דפדיון הבן ע"י אחר - בכספו של מי מדובר, יעויין פת"ש יו"ד שה ס"ק טז בשם חת"ס ותשובת בעל נתה"מ שבשו"ת חמד"ש יו"ד סי' לב.

כיצד אדם פורע חובו של חברו?

לגר"א פשוט שאפשר לפדות ע"י שליח ועוד פשוט לו שאפשר לפדות אפילו ללא שליחות. הגר"א סבור שפדיון הבן כחוב חשיב (וכדמוכח מכך שיש שנכסים משתעבדים לפדיון הבן) ומוסיף: "וכי הפורע חובו של חברו אינו נפטר הלואה?"

(ויש לדקדק בדברי הגר"א שמצות הפדיון מתקיימת ע"י אחר ולא שהחוב נמחק ושוב א"א לקיים המצוה. הגר"א כתב שלכתחלה יותר מצוה באב, אך ברור שגם בנתינת אחר המצוה מתקיימת).

נראה מדברי הגר"א, דלא כפי שהוצג לעיל. יש משמעות לפריעת חוב של חברו, וגדר הדבר כפרעון לכל דבר. א"א לבוא כאן מצד מחילה, שכן מחילת כהן לא תועיל, כיצד מחילתו תסלק חיוב הקיים כלפי כל שבט הכהנים וכיצד תתקיים המצוה באופן זה⁸ (יש לעיין לצד שמחילה הוי כאילו התקבלתי ואין כאן מקומו, כי לשון הגר"א אינו סובל פרוש זה בדבריו).

וצ"ע מה יענה הריב"ש⁹ לראיית הגר"א? מסתבר שהריב"ש יסבור שפורע חובו של חברו אינו מדין פריעת חוב אלא מהני מכח מחילתו של המלוה ולכן כתב הריב"ש שזה לא מהני בפדיון הבן.¹⁰

הגר"א כתב שאפשר לפדות בלא דעת האב ויעויין במחנה אפרים ה' זכיה ומתה סי' ז, שבתוך דבריו כתב: "ואפילו אם האב גילה דעתו דלא ניחא ליה הרי זה פדוי ואין צורך לא לשליחות ולא לזכיה ודומה לפורע חובו של חברו דמה שעשה עשוי".

לעומתו בעל החו"ד בתשובתו הנדפסת בשו"ת חמד"ש יו"ד סי' לב כתב: "וכמו דפשיטא דמי ששלח חברו ליתן צדקה לעני משל שליח דודאי לא קיים המשלח מצות צדקה, וכן במתנות עניים, ה"ה גבי פדיון הבן.

⁷ הסובר שא"א לפדות הבן על כרחו של אב, יסבור שפדה"ב אינו כפרעון חוב בלבד ועיי פ"ח המובא בקצוה"ח רמג לענין פדה"ב ובמאמר הנ"ל בשמעתין.

⁸ המנחת חנוך מצוה שצב והאמרי בינה (דיני פדיון הבן סי' ג) נקטו כדבר פשוט שמחילת כהן לא מהני למצות פדיון הבן. אך עיין קוב"ש לכתובות נו, ב (אות קעז) שנוקט בדעת תוס' שמחילה כן תועיל. (לפי גירסת רש"ל ומהרש"א בתוס' ותמה הקוב"ש דאם כהן אחד מחל מי מחלו שאר כהנים.

⁹ אם כי רבים טענו שלא נמצא כן בריב"ש וזו דעת השואל בלבד והריב"ש לא חשש להשיבו על כך (עיי גר"א הנ"ל ושו"ת חת"ס יו"ד רצג ועוד).

¹⁰ היה אפשר לומר שהריב"ש יסבור שפדה"ב אינו כפרעון חוב אלא כמקח וממכר וכמשתמע מלשון הרמבם בספר המצות. ועיי לשון הריב"ש סי' קנו: "...ועוד אפילו לא יהיה אלא שפורע חובו גם זה אסור ביו"ט".

ו. הסכמת הלוה

נמצא שלדעת המחנ"א ייתכן ויועיל פרעון אף בעל כרחו של הלוה. וכך הבין החזו"א (יו"ד קפה) מדברי הגר"א. ועל כך כתב החזו"א: "...וכן בפדיון בנו אם האב מוחה ודאי אין אחר יכול ליתן עבורו בע"כ".¹¹

ז. שוקל את שקלו¹²

והנה יש שהקשו¹³ על האפשרות, שפרעון ע"י אחר מבוסס על מחילת החוב מכך שהתנא כלל יחדיו פריעת חוב למודר הנאה עם 'שוקל את שקלו', ופשוט שלא שייכת מחילה (על ידי הגזבר?) במצות מחצית השקל. אלא שיש מקום לקושיא זו אף למסקנת החזו"א לפיה פורע חובו של חברו פועל מדין ע"כ, ואכן החזו"א שאל כיצד מהני שוקל את שקלו מדין עבד כנעני, וז"ל:

...אבל הרי צריך לזכות להיות שותף בקרבן צבור והכא לא שייך דין עבד כנעני, דהכא אין לו שום יד לזכות לא בקרבנות ולא בשקלים אחרי שהקדישן, אלאל שהמקדיש מקרי בעלים, מפני זה שמרשותו באו לרשות הקדש, וא"כ אין מקום להקדיש בעד חברו שחברו יקרא מקדיש.

וע"ש מה שכתב בזה החזו"א. ולאחר שדן כיצד כל שוקל זוכה בחלק בקרבנות הציבור, צידד לומר שההקדש משעבד את עצמו להקנות למקדישים את חלקם בקרבנות, ע"ש.

והנה בתשובתו של בעל החו"ד, הנדפסת בשו"ת חמד"ש סי' לב באר דין זה דשוקל את שקלו בהקדם יסוד שיש בשקלים שני דינים: חובת הגוף, עצם המצוה לתת מחצית השקל. ודין שני - חלק בקרבנות ציבור. לדעתו את הדין השני אפשר לקיים גם על ידי נתינת אחר מדין ע"כ ואם אחר שקל שקלו לא יצא ידי חובת מצות מחצית השקל (ר"ל החלק הראשון וכנ"ל) כי אי אפשר

¹¹ וממשיך החזו"א: "ומה שפורע חוב של חברו שלא מדעתו הוא מחמת זכות ואם מוחה בהדיא ודאי א"א לשלם למלו הבע"כ (של הלוה), ואם המלוה נוטל הרי הוא מוחל החוב בע"כ ואפשר למחול חוב בע"כ של הלוה". ולא חזר כאן על דבריו שאתינן עלה מדין ע"כ.

¹² בכל אזכור של 'שוקל את שקלו' יש לבחון האם מדובר לאחר שכבר תרם (ומדין תורמים על הגבוי ועל האבוד) או לא, ע"י כתובות קח, וברשי"י תוס' שם ובנדון בירושלמי ואכמ"ל.

¹³ ע"י שו"ת חמדת שלמה יו"ד סימנים כט-ל, חזו"א הנ"ל, ובקובץ שיעורים עמ"ס קידושין אות לד בשם הגרש"ש.

כיצד אדם פורע חובו של חברו?

לצאת ידי חובת מצות הגוף בנתינת אחר, אבל מ"מ יש לו חלק בקרבנות הציבור.¹⁴ תו"ד החזו"א הנ"ל דלא כדברי החו"ד.

באופן אחר י"ל כד: בסוגיות הש"ס מוצאים אנו חילוקים בין מקדיש למתכפר (מי עושה תמורה ועוד). בנדרים לו מבואר שאדם יכול להקדיש קרבן ע"מ שיתכפר בו חברו.

ח. וכן לענין ממונא

לאחר הבאת אפשרות לקידושין מדין ערב, דין ע"כ ומדין שניהם מסיימת הגמ' בקידושין ז, א 'וכן לענין ממונא'. ר"ל אפשרויות אלו שזכרו לגבי קידושין מהני גם במקח וממכר. בפשטות דברים אלו נסובו על כל שלש האפשרויות, אך הרמב"ם הביא דין זה של 'לענין ממונא' רק בציור של דין ערב ולא באופן של עבד כנעני, וכבר תמהו (הר"ן ועוד) וצ"ב מדוע?

בבאור שיטת הרמב"ם יש שהציעו את המהלך הבא:

1. נחלקו, כאמור, הר"ן והריב"ש בפדיון הבן ע"י שליח, ונתבאר לעיל ששרש מחלוקתם הוא האם אדם פורע חובו של חברו או שבעי מחילה.

2. נחלקו הסמ"ע והט"ז חו"מ ר"ס קצ בגדר קנין כסף. ויסוד מחלוקתם האם כסף פועל ככסף קנין או שיסודו כסף שיווי, ר"ל דתחילת הפרעון מהווה מעשה קנין. (נפ"מ - לצד שכסף הוא כסף קנין ייתכן ובעי פרוטה מלבד סכום הקציצה). והקשה נתה"מ (באותו סימן) מקידושי אשה דמהני בהו כסף ואין לאשה שיווי וע"כ כסף קנין הוא. והאחיעזר יישב, שייתכן ואף אם במקח וממכר כסף הוא כסף שיווי מ"מ בקידושי אשה ע"כ ענין הכסף כמעשה קנין גרידא (ואף דיליף להו מהדדי). ודלא כאבנ"מ שהעלה ששייך בקידושי אשה כסף שיווי - אין זה שיווי האשה אלא שיווי של הקידושין ואכמ"ל. כיוצ"ב נחלקו ראשונים - לרבי יוחנן, שס"ל ד"ת מעות קונות ולא משיכה, כיצד קונים מטלטין במתנה? ונחלקו בכך תוס' ורמב"ן (חצר/רשות, או שבמתנה אכן משיכה קונה מהתורה).

¹⁴ לפי"ז אין לקיים מצות צדקה או מתנות לאביונים בפורים ע"י נתינת אחר. וצ"ב האם מהני נתינת מתנות לאביונים ע"י הבעל בעד אשתו ואולי מהני דלא גרע מכך שהבעל חייב בקרבנות אשתו (מדאורייתא או עכ"פ מתנאי כתובה).

וצ"ב מדוע לא העלו הראשונים אפשרות לקנין כסף ויצטרך מקבל המתנה ליתן פרוטה עכ"פ עבור קנין? ולנ"ל, אי"נ שקנין כסף יסודו בכסף שיווי שמשעותו תחילת הפרעון, אי אפשר לעשות כן במתנה כי היא ניתנת ללא תמורה ונתינת פרוטה לא תהווה תחילת פרעון ולכן לא תועיל כלל.

3. לאחר הקדמות אלו, עיי' בספר שערי חיים (קידושין סי' כ) שר"ל כד: לכסף קידושין, שהוא כסף קנין, מועיל מדין עבד כנעני אבל למקח וממכר שכסף הוא כסף שיווי לא מהני נתינת הכסף מדין עבד כנעני. כשצריך מעשה נתינה מהני מדין עבד כנעני אך לכסף שיווי שיסודו תחילת פרעון אי"א לפרוע ע"י אחר ולכן לא מהני דין ע"כ. וכפי שנקט החזו"א ועוד. מעתה אי"ש שהרמב"ם פסק דין ע"כ רק בקידושי אשה ולא במקח וממכר.

4. הר"ן חלק על הרמב"ם וסבר שמהני דין ע"כ למקח וממכר; כמו כן הר"ן סבור שמועיל פדיון הבן ע"י שליח. וי"ל דאזיל לשיטתו. קיימת אפשרות שאדם יפרע חוב של חברו, כפי שהוצע לעיל בדעת הר"ן ולכן מהני נתינת אחר לפדיון הבן, וכפי שהגדיר הגר"א שפדיון הבן הרי הוא כפרעון חוב ולכן מהני דין ע"כ.

ט. מעשה פרעון אך לא בע"כ

בגמ' ב"מ טו,ב מבואר שיש ב' דעות אם לוקח יכול לסלק בע"ח במעות או לא. וצ"ב, מדוע לא יטען הקונה שהוא רוצה לפרוע חובו של חברו (וממילא יוכל לתת כסף והקרקע שקנה אמורה להשאר ברשותו לכו"ע)? וע"כ דפורע חובו של חברו מהני מדין מחילה ובעי הסכמתו של המלוה וכאן חפץ המלוה בקרקע והלוקח אינו יכול פרעו בע"כ (ולכך בעי הלכה מיוחדת - לסבורים כן - דמצוי לוקח מסלק בזוזי.¹⁵

הגר"ח שמואלביץ (שם) סבור שאין להביא ראיה ממחלוקת זו לנדון פורע חובו של חברו. אף אם מועיל פרעון של אדם אחר פשיטא שלא תועיל בע"כ של המלוה. (הרי שלא חשש הגר"ח שמואלביץ להערת החזו"א שאם פריעת חובו של חברו מהני מדין מחילה לא יועיל בע"כ). ובטעם הדבר באר, שפרעון הלוח בע"כ של המלוה מהני כי נתינה בע"כ שמייה נתינה. והרשב"א בגיטין

¹⁵ כן הוכיח הקוב"ש קידושין אות לד.

כיצד אדם פורע חובו של חברו?

עה נקט שנתינה זו מועילה לסלק חיובו של הנותן אך המקבל לא יזכה באופן זה במעות, א"א לזכות אדם בעל כרחו. הלוח עצמו פורע בע"כ כי עצם הנתינה נחשבת לפרעון אבל כשאחר יפרע החוב עצם הנתינה לא תחשב כפרעון כל זמן שהמלוה לא יזכה במעות, ולכך בעינין מדעתו של מלוה. (עוד הוסיף שהאפשרות לפרוע בע"כ של המלוה נובעת מכך שאין באפשרותו של המלוה להחזיק את הלוח לעבדו וטעם זה שייך רק בלוח ולא באחר).

החזו"א, כאמור, סובר שאפשר לפרוע חוב של אחר בע"כ של המלוה וצ"ב כיצד יישב קושיא זו.

אמנם, בעיקר ראייה זו ממ"ד דס"ל דלוקח מצי מסליק ליה למלוה בזווי דמוכח מינה - לכאורה - דאין אדם פורע חובו של חברו בע"כ של המלוה, יש לדחות דכבר חקרו אחרונים בגדר דין זה אם ענינו פריעת החוב או דין חדש (זכות ללוקח ומסתמא מדרבנן הוא) ועיי' חזו"א חו"מ יד, כמה נפ"מ¹⁶ אי אמרינן דהוי פרעון חוב או דין מיוחד ולחזו"א לשיטתו לק"מ. הרי ש"ל דאה"נ אדם אחר יכול לפרוע חוב בע"כ של המלוה ובלוקח יש דין מחודש.

י. לסיכום

ראינו כמה גישות לפרעון חובו של חברו. מהגר"א נראה שיש כאן ממש פרעון לכל דבר. יש שנקטו שא"א לפרוע חוב חברו והכל תלוי במחילת המלוה. יש שהציעו שמועיל להחשב לנתנית הלוח מדין עבד כעני. הגר"ח שמואלביץ סבור שאף אם יש כאן פרעון הוא נפעל מכח זכית המלוה במעות (ולכן א"א לפרעו בע"כ) אך אי"צ להגיע למחילת החוב, והחוב יפקע מאליו לאחר שהמלוה יזכה במעות.

¹⁶ למשל - הלוח לא יתחייב להחזיר לו מה שהוציא, ואף אם יתנה שאינו אלא הלוחה מ"מ יאבד האחריית על הקרקע, ועוד מדוע לא יוכל אותו מלוה עצמו לחזור ולגבות חצי אחר של החוב - באופן שאין בדמי הקרקע כדי כל החוב, ע"ש בחזו"א.

מחילה בדבר שבעין

ראשי הפרקים

- א. מקור – מחלוקת מהרי"ק ומל"מ
- ב. מחילה – סילוק / הקנאה
- ג. סתירה ליסוד המהרי"ק
- ד. מחילת מעות פקדון
- ה. מחילה – מדין הפקר
- ו. קנין מצד המקנה / הקונה
- ז. מחילה – כאומר לו לך חזק וקני

א. מקור – מחלוקת מהרי"ק ומל"מ

נפסק ברמב"ם זכיה ומתנה ג,ב "נותן מתנה לחבירו אין המקבל זוכה בו אלא באחד מן הדרכים שקנה וזכה בהן במקחו אם מטלטלים רוצה ליתן לו עד שיגביה או ימשוך... מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן הפקדון שהיה מופקד אצלו הרי זו מתנה נקנית בדברים בלבד" ודייק המהרי"ק בשורש צד מלשון הרמב"ם שכתב לגבי החוב "מחל" לו ובפקדון כתב "נתן" ולא כתב מחל משמע בהדיא דוקא בחוב מהני מחילה דאין לו עליו אלא שעבוד בעלמא, אבל גבי פקדון דממונא דאיתיה בעיניה הוא צריך שיאמר בלשון מתנה.

והביא ראייה לדבריו מגמ' בקדושין טז,א גבי עבד עברי דפריך למה לי שטרא, לימא ליה באפי תרי זיל ומשני רבא עבד עברי גופו קנוי לו, משמע דכיון שגופו קנוי דלא מהני ביה מחילה דדוקא למאי דסלקא דעתך מעיקרא דאין גופו קנוי ואין עליו אלא שיעבוד בעלמא שייך למימר באפי תרי זיל אבל לא כשגופו קנוי.

המל"מ חולק על המהרי"ק וסובר דמהני מחילה על דבר שבעין והדיוק שהביא מלשון הרמב"ם אין זו הוכחה שהרי הרמב"ם בהלכות טו"נ א,ג "הטוען מטלטלים על חבירו או שאמר מחלת לו או נתת לי או מכרת לי" הרי ששיתף מילת מחילה אף לגבי מטלטלים שהם בעין ואינם חוב.

ועיין עוד ברמב"ם מכירה ה, יא וז"ל "ויש דברים הרבה שאינם צריכים קנין וכו' כגון המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו" מפורש בדבריו שמועיל מחילה אפילו בפקדון.

השיטה המקובלת ללמוד כדברי המהרי"ק שאפשר למחול על חוב ממוני ולא על דבר שבעין אלא שיש צורך להבין דברי המל"מ שס"ל שאף בדבר שבעין מהני מחילה ואין צורך בקנין.

ועוד כיצד אפשר להפריך ראייתו של המל"מ.

ב. מחילה – סילוק / הקנאה

לכאורה אפשר לתלות מחלוקת מהרי"ק והמל"מ בחקירה, מהו גדר מחילה (מחנה אפרים זכיה מהפקר סימן יא)¹ האם זה סילוק או הקנאה, ולדעה שמחילה היא בגדר סילוק לא שייך אלא בחוב שכבר קנה את המעות ועתה יש עליו רק תביעת חוב ממוני ועל זה שייך סילוק, אבל על דבר שבעין ל"ש סילוק אלא הקנאה כדאמרינן ב"ב מג,א האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות ממנה לא אמר כלום, ומסביר רש"י שם מכיון שהדבר תלוי והוא אומר לא יהא שלי לא אמר כלום דבעל כרחו יהא שלי כל זמן שלא יתננה לאחרים, ואם נאמר שמחילה היא בגדר הקנאה כצד השני בחקירה, אפשר להבין שאף בדבר שבעין יכול למחול דהיינו להקנות.

ג. סתירה ליסוד המהרי"ק

הב"ח בסימן עג הביא דברי המהרי"ק והקשה מסוגיא ב"ב מא,א מעובדא דרב ענן דשקיל בידקא בירקא בארעה ושם הגמ' כותבת "והא קא אחיל" אלמא שייך מחילה בקרקע אעפ"י שהיא בעין וי"ל שמחל על התביעה כיון דקא סייעיא בגודא הו"ל כאילו אמרה אני מוחל לך שאינני תובע אותך על כך. דברי הב"ח הובאו בשו"ת גינת ורדים (חו"מ כלל ג סימן מז) ובאר דבריו

¹ עיין תוס' קידושין יט,א – סילוק והריטב"א קדושין טו,א – הקנאה. ועיין בקהילות יעקב סנהדרין סימן ה ועיין עוד ב"ב קמג,ב בסוגית רב ספרא שירש נכסים והשביחם לעצמו והתוס' שם מסבירים ששאר היורשים הקטנים מחלו לרב ספרא ושאל והא קטנים לאו בני מחילה נינהו ותירץ וז"ל: "הכא אין מפסידים ולא בא בידם הריוח ומחלי שפיר" וכוונתו כיון שהריוח לא הגיע לידי היתומים נחשב כדבר שאינו בעין ויכולים להסתלק והמחילה כאן בתורת סילוק ומה שלמדנו שקטנים לאו בני מחילה (ב"מ כב,ב) מיירי שהתמרים בעין ולא יועיל סילוק אלא הקנאה.

כך : אע"פ שבקרקע לא שייך לשון מחילה היינו כשאומר המפקיד לנפקד אני מוחל לך פקדון שיש לי בידך דלא מהני כיון שתלה לשון המחילה אני מוחל לך פקדון שיש לי בידך, דלא מהני כיון שתלה לשון המחילה בגופו של פקדון אבל אם יאמר המפקיד אני מוחל לך שאינני תובע אותך על הפקדון שיש לי בידך מהני, לפי שאמר מחילה על לשון התביעה ולא על הפקדון שהוא בעין, וכך רצה להסביר דברי הגמ' ב"ב,מא שבאותו סיוע שסייע לו בבניית הכותל ה"ל כאילו אמר לו לרב ענן אני מוחל על תביעת קרקע שנכנסת בגבולי. (והמעין בדברי המהרי"ק יראה שהביא בדבריו את קושית הב"ח ותירץ שודאי לא מועיל מחילה על קרקע אלא כיון שמסייע בהדיה כמאן דאמר ליה לך חזק וקני. ועיין בשו"ת גינת ורדים דלעיל שתירץ בכה"ג שכל ההקפדה על לשון מחילה או הקנאה זה דוקא בדברי הנותן אבל בדברי המקבל לית לן למיחש בהו כלל, וכיון שגופו של מעשה של נותן מתוקן אין לחוש לדבריו של המקבל אם לא דקדק לטעון ולהשיב כראוי כיון שבי"ד יודעים כוונתו ואינו ידוע לטעון כראוי הלא מוטל על בי"ד לתקן דבריו משום פתח פיך לאילם והיינו דרב ענן דנקט לשון מחילה ובסוף דבריו בירר טענתו).

לדברי הב"ח ובעל שו"ת גינת ורדים מצאנו כעין אסמכתא לדבריהם בהסבר הסוגיא ב"ב מג,ב בני העיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנים בדייני ואין מביאים ראייה מאנשי אותה העיר (דהוי נוגעים בעדותן) ומקשה הגמ' ואמאי ליסלקו בי תרי נפשיהו ולידיינו פירוש – כיון שנסתלקו לא נוגעים בדבר ויכולים לדון או להעיד ורשב"ם שם פירש יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת ויקנו מידם.

שואל רע"א הא קי"ל בגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש וא"כ אינם יכולים להקנות חלקם?

וכתב הקוב"ש (ב"ק אות יד) כאשר אדם גוזל חפץ אין החפץ נקנה לידו מטעם שיש עליו חיוב השבה והוא המונע ממנו לזכות בחפץ והיכא דפקע חיוב ההשבה קונה הגזלן את החפץ.

ולפי זה מיושבת קושית רע"א וההסבר הוא שכוונת הגמ' ליסתלקו תרי מיניהו ר"ל שיקנו חלקם לגנב ואין הכונה להקנאה אלא שימחלו לגנב על חובת ההשבה וממילא הגנב קנה את חלקם בקנין גזילה בשעת הגזילה, ולפי האמור מובנים דברי רש"י בקדושין נב,א באדם שקידש אישה בגזל דידה מקודשת בדשדיך והטעם כיון דקבלתי אחלתי, ולכאורה הרי מחילה לא

מועילה בדבר שבעין ויש צורך בקנאה אלא בזה שהאשה מוחלת על חיוב ההשבה נקנה החפץ לגזלן מזמן הגזילה מכח קנינו הגזילה.²

וא"כ לפי יסוד זה של הבי"ח, גינת 7רדים וקוב"ש אפשר להבין את דברי המל"מ שכתב שאפשר למחול על פקדון והרי זה דבר בעין אלא צ"ל שמוחל על חיוב ההשבה, וכיצד יקנה? וצ"ל שיקנה את החפץ עתה מדין קנין חצר שהרי הפקדון נמצא ברשותו. אלא שיש להעיר מדברי הרשב"ם ב"ב פה,א, שרשות הנפקד שהחפץ מונח עליו הרי היא כרשות המפקיד³ וא"כ כיצד יקנה את הפקדון.

ואפשר להסביר זאת עפ"י דברי המהרי"ט⁴ ח"א סימן סה שחולק וסובר שרשות בידי נפקד ושאל כיצד קנה המפקיד הרשות ליחשב ברשותו? ועיי קצוה"ח קפט,א שתרץ בזה שנתן לו רשות להניח חפצו ה"ל חזקה וקנאו לדברי הרמב"ם, ואף לראב"ד שחולק מודה הוא שקונה הקרקע לתשמישים. וא"כ לדברי המהרי"ט יקנה עתה בקנין חצר שהרי ברשות הנפקד, ואף לדברי הרשב"ם אפשר לומר כאשר מוחל על הפקדון דהיינו מחילה על חיוב השבת הפקדון ממילא אין חיובי שמירה כלפי הנפקד וממילא מקום שמונח הפקדון חוזר להיות בחסות הנפקד ועתה קונה זאת בקנין חצר.

ועיין עוד בנתיבות שם סימן ר (בפתיחה) שכתב כדברי המהרי"ט והוסיף, שהמפקיד יכול למחול לנפקד שלא יהיה שום חיוב עליו ולהחזיק הפקדון בביתו בדיבור בעלמא ואין צורך בקנין.⁵

ד. מחילת מעות פקדון

נפסק בשו"ע עג,יט "הבא לפדות משכוננו משמעון ואמר לו מחילת לי אין בדבריו כלום משום שבאדם שחייב לחבירו מעות שייך לשון מחילה אלא לשון מתנה. וכתב הסמ"ע ס"ק מט לאו דוקא חפץ אלא ה"ה במעות פקדון. וכשהן בעין לא שייך מחילה מה שאין כן במעות הניתנות להוצאה. וסיים וכן מבואר בסי' רמא, וכתב הש"ך שם, שכוונת הסמ"ע לסק"ו ששם הביא דברי

² עיין עוד באבני משפט חלק י.

³ עיין דבר אברהם ח"ב סימן יז שמסכים לדברי המהרי"ט.

⁴ יש מהאחרונים שרצו להסביר דברי הטור בסימן קפט כדברי הרשב"ם שכתב פקדון המונח בידי הנפקד והתכוין לקנות בסכום ידוע שרוצה ליתן למפקיד לא קנה ומדוע והרי חצירו קונה לו אלא כדברי הרשב"ם שהחצר קנויה למפקיד ואינה נחשבת כרשות הנפקד.

⁵ עיין בהערות לנתיבות ששאל והרי קנה את הקרקע בחזקה וכיצד יוצא מרשותו.

הרמ"א, שלשון מחילה אינו שייך אלא במעות שחייב לו אבל אם היה לו חפץ ביד חבירו ואמר לו מחול אינו כלום. וכתב עליו הסמ"ע מדוע הרמ"א היה צריך לחלק בין מעות לחפץ היה לו לחלק במעות גופה בין מעות פקדון למעות הלוואה.

וכתב הט"ז שם שגם במעות פקדון שיש ביד החנוני או השולחני שייך לשון מחילה שהרי מותר לנפקד להשתמש בו כמ"ש בסימן רצב, ודומה לדברי המהרי"ק שכתב למאי דס"ד ע"ע אין גופו קנוי, שייך בו מחילה, והך פקדון נמי אין גופו קנוי למפקד, שהרי הנפקד יכול להשתמש בהם ע"כ שייך ומהני לשון מחילה.

וכ"כ הש"ך שם שדוקא במעות פקדון – צרורים וחטומים לא שייך לשון מחילה אבל במעות שיוכל להשתמש בהן מהני, ואפילו יתבעם המפקד קודם שהוציאם אינו חייב להחזיר את המעות עצמם אלא מעות אחרים כמו שמוכח מתוס' ב"מ כט, א ד"ה "והוי" א"כ זה דומה להלוואה ושייך בו מחילה.

בהגהות הט"ז (נמצא בהמשך דברי הט"ז יש שכתבו שזה החכם צבי) לא מקבל דברי הט"ז והש"ך וכותב שוודאי כל פקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמריא איתיה, ויכול להקנותו לאחרים כל זמן שלא הוציאם שאם נאנס המפקד מפסיד וכן הדין לענין פסול מטבע.

וגם על דברי הש"ך שהוכיח מתוס' שאין צריך להחזיר את המעות אדרבה מוכח שם לדידן דס"ל שנידון כשומר שכר חייב להחזיר אותן מעות. ועיין בדברי האו"ש זכיה ומתנה ג, ב שהסכים לדיוקו והסברו של החכ"צ בדברי תוס' אלא שכתב שדעתו כדברי הרא"ש בשם הראב"ד שסובר ששומר אבידה התירו חכמים להשתמש באבידה וחייב באונסין.

ובמפקד מעות קי"ל ששומר שכר הוא ואינו חייב באונסין, והטעם לזה דהנאת שימוש של פקדון גרועה יותר מהנאת שימוש של אבידה לפי שירא, לקנות בדמים אלה סחורה שמא יבא המפקד לתבוע פקדונו אבל בדבי אבידה יודע הוא שיששה אצלו ימים רבים לפיכך הנאתו מרובה ולפי"ז כאשר מחל המפקד אף אם נאמר דמחילתו לא מועילה, מ"מ סמכא דעתיה של הנפקד להשתמש בהם כשימוש בדמי אבידה כיון שאין רצונו של הבעלים ליקח ממונו ולתבוע אותו וא"כ אינו ירא להשתמש ולשלוח יד לקנות בהם סחורה וע"י תשמיש זה נחשב כשואל וא"כ אף לדעת התוס' יחשב כשואל ע"י היתר תשמיש ואכן בא לתבועו אינו חייב להחזיר את אותן מעות וכיון שיש

היתר לתשמישו נחשב כמלווה שניתן להוצאה ולשימוש וממילא מהני מחלה ככל חוב דעלמא.

וצ"ל שהמחילה וההלוואה באו בבת אחת כיו"ב מצאנו גיטה וידה באין כאחד.

היוצא לנו לדעת הט"ז והשי"ך (ואף לדברי האו"ש) מעות פקדון שאינם צרורים שיש היתר להשתמש בהם נחשב כחוב ומועיל מילת מחילה ורק מעות פקדון שצרורים צריכים הקנאה.

לעומתם החכם צבי וכן משמע מהסמ"ע ס"ל אף שיותר להשתמש במעות בכ"ז מוגדרים כפקדון ששייכים למפקיד ולא תועיל לשון מחילה לפי זה י"ל לדעת המל"מ שהביא מקור מהרמב"ם שיש מחילה בדבר שבעין בהלכות מכירה ה,א "יש דברים שאינם צריכים קנין כגון המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו". אפשר לדחות ראיה זו ולומר שהרמב"ם דיבר על מעות פקדון ואלבא דהט"ז והשי"ך שייך לשון מחילה.

ה. מחילה מדין הפקר

הגמ' ב"מ כב,ב נאמר בסוגית יאוש שלא מדעת תמרים שנופלים ברוח כיצר אפשר לאוכלים א"ל כיון שנאכלים ע"י שקצים ורמשים מעיקרא מיאש להו שואלת הגמ' יתומים דלאו בני מחילה נינהו מאי וכו'.

ויש לשאול כיצד הגמ' משתמשת בלשון מחילה והרי זה בעין ולא שייך בהם מחילה,⁶ רש"י בסוגיא שם כותב: "ויתומים לאו בני מחילה" קטנים שאין הפקירן הפקר מדבריו עולה שגדר של מחילה מדין הפקר, וחקרו האחרונים בגדר של הפקר.

יש שסברו שהפקר כעין סילוק והרי הוא יותר קל משאר קנינים (רע"א מה"ק רכא,א) ויש שסוברים שזה הקנאה לרשות ההפקר והרי הוא בגדר קנין ולפי זה אפשר לומר שרש"י ס"ל שהפקר בגדר קנין, ומחילה נובעת מדין הפקר וא"כ אפשר למחול על דבר שבעין.

ועיין בשעורי ר' שמואל ב"מ כב,ב ששאל מדוע הגמ' כתבה לאו בני מחילה ולא כתבה "קטנים לאו בני יאוש נינהו". וכתב בפשטות שזהו לשון מליצה וכוונת הגמ' כמין משל, דכמו דלאו בני מחילה נינהו כך לאו בני יאוש נינהו.

⁶ עיין תוס' ב"ב קמג,ב ד"ה ואם.

והוסיף ר' שמואל, שהרמב"ם כתב דתמרי דזיקא מותרות מדין מחילה וז"ל מהלכות גזו"א טו, טז "תמרים שמשיר אותן הרוח מותרות שהבעלים מחלו אותם לכ"א וזו היא חזקתם ואם היו של יתומים שאינם בני מחילה אסורים" עכ"ל. ודייק ר' שמואל שאין כוונת הרמב"ם דהוה מחילה ממש דהא לא מהני מחילה על דבר בעין שהוא שלו אלא כוונתו שאינו מקפיד, אלא שלפי זה הדעת נוטה לומר שהתמרים לא יהיו פטורים מנתינת מעשר שהרי הפטור נמצא רק בהפקר ובפוסקים לא הוזכר במקרה זה יפטור ממעשר.

ו. קנין מצד המקנה / הקונה

הרשב"א בריש פרק חזקת שואל, למה לא מהני חזקת ג' שנים אף באין עמה טענה הרי הוחזק שתקן ויועיל מטעם מחילה וכמו דמהני בחזקת תשמישים אף באין עמה טענה, דכיון שהוחזק בשימוש זה אמרינן דמחל לו ותירץ דלא לא עדיף ממחל להדיא דלא מהני לקנות הקרקע דאף אם אמר לו בפירוש שדי מחולה לך לא מהני דהרי מחילה לא מהני לקנות דבר מחבירו ואין זה דומה לחזקת תשמישים שאנו בא להוציא דבר מרשות חבירו אלא בשימוש בלבד הוא זוכה והנה לפי דברי הרשב"א משמע שאף אם יעשה מעשה קנין ויאמר בלשון מחילה לא מהני (דאלי"כ מה ההבדל בין אמירת מחילה לאמירה של קנין) וא"כ צריך ביאור בטעם הדבר מה לי אם יאמר שדי קנויה לך או מחולה לך מ"מ מסכים לדעת חבירו ולא מעכב קנינו וחבירו עושה קנין כדי ולמה לא מהני.

במנחת אשר (ב"ב סימן יג) הביא את החקירה בקנין האם צריך קנין מצד המקנה הקנאה חיובית כדי לתת לקונה כח ויכולת להחיל קנין או שיאמר די אם המקנה לא יעכב את הקנין.

חלקת יואב סימן ה מבין כצד השני שמספיק שהמקנה לא יעכב בעד הקונה לקנות את החפץ וכ"כ בקוב"ש ח"ב למס' ב"ק סז,ב אך מדברי הרשב"א והר"ן בסוגיין משמע שצריך הקנאה חיובית מצד המקנה.

לפי זה אפשר לתלות חקירה זו במחלוקת המהרי"ק והמל"מ לדעת המהרי"ק שסובר שאי אפשר למחול על דבר שבעין ס"ל שצריך דעת מקנה וכיון שמוחל ולא עושה מעשה קנין אין המחילה מועילה לעומתו המל"מ יסבור שאין צורך בהקנאה אלא די בזה שהמקנה לא יעכב בעד הקונה לקנות

ולפיכך אם מוחל אפילו בדבר שבעין כאילו נסתלק ונתייאש⁷ מהחפץ ועתה הקונה עושה מעשה קנין ונקנה החפץ עבורו.

ז. מחילה – כאומר לו לך חזק וקני

נפסק בשו"ע פח, יב תבעו חיטין והודה לו בשעורין פטור אף מדמי השעורין והרמ"א שם כתב הטעם דהוי כאילו מחל לו התובע (בדברי יד הרמ"ה) והנה התומים בסק"ו דייק שזה דוקא בהלוואה אבל אם טוען הפקדתי בידך חיטים והלה מודה פקדון שעורים לא שייך בזה טעמא דמחילה כי דבר בעין לא שייך מחילה.

ובקצוה"ח פח, יג דחה דבריו וכתב שצ"ל שכוונתו שהיתה כאומר לו אני נותן לך בלשון מתנה ולא מחילה דהא מצאנו בגמ' ב"ב כט, א גבי חזקת ג' שנים דעד ג' שנים לא קפיד טפי קפיד ומדשתק מחל אע"ג דבקרקע ודאי לא מהני מחילה, אלא לשון מתנה אלא ודאי כל ששתק בדעתו ליתנו לו וי"ל שדוקא שאמר לשון מחילה לא מועיל אבל בשתיקה כוונתו ללשון מועילה.

הנחל יצחק (פח, ב) דוחה את ראיית קצוה"ח ששם בגמ' איירי בחזקה שיש עימה טענה וזה הוכחה שטענתו אמת אבל במקרה שאין חזקה שיש עימה טענה אלא רק אומדנא דעלמא דמחל לו י"ל דלא הוי הוכחה שאמר בלשון מתנה ומה שכתוב בגמ' "שתא קמייתא מחיל שתא שניה מחיל תלת לא מחיל" משמע שיש משמעות מחילה אף בלא טענה צ"ל כפרוש רשב"ם דמחיל על הפירות שאכל ולא על הקרקע וזה ודאי מועילה מחילה ואין צורך בהקנאה.

ומסיים דבריו שגם לדעתו צ"ל שאף שאמרו בגמ' לשון מחילה זה לאו דוקא ולמד זאת מהגמ' ב"ב סוגיית רב ענן ששם כתוב והא אחיל ליה, ופירש רשב"ם שהקנה לו בתורת הקנאה וכמאן דאמר ליה לך חזק וקני כ"כ הנמו"י שם אלמא אף דנקטי לשון מחילה, לאו בדוקא וה"ה במקרה שטענו חיטין והודה לו בשעורין אף דנקטו הראשונים לשון מחילה לאו דוקא.

⁷ עיין בחידושי ר' שמעון שקופ ב"ב סימן כ שרצה להוכיח מהגמ' ב"ב דמחילה מדין יאוש ולפי זה צריך לומר כדברינו כאשר מוחל מתייאש מהחפץ ואין צורך שהמקנה בהקנאה חיובית ודי בזה שהקונה פועל בקנין וכך משמע מדבריו בשערי יושר שער ה פיבה ולפי זה מה ההבדל בין המושג מחילה ליאוש צ"ל שיאוש מתייאש מחפץ שנאבד מרשותו מה שאין כן במחילה שישנו ברשותו ומסתלק ממנו ועיין עוד במנחת אשר ב"ב שם.

ולפי זה המל"מ שהביא ראיות מהרמב"ם שכתב לשון מחילה ולמד ממנו שיש מחילה על דבר שבעין אפשר לומר שהרמב"ם סבר לאו דוקא כמו שהוכיח הנחל יצחק.

