



**יד ברודמן**

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד  
שנספו בשואה

# אבני משפט

קובץ תודני בעניני  
אבן העזר וחושן משפט

כב

אייר, תשע"ח

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי  
"יד ברודמן"  
כולל להוראה ודיינות  
לבוגרי ישיבות הסדר  
ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא  
רח' הרצל 148,  
רחובות, 76264  
טל' 08-9452189  
פקס. 08-9452329

בחסות עיריית רחובות, המחלקה למורשת ישראל

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ

לתגובות: mbhacohen@gmail.com

הדפסה: דפוס ש.ה.ר. רחובות, טל. 08-9475106

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

**אסתר יפה הי"ד בת נחמן ורוחמה קליימן יבלחט"א**

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טז)  
"והיתה אסתר כותוקנת לפני הקב"ה" (וילקוט אסתר, ב)  
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

נאים דברי חז"ל אלה, לתאר את דמותה של אסתר יפה הי"ד  
שנרצחה ע"י מחבלים בדרכה מנווה צוף, לעבודתה כגנת בעפרה.



## יד ברודמן

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד  
שנספו בשואה

כולל "יד ברודמן" להוראה ודיינות  
לבוגרי ישיבות הסדר ויוצאי צבא  
רחובות  
להנצחת ולע"נ משפחת ברודמן  
שנספתה בשואה  
משה ב"ר אבנר, חנה ב"ר ישעיהו הכהן ובנם בן ציון הי"ד

בראשות מורינו הגאון  
הרב משה חיים דימנטמן שליט"א

מפעולות הכולל:

תוכנית לדיינות  
"מכון לחקר החברה והכלכלה על פי התורה"  
פעילות תורנית - קהילתית חברתית  
כולל יום שישי

## תוכן העינים

7	בפתח הקובץ -----
	<b>משיעורי ראש הכולל שליט"א</b>
9	ירושת אח: ישיר או משמוש -----
	<b>חושן משפט</b>
	עדים זוממים – קנסא או ממונא, עיונים במחלוקת רבי עקיבא וחכמים/
14	הרב שלמה זאב פיק -----
32	דינא דמלכותא דינא/ הרב דוד מרציאנו -----
46	שיטת הרמב"ם בקנין במלוה/ הרב דני אסס -----
57	קנין אודיתא להפקר/ הרב יוסף שליט -----
72	נאמנות מוכר/ הרב אתי אהרן -----
90	מתה מחמת מלאכה – בעליו עמו/ הרב יצחק ביסמוט -----
113	חיובי מזיק בתוכנות נזקה/ הרב נחמיה טילור, הראל ברגר -----
125	ועשית מעקה לגגך/ הרב מאיר ברקוביץ -----
	<b>אבן העזר</b>
130	תחליפי חלב אם כעילה לפטור מהנקה/ הרב ישי שרעבי -----
140	חיוב האב והאם במזונות ילדיהם/ הרב אבישי נתן מייטליס -----
	<b>דיני ממונות</b>
177	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי -----
	<b>דרוש</b> /הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה
189	דרוש ליוה"כ תשע"ח -----



## בפתח הקובץ

קנה לך חבר (גם) רמזו אל הקולמוס (קנה בקוף קמוצה) יהא לך חבר שתכתוב מה שתחדש והסימן כתו"ב זא"ת זכרון בספ"ר ואין זאת אלא תורה דכתיב וזאת התורה וכתיב כתבם על לוח לבך.

### (קב הישר פ' נג)

ואף אם הוא למד שלא לשמה כבר אמרו חז"ל בנזיר כג,ב לעולם יעסוק שלא לשמה שמתוך שלא לשמה בא לשמה ואומרים בשם החידושי הרי"מ ז"ל הדפשט אף שהוא למד שלא לשמה מ"מ אולי אחר שיראה דבריו ילמד בהם לשמה.

### (הקדמה לפרדס יוסף בראשית עמ' טז)

נמצאנו למדים שבאחיזה בקולמוס והעלאת דברי תורה על הכתב לא זו בלבד שזוכים לקיים הנחיית/ הוראת התנא 'וקנה לך חבר' אלא ייתכן ואף אם לימוד הדברים וכתבתם נעשית שלא לשמה ייתכן ויביאו בהמשך ללימוד לשמה כמיוחס לבעל חידוי הרי"מ.

גם בקובץ זה זוכים אנו הלעמיד בראשו שיעור ששוכתב מדברי מורנו ורבנו ראש הכולל הגרמ"ח דימנטמן שליט"א וחותרם את הקובץ שיחה שנמסרה בכולל מפי אדמו"ר ממונסטרישצ'יה שליט"א, כאשר בתוך מאמרים, חידושי תורה ופסקי דין מאברכי הכולל ורבנים נוספים.

נחתום בהודאה להשי"ת על העבר ובבקשה על העתיד,

העורך

כ"ד למטמונים, אייר תשע"ח



## מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א ראש הכולל

### ירשת האח: ישיר או משמוש<sup>1</sup>

יש חקירה ידועה, האם האח יורש ישיר את אחיו, או כמו שאב קודם לאח בחיי האב כך גם בקבר הוא יורש לפני האח, ומוריש לאח.

הב"י בסימן רנג (סל"ג) אומר שזה ישיר, ולרמ"א (שם) זה דרך משמוש, וכן אומר הרמב"ן בפרשת פנחס, ששמעון יורש את ראובן מפני שירש את יעקב אביו,<sup>2</sup> וכמו בחייו כך גם במותו יעקב יורש את בנו בקבר, וממנו יירש שמעון.<sup>3</sup> והב"י שסובר שהאח יורש ישיר, זה משום שהאב יורש דווקא בחייו ולא במותו.

אומר החזו"א (סנהדרין סימן יט אות ג-ד), במכות יב. אם יעקב הרג בשוגג את ראובן בנו, ויצא מעיר מקלט. האם חנוך הנכד יכול להיות גואל הדם? רש"י אומר שכן, שאין לו כיבוד אב כלפי יעקב,<sup>4</sup> אבל שמעון לא יכול להיות גואל הדם להרוג את אביו.<sup>5</sup>

ברמב"ם (הלכות רוצח פ"א ה"ב): מצוה ביד גואל הדם, שנאמר גואל הדם הוא ימית את הרוצח, וכל הראוי לירושה הוא גואל הדם. לא רצה גואל הדם או שלא היה יכול להמיתו או שאין לו גואל דם בית דין ממיתין את הרוצח בסייף. ולפי האמור, מדוע אומר הרמב"ם שאם אין גואל הדם בי"ד ממיתים את

---

<sup>1</sup> משיעורי ראש הכולל שליט"א, נרשם ונערך ע"י הרב דני אסס הי"ו.

<sup>2</sup> בחידושי הרמב"ן כאן יש סתירה לזה, ומדברים בזה.

<sup>3</sup> לקמן נביא דברי האחרונים, דאפ"ל דלא כהרמב"ן.

<sup>4</sup> ר"ח אומר פשט אחר. הגמרא שם מביאה סתירה בברייתות, אם בן נעשה גואל הדם להרוג את אביו. ומתרת, לא קשיא כאן בבנו וכאן בבן בנו, והבן לא הורג את אביו ובן בנו הורג, כך לפירש"י. ולר"ח זה תלוי אם האב הרג את בנו או את בן בנו.

<sup>5</sup> שואלים שבני בנים הרי הם כבנים? הנכד חייב בכבוד אביו יותר מכבוד סבו (כך פירש רש"י בפרשת ויגש (מו, א) על הפסוק "ויזבח זבחים לאלקי אביו יצחק"). ומסבירים, שמה שחייב לכבד את סבו זה מכח מה שאביו חייב לכבדו. ולפי זה, אם אביו מת, אינו חייב בכבוד סבו.

הרוצח, הרי אין מצב שאין מי שראוי ליורשו, דכל ישראל ראויים ליורשו עי"י משמוש?

לכן אומר החזו"א, שרק בירושה ישירה נחשב יורש ויכול להיות גואל הדם, ולא בדרך משמוש.<sup>6</sup> וחשבתי שזהו הפשט בחזו"א, שאם הוא יורש ישיר הוא יותר קרוב מעי"י משמוש, ולולי הסיבה של כיבוד אב שמעון היה ראוי להיות גואל הדם, וזה סימן שהחזו"א הבין ברמב"ם שאח הוא יורש ישיר.

רבי עקיבא איגר (תוס' רע"א על המשנה ריש יש נוחלין, שו"ת סימן קלב, קלח) מביא שלוש נפ"מ בחקירה זו:

א. רבי יוחנן בן ברוקה (משנה ב"ב קל,א) אומר, שהמוריש יכול להנחיל לאחד מן היורשים, וכגון בן בין הבנים או בת בין הבנות, את כל הנכסים או חלקם, וכן הלכה. אם ראובן אומר שרק שמעון אחיו יירש אותו, ומת ראובן ומקודם יעקב אביו כבר מת, האם שמעון אחיו יירש הכל או שכל האחים יירשוהו בשווה? לפי החקירה הנ"ל, אם האח יורש ישיר, שמעון יירש הכל. ואם האח יורש במשמוש, יעקב יורש בקבר את ראובן, ומנחיל לכל האחים בשווה.<sup>7</sup>

ב. אם יעקב אומר שרק שמעון ירשנו, ויעקב מת ואחריו מת ראובן, וכעת יש לאחים לירש את ראובן. אם אח יורש ישיר, יעקב לא יכול להוריש רק לשמעון, וכל האחים יירשו בשווה. ואם אח יורש במשמוש, רק שמעון יירש את ראובן.

רע"א דוחה נפ"מ זו, משום שהגמרא בדף קכז: שואלת, מדוע לרבנן צריך את הלימוד של "יכיר" כדי שהאב יוכל לומר מיהו הבכור ויוריש לו פי שנים, היא האב נאמן לומר שזהו בכורו, במיגו שיכל לתת לו פי שנים במתנה? ועונה הגמרא, שצריך את דין "יכיר" בשביל נכסים שנפלו לו לאחר מיתה, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואין מיגו, וצריך "יכיר". ומקשה הגמרא, דלרבי

---

<sup>6</sup> החזו"א כתב שם שרק ששה קרובים, אב ואם בן ובת אח ואחות, נקראים "יורש", ואפילו אינם יורשים בפועל, ומשא"כ שאר הקרובים, שאע"פ שגם הם יירשו באין קרוב מהם, מ"מ הם נחשבים מכלל הקודמים להם, וכגון הדוד הוא בכלל האב, שאב האב יורש את בנו ומוריש לבניו.

<sup>7</sup> בתשובה קלב רע"א כתב, דלדעת התוס' ב"ב קח,ב ד"ה יכול (השני), אפילו אם ירושת האח עוברת במשמוש, עדיין יכול האח להנחיל לאחיו, כיוון דמכוחו קא ירתי, וכן פסק נתה"מ סימן רפא סק"א וכ"כ הרב אלחנן וסרמן.

מאיר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מדוע צריך את דין "יכיר", ומתרתת הגמרא בשביל נכסים שנפלו לאב כשהוא גוסס, ולא תהיה לו את היכולת להקנות לבכור. ושואל רע"א, מדוע הגמרא אומרת שצריך לדין "יכיר" בשביל נכסים שנפלו לו לאחר מיתה לרבנן או כשהוא גוסס לר"מ, עדיין יש אפשרות לאב להנחיל לבכור ע"י דין דרבי יוחנן בן ברוקה, ולא נצטרך לדין "יכיר"? ואומר רע"א בשם המהרי"ט, שכמו שלא יכול להקנות דשב"ל כך לא יכול להנחיל דשב"ל ולכן צריך את דין "יכיר".<sup>8</sup>

ולפי דברי המהרי"ט א"א לומר נפ"מ זו, משום שיעקב במקרה זה מנחיל לשמעון בראוי ואין דין דריב"ב בראוי. וכאן הוי ראוי, דרק לאחר מיתתו יעקב ירש את ראובן, וגם אם שמעון יורש את ראובן במשמוש דרך יעקב, לא יירש יתר על אחיו.

בגמרא קידושין ס, ב וגיטין עד, א ועוד, תניא: אמר לה הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים וזו ומת. נתנה, אין זקוקה ליבם. לא נתנה, זקוקה ליבם. רשב"ג אומר, נותנת לאחיו או לאביו או לאחד מן הקרובים. עד כאן לא פליגי, אלא דמר סבר לי ולא ליורשי, ומר סבר לי ואפילו ליורשי.

שואלים הרשב"א והריטב"א, שהרי מדובר שיש את, דאל"כ אין ייבום, וא"כ מדוע תתן לשאר קרובים? אומר הרשב"א בקידושין ס, ב,<sup>9</sup> כגון שראובן המגרש, ואמר שמוריש לבנו של לוי, ומדובר שלוי מת ושמעון חי<sup>10</sup>. והרשב"א דוחה, משום שהאשה לא חייבת לקיים התנאי ולתת מאתיים זו, ולכן זה ראוי ולא מוחזק ואין דין דריב"ב, שא"א להנחיל בראוי, וזה כמו שאומר רע"א.

האמרי משה (סימן לח) והרב אלחנן וסרמן (קובץ שיעורים ב"ב אות שלג<sup>11</sup>) אומרים, שבמשמוש אפ"ל דהבן יורש זכות אביו שהיתה למת לרשת את בנו,

---

<sup>8</sup> וצ"ע, דבדין דריב"ב לא מדובר שמקנה נכסים אלא שעושה אותו "יורשי", ומה צריך שיהיו כעת הנכסים בעולם: יש נתיבות בזה בסימן רפא בביאורים סק"ג, שהסתפק בזה, ומ"מ גם הוא מעלה כמהרי"ט.

<sup>9</sup> בשם תוס', והוא בתוספות הרא"ש להסבר אחד.

<sup>10</sup> זה תלוי בחקירת הרב אלחנן וסרמן בסוגיית ספק וודאי לגבי מאוחר ודאי וספק מוקדם, אם למאוחר יש שם יורש.

<sup>11</sup> יעוין באור שמח נחלות פ"ב הי"ג.

ודלא כרשב"ם ורמב"ן שיש קנין למת. ולפי"ז ג"כ יורדת הנפ"מ השניה של רע"א.

ג. ליעקב יש בעל חוב, ומת יעקב ואח"כ מת ראובן בנו. אם שמעון יורש ישיר, הבע"ח לא יקבל את חובו. ואם שמעון יורש במשמוש, הבע"ח יגבה. ואמנם, יש מחלוקת הראשונים אם בע"ח נוטל בראוי. למ"ד שלא נוטל, בין אם אח יורש ישיר ובין אם אח יורש במשמוש הבע"ח לא יגבה, שבשעה שמת יעקב לא היו לו נכסים. ולמ"ד שנוטל, לצד ששמעון יורש במשמוש, בשעה שמת ראובן, מי שירש אותה זה יעקב אביו ושמעון האח יורש במשמוש, והבע"ח יגבה ממנו. ואם שמעון יורש ישיר, הבע"ח של יעקב לא יקבל.

אפשר לומר שזה עובד בב' אופנים:

א. אם הלואה קונה נכסים לאחר ההלואה, משתעבד למלוה בדאקני. לקצות החושן (סימן קד סק"ט) זה מדרבנן,<sup>12</sup> ולתומים (סימן קד סק"ז) זה מדאורייתא, משום שיש שעבוד הגוף. וכך צריך לומר שסובר רע"א, משום שדברי רע"א מוסבים על התוספות ב"ב קח, ב[ד"ה יכול (השני), בסוף הדיבור], ששאלו למה צריך פסוק שאח יורש, הרי האב יורש בקבר להנחיל לבניו הנותרים. ורע"א בנפ"מ הג' אומר, שצריך פסוק לומר שהאח יורש ישיר והבע"ח לא גובה, ואם היה במשמוש הבע"ח היה גובה. ואיך היה גובה, הרי בשעת ההלואה לא היו הנכסים בידי האב, ולא נשתעבדו לבע"ח? אלא ע"י דאקני, ורואים שלרע"א דאקני הוא מדאורייתא [א"ה, ע"י בגליון השו"ע לסמ"ע קד ס"ק טו שנקט שדאיקני הוא דין דרבנן; נציין לדברי רע"א מכת"י כפי שנדפס במילואים שו"ת רע"א מהדורת הרב אריאלי שם כתב רע"א שלא יועיל דאיקני בנדון דידן, הואיל ובשעה שמת האב בטל שעבוד הגוף שוב לא ייווצר שעבוד הנכסים אף אם יירש בקבר].

ב. כאן למרות שהוא דבר שלא בא לעולם מועיל שעבוד, כמו שלרבי מאיר אפשר להקנות בקנין דשב"ל כך לדידן בשעבוד, דלא גרע שעבוד דידן מקנין לר"מ. אבל, גם לר"מ צריך שבשעה שב"ל יהיה המקנה יכול להקנות, וא"כ גם לדידן, בשעבוד צריך שיהיה המשתעבד בעולם, ואיך מועיל השעבוד?

---

<sup>12</sup> וכ"כ הרשב"ם בסוף ב"ב.

בגמרא ב"ב קנז, א דאקני קנה ומכר דאקני קנה והוריש מאי? א"ר חנא ת"ש, נפל הבית עליו ועל אביו ועל מורשיו, היתה עליו כתובת אשה ובע"ח. יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואח"כ מת האב, ובעלי חובות אומרים האב מת ראשון. כלומר, אם הבן מת ראשון הבע"ח של הבן לא זכה בנכסי האב, ואם האב מת ראשון הבע"ח יגבה. ממשיכה הגמ', ואי ס"ד דאקני קנה ומכר או דאקני קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאקני הוא (=שלא היה בתחילה אצל הבן)? א"ל רב נחמן, זעירא חברין תרגמה, מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן (=אבל דאקני לא קנה). ויש ראשונים שלומדים מכאן, שבלקוחות צריך דאקני כדי לגבות, אבל ביורשים א"צ דאקני, ויוצא שמדינא בע"ח גובה בראוי. וכ"כ הקצות (סימן קד), ששאל כמו ששאלנו, והביא את הגמרא הנ"ל והעלה שמדינא בע"ח גובה בראוי.

בקונטרסי שיעורים ב"מ (שיעור ו אות ג) הביא חקירה בשם רבו הרב שמעון שקאפ: אפ"ל ששעבוד הגוף גורם לשעבוד נכסים, וכן סובר התומים, ואפ"ל שיש שני דברים נפרדים, שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ומעשה ההלואה הוא הגורם לשניהם, וכן סובר הרב חיים מטלז. ואם נאמר כצד הראשון, אע"פ שאין ללוה נכסים בשעת ההלואה, המלוה יגבה וא"צ דאקני. אבל לצד השני, אם אין שעבוד נכסים לא יגבה הלוה, ולכן צריך דאקני.

הרב שלמה זאב פיק  
ר"מ במכון הגבוה לתורה  
ע"י אונ' בר-אילן

## עדים זוממים – קנסא או ממונא עיונים במחלוקת רבי עקיבא וחכמים

### ראשי הפרקים

- א. שיטת חכמים החולקים על רבי עקיבא
- ב. ראשונים שפסקו כחכמים
- ג. במה אמר רבי עקיבא שעדים זוממים הם קנס?
- ד. מיתת עדים זוממין כקנס

### א. שיטת חכמים החולקים על רבי עקיבא

למדנו במכות (ב,ב): "משום ר"ע אמרו וכו'. מאי טעמא דר"ע? קסבר: קנסא הוא, וקנס אין משלם ע"פ עצמו."<sup>1</sup> משמע מדברי הגמרא שיש מחלוקת בזה, ורבנן חולקים על ר"ע וסוברים שזה ממונא, וכן הוא בסוגיה בב"ק (ד,ב):

תני ר' חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין: תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה, וגנב, וגזלן, ועדים זוממין, והאונס, והמפתח, ומוציא שם רע, והמטמא, והמדמע, והמנסך, והני תליסר הא עשרים וארבעה. ורבי אושעיא מאי טעמא לא תני הני? בממונא קמיירי, בקנסא לא קמיירי. גנב וגזלן דממונא הוא, ליתני! הא קתני ליה שומר חנם והשואל. ורבי חייא נמי הא תנא ליה שומר חנם והשואל! תני ממונא דאתא לידיה בהיתירא, וקתני ממונא דאתא לידיה באיסורא. עדים זוממין דממונא הוא, ליתני! סבר לה כר"ע, דאמר: אין משלמין על פי עצמן.

ופירש רש"י שם:

---

<sup>1</sup> ראה תוספתא מכות (צוקרמאנדל) א,א: "עד זומם אינו נמכר בזמימו ר' עקיבא אומ' אף אינו משלם על פי עצמו מפני שהוא קנס וכל דבר שהוא קנס אינו משלם על פי עצמו."

עדים זוממין דממונא הוא - דכל המשלם יותר ע"מ שהזיק כגון כפל ותשלומי ארבעה וחמשה קרי קנס כדלקמן בהך פירקין (טו, ב) וכגון כל דבר קצוב האמור בתורה כגון חמשים של אונס ומפתה ומאה של מוציא שם רע כולוהו הוי קנסא אבל מידי אחרינא ממונא.

מרש"י משמע שאם זה אינו מוגדר להיות קנס, זה מוגדר להיות ממונא. וכן נראה מדברי הנצי"ב במרומי שדה לב"ק (ה, א):

פירש"י דכל המשלם יותר ע"מ שהזיק כו' וכגון כל דבר קצוב האמור בתורה כו'. אריכות לשון הוא בלי ענין. ונראה דקשה לרש"י איך אפשר דהוי ממונא הא לא הזיק עדיין כלום, וא"כ אינו אלא גזה"כ וקנסא, משו"ה כתב דמכ"מ הוא ממונא דקנסא אינו אלא בדבר קצוב כו'.

מלבד שיטה זו של רש"י, יש הסברים נוספים מדוע עדים זוממים חשיב ממונא ולא קנסא.

1. לפי הרשב"א בב"ק שם: "עדים זוממין דממונא הוא ליתני. דאפי' לא שלם קרי ליה ממונא משום דאתו לאפסודי ממונא". אולם דבריו צ"ע, בגלל שרצו להפסידו ממון, זה נקרא ממונא, אבל למעשה לא הפסידו ממון. ואולי החידוש הוא שהיה פוטנציאל להפסד ממון, ולכן מוגדר להיות ממונא, וכעין זה פירש מו"ר הגר"ד סולובייצ'יק (רשימות שיעורים לב"ק ה, א):

ברם בעדים זוממים באנו למחלקת רבי עקיבא וחכמים. לדעת החכמים גזירת הכתוב "כאשר זמם" קובעת שתשלומי עדים זוממים הם משום הפסד הדמים - כאילו היה הפסד ממש לבעלים עקב עדותם ולפיכך עדים זוממים מהוה חיוב ממון.<sup>2</sup>

ראה גם ראש משביר לרב משה בירדוגו למכות ב, ב: "וי"ל דסברא לרבנן משעה שהוזמו בב"ד כאלו עמדו בב"ד ונתחייבו".

ובביאורו של הרב פערלא על ספר המצוות לרס"ג הציע פירוש אחר ורצה לתלות אותו בדברי הרשב"א הנ"ל (מנין הפרשיות פרשה ג):

ולכן נראה דלרבנן ממון גמור הוא. ומשום מזיק ממון חבירו הוא כשאר מזיקין. ואף על גב שעדיין לא עשו מעשה. מ"מ כי היכי

---

<sup>2</sup> וכן כתוב בחידושי ר' נחום ב"ק לדף ד, ב הערה 129.

דאמרינן בבור ברשות הרבים דאינו ברשות המזיק ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו. ולא קנסא הוא אלא ממון גמור הוא כשאר המזיקין. הכי נמי הכא בזוממין אמרינן לאידך גיסא שאע"פ שהממון ברשותו הוא עשאו הכתוב כאילו אינו ברשותו. וכדאמרינן (כריתות כד, א) שור הנסקל שהוזמו עדי ויעיר הנדחת שהוזמו עדיה כל המחזיק בהן זכה בהן עיין שם. הכא נמי משנגמר דינו של זה לשלם. כבר נתייאש מן דמי התשלומין והו"ל הפקר. ואף על פי שעדיין בידו הוא. מ"מ אחשבי' קרא כאילו כבר הפקירו ויצא מרשותו. ושוב אח"כ כשהוזמו אינו אלא כחוזר וזוכה מהפקר. וחייבנהו הכתוב לשלם לבעלים דמי נזקן. ומ"מ שפיר קרינן בהו כאשר זמם ולא כאשר עשה. דמ"מ הם לא עשו מעשה ולא נעשה מעשה על ידם. ובהכי ניחא נמי שפיר מה שהקשו הראשונים ז"ל בסוגיא דרפ"ק דבב"ק שם היכי קתני עדים זוממין במנין המזיקין והא לא הזיקו כלום. דהא כתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה. ולא מיחייבי אלא קודם שיצא ממון מיד בעלים. והוכיחו מזה דבממון לא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. כמש"כ בש"מ שם וזו היא ג"כ כוונת התוס' שם (ד"ה ועדים) עיין שם. וא"כ לדעת הסוברין דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה הקושיא במקומה עומדת. אבל למה שביארנו הדבר נכון. דודאי מתורת מזיק גמור אתינן עלה כשאר המזיקין. אף על פי שעדיין לא יצא ממון מיד בעלים. וראיתי להרשב"א ז"ל בב"ק שם שכתב וז"ל עדים דממונא הוא ליתני דאפילו לא שלם קרינא ליה ממונא משום דאתו לאפסודי' ממונא עכ"ל עיין שם. ואין דבריו ז"ל מובנים כלל לכאורה. ואולי כוונתו כדכתיבנא. וקיצר דבריו ביותר.

2. לפי הפני יהושע במכות (שם) חיוב ע"ז הוא אכן כפרה, ומטעם זה אינו נחשב קנס, זה דומה לממונא לעניין דין של מודה בקנס לעומת מודה לכפרה:

מיהו אפשר דרבנן סברי דתשלומי עדים זוממין משום כפרה ומש"ה מחייבי רבנן על פי עצמו כדאשכחן נמי בשבועת הפקדון כשנשבע לשקר והודה מחייב קרן וחומש וא"כ על כרחך דלא הוי בהאי כללא דס"פ אלו נערות שהרי משלם יותר ממה שהזיק וע"כ היינו משום דחומש נמי לכפרה אתא (כדמשמע בלשון רש"י שלהי פרק ד' שומרים ע"ש) וה"נ דכוותיה.

3. ר' אלחנן וסרמן הי"ד בקוב"ש לכתובות (אות קח) כתב:

ובזה יש לתת טעם למ"ד ע"ז ממונא אשר לכאורה הוא תימא דהרי כל המשלם יתר על מה שהזיק הוא קנס ואין לך משלם יתר ממה שהזיק יותר מע"ז שלא הזיקו כלל, ולפי הנ"ל מבואר דאין חיובן מצד עצמן אלא שחיובו של הנידון נופל עליהן וכיון שאצל הנידון היה ממון ולא קנס, דאפילו רצו לחייבו קנס מ"מ לאחר גמ"ד כבר הוא ממון, ממילא גם אצלם הוי ממון...

וכיוצא בזה בקובץ ביאורים מכות אות ח:

בטעמא דרבנן דע"ז ממונא לכאורה הוא תמוה מאד, דהרי כל המשלם יתר על מה שהזיק הוא קנס, ואין לך יתר על מה שהזיק מזה שלא הזיק כלל ומשלם. והנה בסנהדרין ס"ה הואיל וישנן בראיה, ופירש"י עיקר חיובא בא ע"י הראיה שמעידין שראו, וראיה לית בה מעשה אף דקול יש בו מעשה. והדברים האלו הן חידה סתומה, שהרי חיובן הוא בשביל הגדתן בקול. וברמב"ם פ"כ מהל' עדות אין לע"ז שגגה לפי שאין בהן מעשה, לפיכך אין צריכין התראה. ואינו מובן, מה טעם יש בזה דלפי שאין בהן מעשה לפיכך יתחייבו בשגגה. ואולי כונת הרמב"ם לחלק מע"ז לכל חייבי עונשין, דבכל החיובים צריך שיהא מעשה מחייב, והמעשה לא יוכל לחייב כי אם בתנאים ידועים, שיהא במזיד ובהתראה וכו', אבל בע"ז ליכא מעשה מחייב כלל, אלא חיוב הקנו להם מן השמים, דהחיוב שחל על הנידון ע"י הגמ"ד מתגלגל על העדים, והם כמו יורשים את החיוב של הנידון. וזוהי כונת רש"י, עיקר החיוב הוא ע"י שמעידין שראו, וחיובא דכאשר זמם לעשות לאחיו הוא דהחיוב שנגמר על אחיו נופל על העדים, וכיון דעל אחיו היה חיוב ממון ולא קנס, ממילא גם בהעדים הוא חיוב ממון. ואפשר דאפילו חייבו הנידון בקנס, מ"מ כיון דע"ז גמ"ד נעשה ממון משו"ה הוי אצלם ממון. וצריך להתיישב בכתובות ל"ג עיין שם.

נמצא שהחיוב שחל על הנידון עקב עדותם (שהיה בשקר) נופל על העדים זוממים, וממילא היה חל עליהם חיוב ממון וכך חל על העדים זוממים.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> ראה עוד בשיעורי ר' שמואל למכות בהערה קע (ב,ב): "ואף על גב דלר"ע דאמר עדים זוממין קנסא, נמצא דא"י"ז אותו החיוב כמו על הבע"ד, דהרי על הבע"ד רצו לעשות חיוב ממון ועלייהו דידהו לא חייל אלא קנסא, צ"ל דכיון דאחר גמ"ד נעשה ממונא גבייהו

4. לפי בעלי התוס' זה ממונא איפה שכבר שילם ובממון לא אומרים כאשר זמם ולא כאשר עשה, ראה שיטה מקובצת ב"ק (ד,ב) בשם תוס' הרא"ש: "ועדים זוממים. תימה מה שייך למיתני עדים זוממים בהדי אבות נזיקין והלא לא עשו שום היזק דאילו שילם כבר על פיהם פטורים דאמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. לכך פירש ריב"א וכו' כמו שכתוב בתוספות". תוספי הרא"ש ז"ל.

ואלו דברי התוספות ב"ק שם:

ועדים זוממין - פירש ריב"א דאפילו שילם על פי העדים זוממין חייבין דלא שייך בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דאפשר בחזרה ור"י מפרש דלא צריך להאי טעמא דגבי ממון מחייבין להו בק"י דגבי ממון עונשין מן הדין והא דאמרינן במכות (ה,ב) הרגו אין נהרגים היינו משום דהתם אין עונשין מן הדין.<sup>4</sup>

עקב הדין של עדים זוממים בממון משלמים אפילו ב"כאשר עשה", הדין של עדים זוממים הוא ממון אפילו איפה רק זממו לעשות.

5. מו"ר הרב אהרן ליכטנשטיין (להלן הרא"ל) בספרו דינא דגרמי (עמ' 105), למד שלפי ר"ע יש מחייב וגדר של קנס, ולפי חכמים יש מחייב של קנס, אבל הגדר הוא ממוני:

לכאורה יש להציע הפרדה בין עילת החיוב לבין תוכן החיוב. כל עוד דנים בעילת החיוב, ברור שעדים זוממים הם קנסא, ואפילו לפי שיטת חכמים. קשה לראות עילת חיוב ממונית רגילה בעדים

---

שפיר מיקיים בהכי כאשר זמם ודו"ק. [נע"ע בקוב"ש כתובות אות קז שביאר באמת דזהו גופא טעמא דרבנן דסברי עדי"ז ממונא, ומשום דמתחייבין בחיוב הבע"ד עיין שם. (וכבר נתבאר לעיל הערה קמ"ו) דזה לא תליא במה שהקדים שם לחדש דמתחייבין מחמת אותו השם וסיבת - החיוב של הבע"ד, דאף אי סיבת החיוב הוא העדות שקר, מ"מ עצם חיובם (שוה). אמנם להנתבאר בהמשך בפנים דאיכא גווני בעדות ממון דל"ש גדר זה ואינם מתחייבים כ"א מגדר מזיק בעלמא, לפי"ז אכתי לא אי"ש כ"כ טעמא דרבנן בהנך גווני דדו"ק...].

<sup>4</sup> ראה עוד תוס' ר' פרץ לב"ק (דף ה), וכיוון להם המהר"ם מלובלין ב"ק (ד,ב): "ד"ה ועדים זוממין פירש ריב"א וכו'. נ"ל משום דהוה קשה ליה דמפני מה תנא ליה לעדים זוממין בהדי אבות דנזיקין הא לא דמי להו כלל דהא בעדים זוממין הוה איפכא מכולהו דכשלא עשה ההיזק עדיין הוא חייב ואם כבר נעשה ההיזק הוא פטור דכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה לכך פירש ריב"א דאפי' שילם ע"פ עדים זוממין חייבין וכו' וק"ל", וכן הוא בפני יהושע וחתם סופר בב"ק שם, וראה עוד מרומי שדה שם. ראה עוד אוצר מפרשי התלמוד, ב"ק, ח"א, עמ' צה, הע' 84.

זוממים, שלא גנבו ולא הזיקו בפועל. מחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים מתמקדת בתוכן החיוב, ולא בעילתו.

כלומר, לפי ר' עקיבא גם תוכן החיוב הוא תוכן רגיל של קנס, ועל כן חלים כל הדינים הרגילים של קנסות. למשל, עדים זוממים אינם משלמים על פי עצמם, היות שמודה בקנס פטור. ובנקודה זו חלוקים חכמים על ר' עקיבא. לדידם, תוכן החיוב הוא תוכן ממוני, ועל כן מיישמים בו את ההלכות הרגילות של ממון (למשל, עדים זוממים ישלמו על פי עצמם). אך אין חולק על כך שעילת החיוב הוא קנס.<sup>5</sup>

הרא"ל בשיעוריו לכתובות (לדף לא ע"ב – לב ע"ב, בנושא של מלקות וממון, ולא הודפסו וכנראה לא עברו ביקורת הרב) היה יותר החלטי בנושא, וטען שאין שום מקום שמצאנו מפורש שחכמים חולקים על רבי עקיבא בעניין הקנס, הן בב"ק ד, ב – ה, א והן במכות ב, ב – ג, א<sup>6</sup> (וכן בתוספתא בריש מכות לא הוזכר שום חולק עליו). הרא"ל הוסיף שעל פי שני קריטריונים של רש"י המגדירים קנס: "האחד הוא תשלום שאינו שוה לגודל הנזק, והשני הוא תשלום קצוב. אבל לכאורה לפי הקריטריונים הללו, עדים זוממים קנסא, שכן הם הזיקו כלום, והם משלמים משהו. לפי אמת המידה שמודד רש"י, היינו צריכים לכאורה לראות אותם כקנס!" ממילא הרא"ל הסיק שם:

אין דעה הסוברת שעדים זוממים ממונא הוא לגמרי. גם את הביטוי שמופיע בגמ' בב"ק ה, א, וגם את המשתמע מן הגמ' במכות ג, א, צריך להסביר לפי החילוק הבא. יש לחלק בין עילת החיוב ובין תוכן החיוב. עילת החיוב, וזה דבר המוסכם על כולם, היא עילה המוגדרת כקנס. תוכן החיוב הוא לפעמים תוכן ממוני.

---

<sup>5</sup> ראה ברכת אברהם לביצה ולמכות ב, ב, ירושלים תשמ"ה, עמ' קלא, שהעלה רעיון דומה.

<sup>6</sup> וכן ראה בתוספתא ריש מכות שהובאה לעיל בהערה 1. אולם ראה ד, ב שכתוב מפורש "רבי יהודה לא סבר ליה כרבי עקיבא" וצ"ע. אולם נראה שאפשר ליישב על פי הסוגיה לחלן במכות טז, א, ונמצא שכל דברי רבי יהודה (ד, ב) ב"איכא דמתני להא דעולא" הם לפי ריש לקיש בלבד שלמד שם פשט ברבי יהודה שהוא סבור שלא שאין בו מעשה לוקין עליו. אמנם רבי יוחנן שם חולק ולומד שרבי יהודה סבור שלא שאין בו מעשה אין לוקין עליו, והוא סבור שהתראת ספק שמיה התראה וכן הלכה. נמצא שעולא למד כר"ל בדברי רבי יהודה, ואכן בסוגיה (ד, ב) מופיע ר"ל להסביר איך רבי יהודה למד את זה מעדים זוממים. נמצא שלפי רבי יוחנן יש דרך אחרת ללמוד את דברי רבי יהודה, ואין שום קשר לעדים זוממים, וממילא ייתכן שרבי יהודה אינו חולק על רבי עקיבא לעניין הקנס, ודברי הרא"ל עדיין שרירים וקיימים – לא מצאנו מישהו מפורש שחולק על רבי עקיבא (במיוחד בספרות התנאים).

כלומר, ברור שעדים זוממים לא משלמים ממון כפיצוי על מה שהזיקו, שהרי הם לא הזיקו כלל. המניע לתשלום שלהם הוא מניע של תשלומי קנס. אבל מכיון שתוכן חיובם הוא 'כאשר זמס' כלומר, העתקה מושלמת של חיוב ממוני שהיה נגרם אילו צדקו דבריהם, אנחנו רואים את תוכן התשלום לפי דעה אחת כממון.

נראה שבדבריו האחרונים הרא"ל מסכימים עם דברי ר' אלחנן הי"ד הנ"ל לעיל במספר 7.3.

ראה עוד בשיעורי ר' שמואל למכות (ב, ב):

ובטעמא דרבנן דסברי עדים זוממין ממונא, צ"ל דאינהו נמי מודו דיסוד החיוב הוא משום עונש, אלא דסברי דכבר חל העונש ע"י התורה ונעשה חוב ממון, [והטעם בזה, ע"י רשב"א ב"ק (ה, א) שכתב "דאפי" לא שילם קרינן להו ממונא משום דאתו לאפסודיה ממונא"...].

### ב. ראשונים שפסקו כחכמים

היה נראה שכל מה שכתבנו בפרק ראשון הוא תיאורטי בלבד, שהרי לכאורה פוסקים כרבי עקיבא. וכן העלה הגר"פ פערלא בביאור על ספר המצוות לרס"ג (מנין הפרשיות פרשה ג):

איברא דכל הראשונים ז"ל כולם פסקו כר"ע דעדים זוממין קנסא הוא. כמתבאר מדברי רבינו חננאל והר"י והרא"ש ז"ל (פ"ק דמכות

---

<sup>7</sup> והנה בשיעור זה, הצביע הרא"ל על חמישה הבדלים לשאלה האם תשלום עדים זוממים מוגדר כקנסא או כממונא:

"הבדל אחד - מודה בקנס פטור. הבדל שני - אין שבועה בקנס (לפי הירושלמי בשבועות). הבדל שלישי - לא ניתן לחייב בלא ב"ד, משום שב"ד יוצרים את הקנס. הבדל רביעי - אין ירושה בחיוב קנס. הבדל חמישי - אין קרבן של שבועת העדות בקנסות. בכל אחד מהדינים הללו, יש לבחון בנפרד האם הסיווג תלוי בעילת החיוב או בתוכן החיוב. יתכן למשל שביחס להבדל השלישי ולמה שתלוי בו כמו דיני ירושה, נתלה את הענין בעילת החיוב, וכאן נגדיר עדים זוממים כקנס לכולי עלמא. ביחס לדין של מודה בקנס, יש לחקור - האם מקור הדין הוא בכך שהחיוב נוצר רק בב"ד ולכן אם היתה הודאה לפני מעשה ב"ד נשמט החיוב, או שמא אין פה שאלה הנוגעת ליצירת החיוב אלא שאלה מעשית האם לחייב מודה בקנס. במידה ונראה את הדין של מודה בקנס כְּקָצֵר בחיוב של ב"ד, היות והנאשם מרשיע את עצמו ולא בב"ד, נסבור שלכולי עלמא עדים זוממים קנסא הוא על פי הקו של הרא"ל. במידה ומודה בקנס פטור משום שפוטרים את המודה אף על פי שבשורש החיוב הוא מתחייב גם בקנס, ניתן להעלות על הדעת אפשרות שעדים זוממים ממונא הוא."

שם) וכן פסקו הרמב"ם ז"ל (פ"ח מהלכות עדות) והרא"ם ז"ל ביראים (סי' רמג) והסמ"ג (עשין קי) והאו"ז שהבאתי לעיל. וכל שאר ראשונים ז"ל. ולא ראיתי לאחד מן הראשונים שיפסוק דלא כר"ע.

אמנם מצאנו כמה ראשונים שאכן פסקו כמו חכמים כנגד ר"ע, ועדים זוממים הוא ממונא :

1. ראב"ן בפירושו לבי"ק כתב :

עדים זוממין אף על גב דממונא הוא ולא קנס אין דנין ואין גובין דלא שכיחא ואין בה חסרון כ"ס דאכתי לא חסריה דכאשר זמם כתיב ולא כאשר עשה אף על גב דלא עשה, ואם פרע ממון על פיהם והוזמו ואי אפשר לאהדורי משלמין גובין בבבל.

2. רבינו יהונתן מלוניל על הרי"ף ב"ק (כד, א בדפי הרי"ף) [= ר"י מלוניל ב"ק נו, א, עמ' 176 במהדורת ש"י פרידמן] :

והשוכר עידי שקר, היכי דמי אילימא לנפשיה, כלומר להוציא ממון מחברו לצורך עצמו, א"כ ממונא בעי לשלומי אותו ממון שקבל חייב להחזירו בדיני אדם שהרי מודה בעצמו, אבל מן העדים אינו יכול להוציא ולעשות להם מה שזמם לעשות חדא דהא אמרינן לעשות ולא עשה והרי כבר עשו מעשה, ועוד שהרי לא נודע לבי"ד אלא על פיו ולא על פי עדים, והעדים נמי מחזיקין ברשתתן שאם הודו קי"ל כרבנן דאמרי במס' מכות (ב, ב) עדים זוממין משלמין על פי עצמן, אלא לחבריה שכר עידי שקר להוציא מנה מראובן לשמעון פטור מדיני אדם דמצי טעין דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין.

3. המאירי (בית הבחירה מכות ג, א) אמנם פסק כרבי עקיבא אולם הוא כתב בשם חכמי הדורות :

וחכמי הדורות שלפנינו פסקו כחכמים לומר שמשלמין על פי עצמן ואף בשקר העדנו והוזמנו בבית דינו של פלוני אף על פי שלא אמרו ונתחייבנו ממון.

4. הרב דוד זינצהיים בספרו יד דוד (מכות ד, ב) למד שכך פסקו תוספות שם :

סבר לה כר"ע בפני יהושע הקשה לשאול דלפי"ז רבנן דר"מ ס"ל דעדים זוממין ממון הוא ולא קנס דלא כר"ע, וא"כ ר"ע דסבר קנסא

ס"ל כר"מ דלוקין ומשלמין וא"כ קשיא הלכתא אהלכתא, דהפוסקים פסקו כר"ע דעדים זוממין קנסא, וקימ"ל נמי דאין לוקין ומשלמין. ונראה וודאי כי לפי מה שתירצו התוספות כאן ס"ל דבאמת אין הלכה כר"ע דעדים זוממין קנסא הוא אמנם הפוסקים דסברי דעדים זוממין קנסא הוא הם סוברים כתירוץ הריצב"א שכתבו התוספות בכתובות לב, א דאף רבנן סברי דעדים זוממין קנסא, ומ"מ כדי רשעתו ממעט לה ממלקות וממון, ור"מ סבר דמה מצינו דעדים זוממין מפיק לה לכדי רשעתו מפשוטו...

לפי ראשונים אלו, ההסברים שכתבנו לעיל בדברי חכמים הם הלכה ולמעשה.<sup>8</sup>

### ג. במה אמר רבי עקיבא שעדים זוממים הם קנס?

כבר עמדנו על דברי רבי עקיבא בתחילת המאמר, וכעת נעין בדברי האמוראים שמסבירים את דבריו:

משום ר"ע אמרו וכו'. מאי טעמא דר"ע? קסבר: קנסא הוא, וקנס אין משלם ע"פ עצמו. אמר רבה: תדע, שהרי לא עשו מעשה, [ונהרגים] ומשלמין. אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעלים ומשלמים. מאי ניהו? דלא עשו מעשה, היינו דרבה! אימא: וכן אמר ר"נ.

ופירש רש"י שם: "תדע - דקנסא הוא שהרי המעידים בנפש לא הרגו אדם ולא נהרג אדם על פיהם ונהרגין ומשלמין ממון."

והנה בדפוסים ראשונים של הגמרא היה כתוב "ומשלמין" בלבד, ונוסף נהרגין על פי דברי רש"י. אכן לפי דפוס ראשון קשה מה היה הקס"ד של רב נחמן או מה הוא חידש שהרי זה מפורש בדברי רבה! ואולי יש לומר שלא היה קס"ד וזה מה שהגמרא אומרת: "וכן אמר רב נחמן".<sup>9</sup>

ראה עוד שינוי נוסחאות בדק"ס ובטבלה לפנינו:

<sup>8</sup> ראה עוד: ביאור הגר"א חו"מ סימן א ס"ק יד וס"ק כא.

<sup>9</sup> ראה חידושי הריטב"א (מכות ג, א): "אימא וכן א"ר נחמן. ותלמודא דלא קאמר וכן, משום דר"נ לאו אדרבה קאי אלא אדר"ע גופיה."

דפוס וילנא	דפוס ונציא	כ"י מינכן	כ"י יד הרב הרצוג
אמר רבה: תדע, שהרי לא עשו מעשה [ונהרגים] ומשלמין אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעלים ומשלמים מאי ניהו? דלא עשו מעשה, היינו דרבה! אימא: וכן אמר ר"נ.	אמר רבה: תדע, שהרי לא עשו מעשה ומשלמין. אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין. מאי ניהו? דלא עשו מעשה, היינו דרבה! אימא: וכן אמר רב נחמן.	א' רבא: תדע, שהרי לא עשו מעש', אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעליו ומשלמי'. אמאי ניהו? דלא עשו מעש', היינו דא' רבא אימ' וכן (אמ') א' רב נחמן.	אמר רבא: תדע, שהרי לא עשו מעשה ונהרגין, אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעליו ומשלמין. מאי ניהו? דלא עשו מעש', היינו דרבה! אימא: וכן אמר רב נחמן.

לעניות דעתי, דברי רש"י מתאימים יותר לכ"י מינכן, והוא מפרש מה שרבא אמר – הוא אמר הן לדיני נפשות והן לדיני ממונות.

בקשר לגרסה "רבא" הנמצא בכל כה"י, וכן שריד נמצא בדפוס ונציא בסוף הסוגיה, ראה דברי מהרש"א (מכות ג,א): "בגמרא לא עשו מעשה ונהרגין ומשלמין כו' היינו דרבה אימא כו' כצ"ל", וראה דברי הדק"ס בזה.

והנה למד הרש"ש לכתובות לג שנוסח הדפוס ראשון הוא נוסח עדיף:

ועוד נלע"ד דאף ר"ע לא אמר אלא בכאשר זמם דממון אבל במיתה לא מצינו בכה"ת שיהא קנס. ושם עיקר הגי' נראה שהרי לא עשו מעשה ומשלמין ודלא כפרש"י שם. ותדע שהרי ר"נ ל"א שם אלא שהממון ביד בעלים ומשלמים.

ונראה להביא ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם בהלכות עדות (ית,ח):

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 שאמרו העדנו על זה בכך וכך והוזמנו אין משלמין על פיהן, אבל אם אמרו העדנו על זה והוזמנו בבית דינו של פלוני ונתחייבנו ליתן לו כך וכך הרי אלו משלמין שזו הודאה בממון שנגמר דינו ליתנו, ואם אמר האחד כך משלם חלקו.

הרמב"ם הביא את דברי רבי עקיבא רק לעניין תשלומין ולא לעניין מלקות או מיתה, משמע שהוא למד כמו הרש"ש שאין דין קנס אלא בתשלומין ולא במלקות או מיתה.

אולם המעיין בשיטה מקובצת לב"ק (עד,ב) יוכח מדברי התוס' שאנץ שהובאו שם:

הוה ליה לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין. ככתוב בתוספות. אי נמי אתי האי שינויא כרבי יהודה דהא טעמא דרבי יהודה דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין וכו'. ומיהו אין מתיישב תירוץ זה דבלאו והיה אם בן הכות מצינו למילף דעדים זוממין לוקין משום כאשר זמם כגון שמעידים על פלוני שהוא חייב מלקות והוזמו והוא ניהו דנחשב קנס לרבי עקיבא התם וגם לא בעי התראה כדמפרש בפרק אלו נערות דבעו למיקטל בלא התראה אבל בן גרושה ובן חלוצה דלקי על עון עדות שקר ההוא לאו קנסא<sup>10</sup> הוא לכן בעי התראה כשאר חייבי מלקיות. תוספות שאנץ.

הר"ש משאנץ למד שהמלקות בעדים זוממים כאשר העידו שהנידון חייב מלקות מטעם קנס.

מלבד דברי רש"י שהרש"ש חלק עליו, מצאנו שרבינו חננאל בסוגיה בדף ב,ב, למד שמיתת בית דין בעדים זוממים הוא גם כן קנס:

משום ר' עקיבא אמרו אף אין משלמין על פי עצמן. מאי טעמא קסבר ר' עקיבא עדים זוממין קנסא הוא ואין אדם משלם קנס על פי עצמו. אמר רבא תדע שהרי לא עשו מעשה ונהרגין. וכן אמר רב נחמן תדע שהרי ממון ביד בעליו ומשלמין היינו לא עשו מעשה ומשלמין.

כ"י יד הרב הרצוג מתאים לדברי הר"ח, הן בדברי רבא ("נהרגין" בלבד) והן בדברי רב נחמן, וכן הגרסה של רבא.

על פי דברי הר"ח אפשר להסביר את דברי רב נחמן. אכן בהריגה יש כאן קנס, אבל בממון אולי זה לא קנס על פי דברי רש"י בבב"ק (ה,א הנ"ל):

עדים זוממין דממונא הוא - דכל המשלם יותר ע"מ שהזיק כגון כפל ותשלומי ארבעה וחמשה קרי קנס כדלקמן בהך פירקין (טו,ב) וכגון

---

<sup>10</sup> השווה לדברי האבני נזר, אבה"ע רפז, אות יב: "וכן מלקות דעידי בן גרושה ובן חלוצה כיון דהיא במקום כאשר זמם דקנס".

כל דבר קצוב האמור בתורה כגון חמשים של אונס ומפתה ומאה של מוציא שם רע כולוהו הוי קנסא אבל מידי אחרינא ממונא.

ממילא קס"ד שאין כאן קנס מפני שאין כאן סכום אחיד וקצוב, קמ"ל רב נחמן שגם ממון בידי בעלים זה קנס.

הסבר נוסף למחלוקת רבה ורב נחמן מצוי בדברי הרב שמואל רוזובסקי שתלה מחלוקתם במחלוקת בין הרש"ש לבין דברי רש"י ור"ח [בשיעוריו למכות (ב,ב) אות קכא]:

והיה אפ"ל עוד דהרמב"ם [הנ"ל] פי' דבהא גופא פליגי ר"נ ורבה, דלהכי נקט ר"נ שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין, משום דס"ל דדוקא בממון הוי קנס, דמאחר דלא חיסרו את הניזק ומיחייבי - הרי מוכח דמטעם עונש הוא דהוי, וממילא דחשיב קנסא, דכל "עונש ממון" זהו דמיקרי קנס, משא"כ במיתה ומלקות דלעולם הוי מטעם עונש ואפ"ה ל"ח קנס, ממילא דגם הכא הוי שפיר דין עונש על הזממא ומ"מ אינו קנס ודו"ק. ואף על גב דאמר' בגמ' "וכן אר"נ", היינו דהוי אותה הראיה, אבל לא מאותו הדין. [ויש להוסיף עוד בזה, דבאמת חלוקה סברת רבה מסברת ר"נ, דרבה נקט טעמא משום דמיחסר במעשה המזיק דידהו דלא אהנו מעשיהם ולא מידי עבדו, וזה שייך שפיר גם לענין מיתה ומלקות. אבל ר"נ קאמר טעמא משום דליכא חסרון ממון גבי הניזק, וזהו סברא לענין תשלומין שהן באין להשלים החסרון, דלעולם א"צ לשלם ב"פ כדקיי"ל בעלמא רצה מזה גובה רמ"ג, וכיון דהכא משלמין פעם נוספת הו"ל קנסא, משא"כ במיתה ומלקות דל"ש סברא זו כלל ודו"ק]. אולם מפשטא דסוגיא לא משמע הכי.

#### **ד. מיתת עדים זוממין כקנס**

בשיעורו של הרב שמואל רוזובסקי הנ"ל (אות קכא) הדין בדין עדים זוממין קנסא, ואי מיתה ומלקות דעדים זוממין הוי נמי קנס הוא פירש בדברי רבה ורש"י לענין "ונהרגין":

ומבואר בזה דאף עונש מיתה דכאשר זמם הוי קנסא, ושאני משאר חייבי מיתות דהוי דין עונש בעלמא. וביותר מבואר כן בפיר"ח דגריס דברבה רק "ונהרגין", והרי דהמיתה הוי קנס, וכן הבאנו עוד בחלק הענינים [ס"ב סק"ד] מדברי התוס' שאנץ ב"ק (עד,ב) לענין מלקות

דכאש"ז דהוו קנס, וכ"ז דלא כהרש"ש בכתובות דל"ג שצייד  
למחוק תיבת "נהרגין" עיין שם.

אמנם צע"ג במה מתבטא שמיתת עדים זוממים והמלקות שלהם הוא קנס –  
למאי נפקא מינה בזה מלבד להגדיר את זה כקנס. הרי בממון הגמרא הציעה  
נפקותא – אם נוהג כאן דין מודה בקנס פטור או לא, אבל לכאורה כל זה לא  
שייך במיתת ומלקות של עדים זוממים. כדי להשיב על קושיא זאת נציע כמה  
מהלכים ליישב דברי תימא אלו. יש שננסה להסביר עניין המלקות לבד, ויש  
שאוּלי ניתן להסביר את עניין המיתה בלבד, ויש שאולי אפשר להסביר את  
שניהם:

1. בתחילת לימודי רציתי לתלות עניין של מלקות שהוא קנס בעדים זוממים  
במחלוקת בין המהר"י בירב לבין המהרלב"ח במי שעבר עבירה של כרת ולא  
היה התראה של מלקות, וכעת הוא מתייצב לפני הבית דין ומודה שעבר על  
איסור כרת וכדי להינצל ממנו מבקש מן הבית דין מלקות. המהרלב"ח טען  
שאינן משמעות למלקות כזה, אבל המהר"י בירב כתב שאכן מלקות כזה  
יועיל לפטור את הנידון מעונש כרת. כעת, רציתי לטעון שאם היה מדובר  
במלקות של עדים זוממים, אז היה נוצר נפקותא: לפי חכמים אלו מלקות  
רגילים של עונש, אכן הוא יכול לקבל את המלקות בתור מודה בעונש מלקות  
כדי להציל את עצמו מעונש כרת, וילקה לפי המהר"י בירב. אולם לפי רבי  
עקיבא שזה קנס, זה היה מהווה מקרה של מודה בקנס, ומודה בקנס הוא  
פטור, וממילא במקרה של עדים זוממים גם המהר"י בירב היה מודה שבית  
דין לא היו מלקין אותו. אמנם, דבר זה קשה מאד לומר מפני איך נוצר מקרה  
של עדים זוממים שהעידו על אחד שחייב כרת, ולא היה התראה למלקות  
והנידון היה חייב כרת, והם הוזמו והם היו צריכים לקבל את העונש כרת  
וכעת הם מבקשים את המלקות כדי לפטור מן הכרת, הרי בכל מקרה של  
עדות לחיוב כרת, בית דין לא היו נזקקים לעדותם בכלל, שהם העידו על אחד  
שאכל חמץ בפסח במזיד ללא התראה למלקות – בית דין לא היה נזקק  
למקרה זה כדי לדון הנידון בכרת. לכן אי אפשר להציע ציור כזה למלקות של  
קנס בעדים זוממים כנפקותא.

2. אחר כך, רציתי לתלות מיתת בית דין של עדים זוממים שהוא קנס בשיטת  
רש"י שהמודה במיתת בית דין זה דין של הודאה בקנס, וכדברי רש"י  
בזבחים עא,א: "שהמית את האדם על פי עד אחד או על פי הבעלים דשור  
שהמית על פי הבעלים איפטר ליה מסקילה דמודה בקנס פטור... " וכן הוא

ברש"י תמורה כח,א: "אבל - הני דמתני' רובע ונרבע דמותרין באכילה להדיוט דבהכי עסקינן שרבע או נרבע על פי עד אחד דאינה נסקלת בכך או שהבעלים הודו ומודה בקנס פטור אימא ליבטלו קמ"ל מתניתין." וכן משמע מרש"י מכות ה,א: "מאי טעמא דבעידנא דקא מסהדי - כשבאו יום שלישי בשבת להעיד עליו אכתי גברא לאו בר קטלא שלא הועד עליו בבית דין ואילו הוה אתי ומודה הוה מיפטר נמצא שהם היו מחייבין מיתה את מי שאינו ראוי למות."<sup>11</sup> וכן נמצא ברש"י בב"ק מא,ב: "מודה בקנס - פטור וכי היכי דמפטר מקטלא מפטר נמי מכופר ולמה לי קרא והוא הדין דהוה מצי למפרך אעד אחד פשיטא דפטור." ויש לעיין בדברי רש"י ביבמות (כה,ב): "ואין אדם משים - את עדותו עדות אצל עצמו ליעשות רשע והא דקיי"ל (ב"מ ג,ב) הודאת פיו כמאה עדים דמי הנ"מ לממונא אבל לקנסא ולעונש מלקות וליפסל לא." למה רש"י לא הזכיר "עונש מיתה" עם המלקות? ואולי מפני שרש"י הולך לפי שיטתו ביתר המקומות שמיתה אכן היא כקנס וכנ"ל.<sup>12</sup>

כל דברי רש"י צריכים ביאור והאחרונים טרחו להסבירו בהסברים שונים.

א. מצד אחד יש שלמדו שרש"י לא התכוון באמת שיש כאן דין של קנס, ראה דברי הגר"י לזבחים (עא,א):

מתני' על פי הבעלים. וברש"י והשור איפטר ליה מסקילה דמודה בקנס פטור, וצריך לומר דאין כונת רש"י דיש כאן הדין מודה בקנס פטור מסקילה, ורק דמביא מקנס, דכמו דבקנס צריך העמדה בדין על ידי עדים דוקא, כמו כן בחיובא דשור צריך ע"פ שני עדים, וממילא לא מהני הודאתו...

---

<sup>11</sup> וכן הוא בחידושי הריטב"א (מכות ה,א): "מ"ט דכי אסהידו עליה גברא לאו בר קטלא היא. פרש"י ז"ל דאי הוה מודה קודם שבאו עדים האחרונים הוי מיפטר, משמע דס"ל למרן ז"ל דכי היכי דגבי קנס מודה בקנס ואח"כ בא, עדים דפטור דהוא הדין לגבי קטלא." ומכאן צ"ע בדברי הרש"ש בכתובות לג הנ"ל: "ועוד נלע"ד דאף ר"ע לא אמר אלא בכאשר זמם דממון אבל במיתה לא מצינו בכה"ת שיהא קנס" והרי משמע משיטת רש"י שכל מיתת בית דין הוא קנס. וצ"ל שהרש"ש למד כאלו שלא למדו כך בדברי רש"י, ראה להלן.

<sup>12</sup> אמנם ראה דברי הקרן אורה ליבמות (כה,ב) שכתב: "אלא דרש"י ז"ל פירש בכמה דוכתי דהא דאין אדם מחייב עצמו במיתה ומלקות הוא גם כן מטעם דמודה בקנס פטור" הרי הוא למד דברי רש"י גם לענין מלקות.

הרי הגר"ז למד ברש"י שאין כאן קנס, אלא הדין של קנס הוא רק דוגמא שממנו אפשר ללמוד גם לדין מיתה, וכן העלה הרב שמואל רוזובסקי בתחילת לימודו הסוגיה במכות ה,א, סי' רלה:

וי"ל"פ בזה, דרש"י סימנא בעלמא נקט, דלעולם עיקר טעמא הוא משום דלא חייל חיוביה עד שעת גמ"ד, וכמש"כ הגרע"א בגהש"ס דהחיוב חל ע"י ב"ד, אלא דהראיה לזה הוא מהא דלא מיחייב עפ"י עצמו, דס"ל לרש"י דה"ט דל"מ הודאתו לחייבו במיתה וקנס [היכא דאין ההודאה פוטרתו כגון חוץ לב"ד וכיו"ב], משום דל"מ הודאת בע"ד אלא כשמודה בחיוב שמחוייב כבר, אבל הכא הא ליכא חיוב עדיין אלא צריכין לבירור המעשה בפני ב"ד שהם יגמרו את דינו עפ"י ויחייבוהו, ובזה ל"ש הודאת בע"ד אלא צריך בירור בעדים, ולהכי אינו מתחייב מיתה וקנס עפ"י עצמו, וזש"כ רש"י דגברא לאו בר קטלא דהא אי מודי מיפטר, כלומר דמהא חזינן דאכתי לא נתחייב עד שעת גמ"ד ודו"ק.

ב. מאידך יש שלמדו את דברי רש"י באופן מילולי וכפשטותם, וכמו שלמד הערוך לנר (מכות ה,א):

ולכן הנכון לענ"ד בשיטת רש"י דס"ל דבאמת כל חייבי מיתות כשיוזו בפני ב"ד קודם שיבואו עדים פטורים למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וכן נראה מדבריו בד"ה וכן, נראה דס"ל דדיני נפשות וקנס דין א' להם לענין מודה פטור.

ג. אחרונים אחרים בקשו כעין פשרה בדברי רש"י ורצו לתלות את דברי רש"י בשני דינים בקנס: א) שאין ההודאה מחייבת אותו ו-ב) שהודאתו פוטרת אותו. רש"י רק התכוון לדין הראשון ולא לדין השני ובזה הם חולקים על דברי הערוך לנר. עיין למשל חידושי רבי נחום פרצוביץ ליבמות (כה,ב), וכן הוא בשיעורי רבי שמואל (רוזובסקי) סימן ב, אות ד (עמ' תקלב), חמדת דניאל לזבחים (עא), וראה עוד חידושי ר' שלמה היימן לב"ק, סי' ט.

ד. יש מצמצמים את דברי רש"י לרציחה בלבד ובמקרה שהודאת בעל הדין יחייב אותו, שהרי יש שיטות אם המודה בקנס לא יחייב אותו, אין לו שום פטור בכלל, ולכן רש"י אמר את שיטתו רק במקרים שהוא מחייב משהו בהודאתו. ראה חידושי הרי"ם לזבחים (עא,א) שבהודאת המודה שרצח וחייב מיתת בית דין חייב עצמו להיכנס לכיפה:

וא"כ כמו דקי"ל בהורג שלא בעדים דמכניסין לכיפה וזה הלכה למשה מסיני ומפרש בש"ס דאתכחיש בבדיקות כו' היינו עדות המועיל בממון דסתמא אמת רק לחייבי מיתה לא מהני בזה הלכה למ"מ דין כיפה. וא"כ גם בהודאה י"ל דנאמן לענין כונסין לכיפה כיון דחשיב ראוי ברורה לענין ממון כנ"ל. וממילא הוי הודאה המחייבתו ושוב פטור משום מודה בקנס אף שבאו עדים אח"כ. ודין כיפה אינו בכל חייבי מיתות רק בהורג נפש כמבואר במשנה וברמב"ם שם ותוי"ט דכך הלכה למשה מסיני ע"ש. א"כ מיושב שם פ"ק דמכות בחד בשבת קטל נפשא כו'. ושפיר פירש"י דאי הוי מודה מיפטר משום מודה בקנס אף שהיה עדים אח"כ ולא בר חיובא כנ"ל. משא"כ גבי שאר חייבי מיתה לא מיפטר משום מודה. כיון דאינו מחייבתו כלום כנ"ל. ומיושב דלמה נקיט שם רבא באמת קטל נפשא ולא סתם חיוב מיתה, ולמ"ש בדוקא נקיט וא"ש.

וכן למד המהרי"ץ חיות למכות (ה,א): "וצ"ל לשיטת רש"י עכ"פ היכי דהודה ובאו עדים אח"כ מכניסין אותו לכיפה כמו בהורג בעדות מיוחדת (סנהדרין פא,ב) וחייב עצמו בעונש זה".

ה. עוד אפשרות לחייב עצמו הוא על פי דברי הגהות אשרי ב"ק פ"ד ס"ד: "ראובן שהרג את שמעון אף על פי שחייב מיתה משלם דמיו ליורשים בבא לצאת ידי שמים אי נמי אי תפסי יורשים מיניה לא מפק"י מינייהו. מא"ז". על פי דברים אלו למדו שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"א, סי' קנח, וכן שו"ת מחנה חיים, ח"א, סי' צג, שלשיטת רש"י, רוצח המודה שרצח, מחייב את עצמו בדמיו של הנרצח לצאת בידי שמים ואי תפסי יורשים לא מפק"י מינייהו.

ו. שתי השיטות האחרונות מצמצמות את דברי רש"י להריגה בלבד. כעת על פי דברים אלו, אולי היה מקום לכמה הסברים אפשריים בדברי רבי עקיבא שעדים זוממים הוא קנס גם במיתת בית דין:

1. לפי דברי הערוך לנר, אולי אפשר לומר שאמנם לא כדברי רש"י שכל הודאת בעל דין שהוא חייב מיתה הוא קנס, ורק בעדים זוממים יש לומר דין זה. אולם, לא מצאנו שום שיטה כזו – לא לפי רש"י המרחיב קנס של מיתה לכל מיתת בית דין, ובזה אין שום חידוש בעדים זוממים, ולא באלו החולקים עליו, לכן קשה לומר סברה כזאת.

2. לכן, אולי יש לצמצם את עדים זוממים במיתה להריגה, ולפי שיטת החידושי הרי"ם ומהרי"ץ חיות שהמודה שחייב מיתה מחייב את עצמו ונפ"מ

לדין שמכניסים אותו לכיפה, וממילא עדים שהעידו על פלוני שהרג את הנפש, והוזמו ומקבלים את הדין של הנידון, אולי יש לראות אותם כרוצחים, וממילא אם יודו היו מכניסים אותם לכיפה, אלא מפני שיש כאן דין מודה בקנס המיוחד לעדים זוממים, הם פטורים מזה. גם זה קשה, שהרי איפה מצאנו שהודאה בקנס פוטר מעונש וכמו שהקשינו לאורך כל הפרק הזה.

3. כמו כן, אולי יש לפרש על פי דברי שו"ת בית יצחק ושו"ת מחנה חיים הנ"ל שפירשו על פי דברי הגהת אשר"י לב"ק שרוצח חייב דמי הנרצח כדי לצאת ידי שמים, ואם כן גם כאן מדובר בעדים זוממים שהעידו שפלוני הרג את הנפש וממילא חייב מיתה, וכן חייב דמי הנרצח ליורשים לצאת בידי שמים ואי תפסינן לא מפקיעים מינייהו, לכן כשהוזמו, חל עליהם הדין גם של חייבים מיתת בית דין, וחייבים גם דמי הנרצח מדין שמיים ואי תפס הנידון מידי העדים לא מפקינן מיניה, וכעת לפי רבי עקיבא שעדים זוממים הוא קנס, הרי לגבי חיוב ממוני זה, הם יהיו פטורים, ואכן אם תפס הנידון, מפקעינן מיניה. אפשרות זה נראה יותר סביר.

4. יותר נראה להסביר את דברי רבי עקיבא שגם מיתת בית דין וגם מלקות הם קנס על פי דברי הוסי' שאנץ בב"ק הנ"ל (לעיל בחלק ג):

מצינו למילף דעדים זוממין לוקין משום כאשר זמם כגון שמעידים על פלוני שהוא חייב מלקות והוזמו והוא ניהו דנחשב קנס לרבי עקיבא התם וגם לא בעי התראה כדמפרש בפרק אלו נערו דבעו למיקטל בלא התראה אבל בן גרושה ובן חלוצה דלקי על עון עדות שקר ההוא לאו קנסא הוא לכן בעי התראה כשאר חייבי מלקות. תוספות שאנץ.

