

ב
אדר א' תשס"ג
תוכן העינים

7----- **בפתח הקובץ**

9----- **בדין תחלתו בפסול וסופו בכשרות / מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל**

פסול "רשע" לעדות – "חשש משקר" או גזה"כ /

16----- **מו"ר הגרמ"ח איזירר, בית הדין הגדול בי-ם**

מצוות כבוד אב כגורם בקביעת מקום הדין /

39----- **הרב יהודה שחור, בית הדין הרבני האזורי, רחובות**

הלכות דיינים

48----- **לדון יחידי / הרב יוחנן גבאי**

63----- **פחות משוה פרוטה (תביעות קטנות בבית דין) / הרב עמיעד גלזר**

88----- **הפשרה – משפט או שלום? / הרב מאיר כהן**

104----- **שמיעת טענות ופסק דין שלא בפני בעל דין / הרב יוסף אביטן**

הלכות עדות

119----- **כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודרישות וחקירות / הרב מאיר ברקוביץ**

128----- **הכחשה בעדות – בבדיקות, בדיני ממונות / הרב יחיאל פאוסט**

138----- **רשע דחמס – בין אביי לרבא (שיטת הרמב"ם) / הרב מאיר ברקוביץ**

145----- **נוגע בעדות ונוטל שכר להעיד / הרב אריה אסולין**

הלכות קנינים

174----- **קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) – תוקפו ומהותו / הרב אילן קופמן**

193----- **קנין חצר בחצר שכורה / הרב שלמה זאב פיק**

הלכות שכירות פועלים

202----- **יסודות חיובי ממון ביחסי מעביד ועובד / הרב אריאל בר-אלי**

דרוש

בין תשעה באב ליום הכיפורים /

219----- **הרה"ג גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרשיציה**

בפתח הקובץ

יש הבדל בין הדינים שנצטוו עליהם בני נח לדינים ומשפטים שניתנו לישראל. נאמר "והוא ישפוט תבל בצדק" (תהלים צו, יג) ונאמר "צדקת ה' עשה" (דברים לח, כא) – מהו ההבדל ביניהם? הצדק הרגיל אלו הם הדינים של בני נח, שעיקרם הוא לשם תיקון העולם, לשם הסדר של החברה האנושית¹, ואילו הדינים המשפטים של ישראל מקורם הוא בצדקת ה', בצדק העליון. אולם כשם שאתערותא דלעילא זקוקה לאיתערותא דלתתא, כך הצדק העליון אינו יכול להופיע מלמעלה עד שיופיעו הצדק הרגיל, הצדק של תיקון החברה מלמטה, והקב"ה אוהב את שניהם, שנאמר (תהלים יא, ז) "כי צדיק ד' צדקות אהב".

(שמועות הראי"ה, ירושלים תרצ"ט, עמ' ככג; תחומין ז' עמ' 276).

ככל שהעיסוק העיוני בהלכות דיינים ועדות ילך ויגבר, ילך ויתחזק אי"ה, הכח המעשי של בתי דין לדיני ממונות. הגברת האתערותא דלתתא סופה בהופעת צדקת ה' הצדק העליון.

"זה הסדר ר"ל סדר נזיקין נקרא בלשון תלמוד (שבת לא,א) סדר ישועות... ואמנם קדמה בסדורנו זאת המסכתא ר"ל על שאר המסכיות שבסדר מצד שבתחילת התביעה אדם צריך לחפש ולחזר אחר דיינים שְׁיִרָאָה תביעותיו בפיניהם". (מאירי, פתיחה למסכת סנהדרין).

נחתום בתפלת השיבה שופטנו כבראשונה.

העורך

אדר א' תשס"ג

¹ להבדל זה בין יסוד הדינים בב"נ ליסוד הדין בישראל, השלכות הלכתיות מעשיות. ראה מאמרנו ב"מגל" יב, תשנח, עמ' 28-29.

מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א

ראש הכולל

בדין תחלתו בפסול וסופו בכשרות

שנינו במס' בי"ב מג, א גבי בני העיר שנגנב ס"ת, אין אנשי העיר יכולין להעיד על הגנב – משום נגיעה בעדות. ומקשה הגמ' וליסלקו בי תרי מינייהו וכו'. ומקשה התוס' והא בעי תחלתו וסופו בכשרות. ור' להלן בנוגע לתי' התוס'.

ובחדושי הרשב"א שם מתרץ בשם הראב"ד דכי אמרינן תחלתו בפסלות וסופו בכשרות פסול, דוקא בפסלות דגופא או קורבא, אבל הכא פסול נוגע – משום חשש שיקרא והוי פסול הגדה, וכי נתסלק החשדא, כשרין. ועוד מתרץ הראב"ד דגבי ממון לא מיקרי תחלתו בפסלות, דכיון דמטי לי' הנאה מיניי, לאו בר עדות הוא כלל, והשתא הוא דאחיל עליי שם עד, וה"ל תחלתו וסופו בכשרות, דההיא שעתא לאו עד הוא כלל, דאין אדם מעיד לעצמו, ודמיא לההיא דאמרינן במס' מכות, במקיימי דבר הכתוב מדבר. והני לאו עדים נינהו ולא אמרינן. עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה (=עשבמב"כ). אבל בפסול אחר, עדים פסולים מיקרו.

וב' תירוצים הללו תלוי מהו פסול נוגע, לתי' אי הנ"ל פסולו משום חשש שיקרא, וכיון דלאו פסול הגוף הוא, ל"א תחלתו בפסלות, ושפיר הוי עד מעליא לאחר הסילוק.

והתי' בי הנ"ל ס"ל בפסול נוגע הוי משום בעל דבר, וכיוון דבע"ד לאו עד הוא בכלל, ל"ש בזה תחלתו בפסלות, דהראב"ד לשיטתו במכות, דבע"ד ל"א עשבמב"כ, משום דלאו עד הוא בכלל, והכא נמי לא מיקרי תחלתו בפסלות, כיון דלאו עד הוא בכלל. וסברא דמילתא דתחלתו בפסלות עושה פסול גם על סופו, וכמו בעד פסול פוסל את כל העדים הכשרים, או עדות פסולה בחלקה, נפסלת כל העדות. וכיון דבע"ד אינו פוסל שאר העדים, דהרי אינו עד בכלל (ואין הוא בגדר "עד פסול") כמו"כ ל"ה תחלתו בפסלות וכנ"ל.

(ובנוגע לפסול נוגע – בי השיטות הנ"ל, מפורש בחד' הר"י מיגש בי"ב מה, ומהר"ם מלובלין שם. ור' רש"י סנהדרין כב, ב, בי לשונות וכנ"ל, ור' קה"י סנה' בשם הג"א ע"ש. ור' בסמ"ע ושי"ך חו"מ סימן לז).

מיהו בי' התירוצים הנ"ל שייך רק אם נאמר דתחלתו בפסלות מהו פסול גם על סופו, ממילא שייך לומר ת"י' אי דכיון דנוגע הוי רק חשש שיקרא ואין

הוא פסוה"ג, ל"ש דינא דתחלתו בפסלות. וכן ת"י ב' דנוגע הוי בע"ד, ואין הוא בגדר עד פסול וכדלעיל.

למדנו בב"ב קכח, א "שלח ליה ר' אבא לרב יוסף בר חמא היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא פסול, ושמואל אמר כשר אפשר דמכוין... מיתבי היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו פיקח ונתחרש פיתח ונסתמא... זה הכלל כל שתחילתו או סופו בפסלות פסול תחילתו וסופו בכשרות כשר, תיובתא דכולהו תיובתא. ובפשט הסוגיה נראה דבהו"א למדנו דסומא פסולו נובע מסיבה טכנית שאינו יכול לכוון את העדות, ולמסקנת הסוגיה אלם הוי פסול הגוף דכתיב אם לא יגיד – בראוי להגדה. ולכן שייך בו דין תחילתו בפסלות. אלא דחידש הרשב"ם דאינו פסול הגוף ומ"מ בעינן שיהיה ראוי להעיד בשעת הראיה, ואלם אינו ראוי דע"י כתב הוי "מפי כתבם". ובשו"ע חו"מ מו, לו פסק המתבר: "חתם כשהיה בריא ונשתתק הוא אינו יכול להעיד על כת"י אבל אחרים מעידי"ם. ודייק הש"ך שם ס"ק צג מדבריו: "אבל נשתתק אינו יכול לחתום בשטר", כלומר אלם אינו יכול להיות עד אפי בשטר למרות שאין בשטר חסרון של "מפי כתבם" ודלא כרשב"ם. קצוה"ח שם ס"ק יט ביאר דאילם הוא פסול הגוף ומקורו בגמ' גיטין עא, א "דתניא אם לא יגיד פרט לאלם" (ועיין בקצוה"ח בביאור הסוגיה שם). עוד נפק"מ העולה מהגדרת אילם כפסול הגוף מצאנו בהל' קיום שטרות. הרמ"א בחו"מ מו, ז הביא בשם הריב"ש "ויכולים להעיד עדות זאת מתוך כתבם וא"צ להעיד בפיהם", דבקיום שטרות הקלו, קצות שם. ממילא אם אילם פסולו משום מפי כתבם יוכל להעיד בקיום שטרות, אבל אי הוי פסול הגוף פסול נמי לעדות הקיום.

אולם הרשב"ם ד"ה ונתחרש מפרש דתחלתו בפסלות, פסול, משום דבעי דבשעת ראיה יהא ראוי להעיד, וכיון דבשעת ראיה ה"י פסול ואין ראוי להעיד אז, פסול גם אח"כ כשנתרחק. ולפ"ז ל"ש התירוצים הנ"ל, נהי דנוגע הוא לאו פסוה"ג אלא חשש שיקרא, או פסול בע"ד, מ"מ סו"ס בשעת ראיה אינו ראוי להעיד. והמרדכי ב"ב ס"י תקלט מתרץ קושית הראשונים, דכיון שמתחילה היה בידו לסלק עצמו, קרינן ביה תחלתו בכשרות ול"ז להיא בפי י"נ דהתם לא מצי לסלק עצמו ע"י"ש. וצ"ל דהמרדכי אינו סובר כהראב"ד דלעיל, משום דאם תחלתו בפסלות, פוסל בסופו כמו בנמצא אחד מהם קא"פ, א"כ מה מהני הא דבידו להסתלק בשעת הראיה. סו"ס לא נסתלק והוי פסול. וצ"ל דהמרדכי סובר כהרשב"ם דלעיל, דתחלתו בפסלות פסול משום דאינו ראוי להעיד, וכיון דבידו לסלק עצמו בשעת הראיה, מיקרי ראוי להעיד בשעת ראיה.

והתומים (סימן לד סקכ"ח) תמה ע"ז דהרי בקרוב ונתרחק כגון ההיא דפי י"נ דה"י חותנו בשעת רא"י ונתרחק אח"כ, הרי בידו לגרשה, והוי ראוי להעיד בשעת רא"י. ועיין בספר נחל יצחק סי' לד על הש"ך סעי' כט, ענף א' דכ' בזה דבידו לגרשה ל"ח בידו כ"כ כמו הא דבידו לסלק עצמו. וצ"ב. דאע"פ דבש"ס מבואר דלגרשה הוי בידו היינו במקום שפוטר מן היבום דודאי תתרצה לקבל הגט. אבל בעלמא אע"פ שמדינא דגמ' מגרשה בע"כ, מ"מ יכולה לברוח מלקבל גיטה ואינו יכול לזכותה בע"כ. ועי"ש.

היוצא מהאמור, ב' תירוצי הראב"ד, שייך רק אם נאמר דתחלתו בפסול, הוי פסול המתפשט לעולם וכמו בנמצא א' מהם קא"פ, ולכן נוגע כיון דא"י פסה"ג אלא חשש שיקרא, או דהוי בע"ד, ואין הוא בגדר עד פסול, ליכא דינא דתחלתו בפסלות.

מיהו לפי הרשב"ם והמרדכי, בעי שיחא ראוי להעיד בפועל בשעת רא"י, ולכן – אומר המרדכי – "בנוגע" ל"ש תחלתו בפסלות דכיון דבידו לסלק עצמו בשעת ראיה, מיקרי ראוי להעיד בשעת ראיה. וקרוב ונתרחק א"י כ"כ בידו לגרשה וכדלעיל.

והנה הנתיבות (סי' לו סק"י) הביא ד' התומים, דלפי הראב"ד בבע"ד ל"א עשבמב"כ, כיון דאין הוא עד בכלל, גם אשה אין היא בגדר עד פסול אלא אינה עד בכלל. ולפי"ז – אומר הנתיבות – דה"ה עכו"ם וקטן ליכא דין נמצא א' מהם קא"פ לבטל עדות השאר. ולפי הראב"ד הנ"ל דמדמה דינא של תחלתו בפסלות לדינא דנמצא א' מהן קא"פ, דבבע"ד ל"ש דינא דתחלתו בפסלות, לפי"ז צריך להיות דקטן והגדיל, ליכא דינא דתחלתו בפסלות כמו דליכא דינא דנמצא א' מהם קא"פ, ושנינו בכתובות כח, א דרק בקיום שטרות הקילו להעיד בגודלן מה שראו בקוטן, משמע דשאר עדיות פסול משום דתחלתו בפסלות. והיה אפ"ל דפסולו הוא משום דלא דייק, ולכן אף דל"ש דינא דתחלתו בפסלות, מ"מ פסול מטעם דלא דייק. אך הריטב"א שם כ' להדיא שפסולו בשאר עדיות הוא משום תחלתו בפסלות וכ"כ הרמב"ם (פי"ד מהי עדות ה"ב). וכן זכורני דגבו"א ריש מכות מיישב למאי בעי קרא למיפסל קטן מעדות, תיפוק לי מדין עשאא"ל ומיישב דקטן והגדיל, פסול מטעם פסול דקרא "ולא קטנים", דאילו מטעם עשאא"ל, הרי קטן והגדיל כשר עי"ש.

וכן יש להקשות דגם בנכרי ליכא דינא דנמצא א' מהם קרוב או פסול, לפי ד' הנתיבות דלעיל, ולפי הראב"ד הנ"ל ליכא חסרון בגוי שנתגייר, דתחלתו בפסלות ל"ש לפי הנ"ל, כיון דל"ה שם עד בגיותו, ובתוספתא פ"ה דסנהדרין תניא בהדיא דנכרי שנתגייר איכא ב"י פסול דתחלתו בפסלות.

ו"בד קודש" (ח"ב סי' יט) מיישב ד' הראב"ד, דס"ל דתרתני איתנהו ביה: (א) תחלתו בפסלות היינו בהפסלות של תחלתו פוסל גם את סופו, ודבר זה אינו אלא בפסו"ע ולא בבע"ד שאינו עד כלל כמו בנמצא אי מהם בע"ד, דאינו פוסל השאר וכדלעיל. (ב) בעי' שיהא ראוי להעיד בפועל בשעת ראוי. כד' המרדכי דלעיל. וענין זה שייך גם בבע"ד וכדלעיל, אלא דלגבי זה מהני סברת המרדכי דבידו לסלק עצמו בשעת ראוי.

לפ"ז יוצא דצריכים ב' הטעמים להכשיר בע"ד שנתסלק, דמצד דין הפסלות ל"ש ביה משום שאינו עד כלל. ומצד הדין דבעי' שיהא ראוי להעיד בשעת ראיה מהני טעמא דבידו לסלק עצמו. ולפ"ז מיושבת הקו' אמאי בנכרי שנתגייר או קטן והגדיל, איכא דינא דתחלתו בפסלות, נהי דל"ש מצד הפסלות מיהו אין ראוי להעיד בשעת ראוי. והיינו דגבי נכרי וקטן איכא פסול ב' הני"ל, ו"גרות" לאו בידו הוי כמבואר בקידושין סג, ב. ובבע"ד ליכא פסול ב' הני"ל, משום דבידו לסלק. ולפ"ז מיושב גם קו' התומים, דקרוב ונתרחק, נהי דבידו לגרשה, מ"מ איכא פסול אי הני"ל מדין הפסלות וכדלעיל.

על תני' השני של הראב"ד, דבנוגע ל"ש תחלתו בפסלות, משום דהוי בע"ד ולא עד הוא בכלל, הקשה הרשב"א והרי לגבי ממונו עד פסול מיקרי, כמבואר במס' סנה' גבי פלוני רבע שורי, דל"א פלגי' דיבורא, משום עשבמב"כ ומסביר הראב"ד דלגבי ממונו, לאו בע"ד הוא, אלא עד פסול ושייך בזה דינא עשבמב"כ, וכיון דמיקרי עד פסול לגבי ממונו, אמאי ל"ש תחלתו בפסלות? וראיתי בחד' הר"ן סנה' שם דמיישב קו' זו, דאמנם עדות על ממונו, בע"ד הוי ואין לו שם עד, והתם שאני, דהעדוהו היא על השור – לדונו בב"ד בסקילה – ולכן מיקרי עד פסול ולא בע"ד. ולפ"ז מיושבת קו' הרשב"א דב"נוגע", ל"ש תחלתו בפסלות, משום דכיון דיש לו נגיעה, הוי בע"ד ולא שם עד וכדלעיל.

ועוד מק' הרשב"א, אמאי בעינן לדין סילוק, אפי' בלא סילוק, נעשה פלגינן נאמנות, וכמו דאמי' גבי פלוני רבעני לרצוני, דל"ח עד לגבי עצמו, ופלגינן דיבורא, הכא נמי ב"נוגע" נקבל עדותן ביחס לאחרים ולא להן (ובבע"ד הוי ל"א עשבמב"כ לפי הראב"ד דלעיל).

ויש לציין דלתירוץ הראשון הני"ל דפסול נוגע הוי חשש שיקרא, ל"ש להקשות דבלי סילוק נעשה פלגי' נאמנות, אף דל"ש לומר עשבמב"כ, אם נוגע הוי רק חשש שיקרא ולא פסוה"ג, וכמבואר בחד' הרשב"א ב"ב לא, א מ"מ ל"ש לומר פלגי' נאמנות, כיון דחשוד לשקר, ואף דאומרים פלגי' נאמנות מ"מ חשש שיקרא איכא הכא. וכע"ז ראיתי בקה"י סנה' גבי "לדידי אוזיף בריביתא", דאמרינן פלגי' דיבורא, דישנה שיטת ראשונים דאפי' אם

הוא תובע הרבית שנתן, אמי פלג"ד, משום דכיון דאומרים פלג"ד, ואין הוא נאמן ע"ע, אין הוא בע"ד, ונאמן על הפלוני לפוסלו. מיהו איכא עוד שיטה דהתם איירי דאינו תובע הממון של הרבית אבל אם תובע, ל"א פלג"ד, משום דכיון דהוי נוגע, ולהך שיטה פסולו משום חשש שיקרא, אינו נאמן. ואף דאם פלג"ד הרי לא יוכל לגבות הרבית, מיהו כיון דתובע הרבית, איכא חשש שיקרא, וה"נ הכא.

ועוד מקשה הרשב"א, אם לעדים המסתלקים יש קרובים באותה העיר, לא יועיל סילוקן של הקרובים, שכבר נפסלה עדותן בתחילה, מטעם תחילתו בפסלות. וכי בגרים עסקי דאין להם קרובים באותה העיר. ויש להבין מה ק' להרשב"א, נהי דיש להם קרובים, מ"מ הם גם בע"ד, ואין הם נקראים בשם עד כלל, ולכן כשמסתלקים וגם סילוק קרוביהם, מהני, וליה תחלתו בפסלות, דהרי בתחילה לאו שם עדים עליהם. וצ"ל דס"ל להרשב"א דמצד חלקם של העדים, הם בע"ד, ולגבי חלק קרוביהם שבעיר, הם קרובים. ולפי"ז מק' הרשב"א נהי דמצד חלקם, הם בע"ד וליה תחלתו בפסלות, מ"מ ייפסלו מצד פסול קרוב, ואף אם הקרוב יסתלק, הוי תחלתו בפסלות. ועיין בזה.

ומסיק הרשב"א כהרמב"ן דתחלתו בפסלות היינו כשמעיד עדותו, לאיש אשר בשעת הראי, הוי פסול לו, כגון עדות על חותנו, לשעבר, דרוצה להעיד על אותו איש שהיה פסול לו בשעת הראי. אבל "נוגע" הרי לאחרים הי' גם בשעת הראי כשר, וכל פסולו הוא משום חלקו שלו, הילכך כשנתסלק מחלקו, שפיר יכול להעיד לאחרים, דלגבי אחרים הוי גם בשעת הראי כשר, ולפי"ז מיושב דמהני סילוק הקרובים שבעיר מהס"ת, וכנ"ל. וכנראה דזוהי גם די התוס' בבי"ב שם. ור' קצות סימן לג דמיישב, לפי הרמב"ן הנ"ל, שיי השו"ע שם סעי' יד ע"ש.

והרי"ף בסיום דברי הרשב"א שם, מק' גם על הרמב"ן מהא דאי בירוש' מכות פ"א ה"ז. והרי"ף מכות ג, א מדפיו: כתב כל נכסיו לבי בני"א והיו העדים קרובין לזה ורחוקים לזה ריו"ח א' פסול – משום עדות שבמב"כ – ולמה פסול לשני, יסתלק הקרוב ולידניה לרחוק עפ"י העדים. והיינו דבשלמא לפי הראב"ד ב"נוגע" דל"ה פסוה"ג או דהוי בע"ד ולא שם עד הוא ולכן ל"ה תחלתו בפסלות, ניחא ההיא דירושלמי והרי"ף דכיון דהעדים קרובים לאחד, ל"מ סילוקם אח"כ, משום דהוי תחלתו בפסלות, כיון דהוי עד פסול בשעת הראי. אבל לפי הרמב"ן הנ"ל, ל"ה תחלתו בפסלות, כיון דכל פסולם הוא מחמת דקרובים לאחד, וכלפי השני לעולם כשרים, וכיון דהקרוב נסתלק, ומעידים רק לשני, אי"ז תחלתו בפסלות.

ולא ירדתי לעומק דברי הרשב"א ז"ל, דהרי הגדתם בשטר היא לפני סילוק הקרוב, והעדויות לקרוב פסולה, ופוסלות גם העדות לרחוק מדין עשבמב"כ, אי"כ איך יהני סילוק הקרוב לאחר עדותם לקרוב ולרחוק. וצ"ע וכן הקשה בברכת שמואל ב"ב סי' מא. ואפשר ליישב.

ורי תוסי' (נדה נ, א ד"ה ור"מ וכו') – דמשמע שם דאין הכי נמי לא מהני סילוק ב"נוגע", משום תחלתו בפסלות, וכוונת הגמ' ב"ב שם דיסתלקו וידונו, דבזה ל"ש תחלתו בפסלות, כיון דשם דיין הוא רק בשעת הדין ולא דמי לעדות דתלוי בראי'.

וצריך להבין התוסי' שם דמקשים איך מהני סילוק שיוכלו לדונו והא הוי תחלתו בפסלות, לפום הסי"ד בתוסי' שם, מה שייד תחלתו בפסלות גבי דיין. וצ"ל דכוונת התוסי' היכא דהדיין ראה הגניבה, וכיון דהוי תחלתו בפסלות לגבי עדות, ולפי הראב"ד הנ"ל הוי פסול דמתפשט לעולם, אי"כ הסי"ד שבתוסי' דפוסלו גם להיות דיין, ותירוץ התוסי' דתחלתו בפסלות, מהווה פסול עולמי, מיהו רק לגבי עדות ולא לגבי דיינות. וכשר לדון לאחר סילוקו וכדלעיל. ועיין בזה. ר' בד קודש שם.¹

בתי הגרע"קא (ח"א סימן צד) נסתפק בשני עדים הקרובים זל"ז בקורבא דאישות וראו ביחד עדות, ואח"כ נתרחקו לכאוי פסולים לעדות, מדין דתחב"פ וסופו בכשרות. או דאפ"ל כיון דכל אחד בפ"ע כשר, דהרי ביד כל דאפ"ל כיון אחד ללכת לב"ד והיה דינו כע"א, אלא דבעדותם ביחד, נתבטלה עדותן ע"י הגדה, ועתה דעדיין לא העידו, נשאר כאו"א עד כשר, ויכולים עתה שנתרחקו להעיד ביחד ונחשבים לשני עדים, ולא מיקרי תחב"פ אי"כ פסול לגמרי, משא"כ בכ"ה"ג דכ"א בפ"ע הי' תחילתו ראוי להיות עד אחד, וליכא חסרון בכ"ה"ג דתחב"פ וסופו בכשרות.

ומציין הגרע"קא שם להגהת אשר"י (פ"ד דשבועות סי' טו) וכדלהלן. הגמ' שבועות (לב, ב- לג, א) אומרת היו בי כתי עדים, כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השניה שתייהן חייבות, בשלמא שניה תתחייב דכפרה לה ראשונה

¹ מה שדברנו לעיל הוא בנידון תחלתו בפסלות וסופו בכשרות, והיכא דה"י תחלתו בכשרות, והעיד בפסלות, אם יכול להעיד אח"כ כשנתרחק. דהרי קיי"ל אם תחלתו (ראי' בכשרות, וסופו (הגדה) בכשרות, אף דבינתיים הי' קרוב, כשר. מיהו הנידון הכא היכא דהעיד בפסלות, אם יכול להעיד שנית כשנתרחק. הקצות סי' לג כתב דפסול מטעם כיון דה"י סופו (הגדה) בפסלות, נפסל לעולם. וצ"ב בסברתו, דבראי' שייד לומר דמהווה פסול עולמי, אבל בהגדה, דל הגדה הראשונה, ותוכשר הגדה השניה. והקצות מביא עוד פירוש משום דעביד איניש לאחזוקי בדיבורי'. או מטעם קס דינא. ר' בש"ע ובנו"כ וביאורי הגר"א שם. ואכ"מ להאריך בזה.

(נמצא דהכת השניה הפסידוהו בכפירתן – רש"י) אלא ראשונה, אמאי, הא קיימא שני (ומה הפסידוהו הראשונים – רש"י) א' רבינא הב"ע כגון שהיתה שני בשעת כפירת הראשונה קרובין בנשותיהן, ונשותיהן גוססות, מהו דתימא רוב גוססים למיתה, קמ"ל השתא מיהא לא שכיב. ולכן הראשונה חייבת, כיון דבשעת כפירתם, הכת השני קרובים בנשותיהם ונשותיהן גוססות וכנ"ל. וכ' הג"א שם דמיירי התם דקרובין בנשותיהן, תרי גיסי, הנשואים לשתי אחיות, ומיירי דבשעת ראיית העדות היו רחוקים, ואח"כ נשאו ב' אחיות, ונתרחקו, כשרים להעיד, דהוי תחלתו בכשרות וסופו בכשרות, ומשמע דאם נשותיהן גוססות וראו הגיסין עדות, אע"פ שהאחיות מתו, א"י להעיד דבעינן תחלתו וסופו בכשרות. חזי להדיא בדברי הג"א דבכח"ג מיקרי תחב"פ, אף דהנהו תרי גיסי, כל א' ראוי לעדות בפ"ע וכדלעיל.

וכ' הגרע"קא שם דמדברי תוסי שבועות שם ליכא ראייה, ד"ל דס"ל קרובים בנשותיהן היינו קרובים למלוה ולוה. בחידושי הריטב"א הביא דברי ר"ח "שהיתה כת שנייה קרובין בנשותיהן לאחד מבעלי דבר, ולהכי נקט שתייהן גוססות..." ולפי פירושו אין ראייה דבתרי גיסי מיקרי תחב"פ.

וכתב הגרע"קא דיש להביא ראייה ממה שכתב הבי"ש (סימן קסו סק"ב) דיבוס צ"ל בפני עדים, כמו קדושין וגיטין. ור' תוסי ד"ה משום פריצותא, ובריטב"א ד"ה דרב מנגיד (קידושין יב, ב) נמי משמע כן. ור' ביאורי הגר"א בשו"ע אהע"ז שם אות ט. דמדויק מתוסי שם דיבוס ל"ב עדי קיום. וצ"ב רב. וק' לכאורה הא דפרכי' במס' סוטה (כד, ב) דכוותה גבי שומרת יבם, בקדמה שכיבת היבם לבועל, לאו שומרת יבם היא אלא יבמה גמורה וק' הא משכח"ל בבא עלי' שלא בעדים, דלאו יבמה הויא, אלא שומרת יבם. וצ"ל דממנ"פ אי דליכא עדים, מנא ידעי' דקדמה שכיבתו, דילמא לא בא עלי'. ואף דמשכח"ל דבא עלי' ב' פעמים, ובכל פעם בפני ע"א, דלא חל היבוס, דלא מקרי עדי קדושין (בעדות מיוחדת), ולענין קדמה שכיבת בעל, מקרי עדים כמו הלואה אחר הלואה, וצ"ל דענין שתיית המים בכלל דיני נפשות ניהו, ולא מהני עדות מיוחדת.

ולפ"ז – כתב הגרע"קא שם – מוכח דשני עדים הקרובים בנשותיהם, מקרי תחב"פ, דאלי"כ הא משכח"ל דבא עלי' בפני שני עדים הקרובים בנשותיהם, ואח"כ נתרחקו, ומעידין דקדמה שכיבתו, דלענין יבוס ל"ה עדים, דבשעת היבוס היו קרובין בנשותיהם, ושפיר יכולים להעיד, אח"כ שנתרחקו, דקדמה שכיבתו, חז"י דפוסלין מטעם תחב"פ.

הגאון רבי חגי נפתלי איזירר שליט"א

בית הדין הגדול י-ם

פסול "רשע" לעדות - "חשש משקר" או גזה"כ

תמצית

- א. בגזלן שבא להעיד יש חשש שמא ישקר ובגלל חשש זה פסלה התורה את עדותו באופן מוחלט – רד"ך.
- ב. יתכן שהגזלן פסול מכח גזה"כ גם במקום שברור לנו שאינו משקר וזאת משום שלפעמים משקר – משמעות הרד"ך.
- ג. יש ראשונים שבהם מבואר שפסולו של גזלן הוא משום חשש משקר. זו הסיבה שלדעת הנמוקי"י פסול הגזלן לעדות עגונות.
- ד. דעת הש"ך והנתיבות שרשע יש בו חשש משקר גם לענין איסורים אבל הוא כשר כשיש חזקת היתר או חזקה של אין אדם חוטא ולא לו.
- ה. "חשש משקר" שנזכר בסעיף ג זהו חשש משקר מסברא ולא מכח גזה"כ.
- ו. ניתן לפרש שהחשש משקר הוא מגזה"כ (ולא מסברא) כי משום פעם אי שגזל לא נתבטלה חזקת כשרותו. אם רגיל בגזל י"ל שלכו"ע יש עליו חשד שישקר מכח סברא ולא מגזה"כ בלבד.
- ז. לדעת הראשונים הנ"ל בסעיף ג צ"ל שמלבד ה"חשש משקר" יש גם פסול ודאי מכח גזה"כ.
- ח. גם מי שסובר שיש חשש מסברא שהגזלן או הרשע משקרים מ"מ באסורים יהיו נאמנים בגלל חזקה שאין אדם חוטא ולא לו משא"כ בעניני ממון לפי ש"אימת האיסורים על הרשעים" ו"אין אימת ממון עליהם". אמרי בינה עפ"י הרמב"ם.
- ט. בדעת רד"ך (לעיל סעיף א-ב) ניתן לפרש ג' פירושים. האי שהיות שיש גזלנים שמשקרים לכן פסלה התורה את כל הגזלנים גם את הגזלן שברור לנו שאינו משקר.
- י. פרוש ב': כל גזלן יש בו חשש משקר ועד שיש בו חשש כזה אין לו חזקת כשרות וגם אינו "גברא מהימנא". הוא פסול לעדות כי חסר לו היסוד של נאמנות לעדות.
- יא. פרוש ג' בדעת הרד"ך: בגלל ספק שמא משקר בעדותו פסלה התורה את עדות הגזלן בפסול ודאי ודנה בו את הספק כוודאי. פסול זה הוא לעדות ולא לעד גופו.
- יב. לפרוש ה' (שבסעיף י) יתכן שאם בשעה שגזל לא נוצר חשש משקר לגבי הגזלן לא תחול עליו לאחר מכן גזה"כ לפסלו.
- יג. לפי פרוש ג' (שבסעיף יא) יתכן שאם בגזלן יש חשש שעלול לשקר אבל בעדות מסוימת לא ישקר תוכשר עדותו.

- יד. ביד רמ"ה סנהדרין משמע שכל רשע ולא רק "רשע דחמס" פסולו הוא משום חשוד לשקר. בגלל החשד לשקר הוא נפסל גם מכח הגזה"כ.
- טו. מתוך ה"אמרי בינה" ניתן להבין שרשע שאין בו חשש משקר לא יפסל מכח גזה"כ ויתפרש כמו הפרושים ברד"ך לעיל סעיף י-יא.
- טז. ברמב"ם משמע שכל רשע פסול לעדות הוא בשל החשד שישקר חשש זה הוא מסבא ולכן פסול לעדות עגונות.
- יז. הנמוק"י שמכשיר רשע דלאו דחמס לעדות עגונות יכול לסבור ג"כ שבכל רשע יש חשש משקר אבל זה חשש מכח גזה"כ ובעדות עגונה לא נאמרה גזה"כ זו.
- יח. בראשונים מבואר שיצרו תוקפו זוהי סיבה להכשיר לעדות מי שבא על עריות.
- יט. נראה לפרש שאכן גם אם "יצרו תקפו" הוא נחשב למזיד אלא הטעם הוא שמה שנכשל באיסור עריות לא גורם שיהיה בו חשש משקר בעדות. רק בעריות הוא מיקל בגלל שיצרו תוקפו ולא יבא לשקר בעדות.
- כ. מהאמור בעסיף י-טז ובסעיף יט עולה שכל רשע שברור לנו מרגע שהרשיע שהוא לא ישקר בעדות (כי אינו חשוד לכך) לא יפסל בפסול "רשעי".
- כא. התומים מחדש שאם ברור שרק לעדות מסוימת העד הרשע לא ישקר הוא רשאי להעיד בה.
- כב. בפסק דין של הרה"ר נקבע כי עבריין בעברות שבין אדם למקום וברור לביה"ד שאינו עשוי לשקר בעדות שבין אדם לחברו אינו נפסל בפסול "רשעי". מה שהובא לעיל בסעיפים י-טז, יט-כא מסייע לפסק דין זה.
- כג. הנימוק הני"ל שבפס"ד הני"ל מתייחס לפסול "רשעי" אבל בעדים שאינם מאמינים ואינם בתומ"ע כלל יש פסול נוסף והרה"ר הכשירה אותם למרות החשש של הפסול הנוסף. ד"ז מצריך עיון נפרד.

שאלתנו נחלקת לשני חלקים הא' – הפסול של עד חמס – גזלן, אוכל נבלות לתאבון וכיו"ב; הב' – בפסול של עבריין להכעיס (שעבר על לאו שחייבין עליו מלקות).

א. שיטת הרד"ך

הראשון מן האחרונים שדן בבעיה הוא רד"ך בתשובות בית כ. שם הובאה דעת הר"ש בר אברהם (מבעלי התוספות) שס"ל: "שמה שפסלה תורה גזלן זה מטעם דילמא משקר ולא נפקי ממונא אפומייהו, ולגבי קדושין אם מעיד שנתקדשה בפניו הוא ספק מקודשת". הרד"ך חולק וס"ל ש"גזלן לאו בר עדות הוא ואפילו היכא דקים לן דלא משקר אין עדותו עדות".

בהמשך מביא הרד"ך את הגמ' בב"ב בפי' מי שמת דף קנט וכתב שם וז"ל:

ואעי"ג דמשמע בבבא בתרא בפ' מי שמת דגולן אינו פסול מגזה"כ, דדוקא בקרוב כגון: משה ואהרן או בחתנו קאמר דגזרת הכתוב היא, משום דאמרינן התם דאם היה יודע לו בעדות (עד) שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו, דאחרים מעידים על כתב ידו ואעי"פ שלא הוחזק בבי"ד, והוא אינו מעיד על כתב ידו. וקא מתמה ואמאי הוא אינו מעיד, אי משום דחיישינן דלמא משקר אם כן אחריני היאך מהימני, ואפילו אם לא הוחזק כתב ידו. מכח זה הדוחק קאמר התם: ומאי קאמר, ומאי קושיא! דלמא גזרת הכתוב היא, אבל בגזלן לא קאמר גזרת הכתוב, משום דבגזלן אפילו אחרים אינם מעידים על כתב ידו אלא אם כן הוחזק. **משמע דדוקא קרוב פסול מגזרת הכתוב אבל לא גזלן דגולן פסול דלמא משקר.** אין לדקדק משם ולומר אם כן גולן עדותו ספק דפשיטא דהטעם שפסלה תורה גולן הוא משום דרשע הוא **ודילמא משקר ומשום דלפעמים משקר גזרת הכתוב שלא יהיה נאמן מכל וכל ועדותו לא תתחשב עדות... אבל גזלן הטעם שהוא פסול הוא משום דלמא משקר, והתורה בטלה עדותו מכל וכל ועדותו כאלו אינו, והמקדש בו הוה ליה כמקדש בלא עדים... ולדברי רבינו שלמה ב"ר אברהם דכתב דעדותו ספק והמקדש בהם קדושי ספק, אין לחוש דיחידאה הוא.**

מדברי הרד"ך אנו למדים כי קיים בכל גולן הטעם של "חשוד לשקר", ובשל כך יש לדון אותו כספק פסול, אלא שהתורה גזלה לפסלו באופן ודאי בשל אותו חשד. הרד"ך לא נחלק אפוא על הרשב"א שנתן לגולן דין של ספק שקרן, אלא רק הוסיף לפסלו בשל כך בפסול ודאי מכח גזה"כ. הרד"ך מבהיר שביסודה של גזה"כ הפוסלת באופן מוחלט ישנו הטעם של "חשוד לשקר". היה מקום לומר שבמקום שקים לן שאינו משקר יוכשר הגולן, ולא תחול עליו גזה"כ אלא שהרד"ך כתב שגם בכה"ג (דקין לן שאינו משקר) הגולן פסול לעדות. עיי"כ צ"ל שכיון שבשעה שגזל היה קיים חשש שישקר כבר חלה עליו גזה"כ, וגם אם אח"כ נתברר שלענין עדות מסוימת "קיים לן שלא ישקר" לא יעקר בשל כך הפסול. יתכן שגם אם בעת שגזל היה ברור לנו שלא ישקר, הרי מ"מ כיון שמחמת מעשיו הוא עלול ומסוגל לבא אל השקר יותר מאדם אחר, ורק סיבות אחרות מונחות אותו מכך אין זו טיבה להפקיעו מכלל גזרת הכתוב, ולכן ישאר בפסולו לדעת רד"ך.

ב. חשש משקר בעד חמס - שיטות הראשונים

משיטות הראשונים שדנו בפסול גזלן ועד חמס, נזכיר תחילה את שיטת רש"י סנהדרין כז, א שכתב להדיא בד"ה ומילוי ברבית: "ומיהו לתאבון כגזלנין ומלוי בריבית דמו, דמשום ממון קעביד, הלכך חשוד למשקל שוחדא ואסהודי שקרא".

כדעתו מצאנו גם בנמוק"י סנהדרין (ה,ב בדפי הרי"ף) שברשע דחמס – גזלן – הפסול הוא מצד "חשש משקר", ולכן הוא פסול לעדות של איסורים (הגם שאין בהם תורת עדות, וגם עד א' ואשה או קרוב כשרים בהם). כך פירשו בדעתו הקצוה"ח סימן מו ס"ק יז, הנתיבות שם ס"ק יז ובמשובב נתיבות שם. כך מבאר גם במנחת חנוך מצוה לז שהאריך לדחות דעת הנמוק"י.

בריטבי"א ר"ה כב, א מבאר להדיא כי פסולו של הגזלן לעדות אשה נובע מ"חשש משקר" שיש בו. וז"ל שם: "אבל גזלן של תורה פסול לעדות אשה (שיש לו ריעותא) מגופו דמסהיד בשקרא שלא הכשירו בו מפסולי דאורייתא אלא אשה ועבד שפסולין בגוזה"כ".

ברש"י קידושין סו, א ובר"ן למסכת קידושין סו (דף כט, א בדפי הרי"ף) משמע ג"כ כדעה זו. אביי ס"ל שעדות של איסור טומאה של אשה לבעלה נדון כאיסורים, ולכן בעד א' אומר אשתך זינתה והוא שותק נאמן ועליו להוציאה, וזאת בתנאי שהעד "מהימן עלך דלאו גזלנא". רש"י והר"ן פירשו שהחסרון של גזלן לענין זה הוא משום שהוא מפסולי עדות ועי"ש באריכות דבריו של הר"ן. מבאר א"כ שהגזלן פסול גם לעדות אסורים וע"כ שזה נובע מ"חשש משקר" דאית ביה. ועיין ש"ך יו"ד קכז, ב.

בש"ך שם ובנתיבות ס"י מו ס"ק יז מבואר ע"פ הר"ן, שבעצם הרשע חשוד לשקר גם באיסורים (ולא חילקו בין רשע דחמס לרשע דלאו דחמס) אלא שמ"מ נאמן באיסורים להתיר (כשארין חזקה נגדו) ולא לאסור, או בגלל חזקה דאין אדם חוטא ולא לו (ובעדות נשים יש חשש שמא עיניו נתן בה). החבצלת השרון מקשה דהא קיי"ל שהחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר, ותירץ שיש גוזה"כ מיוחדת שכל "רשע" חשוד לשקר לענין עדות, ובאמת חשוד לאיסור אחד אינו חשוד לאיסור אחר, ורק לענין עדות יש חשש במי שנפסל כרשע. החזקה של אין אדם חוטא ולא לו היא שמכשירה את הרשע באיסורים. התבה"ש הבין שגוזה"כ שבכתוב "להיות עד חמס" מוסבת על הרישא שמירי בכל עד רשע.

מכל האמור ניתן להסיק, שגם אם נסבור כרד"ך (וכפי שיבאר להלן) שיש בגזלן פסול מוחלט מכח גזה"כ, ע"כ נאמר שיש בו גם פסול של חשוד לשקר. הפסול כחשוד לשקר נובע מכח סברא ולא מכח גזה"כ, שא"ת הפסול נובע מכח גזה"כ א"כ קשה מנין לריטב"א, נמוק"י ור"ן הנ"ל שהוא חל גם לענין אסורים ולענין עדות אשה. לעומת זאת בדעת רש"י (סנהדרין כז, א) ניתן לפרש כי **עצם הקביעה שיש בגזלן חשש משקר היא מכח גזה"כ**. אלמלא גזה"כ היינו מעמידים את מי שחטא בגזל על חזקת כשרות, **זאת משום שאם חטא פעם אחת לא התערערה החזקה, ואין עדיין יסוד להחזיקו כחשוד שיחטא וישקר להבא**. אמנם אם רגיל בגזל יתכן לומר שיש חשש משקר לכו"ע מסברא ולא מגזה"כ. ובכה"ג אין לו גם חזקת כשרות, ועיין ש"ך יו"ד שם וחלקת יואב אהע"ז סימן כט. ואת דברי רש"י קדושין סו, א הנ"ל ניתן לפרש שמדבר במי שרגיל בגזל.

המני"ח שם מקשה לשיטות הנמוק"י – ריטב"א, דברמב"ם ובשו"ע יו"ד מבואר שכל הפסולים מחמת עברה כשרים לעדות איסורים, ולא חלקו בין פסולים דלאו דחמס לבין פסול דחמס כגון גזלן וכיו"ב. כמו"כ לא נזכר בשו"ע יו"ד וברמב"ם שאוכל נבלות לתיאבון יהיה גרוע מאוי"נ להכעיס לענין עדות איסורים. בנוסף לכך מקשה המני"ח שלשיטות אלו יהיה כל פסולו של גזלן פסול ספק, א"כ כשיש שנים כשרים שמעידים על פלוני שהרג נפש, ושנים גזלנים מעידים שלא הרג, הרי כיון שהם ספק פסולים בלבד יהיה עלינו לפוטרו מצד ספק נפשות להקל. קושיא זו היא כמובן על הצד שנסבור (לדעת נמוק"י וריטב"א) שפסול גזלן הוא רק מתורת ספק שקרן ולא משום גזה"כ. אמנם לפי הרד"ך שהסביר כי בנוסף לפסול של ספק שקרן יש גם פסול של גזה"כ הפוסלת באופן מוחלט אתי שפיר.

על קושית המני"ח מנאמנות העבריינים בעדות איסורים מתרץ האמרי בינה (עדות סי' לא) עפ"י הרמב"ם בהלכות עדות יא, ח שם מחדש הרמב"ם שהנאמנות של עד רשע באיסורים היא מצד שאין אדם חוטא ולא לו. **חזקה זו היא רק באיסורים "לפי שאימת האיסורים על הרשעים" ולא לענין ממון**, כי "אין אימת הממון עליהם". מדברי הרמב"ם שהוצרך להסביר שאין אימת הממון על הרשעים, הוכיח האמרי בינה שדעת הרמב"ם שברשעים פסלין משום חשש משקר. (ובחבצלת השרון פירש שלרמב"ם רק בעבריין דחמס ולתיאבון יש חשש שקר לגבי עדותו באיסורים, ויליף לה מ"להיות עד חמס" אבל רשע דלאו דחמס פסולו מגזה"כ ולא מחמת חשש משקר והגזה"כ היא לא משום דחשינן שישקר, ולכן זה נוגע רק לעדות ממון ולא לעדות איסורים).

יש מקום לומר שזו ג"כ דעת הש"ך יו"ד קכו, כ שכתב לחלק, שרשע וגזלן נאמנים באיסורים להתיר (בגלל החזקה "דאין אדם חוטא ולא לו") אבל אינם נאמנים לאסור שבזה אינו מחטיאו ורק גורם לו הפסד ממון. אמנם הש"ך הגיע לחילוקו מצד אחר, אבל יתכן שגם סברא זו מונחת ביסוד דבריו ועיין אמרי בינה שם.

לאור האמור יש עדין לשאול מדוע בעדות אשה פסול הגזלן, ולא נימא אף בזה "דאין אדם חוטא ולא לו". עיין נתיבות מו, יז שכתב: "שלעדות באשה חיישינן שמא עיניו נתן בה, ואפילו בפסולים דלאו דחמס. ויבואר להלן.

ג. פסול "עד חמס" – הקשר בין גזה"כ לבין "חשש משקר"

ראינו לעיל מכמה ראשונים שיש בגזלן פסול של חשש שקר, ויסודם בסוגיא מפורשת (ב"ב קנט,א) שהענין הנדון בה נפסק להלכה ברמב"ם ובשו"ע. הראנו גם בר"ד דעת הרד"ך שיש גם פסול מוחלט, שמכח גזה"כ וזאת בנוסף לפסול שמכח "חשש משקר" כנ"ל. למסקנה זו חייבים אנו להגיע, גם בשל קושית המני"ח מעדות נפשות כנו' לעיל. בקובץ הערות לר"א וסרמן ליבמות דף כה הוכיח כן מרב יוסף שם, וכן מהשיטות שס"ל שיש גזלן פסול של "תחלתו בסודו וסופו בכשרות בעיני". אם נאמר שפסול גזלן הוא משום "חשש משקר" בלבד מה אכפת לן אם היה גזלן בשעת ראיה, הרי מ"מ בשעת הגדה הוא כשר ודובר אמת. מה גם שיש שיטות שבדין "תחלתו בכשרות" יש חסרון רק אם פסולו בפסול הגוף ולא פסול של חשש משקר (כמו נוגע).

המסקנה המתבקשת, אפוא, היא שישנם שני הטעמים גם יחד. אלא שעדין לא ברור אם כל אחד משני הטעמים, גורמי הפסול, עומד בפני עצמו או שיש קשר ביניהם. הרד"ך הזכיר אמנם שהטעם לפסול משום גזה"כ הוא בגלל שהם חשודים לשקר, אבל אין זה מכריח לומר שיש למעשה קשר בין שני הגורמים, ויתכן לומר בכונתו שכיון שברוב הפעמים יש בגזלן חשש משקר לכן הטילה עליו התורה פסול מוחלט גם היכא שקים לן שאינו משקר (ועיין לעיל בדברנו בשיטת הרד"ך).

יתכן לפרש כונת הרד"ך באופן אחר, דהיינו שהגזה"כ היא בכך שבכל גזלן יש חשש משקר והתורה פסלה באופן ודאי כל עד שיש בו חשש משקר (בתולדה מרשעו). יתכן גם שזהו פסול בגופו של עד. ההסבר הוא לפי שהמהות של עד היא בכך שהוא "גברא מהימנא" ועד שיש בו מצב קבוע של חשש משקר יש לו חסרון ב"חפצא" של עד. לפי טעם זה יתכן שאם יהיה

גזלן שבשעה שגזל לא נולד לגביו "חשש משקר", שוב לא יפסל ג"כ בפסול שמכח גזה"כ.

יש גם אפשרות שלישית, לפרש שהתורה לא פסלה את העד-הגזלן גופו אלא שהיא פסלה את עדותו. דכיון שבכל גזלן בד"כ יש חשש משקר, ולפי"ז יש ספק בכשרות של עדותו גזרה תורה שנדון את הספק כודאי והעדות פסולה והיא בחזקת עדות שקר. לפיכך אם יהיה ברור לנו בעדות מסוימת של גזלן שבעדות זו הגזלן דובר אמת יתכן שניתן להכשירה. מן הראיות של הגר"א וסרמן בקובץ הערות סימן רלג-רלו (מהדורת ת"א תשכ"ז) נראה שגזה"כ היא נפרדת מן החשש משקר (ויש לרשע פסול הגוף שאינו תלוי בחשש משקר) ואפילו היכא שברור לנו שהוא דובר אמת אין לקבלו. מזה נראה שהוא סובר כמו האופן הראשון בפרוש הרד"ך.

ד. פסול רשע שאינו עד חמס - שיטת הרמ"ה והרמב"ם

השאלה שנדונה לעיל גבי גזלן תדון כאן לגבי כל הפסולים מתמת עברה (הגם שאינם פסולי ד"חמס").

תחילה נביא את דברי היד רמ"ה בסנהדרין בנדון, וז"ל:

ולהדין טעמא (הכונה לשיטת אב"י שעוברי לאווין שלא לתיאבון נפסלים) האי דקתני בברייתא אל תשת חמס עד, לאו פירושא דאל תשת רשע עד הוא, אלא מילי מילי קתני ולפרושיה קרא קאתי, דרישיה דקרא משמע "אל תשת ידך עם רשע" – "אל תשת רשע עד", וסופיה דקרא משמע "להיות עד חמס" – שלא תשת חמס עד ותנא קא מפריש להו לתרוייהו רשע דלאו חמס – כגון מועלין בשבועות שוא, חמס – כגון הגזלנין ומלוי ריביות ואיבעית פרושא קא מפריש, דהאי אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד קאמר ולא למימר דלא הוי פסול עד דהוי חמס, אלא הכי קאמר רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס אל תשיתון עד.

נחבצלת השרון פירש מעצמו כמו הפרוש השני ויסד זאת על דעת הסובר, שבמקום שהתורה פירשה בעצמה את הטעם דרשינן טעמא דקרא לכו"ע, ולכן "להיות עד חמס" זהו הטעם של אל תשת רשע לכו"ע, ויש בזה גילוי מכח גזה"כ, שכל רשע יש בו חשש משקר לעדות כולל לעדות איסורים, וזה יסודם של הש"ך והתניבות שסוברים שגם רשע דלאו דחמס פסול לאיסורים אלמלא הטעם של חזקה אין אדם חוטא ולא לו. אבל הרמב"ם

חולק על גזה"כ זו, כי הוא סובר שהיודע בחבירו שהוא רשע אסור להעיד איתו אע"פ שאומר אמת, ש"מ שאין הפסול מחמת חשש משקר והטור סובר בזה כרמב"ם. בסוף דבריו מבאר החבצלת השרון שהרמב"ם מודה ברשע דחמס שהוא מפני חשש משקר וזוהי סברת הנימוק"י שמחלק בין רשע דחמס לרשע דלאו דחמס].

ברור מדבריו של היד רמ"ה [בפרושו השני] שגם או"ע להכעיס וכל רשע דלאו דחמס הפסול שלהם נובע מ"חשש משקר", ובנוסף לזה אנו רואים שהוא סובר שישנה גזה"כ הפוסלת אותו באופן ודאי בשל החשש הנזכר. אפשר אולי לדחוק ולומר שזה תלוי בשני התרוצים של הרמ"ה, ולתרוץ קמא הפסול של רשע בשני סוגיו הוא מגזה"כ בלבד. מלשונו נראה יותר שאין מחלוקת לדינא בין שני התרוצים ורק משמעות דורשין איכא בינייהו. נמצא לפי"ז כי דעת הרמ"ה שפסול רשע דחמס וכן פסול רשע דלאו דחמס נובע מחשש משקר דאית ביה. עיין באמרי בינה עדות סימן לא שהביא דעת הרמ"ה הנ"ל להלכה. מתוך דברי הרמ"ה בתרוצו השני ניתן להסיק שרשע שאין בו חשש משקר אינו עד פסול, אבל יש לחלק ולומר שהני מילי אם ברור לנו שבשום עדות בעתיד אינו עלול לשקר שאז נעקר הפסול של גזה"כ, אבל אם ברור לנו על עדות מסוימת בלבד שאינו משקר בה לא יוכשר הפסול הכללי של גזה"כ לעדות פרטית זו. גם כאשר ברור לנו שלא ישקר בשום עדות, יש עדיין לחלק בין אם ברור זה היה קיים בשעת מעשה העברה או נולד אח"כ, ועיין לעיל בדברנו בשיטת הרד"ך היכא דקים לן שאינו משקר.

הרמב"ם הלכות עדות יא, ז כתב:

עד אחד נאמן באיסורין אע"פ שהוא פסול לשאר עדויות, שהרי רשע בעברה ששחט שחיטתו כשרה ונאמן לומר כהלכה שחטתי, אבל החשוד על הדבר אינו נאמן על שלו, אבל נאמן הוא על אחרים.

הרמב"ם כלל פאן כל סוגי רשע, ולא חילק בין רשע דחמס או דחייבי מלקויות דלאו דחמס. ובהמשך בהלכה ח כתב: "לפיכך החשוד על דבר יש לו לדון בו ולהעיד בו לאחרים, חזקה אין אדם חוטא כדי שיהנו אחרים כיצד נאמן עם הארץ לומר פירות פלוני מעושרים הם... וכן כל כיוצא בזה משאר איסורין לפי שאימת האיסורים על הרשעים ואין אימת הממון עליהן".

הנימוק שבסוף דברי הרמב"ם (המחלק בין עדות באיסורים לבין עדות בממונות) מראה כי פסולו של הרשע הוא ביסודו מצד חשש משקר, וזה צריך לפסול אותו גם באיסורים, אלא ששם הוא כשר וכמוהו גם החשוד לאותו דבר בגלל החזקה דאין אדם חוטא ולא לו. וכיון שאתינן לכך היה קשה

לרמב"ם א"כ גם בממונות נכשיר ע"ס אותה חזקה. ותירץ שאין אימת הממונות על הרשעים. מהצורך של הרמב"ם לחדש שאין אימת הממונות על הרשעים אנו לומדים דס"ל שפסול רשע לעדות ממון תלוי בכך שהוא חשוד לשקר. יתכן והרמב"ם מודה שיש גם פסול של גזרת הכתוב כמו שמבואר ביד רמ"ה, אבל הפסול הזה נעוץ בחשש שישקר, ואילו היתה חזקה דאין אדם חוטא ולא לו גם בממונות לא היה נפסל הרשע לעדות.

במאמר בכת"י בענין "חשוד לאותו דבר באיסורים" הקשה ידידנו הרב א. שטרן שליט"א דענין מלקות ונפשות מסתבר שדמי לאיסורים, ואימת דיני נפשות ומלקות על הרשעים ובכל זאת הרשעים פסולים לעדות מלקות ונפשות. מצאתי שכבר דן בשאלה זו האמרי בינה חו"מ עדות סי' לא וכתב לתרץ דכיון שענין כשרותן של עדויות הוא גזה"כ, א"כ יש לומר דק"ל שלעדות נפשות (וכל מה דבעינן ב' עדים) בעינן עדים שהם כשרים גם לממונות, ועדים הפסולים לממונות לא נאמרה בהם הגזה"כ של על "פי שנים עדים" להכשירם כלל לשום עדות כולל מלקות ונפשות עיי"ש. בעדות איסורים אין גזה"כ שצריך ראוי לעדות ממון כשם שלא הצריכה תורה שם שני עדים כבממונות. לפיכך בעדות איסורים יש מקום להכשיר וכדלעיל.

נמצינו למדים שדעת הרמב"ם ג"כ שפסול רשע בכללו הוא מצד חשש שמא ישקר, וגם למדנו שגזה"כ במדה וישנה היא תלויה בפסול דחשש משקר, ונמצא ג"כ בדבריו בענין חזקה דאין אדם חוטא וכו' שאם ברור לנו שלא ישקר אין גם גזה"כ פוסלתו (והיינו באופן שכבר מרגע העברה ידענו שאינו עלול לשקר כלל).

ה. פסול רשע שאינו עד חמס - שיטת הנמוק"י

דברי הנמוק"י בסוגיא ביבמות כה הובאו לעיל, לענין פסול רשע דחמס, ומדבריו שם לענין פסול רשע דלאו דחמס נראה שפסול זה איננו פסול הנובע מחשש שקר אלא מגזה"כ, ולכן היכא שאין תורת עדות כמו באיסורים, וכל מקום שהאשה כשרה גם רשע (דלאו דחמס) כשר. כך פירש בדעתו קצוה"ח מו, יז והנתיבות שם ובספרו קהלות יעקב לאהע"י ז, ג. בקצוה"ח שם הסיק מכך שגם לעדות עגונות יהיה הרשע כשר ו"גזלן דאורייתא" שפסול היינו דוקא גזלן וכל הפסולים כעדי חמס. כך הבין ג"כ ב"קהילות יעקב" שם. אלא שבספרו בנתיבות חו"מ שם ס"ק יז תמה על כך ודעתו לפסול לעדות אשה מחשש שמא עיניו נתן בה.

קצוה"ח שם ובמשובב נתיבות שם וכן הקהילות יעקב עמדו על כך, שהרמב"ם בהלכות גרושין יב, יז והמחבר באהע"ז יז, ג פסלו לעדות אשה את כל הפסולים מחמת עברה בלי לחלק בין רשע דחמס או דלאו דחמס ודלא כנמוק"י. למרות הקושי הנז' נשאר קצוה"ח בדעה שהעיקר כנמוק"י, שפסול רשע הוא מגוזה"כ ולכן כשר בכל עדות איסורים. רק בעדות אשה שמן התורה צריך ב' עדים (או לפחות אחד כשר), וחכמים הם שהקילו לא הכשירו חכמים (מטעמים שלא פרשם) את הפסולים מחמת עברה עי"ש במשובב נתיבות. למסקנא זו הגיע גם המנ"ח במצוה לז.

לאור מה שהבאנו לעיל שדעת הרמב"ם שפסול רשע – גם רשע להכעיס – הוא מצד חשש משקר, ניתן א"כ לפרש את פסקו בהלכות גרושין יב, יז ואת המחבר (באהע"ז יז, ג) שפסלו לעדות עגונה את כל הפסולים מחמת עברה, שזה נובע מכך שהרשע חשוד לשקר, ושאיני מאשה וקרוב שאינם חשודים. (ומזה תהיה לנו הכרעה שהיותו חשוד לשקר זהו מסברא בלי צורך בגוזה"כ, שהרי באיסורים ובעדות אשה ליכא גוזה"כ). סיוע לפרוש זה ברמב"ם הוא שבאותה הלכה פסק ג"כ שהפסול בעברה מן התורה אם העיד לפי תומו כשר, ולפי ההסבר שכל פסולו נובע מחשש משקר ניחא, אבל לפי הסבר הקצות שאינו חשוד לשקר ובגלל רשעו לא רצו חכמים להקל כלפיו והשאירו על דין תורה א"כ מה החילוק בין מסל"ית או לאו וצ"ע.

עוד נראה לפרש שגם לנמוק"י וההולכים בדרכו אין הכרח לומר שפסול רשע אינו קשור בחשש משקר. הנראה הוא שגם לנמוק"י יתכן שבכל רשע יסוד הפסול הוא בחשש משקר, אלא שהוא סובר שאלמלא גוזה"כ היינו מעמידים אותו על חזקתו, דמפני שהרשיע בעברה פעם א' אין סיבה שהוא ישקר בעתיד, אלא שמכח גוזה"כ של "אל תשת רשע עד" – "אל תשת חמס עד" (כפרוש ה' של הרמ"ה) אנו למדים שהתורה הורתה לנו לחוש שמא משקר ולא להעמידו על חזקת כשרות. מכח גוזה"כ זו הוא גם נפסל בפסול ודאי. כ"ז ברשע שאינו של חמס אבל הרשע דחמס יתכן שהחשש משקר הוא מסברא גרידא וא"צ לגוזה"כ (עיין בחלקת יואב אעה"ז סימן כט שכתב כן). נמצא לפי"ז שגם לנמוק"י ודעימיה הרי הפסול של רשע דלאו דחמס נובע מ"חשש משקר", וההבדל בינו לבין הרמב"ם והרמ"ה הוא בזה, שלדעת הנמוק"י אין "חשש משקר" ברשע שאינו רשע דחמס נובע מסברא אלא מגוזה"כ בלבד, ולכן היכא שאין גוזה"כ כגון באיסורים ובעגונות הוא כשר לעדות. לעומת זה הרי הרמב"ם והרמ"ה ס"ל שגם רשע דלאו דחמס פסולו משום חשש משקר שמסברא, ולכן פסול ג"כ כשאין גוזה"כ. לפי פרוש זה יודו הנמוק"י ודעימיה

בכל עדות ממון שגם ברשע דלאו דחמס פסולו נובע מכך שנחשב כחשוד לשקר, והיכא שקים לן שאינו חשוד יש לדון וכפי שנזכר.

ו. עברות שאינן גורמות לחשש לעדות שקר

ננסה להביא ראיות אחדות למהלך דלעיל, שפסול רשע דלאו דחמס הוא משום שנחשב כחשוד לשקר.

א. בסוגיא סנהדרין כו, ב נחלקו רב נחמן ורב ששת, אם חשוד על העריות כשר לעדות, רב נחמן מכשיר ורב ששת טוען "עני מרי ארבעים בכתפיה וכשר?!!" רש"י שם פירש שמייירי בבא על הערוה ואעפ"כ כשר לרב נחמן, כיון שאינו רשע דחמס (לפי שיטת רש"י שם כז, א) ולפי"ז רב נחמן הוא כרבא ודלא כהלכתא. והתוספות שם הקשו שגם לרבא יש לפסול דמאי שנא מאוכל נבלות לתיאבון ומפלוגי רבעני לרצוני. ותרצו ב' תרוצים ה-א' שר"נ ורב ששת נחלקו בחשוד לעריות בלבד, ותרופ' ה-ב' **שרב נחמן הכשיר גם בבא על העריות משום ש"יצרו תקפו"**. גם הרי"ף (הב) הסביר טעמו של רב נחמן בכך ש"יצרו תקפו", ונראה שהוא מפרש מחלוקתם בבא על הערוה ולא בחשוד (ועיין בעל המאור שם) וכך פירש הנמוק"י בדעתו. מה שהסבירו התוס' מדעתם (שטעמו של רב נחמן משום "יצרו תקפו") נראה מהרי"ף **שהיה לו כן בגירסת הגמרא בדברי ר"נ** וכך הביא הנמוק"י שהיה בגרסת הגאונים (ס' מתיבות) ובעטור.

עדיין היה מקום לפרש שסברת יצרו תקפו לתוס', גאונים והרי"ף נאמרה אליבא דרבא, אבל לאביי שהכל גזה"כ אין סברא זו קיימת. אבל הנמוק"י מפרש שם בדעת הגאונים ובשם בעל העטור שסברת יצרו תקפו מהניא גם לאביי, והביא שבעל העטור פסק כרב נחמן אע"פ שהלכה כאביי ובגלל הטעם של "יצרו תקפו".

סברא זו "דיצרו תקפו" היא סברא תמוהה, שהרי לענין מלקות או מיתת ביי"ד שיש בעריות אין שום חילוק או קולא משום "יצרו תקפו", והוא נחשב מזיד גמור לענין מלקות או מיתת ואם כן **מה ההגיון שלענין נפשות ומלקות יחשב מזיד ו"רשע"** ("אשר הוא רשע למות") ולענין עדות לא יחשב מזיד ולא יהיה בכלל "אל תשת רשע עד".

שאלה זו העלה כבר הנוב"י אעה"ז סימן נז, ותירץ שבמקום של מלקות ומיתת נחשב כמזיד גמור, כיון שהתם יש התראה **וההתראה מחלישה את תוקף היצר** ולכן הוי מזיד גמור. לעומת זאת ר"נ שהכשיר משום יצרו תקפו

מיירי בדליכא התראה ולכן יצרו תוקפו. לפיכך מחדש הנוב"י שלר' יוסי ב"ר יהודה שחבר אין צריך התראה ולוקה גם בלא התראה, **הרי זה בכל התורה פרט לעריות ששם יצרו תוקפו**. מה שמבואר בסנהדרין ח ובדף מא שם שאשה הנטמאת תחת בעלה נענשת גם ללא התראה כשהיא "אשה חברה" (לר' יוסי ב"ר יהודה), היינו דוקא באשה, שאין יצרה תקיף כמו של האיש.

פרושו זה מחדש ביותר ונראה שיש קושי לקיים פרוש זה בסוגיא. הנוב"י נקט לדבר פשוט שדינו של רב נחמן ב"בא על הערוה" מיירי בלא התראה, ואם נבדוק בסוגיא שם נראה דלא משמע שם כן.

בפרוש מחלוקת ר"נ ורב ששת בחשוד על העריות (סנהדרין כו, ב), פירש הרז"ה דמיירי בחשוד, ולא שבא עליהן ממש והמלקות שזכר שם הם **מלקות מרדות** דמלקין על לא טובה השמועה. מדברי הרז"ה משמע, שמי שמפרש שמיירי בבא על הערוה, יפרש **שהמלקות דמיירי שם הן מלקות ארבעים שמדאורייתא**. רש"י גם פירש שמיירי בבא על הערוה ובכ"ז כשבא לפרש את ענין "הארבעים בכתפיה" כתב: "חייב במלקות **אע"פ** שאין התראה, דאמר מר מלקין על לא טובה השמועה". נראה שר"ל שהיות שרב ששת ור"נ לא חילקו בדינם בין בא על הערוה שיש בו התראה לבין זה שאין בו התראה, לכן צריך להעמיד דברי רב ששת גם באין בו התראה, ולפיכך כתב לפרש והכוונה למלקות דלא טובה השמועה. מיהו נראה שהבין שהסוגיא מיירי **בין בהתראה ובין שלא בהתראה** ובא רק לישוב את לשון הארבעים בכתפיה להיכא שאין התראה.

לפי פירוש הר"י והגאונים בסוגיא (עיין בנמוק"י ה, ב בדפי הר"י) נראה שהבינו דמיירי **בבא על הערוה ובאופן שיש מלקות**. יתרה מזו נראה שאת הכלל **שרשע דלאו דחמס היינו רשע שעבר על לאו שיש בו מלקות** למד הר"י מדברי רב ששת כאן "ארבעים בכתפיה וכשר" וא"כ הבין שמיירי כאן ממלקות דאורייתא ממש ויבואר לקמן.

יש להוסיף כי רש"י שהוא המחדש לפרש כאן דמיירי בלא התראה ובמלקות דלא טובה השמועה, אינו מפרש כלל בטעמו של רב נחמן משום "יצרו תוקפו" אלא משום דס"ל כרבא דבעינן רשע דחמס, וא"כ אין שום סיבה לומר דמיירי הכא בלא התראה כנוב"י, והיות שרש"י פירש שמיירי בבא על הערוה ממש, ע"כ לומר שלרוחא דמילתא פירש שמיירי גם בלא התראה.

לפיכך נראה שגם לר"י והגאונים שפירשו בטעמו של ר"נ שהוא משום יצרו תוקפו אין יסוד לפרש דמיירי דוקא בלא התראה, וביחוד שד"ז לא נזכר בהם ואדרבה נראה שהם הבינו את דברי רב ששת "ארבעין בכתפיה" כפשוטם,

דמיירי בחייבי מלקויות שמן התורה גם בהתראה. וז"ל הרי"ף בתשובה (הוצ' ז. בידנאביץ בילגוריי תרצ"ה) סימן י: "ואיתמר נמי לענין פסלות בתמיהא ארבעים בכתפיה וכשר, וזו ראייה שכל עברות שחייבין עליהן מלקות פסול לעדות, וטעם הדבר משום דכתיב: אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס ודרשי רבנן אל תשת רשע עד, והיינו מאן דכתיב ביה והיה אם בן הכות הרשעי". הרי מפורש לנו שהרי"ף פירש את ארבעים בכתפיה כפשוטו, דמיירי במלקות של תורה ומכלל "והיה אם בן הכות הרשעי" וע"כ דמיירי בהתראה, ועם זאת פירש בדבר נחמן שגם בכה"ג מועיל יצרו תוקפו להכשיר וזה מתנגד לפרושו של הנוב"י הנ"ל. גם ביד רמ"ה מפרש להדיא שה"ארבעים בכתפיה" של רב ששת הם מלקות ד"בן הכות הרשעי" ולא מלקות דלא טובה השמועה. יתכן לישב הנוב"י לפי הרי"ף ש"ארבעים בכתפיה" היינו שעבר עברה שחייבין עליה מלקות אבל לא ילקה כיון שאין התראה.

על הנוב"י קשה לכאורה מדין מזיד של כרת דעריות. הלכה היא שעונש כרת לא בעי התראה. כך נאמר בגמרא סנהדרין מ,ב – מא,א. שם ילפינן התראה במלקות מ"איש אשר יקח את אחותו" – "וראה את ערותה" אטו בראיה תליא מילתא אלא עד שיראוהו טעמו של דבר. אם אינו ענין לכרת תנהו ענין למלקות. פירש רש"י שם "ואם אינו ענין לחיוב כרת דהא דין שמים הוא ולא בעי התראה דקמי שמיא גליא אם שוגג הוא או מזיד". למדנו מכאן שגם כרת דעריות (שמיירי ביה קרא) לא בעי התראה. יש מכאן קושיא על שיטת הנוב"י. שאף אם נאמר שלענין כרת דעריות לא בעינן התראה להבחין בין שוגג למזיד ("דקמי שמיא גליא") מ"מ בעריות יש ענין של "יצרו תוקפון" שלדעת הנוב"י כל עוד אין התראה נחשב כאנוס וההתראה גורמת שאין כ"כ "יצרו תוקפון" והוי מזיד, וא"כ בכרת דעריות נהי נמי שלא צריך התראה כדי להבחין בין שוגג למזיד מ"מ יש צורך בהתראה כדי להחליש את תוקף היצר שאל"כ הוא נחשב כאנוס ואנוס הרי פטור גם מכרת. ויש לייש שענין ההתראה שמחלישה כח היצר ידעינן מסברא ולא צריך לזה גילוי בכתוב.

ויש לישב ב'י אופנים נוספים: א. מה שנאמר בגמרא, לפי דעת הנוב"י, שיצרו תוקפו משוי ליה כאנוס זה רק לגבי עונש או פסול שבדיני בי"ד של מטה אבל דיני שמים בחינה כזו של מזיד שיצרו תוקפו לא נחשבת כאנוס אלא כמזיד. [ואל יפלא חלוק כזה בעינינו שהרי כך מצאנו לגבי אומר מותר שאצל בן נח נחשב כמזיד ואצל ישראל נחשב כשוגג וכמו כן לענין גלות נחשב אומר מותר כמזיד ואילו לענין כפרת קרבן ולהפסל לעדות בפסול רשע נחשב האומר מותר כשוגג] והחסבר בזה הוא שאנוס של יצרו תוקפו הוא נחשב "קרוב למזיד" ולענין דיני שמים יחשב "קרוב למזיד" זה כמזיד גמור. ראייה לדבר

שהרי התורה צותה והזהירה על עריות והעובר עליהן נחשב כמי שעבר על אסור לכוי"ע גם אם עבר על האזהרה ללא התראה ואם הוא אנוס גמור כיצד הזהירה אותו התורה (ולא נדרשנו לאסור זאת מכח מצות קדוש ה' רק כשיש סכנת נפשות) על כך ומדוע נחשב שעבר על מימרא דרחמנא? אלא על כרחך שרק לענין עונשין של ביי"ד נחשב כאנוס אבל לענין כרת דעריות נדון החוטא כמזיד למרות שייצרו תוקפוי". ב. עוד י"ל, שמה שיצרו תוקפו מחשיבו לאנוס היינו לספק אנוס דאין אנו יודעים לשער מידת תוקפו של יצרו ואת השעור של יכלתו לעמוד מול יצרו ומספק לא נענש ולא לוקה ולא נפסל לעדות (מכה חזקת כשרות) אבל לענין כרת הרי קמי שמיא גליא אם היה אנוס בדבר או לאו.

למרות שניסינו ליישב ולקיים את שיטת הנוביי נראה מ"מ ששיטה זו מחודשת ויש לילך בדרך שנציע לקמן.

י"ל דלרב נחמן נראה כי פסול רשע גם לאביי הוא בגלל חשש משקר. ואעפ"כ אם יש לנו סיבה לחלק ולומר שאע"פ שהוא רשע בעברה פלונית לא יבוא לכלל שקר בעדותו, וברור לנו כי בגלל אופי העברה שעבר אין עברה זו גורמת לו שיבא לשקר במקרים אחרים אזי יש להכשירו. משום כך הבא על הערוה אע"פ שהוא רשע, אך מ"מ פריקת העול שלו בעריות אינה מביאה אותנו לחשוש שהוא עלול לפרוק עול גם בעדות שקר. יש לנו סברא טובה לצמצם את פריקת העול ולייחד אותה לעברה שנפסל בה בלבד, בגלל שייצרו תוקפוי". ייצרו תוקפוי" גורם שנוציא "רשע" זה מהכלל, ונאמר דמה שהרשיע בעברה זו אינו יוצר חשש משקר (כמו בעברות רשע בכללן) ויש כאן סיבה מיוחדת לחטאו "ייצרו תוקפוי" ואינו מהווה ע"כ יסוד לחשש משקר כללי.

נראה עוד כי אע"פ שרב ששת חולק על רב נחמן (והרבה פוסקים כמותו) וגם יש ראשונים שפרשו טעמים אחרים בדעת רב נחמן עצמו, (ויש שהעמידוהו אליבא דרבא) אין זה מכריח לומר שהם נחלקו בשאלת היסודית הנ"ל (אם פסול רשע משום "חשש משקר"). ויש לנו כלל דאפושי פלוגתא לא מפשינן, ולכן נראה יותר לתלות המחלוקת בשאלה אם "ייצרו תוקפוי" המיוחד של עריות הוא סברא מספקת לתלות בו את הגורם לעברה ולהבדיל ע"י כך בין עברה זו שנכשל בה לבין עברות אחרות או שמא אין הייצרו תוקפוי" גורם מייחד ומבדיל משאר עברות, וע"כ מי שחטא גם בעריות צ"ל שהוקל אצלו איסור התורה והוא בכלל שאר העבריינים, שהתורה חוששת דכיון שפקרו במזיד יבואו גם לשקר בעדויות. נראה יותר לפרש כך ולא להרחיב המחלוקת ולומר שהם נחלקו אם פסול רשע בכללו נובע מחשש משקר או מגזה"כ.

בחדושי הר"ן לסנהדרין מצאנו, לכאורה, שרב ששת חולק על ענין "יצרו תוקפון". הר"ן שם כתב שמחלוקת רב נחמן ורב ששת היא בבא על הערוה ממש, אבל אינה תלויה במחלוקת אב"י ורבא, גם רבא יכול להודות לרב ששת משום שהוא היקל רק מטעם שחשוד לדבר קל אינו חשוד לדבר חמור, אבל בא על הערוה כיון שהוא חמור מעדות שקר ויש בו כרת גם רבא מודה שיש לפסולו לעדות. טעמו של רב נחמן שמכשיר הוא דאע"פ שיש בעריות כרת וחמירי מעדות שקר מ"מ יצרו תקיף ואינו נעשה בכך חשוד לשקר ורב ששת השיב לו "ארבעין בכתפיה וכשר שמ"מ רשע הוא מעברה חמורה וגופו פסול לעדות".

מדברי הר"ן נראה שהפשט של "יצרו תוקפון" הוא אכן כדברנו, והוא קשור בהיות הרשע חשוד לשקר, וס"ל לרב נחמן שגם לרבא בעברה החמורה מעדות שקר כמו חיבי כריתות ומיתות בי"ד נפסל גם בעברה שאינה של חמס, וכל זה משום שבכה"ג הוא חשוד לשקר. מוסיף רב נחמן שבעריות הוא כשר כיון ש"יצרא דעברה תקיף ליה טובא, ואפשר שיהיה חשוד על הערוה ולא יעיד עדות שקר". אלא שמדברי הר"ן נראה שרב ששת חלוק בעקרון עצמו ואע"פ שמודה לרב נחמן שהכא "יצרו תוקפון" מ"מ לא נראה לו להכשירו, שהרי מ"מ רשע הוא "וגופו פסול לעדות" ולא אכפת לן במה שאינו חשוד לשקר, ויתכן שזו סברא מיוחדת ל"רשעי" האמור בערוה החמור מעדות שקר שבו גם רבא מודה שהוא כלול ב"אל תשת רשע עד" וחמיר מהרשע ד"בן הכות הרשעי", וברשע כזה הפסול הוא מוחלט ולא קשור עם חשש משקר.

הר"ן שם כתב, שדעת רבא ד"פלוני רבעני לרצוני" שהוא פסול מטעם רשע, מסייעת לרב ששת (וכן כתבו התוס' והרמב"ן במלחמות שם) ובהתאם להסבר הנ"ל. וכתב שם הר"ן וז"ל: "והלכה כדבריו (של רב ששת) דרבא (של פלוני רבעני) קאי כוותיה, דרשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עדי". והנה לשיטת רבא שעיקר הפסול של תורה הוא בעד חמס, נראה שאע"פ שחידש הר"ן שמודה רבא לאב"י שרשע בעברה החמורה מעדות שקר פסול (אע"פ שאינו חמס ואינו רע לבריות ואינו חשוד על ממון) מ"מ הרי זה באותו הגדר של רשע דחמס. הרי לרבא לא מתפרש על תשת ידך עם רשע בפני עצמו אלא בסמיכות לעד חמס. וע"כ שהפסול של רשע דכריתות אינו פסול מחודש אלא בכלל הפסול של עד חמס. א"כ כמו שפשוט שפסול חמס וביחוד לרבא קשור עם חשש משקר, כך גם פסול זה של רשע דכריתות וכדברי רב נחמן. וע"כ יש לפרש שרב ששת שחולק אין זה משום דס"ל שרשע פסול גם כשאין חשש משקר אלא ס"ל שכל רשע הכלול ברשע דחמס והחמור מיניה הם בחזקת

חשודים לשקר מגזה"כ גם אם יצרום תוקפם. וקולא שיש בעברה לא תגרע מהיותו חשוד לשקר, כמו שאין היותו רע לבריות לא מגרע אצל "רשע חמור". אבל לאביי שסי"ל כר"מ שחשוד לדבר קל חשוד לדבר חמור, אין הכרח לסברא זו.

א"נ י"ל דגם לאביי אמרינן מן הסתם דכל הנקרא בשם ה"רשע" חשוד לכל, והיינו בסתמא. אבל אם יש סיבה מיוחדת שאין העברה שעשה מחשידה אותו על אחרת, אזי חשוד לה לא חשוד לאחרת, וזהו דין יצרו תוקפו. הר"ן פסק בזה הלכה כרב ששת וכרבא וא"כ יצא שברשע חמור לא תולים בקולא של העברה ולא ביצרו תוקפו, מ"מ י"ל שהנ"מ בקולות שמחמת העברה שישנם בכל העוברים בעברה זו ולכן אמרינן שכבר נלקחו בחשבון ע"י התורה שקראתו רשע לענין עדות למרות ה"קולות" שבו, ע"כ אין להתחשב בקולות אלו אבל אם תמצא קולא שאינה נמצאת ב"סתם" עברין – בזמן מהזמנים – לא תאמר סברא זו.

ב. המחבר בחו"מ לד, ה הביא שיטת "יש אומרים", שמי שעבר על שבעת בטוי להבא לא נפסל לעדות ולשבעה, בין אם נשבע לאכול ולא אכל, ובין אם נשבע שלא לאכול ואכל. שיטה זו היא שיטת רוב הראשונים: רש"י, רמב"ן, רשב"א, ר"י, ראבי"ה ורי"ף (לדעת הטור). והפוסלים הם: רב האי גאון, רמב"ם, רא"ש וטור. בטעם המכשירים כתב רש"י (לפי באור הסמ"ע שם): שכיון שבשעה שיצאה שבעה מפיו לא עבר שום עבירה, ואח"כ בשעה שעובר על שבעתו "לבו אנסוי", כי הוא מיקל באיסור שאסר הוא לעצמו והתורה לא אסרתו כלל.

לשיטת רש"י קשה כי הרי לכל ענין הוא נחשב מזיד גמור ובנשבע שלא לאכול ואכל הוא לוקה, וא"כ מדוע לענין מלקות יחשב רשע ולא יחשב רשע לענין פסול עדות? הרי אנו רואים ש"לבו אנסוי" אינו גורם לקולא לענין מלקות, ומדוע הוא מהוה יסוד לקולא לענין פסול עדות. ע"כ נראה ששיטת היש אומרים ס"ל שיסוד הפסול של רשע לעדות הוא בגלל היותו חשוד לשקר. לפיכך נהי נמי שבכל לאו שעובר אנו רואים בעצם העברה פריקת עול שיש חשש שתוליד אותו לפרוק עול גם בלאו דלא תענה ולהעיד שקר, מ"מ **היכא שיש סיבה לצמצם ולקשר את הפריקת עול לעברה שעבר אנו רשאים לעשות כן ולהכשירו.** לכן בשבועת בטוי שיש לתלות שהוא מיקל בה, מפני שהוא עצמו יצר את האיסור תלינן בכך, ואנו אומרים שהוא פרוץ רק לשבועות בטוי ולא יבוא להעיד שקר.