הרב יוחאי יחיא הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים

ראשי הפרקים

- א. חב לאחריו וחשש קנוניא
- ב. בגדר חב לאחריו
- ג. נאמנות אף כלפי אחרים
- ד. שני דינים : נאמנות ואנן סהדי
- ה. באור בדברי הרמב"ם

א. חב לאחריו וחשש קנוניא

איתא בב"מ יב,ב

מצא שטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר מפני שבית דין נפרעין מהם אין בהם אחריות נכסים יחזיר שאין בית דין נפרעין מהן. ובגמרא – במאי עסקינן אילימא כשחייב מודה כי יש בהן אחריות נכסים אמאי לא יחזיר הא מודה ואי כשאין חייב מודה כי אין בהם אחריות נכסים אמאי יחזיר נהי דלא גבי ממשעבדי מבני חרי מגבא גבי לעולם כשחייב מודה והכא היינו טעמא דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוח עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין אי הכי כל שטרי דאתו לקמן ניחוש להו הכי כל שטרי לא ריעי הני ריעי.

ויש להקשות – בהא דאמרי אילימא כשחייב מודה אמאי לא יחזיר ומאי קושיא הא לא מהני הודאתו לגבי לטרופן מנכסים משועבדים דהו"ל הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים דאינו נאמן וכיון שחב הוא ללקוחות מאי מקשינן הא חייב מודה יחזיר אפילו כי יש בהן אחריות נכסים?

ובקוב"ש ב"ב אות תרנב וכן הוא בקוב"ש ח"ב סי' ג (וכן בדיני מיגו אות ט) – כתב לבאר דהא דבעינן לחשש קנוניא וכן לס"ד דלא חיישינן לקנוניא ולא הוי הודאת בע"ד דחב לאחריו דהוא משום דלגבי לקוחות הו"ל כאיני יודע אם פרעתיך כיון שהיה ודאי חיוב וספק אם היה פרעון או לאו אי"כ יש להם ללקוחות להתחייב אפילו בלא הודאתי מדין איני יודע אם פרעתיך, ונמצא דאין הודאתו מחייבת את הלקוחות אלא מדין איני יודע אם פרעתיך הוא דחייבים.

והא דבאין חייב מודה אין נפרעין מן הלקוחות הוא משום דטענין ללקוחות פרוע וטענין הוי כטענת ברי וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות וא"כ לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך אלא הוי טענת ברי שהיה פרעון. והיכא דהלוה קמן ומודה שלא פרע דאמרינן בגמרא דאי חייב מודה אמאי לא יחזיר ולא טענין ללקוחות הוא משום דכיון שהלוה בפנינו ואינו טוען א"א לטעון ללקוחות דדין טענין של הלקוחות הוא מכח המוכר להם ואין להם דין טענה עצמי אלא מכחו הם באין וכיון שהוא עצמו לפנינו ואינו טוען לא טענין להו.

ואביי משני, דחיישינן לפרעון ולקנוניא, דכיון דחיישינן לקנוניא אמרינן דהא דאינו טוען פרוע הוא משום דעביד קנוניא ולכך אפשר לטעון ללקוחות פרוע דאמרינן דאף הלקוחות באין מכחו והוא אינו טוען פרוע היינו משום דבעי למיעבד קנוניא אבל אם לא היה רוצה לעשות קנוניא היה טוען עכת"ד.

ועי"ש בקוב"ש ב"ב אות תרנג, שכתב לבאר עפ"ז דברי הרא"ש בסימן כב דבמצא שטר בין שטרותיו לא חיישינן לקנוניא כיון דליכא ריעותא דנפילה ולכך היכא דשניהם מודים יעשה כמאמרם וקשה דאף דליכא חשש קנוניא מ"מ הו"ל הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים ואמאי יחזיר הא חב הוא ללקוחות, ולהמבואר אתי שפיר דכיון דלא חיישינן לקנוניא א"כ כשמודה הלוה שאינו פרוע אין טוענים ללקוחות וחייבים הלקוחות מדין איני יודע אם פרעתיך.

והנה בהא דתמצו בגמרא, דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוח עד תשרי, כתב הרשב"א דהשתא לאו משום דחשדינן ליה שמא משקר ומשום קנוניא אתינן עלה דהא השתא לא ס"ד דחיישינן לקנוניא אלא דמילתא דלא רמיא עליה הוא דכל שכתב ללות ולא דכיר אי לוח מידי אי לא.

הלכך לא מהמנינן ליה.

וקשה אמאי הוצרך לומר דלא דכיר כיון דלא חיישינן השתא לקנוניא הא כיון דחיישינן לשמא כתב ללות בניסן ולא לוח עד תשרי א"כ זקוקין אנו להודאתו, הו"ל הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים ואפילו אי לא חיישינן לקנוניא לא יהא נאמן ולא יחזיר.

ובכל הני דוכתי אין ליישב כמ"ש בקוב"ש דהכא כיון דהחשש שמא כתב ללות ולא לוח הו"ל איני יודע אם נתחייבתי ואין לחייב את הלקוחות בלא הודאתו.

והדרא קושיא לדוכתא דהו"ל הודאת בע"ד במקום שחב לאחרני.

ב. בגדר חב לאחריני

והנה בקוב"ש ח"ב בקובץ שמועות אות יא – הקשה מהא דכתב הרשב"א בתשובות המיוחסת לרמב"ן סימן יט – שכתב גבי מצא שטר בין שטרותיו ולא ידע מה טיבו שיהא מונח עד שיבא אליהו דאפילו חייב מודה נמי לא יחזיר דחיישינן לפרעון וקנוניא וכתב להוכיח דחיישינן לפרעון ולקנוניא אפילו היכא דלא נפל וליכא ריעותא דנפילה מהאומר (כתובות יט) שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ואוקימנא דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים אלמא כשחב לאחרים אינו נאמן לפסול אפילו השטר שבידו כל שכן הכא שאין נאמן להחזיר לזה השטר שאין בידו במקום שחב לאחרים ואפילו במקום דלא ידעינן בהדיא אי חייב לאחרים או לא חיישינן נמי.

והתם הוא דבעי חב לאחרים ממש משום דאי לאו הכי אי אמנה הוא או פרוע הוא ובעי לאהדורי מאן מעכב אבל הכא דלאו בידו לאהדורי ניהליה כל שאין בידו חיישינן לקנוניא עיי"ש.

מבואר מדבריו להדיא דהא דאינו נאמן כשחב לאחרים הוא מחשש קנוניא, וקשה אמאי בעינן לחשש קנוניא הא הו"ל חב לאחרים ואינו נאמן בהודאתו על אחרים והכא לא שייך איני יודע אם פרעתיך.

ובאר בקוב"ש, דזה לא מיקרי חב לאחרים, דהוא מעיד על עצמו וכיון שנתקבלה הודאתו לגבי עצמו ממילא נאמן גם לאחרים כיון שהדין לגבי אחרים הוא בתולדה מדינו לגבי עצמו. והיינו, דבאומר שטר אמנה כיון שהוא הסיבה של החוב והבעל חוב שלו הם בתולדה ממנו ממילא כיון שמעיד על עצמו הרי הם אינם יכולים לגבות ואינו כמעיד עליהם אלא מעיד על עצמו והם בתולדה ממנו אינם יכולים לגבות.

והנה בסוגיין דקשיא לן, דהו"ל חב לאחרים ולא בעינן לחשש קנוניא, שייך לתרוצי כמ"ש בקוב"ש, דנאמן על עצמו שלא פרע וממילא גובים מלקוחות דהם בתולדה ממנו, שהרי חז"ל תיקנו שבועה למי שבא לגבות מנכסים משועבדים וזה אפילו במקום שהלוה מודה שלא פרע ורואים מזה שלא אומרים שהודאת הלווה תועיל בתולדה לגבות מהלקוחות כיון שכדי לגבות מלקוחות צריך בירור שלא היה פרעון עד רגע ההודאה וזה יש לנו מכח הודאתו בלבד והודאתו אינה מועילה לחייב אחרים.

כן מבואר מדברי הקוב"ש שלגבי סוגיין תירץ דהו"ל איני יודע אם פרעתיך ומבואר דנקט גם כן דבסוגיין לא מהני תירוץ זה.

ומעתה, מאחר שנתבאר דלא שייך הכא לחייב הלקוחות מדין איני יודע אם פרעתיך ונתבאר גם כן דלחייב בתולדה נמי לא שייך למימר בסוגיין, הדרא קושיא לדוכתא אמאי בעינן הכא לחשש קנוניא הוא הו"ל חב לאחרני.

והנה כתב הרמב"ם פ"ב מלוה ולוה ה"ו :

ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ולוי שהיה חייב לראובן מאה מוציאין מלוי ונותנים לשמעון לפיכך אם אין לראובן נכסים והיו לו שטרי חוב על לוי ואמר לוי שטר אמנה הוא פרוע הוא והודה לו ראובן אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון אלא ישבע שמעון ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה.

ומבואר מדבריו דהא דאינו נאמן כשחב לאחרים הוא משום חשש קנוניא.

וצ"ב לשם מה הוצרך לזה והא כיון דחב לאחרים אינו נאמן ולשם מה בעינן לטעמא דקנוניא וכמו כן קשה בדברי הרשב"א והריטב"א הנז"ל שבארו גבי שטר אמנה דהוא משום חשש קנוניא הוא הו"ל חב לאחרוני.

ג. נאמנות אף כלפי אחרים

ובבית יעקב כתובות יט תוס' ד"ה וכגון – כתב לתרץ קושית ההפלאה על הא דהקשו תוספות דיהא נאמן במיגו דאי בעי מחיל והקשה ההפלאה דהו"ל מיגו במקום עדים דהא חשיב דאיכא עדים בשטר שאינו שטר אמנה דהא חשבינן להו לעדים חוזרים ומגידיים אם כתב ידם יוצא ממקום אחר והיאך והא נאמן במיגו לומר שהוא שטר אמנה הא הו"ל מיגו במקום עדים. ותירץ הבית יעקב על פי דברי הריטב"א דמבואר דכל שאומר לחייב את עצמו היכא דליכא חשש קנוניא הרי זה נאמן אף על אחרים ושפיר מקשו התוספות דכיון דאיכא מיגו ממילא ליכא חשש קנוניא דלמה לו לעשות קנוניא להודות בשקר הרי היה בידו למחול וכיון דליכא חשש קנוניא ממילא הני הודאת בע"ד כמאה עדים כשמודה לחוב בעצמו אף שיש ג"כ חוב לאחרים במקום דליכא חשש קנוניא.

ומבואר מדברי הבית יעקב דס"ל דכל מאי דלא מהכי הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים הוא משום חשש קנוניא וכל דליכא חשש קנוניא מהני אף שחב לאחרים. ומשו"ה לא קשיא דהו"ל מגו נגד עדים כיון שהמגו מסיר חשש קנוניא ממילא מהני הודאתו נגד עדים דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. וצ"ב אמאי נאמן לחוב לאחרים היכא דליכא חשש קנוניא, ואולי ס"ל כמ"ש בקוב"ש וכבר נתבאר דא"א לומר כן.

והנה כתב בשו"ע צט, אי לא היה לו שום טענה כנגד השטר אלא שאמר שאין לו במה לפרוע וכו' ואם נראה לו ממון אחר שנשבע שבועה זו ואמר של אחרים הוא או עסק הוא בידי אין שומעין לו, ובש"ך שם סק"א הביא לשון הטור ואם נשבע והשיג ידו יותר על הצריך להוצאתו ואמר שיש עליו חובות לאחרים לא יטלו ממנו האחרים, וכתב הב"ח אבל קודם שהשיגה ידו נאמן כיון שבאותו זמן אינו מפסיד לבעל השטר שהוא אין לו במה לפרוע, וכתב עלה הש"ך ואין נ"ל דמ"מ יש חשש קנוניא דלמא יש לו. ובקצוה"ח סק"ב הביא שהתומים הקשה על דברי הש"ך דכיון שעתה אין לו נכסים מה קנוניא שייכא ביה. וכתב קצוה"ח ולא נהירא דודאי כל שחב לאחרים אפילו במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן וכדמוכח פ' האומר דף סה, ב בקידושין אע"פ ששניהם מודים אין חוששין לקידושין ואמרו שם משום דחב לאחרים, והתם ליכא חשש קנוניא אלא ודאי אדם אינו נאמן בהודאתו אלא היכא דליכא חוב לאחריני אבל היכא דאיכא חוב לאחריני אינו נאמן אלא ע"פ שנים עדים יקום דבר. והיינו דס"ל להקצוה"ח דהא דאינו נאמן לחוב לאחרים אינו משום חשש קנוניא אלא דאין יכול בהודאתו לחייב אחרים. אמנם בכל הני ראשונים הנז"ל מוכח דס"ל דהא דאינו נאמן לחוב לאחרים הוא מחשש קנוניא ובאמת טעמא בעי אמאי לא צדקו דברי הקוצוה"ח דלא נתחדש דין הודאת בע"ד אלא לחוב לעצמו ולא לחוב לאחרים וא"כ מה איכפת לן אי ליכא חשש קנוניא.

ד. שני דינים: נאמנות ואנן סהדי

ובספר זכרון שמואל סימנים לח ולט כתב לבאר הא דבעינן לחשש לקנוניא, די"ל דבהודאת בע"ד איכא שני ענינים, דמלבד דין הנאמנות שנתנה תורה לאדם על עצמו דילפינן לה מכי הוא זה איכא נמי אנן סהדי. דמי פתי יודה שחייב והוא לא חייב. וכיון שהודה על עצמו שחייב אנן סהדי שבאמת חייב הוא לו ולפ"ז כתב דבאמת היכא דחב לאחריני ליכא כלל דין נאמנות דהודאת בע"ד ואף על עצמו אינו נאמן, והא דבעינן לחשש קנוניא הוא משום דאף דליכא דין הודאת בע"ד שהוא מתורת נאמנות על עצמו מ"מ מכח אנן סהדי שודאי חייב אית לן למימר שחייב ויועיל זה גם לחוב לאחרים, ולזה אמרינן דאיכא חשש קנוניא דמה שהודה אינו משום שבאמת חייב אלא כדי לעשות, קנוניא על אחרים וליכא אנן סהדי. ונמצא דבאמת משום דין הודאת בע"ד דילפינן מכי הוא זה כל שחב לאחרים אינו נאמן כלל, ומ"מ היה לנו לחייבו אם לא דחיישינן לקנוניא משום אנן סהדי.

והשתא מיושב שפיר הא דהקשה קצוה"ח מקידושין סה"ב דלא מהני הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים אף היכא דליכא חשש קנוניא, דהתם ליכא נמי אגן סהדי דמה שאמרו שהתקדשו אין בזה משום אגן סהדי שבאמת כך היה, שהרי רוצים הם בכך ואין כאן הודאה לחובתם דנימא דאיכא אגן סהדי וכיון שכן מטעם הודאת בע"ד שהוא דין נאמנות על עצמו אתינן עלה ובהודאת בע"ד כל שחב לאחרים אינו נאמן כלל.

ולפי"ז כתב, דאין ליישב קושיית ההפלאה כמו שיישב הבית יעקב, דהבית יעקב נקט דכל שליכא חשש קנוניא הרי זה נאמן מדין הודאת בע"ד אף שחב לאחרים, וממילא כיון דאיכא מגו וליכא חשש קנוניא הרי זה נאמן על אחרים ולא איכפת לן דאיכא עדים, דבהודאת בע"ד נאמן על עצמו יותר ממאה עדים.

ולפי מה שנתבאר, לא אתי שפיר תירוץ זה, דלהמבואר אפילו במקום דליכא חשש קנוניא מ"מ ליכא דין נאמנות, דבהודאת בע"ד היכא דהוי חב לאחרים, והא דמהני הודאתו אפילו לחוב לאחרים היכא דליכא חשש קנוניא הוא משום האגן סהדי ולא משום דין הודאת בע"ד, ואי חשיב נגד עדים לא מהני האגן סהדי.

והנה יש להקשות לדבריו, דכיון דכל שמודה על עצמו איכא אגן סהדי שחייב דאי לאו שחייב לא היה מודה, א"כ למאי בעינן לדין נאמנות שחידשה תורה שאדם נאמן על עצמו וילפינן לה מכי הוא זה הא בלא"ה כיון שמודה שחייב אגן סהדי שבאמת חייב. ומתוך דברי הגרש"ר נראה דהא דבעינן לקרא דנאמנות דהודאת בע"ד הוא כדי שיהא נאמן אף נגד עדים דאילו משום אגן סהדי היכא דאיכא עדים דפטור לא חשוב הך אגן סהדי נגד עדים, ומשו"ה אמרה תורה דאיכא דין נאמנות של אדם על עצמו דאפילו נגד עדים נאמן.

ה. באור בדברי הרמב"ם

והנה כתב הרמב"ם סנהדרין יח, ו:

גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים וזה שהרג הושע עכן ודוד לגר העמלקי בהודאת פיהם הוראת שעה היתה או דין מלכות היה אבל הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם

ומשליכין עצמן מעל הגגות שמא כך זה ובא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג וכללו של דבר גזירת מלך היא עכ"ל.

ודבריו צ"ב לשם מה הוצרך לטעם דמרי נפש הא כיון דגזירת מלך היא שאין אדם נאמן על עצמו למיתה ובעיני שני עדים לשם מאי עינין לטעמא דמרי נפש.

ועל פי דברי הגר"ש ז"ל נראה לומר, דהוקשה לו להרמב"ם, דנהי דאיכא גזה"כ דעל פי שנים עדים יקום דבר מ"מ הא איכא אגן סהדי דאי לאו שעבר עבירה שיש בה מיתת בי"ד לא היה אומר כן ומתחייב מיתה ולזה כתב הרמב"ם שמא מן העמלין מרי נפש ולכך ליכא אגן סהדי.

ויש להעיר על זה דכיון שגזירת מלך היא שאין נאמן על עצמו למיתה א"כ ליכא אף אגן סהדי דכיון שאין דבורו מחייבו מיתה אין ראיה ממה שאמר. והגרש"ר נקט דאף היכא דאין הודאתו מחייבתו נמי איכא אגן סהדי, והיינו דאין האגן סהדי מה שנתחייב מכח הודאתו אלא שאין אדם אומר על עצמו דברי חובה אם אין מתחייב מכח הודאתו.

והנה, בהא דאמרו בגמרא דחיישינן שמא כתב ללוות בניסן ולא לזה עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדן, הקשה בחידושי הרי"מ, דכיון דהשתא סבירא לן דלא חיישינן לקנוניא והיכא דחייב מודה נקטו בגמרא דנאמן ואפילו בשטר שיש בו אחריות נכסים יחזיר א"כ ה"נ לגבי חשש כתב ללוות בניסן ולא לזה עד תשרי יהא נאמן דלא היה כן ואין השטר מוקדם עיי"ש מה שתירץ.

ולפי כל הביאורים הנ"ל אתי שפיר; דלמה שכתב בקובץ שיעורים דהא דנאמן בחייב מודה הוא משום דהלקוחות חייבים כדן האומר איני יודע אם פרעתיך, א"כ הכא לגבי חשש דניסן ותשרי הו"ל כאומר איני יודע אם נתחייבתי ואין הלקוחות חייבים אלא מכח הודאתו, וכן למה שבאר בקוב"ש דנאמן על עצמו ובתולדה ממנו גובים מן הלקוחות אתי שפיר, דהכא בודאי לא הוי תולדה דהא דטריפת הלקוחות מניסן אינה תולדה מחיובו דלעצם החיוב אין חילוק אם היתה ההלואה בניסן או בתשרי, אמנם כבר נתבאר דבלא"ה לא הוי תולדה וכן מה שכתב בקוב"ש דחייבים מדין איני יודע אם פרעתיך התבאר דלא שייך בנידון דכתב ללוות ולא לזה ואין זה מיישב בסוגייתנו.

ולפי מה שבאר הגרש"ר, דלס"ד דלא חיישינן לקנוניא גובים מן הלקוחות משום אנן סהדי, אתי שפיר, דהכא ליכא אנן סהדי, שהרי אין בזה שום חוב לעצמו אם לוח בניסן יותר מאשר אם לוח בתשרי ואין גורם חיוב לעצמו במה שמודה שהיתה ההלואה בניסן וא"כ בעינן לדין הודאת בע"ד והו"ל חב לאחרים ושפיר אמרו בגמרא דחיישינן שמא לא לוח אלא בתשרי ואינו נאמן על זה.

הרב צור יהודה

מקור הדין של גביית חוב

ראשי הפרקים

- א. מחלוקת רב הונא ורב פפא ביתומים קטנים
- ב. המשך בירור דברי רב פפא מכתובות
- ג. שיטת הרא"ש והרי"ף בדעת ר"פ
- ד. שתי דרכים בדעת הרא"ש בדברי רב פפא
- ה. שיטת הרי"ף בדעת רב הונא
- ו. שיטת הרמב"ן בהסבר מחלוקת ר"פ ורב הונא
- ז. האם נכסים שלא היו בשעת הלואה משתעבדים מדאורייתא
- ח. שיטת הרמב"ן בגביה מיתומים
- ט. שיטת הרמב"ן עפ"י התומים בגביה מיתומים
- י. שיטת הרשב"א והרמב"ם בגביה מיתומים
- יא. שיטת הטור והשו"ע בגביית חוב עפ"י השיטות השונות
- יב. סיכום

א. מחלוקת רב הונא ורב פפא ביתומים קטנים

איתא בגמרא ב"ב קעד, א

ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי, א"ר פפא: פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו; ורב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו כשחייב מודה. אי נמי, דשמתוהו ומת בשמתיה. שלחו מתם: שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע.

הלווה נפטר, והערב שילם למלוה בלי להודיע ליתומים הקטנים, ועכשיו בא לגבות מהיתומים החוב. ונחלקו רב פפא ורב הונא בריה ברב יהושע, מאיזה טעם דא מוציאם מהיתומים הקטנים אינם מחוייבים לשלם לו, לפי רב פפא כל החיוב לפרוע חוב הוא מכח מצוה, ומכיון שיתומים קטנים אינם בני מצוה, אין עליהם חיוב לפרוע את החוב, לפי רב הונא יש כאן חשש שהלוה

שילם כבר למלוה והיתומים אינם יודעים על כך, ולכן יש פה ספק פרעון ולא נוכל להוציא מהיתומים הקטנים, הגמרא מביאה שתי נפ"מ בין רב פפא לרב הונא:

א. החייב הודה לפני מותו שלא פרע וממילא אין חשש צררי ולכן אליבא דרב הונא תהיה גביה אפילו מיתומים קטנים ולפי רב פפא לא שנא ואין.

ב. במקום שנידו את הלוח על כך שאינו פורע והוא מת בנידויו שזו ראייה לכך שלא פרע, וגם כאן אליבא דרב הונא תהיה גביה מיתומים קטנים, ואילו לפי רב פפא גם במקום כזה לא תהיה גביה מיתומים קטנים. הגמרא באופן פשוט פוסקת כרב הונא כריה דרב יהושע.

ננסה לברר כמה שאלות עפ"י סוגיא זו ודברי הראשונים במקום ומסוגיות נוספות ואלו הן:

א. ממה נובע החיוב של הלוח עצמו לפרוע חוב אליבא דרב פפא, האם זה גם מכח מצוה או שהמצוה מתייחסת רק לחיוב של היתומים לפרוע את חוב אביהם, והלוח עצמו מחוייב בחיוב בסיסי יותר?

ב. מהו יסוד החיוב על הלוח ועל היתומים לפרוע חוב, אליבא דרב הונא בריה דרב יהושע?

ג. ועוד, מה נובע מכך שאנו פוסקים כרב הונא בריה דרב יהושע במחלוקת זו?

ב. המשך בירור דברי רב פפא מכתובות

בגמרא בכתובות פו, א,

אמר ליה רב פפא לרב חמא, ודאי דאמריתו משמיה דרבא: האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה ארעא, ואתא בעל חוב וקא תבע מיניה, ואמר ליה זיל שקול מארעא, אמרינן ליה: זיל זבין את ואייתי הב ליה? א"ל: לא, אימא לי גופא דעובדא היכי הוה, א"ל: תולה מעותיו בעובד כוכבים הוה, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן. א"ל רב כהנא לרב פפא, לדידך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיבעיד 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 אותו עד שתצא נפשו.

ביאור דברי הגמרא, רב פפא שואל את רב הונא איך יכול להיות שנאמר דין בשם רבא שעל הלוח לטרוח ולמכור קרקע במקום שאין לו כסף לשלם חוב,

והוא לא יכול להגיד למלוה שיקח את הקרקע עצמה, והרי הדין אינו כד? ועונה לו רב חמא ששם זה היה מקרה מיוחד שהלוה נהג שלא כדין והבריה מעותיו ע"י נתינתם לגוי, ולכן קונסים אותו, אבל באמת בדרך כלל, כשאין לו כסף הוא יכול לפרוע בקרקע. בהמשך שואל רב כהנא את רב פפא לשיטתו שפריעת בע"ח מצוה, מה יהיה במקום שהחייב במצוה (יתומים או אפילו הלוה עצמו) אומר לא נוח לי לקיים מצוה זו ואיני רוצה לעשות אותה, ומשיב לו רב פפא שהדין יהיה כמו בכל מצוות עשה שכופין אותו עד שעושה את המצוה וכן גם כאן תהיה כפיה.

ג. שיטת הרא"ש והרי"ף בדעת ר"פ

הרא"ש על אתר (ט סימן יג ויד) כותב:

היכא דאית ליה נכסי ללוה לא קא מיבעיא ליה דפשיטא דב"ד היו יורדין לנכסיו דכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ואמרינן הוא דאינו נכנס אבל שליח ב"ד נכנס. ורב פפא גופיה הוא דאמר בפ"ק דקידושין (יג,ב) מלוה על פה גובה מן היורשין דשעבודא דאורייתא וכיון דמשעבדי נכסיו נחתין לנכסיה. וגם רב פפא אמרה למילתיה בפי' שום היתומים (כב,א) אהא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ומפרש דטעמא משום דפריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו. מכלל דלנכסי יתומים גדולים נזקקין וכופין אותן לפרוע. אלא מיירי בדלית ליה קרקעי ומבריה מטלטלין או תולן בעובדי כוכבים ומיבעיא ליה אי היו כייפינן ליה בגופיה לקיים מצותו: והא דאמרי' דפריעת בעל חוב מצוה וכופין יתומים גדולים היינו היכא דהניח אביהן אחריות נכסים דעלה איתמר מלתא דרב פפא בערכין אבל בדליכא אחריות נכסים אלא מטלטלין מצוה על היתומים ואין כופין.

לפני שנבוא לבאר דבריו, נקדים שישנה סתירה לכאורה בדברי רב פפא, שבגמ' ב"ב קעה,ב משמע ממנו ששעבודא לאו דאורייתא, כי הוא אומר שם שגובים מלוה על פה מיורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואילו מלקוחות לא גובים, ומשמע ששעבודא לאו דאורייתא, אך בקידושין יג,א אומר רב פפא ששעבודא דאורייתא, ובראשונים ישנם כמה כיוונים לתרץ סתירה זו:

הרי"ף (ובעקבותיו הרא"ש) סובר, שרב פפא נוקט ששעבודא דאורייתא, ובב"ב אמר נימוק להבדל בין גביה מהיתומים ומהלקוחות. שבלקוחות יש סיבה להפקיע את השעבוד, וביורשין אין סיבה להפקיע את השעבוד, ועל כך

יש את הנימוק של לא תנעול דלת בפני לווין שמחייב את השארת השעבוד על כנו.

עפ"י דברים אלו, אומר הרא"ש בכתובות, שהגמרא לא שואלת את שאלתה על רב פפא במקום שיש נכסים בעין - מטלטלין או קרקעות, ברור שבמקרה כזה ב"ד ירדו לנכסיו של הלוחה כי הרי שעבודא דאורייתא אליבא דרב פפא, ושעבוד זה מאפשר גביית קרקעות ומטלטלים, וכן מוכח בערכין כב,א, שכופים יתומים גדולים לפרוע חוב אביהם מצד מצוה, אז ברור שלגבי מצב כזה שיש נכסים בעין, אין שאלה האם גובים בין ממנו, בין מן היתומים, אלא שהסוגיא מדברת באופן שאין נכסים בעין כגון שתלה מעותיו בעכו"ם שאז כופים אותו ע"י מלקות לשלם או שאולי אפילו כופים אותו להשכיר עצמו, מצד כפיה על המצוה של פריעת חוב, ומוסיף הרא"ש שמה שאנו אומרים שגובים מיתומים גדולים זה דוקא כאשר יש אחריות נכסים כלומר קרקעות ולא מטלטלים, ומשמע שגובים מיתומים גדולים, בין מקרקעות שהיו בשעת הלואה ובין מקרקעות שנקנו אחרי שעת הלואה, אך ממטלטלים אין גביה מיתומים.

ד. שתי דרכים בדעת הרא"ש בדברי רב פפא

בהבנת דברי הרא"ש ביחס בין השעבוד דאורייתא לבין המצוה יש שני כיוונים אפשריים: א. הקרבן נתנאל (שם כ) אומר ששעבוד דאורייתא יוצר זכות ממונית בנכסים של הלוחה בין במטלטלים ובין בקרקעות, ולא נזקקים לשים טעם ומצוה בכדי לגבות ממנו בעל כרחו את נכסיו, אך השעבוד הזה לא יועיל במקום שהלוחה לא קיים או שהוא קיים אך אין לו נכסים שאפשר לגבות מהם. במקביל לשעבוד יש מצוה על הלוחה ועל היתומים שלו לפרוע את החוב ולכן כאשר הלוחה מת מצוה על היתומים לפרוע במקום שיש קרקעות שירשו מהלוחה ומשמע מהרא"ש שאפשר לכפותם לקיים המצוה אפילו ע"י ירידה לנכסיהם, וכמו כן המצוה תגרום שכאשר הלוחה עצמו מבריא את נכסיו, ותולה מעותיו בעכו"ם, נוכל לכפות אותו בגופו לפרוע את החוב.

ב. התומים (לט,ב) נקט בדרך שונה (ונראה שכך הבין האמרי בינה). לפי רב פפא אין שעבוד שעומד מצד עצמו; שעבודא דאורייתא מכיון שהוא סובר שיש מצוה. המצוה יוצרת שעבוד, הן ביחס ללוחה והן ביחס ליתומים. כיוון זה מופיע גם בתוס' הרא"ש לכתובות שם בתשובה לשאלה - אם יש שעבוד על הנכסים מדוע אין גביה גם מיתומים קטנים? וזה לשונו:

ואע"ג דלאו בני מעבד מצוה נינהו מ"מ כיון ששעבודו מונח לפניו למה לא יקחנו? ונראה לי כיון דהשתא נפל נכסי קמי יתמי ואינון לאו בני מעבד מצוה נינהו, אף לנכסיהון לא נחתינן, דניכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה וכיון דלוה לא מיחייב, לא נתחייב גם הערב.

ה. שיטת הרי"ף בדעת רב הונא

הרי"ף בב"ב קעד כתב: "איכא בינייהו כשחייב מודה אי נמי שמתוה ומת בשמתיה לרב פפא דאמר פריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו (לית ליה) לרב הונא בריה דרב יהושע דסבר מצוה על היתומים לפרוע חובת אבוהון אבל חיישינן לצררי כיון שחייב מודה אי נמי דמתחייב ליה בב"ד ולא קיבל עליה דינא ושמתוה ומת בשמתיה הא ודאי ליכא למיחש לצררי" ומשמע מדבריו שגם אליבא דרב הונא בריה דרב יהושע החיוב על היתומים נובע ממצוה, ונצטרך לומר שהוא סובר שלמרות שזו מצוה, היתומים הקטנים יהיו חייבים בה¹ ולכן האפשרות היחידה לפטור אותם היא בחשש צררי. אם נאחד בין שיטות הרי"ף והרא"ש שלשיטת שניהם רב פפא סובר ששעבודא דאורייתא, הסבר המחלוקת בין רב הונא לרב פפא יהיה שלפי שניהם יש מצוה על הלוה ועל היתומים לפרוע את החוב, ולפי רב פפא קטנים שאינם בני מצוה לא יחוייבו לפרוע את חוב אביהם כי הם לאו בני מצוה, ולפי רב הונא בריה דרב יהושע למרות שהם קטנים הם כן מחוייבים במצוה אלא שיש חשש צררי, כלומר שאביהם פרע כבר את החוב, ומה שהרי"ף והרא"ש אומרים שרב פפא סובר ששעבודא דאורייתא, או שנאמר שכל השעבוד נובע מהמצוה, או שיש עליו שעבוד וגם מצוה עליו על היתומים.

ו. שיטת הרמב"ן בהסבר מחלוקת ר"פ ורב הונא

הרמב"ן ועוד ראשונים חולקים על הרי"ף והרא"ש וסוברים, שמזה שרב פפא סובר שהחיוב על הלוה ועל היתומים הוא משום מצוה מוכח שהוא סובר ששעבודא לאו דאורייתא, וכך כותב הרמב"ן בב"ב קעד, א:

רב הונא בריה דרב יהושע פליג עליה משום דלית ליה פריעת בעל חוב מצוה אלא שעבודא דאורייתא סבירא ליה, וקא פטר להו משום אימור צררי אתפסיה.

¹ הפרישה בתחילת סימן קח מביא רשב"ם שאומר כך.

המחלוקת בין רב הונא לרב פפא היא המחלוקת שמופיעה בב"ב קעה – קעו האם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא. לפי רב פפא שעבודא לאו דאורייתא והגביה נעשית מכח מצוה ולכן לא גובים מיתומים קטנים, ואילו רב הונא בריה דרב יהושע סובר ששעבודא דאורייתא, ואז לא צריך מצוה אפילו ביתומים מכיון שלמלוה יש זכות גביה בנכסים. הרמב"ן אומר שאם רב הונא היה סובר כר"י שהחיוב של הלוה ועל היתומים הוא מצד מצוה, הוא לא היה חולק על רב פפא שאומר שלא גובים מיתומים קטנים כי הם אינם בני מצוה, וזה אומר הרמב"ן טעמא רבא שרב הונא לא היה חולק עליו לכן החייבים לימר שהמחלוקת שלהם היא כנ"ל האם יששעבודא דאורייתא או לא.

בב"ב קעד, א (וכן בערכין כב, א) מכריעה הגמ' הלכה כרב הונא וכך פוסקים כל הראשונים. ואם כן לפי שיטת הר"י (ואולי זו גם שיטת הרא"ש) שטעמו של רב הונא הוא גם כן מטעם מצוה, וכל המחלוקת בינו לבין רב פפא היא, האם מחייבים יתומים קטנים במצוה זו או לא, ממילא כל הדינים של גביית החוב יהיו דיני כפייה על המצוות גם לפי רב הונא וזו תהיה ההלכה,² ולעומת זאת לפי הרמב"ן ודעימיה (רשב"א, ריטב"א) רב הונא סובר ששעבודא דאורייתא ובמקום ששעבודא דאורייתא, אין צורך בחיוב של מצוה על פריעת החוב אלא מכח השעבוד עצמו אפשר לרדת לנכסי החייב ולגבות את החוב. לפי דרך זו יש לברר, מה יסבור רב הונא במקום שאין שעבוד, האם יש מצוות פריעת בעל חוב שתיצור אפשרות של כפייה על המצוות אפילו במקום שאין שעבוד, או שאולי יש מצוה אך לא נפה עליה, או שרב הונא סובר שכלל אין מצוה ולכן במקום שאין שעבוד אין כלל אפשרות לגבות מהלוה או מיתומים, וכן יש לברר מה מוגדר כנכסים משעובדים ומה מוגדר כנכסים שאינם משעובדים. לגבי השאלה האחרונה נראה ברא"ש עפ"י שתי הדרכים שהבאנו לעיל שלפי הדרך שאומרת שהשעבוד נובע מהמצוה, אם כן היכן שיש מצוה יש שעבוד, כלומר שיש שעבוד על נכסים שהגיעו ליד הלוה לאחר ההלוואה וכן אם מוריש נכסים ליתומים מכיון שיש עליהם מצוה חל עליהם שעבוד, ולפי הדרך השניה שיש מושג של שעבוד במקביל לחיוב של המצוה, השעבוד יחול על הלוה בלבד בכל נכסיו, בין נכסים שהיו בשעת ההלוואה ובין שלא (לכאורה יש לברר לפי דרך זו מה מפסיק את השעבוד כאשר הלוה מת).

² גם אם הרא"ש אכן הולך בשיטה זו, שלפי ר"ה גם יש מצוה עדיין הוא יכול לסבור ששעבודא לאו דאורייתא ודלא כר"פ בענין זה.

לעומת זאת, לשיטה השניה של הרמב"ן והרשב"א משמע ששעבוד הנכסים הוא מעין זכות שיש למלוה בנכסים, ולכן סובר רב הונא שבאופן עקרוני אפשר לגבות מיתומים קטנים, כי הזכות שיש למלוה לא התבטלה, ומצבו של הלוה כלל לא משפיע עליה. באופן פשוט המלוה קונה זכות זו בשעת ההלוואה, וכפי שהגמרא מעלה ספק במספר סוגיות האם דאקני יועיל או לא, כלומר האם נכסים שייגעו אחרי ההלוואה יכולים להשתעבד או לא, ואמנם להלכה נפסק שדאקני מועיל, אבל יש לברר האם זו תקנת חכמים כלומר שמדאורייתא נכסים שמגיעים ליד הלוה לאחר שעת ההלוואה אינם משתעבדים, אלא שחכמים תיקנו שע"י דאקני נכסים אלו כן ישתעבדו, ואם לא כתב דאקני על הנכסים, הם כלל לא ישתעבדו, או שאפשר לומר שמדאורייתא כל הנכסים שהייתה אפשרות בזמן מסוים לגבות אותם מהלוה מדין מיניה אפילו כאלה שנקנו אחר ההלוואה, הם משתעבדים למלוה, אלא שביחס ללקוחות, חכמים הפקיעו את השעבוד מהנכסים שקנה אחרי הלוואה, והחזירו אותו רק במקום שכותב דאקני, אך לגבי יתומים נשאר הדין כפי שהוא וגם נכסים שנקנו לאחר ההלוואה משתעבדים.

ז. האם נכסים שלא היו בשעת הלוואה משתעבדים מדאורייתא

בשאלה זו יש דיון באחרונים. קצוה"ח (קיב,א), אומר שגם למ"ד שעבודא דאורייתא, השעבוד על הנכסים נוצר מערבות של הנכסים לחוב ולכן הערבות הזו יכולה להיווצר אך ורק בשעת ההלוואה ולא אח"כ, וכן הוא מוכיח מהרמב"ם שסובר ששעבודא דאורייתא ולעומת זאת סובר שנכסים שנקנו לאחר ההלוואה אינם משועבדים, ולכן אומר הקצות בסוף דבריו שם שדאקני מועיל אך ורק מדרבנן, שתקנו זאת מצד לא תנעול דלת בפני לווים. לעומת זאת, התומים (קד,ז) מבאר דעת הרא"ש באופן שונה, ולדעתו אף דברים שנקנים ע"י הלוה לאחר שעת ההלוואה משתעבדים למלוה, וראיתו מכך שגובים מיתומים קרקעות שנקנו אחרי שעת הלוואה גם כשלא כתב דאקני.

אמנם התומים מביא שם כיוון נוסף בהבנת דין דאקני עפ"י הראשונים שחולקים על הרא"ש, ולפיו מדאורייתא השעבוד חל רק על מה שהיה בשעת ההלוואה וכפי הסבר קצוה"ח.