כלומר, מלקות שהוא מטעם קנס, כלומר של עדים זוממים המחייבים מלקות, אינם צריכים התראה, ולפי זה הוא הדין במיתת בית דין של עדים זוממים, משא"כ מלקות ומיתת בית דין באופן רגיל של עונש לעובר על לאו שיש בו מיתת בית דין או מלקות, צריך התראה. וכן כתוב בספר מנחת יהודה ע"מ מכות לר' יהודה אידל ברוידא (לדף ד, ב) [שלמד את בן גרושה אחרת מדברי הר"ש משאנץ הנ"ל]:

והנראה לי בזה דמשה"כ מיקרי קנס גם לר"ע בעדות ב"ג וב"ח דהא לא אתרו בהן ולא מצינו שם עונש הגוף בלא התראה... אבל לפי המסקנא דמשה"כ אין צריכין התראה עדי ב"ג וב"ח הוא רק משום דכתיב משפט אחד יהיה לכם א"כ אמרינן כמו שסובר ר"ע בעידי

הזמה דהוה קנס כן בכל העונשין שבא להם מצד עדותן שקר מיקרי  
זאת קנס ולא מצג הדין כיון דמצד הדין צריכין התראה...

הרי לפנינו יסוד המחלוקת בין ר"ע לבין חכמים: לפי חכמים עונש עדים  
זוממים הוא עונש רגיל על מעשה עבירה, וממילא צריכים התראה לפני  
המעשה עבירה. אמנם לפי רבי עקיבא, אין כאן עונש רגיל אלא קנס, וממילא  
לא צריכים התראה לפני המעשה עבירה, הן אם זו עדות על מיתת בית דין  
והן אם זו עדות על מלקות והן אם זה עדות על חיוב ממון. ובממון יש עוד  
נפקותא לעניין מודה בקנס פטור.

5. לבסוף, אולי יש לומר שאכן אין שום נפקותא למעשה בין אם נאמר  
שעדים זוממים במיתה הוא קנס או עונש, ובכל זאת בלמודות הדבר, יש אכן  
הבדל וכמו שהביא הברכת אברהם בשם רבו הגרי"ד מירושלים בשם אביו  
הגרי"ז לפרש את מלקות של קנס ועדים זוממים במכות (ד, ב):

ומו"ר הגרי"ד סאלאווייציק ז"ל בשם מרן הגרי"ז פירש דמלקות  
דמוציא שם רם רע הם מלקות אחרים, ואין דין מלקות של עונשים  
אלא דין חדש דויסרו אותו וזה דין קנס כמו העונש דממון, וכן  
בעדים זוממים, וכן מלקות דבן סורר ומורה (ממרים ז, ז), דכל אלו  
הם מלקות מחודשים.

ונראה לומר שהוא הדין לעניין מיתה של עדים זוממים, שזו מיתה אחרת,  
שזו מיתה מחודשת, שלא עשו מעשה ובכל זאת חייבים מיתה.

## דינא דמלכותא דינא

### ראשי הפרקים

- א. דינא דמלכותא דינא, סוגיות מרכזיות
- ב. בגדרי דינא דמלכותא דינא
1. האם דין זה הוא דווקא במלכי אוה"ע או גם במלכי ישראל?
2. באלו חוקים מחוקי המלוכה אומרים דין זה?
3. דבר שאין בו הנאה למלך
4. תקנה לכל בני המדינה
5. קרקעות ומטלטלין
6. ד"ד דינא במשפטי הערכאות
7. להתיר האיסור
- ג. טעמי דינא דמלכותא דינא
- ד. תשובות מאחרוני זמנינו
- ה. סיכום

### א. דינא דמלכותא דינא, סוגיות מרכזיות:

בנדרים כז, ב – כח, א אומרת המשנה נודרים להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אעפ"י שאינה תרומה. ומפרש הר"ן שנודרים להפטר מן המכס שפירות אלו הם תרומה, למרות שאינם תרומה (כלומר, יאמר "נדר זה עלי אם אינם תרומה", כדי שהמוכס לא יקח פירות אלו, והנדר לא חל).

שואלת הגמרא: והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא! (וא"כ איך מתירין לו לידור כדי להפטר מן המכס, והרי הוא חייב במכס!) עונה הגמרא: א"ר חיננא בר כהנא אמר שמואל במוכס שאין לו קצבה. (ר"ן: א"כ זה חמסנותא, וחמסנותא אינה דין). דבי רבי ינאי אמרי במוכס העומד מאליו. (ר"ן שלא במצוות המלך).

כעין סוגיא זו מצאנו בב"ק קיג,א :

משנה: אין פורטין לא מתיבת המוכסין וכו'. מפרש רש"י: לפי שהן של גזל. וגם שם שואלת הגמרא והאמר שמואל ד"ד דינא! ועונה את שני התירוצים הנ"ל.

גמרא נוספת (בענייני דד"ד הקשורים לדיני ממונות) היא בגיטין י,ב :

משנה: כל השטרות העולים בערכאות של עו"כ אעפ"י שחותמיהן עו"כ כשרים חוץ מגטי נשים ושחרורי עבדים וכו'. אומרת הגמרא קא פסיק ותני ל"ש מכר ל"ש מתנה, מלא מכר מאז שניתן המעות קנה (שהרי קרקעות נקנות בכסף) ושטרא ראייה בעלמא הוא, ואילולא שנתנו להם כסף לא היו כותבים שטר (משום שהם דיינים קבועים לא הוי מרעי נפשיהו). אלא מתנה במאי קני בהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא! אמר שמואל דינא דמלכותא דינא. ואב"א תני חוץ מכגטי נשים. (ולפי תירוץ ראשון ד"ד דינא בשטר מתנה, ולפי התירוץ השני לא אומרי ד"ד דינא בשטר מתנת וכדו').

בנידון הגמרא בגיטין יש מחלוקת בראשונים<sup>1</sup>:

הרי"פ בתשובה פוסק שליטנא בתרא חולקת על לשנא קמא, והלכה כלשנא בתרא שבכל דבר שאין בו תועלת למלך לא אוי ד"ד דינא. לכן שטרי מתנה פסולים בכל עניין. וה"ה (פכ"ז מהלי מלוה ה"א) או שכ"ד רוב הגאונים והרמב"ם. (אלא שתמה נתיבות המשפט שהרי הרמב"ם בפא' מהלי זכי' הט"ו כתב שכל דיני המלך בממון דנים על פיהם).

אבל הרמב"ן (בגיטין דף י ועוד) סובר ששני הלשונויות לא חולקים זע"ז ולשנא בתרא אוי שהמשנה מדברת גם במקום שאין הורמונא דמלכא ותני חוץ מכגטי נשים, אבל היכא דאכא הורמונא דמלכא כל שטרי ממון כשרים וכ"כ עוד ראשונים.

השו"ע בסימן סח ס"א פסק כדעה הראשונה :

...אבל שטרי מתנות וכו' וכן שטרי הודאות וכו' ופשרות וכו' אעפ"י שיש בהם כל הדברים שמנינו הרי הם כחרס.

אך הרמ"א (שפוסק כרמב"ן, עיי' באור הגר"א יט) כותב :

---

<sup>1</sup> מהלך זה מובא בס' נתיבות המשפט להגר"ח אלגזי. ח"ד נתיב ב.

ובכ"מ שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות כל השטרות העשויין לפניהם כשרים אפילו שטרי מתנות מכח ד"ד דינא (ראש' פ"ק גיטין והטור) וכו'.

אלא שהביא שם בנה"מ שבזה"ז אין להכשיר אף שטרי מכר העולים בערכאות שכולם נחשדו על השוחד. לכן אפילו אם יהיה הורמונא דמלכא על כך אין בזה ד"ד דינא כיוון שידוע שכולם עצרת בוגדים אין בזה אלא חמסונותא עייש"ה.

גמרא נוספת שמרחיבה בנושא זה היא הגמרא ב"ב נה, א :

א"ר יהודה אמר שמואל נכסי עו"כ הרי הם כמדבר כל המחזיק בהם זכה בהם, מ"ט עו"כ מכי מטי זוזי לידיה (מידי הישראל הקונה). אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטא שטרא לידיה, הלכך (עד שהישראל יחזיק בהם) הרי הם כמדבר וכל המחזיק בהם זכה בהם.

"אל אביי לרב יוסף ומי אמר שמואל הכי, והאמר שמואל ד"ד דינא, ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באגרתא (ואיך יקנה המחזיק הואיל ואין לו שטר מן העו"כ)!! וכו'.

אמר רבא הני תלת מילי אשתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל דינא דמלכותא דינא (פרשב"ם : בהגוזל בתרא (ב"ק קיג,ב) אמר תדע דקטלי דיקלי וגשרי גשורי ועברינן עלייהו, קטלו קני. דקלים מאדם פרטי בלי רשותו, ועשים מזה גשרים לעבור עליהם). ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין (מכח דינא דמלכותא).

מפרש רשב"ם ב' פירושים :

א. שאם עכו"ם גזל שדה מישראל והחזיק בה מ' שנה ואח"כ מכרה לישראל הוי קניין גמור.

ב. למרות שבד"כ חזקת קרקעות היא בג' שנים, בארץ פרס אינה פחות ממ' שנה).

והני זהרורי דזבין ארעא לטקסא זבינייהו זביני וכו'. (פרשב"ם : עשירי העיר קונים מעבדי המלך את קרקעות העניים שלא היה להם לשלם מס, והם פורעים את המס והקרקעות נשארים בחזקתם שכן ד"ד שמי שמשלם המס מחזיק בקרקעות).

עד כאן המקורות בגמרא.

ראשית לעניין הדין לא מצינו מי שאומר שאין הלכה כשמואל, אלא כו"ע מודים להלכה שדינא דמלכותא דינא. כ"כ הריטב"א בנדריים ובגיטין, הרא"ש בגיטין, נמו"י בב"ב ועוד. וכ"כ הרמב"ם בפ"א מה"ל זכיה ומתנה הט"ו. וכ"כ התשב"ץ ח"א סימן קנח.

### **ב. בגדרי דין דינא דמלכותא דינא**

לדין זה יש מספר גדרים שבהם הוא נוהג, עפ"י דברי הגמרות הראשונים והאחרונים, ונשתדל אי"ה להביא גדרי דין זה, באיזה מקרא נוהג דין זה לפי השיטות השונות.

#### **1. האם דין זה נוהג רק במלכי אוה"ע או גם במלכי ישראל?**

בדבר זה נחלקו הראשונים והאחרונים ונביא אי"ה מקצת הדעות:

הר"ן בנדריים (כח) כותב בשם התוס' <sup>2</sup> שדינא דמלכותא דינא נוהג דווקא במלכי אומות העולם, מפני שהארץ שלו ויכול לומר אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ, אבל לא במלכי ישראל כי הארץ שייכת לכל ישראל בשותפות. וכ"ד הנמו"י <sup>3</sup> בנדריים שאומר שכ"כ רוב המפרשים.

לעומתם הריטב"א בנדריים אומר: שדין זה נוהג גם במלכי ישראל וכמ"ש ע"י שמואל הנביא, ואמרו רז"ל (בדעת רבי יוסי סנהדרין כ,ב) כל האמור בפרשת מלך: מלך מותר בו.

וכ"פ הרמב"ם (פ"ה מהל' גזילה הי"א) והטור שסט וכ"ד מהרי"ק שורש קצ"ד. וכ"פ החת"ס בתשו' (חו"מ סימן מ"ד), טעמו של החת"ס עפ"י הרשב"ם (ב"ב נ"ד) שטעם ד"ד כי מקבלים עליהם מרצונם את דין המלך ומחילה גמורה היא. לפי"ז אומר החת"ס, שאין הבדל בין מלכי ישראל למלכי אוה"ע.

ומוסיף החת"ס שמש"כ הר"ן בשם התו"ס (כנ"ל) שדווקא במלכי אוה"ע אומרים ד"ד, זה לענין הטלת מיסים וארנוניות שמטיל המלך בע"כ, ובזה יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אוה"ע, אבל במנהגים ונימוסים (כעין מש"כ

<sup>2</sup> פירוש מרדכי בשם ר"י בר פרץ (הביאו מהר"י ישראל בב"י ס"ס שסט).

<sup>3</sup> הו"ס שמלכי ישראל אינן דנין אלא עפ"י התוה"ק, דקיימ"ל בסנהדרין (כ"י) כרבי יהודה ועוד שכל הכתוב בפרשת מלך המלך אסור בו. ומוסיף "נתיבות המשפט" להגר"ח אלגזי (נתיב ד' ח"ב) שאפילו למ"ד מותר זה דווקא באמור בפרשה.

בגמרא ב"ב נד, ב) אין הבדל בין מלכי ישראל לבין אוה"ע, ובזה יודה הר"ן שגם במלכי ישראל או ד"ד דינא.

החת"ס ניסה לומר שאין סתירה בין השיטות.

השו"ע בסימן סו פסק שד"ד אומרים בין במלכי ישראל בין במלך עכו"ם.

### **באיזה סוג של מלך מדובר?**

אומר הטור (סימן שסט): בד"א במלך שטבעו יוצא באותן ארצות והסכימו עליו שהוא אדוניהן והם עובדים לו וכו' וכ"פ השו"ע שם בס"ב.

### **2. באלו חוקים מחוקי המלוכה אומרים דין זה?**

הריטב"א בנדרים (שם) סובר שד"ד נוהג רק בחוקים שנוהגים במלכות אצל מלך זה וכל הקודמים לו, והם כתובים בספר דברי הימים של המלכות (אבל מה שגוזר לפי שעה שלא נהגו אבותיו זה חמסנותא). וכ"כ הריטב"א בב"ב נה, א שכן הסכימו הר"י ובעלי התוס' והרמב"ן ושבדין חדש שקובע המלך לאו דינא הוא עד שיסכימו כל אנשי מלכותו. וכן דעת הנמו"י בב"ב, וכ"כ ב"י בשם מהר"י ישראל (בס"ס שסט).

לעומתם נראה דעה אחרת שד"ד נוהגת גם בדינים חדשים שהמלך הנהיג, כן נראה דעת הר"ן (גיטין י) שכותב שד"ד זה מה שהמלך עושה מחוקי מלכותו (לאפוקי מה שעשה שלא כדין שזה חמסנותא), הביאו הטור שם. וכ"כ דעת הרמב"ם (פ"ה מהלכות גזילה הי"ג וכ"כ דעת הרא"ש בנדרים) (וכ"כ הטור בשמו).<sup>4</sup>

התשב"ץ (ח"א סימן קנח) לא מכריע האם דין זה נוהג דווקא בחוקים שהיו קבועים מקדם או אפילו שנתקנו מחדש. והשו"ע (סימן שסט, ס"ח) העתיק לשון הרמב"ם.

---

<sup>4</sup> הטור מביא דעת הרמ"ה שסובר שאפילו משהוא שהוא מטיל על כל בני המדינה אם הוא דבר חדש שהוא מוסיף על הקצבה הרגילה בכל שנה לאו דינא היא. והב"י למד שדעת הרמ"ה כמ"ש המ"מ בשם הרמב"ן וכנ"ל. ועיי"ש בהגהות והערות על הטור שרוצה לחלק בין שינוי בקצבה מחמת יוקר השעה שבזה אומרים ד"ד דינא ושכ"ד הרמ"ה, לבין שסתם מחדש תוספת למס מדעתו שבזה אין ד"ד דינא. ור"ל שלפי זה אפ"ל שהרמ"א סובר כרמב"ם (שגם יסבור חילוק זה) ונשאר בצ"ע על הב"י וד"מ עיי"ש.

### 3. דבר שאין בו הנאה למלך

הנמו"י בב"ב (דף כט, א מדפי הרי"ף) רוצה להוכיח מהגמרא שד"ד זה אפילו בדברים שאין בהם הנאה למלך, שהרי משמע בגמרא שמד"ד קונים דווקא בשטר. ולכאורה איזו הנאה יש למלך אם יקנו בשטר או באופן אחר, אע"כ מוכח שד"ד זה אפילו בדבר שאין בו הנאה למלך. וכ"ד הריטב"א בגיטין (ו) שהרי רואים בגמרא ב"ב הנ"ל שמד"ד מועילה חזקה לגוי בקרקע לאחר מי שנה, ולכאורה גם בזה אין הנאה למלך. וכ"כ הרי"ן בגיטין והשטמ"ק בגמרא ב"ב (נד).

לעומתם מביא הריטב"א (בגיטין י) דעה אחרת שדווקא בדברים שיש בהם הנאה למלך אומר ד"ד, וראייתם מהגמרא ב"ב שהמלך אומר לא לקנות קרקעות אלא באגרתא, והטעם כדי שהמלך יצטרך לחתום וייטול חלקו. וכן ממשי"כ בגמרא שם דקטלי דקלי ועבדי גשרי ועברי עליהו (וכנראה שמקבלים על זה מס ממי שעובר על הגשר).

וכ"כ הרמ"א (סימן שסט, סיי"א) שד"ד זה דווקא בדבר שיש בו הנאה למלך או לתקנת בני המדינה, ונמוקו דאלי"כ בטלו כל דיני ישראל.

וכ"פ בשו"ת רב פעלים להגאון רבי יוסף חיים (בעל הבן איש חי) בעניין אשה שקנתה חצר מנכסי מלוג ורוצה למכרה, ובעלה מעכב כי יש לו פירות, והיא טוענת שאין לבעלה זכות מצד ד"ד.

ועוד אישה שבעלה כתב לה קרקע שלו בטאבו על שמה מנכסי מלוג שלה והיא רוצה למכור והוא לא וכנ"ל.

ומשיב הגרי"ח עפ"י ד מרן השו"ע בסימן סח, ס"א שפסק כרמב"ם ששטרי מתנות שנעשים בערכאות הרי הם כחרס, וטעמו (כמ"שהב"י בשם המ"מ) שד"ד זה דווקא כשיש תועלת למלך,<sup>5</sup> אבל בבין אדם לחברו אינו דין, ושכ"כ בשו"ת אבקת רוכל. וכך קימ"ל.

ממילא אומר הגרי"ח מה שיצא מהמלך שעושים קניין בטאבו קניין מוכר ומתנה יש לקיים מדין ד"ד כי יש בזה הנאה למלך (כי הוא מקבל דבר קצוב מכתובת השטרות, וגם כבוד המלכות שיקראו על שמו, כ"כ חת"ס). אבל

---

<sup>5</sup> ושכ"ד נמו"י בשם ר"י וכד' הרמב"ן וכ"כ הב"י בשם מהר"י ישראל. (בסימן שסט).

בעניין שתמכור ע"ד עצמה בזה אין הנאה למלך (לא משנה לו ברשות מי הקרקע) לכן בזה לא אומר ד"ד והולכים אחר דין תורה.

ואומר הגרי"ח שכ"כ החת"ס (חוי"מ סימן קמ"ו) בעניין אשה שבעלה נתן לה בית וכתבו על שמה ולפני שמתה עשתה צוואה וסילקה אותו מירושתה.

לא שייך בזה ד"ד, כי למלך לא אכפת על שם מי זה, העיקר שקיבל חלקו.

והניף ידו הרב פעלים ג"כ בח"ב סימן טו בענין קרקע שרשומה בטאבו ע"ש ראובן שמת, ושהבנות רוצות ג"כ לזכות בירושה מצד ד"ד.

ועונה ע"כ שאמנם יש כמה פוסקים קדמאי שאומר ד"ד גם כשאין הנאה למלך, בכ"א לא יועיל לומר קי"ל כוותיהו, שהרי קבלנו הוראות מרן וכמ"ש בסימן ס"ח וכנ"ל, ומשי"כ הרמ"א (סימן ס"ח) ובכ"מ שמשפטי המלך וכו' כשרים ואפילו שטרי מתנות מכח ד"ד, אין כן דעת מרן ז"ל וכו' וגם כאן אין הנאה למלך כי לא משנה לו אצל מי הנכסים.

וכ"ד הפחד יצחק (לרבי יצחק למפרנוטי זצ"ל) שאם זה להנאת המלך לכו"ע ד"ד דינא.

הרשב"ץ (בתשו' ח"א סימן קנח) מסביר אחרת בדעת הרמב"ם, ונבאר אי"ה: הרשב"ץ בתחילה רוצה לומר שאומר ד"ד רק בדברים שמגיע למלך הנאת ממון מהם, אבל אם אין למלך הנאה מזה אפילו שהם חוקים חקוקים למלך אינו דין כלל, ושלפ"ד אלו פסק הרמב"ם ששטרות העולים בערכאות שאין בהם עדות של נתינת ממון, כגון שטרי מתנה הם פסולים (כיוון שאין בזה הנאה למלך) ומקורו מהגמרא גיטין: הני"ל, ומשמע לרמב"ם ששני הלשונות חולקים והלכה כלשנא בתרא ("חוף מכגיטי נשים").

אך אומר הרשב"ץ אבל אח"כ מצאתי שהרמב"ם סובר שבכל עניין של הורמונות הדין דין, אפילו בדברים שאין בהם זכות ממון (וכמ"ש בגמרא ב"ב נד, א שנכסי הגויים ה"ה כמדבר, והמלך אמר לא ליקני אלא באגרתא).

אז קשה מדוע הרמב"ם לא פסק שגם שטרי מתנה העולים בערכאות קונה? ועונה שאפ"ל שהרמב"ם לא פסל שטרי מתנה רק במקום שאין הורמונותא דמלכא בערכאות (עיי"ש שדן עוד בדעת הרמב"ם).

יוצא שהתשב"ץ למד ברמב"ם שאפילו בדבר שאין בו הנאה למלך, אם הוא מחוקי המלוכה דינו דין. (דלא כמו שלמד המ"מ הני"ל והגרי"ח בדעת הרמב"ם).

ובדעת השו"ע רואים שהרב פעלים לומד מסימן ס"ח שהו"ס שאומר ד"ד דווקא בדבר שיש בו הנאה למלך.<sup>6</sup>

#### 4. תקנה לכל בני המדינה

הרמב"ם (פ"ה מהלכות גזילה הי"ג-י"ד) כותב: ... כללו של דבר כל דין שיחוקק אותו המלך ולא יהיה לאדם אחד בפני"ע אינו גזל וכ'.

וכ"כ הטור וז"ל (שאומר הב"י שהם דברי הרמב"ם הנ"ל) בד"א (שד"ד דינא) בדבר כללי שגוזר על כל בני מלכותו.

וכ"כ הב"י (בס"ס) בשם מהר"י ישראל.

בדעת הרא"ש נחלקו הדעות, ונסביר אי"ה לקמן:

הרא"ש בפרק ארבעה נדרים (כך מביא הב"י בסימן שסט אות יד, ואומר הגוה"ע שאצלנו ברא"ש אין דברים אלו ואף זו השמטת הצנזור) מביא את ר"ת שסובר שדינא דמלכותא דווקא כשהמלך משווה גזירותיו על כל בני מלכותו, אבל אם הוא משנה למדינה אחת לאו דינא הוא. ור"ת מביא ראיה והרא"ש דוחה ראיתו.

הטור כותב "וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה".

בהגוה"ע מביא שם שני הסברים: (1) והרא"ש סובר כר"ת שאמנם הרא"ש דחה ראיית ר"ת אך לדינא הוא מסכים אתו. (2) נראה מהב"י שהוא לומד שהרא"ש חולק על ר"ת.

הב"י מביא (בסימן שסט, מחודשים ב) בשם המהרי"ק שורש קצד ששפיר נקרא ד"ד אעפ"י שהיהודים פורעים יותר מהערלים, מאחר שכל היהודים פורעים כך – זה נקרא שמשווה מידותיו.

יוצא לפי המהרי"ק שלכל בני המדינה זה לאו דווקא אלא אפילו אם דין זה הוא לכל יהודי המדינה גם זה נקרא לכל בני מדינתו.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> והביא כמה פוסקים שיצאו בחריפות כנגד מי שעשה ירושה בערכאות שזה ממש כעקירת מצוות התורה ושכ"כ הרשב"א בתשובה (הביאה ב"י ח"מ סימן כו מחודש ז). פסקה הרמ"א בסימן שסט, וכ"כ מהר"ם חזן והכנה"ג (חוי"מ סימן רעו), הרב משא מלך וכ"כ הגחדי"א בספר יוסף אומץ סימן ה ועוד.

<sup>7</sup> וצריך להגדיר מה בין זה לבין בעלי אומנות מסוימות וכדלקמן.

וכ"פ בשו"ע סימן שסט ס"ז וסי"ח וז"ל וכן מלך ששם מס על בני העיר או על כל איש ואיש דבר קצוב משנה לשנה וכי' שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך וכי' וכיוצ"ב אינו גזל וכי'.

כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני"ע אינו גזל וכי'. (העתיק לשון הרמב"ם הנ"ל משמע שסובר כמותו הנ"ל).

הרמ"א אומר שאם חקק לבעל אומנות אחת, כגון שחקק למלוי בריבית איזה דבר י"א (מהרי"ק שרש סו) דלא אמרינן ביה ד"ד דינא הואיל ואינו חקוק לכל.

### 5. קרקעות ומטלטלטיין

ישנם דעות שדווקא בקרקעות ודומיו אומרים ד"ד דינא ויש חולקים, ואי"ה נבאר שלש שיטות:

הב"י (בסימן שסט) מביא רא"מ<sup>8</sup> שסובר ד"ד דינא דווקא בדינים התלויים בקרקע כמו מכס, שהמלך אומר לא יעבור אדם בארצו אם לא שיתן מכס (זה כמו הגמרא ב"ב נ"ד: מלכא אמר מאן דיהיב שסקא ליכול ארעא), וגם מס גולגולת שהמלך אומר אם לא יתן המס לא יהיה בארצי. והטעם כיוון שזו ארצו, וגם הדיוט שיש לו קרקע א"א ליהנות מהקרקע שלו אלא לפי תנאו.

המרדכי (בפי הגוזל בתרא) הביא דברי הרא"מ, ולאחר מכן הביא דברי הראב"יה שאומר שיש חולקים על הרא"מ וסוברים שד"ד דווקא לעניין ארנוניות ומשפטי המלכים (כמ"ש הרשב"ם בפי ח"ה נד, ב) אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא שלא, דא"כ בטלת כל דיני התורה ח"ו.

השטה השלישית: הד"מ (ג) מביא מרדכי (פ"ק דגיטין שכה) שאומר ד"ד דינא גם בעניינים שבין ישראל לחברו וכמ"ש תוס' ותה"ד (שט הו"ד בדרכי משה שנו, ד) לעניין משכון וכנ"ד מהרי"ק (שורש קצא) בשם הרשב" (מובא בד"מ סק"ג).

הסמ"ע מוסיף תנאי נוסף:

עמש"כ השו"ע (סימן שסט ס"י) שמלך שהיו דיניו שכל שלא יתן המס על השדה תהיה השדה לנותן המס וכי' שדין המלך דין הוא. אומר הסמ"ע (סקי"ד) שבימיהן גוף השדה היה שייך למלך והישראל או העכו"ם מחזיקין בהם

<sup>8</sup> וכ"כ השטמ"ק בנדירים כח בשם רבינו הקדוש (וצל"ע מיהו).

ונותנים כל שנה מס קצוב למלך, אבל אם גוף הקרקע שייך לישראל אז איי להפקיע ממנו בגלל שלא נתן המס.

יוצא שהסמ"ע מסייג דין זה דווקא אם גוף הקרקע לא שייך לישראל, אחרת לא יועיל ד"ד להוציא ממנו הקרקע.

הרמ"א בשו"ע סח הביא את שתי הדעות וז"ל:

י"א ד"ד דינא רק במיסים ומכסים התלויים בקרקע (רא"ש ומרדכי), וי"ח (מרדכי בשם תו"ס ותה"ד) וס"ל דאמרינן בכל דבר ד"ד דינא וכן היא העיקר (כדעה שנייה).

#### 6. ד"ד דינא במשפטי הערכאות

הרא"ש (גיטין פ"ק ריש סימן י) סובר דינא דמלכותא בכל השטרות זה דווקא במלך שמקפיד שלא לעשות שטר אלא בערכאות (אחרת לא אומרים ד"ד בשטר מתנה וכדי שעל ידו השטר נגמר) וכנ"ד רבינו יונה.

לעומתו הריב"ש (סימן תצג) אומר שכל שהערכאות ממונים עפ"י המלך זה נקרא ד"ד, אעפ"י שהוא לא מקפיד שיעשו השטרות דווקא בפניהם (בכל שטר שעשו בפניהם).

נקודה נוספת בענין זה הם דברי הרשב"א: הרשב"א בתשובה (ח"ג סימן קט) אומר שלא אומרים ד"ד אלא בדברים שהם מדיני המלוכה, אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפט המלוכה וכי שאם אי אתה אומר כן בטלתם ח"ו דיני ישראל.

ועוד הביא הד"מ בעת המהרי"ק והמרדכי שכולם שווים בזה.

מבאר הסמ"ע (ס"ק קכא) דברים אלו, שאעפ"י שהמלך גזר לילך אחר הערכאות אין בזה ד"ד להיות חייבים לדון בערכאות ח"ו דעל כזה לא אמרו, רק על מה שמחוקי המלוכה.

לפי"ז מוסיף הסמ"ע גם מש"כ מורם בסעיף ח "ויש חולקים, ר"ל שבכל דבר אומרים ד"ד פירש כוונתו כרשב"א הנ"ל, ומש"כ בכל דבר הכוונה אפילו לא מיסים וארנוניות (אך לא לדון בערכאות).

וכ"כ הרמ"א (סעיף יא) הנושא אישה במקום שדנין בדיני גויים ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אישה ע"ד המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני גויים דאם מתה לא יורשה בעלה וכו', וליכא בזה ד"ד,

דלא אמרינן ד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני הגויים דא"כ בטלת כל דיני ישראל ח"ו.

### **7. להתיר האיסור**

תשובת התשב"ץ ח"א סימן קנח :

בדבר שיש בו איסור לא אומר ד"ד דינא. (אפילו לעבור על איסורי דרבנן).

ומה שבגזל אומר ד"ד כי ע"י ד"ד אז חזר איסור גזל כהיתר, כי מצד ד"ד מותר לנהוג כך.

לדוגמא : מלך שמינה דיין יחיד, ושהוא יצטרך לדון שונאו ואוהבו- זה נקרא איסור ולא אומרים בזה ד"ד דינא.

וכ"כ החת"ס בתשובת חח"מ סימן מד :

...ומ"מ כ"ז כשאינו מתנגד למש"כ בתורה בהדיא, אחרת לא שומעים אפילו למלכי אוה"ע (וזה מבואר ברשב"ם), אבל מה שלא מתנגד ד"ד (כגון שקונים קרקע רק בשטר) גם במלכי ישראל מועיל, ולא מבעי מנהגי ונמוסי המדינה [שיכול המלך לקבוע וד"ד] שבין אדם לחבירו (כגון קניין קרקע בשטר) אלא אפילו הטלת מיסים וארנוניות כי בני המדינה מוחלים ע"כ וכו'.

וכ"כ השד"ח בכללים.

הרב מקנה אברהם בפ"ה כתב בשם הרדב"ז (ח"א סימן מ"ח) והתשב"ץ (שם) דדוקא לעניין ממון אומר ד"ד דינא ולא לעבור על איסור אפילו איסור דרבנן.

### **ג. טעמי דינא דמלכותא דינא**

א. הר"ן כותב (על הגמרא בנדרים כח,א) בשם התוספות שאומר ד"ד דווקא במלכי אוה"ע מפני שהארץ שלו ויכול לומר אם לא תעשו מצוותי<sup>9</sup> אגרש אתכם מן הארץ, אבל במלכי ישראל לא כי הארץ שייכת לכל ישראל בשותפות. (כלומר כעין הבעלים על קרקע שמשתמשים בקרקע עפ"י הכללים של הבעלים).

---

<sup>9</sup> כעין זה כתב הב"י בשם הרא"מ כנ"ל (בסימן שסט) דדיניו דין שארצו היא ואינו רשאי שיעמוד בארצו אלא במצוותו, ומלכי ישראל אין ד"ד לפי שא"י הונח לכ"א מישראל וכו'. וכ"כ בשמ"ק בנדרים כח.

ב. רשב"ם (ב"ב נד) כותב... שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא וכו'.<sup>10</sup>

ג. הריטב"א (בגיטין י, ב) אומר שכשאומרים ד"ד דינא אין המוכר יכול לחזור בו עוד וכשיחזיק בה הלה זכה בה בחזקה או שקונה בשטר מדין סיתומתא (וכ"כ השטמ"ק על הגמרא ב"ב נ"ד). כלומר מה שאמר שמואל שקונים באופן הזה (שטרות העולים וכו') ואומר שהרי"פ הביא שני הלשונות ולא פסק כאחד מהם.

ד. החת"ס בשו"ת חו"מ סימן מד כותב שהטעם כי בני המדינה מוחלים על כך. ויש נ"מ בין הטעמים, כגון האם ד"ד הוא במלכי אוה"ע או אפילו במלכי ישראל. לפי טעם הר"ן דין זה שייך דווקא במלכי אוה"ע שהארץ שלו, אך איי אינה שייכת למלכי ישראל אלא לכל עם ישראל. אבל לפי הטעמים האחרים לכאורה אין הבדל בין מלכי ישראל למלכי אוה"ע. וכן יש לבחון כל אחד מהגדרים הנ"ל לפי כ"א מהטעמים הנזכרים.

#### ד. תשובות מאחרוני זמנינו:

תשובות מאג"מ להגר"מ פיינשטיין:

חו"מ א סימן פח:

בענין הברחת מכס וערמה

הנה וודאי צריך תשובה ע"ז וכ' וחפצים שבעין צריך להחזיר וכו' ואם אינם בעין מסופקני אם יש דין תשלומים וראוי להחמיר, וכ"ש באינם בעין באיבד בידים שצריך להחמיר וכו'.

חו"מ ב סימן ל:

בענין גניבת תשובות לשאלות מבחני סיום שעושה המדינה:

---

<sup>10</sup> בספר איילת השחר שאל שאם קבלו עליהם מאי הוי ומבאר עפ"י מה שכתב רש"י בגיטין (ט, ב) שד"ד זה מחמת שבני נח מצווים על הדינים. ואולי המשמעות שהתורה ציוותה שיעשו דינים ומשפטים כפי שיגזור שכלם לטובת בני המדינה. ואם כן יש לזה תוקף עפ"י דין תורה. אלא שרשב"ם שואל מילא אם כל המדינה רוצה אבל המלך שהוא יחיד איזה תוקף יש לדבריו? ועל זה אמר שכל בני המדינה מסכימים לדבריו, ולא עוד אלא שגם לבני ישראל הדרים במדינתו מועיל מה שקבע והנהיג המלך.

הנה בדבר שאלתו על מה ששאל ש... מתירים לתלמידים לגנוב את התשובות לשאלות במבחני הסיום שעושה המדינה כדי להונות את המדינה ולקבל את התעודות שגמרו בטוב- הנה דבר זה אסור לא רק מדינא דמלכותא אלא מדין התורה וכו'.

שם סימן כט :

וודאי אנו מוזהרים מהשי"ת שציוונו בתוה"ק להיזהר מליקח יותר מכפי שתנאי הממשלה (מוסדות שצריכים לדווח ומקבלים תקציבים לפי הדיווח) קבעו ליתן, אף שיכולים להשיג יותר מאיזה פקידים שירצו להיטיב להם שלא כהתנאים הקבועים, וכ"ש שאסור לשקר במס' התלמידים וכו'.

שו"ת מנחת יצחק ח"ב סימן צה :

בענין אבא שנפטר ולא השאיר צוואה שעל פי ד"ד מגיע לבנות חלק שווה בירושה כבנים, ועל פי התוה"ק לא. השאלה 1: האם הבנות מותרות לבקש מאחיהן חלק בירושה ? 2) האם חייבות ליתן פטור על המגיע להם עפ"י ד"ד ?

הנה בוודאי שא"י לבקש (הבנות) חלק בירושה מחמת ד"ד, דל"ש בכה"ג דינא דמלכותא כמ"ש בתשו' ברכת יוסף (חו"מ סימן כב) ובתשו' מהרי"א אסאד (חו"מ סימן קיד), עיי"ש.

ובנוגע אם מחויבות הבנות ליתן כתב פטור וסילוק מהירושה בנימוסיהן- יש בזה נידון בגדולי הפוסקים מהרי"י בסאן- סובר שאין הבנות חייבות לכתוב שטר סילוק מהירושה בדינהן וצריך הבן לפייס את אחותו שתיתן לו פיטורים. ומהרי"ט חולק שהבנות חייבות ליתן שטר זה מדין השבת אבידה. וכנ"ד החת"ס שיש בנידון כזה לנדותם עד שיתנו שטר זה.

ולמעשה יש ג' חלוקות :

1) אם בחוק כותבים לכ"א מהיורשים מעניין חלוקת הירושה ומי שאינו משיב הפסיד את חלקו. אז כופין את הבנות לא להשיב לכו"ע.

2) היכן שצריכים לחתום על שטר פטור ויש להם טענה פרטית שיגיע להם הפסד בממון שיש להם מקודם ע"י חתימתן- כנראה שא"א לכופין לחתום, אבל דבר זה צריך לברר לפני בי"ד וכו'.

3) היכן שצריכים לחתום על שטר פטור שאין להם טענה פרטית-יש בזה פלוגתא בין גדולי האחרונים איך להורות הלכה למעשה, ומביא בסוף דבריו ולפי מש"כ מוכח מדברי החת"ס דס"ל לפשטות דיכולין להכריחם ליתן פטור.

שם ח"ה סימן מז אות ז :

שאלו בעניין בחורים אחרי המלחמה שנשאו נשים בלי בדיקה, ואח"כ באו בעליהן וכבר נשים אלו מעוברות – והילדים האלה גדלו והשאלה האם יכולים לישא שפחה כדי לטהר את הילדים שלהם (כיוון שמדינא דמלכותא אסור לקנות עבדים או שפחות).

והביא מערכה לקראת מערכה האם נוהג היום דין עבדים ושפחות דהוי כנגד ד"ד. מהריב"ל מהרשד"ם ועוד סוברים שאומרים בכה"ג ד"ד דינא, למרות שזו גזירא רק ליהודים כמ"ש המהרי"ק בשם המרדכי שגם במקרה כזה זה נקרא תקנה לכל בני המדינה, כיוון שזה לכל יהודי המדינה וממלא אין לעשות תקנה ר"ט להתיר ממזרים כיוון שמד"ד אין דין שפחות.

מאידך יש סוברים (כנה"ג, מג"א ועוד) שבכה"ג לא אומרים ד"ד דינא, וממילא אפשר לקיים את תקנת ר"ט.

המנח"י בתחילה ר"ל שאולי במקרה כזה שזה נקרא כמו במקום עיגון ואולי אפשר לצדד ולהקל (עיי"ש בפרטים איך בדיוק הממזרים יבצעו זאת) אך מסכם שכיוון שלא ראינו שעשו כך כנראה יש לכך טעם חזק.

ולכן למעשה נראה שדעתנו נוטה שלא לעשות תקנה זו.

## שיטת הרמב"ם בקנין במלוה

### ראשי הפרקים

- א. פסיקת הרמב"ם
- ב. השגת הראב"ד
- ג. יישוב המגיד משנה
- ד. קושיית הלח"מ: סתירה ברמב"ם
- ה. יישובים לסתירה ברמב"ם
  - 1. הסבר האבני מילואים
  - 2. הסבר המשנת יעב"ץ
- ו. מלוה בפדיון הבן
- ז. מלוה בעבד עברי
- ח. יישוב תוס' ר"י הזקן (ראמ"ה)
  - 1. הסבר המשנת יעב"ץ
  - 2. הסבר עפ"י אבן האזל

### א. פסיקת הרמב"ם

הרמב"ם בפ"ז מהלכות מכירה ה"ד כתב וזה לשונו: מי שהיה לו חוב אצל חבירו, ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך, ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע. לפיכך, אם מכר לו קרקע בחובו, אין אחד מהן יכול לחזור בו, ואף על פי שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר, עכ"ד. כלומר, ראובן הלוח כסף לשמעון, ואחר כך אומר לשמעון שימכור לו חבית יין, והתשלום עבור החבית הוא מחילת החוב, ושמעון הסכים, יש כאן מכירה. במכירת מטלטלין, הדין הוא שמשיכה קונה ולא מעות קונות (ובנידוננו "המעות" זהו החוב), אבל החוזר בו מקבל עליו "מי שפרע" (ב"מ מז, ב). במכירת קרקעות, מעות קונות מכר גמור (קידושין כו, א בשנה). והרמב"ם משמיענו שגם חוב חשיב קנין מעות.

## ב. השגת הראב"ד

הראב"ד על אתר השיג על הרמב"ם, וזה לשונו: אמר אברהם לא ידעתי זה למה, שהרי הושוו הגאונים כולם מלוה להוצאה ניתנה, ואינה כנתינת מעות כלל. והכי אמרינן בקדושין (מז, א), ושויין במכר שזה קנה. ואי מלוה להוצאה ניתנה, במאי קני? עכ"ד לענינו. כלומר, דהראב"ד חולק על הרמב"ם וסובר שראובן לא יוכל לקנות את היין משמעון, במחילת החוב ששמעון חייב לו. והראב"ד מביא ראיה מהגמרא בקידושין מז, א, שהגמרא משווה מכר לקידושין, ולרב שאומר שאשה לא מתקדשת במלוה, משום שמלוה להוצאה ניתנה,<sup>1</sup> אין כאן כסף לקדש בו, וכן הלכה, אם כן גם במכר נאמר שמלוה להוצאה ניתנה, ואין כאן מעות כדי לעשות קנין מעות, ולכן אומר הראב"ד שאין מכר בכהאי גוונא, וקשה לרמב"ם מהגמרא.<sup>2</sup>

## ג. יישוב המגיד משנה

המגיד משנה תירץ את דעת הרמב"ם, שהגמרא בב"מ מו, ב ובקידושין כח, ב, אומרת [לגרוס במשנה קידושין כח, ב, לפי שיטת רב נחמן, שכמותו פוסקים (להלכה)], ויש דמים שהן כחליפין. כיצד? החליף דמי שור בפרה, או דמי חמור בשור. [אמנם, להלכה יש חילוק בין הנידון בגמרא, ובין המקרה של הרמב"ם, כמובא בהערה.<sup>3</sup> ואולם], רואים מהגמרא ב"מ מקור לרמב"ם, שחוב נחשב כמעות, ואפשר לקנות בחוב. ומוסיף המ"מ, שהרמב"ם נקט להלכה כהגמרא בב"מ מו, ב, ולא כהגמרא בקידושין מז, א, משום שסמך על ה"סוגיא הנאמרת

<sup>1</sup> בחידושי הריטב"א לקידושין (שם, ד"ה אמר) כתב וז"ל: מאי טעמא מלוה להוצאה ניתנה. פירוש, ואין למלוה בה כלום, ואינה דעתה אמלוה ולא אהנאה דידה שנפטרת ממנה, עד שיאמר לה בפירוש בהנאת מחילתה.

<sup>2</sup> יעויין חידושי הרי"מ לקידושין מז. שביאר המחלוקת. דלראב"ד, בעינן דמי קידושין ודמי מכר. ולרמב"ם, במכר בעינן שיקנה השדה בשווייה ולא דמי השדה. יעוי"ש שביאר באורך.

<sup>3</sup> הגמרא שם אומרת, שרב נחמן הולך בשיטת רבי יוחנן, שכדי לקנות מטלטלין התורה אומרת שמעות קונות, וחכמים תיקנו שמשכיכה קונה. אבל, המשנה אומרת (ב"מ מד, א) שאם היה קנין מעות (ללא קנין משיכה), וכעת אחד הצדדים רוצה לחזור בו, יש בזה קללת "מי שפרע", וכן הלכה. ולכן, הרמב"ם פסק שאם קנה מטלטלין בחוב, שנחשב כקנין מעות, יש מי שפרע, ולא קנין גמור. אבל, רב נחמן אומר שכאשר החוב נוצר ממכר, אפשר לקנות בחוב זה כקנין מעות, והוא קנין גמור לקנות בו, ולא רק לענין מי שפרע, ומשום שחכמים גזרו רק בקנין מעות רגיל שאדם משלם כסף תמורת החפץ, אבל כאשר "מחליף" את החוב שנוצר ממכר במכר אחר, כיון שזה דבר שאינו שכיח, חכמים לא תיקנו שמשכיכה קונה, אלא השאירו את הדין דאורייתא, שקנין מעות קונה לגמרי (הגמרא אומרת שזה "כמו" קנין חליפין, דבאמת זהו קנין מעות. וכן נקט הרמב"ם בפ"ה ממכירה ה"ד. ויעויין בזה בספר חידושי בית ישי להרב שלמה פישר (סימן ה ד"ה דהנה הה"מ ואילך), הביא מח' האחרונים, אי אתינן עלה מטעם קנין מעות או מטעם קנין חליפין).

במקומה". כלומר, דהסוגיא בב"מ עוסקת בקנין מעות, ולכן יש לנקוט כסוגיא זאת, ולא כהסוגיא בקידושין שעוסקת במקדש בשווה פרוטה. [הבית יוסף בסימן קצט (ס"א ד"ה בחידושי), הביא בשם תלמידי הרשב"א מקור לרמב"ם שמלוה הוי כקנין מעות, מב"מ מח, א. כיעו"ש. והאבנ"מ הביא ראיה לרמב"ם שמלוה קונה במכר, מהמשנה בשקלים ד, ו, יעו"ש ד"ה ולענ"ד].

המ"מ כאן (וגם בפ"ה ה"ד ממכירה) כתב לשיטת הראב"ד, שיש להעמיד את הגמרא בב"מ מו, ב, שקנה בהנאת מחילת מלוה, ולא במלוה עצמה, ושכן דעת הרמב"ן והרשב"א<sup>4</sup> (וכן פירשו התוספות בסוגיא, בד"ה יש דמים, וכן ברא"ש קידושין פ"א סימן ה). והרמב"ם נקט כפירוש הרי"ף<sup>5</sup> ורי"ח.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> הראב"ד מעמיד באופן שהגיע זמן המלוה לפרוע, והמעות מזומנים ביד הלוה, והאשה היתה נותנת ברצון פרוטה למי שיאריך לה הזמן חודש אחד. והרשב"א הקשה על הראב"ד, דכל זמן שלא פרעה המעות, יכולה היא לפרוע לאחרים. ובספר ברכת שמואל (קידושין סימן ד אות ב) חקר, ד"מלוה להוצאה ניתנה" יש לפרש על ב' פנים. או דנאמר דאינה של המלוה כבר, מפני שנקנה אצלה הכסף מכבר. או דנאמר, דאע"פ שיש לו ממון אצלה, מ"מ לענין קנין לא הוי ממון, דבעינן נתינה ממש של בעין. ותלה בזה מח' הראשונים הנ"ל. דלראב"ד דמכיון דהדין דלהוצאה ניתנה, לא משוי לה לשאינו שלו, אלא דהוי חסרון לקנין כסף, ועל כרחק משום דליכא נתינה ממש, וע"כ כתב דאם הגיע זמן הפרעון ומעותיו בידו לפרוע, אז חשוב תו נתינה וחשוב גם המלוה כסף. ולרשב"א חשיבה מלוה אינו שלו, ולכן קשה שאינו מועיל מה שיש הכסף בידה לפרוע. ולראב"ד הכסף חשיב שלו.

<sup>5</sup> בחידושי הריטב"א (דלעיל, ד"ה ואמרינן) תמה, מדוע הרי"ף לא הביא את הדין שאין מכר במלוה, ותירץ, שהרי"ף סמך על מה שכתב שאין האשה מתקדשת במלוה כלל. ואמנם, הרי"ן (קדושין ד, א בדפי הרי"ף, ד"ה וגרסי) תירץ, שהרי"ף פוסק שמלוה קונה במכר, וכ"כ בפרק הזהב. וכדעת המ"מ.

<sup>6</sup> הרמב"ם כתב (אישות ה, טו), שאשה אינה מקודשת בהנאת מחילת מלוה. בשו"ת חלקת יואב (ח"א חו"מ סימן כב בהערה) הביא, דהרמב"ם בפ"ו מנדריס ה"ד כתב, שמותר למודר הנאה לפרוע חובו של מדיר, מטעם דמניעת תביעה אינו בכלל הנאה (וכן נפסק בשו"ע יו"ד סימן רכא סק"ה). והרדב"ז (הובא בבאר היטב שם) כתב ללמוד לפי"ז, דה"ה שמודר הנאה מחבירו, מותר לו למחול את חובו שיש לו אצל המדיר. ועפ"ז כתב החלקת יואב בדעת הרמב"ם, דבקידושין לעולם אין לאשה הנאה ממחילת מלוה, כסברת הרדב"ז, דהוא מבריה ארי בעלמא. ואע"פ שהאשה משיבה הן, שרוצה להתקדש בזה, מ"מ אין מזה ראיה דמחילת המלוה חשיב הנאה אצלה, דשמא רצונה להתקדש לו ולהיות אשתו, גם בלי קבלת הנאה.

והוסיף החלקת יואב, דעפ"ז גם אפשר ליישב קושיית הלח"מ שהובאה לקמן בגוף המאמר. דהרמב"ם פסק דמלוה במכר קונה, כיון דבמכר הלוה מגלה דעתו דמחילת המלוה חשיב הנאה גדולה אצלו, דהרי הלוה נותן למלוה בעד המלוה קרקע או מטלטלין, וכל שהלוה מגלה דעתו שמחילת המלוה שוה אצלו ממון, שוב לא הוי מבריה ארי. אבל בקידושין, ליכא שום גילוי דעת ממנה ששוה אצלה מחילת המלוה, דשמא רצונה להתקדש לו גם בלא כסף.

#### ד. קושיית הלחם משנה: סתירה ברמב"ם

הלחם משנה מכירה ה, ד הקשה כמה קושיות,<sup>7</sup> והקשה על הרמב"ם (בד"ה עוד קשה), דפסק לגבי מכירה שמלוה חשיבא כמעות, ואילו בהלכות אישות (ה, ג) הרמב"ם פסק שאשה לא מתקדשת במלוה?

ועוד קשה, דנתיבות המשפט (סימן קצט ביאורים סק"ב) הביא את תירוץ המ"מ לרמב"ם, וחש הנתיבות, דהוא גופא צריך עיון, שהגמרא סותרת את עצמה מב"מ לקידושין.

הלח"מ תירץ קושייתו על הרמב"ם כהמ"מ, והסוגיות בב"מ ובקידושין חלוקות, והלכה כהסוגיא בב"מ, ומלוה נחשב קנין מעות. אבל להלכה אשה לא מתקדשת במלוה מטעם אחר, משום דלא סמכה דעתה, עכ"ד.

#### ה. יישובים לסתירה ברמב"ם

##### 1. הסבר האבני מילואים

האבני מילואים (סימן כח סקט"ז) הביא את תירוץ המ"מ וקושיית הלח"מ, דמאי שנא קידושין ממכר. דאי נימא דמלוה חשיב כסף, א"כ שיועיל גם בקידושין. ואם מלוה לא חשיב כסף ומשום דלא יהיב מידי, דכבר הן ברשותה דידה, שגם במכר לא יועיל.

והביא האבני"מ, דהרמב"ם כתב בפ"ה מאישות הכ"ד, שאם קידש אשה במתנה על מנת להחזיר, אינה מקודשת משום ממה נפשך, דאם לא תחזיר אינה שלה, ואם תחזיר הרי לא נהנית. ואומר האבני"מ, שהגמרא בקידושין ו, ב אומרת לגבי מתנה ע"מ להחזיר, אלא אמר רב אשי, בכולהו קני לבר מאשה, לפי שאין אשה נקנית בחליפין. ולפי הרמב"ם, כמו בחליפין אשה אינה נקנית מדאורייתא, כך גם במתנה ע"מ להחזיר אשה אינה נקנית מדאורייתא.<sup>8</sup> ו"בכולהו קני", זה במכר ושאר דברים שמובאים בגמרא שם. אם כן מוכח, דאע"ג דבמתנה ע"מ להחזיר הוי כסף, וכדחזינן במכר ושאר דברים, מ"מ בקידושי אשה בעינן שהאשה נהנית, וכשאינה נהנית בשווה פרוטה, גנאי הוא לה לקדש נפשה בחינם. וזה לשון הרמב"ם בפ"ה מאישות הי"ג: המקדש במלוה אינה

<sup>7</sup> על הרמב"ם, הראב"ד והמ"מ.

<sup>8</sup> ואולם התוספות (שם, ד"ה לבר מאשה), פירשו את הגמרא באופן אחר, ומ"ש בגמ' לפי שאין אשה נקנית בחליפין, הכוונה, שאחר שהתורה אמרה שאשה לא נקנית בחליפין, חכמים גזרו שגם לא נקנית במתנה ע"מ להחזיר, משום דדמי לחליפין, שדרך העולם להחזיר חליפין. ואם יקדש במתנה ע"מ להחזיר, יבואו להתיר חליפין.

מקודשת. מפני שהמלוה להוצאה ניתנה, ואין כאן שום דבר קיים ליהנות בו מעתה, שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו. ומסביר האבנ"מ את החילוק בדברי הרמב"ם, דבקידושין דבעינן הנאה דווקא, ומלוה לא הוי הנאה אצל האשה הלוחה, שכבר עברה הנאתה. אבל במכר, דלא בעינן הנאה, דהא במתנה ע"מ להחזיר מהני בתורת כסף, הוא הדין מלוה נמי קונה בתורת כסף, אע"ג דליכא הנאה, שכבר עברה הנאתו (יעו"ש בדבריו, שהביא ראיה לרמב"ם דבעלמא מלוה מהני במכר).<sup>9</sup>

## 2. הסבר המשנת יעב"ץ

הרב בצלאל ז'ולטי (ח"מ סימן לב אות א) כתב לתרץ את דברי הרמב"ם, דכיון דמלוה להוצאה ניתנה, ואין על חוב תורת כסף, מה שיש למלוה לפני שגבה את החוב, זוהי רק זכות גביה, ואינו נחשב כסף אצל המלוה. אבל אצל הלוחה, החוב כן נחשב כסף, שהרי הוא צריך לפרוע חובו בכסף. וכאשר לא משלם את החוב, הרי זה כקניב כסף. ולפי זה, כאשר המלוה מוחל את החוב, אמנם כלפי המלוה אין זה נחשב שנתן כסף, אלא מחל על זכות הגביה, אבל כלפי הלוחה, זה נחשב שקיבל כסף בעין.<sup>10</sup>

ובזה תירץ הרב ז'ולטי (שם אות ב) את קושיית הלח"מ. דבקדושין פוסק הרמב"ם שמלוה לא מהני, משום שאצל המלוה חוב לא חשיב כסף. ונמצא, שהמקדש לא נתן כסף, אע"פ שמצד האשה נחשב שקיבלה כסף, ומשום דבקידושין בעינן "כי יקח" ולא כי תלקח (קידושין ד, ב). [והביא הרב ז'ולטי ראיה לזה, מדברי המשנה למלך בפ"ה מאישות ה"א. שהסתפק המל"מ, כאשר איש מקדש אשה באיסורי הנאה, שהרמב"ם פוסק שם שאינה מקודשת, מה יהיה הדין כאשר האשה מסוכנת, ומותר לה לאכול את האיסורי הנאה משום פיקוח נפש, האם בכהאי גוונא תהיה מקודשת. דאפשר לומר, שמה שאשה

<sup>9</sup> האבנ"מ הביא אפשרות נוספת להסביר מדוע הרמב"ם חילק בין קידושין למכר. בקידושין לומדים כסף משדה עפרון, ושם אברהם אבינו נתן כסף. ומש"כ קנין קרקע בכסף, לומדים בקידושין כו. מ"שדות בכסף יקנו" (ירמיה לב, מד), וקרקע נקנית במלוה, משום דמלוה נמי חשיב כסף. וכ"ז לדידן, ואילו לרב אין חילוק בלימודים בין קידושין ובין קנין קרקע, ולכן הגמרא בקידושין מז, ב אומרת לרב, דמכר וקידושין שוין. יעו"ש בדבריו, שהביא נ"מ בזה. ויעוין עוד בחידושי הרי"מ (הובא לעיל בהערה), שג"כ כתב להסביר שיטת הרמב"ם ע"פ הלימודים הנ"ל.

<sup>10</sup> המשנת יעב"ץ הביא, דרש"י חולק, וגם חוב חשיב כסף אצל המלוה. ותלה בזה מחלוקת רש"י והרמב"ם אם קנין אגב מועיל בחוב. דלהרמב"ם מכירה ו, ז קנין אגב לא מהני בחוב, משום דחוב לא חשיב כסף אצל המלוה, ולכן לא יכול להקנותו אגב קרקע. ורש"י בכתובות נה, ב סובר שקנין אגב מהני בחוב, ומשום דהחוב חשיב כסף אצל המלוה, כיעו"ש בדבריו.

אינה מקודשת באיסורי הנאה, הוא משום שאינה יכולה ליהנות ממנו, ובענין זה שהיא חולה, יכולה ליהנות. או אולי, הטעם שאינה מקודשת באיסורי הנאה, הוא משום שלמקדש אינו שווה כלום, ונמצא שלא נתן לה שווה פרוטה. ולפי זה, אף אם היתה חולה אינה מקודשת, דנהי דלדידה שרי, מ"מ המקדש לא נתן לה כלום, כיון דלדידה אסור בהנאה. או מצד אחר אינה מקודשת, דכיון שהמקדש נתן לאשה איסורי הנאה, כאשר הוא מקדש בהם, נהנה מאיסורי הנאה, ולפי זה גם כן, אף אם היתה חולה, אינה מקודשת. והמל"מ (בד"ה שוב האיר ה' את עיני) הביא את דברי הריטב"א בחידושו (קידושין נו, ב), שכתב בזה וז"ל: ואפילו היא חולה שראויה ליהנות בה אינה מקודשת, דלאו ממונא יהיב לה. רואים מהריטב"א, דאף דאצל האשה חשיב כסף, מ"מ בעינן שגם אצל המקדש יחשב כסף, והוי סיוע להני"ל]

אבל במכר מלוה קונה, שהרי בהלכות קנינים לא בעינן נתינת כסף מיד הקונה למקנה, אלא כיון שהמקנה קיבל כסף, הוא מקנה את החפץ לקונה. וחוב נחשב כסף לקנות בו, כיון שאצל המוכר (שהוא הלוח), חוב חשיב כסף.

[הוסיף המשנת יעב"ץ (באות ו) לחלק, שאמנם א"צ אצל הקונה תורת כסף, אבל מ"מ צריך שיתן שיווי כסף (והוצרך לזה, כדי שלא יקשה מהרמב"ם עירובין ב, ב, שכתב וז"ל: שוכרין מן העכו"ם אפילו בשבת, שהשכירות כביטול רשות היא, שאינה שכירות ודאית אלא היכר בלבד, לפיכך שוכרין מן עכו"ם אפילו בפחות משווה פרוטה. ולפי מה שהובא לעיל שצריך שהמקנה יקבל כסף, לכאורה הרמב"ם היה צריך לכתוב, שאפשר לקנות מהגוי בפחות מש"פ, משום שאצל הגוי המשכיר פחות מש"פ נחשב ממון, והמקנה קיבל כסף. אבל הרמב"ם כתב, שיש קנין שכירות בפחות מש"פ, משום שהיא אינה שכירות ודאית אלא היכר בלבד, ומשמע דגם גבי מכר אזלינן גם בתר הקונה, דרק מצד הקונה (מהגוי) יש חסרון שמשלם פחות מש"פ, ובכל אופן יש קנין מצד שהיא אינה שכירות ודאית אלא היכר בלבד. וביאר המשנת יעב"ץ, דהרמב"ם הוצרך לנמק כן, משום שמדובר בפחות מש"פ, דמלבד שאין על זה תורת כסף לקנות בו, אין זה גם דמי שיווי המכר, שהרי אין שיווי כלל לפחות מש"פ. ובזה אזלינן גם בתר הקונה, דאם הקונה לא נותן למוכר דמי שיווי המכר שקונה, לא מהני לקנות מתורת כסף, גם אם אצל המקנה זה חשיב ממון, דכיון שאין הקונה נותן למוכר דמי שיווי המכר, אין עליו שם קונה כלל (ומכיון שבשוכר מן הגוי בפחות מש"פ אין גם שיווי השכירות, הוצרך הרמב"ם לכתוב שאינה שכירות ודאית, אלא היכר בלבד. ומשא"כ בחוב דקונה במכר לדעת הרמב"ם, וכמו שהובא לעיל, היינו משום דחוב הוא דמי שיווי המכר שקנה, אלא דלא מהני

מתורת כסף קנין, כיון דלא הוי כסף בעין. אבל מאחר דאצל הלוחה שהוא המוכר חוב חשיב כסף בעין, לכן זה קונה מתורת כסף. עכ"ל].

### ו. מלוה בפדיון הבן

האבנ"מ שם הקשה לחילוקו ברמב"ם, שבבכורות מט, א נחלקו רב ושמואל, כאשר האב נותן לכהן מעות בתוך שלושים, כדי שיהיה בנו פדוי לאחר שלושים, ובנתיים נתאכלו המעות. רב סובר שבנו פדוי. כמו שבקידושין אם נותן לאשה מעות על מנת לקדשה לאחר ל' ונתאכלו המעות, הקידושין חלים, כך גם בפדיון הבן, הבן פדוי. ושמואל סובר, שאין הבן פדוי. דווקא בקידושין זה חל, משום שבידו לקדשה כעת, ומה שאין כן בפדיון הבן, אין ביד האב לפדות בתוך ל'. וכתב האבנ"מ, דמבואר בגמרא, דבמלוה שהיה כבר ביד כהן, אליבא דכו"ע אין בנו פדוי.<sup>11</sup> והקשה האבנ"מ, דמאי שנא מלוה בפדיון הבן דלא מהני, ממלוה במכר דמהני?

ותירץ האבנ"מ בדרך אפשר, דפדיון הבן שאני, דאפילו בשטר חוב של אחרים (שאבי הבן הלוחה כסף לאחרים, ואת השט"ח נותן לכהן) אין פודין, ומשום דאין גופן (של השטרות) ממון. וזה הטעם גם במלוה, שאבי הבן הלוחה מקודם לכהן לא מהני, מטעם זה שאין גופו ממון.

והאבנ"מ הקשה ע"ז, דאם כן מאי שנא הקדש מפדיון הבן, דהקדש אפשר לתת לאומנין בשכרן, דברי רבי עקיבא. כלומר, דלר"ע ההקדש יוצא לחולין ע"י שניתן לאומנין לאחר גמר מלאכתו, והוי כמלוה (מה שצריך לשלם לאומנין בשכרן) ומועיל בתורת מעות, למרות שאי אפשר לחלל הקדש בשט"ח דאחרים? ותירץ האבנ"מ, דעל כרחך צריך לומר, דאע"ג דשטרות אין גופן ממון, אבל מלוה דידיה חשיב ממון, וכמו שכתב בספרו קצות החושן סימן קצ סק"ו. דשם חילק, דבשט"ח דאחרים אין גופן ממון, משום דאינו קונה בשט"ח אלא ע"י הראיה שבו, וזה אין גופו ממון. ומשאי"כ בשט"ח דידיה, שמחייב עצמו ובזה נשתעבד לו, הוי ליה כמו כסף. ומ"מ האבנ"מ נשאר בצ"ע, ונ"ל דזהו משום דהדרא קושיא לדוכתא, דאם שט"ח דידיה חשיב ממון, מדוע בפדיון הבן לא יועיל].

<sup>11</sup> יעוין בחידושי הרב שמעון שקאפ (גדרי קנין כסף סימן ה, הובא בהגהות מילואי חותם על האבנ"מ, ח"ב בסוה"ס עמי שכח), שביאר מחלוקת רב ושמואל, וכתב שפדיון הבן הוי מחילת חוב ולא הקנאה, ורק שע"ז נפקת איזו קדושה מן הבן. ובמלוה לא יועיל, משום שלא נתן הכסף מעיקרא לשם כך.

המשנת יעב"ץ תירץ את קושיית האבנ"מ לפי חילוקו הני"ל, דחלוקים הלכות קנינים מדין פדיון הבן. דבהלכות קנינים לא בעינן נתינת כס מיד הקונה להמקנה, אלא כיון שהמקנה קיבל כסף, הוא מקנה את החפץ לקונה, והחוב חשיב כסף אצל הלוחה שהוא המקנה. אבל בפדיון הבן, יש בה מצות נתינה וזהו עיקר פדייתו, א"כ זה צריך להיות תורת כסף גם אצל אבי הבן. וכיון דאצל אבי הבן החוב לא חשיב כסף, הרי נמצא דלא נתן לכהן כסף חמש סלעים, ולכן אין בנו פדוי בחוב שחייב לו הכהן.

יוצא מדבריהם, דלהאבנ"מ החסרון במחילת החוב כתשלום בפדיון הבן, משום דבעינן שהאב יתן לכהן דבר שגופו ממון. ולמשנת יעב"ץ, החסרון הוא משום שמצד האב אין נתינת ממון.

#### ז. מלוה בעבד עברי

האבנ"מ (בסימן לא סקכ"ד) הביא את הגמרא בקידושין ח,א שמביאה ברייתא לגבי פדיון עבד עברי שנמכר לגוי, ללמוד מהפסוק (ויקרא כה, יא) "אם עוד רבות בשנים, לפיהן ישיב גאולתו מכסף מקנתו", שאם העבד (או אדם אחר) נותן לאדון תמורת פדיונו תבואה או כלים פחות משהו פרוטה, שאינו פדיון. ולכאורה זהו הדין גם כאשר העבד עברי נפדה בכסף, דבעינן שוה פרוטה, ומדוע הברייתא צריכה להשמיענו דין זה בפדיון בתבואה או כלים? אומרת הגמרא, שהייתי חושב שכיון שתבואה או כלים ההנאה מהם מזומנת, העבד מסכים למכור עצמו תמורתן (וכן יהיה הדין כאשר העבד פודה עצמו מהגוי ומשחרר), קמ"ל הפסוק דלא.

מקשה האבנ"מ, מדוע הוצרך הכתוב להשמיענו למעט עבד עברי שאינו נפדה בפחות מש"פ, הרי בכל מקום ש"פ אינו נחשב כסף? ותירץ האבנ"מ, דכיון שלגבי הגוי פחות מש"פ נחשב כסף, והגוי הוא המקנה (משום שמשחרר את העבד), ואזלינן בתר המקנה, א"כ תועיל קבלת פחות מש"פ לשחרר את העבד, חידשה התורה שלא יועיל, משום דבעינן שהפדיון יהיה כמו קניית העבד, ובקנייה העבד הנמכר הוא ישראל ובעינן שיקבל תמורת עבדותו ש"פ, כמו בכל מכר אצל ישראל.

וכתב המשנת יעב"ץ (שם אות ג), דחזינן דבהלכות מקח וממכר אזלינן בתר המקבל, אם אצלו זה חשיב ממון, וכדהובא לעיל. ואולם, בגרעון כסף דע"ע יש דין מיוחד, דאינו נקנה בפחות מש"פ, ולא אזלינן בתר המקבל, ומשום דכתיב "ישיב גאולתו מכסף מקנתו", והפדיון כמו קניית העבד, בש"פ דווקא, וכמו כל מכר בישראל. וביאר הרב ז'ולטי טעמו, דגרעון כסף הוא גם בעל כרחו של

האדון. א"כ, יסוד דינו הוא לא בתורת קנין שקונה עצמו מן האדון, שהרי לא מצינו תורת קנין בעל כרחו של המקנה. אלא, גרעון כסף הוא דין יציאה של ע"ע, כמו שיש דין יציאה לאחר שש שנים או ביובל. ולכן, בגרעון כסף דע"ע הנמכר לגוי אזלין בתר הקונה, ולא בתר הגוי המקנה, שהרי הגוי אינו נחשב מקנה כלל, שהגרעון הוא גם בעל כרחו של אדון. אלא, הגרעון כסף הוא דין יציאה של ע"ע, אם כן נמצא, שאת מעשה היציאה עושה העבד עברי, שהוא קונה את עצמו בגרעון כסף. ולכן אינו נקנה בפחות מש"פ, שהרי אצלו לאו ממונא הוא.