נראה לומר שאף החולקים לא נחלקו בעקרון הכללי (שיסוד הפסול של רשע הוא בהיותו חשוד לשקר), אלא בכך ש"לבו אנסו" של שבועה אינה סיבה מוכחת להיותו עובר על השבועה. כך גם יתכן לומר בדעת ריב"ש והאחרונים שהכריעו להלכה, שבנשבע שלא לאכול ואכל וכיו"ב נפסל לעדות היינו ג"כ משום שלא נראה שהאדם מיקל באיסור שהוא יצר עד כדי כך שיעבור בידים על שבועתו.

ז. שיטת "התומים"

ה"תומים" כחג מביא ספקן של החות יאיר, באדם שיודע בעצמו שהוא רשע ואין ב"יד מכיר ברשעותו אם רשאי ללכת ולהעיד? מסקנת ה"תומים" שם (וכן דעת הנתיבות שם) שהוא רשאי להעיד. בטעם הדבר כתב שם התומים:

כיון דאין ידוע אלא לו הרי אין אדם נפסל עפ"י עצמו, אף על פי שאומר כן לב"ד, ועוד הטעם דפסול רשע להעיד הוא דנחשד להעיד שקר ולא מגזרת מלך בלי טעם, כמו גבי קרובים, רק הטעם ברשע דנחשד לשקר. ואם כן הוא דיודע בנפשו שהאמת אתו למה לא יעיד.

יש לציין כי הנתיבות הביא רק את הטעם הראשון שכתב התומים. למדנו מדברי התומים שדעתו להלכה למעשה שפסול רשע נובע מהיותו חשוד לשקר. כמו"כ למדנו שיסוד זה נכון לשני הסוגים של פסול רשע, הן רשע דחמס והן דשאר עברות שהרי התומים לא מחלק בכך. נראה ג"כ מהתומים שישנה אמנם "גזרת מלך" שפוסלת אלא שהיא נובעת מהטעם של חשוד לשקר. וכשאינו חשוד אינו נפסל מחמת הגזרה.

בדברי התומים אנו מוצאים קולא מחודשת ביחס לכל הנאמר לעיל. כתבנו לעיל שנראה מכמה צדדים שהן ברשע דחמס והן ברשע דלאו דחמס יש ג"כ גזה"כ הפוסלת מתורת ודאי (שאל"כ היה זה פסול מספק וזה לא יתכן).

הבאנו ראיות רבות שהפסול קשור עם היותם חשודים לשקר. הראנו כי שני היסודות קיימים וכי יש קשר ביניהם (רד"ך, רמ"ה). בהסבר מהות הקשר בין שני היסודות ישנן אפשרויות אחדות (שחלק נזכרו לעיל) כדלקמן:

א. ה"חשש משקר" הוא מעין "טעמא דקרא" כלומר כיון שרוב הגזלנים חשודים לשקר מטבעם, פסלה התורה כל גזלן או כל רשע גם אם ברור שהוא מן המיעוט.

ב. כל גזלן או רשע הם מטבעם חשודים לשקר, ולכן פסלה התורה את גופן בפסול מלהיות עדים וזאת כפסול ודאי ומוחלט. הטעם לכך הוא אולי בזה

שהמהות של עד הוא בהיותו "גברא מהימנא", ואם הוא חשוד לשקר באופן קבוע הרי יש לחשבו כעד פסול. לפי פרוש א: הרי שגם אם קים לן בעד פלוני שאינו חשוד לשקר מ"מ יהיה פסול. לפי פרוש ב: יתכן שאם בשעה שגזל או עבר העברה היה ברור שאינו חשוד (כמו ב"יצרו תוקפוי" דערויות או שמיקל בשבועת בטוי כדלעיל) כי אז לא יחול עליו הפסול של גזה"כ. לעומת זאת אם בשעה שעבר היה בכלל חשוד כבר חל עליו פסול הגוף ולא מסתבר שיוכשר אח"כ גם אם יתברר שלעדות מסוימת איננו חשוד. לפי שני הטעמים שבסעיף א ו-ב יתכן שיהיה הרשע פסול גם לעדויות שאין בהם צורך לשני עדים (כאשר אין הוכחה שהוא מהמיעוט שאינם משקרים).

ג. אופן נוסף הוא לומר שגזה"כ היא שחידשה שיש ברשע גדר של חשוד לשקר, שאל"כ היינו מעמידים אותו על תזקתו (ולא עושים אותו לחשוד בגלל שעבר עברה) וגזה"כ גם הוסיפה לפוסלו בשל כך בפסול ודאי מוחלט. לפי טעם זה הרי שבמקום שאין תורת עדות ולא בעינן ב' עדים לא קיימת ממילא גזה"כ, ואין הרשע פסול כלל גם לא מטעם חשד שקר. לכן יהיה הרשע הן דחמס והן לאו דחמס כשר לעדות של איסורים ושל עגונות. יתכן שלפי תפיסה זו אם ברור לנו שאדם מסוים אינו חשוד לשקר, למרות שהרשיע בעברה נוכל להכשירו לעדות. פרוש זה נדרש ג"כ לשיטת התומים עצמו, שס"ל בחו"מ פז, כז שפסול רשע לא חל עד שתתקבל עדות בבי"ד. ברור שחדושו זה של התומים נעוץ בתפיסה שפסולו של הרשע לעדות הוא מגזה"כ, וכשאין גזה"כ חלה (כ"ז שלא נתקבלה עדות עליו בבי"ד) אין שום פסול. ומאידך דעת התומים לעיל, שהפסול הוא משום היותו חשוד לשקר, וע"כ צ"ל כאופן ה-ג שגם הפסול של חשוד לשקר נובע מגזה"כ.

בכל ג הפרושים הללו אין אנו מוצאים יסוד להקל ולהכשיר בדין שמחדש התומים במי שאין פסולו ידוע (לפי הטעם ה-ב של התומים). בדינו זה של התומים העד הוא אכן בבחינת חשוד לשקר, וגם העד עצמו אין לו שום בטחון שבעתיד לא ישקר, וכל מה שידוע לעד הוא שבמקרה זה שעליו בא להעיד עתה בבי"ד בזה בלבד קים ליה שהוא דובר אמת. העד עצמו יודע שבעדות שלמחר הוא עלול לשקר, ואפילו בעדות זו (בבי"ד אחר). נמצא שגם לאופן ה-ב וה-ג הנ"ל הוא בכלל חשוד לשקר והגזה"כ חלה עליו. ואינו דומה למי ש"יצרו תוקפוי", או למיקל בשבועת בטוי הנ"ל, דהתם לא נחשד מעיקרו כלל לעברות אחרות, ותלינן עבריינותו רק לאותה עברה שעבר בגלל היחוד שבה. כיון שכך אין היצרו תוקפו בכלל חשוד ולא חלה עליו הגזה"כ, מה שא"כ בנדון של התומים שהוא חשוד לכל, ורק במקרה נוצרה ודאות ביחס לעדות מסוימת שהוא נחשב דובר אמת לגביה. זו אולי ג"כ הסיבה שהנתיבות

שהסכים עם התומים לדינא, כתב כנימוק לכך את הטעם הראשון ולא הזכיר את הטעם השני כנ"ל.

אולי אפשר ליישב שהפסול של גזה"כ לפי פרוש ג נאמר רק באופן שיש מקום להסתפק שמא אינו אומר אמת, אבל באופן שאין ספק בנאמנותו לא חלה הגזה"כ להחשיבו כחשוד לשקר, ועדיין צ"ע, כיון שלפי כל הפרושים (כולל הפרוש ה-ג) דובר כל הזמן על פסילת העד גופו (ה"גברא") ולכן כ"ז שלגבי כל העדויות נחשב כחשוד אי אפשר להכשירו לעדות מסוימת.

ישנו פרוש אפשרי נוסף לקשר שבין גזה"כ והטעם של "חשוד לשקר", ועל פיו נוכל להסביר גם את שיטת התומים. ההסבר הוא כי בגלל ה"חשש משקר" שיש ברשע יש ספק בכשרות של עדותו, והתורה אמרה שאת הספק שיש בעדות נדון כודאי ולכן **העדויות** תיפסל. התורה לא פסלה א"כ את ה"גברא" אלא את **עדותו**, ולכן כל אימת שאין ספק **בעדות** שהיא עדות שקר, לא פסלה תורה את העדות מכח גזה"כ. לפיכך ס"ל לתומים שאם ברור לעד רשע (ונראה שהוא הדין לבי"ד) **שבעדות** מסוימת הוא דובר אמת שיש לקבלו. יש להוסיף כי לפרוש זה צריך לפרש, שהחשש משקר עצמו אמנם נולד מכח גזה"כ אבל הוא קיים רק כל זמן שיש לנו ספק.

ח. הסתירה בדברי התומים ויישובה

בהמשך ברור דעת התומים עלינו ליישב סתירה בדבריו. בסימן כח ס"ק ג מצאנו שסובר, שפסול רשע אינו גזרת מלך אלא מצד חשש שמא ישקר. לעומת זאת בריש סימן לד מצאנו שהוא מקיים את הדין המובא ברמב"ם ובשו"ע שם, שהיודע בחברו שהוא רשע, כגון: שיודע בו שנתקבלה עדות עליו במקום אחר, אסור להצטרף עמו לעדות, ואע"פ שיודע שאומר אמת, וכתב שם הטעם דילפינן מ"אל תשת ידך עם רשע", היינו שלא תתחבר לעדות עם רשע והיא גזרת מלך. הקשו האחרונים שאם הפסול של רשע הוא מצד חשש משקר, הרי כאן הוא יודע בחברו שהוא אומר אמת, ויש להתיר להצטרף, דמ"ש ביודע בעצמו שהוא רשע מיודע בחברו.

הנראה בזה שמה שכתב בתומים בסימן לד שהיא "גזרת מלך", כונתו לאיסור להצטרף עם "רשע". י"ל לדעתו שיש להבחין בין הפסול של "רשע" לבין האיסור להעיד עמו. יתכן לפי זה שעד רשע שיודע בו שהוא אומר אמת ואינו נחשב פסול לגביו, ואעפ"כ אסור להעיד כי הוא מתחבר לרשע. הגדרת "רשע" לענין הצטרפו עמו אינה זהה להגדרתו לענין פסול. יתכן אולי שגם

האיסור על ביי"ד לקבל עד "רשע" (ראה ספה"מ לאוין רפו) אינו כרוך דוקא עם פסולו להעיד, וגם כשהם יודעים שהוא דובר אמת יהיה עליהם איסור לקבלו. סיוע לסברא זו (לגבי הצטרפות) מצאתי במהר"ם שיי"ק אבהע"ז סי' מח שכתב, שאע"פ שלשיטת החתם סופר (והתומים) לפני שקבלו עדות על רשע מותר להצטרף עמו, בכל זאת במחלל שבת בפרהסיא שאני. ברור שם שטעמו של המהר"ם שיי"ק הוא שפסול מחלל שבת אינו פסול של "רשע", ולכן הוא חל מיד ולא צריך ביי"ד, ולמרות הנחה זו הוא כלול באסור של "אל תשת ידך עם רשע". **הרי שאע"פ שאין לו פסול "רשע" לעדות מ"מ יש בו איסור הצטרפות.** כמובן שבהלכה של סימן כח בידוע בעצמו שהוא עבריין לא שייך גזח"כ של איסור הצטרפות, שהרי לא נאמר האיסור אלא במקום שיש התחברות והצטרפות, דהיינו עם זולתו ולא עם עצמו.

למרות האמור ניתן להבדיל בין האיסור שיש על ביי"ד לקבל עד רשע, לבין האיסור להתחבר עמו לעדות. **האיסור שיש על ביי"ד לקבלו מותנה בפשטות עם הפסול שיש לו בעדותו בבי"ד, ואם אינו נקרא רשע לגבי פסולו לא יחשב רשע גם לענין איסור קבלתו, אבל לענין הצטרפות יש לחלק כאמור.** (נראה להוסיף שבענין הצטרפות עם עד רשע יש משום התחברות לרשע, ובוה יש צד לאסור גם אם הוא כשר לעדות, מה שא"כ לגבי קבלתו בבי"ד לא שייך ענין התחברות של ביי"ד עמו, וכל האיסור קשור בפשטות עם כשרותו לעדות).

באחרונים יש סימוכין לכך, שגם האיסור לביי"ד לקבל עד רשע אינו קשור לפסולו. בתבצלת השרון אעה"ז תק"ע סימן לח כתב: שפסול רשע כשר בעדות עגונות, כיון שהתרת הנשואין על פיו של הפסול מחמת עברה, **אינה עקירה גמורה של דין תורה, לפי שע"פ החזקה דדייקא ומינסבא והעדות הפסולה יש יסוד להנחה שהבעל אכן נפטר, ושוב אין זה נוגד לאיסור אשת איש, ואין כאן עקירה של איסור אשת איש בקום ועשה.** אלא שיש כאן עקירה אחרת בקום ועשה, של האיסור לביי"ד לקבל עד רשע **ואיסור זה עוברים עליו בקום ועשה בקבלת העד. נמצא שאע"פ שלענין עגונות אין עדות העד מתקבלת בתורת עדות, אלא בתור גורם מסייע לאומדנא של חז"ל לעשות עקירה בקום ועשה, ואינו מתקבל כלל כעד, מ"מ ס"ל לחבצלת השרון שיש איסור שבי"ד יסמכו בקבלתם או באומדנם על אדם רשע.** למדנו מכאן שאין תלות בין שם רשע לענין כשרות העדות, לבין רשע לענין איסור קבלתו וצ"ע.

ט. סיכום השיטות

ראינו לעיל כי שיטת הרמב"ם והרמ"ה שפסול רשע – גם רשע דלהכעיס – הוא מצד חשש משקר, והוכחנו כן מהראשונים גבי מחלוקת רב נחמן ורב ששת לגבי בא על הערוה. כמו כן הוכחנו זאת מהראשונים לענין פסולו של העובר על שבועת בטוי, כמו כן מצאנו כן להדיא בתומים בסימן כח.

הקצוה"ח והנתיבות כתבו שהנמוק"י חולק לגבי רשע דלאו דחמס, אבל הראנו לעיל שיתכן בהחלט לפרש את הנמוק"י, כך שגם לדעתו בנוי פסול רשע על היסוד של חשש משקר, אלא שהחשש משקר עצמו אינו מסברא אלא מגזה"כ. הוכחנו ג"כ שגם התומים סובר כך (בגלל ההכרח להתאים בין שיטתו בסימן כח לבין מה שכתב בסימן פז, שהפסול של רשע לא חל אלא לאחר קבלת עדות על רשעו בבי"ד, ואילו היה חשש משקר מסברא דידן היה חייב לחול מיד עם מעשה העברה). לגבי פסול רשע דחמס צרפנו דעת רש"י והנמוק"י הריטב"א והר"ן שיש בו חשש משקר.

המנחת חנוך ס"ל שרשע פסול מגזה"כ ולא משום חשש משקר, אבל גם בו (כמו בנמוק"י) ניתן ליישב את כל הוכחותיו, אם נאמר שיש גם חשש משקר וגם גזה"כ, וגזה"כ מיוסדת על חשש משקר, וייתכן לדעתו שאין זה חשש משקר מסברא אלא שהתורה מחשיבה אותו מגזה"כ ל"חשוד לשקר", ומשום כך פסולו במוחלט. היוצא מפירוש זה שלענין איסורים ועדות אשה אין לפסול את ה"רשעי".

בספר חבצלת השרון אעה"ז תק"ע סימן נב הוכיח מפסק הרמב"ם והשו"ע שאסור להצטרף עם היודע בו שהוא רשע, אע"פ שיודע שאומר אמת, שהם סוברים כמו הנמוק"י שפסול רשע הוא מגזה"כ ולא מצד חשש משקר. וכדי להתאים השיטות לגמרי, כתב שהרמב"ם והשו"ע יודו בגזלן שמותר להצטרף עמו, כיון שפסולו משום שחשש משקר (לנמוק"י). וכבר כתבנו שאין הכרח לפרש כך בנמוק"י ואף לא ברמב"ם הנז', ולהיפך יש הוכחה מהרמב"ם בפ"א מעדות שפסול רשע הוא מצד חשש משקר. כך הבין בשיטת הרמב"ם האמרי בינה עדות סימן לא, והאריך לדון בעניננו וגם מסקנתו י"הפסול יסודו בחשש משקר.

י. פסק הדין של הרבנות הראשית

כל האמור מהוה בלי ספק יסוד לפס"ד של הרבנות הראשית לישראל, (בהרכב הרה"ר הגאונים הראי"ה הרצוג, הרב"צ מאיר חי עוזיאל והגאון

ר"מ ראטה) שדנו שם בשאלה אם לקבל עדות של חילונים בענייני ממון וכתבו שם (נדפס באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י עמוד קלב) :

והנה בנוגע לגופו של ענין פסולי עדות מחמת עברות שבין אדם למקום הרי יש להתחשב עם העובדה שבזמן ובמקום שפשטה, בעונותינו החמשיות לרגלי סבות וגורמים כלליים עולמיים אין עברות מסוג זה עלולות לחתור תחת נאמנותם של העדים. במצב של הסתר פנים גדול כל כך כמעט שהם בחינת שוגגים, פסולם של עברינים לעדות הוא בשל חשד עדות שקר ולא מגזירת המלך בלי טעם, כמו לגבי קרובים, והפסול איננו מן (גזרת) התורה ולכן בכגון זה קובעים בהרבה ההערכה של נאמנותו של העד לפי מסבות הזמן והמקום, ואם הבית דין קים לו באדם זה שהוא איננו עלול לשקר בשביל הנאה, הרי יש לקבלו כעד כשר. (ועין רמב"ם הלכות עדות פרק כד, האורים סימן כח ס"ק ג, תשובות רעק"א ז"ל סי' צו לענין מגלחי זקן, שו"ת הגרי"ל דיסקין ז"ל פסקים דף נד ע"ב, שו"ת זקן אהרן להגא"ב דפינסק סי' עד) אמנם שאלה זו זקוקה בירור ולבון רב שאין לו צורך כאן בשל הנמוקים המבוררים למעלה.

עיקר היתרם בנוי אפוא על הרעיון של התומים בסימן כח ס"ק ג ועדיף מיניה טובא. שהרי בנידון של הרבנות הראשית תלינן, שהעוברים על עברות שבין אדם למקום אינם נחשדים כלל לעדות שקר, כיון שעברות אלו קלות בעיניהם בגלל פריצות הדור, ודמי לבא על הערוה ד"יצרו תקפו", שהאידינא יצרא זלזול בעברות שבין אדם למקום תקיף טובא. כמו כן יש לדמות היתר זה להכשר שהכשירו רש"י ודעימיה בעובר על שבועת בטוי להבא בגלל ש"לבו אנסו". בכל אלו סוג העבירה של הרשע או נסיבותיה הם כאלה שלא נחשד מלכתחילה על שקר כלל ולכן אינו בכלל גזה"כ לכו"ע. אבל במקרה של התומים שאכן הוא נחשד בתחלה רק יש ידיעה על עדות מסוימת שהוא דובר אמת בזה י"ל שכבר חל עליו פסול של הגזה"כ ולא פלוג. לכן גם החולקים על התומים בסימן כח יודו במקרה דנן. הנה כי כן לאור כל מה שכתבנו ובררנו יש יסוד לפסה"ד של הרבנות הראשית.

בפסק הנ"ל נראה שלא התיחסו כלל לבעיה נוספת. הנידון שלנו הוא באלה שהם בחלקם הגדול פוקדים בדעותיהם ומחללים שבת בפרהסיא, ובאלו יש מלבד פסול "רשע" פסול נוסף שהשוו אותם לעכו"ם, ועל זה לא חלים הכללים וההקלות שמצאנו בפסול "רשע".

אולם י"ל שלא נעלם מהם דבר זה ואם נדייק בלשונם נראה בו שני נימוקים: האי שבגלל שפשטה החופשיות "כמעט שהם בבחינת שוגגים" והב' שפסול

עבריינים הוא מחשש שישקרו ואם קים ליה לבי"ד שאינו משקר אפשר לקבלו. הטעם האחד מסביר לנו מדוע אין בהם פסול נכרים לפי שלפסול נכרים בעינן מזיד גמור ואם הם "קצת שוגגים" בגלל שנגררים אחרי ההשפעה העולמית אין להם תורת נכרי אבל לענין פסול רשע לא סגי בכך ולכן נתנו הטעם שאינם חשודים לשקר.

עוד יש לטעון דכיון שרבים מהם אינן מאמינים או לפחות מתנהגים בכל דבריהם כמי שאין בהם אמונה בהשגחת הי"ת, הרי לאנשים כאלו אין מורא שמים מהלאו ד"לא תענה", ואם אינם חשודים לעדות שקר כפי שכתבו בפסק דין הנ"ל, הרי זה בגלל "נימוס האנושיות" שבהם ולא בגלל יראתם מלאו "לא תענה ברעך עד שקר". יש לדון אם כן בעד שאין יראת לאו זה נגד עיניו אם יש לו חזקת כשרות, על שתי השאלות הללו עלינו לדון בנפרד.

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

מצוות כבוד אב כגורם בקביעת מקום הדיון

ראשי פרקים

- א. כפיית הנתבע לדיון בעירו של התובע משום כבוד אב
- ב. אין כופין על מצוות כבוד אב, שמתן שכרה בצידה
- ג. שיטות הראשונים בבאור הכפיה בצדקה וההשלכות לקביעת מקום הדיון
- ד. מחלוקת הפוסקים האם ביי"ד רשאי לכפות על קיום מ"ע שמתן שכרה בצידה
- ה. התובע הולך אחר הנתבע – מעיקר הדין או מכח תקנה?
- ו. זכות הנתבע מכח תקנה – השלכות לכבוד אב
- ז. זכות הנתבע מכח מוחזקותו – השלכות לכבוד אב
- ח. זכות לבית דין לקבוע מקום הדיון
- ט. סיכום

א. כפיית הנתבע לדיון בעירו של התובע משום כבוד אב

קיי"ל לענין מקום הדין שהתובע הולך אחר הנתבע ולכן אם התובע והנתבע גרים במקומות שונים ידונו בבי"ד שבמקומו של הנתבע וכן פסק הרמ"א חו"מ יד, א.

מקרה חריג לדיון זה פסק הרמ"א (שם) וז"ל: "אב שיש לו תביעה על בנו צריך לילך הבן אע"פ שהוא הנתבע אחר אביו כמו שנתבאר (ביו"ד סי' ר"מ)". דין זה הובא גם ברמ"א בהלכות כבוד אב ואם יו"ד רמ, ח וז"ל: "בן שיש לו דין עם אביו והאב הוא תובע הבן, צריך הבן לילך אחר אביו אע"פ שהבן הוא נתבע ודר בעיר אחרת שזהו כבוד אביו אבל האב חייב לשלם לבן הוצאות דאינו חייב לכבדו משל בן (במהרי"ק שורש נח) כמו שנתבאר".

דהיינו, כשהתובע הוא האב, יכול הוא לחייב את הבן הנתבע להתדיין בביה"ד שנמצא במקומו של האב בניגוד לכלל, שמקום הדיון נערך בביה"ד שנמצא במקומו של הנתבע.

הלכה זו מיושמת אף כיום ומעוגנת בתקנות הדיון שהותקנו ע"י מועצת הרבנות הראשית לישראל וחבר דיניי בית-הדין הרבני הגדול. בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל התשנ"ג נקבע בתקנה ז' שהמשפט במקום הנתבע והתובע הולך אחר הנתבע. בתקנה י"א נקבע: "תביעה של הורה נגד בנו אפשר להגיש גם לבית-הדין של מקום ההורה, ובית הדין יחליט אם ההוצאות הנוספות הכרוכות בכך יחולו על התובע".

ב. אין כופין על מצוות כבוד אב, שמתן שכרה בצידה

הלכה זו שמחייבים את הבן להתדיין בעירו של האב משום כבוד אב תמוהה. בחולין קי,ב נאמר:

אדהכי אייתוה לההוא גברא דלא הוה מוקר אבוה ואמיה כפתוהו אמר לו שבקוהו דתניא כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית דין שלמטה מוזהרין עליה.

ורש"י שם כתב וז"ל: "שמתן שכרה בצדה – למען יאריכון ימיד (שמות כ) לכך פירש מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תקבל שכר".

מבואר בגמרא בחולין דאין לכפות על מצוות כבוד אב ואם כי זו מצוה שמתן שכרה בצדה (למען יאריכון ימיד) וכן מובא בב"י יו"ד ס"ס רמ, וברמ"א יו"ד רמ,א: "אין בית-דין כופין על מצות כבוד אב ואם דהוי ליה מצות עשה שמתן שכרה בצדה שאין בית דין כופין עליה".

נמצא שפסקי הרמ"א סותרים זה את זה. מצד אחד פסק הרמ"א שאין כופין על מצוות כבוד אב ואם, ומאידך פסק הרמ"א לחייב את הבן הנתבע להתדיין בעירו של התובע משום כבוד אב ולכאורה משמע שאף יכפו על כך.¹

¹ ר' מאיר אריק בשו"ת אמרי יושר ח"א סי לח כתב לשואל שרצה לחייב אשה לבוא למקום הבעל (מדין כבוד): "ולי צ"ע גם בבן שחייב לילך למקום אביו, אם אומר שאין רצונו לדון רק בעירו כדין תובע הולך אחר הנתבע, אם יכולים לדונו כמסרב כי יתכן שד"ז דבן מחוייב לילך למקום אביו הוא מצד מצות כבוד אב אין ב"י כופין ע"ז דהוא מ"ע שמתן שכרה בצדו" (הערת עורך).

תגובת המחבר: מסתימת לשון הרמ"א והפוסקים נראה יותר שיש מקום לכופו את הנתבע לדון בעירו של אביו התובע משום כבוד אב ודלא כשו"ת אמרי יושר שכתב שצ"ע אם יכולים לדונו כמסרב. כך גם נראה מלשונו של המהר"י"ק בתשובתו בשורש נח שהיא מקורו של הרמ"א בדין זה. הנדון במהר"י"ק היה באמא שתבעה את בנה והבן ממאן להתדיין בעירה של האם וכתב המהר"י"ק לבן וז"ל: "הנני גוזר עליך נח"ש (נדוי חרם שמתא) שתון שנים עשר יום אחרי יגיע כתבי זה לידך... שתבא... מקום אשר היא שם

ג. שיטות הראשונים בבאור הכפיה בצדקה וההשלכות לקביעת מקום

הדיון

והנה בגמרא (ב"ב ח,ב וכתובות מט,ב) מובא שכפו לתת צדקה ושאלו התוס' (ב"ב ח,ב תוד"ה אכפיה, כתובות מט,ב תוד"ה אכפיה וחולין קי,ב תוד"ה כל) הרי מצות הצדקה היא מצוה שמתן שכרה בצדה (כי בגלל הדבר הזה יברכך) ומדוע כופין עליה.

ובתוס' הני"ל הובאו כמה הסברים :

(א) הכפיה בצדקה היתה בדברים בלבד (ר"ת).

(ב) הכפיה נעשתה לאחר שקבלו עליהם שיכופו אותם גבאי הצדקה (ר"ת).

(ג) בצדקה כופין כי יש גם לאו (לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ) (ר"י).

(ד) ביי"ד אינם מחויבים ומוזהרים לכפותו (ריצבי"א וכן משמע בירושלמי ומשמע דרשאיין לכפותו).

(ה) בני העיר קצבו כמה יתנו לצדקה ולכן כופין כי רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן (תוס' בכתובות).

יש לבחון האם תירוצי תוס' יועילו לעניננו. התירוץ שהכפיה מועילה כי קבלו עליהו (ב) יכול להסביר מדוע יש תוקף לתקנות הדיון שכופות במקרה זה כבוד אב ויסודם מדין קבלו עליהו. ברם עדיין צריך עיון מדוע פוסק הרמ"א באופן כללי לחייב את הנתבע – הבן בכבוד אב ולהתדיין בעירו של אביו התובע גם כאשר אין מצב של קבלו עליהו. גם בתקנות הדיון לא הוחלט על דין זה רק מצד קבלו עליהו אלא צויין פסקו של הרמ"א ביי"ד רמ סעיף ח כמקור לדין זה (ראה במקורות לתקנות הדיון תש"ד). כיוצ"ב לפי ההסבר (בתוס' בכתובות) (ה) שהכפיה בצדקה כי איירי בקצבו וכשאין בני העיר

לרדת עמה לדין... ואל תחטיא מגזירתי זאת פן ח"ו תכווה בגחלת רבותי יצ"ו". המהרי"ק אינו מסתפק בקביעה שהנתבע חייב בכבוד אב אלא גוזר עליו נדוי חרם ושמטא. ומשמע שזו כפיה בדרגה חמורה אף יותר מאשר כפיה בדברים שמוותרת לפי ר"ת. כפיה בדברים מצאנו כאשר אב לא זן בניו שמעל גיל שש והאב אינו אמיד שיש לו ממון הראוי לכופו לזונם מדין צדקה. במקרה זה גוערין בו ומכלימין אותו ומכריזים עליו בציבור שהוא אכזרי ופחות מעוף טמא שזן אפרוחיו כמבואר בכתובות מט,ב ובשו"ע אבה"ע עא,א. ומשמע שלא מנדים אותו. מכאן שנדוי חמור מכפיה בדברים. מדברי המהרי"ק שגוזר נדוי (נח"ש) בגין כבוד אב בענין מקום הדיון נראה שיש מקום לכופו הנתבע בכך.

להסיע על קיצתן לא ברור מדוע כופין על הנתבע את מקום הדיון מדין כבוד אב.

גם לפי ההסבר שבצדקה יש לאו ולכן כופין על הצדקה (ג) לא מובן מדוע יכפו על מקום הדיון בגין כבוד אב.

לפי ר"ת (א) ניתן לכפות במ"ע שמתן שכרה בצידה כשהכפיה היא בדברים (וראה ט"ז יו"ד רמ סק"א דשרי קצת כפיה). גם לשיטה זו צ"ע שהרי ברמ"א נראה שאנו עושים כפיה גמורה ולא רק קצת כפיה או כפיה בדברים בלבד. מחייבים את הנתבע להתדיין במקומו של התובע מצד כבוד אב ואם יסרב ניתן אף להוציא ממנו ממון.

ד. מחלוקת הפוסקים האם ב"ד רשאי לכפות על קיום מ"ע שמתן שכרה בצידה

לפי השיטה שיסודה בירושלמי שבמצוות עשה שמתן שכרה בצידה רשאים לכפות אך אין מחוייבים לכפות (ד) נוכל ליישב שאלתנו. באם אכן יש רשות לב"ד לכפות במ"ע שמתן שכרה בצידה נהי דאין חובה לכפות אך מאחר ורשאי, לכן ניתן להבין מדוע כופין על כבוד אב לענין מקום הדיון, אך אין זה פשוט שדעה זו מוסכמת לכ"ע וכפי שנבאר.

שיטה זו שמקורה בירושלמי הוזכרה בתוסי' לעיל בשם הריצב"א והובאה ברמ"א (חוי"מ צז, טז) בשם תשובת הרמב"ן. משום כך פסק הרמ"א שם שמצוות השבת העבוט היא מצוות עשה שמתן שכרה כתוב בצדה ולכן אין ב"ד של מטה מחוייבין לכופ עליה אבל אם רוצים לכופ הרשות בידם.

הסמ"ע (צז סקל"ו וביתר אריכות בסי' קז סק"ב) כותב שהתוסי' והרא"ש חולקים וסוברים שבמ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד רשאים לכפות והסכים עמו קצות החשן (קז סק"א) וציין שמהרמב"ם והטור משמע שאין רשאי לכפות. ואילו הש"ך (סי' צז סק"י וסי' קז סק"א) סובר שכ"ע סברי כהרמב"ן שרשאי לכפות.

השו"ע (חוי"מ קז, א) כותב שלפני תקנת הגאונים אין כופין את היורשים לפרוע חוב אביהם ממטלטלי אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם והרמ"א לא העיר על כך.

הסמ"ע (סק"ב) מביא דברי הטור שאין כופין כי זו מצוות כבוד אב שמתן שכרה בצידה ותמה הסמ"ע מדוע הרמ"א לא פסק כאן כתשובת הרמב"ן

שהביא בסי' צו גבי השבת העבוט שנהי שלא מחויבין לכוף אך רשאים לכוף. וכיוצא בזה על הרמ"א ביו"ד סי' רמ גבי מצוות כבוד אב שאין כופין ולא ציין הרמ"א שרשאים לכפות.

השי"ך (קז סק"א) סובר שדינו של הרמב"ן שרשאים לכוף מוסכם לכו"ע (וכפי שהזכרנו לעיל) ומבאר שדין זה פשוט ולכן הרמ"א לא טרח לציין בכל מקום וסמך על מה שהזכירו בסי' צו גבי השבת העבוט.

הסמ"ע (קז סק"ב) סובר שיש מחלוקת ראשונים האם רשאים ב"ד לכוף במ"ע שמתן שכרה בצידה ומשום כך כותב הסמ"ע שהרמ"א דקדק בדבריו. מכיון שיש מחלוקת הפוסקים סובר הרמ"א שמספק אין רשאים לכוף כאשר בכפיה אנו נחשבים כמוציאים מידו. לפיכך, בכבוד אב אין כופין את הבן כי הרי זה "כאילו באנו להוציא מידו שיטריח נפשו במקום שיש פלוגתא בדבר" ולכן גם אין כופין היורשים להוציא ממון שברשותם שאינו משועבד (מטלטלין) כדי לפרוע חוב אביהם "משא"כ" בהשבת העבוט דמשכון עומד ברשות הלווה ולא מיקרי הוצאה מידו במה שכופין אותו (את המלוה) להשיב העבוט².

מכאן עולה שלפי הרמב"ן והריצב"א וכך פוסק השי"ך רשאים ב"ד לכוף על כבוד אב ונוכל בכך להבין מדוע כופין משום כבוד אב על מקום הדיון (ונצטרך להוסיף שמאחר ובדרך כלל רשאים לכוף, כאן הוחלט מסיבות כלשהן שכופין ולא נתנו אפשרות לכל ב"ד לשקול האם לכפות או לא). ברם, לפי הסמ"ע והקצות יש ראשונים שחולקים וסוברים שאין רשאים לכוף ולדידהו עדיין צ"ע מדוע כופין בכבוד אב בענין מקום הדיון.

וגם לפי שיטת הסמ"ע שמספק רשאים לכפות כאשר אין הכפיה מוציאה מידי המוחזק צריך עיון שהרי בכפיה על מקום הדיון אנו כופין את הנתבע לטרוח בגופו וללכת להתדיין במקום רחוק ולפי הסמ"ע בכגון זה אין כופין (וכפי שכתב גבי מצוות כבוד אב בכללה שאין כופין אותו שיטריח נפשו כשיש

² הרב אריה אסולין הקשה דלכאורה לפי הסמ"ע המלוה נחשב כמוחזק במשכון ולכן כתב הסמ"ע (סי' צו בסמ"ע סקמ"ד ובפרישה סקל"ד וכע"ז בקצה"ח שם סק"י) דלבעה"ת אם החזיר ללוה כסות יום ביום בעדים אע"פ שהלוה נאמן לטעון החזרתו (למשכון) למלוה אין הוא נאמן לטעון פרעתי החוב תוך זמנו במיגו שהחזרתי המשכון דהוי ספק בגמרא (מיגו נגד חזקת אין אדם פורע תוך זמנו) ולא מהני להוציא מהמלוה מוחזק במשכון (והשי"ך צו סק"א פליג וסובר דמהני המיגו וכ"נ בנתיבות) ומאחר ולפי הסמ"ע המלוה מוחזק במשכון צ"ע משי"כ בביאור שיטת הרמ"א דכופין המלוה להשיב העבוט דלא מיקרי הוצאה ממוחזק.

מחלוקת אם כופין). יתכן ונמצא אולי ישוב לדברים לכשנדון בדברי האחרונים בגדר הדיון של מ"ע שמתן שכרה בצידה אין כופין עליה³.

ה. התובע הולך אחר הנתבע - מעיקר הדיון או מכח תקנה?

ונראה שיש מקום לישוב נוסף של שאלה זו לאחר שנברר מהו גדר הדיון שהתובע הולך אחר הנתבע. דין זה נפסק ברמ"א חו"מ יד, א ובבאור גדר הדיון ישנה שאלה בסיסית. כיצד מתיישב הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע עם דברי הגמרא בסנהדרין לא, ב שבויכוח על מקום הדיון קי"ל שעבד לווה לאיש מלווה וידונו לפי רצון המלוה וכ"פ הרמב"ם פ"ו דסנהדרין ובשו"ע חו"מ ר"ס יד ולא רק בהלוואה אלא גם בתביעות נוספות. מדוע פסק הרמ"א שלנתבע עדיפות לענין מקום הדיון כאשר לפי הגמרא והפוסקים יש עדיפות לתובע.

בביאור גדר הדיון של התובע חולק אחר הנתבע וישוב הסתירה הני"ל בין זכות התובע לזכות הנתבע ראה מה שכתבתי באריכות בכתלנו ט"ו עמ' 383 ואילך והעולה משם שהכלל שהתובע הולך אחר הנתבע נובע משתי סיבות עיקריות:

א. זכות הנתבע מעיקר הדיון

1) כי הוא מוחזק בממונו (בעל העיטור אות ב' בירורין ע"פ הירושלמי, גר"א וכ"נ בחכם צבי ובשער המשפט).

2) כי הוא מוחזק בגופו ואין לחייבו ללכת לדון במקום אחר (שו"ת שיבת ציון ס"י צח).

ב. זכות הנתבע נוצרה כתקנה שאינה מעיקר הדיון. יסוד התקנה:

1) לטובת הנתבע – מפני הרמאין ומחשש לתביעת סרק (לבוש וכנסה"ג).
2) תקנה לטובת התובע (או לטובת הצבור) שהנתבע יהיה "ציית דינא" (מהריב"ל ח"ג סי' צז וכן מבין האג"מ חו"מ חו"מ ח"א סי' ה בדעת הגר"א).

3) תקנה (לטובת הצבור) למנוע קטטות היכן בי"ד חשוב יותר (מהרשד"ם).

³ ובאחרונים דנו בכך מכמה אנפין כגון בשיטת ר"י שכשיש לאו כופין ועוד וראה בב"ב ח מש"כ בקובץ שעורים ובשעורי ר"ש רוזובסקי וכן במל"מ גבי הענקה ועוד ואכמ"ל.

ו. זכות הנתבע מכח תקנה - השלכות לכבוד אב

והנה, לפי השיטה שהכלל שהתובע הולך אחר הנתבע יסודו בתקנה לטובת הנתבע מחשש לתביעות סרק יש ליישב בפשיטות שכאשר כנגד החשש לתביעות סרק ניצבת מצוות כבוד אב הוחלט שלא לתקן התקנה ויחזור עיקר הדין שיש זכות לתובע. דהיינו, אנו לא כופין את הנתבע משום כבוד אב אלא שכאשר יש כבוד אב לא עשינו תקנה לטובתו וחוזר המצב לעיקר הדין. (וכע"ז כתבו בהלכה פסוקה חו"מ סי' יד הע' 140). כיוצ"ב י"ל שאם זו תקנה לטובת הצבור אזי במקום כבוד אב לא תקנו וכמו"כ אם זו תקנה לטובת התובע (שהנתבע יהיה "ציית דינא") יכול התובע לומר אי אפשר בתקני"ח ולכן כשיש מצוות כבוד אב יוכל האב-התובע לכופ את הבן הנתבע לדון במקום האב.

ז. זכות הנתבע מכח מוחזקותו – השלכות לכבוד אב

לפי השיטות שהכלל שהתובע הולך אחר הנתבע הוא מעיקר הדין כי הנתבע הוא מוחזק עדיין צריך עיון מדוע בגלל כבוד אב יכפו את הנתבע לדון במקום התובע ואף יוציאו ממנו ממון הרי אין כופין על מצוות כבוד אב.

לפי השיבת ציון מוחזקותו של הנתבע היא בגופו שאין להטריחו למקום אחר והיה אולי מקום לומר, שכל עוד אין הנתבע מוחזק בממון לענין מקום הדיון אלא רק מוחזק בגופו בכה"ג שרי לכפות משום כבוד אב. אך הסבר זה דחוק כי במצוות כבוד אב בדרך כלל הטירחא היא בגופו ולא בממונו (שהרי אם יש לאב ממון, כבוד האב הוא בגופו של הבן אך בממונו של האב) ואעפ"כ קיי"ל שאין כופין את הבן לטרוח בגופו משום כבוד אב דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה. גם לשיטות שהנתבע מוחזק בממונו לענין מקום הדיון לא מצאנו ישוב לשאלתנו.

ח. זכות לבית דין לקבוע מקום הדיון

לעני"ד ניתן ליישב שאלה זו כדלהלן. בענין מקום הדיון עסקנו בשאלה האם קביעת מקום הדיון היא זכותו של התובע או זכות הנתבע. אך יש מקום לומר שיש גם זכות לביה"ד לקבוע את מקום הדיון. ביה"ד קבוע בעירו אינו יכול להחליט באופן שרירותי שלא לדון בתביעה כלשהי ללא סיבה מוצדקת. אך כאשר יש סיבה מוצדקת רשאי ביה"ד עצמו להחליט שאין הוא זן

בתביעה כאשר יש ביי"ד במקום אחר שיכול לדון בה וממילא ידון בתביעה ביה"ד הקרוב ביותר שמחוץ לעיר זו (כשם שאם אין ביי"ד בעירם של התובע והנתבע ידון בכך ביה"ד הקרוב ביותר לעירם).

במקרה בו אב תובע את בנו והם אינם גרים באותה עיר חייב הבן-הנתבע, משום כבוד אב, לוותר על זכותו כמוחזק (בגופו או בממונו) לענין מקום הדין. על פי מה שביארנו אין כופין את הבן על חיובו זה כי זו מצוה שמתן שכרה בצידה. ברם, חיובו של הבן מהווה סיבה מוצדקת לפיה רשאי ביה"ד שבעירו של הבן-הנתבע להחליט שהוא לא מוכן לדון בתביעה כי לפי ההלכה חייב הבן לדון בעירו של האב. ביה"ד אינו רוצה לסייע לבן לעבור על מצוות כבוד אב ולהיות שותף לכך וזו סיבה מוצדקת מאד שבגינה רשאי ביה"ד לסרב לדון ולקבוע שידונו במקום אחר. כיוצא בזה רשאי גם ביה"ד בעיר הקרובה למקום הנתבע לסרב לדון בתביעה משום כבוד אב וכן יכולין לסרב כל שאר בתי הדין שמחוץ לעירו של התובע. נמצא שבמקרה זה ישאר רק ביי"ד אחד שמוכן לדון בתביעה והוא ביה"ד שבעירו של התובע. במקרה שיש ביי"ד אחד בלבד והוא בעירו של התובע פשיטא שאין הנתבע רשאי לומר שהתובע הולך אחר הנתבע כי אין ביי"ד במקומו של הנתבע וממילא יכול התובע לכופ את הנתבע להתדיין בביה"ד שבעירו של התובע.

נמצא, שדינו של הרמ"א שמחייבין את הבן-הנתבע לדון בעירו של האב-התובע אינו כפיה על מצוות כבוד אב אלא תוצאה דממילא. משום חיוב הבן במצוות כבוד אב רשאי ביה"ד שבעיר הנתבע שלא לדון בשוא"ת וממילא יכול התובע לכופ את הנתבע לדון בעיר התובע.⁴

⁴ המהרי"ק, שתשובתו היא מקור לדברי הרמ"א כתב שאם הבן יאלץ להוציא הוצאות כדי לבוא למקום אמו – יהיה עליה לפרוע. ניכרים הדברים שתשלום זה נובע מכך שנפסק להלכה כי כבוד אב משל אב ולא משל בן. אם קביעת מקום הדין נעשית כמתואר בפנים (בתי הדין הקרובים מסרבים לדון) הבן יאלץ ללכת למקום התובע בהעדר בית דין אחר, אין סיבה לחייב האם לשאת בהוצאות. (ועל אף שמהרי"ק הוסיף: "ואם כי באולי לא היה הדין נותן כן [רי"ל = לחייב האם בהוצאות] מ"מ כדי שלא יהיה לך שום פתחון פה לחלוק אמרתי כן", והיה מקום לדחוק שאינו זכאי להוצאות כי נאלץ ללכת למקום התובע מהדין ולא ממצות כבוד, נראה שכוונתו לכך שאף אם כבוד משל אב, כדי שלא לצער האב יש להוציא ממון (וכאן מדובר בצער ואף בזיון, כפי שכתב מהרי"ק), ועוד י"ל עפ"י משי"כ הבי"י (יו"ד רמ) שאף שאינו חייב לחסר כיסו אם יחסר כיסו בשבילו, בכלל מצות כבוד הוא, ומסתבר שזו כונת מהרי"ק שייתכן ומן הדין לא היה הבן זכאי להוצאות. שו"ר שהכת"ס בשו"ת יו"ד סי' קח באר בדברי מהרי"ק "ואם כי באולי לא היה הדין נותן כן" באופן הקודם, מצד בזיון. (הערת עורך).

תגובת המחבר: כיבוד אב נעשה בממונו של אב ולא בממונו של הבן. ומשו"ה פסק הרמ"א (יו"ד רמ,ח) שהבן הנתבע צריך לדון במקום האב התובע אך האב חייב לשלם לבן הוצאות. כאשר ביה"ד שבעירו של הבן – הנתבע מסרב לדון בתביעה (וה"ה שאר בתי

הבאנו לעיל הדעה שביה"ד רשאי לכופ על מ"ע שמתן שכרה בצידה. ישנה דעה שביה"ד אינו רשאי לכופ כפיה רגילה אך כפיה קצת או כפיה בדברים כופין. מסתבר שגם החולקים וסוברים שאין ביה"ד רשאי לכפות ואפילו לא כפיה בדברים יודו שאם יש תוצאה דממילא של כפיה עקיפה באופן פאסיבי של שוא"ת שנובעת מזכות של צד שלישי דכה"ג לכו"ע שרי ואינו נחשב כלל ככפיה על המצוה. משום כך נלע"ד דלפי כל השיטות יובן מדוע יכפו את הבן הנתבע לדון בעירו של האב התובע.

ח. סיכום

מדברי הרמ"א ומהרי"ק שהוא מקורו של הרמ"א מסתבר שיש מקום לכופ בבי"ד את הבן-הנתבע משום כבוד אב לדון בבי"ד שבמקום התובע בנגוד לכלל הרגיל שהתובע הולך אחר הנתבע. ולכאורה קשה הרי אין כופין על מצוות כבוד אב שמתן שכרה בצידה. ומשום כך בשו"ת אמרי יושר נשאר בצ"ע אם יכולים לדון הבן כמסרב כאמור בהערה לעיל.

הבאנו שלושה הסברים בישוב הענין:

- 1) יש שיטה שאין חייבים אך רשאים לכופ על מ"ע שמתן שכרה בצדה.
- 2) יש דעות שזכות הנתבע, שהתובע הולך אחר הנתבע יסודה בתקנה וי"ל שבמקום שיש כבוד אב לא תיקנו.
- 3) לפי השיטה שהנתבע מוחזק ולכן התובע הולך אחר הנתבע י"ל שמשום חיובו של הנתבע לכבד את אביו נהי שאין כופין אותו אך ביה"ד שבעירו רשאי להסתלק מלדון וממילא ידון בכך ביה"ד שבעירו של התובע. אין זו כפיה אלא תוצאה דממילא.

הדין מלבד ביה"ד שבעירו של התובע) הכוונה היא כפי פסק הרמ"א דהיינו שבתי הדין האחרים מסרבים לדון בתביעה כשהאב – התובע דורש לדון בעירו (של האב) רק אם האב מוכן לשלם הוצאותיו של הבן בגין קיום מקום הדיון במקומו של האב (כאשר יש לאב).

[בדרך אגב יש להעיר שבתקנות הדיון תשי"ד נקבע שההוצאות הנוספות הכרוכות בקיום הדיון בביה"ד של מקום ההורה יחולו על ההורה. בתקנות הדיון תשנ"ג נקבע שביה"ד יחליט בענין ההוצאות הנוספות. ישנם מקרים שבהם מחויב הבן (מדין צדקה ו/או מדין כיבוד אב) להאכיל את האב מכספי הבן (כגון כשיש לבן ואין לאב וראה שו"ע ורמ"א יו"ד רמ"ה ובנו"כ). יתכן ומשום כך שונתה התקנה באופן שביה"ד יחליט בענין ההוצאות הנוספות].

לדון יחידי

ראשי פרקים

- א. מקור הדין – דיני ממונות בשלשה הדיוטות
- ב. דיין שדן יחידי – מחלוקת ר' אבהו ושמואל
- ג. שיטת הרמב"ם – סתירה בדברי הרמב"ם
- ד. הסברים לדברי הרמב"ם
 - 1. כסף משנה בשם הרשב"א
 - 2. אבי עזרי
 - 3. אור שמח
 - 4. נחל יצחק
- ה. קבלת עדות בפני יחיד מומחה
- ו. קיום שטרות בפני יחיד מומחה
- ז. הודאה/כפירה בפני יחיד מומחה
- ח. לדון יחידי לכתחילה/בדיעבד
- ט. לדון יחידי בזמן הזה

דיני ממונות נידונים בשלושה דיינים. הגמ' בסנהדרין ה, ב אומרת "ואם הדיין מומחה לרבים דן אפילו יחידי". ננסה לבחון במאמר זה באלו מקרים ובאלו חלקים בדיון בבית הדין התירו לדיין מומחה לרבים לדון ולפסוק ופסיקתו נחשבת כשל שלשה דיינים.

א. מקור הדין - דיני ממונות בשלשה הדיוטות

במשנה ראשונה בסנהדרין נאמר: "דיני ממונות בשלושה גזילות וחבלות בשלושה" הגמ' שם ג,א מסבירה: דיני ממונות שהם הודאות והלואות – בשלושה הדיוטות. גזילות וחבלות – בשלושה מומחין. ונחלקו בגמ' רבא ור' אחא בריה דר' איקא מהיכן לומדים זאת? רבא אומר מעיקר הדין היו צריכים להיות שלשה דיינים מומחים, אלא משום דר' חנינא שסובר "דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה, שנאמר "משפט

אחד יהיה לכם". ומה טעם אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה, כדי שלא תנעול דלת בפני לווין". מאותו טעם דורש רבא בגמ' שלא נצריך בדיני ממונות שלושה דיינים מומחים אלא מספיק שלושה הדיוטות, כדי שלא לנעול דלת בפני לווין.

ר' אחא בריה דר' איקא חולק על רבא וסובר מעיקר הדין בדיני ממונות צריך דיין אחד (לפי רוב הראשונים גמיר ור' חננאל סובר דיין מומחה) שנאמר "בצדק תשפוט עמיתך", ובאו חכמים ותיקנו שלושה דיינים הדיוטות ומסתמא אחד מהם יהיה דיין גמיר.

רש"י מסביר שהמחלוקת של רבא ור' אחא תלויה האם דורשים עירוב פרשיות? לפי רבא יש עירוב פרשיות ור' אחא סובר שאין עירוב פרשיות.

תוס' ג,א ד"ה "ומדאורייתא" שואל על רש"י אם ר' אחא סובר כמ"ד אין עירוב פרשיות א"כ מדוע צריך את הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" לכן סובר תוס' שדברי ר' אחא נאמרו אף למ"ד שיש עירוב פרשיות.

במסקנת הגמ', הגמ' שואלת מאי נ"מ בין רבא לר' אחא? והגמ' אומרת שהנ"מ דברי שמואל שסובר: "שניים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו בי"ד חצוף". לרבא לית ליה לשמואל ור' אחא אית ליה דשמואל.

ב. דיין שדן יחידי מחלוקת ר' אבהו ושמואל

בענין דיין שדן יחידי האם נחשב דינו דין ישנה מחלוקת אמוראים בגמ' סנהדרין ה,ב: אמר שמואל שניים שדנו דיניהם דין, אלא שנקראו ביד חצוף ר' אבהו חולק וסובר שניים שדנו דיני ממונות לד"ה אין דיניהם דין.

הגמ' שואלת על דברי ר' אבהו מגמ' בכורות כח,ב: שכתוב "דן את הדין וזיכה את החייב, חייב את הזכאי, טימא את הטהור, טיהר את הטמא. מה שעשה עשוי ומשלם מביתו" רואים מדברי הגמ' שישנה אפשרות שאדם יחידי ידון ומתרצת הגמ' הבי"ע כגון שקיבלוהו עליהו.

ואיכ יוצא שר' אבהו מודה במקרה שקבלו עליהם את הדין יכול לדונם יחידי. התוס' ד"ה "שניים" מסביר בדברי שמואל שאמר: "שניים שדנו דיניהם דין" זה לאו דווקא שניים אלא ה"ה אפילו דיין אחד ולמה כתבו שניים לומר שאפילו שניים נקראים בי"ד חצוף.

בדברי הגמ' דלעיל נחלקו הראשונים בה"ג (מובא ברא"ש) פוסק כשיטת שמואל, אע"ג שרבא לא סבירא ליה את דברי שמואל, אבל כיון שר' נחמן פוסק כמותו הלכה כר' נחמן בדיני.

ר"ף, רא"ש חולקים וסוברים כר' אבהו כי הלכה כאמוראי בתראי כרבא שסובר כדעת ר' אבהו.

וכן פסקו הטור והשו"ע סימן ג' וזה לשון הטור: "אין בי"ד פחות משלושה וכל שלושה נקראים בי"ד ואפילו הדיוטות". (לשיטת הרמ"ה סובר שלושתם צריכים להיות גמירי, לשיטת הרא"ש משמע שדיין אחד צריך להיות גמיר).

ג. שיטת הרמב"ם

כתב הרמב"ם סנהדרין ב,י: "אעפ"י שאין בי"ד פחות משלושה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר: "בצדק תשפוט עמיתך" ומדברי סופרים עד שיהיו שלושה. ושניים שדנו אין דיניהם דין.

שואל הכסף משנה (ועוד אחרונים): הרי הרמב"ם סותר את דבריו, שבתחילה כתב "מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך" משמע שסובר כר' אחא בריה דר' איקא ובסוף ההלכה כתב "ושניים שדנו אין דיניהם דין" משמע שפוסק כר' אבהו והגמ' אמרה שהנפ"מ בין רבא לר' אחא הם דברי שמואל שסובר שניים שדנו דיניהם דין אלא שנקראים בי"ד חצוף וא"כ לפי הגמ' יוצא שמי שסובר בצדק תשפוט עמיתך סובר כדעת שמואל ששניים שדנו דיניהם דין ואילו הרמב"ם פסק כר' אחא ובסוף ההלכה כתב שניים שדנו אין דיניהם דין.

ד. הסברים לשיטת הרמב"ם

1. כסף משנה בשם הרשב"א

הכסף משנה בהמשך דבריו שם כתב ששאלה זו נשאלה לרשב"א וענה ששיטת הרמב"ם היא שמדינא אפשר לדון ביחידי כר' אחא, אבל משום יושבי קרנות תיקנו שצריך שלושה דיינים הדיוטות, ואלמוה חכמים לתקנתא זו שגם אם ידונו שניים בדיעבד אין דיניהם דין.

2. אבי עזרי (סנהדרין פ"ב)

הרב ש"ך שואל על פירוש זה אם הרמב"ם פוסק כר' אחא הרי הרמב"ם פוסק בחלי. סנהדרין ה, ח וזה לשונו:

לפיכך דנים בהודאות והלוואות וכיוצא בהם בחו"ל. אע"פ שאין בי"ד של חו"ל אלקים, שליחות בי"ד של ארץ ישראל עושין.

ואם הרמב"ם פסק כר' אחא הרי מעיקר הדין אף הדיוטות סגי שהרי נאמר בפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" וא"כ מדוע הרמב"ם כותב הטעם בהודאות והלוואות משום שליחותיהם של ארץ ישראל (כן הקשה הש"ך בסימן ג' ס"ק א.).

ועוד קשה: אם הרמב"ם סובר שאפשר לדון יחידי כר' אחא א"כ נחשב שם בי"ד וא"כ איך פסק בפ"ב הלכה יא: "הרי זה מותר לו לדון יחידי אבל אינו נחשב בי"ד וכן פסק שם ה, יח. "יחיד שהוא מומחה לרבים אעפ"י שהוא דן דיני ממונות יחידי אין ההודאה בפניו הודאה!"

לכן צריך לומר בשיטת הרמב"ם שהוא פוסק כרבא וכר' אחא ומן התורה צריך שלושה דיינים מומחים כי הוא סובר כמ"ד יש עירוב פרשיות וכל זה לענין שיחול שם בי"ד אבל לענין לדון את הדין לומדים זאת מהפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" שאף דיין יחידי יכול לדון וזה אף לר' אבהו, והמחלוקת ביניהם לענין שיקרא שם בי"ד – לר' אבהו צריך שלושה דיינים והפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" מדבר על היתר לדון, ור' אחא סובר שהפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" מלמדנו גם לדון, וגם להיות שם בי"ד. אמנם, עדיין צ"ע איך הרמב"ם פסק "שניים שדנו אין דיניהם דין" הרי הסברנו שגם ר' אבהו וגם רב אחא מסכימים שאפשר לדון יחידי?

וי"ל שלענין פס"ד אין דיניהם דין, שהרי אין עליהם שם בי"ד אבל לדון אין צריך שם ביד אלא אחד יכול לדון ולכן פסק הרמב"ם "שניים שדנו (דהיינו שרוצים להוציא פסק דין) אין דיניהם דין".

להבנת דברי הרב ש"ך צריך לאמר "לדון" דהיינו כנראה שמיעת בע"ד, חקירת עדים וכו' ולזה לא צריך שם בי"ד ומספיק אחד אבל לפסוק דין דהיינו לאמר חייב/זכאי צריך שם בי"ד והם שלושה דיינים.

3. אור שמח (סנהדרין ב, י)

האור שמח מנסה להציע אפשרות שהרמב"ם הולך בשיטת רבינו חננאל שכתב "מדאורייתא חד נמי כשר" מדובר על דין מומחה סמוך, וחכמים

תיקנו שאפשר לדון דיני ממונות בשלושה הדיוטות לפיכך בחו"ל שהיו חסרים דיינים סמוכים תיקנו תקנה זו, אבל בארץ ישראל לא צריכים לתקנה זו ולכן שניים שדנו אין דיניהם דין כי זה נוגד את תקנת חכמים (כעין זה כתב נתיבות המשפט ג,א בשיטת הרמב"ם).

4. נחל יצחק (הלכות דיינים סימן ג ענף א)

לכאורה אפשר לאמר בדברי הרמב"ם שפסק שניים שדנו אין דיניהם דין משום דקיי"ל דבעי בי"ד נוטה ואין בי"ד שקול כמבואר בסנהדרין ג, ב: ואם כן איך אמרנו דבר תורה אחד כשר (הרי צריך בי"ד נוטה) היינו משום שביחיד לא שייך לומר אין בי"ד שקול דמי יחלוק עליו, אבל בשניים שייך לאמר שהם חולקים וצריך דין נוסף כדי שיהיה בי"ד נוטה, ומה שפסק שמואל "שניים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו בי"ד חצוף" סובר כ"י יאשיה סנהדרין ג,א דלא מצריך בי"ד נוטה בדיני ממונות. ועל כן פסק הרמב"ם שדיין יחידי יכול לדון שנאמר בצדק תשפוט עמיתך אבל מ"מ שניים שדנו אין דיניהם דין משום דלא הוי בי"ד נוטה.

במסקנת דבריו דוחה פירוש זה כי קשה לאמר בדברי שמואל שאינו סובר בי"ד נוטה כיון שפסק שמואל שניים שדנו דיניהם דין וממילא לא מצריך בי"ד נוטה.

לכן צריך לאמר בדברי הרמב"ם כמו שכתב הכס"מ בשם הרשב"א שאף שמן התורה חד כשר מ"מ כיון שתיקנו חז"ל דבעינן שלשה הוי זה לעיכובא, ומדרבנן שניים שדנו אין דיניהם דין.

והביא ראייה לדבריהם מהירושלמי ברכות פ"ז הלכה א: בברכת הזימון ישנה מחלוקת חד אמר: שלושה חובה שניים רשות, וחד אמר: אני אין לי אלא משנה: "שלושה שאכלו כאחת חייבים לזמן" וממשיך הירושלמי ואומר שמחלוקת זו תלויה במחלוקת אחרת. שמואל אמר: שניים שדנו דיניהם דין. ור' יוחנן אמר אפילו שניים שדנו אין דיניהם דין שמואל סובר כמ"ד ששלושה חייבים לזמן ושניים הרשות בידם ור' יוחנן סובר כמ"ד שסובר שחובת הזימון דוקא בשלשה כמו בדין.

לפי זה אומר הנחל יצחק אם מן התורה אחד כשר ממילא שניים שדנו דיניהם דין אי"כ כיצד הירושלמי מדמה מחלוקת זו לברכת הזימון הרי לענין דין, התורה גילתה בפירוש שאפשר לדון יחידי אבל בברכת הזימון אין פסוק מהתורה שהרי עיקר דין הזימון הוא מדרבנן וכיצד משווים דין דאורייתא לדרבנן, אבל אם נסביר כמו פירושו של הכס"מ שגם למ"ד דס"ל ד"ת אחד כשר, גם כן סובר ששניים שדנו אין דיניהם דין משום תקנת רבנן שמצריכים

לדון דווקא בשלושה דיינים והוי זה לעכובא, א"כ מובנת ההשוואה בין דין של שלשה דיינים לבין דין ברכת הזימון. שבשניהם מדובר בתקנת רבנן.

ה. קבלת עדות בפני יחיד מומחה

כתב הרמב"ם בהלי סנהדרין ב,יח:

יחיד שהוא מומחה לרבים אעפ"י שדן דיני ממונות ביחידי אין ההודאה בפניו הודאה בפני בי"ד, ואפילו היה סמוך, אבל השלושה אעפ"י שאינן סמוכים והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלוקים. הרי ההודאה בפניהם הודאה בפני בי"ד. וכן הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון.

וכתב שו"ת התשב"ץ (חלק א שאלה א) – משמע לפי דברי הרמב"ם שיחיד מומחה לא יוכל לקבל עדות שהרי כל עדות שיאמרו בפניו הרי יכולים לחזור בהם שהרי לא נחשב הודאה וכפירה כי אין עליו שם בי"ד וה"ה לקבלת עדות (וכ"כ הש"ך מו,ע שיחיד מומחה יכול לדון לבדו על שטר שנתקיים בבי"ד כשמכירים הקיום, אבל אין יכול לדון לבדו כשמכירים העדאת העדים, דלענין קבלת עדות לא מהני יחיד מומחה).

הרשב"א (בי"ק צ,ב) בסוגיה "אין עד נעשה דיין" כתב על דברי הגמ' שם "תניא, סנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש מקצתן נעשו עדים ומקצתן נעשו דיינים דברי ר' טרפון. ר' עקיבא אומר כולם עדים". אומר הרשב"א אם דיין אחד מומחה ראה את המעשה לא מסתברא שדיין אחד מוציא ממון ע"פ ראייתו לבד שעל פי שני עדים יקום דבר אמר רחמנא. מדייקים האחרונים בדברי הרשב"א (ר' שמואל רוזובסקי בשיעוריו על מסכת סנהדרין) מדוע הרשב"א נתן טעם שיחיד מומחה שראה אינו יכול לדון כי צריך שני עדים הרי יכל לאמר שלא יכול לדון שהרי קבלת עדות צריכה שלושה דיינים כמו שאמרנו בדברי הרמב"ם וא"כ דיין אחד לא יכול לקבל עדות. ע"כ צ"ל בדעת הרשב"א שסובר שקבלת עדות יכולה להעשות ע"י דיין מומחה.

קצוה"ח (ז,ה) מבין בדברי הרשב"א כך: אם יצטרף לדיין עד נוסף יכול לדון עפ"י ראייתו ואע"ג דקבלת עדות לעולם צריכה שלושה דיינים וא"כ איך יכול הדיין לקבל עדות ביחידי זה אינו שהרי מה שמצריכים קבלת עדות בשלושה משום שכל פחות משלושה דיינים הוי כמו עד מפי עד אבל אם הוא בעצמו רואה עדות לא שייך עד מפי עד ולכן יכול לדון יחידי.

ר' שמואל רוזובסקי שואל על דברי קצוה"ח: מה שאנו מצריכים בקבלת עדות שלושה דיינים – לא מפני שזה לא יראה כעד מפי עד אלא הטעם ששלושה דיינים נחשבים שם ב"ד וצ"ע.

אפשר למצוא סיעתא לדברי קצוה"ח. המתבר (תו"מ כח, כ) כתב: "אין שניים ראויים לקבלת עדות ואם קבלו לא עשו כלום". וכתב הסמ"ע ס"ק נח שטעם השו"ע הוא: ששניים לא מקבלים עדות דהוי ליה כעד מפי עד. נראה מדברי הסמ"ע שקבלת עדות מצריכה שלושה דיינים שלא יראה כעד מפי עד, ודלא כר' שמואל רוזובסקי. אמנם בחידושי הרי"מ הלכות דיינים סימן ג מביא את התומים שסובר, שלענין קבלת עדות ודאי בעינן ג' מדאורייתא דאל"כ הוי עד מפי עד וחלק עליו וסבר: כיון שמדאורייתא סגי בחד ונחשב ב"ד א"כ ה"ה לענין קבלת עדות ומה שכתבו התוס' ב"ב מ, א שקיום שטרות בעינן ג' משום דלא להוי עד מפי עד היינו דווקא בקיום שטרות משום שבקיום אין פוסקים את הדין כלל, רק שמעידים וכותבים שהעדים העידו בפניהם, ולכך שראו לפני ב"ד אחר הוי עד מפי עד, אבל לענין שפוסק את הדין בעצמו א"כ יכול לקבל עדות, ומה שכתב המחבר בסימן כח, כא שקבלת עדות צריכה ג' מומחים, פירוש שיודעים כיצד נעשית קבלת עדות, אבל אם יחיד מומחה דן אפשר שיכול לקבל עדות יחידי.

נתיבות המשפט (ג,ג) כתב: לכאורה תמוהים דברי הרמב"ם שלפי דבריו ההודאה לפני דיין מומחה לאו הודאה ויכול להחליף את הטענות, וא"כ כ"ש שאין יכול לקבל עדות שהרי אין לו שם ב"ד, והרי קבלת עדות צריכה ב"ד ועוד איך יכול לדון ולאמר פלוני אתה חייב הרי אפשר לו להחליף הטענות וההודאות וגם אין סברא לאמר שחכמים יתקנו שמומחה יחידי יכול לדון ויש אפשרות לבע"ד לחזור מטענותיו. (ודוחק לומר שמקבל את העדות בפני שלושה דיינים ואח"כ ממשיך לדון יחידי כיון שהיו צריכים לפרש זאת והברייתא מדברת בסתמא).

לכן נראה לפרש בדעת הרמב"ם שכל מקום שמותר לו לדון יכול לקבל הטענות והעדות, ואינם יכולים לחזור בהם לא העדים ולא הבע"ד (דלא כדברי השו"ע). ומה שכתב הרמב"ם ביחיד מומחה שההודאה בפניו אינה הודאה, לענין שיהיה לו דין שטר וגם אין ב"ד אחר יכול לדון מתוך אותו כתב. ומה שכתב הרמב"ם דלא הוחזק כפרן בפני יחיד מומחה, היינו שנאמן לטעון פרעתי אח"כ כיון שלא הוחזק כפרן בב"ד אבל לטעון פרעתי קודם, אף כשדן בפני יחיד מומחה אינו יכול לחזור ולטעון.

החזו"א (סנהדרין סימן טו, ס"ק ג) מעיר על דברי הנתיבות וכתב שאין מקום לדברים אלו אא"כ הוא תקנת חכמים, שהרי מדאורייתא ודאי שקבלת עדות צריך ג' כדאמרינן בגמ' כתובות כב, לענין קיום שטרות שמצריכים ג.

בשו"ע כח, כא נפסק: "קבלת עדות צריך שלושה מומחים יודעים הלכות עדות כשר ופסול וזהירין בקבלתן לכוין עדות כל אחד".

רע"א מעיר על דברי השו"ע ומביא שו"ת המיוחסות לרמב"ן סימן קיב שכתב: יחיד מומחה שיכול לדון אפילו ביחיד יכול לקבל עדות ג"כ ביחיד (ומשמע כדברי נתיבות המשפט).

ו. קיום שטרות בפני יחיד מומחה

כתב הטור חו"מ מו: "וכיצד הוא הקיום באים עדי השטר ומעידים לפני שלושה אפילו הן הדיוטות זאת היא חתימתנו".

הב"י מביא את הנמוקי יוסף שכתב: אם עושים את הקיום בפני שניים זה דומה לשניים שמעידים ששמעו מפי עדים זה ודאי אינו כלום, דעד מפי עד הוא, אבל כשהם שלושה נחשב ב"ד וזה דומה לפסק דין.

וכ"כ הדי"מ בדעת המרדכי שסובר שאם קיימו בשניים לאו קיום הוא.

בתרומת הדשן סימן שלב¹ (מובא בב"י) נפסק: רב היושב בישיבה שקיים שטר ביחיד אי אתי בע"ד ומערער יכול להיות דלא מהני אמנם מנהג פשוט הוא לתופשי ישיבה שחותמים ביחיד לקיים שטרות ואפשר דכהאי גוונא מנהג מבטל הלכה בדבר שבממון. על כך הגיב הב"י וכתב: אנו לא שמענו על מנהג זה.

ובשו"ע סימן מו פוסק – אין מקיימים שטרות אלא בפני שלושה מפני שהוא דין.

הרמ"א הוסיף: ואם קימוהו בשניים לא הוי קיום ויש מי שכתב מאחר שנהגו שהרב תופס ישיבה מקיים ביחיד מנהג כזה מבטל הלכה ונ"ל הטעם דס"ל

¹ עיי' בתשובה שכתב שמדינא אם קיימו את השטר באחד מומחה אין נחשב מקום וראיתו מהגמ' כתובות כב, א. שכתוב שאם יוצא שטר בשמו של ב"ד של ר' אשי מקבלים שטר זה, ומסביר רש"י שם שאחד המקיימים היה רב אשי ואעפ"כ מצריכים שלושה דיינים. אולם ד"מ כבר כתב שאין ראיתו ברורה, שאפשר לאמר שלא רצה לקיים את השטר ביחיד אבל אם היה עושה אפשר דמהני.

דלענין קיום שטרות דרבנן דיחיד מומחה דינו כשלושה הדיוטות ומיקרי בי"ד כמו שנתבאר בסימן ג דאע"ג דאין יחיד מומחה בזמן הזה מ"מ לענין קיום שטרות דרבנן יש לסמוך עליו.

הש"ך ס"ק ח העיר: אין טעם זה של הרמ"א נכון, דלא דמי קיום שטר לדין, דדווקא לענין דין הוי יחיד מומחה כשלושה אבל לא לענין הודאה וקיום כי לגבי קיום שטר אם אין שלושה דיינים נחשב כעד מפי עד וצריך שלושה שהם נחשבים בי"ד. מ"מ לענין מה שנהגו שיחיד מומחה מקיים שטר, זה אנו אומרים מנהג מבטל הלכה.

התומים (אורים מו, י) כתב טעם למנהג הואיל ונהגו כך הו"ל כקבלוהו עליהו וכאילו מתחילה התנה שיהא נאמן הרב יחידי לקיים וכל תנאי שבממון תנאו קיים.

להבנת מחלוקת הרמ"א והש"ך נוסף ביאור: הרמ"א משווה בין יחיד מומחה שיש לו הכח לדון יחידי וה"ה לקיום שטר לעומת זאת הש"ך סובר מה שיכול יחיד מומחה לדון זה דווקא לדון אבל לענין קיום שטר שצריך שם בי"ד דלא להוי עד מפי עד אינו יכול לקיים השטר. (ועיין בחידושי הרי"מ הלכות דיינים סימן ג' שכתב כעין דברי הש"ך לחלק בין לדון יחידי לבין קיום שטר עיי"ש) ואולי אפשר לתלות מחלוקת ש"ך והרמ"א בחקירה של שטר שעדיין אינו מקוים מה תוקפו הגמ' בגיטין ג, א: "דאמר ר"ל עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד ורבנן הוא דאצרוך".

וישנה חקירה² כל עוד שהשטר אינו מקוים בבי"ד מה תוקפו:

צד אחד אומר: ששטר שאינו מקוים נחשב כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, ורק רבנן הצריכו קיום במקרה שטוען מזויף (משמע בלי טענת מזויף נחשב שטר בר תוקף) או שנאמר כל עוד שאין קיום לשטר השטר כחספא בעלמא ורבנן הצריכו קיום לשטר כדי שיהא עליו שם שטר ויוכל לגבות ממנו.

ואפשר לאמר שהרמ"א שסובר שאפשר לקיים את השטר ביחידי כנראה סובר כצד הראשון בחקירה שהשטר נחשב כבר כמי שנחקרה. ורק רבנן הצריכו קיום שלא יטען מזויף וא"כ מספיק לקיים ביחידי. אבל הש"ך סובר כצד השני בחקירה ששטר כל עוד שלא קוים נחשב כחספא בעלמא ולכן צריך קיום לשטר שיהא בר תוקף לגביה וממילא צריך שם בי"ד כדי לתת לו תוקף, ולכן צריך שלושה דיינים ואין מספיק דיין יחידי.

² עיין אבן האזל הלכות מלווה ולווה יד, יד. קובץ שעורים ב"ב תפ.

בשו"ת הרשב"ש סימן תעא דן במקרה שהביאו לפניו שטרות שכתוב בהם "במותב תלתא כחדא הוינא וחד ליתוהי" וכתב על זה איך אפשר שכל השטרות שמגיעים לידי כתוב בהם ששלושה דיינים ישבו לקיים את השטר וקרה אונס לאחד מהדיינים כגון שהלך למדינת הים או מת. על כן אני חושש שכנראה בקיום שטרות מושיבים שני דיינים וכותבים כך ואם הדבר כן הוא טעות גדולה דלית הלכתא כשמואל שאמר שניי שדנו דיניהם דין וכ"כ הרמב"ם וה"ה לקיום שטרות.

היוצא מדבריו להשוות בין יכולת לדון לקיום שטר (כדברי הרמ"א ודלא כש"ד).

ז. הודאה/ כפירה בפני יחיד מומחה

כתב הרמב"ם הלכות סנהדרין ה יח – "יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן דיני ממונות ביחיד אין ההודאה בפניו הודאה בפני ב"ד, ואפילו היה סמוך, אבל השלושה אע"פ שאינן סמוכים והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלוקים הרי ההודאה בפניהם הודאה בב"ד. וכן הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון".

הרא"ש חולק וסובר שיחיד מומחה נחשב כשלושה, והודאה בפניו הוי הודאה. וכן הכופר בפניו הוחזק כפרן.

נפסק בשו"ע ג,ב: "כל שאינם שלושה ולא קיבלום עליהם ואינם מומחים לרבים) אפילו הם סמוכים בארץ ישראל הודאה שמודים בפניהם כמי שמודה חוץ לב"ד ויכולים להחליף טענותיהם שטענו בפניהם הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים לא הוחזק כפרן.

וכבר העיר הסמ"ע, ז על דברי השו"ע וכתב: (משמע שפוסק כדעת הרמב"ם). לכאורה דין זה תלוי במחלוקת רמב"ם רא"ש, ותימה על הרמ"א שלא כתב בלשון פלוגתא על דברי המחבר. ואפשר לאמר בדוחק מה שכתב הרמ"א מומחה לרבים ה"ל שהמחוס לרבים עליהם דכה"ג מהני.

הש"ך סק"ח – חולק על הסמ"ע שהרי אפילו המחוס לרבים סוף סוף לא הוה ליה ב"ד. אלא הסיבה שהרמ"א לא הביא פלוגתא, משום שבלשון המחבר עצמו אין הכרע כ"כ שאפשר לאמר סמוכים שאינם מומחים.

ולענין דינא אם הם סמוכים ומומחים אין הודאתו הודאה ולא כדעת הרמ"א.

קצוה"ח ג,ג – מביא שיטת כנה"ג שסובר בדעת הרמב"ם דהודאה בפני יחיד מומחה לאו הודאה אבל כפירה בפני יחיד מומחה נחשב כפרן. והביא ראייה מלשון הרמב"ם שכתב ברישא לגבי הודאה שבפני שלושה נחשבת הודאה ובפני יחיד מומחה כתב שאין הודאתו הודאה, אבל בסיפא לגבי דין כפירה כתב "הכופר בפני שלושה הדיוטות נחשב כפרן" אבל לא כתב בפני יחיד מומחה לא נחשב כפרן משמע מדבריו שכופר בפני יחיד מומחה נחשב כפרן, וממשיך ואומר שכן דעת הב"י בספרו הכסף משנה.

קצוה"ח תמה על דבריו, שהרי בשו"ע כתוב במפורש, שכפר בפני יחיד מומחה לא נחשב כפרן וכיצד כותב שהב"י סובר שנחשב כפרן.

הפתי"ש ס"ק ה מביא תשובת שבות יעקב (חלק א סימן קלו) שסובר שדווקא לענין הודאה בפני יחיד לא נחשב הודאה אבל כופר בפני יחיד הוחזק כפרן דכיון שדנו לפניו ודינו דין א"כ ודאי מגלה דעתו והוחזק כפרן (כדעת כנסת גדולה).

וכתב עוד בדעת הרמב"ם דווקא ביחיד מומחה אמרינן לא נחשבת הודאה בפניו, משום שיש סברא שיהא נאמן לאמר להשטות נתכון או שלא להשביע, אבל נגד שני דיינים שקיבלו עליהם לא יוכל להכחישם וממילא הודאה בפניהם נחשבת הודאה, ומה שכתב הרמב"ם "אבל ג' הדיוטות" היינו שדיבר בהווה שסתם בבי"ד הם של שלושה או יחיד מומחה אבל בקבלוהו עליהם שניים הודאתו הודאה כמו ג' הדיוטות.

כעין זה כתב התומים ג,ד: מה שכתב הרמב"ם שההודאה בפני יחיד מומחה לאו הודאה צ"ל שיש הבדל בין יחיד לשניים, שהרי מצאנו לגבי נאמנות תרי כמאה א"כ מדוע בפני שלושה נחשבת הודאה ובפני שניים לא נחשב הודאה? צ"ל שזה לא מטעם נאמנות אלא בגדר שם ביי"ד ולכן שלושה נחשבים שם ביי"ד אבל שניים אין להם שם ביי"ד. אומר התומים זה דווקא בשני דיינים בלתי סמוכים אבל כשהם סמוכים א"כ הם יכולים לדון וכ"ש להודות בפניהם.

ומה שנחלקו הרמב"ם והרא"ש בהודאה לפני יחיד מומחה. לפי הרמב"ם לא נחשבת הודאה שהרי יכול להכחישו ולאמר שקר אתה דובר דע"א אינו נאמן בממון א"כ אף כשאינו מכחישו אין הודאתו חשובה ואינה בגדר הודאה בבי"ד, והרא"ש צ"ל שיכול להכחישו אבל כ"ז שאינו מכחישו הוי בגדר הודאה בבי"ד כיון שיש לו רשות לדון. צריך לברר דברי התומים שכתב בשיטת הרא"ש "שיכול להכחיש את הדין וכ"ז שאינו מכחישו הוי בגדר

הודאה" והרי אנו מתייחסים להודאה כדבר מחייב ואיך כתב שיכול להכחישו?

אפשר להסביר לפי דברי השבוי"י שכתב הודאה בפני יחיד אינה הודאה שיכול לאמר להשטות נתכונתי במיגו דאי בעי כפר ומכחיש את הדיין שלא הודה לפניו, ויש החולקים (הרא"ש) יסברו שזה לא הוי מיגו כיון שכל זמן שעומד בבי"ד הדיין נאמן, וגם צריך לישבע עכ"פ שבועה דאורייתא להכחישו.

הרדב"ז (ח"ג שאלה תתקמד) הודאה בפני יחיד לאו הודאה אבל במקרה שקבלוהו עליהו בעלי דינים או שבררו אותם הציבור ההודאה בפניו הודאה מחייבת, דלכל דבר בירוהו וכן מעשים בכל יום במצרים (וכ"כ שו"ת הרשב"א סימן אלף קכ"ו).

ח. לדון יחידי לכתחילה / בדיעבד

איתא בסנהדרין ד, ב: ת"ר דיני ממונות בשלושה ואם היה מומחה לרבים דן ואפילו יחידי, א"ר נחמן כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי.

תוס' ד"ה "כגון" שואל: והרי למדנו במשנה מס' אבות אל תהי דן יחידי שאין יחידי אלא אחד הקב"ה? מתרץ תוס' עצה טובה קמ"ל שלא יטעה, ומה שאמר ר' נחמן "כגון" אנא דן" הכוונה שיכול לדון אבל למעשה אינו דן. א"נ כיון שהיה רגיל אין לחוש שמא יטעה ולכן הרשה לעצמו לדון יחידי.

כתב הרמב"ם סנהדרין ב, יא "אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבי"ד הרי זה מותר לו לדון יחידי, אבל אינו חשוב ביי"ד, ואעפ"י שהוא מותר מצוות חכמים הוא שמושיב עמו אחרים, שהרי אמרו אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד".