ח. שיטת הרמב"ן בגביה מיתומים

יוצא מהנ"ל, שאם נאמר שהרמב"ן והרשב"א סוברים כהסבר הראשון בתומים, שאם נכסים שנקנים לאחר ההלוואה משתעבדים למלוה, פסיקת

ההלכה כר"ה בריה דר"י, ששעבודא דאורייתא תחייב גם גביית קרקעות מיתומים למרות שנקנו אחר שעת הלואה. אך אם נאמר שהם סוברים כקצות שנכסים כאלו אינם משתעבדים, ובכל זאת אנו מוצאים שהם סוברים להלכה שגובים מיתומים מנכסים כאלו, נהיה מוכרחים לומר שגם לפי ר"ה בריה דר"י יש מצוה של פריעת בע"ח שמוטלת גם על היתומים. וכך כותב הרמב"ן (בהמשך דבריו ב"ב קעד) בהתייחסו לדברי הרי"ף: "אבל מה שכתב רבינו ז"ל לרב הונא, דסבר מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן, אינו מחוור לי דההיא בגדולים ובשירשו מטלטלין ולא שכופין אותן והכי מוכח במס' גיטין (נ,א), וה"נ משמע בשילהי פרק מי שמת (קנז, א) שלא נאמר אלא בשירשו ואינן חייבין לפרוע מן הדין דאע"ג דליכא שעבודא איכא מצוה ואין כופין, ולרב פפא נמי אית ליה בגדולים, אלא הכא משום דשעבודא דאורייתא איתמר כפיסקא דידיה ז"ל כנ"ל".

וביאור דבריו, שאמנם נכון שגם לרב הונא יש מצוה על היתומים, אך זו מצוה רק על יתומים גדולים ובמטלטלים שירשו ובלא כפיה, ולכן מה שלרב הונא כופין יתומים קטנים זה מצד שעבודא דאורייתא ולא מצד מצוה. וכאן יש להעיר, שמשמע ברמב"ן שרק במטלטלין יש מצוה, ובקרקעות - גם כאלה שנקנו אחר שעת ההלואה יש שעבוד, וניתן לגבותם מיתומים קטנים וכסברא המובאת בתומים הנ"ל.³

הרמב"ן מביא ראיה לדבריו מהגמרא בב"ב קנז, א ששם הגמרא מבררת האם דאקני מועיל לשעבד נכסים שנקנו לאחר הלואה והגמרא מביאה ראיה מהמשנה שנפל הבית עליו ועל מורישיו "כי קא מיבעיא לן? דאיקני - קנה ומכר, דאיקני - קנה והוריש, מאי? אמר רב חנא, תא שמע: נפל הבית עליו ועל אביו, עליו ועל מורישיו, והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים: הבן מת ראשון ואח"כ מת האב, ובעלי חובות אומרים: האב מת ראשון כו'; ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש - לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא! אמר להו רב נחמן, זעירא חברין תרגמה: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. מתקיף לה רב אשי: מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו: מלוה על פה - אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות!" וביאור דברי הגמרא שאם דאקני לא מועיל הרי במצב שבו האב מת קודם ולאחר מכן הבן, בע"ח לא יוכל לגבות מיורשי

³ ועיין סמ"ע קז ס"ק א שהולך בכיוון דומה, אך בטעם הדבר נקט שברא כרעא דאבוה, לענין החוב היתומים נכסים תחת אביהם.

הבן את הנכסים שהיו בבעלות האב, כי הבן קנה אותם רק לאחר ההלואה, ומזה שהמשנה אומרת שבע"ח יכול לגבותם, יש ראייה שדאקני מועיל, ודוחה הגמרא שיש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ולכן גם אם הדין הוא שדאקני לא מועיל, יש מצוה על היתומים לפרוע את חוב אביהם והם מחוייבים לפרוע לבע"ח, מקשה רב אשי שהרי אם דאקני לא משעבד וכל החיוב הוא מצד מצוה, הרי זה מלוה על פה ומלוה ע"פ לשיטת שמואל, שהסוגיא מדברת לשיטתו, אינו גובה מן היורשים. ומסיק הרמב"ן מסוגיא זו שהיא הולכת בין לרב הונא ובין לרב פפא כלומר שיש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם גם לשיטת רב הונא, במקביל לשעבוד, ומשמע ממנו לכאורה שהוא מעמיד את הגמרא במטלטלים, והמצוה כפי שאמרנו לעמלה רק בגדולים ובמטלטלים ואין כופים עליהם אם לא רוצים לקיים. אך בקרקעות בין כאלה שהיו בשעת הלואה ובין שנקנו לאחר מכן, תהיה גביה מהיתומים מדין שעבוד.

ט. שיטת הרמב"ן עפ"י התומים בגביה מיתומים

התומים (קיא,י) הולך בדרך אחרת בשיטת הרמב"ן. השו"ע (קיא,כ) כתב: "אע"ג דלא כתב דאיקני אם קנה והוריש גובה, ויש חולקים", והש"ך שם מקשה מדוע הביא השו"ע את דעת היש חולקים, הרי דעה זו נסתרת מהגמ' בב"ב קנו הנ"ל, ששם מוכח שגובים מיתומים גם נכסים שנקנו לאחר שעת ההלואה. ועל זה אומר התומים וזה לשונו: "ועליו יש לתמוה שדחה דעת היש חולקים בשתי ידיים ולא שם על ליבו, כי רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל ס"ל כהך יש חולקים, כמו שכתב הריב"ש בסימן שצב בשם הרמב"ן ז"ל, דאף מקרקע של יתומים אין הבעל חוב גובה בדלא כתב ליה דאקני" ובתירוץ על קושיית הש"ך מב"ב קנו אומר התומים שבגמרא שם זה רב נחמן אומר את הדין שגובים מיתומים גם ללא דאקני, ורב נחמן הוא לשיטתו בענין זה שהוא סובר ששעבודא לאו דאורייתא, אלא שיש מצוה לפרוע חוב, והמצוה היא זו שגורמת את תקנת לא תנעול דלת בפני לוויין כלומר שטעם המצוה הוא למנוע מצב של נעילת דלת ולכן חז"ל הוסיפו עוד תקנות שבאו למנוע נעילת דלת ואחת מהן היא התקנה של דאקני כלומר שקרקעות שנקנו אחר שעת הלואה ישתעבדו למלוה אשר כותבים דאקני.⁴ אך למי שסובר שעבודא דאורייתא

⁴ וכך התומים בדעת רב פפא עפ"י דברי הרמב"ן בסוף ב"ב. יש להעיר, התומים (לט,ב) כתב שר"פ סובר ששעבודא דאורייתא כי המצוה יוצרת שעבוד וכנ"ל, ולכאורה כאן הוא הולך בכיוון הפוך.

אין לו כלל מצוה וממילא גם לא את התקנה של לא תנעול דלת, ולכן קרקעות שנקנו לאחר שעת הלואה לא ישתעבדו כלל ודין כמטלטלים, אלא אם כן כותב דאקני שכאן חז"ל תיקנו שיווצר שעבוד על הנכסים העתידיים.⁵

י. שיטת הרשב"א והרמב"ם בגביה מיתומים

הבית יוסף (ר"ס קז) מביא תשובת הרשב"א (ח"ג סי' קיד ד"ה ואומר): "מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם ואפילו בשוטי כייפינן והיכי דמי כגון שירשו מאביהם מטלטלין והיתומים גדולים דהוּו להו בני מעבד מצוה ושאינן לאחרים עליהם חוב דכי הוה להו חוב מצד עצמן בכי הא מצוה עליהם טפי לפרוע חובת עצמן מלפרוע חובת אביהם וכן נמי כשישנן כאן ואפשר לכופן בגוף אבל אם אינם כאן אין יורדים לנכסים והיינו דתנן בפ' הכותב (פד,א) מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשים וכו' אלא ינתנו ליורשים ולא אמרינן מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם והיינו דאמרינן בפרק מי שהיה נשוי (צב,א) אמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה וכו' ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי אלמא אפילו חוב שעל שמעון רואין אותו כמטלטלי דיתמי ומפקינן מיניה ויהבינן להו כל שכן דלא כייפינן להו לפרוע חובת אביהם אלא דהני דפרק הכותב ופרק מי שהיה נשוי מחדא מהני תלת אנפי דאמרן אינהו הא בגדולים ואיתנהו הכא דאפשר למכפינהו וליכא עלייהו חוב מחמת עצמן במטלטלי דשבק אבוהון מפקינן מינייהו בשוטי וכדמוכחא מתניתין דפרק מי שמת (ב"ב קנז,א) מי שנפל הבית עליו ועל אביו [או עליו] ועל מורישיו וכו' ומדפליגי בהכי בכפיית בית דין היא מתניתין ואוקמה רב נחמן במצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם עכ"ל."

הרשב"א נוקט, שיש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ומצוה זו היא ביתומים גדולים במטלטלים שירשו מאביהם, וכשאין עליהם חובות אחרים שלהם עצמם, ובהצטרף כל התנאים כופים את היתומים בשוטים על מצוה זו. והוא מביא ראיה לדבריו מהגמ' הני"ל ב"ב קנז ומשמע שהוא מעמידה במטלטלים, אך בשונה מהרמב"ן הוא סובר שכופים על מצוה זו את היתומים, ומזה שהרשב"א מביא דין זה בתשובה משמע שהוא סובר כך להלכה שיש מצוה על היתומים, ומצד שני הוא מעמיד את מחלוקת רב הונא

⁵ בהסבר הקודם שהבאנו עפ"י דברי הרמב"ן בחידושו, יש לכאורה סתירה לכיוון זה, כי משמע מהרמב"ן, שבקרקעות יש גביה מיתומים ולכן הוא נזקק להעמיד את הגמ' בב"ב קנז דוקא במטלטלים וצ"ע.

ורב פפא כרמב"ן שנחלקו האם שעבודא דאורייתא או לא, והלכה כרב הונא, אם כן עולה ממנו לכאורה שגם הוא סובר כרמב"ן הנ"ל שגם לפי רב הונא בריה דרב יהושע יש מצוה על היתומים ולפי הרשב"א אף תהיה כפיה עליה.

אמנם הכנסת הגדולה בהגהות הטור בסימן קז מסביר את הרשב"א בצורה אחרת, והוא אומר שבאמת הרשב"א סובר כרב הונא בריה דרב יהושע ששעבודא דאורייתא ויורדים לנכסים משועבדים מדין שעבוד דאורייתא ולא מטעם מצוה, והתשובה שמביא בב"י בקז נאמרה לשיטת הפוסקים כרב פפא שפריעת בע"ח מצוה (ולכאורה קצת קשה לפי הסבר זה למה הרשב"א נותן תשובה לפי שיטה שהוא לא פוסק אותה).

נמצא שיש ברשב"א שני הסברים אפשריים: א. כנה"ג סובר שהרשב"א פוסק כרב הונא בריה דרב יהושע ואין כלל מצוה. ב. הרשב"א סובר כרמב"ן, שגם לפי רב הונא בריה דרב יהושע יש מצוה כאשר אין שעבוד כלומר במטלטלים, ובזה נחלק הרשב"א על הרמב"ן שסובר שגם במטלטלים בנסיבות מסויימות תהיה כפיה על היתומים לפרוע את החוב כפי שמוכח מב"ב קנז, ויש להדגיש לפי כיוון זה שהרשב"א כרמב"ן דיבר על מטלטלים ולא על קרקעות ומשמע שקרקעות גם כאלו שנקנו אחר הלואה משתעבדות וכפי שהבאנו מהתומים.

גם מהרמב"ם (מלוה ולוה יא) עולה כיוון כזה. בהלכה ד כתב: "...שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה." ובהלכה ח: "מצוה על היתומין לפרוע חוב אביהן מן המטלטלין שהניח ואם לא רצה היורש ליתן אין כופין אותו ואם תפס ב"ח מחיים גובה מהן". משמע מדבריו, שלגבי קרקעות יש שעבוד דאורייתא ולכן גובים ואילו ביחס למטלטלים יש מצוה.

יא. שיטת הטור והשו"ע בגביית חוב עפ"י השיטות השונות

לעומת זאת, הטור (ר"ס קז) אינו מחלק בין קרקעות למטלטלים ואלו דבריו שם "... מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן וכופין אותן בכך כמו שכופין את אביהן: בד"א שהניח להן אביהן אחריות נכסים שאז נשתעבדו אלו הנכסים בחיי אביהם אבל אם לא הניח להן אחריות נכסים מצוה עליהן לפרוע חובות אביהן משום כבוד אביהן: אבל אין כופין אותן דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מן התורה". וכן משמע שהשו"ע הבין, כי בסימן קז סעיף א הוא נוקט בלשון הטור ולא בלשון הרמב"ם, שהמצוה מתייחסת רק למטלטלים, ואלו דבריו שם "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם. במה דברים אמורים, כשהניח קרקעות.

אבל אם לא הניח אלא מטלטלים, אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין. אבל הגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם; הילכך כופין אותם לפרוע חובות אביהם, אפילו הוא מלוה על פה, אף מהמטלטלים שהניח אביהם, אפילו קנאם הלוח אחר שלוח ולא כתב: דאיקני, (ע"ל סי' קיא) דירוש במקום אביו קא"י ולכאורה אפשר להסביר את דבריו לפי שני הכיוונים העיקריים בראשונים שהבאנו למעלה: א. אפשר לומר שהשו"ע סובר כרא"ש וכרי"ף שרב פפא סובר שעבודא דאורייתא, ורב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ששניהם מודים שהחיוב על היתומים לפרוע הוא מכח מצוה, נחלקו האם מצוה זו מוטלת על היתומים הקטנים ובזה נפסקה הלכה כרב הונא בריה דרב יהושע שהמצוה מוטלת גם על יתומים קטנים וכופים אותם לפרוע, ולכן אין חילוק בין קרקעות שהיו בשעת הלואה לכאלה שלא היו בשעת הלואה, אלא נקנו ע"י הלוח רק אחריה, בין אם כתב דאקני ובין אם לא, ולעומת זאת במטלטלים לפני תקנת הגאונים, ישנה רק מצוה ללא כפיה, ולאחר תקנת הגאונים הדין יהיה שיהיה לקרקע וכופים על מטלטלים גם במקום שקנה אותם לאחר שעת הלואה, ולא כתב דאקני.

ב. אפשר לומר שהשו"ע סובר כרשב"א והרמב"ן (בהסבר האשון בדבריו ולא כתומים קיא), שרב פפא סובר שעבודא לאו דאורייתא והלכה נפסקה כרב הונא בריה דרב יהושע שעבודא דאורייתא ולכן בקרקעות שהיו בשעת הלואה גובים מהן מדין שעבוד ולא מדין כפיה על המצוות, ולפי התומים הנ"ל שהבאנו הגביה מדין שעבוד תיעשה גם בקרקעות שנקנו אחר שעת הלואה שגם הן משתעבדות.

ואילו במטלטלים תהיה מצוה על היתומים לפרוע את חוב אביהם אך לפי הרמב"ן לא תהיה כפיה ולפי הרשב"א תהיה כפיה במצבים מסויימים ומשמע בשו"ע שהכריע דלא כרשב"א כפי שכתב הב"י, וממילא נוכל להסביר את לשון השו"ע "כופים את היתומים לפרוע חוב אביהם", שהשו"ע סובר כדעות שהובאו לעיל מקצוה"ח ועוד, שהקרקעות שנקנו לאחר שעת הלואה לא משתעבדות, ולכן הגביה מהן תעשה מדין כפיה על המצוות ולא מדין שעבוד. אך לכאורה הסבר זה קצת קשה גם מלשונו של השו"ע שדיבר על כלל הקרקעות ואמר שקרקעות נגבות מן היתומים מדין כפיה על המצוות, והרי לפי כיוון זה, זה מתייחס רק לקרקעות שנקנו לאחר ההלואה, ואילו בקרקעות שנקנו לפני ההלואה, הגביה תהיה מדין שעבוד, ולכאורה יש בזה נפ"מ להלכה מצד מה נעשית הגביה, למשל במצב שהיתומים לא לפנינו. מדין

כפיה על המצוות, יש הסוברים שא"א לרדת לנכסיהם, ואילו מצד שעבוד אפשר לרדת לנכסים. כמו כן לא מצאנו, בראשונים הנ"ל דעה מפורשת שסוברת שגביה מקרקעות שנקנו לאחר שעת הלואה תעשה לפי רב הונא בריה דרב יהושע מדין מצוה, אלא רק שעל מטלטלים יש מצוה ובאופן פשוט על קרקעות יהיה שעבוד וכנ"ל, ואם נאמר שעל קרקעות שנקנו לאחר שעת הלואה יש מצוה ולא שעבוד, אם כן לפי הרמב"ן, למה תהיה בזה כפיה?

לכן נראה יותר פשוט לומר בדעת השו"ע והטור, שהם סוברים כרא"ש שרב פפא סובר ששעבודא דאורייתא ומכך שלא חילקו בין קרקעות משועבדות לכאלה שאינן, וביחס לכולן אמרו שהגביה היא מדין כפיה על המצוות,⁶ נראה שהם סוברים ככיוון השני ברא"ש, ר"ל שהשעבוד נובע מהמצוה, וכך סובר גם רב הונא בריה דרב יהושע אלא שהוא סובר שיש מצוה גם על יתומים קטנים וכך נפסקה הלכה.⁷

יב. סיכום

נחלקו הראשונים בביאור מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, מטעם מה לא גובים חוב מיתומים קטנים. לדעת ר"פ שסובר שפריעת בעל חוב מצוה, קטנים לאו בני מעבד מצוה ניהו, ולעומת זאת רהבד"י מסביר זאת משום חשש צררי.

הרא"ש והרי"ף, הולכים בשיטה אחת לפיה ר"פ סובר ששעבודא דאורייתא. וראינו ברא"ש שתי דרכים להבין זאת, או שהשעבוד נובע ממצוה, או שיש שעבוד על הלוח עצמו ובמקביל ישנה מצוה עליו ועל היורשים, והואיל וביחס ליתומים תמיד החיוב יהיה מכח מצוה, קטנים לא תהיה גביה כי הם אינם בני מעבד מצוה, ולעומת זאת רהבד"י גם הוא לשיטתם סובר שחובת היתומים לפרוע את חוב אביהם נובעת ממצוה, אלא שהוא חולק על ר"פ וסובר שמצוה זו מוטלת גם על יתומים קטנים, ולכן הסיבה היחידה שלא גובים היא חשש צררי.

הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים מסבירים אחרת את המחלוקת ואומרים שבעצם זו המחלוקת האם שעבודא דאורייתא או לא, שהרי ר"פ סובר שפריעת בע"ח מצוה ומכאן מוכח ששעבודא לאו דאורייתא, ומכיון

⁶ עיין בספר משפט יהונתן על התומים בהוספות לסימן סו (עמי תשיב) שכך להסביר בטור.

⁷ עיין חתם סופר על השו"ע סימן קח ס"ק ד.

שפוסקים הלכה כרהבד"י, אז הדין הוא שהגבי מיתומים נעשית מכח השעבוד ולא מכח מצוה. אמנם לא מצאנו בראשונים אלו, התייחסות לקרקעות שנקנו לאחר הלואה ומשמע שלא חילקו בדין בין קרקעות שהיו בשעת הלואה לכאלה שלא, כלומר שבכולן תהיה גביה מיתומים, אך לגבי מטלטלים הם סוברים שיש מצוה ביתומים גדולים גם אליבא דרהבד"י, ונחלקו הרמב"ן והרשב"א האם תהיה כפיה על מצוה זו או לא. ולכן רצינו לומר בשיטתם לגבי קרקעות שלא היו בשעת הלואה, שתי אפשרויות: א. בקרקעות אלו אין שעבוד אלא רק מצוה – והערנו שלכאורה אפשרות זו פחות מסתברת. ב. קרקעות כאלה גם משועבדות עפ"י הסברא שהבאנו מהתומים שמדאורייתא, כל מה שהיה ביד הלוח והשתעבד מדין מיניה, השעבוד נשאר עליו מדאורייתא גם לאחר מותו והנכסים עוברים ליורשים. הבאנו מספר דעות באחרונים בשאלה, האם ניתן לומר שמועיל דאיכני מדאורייתא.

המחלוקת בין הראשונים תבוא לידי ביטוי גם בהסבר הגמ' בב"ב קנ"א. לשיטת הרא"ש והרי"ף הגמרא שם מדברת על מקרה שבו הלוח הוריש בין קרקעות ובין מטלטלים, ואילו הרמב"ן והרשב"א מעמידים את הגמרא דוקא במקרה שבו הלוח הוריש מטלטלים והגביה נעשית משום מצוה.

הבאנו דעת רמב"ן שמובא בריב"ש שמובא בתומים בסימן קיא שסובר שאכן קרקעות שנקנו לאחר הלואה, כאשר הלוח לא כתב דאקני, לא גובים אותם מהיתומים, כי הן לא משועבדות ודינן הוא כמטלטלי דיתמי. התומים מסביר אליבא דהשיטה הזו שלמ"ד שעבודא דאורייתא אין מצוה לפרוע חוב וממילא אין תקנה של לא תנעול דלת, ולכן במקום שלא כתב דאקני, חכמים לא תקנו שיגבו מהיתומים קרקעות שנקנו לאחר שעת הלואה.

מלשון הטור והשו"ע נראה, שכל הגביה נעשית מדין כפיה על המצוות, ולכן יותר קשה לומר, שהם סוברים כרמב"ן והרשב"א שלפחות בקרקעות שהיו בשעת הלואה יש שעבוד ותהיה גביה מיתומים מכח שעבוד ולא מכח המצוה, ולכן רצינו לומר שיותר מסתבר לכאורה לומר, שהם סוברים כרא"ש וכרי"ף שכל חיוב פריעת בעל חוב הוא מדין מצוה.

הפקר בית דין בקנין דרבנן

ראשי הפרקים

- א. קנין דרבנן - האם מועיל לדאורייתא
- ב. הפקר בית דין הפקר
- ג. האם בכח בית הדין להוציא ממון או גם להכניסו לרשות אחרת
- ד. האם הפקר בית דין דינו כהפקר רגיל?
- ה. הפקר בית דין בעבד כנעני
- ו. האם הקנאת ב"ד היא הקנאה ישירה או עוברת דרך הפקר?
- ז. הפקר ב"ד הקנאה ישירה
- ח. סיכום

א. קנין דרבנן – האם מועיל לדאורייתא

אדם המקנה חפץ לחבירו, צריך כידוע לעשות מעשה קנין. ישנם קנינים המועילים מהתורה, כגון קנין כסף בקרקעות, וישנם קנינים המועילים רק מדרבנן, כגון משיכה במטלטלין. גם האדם המקנה צריך שיהא בן דעת וע"כ קטן אינו יכול לקנות ולהקנות באופן רגיל. אולם ישנם אופנים שתיקנו לו חכמים יכולת כזו, כגון בהגיעו לעונת פעוטות תיקנו לו שהקנאתו תועיל במטלטלין.

נתעוררה שאלה ביחס לתוקפם של הקנינים שתוקנו ע"י חכמים, האם תועיל בעלותו של הקונה גם לענינים הדורשים בעלות מהתורה כגון לקדש בזה אשה שהרי החפץ הנקנה מדינא דאורייתא הוא עדיין של המקנה לכאורה, ורק חכמים אמרו שתועיל הקנאה זו.

הרמב"ם בהלכות לולב (פרק ח, הלכה י) כותב:

אין אדם יוצא ביום טוב ראשון בלולבו של חבירו עד שישאלנו ממנו או עד שיתננו לו במתנה. נתנו לו על מנת להחזירו הרי זה יוצא בו ידי חובתו ומחזירו שמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ואם לא החזירו לא יצא שנמצא כגזול. ואין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ממנו ואינו מקנה לאחרים מן התורה ונמצא שאם החזירו לו אינו יוצא...

מקור דברי הרמב"ם לגבי נתינה לקטן נמצא בדברי ר' זירא בסוכה מו, ב :
אמר ר' זירא לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא. מאי
טעמא דינוקא מיקנא קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב
שאינו שלו.

משמעות דברי הרמב"ם היא שיתכן מצב שבו אדם יקנה את לולבו לבנו
הקטן ע"מ שיצא בו ידי חובתו אולם בנו לא יוכל להחזיר לו לכה"פ מהתורה
ונמצא הלולב עדיין של בנו ואביו לא יוכל לצאת בו ידי חובתו ביום טוב
הראשון שבו נדרשת בעלותו של האב על הלולב מדין "ולקחתם לכם" –
משלכם.

קטן פחות מבן יג שנים אין קנינו קנין מהתורה, אולם נראה בדעת הרמב"ם
שהיות וגדול מקנה לו איכא דעת אחרת מקנה וע"כ זוכה בו מהתורה
(לעומת זכיית קטן מהפקר שאינה אפשרית בהעדר דעת אחרת מקנה), אולם
בבואו להחזיר – קטן לא יכול להקנות מהתורה.

הר"ן בסוגיא שם בסוכה מבאר שדינו של ר' זירא אמור רק בקטן פחות מגיל
פעוטות, כלומר פחות מבן שש או שבע, אבל בהגיעו לעונת פעוטות הרי מובא
בגיטין נט, א שרבנן תיקנו לקטנים יכולת אפילו להקנות מטלטלין וע"כ יוכל
הקטן להחזיר הלולב לאביו.

הכס"מ שם מביא דברי הר"ן הנ"ל ומעיר שפלא שלא הוזכר הדבר בשאר
פוסקים וברמב"ם כי הוא דבר פשוט. אולם הלח"מ שם מסיק מפשטות לשון
הרמב"ם שלא חילק והביא את דינו ביחס לכל קטן שחולק הוא על הר"ן
וסובר שגם קטן שכבר הגיע לעונת פעוטות אין להקנות לו לולב ביו"ט
ראשון.

הלח"מ הסביר את מחלוקת הרמב"ם והר"ן באופן הבא : הר"ן סובר שבדעת
אחרת מקנה קונה קטן רק מדרבנן וכשיטת רש"י. וע"כ כשחוזר ומקנה לגדול
אם הגיע לגיל פעוטות שתיקנו לו רבנן גם אפשרות הקנאה לאחר חזר הלולב
לבעלות הגדול שהרי כל קנין הקטן היה דרבנן והם אמרו שיכול להקנות –
אתי דרבנן ומוציא מדרבנן. וכל דינו של ר' זירא אמור בקטן כבן ארבע
וכדומה, שמחד יכול לקנות כי כשעבר את הגיל שבו נותנים לו צרור וזורקו
אגוז ונטלו יכול הוא לזכות ע"י דעת אחרת אולם לא יוכל להקנות חזרה עד
שיגיע לגיל פעוטות. דעת הרמב"ם היא שבדעת אחרת זוכה הקטן מן התורה,
ועל כן אחרי שזוכה בלולב מהתורה גם אחרי שרבנן יתקנו לו זכיה מ"מ זוהי

זכיה רק מדרבנן ולא יכולה להחשב לגדול כבעלות מהתורה וע"כ ביום טוב ראשון לא יוכל לצאת ידי חובתו.

במחנה אפרים (משיכה סימן ב) מצאנו הסבר נוסף למחלוקתם. המחנה אפרים נוקט שגם הר"ן סובר שקנין קטן כשדעת אחרת מקנה לו הוא קנין מהתורה, והקנאתו מחדש לגדול כשהגיע לעונת פעוטות היא דרבנן בלבד, אולם הר"ן סובר שקנין דרבנן יכול להועיל אפילו לדינים דאורייתא, שהדבר נחשב עתה כקנוי לו לכל דבר, ואילו הרמב"ם סובר שקנין דרבנן לא יכול להועיל לדינים מהתורה שדורשים בעלות גמורה, כגון לולב, שכן היות והתורה לא נתנה לקטן יכולת הקנאה נמצא שמהתורה לולב זה עדיין של הקטן הוא.

יוצא לאור הבנת האחרונים הנ"ל, שלדעת הלחם משנה לכל הדעות קנין דרבנן לא מועיל לדינים דאורייתא ואילו לדעת המחנה אפרים שאלה זו גופא מחלוקת הרמב"ם והר"ן.

הדיון הנ"ל הוא דוגמא למקרים רבים נוספים בהם שאלה כזו מתעוררת, למשל האם אדם יכול למכור את חמצו בפסח בקנין שמועיל רק מדרבנן ובכך להינצל מאיסור "לא יראה לך חמץ".

האם כהן שקנה פרת ישראל בקנין דרבנן יוכל להאכיל את בהמתו תרומה שאסור להאכילה לבהמת ישראל.

הדיון המובא במחנה אפרים הנ"ל, בשאלה האם אדם שקנה חפץ במשיכה המועילה רק מדרבנן יכול לקדש לו בזה אשה ותהא האשה מקודשת לו מהתורה.

הנושא הנ"ל ארוך ורחב ודובר בו כאן רק בתמצית לעניננו. מהאחרונים שעסקו בשאלה הזו העירו, שישנה מבוכה מסוימת בדעת הראשונים שלעתים אנו מוצאים שדעתם נוטה לכאן ולעיתים לכאן. למעשה רבים מביאים שנשאר הדבר כספיקא דדינא.

בסברת הענין יש לדון כיצד יתכן שחפץ שמדינא דאורייתא חשוב של ראובן ורק חכמים תיקנו שבאופן מסוים יחשב של שמעון יוכל לשמש את שמעון לדברים הדורשים את בעלותו מהתורה כגון קידושין, הלא מהתורה החפץ כלל לא שלו.

ההסבר המקובל באחרונים הוא השימוש במושג "הפקר בית דין הפקר", שמשמעותו שהתורה עצמה נתנה כח לחכמים לשלוט בממונו של האדם, ולכן כשחכמים תיקנו קנין לקטן יכלו לתת לענין תוקף גמור מהתורה ע"י שהעבירו את בעלות החפץ לקונה מדין הפקר בית דין הפקר. וא"כ סברת האומרים שקנין דרבנן מועילה לשל תורה תתבאר על פי זה שאמנם הקנין כשלעצמו הוא חסר כל תוקף מהתורה אולם היות וחכמים תיקנוהו, הם תיקנו שכל החפצים שיעשה בהם הקנין דרבנן יעברו לרשות המקבל באופן מוחלט מדין הפקר בית דין.

ישנם הסברים נוספים באחרונים כדוגמת הסבר הדבר אברהם (ח"א סימן א), שהסביר שמהות הקנין אינה מעשה הקנין כדוגמת משיכה, הגבהה או נתינת מעות, אלא גמירות דעת הנותן לתת והמקבל לקבל, כשמעשה הקנין הוא רק סימן לגמירות דעת גמורה. אדם העושה מעשה קנין מברר באופן גמור את דעתו להקנות והקנין חל מכח גמירות דעתו. וע"כ מסתבר שכל קנין שיונהג ע"י בני אדם יוכל לשקף את גמירות דעתם וממילא יוכל להחשב קנין גמור מהתורה, וה"ה קנין שחכמים תיקנו לא גרע מזה שכן אחרי שחכמים תיקנוהו יודע אדם לא לעשות קנין כזה אא"כ דעתו להקנות. אמנם קנין קטן לא יוסבר בדרך זו שכן קטן משולל דעת להקנות וחסרונו אינו במעשה הקנין בלבד.

הסבר נוסף המובא באחרונים שאחרי שחפץ עבר לרשות אחרת אפילו בקנין דרבנן, ממילא בעליו מתיאשים ממנו, ולא גרע הדבר מגזלן שגזל חפץ שכיון שהיה יאוש ושינוי רשות נקנה החפץ מהתורה למחזיק בו. ה"ה הכא היא החפץ שייך למחזיק בו מהתורה לכה"פ לאחר שיתנו לאדם נוסף ע"מ ליצור שינוי רשות.

במאמר זה נתייחס בעיקר לבירור הענין של הפקר בית דין הפקר, בין היתר ביחס לקניני דרבנן.

ב. הפקר בית דין הפקר

איתא בגיטין לו, א:

דאמר ר' יצחק מנין שהפקר בית דין הפקר שנאמר "וכל אשר לא יבא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה" (עזרא י, ח). ר' אלעזר אמר מהכא "אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות" (יהושע יט, גא). וכי מה ענין

ראשים אצל אבות לומר לך מה אבות מנחילים את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילין את בניהם כל מה שירצו. הגמרא מביאה שני מקורות להאי דינא שהפקר בית דין הפקר, ר' יצחק מביא מעזרא שבו רואים שלבית דין סמכות להחרים רכושו של אדם שאינו מציית לדבריהם. ור' אלעזר שמביא מחלוקת הארץ שבו שינה הכתוב ובמקום לרשום ראשי המטות כתב ראשי האבות לומר לך שכמו שאדם יכול לחלק נכסיו על פיו ולהעביר נחלה מבן אחד לאחר גם ראשי המטות יכולים לעשות כן.

הדברים הנ"ל מובאים שם ביחס לתקנת פרוזבול המשאירה את החובות שהיו אמורים להשמט ולהתבטל בשמיטה וכן ביחס לדעה הסוברת שביעית בזמן הזה רק מדרבנן ומהתורה אין שמיטה נוהגת כשהשאלה היא כיצד בכחה של תקנת פרוזבול שהיא תקנה דרבנן לקיים חובות שהתורה ביטלה אותם ולהפך כיצד יתכן לנהג שביעית בזמן הזה מדרבנן בנוגע לשמיטת כספים הלא מהתורה אין שביעית והחובות כולם קיימים וכיצד באו חכמים ותיקנו שמיטת כספים מדבריהם וביטלו החובות. תשובת הגמרא היא הפקר בית דין הפקר ואכן בכחם של חכמים לשנות את המציאות הממונית של החובות.

ג. האם בכח בית הדין להוציא ממון או גם להכניסו לרשות אחרת?

המתני"א (משיכה ב) נוקט כדבר פשוט שכחו של בית הדין הוא רק להוציא ממון מרשותו של אדם וכפשט הביטוי "הפקר בית דין הפקר" – כלומר בית דין יכול להפקיר את ממונו של אדם אולם להקנות הממון לאדם אחר – זאת בית דין לא יכול לעשות. כמובן אחרי שבית דין הפקיר ממון מסוים אז יכול אדם אחר לזכות בון אולם חייב להעשות מעשה קנין על ידו, בהחלטה של בית הדין א"א להעביר לרשות אחרת. כך נוקט גם הגט פשוט בסימן קכ שהפקר ב"ד בכחו להוציא אבל אין בכחו להכניס לרשות אחרת.

וגם אם אנו מוצאים שקנין דרבנן שכחו כאמור נובע מחמת הפקר בית דין הפקר מועיל לשל תורה להחשב כשל הקונה לחלוטין, זה רק אחרי שהלה עשה בו מעשה קנין והכניסו לרשותו, ב"ד לא יכול לעשות זאת בדיבור בעלמא.

כמובן בית הדין לא מפקיר את החפץ ומאפשר לכולם לזכות בו, אלא מפקירו ברגע שהלה מכניסו לרשותו ע"מ שיוכל לזכות בו מהפקר ולא יזכו בו

אחרים. לדוגמא, אם אדם קנה חפץ במשיכה, ב"ד מפקירו מבעליו לאחר שהלה הכניסו לרשותו ואז יזכה בו בקנין אחר כגון חצר וכדומה. אולם בספר נחמד למראה מביא דבריהם ומקשה עליהם מכו"כ מקומות שמוכח מהם שהחפץ נחשב של הקונה עוד לפני שעשה בו מעשה קנין.

בין היתר מביא את הסוגיא הנ"ל בגיטין שממנה משמע שהיכולת של חכמים לתקן פרוזבול מתבססת על הפקר ב"ד ושם הרי צריך ליצור חוב חדש תחת החוב שנשמט מהתורה, כלומר יש לתת למלווה זכויות ממוניות בנכסי הלווה עוד בזמן שהם ברשות הלווה, כגון שעבוד וכדומה. אמנם בסוגיא שם יש מחלוקת ראשונים אם הדבר אמור ביחס לזה או רק ביחס לתקנת שביעית בזמן הזה שתיקנו שחובות ישמטו ללא פרוזבול, ושם יכול הדבר לחול מכח הפקר בלבד שהרי אנו מפקירים את זכויות המלווה שנמצאים כרגע ברשות הלווה לטובת הלווה שבעצם "זוכה" בהם.

היש"ש (יבמות פרק י סימן יט), מביא שהדבר תלוי בלימודים השונים שמהם נלמד הדין של הפקר בית דין הפקר. לדעת ר' יצחק שלמד מספר עזרא אפשר ללמוד רק שאפשר להחרים רכוש אולם אין מקור ליכולת להכניס לרשות אחרת אבל לשיטת ר' אלעזר שלמדים מספר יהושע מחלוקת נחלות שם הרי הוציאו מזה ונתנו לזה. וא"כ לשיטתו הדבר נתון במחלוקת אמוראים האם כחם של בית הדין גם להקנות או רק להפקיר.

יש שרצו לאור זאת להביא ראיה שהרמב"ם סובר שכח ב"ד להפקיר בלבד שהרי הוא מביא להלכה את הפסוק הראשון בלבד. אולם מנגד מובא ברמב"ם (סנהדרין כד, י) "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה..."

א"כ הרמב"ם סובר שבכח הדיין גם לתת. אולם ישנה נוסחה אחרת ברמב"ם שבה לא מובאת המילה "ונותן", וגם לענ"ד אין הכרח מהנוסחה הזו שיתכן וכונת הרמב"ם שיש בסמכות הדיין להפקיר ואחר כך לתת ע"י מעשה זכיה של הזוכה, וכונת הרמב"ם ללמד על כחו השלטוני של הדיין ולא על כחו לשנות בעלויות ללא מעשה קנין.

בכל אופן על אף שהיסוד הנ"ל של היסוד של שלמה מובא רבות באחרונים, מצאנו לו גם סתירות ועיין ברשב"א, המובא לקמן, שסובר שבכח ב"ד להקנות ואכן מביא את הפסוק מספר יהושע וזה אתי שפיר ליסוד היסוד של שלמה אולם בתשובות הרשב"א (ח"א תשעה) מובא הפסוק מספר עזרא.

שתי השיטות הנ"ל האם בכח ב"ד לזכות לאדם ללא מעשה קנין מצידו מובאות להדיא בראשונים: הרשב"א בגיטין לו, ב בסוגיא הנ"ל מביא

ומינה שמעינן דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבא לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלונית לפלוני וזכה בו מיד אף קודם שבא לידו אף ראשין מנחילין לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה.

ומנגד מובא בשטמ"ק ב"ב ק,א בשם עליות דרבינו יונה:

וכל היכא דאמרין הפקר ב"ד הפקר בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר והרי הן כדבר שאינו שלו ויש לחבירו רשות להחזיק בו ברשות בית דין אבל אינו זוכה בו בדבור ב"ד עד שיחזיק.

נמצאנו למדים שמחלוקת האחרונים הנ"ל היא מחלוקת הראשונים בין רבינו יונה ובין הרשב"א. הנושא נידון באחרונים באריכות רבה והם הוסיפו ראיות לכאן ולכאן בדעת הרמב"ם התוספות ועוד. אנו הבאנו רק את עיקר הענין הנוגע לענייננו והן שתי השיטות הנ"ל בהבנת המושג "הפקר ב"ד הפקר".

החת"ס (או"ח קיז) רוצה לתלות את מחלוקת הראשונים בקנין דרבנן אם מועיל לדאורייתא במחלוקת הנ"ל לגבי גדרי הפקר בית דין, שלמאן דאמר שבכח בית דין גם לזכות יכולים רבנן לתקן בכל הקנינים מדבריהם שהחפץ הנקנה יפסיק להיות של ראובן ויזוכה לשמעון, אולם לשיטות שאין בכח הפקר בית דין אלא להפקיר, א"כ בית דין לא יכולים להחליט חפץ מסוים שיהא של אחר מעתה וע"כ בעלותו עליו אינה תקיפה מהתורה. אמנם לאחר שהלה יעשה בו מעשה קנין אחר המועיל מהתורה יוחלט הדבר אצלו אפילו מהתורה, ובכל אופן נצרכנו להפקר ב"ד ע"מ לאפשר לקונה לקנות כי אם לא כן הדבר עדיין של הראשון ובעינין לכוונת מקנה עכשיו. וא"כ המחלוקת בקנינים דרבנן האם מהני לדאורייתא קיימת רק למקום שהקונה לא זכה מעצמו בחפץ.

