

ג  
ג"סע אדג

## תוכן העינים

7	בפתח הקובץ
9	גדרי קנין משיכה / מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל
14	קבלת מצוות בגרות / מו"ר הגרמ"ח איזירר, בית הדין הגדול בי-ם
26	תחילתו בפסול וסופו בכשרות / הרה"ג רבי צבי שכטר ראש ישיבה וראש כולל בישיבת רבינו יצחק אלחנן
<b>הלכות דיינים</b>	
38	בית דין – רק בהסכמת הדיינים? / הרב מאיר ברקוביץ
50	העושה זין לעצמו / הרב יוסף אביטן
66	פחות משה פרוטה (תביעות קטנות בבית דין) / הרב עמיעד גלזר
89	טוענים ליורש וללוקח / הרב אריאל בר-אלי
<b>הלכות עדות</b>	
103	עדות בכתב / הרב יעקב יהודה יקיר
121	השפעת זין 'קיום שטרות' על סדרי הדיון בשטר / הרב חיים י. וולפסון
153	עדות קטן / הרב יוחנן גבאי
<b>הלכות קנינים</b>	
168	קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם / הרב אילן קופמן
<b>דרוש</b>	
לפרשת שמיני – פרשת החודש/ הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממנסטרישצ'ה	
185	סיפור יציאת מצרים והתשובה לבן החכם (שיעור מפי השמועה מהגרי"ד סלוביצי'ק) / הרב שלמה זאב פיק
191	

## בפתח הקובץ

### בתלת זימני הוי חזקה [ב"מ קו, ב]

לפנינו בס"ד קובץ שלישי של "אבני משפט" ומעתה בעז"ה חזקה בדבר.

חזקה. לשון אחיזה, 'ועודך מחזיק בסי' [שמות ט, ב] תשבי [שרש חזק].  
הן חזקה ג' שנים בבתים [ב"ב כח, א], הן חזקה דמעיקרא בנגע, הן  
חזקת הרוב, או הרגל בני אדם, וכדומה.

[פרי מגדים, אגרת שניה]

חזקה מלשון 'אחיזה'.

הלומד תורה מתוך עמל ויגיעה ובכך מוצא את שאהבה נפשו יקיים "אֶחָזְקֶינִי  
וְלֹא אֶרְפְּנֶיךָ", ואם אפשרי הדבר יחוקקם עלי ספר.

רב אמר עיקר חזקה הכנסת פירות דאפילו ראהו חורש וקוצר ומעמד  
ודש וזורה ובורר ולא ראהו מכניס פירות אינה חזקה עד שיראהו  
מכניס פירות.

[רשב"ם ב"ב לח, א עפ"י ירושלמי שם ג, ג]

אף שבלמוד תורה, הכל הולך אחר היגיעה, מ"מ 'אשרי מי שבא לכאן  
ותלמודו בידו' [ב"ב י] והמהרש"א מכוון הדברים לכתובת חידושי תורה.  
החזקה שבקובץ השלישי, הרי היא בבחינת 'מכניס פירות'.

דלא אמרינן חזקת ג' פעמים כי אם בדאיכא דבר הגורם דמסתבר  
שיהיה כך והקש השכל מחייביהו שיהיה כך.

[מקור חיים תסז, ה]

חזקה משמעותה, שכך יארע גם להבא, אך רק 'בדאיכא גורם דמסתבר שכך  
יהיה', הן בשאיפות הרוחניות והן במאמץ ה'יתמכין דאורייתא', שכאן  
המקום להודות להם.

קובץ זה יוצא עם סיום לימודי חו"מ במסגרת הכולל והתחלת לימוד סדר  
נשים ושו"ע אבה"ע (הלכות גיטין) מזמן חורף תשס"ד.

העורך

כסלו, תשס"ד

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

ראש הכולל

### גדרי קנין משיכה

במס' כתובות (לא, א-ב) מבואר: הגונב כיס בשבת חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור סקילה. היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא פטור, שהרי איסור שבת וגניבה באין כאחד.

ובגמ' שם מקשים: ודאפקיה להיכא – אי דאפקיה לרה"ר, איסור שבת איכא, איסור גניבה ליכא (דמשיכה בלא הגבחה קס"ד דלא קניא ברה"ר), אי דאפקא לרה"י, איסור גניבה איכא, איסור שבת ליכא והגמ' מתרצת שלשה יישובים:

א. גורר הכיס לצידי רה"ר, ור"א סובר דצידי רה"ר כרה"ר דמי לענין חיובא שבת, דזימנין דדחקי רבים ועיילי להתם, אבל לענין מיקנא קני, דלא שכיחי רבים (והוי כסימטא דתיקון בה משיכה).

ב. תירוץ רב אשי, כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלו כדרבא, דאמר רבא ידו של אדם חשובה לו כארבעה על ארבעה, וראה רש"י ותוס' שם.

ג. תירוץ רבינא דאפקה לרה"ר, וברה"ר נמי קנה ואמרו התוס' (ד"ה וברה"ר בשם ר"י) דהא דאביי ורבא ס"ל דמשיכה לא קניא ברה"ר, לא פליגי אדרבינא דהכא, דנהי דמשיכה ברה"ר לא קני, היינו לענין קנין לא מהני משיכה לרה"ר, אבל הכא לענין קנין גזילה, לענין חיוב אונסין מהני גם משיכה לרה"ר, והריצב"א מתרץ דרבינא פליג על אביי ורבא.

והרמב"ם (גניבה ג, ב) כתב וז"ל: "או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא לרה"ר ואבדו שם, הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה באדם כאחד. אבל אם גנב כיס בשבת והגביהו שם ברה"י ואח"כ הוציאו לרה"ר ותשליכו לנהר, חייב לשלם תשלומי כפל, שהרי נתחייב באיסור גניבה קודם שיתחייב באיסור סקילה", עכ"ל. ומאידך, פוסק הרמב"ם (מכירה ד, ג) דמשיכה אינו קונה ברה"ר. נמצא לשיטת הרמב"ם אי אפשר לומר כהריצב"א דלעיל דאביי ורבא פליגי עם רבינא. דהרי הרמב"ם סובר כאביי ורבא, דמשיכה אינו קונה ברה"ר, והרמב"ם (בהל' גניבה) פוסק כרבינא, בע"כ דשיטת הרמב"ם היא כשיטת

ר"י דלעיל. דשאני קנינים דעלמא מקניני גניבה וגזילה. וכן כתב בביאור הגר"א חו"מ שם (שנא אות א).

ובסברא דמילתא, לכאורה אפ"ל דלקנין גמור, בעינן משיכה מעלייתא (לרשותו או לסימטא), ולענין חיוב אונסין (דגנב וגזלן) סגי בקנין משיכה לרה"ר. ולפי סברא זו ה"ה בשומר, סגי במשיכה לרה"ר, כיון דהקנין הוא להתחייב בדיני שמירה.

אולם הטור (רצא) כתב וז"ל: "והרמב"ם כתב שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שבמשיכה קונה". הרי דס"ל להטור בד' הרמב"ם דבשומר ג"כ בעינן משיכה מעלייתא כמו בקנינים דעלמא. וכן דברי התוס' ב"מ צט ד"ה כיון בתירוץ א' שם וכן בפהמ"ש להרמב"ם פ' השואל.

וצ"ל דהא דאיכא חילוק בין קנין בעלמא, דלא מהני משיכה לרה"ר, לבין קנין דגנב וגזלן, דלקנין לא מהני משיכה לרה"ר, וגנב וגזלן שאני, דחיובם הוא משום הוצאה מרשות הבעלים, ונהי דמשיכה לרה"ר ל"ה קנין, מיהו איכא הוצאה מרשות הבעלים. גם היכא דמשכו לרה"ר. והמשנה (ב"ק עט, א) בגנב וגזלן מהני קנין הגבהה אפילו בבית הבעלים, משום דהקנין (קנין ההגבהה) עצמו מהווה הוצאה מרשות הבעלים, אבל אפילו אם ליכא קנין, כגון משיכה לרה"ר, הואיל ויש הוצאה מרשות הבעלים, נעשה גנב וגזלן.

ולפי סברא זו, בשומר דבעי קנין, ולי"ש בשומר ענין של הוצאה מרשות הבעלים, לא מהני משיכה לרה"ר, וכדברי הטור בד' הרמב"ם. וכתוס' ב"מ שם בתירוץ א'.

ולפי האמור, מובן הא דבמס' שבת (צא) פריך הש"ס על הברייתא דמגרר ויוצא, למ"ד אגד כלי שמיה אגד, הרי קדים איסור הגניבה לאיסור שבת, דכי הוציא מקצת הכיס קנה מקצת מעות שהוציא, ולענין שבת לא מחייב עד שיוציא את כל הכיס (למ"ד אגד כלי שמיה אגד). ובגמ' מסקינן דמיירי בנסכא ושפיר איסור הגניבה ואיסור שבת באים כאחד.

ומקשה השעה"י הא דהשמיט הרמב"ם אוקימתא דגמ' דמיירי בדנסכא, אף דהרמב"ם פוסק דאגד כלי שמיה אגד.

וביישוב קושיא זו, כי בעל דברי יחזקאל סימן כה, דקושית הש"ס במס' שבת שם, קאי לאוקימתא א' דמשך לצידי רה"ר, או אוקימתא ב' שצירף ידו, דהוא מתורת קנין. שפיר פריך הש"ס דכי הוציא מקצת המעות שבכיס, קנה, ואיסור מיתה לענין שבת לא מתחייב עד שיוציא את כל הכיס, ובעינן לתירוץ

הגמ' דמיירי בדנסכא. אבל לפי אוקימתא ג' (רבינא) דמשכו לרה"ר דאין בו תורת קנין כלל אלא תורת הוצאה בלבד, לא פריך מידי, כיון דכל זמן שלא הוציא רק מקצת הכיס לא נעשה גנב אף על מקצת הכיס, כיון שהוא חפץ אחד לא קנה אותו עד שיוציא כולו כמו נסכא למסקנא, וכשמוציא כל הכיס נעשה גנב על הכיס והמעות. ובאו בבת אחת איסור גניבה ואיסור שבת. ומיושבת השמטת הרמב"ם, וכבר הוכחנו לעיל דהרמב"ם נקט אוקימתא דרבינא, ולפי רבינא אין צורך לאוקמא בדנסכא, וא"ש היטב.

ונראה דזו כוונת רש"י שבת שם וז"ל: "ובכתובות פריך אי דאפקיה לרה"ר איסור גניבה ליכא, דר"ה לאו מקום קניית הוא, ומוקי לה בצידי רה"ר אי"נ שצירף ידו למטה מג' וקיבלה" עכ"ל. ורש"י השמיט אוקימתא דרבינא דמיירי ברי"ה, משום דלדידיה לא קשיא כלל קושית הגמ' שם. ולפי"ז הרמב"ם דפסק כאוקימתא דרבינא דמיירי ברי"ה, מש"ה השמיט סוגיא דמס' שבת.

ובמס' ב"ב (פו,א) איתיביה רב אדא בר מתנה לאביי, הגונב כיס בשבת חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבוא לידי איסור שבת, היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא פטור, שהרי איסור שבת וגניבה באין כאחד, והרי כיס דבר הגבהה הוא ואפי"ה קני במשיכה. א"ל במיתנא, אנא נמי במיתנא קא אמינא, א"ל במידי דבעי מיתנא (כיס גדול מאוד רשב"ם) ואין דרכו בהגבהה.

והרמב"ם (גניבה ג,ב) כתב סתמא: "או שגנב כיס בשבת והיה מגררו" ולא הזכיר כלל האוקימתא דמיירי בכיס דבעי מיתנא, אף דנקט הרמב"ם להלכה (ריש פ"ג דמכירה) דמשיכה קונה רק בדבר שאין דרכו להגביה. זאת ועוד, הרשב"ם שם בענין קושיית הגמ' "והרי כיס דבר הגבהה הוא ואפי"ה קני במשיכה", כתב ומוקמינן לה כשצירף ידו למטה משלשה וקבלה, וידו של אדם חשובה לו כד' על ד' וקניא ליה ולא בטלה לגבי רה"ר. ואית דמוקי לה התם במשיכה בצידי רה"ר. דלענין גניבה מיקני קני, ולענין שבת הוה רה"ר כרבי אליעזר".

ויש להעיר אמאי לא העתיק הרשב"ם אוקימתא דרבינא, דאפקיה לרה"ר, וברה"ר נמי קנה.

וצ"ל דלהכי לא הביא הרשב"ם אוקימתא דרבינא, משום דלרבינא לא קשה קושית הגמ' שם. כיון דלרבינא החיוב לענין גניבה במשיכה היינו על הוצאה מרשות הבעלים וכנ"ל, אזי ליכא חילוק אם הוא דבר שדרכו להגביה או דבר שאין דרכו להגביה, דסו"ס איכא הוצאה מרשות הבעלים. נמצא דלפי

הרמב"ם דפסק כרבינא, לא קשה קושית הגמ' ב"ב שם, ולכן הרמב"ם לא העתיק שינויא דגמ' דמיירי במידי דבעי מיתנא.

והגמ' ב"ב שם אזיל לפי שתי האוקימתות בגמ' כתובות שם, או לצידי רה"ר או שצירף ידו, דהוי כתורת קנין. אזי בעינן דוקא דבר שאין דרכו להגביה אזי מהני משיכה, אבל דבר שדרכו להגביה בעי הגבהה, ולכן מוקי לה הגמ' שם במידי דבעי מיתנא, דהוי דבר שאין דרכו להגביה, וא"ש היטב.

ואפשר להסביר החילוק בין קנין דעלמא, לבין גנב וגזלן בענין משיכה לרה"ר, באופן אחר וכדלהלן.

הרמב"ם (מכירה ג,ג) פסק בספינה כשמואל, דלא קנה עד שימשוך את כולה. ושם ד,ד פסק: "דבר הנקנה במשיכה אם היה ברה"ר ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה".

וכן בשו"ע קצח,טו והראב"ד השיג, דהא קי"ל כשמואל דאמר עד שימשוך את כולה.

ובאר הה"מ שם וז"ל: "אבל הכא טעמא אחרינא הוא, שזה כבר משכה כולה אלא שהיתה ברשות שאין המשיכה מועיל בו, כיון שהכניס מקצתה ברשות שהמשיכה קונה בו די בכד".

והנראה בזה, דגדר מעשה המשיכה הוא הוראת בעלותו של הקונה, והא דבעינן שימשכנה כולה, דנשלם מעשה הקנין רק במשיכת כולה. ומצד הוראת הבעלות סגי בזה דהכניס מקצת החפץ לרשותו ושפיר ניכרת בעלותו בהכי, ולפי"ז מובן דברי הה"מ דלעיל, דאם משכה כולה ברה"ר, מצד מעשה הקנין נשלם כל המעשה, וחסר לנו עדיין הוראת הבעלות, לזה סגי בהכנסת חלק מן החפץ לרשותו.

וכיון דהא דלא מהני משיכה ברה"ר, אי"ז חסרון במעשה הקנין אלא דברה"ר אין במשיכה הוראת בעלות, ולא ניכרת שליטתו על החפץ, זהו בקנין דעלמא, אבל בגנב וגזלן, דלא שייך בזה הוראת בעלות, אלא דברה"ר, אין במשיכה הוראת בעלות, ולא ניכרת שליטתו על החפץ, זהו בקנין דעלמא, אבל בגנב וגזלן דלא שייך בזה הוראת בעלות, אלא חיובי אונסין, סגי במעשה קנין בלבד, ולכן לענין גנב וגזלן, מהני משיכה לרה"ר (וגנב מתחייב בדרך של מעשה קנין).

ולפי הגדרה זו, גם בשומר סג" במשיכה לרה"ר, כיון דגם בשומר לא שייך ענין דהוראת בעלות, וכן ס"ל לתוס' (פי השואל) בתי' ב' שם, דבשומר מהני משיכה לרה"ר.

ולפי האמור, הוא דפסק הרמב"ם (סופ"ב ממכירה): "אבל אם רכב עליה וכו' או שהיה ברה"ר שהכל דורסים שם, הרי"ז קונה ברכיבה, והוא שתחלך בו" עכ"ל. וכן בשו"ע חו"מ קצז, ה. ומקשה הקצות שם הא קיי"ל דמשיכה אינה קונה ברה"ר. וכן הקשה הגרעק"א בדרוש וחדוש לב"מ ט, א.

ולפי ההגדרה דלעיל, דהא דלא מהני משיכה ברה"ר, ליכא חסרון במעשה הקנין אלא חסר הוראת בעלות ושליטתו על החפץ, כל זה במשיכה רגילה, דאינו תפוס בגוף החפץ, וברה"ר חסר הוראת בעלות וכנ"ל. אבל רכוב שהוא תפוס בגוף הבהמה, תפיסה זו מוכיחה בעלותו, ולכן מהני שפיר רכיבתו אפילו ברה"ר.

## הגאון רבי חגי נפתלי איזירר שליט"א

בית הדין הגדול בי-ם

### קבלת מצוות בגרות

#### ראשי פרקים

- א. פתיחה
- ב. קבלת מצוות כגורם מעכב בגרות
- ג. קבלת מצוות באופן חלקי
1. שיטת האחיעזר והנצי"ב
2. שיטת בעל האגרות משה והמשנ"ב
- ד. סיכום

#### א. פתיחה

נושא הגיור הפך (לצערנו) בשנים האחרונות לענין של אידיאולוגיה והשקפת עולם. יש אכן נושאים הלכתיים שכבר נקבע ע"י חז"ל שהגישה לדון בהם תהיה מתוך נטיה למצוא פתח להקל כגון התרת עגונות. עם זאת ידוע שגם בענייני עגונות יש מסגרת הלכתית וכללים מוגדרים לפרטי פרטים והעסוק בהתרתן של עגונות הוא בד"כ נחלתם של הפוסקים גדולי הדורות.

בענין הגיור לא נזכרה בחז"ל מגמה כזו. נכון יותר לומר שהמגמה היא הפוכה: "קשים גרים לישראל"; "רעה אחר רעה תבוא למקבלי גרים". אין אלו דברי אגדה גרידא. גם בהלכה אנו מוצאים דרישה להכבדה ודחיה, מגבלות ו"מבחני כניסה" קשים עד שתהא "שמאל דוחה" ורק לבסוף "ימין מקרבת".

בסדרת מאמרים (שנדפסו לפני שנים רבות) הראינו שהגישה הנ"ל נובעת מהרצון והצורך לעצור בעד גרים שאין כוונתם רצויה שהם "חוזרים בשביל דבר ומטעים את ישראל" ורק לאחר שבי"ד נוכח כי "מתאמצים הם" וכי כוונתם שלמה אזי "שהוי מצוה לא משהינן".

במאמר זה נתיחס ל"גופו של הגיור" – קבלת המצוות. ההתייחסות תהיה הלכתית בלבד בלי שום פניה להשקפות או ל"מטרות לאומיות" שאין בכחן לשנות דבר בהלכות הגיור המסורות לנו בספרי הפוסקים ובקבלה מרבתינו.

### **ב. קבלת מצוות כגורם מעכב בגרות**

כאשר ביי"ד מקבל גר קטן חסרה לכאורה קבלת מצוות, שהרי קטן לאו בר דעת הוא לקבל מצוות וגם אנו לא יכולים לקבל עבורו. והתוס' כתובות יא שקבעו שגר קטן גיורו הוא מדרבנן קבעו זאת רק בגלל שזכיה לקטן היא מדרבנן ולא בגלל שחסרה קבלת מצוות. ויש לומר שכיון שקטן הוא לאו בר חיוב מצוות לכן אין היהדות שלו יהדות של שמירת מצוות ולכן לא בעי קבלת מצוות גם אם קבלת מצוות בגדולים היא מעכבת ומדאורייתא. וכך הובא בשטמ"ק (כתובות יא) בשם שיטה ישנה.

אבל הריטב"א שם כתב שקבלת מצוות היא דרבנן וכשאי אפשר בקבלת מצוות כגון בקטן אין קבלת מצוות מעכבת. להלן נראה שדעת הריטב"א היא דעת יחיד בנדון.

בתוס' סנהדרין סח,ב בתרוץ האחרון מבואר להדיא שקטן המתגייר צריך קבלת מצוות וזה מתבצע כאשר הוא נהיה גדול ואינו מוחה. כך כתבו גם הרשב"א והריטב"א (כתובות יא) בשם התוס'.

נראה ג"כ שקבלת מצוות זו היא מן התורה. כי לדעתם שם (סנהדרין סח) גיור קטן הוא מהתורה וכאשר מוחה ואינו מקבל מצוות הגיור בטל וחוזר להיות נכרי. לדעת תוס' אין המחאה קשורה עם דין זכיה כלל. (אמנם צ"ע דמהסוגיא משמע שכשהוא קטן הוא נחשב כישראל אף לפני שהגדיל וקבל מצוות וצ"ל שקבלת המצוות כשיגדיל פועלת למפרע וכך מפרש בצפנת פענח. אבל ברשב"א ובריטב"א הנ"ל כתבו בשם תוס' שעד שיגדלו ויקבלו מצוות אינם גרים גמורים).

בנקודה זו שקבלת מצוות היא מהתורה לא חלקו שאר התרוצים שבתוספות סנהדרין וכתובות על התרוץ האחרון שבתוספות סנהדרין ולכן נראה מזה שדעת תוספות אינה כדעת הריטב"א.

בשאלה אם צריך שלשה לעכובא בקבלת מצוות ובטבילה נחלקו הראשונים. דעת הרמב"ם והרי"ף לפי באור הלבוש היא שבקבלת מצוות שהיא גוף הגרות צריך שלשה לעכובא ואילו במילה וטבילה צריך שלשה - לגבי המתגייר, גם בדיעבד אבל לגבי זרעו מכשירים מילה וטבילה שלא בפני שלשה אבל קבלת מצוות הוי לעכובא בפני שלשה גם לגבי זרעו.

הדעה הראשונה שבלבוש סוברת שגם לגבי דידיה אין עכוב בדיעבד אם המילה והטבילה היו בפני שנים אבל קבלת מצוות שהיא גוף הגיור צריך שתהיה בפני שלשה לכו"ע וזה מעכב אפילו בדיעבד.

וזה לשון הלבוש יו"ד סימן רסח:

כל עניני הגר בין להודיעו המצוות בין המילה בין הטבילה צריכים שיהיו בשלשה הכשרים לדון וביום דמשפט כתיב גביה: משפט אחד יהיה לכם ולגר, מה משפט צריך ג' וביום אף עניני הגר צריכים ג' וביום. מיהו עיקר לשון המשפט משמע שלא נאמר אלא לענין גוף הגירות **דהיינו לקבלת עליו המצוות**, אבל שאר העינינים שצריכין שלשה אינן אלא דרבנן לפיכך לא אמרו שצריכין שלשה למילה וטבילה אלא לכתחילה אבל בדיעבד אפילו לא מל או לא טבל אלא בפני שנים או קרובים ובלילה הוי גר ואפי' לא טבל לשם גירות אלא איש שטבל לקרויו ואשה שטבלה לנדתה הוי גר ומותר בישראל דהא מ"מ היתה הטבילה לשם קיום דת תורתנו חוץ מקבלת המצוות שמעכבת אם אינה ביום ובשלשה. ולהרי"ף והרמב"ם אפי' בדיעבד שטבל או מל בפני שנים או בלילה מעכב ואסור בישראלית דמשפט כתיב ביה וסבירא ליה דקאי על הכל על קבלת מצוות ומילה וטבילה ולפיכך כל לגבי דידיה הוי כלכתחילה שאע"פ שמל וטבל בפני שנים הרי יכול לחזור ולעשות הטפת דם ברית וטבילה אחרת בפני ג' לפיכך אין משיאין לו ישראלית עד שיחזור ויעשה בפני שלשה, דגבי דידיה הוי ליה כתחלת דין שאינו אלא בפני שלשה וביום אבל אם קביל עליה בפני שלשה למול ולטבול והודיעוהו מקצת מצוות כדין והלך ומל וטבל בלילה או שלא בפני שלשה ונשא אשה ישראלית והוליד ממנה בן לא פסלין ליה, דגבי הבן הוי המילה והטבילה כגמר דין דמכשירינן דיעבד בלילה ושלא בפני ב"ד.

בלבוש לא ביאר לנו מי הוא בעל הדעה הראשונה אולם הכונה כנראה היא לרמב"ן.

הרמב"ן בחדושו ליבמות מה,ב כתב וז"ל שם: **לגבי קבלת מצוות צריך שלשה אפילו בדיעבד דמשפט כתיב ביה** מה התם שנים שדנו אין דיניהם דין אף כאן אינו גר אפילו בדיעבד. אבל מי שהודיעוהו מקצת מצוות וקבל עליו בב"ד למול ולטבול אם הלך ומל וטבל שלא בפני ב"ד הרי זה כשר ולא פסלין לזרעיה ולא מנסבינן ליה לדידיה עד דטביל בפני שלשה משום דלכתחילה בעינן שלשה בין בקבלה בין בטבילה. שמא תאמר שהדין דבעינן שלשה הוא לעכובא מדרבנן בלבד, זה אינו; שהרי הרמב"ן בחדושו (יבמות מו,ב) מתקשה בשאלה כיצד מקבלים גרים בזמן הזה, כשאינן לנו דינים סמוכים, ועונה: "אפשר דגר צריך שלשה גמירא ומשפט כתיב ביה אסמכתא וכי גמירי שלשה גמירי מומחין לא גמירי" הרי שס"ל שדין שלשה הוא הלכה למשה

מסיני - 'גמירי', ולשיטתו הנ"ל הרי דין שלשה הוא רק בקבלת מצוות, על כן מוכח שקבלת מצוות היא מדאורייתא (הלמ"מ). הרמב"ן (שם) מתרץ תרוץ נוסף דילפינן מ'לדורותיכם' שבכל הדורות אפשר לקבל גרים, אף כשאין מומחים. ואפשרות נוספת שיעבדינן שליחותיהו והוי דאורייתא. אף משני התירוצים האחרונים ברור שדין שלשה הוא דאורייתא והואיל ולרמב"ן שלשה לעכובא בקבלת מצוות בלבד ע"כ שקבלת מצוות בגרות הוא לעכובא מן התורה.

הרשב"א שם ד"ה הא דאמרין כתב שהרמב"ן כתב כן לפרש בזה דעת הר"י, שאע"פ שהר"י סובר שטבילה בפני שנים אינה פוסלת את זרעו מ"מ אם קיבל על עצמו בפני שלשה למול ולטבול והודיעו מקצת מצוות והלך וטבל בפני עצמו גר הוא לכתחילה ולא פסלינן לזרעיה אבל לדידיה לא מנסיבנן בת ישראל וכ"כ בנמוק"י בבאור דעת הר"י. מדבריו עולה ברור שקבלת מצוות היא לעכובא מן התורה, שאם לא כן לא היה סגי בשלשה בקבלת מצוות כשאין שלשה במילה ובטבילה. אם קבלת מצוות אינה לעכובא מן התורה כיצד נאמר שמילה וטבילה שהם מדאורייתא לכו"ע, נגרות ונסמכות על השלשה שהיו בקבלת המצוות; ויש להוסיף שהראשונים שחלקו על הר"י, לא חלקו בדין זה אלא הוסיפו שגם במילה ובטבילה שלשה הם לעכובא.

וכן דעת התוס' יבמות (מה, ב ד"ה מי לא טבלה) שהקשו מה מהני שטבלה לנידתה הרי לא טבלה בפני ג' ותרצו "הא דבעינן שלשה היינו לקבלת המצוות" וכ"כ הרא"ש שם סימן לא. כך גם נפסק בשו"ע יו"ד רסח סעיף ג "כל עניני הגר בין להודיעו המצוות לקבלם בין המילה בין הטבילה צריך שיהיו בג' הכשרים לדון וביום מיהו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אם לא מל או טבל אלא בפני ב' (או קרובים) ובליה אפילו לא טבל לשם גרות אלא איש שטבל לקריו ואשה שטבלה לנדתה הוי גר ומותר הישראלית **חוץ מקבלת מצוות שמעכבת אם אינה ביום** ובשלשה ולהר"י והרמב"ם אפילו בדיעבד שטבל או מל בפני שנים או בלילה מעכב ואסור בישראלית אלא אם נשא ישראלית והוליד ממנה בן לא פסלינן ליה".

וכתב שם הט"ז על כך שקבלת מצוות לכו"ע צריך שלשה וז"ל: **שזהו גוף הדבר והתחלתו** אבל מילה וטבילה הוי כגמר דין דמן התורה הוי בלילה.

מלשון הלבוש שקבלת מצוות היא "גוף הגרות" ומלשון הט"ז "שזהו גוף הדבר" אנו למדים שקבלת מצוות אינה רק תנאי מעכב בחלות הגרות אלא שהיא מהות הגיור או לכל הפחות חלק ממעשה הגיור. ואם נשאל כיצד א"כ מתקיימת קבלת מצוות בגר קטן יש ליישב בשני אופנים:

א. קבלת מצוות מתקיימת כשהגדילו ולא מחו כפי שכתבו תוסי' סנהדרין סח, הרשב"א והריטב"א בשם תוסי' כתובות יא, ועד אז לא נגמרה הגרות.

ב. באדם בר דעת, מצד חלק הדעת שבו צריך גיור ע"י קבלת מצוות אבל במי שאין לו דעת הגיור נעשה ע"י מילה וטבילה בלבד.

אלמלא דברי הלבוש והט"ז היה ניתן לומר שקבלת מצוות אמנם מעכבת כתנאי לחלות הגיור אבל לא כחלק ממעשה הגיור וכמובן לא כמהות הגיור ולכן בקטן שאין התנאי יכול להתקיים שוב אינו מעכב, אך כאמור זו אינה דעת הלבוש והט"ז.

יש להוסיף שהשרידי אש (ח"ב סי' קט) מפרש כך את דעת הרי"ף. ניתן לפרש כך את דברי השטמ"ק בשם שיטה ישנה הנ"ל. בספר ברכת שלמה (לגר"ש טנא, אבי"ד ת"א, בסי' ב) מובא בשם ספר דברי אליעזר (להגרא"י פרנקל, על מסכת כתובות סי' ז) ששיטת הרי"ף דקבלת מצוות אינה מעכבת בדיעבד ולכן השמיט את הדין ד'הגדילו יכולים למחות'. גם בזה יש לחלק בין חוסר קבלת מצוות של קטן שזה לא מעכב לבין גדול שיודע מהמצוות ואינו מקבל לקיימן שבוזה גם הרי"ף יודה (וכך נקט השרידי אש בדעת הרי"ף). וע"ע בפד"ר כרך י עמ' 198 בדברי הגר"ש דייכובסקי שליט"א שהרחיב בזה, וציין שם למאמרו של הגר"י רוזנטל (מוריה' ניסן תש"ל).

מכל הני מילי מבואר שקבלת מצוות מעכבת בגיור ולחלק מהאחרונים היא נחשבת גוף הגיור ובעיני בפני שלשה ובלא"ה אינו גר. ומה שנקטו לפעמים לשון של הודעת מצוות היינו לצורך הקבלה של המצוות והעיקר הוא קבלת מצוות שהיא גוף הגיור.

וע"ז קשה שהמחבר שם רסח סעיף יב כתב "ואם לא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו שכר המצוות וענשן ומל וטבל בפני ג הדיוטות הרי זה גר" ולשונו של המחבר לקוח מדברי הרמב"ם בהל' אסו"ב.

הרמב"ם (אסורי ביאה יג,ז) כתב:

גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעו המצוות וענשן ומל וטבל בפני שלשה הדיוטות הרי זה גר.

וכתב שם המגיד משנה "זה פשוט שאין הודעת המצוות מעכב" וכיצד אומר המ"מ שהוא פשוט ולעיל (יג,ט) הביא דברי הרמב"ן דקבלת מצוות בפני שלשה הוא לעכובא.

בישוב הקושיות כותב החמדת שלמה יו"ד סימן כט ס"ק כב וז"ל:

ע"כ נראה לע"ד דקבלת המצוות והודעת המצוות שני ענינים הם דקבלת המצוות היא בסתם שקיבל עליו ליכנס בדת יהודית דזה הוי ממילא קבלת המצוות, והודעת המצוות הוא להודיע לו ענין המצוות כדאיתא בגמ' אכלת חלב וכו' וכן שכרן ועונשן כדאיתא שם וזה אינו מעכב ולעולם בקבלת המצוות בסתם מעכב דזהו עיקר הגירות שנכנס לדת יהדות ובוזה אתי שפיר דברי השו"ע, שבתחילה כתב דקבלת המצוות צריך ג' לעכובא ובסוף הסימן העתיק הרמב"ם הנ"ל. גם הוסיף שם תיבת שכרן של מצוות ועיי"ש. ולעולם קבלת המצוות ודאי דמעכב רק דזה נכלל בטבילת גירות דכיון שטבל עצמו להיות גר ולהכנס בדת ישראל ממילא הוי קבלת המצוות כך היה נראה בעיני פשוט אח"כ ראיתי בב"ח שכתב וז"ל אע"פ שכתב הרמב"ן (הרמב"ם) דכשר אעפ"י שלא היה קבלת המצוות כל עיקר מלשון זה נראה שהבין דלהרמב"ם לא בעי קבלת מצוות כלל, ולפי"ז יסתרו דברי השו"ע אהדדי אבל לפי מ"ש א"ש.

מסקנת החמדת שלמה שם שלר"י, רמב"ם, רמב"ן והרשב"א קבלת מצוות בב"ד היא לעכובא.