הלחם משנה שואל: הרי הרמב"ם בפ"ד פסק "מי שאינו מומחה אעפ"י שנטל רשות אין דינו דין" וכיצד פסק כאן שיכול לדון יחידי ותירץ שכאן הרמב"ם מדבר בקבלוהו עליהו, ועדיין קשה אם קבלוהו עליהו, אפילו לא קיבל רשות מבי"ד יכול לדון, ותירץ שהחידוש של הרמב"ם שאפילו קיבלוהו עליהו וגם קיבל רשות מבי"ד עדיין אסור לו לדון לכתחילה.

הבי"ח בסימן ג' מבין בשיטת הרמב"ם: מומחה לרבים אינו יכול לדון בכפיה וממילא הדין שכתב הרמב"ם כאן אל תהי דן יחידי זה מדובר שקבלוהו עליהו ויש מצוות חכמים להושיב אחרים עימו, אבל לשיטות החולקים תוס' והרא"ש שסוברים שמומחה לרבים יכול לדון בכפיה ממילא מצוות חכמים

שיושיב עמו בדין רק כאשר דן בכפיה, אבל אם דן מרצונם בקבלוהו עליהו אין צריך להושיב אחרים עימו בדין.

הגר"א ג, כ כותב: אם בקבלוהו עליהו אף בהדיוט מותר לו לדון יחידי לכתחילה, ומביא מקור וראייה לדבריו מהירושלמי ריש סנהדרין "רב אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה א"ל תלמידוי ולא כן אלפין רבי אל תהי דן יחידי? אמר לון כיון דאתון חמי לון יתיר דיין לגרמי ואתון לגבי כמי שקבלוהו עליהם ותני כן בד"א שלא קבלוהו עליהם אבל קבלוהו עליהם דן אפילו יחידי.

ש"ך ג, ג – מביא תשובת מהרש"ל שסובר שאפילו בקבלוהו והוא מומחה אסור לו לדון יחידי ובאמת הראייה מהירושלמי דלעיל היא תיובתא למהרש"ל, ומסיים הש"ך: לענין דינא האידנא בזמן הזה דליכא מומחה צ"ע, שהרי אפשר לאמר דווקא במומחה מהני קבלה וכך ההבנה בירושלמי, אבל בזמנינו שאין מומחה לא מועיל שיקבלו אותו לדונם, ורק אם יודיע להם שאינו יודע לדון דין תורה או שדן אותם בדין פשוט ונחשב מומחה לענין זה, אז מועיל קבלוהו עליהם לדונם יחיד.

קצוה"ח ג, ד – לא מסכים לדברי הש"ך וסובר שגם בדין פשוט שלפי דעת הש"ך אם קבלוהו עליהם יכול לדונם גם במקרה כזה בעל נפש ירחיק עצמו מזה.

בשו"ת התשב"ץ סימן ק"ס מובא שנשאל בדבר מינוי של הריב"ש (מטעם השלטון) להיות דיין יחיד של קהילות יוצאי ספרד באלג'יר וענה בתשובה שהוא מתנגד למינוי ומביא את המשנה שאומרת אל תהי דן יחידי ומביא גמ' ב"ק, פ, א: "אמר ר' שמעון שזורי מבעלי בתים שבגלילי היו בית אבא ומפני מה חרבו שהיו מרעים כחורשין ודנים דיני ממונות ביחידי" ומסיים ורק אם קבלוהו עליהו שידונם יחידי יכול לדונם.

שו"ת הרדב"ז חלק ג' (שאלה תתקמ"ד) שנשאל על מה סמכו בארץ מצרים לדון יחידי³ והרי למדנו אל תהי דן יחידי? והסביר כיון שדין תורה יכול לדון

³ כתב הרדב"ז: המנהג במצרים לדון יחידי תחילת מקורו, היה בתחילת מלכות ישמעאל שהיה מלך מצרים שנשא לאישה בת מלך בגדד (בבל), וכשבאה למצרים שאלה על ענין היהודים ואם יש להם מלך או נשיא, ואמר לה המלך אין להם לא מלך ולא נשיא. אמרה לו: והלא במלכות אבי יש ישראלים הרבה ויש להם נשיא נקרא ריש גלותא והוא מזרע דוד המלך ואבי מתברך בו ועושה לו כבוד גדול לפי שהוא מזרע מלכים ונביאים, ומיד צוה המלך להביא לו משם איש אחד מזרע דוד המלך ע"ה, ושלחו איש נבון וחכם ומינה אותו נגיד על כל היהודים ומשם נשתלשל הנגידות במצרים והיה לו הרמנותא דמלכא ומאמר המלך לרצות את העם במקל ורצועה דכתוב "לא יסור שבט מיהודה" ואחר

אפילו ביחידי דכתיב "בצדק תשפוט עמיתך" ומדברי סופרים בעינן שלושה, וכיון שאם קבלוהו עליהם בעלי דין או שבירו אותם הציבור הרי מותר לדון יחידי לכתחילה שחזר הדבר לדין תורה וכן מעשים בכל יום שנהגו במצרים לדון יחידי.

תומים ג,ה – מביא ראייה מתוסי' שסובר שאם קבלוהו עליהו יכול לדון. תוסי' פ"ק דמגילה יד. הגמ' אומרת על דבורה הנביאה שהיתה שופטת את ישראל והיתה יושבת תחת התומר משום יחוד. אומר התומים: מה חידש תוסי' יותר מדברי הגמ', אלא שהיה קשה לו שהרי דבורה צריכה לדון בשלושה אי"כ אין יחוד אלא ע"כ מדובר שהיא דנה יחיד, וכיון שבאו לדון אצלה, כאילו קיבלוהו עליהם.

ט. לדון יחידי בזמן הזה

במאמרנו ניסינו לעמוד על ההלכה באיזה מקרים מותר לדיין מומחה לדון בע"כ של בע"ד כמו שכתוב בשו"ע ג,ב. "פחות משלושה אין דיניהם דין אפילו לא טעו וא"כ קבלום בע"ד או שהוא מומחה לרבים"⁴. משמע בדבריו שאם הדיין מומחה לרבים יכול לדונם בע"כ. אמנם בזמן הזה כבר כתב הרמ"א ג,ב שאין דנים דין מומחה לרבים שידון ביחידי בע"כ של אדם.

הגר"א מביא מקור לדין זה של הרמ"א מב"מ סז,ב התוסי' בשם ר"ת כתב, שרבינא לא רוצה ליטול השם ולעשות עצמו צורבא מרבנן ע"ש, הרי רבינא לא החשיב עצמו לדורבא מרבנן כ"ש בדורנו, ועיין מה שכתב מהר"י וייל תשובה קמ"ו בזמן הזה בעוה"ר נתקלקלו הדורות ונתמעטו הלבבות ונתעוותו הדיינים לא אשכחן שום למדן בעולם שהוא מומחה לרבים שהוא ראוי לכך וא"כ בזמנינו אפשר לדון יחידי רק ברצון שני בע"ד וה"ל כקבלוהו עליהו ואינם יכולים לחזור בהם מקבלה ז'⁵.

שנפסק זרע דוד ממצרים חזר הנגיד למי שראוי לה מצד חכמתו ומעשיו והיה דן יחידי בדיני ממונות, מעניש, ומכה, ומנדה, ומחרים כפי מה שצריכה השעה ואע"ג דבטלה הנגידות נשאר המנהג הראשון שהיה דן יחידי במקום הנגיד.

⁴ טור סימן ג' בשם ר' שרירא גאון יחיד מומחה היינו דחשיב כר' נחמן בדורו ובקי במשנה ובתלמוד ובקי נמי בשיקול הדעת, ומעיין בדינים כמה שנים וחוא מנוסה ולא אירעה לו טעות.

⁵ הרי קבלת הצדדים לדונם בע"כ נעשית בלי מעשה קנין וא"כ מה מחייב אותם שלא יוכלו לחזור בהם. וכנראה סומכים בזה על דברי התוסי' ב"מ עד ג (ד"ה הכא) שכתב ישנם מקרים שאדם מתחייב עליהם בלי קנין אלא דברים בעלמא כאשר בעלי הדין אמרו

כיום בתי דין הרבניים בישראל דנים עפ"י תקנות בתי הדין. בתקנון משנת תשנ"ג פרק א' מובא "בית דין יושב בהרכב של שלושה דיינים להוציא מקרים שבהם רשאי ביה"ד לדון מבחינת ההלכה בפחות משלושה".

בפסקה 2 נכתב "רשאי ביה"ד לדון בהרכב של פחות משלושה" ובאחד המקרים המובאים שם הוא: "ענין שהסכימו עליו הצדדים שיידון בדין אחד וביה"ד אישר שהענין ראוי לפי דין תורה להיות נידון בדין אחד" דהיינו במקרה שהצדדים מסכימים שידונם ביחיד וזה נחשב קיבלוהו עליהו לדונם ביחיד.

"נאמן עלי אבא" שמקבלים עליהם שידונם ואינם יכולים לחזור בהם כיון שיש להם תביעה זה על זה והם קיבלוהו עליהם כך את הדין חרי זה קבלה שאינם יכולים לחזור בהם.

פחות משוה פרוטה (תביעות קטנות בבית דין)

ראשי פרקים

פתיחה

הקדמה – הזיקה בין ישיבת הדיינים בפרוטה לכלל דיני ממונות.

חלק 1 – דין פחות משוה פרוטה בגניבה ובגזילה

- א. פטור השבת גניבה וגזילה הפחותים משוה פרוטה מטעם מחילה
- ב. פטור פחות משוה פרוטה מטעם שאינו ממון כלל
- ג. צירוף תביעות הקטנות משוה פרוטה לטעמא דמחילה
- ד. דין הרמבי"ם באוסרו כלשהו בגזל. האם הוא מטעם חצי שיעור
- ה. שיעור הממון בגניבה וגזילה נובע מדין המחילה
- ו. פחות משוה פרוטה בגזל – חצי שיעור או חצי מעשה
- ז. המשמעות ההלכתית שבהבנת החסרון שבפחות משוה פרוטה
- ח. משמעות מחודשת לטעם המחילה
- ט. סיכום ביניים – השיטות בטעם פטור גניבה וגזילה שאין בהם ש"כ מחובת השבה
- י. נספח – פחות משוה פרוטה בהשבת אבדה

חלק 2 – הזדקקות בי"ד לתביעה פחותה משוה פרוטה

- א. הבנת דברי רב קטינא בב"מ נח
 - ב. ביאור שיטת הריטב"א
 - ג. תביעת דבר שבעין הפחות מש"פ לפי הריטב"א
 - ד. משנה ב"ק קג, א
 - ה. מהלך ראשון בביאור רב קטינא עפ"י הריטב"א, והמשנה ב"ק קג, א
 - ו. מהלך שני בני"ל
 - ז. מהלך שלישי – ביה"ד כמוציא האמת לאור
 - ח. דין תביעה אף שיש בה שוה פרוטה ולמעלה במקום שיש עלויות משפט
 - ט. נסיון נוסף בביאור פסק הריטב"א דנוקקין לדבר שבעין אף שאינו שוה פרוטה
 - י. הזדקקות בי"ד לתביעת כלים שאינם שוים פרוטה
 - יא. תביעת חפץ שאין בו ש"פ אך לתובע באופן אישי שוה הרבה
 - יב. סיכום הנקודות הבעייתיות שהתעוררו, והצעות פתרון
- חלק 3 – שיעור הפרוטה היום.

פתיחה

במאמר שלפנינו נעלה לדיון בעייה ענין שאף שהוקצה לו בסדר השוייע סימן שלם ואמנם יעמוד סימן זה במוקד הדיון. אולם קיצר מאוד המחבר בדבר, והעמקה בשורשי ההלכה תבסס ותבהיר את הנושא וכן תשפוך אור על ענפים נוספים שיעלו מתוך הענין.

יש לברר האם יש עילה להליך משפטי בגין תביעה שאינה עולה אף לא לפרוטה. כדי להשיב תשובה לכך עלינו לעבור דרך דיון אחר כולל יותר ביחס לכלל החיובים הממונים ושייכותם בפחות משוה פרוטה (להלן – פמשי"פ) ועלינו לבחון האם המסקנה בשני הבירורים תהה תמיד זהה, ואם לאו יש למצוא את הסברות המחלקות ביניהם. מתוך העיסוק בזיקה שבין הענינים יתבררו פרטי ההלכה הנידונת ותתבסס ההבנה בהם.

יש לציין כי העיסוק בדבר הוא יותר עיוני ופחות מעשי, מאחר שהפרוטה איבדה היום את ערכה אי"כ ממילא לא מצוי שיתבע אדם על פמשי"פ, זולת שיש לו סנטימנטים לחפץ. זאת ללא קשר לעצם השאלה כיום לאור ירידת ערכה של הפרוטה עד לאבדן מוחלט של כח הקניה שלה, אם עדין תהווה עילה לתביעה וממילא להליך משפטי בבי"ד. גם בשאלה זו נעסוק בעייה בשולי המאמר. עוד נזכיר את הדילמה שיש בהגשת תביעה קטנה לבי"ד כאשר עלויות המשפט הופכות את התביעה ללא כדאית, ולעתים אף המאזן הסופי של התובע מן המשפט הוא שלילי.

הקדמה: הזיקה בין ישיבת הדיינים בפרוטה לכלל דיני ממונות

קודם שנעלה לדיון דין פמשי"פ בחיובי ממון. והכוונה לעצם החיוב ללא קשר לתביעה בבי"ד, וכמו שהקדמנו. יש מקום להצביע על הקשר הנראה לעין בין הדינים, והוא מעבר לסברא הפשוטה לכאורה שרק דבר המוגדר כחיוב יתקבל לדיון בביה"ד. המשנה בבי"מ נה, א מונה דינים התלויים בפרוטה. והם ההודאה בדין, קדושי אשה, מעילה, מציאה וגזל. ובגמ' איתא "תני לה במתניתא חמש פרוטות הן האונאה פרוטה, וההודאה פרוטה, וקידושי אשה בפרוטה, וגזל בפרוטה, וישיבת הדיינים בפרוטה. ותנא דידן מ"ט לא קתני ישיבת הדיינים. תנא ליה גזל". כלומר מכיוון שמצאנו שא"א לתבוע גזל שהוא פמשי"פ הי"ה לכל תביעת ממון וממילא אין ישיבת הדיינים בזה. או אפשר באופן קצת שונה וכרש"י דמאותו טעם שתביעת גזל אינה אלא בש"פ הי"ה לישיבת הדיינים. אי"כ הקשר בין גזל הפמשי"פ, להזדקקות בבי"ד לתביעה

הקטנה משי"פ, לכאורה שורשו כבר בגמ', שהיא המקור לשוי"ע חו"מ סי' ו', שהוא נדונינו. וז"ל השו"ע "אין הדיינים יושבים לדון בדין פמשי"פ, ואם הוזקו לשוי"פ גומרים דינם אפי' לפמשי"פ".

דין פחות משה פרוטה בגניבה ובגזילה

הר"מ, שמקורו בגמ' שהבאנו, פסק שגזל אינו אלא משי"פ וכדי להעמיד הדברים על דיוקם נאמר שאמנם יש איסור גזל בפחות מכאן אלא שאין מוציאין ממון מן הגזלן. וכלשון הר"מ ריש הלכות גזילה ואבידה "כל הגזל את חברו ש"פ עובר בלי"ת שנא' לא תגזול... ואסור לגזול כלשהו דין תורה". וכיו"ב כתב בריש הל' גניבה: "כל הגונב ממון משי"פ ולמעשה עובר על ל"ת שנא' לא תגנוב... ואסור לגנוב כלשהו דין תורה". וכתב המ"מ "דהוא מדין חצי שיעור שאסור בכל מקום". שורש פטור התשלומין בגזלה ובגניבה הפחותות מפרוטה נתחבטו בו גדולי הדורות וביארוהו בכמה מסלולים. נערכם בע"ה אחד לאחד ונעמוד על ההבדלים העולים להלכה מתוך בחינת הגישות השונות.

א. פטור השבת גזילה וגניבה הפחותים משי"פ מטעם מחילה

בגמ' סנהדרין נז, א מובאת ברייתא¹ דעל גזל וכיוצא בו כותי בכותי וכותי בישראל אסור ישראל בכותי מותר. ומבאר הגמ' בהווה אמינא דכוונת הברייתא באומרה "כיוצא בו" לפמשי"פ. כלומר איסור גזל בכותי הוא אף בפמשי"פ (אמנם ישראל שגזל לכותי כיון שאינו בכלל "רעד" מותר מדאוריתא) אף שהוא סכום הנמחל בדי"כ. זאת משום שכותים לאו בני מחילה נינהו. בדומה לזה מצאנו בסנהדרין נט, א, הגמ' שם קובעת דליכא מידעם דישראל שרי ולעכו"ם אסור, ושואלת הגמ' והרי פמשי"פ דישראל פטור ומישבת התם משום דלאו בני מחילה נינהו, אבל ישראל בני מחילה. ומפרש רש"י במקום בד"ה משום דלאו בני מחילה נינהו – שאף ישראל נצטוו על הגזל, אלא שפמשי"פ אינו נחשב בעיניהם שעוברין על מידתן, שרחמנין הם ומוחלין על דבר קל. אבל בני נח אכזרים הם עכ"ל. ואין דבריו מובנים כל צורכם, שהרי הגמ' עוסקת בהשוואה שבין חיובי גזלן גוי לגזלן ישראל ורש"י שעוסק במחילה הרי תלויה היא בנגזל ולא בגזלן. וא"כ החילוק צריך שיהיה בין גזלן ישראל לנוכרי. ואפשר לבאר ע"פ דברי היד רמ"ה במקום שכתב

¹ תוספתא ע"ו פ"ט.

וע"ל "ודרך העולם שכל המדקדק, מדקדקים עימו ואין מוחלין לו אבל ישראל, רחמנים הם..." כלומר שכיון שאם היה הנוכרי הגזלן, נגזל בעצמו לא היה מוחל לכן כשגזל אף לישראל חייב, והיפוכו בישראל הגזול. א"כ משמע משמעות הפטור לפי הרמ"ה אינו תלוי בעצם המחילה, כי הנה בגזל העכו"ם מישראל דמוחל הפמשי"פ ואפ"י חייב אלא הגדרת הממון ביחס לגזלן עומדת בשורש הענין. וא"כ אין טעם פטור בפמשי"פ ביחס לישראל משום מחילה אלא דאינו ממון. אמנם הגדרת הממון נובעת מהמחילה (ועי' להלן שיטה כזו) וכן כתב הרמ"ה להדיא "אשתכח דפמשי"פ לגביהו (=כותים) ממונא הוי ואסיר להו למשקליה".

אולם ברש"י עצמו דחוק לומר כן שהרי את הגמ' בדף נו פרש באופן שונה: אחר החלוקה בדין בין כותי שגזל, לישראל שגזל שואלת הגמ': "אי הכי כותי בישראל אסור הא בר מחילה הוא", כלומר הנגזל הוא ישראל ובר מחילה הוא, ומיישבת: "נהי דבתר, הכי מחיל ליה, צערא בשעתא מי לית ליה" ולכן אסור. ומפרש רש"י בד"ה צערא וז"ל: "צערא בשעתא מי לית ליה" – הלכך גזל הוא אלא שאין ב"יד ישראל נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל ליה. וישראל בישראל נמי אסור ומעבר לא עבר דכתיב "לא תגזול - והשיב את הגזלה". אמידי דהשבון קרי גזל ואידך לא. אבל בכותי דלאו בר השבון² הוא שכל דינו למיתה לא נפיק פמשי"פ מכלל פרוטה ואפילו מישראל דמחיל ליה בתר הכי". כלומר כותי שייך באיסור גזל אף בפמשי"פ ואף בגזל מישראל משום צער הנגזל אמנם בגזלן ישראל כיון שתלוי הגזל ביכולת ההשבה אין הצער מתורגם כאיסור גזל אלא כאיסור בעלמא. אבל בגזלן נוכרי שאינו בהשבה אין הגדרת הגזל תלויה בהשבה. א"כ להדיא ברש"י דלא כרמ"ה שאם ס"ל כוותיה היה לו לומר בפשטות, שהחילוק בין ישראל לנוכרי שגזלו את הישראל נובעים מהגדרת הממון ביחס לגזלן. ולכן י"ל ברש"י, שבדף נט, א עוסקת הגמ' בכלל החילוק בין ישראל לנוכרי והוא בהפרש בין גזל ישראל מישראל לגזל נוכרי מנוכרי. דהוא תלוי במחילה אמנם לא נכנסה הגמ' שם לדעתו למעשה גזילה שבין ישראל לנוכרי. כאשר המרכיב הזה מופיע שם נז, א וביארו רש"י ונימוקו עימו. א"כ לרש"י י"ל דמחילה שנאמרה בגמ' היא כפשוטה והיא הטעם לפטור השבת גזילה הפחותה מש"פ.

² מעניין להזכיר דברי התוס' ע"ז עא, א ד"ה בן נח שכתב הטעם שאינו בתשלומין בשם רש"י וז"ל "ורש"י פ"י דלא ניתן להשבון משום דקם ליה בדרבה מיניה" וכ"כ התוס' בעירובין סב, א. ושם דחה משום דלא שייך בעכו"ם דין קלבד"מ. ואף כי ברש"י בע"ז לא נראה כפי שהביאו התוס' משמו, בעירובין אפשר שזו כוונתו דז"ל "כיוון שעבר נהרג ואינו משלם".

א"כ חזינן שלרש"י א"ש שהרי דברי הגמ' משלימים אילו את אילו בשני המקומות, אולם לפי הרמ"ה יש סתירה בטעמים המופיעים בשתי הסוגיות ואמנם הרמ"ה כתב במפורש שהסוגיות חלוקות מפני קושיה אחרת בסוגיה בדף נט. והיא קושית הלח"מ בריש הלי גזילה. וז"ל "וקשה דא"כ מה הקשו בדף נט מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור והרי פמשי"פ ותרצו התם משום דלאו בני מחילה נינהו ע"כ. השתא מה הקשו הא בישראל נמי איכא איסורא בפמשי"פ כדמשמע בתרוצא דרב פפא וכדפסק רבנו ז"ל וכו"ו. והוא ז"ל תרץ: "וי"ל בדוחק דמ"מ פריך כיון דיש חילוק בין פרוטה לפמשי"פ בישראל, ובעכו"ם לא. א"כ הרי חמיר עכו"ם מישראל" כלומר החילוק הוא שבפמשי"פ העכו"ם במיתה ובישראל אינו אלא איסור. ברם בשו"ת מהר"ץ חיות סי' טז אות ד דחה הלח"מ עפ"י דברי התוס' חולין לג, דכיון שלישאל עכ"פ אסור שוב לא שייך מי איכא מידי דלישראל שרי, דאינו שרי. והרמ"ה עצמו כתב וז"ל בדף נט: "ומשמע דלא ס"ל כדרב פפא דסבר לאוקומי כיוצא בזה בגזל פמשי"פ ותני עלה ישראל בישראל אסור ואי בעית אימא אפי' תימא כרב פפא, התם "קא מיירי לכתחילה והכא קא מיירי בדיעבד דאי גזל ליה פמשי"פ אי הגזלן ישראל הוא שרי, ליה לאחזוקי ביה, ואי כותי הוא אסור ליה לאחזוקי ביה מיהו פשטא דשמעתא לא משמע אלא לכתחילה וכו' א"כ מסקנתו כמש"כ דא"א ליחס איסור לדברי הגמ' דף נ"ט "לישראל שרי", אלא דלא ס"ל לסוגיה זו כרב פפא דסנהדרין נז וע"כ גם הפרשנות בסוגיות אינה זהה. אמנם תרוצים נוספים נאמרו בקושיה זו. הער"י (נט, א) ד"ה והרי כתב שההבחנה בין גזל ישראל לגזל העכו"ם שהגמ' מצביעה עליה היא מצב מהות האיסור דאיסור גזל ישנו בעכו"ם אף בפמשי"פ, ואילו בישראל האיסור הוא מצד הצער הנגרם לנגזל.³

בשו"ת מהר"ץ חיות הנ"ל אחר שדחה הלח"מ וכש"כ, ישב בעצמו את סתירת הסוגיות וכתב דהקושיה בעינה רק אם נקודת המוצא היא שיש שיעור לגזילה, והאיסור בפמשי"פ הוא מצד ח"ש. וא"כ לעולם איכא אסור ומה מקשה הגמ' בדף נט. ברם באמת אין שיעור לגזילה ואיסור גזילה הוא בכ"ש משום שלא מצאנו שיעור לממון בתורה. מעתה המקשן ששאל בתחילה בדף נט הא מצינו פמשי"פ שמותר בישראל, דס"ל דהוא מטעם דלא קפדי. וכש"כ המ"מ בריש הלי גזילה בשם הגאונים. כגון הנוטל קיסם לחצוץ בו שיניו דאינו בכלל גזילה. כן כל שהוא פמשי"פ ה"ז כריח התפוח וכו' ויר הבית דאינו

³ ועי' לקמן דהרמ"ה לשיטתו אינו יכול לפרש כדברי העול"י משום שהבאנו עפ"י המשנת עבץ דס"ל דהאיסור הוא מצד גזל וא"כ א"א אלא אם נאמר שהסוגיות חולקות.

כלום ומותר אף לכתחילה. וע"כ מתרצת הגמי' דהפטור אינו אלא מטעם מחילה ע"כ אמנם בעת הנטילה יש איסור גזל בכ"ש אלא דמיד אח"כ מחיל. וא"כ הוא אסור לישראל מהתורה כגונב ע"מ למיקט וע"מ להשיב דיש בו איסור גזל.

א"כ בנוסף לשוב קושית הלח"מ ארווח לן ג"כ שיטה שאמנם פטור התשלומין נובע מהמחילה. וע"ע לקמן אחרונים נוספים שבבארם את דברי הר"מ עולה מתוך דבריהם דליכא בממון שיעור.

ב. פטור פחות משוה פרוטה מטעם שאינו ממון כלל

בספר שער המשפט סי' ו' הקשה מהגמי' שבועות לח שנפסקה להלכה דיש צירוף לשיעור פרוטה מחיובים שונים וז"ל הר"מ שבועות ג, יא "א"ל חברו תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת ואפי' היה לו פרוטה אחת מכולן הרי אילו מצטרפין וחייב" עכ"ל ואם הפטור דפמשי"פ הוא מטעם מחילה א"כ היאך מצטרפין החיובים הרי נמחלו כאו"א בשעתו וכתב שעהמ"ש אוקימתא לתרץ קושיות דאיירי בחובות גדולים שנמחלו כולן חוץ מפמשי"פ בכאו"א דבכה"ג ליכא מחילה כמבואר בב"ק קג וע"כ שייך צירוף.

הנחל יצחק סי' ו' תרץ הקושיה ע"פ דברי בעל המחנ"א גזילה א שהביא מן הגמי' דפטור פמשי"פ נובע מהמחילה, ועפ"י נסתפק בלא נודע לבעלים שנגנב מהם, דאז ליכא למחילתם. א"כ האם בכה"ג יתחייב בתשלומי הגניבה (וצ"ל כוונתו דודאי בטוען במפגיע שאינו מוחל לא מהני ליה משום דבטלה דעתו אצל כל אדם, אבל בכה"ג דלא ידע אין כל אדם מוחל א"כ יש להסתפק אם אמנם יתחייב הגנב) והביא מהמשנה דב"ק קג, א דאמנם בלא מחל אין הפטור מהחיוב. וסיים דהני"מ במקום שנוצר חיוב השבה, כגון במשנה שהיה חיוב גדול בתחילה אלא שמחל רובו חוץ מפמשי"פ לכן יש חיוב השבה בכל פרוטה ואף פחות ממנה לבד ממה שנמחל בפירוש. אבל במקום שכל גורם החיוב אינו עולה אלא לפמשי"פ אין לזה דין ממון ופטור אף בדליכא מחילה (וכן הוסיף ובאר בנו כמודפס בהערה במחנ"א שם).

וכדברי המחנ"א משמע בפרש"י בסוגין דב"מ נה ביחס לתביעת פמשי"פ שכתב "דלאו ממונא הוא" וכן תוס' בע"ז עא, ב ד"ה ואי ס"ד כתב דפמשי"פ לאו ממונא הוא אינו נחשב לחסרון אצל הנגזל וברש"י שם כתב דאינו ממונא משום דמחל.

עפ"י דברים אלו תרץ הנח"י קושית שעהמ"ש דאף בפמשי"פ לעולם הנגזל נשאר הבעלים דליכא לטעמא דמחילה אלא שאין חיוב השבה דפמשי"פ אינו ממון כלל. אולם כשיצטרפו כמה סיבות המחייבות ויעלו לשעור פרוטה יוכל מחדש לתובעו.

אמנם אם נדקדק היטב בדברי המחנ"א נבחין כי לא דחה לטעמא דמחילה. ואמנם קשה להתכחש לזה לפי שהרי גמי מפורשת בסנהדרין היא שנימקה דבריה במחילה (אלא אם נלך בדרך הרמ"ה שהעלנו קודם) אלא שבנוסף לזה כתב דבעי עכ"פ דין ממון כדי שנחשיב הדבר לגזילה. ואמנם יש מקום לטעמא דבעי שיעור ממון אף דאיכא לטעמא דמחילה, משום דאיכא נפ"מ בגזל פמשי"פ ולא נודע לנגזל שאף כי שאינו מוחל אפ"ה כיוון שלא נוצרה חובת השבה משום דאיירי בפמשי"פ, שאינו בדין ממון לכך אינו חייב. אך טעמא דמחילה למאי אצטריך אחר דבעי שיעור ממון. ועיין להלן דאמנם יש נפקותות רבות בין הטעמים וא"כ יש מקום לומר דבעי לתרוויהו.

ג. צירוף תביעות הקטנות מש"פ לטעמא דמחילה

ואמנם לטעמא דמחילה גרידא, דאכן רבים הסוברים שטעם זה עומד בפני"ע, כנ"ל בנח"י, במנ"ח קל ובקה"י בכמה מקומות (ועי"ע להלן) יש צורך לישוב הגמי בשבועות דמשתמע שיש צירוף של תביעות הקטנות מש"פ.

בשו"ת שו"מ (מהד"ד ח"ג סי' קל) כתב לישוב זאת שהרי ודאי אילו ידע מראש שיצטרפו אח"כ גורמי חיוב נוספים, שבסה"כ עולים לש"פ. לבטח לא היה מוחל א"כ גם עתה יש אומדנא שמחילתו מוטעית היתה ולכן לא הוי מחילה. דאומדנא היא דכל אדם לא מחיל בכה"ג א"כ אי מחילתו לא בטלה אצל כל אדם.

בדומה לזה בספר ערך שי (חוו"מ ו) שהביא מספר אסיפת זקנים⁴ ב"ק קה דעל דעת שתתייקר לא מחל. וכפי הר"ן ר"ה יז שהביא מיומא פז, ב, בעבר אדם עבירה פעם ראשונה מוחלין לו וכן שניה⁵ אך מפעם שלישית חוזרין להצטרף גם הפעמים הקודמות, ובציבור החוטאין, מצטרפין מהפעם הרביעית. וביאר הכוונה שם וכן מבואר יפה בר"מ הל' תשובה ג, ה: "בשעה ששוקלין עוונות

⁴ אמנם הוא עצמו כתב בתחילה בדומה לציץ אליעזר וקה"י שאכתבם להלן.

⁵ אמנם כתב שם וכן שלישית ורק מרביעית מצטרפין אך כבר השיג שם הבי"ח בהגהותיו דזהו רק בעוונות הציבור וכש"כ הר"מ בהמשך ההלכה.

אדם עם זכויותיו אין מחשבין עליו תחילת עוון שחטא בו ולא שני אלא משלישי ואילך אם נמצאו עונותיו משלישי ואילך מרובין על זכויותיו, אותן שני העונות מצטרפין ודין אותו על הכל. ואם נמצאו זכויותיו כנגד עונותיו אשר מעוון שלישי ואילך, מעבירין כל עונותיו ראשון ראשון לפי שהשלישי נחשב ראשון שכבר נמחלו השנים..." כלומר שברבו עונותיו אף שנמחלו הראשונים בזמנם מ"מ חזרו להצטרף כשהרבה לפשוע, דכל המחילה היא על תנאי שלא יוסיף לחטוא עוד, וה"ה הכא, אמנם כמובן שבמחילה מפורשת לא מהני סברא זו דדברים שבלב אינם דברים לעקור מה שבפיו.

ד. דין הרמב"ם באוסרו כלשהו בגזל, האם הוא מטעם חצי שיעור

המני"ח ס"י קל במצוות השבת הגזילה האריך בהצגת ב' האופנים הנ"ל וציין לנפקותות העולות בין התפיסות (להלן פרק ו) והכריע ביניהם מתוך דברי הר"מ שכתב שאף שבפמ"ש איסור מיהא איכא, וכבר הזכרנו שהמ"מ הטעים דבריו משום דחצי שיעור אסור מן התורה אלא שמצוות השבת ליכא⁶. וכן הסמ"ע חו"מ שמח סק"א כתב וז"ל דכמו שחצי שיעורין לענין איסור חלב ודם אסור מן התורה אע"ג דאין לוקין עליו כמבואר במקומו ביו"ד ובאו"ח בהל' יוכ"פ כן חצי שיעור לענין ממון ג"כ אסור מן התורה אע"ג דאין לוקין עליו עכ"ל. וכתב המני"ח דמשמע מהמ"מ דדין פרוטה הוא שיעור כשאר שיעורין שהן הלכה למשה מסיני ולא שנקבע לפי המחילה. משום דלטעמא דמחילה לא שייך לומר חצי שיעור דהא לא חזי לאצטרופי דהא קמא קמא מחיל. ואף כי לדברינו לעיל בשם השו"מ והערך ש"י מצטרפות התביעות גם לטעמא דמחילה מ"מ י"ל דסיבת הצירוף היא דאמרינן דבכה"ג ליכא מחילה אבל מחילה כלשעצמה אינה בתורת צירוף, וכ"כ המהרש"ם ח"ו ס"י רט.

אמנם השו"מ הנ"ל הוכיח עפ"י להכריע בספיקו של הפמ"ג בביאור המושג חזי לאצטרופי, אם פירושו שראוי הוא בשעת מעשה להצטרף ולהיות שיעור שלם ומכאן חשיבותו גם כעת. או דלמא פירושו דחזי לאצטרופי ע"י שיאכל

⁶ אמנם הביא לקצת אחרונים (מהרי"ט אלגזי וכו') דדעתם דגם בעשה איכא מצוה בח"ש כבמצוה וכדו' וא"כ ה"ה הכא במצוות השבת ודחאם מההלכה ע"ש.

בכדי אכילת פרס ויצטרף לשעור בפועל. דלטעם דמחילה י"ל דחזי לאצטרופי
הוא מצד הראשון דלצד השני הא קמא קמא מחיל.⁷

והנה מצאנו ביאורים שונים בדברי הר"מ ובדקדוק דברי המ"מ. כאשר ע"פ
אופנים, אילו מיושבת גם התפיסה דפטור פמשי"פ נובע ממחילה.

נקדים שתי הערות עיקריות שעל גביהן נבנו עיקרי השיטות בביאור הר"מ:

א. המ"מ בהל' גניבה על דברי הר"מ "אסור לגנוב כ"ש ד"ת" פירש שפמשי"פ
כבממון כדין ח"ש. ואילו בהל' גזילה על דברי הר"מ "אסור לגזול כ"ש ד"ת
כתב דזה מתברר בסוגיא דד' מיתות (=הגמ' בסנהדרין הנ"ל) ולא הזכיר
טעמא דח"ש.

ב. האמנם שייך ח"ש בממונות. ועי' בשו"ת הר צבי או"ח ב' סי' צו דדעת
החכ"צ בשו"ת סי' פו דדין ח"ש אינו אלא באיסורי אכילה וא"כ אם נאמר
שדברי הר"מ הם מדין ח"ש הרי זו סתירה לדברי החכ"צ, אמנם הביא דרשיי
בשבת עד, א כתב במלאכות שבת דין ח"ש אף שאינם איסורי אכילה. ועוד
אפי' יש דין ח"ש במידי דלאו אכילה, יש לדון בכל דבר אסור עם ביצוע חציה
נחשב לחצי שיעור או אולי הוא חצי מעשה ואינו כלום וכדלהלן.

יש לציין לדברי המנחת אשר עה"ת (בראשית סי' ט) שיובא להלן בהרחבה
שאף המ"מ אין כוונתו בהכרח לח"ש, שהרי כתב "משום ח"ש" ולא "משום
ח"ש" (ועי' משי"כ בסס"ה).

הגרצ"פ פראנק בשו"ת הר צבי הנ"ל אגב הדיון אם ח"ש הוא רק במידי
דאכילה הביא גם את נקודת המוצא שלנו. היאך שייך ח"ש בגזל והרי קמא
קמא מחיל וא"כ לא חזי לאצטרופי. וכתב ע"פ החילוק שנמצא בדברי הרב
המגיד הנ"ל דאמנם בגניבה כיוון שלא ידע שנגנב מעמו ליכא מחילה ושייך
לומר ח"ש דס"ס חזי לאצטרופי, אבל בגזילה דידע הנגזל ומחל א"כ ליכא
לח"ש אלא ע"כ האיסור הוא כפי שכתב בספר יד המלך (פ"א מגניבה) דגניבה
וגזילה סתמא נאמרו בתורה ואסורין בכל שיעור אלא שחכמים שיערו
דבפמשי"פ מחלי אנשי וא"כ כשגזל מיד נתקן האיסור ע"י העשה ד"השיב"
שמתבצע ע"י המחילה.⁸ וא"כ לכתחילה ודאי שאסור לגזול ח"ש ד"ת אלא

⁷ גם המהר"ץ חיות בשו"ת סי' טז בראשית דבריו הלך במסלול זה. להקשות דהא לא חזי
לאצטרופי והיאך יאסר פחות מכשיעור והביא אמנם דלצד דחזי לאצטרופי הוא מטעם
דכיון שראוי להיות שלם בהצטרף אליו עוד א"כ חשוב הוא להאסר אך אח"כ באר לדין
מטעם אחר וע"ע.

⁸ וכפי קצוה"ח תכד סק"א.

שבדיעבד אין איסור גמור דסייס מחל והוי כהשבה. לכן כתב המ"מ באיסור גניבה פמשי"פ דהוא מטעם ח"ש ולכן אסור אף בדעבד, ואילו בגזילה דלא שייך ח"ש משום דמחיל כתב דלפחות יש איסור לכתחילה.

אף המהר"ץ חיות בשו"ת סי' טז, פתח בכך דבגזל פמשי"פ לא חזי לאצטרופי ושלל כפי הרב פראנק דין שיעור בגזל לפי שלא מצאנו לזה שיעור מינימלי אלא שא"צ להשיב מפני שנמחל מאליו אצל רוב בני"א. והוא התיקון של "והשיב" וכשי"כ בהר צבי, אלא האיסור הוא דהוי כגזל⁹ ע"מ למיקט דמבואר בר"פ איזהו נשך בלא תגנובו מלמד איסור בזה, וה"ה לגזילה כזו. אופן זה סלל גם הגר"ב ז'ולטי בספרו משנת יעבץ סי' יד אות ו וכתב כן לישב לדעתו דברי הר"מ. דבתחילה הוכיח דסי"ל לר"מ דליכא דין ח"ש אלא באיסורי אכילה כחכם צבי הני"ל. ואילו בהלכות גניבה וגזילה משמע דאיתא לח"ש אף בשאר דברים וכשאלת הרב פראנק. ודייק מסמיכות הדינים בר"מ שכתב וז"ל "אסור לגנוב כ"ש ד"ת" ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב ע"מ להחזיר". דחד טעמא לכולהו שגם בגנוב פמשי"פ אינו מדין ח"ש אלא דהוא בגנוב ע"מ להשיב שמחילת הנגב היא כהשבת הגנב.

ואף כי יש שיטה המחלקת בין גזל לגניבה בע"מ למיקט (להלן ססי"ה) מ"מ מצינו שוויון ביניהם בריטבי"א ב"מ סא, ב. וכן הרמ"ה ששאל בספיק דבי"ב טז, א על איוב שגזל מאלמנה ע"מ להשיב השדה ולהשיבו בשבח. דלצד

⁹ הזיקה בין ע"מ למיקט לע"מ להחזיר נתונה במח' ראשונים שהובאה בשטמ"ק שם בפ"ה דבי"מ והביאו קצוה"ח שמוח סק"א וז"ל השטמ"ק "ע"מ למיקט יש מפרשים דאירי שהוא אינו רוצה לעכב הגניבה בידו, אלא גונב כדי לצערו, ולא נראה דהא מעשים בכל יום שעושים כך. ולכן י"מ דודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו, אבל אינו גונב בשביל שום הנאה, אלא כדי לצערו עכ"ל. כלומר דאמנם יש שחקלו בע"מ להשיב ויש שלמדו בזה איסור בע"מ למיקט שהוא באופן שמשיב אחר שהכעיס לנגזל אך אי"כ בכל ע"מ להשיב יש איסור. (אמנם, הסמ"ע בסק"ב הביא כן בדברי השו"ע, אך בתחילה הביא לביאור הב"י בטור דהאיסור בע"מ להשיב הוא רק כשהוא ע"מ למיקט, אך לא כשנטל להשתמש ולהחזיר החידוש בשיטה זו דבע"מ למיקט הוא אפי' שנטל לזמן). וכתב קצוה"ח דהר"מ בספר המצוות הוא כצד הראשון בשטמ"ק דאסור ע"מ להשיב שהרי כתב במצוה רמד וז"ל "ובספרא לפי שנאי בגניבה שנים ישלם שמענו עונש אזהרה מנין ת"ל לא תגנוב ע"מ למיקט פי' לצער הבעלים ולהדאיגן (ולהכאיבן) ואח"כ ישיבה לו וכו', וכן מפורש בהלי גניבה "דרך שחוק או לגנוב ע"מ להחזיר" ועפ"ז פסק השו"ע בר"ס שמח. ועפ"ז כתב הקצוה"ח ביחס למה שכתב השטמ"ק דמעשים בכל יום שעושים כן דאמנם ראוי ליזהר בזה. וגם הרמ"ה שתבאנו ס"ל הכי לאסור בע"מ להשיב ברם תורי"ד קידושין סט, א ד"ה דמנסיב כתב דגונב ע"מ לשלם אינו עובר על איסור כדברי השטמ"ק. כיוון דאיתתן להכי יש מקום להוסיף את דברי קצוה"ח שם שנסתפק בגנוב ע"מ למיקט אם הוא כגניבה ממש להתחייב באונסין או דאף שהוא איסור מ"מ אין בו דין גנב להתחייב באונסין.

שאיוב ישראל היה היאך מותר הדבר ונשאר הרמ"ה בצ"ע ולא תירץ דשאני גזילה מגניבה.

עוד הוסיף המשנת יעבץ לבאר ע"פ דבריו לרש"י סנחדרין נו שכתב בישראל שגזל לישראל פמשי"פ דליכא איסור לא תגזול משום דליכא והשיב דאין נזקקין ביי"ד לפמשי"פ. דס"ל לרש"י דליכא איסור גזל בע"מ להשיב וכדברי תורי"ד ושטמ"ק וזו כוונת דבריו "אמידי דהשבון קרי גזל" דרק כשצריך להשיב משום שגזל שלא ע"מ להשיב אז קרי גזל. ברם לר"מ ורמ"ה הריחו באיסור גזל ממש אלא שאינו בהשבה. וכבר הבאנו לעיל דמדויקים הדברים ברמ"ה שלכך הוצרך לומר שהסוגיות דסנה' נו וסנה' נט חלוקות, דא"א לפרש בנו שהאסור מצד אחר משום דס"ל לרמ"ה לפי דברינו דהאיסור הוא מצד גזל.

עוד יש להביא את דברי הערלי"נ שכבר הזכרנו דהאיסור בפמשי"פ אינו מדין ח"ש אלא מדין צערא דקגרים לנגזל. כפשט הגמ':¹⁰

דרך נוספת בביאור דברי הר"מ בה יוסבר הר"מ ותתיישבנה שתי השאלות שפתחנו בהן כמבוא לפרושים בר"מ, אך מכיון שלא תעלה בקנה אחד עם טעמא דמחילה אזכירנה להלן במקומה הראוי לה, (סי,ה).

המני"ח שהבאנו בראשית פרק זה סמך הכרעתו ע"פ הר"מ מלכים ט, ט וז"ל: "בן נח חייב על הגזל... וכן חייב על פמשי"פ וכן נח שגזל פמשי"פ ובא אחר וגזלה ממנו שניהן נהרגין עליה" ובחלכה י כתב "וכן חייב על אבר מן החי ועל הבשר מן החי בכל שהוא. שלא נתנו השעורין אלא לישראל בלבד" עכ"ל. מסמיכות ההלכות ומילת הקישור "וכן" למד המני"ח שהנימוק "שלא נתנו השעורין אלא לישראל בלבד" עולה לכאן ולכאן.

אמנם בספר חמדת ישראל בקונטרס נר מצוה בחלק העוסק במצוות בני נח סי' כב אף כי בתחילה למד כמני"ח, דחה דברים אילו משום דפשיטא ליה דגזל תלוי במחילה. ועל כן באר התלות בין הדינים באופן אחר. דהטעם שעומד ביסוד החילוק שבין ישראל לנוכרי בפמשי"פ הוא המשותף לדינים. דהיינו שבשניהם בגזלת ממון ובאכילת איסור יש היכי תמצי להתייחס אל המועט כאל שיעור לכל דבר. בגזילה כאשר אינו מוחל המעט, ובאכילה כאשר מחשיב למעט ע"י אכילתו אלא שבישראל אמרין דבטלה דעתו אצל כל אדם. אולם בנוכרי מועילה החשבתו לאיסור המועט כשם שמועילה הקפדתו

¹⁰ אמנם למשנת יעבץ א"א לומר כן בדברי הר"מ שהרי העלה דלר"מ האיסור הוא גזל ממש.

על הממון אף בפמשי"פ (לפי"ז חידש דאין איסור דאוי דלפני עיוור בנותן חצי
זוית איסור לנוכרי. לפי שהדבר הופך לאיסור רק בעת אכילתו ואכמ"ל).

ע"ע במפתחות המו"ל לשו"ת מהרש"ם ח"ה חו"מ יז דג"כ הביא את דברי
המנ"יח שדייק בפשטות מהר"ם דפרוטה הוא שיעור הל"מ, ודחהו שם
באריכות.

א"כ המח' שהצגנו בביאור הר"ם שאסר גניבה וגזילה בכלשהו, תלויה
במשמעות המילה "וכן" שכתב הר"ם בהלי מלכים.

המנ"יח במצוה רנח, ז הוסיף לבצר דבריו ע"פ הגמ' דב"מ נה, שלמדה מן
הפסוק "ואת אשר חטא מן הקודש ישלם" לרבות פמשי"פ להשבון. שהרי אם
נניח שהחסרון בפמשי"פ בד"כ הוא מטעם שנמחל א"כ א"צ ריבוי מיוחד
למעלת קודשים שהרי בודאי כלפי שמיא אין חילוק בין פמשי"פ לש"פ דאין
הבדל בין רב למעט כי "לי הכסף ולי הזהב" אע"כ שש"פ בכלל שיעורי
התורה. ואולם תמה המנ"יח על שיטה זו מהא דסנהדרין נו ונט דמשמע התם
להדיא דהוא מטעם מחילה והביא דכן משמע בחינוך עצמו וז"ל ספר החינוך
"אבל פחות מכאן אע"פ שעבר על איסור תורה אינה בתורת השבון... לפי
שישראל בני אברהם יצחק ויעקב נדיבים בני נדיבים הם וידוע הדבר שכל
שהוא פמשי"פ אפי' עני שבישראל מכיון שגזול ממנו מוחל אותו ואין חפצו
אחריו כלל עכ"ל. אמנם בספר מנחת אשר לרי אשר וויס הקשה על החינוך
דהוא עצמו כתב במצוה רכט (שלא לגזול) וז"ל "מדני המצוה מה שאמרו
ז"ל (סנהדרין נו, א) שאיסור דאוי לגזול אפי' כ"ש אבל לאו דלא תגזול אינו
חל אלא בש"פ¹¹ כי התורה לא תחייב אלא בדבר שהוא ממון ופמשי"פ אינו
נקרא ממון אבל מ"מ הוא ד"ת כמו ח"ש¹² שאין לוקין עליו והוא איסור דאוי
עכ"ל.

עיקרי השיטות בר"ם בדין כלשהו בגזל

חזינן דהמ"מ והמנ"יח למדו מתוך דברי הר"ם שכלשהו בגזל הוא ככל ח"ש
שבתורה. (לפי"ז הר"ם ודאי דלא ס"ל כמהר"ם חלאווה שסבר דח"ש הוא
ממש מחציו ולמעלה, אלא די בכלשהו) אמנם המנחת אשר כתב דח"ש דכתב
המ"מ לאו דוקא. לעומת זאת המהר"ץ חיות והגרצ"פ פראנק סברו שאין

¹¹ לכאוי כשיטת רש"י ולעיל הבאנו שיטות אם האיסור דסנה"ז הוא גזל או אסור אחר.

¹² בדומה למה שכתבנו במ"מ דכוונתו כדן ח"ש הינו שגדר האיסור דומה לאיסור דח"ש.

שיעור לגזל,¹³ אף כי אין איסורו חמור כגזל של פרוטה כל אחד מטעמו. למהר"ץ חיות משום שהמחילה שבאה אח"כ הופכת את הגזילה להיות ע"מ להחזיר ואף המשנת יעבץ צעד במסלול זה. ואילו אצל הרב פראנק המחילה משמשת כתיקון החטא, כדרישות התורה "והשיב את הגזילה". עוד הבאנו לער"נ שנכתב שהאיסור הוא משום הצער שנגרם לנגזל.

ה. שיעור הממון בגניבה וגזילה נובע מדין המחילה

המנחת אשר הנ"ל כתב ליישב סתירת בעל ספר החינוך. וכן את המהלך הקובע כי פמשי"פ אין בו דין ממון עם הגמ' בסנהדרין. דאמנם השיעור דהכא אינו בכלל שאר השיעורים שהן הלכה למשה מסיני¹⁴ וכפי שסתמנו עד כה בשיטה זו. אלא מכיון שדרך פמשי"פ להמחיל לכן נקבע ששיעור התורה ביחס לממון הוא מפרוטה ומעלה. א"כ טעם הדין דבעי פרוטה הוא דפחות מכאן אינו כשיעור, אלא שנובע השעור ממחילה. כיוצ"ב מצאנו ברש"י ע"ז ע"א, ב דכתב שם דאינו ממונא משום דמחלי, כלומר שהמחילה המוזכרת בסנה' מבארת מדוע פמשי"פ אינו בתורת ממון. וכפי שהזכרנו כבר דברי הרמ"ה בסנהדרין נט ששיעור ממון נקבע אצל ישראל ואוה"ע עפ"י מידת רחמנותם למחול סכום הפחות מפרוטה ואחר שנקבע השעור תו ליכא חשיבות למחילה בפועל.

עפ"י דן בספרו האם שייך בשעור שאינו הללי"מ דין ח"ש, וכתב דהחזו"א נסתפק בזה (או"ח ז, ג) דכן משמע בפמ"ג (ראש יוסף שבת לח ע"ב) לגבי בישול והוא דחה ע"פ תוס' שבת עו, ב וקרית ספר שבת פ"ח דליכא דין ח"ש.

¹³ משמעות הלכתית יש לדיון האם האיסור הוא עצמאי, או שנובע מדין ח"ש לפי שיש בזה נפ"מ. דהנה התוס' שבועות כב, ב ד"ה אהיתרא כתב שאיסור ח"ש אינו אלא איסור בעלמא ולכן חלה עליו שבועה. והביא לנו הגר"מ דימנטמן ראייה לזה מריש פסחים דנחלקו ב"ה וב"ש בשיעור בל יראה. וא"ת למאי נפ"מ והא לפי שיטת התוס' בפסחים כט אין לוקין על לאו זה לפי שניתק לעשה דתשביתו וא"כ מה משנה לאיזה שיעור נתכוונה התורה והרי לעולם חל איסור בכלשהו משום ח"ש. אע"כ דיש בזה נפ"מ. ע"ע תוס' קידושין מ, ב. ד"ה ויש אומרים שכתב ביחס לאוכל בשוק שפסלתו הגמ' מלהעיד. וז"ל "ופי ר"ח דהכא מיירי שחוטף ואוכל זא"ת א"כ שפיטא דפסול דגזלן הוא וי"ל שחוטף פחות משוה פרוטה א"ה שגזל דבר שאינו מקפיד עליו". וכן הביאו הטור בחו"מ סי' לד. משמע א"כ שח"ש אינו איסור ככל איסורי תורה הפוסלים את העובר עליהם מלהעיד. אמנם צ"ע בעל ההגהות בטור בהוצאת מפעל הטור החדש שהטור עצמו כתב קודם באות כא וז"ל אבל רועה שגונב משל בעל הבית אפילו כ"ש פסול.

¹⁴ גם הקה"י ס"ל הכי ע"י בפרק העוסק בכלים השווים פמשי"פ.

עוד ביאר המנחת אשר לדבריו וכתב דאחר שנקבע השיעור ע"פ המחילה הרי הוא קביעא וקיימא ולא משתנה יותר לפי הזמן והמקום, ע"פ החזו"א יו"ד ה,ג. דכתב דערוך ומסודר הוא מאת הבורא דנמסר לחכמים לקבוע ע"פ רוח קודשם שהופיעה עליהם וע"פ המציאות שהיתה בזמנם והוא בבי אלפי תורה שהוא זמן קביעת ההלכה לדורות. ואח"כ אנו נשענים על פסקם כמציאות מוחלטת, אפי' יראה שהשתנתה המציאות כגון בטריפות דאז שהיום מתרפאין ובכ"ז הרי אילו טריפות גם לדין.

והוסיף וכתב בעל המנחת אשר דאפי' תאמר שאין כאן דין ח"ש משום שאינו שיעור שהוא הלכה למשה מסיני, בכ"ז א"ש דהכא באמת אין האיסור מדין ח"ש ומדייק זאת בדברי המ"מ שכתב "כדין ח"ש" ולא אמר "משום ח"ש". ור"ל דהתורה גלתה מורת רוחה מן הגזלן ובוזה אין חילוק בשיעור הגזילה וע"כ האיסור לעולם קיים וכמו בח"ש. כיוצ"ב הביא ממאכלות אסורות ב, טז שכתב הר"מ "כח"ש" וכן שם ג, ו שרק דין ח"ש יש להם. אף דהתם איירי הר"מ בדברים שאין להם שייכות לשיעורים רק שרצינו לומר דאיסורם מהתורה ואינו לוקה בדומה למצב ההלכתי שקיים בח"ש.

ו. פחות משוה פרוטה בגזל – חצי שיעור או חצי מעשה

בסימנים הקודמים הן בדברי המ"מ והן בדברי המנחת אשר, העלנו שיש מקום לברר האם אמנם ניתן להשתמש כאן במונח ח"ש או שמא נכון יותר לומר שאינו אלא חצי מעשה. שהרי באיסור נבילה מוסכם הדבר שאף פחות מכזית ממנה חל בו שם ח"ש, וזאת משום שאף חתיכה קטנה ממנה נבילה היא. לעומת זאת באיסורי שבת חצי מהפעולה כגון הולכת ב' אמות ברה"ר אין עליה שם איסור כלל.¹⁵ מעתה בגניבה וגזילה יש לדון אם יש על מה שנטל שם גניבה וגזילה אף בפמשי"פ או דאינו כלום משום דלאו ממון הוא. ואף כי לענ"ד היה נראה שאין כאן חסרון של חצי מעשה משום שאף שפמשי"פ אינו מוגדר כממון, ואינו באיסור גזל. מ"מ אינו שלו והרי נקודת המוצא באיסור גזל היא הבעלות הממונית וכפי שיסד הגרש"ש בספרו שער"י בריש ש"ה וא"כ שם "אינו שלו" שייך גם במעט. מ"מ ר' חיים מבריסק רוח אחרת עימו וכדלהלן. זאת ועוד גם בעיות אחרות שהעלנו כח"ש במידי דלאו אכילה (אמנם בזה כבר כתבנו דאינו מוסכם) וכן חצי משיעור דאינו הלל"מ עשויות לבא אל פתרון ע"י הדברים הבאים.

¹⁵ בדברי הריטב"א שבת עד ומאירי שבת ג.

מתוך חידושו של ר' חיים מבריסק ששמעתיו מפי הגר"מ דימנטמן שליט"א בשם ר' אפרים ברודיאסקי שיובא מיד עולה כי אף במקומות שלא שייך לישים דין ח"ש כגון שהוא חצי מעשה, עדין יש לאסור מצד גזירת התורה שחששה שיבוא לידי שיעור שלם.¹⁶ אם הבינותי היטב כוונתו דהחסרון של חצי מעשה הוא לפי הסבור דחזי לאצטרופי הינו "סימן" כלומר שהיכולת להתחבר לעוד מורה על חשיבות המעט. ואז הוא אסור מחמת המין שהינו אם חלב גם הוא איסור חלב וכדו'. ולכן א"א שגם בחצי מעשה יחול האיסור גופו דסי"ס אין כאן כלום. אולם גם למ"ד זה עדין שייך לאסור גם מן הצד שחזי לאצטרופי הוא גם "סיבה". כלומר שהתורה חששה שיגיע לכלל שיעור שלם ולכן גם אסרה את החצי. אמנם האיסור הוא איסור מחודש של "חצי שיעור" והוא כללי לכל המינים. עפ"י מיושבים יפה דברי המ"מ והמנחת אשר. ויותר מזה ביאר ר' חיים את דברי המ"מ ע"פ הדקדוקים שהעלנו בדבריו. וכתב דגניבה הוא איסור במעשה עצמו ואילו גזילה היא רק איסור ממוני, שמעכב ממון חבירו אצלו. חלוקה זו אף שהוכחות לה וכפי שיבואר, נראית שרירותית. ואפשר אולי למצוא לה יסוד בטעם המפורסם לשינוי דין הגנב מן הגזלן. שהראשון בכפל ולא השני, משום דחמיר שאינו חש להשגחת הבורא אף כי ירא מבנ"א וא"כ חטאו בנוסף לנזק הממון שגרם הוא גם אמוני. לעומת הגזלן שאינו פגום באמונתו אלא שתקפו יצרו ומחסר ממון אחרים משום תאוות בצעו. עפ"י חלוקה זו מובן הדין דנכנסה בהמה לחצרו שחייב רק בנעל (רש"י ב"מ יא) משום דליכא גניבה בלא מעשה ואילו הכופר בפקדון ה"ז גזלן (ב"ק קו) אף שאין כאן מעשה. ומבאר האמרי משה (ס' לב, א, ב) דאמנם בגזילה א"צ מעשה משום שהאיסור הוא עיכוב ממון חברו.

כ"כ מבואר לפ"י דהגונב מן הגנב פטור מן הכפל¹⁷ דסי"ס ליכא מעשה גניבה לפי שהיה החפץ גנוב מעיקרא, אלא רק דמעכב ממון חברו אצלו א"כ ה"ז כגזלן וחייב בקרן.

¹⁶ ואל תתמה כי התורה עצמה גזרה גזירות וסייגה את חוקיה שאכן מצאנו כן במקומות רבים. הנה הכס"מ בפ"ט מה' מאכלות אסורות ה' ב כתב ביחס לאיסור בישול בשר בחלב ע"פ הר"מ דכוונת התורה שלא יבוא לאכול. וכן איסור קירבה לעריות לדעת הר"מ שהוא מדאורי (איסור כא, א) וז"ל "לא תקרבו לדברים המביאים לידי גילוי ערוה". וכן חרצנים וזג לנייר הוא משום סייג (פמ"ג בפתחה כוללת ח"א יז). וכן איסור יחוד למאן דס"ל שהוא דאורי. וכ"כ הר"ן בריש פסחים ביחס לבל יראה ובל ימצא שהוא הרחקה מחמץ. וכן איסור נטירה לר"מ בה' דעות הוא גזירה שיבוא לנקום. עוד ברשבי"ם (ב"ב פט, ב) דאיסור השחיית מידות חסרות בבית הוא שמא ימדוד בהם. (ע"ע בזה בילקו"י או"ה במבוא ס"י ט).

¹⁷ וע"ע קצוה"ח לד סק"ג דס"ל דהגונב מן הגנב פטור לגמרי דלאו גניבה היא, ומ"מ בשבר וכדו' חייב כמזיק.

עוד מתורצת קושית הרמ"ה בב"ב טז ע"א ביחס לאיוב שגזל אלמנה עניה ע"מ להשביח קרקעה. והרי יש איסור גם בע"מ להחזיר. ותרץ דאיוב לאו ישראל הוא. אמנם למ"ד ישראל היה נשאר הרמ"ה בצ"ע. ולפי החלוקה שהזכרנו מיושב די"ל דרק גניבה אסורה ע"מ להחזיר דס"ס עשה מעשה רע, אבל גזילה ע"מ להשיב שרי שהרי אינו רוצה לעכב ממון חברו אצלו.¹⁸ מעתה י"ל דגניבה אמנם הוא מעשה התלוי בשיעור ולכן בפמשי"פ הוא ח"ש. אבל גזילה דכל האיסור הוא הממון - אצלו הרי פמשי"פ אינו ממון כלל א"כ חצי מעשה הוא ואינו מטעם ח"ש וא"כ מדוקדקין דברי המ"מ. אבל הטעם שאמנם אסור אף בגזילה י"ל כפי שהבאנו דכיוון דחצי לאצטרופי ע"כ אסור מדאורי משום גזירת התורה. עפ"י גם מדוקדקת לשון הר"מ דבגניבה כתב דהאיסור הוא משי"פ ולמעלה ולא כ"כ בגזילה לפי שגניבה הוא איסור אחד במעשה מפרוטה ולמעלה אבל בגזילה יש איסור על כל פרוטה ופרוטה ולפי גודל הגזילה.

ז. המשמעות ההלכתית שבהבנת החסרון שבפחות משוה פרוטה

אין הדיון שהעלנו בהבנת יסוד הפטור שבפמשי"פ עקרוני בלבד. המני"ח הנ"ל (קל) העלה סביב חקירה זו נפקותות רבות.¹⁹

1. נגנב שהוא חרש, שוטה או קטן, דלאו בני מחילה ניהו, וכן בבר מחילה אלא שאינו מוחל מטעם שלא נודע לו מהגניבה. ואף בעומד וצוות אינו מוחל.²⁰ בכל אלו יש חשיבות אם המחילה עומדת מאחורי הדין אם לאו.

2. בצירוף גזילות או חיובים הקטנים כאו"א משי"פ דמדין שיעור ממון מצטרפין אף שזמנם רחוק זה מזה שהרי א"צ צירוף בכדי אכילת פרס רק במידי דאכילה. ואילו לטעם דמחילה לא שייך צירוף. וכבר הארכנו דבנקודה זו א"א שתהא נפ"מ לפי שהיא גמ' ערוכה בשבועות שהצירוף אפשרי וכתבנו לעיל ישובים לזה.

3. בגוזל פמשי"פ ונתיקרה הגזילה ועמדה על פרוטה. דמטעם מחילה לא תעלה ולא תוריד ההתיקרות שהרי כבר נמחלה מתחילה, אך לטעם דבעי שיעור ממון אמנם א"א לתובעו בתחילה אבל כשנתיקרה חוזר וניעור חיוב

¹⁸ אמנם ברמ"ה להביא דלא ס"ל הכי וכן הרטה"ו הובא לעיל וכן לר"מ לפי המשנת יעבץ.

¹⁹ נפ"מ נוספות ע' בחלקו השני של המאמר סי' ת, ט.

²⁰ ואף כי העלנו קודם דהאומר כן בטלה דעתו אצל כל אדם, מ"מ המני"ח הביא כן לנפ"מ.

ההשבה. כוונת דבריו בתביעת חפץ שנמצא בעין אצל הנתבע ותלוי הדבר בבידועות בגמי' ב"ק קה,א וכפי מחלוקת הראשונים שהוצגה בטור חו"מ סי' שסז ובסמ"ע שם סק"ח. דהנה בגמי' נחלקו בחפץ שאינו ש"פ והוא בעין אצל הגזלן, האם מפני החשש שמא יתיקר חייב להשיבו כבר עתה או דלא חיישנין להתיקרות. להלכה נפסק בשו"ע שסז ב, כצד השני. ובהתיקר בפועל נחלקו ר"י והרמ"ה שם כמובא בטור וסמ"ע אם חייב כעת להשיבו. ובאר הבי"ד למחלוקתם דהרמ"ה ס"ל כפשט הגמי' דבעודו זול לא חיישנין אולם אם אמנם נתיקר עליו להשיבו. ור"י פירש לגמי' דלא חיישנין להתיקרות משום דגם אם יתיקר לא יתחייב. והוכיח הבי"ח מן הגמי' את הצורך לפרש פירוש דחוק זה. מעתה לפי דברי המנ"ח תהיה מחלוקת הראשונים תלויה ביסוד הפטור בגזל פמשי"פ.²¹ וא"ת דוחק הוא להעמיד שיטה שבדבר בעין שנתיקר לא תהיה התחייבות והרי אם מטעם שיעור ממון, יחזור ויתחייב לכשיתיקר כאשר בארנו. ואם מטעם מחילה לכאוי לא שייכת מחילה כלל בדבר שבעין כמבואר ברמ"א חו"מ רמא, ג בשם מהרי"ק בשו"ת סי' צד כי דבר שבעין אין עיצה אלה ליתנו במתנה ע"י קנין. ולמעשה בכמה מקומות בגמי' עולה כי מועילה המחילה אף על דבר שבעין כשמדובר בגזילה. שהרי המשנה (שם קג,א) עוסקת במחל לו חוץ מפמשי"פ אף שלחז מ"ד בגמי' איירי אף בדבר שבעין אי"כ היאך מחלו. אע"כ דמהני מחילתו, וכן בקדושין נב בגזל מהאשה וקידשה בו דמהני בדשדיך ופרש"י דהיא אחילתיה. והרי מדובר שם בדבר שבעין אי"כ היאך מחלה (אמנם יש שפירשו בהקנתה ממש ואכמ"ל) אע"כ שגזל שאני וכפי שיסד ר' יעקב מליסא בספרו קהלות יעקב (סי' כת) וכן ר' חיים מבריסק (פ"ט מגזילה) ור' אלחנן וסרמן. וכפי שהביא בקה"י קדושין סי' כ"א דכיון שיש לגזלן קניני גזילה בחפץ ראוי היה שיהיה שלו לגמרי זולת חיוב ההשבה שחייבתו התורה. ואילו הכא המחילה היא על חיוב ההשבה. וכיון שירדה חובה זו ממילא חוזר וקונה הגזלן לחפץ בקניני הגזילה שנתנה לו התורה. ע"פ הבנה זו מבוארים דברי רב בספ"ח דסנהדרין שהרודף בדמים קנינהו לחפץ. כלומר בדמי הרודף שהרי הותר דמו וכיוון שדינו להריגה בקים ליה בדרבה מיניה קנה לחפץ. והנה בשלמא לפוטרו מחיובי הממון משום קלבד"מ, מובן אך היאך קנה. אלא שע"י שיווד חיוב ההשבה משום קלבד"מ

²¹ יש לציין לשיטת הריטב"א דכל דבר שהוא בעין ואף שאינו ש"פ נוקקין לו כתב אף שלא נתיקר אי"כ נראה דס"ל כמ"ד הראשון בגמי' ובמקומו נאריך בזה בע"ה.

ממילא קנה לחפץ בקניני הגזילה. וכן מובן היאך שינוי קונה בגזילה. דמכיוון דליכא חיוב השבה משום דתו אינו כעין שגזל אי"כ ממילא קנה החפץ.²²

ולכן גם בגזל ונתיקרה הגזילה שבעין אצל הגזלן אם נסבור כטעם דמחילה, מועילה מחילת הנגזל כבר בתחילה ואין חשיבות להתיקרות אח"כ. אך לטעם דשיעור ממון כיון שנשאר תמיד בבעלות הנגזל אלא שא"א לו לתובעו כשיתיקר תחזור עילת התביעה.

4. במצוות דבעינן לכם כבלולב שנא בו ולקחתם לכם וכיוצא בו דלטעמא ומחילה יוצא הגזלן בלולב הפמשי"פ שגזל שהרי אחר המחילה ה"ז שלו. אך לטעם דאיכא שיעור לממון אף שאין חיוב תשלומין מ"מ בעלות החפץ נשאר ביד הראשון וא"כ לא יצא הגזלן וכן בקידושי אישה וכדו'. ושוב גם כאן שמדובר בדברים שבעין נזדקק לדברים שיסדנו בפסקה הקודמת.

ומצאתי בספר שערי תשובה (לרה"מ מרגליות) או"ח תפב סק"א שדן בבעלות גזל הפמשי"פ והביא משו"ת בית יהודה סי' נ"ח בשנים שהיו בבית האסורים ויש להם כזית מצה דהדין הוא כל דאלים גבר ויזכה במצוה. והקשה הא"ל מצה גזולה ואף כשאין הגזל ש"פ ס"ס בעינן לכם ולאן שלו הוא. ותרץ בתחילה שכיוון דאתיהב למחילה ה"ז בבעלות מי שגבר וכדברי המני"ח לצד דמחילה. אמנם אח"כ כתב דהיותר נראה דאיירי בכזית מצת הפקר ולכך אין כאן גזל. אבל כשיש בעלות הראשונה אף שתפיסתו היא בפמשי"פ אינו נחשב כעת לבעלים וא"א לצאת יד"ח המצוה בזה.²³

5. נוסף על המני"ח ונציג מחלוקת התלויה לכאן בחקירה דידן. והיא מחלוקת בעלי התוס' בכתובות ל מחד וב"ק כ מאידך, בדין זה נהנה וזה לא חסר. מהו שיעור החסרון שיצא הדין מגדר זה ויחויב הנהנה בתשלומין. דבודאי בחיסור פרוטה לכו"ע חייב, ברם בחסרון של פמשי"פ בזה נחלקו. ובאר הפנ"י לדעה דדי בזה לחסרון דפמשי"פ. והוא משום דפטור דזה נהנה וזה לא חסר הוא משום שכופין על מידת סדום, אמנם בחסרון כ"ש תו לא אמרינן שהוא מידת סדום. ברם זה י"ל לתפיסה דפטור פמשי"פ הוא מצד מחילה דאף שבד"כ מוחל מ"מ ס"ס יש חסרון אך לצד השני דאין פמשי"פ

²² ע"ע בב"ב מא, א דרב ענן הדר גודא בארעה דחבריה, ומעלה שם הגמ' שמחל הנגזל אף שהוא בעין. אמנם שם א"א לבאר המחילה כפשוטה ע"פ דברינו. משום דהתם איירי בקרקע, קרקע אינה נגזלת אי"כ אין לגזלן בה קניני גזילה. לכן צ"ל דמחילה בהם לאו דווקא אלא שהקנה לו ממש ע"י שסייע בעצמו לגזלו ואכמ"ל.

²³ ע"ע בענין זה באוצה"פ אבה"ע כח סעיף א סק"ב, שחלק בענין זה בין קידושין למצוות דבעינן לכם.

ממון כלל אי"כ ליכא הכא חסרון כלל ופטור וא"כ כך סבור התוס' השני. והגר"ש שקופ ביאר אחרת למחלוקת התוס' דכל שלא חיסר אין הנאתו מיוחסת אל הבעלים כי אם לרכושם. כלומר מהרכוש נהנה ולא מבעליו שהרי לא חסרם ולכן אינו משלם להם. אמנם בחיסר פמשי"פ לטעמא דמחילה ס"ס יש חסרון אלא דבד"כ מוחלו אי"כ אין בזה דין זה נהנה וזה לא חסר אולם לטעמא דשעור ממון הכא הרי אינו נחשב לממון וא"כ לא חסרו כלום.

ה. משמעות מחודשת לטעם המחילה

בשו"ת ציץ אליעזר ח"י"ג סי' קה הביא דברי רש"י סנדה' נו הניל. הנקודה המרכזית בדבריו היא התלות של הקביעה אם יש איסור גזל בדין השבה. דבישראל אין אז חובת השבה משום דמחיל ולכן אין איסור גזל והנוכרי דאין בו דין השבה אי"כ אין חילוק בין פמשי"פ לש"פ ואסור. והקשה הצ"א כיוון דבנוכרי שגזל פמשי"פ מישראל הרי הישראל מוחל אי"כ מדוע יש לאיסור, כלומר כיצד אי הצורך להשיב בעכו"ם מוליד איסור, הרי ס"ס מחל. (למעשה שאלה זו הועלתה כבר כשהצגנו בתחילה לרש"י בהשוואה לרש"י נט,א ותשובתו שם בצידה ע"ש). עוד הקשה על דברי רש"י שכתב "הלכך גזל הוא אלא שאין ב"י"ד של ישראל נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל ליה" דמשמע שהמחילה פוטרת מן התשלומין ואין נזקקין אולם איסור מיהא איכא, מדוע והרי ס"ס מחל.

וכתב לבאר דאמנם יש גזל וחיוב אף בפמשי"פ ואין המחילה כאן מחילת ממון, אלא מחילה או ויתור על זכות התביעה. אי"כ החילוק בין ישראל לנוכרי אינו בעצם מציאות איסור במעשה שנעשה. דאין המחילה מבטלת את האיסור, אלא רק את התביעה בביה"ד וממלא גם את חובת ההשבה. ומעתה הפועל היוצא **שבישראל** שיש בו דין השבה ואיסור לא תגזול תלוי בהיקש בהשבה אי"כ אף שיש איסור בדבר מ"מ על "לא תגזול" אינו עובר ואילו בנוכרי דאין בו דין השבה יש בו איסור לא תגזול ממש והמחילה לא מורידה מן האיסור כי אינה מחילת ממון. וכיוצ"ב מצאנו ברי"מ הל' גזילה ואבידה ז, יא שפסק ע"פ הגמ' דב"ק קג,א דבמחל לו הקרן והחומש חוץ מפמשי"פ אי"צ להוליד אחריו למדי "אלא יבוא הנגזל ויטול את השאר" דאמנם יש איסור בדבר ולכן יחזיר אלא שאין נזקקין לו משום שמחל זכות התביעה ולכן אי"צ להוליד אחריו למדי.²⁴ וכתב הציץ אליעזר וז"ל "וזה דוחק לחלק בין היכא

²⁴ אמנם לשיטות האחרות בפמשי"פ ע"י בהמשך ביאור אחר בגמ' דב"ק.

שגזל ממנו הרבה ונשאר פמשי"פ לבין היכא שלכתחילה לא גזל ממנו אלא פמשי"פ". ומה דפשיטא ליה יבואר בהמשך וכן הוזכר כבר בשם המחנ"א דאדרבא התם דווקא כיוון שהיה חיוב כבר אינו מוחל עד ששיבנו כולו.

ע"פ דברים אלו רוב חילוקי הדין שכתב המנ"ח שחלקם מהוים קושיה על טעמא דמחילה סרו. דכיוון שמשמעות המחילה לפי הצ"ח היא ויתור על זכות התביעה אך לא סילוק (או הקנאה כחקירת המחנ"א ה"י זכיה מההפקר סי' יא) א"כ החפץ עדיין בבעלות הראשונה וממילא בנתייקר יש מקום לשוב ולתבוע. כ"כ מהני צירוף של תביעות קטנות שהרי לא נמחלו לגמרי וכן יש חסרון של "לכם" במצוות שרוצה הגזלן לקיים בפמשי"פ שגזל.

הקה"י סנה' ס"י כה נסתפק במהות המחילה אם היא כפשוטה או כפי הסבר הצ"ח וכלשונו "רק כעין נתינת רשות מכיון שאין רצונו לטפל בפמשי"פ הוא מניחו ביד הגזלן שיעשה בו מה שיעשה אבל הקנאת זכות ממונא שהגזלן היא בעל הממון ליכא כלל"י עכ"ל. והביא לתורי"ד סוכה מא ולספר עין הרועים דאזיל בשיטת התורי"ד דפמשי"פ אף דא"צ להחזיר מ"מ אינו נחשב שלו לצאת בו ידי"ח ד' מינים ולמד כן מהא דהדס וערבה הגזולים פסולים אף שאינם שווין פרוטה ולכאוי יש בזה מחילה (אף דהוא בעין דמהני בגזל וכש"כ).

בספר מקראי קדש לגרצ"פ פראנק (סוכות ח"ג סי' לה) הביא לתירוץ הדברי שאול דבשעת הגזילה ממש לא מחיל לו שיגזול אלא רק אח"כ. וא"כ הוי מצוה הבאה בעבירה. והרב המחבר הביא דברי ת"ח שדחה לזה משום דטעם פסול לולב הגזול משום דבעינן לכם, ולא משום מצוה הבאה בעבירה. אמנם נראה דזה לא קשה כ"כ משום דפסול "לכם" דקרא נאמר בד"כ ולא במינים שאין שווין פרוטה. עוד כתב לדחות דיש אחרונים דאף בשילם אחר החג יצא למפרע במינים הגזולים כ"ש הכא דמחל מיד אח"כ.

והוא תירץ דאמנם אחר שנודע לבעלים שנגזל מעימו מוחל ואז הוא פסול מדין מצוה הבאה בעבירה אך עד שנודע להם ליכא מחילה ואז הפסול הוא מצד "לכם" עיי"ש.

אמנם לפי דברי הקה"י בשם התורי"ד ועין הרועים לא קשיא מידי. דמחילה כוונתה למחילת התביעה, אך החפץ נשאר בבעלות הנגזל. עוד ישב הקה"י בדבריו לקושיות נוספות ביחס לצירוף תביעות והתיקרות (ואילו המקראי קדש יזדקק להדחק ולומר שהצטרפות תביעות קיימת רק בטרם נודע

לבעלים. וכן התיקרות החפץ הנגזל מחזירה את חובת ההשבה רק במידה שלא נודע לבעלים על הגזל קודם ההתיקרות).²⁵

גם בספר ערך שי (חוי"מ ו) כתב דאין כאן מחילה ממש אלא שאין הבעלים מקפידים לכן אינם תובעים וא"כ החפץ נשאר בבעלותם. וכפי המג"א סי' תרלו סק"ג בשם היראים דאף למ"ד שגזל עכו"ם מותר אפ"ה אינו יוצא בו חובת המצוה וצ"ל סברא דומה כדי להבין את המורכבות הזו. שאין חובת ההשבה, ואף לא חומר איסור הגזל קובע בהכרח את הבעלות הממונית. ולכן אפשר שבדבר שבעין תשאר הבעלות כשהיתה בתחילה. והוסיף הקה"י ראה לביאור זה מב"ק קה"א בגזלן שנמחל לו כל החיוב חוץ מפמשי"פ שא"צ להוליך אחריו למדי אא"כ הגזילה קיימת משום דחיישנן שמא תתיקר ואף לרב פפא דלהתיקרות לא חיישנן מ"מ אם התיקרה בפועל לא פליגי דיוליכנו אף למדי. וכבר כתבנו דהתיקרות מחזירה את חובת ההשבה לטעמא דמחילה רק אם נאמר דבמחילה היא רק על עצם התביעה ולא על הממון גופו. ואף כי הקה"י דייק מגמ' זו והסיק כפי הסברו. כבר העלנו דבהתיקרה הגזילה בפועל יש מחלוקת ראשונים כאשר דעת ר"י דא"צ להוליכנו וא"כ קשה להביא ראה מגמ' זו שנתונה במחלוקת. כאשר המחלוקת גופא תלויה בהסבר – מאי מחילה, או אף בספק בסיסי יותר, כפי שהבאנו בתחילה האם פטור פמשי"פ הוא מצד מחילה או מדין שיעור ממון. גם הקה"י עצמו דחה הראיה דשאני הכא שכבר הוזקק לתביעת גזילה אליו שנמחל לו חלק מהתביעה. וכבר כתב סברא זו השו"מ (הני"ל) ליישב גמ' זו למחזיק בטעם המחילה דהיכא שהיה שיעור השבה בתחילה, כל חלק מהחיוב ואף חלק הקטן מפמשי"פ הריהו בכלל חובת ההשבה ואף שאין חובה להוליך אחריו למדי מ"מ החיוב לא בטל.²⁶

לעומת תורי"ד הביא הקה"י בשם תוס' שאנץ דהחשש להתיקרות בב"ק קה הוא דוקא במידי דמצוי שיתייקר. ולכן כבר כעת אינו מוחלו כי סבור שיתייקר אח"כ אבל בסתם חפץ אין התיקרות החפץ מעלה לכי שכבר נמחל לגמרי וכפי ההבנה הפשוטה במחילה. וכבר כתבנו דהר"י (הביאו הטור בסי' שסז) ס"ל כן דאין התיקרות מעלה. ואף דחזינן בסוכה דבעלות החפץ הנגזל נשארת כשהיתה ואין הגזלן יוצא בו יד"ח אף דמחיל כגון בפמשי"פ ולפוסקים

²⁵ אי אפשר ליישב כש"כ בסי' ג, לישב טעמא דמחילה גרידא.

²⁶ כעין המחני"א בריש הלי' גזילה, וכעין סברא זו מצאנו גם בשעמה"ש סי' פח לגבי חיוב שבועת מודה במקצת כשהכפירה על דינר פחות פמשי"פ דלא חשיב דינר אף שלכאוף החסרון זניה. מ"מ דינר נחשב לדינר כשיש בו את כל הפרוטות בשלמותן שעושות אותו לדינר וכך שיעורי התורה.

אלו המחילה היא על הממון. וצ"ל בדוחק כשי"כ לתרץ לגרצ"פ פראנק דאיירי בלא נודע לנגזל. וצע"ע.