אמנם מצאנו שיטות שסוברים שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא כלל, משמע שסברי שלא תליא כלל בכח בית דין אלא עקרונית קניני חז"ל לא תוקנו אלא כגדר דרבנן וב"ד לא השתמשו בכחם להפקיע בעלויות ולהפוך הקנין לדאורייתא. עיין שו"ת רע"א סימן רכא-רכב בחילופי הדברים בין ר' שלמה איגר לאביו הגרע"א.

וכן מצאנו את שיטת הגר"ש שקופ בספרו שערי יושר שער ה,ט שעל אף שבכח חכמים להעביר בעלות באופן מוחלט, בפועל השתמשו חז"ל בכחם רק במידת הצורך, ולעתים השאירו את הבעלות האמיתית אצל המקנה ורק את זכות השימוש נתנו ללוקח.

סיכום הדברים

מצאנו מחלוקת האם קנין דרבנן מהני לשל תורה, י"א שחשוב הדבר שלו באופן מוחלט ויועיל הדבר גם למילי דאורייתא וי"א שרק מדרבנן חשיב כשלו אבל מדאורייתא חשיב עדיין של הראשון וע"כ ודאי לא יועיל לו למצוות מהתורה הדורשות בעלות ממונית.

יש מהאחרונים שתלו זאת במחלוקת הראשונים האם כחם של בית הדין להפקיר ולהקנות או רק להפקיר.

למצבי הפקר יש השלכות הלכתיות במספר תחומים, לדוגמא תבואת הפקר נפטרת ממעשרות, לכה"פ אם ההפקר חל בשלבים מוקדמים לגידולה. וכן עבד כנעני שהופקר ע"י בעליו לדעת שמואל הרי הוא משוחרר וא"צ גט שחרור. וגם לחולקים המצריכים גט שחרור אין אפשרות להשתעבד בו מחדש.

מה יהא הדין במקום שב"ד ישתמשו בכחם להפקיר לגבי תבואה או עבדים האם הדבר יגרום לשינוי בדין כבהפקר רגיל? מה יקרה כשאדם יקנה לחבירו תבואה או עבדים בקנין דרבנן האם נאמר שהיות וחלותו של הקנין נובע מכח הפקר ב"ד הפקר יגרום הדבר לחלות דיני הפקר?

האם הדבר נוגע רק למאן דאמר הפקר ב"ד כחם להפקיר, שאז יש לומר שחכמים הפקירו החפץ ע"מ שהלה יזכה בו אח"כ ע"י מעשה קנין, אולם לשיטות שבכח הפקר ב"ד ישנה אפשרות להקנות ג"כ לכאורה אין חלות הפקר בכ"מ רק חלות קנינית רגילה הפועלת מכח בית דין, או שמא גם השיטה שבכח בית דין להכניס לרשות כוונתם שב"ד מפקיר ואח"כ מזכה לאחר.

בשאלות אלו ננסה לדון לקמן.

ד. האם הפקר ב"ד דינו כהפקר רגיל?

משנה פאה פרק ה, א:

גדיש שלא לוקט תחתיו כל הנוגעות בארץ הרי הוא של עניים.

כלומר אדם שאסף את תבואתו בתוך שדהו במקום שעדיין לא הספיקו עניים ללקט את הלקט שהתורה זיכתה להם ובזה בעצם הפסיד את העניים, מעתה יחשבו כל השיבולים הנוגעות בארץ כלקט והוא חייב למסור הכל לעניים, אף שבתחילה היו שם כמה שיבולים בודדות.

הירושלמי שם מבאר שהדבר הוא קנס שקנסוהו חכמים וע"כ לא הסתפקו במתן אומדן הלקט שהיה שם לעניים. קנס זה קנס גורף הוא אפילו שוגג, אפילו קרא לעניים ולא באו ואפילו שעורים על גבי חיטים שניתן לזהות את הלקט המקורי.

בהמשך הירושלמי שם נידונת שאלת חיוב אותו הלקט במעשרות שהרי לקט רגיל פטור ממעשר שכן למדים מהכתוב "ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך..." יצאו הפקר או מתנות עניים שגם ללוי יש חלק בהם. אולם הלקט הנוסף שקנסו אותו חכמים הרי אינו לקט באמת אלא הוא חלק מתבואתו שהיתה חייבת במעשר וא"כ יש לבאר את דינה לגבי מעשרות.

היות ובמשנה משמע שהעניים מלקטים כלקט רגיל ואין בלקט זה דין מיוחד, משמע שפטור ממעשרות – ע"כ מסיק הירושלמי שהמשנה היא לדעת בית שמאי המובאים לקמן בריש פרק ו' הסוברים שהפקר לעניים דינו כהפקר ופטור ממעשר וה"נ היות ודין התבואה להיות נמסרת לכל העניים דינה כהפקר לעניים ופטור ממעשר אבל לדעת בית הלל שהפקר חייב להיות לכל העולם והפקר חלקי לא שמיה הפקר תהא התבואה חייבת במעשר.

בהמשך הירושלמי ישנן שתי הבנות במפרשים שם, להבנה אחת ממשך הירושלמי ואומר שגם אליבא דבית הלל ניתן להסביר את המשנה וגם לשיטתם לקט זה שקנסו חכמים פטור ממעשרות והסיבה היא שהפקר בית דין הפקר. כלומר לקמן בפרק ו' מדובר שאדם פרטי מבקש להפקיר רק לחלק מהאנשים ושם סוברים בית הלל שהפקר כזה לא שמיה הפקר אולם אצלנו שחכמים הם המפקירים ניתן להחיל עליו שם הפקר מכח הפקר בית דין הפקר.

פשט הדברים הוא שכחו של בית הדין רב משל אדם פרטי ואפילו הפקר שאדם פרטי לא יכול לעשות, יכול לעשות בית הדין ויש מקום להבין כך

בדברי רבי עקיבא איגר על המשנה שם, אולם רוב המפרשים נוקטים אחרת וגם את כוונת רע"א מסבירים אחרת.

הגר"א בפירושו להירושלמי נוקט שבית דין מפקירים לכל אולם היות ומעורב בדבר לקט שמותר באכילה רק לעניים, ממילא לא יבואו ללקוט אלא עניים. אבל הפקר ב"ד דינו ככל הפקר דעלמא.

בפירוש ר"ש סירילאו מובא שבית דין הפקירו לכל גם לעשירים אבל מיד זיכוחו לטובת העניים בלבד ע"י כח הפקר ב"ד שלדעתו מאפשר גם הכנסה לרשות. נ"מ ביניהם היא שלגר"א גם עשיר יכול לזכות בו עקרונית רק לא יוכל להשתמש מחמת תערובת הלקט, אולם לר"ש לעשיר אין שום זכויות גם בקנס עצמו ולא רק בלקט.

הבנה שניה בירושלמי שם מביא מראה הפנים שלדעתו כוונת הירושלמי להביא שיש חולקים על כך שחכמים יכולים להפקיע ממעשר, ולדעת רבי יוסי שם אין בכח הפקר בית דין להפקיע ממעשרות, ואפילו יופקר הדבר לכולם, או לדעת בית שמאי שהפקר לעניים הפקר לא יפטר לקט זה ממעשר, ולשיטתו במשנה אף שעניים זוכים בלקט נוסף זה מ"מ חייבים הם לעשרו.

מראה הפנים שם מביא שהדבר יהא תלוי בלימודים השונים להפקר בית דין הפקר, ר' יצחק שלומד מהפסוק בעזרא "יחרם כל רכושו..." יסבור שמועיל הפקר ב"ד אף להפקיע ממעשר כמו שחרם פטור ממעשר. אולם לר' אלעזר שלמד מהפסוק ביהושע העוסק בהעברת נחלות אין מקור לכך שלב"ד יש סמכות להפקיע ממעשר שהרי זה לא שייך בנחלות.

דעה דומה לדעה זו המובאת בירושלמי לדעת מראה הפנים מצאנו גם בבבלי בר"ן נדרים מד, ב (ד"ה ופרכינן), שאף שחכמים הפקירו מכח הפקר ב"ד תבואה מסוימת לא רצו לפטרה ממעשרות כיון שלא רצו להפקיע חיוב התורה.

משמע בדעת הר"ן שבכחם לעשות זאת רק אינם מעוניינים שלא כדברי מראה הפנים שמשמע שאין בכחם, אולם בדברי הירושלמי עצמו שמביא דעה כזו שפיר נוכל לומר כמו הר"ן שבית דין יכול אבל לא רוצה.

הנצי"ב בספרו מרומי שדה לנדרים שם מקשה לר"ן שמאי סברא היא זו, הלא אם הדבר מופקר א"כ פטור ממעשר ואי לא מופקר אזי לא פטור ואיך אפשר לחייב במעשר תבואה שיד הכל שווה בה. הנצי"ב דוחק בדעת הר"ן

שכוונתו לחיוב דרבנן אבל מהתורה נפטרה התבואה אחרי שחל עליה הפקר בית דין.

נמצא מסקנת הדברים שאף שמצאנו שיטה שהפקר בית דין אין כחו להפקיע חיוב מעשרות מ"מ רוב המפרשים סבורים שדינו ככל הפקר ופטר ממעשר. אמנם גם לאידך גיסא אף שהיה מקום להבין בירושלמי שלבית הדין יכולת להפקיר אפילו יותר מאדם רגיל, לעניינם בלבד, לדעת בית הלל שהפקר כזה אינו הפקר בד"כ, נטו המפרשים להסביר שלא כך הוא רק היות ובית הדין הפקיר לכולם חל ההפקר.

להלכה מביא מראה הפנים, שהפקר בית דין פטר ממעשרות ככל הפקר וזאת לשיטתו שהדבר תלוי במדרש הפסוקים, והרמב"ם הרי הביא את הפסוק מספר עזרא.

בבבלי גיטין מ,ב בסוגיא שתובא לקמן ישנן שיטות שבמקום שבית דין העבירו בעלות מאחד לשני, לקמן מהקטן לאפוטרופוס שלו, אף שבאמצע היתה התבואה הפקר מ"מ חייבת היא במעשרות. וזאת משום שחכמים נתנו רשות רק לאדם אחד לזכות בתבואה, אז לא קרינן ביה "יד הכל שווה בו" ואף שמדינא הוא הפקר היות ובפועל רק אחד יכול לזכות בו חייב הוא במעשר.

ה. הפקר בית דין בעבד כנעני

איתא בגיטין מ,ב:

ההוא עבדא דבי תרי קם חד מינייהו ושחרריה לפלגיה אמר אידך השתא שמעו בי רבנן ומפסדו ליה מינאי אזל אקניה לבנו קטן. שלחה ר' יוסף בריה דרבא לקמיה דר' פפא שלח ליה כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו. אגן קים לן בינוקא דמקרבא דעתיה לגבי זוזי מוקמינן ליה אפוטרופוס ומקרקיש ליה זוזי וכתב ליה גיטא דחירותא על שמיה.

המקרה הנ"ל מובא בהקשר לדין הגמרא שם שחצי עבד חצי בן חורין כופין את רבו לשחררו. היות והוא אסור גם בשפחה וגם בבת חורין הוא מנוע מפריה ורביה ע"כ כופין את רבו ומשחררו. במקרה הנ"ל העבד שהיה בבעלות שותפין קיבל שחרור מאחד מהם ונשאר חצי משועבד לשני וחצי בן חורין. רבו השני שלא רצה לשחררו הקנהו לבנו הקטן שאינו בר כפיה בבית דין ע"מ למנוע מחכמים לכופו לשחררו. אולם בסופו של דבר מינו אפוטרופוס לאותו קטן וכתבו לו גט שחרור.

נחלקו הראשונים באופן השחרור שם. רש"י שם מסביר שהמשחרר היה הקטן עצמו וקנינו קנין מדין תקנת פעוטות, ואף שתיקנו רק במטלטלין מ"מ צריך לומר שעבדא כמטלטלי לענין זה.

התוספות מקשים שם על רש"י וסוברים שלא יתכן שמכח תקנת פעוטות שכחה נובע מהפקר ב"ד שהוא ענין ממוני יוכל הלה לישא בת חורין ולצאת מאיסורו.

הרשב"ם המופיע בתוספות שם מסביר שהמשחרר היה האפוטרופוס וז"ל :

דכתב ליה גיטא דחרותא על שמיה דאפוטרופוס ואע"ג דבעלמא אין האפוטרופוסים רשאים להוציאן לחירות הכא כיון שעשה שלא כהוגן להקנותו לבנו קטן הפקירוהו בית דין ונתנוהו לאפוטרופוס לשחררו כדאמרינן אפוטרופסין תורמין ומעשרין לאכל אע"ג דדרשינן אתם ולא אפוטרופסין אלא הפקר בית דין הפקר והפקירו בית דין את התבואה של תינוק ונתנוה לאפוטרופוס שיוכל לתרום ואינו אוכל טבלים.

נמצא לפירוש רשב"ם שהאפוטרופוס הוא המשחרר ואף שהוא אינו הבעלים עצמו ואינו יכול ליתן גט שחרור להתירו בבת ישראל, מ"מ בית דין הפקירו העבד ונתנוהו לאפוטרופוס. כמו שמצינו לקמן בגיטין נב,א לגבי תרומות ומעשרות, שאף שרק בעלים יכולים לתרום מ"מ יכול גם האפוטרופוס לתרום כיון שב"ד הפקירו התבואה ונתנוה לו ע"מ שיוכל לתרום וכך היתומים לא יאכלו טבל.

הגר"ש איגר (מובא בשו"ת רע"א רכא) דן בדין זה של הפקר בית דין הפקר ונוקט כדבר פשוט בדעת הראשונים שכח בית דין הוא להוציא בלבד ואין בו כח להכניס. הוא מדייק זאת בין היתר מתוספות הנ"ל שכתבו ביחס לעבד "הפקירוהו ונתנוהו" משמע שהם שני ענינים - הפקר ונתינה, ב"ד מפקירים ואח"כ האפוטרופוס זוכה מעצמו.

אלא שהוקשה לו אם ב"ד הפקירו העבד א"כ לשיטת שמואל אינו צריך גט שחרור שכן המפקיר עבדו יצא לחירות ואינו צריך גט שחרור. וגם החולקים שם סוברים שממונית הוא משוחרר רק יש צורך בגט שחרור להתירו בבת ישראל אבל א"א לחזור ולשעבדו. ובסוגיא משמע שהוא היה עבד של האפוטרופוס והיה צריך גט שחרור ככל העבדים.

אלא שבקידושין כג,א איכא מחלוקת ראשונים בעובדא דר"י הינדואה ששם אחרי שמת הגר ועבדו בעצם הופקר כי גר אין לו יורשים, מ"מ לא זכה העבד בעצמו כי בשעת מיתת הגר היה בעבודה אצל מר זוטרא.

משמע שאם בשעת ההפקר היה העבד בעבודה לאדם אחר העבד לא זוכה בעצמו. אולם ר"ת שם סובר אליבא דאבא שאול שתמיד העבד קודם לזכות בעצמו והסוגיא שם מדברת בגר קטן שאינו יכול לזכות בעצמו.

לפי זה תירץ הר"ש איגר קושייתו שצריך לומר בתוספות שם שב"ד הפקירו את העבד בשעה שהפטרופוס שעבד אותו. אולם לר"ת הדבר לא מועיל וא"א להעמיד שם בעבד קטן שהרי הנידון שם הוא להתירו בבת ישראל ע"מ שיוכל לקיים פריה ורביה וחייבים לומר שגדול היה, ע"כ פירש שם ר"ת פירוש אחר בהמשך התוספות שם.

חזינן בדברי הר"ש איגר, שפשוט בעיניו שהפקר ב"ד דינו ככל הפקר ויכול להוציא עבד לחירות, אף שהכוונה היא לזכותו מיד לאדם אחר ולא להפקירו עולמית.

לפי זה יש לדון בכל קנין דרבנן הנעשה בעבד, אי נימא שכיון שכחו מדין הפקר ב"ד יכול הדבר לגרום לשחרורו.

המנ"ח (מצוה רפ – שלא להאכיל זר תרומה) דן האם קנין דרבנן מהני לדאורייתא בהקשר זה של אכילת תרומה. כהן שיקנה בקנין דרבנן פרה מישראל האם יכול להאכילה תרומה וכדומה.

בהמשך הדברים מביא המנ"ח ראייה מהירושלמי שקנין דרבנן מהני לשל תורה. הירושלמי דן בישראל שכיב מרע שהקנה בדיבור בעלמא את עבדו לכהן. השאלה היא האם מותר להאכילו בתרומה – מחד דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין הן אבל היות והמקנה יכול לחזור בו נמצא העבד חזרה של ישראל והוא זר שאוכל בתרומה.

משמע בירושלמי שלולי חשש החזרה היה העבד אוכל בתרומה. והרי דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין רק מדרבנן, מהתורה בעינן למעשה קנין רגיל, חזינן שהדבר מגדירו ברשות הכהן גם לאכילת תרומה, א"כ מוכח שקנין דרבנן מהני לשל תורה. ודוחק לומר שהירושלמי מדבר רק בתרומה מדרבנן.

אולם לאור הני"ל בדברי הר"ש איגר ישנה בעיה נוספת שהרי כל קנין דרבנן חל רק מכח הפקר בית דין הפקר וא"כ העבד הופקר ע"י ב"ד ולשמואל הוא משוחרר וגם לחולקים הרי מעתה ואילך אסור להשתעבד בו.

וצ"ל גם שם שמיירי שב"ד מפקירים אותו בשעה שהקונה עושה בו עבודה וכדומה שאז לא יכול לזכות בעצמו ולר"ת נצטרך להעמיד בעבד קטן.

היה מקום לחלק בין המקרים, שבירושלמי שם היתה פעולת הקנאה מדרבנן ואמנם מהתורה אין לה משמעות אבל חכמים הרי אמרו שזה קנין, יוצא שלכה"פ מדרבנן העבד לא הופקר כלל, ואף שמהתורה כן הופקר, מ"מ למעשה א"א לאף אחד להשתעבד בו מחמת דין דרבנן שחל עליו ואולי בזה אין צורך להשתעבד בו באותו רגע. משא"כ בההיא דגיטין מ,ב שלא היה שום מעשה קנין והיה הפקר גמור לרגע.

אמנם גם שם מדינא דרבנן חכמים מעולם לא רצו להפקירו ותמיד היה ברשות הקטן עד שעבר לרשות האפוטרופוס, ובכל אופן היה קשה לרש"א, לכן קשה לחלק בין המקרים.

לסיכום נראה שלשיטות שקנין דרבנן מהני לדאורייתא חלות קנין דרבנן יכולה ליצור השלכות הלכתיות בדברים המושפעים ממעמד ההפקר כמו תבואת טבל ועבדים.

ו. האם הקנאת בית הדין הינה הקנאה ישירה או עוברת דרך הפקר?

ראינו מחלוקת ראשונים ואחרונים האם בכח ב"ד להפקיר או גם להקנות. וראינו שמעמד ההפקר הנוצר ע"י בית הדין הוא בעל השלכות הלכתיות.

יש לברר האם למ"ד שכח ב"ד גם להקנות הכוונה היא שבית דין יכול להעביר בעלות על חפצים מאדם לאדם כמו הבעלים עצמם, או שמא גם למ"ד שב"ד יכול להקנות הכוונה היא שב"ד מפקיע בעלות האדם והופך את החפץ להפקר ואח"כ מזכה אותו לאדם שני.

הנפ"מ היא האם כל הנאמר לעיל לגבי ההשלכות היוצאות ממצב ההפקר יהיו נכונות רק למ"ד שכח ב"ד להפקיר בלבד או גם למי שסובר שב"ד יכול להכניס לרשות שהרי מ"מ הדבר עובר דרך שלב של הפקר.

דין נוסף שתלוי בבירור הני"ל הוא האפשרות לתת גט לאשה ע"י קנין דרבנן למ"ד שקנינים יכולים להועיל בנתינת גט (מחלוקת הראשונים בריש פרק

הזורק במסכת גיטין), אם נאמר שב"ד מעביר ישירות הגט מיד הבעל ליד האשה ע"י הפקר ב"ד אזי יש לדון האם נתינה כזו חשיבא נתינה מכח הבעל והוי "ונתן" אבל אי נימא שלכל הדעות הדבר עובר דרך הפקר אז מסתמא א"א להחשיב זאת נתינה שהרי האשה זוכה מכח הפקר.

אמנם השאלה הנ"ל היא לכאורה יציאה לדון בדבר חדש כי בראשונים והאחרונים שעסקו בזה לא מצאנו כזאת ומפשט הדברים משמע שבית דין מוציא מזה ומכניס לזה כפשוטו ללא שום הפקר בדרך. ומ"מ נביא כמה סיבות מדוע ללכת בדרך זו.

בסברת הענין, הגר"ש איגר בתשובה רכא, שהובאה לעיל, מביא בסברת האומרים שבית הדין יכול להפקיר אך לא להקנות שבכל מקום אנו מוצאים שליצור חלות הפקר קל יותר מאשר להקנות, לדוגמא הפקר: די לו בסילוק ואילו קנין דורש מעשה הקנאה. ע"כ אפשר להבין שגם כב"ד מוגבל ליצירת הפקר בלבד ואין כחו להקנות.

ניתן אולי להמשיך בסברתו ולומר שחפץ הנמצא בבעלות אדם הוא היחיד שיכול להקנותו לאחר, בית הדין אינם בעלי החפץ וע"כ אינם יכולים להחליף את הבעלים האמיתי ולהוות דעת מקנה. אולם בית דין יכולים להפקיע בעלות אדם ולהפקיר את חפציו. אחרי שהדבר מופקר ומשולל בעלים אזי בית הדין יכול לקבוע לו בעלים חדשים. אבל לא שייך שבזמן אחד יהיו לחפץ שני בעלים שיכולים להקנותו לאחר. ולכן ע"מ שבית הדין יזכה לאחר הכרח הוא להפקיר מזה ולאחר מכן לזכות לאחר.

לשון הראשונים משמע כן. הרשב"א בגיטין לו, ב המובא לעיל "ומינה שמעין דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה..".

גם לשון תוספות בגיטין מ, ב (שהובאה לעיל לגבי הקנאת העבד): "הפקירוהו ב"ד ונתנוהו לאפוטרופוס..." וכן לגבי תבואת היתומים מביא תוספות "הפקירוהו... ונתנוהו" ר"ש איגר בתשובה לעיל דייק מלשון התוספות שסוברים שאין בכח ב"ד להקנות ולכן חילקו זאת כשני ענינים, אולם הסוברים בדעת תוספות שיכולים גם להקנות (מנ"ח) אי נימא כדיוקו של רש"א יצא ג"כ שהם שני ענינים נפרדים – הפקר והקנאה.

החתן סופר (בספרו בפרק הדין בהפקר ב"ד) מביא קושיית האחרונים לסוברים שכח ב"ד להקנות, שלשון הגמרא עצמה "הפקר ב"ד" מורה שהפקר ב"ד הוא הפקר ולא הקנאה. ואי נימא כהבנה הזאת שגם ההקנאה

עוברת דרך הפקר מיושב הלשון גם לשיטה זו דבאמת גם ע"מ להקנות בעינן להפקר.

המנ"ח (מצוה שצה – מצוות מעשר ראשון) מביא מחלוקת האם הפקר פוטר ממעשרות גם לאחר גמר מלאכה, כראיה הוא מביא את התוספות שהבאנו לעיל בגיטין מ,ב וזה לשונו

וראיתי בתוספות (גיטין מ,ב ד"ה וכתב ליה וכו') שכתבו הא דמבואר דאפוטרופסין תורמין ומעשרין להאכיל ליתומים, ואף על גב דקיימא לן אתם ולא אפוטרופסין, אלא הפקר ב"ד הפקר, והפקירו בית דין התבואה של תינוק ונתנוהו לאפוטרופוס שיוכל לתרום, ואינו אוכל טבלים עכ"ל. מבואר דהפקר עכ"פ לאחר שנגמר חייב דאי לאו הכי למה יעשרו האפוטרופסים כיון שהוא הפקר, וצריך לומר דזה מדרבנן שיתרמו, כיון דבאמת לא הפקירו, ורק מחמת הפקר ב"ד המעשר מדרבנן ולא רצו לעקור תרומות ומעשרות מתבואה זו, ובפרט שאין הכל יודעים דהפקר בית דין. תדע דליטעמיד דחייב מן התורה למה לא הפקירוהו קודם מירוח ויהיה פטור, אלא דרצו שיתרמו מדרבנן, א"כ עכשיו נמי לא רצו להפקיע לגמרי ותורמין מדרבנן. והנה מדברי התוספות שכתבו דהפקר בית דין וכו' ונתנוהו לאפוטרופוסים, בהפקר לבד לא סגי שיוכל לתרום כיון שאין אדם תורם ומעשר דבר שאינו שלו, מה לי אם הפירות של אחרים או של הפקר הוי ליה שאינו שלו ואינו יכול לתרום ואין תרומתו תרומה כדין התורם שאינו שלו (ר"מ תרומות ב,ב) וגם מבואר בדבריהם דהבית דין יכולין להפקיר ולהקנות ג"כ, לא כסברת הגט פשוט ס"י קכ סק"ה דחז"ל אין להם כח רק להפקיר אבל לא להקנות והדברים עתיקים, דכאן בתוספות מבואר דמפקירים ומקנים כאחד, ואין להאריך כי אין כאן מקומו והדברים ארוכים ועתיקים.

ובהמשך הדברים לגבי לקוח דן המנ"ח במי שלקח תבואה שחיובו רק מדרבנן דהוי "לקוח" ועישרה ואח"כ החזירה לבעליה שחיובו להפריש הוי מהתורה אפילו שמכרה קודם האם נימא שהפרשה בזמן חיוב דרבנן תפטור אפילו על זמן חיוב דאורייתא עי"ש. ומביא שוב לתוספות דידן וז"ל

וכן מבואר בתוספות בגיטין הנ"ל דהאפוטרופוס הא תורם רק מדרבנן דלשיטתם לקוח פטור לאחר גמר מלאכה, וא"כ הפקר וזכה בו אחר לא

גרע כמו שנתבאר לעיל ומ"מ היתומים אוכלים אף שאצלם הוא טבל מן התורה וזה ברור.

חזינן שהמנ"ח הביא ראיה לדין הפקר מדברי התוספות שמשמע מדבריהם שאף שהתבואה הופקרה מ"מ חייבת במעשר ודחה הראיה דאפ"ל שבעלמא פטורה רק שם היות והדבר היה הפקר ב"ד ואינו ניכר חייבוהו להפריש מדרבנן.

ואח"כ הביא שמוכח מתוספות שכח ב"ד הוא גם להקנות כמו שכתבו בהדיא שנתנונו לאפוטרופוס, וזאת ע"מ שהאפוטרופוס יוכל להפריש שיהיה "שלו".

ואי נימא שהתוספות סוברים שיכולים ב"ד להקנות ג"כ, אם כן אזלא לכאורה כל ראיית המנ"ח, שהרי הוא עצמו הכריח קודם שב"ד הקנו לאפוטרופוס, א"כ זה הוי הקנאה מיד קטן ליד אפוטרופוס ולא הופקר כלל. וודאי שאין כאן פטור מחמת הפקר וחיובה דאורייתא.

רואים להדיא בדברי המנחת חינוך שאף שלבית הדין יש יכולת להקנות ג"כ ואכן הקנו לאפוטרופוס כי אל"כ לא יוכל האפוטרופוס לתרום מתבואה שאינה שלו מ"מ הדבר לא מבטל את מצב ההפקר בנתיים וע"כ הביא משם ראיה להפקר לאחר גמר מלאכה.

אמנם ר' שלמה איגר לעיל שהבין שתוספות סברי שכח ב"ד הוא רק להפקיר חייב לומר שכאן היה הפקר כי אל"כ כיצד יזכה האפוטרופוס, אבל לדברי המנ"ח שב"ד יכול להקנות אפשר להקנות ישירות לאפוטרופוס ואין שום חלות הפקר.

אמנם תוספות להדיא מביאים שב"ד הפקירו, אבל זה גופא קשיא מה צורך בהפקר אם אפשר לעשות הקנאה ישירה.

וגם בלשון תוספות אפשר לומר שלאו דווקא נקטו הפקר וכמובא להדיא בחזו"א שביעית א ס"ק כו וז"ל: "אין הכוונה הפקר ממש ויהא האפוטרופוס זוכה מהפקר דא"כ פטור ממעשר אלא רצונו לומר שהקנהו חכמים לאפוטרופוס מיד הקטן".

ואמנם א"א לומר כן בהכרח כדעת המנ"ח אבל חזינן שמביא באופן פשוט שגם אם כח ב"ד להקנות הכוונה להפקיר ואח"כ להקנות כפשט הביטוי "הפקר ב"ד".

האחרונים בסוגיא שם באמת הקשו איך יתכן שהתבואה חייבת במעשר אחר שהופקרה, החזו"א הנ"ל הסביר שהכוונה להקנאה ישירה ללא הפקר. יש מהאחרונים שהביאו שהיות ובפועל לא מתאפשרת זכיה לכולם לא הוי זה בכלל " יד הכל שווה בו" וע"כ חייב. באוצר מפרשי התלמוד לגיטין שם (הערה 87) הביאו שדעת המנ"ח כדעת החזו"א שהוא לקוח, אולי לשון המנ"ח "...דבאמת לא הפקירו" היה משמע שאין כאן הפקר אמיתי, אבל לענ"ד רואים שדעתו שונה כמובא להדיא בסוף דבריו שזה לא גרע מלקוח ומדובר שהופקר וזכה בו אחר. וכוונת המנ"ח באמרו שבאמת לא הפקירו שסוי"ס אין כוונת בית דין לאפשר לכל הרוצה לזכות כבכל הפקר ולא נראה הדבר כהפקר ויבואו לטעות ולכן חייבו להפריש מדרבנן.

ז. הפקר ב"ד – הקנאה ישירה

אמנם נראה לענ"ד שאף שאפשר להבין בדעת המנ"ח שהפקר ב"ד אפילו כחס להקנות עובר דרך הפקר, מ"מ אין ספק שפשט האחרונים לא משמע כן במספר מקומות מלבד עצם העובדה שאחרונים רבים הדנים בענין לא הזכירו זאת כלל.

הגר"ש איגר לעיל הביא להדיא מדבריו שכל קושייתו מהפקר עבד כעני שהופקר ע"י בית דין היא רק מחמת שלב"ד אין כח הקנאה, אבל אם לב"ד היתה היכולת להקנות לא קשיא ליה. מוכח שהבין שההקנאה ישירה.

החזו"א לעיל ביחס לדברי התוספות הביא להדיא שכוונת תוספות להקנאה ישירה דאל"כ התבואה נפטרת ממעשר. חזינן שבכח ב"ד להקנות באופן ישיר.

בשיעורי ר' שמואל (גיטין ט אות קלו) מובאים דברי המרדכי בריש הזורק שהקשה מדוע ההוא שכיב מרע שהקנה לאשתו הגט בחצר נזקק לומר לה שתלך ותחזיק וכו' מדוע לא הקנה לה את הגט מכח דברי שכיב מרע שהם ככתובין ומסורין. תירוץ המרדכי הוא שכיון שזהו קנין מדרבנן הוא אינו יכול להועיל בגט.

האחרונים דנים רבות בדברים אלו שכן קיי"ל שדברי שכיב מרע חלין רק לאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה ועוד.

ר' שמואל דן בעצם תירוצו מדוע שלא יועיל קנין דרבנן ליצור חלות של גט. לכאורה נראה שזה מחמת שקנין דרבנן חל מכח הפקר ב"ד ונמצא שבית דין

הם המקנים וחסר ב"ונתן" של הבעל. אולם מדברי תוספות ור"ן בגיטין יג משמע שאם רבנן היו מתקנים קנין מעמד שלשתן בשטר היה הדבר מועיל גם לנתינת גט, חזינן שלא הפריעה להם העובדה שהגט עובר ע"י הפקר בית דין.

ולכן רצה לומר שאולי היות והכל נעשה מכח נתינת הבעל אף שב"ד הם המקנים מ"מ חשוב הדבר כנתינתו, לכה"פ בדעת תוספות והר"ן.

לענ"ד נראה בדבריו שהבין שזו נתינה ישירה כי אם הדבר היה עובר דרך הפקר פשוט שלא יתכן לתת גט ע"י הפקר באמצע, ורק במקום שב"ד נותנים יש מקום להסתפק אי חשיבא נתינה טובה גם לגט.

אמנם בדברי המרדכי שהיה פשוט לו שקנין דרבנן לא מועיל לגט ניתן לומר שסובר שזה מחמת ההפקר, אלא שיתכן שסובר כרבינו יונה שאין בכח בית דין להקנות ואז אין הדבר נוגע לעניננו.

קצוה"ח (רב,ה) הוכיח בדעת רש"י שקנין אגב הוא דאורייתא מכך שבריש פרק הזורק הסביר שהבעל הקנה לאשתו הגט באגב ואי הוי דרבנן לא שייך הפקר ב"ד הפקר לענין זה. ר' שמואל תמה עליו מדוע כ"כ פשוט לו שא"א להקנות גט ע"י הפקר ב"ד שהרי אפשר להחשיב נתינת הב"ד הבאה מכח הבעל כנתינה טובה וכדלעיל. לכאורה בדעת קצות החשן רואים כמנחת חינוך שהפקר ב"ד תמיד עובר דרך הפקר וע"כ ודאי לא שייך בגט.

השדי חמד מערכת הא בענין הפקר ב"ד האריך מאד בנושא זה ובסוף דבריו הביא מהנחמד למראה מחלוקת הראשונים האם משיכה בשומרים היא דאורייתא או דרבנן, שלדעת תוספות והרא"ש היא דאורייתא שהרי מובא ששומר שמשך מהקדש מעל וחבירו מותר להשתמש בו, ואי נימא שמשיכה דרבנן איך מעל הרי מהתורה כלל לא יצא מרשות הקדש. אולם הריטב"א סובר שמשיכה בשומרים היא מדרבנן ויכולה להועיל מדין הפקר ב"ד. והבין ששורש מחלוקתם הוא בשאלה האם כח ב"ד הוא להפקיר או להקנות, דאי נימא שכתם להפקיר בלבד א"א להם לתקן משיכה בשומרים שהרי השומר קונה רק השימוש וא"א לאדם להפקיר השימוש ולשייר הגוף אצלו, וע"כ אי חזינן ששומר מועל במשיכה ע"כ משיכה הוי דאורייתא. אולם הריטב"א סובר שב"ד יכול גם להקנות וע"כ כשם שאדם יכול למכר רק שימוש בכלי ככל שכירות דעלמא ה"ה בית דין יכולים לתקן כך ושפיר נימא משיכה הוי תקנה דרבנן המועילה לדיני התורה מכח הפקר ב"ד.

שוב רואים שלמ"ד שכח ב"ד להקנות א"צ להפקיר באמצע כי אם כן א"א גם לדעת הריטב"א להפקיר שימושים בלבד.

ח. סיכום

בכל קניני דרבנן ישנה מחלוקת האם מועילים הם לדינא דאורייתא. ביסוד הסבר השיטה שקניני דרבנן מועילים לשל תורה עומד הכלל של הפקר ב"ד הפקר שמכחו קיבלו חז"ל מהתורה תוקף להפקיר או להקנות ממון.

ראינו שקישור זה אינו רק הסבר הענין גרידא אלא יש לו משמעות הלכתית לדברים שמשתנה דינם כתוצאה ממצב של הפקר דוגמת עבדים ותבואת טבל.

לכאורה הדברים נכונים רק לשיטה שבכח ב"ד להפקיר בלבד אבל לשיטה שבכח ב"ד גם להקנות אזי בקנין רגיל אין מצב הפקר וממילא אין הנ"מ הנ"ל, אולם הראינו אפשרות של הבנה שגם לשיטה זו כחם של ב"ד להקנות הוא באופן שהממון מופקר תחילה ורק אח"כ מזוכה לאחר כפשט הביטוי "הפקר ב"ד". אף שמפשטות המדברים בנושא לא נראה שהבינו כן.

הרב יוסף שליט

סדר הגביה מבעל חוב עפ"י היתר עיסקא*

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הגדרת עיסקא
- ג. פסק השו"ע בסדר גביה מעיסקא ומחלוקת הש"ך וקצה"ח
- ד. מחלוקת האחרונים בהת"ע בימינו
- ה. דברי שער משפט ותרופ דברי הש"ך
- ו. סיכום ומסקנות

א. הקדמה

לפני מספר שנים חברת בניה גדולה "פשטה רגלי" (ל"ע) והשאירה אחריה חובות עצומים. בין בעלי החובות היו בנקים¹ וגופים ציבוריים שנתנו הלוואות לאותה חברה וכן אנשים פרטיים אשר רכשו דירות מחברת הבניה ולא זכו לקבל את התמורה לכספם. לחברה היו נכסים רבים בין קרקעות ובין מטלטלים אשר נתפסו ע"י אנשים פרטיים שבקשו להמעיט את גודל ההפסד הכספי.

הואיל והלוואות החברה מהבנקים היו על צד היתר עיסקא יש לדון האם נכסי החברה חשובים כעיסקא של הבנק. שכן לבעל העיסקא יש קדימה לגבות לפני בעלי חובות אחרים. לעצם פסיקת הדין שייכים עוד פרטים אשר לא נכללו במאמר זה משום שהוא מתמקד בזכויות הקדימה של המלווה ע"פ הת"ע הנהוג בימינו.

כמו כן יש לדון בכל אדם שברח והשאיר אחריו חיוב משיכת יתר לבנק או חוב לגמ"ח שלא נעשה בהת"ע. האם יוכל הגמ"ח לתפוס מנכסיו או שיש קדימה בזה לבעלי הבנק וכן שאלות רבות בדין זה.

* מאמר זה נכתב לעילוי נשמת הקדוש נועם ליבוביץ הי"ד, שנרצח על ידי בן עולה נר שישי של חנוכה תשס"ג.

¹ במאמר זה נתייחס לבנק כבע"ח רגיל ואין אנו נכנסים לדיון בהגדרת "חברה בע"מ" והשלכותיו על גדרי חיוב התשלום כלפי בנק.

ב. הגדרת עיסקא

בב"מ קד מבארת הגמ' דין מעות שניתנו לעיסקא, וז"ל "אמרי נהרדעי: האי עיסקא, פלגא מלוה ופלגא פקדון. עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה, וניחא ליה למלוה. השתא דאמרינן פלגא מלוה, אי בעי למשתי ביה שכרא - שפיר דמי. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאמר ליה: כי יהבינא לך - לאיעסוקי ביה, ולא למשתי ביה שכרא. אמר רב אידי בר אבין: ואם מת - נעשה מטלטלין אצל בניו. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאם מת - לא יעשה מטלטלין אצל בניו."

ומבואר בגמ' שלדעת רבא אסור ללוה לעשות כרצונו במעות העיסקא אלא מחויב דוקא להתעסק בהם ולא לכלותם. אך לדעת נהרדעי יכול המקבל אף לשתות בהם שכרא וברש"י מבואר שהכוונה להוצאות ביתו. עוד מבארת הגמ' שלדעת רב אידי בר אבין אין שיעבוד מיוחד למפקיד העיסקא על העיסקא שיחייב גם את היתומים לפרוע אך רבא חולק ומבאר שהעיסקא משועבדת לנותן וגם היוורשים יצטרכו להחזיר לו את ההלוואה ממעות אביהם.