כאמור לעיל הרי דברי התוס', רמב"ן, רא"ש ורשב"א ברורים שקבלת מצוות היא לעכובא ונראה שהמחבר בשו"ע והמ"מ ג"כ סוברים כך. אמנם בשו"ת תורת אמת למהר"א ששון (סימן כ) הבין כמו הב"ח בדעת הרמב"ם. תחילה כתב שם שדעת הרמב"ן והטור שקבלת מצוות מעכבת. ואח"כ הביא דברי הרמב"ם שאם לא הודיעוהו המצוות הרי זה גר ודברי המגיד משנה שפשוט הוא. ותמה על המ"מ שאומר שפשוט הוא שהרי המ"מ כתב לעיל מיניה דעת הרמב"ן שקבלת בפני ג' היא לעכובא. אלא שמהר"א ששון מדייק מהרמב"ם שהעיקר המילה והטבילה וז"ל:

הן אמת שאפשר שכתב כן ממה שלא הזכיר רבנו אלא הטבילה אפילו בהכשר עצמו וכמו שהזכרתי שכתב ואעפ"כ אם באו להתערב וכו' עד שיטבילו בפנינו דמשמע שאין העכוב אלא בטבילה יהיה מה שיהיה. הרי נראה מכאן שקבלת מצוות אינה מעכבת.

מ"מ גם לדעת מהר"א ששון אין זה אלא דעת הרמב"ם אבל הרמב"ן, הרשב"א, הרא"ש והתוס' שהבאנו חולקים וגם בדעת המחבר ומפרשי השו"ע מוכח שסוברים כרמב"ן וא"כ פרוש החמד"ש הוא העיקר ואין לנו אלא שההלכה היא שקבלת מצוות מעכבת.

### ג. קבלת מצוות באופן חלקי

במקרה הנדון<sup>1</sup> הודתה האשה שבזמן הגיור קבלה על עצמה להיות מסורתית לא דתית. וכשנשאלה מה כוונתה ציינה לדוגמא שלא חשבה להתלבש כמו הדתיות. כשנשאלה להבהיר יותר לא ידעה להבהיר. בהעדר הבהרה ומתוך שהצהירה שכיום יודעת בדיוק מהו מסורתי ומהו דתי עלינו להשתמש בפרוש המקובל כיום והוא שהמסורתי הוא מי שמקיים מצוות באופן חצוני וחלקי ובוחר לעצמו את מה שנוח לו לקיים. גם אם הוא שומר שבת אזי כוונתו לקדוש והדלקת נרות או להמנע מבישול אבל הוא נוסע בשבת וצופה בטלביזיה ושומע רדיו. כך גם שומר רק באופן חלקי בכשרות וכן בכל דבר. בגמ' בכורות ל,ב מבואר "נכרי שבא לקבל דברי תורה חוץ מדבר אחד אין מקבלין אותו רבי יוסי ברבי יהודה אומר אפילו דקדוק אחד מדברי סופרים".

נשאלת השאלה האם התנאי של קבלת כל המצוות **כולן** הוא לענין לכתחילה שאם אינו מקבל **הכל** אין מקבלין אותו או שמא גם בדיעבד אם ב"ד הדיוטות קבל גר כזה ומל וטבל האם גרותו בטלה.

#### 1. שיטת האחיזר והנצי"ב

שאלה זו עלתה בספר בית יצחק שנסתפק בדבר והאחיזר דן בדבריו ודעתו שאינה גרות וז"ל האחיזר (ח"ג סימן כו ס"ק ה): "וראיתי כעת בס' בית יצחק חיו"ד ח"ב שכ"כ דכיון דאיכא אומדנא דמוכח ול"ש בזה דברים שבלב אינם דברים לא הוי קבלת גרות. גם מסתפק שם בגוף הדין דאין מקבלין בחוץ מד"א אפילו דקדוק אחד מד"ס דלא נתבאר מפורש אי גם דיעבד ל"ה גר ומשבת דף לא קצת ראייה דמהני... אך מסברא נראה דכיון דקבלת מצוות מעכב בודאי בעינן שיקבל עליו כל המצוות אלא שיש להסתפק אם אינו מקבל דקדוק אחד מד"ס אפשר דמה"ת הוי גר כיון דקיבל עליו כל מצוות התורה ואולי כיון דמילי דרבנן אתנייהו בלא תסור הוי כמתנה על דבר תורה וצ"ע".

בנדון שלנו ענין לבוש צניעות יש בו גם צדדים של אסור תורה ובפרט שאמרה שכונתה היתה להיות מסורתית ודאי שהרבה דקדוקים של דאורייתא לא קבלה.

<sup>1</sup> חלק מפסק דין בנדון.

שאלה זו נדונית גם בשו"ת משיב דבר של הנצי"ב חלק ה סימן מו ופשיטא ליה שהוראת הגמרא היא רק לענין לכתחילה אבל בדיעבד הוי גר גם אם לא קיבל על עצמו פרט מסוים וז"ל שם: "ואמנם יש לחקור בזה הענין במי שמל וטבל אלא שלא קיבל עליו כל המצוות וכדאיתא בבכורות דף ל שאין מקבלין בזה האופן אם עברו וקבלו אי הוי גר או לאו וזה פשיטא דלשון אין מקבלין כו' אינו אלא שאסור לקבלו אבל מ"מ אם עברו וקבלו הוי גר ומכריחין אותה לשמור דת ישראל... וראיה מהלל שבת לא,א שקיבל להגר בעוד שלא קיבל עליו עול מצוות ולא מהני ישוב שכתבו התוס' יבמות (דף כד,ב ד"ה לא) ופי' רש"י במסכת שבת שם ד"ה גייריה שהיה בטוח שיקבל עליו עול מצוות אלא לענין אסור לכתחילה שאין מקבלין, ע"ז מהני הישוב שהיה הלל בטוח באותו אדם שלבסוף יקבל אבל אי נימא שאין בקבלה זו ממש ועדיין אינו גר מאי מהני בזה שהיה הלל בטוח וזה ברור".

ועיין מהרש"א שבת שם שפירש שהלל המתין מלגירו עד שקיבל על עצמו קבלה גמורה ודלא כפי' הנצי"ב. אולם גם לדעת הנצי"ב נראה פשוט שאין הוא חלוק על הרמב"ן והתוס' ורוב הראשונים והמחבר בשו"ע וכל הפוסקים שס"ל שקבלת מצוות מעכבת. הוא נחלק רק על הדרישה שיקבל כל המצוות בלי יוצא מהכלל. לכן נראה פשוט שאם לא קיבל על עצמו שמירת שבת או שאר מצוות באופן שאם היה ישראל עובר עליהן היה נחשב למומר לכל התורה גם הנצי"ב מודה שאין זו קבלת מצוות ובנדון שלנו שאמרה שחשבה להיות מסורתית הרי ידוע שהמסורתי נבדל באופן מהותי מן הדתי בזה דאינו מקבל מרות המצוות אלא עושה ומקיים מה שנוח לו וגם במה שעושה אינו מדקדק בפרטי הלכות כלל ולכן נראה שגם הנצי"ב מודה בזה שאינה קבלת מצוות. אמנם אם נתיחס לזה שלא קבלה על עצמה לבוש צניעות של הדתיות היה מקום להכשיר הגיור עפ"י הנצי"ב הנ"ל. אבל החלטה להיות מסורתית בלבד היא חסרון כללי בקבלת מצוות וגם הנצי"ב מודה בזה.

הנצי"ב שם בהמשך דבריו דן לחלק בין זמן הגמרא שהיו דיינים סמוכים לזמננו. שכן בזמננו אין סמוכים והרי הגיור צריך בי"ד אלא שאנו פועלים מכח שליחותייהו של הסמוכים ואם אסור לקבל גר (שאינו מקבל הכל) הרי גרותו תפסל גם בדיעבד כי אין אנו שלוחים לענין גיור זה. ותירץ שמ"מ לדעת הר"י והרמב"ם שבדיני ממונות ילפינן מבצדק תשפוט שלא צריך מומחים א"כ גם בגיור לא צריך שליחותייהו. יש כמובן להוסיף שיש תרוץ נוסף בתוס' יבמות שאין אנו זקוקים שליחותייהו. משום שבגרות כתיב "לדורותיכם" ולכן גם לתרוץ זה אם קיבל פרט למצוות מסוימות יתכן שגרותו גרות.

לאחר העיון נראה כי מ"מ דברי הנצי"ב מוקשים כי רש"י שואל על הלל מאותה ברייתא של בכורות ל ואומר שלפיכך דחה אותו שמאי בנוזיפה. בטעמו של הלל אומר רש"י "דלא דמיא הא לחוץ מדבר אחד, שלא היה כופר בתורה שבע"פ אלא שלא היה מאמין שהיא מפי הגבורה". כלומר הנכרי שבא לפני הלל היה מוכן לקבל כל התורה שבכתב וכל דקדוקי התורה שבע"פ אלא היה סבור שהתושבע"פ למדוה בהיקש או סברה אבל לא ניתנה למשה בסיני ולמרות שזה פגם בדעות מ"מ יש כאן קבלת עול תורה ומצוות. ולפי המהרש"א ג"כ נדחים דברי הנצי"ב שהוא מפרש שהלל גיירו רק אחרי שקיבל מצוות לבסוף. ובהגהות מהר"מ הורוץ שבת שם מפרש שהעיקר כפרוש מהרש"א. והרש"ש מנסה להסביר את דברי רש"י שאכן קבלו לגיור כאשר עדין לא האמין שהתושבע"פ מסיני וכותב וז"ל: "ני"ל כונתו דכופר לא מיקרי אלא אחרי החקירה בכל חלקי הסותר אבל זה לא חקר ולא נוכח אלא שלא היה מאמין כו' לכך הובטח שלאחר שיברר אליו אמיתת הדברים ישוב מאמין".

ובחכמת שלמה ליו"ד סימן רסח הביא דברי רש"י הנ"ל ופירש אותם כפשוטם וזה לשונו :

הנה מזה מוכח דהגר הבא להתגייר, אם מתנה שמקבל עליו כל התורה חוץ מדבר אחד אפי' מדרבנן אין מקבלין אותו, אבל אם רוצה לקבל תורה שבע"פ רק שאומר שאינו מפי הגבורה אז מותר לקבלו והיינו כשהרב סומך על חכמתו שיקבלנו וכו' והתימה על האחרונים שלא הביאו זה.

ועיין במאמר של הגר"י גודלברג בשורת הדין כרך ג עמ' קסט-קעג שהרחיב בנושא זה.

מ"מ כבר בארנו שגם לפי הנצי"ב בעיני קבלת מצוות וכאשר חסר קבלת שמירת שבת או חסר קבלת מצוות שהעובר עליהן הוא בגדר מומר לכה"ת לא הוי קבלת מצוות גם לדידיה. בתבוי"ש יו"ד סימן ב מבאר שמומר לכל התורה כולה לא צריך שיעבור ממש כל התורה אלא אם פוקר בגי' אסורים הוי כמומר לכה"ת.

והמקבל להיות מסורתי ולא דתי הוא פוקר ביותר מגי' אסורים וגם תשבת דידיה אינה שבת שלפי ההלכה. וכן דעת הגר"י ויינברג שהמקבל "חוץ מדבר א"י אינו גר כלל (שרידי אש ת"ב קט).

## 2. שיטת בעל האגרות משה והמשנ"ב

הספק שעורר הנצי"ב נדון גם באגרות משה להגר"מ פינשטיין בשני מקומות. באגרו"מ ביו"ד חלק ב סימן קכד (בתשובה משנת תשכ"ז) כתב דלא כנצי"ב וז"ל שם: "אבל לפ"מ שבארתי בחדושי בשביל הקושיא דהא גר כשלא קיבל אף דקדוק אחד אין מקבלין אותו כדאיתא בבכורות דף ל ומשמע שגם כשקבלו אותו אינו גר מדלא הוזכר שבדיעבד הוא גר וגם מרמב"ם פי"ד מאיי"ב ה"ח שכתב ואין מקבלין גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג אבל בזה"ז אפילו קיבל עליו כה"ת כולה חוץ מודקדוק אחד אין מקבלין אותו הרי משמע שאף לחשיבות של גר תושב אין מקבלין אותו ואם היה נעשה בדיעבד גר צדק לא שייך לדון כלל מדין גר תושב דאם קבלוהו הרי הוא גר צדק ואם לא קבלוהו גם בדבר גר תושב אין לדון וגם הא דין גר תושב ליכא כלל בזה"ז אף כשקבלוהו בדיעבד".

באגרו"מ יו"ד ח"ג סימן קו (תשובה משנת תשכ"ט) האריך בנדון הנ"ל. שם דן בגירות שמוכנה לקבל כל התורה פרט לתלבושת נשים צנועות וכונתה להתלבש בבגדים שמתלבשות בעוה"ר סתם הנשים שבדור פרוץ זה. וכתב שם שמעיקר הדין מצאנו גר שנתגייר לבין הנכרים שאינו יודע מאסור ע"ז ומאסור שבת ובכ"ז הוי גר ומסביר זאת משום שאותו גר מקבל על עצמו לקיים מה שיהודים נוהגים לפי דתם ואע"פ שאינו יודע דתם כלל מ"מ קבלה זו מספיקה. אבל כשיודע הדת ואינו מקבל פרט מסוים ממצוות הדת בזה יש לעיין. הגרמ"פ נוקט במפורש את חלוקו של החמדת שלמה שקבלת מצוות מעכבת והודעת מצוות אינה מעכבת, להלכה ובאשר לספיקו של הנצי"ב הביא הראיה מהלל ופירש שם את דברי רש"י שמשמע מיניה שלא כמהרש"א שאל"כ לא היה רש"י מקשה מהגמ' דבכורות. בתרוץ רש"י הבין הגרמ"פ שהגוי לא היה מוכן לקבל התושבע"פ ולקיימה וסבר שיש תושבע"פ אחרת ממה שבידנו וזה כבר סרוב לקבל הרבה מצוות.

לפיכך הוא מגיע למסקנה: "שכיון שאיכא עכ"פ קבלת מצוות אף שלא בכולן, הוא גר ונתחייב בכולן אף שלא קבלם, דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה ואין ענין קבלת המצוות משום דבלא קבלת המצוות א"א לחייבו אלא דהוא דין ממעשה הגרות דבעינן קבלת המצוות כמו דבעינן מילה וטבילה, וסגי לזה קבלת איזה מצוות אף שלא קיבל כולן".

הרי שהגרמ"פ מיקל לענין שאלה זו הרבה יותר מקולתו של הנצי"ב וסגי שיקבל "איזה מצוות" ובסיום התשובה כתב "וא"כ גיורת זו שאינה רוצה לקבל תלבושת נשים לכתחילה ודאי אין לקבלה ודיעבד אם קבלוהו תלוי

בספק זה יותר נוטה שבדיעבד היא גיורת" הרי שלא פסק סופית רק מטיין אתמר.

אמנם מצאתי בבאור הלכה לחפץ חיים זצ"ל שדעתו דלא כנצי"ב והגרמ"פ: בהלכות שבת סימן דש בבאור הלכה מביא המשני"ב שהמגי"א פסק שגוי שכיר שקיבל על עצמו מצוות של העבד הגם שאינו עבד ואינו קנוי לישראל מ"מ הוא אסור בחלול שבת וצריך לנהוג בכל אסורי שבת. שואל שם הבאור הלכה וז"ל: "צע"ג כיון שאין קנוי לו הלא בודאי אין גרות לחצאין ומאי מהני קבלתו למצוות הנהוגות בעבד הלא קי"ל בבכורות (בפרק עד כמה דף ל) א"י שבה לקבל עליו ד"ת חוץ מדקדוק אחד אין מקבלין אותו ודווקא בעבד שגופו קנוי ויש עליו שם עבד גילתה לנו התורה דבאיש כזה די אם יקיים רק מצוות הנהוגות באשה משא"כ באדם דעלמא אין לנו בתורה רק או גר תושב או ישראל גמור וזה שלא רצה לקבל עליו כל התורה מסתברא דאין מדרגתו אלא כגר תושב ומנא ליה למגי"א שיהיה עדיף מגר תושב".

והרי הנדון של המגי"א והמשני"ב הוא בדיעבד משמע להדיא שמי שלא קבל דקדוק אחד אינה קבלת מצוות אפילו בדיעבד. עולה מהני"ל שגם אם נתייחס לפרט המסוים שציינה שלא קבלה על עצמו הלבוש הידוע לדתיים יש ספק בכשרות הגיור בגלל ספקותיו של הגרמ"פ ובגלל דעתו של המשני"ב. בפרט שאצלנו יש חסרון יסודי בקבלת מצוות שלהיות מסורתית פרושו שלא להיות תחת מרות ההלכה כלל. והמסורתית בוחר לו את הנוח לו וגם השבת אינה השבת שלפי ההלכה וכך גם כל מצוות התורה הם למחצה לשליש ולרביע.

#### **ד. סיכום**

מכיון שחידושו של הגרמ"פ נוגע לשאלה של איסורי תורה אי אפשר לעשות מעשה כדבריו לאחר שהוא בעצמו בתשובה אחרת הגיע למסקנה שונה וכן משום שהנצי"ב, האחיעזר והמשני"ב חולקים עליו, ובפרט במקום שהגר לא מקבל על עצמו מצוות כאלו שהעובר עליהן נחשב כמומר לכל התורה כולה כגון שמירת שבת או חסרון בקבלת עקרי האמונה, וכך דעת גדולי הפוסקים בדורנו.

מן האמור לעיל מתבאר כי כוונת התורה במערכת של מצות הגיור איננה לגיורים מסיביים 'ערב רב', אלא למתן פתח לבודדים מאומות העולם, החפצים באמת ובתמים להכנס תחת כנפי השכינה ולקיים תרי"ג מצוות.

הגאון רבי חגי נפתלי איזירר

גם בחזון הנביאים לעתיד לבוא אין נבואה על גיור המוֹנֵי גויים אלא רק על יחידים – מהמובחרים שבהם – "נדיבי עמים נאספו עם אלקי אברהם" (תהלים מז וברד"ק שם). את "המטרה הלאומית" לחזק את עם ישראל בכמות ובאיכות לא נוכל להשיג ע"י עירווי מבני יפת ולא ע"י תערובת 'ערב רב', אלא רק בשיבת העם לשרשיו – "הן עם לבדד ישכון".

נשיא עצה למנהיגנו, שלא להקשיב ליועצים מפני "פן ירבה" אלא לרוח הקדש המפעמת בלב האומה ואומרת "כן ירבה" ואז יתקיים בנו "מפי עוללים וינקים יסדת עז וכו' להשבית אויב ומתנקם" (תהלים ח, ג).

## הרה"ג רבי צבי שכטר שליט"א

ראש ישיבה וראש כולל בישיבת רבינו יצחק אלחנן

### תחילתו בפסול וסופו בכשרות

עד הפסול בשעת ראיית מעשה וכשר בשעת הגדה – לא מקבלים עדותו ופסול להעיד (גמ' ב"ב קכח,א).

הרשב"ם בפירושו שם כותב שדין זה נלמד מפסוק "והוא עד או ראה או ידעי". דמה כוונת הפסוק בזה, פשיטא שראה העד את העובדא, אחרת היאך אפשר לו להעיד, אלא ודאי צ"ל שהדגשת התורה "או ראה" באה ללמד שזה ענין הלכתי דבעינן "ראיית המעשה" ולא סתם בתורת היכי תמצא בעלמא, ומסתמא הכוונה בהלכה זו – דבעינן שיהא כשר לא רק בשעת הגדה אלא אף בשעת ראיית המעשה.

איתא במשנה כתובות כח,א

ואלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ... זה כתב ידו של אבא וזה כתב ידו של רבי וזה כתב ידו של אחי זכור הייתי בפלוניתי שיצאה בהינומא וראשה פרוע ושהיה איש פלוני יוצא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה ושהיה חולק עמנו על הגורן והמקום הזה בית הפרס ועד כאן היינו באין בשבת

ובגמ' מבואר שקיום שטרות דרבנן, וקסבר תחומין דרבנן, ולהאכילו תרומה בתרומה דרבנן.

יש להסתפק האם קולא זו נוהגת דוקא גבי דינים אלו, או שיש כאן כלל, שבכל מקרה של דין דרבנן אפשר לסמוך על קטן שהגדיל – שיעיד על מה שראה בקטנותו.

בחז"מ (סימן פ סעיף ו) הובאו כמה דעות לגבי עד המסייע אם פוטר הוא מן השבועה. ועיין בחידושי רעק"א (שם ובסימן לג סעיף יג) שמביא מהמחנה אפרים דעד המסייע פוטר משבועה דרבנן אפילו אם היה תחילתו בפסול - ולא אמרינן בזה תחילתו בפסול וסופו בכשרות פסול. המחנ"א לומד כך

\* סיכום שיעור שנמסר בכולל בחודש אב תשס"ג, נרשם על ידי אחד השומעים ועבר הגהה ועריכה ע"י הרב. הרחבה נוספת היוצאת מסוגיא זו ראה בספר ארץ הצבי סימן יח, עמ' קכז-קכט.

מהמשנה בכתובות, שכן הבין שעיקר דין המשנה בא לחדש פרט זה בקשר לדין תחילתו בפסול, שבנידון **דרבנן** - קטן שהגדיל, אף שתחילתו בפסול - כשר הוא להעיד, ומביאו רעק"א להלכה.

בפשטות דין זה צ"ע - איך ניתן ללמוד מגי המקרים שבמשנה לכל דיני דרבנן. לכאורה עניני תחומין ואכילת תרומה אינם זקוקים לכל עדות, שהרי גדרם כאיסורים, דקי"ל בהו דע"א נאמן באיסורים, ומהכ"ת לפסול בקטן שהגדיל מכח תחילתו בפסול. דעפ"י פשוטו הול"ל דרק במקרה שצריכים בו עדות כשרה של שני עדים כמו דבר שבערוה, או ממונות, או נפשות - אז אחת מהלכות הכשר העדים היא שתהיה גם שעת ראיה וגם שעת הגדה בכשרות. (אא"כ נחדש שבתחומין נמי בעינן שני עדים שיעידו על מעשה המדידה). אך בפשטות תחומין הוו ככל איסורין שע"א נאמן בהם.<sup>1</sup> ובאמת צריך להבין מה ההו"א לפסול קטן שהגדיל בנושאים אלו.

והנה הרמב"ן במלחמות לכתובות [ח,ב] כותב שמהך משנה יש להוכיח שגבי קיום שטרות - לא שייך בכלל כל המושג של תחילתו בפסול [כלומר, שנפסלו לשמש אח"כ כדין בבי"ד העושה את קיום השטר מכח דינא דאין עד נעשה דיין] - ולא שנתכוונה המשנה להכשיר למרות מה שיש כאן בעיא של תחילתו בפסול, וז"ל שם:

אבל לדעתי בשראהו חותם בלילה (כצ"ל) אין נעשה עד, שלא אמרו ראוהו בלילה - אלא בשאר עדויות שהם צריכין ראיה, וכיון שנמסר לו בלילה - עד הוא ואינו נעשה דיין. אבל זו העדות שמתקיימת בידיעה (כצ"ל) בלא ראיה - ואפי' מתוך שטרות אחרות מקיימין, וכן בהכרה בלא ראיה, אע"פ שראוהו חותם בלילה - לא נעשה עד. שלא על אותה ראיה עדות זו מתקיימת, אלא מפני שהוא יודע שאין שטר זה מזויף. והראיה בזה שהאמינו בגודלן מה שראו בקוטנן - ואע"פ שבאותה עשה פסולין להעיד היו וכו'

הרי שסובר שכוונת המשנה לומר שאין כאן בכלל "תחילתו בפסול", אבל איה"נ, אילו היה באמת מקרה של תחילתו בפסול היינו פוסלים אף במילי דרבנן, והוא להדיא להיפך מדברי המחנ"א.

<sup>1</sup> השי"ך אכן מוכיח ממשנתנו שתחילתו בפסול נוהג גם גבי ע"א באיסורים, אך דבריו צע"ג שכן דין תחילתו בפסול הוא דין בהלכות עדות (ונלמד מ"או ראה" המדבר בעדויות של ערוה ונפשות), וכנ"ל מהרשב"ם - ומהיכ"ת ללמוד משם גם לאיסורים.

ועייש בריטבי"א שכתב, שחידוש המשנה הוא לומר דסמכינן אעדות של קטן שהגדיל למרות החשש שמא לא דייק בקטנותו – ולא רק בקיום שטרות, אלא אף בשאר איסורי דרבנן כתחומין ותרומה דרבנן, לא חיישינן שלא דייק.

ומסתמא הרמב"ן ג"כ תפס כך את חידוש המשנה, ועפ"י הבין שאין ממשנה זו הוכחה כלל לומר שאין דין תחילתו בפסול נוהג בדיני דרבנן. ודוקא בקיום שטרות אינו שייך כל עיקר, דכל דין זה רק נוהג במקום שיש בו התחלה וסוף. דההתחלה היינו שעת ראיית המעשה, והסוף היינו שעת הגדת עדות – ובשעת שניהם בעינן שלא יהיה פסול. אבל לגבי קיום שטרות לא שייך בכלל המושג של שעת ראיית המעשה. העד זוכר שכילד הוא הלך עם אביו עד תחום מסוים. אין כאן "מעשה דיני" הקובע את התחום. התחומין נקבעין הן ממילא, על פי עדותו. ודאי שאם העיר תתרחב, התחום יתרחק וייקבע מעצמו. כמו"כ עדותו שאביו הטבילו לתרומה – מעשה הטבילה לא הפך אותו לכהן כמובן. ואף בקיום שטרות – העד זוכר מקטנותו שזוהי חתימת וכת"י של עדי השטר. אין כאן ראיית מעשה אלא עדות<sup>2</sup> ידיעה והכרה. רק

<sup>2</sup> דברי הרמב"ן באו לאפוקי משיטת התוס' (כא,ב) לגבי שלושה המכירים חתימת ידי העדים, שמעידים ע"כ בפני חבריהם, ואלו השנים רשאים להשתתף אח"כ כדיינים בב"ד הקובע את קיום השטר, דאף דבד"ת קי"ל דאין עד נעשה דיין, קיום שטרות אינו אלא דרבנן, ובדרבנן מקילין לומר דאף עד המעיד נעשה דיין. ותמהו שם התוס', איזו קולא יש בזה, הלא אף בדיינים ד"ת קי"ל שלא תהא שמיעה גדולה מראיה, וממילא בגי' דיינים המכירים חתימת העדים, הלא אין שם צורך בכלל בהגדת עדות, ואיזו קולא יש כאן? ומבארים שם התוס' (ד"ה ש"מ), דאם ראו הבי"ד ביום היאך שעדי השטר חתמו את שמם בסגנון המסוים להם, בודאי אין כאן קולא כלל, דכך הוא הדין אף בדאורייתא, דלא תהא שמיעה גדולה מראייה. אבל לפעמים רק ראו את העדים חותמים בלילה, ומאחר שאין דנים בלילה, א"א ליצור תחילת קביעות בי"ד בלילה, ונמצא שמה שראו השלושה בלילה א"א לומר על כך שהיתה כאן ראיית בי"ד, שאין קביעת בי"ד בלילה, אלא שהיתה ראייתם בתורת ראיית עדים, וממילא בעינן הגדת עדות, וממילא היה צריך לחול הדין שבכל עד המעיד – שאין עד נעשה דיין. ורק בנדו"ד שכל הצורך לקיום שטרות אינו אלא דרבנן אפשר לנו להקל. דבמילי דרבנן עד שפיר נעשה דיין. ועל כך טוען הרמב"ן, דבמקרה שיש שם "מעשה דיני" (כחלוואה, פרעון, רציחה, אכילת חזיר וכדומה), ואיכא חלות שם "ראיית המעשה", שייך לחלק ולומר דאם היתה שם ראיית עדים, בעינן הגדה, ואילו היתה שם ראיית בי"ד, תו לא בעינן הגדת עדות, דלא תהא שמיעה גדולה מראייה, דראיית בי"ד עדיפא מראיית עדים והגדה לבי". אבל בקיום שטרות שלא שייך בכלל כל המושג של "ראיית המעשה" מאחר שאין כאן "מעשה דיני" בכלל, ממילא לא שייך לחלק כלל בין ראוהו ביום לראוהו בלילה. והוכחת הרמב"ן מהמשנה היתה, כנ"ל, דכוונת המשנה היתה לומר דלא חיישינן שמא הקטן לא דייק יפה. אבל זה לא אכפת לן במה שלא היתה תחילתו בהכשר, למרות מה שאף בדיני דרבנן מצרכינן תחילתו בהכשר, דהכא ליכא התחלה בכלל, דגדר ההתחלה היינו – שעת ראיית המעשה, כאן אין בכלל מעשה דיני שנוכל להצריך "ראיית המעשה", וכאמור. [ואף ביצאה בהינומא נמי היינו טעמא, שפעולת היציאה בהינומא אינה מעשה-הלכתי לכך שתהיה הכלה בתולה, אלא שהוכחה היא על זה והיות שאיננה מעשה דיני, א"א להצריך ככה"ג שיהיה העד תחילתו בהכשר, שאין כאן "התחלה" בכלל, וכמשנת"ב.]

כשמעידים על מעשה הלואה, או מעשה היוזק, או מעשה פרעון, או מעשה רציחה, או מעשה של אכילת חזיר, שאותו המעשה יוצר איזה חיוב, או שאותו המעשה פוטר, זהו הנקרא מעשה על פי דין, ושעת ראיית אותו המעשה הוא הנחשב כהתחלת העדות, על פי גזירת הכתוב דאו ראה או ידע.

### **דבר - ולא חצי דבר**

דין דומה מציינו גבי מחלוקת ר"ע ורבנן (ב"ב נו) בנידון של עדות שלוש שנים בחזקת הבתים. דעת רבנן שאף אם יש עדות רק בצירוף כמה כיתות עדים המעידות כל אחת על אכילת שנה מקבלים דבריהם, ודעת ר"ע דאין מקבלין דבריהם, כי יש כאן חיסרון של דבר – ולא חצי דבר, ובעינין כת אחת המעידה על כל שלוש שני חזקה. רבנן דורשים את הפסי' דבר ולא חצי דבר לגבי שתי כיתות עדים המעידות על גדלות האשה – כת אחת מעידה על שעה אחת בגבה, וכת אחת על שעה אחת בכריסה – דהוה חצי דבר, ולא מקבלים עדותם. הראשונים בסוגיא מנסים להבין מה ההבדל בין עדות על שערות לבין עדות על שני חזקה, ומצינו חמש שיטות בדבריהם.

א. בעדות על גדלות האשה העדים **יכלו להתאמץ** ולראות את כל הסימנים, ולא הסתכלו, וממילא הוה חסרון של חוסר דייקנות בעדותם, משא"כ גבי שדה, כל כת מעידה את **כל** מה שיכולה היתה להעיד.

ב. ברי"ף מבאר שדין דבר ולא חצי דבר הוא דין המוטל על **בי"ד** בנוגע **לקבלת העדות**. בי"ד לא מקבל עדות שאין לה משמעות דינית שאפשר לדון על פיה כבר עכשיו – ואין דרישה מבי"ד שיקבלו כעת חצי עדות, ויזכרו אותה, ולאחר זמן יקבלו חצי עדות נוספת, ויצרפו את שתי העדויות לכלל דבר שלם. וא"כ גבי אכילת פירות שדה של אחר, דהיינו, לחייב את המחזיק לשלם שיווי דמי הפירות לבעל השדה, מאחר שאין אנו מאמינים לזה המחזיק הטוען שהשדה שלו היא, וממילא אף הפירות שלו היו – כל כת המעידה על שנה אחת של חזקה – אפשר לדון על פיה כבר עכשיו, וכבר עתה יש בעדותם נפק"מ, ולכן כשהכת השלישית תעיד, תצטרף משמעות **נוספת**, שכעת התברר שכל הג' שנים יחד היוו חזקה. אבל כבר לפני כן, קודם שבאה הכת השלישית להעיד, כבר היתה משמעות דינית (הפוכה) לעדותה של כל כת מהשתיים הראשונות – בשעתה. משא"כ גבי שערות – אין שום משמעות דינית לעדות אשערה אחת.

ג. הר"י מיגאש בשם הר"י מבאר שרבנן בכלל לא סוברים את הלימוד של דבר וחצי דבר, כפרט בהכשר עדות. החסרון של שיערה אחת בגבה ואחת בכריסה נוגע למחלוקת במסי נידה, האם סימני גדלות צריכים להיות במקום אחד, או די לנו בשתי שערות בשני מקומות נפרדים. רבנן דר"ע סברי דאף אם כת אחת תעיד על שתי השערות בגבה וכריסה, לא נדון אותה כגדולה, דבעינן שתי שערות במקום אחד. (הראשונים דוחים הסבר זה, שכן אין זו משמעות הלימוד של דבר ולא חצי דבר).

ד. הרמב"ן במלחמות לב"ק (ע,ב) משבח את פירושו של רש"י המבאר שבשנים אומרים אחת בגבה ושנים אומרים אחת, כל כת המעידה על שיערה אחת בעצם מעמידה אותה על חזקתה כקטנה, וממילא אין כאן עדות אפילו אחצי דבר שנאמר שיש לבי"ד לצרף יחד שני החצאים וליצור מזה דבר שלם. פעמיים הועד בה שהיא קטנה. משא"כ גבי שלוש שני חזקה – כל שנה שהחזיק בשדה, נוספו רגליים לדבר לטענתו שהוא באמת הבעלים, אלא שזכות המר"ק לערער, עד שעוברות ג' שנות חזקה – המוכיחות שמסתמא צודק המחזיק בטענתו. וא"כ, בי"ד יכולים לקבל גם עדות על חצי דבר מאחר ויש בו פוטנציאל להצטרף לדבר שלם, ובהמשך לצרף אליו חצי דבר נוסף בכדי שיהיה לשתי העדויות משמעות של דבר שלם שאפשר לדון על פיו (דלא כהר"י הנ"ל). ואילו בעדים המעידים על אחת בגבה או על אחת בכריסה אין שם אפילו חצי דבר!