### ח. יישוב תוס' ר"י הזקן (ראמ"ה)

תוספות ר"י הזקן בקידושין מז, א<sup>12</sup> תירץ את הרמב"ם מקושיית הראב"ד, וז"ל: דדעת הרמב"ם, דהא דאמר רבי יוחנן דבר תורה מעות קונות, לא שנא מעות בעין ולא שנא מעות הלואה. והיינו דאקשי ליה בפרק הזהב מייחד כלי להלואתו, דלאחר שהלואה אותו משמע. והאי שיטה דהכא, דלא כרבי יוחנן היא, וליתא. ואפשר, דאליבא דרבי שמעון בן לקיש היא, דאמר משיכה מפורשת מן התורה ולא מעות. ולדידיה, קרקע שנקנה בכסף, וחזינן לה משדות בכסף יקנו, דוקא במעות שהן בעין.

מקשה המשנת יעב"ץ (באות ז) דדברי תוס' ר"י הזקן צ"ע. דמה זה תלוי דעת הרמב"ם במחלוקת ר"י ור"ל אם מעות קונות דבר תורה, או משיכה קונה דבר תורה? הלא אפשר דגם לר"י דמעות קונות ד"ת, דהוא רק בכסף בעין ולא במלוה. ולר"ל דמשיכה מפורשת מן התורה, ומ"מ קרקע נקנית בכסף, אפשר דלא רק בכסף בעין, אלא גם במלוה.

### 1. הסבר המשנת יעב"ץ

המשנת יעב"ץ הביא את הגמרא בבכורות יג, א שאומרת להעמדה אחת (אליבא דר"ל), שאם ישראל קונה בהמה מישראל אחר במשיכה, מגוי קונה בכסף. ושואלים התוספות (ד"ה מיד עמיתך), שאולי נאמר שמיד ישראל קונה במשיכה ומיד הגוי קונה בחזקה [שעושה תיקון בכלי כעין חזקה בקרקע]? ותירצו, דשני קנינים הללו (דמעות ומשיכה) הויין מצויין ושייכי זה במוכר וזה

<sup>12</sup> הובא במשנת יעב"ץ (שם אות ז) ובקונטרסי שיעורים (קידושין, שיעור ז אות ח) ועוד מחברים.

בלוקח, שזה (המוכר) מקבל<sup>13</sup> מעות וזה (הקונה) מושך אצלו החפץ. וכן לר"י בסמוך דדרשינן איפכא, מיד עמיתך בכסף, הא לעכו"ם במשיכה.

וכתב המשנת יעב"ץ, דיוצא מדברי התוס' הנ"ל, דעיקר קנין כסף הוא מצד המוכר, ועיקר קנין משיכה הוא מצד הקונה. ויוצא מזה, שיסוד המחלוקת דר"י ור"ל הוא, דר"י שאמר שמעות קונות, סובר שעיקר קנין כסף הוא מצד המוכר, שמקבל המעות ומקנה החפץ לקונה. ור"ל שאומר שמשיכה קונה, סובר שעיקר הקנין הוא מצד הקונה, שעושה את מעשה הקנין במשיכתו.

ובזה מובן מ"ש תוס' ר"י הזקן ליישב את דעת הרמב"ם דמלוה קונה במכר, ודלא כהסוגיא בקידושין. דהרמב"ם כתב דבריו אליבא דרבי יוחנן, דד"ת מעות קונות, ולא שנה מעות בעין ולא שנה "מעות" שהן הלואה. אבל לריש לקיש, דאמר משיכה מפורשת מן התורה, ולא מעות, קרקע שנקנית בכסף, ולומדים זאת מהפסוק "שדות בכסף יקנו", דווקא במעות בעין. וביאר המשנת יעב"ץ לפי דרכו, דרק אצל הלוח חוב חשיב כסף, אבל אצל המלוה חוב לא חשיב כסף, דלר"י דמעות קונות ד"ת, והיינו שעיקר הקנין מצד המוכר, לכן חוב קונה במכר, שהרי אצל הלוח שהוא המוכר יש על חוב תורת כסף. אבל לר"ל דמשיכה מפורשת מן התורה, והיינו שהוא סובר שעיקר הקנין הוא מצד הקונה, חוב אינו קונה מתורת כסף, כיון שאצל המלוה שהוא הקונה חוב לא חשיב כסף, אלא דווקא מעות בעין קונה בקרקע מתורת כסף. אבל הסוגיא בקידושין סוברת לפי ר"ל, ולכן לא קשה לרמב"ם, שפסק כר"י, וכן הלכה.<sup>14</sup>

## 2. הסבר עפ"י אבן האזל

הרב איסר זלמן מלצר (אבן האזל ה"ל מכירה פ"א ה"ד) הביא מחלוקת הסמ"ע והט"ז בסימן קצ, לגבי קנין כסף. דהסמ"ע כתב דכאשר נותן שוה פרוטה עבור המקח, הפרוטה הוי שיווי המקח, ונותן פרוטה כדמי פרעון, ואת שאר שיווי המקח, אם יש, זוקף עליו במלוה. ואם נותן את הכסף לקיום המקח, לא מהני. ואילו הט"ז חלק עליו וכתב, דהכסף הוי לקיום המקח, ולא בתורת שיווי.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> יעוין שם בגמ' בשטהמ"ק על הדף, אות ו.

<sup>14</sup> המשנת יעב"ץ הוסיף (שם אות ח, ט) לבאר את שיטת הראב"ד, דלא ימצא דנקיט כר"ל דלא כהלכתא.

<sup>15</sup> האבנ"מ (סימן כט סק"ב) נקט כהסמ"ע. ובספר אפיקי ים (ח"א סימן טז בסופו) בשם הרב חיים עוזר כתב, שמה שסובר הסמ"ע, זהו דווקא בכסף מכירה דעלמא, אבל בקידושין מודה הסמ"ע דהוי כסף קנין.

וכתב האבהא"ז ליישב עפ"י קושיית הלח"מ, דלא יהיה סתירה ברמב"ם, דכסף מכירה וכסף קידושין הם שני ענינים. דכסף מכירה הוא כסף שיווי, וכסף קידושין הוא כסף קנין. בקידושין דהוא כסף קנין, אם מקדש במלוה לא מהני, דבעינן כסף בעין, והמלוה אינה בעין. אבל במכירה דהוא כסף שיווי, והיינו דמכיון שנתן דמי המכר שוויו של המקח, קנה. והוכיח כן מלשון הרמב"ם, שבקידושין הרמב"ם כתב "אם בכסף הוא מקדש, אין פחות מפרוטה כסף או שווה כסף, ואומר לה הרי את מקודשת לי". אבל במכירה הרמב"ם כתב "כיצד בכסף, מכר לו שדה ונתן לו הדמים, קנה". ומוכת, דהוא מטעם נתינת דמי המכר, ולכן גם המוכר במלוה, אף שאינו חשוב כסף, אבל כיון שעכ"פ קיבל דמי המכר, שפיר נקנה המקח, עכ"ל האבהא"ז.

ושמעתי ממו"ר הגאון הרב משה חיים דימנטמן שליט"א, דע"פ האבהא"ז יובנו דברי תוספות ר"י הזקן. דרבי יוחנן סובר ד"ת מעות קונות, ורש"י בב"מ מו, ב פירש, דר"י למד כן, כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש, שאמרה תורה "ונתן הכסף וקם לו". והנמוקי יוסף אומר אחרת, ולר"י מעות קונות אינו נלמד מגזיה"כ אלא מסברא, דרוב קנינים הם במעות. ולפ"ז מה לי כסף בעין ומה לי מלוה, דכמו שיש סברא במעות, כך יש סברא במלוה, והוא מדין שיווי. אבל לריש לקיש דאין כסף קונה מסברא, ובמטלטלין דליכא קרא לרבות כסף, אה"נ דאין כסף קונה בו. והא דכסף קונה בקרקע, אינו אלא מגזיה"כ, דכתיב "שדות בכסף יקנו", ולר"ל כסף מדין קנין, ולכן בענין מעות בעין ולא מלוה. ולכן תוס' ר"י הזקן לא הביא ילפותא לר"י אלא רק לר"ל. והשתא, בקדושין הרי לכו"ע אשה מקודשת מקרא והוי כסף קנין מקרא "שדות בכסף יקנו" ולכן לכו"ע אינה מקודשת במלוה. אבל במכר תליא במח' ר"י ור"ל, ושפיר פסק הרמב"ם כר"י, והסוגיא שם אליבא דר"ל.

## הרב יוסף שליט

### קנין אודיתא להפקר

#### ראשי הפרקים

- א. ביטול חמץ והפקרת חמץ
- ב. אודיתא כקנין
- ג. אודיתא מדאורייתא או מדרבנן
- ד. מיהו "בעל הדין" בהפקר
- ה. הודאת בעל דין יוצרת הפקר
- ו. שיטת התורת גיטין: יש אודיתא בהפקר
- ז. האם מועילה אודיתא באיסורים
- ח. הפקר ויאוש מהבעלות
- ט. דעת לאבד
- י. סיכום

#### א. ביטול חמץ והפקרת חמץ

הרמב"ן (פסחים ד) הביא מחלוקת הראשונים האם יסוד דין ביטול חמץ הוא כשיטת רש"י בכך שחידשה התורה שחמץ שהאדם לא מחשיבו אינו ברשותו משש שעות ולמעלה או כדעת ר"ת בתוספות שגדר ביטול חמץ הוא מדין הפקר, שהאדם מפקיר את חמצו ולכך לא עובר עליו.

ומקשה הרמב"ן לדעת התוס' וז"ל:

ואיני יודע אם אדם מפקיר בלשון הזה שיאמר כל נכסי יהיו בטלים וחשובים כעפר, ואפשר זה לדברי ריש לקיש דאמר דלהבא משמע במס' כריתות (כד,א), "...ומי"מ חשובים כעפר שהזכירו הגאונים ז"ל למה, הלא עפרו של אדם [אינו] מופקר.

ומבואר מדבריו שבאמירה שמחשיב חמצו כעפר אין גילוי שמפקירו וצריך אמירה מפורשת שמפקירו.

ובשו"ע או"ח (תלד, ב) כתב וז"ל: "אחר הבדיקה מיד בלילה יבטלנו ויאמר כל חמירא דאיתיה ברשותי דלא חזיתיה ודלא בערתיה לבטיל ולהוי כעפרא דארעא", הרי דלא כתב לשון הפקר, אולם המשנ"ב (סק"ח) כתב וז"ל: "ונכון שיאמר ולהוי הפקר כעפרא דארעא" וזאת ע"פ דברי הרמב"ן הנ"ל שלשון ביטול אינה מועילה כלשון הפקר. ומבואר שלא כל לשון שמשמעותה ויתור על בעלות החפץ מועילה כלשון הפקר.

ויש להסתפק באדם שנשאל אם ביטל חמצו ואמר לפני שני אנשים שכבר ביטל ביטול גמור. ואח"כ נזכר שלא אמר נוסח הביטול האם עבר על ב"י וב"י והאם נאסר חמצו? וצדדי הספק בזה הם האם ע"י הודאתו שכבר ביטל החמץ חשוב הדבר כהפקרת החמץ ושוב לא ייאסר החמץ או שהואיל ולא ביטל החמץ עובר על ב"י וב"י?

טרם נבוא לבאר הדין בדין הודאת האדם לענין הפקר וקנין אודיתא כלפי הפקר נביא בקצרה את דעות הפוסקים בגדר הכללי של אודיתא.

### **ב. אודיתא כקנין**

מבואר בגמ' ב"ב קנט,א במעשה דאיסור גיורא שאף שלא היתה בידו דרך להקנות מעותיו לרב מרי ע"י מעשה קנין בכ"ז מאחר שהודתה שהמעות שייכים לרב מרי נקנו לו המעות.

הגמ' בב"מ מד מבארת איך אפשר להקנות מעות כדי לחלל עליהם מעשר שני אף שאינם נמצאים במקום האדם המחלל. ומקשים תוס' שם הרי בעל המעות יכול להודות שהמעות שייכים לחברו ובוזה יקנה אותם החבר וכמו במעשה דאיסור גיורא. ומבואר מדבריהם שאודיתא זהו קנין גמור ויועיל גם לדיני תורה כפדיון מעשר שני.

כהבנה זו שאודיתא היא מעשה קנין מבואר בשטמ"ק ב"ב קמט ד"ה "נפק אודיתא מבי איסור" שהקשה מדוע אין בהודאתו של איסור גיורא עברה בכך ששיקר שהמעות שייכים לרב מרי? וכתב "ולא עבד איסור איסורא במה שהודה שהיו של בנו וגם רב מרי במה שקבלם מאחר ששכיב מרע היה כי תקנת חכמים היא שתועיל ההודאה כמו קנין סודר או משיכה. תוספי הרא"ש ז"ל". ומבואר מדבריו ש"אודיתא" חשובה כקנין גמור אלא שהוא מתקנת חכמים.

וכך מבאר הנו"ב שאודיתא כקנין (קמא חו"מ סי' ל) וכן נקטו קצוה"ח בסי' מ ונתה"מ בסי' ס ס"ק יז<sup>1</sup> בדעת השו"ע.

אך הרשב"א בתשובה ח"ד סי' נ כותב במפורש שאודיתא מועילה רק בתורת הודאת בע"ד ובמקרה ששני בעה"ד מודים שהיתה ההודאה בשקר לא מועיל להקנות ע"י אודיתא.

ובדרך זו כתב הריטב"א בב"מ מד שאדם אינו יכול להקנות פירותיו לאחר לענין חילול מע"ש משום שאודיתא אינה קנין. וכך מאריך לבאר באמרי בינה הלואה סי' טו.

וא"כ לשיטה זו בנידון שאלתנו הואיל ויודע בעצמו שלא הפקיר חמצו ולא ביטלו לא תועיל הודאתו להחשב כהפקרת החמץ. ולדעת ראשונים אלו נראה שוודאי שלא תועיל אודיתא ליצור דין של ביטול חמץ ולהפקירו.

עוד נחלקו הראשונים האם הדין שהודאה מקנה חפצים הוא דין שנאמר רק בשכיב מרע והוא חלק מדין מתנת שכיב מרע שנקנית בלי מעשה קנין או שגם בבריא שהודה חשובה הודאתו כמחייבת אף שאינה אמיתית.

בעיטור ערך הודאה (אות ה דף עב עמודה ד) ובאור זרוע אות תשנב אות ד<sup>2</sup> הביאו ראיה דלא מהני אודיתא בבריא מדברי הגמ' ב"ב קנו שרצה מרוני אחד להקנות נכסיו ולא העלתה הגמ' אפשרות שיקנה בהודאה וכן בתשב"ץ ח"א קנב הביא דברי בעל העיטור שאודיתא אינה מועילה בבריא ודייק כך גם בדעת הרמב"ם שפסק בהלכות מכירה פ"ו שאי אפשר להקנות מטבע אלא בקנין אגב. ומכך שלא כתב גם אפשרות הקנאה בקנין אודיתא מדויק שסובר שכל דין אודיתא מועיל רק בשכ"מ.

---

<sup>1</sup> וז"ל נתה"מ שם "לכן נראה, דהפוסקים שהביא בעל התרומות דפליגי אי מהני הודאתו, מיירי במוחזקים בו שהמעות שלו רק שרוצה להקנות עתה באודיתא, והנך פוסקים והמחבר מכללם סברי דאודיתא הוי קנין גמור וכדעת התוס' בב"מ מ"ו [ע"א] בתוס' ד"ה וניקנינהו, דמקשי דליקני ליה המעות בהודאה וכו'. ועל כרחך צריך לומר דסברי דאודיתא הוי קנין דאורייתא, דאילו הוא משום הודאת בעל דין, לא היה מועיל לפדות בו המעשר".

<sup>2</sup> וכן מבואר ברשב"א קידושין כו במעשה דמרוני שרצה להקנות נכסיו לפני מותו ואמרו לו שצריך להקנותם אגב קרקע וכתב שם ז"ל "הא דאמרין אין לו תקנה עד שיקנה ע"ג קרקע הוא הדין להודאה וכדאמרין (ב"ב קמט,א) נפק אודיתא מבי איסור אלא שאלו נכסים ידועים לו ובא לישראל באיזה קניה יכול להקנותם והודאה לא מדרך הקנאה היא.

בשו"ע (רנ,ג) "שכיב מרע שכתב וכו' בד"א, בנותן מתנה. אבל אם הודה על נכסיו שהם של פלוני, קנה הלה, ואפילו יעמוד זה אינו יכול לחזור בו". ומוסיף הרמ"א "אמר: רוצה אני שיהיו מטלטלין לשמעון, הרי זה לשון מתנה. אבל אם אמר: מטלטלין אלו לשמעון, או: יש לשמעון בידי, הוי לשון הודאה.

ומסתימת דברי המחבר והרמ"א שהביאו קנין אודיתא לגבי שכ"מ יש לדייק שאינו מועיל בבריא וכדעת הראשונים הנ"ל. ולדעה זו באדם בריא אין אפשרות להחשיב הודאתו כביטול חמץ.

אך מדברי השו"ע (ס,ח) נראה שסובר שאודיתא מועיל כקנין אף בבריא וכן כתב שם בש"ך אות לב שכל הראשונים חלקו<sup>3</sup> על דעת בעל העיטור ופסקו שאודיתא מועילה גם בבריא. וכך פסק נתה"מ ס' ס אות יז. וכדבריהם פסק קצוה"ח החושן בס' מ' וס' קצד, ד שאודיתא הוי קנין המועיל גם בבריא.

### ג. אודיתא מדאורייתא או מדרבנן

אף אם נפסוק כדעת הראשונים שאודיתא היא כקנין ומועילה גם בבריא יתכן ויש נפק"מ לדידן אם היא מדאורייתא או מדרבנן.

קצוה"ח קצד, ד פסק שאפשר להקנות חמץ לגוי ע"י אודיתא וכפי שלומד בדעת התוס' שאודיתא הוי קנין אפי' המודה יודע שמודה בשקר. אך הוסיף וכתב שם שעל אף שמדברי תוס' בב"ק קד נראה שאודיתא היא רק קנין דרבנן וא"כ לא תועיל לאיסור חמץ שהוא מדאורייתא. בכ"ז מועיל להקנות החמץ לגוי ע"י אודיתא משום שמדאורייתא בביטול בעלמא סגי. ושוב אחר הביטול מועילה האודיתא לאיסור דרבנן של השארת חמץ שביטלו ברשותו ולזה חשוב שהחמץ נמכר.

וא"כ לדברי קצוה"ח בנידון דידן שרוצה להחשיב הביטול וההפקר ע"י אודיתא לא יועיל קנין אודיתא להפקר להפקיע איסור חמץ מדאורייתא שכן אודיתא הוא רק מדרבנן ולא יועיל לדין דאורייתא.

אך בדברי רע"א ב"ק יב, א מבואר שאודיתא מועילה מדאורייתא ואינה תקנת חכמים. והביא דברי הגמ' ב"ב קכז שלדעת ר"מ שאפשר להקנות דשלבליע לא צריך את דין יכיר שהרי יכול להקנות לבן הבכור פי שנים בכל

<sup>3</sup> ועיין באמרי בינה דיני הלואה ס"י טז שהאריך לחלוק על דברי קצוה"ח וכתב שם שלרוב הראשונים אודיתא אינה קנין אלא תקנת חכמים בשכ"מ.

הנכסים ושוב יש לו מיגו להיות נאמן מי הבכור. ומקשה רע"א הרי צריך דין כיור לצורך הקנאת המעות שכן אין קנין מן התורה למעות שאינם ברשותו וא"כ איך יקנה אותם לר"מ אף אם אדם מקנה דשבל"ע?<sup>4</sup> אלא מוכרח שהקנין שהגמי' דברה עליו הוא אודיתא ובזה מועיל גם להקנות מעות<sup>5</sup> מדאורייתא.

גם בשו"ת חת"ס יו"ד שיד מוכיח בדעת התוס' שקנין דרבנן אינו מועיל לדיני תורה. וא"כ מדברי תוס' בב"מ מו שכתבו שמועיל אודיתא כדי לפדות פירות מעשר שני מוכרח שלמדו שהוא קנין מדאורייתא.

ולדברי רע"א והחת"ס שאודיתא היא קנין דאורייתא שוב יש להסתפק האם מועיל אודיתא כלפי הפקר להפוך חפץ להיות מופקר ויחשב הדבר כביטול חמץ?

#### ד. מיהו "בעל הדין" בהפקר

יש מקום לטעון שכלל לא תועיל אודיתא כקנין ביחס להפקר שכן אין בהודאה זו חיוב כלפי אף אחד. ואם יסוד הקנין באודיתא הוא הודאת בעל דין כמאה עדים במקום שאין ההודאה מאפשרת לתבוע הממון מהמודה אינה כמאה עדים (וכמו במקום שישנה טענת השטאה והשבעה).

והנה במגן אבות למאירי (ענין יח) חולק על הרמב"ן בפסחים ד (הני"ל) שביטול חמץ אינו מועיל בתורת הפקר. ומבאר שלעולם מועילה האמירה שאינו מחשיב החמץ להחשב כדין הפקר ולא נצרכת לכך אמירה שהחמץ מופקר משום שבהפקר יש זכות לכל העולם<sup>6</sup> בדבר המופקר אך ביטול חמץ הוא כמו יאוש שהוא סילוק רשותו של האדם מהחפץ אך לא הפקר גמור.

---

<sup>4</sup> ועיין בחזו"א ב"ק יח, ד"ה נראה שביאר שאודיתא אינו קנין אלא הודאת בע"ד ולכך מועילה אף בדבר שאינו ברשותו של אדם. והביא שם דברי רע"א וחולק עליו שע"י הודאת בע"ד יכול להקנות גם מה דלא ברשותו. ולשיטתו מסיים שמי שמודה לאחר לי יום לא חשוב אודיתא כלל שכן אין בזה לשון הודאת בע"ד.

<sup>5</sup> ועיין שם מה שכתב לענין קנין אגב אם הוא מדאורייתא.

<sup>6</sup> וז"ל שם: "אין כונת הרב שהוא הפקר גמור, אלא שהוא כעין הפקר לענין זה שלא יהא קרוי ממנו עד שיהא לבו עליו לשמירתו, אלא שיהא כעפר המונח לדריסת הכל, ומאחר שאין כונתו להפקר גמור אינו קוראו הפקר בשום מקום, וכן שהפקר זה ודאי אין בו כונה לזכות בו שום ישראל, שאלו כן הרי יתחייב הזוכה, ואם יפרט לגוים הרי הפקר לענים אינו הפקר עד שיפקיר לכל ומשום הכי לא שייך למקרייה הפקר כללי". וכן כתב בחידושים פסחים דף ז.

עוד מביא את קושית הרמב"ן איך רצה ר"ת לבאר שביטול חמץ מדין הפקר הרי גם בשבת מבטלים חמץ והרי בשבת אין מקנים ואין מקדישים ולא מעריכים כמבואר במשנה בביצה לו. וגם על דברים אלו חולק המאירי וכותב שרק קנינים נאסרו בשבת "אבל הפקר אין בו הקנאה לשום אדם והרי זה כבטול רשות שנעשה אף בשבת".

ולחסבר מחלוקת הראשונים אפשר להביא דברי הרוגאצ'ובר (צ"פ מתנו"ע ד, כב) שחקר ביסוד דין הפקר אם הוא הקנאת זכות לכל העולם לזכות בחפץ ולכן חשוב שייך לכל העולם או שהוא סילוק הבעלות על החפץ. וביאר (שם ובהשמטות) לחלק בין נכסי הגר שאינם בבעלות שום אדם לבין הפקר שהוא שייך לכל העולם. ומביא נפק"מ לחקירה במקרה בו אדם שמפקיר ממון הקדש בשוגג אם חשוב שמעל בהקדש לפי שאם זהו רק סילוק בעלות יתכן שלא חשוב שהוציא מרשות הקדש ולא עבר על איסור מעילה.

ונראה שבזה נחלקו הרמב"ן והמאירי<sup>7</sup> הנ"ל. לדעת הרמב"ן הפקר הוא הקנאת זכות לכל העולם ולכך צריך בדוקא לשון הפקר אך עצם הבעת רצון לסילוק הבעלות לא מועילה. אך המאירי סבר שיש גדר הפקר שהוא סילוק הרשות בלבד<sup>8</sup> וזה מה שנצרך בביטול חמץ וממילא גם ללא לשון הפקר החמץ יוצא מרשותו.

וא"כ אפשר שלדעת הרמב"ן שהפקר הוא רק הקנאת זכות לכל העולם תועיל אודיתא כלפי הפקר שכן מודה לכל העולם שהפקיר נכסיו ויש בזה תורת

<sup>7</sup> ועיין שו"ת זרע אברהם ס' כג אות יד שביאר שיטת המאירי שיש שני סוגי הפקר והפקר דביטול חמץ הוא רק ביטול הרשות ולא הקניית החפץ לכל העולם כהפקר רגיל. ולפי"ז במקום שיודה האדם שהפקיר גם לדברי המאירי אפשר שתועיל אודיתא להפקר שכן הפקר גמור דומה לחיוב כלפי העולם.

<sup>8</sup> ובקידושין טז, א הקשו תוס' לימא שהאדון יכול להפקיר עבד עברי שלו. ובפנ"י שם הקשה הרי אין זה הפקר כלל שכן רק עבד עברי יכול לזכות בעצמו ולא אף אחד אחר ורק בעבד כנעני דיברה הגמ' על הפקר משום שבע"כ קטן אינו זוכה בעצמו ואם מפקירו הקודם לזכות בו זוכה. ועיי"ש שהואיל וקימ"ל שהפקר לעניים אינו הפקר עד שיופקר לכל אין כלל אפשרות של הפקר בע"ע.

ובשיעורי הגר"ר קידושין שם (בתחילת הדברים) ביאר שנחלקו בגדר הפקר שאם זהו רק סילוק הבעלות שייך הפקר גם בציור שרק העבד יכול בפועל לזכות משום שמצד הבעלים היה סילוק הבעלות לגמרי. וכך סברו התוס' בקידושין. אך הפנ"י הבין שהפקר הוא נתינת רשות לכל העולם לזכות וא"כ בזמן שבמציאות רק העבד יכול לזכות בעצמו לא שייך תורת הפקר כלל. ובמאירי בסנהדרין ו, א ד"ה זה שבארנו כתב כדברי התוס' ששייך תורת הפקר בעבד עברי וזה יוצא לשיטתו שהפקר הוא סילוק הבעלות ולא נתינת זכות לכל העולם וכדבריו בפסחים.

הודאה. אך למאירי יתכן שלא תועיל אודיתא כלפי הפקר שכן זהו רק סילוק רשותו ואין ההודאה מחייבתו בשום חיוב.

ובספר פלס חיים עמ' קס הסתפק אם מועיל אודיתא בהפקר ורצה לבאר שם כנ"ל שבהפקר יש רק סילוק רשות וממילא לא יועיל כלל תורת הודאת בע"ד. רק שמסתפק אם חשוב כמתחייב כלפי מי שיזכה בסוף ותולה זאת בגדרי ברירה. אך להגדרת הרוגצובר הנ"ל נראה שאפשר שהמפקיר מתחייב כלפי כל העולם ושוב לא נצרכים כלל לדין ברירה וכמבואר.

### ה. הודאת בעל דין יוצרת הפקר

ועינינו תחזינה בסוגיא ערוכה בכריתות כד "אמר ר"ל: הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה, כל המחזיק בה זכה בה". ומקשה הגמ' מדברי רב ששת שהמקבל מתנה ואומר אי אפשי במתנה דבריו קיימין והבינה הגמ' שהמתנה חוזרת לנותן וזה סותר לדברי ר"ל? ומתרצת הגמ' "דבריו קיימין והוא נמי לא קני לה וכל המחזיק בה זכה בה". ובפשט דברי הגמ' נראה שלדעת ר"ל אי אפשי בה חשוב כלשון הפקר ולכן כל הקודם לזכות זכה בה.<sup>9</sup>

אך ברש"י ד"ה ה"ג תבטל כתב שאם אדם אומר לשון שמשמעותה שכלל לא ניתנה לו המתנה הרי היא כהפקר "והודאת בעל דין כמאה עדים". ואפשר לדייק מדבריו שמועילה הודאת בע"ד גם כלפי הפקר ויש תורת הודאת בע"ד גם כשעצם ההודאה היא כלפי הפקר.<sup>10</sup>

ברמב"ם (זכיה ד,א) כתב שהמקבל מתנה ולאחר שזכה בה אמר איני רוצה בה או הרי היא בטלה אין בדבריו כלום. והשמיט הרמב"ם דברי ריש לקיש בכריתות שאם אומר בטילה היא אינה מתנה דבריו קיימין. המגיד משנה מקשה על הרמב"ם מדוע השמיט דברי הגמ' ומתרץ שהואיל וישנה מחלוקת בגירסאות הגמ' בין הגמ' בכריתות לגמ' בגיטין בחר הרמב"ם להשמיט הדין.

הב"י חו"מ רמה, יג תמה על תירוץ המ"מ וכתב שאין דרכו של הרמב"ם להשמיט הלכה בגלל שינוי נוסחאות והיה לרמב"ם לפסוק כאחת הגירסאות ולהשמיענו איזו גירסא נכונה להלכה? ולכך מבאר הב"י שבכך שהרמב"ם

<sup>9</sup> כך מבואר מפשט דברי הגמ' כד, ב לגבי האומר שדה זו ידי מסולקת ממנה. וכך נראה מדברי התוס' בגיטין לב, א ד"ה מבוטלת וברא"ש שם וב"ב פ' ח סי' נא.

<sup>10</sup> וכך כתב בתשו' הבי"ח קכד שביאר בדברי רש"י בכריתות לא מצד לשון הפקר אלא שרוצה לבטל המתנה. ודלא כבאור הרא"ש.

כתב שם הלכה יב את הדין שאם אדם אומר על מתנה שלא ניתנה לו הודאת בעל דין כמאה עדים והוא נאמן שלא ניתנה לו, כך גם במקרה שאומר בטלה היא או אינה מתנה דבריו קימים והמתנה הפקר שכן הודאת בעל דין כמאה עדים. וא"כ גם מדברי הב"י מבואר שמועיל תורת הודאת בעל דין כלפי הפקר ולכן הרמב"ם כלל דין מתנה זו בטלה בדין הודאת בעל דין.<sup>11</sup>

### ו. שיטת התורת גיטין: יש אודיתא בהפקר

בגמ' גיטין לב, א מובא שהאומר על גט שכתב לאשתו "חרס הוא" לא אמר כלום (ולא ביטל בכך את הגט) והגט נשאר בכשרות לפי שאין בלשונו משמעות שרוצה לבטל הגט מכאן ולהבא. ושואלת הגמ' מה הדין באומר הרי הוא חרס? ועונה הגמ': "מאי שנא מהרי הוא הקדש, הרי הוא הפקר". וא"כ מבואר שמועילה אמירת הרי הוא חרס שמובנו להבא שיהא חרס כמו שאומר הרי הוא הקדש שמשמעותו שיהא הקדש והרי הוא הפקר שמשמעותו יהא הפקר.

תוס' שם ד"ה מאי הקשה איך לומדת הגמ' מדיני הקדש לדיני גיטין הרי בהקדש מועיל אף אם אומר ככר זה הקדש שזו אינה לשון של "להבא" ובכ"ז הככר נעשה קדוש. ולעומת זאת בגט מדויק מהסוגיא שלא מועיל באומר גט זה חרס משום שצריך דוקא לשון של "להבא"? ונשאר התוס' בצ"ע.

התורת גיטין מבאר שאמירת ככר זה הקדש פועלת חלות הקדש לא משום שזו חשובה כלשון של "להבא" ותועיל גם בגט אלא שבאמירה ככר זה הקדש יש דין אודיתא כלפי הקדש ו"מה לי הודה לחבירו או הודה לשמים". ומה שהסתפקה הגמ' בלשון הרי הוא הקדש והרי הוא הפקר זה רק במקום שאין לפרש הדבר כאודיתא. אך אם אפשר להבין האמירה כהודאה כלפי הקדש והפקר באמת מועילה הקדשה והפקרת החפץ מתורת אודיתא.

ובזה מבוארים דברי נתה"מ לשיטתו במה שפסק (ס"ק יז) שאודיתא הוא קנין גמור ולא רק הודאת בעל דין. ולכן מועילה הודאה כלפי הפקר ליצור את הפקרת החפץ וכן הודאה כלפי הקדש להחיל חלות הקדש.

<sup>11</sup> ובשיטת המ"מ והראשונים שנתקשו בדברי הרמב"ם נראה שלמדו שאין תורת הודאת בעל דין כלפי הפקר אלא רק יש לדון האם יש בלשון "אינה מתנה" לשון הפקר או לא. ותלוי בדעות הראשונים הנ"ל.

וע"פ הנ"ל יתכן שתוס' לא קיבלו את תירוץ נתה"מ לפי שסברו שאין אודיתא קנין אלא רק הודאת בעל דין וכדברי הרשב"א והריטב"א המוזכרים לעיל (ודלא כשיטת תוס' בב"מ מד שאודיתא חשובה קנין). אך לדעת האחרונים שלהלכה אודיתא הוי קנין מתבאר מדברי התורת גיטין שכך הדין גם בהודאה להפקר והיא חשובה כהפקרת החפץ.

עוד יש להעיר מדברי קצוה"ח מ,א שאודיתא מועילה רק בפני עדים ורק אז חשובה קנין אך ללא עדים אין כלל תורת אודיתא. וא"כ ברור שלא רצו התוס' להעמיד הגמ' שהאומר ככר זה הקדש באופן שהודה בפני עדים. אך נתה"מ (שם) חולק על קצוה"ח ופוסק שאודיתא מועילה אף ללא עדים<sup>12</sup> ולכן מבאר לשיטתו שאמירת ככר זה הקדש פועלת מדין אודיתא.

### ז. האם מועילה אודיתא באיסורים

יש להוסיף שנידון שאלתנו תלוי במחלוקת הב"ח והט"ז ביור"ד קסט. הב"ח שם כתב להתיר לישראל להלוות מעות בריבית על משכון של ישראל ע"י שהישראל יודה שהמשכון הוא של הגוי וממילא יהיה קנוי לגוי באודיתא. ובט"ז (קסט יד) חולק על פסק הב"ח וכתב:

ולא נהירא לי דההיא אודיתא דאיסור גיורא שהודה שהממון אינו שלו אינו ענין לכאן כלל דודאי לגבי ממון אמרינן שאדם נאמן לחובתו והודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף על פי שאנו יודעים שהוא משקר וכמ"ש בש"ע בח"מ סי' קי"ג סעיף ב' אבל זהו ודאי אינו שיועיל לאפקועי איסורא בשביל שקר שלו דהגע עצמך אם ילוח ישראל מחבירו ויתן לו רבית ויאמר לו הנני מודה שמעות אלו הם של עובד כוכבים אם יעלה על הדעת שעל ידי זה יהיה מותר למלוח ליקח הרבית אלא שאין סברא כלל בזה להתיר האיסור בשביל השקר שהוא מפורסם.

מבואר שנחלקו הפוסקים האם מועילה אודיתא לענין איסורי תורה. ולפי דברי הט"ז לא תועיל הודאה בשקר לענין איסורים שקמי שמיא גליא שהדבר

---

<sup>12</sup> וז"ל שם "ובספר קצות החושן (סק"א) כתב דאודיתא אף דהוי קנין, מ"מ לא מהני בלא עדים, וכתב זה מסברא. ולא ידעתי היאך מילא לבו לחלוק מסברא על התוס' (ב"מ מ,א ד"ה ונקנינהו) והפוסקים שהביא בעצמו שכתבו דמהני כשמודה בהודאה גמורה אפילו בלא עדים, וכ"כ התומים בכמה דוכתי בפשיטות. לכן נראה דבכל מקום דאתם עדי מהני, הודאה גמורה ג"כ מהני דבמקום דחשיב הודאה נגד טענת השטאה חשיב ג"כ קנין".

שקר ואין באודיתא כח להפקיע האיסור. והתורת גיטין (שם) מבאר שלדעת הט"ז גם לא יועיל אודיתא להפקר משום שחשוב כאודיתא באיסורים שאין בע"ד שמודה לו. ולדבריו נידון שאלתנו תלוי ועומד במחלוקת הב"ח והט"ז האם מועילה אודיתא גם לענין איסורים או לא.

אך צריך לי עיון בדבריו משני פנים :

מחד יש לעיין למה כל דין הפקר חשוב כדיני איסורים ולא כדיני ממונות.<sup>13</sup>

ועוד מבואר בט"ז שם שמביא ראיה לדעתו שלא מועילה אודיתא באיסורים משיטת העיטור המובא בהגה' מימוניות. וכבר נתבאר לעיל שדעת העיטור היא שאודיתא אינה קנין אלא תורת הודאת בע"ד. אך לדעת הראשונים והפוסקים שאודיתא הוי קנין לכאורה תועיל גם לענין איסורים וכנ"ל.

והר"ם ברקוביץ שליט"א הראה לי שבזרע אברהם סי' טו אות ב פוסק בפשטות שאין אודיתא כלפי הפקר ורוצה לסמוך פסק זה מהירושלמי.<sup>14</sup> אך לפי האמור לעיל דבריו חולקים על דברי התורת גיטין ויהיו תלויים במחלוקת הב"ח והט"ז.

ובזה יש לציין שבעל נתה"מ עצמו בספרו מקור חיים על הלכות פסח סי' תמח (אות ח) פסק שלא מועיל להקנות חמץ לגוי באודיתא וחולק על דברי קצוה"ח הנ"ל. ומבאר שם טעם הדבר ע"פ דברי הט"ז לעיל שאודיתא אינה קנין אלא רק הודאת בע"ד וכמו שכתב הרשב"א בקידושין כו,א ולכך לא תועיל הודאה להקנות חמץ ולהיפטר מאיסור בל יראה. ובזה לכאורה סותרים דבריו את שיטתו בחו"מ ס ובתורת גיטין הנ"ל שאודיתא חשוב קנין וצ"ע כפי שהקשה המהרש"ם (ח"א סי' קצד).

<sup>13</sup> ובתשו' הב"ח סי' קכד דן האם יכול אדם לבטל חמץ לפני שבא לרשותו ואחר שיחמץ הקמח או יקנה החמץ יחול עליו הביטול. ומבאר שם שאפשר ליצור חלות הפקר אף על מה שלא בא לרשותו ע"פ שיטת הרמב"ם (נדריים ב,יד) שהפקר הריהו כנדר. ולכך כמו שנדר יכול לחול על מה שלא ברשותו כך גם הפקר. אך בקצוה"ח ריא,ד תמה על פסק הב"ח שוודאי לא מועיל הפקר לממון שעדיין לא ברשותו משום שזה כמקנה דשבל"ע עיי"ש. ובב"י או"ח תלד ביאר שאין אפשרות לבטל חמץ ע"י שליח משום שהפקר הוא מתורת נדר ואי אפשר לנדור ע"י שליח. וא"כ לשיטתו יתכן שאפשר להחשיב הפקר כדיני האיסורים גם לענין קנין אודיתא ועצ"ע.

<sup>14</sup> ראיתו שם היא מדברי הירושלמי קידושין א,ג שהאומר לחברו הא לך מנה ותצא שדך להפקר לא נחשב הפקר משום שלא זיכה לבן דעת. ולא ירדתי לסוף דעתו הרחבה משום שבירושלמי כתוב שאין הפקר מדין "עבד כנעני" לפי שאינו דומה לדין עבד כנעני שמזכה לבן דעת. אך מדוע שנמעט גם קנין אודיתא כלפי הפקר וצ"ע.

### ח. הפקר ויאוש מהבעלות

יש לשאול מדוע לא נבאר שעצם האמירה שהחפץ הופקר מגלה על דעת האדם שאינו מקפיד על בעלותו בחפץ וא"כ יחשב הממון מופקר לענין ביטול חמץ אף שלא יועיל אודיתא בתורת קנין ליצור חלות הפקר.

והנה הרמב"ם (גו"א יא, יא) כתב על מי שזרק כיסו ברה"ר שאף שהמוצא לא מתחייב להשיבו לו שכן זו אבידה מדעת הבעלים בכל זאת אסור לו לקחת את הכיס. ובטור ס"י רסא הביא דברי הרמב"ם ותמה על כך הרי האדם מאבד ממונו לדעת ומדוע יהיה אסור לקחתו ולכך חולק ופוסק שכל הקודם לזכות יזכה בו. להלכה בשו"ע רסא, ד פסק כדעת הרמב"ם ואילו הרמ"א שם פוסק כדעת הטור.

וא"כ לדעת הטור והרמ"א נראה שעצם ההודאה שהחפץ הופקר לא תגרע מגילוי דעת שאינו מקפיד על בעלותו ויועיל כמעשה הפקר אך לדעת הרמב"ם והשו"ע לא די בגילוי הדעת ליצור חלות הפקר.

ואולי אפשר לבאר דברי הרמב"ם לשיטתו (נדרים ב, ד) שהפקר הרי הוא כנדר. וא"כ חלות הפקר היא לא רק סילוק הבעלות אלא יצירת חלות חדשה כמו בנדר ולזה צריך דיבור מפורש שמורה על הפקר שכן כמו בנדרים אין נדר במחשבה. אך הטור מבאר שהפקר הוא פעולה קניינית של סילוק הבעלות כלפי כל העולם וממילא כל גילוי דעת לכך יחשב כהפקר.

עפ"י ההגדרה הנ"ל שגילוי דעת על ביטול הבעלות יכול להחשב כהפקר אפשר לבאר דין נוסף.

בב"ק קטז מבואר הדין באדם שירד להציל מהנהר את חמורו של חברו במקום להציל החמור של עצמו. ואם עשה זאת ע"פ התחיבות החבר לשלם לו דמי חמורו שטובע חייב החבר לשלם למציל הסכום שהתחייב לו. ושואלת הגמ' מה הדין אם הציל חמורו של חברו והחמור שלו עלה לבד וניצל האם חייב החבר לשלם כל הדמים שהתחייב? ומסקנת הגמ' "משמיא רחימו עליה" ולכך זוכה גם בחמורו שלא טבע וגם בשכר שקצצו לו.

בנמו"י (מב, ב בדפיו ד"ה לרווחא) כתב שאמנם בזמן שירד להציל את חמור חברו ועזב את חמורו החמור הוי הפקר וכל הקודם לזכות זוכה בו. אך בכ"ז מאחר שעלה החמור לבסוף חוזר להיות של בעליו. וכך מביא הד"מ בשמו בס"י רסד ונפסק ברמ"א שם סע' ד.

אך נתה"מ (רסב,ד) חולק על הרמ"א ומבאר שלעולם החמור שירד לנהר לא היה הפקר שכן אם היה הפקר גמור לא היה חוזר להיות של בעליו אלא מעמיד שבכך שלא הציל את חמורו חשוב שנתייבש ממנו ואם אדם אחר היה זוכה בו היה זה כמי שזוכה באבידה אחר יאוש. אך כשעלה החמור וראהו בעליו כבר אינו מתייבש ושוב החמור חוזר להיות שלו. וכדברי נתה"מ מבואר בתוס' ב"מ לא,ב דאין החמור הטובע חשוב הפקר גמור לפי שהיה יכול להצילו ע"י הדחק.

וא"כ קשה על דעת הטור והרמ"א שפסקו שאדם שעוזב ממונו לדעתו חשוב הפקר מדוע חוזר החמור להיות בבעלותו?

ומצאתי שבספר אגודת אזור שהש"ך מציין לדבריו (לר' ברוך בן דוד מגניזן עמ' קמד במהדורה החדשה) מתקשה מדוע החמור חשוב הפקר גמור בתחילה ולאחר שלבסוף עלה מן הנהר חוזר להיות של בעליו? ומבאר ע"פ דברי ר' יקיר ברא"ש בב"ק שם ובמרדכי (ב"ק קסט) ולדעתו רק לגבי מקום שנעשה לאדם נס בהצלת ממונו אז אמרין שנעשה נס בשבילו ולכן אחר לא יכול לזכות<sup>15</sup>. אך אם לא נעשה לו נס אלא ניצל ממונו בדרך הטבע בזה כל אחד יכול לזכות.<sup>16</sup> וכך מבאר שם דעת הרמ"א שבמקום שנעשה לו נס אף שהיה החמור הפקר אחר שניצל בנס חוזר להיות של בעליו שכן נעשה הנס בשבילו. אך לעולם במקום שאדם עוזב ממונו הממון חשוב הפקר.

וע"פ חידוש האגודת אזור הנ"ל יש ליישב את קושייתו המפורסמת של הדברי חיים<sup>17</sup> איך הדליקו החשמונאים את השמן שנתרבה בנס במנורה הרי השמן צריך להיות משל ציבור ולא משל הקדש. ולדעת הראשונים שיש חצר להקדש כבר זכה ההקדש בשמן ועיי"ש תירוצו הנפלא.<sup>18</sup> אך לחידושו של

<sup>15</sup> וכתב שם "אבל מכל מקום תימא...דמסיק נהי דכי אפקרא אדעתא דאריא אפקרא אדעתא דכולי עלמא לא אפקראה"י אדעתא לטבוע בנהר אפקרא....ונראה לי...יש לחלק כמו שמחלק המרדכי...משמיה רחימו עליה כלומר הואיל ועושין לו נס מה שלא נעשה לאחרים כדי שיזכה רב ספרא ולא אחר..."

<sup>16</sup> והדברים קצת צל"ע מאיזה דין לא יהיה אפשר לזכות בממון ע"י שנעשה בו נס אם קודם נעשה הפקר? וכך נראה בקושית נתה"מ וכן מבאר האו"ש פ"ז משכירות שסברת "משמיה רחימו עליה" שייכת רק אם לא חשוב שהפקיר החפץ לגמרי. ועיי"ש שדברי הבבלי הם דלא כבאור הירושלמי למשנה שם.

<sup>17</sup> דברי חיים תנוכה דף מ ע"ב בד"ה אמרי' בגמ'.

<sup>18</sup> והגרי"י שמלקיס בבית יצחק או"ח קי מכריח מכח קושיא זו שנשאר חלק מהשמן והוא נתרבה ומדין קמא קמא בטיל חשוב שהכל משל ציבור. ולכאורה יש לעיין בדבריו אם ביחס לבעלות שייך דין קמא קמא בטיל וי"ל.

האגודת אזור הכל מיושב שפיר. שהרי מבואר בגמ' שכאשר נעשה נס בשביל אדם מסוים זה חשוב שנקנה לו החפץ והוא בבעלותו. וא"כ פשוט הדבר שנס ריבוי השמן נעשה בשביל כלל ישראל שיוכלו להדליק את המנורה וא"כ חשוב משל ציבור שכן כל הציבור בעלים על השמן של הנס ודוק.

וא"כ לדעת הרמ"א הנ"ל אפשר שגילוי דעת האדם שמוותר על ממונו באמת יוצר חלות הפקר וכך גם בנידון שאלתנו הודאה על דבר שהוא הפקר ממילא תחשב להפקרת החפץ.

אך נתה"מ סובר שאין הממון חשוב הפקר לגמרי אלא חשוב רק כממון שהתיאשו ממנו בעליו ועדין חשוב ברשותו ולכך פוסק להלכה במקור חיים שאין אודיתא מועילה כהפקר לענין ביטול חמץ.

### ט. דעת לאבד

נתה"מ רסא, א הקשה על שיטת הטור והרמ"א הנ"ל מגמ' ערוכה בב"ק כו: "ואמר רבה: זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל - פטור, מאי טעמא? מנא תבירא תבר". ומבאר שם רש"י שפטור לפי שמחשיבים הכלי כשבור מכבר ולכך לא שייך לחייבו בנזק. ולפי דברי הטור שאדם המשליך ממנו לאיבוד נעשה הממון הפקר בכ"מ יש לפטור את השובר כדין שובר כלי הפקר<sup>19</sup> ואין צורך כלל להגדיר את הכלי כשבור?<sup>20</sup>

בית הלוי ח"א ס"י כד הביא קושיא זו וישב הדבר שכאשר אדם מעונין באיבוד הכלי אינו נעשה הפקר שכן גם איבוד הממון חשוב שימוש.<sup>21</sup> ורק

---

<sup>19</sup> ואכן ברא"ש רא"ש ב"ק ב סימן טז כתב על דברי רש"י "ולא נהירא דמילתא דפשיטא היא דפטור המשבר דאבדיה מדעת היא. ועוד היכי פשיט (לעיל יז, ב) מהכא דבתר מעיקרא אזלינן אפילו אי אזלינן בתר בסוף פטור דאבדיה מדעת היא והוי כאילו הפקירוהו בעלים". ומבואר מדבריו שבאמת גם כשאדם רוצה לאבד ממנו חשוב כמעשה הפקר.

<sup>20</sup> ונתה"מ שם ביאר שמדובר שיש מי שיציל הכלי ולכן לא חשובה הזריקה כאיבוד לדעת וזו אוקימתא בדברי הגמ'.

<sup>21</sup> ועיין בביאור הנפלא שם לדברי הגמ' בחגיגה ה "רבי יהושע בן חנניה הוה קאי בי קיסר, אחוי ליה ההוא מינא: עמא דאהדרינהו מריה לאפיה מיניה. אחוי ליה: ידו נטויה עלינו. אמר ליה קיסר לרבי יהושע: מאי אחוי לך? - עמא דאהדרינהו מריה לאפיה מיניה, ואנא מחוינא ליה: ידו נטויה עלינו". והקשה המהרש"א שם הרי הפסוק ידו נטויה עלינו נאמר בישעיה על נבואת החורבן לרעה. ומה התשובה השיב ר' יהושע? אך לדברי הבית הלוי מבואר שבכך שידו נטויה עלינו להרע מוכח שלא הפקירנו כטענת המין אלא רוצה לייסרנו כדי שנחזור בתשובה ודפח"ח.

במצב בו אדם משליך חפציו לא ע"מ לאבדם אלא מחוסר ענין בהם נעשים הפקר. ראיה לדבר מדברי הגמ' בסנהדרין מח שאם אביו ואמו של הנפטר מזורקים כלים על מיטתו מצוה להציל ממונם ולמנוע מהם שיאסרו הכלים בהנאה. ואם בכך שזורקים החפץ כבר נעשה הפקר? אין בהצלתם השבה לזורקים שכן כבר לא חשוב כממונם? אלא מוכח שרצון לאבד החפץ לא חשוב כמעשה של הפקרה.

בחילוק זה מיישב בית הלוי קושיא נוספת. בגמ' ב"ק קטז מסופר על רב ספרא שהלך בשיירה ובכל לילה היו צריכים לשלוח בהמה בשביל להאכיל אריה שלא יתקוף את השיירה. ובליל התור של רב ספרא הוא מסר בהמתו אך האריה לא טרף אותה והיא חזרה שלמה בבוקר. ומבארת הגמ' שרב ספרא חזר וזכה בה אך לא היה צריך לזה מעיקר הדין מכיון שהפקיר רק לאריה ולא בשביל שכל העולם יזכה.

ובתוס' ב"ב קלח הקשה רבינו פטר מגמ' זו על הדין המובא בכריתות שהאומר אי אפשי במתנה כל הרוצה לזכות זוכה בה. והרי הנותן לא הפקיר על דעת כל העולם אלא רק על דעת המקבל ואם המקבל לא רוצה לזכות למה יהיה הפקר הרי לא גרע מחמורו שעלה מן הנהר או מבהמתו שלא אכלה האריה?

ולדברי בית הלוי מיושב שפיר שכן במקום שהמקבל לא רוצה לזכות אין לנותן רצון אחר אלא רק כיבודו של המקבל ולכן נעשה החפץ כהפקר. אך במעשה של רב ספרא היה מעונין שהאריה יאכל בהמתו וא"כ בזה לא אומרים שנעשה הפקר שכן מעונין באיבוד ממונו ובוזה לא נעשה הפקר. וזה כמבואר בדין זרק כלי מראש הגג.

ולפי הנ"ל יש להסתפק בנידון שאלתנו. שכן מחד אדם שמבטל החמץ חשוב שמגלה דעתו שלא אכפת לו מה יעלה בגורל החמץ ואז יחשב הדבר כאבידה מדעת. אך מאידך יתכן שהאדם מעונין בקיום מצות ביטול חמץ ולכן רוצה שהחמץ יהיה מבוטל ולא רק שלא משנה לו מה יעלה בגורל החמץ. ושוב לסברת הבית הלוי לא יהיה באודיתא על ביטול חמץ גילוי דעת על הפקרת החפץ שכן מעונין בדוקא בביטול החמץ וזאת אף לשיטת הטור ורבנו הרמ"א.

## י. סיכום

מאמר זה דן באפשרות להחשיב הודאה על ביטול חמץ כהפקרת החמץ.

הצגנו דעת הראשונים שאודיתא היא קנין לעומת הראשונים שסברו שהודאה אינה קנין אלא רק כהודאת בע"ד שחשובה כראיה בבי"ד.

גם בדעת הסוברים שאודיתא היא קנין נחלקו האחרונים האם זהו קנין דרבנן כשיטת קצוה"ח ונתה"מ או שחשוב קנין מדאורייתא ויכולה להועיל גם לדין חמץ בפסח כשיטת רע"א והחת"ס.

בארנו שישנו קושי להחשיב הודאת בע"ד כאשר מדובר על הפקר שכן אין בעל דין מבורר שההודאה כלפיו. ורצינו לתלות זאת בשני הסברים של הראשונים לסוגיא בכריתות כד.

בארנו שמדברי רש"י בכריתות ורשב"ם ב"ב קלח נראה שישנה תורת הודאת בע"ד כלפי הפקר לעומת הבנת התוס' בגיטין וב"ב שהבינו שמדובר על לשון של הפקר ולא על תורת הודאת בע"ד.

הבאנו את דברי התורת גיטין שפוסק להלכה שישנה אפשרות להפקיר ע"י אודיתא ואת תלית דין זה במחלוקת הבי"ח והט"ז אם אודיתא מועילה לאיסורים.

בסיום הדברים הסתפקנו בשאלה האם הודאה על ביטול חמץ תחשב הפקר כמו בדין הזורק כיסו ברה"ר וכן בגדר הדין של אבידה מדעת. ובעקבות דברי הבית הלוי הסתפקנו האם רצון לבטל את החמץ חשוב כאבידה מדעת וכסילוק הבעלות שיחשב כהפקר או שזהו רק רצון לאבד החמץ שבזה אין החפץ נעשה הפקר.

## הרב אתי אהרן

### נאמנות מוכר (לסי' רכב)<sup>1</sup>

#### ראשי הפרקים

א. מקורות לנאמנותו של מוכר

1. קידושין עג,ב
2. בבא מציעא כ,ב

ב. שיטת רש"י

1. מחלוקת ראשונים בהבנת דבריו
2. קושיות הרשב"א על ביאורו של רש"י
3. יישוב שיטתו של רש"י והבנת הרא"ש ברש"י
4. סיכום לשיטת רש"י

ג. שיטת רבינו חננאל והתוס'

1. תירוצים לקושיית התוס' על רש"י
2. דעת הרמב"ן ברבינו חננאל

ד. שיטת הרי"ף

1. מחלוקת בהבנת שיטת הרי"ף
2. קושיות הרא"ש על הרי"ף
3. יישוב שיטת הרי"ף מקושיות הרא"ש

ה. שיטת הרמב"ם

1. הקשיים בהבנת דברי הרמב"ם
2. ביאורים ברמב"ם
3. קצוה"ח: שבועה על חלק מהעדות אינה מבטלת העדות
4. דחיית קצוה"ח על ידי נתה"מ

ו. ביאור השו"ע והרמ"א

ז. סיכום

#### א. מקורות לנאמנותו של מוכר

בסוגיה בקידושין פרק עשרה יוחסין עג,ב מובא שפעמים חכמים נתנו נאמנות לאדם לאור צורך, הכרח או חוסר אפשרות אחרת. כדוגמת דין לומר את מי חייב ומי זיכה בדין. חיה אין לנו מישהו אחר שהיה שם, חכמים נתנו לה נאמנות לומר מי הבכור ומי ממזר. באותה ברייתא מוזכר גם נאמנות של

---

<sup>1</sup> מאמר זה נכתב בלימוד הסוגיה בחברותא עם ר' יהודה צור הי"ו.

"מוכר". השאלה היא איזו נאמנות נתנו חכמים למוכר? האם נאמנותו היא חידוש בדומה לחיה או שמא נאמנותו איננה יותר מעד אחד?

### 1. קידושין עג,ב:

נאמן בעל מקח לומר לזה מכרתי ולזה אין מכרתי; במה דברים אמורים - בזמן שמקחו בידו, אבל אין מקחו בידו - אינו נאמן. (עד.) וניחזי זווי ממאן נקט? לא צריכא דנקט מתרוייהו, ואמר: חד מדעתאי וחד בעל כורחי, ולא ידיע הי מדעתו והי לא מדעתו.

ויש לברר:

א. שני בעלי הדין, כל אחד טוען "לי מכר בעל המקח את סחורתו", הגמ' הביאה לבעל המקח (המוכר) נאמנות לומר לזה מכרתי. מניין ומכח מה יש לבעל המקח נאמנות והרי בכל דיני ממונות בעינן שני עדים?

ב. מכח מה נאמנותו של המוכר כאשר מקחו בידו?

ג. על מה מוסבת שאלת הגמרא "ונחזי זווי ממאן נקט", היכא שמיקחו בידו או שאין מקחו בידו?

ד. מניין הידיעה של "זווי ממאן נקט" מהמוכר או אנחנו "נחזי" ע"י עדים, ומה כוחה של ידיעה זו?

ה. "ולא ידיע הי מדעתו והי לא מדעתו" ומה יהיה אם הוא יודע מי בעל כורחו ומי מדעתו או שמא אין הכוונה שהוא אינו יודע מי מדעתו ומי בעל כורחו אלא אם קיבל דמים משניהם אין בדבריו כלום! ואין למוכר שום נאמנות – אנחנו אלו שלא יודעים ולא יכולים לדעת עתה מי נתן דמים מדעתו ולמי נתרצה?

גמרא מקבילה בבא מציעא (ב,א), הגמ' מבארת מדוע המשנה כפלה וכתבה: "זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה, זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי?" עונה הגמ' רישא במציאה וסיפא במקח וממכר.

### 2. בבא מציעא ב,ב:

רישא במציאה, וסיפא במקח וממכר. וצריכא... (ב,ב) מקח וממכר; ולחזי זווי ממאן נקט! - לא צריכא, דנקט מתרוייהו, מחד מדעתיה ומחד בעל כורחיה, ולא ידענא מי הוא מדעתיה ומי הוא בעל כורחיה.

שואלת הגמ' מדוע אמרינן ישבעו ויחלוקו? נבדוק מי נתן את המעות, והטלית שלו? מעמידה הגמ' ששניהם שילמו "ולא ידענא מי הוא מדעתיה ומי הוא בעל

כורחיה". משמע מהגמ' שבמקרה שיודעים "זוזי ממאן נקט" אין דין יחלוקו. ויותר מכך, אפילו קיבל דמים משניהם אם הוא יודע מי נתן לו מדעתו יהיה נאמן.

וגם כאן לשאול:

א. מה יועיל לדעת "זוזי ממאן נקט" והרי אין מטלטלים נקנים בדמים?

ב. וכמו ששאלנו בגמ' קידושין, מניין לנו מי נתן דמיו, ומה כוחה?

### **ב. שיטת רש"י**

נאמנות המוכר כאשר מקחו בידו נובעת מכח חיובו של המוכר לדייק, שאם לא ידייק וידע למי מכר הרי הוא מתחייב ב"מי שפרע". עם אותה סברא של מידק דייק ממשידך רש"י לטעם הנאמנות כאשר ידעינן "זוזי ממאן נקט" – לאור זה שהוא קיבל דמים הוא מדייק ויודע למי מכר.

ע"פ רש"י שאלת הגמ' "ונחזי זוזי ממאן נקט" מבטאת נאמנות של המוכר. א"כ שאלת הגמרא היא: מדוע אינו נאמן כאשר מקחו אינו בידו, הרי אם הוא יודע מי נתן לו את הכסף הוא מדייק? עונה הגמ' מדובר במקרה שקיבל משניהם ו"אין ידוע לנו" (רש"י ד"ה ולא ידיע) ממי קיבל ברצון וממי קיבל בעל כורחו – לאחר שהוא קיבל משניהם אינו מדייק ולכן אפילו הוא אומר למי נתצה אינו נאמן – ואנו לא יכולים לדעת ממי קיבל ברצון. וכן מפורש ברש"י בבב"מ (בב, ד"ה ולחזי זוזי): "נשאל את המוכר... אבל אין מקחו בידו אינו נאמן... אבל היכא דלא קיבל דמים אלא מחד מידכר דכיר ליה".

בלשון רש"י "אין ידוע לנו", אפשר שהידיעה מי שילם או מי שילם מדעתו של מוכר ומי בעל כורחו, איננה תלויה כלל במוכר ואיננה מכוח נאמנות של המוכר, אלא אנו יודעים ע"י עדים או ע"י הודאה של כל בעלי הדין מי שלם. אלא שבבב"מ (בב, פירש רש"י ד"ה ולחזי זוזי): "נשאל את המוכר ממי קיבל דמיה" יש למוכר נאמנות לומר ממי קיבל דמים. וה"אין ידוע לנו" בא לברר שכאשר הוא קיבל משניים אינו נאמן עלינו אפילו אם יאמר ממי קיבל מדעתו, כי בקבלתו משניים אינו מדייק.

### **1. מחלוקת ראשונים בהבנת רש"י**

נחלקו הראשונים בהבנת דברי רש"י מה ייסוד נאמנותו של המוכר כאשר אנו יודעים ממי הוא קיבל דמים. האם זכרונו מי הנותן לו דמים מוכיח מי הוא הקונה או שמא עצם קבלת הדמים ע"י אחד "מדכר דכיר" ויהיה נאמן לומר

מי הקונה ואפילו אדם אחר? הרא"ש (בב"מ סי' ב) מבאר מכך שהכול ע"פ נאמנותו של המוכר, משמע שיש לו נאמנות לומר גם למי מכר, כדין מי שמקחו בידו. אומנם בתוס'<sup>2</sup> (קידושין שם, ד"ה בד"א בזמן שמקחו בידו) ובתפארת שמואל (אות א) על הרא"ש ביארו שיש לחלק, היכא שמקחו בידו נאמן לומר אפילו לאחר מכרתי ודייק מלשון הגמ' "נאמן... לומר לזה מכרתי" אך כאשר אין מקחו בידו אינו נאמן ושאלת הגמ' אע"פ שאינו נאמן לומר למי מכר, "נחזי" ויהיה נאמן לומר "מי נתן לו מעות" ואנו נאמר שהוא הקונה. ויש להעיר שברש"י (ב"ב, ד"ה ולחזי זוזי) משמע קצת, שאין הבדל בין מקחו בידו לאין מקחו בידו - כאשר קיבל דמים מאחד, כרא"ש.

מחלוקתם היא בעצם מה אנו שואלים את המוכר, ע"פ הרא"ש השאלה היא: 'מי הקונה? ואילו לתוס' ותפארת ישראל השאלה היא: 'מי נתן דמים?'

## 2. קושיות הרשב"א על ביאורו של רש"י

הקשה הרשב"א (בב"מ) "ולחזי זוזי ממאן נקט" פירש רש"י "נשאל את המוכר" – וכגמ' בקידושין "נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי". על פי פירושו של רש"י שאלת הגמ' צריכה להיות "נחזי מוכר מאי קאמר"<sup>3</sup> והמוכר נאמן למי הוא מכר – שאין לדמים כל משמעות? ומדוע הגמ' נותנת משמעות "לדמים" – כיוצרים אומדנא או נאמנות?

עוד, מה נתינת הדמים מועילה הרי אין מעות קונות, אפשר שבאמת קיבל דמים מפלוני, אך אלמוני משך לפניו והוא הקונה?<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> וז"ל התוס': "ומה שפי' דפריך אין מקחו בידו דקאמר דאינו נאמן ופריך וניחזי זוזי ממאן נקט פירוש ולאותו שנתן לו המעות ודאי נתרצה."

<sup>3</sup> רשב"א שם.

<sup>4</sup> הרשב"א מביא מקור המחזק את שאלתו, שכן אפשר לתרץ בפשטות, נכון מעות אינן קונות, אך אפשר שבדומה לתוס' המעות יוצרות אומדנא למי התרצה, כך לרש"י המעות יוצרות אומדנא שהוא יודע למי נתרצה, אלא – לאור הגמ' ב"ב פח, א "ההוא גברא דאייתי קארי לפום נהרא, אתו כולי עלמא שקול קרא קרא, אמר להו: הרי הן מוקדשין לשמים; אתו לקמיה דרב כהנא, אמר להו: אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו" - יוצא שכאשר אדם מתכוון למכור אין צורך כלל ברצונו, ובמשיכה קנו הקונים ואינו ברשותו. ע"י אבן האזל (הלכות מכירה פרק כ הלכה ד) שמתרץ ומחלק בין הסוגיות דהכא אינו מתרצה כלל, ולא שלא אכפת לו, שאינו מעוניין לקבל על עצמו מי שפרע, והתם לא אכפת ליה מי הקונה.

### 3. יישוב שיטת רש"י והבנת הרא"ש ברש"י

ריטב"א (בקידושין) מבאר את לשון הגמ' וקושייתו של הרשב"א, מדוע תולה הגמ' בדמים – כי הם סיבת הזיכרון והנאמנות לומר שהוא "שייך בה ולא איכפת ליה שאינו נוגע בדבר..." עתה אין נ"מ האם המעות קונות או לאו, אין תפקיד המעות לקניין אלא לזכרון. ונראה שהט"ז מבאר יותר וז"ל: "דכשלקח המעות ודאי רמי אנפשיה באיזה אופן לקחם אם להחזיק או להחזירם וכו' ובודאי על ידי המעות יודע האמת..." בלקיחת המעות הוא מחייב עצמו לזכור את פרטי ניתנת הדמים ולא שנותן הדמים הוא הקונה. עתה ניתן להבין את סברת הרא"ש – לרא"ש הייתה קשה קושיית הרשב"א ולכן ביאר כרטב"א – הדמים הם סה"כ סיבת הזיכרון, הוא נאמן לומר מזה קיבלתי דמים ונתרצתי לאחר כדין מי שיש בידו מקחו שיש מה שידאג לכך שיזכור ויהיה נאמן. סברא נוספת לביאור הבנת הרא"ש ברש"י (ור"י"ף) שיכול לומר נתרצתי לאחר ולא לזה שנתן לי מעות כתב הסמ"ע (ס"ק א): "כיוון דאומר דבר שאינו מן הסברא והיינו שיתרצה למי שלא קיבל ממנו זוזי בודאי מדכר דכיר... ולא חשדינן אותו שישקר במזיד".

### 4. סיכום לרש"י

כ"ז שמקחו בידו נאמן שאינו רוצה לעמוד במי שפרע.<sup>5</sup> אין מקחו בידו נאמן כאשר רק אחד שילם לו<sup>6</sup> – ע"פ הרא"ש נאמן לומר מיהו הקונה (אפי' לא זה ששילם לו) ומוסיף הט"ז אפילו ידוע בעדים מי שילם לו "נאמן (המוכר) שנתרצה לזה".<sup>7</sup> ע"פ תוס' ותפארת שמואל נאמן לומר מי שלם לו ואנן סהדי שהוא הקונה!