גם הפני"י (קדושין מ"ו ד"ה שם והיא מלוה) נסתפק בחקירה זו מהי המחילה (והביאו הקה"י) דדן הפני"י התם בגזל פמשי"פ וחזר וגזל פמשי"פ. דאפשר דקמא קמא אחיל וזה לצד דפמשי"פ מוחל כפשוטו, אך לצד דרק מוחל על זכות התביעה, מצטרפות התביעות ע"ש.²⁷

ט. סיכום ביניים – השיטות בטעם פטור גזל וגניבה שאין בהם ש"פ מחובת השבה

העולה מן האמור עד כה, שתי תפיסות עיקריות מצאנו בטעם פטור השבת גזל הפמשי"פ. פטור מטעם מחילתו של הנגזל ופטור מדין חסרון בשעור גזילה, כאשר נפ"מ רבה בין שתי התפיסות. אולם שתים שהן ארבע הן, מכיוון שהמחילה יש שתפסו שאין הכוונה בה למחילת הממון אלא לויתור התביעה אף שהחוב בעינו.

אמנם בגזילה שבעין חשוב לחזור ולציין שלא שייכת בו מחילת הממון כדברי המחרי"ק שא"א למתול על מה שבעין אלא כאן תהא המחילה על ההשבה (דבר שישנו בגזילה אך לא בשאר חיובי ממון). אך עדין אין מחילה זו דומה למחילת התביעה. לפי שהראשונה עוקרת החוב מעיקרו וממילא החפץ שייך מעתה לנגזל ואילו האחרונה רק לא מממשת את החוב.

גם התפיסה של ממון מדין שיעור, נחלקת לבי' אנפין דיש שתפסו שהיא נובעת מהמחילה וגדריה נקבעין על פיה.

שתי ההגדרות המחודשות בשתי התפיסות המרכזיות מצמצמות את הנפקות שביניהם וממלא גם קושיות שהתעוררו בדרך התישבו.

עוד הזכרנו שיתכן שהמחני"א עושה שימוש בשני הטעמים גם יחד.

²⁷ עוד הביא הקה"י דהפני"י נסתפק גם באכל הגזילה הראשונה קודם שגזל לשניה. והביא דצריך שיהיו שניהם בעולם כדי שיצטרפו. וכן באיסורי שבת וכדו', לבד מאיסורי אכילה דמצטרף בכדי אכילת פרס אף שבלע כבר החלק הראשון. וזאת משום דאכילה בכדי א"פ אינה מדין צירוף אלא מדין אכילה דכל שאכל כזית בתוך זמן זה חשיב אכילה אחת.

עכ"פ הבל עקרוני יש בין שני הכיוונים המרכזיים והוא האם אמנם יש שיעור לממון כפי שיש בחלק ממקצועות התורה.

(המשך המאמר, אי"ה, בקובץ ג)

נספח – פחות משוה פרוטה בהשבת אבדה²⁸

א. חו"מ פתג, תביעת מחטין, אף שאין בהם שוה פרוטה, נחשבת לתביעה ומחייבת שבועה (לחלק מהראשונים ע"ש בש"ך ס"ק ב). ואילו לגבי השבת אבדה יש מיעוט 'אשר תאבד' פרט לפחות משו"פ (בי"מ כז, א). מבואר שאין להשוות דיני גזלה לדיני השבת אבדה, שכן המיעוט של פחות משו"פ בהשבת אבדה מתייחס אף לכלים (בפסוק נזכר שמלח).²⁹

ב. עפ"י זה רצה הישועת דוד חו"מ סי' ו' ליישב קושיית הברכי יוסף על מהרי"ט (חו"מ קה). ע"י פת"ש ו, א שהברכ"י הסתפק אם שני שותפין תבעו לאדם שחייב להם ממון השותפות שו"פ האם ב"ד נזקקין להם או לא. ורצה להביא ראיה ממהרי"ט שבשבעת השותפין שצריך טענה שתי כסף תביעת שתי כסף ע"י שותפין נחשבת לתביעה (ע"ש). והקשה הברכ"י בקושייתו השניה (וכן שער המשפט סי' צג ובחלקת יואב או"ח כב) מב"מ כו, ב: "בשלשה אינו חייב להחזיר, מאי טעמא – ההוא דנפל מיניה ודאי מיאש. מימר אמר: מכדי תרי הוו בהדאי, אי נקיטנא להאי – אמר: לא שקלתיה, ואי נקיטנא להאי – אמר: לא שקלתיה. אמר רבא: האי דאמרת בשלשה אינו חייב להחזיר – לא אמרן אלא דלית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד, אבל אית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד – חייב להחזיר. מאי טעמא? אימור שותפי נינהו, ולא מיאשו".

מבואר מדברי רבא שאבדת שותפין שאין בה שו"פ לכל אחד ואחד אין בה חיוב השבה.

ג. וכבר הקשה המחנ"א (גזלה א, הנידון במאמר הנ"ל) מסוגיא זו שאם נאמר שגזלה פחות משו"פ הנגזל מוחל, אי"כ הכא לא ידע דמחיל. ותרץ המחנ"א: "וההיא דפ' אלו מציאות דקאמר משלשה אינו חייב להחזיר כיון דליכא שוה

²⁸ פרק זה נכתב ע"י העורך.

²⁹ ע"י חיי הרי"ם חו"מ פח ס"ק יג.

פרוטה לכל חד וחד ואע"פ שעדיין לא נתייאשו הבעלים בשעה שמצאה, הי"ט משום דכל פחות משוה פרוטה לא חייבו הכתוב להשיבה כדאמרין שם בדף כ"ז ע"א וכיון דלא נתחייב בהשבה חשבינן לה כאלו עדיין מונחת בקרקע ויאוש דבתר הכי מהני לזכותה לזה שמצאה". מדברי מבואר שאין הבדל עקרוני בין גזל לאדה לענין שו"פ, אלא שבפרוטה של שותפין יש תורת גזל ומושיבין על כך דיינים (דכל הטעם דפחות משו"פ הוא מצד מחילה וכאן אין מחילה) משא"כ להשבת אבדה שנתמעט פחות משו"פ מקרא ולכן הוי שלו לאחר יאוש אף בלי מחילה".

ד. באופן נוסף באר הישועת דוד והוא עפ"י הני"ל אות א, שהוכיח שאין להשוות גזל לאבדה, בהשבת אבדה נתמעט מקרא "אשר תאבד" פרט לשו"פ וכנ"ל פסוק זה כולל אף כלי (שמלה) וע"כ ראשונים שס"ל שכלי פחות משו"פ חשיב לענין שבועה) דין פרוטה של השבת אבדה אינו דומה לגזל וישיבת הדיינים ששם הטעם הוא שפחות משו"פ אינו נחשב לממון הוא מחמת מחילה ובכלי הוי דבר חשוב ולא מוחל, משא"כ באבדה שנתמעט מקרא.

ה. ויש להעיר על דבריו מגמ' ב"מ נה: "וכן תני לוי במתניתיה; חמש פרוטות הן: האונאה פרוטה, וההודאה פרוטה, וקדושי אשה בפרוטה, וגזל בפרוטה, וישיבת הדיינים בפרוטה – ותנא דידן מאי טעמא לא קתני ישיבת הדיינים? – תנא ליה גזל וכי' ולוי, מאי טעמא לא תני אבידה בפרוטה? – תנא ליה גזל". מבואר בדברי לוי שיסוד הפרוטה באבדה ובגזל שוים וצ"ע.

ו. ונראה ליישב קושיית הברכי יוסף על מהרי"ט באופן אחר. עיי פתי"ש צג סק"ד שכתב ליישב שמהרי"ט לא קאמר אלא לענין שתי כסף אבל מ"מ מודה שבעינן שיגיע לכל אחד מהשותפים שו"פ דבציר משו"פ לאו ממון הוא בשום מקום וכי'. מעתה יש לבאר חילוק בין שני כסף לשו"פ (לענין שותפים) אף אם נאמר שפחות משו"פ חשיב ממון אלא שיש מחילה. והוא עפ"י רש"י בסוכה כז, ב בד"ה כל האזרח שהסביר דעת חכמים שאדם יוצא י"ח בסוכה של חבירו ממש"כ כל האזרח בישראל ישבו בסוכות דמשמע סוכה אחת לכל ישראל ואי אפשר שיהא לכולן שוה פרוטה אלא ע"י שאלה. והקשה המני"ח מ' תכה דפחות מו"פ ודאי 'שלו' מקרי דאל"ה אין בו איסור גזל (ונתבאר בגוף המאמר הני"ל שאיסור איכא אף בפחות משו"פ) ועיי מה שהקשו תוסי' על רש"י (שבשותפין אין חלק של חבירו חשיב שלו ואם כל ישראל ראויין לישב בסוכה אחת ממילא מוכח שא"צ שלו בסוכה וכתבו דבחנם דחק רש"י להוכיח באופן אחר) וברש"י הקשה מקרבנות ציבור שאין לכל אחד שו"פ.

ושמא י"ל בדעת רש"י שגדר שותפות הוא שיש לכל אחד מהם שייכות לכל החפץ ונחשב 'שלו' בכל החפץ אך כ"ז אם יש לו בחפץ שו"פ, אך אם יש לו

(בחלקו) פחות משו"פ, למרות שאותו חלק שלו הוא, אין בכוחו ליצור שם שלוי על כל החפץ. וזה נובע מחסרון החשיבות של פחות משו"פ.

ואם נפרש כך, מיושבים דברי מהרי"ט. שאע"פ שלענין שתי כסף די בתביעת שותפים, אבל אם חלק השותפות הוא פחות משו"פ לא חשיב כשלו בהכל ולכן באבדה (ב"מ כז, ב) שכל אחד (מהשותפים) איבד פחות משו"פ ואין חובת השבה בפחות משו"פ, אבל אי"צ לומר שפחות משו"פ באבידה שונה מבגול.

הפשרה – משפט או שלום?

ראשי פרקים

- א. הרכב הדנים בפשרה – מחלוקת רבי מאיר ורבנן
- ב. "והלכתא פשרה צריכה קנין"
- ג. הפשרה – מצוה או איסור?
- ד. פשרה קרובה לדין
 1. חובה לכולי עלמא
 2. תלוי במחלוקת ר"מ ורבנן
 3. ביאור שיטת הרא"ש
- ה. הכרעת הרוב בפשרה
- ו. כפיה בפשרה
 1. מחלוקת הראשונים בכפיה על לפנים משורת הדין
 2. ביאור מחלוקת הראשונים הני"ל
 3. מידת הכפיה בלפנים משורת הדין
 4. דעת השו"ע ביחס לכפית פשרה
 5. כפית פשרה בבתי הדין

דיון במהות הפשרה מעלה שאלת יסוד:

האם הפשרה – שתחילתה וסופה **הסכמה** בין בעלי הדין - היא חלק מתפקידו של בית הדין המופקד על עשיית הדין והמשפט, אם לאו?

והגם שבגמ' (סנהדרין ו, ב) מבואר: "אמר רב הלכה כרבי יהושע בן קרחה" שאמר מצוה לבצוע, ופירשה הגמ' שמשמעות המצוה היא הצעה והמלצה של **בית הדין** לצדדים לבוא להסכמה שתספק את שני הצדדים. מ"מ עדיין יש לברר האם גם משהסכימו הצדדים להתפשר בב"ד, הב"ד מתפקד כב"ד לכל דבר, כמו בדין ממש, עד כדי כפיית הפשרה ואכיפתה. או, שמא הסכמת הצדדים להתפשר משנה את מעמד הדין כך שמעמד הפשרה, אופי הפישור והכרעת הפשרה מקבלים משמעות פושרת יותר ומחייבת פחות מדין. וב"ד

משמש בה כבורר ומגשר ולא כדיין, וזאת משום שתכליתה של הפשרה השכנת שלום תוך כדי הסכמה הדדית.¹ במאמר זה נעבור דרך כמה נקודות חשובות המהוות סממנים מובהקים של דין ובי"ד. ונברר האם קיימים הם גם בפשרה, ומזה נלמד האם הפשרה היא מעשה בי"ד אם לאו.

א. הרכב הדנים בפשרה – מחלוקת רבי מאיר ורבנן

הגמ' (סנהדרין ו,א) מביאה את מחלוקת ר"מ וחכמים לגבי הרכב הדנים בפשרה – "ביצוע בשלשה דברי ר"מ, וחכמים אומרים – פשרה ביחיד", ומסקנת הגמ', שם – "בהא קמיפלגי דמר סבר – מקשינן פשרה לדין, ומר סבר – לא מקשינן פשרה לדין".

בהמשך שם מובאים דברי רב אשי בדבר הצורך בקנין בפשרה: "אמר רב אשי: ש"מ פשרה אינה צריכה קנין, דאי סלקא דעתך צריכה קנין למ"ד צריכה תלתא, למה ליה, תסגי בתרי וליקני מיניה?!" ומסקנת הגמ' – "והלכתא פשרה צריכה קנין".

סיכום העולה מהגמ': ר"מ וחכמים נחלקו האם פשרה היא מעשה בי"ד.

ר"מ סבר שפשרה היא מעשה בי"ד ולכן צריך ג' פשרנים.

וחכמים סבורים שפשרה אינה מעשה בי"ד ולכן פסקו שדי במפשר אחד.

אך מדברי רב אשי, הנ"ל, שמעינן שפשרה היא דין, שהרי אינה צריכה קנין אע"פ שנעשית מדעת בעלי הדין ובהסכמתם ולא מכח בי"ד.

ועל כן, אומר רש"י (ו, א ד"ה תיסגי) "להכי בעינן תלתא לייפות כח בית דין דאף על גב דלא קנו מיניה לא ניהדרו".

¹ יש להעיר על ניסוח הספק, שכן גם בדין מוצאים אנו שתכליתו השכנת שלום; ראה שו"ת שבות יעקב ח"א חו"מ קלז בשני דיינים שנמנו ורבו על השלישי (ושניהם יושבי קרנות) אם רשאי השלישי לומר איני יודע כדי שיוסיפו עוד דיינים וכתב: "ודאי שפיר דמי למעבד הכי, כיון לשם שמים לחוציא הדין לאמיתו ע"י שיוסיפו דיינים, אע"ג ששקורי קא משקרת, כי ידעת הדין, מ"מ מותר לשנות מפני השלום, ודינא שלמא הוא, כדכתיב: אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם...". מבואר שעיקר הדין הוא להביא אמת ושלום. (הערת עורך).

עוד שמעינן מדברי רב אשי שלכו"ע – גם לחכמים – פשרה הוי דין, שהרי רב אשי מוכיח ממ"ד פשרה בתלתא שלא צריך קנין למ"ד פשרה בחד (כלומר ר"א אינו מכיין דבריו דוקא לר"מ).

ואם כן, מה שנחלקו ר"מ ורבנן, האם מקשינן פשרה לדין, מתבאר שזו מחלוקת לגבי פרטי דיניהם, כגון: האם פשרה בשלשה-כדין, או ביחיד. אך לא לגבי המהות.

אמנם, מסקנת הסוגיא אינה כרב אשי: "והלכתא פשרה צריכה קנין". אך, כאן צריך לברר האם מהלכה זו שפשרה צריכה קנין יש ציון דרך כללי שפשרה אינה מענין דין שהרי צריכה קנין, בניגוד לדין, או שמשמעות הלכה זו היא נקודתית ועדיין יש לומר שפשרה היא מענין דין.

ב. "והלכתא פשרה צריכה קנין"

בביאור מסקנת הגמ' נחלקו הראשונים:

(1) רש"י (בד"ה והלכתא) – כתב: "ואפי' נעשית בשלשה" – משמע, בפשטות, שאפילו לר"מ שסבר פשרה בשלשה ומקשינן פשרה לדין צריך קנין. וכ"ש לרבנן שסברו פשרה ביחיד – דלא מקשינן פשרה לדין – שצריך קנין.

וכן משמע בתוס' (ד"ה והלכתא) – בדעת ר"מ, וז"ל: "והא דלא סגי בתרי משום דהוי כמו קנין בטעות דלא בקיאי בפשרה שפיר" (אלא שמשמע מהתוס' שלמסקנה מה שר"מ מצריך שלשה הוא לא מטעם שפשרה הוי דין, אלא משום שחוששים לטעות בפשרה בשנים ולכן צריך שלשה).

(2) רבינו יונה (סנהדרין ו, א ד"ה והלכתא) – כתב, וז"ל:

"ונראה לי דר"מ ורבנן בהא גופא פלגי, דר"מ סבר פשרה אינה צריכה קנין ולפיכך בעי תלתא כדין. ורבנן סברי פשרה צריכה קנין ולפיכך אפילו ביחיד".

ז"א, לפי רבינו יונה הצורך בקנין בפשרה תלוי במחלוקת הבסיסית שבין ר"מ לחכמים האם פשרה הוי כדין.

לר"מ שפשרה הוי כדין לא בעי קנין והחלטת המפשרים כהחלטת ב"ד בגמר דין.

ולרבנן – דלא הוי מעשה ב"ד צריך קנין לקיים החלטת המפשרים.

אמנם, לפי רש"י שסובר בפשטות שבין לר"מ ובין לרבנן בעי קנין יוצא שלמסקנת הגמ' פשרה לא הוי מעשה ב"ד. מ"מ עדיין אפשר לומר שצריך קנין לר"מ לא משום שלמסקנה סברינן, שפשרה לא הוי דין אלא ודאי הוי דין, אלא כיון שאופיה המיוחד של פשרה שנעשית על דעתם של בעלי הדין, וזה עצם מהות הפשרה, בזה לא שייך לדמות פשרה לדין.

עוד יש להעיר, שאפשר שגם לרש"י מסקנת הגמ' היא דוקא לרבנן שהרי רש"י כתב: "והלכתא פשרה צריכה קנין – אפי' נעשית בשלשה", ולא כתב פשרה צריכה קנין אפי' לר"מ. ורצונו לומר – לרבנן, שסוברים שפשרה ביחיד, אפילו אם עשאוה בשלשה בעי קנין. משום שאפשר היה לומר, דהא דבעי רבנן קנין משום דסברי שפשרה אינה צריכה ב"ד ודי ביחיד, ומשום שפשרה לא הוי דין, הא אם תעשה פשרה בשלשה, דהיינו במעמד ב"ד, לא תבעי קנין (וכן פסק ר"י טוב עלם – מובא בהגהות מיימוניות בתשובות השייכות לספר משפטים, תשובה ט) ע"כ בא רש"י וכתב דלרבנן אפילו תעשה הפשרה בשלשה בעי קנין וטעמו – הואיל ופשרה אינה מענין דין, ועיקר ענינה שנעשית לדעת בעלי הדין, אין ב"ד יכול לקיימה ולכן אפילו נעשית במעמד ג' דיינים צריכה קנין.

וכך נפסק ברמב"ם (סנהדרין כב, ה) וז"ל: "אע"פ שרצו בעלי הדין בפשרה בבית דין יש להם לחזור ולתבוע הדין עד שיקנו מיד שניהם".
וכן נפסק בשו"ע (חו"מ יב, ז).

לסיכום, מסקנת הגמ' "והלכתא פשרה צריכה קנין" – אמורה דוקא לרבנן שסוברים שפשרה לא הוי דין.

אבל לר"מ – שסובר שפשרה הוי דין – לא צריך קנין.

ואפילו אם נסביר כפשטות דברי רש"י יש לתרץ דבזה לא שייך לדמות הפשרה לדין, כאמור.

ג. הפשרה - מצוה או איסור?

עפ"י מה שהעלנו, שקיימת מחלוקת האם פשרה הוי דין, יש לבאר מחלוקת ר"א בנו של ר"י הגלילי ור' יהושע בן קרחה - האם פשרה הוי מצוה או איסור?

וכך נאמר בגמ' (סנהדרין ו, ב): ר"א בנו של ר"י הגלילי אומר: **אסור** לבצוע וכל הבוצע ה"ז חוטא... אלא יקוב הדין את ההר, שנאמר: (דברים א, ז): "כי המשפט לאלקים הוא".

ואילו ריב"ק חולק באופן קיצוני, ואומר: "מצוה לבצוע שנאמר (זכריה ח, טז): אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם... איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זה ביצוע".

וכך יש לבאר:

ר"א בנו של ר"י הגלילי סובר שפשרה אינה מעשה ב"ד, לכן פוסק שכשבאו לפני הדיינים לדין אסור לבצוע, שפשרה זה לא דין כלל והתורה אמרה "כי המשפט לאלקים הוא", וביאר שם רש"י: "מה שאתה (הדיין) נוטל מזה שלא כדין, אתה מזיקני להחזיר לו, נמצא שהטית עלי המשפט". הרי שר"א למד שהדיין מחוייב לעשות דין בלבד. ואם עושה של כדין – לענינו פשרה – חוטא, שגורם להטריח את הקב"ה להחזיר לו מה שמגיע לו בדין.²

ואילו ר' יהושע בן קרחה סובר שהפשרה הוי דין ומשפט. שהרי פירש איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זה ביצוע – משמע, עכ"פ, שפשרה הוי משפט לענין עשייתה בב"ד ובדיינים, ואע"פ שאינה דין ממש.

ד. פשרה קרובה לדין

הגישות השונות במהות הפשרה – מביאות למחלוקות ראשונים נוספות: האם כשבאים לדון בפשרה יש תחילה לברר את הדין או שמא יש לחלק את סכום התביעה מחצה על מחצה – באופן שרירותי? בשאלה זו שתי דעות עיקריות:

1. חובה לכולי עלמא

הגמ' (סנהדרין לב, א) מביאה דברי רב אשי ביחס לסתירה שבין הפסוקים: "בצדק תשפט עמיתך" (ויקרא יט, טו). והפסוק "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). ומתוך רב אשי: "אחד לדין ואחד לפשרה".

² עיין בשיעורי ר' שמואל (סנהדרין עמי יט) שהביא חקירה מדוע לר"א בנו של ר"י הגלילי אסורה הפשרה, וכתב שלצד אחד בחקירה האיסור נובע מכך שיש מצוה לדין דוקא. משמע שלצד זה פשרה לא הוי דין. [יש להעיר – שלפי ר"א בנו של ר"י הגלילי יש איסור לעשות פשרה בב"ד, מטעם דאינה דין. אך לרבנן דר"מ, בפשטות, אין איסור בכך. רק סברו שלא צריך מעמד ב"ד לפשרה. וכן נראה בדעת השועי, שפסק כרבנן דלא בעי ב"ד (יב, ז) ועם זאת פסק שמצוה על תב"ד להציע פשרה לבעלי הדין (יב, ב)].

ומפרש רש"י (ד"ה אבל): "קראי לא קשו דצדק צדק לאו לדרישה וחקירה אתי אלא אלא **צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדף את האחד יותר מחבירו**". והנה, מפשט דברי רש"י נראה שיש דין "צדק צדק תרדף" בעשית הפשרה – ז"א שיש לעשות הפשרה בדקדוק ועיון כדין.

גם ביד רמ"ה (סנהדרין ו, ב ד"ה ודייק) בביאור מח' ר"מ וחכמים אם יש להקיש פשרה לדין לעניין הרכב הפשרנים כתב, וז"ל:

"וכי היכי דאין רשאים לדון בפחות מג' כך אין רשאים לעשות פשרה בפחות מג' כדי שיענינו בדבר היטב לפי מה שענינהו רואות, כדי שלא יטריחו על אחד מבעלי יותר מדא"י". ובדעת רבנן כתב: "ורבנן סברי לא מקשינן פשרה לדין ואי משום שלא יטריחו על אחד מבעלי הדין יותר מדאי בחד סגי, דהא לא דינא הוא וחד יכל לכוונו כל האי שיעורא".

הרי שלפי היד רמ"ה מפורש בדעת ר"מ דהא דבעינן תלתא הוא כדי לעשות הפשרה בעיון המצטרך כמו בדין ממש. מ"מ גם לדעת רבנן – אומר הרמ"ה – בעי דקדוק הדין בפשרה אלא שלדעתם די לשם כך בדין אחד.

ויותר מזה כתב הרמ"ה (בפרק אד"מ לב, ב ד"ה תנינא) וז"ל:

והאי דכתיב חד צדק גבי דין ותרי גבי פשרה, משום דדין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי אלא למפסקיה אליבא דהילכתא, וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב, אבל **פשרה צריכה עיונא טפי** ולעין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר.

גם בירושלמי (סנהדרין א, א) משמע כן: "א"ר מתנייה אף הפשרה צריכה הכרע דעת". וביאר ה"פני משה": "דצריך שיכריע בדעתו עם מי הדין נוטה ביותר וכפי הכרע הדעת בזה יעשה הפשרה".

משמע שדין זה דהכרע הדעת בפשרה נוגע לכו"ע, ר"מ וחכמים, שהרי לא חילק לומר שכוונת ר' מתנייה רק לר"מ ולא לרבנן.

בדעת רבנן, שסברי דלא מקשינן פשרה לדין ופה סוברים – לדעת הרמ"ה – שצריך פשרה הקרובה לדין, צ"ל אמנם פשרה אינה דין אבל פשוט הדבר שגם בפשרה אין להטות את הדין לצד אחד יותר מחבירו וע"כ יש צורך, גם לדעתם, בפשרה הקרובה לדין.

2. תלוי במחלוקת ר"מ וחכמים

תוס' (ו, א ד"ה תיסג) כתבו: "דמפרש בירושלמי טעמא דר"מ משום דפשרה נמי צריכה הכרע דעת". משמע שגרסו בירושלמי "פשרה צריכה הכרע דעת" לא בשם ר' מתנייה אלא בשם ר' מאיר. ז"א שלדעת התוס' יש תיאום בין סברת הכרע דעת לשיטת ר' מאיר שאמר פשרה בשלשה. דדוקא לר"מ שסבר פשרה הוי דין ובעי תלתא צריך הכרע דעת; ואילו לרבנן דאמרי פשרה ביחיד, וסברי שפשרה אינה מענין דין, אין צריך הכרע דעת בפשרה.

ובתמים דעים לראב"ד (סי' ר"ז) הביא דעת ר"י בר אשר הלוי, וז"ל: "ויש לפרש דמאן דבעי שלשה קרי ליה ביצוע, על שצריך אומד הדעת לבצוע הממון ולחלקו במידה שוה שלא יהא אחד מהם נפסד יותר מכדי הראי לו. ומאן דאמר פשרה ביחיד קרי ליה פשרה לשון קל שאין צריך לדקדק בדבר אלא ענין שיכל לפשר ביניהם יפשר".

הרי שכתב במפורש שענין הדקדוק בפשרה לעשותה קרובה לדין הוא **טעם** המחלוקת בין ר"מ לרבנן.

3. ביאור שיטת הרא"ש

בתוספות הרא"ש אנו מוצאים דברים, שלכאורה, סותרים זה את זה בענין דקדוק הדין שבפשרה. בד"ה "ביצוע בשלשה" (ו, א) כתב הרא"ש:

ביצוע הוא לשון פשרה כמו מניח פרוסה בתוך שלימה ובצוע, כן דרך המפשר צריך לשבר הענין ולחלקו ונותן קצת משל זה לזה, ומאן דמחמיר קרי ליה ביצוע **שצריך ג' פעין דין שצריך לדקדק ולצמצם** ולבצוע כפי הראוי מזה וליתן לזה לפי הענין, ומאן דמיקל קרי ליה פשרה דאין צריך לדקדק כל כך אלא כאדם המטיל צונן לתוך חמין ומפשר.

משמע שהרא"ש תולה מחלוקת ר"מ וחכמים בשאלה האם צריך לדקדק בפשרה לעשותה קרוב לדין.

והנה, בהמשך דבריו (ד"ה והכא) כתב הרא"ש "אבל פשרה שעושיין בלא דין **כל אשר יישר בעיניהם צריך ג' והפקר בדי' הפקר**" משמע שגם לר"מ שמצריך שלשה דיינים בכ"ז מעשיהם מוגדרים כ"לא דין" וכ"כל אשר יישר בעיניהם" והצורך בשלשה פשרנים הוא לשם כפית הפשרה – "הפקר ב"ד הפקר" ולא לשם בירור הדין קודם לפשרה.

גם בד"ה והלכתא פשרה צריכה קנין כתב הרא"ש: "ואפי' הכי בעי תלתא שיהיה בו כח ב"ד דלא נהוי כקנין בטעות".

הרי שהצורך בשלושה דיינים הוא להיות כח כפיה לקיום הפשרה ולא לצורך דקדוק הדין שלפני הפשרה.

ונראה שיש ליישב דבריו בפשיטות – שבודאי לדעת ר"מ צריך לדקדק בפשרה ולשם כך צריך שלשה דיינים. אלא שסו"ס אחרי בירור הדין נוטים הפשרנים מן הדין, במידה הנצרכת כדי להטיל פשרה בין הצדדים כאשר ישר בעיניהם לפי הענין, כך שהכרעת הפשרה תהיה שונה מהמסקנה אליה הגיעו עת בירור הדין שכן אין הכרעתם הסופית הכרעה עפ"י דין אלא עפ"י שיקול דעתם בלבד.

א"כ צ"ל כשבאר הרא"ש את מחלוקת ר"מ ורבנן וכתב שלר"מ צריך לדקדק (ולרבנן לא צריך) זה, כמובן, אמור על תחילת הפשרה. ומה שכתב אח"כ (ד"ה והכא) שפשרה היא בלא דין אלא כל אשר ישר בעיניהם – זה אמור על סוף הדיון בפשרה. עת מפעילים הפשרנים את שיקול דעתם כדי לרצות את בעלי הדין, אז, ודאי אין הדין והפשרה עולים בקנה אחד, וביחס לדין – שהתברר קודם – הכרעת הפשרה כעת היא בבחינת "לא דין, כל אשר ישר בעיניהם". והראיה לכך שזה אמור על הכרעת הפשרה, שהרי לפני זה (באותו ד"ה והכא) דיבר על דין וכך כתב: "ד(ד)מצי שמואל למימר דאף ר"מ סבר דין בשנים משום דכתיב 'בצדק תשפט עמיתך' וכיון דדינא קא עבדי סגי בחד, אבל פשרה שעושין בלא דין כל אשר ישר בעיניהם צריך ג' והפקר ב"ד הפקר" – הרי שהעמיד פשרה מול דין כשהמוקד הוא פסיקת הפשרה מול פסיקת הדין (שהרי הפקר ב"ד הפקר הוא כח כפית הפסק).

לסיכום:

שיטת הרא"ש: שלשה פשרנים לר"מ נצרכים לשני עניינים:

א. לבירור הדין.

ב. לכפית הפשרה.

כל זה לר"מ, אבל לרבנן לא צריך לעשות פשרה הקרובה לדין.

העולה, שגם לשיטת הרא"ש הצורך בפשרה הקרובה לדין תלוי במחלוקת ר"מ וחכמים ביחס למהות הפשרה.

ולענין דינא – בשו"ת מהר"י באסן סימן קו כתב וז"ל:

אין בפשרה טעות כלל לומר אם טעה הפרשן ועשה הפשרה רחוקה מן הדין שיהא חוזר, **דסתם פשרה אפי' רחוקה מן הדין** משמע...., מדקאמר בגמ' גבי פלוגתא דר"מ ורבנן בפשרה בגי' או בשנים וקאמר התם מר סבר מקשינן פשרה לדין, ומר סבר לא מקשינן. ואם איתא דפשרה סתם צריך להיות קרובה לדין, ע"כ צריך לעיין הדין תחילה בדקדוק כדי לידע איזו היא הפשרה הקרובה ואיזו היא הרחוקה, וא"כ לרב אשי דאמר בסמוך שמע מינה פשרה אינה צריכה קנין, מאי טעמיהו דרבנן דאמרי ביחיד, הא צריך למידן דינא תחילה והיינו דין אלא ודאי אין למפשר עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו בלבד".

וכ"כ המאירי (ו,א ד"ה פשרה): "פשרה נעשית בשנים ואפילו היתה רחוקה מן הדין דבריהם קיימין".

ועיין בפסקי דין רבניים (כרך יא, עמ' 262), שם העיר האב"ד (הרב אליעזר שפירא): "נהגו בתי הדין לדון בפשר קרוב לדין, וכמו שאמרו בירושלמי: "ר' יוסי בין חלפתא אתון תרי ברנש מידון קמאוי על מנת שתדיננו דין תורה אמר לון אני איני יודע דין תורה".

ה. הכרעת הרוב בפשרה

פסקי הרי"ד (סנהדרין ו,א ד"ה אמר רב אשי) בביאור מחלוקת ר"מ ורבנן כתב, וז"ל: "מאן דבעי שלשה (ר"מ) קסבר שאין הדיינים רשאים לפשר אלא כאשר יראה להם מתוך טענותיהן כמה ימחול התובע וכמה יתן הנתבע, הילכך צריך שלשה שאם יהיה חילוק דעת ביניהם ילכו אחר הרוב". הרי שלדעת הרי"ד הא דאמרינן לר"מ דמקשינן פשרה לדין הוא גם בזה שהולכים אחר הכרעת הרוב, ונראה שפירש דברי ר' מתנייה בירושלמי (הני"ל): "אף פשרה צריכה הכרע דעת" – על הכרע של רוב.

הנה יוצא שלרי"ד דין הכרעת הרוב בפשרה תלוי במחלוקת האם מקשינן פשרה לדין.

התוס' (ד"ה ביצוע בגי') חלקו וכתבו: – "אע"ג דמקשינן פשרה לדין לאו לכל דבר מקשינן, דבדין אזלינן אחר הרוב ובפשרה עד שיסכימו כולם" ז"א התוס' סובר שאפ"י לר"מ שמקיש פשרה לדין זה לא לכל דבר, דהרי לגבי הכרעת הרוב בין לר"מ ובין לרבנן צריך הכרעה "פה אחד" ולא די בהכרעת הרוב. וכ"כ העיטור ערך פשרה. וכ"כ המאירי (ו,א ד"ה פשרה) וז"ל: ואף בנוסח מעשה ב"ד לקצת חכמי נרבונאה מצאנו כתוב בפשרה שארעה בידם

כנוסח הזה – ונשאנו בפשרה הרבה עד שהסכמנו בה לדעה אחת והודענו להם את הכל".

וכן פסק השו"ע (חו"מ יב, ית): "אם רבים הם הפשרנים יש אומרים שאין חולכים אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם".

(וכן ראיתי שהעלו בפסקי דין רבניים כרך יג, עמ' 302 – "מאחר ונטען כי פשרה צריכה להיות לדעת כולם הסכים הדיין האחד להצטרף לדעת חבריו וזאת כדי להביא לסיום ההתדיינות").

ו. כפייה בפשרה

האם ב"ד יכול לכופף את בעלי הדין להתפשר?

הנה בדבר זה יש להסתפק שהרי מצד אחד – הגמ' (סנהדרין ו, ב) אומרת – "ר' יהושע בן קרחה אומר מצוה לבצוע" ובהמשך שם נאמר: "אמר רב הלכה כריב"ק, ומקשה הגמ' איני, והא רב הונא תלמידיה דרב הוה כי אתו לקמיה דרב הונא אמר להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו" – משמע שאין מצוה בפשרה. ומתרצת הגמ' "מאי מצוה נמי דקאמר ר' יהושע בן קרחה, מצוה לומר להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו".

הרי שאין מצוה על הדיין לדון פשרה בעל כרחם של בעלי הדין אלא המצוה היא להציע בפניהם את האפשרות של פשרה כנגד האפשרות לדון.

וכן נפסק בטור (סי', יב), ברמב"ם (סנהדרין כב, לד) ובשו"ע (יב, ב) וז"ל: "מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה הדין אתם רוצים או הפשרה, אם רצו בפשרה עושים ביניהם פשרה".

משמע שאם אחרי שהציעו להם הפשרה עדיין עומדים הם בדעתם לדון דין תורה בלבד אין לכופם להתפשר.

יתירה מזאת, אפי' בחרו הצדדים באפשרות הפשרה הרי כל עוד לא עשו קנין הם יכולים לחזור בהם ולתבוע הדין שכן פשרה צריכה קנין (כאמור לעיל), וכן נפסק ברמב"ם (שם הל' ה) ובשו"ע (שם, ז).

מאידך, פשרה הנה מצב בו נכנסים הצדדים לפני משורת הדין. וביחס ללפנים משורת הדין מצאנו מקרים בהם כופים לקיים דבר לפני משורת הדין, כגון: בדינא דבר מצרא, ולגבי שומת ב"ד בגביית חוב שחוזרת לעולם – וא"כ אפשר לומר שגם על הפשרה נכפה.

והנה, הרמ"א (ח"מ יב,ב) הביא מח' הפוסקים בדבר הכפיה על לפני משורת הדין.

ולענין, אפשר לומר שמזה שהרמ"א הצמיד בין פשרה ללפנים משורת הדין סבר שדינים אחד לענין כפיה.³

1. מחלוקת הראשונים בכפיה על לפני משורת הדין

ועתה נביא דעות הראשונים בכפיה לפני משורת הדין:

הרא"ש (במ' פ"ב ז) מביא דברי הגמ' (ב"מ ל,ב) "תני רב יוסף והודעת להם זה בית חייחם וכו' ואת המעשה זה הדין, אשר יעשון – זה לפני משורת הדין" – ע"ז אומר הרא"ש: "ולאו דכייפינן ליה דאין כופין לעשות לפני משורת הדין".

גם רבינו ירוחם (במישרים נא, ח"ד) – פסק כן בהביאו דברי הרא"ש, וכן פסק הבי' (סימן יב, מחודש ה).

אבל, המרדכי (ב"מ פ"ב רנו) חלק, וזה תורף דבריו:

³ בשו"ע (שם) בסמוך לדברי הרמ"א הנ"ל כתב, וז"ל: "ואם חייב ב"ד שבועה לאחד מהם רשאי הבי"ד לעשות פשרה ביניהם כדי להיפטר מעונש שבועה". יש שלמדו דברי השו"ע אלו – שבי"ד יכול לכוף פשרה כדי להיפטר מעונש שבועה. כך נאמר בפד"ר (כרך ב' עמ' 279): "בה"ד מצווים למנוע מחיוב שבועה בכל מידת האפשרות, ויש להם הרשות גם לעשות פשרה בין הצדדים כדי להיפטר מעונש שבועה, כנפסק בחו"מ יב, ב". בפד"ר נוסף (כרך יא, עמ' 269) כותב הרב שמחה מירון: "ישנם מקרים שבה"ד מוסמך לכוף על הצדדים פשר כגון: במקרה של חיוב שבועה". וכן פסק בשו"ת ציץ אליעזר (ח"ז מח, פרק ו'). לענין יש לדחות הבנה זו שהבינו בדבר השו"ע (הנ"ל). שהרי השו"ע בתחילת הסעיף כתב: "מצוה לומר לבעלי הדינים בתחילה הדין אתם רוצים, או הפשרה... במה דברים אמורים, קודם גמר דין... אבל אחר שגמר הדין... אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם... ואם חייבו ביה"ד שבועה לאחד מהם, רשאי הבי"ד לעשות פשרה כדי להיפטר מעונש שבועה". כך כוונת השו"ע אע"פ שחיוב הבי"ד להציע פשרה הוא רק לפני גמר דין, במקרה של שבועה, אע"פ שנגמר הדין אפשר להציע פשרה לצדדים (ואין חשש לפשרה בטעות, כפי שחוששים בדרך כלל). מכיוון שכאן אם היה יודע שנתחייב שבועה יכל להיות שהיה מתפשר כדי להיפטר משבועה. ז"א אפשר לעשות פשרה ולא שכופים פשרה. זו כוונת השו"ע המבוססת על התוס' (סנהדרין ו, ב ד"ה תגמר) שהוא מקור דין זה. [וכן דחה דבריהם הרב שלמה לוי (תחומין חלק יב עמ' 328)].

הגמ' (ב"מ כב,י) מביאה מעשה "רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא, אי"ל מצא כאן ארנקי מהו, אמר ליה הרי אלו שלו, בא ישראל ונתן בה סימן מהו אי"ל חייב להחזיר, אי"ל תרתי (בתמיה, הרי דבריך סותרים בתחילה אמרת הרי אלו של מוצאם ואח"כ אמרת חייב להחזיר) אמר ליה לפניך משורת הדין".

הרי שכתוב לשון חובה בלפנים משורת הדין משמע דמחייב ככל דין.

מכאן אומר המרדכי "וכיון דחזינן דהוה כייפי להו הכי... גם אנן כייפין למיעבד לפני משורת הדין אם היכולת בידו... וכן פסק הראב"ן וראב"ה דכייפין להו לעשות לפני משורת הדין".

וכן כתב הב"ח (ח"מ סי' יב אות ד ד"ה איתא) – לחלוק על הב"י שדחה ראיותיו של המרדכי בטענה שאין הוכחה מהם שכופים. וכך כתב בסוף דבריו "וכן נוהגים בכל בתי דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואע"פ שאין הדין כן".

2. ביאור מחלוקת הראשונים הנ"ל

בטעם מחלוקתם של הראשונים כותב הגר"א בביאורו (סי' יב סק"ט ד"ה ויש חולקין) וז"ל: "ויש חולקין. כמשי' בפג' דב"מ (לה, א) בשומא, ובפרק ט' (קה, א) במצרנות. וסברא ראשונה ס"ל דוקא היכא דאיתמר".

ביאור דבריו – מצאנו שכופים על לפני משורת הדין במצרנות ובשומא.

המרדכי (ושאר פוסקים שאתו) סברו שכופים על לפני משורת הדין כשם שכופים על הדין, והראיה ממצרנות ושומא.

הרא"ש סבר שאין כופים על לפני משורת הדין. ואין הוכחה ממצרנות ושומא, שם זו תקנה מיוחדת ואין בזה משום הוראה כללית לכל מקרה של לפני משורת הדין (וכן מבואר בקצוה"ח רנט, ג).

הרי לך, שעל הצד שנאמר שפשרה דינה כלפנים משורת הדין, יש שיסברו שכופים על הפשרה כעל דין, ויש שיאמרו שאין כופים עליה כעל דין דאינה דין.

ולפי דברנו יש לתלות את מחלוקתם במחלוקת ר"מ ורבנן בתפיסת הפשרה.

3. מידת הכפיה בלפנים משורת הדין

גם ביחס למידת הכפיה בלפנים משורת הדין מצאנו מח' הפוסקים – דהנה פשט דברי המרדכי והב"ח הוא שכופין על לפנים משורת הדין כשם שכופים על הדין שהרי לא מצאנו שחילקו לומר שכופין בדרך אחרת (וכן כתב הפתחי תשובה (יב,ו): "נראה דעת הב"ח לכופ' בשוטי' או ע"י שמתא. וכן פסק בשו"ת צמח צדק (ראשון) סימן פ"ט דכופין ע"י שמתא). גם לשיטת הרא"ש שאמר שלא כופים על לפנים משורת הדין נחלקו הדעות, מחד כתב המאזנים למשפט שלדעה שאין כופים לא כופים אפי' בדברים אלא לת"ח. מאידך – כתב התומים (סימן יב, ס"ק ד): "הך כפיה היינו בדברים, שאומרים לו חייב אתה לעשות כן ואם אינך שומע אתה עברייך, אבל כו"ע מודים שאין כופין בשוטים ונידוי וכדומה כיון שאין שורת הדין כך... מעתה י"ל דגם הרא"ש מודה לזה ואין כאן מחלוקת כלל". וכן משמע מעוד פוסקים.

4. דעת השו"ע ביחס לכפית פשרה

בשו"ע (סימן יב) – אפשר להביא כמה ראיות שסבר שכופין, במקרים מסוימים על הפשרה.

בסעיף ג' כתב: "מותר לבית דין לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין" כדי להשקיטם ממריבות".

משמע שב"ד כופה פשרה - חוץ מן הדין – על היתומים. ויותר מזה ממשיך שם בסעי' ד "יש כח ביד ב"ד לגזור ולהחרים שתתקיים הפשרה ושלא יוכלו היתומים למחות כשיגדילו".

גם בסעי' ה הביא השו"ע להלכה את תשובת הרא"ש (כלל קז, סי' ו) וזה לשון הרא"ש: "נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכל להתברר בראיות ועדויות – פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין ללא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, דהיינו שודא דדייני לפי התוס' ולפעמים על דרך הפשרה".

הרי לך שב"ד יכל לכפות פשרה במקום שאין הדין יכל להתברר.

בדעת הרמ"א שהביא מח' הפוסקים ולא הכריע נחלקו הדעות הלכה למעשה.

⁴ מלשון זו בשו"ע: "חוץ מן הדין" אפשר ללמוד שגם הוא רואה בפשרה ענין של לפנים משורת הדין. שהרי בסעיף שלאחר מכן שהוא המשכו של סעיף זה כתב לשון פשרה "יש כח ביד ב"ד לגזור ולהחרים שתתקיים הפשרה".

השב יעקב חאה"ע ס"ס כט (מובא בפת"ש, הני"ל) – כתב שבמקום שלא כתב הרמ"א כמי נוהגים והביא דעה אחת בסתם ודעה אחת בשם יש חולקים הלכה כדעה ראשונה.

משמע שלדעתו הרמ"א פסק – שאין כופין על לפנים משורת הדין.

דעת הגר"א – ס"י רנט טו, שלהלכה כופין כדעה שניה. שהרי הרמ"א בסימן רנט (סע' ה) הביא רק את הדעה השניה לפיה צריך לעשות לפנים משורת הדין אם הוא עשיר, שהרי כתב: "ואם הוא עני... א"צ לעשות לפנים משורת הדין" משמע אם הוא עשיר צריך לעשות לפנים משורת הדין.

5. כפית פשרה בבתי הדין

בפסקי דין רבניים (כרך יא 274-259) דנו בשאלה האם ב"ד רשאי לכפות חתימה על שטר בוררים שתוכנה "בין לדין ובין לפשר" כשצד אחד מעונין דוקא בדין⁵.

אמנם נפסק שם (עמ' 274): "על פי דין חייבת הנתבעת לחתום על שטר בוררין כנהוג הן לדין והן לפשר".

⁵ הרב זלמן נחמיה גולדברג (בקובץ משפטי ארץ, תשס"ב עמ' 84) כתב: "אם צד אחד מתעקש שרצונו רק בדין אין ברירה. אכן [במצב זה], יש לצד השני למצוא שלושה אנשים ולהכריח את הצד השני [בעל דינו] לדון לפניהם. אם אין [בעל דינו] (הצד השני) מוצא שלושה דיינים שמוכנים לדון בדין בלי פשרה, יכל התובע להכריח לצד השני לילך לדון במדינה אחרת". – ז"א שאין ב"ד יכל לכופ פשרה על מי שרוצה דוקא דין. בבירור שערכתי (עם אחד הדיינים ברחובות) עולה כך: מנהג בתי הדין היום להחתים את בעלי הדין מיד עם בואם לב"ד על שטר בוררין שנוסחו "פשרה הקרובה לדין" (ולא "לדון"). בחתימה זו מסמיכים הצדדים את ב"ד לדון להם פשרה הקרובה לדין. ואין באפשרותם לחזור בהם ולתבוע דין. במקרה שאחד מבעלי הדין מסרב לחתום על שטר בוררין שכזה ב"ד יאיים עליו שיוציא נגדו כתב סרוב, ואם יעמוד בעיקשותו יוציא נגדו – הב"ד – כתב סרוב בכדי לכפותו לחתום על שטר הבוררין. נוהג זה מקורו מההלכה (שו"ע חו"מ יב, כ) שעל הדיינים להתרחק ככל יכלתם מלדון דין תורה.

לדבריו, מכיוון שהנוהג המקובל בכל בתי הדין הרבניים והאחרים, הוא לדון בפשרה הקרובה לדין בלבד, הפכה הפשרה הקרובה לבין לשורת הדין בפועל. ועל כן אפשר לכפותה על בעלי הדין ככפית הדין. פשרה אחרת (רחוקה יותר מן הדין) אם תעלה במהלך הדיון, תהיה בהסכמת הצדדים בלבד, ובאי הסכמה חוזרים לפשרה הקרובה לדין.

מאידיך נכתב שם: "לדעת הרוב, חתימת הצדדים על השטר הן לדין והן לפשר איננה מוסיפה על סמכות ב"ד לכופף על הצדדים פשרה".⁶

אעפ"כ בתוך פסק הדין בדברי הרב שמחה מירון (עמ' 269) מובא שישנה מחלוקת בדבר. וכן כתב: "החתימה בשטר הבוררים על פשר איננה יכולה להוסיף סמכות לבה"ד לחייב את הצדדים לפשרה וכעין זה מצאתי מפורש בשו"ת אבן שהם סי' נט: וכן מה שאחד מן הדיינים אומר אם עושין קומפירמיסין (שטר בוררין) הרשות ביד בה"ד לעשות לפנים משורת הדין, חלילה הס שלא להזכיר, כמבואר בתשובות רד"כ.

אמנם, בשו"ת מהרש"ם ח"ג, רסג השיג על דברים אלה מכח המנהג, וכן דבריו: "אף דמבואר בשו"ת אבן שהם דקומפירמיסין הוי רק שטרי בוררין לחזק הדין תורה, אבל אין לבי"ד לפסוק יותר מדין תורתנו הקדושה... אני מצאתי בירושלמי פ"ג דמועד קטן ה"ג – שטרי בירורין היינו קומפירמיסין... **כיון דכבר פשט המנהג כן כל החותם בקאמפירמיס אדעתא דהכי נכנס ומתחייב**".

משמע מדברי המהרש"ם שבמקום שהמנהג כן שטר הבוררין נותן כח ביד בה"ד לכפות פשרה ולפנים משורת הדין.

לסיכום, העלנו שתי תפיסות עיקריות ביחס לפשרה. יש שראו בה דין וחלק מתפקידו של בית הדין כבית דין. ומאידיך, יש שראו בפשרה מעשה של השכנת שלום הנעשה בהסכמת הצדדים בלבד. כך שבי"ד משמש בה כבורר ולא כבי"ד. (מלבד פשרות שנעשות, במקרים מסוימים, מכח הדין וככפות על הצדדים כדין ממש).

מפסקי השו"ע – לענין דלא בעינן ג' דיינים בפשרה, ולענין חיוב הקנין (חוי"מ יב, ז) ומפסקי בתי הדין לענין ההכרעה "פה אחד", ולגבי חוסר היכולת לכופף פשרה – נראה בבירור, שהתנהלות בתי הדין בפשרה שונה מאשר בדין. בפשרה ב"ד משמש כבורר. מ"מ פשרה הנעשית ע"י ב"ד שונה במהותה מפשרה הנעשית ע"י בורר אחר, שכן מנהג בתי הדין בישראל לעשות פשרה הקרובה לדין, כך שבשלב ברור הטענות וברור הדין, מתנהג בית הדין בפשרה כבדין לכל דבר בכדי להוציא פשרה מבוררת ושקולה ולא שרירותית.

⁶ עיין בספר סדר הדין (מאת אליאב שוחטמן – הוצאת ספרית המשפט העברי – עמ' 215) שכתב בפשיטות שחתימה על שטר בוררין "בין לדין ובין לפשר", נותן כוח לבי"ד לכפות פסק דין של פשרה.

הרב מאיר כהן

יתירה מזאת, פשרה, שנעשית ע"י בי"ד (בקנין) עדיפה יותר מפשרת בורר
חיצוני, שכן מקבלת היא תוקף של פסיקת בי"ד, ובי"ד הוא המופקד על
אכיפתה.

* * *

יהי רצון שדברי אלו יהיו לעילוי נשמת

חמי היקר

פרזי מזיג בן קוקה.

שמיעת טענות ופסק דין שלא בפני בעל דין

- א. הקדמה
- ב. שלב שמיעת הטענות
 1. מקורות הדין
 2. טעמי הדין והנפק"מ
 3. בדיעבד תוקף הדין ומעמד הדיין
 4. תחולת האיסור בבי"ד של בוררים
 5. מקרים יוצאים מן הכלל
- ג. שלב פסק הדין
 6. מקורות הדין
 7. הסתירה בפסקי השו"ע ויישובם
 8. דברי קצות החושן וראיותיו
- ד. פסק דין לאחר דיון שנערך שלא כהלכה
- ה. תקנות הדיון
- ו. סיכום ומסקנות

א. הקדמה

בתי הדין בדורות הקודמים ובדורנו דנים ואף פוסקים בדיני ממונות לפי טענות של צד אחד בלבד. לעיתים נעשה הדבר משום שהנתבע מסרב לקבל עליו את מרות בית-הדין, ולעיתים משום שאינו נוכח או שמסרב לדון דין "פשרה" ורוצה לידון עפ"י דין תורה בלבד.

במאמרנו זה אנו נדון אי"ה בהקשר לנוכחות בעלי-הדין בשני שלבים מרכזיים בדיון: שלב שמיעת הטענות ושלב פסק הדין, לכתחילה-ובדיעבד.

יש לציין שישנו דיון נפרד לגבי נוכחות בעלי-הדין בשלב "קבלת-העדות", ובזה לא נעסוק.

יש להדגיש שנושא המאמר מתייחס לחלק מדיני ממונות שלא בפני בע"ד – ולא דיני נפשות ששם בדרך-כלל הדינים חמורים יותר בעיקר בשל הדינים בתורה "והצילו העדה" והדין של "והועד בבעליו" – יבוא בעל השור ויעמוד על שורו" (סנהדרין יט,א).

בסיום המאמר נציין אי"ה בקצרה מקצת "תקנות הדין" של בתי-הדין הרבניים בישראל ששייכים לנושא, ואת המסקנות העולות ממכלול הדברים הנזכרים.

ב. שלב שמיעת - הטענות

1. מקורות הדין

בדרך כלל, ההוראות הנוגעות לכללי סדר-הדין אינן נובעות מאיסורים, ודאי לא איסורי-תורה. אולם בענין נוכחות בעלי-הדין בשלב שמיעת הטענות, אנו רואים בגמ' (סנהדרין ז, ב) כך: "שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק – אמר רבי חנינא אזהרה לביה"ד שלא ישמע דברי בע"ד קודם שיבוא בע"ד חבירו, ואזהרה לבע"ד שלא יטעים דבריו לדין קודם שיבוא בע"ד חבירו".¹

בעקבות גמרא זו פוסק הרמב"ם "אסור לדין לשמוע דברי אחד מבעלי-הדין קודם שיבוא חבירו או שלא בפני חבירו. ואפילו דבר אחד אסור שנאמר 'שמוע בין אחיכם' וכל השומע מאחד עובר בלא תעשה שנאמר 'לא תשא שמע שוא', וכן בע"ד מוזהר שלא ישמיע דבריו לדין קודם שיבוא בע"ד חבירו... נאמר 'מדבר שקר תרחק'". היוצא מדבריו שיש איסור דאורייתא לדין ששומע צד אחד ללא נוכחות תמידית ("אפילו דבר אחד") של הבע"ד השני.

אולם לגבי איסור הבע"ד להשמיע דבריו, נחלקו הכס"מ והלח"מ אם איסורו מהתורה. לדעת הכס"מ (סנהדרין כז, א) - אסמכתא בעלמא היא, וללח"מ דאורייתא היא ונפקא מ'לא תשא שמע שוא' דקרי ביה לא תשיא (היינו להשמיע לאחרים).²

2. טעמי הדין והנפק"מ

השו"ע (ח"מ יז, ה) פסק "אסור לדין לשמוע דברי בע"ד האחד שלא בפני בע"ד חבירו" והוסיף הרמ"א "אבל אם שמע טענות האחד, ואח"כ נתרצה השני לדון לפניו – מותר להיות דין בדברי" וסיים השו"ע – "וכן הבע"ד מוזהר על כך".

¹ חז"ל במקומות שונים הביאו פסוקים אחרים לאיסור זה והם: "מדבר שקר תרחק" ו"לא תשא שמע שוא", אך רוב הפוסקים רואים בפסוק לעיל מקור לאיסור.

² צ"ע, האם בעל הדין אינו עובר על לאו דלפני עור בכך שמכשיל הדין (הערת עורך).

הטעם לאיסור שמיעת בע"ד ללא נוכחות חבירו מובא ברש"י (סנהדרין ז, ב, ד"ה "שמוע בין אחיכם"). "ולא תשמע דברי זה בלא זה שמסדר דברי שקר כדברי אמת לפי שאין מכחישן, ומכיון שלב הדיין נוטה לו – שוב אין לבו מהפך בזכות השני כל-כך" – ועל זה נאמר "צדיק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו" (משלי יח, יז). ובדומה לזה כתב רש"י על מאמר הגמ' (סוטה כא, ב) "היכי דמי רשע ערום? אמר רבי יוחנן זה המטעים דבריו לדיין קודם שיבוא בע"ד חבירו" וכתב על זה רש"י: "דמשנקבעו בלב הדיין שערי זכויותיו לדבריו של זה קשה לסלקן, והרי ערמותו ורשע הוא". ונראה בהסבר הדברים לטעם זה שהוא דומה ללוקח שוחד – ומה לי שוחד ממוני מה לי שוחד שכלי. וכל דבר שמונע את הדיין מלהפך בזכותו של נידון – אסור, והתורה ירדה לסוף דעתו של דיין שאם הוא שומע צד אחד כאשר אין כנגדו צד שני – אין הוא יכול להשתחרר בקלות מהרושם שעשו עליו דברי האחד.

טעם שני לאיסור שמיעת צד אחד כשאין כנגדו צד שני – גם הוא נלמד בדברי רש"י לעיל³ - משום שהבע"ד לא יחשוש לשקר כשאין מי שמכיר בשקרו. ורש"י (שבועות לא, א, ד"ה "מדבר שקר תרחק"). כתב זאת במפורש "כיון שאיש מריבו מסותם – מעמיד זה את שקרו". וכן כתב הב"י בסימן יז ביחס לדברי הטור שאסור לדיין לשמוע בע"ד אחד שלא בפני חבירו או קודם שיבוא חבירו, וכתב על זה הב"י שמקור הדברים הוא מהרמב"ם וקמ"ל שלא תימא שלא אסרו בזה אלא קודם שיבוא חבירו משום "צדיק הראשון בריבו" משא"כ אחר שכבר עמדו בפני בע"ד יחד ויצא האחד, שעתה מותר לשמוע אף שלא בפני בעל-דינו – קמ"ל שכל שהוא שלא בפניו – אסור, משום שכל שמשמיע דבריו שלא בפני בעל דינו אינו בוש מדברי שקר.

טעם נוסף שיש לומר בדין זה הוא – שנאמנותו של בע"ד מבוססת לעיתים על חזקה, וייתכן שערכה של החזקה קיים רק בתנאי שהצד השני שכנגדו נוכח בדיון כגון "חזקה אין אדם מעיז לטעון שקר בפני מי שמכיר בשקרו"⁴ וכגון "אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה" – ולחזקות אלו יש ערך רק בתנאי שהטיעון נעשה בנוכחות הצד שכנגד. ואה"נ לפי טעם זה – אין למלא את מקומו של הנתבע באמצעות מורשה (עו"ד), וכן כתב הסמ"ע (חו"מ קכד סק"א) "הנתבע עצמו חזקה היא שאין מעיז לטעון שקר בפני מי שחייב לו... משא"כ כשיטעון ע"י שליח".

³ אולי רש"י למד שזה טעם אחד.

⁴ תוס' כתובות יח, א ד"ה "חזקה" בסופו-בדעת ר"ת.

ונראה לומר בנפק"מ בין הטעמים – שאם האיסור הוא כטעם הראשון אזי אין איסור להטעים דבריו לדיין ללא נוכחות חבירו לאחר שכבר השמיעו שני הצדדים את טענותיהם ולא היה "צדיק הראשון בריבו", ואילו לטעמים האחרים – אין נפק"מ ובכל שלב של הדיון יש איסור על הדיין לשמוע צד אחד ללא השני. נראה לע"ד נפק"מ נוספת והיא כאשר לא קיימת החזקה כגון כאשר לא ברור שהצד השני מכיר בשקרו, שלטעם הראשון אכתי אסור כי לב הדיין יהא נוטה לדעתו לעומת הטעם השני והשלישי שאולי אין איסור על הדיין שהרי אין את החזקה הנ"ל וגם אינו מכיר בשקרו.

אולי אפשר לומר נפק"מ נוספת – כגון שאחד הצדדים שטענו שלא בפניו מסכים להיות נידון אצל אותו דיין, שלטעם הראשון – לא תועיל מחילה של אחד הצדדים מאחר שכבר לב הדיין נוטה לצד אחד והוא כאילו "נטל שוחד" שעכ"פ ממידת חסידות ודאי שצריך לפסול עצמו מאותו דין אם יודע שנתקרב דעתו לזה וכמו שכתב השו"ע (חו"מ ט, ב) "אם קדם התובע ושלח מנחה לדיין... אא"כ הדיין רוצה לחסוך עצמו מאותו דין ממידת חסידותו". לעומת זאת לטעמים האחרים – היות ומחל הבע"ד האחד והוא בדבר שבממון – מחילתו קיימת.

אפשר לומר נפק"מ נוספת – כיום שלרוב מיוצגים בעלי הדין ע"י עורכי דין ופרקליטים רבניים יש איסור לשמוע צד אחד בנוכחות עורך דינו של הצד השני (ללא נוכחות הבע"ד עצמו), שלפי הטעם הראשון – הרי כאן שני הצדדים מיוצגים ואין לכאורה בעיה – אך לטעם של מכיר בשקרו הרי אינו דומה טענה בפני העו"ד או הטוען הרבני שלא תמיד מכיר בשקרו של הבע"ד שכנגדו לעומת הטוען מול הבע"ד עצמו.

לענ"ד, וכפי שרמזתי קודם, ניתן לומר לדעת רש"י ששני הטעמים הראשונים הם טעם אחד שמורכב בחלקו מצד ה"דיין" ובחלקו השני מצד ה"בע"ד" – ולכן נוכחותו של עורך הדין המייצג את בעל-הדין, אינה תחליף לחובת נוכחות של בעלי-הדין.

3. בדיעבד – תוקף הדין ומעמד הדיין

האם שמיעת טענותיו של אחד הצדדים שלא במעמד חבירו פוסלת אותו, הדיין, מלישב לדון באותו ענין מהחשש שמא יטה ליבו לטובת הצד ששמעו? בדבר זה יש לחלק בין ידע הדיין ושמע באיסור לבין לא ידע רק שלבסוף החליטו לדון לפניו.

אם לא ידע מלכתחילה – כתב המהר"ל סימן קצה וז"ל: "וממקצת רבותינו ראיתי, שאינם פוסקים אלא עד שמקבלים קנין לקיים דבריו, והוי כמו נאמנים עלי רועי בקר. ואפילו אם יתרצה שמעון אח"כ לקיים דינו של הרב הנשאל כבר ושמע דברי חבירו, מ"מ לא עבר הרב (איסור) ששמע דברי בע"ד, כיון ששמע שלא בדרך דיינות לדון עליו אלא בשמיעה בעלמא, גם למחר יקצה הבע"ד השני את דבריו... ישמענו שנית במעמד חבירו וידון" וכן פסק הרמ"א (יז,ה). ונראה שכל שלא נראה לדיין שהוא מערים ומבקש לבסוף להתדיין אצלו, מותר לשמוע דבריו של האחד בדרך שאלה ועצה וכמו שכתב המהר"ל שם בהמשך דבריו "גדולי-הדור נוהגים לשמוע דברי קבלת ראובן היינו משום דלאו דיני נינהו... ואין שומעין בדרך דין אלא בדרך קבלה ועצה". ולפי זה נראה שאם כותב בצורה של פסק-הלכה יש להחמיר, וכן משמע מהרמ"א הנ"ל.

שמע דברי האחד באיסור – מדברי הגמ' (שבועות לא,א) שלומדת דין זה מהפסוק, 'מדבר שקר תרחק' אפשר היה לומר שדין זה הוא רק לכתחילה – כמו שאר דברים שנלמדים מפסוק זה (כגון שנים שבאו לדין אחד לבוש אצטלית וכו' ועוד) ואינם אלא לכתחילה. אולם בפתחי תשובה (חוי"מ יז סק"ח) מובא בשם כנסת הגדולה שאיסור זה הוא דאורייתא ולכן אפילו בדיעבד פסול, אך בספר ארעא דרבנן (הובא בפת"ש הנ"ל) הביא בדעת מהריב"ל שהאיסור אינו אלא מדרבנן ולכן אינו אלא לכתחילה. וכתב הברכי-יוסף (חוי"מ יז,ח) שזה גורם לעוות-הדין ובאיסור תורה אין חילוק בין לכתחילה ובדיעבד. ונראה לומר שמזה שסתמו השי"ס והרי"ף והרמב"ם וכל הפוסקים ולא חילקו בין לכתחילה לבדיעבד, משמע שאין חילוק שהרי לגבי הלכות אחרות שבהם יש חילוק – זה נכתב במפורש (כגון לגבי "דין" בלילה או לגבי עמידת בעלי-הדין ועוד). ובפרט שהמקרה דנן מצוי מאוד ואפ"ה לא חילקו בו הפוסקים – על כרחך שפשוט להם שאיסור זה אף בדיעבד. ואולי אפשר לדייק זאת מדברי הרמ"א עצמו שהביא דברי מהרי"ל הנ"ל "ודוקא שיודע... אבל אם שמע טענות האחד ואח"כ נתרצה השני לדון לפניו-מותר..." – משמע שההיתר דוקא **כשלא ידע** מתחילה ואח"כ נתרצה, אך אם ידע מתחילה – לא מועיל שום ריצוי אח"כ ואסור לו לישב בדין זה (כעין אחת הנפק"מ דלעיל). וראיתי שעל-פי זה יש מיישבים⁵ את לשון הרמב"ם (סנהדרין כא,ז) שכתב "אסור לדיין לשמוע דברי אחד מבעלי-דינין קודם שיבוא חבירו... שנאמר 'שמוע בין אחיכם', וכל השומע **עובר** בלא תשא שמע

⁵ הרב ואזנר במאמרו בספר דברי משפט חלק ו עמ' שלא.

שוא". וקשה, למה שינה לשונו שמתחילה כתב לשון "איסור" שהוא לכתחילה ובהמשך נקט לשון "עובר" שהוא דיעבד. וייתכן להסביר שלרמב"ם יש כאן שני ציוויים – האחד הוא אזהרה על עצם השמיעה אף שלא ידוע שידון בדבר – בכ"א יזהר שלא יבוא לידי איסור, והשני – שאם שמע דברי האחד יזהר שלא ידון אותו שלא יעבור על איסור 'לא תשא'. הש"ך (יח,א) מסתפק אם יש מקום להבחין בין גילוי דעת בע"פ לבין הבעת דיעה בכתב, שאפשר שרק אם הביע דעתו בכתב נפסל לדון באותו ענין. שהרי אם באנו לפסול דיין שכתב פסק דין באיזה נושא (שזה כמו הבעת דיעה כללית בע"פ) לא שבקת חיי לכל דיין. וכ"כ התומים (אורים יז,יד) "אם כתב על דין דומה לזה דעתו, פשיטא שמוותר לישב בדין דאלי"כ פסלת כל החכמים יושבי על מדין וחכמים המחברים חיבורי טהרה".

על כל פנים, גם אם מותר לדיין לשוב ולדון באותו ענין, נראה שזהו רק אם הסכימו לכך שני הצדדים כדין "נאמנים עלי ג' רועי בקר", אבל אם צד אחד מסרב לחזור ולדון לפניו – אי אפשר לכופו לכך (וכמו שהזכרנו לעיל בדעת המהרי"ל שקבלת הצדדים את הדיין תועיל רק בקנין).

4. תחולת האיסור בבי"ד של בוררים

האם גם כאשר הדיון מתקיים בפני בי"ד של בוררים חלים האיסורים לשמוע אחד שלא בפני חבריו? כתב על זה הרא"ש (סנהדרין פ"ג סימן ב) "ומפני שיש חסרי דעת טועין בדברי רש"י ולמדן ממנו שהדיין יש לו להפך בזכות אותו שבירר ועומד במקומו... וחלילה וחס לא דקדקו בדבריו... והדיין עצמו חלילה לו למצוא טברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור...". רואים⁶ מדברי הרא"ש שיש לדיינים בדין זבלי"א דין בי"ד גמור וחלים עליהם דיני בי"ד קבוע, כולל האיסור לשמוע צד אחד ללא נוכחות השני. לכן, אין לו לדיין גם בדין של פשרה שנברר ע"י בעל דין אחד לשמוע טענותיו שלא בנוכחות הצד שכנגד. לעני"ד אפשר להוסיף שהיות וטעמי האיסור כפי שהובאו לעיל קיימים גם כאן – ה"ה שאיסור זה נוהג אף הוא בבי"ד של בוררים.

⁶ בשם שו"ת "פנים מאירות" ח"ב סימן קנט.

5. מקרים יוצאים מן הכלל

ההלכה הפסוקה בשו"ע אינה מתייחסת למקרה שאחד מבעלי – הדין חולה או נמצא במדינת-הים. אולם, מצוי בהלכה סייג לעיקרון המחייב את נוכחות בעלי-הדין בשעת הדיון. סייג זה אמור ביחס לת"ח ונשים יקרות, וכך כותב השו"ע (ח"מ ככד, א) "ונשים יקרות שאין כבודן לבוא לבי"ד משגרים להם סופרי הדיינים ויטענו בפניהם וכיו"ב עושים לת"ח שתורתו אומנותו וזילא ביה מילתא למיזל לבי"ד ולערער בהדי עם הארץ". אומנם בתשובת הגאונים (מובא בטור ח"מ צו בסופו) מובא "ויש מנהג כשאדם מזמין אשת-איש לדין בודקים בין שכיניה אם היא רגילה לשאת וליתן עם אנשים כשמומינים אותה... ואם אינה רגילה בכך... שואלים לתובע על מה תובעה ואם לא יראו פנים לדבר אין מזמינים אותה. ולא בא"א דוקא אלא גם בבתולה שאין דרכה לצאת ולבוא עושיין כן". וכתב הסמ"ע (ח"מ ככד סק"ג) "שאם ירצה התובע הולך עמהן והיא טוענת בפני התובע ותבוש מלטעון שקר". והסביר החזו"א (ח"מ צ, ב) שלחיקור הדין אין גדר מיוחד אלא כפי יכולת הדיינים, והלכך מקילים משום כבוד-התורה ומשום כבודה בת מלך פנימה. ועל-פי זה הסיק החזו"א "שאם הנתבע חולה או שהוא טרוד בעסקיו ויהיה לו הפסד מרובה בביטול עיסקו דינו כנשים יקרות, שאין לנו להפסיד ממונם של ישראל".

לפי עיקרון זה של החזו"א ניתן להרחיב היתר זה גם למקרה שבעל-הדין מצוי במדינת הים וכד', אך צריך לדון בכל מקרה לגופו ואין להסיק מאחד על משנהו. מקרה יוצא מן הכלל נוסף הוא כאשר תוך כדי מהלך הדיון ישנה הצעת "פשרה" של בית הדין אשר מעוניין לבדוק כל תגובה בנפרד, ואז מבקש בית הדין מצד אחד לצאת ואח"כ להיפך. לכאורה ישנה בעיה של "שמוע בין אחיכם" אולם ניתן לומר שבשלבם אלה אין ביה"ד שומע את טענות הצדדים אלא את תגובתם להצעותיו, ובזה אין איסור. כמובן, יש להקפיד שבעלי-הדין לא יטענו טענות לגופו של ענין, אלא שהדיינים יקפידו שהבע"ד יתייחסו אך ורק להצעת הפשרה מצד בית-הדין.

ג. שלב פסק-הדין

1. מקורות הדין

בגמ' ב"ק מה. מובא "אין גומרים דינו של שור אלא בפניו... מאי טעמא דרבנן השור יסקל וגם בעליו יומת – כמיתת הבעלים כך מיתת השור מה בעלים בפניהם אף שור בפניהם". וגם רבי יעקב שחולק שם היינו לגבי שור

אך האדם לכו"ע בעיני גמר דין בפניו. והיינו בדיני נפשות ומטעם גזירת-הכתוב, אך לענינו בדיני ממונות מצאנו מחלוקת ראשונים בדבר.

הרשב"א בתשובה (סימן אלף קיח) כתב "בי"ד פוסקים ואפילו שלא בפני בע"ד" ובהמשך דבריו נימק זאת כך "אבל ממונא בעלמא מה אכפת לך הא כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין, הלכך חותכים דינו היום ושומעים דבריו למחר אם מביא ראיות לסתור את הדין".

לעומתו כותב הנמוקי-יוסף (סנהדרין סוף פ"ג) כך: "ואותו בי"ד מודיעים דעתם לאלו והם דנים אותם, דליכא למימר שיפסקו אותו הבי"ד עליהם את הדין, דהא בעינן שיהו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים". הגר"א הביא כמקור לשיטת הנמו"י את הגמ' בשבועות ל. שבגמ"ד לכו"ע בעלי הדין בעמידה ודיינים בישיבה – משמע שגמר דין בעיני לפניהם!

2. הסתירה בפסקי השו"ע ויישובם

השו"ע (חו"מ יח,ו) פסק מצד אחד "בי"ד פוסקים בדיני ממונות שלא בפני בע"ד", ומצד שני פסק השו"ע (חו"מ יג,ו) "אם הוצרכו הדיינים לשאול דבר מבי"ד הגדול, כותבים ושולחים, ובי"ד הגדול מודיע להם דעתם, והם דנים אותם. דליכא למימר שיפסקו בי"ד הגדול עליהם את הדין, דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים" (כלומר השו"ע פסק גם את הרשב"א וגם את הנמו"י). ונחלקו האחרונים בישוב סתירה זו שבשו"ע. הסמ"ע (חו"מ יח,ו) חילק כך "ונראה פשוט דהיינו דוקא כשכבר טענו שני בעלי-הדין לפני הדיינים, אזי קאמר שיכולים לומר הפסק-דין לאחד מהם (שלא בפני חבירו) או לכתוב הפסק ולשולחו לכל אחד לביתו. וקאמר דהיינו דוקא בדיני ממונות כדמסיים בטעמא הנ"ל (שכל זמן שמביא ראיה סותר את הדין) משא"כ בדיני נפשות שלאחר שנתקיים הפסק הוא מעוות שאינו יכול לתקון". היינו שכיון שבי"ד הגדול לא רואה את בעלי-הדין אלא עונה על שאלות הדיינים – אינו יכול לפסוק בדין זה".

לעומתו כתב הבי"ח (סימן יג) שיש הבדל בין לכתחילה לבדיעבד. כלומר, רק בדיני נפשות אף בדיעבד פסול אם פסקו דין שלא בפניו, אך בדיני ממונות – לכתחילה בעינן נוכחות בעלי הדין (סימן יג) ובדיעבד, אף ללא נוכחותם, דינם של הדיינים – דין הוא. ובאמת אין לחלק בין בי"ד שטענו טענות לפניהם לבין פסיקת-דין אחר טענת הטענות (וכדחילק הסמ"ע). הבי"ח הביא ראיה מהרשב"א עצמו בתשובה אחרת (מובאת בבי"י סימן כ) שם דן הרשב"א בנתבע שקבעו לו זמן להביא ראיותיו, ועבר הזמן ולא הביא, ורצו ביה"ד

לפסוק הדין, ואז הוא טען שנתן את זכותו ללוי וממילא אין לפסוק שלא בפניו של לוי. ממילא מוכח לדעת הב"ח לחלק בין לכתחילה לבדיעבד לענין שלא בפניו.

ניתן לומר שיש כאן מחלוקת במשמעותו של פסק-דין. לפי הסמ"ע פסק-דין אינו קשור למה שקדם לו בדין (שמיעת הטענות, שמיעת העדים דרישתם וחקירתם) אלא היא פרט טכני, כלומר סיכום דעתם של הדיינים לאחר המו"מ ביניהם. לכן, אף לכתחילה פוסקים בדיני ממונות שלא בפני בע"ד בתנאי שכל מה שנעשה קודם לכן – נעשה כדת וכדין. והיות וכל אחד יכול לערער על פסק-הדין לא יגרם שום נזק בפס"ד שלא בפניו. ולעומתו טוען הב"ח, שפס"ד הוא חלק מתהליך סדרי-הדין. אשר על כן, כמו שאפשר לנהל את סדר-הדין ללא נוכחות הבע"ד, כך בדיעבד אפשר לפסוק ללא נוכחותו. הש"ך (חו"מ יג סק"ח) הולך בדרכו של הסמ"ע שמחלק בין פסק דין לבין תחילת-דין, וכן מדייק מלשון השו"ע שמירי שאף לכתחילה פוסקים שלא בפני בע"ד. וביחס לראייתו של הב"ח מתשובת הרשב"א שהובאה לעיל העיר הש"ך שכיוון שהנתבע הראשון הופיע לפני ב"ד והשמיע את טענותיו, הרי שלא אכפת לנו שלוי, האיש שאליו הועברו הזכויות, לא הופיע בעצמו לפני ב"ד.

התומים (סימן יג) סובר כב"ח והביא ראיה לשיטתו ממה שנפסק בשו"ע והובא לעיל לגבי ת"ח ונשים יקרות שמשגרין להם סופרי הדיינים ויטענו בפניהם, ומשמע מדבריו שבי"ד פוסקים שלא בפני אותם נשים יקרות בדיעבד. אך ניתן לדחות ראיה זו ולומר שכיון שנשים יקרות לא רשאיות למנות טוען וכדברי הב"ח שם, הרי שסופרי הדיינים נחשבים כבי"ד לענין פסק-דין בפניהם, וממילא אין הוכחה שבדיעבד פוסקים שלא בפניהם.

ג. דברי קצות החושן וראיותיו

ההיתר כיום לפסוק בפני צד אחד בלבד בנוי על דברי קצות-החושן בסוגייתנו. הקצות (חו"מ יג סק"א) טוען כשיטת הב"ח ומביא מספר ראיות לשיטתו: ראשית – מיתומים קטנים (ערכין כב,א) שאין נזקקים לנכסיהם ובגמי מובא הטעם משום צררי או משום שובר. ואי אמרינן כסמ"ע שבדיני ממונות לא פוסקים שלא בפניו, הרי קטן מיחשיב שלא בפניו – וא"כ זו הסיבה שאין נפרעים מנכסי יתומים קטנים (ולגבי קבלת עדות לא קשה משום שמירי בשטר שכחקה עדותן בבי"ד – אך לגבי פסק דין – קשה!). ראיה נוספת מביא הקצות מהא דק"ל שנפרעים מבע"ח בשטר אף שלא בפני

הלוה וכן ראייה מהא שבתוך זמנו נפרעים אפילו מנכסי קטנים – הרי שפוסקים דין בדיעבד – אף שלא בפניו.

בעל ערוך השולחן (חוי"מ יג,יא) שואל שאלה בסיסית – מדוע ב"ד הגדול לא יכול לפסוק את השאלה של ב"ד המקומי (בשאלה שבשו"ת הרשב"א) ויש מיישבים שלב"ד הגדול אין סמכות לדון מישהו שלא נתבקשו לדונו.

בעל חושן אהרון מביא שקושיות הקצות והתומים נובעות מזה שהם מבינים שאסור לפסוק לכתחילה שלא בפני בע"ד, וזה לדעתו, לא כך – אלא הענין הוא שצריך שבי"ד ית'רשמו מטענות בעלי-הדין ולכן העיקר כסמ"ע והשי"ד. ולעומת זאת ביתומים קטנים וכן ב"נפרעים שלא בפניו" זה רק כשהמציאות ברורה לב"ד ואינם זקוקים לטענות ובירורים, וכן בנשים יקרות ות"ח – אין בהם חשש שקר ובית-הדין מוותר על ההתרשמות שיש בטענות.

יש שדחו את הקושיות של קצוה"ח על פי התוס' בסנהדרין שמסביר שיתומים קטנים זו תקנה מיוחדת, ואין להביא ממנה ראייה כלל.

יש שתירצו קושיא זו של קצוה"ח שכיון שביתומים אין בכלל טוען, ממילא אין זה נחשב כפסק דין של בית דין, אלא ב"ד נחשב במקרה זה כגובה המקיים מצות פריעת בע"ח – מצוה. בכיון כזה הולך האגרות משה (חוי"מ א סימן לד) וז"ל:

ולכן אמרתי שהוא מחמת השעבוד הוא זכות שיש לו בקרקע ונמצא כשדנים שיכול לגבות וליקח שעבודו הוא רק כנותנין לו את שלו המבורר כבר ואין הנידון כלל פס"ד על הלוה שיצטרך לדון בפניו דוקא אלא בירור בעלמא ששייך מעתה למלוה אחרי שעדיין לא פרע... ונמצא שהתביעה בשטר היא על השעבוד שזה לא צריך בפניו דוקא.

היוצא מדברי הגרמ"פ זצ"ל חידוש גדול ועצום שבכל הלוואה בשטר הרי אין כאן שני בע"ד אלא מלוה ושיעבודו בלבד. ועל-פי זה מיושבת קושיית הקצות מגבייה בשטר שלא בפניו של הלוה.

החזון-איש (חוי"מ ג,יא) הכריע במחלוקת דלעיל כשי"ד ולא כב"ח וקצוה"ח שהרי כתב "אי אפשר להוציא דין על האדם קודם שטען בפניו, ואם טען בפני ב"ד אחר – אין ב"ד אחר זכאי לפסוק הדין עליו". ומה שכתב הרשב"א שיכול ב"ד לפסוק שלא בפני בע"ד מסביר החזון"א שזה מדין כפ"ה לנתבע וכמו דין נידוי שמופיע בתחילת סימן יא לגבי מי שלא בא לב"ד לאחר שהזמינוהו שלוש פעמים ושתק. ותמה החזון"א על קצוה"ח שסובר שבדיעבד מועיל פס"ד שלא בפני בע"ד: "איך יתכן לדון בלא שמיעת הטענות של

הנתבע בזמן שהוא אנוס לבוא לבי"ד לפי שעה ואיך יהא בזה כח הדין?⁷
...והגביה מיתומים קטנים ושלא בפניו ודאי שזה מן התקנה ולא מן הדין.
והא דגובין מן הקטן היינו ע"י אפוטרופוס ומשום שזו תקנת היתומים שלא
להאכילן גזל, ואפוטרופוס חשיב כבפניו".