ה. מובא בשטמ"ק שדבר ולא חצי דבר זהו דין **בראיית המעשה**. דמהך קרא דאו ראה או ידע – ילפינן דבעינן שתהיה שם ראיית המעשה, ומהך קרא דדבר ולא חצי דבר ילפינן דבעינן שתהא ראיית כל המעשה ע"י העדים, דאחרת לא חשיבא כ"ראיית המעשה". ובאמת ניתן היה לומר ששתי שערות הם גילוי וסימן לכך שהיא **כבר** גדולה, מאחר שהיא ראויה להוליד, אבל השטמ"ק לומד שגילוי השערות **גורם**<sup>3</sup> לכך שנהפכת לגדולה, כסיבה ולא כסימן,<sup>4</sup> וממילא צריך ראיית כל המעשה **הגורם** לגדלותה, וכששתי הכיתות מעידות על אחת בגבה ואחת בכריסה – אין שם כת אחת שראתה את כל "מעשה" הגדלות. אמנם בנידון של שני חזקה, אין שם בכלל "ראיית מעשה". דאכילת הפירות ע"י המחזיק אינה הופכת את המוחזק לבעלים, אלא רק משמשת כהוכחה ומחזקת את טענתו שקנה את השדה, ולכך לא בעינן התם ראיית מעשה שלם – כי אין שם בכלל חלות שם של "ראיית המעשה". הקנין

<sup>3</sup> הערת מו"ר הגרמ"ח דימנטמן: עיין אור שמח ריש הלכות סוטה שיטה הפוכה:

<sup>4</sup> ועיין קובץ שיעורים להג"ר אלחנן וסרמן ריש מסי' פסחים, אות ב.

הראשוני הוא המעשה. (ודומה לחילוק הנ"ל ברמב"ן בין עדות ידיעה והכרה לדין עדות אמעשה).

## בני העיר

בגמ' ב"ב (מג,א) גבי בני העיר שנגנב מהם ס"ת, וטען הגנב שכולם בעלי דין הם ופסולים להעיד שכן כולם שותפים הם בספר הזה, ואינם יכולים להעיד. מציעה הגמ' פתרון, וליסתלקו מיניה בי תרי ולידיינו. כי בהסתלקותם מחלקם הממוני, כבר לא יהיו עוד בעלי דין. ומתקשים בזה הראשונים, דמה תועיל ההסתלקות, הלא הוה תחילתם בפסול.

ובראשונים יש כמה הצעות בישוב קושי זה.

א. אין הכוונה שהשניים שיסתלקו יעידו, אלא שישמשו כדיינים. תחילתו בפסול זהו דין הנוגע רק לעדים ולא לדיינים, שהרי גבי דיין אין נפק"מ אם היה קאו"פ בשעת המעשה. חשוב רק שיהיה כשר לדון בשעת הדין. ומדקדקים מלשון הגמ' "ולדיינו". אך באמת אין זה במשמעות פשט הסוגיא.

ב. תוסי' כותבים שמדובר בפסול של נוגע, ולא אמרינן בזה תחילתו בפסול, ולכן מועילה הסתלקותם. הנו"ב מבאר בדעת התוסי' דבמקום שהיה העד קאו"פ בשעת ראיית מעשה, אז הוי גזה"כ שפסול, דבעינן שתהא גם תחילתו וגם סופו בהכשר, אבל נוגע איננו פסול הגוף אלא רק חשש משקר,<sup>5</sup> וממילא אין בעיה של "תחילתו בפסול" לגבי שעת ראיית המעשה, מאחר ואין על הנוגע שום פסלות בגופו בכלל, וממילא אם יסתלקו משותפותם, שוב אין עליהם שום חשש של משקר בשעת הגדת העדות, וממילא יהיו כשרים להעיד. (מובא גם ברשב"א).

ג. רבינו יונה בשם הראב"ד (בסנהדרין ט, ב - בסוגיית פלגינן דיבורא) מחדש שתחילתו בפסול שייך רק אם היה עד פסול. אם אם מתחילה לא היה עליו שם עד בכלל – אז לא אמרינן בזה תחילתו בפסול. ו"בעל דין" אין עליו שם עד בכלל.

<sup>5</sup> בדבר הזה נחלקו נושאי הכלים בשו"ע חו"מ (בריש סימן לז) אם הנוגע פסול מטעם חשש משקר, או מפני שדינו כבעל דין. ועיין מסורה (אלול תשנ"ב, חוברת ז, עמ' סג) משי"כ בזה בשם הגר"ד"ס.

היוצא מזה שיש כאן מחלוקת בהבנת דין זה דתחילתו בפסול. הראב"ד סובר שלא בעינן תחילתו בהכשר וסופו בהכשר. ואילו לדעת התוס' בעינן שיהיה תחילתו בכשרות באופן חיובי, ולא מספיק במה שלא היה עליו שם עד פסול בשעת ראיית המעשה. ונפק"מ – אם לא היה כשר ואף לא היה פסול – וכגון שלא היה עליו שם עד כלל.

והנה קיי"ל שיש הלכה של קאו"פ, שאם שלושה העידו, ונמצא אחד מהם קאו"פ, אף עדותם של השנים האחרים הכשרים נפסלת. אכן היינו דוקא אם השלישי (הפסול) היה עד פסול, אבל אם לא היה עד בכלל, בכה"ג לא שייך לפסול, שהרי לא היה בזה "אחד מן העדים" קאו"פ. וכגון בדרך משל, אם יבואו שני עדים כשרים להעיד, ואיתם יבוא גם קוף היודע לדבר, פשיטא שלא נפסול את הכת כולה מכח היות הקוף פסול. ודאי שעדותם של השנים הכשרים מתקבלת כיון שעל קוף אין שם עד בכלל.

הנתיבות (סימן לו סק"י) מביא את דעת התומים שאשה נידונה לענין זה כקוף,<sup>6</sup> ומוסיף שמדבריו יש ללמוד גם לגבי עכו"ם וקטן.<sup>7</sup> אין עליהם שם עד בכלל, ואף אם יבואו להעיד בצירוף לעדים כשרים – לא נאמר שיש לפנינו ציור שנמצא "אחד מן העדים" קאו"פ, שאלו הששה (חש"ו, עבד, עכו"ם ואשה) אין עליהם שם עד בכלל.

ועל הדרך הזאת מבארים רבינו יונה והרשב"א הנ"ל, שההלכה אינה דורשת שהעד יהיה כשר גם בתחילה וגם בסוף. רק אם יש שם פסלות – ותחילתו בפסול, בכה"ג אף שסופו בכשרות – פסול הוא להעיד. אבל זה הו"י רק כשמתחילה היה עליו שם עד, והיה קאו"פ – אז פסול הוא להעיד אף אם יתרחק אח"כ או יחזור בתשובה.

והנה בשם הראב"ד נתחדש (בסוגיית פלגינן דיבורא הנ"ל) שגם בעל דבר אין עליו שם עד כלל – והיינו טעמא דלא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ופלגינן דיבורא.<sup>8</sup> לשיטתו, דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה נובע הוא מהדין של קאו"פ, ורק כשיש על המעיד שם עד – אז שייך לפסול

<sup>6</sup> וזה דלא כדעת המהר"ם לובלין סוף פ"ק דמכות שנקט בפשיטות שדין קאו"פ שפיר נוהג אף באשה. וכבר נחלק עליו (שם) בערוך לנר.

<sup>7</sup> בהגהות אמרי ברוך הוסיף שלסברא זו הוא הדין נמי עבד (שפסול לעדות מבמה הצד מאשה וקטן).

<sup>8</sup> שהרי בפשוטו, שתי הלכות אלו סתנן אהדדי, דהיאך אפשר לומר דפלגינן דיבורא, בשעה שקיים אצלנו כלל שעדות שבטלה מקצתה – בטלה כולה. (ולשאר הראשונים מהלך שונה לגמרי ביישוב ענין זה).

עדותו מכח דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ואין הכי נמי דבכל קאו"פ לא אמרינן פלגינן דיבורא. החידוש של פלגינן נאמר רק לגבי בעל דבר, אשר אין עליו שם עד כלל. ולמד הראב"ד שרק במקיימי דבר הכתוב מדבר (מכות ו, א) - רק עליהם יש שם עד, ולא בבעל דבר עצמו.

ועפ"י יסוד זה שחידש הראב"ד מבוארת היטב הצעת הגמ' גבי בני העיר דליסלקו מיניה בי תרי, דלא קיימת בעיה של תחילתו בפסול – כי בשעת מעשה היו שניים אלו בעלי דבר, מאחר ששותפים היו בס"ת, ואחר שיסתלקו שוב אינם בעלי דבר, וכשרים להעיד. (ואין שם צורך חיובי של תחילתם בכשרות, וכנ"ל).

ומן הנכון להעיר, שאף אם נסכים ליסוד של הראב"ד שלבעל דבר אין שם עד כלל – עדיין אין הכרח לקבל את החידוש הזה בבני העיר, כי עדיין יש מקום לטעון ולומר שתחילתו בפסול אינו רק דין בפסול העדים אלא הלכה חיובית המצריכה תחילתו וסופו בכשרות. וממילא בעל דבר, אף שאין עליו שם עד, לא יכול להעיד אח"כ לאחר שיסתלק, כי סוף כל סוף לא היה תחילתו וסופו בהכשר.

ולפי יסוד הראב"ד הנ"ל, מובן שגם משנתנו "אלו שנאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן" מבוארת מאד, כי על קטן אין בכלל שם עד, וכנ"ל מהתומים והנתיבות, וממילא כשהגדיל הוי כשר להעיד, ואין כאן שייכות לדין תחילתו בפסול. וברור שהבנתו שונה משל המחנ"א, שהרי המחנ"א הבין שהמשנה באה לחדש שדין תחילתו בפסול אינו נוהג בדיני דרבנן, ואילו לדעת הראב"ד, אין כאן בכלל מקרה של תחילתו בפסול.

אמנם הרמב"ן לא דוחה את סברת המחנ"א עפ"י יסוד הראב"ד, ונזקק לחדש ולחלק בין עדות ראיה לעדות ידיעה, כי כנראה שהוא חולק על דעת הראב"ד לכל הפחות בקשר לדין תחילתו בפסול, ומבין שדין זה הוי דין חיובי, המצריך תחילתו בכשרות, ואף בקטן אכן היה קיים החסרון של תחילתו בפסול, אילולא שנחלק בין עדות ידיעה לעדות ראיה. ונראה שיש בבנקודה זו מחלוקת בין הרמב"ן והראב"ד, שכן הרמב"ן מכריח את החילוק שלו מהמשנה של אלו נאמנים וכו', ואילו היה מסכים עם הראב"ד בהבנת דין תחילתו בפסול, היה דוחה את סברת המחנ"א עפ"י יסודו של הראב"ד.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> הערה: יתכן והרמב"ן לא מצריך תחילתו בכשרות בחיוב, אלא שלא מסכים ליסוד התומים שהקטן אין עליו שם עד, וממילא אף הקטן יש בו בעיית תחילתו בפסול, ולכן חידש את החילוק שבין עדות ידיעה לעדות ראיה.

## אשה כדיין

התוס' ב"ק (טו,א) מביאים מחלוקת לגבי אשה אם כשרה לדון.<sup>10</sup> ושואלים שם, איך שייד שאשה תהיה כשרה לדון, הרי קי"ל (נידה מט,ב) דכל הכשר לדון כשר להעיד, ואשה הרי פסולה להעיד. ותירצו שהכלל הזה נכון רק באיש, כלומר כל איש הכשר לדון כשר להעיד – אבל לא באשה. וביאר בזה הגרי"ד שכוונת התוס' לחלק עפ"י הנתיבות הנ"ל – שכוונת המשנה לומר, שכל פסלות הנוהגת לגבי עדות נוחגת ג"כ לגבי דיינות וממילא גם הקרובים וגם הרשעים – הפסולים לעדות – פסולים הם גם לדיינות. אבל באשה, אין גדר הענין שיש עליה פסלות לעדות, אלא גדר עניינה – שאין עליה שם עד כלל, וזה אי אפשר להמשיך להלכות דיינות ולומר, שכל מי שאין עליו שם עד בכלל, הוה"נ דאי אפשר שיהיה עליו שם דין. וממילא שפיר שייד להיות שהאשה תהיה כשרה לדון, אף שאיננה כשרה להעיד.

בשו"ע ישנן שתי דעות גבי כשרות הקטן שלא הביא שתי שערות כדיין. הדיון שייד רק אם נבאר עפ"י היסוד הנזכר של הראב"ד, שעל הקטן אין בכלל שם עד, וממילא הכלל של כל הכשר להעיד כשר לדון אינו חל עליו, וכביאור הרב סולוביצי'ק.

כמו"כ היה נראה לומר לגבי מלך. מפשט הגמ' בסוף יומא (עד,א) יוצא שמלך פסול לעדות מהתורה (לפי הבנת רוב הראשונים בסוגיא, שלא כהרמב"ם, עיין מנח"יח ואבי עזרי). ולפי"ז היה צ"ל שמלך גם יהיה פסול לדון מן התורה. אך בסנהדרין (יט,א) מבואר שרק בגלל מעשה דינאי המלך גזרו שמלך לא זן ולא דנים אותו, והיינו מדרבנן. ומתבאר להדיא שמד"ת כשר הוא לדון. והוא מבואר ג"כ לפי המהלך הנ"ל. המלך פסול הוא להעיד מד"ת, אבל לא מכח איזו פסלות שיש עליו, אלא מטעם חיצוני כלשהו, [עיין משי"כ בזה בתשובות דבר אברהם, ח"ב סימן לב ענף ג], וממילא אין זה עובר להלכות דיינים. רק כשיש פסלות לעדות (כרשע או קרוב) אמרינן שפסלות זו נוחגת אף לגבי דיינות.

<sup>10</sup> בפת"ש לחו"מ מובא שיש סתירה לכאורה בספר החינוך, דגבי שיכור האסור בהוראה פוסק שדי"ז נוהג בזכרים ובנקבות – משמע שראויה לפסוק, וגבי כל המצוות של דיינים כשוחד וכ"ו פוסק שדי"ז נוהג רק בזכרים שבהם נוהג המשפט ולא בנקבות. ומבאר הפת"ש שאין כאן סתירה – דלגבי סתם הוראת איסור, אשה היודעת להורות רשאית לפסוק הלכה אם יודעת הדין, ואסור לה להורות במצב של שכרות. אכן פסולה היא להצטרף לבי"ד, וממילא – לא שייכן גבה כל ההלכות של בי"ד.

## נאמנות אשה באיסורים

באיסורים נוקטים בפשטות שאשה נאמנת ככל ע"א. אך בספר דברי אמת (סימן א) מובאים כמה ראשונים הסוברים שמעיקר הדין לאשה אין נאמנות באיסורים, ומאי דסמכינן עלה, היינו מכח החזקה על חבר (דהיינו רובא דליתא קמן) שאינו מכשיל את חברו, וכשמכירים אנו באשה שהיא בעלת יראת שמים – מסתמא לא תאכילנו איסורים.<sup>11</sup>

והפשט בזה – דלכאורה תמוה, מ"ט גנב הפסול לעדות נאמן הוא באיסורים (כשאינו חשוד על הדבר), ולעומתו, לאשה כשרה אין נאמנות, ומה החילוק ביניהם. וצ"ל דהגנב יש עליו שם עד, אלא שהוא עד פסול, ולגבי נאמנות באיסורים לא אכפת לן בהלכות פסולי עדות, מאחר שאין כאן צורך לשני עדים, לפיכך א"צ שיהיו העדים כשרים. אבל אשה – אין עליה שם עד כלל – וממילא יסברו הראשונים הללו שגם דין ע"א נאמן באיסורים לא יהיה נוהג בה, דלא שייך רק במי שיש עליו שם עד.

אמנם התוסי' ודאי חולקים על שיטת הראשונים הזו דבגיטין (ב,ב) למדו את מקור הדין דע"א נאמן באיסורים מאשה – שהתורה האמינתה – מדכתיב וספרה לה (עיין כתובות עב,א). אבל רש"י שם לומד אחרת, שמקור הך דינא דע"א נאמן באיסורים הוא מהפסי' "ושחט את בן הבקר" (ובאחרונים שם בגיטין מבואר שאלו שתי הדעות כבר מצויות בירושלמי), וא"כ הדברי אמת הנ"ל שייך רק אליבא דרש"י.

וחנה קיי"ל שאשה שנשבית לבין הגויים אסורה לכהן מדרבנן, דחיישינן שמא נבעלה לגוי, ואע"פ שברי לנו שלא נבעלה – אסורה היא, מכח חומרא דרבנן. אבל אם היה ע"א המעיד שלא זזה ידה מתוך ידו בשבי ולא נבעלה – לא מחמירים שתיאסר לכהן. ואף אם הע"א קרוב הוא לאשה – נאמן הוא להכשירה לכהונה, חוץ מבעלה, וכעדותו של ר' זכריה בן הקצב, וכמו שהאשה עצמה אינה נאמנת להעיד על עצמה, דבעל כאשתו.<sup>12</sup> ומלשון המשנה שם "אין ע"א נאמן על עצמו" – משמע כאילו קיים כלל שכזה מן התורה, וצירפיהו לכלל זה לכאן – לגבי הך דינא דרבנן דשבויה, על פי מה דקיי"ל

<sup>11</sup> ועיין ספר נפש הרב (עמ' רלד), סיפור מעניין בזה.

<sup>12</sup> והשוה שיטת הראב"ד לסנהדרין (י,א) בביאורו בסוגיא דפליגין דיבורא, דמכח דינא דבעל כאשתו חשוב הבעל כבעל דבר כשמעיד על אשתו ולא רק כשאר קרוב דעלמא, ונפק"מ לדינא בזה הוא, דדוקא בבעל דבר נוהג הך דינא דפליגין דיבורא, ואילו בשאר קרובים אמרינן להיפך, דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

בעלמא, דכל דתקון רבנן, כעין דאורייתא תיקון, וכך גם כותב הפני יהושע (שם) לחדש שקיים כלל כזה ד"ת, דלמרות מה שכל ע"א נאמן באיסורים אפילו קרוב ואפילו רשע – בעל דבר אינו נאמן אף באיסורים.

ור' שלמה איגר (בגליון מהרש"א ליו"ד סימן קכז) כותב שדברי התוס' הנ"ל סותרים לחידושו של הפני"ש שהרי שם הע"א – האשה – היא בעלת הדבר, ובכ"ז מד"ת נאמנת היא על עצמה מקרא דוספרת לה.

ר' שמעון בשערי יושר (ש"י פ"ח) מעמיד את הפני"ש אף לפי התוס' ומבאר שאין סתירה בין הדברים, עפ"י היסוד הנ"ל שנתבאר בדברי אמת. כשם שלאשה אין שם עד כלל, ולכן סוברים חלק מהראשונים שאינה נאמנת אף באיסורים, כך גם לבעל דבר אין שם עד כלל, וכדעת הראב"ד הנ"ל בפלגין דיבורא, וממילא יוצא שאין להבע"ד נאמנות אפילו באיסורים. ומסתמא לזה כיוון הפני"ש. [שכבר נתבאר שהראב"ד למד בפלגין דיבורא שלבע"ד אין שם עד כלל, ובצירוף סברת הדברי אמת שאף לאיסורים בעינין שם עד – אי"כ בעל דבר יהיה פסול אף באיסורים]. וזו סברת הפני"ש, ובכך נדחתה קושיית ר' שלמה איגר, מפני שהתוס' דיברו על אשה זבה הנאמנת לספור שבעה נקיים – אך האשה שם איננה בעלת דבר. היא נטמאת בראיותיה כזבה, אך לא היא גרמה לעצמה את ראיית הדם, היא רק החפצא שעליו אנו דנים. בעל דבר היינו בעל המעשה.<sup>13</sup> אך כאן אין מעשה שהיא עושה שהופכה לבעלת דבר לא לגבי היותה טמאה, ואף לא לגבי ספירת הז' נקיים, וכשם שחרשת ושוטה נבדקות ע"י אחרות ואינן צריכות כוונה בבדיקה, והאחרות שבדקות אותן ג"כ אין דינן כ"בעלת דבר" מפני שעשו הבדיקות, דהבדיקות אינן מעשים הגורמים לטהרה, אלא רק המוכיחים שכבר פסקו הדמים לצאת ממנה, והכל מידי דממילא, גם היותה טמאה, גם הנקיים, ואף טהרת הטבילה ג"כ מידי דממילא הוא, ואין שם "בעל דבר" העושה את "מעשה הטבילה", שהרי עולה לה לטהרה אף אם נפלה לנהר, ולא כיוונה לטבול – והרי שאיננה "בעלת הדבר" – אלא שבמקרה, הדיון הוא עליה. משא"כ גבי שבועה – מאחר והיא

<sup>13</sup> המחבר בשו"ע חו"מ (לג, יד) הביא מחלוקת הגאונים במקרה שאחד חילק נכסיו על פני קודם מותו (מכח דינא דר' יוחנן בן ברוקא בב"ב, שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, וכגון בבן בין הבנים, עיי"ש פרטי דין זה במשנה), והעדים המעידים על זה קרובים הם לנפטר, אך אינם קרובים ליורשיו [כגון שהיו שני בשני עם הנפטר, ואילו עם בניו היורשים הרי הם שלישי בשני, שכשר], דקרוב הפסול לעדות היינו כשהוא קרוב להבעל-דבר, וכאן הנפטר הוא הוא בעל המעשה, שהכל תלוי בו – אם כן ציוה או לא ציוה, אך כעת מאחר שנפטר, פשיטא שאין עסק הממון נוגע לו כלל, אלא רק נוגע הענין לבניו, אם יחלקו בשרה, או שיחלקו כפי הצוואה, ובזה נחלקו הגאונים, אם בעל המעשה, שאין כל העסק נוגע אליו כלל, דינו כבעל דבר או לא.

חלק ממעשה הביאה – ודאי שהיא בעלת דבר, אע"פ שהמדובר הוא אם נאנסה בעל כרחה ע"י הנכרי, מכל מקום להחשב כ"מעשה ביאה" בעיני מעשה של שני בני אדם, ע"ש בשערי יושר עוד ראיות לכך.

אבל בפשטות היה נ"ל דממילא דברי התוס' סותרים לדברי הפנ"י, שהרי כל דברי הפנ"י מיוסדים על חידושו של הדברי אמת שהאשה אינה נאמנת אפילו באיסורים, כי אין עליה שם עד, ולכך צירף הפנ"י את הנחת הראב"ד שגם בע"ד אין עליו שם עד – וממילא אם באיסורים בעיני שם עד, אז אשה בעצמה פסולה להעיד על עצמה, דהוי בע"ד באיסורים.

אבל בתוס' הרי רואים שדין ע"א כן נוהג באשה, וממילא מוכח שאינם סוברים את חידושו של הדברי אמת, וממנ"פ מוכח שדעתו שונה מחידוש הפנ"י – אף אחרי חילוקו של השערי יושר.

אכן שלא לפי דברי התוס', בצירוף שתי הסברות של הראב"ד ושל הדברי אמת – אפשר לחדש ש"בעל דבר" אינו נאמן להעיד באיסורים דבר תורה, אלא שבכל מקרה צריך לבחון ולדקדק האם נכון להגדירו כבעל דבר.

## בית דין – רק בהסכמת הדיינים?

### ראשי פרקים

- א. פתיחה – נמצא אחד מהעדים קרוב או פסול
- ב. ספקו של מהריב"ל – עדות בעל כרחם של הדיינים
- ג. גירות
- ד. חזו"א – התניית דיינים בחליצה
- ה. טענות בעלי הדין
- ו. עדות – בעל כרחם של הדיינים
  1. נמצא אחד מהם קרוב או פסול
  2. פסולי עדות דרבנן וספק נוגע
  - ז. צמצום ספקו של מהריב"ל
    1. אמרי בינה – ביי"ד פועל מכח "שליחותיהו"
    2. דין מקומי לענין "חוזר ומגיד"
    3. אבני נזר – רק כשדיינים בעמידה

### א. פתיחה - נמצא אחד מהעדים קרוב או פסול

תוספות (מכות ו, א בד"ה לאסהודי) הקשו: אם כן [שהדיינים שואלים את העדים הפסולים: לאסהודי אתיתו? ועפ"י נקבע דין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה"] לא יהרג אדם לעולם דהקרובים יבואו ויאמרו לאסהודי אתינן.

בגליון מהרש"א לרבי שלמה איגר כתב:

עיי' ש"ך סי' לו סק"ה ובגליון ע"י תשובת בן לב ריש ספר ד' נסתפק אם הדיינים אומרים שאינם רוצים לקבל עדות מי והוא אומר עדותו לפניהם על כרחן אי הוי קבלה.

כונת רש"א להעיר שאם כדברי מהר"י בן לב, שייכתן ואין אפשרות למסור עדות בעל כרחם של הדיינים – ממילא מיושבת קושיית תוס' הנ"ל. אם הקרובים יבואו ויאמרו "לאסהודי אתינן" יכולים הדיינים (אם הדבר נראה

כשקר) לסרב מלקבל עדותם. נראה אם כן שלדעת תוסי קבלת עדות ע"י ב"ד היא אף שלא ברצונם (ר"ל לכה"פ לאחר שהיתה הגדה בפניהם).

### **ב. ספקו של מהריב"ל – עדות בעל כרחם של הדיינים**

מהריב"ל (ח"ד סי' א' נשאל על עדות קידושין בה דרשו הדיינים שהעד ישבע באוחזו ס"ת לפני עדותו (משני נימוקים: לא היו מחזיקים אותו בחזקת עד נאמן ועוד שהיה קרוב למקדש באופן שאינו פוסל). העד טען שאינו צריך להישבע ורצה להעיד בעל כרחם של הדיינים ובשעה שהדיינים עמדו צעק ואמר: אני מעיד כך וכך. השאלה היתה האם לעדות זו תוקף של עדות (ומתוך התשובה עולה שכעת העד חוזר בו ויש לדון בשאלת חוזר ומגיד).

מהריב"ל דן בכמה נקודות – הצורך בישיבת דיינים בזמן קבלת עדות; דרישות וחקירות (שטרם התקיימו כאן) בדין מרומה ועוד.

בנדון דידן כתב:

[אף אם דין "דיינים בישיבה" אינו לעכובא] אפילו הכי נדון דידן גריע מבדיעבד כיון שאמרו הדיינים והחכמים הנמצאים שם אין אנו מקבלים עדותך כי אם בשבועה.

מהריב"ל לא באר את נקודת הספק בנקודה זו.

ניתן לציג שני ספקות:

א. בית דין ששמעו עדות (כשרה) – האם מחוייבים הם לקבלה?

ב. האם לבית דין (קבוע – דייני דמתא) יש מעמד של בית דין מכח תפקידם (ישיבתם?) אף בעל כרחם או האם יכולים הם לומר (ואפילו לאחר מעשה -) לענין זה אין אנו דיינים?

הגר"י מקוטנא (ישועות ישראל סימן ג ע"מ ב) כתב: "ונסתפק הרב מהריב"ל אם נעשו דיינים בעל כרחם?"

<sup>1</sup> תשובה זו נזכרת בש"ד כח, היא לגבי נקודה אחת; וכן בכנה"ג חו"מ כח הגה"ט צח וסי' כח הגהב"י ה.

דברי מהריב"ל הובאו על ידי גדולי הדורות ביחס למצבים שונים בבית הדין. ניתן לחלק הנושאים שלושה: **מעשה ביי"ד** כגון חליצה וגירות;<sup>2</sup> **טענות** – לענין "תובעת כתובתה" והודאה במקצת (קדמה הודאה לתביעה). **עדות** – דין נמצא עד קאו"פ (רש"א הני"ל), ספק נוגע, פסול דרבנן. להלן נפרט כל דיון בפני עצמו.

## ג. גירות

הגר"י מקוטנא בספרו ישועות ישראל (סימן ג ע"מ ב) הקשה כך: בקידושין סב מבואר שהמקדש אשה "לאחר שאתגיר" הי"ז דבר שלא בא לעולם ולא אמרינן בידו לגייר דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא, ואילו ביבמות פי ר"ג (נב,א) הסתפקה הגמ' בכתב גט ליבמתו ואמר – לכשאכנסנה אגרשנה, אי הו"ל גט וכתבו תוס' דבידו ליבמה דמהני בע"כ. היקשה הישועות ישראל מה לי עדים מה לי דיינים<sup>3</sup> ותרץ "דלא בעי דעת העדים ונעשו עדים אפילו בעל כרחם (לכן) ליש מי יימר... אבל בגר דצריך ביי"ד אין בידו לעשות אותם דיינים בע"כ וכיון דצריך דעתם<sup>4</sup> לא מיקרי בידו".

ורצה הישוע"י לסייע בכך לדברי מהריב"ל ש"דעתו נוטה דלי"מ (= דלא מקרי) עד (=בנידון המהריב"ל) אלא שלמעשה החמיר".

אמנם הישוע"י העיר מיבמות מה, ב מעשה שרב אשי מסר לרבינא ולר"א בריה דרבא עבד שיטבילוהו (לשם עבד כנעני) והזהירם: "חזו דמיניכו קבעית ליה" אם העבד יטבול לשם בן חורין (ורב אשי יפסיד עבדו) ואי ס"ד דלא נעשו דיינים בע"כ הא כי קדים וטבל לשם בן חורין לא מהני מידי דהא טבילת גר ועבד צריך ביי"ד<sup>5</sup>... ואין לומר דכיון דנתכוננו עכ"פ שיהיה ב"ד לשם עבדות מהני ליה נמי לטבילת גירות, אכתי קשה – הא על דעת זה לא רצו כלל להיות דיינים".<sup>6</sup>

<sup>2</sup> ראה לקמן האם חליצה וגירות הם מעשה ביי"ד או צריכים להעשות בפני ביי"ד.

<sup>3</sup> סמך קושייתו לסוברים שביאת יבמה בעי עדים ואכמ"ל.

<sup>4</sup> וכ"כ בשו"ת חמדת שלמה ס"י כט אות כד.

<sup>5</sup> לסוברים שלטבילת גר אי"צ שלשה לק"מ, כפי שצ"ע שם הישוע"י.

<sup>6</sup> עיין ברור הלכה (הלכה פסוקה) שתרץ ששתיקת הדיינים תתפרש כהסכמה ועל כך הזהירם רב אשי.

בהמשך דברו מוסיף שני חילוקים: אף אם לדיינים מעמד של בי"ד בעל כרחם מכל מקום לא מועילה גירות בלי הסכמתם (כמו שגירות אבותינו במעמד הר סיני היתה לדעת השכינה).

ועוד – יש לחלק בין מקרה שבי"ד מחוייבים להזדקק (ואז הם בי"ד בע"כ) לבין מקרה שבו אינם חייבים להזדקק. ועפ"י רצה לחלק בין טבילת עבד "שצריך ומחוייב להכניסו בברית ישראל (ל)בין גר דעלמא".

נעיר שבדברי מהריב"ל הצגנו שני ספקות. הישועות ישראל התיחס לשניה בלבד – האם דיינים הם בי"ד בע"כ, והתעלם מהראשון (כששמעו עדות האם מחוייבים לקבלה).

לדיונו בענין גירות יש להעיר כמה נקודות:

ביבמות מו: "אמר ר' יוחנן גר צריך שלשה מ"ט משפט כתיב ביה" ופרש"י דכתיב משפט אחד יהיה לכם ולגר, ושם מו: "ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו – מכאן א"ר יהודה גר שנתגייר בב"ד הרי זה גר בינו לבין עצמו אינו גר".

הרב הרצוג ("שאלה בגדר גירות", מזכרת, עמ' 51) הציע נפ"מ בין שתי הילפותות (ר' יוחנן ורבי יהודה) לאור דברי הישועות. לדרשה שילף מ"משפט" רק צריך שיתגייר בפני שלשה אך לנלמד מ"ושפטתם" ה"ז כדין ממש (פעולה הנעשית ע"י הדיינים) וצריך שישפטו אותו כלומר שיסכימו לקבלו.<sup>7</sup>

הרב זיולטי (תושבע"פ יג) הציג הספק כך:

בהא דגר צריך בי"ד דמשפט כתיב ביה, אם יש על זה תורת משפט ככל מעשה בי"ד, היינו דבי"ד עושה את חלות דין הגירות ע"י מילה וטבילה של הגר, או דחלות דין הגירות נעשה ע"י הגר עצמו שמל וטבל לשם גירות, אלא שלמדים מדכתיב ביה משפט, שמעשה הגירות צריך להיות בפני בי"ד. אבל לא שבי"ד עושה את חלות הגירות.

והביא סיוע לצד ב' מתוסי' יבמות מה, ב (ד"ה מי, בשם יש מפרשים) שהקשו איך סמכינן אחזקה ד"מי לא טבלה לנידותה" להכשיר כטבילת גירות הרי בעי שלשה ותרצו "דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי" והדבר

<sup>7</sup> ע"ש כיצד ר' יוחנן פליג אברייתא דר' יהודה.

תמוה מה תועלת ב"אנן סהדי" כשצריך מעשה בי"ד וע"כ כצד ב' שאין כאן מעשה בי"ד אלא מעשה הנעשה בפני בי"ד.<sup>8</sup>  
לחקירה זו כמה נפ"מ (מלבד הנ"ל):

1. ע"י רא"ש פ' החולץ (סי' לא) בשם רבנו מאיר דגר צריך שלשה אך כשר בלילה וי"ל דהא דאין דנים בלילה – היינו היכא שבי"ד דנים ויוצרים משא"כ בגירות.

2. טבילת גר בשבת – בגמ' מבואר שאין מטבילים דהוי כמתקן וברמב"ם כתב שאסור דאין דנים בשבת וי"ל דהגמ' שם ס"ל שא"צ בי"ד לחלות ואילו הרמב"ם ס"ל שבי"ד עושה החלות וחשיב כדין.

3. יבמות מח, א "ואי אתה מל בן איש בעי"כ", פרש"י: עבד נימול בע"כ משא"כ בן נכרי; והקשו בתוס' – פשיטא שאין גירות בכפייה. וי"ל שתוס' ס"ל שדי באנן סהדי והגר פועל החלות ולכן פשיטא שלא שיך בכפייה ורש"י סובר שבי"ד פועל החלות,<sup>9</sup> וע"ע בקובץ שעורים לכתובות יא ובאבי עזרי סוף הלכות מלכים, ובספר ברכת שלמה (ח"מ סי' ב).