### ג. שיטת רבינו חננאל (כפי שהובא ברא"ש ונו"כ), תוס'

בתוס' (קידושין עג, ב ד"ה בד"א) הקשו על רש"י מניין שיהיה למוכר נאמנות יותר מעד אחד כאשר אין מקחו בידו? ס"ס כאשר מקחו בידו יש לו מיגו שיכול לומר לא מכרתי או מכרתי וקניתי חזרה. אך כשאין מקחו בידו, נאמנותו

<sup>5</sup> וכדלעיל ע"פ הרא"ש – לאו דווקא למי שנתן את המעות אלא החשש לעמוד במי שפרע גורם לו לזכור למי נתרצה.

<sup>6</sup> בלשון אחר, לשון הגר"א "דלעולם המוכר נאמן כב' עדים א"כ אין מקחו בידו ונקיט זוזי מתרוויהו.

<sup>7</sup> הט"ז הוסיף את המילה "נאמן" ללשון הטור ע"מ לתרץ את המשתמע מלשונו שיהיה נאמן נגד עדים המעידים למי הוא נתרצה.

מניין, הרי קיבל מעותיו ונסתלק מהמקח שאין המקח בידו (רא"ש)? ועוד לשון התוספתא "באין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם"?

ע"כ פירשו שנאמנותו של המוכר כאשר מקחו בידו, הינה מטעם מיגו. שאלת הגמ' "ונחזי זוזי ממאן נקט" מוסבת על מקחו בידו – דהיכא דידיעין מי נתן מעות "אנן סהדי" שלו נתרצה ומכר, ולא אמרינן מיגו במקום עדים, ואפילו מקחו בידו מי ששילם הוא הקונה ולא יוכל המוכר לומר על אחר "לו מכרתי". א"כ הגרסא "ולא ידיע"<sup>8</sup> המוכר אינו יודע, אך אם הוא יודע מי שלם מרצונו (ומקחו בידו) – אנן סהדי שנותן הדמים הוא הקונה.

אלא שקשה לשיטתם, ע"פ דבריהם אין למוכר נאמנות כאשר אין מקחו בידו! וא"כ מה שייך בבא מציעא כאשר שנים אוחזים בטלית "נחזי זוזי ממאן נקט"?!?

ר"ת (בקידושין) ביאר "נחזי זוזי ממאן נקט", לא להוציא מחברו את הטלית שלזה אין כלל נאמנות! אלא, יש בדברי המוכר ככל אדם וככל עד אחד, לפטור משבועה אפי' שבועת היסת את מי שמסייע לו ומחייב את השני בשבועה דאורייתא.<sup>9</sup> ושאלת הגמ' – מדוע חייבה המשנה את שניהם שבועה? לפי פירוש זה הגרסא בבא מציעא כששניהם שילמו, היא "ולא ידע" ולכן שניהם חייבים בשבועה! אך היכא שהוא יודע וזוכר מי שילם לו מרצונו ומי בעל כורחו, וודאי יש נ"מ לידיעתו - לחיוב שבועה כנ"ל.

ר"י (בב"מ) ביאר "ולחזי זוזי ממאן נקט" אינה נאמנות של המוכר, אלא בכך אין הם משקרים ואינם חלוקים - כולם מודים מי נתן דמים ורק חלוקים לומר למי נתרצה המוכר, ו"נחזי זוזי" כוונת הגמרא נשאל אותם את הלוקחים מי נתן דמים.

### 1. תירוצים לקושיית התוס' על רש"י ומדוע אין רש"י אומר מטעם מיגו

לכאורה קושיית התוס' מדוע המוכר יהיה נאמן כשאין מקחו בידו יותר מע"א חזקה וקשה.

<sup>8</sup> ולא "ולא ידענא".

<sup>9</sup> בספר הישר (תקעא) ביאר את סברתו, אין שבועת המשנה אלא מפאת חשד למשקר ומניעה שכל אחד יוכל לתקוף חפצי חברו ולטעון שלי הוא. וע"כ מי שיש לו עד המסייע לו, רגלים לדבר שאינו משקר ואין לחייבו שבועת המשנה. הביאו הרמב"ן במלחמות וע"פ זה כתב שבכל מקום ע"א מחייב שבועה ואינו פוטר אלא כאן מכח סברא זו.

אומנם מאידך גיסא, לומר שהמוכר נאמן מכח מיגו בלבד אינה עולה בקנה אחד עם הדוגמאות הצמודות למוכר – שלדין וחייה אין נאמנות מכח מיגו אלא אומדנא של חכמים שנתנו להם נאמנות.

ריטב"א (על קידושין) רש"י אינו מבאר מטעם מיגו כשמקחו בידו (כר"ח ותוס' לקמן) כי אין למוכר מיגו! אינו יכול לומר "לא מכרתי" – כי יש עדים שמכר, ונאמנותו כדין וחייה (הברייתא בקידושין) שאינן מטעם מגו אלא "וטעמא דמילתא, דרבנן הימנוה במילתא דשייך בה ולא איכפת ליה שאינו נוגע בדבר זה ולא משקר...". אם כך, אפילו באין מקחו בידו מדוע לא יהיה נאמן?! ואם תאמר שאינו זוכר כי כבר נסתלק מהמקח, היכא שקיבל דמים י"ל שהוא זוכר! אומנם אם קיבל דמים משניים הוא מבולבל וכבר אנו אומרים שאינו זוכר.

ה"ה ור"ן ביארו שרש"י לומד מסמיכות הסוגיות שנאמנותו של המוכר כדן הדין – "נאמן דיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי" מטעם "כיוון דזימנן טובא ליכא סהדי הימנוהו רבנן"<sup>10</sup>. קצוה"ח (א) הקשה, שממשיכה הגמ' לגבי דיין "במד"א שבעלי הדין עומדים לפניו אבל אין בעלי הדין עומדים לפניו אינו נאמן" ובאמת כך כתבו ה"ה ור"ן שנאמנותו של המוכר רק כאשר הלוקחים עומדים לפניו. וקשה שבב"מ מבאר רש"י את הקושייה "ונחזי..." – נאמן המוכר כאשר "נקט זוזי מחד נאמן אפי' אין מקחו בידו" – ויכלה הגמ' לתרץ פשוט, הכא דלקוחין בפניו והכא דאינם בפניו ולא צריך להעמיד בנקט מתרוויהו. ועוד מלשון רש"י בסוף דבריו משמע דהיכא שקיבל דמים מאחד "מדכר דכיר" בין לפניו בין אינם לפניו. ונשאר קצוה"ח בצ"ע.

אבן האזל הקשה בפשטות שצירור המציאות של שניים שבאים לב"ד אוחזים בטלית משמע שאין המוכר בפניהם שוודאי לא הייתה המכירה בב"ד<sup>11</sup>. בבית הלוי תירץ שבאמת אה"נ כבר אין זה בפניהם ואינו נאמן ו"נחזי זוזי ממאן נקט" הכוונה לא מכח נאמנות אלא מדין ע"א כר"ת, ותשובת הגמ' "נקט

<sup>10</sup> ע"פ הר"ן וה"ה וודאי אם יש עדים המוכר אינו נאמן. ובלשון הטור משמע שיהיה נאמן אפילו עם עדים. הב"י הקשה עליו. וכתב הב"ח הטור מבין שחייבים להעמיד את הברייתא כשיש עדים ובכל זאת נאמן המוכר – כנ"ל הריטב"א שמוכח שיש עדים, בהסברו מדוע רש"י לא אומר מטעם מיגו, שאם אין עדים פשיטא שהוא נאמן. תוס' ור"ח, מרכבת המשנה (הל' מכירה כ,ד), העמיד שאין עדים ונאמנותו מטעם מיגו, ושאלת הגמ' מדוע יהיה נאמן כשיש נגד המיגו חזקה. ואפשר שגם לתוס' ור"ח מדובר שיש עדים על המכירה, ולאור שהמכירה בכסף והמוכר יכול לחזור בו יש לו מיגו.

<sup>11</sup> מכאן משמע שבפניהם דווקא בזמן המכירה דאל"כ הקושייה איננה קושייה שהמכירה לא הייתה בפני הב"ד אך אפשר שעתה הזמין הב"ד את המוכר והוא מעיד בב"ד בפני הלוקחים.

מתרוויהו" דאז הוא כבר אינו זוכר "ואנן סהדי שהוא מתבלבל" (כרשב"א) ואפילו הוא יודע למי נתרצה אינו נאמן ולכן אינו יכול להיות אפילו כעד אחד.<sup>12</sup> אבן האזל דחה את האפשרות לבאר שרש"י מודה לר"ת מעצם כך שרש"י לא כתב זאת ואין דין זה שע"א פוטר משבועה מופיע בשום מקום חוץ מכאן ולא יכול להיות שרש"י יתעלם מכך.

פני יהושע (קידושין) רש"י מבאר את הברייתא (כולה רישא שמקחו בידו וסיפא שאין מקחו בידו) ע"פ המסקנה שקיבל דמים משניהם, ואנו חושדים שאינו מדייק, ובהיכא שהוא חשוד כאינו מדייק ולא כמשקר לא אמרינן מיגו. כן מצינו, יבמות (קיד, ב) אשה האומרת מת בעלי במלחמה, אינה נאמנת מיגו דיכלה לומר מת במיתתו, מטעם "דאמרה בדדמי" אנו חושדים שהיא טועה. וכ"כ תוס' (בשבועות מה, ב ד"ה מתוך) "דאין שייך מיגו אלא לענין שלא לחושדו שמשקר במזיד אבל הכא שפיר מהימנינן ליה...אלא שאנו תולין ששכח" ובתלינן ששכח ואינו מדייק לא אמרינן מיגו.<sup>13</sup> ולכן לא ניתן לומר על מקחו בידו מכח מיגו.

## 2. דעת הרמב"ן ברבינו חננאל

עד כה ביארנו את רבינו חננאל כמו שהביאו הרא"ש, ששאלת הגמ' "ונחזי זוזי..". היא על הרישא שמקחו בידו. אך הרמב"ן לומד ששאלת הגמ' איננה רק על שמקחו בידו אלא על שניהם. ברור לרמב"ן שכאשר אין עדים שהוא מכר הוא נאמן מכח מיגו – כאשר מקחו בידו.<sup>14</sup> וע"כ מבאר הרמב"ן שהברייתא

<sup>12</sup> עיי באבן האזל (שם) שביאור זה יחייב שהר"ן המשווה בין מוכר לדיין סובר שבדיין אם אינם לפניו הוא יהיה כעד אחד (כשאלת הגמ' ע"פ פירוש זה שיהיה כעד אחד)! ומצינו בכך (ס' כג ס"ק כז) מחלוקת בין הב"ח הסובר שדיין שאינם לפניו אפילו כעד אינו נאמן לש"ך הסובר שבפניהם נאמן ושלא בפניהם דינו כעד אחד. וא"ת כיצד ניתן לחלק ולומר שבדיין ואינו בפניהם נאמן כעד אחד ואילו באין מקחו בידו ונקיט מתרוויהו אינו נאמן כלל? והרי זה באותה ברייתא ומשמע שהיא משווה ביניהם – י"ל ולחלק גם שאינם בפני הדיין ולא רמיא עליה לזכור – ס"ס אין אומדנא שהוא מבולבל לעומת נקיט זוזי מתרוויהו יש אומדנא שהוא מבולבל! (בבית הלוי למד להיפך שהר"ן כב"ח ודיין שאינם לפניו אפילו כעד אחד אינו נאמן ע"ש) בית הלוי עצמו דחה הסבר זה מכח הברייתא ששמע שאין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם וכעד אחד – ולשיטת רש"י כוונת התוספתא היא לנקיט בתרוויהו (דבנקיט מחד נאמן הוא).

<sup>13</sup> זו"ל: "ויעוד דלא שייך מיגו אלא היכא דחשדינן ליה כמשקר משא"כ הכא דכולא טעמא תליא אי דייק או לא דייק לא שייך טעם מיגו דאפשר שטעה מש"ה הוצרך רש"י לפרש דה"נ טעמא משום דדייק דלא ליקו במי שפרעי". ע"ש בפניי שמביא ביאור נוסף מדוע לא שייך מיגו.

<sup>14</sup> ובאבן האזל דחה שאין זה פשוט לומר שיש דין שליש כאשר הוא מודה שאין המקח שבידו שלו, וכל דין שליש ומיגו רק כאשר הוא בעלים על החפץ.

מדברת כאשר יש עדים ואין לו מיגו! ואם יש עדים מה שייך אינו נאמן כשאין מקחו בידו – יעידו העדים מי נתן דמים ואמרינן חזקה שלו נתרצה וע"כ שאלת הגמ' "ונחזי זוזי" היא גם על היכא שאין מקחו בידו שלא כר"י.

יוצא על פי הרמב"ן שלא אמרינן אן סהדי אלא היכא שאנו יודעים ע"י עדים שאחד נתן את המעות ואפי' אין מקחו בידו. אך היכא שאין עדים ומקחו בידו יש לו מיגו שיכול לומר לא מכרתי ולכן יהיה נאמן לומר למי מכר ואפילו לא למי שנתן את הדמים ולא אמרינן שנתנת הדמים היא "אן סהדי" נגד מיגו.

#### ד. שיטת הרי"ף

מקידושין למדנו, קיבל דמים משניים ומקחו בידו נאמן לומר זה מדעתי וזה בע"כ, כשאין מקחו בידו אינו נאמן לומר זה מדעתי וזה בע"כ.

הקשה הרי"ף שבב"מ במסקנה קיבל דמים משניים "ולא ידע"<sup>15</sup> מי הוא מדעתיה ומי הוא בעל כורחיה", משמע שאם הוא יודע נאמן, והרי המשנה מדברת על שניים שהיו אוחזים משמע שאין המקח ביד המוכר! ולכן צ"ל "חציה שלי..." העמידה הגמ' באבדה ומדובר ששני המוצאים מצאו את האבדה ושניהם אוחזים בה. אך "בכולה שלי..." הגמ' העמידה במו"מ ומדובר שהמקח ביד המוכר.

#### 1. מחלוקת בהבנת שיטת הרי"ף

נחלקו בהבנת דברי הרי"ף – בקיבל דמים מאחד, בין מקחו בידו בין אין מקחו בידו. ובלשון אחר, כיצד מסביר הרי"ף את שאלת הגמ' "ונחזי זוזי ממאן נקט" בקידושין?

הרא"ש: שיטת הרי"ף כסברת רש"י, דמדק דייק לאור מי שפרע או לאור שקיבל דמים. (דמקחו בידו נאמן בכ"מ ובאין מקחו בידו נאמן היכא דידיעין זוזי ממאן נקט – ומשמע אפילו לומר "ונתרתתי לאחר" כנ"ל ברש"י). אלא צ"ע שלא מוזכרת ברי"ף סברת מדכר דכיר?! ומה חייב את הרא"ש לבאר את

<sup>15</sup> לעיל ראינו שהתוס' בביאורם העירו שהגרסא הנכונה לשיטתם היא "לא ידיע". הרי"ף בב"מ גורס "ולא ידע" אומנם רש"י שם גורס "ולא ידענא" וכן בקידושין "ולא ידיע" מפרש ולא ידיע לנו משמע אנחנו ב"ד לא יודעים, וא"כ כבר לא קשה קושיית הרי"ף "הא אם ידע נאמן", ולרש"י הסוגיות ככפתור ופרח – שאלת הגמ' בקידושין על אין מקחו בידו והיכא דידיעין זוזי ממאן נקט נאמן המוכר דמדק דייק ולכן בב"מ שואלת הגמ' ונחזי זוזי ממאן נקט ויהיה נאמן המוכר ועונה הגמ' בדיוק כמו בקידושין ששניהם שילמו לו אינו נאמן שאינו מדייק. אך הרי"ף שע"פ גרסתו משמע שהיכא שהמוכר יודע מי בעל כורחו ומי מדעתו יהיה נאמן מחוייב להעמיד את הגמ' בב"מ במקחו בידו כנ"ל.

הרי"ף כשיטת רש"י?<sup>16</sup> כתב הט"ז נראה שהרא"ש דייק בלשון הרי"ף: "ושמענין מינה דהיכא דאין המקח יוצא מתחת ידו של מוכר אינו נאמן לומר נקיטנא מהאי מדעתאי ומהאי בעל כרחי"<sup>17</sup> ודייק הרא"ש, דווקא היכא שנקיט משניים אך היכא דנקיט מחד נאמן! אלא שאפשר לדחות ולומר שהסיבה שאינו נאמן איננה בגלל שקיבל משניים אלא כי אין מקחו בידו ואפילו קיבל רק מאחד אין לו נאמנות.<sup>18</sup> אומנם מלשון השאלה וההיסק של הרי"ף מהגמ' בקידושין "ושמענין מינה דהיכא שאין המקח יוצא מתחת ידו..." משמע שהוא העמיד את השאלה "ונחזי זוזי..." בקידושין על אין מקחו בידו כרש"י.<sup>19</sup>

בדק הבית ביאר ששאלת הגמ' בקידושין היא לשתי הבבות, למקחו בידו וכשאין מקחו בידו. שאלת הגמ' היא בדומה לתוס', כאשר ידענין "זוזי ממאן נקט" לא צריך את המוכר, יש לנו עדות של אגן סהדי שמכר למי שנתן הדמים.

<sup>16</sup> כמו שכתבנו בהערה הקודמת ביאורו השונה של הרי"ף בב"מ היא לאור גרסא, ואין זה מחייב שהוא חולק על רש"י בדין. אומנם בבד"ה אחת ההוכחות שלו לומר שהרי"ף אינו כרש"י הסובר שיכול המוכר לומר נתרצתי לאחר. היא מהעמדתו בב"מ שמקחו בידו, שאם סובר הרי"ף שיש לו נאמנות לומר לאחר נתרצתי לא הייתה צריכה הגמ' להעמיד בנקט זוזי מתרויהו, אלא היה די להעמיד נקט מחד ואינו יודע האם בע"כ או מדעתו, וממילא אין למוכר נאמנות. – אלא וודאי בכל נקט מחד אין לו כלל נאמנות, וכשקיבל מאחד חזקה שנתרצה לו וחיביבם להעמיד בנקט מתרויהו שאז אין לנו חזקה! וראיה זו היא אפילו במקחו בידו! וא"כ ע"פ ב"ה הרי"ף חולק על רש"י בין מקחו בידו בין אין מקחו בידו אין לו נאמנות כאשר קיבל דמים מחד וע"י לקמן בביאור דברי הרי"ף. (אא"כ נאמר שיש לו נאמנות כשהוא זוכר וכשאינו זוכר "נפעיל" אגן סהדי וצ"ע).

עוד אפשר לומר, מכח קושינו של הרי"ף, שאין ידיעתו מעלה ומורידה י"ל שהוא סובר כרש"י, לאחר שנקיט מתרויהו אינו נאמן, שכן לתוס' כל זמן שהוא יודע מי נתן לו דמים ברצונו אמרינן אגן סהדי שלו נתרצה. ואם אין לרי"ף סברת "אגן סהדי" יהיה נאמן המוכר לומר לאחר נתרצתי (יש להעיר שלתוס' אמירנן אגן סהדי היכא שמקחו בידו והרי"ף דן באין מקחו בידו אך ע"פ ב"ה אמירנן אגן סהדי גם באין מקחו בידו). אלא שאפשר שדווקא היכא דנקיט מתרויהו אינו נאמן ולא אמירנן "אגן סהדי" כי הוא מבלבל (כ"כ הריטב"א בשיטת רש"י), אך היכא דנקיט מחד אמירנן "אגן סהדי" ולא מדין מדכר דכיר כרא"ש.

<sup>17</sup> המשך דברי הרי"ף "אבל ליתיה בידא דמוכר אלא שניהן אדוקין בו אין בעל המקח נאמן לחודיה לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי" אפ"ל שאין החיסרון דווקא בכך שאין מקחו בידו אלא שלוקחים אחוזים במקח, ואפשר שיש לו נאמנות גם כשאין מקחו בידו. אם דיוק זה נכון הוא מסייע לסברת אבן האזל בה"א לקמן המחלק בין היכא שאין מקחו בידו והוא גם לא ביד הלוקחים להיכא שהלוקחים אחוזים במקח.

<sup>18</sup> כך דחה הט"ז את הבנת הרא"ש ודייק שאי הנאמנות היא מכך שאין מקחו בידו – וכ"ז שאין מקחו בידו אינו נאמן "בכל גווי בעולם".

<sup>19</sup> עיי' ב"ה שנכון שמשם למד הרי"ף לגבי אין מקחו בידו, אך אפשר שזה גם לאין מקחו בידו דאגן סהדי שנתרצה למי שקיבל דמים – וה"ה היכא שמקחו בידו.

כשמקחו בידו אין לו נאמנות מול חזקה 'מי שנתן דמים לו נתרצה'. כשאין מקחו בידו אין צורך בנאמנות שלו.

ש"ך היכא שמקחו בידו ואומר "פלוגי זה שילם לי, ולאמוני נתרצתי - נאמן" מכח מיגו וז"ל הרמב"ן "במיגו שמקחו בידו דאע"פ שמודה ממי קיבל המעות מ"מ אי בעי לא הודה כלל שקיבל ממנו המעות". אך אם אנו יודעים ע"פ עדים ממי קיבל דמים אין לו נאמנות לומר "נתרצתי לאחר".<sup>20</sup> ז"א לא אמרינן על דבריו - מיגו במקום עדים,<sup>21</sup> אך כשיש עדים ממש, ודאי אין מיגו. וכשאין מקחו בידו אין לו נאמנות ונחזי זוזי ממאן נקט - בעדים או הלוקחים מודים.

לכאורה,<sup>22</sup> מצינו מחלוקת בין הב"י לש"ך בדעת הרי"ף, כאשר מקחו בידו והוא אומר שקיבל מפלוני דמים אך נתרצה לאחר. ב"ה מכח "אנן סהדי" אינו נאמן לומר שהוא מכר לאחר. ואילו בש"ך משמע כ"ז שאין עדים שהוא קיבל דמים מפלוני יש לו מיגו ויהיה נאמן לומר לאחר נתרצתי.

אבן האזל תמה מדוע מביא הרי"ף דין מוכר מהתוספתא המזכירה נאמנות מוכר עם נאמנות שליש ואינו מביא את לשון הברייתא מקידושין המזכירה נאמנות מוכר עם נאמנות דיין? ומבאר, דין שליש<sup>23</sup> אינו אלא כשהחפץ שבידו בבעלותו או קיבל עליו אחריות, אבל באינו שלו ואין לו בו בעלות אינו מדין שליש אלא מדין דיין. ויש נ"מ בין שתי נאמנויות אלו: כשיש מיגו הרי הוא יכול לומר לאחר נתרצתי אך מדין דיין חכמים נתנו לו נאמנות מכח "אנן סהדי" וממילא אינו יכול לומר לאחר נתרצתי. ומעתה, במסכת קידושין שאינו בעלים על המקח, אין נאמנותו מכח מיגו כתוס'.<sup>24</sup> והרי"ף מביא את הברייתא ללמדנו שגם היכא שיש לו מיגו כשליש צריך להעמיד בנקיט מתרוויהו - דבנקיט מחד אמרינן אנן סהדי.

<sup>20</sup> ע"פ הבנת הש"ך את הרמב"ן, גם נגד עדים תהיה לו נאמנות לומר לאחר נתרצתי. והנתיבות תמה שוודאי אין לו מיגו נגד עדים גם לשיטת הרמב"ן.

<sup>21</sup> כנ"ל בביאור הרמב"ן בר"ח.

<sup>22</sup> כתבתי לכאורה שכן הגר"א העמידם בשיטה אחת וצ"ב.

<sup>23</sup> סנהדרין לא, אשה שהפקידו אצלה מלוגא דשטרי - האמין לה רב נחמן במיגו דאי בעי קלתיה. בחזון יחזקאל (ב"מ א,ו) הביא שיש שני דרכים להבין מניין נאמנותו של השליש: א. מכח שהם הביאו לו שלא בפני עדים ממילא הם האמינו לו ואין צורך כלל במיגו. ב. במיגו - שיכל להביא זאת ללווה ויוכל הלווה לומר שזה פרוע. הנ"מ כאשר המלווה אומר לא פרעת, לווה אומר פרעתי - והשליש אומר פרעת חציו אין לשליש מיגו שהרי לא יכל להביא ללווה. ונראה שאבן האזל למד כדרך השנייה וצעי"ע בחילוקו של אבן האזל ואכ"מ.

<sup>24</sup> בחילוקו בין שליש לדיין האבן האזל עונה על השאלה ששאלנו לעיל, מדוע רש"י אינו אומר מיגו.

ונראה שלדינא ביאורו לרי"ף כבד"ה והש"ך שהסוגיה סובבת סביב נאמנות של אגן סהדי.

## 2. קושיות הרא"ש על הרי"ף

הקושייה הראשונה היא כקושייה הנ"ל (של תוס') על רש"י אך אין קושייה זו אלא לביאורו של הרא"ש ברי"ף (כרש"י) אך לבדק הבית והש"ך אין כלל קושייה – ובאמת באין מקחו בידו אין לו נאמנות אלא כעד אחד.

עוד הקשה הרא"ש על הדוחק של הרי"ף לבאר את המשנה בב"מ, רישא "חציה שלי" המדברת באבידה - אין מקחו בידו, ואילו "כולה שלי" שהעמדנו במקח וממכר מדובר כשמקחו בידו – ופתיחת המשנה "שניים אוחזים" איננה אלא לאבידה ולא למקח וממכר – ולאור שהעמיד הרי"ף מו"מ שמקחו בידו, הייתה צריכה הגמרא להעמיד ש"אינו יודע" למי נתרצה ומי בעל כורחו, והרי יכלה הגמ' להעמיד את הרישא והסיפא כש"שניים אוחזים" ואין מקחו בידו, ואז אפילו יודע למי נתרצה, אין מקחו בידו ואינו נאמן?

## 3. יישוב הרי"ף מקושיות הרא"ש

בבדק הבית על פי ביאורו ברי"ף תירץ שיש להעמיד במקחו בידו להשמיענו שאפילו מקחו בידו אם נקיט זוזי מחד אין לו נאמנות! אלא אגן סהדי.<sup>25</sup>

הש"ך (ס"ק א) דחה את קושיית הרא"ש וכתב אדרבה דחוק להעמיד במקח וממכר דווקא כשאין מקחו בידו, יותר פשוט להעמיד שמקח וממכר "בכל גווני" ופשט המשנה כשאין מקחו בידו ואפילו אם מקחו בידו ואינו יודע ממי קיבל דמים שניהם נשבעים.

מרכבת המשנה כדי לחייב את שניהם שבועה חייבים להעמיד שהמקח ביד המוכר ואינו יודע מי מדעתו ומי בעל כורחו (ואם יודע נאמן) ולא כהצעת הרא"ש "באין מקחו בידו ויודע מי מדעתו ומי בע"כ" שאע"פ שאינו נאמן נאמנות גמורה כשניים, הרי הוא כעד אחד המחייב שבועה ואם הוא יודע מי מדעתו ומי בעל כורחו לא יוכל מי שהעד כנגדו להישבע על מה היה רצונו של המוכר!

---

<sup>25</sup> המשנה מדברת במקחו בידו, והגמ' שאלה "נחזי זוזי ממאן נקט" ועונה הגמרא שנקט מתרוויהו ולא ידע, ולכאורה אם נקיט מחד יש לו נאמנות לומר שנתרצה גם לאחר, הגמ' יכלה להעמיד דנקיט זוזי מחד ואינו יודע מי ברצונו ומי בעל כורחו וע"כ לא מועיל "נקיט זוזי", מכך שהגמ' בעמידה דווקא בשניים ואינו יודע משמע שבנקיט מחד אין נ"מ אם הוא יודע או לאו – דאגן סהדי שאליו נתרצה (לעיל הערה 16).

## ה. שיטת הרמב"ם (מכירה כ,ד):

נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, אימתי בזמן שהמקח יוצא מתחת ידו, אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו הרי הוא עד אחד בלבד, ודינו בעדות זו כדין כל אדם שהרי אינו נוגע בעדותו, לפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בעל כרחו ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי נטל בעל כרחו, בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהן תופסין בו אין כאן עדות כלל, וכל אחד מהן נשבע בתקנת חכמים בנקיטת חפץ ונוטל חצי המקח וחצי דמים.

### 1. הקשיים בהבנת דברי הרמב"ם

א. סתימת הרמב"ם שכאשר מקחו בידו "נאמן" לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, משמע שאינו מחלק ונאמן בכל מקרה, מלבד נטל דמים משניים ואינו יודע ממי נטל מדעתו, ונאמנותו מחלטת כרש"י ורי"ף (ע"פ הרא"ש).

ב. סתימת הרמב"ם כשאין המקח בידו הרי הוא כעד אחד, ואינו נאמן כמי שמקחו בידו, משמע שאינו נאמן כלל אפילו "נקיט זוזי מחד", כתוס' ר"ח ורא"ש.

ג. סיומת הרמב"ם שרק היכא שנטל משניים (בין מקחו בידו בין אין מקחו בידו) ואינו יודע מי מדעתו ומי בע"כ שניהם נשבעים, משמע שבין מקחו בידו ומדין נאמנות, בין אין מקחו בידו ומדין עד אחד, ואפילו נטל משניהם אם הוא יודע ממי נטל מדעתו - אין שניהם נשבעים, ומה כן?

### 2. ביאורים ברמב"ם

ה"ה: בב"מ הביאור כר"ת וכבעל המאור, אין מקחו בידו והמוכר כעד אחד המחייב את שכנגדו שבועה דאוריתא ופוטר את המסתייע מלהישבע, כשמקחו בידו הוא נאמן כדיין. ע"כ רק כאשר קיבל דמים משניהם ואינו יודע מי בע"כ ומי מדעתו – שניהם נשבעים!

כסף משנה (בדק הבית וכ"כ הגר"א<sup>26</sup>): מסתימת הרמב"ם שאינו נאמן כשאין מקחו בידו משמע אפי' נקט זוזי מחד, ואינו כרש"י ואין לדייק מהרישא. 'נקט זוזי מחד' אינו מדין נאמנות ואינו מדין עד אחד, אלא כתוס' - אגן סהדי!

<sup>26</sup> שיטת הש"ך ברמב"ם כשיטתו ברי"ף לעיל. וכתבנו שלכאורה יש מחלוקת בין בדק הבית לש"ך בביאור הרי"ף וממילא ברמב"ם אך הגר"א כתב שבדק הבית והש"ך עומדים באותה שיטה – גם הש"ך סיים שבדק הבית כמותו.

ממילא אינו יכול לומר לאחר נתרצתי. אלא שלרמב"ם אמרינן אנן סהדי גם באין מקחו בידו.

הרישא של הרמב"ם שמחלקת בין מקחו בידו לאין מקחו בידו מדברת במציאות של הסיפא בנקיט מתרוויהו שאז אין לנו אנן סהדי, ואין שניהם נשבעים אלא בנקיט מתרוויהו ואינו יודע מי בע"כ ומי מדעתו.

הכס"מ הקשה על ה"ה מניין לו שעד המסייע פוטר משבועה? ומשמע שאינו מקבל את הדיוק<sup>27</sup> שרק כאשר אינו כעד שניהם נשבעים "ואין שום גילוי בדברי רבינו לומר שיסבור כן".

אבן האזל הקשה על הסבר זה שסתימת הרמב"ם שמקחו בידו נאמן! ומסוף דבריו משמע שנאמן בכל מקרה, מלבד שקיבל דמים משניים ואינו זוכר מי מדעתו ומי בע"כ. אבל קיבל מאחד נאמן!

סמ"ע (ס"ק א-ג): מכך שהרמב"ם סתם שכאשר מקחו בידו "נאמן" ללא חילוקים הינו כרי"ף ורש"י. סתימת דבריו שאינו נאמן ודינו ככל אדם כשאין מקחו בידו, איננה לומר שהוא כרי"ח, שהרי כתב הרמב"ם הטעם לכך שאינו נאמן ואינו אלא כע"א "שהרי אינו נוגע בעדותו", מתי אינו נוגע בעדותו והוא כעד: רק כשקיבל משניהם. אך כשקיבל דמים מאחד או מאף אחד, אי אפשר לומר עליו שאין לו צד נגיעה<sup>28</sup> (נגיעה פירושו: שהוא עדיין שם 'מוכר' שחכמים נתנו לו נאמנות, והדמים מזכירים לו את המקרה). א"כ באין מקחו בידו וקיבל דמים מאחד אינו כעד אחד אלא יש לו נאמנות של מוכר 'דמדכר דכיר' ואפילו לומר לאחר נתרצתי "שאומר דבר שאינו מן הסברא".<sup>29</sup> אומנם היכא שקיבל משניהם ואינו יודע ממי קיבל מדעתו וממי בע"כ - אין בדבריו כלום ודבריו כמי שאינו ושניהם נשבעים.

ט"ז: הקשה על הסמ"ע כיצד הרמב"ם יחדש חידוש גדול כחידושו של רש"י "דנקיט זווי מחד" ואין מקחו בידו נאמן יותר מע"א מבלי לכותבו? "ע"כ נראה דלרמב"ם יש לו שיטה שלישית בזה". באין מקחו בידו כסתימת דבריו אינו נאמן כלל אלא כע"א וכבעל המאור. ונראה שבמקחו בידו נאמן בכל גוונא

<sup>27</sup> בשאלה השלישית.

<sup>28</sup> שפשוט שהוא יעדיף את מי שכבר נתן לו דמים, ואם לא קיבל מאף אחד יעדיף את האדם הנוח יותר מבין שניהם.

<sup>29</sup> כך הסמ"ע ביאר את סברת רש"י ורי"ף מדוע יהיה נאמן לומר לאחר נתרצתי לעיל. בדרישה הסמ"ע ביאר שהרמב"ם כרש"י ורי"ף שסתימתו כסתימת הגמ' בפשטות שקיבל דמים מאחד נאמן.

כרש"י אך לא כתב כן בפירוש וצ"ב. ובלשון אחר,<sup>30</sup> ביאורו (כר"ת – שנקיט זוזי הוי כע"א לשבועה) מבאר את הגמ' בב"מ, אך אינו מבאר את הגמ' בקידושין ששם פשט הגמרא מדברת על נאמנות גמורה.

מרכבת המשנה לקמן הבאנו דבריו לתרץ את קושיית הרא"ש על הרי"ף. ולפי דבריו מתורץ גם הרמב"ם אין נשבעים שניהם אלא היכא שלקח דמים משניהם ואינו יודע מי ברצונו ומי בע"כ! אבל אם הוא יודע מי מרצונו ומי בע"כ - כשמקחו בידו נאמן. כשאין מקחו בידו אינו נאמן, אך הוא כע"א וזה שכנגדו אינו יכול להישבע – שאינו יכול להשבע מה היה רצונו של המוכר. וסתמת הרמב"ם היא שכ"ז שלא נטל משניים מקחו בידו נאמן, אין מקחו בידו הוי כע"א ומחייב את שכנגדו שבועה דאורייתא.

### 3. קצוה"ח: שבועה על חלק מהעדות אינה מבטלת העדות

**קצוה"ח**<sup>31</sup> לא קיבל את האפשרות שהרמב"ם כבעל המאור הפוטר את המסתייע משבועה<sup>32</sup>, כקושיית הכס"מ<sup>33</sup> שלא מצא גילוי בדברי רבינו לכך. ועוד, בפירוש המשניות לא הזכיר אלא שזה שהעד כנגדו שבועתו שבועת התורה אך לא הזכיר פטור משבועה למסתייע, ואין העד פועל שתי פעולות, מחייב שבועה דאו' את שכנגדו ופוטר משבועה את המסתייע. אומנם, גם לומר שהרמב"ם כרש"י אי אפשר שהרי סתם וכתב שאין מקחו בידו אינו נאמן. ולכן יש לומר שאת הגמ' בקידושין מבאר כר"ח ומסתמא יודעים מי נתן את מעותיו. ובב"מ יש לבאר שנקיט זוזי כעד אחד לחייב את שכנגדו שבועה דאורייתא.

עפ"ז צריך לבאר את הגמ' בב"מ, אומרת המשנה זה נשבע וזה נשבע, שואלת הגמ' "ולחזי זוזי ממאן נקט"? ע"פ הר"ח נחזי זוזי וממילא רק אחד ישבע? עונה הגמ': דנקט מתרוויהו ולכן שניהם חייבים בשבועה. אך לרמב"ם ע"פ פירוש קצוה"ח, אין העד פוטר משבועה ושניהם נשבעים, מה השאלה של הגמ', ס"ס בין אם ידעינן זוזי ממאן נקט בין אם לאו שניהם נשבעים (אומנם עם

<sup>30</sup> אבן האזל על הרמב"ם.

<sup>31</sup> ע"ע מלאכת שלמה שמרחיב בכך האם הוא פוטר משבועה את המסתייע או רק מורידו לשבועת היסת.

<sup>32</sup> כמו שהבינו את הרמב"ם הראב"ד וה"ה.

<sup>33</sup> משמע שגם קצוה"ח לא קיבל את הדיוק מהסיפא שאין שניהם נשבעים אלא בקיבל משניהם ואינו יודע מי מדעתו ומי בעל כורחו, וכשהוא כעד אין שניהם נשבעים. גם אבן האזל סבר כמותם שאין הרמב"ם פוטר משבועה ע"י ע"א.

שינוי בסוג השבועה אצל זה שהעד כנגדו בלי עד שבועת המשנה ועם עד שבועת דאוי אך ס"ס שניהם נשבעים)? ביאר קצוה"ח, כל מקום שיש עד אחד ואין שבועה כנגדו דינו כשני עדים, וא"כ אין הבע"ד נשבע אלא על חציה של הטלית ויוצא שעל חציה השני של הטלית יש כנגדו עד (המוכר) ואינו נשבע! והוי אותו העד כשני עדים – ולא היה ראוי ליטול אלא רבע וז"ל: "כל זמן שלא נשבע שכולו שלו להכחיש העד לגמרי ולא נשבע להכחישו אלא בחציו הרי העד בחציו השני כשניים ואין לו אלא רביעי".

מחדש קצוה"ח – שבועה על חלק מהעדויות איננה מבטלת העדות חלוטין! ועל החלק שלא נשבע – ע"א כשני עדים כמי שלא נשבע כלל!

#### 4. דחיית קצוה"ח ע"י נתה"מ

נתה"מ דחה את קצוה"ח משלוש סיבות:

א. בסברא - אם זה כך הרי ב"ד לא יביאו לו להישבע שאין לו בה פחות מחציה, שהרי יש עד על החצי השני ויקבל רק רבע, ולכן יחיבהו להישבע שאין לו בה פחות מרבע ושוב נאמר כקצוה"ח שעל הרבע השני יש עד ואינו נשבע עליו והוי כשני עדים ואין סוף לדבר.

ב. בסברא<sup>34</sup> – שאין לומר עד אחד כשני עדים כאשר אינו נשבע זה שהעד כנגדו, אלא היכא שהוויכוח וזכותו של המסתייע מהעד, נובע מהעד בלבד! אך היכא שהמסתייע זוכה מכח שהוא מוחזק, כגון הכא ששניהם מוחזקים, אין העד נחשב כשני עדים.

ג. בדין – היכא שנשבע כנגד העד אפילו על חצי מעדותו, כבר אין בעדותו כלום ואינו נחשב כשני עדים לגבי שאר עדותו.

נתה"מ חולק על קצוה"ח והיכא שיש שבועה כנגד העד אפילו לא כנגד כל עדותו כבר אינו כעד!

וחשבנו עוד לדחות בקצוה"ח, ס"ס אפילו אם נאמר שכאשר הנשבע, נשבע רק על חצי מעדות שכנגדו, העדות קיימת והיא כשני עדים, זה דווקא היכא שהוא אינו מוכן להישבע, אבל כאן הוא מוכן להישבע אלא שאינו רשאי. ועוד אינו נשבע רק על חציה, אלא שאין לו בה פחות מחציה – טמון בנוסח זה שלטענתנו יש לו גם יותר מחציה.

---

<sup>34</sup> בנתה"מ זו הדחייה השלישית.

## ו. ביאור השו"ע והגהת הרמ"א

מרן השו"ע סתם כלשונו של הרמב"ם. הרמ"א על דין מי שאין מקחו בידו ואינו נאמן, הוסיף:

לא שנא נקט זוזי מחד, לא שנא נקט זוזי משנים ואמר שאחד מהם נתן לו בעל כרחו

ונחלקו בביאור הגהה זו של הרמ"א.

הסמ"ע שלשיטתו יש שתי דעות רש"י או תוס', השו"ע כשיטת הרמב"ם והרמב"ם כרש"י. ודברי הרמ"א בכל מקרה קשים שאינו לא כמאן, לרש"י אין מקחו בידו ונקט זוזי מחד נאמן, ולא כתוס' שלשיטתו אפילו מקחו בידו אינו נאמן לומר מי בעל כרחו דכל נתינת מעות אנן סהדי? ע"כ י"ל שהגהה זו אינה במקומה וצ"ל שמקומה בהיכא שמקחו בידו ומבאר הרמ"א את דברי הרמב"ם כרש"י שמקחו בידו יש לו נאמנות בכל מקרה גם בנקיט זוזי מחד וכן בנקט משניים ואומר זה מדעתי וזה בעל כרחי – דס"ס מקחו בידו.

ש"ך לשיטתו הרמב"ם הינו שיטה שלישית, הגהת הרמ"א במקומה וכשאין מקחו בידו אין למוכר נאמנות כלל, גם כשקיבל דמים מאחד – ואם קיבל דמים מאחד ע"י עדים או כשהלקוחות מודים אמרינן שהוא הקונה מכח "אנן סהדי".

קצוה"ח הסמ"ע והש"ך חלקו בהבנת דברי הרמ"א אך שניהם הבינו שדבריו נאמרו ביחס לנאמנותו של המוכר - שאין נ"מ בין היכא שקיבל דמים מאחד לקיבל משניים. קצוה"ח מבאר שהרמ"א בא לחדש, אע"פ שאנו אומרים "נחזי זוזי מאן נקט" הוי "אנן סהדי", חזקה שנתרצה למי שנתן לו דמים, אנו עדיין מאמינים לו כעד אחד האומר נתרצתי לפלוני – ולחייב שבועה. שעד אחד לשבועה כדין שני עדים – ומה שני עדים נאמנים אפילו כנגד אלף חזקות כך עד אחד מחייב שבועה כנגד חזקה, ולכן הוא נאמן כעד אחד (כלשון הרמב"ם). לגבי מיגו ראינו לעיל מחלוקת<sup>35</sup> האם אמרינן מיגו במקום חזקה, לגבי עדות כעד אחד המחייב שבועה לכו"ע אמרינן דהוי כעד אחד גם נגד חזקה.

## ז. סיכום

א. מכח מה נאמנותו של המוכר כאשר מקחו בידו?

<sup>35</sup> תוס' רמב"ן לגבי מקחו בידו ויש לו מיגו לעומת חזקה של אנן סהדי, תוס' אין להאמינו שיש חזקה "אנן סהדי" ואילו לרמב"ן במקחו בידו נאמן.

לרש"י מכח "מדכר דכיר", לתוס' מכח מיגו והר"ן כדיין חכמים נתנו לו נאמנות.

ב. על מה מוסבת שאלת הגמרא "ונחזי זוזי ממאן נקט", היכא שמיקחו בידו או שאין מקחו בידו?

לרש"י מוסבת על אין מקחו בידו ושאלת הגמ' מדוע לא יהיה נאמן. לתוס' שאלת הגמ' על היכא שמקחו בידו ומדוע יהיה נאמן ואילו לרמב"ן (רי"ף ע"פ ב"י) על שתי הבבות – יש אגן סהדי ואין לו כלל נאמנות<sup>36</sup>.

ג. מניין הידיעה של "זוזי ממאן נקט" מהמוכר או אנתנו "נחזי" ע"י עדים, ומה כוחה של ידיעה זו?

לרש"י והתוס' מדברי המוכר. ואילו לרמב"ן יש נ"מ אם זה מהמוכר או ע"י עדים.

ד. "ולא ידיע הי מדעתו והי לא מדעתו" ומה יהיה אם הוא יודע מי בעל כורחו ומי מדעתו או שמא אין הכוונה שהוא אינו יודע מי מדעתו ומי בעל כורחו אלא אם קיבל דמים משניהם אין בדבריו כלום! ואין למוכר שום נאמנות – אנתנו אלו שלא יודעים ולא יכולים לדעת עתה מי נתן דמים מדעתו ולמי נתרצה?

לרש"י אפילו הוא יודע ממי מדעתו אין לו כבר נאמנות, שאנו אוחזים אותו כמבולבל ואין לומר עליו "מדכר דכיר". לתוס' אם הוא יודע ממי נקט מדעתו אמרינן אגן סהדי וכוונת הגמ' שהוא אינו יודע.

ה. מה מועילה ידיעת "זוזי ממאן נקט" והרי אין מטלטלים נקנים בדמים?

לרש"י "מי שפרע" גורם למדכר דכיר ולתוס' הדמים יוצרים אומדנא, "אגן סהדי" למי נתרצה ולמי מכר.

ו. בין לסמ"ע ובין לש"ך אין מחלוקת בין השו"ע לרמ"א ושניהם פסקו כרמב"ם, אלא שנחלקו הסמ"ע והש"ך בביאור הרמב"ם.

---

<sup>36</sup> לרמב"ן דווקא שזה ע"י עדים אין לו נאמנות כי אגן סהדי אך כשזה מכח דבריו אין אגן סהדי מבטל נאמנותו.

## מתה מחמת מלאכה - בעליו עמו

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. קושיית הראשונים בעיקר פטור שואל במתה מ"מ
- ג. סברת הרמב"ן
- ד. סברת הרשב"א
- ה. סברת המחנ"א
- ו. שיטת הרמב"ם
1. ביאור אבן האזל בדעת הרמב"ם
2. שואל בטובו - הסבר לפטור ממ"מ
- ז. שיטת רס"ג
- ח. מקור לדין ממ"מ - דין שמירה בבעלים
- ט. ממ"מ כבעליו עמו ע"פ סברות הראשונים
1. רמב"ן
2. רשב"א
3. רמב"ם ע"פ אבהא"ז
4. מחנ"א
- י. שליחות יד בשואל בבעלים
1. שיטת הבית יעקב
2. שיטת קצה"ח
3. הוכחה לבית יעקב מפירוש ר"ח
- יא. שליחות יד בשואל היכן כתיבא?
- יב. שליחות יד מחיובי שמירה או מדין גזילה?
- יג. חיוב השואל בחיובי שמירה הוא שישתמש כראוי
- יד. סיכום

## א. הקדמה

במשנה בב"מ צג,א נמנו ארבעת השומרים ודינם בחיוב ופטור:

ארבע שומרים הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר שומר חנם נשבע על הכל והשואל משלם את הכל ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה ומשלמין את האבידה ואת הגניבה.

אם כן מפורש במשנה ששואל משלם את הכל ואינו פטור ע"י שבועה אף באונסים כמפורש בתורה וכמבואר בגמרא הטעם "לפי שכל הנאה שלו".

היינו בניגוד לשומר חנם ושומר שכר שיש עליהם חובות כלפי בעל הפיקדון חיוב שמירה וחיוב אחריות ואינם רשאים להשתמש בחפץ, הרי שואל מקבל את הפיקדון בעיקר לשימוש ולא לשמירה.

ואם כן יש לברר בעיקר מניין השואל כשומר בארבעת השומרים, שהרי מטרות ההפקדה בידו היא לטובתו והשמירה היא רק תוצאה מזכות השימוש.

ואף חיובו שונה מחיובי שומרים וסימן לדבר שחייב אף באונסים וזה בוודאי אינו מתוקף חיובו לשמור, שאונס אין ביכולתו למנוע.

אלא האחריות שמתחייב בה מתוקף הנאתו בשימוש היא מחייבת בתשלום, אך אין מוטלים עליו חיובי שמירה. ואף אם נאמר שישנם גם חיובי שמירה בגניבה ואבידה נראה שהם תוצאה מחיוב האחריות.<sup>1</sup>

מצינו פטור תשלום בשואל בשני אופנים:

א. שאלה בבעלים שהוא מגזירת הכתוב שעיקרו נאמר בפרשת "וכי ישאל" וממנו למדו לשאר השומרים ופטורו מפורש בתורה.

ב. פטור במתה מחמת מלאכה נזכר כבדרך אגב בגמרא בפרק השואל (צו,ב) ובפרק המפקיד (לד,א) אך לא נאמר בפירוש בתורה ואף לא במשנה.

בגמרא בהמפקיד הנ"ל משמע ששייכת שבועה אף בשואל והיינו כשטוען מתה מחמת מלאכה נאמן בשבועה, ולפי זה מבואר שדין שואל בשבועת השומרים הוא בדין זה.

---

<sup>1</sup> יש מקום לדון בזה ע"פ הגמרא שלומדת חיוב גניבה ואבידה בשואל מק"ו משומר שכר או מהיקש האם הושווה שואל לשי"ש בגו"א וחיוב אף לשמור בגניבה ואבידה, או שחייב אף בגו"א כשואל בחיוב האחריות. ובשיעור בכולל דן בזה הר"מ ברקוביץ שליט"א ע"פ תשובת ריב"ש רעט שנחלקו בסברא זו השואל והריב"ש בענין זה.

אולם בפרק השואל (צו, ב) בסוגיה דכחשה ומתה מחמת מלאכה בהווא דשאל נרגא מחבריה ונשבר, הצריכו רבא להביא עדים שלא שינה במלאכתו ולא האמינו בשבועה.

ומשמע שאין נאמנות לשואל בשבועה במתה מחמת מלאכה וחייב לברר את טענתו בעדים וא"כ לא מצינו דיני שבועת השומרים בשואל.

בעיקר שני דיני הפטור בשואל צריך להבין את גזירת הכתוב בשואל בבעלים ומה המתחדש בגזרת הכתוב? וכחקירת העולם, האם שואל בבעלים הוא אינו שומר כלל או שחדשה התורה פטור מתשלומים.

מדוע נאמר דין "בעליו עמו" דווקא בשואל.

כמו כן ננסה להבין מה סברת ומקור פטור "מתה מחמת מלאכה" המיוחד בשואל ונתבסס על סברת "לאו לאוקמיה בכילתא שאילתה".

וכן ננסה להבין אם ישנו קשר בין שני סוגי הפטורים בשואל.

## **ב. קושיית הראשונים בעיקר פטור שואל במתה מ"מ**

בפ' השואל ב"מ צו, ב "כחשה מחמת מלאכה מאי? מכלל דכי מתה מחמת מלאכה חייב? ולימא ליה לאו לאוקמא בכילתא שאילתה, אלא אמר רבא לא מבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור אלא אף במתה מחמת מלאכה פטור. דאמר ליה לאו לאוקמא בכילתא שאילתא."

הקשו הראשונים מאי טענה זו לאו לאוקמא בכילתא הרי חיוב שואל באונסים מפורש בתורה ומהיכי תיתי לפטור בטענה זו?

וז"ל הרמב"ן שם :

הא דאמרי' במתה מחמת מלאכה לאו לאוקומה בכילתא שאילתה. קשיא לי וכי מגרע גרע? כיון דכי מתה מחמת עצמה חייב אף על גב דמלאך המות הוא דקטלה ומ"ל הכא ומ"ל התם, כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ"מ איהו גרם לה היכי מפטר, בשלמא למפטר בה שאר שומרין בהך טענה דלאו לאוקמא בכילתא שאילתה טענה מעלייתא היא לומר דלאו פשיעה דידהו היא, אלא שואל מי יכלת למימר בה טפי מאונס.

הרמב"ן מחזק את הקושיה ואומר שלכאורה היה מקום לחייב במתה מחמת מלאכה עוד יותר ממתה באונס מחמת עצמה.

אלא שהמשך דבריו "בשלמא למפטר בה שאר שומרים בהך טענה דלאו לאוקמא בכילתא" צ"ב, על איזה שומרים מדובר הרי ש"ח וש"ש אסורים להשתמש בפיקדון ומשעה שמשתמשים ואפילו קודם לשימוש דינם שולח יד בפיקדון?

ובהכרח כוונת הרמב"ן לפטור שוכר במתה מחמת מלאכה כשהשתמש בה כפי תנאי השכירות כמבואר אם שכרה להוליכה בהר וכו' ובשוכר "לאו לאוקמא בכילתא" היא טענה מעליה, והטענה הזו מבררת שאין זו פשיעה וכיון שלא פשע בה הוי אונס, אבל בשואל מה יועיל להביאו לטענת אונס הרי גם באונס חייב? (וא"כ אבוה דהאי טענה דלאו לאוקמה בכילתא היא בשוכר).

### ג. סברת הרמב"ן

הרמב"ן מיישב:

וי"ל דשואל ודאי חייב באונסין אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן משאיל פשע בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה.

וצריך להבין שאחר שהרמב"ן שכנע אותנו באחריות השואל ובחויבו בכל אונס וכל שכן שמתה תחתיו מחמת מלאכה, ובתירוץ הפך סברתו והגיע לפשיעת המשאיל.

ועוד צ"ע בדבריו שנמצא פטור מתה מחמת מלאכה מצומצם לאופן שיש אפשרות למשאיל לבדוק אם יתקלקל החפץ או לא. וזה אולי מתאפשר בבהמה שהבעלים יכולים לאמוד את היכולת שלה.

אך ברוב המקרים שמתה מחמת מלאכה וכן במעשה בגמרא בחתול שמת מחמת ריבוי העכברים מאי הוה ליה למעבד?

ויש להבין מה היא טענת השואל דכל אונס קיבל עליו חוץ מאונס הבא מפשיעת המשאיל. והיכן זה כתוב בלשון הגמרא "דלאו לאצוריה בכילתה"?

ונראה דכיון שטענה מעליה היא בשאר שומרים כלשון הרמב"ן בקושיה (וכוונתו לשוכר) כוונת הרמב"ן שכשמתה מ"מ הוא אינו כשואל והדר דינו לפטור באונס כשוכר מחמת שותפות הבעלים בפשיעה. וכיון דלאו לאצוריה בכילתא. הוברר למפרע שרמת האחריות כשואל ירדה מחמת פשיעת המשאיל.

ועפ"ז אפשר שאין כוונת הרמב"ן להכריח פשיעת המשאיל בפועל אלא ביטוי לאפשרות הפטור באונס כזה ולשוותו כשוכר הפטור מאונסים.

אף שהדברים קצת דחוקים בלשון הרמב"ן הרי מלשונו בקושיה הדברים מוכחים כדברינו.

ואף בתירוץ, הגע עצמך הרי שמתה מחמת מלאכה מאן מפיס שמחמת פשיעת המשאיל באה לו? וניכרים וידועים כל מקרי האונס והמיתה מחמת מלאכה שהמשאיל כלל לא ידע על מום שבסתר או גורמים אחרים האם פשע בכך שהשאיל בהמה זו למלאכה?

אלא נראה בכוונת הרמב"ן שנקט לשון פשיעת המשאיל הוא רק להחזיר את רמת האחריות והשמירה מהשואל ולא צורך בפשיעה ממש.

וא"כ הנחת הרמב"ן בקושיה ששואל חייב בכל אונס נשאת ואף מתה מחמת מלאכה הוא אונס אלא שבמתה מחמת מלאכה הוא לא בגדר שואל אלא בגדר שוכר. הסבר זה בשיטת הרמב"ן מוכרח שהרי בכחשה מחמת מלאכה מודה הרמב"ן שפטור אף שבזה אינו מחמת פשיעת המשאיל.

וכן בההוא גברא דשאיל שונרא מחבריה חבור עליה עכברי וקטלוהו דפטור משום דמתה מחמת מלאכה והרי גם שם לא שייך כ"כ פשיעת המשאיל. (ועיין בש"ך שמ סק"ה).

#### **ד. סברת הרשב"א**

והרשב"א תירץ דכיון דהמשאיל ידע דודאי תוכחש מהמלאכה במקצת ובזה ודאי פטור וא"כ מה לי קטלה פלגא מה לי קטלה כולה.

וז"ל חידושי הרשב"א (ב"מ צו, ב):

אפי' מתה מחמת מלאכה נמי פטור. נ"ל דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמה בכילתא שאלה ואפי"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כלה מ"ל קטלה פלגא.

ובביאור הגרי"פ פערלא לספר המצוות (מניין שישים וחמש הפרשיות פרשה כג כד כה) תמה על דבריו וז"ל:

ובאמת סברת הרשב"א ז"ל תמוה אצלי טובא. חדא שאין הדבר ברור שתכחש מחמת מלאכה כל כך. ואפשר שלא תכחש אלא מעט. ואפילו אם תכחש הרבה. מאן לימא לן שתכחש כחש דלא הדר. ואפילו אם תכחש כחש דלא הדר. הדבר תמוה לענ"ד לומר כאן מה לי קטלה כולה מה לי קטלה מקצתה. שאם נתן רשות להשואל להכחישה. מהיכא תיתי לן לומר שיש בכלל זה גם להמיתה לגמרי. ובפרט בבהמה טהורה דמייירי בה הרשב"א ז"ל. דכשלא קטלה אלא פלגא. דהיינו שהכחישה. אפילו כחש דלא הדר. אכתי עכ"פ ראויה לשחיטה והבשר לאכילה. משא"כ עכשיו שהמיתה לא חזיא אלא לכלבים או לנכרים. והיכי יעלה על הדעת לומר דלא קפיד אינש בהכי. וביותר קשה בכלים שפחיתתן ע"י תשמיש הוא מעט. וכי תיסק אדעתין לומר דכיון דלא קפיד על הפחת שע"י תשמיש. לא קפיד ג"כ על שבירתה לגמרי מחמת מלאכה. או לומר דבכלים מתה מחמת מלאכה. דהיינו שבירתה. לא מיפטר בה שואל. והרי להדיא מבואר איפכא התם בדוכתה בההיא סוגיא גופא עיין שם. ועוד תמיהני בעיקר דבריו שהרי שונרא ע"י אכילת עכברים ודאי פשיטא דלא כחשה. ואעפ"כ מבואר שם לקמן בסמוך (צז,א) דפטור שואל עלה במתה מחמת מלאכה עיין שם. ולכן דברי הרשב"א ז"ל בזה צ"ע אצלי.

ונראה שלמד בדברי הרשב"א שהוא מדין מחילה וכיון שמוחל שעל הבלאי הטבעי בוודאי מוחל גם על מיתה וכילוי.

אך לקמן נבאר בסברת הרשב"א שזה נלמד מסברת הספורנו בשאלה בבעלים וזה כעין 'מתנה על דעת להחזיר' ולכן כל השימושים כולל כחש ומיתה מחמת שימושים הקנה המשאיל לשואל ולא מחמת מחילה נחתינן לה.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> במחני"א (המובא בפרק הבא) דן בשואל ספר מחברו וקלקלו בדרך השימוש בלימוד האם פטור כשואל הפטור במתה או כיחשה מחמת מלאכה? וכתב שדין זה תלוי מחלוקת תירוצי הרמב"ן והרשב"א. דלרמב"ן טעם הפטור הוא דהמשאיל פשע דאבעי ליה לעיוני, הרי כאן המשאיל לא פשע. ואילו לתירוץ הרשב"א שכל חפץ מתכלה ומתכחש בשימוש ולכן בעצם מסירת החפץ בשאלה ניתן לשואל השימוש והכחש ולכך פטור אף בנפסד לגמרי דמה לי כחש פלגא מה לי כחשא כולה.

וכך תולה המחני"א את נידון הרמ"ה שהביא בטור ס"י ש"מ דהשואל בהמה לילך למקום ידוע ובאו עליו לסטים ואנסוה ממנו דחשיב שפיר מתה מחמת מלאכה. והביא ראיה מההיא עובדא דשאל שונרא והתם ודאי לא פשע המשאיל ואפילו הכי פטרו. וא"כ גם דין זה חלוק על סברת הרמב"ן.

## ה. סברת המחנ"א

המחנ"א (הלכות שאלה ופיקדון סימן ד) כתב מסברא דנפשיה טעם מחודש :

ולע"ד היה נראה לי טעם אחר בפיטור מתה מחמת מלאכה משום דסתם שואל כלי או בהמה למלאכה, הראויה למלאכה קא שאיל והלכך כשמתה מחמת מלאכה או נכחשה הבהמה מחמת מלאכה כחש דלא הדרא איגלאי מלתא דבהמה זו לא היתה ראויה למלאכה והוי שאלה בטעו' דאי הוה ידע בה השואל שלא היתה ראויה למלאכה לא היה שואל אותה.

ובדבריו מבואר דלא מצד פשיעת הבעלים נחתין לה כדברי הרמב"ן וגם לא מדין מחילת הבעלים כדברי הרשב"א.

אלא שמצד השואל היא טענה של מקח טעות - שאלה בטעות דכיון שמתה או כחשה מחמת מלאכה אגלאי מלתא למפרע שלא הייתה ראויה למלאכה ולכן היא עדיין ברשות המשאיל קיימה וברשותו מתה.

ובפשטות בלשון הגמרא "לאו לאצוריה בכלתא שאילתא" מסתבר כהמחנ"א דהיא טענת שאלה בטעות וצריך להבין מדוע נדו הראשונים מהסבר זה.<sup>3</sup>

ונראה דכיון דאי מצד טענת מקח טעות בא השואל לפטור עצמו, יש לומר בדעת הראשונים הנ"ל שלא שייך בשאלה טענת מקח טעות כיון שכל הנאה של השואל. ובשלמא במקח וממכר שמשלם עבור החפץ שייך טענת מקח טעות שהרי שילם עבור חפץ וקיבל חפץ אחר או קלקול שאינו ראוי למלאכתו, אך בשואל מה שייך לטעון טעות הרי הוא רק מקבל ויכול הנאה שלו.

והמחנ"א ישיב דכיון ד'כל הנאה שלו' המחייבת את השואל היא מצד השימוש וכיון שמחמת השימוש נשבר או מתה התברר למפרע שאין לו הנאה רק אלא רק חיובי אחריות מעולים ולכך יכול לטעון מקח טעות.

## ו. שיטת הרמב"ם

ברמב"ם שאלה ופקדון א,א :

---

<sup>3</sup> ועיין בביאור הגרי"פ לרס"ג שהקשה על הסבר המחנ"א והביא עוד קושיה בשם מהרי"ט אלגזי, ואפשר שמכח קושיות אלו ניידו הראשונים מטעמיה.

השואל כלים או בהמה וכיוצא בהן משאר מטלטלין מחבירו ואבד או נגנב אפילו נאנס אונס גדול כגון שנשברה הבהמה או נשבית או מתה חייב לשלם הכל שנאמר וכי ישאל איש מעם רעהו וגו' ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם, בד"א כשנאנס שלא בשעת מלאכה, אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת ה"ז פטור, אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה או שרכב עליה או דש בה ומתה כשהיא דשה או בשעת רכיבה ה"ז חייב לשלם. וכן כל כיוצא בזה, וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך, או ששאל דלי למלאות בו ונקרע בבור בשעת מלוי, או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הבקוע וכל כיוצא בזה, ה"ז פטור שלא שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה.

וכתב המ"מ על מש"כ הרמב"ם "בשעת מלאכה" שהוא דבר מתמיה שלשון הגמרא בכ"מ "מחמת מלאכה" ומהיכן ההכרח שיהיה דווקא בשעת מלאכה. וכן הקשו הרשב"א והרמב"ן בסוגיין.

והכ"מ הביא תשובת ריב"ש דשעת מלאכה זה בירור שמתה מחמת מלאכה ומ"מ אף לפ"ז אין צריך שתמות ממש תחתיו אלא שיתחיל החולי ומחמת מלאכה ומ"מ עדיין צ"ע.

## 1. ביאור אבן האזל בדעת הרמב"ם

אבן האזל הביא את סברות הרמב"ן והרשב"א לפטור בממ"מ והסביר בשיטת הרמב"ם סברא נוספת וז"ל:

ונראה דיש לומר לדעת הרמב"ם עוד באופן ג' לפי"מ דאמר בגמ' בדף ק"ג שואל אדם בטובו לעולם ומהדר ליה קתיה, והיינו שזהו תשמישו שיעשו בו מלאכה עד שישבר, ולכן אם הבהמה או הכלי השאולה מתה או נשברה מחמת מלאכה, א"כ נמצא דזה היה עיקר השאלה שישתמש בה עד שתמות הבהמה או שישבר הכלי כיון שלכך היו עומדין ולא חייבה תורה בשואל אלא באונס שאירע כמו בשבורה ומתה, ולא היכי שלכך היו עומדים וזהו עיקר תשמישם.

והנה נפ"מ לדינא בין הטעמים דלטעם הרמב"ן דפטור משום דפשעו הבעלים לכן שפיר אם נתייגעה במלאכתה ואח"כ מתה אף דאינו דבר מצוי שבשביל זה שתתייגע תמות מ"מ כיון דעכ"פ חזינן שעכשיו היא

מתה בשביל שנתייגעה אמרינן דהיא חלושה ולא היתה יכולה לעשות מלאכה, ולכן פשעו הבעלים, וכן לפי"מ שכתב הרשב"א דהטעם הוא משום שהבעלים לא הקפידו ונתרצו באופן זה שכשתמות מחמת מלאכה יפטר השואל, אבל לפימש"כ דהטעם הוא שהתורה לא חייבה אלא היכי דהוי אונס, אבל היכי שעומדת לכך למות מחמת מלאכתה אינו אונס אלא המיתה או השבירה הוי כגמר תשמישה, לפי"ז לא נוכל לפטור בנתייגעה ואח"כ מתה דהא עכ"פ היתה מקרה שמתה מזה דלא כל המתייגעות מתות (ולטעמי הרמב"ן והרשב"א מיושב דאף דהיא מקרה שמתה מחמת שנתייגעה מ"מ כיון שיש בה חסרון חלישות זה שאפשר שתמות מזה פשע המשאיל לד' הרמב"ן, ולד' הרשב"א נתרצה המשאיל שיפטר השואל), ולכן סובר הרמב"ם דדוקא אם מתה בשעת מלאכה ממש, ואף דגם בזה אפשר לומר דעכ"פ היא רק מקרה ולא שעיקר הבהמה עומדת לכך מ"מ בזה נאמר בגדר כאן נמצא וכאן היה, כיון דלפנינו מתה במלאכתה אמרינן דמלאכתה היא שגמרה מיתתה ולזה היתה עומדת, לכן סובר הרמב"ם דדוקא מתה בשעת מלאכה הוי מחמת מלאכה.

פירוש לפירושו: הרמב"ם בדקדוק לשונו בא לישב קושיית הראשונים הנ"ל מאיזה טעם פטור שואל כשמתה מחמת מלאכה? ומסביר הגרא"ז דלרמב"ם דין זה מובן ביסוד גדר שאלה הנלמד מדין "שואל בטובו" (ב"מ קג,א).

אמר רב נחמן שואל אדם בטובו לעולם אמר רב מרי ברה דבת שמואל והוא דקני מיניה אמר רב מרי בריה דרב אשי ומהדר ליה קתיה.

ע"פ הרי"ף והרמב"ם<sup>4</sup> גדר שאלה בטובו היינו בלי הגבלת זמן ולאחר שהחפץ נשבר מחזיר השואל את השברים למשאיל (ואין לשואל רשות לתקנו ולהמשיך את השימוש).

כשרוצה השואל לשאול בטובו, צריך קניין סודר מהמשאיל כדרך כל שינוי בתנאי השמירה.

ומוכח מדין זה דגדר שאלה לשימוש בחפץ הוא עד שבירתו מחמת השימוש ושבירתו היא חלק מתשמישי החפץ, דדין שואל בטובו דמחזיר לו השברים ועדיין מקרי שואל ולא קונה או מקבל מתנה.

<sup>4</sup> בביאור סוגיה זו נחלקו הראשונים והלכנו בדרכם של הרי"ף והרמב"ם ששואל בטובו היינו שואל בלי מגבלת זמן ואין לבעלים זכות לתבוע חזרה עד שישבר או יכלא הברזל.

אלא שהתורה מחייבת את השואל בכל אונס דאתי מעלמא, ואיך נברר שהמיתה או השבירה הייתה חלק מתשמישי החפץ הנתונים לשואל? לזה מצריך הרמב"ם שיהיה האונס דווקא בשעת מלאכה ממש דאם נתייגעה ומתה לאחר מכן אין זה בירור שמתה כחלק מתשמישה שלא כל המתייגעות מתות. אך כשמתה ממש בשעת מלאכה אמרינן "כאן נמצא כאן היה" דמתה בדרך תשמישה ולזה היא עומדת עכת"ד.