המהר"ם שיק (חו"מ סימן ב) לומד כשי"ך שרק לענין גמ"ד מחלק הרשב"א
בין ד"מ לד"נ, אך לענין שמיעת בעלי-הדין, גם בדיני ממונות בי"ד צריך
לשמוע אותם. ועל פי זה מיושבת קושית התומים מנשים יקרות וכן קושית
הקצות ש"הרי זה שי"ך בשעת הטענות, אך בשעת פסק דין – פוסקים אף
שלא בפניו. אמנם אפילו לב"ח ולתומים ולקצוה"ח שהסכימו שבדיעבד
אפילו שלא בפניו מהני, היינו אם כבר שמעו טענותיו ואפילו שלא בפניהם.
אבל אם לא ידעו כלל טענותיו, ודאי אין דיניהם דין". ולגבי דין של מסרב
לבוא לבי"ד לדון שלא בפניו ההיתר לדעת מהר"ם שיק הוא בגדר "הוראת
שעה" בלבד.

תירוץ נוסף לקושית הקצות מגביה בשטר שלא בפני הלוח אפשר לראות
בדברי השערי חיים (על מסכת גיטין סימן יב לרב חיים שמואלבין) בענין
שטר העומד לגבות כגבוי דמי וז"ל "דנראה דאילו היו בי"ד צריכים לפסוק
עכשיו שהוא חייב, היו צריכים עדות על המעשה, ולא מהני עדות על הגמ"ד,
אלא הטעם הוא שלאחר שכבר נגמר הדין שוב אין צריך שום גמ"ד נוסף על
חיוב הנידון, ואין הבי"ד פוסקים כעת שהלה חייב, אלא צריכים להוציא
הגמ"ד הראשון לפועל, והעדים אינם אלא מבררים בפני בי"ד שנגמר דינו".
א"כ הי"ה לענין גמר דין שלא בפניו – אפשר לומר שזה לא נחשב גמ"ד שלא
בפניו מאחר שכבר היה גמ"ד בעצם תוקף השטר וכוחו גדול יותר מסתם
"נחקרה עדותן בבי"ד דין".

ד. פסק-דין לאחר דיון שנערך שלא כהלכה

דיין שעבר עבירה אינו בהכרח נפסל מלהיות דיין וממילא – לא תמיד פסק-
דינו בטל, והדבר תלוי בסוג העבירה. שהרי לא דומה עבירה שנוגעת למשפט
המתנהל לעבירה שלא קשורה לו. והשאלה בענייננו היא – האם דיין ששמע
טענות שלא בפניו בע"ד (ועבר על ילא תשא שמע שוא) יכול לתפקד בדין זה

⁷ בספר טבעות החושן תירץ דמיירי במצב שבי"ד דנים על פי ראיות.

כדיין, ואם כבר פסק והכריע את הדין – האם דינו בטל? כדי לענות נקדים בענין דומה.

בגמ' בכתובות (כתובות קה,ב) מובאים דוגמאות ל"שוחד דברים" והיוצא ממכלול הדברים – כל מעשה שבעל הדין עשה לדיין ואינו רגיל לעשותו, אפילו אמירת שלום אם אינו רגיל בכך – נכלל ב"שוחד דברים". האם דיין שנכשל בשוחד דברים נפסל מלדון באותו ענין? מצאנו בזה שלוש שיטות מרכזיות (מובא בפת"ש סימן ט סק"ד ובהלכה-פסוקה חו"מ סימן ט הערה 75):

א. לדעת הכסף משנה (סנהדרין כג,ג) יש בכך איסור מן התורה ולכן הדיין נפסל.

ב. שיטת התוספות (כתובות קה, ב ד"ה "לא למאן דסני ליה") היא שזוהי רק מידת חסידות ואין בכך איסור מדרבנן – ודאי לא איסור מהתורה.

ג. שיטת הריצב"א המובא ב"אור זרוע" וכן עבודת הגרשוני (סימן לג) היא שהאיסור הוא מדרבנן אך בדיעבד הפסק קיים והדיין לא נפסל.

האם שמיעת צד אחד נחשב אף הוא כשוחד דברים? לכאורה הנגיעה של הדיין פחותה במקרה זה, שהרי בעל הדין לא שיחד את הדיין, אלא הדיין עצמו גרם לזה שהוא לא נעשה אובייקטיבי ע"י זה ששמע צד אחד שלא בפני חברו. דיין כזה, לכמה מן הפוסקים נפסל מלדון בדין זה. הכנסת הגדולה סובר שגם הדין בטל וגם הדיין נפסל, וכמו שעדות שלא בפני בע"ד בטלה – ה"ה לפסק דין. נראה לומר שגם הרמב"ם סובר כך שהרי הוא סובר כפי שכתבנו לעיל, שדיין ששמע אחד מבעלי הדין שלא בפני חברו – עבר על איסור תורה של "לא תשא שמע שוא". והרי כל ההיתר לדיין לשמוע טענות בעלי-הדין שכוללים שמיעת לשון הרע ועוד איסורים הוא משום שזה תפקידו, וזו המצוה המוטלת עליו. אך דיין שאינו מתנהג כמו דיין ושומע טענות שהם בגדר "לשון הרע" יתכן שנפסל מלדון. אמנם לדעת התוס' שהובא לעיל כמו בכל שוחד דברים אין הדיין נפסל, הוא הדין לנגיעה מועטת כגון זו שמדברים אנו עליה.

ה. תקנות הדיין

בתקנות הדיין של בתי-הדין הרבניים בישראל מובאת אפשרות לדון ולפסוק במעמד צד אחד בלבד. וכך נאמר בתקנה צ"ב: "הופיע התובע ולא הופיע

הנתבע, והוא הוזמן כדין, רשאי בית-הדין להחליט על בירור התביעה שלא בפני הנתבע ולהוציא פסק-דין, או לדחות את הדיון לתאריך אחר". נראה שהמקור לתקנה זו הוא בקצוה"ח בסימן יג שהובא לעיל בהרחבה.

אומנם בתקנה נא, נקבע כך: "במשך כל מהלך המשפט על בעלי-הדין להיות נוכחים, גם אם יש להם מורשים, אלא אם החליט בית הדין שאין צורך בנוכחותם או בנוכחות אחד מהם בכל מהלך המשפט או בחלק ממנו". ועל פניו נראית פה חלוקת הבי"ח וקצוה"ח והתומים – בין לכתחילה לבדיעבד.

בדיונים שונים שנערכו בבתי-הדין במדינת ישראל היו רבנים שציידו בנוסח תקנות אלו, ורבנים אחרים שהתנגדו להם (פד"ר כרך ז עמוד 522).

הרבנים שציידו בנוסח תקנות אלו התבססו על מספר דברים:

1. כיום שרוב הדיונים נעשים על סמך שטר בוררות – הצדדים מקבלים עליהם גם את תקנות הדיון ואת אפשרות הערעור. הצדדים החותמים על שטר הבוררים מקבלים על עצמם שתקנות הדיון מהוות את הדרך והמסגרת של פעולת ביה"ד, גם אם יש בהם חריגות מסדר הדין המקובל בהלכה, ודומה לבע"ד שקבלו עליהם ג' רועי-בקר, שהקבלה מועלה בזה אף אם הדיון נערך שלא כהלכה. החתימה על שטר בוררים יש לראותה כקבלת קנין על כל אופן ניהול הדין ע"י ביה"ד על-פי תקנות הדיון. כמו כן לגבי הערעורים (קובץ פסקי דין של הרה"ר עמוד עא) "מכיוון שדבר הערעורים נתקבל לתקנת חכמים, שידנה כדין תורתנו הקדושה, וכל הנכנס לדין נכנס אדעתא דהכי".

2. גם אם לא חתמו על שטר בוררות – יתכן שעצם עמידת הצדדים לדיון יש בה משום קבלת תקנות – הדיון מצד בעלי הדין. וכך פסק הרב שפירא שליט"א בפס"ד בבי"ד הגדול לערעורים (פסד"ר כרך י עמוד 180) "שבכל פסק דין יש שני יסודות שעל-פיהן ביה"ד לערעורים מבטל פס"ד של ביה"ד האזורי: חדא – מכח תקנות הדיון, ואדעתא דהכי הצדדים מתדיינים...". ויוצא מדבריו שעצם העמידה בפני ביה"ד הרבני יש בה קבלתו ע"פ תקנות – הדיון שהוא פועל על פיו. אומנם יש סברות החולקות על קביעה זו וסוברים שעצם עמידתם מועלת אם הסכימו לסדרי הדין, אולם אם הביע אחד הצדדים התנגדות כזו, אזי עובדת הנוכחות לא מוכיחה דבר, ואין לראות בה הסכמה.

3. תקנות הדיון מדברות על מצב של דיעבד ושל נסיבות מיוחדות ולכן נכתב בתקנות "הופיע התובע... רשאי ביה"ד להחליט... שלא בפני הנתבע..." ולא נכתב חייב. היינו, שהתקנה נותנת ביד הדין את הרשות להכריע בהתאם לנסיבות האם לשמוע את התביעה במעמד צד אחד, ואין זו קביעה

שלכתחילה יעשו כן. ואולי אפשר למצוא סמך לזה בדברי המהר"ם שיק שהובאו בחלקם לעיל, וז"ל (חוי"מ סימן ב): "מיהו כיוון... שאין אפשרות האידינא בשום כפיה אחרת, וא"כ כשיזדמן מקרה ע"כ יהא צריך לעשות אז סייג לתורה בהוראת שעה אפילו לדונו שלא בפניו אם לא יהא אפשר בענין אחר".

4. מטרת התקנות היא לחזק את דין התורה ובפרט שלא להזדקק למערכות משפט נוכריות או לערכאות. שהרי אם התובע יראה שהנתבע מתחמק וביה"ד לא זן, כפי שאומרת התורה, אלא במעמד שני הבע"ד, הרי שיש חשש שהתובע ילך לבית משפט של ערכאות שידונו אותו ויוציאו ממון שלא לפי דין תורה. וממילא מתוך שיקול דעת כזה יש לשקול עיתים כהוראת שעה לשמוע את התביעה במעמד צד אחד, בבחינת "ועשו סייג לתורה". הרבנים הראשיים וחברי ביה"ד הגדול שתקנו תקנה זו, עמדה המטרה הקדושה לקיום משפטי – התורה לנגד עיניהם וכן חיזוק מעמד בתי-הדין המושתתים על יסודות התורה וההלכה. לכן, כהוראת שעה התירו לשמוע התביעה במעמד צד אחד, אם וכאשר יזדקקו לכך. וכן כתב הרשב"א בתשובותיו (חלק ב סימן רצ) לגבי מינוי בתי-דין שאינם מומחים כעין "ערכאות של סוריה".

5. יתכן ששמיעת שני הצדדים אינה מעצם הדין אלא חלק מסדרי-הדיון ואפשר להוכיח זאת מהמיקום של הלכות אלו ברמב"ם שהרי בפרק כא הרמב"ם מביא הלכות שעוסקות בהשוואת בעלי-הדין בכל דבר, בבחינת "צדק-המשפט". והלכה זו של שמיעת בע"ד בפני חבירו נכתבה בפרק זה הלכה ז'. אולם יש חולקים וסוברים שבלי שמיעת שני בעלי-הדין נעשה המשפט מעוות, ובית הדין עלול להוציא ממון שלא כדין.

נראה תחומין י' מאמרו של פרופ' זאב לב "דיני ממונות במעמד צד אחד" ומאמר התגובה של הרב אברהם שרמן.

ו. סיכום ומסקנות

א. מעיקר הדין חובה על בית הדין לשמוע את טענותיהם של בעלי-הדין, וכן לפסוק את פסק-דינם במעמד שני הצדדים.

ב. לחלק מהשיטות, בית דין שדן בדיני ממונות במעמד צד אחד בלבד – דינו בטל, משום שזה פוגע ביסודות המשפט. אחרים סוברים שבגדר "הוראת-שעה" יש להתיר אף ללא שטר בוררות.

- ג. האם שמיעת טענות במעמד נציג של הצד השני כגון עו"ד מהווה תחליף לבע"ד עצמו – ראינו שלכאורה הדבר תלוי בטעמי האיסור וזו אחת הנפק"מ.
- ד. כיום, שהדיון מתקיים בדי"כ בבי"ד של בוררים, יש מקילים בדין שמיעת צד אחד שלא בפני חברו, ויש טוענים (עפ"י הרא"ש) שגם בזה יש להחמיר.
- ה. ישנם מקרים יוצאים מן הכלל שמוסכמים על כולם והובאו בפרק א' סעיף 5 לעיל.
- ו. ישנה סתירה בשו"ע ביחס לפס"ד במעמד צד אחד ושתי שיטות מרכזיות בישוב הסתירה: חילוק בין לכתחילה לבדיעבד וחילוק בין שלב המו"מ לגמ"ד. הבאנו הסבר לבאור מחלוקתם – מהי משמעותו של פסק-הדין.
- ז. הובאו שיטות שונות לגבי פס"ד שנערך לאחר דיון שלא כהלכה – ואין הכרעה חד משמעית בדבר.
- ח. תקנות הדיון מאפשרות שמיעת צד אחד בפני חברו בנסיבות מסויימות – הבאנו נימוקים שונים המסבירים קולא זו שבתקנות הדיון.

כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודרישות וחקירות

ראשי פרקים

- א. חזרה מהגדת עדות לפני דרישות וחקירות (לאחר שביטלו דרישות וחקירות)
 1. שו"ת הר"ן סימן לד
 2. שו"ת הרא"ם סימן כד
- ב. ארבעה הסברים למחלוקת הראשונים
 1. גדר תקנת חכמים שבטלו דרישות וחקירות בדיני ממונות
 2. הסבר שו"ת יעטרת חכמים
 3. שיטת בעל הידברי יחזקאל
 4. תוקף עדות בלי דרישות וחקירות – מדאורייתא או מדרבנן ?
- ג. הרחבה – תוקף עדות בלי דרישות וחקירות
- ד. הערות בשולי הדברים

א. חזרה מהגדת עדות לפני דרישות וחקירות (לאחר שביטלו דרישות וחקירות)

בשו"ע חו"מ כט, א נפסק: אחר שהעיד העד בבית דין אינו יכול לחזור בו. מקור דבריו בלשון הרמב"ם פ"ג מעדות בשינוי מסויים וכדלהלן. מעיקר הדין בדיני ממונות צריך דרישות וחקירות כבדיני נפשות (משנה סנהדרין ר"פ אחד דיני ממונות). ובפשטות הדין הנ"ל שיכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד¹ חל רק לאחר דרישות וחקירות.

¹ עיי תומים ונתח"מ ר"ס כט שדנו בדברי תוס' פסחים יא, ב ויב, א שמהם משמע שיש דין כיון שהגיד מיד אחר ההגדה אף לפני דו"ח ועיי או"ש עדות פ"ג ובדברי יחזקאל ס"י כז אות כו. ואכמ"ל בשיטת זו.

ועיי תוספתא כתובות פ"ב וסנהדרין פ"ו:
לעולם העדים יכולין לחזור בהם עד שתחקר עדותן בבית דין נחקרה
עדותן בבית דין אין יכולין לחזור בהן².

נחלקו ראשונים בדיני ממונות לאחר שבטלו דו"ח האם חוזר ומגיד עד שיהיו
דו"ח (או גמ"ד?) או מיד שסיים עדותו אינו חוזר ומגיד. [הא דחוזר ומגיד עד
סוף דו"ח הרי זה מפני שעדותו טרם נתסיימה ולכן נראה לכאורה כצד ב].

1. שו"ת הר"ן סימן לד

בשו"ת הר"ן סי' לד, הובא בב"י סי' כט כתב שמיד לאחר ההגדה אינו חוזר
ומגיד.

הר"ן נשאל כך:

עוד שאלת: שאעמידך על דעתי בדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד בעדות
על פה שלא על כתב ידן, על איזה צד נאמר בין לאיסור בין להיתר בין לחיוב
ובין לזכות, אם אחר שבאו לב"ד וקבלו עדותן כראוי בעדות דלא בעי חקירה
מדינא או מתקנתא ולכך לא עשו חקירה, אם יכולין לחזור ולסתור עדותן כל
זמן שלא יצאו מב"ד, או אפי' יצאו מב"ד כל זמן שלא נחקרה עדותן אע"ג
דלא בעינן חקירה ואפי' לא נתנו אמתלא למה שהעידו בראשונה כמו שנראה
לכאורה... (מ) פרק האשה שנתארמלה (כתובות יח, ב) גבי אנוסין היינו דתלי
טעמא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כההיא דריש לקיש עדים החתומים
על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, אלמא חזרת ההגדה בחקירה
תליא מילתא וכו' והקשית על זה א"כ הוא שיכולין הן לסתור דבריהם כל
זמן שלא נחקרה עדותן בלא אמתלא גם אחר שיצאו מב"ד אפילו בעדות דלא
בעי חקירה, א"כ אם נפסק הדין ונפרע החוב ונאכל הדבר או נשאת האשה
ויחזרו העדים ויאמרו מבדין אנו ההשב ישיב הממון ותצא האשה מאישה,
זה מן התימה, אלו היו דברך.

(והשיב הר"ן:) דע שהעיקר בזה הוא שמכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכל
שנגמרה עדותו קרוי שהגיד וכל שלא נגמרה מפני שעדיין אינו נקרא שהגיד
הרי הוא יכול להפך עדותו כמו שירצה, וזהו שאמרו בירושלמי שהעדים
שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאסור בין להתיר בין

² כך במהדורת צוקרמנדל ובכ"י וכן בכתובות. בנדפס: לעולם אין העדים יכולין לחזור
בהן עד שתחקר עדותן. ובג"י ר"ח בסוף פי ז"ב: לעולם אין העדים יכולין לחזור בהן
משנחקרה עדותן.

לזכות בין לחייב אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין אנו הרי אלו נאמנין אם משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין אנו אין אלו נאמנין. ואל תחשוב שכשתפסו זה הלשון אם עד שלא נחקרה ומשנחקרה שבא בדקדוק גמור ותלמוד ממנו שאף בדיני ממונות דלא בעינן חקירה ודרישה אחר שנתקבלה עדותן יכולין לחזור בהן כיון שלא נחקרה עדותן, שזה בודאי אינו שכיון שנגמרה עדותו ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד, אלא מפני שכל העדיות מן הדין צריכים דרישה וחקירה (סנהדרין לב,א) תפסו הלשון שהוא שוה בכלם וכו'.

הר"ן מקבל את הנחת השואל שדבר תמוה הוא לאפשר חזרת עדים אף לאחר גמר דין הואיל ולא התקיימו (עפ"י התקנה) דרישות וחקירות. לדעת הר"ן לאחר גמר העדות אין העדים יכולים לחזור ויש להגדיר זמן זה שבו נגמרה העדות. הר"ן סבור שבהעדר דרישות וחקירות שוב נחשב גמר העדות לפני זמן זה.³ לשיטתו לשון התוספתא (והירושלמי) מתאימה לכלל העדויות אך בפועל בדיני ממונות שבטלו חכמים דרישות וחקירות שוב אינו חוזר ומגיד מיד בגמר ההגדה.

וע"ע ב"י סי' כט בשם מרדכי (ר"י) ור"ן הנ"ל. וכן נפסק בשו"ע ר"ס כט כנ"ל.

2. שו"ת הרא"ם סימן כד

בשו"ת הרא"ם סי' כד מביא תשובת רשב"א שאינה לפנינו אך בתוכן נראה כשו"ת הר"ן הנ"ל. בתוך דבריו מציין לדברי רבינו ישעיה (הרי"ד) כתובות יח,ב (שבאר מדוע דקדקה הגמי' להביא את ר"ל, או מדוע דקדק ר"ל בלשון 'כמי שנחקרה עדותן בב"ד' ביחס לשטר ולא אמר 'כמי שהעידו בב"ד') והגדיר הרי"ד שכל עוד לא נחקרה העדות העד חוזר ומגיד. ציין עוד לדברי הרמב"ם עדות ג,ה וז"ל:

כל עד שנחקרה עדותו בבית דין בין בדיני ממונות בין בדיני נפשות אין יכול לחזור בו, כיצד אמר מוטעה הייתי שוגג הייתי ונוכרתי שאין הדבר כן, לפחדו עשיתי אין שומעין לו אפילו נתן טעם לדבריו, וכן אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי, כללו של דבר כל דברים שיאמר העד אחר שנחקרה עדותו שיבא מכללן ביטול העדות או הוספת תנאי בה אין שומעין לו.

³ לסוברים שקיים מושג של גמר דין שהעדות התקבלה, מסתבר שלפני שלב זה לא חל דין 'אינו חוזר ומגיד' עיי רבינו יונה בעליותיו ב"ב קס"ה,ב ואכמ"ל.

מדברי הרמב"ם משמע שעד שלא נחקרה העדות יכול העד לחזור בו אף בדיני ממונות. ולדעת הרא"ם קיימת מחלוקת ראשונים בדין זה.⁴

הסמ"ע ר"ס כט כתב שהמחבר שינה מלשון הר"מ והטור (ונקט 'אחר שהעיד' ולא 'אחר שנחקרה') ושהם לא דייקו בדבריהם (לדעת הרא"ם, כאמור, דבריהם מדוייקים ולפנינו מחלוקת ראשונים). וכן דעת הב"ח.

יש להעיר מדברי ר' מאיר אריק בשו"ת אמרי יושר סי' ז' בעדות גו"ק שמתלבט למעשה בעקבות מחלוקת זו. ומחמיר לכה"פ בעניני קידושין וחושש אף לעדות השניה⁵ (בנדון במקרה שלו). וייתכן ובממונות נשאר בספק ויש לדון מי המוציא (ותתכן נפ"מ אם כבר שמעו עדות שניה או לא).⁶

נראה שלפנינו מחלוקת ראשונים – משבטלו דו"ח בד"מ האם דין אינו חוזר ומגיד חל מיד בסיום ההגדה או שהוא נשאר תלוי בדו"ח (אם כי לדעת הסמ"ע אין מקום למחלוקת זו, הרי דברי הר"מ מפורשים הם וממילא אין הכרח לדחוק ברמב"ם ובטור).⁷

ב. ארבעה הסברים למחלוקת הראשונים

נראה להציע ארבע אפשרויות בהסבר המחלוקת הנ"ל, כאשר חלקן תלויות זו בזו:

1. גדר תקנת חכמים שבטלו דרישות וחקירות בדיני ממונות

מהו גדר תקנת חכמים שאין דרישות וחקירות בדיני ממונות – האם העדות כמי שנחקרה (אע"פ שלא נחקרה) או שתקנו שדרישות וחקירות אינם לעיכובא.

⁴ אף מדברי רבי יוסף קארו בשו"ת בית יוסף סי' ד' נראה שתלה שאלה זו במחלוקת רמב"ם (ומרדכי) כנגד הר"ן.

⁵ ראה בשו"ת הרא"ם: ...מ"מ באסור אשת איש בנדון דידן אין להקל אלא שצריך להחמיר בכל עוז אפילו אם יהיו החולקים רבים... [כמובן, קולא וחומרא ישתנה כאן בהתאם לתוכן העדות הראשונה].

⁶ יש להעיר שלדעת השי"ש (שי"ו פי"ד) דברי הר"ן הנ"ל משו"ת סי' לד' סותרים למשי"כ בסי' מז' ע"ש. אמנם בהערות הגרשז"א לשי"ש דחה דיוק השי"ש בר"ן סי' מז'. ואכמ"ל.

⁷ ע"י משנת יעבץ חו"מ סי' יא אות ה-ו בשיטת הרמ"א (אבה"ע מב, ד) וע"ש בבאור הגר"א ס"ק יח וכן בדברי הרמ"א חו"מ טו, ג.

נראה שנחלקו בכך התומים (ל,ט) ונתיבות המשפט (שם ד) לגבי חיוב שבועה דר"ח קמייטא באופן שאין העדים מחייבים קנס. הט"ז סבור שאין לחייב שבועה מדרי"ח קמייטא בעדות מיוחדת כי העדאת עדים נלמדת מק"ו מפיו שאין מחייבו קנס עדים שמחייבים קנס אנו דין שיחייבוהו שבועה. והרי אין בכוחם של עדים על ידי צירוף לחייב קנס וממילא לא יחייבו שבועה. התומים הקשה – לפי"ז אם העדים אינם יודעים בחקירות לא יחייבו קנס וממילא הוא הדין לשבועת ר"ח קמייטא.

הנתיבות השיב כך:

מה שהקשה בתומים מעדים שאים יודעים בחקירות לא קשה כלל דהא מדאורייתא גם בממון בעינן חקירות וגוף הק"ו לחייב שבועה הוא מדאורייתא, ובודאי מדאורייתא עדים שאין יודעים בחקירות אינם מחייבים שבועה ולא ממון⁸ רק שחכמים הקילו דאף **זליכא חקירות הוי כנחקרו**.

נראה שהתומים נקט שחכמים הקלו ולא הצריכו דרישות וחקירות אך לא החשיבו שהעדויות היא כמי שנחקרה אע"פ שלא נחקרה.

הסוברים שלאחר הגדת עדות בדיני ממונות אין העדים יכולים לחזור (אף שלא התקיימה דרישה וחקירה) יסברו גנתה"מ שהעדויות נחשבות לעדות שנחקרה, משא"כ לתומים שהתקנה היתה שא"צ לדרוש ולחקור אך לא להחשיב העדות כמי שנחקרה.

2. הסבר שו"ת 'עטרת חכמים'

בשו"ת עטרת חכמים (לבעל ה'ברוך טעם' וה'אמרי ברוך') חח"מ ס"י א דן בתשובת הרי"ף.

וכך כתב הרי"ף בתשובה ס"י רא:

אם הוציאו בפני ב"ד שטר במקבלי עדות והעדויות אשר נתקבלה עדות מצויין אם צריך ב"ד להזמין שם כדי שישמעו מהם העדות ע"פ או לא ואם באו לב"ד והחליפו העדות המקובלת בפניהם אם נקבל מהם ונניח אותם המקבלין שקבלו מהם או נדין בזה כדין העדים החתומים

⁸ דלא כנו"ב שו"ת אבה"ע קמא עב בסתירת ההיתר הראשון, שסבור שאף מדאורייתא אמירת איני יודע אינה מעכבת בדיני ממונות.

שנעשה בשיע בבית דין ולא יתכן לחזור במה שקבלו וכתבו על פיהם מקבלי עדות ואי זה הפרש יש עדי קבלה לעידי קיום השטר.

תשובה אם יהיו אותן מקבלי עדות בקיאים בדקדוק עדות ומבינים בחקירת עדים יפה יפה סומכין עליהם ועל הכתב ואין חוששין לעדים ואם לאו אין סומכין עליהן ולא בכתיבתן אלא סומכין על העדים.

והקשה בעט"ח הרי הרי"ף פסק בפי' אדי"מ שבדיני ממונות אין צריך דרישה וחקירה מפני נעילת דלת ונראה שהרי"ף ס"ל שאף שבטלו דו"ח אין חסרון של חוזר ומגיד עד שיהיו דרישות וחקירות. אמנם לפי"ז חוזרת ונעורה טענת השואל בשו"ת הרי"ן סי' לד. ולישב דבר זה הקדים העט"ח הערה נוספת דלמה לי דיינים היודעים לדרוש ולחקור הרי בטלו דו"ח?

מכח קושיות אלו חידש, שלרי"ף (ולרמב"ם) אף שבטלו דו"ח הרי הטעם הוא משום נעילת דלת ולכן כל מה שלא יגרום לנעילת דלת אין סיבה לבטלו. ז' חקירות עלולות לגרום לביטול העדות (מחוסר ידע או אי דיוק) ובכך לגרום לנעילת דלת שאנשים יראים להלוות פן תתבטל הגדת העדים אך מ"מ שאלות על גוף המעשה לברר האמת לאמיתו (רי"ל דרישות) אין סיבה לבטל, בפרט שכמו שתיקנו לטובת התובעים (דהיינו למנוע נעילת דלת) יש לחוש אף לתקנת הנתבעים. וזה אשר חידש הרי"ף בתשובה הנ"ל שצריך ב"יד שבקיאים בדרישות וחקירות.

מעתי' י"ל שמחלוקת הראשונים הנ"ל (סעיף א) תלויה במחלוקת הראשונים (ריב"ש ורי"ן?) אלו דו"ח צריך בדין מרומה. הריב"ש (שו"ת קסו) סבור שדי בדו"ח בחלק העדות הנראה כמרומה אך החולקים ס"ל שצריך דו"ח כבדיני נפשות. [ע"י שיעור קודם שנראה שנחלקו בכך המחבר והרמ"א לעיל טו, ג, וראה קצוה"ח ר"ס ל ואכמ"ל]. הסוברים שבדין מרומה די בדו"ח באופן חלקי ע"כ יסבור שבדי"מ, שבטלו בהם דו"ח הרי שהביטול הוא לגמרי משא"כ אם בדין מרומה יש דו"ח כבדיני נפשות, הרי שיש מקום לומר שבדי"מ גרידא יש לדרוש ולחקור באופן חלקי. ולפי"ז י"ל שלשון הרמב"ם בדקדוק נאמר (עדות ג,ה) ואף עתה משבטלו דו"ח בדיני ממונות עדיין צריך לקיים חלק מהחקירות. [ההארה האחרונה נכתבה על ידו בדרך פלפול, כלשונו].

יש להעיר שלפי"ז קיימת סתירה בפסקי השו"ע בין מש"כ בסי' טו סעיף ג שבדין מרומה צריך לדרוש ולחקור כבדיני נפשות ולפי"ז י"ל שבדיני ממונות גרידא צריך חלק מהחקירות וממילא דין חוזר ומגיד הוא רק אחרי חקירות

אלו והרי המחבר בסיי כט השמיט לשון הרמב"ם והטור וכתב שלאחר עדותם אינם חוזרים ומגידיים וכסמ"ע הנ"ל שם סק"א.

3. שיטת בעל הדברי יחזקאל'

לדעת הדברי יחזקאל (כו, כה) הטור דקדק בלשונו. וטעמו דומה לנ"ל שעל אף שבטלו דו"ח הרי נימקו תקנתם משום נעילת דלת אך זה שייך בחשש טעות או ידיעה. אמנם לענין אפשרות שהעדים יחזרו בהם – אין לתקן תקנה מיוחדת כי המלוה לא חושש לכך (הרי זה לחשוש שמא העדים יסרבו להעיד או ישקרו במכוון). ולכן דין כיון שהגיד שקיים רק לאחר דו"ח נשאר כפי שהיה לפני ביטול הצורך בדו"ח. ובלשונו: "דנהי דתיקנו רבנן דלא בעי דו"ח מטעם נעילת דלת מ"מ לא עקרו רבנן דין תורה לגמרי ואין לה תורת הגדה רק באופן שאפשר לבוא לידי נעילת דלת בלא התקנה אבל באופן דליכא חששא אוקמא אדאורייתא".

הדברי יחזקאל הוסיף שמכל מקום לאחר גמ"ד שוב אינם חוזרים ומגידיים דא"כ אין לדבר סוף. ועפ"ז באר הערת המגן אברהם על תוספתא סנהדרין פ"ו, שלעיל הובא מהתוספתא שהעדים חוזרים עד שתחקר עדותם ולעיל מינה איתא שלעולם (אין) העדים חוזרים עד שיגמר הדין ולכאורה דברים סותרים ולנ"ל א"ש כי בדיני ממונות כשאין דו"ח חוזרים ומגידיים עד גמר דין.

כל הנ"ל בשיטת הטור (והרמב"ם). ואלו בדעת הר"ן י"ל ס"ל שבטלו לגמרי דו"ח וכל ההשלכות מכך.

4. תוקף עדות בלי דרישות וחקירות – מדאורייתא או מדרבנן ?

יש לחקור מהו תוקף העדות לאחר שבטלו דו"ח – דאורייתא או מדרבנן ? נפקא מינות אפשריות – האם עד שמשקר יעבור על לאו 'לא תענה', האם יש עונש של כאשר זמם עם יוזמו, ולדין כיון שהגיד.

יעויין בשו"ת חמדת שלמה סי' אבה"ע סי' נב שהגאון מליסא (בעל נתי"מ) כתב לו שלעדות בלי דו"ח יש תוקף מדרבנן בלבד. והחמד"ש נטה לומר שלאחר תק"ח: "...נראה פשוט אם העידו שקר עברו על לא תענה ונפסלו לעדות. ע"כ י"ל דהוי עכשיו אפילו עדות דאורייתא ושוב אינו יכול להיות חוזר ומגידי".

מדבריו עולה שהבין שלדעת הנתיבות אין דין של כיון שהגיד הואיל ותוקף העדות מדרבנן. (וייתכן ואם יעידו שקר לא עברו בלא תענה)⁹.

ויש להעיר שלכאורה כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ואף שבטלו דו"ח מדוע יבטלו דין חוזר ומגיד.

אמנם יש לבאר הענין על פי משי"כ בשו"ת חת"ס ח' אבה"ע סי' עה שתמה בעדות אשה מנין שיש דין שאינו חוזר ומגיד (לאחר שחכמים הכשירו פסולים ובלי דו"ח וכו') ותרץ עפ"י דברי הר"ן (תמיהת השואל) בסי' לד הנ"ל. ונראה שכונת שאלתו היתה שדין אינו חוזר ומגיד (דיליף מקרא) אינו אלא בעדות ותק"ח היא להתיר אשה מכח נאמנות ולא מכח עדות. וי"ל שהו"ה לנדו"ד שבטלו דו"ח בדי"מ יש לומר שאין זה עדות אלא שפוסקים הדין עפ"י דבריהם אך אין כאן גדרי עדות. ולכן אין דין שאינו חוזר ומגיד.

ג. הרחבה - תוקף עדות בלי דרישות וחקירות

ע"י חזו"א אבה"ע סי' יט אות ב שנוטה לומר שהמעיד עדות שקר בד"מ, ללא דו"ח, אינו עובר על לאו דלא תענה. ומי"מ בלי כל הז' חקירות, אף אם הזום, אינו ביכאשר זמם¹⁰.

וע"ע בדברי הנמו"י בר"פ אד"מ (י, ב) וזה לשונו:

...ואע"ג דמדאורייתא בעינן כבדיני נפשות דכתיב משפט אחד יהיה לכם רבנן הוא דתקון הכי כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין דאי הוה בעי דו"ח לא תמצא מי ילוה וכן גט דמכשרינן אפילו אין בו זמן מהאי תקנתא הוא דלא בעינן דו"ח כיון דשכיחי טובא כהודאות והלואות ויש כח ביד חכמים לעשות משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן קא

⁹ ראה דברי יחזקאל הנ"ל שהביא דברי הרמב"ם עדות יח, כ: חיוב העדים זוממים לשלם במקום שחייבין לשלם קנס הוא ולפיכך אין משלמין על פי עצמן, כיצד הרי שהעידו ונחקרה עדותן בבית דין ואחר כך אמרו שניהם עדות שקר העדנו ואין לזה אצל זה כלום, או שאמרנו העדנו על זה בכך וכך והוזמנו אין משלמין על פיהן וכו'. עולה מדבריו שאילו סבר שעדים זוממין ממונא ולא קנסא היו משלמים עפ"י עצמן. והנה פשוט שכשם שבהזמת אחרים אינם נעשים זוממים עד שיגמר הדין הו"ה בחיוב עפ"י הודאת פיו וא"כ ברור שמדובר כאן לאחר גמ"ד וא"כ מדוע הוסיף הרמב"ם: "יהרי שהעידו ונחקרה עדותן וכו" ונראה שכונתו לומר, שאף לאחר שתקנו שא"כ דו"ח בממון מ"מ אין עליהם תורת הזמה כי אין זו הגדה מדאורייתא אלא מדרבנן ע"ש ולדבריו ההסברים השלישי והרביעי שכתבנו בפנים חד הם.

¹⁰ נראה, אמנם, שפשוט שבאופן זה העדות תבטל.

מקדש ובהאי גט אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה וכן למקדש בשטר לא בעינן שיהיה זמן כתוב בשטר מהאי טעמא.

נראה מדבריו שתוקף העדות בלי דו"ח הוא מדרבנן¹¹ בלבד¹².

ד. הערות בשולי הדברים

1) לשו"ת עטרת חכמים הנ"ל (ב.2) יש להשוות פסקי השו"ע כט, א; טו, ג; (כנ"ל) וכן כת, כא (ע"י באר הגולה שציין לשו"ת הר"י"ף הנ"ל כמקור סעיף זה) וצ"ע.

2) לסעיף ב.4 – מש"כ החמד"ש בשם הגאון מליסא שבעדות בד"מ בלי דו"ח העדות מדרבנן ואינו עובר בלא תענה צ"ע ממש"כ בספרו נתה"מ לעיל סי' א ס"ק ג שהקשה איך מחייבים עדים זוממין בממון מדינא דגרמי הרי עברו על לא תענה וחיוב המלקות פוטר מתשלומין ע"ש ולפי דבריו כאן בד"מ לא עוברים על לא תענה. ושמא יש ליישב כך: הואיל ומדובר שם בשו"ע (בסי' א) בהזמה, בהכרח שהיו חלק מהחקירות ואולי באופן שיש חלק מהחקירות, תוקף העדות יהיה מדאורייתא ועדיין צ"ע.

3) לסעיף ב.4 – תוקף עדות בדיני ממונות משבטלו דרישות וחקירות – יש להסתפק לסוברים שתוקף העדות מדרבנן בלבד האם בכח עד אחד לחייב שבועה (בהנחה שלחיוב שבועה צריך דרישה וחקירה) וע"י נתה"מ הנ"ל שמשמע מדבריו שמחייב שבועה.

¹¹ עוד מבואר בדבריו שמדאורייתא עדים בניטין וקידושין צריכים דו"ח.

¹² ראה יד דוד ה' אישות (ח"א) קמא-א וז"ל: "וגם הרמב"ם מנה במנין המצוות שלו למצוה מיוחדת שמחוייבין הבי"ד לדרוש ולחקור העדים עיין מ' קטט אבל אין זה מגדר העדות שלא יהיו העדים נאמנים בלא דו"ח ורק הוא חובת בי"ד ואם הבי"ד עברו על המצוה ולא דרשו העדים ופסקו הדין ע"י אמירתם אף שחסרו המצוה עכ"ז דינם דין ובדיעבד יכולים לסמוך על עדות האלו חוץ מדיני נפשות וכו'". משמע שאף מדאורייתא-טרם ביטלו דו"ח - העדות היא עדות גמורה. אמנם נראה שבהמשך דבריו מסתפק בכך, ראה שם קמג-ג: "וכן בדיעבד אם לא דרשו אותם כלל ג"כ מסתפק אנכי אם עדותן בטלה כיון שצריך בהם הגדת עדים לפני בי"ד לעיקר העדות או לא והדבר צריך אצלי תלמוד".

הכחשה בעדות – בבדיקות, בדיני ממונות

ראשי פרקים

- א. קושיא בשיטת רש"י, יישוב הגר"ש שקופ
- ב. קשיים ביישובו של הגר"ש שקופ
- ג. דעת הגר"א – דעת רש"י כדעת הטור
- ד. סיכום דברי הגר"א – שתי שיטות בראשונים
 - 1) שיטה א' – תלייה בטעות
 - 2) שיטה ב' – העמדה בשני מקרים שונים
- ה. קשיים בשתי השיטות
- ו. מהלך הגמרא לשיטת רש"י
- ז. סיכום שיטת רש"י
- ח. השוואת הסברנו להבנת הגר"א
- ט. שיטת הטור
- י. האם צריך התובע לתבוע ב' תביעות?

א. קושיא בשיטת רש"י – יישוב הגר"ש שקופ¹

למדנו בגמ' בסנהדרין ל, ב

אמר רב יהודה אמר רב, עדות המנחשת זא"ז בבדיקות כשרה ביני ממונות.

לאחר דיונה של הגמ' במקרים שונים, מביאה היא מקרה שבו א' מהעדים העיד שהמקרה קרה על דיוטא עליונה, ולדברי השני קרה על התחתונה ורבי צירף עדותו.

ופירש"י: "וצירף עדותו – כריב"ק, דתרוייהו מנה מחייבי. ואע"ג דמתכחשי בבדיקות – כדרב יהודה".

¹ בכל הענין – עיין חידושי רבי שמואל (רוזובסקי) עמ"ס סנהדרין סימן טז, מהדורה שניה, תשנו (הערת עורך).

והקשה הרש"ש, מדוע נקט רש"י שהדין הוא דווקא אליבא דריב"ק, הרי שני העדים מעידים שראו כאחד, ואחד מנה קמסהדי, ובזה לא נחלקו רבנן אריב"ק. השאלה היחידה במקרה זה הינה כיצד להתייחס לסתירה שבענין הדיוטא והאם דומה מקרה זה לדברי רשב"א שמצרף עדותם בזה אומר מנה וזה מאתיים.

אף בשערי ישר (שער ו פי"ז) עמד הגר"ש על הקושי שהעלה הרש"ש, בתוספת הערה: הרי מה שמצרפים עדותם בא' אומר מנה וכו' הוא **משום שתלינן בטעות**, וא"כ מעידים הם על אותו מקרה – אחד מנה קמסהדי, ובזה כנ"ל לא נחלקו על ריב"ק.

והסביר הגר"ש שקופ בדברי רש"י, שאין די במה שתלינן את סתירת דבריהם בטעות ועיי"כ לקבל עדותם אף אליבא דרבנן. זאת משום שעדותם היא ע"פ ראייתם, והרי סוף סוף לא ראו דבר אחד. לכן, כדי לקבל את עדותם זקוקים אנו לדינו של ריב"ק המצרף עדויות שונות. ומ"מ זקוקים אנו לומר שיש כנ"ל טעות, כדי שלא יהיה כאן עד שמשקר במזיד ושיגרום לביטול העדות בשל כך.

את דבריו חיזק הגר"ש שקופ ע"י פסיקתו של השו"ע, (ליתר דיוק, הטור שחובא כהערה על השו"ע), שאף שכשא' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן תולים אנו בטעות ומצרפים עדותם, לא נעשה כן א"כ התובע תובע ב' מנים, ע"מ שתהייה עדותו של כל עד אמת גם ע"פ דברי התובע, ומכאן שמתייחסים אנו לעדותם כאל ב' מקרים.

ב. הקשיים ביישובו של הגר"ש שקופ

1. במשנה סנהדרין (מ, א) שנינו, שאם א' אומר בבי בחודש וא' אומר בגי בחודש – עדותן קיימת, דזה יודע בעיבורו של חודש וכו'. דהיינו, תולים אנו בחוסר ידע – בטעות. ולדבריו של ר' שמעון, הרי סוף סוף אמרו דברים שונים ואפשר לצרף עדותם רק אליבא דריב"ק. ולפי"ז רבנן פליגי על דין זה שבמשנה וזה דבר שאינו מסתבר. ועוד, דדינו של ריב"ק נאמר רק בדיני ממונות והרי המשנה עוסקת בדיני נפשות.

אמנם ניתן לחלק בין מנה שחור וכו' שם רואים הם אכן באופן שונה (אף שמתארים הם את אותה מציאות) לבין עדות על זמן שם אין ראייתם שונה. שם רק ביטויים והגדרתם שונה, דבר שנובע מחוסר ידע (עיבור החודש או הערכת מקום השמש).

2. הנ"י העתיק את דברי רש"י הנ"ל וכפי שכתב ר' שמעון למד אף הוא כרש"י. הנ"י הסביר, שבמנה שחור וכו' עבידי אינשי דטעו בהני, ומביא לכך כדוגמא את הגמ' ב"ב (נו, ב) זה אומר אכלה חיטים וזה אומר אכלה שעורים, שם מצרפים אנו את עדותם משום "שבין חיטי לשערי לא דייקי אינשי". והרי שם מעידים הם על אותה שדה ואותם פנים, כמפורש בגמרא, ואין כל אפשרות להעמיד את דברי שניהם כאחד. גם הטוען אינו יכול לטעון דאכלה גם חיטי וגם שערי, ואעפ"כ עדותם מתקבלת – וללא צורך בדינו של ריב"ק, כמבואר שם בגמ'. וא"כ גם במקרה דנן, בהכחשה באיזו דיוטה קרה המעשה, אם תלינן בטעות אין אנו זקוקים לדינו של ריב"ק.

3. להבנתו של ר' שמעון, כל הסוגיא עוסקת בביאור המקרים שבהם אנו מקבלים עדים המכחישים זא"ז בבדיקות משום שתלינן בטעות. ולדבריו בכל תליה בטעות זקוקים אנו לדינו של ריב"ק.

וקשה, מדוע כשמביאה הגמ' את דברי נהרדעי, שאפילו א' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן מצטרפים, שואלת היא: "כמאן", ומנסה להעמיד כריב"ק. הרי זה נצרך בכל מקרה של הכחשה שמוסברת בטעות ואפילו בא' אומר ארנקי שחורה וא' אומר ארנקי לבנה, שבוזה מסכים רבא שמצטרפת עדותו. גם דחייתה של הגמ': "אימר דשמעת וכו'", והעמדתה את דברי נהרדעי כרשב"א לא ברורה ע"פ הבנתו; הרי בכל מקרה זקוקים אנו לדינו של ריב"ק ואילו פשטות הגמ' מורה שאם מעמידים כרשב"א אין זקוקים לריב"ק.

ג. דעת הגר"א – דעת רש"י כדעת הטור

כבר הגר"א (בביאורו לסי' ל ס"ק יב) עמד על כך, שבמקרה של תליה בטעות אין אנו זקוקים לדינו של ריב"ק. והסיק הגר"א, שהטור שפסק, שבא' אומר מנה שחור וכו' מקבלים את עדותם דווקא כשהתובע תבע ב' מנים, לא למד כראשונים שתולים את סתירת העדות בטעות. ולמד הגר"א, שדעת רש"י, במ"ש לגבי דיוטא עליונה וכו' שנזקקים אנו לריב"ק, הינה כדעת הטור. (ודלא כמפרשים לתלות בטעות. וע"ש בהבדלים המתבקשים מן השיטות השונות בהסבר הדין של דיוטא עליונה וכו').

מרן הגראי"ה קוק הוסיף בבאורו (באר אליהו שם), שהטור נדרש להסברו משום שקשה הסברם של הראשונים שתולים בטעות; ההבדל בין דיני נפשות לממונות הוא, שבממונות אין צורך בדו"ח. אולם אם הוכחשו העדים בדו"ח,

פסולים הם אף בממונות כשם שפסולים הם בנפשות. וא"כ מניין לנו לחלק בהוכחו בבדיקות בין נפשות לממונות, ולתלות בטעות בממונות כשאיננו תולים בנפשות.

אולם להבנת הטור ברור החילוק בין נפשות לממונות. אנו תולים לומר שהסתירה בעדות נובעת מכך שאכן מעידים הם על ב' מקרים. (תלייה זו נעשה רק בסתירה בבדיקות, אך אל סתירה בדו"ח נתייחס כאל סתירה במקרה א' ולא נתלה בב' מקרים). אנה"נ אין הבדל עקרוני בין ממונות לנפשות בתלייה בב' מקרים, אלא שבנפשות לא תצמח לנו מכך כל תועלת, כי לצרף עדים המעידים על ב' מקרים אפשר רק בדיני ממונות – וע"פ חידושו של ריב"ק.

הסברו של הגרא"ה מאיר, אם נאמר שקבלת העדות המוכחשת בממונות היא מעיקר הדין, ולא קולא מיוחדת בממונות – וכעין שהקילו ובטלו בממונות את הצורך בדו"ח. אך אפשר לומר שדברי רב יהודה הם קולא נוספת בדיני ממונות מלבד ביטול הצורך בדו"ח, ואף שסתירה בדו"ח פוסלת אף בממונות, בסתירה בבדיקות יש חילוק בין נפשות לממונות. ואפשר להטעים, דסתירה בדו"ח הופכת את העדות לעדות שאאי"ל (ובמיוחד להבנת השי"ך (לג, טז) שצריך עדות שאאי"ל אף בממונות, אלא שלכתחילה לא דרשו דו"ח בממונות – עיי"ש) משא"כ סתירה בבדיקות.

נראה שהגרא"ה לא נקט כאפשרות אותה ציינו, משום שהראשונים שתולים בטעות משווים זאת לטעות יסודית וברורה שעל תלייה בה לא נחלקו, כמו טעות בין חיטים לשעורים שהביא הנ"י, ושם הרי אין זה מדין קולא מיוחדת בדיני ממונות (ולרמב"ם אף בלתי אפשרי להסביר שם כך, משום שהי סתירה בדו"ח – ואעפ"כ תלינן בטעות).

ד. סיכום דברי הגר"א – שתי שיטות בראשונים

להבנתו של הגר"א ישנן שתי שיטות בסיסיות בראשונים (בשונה מהאחרונים שהתאמצו ליישב את כל השיטות על בסיס הנחה שתלינן בטעות).

1) **תלייה בטעות** – הסוגיא מבררת מתי יש לתלות את סתירת העדים בטעות (ריב"ש, רמב"ם, ב"י ועוד). לשיטה זו אין אנו זקוקים לריב"ק, ודי כמובן בתביעה אחת של התובע.

2) **העמדה ב' מקרים שונים** - סוגיתנו מבררת מקרים שונים בהם מסבירים לנו את הסתירה בכך שהיו ב' מקרים וכל עד מעיד על מקרה אחר. (טור, רש"י) לשיטה זו מסתמכים לנו על דינו של ריב"ק. כמו"כ צריך התובע לתבוע ב' תביעות, כדי שלא יכחיש אף לא אחד מהעדים.

ה. קשיים בשתי השיטות

1. שיטה א' – תלייה בטעות

1) הגמ' בהו"א תולה את נהרדעי בריב"ק. אם בטעות עסקינו, אין לנו זקוקים לדינו של ריב"ק. וכנ"ל.

צ"ל שלשיטה זו, אכן לא תלינו בטעות בשלב זה של הנסיון להעמיד כריב"ק. ולא מכיון שא"א, אלא שאין צורך. (ועין לקמן מה שהסברנו בפרט זה בשיטת רש"י). כשדחתה הגמ' אפשרות זו חזרה היא להסבר לתלות בטעות.

2) פשוט שבי"ה וב"ש לא נחלקו בטעות. דאם ב"ש ס"ל שלא תלינו בטעות, מדוע מכשירים הם בבי כתי עדים.

ר' יונה בחידושינו לסנהדרין בסוגייתנו, למד אף הוא שיסוד צירוף העדים המכחישים בבדיקות הינו משום שתלינו בטעות, ואעפ"כ הבין בפשטות שבא' אומר מנה וא' מאתיים לא תלינו בטעות. והתקשה בהשוואה שבין המקרים. וז"ל: "איכא לעיוני. היכי מדמי א' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן, לאחד אומר מנה וא' אומר מאתיים. דהכא א"ל, בין שחור ללבן לא דייקי אינשי, אבל התם בזה אומר מנה וכו' ודאי דייקי אינשי והו"ל למימר התם דעדות מוכחשת היא...".

מנסה ר' יונה ליישב את הקושי, עיי"ש, ומסיים: "ולבי מגמגם בדברים אלו".

2. שיטה ב' – העמדה בשני מקרים שונים

1) הגמ' ניסתה להעמיד את נהרדעי כריב"ק ודחתה, שריב"ק לא אמר דינו בהכחשה. וקשה, הרי בהכחשה בבדיקות אמרנו שהעדים העידו על ב' מקרים שונים ואין כאן אפוא הכחשה. ודוחק לומר, שבתחילה הבינה הגמ' שלא תלינו בב' מקרים ורק בהעמדתה את נהרדעי כרשב"א התכוונה לכך, דאין זה במשמעו של יסוד דינם של ב"ה: "בכלל מאתיים מנה".

2) להבנה זו, "במנה שחור מנה לבן" אמרנו שהיו כאן ב' מקרים. בפשטות, דין זה נכון כשבכל שאר הפרטים של דו"ח – מקום וזמן, יש הסכמה מלאה

בין העדים (ואף שההסכמה אינה הכרחית, שהרי אין צורך בדו"ח בממוץ. ובוודאי נכונים הדברים לפי השי"ך (לג, ט"ז) שאף שלא חקרנו, מניחים אנו שיודעים הם בפרטי הדו"ח ידיעה זהה). לא הגיוני אפוא לומר, שכל אחד מעיד על מקרה אחר (שחור או לבן) שקרו בזמן אחד ובמקום אחד.

נראה שזו כוונת הגר"א בדבריו: "אבל צ"ע, דהא כאן אמנה אחד קא מסהדי". כך עולה גם מפרש"י סוף ד"ה היכא (סנהדרין לא, א).

לחיזוק הבנה זו נוסיף: הגמ' משווה בין מנה שחור וכו' למנה מאתיים, וכרשב"א. מחלוקת ב"ה וב"ש ודברי רשב"א מובאים גם בגמ' ב"ב (מא, ב). מסביר שם הרשב"ם: "ואחת אומרת מאתיים – היו באותו היום באותה שעה באותו מקום". פשוט שלהבנתו א"א לתלות את הכחשת העדות בבי מקרים, וא"כ הי"ה בגמרתנו, בהשוואתה מנה שחור וכו' למנה מאתיים.

3) אם סברת ב"ה בהכשירם את העדות הינה לתלות בבי מקרים, וב"ש מסכימים איתם בבי כתות, מדוע חולקים ב"ש בבי עדים.

4) מדוע בחבית של יין וכו' לא נעמיד בבי מקרים.

כל הנכתב לעיל מוביל לכך שלרש"י הבנה אחרת במהלך הגמ'.

ו. שיטת רש"י – מהלך הגמ'

1) **רבא** – הגביל את דברי רב יהודה אמר רב לארנקי שחורה וכו', אבל לא נצרף עדות במנה שחור וכו'.

העקרון: נצרף עדות המכחישה בבדיקות, דווקא כשאינה בעיקר גוף העדות. (רש"י ד"ה: "אין מצטרפין" וד"ה: "ויארנקי").

נוסיף לבאר; אין הצירוף משום שתליץ שטעו, אלא ש"מוכנים" אנו "להתעלם" מסתירה בפרט כלשהו שאינו מגוף העדות (והסבר הדבר לקמן 2).

נוסיף, שעסקינן בהכחשה "קטנה", צדדית מבחינת הנושא הנידון, שמאפשרת לנו לומר שעיקרה של העדות זהה ומתקבלת, אף שבפרט מסוים יש סתירה (וייתבאר יותר לקמן).

2) **נהרזעי** – ע"פ רבא בדברי רב, אין אנו יכולים לקבלם כעדות, במנה שחור וכו' ולהתעלם מהסתירה.

כריב"ק – מנסה הגמי' לומר, שמכיון שאין אנו מקבלים זאת כעדות אחת, סתירה זו הופכת את העדות לעדות על ב' מקרים. ואפשר שנהרדעי שהכשירו, עשו כן ע"פ הבנה זו וע"פ דינו של ריב"ק.

ודחה הגמי', שכשיש סתירה בין העדים, כשאי' טוען שהשני לא דובר אמת, בכח"ג מי אמר ריב"ק.

3) כרשב"א וכב"ה – א' אומר מנה וא' אומר מאתים מצטרפים משום שבכלל מאתיים מנה, ובמנה זה שאנו מקבלים עדותם אינם מכחישים זא"ז (רש"י ד"ה יש בכלל).

מצאנו אפוא, שגם בהכחשה בבדיקות שהינה בגוף העדות, מתקבלת העדות (**ודלא כרבא** בדברי רב). זהו הלימוד של נהרדעי מדין זה. את הפרט הנוסף הנתוץ לנו שמנה שחור וכו' הינה הכחשה מועטת, שנוכל להתעלם ממנה ולקבל העדות ולומר דאחד מנה מסהדי, אומרים נהרדעי **מסברתם** – ובעצם מקבילה סברא זו לדברי רבא, אלא שהוא דיבר בהכחשה בדבר שאינו מעיקר גוף העדות, והם בעיקר גוף העדות.

להסברנו לא קשה כלל קושית ר' יונה לעיל ה' 2.

נדגיש: במנה מאתיים וכן במנה שחור וכו', ההכחשה הינה "קטנה" ויכולים אנו לקבל את דבריהם כעדות אחת תוך "התעלמות" מהסתירה.

4) חבית של יין – של שמן

"דתרי מיני נינהו וכולי האי מיכחשי אהדדי מי אמר" (רש"י).

כאן ההכחשה היא בגוף העדות. לא נוכל לקבל זאת ע"פ דברי רב יהודה אמר רב. אך גם כרשב"א לא נוכל, כי ההכחשה "גדולה" ובזה לא אמרו ב"ה דבריהם. ונאלצת הגמי' להעמיד: לדמי.

5) דיוטא עליונה – דיוטא תחתונה

כאן ההכחשה אינה בגוף העדות ולכן באופן עקרוני שייך דינו של רב יהודה אמר רב. אולם בשונה מדברי רבא בדברי רב יהודה – סתירה בין שחור לבן (בארנקי=לא מגוף העדות) הינה סתירה "קטנה" ונוכל להתעלם ממנה ולקבל דבריהם כעדות אחת, אך סתירה במקום בו קרה המעשה זו סתירה "גדולה". ואף שלא תפסול לנו את העדות מדיני הכחשה בבדיקות, משום שאינה בגוף העדות, מ"מ כיצד נוכל לקבלם כעדות אחת כשדבריהם סותרים בדבר מהותי ולא צדדי. חייבים אנו להתייחס אל דבריהם כאל שתי עדויות,

ונוכל לקבלם רק אליבא דריב"ק. וכמוכן שלא די בריב"ק, כי מדבריו לא נוכל ללמוד לקבל עדים המכחישים זא"ז. לכן סיכם רש"י: "כריב"ק" (מצד ב' מקרים) ו"כרב יהודה" – מצד ההכחשה.

ז. סיכום דעת רש"י

1) שלא כהבנה המקובלת, שיסוד אחד משמש להיתר בכל המקרים שבגמ', סובר רש"י שיש הבדלים בין המקרים.

2) רב יהודה אמר רב, המתיר הכחשה בבדיקות, ואליבא דרבא בארנקי שחור וכו', לא מתיר בגלל שתלינן בטעות. אלא משום שבבדיקות נוכל "להתעלם" מהכחשה מסוימת. הוכרחנו לפרש כן, משום שאם יסודו של רב משום תלייה בטעות הוא, לא נוכל לסמוך על דבריו בדיוטא עליונה וכו', שם זקוקים אנו להעמיד כריב"ק משום שהסתירה בדבריהם גדולה. נוכל להעמיד כרב, משום שכאמור יסוד דבריו, שבהכחשה בבדיקות בדבר שאינו מעיקר העדות "לא איכפת לך" ומוכנים אנו להתעלם.

3) יסודות ההיתר בהכחשה בבדיקות:

א. הכחשה לא בעיקר גוף העדות.

ב. יסוד א' נכון בפ"ע רק בהכחשה "קטנה". בהכחשה "גדולה" נזדקק לריב"ק.

ג. אף בעיקר גוף העדות.

ד. יסוד ג נכון רק בהכחשה "קטנה". ב"גדולה" לא נקבל בעיקר גוף העדות.

ה. השוואת הסברנו להבנת הגר"א

לגר"א – בכל המקרים נובע ההיתר מכך שמתיחסים אנו אל העדויות כאל ב' מקרים. אף במנה שחור וכו', שם התקשה הגר"א שפשוט שמעידים הם על מנה א' – ולהסברנו לק"מ.

ומכאן :

לגר"א – בכל מקרה זקוקים אנו לדינו של ריב"ק, ומכאן זקוקים אנו שהתובע יתבע שתי תביעות.

להסברנו – נכונים הדברים רק בדיוטא עליונה וכו'. בכל המקרים האחרים איננו זקוקים לדינו של ריב"ק. וממילא די בתביעה אחת. (ועיין לקמן אות י').

ט. שיטת הטור

פשוט, שסיבת קבלת העדות בהכחשה בבדיקות אינה טעות – במנה שחור וכו', דיוטא עליונה וכו' שהרי הטור התנה שייתבע התובע ב' תביעות. גם להסביר כגר"א שתלה בב' מקרים קשה. וכנ"ל.

נראה שהטור למד בדומה להסברנו ברש"י, שקולא היא בבדיקות לקבל סתירה בממונות, אלא שמכיון שאין כאן תלייה בטעות וכו' עלינו להתייחס לעדותם כאל ב' מקרים וזקוקים אנו לדינו של ריב"ק. ולא חילק הטור בין גוף העדות וכו', ובין טעות "גדולה" וכו' כפי שהסברנו ברש"י.

אפשר שלמד הטור, שלהבנת רבא אמנם תליין בטעות (ודוקא בארנקי שחור וכו') אך בנהרדעי א"א ללמוד כן והגמ' שניסתה לתלות בריב"ק חזרה בה מיד מהאפשרות לתלות הדין בריב"ק לבד, וחיפשה תנא, שיכשיר את העדות אף שמוכחשת היא, אך לא חזרה בה מהצורך להעמיד כריב"ק.

ולפי"ז יש מקום לומר, שבדינו של רבא – ארנקי שחורה וכו', אף הטור יודה שתליין בטעות ולא צריך התובע לתבוע ב' מנים.

אמנם הטור לא הזכיר דין זה, וגם הרא"ש לא הזכירו (ודבריו של הרא"ש בסוגייתנו נראים כהמשך אחד בבירור דינו של ריב"ק). ואפשר שאחרי דינם של נהרדעי אין אנו תולים בשום מקרה בטעות. וצ"ע.

י. האם צריך התובע לתבוע ב' תביעות?

לפום ריהטא, כתבנו לעיל אות ח, שלדעת רש"י – במקרה של דיוטא עליונה וכו' צריך התובע לתבוע ב' תביעות, שהרי נזקקנו במקרה זה לדינו של ריב"ק.

אולם נראה שלא כך הדבר, שהרי על מנה אי הם מעידים וכפי שבארנו לעיל אות ה בשיטה ב' בעיקר בסעי' 2. וא"כ כיצד אפשר לדרוש שהתובע יתבע ב'

תביעות? נראה שלהסברנו ברש"י, בסתירה בבדיקות מצטרפים העדים אף אם התובע תבע מנה א' בלבד.

זאת אף אם בדינו היסודי של ריב"ק נצרף העדים רק כשתובע ב' מניס (וגם זה לא פשוט וכדלקמן).

סייעתא לדברינו, שנצרף עדים הסותרים זא"ז אף אם דברי א' מהם נסתרים ע"י התובע, מצאנו בדבריו של רבנו אפרים שהובאו בספר התרומות (שער ס"ו ח"ב ס"י ה) ומשם בב"י בסי' ל. וזו לשונו:

וכתב ה"ר אפרים ז"ל. האי א' אומר חבית של יין וא' אומר חבית של שמן – או פקדון או מלוה, והנתבע אומר להד"מ ואוקימנא לדמי, כלומר לא חבית ממש חייבה אלא לדמי צרף עדותן, דהו"ל כא' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן, **דקא מכחיש מלוה לאידך** דהא אמר אנא לא אוזיפתיה מנה שחור מעולם. דבודאי דלא סגיא [אלא בד] אמר תובע כחד מנייהו. ואפח"כ כיון דמדברי שניהם אית ליה גביה כלום מפקינן מיניה, הכא נמי מדברי שניהם אית ליה גביה ולא בציר מחמשין זווי... ולא תקשי לך טענו חיטים והודה לו שעורים דפטור לגמרי, דהתם לא אמר לא לויתי ולא מכחיש סהדי, הכא לא לויתי קאמר.

רבינו אפרים מתייחס בפשטות למקרים שונים של סתירה בבדיקות, **ולפחות** כאן אין התובע צריך לתבוע ב' מניס. ובאמת אין כל משמעות מדבריו לחלק בין סתירה בבדיקות לעיקר דינו של ריב"ק.

במפורש למד כן בעל הגידולי תרומה בדעת התרומות.

התרומות שם סעי' ד הביא בשם הר"י אברצלוני את המקרה המפורסם של תובע שמביא ה' עדים והדיון על דרך צירופם. בהבאת המקרה כתב התרומות שראובן תבע לשמעון **באלף דינרים**, והעדים מעידים על ה' מקרים שצירוף כולם עולה לסך **אלף וחמש מאות**. והעיר שם הגידולי תרומה שאם אכן נכונה היא הג"י בספרים שלפנינו "מוכח מיניה בהדיא, **דכל הני רבוותא לא סברי כהרמ"ה ז"ל דבעינן שהמלוה לא יכחיש כלל בתביעתו לכל עדות העדים** וכו', ע"ש.

א"כ, לא רק בסתירה בבדיקות די שהתובע יתבע מנה א', אלא אף בעיקר דינו של ריב"ק. דרישה זו מועלת לראשונה ע"י הרמ"ה ובעקבותיו נמשכו כל הפוסקים ונקטו זאת למילתא דפשיטא, אך לא הוזכרה בר"י, ברמב"ם (אף שאין בכך הוכחה ניצחת) וכאמור אין זה דבר פשוט.

רשע דחמס - בין אביי לרבא (שיטת הרמב"ם)

שאלה – העובר עברה דאורייתא, שאין בה מלקות, מחמת חימוד ממון – האם נפסל לעדות מהתורה?

סנהדרין כז, א: מומר אוכל נבילות לתיאבון דברי הכל פסול. להכעיס, אביי אמר: פסול, רבא אמר: כשר. אביי אמר: פסול, דהוה ליה רשע, ורחמנא אמר אל תשת רשע עד. ורבא אמר: כשר, רשע דחמס בעינן.

נדמה שהתפיסה הרווחת היא שההלכה הראשונה "מומר אוכל נבילות לתיאבון דברי הכל פסול" הוא אליבא דכולי עלמא¹, ולכל הפחות כך סוברים אביי ורבא. טעם הדין – הריהו רשע דחמס שפסול אפילו לדעת רבא.

בנימוק הדין פרש"י - דכיון דמשום ממון קעביד, דהא שכיתא בזול טפי מדהיתירא, הוה ליה כרשע דחמס ופסול לעדות. ואילו הרי"ף כתב מומר אוכל נבלות לתיאבון דברי הכל פסול כפיין ואכיל נבלה כפיין נמי ושקיל ארבעה זוזי ומסהיד.

לאור דברים אלו יש להבין מדוע עד זומם פסול לעדות אפילו לרבא², הרי אין כאן 'רשע דחמס' (אא"כ נוטל ממון להעיד)? ומהסוגיא עולה שרבא מודה בפיסולו³? המניח מ' לז סבור שאין לפסלו כשרע דחמס ולדעתו רבא פוסל עד זומם מפני שהוא 'רע לשמים ורע לבריות' ע"ש עפ"י המשך הסוגיא

¹ אמנם, נראה שרבי יוסי שם אינו סובר כך. ועיי' נו"ב קמא אבה"ע נו מי בעל המימרא בגמרא.

² אף לאביי יש לדון בכך. אמנם יש עדים זוממים שלוקים אך כבר האריכו גדולי הדורות בגדר המלקות ויסודם – מחמת הלאו של 'לא תענה' או כעונש הזמה מדין 'והצדיקו וכוי' וכן יהיה נפ"מ לעדים שהוזמו קודם גמר דין לסוברים שבכה"ג אינם לוקים ועיי' תרועת מלך וחי' ר' שמואל הנזכרים לקמן ואכמ"ל; האור שמח כתב שלר"מ (סנהדרין כז, א) עד זומם פסול כי כל עד זומם (אף בממון) לקוה כמבואר במשנה מכות ד.

³ עיי' קושיית רע"א בגליון השי"ס שבועות מז, א. מדבריו משמע שלרבא עד שקר נפסל הואיל והוא 'רע לשמים ורע לבריות' ועד ששיקר בעדות החודש לא יפסל לדעתו לעדויות אחרות. ועיי' תרועת מלך הנזכר לקמן, שיישב קושייתו.

בסנהדרין. החת"ס בתשובה⁴ (חוי"מ א) סבור שהוא מוגדר כ'חשוד לאותו דברי' (ולכן יש מקום לומר שמי ששיקר בעדות ממון לא ייפסל לעדות נפשיות). ועיי' בספר תרועת מלך עמ"ס ראש השנה (לרבי יוסף זוסמנוביץ חתנו של רבי מ"מ אפשטיין) סי' כט, שהאריך בענין זה.

ייתכן ולרמב"ם שיטה שונה. וז"ל בפרק עשירי מהלי' עדות:

[א] הרשעים פסולין לעדות מן התורה שנאמר אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס מפי השמועה למדו אל תשת רשע עד...

[ב] אי זהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול, שהרי התורה קראה למחוייב מלקות רשע שנאמר והיה אם בן הכות הרשע, ואין צריך לומר מחוייב מיתת בית דין שהוא פסול שנאמר אשר הוא רשע למות.

[ג] עבר עבירה שחייבין עליה מלקות מן התורה הרי זה פסול מן התורה, ואם היה החיוב שבה מדבריהם הרי זה פסול מדבריהם, כיצד אכל בשר בהמה בחלב או שאכל נבלות ושקצים וכיוצא בהן **בין לתיאבון בין להכעיס** וכו' וכבר מנינו כל עבירה שחייבין עליה מלקות וכו'.

[ד] ועוד יש שם רשעים שהן פסולין לעדות אע"פ שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות, הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולין שנאמר כי יקום עד חמס באיש, כגון הגנבים והחמסנים אע"פ שהחזיר פסול לעדות מעת שגנב או גזל, וכן עד זומם אע"פ שהזום בעדות ממון ושלם הרי זה פסול מן התורה לכל עדות וכו', וכן המלוה ברבית אחד המלוה ואחד הלוח שניהם פסולין לעדות, אם רבית קצוצה עשו הרי הן פסולין מן התורה ואם אבק רבית עשו הרי הן פסולין מדבריהם וכו'.

עיון בדברי הרמב"ם מצביע על שתי נקודות:

⁴ החת"ס מפנה לדברי התומים מג, ז אודות שטרי חוב המוקדמים: תוס' ב"מ עב כתבו שעד בשטר בו רבית אינו רשע דחמס. התומים השוה לדברי התוס' עדים שחתמו על שטר מוקדם ורצה לומר שלרבי יוסי דבעינן רשע דחמס אינו נפסל. החת"ס הקשה שבעד על שטר שיש בו רבית לא העידו שקר אלא עברו על לאו דלא תשימון אבל בשטר חוב שהקדימו זמנו הרי העידו שקר 'אם כן העידו שקר בדבר שבממון ודאי הם רשע דחמס'. ההשוואה שבין עד בשטר של רבית לעד על שטר מוקדם כפי שהציע התומים תובן לפי דברי הרי"ף ורש"י, בשני המקרים אין חמס כי העדים אינם נהנים מרשעתם גדר חמס לדעתם הוא רשע שיש להם הנאה ממנו.

1) הרמב"ם כלל עד זומם בכלל רשע דחמס⁵.

2) הרמב"ם לא התייחס לאוכל נבלות לתאבון כאל רשע דחמס והדגיש בהלי ג בין לתיאבון בין להכעיס.

בהערה השניה אין, כמובן, קושיא כי הלכה כאביי, אך אנו לא מוצאים ברמב"ם דוגמא של רשע דחמס מסוג זה (כמתואר ברש"י וברי"ף הנ"ל).

ייתכן והרמב"ם סובר שההלכה הראשונה בגמ' הנ"ל – מומר אוכל נבלות לתיאבון, אכן נכון בין לאביי ובין לרבא אך נימוקיהם שונים. לדעת רבא הוא רשע דחמס אך אביי סבור שהוא פסול בהיותו רשע (עבירה דאורייתא שחיבים עליה מלקות). והנפ"מ תהיה בשאלה שהוצגה בפתחה.

כמובן שיש חובה להגדיר 'רשע דחמס' לפי הרמב"ם (עכ"פ לאביי). ונראה שלרמב"ם כל הנוטל ממון חבירו שלא כדין (בין לעצמו ובין לאחרים) הריהו רשע דחמס. לכן אוכל נבלות לתיאבון אינו רשע דחמס והמעיד עדות שקר בחבירו (להפסידו ממון ואולי כ"ש לדברים חמורים יותר) הרי הוא רשע דחמס.

עפ"י? יובן דינם של מלוה ולוה ברבית. רש"י סנהדרין כה, א וכו', א הגדיר את החמס כך:

לוה בריבית פסול לעדות - דקיימא לן (ב"מ עה, ב) המלוה והלוה עוברין בלא תעשה, וכיון דחימוד ממון מעבירו על דת הוה ליה כרשע דחמס, דעובר נמי על לא תעשה מפני חימוד ממון.

ואילו לרמב"ם י"ל שעצם עבירת הלאו בתחום הממון מגדירה את הרשע כרשע דחמס. ביחס ללוה נחלקו הפוסקים בדין⁶ והמהרי"ק בשרש קכו מגדיר (לפי הרמב"ם):

ואע"ג דלוה בריבית פסול לעדות אע"ג שאין לוקח ממון שאין שלו נראה לע"ד דכיון שעבירת לקיחת הממון דמלוה על יד הלוה נעשית וא"א מבלעדו חשיב עד חמס ולע"ד נר' היינו דקתני מתניתין מלו' בריב"י ולא קתני מלוה ולוה והיינו דמשני תלמודא מלוה הבאה

⁵ המנ"ח העיר כן ודחק בדברי הרמב"ם שכתבו כאן כדוגמא נוספת לעד שאינו חוזר לכשרותו אע"פ ששילם.

⁶ עיי' לח"מ עדות י, ד: "וא"ת לוח בריבית אמאי תפסל הא אינו לוקח כלום אדרבה נותן, וי"ל כדכתב הרא"ש שגם הלוה מחמת חימוד ממון שהוא צריך למעות עושה כו'.

בריבית כלוח שהלואת הריבית נעשת ע"י המלוה והלוה וא"א לה
זולתה ומש"ה בחדא מחתא מחית להו תנא דמתניתין.

הגדרה זו בודאי אינה מתאימה לשיטת הרי"ף ורש"י. ומחייבת גישה שונה
כנ"ל בדעת הרמב"ם.

למעשה, חילוק בין שיטת אב"י ור"ב בהגדרת 'רשע דחמס' נזכר כבר
בתשובת המהרי"ק הנ"ל, ע"ש. והאריך באפשרות זו בחידושי ר' שמואל
סנהדרין ס"י יב. ר' שמואל מציין לדברי רש"י ר"ה כב, א (שמסביר שהפסולים
לעדות שנמנו במשנה הם פסולי עדות מדרבנן בלבד):

ומלוי ברבית - לא גולן דאורייתא הוא למפסליה משום אל תשת עד
חמס (שמות כג) דהא מנפשיה יהיב ליה.

וע"י ריטב"א שהתקשה בדברי רש"י, וכתב שדברים אלו הם ייתכנו לפי רבא
אך להלכה אף רשע שאינו רשע דחמס פסול לעדות. וצ"ע שכן רבא בודאי
מודה שמלוה בריבית פסול לעדות כמפורש בסנהדרין כז, א.

(ועוד - דברי רש"י סותרים למש"כ בסנהדרין כה, א וכז, א שהנכשל בריבית
הריהו רשע דחמס). ר' שמואל יישב הסתירה בדברי רש"י. מש"כ בסנהדרין
היה בדעת רבא. העבור עבירה מחמת חימוד ממון הריהו רשע דחמס, אך
בר"ה פרש אליבא דהלכתא - כאב"י ורש"י ס"ל כהסבר הנ"ל ברמב"ם
שלאב"י רשע דחמס הוא רק בעובר עברה שיסודה נטילת ממון (כגולן) ולא
העובר מחמת חימוד ממון (אמנם ביחס למלוה בריבית הרמב"ם ורש"י
חולקים).

תמיכה משמעותית לקו זה נמצא בפירוש המשניות שלרמב"ם וז"ל במסכת
סנהדרין פ"ג מ"ג (מהדורת הרב קאפח):

...שני עיקרים שהם כוללים רובם, ואולי שאין יוצא מן הכללים האלו
אלא אחדים, והם: שכל העושה עבירה שהוא חייב עליה מלקות הרי
זה פסול לעדות ואף על פי שלא היה באותה העבירה דין ממון כלל, כגון
האוכל בשר בחלב או אוכל נבילה וכ"ו וכיוצא בהם, לפי שספר האמת
קרא לכל מחוייב מלקות רשע והוא אמרו והיה אם בן הכות הרשע
והזהיר מלקבל עדות רשע, והוא אמרו אל תשת ידך עם רשע להיות
עד, ובא בקבלה בפירושו אל תשת רשע עד, ואם ספג מלקות חזר
להיות כשר לעדות כמו שאמרנו ונקלה אחיך וכ"ו כיון שנלקה הרי הוא
אחיך. זהו העיקר האחד. והעיקר השני שכל הלוקח ממון שלא בצדק

אף על פי שאינו חייב מלקות הרי זה פסול לעדות, כגון הגנב והגזלן ומלוה בריבית, ומצד לקיחת ממון שלא בצדק עשינו מפריחי יונים והחמסנין והגבאין והמוכסין והרועים ואוכלי צדקה של גוים פסולי עדות... אלא שאלו פסולי עדות מדרבנן וכי **אבל עד זומם הרי הוא פסול לעדות לפי שפעמים שהוא מחוייב מלקות ופעמים שהוא מחוייב ממון** כמו שנתבאר בשלישי דכתובות, ואין אנו צריכים לומר במחוייבי מיתות שהם פסולין וכי. ותשובת אלו הסוג השני וחזרתם להיות כשרים לעדות היא שיחזירו ממון שלקתו שלא בצדק וכי.

הגדרת הרמב"ם לקבוצה השניה – 'מצד לקיחת הממון' בודאי אינה כדעת הרי"ף.

גם התייחסותו לעד זומם מוכיחה כנ"ל. הרמב"ם כותב שיש עד זומם שלוקה (ויכלל בקבוצה הראשונה) ויש עד זומם שמשלם ממון (והריהו כלול בקבוצה השניה), ואל תטעה לומר שהתייחסותו לעד זומם היא כאל דוגמא חריגה, לאחר שפרט את שתי הקבוצות העיקריות שכן, לאחר הסוג הראשון כתב הרמב"ם את דרכי ההתכשרות ואילו לאחר הסוג השני לא כתב כן (מיד) אלא רק לאחר שהסביר את פיסולו של עד זומם.

כעת יש לעיין בשתי נקודות: מה מקורו של הרמב"ם? כיצד להסביר הסוגיא בסנהדרין כז, א, ממנה הוכיח המנ"י שעד זומם אינו רשע דחמס. ונראה שחדא מתורצת בתברתה וכדלהלן:

הגמ' שם שואלת: לימא כתנאי (ממחלוקת אביי ורבא): עד זומם פסול לכל התורה דברי ר"מ ר' יוסי אומר בד"א שהזום בדיני נפשות אבל הזום בדיני ממונות כשר לדיני נפשות נימא אביי כר"מ ורבא כר"י אביי כר"מ דאמר אמרינן מקולא לחומרא ורבא דאמר כר"י וכי.

וצ"ע אם עד זומם הוא רשע דחמס מה בין אביי לרבא? וצ"ל שלרבא שרק רשע דחמס פסול לעדות, יסוד הפסול הוא מחשש שקר ואלו לאביי שכל רשע פסול הרי זה מגזה"כ. לפיכך מובן שאביי כר"מ ואילו רבא ס"ל כר' יוסי שהיסוד הוא חשש שקר וי"ל שחשוד לדבר הקל אינו חשוד לחמור, ואם תשאל האם כל רשע דחמס – כגון גנב וגזלן, אינם פסולים לנפשות לרבא –

וזו לא שמענו, ייתכן ובשלב זה של הסוגיא שרבא כר' יוסי, אכן נצטרך לפרש כך.⁷

על פי עקרונות אלו תתפרש הלכה נוספת. בשו"ע נפסק כי טבח שיצתה נבילה או טריפה תחת ידו פסול לעדות. הבי"י ונושאי הכלים התלבטו באיזה אופן מדובר. הסמ"ע כתב שאם שוחט לאחריים עבר אמנם על לאו דאורייתא (לפני עור) אך אין לוקין עליו (לאו שבכללות – כס"מ) ואין כאן חימוד ממון, ולכן פרש ששוחט שלו ומוכר לאחריים ויש כאן עבירה משום חימוד ממון.

עפ"י דברינו לעיל הרמב"ם אינו מקבל הגדרה כזו ל'רשע דחמסי' ואכן כך לשונו בסוף פרק יב מעדות:

וכן טבח שהיה בודק לעצמו ומוכר ויצאת טרפה מתחת ידו שהרי הוא בכלל אוכלי טרפה שהן פסולין לעדות, הרי זה פסול לעדות עד שיראה ממעשיו שניחם על רעתו, וילבש שחורים וכו'.

הרמב"ם אינו מרמז כלל להסבר הסמ"ע שהטבח מוגדר כרשע דחמס.

הכס"מ התקשה בהסבר נימוק הרמב"ם לפסולתו של הטבח ור"ל שהמכשיל אחרים בטריפות חשוד לאכול בעצמו (עי' בספר המפתח במהדורת פרנקל שרבים הקשו על דבריו). על פי דברי המהרי"ק אתי שפיר. כשם⁸ שלוח פסול בגלל סיועו למלוח בעברה של חמס כך המכשיל אחרים בטריפה פסול בהיותו שותף לעברה שיש בה מלקות.⁹

נסיים בדברי תלמיד הכת"ס, רבי עמרם בלום, בעל שו"ת בית שערים סי' רלב:

⁷ וראה לקמן הערה 10.

⁸ בשו"ת מהרש"ג ח"א סי' ריח הסביר דברי מהרי"ק כך: "דוקא גבי ילא תשיך' כתב מהרי"ק דהלוח דומה להמלוח כיון דלא משכחת בשום אופן שיעבור המלוח על לקיחת הריבית אם לא שיעבור הלוח על לא תשיך לכן החמירה התורה על הלוח כמו על המלוח, אבל המכשיל את חבירו באכילת טריפות או בשאר איסור כיון דמשכחת שיעבור חבירו על איסור זה מבלי שיכשילו הוא כגון שיאכל או יעשה בעצמו האיסור לא החמירה התורה על המכשיל כמו על הנכשל, וזה שכתב מהרי"ק בלשונו על יד הלוח נעשית יוא"א בלעדו וכו' ". ולפני כן הוכיח שקיים תלות בין איסור המלוח לאיסור הלוח, והעלה שסיבת האיסור בלוח היא האיסור של המלוח ונפ"מ שאם המלוח יתקן האיסור לא יהיה לאו אף על כך. ההשוואה בגוף המאמר אינה לפי דבריו.