#### ד. חזו"א - התניית דיינים בחליצה

להלכה קי"ל שאין תנאי בחליצה (רמב"ם יבום ד, כד; אבה"ע קסט, ג). אעפ"כ החזו"א העלה אפשרות לחליצה מותנית, וזה לשונו (חזו"מ ליקוטים יב, ח):

דאע"ג דאין תנאי בחליצה מ"מ אם ב"ד אין מתרצין להיות דיינים אלא בתנאי תנאים קיים, ואינם דיינים בע"כ... וכל שהדיינים אינם מתרצים להיות ב"ד אין כאן צירוף שלשה ואין כאן כח בי"ד, ולפ"ז הוי כחליצת שמאל חוץ לבי"ד כו'.

החזו"א סמך דבריו על דברי רשב"ם ב"ב קיג, ב שאם אינם מכוונים להיות דיינים הנם עדים בלבד (ואף שתוס' חולקים על הרשב"ם הי"ז לענין עד נעשה דיין אך לא להיותם דיינים בע"כ).

<sup>8</sup> אמנם, ע"י דברות משה יבמות סי' לה (עמ' תעז-תעח) באור אחר בדברי תוס', מכח הקושיא הנ"ל.

<sup>9</sup> בסוטה ח, א מבואר דין אין עושין מצוות חבילות חבילות (ע"ש תוד"ה כאן ומהרש"א) ואם בי"ד יוצר חלות הגירות אין לקבל/להטביל שני גרים באותו זמן, משא"כ אם הגר פועל החלות.

מדאורייתא<sup>10</sup> חליצה צריכה בי"ד כמבואר במשנה יבמות קא,א ויליף לה מדכתיב 'השערה' ומה שזכר שה"ז כדיני ממונות מפני הכתובה אינו עיקר הטעם. אילו הגדרנו שהדיינים פועלים ויוצרים את החליצה יובנו דברי החזו"א הנ"ל, אך ידועים דברי הגר"ח אודות טיב עדים בחליצה<sup>11</sup> ולכן נראה שאין בחליצה מעשה בית דין אלא מעשה שנעשה בפני בי"ד ואעפ"כ מחדש החזו"א שמהני תנאי של הדיינים.

לכאורה ניתן להסיק מדברי החזו"א שדיינים לעולם אינם "בין דין" בעל כרחם ואף במעשה שאינו חל על ידם אלא בנוכחותם בלבד כ"ש לקבלת עדות (לכאורה) ואולי לקבלת גרים.

מעשה יש להסתפק – כעין קושייתו של הגר"ש איגר – בכוחם של דיינים "לבטלי" דין נמצא א' מהם קאו"פ, ע"י זה שיתנו לפני קבלת עדות שאם יש כאן עד פסול אין בכונתם/ברצונם להיות דיינים, והדבר פלא. אולי ניתן לומר שפסק דין של הדיינים צריך להיות דבר מוחלט וכן קבלת עדות ("יקום דבר", ריטב"א) ולכן אינם רשאים להתנות כן וצ"ע.

## ה. טענות בעלי הדין

האבני"ז בתשובותיו מסתמך על מהריב"ל אף ביחס לטענות בפני בי"ד.<sup>12</sup> בשו"ת אבני נזר (אבהע"ז סי' נג) דן במחלוקת ר"ש הזקן ור"ת אם גרושה מינקת יכולה להינשא. דעת ר"ש שגרושה אינה משועבדת להניק ורשאת להינשא. ר"ת השיב כמה תשובות וביניהם – אף אלמנה יכולה לסלק שעבודה ואעפ"כ גזרו שלא תנשא; למשל – אלמנה התובעת כתובתה בבי"ד אינה נזונית ואינה משועבדת ואם כדברי ר"ש הזקן כל אלמנה שתרצה להנשא תעשה כן – ואם שלא תרצה להפסיד מזונותיה, הרי כשתתארס ממילא תפסיד מזונותיה (ודוחק לומר שיקָאָה לתבוע כתובתה קודם ארוסין שמא תפסיד מכאן ומכאן).

האבני"ז יישב דברי ר"ש הזקן כך: בערכין כב,א מבואר שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא לבע"ח נכרי (רבית) או לכתובת אשה משום מזוני

<sup>10</sup> ראה שד"ח מערכת חליצה סימן ג אות א, שתמה על המשתמע מהישועות יעקב ר"ש קסט שזהו דין דרבנן.

<sup>11</sup> חידושי רבנו חיים הלוי, הלכות יבום וחליצה ד, טז.

<sup>12</sup> מכאן שלמד שעיקר ספקו אינו לגבי קבלת עדות אלא היות הדיינים "בית דין" בע"כ.

(שהאלמנה נזונית מהם) והקשו בגמ': מי שבקינן מזוני דודאי מפסדי (היתומים צריכים לתת לה) ונקטינן הכרזה (תקנת המשנה – לטובת היתומים – שום היתומים ל' יום) ומשני – כיון שתבעה כתובתה בב"ד שוב אין לה מזונות, ואע"פ שמעתה אין סיבה להזדקק לתביעתה שכן אין כאן הפסד ליתומים – "כיון דמזדקקינן לה מתחילה לתביעתה כדי שתפסיד מזוני מזדקקינן לה לבסוף לגבייתה".

לכן הציע האבני"ז כך: אפילו גבתה כל כתובתה חוץ מדינר אחד לא הפסידה כתובתה (צ"ל לכתובת צח ושו"ע צג) מעתה, כיון שיש לילד היונק חלק בנכסים "לא מזדקקינן לה בתחילה לתביעת חלק כתובתה המגיע לה מחלק היונק ואי משום מזוני (= וקבלת התביעה היא לטובתו) הא רעה היא לו שע"י שתפסיד (מזונותיה) תפטור מלהניקו ואין אנו נעשים לה ב"ד לתביעת חלק כתובתה המגיע מחלק הילד ואין נעשין ב"ד בעל כרחם כמ"ש בתשו' מהריב"ל ח"ד סי' א וכן לשון השי"ס הנ"ל כיון דמזדקקינן לה מעיקרא, משמע שאם לא היינו רוצים להזדקק אם באה ותבעה בדיניהם היתה חשובה תובעת שלא בב"ד".

הרי לנו שלדעת האבני"ז הדיינים יכולים להמנע מלקבל תביעה (ואף לפצל ולקבל חלקה) על סמך תשובת מהריב"ל ולעניינים מסויימים (כגון כאן – תקנת הילד) ייחשב כתביעה חוץ לב"ד! והגדיל האבני"ז חידושו, שכן באופן הנ"ל תובעת האשה תביעה אחת – כתובתה, וב"ד שומעים/מקבלים רק חלק מהתביעה וכנגד היונק אינם שומעים כלל הטענה והוי כחוץ לב"ד!

נראה שמצאנו כיו"ב בדברי השי"ך חו"מ כד. השי"ך שם כתב שזקקין לתובע תחילה במקרה בו הנתבע רוצה להודות לפני שהתובע יתבע ועי"ז ירוויח שבועה דאורייתא דהוי קדמה הודאה לתביעה, וההלכה היא שזקקין לתובע תחילה ולא מאפשרים לנתבע להודות. התומים הקשה ע"ז (אורים סק"ז):

מי יסגור פי הנתבע דבא לב"ד ויאמר תיכף אני חייב לפלוני כך ויודה בע"כ דב"ד?

נראה שדברי השי"ך יובנו עפ"י האבני"ז הנ"ל. יש לבית הדין אפשרות להימנע מלקבל הודאה שהיתה בפניהם ודוק.<sup>13</sup>

דין זה מחודש הוא ולהבנת האבני"ז בדברי מהריב"ל יש לבדק את היקף האפשרות ליישם דין זה.

<sup>13</sup> אם ננקוט שלדין "קדמה הודאה לתביעה" צריך הודאה בב"ד.

## ו. עדות – בעל כרחם של הדיינים

### 1. נמצא אחד מהם קרוב או פסול

הבאנו לעיל (א) דבריו של ר"ש איגר בגליון מהרש"א שמתוס' מכות ו,א הוכיח דלא כמהריב"ל.

ר"ש איגר השתמש בדברי מהריב"ל במקומות נוספים בכתביו השונים. עיי' שו"ת רש"א סי' נב וסי' סב אות יא, עיי'. בספרו "ספר העיקרים" ערך אי עביד לא מהני עמי קעח ציין שדן בדברי מהריב"ל בעיקר "עדות" שלא זכינו לאורו אך אף בעיקר אעל"מ יש תוספת דברים:

רש"א דן בפסלות מלך לדון ולהעיד ובתוך דבריו הקשה: העם מצווין על מ"ע ד"שום תשים" וא"כ בית דין מצווין שלא לקבל עדות ממנו והרי הגדה צריכה להיות בפני ב"ד וי"ל שאם קיבלו עדותו ה"ז בטל מצד דכל מילתא דא"ר לא תעביד אי עביד לא מהני ול"ל תקנה דאין מקבלין עדות מלך". עפ"ז יישב פסקי הרמב"ם עם סוגיית הש"ס בשבועות, עיי'.

"ובדעת תוס' (שלדעתו פוסקים כרבא דאי עביד לא מהני) תתבאר עפ"י דברי מהריב"ל ומתוס' (מכות ו,א) מוכח שלא כדבריו, א"כ – הרי למדנו בתמורה דלא קשה לרבא מצורם אוון בכור דלא גרע מנפל מוס מאליו דשרי, ולכן לא שייך להקשות "תיפוק ליה דאין עדות המלך עדות משום אי עביד לא מהני דאשיב, לא גרע מנפל הגדת העדות מאליו לאוון הבי"ד בלתי הזדקקות לקבל העדות".<sup>14</sup> או אומר לפי היסוד שהנחתי דכל היכי דלא בעי כוונה לא שייך אי עביד לא מהני, א"כ כיון דהבי"ד א"צ שיכוונו לקבל העדות, כי גם בעל כרחן העדות מועיל, לא שייך בקבלת עדות אי עביד לא מהני".

מדברי ר"ש איגר נראה שנקט שספקו של מהריב"ל היה בעדות ולא כפי שלמדנו בדברי האבני"ז ומ"מ הוכחתו מתוס' מכריע הספק על שני צדדיו.

אמנם בעיקר ספקו של מהריב"ל צ"ע. הרי מעיקר הדין כל עדות בעי דרו"ח ואף אם יעיד העד בעל כרחם של הדיינים אינם מחוייבים לדרוש ולחקור – ולפסוק שמקבלים דבריו – וממילא ביכולתם להמנע מלקבל דבריו, ונראה

<sup>14</sup> תורף דבריו: ר"ש איגר הקשה – מדוע צריך תקנה שאין מקבלים עדות של מלך, הרי אף אם תתקבל העדות היא תיפסל כי הדיינים עברו על "שום תשים" שתהא אימתו עליך ויאי עביד לא מהני ועל כך תרץ דקבלת עדות אי"צ הסכמה של הדיינים ולא גרע מ"נפל העדות לתוך אזנם" וכמו שבצורם אוון בכור אין לומר אעל"מ דלא גרע מנפל מאליו, ודבריו נשענים על דברי מהריב"ל.

ע"כ שכל דברי מהריב"ל שייכים בעדות שמועילה בלי דרו"ח ולפי"ז ייתכן ואין מקום לראיית ר"ש איגר ממכות ו,א וקושייתו שם במקומה עומדת.

יש להוסיף שהמהדיר לספר העיקרים הפנה בהערה לדברי הערוך לנר מכות שם. הערוך לנר כתב שקושיית תוס' היא לפי ההו"א שעדות הכשרים נפסלת בצרוף ראיית הפסולים אפילו בלי הגדה, אך אין הכי נמי – לפי מה שהסיקו שכשרים אינם נפסלים אא"כ העידו גם הפסולים בבי"ד לא קשה הואיל ובי"ד ידעו שהם פסולים לא ישמעו את עדותם, מעתה שוב אין מקום לראיית ר"ש איגר מתוס' שם.

הישועות ישראל בסו"ס לו שב לדון בדברי מהריב"ל.<sup>15</sup> ושם מוסיף שמהריב"ל כתב דבריו כמסתפק כי במקום שבי"ד מצווים לקבל עדות ייתכן והם בי"ד בעל כרחם אבל באופן שאינם מצווים (כגון בפסולים) אינם נעשים בי"ד בע"כ. ופשוט לו שכל דין נמצא א' מהן קאו"פ הוא בקיבלו עדים ולא ידעו מפסלותם: "דלאו בבי"ד שופטני עסקינן שיקבלו בתורת עדות מי שהוא פסול וכל שלא נתכוונו לקבל את עדותו אף שהוא הגיד בתורת עדות לא מקרי הגדה".

אף כאן (כבסי"ג) הישוע"י מתייחס לדברי מהריב"ל ביחס לשאלה – האם יש בי"ד בע"כ (ולא לשאלת קבלת עדות גרידא).<sup>16</sup>

## 2. פסולי עדות דרבנן וספק נוגע

ידועים דברי הרשב"א (שבועות לא) שפסולי עדות דרבנן חייבים קרבן שבועות העדות ואף שאין נאמנים להוציא ממון על פיהם, עדותם מועילה לתפיסה. הישועות ישראל (כח, ע"מ ב) הירבה להקשות על דבריו ובהצעה שניה כתב:

ואפשר עוד דגם הרשב"א ז"ל לא קאמר אלא כשקיבלו אותן הבי"ד (= את הפסולים מדרבנן) ולא ידעו שהם פסולין אבל במקום שהבי"ד יודעים שהם פסולים לפי מה שכתבתי לעיל סי' ג בשם מהריב"ל דקבלת עדות צריכים הבי"ד לקבל אותם בכוונה לשם עדות והנך

<sup>15</sup> התומים שם הסיק מדברי הרא"ש שיחוד עדים מועיל בממון בלבד והישוע"י סבור שיחוד עדים מועיל על ידי הבעלים על המעשה: בקידושין – הבעל והאשה יכולים לייחד עדים בשעת מעשה אך לא בשעת הגדה, בדיני ממונות אפשר לייחד אף בשעת הגדה כי בממונו אדם יכול לעשות כרצונו ובית דין יכולים "לייחד עדים" (=לא לקבל הפסולים) אף בשעת הגדה.

<sup>16</sup> הישועות ישראל האריך בנדו"ז אף בתשובותיו, ע"י שו"ת ישועות מלכו אבה"ע סי' לח.

פסולין אין הבי"ד מקבלים אותם לשם עדות כלל ואפילו אם עברו וקיבלו אין קבלתן כלום דנעשו כמזידין בדבר משנה.

נראה שהישוע"י מביא המהריב"ל ביחס לעדות ולא כדין כללי של מעמד דיינים כבי"ד בע"כ, אך אין הכרח בלשונו. נראה שכונתו לומר שלא נתכוין הרשב"א שעדים הפסולים מדרבנן יוכלו להעיד בע"כ של הדיינים, ולאידך גיסא לא מסתבר לו שבי"ד יקבלו עדותם כשפסולם ידוע.<sup>17</sup>

ביחס לספק נוגע מציין הישוע"י לדברי רבינו יונה בעליות ב"ב מג,ב (כצ"ל) בספיקא דדינא בנוגע שלכתחלה אין לבי"ד לקבל עדותן לפי שהוא ספק פסול ואם עברו וקבלו (כן לשון הגר"י מקוטנא, ובעליות: "ואם נתקבלה עדותו") דנין אותו מספיקא להקל על המחזיק. וכאן לא חילק הישוע"י בין עברו וקיבלו במזיד או לא וצ"ב מדוע (ורק ציין שזה שונה מהרשב"א והתם ודאי פסול והכא ספק), וייתכן ומאחר וכשר בדיעבד, בי"ד לא יאמרו שאדעתא דהכי לא קיבלנו העדות וצ"ב.

## ז. צמצום ספקו של מהריב"ל

### 1. אמרי בינה – בי"ד פועל מכח "שליחותיהו"

יש מן האחרונים שצמצמו ספקו של מהריב"ל. בפתח דברנו הצגנו ב' ספקות בדבריו – האם דיינים נחשבים כבי"ד בע"כ והאם בי"ד מקבל עדות בע"כ.

האמרי בינה (דיני דיינים סו"ס יג) תמה על מהריב"ל: "ולכאורה מה ספק יש בדבר וכי הבי"ד צריך דוקא לכוין לקבל עדותו?"<sup>18</sup> ובאר דבריו דבזה"ז שאין בי"ד רק מכח שליחותיהו י"ל דכשלא רוצים לקבל עדות (אלא ע"י שבועה כבנדון מהריב"ל) א"א לכוף בית הדין לקבל העדות ולפעול מכח שליחותיהו דקמאי, והוי כמעיד בלא בי"ד, שכן מדאורייתא אין כאן בי"ד.

<sup>17</sup> אמנם דבריו לא נתבארו לי כה"צ. האם בשוגג לא שייך טועה בד"מ ואם אין עדותם עדות במזיד ה"ה שוגג. ועוד כיצד שייך קרבן שבועת העדות הרי אינם רשאים להעיד – אם בי"ד יודע מפיסולם (ואם אינו יודע לבית הדין ייתכן ויודע יומי יימר שלא יודע לבית הדין). ואם יש חיוב קרבן שבועה בהכרח שיש עליהם חיוב הגדה! אלא שיש להסתפק אם מחוייבים הם להעיד ע"מ לאפשר תפיסה (ובית דין מקבל לכתחלה עדות כזו) או להעיד "בדיעבד" לאחר שתפס וע"י אור שמח עדות יאו, (ובחי' ר' מאיר שמחה שבועות); דבר אברהם ח"ב לבו; מרחשת ח"ב כג-יא. ואכמ"ל.

<sup>18</sup> השווה לשונו של הישוע"י בכמה מקומות שאכן צריכים לכוין לכך, ויש לדון בסוגיית עד נעשה דין ואכמ"ל.

בית דין – רק בהסכמת הדיינים?

לדעת האמ"ב אין מקום לספקו של מהריב"ל כפי שהוצע עד כה, ורק בזה"ז שסמכות בית הדין מבוססת על שליחותיהו יש מקום לספקו. (ברור שר"ש איגר והאבני"ז והישוע"י לא הבינו כך בדברי מהריב"ל).

## 2. דין מקומי לענין "חוזר ומגיד"

באופן אחר הציע האמרי בינה (בשני מקומות – דיני דיינים סו"ס יג ובדיני עדות סי' טז): לשיטת הריטב"א שמקור הדין "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" הוא בפסוק "יקום דבר" – ואם העד יכול לחזור כיצד נאמר יקום דבר, י"ל שזה דוקא כשבית הדין האמין לעדות וקיבל דבריו אך אם מתחילה חששו (ובנדון מהריב"ל דרשו שישבע תחילה) והיה אומד – מסויים – לדין מרומה, "א"כ לא נתקבלו דבריו ולא קרינן ביה יקום דבר ויכול לחזור ולהגיד".

עפ"י הסבר זה כל ספקו של מהריב"ל שייך בקבלת עדות ואינו ניתן להרחבה – לא לדיני טענות ולא למעשה ביי"ד ודלא כפוסקים הנ"ל.

## 3. אבני נזר – רק כשהדיינים בעמידה

אף האבני"ז שהשתמש בדברי מהריב"ל בכמה מתשובותיו הציע צמצום משמעותי בדבריו. בשו"ת אבני"ז אבה"ע סי' רח בסופו<sup>19</sup> כתב וז"ל:

ולדידי כל דבריו שאמר כיון דדיין בישיבה אסמכתא, מורה דכל הפלפול סובב הולך על מה שהיה הדיין מעומד.

ועפ"י? באר כונת מהריב"ל כך:

לכתחילה דיינים בישיבה ועדים בעמידה. בנדון מהריב"ל הדיינים עמדו ואם ידונו עפ"י עדות זו יהפכו את קבלת העדות למציאות של בדיעבד ולכן ייתכן ומוטב לא לדון עפ"י עדות זו; בתוספת הסבר כתב: יש פוסקים שאם ביי"ד קיבל עדות בלילה יכולים לדון עפ"י קבלה זו. וא"כ צ"ב בפי"נ שראו בלילה, עדים הם ואין עד נעשה דיין? וצ"ל שזה נחשב למצב לכתחילה ואם ידונו מתברר שקיבלו עדות בלילה ואם לא יפסקו כדיינים מתברר שלא היתה קבלת עדות כלל בלילה ולמהריב"ל י"ל באופן דומה וס"ל ששמיעת עדות

<sup>19</sup> פסקה זו פותחת במילים: "וזאת אשר כתבתי בזה לחכם אחד" ותוכן הדברים הולך סובב על דברי הישועות מלכו בסי' ג ומסתבר ששלחם אליו.

הרב מאיר ברקוביץ

בלא כוונה לקבלה דומה לראו (בלילה) ואם לא יפסקו אח"כ לא יחשב לתחילת דין, ע"ש.

הרי לנו שהאבני"ז בעצמו שבספרו עשה שימוש נרחב בדברי מהריב"ל (אף לגבי טענות בעלי הדין) מעלה אפשרות לספק מקומי, כמבואר.

## העושה דין לעצמו

### ראשי פרקים

- א. הקדמה
- ב. הצגת מקרים
- ג. מקור הדין ומשמעותו
- ד. מחלוקת האמוראים והראשונים
  1. סוגית הגמי' והראיות
  2. שיטות הראשונים להלכה
  3. שיטת הרמב"ם
- ה. פסק השו"ע ונושאי כליו
  - ו. סייגים בעשיית דין עצמית
    1. עשיית דין עצמית בקנס
    2. עשיית דין עצמית בחוב
    3. עשיית דין עצמית ע"י אחרים
    4. עשיית דין עצמית בתלמיד חכם
  - ז. סיכום ומסקנות

### א. הקדמה

השו"ע פוסק (חוי"מ ד, א) "יכול אדם לעשות דין לעצמו" בתנאים מסויימים וכפי שיבואר לקמן ב"ה. לפסיקה זו, מצד אחד, יש יתרונות גדולים כגון מניעת עוול ע"י אנשים שפוגעים בזכויות הזולת בידועם שהנפגע דל אמצעים או דל כח מכדי לעמוד בהליך משפטי שבסופו ייתכן ויקבל את זכויותיו או חלקם. אולם מצד שני, פסיקה זו מאפשרת לפעול כמעט בכל דרך (אף אלימות פיזית לעיתים) לשם מימוש זכויותיו בהתאם לשיקול דעתו. אין ספק שדבר זה עלול להביא לפגיעה מיותרת בזולת ולניצולה בידי אנשים שאינם ראויים לזכות זו. אשר על כן, ברור שיש להטיל סייגים על עשיית דין עצמית. למשל, אין להעלות על הדעת שכוחו של היחיד יהא גדול יותר משל בית הדין הנתון במסגרת גבולות ההלכה.

בכמה מקומות בתורה מבואר שיש לפנות בכל בירור דין "אל השופט אשר יהיה בימים ההם" (דברים יז, ט). למשל, לגבי סכסוך שנוצר בין המפקיד לשומר חינם שטוען שהפקדון נגנב ממנו כתוב "ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו... עד האלהים יבוא דבר שניהם אשר ירשיעון אלהים ישלם שנים לרעהו" (שמות כב, ז). וכן בכל מקום של חשש עבירה התורה מדגישה שבית הדין הוא שיטיל עונש על הנאשם אחרי "ודרשת וחקרת ושאלת היטב והנה אמת נכון הדבר" (דברים יג, טו).

לכאורה, בכמה סוגיות בגמרא ובשיטות הראשונים רואים שיש היתר של עשיית דין עצמית דהיינו לקחת ממון מהזולת שלא באמצעות ביי"ד ולעיתים אף ע"י הכאה. במאמר ננסה ב"ה לבאר את מקור הדברים והגבלת ביצועם.

## ב. הצגת מקרים

כדי להמחיש עד כמה נושא זה "האם ועד כמה עושה אדם דין לעצמו" מעשי ורלוונטי ברצוני להביא שני מקרים שהובאו בפני גדולי-תורה בדורנו. בספר משפטי התורה ב"ק סימן מח נשאל הרב שפיץ שאלה בענין עאד"ל (=עביד איניש דינא לנפשיה) וזה תוכנה – תושב חו"ל השוהה בא"י מספר שנים הזמין מונית מתחנת מוניות מסוימת וביקש מהנהג להסיעו למקום כלשהו. כשהגיעו למקום ביקש ממנו הנהג סכום מופקע, כשהוא מנצל את היות הנוסע תושב חו"ל וסבר שאינו יודע את המחיר. הנוסע, שמרבה ליסוע בקו זה, שילם לנהג את המחיר שביקש משום שפחד לריב עם הנהג בידעו שהוא אלים. כעבור מספר ימים הזמין הנוסע את אותה מונית וביקש מהנהג להסיעו למחוז חפצו, וכשהגיעו למקום ביקש מהנהג להמתין עד שובו, אלא שהוא לא שב יותר. כעת שואל הנוסע האם עשה כדין או שצריך לשלם לנהג את מחיר הנסיעה.

לפני שננסה לנתח את הפרטים שיש בדין זה בענין עאד"ל – יש להדגיש שלא נעסוק בחלק של חילול ה' שבשאלה או ענין גזל הזמן של הנהג שהמתין (לצורך הענין נניח שהוא התקשר אליו מיד כשהגיע למקום מחבואו, והודיע לו שאינו מתכוון לשלם בגלל המחיר המופקע של הנסיעה הקודמת) אלא אך ורק בדיון האם במקרה כזה או מקרים דומים יכול הנוסע לגבות את מה שנלקח ממנו שלא כדין – ללא הליך משפטי מסודר באמצעות פניה לבית דין.

שאלה דומה בהקשר אחר מובאת בשו"ת יביע אומר (חלק ו חו"מ סימן א) שבו נשאל הגר"ע יוסף על אדם שגנב ממנו חבירו סכום כסף ללא עדים, ופעם

אחת שכח אצלו חבירו חפץ ששוח קרוב לסכום הכסף שנגזל ממנו, ושואל האם מותר לו להחזיק בחפץ עצמו או למוכרו תמורת כספו בהיות שידוע שחבירו אדם תקיף ואלם ואין ביכולת הנגנב לתובעו בבי"ד ולדון עם התקיף ממנו.

בכדי לנסות לענות ולפשט שאלות אלו נראה ב"ה את מקור הדין של עשיית דין עצמית בתורה, בגמרא, בראשונים ובפוסקי ההלכה. ברצוני להדגיש שהדברים נכתבים כליבון הסוגיא אך אין להסיק מהם שום נפק"מ למעשה, משום שלכל מקרה יש את הפרטים שלו שיכולים להיות הבדל בפסיקת ההלכה.

### ג. מקור הדין ומשמעותו

תחילה ננסה לברר האם דין עאד"ל יסודו מהתורה או שמא זוהי תקנת חכמים. הנצי"ב בהעמק שאלה (בראשית ב,א) למד שזהו דין שיסודו בתורה. שהרי, בדיני נפשות למדו חז"ל שאין להמית אדם שסנהדרין ראוהו רוצח עד שיעמוד בפניו בי"ד אחר למשפט שנאמר עד עומדו לפני העדה למשפט (עפ"י מכות יב,א). בעקבות גמ' זו פוסק הרמב"ם (רוצח ושמירת הנפש א,ה) "רוצח שהרג בזדון אין ממיתים אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיבוא לבי"ד וידונוהו למיתה שנאמר "ולא ימות הרוצח עד עומדו לפני העדה למשפט", והוא הדין לכל מחויבי מיתת בי"ד שעברו ועשו שאין ממיתים אותם עד שיגמר דינם בבי"ד". מכאן למד הנצי"ב שהחובה להביא את הנאשם בפני בי"ד קיימת דוקא בדיני נפשות ולא בדיני ממונות.

ישנו דין נוסף בתורה שממנו ניתן ללמוד את ההלכה בענין עשיית דין עצמית במצבים מסוימים. שהרי נאמר "כי ינצו אנשים יחדיו איש ואחיו וקרבה אשת האחד להציל את אשה מיד מכהו ושלחה ידה והחזיקה במבושיו וקצותה את כפה לא תחוס עיניך" (דברים כה,יב). מכאן למדו חז"ל (יובא בהרחבה בראיות לקמן) שאין לאשת הנפגע רשות להציל את בעלה ע"י עשיית דין עצמית. למרות זאת מבואר בגמ' ב"ק כח,א שפסק זה אמור רק כאשר אשת הנפגע יכולה להצילו ע"י דבר אחר, אך כאשר אינה יכולה להצילו ע"י דבר אחר "נעשה ידה כשליח בי"ד ופטורה".

מאידך גיסא נראה ב"ה במהלך הדברים דיעות אחרות שסוברות שיסוד דין עאד"ל הוא תקנת חכמים.

כדי להבין יותר את משמעות עשיית דין עצמית ניתן להסביר שייתכנו שני הסברים למושג. האחד – הפעלת כח לשם השגת צדק (תפיסה בעלמא) והשני – הפעלת שיקול דעת והכרעת דין שבעקבותיה באה הפעלת הכח הנדרש לשם מימושה של ההכרעה.

ולחבר הדברים – בדברי המהרי"ק (שורש קסא – מובא ברמ"א חו"מ סימן ד) אנו רואים שלא כל הפעלת כח תיחשב עשיית דין עצמית שהרי המהרי"ק מבחין בין "עשיית דין עצמית" לבין תפיסה. וז"ל שם "דהוא לא מקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון בכח"ג שייך למימר דינא לנפשיה אבל בגוונא אחרינא לא מקרי אלא תופס בכולא תלמודא". היוצא מדבריו שהגובה ממון בשביל ממון אחר, צריך להכריע כמו דיין שהממון שהוא נוטל הוא שלו או שוה-ערך לממון שהחייב נטל ממנו, ובכח זה של דיין רשאי גם להכותו או להפסידו ממון אם זה נצרך להשבת ממונו, וזוהי עשיית דין עצמית. לעומת תפיסה שהיא לא נקראת דין, אלא רשאי לתפוס גם אם אינו יכול לברר טענתו וחייב לירד לדין תיכף עם הנתבע שאז אינו עושה מעשה דיין שהרי לא תופס בתורת פרעון אלא על-מנת לרדת לדין. ועל פי זה מסביר הרב קוק בבאר אליהו (על הגר"א ליקוטים טז) את המקרה של רב הונא בברכות ב,א שלא שילם שכר לאריסו בטענה שהאריס גנב זמורות שאם רב הונא היה תופס על מנת לרדת לדין – לא היה נענש וכדין הוא, אלא שרב הונא עשה דין לעצמו ולא התכוון לרדת לדין וזה אסור כשאינו זה חפץ המבורר עצמו. ומעתה, כל המגבלות והסייגים שיובאו בהמשך ב"ה על עשיית דין עצמית, לא יוטלו בהכרח גם על התפיסה כפי שהוגדרה ע"י המהרי"ק הנ"ל.

## ד. מחלוקות האמוראים והראשונים

### 1. סוגית הגמ' והראיות

במסכת בבא קמא כז,ב מובא הסיפור הבא "שלח ליה דהאי גרגותא (רש"י – בור מיס) דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מינייהו אתא חד דלי ביומא דלא דיליה (כל אחד שאב ביומו ויום אחד שאב האחד במקום חבירו) אמר ליה יומא דידי הוא לא אשגח ביה שקל פנדא דמרא מחייה... דאתמר רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה ורב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה היכא דאיכא פסידא לכו"ע עאד"ל כי פליגי היכא דליכא פסידא רב יהודה סבר כיון דליכא פסידא לזייל קמי דיינא ורב נחמן סבר כיון דבדין עביד לא

טרח". מפשטות הסוגיא ניתן להבין שלפי כולם קיים היתר לעשות דין עצמי והמחלוקת היא האם ניתן לעשות זאת גם כאשר אין הפסד (רב נחמן) או רק כאשר יש הפסד מיידי בחוסר העשיה.

בהמשך הסוגיה בגמרא ישנם מספר ראיות לכאן ולכאן שמתורצות באופנים שונים ע"י הגמרא – ואין מסקנה הלכתית בסוגיה עצמה. להלן נביא חלק מהראיות שמובאות שם בגמ' שבהמשך מאמרנו נזדקק להם להבנת הענין ותנאי הפעלתו.

ראיה ראשונה – "בן בג-בג אומר אל תיכס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תיראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל" (רש"י – כלומר וקח בחוזקה וקשיא לרב יהודה) ודוחים קושיא זו בגמרא בתרי אנפין – או שבן בג בג זו דעת יחיד או ששבור את שיניו הכוונה – ע"י בית דין – ותירוץ זה (השני) נדחה.

ראיה שניה – "שור שעלה על גבי חבירו להורגו ובא בעל התחתון ושטט את שלו ונפל עליון ומת – פטור". היינו שאם הניזק יתן לשור המזיק להרוג את שורו הוא יקבל רק חצי-נזק (שור תם) ונזק שלם (במועד) – ובהוא אמינא הגמ' מקשה על רב יהודה שאם אין פסידא למה מותר לו לעשות דין לעצמו ודוחה הגמ' שמדובר בשור תם – ויש פסידא. במקרה של הגמ' מודגש שם שאם היתה לניזק אפשרות להציל את שורו שלא ע"י דחיפת השור המתקיף והריגתו – הרי הוא חייב משום ש"היה לו להציל בענין אחר".

ראיה שלישית – "הממלא חצר חבירו כדי יין וכדי שמן בעל החצר משבר ויוצא משבר ונכנס" (וקשיא לרב יהודה שהרי מוכח שעאד"ל גם בליכא פסידא) ודוחה הגמ' ש"משבר ויוצא" הכוונה שיוצא לבית הדין "ומשבר ונכנס" הכוונה שהולך להביא זכויותיו ולא מוכח שעאד"ל בליכא פסידא. התוס' מדייקים מכאן שזה שאמרנו שלא עאד"ל כשאפשר לעשות בענין אחר כמו במקרה של שור שעלה על חבירו היינו כשאין טירחה בדרך האחרת. משמע שכשיש טירחה כמו במקרה הזה לסדר את החביות – אמרינן עאד"ל.