ולא התברר לי כל הצורך איך ניתן ללמוד משואל בטובו לשואל בעלמא, שהרי שואל בטובו הוא דין מיוחד שאינו כשאר שואל ולכך צריך קניין או בההיא הנאה, ותנאי זה פוטרו מלהחזיר כל זמן שהחפץ קיים ולכן מחזיר לו שבריו.

וכן מה שכתב דבזה אמרינן "כאן נמצא כאן היה" צ"ב דחזקה זו מועילה במקח וממכר לברר שהמום שנמצא נתהוה אצל הלוקח כיון שנמצא המום ברשותו, ובנד"ד מה יוסיף לומר שנמצא המום או השבירה ומתה ברשות השואל? הרי מתחייב הוא בכל אונסים שברשותו.<sup>5</sup>

ובר מן דן בגמרא נידה (נח,א) באישה ששאלה חלוק מחברתה ונמצא כתם אמרינן לענין דינא שאינה חייבת לכבסו והקשו שם התוס' הרי אמרינן בכתובות שכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה (כאן נמצא כאן היה) ותירצו (בתירוצם הראשון) שלא שייך בשואל חזקה זו כיון שאינה ברשותו.<sup>6</sup>

ואפשר שכוונת אבהא"ז, שהשימוש הקנוי לשואל והוא שכרו בעד האחריות המעולה אף באונסים.

ולכן אף שגם במתה בשעת מלאכה אפשר להסתפק שמא מתה מחמת מקרה אחר ואונס חייב השואל, בזה אמרינן כאן נמצא כאו היה שהשבירה בשעת מלאכה היא מהשימושים הקנויים לשואל נמצא דמקום הספק הוא למי מתה הבהמה לשואל או לבעלים.

ונראה אולי להוסיף דכיון שחיובי שואל באונסים הוא מחמת שכל הנאה שלו - והיינו השימושים א"כ יש בשואל ב' ענינים א. דין השומר ב. דין משתמש.

---

<sup>5</sup> ואולי זה נלמד מדין שואל בטובו דכשנשבר הוא משיב והוא סוף זמן השאלה ולכן כשנשבר בשעת מלאכה הוא כאילו נשבר ברשות הבעלים ודוחק.

<sup>6</sup> והיינו כהסבר השי"ש ש"ב לסברת כ"כ דלא מחזיקינן ריעותא מרשות לרשות ובשואל הרי אין שינוי רשות. אכן בשמעתא ז' פרק יח ביאר שתרי גוויי "כאן נמצא כאן היה" והשמות שוין העניינים חלוקים ונפרדים וביאר דלשון זו במקומות רבים משמעותא "קרוב" מוחלט המכריע אפילו כנגד רוב ונראה שזו כוונת הגרא"ז כאן.

והשימוש הוא שכרו כנגד חיוב האונסים א"כ בשעת השימוש הוא בא בשכרו ובאותו זמן היא כשלו ואינו שומר כדין שואל.

ולהכי במתה בשעת המלאכה פטור וזהו "לאו לאוקמא בכילתא שאילתא" דכל שומר תפקידו הוא ל'אוקמא בכילתא' והיינו לשמר את החפץ או הבהמה לעתיד משא"כ שואל הוא גם משתמש ובשכר השימוש הוא מקבל שמירה וחיוב באונסים.

## 2. שואל בטובו - הסבר לפטור ממ"מ

לעיל הקשנו כיצד מביא הגרא"ז ראייה לשואל בעלמא משואל בטובו, שהרי באחרון יש דין מיוחד ולכן צריך קניין באופן שאלה משונה כזו.

איברא דצ"ע מה הצורך בקניין בשואל לאורך זמן דהיינו שואל בטובו ומדוע שלא יחולו דיני שואל בין שואל ליום אחד או לשנים רבות וכן הקשה הרא"ש (שם סימן לג).

ונראה בגדר שאלה (ושכירות), כיון שהגוף של הבעלים, והפירות והתשמיש הם לשואל בהכרח מונח בשורש דיני שואל ושוכר הגבלת זמן, וכשהשואל רוצה בשימוש בחפץ לעולם הוא שינוי מגדר 'שאלה' ובעצם הוא רוצה לקבל את הכלי במתנה שבגוף דין שאלה מונח "זמן" כעין קניין פירות.

והתחדש דינא דינא דינא דיני שואל אף באופן זה של "שואל בטובו לעולם" בשקנו מידו דהיינו שבקניין מוותר הבעלים על זכותו בגדר שמירה של שואל על מרכיב "הזמן".

ולכן ממשיכה הגמרא "דמהדר ליה קתיה" והיינו דקשיא ליה, במה דינו כ"שואל" הרי בפועל ניתן לו החפץ במתנה ולא ניתן לעשות קניין על דבר שאינו אלא שם בעלמא.

ולכן אומר רב מרי דמהדר ליה קתיה דהיינו גוף החפץ נשאר של הבעלים ולכן מחויב השואל להשיב את השברים לבעלים וממילא חלים עליו דיני שואל לענין זה.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> אח"ז מצאתי באבן האזל (מכירה ז, ד) שכתב בדרך זו ות"ל שכיוונתי לדעתו הגדולה וז"ל: וכתב הרא"ש וז"ל ורב אלפס כתב פי' גאון מי ששאל כלי מחבירו להשתמש בו וא"ל בלשון זה השאילני בטובתך כלי זה להשתמש ולא קבע לו זמן לחזרתו משתמש בו ואינו חייב להחזירו לבעליו אלא משתמש בו עד שיכלה הברזל ומהדר ליה קתיה והוא דקני מיניה דאושליה סתם ולא קבע לו זמן ולא מסתברא האי פי' וכי בשביל שאמר לו בטובתך יהא

והנה שואל זה שאל את הכלי "לעולם" ומחזיר לו את השברים כיון שנגמר "עולמו של כלי" ובה ניתן לומר שבשעת שבירת הכלי נגמרה השמירה אף שהתנאי היה "לעולם".

ומוכח ששעת שבירת הכלי מ"מ היא גמר אחריות השמירה באונסים, והנה שואל לזמן מתחייב להשיב<sup>8</sup> לבעלים בתום תקופת השאלה את החפץ ולכן אף אם נשבר באונס מחויב להשיב את החפץ בתום זמן השאלה אך שואל בטובו שאין מגבלת זמן ע"פ תנאו הרי כשנשבר נגמרה השמירה.

אך כשמתה מחמת מלאכה, אין זה אונס המחייב להשיב את החפץ או דמיו בגמר השאלה "דלאו לאצוריה בכילתא שאילתא" היא טענת השומר לבטל

---

שאלו לעולם וכו' ועוד למה צריך קניה יותר ממשרכת הכלי ואי משרכת הכלי אינה מועלת להיות שאלו לעולם קנין מאי אהני, עכ"ל והנה בקושיא א' אפשר לומר דזהו מש"כ הרי"ף דקני מינייה דאושליה סתם ולא קבע לו זמן והיינו דע"ז גופא היה הקנין דהוא משאיל לו בלא קביעת זמן, אכן הקושיא הב' צריכה ביאור דלמה לא מהני משיכה לבד והרמב"ם כתב ג"כ כדברי הרי"ף ועיין בלח"מ.

ונראה דעיקר דין קנין שאלה ילפינן מקרא דוכי ישאל אבל בלא קרא לא הוי ידעינן קנין שאלה משום דאינו קנין הגוף ולא קנין לזמן ואינו אלא זכות תשמיש, ובלא קרא לא הוי ידעינן דמהני משיכת הכלי לזכות תשמיש כיון דאינו קנין בגוף החפץ, ולכן סוברים הרי"ף והרמב"ם דגדר שאלה לא מצינו אלא בשואל לזמן מסויים דזהו שם שאלה, אבל זכות להשתמש בו לעולם כיון דאינו גדר שאלה וגם אינו גדר מכירה לזמן דהא לא נתן לו החפץ לזמן אלא נתן לו זכות תשמיש, וזכות זה לעולם כיון דאין ע"ז שם שאלה אינו קונה במשיכת הכלי, ומה שהקשה הרא"ש דאם משיכת הכלי לא מהני אמאי מהני קנין, יש לומר דלא דמי, משיכת הכלי לא מהני כיון שאינו נותן לו זכות בעיקר הכלי אלא בתשמישו דאין התשמיש חלק מהכלי, אבל קנין מהני גם על זכות וקנה בקנין זכות זה להשתמש בהכלי, ולא דמי לקנין אתן דסובר הטור בשם הרמ"ה בסי' רמ"ה דלא מהני ומבואר שם דכן דעת הרי"ף, וזהו על אתן דאינו זכות בהחפץ כלל.

<sup>8</sup> יש להעיר בזה שבשואל סתם בלי זמן יכול המשאיל לתובעו להחזיר בכל עת (נחלקו בזה רש"י ור"ת הביאים הטור ריש סי' שמא אם סתם שאלה ל' יום כהלוואה ופסקו הטור והשו"ע כרש"י שאינה כהלוואה). וכיון שיכול לתובעו בכל עת הרי כל רגע ורגע זמנו הוא ומחויב להעמיד את החפץ בעינו ולפ"ז אפשר להסביר הסבר נוסף בצורך בקנין בשואל בטובו דשואל סתם בלי זמן יכול לתובעו בכל רגע ולכן חייב באונסים אך שואל בטובו שמוותר בקנין על זכות התביעה לגמור את השאלה אינו יכול לתובעו עד שישבר הכלי מחמת מלאכה ויובן מה שהביא הנתבועות המשפט בביאורים שמא סק"א שאף באונסים פטור (והוא מדברי הנמו"י ס'א), ועל פי זה ניתן לומר שחייב באונסים הוא מתוקף האפשרות לתבוע בכל עת את הפיקדון ולכן 'שואל בטובו' ששולל את זכות התביעה בכל רגע נמצא שנאנס הפיקדון בזמן שלא הייתה אפשרות תביעה. ועפ"ז ניתן להסביר סברא נוספת במתה מחמת מלאכה ע"פ מה שהביא הפת"ש שמא ס"ק א' עינין באורים ותומים לעיל סימן ע"ג [אורים] סק"ד שכתב, ומ"מ נראה אם השאילו לאיזה דבר כגון קרדום לבקע בו, צריך להניחו פעם אחת לבקע בו" כלומר שהשאילו למלאכה אינו יכול לתבוע להחזיר עד שיעשה בו המלאכה, אם כן זו הסיבה שפטור כשמתה מחמת מלאכה אף שזה אונס כיון שבשעת המלאכה אינו יכול לתבוע שיחזיר וזכינו לטעם מיוחד לפטור ממ"מ.

ולגמור את השמירה כעת בעת השבירה כמו "שואל בטובו" וכיון שהוא משתמש ברשות ולשם כך התחייב בשמירה הרי בשעת השבירה טוען השומר שנגמרה אחריותו.<sup>9</sup>

## ז. שיטת רס"ג

ב"אזהרות" לרס"ג כתב "ושומע אלה באזניו שומר חנים ונשא שכר והשוכר זולתי השואל כי לשלם דיניו".

ובביאור למניין שישים וחמש הפרשיות<sup>10</sup> (פרשה כג, כד, כה) מקשה הגרי"פ פערלא שהרי גם בשואל יש פטור בשבועה כשטוען מתה מחמת מלאכה ומדוע כתב "זולתי השואל" ומיעטו משבועת השומרים?

ובתחילה ישב ע"פ הגמרא ב"מ צז,ב דבמעשה שהיה שם טען השואל שמתה מ"מ הצריכו רבא להביא עדים ומפשטות הסוגיה שם מבואר דאין השואל נאמן בשבועה שמתה מ"מ.

הראשונים שם הקשו הרי בריש המפקיד מבואר ששואל שאמר הריני משלם מקני ליה כפילא כיון שיכול לפטור את עצמו בשבועה דמתה מ"מ? ותרצו דבפרק השואל היה במקום רואים וכאיסי בן יהודה דהיכא דביש רואה אינו נאמן בשבועה אלא צריך להביא עדים.

---

<sup>9</sup> הסבר זה קרוב לסברת המחנ"א שהובאה לעיל.

<sup>10</sup> הרס"ג במניין המצוות הולך בדרך הקדמונים (בה"ג, ר"ש גבירול ובחוו"ל שער י" פ"ז) שחלקו את תרי"ג המצוות לעשין, לאוין, עונשין, וששים וחמש הפרשיות. ובביאור ענין הפרשיות מבאר הגרי"פ בהקדמה לביאורו על ספר המצוות לרס"ג וז"ל "ששים וחמש מצוות אלו שנמנו בפ"ע ע"פ גדרן שהן מצוות המוטלות חובה על הצבור. הן תערובות לאוין ועשין יחד. ואין נכללין בדרך כלל לא בשם לאוין ולא בשם עשין. ולכן קרא אותן בשם פרשיות. מלשון פרשת דרכים. כלומר שקצתן הן משלימות מנין הלאוין. וקצתן משלימות מנין העשין. וכבר מצינו לשון זה על ענין זה גם בלשון המשנה (פרק תפלת השחר כח,ב) דתנן ר"י אומר ההולך במקום סכנה מתפלל וכו' בכל פרשת העבור וכו'... ולכן על דרך זו נקראו גם הששים וחמש מצוות המוטלות על הצבור בשם פרשיות. מפני שהן מסתעפות ומתפצלות למנין העשין ולמנין הלאוין. להשלים החסר עוד לאלו ולאלו כמו שנתבאר. י"ז מהן ללאוין ומ"ח מהן להעשין. למלאות מנין שס"ה לאוין ורמ"ח עשין. וא"כ לא יתכן לכללן בשם כללי. לאוין או עשין. מאחר שכוללים בפרטן גם לאוין וגם עשין יחד. והשם הנאות להן בכללותן הוא פרשיות. שהוא מורה על יחוסן לשני עניני המצוות יחד. להעשין ולהלאוין. אל מקום אחד ילכו. אבל הן מסתעפות ונפצלות מעבר מזה אל תוך העשין. ומעבר מזה אל תוך הלאוין. ולזה אין להן שם מיוחד לאוין או עשין. כשאר חלקי מנין המצוות ע"פ גדריהן. רק נקראות בשם פרשיות מטעם זה. ומ"מ כל אחת מהפרשיות אינה כוללת יותר ממצוה אחת בלבד".

ולפי זה חידש הגרי"פ לשיטת רס"ג הנ"ל שאפילו אם סובר כשיטת רוב הראשונים, שגם בשואל יש שבועה במתה מחמת מלאכה אין זו שבועת השומרים.

ומביא את קושיית הרמב"ן מדוע פטור שואל בממ"מ ותירוצי הרמב"ן והרשב"א ומקשה עליהם (עיי"ש) ולבסוף הביא את המחנה אפרים הנ"ל דכשמתה מ"מ הוי שאלה בטעות דאי הוה ידע בה השואל שלא הייתה ראויה למלאכה לא היה שואל אותה.

ומעתה א"כ נכונים מאוד דברי רבינו הגאון ז"ל אפילו ע"פ דעת רוב הפוסקים דגם השואל איתיי בדין שבועה בטענת מתה מחמת מלאכה. דבשבועת שומרים הוא דמיירי וכו' ודבריו ז"ל מדוקדקים במש"כ ושומע אלה באזניו שומר חנם ונושא שכר והשוכר. זולתי השואל כי לשלם דיניו. דודאי בשואל לא משכחת לה שבועת השומרין כלל. ולעולם רק לשלם כל דיניו. דבמתה מחמת מלאכה לאו שואל הוא כלל. ומעיקרא לא היה תורת שואל עליו. ובטענה זו הרי הוא כטוען להד"מ. לא שאלתי ממך כלום מעולם. ובזה ליכא תורת שבועת שומרים כלל ואין שבועת השומרים אלא במודה ששאל מאתו אלא שטוען טענה אחרת.

ואם כן אף אם השואל נשבע, במתה מחמת מלאכה כדמוכח ריש המפקיד, עכ"פ אין זו שבועת השומרים אלא הוא כטוען איני שואל וכטענת להד"ם וחייב שבועת היסת.

ואם כן לבירורנו במה נחשב השואל כשומר, יש לומר דאכן בדין שבועה שחייבה תורה בשומרים לא מצינו חיוב, אמנם מצד חיוב אחריות ככל שומר הגוררים תשלום בלבד, וכשנפטר מתשלום במתה מחמת מלאכה חייב שבועת היסת.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> וכשנאמרו הדברים לפני בני החבורה בכלל, הקשו שהרי אין נשבעים שבועת היסת בטענת שמא, וכאן הרי טוען המשאיל אפשר שלא מתה מחמת מלאכה? ובפשטות ניתן לדחות ע"פ הרמ"א (חו"מ עה, יח) שמשבעים היסת אף בטענת שמא כשיש רגליים לדבר. וכאן הוי רגליים לדבר. (ועיי' בלבוש חו"מ שדמ, ד שכתב שאף דבעלמא אין היסת בתביעת שמא, יש מקומות שחייבו חכמים). עוד נראה לישיב דברי הגרי"פ, ע"פ הגמרא בשבועות מה, ב שבועת השומרים דחייב רחמנא המ"ל! הרי יכול לטעון נאנסו במיגו להד"ם! דאפקיד ליה בעדים. ומקשה הגמ' עדיין יכול לטעון נאנסו במיגו דהחזרת? דאפקיד ליה בשטר. ובשואל שטענת נאנסו אינה פוטרת, וכשטוען להד"ם וכן במחמ"מ הרי הוא כטוען להד"ם בוודאי שאף לסברת המקשה חייב היסת (אף בנאנסו במיגו דלהד"ם אף שהיא טענת שמא כיון שטענת המיגו היא טענת ברי) ולכך חייב היסת אף בממח"מ. ובשואל בעדים שאינו יכול לטעון

### ח. מקור לדין ממ"מ - דין שמירה בבעלים

לאחר שהבאנו את סברות הראשונים והאחרונים לפטור ממ"מ עדיין יש לברר מהו מקור הדין. נראה שסברת רבא בגמרא ד"לאו לאוקמא בכלתא" והסברי הראשונים הם בגדר טעמא דקרא, שנראה דוחק לומר שאף שחייבה התורה בשואל בכל גוונא יפטר השואל כשמתה תחתיו מחמ"מ מסברא בעלמא שהסברא לחייב אלימא, וכקושיית הרמב"ן.

ומצאתי בתורה שלמה (פ' משפטים פ' כב אות רפו) מדרש הגדול בשם מכילתא דרשב"י:

בעליו אין עמו שלם ישלם מכאן אמרו השואל משלם את הכל חוץ מן המתה בשעת מלאכה ובלבד שלא ישנה.

ואם כן ע"פ המכילתא דרשב"י יסוד ומקור פטור שואל במתה מחמת מלאכה מדין "בעליו עמו" היינו שאלה ושמירה בבעלים.

ויש לעיין מה המשותף בין שמירה בבעלים למתה מחמת מלאכה.<sup>12</sup>

והנה בפטור "בעליו עמו" חקרו האחרונים אם חדשה התורה שאינו שומר כלל, או שיש לו חיובי שמירה והתורה פטרה רק מתשלומים – חיוב אחריות.

ובש"ך (חו"מ סו, קכו) ביאר הא דמחייב הרמב"ם בפשיעה בעבדים שטרות וקרקעות אף דמעטינהו קרא משבועת השומרים ונימק שיפושע ה"ה כמזיק, והקשה הראב"ד א"כ מדוע בפשיעה בבעלים פטור?

וביאר הש"ך דעשו"ק לא נתמעטו מתורת שומר אלא רק מהחיובים האמורים בפרשה היינו שבועת השומרים אך מקרי עדיין שומר וחייב לשמור וחייב פשיעה בשומר שהסתלק מהשמירה ופשע הוא כמזיק.

---

להד"ם אינו נאמן בשבועת היסת ולכן במעשה בב"מ צו,ב שהצריכו רבא להביא עדים שממח"מ ולא שינה בה והקשו מדוע אינו נאמן בשבועה? ועפ"ד אפשר שבמעשה שהיה שם השאלו בעדים ולכן הצריכו רבא להביא עדים דאינו נאמן בשבועת היסת להד"ם וכן בממח"מ שהיא טענת להד"ם וכנ"ל.

<sup>12</sup> עיי' שו"ת חוות יאיר סי' רכג "הנה בגוף הדין תמהתי כל ימי אחר שפיקודי הי' ישרים וכלם נכוחים בטוב טעם וישרים למוצאי דעת והאריך בהם הרמב"ם במו"נ חלק ג' בי"ד כללים וממנו ינקו ולקחו כל הבאים אחריו בטעמי מצות בנגלה ומי יתן ואדע לקרב הדבר הזה אל השכל ודמיה למ"ש פלוני [עיי' מסי' כתובות נג,א] אלו היונא התם אמינא משיב רעה תחת טובה וגו' וכי משום שהמשאל במלאכתו של שואל ילקה באבדון ממונו ביד שואל"?

מה שא"כ בפטור שמירה בבעלים נתמעטו מתורת שומר כלל והו"ל כאיניש דעלמא שהרי רק מי שמוטל עליו לשמור חשיב כמזיק שמסתלק מהשמירה אך בבעלים חדשה התורה שאינו שומר כלל ולא שייך פשיעה.

ובגדר והסבר הדבר נראה להוסיף שבשמירה בבעלים לא נמסרה האחריות והשמירה אלא כאילו נשארה האחריות והשמירה אצל הבעלים.

ועל פי זה נראה לבאר שבמתה מחמת מלאכה הוא גם כן בגדר "שמירה בבעלים" ע"פ סברות הראשונים והאחרונים.

### **ט. ממ"מ כבעליו עמו ע"פ סברות הראשונים**

#### **1. רמב"ן**

והנה הרמב"ן כתב שהוא מדין "פשיעת המשאיל" וע"פ הנ"ל דכיון שפשע המשאיל שהשאילה למלאכה והיא לא הייתה ראויה לאותה מלאכה הרי לא נמסרה כל האחריות לשואל.

וזו כוונת הרמב"ן שהבעלים פשע במסירתה לתשמיש היינו שאחריות נשארה אצלו כמו בשמירה בבעלים ונמצא דינו כמו שאר שומרים המותרים בשימוש (שוכר).

#### **2. רשב"א**

הרשב"א הסביר שכיון שהמשאיל יודע שתכחש מחמת מלאכה ובכל זאת השאיל הרי מחל את הנזק שיגרם מחמת התשמיש ומה לי קטלא מקצתה מה לי קטלא כולה.

ובזה נסתייע ע"פ טעמא דקרא שהביא הגריפ"פ לפטור שואל בבעלים בשם הספורנו (שמות כב, ד).

בעליו עמו לא ישלם. שסתם משאיל בקרוב דעת כזה הוא נותן מתנה על דעת שיחזיר, וכיון שלא התנה אינו חייב להחזיר אלא כשהיא נמצאת בעין. שאפילו לדעת האומר שבמתנה על מנת להחזיר חייב באונסין, זהו מטעם שהתנאי של על מנת מבטל את המתנה אם לא יקויים התנאי. אבל בזה שהיא מתנה על דעת להחזיר בלתי תנאי שיבטל המתנה אם לא יחזירנה, הנה כל זמן שהיא בידי המקבל היא שלו אף על פי שלא יחזירנה אחר כך, ולא יתחייב על כל מה שיארע

בה אפילו בפשיעה. ובכן באה הקבלה שיהיה פטור כל שומר בבעלים אפילו בפשיעה.

ומבואר דשאלה בבעלים הוא כמתנה על דעת להחזיר (ולא 'על מנת' להחזיר) ולכן כל זמן שהיא בידו היא כשלו ולכך כל מה שנתן הבעלים לשואל הרי הוא פטור מאונסין ואף בפשיעה.

ואם כן בשואל דעלמא בדומה לשואל בבעלים ודאי שאת הפחת והכילוי שארע מחמת מלאכה ניתן לשואל מהמשאיל אף לא בבעלים ולכן פטור בין בכחש בין במיתה, וזהו "לאו לאצוריה בכלתא" דהטענה היא שהשימוש והתוצאות הנלוות ניתנו לשואל וכדרך שבבעלים פטור משום שהיא כמתנה כך השימוש ניתן לשואל בלי שויר.

### 3. רמב"ם עפ"י אבהא"ז

ובדרך זו יובן הסבר אבהא"ז ברמב"ם דהשבירה מחמת שימוש היא כחלק משימושי החפץ והתשמישים שניתנו לשואל מהמשאיל.

וכן בהסבר הנוסף שהבאנו על דרך אבהא"ז שדין זה נלמד מדין שואל בטובו לעולם דהיינו שבשבירת החפץ הוא תום זמן השאלה וכהחזרת האחריות לבעלים כשם שבשאלה בבעלים נשאר האחריות אצל הבעלים.<sup>13</sup>

### 4. מחנ"א

ולסברת המחנ"א לפטור ממ"מ והבאנו שאף הרס"ג הלך בדרכו הדברים מיושבים ביותר.

דהגריפ"פ הסביר בדעת רס"ג המוציא את השואל מכלל שבועת השומרים, מפני שאינו כשומר כלל כשטוען מתה מחמת מלאכה והיינו טעמא דכיון דשאלה למלאכה והתברר שאינה ראויה למלאכה הרי היא שאלה בטעות וכטוען איני שומר כלל.

---

<sup>13</sup> שו"מ בחידושי הרי"מ ב"מ צו, ב שכי"כ בסברת ממ"מ בלי הקישור לדין שמירה בבעלים וז"ל "יעוד י"ל כמו שכתבו הפוסקים בלוקח על זמן דפטור נאבד תוך הזמן משום דהוא שלו עכ"פ זמן זה, אף דלאו כקנין הגוף ונאבד גוף של חבירו מ"מ במה שהקנה לו פטור ככל דבר ששלו. ממילא לענין השאלה למלאכה דלזה הקנה לו וזה הקנין פירות שלו שהקנה לו ופטור על האונס דמחמת מלאכה כיון דלענין זה שלו וכמו לזמן כנ"ל. וזה י"ל טעם דברי הרמב"ם ז"ל דבעי דוקא בשעת מלאכה עיין שם"

וכפי שהבאנו לעיל לגבי שמירה בבעלים סובר הש"ך הנ"ל דאינו שומר כלל דלא נמסר לו חובת השמירה ולא אחריות השמירה ולכך פטור אף בפשיעה ואם כן חד טעמא לדין שמירה בבעלים וממ"מ.

ובזה יובן קצת למה בגמרא לא מהדרים אחר מקור לפטור זה, אלא רק סברת "לאו לאצוריה בכילתא" שסברא זו מחזירה את דין השואל בשעת המלאכה לדין בעליו עמו.

## י. שליחות יד בשואל בבעלים

### 1. שיטת הבית יעקב

נותר לנו לברר מדוע פטור בעליו עמו נאמר דווקא בשואל ולמדו חז"ל ממנו לשומר שכר ושומר חנם.<sup>14</sup>

והנה בקצוה"ח (שמו סק"א) הביא תשובת בית יעקב דבשואל בשונה משאר שומרים פטור בשמירה בבעלים אף בשליחות יד והוכיח כך מהסוגיה בב"מ מא,ב:

רבא אמר לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב שומר חנם ושומר שכר לא כל שכן למה נאמר חדא לומר לך שליחות יד אין צריכה חסרון ואידך שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנידון מה שואל בבעלים פטור אף שומר חנם ושומר שכר בבעלים פטור.

והוכיח הבית יעקב בפשטות הסוגיה שהפסוקים המחייבים בשליחות יד בש"ש וש"ח באים לרבות לחייב אף במקום שהשואל פטור והיינו שליחות יד בבעלים ואם כן בשואל אף ששלח בה יד לעשות מלאכה ושינה ממטרת השאלה פטור בבעלים.

### 2. שיטת קצוה"ח

קצוה"ח תמה על פסק זה, שע"פ רש"י הגמרא מבוארת כך: לא תאמר שליחות יד בש"ש וש"ח ונלמד דין זה משואל, מה שואל דלדעת בעלים קא עביד היינו שמשתמש לדעת בעלים, שלח בה יד היינו מהרגע שהתחיל להשתמש חייב.

---

<sup>14</sup> למה שנתבאר לעיל דפטור ממ"מ הוא מדין בעלים מבואר יפה דזה שייך רק בשואל.

וזו כוונת הגמ' שליחות יד בשואל שלח בה יד מתחייב באונסים, ש"ש וש"ח ששלחו יד שלא מדעת בעלים לא כ"ש, למה נאמר? חדא לומר לך דשליחות יד אינה צריכה חסרון, ואידך שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנידון.

והיינו אם לומדים בק"ו משואל היה צריך לפטור בשליחות יד בבעלים אף בשומר שכר.

כאן מבאר קצוה"ח "ולזה משני דיו לבא מן הדין דשואל שעושה מלאכתו ממשי פטור בבעלים" כלומר הפטור שהיינו יכולים ללמוד ב'דיו' כששואל עושה מלאכתו בבעלים והיינו סבורים שאף שולח יד יהיה פטור בבעלים קמ"ל הפסוק ששאר שומרים חייבים בשליחות יד אף בבעלים.

ולאחר שהפסוקים מרבים חיוב בשליחות יד בש"ש וש"ח בבעלים אף בשואל הדין כן ובשולח יד לעשות מלאכה שאינה מלאכתו מתחייב השואל אף בבעלים.

### 3. הוכחה לבית יעקב מפירוש ר"ח

הגרי"פ הראה מקום לפירוש ר"ח, שממנו עולה במסקנת הסוגיה כבית יעקב, והיינו דשואל בבעלים פטור אף בשליחות יד ממש כגון ששינה למלאכה אחרת.

והסביר דלר"ח ע"פ הסבר הספורנו בפטור בעליו עמו שהובאה לעיל שייכת רק בשואל ולא בשאר שומרים ולכן בשואל הוא פטור מוחלט ואינו שומר כלל ואילו בשאר שומרים פטרה התורה רק מתשלומים.

וראיתי מקשים עליו מניין לחלק ולומר שיש שני דינים בדין 'בעליו עמו?' ובפרט ששניהם נלמדו מפסוק אחד.

והתשובה ברורה וגלויה, לשיטת ר"ח נתמעטו שאר שומרים מפטור בעליו עמו בש"י, דחד קרא אתי לגילויי לן דין זה דשליחות יד בשאר שומרים חמורה משליחות יד בשואל ושלא נאמר דיו נאמר דין חיוב בשליחות יד גם בש"ש וש"ח כנ"ל.

אלא שעדיין צ"ב מה החילוק בין החיוב בשליחות יד בבעלים בשאר שומרים לשואל. וביותר צ"ע לשיטת הש"ך שהבאנו לעיל דבשמירה בבעלים אינו שומר כלל.

### **יא. שליחות יד בשואל היכן כתיבא?**

והנה חיוב שליחות יד לא נאמר כלל בשואל אלא רק בש"ש וש"ח וכבר הקשה ר"ח שם על הגמרא דלעיל דשליחות יד תיתי משואל. (ובשלמא לפרוש רש"י כוונת הגמרא היא לשליחות יד של השואל לעשות מלאכתו וזה מדעת בעלים קא עביד).

ומפרש ר"ח "שליחות יד דכתיבא בשומר חנם ובשומר שכר ואפי' אשואל וכי ישאל וי"ו מוסיף על ענין ראשון וכאילו בשלשתם כתיבא שליחות יד הני כולהו למה לי<sup>15</sup> ואילו פטור בעליו עמו נאמר בשואל ובאשר ללימוד לשאר שומרים נחלקו בגמרא (ב"מ צה,א) לחד מ"ד לומדים מ"וכי ישאל" וילמד עליון מתחתון דהיינו שוכר משואל.

ושואל שפטור בגניבה ואבדה בבעלים ילפינן מש"ש שהרי למדנו על עצם חיוב השואל בגו"א מש"ש בק"ו ואם כן דיו לבא מן הדין להיות כנידון, ולכך אי אפשר לחייב את השואל בגו"א בבעלים יותר משוכר.

ולמ"ד שלא סובר דיו לבא מן הדין להיות כנידון, עדיין אין מקור לפטור שואל בגנבה ואבדה, אומרת הגמרא 'וכי ישאל' וי"ו מוסיף, וילמד עליון מתחתון כנ"ל לפטור בבעלים ש"ש בחיובים שלו דהיינו גנבה ואבדה וילמד גם תחתון מעליון דהיינו לפטור שואל בגו"א בבעלים.

ונשוב לפירוש ר"ח דחיוב של שליחות יד הנאמר בשואל הוא מהיקש של וכי ישאל וכאילו כתוב בהדיא שליחות יד בשואל ואפשר ללמוד גם תחתון מעליון.

כיון ששליחות יד כתיבה בהדיא בשואל ופטור שואל בבעלים כתוב בהדיא בשואל, באה התורה לפטור השואל אף בשליחות יד ומה שחייבים שאר השומרים הוא מריבוי שכתבה התורה בהם שליחות יד אף שניתן היה ללמוד משואל.

### **יב. שליחות יד מחיובי שמירה או מדין גזילה?**

והנראה לבאר בזה הוא, דבכל השומרים חיוב שליחות יד הוא חיצוני לחיובי השמירה דשומר אסור להשתמש בשום אופן ולכן שמגביהה ע"מ לשלוח יד

---

<sup>15</sup> עיין בחידושי הגר"ז למנחות יט, א"ש להסתפק בהא דאמרינן וי"ו מוסיף על ענין ראשון אם הוא מתורת ילפותא ובחד ממידות שהתורה נדרשת בהם, או דהוא מתורת מקרא מפורש דהווי הוי מקרא מפורש דקאי על ענין ראשון" ואולי אפי"ל דבזה גופא חולקים ר"ח ורש"י.

הוא מתחייב כגזלן. ושמירה בבעלים פוטרת רק מחיוביו כשומר אך כששולח יד אינו מתחייב מדין שומר אלא כעין גזלן.

משא"כ בשואל המותר בשימוש ולשם כך ניתן לו החפץ, אך אסור בשליחות יד כלומר שינוי בשימוש, אך בשואל חיוב שליחות יד היא עדיין חלק מחובותיו כשואל – שומר ולכן שאלה בבעלים פוטרת אף בזה.

ולכן בשאר שומרים בבעלים חייב בשליחות יד אף אם פטור בפשיעה כיון ששליחות יד אינה חיוב מצד השמירה אלא כחיוב גזלן משא"כ בפשיעה שהוא מצד חיוב השמירה ולכן הבעלים פטורו. אבל בשואל חיוב שליחות יד הוא מחיובו כשואל ולכן בבעלים פטור.

וכעת הביאור בגמרא הוא "מה שואל דלדעת בעלים קא עביד והיינו שליחות יד המותרת לשואל - היינו השימוש, ובכל זאת אם שלח בה יד מעבר לזה חייב, שאר שומרים שאסורים בכל שליחות יד לא כל שכן שיהיו חייבים בשליחות יד?"

ועל כך חד קרא בא ללמדנו ששליחות יד אינה צריכה חסרון דהיינו להבדיל משואל שהשליחות יד שלו המותרת דהיינו השימוש שלשמו נשאל אם נכחש מחמת מלאכה פטור וא"כ וודאי שבשליחות יד שמתחייב זה רק שיש חסרון ואת זה לא היינו יכולים ללמוד משליחות יד דשואל.

והפסוק השני בא ללמדנו שלא תאמר דיו ותפטור שאר שומרים בשליחות יד בבעלים כמו בשואל בבעלים.

ומבואר שחיוב שליחות יד בשאר שומרים שונה במהותו מחיוב ש"י בשואל, בשאר שומרים זהו חיוב מחוץ לחיובי השמירה וכהפסקת השמירה, ואילו בשואל הוא חיוב מצד אחריותו כשואל.

ולכן דין שמירה בבעלים נאמר דווקא בשואל אף כי יש ק"ו ויש גם ו"ו מוסיף כך שאם היה כתוב גם בשאר שומרים היינו יכולים ללמוד לשואל, אך את דין "בעליו עמו" המיוחד לשואל פטור אף בשליחות יד לא היינו למדים.

### **יג. חיוב השואל בחיובי שמירה הוא שישתמש כראוי**

והנה ע"פ מה שנתבאר לעיל דמתה מחמת מלאכה הוא מדין בעליו עמו כמבואר לעיל ממכילתא דרשב"י, אם כן כל שמתה מחמת מלאכה פטור מדין בעליו עמו ומדוע כששינה למלאכה אחרת חייב?

ולישב בפשיטות ששינוי הוא דין שליחות יד הנאמר בשואל ולכך חייב, אך כשבעליו עמו בפועל פטור אף באופן זה וכפי שבארנו לעיל ששליחות יד בשואל הוא מחיובי השמירה של שואל שלא ישנה במלאכתו ולכן פטור אף בשליחות יד.<sup>16</sup>

ולפי"ז מבואר יפה במה נחשב השואל כשומר הרי חיובי האחריות הינם מתוקף השימוש ולא מחובות השמירה כפי שהוכחנו מחיוב באונס.

ולמבואר חיוב השואל כשומר הוא לא לשלוח יד ובכלל זה לא לשנות בשימוש וזהו חיוב שמירה המיוחד לשואל. וכשמתה מחמת מלאכה הרגילה - פטור כיון ששמר כראוי.

## יב. סיכום

סקרנו את שיטות רבותינו הראשונים והאחרונים בסברת פטור ממ"מ בשואל. הובאה סברת הרמב"ן שזה מטעם פשיעת הבעלים. וסברת הרשב"א שהוא דין הקנאת הבעלים ומסירת כל הכח ואיבוד החפץ.

כמו כן הבאנו סברת המחנ"א שכיון ששאלה למלאכה והתברר שאינה ראויה למלאכה הרי השואל טוען שאלה בטעות ומבטל את כל התחייבותו כשומר.

בשיטת הרמב"ם הסביר אבן האזל שכל תשמישי החפץ קנויים לשואל ובכללם שבירתו וזה מוכח מדין "שואל בטובו לעולם".

וכן סברא נוספת לפטור ע"פ זה היא ששבירת החפץ מחמת מלאכה הוא כסיוס השמירה וזה גם כן מוכח מדין "שואל בטובו לעולם".

מקור הפטור שהוא הדבר הקשה בדין זה, מצאנו במכילתא דרשב"י שהוא מדין בעליו עמו. ועל כן בררנו בסברות הראשונים מדוע חוזרת האחריות לבעלים כשמתה מחמת מלאכה בהשוואה לדין בעליו עמו.

---

<sup>16</sup> והנה הסמ"ע (שמ סק"ד) הקשה על לשון השו"ע "מתה מחמת מלאכה, פטור; והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה; שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה, אפילו היא קלה ממנה, תלין דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה" דמסקנת הטור והרא"ש לעיל לגבי שוכר שמוטר לשנות ממלאכה קשה למלאכה קלה ומתרץ דדוקא שיש לפנינו ענין שנוכל לתלות סיבת המיתה בשינוי והט"ז כתב דמצאה הקפידא מקום לנוח ונחה. ולפי"ד מבואר דדין ממ"מ דפטור מדין בעליו עמו הוא דווקא במלאכה שהוא השאיל בשבילה בזה אמרינן דאף שאינו עמו במלאכתו הוי כעמו במלאכתו אך שמשנה למלאכה אחרת אף קלה ממנה אינו עמו במלאכתו שאינו יודע על מלאכה זו.

בסברת הרמב"ן "פשיעת הבעלים" ולכן לא נמסרה כל האחריות לשואל. ולסברת הרשב"א בארנו ע"פ הספורנו בטעם הפטור בשואל בבעלים, שהוא כמתנה על דעת להחזיר. וא"כ גם בשואל דעלמא כל השימושים נתונים וקנויים לשואל כולל הכחש והאיבוד מח"מ.

בשיטת הרס"ג במניין המצוות העלנו על פי הגר"פ פערלא ש'שואל' אינו כשומר ונתמעט משבועת השומרים.

דבריו עולים בקנה אחד עם סברת המחנ"א שכשמתה מחמת מלאכה הרי הוא כטוען איני שואל כלל ולכן גם אם מצינו דיני שבועה הרי היא שבועת היסת. ובזה מבואר שהוא כסברת "בעליו עמו" שאינו שומר כלל (בהסבר הש"ך בפטור בעליו עמו).

עוד טעם לפטור ממ"מ ע"פ זה נראה דשלילת זכות המשאיל לתבוע את החפץ פוטרת מאונסים וזה פעולת הקניין בשואל בטובו לעולם. ולפ"ז בשעת המלאכה שאין למשאיל זכות תביעה זהו גורם הפטור באונסין (עיין הערה 8).

עוד התבאר דין שליחות יד בשומרים, והחילוק בין שאר שומרים לשואל בדין זה. שבשאר שומרים עיקר הפיקדון הוא לשמירה והאחריות היא מתוצאות חיוב השמירה. ולכן חיוב בשליחות יד הוא מחוץ לחיוביהם כשומרים ולכן חייבים בשליחות יד אף בבעלים כי 'בעלים' פוטר רק מחיובי שומר.

משא"כ בשואל עיקר המסירה היא לשימוש והאחריות וחובת התשלומים הם כתוצאה מאפשרות השימוש.

ואם מצינו בשואל חובת שמירה כל שהיא (שהרי שאר החיובים הם חובות האחריות) שישתמש רק באופן שנשאל בעבורו, היינו שלא ישנה וזה דין שליחות יד המצויה בשואל - וכיון שכך הרי אם השתמש באופן רגיל הרי מילא את תפקידו כשומר ואין סיבה לחיבו. (וזה טעם נוסף לפטור בממ"מ).

אך כששינה הוא שליחות יד האמורה בשואל (ע"פ פירוש ר"ח) ולכן חייב, אך כשהיה בבעלים בפועל הרי הוא פטור גם כששינה כיון שאצל שואל חיוב שליחות יד הוא מחובות השמירה היינו שישתמש בלי לשנות ולכן "בעלים" בפועל פוטר גם בזה.

**הרב נחמיה טיילור**  
ר"מ במכון הגבוה לתורה, אונ' בר-אילן  
**הרב הראל ברגר**  
המחלקה למחשבים אונ' בר-אילן ואריאל

## **חיובי מזיק בתוכנות נזקה**

### **ראשי הפרקים**

- א. הקדמה
- ב. נושאי הדיון
- ג. החפץ הניזוק
- ד. הדיון ההלכתי
- ה. מוכר/נותן שטר חוב וחזר ומחלו
- ו. הגדרת המזיק
- ז. אחריות השומרים
- ח. סיכום

### **א. הקדמה**

אחת הבעיות המתעוררות בעולם של תקשורת מחשבים הוא מקרה שבו אדם שולח תוכנת נזקה (malware) למשתמש אחר. תוכנת נזקה הינה תוכנה אשר באה לפגוע בצורה כזו או אחרת במערכת המחשב אליו היא נשלחת. אנו נתעסק ספציפית בתוכנה המגיעה אל המחשב הניזוק ופוגעת בקבצים ומשנה אותם או מוחקת אותם. התוכנה עצמה עוברת דרך רשת האינטרנט בצורה לא ישירה כי ישנן תחנות ממסר בדרך. כמו כן, ישנן מערכות סינון, קבצים שיושבים ב"אמצע הדרך" שתפקידם להגן על המחשב המותקף, אך מסיבות שונות הם לא פעלו כנדרש והמחשב הותקף ונמחקו קבצים שווה ערך. השאלה העומדת לדיון היא האם לבעל המחשב המותקף יש תביעת נזיקין כנגד התוקף.

נציין שהדיון בנושא זה הוא במקרים בהם הניזוק אינו מודע לסכנות הטמונות בפתיחת הקובץ הנשלח אליו, או במקרה בו התוכנה המזיקה אינה מצריכה פתיחה/פעולה מצד הניזוק, אלא פועלת בצורה אוטומטית. במקרה והניזוק מודע לסכנה הטמונה בפתיחת הקובץ, ברור הדבר שאין לו תביעה כנגד התוקף כי הוא בבחינת 'אזיק אנפשיה' (ב"ק כז, ב).

## **ב. נושאי הדיון**

לכאורה יש להעלות שלוש שאלות:

1. מה החפץ הניזוק ואיך אפשר להגדירו?
2. האם ההלכה מכירה את התוקף כמזיק לעניין תביעת נזיקין?
3. האם חלים דיני שומרים לגבי האחריות של תוכנות אנטי וירוס בתשלום ולמסננים בתוך ארגונים?

## **ג. החפץ הניזוק**

ראשית כל, יש צורך להבדיל בין שני מושגים:

- א. חומרה- החלק הפיזי של המחשב, כולל המעבד, לוח האם, הזיכרונות השונים וכדומה.
- ב. תוכנה- החלקים שאינם פיזיים אלא מאוחסנים בזיכרון ומבצעים פעולות שונות על הזיכרון של המחשב, ומציגים אותו על המסך.

הקבצים המוצגים לנו על המסך הינם חלק מהתוכנה. קבצי המערכת השונים של מערכת ההפעלה (השמישות שבהן הן windows ו linux), הינם קבצים שמוצגים לנו על המסך בצורה מסוימת, אך בפועל, הם שמורים בזיכרון של המחשב בצורת רצפים של אפסים ואחדות, הנקראים "ביטים". כלומר, אין דמיון בין צורת ההצגה על המסך לבין מה שבפועל שמור בזיכרון כי ישנו תהליך של תרגום הביטים לאותיות, מספרים וצורות נוספות המוצגות על גבי המסך.

כאשר אנחנו מדברים על פגיעה בקובץ, יש להבדיל בין שלושה סוגי קבצים:

- א. קבצי מערכת: אם ישנה פגיעה רצינית בהם, מערכת ההפעלה לא תעבוד והמחשב לא יתפקד. במקרה כזה, מחיקת מערכת ההפעלה והתקנה מחדש תגרום לחזרה לתפקוד של המחשב (אך קבצים שהשתמש יצר ולא נשמרו בגיבוי, יתכן ויאבדו). דוגמא לכך הוא, מנהל האתחול של מערכת ההפעלה,

שגורם לה לעלות לאחר שמדליקים את המחשב. במידה והוא לא קיים, למשתמש יהיה קשה עד מאוד להשתמש במחשב, מה שיצריך בדרך כלל התקנה מחדש של המערכת (העלולה להסב נזק כלכלי).

ב. קבצים שיושבים במחשב, אשר המשתמש לא הכניס בהם תוכן ייחודי (ועל כן אין להם גדר של "קניין רוחני") ואינם חלק מקבצי המערכת של מערכת ההפעלה. לכן, שיבוש או נזק לקבצים הללו לא יגרום למחשב לשינוי בתפקודו, אלא אך ורק לאיבוד המידע השמור בהם. דוגמא לכך היא קובץ סיסמאות שנוצר ע"י המשתמש, על מנת לאחסן סיסמאות לחשבונות שונים או אתרים שונים.

ג. קבצים שהמשתמש יצר במחשב, אשר יש בהם תוכן משמעותי וייחודי למשתמש. דוגמא לכך היא ספר אלקטרוני שהמשתמש כתב באמצעות המחשב.

לא הזכרנו עד כה את המצב בו תוקף מסוים גורם לתקורה של שימוש במשאבי המחשב עד לכדי פגיעה בחומרה של המחשב. דבר כזה הוא נדיר יותר, ולכן רק נזכיר זאת בקציר האומר במאמר זה. במקרה שכזה, ישנה משמעות מעשית לפגיעה, ונראה לומר כי פגיעה שכזו תהיה ככל פגיעה ברכוש האדם (כגון ביתו, שורו או חמורו).

#### **ד. הדיון ההלכתי**

התוספות בב"ק (צח,א) מתייחסים למקרה בו האדון גורם חרשות לעבדו וכך הם כותבים:

...וא"ת ואמאי עבד יוצא בהן לחירות הא בעינן מומין שבגלוי דומיא דשן ועין ובחרשו היכי הוי בגלוי וי"ל נהי שאין ניכר בו כלום כשהוא ישן או עומד במקום אחד ושותק, מכ"מ כיון דלפי מנהגו שמתנהג והולך ניכר שהוא חרש חשיב מום שבגלוי ועי"ל דאין צריך שיהא קלקול בגלוי אלא שהאבר שיש בו קלקול יהא בגלוי...

שאלת התוספות היא למה עבד יוצא לחירות במקרה שאדונו גורם חרשות לעבדו, הלא חרשות אינה מום גלוי לכל ועל שאלה זו הם עונים שתי תשובות.

לפי התירוץ הראשון אנו מתייחסים למום הניכר גם כתוצאה מהילוכו של החרש, מאופי התנהלותו, על אף שהנזק לא ניכר בגופו של העבד. מאידך,

התירוץ השני מדגיש את העיקרון שהחפץ הניזוק יהיה גלוי לכל והאוזן ניכר לכל, אל אף שהנזק עצמו לא ניכר בו.

ניתן מכאן לומר, כי התוספות בכיוון הראשון סוברים שגם נזק הנגרם להתנהלות האדם במקרה של חרשות נחשב לנזק, למרות שפיזית האדם נראה כביום אתמול. לעומת זאת, לפי התירוץ השני, הנזק נחשב אך ורק אם החפץ הניזוק גלוי לכל. לפי התירוץ הראשון של התוספות, פגיעה בקבצי מערכת אכן מוגדרת כפעולת נזק כי נפגעה התנהלות המחשב. לעומת זאת, לפי התירוץ השני, רק פגיעה הנראית בגוף המחשב נחשבת כנזק ולכן פגיעה בתוכנות המחשב שאינן נראות לעין אינה נחשבת כפעולת נזק. לפי תירוץ זה רק פגיעה בגוף המחשב תחשב כפעולת נזק.

במילים אחרות, אם נשתמש במושגים הפילוסופיים של חומר וצורה, אזי פגיעה בתוכנה היא פגיעה בצורה, בעוד פגיעה בחומרה היא פגיעה בחומר.

השיטה מקובצת בב"ק (צא,א) מצטט את דברי היד רמה וז"ל:

...כתב הרמ"ה ז"ל בפריטיו וזה לשונו: תניא הכהו על עינו וסמאה על אזנו וחרשה עבד יוצא בהן לחירות וכנגדו בבן חורין חייב כנגד עינו ואינו רואה כנגד אזנו ואינו שומע אין עבד יוצא בהן לחירות וכנגדו בבן חורין פטור מאי טעמא איהו הוא דקא מבעית נפשיה שהיה לו להרכין ראשו לצד אחר ולא הרכין אבל ודאי אם לא היה יכול להרכין ראשו לצד אחר ולא להציל את עצמו מן ההיזק גירי דידיה אהנו ביה כדתניא המבעית את חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כיצד תקע לו באזנו וחרשו פטור אחזו ותקע באזנו חייב והני מילי בגרמא בעלמא אבל היכא דעביד מעשה בגופיה אף על גב דהוה יכול לאצולי נפשיה ולא הציל המזיק חייב כדתנן האומר קטע את ידי ושבר את רגלי על מנת לפטור חייב ואף על גב דקא עביד ברשות וכל שכן היכא דשתיק ליה משתק. ע"כ...

במיצוי דבריו נראה לומר שישנה חלוקה ברורה בין מזיק גוף האדם ("החומר") בידיים, שעל אף שהניזק היה יכול להציל את עצמו עדיין מתחייב המזיק על הנזק שנעשה. משא"כ במקרה של פגיעות פנימיות כמו חרשות בלי פגיעה באזניים ("צורה" בלבד) אם אין הניזק יכול להציל את עצמו אזי המזיק חייב כי אין כאן טענה של "איהו אבעית אנפשיה".

מכאן אנו למדים שכל פגיעה פנימית באדם נחשבת כנזק אלא יש פטור מיוחד של "איהו אבעית אנפשיה" שהניזק במידה מסוימת נחשב כשותף בנזק. אך במקרה שאינה קיימת הטענה של "איהו אבעית אנפשיה" חוזר החיוב המקורי למקומו.<sup>1</sup> פגיעה בגוף - "בחומר" מחייב תשלומי נזק, אך פגיעה בנפש-ב"צורה" - בתוכנה אינו נחשב כנזק ממשי בכדי להחיל על המזיק תשלומי נזק.

לאור זאת, יש צורך לדון בכל הנושאים הקשורים לנזק גופני פנימי או פסיכולוגי לאדם. כדאי לציין כאן את דברי רב חיים פלאגיי בספרו רוח חיים על חו"מ סימן תכ שהעיר על מה שכתב השו"ע שם "השקהו סס" - שאם אדם השקה את חברו סס הגורם לשולים חזקים וסגר אותו בחדר בכדי להתל בו ונתלכלך בפני אחרים במכנסים, חייב בבושת וצער בלבד, אך אינו חייב תשלומי נזק כי לא הייתה פגיעה בגוף האדם.

יש לנושא הזה חשיבות מרובה בדורנו לאור הידיעות על נזק פסיכולוגי וכו' אך, מפאת קוצר היריעה, נותיר זאת לדיון מיוחד בפני עצמו ואכמ"ל.

אך יש מקום לטעון שכל מה שנכתב נוגע רק לנזקי אדם באדם, מנין לנו להרחיב חלוקה זו בין חומר לצורה גם בנזקי ממון? כתשובה לעניין זה ניתן לדמות את הדיון הנ"ל למקרה של מוכר או נותן שטר חוב לחברו וחוזר ומחלו.

#### ה. מוכר/נותן שטר חוב וחזר ומחלו

המחבר בחושן משפט (סו, לב) כותב:

"כשמחל המוכר, או יורשיו, צריכים לשלם כל מה שכתוב בשטר החוב, מהיפה שבנכסים, שהרי גרם לו לאבד השטר, והרי הוא כמו ששרפו".

הלכה זו מופיעה גם כן בסימן שפ"ו העוסק בדינא דגרמי ושם המחבר מצרף את הדין של מוכר שטר חוב לדין שורף שטר חוב, ובלשונו בסעיף א:

והמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, דקי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסימן סו.

בסעיף ב מוסיף:

וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם יד כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון.

---

<sup>1</sup> עיין עוד בדברות משה, קידושין סימן מב, הערה יט. כמו כן, עיין חזון יחזקאל ב"ק פרק ו הלכה ה להרחבת העניין.

מקורה של הלכה זו נמצא ברמב"ם הלכות חובל ומזיק (ז, ט):

וכן השורף שטרותיו של חברו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון הרי גרם לאבד הממון, ובלבד שיודה לו המזיק שהשטר מקוים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא שאינו יכול לגבות החוב אבל אם לא האמינו אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד.

ובהלכה הבאה מוסיף הרמב"ם:

...וכן ראובן שהיה נושה בשמעון ומכר השטר ללוי וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון, הרי נפטר שמעון כמו שיתבאר במקומו ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה ששטר, שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמי ששרפו.

הלכה זו מוסברת יפה בלבוש מרדכי (ב"ק סי' לג) שסיבת החיוב בשריפת השטר היא שהשורף שרף שעבודו של חברו, והיינו השטר הוא השעבוד והרמב"ם סבור שהשעבודים נמצאים בשטר. אם היינו סוברים דלא דנים דינא דגרמי לא היינו מחייבים השורף בעד שריפת השטר כיון דאין גופו ממון אלא רק גורם לממון. אך מכיוון שאנו דנים דינא דגרמי, יש לומר שהזיק דבר שהוא גורם לממון לכל העולם לכן השורף שטר של חברו מחויב לשלם.

ממשיך הלבוש מרדכי וטוען, כי לפי זה אדרבה בשורף שטרות ניחא שיתחייב השורף, אך במחילת שט"ח שמכר, הרי בגוף השטר שהוא של פלוני לא נגע מאומה, ורק מחל החוב ועל גוף החוב לא שייך קנינים אלא דתקון רבנן שמי שקונה השטר והשעבוד שבתוך השטר הוא גובה את החוב. נמצא שהוא קנה רק השטר והשעבוד, והמוכר במחילתו לא נגע בגוף השטר שמכר אלא רק בחוב. נמצא דרק "נעל דלת", המוחל מנע את האפשרות שלא יוכל הקונה לילך לגבות החוב אבל לא הזיק דבר השייך לו.

לכן דקדק הרמב"ם בלשונו הזהב וכתב גבי מוכר שטר חוב וחזר ומחלו שחייב לשלם שהרי גרם לאבד השטר, פירוש קודם מחילתו היה לשטר שביד הלוקח תורת שטר והיה בו שעבודים ועתה במחילתו נפקע השעבוד מהשטר והשטר נהפך להיות חתיכת נייר, והרי זה דומה לשורף השטר והוא מחויב לשלם כי ע"י מחילתו הוא הפקיע השעבודים מן השטר.

בדיון זה קיימת מחלוקת בין השולחן ערוך והרמ"א (סו, לב) לגבי גובה התשלום, באם משלם את דמי השטר או גובה החוב כולו. אך, מוסכם לפי

כולם כי יש חיוב רק מדינא דגרמי ולא מזיק בידיים לאור העובדה שלא ניזוק חפץ ממשי.

הפתחי חושן (נזיקין ודיני שכנים דף צ) דן לגבי שאלת מוכר שטר חוב וחזר ומחלו שאולי יש מקום לפטרו מדין היזק שאינו ניכר. כתשובה לשאלה זו הוא הוא מסביר עפ"י המנחת פתים כי במקרה של מוכר שטר חוב יש מחילת שעבוד ומשום כך יש היזק ניכר בעצם הפסד השעבוד.

הסבר זה מתאים למה שכתבנו לעיל, יש כאן נזק ל "צורה" בלי פגיעה ב"חומר". במקרה של מוחל שטר חוב, השטר-הנייר "החומר" קיים, לא נעשה נזק פיזי לשטר, אך נעשה נזק ל"צורה"- לתוכן הפנימי של השטר והתחדש החידוש שיש מושג של נזק לתוכן בלי פגיעה בחומר.

במקרה דנן פשוט הדבר שהקבצים עצמם היושבים במחשב הניזוק, ניכרים כניזוקים באחת משלוש צורות:

- א. על מסך המחשב אנו רואים את הנזק שנוצר לקבצים, באם מדובר שהקבצים נמחקו או ששוננו וא"א לגשת אליהם כמקודם.
- ב. בדיסק עליו שמורים הקבצים, ניתן לראות כי המידע שנשאר עבר שינוי.
- ג. במערכת הקבצים (תוכנה), במקרה של מחיקת הקבצים, יש איבוד קישוריות לקובץ.

נראה לומר כי המציאות של שעבוד מקבילה למציאות של קובץ במחשב. כמו ששעבוד אינו קיים פיזית במציאות אלא יש לו משמעות וירטואלית ממונית לאדם, כך קובץ במחשב לא קיים במציאות כפי שמוצג לנו על המסך אלא היא מציאות וירטואלית, ולכן ניתן להשליך מדין שעבוד על דין קובץ במחשב. על פי מה שלמדנו כעת, מציאות וירטואלית כמו שעבוד בשטר נחשבת כחפץ הניזוק, כך קובץ במחשב נחשבת חפץ הניזוק ולכן יש אפשרות להחיל על המזיק תשלומי נזיקים.

אולם עדיין יש לדון האם התוקף נחשב כמזיק לענייני תשלומי נזיקין.

## ו. הגדרת המזיק

מקובלנו שלחיצת כפתור נחשבת מעשה בידיים בכל התורה כולה, בין אם נחשב כמעשה בידיים ובין אם נחשב ככוחו.<sup>2</sup> לפיכך, אם אדם לוחץ על כפתור במחשבו האישי בכדי לתקוף משתמש אחר, ואין שום מעכב משמעותי על רשת הנתבים, ניתן להתייחס למקרה שכזה בתור מזיק בידיים, כדברי תוספות בב"ק (יז, ב):

נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות ח"נ וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו.

הש"ך בסימן שפח ס"ק כח פוסק כדברי התוספות בעקבות הנמוקי יוסף והב"ח. מכאן למדנו, כי שליחת פקודות דרך האינטרנט כדי לתקוף משתמש אחר נחשבים כחץ שנזרק על כלי שנידון בתר מעיקרא.<sup>3</sup>

אולם במקרה והתוקף שולח תוכנת נזקה שמבצעת סדרת פעולות על מנת לתקוף מחשב אחר, ובין השאר מייצרת קבצי משנה שפועלים בצורה עצמאית, ולא מבצעת את התקיפה בצורה מיידית, יש לדון זאת בצורה אחרת. הבעיה ההלכתית המתעוררת כאן היא שהחפצא של המזיק (החץ) אינו קיים בשעה שהפקודה נשלחת ע"י התוקף.

במשנה (סנהדרין פ"ט מ"א) העוסקת בחיובי רוצח:

...שיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש פטור השיך בו את הנחש רבי יהודה מחייב וחכמים פוטרין...

ובהמשך הגמרא טוענת (עח, א):

...אמר רב אחא בר יעקב: כשתמצא לומר, לדברי רבי יהודה - ארס נחש בין שיניו הוא עומד, לפיכך: מכיש - בסייף, ונחש - פטור. לדברי חכמים - ארס נחש מעצמו הוא מקיא, לפיכך: נחש - בסקילה, והמכיש - פטור...

וכתב שם רש"י בטעם של חכמים:

<sup>2</sup> עיין אנציקלופדיה תלמודית ערך חשמל, כרך י"ח עמ' קנ"ה והלאה.

<sup>3</sup> עיין קצות החושן, סימן שצ ס"ק א.

" מעצמו מקיא - בנשיכתו, וכשהשיכו זה עדיין אין בו כדי להמית לפיכך גרמא בעלמא הוא, אף על פי שיודע שסופו להקיא מיהו לאו מכחו מיית. " ובלשונו של התוספות בב"ק (נו, א):

....וא"ת ההיא דהשיך בו את הנחש דפטור למ"ד מעצמו הוא מכיש אמאי פטור לפי מה שפירש בשמעתין דפי פרה (כג, ב) ששם ידו לתוך פיו והשיך ליחייב משום אשו דודאי הנחש יזיק האדם וי"ל דשאני התם שאין הארס עדיין בעולם וכו'.

בשו"ת להורות נתן (ח"ט קונטרס וחי בהם פ"א סי' לה), מבאר עניין זה וכך הוא כותב:

...ומבואר, דהא דמחייב רבי יהודה הוא משום דסובר דארס נחש בין שיניו עומד, ועל כן כשמכניס שיני הנחש לתוך בשר חבירו הוי כתוקע סכין בבטנו, דהרי הארס המוכן ועומד בין שיני הנחש הוי כמו חרב ממש, ונמצא שהוא עשה מעשה הריגה בידיים. ולחכמים פטור דסבירא להו דאין הארס עומד מוכן בין שיני הנחש, אלא שגם אחרי שהכניס את שיני הנחש לתוך בשר חבירו עדיין אין בו כדי להמית, דליכא מיתה אלא אם הנחש יקיא את הארס שבגופו, וכיון דליכא הריגה אלא ע"י הקאת הנחש, והנה הקאת הנחש אינו מעשה שלו ולכן פטור דהוי רק כגרמא....

מתברר מכאן שלשיטת חכמים הפוטרים את המכיש נראה שישנם שני סוגים שונים של מעשים. המעשה הרגיל הוא כשאדם יורה חץ או מבעיר, והאש נמצאת בעולם, אז חיוב הרוצח הוא מדין אשו משום חציו. המעשה השני הוא כשיש משהו שמפסיק את התהליך בדרך. בשעה שהמזיק מדליק את האש או יורה את החץ, יש מחסום שגורם לכך שהפעולה איננה ישירה. זוהי הדוגמא של "אין הארס בעולם" בדברי התוספות.

נראה לומר שהפטור הזה של "אין ארס בעולם" קיים רק בדיני רוצח, אך בדיני ממונות יש מקום לחייב מדין אש ('אשו משום ממונו').

הוכחה לחלוקה זו נמצאת בדברי הר"ן (סנהדרין עז, ב) המחלק בין רציחה לבין ממונות שברציחה יש קולא שחז"ל לא עשו שוגג במזיד ואונס כרצון, ולכן דרשו שיעשה מעשה בפועל ושההיזק יהיה ברור ומידי. מה שאין כן בממונות שחז"ל קבעו שמתחייב השורף שטרותיו של חברו, ובלשונו: "...ואלו דכוותי לענין נזקין אלו הניח חפצי חבירו בקרקע ואשקיל עליה בדקא דמיא ונאבדו

אפילו בכח שני משמע דחייב דכח שני זה בריא הזיקי' והוי דינא דגרמי ממש ולא גרע משורף שטרותיו של חברו דחייב...".<sup>4</sup>

לאור הדברים הללו, נראה לומר שיש להבדיל בין שני מקרים בהם התוקף שולח קובץ הרסני למחשב אחר. במקרה אחד בו התוקף שולח קובץ שעושה את כל פעולות בעצמו בלבד, יש לדמות פעולה זו לירי החץ (אין בעיה עם זרם החשמל במקלדת משום שהוא קיים שם תמיד) וזהו פעולה בידיים. במקרה אחר, בו התוקף שולח קובץ שמייצר קבצים אחרים שעושים פעולות, הרי זה דומה לדין של "אין הארס בעולם" ולכן החיוב נובע מדין 'אשו משום ממונו' בדין אש כנ"ל.<sup>5</sup>

### ז. אחריות השומרים

לגבי אחריות חברת השמירה (חברות אנטי – וירוס וכדומה) יש לדון בכמה שאלות:

- א. איך מוגדרת השמירה כנגד המזיק?
- ב. האם מוגדרת השמירה לפי הנורמה של שירותי סינון/הגנה, או שמא על פי מקסימום המידע על תוכנות הנוזקה הידוע כיום?
- ג. כמו כן, כשיש מידע חדש על תוכנת נוזקה, כמה זמן ניתן לשומר לעדכן את תוכנת ההגנה/הסינון?

יש להדגיש, כי במקרה ומדובר בשירות הגנה/סינון חינומי, אין למשתמש שום זכות תביעה משום שהחברה לא התחייבה לשמור והרי זה דומה למקרה שהשומר אומר "הנח לפניך" (ב"מ פא,ב). בדרך כלל, מוצר שכזה, אינו מוגדר כסוג של שמירה, אלא כסוג של פרסומת למוצר נוסף של החברה שדורש תשלום (לדוגמא, AVG antivirus).

לעומת זאת, במידה והמשתמש קנה שירות הגנה/סינון כחלק ממערכת הפעלה רשמית, יש לדון זאת כקבלת שמירה אלמנטרית של החברה המייצרת את מערכת ההפעלה. כמו כן, תוכנת הגנה הדורשת תשלום, ניתן לראות בקניה שלה כקבלת שמירה של אותה חברה (לדוגמא, Kaspersky Antivirus).

בעל תרומת הדשן כותב בתשובה (שלג) :

<sup>4</sup> עיין בקונטרס שיעורים על מסכת בבא קמא דף 222 והלאה כהרחבה לנושא זה.

<sup>5</sup> ניתן בצורה דומה לדמות את ההבדל בין קובץ יחיד לקובץ שייצר קבצים אחרים, להבדל בין כוח ראשון לכוח שני. בכל מקרה, על פי הרי"ן נחייב בשני המקרים.

...אבל כתב ראבי"ה דגם לעניין כספים וכיוצא בהן הכל תלוי במנהג המקום והזמן האיך נוהגין לשמור, כדאמרינן האידנא דשכיחי גשושאי והאידנא דשכיחי פרומאי. אלמא דלפי העניין משתנה השמירה ולכך האידנא אם נתנה בכיפת האבנים דמנטרא מנורא ומגנבים אין צריך לטומנם בקרקע ופטור בכך. ובשם ר"ת וספר החכמה כתב במרדכי, דדוקא בימיהם שהיו להם בתים רעועים בשדה בעינן שמירה בקרקע אבל לדין שיש לנו בתים טובים בעירות לא צריכים. וכעין זה כתב אשירי בשם ר"י הברצלוני שכך קבלה מרבנותיו דדוקא בימיהם דהוי שכיחי גנבים ורמאים שהיו מחפשים, אבל בזמנינו אם נתנם במקום הראוי לשמירה במקום שנוהג לשמור את שלו די בכך ופטור, והסכים אשירי לזה וכתב שראוי לסמוך על דא.