⁹ ראה חוברת אור המזרח קמב-קמג ניסן תשנא עמ' 226 בשם הגריד"ס באופן דומה, אך מכח הלאו של לפני עור.

...הן אמת דמדברי השו"ע רס"י לד בחו"מ משמע דאפילו בעובר איסור דאורייתא שאין בו מלקות, אפילו מחמת חימוד ממון אינו פסול אלא מזדבנן, אבל אין ראיה מזה דהתם למאי דקיי"ל כאביי בסנהדרין כז דפסול משום דקרוי רשע ולא משום דחשדינן ליה למשקר¹⁰... וא"כ באין בו מלקות דלא מקרי רשע אינו פסול מה"ת אבל שם בדף כה הוא רבא דס"ל רשע דחמס בעינן ומשום דחשדינן ליה למשקר ודאי פסול מהתורה אם עובר איסור תורה משום חימוד ממון וכו'.

בדבריו תשובה מפורשת לשאלה שבראש דברינו. לדעת בעל היבית שערים אין לאביי מעמד של 'רשע דחמס' כפי שיש לרבא, אלא פסול רשע בלבד (ובשני אופנים יש שם רשע – לאו שלוקין עליו או רשע בעברה של חמס).

¹⁰ האריכו אחרונים לדון בגדר פסול רשע לעדות – חשש שרק או גז"כ, ועי' פס"ד של הרה"ר (יאוסף פסקי דין עמ' קלב) שחידשו שהואיל ויסוד הפסול הוא מחשש שקר, עד (רשע) שניכר לדיינים שדובר אמת ניתן לקבל עדותו (עי' מאמרו של מו"ר הגר"ח"נ איזירר שליט"א בקובץ זה, ולני"ל יש לומר שזו גישת רבא אך לאביי (וכך נפסק להלכה) כל הפסול הוא גז"כ – מי שיש לו שם רשע פסול לעדות וראה לצד הערה 7.

נוגע בעדות ונוטל שכר להעיד

ראשי פרקים

- | | |
|--|--------------------------------------|
| א. פתיחה | ט. הנוטל שכר להעיד |
| ב. פסול נוגע – חשש שקר או "קרוב" | י. פסול מדאורייתא או מדרבנן? |
| ג. הסתלקות מנגיעה ממונית | יא. שיטת קצוה"ח בנוטל שכר להעיד |
| ד. שיטת הלבוש – נוגע פסול משום קרוב | יב. נאמנות אדם לחובתו |
| ה. לר"י מגאש – נוגע הוא בעל דבר או קרוב? | יג. נגיעה עתידית |
| ו. מה בין קרוב לבעל דבר? | יד. שיטת נתה"מ ובית מאיר |
| ז. נגיעה, שאינה ממונית | טו. האם בהחזרת השכר מסתלקים מהנגיעה? |
| ח. עיון בדברי הש"ך וקצוה"ח | טז. הסבר מחלוקת הרשב"א ורבינו יונה |
| 1. תשובת קצוה"ח לטענות הש"ך | 1. ראיות לשיטות השונות |
| 2. עיון בהבנת הש"ך | ית. האם בעל התרומות והר"ן חולקים |
| 3. קושי בראיית הש"ך | יט. עדות חוקר פרטי (בלש) |

א. פתיחה

המהר"י בן לב ח"א סימן יט נסתפק האם נוטל שכר להעיד פסול מן התורה או רק מדרבנן וספק זה נובע מספק אחר שנסתפק בו – האם פסול נוגע בעדות הוא משום שחשדין ליה למשקר בשביל הנאתו או שמא פסול נוגע הוא משום שאדם קרוב אצל עצמו, אך לא חישינן ששיקר בשביל נגיעתו. אם נאמר שנוגע פסול מטעם חשש משקר הרי שנוטל שכר להעיד ג"כ פסול מן התורה בגלל החשש שמשקר בשביל השכר שנוטל ואם פסול נוגע הוא מטעם שאדם קרוב אצל עצמו ולא חישינן למשקר – הרי שנוטל שכר להעיד כשר מן התורה.

הלבוש בריש סימן לו נוקט שנוגע פסול משום שאדם קרוב אצל עצמו. הסמ"ע והש"ך נוקטים שנוגע פסול משום שחשדין ליה שמשקר. קצוה"ח

לד, מצדד בשיטת הסוברים שנוגע פסול משום שאדם קרוב אצל עצמו ולא משום חשש משקר, ולכן הנוטל שכר להעיד – כשר מן התורה, וראיה לדבר מהא דתנן בכתובות מו, א שר' יהודה סובר שאין המוציא שם רע מתחייב (במאה כסף) עד שישכור עדים בכסף, מאי טעמא דר' יהודה? אומר ר' אבהו אתיא שימה שימה, כתיב הכא (דברים כב, יד) "ושם לה עלילות דברים" וכתוב התם (שמות כב, יד) "לא תשימון עליו נשך" – מה להלן ממון אף כאן ממון (ששכר עדי שקר) וכתוב (בדברים כב, כא): "ואם אמת היה הדבר והוציאו את הנערה וסקלוה". והרי מדובר בעדים שנטלו שכר בשביל להעיד, שרק אם הוזמו העדים – אז לא סוקלים את הנערה אבל אם לא הוזמו העדים, אעפ"י שנטלו שכר להעיד – יסקלוה. שהרי כתיב: "ופרשו את השמלה" – הרי שצריך לברר ע"י הזמת העדים שהוא סתם מוציא שם רע, אך אם אמת היה הדבר עפ"י העדים דהיינו שלא הוזמו – מקימים וסקלוה. משמע שאעפ"י שהבעל שם לה עלילות דברים – דהיינו ששכרן בכסף להעיד, אפילו הכי עדותן כשירה מן התורה.

ב. פסול נוגע – חשש שקר או "קרוב"

הסמ"ע בריש סימן לו הביא את דברי העיר שושן סעיף א שכתב כל עדות שיש לאדם הנאה בה – פסול להעיד ולא משום שחשדינן ליה שמשקר אלא משום שאדם קרוב אצל עצמו עכ"ל העיר שושן.

אומר הסמ"ע ולא ידעתי מנין לע"ש שפסול נוגע הוא משום שאדם קרוב אצל עצמו ולא משום חשש משקר ופשוט הוא בעיני שהטעם הוא משום שחשדינן ליה בדבר שיגיע לו הנאה ממנו, וכלל לא אמרו שאדם קרוב אצל עצמו בדבר של הנאת ממון (נוגע) אלו תורף דברי הסמ"ע. ובאמת כדי למצוא תשובה לשאלת הסמ"ע על הע"ש מנין לו שנוגע פסול משום קרוב יש ללמוד את הסוגיא בב"ב מג, א שהיא יסודית לדיונו.

הגמרא דנה בדברי שמואל מדף מב, ב שאמר השותפין מעידין זה לזה. שואלת הגמרא אמאי מעידין השותפין זה לזה והרי נוגעין בעדותן? משיבה הגמרא שמדובר שהשותף הסתלק מחלקו בשדה וקנו מידו בקנין. שואלת הגמרא וכי קנו מידו מאי הוי, הרי מעמידה בפני בעל חובו דאמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות – אין מעיד לו (לקונה) עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו. והסוגיא שם מה, א מעמידה את המקרה באופן שאין למוכר נכסים, שאז הבע"ח של המוכר טורף מהלקוח שקנה את השדה מהלוה (המוכר) ולכן יש למוכר אינטרס להעמידה

בידי הקונה כנגד טענות מערער שהשדה גזולה בכדי שתשאר בידי הקונה וכך בעל חובו של המוכר יוכל לטרוף אותה מהקונה שקנה בלי אחריות. והסיבה שחשוב למוכר להעמידה בפני בעל חובו זה כדי שלא יקראוהו אינשי "לוה רשע ולא ישלם" שלא יצא עליו שם רע בין הבריות שהוא אדם לא מהימן ואינו עומד בהתחייבותיו, ולכן המוכר נעשה נוגע בעדות בשל כך. מתרצת הגמרא מג,א שהשותף יכול להעיד לחבירו כאשר הוא קיבל אחריות דאתא ליה מתמתיה שאם יטרפוהו בשביל חובו שחייב לאחרים – יחזיר את הכסף לקונה, בכה"ג יכול השותף שהתסלק מהשדה ונתן אחריות למקבל (השותף = הקונה) שאז אין חשש שרוצה להעמיד את השדה בפני בעל חובו, שאם המוכר דואג שלא להיות בגדר לוה רשע ולא ישלם כלפי בעל חובו, הוא אינו מרויח כלום כי סוף כל סוף הוא נעשה "לוה רשע ולא ישלם" כלפי הקונה שקנה באחריות ואם בין כך ובין כך הוא נעשה "לוה רשע ולא ישלם" – אין כאן נגיעה וכשר להעיד בין בשותף שנסתלק ובין במוכר. ממשיכה הגמרא ושואלת וכי מסלק נפשיה מי מסתלק והתניא בני העיר שנגנב ספר תורה שלהן – אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר, ואם איתא שמועיל סילוק, ליסתלקו בי תרי מיניהו ולידיינו? מתרצת הגמרא שאני ספר תורה דלשמיעה קאי ואי אפשר להסתלק. מסביר הרשב"ם שאין העדים מבני העיר יכולים להסתלק שלא יהיו נוגעין בעדות, שהרי סוף כל סוף הוא נהנה מהספר תורה ויוצא בו בשמיעתו. אלא אם כן ילך לו לגור בעיר אחרת שאז לא יהנה בקריאתו.

ג. הסתלקות מנגיעה ממונית

תוס' ד"ה וליסלקו תרי מייניהו ולידינו שואל וא"ת איך אפשר שיועיל סילוק של עדים מבני העיר והרי אמרנו בסוגיא ב"ב קכת,א שבעינן תחילתו וסופו בכשרות דהינו צריך שהעדים יהיו כשרים גם בזמן הגדת העדות וגם בזמן ראיית העדות ואם ראו בזמן שהם נוגעין בעדותם – הוי תחילתו בפסלות ואיך שייך לומר שיועיל סילוק הרי זה כמו היה קרוב ונתרחק שלא יכול להעיד כי תחילתו בפסלות?

ואומר ר"י דלא שייך תחילתו בפסלות הכא כיוון שאין פסלותו תלוי בגוף אלא בממון. ודברי התוס' סתומים וחתומים וצריך לפרשם. אך האמת ששאלה זו הטרידה את כל הראשונים והם נתנו מספר תשובות לשאלה זו. הרשב"א ב"ב מג,א מביא ג' תירוצים לשאלת התוס'.

תרוץ א' בשם הראב"ד דווקא בפסול הגוף או פסול קרוב – אמרינן שתחילתו בפסול כגון שהיה חתנו ואח"כ מתה בתו – לא מועיל שנתרחק הואיל ותחילתו בפסולת אבל בפסול נוגע שהוא רק משום **חשד שמשקר** בשביל הנאתו זהו פסול – בהגדה בלבד ולכן כל שלבסוף אין חשד שמשקר – כשר להעיד ולדון.

תרוץ ב' ברשב"א וכך נראה בדברי הר"י מיגש נוגע הוא אינו עד כלל ומחמת הנאתו נעשה **בעל דבר** ובעל דבר הוא כלל לא עד, וכמו שכתב הרא"ש מכות פ"א סימן י"ג שלא אמרינן נמצא א' מהם קרוב או פסול בבע"ד, לפי שכלל אין לו שם של עד, הכא נמי הנוגע דינו כבע"ד מחמת הנאתו ולאחר שהסתלק רק אז חל עליו שם של עד והוי תחילתו וסופו בכשרות, כי בע"ד כלל אינו עד.

תרוץ ג' ברשב"א בשם הרמב"ן (ועליו אומר הרשב"א והוא הנכון) לא אמרינן תחילתו בפסולות אלא במי שהיה קרוב ונתרחק או בפסול הגוף אחר, שאז הוא מעיד למי שהיה קרובו בשעת ראיה, אבל אם היה פסול לזה בשעת ראיה, **מעיד** באותה עדות **לאחרים** שהרי מתחילתו כשר היא אצלם, שהרי הוא לא היה קרוב להם מעולם, כלומר העקרון המנחה לפי הרמב"ן שהכל תלוי **למי** הן מעידין ולא בעדות עצמה, ולכן אף שלעדות זו מעיקרא היה פסול לה, מכ"מ כיוון שלזה שהוא מעיד עתה היה כשר גם מעיקרא – שפיר יש להחשיבו כתחילתו וסופו בכשרות.

תרוץ ד' – התוס' בנדה נ,א בד"ה ור' מאיר ושו"ת הרא"ש כלל נח אות א בשם ר' יהודה מפריז. יש לחלק בין דין לעדות, שסילוק מנגיעתו מועיל לגבי לדון דין אך באמת לגבי עדות – נוגע אינו יכול להסתלק כמו קרוב שבעיני תחילתו וסופו בכשרות, ומבאר הרא"ש בתשובה נח את סברת החילוק בין עד לדיין שהדיין דן לפי מה שטוענים לפניו כשיושב לדון לאחר שכבר נסתלק, שאין בו דין ראיית העדות ונמצא שהדיין אחר שנסתלק מנגיעתו כשר לדון מתחילתו. אבל עדים שמעידים על פי מה שראו כשהיו פסולים לכן אין מועיל סילוק לפי שנמצא תחילתו בפסולת. (אך הרא"ש עצמו אינו מקבל סברא זו ונוקט כסברת הרמב"ן – תרוץ ג').

תרוץ ה' של המרדכי (עפ"י בד קדש חלק ב סימן יט) כיוון שבשעת ראיית העדות היה בידו לסלק עצמו מהנגיעה – אין זה נחשב לתחילתו בפסול, דלא בעינן בדווקא שיהיה כשר בשעת ראיה אלא מספיק שיהיה ראוי להעיד.

באור דברי התוס'

התוס' נקטו בלשון סתומה "לא שייך תחילתו בפסלות הכא כיוון שאין הפסלות תלוי בגוף אלא בממון" ונראה שתוס' מתכוונים לתרוץ הרמב"ן שהעיקר הוא למי הן מעידין ואף שהעדות מעיקרא היה פסול לה מחמת נגיעתו מכ"מ כיוון שלזה שהוא מעיד עתה כשר היה גם מעיקרא שהרי לא היה קרובו, לכן שפיר חשוב תחילתו וסופו בכשרות.

וכך מבאר גליון מהרש"א ב"ב מג, א וכן הקהילות יעקב סנהדרין סימן טו שהתוס' ס"ל כרמב"ן.

ד. שיטת הלבוש - נוגע פסול משום קרוב

הסמ"ע לז, א תמה על הע"ש שאמר שנוגע הוא משום שאדם קרוב אצל עצמו ואמר הסמ"ע ולא ידעתי מנין לו הא?! ונראה ברור כשמש שהע"ש שאב את שיטתו מכת קושיית הר"י מיג"ש ב"ב מד, ב דאמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות – אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו, ופריך הגמרא היכי דמי אם יש למוכר קרקע אחת בת חורין – יגבה ממנה, שהרי אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ואי דלית ליה ארעא אחרייתא מאי נפקא ליה מינה? משיבה הגמרא לעולם דלית ליה ארעא אחרייתא דאמר לא ניחא ליה להוי לוח רשע ולא ישלם. ולגבי הקונה שקנה בלי אחריות – אין לו בעיה של לוח רשע ולא ישלם כי יאמר לו המוכר לכן מכרתי לך שדה בלי אחריות. ע"כ דברי הגמרא. והקשה הר"י מגאש איך חשינן לעדות שקר שיעיד המוכר רק בשביל לא להיות לוח רשע (שזה צדקות בעלמא) והרי להעיד עדות שקר זה הרבה יותר חמור שעובר על לאו דאורייתא של "לא תענה ברעך עד שקר" שזה חמור טפ"ז ומתרץ ב' תירוצים:

תרוץ א' בר"י מיגאש מה שאמרנו שניחא ליה להעיד שקר כדי להעמידה בפני בעל חובו זה משום שרוצה לצאת ידי הבריות שאם יראו שהוא לוח ואינו משלם יקראוהו רשע ולכן מוכן להעיד שקר בשביל להנצל מכך, וכמו שמצאנו בדברי ריב"ז לתלמידיו בברכות כתב, יה"ר שיחא מורא שמים עליכם כמורא בשר ודם. אמרו לו תלמידיו עד כאן, אמר להם ולואי, תדעו כשאדם עובר עבירה אומר שלא יראני אדם.

תרוץ ב' בר"י מגאש אי נמי י"ל מה שלא מקבלים עדותו של המוכר זה לא משום שחשדינן ליה שהוא משקר אלא מכיון שלא ניחא ליה להיות לוח רשע

ולא ישלם, נמצא שעדותו נותנת לו הנאה מסויימת ונמצא כמאן דמסהיד לנפשיה דלא מקבלים מיניה ולא משום שחשדינן ליה למשקר בעדותו, אלא משום דלא מיקרי עד כלל, אלו תורף דברי הר"י מיגאש. לפי דבריו בתרוץ ראשון פסול נוגע הוא משום חשש משקר ולכן הוצרך לתרץ שהכא שפיר יש חשד שמשקר למרות שמבחינת שמיא האיסור של עדות שקר חמיר טפי.

ובתירוץ השני ס"ל שפסול נוגע אינו משום חשש משקר אלא מגזה"כ, דהוי כמאן דמסהיד לנפשיה ולכן פסול אף בכה"ג שאין חשש שיעיד שקר.

העיר שושן התקשה בקושיית הר"י מיגאש ונקט כתרוץ השני, שפסול נוגע אינו משום חשד שמשקר, שהרי חמור יותר להעיד שקר מאשר להיות לזה רשע ולא ישלם. אולם הסמ"ע והש"ך נקטו כתרוץ קמא של הר"י מיגאש שפסול נוגע הוא משום חשד שמשקר והוכיח הש"ך מדברי הרמב"ן והרשב"א שהביאו את קושיית הר"י מיגאש הנ"ל ואת תרוץ קמא בלבד – דלא ניחא ליה שיקראוהו לזה רשע ולצאת ידי הבריות מכיון, שיהיה לבע"ח מהיכן לגבות חובו, משמע שתפסו שפסול נוגע הוא משום חשש משקר ולא משום שאדם קרוב אצל עצמו.

ה. לר"י מיגאש נוגע הוא בע"ד או קרוב?

יש לחקור לדעת הר"י מיגאש בתרוץ ב' האם פסול נוגע הוא משום שאדם קרוב אצל עצמו ונחשב ממש כמעיד לעצמו ופסולו הוא משום **בעל דבר** ואין לו תורת עד כלל וכלשונו "דהוי כמאן דמסהיד לנפשיה" או שמא נאמר שיש לו תורת עד אלא שהוא פסול ככל שאר פסולי עדות. יש כמה נפ"מ מחקירה זו כגון לגבי נמצא א' מהם נוגע האם אמרינן בטלה מקצתה בטלה כל העדות כמו בנמצא קאו"פ במכות דף ה וכן לגבי תחילתו בפסלות האם יועיל סילוק מנגיעתו ועוד.

והנה ברשב"א ב"ב מג, א בסוגיא של בני העיר שנגנב ספר תורה שלהן כתב בתרוץ השני על קושיית התוס' ליסתלקו תרי מינייהו, והרי בעינן תחילתו בכשרות? תרץ הרשב"א שמעיקרא לא היה עליו תורת עד כלל כיוון שמטי ליה הנאה מיניה – לאו בר עדות הוא כלל – מפורש בדברי הרשב"א שפסול נוגע הוא מטעם **בעל דבר** ואין לו דין עד כלל, אולם שטמ"ק ב"ב מה, א בשם ר' יונה כתב בלשון זו: "כמו שהקרוב פסול לעדות כך כל מי שנוגע בעדות וכו' פסול לאותו עדות" עכ"ל משמע שפסול נוגע אינו פסול בע"ד אלא פסול **קרוב**. וכן משמע מלשון מהר"ם מלובלין ב"ב מד, א שכתב ב' תירוצים הנ"ל של

הרימ"ג ובתרוץ בתרא כתב: שכל דבר שיש לאדם הנאה בו ומעיד עליו יש לו דין עד קרוב, שאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול לעדות מהתורה, אפילו אם ידעין בו בוודאי שאינו משקר בעדותו, שהרי אפילו משה רבינו פסול להעיד לאהרון אחיו מהתורה עכ"ל מוכח מלשון מהר"מ שפסול נוגע הוי כמו קרוב ולא כבע"ד. וכן מוכח מדברי העיר שושן בריש סימן ל"ז שנוגע פסול משום קרוב, שהרי הסמ"ע הביא בשם הלבוש שלענין פסול נוגע אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, מוכח שנוגע פסול משום קרוב. כי אילו היה סובר שנוגע הוי בע"ד אם כן לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. שכן בע"ד כלל אינו עד ולא מצטרף לעדים וכפי שכתב הרא"ש מכות פ"א סימן יג בשם הראב"ד, שבבע"ד לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, לפי שבע"ד אינו עד, לכן חיבים לומר שהלבוש סובר שנוגע הוי קרוב ולא בע"ד.

ו. מה בין קרוב לבעל דבר?

עפ"י האמור יצא לנו שלדעת ר' יונה, מהר"מ מלובלין והלבוש נוגע פסול משום קרוב ויש להבין מדוע לא נאמר שהוא פסול משום בע"ד, הרי אם אמרינן שנוגע פסול משום שאדם קרוב אצל עצמו ולכן הוא פסול מטעם קרוב, אם כן למה לא נאמר שהוא בע"ד ממש? וי"ל שיש חילוק עקרוני בין בע"ד לנוגע שבע"ד הוא מי שמעיד על עצמו באופן ישיר כגון לוח שמעיד שהשט"ח שבידי המלוה הוא פרוע או מזויף – זו עדות שהלוח מעיד ישירות לעצמו ולכן הוא נידון כבע"ד ואינו עד כלל, לעומת זאת נוגע – אינו מעיד ישירות לעצמו, אלא הוא בעצם מעיד לאחרים, אלא בעקיפין יש לו טובת הנאה מעדותו. ומצאתי בחסדי ה' ראייה לכך שנוגע מוגדר כך כשאינו מעיד ישירות לעצמו בסוגיא בסנהדרין כג, ב הגמרא מבארת את דברי ר' מאיר במשנה שם כג, א: "זה פוסל עֲדוּי של זה וזה פוסל עֲדוּי של זה" – שכל אחד מבעלי הדין בצרוף עד נוסף יכול לפסול את העדים של הבע"ד שכנגדו. שואלת הגמרא כל כמיניה נוגע בעדותו הוא?! אומר רש"י שם נוגע בעדותו הוא – האי בעל דין, דמשום דלא ליסהיד עליה קאתי למפסליה. ויש להבין מדוע הגמרא קוראת לו נוגע בעדות הוא הרי מדובר בבע"ד ממש שרוצה לפסול עדים שבאים להעיד נגדו? אלא התשובה היא שכיוון שהבע"ד אינו מעיד ישירות לעצמו (כמו בלוח שרוצה להעיד שהשט"ח שבידי בע"ח פרוע או מזויף) אלא מעיד שעדי הבע"ד שכנגדו פסולים ורק בתולדה מכך הוא ירויח שעדים אלו לא ישמשו ראייה כנגדו – זה בגדר נוגע בעדות. דוגמה נוספת מהסוגיא בב"ב מד, ב בדינו של שמואל שהבאנו לעיל דנים את המוכר כנוגע

משום שרוצה להעיד לקונה בכדי להעמידה בפני בעל חובו שם אין המוכר מעיד ישירות לעצמו, אלא הוא מעיד עבור הקונה שהקרקע שבידו אינה גזולה ודוחה מעליו את טענת המערער, אלא שבתולדה מכך יכול הוא להגבות אחי"כ שדה זו לבעל חובו, ברם גוף העדות אינה לעצמו אלא לאחרים, לפי"ז שפיר יש לומר שנוגע פסול משום קרוב ולא משום בעי"ד, לפי שפסול קרוב נלמד מגזח"כ "לא יומתו אבות על בנים" ודרשינן בסנהדרין כז,ב שלא יצא שום דין על האבות בגלל הבנים וכן להיפך ופסול קרוב קיים לא רק כשמעיד ישירות על קרובו כדמוכח מסנהדרין כח, א בדינו של רמי בר חמא, שאחים פסולים להעיד ביחד עבור אחר, והטעם משום שאם יוזמו נמצא עד זומם נהרג בגלל צרוף עדות אחיו לעדותו, וכדתניא אין העדים נעשים זוממים עד שיזומו שניהם, ואם יהיו שני אחים כשרים להעיד לעלמא נמצא עד זומם נהרג בגלל עדות אחיו, שרק בגלל הצטרפות אחיו אליו מתחייב בכאשר זמם והרי שם הוא כלל לא מעיד על אחיו, אלא על אדם זר ורק ממילא יוצא דין על האח בתולדה מעדותו, ואפילו הכי אמר רמי בר חמא שיש בזה פסול קרוב – אם כן רואים שפסול קרוב הוא אף כשאינו מעיד ישירות על קרובו (ואפילו רבא שדוחה את רמב"ח היינו רק משום שהזמה מעלמא קאתי ולא נחשב שמוזם מחמת קרובו, אבל בגוף הסברא אפשר שאף רבא מודה) יוצא לנו **שבעי"ד** הוא מי שמעיד לעצמו בלבד, ו**קרוב** פסול אף שמעיד לאחר אם יש נפ"מ בעדותו לקרובו. ו**נוגע** אינו מעיד לעצמו ישירות אלא מעיד לאחר (וכפי שהראינו בדוגמאות לעיל) אם כן מסתבר לומר שנוגע אינו בעי"ד אלא קרוב, ולכן סברו הרי יונה, הלבוש ומהר"מ מלובלין שפסול נוגע הוא משום קרוב ולא משום בעל דבר.

ניתן להוסיף ולומר עוד הסבר למה נוגע הוי קרוב ולא בעי"ד לפי שבעי"ד אינו מוגדר עד פסול אלא הוא אינו עד כלל ולכן כשמעיד ישירות על עצמו דהוי בעי"ד – אין לו דין עד כלל ואינו מצטרף לעדות בכדי שנאמר בטלה מקצתה בטלה כולה. לעומת זאת קרוב הוא עד אך התורה פסלה את עדותו לכן בנמצא עד אחד קרוב בטלה העדות כולה.

ונוגע שאינו מעיד לעצמו ישירות הוא לא בעי"ד אלא יש להחשיבו כעד פסול בדומה לקרוב.

ז. נגיעה, שאינה ממונית

היד רמ"ה פח"ה אות קנט מוכיח שהיכן שהנאתו אינה ממון – בכ"ז הוי נוגע בעדותו ופסול להעיד מהסוגיא ב"ב מד,ב בה הגמרא דנה במימרא של

רבין בר שמואל שהמוכר שדה לחבירו שלא באחריות – אין מעיד לו עליה בפני שמעמידה מפני בעל חובו ולא יקראוהו לזה רשע ולא ישלם, ומדובר כשאין לו ממה לשלם וכל נגיעתו היא משום שמו הטוב שלא יקראוהו רשע. אומר היד רמ"ה שמעינן מינה שכל כי האי גוונא אע"ג שלא הוי הנאת ממון בכ"ז הוי נוגע בעדות ונפסל. אלו תורף דברי היד רמ"ה. הרשב"א בתשובה ח"א סימן תקמב פסק שגיזברי צדקה כל זמן שאין להם ולא לקרוביהם שום חלק ושום זכות בנכסי ההקדש – הרי הם נאמנים להעיד עבור ההקדש כמו אחרים דעלמא. ודברי הרשב"א נפסקו בשו"ע סימן לו סעיף ט והרמ"א שם מוסיף וכותב: שקרובי הגיזברים כשרים להעיד, אעפ"י שהגזבר מחלק הממון למי שירצה לפי מ"ד טובת הנאה אינה ממון (שכך הלכה) ואעפ"י שהגזבר נותן אח"כ לקרוביו העניים – אין מבטלים את העדות בגלל זה, לפי שבשעת הגדת העדות לא הייתה הנאה הניכרת (שהרי טובת הנאה אינה ממון). השי"ך שם בסק"י משיג על דברי הרמ"א ומציין שמקור דברי הרמ"א בתשובת הריטב"א סימן קסז בה מדובר על אדם שהקדיש נכסיו לעניים בפני שני עדים ואחד מהם הוא אחיו של הגזבר צדקה. ונוצר דין ודברים בין הגזבר לאלמנתו של המקדיש האלמנה טענה שאין בעדות זו כלום לפי שאחד מן העדים הוא אחיו של הגזבר, ולדעתו הגזבר נוגע בעדות ולכן עדות קרובו בטלה ואם כך אין עדות כלל על ההקדשה. לעומתה טוען הגזבר שאין כאן נגיעת עדות כלל ואף הוא הגזבר בעצמו יכול להעיד עבור ההקדש לפי שהוא כאפוטרופוס להקדש ואינו מעיד עבור עצמו, שאין זה ממון. וכתב הריטב"א: נהי שנגיעת עדות אין כאן מכל מקום עדות קורבה יש כאן לפי שיש טובת הנאה לגזבר מההקדש, שיכול הוא להחליט למי לחלק את הממון שהוקדש. ופסקו הר"ח והרמב"ן שטובת הנאה ממון וכאן יש לו הנאה לחלק את ההקדש למי שירצה אפילו לבניו ולבנותיו הסמוכים על שולחנו וכו'.

הרמ"א פירש את דברי הריטב"א דווקא למאן דאמר טובת הנאה ממון, ולכן למד הרמ"א שלמ"ד טובת הנאה אינה ממון – יכול להעיד, שהרי לא היתה הנאה הנכרת בשעת העדות, השי"ך חולק על הרמ"א ומסביר שאמנם הריטב"א כתב שטובת הנאה ממון כי כך נוקט הריטב"א לדינא, אבל לא מסתבר לומר שלמ"ד טובת הנאה אינה ממון הגזבר או קרוביו יכולים להעיד. שמה שנקטינן לדינא שטובת הנאה אינה ממון – זה רק לעניין תשלומי כפל וקידושי אשה וכה"ג משום ששם בעינן דבר של ממון, משא"כ לעניין נגיעת עדות – לא בעינן נגיעה של ממון דווקא, אלא כל הנאה שיש לנוגע פוסלתו מלהעיד, וראיה מב"ב מד,ב שחישטין שהמוכר מעיד כדי להעמידה בפני בעל חובו, שאין לו הנאת ממון ומעיד שקר כדי שלא יקראוהו רשע שלזה ולא משלם, או הראשון נוח לי והשני קשה ממנו וכה"ג, והשי"ך

מסתייע בדברי הרמב"ם הלכות עדות טז, ד, ושו"ע לו, כא שפסקו שאפילו דבר הגורם לדבר אחר, אם יש צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה – ג"כ לא יעיד, וכל שכן במקרה שלפנינו יש לחוש שהגזבר מעיד בשביל הטובת הנאה שיוכל לחלק את הממון למי שירצה ודברי הרמ"א צ"ע, ע"כ דברי הש"ך. היוצא מדבריהם שהרמ"א דייק מהריטב"א שלמ"ד טובת הנאה אינה ממון – יכול להעיד, ואילו לש"ך אף הריטב"א יסכים שגם למד טוהנ"א אינה ממון – לא יעיד לפי שבעדות פסלינן אף נגיעה שאינה של ממון.

ח. עיון בדברי הש"ך וקצוה"ח

1. תשובת קצוה"ח לטענות הש"ך

עפ"י דברי המהרי"ט חלק ב סימן פ בחו"מ כדי לפסול נוגע מעדות צריך הנאת ממון בדווקא (בניגוד לדברי הש"ך) ומה שהקשה הש"ך מדברי הרמב"ם שאפילו בדרך רחוקה ונפלאה פסול הנוגע בעדות – גם ברמב"ם מדובר על הנאת ממון בדווקא. ולפי מהרי"ט אין ראייה לש"ך מדינו של שמואל ב"ב מד, ב דהוי נוגע משום לוח רשע ולא ישלם, לפי שגם שם זו נגיעה ממונית, משום שכל פעם שיבוא לידו ממון כלשהו הוא יצטרך לחסוך מפיו וליתנו לבע"ח כדי לא להיות לוח רשע ולא ישלם לכן זה נחשב ג"כ להנאת ממון. המהרי"ט הביא ראייה לדבריו מההלכה שנפסקה בחו"מ לגו, שאבי חתן ואבי כלה מעידין זה לזה למרות שיש קרוב דעת גדול ביניהם, ואם כן יש כאן טובת הנאה כשאבי החתן מעיד לאבי הכלה (או ההפך) ואעפ"כ כשר להעיד כי זו לא הנאת ממון. ומהרי"ט מביא ראייה נוספת לשיטתו מהמרדכי סנהדרין סימן תרצה שקרובי הנרצח מעידין על הרוצח, אע"ג שזו עדות שהיא לזכות גואל הדם. מוכח שאם זו נגיעה שאינה הנאת ממון – כשרים להעיד לו, אם כך לפי המהרי"ט שטובת הנאה שאינה ממון לא עושה אותו לנוגע אולי נאמר שהגזבר עצמו ג"כ יוכל להעיד על ההקדש לצדקה, כיוון שטובת ההנאה אינה ממון.

אולם מסקנת הקצות - שהגזבר עצמו אינו יכול להעיד עבור ההקדש, שהרי הרא"ש בתשובה כלל נז אות ב כתב שקרובי הנרצח אינם יכולים להעיד על הרוצח וקרובי גואל הדם – יכולים להעיד על הרוצח. ושאל המהרי"ט ממה נפשך אם ענישת הרוצח נחשבת זכות לגואל הדם אם כן למה מעידים קרובי גואל הדם, ואם אין זה זכותו של גואל הדם אז גם קרובי הנרצח יוכלו להעיד על הרוצח? וכתב המהרי"ט שטעמו של הרא"ש כיוון שלא הוי הנאת ממון

לכן די שיפסול לעדות את גואל הדם עצמו שהוא לא יוכל להעיד, אבל הקרובים של גואל הדם – שפיר מעידין על הרוצח כיוון שאין כאן שום הנאת ממון. עפ"י מסקנת המהרי"ט מדברי הרא"ש בתשובתו על גואל הדם מסיק הקצות לענינו **שהגזבר עצמו** – אינו יכול להעיד אעפ"י שזו הנאה שאינה ממון אלא טובת הנאה בעלמא. אבל **קרובי הגזבר** – יכולים להעיד כיוון שאין זו הנאת ממון וכן משמע מדברי הרמ"א (לו, ט) שקרובי הגזבר יכולין להעיד על ההקדש, ולא כתב הרמ"א שהגזבר עצמו יכול להעיד, כי באמת הוא עצמו אינו יכול להעיד, בדומה לגואל הדם שאינו מעיד לפי תשובת הרא"ש הנ"ל.

2. עיון בהבנת הש"ך

הרשב"א נשאל (ח"ב סי' פא) על מקרה דומה לדינו הנ"ל של שמואל. במקרה שיצאו עוררין על שדה שמכר לחבירו, האם יכולים קרובי המוכר להעיד ללוקח? האם אמרינן כיוון שאם מפסיד הלוקח בתר מוכר אזיל – נמצא שמעידין לטובת המוכר קרובים או דילמא השתא מיהא הם מעידין רק ללוקח ופסול קורבא נלמד מגז"כ ואין לך בו אלא מקומו וכו'.

הרשב"א השיב, שאם המדובר במוכר בלי אחריות הקרובים כשרים להעיד, שהרי הקונה לא יחזור אל המוכר לפי שמכר לו בלי אחריות, ואע"ג שהמוכר עצמו בכי האי גוונא אינו מעיד לו עליה, מפני שמעמידה בפני בעל חובו כמבואר בגמרא שם, בכל כי האי גוונא אין הקרובים פסולים לפי שאין עדות קורבא נפסלת אלא כשיש היזק או ריווח ממון, אי נמי לחייב ולזכות בגוף, אבל במוכר בלי אחריות שאפילו המוכר בעצמו אינו פסול מחמת ריווח או נזק ממון וגוף, אלא רק משום שלא יקראוהו "לווה רשע ולא ישלם" – בזה אין פסול לקרובים. נמצא שהרשב"א כותב במפורש את דברי המהרי"ט והקצות שבנגיעה של "לוה רשע ולא ישלם" המוכר עצמו אינו יכול להעיד בגלל נגיעתו זו אך קרוביו כשרים להעיד מפני שאין זו נגיעה של ממון ודלא כדברי הש"ך הנ"ל. אך עדיין יש למצוא הסבר לדברי הרשב"א ומהרי"ט למה הגזבר אינו יכול להעיד בגלל נגיעתו ואילו קרוביו כן יכולים להעיד? התמונה תתבהר עפ"י דברי התומים והנתיבות בסימן לו סק"ד. עפ"י דבריהם יוצא שבנוגע רגיל שיש לו נגיעה ממונית ממש – יש בו פסול כפול גם מצד חשש משקר וגם פסול קרוב (או בע"ד) והנוגע בנגיעה ממונית אף הקרובים פסולים להעיד לו, לפי שמרויח ממון כתוצאה מעדותם, אולם בנוגע שאין לו נגיעה ממונית אלא טובת הנאה בעלמא או שמעמידה בפני בעל חובו כדי לא להיות בגדר "לווה רשע ולא ישלם", בכה"ג אין פסול קרוב בגלל נגיעתו אך הנוגע בעצמו פסול משום חשש משקר. קרוביו של נוגע סוג ב' כזה (שיש בו רק חשש

משקר ואין בו פסול קרוב) יכולים להעיד לו שהואיל ואין לו נפ"מ לדיני ממונות – אין הוא נחשב לבע"ד אלא נוגע בעלמא, וכלפיו אין את גוה"כ שפסלה קרוב, שקרובים לא נחשדו לשקר בעדותם. התומים אומר בסיום דבריו (סוף סק"ד) שלכן צדקו דברי הרמ"א שקרובים לגזבר יכולים להעיד להקדש דלא כש"ך ורק הגזבר עצמו לא יעיד.

עפ"י הבאור שחידשו לנו התומים והנתיבות נוכל להבין דבר נוסף. בב"ב מג,א שאלה הגמרא לגבי ספר תורה, ליסתלקו בי תרי מבני העיר ולידיינו? והגמרא תירצה שאני ספר תורה שלשמיעה קאי ואף שישתלקו ממנו אכתי מטי להו הנאה שהרי יוצאים בשמיעתו. ויש להקשות איזה הנאת ממון יש לבני העיר שהסתלקו מהספר תורה הרי סוף כל סוף אין להם שום ממון וזכות בספר תורה, שהרי נסתלקו ממנו, אלא שיש להם רק טובת הנאה בעלמא ולא ממון? עפ"י התומים והנתיבות הני"ל נוכל לבאר ולומר שאין הכי נמי מכיוון שאין כאן נגיעה ממונית – אין הוא בעל דבר או קרוב אך משום שלשמיעה קאתי (הספר תורה) עדיין יש לפסול את העדים שהסתלקו משום הפסול השני של חשש משקר שכן זה קיים אף בנוגע בלי הנאת ממון, לכן לא מועיל הסילוק בספר תורה.

3. קושי בראיית הש"ך

הש"ך לו,א הביא כראיה לשיטתו את העובדה שהרמב"ן והרשב"א הביאו את קושיית הר"י מיגאש שבראשית דברינו והביאו רק את התרוץ הראשון שרוצה לצאת ידי הבריות שלא יקראוהו רשע לכן הוא מוכן להעיד עדות שקר, והשמיטו את תרוץ בתרא שנוגע פסול משום קרוב. אומר ר' שמואל רוזובסקי ב"ב סימן כג שעפ"י התומים והנתיבות הני"ל יש לומר שהסיבה שהרמב"ן והרשב"א הביאו רק את תרוץ בתרא בר"י מיגש זה משום ששם אין זו נגיעת ממון אלא הנאה בעלמא שמעמידה בפני בעל חוב וכה"ג אין פסול קרוב או בע"ד, אלא כל הפסול נוגע הוא משום חשש משקר גרידא, אולם בנוגע ממש שיש לו הנאת ממון – גם הרמב"ן והרשב"א יודו שנוגע פסול משום שאין אדם מעיד לעצמו שהוא פסול קרוב או בע"ד ולא משום חשש משקר כדברי הש"ך.

ראוי לציין שהיד רמ"ה ב"ב מד, ב אות קנט שלמד שבמעמידה בפני בע"ח יש ג"כ פסול נוגע אף שאין זו הנאת ממון – אין הכרח לבאר דבריו כשיטת הש"ך ובהחלט ניתן להסביר שהיד רמ"ה סובר כרשב"א שיש חלוקה בין נוגע בנגיעה של ממון – שפסול משום בע"ד או קרוב ורק בנוגע סוג ב' כמו בדוגמה שעליה דיבר היד רמ"ה אות קנט – שמעמידה בפני בעל חובו שם הפסול הוא

משום חשש משקר ולא משום קרוב או בע"ד ולכן אף שהנוגע עצמו לא יכול להעיד אף בכ"ג מכ"מ קרוביו של הנוגע יוכלו להעיד וכדברי הרשב"א הנ"ל וכבאור התומים והנתיבות.

ט. הנוטל שכר להעיד

המשנה בבכורות כט, א קובעת שהנוטל שכר על עשיית מצווה מעשיו בטלן ולכן הנוטל שכר לדון – דיניו בטלים, להעיד – עדותיו בטלים, להזות ולקדש – מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה. שואלת הגמרא מנא הני מילי? אמר רב יהודה אמר רב דאמר קרא ראה לימדתי אתכם חוקים ומשפטים, מה אני בחינם אף אתם בחינם. ומפרש הרא"ש שם פ"ד סימן ה כשם שאני משה למדתי תורה מהי בחינם, כך אני לימדתי אתכם בחינם וכן אתם תלמדו אחרים בחינם, לפי שאין ליטול שכר על עשיית מצווה שאדם מחוייב בה (ועיין סמ"ע לד, מו), ולכן הרואה עדות שמחוייב להעיד עליה מכח "ואם לא יגיד ונשא עונו" – מחוייב להעיד בחינם וחכמים קנסו את מי שעובר על מצוות מה אני בחינם וקבעו שדין שדן בשכר – דיניו בטלים, ועד שהעיד בשכר – עדותיו בטלים כמבואר ברמב"ן ור"ן סוף פרק ב' בקידושין. הגמרא בקידושין נח, ב מקשה על המשנה שם שאמרה המקדש בתרומות וכו', במי חטאת ובאפר פרה – הרי זו מקודשת.

ורמינהו הנוטל שכר לדון – דיניו בטלים, להעיד – עדותו בטילה, להזות ולקדש – מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה, אם כן למה אמרה המשנה בקידושין שהמקדש במי חטאת ובאפר פרה מקודשת? (ומבאר הריטב"א שם שכיוון שמעשיו בטלים בגלל הקנס על שנוטל שכר – לכן אינו ראוי ליטול שכר עליו שהרי לא עשה ולא כלום ואם כן במה תתקדש האשה הרי לא נתן לה הנאה כלשהי שתתקדש בה) מתרץ אביי לא קשיא כאן בשכר הבאה ומילוי שזה מילתא דטריחא ורחמנא לא רמיא עליה ולכן רשאי ליטול שכר ואם כן בשכר זה מקודשת, והמשנה בבכורות מדברת בשכר הזאה וקידוש שליכא טירחא ונוטל שכר על עשיית המצווה – על זה יש את איסור התורה "מה אני בחינם" (כפרוש רש"י שם) עפ"י גמרא זו הסיק הרשב"א בשו"ת ח"ג סימן יא, שהאיסור ליטול שכר הוא רק על עדים שכבר ראו את המעשה ומחוייבים להעיד, כמו שאדם מחוייב לדון בין אדם לחבירו אם הוא בר הכי, אבל מי שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר בכדי ללכת במיוחד ולראות את הענין בכדי להיות עד קיום בחליצה או בגרושין וכיוצ"ב – מותר לו ליטול שכר וכן פסק הרמ"א חו"מ לד, יח. ובאה"ע קל, יא פסק הרמ"א שמותר

לעדים החותמים בגט ליטול שכר על חתימתם, והתוסי' יו"ט על המשנה בבכורות פ"ד מ"ו מסביר את טעם ההיתר עפ"י הרשב"א הנ"ל, שהואיל ואין על העדים חיוב לבוא ולהעיד אלא הבע"ד מזמין אותם להיות עדי קיום בשביל חלות הגרושין לכן אין כאן איסור נטילת שכר מדין "מה אני בחינם וכו"ו.

שכר בטלה

ויש לדעת שאף כשנוטל שכר על עדות או דין, אין איסור כשנוטל שכר בטלה כפועל בטל והאיסור קיים רק כשלוקח שכר גבוה יותר משכר בטילתו, וכמבואר בכתובות קה.א ובספר "גט פשוט" סימן קכ סוף סק"ט כתב: הכלל העולה שעדי הגט יכולים לקחת שכר בטלה דמוכח אליבא דכו"ע, ולדעת כמה פוסקים כאשר הוא מתנה מתחילה להיות עד – יכול לקחת כמה שירצה אפילו יותר מכדי שכר בטלה דמוכח, ומכ"מ אינו לוקח שכר בעד החתימה עצמה או בעד עדותו, אלא מפני ביטול מלאכתו או מפני שרצה ליטפל בענין זה להיות רואה העדות ולהיות עד. ודין זה נובע כמובן מדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל והרמ"א לד, יח, וכן באבהע"ז קל, כא.

י. פסול מדאורייתא או מדרבנן?

כעת נחזור לתשובת מהריב"ל ח"א סימן יט שבה פתחנו את מאמרנו, מהריב"ל דן האם נוטל שכר להעיד פסול מהתורה או מדרבנן, ולכאורה יש לתמוה על ספקו, הרי מבואר בראשונים שזהו קנס חכמים על שעבר על "מה אנו בחינם" ולית מאן דפליג בזה!! (עיין תוס', רמב"ן, רשב"א, ר"ן, ריטב"א סוף פרק ב בקידושין שכולם מסכימים שזהו קנס חכמים שקנסוהו שיהיו מעשיו בטלים בגלל שעבר על "מה אני בחינם") אלא וודאי יש לומר שהיכא שנוטל שכר משני הצדדים – אז עובר הוא על קנס חכמים בלבד, הדיון במהריב"ל הוא לגבי נוטל שכר מצד אחד בלבד, האם גם אז הוא כשר לעדות מהתורה ואין עליו אלא קנס חכמים או שמא הנוטל שכר להעיד פסול מדאורייתא משום שהוא נוגע בעדות, ונפ"מ בחקירה זו: מה הדין בעד שנטל שכר כדי להתיר אשה עגונה ע"י שיעיד לה שבעלה מת וכפי שנשאל המשאת בנימין בתשובה צח לגבי אשה שהתנתה עם העד, שאם עדותו תתקבל ויתירוה להנשא בזכות עדותו – יקבל ממנה סכום מסויים, ואם עדותו לא תתקבל ולא יתירוה להנשא – יקבל סכום כסף קטן בלבד. אם נאמר שהנוטל שכר להעיד הוי נוגע הרי שהוא פסול מן התורה ופסולי עדות מהתורה

פסולים אף לעדות אשה, ואם הוא פסול רק בגין קנס חכמים של "מה אני בחינם" הרי קילין באהע"ז יז שהפסולים לעדות מדרבנן כשרים לעדות אשה.

אומר מהריב"ל מפשטות המשנה בבכורות כט, א משמע שהנוטל שכר להעיד פסול רק בגלל קנס חכמים שעבר על מה אני בחינם, וכך נראה משפטות דברי הרמב"ן והר"ן בסוף ה"ב בקידושין ומדברי הרמ"א חו"מ לד, ית. אולם מדקדוק בדברי רש"י בבכורות שם ד"ה מנא הני מילי נראה שחולק על הרמב"ן, מדברי רש"י עולה שרק בשכר על הוראה ותלמוד תורה קיים הקנס של חכמים, אך מלבד שני דינים אלו אין קנס חכמים, ולפי זה הנוטל שכר להעיד – אינו פסול מצד קנס חכמים ואפשר שדינו כנוגע ופסול מהתורה. ועיין בתומים יד אורים ס"ק לט שכותב שבכלל המצוות אדם מצווה לעשותם בחינם ולא רק בהוראת דין ות"ת. לעומתו בשאלת שלום על השאליות ריש פרשת דברים כתב שהדין "מה אני בחינם" הוא רק על ת"ת ודין, אבל על שאר המצוות – אין עליהם את ציווי התורה הנ"ל, ובשאלת שלום מביא ראה לדבריו מלשון רש"י בכורות כט, א שכתב מנהני"מ שאין נוטלין שכר על ת"ת והוראה, נמצא שהתומים ס"ל כרמב"ן בסוף פ"ב בקידושין, ואילו השאלית שלום ס"ל כרש"י וכדיוק שדייק מהריב"ל בדברי רש"י.¹

בהמשך דבריו אומר מהריב"ל שלא מצא בענין הנידון שום רמז בספרים הנמצאים ברשותו והוא נבוך בהם, אך מצד החקירה והעיון יש לומר אחת מן השתיים:

אפשרות א' שנאמר נוגע בעדות פסול מגזה"כ שפסלה קרובים משום "לא יומתו אבות על בנים" (סנהדרין כז, ב) ולא משום חשד שמשקר, שהרי אף משה ואהרן פסולים להעיד זה לזה למרות שלא חשדין שישקרו בעדותם בכז"ז פסלה התורה משום שאדם קרוב אצל עצמו, ולפי צד זה שנוגע פסול מגזה"כ של קרוב וכלל לא חשדין שמעיד שקר, הרי שהנוטל שכר להעיד פסול רק מדרבנן בין אם נוטל שכר מועט ובין אם נוטל שכר הרבה ומטעם

¹ צ"ע בדברי מהריב"ל והשאלית שלום שלמדו מרש"י שאין מצווה של "מה אני בחינם" ביתר המצוות מלבד הוראת דין ות"ת, והרי מהסוגיא בקידושין סוף פרק ב מוכח בעליל שיש איסור נטילת שכר אף על מצוות הזאה וקידוש מי חטאת וכפי המבואר ברש"י עצמו שם בד"ה בשכר הבאה, ועיין שם בתוס' ר"י הזקן בסוף דבריו שאומר ושמענין מהא שאין אדם לוקח שכר על המצווה ורק אם יש בה טורח אז מותר וכפרוש ר' שלמה. מוכח מדבריו שלמד גם ברש"י שיש איסור נטילת שכר על מצוות הזאה וקידוש מי חטאת ולא רק על ת"ת והוראת דין כדברי מהריב"ל ושאלית שלום וצ"ע.

קנס חכמים של "מה אני בחינם" וכן מבואר בקצוה"ח לו, ב. ולפי זה הוא כשר לעדות אשה, שהרי מבואר באבה"ע יז שהפסול מדרבנן כשר לעדות אשה.

אפשרות ב' נוגע – פסול מהתורה בגלל חשד שמשקר בשביל הנאתו מהעדות, ולכן גם **הנוטל שכר להעיד** יותר מכדי טירחתו – פסול מהתורה משום חשד שמשקר בכדי להרויח את הממון שהבטיחו לו תמורת העדות, ולפי"ז הוא פסול אף לעדות אשה אלא אם כן הוא מסיח לפי תומו כמבואר באהע"ז יז ואכמ"ל.

בסיום התשובה מביא מהריב"ל מעשה שבא לפניו ששלחו שליח לחפש עדות שתתיר עגונה והתנו עם השליח שאם ימצא עדות שתספיק להתיר את האשה – יתנו לו אלפיים מטבעות ואם לא יביא עדות שתספיק להתירה יקבל רק אלף מטבעות על טירחתו, והלך אותו שליח והביא עדות שלא הספיקה להתיר את האשה, אך טען ששמע מפי גוי מסל"ית שאותו יהודי (בעלה) נהרג ובעדות כזו מפי גוי מסל"ית די להתירה להנשא, ונסתפקו הרבנים אם לסמוך על השליח כיוון שהוא נוגע בעדות, ועדיין במקום הספק אני עומד ע"כ דברי מהריב"ל בתשובתו.

יא. שיטת קצות החושן בנוטל שכר להעיד

הקצות לד, מביא את ספקותיו של מהריב"ל ומכריע שנוטל שכר להעיד כשר מהתורה ולא חשדינן ליה שמשקר, דבשביל הנאת ממון לא יעיד שקר, ונוגע פסול מן התורה משום קרוב אך אין חשש שיעיד שקר בשביל הנאתו מהעדות, ופסול נוגע הוא משום שאדם **קרוב** אצל עצמו וכדברי הלבוש ריש סימן לו, ולכן הנוטל שכר להעיד כשר מהתורה, וראיה מהמוציא שם רע לדעת ר' יהודה בכתובות מו, א (הבאנו ראייתו בראשית המאמר) הסמ"ע בסימן לו סוף סק"א מביא ראיה מנימוקי יוסף ב"ב דף כג ע"א מדפי הריף שנוגע בעדות יכול להעיד לחובה, משא"כ בפסול קורבה – אין נאמן להעיד אף לחובה, שהרי פסול להעיד מגוה"כ. חיבים לומר שס"ל לנמו"י שפסול נוגע הוא משום חשד שמשקר ולא משום פסול קרוב שהרי קרוב פסול להעיד אף במעיד לחובת קרוביו ואילו בנוגע שמעיד לחובה הואיל ואין חשד שמשקר – כשר.

יב. נאמנות אדם לחובתו

שואל המהריב"ל (בתשובה הנזכרת) אם נאמר שנוגע פסול משום קרוב אם כן לחוב אמאי נאמן, והרי קרוב פסול להעיד בין לזכות ובין לחובה?

א. הקצות מעלה אפשרות שאדם נאמן לחוב לעצמו בגלל שיש לו מיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה את מה שמודה לחובתו, בדומה למה שמצאנו בגמרא ב"ב קכו, ב וקידושין עח,ב ששאלה הגמרא אליבא דרבנן שפליגי על ר' יהודה וס"ל שבדין "ייכיר" אינו נאמן לומר זה בני בכורי נגד חזקה, אם כן למה צריכה התורה לחדש את דין "ייכיר", הרי גם בלי "ייכיר" יש לו מיגו שיכל לתת לו במתנה את חלק בכורה? ותוצה הגמרא שצריך את "ייכיר" לרבנן בשביל נכסים שלא באו לעולם, שלגביהם אין לו מיגו. אם כן נלמד משם שבמודה לחובתו יהיה נאמן מכח מיגו. אך הקצות דוחה הסבר זה, לפי שאם נאמן להעיד לחובתו רק מכח מיגו יצא שנגד עדים – אינו נאמן להעיד לחובתו, והרי קילין שהודאת בע"ד כמאה עדים ונאמן לחוב אף נגד עדים כמבואר בריש סימן עט, אם כן מוכח שאין הנאמנות (להעיד לחובתו) נובעת ממיגו, שכן מיגו נגד עדים לא אמרינן כמבואר בש"ך בכללי מיגו בסוף סימן פב, ואילו הודאת בעל דין מהני אף נגד עדים.²

מהריב"ל בתשובתו הנ"ל תרץ שאם נוגע פסול משום קרוב י"ל שנאמן להעיד לחובתו מתורת חיוב ומתנה כפי שמצאנו בכתובות קא,ב שהאומר חייב אני לך מנה בשטר – חייב וכן מצאנו שאודיתא מהני ליצור התחיבות חדשה, לגבי איסור גיורא ב"ב קמט (ועיין חו"מ סי' מ), אך הקצות דוחה גם את תרוץ מהריב"ל, שהרי בשבועות מא, ב מצאנו שהנתבע על הלוואה ואמר לא לויתי (להדי"ם) ואח"כ באו עדים שלוה – אינו נאמן אח"כ לחזור ולומר פרעתי, אף אם אח"כ יבאו עדים שיסייעו לו שפרע, לפי שנאמן בהודאתו שאמר לא לויתי כאילו הודה שלא פרע, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ושם בוודאי אין לומר שהיתה התחיבות חדשה בהודאתו, אדרבה הלוה בא לפטור את עצמו בטענת לא לויתי, ואינו רוצה כלל לחייב את עצמו ובכל זאת נאמן בדבריו לחובתו במה שכלולה הודאה שלא פרע. ונראה לי להביא ראיה נוספת לדחות את מהריב"ל ממשנה אחרונה בנדריים צ,ב שהאומרת נטמאתי – אינה נאמנת לחוב לבעלה ולהפקיע שיעבודה כלפיו וכפי שמבואר בר"ן שם, אבל

² דרך אגב לא ברור מה הסברא שהודאת בע"ד מועילה אף נגד עדים וגם הקצות שאל זאת בסימן לד ס"ק ד ולא תרץ, ואולי יש לנקוט כדברי האמרי בינה בסימן עט שכאשר אדם מודה לחובתו – לא שומעים יותר עדים שמעידים לטובתו, הואיל והוא מכחיש אותם ואדם נאמן לחוב לעצמו, בדומה לשווייה אנפשיה חתיכה דאיסורא – עיין שם בקצות.

לענין כתובה – היא מפסידה כתובה בגלל דבריה שנטמאה, והרי כוונתה לא היתה להפסיד כתובתה, אלא רצתה לאסור עצמה לבעלה בכדי שיגרשנה ואין היא נאמנת בכך³ ואעפ"כ היא מפסידה כתובתה וכן פסק השו"ע אהע"ז קטו, ושהאומרת שזינתה – אין חוששין לדבריה שמא נתנה עיניה באחר אבל איבדה כתובתה וכפי המבואר במ"מ הלכות אישות פרק כ"ד שאע"ג שקיל"ין כמשנה אחרונה, מכ"מ לענין ממון הודאתה שזינתה ברצון כמאה עדים הוי, ולא שייך לומר שם שמתחייבת התחייבות חדשה או נותנת לו מתנה וא"כ מוכח דלא כמהריב"ל. דחיה נוספת שמביא הקצות לדברי מהריב"ל שאם הודאת בע"ד זה מדין התחייבות ומתנה הרי לאודיתא צריך אתם עדי ובלו אתם עדי אינו כלום שהרי יכול לטעון השטאה⁴.

והרי לגבי הודאת בע"ד על חיוב – מועילה הודאתו לחייבו אף בלי אתם עדי כדאיתא בסנהדרין כט, א אם כן מוכח שהודאת בע"ד אינה נובעת מהתחייבות ומתנה כמהריב"ל.

ג. **מסקנת הקצות** (לד, ד; לו, ה; רמא, א) מה שאדם נאמן לחוב לעצמו בהודאתו זה מגזה"כ של "כי הוא זה" שמפסוק זה נלמד שאף אם יש באדם פסול מצד שהוא ע"א או קרוב ואשה ועבד ושאר פסולין בכל זאת נאמן הוא להעיד לחובתו, ולא פסלה התורה עדות קרוב וכו' אלא כשמעיד על אחרים. אבל כשהוא מעיד על עצמו – נאמן לחובה.

יג. נגיעה עתידית

בב"ב מד, ב מובא דינו של רבין בר שמואל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו. שואלת הגמרא איך מדובר אם יש ללוה קרקע אחרת אז שיגבו ממנה ולא מהקונה, שהרי אין טורפין ממשועבדים בזמן שיש נכסים בני חורין ואם אין למוכר קרקע אחרת מה הנפקא מינה בשבילו ומדוע יחשב נוגע? ומסיקה הגמרא לעולם דלית ליה ארעא אחריתא ובכו"ז אינו יכול להעיד לקונה מפני שלא ניחא ליה ליהוי לוח רשע ולא ישלם, אבל לגבי הקונה אם יטרוף ממנו הבע"ת – אין המוכר נחשב לוח רשע, לפי שיאמר לו שלכך מכרתי לך בלי אחריות ע"כ דברי הגמרא. שואל התוס' ד"ה מאי נפקא מינה למה הגמרא סברא שאם אין למוכר נכסים

³ למשנה אחרונה.

⁴ עיין באריכות בקצות החושן מ, א וכן קצד, ד.

אחרים אין לו שום נפקא מינה, הרי תהיה לו נפ"מ גדולה כשיתעשר, שאם יגבה בעל חובו מהקונה (שקנה ממנו בלי אחריות), המוכר הרויח שנפטר מפרעון החוב למלוה והקונה לא יחזור עליו כי קנה בלי אחריות, ואם יוציאו את הקרקע מידי הקונה ע"י מערער מעלמא והמוכר יתעשר הוא יצטרך לפרוע את חובו למלוה ואם כן הוי נוגע (בעתיד) מתרצים התוסי' ועוד ראשונים דלא חישינן לשמא יתעשר אלא דנים לפי המצב בהווה וכיוון שבעת אינו מרויח מידי – אין זה נחשב לנוגע. ועפ"י תוסי' זה פסק השו"ע (חוי"מ לו, י) שכל היכא שהשתא אינו נוגע בעדות, אעפ"י שאם יתעשר יהנה מעדותו – כשר להעיד "כי כעת אין לו הנאה.

קצות החושן לו, ה שואל שאלה מעניינת, אם נגיעה עתידית אינה פוסלת ולא אמרינן שמא יתעשר, כשהלוה עני ללא נכסים, האם יעלה על הדעת לומר שהלוה או קרובי הלוה יוכלו להעיד שהשט"ח שבידי המלוה הוא פרוע, בנימוק שבעת אין ללוה נכסים וא"כ אין הוא נוגע בעדות?! זה דבר שהוא נגד השכל והסברא הישרה!

לכן קובע הקצות שדברי התוסי' ושו"ע שאם השתא אינו נוגע בעדותו – כשר להעיד אף אם כשיתעשר יהנה מעדותו – זה אינו כלל גורף לכל המקרים, ויש לחלק בין "נוגע דאורייתא" – כאשר מעיד ישירות לעצמו, לבין "נוגע דרבנן" כאשר אינו מעיד ישירות לעצמו אלא הוא מעיד לאחרים ובתולדה מכך יש נפקא מינה אליו – דינו כנוטל שכר להעיד שפסול לדעת הקצות רק מדרבנן, לפי שאינו מעיד לעצמו ויש עליו רק את קנס חכמים של מה אני בחינם (בנוגע בכלל אין חשש משקר לפי הקצות). לפיכך הלוה או קרובי הלוה שמעידים על שט"ח שבידי המלוה שהוא פרוע – זו עדות לנוגע ישיר, שפסול מדאורייתא מדין קרוב (כשיטת העיר שושן) ואז גם חישינן לשמא יתעשר ויהנה מעדותו ולא מסתפקים בעובדה שבעת אין לו נכסים ואין נפקותא לגביו. משא"כ במקרה שמעמידה בפני בעי"ח (ב"ב מד, ב) שם המוכר מעיד לטובת הקונה ואינו מעיד ישירות לעצמו, אלא רק בעקיפין בתולדה מעדותו יוכל אח"כ להגבות את בעל חובו משדה זו – בכה"ג אין זה נוגע דאורייתא, אלא נוגע הפסול מדרבנן בלבד, ולכן לא חישינן לשמא יתעשר בעתיד ויהנה מעדותו. וכיוון שהשתא אין לו נגיעה – לא חששו רבנן לשמא יתעשר כי אפשר שגם בעתיד לא יהיו לו נכסים, ולכן אף מדרבנן כשר הוא להעיד וכדברי השו"ע לו, י ותוסי' ב"ב מה, א. הקצות מביא ראייה לדבריו מהסמ"ע קכג, יז שכתב שאם ללוה אין נכסים לפרוע חובו, והלוה מעיד שפלוני היה ערב על הלוואתו – נאמן הלוה כיוון שעכשיו אין לו נכסים אין הוא נחשב לנוגע בעדות. אומר הקצות שכיוון שהלוה אינו מעיד על עצמו באופן ישיר אלא רק מעיד שפלוני

ערב, אף שיש לו הנאה מכך שיוכל המלוה לגבות חובו מהערב, הלוה נחשב כנוטל שכר בעד עדותו ולסברת הקצות כל הנוטל שכר להעיד – פסול מדרבנן אם נוטל שכרו כעת, אך אם רק להבא לכשיתעשר יהנה מעדותו – לא פסלוהו חכמים, ע"כ תורף דברי הקצות. אמנם ראיית הקצות מהסמ"ע צ"ע. הרי הסמ"ע דיבר בלווה שמעיד על פלוני שהוא ערב על הלוואתו וכל מה שיוציאו מהערב יצטרך הלווה לשלם לערב, אם כן אין ללוה שום נפקא מינה מעדותו, שאם יתעשר בעתיד – מה הנפ"מ אם ישלם לבע"ח או לערב, וזו הסיבה שאמר הסמ"ע שנאמן הלוה להעיד שפלוני ערב וכן מפורש בדברי הסמ"ע, והרי זה כמו מקרה שמכר באחריות שאז הדין שהמוכר נאמן להעיד לטובת הקונה כנגד מערער מעלמא, לפי שאם בעל חוב של המוכר יגבה ממנו הקונה יחזור אליו בגין האחריות ואם כן מאי נפ"מ כלפי מי הוא יהיה בגדר לוח רשע ולא ישלם אם לבע"ח או ללוקח, וכך מבואר בגמרא ב"ב מג, א שהמוכר שדה עם אחריות דאתי מחמתיה (אחריות למקרה שבעל חובו יטרוף ממנו) יכול המוכר להעיד לקונה נגד המערער. ומסביר הרשב"ם שם ד"ה אלא אחריות דאתי מחמתיה שאם יטרפוה בשביל חובו שחייב לאחרים יחזיר לו המוכר את הדמים הלכך מעיד לו עליה לגבי ערער דעלמא להעמידה בידו, שאין חשש שמעיד כדי להעמידה בפני בעל חובו, כי מה הנאה יש למוכר, אם יטרפנה בע"ח מיד הקונה כדי לא להיות לוח רשע ולא ישלם כלפיו, סוף כל סוף לוח רשע הוא לגבי הקונה שהרי קיבל עליו אחריות וחייב לשלם לו לכן אין הוא נוגע וצ"ע.

יד. שיטת הנתיבות והבית מאיר

הנתיבות חו"מ סימן לו סק"ט והבית מאיר אהע"ז יז, ג חולקים על הקצות ונוקטים כצד השני בתשובת מהר"י בן לב ולדעתם נוגע פסול משום חשש משקר בשביל הנאתו ולכן גם הנוטל שכר להעיד הוי נוגע הפסול לעדות מהתורה, וממילא אף לעדות אשה לא נקבל עד הנוטל שכר מעבר לטירחתו. ביחס לשאלת הקצות לגבי קרובי הלוה, שאין לו נכסים, שיעידו ששט"ח שביד המלוה פרוע האם נאמנים כיוון שאין לו הנאה מעדותו כעת ולשמה יתעשר לא חישינן, אומר הנתיבות שקושיית הקצות מעיקרא ליתא, לפי שלגבי שט"ח שכנגד הלוה, הלוה אינו סתם נוגע בעדות אלא הוא בעל דבר בעצמו וכן קרוביו הם קרובים לבעל דבר ולא לנוגע, וכל שהעדות היא בשביל בע"ד בעצמו – אף קרובו פסול להעיד ויסוד זה שבע"ד שונה מנוגע ומקרוב הבאנו כבר לעיל בשם הרשב"א ב"ב מג, א וכן מצאנו ברא"ש מכות פ"א

סימן יג בשם הראב"ד. ומה שבע"ד נאמן להעיד לחובתו זה לא מתורת עדות אלא מתורת בע"ד (בנקודה זו בעצם מסכים התיבות לקצות).

טו. האם בהחזרת השכר מסתלקים מהנגיעה?

הגמרא ב"ב כט, א דנה בדברי המשנה שם כח, א: חזקת הבתים בגי' שנים. שואלת הגמרא איך תהיה לנו עדות שהמחזיק גר שם בימים ובלילות, שהרי אם לא תהיה עדות על שדר בבית אף בלילות דינו כ"אכלה מפוזרות" שאין זו חזקה? אביי אמר השכנים יעידו על שדר המחזיק בבית בימים וגם בלילות. רבא אמר אם יבואו שנים ויעידו אנחנו שכרנו את הדירה מהמחזיק וגרנו בבית ג"ש בימים ובלילות כיוון שגרו מכוחו – הוי חזקה למשכיר. שואלת הגמרא הרי השוכרים נוגעין בעדותן שהרי אם לא יעידו שגרו שם בימים ובלילות יאמרו להם לשלם את שכר הבית פעם שניה כי יוברר שהמערער הוא בעל הבית? מתרצת הגמרא שמדובר באופן שהשוכרים מחזיקים עדין את שכר הדירה בידיהם כי טרם שילמו ולכן אין להם שום נגיעה.

ר' יונה במקום מחדש שאפילו אם כבר שילמו את השכר למחזיק, יכול המחזיק להחזיר להם שכרם בפני בע"ד ויאמר לשוכרים תנו את השכר למי שיזכה בדין ועיי' כך מסתלקין השוכרים מנגיעתם, כמו במקרה שבמסקנת הגמרא שהכסף בידיהם ושואלים אותנו למי לשלם שאז אין הם נוגעים בעדותם וכמו בב"ב מג, א בבני העיר וכן בשותפין מעידין זה לזה כאשר שותף אחד מסתלק מחלקו וכותב לשותפו דין ודברים אין לי על שדה זו, שכל נגיעת עדות שמחמת ממון, כשמסתלק מאותו ממון נסתלקה הנגיעה וחזר העד לכשרותו⁵ והכא נמי בשוכרים כשקיבלו כספם בחזרה נסתלקה נגיעתן וחזרו לכשרות להעיד.

הרשב"א שם חולק על ר' יונה ומחלק בין המקרה בדף מג, א למקרה בדף כט, א. בבני העיר שמסתלקים מרכוש משותף של בני העיר, אילו לא היה מסתלק – היה מפסיד חלקו כי לא היה מי שיעיד נגד הגנב. ועכשיו שמסתלק ג"כ הוא מפסיד חלקו ואין לו שום הנאה מעדותו – בכח"ג מועיל סילוק מהממון, וכן הוא בשותפין שנסתלק אחד מחלקו בשותפות – מועיל הסילוק מאותה סיבה כי אין לו שום הנאה מעדותו, אבל כאן (כט, א) קודם סילוקו היה השוכר (שכבר שילם את שכ"ד) מתיירא שמא יפסיד את השכ"ד ששילם

⁵ כמבואר בשו"ע לג, טו.

ויצטרך לשלם שוב אם יזכה המערער בדין, ועכשיו כשהמתזיק מחזיר לו את שכרו ומצילו לגמרי מאפשרות להפסד הוא מתבייש מהמתזיק שהטיב עימו לפני משורת הדין והוריד ממנו את החששות – לכן השוכרים נחשבים לנוטלים שכר להעיד שפסולים.

טז. הסבר מחלוקת הרשב"א ורבינו יונה

הגט פשוט קכ"ט, כותב בקיצור נמרץ שאם כבר נתנו את השכר למחזיק והחזירו להם כדי שיוכלו להעיד: לרשב"א - אינם יכולים להעיד דחישין דלמא מחמת ההנאה ההיא יעידו שקר ור' יונה אינו חושש לכך ע"כ דברי ה"גט פשוט", אך עדיין צריך באור נוסף. הב"ח קכ"א, יב למד שהיכוח בין הראשונים הוא סביב הנקודה האם המחזיק שהחזיר להם את כסף השכירות נהג עימם לפני משורת הדין או לא. ר' יונה סובר שהואיל והמשכירים יכולים להוציא את כספם בחזרה מהמתזיק אם בבי"ד יפסקו להם לשלם למערער, לכן בהחזרת שכר הדירה ע"י המחזיק אין בכך משום עשיית טובה לפני משורת הדין שנוכל להחשיב זאת כשכרו להעיד ואין חשש שלמתזיק אין כסף להחזיר להם, שהרי רואים שיש לו ורוצה להחזיר להם בשביל שיעידו עבורו.

לכן ר' יונה והמאירי פוסקים שכשהשוכרים קיבלו את כספם בחזרה הם כשרים להעיד. הרשב"א חולק, כאמור, וסובר שדינו כנוגע ופסול הוא משום חשש משקר, וזה בעצם כצד השני בספקו של מהר"י בן לב הנ"ל בראשית המאמר.

ונראה שניתן להוסיף טעם במחלוקת זו ולבאר בשני אופנים:

א. בין לר' יונה ובין לדעת הרשב"א נוטל שכר להעיד ונוגע פסולים משום חשד משקר בשביל הנאתו והמחלוקת היא האם יש כאן טובת הנאה שבגללה ייעשו השוכרים נוגעים בעדותן; לר' יונה אין כאן טובת הנאה ולא עשה עימו לפני משורת הדין ולכן לא הוי נוגע כלל. ולרשב"א הסרת הדאגה יש בה משום טובת הנאה שתעשה אותו לנוגע בעדותו.

ב. לאור דברי התומים והנתיבות, שהובאו לעיל נוכל לבאר שר' יונה והרשב"א נחלקו האם בנוגע שאין בו הנאת ממון קיים פסול של חשד משקר או שמא אין בו פסול כלל. ר' יונה ס"ל שטובת הנאה אינה ממון ולכן אין שום פסול לעד בגלל שהסירו ממנו דאגה, ואף חשד משקר אין כאן וכשר השוכר להעיד כשקיבל את השכ"ד בחזרה. והרשב"א סובר שהואיל והסיר

דאגה וחששות מליבם זו טובת הנאה שבגללה יש חשד שיעידו שקר בשביל מטיבם ולכן הם פסולים להעיד (כי מדובר בנוגעים עצמם ולא בקרובי הנוגע).

1. ראיות לשיטות השונות

ניתן להביא סיוע לשיטת ר' יונה מהגמרא ב"ב מד, שהגמרא שם אומרת שדווקא המוכר שדה בלי אחריות – אין המוכר מעיד לטובת הקונה מפני שרוצה להעמידה בפני בעל חובו, משא"כ המוכר לו מטלטלין שאין לבע"ח שיעבוד עליהם – אין לו נגיעה ויכול המוכר להעיד ללוקח עליהם. שואלת הגמרא בדף מד,ב: והאמר רב פפא שאם מכר נכס לחבירו בלי אחריות ונמצאת שאינה שלו – חוזר עליו שיחזיר לו כספו, לפי שמכר לו דבר גזול אם כן אין יכול המוכר להעיד, הרי הוא נוגע בעדותו שמעיד לטובת הקונה שאין הנכס גזול בכדי שלא יחזור עליו הקונה לגבות ממנו? מתרצת הגמרא שמדובר באופן שהקונה הכיר בה שהיא בת חמורו, כלומר שהלוקח הודה בפני עדים שפרה זו היתה של המוכר מאבותיו ולא גזלה ואם כך לא יוכל הלוקח לחזור בתביעה אל המוכר שיחזיר לו כספו כיוון שמודה ששלו היתה (הודאת בע"ד) הלכך המוכר מעיד לו עליה כנגד המערער דלאו נוגע בעדות הוא. מהעובדה שאין זה נחשב שהקונה שכר את המוכר להעיד לו ואין הוא נוגע למרות שהותר לו להעיד רק בזכות הודאת הלוקח "שהכיר בה שהיא בת חמורו" מוכח שאף שנתחסד עימו אין זה נחשב לנוטל שכר להעיד וא"כ זה ראיה לר' יונה.

תשובת הרשב"א תהיה שהגמרא מדברת דווקא כשהכיר בה הלוקח מתחילה והודה שהיא בת חמורו עוד לפני שיצא ערעור על הנכס שבידו דווקא אז המוכר לא נחשב לנוטל שכר להעיד, אבל אין הכי נמי אילו הודה הקונה רק לאחר שכבר יצא הערעור יש לחוש שהקונה הודה כן רק כדי להכשיר את המוכר להעיד בשבילו ופסול משום נוטל שכר להעיד.⁶

ראיה לשיטת הרשב"א מקידושין מג, ב

הגמרא בקידושין מג, ב אומרת בשלח שני שליחים הן הן שלוחיו הן הן עדיו, לכן שלוחים לפרוע חוב למלוה יכולים להיות עדים של הלוח שפרעו מכיוון שיש להם מיגו שיכלו לומר ללוח החזרנו לך את כספך, לכן נאמנים גם לטעון ששילמו למלוה את החוב. אבל השתא שתיקנו רבנן שבועת הסת ואם יטענו

⁶ על פי רמב"ן ב"ב מג,א.

שהחזירו ללוה יצטרכו להשבע – לכן הם נוגעין בעדות ואינם עדים. אם ר' יונה צודק שבהחזרת הכסף לשוכרים (ב"ב כט, א) מועיל לסלק את נגיעתם, אז בשלוחין לפרוע הלוואה נאמר שהלוה יפטור את השלוחים מכל התחיבות לשבועה ומכל דין ודברים, והם יוכלו להעיד עבורו ששילמו ללוה, שהרי עכשיו הם אינם נוגעים בעדות, שהרי פטרם הלוה מכל התחיבות כלפיו ואין צריכים להשבע לו אם יטענו שהחזירו לו את הכסף? אלא וודאי יש לומר שעדין הם נחשבים לנוגעים בעדותן מפני שנתחסד עמהם ופטרם מהשבועה והרי הם כנוטלין שכר להעיד⁷ ואין אפשרות לומר שר' יונה ידחה ראיה זו בטענה שתחילתו בפסלות ולכן לא מועיל סילוק משום שבעינן תחילתו וסופו בכשרות (ב"ב קכח, א), לפי שר' יונה בעצמו הכשיר את העדים ע"י שיחזירו את השכר מטעם שהסתלקות מנגיעת ממון מועיל להכשיר אותם להעיד – מוכח שר' יונה לא חולק על האפשרות להסתלק מנגיעת ממון. אם כך מה באמת יאמר ר' יונה כנגד ראייה זו? אומר הגר"א בסימן קמ, לו שלר' יונה באמת בכה"ג שיפטור אותם מכל דין ודברים ומחיוב שבועה – יועיל להכשירם להעיד אלא שהגמרא לא דיברה באופן זה.

יח. האם בעל התרומות והר"ן חולקים?

בעל התרומות (שער כט חלק ב אות ה) כותב שאע"ג שאמרינן בעלמא שסילוק מנגיעת ממון מועיל להכשיר לעדות, מכ"מ במקרה של שלוחין לפרוע חוב הלוה (קידושין מג, ב) לא אמרינן שהמשלח יוכל למחול לשלוחיו על כל תביעה וכך יוכלו לחזור להיות עדים, לפי שלא אמרינן שאפשר להסתלק מהנגיעה אלא כשהסילוק תלוי בעדים ש**מסתלקין מעצמם** וחוזרים לכשרות וכמו בשותפין ובבני העיר (ב"ב מג, א) ששם העדים מסתלקים **ביוזמתם**, משא"כ בשלוחין לפרוע החוב הואיל ומחילת השבועה וסילוקם מהנגיעה **תלוי באחרים** - לא מועיל סילוק. הר"ן בקידושין יח, א בדפי הריף.

שואל למה שהלוה לא יפטור את העדים משבועה ושוב לא יהיו נוגעין בעדותו? וי"ל דלא אמרינן הכי אלא כשאין להם הנאה בדבר, אבל הכא כיוון שהלוה פטרם משבועה ומכל תביעה חישינן שמשום הנאה זו שמקבלין ממנו הם מעידים לו, ולפיכך נראה שאם פטרם הלוה מתחילה זה מועיל להתירם להעיד. ע"כ דברי הר"ן.

⁷ כן כתבו הרמב"ן ב"ב מג, א, הרשב"א וריטב"א ב"ב כט, א והר"ן ב"ב יח, א בדפי הריף.

מדברי הר"ן מוכח שסי"ל כשרבי"א ב"ב כט,א ודלא כר' יונה, שהרי הר"ן כותב שבהנאה שפטרם משבועה לכן הם מעידים לו ומשמע שחשישין שמא ישקרו בגלל הנאה זו (שפטרם משבועה) וכסברת הרשב"א הנ"ל. אך במה שסיים הר"ן דבריו: "ולפיכך נראה שאם פטרם הלוא משבועה מתחילה – מהני" נראה שהר"ן ובעה"ת חולקים שהרי בעה"ת קבע שאם הסילוק מהנגיעה נובע מגורם חיצוני ולא מהעדים עצמם – הוּו נוגעין בעדותן ופסולין, וכך באמת כותב כנה"ג בהגב"י אות טז וכן החזו"א בחו"מ סימן ח סק"א שהר"ן חולק על בעה"ת.

אולם הגידולי תרומה כותב, שאעפ"י שנראה בפשטות שבעה"ת חולק על הר"ן מדקאמר הכא בשלוחין לפרוע מלוה (קידושין מג,ב) שהמחילה תלויה באחרים – לא מועיל סילוק נגיעתם ע"י מחילתו על חיוב השבועה, אפשר בכ"ז לקרב את הסברות ולומר שבעה"ת לא דיבר אלא כשמסלקם השתא אחר שכבר ערער המלוה וטען לא קיבלתי פרעון – אז יש לומר חילוק בין מסלק העד עצמו מנגיעתו כמו בב"ב דף מג,א. לעומת קידושין מג,ב שהמחילה תלויה בידי אחרים, דהיינו **שהבע"ד** מוחל לו וע"י כך מסלק את נגיעתו, משום שיש לומר שבשביל ההנאה שיש לו לכן מסלקו מהנגיעה ומוחל לו מתוך העד אינטרס שיעיד לטובתו (והוי מעין שוחד לעד) אבל כל שאין לחוש שהבע"ד מסלקו מהנגיעה כדי שיעיד לו כגון שסילקו הלוא מתחילה אף שלא ידע כלל שאח"כ המלווה יכחיש ויטען לא קיבלתי פרעון מהשלוחים בכה"ג יודה בעה"ת שהשלוחים כשרים להעיד.