ראיה רביעית – "מנין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו (רש"י – מפציר) לצאת וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור ת"ל לא תקחו כופר לשוב – לא תקחו כופר לשב (וקשיא לרב יהודה שהרי העבד רוצה לשוב לקלוקלו ולהיות עבד – רש"י בפירוש א"י) ודוחה הגמ' – בתירוץ ראשון – שמדובר בעבד גנב שיש לאדון פסידא ולכן רשאי לעשות דין לעצמו והשתא דוקא גונב משום שאין עליו אימתא דרביה. ותירוץ שני – שרבו מכה בו לא מדין עאד"ל אלא

משום שרוצה להפרישו מאיסור שפחה כנענית (רש"י – והאי דינא לאו דנפשיה הוא). בהמשך ב"ה נראה שיטת הרמב"ם בענין זה.

ראיה חמישית – "וקצותה את כפה - ממון, מאי לאו בשאינה יכולה להציל ע"י דבר אחד (וקשה על רב נחמן שהרי רואים שלא עאד"ל) ודוחה הגמי' שמדובר שיכולה להציל ע"י דבר אחר, אך אם אינה יכולה – נעשתה ידה כשליח ב"ד ופטורה.

## 2. שיטות הראשונים להלכה

כתבו רבינו חננאל, הרי"ף (ב"ק יב,ב בדפי הרי"ף), והרא"ש (סימן ג) בסוגיין "והלכתא כרב נחמן דקיימא לן כרב נחמן בדיני". לעומתם כתב רבינו אפרים בהשגותיו על הרי"ף שם "הא מילתא לאו דינא דהא ליתבה פטור וחייב ולית בה נמי אי עבד מהדרין או לא, אלא במותר ואסור קמפלגי, דרב נחמן ס"ל דשרי למיעבד דינא לנפשיה ורב יהודה אסר היכא דליכא פסידא עד דאזיל לבי"ד ואפילו במילתא דפסיקא ליה, אא"כ הוא צורבא מרבנן משום כבודו, והלכתא כרב יהודה דדייקא מתניתין כוותיה" (משנת "המניח את הכד").

נראה לכאורה שנחלקו הרי"ף ורבינו אפרים בדין עאד"ל, האם זהו דין מדיני ממונות (הרי"ף ועוד) או שזה מדיני איסור והיתר (רבינו אפרים) וננסה ב"ה לבאר מחלוקתם.

המאירי בסוגינתנו כתב "הא דק"ל עביד איניש דינא לנפשיה היינו דוקא בעת שגוזלו או שאונסו לקחת ממנו כליו, שהואיל והוא שם בעוד שזה אונסו, עושה דין לעצמו ומכהו עד שידחהו מעליו, הא כל שעבר האונס כגון שכבר גנב או גזל ממנו או שהלווהו ואינו רוצה לפרעו – אינו בדין זה שלא אמרוהו אלא בעוד שהלה אונסו". מוכח מדבריו שעאד"ל קיים לדעתו דוקא בזמן הגזילה או האונס, אך לאחר שהחפץ ברשות הגזלן – אין לו רשות לעשות דין לעצמו.

ולכאורה קצת קשה על המאירי מהראיה הראשונה שהבאנו לעיל בדעת בן בג בג שאוסר ליכנס לחצר חבירו שלא ברשות אלא שרי לשבור שיניו ולומר לו את שלי אני נוטל – משמע שעאד"ל להבנת הגמי' הוא גם לאחר שזה נמצא ברשות הגנב. וראיתי שמיישבים שהמאירי מסביר שבן בג בג מיירי שהגנב עדיין לא מחזיק בחפץ אלא בא לקחתו שהרי כתב שם המאירי במפורש "ומתיירא שזה יחזיק בו". וקשה לי על זה שהרי כתב שם המאירי במפורש מי שראה את שלו בביתו של חבירו וכו'. וצ"ע.

האור זרוע והמרדכי (הגוזל בתרא סימן קצג) כתבו שדוקא בדבר ידוע ומבורר לכל שהוא שלו אז שרי למיעבד ד"ל דומיא דהאי גרונתא (ב"ק כז, ב) אבל בדבר לא ידוע, אפילו אם יש לו פסידא לפי דבריו – אסור לו לעשות דין לעצמו שאם לא כן – כל אחד יאמר לחבירו שזה שלו ויכה אותו או יחטוף ממנו וא"כ לא שבקת חיי לכל בריה. משמע מדבריהם שאף על פי שיש לו ראייה שיכול להוציא על פיה בבי"ד לא סגי בהכי אלא בעינן "מבורר וידוע לכל".

לעומתם כתב הנמוקי יוסף (ב"ק יב, ב בדפי הרי"ף) כך: "ודוקא נמי היכא דאית ליה ראייה למציל דממונא דידיה הוא, אי נמי שמודה לו בעל דינו בהכי אבל היכא דלית ליה ראייה או שלא מודה לו, אי עבד דינא לנפשיה ע"י הכאה וכיוצא בה, מחייב לשלם דמי חבלה לניזק". ובדומה לזה כתב הרא"ש בסוגיינתו "ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו, יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה, אם אינו יכול להציל בענין אחר". משמע מדבריהם שלא צריך שידוע לכל שהחפץ שלו, אלא סגי בראייה שיכול להוציא בבי"ד מהגזלן (לכאורה שלא כאו"י והמרדכי). וכן משמע שיכול לעשות דין לעצמו בין בשעת הגזילה ובין לאחר מכן (דלא כמאירי).

בנסיון להסביר את מחלוקות הראשונים שהובאו לעיל ראיתי באחרונים<sup>1</sup> שחקרו האם גם בדין זה של עאד"ל בעינן דיינים אלא שהחידוש הוא שלעצמו לכל אחד יש כח של דיין בדומה למה שאמרנו שהדיוטות שליחותיהן דמומחים קעבדין (ובנתיבות סימן א סק"א הביא שזה מדאורייתא ובשם הרמב"ן והרשב"א הביא שמשמע שזה דין דרבנן) או שנאמר שבעאד"ל אין צורך בדיין ובכח של בי"ד אלא זה חידוש מיוחד שיש לכל אחד כח לעשות דין לעצמו בסייגים מסויימים. ברור בעקבות מה שהבאנו לעיל (בפרק מקור הדין ומשמעותו) שיש לכל אחד של דיין להוציא את הדין לפועל בבחינת שוטר. אלא שהדין הוא האם יש לכל אחד בדין זה כח של דיין לפסוק ולחתוך או שכח זה ניתן רק לדיין עצמו ולא לכל מי שעושה דין לעצמו.

נראה לומר שהמאירי סובר שעאד"ל הוא כח של "שוטר" להוציא את הדין לפועל אך לא כח של דיין לפסוק ולחתוך את הדין. ולכן, אם בא לגוזלו מותר להכותו וכמבואר בגמ', אך אם כבר גזלו ובה להוציא מרשות הגזלן בזה אין

<sup>1</sup> קונטרסי שעורים לרב גוסטמן למסכת ב"ק ובמשנת יעביץ חו"מ סימן ג.

לו כח של דיין לפסוק. ולכן אם בא ליטול חפץ מרשות חבירו אפילו יש לו עדים או ראיות שהחפץ שלו – צריך פסק של בי"ד כדי להוציא מהמוחזק. גם המרדכי נראה שסובר שיש לעושה דין לעצמו כח של שוטר בלבד ולא כח לפסוק את הדין אולם אם ברור וידוע לכל שהחפץ שלו – לא צריך פסק דין בכה"ג דומיא דהאי גרגותא שהיה ידוע לכל שגוזל ממנו.

לעומת זאת נראה שהרא"ש והנמו"י סוברים שלעושה דין לעצמו יש כח של דיין גם לפסוק ולחתוך את הדין וכעין שליחותייהו דקמאי קעבדינן וא"כ זהו דין בדיני ממונות (וכדעת הרי"ף ודלא כרבינו אפרים דלעיל שסובר שהחידוש בעאד"ל הוא שהותר לו להוציא את הדין לפועל וליקח את שלו וזהו דין בדיני איסור והיתר שאסור לו ליקח מה שלא שייך לו).

### 3. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (סנהדרין ב,יב) פסק כרב נחמן – שעביד איניש דינא לנפשיה. לעומת זאת פסק הרמב"ם (עבדים ג,ה) "נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית והגיע יובל והיה רבו מסרהב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו פטור שהרי נאסר בשפחה". והקשו הלח"מ והמשנה למלך במקום – הרי הרמב"ם סובר כרב נחמן, והרי קושיית הגמ' מעבד נרצע היא רק על רב יהודה וממילא תירוץ הגמ' שרבו מכה בעבד כדי להפרישו מהשפחה הנענית נצרך רק לדעת רב יהודה, שהרי לרב נחמן רשאי להכותו מדין עביד דינא לנפשיה!

הלח"מ כתב ליישב זאת שההיתר להכות בעשיית דין עצמית קיים רק כאשר המצב הקיים גורם הפסד לצד הניזוק (כמו בהאי גרגותא). אולם במקרה של העבד הרי בעצם נוכחותו אינו גורם הפסד לאדונו ואין הצדקה להשתמש בכח נגד העבד המשוחרר, לכן נקט הרמב"ם שאם חבל בו פטור משום שנאסר בשפחה – כי זה מה שמתיר את ההכאה בו.

שמעתי בחסבר זה של הלח"מ מפי מו"ר הגר"מ דימנטמן שליט"א בשם המהרש"ך שמקורו של הלח"מ הוא מהגמ' ב"ק מח: "אמר רבא נכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות והזיקו בעה"ב – פטור, ואמר רב פפא לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה אבל הוה ידע ביה והזיקו בעה"ב – חייב, מאי טעמא משום שאמר ליה נהי דאית לך רשותא לאפוקי – לאזוקי לית לך רשותא". ויסוד הדברים שאם ליכא פסידא – יכול להוציאו אך לא לחבול בו, ואם איכא פסידא – מותר לחבול בו (ב"ק כז,ד).

הסבר מורכב בדעת הרמב"ם העלה במשנת יעב"ץ (חוי"מ סימן ג) שעיקרו – שמדובר בעשרה ימים שבין ר"ה ליוה"כ של שנת היובל, ובימים אלה האזון

חייב לזון את עבדו למרות שהוא כבר נאסר בשפחה כנענית. לכן – מצד עאד"ל אינו יכול לחבול בו שהרי עדיין זכותו ליזון מנכסי האדון ואכתי אגיד גביה, אך מצד האיסור בשפחה כנענית יכול האדון להכותו כדי להפרישו מאיסור. וכן בסיפור עם הגרנותא הותר לניזק לחבול במזיק כדי להפרישו מאיסור גזילה וכן בשאר המקומות שהותרה הכאה בעשיית דין עצמית. ועל פי זה רצה ליישב את הקושיא שלנו – שמצד עאד"ל אין היתר להכות את העבד, והיתר ההכאה הוא משום שהעבד נאסר בשפחה – ולאפרושי מאיסורא שרי להכות, וסיים המשנת יעביץ שיש נפק"מ אם היתר ההכאה הוא מדין עאד"ל או מצד לאפרושי מאיסורא – למשל בקטן שבא לגזול שיש היתר מצד עאד"ל אך לא תמיד מותר להכותו משום אפרושי מאיסורא. וראיתי נפק"מ נוספת שמובאת במשנת יעביץ הנ"ל שמבאר שלשיטת הרמב"ם אדם שנכנס לתוך שדה תבירו ומספח את הקרקע לשטחו עובר על "לא תגזול" (דלא כשיטת התוס') ובא"י גם על איסור "לא תשיג גבול רעך". אולם גם הרמב"ם מודה, אליבא דהרב זיולטי, שאם אין לפולש לשדה חבירו כוונת השתלטות על הקרקע – לא עובר באיסורים הנ"ל. וממילא, אם היתר ההכאה הוא מדין עאד"ל הרי שמותר לבעל הקרקע להכות את הפולש כדי להרחיקו (אם אי אפשר בדרך אחרת) אולם אם נלמד שהיתר הכאה הוא מצד לאפרושי מאיסורא – הרי שכאן אין איסור ולכן אינו רשאי להכותו כדי להרחיקו.

### ה. פסק השו"ע ונושאי כליו

השו"ע פסק בחו"מ סימן ד' "יכול אדם לעשות דין לעצמו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו יכול לקחתו מידו, ואם האחר עומד כנגדו יכול להכותו עד שיניחנו אם לא יכול להציל בענין אחר, אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין (כרב נחמן) והוא שיכול לברר ששלו הוא נוטל בדין". בהמשך מביא השו"ע שאין לעשות דין לעצמו במשכון חובו (ויבואר ב"ה בפרק הבא).

הרמ"א הביא את דברי המרדכי "ויש אומרים שלא אמרינן עאד"ל רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו כגון שגזלו או רוצה לגזולו או להזיקו יכול להציל שלו. אבל אם נתחייב לו כבר מכח גזילה או ממקום אחר – לא". וכן הביא הרמ"א את דברי מהרי"ק בשורש קסא "יש אומרים דלא מיקרי עאד"ל אלא כשמזיק לחבירו כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אלא א"כ יוכל לברר שהוא

שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון יכול לעשות בכל ענין ויורד עמו אחי"כ לדין".

הפרישה הסביר בדעת המהרי"ק שתפיסה זו מועילה אפילו בלא יוכח בדין שזה שלו ובתנאי שתפס בלי עדים, שאז יש לו מיגו שיכל לטעון שלא תפס, אך הים של שלמה (בי"ק פ"ג סימן ה) פסק שאסור לתפוס בכה"ג. הב"ח לעומתם מתיר אף להכותו, אך מפשטות מהרי"ק לא משמע כן. והוסיף הב"ח (ד"ה ואם בעל דינו) שמותר לאדם לעשות דין לעצמו גם כשאינו מפורסם ששלו הוא מציל ובתנאי שיוכל לברר בבי"ד שכדין עשה.

בהקשר לדברי המהרי"ק ישנה מחלוקת נוספת. הסמ"ע (סימן ד סק"ד) סובר שדוקא בגזל כתב המהרי"ק שאין לתפוס בעדים אם לא יוכל לברר שזה שלו, היות ובוודאי הנתבע יכפור, ואי"כ לא תועיל תפיסתו. אך בחוב אחר שלא ודאי שהנתבע יכפור אלא שהתופס חושש שיברח וכד' – מותר לתפוס על מנת לירד עמו אחי"כ לדין וכדעת הרמ"א כאן שאולי יודה לו הנתבע ונמצא זריז ונשכר. אך לעומתו הנתיבות (סימן ד, משה"א סק"ג) סובר שבכל מקרה אין לתפוס בעדים אם לא יוכל לברר שחייב ואפילו יירד עמו לדין מיד ויהא לו מיגו של החזרתו כי אז יוחזק גזלן ויעשהו חשוד ודמיה לנסכא דרבי אבא. אלא דעת המהרי"ק, מבין הנתיבות, שיוכל לתפוס בכל חוב שאינו מחמת הלוואה אפילו שאין לו טענה לגבי גוף החפץ, היות ויורד עימו לדין ולא נקרא עביד דינא לנפשיה ובה המהרי"ק חולק על המרדכי. יוצא שלדעת הנתיבות הי"א של המרדכי שמובא ברמ"א סובר שבכל מקרה אסור לתפוס אחי"כ יכול לברר שגוף החפץ הזה שלו, ואילו לי"א בשם המהרי"ק די שיוכל לברר שחייב לו אפילו שאין לו טענה על גוף החפץ. אמנם ראיתי בשיעוריו של הרב פוברסקי למסכת בי"ק (עמ' קכח) שיוצא לפי הנתיבות שאין שום חידוש על פני מה שנאמר קודם, ויש לו דרך אחרת בהסבר הדברים. ותמציתו – שבמקום שיוכל לברר בבי"ד שהוא שלו, רשאי אף להכות מדין עאד"ל, ובמקום שלא יכול לברר שהוא שלו אלא שתופס חפץ באופן שיש לו מיגו מעצם התפיסה לכו"ע מותר לתפוס, ולענין להכותו – נחלקו בזה המהרי"ק והסמ"ע שסוברים שאסור והשי"ך (תקפו כהן סימן קטו) והב"ח סוברים שמותר. וכל זה, מסייג הרב פוברסקי, דוקא בחפץ שלו, אבל אם תופס חפץ אחר ויכול לזכות בבי"ד בטענתו, למשכון מותר ולגביה אסור. ולדעת ר"ת בפרק המקבל (בי"מ קטו, א) אף בתורת גביה – מותר.

## ו. סייגים בעשיית דין עצמית

### 1. עשיית דין עצמית בקנס

חלק מהראשונים סוברים שחיובי קנס המוטלים על אדם אינם חיוב טבעי שהאשם מתחייב בו ברגע שעשה את העבירה (בדומה לחיוב ממון) אלא החיוב מוטל עליו רק לאחר שביי"ד חייבו אותו לשלם. כך רואים בריטבי"א (מכות ה,א) שמוכיח מהגמ' לגבי נערה שבגרה ובשעת החיוב היתה קטנה – שקנסה לעצמה ולא לאביה. הרשב"א (גיטין מב,ב) לגבי עבד שזוכה רק בשעת העמדה בדין אומר שאם העבד זוכה אגלאי מילתא למפרע שמשעה ראשונה זכה בשחרור. וזה לא כריטבי"א שבמפורש לא אומר שהזכיה היא למפרע.

הרא"ש כתב בפ"ק דב"ק סימן כ כך: "והרמ"ה ז"ל כתב הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה היינו דוקא כשיעור נזקיה או בציר מנזקיה אבל טפי מנזקיה אי תפס מפקינן מיניה... ותקנתא עבדו ליה לניזק וכי עבדו ליה תקנתא בקרנא דלא ליפסוד ממוניה אבל לארווחי מידי ממונא דאחרינא לא תקינו ליה". כלומר שהרמ"ה מבין שהעושה דין לעצמו פועל כ"שוטר" ולא כ"דיין" שבכוחו ליצור חיובים חדשים כקנסות. הרא"ש עצמו חולק עליו שם ואומר "ולא נראה לי ולא תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין דיין בבבל שיכופנו ליתן לו בכל כה"ג עביד איניש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב ליה כל דמחוייב ליה מדאורייתא".

יש מקשים לכאורה סתירה בדברי הרא"ש שהרי כתב בסוגיא בב"ק "ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי" (שיכול לעשות דין לעצמו) – משמע שלא רשאי בשום אופן לגבות יותר מנזקו! וראיתי מיישבים סתירה זו כך – מה שכתב הרא"ש בפרק ג שדוקא חפץ שלו יכול לתפוס ולא חפץ אחר זה בגזילות שדנים בזמן הזה שהרי יכול לבוא לבי"ד ולתובעו שיחזיר לו את שלו, או ישלם את שויו של החפץ משא"כ לתפוס חפץ אחר שבדרך כלל אינו שוה בדיוק למה שגזלו ממנו, ואין לסמוך על כך שישום הוא לעצמו ויתפוס בשל חבירו ("מאן שם ליה"). לעומת זאת בפ"ק מיירי מקנסות שלא נוהגות בזה"ז והיות ולא יוכל להביאו לפני בי"ד כדי לגבות מה שמגיע לו מדין תורה כתשלומי כפל – סובר הרא"ש שיוכל לתפוס עד כדי הקנס מדין עאד"ל. ויעויין בים של שלמה ב"ק א,מג שמסביר כחילוקינו את מחלוקת הראשונים בדין תפיסה בקנס.

ר' אלחנן וסרמן (קובץ שיעורים ח"ב סימן יג) מסביר שקנס הוא חוב מידי בדומה לממון שהרי הרמב"ם פוסק "מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטורי" ואילו בפ"ט מהלכות שבועות פוסק "המשביע עידי קנס וכפרו פטורים

משבועת העדות משום שאם קדם הנתבע והודה בקנס יפטר מלשלם ואע"פ שבאו העדים אח"כ והעידו ונמצאו העדים לא חייבו זה בעדותן לבדה אלא עדותן עם כפירת הנתבע היא המחייבת אותו והואיל ואם הודה לא תועיל עדותן אם כפרו בה ונשבעו פטורין". והקשה רק אלחנן לכאורה קי"ל שמודה בקנס פטור משום שגזה"כ שההודאה פוטרת, אך אם לא הודה – ממילא העדים הם שיחייבוהו ומדוע לא יתחייב קרבן שבועת העדות? והסביר שלרמב"ם חיוב קנס נמי חל עליו מיד כמו ממון משעת המעשה המחייב אלא שקנס הוא עונש, ובא על עונשו דוקא כשמתחייב בכפיה ומובן לרמב"ם למה מועילה תפיסה בקנס. וזה מובן יותר להסבר הרשב"א ולא הריטב"א (ודלא כרע"א מכות ה,א שמקשה על התוס' ומוכח ממנו במפורש שסובר רע"א"ג שקנס החיוב הוא בבי"ד יעוי"ש).

באופן אחר שמעתי בשם "החלקת יואב" מהדו"ת סימן יח שבכל הקנסות החיוב הוא למפרע (כרשב"א גיטין מב,א) אך יש לומר שחיוב הקנס הוא משעת המעשה המחייב אך זמן הפרעון הוא בזמן ההעמדה בדין וזה מתיר תפיסה, כמו שבמלוח שמפסיד נכסים יכול לתפוס בתוך הזמן.

## 2. עשיית דין עצמית בחוב

בגמ' ב"מ קטו,א מובאת ברייתא "ת"ר לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו, לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערבי" – וכמבואר שם שאין ליכנס אפילו ברשות בי"ד. ובעקבות כך פסק השו"ע אצלנו סימן ד: "מכל מקום אין לו רשות למשכנו בחובו". והוסיף הרמ"א בשם הריב"ש סי' שצו שדוקא בחובו ממש, אבל אם חייב לו בלא הלואה או שאין צריך למשכנו כי הוא כבר אצלו בפיקדון או מצאו ביד אחר – מותר לתופסו.

קצות החושן (סימן ד סק"א) כתב שגם ליש"ש שהבאנו לעיל שסובר שאין לתפוס היכא שאין מבורר לו שזה שלו אפילו בלא עדים – היינו דוקא לתפוס, אך לעכב פקדון שיש ללוה בידו – מותר דהוי שב ואל תעשה ולא מקרי עביד דינא לנפשיה. אך הקצות הביא את דברי הזוהר שזה איסור גמור וצריך להשיב הפקדון. לעומת זאת בברכי יוסף (סימן ד אות ה) מבאר שיש מחלקים בדברי הזוהר – שדוקא אם קדמה ההלואה לפיקדון אז אסור לעכב, אך אם הפקדון קדם – מותר לעכב.

שער המשפט כתב (סימן ד סק"א) שאם כופר לו חובו מותר למשכנו שלא בעדים, כדי שיהא נאמן במיגו שלא תפס, שאין איסור למשכנו בעצמו אלא היכן שיכול למשכנו עפ"י בי"ד, אך במקום שלא יוכל לגבות ע"י בי"ד – יכול

לתפוס לעצמו. לעומתו הקצות (סימן צו סק"ב) חוכך לאסור ורק לבי"ד מותר ליכנס לביתו למשכנו, לפי דעתו, ובלבד שתהא כוונתם לשמים והן רשאיין ולא אתה ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דברי תורה. וכן מובא באמרי בינה (דיינים, י) שדחה ראיות שער המשפט המתיר.

### 3. עשיית דין עצמית ע"י אחרים

הרמ"א בסימן ד הביא בשם תרומת הדשן ס"י דש כד "ודוקא הוא בעצמו יכול למיעבד דינא לנפשיה אבל אסור ע"י עכו"ם". ונחלקו בדבריו גדולי האחרונים. האם דוקא ע"י עכו"ם אסור וע"י ישראל אחר – מותר (כן כתב השדי חמד מערכת העי"ן, א) או שגם ע"י ישראל אחר אסור ורק לו עצמו מותר לעשות דין (תהלה לדוד מובא בשד"ח הני"ל). והוסיף האורח משפט אות ד' – "שדוקא על בעל החפץ הקילו שיקח את שלו אפילו בכח אך אין לאדם אחר לחוס על טרחתו של בעל החפץ... אך אם הוא נוכח בשעה שזה בא לגנוב מתבירו שאיננו בביתו, הוא רשאי לעשות דין ולא להניחו לגנוב, הואיל וזה עושה איסור לנגד עיניו עליו להפרישו מאיסור". וכ"כ בהלכה פסוקה (הלכות דיינים סימן ד הערה ה) בהסבר הדברים בשם שו"ת חת"ס (ח"מ קעז, ג) שהא דבעינן לכפיה מומחים זהו בחלק המשפטים כגון להוציא אשה מבעלה או ממון מיד המוחזק, אבל בחלק החוקים היינו כפיה לקיום מצוה – אין צורך כלל לבי"ד וכל אחד משיראל מחוייב להפריש חברו מאיסורים.

### 4. עשיית דין עצמית בתלמיד חכם

בגמ' מועד קטן יז, א מובא "אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במיתלתא דפסיקא ליה" – ולכאורה נראה שזה בניגוד לגמ' ב"ק כז, ב שהתירה לדעת רב נחמן לכל אדם לעשות דין לעצמו. רש"י פירש כפשוטו שאם ודאי לת"ח שהשני חייב לו – מוציא ממנו ואף רשאי לנדונו. והסביר בשו"ת שואל ומשיב (תליתאה ח"א סימן שעא) שת"ח יכול לעשות דין לעצמו אף בחפץ שאינו מבורר משא"כ בשאר אדם בעינן שתהיה לו ראייה שהחפץ שלו.

לעומת רש"י כתב הרא"ש שם "וקשה לפרש כן, שאם הדין ברור לו – הרי לא ברור לאחרים ואיכא חילול ה' בדבר, ועוד הא אף שהדבר ברור אין אדם דן דינו של קרובו וכל שכן של עצמו" – ולכן פירש הרא"ש שדין ת"ח נאמר לענין נידוי – וכ"פ רבינו חננאל.

הריטב"א בסוגיא כתב שחידושו של רב יוסף הוא שאפילו ת"ח שצריך שיהא נוח במשאו ומתנו אפילו הכי שרי למיעבד דינא לנפשיה.

ראיתי שמסבירים את מחלוקת רש"י והרא"ש (מהר"ש הלוי חיו"ד סימן ט) שמדובר באופן שנוטל חפץ אחר תמורת החפץ שלו. ובזה רק לת"ח התירו לעשות דין לעצמו, כן הוא לדעת רש"י. לעומתו הרא"ש חולק וסובר שאף ת"ח עושה דין לעצמו רק באותו חפץ עצמו ואין לו זכות לתפוס ממון אחר במקום החפץ שלו. וההוכחה מהגמ' ברכות ה,א שם מסופר על אריסו של רב הונא שגנב לו זמורות ור"ה לא שילם לו משכורת ואמרו חכמים לר"ה בתר גנבא גנוב וטעמא טעים (כלומר גם אתה ר"ה טעמת טעם גזילה), והסביר המרדכי שם שרב הונא לקח זמורות אחרות ולא מה שלקח האריס. ממילא ניתן לומר שלרש"י אף לרב הונא שהוא ת"ח שהיה רשאי לעשות דין לעצמו אין לו לעשות כן בסתר, אלא בידיעת הבעלים "שמא תיראה עליו כגנב". אך המהר"ש סייג בדעת רש"י שההיתר של ת"ח לתפוס חפץ אחר – זה דוקא כשברור לו הדבר באופן שאילו עמד בבי"ד יכול להוציאו בדין, ואילו מהשואל ומשיב בדעת רש"י משמע שאף שאין לו ראייה והוכחה שהחפץ שלו – עביד ד"ל.

אלא שיש לדון האם בזמן הזה דנים דין ת"ח שלהרבה פוסקים בשו"ע יו"ד סימן שלד נראה שבדיני ממונות כה"ג לא דנים דין צורבא מרבנן. אמנם בשבות יעקב (ח"א סימן קסז) הביא שאף בזה"ז יש דין ת"ח לענין זה, שלדעתו צורבא מרבנן הוא מי שהוא בחור חריף בתורה ויש לת"ח בזה"ז דין זה.

## ז. סיכום ומסקנות

בטרם נסכם את הענין המורכב של עשיית דין עצמית ונסה לחוות דיעה בשאלות ובמקרים שהוצגו בראשית מאמרנו, נביא את תשובת הרב יוסף חיים בשו"ת רב פעלים (ח"ג חו"מ סימן ה) שנשאל בראובן שהיה לו עסק ומו"מ עם שמעון וגבר עליו שמעון וגזל ממנו בחשבון שלא כדין סך ידוע, ולהיות שמעון אלם לא היה יכול ראובן להוציא בלעו מפיו כי היה מכחיש באיזה דברים במרד ומעל לאכול כספו של ראובן, אך אח"כ נודמן עסק אחר שבא ממון שמעון ביד ראובן, ועתה יכול ראובן ליקח מן ממון שמעון כנגד הסך שגזל ממנו מקודם, אשר הוא ברור וידוע אצל ראובן. ועתה שמעון אינו יכול לידע מה שלוקח ראובן ממנו ואינו מרגיש בזה כלל ולכן בא ראובן לשאול אם מותר לו ליקח בלתי ידיעת שמעון כנגד ממון שגזל ממנו, שאלי"כ

לא יוכל להוציא גזילתו מפיו בשום אופן. ולאחר שהאריך הבן איש חי בהלכה זו עפ"י דברי הגמ' והפוסקים העלה להתיר לקחת ממי שגזל ממנו בגי' תנאים:

א. שיהא הדבר ברור אצלו שגנב ממנו וכמה גנב.

ב. שאם גנב ממנו מעות יקח דוקא מעות ולא חפץ השוה כערך המעות שגנב ממנו.

ג. שהנתבע הוא איש אלם או שיש סיבה אחרת שאי"א להוציא הגזילה מידו. וצריך להבהיר שזה לא קשור לדברי התומים סימן יב סק"ה שמתיר כשיש לו טענת מלוה ישנה על חבירו לעשות תחבולות לייגע חבירו, משום שהתומים מדבר כשמוציא ממנו בדיעתו הגמורה של הנתבע אלא שעושה כן ע"י טצדקי ובכה"ג התיר התומים, אך בנידון של ה"בן איש חי" שרוצה ליקח שלא בדיעתו – הדין שונה.

ובבואנו להכריע במקרים שהבאנו בתחילת המאמר, ראינו שאין זה פשוט כלל "לקחת את החוק לידיים" ולעשות דין עצמי. אולם בתנאים מסויימים – זה כן ניתן. ולכן – בשאלה לגבי נהג המונית שלקח מחיר מופרז מהנוסע הרי שבין אם זה "תפיסה" או "עשיית דין עצמית" אין היתר להשתמש באלימות, וכן רק אם אין עדים על המעשה – מתחיל הדיון. ובמקרה דן – הנוסע לא הוציא ממון בפועל מידי הנהג אלא שמר ברשותו ממון שהוא חייב לשלמו עבור הנסיעה השניה וא"כ זוהי לא תפיסה אלא עשיית דין עצמית. במקרה זה רשאי הנוסע לעשות כפי שעשה בלי שיצטרך ללכת אח"כ לבי"ד. אומנם עליו לדעת בוודאות כמה כסף שילם בנסיעתו הראשונה יותר מהמחיר האמיתי, אחרת – צריך לשלם את ההפרש. כמובן, התיחסות התשובה היא ללא הגורם של חילול ה' וגזל הזמן של הנהג וכפי שהבהרנו בתחילת הדברים (כך פסק הרב שפיץ שליט"א).

אשר לשאלה השניה שהועלתה ניתן לומר שלרוב הדיעות אסור לו לקחת חפץ אחר תמורת הכסף שגזל ממנו וגם לא יעזור ללכת לבי"ד שהרי הגזלן מכחישו ואינו מאמינו. אולם אם בא לידו חפץ של הגזלן ע"י שכחה (ולחלק מהפוסקים גם ע"י פקדון וכד' אך לא בהלוואה) – מותר ללוקח להחזיק בחפץ עצמו או למוכרו תמורת חובו אם המוכר ידוע כאדם תקיף ואלם ואין ביכולתו לתובעו בבי"ד ולדון עימו (והגר"ע יוסף כתב בפשטות להתיר).

לסיום, מן הראוי לצטט את דבריו של בעל השאלות (בראשית שאילתא ב) שכתב "מי שיש לו דין עם חבירו, אסור לו לנהוג עמו באלימות אלא עליו ללכת לדיינים שיפסקו להם דין תורה ויקבלו עליהם את הדין, שהרי על

הרב יוסף אביטן

האמת מתקיים העולם כמו ששנינו באבות א, יח "על שלושה דברים העולם קיים על הדין ועל האמת ועל השלום שנאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" ואני מסיים "והאמת והשלום אהבו".

## פחות משה פרוטה (תביעות קטנות בבית דין)\*

### ראשי פרקים

- חלק 2 – הזדקקות בי"ד לתביעה פחותה משה פרוטה
- א. הבנת דברי רב קטינא בבי"מ נה
  - ב. ביאור שיטת הריטב"א
  - ג. תביעת דבר בעין שאינו שוה פרוטה
  - ד. משנה בי"ק קג,א – השבת גזילה
  - ה. מהלך ראשון בביאור רב קטינא עפ"י הריטב"א
  - ו. מהלך שני בני"ל
  - ז. ביה"ד כמוציא האמת לאור
  - ח. דין תביעה שיש בה שוה פרוטה ומעלה במקום שיש הוצאות משפט
  - ט. נסיון נוסף בביאור פסק הריטב"א
  - י. הזדקקות בי"ד לתביעת כלים שאינם שוים פרוטה
  - יא. תביעת חפץ שאין בו ש"פ אך לתובע באופן אישי שוה הרבה
  - יב. סיכום הנקודות הבעייתיות והצעות לפתרון
- חלק 3 – שיעור פרוטה היום

## הזדקקות בי"ד לתביעה פחותה משה פרוטה

בחלקו הראשון של המאמר עסקנו בענין פמשי"פ ביחס לגניבה וגזילה. ונוכחנו לדעת כי יש מחלוקת עקרונית אם יש לממון שיעור אם לאו. נחזור למוקד דיוננו והוא אי הזדקקות ביה"ד לתביעות הקטנות מש"פ, ונאמר שהטעמים שהזכרנו לביטול חיוב ההשבה בפמשי"פ הם כנראה היסוד לדין זה, שהרי אין בזה עילה לתביעה כלל: או מטעם שאין חיוב לפי שנמחל, או משום שהחיוב שקיים הוא כ"כ זניח ואינו נחשב לממון שאפשר לתובעו. ולפי"ז זו כוונת הגמ' בי"מ נה,א, שהתנא לא שנה "דין בש"פ" כי כבר שנה "גזל בש"פ".