בדומה לכך, מביא הפתחי תשובה (רצא,ו) את תשובת זכרון יוסף:

...וכן המפקיד על דעת המנהג בזמנו הוא מפקיד...

לפי הנ"ל נראה שחובת השמירה מתייחסת למנהג הזמן והמקום. כלומר, לפי הנורמה הנהוגה באותו מקום, נקבעת חובת השומר לשמור את החפץ הניתן לו לשמירה.

אם כן, יש לנו לדון גם בנידון דידן, באשר לחובת חברת השמירה/שירותי הסינון, להגן על המשתמש הפרטי. יש על חברת שירותי הסינון/ההגנה, חובה להגן על המשתמש מפני פגיעות חיצוניות וכן לעדכן את המידע המצוי בידם על פי הנהוגה. במידה והחברה לא מעדכנת מזמן לזמן, באם מדובר על טווח זמנים של כמה שעות, או כמה ימים, הרי היא פושעת בשמירתה ונראה כי ניתן לתבוע אותה על כך.

הנורמה הנקבעת לצורך העניין, תקבע ככל הנראה לפי הזמן והמקום, "מנהג המדינה" (שאולי נקבע כחוק), במידה ונחקק באזור מסוים. כלל זה יקבע גם כן את הזמן הניתן לחברה על מנת לעדכן את המערכת הכללית, וכן את המערכת המגנה על המשתמש.

## ח. סיכום

א. בנוגע לשאלה הראשונה התברר שיש מקום לומר שתוכנה וירטואלית מוגדרת כחפץ הניזוק על אף שהוא אינו חפץ ממשי.

- ב. בנוגע לשאלה השניה, האם התוקף נחשב כמזיק נמצאנו למדים שיש לחלק בין צורת התקיפה. במידה והתוקף שולח קובץ שעושה את כל פעולות בעצמו בלבד, יש לדמות פעולה זו לירי החץ נחשב כמזיק בידים וחיובו מדין אדם המזיק... במידה והתוקף שולח קובץ שמייצר קבצים אחרים היוצרות את הנזק, הרי זה דומה לדין של "אין הארס בעולם" וחיוב המזיק נובע מההלכה של אשו משום ממונו.
- ג. בנוגע לשאלה השלישית האם יש מקום לחייב את חברות האנטי-וירוסים על שלא שמרו כראוי על מחשב הנתקף, נראה לומר שהכול תלוי בהתחייבויות הקיימות בין המשתמש לבין החברות ויחול על התביעה דיני "הכול כמנהג המדינה".

## ועשית מעקה לגגך

### מתי גג נכלל במכירת בית?

בפרק המוכר את הבית (סא, א) איתא במשנה: "המוכר את הבית לא מכר וכו' ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים וכו'". ובגמ' שם (סג, ב) התייחסות לדברי המוכר – אם הזכיר רומא ועומקא, אם לאו. וצ"ב האם ענין מעקה גובה י' ענינו אומדנא גרידא בדעת בני אדם (האם הגג כלול במכירת הבית או לא) או שיש כאן השפעה של דיני מצות מעקה.

### מצות 'ועשית מעקה לגגך'

בפ' כי תצא (כב, ח) נאמר: "כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך כי יפל הנפל ממנו". מוני המצוות (הרמב"ם וספר החינוך) מנו שתי מצוות: עשיית מעקה כעשה ולא תעשה דלא תשים דמים בביתך. בגדר המצוה נחלקו ראשונים. הסמ"ק (קנב) כותב "ומסקינן ועשית זו מצות עשה, לא תשים זו מצות לא תעשה ונראה דאפילו הכי פעמים יש עשה בלי ל"ת כגון נפל המעקה, ולא תעשה בלי עשה כגון מעמיד סולם רעוע ולכן חלקתים לשתי מצוות". ז"א שהסרת מכשולות אינה כלולה במצות עשה של מעקה אלא בלאו בלבד.<sup>1</sup> אף הסמ"ג (עשין עט) נוקט כך ומוסיף שמצות המעקה היא רק על גג הבית ואילו בורות ובארות (שנתרבו בספרי) נתרבו ללאו ולא לעשה. ולכן כתב הסמ"ג שבגג של בית צריך מעקה גבוה י' טפחים ואילו לבור די בשלשה טפחים. פשטות לשון הרמב"ם מורה שיש עשה על כל המכשולים (עשין קפד) וז"ל: "שציונו להסיר המכשולים וסכנות בכל מושבותינו וזה שנבנה כותל סביב הגג וכו' וכן כל המקומות המסוכנין והרעועין וכו' והוא אמרו יתעלה ועשית מעקה לגגך". אמנם המנ"ח (מ' תקמו) דייק מדברי הרמב"ם בהלכות שהעשה הוא בגג בלבד; וז"ל הרמב"ם (רוצח ושה"י יא): "[א] מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו שני ועשית מעקה לגגך, והוא שיהיה בית דירה אבל בית האוצרות ובית הבקר וכיוצא בהן אינו זקוק לו... [ד] אחד הגג ואחד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשל בו אדם וימות כגון שהיתה לו באר או בור בחצירו בין שיש בהן מים בין שאין בהן מים חייב לעשות להן חוליה גבוהה עשרה טפחים או לעשות לה כסוי כדי שלא יפול בה אדם וימות. וכן כל מכשול

<sup>1</sup> הגריפ"פ בבאורו לספר המצוות של רס"ג (עשה עז) הראה שכך דעת תוס' בקידושין לד, א.

שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה יפה שני השמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר, והניח המכשולות המביאין לידי סכנה, ביטל מצות עשה ועבר על לא תשים דמים". רק בגג ובור הפנה הרמב"ם לעשה של מעקה ואילו ביחס לשאר המכשולות הביא פסוק אחר 'השמר לך ושמור נפשך'.<sup>2</sup>

### שיעורין של תורה

הכותרת באות א בפרק 'שיעורי המצוות' בספר שיעורין של תורה היא: מעקה, מחיצה. ושם נקבע ש"שיעור גובה המעקה וכן שאר מחיצה לענין שבת סוכה וכלאים, הוא עשרה טפחים וראוי מאד שיהא גובה מטר אחד וכו'". מדברים אלו ניכר שגדר מעקה כמחיצה (יוכן שאר מחיצה) ודומה שיש בה מן החידוש, ששיעור מעקה זהה ונובע מהלכות מחיצה.<sup>3</sup>

### שלש קושיות

במס' חולין (קלו,א) דרשו מתיבת גגך שבתני כנסת שאינם גגך אינם צריכים מעקה. והקשה מהר"ם שיק (על ספר החינוך מ' תקמז) ממנ"פ: אם לא משתמשים בגג בית הכנסת מהיכי תיתי לחייב ואם משתמשים בגג מה הסברה לפטרו והרי מקרא מלא הוא 'ולא תשים דמים בביתך'. החזו"א (ליקוטים חו"מ יח,ב) הוסיף לשאול מבית שאין בו ד' על ד' שפטור ממעקה (כמבואר בסוכה ג,א) ומבית שאין בתוכה גובה י' (ב"ק נא,א) שפטור ממעקה – סוכ"ס יש כאן משום 'ולא תשים דמים'. (וכיוצ"ב יש לשאול מגג בית התבן והבקר).

### שיטת מהר"ם שיק

מכח קושיתו הסיק מהר"ם שיק שבהכרח צ"ל שיש חידוש במצות מעקה שלא מחוייבים בו מכח הפסוק ד'ולא תשים דמים'. וחידש שגג בית חייב במעקה אף אם אינו רוצה להשתמש בגג כלל. ואם משתמשים בגג בית הכנסת יתחייבו במעקה מכח הלאו ד'לא תשים דמים' ורק למקרה שאין שימוש בגג בית הכנסת נצרך הלימוד לגגך ולא גג בית הכנסת.

<sup>2</sup> ראה בענין זה בספר דבר אברהם ח"א סי' לו.

<sup>3</sup> ראה לקמן מהמנ"ח והעמק ברכה בענין שיעור המחיצה.

## שיטת החזו"א

איתא במו"ק (יא,א) במסגרת דיני חול המועד ש"עושין מעקה לגג ולמרפסת מעשה הדיוט אבל לא מעשה אומן". הראב"ד והריטב"א שאלו מדוע רק מעשה הדיוט מותר הרי זו מצות עשה. ותרץ הריטב"א (הו"ד בבאור הלכה תקמ ד"ה וכן) שמדובר בגג שלא רגילים להשתמש בו ואנו חייב במעקה אלא שהוא בעצמו רוצה להתקין מעקה משום שמירה. כיוצ"ב כתב החזו"א: גג שאינו בשימוש פטור מן המעקה. לחזו"א חוזרות כל השאלת הנ"ל והוא אינו סובר כמהר"ם שיק.

וחידש החזו"א שהואיל והמשתמש בגג זוכר – בטבעו – שנמצא הוא במקום שעלולים ליפול ממנו, אין הגג בכלל המכשולות, כמו שמותר לטפס על עצים או לבנות גג – מודעים לכך שזהו מקום סכנה. 'לא תשים דמים' שייך בבור וכד' שלא יודעים שיש להיזהר במקום זה. אמנם חידשה תורה שיש לשים מעקה אף בגג שאפשר להיזהר בו וחידשה שיש לחשוש לסכנת הנופל אבל רק בתנאים הידועים (מידות המקום וכו').

ובלשונו:

ונראה דכל גג אינו בכלל המכשולות, שאין הזיקו מצוי כל כך, שהעומד על הגג זכור בטבעו להזהר, וגם הוא מנהגו של עולם, וכמו שמותר לעלות באילן ומותר לבנות הגגין והעליות בלא מעקה סביביו. וכדאמר בב"מ קיב, א מפני מה עלה זה בכבש ונתלה באילן ומסר עצמו למיתה וכו' אלא שבגג בית חידשה תורה מצות מעקה ולהקפיד על סכנת הנופל. ובוה צריכין לתנאי תוכו יי ודי' על ד' ושידור שם אדם, אבל המשתמש על הגג שאין תחתיו דירה, לא חייבה תורה מעקה, והוי כל פעם כמו מי שעולה באילן.<sup>4</sup>

יש שכתבו לסייע לדברי החזו"א מדברי הפמ"ג בפתחה להלכות נט"י. לאחר שציין הפמ"ג את דברי הרשב"א (תורת הבית) שהמסובין אינם מברכים על נטילת מים אחרונים כי אין מברכים על חוב ושמירת נזקין, ואת דברי הרמב"ם (ברכות יא,ד ושם ח) ש'נטילת ידים באחרונה אין מברכין על הסכנה', הקשה

---

<sup>4</sup> המשפט האחרון מתייחס למרפסת ומחייב דיון בפני עצמו ועוד חז"ל. ועי' כתבי קה"י זרעים וכו' סי קס 'בענין אי גוזזטראות שלנו חייבין במעקה'.

מדוע – איפוא – מברכים על מעקה?<sup>5</sup> ותרחץ: "וצריך לומר במעקה אף על פי שהיא משום סכנה אינו בבירור שמא יארע שיפול הנופל, והוה מצות עשה, משום הכי מברכין עליו, מה שאין כן היכא דשכיח וברי היזקא".<sup>6</sup>

### שימוש בגג ללא מעקה

כאמור החזו"א נקט שאין איסור בשימוש בגג שאין לו מעקה ונראה שאזיל לשיטתו שהשימוש ללא מעקה אינו סכנה גמורה כי מודעים לכך שיש להיזהר.

הדבר אברהם (ח"א לו ענף ו) סבור שאם 'אין בו מעקה... אסור להשתמש בו'. עפ"י הבנה זו מסביר הדבר אברהם את דין משנתנו – המוכר בית לא מכר הגג עמו אם יש לו מעקה בגובה י. כי המקום מותר בשימוש אבל ללא מעקה הגג אסור בשימוש וטפל לבית.

שמעתי מר' יואב מילר הי"ו, הוכחה לשיטת החזו"א: במסכת סוכה ד, ב, איתא: נעץ ארבעה קונדסין בד' פינות הגג וסיכך על גבן. יש דעה שאומרים גוד אסיק לקירות הבנין וכשר לסוכה. והרי אין כאן מעקה ואסור להשתמש בגג? לכאורה ראייה לשיטת החזו"א, אא"כ נדחוק ונעמיד בגג של בית כנסת או בית שאין בו ד' על ד' וכד'.<sup>7</sup>

### עמק ברכה: מעקה אינה מחיצה<sup>8</sup>

המני"ח (מ' תקמו) מעיר על כך שהרמב"ם והשו"ע סתמו שגובה מעקה י' טפחים ולא ציינו שצריך שוחקות. העמק ברכה משיג על שאלה זו וניכר שאינו סובר כחזו"א: הא דבעינן שוחקות (ראה עירובין דף ג) הני מילי בכל דוכתא דבעינן שיעור כגון סוכה, מבוי וכלאים אך גובה י' במעקה אינו מהלכות

<sup>5</sup> רע"א (חולין קה,א) הקשה על דברי תוסי' שלא מברכים על נטילת מים אחרונים שלא מברכים על דבר שהוא לצורך גופו, מדוע אם כן מברכים על מעקה? – בפנים הוצגה שאלה זו בסתמא על דברי הרמב"ם; ועי' פמ"ג פתיחה להלכות נט"י.

<sup>6</sup> ע"ש בפמ"ג שהציעה תירוץ אחר: "ועוד י"ל מצות עשה מן התורה מברכין אף בסכנה, ושאיני הני דרבנן ומשום סכנה".

<sup>7</sup> שו"ר מי שתמה בלשון: 'אטו ברשיעי עסקינן', ויש להוסיף שאף אם נעמיד נידון הגמ' ברשיעי ייתכן ואם חשיב סכנה ואסור להשתמש בגג אולי הסוכה פסולה כי היא לא ראויה לדיר.

<sup>8</sup> להבנתנו שהעמק ברכה חולק על החזו"א וכך ניכר מדבריו צ"ע מש"כ בהלכות חוה"מ. אות ו בבאור משנה דמו"ק דעושינן מעקה לגג בחוה"מ מעשה הדיוט בלבד, נקט ממש כסברת החזו"א שמדובר במעקה שאין בו חיוב מצד הסכנה וצ"ע וזכה בהערה זו בספר מצות המלך מ"ע קפד.

מחיצין וראיה פשוטה – תרגום אונקלוס לתיבת מעקה היא תיקא ורש"י פרש שזהו תיק שמשמר מה שבתוכו נמצא שבמעקה אין דין של מחיצה כלל אלא בבחינת תיק המגן שלא יפלו. ואם כן מה שזכר יי טפחים ביחס לגובה מחיצה אינו מתורת שעור אלא מתורת אומדנא שבהכי מגן מנפילה וממילא אין מקור להצריך שוחקות.

והוסיף שהסמ"ג (מ' עט) כתב שבספרי אתרבי בור למעקה ודי בשלשה טפחים. ויש שפרשו שאיתרבי ללאו בלבד אבל לא לעשה ולני"ל אין הכרח ואפשר לומר שבור איתרבי נמי לעשה דמעקה ומ"מ שיערו חכמים שדי במעקה שלשה כדי להיזהר מנפילה לבור. ונפ"מ שצריך לברך כשמתקין מעקה לבור.

### **מעשה רב**

בספר מעשה רב המתאר הנהגות של הגר"א נאמר (אות ק):

באר צריך להגביה המחיצה יו"ד טפחים היינו אמה ושני שלישי אמה,  
ולברך ברכת מעקה.

שמע מינה מדברי הגר"א תלת: מצות העשה נוהגת אף בבור. מברכים על קביעת מעקה. אף בבור בעי מעקה יי טפחים.

## תחליפי חלב אם כעילה לפטור מהנקה

### ראשי הפרקים

- א. מהו חיוב הנקה?
- ב. שעבוד להנקה, עד היכן?
- ג. האם כל ניזונת משועבדת להניק?
- ד. האם יש חיובים מיוחדים של הבעל לאשתו בתקופת ההנקה?
- ה. צרכי מי קודמים צרכי האשה או צרכי הולד?
- ו. יישוב הסוגיות: לא תנשא שנתים והמצטערת אוכלת?
- ז. האיסור לינשא: על האיש או על האשה?
- ח. מה הדין באישה נשואה שרוצה לתת תחליפי חלב במקום להניק?
- ט. על מי מוטלת החובה לדאוג לתחליפים גם לדעות שמתירות?
- י. תחליפי חלב במקום הנקה? דין התחליפים בזמננו?

### א. מהו חיוב הנקה?

המשנה בכתובות נט אומרת: ואלו מלאכות שהאישה עושה לבעלה וכו' ומניקה את בנה וכו' הכניסה לו שפחה אחת וכו', שתיים, אין מבשלת ואין מניקה את בנה. וכל עוד האשה משועבדת לבעלה אינה יכולה להפטר מחיוב זה אפילו ע"י נדר וכמו שמביאה הגמ' תוספתא שהמשנה הזו היא כדעת ב"ה שאם נדרה שלא להניק את בנה וכו' ב"ה אומרים כופה ומניקתו, נתגרשה אינו כופה. כלומר כל עוד ונשואה לו, משועבדת לו ואם נדרה לא צריך להפר כיון שהנדר לא חל. וכך נפסק בשו"ע (אבה"ע פ,ו): יש מלאכות שהאשה עושה לבעלה בזמן שהם עניים ואלו הם: מטחנת ואופה ומכבסת ומבשלת ומניקה את בנה וכו' הגה: מת בנה אינה מחוייבת להניק בשכר וליתן לו השכר, וכן בנו מאישה אחרת אינה מחוייבת להניקו. עכ"ל. זה לגבי אשה נשואה משועבדת לבעלה להניק בתנאי שהילד חי.

ואילו בגרושה שכבר אינה משועבדת לבעלה הדין שונה וכמו שפסק בשו"ע (פב,ה): האישה שנתגרשה, אין כופין אותה להניק את בנה, אלא אם רצתה נותן לה שכרה ומניקתו. ואם לא רצתה נותנת לו את בנו והוא מיטפל בו. במה דברים אמורים שלא הניקה אותו עד שהכירה אבל אם הכירה (ואינו רוצה לינק מאחרת) אפ"י הוא סומא אין מפרישין אותו מפני סכנת הולד, אלא כופין

אותה ומניקתו עד כ"ד חודש. הגה: והוא נותן לה שכר ההנקה... וי"א הא דגרושה אינה מחוייבת להניק אם אינו מכירה, היינו כשמוצא מינקת אחרת ויש לו לשכור, אבל אם אין לו כופה אותה ומניקתו (רבינו ירוחם) עכ"ל.

ובאמת שדברי רמ"א בהג"ה זו תמוהים מאוד מדוע יכולים לכפותה הרי היא גרושה ואינה משועבדת לו? אבל האמת היא שהחיוב שלה אינו מצד שעבוד אלא מדין כופין על הצדקה וכמו שכתב הפת"ש בשם הבית מאיר שמדובר שגם קרובי האב עניים, ורק כשהיא ענייה יכולה להשליכם על הקהל אבל בעשירה לאו כל כמינה ולגבי הנקה תמיד עשירה היא כיון שיש לה חלב. יתירה מזו: ראינו שגם אם פסק לה מזונות מועטים מחוייבת לאכול משלה כדי שלא יחסר לולד חלב, אבל הבעל ישלם לה אח"כ היות והחיוב מזונות עליו הוא. וכמו שנפסק בשו"ע (עא,א): חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש וכו' עיי"ש זאת אומרת: שהאב הוא זה שחייב במזונות הילדים רק שהאשה משועבדת לו להניק וזה רק כל עוד שהיא ניזונת מנכסיו ותמורת זה חל עליה שעבוד כלפיו שמעשי ידיה ומציאתה שלו וכו' וחלק מהחיובים זה ההנקה. וכמבואר בגמ' בכתובות עב: ת"ר הרי שנתנו לה בן להניק וכו' פסקה קמעא אוכלת הרבה מהיכא? א"ר ששת משלה. ונחלקו הראשונים בהבנת הסוגיא יש שאמרו שמדובר באשה עם בעלה שנתן לה מעט מכדי צרכה וי"א שמדובר שפסק האב עם מינקת. אבל הצד השווה שחייבת לאכול משלה וכמו שפסק הרמ"א (פ,יא): וכתבו הח"מ ס"ק כא והב"ש ס"ק יד ז"ל ומ"מ נראה דהבעל צריך לשלם לה מה שהוציאה מנכסיה על הולד ע"כ. (לגבי מינקת אחרת נחלקו אם מחזיר לה ועיין אוצה"פ).

## **ב. שעבוד להנקה עד היכן?**

הגמ' בכתובות ס,א אומרת: ת"ר מינקת שמת בעלה בתוך כ"ד חודש הרי זו לא תתארס ולא תינשא עד כ"ד חודש דברי ר"מ. ופרש"י שם ע"ב: שמא תתעבר ותצטרך לגמול את בנה ובעל זה אינו אביו שיקנה לו ביצים וחלב עכ"ל. ובהמשך הגמ' כתוב: ת"ר נתנה בנה למינקת או גמלתו או מת מותרת לינשא מיד וכו' והלכתא: מת מותר גמלתו אסור עכ"ל. ונחלקו הראשונים על איזה מינקת נאמר האיסור לינשא? תוס' שם מביאים את רבינו שמשון הזקן שאומר דגרושה מותרת לינשא דלא משעבדא להניק כדתניא לעיל נתגרשה אינו כופה משום דלא משעבדה ליה. ור"ת אומר דאסורה לינשא וכו' עיי"ש. ונחלקו הראשונים בהבנת ר"ש הזקן: דעת תוס', רא"ש, סמ"ג ומרדכי דגרושה פטורה דאינה משועבדת וא"כ אינה נכללת בגזירה של מינקת חבירו וכמו שמבאר

הגרעק"א סי' צה ומהר"י מינץ ולפי"ז רצו להתיר גם בנתעברה בזנות היות ואינה משועבדת לאיש ואין מי שיכפנה להניק רק שלמעשה לא היקלו בזה היות ומובא בהגהות מרדכי וז"ל ר"פ החולץ: מניקה שנתעברה בזנות. בא מעשה לפני הרב ר' מרדכי טורמשא והתירה. משום שאפילו לר"ת שאסר בגרושה מינקת, היינו משום שהאב כופה אותה להניק, ובזנות מי יכופנה?! לכן התירה. ולא הודו לו חכמים, דמ"מ ב"ד יכופו אותה. ע"כ. ומובא בנו"ב תנינא אבה"ע לח שגם ר"ת מודה שלא היו גוזרים משום שגרושות וזונות בלבד שאין עליהם שעבוד כלל. אלא, כיון שבאלמנה גזרו ואלו עלולות להתחלף באלמנה וגם יש תועלת שע"י שיהיו בכלל הגזירה, יניקו את בניהן אסרו גם אותן. אבל דעת הר"ן, ריטב"א מאירי ונמו"י יבמות מה שדוקא בגרושה התיר ר"ש הזקן והטעם: היות ויש לו אב שימסמס לו ביצים וחלב משא"כ בזונה שאין אב ועלול למות אסורה לינשא. וכ"כ הצמח צדק סי' נה, והישועות יעקב (יג,ח) ושדי חמד מערכת אישות ג,לג.

### ג. האם כל ניזונת משועבדת להניק?

ראינו שכאשר האשה נשואה וניזונת מנכסיו של בעלה ודאי יש עליה שעבוד להניק אא"כ אמרה איני ניזונת ואיני עושה (למד שפטורה גם ממלאכות הבית ולא רק מעשייה בצמר) שאז אין עליה שעבוד שאינה ניזונת. אבל באלמנה שניזונת מנכסיו של בעלה שמת מתנאי כתובה שכך כתב לה: את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסיו כל ימי מיגר ארמלותיך וכו' לכאורה דינה אינו שונה מאשה נשואה שחייבת להניק כאשר ניזונת. אבל הדבר נתון במח' אחרונים. שהשו"ע צה,ה כתב גבי אלמנה: אם היתה מניקה יכולה לומר איני מניקה אלא בשכר. וכתב באר היטב סק"ב בשם כנה"ג שיש מחלוקת על סעיף זה אם מדובר בניזונת מנכסיו יתומים ואעפ"כ יכולה לתבוע שכר על הנקתה. ואילו ח"מ וב"ש הבינו שמדובר כשתבעה כתובתה דוקא, דאז אינה משועבדת. נמצא שהדבר נתון במח' שאע"פ שניזונת מנכסיו יתכן שעל הנקה בחינם אין שיעבוד.

### ד. האם יש חיובים מיוחדים של הבעל לאשתו בתקופת ההנקה?

כדי שנקבל תמונה כוללת יותר על ענין ההנקה נברר עוד כמה נקודות ובהם: האם יש לבעל חיובים לאשה בזמן הנקתה מעבר לזמן רגיל? ולגבי "המוסיפין" על מזונותיה ונראה לכאורה שנחלקו בדבר הטור וש"ע. על מה שהגמ' אמרה שפוחתין לה ממעש"י ומוסיפין על מזונותיה הטור כתב (אבה"ע פ): אם היא מניקה פוחתין לה ממעש"י ומוסיפין לה על מזונותיה, ונותנין לה דברים היפים

לחלב כגון יין וכיוצא בו. ע"כ. רואים מהטור שהבין שיש חיוב על הבעל להוסיף על מזונותיה ובנוסף לתת לה דברים שיפים לחלב. משא"כ השו"ע (פ,יא) כתב וזה לשונו: כל זמן שהיא מניקה וכו' ומוסיפין לה על מזונותיה יין ודברים שיפים לחלב. ע"כ. ולא כתב סתם שמוסיפין על מזונותיה בלי קשר לחלב. ועמד על כך כבר הבית שמואל שם ס"ק יג ובמהדו"ק פירש הטעם של הטור: היות וסתם מניקות חולות הן וצריכות יותר מזונות, והבעל חייב ברפואתה.

נחלקו הראשונים איך מדובר האם הא ד"פוחתין" זה מעשייה בצמר ומדובר באדם שמשרה את אשתו ע"י שליש שאינה עושה את מלאכות הבית אלא בצמר בלבד וכאשר מניקה פוחתין לה ממשקל חמש סלעים שחייבת. ולפי"ז באמת "מניקה" לאו דוקא והו"ה שאר מלאכות אם תעשה אותן יפחתו לה מעשייה בצמר וזוהי דעת הטור (אבה"ע פ), תוס' בכתובות סג והרא"ש סי' לא. אבל אח"כ כתבו תוס': ומיהו יש לדחות דאיכא למימר דדוקא נקט מניקה ומשום דטורח ממעט חלב פוחתין לה ממעש"י עכ"ל. וכן דעת הרמב"ם אישות כא, יא שכתב: האשה כל זמן שהיא מניקה את בנה פוחתין לה ממעש"י. ולא כתב שמדובר דוקא במשרה אשתו ע"י שליש אלא אפי' עמו בבית. ומדייק בספר דינא דחיי שמהלשון: האשה כל זמן שהיא מניקה משמע שדוקא במניקה פוחתין לה ולא משאר מלאכות. וכן כתב במעשה רוקח שם ז"ל: הלא המוחש לא יוכחש דכל זמן שהיא מניקה אינה יכולה בעולם לעשות כל המלאכות המוטלות עליה כשהיא בלתי מניקה. והיא צריכה ג"כ מאכל ומשתה יותר משאר נשים שאינן מניקות עכ"ל.

### **ה. צרכי מי קודמים צרכי האשה או צרכי הולד?**

הרמב"ם שם כתב וז"ל: פסקו לה מזונות הראויות לה והרי היא מתאוה לאכול יתר או לאכול מאכלות אחרות מפני חולי התאוה שיש לה בבטנה הרי זו אוכלת משלה כל מה שתרצה ואין הבעל יכול לעכב ולומר שאם תאכל יותר מדאי או תאכל מאכל רע ימות הולד מפני שצער גופה קודם. עכ"ל.

כתב הטור אבה"ע פ על זה: ואינו נראה כן דתניא פסקה קימעא אוכלת הרבה ולא תאכל דברים הרעים לחלב. וכן שאל המגיד משנה על הרמב"ם ותירץ ז"ל: וי"ל שהוא בשאינה מצטערת על אותן דברים אבל במצטערת עליהן ודאי צערה קודם שחיייה קודמין עכ"ל. הקשה עליו הכסף משנה: ואין לשון זה מכוון דלא שייך לומר חיייה קודמים אלא בדברים הצריכים לקיום גופה אבל מאכלים רעים אינם חיייה? ותירץ: שהכוונה בגמ' אינה כפשוטה. דמשמע דאסורה לאכול דברים המזיקים לחלב שהרי אפי' לאכול הרבה רשאית. אע"פ שאין לך

דבר שמזיק יותר מאכילה מרובה וכ"ש שאר דברים. אלא הכוונה: שכמו שאינו יכול לעכב מלאכול הרבה גם אינו יכול לעכב מלאכול דברים רעים וכאלו כתוב "או".

וכך פסק גם בשו"ע (פ,יב) שהביא את שתי הדעות לפי ההסבר הנ"ל: פסקו לה מזונות הראויים לה והרי היא מתאוה לאכול יותר או לאכול מאכלות אחרות יש מי שאומר שאין הבעל יכול לעכב מפני סכנת הולד שצער גופה קודם ויש מי שאומר שיכול לעכב עכ"ל. שאל הח"מ סקכ"ב וז"ל: אם לולד ספק סכנה ולה אין סכנה רק צער מהי תיתי דמכח צער דידה תסכן הולד, ואם גם לה סכנה לא ידעתי מי שחולק על זה דחייה קודמין בודאי?! עכ"ל. בא הב"ש ומיישב כך, ז"ל: ואפשר לומר אע"ג דמגיע לולד ספק סכנה מ"מ מותרת לאכול כמו שאיתא בש"ס נדרים פ. כביסתם וחיי אחרים כביסתם קודם אע"ג דאינו אלא צער. מיהו שם ר' יוסי ס"ל כן ורבנן פליגו כל זה וס"ל חיי אחרים קודם ומנא ליה לרמב"ם לפסוק כר' יוסי?!

הב"ש נשאר בתמיהה אולם בקובץ מפרשים אותה ה הדפס על גליון השו"ע מביא בשם שי למורה שמצא בשאלתות פר' ראה קמז שפסק כר' יוסי בכביסה. וכ"כ בשו"ת מהרש"ם (ב,ר) ובחלקת יעקב חו"מ לא דלק"מ שביד מלאכי סי' רל מביא מח' גדולה בזה והרבה פוסקים ס"ל דהלכה כר' יוסי אפי' מחבריו דנימוקו עימו. אבל גם אם נפסוק כר' יוסי לא בטוח שאפשר להביא מסוגיא זו ראייה לרמב"ם וכמו שאומר הבאר היטב (פ,יד) וז"ל: והב"ש רוצה ליישב וכו' ולא דק. חדא: דרבנן פליגי על זה כמו שהקשה הוא בעצמו. ועוד: דהא מסקינן התם: אין, כביסה אלימא דר' יוסי. דאמר שמואל האי ערבוביתא דרישא, מתיא לידי עורא. ערבוביתא דמאני וכו'. וא"כ הוי כביסה נמי סכנה ולא צער ודו"ק. וכ"כ הר"ן שם ואם כן אין ראייה שגם במקום צער לבד עדיף ע"פ סכנה דאחרים אבל בסופו של דבר מידי מחלוקת לא יצאנו ויש צדדים לכאן ולכאן. גם האגרו"מ יו"ד קמה כותב שהגמ' בנדרים מדברת בצער לחוד באופן שאין ספק פיקו"נ וכהבנת הב"ש נמצא שהדבר נתון במחלוקת גדולה שלרמב"ם צערה עדיף מסכנת הולד ולטור סכנת הולד עדיפא. שהרמב"ם למד כר' יוסי וכהבנת הב"ש ואגרו"מ ואילו הטור למד כרבנן או שלמד את הסוגיא כר"ן ובאה"ט שלא מדובר בצער לחוד אלא בחשש סכנה.

### ו. יישוב הסוגיות: לא תנשא שנתיים והמצטערת אוכלת

והנה לכאורה דברי הרמב"ם גירושין יא,כ סותרים זא"ז שכתב: וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו וכו' ומניקה שמא יתעכר

החלב והוא אינו מקפיד לרפאות החלב בדברים המועילים לחלב כשיתעכר ע"כ. וזה סותר את מה שאמר שאם היתה מתאוה למאכלות הרעים שמותרת לאכול כיוון שצערה קודם לסכנת הולד ולפי"ז מדוע אסורה לינשא שנתיים ולא מתחשבים בצער שלה?

לכאורה לדעת השו"ע לק"מ שהרי כשהביא את מח' הרמב"ם והטור הביא זאת בצורת י"א כרמב"ם וי"א כטור והכלל המסור בידנו שכשהשו"ע מביא י"א וי"א הלכה כ"י"א בתרא. נמצא שסובר כדעת הטור שאסורה לאכול כפי תאוותה אם זה עלול להזיק לילד וזה תואם את מה שפסק בסי' י"ג שגזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת ומינקת חבירו עד כ"ד חודש. אבל את דעת הרמב"ם נצטרך ליישב וראינו מפרשים שמחלקים בין צער לצער כמו החלקת יעקב חו"מ לא שדוקא צער אכילה שיש לה חולי תאוה בזה הקילו היות והוא צער גדול משא"כ במניעת נישואין כ"ד חודש. וכ"כ בספר יהושע (מובא באוצה"פ) שמצאנו שרשאי ת"ח למנוע עונתה למשך שנתיים, שלוש לצורך לימוד תורה ומכאן רואים שאע"פ שזה צער לאשה התירו בשביל דברים מסויימים וגם בשביל חיי הולד שלא יסתכן גזרו עליה שלא תינשא וכלשונו: שזה "לצורך מצוה שתניק את בנה" ובאהל משה (לראמ"ה ב, ט) ודברי חיים יז-יח) כתבו: שמניעת תשמיש אינו חשש חולי רק בהעלה טינא כמובא בגמ' סנהדרין והראיה שבצער דרבים גזרו לאסור תשמיש לגמרי אף לשרוי בהרוחה כיוסף במצרים.

עוד מצאנו שיש המבארים את הענין כך: השואל ומשיב מדמה זאת לדין מזיק שיעבודו של חבירו שחייב אבל הלווה עצמו רשאי לחפור בורות בקרקעו הגם שהיא משועבדת, שיכול לומר בדידי קא עבידנא וזה אין לו עלי אלא שעבוד בעלמא ולפי"ז: היא עצמה מותרת לאכול היות והיא כמו הלווה שמותר לחפור אבל כשנתאלמנה או נתגרשה ובעל אחר רוצה לישאנה מה בכך שמצטערת הרי עליו יש איסור לישאנה דע"כ הוא מזיק שעבודו של חבירו. גם לא קשה קושיית הבי"ש לפי הבנתו ברמב"ם שפסק כר' יוסי בנדרים והקשה שהרי רבנן חולקים עליו? היות וכל מה שאמרה הגמ' לגבי אשה יולדת שקשתה בלידתה שאם יצא ראשו של הולד אין דוחין נפש מפני נפש ואסור להורגו זה דוקא לאחרים אבל האשה בעצמה בודאי מותרת להורגו דחייה קודמין לחייו. ואת הסוגיא דנדרים מבאר כך: שודאי שמותר לכ"א להשתמש לצרכו במעיין והוא קודם לכל אדם גם לצרכיו כגון: כביסה וכדו' אע"ג דהשני צריך זאת לחייו ממש אבל הציור בגמ' מדובר באופן שאחד מבני העיר הזו סותם את המעיין באופן שלא יגיע לבני העיר השניה וזה אין בידו כח לעשות היות ומאי אילמיה

דבני עיר זו על האחרת. דהוא עצמו חייו קודמין אבל לא לסתום לצורך האחר וזה ממש כמוזיק שיעבוד שלעיל וכמינקת.

בסגנון דומה תירץ גם הבית מאיר צלעות הבית סי' ה: שתקנה זו שלא ישא אדם מינקת חבירו איננו איסורא לחוד אלא דינא הוא מעיקרא. ומטעם פיסוק חיותיה דתינוק נגעו ביה. דלא גרע התינוק שזכה בשדי אימו ממי שזכה בפריסת מצודה כמובא בגמ' ב"ב כא שמשם נלמד בחו"מ קנו, ה דין מערופיא וכאן שיש גם חשש סכנה החמירו בתקנתם לגרש אם עבר ונשא וכן הביאו התוס' בסוטה כו ירושלמי ד, ג שעליו הכתוב אומר משלי כג, י: "אל תשיג גבול עולם ובשדה יתומים אל תבוא". החת"ס סי' לג קילס מאוד סברא זו. וכתב דמה דמייתו התוס' בסוטה הפס' כוונתם שבא"י כתוב בשדי יתומים בשין ימנית מלשון שדיים ורחם. ולפי"ז אין מקום לכל מה שכתבו האחרונים סברות להקל בענין זה מצד ספק איסור דרבנן לקולא. ומצד חזקת היתר וע"א נאמן באיסורין וכדו' כיון דגוף הענין איננו איסורא אלא יורד למערופיא של הקטן הזה ופוסק לחיותיה ודיני ממונות קרוב לדיני נפשות וכו' (ורק באופן ששכרה מינקת או שהבעל משליש על הספקת הילד דבכהאי גוונא ליכא תביעת מערופיא לקטן הזה רק שאוסרים מצד לא פלוג בזה יש מקום לסברתם). עוד כותב: שמה ש"המציא" הגאון נו"ב שמינקת חבירו לא כולל נתעברה מגוי סברא רחוקה היא דכיון שמצווים אנו להחיותו ואין לו מרחם כי אם אמו שמסתמא מרחמת על בנה, משא"כ אם תנשא לבעל יסגור הדלת בעדו, א"כ יש לרחם עליו יותר מבן גרושה או זונה שנתעברה מישראל שיש לו אב, והיינו דקתני מינקת חבירו לרבנותא, דאף שיש לו אב או יורשי אב מ"מ אשה בושה לבא לבי"ד וכו' אבל מינקת שאינה של חבירו פשיטא שאסורה ואין לסמוך על המצאות כאלו להתיר איסורים עכ"ד. והובאו הדברים בפתי"ש יג, ח.

לפי דברי הב"מ וחת"ס שהילד זכה בחלב אימו, מדוע כשהיא מצטערת מותרת לאכול דברים הרעים ולהפסידו?

כאן זה יהיה מיושב ע"פ חילוקו של השואל ומשיב הנ"ל לחלק בין האדם עצמו לבין אחרים שביחס לאשה שהיא הנותנת את החלב לא נוכל להגביל אותה בטענה של פסקת לחיותא דהתינוק היות והתינוק לא עדיף עליה בחלב שהוא ממנה.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> והראני הרב יוסף שליט הי"ו בשו"ת הרא"ש כלל ה ס"ג שכל ההרחקות דלא יחפור וכו' או פסקת לחיותאי לא נאמרו על אדם הבונה בתוך שלו להשביח לנכסיו ואינו מוזיק לגוף ממון חבירו אלא שמפחיתו מדמיו לא הצריכו חכמים להרחיק כמו שעושה אדם חנות בצד חנותו

## ז. האיסור לינשא: על האיש או על האשה?

הנו"ב מהדו"ק אבה"ע נד שואל מדוע יש שינויים בין הסוגיות? שביבמות מב כתוב: לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו ואילו בכתובות כתוב: מינקת שמת בעלה בתוך עשרים וארבעה חודש הרי זו לא תתארס ולא תינשא עד כ"ד חודש דברי ר"מ וכו'. מדוע שינו לשונות שבכתובות כתב דווקא שמת בעלה וביבמות כתבו סתם מינקת ומעוברת? ועוד שבכתובות תלה האיסור בה "הרי זו לא תתארס ולא תינשא" וביבמות תלה האיסור במי שבא לישאנה שכתבו "לא ישא אדם" וכו'. ועו"ק שבכתובות נתן שיעור של זמן של כ"ד חודש ואילו ביבמות לא תלה בזמן? ומיישב הנוב"י כך: שבכתובות מדברים על אלמנה שמת בעלה והיא עדיין משועבדת להניק היות וניזונת מנכסיו לכן עליה יש איסור לינשא וזמן האיסור הוא כמו שרוב הילדים יונקים עד כ"ד חודש. משא"כ ביבמות מדובר על גרושה שאינה משועבדת (וכמו שאמר ר"ש הזקן) ואין עליה איסור לינשא אלא היות ומן הסתם תניק את בנה, הרי שזכה בחלב ויש איסור על האיש שרוצה לישאנה שלא יעשה זאת כל עוד ומניקה בפועל לכן לא נתן שיעור של כ"ד חודש שאינה משועבדת ובכל עת יכולה לישמוט דד מפיו.

## ח. מה הדין באישה נשואה שרוצה לתת תחליפי חלב במקום להניק?

עד כה דברנו על גדרי החיוב של הנקה ואיך זה משפיע על גרושה ואלמנה, עתה נדון על אישה נשואה. ובתחילה נברר מה המקור לתחליפי חלב? והנה הגמ' ביבמות דנה בטעם האיסור של נישואין עם מינקת חבירו ובמסקנה הגמ' אומרת שהטעם הוא: דילמא איעברה ומיעכר חלבה וקטלה ליה. ושואלת הגמ' אי"כ דידיה נמי? כלומר היה לחכמים לתקן שלא ישמש אדם עם אשתו מינקת מאותו טעם שמינקת חבירו אסורה? מתרצת הגמ': דידיה, ממסמסא ליה ביצים וחלב. שואלת הגמ' דידיה נמי ממסמסא ליה ביצים וחלב? ועונה: לא יהב לה בעל. כלומר חוששים שלא יתן. שואלת הגמ' וליתבעיניה ליורשים? כלומר שהאשה תתבע זאת מיורשי בעלה הראשון? אמר אביי: אשה בושא לבוא לבי"ד והורגת את בנה. כלומר ממילא ימות. ע"כ הגמ'.

---

של חבירו וכו' ואינו יכול למחות בידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתים שיותר היה נמכר ביוקר כשלא היה במבוי אלא חנות אחת אעפ"כ אינו יכול למחות בידו. דאינו מחוייב לפרנס האחר היות וחיותו באה ממנו. וכיוצא בדבר מצאנו לענין להחזיק במי גשמים שהמחזיק יכול לטעון על אחרים שלא יקחו המים דפסיק לחיותאי אבל כאשר בעל הגג שדרכו יורדים המים לוקחם לעצמו אין לטעון פסיק חיותאי היות וממנו באים המים זכותו לעכבם לעצמו.

ויש לדון מהו למסמס ביצים וחלב?

בפשטות כוונת הגמ' שתאכיל את הילד ממש מהביצים והחלב וכן משמע מפרש"י שכתב שתאכילנו. אבל הרמב"ם (יא,כה) מפרש: שהאם אוכלת את הביצים והחלב כדי לרפא את חלבה שנעכר. והחת"ס לכתובות ס מביא עוד דעה בזה ומקדים לשאול: שאם ביצים וחלב מועילים כחלב אם מדוע כתבו כמה פוסקים שהתינוק מסוכן לשעתו לחלב אם, ניתן לו ביצים וחלב? ותו, מה כל הרעש דהעמדת מינקת דלא הדרא בה, וכי ביעי וחלב חסרו מעלמא? נשכיר מי שיזונו בביצים וחלב ואם יחזור בו, הרי הרבה ימצאו כיוצא בו? וכי עיי"ש עוד ומתרחץ בזו הלשון: על כן נלפע"ד ברור דמסמוס ביעי וחלב אינו מועיל בלתי עם ההנקה ואם נעכר החלב מועילים לתינוק שלא יזיק לו ואם תלד עוד בן אחר ולא יספיק החלב לשניהם אזי המסמוס לכ"א משלים השיעור אבל בלא הנקה כלל לא יועיל וא"ש הכל עכ"ל. נמצא שהדבר תלוי בדעות הנ"ל: שלרש"י יכולה לתת תחליף ולרמב"ם והחת"ס לא יכולה אלא מחוייבת להניק דווקא.

#### **ט. על מי מוטלת החובה לדאוג לתחליפים גם לדעות שמתירות?**

לגבי אשה עשירה שהכניסה לו שתי שפחות שפטורה מלהניק זה לא בהכרח שהשפחות מניקות בעצמן שהרי גם אם הכניסה ממון שראויה לשתי שפחות גם פטורה או במקרה שמשפחתו רגילים בכך שלא להניק שהדין שעולה עמו ואינה מחוייבת וע"כ שהבעל מחוייב לדאוג לזה. וכל זה רק כאשר יש לאשה כסף משלה שזה יתכן באחד מהאופנים האלו: א שחבלו בה. ב שנתנו לה מתנה באופן מסויים ע"מ שאין לבעלה רשות בזה. ג הכניסה נכסים קודם נישואין. ד אמרה איני ניזונת ואיני עושה. ה עשתה כמה עבודות יחד. ו עבדה בזמן שבנ"א לא עובדים למ"ד.

#### **י. תחליפי חלב במקום הנקה? דין התחליפים בזמננו?**

בהנחה שאין את הבעיה הכספית הנ"ל, כגון כשהתפשרו על הכסף או בהסכמה של שניהם, לגופו של ענין: יתכן שבזמנינו שהתחליפים משופרים ואיכותיים יהיה להם דין טוב יותר מביצים וחלב ואולי יודו גם הרמב"ם והחת"ס שיהיה אפשר לתתם במקום הנקה? והנה ברור הדבר ש'אין כמו חלב אם'. ולא רק לילד עם רגישות או שהוא פג שודאי עדיף הנקה אלא גם לילד רגיל כמובא בנשמת אברהם סי' יג ס"ק קסט שיש הרבה עדויות בספרות הרפואית שהנקה

יותר בריאה מחלב פרה הן מבחינת האם והן מבחינת הילד כגון העברת חיסונים מהאם, הגנה נגד אלרגיות שונות וכו'.

וכן ראיתי בפסק של ביה"ד בחיפה שדנו באשה שאמרו לה לא להתחיל להניק כדי שיהיה לה היתר לינשא מיד לאחר גירושיה ודנו את עצם המעשה למנוע הנקה מהתינוק גם ע"י תחליפים כמעשה אכזריות! לכן הנראה: שאם אין בעיה אמיתית שמצריכה את האמא לתת תחליפים שתניק בעצמה כי אם יש צורך מכל מיני סיבות שיש לדון שחייה קודמין לו וכנ"ל אבל אין להסתמך בקלות ובפשיטות על התחליפים גם בזמננו הן מצד שעבודה לבעלה והן מצד חיוביה כלפי התינוק.

## חיוב האב והאם במזונות ילדיהם<sup>1</sup>

### ראשי הפרקים

- א. האם פטורה מתשלום מזונות הילדים
- ב. חיוב האם לזון מדין צדקה
- ג. מהות חיובי האב במזונות בניו
- ד. תקנת אושא, חיוב מזונות ילדיו מעל גיל שש
- ה. גביה מנכסים לחיוב צדקה, והאם יש לבן זכות תביעה
- ו. חיוב מזונות קטני קטנים, מהתורה או מדרבנן
- ז. חיוב האב – ציווי אישי או ממוני
- ח. חובת האב לזון כשיש לילדים משלהם
- ט. חיוב מזונות: מכח האבהות או חובה לאשתו או צדקה
- י. מזונות ילדים גדולים
- יא. תקנת הרבנות הראשית
- יב. גדר התקנה מדין צדקה או כחיוב
- יג. אומדן גובה חיוב המזונות
- יד. הוצאות פעילויות עודפות
- טו. תשלום למוסדות לימוד מכספי מעשר
- טז. סיכום

### פתיחה

חובת האב במזונות ילדיו עולה שוב לדיון בשל מגמות שלא מכירות בערך העליון של המשפחה היהודית בישראל על מרכביה, שלכל הורה יש את התפקיד המיוחד עליו מופקד, וביחד בונים את ביתם ומגדלים את ילדיהם. גם אם לצערינו מתפרק הבית, תפקיד ההורה לא תם, ועל כן מחוייבותו של כל הורה ממשיך בהקשר של גידול הילדים, עפ"י החלטות משותפות.

---

<sup>1</sup> הערת מערכת: מאמר זה ראה אור במסגרת גליון דו שבועי 'מאורות תורת המשפט' מאת הכותב. לקבלת גליונות ניתן לפנות לדוא"ל [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com).

אחד הנושאים המרכזיים בהקשר זה, הינו חובת המזונות של הילדים. נעמוד בגיליון זה על שורשי הדינים, ונבחן את יסוד חיוב זה המושת על האב, ומה כלול בחיובו. בסיעתא דשמיא.

### **א. האם פטורה מתשלום מזונות הילדים**

האב חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד גיל שש, כמבואר בגמ' בכתובות (סה,ב): 'דרש רבי עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה. עד בן שש'. הרי שהציבו חכמים את האב כאחראי יחידי למזונות ילדיו. חיובו זה של האב קיים גם אם הילדים מצויים אצל האם, כמבואר בגמ' שם וברמב"ם בהלכות אישות פכ"א הט"ז.

יתירה מזו, עולה מהגמ' שם (נ,ב) שחיוב מזונות קטני קטנים אינו מוטל כלל על האם: 'נדרה שלא להניק את בנה, בש"א שומטת דד מפיו, בה"א כופה ומניקתו. נתגרשה - אינו כופה, ואם היה מכירה - נותן לה שכרה וכופה ומניקתו, מפני הסכנה'. הרי שכל זמן שהינם נשואים, לדעת בית הלל היא מחוייבת להניק, אך משתמו הנישואין, האם אינה מחוייבת להזין ולדאוג לבנה גם תמורת שכר, מלבד מצב פיקו"נ וסכנה שלא ינק מאישה אחרת. ומכך שאין עליה חיוב שמושת עליה בפני עצמה, ברור כי החיוב בעת שהם נשואין הינו רק מכח חיובו של הבעל ושיעבודה אליו. וכן פסק הרמב"ם שם הט"ז: 'האשה שנתגרשה אין כופין אותה להניק, אלא אם רצת נותן לה שכרה ומניקתו, ואם לא רצת נותנת לו את בנו והוא מטפל בו... אבל אם הכירה... מפני סכנת הולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו בשכר'.

הח"מ (פב ס"ק יב) הוכיח מדין זה על פטור האם: 'כאן משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן, וכבר כתבתי שגם קודם שגמלתן אין עליה חיוב להניק בחנם. ודלא כמ"ש לעיל בסעיף ה' בשם ר' ירוחם שאם אין לאב כופין אותה'. אמנם כתב שרבינו ירוחם סבר שיש לאם מידת חיוב, כפי שהביאו הרמ"א בסי פב סעי' ה': 'וי"א הא דגרשה אינה מחויבת להניק וכו' היינו כשמוצא מינקת אחרת ויש לו להשכיר, אבל אם אין לו כופה אותה ומניקתו (ר' ירוחם)'. נראה שסברו שיש לאם חיוב בהעדר האב. והתקשו האחרונים מה יסוד חיובה. ובפשטות י"ל, שחיובה מדיני הצדקה שאף היא חייבת בה, כפי שנראה להלן.

כן כתב להדיא בחידושי דינים והלכות למהר"י ווייל (סי' יא) שאין חיובי מזונות על האם: 'נראה דאשה אינה חייבת לזון בניה הקטנים'.

פטור זה של האם מחיוב מזונות בנה מתחדד במציאות שאין אב. נחלקו הפוסקים אם במצב כזה יכולה האם להשליך את נטל פרנסת בנה על הקהל בהעדר אב שיפרנסם, אך לכו"ע אינו מוטל עליה מדינא:

א. הרמב"ם שם הלכה יח פסק שהאם משליכה את בנה לקהל שהם יפרנסוהו, ועליה אין כל חוב כלפיהם: 'ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתו, אחד זכרים ואחד נקבות הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן, או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלין בהן'. כן פסקו הטור והשו"ע באהע"ז (פב,ח), הח"מ שם ס"ק יב, מהר"י וייל ליקוטי דינים ס"י יא שהובא בבאר היטב בסי' עא סק"א, והראנ"ח בתשובה סו"ס צה והגר"א בסי' פב ס"ק יד.

ב. הרמ"ך תמה על הרמב"ם: 'תמה הוא זה, אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה כיון שהם קטני קטנים. ומה הפרש יש בין אב לאם. ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש ואמאי יכולה להשליכם על הקהל'.

לא הוזכר בדין זה היכולות הכלכליות של האם ומצבה הפיננסי, נאמרה כאן הגדרת פטור של האם מתשלומי מזונות בניה בעוד האב קיים. ונחלקו במציאות שאין אב, האם יש חיוב על האם לפרנסם.

בטעם פטורה, כתב המגיד משנה שם: 'זה ברור שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה. ומהיכן נתחייבה בהם'. כלומר, אין מקור חיוב להטיל על האם חיוב לפרנס ולדאוג למזונות ילדיה. וכן כתב להדיא בשו"ת ראנ"ח סו"ס"י צה: 'עם היות שאין הסברא נותנת כן כלל, שלמה יהיה עליה חיוב כלל יותר מהב"ד, ולא מצינו בשום מקום שום חיוב לאם על הבנים. ואם אמרו במכירה כופה... אעפ"י שאין עליה שעבוד כלל אלא מצד סכנת הולד, מכל מקום לענין השכר למה לא יטפלו בו ב"ד, אם אין לו אב מעפר דל'.

אמנם המעשה רקח על הרמב"ם הקשה על המ"מ: 'יותר תמהתי על הרב המגיד ז"ל שכתב... שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה... ואם מצינו חיוב לאב יותר מהאם אינו אלא בלימוד התורה, דהאשה פטורה מדכתיב ולמדתם אותם את בניכם ולא בנותיכם וכיוצא בו. אבל לענין הצדקה ולפרנס את קרוביה ובניה, היכא דליכא אב מהיכא תיפוק לן למפטרה. גם הרב דינא דחיי קיים דברי רבינו והסמ"ג שכתבו כן, וכתב שאין שום חולק על זה. ופשיטא שלא ראה דברי הרמ"ך האלה

בכ"י. הרי שהקשה על שפטרו את האם מדיני צדקה, אך ביחס להטלת חיוב מזונות על האם כשהאב קיים, אף הוא מודה למש"כ המ"מ והראנ"ח שאין פרנסת ילדיה מושת עליה.

הגר"א אדרי שליט"א בפד"ר בתיק 147728/12 למד מדין הברייתא בקידושין כט, א: 'האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וללמדו אומנות וי"א אף להשיטו במים'. שלא חייבו בכך גם את האם, שלא בכדי הוא: 'נראה שעיקר הדבר אינה מפני היותה "אם" אלא מפני היות האם "אשה" כמ"ש המ"מ, שלא הטילו חכמים על אשה חיוב בשום מקום, ויש לאפשר לה כאשה להיות פנויה לאימהותה ולא להטיל עליה חיובים שונים'. יהיה הטעם אשר יהיה, כל שאין מקור לרבות את האם לפרנס את בנה, לא ניתן לחייבה בכך. מסתבר, שאף הוא לא חולק על כך שהאם מחוייבת במצוות הצדקה, במקרה הצורך, אך ורק במקום שהאב וקרוביו אינם אמידים, וחיוב זה לא מוטל עליה כהגדרה חוקית וכחיוב אישי, ולכך אין בו כדי לגרוע מתפקידה עליה אמונה.

אמנם כבר נשנה במשנה בב"ב קכב, שאין חובת מזונות הבת תלויה באמה: 'והבנות ניזונות מנכסי האב, ואינן ניזונות מנכסי האם'. אך אין בכך ראייה לאחריות האם, שכן מבוסס דין זה על תנאי כתובה והתחייבות של האב טרום נישואיו לבנותיו, ולא על שורת הדין של חובת המזונות.

בשונה מדין המזונות, נפלה מחלוקת בחיוב האם להשתתף בפרנסת הבת, כפי שהביא הרמ"א בסי' קיג סק"א;

א. הנימו"י בב"ב נג, ב בשם הריטב"א: 'הריטב"א ז"ל בשם רבינו מאיר הלוי ז"ל דכיון דלא קתני הכא אלא מזונות, ש"מ דפרנסת נשואין אף מנכסי האם היא. דבשלמא מזונות שהם תנאי כתובה אינם מנכסי האם, אבל פרנסת נשואין שאינה מתנאי כתובה שוה היא בנכסי האם כנכסי האב'. וכן הוא לשון היד רמה בב"ב קכב, ב: 'ש"מ דלענין פרנסה שקלי מנכסי האם כנכסי האב... לפי שהפרנסה אינה מתנאי כתובה, ותקנתא דרבנן היא דכתיב ואת בנותיכם תנו לאנשים, וכי הכי דמפקד גברא הכי נמי מפקדא איתתא'.

וכבר הקשה הבית מאיר בסי' קיג עליהם: 'ולעניות דעתי כולי עלמא מוכרחים להודות בזה שמצוה זו אינה כלל על האם בחייה מנכסיה, שהרי אפילו ממזונות פחות מבן שש פטורה'. כלומר, הכיצד האם פטורה מלזון את בנה אך חייבה מפרנסת ביתה. והשיב: 'שיטת הרמ"ה אינה אפשרית אלא מנכסיה

אחר מותה'. הרי שמחיים אין האמא חייבת בפרנסתה, אלא רק לאחר מיתה. הוא אומר שהחיוב קאי על הנכסים ועל האחים שחייבים ליתן, ולא על האישה והאם בחייה.

ב. הריטב"א הביא את דברי רבו שחלק על כך, ואף בדין פרנסת נדוניית ביתה – האם פטורה: 'אומר מורי נר"ו דלישנא דניזונות דאמרין הכא כולל הוא אף לפרנסה, בין פרנסת גופן בין פרנסת נישואיהן, דתנאי כתובה דבנן נוקבן... וגם פרנסת הבת שחייבו חכמים לנשואין ועישור נכסים אינן אלא מנכסי האב, דבדידה כתיב קרא ואת בנותיכם תנו לאנשים שסמכו משם חכמים לפרנסת הבת'. וכ"כ בשו"ת מהרי"ל בסי' עה.

מדויק בדבריו שסיבת פטור האם הינה משום שאינה מחוייבת להשיא את ביתה, כמש"כ בשו"ת החת"ס אהע"ז סי' קמה, שלשון הכתוב מורה שהחובה להשיא אשה מוטלת על האב דווקא, וכ"כ תו"ט בקידושין פ"א מ"ז. כן באר הגר"א שם סק"ה: 'וכן עיקר. וכמ"ש בכתובות נב, דכתיב קחו נשים... ובקדושין ל' ב' להשיאו כו'. ולבנו דוקא באב וה"ה לבתו דמחד קרא נפיק'. הרי שבגמ' בכתובות שם כתבו שמקור דין חיוב ליתן לפרנסת הבת הינו מהנאמר 'וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים, ויש ליתן להם כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה. ורק המחוייב להשיאן מחוייב בפרנסתן. וכ"כ באבנ"מ (ק"ג, א) להדיא: 'ובפ"ק דקדושין... מוכח מזה דאשה אינה חייבת להשיא את בנה או בתה, ועיקר תקנת פרנסה אינו אלא עישור נכסים במה שהעמידו על דברי תורה להשיא את בנותיו, והאשה אינה חייבת בכך'.

### **ב. חיוב האם לזון מדין צדקה**

ראינו לעיל את פסק הרמ"א בסי' פב שהביא מרבנו ירוחם שבהעדר אב מחוייבת האם להניק את בנה, ותמהו הכל מה מקור הדין.

הבני אהובה (אישות כא, טז) כתב על כך: 'הרמ"א כתב דאם אין לו להשכיר כופין אותה להניק ותמה הח"מ סק"ו למה לא יהיה מוטל על הבי"ד לשכור מינקת... ונראה דודאי אם האשה עשירה אף לאחר כ"ד חדשים כופין את האם לזון בניה דהא כופין על הצדקה ואין לך צדקה יותר מזה, ואם כן היא שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק הרי היא עשירה לדבר הזה וכופין אותה כמו שכופין על כל צדקה'. וכן מבואר בעזר מקודש על הגיליון: 'על כל פנים היא חייבת בזה משום צדקה דאטו נשי לא בעי חי מה שצדקה תציל כו', וצדקה היא מצות עשה שלא הזמן גרמא'. ופשוט שהיא מחייבת בהאי חיובא. וכ"כ בשו"ת

עין יצחק ח"א אהע"ז סי' יז אות ה: 'ובאמת על דין הנקתה בתורת צדקה יש לעיין... אבל ממונא ודאי חל עליה לכופה בתורת צדקה לשכור לולד שלה מינקת'. מצאנו שתי שיטות בדבר;

א. בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו אהע"ז סי' לח סק"ו דן בחיובי האם בצדקה, וכתב שהאם חייבת בכך רק באם אין לאב יכולת לזון את הבן: 'והנה יש לדון אם אין לאב והאם עשירה, אם יש לכופ אותה מתורת צדקה. הנה ביו"ד רנא, ד פסק מר"ן ז"ל וז"ל מחייבים את האב לזון את בנו עני, ואפילו אם הוא גדול מחייבים אותו יותר משאר עשירים שבעיר... דאם באמת האשה היא עשירה ויש לה האפשרות לטפל בילדה לפרנסו והאב אין לו היכולת אז יש לכפות על האשה לפרנסו, דאין לך קרוב יותר מהאם לבנה, ואין מקום לחלק בין טיפול לפרנסה, דאם היא עשירה הרי יכולה לשלם לאחרת שתטפל בו, וטיפול לא נפיק מכלל פרנסה'.

ברם הבית מאיר (פב,ה) הובא בפת"ש סק"ג כתב שאמנם האם מחוייבת בצדקה, אך רק אם אין לאב או לקרוביו: 'לענ"ד י"ל מתורת צדקה אתינן עלה... ומיירי בשגם קרובי האב עניים, ומה שמבואר סוף סימן זה שיכולה להשליך על הקהל, הוא מסתמא ענייה שאין אמודה לפרנס משלה, אבל עשירה לאו כל כמינה, ולגבי הנקה תמיד עשירה היא... אך גם איתא בתוספתא פ"ב דנדה חייבת אשה בטיפול בנה עד כ"ד חודש'. נמצא שרק אם האב או קרוביו אינם אמידים, אז האם מחוייבת מדיני הצדקה. ובפד"ר בתיק 147728/12 הביא הגר"א אדרי שכן כתב בשו"ת ויקרא אברהם אהע"ז סי' יז ועוד. והגר"ש שטסמן הקשה, שלא שמענו שבודקים מסוגלותם הכלכלית של הדודים בטרם פונים לאם. ומעבר לכך, תמה, האם נכון לפנות לדודים שלהם יש ילדים לפרנס על פני האם שיש לה מסוגלות נרחבת.

בשו"ת יביע אומר (יא סי' סז אות ב) שיצא לאחרונה נכתב כך: 'בענין חיוב המזונות עבור הילד עד שש שנים, חובה מוחלטת היא המוטלת על האב, (ולא על האם)... ואם האב איננו אמיד ופרנסתו מצומצמת, ואילו האם אמידה שתוכל לפרנס את הבן או הבת שהם למעלה מגיל שש שנים, יש לחייב את האם במזונות מדין צדקה. וע' מעשה רוקח על הרמב"ם... אולם אם האב והאם שניהם אמידים, חובת המזונות על האב בלבד'. הרי שהתעלם מדברי הבית מאיר, ולא הצריך לבדוק מסוגלות של אחי האב בטרם שפונים לאם. אך סבר שאין לפנות לאם לזון בנה מדין צדקה, כשהאב אמיד ויכול ליתן.

חזינן דכל הני רבוותא דסברי דהיכא שהאשה עשירה וביכולתה לפרנס את ילדיה, כופין אותה לפרנס מדין צדקה, ולבית מאיר, חיובה חל רק אם אין גם לקרובי האב לזון. ולא מיבעיא היכא שהאב אינו חייב מעיקר הדין דהיינו מעל גיל שש, אלא אף במקום שחייב מעיקר הדין כשאין באפשרותו לפרנס, כל שאין מי שיזון את הילדים מדין התקנה אלא מדין צדקה, אם יתברר לבית הדין שאשה זו בכלל עשירה יש לחייב את האם במזונות ילדיה.

מסתבר, שלא כתבו קדמונים על חיוב האם בכלכלת ילדיה מדיני הצדקה בהעדר האב וקרוביו, כיון שלא היה מצוי שלאישה ישנה יכולת פיננסית גבוהה שיכולים לכופ אותה על הצדקה, ולכן סבר הרמב"ם שתשלך אותו לקהל. מה גם שהצרכים של הילד מעבר לרמה הבסיסית של מזונות לא היו גבוהים, ודי היה בחיובו של האב כדי לספק את צרכי הילדים. ברם כיום שהנשים מתפרנסות, ורבות מהן מוגדרות כאמידות, כשאין לאב יש לחייב אותן בחיובי הצדקה, על פי הצורך (ולבית מאיר ודעימיה, רק כשאין גם לקרובי האב).

ב. אמנם הגר"ש ישראלי זצ"ל בפד"ר ח"ט עמ' 251 ובחוות בנימין (ב, מב) כתב: 'אכן, כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד. במקרה דנן, שהילד כבר למעלה משש, אין החיוב מכוח התקנה אלא מדין צדקה בלבד'. נראה שהוא ביקש לשתף את האם מדיני צדקה יחד עם האב, כאשר זהו יסוד החיוב.

וכן סבר במנחת אברהם ח"ג סי' ה עמ' מב שיש לחייב אישה עשירה לפרנס ילדיה: 'אבל מה דכופין את האב באמיד לאחר שש לכאורה מצד הסברה אין בזה חילוק בין אב לאם שכיון שהחיוב הוא מכח צדקה, הרי גם האם מחוייבת בצדקה. ומכח זה מסתבר לכאורה דמה דמצינו בש"ס דבר זה באב דווקא, הוא משום שבדרך כלל האב הוא שאמיד ויש לו נכסים ליזון מהם, אבל אשה בדרך כלל לא אמידה ואין בידה לפרנס את בנה. אבל כשגם האם אמידה החיוב של צדקה מוטל גם עליה'. אך לא מבואר דיו באיזה מציאות סובר שיש ליישם דין זה.

אך הקשה הגר"א אדרי בתיק 147728/12 עמ' 44 שדבריהם סותרים את הבית מאיר ויתר הפוסקים, שמחייבים את האם בצדקה רק בהעדר יכולת לאב וקרוביו לזון: 'וצ"ב שנראה שהדין פשוט שאב קודם לאם, כמבואר במקורות

שהובאו לעיל'. והוסיף הגר"א אדרי בשיחה בע"פ: 'מה גם שקשה לקבוע מסמרות עפ"י משפט צדדי בפד"ר של הרב ישראל שיעוסק בנושא אחר'.

כתשובה לכך, יש להביא מדברי המנחת אברהם ח"ג סי' ה עמ' מג שהתייחס לדין קרוב קרוב קודם: 'שעיקר חיוב צדקה מוטל על מי שהוא יורש ממשפחת אב יותר מאשר על קרובים מצד האם, ולא שיפטרו העשירים שמצד האם, אלא שמטילים סכום יותר גדול על קרובים מצד האב'. כלומר, לדבריו, משקללים את קדימת הקרוב יותר מבחינת היקף השתתפותו בעול הצדקה, ואין הכוונה לפטור לגמרי את יתר הקרובים. ודלא כפשט משמעות קרוב קרוב קודם. וגם תקשה, וכי פונים לכל מעגלי הקירבה לתרום, ורק גובה התרומה שונה? ברור שפונים אך ורק לקרוב הקודם, ואחרי מיצוי יכולותיו פונים לקרוב הבא אחריו. וצ"ע.

ניתן להטעים דבריהם, שאין בחיוב זה היטל ממוני, אלא להשלים את החסר עפ"י הצורך, באם אין לבן. וכיון שהאם מצווה בצדקה לא להתאכזר על ילדיה, הרי כשיש לילדים במידה מסויימת, האם אינה מחוייבת ליתן להם. ברם אין בכך לבאר מצב שהילדים מצויים אצל האב או אצל צד שלישי.