רש"י באר דברי רבא הראשונים שחלק על נהרדעי וז"ל "לאיעסוקי ביה - דמתוך שתשתכר בשלך, תטרח ותעסוק בה יפה". ומדגיש רש"י שטעם רבא הוא מכך שנותן העיסקא דואג לרוחים של החצי פקדון ולכך לא מעונין שישתה המקבל בהם שיכרא. אך תוס' בהסבר דברי רבא הראשונים מבאר וז"ל "דלא למישתי ביה שכרא - שכשמוציאה מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים ואין לו על מה לסמוך". ומדבריהם עולה שטעמו של רבא כבר במחלוקת הראשונה הוא משום שהנותן רוצה שתישאר לו קרן לגבות ממנה ולא מצד שדואג לרווחי העיסקא.

והתורת חיים באר המחלוקת והביא נפ"מ בין רש"י לתוס' וז"ל "לאיעסוקי ביה ולא למשתי ביה שכרא. פירש"י ז"ל דמתוך שתשתכר בשלך תטרח ותעסוק בה יפה, ולפי זה אי בעי למשתי שכרא במקצתה רשאי דאכתי יטרח עצמו במותר אבל למה שכתבו התוספות שכשמוציאה מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים אינו רשאי להוציא ממנה אפילו כל שהוא".

ולכאורה אפשר להביא עוד נ"מ בין רש"י לתוס' במקרה ששיעבוד המקבל קרקע בשווי העיסקא, שלטעמו של רש"י עדיין יהיה אסור למשתי בה שיכרא כיון שלא יתעסק בה אך לטעמו של תוס' אפשר שמספיק לנותן השיעבוד שלא יפסיד את הקרן של העיסקא.

אך בביאור דברי רבא הבאים באר רש"י וז"ל "להכי קרו ליה עיסקא - שתהא קיימת תמיד, ומתעסק בה, ויסמכו עליה בעליה שלא תינתן להוציאה, ואם מת לוח - יגבה, ולא תיעשה כמטלטלין שלהן, דכיון דצריכה להיות קיימת - סמיכתו עליה כמקרקעי, דטעמא דלא קא משתעבדי מטלטלי דיתמי לבעל חוב - משום דמעיקרא לאו עלייהו סמך, דלאו למיגבי מינייהו אוזפיה, שהרי בידו להוציאן". ועולה מדבריו שהסיבה שהעיסקא לא נעשית מטלטלין אצל היורשים היא בגלל שהיתה סמיכות דעת של הנותן שיוכל תמיד לגבות ממנה כקרקעות. וראיה לכך שעל העיסקא סמך דעתו, היא שאין אפשרות למקבל העיסקא להוציא מעות העיסקא אך בדבר שבידו להוציא. לכאורה לא שייך לומר שסמך המפקיד על זה. וא"כ לפי האמור לעיל במקרה ששיעבד המקבל ממון אחר תמורת העיסקא לתוסי אפשר שיוכל להוציא העיסקא אך לרש"י נראה שאסור² כיון שרוצה שיתעסק בחלק הפקדון.

אך ברי"ף (סב עמוד א מדפיו) באר דברי רבא בדרך אחרת וז"ל "והלכתא כרבא בתרוייהו הילכך אי איכא סהדי דהני מטלטלי מחמת ההוא עיסקא נינהו שקיל להו מלוה בלא שבועה ואפי' מיתמי ואי איכא עליה דמיתנא כתובה או שטר חוב וליכא נכסי למיתנא לית להו מהני מטלטלי דעיסקא ולא מידי אלא שקיל להו מרייהו לחודיה דדיליה נינהו דלא קני ליה מיתנא אלא לאיעסוקי בהו בלחוד כיון דמת הדר עיסקא למאריה". ומבואר מדבריו שדעת רבא היא שהעיסקא שייכת לבעליה הראשון ולכן אסור למקבל להוציאה שאין זה ממונו. ומדבריו יוצא³ שאף שהמקבל ישעבד לנותן ממון לא יחשב תחליף לעיסקא אא"כ יזכה לו הממון שיהיה שייך לו במקום העיסקא.

למחלוקת ראשונים זו יש השלכות רבות, שבהם דנו האחרונים כגון שמיטת עיסקא בשביעית, גדרי ראוי ומוחזק אצל יורשי בעל העיסקא, דין המקדש

² אך ניתן להעיר מדיוק דברי רש"י בקידושין לו, א וז"ל "להוצאה ניתנה - הלוח רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וכיון דלהוצאה ניתנה הויה לה כי דידה ולא יהיב לה מידי". ומשמע מלשון רש"י שבעיסקא לא חשוב הממון כדידה אלא נשאר בחזקת הנותן ורק כאשר להוצאה נתנה חשוב מלוה. ועיין קצוה"ח סז, ב שדייק כך בדברי רש"י. אך בחזו"א אהע"ז סי' קמח באר בדעת רש"י שכן חשוב מלוה אלא שהוי מלוה שיש עליה משכון.

³ כך למדו האחרונים בדיוק לשון הרי"ף (עיין בנתיבות שלום סי' קעז, ב) אך מדברי שער משפט (יובאו לקמן) אפשר שהבין שגם לרי"ף זה גדר של שיעבוד ולא שחשוב ממש בבעלותו ועיין לקמן.

בעיסקא ודיניים רבים אחרים. במאמר זה נתייחס לגדרי העיסקא ביחס לזכויות הגביה של בעל העיסקא מידי מקבל העיסקא.

ג. פסק השו"ע בסדר גביה מעיסקא ומחלוקת הש"ך והקצות

בשו"ע (קעז ל) נפסק להלכה ע"פ הראשונים כרבא בשתי המחלוקות שבגמ'.⁴

א) שאסור למקבל העיסקא להוציא חצי המלוה לצרכיו וז"ל "הנותן מעות לחבירו להתעסק, אע"פ שהחצי יש לו דין מלוה אינו יכול להוציא החצי לצרכו ולהתעסק בחציו לבד לצורך חבירו, וכן אינו יכול לומר: אתעסק בחצי שלי ואניח החצי של פקדון בבית דין".

ב) כאשר המקבל נפטר גובה הנותן מהעיסקא את חובו קודם שאר בעלי החובות וכנ"ל צריך להישבע ליתומים. וז"ל השו"ע (שם לא) "מתעסק שמת ויש עדים שמעות או מטלטלין אלו הם מזה העסק, נוטלן בעל הממון בלא שבועה ואין הבעל חוב ולא האשה נוטלים כלום מהקרן ולא מחלק ריוח הנותן. הגה: ויוכל הנותן ליקח כל העיסקא מידם אע"פ שעדיין לא כלה הזמן שקצב עם המקבל (מיימוני פ"ה דהלכות שלוחים ורוב הפוסקים) (ועיין בח"מ סימן קעו)".

ובש"ך (צט ס"ק ז) כתב "אבל אם אמר מטלטלים אילו מעיסקא של פלוני הם וידוע בעדים או בשטר שיש בידו כך וכך עיסקא ממנו ולא החזיר כגון שנתן לו נאמנות או שהוא תוך זמנו אע"פ שאין ידוע שזה הוא מן העיסקא ואפשר שהוציא העיסקא וזה ממון אחר הוא נאמן אם יש לו מגו שהיה יכול ליתנם לו לידו ונוטל אותו פלוני כפי סך העיסקא החצי מהעיסקא שלו בראש וכן אם יש בידו מעות ואומר מעיסקא פלוני הם נאמן אם היה יכול ליתנם לו לידו אפילו יש עליו כמה שטרות נוטל אותו פלוני החצי בראש ושאר השטרות חולקין במותר" ומבואר מדבריו שכאשר נותן העיסקא בא לגבות מחליפי העיסקא גובה רק החצי פקדון אך בחצי מלוה אינו קודם לשאר בעלי החובות.

ובקצות החושן⁴ תמה על הש"ך בזה וז"ל "כתב הש"ך (סק"ב) כגון חפצים ומטלטלים, דאילו מעות אפילו ראייה לא מהני לענין שיהא של אותו פלוני לבדו אלא הוי כשאר בע"ח אם לא שיביא ראייה שנתנם לו בתורת עיסקא לענין הפלגא פקדון, אבל ראייה שהפקידן אצלו לא מהני דכיון דיש לו רשות

⁴ כדעתו כתבו גם התומים, נתיבות המשפט ושער משפט.

להשתמש הו"ל לוח עליה ע"כ ע"ש. והנה מה דמשמע מדברי הש"ך דבעיסקא אפילו ידוע אינו נוטל אלא הפלגא פקדון לבד, הנה בש"ס פרק המקבל (ב"מ קד, ב) מבואר דלהכי קרי ליה עיסקא כו' ואם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו אפילו הפלגא מלוה. וע"ש בסימן ע שכתב דאי איכא עליה בע"ח וכתובת אשה הוא קודם אם העיסקא בעין דלא נתן רק על העיסקא, וכן כתבו כל הפוסקים בלי שום חולק, וכן הוא בשו"ע (יו"ד סימן קעז, לא) דהוא קודם לעיסקא שלו מכל הבע"ח אפילו לפלגא מלוה".

ולכאורה מבואר בש"ך שיש חילוק בין הדין אצלנו לבין פסק השו"ע ביו"ד קעז כיוון ששם מבואר שיש עדים שמעידים שהממון שלפנינו הוא ממון העיסקא עצמו ובה מבואר שגובה נותן העיסקא ראשון מכל סכום העיסקא. אך אצלנו בסי' צט אין עדים מה הם מעות העיסקא אלא רק שהמקבל קיבל עיסקא ואפשר שאת מעות העיסקא המקבל הפסיד. ובכל זאת מועילה נאמנות המקבל (ע"י המיגו שיכל להחזירם לנותן) שנחשיב שאלו אכן מעות העיסקא.

ויתכן לומר⁵ שבגלל חילוק זה יגבה הנותן רק מחצית משווי העיסקא וכמו שיתבאר לקמן בעז"ה.

ד. מחלוקת האחרונים בהתר עיסקא בימינו

כבר דורות רבים נהגו בעם ישראל ללוות כספים ע"פ היתר עיסקא כדי לא להיכשל באיסורי ריבית החמורים. יסוד ההיתר הוא, שבמקום שהכסף ינתן בהלוואה הוא ניתן כעיסקא שחציה היא מלוה וחציה פקדון. ולפי הגדרה זו יכול נותן העיסקא לקבל רווחים שנעשו מכח החצי פקדון ששיך לו ולא נוטל את שכר מעותיו.

אך לפי ההגדרה המובאת לעיל של המושג עיסקא מתעוררת השאלה הפשוטה איך יכול המקבל לסחור בכל המעות ולהוציאם ביציאה. הרי אסור לשומר פקדון אפילו להשתמש בפקדון וכ"ש שאינו יכול למוכרו? ולכאורה

⁵ עיין בתומים ביאורים סעיף ו שעמד על הבדל זה שבין הדינים שביו"ד מבואר שיש ראייה שזהו ממון העיסקא. אך בכ"ז הקשה על הש"ך שכן אחר שאנו מאמינים למקבל העיסקא במיגו שאכן זהו ממון העיסקא ולכן קודם הנותן לגבי המחצה פקדון ממילא יהיה נאמן גם לגבי המחצה מלוה. ופירש דבריו וז"ל "ואם כן כאן שיש לו מיגו ונאמן היינו כמו עדים, דמאי שנא מיגו או עדים, סוף כל סוף אתברר לגבי בית דין דהך עיסקא דיליה הוא ולית ליה ללוה חלק בו". ולקמן בעז"ה יתבאר שלכאורה יש לחלק בין מצב שיכול הנותן להביא עדים שזו העיסקא לבין מצב שהדין תלוי במיגו של המקבל.

פשוט שמפקיד העיסקא ממנה את המתעסק להיות שלוחו שיוכל לשנות הפקדון אך צריך שיישאר החצי פקדון שיד לנותן כדי שלא תחזור הבעיה של ריבית?

ובשו"ע בעל התניא הלכות ריבית סעיף מב כתב וז"ל: "וכל זה כשאותן המעות שמקבל הן עצמן עיסקא שמתעסק בהן להרויח ואינו מוציא אותן ביציאותיו אבל אם הוציא יתר מחצי המעות שהן הלואה ביציאה שאין בה ריוח כגון לצורך פרנסתו או דירתו או פירעון חובו בין מדעת הנותן שנתן לו רשות להוציא בין שלא מדעתו אף שמיד החזיר מעות אחרות תחתיהן ונתעסק בהן והרויח הרי זה הרויח שלו ואם נתנו להנותן הרי זו רבית גמורה אף אם לא קצץ לו דבר קצוב אלא נותן לו חצי ריוח כל המעות בין רב או מעט לפי שמיד שהוציא ביציאותיו נעשו מעות אלו שהוציא חוב הלואה עליו ולא נשאר חצי המעות פקדון שיהיה חצי הרויח לבעל הפקדון. ומה תקנתו אם צריך ללוות ממעות העסק לפי שעה להוציא ביציאותיו אזי כשיחזיר המעות אחרות תחתיהן יזכה אותן להנותן על ידי איש אחר שיגביהן בשבילו שזכין לאדם שלא בפניו. ובלבד שיתן לו הנותן רשות ללוות מהן לפי שעה שאם ילוה מהן שלא ברשותו אין חזרה מועלת אפילו על ידי איש אחר לזכותן להנותן עד שיחזירן ליד הנותן. מלבד האיסור של תורה שעושה במה שמשנה מדעתו של הנותן ללוות מעותיו שלא ברשותו".

ומפורש בדבריו שרק אם יש עיסקא בעין שקונה בשביל הנותן אז מועיל ההיתר עיסקא. אך אם מוציא יותר מחצי המלווה בהוצאות חשוב כלוה ולא כמקבל פקדון ואז נאסר לו לשלם הרווח משום ריבית. ויוצא מדין זה שאין יכולת למקבל לערב מעות העיסקא עם מעותיו כיון שצריך כל הזמן שיישאר המחצה פקדון קיים.

ומקור לפסק השו"ע הרב מצאנו בדברי תשובת הרשב"א ח"ד סי' רלב וז"ל "וכגון שהתנו שיעמדו כל המעות מיוחדים, ושיקבלו היתומים מן הרויח הנמצא שם ממש. אבל לא שיוציאם הלוה לצרכן ושיפרע לאחר מכאן כלום, כי זה רבית גמורה היא". ונראה כוונתו⁶ שאם מוציא מעות העיסקא כבר בטל שם עיסקא וחוזר הכל להיות מלוה. וכן מבואר בדברי המרדכי בב"ק

⁶ וכך הבין מהריב"ל בדבריו (ח"ב כו) וז"ל: "ומה שיש להסתפק קצת בכל נכסי יתומים דיהבי להו קרוב לשכר ורחוק להפסד דלפעמים מיד כשלוקחים אותם פורעים בהם חובותיהם וצריך עיון אם מצו למעבד הכי כיון דאינו מתעסק באותם מעות של היתומים ונראה דלא מצי למעבד הכי".

פ"ט קכב) וז"ל "שיש לו להתנות שאם יצטרך המקבל מן המעות להוציא לצורכו שיחזיר אותם בקרוב ויזכה אותם למפקיד ע"י אחרים וילוו אותם במעות הראשונות שאם לא היו המעות תמיד בהלוואה או בסחורה היאך יתן הריבית על מה שהוציא הרי משלו הוא נותן".

אך מצאנו אחרונים שכתבו שישנה אפשרות לעשות היתר עיסקא אף אם המקבל לא מיחד סחורה מסוימת לעיסקא ולא מקנה לנותן חפץ בקנין תמורת החצי פקדון. וכך מבאר השואל ומשיב (מ"ק ח"ג קס) שנשאל על מלמד שלווה בהיתר עיסקא אף שמוציא המעות להוצאות ביתו וז"ל "וע"כ נראה לפע"ד דענין היתר עיסקא הוא כל מה שירוויח ואף אם אינו בעסק זה מ"מ אי לאו שהיה לו עסק זה היה מוכרח ליקח מעות אחר לעשות עסק זה ואז לא היה לו מעות על העסק האחר ולפי"ז המלמד שפרנסתו מהמלמדות ואם לא יהיה לו מה לאכול לא יוכל לעבוד עבודת המלמדות ולא ירויח פרנסתו וא"כ שפיר נקרא היתר עיסקא". וצ"ב איך נחשב עיסקא לדבריו הואיל ואין שום חפץ שבו נשאר קניין לנותן העיסקא?

ובשו"ת שרידי אש (יו"ד קעז) הביא דברי הכנה"ג (סיי קס הגב"י ג) שכתב להתיר וז"ל "אבל מה שאנו נוהגים עכשיו לתת ניכסי יתומים בדרך הכשר או בדרך קנס אין חשש אם הלווה מערבם בנכסיו או פורע חובותיו וזה פשוט" עכ"ל. והקשה עליו שם מדברי הראשונים הנ"ל ומסיק לאסור ותמה על המנהג להתיר.

ובמהרש"ם ח"ב רטז ג"כ הביא דברי השו"מ להתיר ותמה אליהם שכאשר אין כלל עיסקא אין על מה לסמוך ההיתר עיסקא. אך מסיק שבאדם שיש לו עיסקאות יכול ללוות ולהוציא המעות ע"פ דברי בעל האשל אברהם שכתב שתקנת הית"ע היא שהמקבל משעבד כל נכסיו לעיסקא וא"כ יכול להוציא את המעות ביציאה ושאר נכסיו יהיו משועבדים לעיסקא.

ולפי דברי המהרש"ם יש לעיין מהו מעמד העיסקא הואיל ואין לנותן העיסקא אלא שיעבוד על נכסי הלווה ולא בעלות ממש?

והנה לכאורה היה נראה לומר שתלוי בדעות הראשונים, שהובאו לעיל. שלדעת רש"י ותוס' זכויות בעל העיסקא הם בעיקבות שיעבוד שיש לו על נכסי הלווה אך לא חשוב כבעלות ממש ולכך אף אם המקבל לא יקנה לנותן את הממון יחשב הדבר כעיסקא כיון שהשעבוד קיים. אך לדעת הרי"ף בפטות נראה שאין אפשרות ליצור גדר של עיסקא אם אין בעלות של הנותן וא"כ לא יתאפשר לתת עיסקא מבלי להקנותה לנותן.

אך ע"פ דברי החו"ד (יו"ד קנג,ד) אולי ישנה אפשרות ליצור עיסקא גם לדעת הרי"ף בלי להקנות ממון מסוים ונבאר הדברים.

ברמב"ם מכירה פ"ז ה"ד כתב "מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר".

הראב"ד השיג על הרמב"ם וז"ל: "א"א לא ידעתי זה למה שהרי הושו הגאונים כלם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל והכי אמרינן בקדושין ושויים במכר שזה קונה ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קנה ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו וההיא לאו לענין קנייה מיירי אלא לאיסור רבית" עכ"ל.

ובחוות דעת (יו"ד קנג,ב) באר דברי הראב"ד שלענין ריבית עשו שאינו זוכה כזוכה. ולכן אף אם לא קנה המלוה את העיסקא במעשה קנין נקנית לו כיון שחכמים עשוהו כזוכה⁷. וא"כ לדבריו היה אפשר לחדש⁸ שגם במקום שלא ייחדו עיסקא מסוימת (ולא כמו במקרה של פסק על הפירות) זכה נותן העיסקא כנגד מעותיו בנכסי המקבל. ולמרות שיכול הלוה להוציא הממון יזכה הנותן בממון אחר כנגד מעותיו. ובמה שזכה בנכסים חשוב כעיסקא בין למחצה מלוה ובין למחצה פקדון. ואפשר⁹ לפ"ז שגם במקום שאין נכסים מיוחדים לעיסקא הנותן מקפיד שלא יבזבז המקבל את נכסיו שזכה בחלקם כנגד מעות העיסקא.

ולפי הסבר זה, אפשר שגם לדעת הרי"ף, שנראה בדבריו שגם החצי מלוה שבעיסקא צריך להיות בחזקת הנותן, אפשר יהיה ליצור היתר עיסקא בו יוציא המקבל את מעות העיסקא לצרכיו. אך כל זאת בתנאי שיהיה ממון למקבל שחלקו יהיה ממון העיסקא ויתחלקו ברווחיו, וכן במקרה של אובדן הנכסים יתחלקו באחריות.

⁷ ועיין שם בדבריו שהאריך להביא ראיות ליסוד זה.

⁸ ומצאתי שכך כתב המהרש"ם בדעת תורה הלכות ריבית קעז, ה עיי"ש.

⁹ אך צריך באור אידך יוכל הלוה להישבע כמה הרוויח בעיסקא אם אין ממון מסוים המוגדר כממון העיסקא. ואם אין אפשרות להישבע אז לכאורה חזר להיות ריבית קצוצה. ולכאורה קושיא זו קשה על עצם פסקו של השו"מ אידך שייך שישבע על רווחיו כאשר אינם לפניו. אך אפשר שנשבע על רווחי כלל הנכסים שבידו שנותן ה עיסקא זוכה בחלקם, או שהמקבל צריך בדעתו ליחד נכס מסוים ועליו ישבע ועצ"ע.

ו. דברי שער משפט ותרופ דברי הש"ך

ומצאתי בשער משפט סי' קד באר הדין בכמה מלווים שהלוו הלוואות בהיתר עיסקא ללוה אחד וברח הלוה ובאים כולם לגבות וז"ל "וגדולה מזו נראה אף בשטרי עיסקא שבזמננו העשוין ע"פ תיקון מוהר"ם ואח"כ נעשה הלווה בורח וידוע שסחורה זו באה ממעות אלו, חולקים המלווים לפי ממון (כ"א נוטל חלק יחסי לפי גודל ההלוואה שלו) אף שמסברא נראה שבימינו כל בעלי חוב נוטלים בשוה מחלק הפלגא מלוה, שבכאן לא שייך הטעם דהרי"ף והרא"ש שאין בעל חוב זוכה מחלק הפלגא מלווה משום שמכיוון שלא נתנם אלא להתעסק בהם ולא למשתי בהו שיכרא סמיכת המלוה עליו..., וא"כ כיון דבשטרי עיסקא שבזמננו לא נהגו להקפיד אם יוציאם לוח לצורכו וא"כ לאו עיקר סמיכת המלוה על העיסקא הלזו, מ"מ לפי מה שכתב הב"ש שבסחורה שלקח הבעל חוב בהקפה והוא בעין או מה דאתי מחמתיהו הוא קודם לכל בעלי חובות והוכיח שם הב"ש שאף אם אין ידוע בבירור שאלו הסחורות של פלוני הם אם ידוע שלקח סחורה כזו אמרינן דזו הסחורה שלקח עכ"ל".

ומפורש בדברי שער משפט, שבשטרות הית"ע שבהם אין המלוה מקפיד על מה מוציא המקבל את המעות בטל דין קדימת גביה מעיסקא. משום שבמקום שהמלוה לא מקפיד על מה מוציא הכסף אין לו שיעבוד שסומך עליו ולכן בטל דין קדימותו בגביה. ואף שהוא דיבר רק לגבי הפלגא מלוה מבואר בדבריו שכל מה שיכול הלוה להוציא ביציאה אין סברא שיקדום בעל העיסקא. וזאת ע"פ המפורש ברש"י ותוס' בבאור דברי הגמ' שרק בגלל שיש קפידיא של המלוה שלא למשתי ביה שכרא נוצר דין קדימה בגביה אך כשיכול להוציא הממון שוב אין קדימה.

אך לגבי המחצה פקדון היה פשוט לשער משפט שנשאר בו גדר העיסקא לענין בעלותו של הנותן וז"ל "אך מ"מ לענין הפלגא פקדון היכא שידוע שהסחורה היא מהמעות של בעל החוב אף בשטרי עיסקא שבזמננו מ"מ חולקים החצי של הפקדון לפי ערך הממון של כל או"א כיון שבזה לא שייך שיעבוד דגוף הממון של הבעלים הוא". ופוסק להלכה "א"כ כל מה שנשאר תחת יד הבורח חולקין החצי (מחצה פקדון) לפי ערך הממון".

ונראה בדעתו שחצי הפקדון מוגדר כמו שהבאנו בדעת הרי"ף, שצריך להיות של נותן העיסקא ממש. אך החצי מלוה אינו בחזקת הנותן אלא שייך למקבל לגמרי רק שיש לנותן שיעבוד עליו. וכאשר אינו מקפיד במה יוציא המעות מחל שיעבודו. וא"כ אפשר לבאר בזה דברי הש"ך הנ"ל, הסובר שאין קדימה

לבעל העיסקא בחצי המלוה במקום שאין ידוע אלו מעות הם מעות העיסקא. מכיון שעירב הלוה המעות במעותיו בטל השיעבוד לגבי החצי מלוה שאין ידוע¹⁰ על מה הוציא המעות ולכן אין בהם דין קדימה. אך לגבי החצי פקדון הוא חייב להיות שייך לנותן ולכן בזה תמיד תישאר לנותן העיסקא זכות לגבות קודם.

ויש לבאר ע"פ פרושינו דברי הש"ך שהביא ראיה לחלק בין הפלגא מלוה לפלגא פקדון מדין גבית עיסקא מיתומים (סי' קח ד) וז"ל השו"ע "הוציא על היורשים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונוטל; והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזרתי, במגו דנאנסו, וטענינן להו וכו'... ואם יש מהעסק בעין, ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו, נוטל המלוה בלא שבועה; ואם יש ריוח, נוטלים בו יורשי הלוה חלקם". ובשו"ת כד הקמח סי' ד בא לפסוק כדעת הש"ך בכל עיסקא אך הקשה מה הראיה מסי' קד לפסקו של הש"ך הרי שם מדובר ביתומים ולא ידוע מה הם מעות העיסקא והשאר בצ"ע.

ולפי דברינו מבוארים דברי הש"ך, שהביא ראיה מכך שכאשר לא ידוע בעדים מה הם מעות העיסקא וחליפיהם, גובה רק מהחצי פקדון ששייך לו אך מחצי המלוה איבד את זכותו ולכן לא יכול לגבות מהיתומים בלי שבועה. וזו לכאורה ראיה חזקה לבאורנו בדעת הש"ך.

ובזה גם אפשר אולי לבאר מדוע לא יהיה שיעבוד בפלגא מלוה מדין תקנת המדינות לגבי סחורה שתקנו שבעל הסחורה גובה ראשון.¹¹ משום שבציור שבעל העיסקא נותן אותה ולא מקפיד על מה המקבל יוציאה חשוב כמוחל על שיעבודו שהיה לו מדינא דגמי' וא"כ מדוע שתשאר לו זכות קדימה משום תקנת המדינות וכנ"ל.¹²

¹⁰ ועיין בשער משפט הנ"ל במסקנת דבריו שאחר תקנת המדינות שאדם שמכר סחורה ולא שילמו לו גובה מהסחורות או מחליפיהן ראשון לפני בעלי החובות האחרים אפשר שגם כאשר לא ידוע בעדים מהם חליפי הסחורה יש דין קדימה וכך כתב הבית שמואל אבה"ע צו, לח. וא"כ אפשר שגם בעיסקא יגבה הנותן תחילה גם כאשר לא ידועים מעות העיסקא מדין תקנת המדינות. אך באר שדין זה נתון במחלוקת הב"ח והצ"צ סי' קנו אם תקנת המדינות היתה רק לגבי סחורה או אף בשאר עיסקא.

¹¹ ועיין בשו"ת כד הקמח הנ"ל שהקשה כן ותירץ ע"פ דברי הנוב"י לחלק בין קניית סחורה לבין דין עיסקא ועיין שו"ת אפרקסתא דעניא סי' רצה שחולק בזה עי"ש.

¹² וזה דלא כשער משפט הנ"ל שנראה שסבר שאין זה חשוב כמחילה אלא זה סוג עיסקא ללא שיעבוד ועצ"ע.

ולכך מובן גם בדעת קצוה"ח מדוע לא יכל לקבל את פסקו של הש"ך. משום שבסימן סו ס"ק ה באר קצוה"ח ע"פ דברי הנמוק"י (ב"ק לו, ב בדפי הרי"ף) שגם את המחצה מלוה בעיסקא אפשר להקנות באגב ולא חשוב כמלוה רגיל. והוסיף הקצות שאם מחשיבים את הפלגא מלוה כממון שנקנה בקנין אגב¹³ אז גם מוכרחים לומר שלא שייך למחול עליו כיון שחשוב כחפץ בעין והוא בחזקת הנותן וז"ל "וכיון דנקנה באגב א"כ ממילא תו לא מהני מחילה כיון דגוף הדבר נקנה לו והרי הוא כפקדון לא מהני מחילתו. וכן כתב במרדכי פי הכותב (כתובות סי' ריט) לשיטה הסוברת דחוב נקנה באגב דלא מהני מחילה ע"ש, וממילא מבואר בחלק המלוה בעיסקא דנקנה באגב דלא מהני מחילה וזה פשוט".

ואפשר שלכן סבר קצוה"ח, שגם אם אין הנותן מיחד ממון מסוים שיהיה של העיסקא בכ"ז חשוב גם הפלגא מלוה כפקדון וממילא לא תועיל כלל מחילתו שיוכל המקבל להוציא את מעות העיסקא ועדיין צ"ב.

אמנם בדעת השו"מ והמהרש"ם שפסקו גם לגבי המחצה פקדון שאפשר ע"פ הית"ע שיהיה ממון שבחזקת המקבל, נראה שהבינו שעצם השיעבוד בצורה של עיסקא דהיינו שהמקבל מתחייב באחריות רק של חצי מהמעות וכן הוא עתיד להרוויח במעות אלו זו הגדרת עיסקא. ולכן אף שאין ממון מסוים לעיסקא לא תהיה בעיה של ריבית לגבי חלוקת הרווחים. אך ביחס לזכות לגבות מהנכסים לפני בעלי חובות אחרים ניתן לומר שכאשר אין הנותן מקפיד על מה יוציא המקבל את המעות ואין לו עדות שמבררת מהם מעות העיסקא איבד הנותן את קדימתו בגביה בכל העיסקא. וכמו שהתבאר לעיל בדעת הש"ך נידון זה יהיה גרוע מסחורה ולא יהיה דין קדימה אף לפי תקנת המדינות.

ז. סיכום ומסקנות

בארנו שישנה מחלוקת ראשוניים ביחס לבעלות נותן העיסקא על המחצה מלוה. לדעת הרי"ף נראה שצריך בדוקא בעלות ולדעת רש"י ותוס' נראה שתלוי בשיעבוד.

¹³ ובספר ישועות יעקב לגר"י מקוטנא (סו סוף אות ג וסוף אות לב) הביא מהרדב"ז ח"ד צא שאין הפלגא מלוה נקנה באגב וכן מביא מהמהרי"ט יו"ד כא ודלא כקצות עיי"ש. ובאמ"ב הלואה סי' סג אות יט הביא מהרדב"ז (ח"ב ריד) ששביעית לא משמטת הפלגא מלוה וא"כ מבואר שהדינים אינם תלויים זה בזה.

הבאנו דעות האחרונים לגבי היתר הוצאת העיסקא לצרכים של המקבל, והבאנו שתי דרכים לבאר את ההיתר של מקבל העיסקא להוציא המעות אף לדעת הרי"ף.

תרצנו ע"פ דברי שער משפט דברי הש"ך שבמקום שיכול הלוה לערב את העיסקא במעותיו אז מחל הנותן על שיעבודו לגבות קודם וממילא יקדום רק במחצה פקדון משום שהוא חייב להיות שייך לו.

ולפי כל האמור לעיל אפשר לדון בשאלות שהועלו בהקדמה. וניתן לומר שבחוב של משיכת יתר בבנק (או הלוואות של חברות האשראי) בו אין לבנק כלל ידיעה על מה מוציא המקבל את הכסף וגם לאדם שאין לו נכסים ישנה אפשרות לקבל את המעות, מסתבר לומר שלדעת השו"מ והמהרשד"ם אפשר שלא תהיה לבנק זכות לגבות קודם אפילו הפלגא פקדון. וזאת משום שכל הקדימה נובעת משיעבוד ולא מבעלות. אך אם ההית"ע פועל כדעת הנתיבות הנ"ל (בדעת הרי"ף) בכ"ז תהיה קדימה לבעל העיסקא בפלגא פקדון (או גם בפלגא מלוה) שכן זה ממונו. ובכ"מ אפשר שיוכלו בעלי החובות האחרים לטעון קים לי כדעת השו"מ ולתפוס נכסי הלוה.

אך בהלוואות גדולות אשר בהם הלווה צריך לתת ערבונו ויש לבנק פיקוח על מה מוציא את מעות ההלוואה נראה שגם בהית"ע היום יש קדימה בגביה וממילא לא יוכלו בעלי חובות אחרים לתפוס. וצ"ע למעשה.

חזרת קונה לאחר הכנת זר פרחים

ראשי הפרקים

- א. שאלה
- ב. שכירות פועלים
- ג. דינא דגרמי
- ד. דין ערב
- ה. קנין כסף מדין ערב

א. שאלה

נפשי לשאול הגיעה בראובן שנכנס לחנות פרחים ובקש שיכינו עבורו זר פרחים, לאחר שהוכן הזר התחרט ראובן ורצה לחזור בו מקנייתו, האם יכול לחזור בו, דלכאורה הרי לא נעשתה שום פעולת קנין ומצי הדר ביה. או שמא מכיון שהמוכר טרח עבור ראובן מכח דיבורו אינו יכול לחזור בו. יורנו המורה ושכמ"ה.

תשובה

אנסה בע"ה לענות באופן כללי ומתוך כך נפשוט את השאלה דלעיל. יש לחלק את הדיון לכמה נושאים:

(א) ראשית יש לדון מכח שכירות פועלים אי שייך הכא.

(ב) אף אם נניח שאין פה שום התחייבות קניינית לקנות את החפץ, יש לדון מכח דינא דגרמי, שכתוצאה מחזרתו של ראובן ינזק המוכר שעמלו ירד לטמיון.

(ג) יש מקום לדון, שכיון שהמוכר הוציא הוצאות מכח דיבורו של ראובן נקנה לו החפץ, כשם שערב משתעבד, וכמבואר בסוגיא דקידושין (ז,א) בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך, דמקודשת מדין ערב.

ב. שכירות פועלים

הנה¹ מרן בשו"ע (חו"מ שלג, ח) הביא את תשובת הרא"ש וז"ל: "אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואח"כ אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד, חייב".

נחלקו שם הסמ"ע והש"ך במכירתו. הסמ"ע (ס"ק ל) כתב דמדקדוק לשון הרא"ש משמע שהאומן צריך ליטפל ולמכור את החפץ, אלא שהמצווה יצטרך להוסיף לו על מה שיקבל כפי שסיכמו. והש"ך (ס"ק מא) העיר דזה דוקא באם עשה האומן משלו, אבל אם עשה משל הבעה"ב (המצווה), הרי הכלי של הבעה"ב ועליו מוטל למכרו.

ובנתיבות המשפט (ס"ק טו) הקשה אמאי בעינן שיהיה החפץ דבר האבד בכדי לחייב את המצווה (והיינו שאם זה לא דבר האבד יאמר לו טול מה שעשית בשכרך), והלא מבואר בסימן שלו דאפילו אמר לפועל עשה לי בדבר של הפקר ואמר לו שכרך עלי חייב לשלם ואינו יכול לומר לו טול מה שעשית?

ומכח זה הסביר דדוקא בשכירות פועל דאין צריך קנין חייב מיד ומזה מיירי בסימן שלו, והכא לאו מתורת שכירות אתי עלה, רק שאמר לו עשה חפץ פלוני ואחר שתעשהו אקנהו ממך דאז לא נעשה שלוחו והתחייב מיד, אלא בדבר האבד ומדינא דגרמי.

ומצאתי בפתחי חושן (שכירות יג, ג) שהביא הני"ל וכתב שיש כאן מחלוקת בין הסמ"ע והנתיבות בטעם הדין הני"ל, דהנה הנתיבות כתב שהחיוב כאן אינו מחמת שכירות פועל אלא מדינא דגרמי. אולם יש להוכיח מהסמ"ע שס"ל הטעם לחייב מדין שליחות, שהרי כתב שבעה"ב צריך לשלם לאומן כפי שפסק עימו מתחילה (דהיינו כולל הרווחים שלו בעשיית החפץ), ואם מדינא דגרמי אתינן עלה אינו צריך לשלם אלא את שיעור ההפסד בפועל ולא את הרווח, אלא ע"כ דס"ל לחייבו מדין שכירות פועלים.

(אלא שזה תמוה מאוד דהרי בתשובת הרא"ש כתב להדיא שהחיוב הוא מכח דינא דגרמי).

עפ"י דברי הפתחי חושן יצא דנ"ד דאמר לו עשה זר פרחים ואקחנו ממך תלוי במחלוקת הנתיבות והסמ"ע, לפי הסמ"ע חייב מדין שכירות פועלים והנפ"מ

¹ יש להעיר שמדברי רע"א לקמן שדן בשו"ע הזה רק מדינא דגרמי, מוכח שלא שייך במקרה זו שכירות פועלים, וכשיטת הנתיבות.

שצריך לשלם אף את הרווח שהפסידו. ולפי הנתיבות הואיל ואמר לו עשה לי ואקחנו ממך שכירות ליכא בהא ואינו חייב כי אם מדין דינא דגרמי, וישלם לו רק את ההפסד שנגרם לו ולא את מניעת הריווח.

ג. דינא דגרמי

1. שיטת רבי עקיבא איגר

הנה רע"א (שו"ת סי' קלד) דן בלוקחים שהזמינו פירות ממוכרים, והסוחרים טרחו בהבאת הפירות עד העיר, ורצה הגאון הנ"ל לחייבם בהוצאות הובלת הפירות מדינא דגרמי, והוא מדברי השו"ע הנזכר לעיל (שלג, ח).

ורצה רע"א לתלות את דברי הרא"ש שהם המקור לשו"ע, במחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דהנה ברמב"ם (זכיה ומתנה ו, כד) כתב וז"ל:²

הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן ועשה כדרך שעושין כל העם וחזרה בה משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם, והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל.

והיינו שהגורם לחבירו להוציא ממון, וחזר בו וגרם לו הפסד, חייב מדינא דגרמי.

והראב"ד שם הקשה, שזאת הגרמא דמיא למוכר זרעוני גינה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה (ב"ב צג), וכללא כיל שכל איבוד ממון שבעל הממון עושה אותו, אע"פ שזה גרם לו פטור. ולכאורה דברי הרא"ש דלעיל תליא במחלוקת זו, דלרמב"ם אכן חייב ולראב"ד כיון שהאומן גופיה עשה את ההפסד פטור.

ובמשנה למלך (שם) הביא תשובת מהרי"ק (שורש קלג) בראובן שהבטיח לשמעון להשתדל בעבורו חנם זולתי ההוצאה, ואחר ששמעון הוציא את מעותיו, חזר בו ראובן ואמר שלא יגמור אא"כ יתן לו כך וכך. וכן עשה שמעון ופייסו בממון, והגיעו מעות ראובן לשמעון ורוצה שמעון לעכבם, מדין שוכר עליהם או מטען, דשלא כדין הכריחו לפייסו.

² הנידון הוא באדם שסיכם עם אשה שישאנה, והמנהג היה שעושה סעודה לרעיו, ולאחר שעשה הסעודה חזרה בה.

ופסק שם מהרי"ק דאע"ג ששמעון הוציא מעות על סמך דברי ראובן, שמעון הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתיה דלמא הדר ביה ראובן.