---

\* חלק א' התפרסם בקובץ אבני משפט ב'.

## א. הבנת דברי רב קטינא בב"מ נה

בב"מ נה, א איתא "ומי לא קתני גזל וקתני ישיבת הדיינים (=לענין דבעי ש"פ), ישיבת הדיינים אצטריכא ליה לאפוקי מדרי' קטינא... גופא א"ר קטינא ביי"ד נזקקין אפי' לפמשי"פ מתיב רבא "ואת אשר חטא מן הקדש ישלם" לרבות פמשי"פ להשבון, לקודש אין אבל להדיוט לא. אלא אי איתמר הכי איתמר א"ר קטינא אם הזקקו ביי"ד לש"פ גומרין אפי' לפמשי"פ, תחילת דין בעינן פרוטה גמ"ד לא בעינן פרוטה" עכ"ל הגמ'. ופסק הראש כמסקנת הגמ' ודלא כר' קטינא.<sup>1</sup> והר"מ פסק כר' קטינא ואף שנדחו דבריו י"ל שהדחיה היא לפי ההבנה הראשונה בדבריו, דא"צ ש"פ כלל. אולם למסקנה שדברי ר' קטינא בגמ"ד דבריו לא נדחו וכך פירש הלח"מ. ומ"מ לרא"ש לפי רב קטינא ולר"מ אף להלכה יש להבין היאך אפשר בכלל לדון ולחייב סכום הפחות מש"פ ואפי' רק בגמ"ד שהרי אין שום חיוב בסכום מעין זה וכמו שהארכנו. אי"כ מה ידונו ומה יחייבו והרי הוא פטור. ולו יצויר שיש חיוב היו דנים ע"כ כבר בתחלה ולא רק בגמ"ד.

ואמנם רש"י והכס"מ לשיטתו בביאור הר"מ ניצלו מקושיא זו לפי שרש"י פרש שאין המדובר בתביעה שהובררה כקטנה, אלא במקרה רגיל שקודם גמ"ד קם הנתבע וטען שהתובע חייב לו פמשי"פ, בזה אומר רב קטינא שנוזקקין ביי"ד לטענה זו. כלומר בדרי"כ תביעה של פמשי"פ אינה תביעה ואין ביי"ד יושבים עליה אלא שכאן תביעת פמשי"פ ע"י הנתבע הופכת למרכיב מהדין. לפי שהתשלום הסופי שעל הנתבע לשלם מורכב מקיזוז התביעות הנגדיות. וכמו שבכל תביעה התשלום שביה"ד יחייב יהיה מורכב מכל הפרטים שהובאו לפניו, כן גם תביעת הנתבע תסופח לדין המרכזי. אמנם זהו לצד דפמשי"פ אינו נחשב ממון לתובעו בפני"ע, אך לצד דפמשי"פ נמחל אי"כ אין כאן כלום והיאך אפשר לספח כלום לדין קיים. ואפשר לישב בדוחק (כמו שישבנו את הגמ' בשבועות) דיש צירוף תביעות קטנות אף לשיטה שתביעה קטנה נמחלת. מטעם דבכה"ג לא מחל אלא בטעות וכן דעת כל אדם. וי"ל דה"ה הכא אילו ידע שיווצר מצב שיוכל לעשות שימוש בתביעתו לא היה מוחל. ברם הדוחק שבזה הוא, שבשלמא בצירוף תביעות זעירות לא היה מוחל לו ידע שהפסדו בסוף יהיה פרוטה שלימה, אך כאן גם לבסוף הרווח

<sup>1</sup> אמנם עיי' ברא"ש ב"ק פט ס"י כה שסתר משנתו והביא דברי הרמ"ה בדין תביעת פרוטה ששילם חלק ע"פ ביי"ד דיכולים לכופו גם על השאר אף שהוא פמשי"פ משום רב קטינא. ולא חלק הרא"ש עליו ובפלפולא חריפתא ס"ק כ ציין לסתירה ע"ש.

שלו מתביעתו אינה אלא פמשי"פ ועל הנאה הקטנה משהו פרוטה מוחלים תמיד.<sup>2</sup>

בדומה לרש"י הבין הכס"מ בר"מ סנהדרין כ,יא, ואף כי הר"מ סתם וכתב "ואם הוזקקו לש"פ גומרין את דינו אפי' לפמשי"פ", פשיטא ליה לכס"מ דאיירי בתוספת תביעה חדשה שהועלתה במהלך הדיון. זהו צד הדמיון לפירוש רש"י. אולם יש גם צד שונה דהר"מ לפי טענת הכס"מ איירי שהתובע הוסיף תביעה פמשי"פ על תביעתו הראשונה, ולמד כן מדיוק לשון הר"מ "גומרין את דינו". אמנם במסקנתו כתב הכס"מ שאפשר לישב לשון הר"מ גם עם פירוש רש"י כלומר שגם תביעת הנתבע היא מדינו של התובע דהיינו קביעת הסכום הסופי ע"י קיזוז התביעות. עכ"פ הכס"מ לא העלה בדעתו שמדובר שבסוף הוברר שהתביעה גופא אינה אלא פמשי"פ.

הריטב"א פירש שכוונת ר' קטינא לתביעה שבגינה ניגשו לבי"ד אלא שהתברר בגמ"ד שאינה עומדת אלא על פמשי"פ ופסק כן, משום דר' קטינא במסקנה לא נדחה.<sup>3</sup>

אפשר לבאר גישה זו בב' אופנים או כדברי התפארת יעקב<sup>4</sup> שתבעו פרוטה אולם תוך כדי הדיון ראו ביה"ד שזכאי הוא ברוב התביעה זולת פמשי"פ, דסי"ד דאין לגמור דין זה קמ"ל. והתומים ביאר דתחילה סברו שהתביעה בפרוטה ומשום כך החלו לדון ובמהלך הדיון הוברר שאינה עומדת אלא על פמשי"פ ומי"מ הואיל וישבו יסיימו. כלומר לפירוש הראשון התביעה אמנם היתה על פרוטה, ולשני סברו כן בטעות.

בספר ברכ"י חו"מ ו' סק"ה הוכיח שהראב"ד ס"ל ג"כ כריטב"א. הר"מ טו"י ג, כתב דהנשבעין ונוטלין בעי כפירת מעות ככל מודה במקצת. וחראב"ד חלק עליו מסברא דהיאך שכיר עני שכל שכרו פרוטה לא יוכל לעמוד על נפשו ויצא בפחי נפש. וסיים וכתב "ואולי" אפי' היה שכרו פחות מפרוטה (=נשבע ונטל). למד הברכ"י דע"כ איירי בדין פרוטה שנגמר בפמשי"פ וכריטב"א,

<sup>2</sup> יע"ע בספר ברכ"י חו"מ ו' סק"ה בשם מהר"ם חביב ס"י כז דבתביעה נוספת של התובע (וכמו שהבאנו בר"מ) לית מאן דפליג, דמצטרפת היא לתביעה הראשונה ובוה אף הרא"ש יודה דמהני.

<sup>3</sup> וע"י בספר הלכה פסוקה בבירור הלכה שהעלה דרך הפוכה. לא שהדין נקבע לפי היחס של בעלי הדין לתביעה אלא להפך. היחס של בעלי הדין לתביעה נקבע לפי היכולת להגישה לפני בי"ד. ובתביעה קטנה משי"פ כיוון שאין ביה"ד נזקקין לה לכן מוחלין או מתיאשין ממנה. לפ"ז ניחא דכיון שבגמ"ד נזקקין לפמשי"פ אי"כ לא מחל.

<sup>4</sup> הובא בקובץ הפוסקים חו"מ ו'.

כלומר שתבעו שכר פרוטה ועמדה אח"כ התביעה בפחות מכך. משום דודאי שתביעה מראש של פמשי"פ אינה כלום ואין נזקקין לה.

נמצאנו למדין כי הריטב"א ואולי אף הראב"ד ס"ל כפי הביאור הפשוט בגמ' אך הקשה מסברא. דבשלמא חיוב גדול שנמחל או נפרע חלקו ונשאר פמשי"פ חל על כולו שם חיוב. אך הכא הוברר בגמ"ד שלא היתה פרוטה אף בתחילה וכיוון דליכא שום חיוב, מה ידונו בזה.

יתר על כן מצאנו באחרונים אפשרות שאף לכתחילה ישבו ביה"ד על תביעות פמשי"פ. כן משמע בש"ך (יו"ד קסא סק"ג) בדין ריבית שהאיסור הוא אף בריבית הפחותה מפרוטה אלא שאין מוציאין בדיינים. וכתב דאפי' רוצים הדיינים להזדקק לכך אינם רשאים להוציא ממנו, ומשום כך דחה הסבר העט"ז בדין, שכתב דטעם שאין מוציאין אותו בדיינים משום שאין בי"ד נזקקין לפמשי"פ. וכתב הש"ך דאי מטעם זה אם רצונם של בי"ד להזדקק לכך רשאים אלא שאינם מחוייבים, ואילו בריבית כזו אסור להזדקק לכך.

גם נתהמ"ש כתב (ו,א) שאם נזקקו בי"ד לתביעה פחותה מפרוטה יש לשיבתם דין ישיבת בי"ד לכל דבר כגון לגבי הוצאה והחזקת אדם ככפרן. אמנם בספר דברי מלכאל סי' קע כתב דמהריטב"א לא משמע כנתיבות דכיון שפמשי"פ אינו בהשבה אף דניתן לגמור הדין מ"מ ודאי שא"א לחייבו ולכפותו על כך וכ"ש שא"א להתחיל דין בפמשי"פ.<sup>5</sup>

ואף כי לא ירדתי לסוף דבריו מ"מ חזינן דתפס שודאי אין חיוב בפמשי"פ, ואף כשבא בגמ"ד, וא"כ מתעצמת חובת הבירור שהעלנו.

<sup>5</sup> בב"מ נה,א פרש רש"י שאין בי"ד נזקקין לפחות מש"פ "למי שיש עדים או שחייב מודה ודוחה מלשלם ישבו הדיינים ויכופו אותו". ויש לדייק מדבריו שבי"ד אינם נזקקין ר"ל – אינם כופים אבל אם רוצה לשלם יושבין אפילו על פחות מש"פ; וזאת בניגוד לדברי השו"ע ר"ס ו' פסק בסתמא "אין הדיינים יושבין לדון בדין פחות משהו פרוטה". עפ"י דיוק זה ברש"י תרץ בעל הימקדש דודי רבי דוד רפפורט (נדפס בקובץ כנסת ישראל ד' כסלו-שבט תש"ל) מה שהוקשה לו בפי' אלו מציאות. בגמ' בעי אי סימנין דאורייתא או לאו דאורייתא ואם נאמר שסימנים לאו דאורייתא הרי שמדאורייתא השבת אבדה בעדים בלבד. וצ"ע מדוע צריך פסוק למעט פחות מש"פ מהשבת אבדה, תיפוק ליה שאין ישיבת דיינים (וקבלת עדות) על פחות מש"פ. ולרש"י הנ"ל אי"ש. (ויש לעיין אם ניתן ליישב שבעי קרא לכלי פחות מש"פ). הערת עורך.

### ב. ביאור שיטת הריטב"א בב"מ נה

לישב דברי הריטב"א יש לעיין בטעמים שהזכרנו ביחס לפטור פמשי"פ. אם נאמר דיש לממון שיעור ופחות משיעור זה אין התורה עוסקת בו, כשהתברר בגמ"ד שאין הדין עומד על פרוטה התברר שאין כלל ממון וקשה הרי אין מה לדון. אך אם נאמר שאין שיעור לממון אלא דפמשי"פ הוא בתורת מחילה, אפשר לומר שבמקום שנגשו כבר לדון מחמת שסברו שיש תביעת פרוטה אף שסברו כן בטעות מ"מ לא מחל התובע התביעה, וכן דעת כל אדם בכה"ג שלא למחול ויש מקום בגמ"ד לדון בזה. ואף לסוברים דמחילה היא מחילת התביעה, כאן ודאי ליכא מחילה על זכות התביעה שהרי נגשו בפועל לבה"ד אף שעשו כן בטעות.

ברם נראה דלא די בזה ראשית כיצד נפרנס הדעות שאף לכתחילה יש מקום לדין ברצות הדיינים או עכ"פ שם דין יחול על דיונם.

ועוד עדיין יש להבין את דברי רב קטינא לפי ההו"א שהרי הגמ' הבינה דס"ל שבי"ד נזקקין אף לפמשי"פ ואף בתחילת דין. וא"כ הכא ודאי שיש מחילה וא"כ מה ידונו?<sup>6</sup>

קודם שנציע ביאור אפשרי בדברי הריטב"א, נביא דבריו ביחס לנקודה נוספת וע"פ הסבר משנה מוקשית בב"ק נעלה ארוכה לדבריו בשני המקומות.

### ג. תביעת דבר בעין שאינו שוה פרוטה

הפתי"ש חו"מ ו, א ציין לדברי הריטב"א בשם רבותיו (בחדושי לב"מ נה) דכל שהוא בעין בי"ד נזקקין לו אף שאינו שוה פרוטה. הרב שילה רפאל בהערותיו לחידושי הריטב"א (בהוצאת מוסד הרב קוק) ציין כמקור, לראשונים בשבועות לט, ב (ר"י מגש, רמב"ן וחדר"ן) וכן לר"מ בהלי טו"י שעוסקים בדין מודה במקצת ביחס לכלים. במחלוקת הידועה בדברי שמואל "יצאו כלים למה שה"ן האם די בפמשי"פ או דש"פ מיהא בעי. ואף שמחלוקת זו נוגעת לנדו"ד וכש"כ הש"ך בסק"א והקצה"ח, נראה יותר שאין כוונת הריטב"א לחוות דעה במחלוקת זו אלא איירי בענין בפניע. וכן הבין הפתי"ש בעצמו שכתב עבה"ט (=שהביא המחלוקת בכלים) והביא שהאו"ת ציין לריטב"א

<sup>6</sup> ומצאתי בספר מאזוניים למשפט לרב קלישר דס"ד דבעומד וצוות שאינו מוחל נזקקין לו. קמ"ל דאפי' צוות בטלה דעתו אצל כל אדם, והוי מחול.

וכתב וז"ל: וי"א"כ משמע אפי' פירות ומעות כשתובעו בעינ'. ואף שלכאורה קיים קשר בין הדינים ומאן דסי"ל דאין נזקקין לכלים כ"ש שאין נזקקין לשאר דברים שבעין, יש לדחות שהרי קצוה"ח פח סק"ד כתב דכלים דאמרינן בהו-לאו דוקא בכלים שבעין, דא"כ לגבי שבועת מודה במקצת לא תהיה שבועה כלל דהילך הוא. ולכן הסביר שבתשלום הכלי יש דין כלי ממש (ועי' בהמשך מדברי קצוה"ח). לפי' נתאפשר הזדקקות בי"ד בכלים, אף כשאינם בעינ' וא"כ דין הזדקקות לדבר בעין הוא אף שאינו כלי ואין לתלות הדינים זה בזה.

מעתה יש להבין מה החילוק בין פמשי"פ שבעין לבין פמשי"פ שאינו בעין, שהראשון נחשב לעילה לתביעה והאחרון לא. ומה המקור לחילוק זה.<sup>8</sup>

לריטב"א שסובר שהחסרון בפמשי"פ הוא המחילה ניתן להבין החילוק הני"ל. בשלמא אם פמשי"פ אינו ממון משום שאין בו השיעור הראוי, גם בדבר שבעין קיים החסרון הזה ואף לדרך הצ"א והקה"י דאדם מוותר על תביעת פמשי"פ אין סיבה לחלק כדברי הריטב"א. אמנם לטעם דמחילת הממון אי"ש לפי שמחילה שייכת רק בתביעת תשלום אך בדבר בעין לא שייכת מחילה שהרי החפץ בבעלותו גם כשהוא ברשות הנתבע. וכבר הזכרנו את המהרי"ק בסי' צד שא"א למחול על דבר שבעין אלא רק להקנותו במתנה. א"כ החוב לא נמחק ואפשר לתובעו. ואף שדבר זה נכון בסתם תביעות, אבל בתביעת גזל כבר הארכנו שאף בגזל שבעין מועילה מחילה כשהוא אצל הגזלן.

<sup>7</sup> וני"ל להוכיח כן דפסק הריטב"א גופיה בשבועות לט הסכים לרמב"ן דשבועת מודה במקצת אף בכלי בעי' וראיתו דאליה מדוע איתא בב"מ דאין נזקקין לפמשי"פ. ואם יש זהות בין דין כלי לדין חפץ בעין אי"כ מה הוכיח הרי הריטב"א ס"ל דבדבר שבעין נזקקין. אע"כ דדין כלי קיים אף כשהכלי אינו בעין. ועי' במלואי חשן סי' פח הערה שצב שנשאר בצ"ע. ולפי דברינו לא קשה דקושייתו בכלי שאינו בעין.

<sup>8</sup> בספר מאזניים למשפט הקשה על דברי הריטב"א, דאם נזקקין בדבר שבעין אי"כ מובן מדוע לא תני תנא דידן לשיבת הדיינים, ומה שאלה הגמ'. ועוד לפי הריטב"א מדוע נזקקה הגמ' לדחות את רב קטינא והא אפשר להעמידו בדבר שבעין. עפ"י כתב דהריטב"א כוונתו בדין שהוא ברצון הנתבע דדנים לדבר שבעין אף שאין כופין ע"כ וזאת משום חשיבות החפץ לבעליו. שהרי רוצה אדם בקב שלו מתשעה של חבירו. ואף כי סברא זו קשה, שהרי אם נקבלה מדוע במודה במקצת העלו הראשונים על נס את המיוחד שבכלים הרי לדבריו בכל שבעין יש חשיבות הנובעת מהסנטימנטים שרוכש אדם לנכסיו מ"מ לפי דברי קצוה"ח פח סק"ד ניחא, דכתב דדין כלים קיים אפי' בשאינם בעין, אי"כ קמ"ל הרב קלישר שדבר שבעין אף שאינו כלי חשוב הוא באופנים מסוימים.

גם את דברי הריטב"א ביחס לפמשי"פ בגמ"ד באר הרב קלישר מצד רצון הנתבע לדון ברם לא ירדתי לסוף דעתו דממ"נ אם יש חיוב ידון תמיד ואם אין, מה מעלה או מוריד רצון הנתבע.

והנה במשנה ב"ק קג,א נתקלנו במצב דומה דהיינו "חיוב בפמשי"פ" רק שהפתרון לסתירה הפנימית שבצמד המלים הללו "חיוב בפמשי"פ" מיושב שם באופן שונה אף בדגמי קה,א הועלתה האפשרות שהמשנה עוסקת בדבר שבעין. דהכא הישוב נובע מהא דליכא מחילה בדבר שבעין. ובמשנה מאחר שהיה חיוב בתחילה אלא שנמחל רובו. דשם חיוב נטפל גם על המעט שנשאר עד תומו. א"כ מדוע כתב הריטב"א דמזדקקין ב"יד לדבר שבעין אף שהדין במשנה דאין מזדקקין כפי שסתמו הפוסקים עוד יש להבין במשנה גופא מדוע אמנם אין מזדקקין ב"יד לחיוב הפעוט ששרד אחר המחילה הרי שלא כפי הגמי' דב"מ נה כאן אמנם יש חיוב כפי שהסכימו ראשונים ואחרונים ואם תלינו דין ישיבת הדיינים במציאות של חיוב בפועל א"כ שישבו הדיינים לדין זה.

#### ד. משנה ב"ק קג,א – השבת גזילה

המשנה עוסקת בחיוב הגזלן להוליך הגזילה אחר הנגזל. דהלכה היא שא"צ להוליך הגזילה למקומו, אלא מודיעו את מקומו ושרצונו להחזיר לו גזלתו ויבוא ויטלנה. בד"א כשלא נשבע אבל כשנשבע לשקר ואח"כ הודה, חייב לשלם קרן וחומש ואשם ובמקרה זה יוליכנו אחריו ואפי' למדי. דכפרה לא הוי עד דמטי לידיה דכתיב "לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו". וגם בזה"ז אף שאין קרבן מ"מ נוהג דין זה שאין לו כפרה עד ששיבנו לידו, ומבארת המשנה דאפי' החזיר הגזילה כולה חוץ מש"פ בקרן חייב להוליכה אחריו אבל פמשי"פ א"צ. אע"ג שגזל הרבה ולא נשאר לו אלא רק פמשי"פ, או שמחל לו הכל חוץ מפמשי"פ אינו מתכפר לו עד שיוליכנו אחריו. אבל ודאי שחיוב השבה ככל גזל חל עד הפרוטה האחרונה בשלמותה וז"ל השו"ע חו"מ שסז,ג. "החזיר לו כל הגזילה, או שמחל לו עליה חוץ מפמשי"פ אינו צריך להוליך אחריו אלא יבוא הנגזל ויטול השאר". ופרש הסמ"ע סק"ז וז"ל "אף שהוא פמשי"פ בתורת השבה הוי, כיון שמתחילה גזל יותר מש"פ ולא החזיר כולו כמבואר בראשונים. אלא שאינו מחויב להוציא עליה הוצאה בהשבתה. ועוד דגם פמשי"פ איסור גזל הוא כמשי"כ הטור והמחבר בסי' שנט אלא שאין ביה"ד נזקקין לפמשי"פ להוציא מידו וכן עיקר". עוד בשו"ע חו"מ שסד,ג' "גזל שתיים שוות פרוטה והחזיר אחת אע"פ שגזילה אין כאן, מצות השבה גזילה אין כאן". ובאר הסמ"ע סק"ט "הטור באר אע"פ שאין כאן גזילה

<sup>9</sup> ע"פ ב"ק קה, א.

שאינן ביי"ד נזקקין לכופו בתורת ממון. מצות השבה אין כאן ומכין אותו עד שתצא נפשו או מקיים מצוות השבה עכ"ל.<sup>10</sup> כלומר הלכה זו היא מדין כפיה על המצוות ולא מתוקף ביי"ד להשיב ממון לבעליו וא"כ חוזרת השאלה שהעלנו כיון שיש חיוב גמור מדוע אינו קביל בבי"ד.

### ה. מהלך ראשון בבאור רב קטינא עפ"י הריטב"א

הזכרנו לעיל את דברי הציץ אליעזר שבאר ש"מחילה" אין הכוונה למחילת הממון, כי אם למחילת התביעה. והנה דברי הר"מ מהם הביא סיוע לקוחים ממשנה דידן דתביעה שנמחלה חלקה ונשאר פמשי"פ אף שיש חיוב אין צריך להוליך אחריו למדי. א"כ נוחים הדברים להסברו של הצי"א. משום שאמנם יש חיוב כי החיוב לא נמחל אלא שמוותר מלתובעו בבי"ד.

עפ"י דברים אלו נוכל אף להבין את דברי רב קטינא גם בנקודת המוצא בגמ' ומשום דסי"ס יש חיוב כלשהו, ועוד יש לומר שכאשר כבר הגיע התובע לבי"ד בטעות או שלא בטעות (לפי ההסברים שתבאנו בריטב"א) שוב אינו מוחל על תביעתו, ורוצה הוא במגיע לו ע"פ דין. אולי גם דברי הש"ך והנתיבות יובנו, שאף לכתחילה יש לתביעת פמשי"פ שם "דין" דסי"ס יש תביעה כשכבר הוגשה לפני ביה"ד עילה מסוימת. זאת לעומת ההסבר הרגיל במחילה שאין שום חיוב.

אמנם עדיין אין די באר לדברי הריטב"א ביחס לתביעת דבר בעין כשאינו שווה פרוטה; מדוע היות החיוב בעין גורם לנגזל שלא לזנוח אותו, ושלא לוותר על זכות התביעה? ועיין לקמן.

הואיל והפרשנות המחודשת במהות המחילה, אינה מוסכמת נביא מהלך נוסף:

<sup>10</sup> מקורו ברא"ש בשם הרמ"ה, ב"ק פ"ט סי' כה וכתב שם דה"מ בהחזיר מדעתו אבל אם לא החזיר אלא בציווי ביי"ד כופין אותו להחזיר את השניה. והשווה זאת לדין רב קטינא בב"מ נה דהזקקו ביי"ד לשי"פ גומרין אף בפמשי"פ.

## ו. מהלך שני בביאור רב קטינא ע"פ הריטב"א והמשנה דב"ק קג

אולי אפשר להציע דרך אחרת שאמנם הזיקה שבין דיני ממונות וחוביהם להזדקקות ב"ד עליהם אינה מוחלטת. והחיבור שמצאנו ביניהם בב"מ נה הוא רק בהו"א ובאופנים הדומים למשנה בב"ק. כך נרוויח הבנה בדברי רב קטינא בהו"א ובמסקנת ההלכה דנוקקין בגמ"ד.

דברי רב קטינא בתביעה על פמשי"פ, הם כשיש חיוב השבה כגון חיוב גדול שהושב או נמחל חוץ מפמשי"פ וכיוצא"ב. וזו כוונת הגמ' בתחילתה דצריכא להא דבי"ד נוקקין לפרוטה ומעלה אף שלמדנו כבר שגזל בשי"פ. משום דסי"ד דנוקקין אף לפחות מזה במקום שיש חיוב וכפי דיני גזל וכרב קטינא שדעתו שאמנם יש זהות מוחלטת בדינים ובטעמיהם. קמ"ל דאין נוקקין בזה משום שאין להטריח את ביה"ד לדבר כה פעוט. ואמנם בהמשך מבארת הגמ' דגם ר' קטינא לא איירי אלא בגמ"ד אחר שכבר ישבו וממילא הוטרחו ביה"ד לעסוק בזה א"כ יכולין וצריכין לסיים דינם. מעתה מבוארים דברי הריטב"א ע"פ דרכו. כמו כן אם נבאר כונת השי"ך ונתה"מ (שמאפשרים דין בפמשי"פ אף לכתחילה), להיכא שיש בכלל חיוב אי"ש דכיון שנתרצו לדון ומחלו טרחתם הדין ודאי דין גמור.<sup>11</sup>

גם נטיית הר"מ מפשטות הגמ' ופסיקתו כרב קטינא מיושבת יותר, כשדברי רב קטינא מוסברים באופן הנ"ל ומתישבים יותר על הדעת.

מעתה מבוארים דברי הריטב"א ביחס לתביעת דבר בעין, שהרי מדברי הפוסקים ביחס לדין המשנה למדנו שאין די בכך שיש חיוב, ע"מ לתבוע פמשי"פ בב"ד – משום טרחתם. והנה בגמ' שם קה"א יש מחלוקת שהוזכרה לעיל האם החשש להתיקרות החפץ הגזול והפמשי"פ שנמצא אצל הגזלן בעינו הוא ריאלי ויכול להעניק חשיבות יתרה גם לפמשי"פ לענין שיוליכנה אחריו למדי וממילא גם לדין שיוכל החפץ להתבע בב"ד משום דחשיבות זו מצדיקה כבר הטרחתם של ביה"ד. הספק הזה שהוא צדדי בדין המשנה שם, הוא עיקרי בדין הריטב"א. כלומר בדבר בעין שאין בו מחילה יש חיוב אף בפמשי"פ, אולם בגזילה שהיא נידון המשנה אין די בכך כי מחילת הנגזל תופסת וכדלעיל ולכן כדי ליצור מצב של חיוב אנו נוקקין לגורם אחר והוא חיוב בפמשי"פ ששרד מהתביעה הגדולה שקדמה למחילה או לפרעון כפי דין המשנה.

<sup>11</sup> ודלא כדברי הדברי מלכאל בריטב"א.

ברם, דבר שבעין מעבר לנקודה זו שפועל בחוב להשאיר מחוץ לתחום המחילה, יש בו אפקט נוסף והוא דכיון שהחפץ קיים תתכן בו התיקרות ואולי ההתיקרות תוסיף לחשיבותו.

לסיכום: כדי שתביעה הפחותה מש"פ תהווה עילה לדין בבי"ד יש להתגבר על שני מכשולים: א. המחילה הטבעית שיש בפמשי"פ וזאת ע"י ניטרול המחילה כבשני האופנים שהזכרנו. ב. העלאת חשיבות התביעה כאשר התיקרות היא דרך אפשרית לכך. א"כ בגזילה כיון שדבר בעין לא מועיל בה לנטרול המחילה הזדקקנו לדרך האחרת וא"צ "בעין" כדי שיהיה חיוב בעצם, אולם אחרי כן מסתפקת הגמ' האם גם אפשר להעלות את חשיבות התביעה ע"י דבר בעין.<sup>12</sup> ובשאר דברים "הדבר שבעין" יכול לשמש לבדו כדי להתגבר על המכשולים בדרך לביה"ד. והריטבי"א<sup>13</sup> שפסק כנראה בגמ' קה"א כצד דחיישינן להתיקרות וא"כ לדידו דבר שבעין לא רק שיש בו חיוב אלא גם שהוא קביל בבי"ד.

גם תביעת כלי הפמשי"פ, למי"ד שבי"ד מזדקקין לה, תובן היטב ע"פ דרכו של הריטבי"א אולם לכך ניוחד פרק בפני"ע.

## ז. ביה"ד כמוציא האמת לאור

אולי יש להעלות כיוון חשיבה מחודש שיתכן ויהיה בו מענה לחלק מהתמיהות שהוזכרו. בהשקפה הראשונה עיקר תפקיד ביה"ד בדיני ממונות הינו להציל עשוק מיד עושקו אולם תפקידים נוספים לו. הרא"ש בשו"ת סי' קז הדגיש תפקיד נוסף, והוא הטלת השלום בין הבריות ועפ"ז יסד שאף במקום שא"א לדין לדון דין אמת לפי שאינו יכול לברר הדבר, מ"מ יכריע ויטיל שלום ביניהם. ויסד כן על הפסוק "אמת ומשפט שלום שיפטו בשעריכם" כי ע"י המשפט יש שלום בעולם ולכן נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה כדי לתת שלום בעולם, עכ"ל. גם הפשרה הנזכרת בסנה' ו ובשו"ע חו"מ סי' יב תלויה במרכיב השלום במשפט. והנה אין להתעלם כי יש עמוד שלישי לפסוק וגם למשנה בספ"ק דאבות וז"ל

<sup>12</sup> גם המחני"א (עי' בתחילת המאמר) בעוסקו בגורם המחילה שבתביעות קטנות הוכיח מהמשנה קג, ועשה שימוש בשני המרכיבים כלומר אחר שבוטלה המחילה החשב להתיקרות בדבר שבעין עשוי להעלות את חשיבותו ולהעמידה בשורה אחת עם ש"פ.

<sup>13</sup> וכן הוזכר בספר הלכה פסוקה דהריטבי"א חשב להתיקרות.

המשנה "רשב"ג אומר על שלושה דברים העולם קיים על האמת ועל הדין ועל השלום שנא' אמר ומשפטו שלום שיפטו בשעריכם" (וכבר יחס הב"י בחו"מ א המשנה והפסוק כולו לדין ע"ש כלומר שתועלת נוספת בדין והיא לדרוש לחקור ולהוציא האמת לאור עולם. יתכן שביאור חשיבות מרכיב זה במשפט עומד מאחורי המחלוקת בסנה' ו,ב אם ראוי לפשר או אדרבא יש להתאמץ להוציא הדין לאמיתו. והוא ההבדל בין שני רועי ישראל משה ואהרן. "וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום ומשים שלום בין אדם לחברו" (שם בגמ').

לפי? לעתים המניע להגיע לביה"ד ולהשפט הוא יותר של הנתבע מאשר של התובע לפי שרוצה להוכיח חפותו, וטיהור שמו חשוב בעיניו יותר מדמים מרובים (אמנם גם בנמצא חייב בדינו הדין עדיין שרת את מטרת הצדדים כדברי הגמ' (שם) "משפט וצדקה משפט לזה וצדקה לזה. משפט לזה שהחזיר לו את ממונו וצדקה לזה שהוציא גזילה מתחת ידו") יתרה מזאת הרווח של התובע בדין הוא ביחס ישר לגובה התביעה, ועל תביעה זעירה הוא מוחל כי כל זה איננו שווה לו. אולם הנתבע שרוצה בחשיפת האמת אף בתביעה פעוטה הוכחת חפותו ויושרו שווים בעיניו הרבה.

מעתה יתכן שזו כוונת הדיון בגמ' ב"מ נה ביחס לתביעה הפחותה משי"פ האם תלויה באופן ישיר במציאות חיוב או פטור כדברי הדוחים את רב קטינא. אבל רב קטינא גופיה ס"ל דיש מקום לשיבת הדיינים אף בפמשי"פ משום הערך המוסף שיש בדין לנתבע. ואמנם מסקנת הגמ' בדבריו שאף שא"א לפתוח תיק בביה"ד על רקע חיפוש האמת, שהרי תביעת פמשי"פ לענין זה דומה לאדם שניגש לבי"ד שלא לצורך הוצאת ממון ממי שעשקו אלא רק ע"מ לברר עם מי הצדק. אמנם אחר שישבו ביי"ד משום שהיתה עילה משפטית לעריכת משפט ההגיון שבמציאת הצדק יכול לתת בסיס איתן לחובה לסיים הדין. דברים אלו ביכולתם גם להניח מצע נח יותר בביאור דברי הריטב"א מכיון שגם כשאין עילה משפטית לדין עדיין יש עילה מסוג אחר. אלא שצריך לבחון מצבים שונים מתי ניתן להסתייע בעילה זו.