לסיכום: לא הטילו חכמים חיובים כלכלים על האם, ואינה חייבת בנטל מזונות ילדיה, ברם גם היא חייבת בדיני צדקה, שכן השווה הכתוב בין אישה לאיש לכל דיני התורה ובכללם מצוות צדקה שאינה מ"ע שהזמן גרמא. על כן, מעבר לדיני המזונות המוגדרים על פי הדין, אין להטיל על האב ובוודאי לא על האם שום חיוב, אלא בהסכמה. אך במציאות שאין אב שיזון, ולדעת הבית מאיר ודעימיה רק כשלקרובי האב אין יכולת לזון את ילדיו, יש לחייב אם אמידה לזון את בנה מדין צדקה. אמנם, בדברי הגר"ש ישראל והגר"א שפירא זצ"ל מבואר שכאשר החיוב הינו מדיני צדקה יש לחייב את האם יחד עם האב.

ישנה מחלוקת בקרב הדיונים, אם מותרות של אדם בינוני (כחוגים, קייטנות), לא ניתן לחייב את האב (גם לא מדיני צדקה) משום שאינם בכלל חיוביו. או שבהם מחייבים את שני ההורים בנטל הכלכלה של ילדיהם מדיני צדקה, על פי היכולת הפיננסית שלהם (אמנם, לרוב הפוסקים, אם יש לאב יכולת, לא נכון לפנות לאם כלל, שכן קרוב קרוב קודם).

### ג. מהות חיובי האב במזונות בניו

איתא בגמ' בכתובות מט, ב: 'אמר רבי אילעא אמר ריש לקיש משום רבי יהודה בר חנינא באושה התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים.

איבעיא להו הלכתא כוותיה או אין הלכתא כוותיה. תא שמע כי הוה אתו לקמיה דרב יהודה אמר להו יארוד ילדה ואבני מתא שדיא. כי הוה אתו לקמיה דרב חסדא אמר כפו ליה אסיתא בציבורא, וליקום ולימא, עורבא בעי בניה וההוא גברא לא בעי בניה'. והמשיכה הגמ' שם: 'ולא אמרן אלא דלא אמיד, אבל אמיד – כפינן ליה על כרחיה. כי הא דרבא כפייה לרב נתן בר אמאי, ואפיק מיניה ד' מאה זוזי לצדקה'. מכך שתלו את חיובו של האב לזון ילדים מעל גיל שש רק באמיד, ברור כי יסוד חיוב תקנת אושא הינה מדיני צדקה, ולא מדינא, ואף בלא אמיד מכלימין אותו משום חיובי צדקה. וכן עולה מדברי רש"י שם בד"ה 'בעל כרחו': 'לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפ"י אינן בניו'. וכ"כ הרמב"ם בפירוש המשנה בכתובות פ"ד מ"ו: 'לא מפני שחייב לזון את הוריו ובניו שכבר עברו שש שנים, אלא מפני שהוא חייב ליתן צדקה כפי ממונו, וכאשר נקח ממנו אותה הצדקה נוציא אותה על בניו או הוריו שהרי הם בני צדקה והם קודמים בה'. וכ"כ בשו"ת עין יצחק ח"א אהע"ז סי' יז, בשו"ת משפטי עוזיאל ח"ב סי' ס.

כן הוא מפורש בחלקת מחוקק סי' פב סק"ט לגבי חיוב האב במזונות בן הגדול מגיל שש שלא מעוניין לבוא לרשות אביו כדינו: 'כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו, יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים'. הרי שחיובו הוא מדיני הצדקה ולא חובה ממונית לזון את בנו.

מאידך, הגמ' בכתובות (סה, ב) העוסקת בקטנים פחות מגיל שש, אומרת: 'דרש רבי עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה, אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה. עד בן שש'. בגמ' זו לא נזכר שחובת המזונות מוטלת רק על אב עשיר, הרי שישוד חיוב זה הינו מדינא, ולא מדיני צדקה הוא. כן הסיק הר"ף בכתובות בדף יח. מדפי הר"ף: 'והנ"מ בניו ובנותיו קטנים, אבל קטני קטנים אף על גב דלא אמיד לצדקה, כייפינן ליה בעל כרחיה'.

הרמב"ם (אישות יב, יד) כתב: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים, עד שיהיו בני שש שנים. מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', ובהלכה הבאה הלכה טו כתב: 'במה דברים אמורים באיש שאינו אמוד, ואין ידוע אם ראוי ליתן צדקה או אינו ראוי. אבל אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן ממנו צדקה המספקת להן, מוציאין ממנו בעל כרחו משום צדקה, וזנין אותן עד שיגדלו'. וכן כתב השו"ע בסי' עא.

שוב מוצאים חלוקה ברורה, וכי האב חייב לזון קטנים פחות מגיל שש גם אם אינו אמיד, ואת הגדולים מגיל שש יזון בכפיה רק אב אמיד מדיני צדקה. ממילא קשה ההגדרה הכתובה ברמב"ם ש'מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', שהרי חייבו מדין צדקה ולא כחיוב, וכבר תמה הגר"א בס' עא סק"ב על לשון זו. והטור שינה מלשון זו, וכתב: 'משש ואילך מצוה לזונם עד שיהיו גדולים, ועל זה נאמר עושה צדקה בכל עת'.

כן המאירי בכתובות מח, א הבדיל במקור חיובו של האב לזון ילדים בין הגילאים השונים: 'ואף אנו אין לנו בו (ביחס לקטנים הגדולים מגיל 6) צד חיוב אלא על צד תוכחת ומוסר כמו שנבאר למטה. ומכל מקום בקטני קטנים, הואיל ויש לנו בהם עליו צד חיוב וכפייה, אף בית דין זנין אותם'.

במשפטי שמואל להגרש"ב ורנר סימן ד ענף טו אות ג כתב שחייבו באושא חיוב צדקה זה: 'אע"ג דמזונות הבנים שהם למעלה משש הוא מדין צדקה, היינו שתקנת חכמים באושא ביססו את יסוד תקנתם על עיקרים של צדקה, שזהו גדר חיובו, אבל תקנתם הייתה לחייבו באופן יותר רחב ומקיף מדיני צדקה הרגילים'. הרי שישנו חיוב אישי מעבר למצווה הקיימת, אך ביסודה הינה צדקה.

בשו"ת חוט השני סי' ח כתב שיש חיוב מהותי לאב לזון בנו מדין הצדקה יותר מחיובי שאר הקרובים: 'שאעפ"י שהחיוב מוטל יותר על היורשין, מ"מ אינו חיוב גמור כמו חיוב האב לזון את בניו כשהם קטנים. שהוא מחויב לזונם בכל מאמצי כוחו, והקרובים אחרים כולם פטורים, ואפילו בחיוב מזונות בנים הקטנים אינם, דהתם גוערין בו ומכלימין אותו אפילו אם אינו אמוד. אבל אחר שאינו רוצה לזון קרוביו אעפ"י שהוא קרוב יותר מזולתו וגם הוא יורש, ודאי אין מכלימין אותו אם אינו אמוד'.

#### **ד. תקנת אושא, חיוב מזונות ילדיו מעל גיל שש**

נחלקו הראשונים אם למסקנת הגמ', הלכה כוותיה או לא, והאם תקנת אושא כוללת גם כפיה על האב או רק ביוש והכלמתו.

רש"י שם בד"ה תא שמע כתב: 'דלית הלכתא כוותיה. אלא מימר אמרינן ליה, ואולי יכלכלם ויזון אבל מיכף לא כייפינן'. הרי מכך שרק מטיחים בפניו 'עורבא בעי' ולא כופים אותו על כך, הסיק רש"י שליתא לתקנת אושא. שכן לו היתה הלכה כמותו, היו אף כופין על כך. כן סברו התוס' ר"ד שם והר"ן שם. וכן סבר האבנ"מ סי' עא סק"ג.

אולם הרמב"ם (אישות יב, יד) כתב: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים, עד שיהיו בני שש שנים. מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', ובלשון זו כתב השו"ע בסי' עא: 'חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אדם. ומשם ואילך, זנן כתקנת חכמים עד שיגדלו. ואם לא רצה, גוערין בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. ואם לא רצה, מכריזין עליו בצבור ואומרים פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו, והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו. ואין כופין אותו לזונן'. בהגהות מיימוניות שם אות ט כתב שמקור דבריו הינה גמ' זו, הרי שסבר שהלכתא כוותיה דתקנת אושא. כן הבין גם הב"י בסי' עא שזהו מקור דינו: 'ומה שכתב ומכאן ואילך מצוה לזונם עד שיהיו גדולים, בפרק נערה שנתפתתה, באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ובנותיו כשהם קטנים'. לדבריהם, אף שהילכתא כוותיה, לא הותרה הכפייה אלא רק לביישו ולחרפו.

ישנה מחלוקת בין הפוסקים, אם חיובו כלפי ילדים גדולים מגיל שש הינו מיסוד דין צדקה בלבד, או שאחר תקנת אושא, הריהו מכח תקנתם. נפ"מ מכך, אם מחוייב לזון אותם גם אם יש להם נכסים משלהם מכח חיובו, והאם יכולים הבנים לתבוע את מזונותם או שחיוב זה מבוסס על התנדבות אישית, ואם יכול האב לשלם חובתו מכספי מעשר. כפי שנדון להלן.

### **ה. גביה מנכסים לחיוב צדקה, והאם יש לבן זכות תביעה**

השלכה ישירה לשאלה אם יסוד חובת האב במזונות הינה מדיני צדקה, בדיון אם יש ביד הבן זכות תביעה למזונותיו, והאם ישנה חובה על האב והאם הוא בעל דין של בנו.

בהרכב הרבנים א' גולדשמידט, ש' ש' קרליץ, י' בבליקי בפד"ר ח"א עמ' 154 דנו בדבר: 'אולם יש הבדל בגדרי החיוב, אם החיוב הוא משום צדקה או משום תקנת מזונות, כי אם החיוב הוא משום תקנת מזונות, התקנה היא שאב חייב לתת לבנו למזונותיו, פירוש שהאב חייב חוב לבנו. אבל אם החיוב הוא משום צדקה, האמוד לצדקה חייב לתת, אבל זהו חיוב המוטל עליו, אבל אין הוא חייב למקבל, היינו שאין למקבל חוב אצלו. וגם אם המקבל הוא אדם שהחייב מחוייב לתת לו צדקה במיוחד, כגון אב לבן כמבואר, אין פירושו של דבר שהאב מחוייב איזה חוב ממון לבן, אלא מוטל על האב חיוב כללי של צדקה, שהוא מחוייב לתת, מבלי שיהיה איזה בעל חוב שהוא חייב חוב לו, ובחוב כללי זה ישנם סידרי קדימה, למי צריכים להקדים לתת, ועל מי מקדימין להטיל, ולפי

סדר זה על האב להקדים את בנו לגבי אדם אחר, ומטילין על האב לתת לבנו יותר משאר החייבים לתת. אבל אין הוא חייב חוב לבנו.

אך הביאו מדברי הרדב"ז על הרמב"ם (מתנות עניים ז, י) שדן בקושית התוס' למה כופין בצדקה הרי אין כופין על מצות עשה שמתן שכרה בצידה, ותירץ: ונראה לי דשאני מצות עשה של צדקה שיש בה תקנה של עניים והרי הוא כחוב עליו וכופין אותו לפרוע חובו ויורדין לנכסיו כאשר עושין למי שמסרב לפרוע החוב אשר עליו. הרי שהרדב"ז סבר שחיובו בצדקה היא חוב ככל חוב אחר, ולכן גם כופין ויורדין לנכסי החייב כמו בחוב אחר. אך כתבו בפד"ר שם: 'אולם אין מזה סתירה לדברינו, כי אם כי חוב הצדקה הוא חוב ככל חוב, החוב הוא כללי שהאמוד חייב בו, אבל אין זה חוב ישיר שהאמוד חייב כלפי היחיד הזכאי לצדקה', ולא יוכל הבן לתבוע אישית את אביו.

לסיום, כתבו שם שאחר תקנת חכמים, שישנו חיוב לזון בלי דין כפיה, והכפיה היא רק מדין הכפיה לצדקה, ומכיון שעצם החיוב הוא חוב מהתקנה שייך הודאת בעל דין ותביעה בדין.

הנה, מכך שיכולים להכלים את האב שמעלים עינו מבנו ולא מפרנסו וזן אותו ואף הותר לביישו, נראה, שעייגנו את חובת הצדקה כחוב אישי ולא רק כהתנדבות, ומשו"ה הבן הוא בר תביעה כנגד אביו.

השלכה נוספת לחקירה זו, הינה ביחס לגובה סכום חיוב האב במצוה זו. הנה אף במקום שמוגדר שחובת האב לזון את בנו מדיני צדקה, וודאי אינו כדין צדקה רגיל. שכן בדיני צדקה מחוייב עד חומש מממונו, ואילו בחובתו לזון את הבן מחוייב אף ביותר מחומש מממונו. שכן יש לאב חובה לדאוג לבנו, ולכך אין מגבלות, שכן לא הטילו עליו חיובי ממון.

בשו"ת עזרת כהן בסי' נו כתב: 'לא רק בתורת צדקה חייב הוא לזון את בניו הקטנים, גם כשם מבני שש ומעלה, אלא מתקנת אושא... ולשון השו"ע הוא בסימן ע"א ס"א שזן בתקנת חכמים גם כשהם למעלה מבני שש. ואע"פ שהגר"א בביאוריו תמה על הלשון של השו"ע, שכתב ע"ז שהוא מתקנת חכמים וסיים בצ"ע שם בסק"ב, וכונתו ז"ל היא, משום דבמסקנא שם מסקינן דכפו ליה אסיתא בציבורא ואין כופין אותו, נראה דאין זה מתקנת חכמים אלא מצוה בעלמא, אבל לא רק מחובת צדקה כי אם יותר מזה שהרי סוף סוף מכלימין אותו על זה'. הרי שבאושא נתנו לצדקה זו מעמד חיוב אישי על האב. וראה בפרישה סק"א שכתב שתקנת אושא היתה להכלימו אם לא ירצה לזון בניו שלמעלה מגיל שש.

אמנם בשו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קסו ביאר שהתקנה היתה להכלימו בלא אמיד ולכופו בשוטים אם הוא אמיד. וסבר שאף שמגיל י"ג חייב האב בצדקה לבניו, כחיובו לכל אדם, יכול לומר להם שיצאו להתפרנס כשאפשר ובידם לעשות כן. אך מגיל שש עד י"ג תקנו באושא שכופין את אביהם מדין צדקה ואינו יכול לומר להם שיפרנסו עצמם. לדבריו, רק חובת צדקה איכא הכא, אלא שמתקנת אושא אלים חיוב צדקה זה.

השו"ע (עא,ב) כתב שכיון שחיובו הוא רק מכח דיני צדקה, לא ניתן לממש את חיובו של האב לזון את ילדיו מדין צדקה ולרדת ולגבות מנכסיו. ברם הרמ"א שם הגיה עפ"י הר"ן שאם אמיד הוא גובין מנכסיו. הב"ש שם סק"ו הכריע דלא כר"ן, ופסק שאף אם האב אמוד אין יורדים לנכסיו לזון את בניו (מעל שש) שלא בפניו: 'לכן נראה עיקר, אפי' אם הוא אמוד אין זנין לבניו שלא בפניו, וכן נקט הח"מ סק"ה. נמצא, שאם האב בחו"ל והאם באה לתבוע את מזונות הילדים, לא ניתן לממש נכסיו שלא מדעתו, כאשר מדובר בילדים שמעבר לגיל שש.

### ו. חיוב מזונות קטני קטנים, מהתורה או מדרבנן

יש לחקור, האם חיוב במזונותיהם של קטני קטנים, עד גיל שש, הינו מכח תקנת חכמים, או שמא חיובו מהתורה. ומצאנו מחלוקת בכך;

א. במכילתא שמות כא, ג דרשו על הפסוק 'אם בעל אשה הוא ויצאה אשתו עמ': 'רבי יצחק אומר מי הביאה שהכתוב מוציאה, מגיד שהוא (האדון) חייב במזונותיה ומזונות בניו. מוכח, שהאב חייב במזונות בניו הקטנים מהתורה, דאם לא כן, מדוע חייב האדון לזון בני העבד, שכן אם העבד בעצמו בהיותו בן חורין לא היה חייב לזון בניו, מה הפסידו הבנים במכירת אביהם לעבד, אלא ע"כ דהאב חייב במזונות בניו קטני הקטנים מדינא דאורייתא, וכשנמכר לעבד ואינו יכול לזונם, חייבה התורה את האדון שיזונם במקום אביהם. וראה במשנה למלך הלכות עבדים פ"ג סק"ב שהביא מהרא"ם שאין האדון חייב לזונם אלא עד שיהיו בני שש.

רבינו בחיי בשמות טז, טז כתב: 'ומה שאמר מספר נפשותיכם איש לאשר באהלו תקחו, לאשר באהלו, זו אשתו, שהיא ראויה להיות נמצאת באהל, כענין שכתוב הנה באהל, וכתוב כל כבודה בת מלך פנימה וגו'. ולמד הכתוב בדרך אסמכתא, שחייב אדם במזונות אשתו ובניו הקטנים, וזהו שאמר מספר נפשותיכם. כן פירש רבינו חננאל ז"ל. אמנם בתורה שלמה בשמות פרק טז

אות צה הביא מתרגום רס"ג ומהמדרש הגדול דרשה על הכתוב 'לאשר באהלו תקחוי מורה שאין מדובר דווקא בקטני קטנים אלא בדרי ביתו של האדם, ובניו 'הקטנים' כמשמעו שלא גדלו.

החתם סופר בכתובות מט מדייק דבפרשת משפטים כתיב ויצאה אשתו עמו ולא הזכיר בניו, ואילו בפרשת בהר כתיב ויצא מעמך הוא ובניו. ומתרץ שבפרשת משפטים מדובר בעבד היוצא בשנה השביעית, ואם היו לו בנים כשנמכר, הרי בסוף שנה שישית הם כבר למעלה מגיל שש, ונפקע חיובו מהאב והאדון לזונם עוד לפני יציאתו בשביעית, לכן לא כתוב שהם יוצאים עמו, דהיינו שהאדון נפטר עתה מלזונם מה שנתחייב בעת קניית העבד. משא"כ בפרשת בהר, ששם מדובר שפגע בו יובל, וזה יתכן גם בתוך שש שנות עבדותו והבנים עודם בגיל פחות משש, ע"כ הזכיר הכתוב שהאדון נפטר מלזון בניו הקטנים שהם לפני שש, ביציאת העבד ביובל.

בספר ארעא דרבנן ערך מזונות אות ח ט להגאון מוהר"י אלגאזי, הבין בדעת הרמב"ם (אישות יב, כב) שכתב: 'כשם שהאדם חייב במזונות אשתו, כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שנים', וכן הוא לשון הסמ"ג לאוין פא. וכיון שהוקש חיובו כלפי בנו לחיובו כלפי אשתו, שווה דינם וחיובן. וכיון שסברו הרמב"ם והסמ"ג שמזונות אשתו דאורייתא, כן הוא חיובו לילדיו. וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' לח.

כן מתבאר דעת הרמב"ם מתשובותיו הוצאת אל המקורות סי' קמט ומקיצי נרדמים סימן קצ לרבי פנחס הדיין לגבי חיוב האב על מזונות שכבר אכלה בעבר: 'ודעתי נוטה שהאב חייב במזונותיה שנים שעברו. שזה (במקרה) שעמד ופרנס הניח מעותיו על קרן הצבי ולא יקח כלום. (אבל הכא) וכן זה מתחלת פרנסתו על דעת שאין זה חייב ונמצא שהוא חייב'. ואם חיוב במזונות הבת הוא רק מכח תקנת אושא ומדין צדקה, למה חייב האב לתת לה המזונות עבור שנים שעברו, אחרי שמישהו אחר פירנס אותה והיא אינה זקוקה לכך. אמנם אם נבין בדעת הרמב"ם שמזונות הבת היא מהתורה,<sup>2</sup> הרי זה כשאר חובות

<sup>2</sup> עוד הוכיחו מפסקי הרמב"ם בדיני מעשרות, בהלכות מעשר פ"ג הי"ז.

איתא במשנה במעשרות פ"ג מ"א: 'המעביר תאנים בחצרו, בניו ובני ביתו אוכלין ופטורין'. בירושלמי שם ריש פ"ג בעו אהאי משנה: 'הוא עצמו מהו שיאכל? רב אמר אסור עולא אמר מותר', ומפרש טעמא דרב משום דאין אוכלין על המוקצה אלא במקומו. הרמב"ם שם פסק כרב: 'תאנים וענבים שבמוקצה מותר לאכול מהן עראי במקומן'. והקשה ע"כ הרדב"ז שם, מדוע לא הזכיר הרמב"ם שבניו ובני ביתו אוכלין עראי.

שהתורה חייבתו עבור בניו ובנותיו הקטנים למטה מגיל שש שנים, ואין זה מדין צדקה, ולכן שפיר פסק הרמב"ם שעל האב לשלם לבתו כשהיא בת ארבע שנים את מזונותיה עבור השנים שעברו.

ב. הרמב"ן שמות כא, ג כתב: 'וכל זה חמלה מאת השם עליהם ועל העבד שלא ימות בצערו בהיות עמלו בבית נכרי, ובניו ואשתו יהיו נעזבים. ואף על פי שלא היה הוא מחוייב במזונותם מדין התורה, כמו שנתבאר בתלמוד בכתובות מט:, אבל כיון שדרך כל הארץ לפרנס אדם אשתו ובניו הקטנים, צוה האל ברחמיו להיות הקונה כאב רחמן להם'.

בשו"ת משנה הלכות ח"א סי' טז דייק מדברי הגמ' בכתובות בדף סה:: 'דרש ר' עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה, אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים עד כמה עד בן שש, מכך שנאמר: 'אף על פי שאמרו', שדין לזון אותם הוא מדרבנן, שכן לו היה דינא דאורייתא: 'מאי שייכות להו, הא זה דאורייתא הוא, אע"כ דמכח תקנה הוא. ואף על פי שאמרו שזה אינה תקנה מכל מקום, בקטני קטנים תקנה היא וחיוב'. וסבר, שאף הרשב"א ח"ב סי' שכא הבין כן, מכך שנקט שאם יש להם נכסים ממקום אחר אינו חייב לזונם, אפילו עד בני שש, בניגוד לדעת המהר"ם מרוטנבורג שחייב לזון בכל עניין: 'ואי תימא דאורייתא, א"כ מאי איכפת לן ביש להם נכסים ממקום אחר, סוף סוף יש להם מזונות מאב מדאורייתא, ומה שייכות ליה בממונם שיש להם ממקום אחר, אלא ודאי דס"ל דמתקנתא הוא וכה"ג לא תקנו'. וסיים המשנה הלכות שם: 'לא מצאתי לעני"ד מי שס"ל דמזונות בניו הוי דאורייתא'.

בהגהות מיימוניות (אישות יב סק"ט) חלק על ההבנה דלעיל בדעת הרמב"ם, וסבר כי חיובו של האב הוא מדרבנן גם בקטני קטנים: 'אע"כ צ"ל דכוונת

---

יש שהביאו לבאר דברי רמב"ם אלו, ולהוכיח מכך על חובת מזונות שעל האב. שכן הירושלמי שם פריך: 'בניו ניחא, ובני ביתו ואין עליו מזונות'. כלומר דבשלמא בניו מותרין לאכול עראי, ואין זה פורע חובו מן הטבל, משום דאין חובה מוטלת עליו לזונם. אבל בני ביתו והיינו אשתו, הרי חייב במזונותיה, וא"כ הוי כפורע חובו מן הטבל ומדוע מותר לה לאכול. ומשני הירושלמי, כמאן דאמר אין מזונות לאשה דבר תורה. והיינו, שהתנא דמתניתין שהתיר לבני ביתו דהיינו אשתו לאכול עראי סבר דמזונות האשה מדרבנן, ואין זה פורע חובו מן הטבל. והרי הרמב"ם פסק דמזונות האשה מהתורה, ולדבריו אסור להאכילה מן הטבל דהוי כפורע חובו מן הטבל, ושפיר השמיט דין דבני ביתו, כיון דאין הלכה כמשנה זו. כעת מובן מדוע השמיט הרמב"ם דין בניו, שכן סבר הרמב"ם שמזון בניו נמי הוי מדאורייתא כמזון האשה, ולכן לא כתב דהם אוכלים מהטבל משום דהוי כפורע חובו מן הטבל, וכתב דרק הוא עצמו מותר לאכול עראי.

הרמב"ם הוא כך, דבאמת תקנת אושא היתה מיום הולדו עד שיביא שערות. אמנם חילוקים יש בדבר, עד שש מחויב לעולם בין יש לו בין אין לו, ומשש ואילך היתה התקנה באופנים, והיינו כשיש לו וכל האופנים וכגון שהוא אמיד. ומה שאמרו דאין הלכה, כוונתם רק למעלה משש דאין חיוב, אבל פחות משש התקנה בתקפה וחייב לזונם... ובזה יתיישב הלשון שכתב רבינו ומכאן ואילך כתקנת חכמים בכ' הדמיון ולא כתב מתקנת חכמים, וכוונתו דאי כתב מתקנת חכמים הו"א דעד שש לאו מתקנת חכמים הוא. לכן כתב כתקנת חכמים, והיינו שכך היתה התקנה. הרי שחיוב לזון קטנים הוא מדרבנן. ולדבריו, כך הינה גדר התקנה, שהאב חייב לשלם גם על העבר.

כן הבין במעשה רקח בהלכות אישות שם: 'ולעני"ד נראה דאין דיוק זה כדאי שהרי לא הזכירוהו הפוסקים... ואפשר שמה שכתב רבינו כן היינו כלפי השש שנים, ורצה להשמיענו הטעם של חכמים ז"ל לשש שנים ותו לא מפני שעד כאן הוא כרוך אצל אמו... ואגב השמיענו דאף שמזונות אשתו מדין תורה כמ"ש בראש הפרק ומזונות הבן אינו אלא מתקנת חכמים ז"ל, אלמוהו רבנן להך מלתא כדאורייתא'.

#### ז. חיוב האב – ציווי אישי או ממוני

ניתן היה להבין כי חובת האב לזון את הבן הינה חובה ממונית, ונכסיו מחוייבים ומשועבדים למזונות בנו. אך מצאנו שני מקורות שמעידים כי חובה אישית מונחת על כתפי האב. ויתכן ויש ללמוד מכך על טעם הדין, שלא הטילו חיוב על האב לפרנס, אלא חיובו את האב לדאוג לבנו ולא להתעלם מפרנסתו.

הב"ש בסי' עא סק"א הביא דברי המהר"ם לובלין בתשובה בסי' עט וכ"כ המהריב"ל בח"ב סימן כ שחיוב האב לזון ילדיו הקטנים קאי: 'כל ימי חייו ולא אחר מותו'. הרי שחיוב על גופו הוא, ולא על נכסיו (ואמנם ראה בבאר היטב בשם המהר"י וי"ל שמחייבים את היורשים לזון היכא שאין לילד. ובאוצר הפוסקים כתבו בשם רעק"א דלשיטת הר"ן דמזונות הילדים הם משום מזונות האם, יש להסתפק אם היורשים חייבים במזונות הילדים כשחייבים במזונות האלמנה).

התוס' יו"ט בכתובות פ"ד מ"ו כתב: 'האב אינו חייב במזונות בתו - כתב הר"ב אבל קטני קטנים כו' כופין את האב ומוציאין מידו בעל כרחו. וא"ת ואי אינו אמיד מה מוציאים ממנו. וי"ל כמו בחיוב האשה דאפילו אי לית ליה אלא מזוני דחד יומא, חייב למיזנה מנייהו או למיכל בהדה במאי דאכל, כמ"ש בטור סימן ע'. אבל ודאי אינו חייב להשכיר עצמו בפועל לפרנסם. אפילו לסברת ר'.

אליה שכתב שם בטור דבאשה חייב, דהתם היינו טעמא דמספר כתובה נלמד אנא אפלח'. הרי שחובתנו לזון את הילדים אינו דומה לכל חוב ממון, שמסדרים לבעל חוב ומשאירים לו לצרכיו ההכרחיים, אלא הוא חייב לחלוק עימו במה שיש לו גם אם אין לו מספיק בשבילו, כשם שאין מסדרים לצורך מזונות האשה מפני שאינו חיוב ממון. ומשו"ה סבר שהאב אינו חייב להשכיר עצמו למזונות ילדים, שכן אינו חייב להם חיוב ממוני כלל. מאידך, הגם שאין חיוב על האב לעבוד בכדי לפרנסם, אינו פטור מחיוב במזונותם, כמבואר בפד"ר טז עמ' 349, משפטי שאול סי' יג וסי' מה ובעטרת דבורה ח"א סי' לא. יסוד הדין מבוסס על הגמ' בכתובות קז, ב' הלך בעלה למדינת הים ולוותרה ואכלה, חייב לשלם, וכן פסק הרמב"ם (אישות יב, יט) וכ"כ השו"ע בסי' ע. הרי שחיובו קאי עליו למרות שאינו בעל אמצעים וחייב לשלם לה לאחר מכן על שלוותה. והדברים מפורשים בר"ן שם (סג, א מדפי הרי"ף): 'מיהו היכא דלית ליה לבעל היא חייבת, שאף היא נשתעבדה לו, אלו דבריו'. דייק מהנאמר 'שאף היא נשתעבדה לו', שגם הבעל משועבד לשלם, ולא סר החיוב מעליו.

יש בכך כדי לסייע לסברת מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל במנחת אברהם ח"ג סי' ד לבאר תמיהה בדברי הח"מ בסי' פב סק"ט מדוע האב אינו חייב במזונות בנו שמורד ולא מוכן לבוא אצלו: 'כשהבן אינו רוצה להפרד מאימו, יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו, כל זמן שאינו שומע לקולי להיות אצלי ללמוד תורה ושאר דברים', וכ"כ הב"ש שם סק"ח. וכבר תמה ע"כ בשו"ת עזרת כהן סי' נז: 'וכי בר עונשין הוא'. ובאר הגר"א שפירא שחובת האב לפרנס את בנו לאחר גיל שש, אינה אלא מפני שמידת אכזריות היא שלא לפרנסו, ובמקום שיש לאב תביעה שהבן יחיה אצלו כדרך כל הבנים, שוב אין כאן 'מידת אכזריות' במה שמונע ממנו את דמי המזונות. הרי שאין כאן חובה ממונית, אלא לדאוג לבן שעמו. וראה ע"כ בעטרת דבורה ח"א סי' ל.

יתכן, ואם הילדים אצל האם יש מקום יותר לחייבה להשתתף מדין צדקה לא להתאכזר על ילדיה, ותשתתף בחיובים שמעבר לדיני המזונות הבסיסים, ואזי נחשב שיש לילדים את צורכיהם, והאב יחוייב רק בהשתתפות בכך. ברם אם הילדים במקום אחר כפנמיה או משפחה אומנת, יהיה הנטל מוטל על האב.

בפד"ר ח"ב עמ' 92 בפסק דינו של הרב אליעזר גולדשמיט, הביא משו"ת שופריה דיעקב סי' ס שכתב: 'בידוע שאין לו כי אם כדי סיפוקו, אין עליו חיוב לזמון את בניו, דעד כאן לא חלקו חכמים בין שש לאחר שש אלא כשאינו אמיד ליתן צדקה המספקת או אמיד ליתן דבר מועט שאינו מספיק, אבל באינו אמיד

ליתן כלום, אין הפרש בין שש לאחר שש ובכל גוונא פטור. וסברא היא דכיון שאין לו כי אם כדי סיפוקו פשיטא דחייב קודמים, דמאין לחייבו לחזר על הפתחים ולזונם וחז"ל לא חייבוהו אלא אם יש לו מה ליתן להם אחר די סיפוקו. והביא שכן כתב בספר שושנים לדוד ח"ב בסי' כב. הרי שאין כאן חוב ממון לבן. וצ"ב אם יש ביד הבן לתבוע מאביו ממון, או שיש לו לתבוע שיחלוק אביו עימו ממזונותיו. שהרי אם הבן אצל אימו מחוייב האב לשגר לו מזונות, אך אם ידרוש האב שישב הבן אצלו ויתן מזונותיו, האם יש לבן תביעה עליו.

לדברים אלו, יש לדון אם יש לפסוק מזונות במקום שיגרור את הבעל להוצאה לפועל, שכן האב אינו מחוייב ללוות ולעבוד למצוי מטרה זו. ובוודאי האידנא שמערכת האכיפה בהוצל"פ, אינה פועלת עפ"י דיני השו"ע. מאידך, לצורך המזונות לא נדרשים לכל דיני הסידור, ושפיר גובין ממנו כל מה שיש לו לצורך כן, ואין מניעה לפעול באמצעותם.

#### **ח. חובת האב לזון כשיש לילדים משלהם**

נחלקו הראשונים אם האב חייב לזון את הקטנים פחות מגיל שש אף שיש להם נכסים משלהם, ויכולים להתפרנס משלהם ;

א. הרא"ש בפסקיו בכתובות פ"ד סי' יד כתב: 'דשמעינן מינה דחייב לזון בניו ובנותיו כשהן קטני קטנים, ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם, פסק רבינו מאיר דחייב לזונם, דכיון דתקנת חכמים היא, זכו במזונותיהם אפילו יש להם להתפרנס משלהן, דומיא דמזונות האשה, מדכלל מזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן, אלמא דין אחד להם'. הרי שסבר המהר"ם מרוטנברג שחובת האב לזון את בניו הקטנים שהם פחות מגיל שש שנים, הינה גם כאשר יש להם רכוש משלהם, שכן חובת האב כלפי בניו הקטנים הוא חוב גמור המוטל עליו לפרנסם, ללא הבדל אם יש להם רכוש או שהם עניים ואין להם משלהם כלום, וכ"כ בספר דינא דחיי לאוין פא. הבי"ח בסי' עא והאבנ"מ שם סק"א דייקו שזוהי כוונת הרמב"ם במה שהשווה את מזונותם לחובתו לזון את אשתו: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו, כך הוא חייב במזונות בניו'.

ב. הרשב"א בתשובה ח"ב סימן שצא נשאל בדבר והשיב: 'שלא אמרו, אלא מפני שאין לו... וכשהוא קטן קטנים, כופין אותו בבית דין לפי שאין לו, ואינו יכול להשתדל כלל. אבל כל שיש לו, למה יתחייב האב לזונו. ומה שטען הטוען, שהוא תנאי בית דין, ובא לדמותו למזונות אלמנה, אינו כן, לפי שמזון הבנים אינו מתנאי כתובה'. הרי להדיא דעת הרשב"א, דאם יש

לקטנים רכוש משלהם ובידם להתפרנס מרכושם, אין על האב חובה לזונם. וכ"כ התשב"ץ ח"ב סי' רצב סוף תיקון ג', הכנה"ג סי' עא הגה"ט סק"ג.

באוצר הפוסקים דנו אם ניתן לומר קים לי כרשב"א, שכן אפשר שהשו"ע לא ראה דעתו, ועל כן פסק כמהר"ם, אך לו היה רואה את הרשב"א היה פוסק כן. נמצא, שאם נוטלת האם מביטוח לאומי עבור הילדים, לדעת הרשב"א יש להפחית מחיוב האב, שכן יש להם מקור הכנסה כל שהוא להתקיים ממנו, וראה בפד"ר ח"א עמ' 210 ובמשפטי שאול בסי' כד. ומטעם זה אין לגבות מהאב הוצאות רפואיות המצויות בסל הבריאות, וכן עבור פנמיה אם ישנו מימון מקרן כלשהיא.

### **ט. חיוב מזונות: מכח האבהות או חובה לאשתו או צדקה**

שתי שיטות נאמרו בראשונים אם חובת מזונות בנו הינה מכח זיקה ישירה וחובה לבנו, או שהינה חובה לאשתו, שהתחייב לה לזון את בנה.

הרי"ן על הרי"ף בכתובות (כח,ב) הוכיח כי חובת האב לזון את בנו אינה בזיקה לבן ישירות, אלא חובתו כלפי אשתו: 'ני"ל דכי אמרי' דזן אותם קטני קטנים דוקא בשאמן קיימת ומדין מזונות אמן [נגעו] בה, שכיון שהן נגררים אחריה אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותם. אבל בשאין אמם קיימת, אינו חייב במזונותיהם... דייקין הכי דמדתנא מוסיפין לה על מזונותיה משום דבעי למיכל בהדה, אלמא מזונות הבן הנגרר אחריה הרי הן כמזונותיה, ומדין מזונות שלה נגעו בה<sup>3</sup>... אבל לא ראיתי לראשונים ז"ל שאמרו כן.

כן נראה שסבר רש"י בכתובות (סה,ב ד"ה שצריך לאמו): 'שעדיין הוא צריך לאמו ובתרה שדוהו רבנן, אלמא עד שש צריך סיוע מאמו, וכשם שהבעל זן אותה כך זן אותו עמה'.

---

<sup>3</sup> יש לציין, שאף לדידו שמזונותם מכוח אימם, אין זכות לאב למחול על זכויות ילדיה, ואינה יכולה למחול לבעלה על מזונותם. כן איתא בתוספתא כתובות פ"י ה"ג: 'כתב לזון את בת אשתו ושברה לו, לא כל הימנו, שזכין לקטן ואין חבין לו'. כן פסק השו"ע אהע"ז סי' קיד סעי' ג: 'אם האם פטרו מלזונה, אין הפיטור כלום'.

הרי שהילדים נחשבים לגוף עצמאי, והאם אינה מוסמכת למחול במקומם, שאין חבין לאדם שלא בפניו, אף שישוד זכותם מכוחה הוא. אמנם, אם האשה מתחייבת בקנין לשלם את מזונות ילדיה במקום בעלה, התחייבותה חלה מכוח דיני ערב.

הבי"ח בריש סי' עא דייק כן מפסק הרא"ש בכתובות פ"ד סי' יד: 'ומוסיפין לה על מזונותיה דשמעינן מינה דחייב לזון בניו ובנותיו כשהן קטני קטנים ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי... דומיא דמזונות האשה מדכלל מזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן, אלמא דין אחד להם'.

הדרכי משה בסי' עא סק"א הוכיח מפסק הבי"י שהביא תשובת הרא"ש בכלל יז, וז' ותשובת הריב"ש בסי' מא שחלקו וסברו שישנה זיקה ישירה לאב לזון את בנו, שכן כתבו: 'בהדיא דמי שבא על הפנויה וילדה ממנו בן או בת, חייב לזונס', וכן פסק השו"ע שם סעי' ד. שכן אין לאב זיקה ומערכת חיובים ביחס לפנויה, האם. וברור שחובתו לזון את בנו מהפנויה, הינה מכח חיובו לבן באופן ישיר.

בשו"ת שואל ומשיב מהדורא שתיתאה סי' מו כתב שהנפ"מ לדיון זה, הוא אם אפשר לכוף על מזונות הילדים.

נפ"מ נוספת יש לחקירה זו, אם יש לאב חובה לזון ילדיו כשאינו לו חובת מזונות לאימם; בניו מהגררשה, פנויה, ארוסה, אנוסה ושניה.

המל"מ (אישות יב, יד) כתב בהגה': 'ומדברי רבינו שכתב כשם שאדם חייב וכו' משמע דס"ל כהר"ן דמזונות בניו מדין מזונות אמם נגעו בה, דאל"כ למאי הלכתא אקשינהו לימא חייב אדם לזון את בניו. ותמוה הוא, שכן מבואר בכמה מקומות ברמב"ם שמזונות הבנים אין חיובם תלוי במזונות אמם. שכן בהל' אישות יט, יד פסק: 'בת הממאנת הרי היא כשאר הבנות ויש לה מזונות, אבל בת היבמה ובת השנייה ובת הארוסה ובת האנוסה אין להן מזונות אחר מיתת אביהן בתנאי זה, אבל בחיי אביהן הוא חייב במזונותן כדין שאר הבנים והבנות בחיי אביהן'. והרי השניה והארוסה והאנוסה אין להן מזונות, ומ"מ פסק הרמב"ם שהאב חייב במזונות בנותיהן. וכבר עמד ע"ז אבני מלואים שם. וכן לגבי בנו מהגררשה פסק הרמב"ם בהל' אישות פכ"א הי"ז: 'גררשה אין לה מזונות אף על פי שהיא מניקה את בנה... אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו'. והרי אינו חייב לזון את גרושתו, ואפ"ה חייב הוא במזונות הבן, וע"כ דלא ס"ל כשיטת הר"ן דמזונות הבן כלולים ותלויים במזונות האם. ואכן במעשה רקח לא קיבל את הבנת המשל"מ, וסבר שישנה חובה ישירה לאב לזון את בנו.

ביחס לחובתו לזון בתו מהפנויה, ניתן ליישב עפ"י האגרר"מ אהע"ז ח"א סי' קו שכתב שיתכן והר"ן לא יחלוק על הרא"ש והריב"ש, שכן אם אנס יהיה חייב

לזון הבן מטעם מזיק, ואם היא מפותה הרי זה כהתנו שאם יולד בן שיזון אותו.

וליישב הדברים צ"ל, שאכן חובת האב לזון את בנו מדינא הינם רק אם יש לו חיוב לאשתו, ומדינא חייב זאת, ועל כן אף שיש להם נכסים מחוייב בדבר. ברם אם אין לו חובה לאשתו, אזי חייב לזון את בנו מדין צדקה אם אין להם נכסים ואפשרות פרנסה. כשם שזן את הגדולים מגיל שש, וכ"כ במשפטי שמואל. וחובה זו רובצת רק על אב אמיד, ולא יוכלו לכוף את השוטה והחרש בכך, וראה בפד"ר ח"ה עמ' 298.

ובכך יישבו בפד"ר ח"ז עמ' 136 את תמיחת המהר"ם מלובלין בסי' עט על לשון הטור בסי' קיב שכתב לגבי בת יבמה ושנייה: 'בחייו חייב לזונן מתקנת אושא עד ו' שנים'. ותמה שלשון זו: 'אינו מדוקדק, דבפי נערה שנתפתתה דלעיל משמע דתקנת אושא היא ביתר משש... אבל עד שש חייב לזונן לכ"ע... אם לא נאמר דהטור ס"ל דתקנת עד שש היא ג"כ תקנת אושא, ותרי תקנות היו באושא מתחלה תקנו עד שש, ואח"כ תקנו ג"כ לאחר שש ולאחר שש'. אך לביאורנו, הרי כלול בתקנת אושא חובה לזון ילדיו עד גיל שש אם אין לאב חובה כלפי אשתו.

עוד יישבו שם את פסקי השו"ע. שכן בריש סי' עא פסק מרן עפ"י המהר"ם מרוטנברג שמזונות הבנים כלולים במזונות האשה וחייב בהם האב אף אם יש להם משלהם, והב"ח כבר באר כי חיוב זה מבוסס על דברי הר"ן שמדין אשתו זן אותם. ומאידך מרן השו"ע שם בסעי' ד פסק עפ"י הרא"ש והריב"ש שהבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו, וזה לא כדברי הר"ן. ויתירה מכך, הרא"ש בעצמו שפסק לחייבו לגבי בנו מהפנויה, סבר כמהר"ם שחיוב הבן מחמת חיובו לאמו. וסתרן דיני לאהדדי. ולדברים אלו מבואר שכשאין אמם קיימת או באופן שאינו חייב במזונות האם, יש עליו חיוב מתקנת אושא ומטעם צדקה, וחיוב זה קיים גם בבן הפנויה, אף שאינו חייב במזונות האם. אלא שקשה לפי"ז, מדוע נקט הריב"ש את הגמ' בפרק אעפ"י סה, ב והרי מקור חיוב הקטנים כשאין חייב לאם הינו מדין צדקה בפי נערה מט, ב. וצ"ע.

עוד בארו בכך, שלהבנה זו אין מחלוקת בין המהר"ם לרשב"א בחובה לזון ילדים כשיש להם משלהם, שכן הרשב"א התייחס למקרה שהאם נפטרה מכבר, וכיון שחובה לזון ילדים אלו מדין צדקה בלבד, פטר הרשב"א את האב כשיש להם נכסים, שאין דין צדקה בכך אף שהינם פחות מגיל שש (וקשה,

מדוע נקט הרשב"ם שם את הגמ' בפי' אעפ"י סה, ב והרי מקור חיוב הקטנים כשאין חייב לאם הינו מדין צדקה בפי' נערה מט, ב). ברם המהר"ם איירי שהאם קיימת, ואז חובת האב לזון אותם מכח אשתו, וחייב בכך גם אם יש להם נכסים.

נפ"מ מכל זה, אם הוליד בן מאשת איש שאינה אשתו והבן ממזר. בתרוה"ד פסקים לו כתב דבסתמא תולים הולד בבעל, אך גם אם לא והאב הוא אחר, מאין לימא לן שחייבו חכמים לזון בנו ממזר. אך באוצר הפוסקים הביאו פוסקים דחייב במזונות בנו ממזר, והביאו ראיה מהש"ך בסי' פז ס"ק נז שאף הבין כן בתה"ד, ואף התה"ד לא אמר זאת אלא כמסתפק. וכן פסק במשפטי עוזיאל ח"ב יו"ד ס שחייב במזונותיו.

### י. מזונות ילדים גדולים

יש להקשות, מדוע חובתו של אדם אמיד במזונות ילדיו היא רק עד שיגדלו, והרי אם זוהי חובה מדין צדקה א"כ יתחייב בכך אף כאשר הם גדולים מכך, שהרי חייב אדם לזון את קרוביו מדין צדקה, וכ"ש את ילדיו.

הבי"ש בסי' עא סק"ג הביא מדברי רבנו ירוחם מישרים נתיב כ"ג ח"ה, וכתב: 'משמע דאחר שיגדלו חייב לזון אותם בתורת צדקה כשאר קרוביו, אבל עד שיגדלו יש להם יתרון יותר משאר קרובים'. נמצא, שגם אחר שיגדלו הילדים יש על האב חיוב לזונם מדין צדקה, אולם קודם לכן (מגיל שש עד גיל מצוות) יש להם יתרון בצדקה יותר משאר קרוביו של האב, והחובה לזונם אז היא גדולה יותר. לדברים אלו, יהא עליו לזון את ילדיו הגדולים שאינם מתפרנסים, מדין צדקה, כשם שחייב בצדקה לשאר קרוביו העניים. וראה כן בבית יעקב בסי' עא סק"א.

אמנם, בנתיבות המשפט על רבנו ירוחם שם כתב לפרש דבריו, וז"ל: 'נראה לומר דאמיד גבי בניו לא הוי כאמיד לגבי אינשי אחריני, דגבי צדקה לאחריני בעינן אמיד גמור, אבל לגבי בניו כל שאינו עני מקרי אמיד. וזה שכתב אבל אם הוא אמיד שיש לו כפי הראוי לתת להם, ולכן כתב דהאי אמיד לא הוי אלא עד שיגדלו, דלאחר שיגדלו אין כופין אותו אלא בדאמיד לאחריני שבניו קודמים'. הרי שלגבי בניו גדרי האמיד הינם שונים, אף שמחייבותו הינה רק מדיני הצדקה.

הדרישה בסי' עא הובא בב"ש שם באר שלאחר שגדלו הילדים הם כבר יכולים לפרנס את עצמם, ולכן כל חיובו לילדיו מדין צדקה הוא עד גיל מצוות, עד

שיגדלו. הרי שאין הבדל מהותי בין גדולים מגיל מצוות או פחות, גם לא בקדימותם לאחרים, אלא ברגילות ובדרישה של האב מהם לעבוד. כן מבואר בתשובת הרשב"א הנ"ל: 'כשהבן גדול ויכול להשתדל, אין האב חייב לזונו כלל, ואין כופין אותו, אפילו בכפיית אסיתא'. בשו"ת מהרשד"ם ח"י סי' קסו כתב שענין זה תלוי במציאות הקיימת, שאם ימצאו הבנים כדי פרנסתם פטור האב לזונם כשיגדלו, ואולם אם לאו, הוא חייב לזונם אף כשיגדלו.

נמצא, שאם הילדים הגדולים אינם יכולים לפרנס עצמם, יהא האב חייב מדין צדקה להמשיך לזון אותם. ולכאורה, זה המצב כיום, שילדים אינם יוצאים לעבוד בגיל שלש עשרה, והחוק אף אוסר להעסיק ילדים בגיל זה, יהיה האב חייב להמשיך ולזונם.

מנגד, בעל ההפלא"ה בקו"א הלכות כתובות עא סק"ג כתב שגדולים יכולים להתפרנס בעצמם, ואף אם אינם רוצים לעשות מלאכה, אין כופין את האב לזונם כיון דבני דעת הם, אין יכולים לומר לא נעשה מלאכה. וחייב לזון רק את הקטנים, כיון שאינם בני דעת מליאה, וחוב זה קיים אפילו אם רוצים לעשות מלאכה. יש לעיין לדבריו, במצב האינדנא, שאין רגילות שנערים בני שלש עשרה יצאו לפרנס עצמם באופן מלא, שיהא דינם כקטנים.

וראה באבני"מ (עא סק"ד) שכתב שההבדל בין הגילאים הינו שלשיטת הפוסקים שבצדקה אין כופים, כי מכל מקום בבניו כופים: 'ונראה, כיון דאפילו לא אמיד נמי כופין אותו בדבריו, כדאמרין עורבא בעי בני וכו', ואף על גב דאין בו משום מצות צדקה כיון דאינו אמיד. אם כן באמיד מעלין מעלה אחת וכופין אותו. ומצוה על הבית דין לכופו אותו. ולא משום מצות צדקה לחוד – דכיון שמתן שכרה בצידה, הרשות ביד הבית דין שלא לכופו – אלא דהכא לגבי בניו דחמירא, דבלא אמיד נמי כייפינן בדברים, באמיד כופין אותו ממש'. מבואר כי דין צדקה במזונות ילדים חמור יותר מדין צדקה לאחרים, ועל כן גם אם בצדקה לאחרים לא כופים, בצדקה לילדיו הקטנים כופין.

בהג' מרדכי קידושין רמז תקנה נשאל אם מחוייב האם לזון בתו החולה במצב סיעודית: 'הנה בת יעקב צועקת עליו שיפרנסנה כמשפט הבנות... והיא חולנית וגרע מקטנה כי אפילו פתה אין לה כח לחתוך מפני חוליה... נראה בעיני שאם הוא אמוד ויש לו במה לפרנסה כופין האב לפרנסה בצמצום אם אינה יכולה להרויח וגם יכופהו'. ורק מדיני הצדקה חייב את האב אם היו אמיד. הגם שמצבה גרע מקטנה מגיל שש. שכן כך גדר החיוב לזון קטנים בגיל, ולא גדולים

מכך הגם שהינם מוגבלים בהתנהלותם ויכולתיהם, ורק מדיני צדקה סבר שניתן לחייבו ועפ"י גדריה.

ברם בשו"ת מהרשד"ם ח"י סי' קסו חלק ע"כ, וסבר שאין כל זיקת שיעבוד וחובת צדקה על אב לזון בנו מעבר לגיל שהביא שערות, ואין לכוף אותו ע"כ: 'אושא לא התקינו אלא לבנים שהם מו' עד י"ג, ומכאן ואילך אפי' טעם תקנה אין בהם. ואם ירצה שלא לזון אותם רשאי, אפי' יש יכולת בידו, לא אמרינן ליה מדעם'.

בשו"ת משפטי עוזיאל אבה"ע תנינא עד סק"ד כתב דבהיות ובזמן הזה מחוייבים הנערים ללמוד עד גיל י"ד או ט"ו, חייב האב לזונם עד גיל זה, משום דאינם יכולים לדאוג לפרנסתם. ולכך כיוונה תקנת הרבנות הראשית. וכ"כ בשו"ת יחווה דעת ח"ג סי' עו הערה ג, עמ' רנז שהיום תקנת הרה"ר היא לזון הבנים עד גיל ט"ו.

בשו"ת ישכיל עבדי ח"ד אבה"ע טו ס"ד דן אם יש כח ביד בי"ד ורבני הקהילות לחייב את האב עבור פרנסת בניו כל זמן שהם צריכים לו עד גיל מסויים.

הג"ר שלמה שפירא בתיק 913242/1 כתב שישנו מנהג בגובה חיוב האב במזונות ילדיו הגדולים: 'הנוהג כיום לחייב שליש מזונות מגיל שמונה עשרה ועד עשרים ואחת לבנים ועד עשרים לבנות, מכיוון שבגיל זה הבן והבת אינם יכולים לעבוד לפרנסתם מחמת שירות צבאי/לאומי ולימוד בישיבה. ולפיכך יש לחייב האב בשליש מזונות מדין צדקה'. ברם יתר דייני ההרכב לא הכירו מנהג זה: 'המנהג אותו מציין אב"ד הגר"ש שפירא... אינו מוכר לי. המנהג הידוע לי... שלאחר גיל שמונה עשרה רק לאחר קבלת הסכמה מהאב, קובע בית הדין את חיובו של האב בשליש מסכום המזונות במסגרת הסכמי הגירושין. אבל ללא הסכמתו בתי הדין לא מחייבים כלל את האב. לעומת זאת עד גיל שמונה עשרה המנהג בבתי הדין לחייב את האב מבלי לבקש את הסכמתו'.

באגרו"מ יו"ד ח"א סי' קמג סבר שמדינא חייב האב לזון את בניו הגדולים עד שיוצאים להתפרנס בכח עצמם, כפי הנהוג במקום, כיון שזוהי חובת הבעל לזון את אמם כולל בני ביתה: 'ואף שהם גדולים כל זמן שאין הדרך שבנים כאלו ילכו להרויח לפרנס עצמן שיתחייב האב לזון גם אותם מדין מזונות אשתו, דלא גרעי מארחי ופרחי והם ארחי ופרחי קבועים שהאב קבעם אצלה ואינו יכול לומר שתהיה אכזרית ולא תתן להם מזונות. ולכן ברוב בני"א בזה"ז ובפרט במדינתנו שדרים כולם יחד חייב האב במזונות בניו ובנותיו אף

הגדולים מצד חיוב מזונות שלה עד שיהיו כפי הדרך שהולכים להרויח. ואם בני משפחתו או בני משפחתה אין הולכין להרויח עד נישואיהן אז מדין עולה עמו ואינה יורדת עמו חייב במזונותיהן כל הזמן שדרים עמהם יחד. וממילא אין יכול לזונם מכסף המעשר שהוא כחוב שאינו יכול לפרוע מהמעשר ודינא דהש"ך בזה"ז ובפרט במדינתנו הוא דוקא כשהן גדולים כ"כ שהדרך שילכו להרויח לפרנסתן בעצמן. אמנם, אם הבנים אינם סמוכים על שולחנה לא יהא האב חייב בכך.

הרב אלימלך בר שאול בשנתון שנה בשנה היכל שלמה, תשכ"ה בעמ' 164 סבר שיש לכופ את האב לקיום חיובו ללמד בנו אומנות, אף בבן גדול: 'עתה יש לברר אם החיובים להשיא וללמד אומנות הם בגדר חיוב שיש לכופו על האב לקיימו או שהם בגדר מצוה בעלמא ואין לכפותו עליה. והנה מלשון הברייתא שמונה חיובים אלה עם החיובים של תלמוד תורה ומילה ופדיון לא היה עולה על הדעת לחלק ביניהם ושכופין על אלה כמו על אלה', ובהמשך דבריו בעמ' 168 כתב: 'ונראה לומר שחיוב לימוד הבן אומנות אינו מצומצם רק לגבי קטן אלא זהו חיוב כללי המוטל על האב לגבי בנו ואפילו הגדיל הבן ועדיין אינו מפרנס את עצמו מאומנות או עסק עדיין לא נגמר החיוב של האב ללמדו אומנות'.

#### **יא. תקנת הרבנות הראשית**

בטבת שנת תש"ד תיקנה הרבנות הראשית לחייב את האב במזונות בנו עד גיל חמש-עשרה, ולאחר מכן היתה ישיבה של מועצת הרבנות הראשית בשנת תשל"ו שהרחיבה את התקנה עד גיל שמונה-עשרה. וצריך לדקדק אם יסוד התקנה הינה מדיני צדקה עם כל ההשלכות של משמעות זו, או שהינה חובה אישית שהטילו על האב.

זו לשון התקנה של הרבנות הראשית כפי ששוכפלה בסטנסיל והופצה בקרב רבני ישראל:

הרבנות הראשית לארץ - ישראל

ב"ה. פעה"ק ירושלים ת"ו

ת/8/3

לכבוד הרבנים הגאונים די בכל אתר ואתר שליט"א בארצנו הק'.

שלומכון יסגא מאוד!

'בהתאם לתפקיד הקדוש שהוטל עלינו מצאנו לנחוץ למען בנות ישראל וילדי ישראל, לאסוף את ברינו הרבנים הגאונים הגדולה, חברי מועצת הרבנות הראשית לאר"י וראשי הרבנים של תל אביב ויפה, חיפה ופתח תקוה שליט"א, לדון בצורך לתקן תקנות נחוצות, ואחרי עיון ומשא ומתן בהלכה, הוחלט פה אחד לקבוע שלש תקנות לכל ארץ ישראל:

(א) בשיעור הכתובה: ....

(ב) בדין מזונות היבמה: ...

(ג) בדין מזונות הבנים והבנות:

לפנים בישראל אעפ"י שמעצם הדין לא היו כופין את האב בממונו לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמננו לא איכשר דרא לצערנו וכפיה מוסרית אין כוחה יפה כלל וכלל. החוק הממשלתי אינו נותן סמכות לרבנות בעניין מזונות הילדים אפילו למטה משש, אלא שבתי המשפט הממשלתיים זקוקים בנידון לפסוק על פי דיני ישראל. ואירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב בכדי להכריח את אשתו לקבל ממנו גט ובתי המשפט הממשלתיים פטרו אותו על היסוד שהילדים היו למעלה משש. כשטענו מצד הילדים שבדיני ישראל כופין את האב מתורת צדקה אם הוא אמיד, באה התשובה שהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם טענה זו. וכדי בזיון וקצף. כל המתבונן בצדק ישפוט שהמצב דורש תקון מתאים. בימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש-עשרה, סכנות מוסריות גדולות צפויות להם (לבנות וגם לבנים) אם פרנסתם לא תהיה מובטחת על יסוד משפטי. אין צריך להאריך בדבר המובן לכל מי שעניו פקוחות על מצב ההווי לכתוב בכתובה שהבעל מתייב לזון את בניו ואת בנותיו שיולדו לו עד שיגיעו לגיל חמש-עשרה שנה לא היה מספיק אעפ"י שאין כאן ריעותא של מתחייב בדבר שאינו קצוב, מפני שמודה הרמב"ם בפוסק בשעת הנשואין הרי זה מתחייב לנולדים, ונחלקו בזה הפוסקים. ובפרט שמרן הב"י הכריע בשלילה ולא שייך כאן כל לגבי בריה שיעבודיה משעבד נפשיה. שעכ"פ זה לא נאמר אלא בעובר, אבל לא לגבי מי שאינו בעולם כלל, ולחדש, שמכ"מ כשמתחייב בשעת הנשואין הכל מודים, אין זה מפורש בפוסקים. ואפילו אם ננהיג לכתוב שהבעל מתחייב לנולדים, הנה גם בזה יהיה מי ישמצא מקום לפקפק, ואין רצוננו להאריך. ועל כל פנים הרי זה לא יועיל אלא על העתיד כשיתחילו לכתוב כך, אבל לא כלפי אלה שהתחתנו מכבר. ואם כן לא תקננו אלא לעתיד. כדי לצאת מכל המבוכות והסבוכים, יש לנו רק דרך אחת והיא לתקן תקנה כוללת שתחול על הכל, ולאחר שנקבעה תקנה זו עפ"י הרבנות-הראשית לארץ-ישראל ומועצתה המורחבת ועפ"י בתי הדין והרבנים המשמשים בקדש בקהלות (באשור הרבנות

הראשית) ובהסכמת הקהלות ע"י המועצות והועדים היא לתקנה זו כל תוקף ועוז כתקנות שו"ם, טוליטולא, ועד ד' ארצות וכו', ויהא זה דין ממש, ועל פיה יפסקו בתי הדין של ישראל בכל ארצנו הק', וממילא במקרה של סירוב יפסקו כך בתי המשפט של הממשלה, ותהא תקנה זו על העתיד ועל העבר עד שיקוים ואשיבה שופתיך כבראשונה וגו' בב"א. ואל יעלה על הדעת להטיל פקפוק בכח תקנתנו זו בנוגע להעבר על יסוד דברים הנאמרים בספר, „גחל יצחק" להגרי"א מקובנה ז"ל בקונטרס ספר תקנה ענף י"א, לפי שברור הוא שדברי הגאון ז"ל אינם שייכים אלא למקום שלא נתקנה שם התקנה אלא נשתרבה לשם ממקום אחר בתורת מנהג, אלא באותה המדינה ששם נקבעה התקנה עפ"י גדולי המדינה ובתי הדינים והקהלות ודאי שהיא זוקקת את הכל אפילו את אלה שהתברר לנו שלא ידעו מהתקנה כשהתחתנו לפני חלות התקנה.

ואמנם ח"ו שנדמה את עצמנו לרבותינו הגאונים נוחי נפש מתקני התקנות הנ"ל, זכותם יגן עלינו ועל כל ישראל, אבל יפתח בדורו כשמואל בדורו, ובכל דור ודור היו מתקנים תקנות כנגד עושי-עולה ולתקון העולם ולהעמיד במשפט ארץ, ולמה נגרע אנחנו כשהשעה צריכה לכך, ובפרט כשהתקנה הזאת תהא גם תקנת הקהלות? ואמנם בענין כח התקנות בכלל הרבה יש להאריך והכל ידוע לרבנים היושבים על מדין, ואחד מיוחד מגדולה המורים בדור שלפנינו ר' שלום מרדכי הכהן זצ"ל מברעזאן (בפולין) בקונטרס תקון-עולם בסוף ספרו „משפט שלום" על חשן משפט הרחיב הדבור בזה וכמעט שלא הניח דבר שלא בארו על פי העולה ממסקנותיו יוצא ברור כשמש שבנידון זה שהוא לתקון העולם ולמיגדר מילתא יפה כח בית-דין בצירוף הקהלות, ואין לחוש כלל וכלל למיעוט המוחה.

אי לזאת קבענו את התקנה הכללית הזאת לכל ארץ-ישראל, כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית-דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש-עשרה שנה. בענין החיוב שביד בית-דין להטיל מתורת צדקה כשהאב אמיד, אין אנו נוגעים כלל וכלל, בזה אין שום שינוי חל. ועתה הננו מסכמים את שלוש התקנות שנקבעו כנ"ל באסיפה הנ"ל עפ"י הרבנים הגאונים ועל פינו הח"מ:

א ...

ב ...

ג. כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית-דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד גיל של שש שנים, כך יהא מעתה ואילך כחם יפה לחייבו

חיוב האב והאם במזונות ילדיהם

בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש-עשרה שנה.

.....

### נשיאי הרבנות הראשית לארץ-ישראל

נאם: יצחק אייזיק הלוי הרצוג      נאם: בן ציון מאיר חי עוזיאל  
כ"א טבת תש"ד

התקנות שנתקבלו במועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ-ישראל והוסכמו מהרבנים והקהלות בארץ מקבלות תוקף משפטי בכח תורה"ק ככל תקנות שנעשות בישראל, והן חובה להתנהג ולדון על פיהם החל מר"ח אדר תש"ד.

נאם: יצחק אייזיק הלוי הרצוג      נאם: בן ציון מאיר חי עוזיאל

בפד"ר חלק יא עמ' 209 הובא, שבהרכב בי"ד בו ישבו מו"ר הרב יעקב נ. רוזנטל, הרב ע. הדאיה והרב ב. רקובר, סבר הגרי"נ רוזנטל שיש להגדיל ולהרחיב את התקופה שהאב זן את ילדיו מעבר לגיל חמש-עשרה שנקבע עד כה: 'זאת ועוד, האם לאור המצב המוסרי והכלכלי השורר בארץ, כעת בשנת תשל"ט, לא היה מקום לחשוב על שינוי התקנה משנת תש"ד, ולהגדיל גיל החיוב מ - ט"ו שנה ל - י"ח שנה, במיוחד לאור זה שבני נוער רבים מוזנחים מחוסר טיפול ומחוסר אדם אחראי על חיוב מזונותיהם, ומאדיך אם הבנים ממשיכים בלימודים, האם אין מן הראוי שהאב יחוייב בהוצאות החינוך והמזונות והטיפול בהם? ומה דינו של ילד נכה או חולה, האם יהיה זרוק לעזרת הציבור ואילו האב ינער חובתו ממנו. [ושמועות הגיעו לאזנינו כי בבי"ד הגדול לערעורים כבר מחייבים כעת עד גיל י"ח].'

מועצת הרבנות הראשית בישיבתה ביום ט תמוז תשלו דנו בהצעה זו, וכך נכתב בהחלטה: 'הוחלט פה אחד כדלהלן: בעקבות תקנת הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד בנשיאותם של הגאונים מרנן ורבנן מרי ארעא דישראל נוחי נפש הגרי"א הרצוג זצ"ל והגרבי"ץ מאיר חי עוזיאל זצ"ל שקבעו לחייב את האב במזונות ילדיו עד גיל 15 שנה, מאותם הנימוקים והטעמים שפורטו בתקנה הנ"ל כפי שהתפרסם בחוזר נשיאי הרה"ר מתאריך כ"ט טבת תש"ד. לאור הנסיבות המוסריות, החינוכיות והכלכליות בזמננו מחליטים להעלות את גיל חיוב האב למזונות ילדיו עד גיל 18 שנה.'

החלטה זו הועברה לרב עובדיה יוסף, שהיה הרב הראשי בזמנו ונעדר משיבה זו, ולא חתם עליה, וכך כתב בגילוי דעת בט"ו בתמוז תשל"ו: 'לדעתי תקנה כזאת צריכה להיות ע"י כל דייני ורבני ישראל וגדולי התורה, וכך נהגו רבותינו הגאונים נשיאי הרה"ר לישראל ונשיאי ביה"ד הגדול הרב"ץ עוזיאל זצ"ל והגאון הרי"א הרצוג זצ"ל בזמן שתיקנו התקנה לחייב במזונות הילדים עד גיל חמש עשרה. אחרת אין לתקנה כזאת שום תוקף לפי ההלכה'.

מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל בכהונתו כרב הראשי ונשיא בית הדין הגדול כתב בתקנות הדיון: 'ואח"כ תיקנו ברבנות הראשית.... להעלות הגיל עד שמונה עשרה'.

מעבר לתקנה זו, מצאנו שני מקורות לחייב את האב במזונות בנו עד גיל שמונה-עשרה, ואולי אף אחרי כן, כך שאיננו נדרשים לגדריה.

האגרו"מ יו"ד ח"א סי' קמג סבר שמדינא חייב האב לזון את בניו הגדולים עד שיוצאים להתפרנס בכח עצמם, ולא נזקק לתקנות נוספות בכדי לחייב את האב: 'ולכן נראה לע"ד ברור שהיכא שהאם דרה יחד עם בניה אף שהם יותר משש ברצון האב ואף שהם גדולים כל זמן שאין הדרך שבנים כאלו ילכו להרויח לפרנס עצמן שיתחייב האב לזון גם אותם מדין מזונות אשתו, דלא גרעי מארחי ופרחי והם ארחי ופרחי קבועים שהאב קבעם אצלה ואינו יכול לומר שתהיה אכזרית ולא תתן להם מזונות. ולכן ברוב בני"א בזה"ז ובפרט במדינתנו שדרים כולם יחד חייב האב במזונות בניו ובנותיו אף הגדולים מצד חיוב מזונות שלה עד שיהיו כפי הדרך שהולכים להרויח. ואם בני משפחתו או בני משפחתה אין הולכין להרויח עד נישואיהן אז מדין עולה עמו ואינה יורדת עמו חייב במזונותיהן כל הזמן שדרים עמהם יחד. וממילא אין יכול לזונם מכסף המעשר שהוא כחוב שאינו יכול לפרוע מהמעשר ודינא דהש"ך בזה"ז ובפרט במדינתנו הוא דוקא כשהן גדולים כ"כ שהדרך שילכו להרויח לפרנסתן בעצמן'.