וכתב שם המל"מ, דהאי דינא דראובן פטור תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דלהרמב"ם כיון שראובן גרם לשמעון להוציא ממון חייב מדינא דגרמי, ולהראב"ד פטור כיון דבעל הממון הוציא ההוצאה.

ולכאורה העולה מתוך הנ"ל שנידון הרא"ש והמהרי"ק הנ"ל הוי ספיקא דדינא, ופטור מלשלם. וממילא גם בנדוננו ייפטר הלוקח מלשלם עבור הפסד הפרחים, מכח המוציא מחבירו.

והוסיף הרע"א להקשות, דהנה המ"מ כתב שם על קושיות הראב"ד דאינו דומה לזריעה דשם הלוקח הוציא הוצאות כדי להרויח עי"ז, ולפיכך אינו בדין שישלם לו זה מה שהוציא להרויח. משא"כ בחזרה היא, שלא היתה כוונתו להשתכר אלא לנהוג במנהג אנשי העיר, וכיון שהוא נסמך עליה והיא חזרה בדין הוא שתשלם.

וא"כ יצא, שגם לפי הרמב"ם בנידון הרא"ש יהיה פטור מלשלם, דהלא האומן עשה כדי להשתכר וא"כ יקשה להרא"ש קושיית הראב"ד מזרעוני גינה דמבואר שם דבעשה כדי להשתכר פטור מלשלם.

ומכח זה יצא הגרע"א לומר דבר חדש, דדוקא בחזרה היא שהיא לא אמרה לו להוציא באופן מפורש אלא דכן המנהג דכל הנושא עושה כן. וכן בזרעונים דלא אמר לו המוכר להוציא הוצאות באופן מפורש ס"ל להראב"ד דפטור, ולהרמב"ם ס"ל דאם לא עשה כדי להשתכר חייב. אולם בנידון הרא"ש דהלוקח אמר לו מפורשות לעשות הכלי לכ"ע חייב ומכח זה פסק הגרע"א בנידונו שחייבים הלוקחים לשלם שכר טרחא למוכרים כיון שאמרו להם הביאו הפירות לכאן ונקנה מכם.

ועפ"ז מובן מה דתלה המל"מ את תשובת מהרי"ק במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דבנידונו דמהרי"ק לא אמר לו מפורש להוציא, ולכן ס"ל דפטור וכדברי הראב"ד.

העולה מדברי רע"א הנ"ל שאם הלוקח אמר למוכר בפרוש שיוציא הוצאות חייב לשלם לכ"ע. ואם לא אמר לו בפרוש לכאורה תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דלהרמב"ם חייב ולראב"ד פטור כיון דהמוכר הוא דהפסיד את ממונו. ולפי"ז בנידוננו דראובן אמר למוכר לעשות לו זר וחזר בו חייב לשלם לכ"ע מדינא דגרמי.

2. שיטת שער משפט

והנה בספר שער משפט (שפו, א) ירד להציל את הרמב"ם מקושיית הראב"ד, בהקדים שני יסודות לחלק בין דין גרמי שחייב, לדין גרמא שפטור. הובאו בתוסי' (ב"ב כב, ב) וברא"ש (שם סי' יז) והם: א) היכא שהוא עצמו המזיק וברי היזיקא הוא גרמי, והיכא דלא ברי היזיקא הוא גרמא בעלמא ופטור. ב) כל היכא שההיזק בא מיד הוא גרמי וחייב, אבל היכא שההיזק לא בא מיד רק אח"כ הוא גרמא בעלמא ופטור.

עפ"ז כתב דבשלמא בזרעוני גינה אכן פטור כי אין הנזק בא מיד אלא אח"כ כשיזרע, והוא גרמא שדינו שפטור. משא"כ בשידוכין שכבר האכיל לרעיו ונתן מתנות לשמשו א"כ כי חזרה הרי בעת חזרתה נפסדו כל ההוצאות שהיו לו עד עכשיו, ודמי למוחל שט"ח דחייב בדינא דגרמי באמירה בעלמא.

ועפ"ז י"ל דגם בנידונו של הרא"ש הוא ההיזק מיד, דהרי האומן הוציא הוצאותיו בעשיית הכלי, וברגע שאמר לו שלא רוצה לקחת את הכלי, יורדות כל הוצאותיו לטמיון, ונמצא שההיזק מידי והוא גרמי.

העולה מתוך השער משפט הוא דאכן פסק השו"ע בלוקח דהדר ביה מקניית החפץ הוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הנ"ל ואתי כרמב"ם. לרמב"ם בעין שההיזק יהיה מידי דכי להתחייב.

בני"ד יש לדון שחזרתו של ראובן מקניית הזר לאחר, שכבר הוכן הזר הוא היזק מידי (באופן שלא יצליח למכור אותו), שכל עמלו יורד ברגע החזרה לטמיון, וכההיא דחזרה היא, ולכן הדין שחייב.

3. שיטת העין יצחק

בשו"ת עין יצחק דחה את דברי השער משפט הנ"ל מחמת דהראשונים לא כתבו כן בסוגיא, וכתב ליישב קושיית הראב"ד באופן אחר, וכדלהלן.

דהנה בשו"ע (סי' שו, ו) מבואר דאיכא פלוגתא בפוסקים, באדם שהראה דינר לשולחני ואמר לו שהוא טוב ונמצא רע, דשיטת הרמב"ם והרי"ף דאינו חייב עד שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא, או שיהיה מוכח דסומך עליו (ש"ך סי"ק יב) וההסבר בזה דכל זמן שלא מוכח דסמיך עליה, יאמר השולחני כשם ששאל ממני כך ישאל מאחר, וכ"כ התומים טעם זה (סי' קכט סי"ק ז).

וא"כ במכר זרעים יכול המוכר לומר דלא הו"ל ללוקח לסמוך עלי, אלא היה לו לחקור אצל אחר על הזרעים אם הם ראויים לזריעה אם לא.

ואף להרא"ש דס"ל במראה דינר לשולחני דחייב אף בלא אמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא, י"ל דמודה בחיוב הוצאות דלא הוה מבעי ליה לסמוך על המוכר ולכן פסק הרא"ש בב"ב דהמוכר פטור אף בידע שהיה שהיה בו מום, והטעם משום דדוקא בשולחני דאינו בע"ד לא מבעי למימר חזי דעלך קא סמיכנא, דכיון דהראה לו שוב לא יראה לשום אדם, אבל במוכר דהוא בע"ד לא הו"ל ללוקח לסמוך עליו והיה לו לחקור אצל אחר ולכן פטור.

משא"כ בחזרה היא דפסק הרמב"ם דחייבת א"ש, דכיון דכן הוא מנהג המדינה לעשות מה הו"ל למעבד, ולא שייך לומר פה דהיה לו לחקור ע"כ חייבת בדינא דגרמי.

ולכאורה קשה על דברי העין יצחק ממה שנפסק השו"ע (בסימן שלג) בהזמין חפץ ונתחרט וחייבו השו"ע מדינא דגרמי, והלא שם לא אמר האומן חזי דעלך קא סמיכנא ובכל אופן חייבו השו"ע, וצ"ע.

ובאמרי בינה הביא את דברי המקנה ביחס לקושיית הראב"ד, דבזרעוני גינה לא היה חייב הלוקח לעשות ולכן היה לו לברר קודם שעשה ומשום כן פטור המוכר. משא"כ בחזרה היא דהיה חייב לעשות כן, כיון דכן המנהג להוציא הוצאות עבור החתונה ולכן חייבת לשלם.

עפ"ז כתב האמ"ב לדחות דברי המל"מ דלעיל דתלה את תשובת מהרי"ק הנ"ל במחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דאפילו לדעת הרמב"ם דבחזרה היא חייבת, היינו התם משום דכן המנהג ומה הו"ל למעבד, משא"כ בנידון המהרי"ק שאותו שהוציא הכסף לא היה חייב להוציאו והו"ל לאסוקי אדעתיה דלמא הדר ביה המתחייב.

ד. דין ערב

איתא בגמ' (קידושין ו, ב)

אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב. ערב לאו אע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעביד נפשיה, האי איתתא נמי אע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעבדא ומקניא נפשה.

הגמ' לומדת יסוד מדין ערב, שכמו שערב מתחייב לשלם את חוב הלווה ואע"פ שלא הגיעה הנאה לידו, ה"ה שאשה יכולה להתקדש למרות שלא הגיעה הנאה לידה.

וצריך לבאר מה התחדש בדין ערב, ונראה לומר בזה בבי' אופנים:

(א) לעולם בכל השתעבדות בע"י כסף כדי ליצור את השיעבוד, ובערב התחדש שלא בע"י למסור את הכסף דוקא למתחייב, אלא לכל אחד שהמתחייב מצווה עליו.

(ב) בערב התחדש שלא בע"י כסף כדי ליצור את השעבוד, ומספיקה הנאה כלשהי שחפץ בה הערב כדי ליצור את החיוב. ובערב אותה הנאה שעשה לו נחת רוח שהלוה על פי דיבורו, גורמת לו להשתעבד.

ומינה לקידושין דשייכי הכא ב' הצדדים הנ"ל או שהכסף הניתן לאותו פלוני יפעל את הקידושין, למרות שהאשה לא קבלה דבר, או כאידך גיסא שההנאה שנעשה רצונה היא היוצרת את הקידושין.

1. שיטת רש"י

והנה רש"י (בד"ה מקודשת) כתב וז"ל "ואע"ג דלא מטי הנאה לידה". וצ"ע מה בא לחדש, דהרי בגמ' מבואר כבר דמקודשת אע"פ שלא הגיעה הנאה לידה?

והנראה בדעתו, שבא להדגיש כסברא קמייתא שהעלינו (שהכסף פועל את הקנין), לכן הדגיש שאע"פ שלא הגיעה הנאה לידה, והיינו אפילו הנאה קלישתא שהוציא ממון על פי דיבורה, בכ"א מקודשת ע"י הכסף שקיבל אותו פלוני.

וכדברינו בדעת רש"י ראיתי שכתב הגר"א וסרמן³ אלא שהוא למד כן מהא דכתב רש"י "מדין ערב- ממה שמצינו בתורה שהערב משתעבד למלוה אנו יכולין ללמוד". ולמד מזה הגר"א דהיינו דילפינן מדין ערב, דהטעם דמוציאים את הממון מהערב ואע"פ שלא לוה, משום דחשבינן דהממון הניתן ללוה כאילו ניתן לערב. ומשום הכי מהני אף בקידושין דהוי כאילו קבלה את המעות לידה.

³ הובאו דבריו בקובץ אהל חיי קידושין (ז, א).

אלא, שלא הבנתי ראייתו, דרש"י סה"כ כתב שמחויבא דערב יכולים אנו ללמוד, ואיך שנלמד את דין ערב (שזה לא כתוב ברש"י איך), נלמד לדין קידושין. בכ"א אנו קיימינן בשיטתו וכאמור.

אולם ראיתי בקונטרסי שיעורים (קידושין שיעור ח) שאזיל בתר איפכא בדעת רש"י וכדלהלן.

הנה רש"י כתב (בד"ה ואקדש אני לך) "וכשנתנו לו אמר לה התקדשי לי", ולכאורה צ"ב במה מקדשה ורש"י לא נחית לכך. וצ"ל שמקדשה מדין ערב, ומה זה ערב? משמע מרש"י שאין הערב משתעבד מסברא דהיכן מצינו שאפשר להשתעבד ע"י דיבור בעלמא, אלא ערב זוהי גזיה"כ שמשתעבד באמירה לחוד. וז"ש רש"י (בד"ה מדין ערב) "ממה שמצינו בתורה שהערב משתעבד למלוה אנו יכולים ללמוד". והיינו שבעלמא כל הקניינים נעשים ע"י מעשה קנין, וס"ד אמינא שערב שכל חיובו הוא ע"י אמירה לא משתעבד, קמ"ל גזיה"כ שערב משתעבד באמירה בעלמא.

והיכן היא גזיה"כ שערב משתעבד? גמ' מפורשת היא בסוף ב"ב (קעג,ב).

אמר רב הונא מנין לערב דמשתעבד? דכתיב אנכי אערבנו... אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודא ור' יוסי, לר' יוסי דאסמכתא קניא ערב משתעבד, לר' יהודא דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד. אמר רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד? אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה.

ואף שעל פניו דברי רב אשי קשים לרש"י דהרי קאמר דבההוא הנאה משעבד נפשיה? ע"ז י"ל, שאליבא דאמת השתעבדות הערב היא מכח אמירתו, אלא שיש כאן בעיה שהרי הערב בטוח שלא יהיה מצב שהלוה לא ישלם, וא"כ נמצא שהשתעבדותו היא אסמכתא ובטילה. לזה נזקקה הגמ' לומר שיש כאן הנאה לערב שההנאה הזו מוציאה את הדברים מכלל אסמכתא, והו"ל השתעבדות מעליא.

אלא שעדיין צ"ע, כיצד יועיל דין ערב בקידושין והרי אין האישה מתקדשת אלא בכסף שטר וביאה, וכאן יש רק אמירה בעלמא? ומפרש רש"י שיסוד הענין הוא כך, שע"י האמירה היא משתעבדת ומתחייבת לבעל ממון, אלא שתחת ההשתעבדות נותנת לו האישה קידושין.

מוסיף הגרייז גוסטמאן לחקור דאמאי אין זה מקדש במלוח שקיי"ל שאינה מקודשת? ומפנה אותנו לגמרא (קידושין מח,א) שם איתא דלמ"ד שאינה לשכירות אלא לבסוף אי"ז מלוח משום דבשעה שמגיע זמן החיוב לחול תיכף היא מתקדשת ונמצא שלא היה עליה חוב מעולם והכ"נ דכוותה. וצריך להוסיף שבשעה שנותן את המנה לאותו פלוני אומר לה התקדשי לי בזה וכדכתב המאירי בסוגיין. (צע"ק אמאי נזקק למאירי בעוד רש"י כתב כן להדיא דכשנותן לו המעות אומר לה התקדשי לי).

העולה בשיטת רש"י: לדידן – ערב משתעבד ע"י המעות, והחידוש הוא שלא בעינן שימסור את המעות לידו, אלא ליד כל מי שהערב חפץ בכך.

לדעת הגרייז גוסטמאן – הערב משתעבד באמירה בעלמא בלא קנין, וילפינן לה מגזיה"כ.

2. שיטת הריטב"א

הריטב"א בסוגיין התקשה, דמלשון הגמ' : "אע"ג דלא מטי הנאה לידיה", משמע שהערב משתעבד ללא הנאה כלל, וא"כ צ"ע במה הוא משתעבד? ובאר הריטב"א, שאין כוונת הגמ' שלא הגיעה הנאה כלל לידו של הערב, אלא אף שלא הגיעה כסף או שווה כסף לידו, בכ"א משתעבד בהנאה שנעשה מעשה על פיו והנאה בכל מקום חשיבא ככסף. ואף כאן בקידושין מקדשה בהנאה שנתן את הממון על פיה. וצריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי באותה הנאה שנתתי לפלוני מנה על פיד.

על פי דברי הריטב"א מדוייקת לשון הגמ' בב"ב (קעג,ב), דקאמר רב אשי דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, והיינו כאמור בהנאה שנעשה מעשה על פיו.

ודבריו צ"ב בתרתי: א) דאם ערב משתעבד ע"י ההנאה מדוע הגמ' בגט פשוט חפשה מקור ליסוד השתעבדות הערב, והרי הנאה בכל מקום חשיבא ככסף (כלשון הריטב"א).

ב) מלשון הגמ' "מקודשת מדין ערב", משמע שיש כאן איזה חידוש בקידושין הללו שנצרך ללמדו מדין ערב, ואילו לדברי הריטב"א אין כאן שום חידוש, שהרי אלו קידושין בהנאה שמצינו רבות דוגמתן (למשל קידושין ו,ב בהנאת מלוח מקודשת).

והנה בריטב"א (ב"ב קעג,ב) בשמעתא דערב, כתב דמעקרא דסוגיין ידענו שערב משתעבד בהנאה שאל"כ במה משתעבד, ומה שהגמ' התאמצה למצא לכך אינו אלא אסמכתא בעלמא. ובהו"א חשבה הגמ' דכיון דאסמכתא לא קניא אזי גם ההיא הנאה לא תועיל, וחידש רב אשי דע"י ההנאה חשיב כאילו בא הממון לידו ושוב אי"ז אסמכתא.

להאמור אזלא קושיא קמייתא דאכן כל מהלך הגמ' שם אינו בא למצא מקור לערב, וכל השקלא וטריא הינה רק במקור האסמכתא. וגם קושייתנו השניה באה על פתרונה, דבערב יש איזה חידוש, דחשיב כאילו קבל את המעות לטובתו ולא הוי אסמכתא. והוא הדין קידושין מדין ערב יש חידוש, דאף דמצינו קידושין בהנאה, הני הוו ללא חשש אסמכתא אבל בגוונא דערב דאיכא אסמכתא מן לימא דמיקדשא, ועל זה באה הגמרא וקאמרה דמקודשת.

והנה בפני יהושע בסוגיין הביא את דברי הריטב"א דמאי דילפינן מדין ערב הוא שמתקדשת באותה הנאה שנתן מנה על פיה. ותמה כי דברינו לעיל, דעל זה אין צריך להביא ראיה מערב, דהמילתא דפשיטא היא דאישה מיקדשא בהנאה, ומכח זה דחה דברי הריטב"א ופירש באופן אחר.

ובא רבא לומר דלא תימא דכיוון דזו היא הנאה מחודשת וכאמור, תועיל ההנאה הזו לשעבד את הערב ותו לא, ומהיכי תיתי דיועיל בקידושין, ועל זה קאמר רבא, דמערב ילפינן במה מצינו בכל התורה כולה דהנאה דקא מהימן ליה היא בכלל כסף, ואפשר לקדש על ידה.

ואף שדבריו הקדושים חביבים, אי אפשר להסביר כן בריטב"א שהרי הריטב"א פירש להדיא את הסוגיא דגט פשוט דכולה היא אסמכתא בעלמא ומילתא דפשיטא היא דאפשר להשתעבד על ידי הנאה.

3. שיטת הרא"ש

כתב הרא"ש (בסוגיין סי' י):

אמר רבא תן מנה לפלוני, ואקדש אני לך, וכשנתן המנה לאותו פלוני, אמר הרי את מקודשת במנה שנתתי לפלוני, מקודשת מדין ערב. ערב לאו אע"ג דלא מטיא הנאה לידיה משעבד נפשיה, האי איתתא נמי, אע"ג דלא מטיא הנאה לידיה, קא מקניא נפשה.

והנה הרא"ש דייק בלישניה וכתב שמקודשת באותו ממון שנתן לפלוני, ועל כרחך אי אפשר לפרש דבריו כשיטת רש"י, דהלא לפי רש"י מקודשת במה שנפטרת מהחוב ולא בממון שנתן לאותו פלוני. ואף כשיטת הריטב"א לא אתיא שמקודשת באותה הנאה, דהלא שפתיו ברור מיללו שמקדשה באותו מנה, ואם כן, שיטתו צריכה ביאור.

והסביר בקונטרסי שיעורים (הנ"ל אות ג) דהרא"ש מפרש דחיובא דערב ודאי בעי קנין כדי להתחייב, אלא שזוהי גופא גזירת הכתוב של הערב, שאותו קנין מעות שמשעבד את הלווה, משעבד את הערב. מפני שחיובו של הערב אינו חיוב אחר אלא הוא מקושר בחיוב הלווה ולכן אותו הכסף שמועיל לשעבד את הלווה, מהני לשעבד את הערב, ונמצא דהתחייבות הערב הרי היא כפרט מההלוואה.

וזהו שחידש רבא בסוגיין דכמו שמצינו שהכסף שניתן ללווה מועיל לשעבד גם את הערב ה"ה בקידושין שאותו הכסף שניתן לאותו פלוני מועיל לקדש את ההיא איתתא נמי.

וברא"ש לקמן (סי' יג) כתב "איכא לספוקי אם אמרה האשה תן מנה ע"ג הסלע ואקדש אני לך, אם היא מקודשת מדין ערב... או דילמא לא אמר מדין ערב, אלא דומיא דערב. דאע"ג דלא מטיא לידיה מיהו מטיא לאיניש אחרינא, גמר ומשעבד נפשיה. אבל היכא דלא מטיא הנאה לשום איניש לא דמיא לערב... ויען שראיתי מקצת הגדולים שכתבו דהוי מקודשת מדין ערב כתבתי הנראה לי, ודעתי נוטה דלא דמי לערב כלל וראוי להחמיר בדברי". והסביר הגרי"ז גוסטמאן זצ"ל דהרא"ש לשיטתו בערב, דאותו הקנין המשעבד את הלווה משעבד את הערב, וודאי שלא שייכא הך סברא גבי סלע או כלב.

ויש לעיין בדבריו, דלכאורה לפי דרכו, אין הנידון דקידושין דומה לראיה דערב, דהרי בערב נתינת המעות היא מעשה שמשעבד את הלווה, וממילא מובן שמעשה המשעבד יכול לשעבד אף את הערב. אמנם בנידון דידן נתינת המעות לאותו פלוני, אינה משעבדת אותו כלל, דהרי הוא מקבל את המעות בתורת מתנה, ומה"ת שמעשה שלא משעבד כלל יוכל לשעבד את הערב, שבנ"ד היא האשה?

ואינה הי"ת לידי, דבמאירי בסוגיין הביא בשם חכמי נרבונא, שרצו ללמוד מכאן, שאם אמר ראובן לשמעון תן מנה ללוי ואני אפרענו לך, אע"פ שאין יכול שמעון לתבוע את לוי שהרי נתן לו מתנה יכול לתבוע את ראובן, אע"פ

שאינ לוי משתעבד. כי הכא, שלמרות שמקבל המתנה לא משתעבד כלל האישה מתקדשת. והעיר המאירי על דבריהם שבכה"ג אי"ז פועל מדין ערבות אלא מדין התחייבות, שראובן מתחייב שע"י נתינת המנה ללוי, יתן הוא מנה לשמעון. העולה מדבריו שבשביל שיהיה דין ערב בעינין שהמקבל עצמו ישתעבד, ורק אז יחול השיעבוד על המצווה, ודו"ק.⁴

4. שיטת התוס' רי"ד

לקמן דף ח, כתב התוס' רי"ד וז"ל "ואם היה הסלע של שניהם שואל, אם בדרך כעס אמרה לו או בכל לב. ובכולן אם אמרה ואקדש אני לך נראה לי דהיא מקודשת, דבכל לב קאמרה ליה, ובכל מקום שיתנם בציוויה כאילו שם בידה דמי. ונראה לי דהוא הדין לגבי גט, אם היה בעלה נותן לה גיטה ואמרה לו שים אותו על גבי סלע זה או על גבי קרקע ואתגרש מגורשת היא, וכאילו שם בידה דמי. ולא דמי לטלי גיטיך מעל גבי קרקע... וכן כשאמרה לו תנהו לפלוני ואתגרש בו, ואע"פ שאין אותו פלוני שם מגורשת, ולא מטעם שליח לקבלה, דהא לא שמע השליח מפיה. אלא כיון שנתנת הבעל לאותו פלוני היא בציווי האישה וברצונה, כאילו נתן בידה דמי... אבל כשאומרת היא לבעל תנהו לפלוני ואתקדש אני לך כאילו נתן בידה דמי, ואע"פ שלא מינתה אותו פלוני שליח לקבלה היא מקודשת..."⁵

העולה מדבריו דהלכתא דערב הוי כאילו קבל הערב ממש מיד המלוה, והוא עצמו נשתעבד, וזה מועיל אף בגיטין וקידושין. ולפי"ז כתב בקונטרסי שיעורים נפ"מ ברורה בין תוס' רי"ד לבין הריטב"א. שלתוס' רי"ד אם מקדשה בפרוטה תהיה מקודשת דחשיב כאילו כל הפרוטה הגיע לידה אבל

⁴ והנה דברי המאירי צ"ב, דבסוגיין מבואר שהאשה אמרה תן מנה לפלוני, וקאמרה הגמי דמקודשת מדין ערב, ולא מדין התחייבות בעלמא?
ובספר אהל חייא מובא בשם הג"ר שלמה ברמן זצ"ל שיישב שס"ל למאירי שחלוק דין ערב בהלוואה מדין ערב במתנה. דבהלוואה נכנס הערב בחיובי הלוה מטעם ההיא הנאה, והוא חיוב חדש דדין ערב. משא"כ במתנה ההגדרה היא שחשיבין כאילו הנאת השימוש במעות הגיע לידיו, וא"כ אי"ז מדין ערבות אלא מדין התחייבות, שמתחייב בעבור הנאה זו לנותן. ועפ"ז הסביר שבקידושין מוכרחים אנו לדמות לדין ערב דהלוואה ולא לדין ערב דמתנה כיון דהסברא דמתנה דהגיע הנאת השתמשות המעות לידיו לא מהניא בקידושין דבעינן נתינת כסף ממש, וסברא זו מועילה ליצור התחייבות לתת כנגד. וע"כ לומר דדין קידושין נלמד מדין הלוואה דלמרות שלא הגיע הכסף לידיו מצי להכנס בחיובי הלווה ואף כאן האישה יכולה להתקדש מדין ערבות, דבההיא הנאה גמרה ומקניא נפשה.

⁵ עיין בקה"י (קידושין סי' יב) דכתב כן בשיטת התוס' והרא"ש.

לריטב"א דמקדשה בהנאה שנתן פרוטה, ודאי בהנאה שנתן פרוטה, ודאי שהנאה זו שווה פחות מפרוטה ולא מקדשא.

5. שיטת הרשב"ם

הרשב"ם כתב בב"ב (קעג,ב ד"ה גמר ומשעבד נפשיה): "בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה", משמע דדין ערב הוא מטעם שליחות, דהמלוה הוא שלוחו של הערב להלוות את הכסף ללוה.

ובביאור הדבר כתב הקהילות יעקב וז"ל "דיסוד חיוב הערב, הוא משום דמחשב שהערב השתמש בכסף זה להלוותו ללוה מאחר שזהו רצונו, וע"פ דבריו הוא דנותן המלוה ללוה, הו"ל כאילו הערב משתמש במעות אלו לתתם הלוואה ללוה וזה שייך דוקא כשהוא שלוחו של הערב, דאזי רואין אנו שהערב השתמש בו דמ"ל שנשתמש בו בעצמו מ"ל שנשתמש בו ע"י שלוחו ועושי דברו. וזה חידוש דין ערב שמתחייב עבור שעושה בהממון רצונו ע"י הבעלים, אע"פ שהבעלים עצמם נותנים הן הם עושים לשם שליחותו של הערב".

והוסיף שם הקהילות יעקב דאין זה מטעם דשלוחו של אדם כמותו, דהרי מצינו דין ערב אף בגוי (כדמשמע ריש פרק השוכר את הפועל). אלא כל שעושה לשם שליחותו של הערב מתחייב.

6. סיכום השיטות

נמצאנו למדים ה' שיטות בראשונים בגדר השתעבדות הערב:

- א) רש"י - ערב משתעבד בדיבור בעלמא ללא קנין, וזה נלמד מגזיה"כ. (לדין רש"י סובר כרא"ש, עיין לקמן).
- ב) ריטב"א - ערב משתעבד באותה הנאה שנעשה מעשה על פיו.
- ג) רא"ש - ערב בעי קנין, וקניינו נעשה ע"י אותו ממון שניתן למקבל.
- ד) תוס' ר"ד - הערב חשיב כאילו קיבל ממש את הממון הניתן ללוה.
- ה) רשב"ם - המלוה הוא שליח הערב להלוות את כספו ללוה.

ה. קנין כסף מדין ערב

בגמרא קידושין הני"ל איתא "איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא". ובאר רש"י כגון אדם המוכר שדה לחבירו ואמר לו תן מנה לפלוני ותהא שדי

מכורה לך, קנה מדין ערב. ועפ"ז פסק בשו"ע חו"מ סי' קצ סעי' ג "האומר לחבירו תן מנה לפלוני וקנה לך קרקע שלי כיון שנתן קנה".

עפ"ז יש לברר את הנידון דידן אודות ראובן שרצה לחזור בו מקניית החפץ לאחר שכבר המוכר הכינו, האם יתחייב מדין ערב. (אם כי השו"ע הנ"ל מדבר על מעשה קנין ובנדון דידן עדיין לא התכוין לקנות).

הנה בטור (חו"מ עז, כד) הביא תשובת הרא"ש בראובן שהיתה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה, א"ל שמעון שחוט אותה ואם תמצא טריפה אתן לך כו"כ ואם תמצא כשרה תן לי כו"כ, ונתן לו שמעון משכון ביד שלישי, ושחטה ראובן ונמצאת טריפה והתחילו למוכרה וראה שמעון שהולך להפסיד ורצה לחזור בו. והשיב הרא"ש, ששמעון יכול לחזור בו מכיון שהמקח נעשה ללא קנין לא היה אלא דברים בעלמא ויכול לחזור בו.

והקשה שם בב"י דאמאי לא יתחייב שמעון מדין ערב דהרי על פיו שחטה, שאילולא שהבטיח שישלם לו לא היה שוחטה?

ותרץ שני תירוצים: א) יש לומר שערב שאני, דמשום דמהימן ליה גמר ומקני, אבל הכא לא הימניה שהרי נתן לו משכון, וממילא לא הוי ערב. ב) עוד יש לומר, דהכא לא מתורת ערבות נחית לה אלא מדרך מקח וממכר, שהרי התנה שאם תהיה טריפה אתן לך כו"כ ואם תצא כשרה אתן לך כו"כ, וכיון שזה מקח וממכר היה צריך להיות פה קנין, והואיל וקנין לא היה פה מצי הדר ביה.

ובדרישה (שם) לאחר שהביא את תירוצי הב"י ודחאם, תרץ דהכא לא דמי לערב, דשאני ערב דהמלווה הוציא את כספו להלוותו ללווה וסמך על דיבורו והבטחתו של הערב, משא"כ הכא ראובן לא הוציא כלום שהרי קבל את כל שוויה של הפרה אלא שרצה למוכרה בחייה על הספק, וכיון שקבל את שוויה האמיתי לא הוי ערב ופטור שמעון.

ביחס לקושית הב"י הנ"ל יש הגהה בסימן מהגאון מוהר"ר עוזר ז"ל, דכתב דהרא"ש פסק שפיר לשיטתו בזרוק מנה לים ואתקדש אני לך דאינה מקודשת מדין ערב, דלא דמי לערב שהלווה נהנה בגוף הממון, משא"כ בזרוק מנה לים, דאף אחד לא נהנה לא משתעבד, ולכן אינה מקודשת. אבל הרמב"ן חולק על זה ומחייבו מדין ערב. ונמצא דכאן בבהמה הרא"ש אזיל לשיטתו, דהרי אין שום אדם נהנה בשחיטת בהמה טריפה שלו, לכן לא משתעבד שמעון, אבל לדין ספיקא דדינא הוא, דהא הרמב"ן פליג, לכן ראובן א"צ

חזרת קונה לאחר הכנת זר פרחים

להחזיר לשמעון המשכון עד ששמעון ישלם לו על הפרה. וכתירוצו כתב קצוה"ח מדנפשיה.

ואתי שפיר על פי מה שכתבנו בדעת הרא"ש, דס"ל דבעינן קנין לשעבד את הערב, והקנין נעשה ע"י נתינת המעות למקבל, ובגוונא שאין מקבל לא נעשה קנין וממילא ליתא לדין ערב ופטור.

אמנם לשאר השיטות נראה שיתחייב. לשיטת רש"י הערב משתעבד באמירה בעלמא ומה אכפ"ל אם יש מקבל או לא, ההשתעבדות נעשתה בעת האמירה. ולריטב"א שהערב משתעבד בהיא הנאה שנעשה מעשה על פיו, א"כ עצם זה שהוציא הוצאות על פיו משתעבד, כיון שנעשה רצונו ומה לי אם יש מקבל או לא. וכ"ש לתוס' רי"ד שאומר שחשיב כאילו קבל את הכסף ממש, ושם איירי בסלע, א"כ להדיא בדבריו שלא צריכים מקבל.

ותצא דינא, שמצד דינא דגרמי חייב ראובן לשלם וכמבואר לעיל ובדינא דערב העלנו שתליא במחלוקת הראשונים, ולכאורה המוציא מחבירו עליו הראיה.

הפסקת עבודה עקב עיכוב שכר¹

תיאור המקרה

הנתבע, קיבל את פרויקט הקמת בניין "אודם" במתחם הבניה של בית ספר. הוא סיכם עם התובע (קבלן משנה) לעשות את עבודות האינסטלציה במקום.

סוכם על מחיר "פאושלי" (דהיינו סכום כולל ללא מדידת כמויות) של 6500 ש"ח לכל יחידה לפני מע"מ. העבודה החלה בנובמבר 2009 וכעבור ארבעה חודשים בתאריך 31.3.09 הוגש על ידי התובע חשבון על סך 70,000 ש"ח לפני מע"מ. החשבון הוא תמחור של 16 יחידות דיור שכמעט הושלמו מתוך 19 יחידות שסוכם מראש.

בחשבון מצוין שעד לתאריך הנקוב, שולם סך 27,316 ש"ח בלבד, ויתרת החוב על סך 70000 ש"ח לפני מע"מ עדיין לא שולמה. קבלן המשנה תובע את מלוא שכרו, ואילו הנתבע טוען, שכיוון שהעבודות לא הושלמו מגיע לתובע רק כמחצית מן הסכום.

טענות התובע קבלן המשנה

הפרויקט התנהל באווירה ידידותית ולכן לא היה חוזה כתוב וחתום בינינו. ההסכמה היתה שבכל סוף חודש יוגש חשבון ובמהלך החודש הבא הוא ישולם. התשלום התעכב למעלה משלושה חודשים ואני לא יכולתי להרשות לעצמי להמשיך. הוצאתי כסף על חומר ופועלים **ולא קיבלתי שכר**. אמרתי במפורש לנתבע "אין שכר אין עבודה". נאלצתי להפסיק את העבודה בסביבות חג הפסח.

הנתבע הכניס אדם חדש במקומי לאחר שלושה שבועות, בערך בסוף אפריל 2009. עוד לפני שהוא נכנס, אני ומנהל העבודה ערכנו סיור באתר הבניה וכתבנו בצורה מסודרת את כל העבודות שלא הושלמו.

מהמסמך עולה שחסרים דברים בודדים: התקנת כלים סנטרים ופתיחת פתחים לצנרת, שאמורה לעלות לקומה שלישית. תמחרתי את כל החסר ויצא שעל כל יחידה יש להפחית 300 ש"ח על כלים סניטרים וכן 120 ש"ח על

¹ פסק הדין נערך מחדש.

הצינורות לכל יחידה. לפי החישוב שלי לאחר הפחתת העבודה שנשארה יתרת הסכום המגיע לי הוא 70,000 ש"ח לפני מע"מ. אני תובע את כל שכרי, עד היום 16.8 לא קיבלתי את שכרי.

טענות הנתבע קבלן ראשי

אכן היה עיכוב בתשלום השכר מהסיבה שבית הספר לא העביר לי כסף כפי שסוכם.

אולם לדעתי הנתבע הסכים למצב זה וכפי שאפרט בהמשך, לכן אין לו כל עילה להפסקת העבודה.

השתלשלות העניינים היתה באופן הבא: ברגע שבית הספר החל לפגור בתשלומים בצורה משמעותית, אני רציתי להפסיק את העבודה באתר הבניה עד שישולם השכר ופניתי למנהל בית הספר לצורך כך. הייתי משוכנע שקבלן המשנה ישתף עימי פעולה היות והוא עצמו איים כל הזמן שאם אין כסף אין עבודה.

אולם, כאשר סוף סוף נגשתי ושוחחתי עם המנהל של בית הספר על הבעיה הכספית, הוא בנוכחותי הרים טלפון לקבלן משנה וביקש ממנו להמשיך את העבודה. המנהל הצליח לשכנע אותו לא לעצור את העבודה והתחייב בפניו לדאוג לכך שכל שכרו ישולם והוא לא יפסיד דבר ממה שמגיע לו. הוא הוסיף ואמר לו שאם השכר לא ישולם, בית הספר יעכב תשלומים המגיעים אלי לקבלן הראשי והם יעברו ישירות לקבלן משנה.

וכך, להפתעתי, התובע הסכים לחזור לעבודה תקינה.

מבחינתי בשיחה זו השתנו הכללים ומעתה אני לא אחראי על התשלום של השכר אלא המנהל. הוא אמר שידאג לו לשכרו וכלפי אין תביעות.

למעשה התובע למרות שנתן את הבטחתו שיגיע לעבודה, בפועל הוא לא עבד.

במשך כשלושה שבועות רדפתי אחריו, לא הצלחתי להשיג אותו ישירות אלא קיבלתי מסר שהוא מבטיח שיגיע אבל הוא לא בא. לבסוף פניתי בשאלה הלכתית למנהל האם אני רשאי להכניס אדם אחר. הוא התייעץ עם אחד הרבנים היושבים פה ולאור הנתונים קיבלתי תשובה - מותר לי להכניס עובד חדש.

אם נחזור לשיחת הטלפון נלמד ממנה על האופי של קבלן המשנה. אני חושב שנעשה פה מעשה שלא יעשה, אדם התחייב למנהל להגיע ובפועל הוא לא בא. הרי אם הוא היה מודיע לי שהוא מפסיק לעבוד הייתי מתארגן מהר יותר למצוא מחליף לכן נגרם לי נזק של התארכות העבודה עד כדי החזקת מנהל עבודה ופועלים למשך זמן ארוך יותר.

לגבי עצם תביעת השכר, ברגע שהתובע חזר בו מהסיכום והפסיק לעבוד, הרי ההסכם שדברנו עליו בטל ואני לא מחויב להסכמה של 6500 ש"ח ליחידה. אני מוכן לתמחר לפי מחיר מחירון בנייה ולא מחיר כללי כפי שקבענו, להערכתי מדובר בחצי מהסכום.

תשובת התובע

ראשית, הפרש הזמנים בין הכנסת העובד החדש במקומי, לבין שיחת הטלפון עם המנהל, לא היה הפרש גדול היות והיה באמצע את חג הפסח, אם כן מדובר אולי על עשרה ימים, לכן לא נגרם שום נזק בגללי.

באותם ימים אם באמת רצו אותי הייתי בפועל באתר, נכון שלא עניתי לנתבע לטלפון אבל ניתן היה להשיג אותי. לגבי שיחת הטלפון אשר הנתבע בונה עליה הרים וגבעות, המשמעות היחידה היתה שהסכמתי להמשיך את העבודה בקומה השנייה בלבד ואכן כך עשיתי, לא התחייבתי לסיים את כל הפרויקט.

אני לא מסכים לטענה שכביכול העברתי את האחריות למנהל בית הספר ומעתה הוא אחראי על שכרי, מי שהזמין אותי לעבודה זה הנתבע ורק עימו יש לי הסכם. שיחת טלפון הוסיפה לי מעין בטוחה שהמנהל ידאג לכך שהכסף יעבור אלי אבל לא יותר מכך!

בפועל לא היתה שום התקדמות בתשלומים ולכן לא חזרתי לעבודה.

עדות המנהל

התובע, שהוא קבלן משנה, אכן הלך לקראתנו בכך שלא הוציא צו הפסקת עבודה, דבר אשר היה ביכולתו להוציא עכב הלנת השכר. היה לו רצון לזרז את הפרויקט וכך הוא אמר לי בשיחת טלפון שהוא חוזר לעבודה. הוא הבטיח לחזור לעבודה לגמרי, לא זכור לי שהוא דיבר רק על הקומה השנייה.