#### ה. דין תביעה קטנה שיש בה שוה פרוטה ומעלה במקום שיש התאמת משפט

למשמעות הדין שהזכרנו יש השלכות נוספות, שהרי אם אנו מתייחסים אל ביה"ד כמופקד על הסדר הציבורי בהיבט הממוני גרידא, שיהיה כל נכס ונכס ביד בעליו הלגיטימי, א"כ במציאויות שאין לתובע כדאיות בדין מחמת הוצאות המשפט השונות אזי אין טעם לדין. ואף כי מצאנו לכאוי בגמ' שיש

מקום לדין בכה"ג, עדיין יש מקום לחלק בין המצבים השונים ולהעמיד גדרים ברורים. דאיתא בגמ' סנה' לא, והובאו הדינים בחו"מ סי' יד: "כי אתא רב דימי א"ר יוחנן התוקף את חבירו, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הועד, כופין אותו וילך לבית הועד. אמר לפניו ר' אלעזר הנושה בחברו מנה יוציא מנה על מנה. אלא כופין אותו ודן בעירו". ה"מ היכא דאמר ליה לווה למלוה אבל מלוה עבד לווה לאיש מלוה". וכתב הרא"ש "ולאו דווקא מלוה ולווה אלא אפי' גזלות מקח וממכר ומתנות ירושות וכל דבר שיש בו תובע ונתבע דהאי טעמא דר' אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע", עכ"ל.

כלומר אף שנתבע לא יכול לכפות את התובע להוציא הוצאות הדרך, התובע עצמו יכול להחליט להוציא אף מנה על מנה. ואין מקום שבי"ד יאמרו א"כ מה הועלנו בדיננו. כן ניתן לומר בהוצאות שבחר בעה"ד להוציא ואינם בגוף המשפט. וכן אם ירצה לשכור עורך דין שיסייעו יוכל לעשות כן אף בדמים מרובים. אולם יש לברר ביחס להוצאות המשפט עצמו וכגון שכר הדיינים וכפי שנפסק בחו"מ ט,ה שדיין רשאי ליטול שכר בטלתו דמוכח ואיתא בפוסקים דדיינים כיום שכל זמנם נתון לביה"ד ואינם עוסקים בדבר אחר לפרנסתם, רשאים ליטול שכר. א"כ מה הדין במקום ששכר הדיין מוריד את ההכנסות הריאליות של התובע עד מתחת לסף הפרוטה. ועוד יותר כשמאזן הסופי הוא אף שלילי. כי תביעתו מועטה ושכר הדיין מרובה. האם יש מקום חובה לביה"ד לקבל תביעות כאילו?

בספר ערך ש"י בסי' י הביא את דברי המהרש"א על הגמ' סנהדרין ה,א "כקטן כגדול תשמעון" "אר"ל שתהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה... למאי הלכתא... אלא לאקדומה" וחקשה המהרש"א מהיכא תיסק אדעתין להקדים דין של ק' כיון שבא לפניו קודם דין של פרוטה. דפרוטה של העני שקולה כמו ק' מנה של העשיר. ויש להשיב לפי שהותר לדיין ליטול שכר בטלתו אבל מדין של פרוטה לא יוכל ליטול שכר בטלתו דא"כ לא יהיה הדין בפרוטה ואין נזקקין לפמשי"פ. גם אפשר שהפרוטה כולה לא תספיק לשכר בטלתו ושמה יאמר הדיין אקדים של ק' מנה שאוכל ליטול שכר בטלתי ע"כ הזהיר הכתוב דכקטן כגדול תשמעון.

ובעל הערך ש"י עצמו השיג על המהרש"א מבי' צדדים: א. מדמה דין למציאת אבידה, דכיון שאינו מחויב להשיב אבידת חבירו בכה"ג דאם יש לו מלאכה שלו קודם וילפינן מ"אפס כי לא יהיה בך אביון" (בי"מ ל,ב) ה"ה לדין, דאמנם א"צ לדון בחינם כשע"ז מפסיד ממלאכתו. ב. כוונת הפסוק "כקטן כגדול תשמעון" אינה לבעה"ד, אלא לעצם התביעה שיהיו תביעות קטנות

וגדולות – שווין בעיניך. וא"כ אף שדין פרוטה אצל עני הוא ודאי חשוב כמאה אצל העשיר וכפי שהקשה המהרש"א, אין זו שאלה דכוונת הפסוק להשוות דין פרוטה אצל העשיר כדין מאה אצלו, שבאופן זה ודאי יש חידוש בדברי התורה. העולה מדברי המהרש"א והערך ש"י שבמקום שהוצאות המשפט מורידות את סכום התביעה לפמ"ש"פ, אין דין כזה נחשב לתביעת ש"פ. אלא שנחלקו בהשלכות ההנחה הזו. לפי המהרש"א ידונו ולא יטלו שכרם ולפי הערך ש"י לא ידונו כלל.

בספר בירור הלכה כתב שדברים אלו מסתברים יותר לדברי הרא"ש דלא פסק כרב קטינא. אולם הר"מ וכן השו"ע דפסקו כוותיה, א"כ מתבקש היה להשוות הדינים. וכמו שבגמ' העיקר שישבו בתחילה על תביעת ש"פ ה"ה הכא ואין חסרון בכך שבסוף הכנסותיו לא יעלו לפרוטה. ובפרט לאור הדברים שאמרנו שלמשפט יש משמעות נוספת של הוצאת האמת לאור א"כ מאחר דעסקינן בפרוטה שהיא העילה לעצם הדין, אין זה משנה גובה הכנסותיו של התובע בסיכומו של דבר, כי די לנו ברצון הנתבע להוכיח את חפותו, ואף התובע בהרבה מקרים מעונין בדין לא מצד הרווח הממוני כי אם ע"מ להוכיח שהצדק עימו.

כדי לישב דברי המהרש"א והערך ש"י עם ההלכה שנפסקה, י"ל דאמנם גם לר"מ אפשר שכשהוצאות המשפט מפחיתות את ההכנסות מהדין לא ידונו. וזאת אם נקבל את פירוש רש"י ברב קטינא וכדעת הכס"מ בשם הר"מ דס"ל שבמהלך הדין נוספה תביעה זעירה מצד אחד מבעלי הדין. אמנם לפרוש הריטב"א י"ל כפי הסברא שהעלנו דלעולם ידונו.

ועדיין יש מקום לחלק בין דין רב קטינא לנדון דידן. דס"ס הכא מראש ידענו שאנו עומדים לירד לדין וידוע שהדין כרוך בהוצאות לעומת דין רב קטינא שבתחילה ירדנו לדין על דעת ש"פ.

### ט. נסיון נוסף בביאור פסק הריטב"א

לולי דמיסתפינא אולי אפשר היה להעלות דבר חדש בביאור דברי הריטב"א ביחס לדבר שבעין ע"פ דברי הגמ' ב"ק קה, "אמר רבא גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת... הכא נמי אע"ג דהשתא לא ש"פ כיון מעיקרא הוי ש"פ בעי שלומי" עכ"ל הגמ'. וכתב תוד"ה אמר רבא "וה"ה באחת שגזלה והוזלה שמחזיר לו אגודה או דמיה, אלא רבותא נקט דאפי' בשלושה דקיים מצות השבה בתרתי

אפי"ה חייב להחזיר לו אחת". אי"כ בדין שתחילתו בש"פ יש כמה אופנים שבשלב מאוחר יותר יפחת ויעמוד על פחות מש"פ: או ע"י תשלומין של הנתבע<sup>14</sup> או לחילופין ע"י מחילת התובע (שבכה"ג הארכנו לבאר שאין נזקקין לשארית אף שבודאי עליו להשיבה). או באופן שהוזל החפץ משעת הגזל וזוה עוסקת הגמ', שהוזל חפץ אחד מהשלושה שנגזלו ועדין לא הושב, או באופן פשוט יותר כשגזל רק חפץ אחד והוזל, דהדין שצריך להשיבו. אולם אינו דומה לאופן הראשון, דהכא הוא חיוב גמור כאילו עומדת פרוטה בפנינו ולכך אף נזקקין לדין זה וכש"כ הקצוה"ח פח סק"ד כשהשווה דין הזדקקות בי"ד לכלים שאמנם ש"פ לדין זה.<sup>15</sup> ואולי למד כן מתוך דברי התוס' הני"ל שקדם וכתב וז"ל "אם ישנה בעין מחזיר אותה ואם לאו משלם ליה ש"פ כמו שהיתה שווה בשעת הגזילה" אי"כ מכיון שמשלם כשעת הגזילה, אי"כ י"ל שגם כשהגזילה בעינה ומחזירה כמות שהיא, ההתיחסות אליה היא כאל ש"פ.<sup>16</sup> אי"כ עולה שבאופן שאם הגזילה אינה בעין דמשלם פרוטה, אי"כ פשיטא שנזקקין, והחידוש שיש מציאות של פמשי"פ שנחשבת לש"פ והוא בגזילה בעין שהוזלה ואולי לזה נתכוון הריטב"א. לפי כיוון זה, פשיטא שלא דיבר הריטב"א בפמשי"פ מתחילה, שהרי בזה אין חיוב כלל, וצעי"ע.

### י. הזדקקות בי"ד לתביעת כלים שאינם שוים פרוטה

קצוה"ח בסי' ו סק"א תלה דין ישיבת הדיינים לתביעת כלי שאינו ש"פ, בדין האמור בסי' פח ביחס למודה במקצת שאף דבעי הודאה בבי' מעות וכפירה בפרוטה, בכלי לא בעינן הכי. ולגבי כלי שאינו שוה פרוטה בזה נחלקו ראשונים ע"פ האמור בגמ' שבועות לט, ב, "יצאו כלים למה שהן" וזאת בניגוד לגמ' שם "מה כסף דבר חשוב אף כל דבר חשוב". דמשמע דגם בכלים בעו חשיבות. ונחלקו בזה, דתוס'<sup>17</sup> והרמב"ן ואחרים ס"ל דלכך אף שא"צ בי' מעות מ"מ ש"פ בעי. והבה"ג ורמב"ם וכו' ס"ל דא"צ שווה פרוטה דסתם כלים חשובים הם, ורק שבדין כלים וכיוצא"ב אין בהם שבועת מודה במקצת.

<sup>14</sup> וכבר הזכרנו בשם הרא"ש דה"מ בשילם מעצמו אבל שילם ע"י בי"ד בכוחם לכפותו התשלום המלא.

<sup>15</sup> בפרק הבא יובאו דברי קצוה"ח.

<sup>16</sup> עי"ע או"ש חמץ ומצה ז, ח ד"ה ובכל, הסבר שונה בדעת תוס'.

<sup>17</sup> ועיין קצוה"ח פא סק"א דהתוס' כתב כן לשיטת שמואל אולם לרב דפסקין כוותיה אי"צ חשיבות לכלי.

וכתב קצוה"ח דלמאן דסי"ל התם דאי"צ ש"פ ה"ה הכא ביחס לשיבת הדינים. וכבר מצאנו בראשונים שתלו הדינים. עי' חדר"ן שהביא שהגמ' דבי"מ נה שאין בי"ד נזקקין לפמשי"פ היא ראייה לרמב"ן שכל הפחות מש"פ אינו כלום. דאם אתה אומר דבטען ב' מחטין והודה לו באחת מהן חייב, אע"פ שאינן שוות אלא פרוטה אחת. נמצאו בי"ד נזקקין לפמשי"פ, ומאידך, תירץ ראייה זו שלא תקשה לבח"ג ורמב"ם, שאמנם כי אמרינן דאין בי"ד נזקקין לפמשי"פ היינו דוקא בממון אבל לכלים נזקקין.

ועי' קצוה"ח פח סק"ד שכתב שבכלים אי"צ שיהיו כעת בעין וחשיבותם נקבעת בשעת הגזילה ונמשכת גם כשאינם כבר בעולם, ולמד כן מדין הגמי' ב"ק קה, א שהבאנו בפרק הקודם וזה קצור לשונו "אע"ג דהשתא לאו ממונא כיוון דמעיקרא ממונא הוא בעי שלומי. וא"כ כי היכא דאמרינן בגזל ש"פ והזולה על פמשי"פ, דצריך להחזיר בעינה או דמיה משום דצריך לקיים "והשיב את הגזילה", הי"נ בכלי כיון דאית ביה דין ש"פ כשהיא בעינה צריך נמי להחזיר דמיה אע"ג דלית ביה ש"פ השתא בדמים כדי להשיב את הגזילה", עכ"ל.<sup>18</sup> והנה בשלמא לצד דבעי ש"פ משום שבפחות מזה יש מחילה או מחילת התביעה ניחא דכיון שכלי חשוב יותר לפי שאפשר להשתמש בו ויש ערך רב לשימושים המופקים ממנו. א"כ מפני חשיבותו אף שאינו ש"פ אינו נמחל.<sup>19</sup> אולם לטעם דבעי "שיעור ממון" הרי ס"ס אין בו השיעור הנדרש בכדי שיהווה עילה לתביעה בבי"ד ובפרט כשאינו בעין.

הקה"י (קידושין סי' ב) כתב שהתורה בפרשת מודה במקצת, גילתה לנו דכלי אף שאינו ש"פ חשוב ממון דשיעור זה אינו כשאר שיעורי תורה שהם גזרתו ית"ש, אלא שיעור זה נגזר ממה שדרך בני"א להחשיב (= בדומה לדברי המנחת אשר) וכלים אינם צריכין ערך מסוים כי כל כלי נחשב הוא בעיני הבריות. אמנם בקידושין בכלי פמשי"פ נסתפק הרשב"א רפ"ו דשבועות אם מהני, והביאו קצוה"ח פח סק"ג והקשה עליו מהא דקידושין לא מהני בחליפין, מטעם דחליפין הם אף בפמשי"פ ואישה בפמשי"פ לא מקניא נפשה. והרי חליפין הן ע"י כלי, א"כ אם נאמר שכלי חשוב כש"פ יש לשוב ולמצוא טעם הוגן מה החסרון בחליפין ביחס לקידושין.

<sup>18</sup> ועי' מלואי חשן פח הערה 233 שהעיר דלכא"י אין שוויון שהרי באגודה אם אינה, משלם פרוטה אי"כ ודאי דנזקקין. והכא בכלי כשאינו בעין החוב הוא פמשי"פ. וביאר דתשלומי הממון ככה"ג הם רק משום דיכול בדמים אילו לחזור ולקנות הכלי ולכן הרי זה כאילו השיבו.

<sup>19</sup> וכפי שהזכרנו שכלי הוא אפי' שאינו בעין ולכך לא העלנו בהקשר זה שאין מחילה בדבר שבעין כפי שדנו בדברי הריטב"א.

ותירץ הקה"י ע"פ הר"ן פ"ק דקידושין לגבי המקדש בתמרה דהוא ספק קידושין משום דחיישנן שהוא ש"פ במדי. ואע"ג דאין להקדש אלא מקומו ושעתו מ"מ כיון שנתרצית לקבל, כאילו אמרה בפירוש לדידי שווה לי פרוטה, ואף דלא מהני לדידי שווה בדבר שהוא פמשי"פ, א"כ היאך מועיל בש"פ במדי והרי אין להקדש אלא מקומו ושעתו. אלא י"ל דבפמשי"פ בקידושין יש ב' חסרונות האחד דאינו ממון, והשני דחסר בשיעור קידושין. מעתה החשבתו כפרוטה, ובלשון הגמ' לדידי שווה לי, מהני רק בדבר שיש עליו שם ממון. לכך בפמשי"פ סתם א"א להחשיבו אולם אם שווה פרוטה במדי מכיון שיש לו שם ממון שהרי ניתן להשיג תמורתו פרוטה באיזה מקום, א"כ כשאומרת לדידי שווה לי ומחשיבתו, אפשר לקדשה בו.

מעתה אפשר לומר שלא די בכך שחשיבותו של כלי מקנה לו שם ממון (ולכן מהני לשבועה ולישיבת הדיינים) כי לקידושין בעי שיעור מיוחד<sup>20</sup> שאינו קיים. א"כ תאמר לדידי שווה לי או שנתרצית לקבלו דאז חל בו גם השיעור הנדרש. אבל כשמקדשה בחליפין לא שייך לומר דמדקבלה ה"ל כאומרת לדידי שווה לי פרוטה דהא בחליפין א"צ ש"פ א"כ קבלתו כערכו האמיתי.

א"כ העולה לדעת הקה"י דאף שבקידושין בעי שיעור מוחלט ככל שיעורי תורה, מ"מ בדינים אין שיעור מוחלט לממון אלא די בחשיבות החפץ הנגזל שיחשב ממון. והיא מושגת או ע"י ערכו או שאנשים מחשיבים אותו משום שימושי כללים. נמצאנו למדים דס"ל לקה"י דשיעור ממון אינו אלא כדברי המנחת אשר, אבל אם נאמר דהוא שיעור מוחלט א"א לתלות דין זה בדין שבועת מודה במקצת.<sup>21</sup>

ואולי לזאת רמז השטמ"ק בשם הריצב"ש שכתב וז"ל "וכל הני דמתני' חדושיהו הוי דלא בעינן טפי מפרוטה דומיא דהאישה מתקדשת דאשמועינן דלא בעינן שווה דינר כדס"ל לבי"ש אבל לאשמועינן דפמשי"פ לאו ממון הוא, להא לא אצטריך דפשיטא דלאו כלום הוא עכ"ל. כלומר דפשוט שיש שיעור מינימלי שיחשב ממון אלא דס"ל דבעי ממש שיעור ואולי השיעור הוא אף למעלה מפרוטה כבקידושין לבי"ש קמ"ל. דגם הפרוטה אינה מדין שיעור אלא דהוא הממון המינימלי המקובל אצל בני"א.

<sup>20</sup> אמנם צ"ל מתוסי' קידושין יג, א ד"ה כשם שכתב דפרוטה בקידושין נלמדת ממקח שדה לתרוץ השני ולתרוץ הראשון מקח שדה נלמד מאישה דבעי שם ממון וא"כ מנין לחלק בין קידושין לדין.

<sup>21</sup> כמובן שא"א לומר שזו שיטת הקה"י, אלא רק שזה הסברו לשיטה דבעי שיעור ממון, שהרי כבר הזכרנו הסברו גם לשיטה שהמחילה עומדת במרכז הדבר.

הסברנו בדעת הריטב"א שבדבר בעיני אין מחילה אך הוספנו שיש לחשוש להתיקרות, ברם כלים חשיבותם פוטר את שני החסרונות: א. מפני חשיבותם אין בהם מחילה לא מחילת ממון ולא מחילת התביעה וכ"כ נחשבים לממון לשיטה שמצריכה זאת. ב. חשיבותם היא גם עילה מספקת לטרחת ב"ד.

### יא. תביעת חפץ שאין בו ש"פ אך לתובע באופן אישי שוה הרבה

אחר שהזכרנו את דברי הר"ן ביחס לילידי שוה ל"י יש לדון בהקשר זה ביחס להזדקקות ביה"ד. שהרי תתכן בהחלט סיטואציה בה פונה אדם לביה"ד בשל חפץ שאין לו כל ערך אך טענה בפיו כי חפץ זה יקר לגביו, האם טענתו קבילה? אם אמנם ראויה היא, א"כ איפוא מדובר בתביעה בעלת ערך משמעותי ואין מקום להסתפק אם תתקבל בביה"ד. אך גם אם אין לקבל דבריו מכל סיבה שהיא, עדיין יש מקום לבדוק אם דין זה כשאר דינים של פמשי"פ שאינם עולים על שלחן ביה"ד.

למעשה אם ננתח את שעלינו לבחון כדי להסיק אם הערך האינדודואלי הוא אמנם ממשי. נבחין כי יש לפרוט את הבעיה לשני חלקים. (1) האם היות החפץ בלתי נסחר בשוק מהווה חסרון בחיוב התשלומים. (2) האם ערך שנובע מסנטימנטים מהווה עילה לחיוב ממוני. בספק הראשון נכלל הדיון העקרוני ביחס לשומת נזק בחפצים משומשים שהרי היום אין ערך לרוב חפצים אילו, מלבד לבעלים עצמם שהרי אין חפצים אילו סחירים. כגון משקפים משומשות שאין מי שיחפוץ בהם זולת מי ששייכים לו.

דברים אלו הם צוהר לנושא נכבד שדשו בו רבים.<sup>22</sup> נציין שהגישה המרכזית להלכה היא שאמנם יש חיוב תשלומים בנוקי חפץ שאינו סחיר, אולם ערך רגשי איננו נחשב כערך ממוני ביחס לתביעתו בבי"ד.

מענה אם נאמר שאפשר לתרגם ערכו של חפץ בעל ערך אישי או סנטימנטלי לערך ממוני א"כ ודאי שאפשר גם להגיש תביעה כזו לפני ביה"ד אף שללא ערכה המיוחדת אין בה ש"פ. אולם אם נקבל דברי המחברים שאין שום ערך

<sup>22</sup> עי' נתיחה"מ, קמח"א, מחנ"א הלי נזקי ממון סי' א, שו"ת שו"מ תנינא ח"א סי' פא, חזו"א ב"ק ו' סק"ג שו"ת אור לציון חו"מ סי' ד, ספר חוק לישראל הלי נזיקין מאת א. שיינפלד, ערך ש"י חו"מ שד"מ, ב. ספר דברי משפט ח"ב מאמרו של הרב משה מרדכי פרבשטיין, תחומין ח"ח מאמרו של הגר"ז גולדברג, ספר משפטי התורה ח"א סי' כד.

ממוני לחפצים מעין אילו אי"כ לכאורה אין מקום לישיבת הדינים בזה לפי שאין כל חיוב זולת ערכו העצמי של החפץ שהוא פמשי"פ. אלא שהסובר שהסיבה לכך נובעת ממחילת התובע, יש לומר שכאן מוחל שהרי לדידו שווה הרבה. וכן כל אדם במצבו לא היה מוחל זאת, ולכך לא בטלה דעתו אצל כל אדם. וא"כ אף שכשניזק חפץ כזה או כשנגזל ואינו נמצא בעין אי"א לחייבו. מ"מ כשהחפץ בעין אף לחולקים על הריטב"א ביחס לדבר בעין, היה מקום לומר שראויה התביעה לעלות על שלחן ביה"ד.

### **יב. סיכום הנקודות הבעייתיות והצעות לפתרון**

היחס בין החיוב הממוני, להזדקקות ביה"ד עמד במוקד הברור. מצד אחד מצאנו מקומות בהם יש חיוב, ואפ"ה אין עילה לפתיחת תיק בביה"ד. כגון המשנה בב"ק קג בה חיוב נותר מחיוב גדול שקודם המחילה, ובכ"ז אין ביי"ד נזקק לזה. והרי אם הסיבה לאי הזדקקות ביה"ד לפמשי"פ היא משום שאין כאן חיוב (עי"פ האפשרויות שהעלנו בח"א) אי"כ מדוע לא ישבו לדון כאן? מאידך בב"מ נה מצאנו הוה אמינא שזקקין אף לפמשי"פ, ואף למסקנה דאירי בגמ"ד, ופירש הריטב"א שהוברר במהלך הדין שאין ש"פ, היאך ידונו והרי אין חיוב בפמשי"פ. כיוצ"ב שאלנו בדברי הריטב"א ביחס לתביעת דבר שבעין שהוא קביל בביה"ד אף שאין בו ש"פ והוצרכנו לבאר מה המיוחד אופן זה והופכו לעילה משפטית.

כדי לפתור בעיות אלו המגמה היתה לאתר מצבים של חיוב בפמשי"פ משום שאז לכה"פ יש תפיסה על מה יסוב הדין בב"מ נה ובדבר בעין. אלא שעדין תיוותר ההשוואה הבלתי נמנעת בין מקורות אלו למשנה בב"ק קג.

כמה הצעות הועלו:

1. למאן דסבר דפטור פמשי"פ נובע ממחילת התביעה, משמעות הדבר שיש חיוב שעומד אלא שאינו בא לידי מימוש. אי"כ יש הגיון בהו"א דרב קטינא שידונו בזה (וכן מובנים השי"ך ונתה"מ שבי"ד שרוצים יכולים לדון פמשי"פ) ואף למסקנה שאין דנים, מ"מ כשהתובע לא מחל התביעה משום דסבר תחילה שיש בדינו פרוטה, פשיטא שגומרין דינו אף לפמשי"פ. ובב"ק קא אף שיש חיוב אין נזקקין לו משום שהוא ממש הדין של מחילת התביעה, יש אמנם חיוב, אלא שהתובע מוותר על תביעתו. ואמנם הסתפקה הגמ' אם חיישינן להתיקרות דבר שבעין, ופסק הריטב"א דחיישינן ולכן התובע אינו מוותר על תביעתו.

2. כדי להבין הגמ' בב"מ נה הוצרכנו לומר שמדובר בפמשי"פ שיש בה חיוב וכגון חיוב גדול שנמחל רובו כפי המשנה בב"ק קג. מעתה מובן רב קטינא גם בהו"א לפי שסי"ס יש חיוב (וכן הש"ך והנתיבות). גם מסקנת הגמ' שם שאין מזדקקין ובארנו משום דאין מטריחין לבי"ד לתביעה זעירא. וזה החסבר לאי הזדקקות ביה"ד במשנה דב"ק. מ"מ כשהחלו לדון על דעת שהדין בפרוטה, אף שהוברר שאין בהן פרוטה מכיון שכבר טרחו יסיימו הדין. גם הזכרנו דלמאן דסי"ל לטעם המחילה בגמ"ד א"צ להעמיד בחיוב שנמחל רובו כדי ליצור באופן מלאכותי מצב של חיוב. מאחר ובמצאיות כזו י"ל שלא מחל וא"כ ממילא יש חיוב.

מקום לטרחת בי"ד יש גם אם החפץ הנתבע בעין משום דחיישין להתיקרות כן פסק הריטב"א ע"פ הסתפקות הגמ'. וגם כאן למאן דסי"ל לטעמא דמחילה א"צ להעמיד בגוונא דהמשנה דב"ק משום דבדבר שבעין ליכא מחילה (אם לא בגניבה וגזילה).

3. הזכרנו שיש לדין משמעות נוספת מעבר להצלת עשוק מיד עושקו והוא הרצון של בי"ד ושל בעה"ד לגלות את האמת ולטהר שמו של הזכאי. א"כ אחר ההבנה הזו, יש לגשת אל הדינים הזעירים ביתר רגישות ובמצבים שונים לדון, אף שאין עילה ממונית מוחלטת לכך.

4. ביחס לתביעת דבר בעין הצבענו על הגמ' בב"ק קה,א כמקור. דהיינו חפץ ש"פ שהוזל וכעת עומד על פמשי"פ הוא מצב של פמשי"פ שנידון כפרוטה. אמנם אם אינו בעין הרי משלם פרוטה שלמה א"כ פשיטא שדנים לכן רק בדבר שבעין ישנו מצב של דין בפמשי"פ.

נציין שתי נפ"מ אפשריות בין ההצעות השונות:

א. גזילה שמתחילה לא היתה אלא פמשי"פ דודאי אינה כלום לבאור השני.

ב. ההלכה נפסקה בר"מ ובשו"ע (שסז) דלא חיישין להתיקרות, א"כ לא קיימא לן כריטב"א ביחס לדבר שבעין אם נזדקק להתיקרות ע"מ לבארו. אך לפי ההצעות השלישית והאחרונה וכן לטעמא דמחילת הממון, א"צ להשתמש בהתיקרות וא"כ אפשר לקבל את פסק הריטב"א להלכה.

## שיעור פרוטה היום

דעת הגאונים שערך פרוטה לכל דיני התורה הוא כסף מזוקק משקל חצי שעורה ודעתם מקובלת. בין הראשונים (ר"מ, רי"ף וכו'). וכתב החזו"א חו"מ סי' טז ואבה"ע סי' סו "ושמעתי מפי נאמן ששקל את הגרם ומשקלו עשרים שעורים, ולפי"ז גרם כסף טהור ערכו מ' פרוטה" וכן הוא המנהג עתה דהפרוטה היא אחד חלקי ארבעים מגרם כסף שערכו פחות אף מחמש אגורות, כלומר פחות מהמטבע הקטן ביותר הנהוג בישראל ואף ששם מטבע יש כבר מאגורה, וגם מחירים נקבעים בהרבה מקומות שלא באופן מעוגל אלא גם אגורות מהוות מרכיב במחיר מ"מ אין משמעות עצמית לאגורה והמחירים שנקבעו הם משום שבקניית מוצרים רבים מצטברת אגורה לאגורה לסכום בעל משמעות, אבל לאגורה כלשעצמה אין שום כוח קניה.

מעתה יש לבחון האם הסכום שנקבע כמינימלי בדיני ממונות, ישתנה לאור ירידת ערכו הריאלי בשוק עד שנעשה זניח כמעט לחלוטין. וא"כ אולי התייחסותינו היום אל הפרוטה צריכה להיות כאל פמשי"פ שבזמן חז"ל.

והנה אם שיעור פרוטה הוא הלכה למשה מסיני אין מקום להתחשב בכח הקנייה של הפרוטה, אך אם דיני ממונות נובעים מהתייחסות בנ"א אל המטבע בהתאם לכוחו בשוק, בין אם נתלה הדין במחילה או במחילת התביעה ובין אם יש שיעור שנקבע ע"פ סברת המחילה, היום שאף הפרוטה אינה נחשבת לכלום היה מקום להעלות את סף הערך המינימלי לגזל ושאר דיני ממונות. וקל וחומר לשיבת הדיינים שהעלנו לעיל שיתכן שטרחת ביה"ד משתלבת במערכת השקולים בקביעה מה יחשב עילה לתביעה. וא"כ כיצד נעלה על סדר יומו העמוס גם כך של ביה"ד תביעות זוטות העוסקות באגורות בודדות.

למעשה זהו ספקו של הסמ"ע חו"מ פח סק"ב שאחר שפרט את שיעור הפרוטה לפי המטבעות שבימיו כתב וז"ל: "וק"ק לומר כן דשמינית מפעניק יחשב ממון לקדש בו את האשה ולהיות הדיינים נזקקין לו ואפשר לומר שבימיהם היו הפירות והקנינים בזול ובעד פרוטה היו קונון הרבה פירות ולכן היה הפרוטה חשוב כממון, ולפי"ז בזמנינו דאין יכולין לקנות בפרוטה כ"א מעט מזער (כך בזמן הסמ"ע אך היום אף מעט מזער א"א לרכוש בשעור זה) מן הדין הלי"ל דאין קדושי אשה סגי בפרוטה ולא פדיון הבן בשני זהובים וצ"ע". עכ"ל. וכתב החלקת מחוקק באבה"ע כז סקכ"ד דכוונת הסמ"ע שיהיו רק קידושי ספק. השי"ך יו"ד שה סק"א הביא את ספיקו של הסמ"ע אמנם ביחס לפדה"ב לא הסכים עמו דסי"ס יש כאן סכום ניכר

וחשוב, מ"מ בפרוטה נראה שהסכים עם הסמ"ע, ואף בפדה"ב מסקנתו דלכתחילה טוב לצאת ידי כולם ולהוסיף בשיעור.

וכדי לפשוט את הספק יש להקדים דברי האבנ"מ כזו סק"א שהביא מחלוקת ראשונים אם פרוטה היא מטבע מסוים או שהוא ערך מינימלי שיש לו חשיבות במסחר.

הרי"ף, הרמב"ם,<sup>23</sup> הרמב"ן והרמ"ה העריכו הפרוטה במשקל חצי שעורה כסף והיא שיטת הגאונים שהנחנו בפתח פרק זה. דכוונת התורה למתכת כסף בשעור זה שהוא אחד מארבעים בגרם כסף. וממילא כל השווה לזה היינו שבערכו ניתן לרכוש כסף בשעור חצי שעורה, הריהו פרוטה. אמנם לדעת הריטב"א בחידושו לקידושין יא כתב האבנ"מ וז"ל: "ומשמע דכסף דקרא אינו מתכת כסף אלא שם ממון וכל מידי דחשוב היינו ממון וליכא פרוטה כלל אלא ש"פ וא"כ אין לשער כלל במשקל החצי שעורה אלא במידי דחשוב ממון. ואם פחות מחצי שעורה הוא שווה טובא מדברים אחרים נמי ראוי להיות קדושין".

אמנם החזו"א אבה"ע סי' קמח<sup>24</sup> השיג על האבנ"מ ובאר שכוונת הריטב"א רק להוציא מן המחשבה שמטבע היוצא באותו דור אף שאינה ש"פ של תורה מהניא, קמ"ל דהמטבע צריך להיות בערך של חצי שעורה כסף. כלומר לפי האבנ"מ כוונת הריטב"א באומרו "לאו כסף ממש אלא ממון" דאינו המתכת כסף אלא חשיבות ממון לפי הזמן ואפי' פחות מחצי שעורת כסף. ולחזו"א כוונתו דאי"צ המטבע להיות מכסף אלא אפי' משאר חומרים אבל ערכו צ"ל לעולם להיות חצי שעורה כסף.

נמצאנו למדים, שלריטב"א לפי הבנת האבנ"מ יש לשקול את ערך הפרוטה לפי כח הקניה שלה. אמנם לרוב הדעות פרוטה הינה ערך קבוע הנקבע ע"פ משקל מסוים של כסף, ועל כן אם מחירו נמוך יחסית בשוק, ממילא גם הפרוטה נפחת ערכה. ואכן כך פשט האבנ"מ שם סקכ"א את ספקו של הסמ"ע דלא אזלינן בתר יוקר וזול התבואה אלא התנאי שיוכל לקנות תמורתה חצי שעורה כסף. וסיים וכתב וז"ל "ואפשר כיוון דפרוטה של נחושת בימי משה עדין לא היתה, וגמרי להו לחכמים דפרוטה דחשוב ממון הינו משקל חצי שעורה כסף, ואולי היא הלל"מ כמו כל השיעורין כזית וככותבת דהוא הלל"מ עכ"ל. כלומר דפשיטא ליה דהערך קבוע אלא

<sup>23</sup> בפהמ"ש קידושין פ"א מ"א.

<sup>24</sup> וכן באבנ"ז אבי"ע סי' שפ"ד תמה על האבנ"מ בדרכו זו.

נסתפק<sup>25</sup> אם הוא הללי"מ או שהוא הערך שהגדירו חכמים ממון של תורה ע"פ חשיבותו וכיון שערכה בזמן שקבעו שיעור זה היה חצי שעורת כסף מינה לא תזוז לאורך כל הדורות. וכפי שהבאנו בשם החזו"א שמה שנקבע באלפיים שנות תורה הוא הוראה מוחלטת ועפ"ז נוהגין לעולם.