העיר לי הרב יחיאל חיים פריימן שיש לחייב את האב עד גיל שמונה-עשרה מכח תקנת החוק: 'חוק המזונות שנוהג במדינת ישראל מחייב אב ואם בשווה במזונות ילדיהם ועד גיל שמונה-עשרה, אלא שהחוק מסייג וקובע (ביחס לכל פרטיו) שהוא חל רק על מי שאין לו חיובים מדיני מזונות על פי הדין האישי (היינו ביהודים – דין תורה)... אינו בא לחייב כל אדם במזונות קרוביו בכל מקרה שאין הוא מחויב בהם מכוח הדין האישי (היינו לענייננו – לחייב אם, כל אם, במזונות ילדיה)... מכאן שהפרשנות הסבירה היא שאם הנזקק

למזונות זכאי מכוח הדין האישי הרלוונטי למזונות מקרוב מסוים (לענייננו – בן, עד גיל 6 עכ"פ, מן האב) אין החוק מחייב את קרוביו האחרים (האם) לזונו – לא יחד עם אותו קרוב ואף לא כשאותו קרוב אינו יכול לזונו. אך אם אדם אינו זכאי למזונות מכוח הדין האישי החל עליו (אף שאינו חסר דת ויש דין אישי כזה), יכול שקרוביו החייבים מכוח החוק יתחייבו במזונותיו.

כיוון שהרה"ר תיקנה... וכן לעניין השאלה של חיוב מדין צדקה או חיוב ממוני גמור (עד גיל 15), לכאורה דעת הסוברים שהוא רק מדין צדקה אינה שלא ראוי לחייב אלא שאין לנו כוח לתקן חיוב ממוני גמור (לדעתם) – הרי זה בגדר "גם אנו היינו מתקנים כן", וכה"ג חיילא תקנת המלכות אף אי בלא"ה לא היינו אומרים דינא דמלכותא דינא, וממילא יש לדון שהחוק מחייב אף ע"פ ד"ת (ביחס לאב לפחות)!

### **יב. גדר התקנה מדין צדקה או כחיוב**

נפלה מחלוקת עוד בדור מתקני התקנה של הרבנות, בתוקף התקנה, אם היא כפופה לדיני צדקה ולפי הצורך לגבות מהאב, או שהינה חובה אישית שהטילו על האב, ככל חוב;

בפד"ר ח"ב בעמ' 92 כתבו הדיינים הרב א. גולדשמיט, הרב י. קולין, והרב ש. מזרחי: 'אשר לתקנת הרבנות הראשית לארץ - ישראל משנת תש"ד במזונות ילדים מאחרי שש עד חמש עשרה, לא מוזכר בה חיוב במקרה שיש לילד להתפרנס משלו, ואין לדון על פי תקנה יותר מהמפורש בה. בהקדמתם מסבירים כבוד הרבנים הראשיים לארץ - ישראל את הצורך בתקנה, נוסף לדין צדקה, כי סכנות גדולות צפויות להם אם פרנסתם לא תהיה מובטחת - וזה שייך רק באין לילד משלו, ולפי זה משמעותה של תקנה זו אינה מעין חיוב שלפני שש, אלא כפיה על החיוב הקיים מתקנת חכמים אחרי שש'. וכן כתבו חברי ביה"ד הגדול בפד"ר ח"ד עמ' 7 הרב ע. הדאיה, הרב י. הדס והרב אלישיב: 'גם לפי תקנת הרבנות הראשית, לחייב את האב לפרנס את ילדיו עד גיל חמש עשרה נראה שבמקרה ויש רכוש לילדים, אין חיוב על האב לפרנס אותם'. כלומר, הבינו שיסוד התקנה הינה מדיני הצדקה.

וטענתם צ"ב, שכן חיוב צדקה קאי ועומד גם בלא שהתכנסו ותיקנו תקנה זו, ומה הועילו חכמים בתקנתם, לשיטתם.

ברם מאידך גיסא, באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל עמ' קנ הובא פסק דין מאת הרבנים הראשיים הגרי"א הרצוג והגר בצמ"ח עוזיאל

מייסדי התקנה והגרא"מ וליקובסקי: 'אשר לגוף הענין טען בא - כח המערער, שעפ"י הדין מגיעות מזונות לבנות רק עד הגיל של שש שנים, וכל מה שפוסקים לטובתן של הבנות מגיל העולה על שש עד לגיל של חמש עשרה שנה, בהתאם לתקנת הרבנות הראשית לארץ - ישראל, הרי זה מטעם צדקה בלבד... אך לפי דעת ביה"ד הגדול טענה זו איננה מוצדקת בהחלט. כי מוטעת היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת, איפוא, ע"י ההקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים, שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים, אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו, שכל המונע עצמו או משתמט מזה, הרי הוא חוטא לגבי ילדיו והורס חיי המשפחה בישראל, ואסור לו לאב לנער את חצנו מחובה אבהית זאת ולהטילה על הצבור או על האם. נראה שהגדירו תקנתם כחיוב אישי, ולא מדיני הצדקה, ואזי יש לחייבו אף כשיש לבן מכבר. כן כתבו בפד"ר בתיק 618904/18 שלגדר תקנתם יש מעמד משפטי ולא כצדקה גרידא.

אמנם גם להבנה השניה שמובאת כאן, אפשר שלא חייבו את האב כשיש לבן אפשרות מזונות, שכן מטרת התקנה היתה דאגה לבן, ולא היטל ממוני על האב בכל מצב. שכן שהמניע לתקנה הינה מצוות צדקה, לא תיקונה במקום שאין צורך בו. ואף שמרן השו"ע באהע"ז בריש סי' עא פסק כמהר"ם מרוטנבורג שחייב האב גם אם יש לבן, אפשר שלא רצו מתקני התקנה לתקן דבר השנוי במחלוקת ראשוניים. ותיקנו רק במקום הצורך, כחיוב הפחות.

כן עולה מפד"ר חלק יג עמוד 8: 'כן יש לעיין, בזמננו, כאשר בתי הדין הרבניים בישראל מחייבים מזונות... עד גיל חמש עשרה שנה מכח תקנות הרבנות הראשית... האם התקנה היא מגדרי צדקה או לא. בפסקי דין שפורסמו בקובצי הפד"ר, יש דיעות שונות בזה. לא נכריע כעת בבירור שהתקנה היא בגדר צדקה, אבל עכ"פ יש ספק בזה, וכאשר יש ספק בתקנה, הדין הוא שמעמידים על דין תורה. וכן מבואר גם בשו"ת ציץ אליעזר חלק טז סי' מד סק"ה: 'וכשם שמעיקרא דדינא בחיוב האב לזון את בנו או את בתו... לא חייבו ולא תיקנו יותר ממה שהיה מחויב לפני כן מעיקרא דדינא בגיל קטנותם.'

וראה בשו"ת יביע אומר (ח"ח אבה"ע כב) שלאחר שהביא את החלוקת מחוקק שחיוב לזון גדול מגיל שש הינו מדיני צדקה, כתב שהוא חיוב מדינא עפ"י דיני צדקה: 'ולפ"ז בזמנינו שיש תקנה מהרבנות הראשית משנת התש"ד, שחייב

האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה", לא יוכל האב לפטור את עצמו בטענה זו. וע' להרה"ג ר' עובדיה הדאיה בשו"ת ישכיל עבדי ח"ד (אה"ע סי' טו) שהאריך לבסס תוקף תקנה זו להלכה ולמעשה. וראה עוד בתשובת הגרי"א הרצוג שם. וע"פ תקנה זו דנים ופוסקים מזונות כל בתי הדין בישראל... נמצא שהתקנה הנ"ל לא באה להפקיע תורת צדקה מהמשלמים מזונות לבניהם ובנותיהם כהלכת גוברין יהודאין, שעושים זאת ברצון טוב, וכרחם אב על בנים, אלא כוונת התקנה לכופ על אלה המתאכזרים על בניהם, ומשאירים אותם בעירום ובחוסר כל, ולחייבם לזון ולפרנס אותם כהלכה. ולכן אף בזמנינו אם יש לבן נכסים שאפשר לו להתפרנס מהם, אין מחייבים את האב לפרנסם... והגם שראיתי להגרבי"צ עוזיאל בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב אה"ע צב), שכתב, ולענין מזונות... יפה ונכון מאד כתב חברי הגאון מהרי"א הרצוג הרב הראשי לא"י, שלפי תקנת הרבנות הראשית, חייב האב במזונותיה, ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד, אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו, שאסור לו לאב לנער את חצניו מחובה אבהית זו ולהטילה על האם וכו'. ע"ש. ומשמע שהחיוב במזונות עד גיל ט"ו, היא כחיוב האב ממש במזונות בניו עד גיל שש. ולפי"ז אפי' יש לבנים נכסים חייב לזונם ולפרנסם. מ"מ נ"ל העיקר כהוראת בית הדין הגדול הנ"ל. הרי הבין שיש כאן תקנה מחייבת שבבסיסה עמדו הלכות צדקה, בניגוד לנזכר בדיון במועצת הרה"ר שהבאתי בסמוך.

לא התבאר באופן נחרץ בין הדיינים היושבים על מדין הגדרת התקנה, כפי שבא לידי ביטוי בשורת הדין חלק יד עמ' רז ובהערה. וכפי שהובא בהחלטת מועצת הרבנות הראשית לישראל מיי"ח בכסלו תשע"ו, שמשקפת את הספק שנותר בהבנת מהות התקנה:

מועצת הרבנות הראשית דנה בנושא חיוב האב במזונות ילדיו. הוזכר במועצה כי ההחלטה להגדיל את גיל חיוב האב במזונות ילדיו עד גיל שמונה-עשרה שנה, נתקבלה כבר בישיבת מועצת הרבנות הראשית מיום כ"א בסיון תש"מ, והמועצה אף החליטה בישיבתה מיום כ' במרחשוון תשמ"ו, כי חיוב המזונות על ההורים הוא עד גיל שמונה-עשרה שנה. אנו שבים ומדגישים שהחיוב על ההורים הוא עד גיל שמונה-עשרה שנה.

בנושא חיוב האב במזונות ילדיו לאחר גיל שש, ישנה מחלוקת גדולה בין דייני ישראל בעבר וכיום, האם החיוב הוא מצד התקנה או מדין צדקה. רוב הפוסקים וביניהם הגרי"ש אלישיב, הגר"ע יוסף והגר"מ אליהו, קבעו שהחיוב הוא מדין

צדקה. אולם היה כאלה ובהם הגר"א הרצוג והגר"צ עוזיאל, שקבעו שזו המשך התקנה.

היטיב לבטא דיון זה הרה"ג יעקב רוזנטל זצ"ל. הוא כתב שבסוגיא זו רבתא המבוכה בפסקי הדין, יש המחייבים את יישום התקנה מכוח הדין, ויש המחייבים את יישומה מדין צדקה.

עמדת מועצת הרבנות הראשית היא, שאין ראוי להכניס ראשונו בין ההרים הגבוהים שדנו בסוגיא העקרונית, האם התקנה מצד הדין או מדין צדקה, ועל כן שאלה זו נותרה בעינה, וכל דיון יכריע בעניין על פי שיקול דעתו.

לאחר דיון החליטה המועצה שהן אם החיוב מצד התקנה והן אם החיוב מצד צדקה, היות שתנאי החיים השתנו והמציאות כיום היא שגם האם נושאת בעול פרנסת הבית, על היושבים על מדין להוסיף לשיקול הדעת בפסיקת מזונות הילדים את היכולת הכלכלית של האם.

בנוסף, גם אם חיוב האב לזון את הילדים הוא מצד התקנה, חיוב זה הוא רק על הצרכים הקיומיים הבסיסיים, אבל חיובים נוספים שאינם בהגדרה זו, חלים מדין צדקה בלבד.

### **יג. אומדן גובה חיוב המזונות**

חיובו של האב לזון ילדיו בא לידי ביטוי בשני מצבים. בחיובו כלפי ילדיו שמעל גיל תקנת המזונות, ובחיובו כלפי ילדיו קטני קטנים, ויש לברר מה כלול בחיובו של האב.

השו"ע (אהע"ז עגו), פסק עפ"י הרמב"ם (אישות יג, י): 'בניו ובנותיו עד בני שש חייב ליתן להם כסות וכלי תשמיש ומדור, ואינו נותן להם כפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד'. אם כן השיעור של 'כפי צרכם' הוא השיעור המינימאלי, שיש להטיל על האב לזון ולביגוד. שיעור זה של אדם בינוני משתנה לפי התקופות והמקומות ויש לשומו לפי המקובל באותה העיר, כמו שכתב הרמב"ם שם והסמ"ג ל"ת פא, השו"ע שם סעי' א. דין חובת המדור והכסות זהה ותואם לדין המזונות, כמבואר בח"מ סק"ה: 'נראה דהוא הדין ביותר משש אם לא רצה לכסות גוערין בו ומכריזין עליו, דכסות ומזונות דין אחד להם, דשניהם צרכי הגוף הם, וכן אם הוא אמוד כופין אותו על הכסות כמו שכופין על המזון'. וכ"כ הבי"ש שם סק"ד. וראה ע"כ במנחת אברהם ח"ג בסי' ה.

בביאור פסק הרמב"ם והשו"ע שאינו נותן להם כפי עושרו אלא כפי צרכן בלבד, ביארו הח"מ והבי"ש שם, וז"ל הבי"ש סק"ה: 'כפי צרכן ולא לפי כבודו,

כי דוקא לאשתו נותנים משום דדרשינן מקרא דעולה עמו וחייב לכבדה אבל לבניו אינו צריך ליתן אלא כדי צרכן. משמעות הדברים שחיוב הבעל לאשתו הוא כפי מעמדו וכפי יכולתו, משא"כ לילדים אין הוא חייב לשלם רק צרכיהם ההכרחיים. אולם ניתן ללמוד מהפסיקה שנאמרה לגבי אשתו על גדר המזונות המינימאליים. שכן רמב"ם (אישות יב, י) באר מהו שיעור מזונות אדם בינוני: 'כמה מזונות פוסקין לאשה, פוסקין לה לחם שתי סעודות בכל יום סעודה בינונית של כל אדם', אא"כ בעלה עשיר, כמבואר בכתובות סד, ב, וכן כתבו תלמידי ר' יונה הובאו בשטמ"ק כתובות בדף סד, ב, וכן פסק הטור בסי' ע, השולחן ערוך שם סעי' ג והגר"א חו"מ סי' צז ס"ק עא.

הרמב"ם והשו"ע הזכירו אמנם את ההבדל בין אשתו לילדיו בדין כסות ומדור, אך לגבי מזונות, לא כתבו במפורש שיעור חיובו. ובח"מ סי' ע"א סק"א העיר על כך: 'ולא נתבאר אם די שנותן להם מזונות כל דהו או שצריך לזון אותם כשם שהוא זן את אשתו והם עולים עמה'. כן היה פשוט לב"ש שם סק"ה: 'ואין זנין אותם לפי עשרו כמו שכתוב בסימן ע"ג סי' לענין כסות'. והדברים מפורשים בשו"ת הרשב"ש סי' תקב: 'ולענין פסיקת מזונות הבת כפי מה שצריכה ולא כפי עושרו, יפה דנת, וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות אישות וכן היא בספר אבן העזר וכן הסכים הרב בעל מגיד משנה ז"ל, דדוקא באשתו הוא דאמרינן עולה עמו ואינה יורדת'.

(להבדיל מדין השו"ע בסי' קיב ע"פ הירושלמי שמזון הבנות לאחר מיתת אביהן הוא לפי עשרו וכבודו של האב. שכן כל תקנה עפ"י גדריה).

יש לציין שאף למ"ד שחובת המזונות של הילדים הינה מכח חיובו לאימם, יהא חייב להם כפי שהתחייב לה. אך במציאות שאינו חייב במזונות אשתו, לא יתחייב יותר מכדי שיעור אדם בינוני אף שהוא אמיד.

הדברים אמורים הן לגבי מזונות והן לגבי כסות ומדור, אלא ששיעור המזונות אחד הוא בכל האנשים הבינוניים, ואילו שיעור הכסות משתנה ומחויב בו האב לפי הפחות שבבינוניים וכן נראה ביחס למדור. משמעות הדבר היא שגם עני שבישראל, מחויב לזון את בניו כפי השיעור שמחויב בו אדם בינוני, כי בפחות מזה הרי הוא מרעיבן, כפי שבארה הגמ' בעירובין פג, ב: 'פחות מכאן, מקולקל במעיו'.

### **יד. הוצאות פעילויות עודפות**

ישנם הרבה מנהגי מותרות כחוגים ובילויים שנהוגים בבתי ישראל רבים, וצ"ע אילו מהם בכלל מנהגי אדם בינוני, ואילו מותרות, שאין לחייב את האב בהם, אף לא מדין צדקה, אא"כ בהסכמתו המליאה.

האב אמנם חייב בחינוך בנו וללמדו אומנות. וראה בפד"ר כרך יג, עמ' 3; כרך ב, עמ' 298 שבכלל חיוב זה יש לאב לחנך 'למידות טובות שבין אדם לחברו ולישובו של עולם'. ועל כן יש לחייבו במלוא הסכום של חינוך הנהוג בקרב קהילתו. אך אינו חייב בהוצאות של חינוך מועשר, הגם שוודאי יהיה לתועלת הקטין, כיון שגדר חיובו הוא לספק צרכים של 'אדם בינוני'.

חוג נגינה או יצירה ומחול יכול להוות אמנם מקור פרנסה בעתיד, אך ביסודו הינו חוג שנועד להעשרת נפשו/ה של הילד/ה, ולפתח את מכלול כישוריו/ה ולתת מענה לרחשי נפשו/ה. ברם, שיעורי עזר והעשרה בשפה נוספת או במדעים, יכולים להחשב כחלק מחינוכו/ה ולימוד אומנות, ואפשר שנעשה מהלך זה בכדי להגיע לייעדים החורגים מהתנהלות אדם בינוני. הנושא לא נדון כ"כ בפד"ר עקב חוסר הסמכות החוקית שלהם להכריע בדבר, כפי שאמר לי הגר"ש שטסמן, ויש א"כ לדון בדבר.

בכדי להשיב לשאלה זו, נראה לי, שיש לבחון אם מטרת ההוצאה הממונית היתה לאזן את הילד/ה או לקדם אותו. כלומר, אם המניע לחוג ולשיעור העזר היה בכדי לעמוד במשימות הכיתתיות, או שמבקש ההורה לתת ל/ה כלים מעבר לכך. האם הילד/ה מתקשה בפעילות ובמעורבות החברתית ולשם כך נשלח/ה לטיפול, או שמבקשים לתת ל/ה חוויות נוספות. האב חייב לתת מענה למצוקה של ילדיו, ולדאוג שיוכלו להתחנך כממוצע של ילדי האיזור בו מצויים, ויתר מכך, אין לחייב את האב, אא"כ בהסכמה. ואכתי יש לעיין אם יחוייב בתשלום עבור שיעור תורה נוסף מהמקובל, הגם שחורג ממנהגי אדם בינוני, כיון שהוא בכלל חיוב האב בת"ת בנו. או נימא שגם לכך יש גבול וקיצבה.

### **טו. תשלום למוסדות לימוד מכספי מעשר**

לאור כל הנ"ל יש לדון האם האב רשאי לזון ילדיו מכספי צדקה. שכן הט"ז ביו"ד רמט סק"א פסק: 'וכ"ש לפרוע בהם מסים דאסור', ואם חיובו של האב הוא מדינא, אינו יכול לשלם את חובתו מכספי מעשרות.

בשו"ת באר שבע סי' מא דן בכך, וכתב: 'הא דאמרינן עושה צדקה בכל עת זה הזן בניו ובנותיו כשהם קטנים דמייירי דוקא שאינו חייב במזונותיהם משום דלא מיקרי צדקה, אלא דוקא כשאדם עושה דבר שאינו חייב חוב גמור, בלאו הכי. ולפיכך הזן בניו ובנותיו כשהם פחותים משש שנים לא מיקרי צדקה כיון שהוא חייב לזונם וכייפינן ליה לזונם, מה שאין הדין כן אם הם יתרים על שש שנים דלא כפינן ליה... והשתא זכינן לדין שאינו רשאי להוציא מעות המעשר בלימוד בניו, כיון שהוא חייב חוב גמור שילמד לבנו תורה או לשכור מלמד לבנו ללמדו תורה שנאמר ולמדתם אותם את בניכם'. הביאו הציץ אליעזר ח"ט סי' א פ"ה.

### טז. סיכום

- א. האם פטורה מהיטל חובת המזונות, פרט למצב שישנה נבצרות של האב, ונחלקו מהו יסוד חיובה (או שתשליך הבן לקהל שיפרנסוהו). אישה המתפרנסת בעצמה, מחוייבת מדין צדקה בנטל הכלכלה של הילדים, באם האב אינו יכול לזון, ולדעת הבית מאיר ודעימיה כשגם לקרובי האב אין יכולת השתכרות המאפשרת לזון. הגר"ש ישראלי והגר"א שפירא סברו שיש לחייב את האם בשותפות עם האב, כשהם אמידים, בחיובים שמיסודם הינם מדיני צדקה (מעל גיל שש, ועד אז בהעדר אב וקרוביו). אפשר, שאם הילדים מצויים אצל האם, היא מצווה לא להתאכזר עליהם ולתת להם את המחוייב מדין צדקה כשהיא אמידה, ונחשב שיש לילדים מכבר, ואין האב מצווה אלא להשתתף עימה בכך. ברם אם מצויים בפנמיה או משפחה אומנת וכדו', אזי נטל הצדקה מוטל על האב בלבד.
- ב. האב חייב במזונות ילדיו הקטנים מגיל שש, מדינא, בלא הבחנה במעמדו הכלכלית וביכולותיו. יש שהבינו שחובה זו מדאורייתא ויש שסברו שחובה זו מדרבנן היא. כיון שזו חובה אישית של האב, הינו מחוייב בה אף שיש לילדים נכסים משלהם, או מימון מגורם אחר, ואינו יכול לשלם חובתו זו מכספי מעשר. יש שהבינו כי יש לאב חובה ישירה לבנו, ויש שהבינו כי חובת האב נובעת מכח חיובו לאשתו.
- ג. האב חייב במזונות ילדיו הקטנים מגיל שש עד גיל המצוות, מדין הצדקה. ואם הוא אמיד, אף כופין אותו ומוציאין ממנו את מזונותיהם. במקרה שיש לילדים אלו נכסים משלהם או סידור ביחס למזונותם או מדור לגור, אין להטיל על האב חיוב על כך. וכן אם ברור

- שגבייה של מלוא המזונות תגרום לקריסה של האב, יש לקבוע לו מזונות בהתאם ליכולת שלו לקיים מצוותו.
- ד. האב חייב במזונות ילדיו מגיל מצוות על גיל שמונה עשרה, אם אין לילדים אפשרות מחיה משלהם, מכח תקנת הרבנות הראשית, המבוססת על דין צדקה. ויש שהבינו שחייב מדינא.
- ה. ילדים גדולים מכך שלא יכולים להתפרנס מכח עצמם, יש לאב להקדים וליתן להם צדקה ולהעדיפם על פני שאר צדקות.
- ו. דינים אלו עומדים בעינם ללא קשר למצבה הפיננסי של האם/ גרושתו.
- ז. במציאות שהמשמורת משותפת בשווה, יש להפחית מחיובי האב בהתאם לנטל שהוא נושא בעצמו באחזקת הילדים.
- ח. חיובו של האב במזונות הינו כשער המצוי שצורך ועולה לאדם בינוני בקהילתו מאכל, לבוש, בריאות (שאינו בסל הבריאות), חינוך (כולל שיעור פרטי לילד המתקשה, שאינו רק העשרה) ומדור. על יתר צרכי הילדים כקייטנות, חוגים, בילויים, טיפולים רפואיים שאינם הכרחיים (שלא כולם מבצעים אותם) – אינם כלולים בכלל ה'מזונות', ואין האב חייב לממן זאת, אלא בהסכמה. אמנם, יש שסברו לחייב את שני ההורים כאחת לפי יכולת ההשתכרות שלהם.

**הרב אריאל בראלי**

ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

## **פסק דין בענין מתווך<sup>1</sup>**

**עובדות (מוסכמות)**

### **רקע**

התובע פנה לנתבע על מנת למצוא קונה לדירתו באופקים. בחוזה מכירה שנערך עם הקונה בתאריך 16/10/15 נרשם בחוזה כי הדירה היא בת 3 חדרים במחיר של 360000 ש"ח. שולם 10% במעמד חתימת החוזה ולמתווך סך של 11700 ש"ח על ידי המוכר והקונה. בחוזה סעיף 15 נכתב כי במקרה של מחלוקת יכריע בדבר בורר מוסכם של בית הדין של רבני הקריות באשדוד. לאחר מעשה נודע לקונה כי הדירה היא בת שני חדרים בלבד הוא דרש את ביטול החוזה. בית הדין הישר והטוב באשדוד החליט בתאריך ד' כסלו תשע"ו לבטל את החוזה. התביעה הנוכחית עוסקת בדמי התיווך ששולמו לנתבע.

### **טענות התובע**

אני תובע את דמי התיווך ששילמתי מכיוון שהמתווך לא קיים את המוטל עליו, ומשום שלא ביקר בנכס ואף פרסם מודעה שגויה על דירה עם שלושה חדרים אשר גרמה לביטול העסקה. דמי התיווך מותנים בכך שיהיה חוזה תקין שיאושר על ידי בית הדין לממונות באשדוד. מאחר והחוזה בוטל בגלל ההטעיה הזו על ידי בית הדין באשדוד הרי המתווך לא זכאי לתשלום כלל.

התביעה היא על סך 11,700 ש"ח ששולמו על ידי למתווך.

### **טענות הטוען הרבני בשם הנתבע**

בית הדין באשדוד טעה היות והחתימה על החוזה מחייבת והן הקונה והן המוכר היו מודעים לנאמר בחוזה. בייחוד שהבן של הקונה ראה את הדירה וממילא הקונה קיבל על עצמו את הדירה כפי שהיא. על אף שבית הדין באשדוד פסק שהחוזה מבוטל אין בבוררות פרטית למנוע מהמתווך את שכרו, הוא מבחינתו הביא את הצדדים לחתימה על חוזה.

---

<sup>1</sup> פסקי הדין דלהלן הם מבית הדין לדיני ממונות שע"י ישיבת ההסדר בשדרות. שמות בעלי הדין – שונו. פסקי הדין ניתנו ע"י הרכבים של שלשה דיינים.

בנוסף, מתוך עיון בפרוטוקול של הדיון באשדוד מתברר כי התובע עצמו רצה לקיים את החוזה ואף טען שהטעות אינה משמעותית כי ישנו חדרון שניתן לשפץ אותו לחדר ממש. עוד יותר מכך מי שאשם בכל ביטול החוזה הוא התובע בעצמו שהטעה את המתווך ונתן לו להבין שמדובר בדירת שלושה חדרים.

## **בירור הדין**

### **א. מקח טעות בחוזה המכירה**

בית הדין אינו רואה צורך להכנס לדיון בשאלה של מקח טעות בחוזה שנחתם, מכיוון ששאלה זו כבר הוכרעה על ידי בית הדין באשדוד ובית דין אחר בית דין לא דייקי (ב"ב קלח, ב). עוד יותר מכך גם אם בית הדין היה מאמץ את טענת הנתבע שאין זה מקח טעות והמכירה אמורה להיות תקפה עדיין נכתב בחוזה סעיף 15 כי במקרה של מחלוקת יכריע בדבר בורר מוסכם של בית הדין של רבני הקריות באשדוד. סעיף זה הוא חלק מהחוזה ומשכך אין מקום לטענה שהמתווך ביצע את עבודתו ופסיקת בית הדין באשדוד אינה מחייבת אותו. כי התנאי לשכר תיווך הוא חוזה תקף (חוק המתווכים סעיף 14 א, 3) ומאחר והחלטת בית הדין באשדוד גורסת כי החוזה בטל, ממילא המתווך לא זכאי לתשלום.

### **ב. הטעיית המתווך**

ביחס לטענה כי התובע עצמו אשם בביטול החוזה משום שהטעה את המתווך ולכן עליו לשלם את שכר התיווך. בית הדין לא מצא סימוכין לטענה זו הן בפרוטוקול והן בטענות שהועלו בדיון אין בהם משום הודאת בעל דין. על אף שבפרוטוקול מוצגת מצד התובע עמדה שמנסה להמעיט בחשיבות של חסרון החדר ולטעון ששני חדרים וחצי יכולים להיות גם שלושה באמצעות שיפוץ, (אך אין בדברים אלו משום הודאה להטעיית המתווך. ואף ההסכם המוצג בפני בית הדין בין המתווך לתובע אין בו כדי לבסס את טענת ההטעיה.

לסיכום הנתבע לא ביסס את טענתו לכך שהוא הוטעה על ידי התובע ולכן יש לדחות גם טענה זו.

## **החלטה**

הנתבע ישלם בתוך שלושים יום 11,700 ש"ח לתובע.

## פסק דין בענין שכירות

### טענות התובע

יש לי דירה בדימונה המיועדת להשכרה. הנתבע ראה את הדירה לפני חתימת החוזה. חתמנו חוזה ביום חמישי 22 ספטמבר 2016 וביום זה השוכר קיבל את המפתח. סוכם שהתשלום בסך של 1750 ש"ח ינתן לי בתאריך 10 לחודש כל חודש מחודשי השכירות.

מספר ימים לאחר חתימת החוזה (קודם שהחלה תקופת השכירות המפורשת בחוזה) השוכרים הודיעו לי טלפונית שהם חוזרים בהם. לשאלתי האם הם רוצים שאתקן דברים מסויימים השיבו לי שאינם מעוניינים בשכירות. שאלתי את הנתבע האם הוא מעוניין שאמצא שוכר אחר והוא השיב בחיוב. עד היום לא נמצא שוכר אחר.

אני תובע דמי שכירות למשך כל השנה כפי שהוסכם בחוזה דהיינו 12 חודשים כאשר כל חודש הוא 1750 ש"ח. ובנוסף 1000 ש"ח על המאמץ והזמן שהושקע מצדי. סך כל התביעה 22,000 ש"ח.

### טענות הנתבע

אכן הגעתי לדירה עוד קודם חתימת החוזה אך היה זה בלילה כאשר הדירה היתה חשוכה למעט מנורה אחת בחדר השירותים, ולא הצלחנו לראות היטב את הבית. ביקור זה בדירה היה מתוך לחץ שלא נפסיד ולא יהיה לנו היכן לגור, אך כשהגענו לאחר חתימת החוזה ראינו פגמים משמעותיים יותר והדירה לא מצאה חן בעיני אשתי ולכן בקשנו לחזור ממה שסוכם.

עוד לפני חתימת החוזה דיברתי עם התובע על פגמים בדירה וסוכם שהוא יתקן אותם. ציפיתי שהם יתקנו מידית וזה לא קרה.

מאז הביטול, לא היה לי פנאי להתעסק במציאת שוכר אחר ובייחוד שעל פי הידוע לי יש תמיד אפשרות של ביטול שכירות ע"י הודעה של חודשיים מראש.

מחמת הפגמים שהזכרתי וכמו כן הדירה לא מוצאת חן בעיני אשתי, לכן אני מבקש לבטל את הסכם השכירות. אני מוכן לפצות את התובע סך של חודש שכירות 500 ש"ח על הטרחה, סך הכול 2250 ש"ח.

### מסמכים

שני הצדדים חתמו על חוזה השכירות שהוצג בפני בית הדין.

## פסק הדין

א. על פי ההלכה מכיון שיש לפנינו שטר חתום ע"י שני הצדדים, יש לראות בו כשטר קנין המועיל בשכירות קרקע כמבואר בשו"ע (חו"מ קצה ס"ט) וליצירת שעבוד ממוני (חו"מ מ ס"א). לכן בית הדין יוצא מנקודת מוצא שהתחייבות לשכירות חלה עם חתימת החוזה.<sup>2</sup>

ב. לגבי טענת הנתבע שהוא חוזר בו בגלל הפגמים. התרשמות בית הדין היא שהפגמים שהוזכרו ע"י השוכר אין בהם כדי לבטל את החוזה בסיבת "מקח טעות", שכן לא מדובר בפגמים משמעותיים, והם ברי תיקון והמשכיר מסכים לתקנם.

ולגבי טענת השוכר שקודם חתימת החוזה לא ראה את הבית היטב, כמו כן חוסר הניחותא של אשתו אינם מהווים סיבה לבטל את החוזה, שהרי חתימת החוזה היתה בלא אונס מרצונו החופשי והיה עליו לשקול את משמעות הענין על כל היבטיו.

ג. ע"פ מה שנתבאר שיש שעבוד לכל האמור בחוזה כבר מזמן חתימתו, הרי לפי האמור בחוזה שלפנינו סעיף טו ב: "אם השוכר מפר את התחייבויותיו בקשר למועד תשלום דמי השכירות, יוכל המשכיר לדרוש את פינוי הדירה... כמו כן הוא יוכל לדרוש מהשוכר שישלם תוך ז' ימים את מלוא דמי השכירות עד סוף התקופה, והשוכר מתחייב לשלם זאת." הרי שמפורש שהענין תלוי ברצון המשכיר ואם רצונו לדרוש תשלום, הרשות בידו. כיון שבנדון דידן המשכיר דורש זאת על השוכר מוטל לשלם לפי מה שנקבע בין הצדדים.

---

<sup>2</sup> אמנם יש לעיין במשמעות חתימת החוזה לאור זאת שהחזרה ממנו היתה עוד בטרם נכנס הנתבע לבית. לפי האמור בחוזה זכות השוכר בבית היא רק מיום 1 לאוקטובר 2016 והנתבע חזר בו מחוזה זה עוד קודם לחלות זכותו בבית. לכאורה נדון זה דומה למה שמצאנו בקנין 'לאחר זמן' שיש אפשרות לכ"א מהצדדים לחזור בו ודם חלות הקנין בפועל (קדושין נט, א, אבה"ע מ, א).

אך בנדון שלפנינו נראה שלא קיימת אפשרות כזו, שכן כתוב בחוזה בסעיף יט: "הכל נעשה בקנין אגב סודר בהודאה גמורה ובלב שלם וביישוב הדעת ומרצונם החופשי של הצדדים ... וכל ההבטחות וההסכמות קיבלו הצדדים על עצמם בהתחייבות גמורה מעכשיו ובאופן היותר מועיל ...". הרי שמיום חתימת החוזה (22 לספטמבר 2016 כמפורש בחוזה עצמו) נעשו הצדדים משועבדים לכל האמור בחוזה עוד קודם הזכות בפועל בבית. וכן בספר נתיבות המשפט סימן ריא ס"ק ה כתב במפורש שאין יכול לחזור בו.

ד. טענת השוכר שניתן לבטל את השכירות ע"י הודעה מוקדמת אינה מקובלת בנדון שלפנינו, שכן בחוזה שנחתם בין הצדדים לא הוזכרה אפשרות כזו. מלבד זאת, מה שלטענתו מנהג מדינה לתת תוקף להודעה מוקדמת בתוך זמן שכירות, זהו רק כאשר השוכר מעמיד במקומו שוכר אחר בעל נתונים דומים. אמנם בחוזה שלפנינו לא הוזכר במפורש אפשרות העמדת שוכר חילופי, אך גם לא הוזכר אחרת, לכן נראה שיש לילך אחר המקובל בענין זה והוא שאם השוכר ימצא שוכר חילופי במקומו בעל נתונים דומים, הרי השוכר פטור מלשלם את דמי השכירות מיום שהשוכר השני נכנס לדירה. גם מתוך דברי התובע בבית דין עלה שמקובל עליו פתרון השוכר החילופי.

ה. כיון שיש תוקף להסכם שנעשה בין הצדדים, כשם שיש לשוכר מחויבות לשלם כך גם יש לו זכות מגורים בדירה. גם אם הוא מחליט שלא לגור בדירה אין זה מפחית את תשלום השכירות. (עיין קצה"ח שטז סק"א).

ו. ביחס לטענת המשכיר על תשלום 1000 ש"ח בגין המאמץ הטורח והפסד הזמן. מכיון שהחוזה תקף נמצא שלא טרח המשכיר בחינם. גם אם היתה כאן טרחא יותר מהרגיל לא ניתן לתבוע על כך כל עוד שלא פורש בחוזה ענין זה.<sup>3</sup>

### החלטה

א. הנתבע ישלם את דמי השכירות בכל עשירי לחודש (לועזי) לפי ערך של 1750 ש"ח.

ב. התשלום הראשון הכולל חודשיים (אוקטובר נובמבר) על סך 3500 ש"ח יתבצע עד לתאריך יב טבת התשע"ז (10 לינואר 2017).

ג. במידה וימצא שוכר ראוי במהלך חודש דצמבר 2016 הנתבע ימשיך לשלם עד לכניסת השוכר החדש 58 ש"ח על כל יום.

---

<sup>3</sup> אע"פ שבחוזה סעיף טו א' הוזכר עניין פיצוי על הפרת החוזה אך לא נתפרש בחוזה מהו הפיצוי ובאלו נסיבות הוא יינתן, ונראה שהצדדים בחרו להתעלם מסעיף זה.

## בית שנבנה שלא במקומו

### עובדות מוסכמות

בכח בשבט תשע"ז חתמו בעלי הדין חוזה עבור בניית בית בגודל של מאה ושמונים מטר ביישוב. לאחר התקדמות העבודה במשך שבעה שבועות בהם הקבלן חפר יסודות, יצק רצפה, בנה קירות לבית והכין את הגג, התובע גילה שהבית לא ממוקם במקום בו הוא היה אמור להיות. הבית לא חרג מקווי הבניה אלא המיקום שלו קרוב יותר לשביל המזרחי כך שהגינה התקצרה בארבעה מטרים והשטח הזה עבר לאחורי הבית. התביעה היא להריסת המבנה ולבניה מחודשת על פי התוכנית המקורית.

### טענות התובע

אני מתכנן גינות והדבר הכי חשוב לי בבית זו הגינה. הדגשתי זאת לקבלן ואף נפגשנו במקרה שבו היתה טעות דומה ואמרתי לקבלן אצלי זה לא יקרה. בונים בית פעם אחת בחיים ומבחינתי הטעות הזו היא קריטית. המחשבה היתה שיושבים בסלון וישנו מרחב גדול לפני הבית של גינון וכעת השטח התקטן. במקום שנים עשר מטרים ישנם רק שמונה מטרים. החצר מאחורה לא נותנת מענה לצורך הזה של חזית הבית. בחוזה הדברים ברורים לכן יש להחזיר את המצב לקדמותו בייחוד שהקבלן מודה שהוא טעה.

### טענות הנתבע

אני לוקח אחריות על הטעות וברור לי שאני צריך לפצות את התובע אך לא ברור לי שהדרך היחידה היא הריסה. כי עלות ההריסה והבניה מחדש נאמדת בסכום עצום של 350,000 ש"ח. כמו כן אם נהרוס את הבית יגרם לי נזק תדמיתי גדול כי מדובר בבית קבע ראשון ביישוב. הנזק הכלכלי והתדמיתי שיגרם לי הוא גדול מדי.

### פסק דין ביניים

בתאריך כח בניסן תשע"ז הוציא ביה"ד פסק דין ביניים הקובע כי התביעה נדחית ואין חובה להרוס את המבנה. כמו כן ביקש ביה"ד מהתובע לעדכן את התביעה עקב ההחלטה שהבית יישאר במקומו.

## עדכון התביעה

- התובע שלח מסמך שבו פורטו סעיפי התביעה המעודכנת והיא נשלחה לנתבע.
- המסמך כולל את התביעות הבאות:
1. הרחבת חדר השינה בשני מטרים לכיוון מערב כדי לאפשר פתיחת פתח משמעותי לגינה החדשה שנוצרה אחרי הבית.
  2. בניית פרגולה פתוחה ליד חדר השינה שתשמש כ'מרפסת סוכה' במקום הפרגולה המתוכננת בחזית.
  3. בניית גדר חומת בטון בצד המזרחי לאורך השטח המשיק לכביש הראשי.
  4. תשלום עבור קבלת היתר חדש כולל האגרות ועבודת האדריכלות. (האדריכלית הנוכחית מבקשת על כך 25,000 ש"ח + מע"מ).
  5. פיצוי על עוגמת נפש על סך 135000 ש"ח.

## בירור הדין

### 1. הריסת המבנה

בית הדין החליט כי הטענה על שינוי המיקום של הבית אינה מהווה עילה לדין מקח טעות<sup>4</sup> כי מתבוננים על כל העסקה יחד. ובייחוד שאין בשינוי המיקום משום ירידת ערך של הבית.

יש לבחון את הפגם ביחס לכלל העסקה המדוברת שהיא בניית בית בשווי מליון שקל. טעות זו המקטינה את הגינה בארבעה מטרים ומשאירה גינה של שמונה מטרים מתוך שנים עשר אינה יכולה להחשב כתנאי יסודי הגורם לביטול החוזה כולו, ובייחוד שבחוזה לא מוזכרת ההקפדה המיוחדת של התובע על הגינה.

סמך לדבר יש בפסיקת הרמ"א:<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> הבהרה - התובע אינו חפץ בביטול החוזה, הוא מעוניין באכיפתו על פי המיקום המוסכם. לכן דין מקח טעות הנוכח בפסק הדין מתייחס רק להקשר של קבלת המוצר דהיינו מאחר והחוזה תקף יש לדון האם המבנה במיקומו החדש הוא מוצר אחר לגמרי ממה שסוכם בחוזה.

<sup>5</sup> יש להזכיר גם את הדין הבא בסי' רלב סעיף ה: ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתיים וקלקלו קצת מקומות ועשו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן.

מכר לו בשר בחזקה שהוא מין איל מסורס, ונמצא שאינו מסורס, המקח קיים ומחזיר לו אונאתו; אלא אם כן ידוע שהלוקח אסטניס שאינו אוכל כלל בשר איל שאינו מסורס. (חו"מ רלג).<sup>6</sup>

וביאר זאת חת"ם סופר וזה לשונו:

אע"כ מוכח שאין שום קפידה לאכילה בזה והמקפיד ממש בטילה דעתו ומסתיין למיהב ל"י ביני וביני אבל לבטל מקח-לא, כמו יפות ונמצא יפות. (ביצה ז, א).

דהיינו, ישנם טעויות שניתן לדרוש עבורם פיצוי אך אין בהם לבטל את המקח.

וכן כתב בשו"ת הר צבי:

ומ"מ בההיא דפסחים שאנו דנין לענין מקח טעות יש הרבה דברים שבודאי לא נחא ליה, ומ"מ אין חסרונו המקח. ועיין ביצה (דף ז ע"א) ההוא דא"ל ביעי דפחיא למאן, יהבו ליה ביעי דשחוטא וכו' למאי נ"מ למיתבא ליה ביני וביני, ופרש"י ואי בעי להו לאכילה אין המקח בטל דהא בני אכילה נינהו וכו', הרי דאע"פ דגלי דעתיה בהדיא דקפיד על ביעי דפחיא אין בקפידא זו כדי לבטל המקח אם צריך להם לאכילה, וכן נאמר בההיא דפסחים דאע"ג דשכרו בחזקת בדוק אין זה אומדנא לבטל המקח אף דמסתמא רווחא דממונא נח"ל טפי. (או"ח ב סי' לג).

אולם כתב הרמ"א שאם הקונה ידוע כאיסטניס הרי כלפיו הוי מקח טעות ולאור זאת היה מקום לומר שאף במקרה הנדון יש להתחשב בכך שהתובע מתפרנס מגינון ומקפיד על כך. וממילא היה מקום לטענה כי כלפי התובע דן הוי מום יסודי וביטול מקח, אך אין טענה זו מתקבלת משתי סיבות. הרמ"א מדבר על איסטניס שאין לו מה לעשות עם בשר של איל שאינו מסורס ולא כך הם פני הדברים במקרה דנן. ובנוסף כבר הובא לעיל שביחס לכלל העסקה של בניית הבית כולו, צמצום הגינה אינו נחשב לביטול מקח.

---

ועל כך הרמ"א מוסיף: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם; וכן מחלוקת ט"ז יורה דעה סימן רלו, יג ושי"ך חו"מ סימן כא, ג.

<sup>6</sup> להרחבה ע"י הרב צבי בן יעקב משפטיך ליעקב חלק ב, יח.

בהקשר זה, יש להביא אף את דברי הרב קוק בספרו אורח משפט אשר כתב שבמקרה ולדעת הדיינים העמידה על הדין תגרום לחריגה מהצדק יש סמכות מכוח שטר הבוררות לכפות פשרה המשקפת את הצדק, ולא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דבריהם על עיקר הדין (ב"מ ל,ב). וזה לשונו :

כוונת "בין לדין בין לפשרה", היא שידונו הדיינים על שני האופנים, דהיינו שיבררו להם דרך הדין, ויראו אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב הענין, אז ישאירו הדין, ואם יראה להם שלערך הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם, אז יעשו פשרה. (חוי"מ סימן א).

## 2. תשלומי נזק ופיצוי

ההחלטה על המשך הבניה במקום החדש מחייבת את הקבלן (אשר בחר בדרך זו) לשלם את כל ההוצאות הנדרשות על פי החוק לאישור המבנה, כולל אגרות ותשלום לאדריכל על תוכנית חדשות. ההצעה שהונחה בפני בית הדין לסעיף זה היא 25000 ש"ח לפני מע"מ לא כולל תשלום אגרות, אין זה מחייב את הקבלן ולזכותו עומדת האפשרות להגיש הצעת מחיר אחרת, אך הזמן המוקצב לכך הוא שלושים יום.

לגבי בקשת התובע לממן לו את השינויים בבית עקב המיקום החדש, בית הדין לא מקבל טענה זו משום שאלו הן השלכות עקיפות אשר אין עליהם חיוב ממוני (חוי"מ שפו,ג).

בית הדין התרשם שנגרמה עוגמת נפש רבה לתובע ואף שבזמן הזה לא דנים חיובי צער ובושת (שו"ע חוי"מ סי' א' סעיף ב') ובייחוד לבושת דברים אין חיוב ממוני (סימן ת"כ סעיף ל"ח).

אך מכל מקום יש לחייב את הקבלן בדמי עוגמת נפש מכוחו של שטר הבוררות המסמיק את בית הדין לדון מכוח פשרה. שהרי פסק השו"ע שם כי שיש לנדונו עד שיפייס המבוש ושיש לביי"ד שבכל דור ודור לגדור ולקנוס על זה. וכן כתב בנידון דידן על המרת הנידוי בפשרה הרב יועזר אריאל (תחומין יד עמ' 152).

סכום הפיצוי נתון לשיקול דעתו של בית הדין, ובמקרה הנדון ההחלטה לחייב 50000 ש"ח.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> כשליש מהרווח הקבלני מבניית כלל הבית המדובר (לאחר התייעצות עם אנשי מקצוע).

## החלטה

- א. הנתבע ישלם בתוך שלושים יום 50000 ש"ח לידי התובע.
- ב. הנתבע ישלם לרשויות את כל האגרות הנצרכות לאישור הבית מחדש.
- ג. הנתבע יציג בפני בית הדין הסכם עם אדריכל לייצוג התובע בוועדה וכן להמציא את כל המסמכים הנדרשים לכך בתוך שלושים יום. לחלופין הנתבע ישלם לתובע 25000 ש"ח לפני מע"מ.

## חברות באגודה חקלאית

### עובדות מוסכמות

בחודש כסלו תשע"ג התקבלה משפחה לחברות באגודה החקלאית והוקצה עבורה נחלה שמספרה 248. המשפחה הכינה את עצמה לשתילה וקיבלה אישור להלוואה לשם כך. לאחר התייעצות הוחלט לדחות את השתילה לאחר החורף, ולאחר זמן לבטל לגמרי את הרצון להשקיע בחקלאות. נציגי היישוב העבירו את הנחלה לאדם אחר. בסמוך לכך התנהלה שיחה טלפונית עם מזכיר היישוב, ובעקבותיה נשלח מכתב מתאריך 14/10/13 שבו צוטט התובע שהודיע על הפסקת חברותו באגודה. במכתב הועלתה אפשרות להישאר באגודה ולשלם 20000 ש"ח (התחייבות של כל חבר אגודה).

התובע החליט לעזוב ובפגישה עם מזכירות היישוב הוא התבקש לחתום על מסמך שהוא מפסיק את החברות באגודה. מכאן הסיק התובע שבמשך שלוש שנים הוא היה חבר אגודה ולכן מגיע לו זכויות של חבר, לעומת זאת מזכירות היישוב רואה באופן שונה את מעמדו של התובע.

### טענות התובע

התבקשתי לחתום על מסמך שבו אני עוזב את האגודה, מכך אני מבין שרשמית הייתי חבר אגודה במשך שלוש שנים, וזאת בניגוד למה שנאמר לי שאני חבר אגודה. ברצוני לתבוע את השיפוי שמקבל כל חבר אגודה על ההנאה שמפיק היישוב מכך שיש עוד חבר אגודה. המדינה נותנת יותר מכסות מים וכן קרקע כאשר ישנו מספר גדול יותר של חברי אגודה. נמצא שהיישוב הרויח בזכותי ומגיע לי כפי מה שהיישוב משלם לשאר חברי האגודה. עבור 12 חודשים מקבלים 22000 קוב, 40 אגורות לקוב וקרקע 250 ש"ח לדונם ומדובר ב 40 דונם סה"כ 11000 לשנה למים ו10000 לשנה עבור הקרקע- סך הכול ל 33 חודשים - 57750 ש"ח.

### טענות הנתבע

ראשית התובע עצמו אמר לא פעם שהוא אינו חבר אגודה ולכן פטור מכל תשלום כלפיה. בנוסף, החלטה של האגודה מופיעה בתקנון בסעיף ג, ט' לחלקת קרקע נמסרת רק למי שנכנס לעבד בפועל. המשפחה חתמה על תצהיר שבו היא מתחייבת לקיים את החלטות ותקנון האגודה. לכן כאשר המשפחה הודיעה שאינה מעוניינת בעיבוד חקלאי באותו רגע היא נגרעת מחברות

באגודה, ולכן נמסרה הנחלה לחבר אחר באגודה. אף שהמינהל מאפש לגשת לפעילות חקלאית בתוך שלוש שנים, האגודה החליטה שרק מי שבפועל מעבד את הקרקע זכאי לנחלה ומשפחת בדין חתמה על כך.

המסמך שהוצג בפני התובע לחתימה אינו נצרך אלא למען הסדר הטוב אך בכוח האגודה להחליט ולגרוע את החברים בהתאם להגדרות שלה. האגודה אינה צריכה את אישור המשפחה לצעד זה.

### **בירור הדין**

נקודת המוצא של התובע היא שהוא לא היה חבר אגודה ולכן גם לא רצה לשלם את המקדמה שהאגודה דרשה. רק לאחר שהתבקש לחתום על הצהרה שהוא עוזב את האגודה אז הבין התובע שבנסתר הוא כן היה חבר אגודה והטעו אותו במידע זה. מצב זה מוגדר על פי ההלכה כהודאת בעל דין ואי אפשר לחזור ממנה אפילו בטענת טעות (קצוה"ח פ,א).

בנוסף, אף אם נקבל את דבריו של התובע שהיתה פה הטעיה מכוונת וברצונו לחזור בו ולקבל את זכויותיו כחבר אגודה, אולם התובע חתם על כך שהוא כפוף לתקנון האגודה ושם נאמר שקרקע תימסר רק למי שעובד בפועל בחלקתו (סעיף 9). וכך לגבי הטבת מים תהיה רק למי שבמחר במסלול הגידול המשותף.

ולגבי טענת התובע שהישוב הרויח בזכותו ולכן מגיע לו חלק בכך, יש לקבל את תשובת היישוב (מדין המוציא מחבירו עליו הראיה) שזכויות אלו המגיעות ממשרדי הממשלה אינם מיועדות לחברי האגודה באופן פרטני אלא לכלל האגודה והיא מחלקת אותם בהתאם לקריטריונים שנקבעו.

לאור זאת יש לדחות את התביעה.

### **החלטה**

הנתבע אינו חייב לשלם לתובע מאומה, 'האמת והשלום אהבו'.

## הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א אדמו"ר ממנסטרישצ'ה

### דרוש ליוה"כ תשע"ח<sup>1</sup>

**בפיוט** של מוסף ליוה"כ לר' אלעזר הקליר אנו אומרים: מְשָׁטִין בְּכָפֶל אָסוּר, וְתִקְנֵת אָסִירֵי בָשָׂר, וְנִקְדִּישֶׁהָ בְּצוּם הָעֶשְׂוֹר, קְדוּשׁ עִכ"ל. ופירש במטה לוי: מסטין - השטן המקטר עלינו, בכבל אסור - אסור אותו בכבלי ברזל שלא יוכל להשטין, ותקות אסירי בשור - תבשר לישראל את תקוותם שיהיו נגאלים עכ"ל. אכן כתוב בראשונים: מסטין בכבל אסור - בכבלי ברזל שלא יוכל להסטין הבריות, מפי הרב ר' משה וכי אם יש לו כבלים ברגליו אינו יכול להסטין הבריות בפה, לפיכך גורס בכבל אסור, והוא רסן לחסום בו בפיו וכן כתיב (איוב מא,ה) בְּכָפֶל רָסְנוּ מִי יָבֹא עִכ"ל. וכן הוא בתשב"ץ קטן (סי' קלד): מסטין בכבל אסור - פירוש אם הוא אסור בכבל עדיין הוא יכול להסטין בפיו לכך יש לומר בכבל שקורין בלשון אשכנז מוילבאנד כמו בכבל רסנו מי יבא עכ"ל. אבל עדיין צריכים לתרץ הנוסח שלנו. ועוד צריכים לדעת מהו הקשר לסוף החרוז שאומר וְנִקְדִּישֶׁהָ בְּצוּם הָעֶשְׂוֹר.

**אמנם** מובא בספרים הקדושים (ארץ החיים סי' שטז) שפעם אחת ביוה"כ אמר הרה"ק ר' לוי יצחק מבארדיטשוב זצוק"ל, מה זה אשר בהפיוט של יוה"כ מבקשים מסטין בכבל אסור, וקשה הלא אמרו חכמז"ל במסכת יומא (כ,א): השטן בגמטריא תלת מאה ושיתין וארבעה הוי, תלת מאה ושיתין וארבעה יומי אית ליה רשותא לאסטוני, ביומא דכיפורי לית ליה רשותא לאסטוני עכ"ל, ורק בר"ה אנו מבקשים סתום פי שטן, ועוד מה זה לשון בכבל אסור. אך התירוץ הוא, כי אמנם ביוה"כ אין לו רשות לדבר, אבל הרי ידוע כי הוא שטן הוא יצה"ר הוא מלאך המות [כדאיתא בגמ' ב"ב (טז,א)], ואצל המלאכים נאמר וכף רגליהם ככף רגל עגל (יחזקאל א,ז). מה עושה השטן ביוה"כ, כשאין לו רשות לדבר, מגביה את רגליו כדי להזכיר חטא העגל. לכן מבקשים ביוה"כ מסטין בכבל אסור רגליו, כדי שלא יוכל להזכיר את חטא העגל. וכאשר סיפרו המאמר הקדוש הזה להרב הק' ר' ישראל מרוזין זצוק"ל נתעלף בשעת מעשה, ואח"כ אמר מאמר כזה בלתי אפשר לאמר רק איש כזה אשר רואה בשמים שעושין כן.

<sup>1</sup> שיחה שנמסרה בכולל, לקראת יוה"כ תשע"ח.

**אכן** הדברים נפלאים, אבל לכאורה הם סותרים מאמר אחר של הרה"ק מבארדיטשוב זצ"ל, שכתב בספה"ק עבודת ישראל (פר' בלק ד"ה וישת אל המדבר פעמיו): וכן אחרי מעמד הר סיני כתיב (תהלים פב,ו) אני אמרתי אלהים אתם ובני עליון כולכם, כלומר הואיל וזכיתם למעמד הנכבד הזה אכן כאדם תמותון, על ידי חטא העגל, וכמו שפירש רש"י כאדם הראשון תמותון אחרי שחיבלתם מעשיכם עיין שם. וצריך לבאר הענין גם כן כנ"ל, כי אין דבר נעלם ממנו יתברך והוא צפה והביט הכל מראשיתו עד אחריתו, רק שהבורא ב"ה ברא בקרבם רוח תעתועים גם כן שיוכלו לעשות העגל אחרי מעמד הר סיני ולעשות הדבר הרע הזה נגד רצונו יתברך, והיה אם ישברו בבחירתם כח יצרם ויכבשו את הרע לבלתי סור מה' ימין ושמאל, אז היו בני עליון ואלהים ולא שלט בהם שום רע מאז והלאה, כמו שאמרו (שמות רבה לב,א) חרות על הלוחות, חירות ממלאך המות, אבל כיון שלא השכילו ונפלו ברשת יצרם הוצרכו לתיקון הענין ולתשובה עד שיתוקן הדבר כראוי.

**ויש** לומר פירוש הפסוק כן, אני אמרתי אלהים אתם ובני עליון כולכם על פי הקדמת דברי הגאון החסיד מהו' לוי יצחק שאמר בפסוק (שמות לב, לד) וביום פקדי ופקדתי עליהם חטאתם וגו' אשר עשו את העגל, וקשה הנה אבינו אב הרחמן הסולח ומוחל ומעביר אשמתינו בכל שנה ושנה, סלקא דעתך שיכתוב בתורתו דבר קשה כזה שיזכור לעולם את חטא עגל אפילו אחרי שעשו ישראל תשובה. וגם קשה ממאמר חז"ל במסכת ברכות (לב,ב) דאמר ר' אושעיא גם אלה תִשְׁפָּחְנָה (ישעיה מט, טו) זה מעשה העגל, ואנכי לא אֶשְׁפָּחֶךָ זה מעשה סיני, וזה היפך מכוונת הפסוק הנ"ל.

**אלא** יש לומר כוונת הענין אחד, דהנה לפי ראות עינינו אם אחד מגזע טובה וישרה הולך בדרך תמים ועובד את יוצרו אין זה דבר נפלא כי התורה מחזרת על אכסניא שלה, מה שאין כן אם פוחת והולך במעשיו ממעשה אבותיו, מום בו, ויתגנה בו יותר ממה שיעשה זה הרע אדם אשר הוא בא ממשפחה בזויה ושפלה, כי לו יאתה השפלות מעוון אבותיו. ואם אדם בְּזוּי מִשְׁפָּחָה כזה יעשה הטוב בעיני ה' ואנשים אז יתהלל יותר מבן משפחה הנכבדת בעזבו דרכי אבותיו ונטה אל הטוב. והנה ישראל קדושים הם הגם שקיבלו את התורה במעמד הר סיני ואמרו נעשה ונשמע לא היה הדבר נפלא ומהולל כי קדושת אבותיהם אשר הורישו לבניהם אחריהם היא הנותנת שיהיו עובדי ה', אבל כיון שעשו אחר כך את העגל והעיזו את פניהם נגד יוצרם וניכר שהיה בס איזה שורש רע שלא ניתקן עדיין עד שעשו תשובה אחר כך, אז גדלה ונפלאה בעיני ה' מעלתם בקבלתם את התורה, כיון שהם עם קשי עורף בטבע ויכלו לעשות

אחרי ארבעים יום הדבר הרע הזה, אם כן נראה שלא עשו גם הטוב מלפנים מושרש בטבע להם מקדושת אבותיהם, רק שהם בעצמם בגודל בחירתם בחרו בטוב, ואחר כך נפלו ובחרו ברע, ואף על פי כן עשו תשובה, והם קודש ישראל לה'.

**וזה** פירוש גם תְּשַׁכְּחָהּ, תְּשַׁכְּחָהּ זה מעשה העגל, שישכח לגמרי כיון שעשו תשובה. אבל ואנכי לא אשכחך זה מעשה סיני, כלומר בעת שאני זוכר מעשה סיני, אז אזכור גם כן בחטא העגל ובגודל קשיות ערפם אשר להם, כדי להגדיל זכותם במה שעשו מלפנים במעמד הר סיני כנ"ל. וזה פירוש וביום פקדי, כשאזכור במ להיטיב להם, ופקדתי, את העגל ואת כח הרע אשר בקרבם, ואז יגדיל ויאדיר זכותם במה שהם נוטים מהרע הזה שיש בכוחם, לנטות אל הטוב ולשמור מצוותיו כל הימים. ואם כן זכירת מעשה העגל הוא טובה לזכירתן ופקודתן של ישראל, ודברי פי חכם חן.

**ונחזור** לענייננו, שזה פירוש הפסוק אני אמרתי אלהים אתם ובני עליון כולכם, במה שאכן כאדם תמותון, ויש לכם בחירה לחבל מעשיכם ולמרות עיני כבודי, ואף על פי כן אתם שומרים מצוותי ותורת, והרי אתם בזה אלהים ובני עליון, עכ"ל העבודת ישראל. ובכן קשה איזה קטרוג יש במה שמגביה השטן רגליו ומזכיר מעשה העגל, אדרבה זוהי זכותם.

**והנראה** לומר בזה הוא ע"פ מאי דאיתא בגמ' שבת (פח, ב): ואמר ר' יהושע בן לוי בשעה שעלה משה למרום אמרו מלאכי השרת לפני הקב"ה, רבש"ע מה לילוד אשה בינינו, אמר להן לקבל תורה בא, אמרו לפני חמודה גנוזה שגנוזה לך תשע מאות ושבעים וארבעה דורות קודם שנברא העולם אתה מבקש ליתנה לבשר ודם, מה אנוש כי תזכרנו ובן אדם כי תפקדנו ה' אדונינו מה אדיר שמך בכל הארץ אשר תנה הודך על השמים, אמר לו הקב"ה למשה החזיר להן תשובה, אמר לפניו רבש"ע מתיירא אני שמא ישרפוני בהבל שבפיהם, אמר לו אחוז בכסא כבודי וחזור להן תשובה שנאמר מאחז פני כסא פרשז עליו עננו, ואמר ר' נחום מלמד שפירש ש-די מזיו שכינתו ועננו עליו עכ"ל.

**וכתב** על זה בשל"ה הקדוש (מס' שבועות - פרק תורה אור כג): סוד התשובה שמגעת עד הכסא, מצינו בויכוח שהיה למשה רבינו ע"ה עם מלאכי השרת, כדאיתא בפרק ר' עקיבא (שבת פח, ב), אמר הקב"ה למשה, אחוז בכסא כבודי והחזר להם תשובה. וסוד הענין, כי מלאכי השרת קטרוגו מה אנוש כי תזכרנו כו', כי הוא מוכשר לקבל טומאה ולחטוא, ואיך תנתן לו התורה. באתה התשובה, אחוז בכסא וחזור להם תשובה, כלומר תחזור ותאמר להמלאכים

שיש תקנה להאדם אף אם יחטא, בתשובה שיעשה, כי גדולה התשובה שמגעת עד הכסא. ובאחיזה זו בכסא, בסוד הנשמות החצובות בכסא, מנוצחים המלאכים ומעלתם מעוטה ממעלת אדם השלם. על כן ואתא מרבבות קודש במעמד הר סיני, והיו כ"ב אלף רבבות מלאכים נגד כ"ב אלף זרע המקודש הלויים, כדאיתא במדרש. ומלאכי השרת היו משמשים לישראל, דכתיב (תהלים סח, יג), מלאכי צבאות ידודון ידודון, וכדאיתא בפרק רבי עקיבא (שבת פח, ב). והרכין הקב"ה השמים לארץ, רמז לביטול צבא השמים נגד ישראל. וקירוב הארץ לשמים, רמז לחזרת כתנות אור, ומלאה הארץ דעה, ויקויים והמשכילים יזהירו כזוהר הרקיע. כי כן אדם הראשון קודם שחטא תפוח עקיבו היה מכהה גלגל חמה, וכן חזרו ישראל למעלה זו בקבלת תורה אור. וזהו סוד הכתרים והעדי שזכו להם ישראל, עכ"ל השל"ה הקדוש.

**ולפי** זה נראה לומר שזהו מה שהמשטין רוצה לעשות בהגביהו כף רגלו שדומה לעגל. הוא טוען שאע"פ שאין ישראל ראויים לעונש על מעשה העגל מכיון שאפשר ללמד עליהם זכות שזה מצד הטבע הרע המושרש בקרבם, וגם יש בזה לימוד זכות על כל חטאייהם, אבל בגלל זה עצמו חוזר הקטרוג הראשון של המלאכים שאינם ראויים לקבל את התורה כיון שהם עלולים לחטוא, וא"כ למה נתן להם הקב"ה לוחות שניות ביום הכיפורים כיון שהוכח שאינם ראויים לקבל את התורה. אולם לזה יש תשובתו של הקב"ה למשה שאמר לו אחוז בכסא כבודי והחזר להם תשובה, והיינו כפירוש השל"ה שהכוונה היא שכיון שביכולתם לעשות תשובה ולגעת עד כסא הכבוד א"כ גבוהים הם יותר מן המלאכים, ומשום הכי דוקא הם ראויים לקבל את התורה.

**לא** עוד אלא דתניא בברייתא בגמ' חולין (צא, ב): חביבין ישראל לפני הקב"ה יותר ממלאכי השרת, שישראל אומרים שירה בכל שעה ומלאכי השרת אין אומרים שירה אלא פעם אחת ביום, ואמרי לה פעם אחת בשבת, ואמרי לה פעם אחת בחודש, ואמרי לה פעם אחת בשנה, ואמרי לה פעם אחת בשבוע, ואמרי לה פעם אחת ביוכל, ואמרי לה פעם אחת בעולם, וישראל מזכירין את השם אחר שתי תיבות שנאמר שמע ישראל ה' וגו' ומלאכי השרת אין מזכירין את השם אלא לאחר ג' תיבות כדכתיב קדוש קדוש קדוש ה' צבאות, ואין מה"ש אומרים שירה למעלה עד שיאמרו ישראל למטה שנאמר ברן יחד כוכבי בקר והדר ויריעו כל בני אלהים עכ"ל. ומאחר שהוריד משה לוחות שניות ביוה"כ א"כ נתגלה דוקא אז כוחה של תשובה, שעל ידה ישראל הם גבוהים יותר מן המלאכים. ודוקא מכח זה חביבין ישראל לפני הקב"ה יותר ממלאכי השרת ואין מלאכי השרת אומרים שירה למעלה אלא דוקא בכוחם של ישראל

שאומרים שירה למטה.

**ומעתה** מבואר היטב הפיוט שאומרים במוסף יוה"כ: מְשַׁטֵּין בְּכַבֵּל אֶסֶר, וְתִקְוֶת אֶסִּירֵי בֶּשֶׁר, וְנִקְדִּישֶׁךָ בְּצוּם הַעֲשׂוֹר, קְדוֹשׁ. ולפי מה שנתבאר הכוונה היא שביום הקדוש הזה אנו כובלים את רגלי המשטין שלא יוכל לקטרג על ישראל שאינם ראויים לקבל את התורה, והוא ע"י שניתן להם כח התשובה, והיא התקוה לבני ישראל שלא יישארו אסורים בטבע הרע שלהם, אלא ע"י התשובה יכולים הם להתעלות למעלה מן הטבע שלהם, וגם מן המלאכים, ועילוי זה בא לידי ביטוי בזה שדוקא הם יכולים לומר קדושה בצום העשור, ובלעדי הקדושה שלהם אין המלאכים יכולים לומר קדושה, ורק ע"י ישראל מתגלה כבוד ה' בעולם שהיא תכלית הבריאה, וכדתנין בסוף מס' אבות (פ"ו מי"א): כל מה שברא הקב"ה בעולמו לא ברא אלא לכבודו.