בסיום דבריו אומר הגידולי תרומה שאע"ג שאין זה ברור כל כך בלשון בעה"ת יש להשוות את הסברות ולא להחזיק מחלוקת בין הגדולים עכ"ל הגדולי תרומה.

ועיין בחזו"א חו"מ סימן ח,א שלמד מדברי הבי"י שיש מחלוקת בין הר"ן לבעה"ת דלא כגידולי תרומה (אך אין זה מוכרח כי הבי"י לא כתב במפורש שהם חולקים). ניתן להביא סיוע לדברי הגידולי תרומה: בעה"ת, הרשב"א, הריטב"א והר"ן הלכו בעקבות הרמב"ן ב"ב מג,א (שכן כל הראשונים הנזכרים הם תלמידי הרמב"ן או תלמידי תלמידיו) וכשם שדברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר, כך הר"ן הדגיש חלק מדברי הרמב"ן ובעה"ת הדגיש חלק אחר מדברי הרמב"ן, אך האמת שהרמב"ן הוא השורש והיסוד לדברי שניהם גם יחד ואין כאן פלוגתא כלל. המעיין בדברי הרמב"ן בסוף מג, א בב"ב ימצא ש שהרמב"ן הקשה מקידושין מג, ב לגבי הן שלוחין הן עדין דהשתא דתקון רבן שבועת היסת משתבעו עדים, ואמאי ליסתלקו וליסהדו?

כלומר יפטרם הלווה מכל דין ודברים מעסק שבועה זו ויעידו לו, שאז כבר אינם נוגעין? ולאו מילתא היא דהתם **הבע"ד (הלווה) פטרם** בשביל שיעידו לו, אבל הכא ב"ב מג,א **העדים מעצמן הם מסתלקים מנגיעתם** – מבואר מקטע זה ברמב"ן שכותב את דברי בעה"ת.

בהמשך כותב הרמב"ן והא דאמרינן בב"ב מד,ב במכיר בה שהיא בת חמורו שהקונה הודה למוכר בפני עדים שיודע שהיא של המוכר מאבותיו בכה"ג כשר הוא להעיד למוכר והרי הקונה בהודאתו מסלק את נגיעת המוכר ומכשירו להעיד לו וקשה לשיטת הרמב"ן וסיעתו (וכבר הבאנו לעיל ראייה לרי יונה מהכא).

משיב הרמב"ן שדווקא בהכיר בה **מתחילה** והודה כן **קודם** שיצא ערעור זה, שאילו לאחר כן, שמא כדי להכשירו לעדות בשבילו הוא פוטר מהתביעה שיש לו עליו ולא תועיל הכרתו שהיא בת חמורו לאחר מכן. ע"כ תורף דברי הרמב"ן. מסוף דברי הרמב"ן אנו למדים את התוספת שהוסיף הר"ן שאם פטרם מתחילה מהני, נמצא שצדקו דברי הגידולי תרומה שבעה"ת והר"ן כלל לא חולקים ושניהם גם יחד נסמכים על דברי הרמב"ן רבם וזה דלא כחזו"א וכנה"ג שלמדו מדברי הב"י בסימן קכ"א שיש מחלוקת בין הר"ן לבעה"ת, והמע"ן בדברי הב"י קכא, ימצא שהביא את דברי בעה"ת ואחרי כן כתב "וכבר כתבתי בסמוך דברי הר"ן בזה" ולענ"ד אין כל ראייה שהב"י מתכוון שיש מחלוקת ביניהם.

יט. **עדות חוקר פרטי (בלש)**

אל ביה"ד הרבני הגדול בפני הרבנים: עבדיה הדאיא, יוסף שלום אלישיב ובצלאל זילטי הגיע ערעור על פס"ד של ביה"ד בחיפה בעניין כשרותם של חוקרים פרטיים. ביה"ד בחיפה פסק על דעת רוב הדיינים כי יש לפסול עדות בלשים **ואלו עיקרי הנימוקים של ביה"ד בחיפה לפסול בלש:**

א. אמנם הבלש טוען ששכרו משולם לפי מספר שעות עבודה ולא לפי השגת תוצאות וא"כ אין כאן נגיעה לפי דבריו, אולם לא מפיו אנו חיים ואין לסמוך על דבריו משום שהוא נוגע בעדות. וכמו כן אין להאמין לבלש ששכרו משולם לו רק עבור הבילוש ואת העדות הוא עושה בחינם, ואף אם נאמר שזה רק ספק אם הוא נוטל שכר על עדותו – **יש לפוסלו מספק** כפי שמוכח מהסוגיא בב"ב מד, ב שהמוכר אינו יכול להעיד לקונה בגלל החשש שמא יש לוחבות

ורוצה להעמיד את הקרקע שמכר בפני בעל חובו. רואים שאף אם זה ספק גייכ פוסלים אותו בשל נגיעתו.

ב. מה שאמרינן שהנוטל שכר להעיד אינו פסול מהתורה אלא מדרבנן משום שעבר על מה אני בחינם – זה כשהוא נוטל רק שכר מועט על טרחתו, אבל כשנוטל שכר הרבה חישינן דילמא משקר כדי להרויח את השכר שהובטח לו. אמנם הרמ"א לד, יח פסק את דברי הרשב"א שמותר לקחת שכר כדי ללכת ולראות עדות ואח"כ להיות עד לפי שאינו מחויב בכך עפ"י דין ואף איסור מה אני בחינם אין בכה"ג, מכ"מ בחוקר פרטי אף שעבודתו כרוכה גם בבילוש אין להניח שהוא יוותר על עבודות הכרוכות גם במתן עדות, כי מי יימר שיש לו מספיק עבודות אחרות שאין צריך להעיד בהם, ואל נשכח שיש לבלשים מתחרים במקצוע. ולכן אם זאת היא פרנסתו – אין לראות בכך שכר בטלה, כי שכר בטלה הוא דווקא כשיש לו פרנסה אחרת לפיכך יש לראות בבלש נוגע בעדות.

ג. בנוסף לכך אין לשכוח שאם תצליח עדותו יצא לחוקר מוניטין ופרסומת זו תרבה לו לקוחות בעתיד ולכן אף אם נתעקש ונרצה לומר ששכר החוקר הוא בגדר שכר בטלה מכ"מ החוקר נוגע בעדותו בשל העובדה שהצלחתו תרבה את פרנסתו בעתיד.

ד. אם תצליח עבודת החוקר ועדותו בבי"ד תתקבל – יש להניח שמי ששכר את הבלש יתן לו בונוס ושכר נוסף על הצלחת עדותו וא"כ הוי נוטל שכר להעיד, וחישינן שמשקר בעדותו כדי להרויח שכר נוסף.

ביה"ד הגדול פסל את טענות ביה"ד בחיפה אחת לאחת וזו תגובתו לטענות:

א. לכאורה ישנה סתירה בין שני דינים בגמרא האם מספק חוששים ופוסלים את העדות:

דין א' בגמרא ב"ב מד, ב המוכר שדה לחבירו שלא באחריות – פסול מלהעיד ללקוח מחשש שמא יש לו בע"ח והוא רוצה להעמיד את השדה בידי הלוקח בכדי שיהיה לבעל חובו מהיכן לגבות ולא יהיה בגדר לווה רשע ולא ישלם – שם פוסלים את העד בגלל ספק אולי יש לו חובות. דין ב' ב"ב מג, א ונפסק בשו"ע לו, א: קרקע של שני שותפים ובא אחד להוציא שדה מתחת יד אחד מהשותפין – נאמן השותף להעיד לטובת שותפו (לשעבר) לאחר שהסתלק השותף מהקרקע וקנו מידו שנתנו במתנה לשותף, ואעפ"י שהשותף לא סילק עצמו עד לאחר הערעור – מועיל הסילוק ויכול להעיד לו. והטעם בנמו"י שם דלא חישינן לקנוניא בין השותפין שיעיד עבורו ואח"כ יחזרו להיות שותפין, דלעולם לא חישינן לומר שבשביל זה הוא מעיד לו, ובשטמ"ק ב"ב מד, ב,

הוסיף שלא חישינן לקנוניא לומר שזה מסתלק כדי שיעיד ויחזור אח"כ לחלוק עימו בקרקע או בכסף, כי אם אתה אומר כן נחשוש לכל העדים שמא שכורים הם. אם נתבונן במקרה של דין ב' לכאורה ישנו קשר בין הקנאת חלקו לשותפו לבין מסירת עדותו ונראה שיש לו עניין במתן עדותו ולמה אנו לא מעלים ספק לפוסלם כמו בדין א'! יש לומר שההבדל בין הדינים נעוץ בנקודה האם יש לעד נגיעה בגוף הדבר שעליו הוא מעיד או לא.

אם אין לעד כל עניין בעצם הדבר שהוא מוסר עדות עליו והספק הוא רק שמא יקבל שכר עבור מתן עדותו – אין פוסלים אותו מספק לפי שאין אדם חשוד להעיד שקר בשביל שלמונים ולכן בדין ב' השותף שהסתלק מחלקו – לא פוסלים אותו מחשש שמא חבירו הבטיח לו שכר תמורת עדותו, כמו שבסתם עדים אין חוששים שקיבלו שכר כדי שיעידו.

אבל כשהספק נגיעה היא בגוף הדבר שעליו הוא מעיד כמו בדין א' – יש לחשוש שמא יש לו בע"ח והוא מעונין שיהיה לבעל חובו מהיכן לגבות באופן זה יש לעד צד הנאה וזכות בגוף העדות בזה הוא נפסל להעיד גם מספק. ומצאנו חילוק זה במהרח"ש ק"ע דף ד': נוגע יש לו צד הנאה וזכות בגוף העדות, ואילו נוטל שכר להעיד – אין לו זכות בגוף העדות, שגוף הזכות הוא לבעל דין והוא נוטל שכרו מבחוץ ורק במקרה שיש לנו יסוד להניח שהוא לוקח שכר להעיד באופן הפוסלו משום נוגע – אז עדותו בטילה מהתורה. אבל מספק – אין לפוסלו, וכן הוא ביד רמ"ה פ"ג אות קנה ואכמל"ב. יוצא מכל האמור שאין כל יסוד לפסול אדם לעדות מחמת ספק שמא שכרו אותו להעיד ושימסור עדות שקר בעד בצע כסף וכל עוד לא התברר בביה"ד שהיה לעדים עניין לבדות עדות שקר – אין בידנו לפסול עדותם. ולא מפי העדים – האומרים שלפי תנאי השכר הם כשרים לעדות – אנו חיים, אלא מפי התורה שנתנה אמון בשני עדים.

ב. הנה זה פשוט שמה שכתב מהר"י בן לב בתירוצו השני שמה שאמרינן הנוטל שכר להעיד – אינו פסול אלא מדרבנן משום שעבר על מה אני בחינם – היינו כשנוטל שכר טרחתו, אבל כשנוטל יותר מדאי חישינן דילמא משקר כדי להרויח אותו הסך ופסול מדאורייתא – היינו באופן שלא היה זוכה באותו הסך אא"כ מסר עדות מועילה בביה"ד וככהוא מעשה שהביא שם שהתנתה האשה עם העד שאם יביא לה עדות שתתיר אותה להנשא תשלם לו אלפיים ואם לא יצליח בעדותו להתירה להנשא יתנו לו רק אלף – דווקא ככה"ג יש לפסול לעדות. וכן מבואר בשו"ת מהר"ם מלובלין סימן נו בנידון שעד נטל שכר ללכת להביא עדות על מיתת היבם והתיר על סמך עדותו מכח תשובת הרשב"א שרק בנעשו כבר עדים – אסור ליטול שכר, משא"כ במי

שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר בשביל לילך ולהיות עד – שאינו בדין זה. ובההיא עובדא שקצבו שכר מוסכם בין אם יביא עדות מספקת להתיר ובין אם לא יביא – אין לחוש, אף אם נוטל שכר רב. וכ"כ בערוך השולחן אהע"ז יז כשקצבו לו שכר טרחתו בין שתועיל עדותו ובין שלא תועיל עדותו אף אם נוטל שכר הרבה – מה בכך הרי נוטל אף אם לא תועיל העדות.

ג. בנוגע לשאלת המוניטין אין כאן מקום להאריך בכך עכ"פ אין מקום לפסול עדותו כל זמן שלא מוכח שקרוב הדבר והדעת נוטה שיקבל ריווחים כשיזכה בדין, יותר מאשר כשלא יזכה בדין וזה דבר שאינו וודאי ולא ניתן להוכיחו, ולכן אין לפסול את עדותו ולחשוש שהבלש ישקר בשביל להרבות לו מוניטין.

ד. ומש"כ לפסול עדותו מטעם שאם יצליח בעדות זו ותתקבל עדותו בבי"ד הבעל דין ששכרו ישלם לו בונס חוץ מהשכר הקצוב – לדברים אלה אין כל שחר ומהיכן הוודאות הזאת שהבע"ד יוסיף בשכרו?! לאור כל זאת פסקו בבית הדין הגדול שהם מבטלים את פסק הדין של ביה"ד בחיפה והם מכשירים עדותו של חוקר פרטי ואין לו דין נוטל שכר להעיד.

יש להדגיש שביה"ד הגדול הכשיר עדות של חוקר פרטי רק בתנאי שלא הותנה עימו שיקבל יותר כסף אם עדותו תתקבל. אבל אם יוכח שנעשה עם החוקר הסכם שאם עדותו תצליח בבית הדין הוא יקבל תוספת שכר – הרי שהחוקר נעשה נוגע בעדות ועדותו פסולה מדאורייתא משום חשש משקר וכפסיקת הנתיבות, בית מאיר ועוד ובניגוד לדעת קצוה"ח שלדבריו זה רק פסול דרבנן.

קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) - תוקפו ומהותו

ראשי פרקים

- א. מקור הדין
- ב. שאלת תוקפו של הקנין
- ג. דעת הסוברים שסיטומתא היו מדרבנן
- ד. הגר"ש שקופ: מדאורייתא, המעשה הנהוג – יוצר גמירות דעת
- ה. הרמ"ץ: מדאורייתא, המנהג יוצר גמירות דעת
- ו. הדבר אברהם: הסיטומתא כקנין חליפין דאורייתא
- ז. החת"ס: מדאורייתא, ככל תנאי שבממון
 1. הסבר א בחת"ס (כשיטת המהרשד"ם)
 2. הסבר ב בחת"ס
 3. דברי החת"ס בשו"ת יו"ד שטו
- ח. לסוברים שסיטומתא הוי מדאורייתא: היחס בין קנין דרבנן למנהג
 1. קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל מדאורייתא
 2. אפילו קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל רק מדרבנן
 3. באור דברי החת"ס

א. מקור הדין

במסכת ב"מ (עד, א) מובא:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא?
רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע.
והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.

בביאור ה"סיטומתא" ניתנו בראשונים שני הסברים¹:

¹ ייחודית היא שיטת הריטב"א, שבאר שסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה והתגרים נותנים אותו לסימן כשלוקחים דבר אחד, ומחלוקת האמוראים היא האם נתינת המטבע הזו היא בתורת דמים (וכאומר ערבוני יקנה הכל) וקי"ל שמעות לבד קונות רק למי שפרע, או שנתנית המטבע היא בתורת חליפין (וכיוון שאין עליו צורה – ניתן לעשותו חליפין) וקונה לגמרי. ופסקה הגמרא שבמקום שנהגו לקנות ע"י מטבע זו –

א. רש"י²: חותם שרושמים החנוניים על החביות של יין, שלוקחים הרבה ביחד ומניחים אותן באוצר הבעלים, ומוליכים אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמים אותן לדעת שכל החביות הרשומות מכורות.

מנהג דומה מתאר המאירי: כגון שמכר לו חבית של יין או שמן, או שק של תבואה, ולא נתן מעות ולא משך, אלא סגר את החבית וקשר את שקו ורשם עליו בחותמו, ורשום זה הוא הנקרא סיטומתא.

ב. ר"ח (הובא ברא"ש): כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, תוקע כפו לכף חבירו, ובוזה נגמר המקח (הכוונה³ לתקיעת כף כביטוי לכך שהושוו במקח, ולא בתורת שבועה).⁴

הרשב"א הגדיר זאת ככלל: "שמעינן מהכא, דמנהג מבטל את ההלכה בכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים. הלכך, בכל דבר שנהגו התגרים לקנות – קונים".

כבר בראשונים מצאנו שהזכירו דרכים נוספות: הרא"ש, לאחר שהביא דעת ר"ח ורש"י הוסיף: "וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון

ודאי לנו שנתן את המטבע בתורת חליפין, וקונה לגמרי. כלומר, לדעתו אין מנהג הסוחרים יכול ליצור דרכי קנין חדשות כדוגמת תקיעת כף או רשום על החבית וכד'. שיטה ייחודית זו של הריטבי"א היא בניגוד לכל שאר הראשונים, ולא הוזכרה כלל בפוסקים. וראה עוד בריטבי"א הוצאת מוסד הרב קוק הערה 53. על יישוב הקושיא שהקשה הריטבי"א על רש"י ושאר הראשונים, ראה בברכת אברהם ב"מ עמ' שס.

² ראשונים המופיעים ללא ציון מקור הכוונה לבי"מ ע"ד, א. בדומה לרש"י כתבו גם הרמב"ם בהלי מכירה פ"ז ה"ו, והראב"ד בשטמ"ק.

³ פרישה סי' רא ד"ה או שאמר.

⁴ **מבחינה לשונית:** כתב הערוך (ערך סטמתא): "פי' חותם שטובעין בו הסוחרים על העיסקא". ובמוסף הערוך כתב: "פי' סיטומתא בלי יווגי – כל מין סימן, ובפרט העשוי מדעת שניהם". ובספר "הערוך על הש"ס" כתב שביוגית – קינָמָה – סימן להסכם. הפרישה (רא ד"ה ופרש"י) הביא ראיה שמבחינה מילולית סיטומתא פירושו חותם, מהתרגום באסתר ח, ח: "וחתמו בטבעת המלך" דמתרגמינן: "וסטימו בעזקתא דסיטמותא דמלכא". הגר"א (סי' רא) הביא ראיה נוספת מתרגום יונתן בן עוזיאל לבראשית לח, יח: "ותאמר חותמך" – שמתורגם "ואמרת סיטומתך". בפרישה (רא, ב) הוסיף והעיר, שאף מה שפירש ר"ח תקיעת כף, אין כוונתו לפירוש מילולי אלא ענייני. דהיינו, שלכל קנין ע"פ מנהג הסוחרים קוראים בשם סיטומתא. לפי"ז, גם דברי ר"ח הם הרחבה וציון למנהג נוסף, מעבר למה שזכר בגמרא. ואולם, הפרישה העלה אפשרות נוספת לפיה הר"ח כן התכוון לפירוש מילולי, ופירוש המלה סיטומתא משורש "טס", וכמו לשון "נהרא טמימא" (מו"ק ד, ב) שפירושו סתום, וקראו כך למנהג הסוחרים לומר שבזה נגמר ונסתם הקנין. וראה אצל ד"ר רון קליינמן בעבודת הדוקטורט שלו: "מנהגי הסוחרים בדרכי הקנין במשפט העברי (קנין סיטומתא)", בר אילן תשי"ס (עמ' 163-162). [תודתי לידידי ד"ר עמיחי רדזינר שהמציא לידי עבודה זו].

במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר, ובזה נגמר המקח". ובשם הראב"ן צויין קנין ע"י מסירת מפתח⁵.

כך נפסק בשו"ע (חו"מ רא, א-ב):

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אע"פ שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור – נקנה המקח, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב ליתן הדמים... וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו (רמ"א: או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) וכן כל כיוצא בזה.

בהמשך דברינו נתמקד בסיטומתא כמועילה לקנין גמור, ולא במקרים בהם מועילה רק לקבלת מי שפרע.

ג. שאלת תוקפו של הקנין

הפוסקים נחלקו בשאלת תוקפו של קנין סיטומתא, האם מועיל רק מדרבנן או מדאורייתא. לשאלה זו השלכות שונות אשר נידונו בפוסקים, כגון: במכירת בהמת ישראל לגוי ע"י לפטור מבכורה, במכירת חמץ לגוי בפסח⁶, ובקידושי אשה אשר נעשו בחפץ אשר נקנה בסיטומתא⁷. מסתבר שישנם נפ"מ נוספות כגון: בקניית לולב⁸, בקניית הנייר לגט, בכהן שמכר פרתו

⁵ הגהות מיימוניות הל' מכירה ז,ה.

⁶ רוב המקרים הנידונים בשו"תים בהקשר לשאלה האם סיטומתא מהני מדאורייתא או רק מדרבנן הם בנושא הבכורה ומכירת חמץ.

⁷ שו"ת חת"ס חו"מ סי' יב.

⁸ ביחס ללולב נפסק בשו"ע (או"ח תרנח, ו) ב"סתם", שאין ליתן לולב לקטן ביום הראשון קודם שיצא בו, מפני שהקטן קונה מהתורה, ואינו מקנה לאחרים מן התורה. ונמצא, שכשהחזירו לו – לא הוי מן התורה משלכם. אלא, שיש להקשות לכאורה על כך, שהרי יש כח לרבנן להפקיר (הפקר ב"ד הפקר), וא"כ כיון שנוטל הלולב – זוכה בו מההפקר והוי שלו מדאורייתא. [כך היא דעת החת"ס (יו"ד שיד ד"ה הנה שרש), דאי אתי ליד הזוכה אז לכוי"ע הוי דאורייתא. ובאמת הקשה עליו בעל השדי חמד (שו"ת אור לי סי' לא אות ט) מהדין הנזכר באתרוג]. ובשו"ת אבני נזר (תה אות ז) כתב ליישב קושיא זו, שתקנת ב"ד אינה מפקירה לגמרי מדאורייתא, אלא חכמים רק מתקנים שהממון יהיה מותר לאחרים ליטלו. כלומר, שיש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות הב"ד, אע"פ שעדיין

לישראל בקנין סיטומתא – האם יכול להאכילה בתרומה ועוד.⁹

בכל המקרים הנ"ל, צריך שהקנין יועיל מדאורייתא. לכן, במקרה שעשו את הקנין בסיטומתא, לסוברים שסיטומתא מועיל מדאורייתא – מועיל. ולסוברים שסיטומתא מועיל רק מדרבנן, הרי שהדבר יהיה תלוי במחלוקת הפוסקים האם קנין דרבנן מהני לדאורייתא או לא.¹⁰

להלן נביא את הדעות השונות. בין הסוברים שמועיל מדאורייתא נעמוד על ההסברים השונים שניתנו למקור קנין זה ולדרך פעולתו.

ג. דעת הסוברים שסיטומתא היא מדרבנן

לדעת חלק מהפוסקים, קנין סיטומתא מועיל רק מדרבנן. כך נקטו הרמ"א (שו"ת הרמ"א סי' פז),¹¹ והנתיבות (רא,א), שו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"א סי' צא) ועוד.¹²

בטעם התקנה,¹³ נראה שעשו כן מפני דרכי שלום, שכיון שנהגו התגרים לקנות כן, תקנו שיחול הקנין גם על פי הדין כדי שלא יבואו לידי איבה,

רשות הבעלים הראשונים עליו. וכתב שרעיון זה מצינו בשיטת היראים, שלמ"ד גזל הגוי מותר, הכוונה שאפילו אחר שגזלו – הוי ממון הגוי, אלא שהותר לישראל ליטלו, עכ"ד. לפי זה, נראה שיש להקפיד בקניית לולב שיעשה בקנין המועיל מדאורייתא. וראה עוד במ"ב (תרנח, י) ובשערי תשובה (שם, א). ואולם בפוסקים לא מצאתי שהעירו על קנין סיטומתא בלולב במפורש, ובפד"ר (כרך יד עמ' 347) כתב בדרך אגב: "וזה לא שמענו מי שחושש לזה לקניית ארבע מינים וכדומה".

⁹ בפוסקים לא מצאתי שנידונו שאלות אלו במפורש, אך לכאורה יהיו הדברים נכונים במקרים בהם דנו האם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא או לא. וראה אנצ"ת ערך "דברי סופרים" כרך ז עמ' קג-קד.

¹⁰ על מחלוקת זו ראה: אבני מילואים כח, לג. וב"מילואי חותם" (הע' 81) ציין למקורות נוספים.

¹¹ וראה בשו"ת בנין ציון החדשות סי' טו, שכתב שמתשובה זו אין ראייה שהרמ"א סבר דהוי דאורייתא.

¹² ראה אוצר מפרשי התלמוד ב"מ עד, א הערה 53.

¹³ על המקור לתקנת חז"ל זו, כתב בשו"ת שם אריה (סי' מח ד"ה אך כתב): "הדבר פשוט דהוא בכלל מה שאמרו חכמים בכל עניינים דאזלינן בתר מנהג המדינה... ואתי רבא למימר כי גם לענין קנין מהני המנהג כמ"ש הראשונים דמנהג עיקר הלכה".

שיסברו שזה קנין.¹⁴ או מפני תקנת השוק, שלא יצטרכו לשנות מהמנהג ולטרוח לדרכי הקנין ההלכתיים.¹⁵

באחרונים הועלו טיעונים שונים להוכיח כי קנין סיטומתא מועיל רק מדרבנן:

הנתיבות (רא, א) כתב שקנין מכח המנהג מועיל רק מדרבנן, שהרי קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין, כמבואר בפוסקים (בי"ש אה"ע כח, ג).

בשו"ת עין יצחק (או"ח סי' כב, ענף א אות ב) הוסיף, שבאמת הדעת נוטה כן, שהרי גם מבחינה מציאותית, כל קנין דרבנן לאחר זמן הופך למנהג שנהגים לקנות בו, ואם כן, לא יהיה גרוע ממנהג שנהגו הסוחרים מצד עצמם, ואעפ"כ, כאמור, לדעת כמה פוסקים קנין דרבנן לא מועיל לקנות מדאורייתא.

בעל המשכיל לאיתן (הובא בדבר אברהם ח"א סי' א ענף א) כתב, דלא מתקבל על הדעת לומר שמנהג התגרין יהיה עדיף מקנין שתקנו חז"ל, שהרי גם תקנת חז"ל קיבלו ישראל עליהם ע"פ אזהרת התורה "לא תסור" בימי אחשורוש. בצורה דומה כתב האמרי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואם מהני קנין אסטימתא).

בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' תה אות א) כתב שמסברא הוי רק דרבנן, שהרי אין לנו מקור מהתורה לזה.

להלן, בפרק ח, נבאר בע"ה כיצד יישבו הפוסקים שסיטומתא מועיל מדאורייתא טענות אלו.

ד. הגר"ש שקופ: מדאורייתא, המעשה הנהוג – יוצר גמירות דעת

הגר"ש שקופ (מערכת הקניינים סי' יא ד"ה ולפי דברינו י"ל דהרמב"ן) כתב לבאר הדעה שקנין דרבנן מועיל מדאורייתא:

דכל חפץ שנקנה ע"י מעשה קנין דרבנן מועיל גם מן התורה, דקניינים אינם גזירת הכתוב, ויש מן האחרונים דסברי דסיטומתא באתרא

¹⁴ ברכת אברהם לבי"מ ע"ד, א.

¹⁵ בדומה לדברי הבי"ח רא, ב.

דנהיגי למקני ביה מהני גם מה"ת... דענין קנין הוא גמירת דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה. וע"כ, אם הסוחרים קבעו מעשה – מועיל המעשה הזה גם מה"ת, ולא גרע מה שקבעו חז"ל מקביעת הסוחרים. ועוד, דכיון שהוא זוכה מדין חז"ל גמר בדעתו להקנות.

כלומר, לדעת הגר"ש שקופ, יסוד הקנין הוא גמירות הדעת, אלא שצריך מעשה קנין להוכיח שאכן, היתה גמירות דעת. ולכן, בכל מעשה המקובל כמעשה קנין, בין אם נקבע מהתורה, מדרבנן או ממנהג הסוחרים – הוי גמירות דעת, וחל הקנין מדאורייתא.

ה. הרמ"ץ: מדאורייתא, המנהג יוצר גמירות דעת

ראינו לעיל (בדעת הגר"ש שקופ), שיסוד הקנין הוא גמירות הדעת אלא שצריך שתהיה הוראה לגמירות הדעת ע"י מעשה הקנין.

ואולם, מצינו מקרים בהם חל הקנין אף בלא מעשה קנין, כגון: בשעת שידוכים.

במסכת כתובות (קב, א) מובא:

כמה אתה נותן לבנד? כך וכך. וכמה אתה נותן לבתד? כך וכך.
עמדו וקדשו – קנו. הן הן הדברים הנקנים באמירה...
(והטעם:) בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי.

ממקרה זה, וכן ממקרים נוספים¹⁶ היו שלמדו שגמירות הדעת לבדה היא היוצרת את הקנין. בד"כ אכן צריך מעשה קנין כדי להוכיח שקיימת גמירות דעת או בכדי ליצור אותה, אך במקרים בהם ברור לנו שיש גמירות דעת גם בלא מעשה קנין, כגון מכח ההיא הנאה דקמתחני אהדדי, יחול הקנין אף בלא מעשה כלל. כך כתב החזו"א בשם אביו (חזו"א חו"מ סי' כב, דף נא ד"ה כלל גדול):

¹⁶ על דברי הגמרא בבכורות (יח, ב): "אקנויי קא מקני ליה (=בעל הבית לכהן) בחצירו, דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה", כתבו התוס' (ד"ה אקנויו): "ואפילו בלא (=מעשה) קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה". וברש"ש שם מקרים נוספים, וראה גם אנצ"ת ערך "דברים הנקנים באמירה".

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחברו. ויש שאינו גומר בלבו רק עיי הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה, דוק בשי"ס ופוסקים ותמצא כן.¹⁷

היו שהסבירו ע"פ גישה זו גם את קנין סיטומתא. בשו"ת הרמ"ץ (יו"ד סי' עו אות ב)¹⁸ כתב ר' מאיר צבי ויטמאיר [אב"ד סאמבור והגליל (גליציא), נד' תקצב]:

דמשפטי הקניינים המה רק בדבר שא"א יודעים שזה רוצה להקנות לחברו או חבירו רוצה לקנות ממנו, כי אם עיי מעשה הדבר שנעשה בפנינו, וע"ז באו ענייני הקנין מד"ת או מדבריהם. אבל בדבר שנגלה לכל העולם, דדעתא דאינשי בהכי לקנות ולהקנות – מועיל בלי שום [מעשה] קנין, [אלא] משום כונת ליבם דגמר ומקני להדדי. והיינו טעמא דדברים הנקנין באמירה, משום דאגב חיתון גמרי ומקנו... וא"כ בסיטומתא כיון דכל בני העיר או המדינה נוהגים לקנות בהכי ונדוע לכל דגמרי ומקני בלבם, מועיל בלי שום קנין.

הדגשנו את ההבדל בין גישת הגר"ש שקופ הרואה את עיקר הקנין בגמירות הדעת, ואעפ"כ מצריך מעשה קנין להוכיח על גמירות הדעת, ובין גישת הרמ"ץ הרואה את עיקר הקנין בגמירות הדעת, וכשברור שזו קיימת חל הקנין אף ללא מעשה כלל, כיוון שיש נפ"מ גדולה בין גישות אלו. והיינו, במקרים בהם מנהג הסוחרים לקנות באמירה בלבד. לדעה הראשונה – אף

¹⁷ כיוצא בזה ראה בדברי הרב שלמה קלוגר (שו"ת טוב טעם ודעת מהדו' קמא סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש). ואולם, רבים חלקו על גישה זו, ונקטו שאע"פ שעיקר הקנין הוא גמירות הדעת, מ"מ נחוץ תמיד גם מעשה הקנין, ואין קנין בלא מעשה. לדעתם, מה שאמרו בגמרא שבההיא הנאה דקמיחתני גמרו ומקנו, אינו עיקר הטעם, אלא עיקר הטעם הוא שזו תקנת חכמים, וכדי שלא יהיה הדבר כהלכה בלא טעם סמכו לומר הטעם שבההיא הנאה. ראה אנצ"ת ערך "דברים הנקנים באמירה" שכתבו כך (ליד ציון 4) בשם המאירי (קידושין ט, ב), וציינו שאף הנו"ב (מהדו"ק חו"מ סי' כח) נקט דהוי תקני"ח.

קליינמן דן בתפקידו ומקומו של מעשה הקנין באריכות (עמ' 109-129) ובתוך דבריו ציין שני הסברים נוספים ליישוב הגמרא הנ"ל, ע"ש.

¹⁸ תודתי לר' אבישי אלבוים מספרית הרמב"ם בת"א ששלח לי תשובה זו. ויש להעיר, שהרמ"ץ קשר במפורש בין דין דברים הנקנים באמירה לדין סיטומתא, אולם, בדברי החזו"א שהבאנו, אין התייחסות מפורשת לסיטומתא, ויתכן ויחלק בין דברים ש"קים להו לחז"ל" שגומר להקנות, כמו בשדוכין, ובין מנהג סוחרים רגיל.

על פי שכך נהגו, מכל מקום לא יועיל הדבר לקנות מדין סיטומתא, כיון שאין מעשה קנין. ואלו לדעה השניה – כיון שכך מנהג הסוחרים, הרי שגלוי לכל שיש גמירות דעת בכך והוי קנין באמירה בלבד.

בדבר זה נחלקו כבר הראשונים. בתשובת הרא"ש (כלל יב סי' ג) כתב:

והנה הראה לי מורי החזן פְּתַב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו: ומי שנדר לחבירו לעשותו בעל ברית, אע"ג דהוי דבר שלא בא לעולם יש לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו בב"מ סיטומתא באתרא דקנו ממש קני, אע"ג דמדינא לא קני, אזיל בתר מנהגא למקני קנין גמור, עכ"ל. ויש להשיב על דבריו חדא – דסיטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה כדפרש"י ז"ל שרושמין על החבית... אבל דיבור בעלמא לא, אפי' אי נהג – מנהג גרוע הוא ולא אזלין בתריה...¹⁹.

הרי לנו, שלדעת המהר"ם מועיל אע"ג דהוי דבור בעלמא,²⁰ ולדעת הרא"ש לא. אף הרדב"ז (ח"א סי' רעח) דן במי שאמר לחבירו שיהיה בעל ברית שלו ועתה הוא חוזר בו, והשיב שאם היה הדבור לאחר שנולד התינוק – קנה זה את זכותו בתורת סיטומתא: "לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצוה ע"י דיבור בעלמא".²¹

ישנם מקרים נוספים בהם דרך הסוחרים הוא לקנות באמירה בלבד, ונציין כמה מהם:

¹⁹ מקרה זה של המהר"ם קשה מסיבות נוספות, שהרי מלבד היותו דבר שלא בא לעולם (כפי שהזכיר מהר"ם) הוא גם דבר שאין בו ממש (קנין דברים). וראה מש"כ בזה הרב זלמן נחמיה גולדברג, בתחומין י"ב עמ' 287-288.

²⁰ ואולם הרב יהודה פרומן (כתר, ח"ב עמ' 265) כתב שיתכן ואף לדעת המהר"ם, דוקא בנודר לחבירו מועיל הדבר בתורת סיטומתא מאחר שיש לדיבור משמעות הלכתית מחייבת, ולדעתו התכונה העיקרית של תקיעת כף, אשר בגללה היא מהווה סיטומתא הוא תוקף השבועה שיש לה. ומ"מ, אף הוא מציין שודאי א"א לומר כן ברדב"ז (כיון ששם לא מדובר בנודר אלא באמירה בעלמא).

²¹ בניגוד לדעתו של קליינמן (6-325) בשיטת הרדב"ז.

א. במכרז או במכירה פומבית (כאשר המוכר מכרזו "נמכרז")

במקרה זה דן ב"כסף הקדשים" (סי' רא ד"ה קנין סיטומתא) וכתב שהסברא נוטה, שאם נהגו [לקנות] בדיבור ה"ל סיטומתא, ואולי גם מה שקורין ליסטאציא [=מכרז או מכירה פומבית] ג"כ הו"ל כסיטומתא.²²

ב. מנהג סוחרי היהלומים שמסיימים עסקאות באמירת "מזל וברכה"

בשו"ת תשובות והנהגות (ח"א סי' תתג) דעת הרב משה שטרנבוך שאמירת "מזל וברכה" מהווה קנין גמור בדין תורה ביהלומנים שנהגו בני אומנותם כן.

דברי הרב שטרנבוך מתייחסים למציאות בה הסוחרים אכן רואים באמירת "מזל וברכה" קנין גמור. אך דעת הרב אשר זעליג וייס²³ שמבחינה מציאותית, גם אצל סוחרי היהלומים אין נתפסת אמירה זו כקנין, אלא רק כהבטחה לקיים את המקח, ולפיכך אין בה דין סיטומתא.

ג. תוקפו של הסכם חוזי שנעשה בע"פ

הרב יהודה פורמן ("כתר", ח"ב עמ' 264-266) דן באפשרות להחשיב חוזה ביטוח הנעשה בע"פ כסיטומתא, היות וע"פ חוק החוזים תקף הסכם הביטוח גם כאשר הוא נעשה בע"פ. ואולם, הוא דוחה זאת כיון שלמרות שהחוק נותן תוקף להסכמים בע"פ, מ"מ בפועל, עסקאות בסדר גודל של הסכם ביטוח רגילים לעשות בכתב²⁴ ולא בע"פ, ואין בזה סמיכות דעת (ועי"ש בדבריו סיבות נוספות).

²² ואולם, כסף הקדשים עצמו התלבט האם מבחינה מציאותית אכן נוהגים שבאמירה בלבד הוי הקנין, שכן הוסיף שם: "ואולי מכל מקום אינו קביעות כל כך".

²³ בתשובה שטרס פורסמה, הובאה אצל קליינמן. קליינמן עצמו (עמ' 264-269), בדק ותאר את תהליך הקנין המקובל בבורסת היהלומים בישראל והעלה שהמקובל בין הסוחרים – שאין הבעלות על היהלומים עוברת עם קבלת ה"מזל וברכה", אלא זוהי רק התחייבות או הבטחה שלא ראוי לחזור ממנה. הבעלות עצמה עוברת רק עם העברת הסחורה באופן פיזי לרשותו של הקונה. ויש להעיר, שיתכן ותשובת הרב שטרנבוך מתייחסת לנהוג בדרום אפריקה.

²⁴ בחוזה בכתב, החתימה על החוזה נחשבת כמעשה קנין מדין סיטומתא.

ד. בקניה בכרטיס אשראי בטלפון

הרב צבי יהודה בן יעקב (תחומין יז, "חזרה ממקח שנקנה באמצעות כרטיס אשראי") כתב שקניה בכרטיס אשראי מועילה מדין סיטומתא, והרגע הקובע בקנין הוא הרגע שבו חותם הלקוח על השובר המונפק מתוך מכשיר ההדפסה (ולא הרגע שהוא מוסר את כרטיסו למוכר, או שהכרטיס מועבר במכונה) שהרי יש להניח שעד לרגע החתימה רשאים שני הצדדים לחזור בהם. והוא מסיים: "ועדיין צריך עיון מהו רגע הקנין כאשר העסקה נעשית דרך הטלפון, וללא החתימה". ונראה לענ"ד, שלסוברים שסיטומתא מועיל באמירה בלבד – הרי שמתן פרטי כרטיס האשראי יוכלו להחשב כסיטומתא. ואף כי מסתבר שכל עוד לא סיים את השיחה רשאי לחזור בו, מכל מקום, מרגע שסיים את השיחה יחול הקנין בדיבורו.

ו. הדבר אברהם: הסיטומתא כקנין חליפין דאורייתא

מובא בירושלמי (קידושין פ"א ה"ה) ובמדרש רות רבה (ז, יא):

בראשונה היו קונין בשליפת המנעל, הדא היא דכתיב: "וזאת לפני בישאל על הגאולה ועל התמורה [לקיים כל דבר] שלף איש נעלו [ונתן לרעהו] וכו'" (רות ד, ז)... חזרו להיות קונים בקצצה. מהו הקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברים לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומרים נקצץ פלוני מאחוזתו... חזרו להיות קונים בכסף ובשטר ובחזקה..."

מדברים אלו למד הדבר אברהם (סי"א ענף א אות ג)²⁵ שקנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא, ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג. כלומר, כל קנין חליפין המוכר לנו, ואשר מקורו מהתורה (מהפסוק הנ"ל ברות), מהותו היא, שמנהג הסוחרים קובע את דרכי הקנין. ובלשונו של הדבר אברהם: "דהחלכה היתה כללית, דכל שיקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קנין גמור, ומשו"ה בראשונה שנהגו במנעל וסנדל היה מנעל וסנדל דאורייתא, ומשחזרו לקנות בקצצה – הוה קצצה דאורייתא, וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין..." ונמצא, שסיטומתא באתרא דנהיגי – לאו קנין חדש הוא, אלא היינו חליפין ממש, וכשם שחליפין דאורייתא, הי"נ סיטומתא דאורייתא.

²⁵ וכן חזר לדון בדבריו הללו בח"ב סי"י אות א-ב; סי"כ אות א; וסי"כ אותיות א, יא.

הדבר אברהם אף כתב שמצא סימוכין לדבריו בחידושי המהרי"ט (קידושין ג, א, חידושו על הרי"ף והרי"ך ד"ה והא דאמרינן), ובשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' תקג).

ז. החת"ס: מדאורייתא, ככל תנאי שבממון

בשו"ת חת"ס (יו"ד ש"ד) כתב:

לפע"ד סיטומתא הוא קנין דאורייתא ממש. והיכן (=שהרי, היכן) מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שמנהג הסוחרים קונה! אלא, רבא הודיענו שהדין כן מהתורה: כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מהתורה.

על דעתו זו חזר החת"ס במספר תשובות, והביא ראייה לדבריו מתשובת (הרשב"א) המיוחסת לרמב"ן סי' רכה שכתב שקנין ממנהג הוא דאורייתא ופותר מבכורה.²⁶

החת"ס באר שתוקפו של קנין סיטומתא מדאורייתא, מכח תנאי שבממון קיים, והיינו, שקי"ל להלכה כרבי יהודה, שאע"פ שהמתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל, מכל מקום, בדבר שבממון – תנאו קיים (כתובות נו, א; ב"מ נא, א ועוד).

ואולם, הסבר זה לכאורה קשה, מכיון שאע"פ שתנאי בממון – מועיל, לדעת רוב הראשונים אין הדבר כך ביחס ליצירת דרכי קנין חדשות. כלומר, שאפילו אם התנו המוכר והקונה ביניהם במפורש, לקנות בדרך קנין חדשה – לא יועיל התנאי.

ודייקו זאת מהסוגיא בקידושין (כה, ב) המביאה את דעת ר' שמעון שבהמה גסה ובהמה דקה נקנות בהגבהה (בניגוד לדעת חכמים שנקנות במשיכה). והקשתה הגמרא: "אלא מעתה, פיל לרבי שמעון במה יקנה?! שהרי, פיל אי אפשר להגביה? והביאה הגמרא ארבעה תירוצים: שיקנה בחליפין, או בשוכר

²⁶ חת"ס יו"ד סי' ש"ד; חו"מ סי' יב. ואולם, האבני נזר (יו"ד סי' תו אות ד) כתב, שאין משם ראייה שסיטומתא הוא קנין דאורייתא, מכיון שהתשובה המיוחסת לרמב"ן היא משל הרשב"א, ודעת הרשב"א היא שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא כי יש כח ביד קנין דרבנן גם לחקנות ולא רק להפקר. וא"כ, יתכן ודעתו היא שקנין סיטומתא הוא קנין דרבנן, ובכל זאת מועיל לדאורייתא. וראה גם באמרי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואם מהני קנין אסטימתא) שדחה הראייה מתשובה זו. במקום אחר (יו"ד סי' ש"ז) כתב החת"ס שמדברי הרשב"א בגיטין י, ב ג"כ משמע דהוי דאורייתא. ובחו"מ סי' יב באר החת"ס לפי שיטתו את הגמרא בב"ב ז, ב ע"ש.

את מקומו, או שמביא ארבעה כלים ומניחן תחת רגליו, או שמגביהו בחבילי זמורות, עיי"ש. ולכאורה, ישנה דרך פשוטה יותר – שהמוכר והקונה יתנו ביניהם שיקנו במשיכה! מכך שהגמרא לא תרצה זאת, למד הרמב"ן (שם): "שאפילו פירש ואמר קנה במסירה דבר הנקנה במשיכה, או [קנה במסירה] בסימטא, שאין מסירה קונה בה – אינו קונה, שלא מסרו חכמים דיני ההקנאות למוכרים". כרמב"ן נקטו גם הרשב"א (ד"ה גמ' הוא דאמר), הר"ן (קידושין ט, ב ברי"ף, סוף ד"ה מתניתין בהמה גסה) והריטב"א (ד"ה והוי יודע). וכן כתב הש"ך (קצח, י): "שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין".

אם כן, קשה על החת"ס, שאפילו אם נאמר שכאשר קנו בקנין הנהוג עיי"ש הסוחרים הו"ל כאילו התנו, סוף סוף אפילו אם היו המוכר והקונה מתנים **במפורש** – זה לא היה מועיל לקנות.

1. הסבר א' בחת"ס (=שיטת המהרש"ם)

ניתן לבאר את דברי החת"ס, שהוא אכן חולק על הרמב"ן ודעימיה, ולדעתו, אם המוכר והקונה יתנו ביניהם בפירוש לקנות בדרך קנין חדשה – זה כן יועיל.

מצינו שכדעה הזו הביא המאירי (בי"ב עה, ב ד"ה בחמה בין גסה) בשם "גדולי עולם". וכן מובאת שיטה זו בשם הראב"ד.²⁷

בעל המשכיל לאיתן (הני"ל פרק ג) למד כך את דברי החת"ס, שלדעתו אפשר להתנות וליצור דרך קנין חדשה, ודחה דבריו להלכה, מכח הש"ך (קצח, י) שכתב שאי אפשר להתנות על דרכי הקנין. אף נכדו של החת"ס, הרב שמחה בונם סופר למד כך את דברי החת"ס (שו"ת שבט סופר חו"מ סי' י ד"ה ודע): "… ולסברא זו, גם בדבר שלא הנהיגו הסוחרים, רק המוכר והלוקח התנו שיקנו – תהני". וגם הוא דחה את החת"ס להלכה מכח הש"ך: "ועיי"כ צ"ל כש"ך דלא שייך בזה תנאי... ואי"כ גם בסיטומתא אין לומר דמחני משום תנאי שבממון... ודברי קדוש זקני צ"ע".²⁸

²⁷ ואולם, המאירי דחה דבריהם וכתב: "ואיני רואה דבריהם כלל, ומהיכן נתן רשות להדיותות להפקיע דין הקנינים". אכן, בשיטה לא נודע למי (ד"ה אלא מעתה) מובא בשם הראב"ד שאם יתנו כך – יועיל. ועכ"פ, זוהי דעת מיעוט בקרב הראשונים.

²⁸ ולדעת השבט סופר סיטומתא הוי מדרבנן: "ועיי"כ מוכרחים אנו לומר דחכמים תקנו כן דכל דבר שינהגו הסוחרים שיהיה קנין – דמחני, אבל לא במה שיחיד מתנה עם חבירו, והוי סיטומתא כמו שאר קנין דרבנן". וראה לקמן סוף הערה 30.

דברים מפורשים מצאנו בשו"ת המהרשד"ם, (ח"ו"מ סי' שפ) ביחס לסיטומתא וזו לשונו:

דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: [א] או באחד מהדרכים, הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד. [ב] או בכל תנאי שיתנה האדם עם חבירו. ומטעם זה יועילו ההקנאות הנוהגים (עיי' הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין, אלא, שכיון שנהגו כך – הוה ליה שכל אחד מתנה עם חבירו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינת וסלקי. ומטעם זה אמרינן בגמרא פרק איזהו נשך... האי סיטומתא קניא.²⁹

כלומר, לדעת המהרשד"ם, ויש שבארו כך גם בדעת החת"ס, אפשר להתנות במפורש על דרך קנין חדשה, וזהו המקור לדין סיטומתא, שכיון שנהגו כך – הרי זה כאילו התנו ביניהם המוכר והקונה שיקנו בדבר זה – ומהני מדאורייתא.

2. הסבר ב' בחת"ס

ניתן לבאר בחת"ס, שאף הוא סבר כרוב הראשונים, שאפילו אם התנו המוכר והקונה במפורש על דרך קנין חדשה – לא מועיל. ודברי החת"ס ש"כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאילו התנו", אין כוונתם כאילו התנו המוכר והקונה ביניהם באופן פרטי, אלא כאילו התנו כל הסוחרים ביניהם. במקרה כזה, כשיש תנאי כללי – מועיל התנאי ליצור דרך קנין חדשה, לדעת החת"ס, אף מהתורה. וכך באר דבריו הדבר אברהם.³⁰

²⁹ הביאו הרב ישראל שציפנסקי, בקונטרס המנהגים בישראל (נדפס בסוף כרך ד' של ספרו התקנות בישראל) עמ' כו, וראה שם הערה 17.

³⁰ ח"א סימן א, ענף א אות ב, וז"ל: "שלא נתכוין החת"ס לתנאי יחיד, אלא לתנאי האומנים ובני העיר, כיון שהוא מנהג אצל כל הסוחרים. ומנהג בני העיר – קרו ליה חז"ל "תנאי" כדאמרינן בביב (ח, א) להתנות על המידות וכי... וניימ טובא בין תנאי יחיד לתנאי הקהל, ר"ל מנהג הקהל, דאף במאי דיחיד דעלמא אינו יכול להתנות – מהני בקהל, כמבואר בח"מ (רלא, כח): רשאים בעלי אומנות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד במקום חבירו, אע"י דיחיד שהתנה בכך לאו כלום הוא... אלא, שהדבר אברהם מעיר, שגם הסבר זה לא מספיק כדי לבאר את החת"ס, "דאפילו אם תנאי בני העיר הוי דאורייתא, על כרחך רק מטעם הפקר ב"ד נגעו בה, והרי הוא עצמו ז"ל כתב דהפקר ב"ד לא מהני אלא להפקיע ולא להקנות, והיאך יהיה קנין מה"ט?!" אף בשו"ת אבני נזר (יו"ד תו אות ג) למד שכוונת החת"ס לתנאי כללי ותנאי המדינה, ודחה לפי"ז את החת"ס: "ותמהני, שהרי התנאי היה בלא דבר, ובמה חל תנאי המדינה? ובב"מ גבי מתנה שומר חינוס להיות כשואל, דמוקי כר"י דאמר תנאי שבממון קיים, מ"מ

בביאור הסברא לחלק בתנאי על דרכי הקנין בין לתנאי פרטי (שלא מועיל) ותנאי כללי (שמועיל), ניתן לומר, שיסוד חלות כל קנין הוא בגמירות הדעת של הצדדים, אלא, שצריך מעשה קנין כתיקונו כדי לגלות שאכן יש כאן גמירות דעת, או בכדי ליצור אותה.³¹ כאשר שני הצדדים מתנים ביניהם באופן פרטי על דרך קנין חדשה – אין הקנין חל, והטעם, אע"פ שתנאי בממון קיים, כיון שחרגו ממעשה הקנין הרגיל, אמרינן שבטלה דעתם אצל כל אדם ואין כאן גמירות דעת. לעומת זאת, כאשר יש תנאי כללי, שכל בני המקום נהגו כך והיו כאילו התנו, מועיל התנאי ליצור דרך קנין חדשה, כדין תנאי שבממון שקיים. במקרה זה, ע"י המעשה יש גמירות דעת וחל הקנין מדאורייתא, ולא אמרינן בטלה דעתם אצל כל אדם, שהרי כך דעת כל בני האדם באותו מקום שזה הוא קנין.³²

גישה זו דומה לדעת הגר"ש שקופ (לעיל פ"ד) אלא, שבניגוד לגר"ש שקופ שדי במנהג לשעצמו כדי ליצור קנין חדש, החת"ס נזקק גם להלכה שתנאי שבממון מועיל.

3. דברי החת"ס בשו"ת יו"ד שטו

בשו"ת חת"ס (יו"ד שטו) כתב:

...אבל לענין סיטומתא, דמן התורה לא קנה, רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע, עכ"פ (=על כל פנים) אין זה אפילו קנין, כ"ש להפקיע מבכורה...³³

מקשה במה מתחייב בדברים. [ו]אולי כוונתו משום דברי ד"מ סי' שלג דברי ציבור אי"צ קנין. אבל עולה בזכרוני דזה דוקא במידי דמצוה כגון מלמד או רב"י וע"י עוד באבני נזר (יו"ד תט אות ג).

קליינמן (325 חעי 203) מביא מדברי נכדו של החת"ס, הרב שמואל ערענפעלד, בספרו חתן סופר (דף קלז עמ' א) שכתב שלדעת החת"ס סיטומתא היא "כתנאי שהתנו בני העיר ביניהם, ותנאי בממון קיים". כלומר, גם הוא למד שהחת"ס התכוון לתנאי כללי ולא לתנאי פרטי. וראה לעיל (ז 1) שהבאנו מדברי נכד אחר של החת"ס, בעל השבט סופר, שלמד שכוונת החת"ס לתנאי פרטי, ונמצא שנחלקו בזה כבר נכדיו של החת"ס.

³¹ ראה לעיל פרקים ד-ה.

³² הסבר זה שמעתי מדיין אחד, וראה אצל קליינמן (325-326).

³³ להלן הפסקה כולה: "ותלמידי הרב החרוץ מוהר"ר הירש מגליד נ"י אתא ואייתי מתניתא בידי דברי הגאון צ"ח בפסחים ל"א ומשם רצה ללמוד דמנהג שנהגו הואיל ונהגו סוחרים קונה למי שפרע הוה קנין לפטור מבכורה. עיינתי בצ"ח ואלו דבריו: כיון שכתב הרב"י דקנין כסף אע"ג שהפקיעו רבנן משום נשרפו חיטין מ"מ קונה למי שפרע אי"כ כ"ז שלא קיבל מי שפרע עדיין שם קנין עליו ומכ"ש בבכורה דקנין כ"ד (= כל דהו) מפקיע מבכורה, אלו דברי הגאון ז"ל. וצדקו דברי הגאון ז"ל בקנין כסף דקונה מן

בשו"ת הר צבי (יו"ד רנב) הביא תשובה זו של החת"ס, ונקט לפיה, שאפילו לדעת החת"ס, אין זה מוחלט שסיטומתא מועילה מדאורייתא. גם בשדי חמד (כרך ה מערכת הקוף כלל סה, עמ' 287) כתב שתשובה זו היא היפך ממה שכתב החת"ס בתשובה שיד. ובמקום אחר (כרך ו מערכת בכור בהמה, עמ' 375, אות ג) כתב על סתירה זו שלפי הכלל שבידינו שפוסק שסותר את דבריו יש לפסוק כדבריו האחרונים, א"כ אית לן למינקט בדעתו כמ"ש בסי שיד.³⁴

ואולם, יש להעיר שהחת"ס חזר על דעתו שסיטומתא מהני מדאורייתא במספר מקומות (יו"ד סי' שיא, שיד, שיו, שיח. חו"מ סי' יב), בהם אף טרח לבססה ולבארה.³⁵ יתכן, ועיון בכל התשובה שלפנינו מגלה שאכן החת"ס לא התכוון לומר שסיטומתא לא מועילה מהתורה, וכפי שנבאר.

דברי החת"ס הנ"ל הם תשובה לדברי תלמידו שרצה לטעון שקנין אשר הסוחרים נוהגים שהוא מועיל למי שפרע, דהיינו, שהסוחרים עצמם אינם רואים בקנין זה קנין גמור אלא רק תחילת קנין והתחייבות, מכל מקום, די בקנין כזה כדי לפטור מבכורה.³⁶ התלמיד הביא ראיה לדבריו מהצ"ח, שכתב שאם ימכרו בהמה לגוי במעות, אע"פ שקנין מעות במטלטלין מועיל רק לענין "מי שפרע" – מועיל הדבר לפטור מבכורה. וענה לו החת"ס שדברי הצ"ח הם דוקא בקנין מעות אשר מהתורה מועיל, ורק חכמים תקנו שלא יועיל אלא לקבל מי שפרע. ובוזא חידש הצ"ח, שכל עוד לא קיבל מי שפרע

התורה ורק חכמים הפקיעו ודי מה שהפקיעו, אבל לענין מי שפרע שלא הפקיעו הרי נשאר על דין תורה, וכ"ז דלא קיבל מי שפרע הרי עדיין דין תורה קיים שהוא קנין גמור, ויפה כי הגאון דמפקיע מבכורה לרמב"ם, אע"ג דלא עבד עובדא הכי מ"מ יפה כי הגאון לדעת הרמב"ם. אבל לענין סיטומתא דמה"ת לא קנה רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע עכ"פ אין זה אפי' קנין כ"ש להפקיע מבכורה. ומי שמערב זה חייב משום כלאים וכי...".

³⁴ ובשו"ת יגל יעקב (יו"ד צט ד"ה ועתה) כתב שכנראה נפלה ט"ס בדבריו. ואולי היא קודמת ואח"כ חזר בו החת"ס. [אך יש להעיר על זה, שכבר ביו"ד שיא אשר נכתבה כ-17 שנה לפני תשובה שטו, משמע שסיטומתא חוי דאורייתא, וצ"ע].

³⁵ קליינמן (עמ' 328 הע' 218) אף מעיר, שבין כתיבת תשובה זו (יו"ד שטו) לכתיבת התשובה שבחו"מ (סי' יב) עברו חודש ושמונה ימים בלבד ולא העיר על כך דבר. ויש להוסיף על דבריו ולהדגיש, שבמספר תשובות החת"ס כן מציין לתשובתו שבסי' שיד, ראה: יו"ד סי' שיו, שיח, וחו"מ סי' יב.

³⁶ בלשונו של החת"ס (ראה הע' 33) נכתב: "...מנהג שנהגו הואיל ונהגו סוחרים קונה למי שפרע...". וכן בהמשך "אבל לענין סיטומתא דמה"ת לא קנה רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע...". ולשון זו קשה בפני עצמה, שהרי קי"ל שסיטומתא במקום שנהגו קונה ממש ולא רק לענין מי שפרע. ולכן נראה שבמילים "קונה למי שפרע" אין הכוונה מבחינה הלכתית, אלא מבחינה מציאותית. והיינו שאצל הסוחרים אין זה קנין גמור אלא רק תחילת קנין ותחייבות. וראה עוד לקמן בהערה 38.

קיים הקנין מהתורה, ולכן מועיל לפטור מבכורה. אבל, בנידון שלפניהם מדובר בשטר אשר מדין התורה לא מועיל, ולכן אי אפשר ללמוד מתצ"ח לנידון זה.

מתוך הבנת הענין כולו, מובן גם לשונו של החת"ס הנ"ל: **"אבל לענין סיטומתא (= השטר שנהגו הסוחרים, הנידון בשאלה), שמן התורה לא קנה (כלומר, מדין תורה אינו נחשב שטר), ורק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע (= שהסוחרים עצמם מחשיבים אותו רק כתחילת קנין והתחייבות), ועל כל פנים (= ובכל מקרה, אפילו לדעת הסוחרים) אין זה אפילו קנין (= ממש) – כ"ש שלא יועיל להפקיע מבכורה".** כלומר, כיון שהסוחרים עצמם לא מחשיבים שטר זה כקנין גמור, ודאי שאין ביכולת קנין קלוש זה להפקיע מבכורה.³⁷ וצ"ע.³⁸

ה. לסוברים שסיטומתא הוא מדאורייתא – היחס בין קנין דרבנן ומנהג

לעיל בפרק ג הבאנו את דעת הסוברים שקנין סיטומתא הוא מדברנן, וראייתם מכך שיש פוסקים דס"ל דקנין דרבנן מהני רק מדרבנן. וחרי, קנין דרבנן ודאי לא גרע בתוקפו ממנהג הסוחרים, ועוד, שמבחינה מציאותית, כל קנין דרבנן הופך לאחר זמן למנהג.

³⁷ תודתי לרב יהודה שחור שליט"א שסייע לי בהגדרת וליבון הענין, וראה אצל קליינמן (326-331).

³⁸ בתחילת התשובה מבואר שהשאלה עסקה בפרה מעוברת שנמכרה לגוי בהפרזות סך ל"ה זהוב "ולא ניתן לו מעות אלא ת"כ על זה וכו'", והוסיף החת"ס לשואל: "אלא שמעלתו כתב בשאלתו... שהיה ת"כ, ותלמידי הרב הרוזן מו"ה הירש מאגליד נ"י כתב שהיה (קונטראקט) היינו שטר מכירה הנהוג, ולא אטפל בזה כלל כי יהיה איך שיהיה אין כאן משיכה ולא כסף כדינו". בעל השדי חמד (כרך ו, שם) דייק שגם מדברים אלו שבתחילת התשובה משמע שסיטומתא לא הוא מדאורייתא. ואולם, קליינמן (326-331) כתב על כך, שאין הכוונה לת"כ (=תקיעת כף) אלא לח"כ = "חילוף כתב", דהיינו שטר חוב על הסך הנ"ל ע"פ חוקי המדינה. (והעיר שבפרוייקט השו"ת סברו שר"ת ח"כ הם ט"ס, ופיענחו ת"כ = תקיעת כף). ולפ"ז באר את המעשה, שבמקום לתת מעות, נתן הקונה שט"ח על דמי המקח המוסכמים ("על זה"), שכן מתן "חילוף כתב" היתה דרך תשלום מקובלת בזמנם ונוכרת בתשובות החת"ס במקומות רבים [בעיקר בצורת ראשי תיבות ח"כ]. ע"פ זה מתבאר גם הענין כולו, שהקנין נעשה ע"י נתינת שטר, אלא שנחלקו הדעות בין השואל לבין התלמיד בטיבו של השטר, האם היה זה שטר חוב (= חילוף כתב), או שטר מכירה (קונטראקט = חוזה). ואולם, מבחינה מציאותית, שניהם לא נחשבים ע"י הסוחרים כקנין אלא רק כהתחייבות, ולכן העיר על זה החת"ס: "יהיה איך שיהיה אין כאן משיכה ולא כסף כדינו". אך יש להעיר, שגם בנוסח הנדפס (מהדורת צילום משנת תר"ה) מופיע ת"כ, וכך מועקת בשדי חמד (שם).

לסוברים שקנין סיטומתא מהני מדאורייתא, ניתן ליישב קושי זה בדרכים שונות:

1. קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל מדאורייתא

יתכן, ואפילו למייד שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, זה דוקא במקום שהקנין החדש לא הפך למנהג הרווח בין הסוחרים (וכגון תקנת חכמים שניתן לקנות במעמד שלשתן, ובודאי שרוב המסחר לא נעשה בקנין זה). אך במקום שהקנין מדרבנן הפך למנהג רווח בין הסוחרים – יועיל הקנין מדאורייתא מכח המנהג.

כך היא מסקנת הדבר אברהם (סי' א ענף א אות א)³⁹ אשר כתב שגם לסוברים שקניני דרבנן מועילים רק מדרבנן, לאחר שנהגו כבר התגרים בקנינים אלו והפכו למנהג בפועל – הווי דאורייתא. הדבר אברהם באר זאת ע"פ שיטתו שסיטומתא הוי קנין החליפין המקורי מדאורייתא (לעיל פרק ו), וכתב, דהלכה למשה מסיני שהמנהג קונה לא נאמרה אלא על מנהג התגרין, ולא על מה שתקנו ולא נהגו בו.

ודומה, שגם לשיטות המבארות את תוקפו של קנין סיטומתא מדאורייתא מכח גמירות הדעת (גרשש"ק) ניתן לבאר שכל עוד שהקנין מדרבנן לא הפך למנהג רווח – אין בעשייתו גמירות דעת שלמה לקנות, ותוקפו רק מכח תקנת חכמים ולא מהני לדאורייתא. אך לאחר שהופך הקנין למנהג רווח – הוי בזה גמירות דעת שלמה ומועיל לדאורייתא.

2. אפילו קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל רק מדרבנן

ניתן לבאר שסיטומתא מהני מדאורייתא גם למייד שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא אפילו לאחר שיהפוך למנהג רווח. והטעם, מכיון שבתחילה, לפני שהפך למנהג רווח, הועיל רק מדרבנן, הרי שגם כשהפך עם הזמן למנהג רווח, לא נוהגים בו אלא ע"פ מה שהיה, וא"כ גם עתה המנהג הוא שנותנים לו רק תוקף דרבנן.

כך כתב בשו"ת הרמ"ץ (יו"ד סי' עו אות ד) "דיש חילוק בין קנין סיטומתא דמעצמם נהגו להקנות, א"כ גמרו ומקנו בליבם וראוי שיועיל אף לד"ת, אבל בקנין דרבנן המה מוכרחים לשמוע לדברי חכמים, ואינם מתכוונים יותר ממה שתקנו חכמים, ואינו אלא קנין דרבנן".

³⁹ וראה עוד מש"כ בסי' א ענף ה אות טז.

3. ביאור דברי החת"ס

החת"ס התייחס בתשובתו (יו"ד שיד)⁴⁰ לתבדל שבין קנין דרבנן וסיטומתא:

ולא דמי לקניני דרבנן, [ד]התם לא מחלו בכך הסוחרים ברצונם, אלא אנוסים בתקנת חכמים ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות. אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב – כל תנאי שבממון קיים מהתורה בלי ספק.

על דבריו אלו הקשו:⁴¹ "וצ"ע, הא חכמים לא אנסוהו לקנות או להקנות כן, אלא תקנו דמנהגי, והמוכר והקונה בחרו במעשה זה לגמור ביניהם המקח, ולמה יגרע מכל מי שנחשב ע"י מנהג הסוחרים כאילו התנה עם חברו שאחרי זה לא יוכל לחזור והוה דידיה, וצ"ע".

ועוד יש להקשות לכאורה, כשחז"ל תקנו קנייני דרבנן, הם עשו זאת לתקנת השוק ולטובת התגרים, וא"כ מדוע לדעת החת"ס אין הסוחרים מקבלים זאת מרצונם אלא אנוסים בתקנת חכמים?

ננסה לבאר את דברי החת"ס הללו לאור שני ההסברים שהובאו לעיל בשיטתו.

בהסבר הראשון (לעיל ז 1) בארנו, שלדעת החת"ס ניתן להתנות בתנאי פרטי בין הקונה והמקנה על דרך קנין חדשה. ובקנין סיטומתא, ע"י המנהג אנו אומדים דעתם דהו"ל כאילו התנו המוכר והקונה שיקנו בדרך זו – ומועיל מדאורייתא. ואולם, דוקא כאשר מדובר בקנין אשר נהגו בו הסוחרים מרצונם והפכוהו למנהג רווח אנו יכולים לומר דהו"ל כאילו התנו במפורש המוכר והקונה ביניהם. אך כאשר מדובר בקנין שנוצר ע"י תקנת חכמים, ועדיין לא הפך למנהג רווח, אע"פ שהמוכר והקונה בחרו מרצונם בדרך קנין זו, כיון שלא התנו ביניהם במפורש לקנות בדרך זו, וגם אין זה המנהג הרווח – אין אנו אומרים שמסתמא הו"ל כאילו התנו, אלא שקונים רק מכת התקנה ומועיל מדרבנן. ולפי"ז נראה, שכאשר הקנין דרבנן יהפוך למנהג רווח – אכן נאמר דהו"ל כאילו התנו ומועיל מדאורייתא.

בהסבר השני (לעיל ז 2) בארנו, שלדעת החת"ס לא ניתן להתנות באופן פרטי על דרך הקנין, כי במקרה כזה אמרינן שבטלה דעתם אצל כל אדם, ובקנין

⁴⁰ ובדומה בתשובות יו"ד שיז, שיח.

⁴¹ ברכת אברהם ב"מ עד, א "בענין סיטומתא" אות ג'. ועי' בשו"ת יד יצחק ח"ג סי' ק ד"ה ומ"ש.

סיטומתא הו"ל כאילו התנו כל הסוחרים ביניהם **תנאי כללי** שיועיל,⁴² וכיון שמדובר בתנאי כללי, לא אמרינן בזה בטלה דעתם אצל כל אדם ומהני לדאורייתא. ואולם, דוקא כאשר מדובר בקנין אשר נהגו בו הסוחרים והוא המנהג הרווח אנו אומרים דהו"ל כאילו התנו ביניהם כל הסוחרים. אך כאשר מדובר בקנין שנוצר ע"י תקנת חכמים, ועדיין לא הפך למנהג רווח, א"א לומר דהו"ל כאילו התנו ביניהם כולם, ומועיל רק מזרבנן. גם לפי הסבר זה נראה, שכאשר הקנין דרבנן יהפוך למנהג רווח – אכן נאמר דהו"ל כאילו התנו כולם, ומועיל מדאורייתא.

ועוד יש להעיר, שלשני החסברים שהצענו, דברי החת"ס שהסוחרים "אנוסים" בתקנת חכמים, אין כוונתו אנוסים בניגוד לרצונם, אלא כוונתו: שקנין זה לא נוצר ע"י רצונם.

⁴² להסבר זה, כיון שמדובר בתנאי כללי, ממילא לא קשה חקושיא הראשונה שהבאנו, המדברת בתנאי פרטי.

הרב שלמה זאב פיק
ר"מ במכון הגבוה לתורה
אוניברסיטת בר-אילן

קנין חצר בחצר שכורה

ראשי פרקים

- א. פתיחה - מחלוקת ראשונים, חצר שכורה קונה למשכיר או לשוכר ?
- ב. יסוד המחלוקת – מהות השכירות
- ג. הסבר בעל ה'דברי ריבות' – אומדן דעת המשכיר
- ד. שיטת תוספות
- ה. שיטת הגר"א

א. פתיחה - חלוקת ראשונים, חצר שכורה קונה למשכיר או לשוכר ?

במשנה ב"מ (קא,ב) שנינו: "המשכיר בית לחבירו... הזבל של בעל הבית, ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירים בלבד". ובגמרא (קב,א) העמידוהו: "בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא קמו בה". ופירש רש"י, ד"ה בחצר דמשכיר: "שלא השכיר את החצר", ומשמע שאילו השכיר את החצר, היה הזבל לשוכר. וכן הוא בהשגת הראב"ד שכירות ו,ה.

הרמב"ם שם אינו סבור כן (וכבר ציין זאת הגר"א בהגהתו בגמרא שם, אות א) וז"ל:

הזבל שבחצר, הרי הוא של שוכר; לפיכך, הוא מטפל בו להוציאו. ואם יש שם מנהג, הולכין אחר המנהג. בד"א, כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר; אבל אם הבהמות של אחרים, הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים:

לפנינו מחלוקת ראשונים בשאלה: חצר שכורה, האם קונה למשכיר או לשוכר ?

דעת רש"י וראב"ד שקונה לשוכר, ודעת רמב"ם שקונה למשכיר.

ב. יסוד המחלוקת - מהות השכירות

בש"ך חו"מ סי' שיג, הסביר את שיטת הרמב"ם: "כיון שאין גוף החצר קנוי לשוכר, אין החצר זוכה לו". לפי זה אפשר להציע הסבר למחלוקת רש"י ורמב"ם: האם מה שאמרו בב"מ נו, ב, ששכירות ליומיה מכירה היא, היינו לכל דבר, או רק קנין הגוף לצורך הפירות. אפשר לומר שלדברי הכל החצר קונה תמיד לבעל החצר, אלא דפליגי בשכירות, מי (למעשה) נחשב בעל החצר. דבר זה תלוי במהותה של שכירות, אם היא כקניית הגוף עם הפירות לזמן מסויים, ולכן נחשב השוכר בעל החצר והחצר תקנה עבורו (רש"י); או ששכירות היא רק קניית הגוף עבור הפירות (רמב"ם), ואכן כן מפורש בהלכות שאלה ופקדון א, ה: "...והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן..."¹

לסיכום: לאור דברי הש"ך, אפשר ללמוד שהן רש"י והן הרמב"ם סוברים שחצר קונה תמיד לבעל החצר, וכל המחלוקת היא מי הם הבעלים בחצר שכורה. שאלה זאת תלויה בהגדרת מושג השכירות: האם היא קנין הגוף לזמן לצורך הפירות בלבד (רמב"ם) או קנין גמור של כל החפץ, כולל הגוף, אך רק לזמן קצוב² (רש"י)³.

יש להסביר את מחלוקת רש"י והרמב"ם בדרך אחרת, בהנחה שגוף החצר נשאר בידי המשכיר, ולא הקנה לשוכר בגופה אלא את הזכות להשתמש בה. נקודת המחלוקת היא אם קנין חצר הוא אחד מתשמישי החצר (רש"י) או שקנין חצר אינו מתשמישי החצר, אלא דין מיוחד התלוי בבעלות ממש, ומכיון שהבעלות נותרה ביד המשכיר, אין החצר קונה אלא לו (רמב"ם). הסבר זה למחלוקת רש"י ורמב"ם שמעתי מפי מו"ר הרב יהודה פרנס שליט"א.

לפי שתי הדרכים הנ"ל נמצא שלדעת הרמב"ם קנין חצר אינו יכול להיכלל בשכירות מבחינה אובייקטיבית.

¹ בדרך זו תירץ הש"ך את קושיית הבית יוסף שם מהא דשכירות ליומיה מכירה היא.

² וכן שמע מדברי ר"ת בספר הישר, חלק החידושים, סי' (מהד' שליזנגר, עמ' 97): ואם תאמ' וכי פחותה משוכר ושואל שאע"פ שאין להם אלא פירות בחצר השוכרה או שאלה, יש לו קנין לקנות בה חפץ כדאמר'י (מעשר שני, פ"ה, מ"ט) גבי מעשה [ד]רבן גמליאל וכי דקאמר ליה מקומו מושכר לך ובההוא מיקני ליה מעשר שלו. תריץ דגדול קניינו של שוכר יותר מן האשה, שאם שכר בית לזמן ומת, [אין] בעל הבית יכול להוציא את הירוש עד השלמת הזמן, אם כן יש לו בה קנין גמור.

³ שוה עוד לדברי הנתיבות בפתיחה לסימן ר, ומה שהביא בשם מהרי"ט ומחנה אפרים.

ג. הסבר בעל ה'דברי ריבות' - אומדן דעת המשכיר

לעומת זאת, הביא הלחם משנה (שכירות ז, א בסוף דבריו) את הסברו של ספר דברי ריבות ס"י שכו :

הוי כאילו פירש ואמר שלא השכיר החצר כי אם לתשמישיה הצריכים לו, אבל בזכות שהיה לו מדברים אחרים, כגון שיהיה חצרו זוכה לו, לא זיכה לו, ולפיכך הוא שלו⁴.

לפי דברים אלו, השאלה היא סובייקטיבית, האם יש בדעת המשכיר לכלול בשכירות את קנין חצר; מבחינה אובייקטיבית, הוא יכול לעשות כן, והשאלה היא רק אם דעתו היתה על כך.

עקרון זה של בעל דברי ריבות חשוב ליישב סתירה בדברי הרמב"ם עצמו. לעומת דבריו שציטטנו לעיל מהל' שכירות, כתב הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה טז, יא (וכעין זה בשו"ע חו"מ, רסג, ג):

ויראה לי שאין הדברים אמורים אלא כשטען בעל הבית שהמטמון שלו, או שהיה יורש, שאנו טוענין לו שמא של אביו הן; אבל אם הודה שהן מציאה, הרי הן של מוצא. לפיכך, אם היה משכיר ביתו לאחרים, הרי הן של שוכר אחרון וכו'⁵.

כדי ליישב סתירה זאת, נעיין בדברי ריבות, ס"י שכו, שהציע את החילוק הבא (ודברים אלו אינם מובאים בלחם משנה הנ"ל):

ועוד אפשר לומר שלא אמר הרמב"ם זה כי אם בחצר, אשר איננו לעיקר תשמישו, ולפיכך לא קנה לגמרי כי אם לתשמישו אבל לא שיזכה לו החצר; אבל בבית, שעיקר תשמישו בה, הקנה לגמרי וביתו זוכה לו.

אי אפשר לפרש דברים אלו אם אי אפשר בכלל למסור את זכות קנין חצר, כמו שפירש מו"ר הרב פרנס כדלעיל, שאם כן, איך אפשר לחלק בין חצר לבין בית?! אלא מפשטות לשונו, צ"ל שזהו ענין דאומדנא דדעתיה - שבחצר אין לו כוונה להקנות לו הכל, אבל בבית הוא מקנה לו הכל, כולל זכות קנין חצר. על פי יסוד זה, אפשר להסביר שהן לרש"י והן לרמב"ם קנין חצר הוא מתשמישי החצר, והמחלוקת היא באומדן דעתו של משכיר חצר. לפי רש"י היה בדעתו

⁴ כ"כ תורת חיים בסוגייתנו, הובא בש"ך שם, עיין לקמן.

⁵ השוה להל' מכירה ג, ו-ז ובדברי ה"ה סוף הלכה ה. ובכס"מ שם וצ"ע.

להקנות לשוכר את כל תשמישי החצר כולל זכות קנין חצר; לפי הרמב"ם, לא היה בדעתו להקנות לו אלא את השימוש הפיזי ולא זכות קנין. אמנם אם המושכר הוא בית, שבו נעשה עיקר תשמישו, הקנה לו אף את זכות קנין. נמצא שאף בחצר, אם המשכיר יפרש שהוא מקנה לשוכר גם את זכות הקנין, אף לפי הרמב"ם יקנה השוכר, וכל מחלוקת רש"י ורמב"ם אינה אלא בשכירות סתם.

כעין דברים אלו, שכל המחלוקת היא באומדנא דדעתיה [אלא דהשאלה היא פשוטה יותר: כיון שחצר אינה עומדת להעמיד בה שוורים לעשות זבל, האם היתה דעתם שבכל זאת יקנה השוכר את הזבל או שמא המשכיר השאיר זאת לעצמו] נמצא בתורת חיים לב"מ קב, והש"ך הני"ל הביאו ודחה את דבריו; אמנם סברא זו דאומדנא דדעתיה היא גם סברתו של קצות החושן, שיג, א.

החזון איש לבבא בתרא, סימן ג, אות ג, כתב:

נראה דכל שלא השכירו לשורים [והמשכיר ביתו פתוח לחצר והשורים מפריעים לו הילוכו] אף שהשכירו לכל תשמישים, זבל שהטילו תורי בעלמא הרי הן למשכיר, כיון דלא קני ל"י שוכר לחצר להכניס לתוכה תורי... ובחצר סתם לא אגרי לשורים. ולפי האמור אין מחלוקת בין הר"מ לש"פ, דכל דברי הר"מ בלא השכירו לשורים, ואפשר דלפרש"י השכיר החצר סתם מושכר לשורים, ולהר"מ לא הושכר לשורים.

ובסברא, פירושו הוא כדרך פירושם של דברי ריבות, תורת חיים וקצות החושן, שהמחלוקת תלויה באומדן דעתיה דמשכיר - אם דעתו להשכיר גם עבור הזבל, דהיינו לתת זכות כניסה לשוורים או לא. אמנם מה שכתב החזו"א "והמשכיר ביתו פתוח לחצר והשורים מפריעים הילוכו", הוא רק לשיטת התוספות, בב"מ יא, ב ד"ה וכי, יובא לקמן, ולפי דיעה אחת בתוספות, גיטין עט, ב ד"ה פנימית. אבל בש"ך הני"ל העלה מסתימת הפוסקים שאין מדובר כשביתו של משכיר פתוח לחצר, וא"כ לא קיימת הטענה שהשוורים מפריעים להילוכו, שלכאורה היא גורם חשוב לאומדן דעתיה דמשכיר.

ומה שהחזו"א הרחיק לכת שאין מחלוקת לגבי הדין, וחצר שכורה קונה לשוכר אפילו לרמב"ם, ורק בסוגייתנו יש מחלוקת בין רש"י לבין רמב"ם אם השכירו לזבל או לא - בזה הוא חולק על בעל דברי ריבות שאינו דן על

זכות קניית הזבל בלבד אלא דן באופן עקרוני אם עצם קנין חצר כלול בשכירות, ועיין עוד בשו"ת דבר אברהם, ח"א, ס"ס א.⁶

ד. שיטת תוספות

הנה הש"ך הבין שדעת התוספות ב"מ יא הנ"ל, היא כשיטת הרמב"ם. אך רבים חולקים על דברי הש"ך בהבנת דברי התוספות, ולדעתם, אדרבה, מן התוספות משמע כשיטת רש"י. בשו"ת חת"ם סופר, או"ח סי' קיז, הביא ראייה מתוספות ב"מ ט, ב ד"ה משוך: "וא"ת אמאי נקט משוך... א"כ במשוך נמי אמאי מספקא ליה כיון שהשאיילה לו הרי היא כאילו שלו עד לאחר הקנין ויקנה מטעם חצר". מפורש בדבריהם כשיטת רש"י שהחצר קונה לשוכר ולשואל.

וכן נראה להביא ראייה שתוספות סבורים כשיטת רש"י מהסוגיה לקמן קב, א. בהמשך הסוגיא שם הובאה ברייתא כדי להקשות על שיטת ר' יוסי ברי תנינא שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

מיתבי, זבל היוצא מן התנור ומן הכירים והקולט מן האויר הרי הוא שלו, ושברפת ושבחצר של בעל הבית ואם איתא להא דר' יוסי ברי תנינא דאמר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, קולט מאויר אמאי הרי הוא שלו אויר חצירו הוא? אמר אביי במדביק כלי בשולי פרה... ושברפת ושבחצר הרי אלו של בעל הבית, תרתני? אמר אביי הכי קאמר ושברפת שבחצר הרי אלו של בעל הבית. אמר רב אשי זאת אומרת המשכיר חצירו סתם לא השכיר רפת שבה.