אני אמרתי שאין לו מה לדאוג משום שלבסוף יקבל את כל חלקו. אנו נשלם לו ישירות מכספים שמיועדים לנתבע על פי מה שיתברר בדין תורה.

דיון

א. ביטול הסכם

השאלה המרכזית העומדת על הפרק היא האם הפסקת העבודה מצד קבלן המשנה היתה מוצדקת? שאלה זו תכריע כיצד לתמחר את השכר.

אם הפסקת העבודה אינה כדין הרי ידו של הפועל על התחנתונה, ואם היא כדין ידו של "בעל הבית" – הקבלן הראשי, על התחנתונה (חו"מ שלג, ד).

אנו עסוקים פה בקבלן ולפי המבואר בהלכות פועלים, אין לו רשות לחזור בו באמצע העבודה אלא כאשר ישנה הפרה יסודית של ההסכם מצד המעסיק.

לדעתנו, הלנת שכר במשך כמה חודשים היא סיבה מספקת לחזרת הקבלן מעבודתו ברור שלא על דעת כן קיבל על עצמו את העבודה, בייחוד שכך מקובל² בתחום הבניה.

היחס לשיחת הטלפון עם המנהל

א. הצגת הפרשנויות השונות לשיחה

מצד אחד התובע קיבל על עצמו לחזור לעבוד ואולי יש בכך משום מחילה על הזכות שהיתה לו להפסיק את העבודה, ומעתה ואילך הפסקת עבודה אינה אפשרית.

אולם מצד שני אולי כל כוונתו היתה לנסות לחזור לעבודה ולבחון שוב את מוסר התשלומים.

לפי זה אין לו כל כוונה למחול על זכותו לשבות ובעצם ההסכם הקודם קיים לגמרי. יש בכך סברה משום שקשה להניח שהוא הסכים לגמרי להמתין עם החוב של 70,000 ש"ח לזמן בלתי ידוע. האם כוח השכנוע של המנהל כל כך גדול עד שגרם לקבלן המשנה להסכים לעבוד כרגיל ללא קשר לשכר?

² כך עולה מבירור עם אנשי מקצוע שכאשר ישנו עיכוב ממושך בשכר מקובל להשתמש בסנקציה של הפסקת העבודה ויש המגדילים לעשות ומוציאים צו הפסקת עבודה חתום בידי בית משפט.

אם אכן כך הם פני הדברים הרי הפסקת העבודה מצדו, לאחר שיחת הטלפון³ אינה מוצדקת.

כאמור, התובע מצדו מפרש את שיחת הטלפון אחרת לגמרי, לדבריו לא היתה פה הסכמה לוותר על השהיית השכר, מצידו היה ברור שההסכמה שלו לחזור תלויה בדבר אחד בלבד בתשלום השכר. וכפי שהוא אמר מספר פעמים- אין כסף אין עבודה. ההסכמה לחזרה לעבודה היתה מקומית לאותם ימים מתוך הבנה שהכסף יגיע.

ב. הכרעה מה היא הפרשנות העדיפה

יש בפנינו פרשנויות שונות ביחס לשיחת הטלפון ואף המנהל לא אמר דברים ברורים בעדותו.

אנו מניחים שאין בשיחת הטלפון לעשות שינוי של מאה שמונים מעלות כפי שטוען הנתבע. קשה להניח שבשיחה אחת הסכים התובע להשהות סדר גודל של 7000 ש"ח בייחוד שהוא שילם לעובדיו את המשכורת שלהם. כנראה שהקבלן משנה חשב שיתחילו כספים להגיע ולכן הסכים להמשיך לעבוד אף שדבר זה לא נאמר במפורש.

מבחינתנו אין בהסכמה של התובע לקבל את השכר מהמנהל משום מחילה על זכותו לתבוע את הנתבע על הלנת השכר. אנו מתרשמים שהכוונה היתה לרשת בטחון ולא להחלפת החייב העיקרי שהוא הקבלן הראשי.

אנו כן מייחסים משמעות לשיחת הטלפון לגבי נשיאת אחריות על נזקים שנגרמו לקבלן הראשי. ההבטחה שקבלן המשנה נתן למנהל שהוא חוזר לעבודה, מחייבת אותו בתשלום מדין גרמי⁴ עליו לשאת בכיסוי ההפסדים הישירים שנגרמו מהשהיית העבודה.

לענין זה ההסכמה שלו לחזור לעבודה כן משמעותית והוא לא עמד בה. היה עליו לחדד את תביעתו לשכר⁵ ולא להשלות את הקבלן הראשי שהוא מגיע לעבודה. אף אם הלנת השכר מצדיקה הפסקת עבודה היא לא מצדיקה את האשליה וההבטחה הכוזבת שהעבודה תמשך!

³ בייחוד שנודע לנו שהתובע התחיל עבודה חדשה באותו זמן באילת.

⁴ בדומה למקרה שאמר אחד מבעלי הדין "לך ואני אבוא אחרריך" ולבסוף לא הגיע, חייב בכל ההוצאה של חברו. (סימן יד סעיף ה).

⁵ זה היה השיקול של הרב שנתן לקבלן הראשי התר להוציא את הנתבע ולהכניס עובד חדש.

התברר בעדות המנהל כי הוא תומך בגרסה של הקבלן הראשי שההבטחה לחזור היתה לכל העבודה ולא רק לסיום הקומה השנייה, לכן לתובע ישנה אחריות על עיכוב השלמת הפרויקט.

תמחור העבודה

לאור ההחלטה שהפסקת העבודה מוצדקת, אנו פוסקים שידו של הקבלן משנהעל העליונה. צורת החישוב היא לקחת את השכר הבסיסי שעליו סוכם ולהפחית ממנו את עלות השלמת העבודה (סימן שלג שם).

אם כן, קבלן המשנה היה אמור לבנות 19 יחידות בשכר של 6500 ש"ח ליחידה סך הכל 123500 ש"ח.

מסכום זה יש להפחית את עלות העובד החדש 27000 ש"ח אשר השלים את כל העבודה.

לפי חשבון זה היה על הקבלן הראשי לשלם 96500 ש"ח! סכום זה גדול בהרבה ממה שביקש הקבלן משנה אשר כל תביעתו מבוססת רק על החישוב הבסיסי של 16 יחידות בלבד.

יש לשאול מהו ההגיון ההלכתי להכליל בתוך חישוב השכר את שלש יחידות הדיור אשר לא נעשתה בהם שום עבודה? נראה שהדבר נובע מכך שפועל קונה את שכרו בתחילת עבודה. כל השכר שסוכם עליו נקנה לפועל ברגע שהתחיל במלאכתו.

אם כן השאלה האם גם קבלן קונה את כל שכרו בתחילת עבודה?

אנו מוצאים מחלוקת בשאלה זו. הש"ך (שלג ס"ק י) נקט להלכה שקבלן קונה את כל שכרו על ידי תחילת מלאכה. לעומת זאת בפתחי חושן (פרק ז הערה ט) הביא שיש חולקים שקבלן דינו שונה מפועל ואין לו קניין על שכרו. לפי דעות אלו, אין סיבה שקבלן משנה ירוויח כסף על מה שלא עבד, ההגדרה כי ידו על העליונה ויד בעל הבית על התחתונה נכונה רק לגבי העבודה אשר עשה. מכיוון שיש מחלוקת בנקודה זו אנו מחליטים להוציא מתביעת השכר את שלושת היחידות שלא נבנו וכפי שעשה כן התובע עצמו, ולהעמיד⁶ את התביעה על בסיס של 77000 ש"ח.

⁶ יש להוריד אותם לפי התמחור בהסכם הראשוני דהיינו 3כפול 6500 שזה 19500 ש"ח.

קיים קושי בתמחור העבודה שנתרה. אנו יודעים ששכרו של הפועל החדש, הוא 27000 ש"ח אולם, שכר זה ניתן עבור כל העבודה אף על שלושת היחידות החדשות. עלינו להעריך מתוך סכום זה כמה שולם על חשבון גמר העבודה וכמה שולם על היחידות החדשות.

בנוסף הקבלן הראשי טען, בצדק, שאין לראות בשכר הפועל החדש את המחיר הסופי.

האדם שסיים את העבודה הוא פועל פשוט שאין לו אחריות כוללת, האחריות נפלה על כתפי הקבלן הראשי, שנאלץ לעקוב אחרי קצב הבניה ולדאוג להסעת העובדים וכדומה. לכן עלינו להוסיף לתמחור תשלום נוסף כפי המקובל אצל קבלנים. מנגד אין אנו מקבלים את טענתו להתעלם לגמרי מהתשלום ששולם בפועל ולעבור לתמחור של מחירון הבניה "דקל".

לפי מה שביררנו מחירון דקל נחשב למחיר יקר בשוק הבניה ובנוסף קשה להגיע למחיר האמיתי של העבודה ללא עלות החומר.

כאן השכר של קבלן משנה יקר יותר ממי שסיים את העבודה שהוא פועל פשוט⁷ שאין לו אחריות על העבודה, יש מקום לתמחר את גמר העבודה יותר מהתשלום לפועל הפשוט.

לאחר התייעצות עם אנשי מקצוע מתחום הבניה שנתנו הצעות מחיר לגימור העבודה החלטנו שעלות גמר העבודה היא 18000 ש"ח. סכום זה יש לנכות מהסכום של 77000 ש"ח שהוא הבסיס לחשבון.

⁷ הקבלן הראשי טען יותר מכך, הוא הסביר שהסכום של 6500 ש"ח ליחידה מבוסס על כך שכל האחריות נולת על קבלן המשנה. מראש היה תמחור גבוהה כדי שהקבלן הראשי לא מתעסק בכך. לכן לטענתו אין לקדש את המחיר הזה כמחיר הבסיסי לחישוב. לדעתו, לאחר הפסקת העבודה מצד קבלן המשנה המחיר הראשוני לא רלוונטי, ההסכם נפתח ויש לתמחר את הכל לפי מחירון. יש רגליים לטענה זאת מתוך מה שמובא בפת"ש בסימן שלד סק"ב מתשובת ראש יוסף על חייט שקיבל עבודה לתקן עשרים בגדים עבור עשרים רובל. לבסוף קיבל לתיקון רק עשרה בגדים ופסק שם שמחזיר לו עשרה רובל. נחלק עימו בספר משכנות הרועים (מובא במשפט הפועלים עמוד קסו) שיש לשער אצל בקיאים את ההפרש בין הצעת מחיר לעשרים בגדים לבין הצעת מחיר עשרה בגדים שאז כל פריט יקר יותר. אף כאן נאמר שהתמחור היה לפי אחריות כוללת על כל העבודה. לדעתנו, אין לטענה זו מקום היות ופסקנו שידו על התחנתונה והקבלן הראשי אחראי להפסקת העבודה. מצד הפועל הוא עומד מוכן לגמור את העבודה כפי שסוכם לכן האחריות אינה עליו.

הפסדים שנגרמו עקב הפסקת העבודה

כפי שכבר ביררנו לקבלן משנה ישנה אחריות על ההפסדים שנגרמו עקב השהיית העבודה, אין הוא חייב על נזקים עקיפים. העיכוב היה למשך כשלושה שבועות שבו הטעה התובע את הנתבע ואמר שיגיע לעבודה. חלק מזמן זה היה ימי חול המועד וימי חג הפסח. קשה מאוד להעריך מה באמת נגרם ישירות בשל קבלן המשנה לאחר התייעצות עם איש מקצוע החלטנו להעריך את ההפסד כ-10% מהחוב.

מסקנה

1. השכר יחושב לפי הבסיס של 6500 ש"ח ליחידה.
2. מסכום זה יש להפחית את מחיר העבודות של שלא נעשו.
3. בנוסף, על התובע לפצות את הנתבע על עיכוב העבודות בתקופה שאמר שיבצע את העבודות ולא ביצע אותן, בשיעור של 10%.

י. חשבון סופי

השכר הבסיסי	6500 * 16	סה"כ 104,000 ש"ח
שולם בפועל		סה"כ 27,316 - ש"ח
עבודות שלא בוצעו		סה"כ 1800 - ש"ח
יתרה		58684 ש"ח
הפחתת 10% בגין הפסדים הנובעים מעיכוב הבניה		5868 - ₪
יתרה לתשלום		52816 ש"ח

החלטה

הנתבע ישלם לתובע סך של 52816 ש"ח לא כולל מע"מ תוך שלושים יום.

הרב אריאל בר-אלי

מכירת דירה שלא יצאה אל הפועל

תיאור המקרה

הדירה של התובע הוצעה למכירה, הנתבע הגיע לראות את הדירה ובין שאר הדברים התעניין בנוגע לאפשרות להרחיב את הדירה.

התובע אמר לו שזה אפשרי אולם הנתבע אמר שהוא רוצה לדעת שיש אישור לכך והוא יבדוק במחלקת ההנדסה. התהליך נמשך, ואז הגיעה שרה שהתחילה להתעניין בדירה. התובע התקשר לנתבע והודיע לו שיש עוד שמתעניינים בדירה ולכן עליו להזדרז. הנתבע הודיע שעקרונית הוא רוצה לקנות את הדירה ואף החל לדבר עם התובע על תאריך פינוי.

התובע מספר ששרה הגיעה עם אמא מתוך רצון לסגור עסקה אולם הוא אמר לה שיש עוד קונה רציני ולכן הוא יתייעץ עם הרב יורם. לפני שהתובע נסע לרב יורם הוא התקשר לנתבע לוודא שהכל סגור והוא מסכים לאותם תנאים ששרה מסכימה. ההסתייגות היחידה היתה שיש לחכות לבנק משכנתאות ולראות מתי יהיה אפשר לקבל את המשכנתא. עצת הרב יורם היתה לערוך הגרלה שבה זכה הנתבע. לאחר שהודיע לנתבע על זכייתו בהגרלה שאל התובע האם אפשר להוריד את השלט למכירה ונענה בחיוב.

הנתבע הגיע לבית התובע והם יחד סיכמו על מכירת הדירה ובמעמד זה נתן הנתבע 1000 ש"ח לתובע (היוזמה היתה של הנתבע). לאחר כמה ימים הגיע הנתבע למחלקת הנדסה ושם הוברר לו שיש לו זכות להגדיל את הדירה רק ב-12 מ"ר. הוא התקשר לתובע והודיע לו שהוא רוצה לבטל את העסקה.

התברר שגם שרה אינה מעוניינת ברכישת הדירה ועד היום הדירה לא נמכרה.

טענות בעלי הדין

תובע - אני תובע סך של 10000 ש"ח הכוללים הפסד ימי עבודה, הפסד עיסקה ודמי עוגמת נפש.

היתה לי אפשרות לסגור עסקה עם שרה אלא שהעדפתי להיות ישר ולהמשיך עם הנתבע. שאלתי כמה פעמים האם הענין סגור ונענתי בחיוב. מבחינתי לחיצת היד כמוה כהסכם ואין חזרה.

בענין ההרחבה של הדירה יש לי תוכנית להרחבה והראתי אותה לנתבע, מבחינתי בעיר שדרות רבים בונים ללא אישורים ולכך התכוונתי. כמו כן הוא באמת קיבל תשובה להרחבה של 12 מ"ר וזה גודל של חדר. הנתבע לקח על עצמו לברר את העניין ולכן מבחינתי הוא סגר את הדבר והסכים לקניית הדירה. הנושא לא הועלה בשלבים האחרונים ואם היה מעלה אותו הייתי מעדיף את שרה.

אשתי ואני הפסדנו ימי עבודה, הלכתי לרב יורם וכן למצוא דירה חדשה באשקלון, מצאתי דירה ורק בגלל שלא היה לי את הכסף מהנתבע נאלצתי לבטל אותה. עד היום לא החזרתי את השלט למכירה אין לי כוח להתעסק שוב עם טלפונים וכדומה.

נתבע - נגרמה לי עוגמת נפש רבה עקב ההטעיה של המוכר. הוא אמר לי בוודאות שיש אפשרות להרחיב ובלי זה לא הייתי מתקדם ומביא אנשים להתייעץ איתם. אני עובד בהוראה ולא היתה לי אפשרות להגיע למחלקת ההנדסה עד שהחלטתי לקחת חופש. היה ברור כל הזמן שהעסקה תלויה בנתון זה ולכן אני תובע את 1000 הש"ח ששילמתי. מי שהפר את המכירה זו האשליה שיצר המוכר ולכן כספי אמור לחזור אלי. כמו כן אני תובע על ייעוץ שלקחתי לצורך הדין תורה וכן את יום החופש שלקחתי ואת הבושה שנגרמה לי מול האנשים שהטרחתי לראות את הדירה לשווא.

בירור הדין

אנו יוצאים מתוך נקודת מוצא שלא התקיימה כאן עסקה וברור היה לשני הצדדים שלחיצת היד אינה קנין לדירה ואף הכסף שניתן ביוזמת הקונה אינו כסף קנין. ידוע שיש הרבה פרוצדורה במכירת דירה וכל עוד שלא התברר שהדירה אינה משועבדת וכן שאר דברים שמתבררים אצל עו"ד אין גמירות דעת למכירה וקניה. היות ולא נכתב¹ שום מסמך אין כאן אפילו זכרון דברים אלא הסכמה עקרונית להתקדם בעסקה. במצב זה שני הצדדים יודעים שיש

¹ על פי החוק כל עסקת נדל"ן מחייבת רישום.

עוד כמה שלבים בדרך לגמר העסקה. עובדה שהמוכר עצמו המתין עם קניית הדירה החדשה ועוד סיפר על תחושה של אי וודאות על תקפות העסקה.

אנו מתייחסים לתשלום של אלף השקלים כדמי רצינות. משמעות הדברים על מנת שהמוכר לא יצור קשר עם קונים פוטנציאלים מראה לו הקונה רצינות ונותן לו כסף. ברור שכסף זה יהיה פיצוי במקרה של ביטול עסקה מצד הקונה לדעתנו, זה הוא ההסבר הרגיל בעיני אנשים למשמעות זאת ולכן טענתו של המוכר אינה מתקבלת שכביכול יש פה הסכם מכירה.

העולה מבירור זה שאין המוכר צריך להחזיר את התשלום של 1000 ש"ח משום שעל דעת כן הוא ניתן, שאם תהיה חזרה הכסף נשאר אצל המוכר.

ביטול עסקה

לגבי טענת המוכר שהוא הפסיד עסקה סגורה עם שרה ולכן הקונה צריך לפצות אותו על כך.

מצד מכירת הדירה הרי בידו היום למכור אותה ולכן אין כאן הפסד.

מצד הפסד הלקוחה המסוימת – שרה, אין אפשרות לדעת האם היא היתה סוגרת את העסקה או שהיו מתגלים קשיים מסוימים, ביחוד ששוחחנו עם שרה והתברר שהיא חזרה בה בגלל בעיה כספית שלה ולא בגלל ההגרלה וכדומה. נמצא שהקונה לא גרם למוכר הפסד ברמה זו של הפסד עסקה.

המוכר הפסיד ימי עבודה על מנת להתקדם בעסקה אולם אין בכך לחייב את הקונה. הוא לא יזם את הפניה לרב יורם, זו החלטה אישית של התובע ולכן אין אחריות לנתבע על כך. כמו כן הפסד העסקה באשקלון אינה באחריות הנתבע, התובע ואשתו הלכו לחפש דירה מיוזמתם ללא קשר לנתבע. עוגמת הנפש שנגרמה לתובע מצערת אבל אין על כך חיוב פיצוי כספי.

סיכום

הנתבע פטור מתשלום על אובדן ימי העבודה של המוכר וכן על עוגמת הנפש, המוכר מעכב את 1000 ש"ח לעצמו.

בשולי הדברים אנו רוצים להצביע על כך שהנתבע לא גילה אחריות מספקת כלפי התובע. היה עליו להגיד במפורש שהעסקה סגורה רק בתנאי שיש יכולת הרחבה. נראה שהיה נוח לנתבע להעלים דבר זה על מנת להמשיך בהליך הקניה ולמנוע מעבר לקונה אחר, אנו קוראים לנתבע לפייס את התובע.

הרב דרור טוויל הרב דוד פנדל (אב"ד) הרב אריאל בר-אלי

הרב אריאל בר-אלי

מכירת מיטות – פסק דין

בעניין שבין

הנתבע: אלי (שם בדוי)

(להלן: התובע)

לבין

הנתבע: יוסי (שם בדוי)

(להלן: הנתבע)

א. טענות וראיות

טענות התובע: הנתבע מכר סוכות, דיברתי איתו שאני אתן לו מיטות שמתאימות לסוכה, שווי כל מיטה 250 ש"ח, והוא יכול למכור אותה ביותר מכך ולהרוויח. הנתבע הסכים לפרסם את המיטות באתר האינטרנט שלו.

יאיר העובד של הנתבע נסע עם המכונית של הנתבע לכיוון מרכז הארץ, באותו יום נסעתי איתו והעלנו שמונה מיטות לרכב, הנתבע ידע מכך כי דווחנו לו על כך בטלפון תוך כדי הנסיעה. לאחר מספר ימים יאיר לקח ארבע מיטות ברכב ומכר שתיים מהן במרכז הארץ, שיק אחד ניתן על שם הנתבע ושיק אחד ניתן על שמי, וקיבלתי אותו.

לפי החשבון צריכות היו להישאר לי שש מיטות, אך בחצירו של הנתבע מצאתי עשר מיטות. הנתבע אומר שש מיטות הן של אדם אחר בשם ידידיה (אני מכיר אותו ומאמין לו שאכן אלו המיטות שלו). נמצא על פי דבריו שיש רק 4 מיטות שהן שלי, ושתיים נעלמו. תביעותיו הן:

1. 250 ש"ח עבור מיטה שנמכרה, ויוסי קיבל עליה כסף בשיק על שמו.
 2. שתי המיטות שחסרות, שהן באחריותו של הנתבע שהסכים לעסקה. ערכה של כל מיטה היא 250 ש"ח, סה"כ 500 ש"ח.
- נמצא סך כל התביעה 750 ש"ח.

טענות הנתבע: התובע רצה להוביל את המיטות אלי, מכיון שהעובד שלי ממילא נסע למרכז הצעתי לו לקחת טרמפ עם העובד. אמרתי לו שאם הוא ימכור את המיטות בעצמו הוא ישלם לי על ההובלה 20 ש"ח למיטה.

כאשר התובע הגיע עם הרכב והמיטות לביתי הוא לא פרק אותם אלא השאיר אותן בעגלה שמחוברת לרכב ללא שמירה. אין לי מושג מי פרק את המיטות אפשר שאחד העובדים שלי אבל בכל מקרה זה לא נעשה בשליחותי, אני לא מקבל כך סחורה. הוא לא יידע אותי שהגיעו המיטות לכן אין לי אחריות עליהם- כעת חסרות מיטות.

דרכי בקבלת סחורה היא שהסחורה מגיעה לחצרי ואז אני סופר ומאשר שקבלתי את הסחורה, כך אני נוהג עם כל אדם. במקרה זה עדיין לא קבלתי אחריות, לכן איני אחראי לאובדן המיטות. כמו כן לא היה ברור לי אלו מיטות היו ברכב, חשבתי שהן של ידידיה.

לגבי התביעה של 250 ש"ח עבור המיטה שנמכרה, אני לא זוכר ואפשר שנמכרה דווקא מיטה של ידידיה.

עדות: יאיר העובד של הנתבע מאשר את כל דברי התובע ביחס לקבלת שמונה המיטות, ולהשארת המיטות בעגלה המחוברת לרכב ללא השגחה. כמו"כ ביחס למכירת שתי המיטות וקבלת הצ'קים.

ב. דיון

1. תשלום על המיטה שנמכרה

לאחר שהנתבע הכחיש, הוסבר לו ע"י בית הדין שהחשבון של המיטות של ידידיה מראה שהמיטה שנמכרה לא הייתה שלו אלא שייכת לתובע. הוא חזר ונשאל ע"י ביה"ד האם כעת הוא מודה שחייב סכום של 250 ש"ח, הנתבע הסכים לכך.

הנתבע מודה שמכר את המיטה ולכן עליו לשלם 250 ש"ח לתובע.

2. אחריות על המיטות שאבדו

כאמור, יאיר העיד שהמיטות הועלו על הרכב והובלו למקומו של הנתבע, אבל לדבריו הם נשארו בעגלה ללא השגחה. לכאורה, הצדדים אינם חולקים על העובדות האלה.

המחלוקת ביניהם היא בשאלה מי היה אחראי על המיטות ברגע שהן הועלו על הרכב.:

התובע טוען שיש כאן קבלת אחריות כיון שהנתבע ידע על העמסת המיטות ואישר זאת בטלפון. הנתבע טוען שלא קיבל על עצמו אחריות לא בעל פה בשיחת הטלפון, וגם לא אחר כך בראיית המיטות בחצר. לדבריו, התובע קיבל טרמפ מהעובד שלו, המיות הגיעו ללא בדיקה שלו, אפשר שנגנבו מיטות בזמן שהיו על הרכב לפני הפריקה.

מאחר והתובע לא הוכיח את דבריו, לא ניתן לחייב את הנתבע.

3. חיוב שבועת מודה במקצת

כאמור, הנתבע הודה לכך שהוא חייב 250 ש"ח מסך כל התביעה, הודאתו אינה מתייחסת לקבלת שמירה אלא לחוב כספי כלפי התובע, גם במצב זה יש כאן הודאה במקצת. אע"פ שהנתבע לא הודה מעצמו אלא רק לאחר שאלת ביה"ד,¹ דינו כדין מודה במקצת החייב שבועה מן התורה.

יותר מכך מבואר בשו"ע (חוי"מ עה,ה):

"מנה לי בידך מהלואה פלונית ומנה מהלואה אחרת שהלויתך בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו: אין לך בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתוך כך וכך ומהלואה שניה פרעתוך כך וכך, ומתוך טענתם הכירו בית דין שעדיין חייב לו מאותם שתי הלואות עשרים דינרים, הוה ליה כשנים מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו, וישבע שבועה מן התורה על השאר".

כלומר, גם אם הנתבע אמר בבית הדין שהוא פטור, אבל בית הדין חייב אותו מתוך טענותיו – הוא חייב שבועה ועי"ש בש"ך (שם, ס"ק י"ט) ובשאר נ"כ.

קל וחומר כאשר הנתבע הודה בפיו בבית הדין שהוא חייב מקצת הממון שהוא חייב שבועה.

¹ היה מקום לתת לו נאמנות כמו כופר הכל שאין אדם מעיז פניו (ב"מ ג) ואף שהודה אח"כ עדיין תסייע לו ההעזה שלו לפטור אותו משבועה.

הסברנו לנתבע שהוא חייב להשבע על כך שלא קיבל אחריות על המיטות, והוא הסכים להשבע. מכיון שמנהג בתי הדין שלא להשביע את בעלי הדין, ולפי שיקול דעת בית הדין, מפשרים בממון, כנגד חיוב השבועה.

למעשה נראה, שבמקום להישבע ישלם הנתבע שליש מהסכום עליו הוא חייב שבועה, דהיינו שליש של 500 ש"ח (166.6 ש"ח). סברא נוספת לחיוב היא חוסר הבהירות שנוצר בנוגע להסכם נובע מכך שנאמרו מצד הנתבע דברים לא ברורים שיצרו ערפול וחוסר הבנה, על כן עליו לקחת חלק באחריות.

ג. החלטה

על הנתבע לשלם לתובע 250 ש"ח ועוד 167 ש"ח, סה"כ 417 ש"ח עד לתאריך ט' בשבט תשי"ע, 24 בינואר 2010.

והאמת והשלום אהבו

הרב דרור טויל

הרב דוד פנדל

הרב אריאל בראלי

נזק בזמן חירום¹

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. חיוב מדין אש

ג. חיוב מדין בור

ד. זמן חירום

ה. סיכום

א. הקדמה

כאשר נשמעת התרעת צבע אדום בשדרות ישנה הוראה של פיקוד העורף להיכנס למרחב מוגן. אחד התושבים יצא מהסופר עם עגלת קניות עמוסה ולפתע נשמעה התראה. הוא עזב את העגלה איך שהיא ורץ לתפוס מחסה. כאשר הוא יצא מהמרחב המוגן הוא רואה מולו את העגלה מתחילה להידרדר במורד הרחוב ופוגעת ברכב חונה. האם מוטלת עליו חובת תשלום?

ב. חיוב מדין אש

ראשית נתייחס להזק ללא ההקשר הבטחוני. אם נבוא לדון מצד אדם המזיק ניתן לטעון שמעשה ההזק התחיל מיד כאשר האדם השאיר את העגלה ורץ כבר אז החל העגלה להידרדר במורד, יש לחייב מדינא דגרמי. אולם כאן העגלה הידרדרה רק כאשר האדם יצא מהמיגונית.

ניתן לדמות את הדבר לאבנו סכינו ומשאו שהניח בראש גגו והזיקו תוך כדי נפילה שחייב מדין אש. גם שם לא נאמר שישנו חיוב של אדם המזיק בגרמי משום שהמעשה של האדם הסתיים.

העגלה הושארה במצב סיכון להידרדרות בדיוק כמו שאבן הונחה בראש הגג עם סיכון לנפילה. המדרון יכול לגרום לעגלה להידרדר בדומה לסבירות של רוח מצויה.

¹ שאלה שלא הגיע לדיון בבית הדין.

ג. חיוב מדין בור

אחר העיון בדברי הרא"ש לגבי כותל ואילן שנפלו (ב"ק דף ו) נראה שיש לפטור את המזיק!

הרא"ש שם כתב לחייב מדין בור נזק שנגרם תוך כדי נפילת הכותל, ז"ל:

ונראה דיש להם דין בור ולא דמי לאבנו וסכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן. דהנך נעשו בור על ידי כח אחרים אבל כותל ואילן מחמת ריעותא נפלו מעצמן כי ראו שלא היו יכולין לעמוד יותר והזהירו ב"ד את הבעלים להפילו. ואם משום דהולכין ומזיקין מה שאין כן בבור, לא גריעי מחמת זה.

היסוד המתברר בדברי הרא"ש הוא שיש אפשרות לחייב מדין בור גם כאשר הנזק הוא תוך כדי תנועה (האריך בנקודה זו בספר קהילות יעקוב סימן ד). ההבדל בין אש ובור הוא האם כוח אחר מעורב ביצירת המזיק או שכל כוח ההזק טמון במזיק עצמו.

הכותל והאילן אינם זקוקים להתערבות אחרת אף ללא רוח הם מזיקים, גם לגבי העגלה שהידרדר אין רוח שדוחפת אלא חוק הכבידה גורם לגלגלים להימשך לכיוון הירידה.

אם המעשה של השארת העגלה נחשב ליצירת בור הרי יש בכך נפק"מ גדולה- בור פטור על הכלים ולכן יהיה פטור על הנזק שנגרם לעגלה החונה.²

חילוק זה כתב בספר דרכי דוד מדעתו ומובא להלכה בספר חשוקי חמד בתשובה לשאלה בדבר נזק שנגרם משמן שטפטף מחנוכיה והכתים את הכביסה של השכן. האם ניתן לחייב מדין אש?

הרב זילברשטיין שליט"א מביא את הדרכי דוד אשר מבאר את התוספות בבא קמא ד, ב ד"ה ואימא, שכתבו על ההצעה שמבעה זה אב נזק מים-

וא"ת והני מים היכי דמי אי דמשקל עליה בידקא דמיא ובכוח ראשון כוחו הוא ואי בכוח שני גרמא בעלמא הוא.

וכתב על כך הדרכי דוד ויש להעיר דאמאי לא נחשוב המים שהזיקו בדרך הליכתן ע"י כח שני כאש שהולך ומזיק ומאי שנא מאבנו סכיננו ומשאו

² יעויין בברכת שמואל בבא קמא סימן א הרוצה לחדש שישנו חיוב לצאת ידי שמיים כאשר ישנו פטור על הכלים.

שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בהדי דאזלי דחשיבי אש הכי נמי הכי בכח שני יחשב אש?³

מבאר הדרכי דוד, שענין של אש הוא משום דע"י כח אחר המעורב בו מטבעו לילך ולהזיק למרחוק כמו בע"ח שהולכין ומזיקין ע"י טבע רוח החיים שבהם וזהו אש המזיק דמקרי דרכו לילך ולהזיק. וכן אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו שמתבעו לילך ולהזיק ע"י רוח מצויה המתערב בהם חשיב נמי אש, אבל מים בכח שני אינם הולכים ע"י איזה כוח אלא מעצמן הן יורדין ונוזלים ממקום גבוה למקום נמוך, ושם הם עומדים אין בהם המעלה של אש כלל. לא שייך לומר שדרכן לילך ולהזיק כמו באש ומשו"ה לא תשיבי מים בכח שני אש". הוסיף הרב זילברשטיין, שיתכן דה"ה בענייננו השמן שהכתים את הבגד נחשב לגרמא כמו כוח שני ואין חיוב של אש.

הרא"ש אינו בודד בהגדרה זו אף התוספות במקום כתבו וזה לשונם לכאורה נראה דמיירי כשהזיקו כותל ואילן בשעת נפילה גופה ואפ"ה מדמה ליה לבור... דמאש חלוק במה שאין כח אחר מעורב בו". (בשיטה מקובצת הבין את התוספות כך, אומנם הקהילות יעקב הנ"ל למד בדברי התוספות שניתן לחייבו על הכלים אף משום אש).

הדברים מובאים להלכה בסמ"ע (תטז ס"ק ב). וכן בדברי משפט שם השתמש ביסוד זה למקרה שאדם קשר ברגל תרנגול חבל חייב רק משום בור ולא משום אש ופטור על הכלים.

והנה סברת הרא"ש קשה מה בכך שהכותל מזיק ללא כוח אחר מעורב בו אדרבה זו סיבה יותר לחייבו? כך בתוספות (ב, א ד"ה ולא, ה, א ד"ה כי) שהתכונה של כוח אחר מעורב אינה סיבה להחמיר! עמד על כך פילפולא חריפתא שם וכן הנחלת דוד.

בספר אולם המשפט מופיע הסבר חדש לדברי הרא"ש לאור הקושיה הנ"ל. החילוק הוא בין יצירת מזיק על ידי האדם לדוגמה הנחת האבן על הגג לבין מעשה התר גמור של בניית כותל ואז מעצמו הפך הכותל למסוכן. יצירת האש היא תמיד על ידי מעורבות האדם (וכפי שכתבו התוספות (ב"ק ס, א) לגבי אדם שמלבה את השרפה ומסתייע ברוח פטור.

³ יעויין חזו"א ב"ק סימן ב סק"ט שחילק בין כוחו לכח כוחו.

דהכי משמע המבעיר את הבערה שבפני עצמו עשה את הבערה שיכול להזיק ברוח מצויה.

רעיון מעין זה מופיע בשיטה מקובצת בדף ו' ורמוז בגמרא לגבי ההגדרה של תחילת עשייתו לנזק בכותל ואילן (ב"ק ו, ב). ואף בדברי התיבות נראה כך שאני כותל דאי אפשר לדמותו לסכיני [ו]משאו, דסכיני ומשאו בשעת הנחתו היה עומד להזיק ע"י כח אחר, משא"כ כותל המבואר בתוס' מיירי דבשעת עשייתו היה כראוי, דבלא כראוי חייב בלא התראה כמבואר בסימן תטז, וכיון דכראוי היה רק שנתרועע אח"כ ובעיני התראה, לא דמי לסכיני ומשאו שתחילת עשייתו היה עומד להזיק ע"י דבר המצוי"י. (ביאורים שז"ס ק"א).

לאור הבנה זו אין לפטור את בעל העגלה היות וחייב מדין אש אף על כלים ואין זה דומה לכותל ואילן חייבים מדין בור משום שבתחילת בניית הכותל לא היה שם מזיק עליו.

לסיכום נראה שאי אפשר להוציא מיד המזיק תשלום היות ויש דעות שהוא פטור לגמרי.

ד. זמן חירום

האם יש משמעות לכך שהנזק נגרם תוך כדי תפיסת מחסה מפני האיום הבטחוני?

אנו מוצאים תקדים לכך שכאשר האדם פועל ברשות הוא פטור מהנזק. בברייתא מופיע שאם אדם רץ ביום שישי לצורך שבת ונתקל באדם אחר, פטור (ב"ק לב, א).

בספר נשמת אברהם (ח"מ"מ שעח) הביא שאף נהג אמבולנס פטור מכל נזק שיגרום תוך כדי נסיעה.

אולם נראה שהדבר תלוי בהערכת הדיין עד כמה האדם לחוץ בזמן ההתרעה וממילא אין לו יכולת להשתהות ולהניח את העגלה בצד.

דבר זה ניתן ללמוד מדברי חידושי אנשי שם⁴ (בבא קמא קיז) אשר מתמודד עם שאלה גדולה :

⁴ הפנה אותי אליו הרב בנר, ועיי' בספר והערב נא בפרשת בשלח, שהסתמך על חילוק זה.

הרודף להציל את חבירו מיד אדם אחר ושיבר תוך כדי הריצה כלים של אדם שלישי, הדין הוא שפטור מפני התקנה לפיה :
אין לך אדם שמציל את חבירו מן הרודף.

ומקשה שם חידושי אנשי שם למה צריך תקנה מיוחדת לפטור אותו הרי יש לו רשות לרוץ וממילא פטור על כל מה שנגרם ממעשה ההתר. ומתוך שמדובר באופן כזה שאם היה מתבונן היה ניתן להציל ללא שבירת הכלים לכך צריך תקנה מיוחדת.⁵

והנה לעצם השאלה שלו יש לחלק בפשיטות בין דין רץ ברשות שאינו נקרא מזיק משום שהוא משתמש כראוי⁶ ברשות הרבים והשני הפסיד עצמו, לבין מצב שאדם שובר כלים במודע מתוך הצורך להציל את הנרדף. במצב זה אין התר בהלכות נזיקין אלא פטור מתקנת חכמים הבאה לעודד הצלה.

בכל מקרה, ניתן ללמוד מדבריו שכל ההתר של רץ ברשות קיים רק אם אין אפשרות להמנע מהנזק. שהרי במקרה זה אין תקנה מיוחדת, לכן הפטור של רשות מכסה רק מה שהכרחי לאותו מעשה. לגבי המקרה שלנו נראה שההתנהגות של הקונה בזמן ההתרעה סבירה ביחס ללחץ שהיה שרוי, לכן יש כאן פטור של פעולה הנעשית ברשות.

ה. סיכום

היה מקום לחייב את בעל העגלה מצד ממון המזיק מדין אש אולם למעשה אין אפשרות להוציא ממון כאשר ישנם דעות שחייב מדין בור ואז פטור על הכלים.

כמו כן יש לפטור מצד מצב החירום הגורם לאדם לעזוב הכול בזמן התרעה.

⁵ בספר פעולת שכיר הביא את הדעה שסיבת הפטור לרץ בערב שבת היא הסכמה של האנשים שיום שישי הוא זמן חריג ומותר לרוץ בו. ממילא כאשר ישנו התר רק לאדם פרטי לרוץ, אין הסכמה לכך וחייב. משום כך היו צריכים לתקן תקנה מיוחדת למציל את חבירו שהוא פטור. לפי זה יש לדון האם ישנה הסכמה שבזמן התרעה צבע אדום הכללים משתנים, כולם לחוצים ופחות נזהרים ולכן יהיה פטור.

⁶ ובכך נבאר שאין אנו עוסקים במציל עצמו בממון חבירו שאז חייב לשלם אלא בהגדרת המעשה האם הוא מעשה הזק או שיש רשות לעשות אותו ואינו נחשב למזיק.