רש"י שם ד"ה ושברפת הסביר: "קס"ד בחצר שלא השכירה לו משכיר", משמע שלפי הקס"ד של הגמרא, אם השכיר את החצר לשוכר, השוכר היה קונה, כדלעיל, ורק בגלל שלא השכירו לשוכר קנה המשכיר. וכן משמע בתוספות שם, ד"ה תרתני, שכתבו:

פ"י דסתרן אהדדי דהאי שברפת לא איצטרך למיתני לגופיה דפשיטא הוא דשוכר בית בחצר שאין לו ברפת כלום ולא תנא אלא למידק שברפת לבעל הבית לפי שאין [בה] לשוכר כלום אבל בחצר שיש לשוכר

⁶ בדעת אחרת מקנה מודה הרמב"ם שחצר שכורה קונה לשוכר, ראה מהר"י אלגזי פ"ב סוף אות כב. לצדדים שנאמרו בגוף המאמר שיטה זו צ"ע (הערת עורך).

בה הילוך כניסה ויציאה לביתו לא הוי דבעל הבית והדר תני שאף שבחצר לבעל הבית.

נראה מדברי התוספות שאינם סוברים כרמב"ם. אך צ"ע בכוונת התוספות שהמשכיר בית יש לשוכר בחצר הילוך כניסה ויציאה, משמע שעקב הקנין בבית לשכירות, יש לו קנין בחצר להילוך, ומכח זה יש לשוכר אפילו קנין חצר. ואפשר לחקור: האם סברה זאת שזכות הילוך כניסה ויציאה מקנה לשוכר זכות לקנין חצר היא רק הוה אמינא, ולמסקי חוזרים מסברה זאת, ורק השכרת החצר ממש יכולה להקנות קנין חצר - וכשיטת רש"י. או האם גם למסקנה סברה זאת של זכות הילוך כניסה ויציאה מקנה זכות קנין חצר. לפי פשטות הסוגיה נראה כצד הראשון: (א) רב אשי, שביסס דבריו על דברי אביי, הוסיף שהמשכיר חצרו לא השכיר הרפת, משמע שאכן השכיר את החצר. ואם סברת התוספות הנ"ל נשארת למסקנה, הרי אין מדובר אלא במשכיר ביתו. (ב) לפי הסברה ששכירות הבית מקנה לשוכר זכות הילוך כניסה ויציאה, ובעקבותיה - קנין חצר, צ"ע רישא דברייתא "והקולט מן האויר הרי הוא שלו" למה רק קולט מן האויר, הרי לפי סברה זו יש לשוכר קנין חצר עקב זכות הילוך כניסה ויציאה, ואם כן הכל נקנה לו? אלא צ"ל שהגמרא חזרה מן הסברה הזאת, ואם כן הסיפא של הברייתא "ושברפת ושבחצר של בעל הבית" מדברת בששכר את החצר, וברישא "...והקולט מן האויר הרי הוא שלו" מדובר שהשכיר רק את הבית. וכן למד מהרש"א על אתר⁷. נמצא לפי מהרש"א ופשטות הסוגיא, יש שתי שיטות בקנין חצר בחצר שכורה, שיטת הרמב"ם ושיטת רש"י ותוספות⁸.

⁷ לפי הסבר מהרש"א כבר בשלב א של הסוגיא כששאלנו על ר' יוסי ברי חנינא, כבר ידענו שצריכים לחלק את הברייתא לשני חלקים, לכן הוא למד את קושית תד"ה קולט "מדיוקא דקולט מן האויר הוא שלו הא שבחצר של בעייה", שהרי בסיפא מדובר שהשכיר את החצר, וברישא השכיר רק את הבית בלי החצר, ע"ש.

⁸ וצ"ע בשיטת הרמב"ם כיצד יפרש את הסוגיא. ועיין באביעזרי (מהדורא תניינא) שכתב "ושיטת הרמב"ם תמוה מכמה מקומות בשי"ס שמפורש שחצר השכורה קונה להשוכר..." בסוף דבריו כתב: "ומה שמוכח מכל הראיות שהביאו שהשוכר קונה, זה כשהשכיר לו לקנות". פירוש זה הוא כפי שיטת בעל דברי ריבות (לעיל בחלק ג). ליתר השיטות (חובאו לעיל בחלק ב) צ"ע כיצד יפרש הרמב"ם את הסוגיא.

ה. שיטת הגר"א

אמנם המעיין בהגהת הגר"א על התוספות שם, וכן בביאורו לשו"ע חו"מ ריג ס"ק ז, יראה שלדעת הגר"א סברת תוספות קיימת אף למסקנה [יאבל מדברי תוספות כאן ד"ה תרתי כו' לא מי כן..."]⁹. צ"ע איך ליישב לשיטתו את שתי ההוכחות שהזכרנו לעיל, מדברי רב אשי ומרישא דברייתא?

ונראה לומר בפשט הסוגיא לפי תוספות אליבא דהגר"א ש"הקולט מן האויר הרי הוא שלוו", לאו דווקא מן האויר, אלא הוא הדין מן החצר עצמה, וכמו שהבין הריטב"א [ה'החדשים"] במפורש. וכן צריך לומר שפירש הרא"ש בתוספותיו, שהרי הוא שאל קושית התוספות, ד"ה קולט, אך אמר בפירוש ששאלתו היא מן הסיפא, ולא מדיוקא דרישא כמו שפירש מהרש"א, וע"כ צריכים לומר שאין להרא"ש דיוקא דרישא בגלל "שקולט מן האויר" לאו דווקא, ודו"ק. אי-לכך, צ"ל שתירוציהם של אב"י (מדביק כלי בשולי הפרה) ורבא (אויר שאין סופו לנוח וכו') חוזרים מקס"ד זה ולומדים קולט מן האויר דווקא. אחר כך שואלת הגמרא "תרת"י, ולפי תוספות, פירוש הקושיא שיש סתירה בין משמעות "ושברפת" לעומת משמעות "ושבחצר", וזה עקב הסברה החדשה שזכות הילוך כניסה ויציאה מקנה זכות קנין חצר. אב"י קיבל סברה זאת למסקנה ולכן גרס "ושברפת שבחצר", ואם כן השוכר בית יש לו זכות הילוך כניסה ויציאה וממילא זכות קנין חצר. אם כן, אב"י חזר מפירושו דלעיל (מדביק כלי בשולי פרה = קולט מן האויר דווקא) וחזר לקס"ד המקורית בהבנת דברי הברייתא, "והקולט מן האויר הרי הוא שלוו" לאו דווקא, אלא הוא הדין לחצר עצמה בגלל שכירות הבית¹⁰.

ומה שהגמרא ממשיכה ומביאה בשם רב אשי, צ"ל לפי התוספות אליבא דהגר"א, כמו שפירש מהר"ם שייף בדברי התוספות יא, ב ד"ה וכו', שכתב "דלא אגיר ליה החצר רק לכניסה ויציאה ולא להשתמש". פירוש, הזכות של כניסה ויציאה גם כן נקראת שכירות החצר, וזה הכוונה בדברי רב אשי "זאת

⁹ והשוה לשו"ת בית מאיר (מהד' מכון ירושלים, עמ' קלח - קלט והערות 16-19 שם) וכן לשו"ת ר' עקיבא איגר, ס"י קלג, שהביא את דברי בית מאיר הנ"ל (וכן עיין בחידושי ר' עקיבא איגר לשו"ע, חו"מ, ס"י שיג).

¹⁰ לפי זה אולי אפשר להסביר למה הרמב"ם לא פסק כרישא עם האוקימתא דאב"י או דרבא שהרי למסקנה הרישא היא לאו דווקא, והא הדין לחצר עצמה, ובזה הרמב"ם כבר פסק שחצר קונה למשכיר - פירוש הדברים שחרמב"ם פסק ממקור אחר כנגד הברייתא.

אומרת המשכיר חצירו סתם לא השכיר רפת שבה", והחידוש בדבריו הוא שאין לשוכר זכות הלוך כניסה ויציאה ברפת, אלא בחצר.

ואולי ניתן להוסיף ולומר שדברי התוספות הני"ל הם שהביאו את הגר"א להבין שסברת התוספות נשארת למסקנה. תוספות שם שאלו:

ואם תאמר, שלהי השואל (לקמן דף קב), גבי הזבל של בעל הבית, מוקי לה בגמרא בתורי דאתו מעלמא ובחצר דמשכיר, וכרבי יוסי ברי חנינא, והשתא, והלא השוכר משתמש בחצר, ואם כן הזבל משתמר לדעת השוכר בחצר, ואיך יזכה המשכיר בזבל תורי דאתו מעלמא?

והגר"א הבין בפשטות שהמשכיר אינו זוכה בגלל שהשוכר זוכה, והיינו מפני שהוא משתמש בחצר להילוך כניסה ויציאה, וכמו שכתוב בתוספות הני"ל בדף קב. אם כן רואים שהתוספות השתמשו בסברה זאת לא רק לקס"ד, אלא גם למסקנה¹¹.

לסיכום, דעת הש"ך, שהתוספות סוברים כשיטת הרמב"ם צ"ע וכבר הקשו על דבריו. בהבנת התוספות יש לומר שהם סוברים לגמרי כרש"י שהשכרת החצר מקנה זכות קנין חצר לשוכר. אך לפי הגר"א מצאנו שיטה שלישית שהשכרת הבית מקנה לשוכר זכות הילוך כניסה ויציאה, וע"י זה החצר קונה לשוכר. לפי הגר"א יש שלוש שיטות:

1) לשיטת הרמב"ם חצר שכורה קונה למשכיר.

2) לשיטת רש"י היא קונה לשוכר.

3) לשיטת תוספות, לא רק שהשכרת החצר מקנה לשוכר, אלא השכרת הבית בלבד מקנה לשוכר זכות הילוך כניסה ויציאה, ומכח זה יש לשוכר זכות קנין חצר.

¹¹ הרב שמעון ויזר שליט"א רצה ללמוד בתוספות כפשטותם, הן בדף יא, ב, בד"ה וכי, והן בדף קב, א, ד"ה תרתי, שבכלל לא היה קס"ד בתוספות שהשוכר יזכה בקנין חצר על ידי זכות הילוך כניסה ויציאה. אלא כל מגמת תוספות היא לומר שמכיון שיש לשוכר זכות הילוך כניסה ויציאה, החצר אינה משתמרת למשכיר, ואם כן הוא אינו יכול לקנות על ידי קנין חצר. פירוש זה יתכן לפי מהרש"א הני"ל, אך ברור מהגהת הגר"א לתוספות קב, א שהגר"א למד בתוספות שהשוכר קנה, ולכן ציין שהריטב"א [= מיוחס לריטב"א] בכי האי גוונא למד שבעל הבית [= המשכיר] קונה, לעומת דעת התוספות שהשוכר קונה, וכן הוא מפורש בביאור הגר"א בשו"ע שם.

להלכה, הש"ך פסק כשיטת הרמב"ם, אבל הבית מאיר¹² (וכן משמע מר' עקיבא איגר) והגר"א פסקו כרש"י [וראב"ד]. וכן עולה לתזו"א הנ"ל שלמד שאין מחלוקת בעקר הדין, וחצר קונה לשוכר לדברי הכל.

* * *

מאמר זה מתפרסם במסגרת מחקר "חקר הראשונים" שנערך במכון הגבוה לתורה, ונתמך בעזרתם הנדיבה של ד"ר רודני וד"ר חנה ב' קוקס לזכר בנם היקר והאהוב ירמיה ט' ז"ל. כמו כן תודתי נתונה לפרוייקט השו"ת על האפשרות להשתמש במאגריהם. ואחרון אחרון חביב, אני מודה בזה לרב שמעון ויזר שליט"א על הערותיו.

¹² עיין לעיל הע' 9.

יסודות חיובי ממון ביחסי מעביד ועובד

ראשי פרקים

- א. חיוב מדין מזיק-גרמי
- ב. הפסד עבודה כהזק
 1. דעת קצות החושן ("שבת" באדם)
 2. הסבר המחנה אפרים (הפסד ודאי = גרמי)
 3. דעת נתיבות המשפט (תקנת חכמים)
- ג. תחילת עבודה כקנין
 1. שיטת הרמב"ן
 2. שיטת הרא"ש
- ד. סמיכות דעת ללא מעשה קנין
- ה. פסיקת הלכה
 1. חזרת בעל הבית
 2. חזרת פועל
- ו. הפסקת עבודה כתוצאה מאילוצים (אונס)
- ז. "ספינה סתם ויין זה"
- ח. סיכום

פתיחה

בגמרא בריש השוכר את האומנים (ב"מ עה) מבואר שהטילו חיוב כספי על כל פועל או בעה"ב, שחוזר בו מהסכם עבודה. הן על הפועל, שפגע בעבודת בעה"ב והן על המעביד, שהפסיד לפועל יום עבודה. השאלה העקרונית שברצוני לברר היא האם בתשלום זה מחויב מצד הלכות נזיקין או שזו תקנת חז"ל. לשאלה זו יש השלכות מעשיות:

- א. מהו גובה הפיצוי, האם השכר שהוסכם, או השכר שיכלו להרויח?
- ב. האם הפיצוי מותנה בהפסד ממשי של עבודה אחרת?
- ג. שאלה למדנית, האם ניתן להגדיר את הפסד העבודה כהזק ממשי של הפועל?

בחלק השני של המאמר נעסוק בברור חזרת המעביד מהעסקת העובד עקב הכרח חיצוני, שאלה שנגזרת מהדיון הראשון.

במשנה בתחילת פרק "השוכר את האומנין" נאמר: "השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת". בגמרא מבואר שכונת המשנה לביטול העבודה ע"י כל אחד מהצדדים אלא שלא נגרם הפסד ולכן ישנה רק תרעומת. אבל המשנה ממשיכה "ובכל דבר האבד וחזרו בהם... שוכר עליהם או מטען". דבר האבד הוא מצב שבו העבודה נצרכת מיד, וכעבור זמן אין לה כבר משמעות. כגון ששכר נגנים לנגן בפני הכלה, וכשהגיע זמן החתונה הם חוזרים בהם ואינם רוצים לנגן. במצב זה רשאי המעביד לשכור פועלים חדשים אפילו בעלות גבוהה יותר משל הראשונים, והפועלים הראשונים חייבים להוציא מכסם ולשלם את ההפסד שגרמו לבע"ב.¹ מהלכה זו נלמד, שהפועלים נושאים באחריות להפסד הממוני שנגרם עקב הפסקת העבודה.

בגמרא (ב"מ עו, א) ישנה התייחסות מפורשת למקרה אחר – כאשר המעביד חוזר בו ומבטל את העסקה. "הלכו פועלים לשדה ומצאה שהיא לכה, משלם להם שכרם משלם" (כפועל בטל) רואים אנו, שגם המעביד צריך לשאת במשמעות הממונית של החלטתו לבטל את העסקה.

א. חיוב מדין מזיק - גרמי

מדברי התוספות (עו, ד"ה אין להם) עולה שהחיוב הוא מדין מזיק. דברי התוספות מוסבים על הבדלי הדינים המופיעים בברייתא שם:

השוכר את האומנים והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים שלא הלכו, אבל הלכו ולא מצאו תבואה... נותן להם שכרם משלם.

במקרה ראשון המעביד חוזר בו עוד לפני שהפועלים התחילו בעבודתם. הדין הוא, שהפועלים אינם זכאים לפיצוי ממוני, ויש להם רק "תרעומת". לעומת זאת במקרה השני, כאשר הפועלים כבר התחילו בעבודתם, כגון שהלכו כבר לשדה, הדין הוא, שהם מקבלים את כל שכרם (כפועל בטל). התוספות יצאו

¹ כך לפירוש הרא"ש. אבל רש"י פירש, שרק אם כבר הספיקו לעבוד חלק מהעבודה, והתחייב המעביד לשלם שכרם, רק אז מנכה המעביד משכרם את ההפסד שנגרם לו.

מתוך נקודת הנחה, שבשני המקרים נגרם הפסד לפועלים (הם אינם יכולים לעבוד באותו היום).

לכן שואלים התוספות: למה במקרה שעדיין לא הלכו הפועלים לשדה (ועדיין לא התחילו בעבודה) הדין הוא שבעה"ב פטור? מדוע לא יתחייב המעביד מדין גרמי? (ומצאנו חיוב מדין גרמי, הנגרם בדבור בלבד, כגון "המראה דינר לשולחני ונמצא רע"). התוספות מסיקים, שאכן המעביד מחוייב מדין גרמי בחפסד הנגרם לפועליו. חלוק הדינים בברייתא נובע רק מהבדל מציאותי – כאשר הפועלים עדיין לא התחילו בעבודה, מסתבר שימצאו עבודה חדשה, ולכן לא יהיה נזק. אבל כשכבר הלכו לשדה, עבר זמן עד ששוב אין צורך בפועלים, ולא ימצאו עבודה חדשה. למדנו מדבריהם שיסוד החיוב הוא אדם המזיק בגרמי.

הרמב"ן בחדושו על ב"מ (שם) מביא כמה נפקא מינות מכך שחיוב הפועלים הוא מדין מזיק:

א. התנאי הראשוני לחיוב הוא הפסד עבודה בפועל, אם ישנה אפשרות למצוא עכשיו עבודה אין הם יכולים לדרוש את שכרם.

ב. הפיצוי לפועלים יהיה רק לפי שווי העבודה שהפסידו (דהיינו השכר שהיו יכולים להרוויח באותו היום), גם אם השכר שנקבע בינם לבין המעביד היה גדול יותר. הסבר הדבר הוא, שחיוב מזיק הוא על מה שהיו יכולים לעבוד בזמן הזה. ואם כן אין שום משמעות בנושא זה לסיכום שהיה בינם לבין בעל הבית.

ג. על מנת שנוכל לחייב את המעביד, על הפועלים להוכיח שאכן היתה להם אפשרות לעבודה אחרת. שהרי אם לא היתה להם אפשרות כזאת, אין כאן דין מזיק, וכמו בכל חוב המוציא מחברו עליו הראיה.

ב. הפסד עבודה כהזק

התוספות הזכירו בלשונם חיוב גרמי. קצות החושן (שלג, סק"ב) הקשה על דברי תוספות, מההלכה שהמבטל כיסו של חברו פטור. משמעות הלכה זו היא, שמניעה רווח אינה מוגדרת כמעשה הזק גמור, אלא נידונה רק כגרמא, ו"גרמא בנזקין – פטור". לכאורה גם במקרה שלנו, המעביד רק גרם לעובדו הפסד עבודה, וזוהי רק מניעת הרווח!

יש לציין שיש מחלוקת ראשוניים בהסבר ההבדל בין גרמי לגרמא, יעויין בתוספות ורא"ש בב"ב כג, א. הסבר ריצב"א הוא:

כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים.

אם כך ניתן לבאר שחכמים חייבו גם כשההזק הוא מניעת הרוח בלבד. יתכן שהיתה בזמנם תופעה של ביטול הסכמי עבודה וחייבו חכמים מדין גרמי.

1. דעת קצות החושן ("שבת" באדם)

קצות החושן באר את התוספות על פי חדוש התורה בדין שבת. אדם המזיק אדם חייב בתמשה דברים, ואחד מהם הוא תשלום על בטול המלאכה (מניעת הרווח) כל זמן המחלה. הגמרא בפרק החובל מבארת, שחיוב זה קיים בפני עצמו, גם כשאין חיובי נזק אחרים (כגון שקשר את חברו בחבל, ולא נגרם לו מכך שום נזק אלא רק הפסד זמן עבודה). זוהי גזרת הכתוב מיוחדת באדם החובל בחברו על אף שבעצם הנזק הוא גרמא ובדרך כלל הוא פטור **כאן** חידשה תורה שחייב (מה שאין כן במבטל כיסו של חברו שפטור). בנידון שלנו, חיוב בעל הבית הוא מדין שבת, שהרי בגללו אין הם יכולים לעבוד באותו היום.

אלא שעדיין לשון התוספות צריך ביאור. התוספות כתבו שיש לחייב את בעל הבית רק **לדעת רבי מאיר**, הדין דין גרמי. מדיוק דבריהם נשמע שלרבנן יהיה פטור. וזה קשה הרי חיוב שבת, שעליו דבר הקצות – נוהג לכולי עלמא! (גם לרבי מאיר חיוב מדין שבת מוגדר כגרמא בעלמא, ובכל זאת חייבה התורה מדין שבת) וא"כ לשון התוס' קשה. ונראה להסביר את הדבר על ידי חילוק בין מעשה הנזק, לתוצאות הנזק. חדוש התורה לחייב בתשלום שבת מתייחס לתוצאת הנזק – הפסד מלאכה. על זה חדשה התורה, שישנו חיוב. אבל מעשה ההזק נשאר בגדרים הרגילים של נזיקין. מניעת הפועל מהעבודה יכולה להעשות על ידי מעשה גמור כגון שתפסו בידיו. לעומת זאת במקרה שלנו הפועל הפסיד את עבודתו רק בגלל שסמך על דיבורו של בעה"ב. בהע"ב לא עשה שום דבר בידים ולכן כאן שהנזק נגרם על ידי דבור ולא על ידי מעשה, אפשר לחייב רק לדעת רבי מאיר. הסבר זה מצאנו בדברי הרא"ש (סי' ג בפרק החובל), המחלק בין שבת שבטלו בידים (כגון שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו), לבין שבת בגרמא (כגון שהיה כבר בחדר, וסגר עליו את הדלת) – שאז הדין הוא שפטור.

ומצאתי לקצוה"ח עצמו (שפח, ח וכן שג, ג) שכתב כע"ז וז"ל: "דאע"ג דאשכחן חיוב תורה בשבת וריפוי, היינו היכא דעשה מעשה בגופו, דאז חייב

בריפוי ושבת הנעשה ע"י מעשה בידיים אבל היכא דתחלתו לא נעשה אלא ע"י גרמא, אדם באדם נמי פטור".

להסבר הקצות, יש השלכה מעשית חשובה: חיוב שבת קיים רק באדם שהזיק אדם, ולא באדם שמזיק כלים. ולכן אדם שיזמין משאית לעבודה, וברגע האחרון יבטל את ההזמנה, על אף שנגרם הפסד לבעל המשאית – בטול הזמנות אחרות – לא ניתן יהיה לחייבו על ביטול עבודת המשאית² אלא רק על ביטול עבודת הנהג, ואכן זוהי מסקנת קצות החושן לפי התוספות. אם ביטול ההזמנה נעשה לאחר שכבר היה קנין שכירות מצד המזמין – לכו"ע חייב בשכרו מדין שכירות – שו"ת נוב"י תי"סי נו.

(דרך אגב נתן ללמוד מהסבר זה מהו הגדר של חיוב גרמי לדעת התוספות. ישנה שאלה: האם גרמי נדון כאדם המזיק בגופו, או כעין אדם המזיק בממונו? סוף סוף ההזק אינו בידיים, ומצד שני ברור שהחיוב שייך לאדם המזיק. השאלה היא האם דינא דגרמי שוה לגמרי לאדם המזיק (אף באונס?) או שלא לגמרי הושוה דינו מהטעם דלעיל. אחת הנפקא מינות משאלה זו היא, האם אדם המזיק בגרמי יחוייב בארבעה דברים. הטור בסי"ח הביא בשם הרמ"ה לפטור. נראה שדעתו היא, שאין להחשיב גרמי כאדם המזיק בגופו – או שסבר כדעת הריצב"א (ב"ב כג, ב), שחיוב גרמי יסודו הוא קנס חכמים. דעת הרמב"ן לעומת זאת היא שגרמי נידון כאדם המזיק ממש וחייב מעיקר הדין בכל ארבעת הדברים (קונטרס דרנא דגרמי, ולכן חייב אף בגרמי דבהמתו דנחשב ממש כוחה דלא כנמוקי יוסף בפרק הפרה). ומדברי תוספות אצלנו עפ"י הסבר קצוה"ח מוכח ממש כדעת הרמב"ן, שחיוב דין גרמי נדון כאדם המזיק בגופו ולכן חייב אף על שבת).

והנה הסברו של הקצות בדברי התוספות נראה דחוק. משום שתוספות לא הזכירו "שבת" כלל.³ ואף מדברי הגמרא יש להקשות על הקצות. כי אחת

² ע"י תוסי' גיטין מב, ב ד"ה ושור אינו משלם אלא נזק. בשו"ת בית אפרים חו"מ סי' ה, באר דבריהם שאין שבת בשור כאשר משלם נזק (כי השבת כלול בתשלום הנזק) אך כשאין תשלום נזק משלם עבור השבת. ועפ"י באר דברי רמ"ה (הובאו בטור שו"מ שסג) שהגוזל בית העומד להשכיר חייב. אמנם, קצוה"ח בסי"ח שסג התקשה בדברי הרמ"ה ואזיל לשיטתו (הערת עורך).

³ יש ליישב הערה זו שכן הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (פרק ה) דן ביחס בין דינא דגרמי לדין שבת: "ואי קשיא – לרבנן דלא דייני דינא דגרמי היכי מחייב, והרי גורס הוא לבטלו ממלאכתו וכו'! לא קשיא דכיון דהזיקה מההיא שעתא היא דאפסדיה, עד דפתח ליה וכו'". הרי שהרמב"ן זיהה שבת עם גרמי (באופן שרבנן מודים לר"מ) ולכן אין קושי מלשון תוסי' שלא הזכירו "שבת" (ולמדתי דבר זה מדברי שו"ת דברי חיים חו"מ סי' מב ע"ש). (הערת עורך).

הדוגמאות בברייתא המחייבת את המעביד בתשלום לפועלים היא "הלכו חמרים ולא מצאו תבואה". התבנה הפשוטה היא, שהמעביד משלם את כל שכרם (כפועל בטל), וזה כולל את המחיר של השבתת החמורים מעבודה (שהרי ודאי שהסכום המקורי כולל תשלום עבור השמוש בחמורים). והרי כבר הבאנו לעיל, שמטעם "שבת" אין לחייב על השבתת החמור וא"כ למה עליו לשלם את שכר החמור? ניתן לתרץ את חיוב התשלום על שכר החמורים על פי דברי מחנה אפרים (הלכות גזלה סימן יא). לדעתו יש לדון את האומן עם כלי אומנותו כדבר אחד, ולכן כל ההפסד נחשב כנזקי אדם,⁴ וחייבים מטעם שבת.⁵

2. הסבר המחנה אפרים (הפסד ודאי ודינא דגרמי)

מחנה אפרים עצמו (שם), הציע הסבר אחר בדברי התוספות. אכן כוונת התוספות היא לחיוב גרמי, ועל אף שאין כאן אלא מניעת הרווח, אין זו גרמא. רק כשהרווח מסופק – שאפשר שלא ירוויח – זה נחשב לגרמא ופטור וזו היא הדוגמא של מבטל כיסו של חברו. אבל כשהרווח הוא ודאי – הרי זה גרמי. ולכן אם הפועלים הפסידו עבודה ודאית – נחשב הדבר למזיק בגרמי.⁶ נראה שזו היא דעת הרמ"א (רצב, ז) מחייב על מניעת רווח, וכבר עמד על כך בשי"ך שם.

3. דעת נתיבות המשפט (תקנת חכמים)

הסבר נוסף לדברי התוספות כתב בעל נתיבות המשפט (שלג, ג). הוא התקשה לפרש את דברי התוספות כפשוטם. לדעתו, אין לחייב מדין גרמי כאשר אין כוונה להזיק. והרי כאן אין המעביד מתכוון להזיק. עוד הקשה, אם אכן חיוב גרמי קיים, מדוע הפועלים, כשחזרו בהם, מחוייבים רק בתלק מהנזק שגרמו למעביד (בדבר האבד) – עד ארבעים וחמשים וזו (עח, ב) אע"פ שהנזק שנגרם

⁴ הקצות עצמו בודאי חולק על סברה זו של המחנה אפרים, יעוי"ש.

⁵ אולי ניתן לדמות דברי המחנ"א למשי"כ החזו"א (ב"ק סי' יד אות יב והועתק להלכות שביעית כה, לח) שהעושה מלאכה בשבת ע"י כלי או בע"ח חייב (אם כך דרך המלאכה) ולכן אם פרש מצודה בשבת וצד אח"כ חייב (ותמה על המג"א שנקט לא כך ע"ש), ולכן כשכך דרך המלאכה (ע"י הבהמה) הכל מתייחס לאדם (הערת עורך).

⁶ לגישה זו השלכות נוספות למעשה בשו"ת פנים מאירות (ח"א סי' פב) הסיק מחיוב התשלום לפועל שאינו מוצא אפשרות להשתכר, לנידון בתשובתו: אדם שעשה עצמו תגר וקנה ומשך ברזל מסוחר ע"מ למכור ביריד. כשנתבע לשלם טען שלא נתכוון לקנות אלא לתפוס הברזל בגין חוב ובעל הברזל טוען שכעת אינו יכול למכור סחורתו כי הסתיים היריד. הפנים מאירות פסק שחייב לשלם הנזק ולמד כן מדין פועל וכני"ל. (הערת עורך).

לבעה"ב גדול יותר? והרי גם אותם יש לחייב מדין מזיק! להבנתו, החיוב בשכירות פועלים אינו מדין מזיק אלא יסודו בתקנת חכמים, חז"ל תקנו לחייב כל אחד החוזר בו. כדבריו משמע מפירוש רש"י (עו, א) – "הואיל ואנוס הוא, אין לקנסו". נראה מלשון רש"י, שזהו קנס חכמים. אבל דוחק לפרש כן בדברי התוספות. יש להעיר על עיקר הנחת הנתיבות שהניח כדבר פשוט שאין לחייב מדין גרמי כאשר אין כוונה להזיק, נראה שהדבר תלוי בשאלה מהו חיוב גרמי. אם חיוב גרמי הוא קנס חכמים – ניתן להבין שאכן לא קנסו חכמים את מי שלא התכוון להזיק אבל אם חיוב גרמי הוא מעיקר הדין כאדם המזיק – הרי אדם מועד לעולם. ואכן הש"ך בסימן סו (ס"ק פב) פסק, שגרמי חייב אף כשאינו מתכוון להזיק. (וקצ"ע, שהרי שיטת הש"ך עצמו היא, שגרמי הוא קנס חכמים – סי' שפו). יש להוסיף, שמדברי התוספות נראה, שהגורם היחיד לחיוב בשכירות פועלים הוא גרמי. שהרי, כפי שהזכרנו לעיל, תוספות תלו את חלוקי הדינים בברייתא בשאלה המציאותית, האם נגרם הפסד לפועלים. והם מאנו לפרש שתחילת המלאכה נחשבת לפעולת קנין היוצרת חיוב על השוכר. לעומתם, הרא"ש בפסקיו, על אף שהזכיר את חיוב גרמי, פרש אחרת את הברייתא. עמד על כך בספר מחנה אפרים (הלכות שכירות פועלים סי' ד).

ג. תחלת עבודה כקנין

1. שיטת הרמב"ן

הרמב"ן בחדושיו לפרק השוכר את האומנים (עו, ב) הסביר שיש גורם חיוב נוסף והוא קנין על ידי תחילת העבודה. הרמב"ן מסתמך על אותה ברייתא שהביאו התוספות. הברייתא מבדילה בין חזרת בעל הבית קודם לתחילת המלאכה, שאז אין על בעה"ב חיוב ממון כלפי הפועלים, לבין מקרה שהתחילו בעבודה "הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, נותן להם שכרם משלם" (כפועל בטל). כתב הרמב"ן –

כשם ששאר דברים נקנין בקנין, כך שכירות פועלים נקנית בתחילת מלאכה... ונשתעבד לו בעל הבית בתחילת מלאכה.

כשפועל מתחיל בעבודתו, פירוש הדבר שהוא סומך על הבטחת המעביד לשלם לו את שכרו. מצד השני, המעביד סומך על עבודת הפועל, ואינו מחפש עובדים אחרים. סמיכות הדעת המשותפת יוצרת חיוב משפט הדדי, ולכן כל צד אחראי על כך שנוי מההסכם.

החידוש לדינא גדול: אף אם לא נגרם הפסד לפועלים (כגון שלא היו מוצאים עבודה) יחוייב בעל הבית בשכרם, מכח ההסכם שביניהן. כמובן, אין כוונת הרמב"ן לומר, שכביכול הפועל קונה בקנין את המטבע שיוחד לו לשכרו. מטבע נקנה רק במעשה ממשי (משיכה, הגבהה או אגב קרקע) ולא בחליפין. אם כן מניין לו לרמב"ן שקנין התחלת עבודה מועיל למטבע? ועוד לפי זה צריך היה הרמב"ן להוסיף תנאי, והוא שהמטבע קיים בשעת המלאכה, ומיוחד לפועל. לכן צריך לומר שכוונת הרמב"ן היא לקנין היוצר שעבוד הגוף, הן על הפועלים והן על המעביד. על המעביד שעבוד לשלם את שכרם, ועל הפועלים לשלם את ההפסד אם לא יעבדו. בדומה לכך מצאנו "פסיקה" במשיכת מטלטלים. הקונה חפץ ע"י משיכה הרי הוא חייב את תמורתו, בדיוק כפי שסוכם. הקנין מחייב את הפרעון המיוחד עליו הסכימו הצדדים. וזה לשון הנמוק"י (ב"מ כז בדפי הרי"ף): "מי שמשך חפץ מחברו והתנה ליתן לו כור חיטים חדשים, חייב ליתן לו כפי שפסק". אף כאן תחילת עבודת הפועל היא כעין משיכת החפץ ולכן נוצר חיוב על בעה"ב. (יש לעיין האם שעבוד הפועל מוגדר רק כהתחייבות כספית או אפילו קנין בגופו בדומה לעבד, ועיין קצוה"ח שלג,ה שקנין הנעשה בשעת ההסכם אינו קנין דברים).

2. דעת הרא"ש

לאחר שהרא"ש הביא את דברי התוספות על חיוב גרמי, הוסיף הרא"ש:

"מיהו נפקא מינא במאי דהלכו, למקום (=למקרה) שאין הפועלים מוצאים להשתכר (שלא יכלו למצא מקום עבודה אחר), ושכרן בעל הבית הזה היום, דהוי התחלת מלאכה, ונותן להם שכרם כפועל בטל".

נראה לפרש את דברי הרא"ש כדעת הרמב"ן.

למדנו, שעקרונית יש אפשרות לקבל את שני החיובים. נזיקין, וקנין עבודה. אלא שכל גורם חיוב וגדריו המיוחדים. דין מזיק כשיכלו למצוא מקום עבודה אחר והפסידו אותו בגלל השוכר הזה וקנין עבודה מחייב כאשר לא יכלו למצוא מקום עבודה אחר ובעצם לא הפסידו כלום.

ד. סמיכות דעת ללא מעשה קנין

מדברי בעל הגהות אשר"י והריטב"א נראה, שישנה הרחבה לרעיון של קנין עבודה. אם לעיל ראינו שקנין עבודה תלוי במעשה, מדבריהם נראה, שעצם

הדיבור והתחלטה ההדדית על העבודה ועל שכרה היא הגורם המחייב. וזה לשון הריטב"א:

כל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו, ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד, חייב לשלם.

ומפורש יותר בדף עד, ב ד"ה האי:

שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמך עליה משתעבד לו מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים, שחייבין לשלם לבעה"ב מה שהפסיד כשחזרו בהם, או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שהפסידו. דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו."

החיוב הוא מדין ערב,⁷ ואף בדבור בעלמא ישנו חיוב ללא מעשה קנין!

הראשונים כבר דנו מה יוצר את חיובו של הערב. למדנו בב"ב קעג: "בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה". מה היא תפקידה של ההנאה? ליצור את החיוב או רק לסלק את החסרון של האסמכתא? מדברי הריטב"א ברור שהגורם מחייב הוא סמיכות הדעת ההדדית, היא גורמת להנאה ולרצון להשתעבד. לכן אף כשאין נתינת כסף על פי הערב, עצם זה שבעה"ב לא מחפש פועלים אחרים ומראה בכך שהוא סומך עליהם שיעשו את המלאכה, זה הופך אותם לערבים כלפיו.

גם מדברי הגהות אשר"י נראה, שדבור הוא גורם מחייב: בגמרא ב"מ (עח,א) מבואר שהשעור המכסימלי לסכום שאפשר לגבות מהפועלים כאשר חזרו בהם בדבר האבד הוא "עד ארבעים וחמשים זוז". זהו השעור שרגילים בעלי בתים להוסיף משום דבר האבד (רמב"ן שם). בעל הגהת אשר"י הקשה, מדוע פשוט לגמרא שישנה הגבלה כל שהיא? הרי צריך לחייב את הפועלים לשלם את כל ההפסד, מדין מזיק! ותרץ, "דמייירי באותו ענין שלא גרמו לו שום הפסד, כגון שהפשתן היה שרוי כבר, ובשעה שהשכיר אלו לא היו אחרים מצויים. ומכל מקום, כיון שנשכרו לו כבר, צריכים לעשות". מפורש בדברי הגהת אשר"י, שאף שאי אפשר לחייב את הפועלים מדין מזיק – שהרי הם לא גרמו לו את ההפסד – יש לחייבם – "כיון שנשכרו לו כבר". הגהת אשר"י לא הזכיר קנין כלשהו, מתוך ההקשר של ההג"ה נראה, שמדובר עוד לפני

⁷ בענין התחיבות בדבור יעויין בבית יוסף סי' מ, שם מבוארת מחלוקת הרמב"ם ושאר הראשונים, האם אפשר ליצור התחיבות בדיבור.

תחילת המלאכה, לכן נראית כוונתו כדברי הריטב"א לעיל – ההסכמה מחייבת.

בנקודה אחרת ישנה מחלוקת בין הריטב"א והג"א. הריטב"א סובר שבכל גוונא אין לחייב יותר מארבעים זוז. וזה לשונו "א"ת למה אינו שוכר עליהם אל כדי כפל בלבד? י"ל דמסתמא היינו דאסיקו אדעתיהו שאם לא יוכלו לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן, ועל זה בלבד הבטיחוהו". נראה שלריטב"א החיוב הוא רק מדין ערב ולכן אפשר להגביל את סכום הערבות, להגהות אשר"י ישנם שני חיובים: ערבות המוגבלת לחמישים זוז, ומזיק המחייב בכל הנזק. השולחן ערוך (סי' שלג) לא פסק כהגהת אשר"י. שהרי סתם בדין דבר האבד (סעיף ו), שיש לחייב את הפועלים רק עד ארבעים וחמישים זוז. משמעות דבריו היא, שאף שנגרם למעביד נזק גדול יותר, אי אפשר לחייב את הפועלים יותר, ודלא כהג"א. (אעפ"כ הש"ך (ס"ק כח) הביא את דברי הג"א לעניין אחר ולמד מדבריו שהפועלים חייבים גם במקרה שהם לא גרמו לנזק (יעויין רעק"א בב"מ עד שהשיג).

ה. פסיקת ההלכה

1. חזרת בעל הבית

השולחן ערוך (סי' שלג) חילק את הפסק לשני סעיפים שונים. בסעיף א התייחס לפועל שהחל בעבודתו ואז חזר בו בעה"ב. הדין הוא שעליו לשלם להם שכרם (כפועל בטל, ובתנאי שבעה"ב פשע). משמעות הפסק היא שאף אם לא נגרם לפועלים שום נזק, חייב הוא בשכרם (כן כתב שם הסמ"ע סק"ו). אם כן השו"ע קיבל את חידושו של הרמב"ן להלכה – גם במקרה שאין הפסד לפועלים, כגון שלא היו מוצאים עבודה – אעפ"כ אם התחילו במלאכתם, הרי נתחייב בעל הבית בשכרם (אמנם אם מוצאים הפועלים עבודה עכשיו, אין בעל הבית חייב בשכרם).

בסעיף ב מתייחס המחבר לפועל שעדיין לא התחיל במלאכתו. וזה לשונו "אם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל ה"ז כדבר האבוד להם ונותן להם שכרם כפועל בטל". כאן ישנו תנאי ברור לחיוב – הפסד עבודה. מכיון שלא התחילו במלאכתם אין קנין והחיוב הוא רק מדין מזיק. וכן פירש הסמ"ע בסק"ח. לדבריו פסק המחבר גם כדעת התוספות, שיש גם חיוב מדין גרמי (על כל המשמעויות המתחדשות מכד).

אלא שהנימוק של המחבר הוא, "שדבר זה הוא **אבוד להם**", ונחלקו האחרונים בכונתו: הסמ"ע (סק"ח) פירש – משום דינא דגרמי. שני הדינים שהביא שולחן ערוך מוסברים לפי דבריו להפליא. חיוב אחד הוא מדין נזיקין, ולכן הוא מותנה בהפסד הפועלים, וחיוב שני הוא מדין קנין עבודה, המותנה בתחילת המלאכה בלבד. וזו בעצם שיטת הרא"ש שהזכרנו לעיל.

לעומתו סוברים רעק"א וקצות החושן,⁸ שהמחבר דקדק בלשונו, והזכיר "דבר האבד", דוקא משום שזהו נימוק חדש השונה מדין מזיק. נימוק זה כבר הוזכר בדברי הראשונים כגון הנמוק"י "כי היכי דפועלים מחייבי ליה לבעה"ב בדבר האבוד ה"נ מחייב להו לפועלים" הם הבינו שהגורם המחייב הוא **ההסכם** ולא מדין מזיק. ישנו הסכם הדדי - בעה"ב יפוצה בדבר האבד לו, והפועלים יפוצו בדבר האבד להם.

לדבריהם החידוש פה גדול יותר מדעת הרמב"ן, גם ללא התחלת עבודה עצם הדיבור מחייב. זו היא, בעצם דעת הריטב"א שהובאה לעיל, אלא שאין הכרח שאכן החיוב מדין ערב אפשר מתקני"ח.

רעק"א בגליון שולחן ערוך ביאר, שאין לחייב משום גרמי אלא רק משום דבר האבד.

לדעתו, דבר האבד זוהי סברה **במקום** חיוב נזיקין ולכן השו"ע פסק רק את הטעם הזה (לדעה זו, בטול מלאכה הוי גרמא, וכמו שכתבנו לעיל). להבנתנו בדברי הש"ך (סי"ק כח), דבר האבד **אינו** מותנה בתחילת מלאכה, אלא בעצם ההסכמה (כדעת הגהת אשר"י), ולכן הוא נשאר בצ"ע על פסק שולחן ערוך. למה כשאין תחילת מלאכה החיוב הוא רק אם היו מוצאים עבודה, הרי דבר האבד מחייב מעצם ההסכמה אף שאין הפסד? לדברינו שהמחבר נוקט כרא"ש שאין סתירה בין שני הטעמים א"ש, אכן החיוב בסעיף מדין מזיק ורק כשישנה התחלת מלאכה ישנו קנין המחייב וזהו סעיף א.

קצוה"ח משיג אף הוא על פסק השו"ע, אבל מכיוון אחר. הוא מביא את תשובת מהר"ם, הכותב מפורשות שהפסד עבודה הוא רק גרמא, לפ"ז האפשרות היחידה לחייב היא מדין ההסכם. אלא מהתשובה הנ"ל עולה שכל ההסכם מחייב רק לאחר תחילת העבודה ורק אם אכן נגרם נזק לפועלים, זו היא האומדנא של ההסכם. לדעתו יש לפסוק כתשובת מהר"ם אף נגד שולחן ערוך, ולכן יש לחייב רק כשמתקיימים שני תנאים: ישנו הפסד לפועלים, וגם

⁸ וזה לשון קצות החושן "שכירות נקנה בדיבור" (סימן ס סק"ב).

התחילו בעבודה. בכל מקרה אחר, יכול בעל הבית המוחזק לטעון "קים לי כמהר"ם" ולהפטר.

2 תזרת הפועל

אסור לפועל לחזור בו מעבודתו בדבר האבד (חוי"מ שלג, ה). אם בכל זאת חזר בו הפועל, אפשר להטעותו (ולחציע לו שכר גבוה יותר, אף ללא כונה לשלם) או לשכור פועלים אחרים במקומו והוא יחוייב בשכרם. השו"ע מגביל את סכום התשלום לפועלים החדשים "עד חמישים זו"ז".

כבר נתבאר שהגבלה זו אתי שפיר רק לדעות שאין לחייב את הפועל מדין מזיק אלא מתקני"ח. (מזיק חייב בכל הנזק!). אכן הרמ"א משיג על המחבר וז"ל: דוקא בדבר האבוד שאינו ממון, אבל בדבר האבוד של ממון צריך לשלם לו כל הנזק!. אם כן הרמ"א מחייב בתשלום כל הזק.

יש לשאול על השו"ע למה בעה"ב החוזר בו, נחשב מזיק ומשלם את כל שכרם, ופועל החוזר בו אינו מוגדר כמזיק?

נראה שדעת המחבר שיש לחלק בין הזק ישיר להזק עקיף. כשהפועלים מפסידים עבודה, בעצם הוא מפסיד להם את כוח העבודה הקיים בהם וזהו הפסד ישיר, לעומת זאת בדבר האבד לבעה"ב הפועלים רק מנעו את הצלת הממון. המשנה הביאה דוגמא של העלאת הפשתן מהמשרה. הפועלים לא העלו את הפשתן ועל ידי כך הוא ניזוק. מבחינת הפועלים זהו גרמא בעלמא ולכן חיובם הוא רק מתקני"ח או מדין ערבות.

הערה נוספת בדעת השו"ע: המחבר התנה את כל חיוב הפועלים בכך "שהיה מוצא פועלים אחרים לשכור, כששכר את אלו". אם חיוב הפועלים הוא מדין מזיק ובכל מקרה לא היה בעה"ב מוצא פועלים אחרים מובן שיש לפוטרים. אבל אם החיוב הוא מדין ערבות או תקני"ח מהו הצורך בתנאי זה (נתה"מ סק"ב).

ומצאתי לריטב"א שכתב שאף שהחיוב מדין ערבות מ"מ קיימת אומדנא בשעת קבלת העבודה. האומדנא היא שהפועלים מקבלים ע"ע ערבות רק אם הם הגורם היחיד להפסד. אם גם ללא קבלת הערבות היה נגרם הפסד (כי אין פועלים אחרים) אז אין התחייבות מצדם לתשלום.

ו. הפסקת העבודה כתוצאה מאילוצים (אונס)

כבר נתבאר, שעם תחילת המלאכה נוצרה התחייבות הדדית בין העובד והמעביד. [כשהמעביד רצה לחזור בו מיזמתו – הדין הוא שאם בכך נגרם נזק לפועלים, אסור לו לחזור, ואם חזר ישלם כל שכרם (כפועל בטל)].

נשאלת השאלה: האם גם כאשר ישנו הכרח להפסיק את העבודה, מסיבות שאינן תלויות במעביד, האם גם במקרה כזה ישנה התחייבות של המעביד? מצד דיני נזיקין נראה שאין לחייבו, על אף שנגרם הפסד לפועלים. כי הנזק קרה באונס, וכשהחיוב הוא מדין גרמי, אין לחייב באונס, ולא נאמר בזה הכלל – "אדם מועד לעולם בין ער בין ישן" (סי' שפו, ש"ך סק"ה).

ברם ישנם סוגים שונים של אילוצים. סוג אחד פוגע בעובד, והוא נאלץ לחזור בו (חולי וכדומה). במצב כזה, מובן שלא יקבל את כל שכרו, שהרי הוא הגורם המבטל. בנוגע לתשלום שכר על מה שהפועל כבר הספיק לעבוד, כתב בנתיבות המשפט (שלה סק"ג) – שרק אם בעל הבית נהנה ממש ממה שנעשה, רק אז ישלם לפועל את שכרו. אבל אם לא נהנה, כגון שהפועל נשלח למקום מסוים להביא לשם חפץ, וחלה וחזר באמצע הדרך – לא יקבל את שכרו.

סוג שני פוגע במעביד. כגון שהנמען חלה והעסקה בוטלה ואז יש לדון: מצד אחד הפועל רוצה להמשיך בעבודתו, ומצד שני המעביד אונס, והוא מוכרח לבטל את העסקה. במצב כזה יקבל הפועל את שכרו על מה שכבר עבד, אף על פי שבעל הבית לא נהנה מזה כלל (נתיבות המשפט שם).

ולענין תשלום לעובד על מה שלא עבד – הרא"ש בפסקיו (ב"מ פרק ששי סי' ג) ובעקבותיו הרמ"א (סי' שלד) ניסחו שני כללים:

1. **כלל ראשון:** "כל אונס דלא איבעי ליה לאסוקי אדעתיהו, לא פועל ולא בעל הבית, אי נמי תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתיהו, פסידא דפועלים". על אף שהלכו הפועלים למקום העבודה, וכך נוצר על ידם קנין העבודה, אף על פי כן אנחנו אומדים את דעת המעביד, שלא התכוון להתחייב למקרה של אונס. וכעין זה מצאנו בחו"מ רכה, ג "אונס שאינו מצוי – לא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה, הוא הדין לכל תנאי ממון, אומדין דעת המתנה".

2. **כלל שני – "היה לו להתנות":** הכלל השני בעצם יוצא מתוך הראשון ומתייחס לידיעה בלעדית של המעביד. כאשר הוא בלבד מודע לאפשרות של הפרעה היכולה להפסיק את העבודה – הוא חייב. מקור הדין הוא בגמרא (עז, א) – "האי מאן דאוגיר אגירי לדוולא (פרש"י – להשקות שדהו), ופסק נהרא

(פירש"י – ממנו משקין), אי לא הוה רגיל דססק (תנהר) – פסידא דפועלים. הוה רגיל דפסק – אי בני מתא נינהו – פסידא דפועלים. בני מתא אחריתא – פסידא דבעל הבית". נמק הרא"ש (שם) – "איבעי ליה לבעל הבית לאתנויי". המעביד מוגדר כפושע (לשון שו"ע שלג, ב) כאשר איננו מידע את הפועלים על אפשרות הפסקת העבודה. דין זה שבגמרא, הוא סיוע גדול להבנת הרא"ש והרמב"ן שהזכרנו לעיל. אי אפשר לבנות את יחסי עובד מעביד רק על הלכות נזיקין שהרי במקרה הנדון בגמרא, סוף סוף המעביד אנוס. הנהר התיבש בניגוד לרצונו. והרי אין לחייב מדין גרמי במקרה של אונס? האם מחמת העובדה שהוא בלבד ידע על אפשרות זו הוא נהפך למזיק?! יותר נראה, נוצרה התחייבות סתמית בין הצדדים, החוזר בו יפצה את חברו ולכן יש לדון – מה כוללת ההתחייבות. הסברה היא, שבדרך כלל אין ההתחייבות כוללת מקרי אונס, ולכן אם הפועלים רוצים פצוי אף במקרי אונס – עליהם להתנות על כך במפורש. אבל כאשר הפועל לא יודע על אפשרות אונס כזו – מוטל על המעביד להתנות בפרוש על מנת להפטר אם לא עשה כן אזי התחייבותו הסתמית כוללת אף מקרה אונס. בסברה זו משתמש המהר"ק מובא ברמ"א (שלג, ה). המהר"ק נשאל, האם פועל העובד חנם רשאי לחזור בו, בדבר האבד? תשובתו היתה, שמותר לו לחזור בו. כי היות והיה על המעביד לצפות לאפשרות כזאת (שהרי חברו עושה לו טובה ואפשר שימלך) היה המעביד חייב להתנות "ואיהו דאפסיד אנפשיה".

ז. "ספינה סתם ויין זה"

על אף שהרא"ש ובעקבותיו הרמ"א סתמו להלכה, שבכל אונס בעל הבית פטור (אלא אם כן "הוה ליה לאתנויי"), יש מקרה מפורש בגמרא, שבו אף באונס בעל הבית חייב. הגמרא בדף עט, א מספרת על אדם ששכר ספינה להעביר יין, ובאמצע הדרך הספינה עם היין טבעה. הדין הוא האם בעל הספינה (=הפועל) יקבל שכר על חלק הדרך שלא עשה. הגמרא תולה את הדבר בלשון ההסכם. אם בעל ספינה לא התחייב דוקא על ספינה מסוימת (בלשון הגמרא – "ספינה סתם") – יקבל את כל שכרו (כפועל בטל), על אף שלא השלים את עבודתו. מבחינתו הוא יכול להביא ספינה אחרת ולהשלים את עבודתו.

תוספות במקום הקשו, מדוע לא לא יפטר בעל היין, הרי הוא אנוס, כיון שאין לו יין ויש לדונו כמו כל מעביד שנאנס! תרצו תוספות תרוץ מקומי – בשם ריב"ן. יש הבדל בין פועל שהתבטל ממלאכתו לספינה שטבעה. כי

במקרה של הספינה – המשכיר הפסיד את ספינתו. (והשייך (שא סק"ב) כתב, שהעיקר כדברי התוספות). החזון איש (ב"ק סי' כג ס"ק יב) באר את דברי התוספות: כל הפלגה בלב ים כרוכה בסיכון של טביעת הספינה. ולכן אנו אומדים, שהתחייבות לתשלום השכירות קיימת גם אם טבעה הספינה. על דעת כן שכר בעל הבית את הספינה.⁹

בחדושי רעק"א שם מוצאים אנו יסוד אחר. לדעתו, כשיש קנין גמור (מעבר לקנין של התחלת המלאכה) בין שני הצדדים, חייב המעביד לשלם את שכרם **אף אם הוא אנוס**. וזה לשונו:

התחלת המלאכה הוי רק **קצת** קנין, ולכן היכא דחוזר בו מחמת האנוס, אין ידו על התחונה. מה שאין כן בקנין ממש, כבר נתחייב להם. אפשר דהוי **פסידא דבעל הבית**.

באור דבריו הוא, שקנין גמור מחזק את ההסכם עד אומדן דעת של התחייבות גמורה ללא תנאי. לכן במקרה של הספינה כשהיתה מסירה החיוב יחול גם באנוס. (אפשר שזו גם כוונתו של הראב"ד בגיטין עד, ב יעווי"ש).¹⁰

מוצאים אנו שני ראשונים, שעשו לעיקר את הסוגיה הזו, כנגד הסוגיא בדף עז הפוטר באופן ברור ביטול עבודה מסיבות אנוס.

המרדכי ב"מ פרק ששי (שנו) הביא בשם רבנו יואל – "היכא דמת הנער בחצי שנתו, יכול המלמד לתבוע כל שכרו. מצי אמר ליה, הב לי בנך ואלמדנו!" ומוכיח את סברתו מהגמרא הני"ל, שבעל הספינה אומר "הב לי יינך".

גם הרשב"א בתשובה (הביאה ב"י בסימן שלה סק"ג), חייב את בעל הבית לשלם על סמך טענה מעין זו "הב לי את אביך ואשמשנו". הרשב"א נשאל על מקרה שבו נשכר נער כדי ללוות אדון אחד לעיר אחרת. באמצע הדרך נאלץ האדון לחזור חזרה לעירו, ואף נפטר שם. הרשב"א פסק, שהיורשים חייבים בכל שכרו של הנער (כפועל בטל). הנמוק הוא טענת הפועל – בידי לקיים את ההתחייבות. הרשב"א מביא ראיה מהגמרא הני"ל. במקום שביד בעל הספינה לקיים את תנאו – אף על פי שבעל היין אנוס, עליו לשלם. סברה זו בודאי מעידה על תביעת הפועל מדין התחייבות ולא מצד נזק.

⁹ עוד הביא בשם הריטב"א ששכירות ליומא כממכר ולכן נחשב כהפסיד השוכר את שלו. וכ"כ הגרצ"פ פרנק בחידושים על השי"ס בחסבר דברי תוסי' (והרי קנה חלק בספינה ושלו אבד).

¹⁰ כך כתבו בפד"ר ו עמ' 185.

על עצם הסברה הזאת קשה מהגמרא עז, א הפוטרת מתשלום לפועלים כשבעל הבית אנוס, וזוהי בעצם קושית התוספות שהזכרנו. בישוב שתי הסוגיות כתב בשו"ת חכם צבי הנוספות (סי' לג), שלדעת הרשב"א, הגמרא בדף עז, א הפוטרת באונס מדברת כשעדיין לא התחילו הפועלים בעבודתם, ואז חיוב בעל הבית הוא רק מטעם מזיק. וחדושו של הרשב"א הוא כשהתחילו כבר בעבודתם, שאז יש לחייבו מצד הקנין.¹¹

והנה הסמ"ע בסימן שלה סק"ז הביא את תשובת הרשב"א שהזכרנו. והדבר תמוה, כמו שהעיר בגליון רעק"א שם. הרי שולחן ערוך (שלד, ד) לא קבל את סברת הרשב"א. שהרי הוא פסק – בניגוד לסברת המרדכי – שבמקרה של תלמיד חולה אין חובה לשלם למלמד שלו, על אף שהמלמד טוען – אני יכול לקיים את התנאי!

כך יש לתמוה גם על הבית יוסף. מה ראה להביא את הרשב"א בסימן שלה? הרי הסימן הזה אינו עוסק בהפסקת עבודה, אלא בפועל שקיים את כל שליחותו. הסימן הזה מחדש, שאף אם המעביד לא נהנה בפועל מהעבודה – כגון ששלח את הפועל להביא חפץ והחפץ לא היה שם – בכל זאת עליו לשלם את שכר הפועל.

לכן נראה לפרש את כוונת הסמ"ע והבית יוסף באופן אחר. הרשב"א שם ביאר טעם נוסף לחייב לשלם לנער את כל שכרו. זמן שכירות הנער הוא לזמן שהאדון בדרך, על זמן זה נתחייב בעה"ב לשלם שכר מושלם ולכן על אף שהאדון קצר את הדרך – הנער השלים את כל עבודתו. ויתכן שכוונתם של בית יוסף ושל הסמ"ע בהביאם את תשובת הרשב"א היא להביא דוגמא לכך, שסיום המלאכה אינו מוגדר לפי התכנון המקורי. יסוד זה עולה מהגמרא ב"מ נח, א – "נשבעים לגזברים". הגמרא שם מסיקה, שהשבעה היא כדי ליטול את שכר הליכתם. על אף שהשקלים אבדו בדרך, בכל זאת נוטלים השלוחים את שכרם. לכאורה בני העיר אנוסים הם, ולכן אין בידם לגמור את תנאם. ומדוע יתחייבו לשלם? לסברת הרשב"א – הדבר מיושב. שומר שכר נשכר מראש רק למשך הזמן שהחפץ נמצא. ולכן כשאבד החפץ (באונס), זה עצמו נקרא שהשלים את עבודתו, ומגיע לו שכרו.¹²

¹¹ ובנתיבות המשפט סי' שלה סק"א תרץ באופן אחר, עיי"ש.

¹² נראה שראיה זו תלויה במחלוקת אחרונים. דעת בעל נתיבות המשפט (שה, א) ששכר השלוחים אינו שכר שמירה אלא שכר שליחות ולדבריו אין הוכחה מסוגיא. ואדרבא יש להבין מדוע נוטלים שכרם כשלא הגיעו ליעדם (ירושלים), אכן הנתיבות (שלה, ג) כותב שהתשלום הוא רק עבור מה שהלך; אכן מהמחנה אפרים (שומרים סי' כב) ניכר שלדעתו

ח. סיכום

לאור כל חלוקי הדינים שהבאנו, מתבקשת ההרחבה של הרמב"ן והרא"ש ליחסי עובד מעביד: ישנו מעין "חוזה מכללא", שקיומו הוא בתחילת המלאכה. הסבר התוספות להסתפק רק בדיני נזיקין הוא נסיון קשה, הן מבחינת דיני נזיקין, והן מבחינת דיני עובד ומעביד. ראינו שישנם ראשונים שהרחיבו את ההתחייבויות ההדדיות אף למקרה אונס, אלא שאין הלכה כמותם.

השולחן ערוך הביא את חדושו של הרמב"ן להלכה: גם במקרה שלא היה הפסד לפועלים – אם התחילו בעבודתם, חייב בעל הבית בתשלום כל שכרם כפועל בטל.

התשלום המדובר הוא שכר שמירה ונראה שכן מוכח מלשונו של רש"י בד"ה "הכא בנושא שכר... והא כיון דשומר שכר יש עליו לשומר... ולא שמר לא לא השלים עבודתו אין לו ליטול שכר". (הערת עורך)

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א

אדמו"ר ממונסטריש'צה

בין תשעה באב ליום הכיפורים¹

איתא בגמרא פסחים (נד, ב) אמר שמואל אין תענית ציבור בבבל (הואיל ואין צריכין לגשמים, אם גוזרין על דבר אחר אין חומר תענית ציבור נוהג בו לאכול מבעוד יום, וליאסר במלאכה, ושאר חומרי האמורים שם) אלא תשעה באב בלבד, למימרא דסבר שמואל תשעה באב בין השמשות שלו אסור (באכילה ובמלאכה, דמחמירין על ספיקו כדאמרינן בתענית ציבור, ושמואל קא משוי תשעה באב כתענית ציבור), והאמר שמואל תשעה באב בין השמשות שלו מותר, וכי תימא קסבר שמואל כל תענית ציבור בין השמשות שלו מותר, והאנן תנן אוכלין ושותין מבעוד יום, למעוטי מאי, לאו למעוטי בין השמשות (ספק), לא למעוטי משחשיכה (ודאי, אבל על ספיקו לא מחמירין) וכו'. דרש רבא עוברות ומניקות מתענות ומשלימות בו כדרך שמתענות ומשלימות ביום הכיפורים, ובין השמשות שלו אסור, וכן אמרו משמיה דרבי יוחנן, ומי אמר רבי יוחנן הכי, והאמר רבי יוחנן תשעה באב אינו כתענית ציבור, מאי לאו לבין השמשות (לאכילת בין השמשות), לא למלאכה (של יום עצמו משתחשך ואשמעינן דבתענית ציבור אסור ובתשעה באב שרי), מלאכה, תנינא מקום שנהגו לעשות מלאכה בתשעה באב עושין, ובמקום שנהגו שלא לעשות אין עושין, ואפילו רבן שמעון בן גמליאל לא אמר אלא דכי יתיב ולא עביד לא מיחזי כיוהרא, אבל מיסר לא אסר (לאו למיסר אתא, אלא אם ירצה מי שאינו תלמיד חכם לעשות עצמו כתלמיד חכם וליבטל במקום העושין רשאי, ולא חיישינן דילמא מיחזי כיוהרא), אלא מאי אינו כתענית ציבור לתפילת נעילה (שבתענית ציבור היו מתפללין תפלת נעילה, כדתנן בפרק בתרא דתענית בשלשה פרקים בשנה כהנים נושאים כפיהן ארבעה פעמים ביום שחרית ומוסף ומנחה ונעילה, ואלו הן שלשה פרקים תענית ומעמדות ויום הכפורים).

וצריכים להבין מאי שנת תשעה באב מתעניות אחרות שאין בו תפלת נעילה.

ועוד יש לעיין בזה, דהא איתא בילק"ש (פרי פנחס רמז תשפב): אמר רבי לוי בכל חדש וחדש שבקיץ בקש הקב"ה ליתן לישראל מועד, בניסן נתן להם פסח, באייר נתן להם פסח קטן, בסיון נתן להם עצרת, בתמוז היה בדעתו

¹ שיחה שנאמרה בכולל, מנחם-אב תשי"ס.

ליתן להם מועד גדול ועשו העגל ובטל תמוז ואב ואלול, ובא תשרי ופרע להם ראש השנה ויום הכפורים והחג, א"ל הקב"ה לאחרים הוא פורע ושלז אינו נוטל תן לו יומו, ביום השמיני עצרת תהיה לכם עכ"ל. וכתב על זה בזרע ברך שני (פרי האזינו) ועדיין לא ידענו באיזה יום בחודש היה נקבע, אבל דבר זה נלמד לפע"ד ממ"ש בספר מאמרות על פסוק חג לה' מחר דכוונתו היה על י"ז בתמוז שהיה ראוי להיות בו חג כמו שיהיה לעתיד לבוא, ועליו נאמר צום הרביעי וצום החמישי יהיה לבית ישראל לששון ולשמחה ואלמלא היו חוטאים היה אותו יום מועד ע"ש כו', ומובן עם זה מ"ש במד"ר דאיכה רבתי איכה רבה (פתיחות יא) אלו זכיתם הייתם קוראים בתורה כי ביום הזה יכפר עליכם וגו' ועכשיו שלא זכיתם הרי אתם קוראים טומאתה בשוליה, אלו זכיתם הייתם קוראים בתורה מכל חטאתיכם לפני ה' תטהרו ועכשיו שלא זכיתם הרי אתם קוראים חטא חטאה ירושלים ע"כ, והוא לכאורה תמוה מה ענין זה לזה, אכן הוא מבואר מאד לדרכינו, דאלו זכיתם ולא חטאו בעגל הנה ביום שקוראים במגלת איכה ואומרים חטא חטאה וגו' היו קוראים בו ביום ממש מכל חטאתיכם תטהרו, שהרי היה נקבע בו ביום יום הכיפורים דהיינו בעשירי בו, והוא ע"ד מה שאמרו רז"ל (תענית כט, א) דאמר רבי יוחנן אלמלי הייתי באותו הדור לא קבעתיו אלא בעשירי וכו', הרי להדיא דבעשר לחודש אב היו קוראים פסוק מכל חטאתיכם וגו', אלא מפני שהיו חוטאים נהפך להם שקוראים אז חטא חטאה ונדחה יום הכיפורים לחודש תשרי, ועתיד לחזור להיות לששון ולשמחה וכמ"ש צום הרביעי וצום החמישי וגו' וכנ"ל כו', ולפע"ד עדיין אמר במד"ר דאיכה רבתי במאמר הנ"ל אלו זכיתם הייתם קוראים בתורה אלה מועדי ה' ועכשיו שלא זכיתם הרי אתם קוראים על אלה אני בוכיה ע"כ, ור"ל דאם זכיתם הייתם קוראים בו ביום דהיינו בתשעה באב פרשת אלה מועדי ה' כמו שקוראים פרשה זו בכל המועדות, ועכשיו אתם קוראים בו ביום על אלה וגו', דהיינו מגלת איכה תמורת אלה מועדי ה' שקוראים במועדים, ואם היו זוכים היה נותן להם אז מועד גדול והיו קוראים בו פרשת המועדים וכאמור עכ"ל הזרע ברך.

ועוד כתב החיד"א במדבר קדמות (מערי' ד' אות יז): אמור מעתה שלפי האמת ר"ה היה בתמוז ויוה"כ באב והיה דן הקב"ה בהם, וכן היו שומרים שם ועבר ואבותינו הקדושים כמ"ש הרב זרע ברך (ח"ג ס' וירא דף טו"ב), אלא בשביל העגל אשהווי אשתהו המועדים עד תשרי עכ"ל.

ולפי זה תגדל הקושיא עוד יותר, שהרי תשעה באב הוא מקביל ליוה"כ, שאילולי חטא העגל היה יום הכיפורים חל בתשעה באב, וא"כ כמו שביה"כ מתפללים תפלת נעילה כך גם בתשעה באב יש להתפלל תפלת נעילה, ומה גם

שדינו כתענית ציבור שחייבים להתפלל בו תפלת נעילה. ובכלל צריכים להבין איך תשעה באב ויום הכיפורים מקבילים זה לזה.

והנה איתא בגמ' יומא (נד,א) דאמר רב קטינא בשעה שהיו ישראל עולין לרגל מגללין להם את הפרוכת, ומראין להם את הכרובים שהיו מעורים זה בזה (מדובקין זה בזה ואחוזין ומחבקין זה את זה כזכר החובק את הנקבת) ואומרים להן ראו חבתכם לפני המקום כחבת זכר ונקבה, ועוד איתא (שם, ב) דאמר ריש לקיש בשעה שנכנסו נכרים להיכל ראו כרובים המעורין זה בזה, הוציאון לשוק ואמרו ישראל הללו שברכתן ברכה וקללתן קללה יעסקו בדברים הללו, מיד הזילום שנא' כל מכבדיה הזילוה כי ראו ערותה. ומאיך גיסא מצינו בכוונות האריז"ל שהייחוד הגדול ביותר של כל השנה הוא כאשר מקבילים בני ישראל עליהם עול מלכות שמים בסוף תפלת נעילה ואומרים ה' הוא האלקים שבע פעמים. ועוד איתא בכתבים של הרה"ק ר' פנחס מקוריץ נ"ע: לכך מתענין ביום כפור לפי שהוא כקודם החופה כמו שאמרו חז"ל אל תקרי מורשה אלא מאורסה, וביום כפור ירד משה עם הלוחות, ולכך מפירין נדרים קודם ואומרים כל נדרי, כדאיתא בנדרים (עב, ב): דרך תלמידי חכמים, עד שלא היתה בתו יוצאה מאצלו אומר לה [כל נדרים שנדרת בתוך ביתי הרי הן מופרין], וכן הבעל עד שלא תכנס לרשותו אומר לה כל נדרים [שנדרת עד שלא תכנסי לרשותי הרי הן מופרין שמשתכנס לרשותו אינו יכול להפר] עכ"ל, ויוצא מזה שמתפללים תפלת נעילה דוקא בשעת הייחוד הגדול שבין הקב"ה לכנסת ישראל, וא"כ שוב חוזרת השאלה שאם בשעת חורבן הבית היו הכרובים מעורים זה בזה שזה מורה על הייחוד בין הקב"ה לכנסת ישראל אז הרי הוא דומה ממש ליוה"כ, וא"כ אמאי אין מתפללים תפלת נעילה בתשעה באב כמו ביוה"כ.

והנראה לומר בזה הוא בהקדם מאי דאיתא בח"י הריטב"א יומא (שם): בשעה שנכנסו עו"ג להיכל מצאו כרובין מעורין זה בזה – הקשה הרב בן מגאש ז"ל דהא בב"ב (צט,ב) אמרינן שלא היו פניהם איש אל אחיו אלא כשהיו עושין רצונו של מקום ויש מתרצים דהתם בכרובין דמשה אבל הכא בכרובים דצורתא שבכותלים תמיד היו מעורין, ותימא דא"כ היכי אמרי' לעיל שהיו מראין להם כרובים דצורתא להראות חיבתן לפני המקום, והנכון כמו שפ"י הרא"ם ז"ל דחני נמי בנס היו מעורין עכשיו אלא שנעשה נס לרעה כדי לגלות ערותן עכ"ל. אולם הגם שלפי דברי הרא"ם מתורצת הרי"י מגאש, מיהו עצם דבריו קשים להבין, וכי משתמש הקב"ה במחווה של חיבה כדי לגלות קלונם של ישראל.

לכן נראה דעומק דברי הרא"ם יובנו ע"פ מאי דאיתא בכתבים הנ"ל: דבר זה שמעתי מר' נח יעקב ממאנישטרישט ששמע ממוהר"ר זי"ע ב[שם] הרב סוד גדול בענין שבשעת החורבן הוציאו את הכרובים והראו שהיו דבוקים כו', כי חיוב לפקוד את אשתו ביום יציאה לדרך, וכאן שהיה רוצה לזוזל לאורחא רחיקא על כן היה פקידה גדולה שיצא נשמת משיח כו' ותבן עכ"ל. ועוד איתא בכתבים הנ"ל במקום אחר: עיין מ"ש בשם ר' נח יעקב מענין הכרובים, וסיים וזהו שאמר הכתוב ואתה זנחת ותמאס התעברת עם משיחך עכ"ל. [ושוב מצאתי שכתב כן גם באגרא דכלה (פרי' פקודי) בשם המגיד ממעזריטש זצ"ל. ועי"ע בבני יששכר (מאמרי חדשי תמוז אב מאמר ג אות א) ובאוהב ישראל (שבת חזון)].

וביאר הענין הוא שאע"פ שהחריב הקב"ה את בית המקדש והגלה את ישראל מארץ הקודש בכל זאת לא ניתק את הקשר עמהם, וכדכתיב (ישעי' נ,א) כה אמר ה' אי זה ספר כריתות אמכם אשר שלחתיה או מי מנושי אשר מכרתי אתכם לו הן בעונתיכם נמכרתם ובפשעיכם שלחה אמכם, וא"כ בתקופת הגלות אין כנסת ישראל נחשבת כגרושה מתקב"ה ח"ו אלא רק כאשה שבעלה יצא לדרך רחוקה, וכאשר הבעל יוצא לדרך הרי הוא חייב לפקוד את אשתו כדי להדק את הקשר שביניהם, וכן נהג הקב"ה עם כנסת ישראל, שלמרות שהגלה אותם מעל פניו מ"מ לא ניתק את הקשר שלו עמהם, ואף שהמצב הוא של הסתר פנים מ"מ הוא נמצא קרוב אליהם, והריחוק שביניהם הוא רק ריחוק מדומה.

וביותר מבואר הענין ע"פ מה שכתב בעקידת יצחק (פרי' ניצבים שער צט) לבאר מאי דאיתא במדרש תנחומא (ניצבים ג): וכן אתה מוצא כשבקשו לפרוק עול שבועתו בימי יחזקאל מה כתיב שם, באו אנשים מזקני ישראל לדרוש את ה', א"ל בן כהן הקונה את העבד מהו שאוכל בתרומה, א"ל אוכל, א"ל אם חזר כהן ומכרו לישראל לא יצא מרשותו, א"ל הן, א"ל אף אנו כבר יצאנו מרשותו, נהיה ככל האומות, א"ל יחזקאל לישראל והעולה על רוחכם היו לא תהיה וגו' ואומר חי אני נאם א-דני אלקים אם לא ביד חזקה וגו', א"ל כל זמן שלא מכרו ברשותו הוא ואתם לא נמכרתם בדמים שנא' כי כה אמר ה' חנם נמכרתם וגו' עכ"ל. וכתב בעל עקידת יצחק שאע"פ שליחידים יש בחירה חפשית, מ"מ לכלל ישראל אין בחירה חפשית, ואין הכלל כולו יכול לעזוב את ה' ולכפור בו, וכמו שלא שייך שהכלל כולו יאבדו את עצמם לדעת שהרי זה נגד טבעם, ואפילו אם ימצאו יחידים שיעשו כן מ"מ זה לא שייך לכלל כולו. והכלל כולו אם ירצו לעזוב את דרך התורה והמצוה מ"מ ימלוך עליהם הקב"ה ביד חזקה ובחימה שפוכה ולא יניח להם לעזוב אותו. וביאר בעל

עקידת יצחק שזאת היא כוונת המדרש שטענו זקני ישראל שמכיון שחטאו בני ישראל כל כך עד שגירשם הקב"ה מאדמת ישראל אי"כ הרי זה כאילו יצאו מרשותו וממילא יהיו ככל הגויים, וענה להם הקב"ה שהוא לא מכר אותם וממילא דלא יצאו מרשותו, ואם לא יצאו מרשותו עדיין הם משועבדים אליו, והוא ימלוך עליהם בין אם הם רוצים בין אם אינם רוצים, ואם אינם רוצים ימלוך עליהם ביד חזקה ובחמימה שפוכה.

ועל זה אמר הנביא יחזקאל (כ, לב-לח): והעלה על רוחכם היו לא תהיה אשר אתם אמרים נהיה כגוים כמשפחות הארצות לשרת עץ ואבן, חי אני נאם א-דני אלקים אם לא ביד חזקה ובזרוע נטויה ובחמה שפוכה אמלוך עליכם, והוצאתי אתכם מן העמים וקבצתי אתכם מן הארצות אשר נפוצותם בס ביד חזקה ובזרוע נטויה ובחמה שפוכה והבאתי אתכם אל מדבר העמים ונשפטתי אתכם שם פנים אל פנים, כאשר נשפטתי את אבותיכם במדבר ארץ מצרים כן אשפט אתכם נאם א-דני אלקים, והעברתי אתכם תחת השבט והבאתי אתכם במסרת הברית, וברותי מכם המרדים והפושעים בי מארץ מגוריהם אוציא אותם ואל אדמת ישראל לא יבוא וידעתם כי אני ה'.

ולכאורה צריכים להבין מהו ענין מדבר העמים שמביא בני ישראל שמה, ושמה נשפט עם בני ישראל, ומברר מהם המורדים והפושעים, ורק אחרי זה מגיעים השאר לאדמת הקודש.

ונראה דגם מדבר העמים היא ארץ ישראל, אלא דבזמן הגלות היא הפכה להיות מדבר שממה שעברו עליה ושלטו בה עמים רבים, ומוציא הקב"ה את בני ישראל ממקומות פזוריהם ומביא אותם שמה, ונשפט אתם ומברר מהם הפושעים והמורדים, ורק אחרי זה מתגלה ארץ ישראל אל הנשואים בגודל תפארתה וקדושתה, ואז היא נקראת אדמת ישראל, אבל הפושעים והמורדים אפילו אם יושבים בארץ ישראל בכל זאת אינם זוכים לראות בתפארתה וקדושתה, ולכן נאמר עליהם ואל אדמת ישראל לא יבוא.

ומעתה יש לומר שזהו ענין הכרובים שהיו מעורים בשעת חורבן הבית שהקב"ה מחבק ודבק בעמו ישראל אפילו כאר הם אינם רוצים בו ורוצים לפרוק עולו, מ"מ הקב"ה אומר להם שלמרות שאני יוצא לדרך רחוקה מ"מ לא זזתי מלאהוב אתכם, והקשר שביני וביניכם אינו מתנתק ואתם נשארים עמי ונחלתי. ומאחר שכן הרי גדלה בזה הבושה של בני ישראל, שהם רצו לעזוב את הקב"ה והוא לא הניח להם לעזבו וקושר אותם בקשר בל ינותק. וזהו ביאור דברי הרא"ם, שהיו הכרובים מעורין בשעה שנכנסו הגויים להיכל כדי לגלות ערותם, והכוונה היא כמו שנתבאר, שאין לך בושה גדולה מזו שלמרות רצונם של ישראל להתנתק מהקב"ה, והרי הם כמזונים תחתיו, בכל

זאת אין הקב"ה מניח להם לעשות כן אלא חוזר ומחבק אותם כביכול אפילו בשעת מְרָדָם. ולא עוד אלא שרצה הקב"ה שגם הגויים ידעו שלמרות החורבן והגלות מ"מ אין הוא ממירם בעם אחר ח"ו, וע"י שיתביישו בני ישראל בפני הגויים תהיה להם כפרה מעוונותיהם.

ובזה יבואר מאי דאיתא בכתבים הני"ל: שמעתי מפי הרב שתשעה באב מכפר עוונות מחמת שנעשים נשברים ונדכאים מאוד, על כן יש אחריו קצת ההרגשה כמו אחר יום כיפור ועומדים בהשכמה עכ"ל, דכוונת הדברים היא שמתוך שמקרב אותנו הקב"ה למרות מצבנו השפל אנו נאחזים בבושה ודכאון, וע"י שאנו נשברים בתשעה באב מכפר הקב"ה על עוונותינו ומתחילים אנו להתקרב אליו, ולכן דוקא ביום זה נולד המשיח, שמתוך הדכאון אנו מתחילים להתקרב אל הקב"ה, והתקרבות זו היא התחלת ניצוץ הגאולה העתידה.

ויוצא מכל מה שנתבאר שתשעה באב הוא המקביל ליוה"כ, שניהם גורמים לכפרת עוונות, אלא שאופן פעולתם הוא שונה, יוה"כ פועל להעלות האדם ולהוציא אותו מתוך שפלותו הגשמית וע"י מתכפרים עוונותיו, ותשעה באב פועל בהיפוך שע"י ההשפלה נאחז האדם בבושה ודכאון וע"י מתכפרים עוונותיו, ותשעה באב פועל בהיפך שע"י ההשפלה נאחז האדם בבושה ודכאון וע"י מתכפרים עוונותיו, ומתוך זה מתחיל התהליך ההתקרבות להקב"ה. וזהו הטעם שקראו חז"ל לתשעה באב מועד (עי' תענית כט,א) מפני שבעצם ובראשונה הוא היה צריך להיות מועד – שבו היה צריך לחול יוה"כ, אלא שבגלל חטא העגל נדחה יוה"כ למועד אחר, אבל תכונת היום נשארה במקומה, ולעתיד לבוא יחזור היום לקדמותו להיות יום הכיפורים. ולכן גם עכשיו יש לו מקצת תכונות יוה"כ.

ומעתה מתבארת שפיר סוגית הגמרא פסחים שהקדמנו, דשקיל וטרי בדינו של תשעה באב, אם יש לו דין תענית ציבור, אם אסורה בו מלאכה, ואם יש לו דין תוספת, והיינו משום שהוא מקביל ליוה"כ, ולכך סלקא דעתך שיהא דינו כיוה"כ. ומסקנת הגמרא היא שאין אומרים בו תפלת נעילה, והטעם הוא כמו שנתבאר שתפלת נעילה מורה על ההתעלות המירבית שמתעלים בני ישראל ביום הקדוש עד שהם יכולים לומר ה' הוא האלקים שהוא היתוד הגדול ביותר של כל השנה. אבל זה שייך רק ביום הכפורים, אבל בתשעה באב הרי הם בשפל המדריגה במצב של שבירה ודכאון, ובמצב כזה הרי אי אפשר להתעלות למדריגה גבוהה, והייחוד אז הוא רק מצדו של הקב"ה ולא מצידנו, ולכך לא שייך להתפלל אז תפלת נעילה. ועל זה אמר הגה"ק הרב מאפטא זי"ע, שאילולי היה בידו היה מבטל כל התעניות חוץ מיום הקדוש

ויום המר – ביום הקדוש מי צריך לאכול וביום המר מי יכול לאכול. והיינו כמו שנתבאר שיוה"כ הוא יום התעלות והתפשטות הגשמיות ותשעה באב הוא יום של השפלה ודכאון. אבל בכל זאת גם דכאון הזה סופו להביא לידי התעלות, שהרי הדכאון מכפר עוונות ומטהרת אותנו, ומתקיים בנו מאי דכתיב תשב אנוש עד דכא ותאמר שובו בני אדם, שהקב"ה קורא לנו לשוב אליו, ומתוך קריאה זו הוא מסיר את המועקה מן הלב ושוב מתעלים בני ישראל ומתקרבים להשי"ת, ודוק היטב בזה.