הרב אריאל בר-אלי

שוכר שהקדים את מועד פינוי הדירה¹

תאור המקרה

לנתבע יש דירת דופלקס המחולקת לשתי דירות שונות. הוא השכיר את הדירה התחתונה, לקראת סוף תקופת השכירות החליט בעל הדופלקס שהוא רוצה לבוא ולגור בעיר שדרות בדירה התחתונה. בפועל הוא הגיע לדירה העליונה ולאחר תקופה נכנס לדירה התחתונה. אולם התכנון שלו היה להיכנס ישר לדירה התחתונה ולהשכיר את העליונה.

ישנו ויכוח בין בעל הדופלקס לשוכר הדירה התחתונה על תקופה של שבועיים ימים שבהם השוכר פינה את הדירה התחתונה לפני תום זמן השכירות.

טענות וראיות

א. טענות התובע [שוכר הדירה התחתונה]:

שכרתי את הדירה עד לתאריך 21/09, כחודש וחצי לפני תום מועד השכירות, ביקש ממני הנתבע לצאת לפני הזמן, ואם אעשה כך - הוא יחזיר לי את דמי השכירות.

חיפשתי ומצאתי דירה אחרת, שבה אני מחליף שוכר, ויכולתי להכנס בכל רגע מבחינתו. קבעתי את המעבר לתאריך 6/9.

כשבועיים לפני המעבר, הנתבע (בעל הדופלקס) התקשר וביקש להתקין מזגן, לא הסכמתי, הוא כעס ואיים שאם אצא קודם הזמן הוא לא ישלם לי ואם אשאר אחרי הזמן הוא יתבע אותי על סכום גדול, אמרתי לו שאני לא יודע על מה הוא מדבר ומבחינתי ההסכם בינינו תקף.

למחרת נפגשנו באקראי ושוב הוא ביקש להתקין מזגן ושוב סירבתי, והיה ברור מבחינתי שלא השתנה דבר מהסיכום שהיה בתחילה.

ב6/09 הודעתי לאשתו של הנתבע שאני עובר.

¹ פסק הדין נערך מחדש.

ב 8/09 התקשרה אשתו של הנתבע וביקשה להכניס ארון לדירה כבר באותו יום, אמרתי לה, שאין בעיה והוספתי "אז היום מתחיל היום הראשון" והכוונה שמהיום הם משתמשים בדירה וצריכים להחזיר לי מה ששילמתי.

לאחר כמה ימים פניתי לנתבע שישלם לי והוא סירב. ביקשתי ממנו לעזוב את הבית עד תום תקופת השכירות שלי, הוא השיב שכבר העביר את חפציו ואם אני רוצה אז עלי להחזיר את חפציו לקומה העליונה.

אני תובע: 1583.8 ש"ח כמפורט לקמן:

א. 42.20 ש"ח על כל יום של דמי שכירות ששילמתי: $42.2 * 14 = 591.8$ ש"ח

ב. הוצאות משפט 200 ש"ח

ג. על הטירחה ועגמת הנפש שנגרמה לי 550 ש"ח

ד. הוצאות ארנונה, מים, וחשמל ששילמתי גם עבור הדירה של הנתבע

ד.1. ארנונה- המחיר לחודשיים עבור 2 הדירות הוא 321.5, הדירה העליונה קטנה יותר לכן התשלום הוא כשליש, סה"כ עבור 14 יום- 25 ש"ח.

ד.2. חשמל- יש לדירה העליונה מונה עצמאי. כאשר היתה ריקה סה"כ 117- ש"ח.

ד.3. מים וביוב- צריכתי הממוצעת היא כ-12-13 קוב לחודשיים סה"כ כ- 100 ש"ח.

סה"כ לסעיף זה: $242 = 25 + 117 + 100$ ש"ח

א. טענת הנתבע (בעל הדופלקס):

מלכתחילה העדפתי ליכנס לגור בדירה התחתונה ולחסוך מעבר כפול, לדירה העליונה ואח"כ לדירה התחתונה, גם רציתי להשכיר את העליונה. לכן ביקשתי מהתובע שיתפנה קודם, והסכמתי לשלם לו את דמי השכירות. אלא שהתובע התעכב בדירה ולכן נאלצתי לבסוף לעבור לגור בדירה העליונה.

ביקשתי ממנו להתקין מזגן אך הוא לא הסכים, מבחנתי, זה הוא הפסד כי יש לי חבר שמתקין מזגנים שהזדמן לשדרות ולא ידעתי מתי תהיה לי הזדמנות כזו שוב.

בנוסף לכך, באותו זמן הבנתי שכבר לא אוכל למצוא שכירות לדירה העליונה בזמן קצר ולכן הודעתי לו בשיחת הטלפון שאיני צריך עוד את הדירה מוקדם, ומבחינתי הוא יכול לצאת בסוף זמן השכירות ואיני מתכוון לשלם לו על מה שיצא קודם.

באותה תקופה לא הייתי בבית. אשתי התקשרה ואמרה שהוא פינה את הדירה ומוכן שניכנס ולכן נכנסנו, לי היה ברור שאיני משלם לו אלא כיון שממילא היה צריך לעזוב לא היה איכפת לו שניכנס אנחנו.

לגבי השיחה עם אשתי שבה אמר "אז מהיום מתחיל היום הראשון" לא זכור לנו כלל שאמר משפט כזה. בשיחה השניה לאחר שהבהרתי לו שלא אשלם הוא ביקש שאוציא את החפצים מהבית. שאלתי אותו מדוע, הרי הוא כבר לא שם? הוא אמר שהוא רוצה לעשות מזה מחסן עד סוף הזמן, אמרתי לו שאני מוכן לחזור לדירה העליונה אך להשאיר את הדברים ושהוא יאחסן שם מה שהוא רוצה.

לגבי המים- החשבון מופרז ומבדיקה שעשיתי התברר שאני צורך כחצי כמות מים ממה שהוא תובע, לאחר שנכנסתי לדירה ראיתי שיש נזילה בשירותים הקטנים וכנראה מזה נגרם חשבון גדול, אך אין זה באחריותי. הצריכה ממוצעת שלנו היא 28 קוב לחודשים, ל14 יום היא 7 קוב ולא 17, כלומר 41 ש"ח.

חשמל- ע"פ הצריכה הממוצעת שלנו אנו צורכים עבור 14 יום כ20 קוט"ש ולא 233, כלומר- כ52 ש"ח.

ארנונה- הדירה העליונה משלמת רק 60 ש"ח לחודשיים ולכן החוב שלנו הוא 13.5 ש"ח עבור 14 יום.

לגבי הגז, נשאר חוב של כ134 ש"ח על חשבון התובע ושילמתי אותו.

הנתבע אינו מכחיש שיתכן ונשאר חוב של גז ונוטה להאמין בזה לדברי הנתבע.

דיון- הנתבע הודיע שלא ישכור

מוסכם על שני הצדדים, שהיה סיכום שהתובע יצא מהדירה קודם הזמן תמורת החזר הכסף ששילם. כמו כן, מוסכם על כך, שבשיחת הטלפון אמר הנתבע לתובע שאינו מתכוון לשלם לו עבור הקדמת היציאה.

התובע לא הכחיש שנאמרו לו דברים בסגנון זה אך טען שחשב שאמר את הדברים בכעס ולא מתוך כוונה לחזור מהסיכום הראשון. כמו כן הוא עמד על כך באותה שיחת טלפון שהסיכום הקודם מחייב.

אנו מבינים ששיחה זו הסתיימה ללא הסכמה בין הצדדים ולאור זאת יש לבחון את המשך התנהלות הצדדים כאשר ברקע אי הסכמה.

ברור שלתובע לא היה עניין לעזוב את הדירה לפני הזמן וכל מה שפינה את הדירה זה מתוך שיקול כלכלי שיקבל החזר השכירות. בפועל, כאשר הנתבע נכנס לדירה עוד לפני הזמן הכתוב בחוזה יש רגליים לדבר שהוא ידע שהנתבע מאפשר לו דבר זה רק מתוך כוונה לקבל תשלום. ישנה תחושה שהנתבע ניצל את המשפט שאמר לתובע "אני לא משלם" ובכוונה לא עורר את עניין התשלום.

אך אין זו ראיה מוכרחת, משום שלאחר שיחת הטלפון שבא הודיע הנתבע שהוא לא ישלם, הוא לא פנה שוב בבקשה לעזוב את הדירה לפני הזמן, רק לאחר שהתובע הודיע על מועד יציאתו פנתה אשת הנתבע לתאם את זמן הכניסה. אפשר שהנתבע חשב שיש כאן מחווה של רצון טוב לאפשר כניסה מוקדמת ללא שכר.

א. הבקשה מעידה על הסכמה

בין הצדדים היתה אי הסכמה על שאלת התשלום.

נראה שבמצב דברים זה, בו יש אי-הסכמה בין הצדדים, כאשר צד מבצע פעולה, כל עוד לא פירש דבריו, אנו דנים אותו כמי שעושה את הדברים על בסיס עמדת הצד השני, שכך היא לשון התוספתא בקידושין (פ"ב הל' יא):

זה אומר במנה וזה אומר במאתים והלך זה לביתו וזה לביתו, ואח"כ תבעו זה את זה וקדשו. אם האיש תבע את האשה יעשו דברי האשה, ואם האשה תבעה את האיש יעשו דברי האיש. וכן המוכר חפץ לחבירו...

הרי"ף (קידושין ד,א) והרמב"ם (מכירה כ,א), וכן המחבר (בסימן רכא), הביאו את התוספתא הזו להלכה. ומכאן, שמכיוון שמוסכם שאמנם הנתבע

אמר לתובע שאין הוא מעוניין לשלם, אך התובע לא הסכים לזה, והפנייה² להיכנס לדירה באה מצד הנתבע (ע"י אשתו), הרי שכל עוד לא פורש שאין זה בתשלום, עליהם לשלם.

ב. זה לא נהנה וזה חסר

עוד יש לדון אם הנתבע צריך לשלם לתובע על ימי השימוש בדירה מדין נהנה. לכאורה, זה מקרה של זה לא נהנה וזה חסר. לנתבע היתה דירה לכל משך השבועיים שעליהם הוויכוח ואין לו צורך לשכור דירה אחרת, ולכן³ אפשר שזה מקרה של "לא נהנה".

מאידך, התובע חסר, משום ששילם כבר עבור הימים האלו ועכשיו משלם שוב עבור אותם ימים למשכיר החדש (כן מבואר בבאר הגולה (שסג סק"ג) שאם שכר דירה אחרת ושילם עליה נחשב הדבר חסר וכ"ש כאן ששילם שכ"ד גם עבור הדירה המדוברת. "זה לא נהנה וזה חסר" נחלקו הראשונים אם חייב או פטור, התוס' בב"ק (כ,א ד"ה זה אין) כתב שפטור משום שהחסרון הוא גרמא אך הרבה ראשונים פסקו שחייב, משום שחסר ממון (הרי"ף בב"ק פ"ב ט, רמב"ם גזילה ג,ט, נמו"י בב"ק ח,ב בשם הרא"ה והגאונים, רא"ש בב"ק ב,ו).⁴

השו"ע (חו"מ שסג ו) פסק כשיטת הגאונים, הרמב"ם, הרא"ה והרא"ש ולכן חייב לשלם עבור הימים שישב בבית.

ג. חיוב מצד הבקשה לצאת מן הדירה

עוד יש לדון בנוגע לימים שבהם התובע במפורש ביקש מהנתבע לצאת מהדירה.

² אמנם התובע הודיע על כך שיצא מוקדם אולם חובת ההודעה על כך שהכניסה ללא תשלום מוטלת על הנתבע שנכנס והתחיל להנות מהבית.

³ כאשר הנתבע התבקש לקחת את חפציו הוא סירב, אם כן יש כאן גילוי דעת שהוא כן נהנה לשים את חפציו דווקא בדירה התחתונה. מצד שני לטענתו הוא נכנס לשם בטובה ולא על דעת תשלום ולכן עכשיו להוציא הוצאות של מעבר לדירה העליונה אין הוא חייב.

⁴ האם הנתבע יכול לטעון קים לי כדעת תוספות, הסובר ש"זה לא הנה וזה חסר - פטור"? מבואר בתומים (סי' כה) שאם דעה מסוימת לא הובאה להלכה בשו"ע או ברמ"א אפילו לא כדעת י"א אין לטעון קים לי כדעה זו (הו"ד בפתחי תשובה סי' יב סק"א וכן כתב בשו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ סי' ג).

בתוסי' (ב"ק כ, ב ד"ה הא) מבואר שזכותו של אדם למנוע אחר מלגור בביתו אע"פ שאינו חסר, ואם ישב בניגוד לרצון חברו עליו לשלם לו וכ"פ השו"ע (שם).⁵

מטעם זה הנתבע חייב לשלם מחיר מלא עבור הימים שבהם ישב לאחר בקשת התובע לפנות את הדירה.

ד. התייחסות לתביעות נוספות

לגבי עגמת נפש - אין כאן נזק ממוני ישיר ולכן אין לחייב את הנתבע.

לגבי הוצאות המשפט - גם בזה אין לחייב את הנתבע כיון שיש טעם בטענתו ולא היתה כאן גרירה מיותרת של התובע ללכת לבית דין.

לגבי הוצאות נלוות - התובע מבקש כ- 242 ש"ח, הנתבע מודה על סכום של כ- 106 ש"ח. הויכוח הוא על כ- 136 ש"ח. הנתבע תובע 134 ש"ח עבור תשלום הגז ובזה התובע מודה.

למעשה, אין אפשרות לברר את הדברים בצורה מדויקת משום שמדובר בתשלומים משותפים וא"א לדעת כמה כ"א מהצדדים השתמש בפועל.

כדי לרדת למיצוי הדין בחשבונות אלו, על הצדדים להביא ראיות חותכות יותר לגבי אופן הצריכה שלהם ועל גובה התשלום שכ"א שילם עבור חברו; בפועל דבר זה לא נעשה.

לכן, ביה"ד רואה לנכון לפשר בענין זה בין הצדדים ולא לחייב אף צד בגין ההוצאות הנלוות ובפרט שמדובר על סכום קטן.

לסיכום, בית הדין מחייב בגין השכירות חיוב מלא. בית הדין פוטר את התובע מכל תשלום נוסף הן משום שחלק מן התביעות נדחו, והן לאור הקיזוז עם יתרת התשלום עבור הגז.

החלטה

הנתבע ישלם לתובע תוך 30 יום מהוצאת פסק דין זה סך של 591.80 ש"ח.

⁵ אין לטעון שהיתה מחילה מוקדמת מצד התובע (בכך שאיפשר לנתבע להכנס קודם הזמן בחינם) ועכשיו אין יכול לחזור בו, אף שמוחה. כנגד זה יש לומר שאנו משוכנעים שהתובע מצדו לא התכוון להקנות לנתבע זכויות, לכל היותר יש פה הודעה מצד הנתבע שלא ישלם, דבר שלא הובן כיאות על ידי התובע ולכן פשוט שהנתבע יכול לחזור בו מהסכמתו.

שימוש בגג השכן

תיאור המקרה

התובע בנה לעצמו תוספת של כ-40 מטר מרובע. הנתבע השכן מעליו משתמש בגג של המבנה החדש, לצורך תליית כביסה וכן בנה שם מחסן. השאלה האם הנתבע צריך לשלם דמי שימוש לתובע?

טענות בעלי הדין

תובע: רכשתי את דירתי בשנת 82 והוספתי לבנות בשטח 45 מ"ר. עם השכנים הקודמים הסתדרתי והם שילמו לי תמורת השימוש בגג בערך 300 ש"ח לחודש. הנתבע החליף לפני 3-4 שנים את בעל הבית הקודם ומשתמש בגגי כמחסן. באתי לקראת הנתבע, אמרתי לו "תן לי 8000 ש"ח וקנה בכך את זכות השימוש כולל בניה על גבי הגג שלי". כבר שלש שנים שלא קיבלתי אגורה אחת ממנו.

אני תובע 5000 ש"ח בגין השימוש בגג שלי במשך 3 שנים. ואם ירצה להמשיך להשתמש ישלם 300 ש"ח לחודש. אם ירצה לבנות שם אני מבקש 11500 ש"ח ואז אוותר על דמי שימוש שהתחייב לי בעבר.

אני מצרף חוות דעת של מהנדס שזה הסכום שמגיע לי, הסכום מורכב מעלות חצי היסודות של המבנה.

נתבע: הדירה של אימי, נכנסתי לפני שנה וחצי התחלתי להשתמש בגג לפני שנה. אני לא מפריע לשימוש של התובע בדירה. אני ניקיתי את הגג וזה רווח נקי לתובע, אחרת היתה מצטברת אשפה וכדומה.

לא נהניתי מהשימוש הזה הוא היה כרוך בהרבה מריבות. השכן במפלס שלי קיבל רשות מהתובע להשתמש בגג הוא פתח דלת מתוך ביתו לאותו גג. מאז הוא משתמש בגג כראות עינו הוא שותה שתייה חריפה עם חברים, מעשן נרגילות. אני מפחד, יש לי אשה צעירה בבית. אמרתי לתובע שיגיד לשכן השני לסגור, התובע לא עושה כלום. אני רוצה לקנות, לא מקובל עלי 11500 ש"ח אני מוכן לשלם 5000 ש"ח.

בירור הדין

לאחר בירור עם הגורמים המוסמכים הוברר לנו שהשטח שמעל המבנה של התובע (האוויר שמעל הגג) שייך לכל תושבי הבניין, הדבר נכון לכול מעטפת של בניין מגורים. לכן אין אפשרות להשתמש בגג ללא רשות של כלל הדיירים, ממילא התובע אינו יכול להרשות לשכן הנוסף (השכן של הנתבע) להשתמש בגג ללא הסכמת הנתבע.

השימוש בגג של התובע מחייב בתשלום ככל אדם שנהנה ממון חבירו. מצד אחד השימוש של הנתבע לא גרם לתובע שום הוצאה והיה ניתן לומר "זה נהנה וזה לא חסר פטור" (חו"מ סימן שסג) מנגד, יש לחייב על פי היסוד המופיע שם בשולחן ערוך- גילוי דעת.¹ הנתבע גילה דעתו בהעמדת המחסן שנוח לו לשלם על יסודות עבור המחסן. סיבה נוספת לחייב היא העובדה שהתובע התריע בפני הנתבע שהשימוש בגג הוא בשכר. כאשר ישנה התרעה לפני השימוש, אין פטור של "זה נהנה וזה לא חסר". התובע מחה והודיע לפני הקמת המחסן שהוא דורש כסף על כך, לכן ברור שהנתבע עשה על דעת כן, כפי שנפסק בשו"ע שסג,ו: "הדר בחצר חבירו שאמר לו צא ולא יצא חייב לשלם לו".

עדיין, יש לחלק בין שימוש לצורך תליית הכביסה וכן שאר שימושים שאינם קבועים לבין שימוש קבוע כגון בניית המחסן. תשמיש זמני אין בו משום גילוי דעת ואף יותר מכך ניתן לקיים אותו אף בניגוד לדעת הבעלים, נראה שיש לדמות אותו לדין סולם קטן שמותר להניח אותו בחצר חבירו בניגוד לדעתו מדין "כופין על מידת סדום". כפי שנפסק בסימן קנז סעיף יג "אם העמיד סולם קטן אינו יכול למונעו שהרי אומרים לו אין לך הפסד בזה כל זמן שתרצה תטלנו".

לגבי המחסן הדין שונה היות והוא שימוש קבוע² לא נכון לומר עליו כופין על מידת סדום. הכלל הוא שהאדם יכול להחליט למי הוא נותן זכות שימוש בנכסיו וממי הוא מונע. רק שימוש ארעי שניתן לסלקו ברגע נאמר עליו

¹ רעיון זה נלמד מהגמרא בב"ק דף כ: "עמד וגדר ניקף מגלגלין עליו את הכל". ובשולחן ערוך- "הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלוש הרוחות".

² ממילא אין כאן מידת סדום, היות וזכותו של אדם להחליט מי משתמש ברשותו אף כאשר אין לו חסרון. רק במקרה שהשימוש ארעי וניתן להסרה במהירות אזי אנו מעריכים שאין בכך פגיעה בבעלות וממילא כופין על מידת סדום.

"כופין על מידת סדום", משום שבעיני אנשים³ אין בכך פגיעה בבעלות. מסקנה- לא ניתן לכפות על התובע לאפשר שימוש - הנתבע צריך לשלם דמי שימוש בגג של התובע על הדברים הקבועים.

אומנם התובע טוען שהוא גבה 300 ש"ח לחודש, אולם לאור החילוק שהבאנו לעיל שישנם שימושים שאין אפשרות לגבות עליהם תשלום, אנו מעריכים את עלות השכירות לחודש בסך של-50 ש"ח.

מסקנה: על הנתבע לשלם להתובע 200 ש"ח שקלים עבור המחסן ואם ירצה התובע יפרק הנתבע את המחסן מכאן ואילך.

החלטה

אנו קובעים שהנתבע חייב בתשלום על כל שימוש קבוע בגג, עלות השכירות למחסן לכל חודש היא 50 ש"ח. לפי דברי הנתבע הוא השתמש ארבעה חודשים בלבד לכן עליו לשלם 200 ש"ח שקלים תוך שלושים יום.⁴ התובע צריך לחזור בו מהרשות שנתן לשכן של הנתבע להשתמש בגג.

הרב בר-אלי

הרב פנדל (אב"ד)

הרב בן יאיר

³ עיין שורת הדין כרך ג במאמרו של הרב פרבשטיין. וכן מנחת שלמה ב"ק דף כ.

⁴ במידה ויש לתובע ראיות על שימוש ארוך יותר, עליו לעדכן את בית הדין בתוך שלושים יום.

תביעות הדדיות:

אחריות קבלן המשנה על עבודה לא מקצועית¹

תובע: קבלן ראשי

נתבע: קבלן משנה

טענות התובע:

א. במבנה ששמו "ספיר" קבלן המשנה היה צריך להתקין אסלה של נכה. כדי להתקין אסלה כזו, צריך שיהיה לפני כן 'ביטון'. קבלן המשנה לא עשה ביטון, וזה בניגוד לתקן. אני התרעתי בפני קבלן משנה, "זה לא מספיק חזק", והוא אמר לי "אל תדאג..." האסלה קרסה.

קבלן המשנה לא ענה לטלפון. אז הזמנו אינסטלטור שיפרק את האסלה, את הקרמיקה, את קיר הגבס. אנשים שלנו עשו תשתית חדשה למתקן כליאה של האסלה לקיר כדי לקבע אותה, עשו קיר גבס חדש, קרמיקה חדשה, ואח"כ שוב הבאנו אינסטלטור. הנוק הוא 9700 ש"ח.

ב. במבנה שעליו נסב דיון קודם "אודם" קבלן המשנה ביצע ניקוזים גבוהים במקלחות כך שהמים נשארם בחדר וגרמו להצפת המקלחת. בכל ניקוז היינו צריכים לפרק קרמיקה בדיסק, להוציא חול, לבטן מחדש ולהנמיך את הגובה בקופסא ע"י חיתוך ולהרכיב הכל מחדש.

אני מפסיד את הרווח של העובדים הללו. במקום אחר הם מייצרים לי בשווי הנע בין 5000 ל-6000 ש"ח ליום.

אין אפשרות לעשות חיתוך של הקופסא אחר הריצוף! זה הורס את הקרמיקה. לכן חייבים לפרק ולעשות מחדש. הנוק הוא: 1500 ש"ח ליחידה. ותיקנו 16 יחידות, סה"כ 24000 ש"ח.

¹ עיבוד של פס"ד.

טענות הנתבע:

א. אמרתי להם מראש, הגבס לא מספיק תחזקו ע"י ברזל, הם ענו לי שזה בסדר כי ככה עושים. התקנתי, זה לא עסק שלי!

ב. לגבי הניקוז, טענת הקופסאות לא נכונה בכלל. אף אחד לא פירק כלום!

הרי לקופסא יש כמו הגבהה, כך צורת ההתקנה אתה שם אותה, ואם צריך חותכים את הקופסא. זו פעולה פשוטה, לא יותר שלוש שעות עבודה של חיתוך קופסאות.

דיון

הטענה כלפי קבלן המשנה היא, שהוא נתן עצה לא מקצועית שגרמה נזק. ניתן לדמות את הדבר לדין המופיע בחו"מ ש,ו: "המראה דינר לשולחני ואמר יפה הוא ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם".

הנתבע אינו מכחיש את העובדות אלא טוען שהאחריות היתה של הקבלן הראשי- הוא ידע והחליט לקחת את הסיכון. יש פה ויכוח מי אחראי על הליקוי שבפנינו האם הקבלן הראשי שבסופו של דבר מסר את הבניין במצב הנוכחי שיש אסלה כבדה ללא ביטון. מצד שני ניתן לומר שהגורם המקצועי בשטח הוא קבלן המשנה ועליו מוטלת האחריות המקצועית. אין לו אפשרות להסתתר מאחרי הקבלן הראשי היות ויש כאן פשיעה לפי הבנתו המקצועית.

נעשה מצדינו ניסיון לברר אצל בעלי מקצוע מה מקובל אך הוא לא עלה יפה, לטענתם זה הוא "תחום אפור". לאור זאת החלטנו להשתמש בכוח הפשרה שניתן לנו וכן בהלכה המופיעה בסימן יב סעיף ה, שכאשר הדין לא מבורר ניתן לעשות פשרה. אנו מטילים חלק מהאחריות על הנתבע ומחייבים אותו להשתתף בעלות תיקון האסלה. מבירור שעשינו אצל בעלי מקצוע שונים הגענו להצעות של כ 4500 ש"ח (ולא 9700 ש"ח כטענת התובע)² ומתוכם אנו מחייבים את הנתבע ב1500 ש"ח.

² לדעתנו אין על הנתבע חיוב שבועת מודה במקצת, לאור ביאור הש"ך בסימן עה סעיף ה שרק פסק דין הנובע מתוך בירור יכול לחייב שבועת התורה בדומה להודאת פיו. כאן אין החיוב מבורר אלא מצד פשרה.

ב. הויכוח השני על הנמכת קופסאות הניקוז הוא ויכוח מציאותי! הנתבע מודה שיש לו אחריות להנמכת הקופסאות אלא שהוא טוען שדי בעבודה של כמה שעות לסיים את העניין. התובע טוען שהנוק הרבה יותר גדול וצריך עבודה של צוות עובדים ואף ריצוף חדש של כמעט כל החדר. במקרה זה דווקא התובע מוחזק היות ועדיין לא שילם את שכר קבלן המשנה.

מבירור שעשינו עם בעלי מקצוע נראה שטענת התובע אינה סבירה, כולם אמרו שבדרך כלל מנמיכים את הקופסאות לאחר הריצוף וזו הדרך המקובלת. החלטנו לקבל את חוות דעתם על אף שהתובע מוחזק משום שטענתו גרועה בדומה לטענת מחילה בחוב³ (סימן עה). לכן אנו מחייבים את הנתבע בסך של 400 ש"ח.

החלטה

על קבלן המשנה לשלם 1900 ש"ח לקבלן הראשי, תוך שלושים יום.

³ אין לתובע מיגו שיכול להועיל לטענה גרועה משום שאין לו יכולת לטעון טענת פרעתי ולא טענת להד"מ, עצם החיוב מתברר בבית הדין כמבואר בתביעה הקודמת.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

כח ההקשבה*

איתא במדרש (דב"ר י,א): הלכה אדם מישראל שהיה חושש באזנו מהו שיהא מותר לרפאותו בשבת, כך שנו חכמים כל שספק נפשות דוחה את השבת, וזו מכת האוזן אם סכנה היא מרפאים אותה בשבת, רבנן אמרי מבקש אתה שלא לחוש באזניך ולא אחד מאיבריך הטה אזנך לתורה ואת נוחל חיים, מנין, שנא' הטו אזנכם ולכו אלי, שמעו ותחי נפשכם, אי"ר חנינא בר פפא כל מי שמסיר אזנו משמוע תורה תפלתו נמאסת שנא' מסיר אזנו משמוע תורה גם תפלתו תועבה, ר' לוי אמר האוזן לגוף כקינקל (מעשה רשת ושבכה) לכלים, שכן הקינקל כמה כלים ניתנין עליו ואת נותן מוגמר (מחתה שנותנים עליה גחלים ועליהם בשמים) תחתיו וכולם מתעשנים, כך מאתים וארבעים ושמונה איברים שבאדם הזה על ידי האוזן כולן חיין, מניין, שנא' שמעו ותחי נפשכם - אמר הקב"ה אם הטית אזנך לתורה כשתבא לפתוח בד"ת הכל משתתקים לפניך ושומעים דבריך כשם שהטית אזנך לשמוע ד"ת, ומהיכן את למד, ממשה רבינו, שע"י שהטה אזנו לתורה בשעה שבא לפתוח בד"ת נשתתקו העליונים ותחתונים והאזינו דבריו, מנין, ממה שקרינו בענין האזינו השמים ואדברה וגו' עכ"ל.

והנה מה שאמר שאם יש סכנה במכת האוזן מחללים עליה השבת הוא מבואר בגמ' ע"ז (כח,ב): אמר רבה בר זוטרא אמר ר' חנינא מעלין אזנים בשבת, ופירש"י: גידי אזנים פעמים שיורדין למטה ומתפרקין הלחיים וצריך להעלותן, ויש סכנה בדבר עכ"ל. אלא דקשה דמאי שנא אוזן דנקט במדרש, הא אותו דין נאמר גם בכל האברים שאם יש בהם סכנה מרפאים אותם בשבת, והרי בגמ' שם גופא קאמר אחר כך: עין שמרדה (שרוצה לצאת כאדם המורד ויוצא) מותר לכוחלה בשבת, וא"כ מאי שנא אוזן דנקט כאן במדרש.

אולם ביאור המדרש הוא שבאמת דין זה שייך בכל אבר שיש בו סכנה לגוף, ועיקר החידוש שבא ללמדנו שבל נחשוב שאם הוא אבר יחידי, ובפרט אם הוא אבר חיצוני, אזי אין סכנה לגוף, לכן משמיענו שגם באוזן שהיא אבר חיצוני בכל זאת יתכן שתהיה בה סכנה לגוף כולו ומחללים עליה את השבת. ומאחר דאמרי' שיתכן שכל חיות הגוף תהא תלויה באוזן שוב יש לנו ללמוד

* שיחה שנמסרה בכולל, בעשי"ת תש"ע.

ממנה על חשיבות האוזן לגבי רוחניות האדם.

והענין הוא דכתיב (דברים ד, יב) וידבר ה' אליכם מתוך האש קול דברים אתם שומעים ותמונה אינכם רואים זולתי קול, ולמדים אנו מזה שעיקר המגע שלנו עם אלוקות הוא ע"י שמיעה ולא ע"י ראייה. וממילא דעיקר עבודת השי"ת היא בכח ההקשבה ולא בכח הראייה. והטעם לזה הוא שמטבע הראייה הוא שהיא מסיטה את האדם מריכוז, שהרי עיני האדם משוטטות כל הזמן וקשה להן להתרכז בנקודה אחת לזמן רב. אבל אם האדם עוצם את עיניו הוא יכול להתרכז בהקשבה לקול אחד בלבד. ולכן כח ההקשבה הוא המבוא לקשר עם רוחניות.

ועל זה נאמר מזמור שלם בתהלים שכתוב בו: קול ה' על המים, א-ל הכבוד הרעים, ה' על מים רבים, קול ה' בכח, קול ה' בהדר, קול ה' שובר ארזים, וישבר ה' את ארזי הלבנון, וירקידם כמו עגל, לבנון ושריון כמו בן ראמים, קול ה' חוצב להבות אש, קול ה' יחיל מדבר, יחיל ה' מדבר קדש, קול ה' יחולל אילות, ויחשוף יערות, ובהיכלו כולו אומר כבוד (תהלים כט, ג-ט), וכמו שכתב הרמב"ן (שמות יט, כ): ומזה תבין מה שאמרו רבותינו תמיד במדרשי הגדות כי בשבעה קולות נתנה התורה, והם שהזכיר דוד במזמור הבו לה' בני אליים עכ"ל. והיינו כמו שנתבאר שגילוי ה' בבריאה היא דוקא דרך הקול - קול ה' המחלחל בכל הבריאה כולה. ובכן זוהי הדרך להשגת אלוקות - לפתח כושר ההקשבה.

ויתכן שעל זה נאמר בפסוק (שמות יט, ט) ויאמר ה' אל משה הנה אנכי בא אליך בעב הענן בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך יאמינו לעולם, שאם לא היה משה מכוסה בערפל אז היו בני ישראל מסתכלים על משה ועל סביביו, ובגלל זה היו מסיחים דעת מדיבורו של הקב"ה עם משה, אבל אחרי שמשה רבינו היה מכוסה בערפל א"כ לא היה להם במה להסתכל, ולכן היו יכולים להתרכז בדברי הקב"ה, והתרכזות זו הביאה לידי אמונה שנשארה לדורות.

ומהאי טעמא כתיב (מלכים ב ג, טו) ועתה קחו לי מנגן והיה כנגן המנגן ותהי עליו יד ה', וכן כתיב (שמואל א י, ה) ויהי כבואך שם העיר ופגעת חבל נביאים יורדים מהבמה ולפניהם נבל ותוף וחליל וכנור והמה מתנבאים, שעל ידי ההקשבה לנגינה מפתח אדם את כח ההקשבה שלו, והוא בא במגע עם רוחניות, וע"י זה שורה עליו רוח הקודש.

ומאחר שכח ההקשבה הוא כל כך חשוב להשגה רוחנית, לכן איתא בגמ' מגילה (לב, א): ואמר ר' שפטיה אמר ר' יוחנן כל הקורא בלא נעימה ושונה

בלא זמרה עליו הכתוב אומר וגם אני נתתי להם חוקים לא טובים וגו', מתקיף לה אביי משום דלא ידע לבסומי קלא משפטים לא יחיו בהם קרית ביה, אלא כדרב משרשיא דאמר שני תלמידי חכמים היושבים בעיר אחת ואין נוחין זה את זה בהלכה עליהם הכתוב אומר וגם אני נתתי להם חוקים לא טובים ומשפטים לא יחיו בהם. והדברים תמוהים ביותר, דהא רב משרשיא מפרש את הפסוק באופן אחר לגמרי ממה שפירש אותו ר' יוחנן, ולכאורה אין לדבריו שום קשר עם דברי ר' יוחנן, וא"כ קושית אביי על ר' יוחנן במקומה עומדת. אולם לפי מה שנתבאר לא קשה מידי, דאין הכוונה על יכולת הניגון בלבד, אלא העיקר הוא בפיתוח כח ההקשבה, וע"י פיתוח כח ההקשבה תלמידי חכמים נוחים זה לזה בהלכה, שהרי כל אחד מוכן להקשיב לדברי השני. וזוהי כוונת ר' יוחנן באומרו הקורא בלא נעימה ושונה בלא זמרה, שהנעימה כאן מורה על שתלמידי חכמים נוהגים זה עם זה בדרכי נועם, וזה בא מכח ההקשבה שהם משיגים ע"י שהם שונים בזמרה.

ולפי זה יש לפרש מאי דתנן באבות (פ"ג מ"ז) המהלך בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו, וכתב רבינו יונה בספר היראה: ואל יפסיק משנתו לדברים בטלים, כי אף לומר מה נאה אילן זה מה נאה ניר זה אשר יש בו דבר שבח שמברכין עליהן ברוך שככה לו בעולמו הרי זה מתחייב בנפשו. ולכאורה צריכים להבין מה כל כך גרוע במה שהאדם מפסיק ממשנתו לתת שבח והודאה לבורא יתב' על יופי בריאתו. אולם לפי מה שנתבאר בדברינו החסרון הוא במה שממיר כח ההקשבה בכח הראיה, שבמקום לשמוע דבר ה' שבתורה ולשמוע על ידו קול ה' המחלחל בכל הבריאה הוא מסיטו ליופי חיצוני שהוא משיג ע"י הראיה, ולפיכך הוא מתחייב בנפשו שעיקר החיות הרוחניות משיגים ע"י כח ההקשבה.

ויותר מבכל הדורות הקודמים, האתגר הגדול של הדור שלנו הוא להתרכז בכח זה של ההקשבה. התפתחות התקשורת החזותית פותחת לפנינו עולם ומלואו עם כל הטוב והרע שבו, ועל ידה אנו מוצפים במבול של מידע - מידע חיובי וגם מידע שלילי, וזה גורם לבלבול המוח ולהסתת הלב מן העיקר, והוא הפניה המרוכזת לקדושה ולרוחניות. ועל כן שומה עלינו מפעם לפעם לעצור ולהפנות עורף לכל המחשבות הטורדות ולהתרכז בהקשבה, ורק ע"י זה אפשר לבוא במגע עם רוחניות - לשמוע את קול ה' המחלחל בכל הבריאה כולה.

ולכן קאמר המדרש שאם אתה מבקש שלא לחוש באזניך אזי הט אזניך לשמוע דברי תורה, והיינו דידוע הוא דכל כשרון מתפתח כשמשתמשים בו, אבל כשאין משתמשים בו אזי הוא מתנוון, ואם האדם רוצה שכושר ההקשבה שלו יהא מפותח הוא צריך להשתמש בו, והיינו ע"י שְׁיטָה אזניו לדברי תורה, וכאשר הוא עושה כן מחיה את כל עצמיותו. וכאשר האדם מטה אזנו לדברי תורה אזי זה משפיע לא רק עליו אלא על כל הבריאה כולה, שגם השמים והארץ משתתקים ושומעים לדברי תורה.

ומעתה חוזרים אנו לבאר דברי המדרש, דקאמר: מבקש אתה שלא לחוש באזניך ולא אחד מאיבריך הטה אזנך לתורה ואת נוחל חיים, מנין, שנא' הטו אזנכם ולכו אלי, שמעו ותחי נפשכם. ולכאורה למה מדגיש כאן האוזן, וכי עיקר הלימוד הוא באזניים, הלא צריך עינים כדי להסתכל בספר וצריך ראש כדי להבין ולהשכיל בדברי תורה. לכן נראה שמדגיש כאן האוזן מפני שעל ידה הוא מתרכז לשמוע קול ה' המדבר בתוך התורה, וכאשר מידבק האדם לקול ה' המדבר אליו מתוך התורה אזי הוא מקבל חיים, וכדכתיב (דברים ד,ד) ואתם הדבקים בה' אלקיכם חיים כולכם היום.

וממשיך המדרש לאמר: כל מי שמסיר אזנו משמוע תורה תפלתו נמאסת שנא' מסיר אזנו משמוע תורה גם תפלתו תועבה, ולפי מה שנתבאר ההדגשה כאן ג"כ היא לשמוע את קול ה' המדבר בתוך התורה, ואומר שמי שאינו עושה כן הרי זה כאילו מפנה עורף לה', וא"כ איך יוכל לפנות אל הקב"ה שהוא ישמע אליו. וממשיך המדרש ואומר: אמר הקב"ה אם הטית אזנך לתורה כשתבא לפתוח בד"ת הכל משתתקים לפניך ושומעים דבריך כשם שהטית אזנך לשמוע ד"ת. וכוונתו לומר שמי שמטה אוזן לשמוע דבר ה' הכל משתתקים לפניו, ואין אף אחד מכל הברואים יכולים להפריע לו בתפלתו. ולמדים אנו מזה שהמגע שלנו עם אלוקות הוא דוקא ע"י כח ההקשבה, ובמקביל הקב"ה שומע ומקשיב לקול תפלתנו ושועתנו, אכ"ר.