באופן דומה נמצא בשו"ת ריב"ש סי' קנג שעסק בכלל שיעורי חז"ל ובתוך דבריו כתב: "והוקשה לך איך תקנו חז"ל דבר מועט כזה לכתובת אשה. והם אמרו כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, והלא אפי' עני שבישראל כשיהיה לו קטטה עם אשתו תהא קלה בעיניו להוציאה בדבר מועט כזה. תשובתך אתה שערות באנשי מיורקה שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה, ומטמוני מסתרים מרגליות ורוב פנינים ומערות מלאות דינרי זהב, ואשר אין לו כל אלה אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב ואומנות נקיה להרויח בה פרנסתו והיתר נקרא עני. אבל לשער בתושבי הארץ הזאת שאינם מספיקין ללחם צר ומים במשורה ועל הארץ ישנים או על שטיח עור ובכסות יום מתכסים בלילה ומלבושיהם טלאי על גבי טלאי ורובם הולכין יחפים. ובימי חז"ל כך היו... ואנשי כנה"ג המתקנים התקנות בישראל, כשעלו מן הגולה כבר היו עניים עד מאוד וגם מנורת בית המקדש אשר עשה משה רבנו ע"ה כיכר זהב טהור... עשאוה מעץ... וגם הבדלה במוצ"ש קבעוה בתפילה עד שהעשירו קבעוה על הכוס... ותמה על עצמך אם אישה מתקדשת בפרוטה שיש בדינר קצ"ב פרוטות והוא דבר מועט עד מאוד. וגם ב"ד נזקקין לתביעת פרוטה לפי שלא ניתנה להימחל מן הסתם וחכמים תקנו כתובה לאישה לכולן בשווה שלא לבייש את מי שאין לו ושערו בעני וכו'". אי"כ ע"פ הסבר הריב"ש לתקנות חז"ל כבר בעת התקנות התקנות שערו במועט ומשמע מדבריו שהוא תקנה קבועה.

וכן החזו"א פשט ספקו של הסמ"ע מהגמ' בקדושין יב, א "סבר רב יוסף למימר פרוטה כל דהו" ופרש"י "כל מה שהדורות משנים את המטבע פעמים שפוחתין, פעמים שמוסיפין ממשקלם" כלומר הס"ד בגמ' דמשתנה הפרוטה מדור לדור לפי ערכה בשוק דודאי המטבע הקטן היוצא הוא סימן שזה הערך מינימלי שנחשב אצל בני"א. ואסקינא בגמ' דשיעורו קצוב במשקל כסף מזוקק כ"כ החזו"א בסק"ח והוסיף בסק"כ וכתב דכן באר הגר"א ביו"ד שה סק"ד וז"ל "צריך לידע שאין משתנה שער הפרוטות וכל המטבעות מימות משה וכמ"ש בפ"ק דקדושין (יב, א) וכו'".

<sup>25</sup> בדומה לחקירה אם שיעור הפרוטה הוא הללי"מ או שנקבע ע"פ מחילת בני"א.

לאור דברים ברורים אלו נראה שיש להשוות הדין גם ביחס להזדקקות ב"ד מפרוטה ואילך. אם כי עדיין יש מקום לומר שאף כי גדר הממון נקבע לפי האמור אבל לגבי ישיבת הדיינים שתלויה אף בטרחתם של הדיינים ולא רק בהגדרת הממון, אולי יש לחלק בזה ולקבוע רף גבוה יותר משיעור הפרוטה המקובל.

## הרב אריאל בר-אלי

### טוענים ליורש וללוקח

#### ראשי פרקים

##### פתיחה

- א. "הבא משום ירושה אין צריך טענה"
- ב. האם טענין ראיות?
  1. טענת ראיות
  2. טענה המתקבלת רק עם שבועה
  3. טענה הצריכה מיגו
  4. טענה לא שכיחה
- ג. האם טענין להוציא?
  1. להוציא ממון
  2. לחייב שבועה
  3. "טענין" האם נחשב לטענת ברי?
- ד. זכויות הלוקח והיורש אף ללא דין טענין
- ה. סיכום

##### פתיחה

כתב בספר החינוך (מצוה סה) על האיסור שלא לענות יתום ואלמנה: "מדיני המצוה, שבית דין חייבים לטעון בשבילם כנגד התובע אותם וטוענים לתועלתם כל מה שחשבו שהיה אביהם יכול לטעון".

התורה ציוותה עלינו להתייחס באופן מיוחד ליתומים, כחלק מיחס זה מצווה בית הדין לטעון בעבורם טענות.

יש בדין זה כמה חריגות מההנהגות הרגילות של בית הדין:

- א. בית הדין לא רק שופט אלא מייצג בעצמו את אחד הצדדים.
- ב. בית הדין מעדיף את אחד הצדדים על פני חברו.
- ג. בית הדין טוען טענה שאין הוא יודע האם היא נכונה.

במאמר זה ברצוני לברר מהם התנאים ההלכתיים לדין טענין ליתומים ולקוחות. נפתח בדיון – האם הירש או הלוקח צריכים להוכיח את מעמדם? ונמשיך לשאלות הבאות: האם בית דין טוען את כל הטענות האפשריות או שישנם הגבלות? (טענה לא שכיחה וכדומה). האם בית הדין יטען אף כאשר הירש רוצה להוציא ממון מחברו? נביא דוגמאות לדינים שאין צריך בהם דין טענין.

### א. "הבא משום ירושה אין צריך טענה"

האם הירש צריך ראיה לכך שהוא אכן יורש?

המקור המרכזי לדין טענין ליתומים, נמצא במשנה בב"ב מא,א. המשנה פותחת בדין חזקת שלוש שנים בקרקע "כל חזקה שאין עמה טענה, אינה חזקה". המוחזק בקרקע חייב לטעון טענה ע"מ להוציא את הקרקע מהבעלים הראשונים. המשנה מסיימת "הבא משום ירושה אינו צריך טענה". יורש המוחזק בקרקע ג' שנים אינו צריך לטעון. הגמ' דייקה מכאן שב"ד טוענים עבור יורש ולוקח.

והנה הגמ' שם (בעמוד ב), דייקה מהמשנה "טענה הוא דלא בעי, הא ראיה בעי". הירש נצרך להביא ראיה שאביו השתמש בשדה לפחות יום אחד. וברשב"ם שם "אינו צריך טענה, לומר היאך בא ליד אביו, דאין אדם בקי בקרקעות אביו, היאך בא לידו, ומיהו ראיה בעדים בעי, שראו את אביו, הוחזק בה יום אחד".

יש לברר מהו הצורך בעדות על יום אחד שהאב היה בשדה?

המהרי"ט (סי' כו) למד בדעת הרשב"ם שהצורך בעדות על יום אחד הוא כדי להאמין ללוקח או לירש שאכן הם לוקחים ויורשים. לוקח מקבל יחס מיוחד מב"ד, א"כ מתעורר חשד אולי האדם העומד בפנינו אינו לוקח ורק מציג עצמו כן. עדות על המוכר שהיה בשדה יום אחד, מאששת את טענת הלוקח, אכן היה אדם נוסף בשדה והוא בא מכותו. לפי"ז חידש המהרי"ט שאף אם יביא הלוקח שטר מכירה במקום עדות על יום אחד, נאמין לו שהוא לוקח. ניתן ללמוד מדבריו גדר כללי בדין טענין – הלוקח או הירש צריכים להוכיח את מעמדם.

דעה זו מובאת כבר בראשונים בשם הראב"ד. הראב"ד סובר שכל לוקח צריך להוכיח את מעמדו ואין טוענים אלא ללוקח שאנו יודעים בו שהוא אכן

לוקח. סברה זו אף רמוזה בדברי הנמוק"י. הנמוק"י סובר שצריך להביא דוקא עדות על שימוש בשדה לפחות יום, ואין לסמוך על טענת הלוקח אף שיש לו מיגו. ובטעם הדבר כתב "דלא מפיו אנו חיים שנאמין כל כך לדבריו משום מיגו, עד שנצטרך לברר ספק אחר מדעתנו, לקיים דבריו, ולמטען שהמוכר לקחה מהמערער". וביאור דבריו כדעת הראב"ד שהלוקח צריך להוכיח שאכן הוא קנה את השדה ורק אז נטען עבורו, לדעת הנמוק"י כח הברור של מיגו אינו מספיק לברר נקודה זו.

הרמב"ן בחידושי חולק על הראב"ד וסובר שעצם המוחזקות של שלוש שנים מעידה על כך שעומד בפנינו לוקח. דומה הדבר למוחזקות במטלטלים שא"צ להביא עדות נוספת. במטלטלים המוחזק נאמן לטעון קניתי ללא ראיה. סובר הרמב"ן שכל מוחזק בקרקע לאחר שלוש שנים שוה למוחזק במטלטלים.

הסבר אחר לצורך בעדות יום אחד מופיע בקצוה"ח. הקצות (קמו סק"ט) מבאר שהעדות יוצרת "רגליים לדבר" ואומדנא שהמוכר באמת קנה את השדה מהמערער. בפשטות ניתן ללמוד מדבריו שכל טענה שאנו רוצים לטעון עבור הלוקח או היורש נצטרך למצוא לה "רגליים לדבר". יתכן וצריך להוסיף את טעם הרמב"ן בחידושי לצורך בעדות יום אחד. הרמב"ן מנמק שאם לא מוצא הלוקח עדות אפילו על יום אחד אז זה "מיחזי כשקרא". אפשר שכונת קצוה"ח שבי"ד לא יטען טענה דוקא כאן במקרה של חזקת ג"ש, בגלל שהלוקח נמצא במצב חשוד – איך אין לו עדות על כך שהמוכר ישב לפחות יום אחד? לכן עליו לחזק את הטענה, וליצור רגלים לדבר שאכן המוכר היה בקרקע.

## **ב. האם טענין ראיות?**

### **1. טענת ראיות**

נראה פשוט שאין לטעון טענות הזכות רק מכח הראיה שבהם. אי אפשר לטעון – המוכר היה מביא עדות על הפרעון. ומכת השערה זו יזכו הלקוחות אף ללא העדות. וכן ביורש לא נטען עבורו שאביו היה מביא ראיה. ונראה שזוהי כוונת הרשב"ם בפירושו לגמ' ב"ב (נב,א). לשון הגמרא "מתקיף לה רב פפא כלום טענין להו ליתמי, מידי דלא טען להו אבוהון?" ופי' הרשב"ם, שודאי רב פפא מודה לדין טענין ללוקח ולירש אלא שזה נכון לגבי טענות שהאב היה זוכה בהן מצד עצמם אבל טענה שהאב אינו נאמן א"כ מביא

ראיה, אין דין טענין. "אין לומר דטענין ליתמי דאי הוה אבוהון קיים, הוה מייתי ראיה".

לכאורה ישנה משמעות בסמ"ע (קלג,ד) שטוענים ראיות. המקרה הוא כאשר ישנו מוחזק בחפץ, והמערער מביא עדים שהוא הפקיד את אותו חפץ, בידי אדם אחר. הוא התנה עם אותו אדם (בפני עדים) שלא יחזור לו את החפץ חזרה אלא בפני עדים. המערער רוצה לזכות בחפץ ע"י העדות הנ"ל משום שלטענתו העדים הללו בעצם מעידים שהחפץ הזה נגנב ממנו, והנפקד מכר אותו ללא רשותו למחזיק. המוחזק בחפץ טוען שהוא קנה את החפץ ישירות מהמערער. השו"ע פוסק שהמוחזק בחפץ נאמן ולא מוציאים מידו. הסמ"ע שם נימק את הדין משום שאנחנו מניחים שהנפקד החזיר את החפץ בעדים לידי המערער. שואל קצוה"ח, איך אפשר לטעון שהנפקד החזיר בעדים. הרי הנפקד עצמו לא נאמן על כך אלא בעדים. וממשיך קצוה"ח להקשות מהגמ' ב"ב (נב,א). למדנו בגמ' שמוציאים מיד היורשים כלים העשויים להשאל ולהשכיר. "רבא אפיק זוגא דסרבלא מיתמי, בלא ראה בדברים העשויים להשאל ולהשכיר". איך הוציאו מהיתומים? למה לא נטען ליתומים שאביהם היה מביא ראיה? אם כן זוהי ראיה נוספת שלא טוענים לירש ולוקח ראיות. לענ"ד ניתן ליישב את דברי הסמ"ע, ולומר שבמקרה הנ"ל המוחזק טוען – "אתה מכרת לי", יש לו טענת ברי נגד המ"ק והוא לא לוקח, ולכן אין כאן שייכות לדין טענין. כל כונת הסמ"ע להראות שהעדות שהביא המערער אינה בהכרח סותרת את טענת המוחזק. אנו מעלים את האפשרות שהנפקד החזיר בעדים לא כטענה אלא כישוב הסתירה בין המוחזקות לבין העדות, ולכן אין ללמוד מכאן לדין טענין ללוקח וירש.

## 2. טענה המתקבלת רק עם שבועה

יש לדון האם נטען עבור היתומים או הלקוחות טענה שאם האב או המוכר היו טוענים אותה היא היתה מחייבת אותם שבועה. לאור העקרון הקודם שב"ד טוען רק טענות ולא ראיות, והסברה היא שכל עוד שלא מביאים ראיה היא לא קיימת ואי אפשר להשתמש בה עבור יתומים. כך ניתן לומר גם כלפי השבועה, כל עוד שהאב לא נשבע א"א להשתמש בטענה המצריכה שבועה. וכבר מצאנו טענה כזו בגמרא "מי יאמר דמשתבעת" (שבועות לב,ב).

לעומת סברא זו נראה ברור מהגמרא שאף טענה הזקוקה להשלמה של שבועה, טוענים עבור היתומים. למדנו בגמרא ב"ב ע"ב, "שטר כיש היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה" ופי' הגמרא ששטר כיש הוא שטר עסקה שחציה

ניתן כהלואה וחציה ניתן כפקדון. המלוה רוצה לגבות מהיתומים את העסקה שנתן לאב. ההלכה היא שאת חצי המלוה שבעסק יכול לגבות על ידי השטר ואת חצי הפקדון אינו יכול לגבות משום שטענין ליתומים טענת "החזרת" עוד שם בגמרא שטענת החזרת בפקדון מצריכה שבועה. אם כן טוענים ליתומים טענת "החזרת" על אף שהאב-השומר, היה צריך להשבע. אלא שעדיין יש לחלק ולומר שדין זה נכון רק לטענה המצריכה שבועה לשומר ולא לשאר שבועת התורה (שבועת עד אחד ומודה במקצת). שבועת השומרים היא חידוש גם בדיני שבועות. המפקיד טוען שמא (ולדעת הש"ך בסי' עב ס"ק קטו כשטוען טענת ברי אין שבועת השומרים). הוא אינו יודע מה קרה לחפץ. כשהטענה היא "שמא" יש לומר שבעצם השומר נפטר מתביעת הממון ע"י טענתו – נאנס או נגנב אף ללא שבועה. התורה הטילה עליו חיוב שבועה רק כדי להפיס את דעתו של בעה"ב (לשון הגמ' ב"מ לה). אם השבועה היא רק להפיס י"ל שליוורש נטען את הטענה הפוטרת – נאנס, ואף שאין בידו להפיס את בעה"ב סוף סוף אין כלפיו כל כך טענה שהרי הוא לא השומר. משא"כ בשאר שבועות התורה, השבועה היא חלק מהפטור ולכן לא נטען כאשר אין שבועה בפועל.

אמנם מדברי קצוה"ח (סי' לא סק"ה) והש"ך (עב ס"ק נא) בהסבר דעת הרמב"ם נראה ברור שטענין ליוורשים ולקוחות, טענות הזקוקות להשלמת השבועה, אף בשבועת מודה במקצת, ואין הבדל בין שבועת השומרים לשאר שבועות.

הגמ' בשבועות (מז, א) מלמדת שאדם המחוייב שבועה ואינו נשבע "מתוך שאינו יכול לשבע – ישלם". הגמ' דורשת מיעוט המלמדנו שדין זה אינו קיים ביוורשים. ונחלקו הרמב"ם והתוספות בהבנת הגמרא.

התוס' (ב"ק מו, א) פרשו שהדרשה באה לצמצם את חיוב הממון רק למקרה "שהוי ליה למידע". כוונתם שכל אדם שלא נשבע – משלם, אבל זה רק בתנאי שאכן הוא אמור לדעת מה קרה ועל זה להשבע. ולכן הגמרא דורשת "שבועת ה' תהיה בין שניהם" ולא בין היוורשים, היוורשים אינם יכולים להשבע כי הם לא היו כשנגנב החפץ, ולכן הם פטורים מתשלום. תוס' מוסיפים – כל אדם שלא יכול לדעת פטור. כגון שומר שקיבל שק סגור ובתוכו חפצים, אין השומר אמור לדעת את שיווי החפצים, ולכן גם אם הודה שחייב על השק וטוען "אינו יודע" על החפצים, אין לחייבו על החפצים (רא"ש ב"ק פ"ט סי' טז).

מדברי הרמב"ם משמע שהפסוק מיעט רק יורשים אבל כל אדם אף "שלא הוי ליה למידע", חייב לשלם כאשר טוען "איני יודע" (והוא מחוייב שבועה). הקצות מבאר את דעת הרמב"ם שישנו הבדל בין יורשים לכל אדם -

היורשים פטורים רק משום דין טענין. כגון, במקרה שיורש מודה בחמישים, שאביו התחייב ובחמישים אחרים טוען אינו יודע. בי"ד טוען עבור היורש שאביו היה כופר בחמישים האלו. האב במקרה כזה, היה מתחייב בשבועת מודה במקצת, והיה צריך לשבע על החמישים שכופר. היורש נפטר מהחמישים הנ"ל גם ללא שבועה. למדנו מכך שאכן טוענים עבור היתומים טענה המצריכה שבועה, אף בשבועת מודה במקצת.<sup>1</sup>

מתוך הדברים ניתן ללמוד על תפקידה של השבועה. אם תפקיד השבועה לברר והיא חלק מהנאמנות, נשאלת השאלה איך ניתן לפטור יורשים בלעדיה? נכון שאין להם חיוב תשלומים הנגרם עקב השבועה אבל סוף-סוף חסר בברור הנאמנות. לכן נראה שהשבועה אינה מבררת אלא היא חיוב שהטילה התורה על הנתבע (אולי להפיס דעת התובע) ולכן כשהתורה פוטרת מהחיוב הנ"ל, הטענה מספיקה. בחושן משפט (פו,ל) מופיע דין שלאחר שנתבע נשבע ונפטר, אם התובע הלך ותפס את הממון ללא עדים, יש לו מיגו לטעון לא היו דברים מעולם – ולכן הוא נאמן עכשיו אף כנגד השבועה של תבע"ד הנגדי. נראה שדין זה בנוי על כך שהשבועה אינה מבררת ולכן ניתן לתפוס ולטעון כנגדה. וכעין זה כתב הנחל יצחק (סי' צב) להסביר את דעת התוס' בב"ק (קה,א) הסוברים שחשוד על השבועה אינו פסול מהתורה לישבע. וההסבר הוא ששבועה אינה לברר אלא כדי להפיס (או כדי לגרום לנתבע ההודות) ולכן אף שהאדם חשוד ושבועתו אינה מבררת יש בה צד של פיוס.

<sup>1</sup> נראה שהתוס' בדיוק בגלל חידוש זה חולקים על הרמב"ם. הקצות הקשה על התוס' מניין להם ללמוד מהפטור של היורשים – לכל אדם "שלא הוי ליה למידע". הרי ביורשים יש דין טענין ורק בגללו התורה פטרה את היורשים (תירוצו יובא לקמן). נראה שתוס' הבינו שדין טענין אינו יכול להועיל במצב כזה, שהאב היה מתחייב שבועה. מהטעם שנתבאר לעיל שדין טענין לא קיים כאשר צריך להשבע. ועל כן פרשו שהפסוק בא לפטור לגמרי מחיוב השבועה, גם אדם שאינו יורש. אלא שקשה על הבנה זו מהגמ' ב"ב (ע,ב). הרי שם חידשה הגמרא שטוענים לתומים טענת "החזרתי" את הפקדון למרות שהאב היה מחוייב שבועה. והרי לשיטת התוס' לא טוענים עבור יתומים בכה"ג: ניתן לומר שדברי הגמרא בבא בתרא הם רק לאחר חידוש הגמרא בשבועות. לאחר שהתחדש שאין חיוב תשלומים – כאשר היורש אינו יודע. ניתן לטעון ליתומים אף טענה המצריכה שבועה, מכיון שהם פטורים מחיוב הממון הנגרר מהשבועה. כל סברת התוס' קיימת כאשר הדיון הוא בפסוק, ואז אין לחלק בין יורש לאדם אחר (מכיון שדין "טענין" לא קיים לסברת תוס' כאשר הטענה מצריכה שבועה). אבל לאחר חידוש הפסוק המלמדנו לפטור את היורשים כאשר "לא הוי"ל למידע", ממילא אפשר לטעון עבורם טענות, ולא להתחשב בחיוב השבועה הנלוו אליהם. לדברינו התוס' מודים להלכה שטוענים ליתומים גם טענות המצריכות שבועה, כי חיוב השבועה אינו גורר תשלום אצל יורש (לאחר חידוש הפסוק).

### 3. טענה הצריכה מיגו

נחלקו הראשונים האם טוענים ליתומים טענה שנאמנותה היא מכח מיגו. התוס' בב"ב ע"ב כתבו שטוענים ליתומים טענת "החזרתי את הפקדון", על אף שטענה זו כל כוחה מדין מיגו, שהיה יכול לטעון טענת אונס בפקדון. ולדעת התוס' טענת אונס לא טוענים ליתומים משום שהיא טענה אינה שכיחה. הרמב"ן במלחמות (שם) מקשה על התוס' וזה לשונו "מכיון שאין אנו יכולים לומר שנאנסו היאך נאמר החזירם לך? ואף-על-פי שהאב היה נאמן בטענה זו, מפני שהיה לו לומר נאנסו. אבל אנו מכיון שאין אנו יכולים לומר נאנסו אין אנו נאמנים לטעון החזירם לך, מאחר שהיסוד הרוס איך יתקיים הבנין?" סברת הרמב"ן היא שאי אפשר להתבסס על נאמנות המיגו כאשר בפועל היא עדיין לא נוצרה, זוהי בעצם הסברה הבסיסית אותה הזכרנו ביחס לכל טענת ראיות. אם כח המיגו הוא ראיה, ראיה זו עדיין לא נוצרה ואיך אפשר לזכות מכוחה.

הקוב"ש (ח"ב סי' ג) פ"י את דעת התוספות ע"י הגדרה מחודשת בדין "טענין". טענין הוא להחשיב את האב כאילו עומד וטוען בפנינו. לאב היתה אפשרות של טענת נאנסו, גם ליורשים הבאים מכוחו נטען, כאלו האב קיים. הרמב"ן חולק על תוס' וסובר שטענין הוא כח עצמי של היתומים ולא "מחיים" את אביהם. אם זה כח עצמי אי אפשר שיהיה להם כח טענת נאנסו, כאשר טענת נאנסו אינה יכולה לשמש אותם.<sup>2</sup>

עוד הוסיף, שיותר מסתבר להבין את התוס' עם ההסבר שמיגו אינו רק נאמנות אלא יש בו כח הטענה. כח הטענה קיים תמיד (אין צורך ליצור אותו מכיון שזו מעין מוחזקות בטענות). ולכן למרות שמצד הראיה שבמיגו אין יכולת לטעון עבור יורשים, אבל מצד המוחזקות בטענה ניתן לטעון ליורשים. ואף בדברי הרמב"ן נראה שצריך להסכים להנחה שבמיגו יש כח טענה. שהרי אף לדבריו שטוענים ליתומים טענת נאנסו. סוף סוף אין כאן את ההגיון של מיגו. הב"ד יכול לטעון גם נאנסו וגם החזרתי, כשב"ד טוענים טענת החזרתי לא קיימת הראיה של המיגו מכיון שב"ד לא ישקרו ואין כאן "מה לי לשקר". על כרחין שהרמב"ן גם כן מודה למושג כח הטענה.

<sup>2</sup> יעויין בנתח"מ קמו ס"ק כא שהביא שהמהרי"ט פסק כתוס', ותירך אחרת את קושיית הרמב"ן.

#### 4. טענה לא שכיחה

מחלוקת הרמב"ן והתוס' בסוגיא ב"ב (ע,א) לענין טענת המיגו היא מחלוקת נוספת בענין טענה לא שכיחה. התוספות סוברים שלא טוענים עבור היתומים טענה לא שכיחה (וכן כתבו בכתובות פה,א).

לעומתם הרמב"ן סובר שאף טענה לא שכיחה, טוענים. מצאנו מחלוקת דומה לענין מיגו. התוספות בכתובות (יח,ב) כתבו שמיוגו לטענה לא שכיחה לא אומרים. והש"ך בכללי המיגו (סיי פב אות כב) הביא ראשונים שחולקים וסוברים שכל טענה מהני למיגו. אפשר שיסוד הדברים שווה – האם האדם חושב על כל הטענות האפשריות קודם שטוען. לדעה שמיוגו לא שכיח לא אומרים י"ל שגם לא טוענים ליתומים, כי אין סבירות שהאב היה טוען טענה זו. לדעה שמיוגו אומרים לכל טענה יש לומר שהנתבע חושב על כל האפשרויות כולל טענה ל"ש, אם כן גם ליתומים נטען טענה זו – ובאמת הש"ך פוסק לעיקר כדעת הרמב"ן (חוי"מ קח) שטוענים טענות לא שכיחות, וכך מסיק בכללי המיגו, שכל מיגו אמרינן אף טענה לא שכיחה.

#### ג. האם טענינן להוציא?

##### 1. להוציא ממון

ישנה מחלוקת ראשונים האם טענינן ליתומים טענות כדי שיוציא ממון מהנתבע. לכאורה המשנה בב"ב מא,א "הבא משום ירושה א"צ טענה", היא דוגמא ל"טענינן להוציא", שהרי היורשים זוכים בקרקע מכח "טענינן" נגד ה"מרא קמא". ויש לדחות שלאחר ג' שנים אין המחזיק מוציא מיד המ"ק ("כע"ז בב"מ דף קי בתוספות ד"ה א"ל. שכתבו שלאחר ג"ש, המ"ק אינו נאמן במיגו משום דהו"ל מיגו להוציא).

למדנו בכתובות לו: "החרשת והשוטה אין להם טענת בתולים..." כיון דאמר רבן גמליאל מהימנא, כגון זה פתח פיך לאלם". הברייתא מחדשת שאף אם הבעל מוצא פתח – פתוח אצל החרשת, אין הוא יכול להפסידה את כתובתה. ופרש"י – אנו טוענים עבור החרשת שהיא נאנסה לאחר האירוסין ונסתחפה שדהו של הבעל. הדין הוא שהיורשת גובה את כל כתובתה, בעזרת טענת בי"ד. למדנו מדבריו שטוענים אף להוציא ממון. (אין לומר שהשטר מסייע, ולכן א"ז להוציא, שהרי הבעל נאמן על כך שפתחה פתוח, ואם כן על דעת כן לא נתחייב, ועצם השטר הורע). התוס' (שם) הקשו על רש"י: "קשה לר"י

היכי טענין לה מספק לאפוקי ממונא? אם כן התוסי' מפורש חולקים וסוברים שלא מוציאים ממון ע"י טענין. הפוסקים הביאו את תשובת הר"י מגאש הסובר גם כן שלא מוציאים ממון מיד הנתבע ע"י טענין.<sup>3</sup> וכן הביא קצוה"ח מתשובת הרא"ש (כלל צט סי' ו) שלא טענין להוציא, והביא שכנסת הגדולה כתב שאף דעת הר"י כן. וכן פסק להלכה הש"ך בסי' עב (סי' קמב). ויעויין בנחל יצחק שמצא חבר לדעת רש"י והוא הר"ן בפרק ז בשבועות, הסובר שפועל, הטוען, שלא קיבל שכרו – ולא הספיק להשבע, עד שמת – יורשיו גובים את שכרו, עפ"י הנחל יצחק מדין טענין. (ויש לדחות שבכה"ג אינו נקרא להוציא משום שיש חזקת חיוב וכפי שיבואר לקמן).

לשיטות שלא טוענים עבור היתומים להוציא ממון (וכן הלכה) יש לברר מהי ההגדרה של הוצאת ממון?

מצאנו כמה דוגמאות שבהם טוענים אף להוציא, למדנו בגמ' ב"ב ה,ב אין אדם נאמן לטעון פרעתי חובי, בתוך זמן המילוח. בסי' עח הביא הסמ"ע בשם המורדכי, שחזקה זו קיימת רק אם המלוה טוען טענת "ברי לי שלא נפרע החוב". הש"ך הביא שביורשים אין הדין כך אלא אף בטענת שמא הם גובים. פשט דברי הש"ך שא"צ לדין טענין אלא ב"שמא" של יורשים אין חשד משום שלא הו"ל למידע ולכן גובים, וכפי שהובא לעיל בשם התומים. לעומתם, קצוה"ח (סק"א) ביאר שהיורשים גובים, מדין טענין להו טענת ברי שהאב לא נפרע. לכאורה זהו טענין להוציא!

דוגמא נוספת היא דין המופיע בסי' קח סעיף ה, יורשים המוציאים על הלוה שט"ח, גובים בו למרות שאין הם טוענים טענת ברי. קצוה"ח (פב סק"ה) הקשה הרי נפסק במפורש בסימן נט שמלוה המוציא שט"ח גובה בו רק בטענת ברי. ותי' הקצות שטענין ליורשים שהחוב לא נפרע וחשוב כטענת ברי. גם כאן טענין להוציא ממון!

דוגמא נוספת היא פסק השו"ע (סי' סז סעיף ב) לגבי חוב שעברה עליו שנת השמיטה, היתומים גובים משום שטענין להו "שמא היה פרוזבול לאביהם". היתומים רוצים לגבות את חוב אביהם לאחר השמיטה. ב"ד טוענים להם שהאב הכין פרוזבול – גם כאן הו"ל טענין להוציא.

<sup>3</sup> בבאור הסוגיא בכתובות לו באופן אחר ובגדרי טענין עי' חזו"א אבה"ע סי' פב ס"ק כא (הערת עורך).

מכל הנ"ל נראה שהגדרת "להוציא" היא רק כשהטענה באה בפני עצמה אבל כשנוסף לטענה ישנה חזקה, א"ז להוציא. בסיי עח ישנה חזקת "אין אדם פורע תוך זמנו". בסיי קח ישנה חזקת שטרך ביד, בסיי סז ישנה חזקה – "לא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא".

וכבר מצאנו הגדרה זו לענין מגו. אף שלא אומרים מיגו להוציא, כתב הגר"א (סז סק"ח) שכשמצטרף למיגו חזקה אמרינן. (ולכן מובן הפסק של השו"ע (שם) שהמלוה נאמן לומר תנאי היה ביננו "שלא תשמיטני שביעית" במיגו שהיה אומר "פרוזביל היה לי ואבד", אף שהו"ל מיגו להוציא). וכן בכללי המיגו לנתה"מ (פב סק"ב) "איכא גוונא דאמרינן בה, מגו להוציא, כגון במקום ברי ושמא. אי נמי שחזקה מסייע למיגו, אי נמי שהשטר מסייע למיגו, אמרינן אף להוציא".

## 2. לחייב שבועה

האם נטען ליתומים טענה, על מנת לחייב את הבע"ד השני שבועה, האם חיוב שבועה נדון כהוצאת ממון מבעל הדין?

רש"י בכתובות פז, פ"א את דין המשנה "הבא לגבות מנכסים משועבדים צריך לישבע" משום שטענינן ליתומים כנגד המלוה "אשתבע דלא פרעתיד". כל לזה יכול לטעון כנגד המלוה "אשתבע לי דלא פרעתיד". כמו כן ב"ד טוענים עבור היתומים כנגד המלוה. אם כן מפורש בדעת רש"י שטוענים לחייב שבועה. אלא שיש לומר שדוקא בשבועות אלו טענינן, משום שהשבועה היא בעצם להתזיק. המלוה היה אמור לגבות את חובו מהלקוחות ללא שבועה ואנחנו מעכבים את גבייתו, ומצריכים אותו להשבע. השבועה מחזקת את מעמד היתומים שלא יוציאו מהם ממון, בקלות. אין ללמוד מכאן שנטען ליתומים טענה המחייבת שבועת הסת שהיא אינה מחזקת את מוחזקות היתומים אלא יוצרת חיוב חדש וללא הטענינן לא היה נצרך הנתבע לכלום.

נראה שנחלקו בשאלה זו (טענינן שבועה) התוס' והרא"ש בב"ב לג, א. הסוגיא שם מספרת על רבה בר שרשום שכבש את שטר המשכנתא. התוס' פ"י שהוא רצה ל"הרויח" שבועה, הקשו התוס' למה הירוששים לא ישביעו את רבה בר שרשום שבועת הסת. "ויש לומר דאין נשבעין שבועת הסת אלא היכא דטעון ברי אבל הכא לאו טענת ברי הוא". תוספות מכירים את דין טענינן ובכ"ז לא הזכירו אותו פה. נראה לפרש את כונתם משום שהו"ל טענינן להוציא שבועה שלא טוענים. (קצוה"ח סובר בדעת התוס' שטענינן דינו כטענת שמא, ולדבריו י"ל שלכן א"א להשתמש פה בטענינן. יבואר לקמן). הרא"ש כתב במפורש,

שהיתומים יכולים להשביע את רבה בר שרשם "דכל דמצוי אבוהון למיטען ולהשביע טענין ליתמי" (פ"ג אות יז). יוצא מדברי הרא"ש שטענין אף לחייב שבועה. והנה הש"ך בסי' עב (ס"ק קמב) נקט כדעת התוס' וכתב "דלא אשכחן בשום דזכתא דטענין לירוש לחייב לזה שכנגדו בטענת ספק, ולא לחייב שבועה לזה שכנגדו על הספק". והגר"א שם (ס"ק קס) ציין לדעת הרא"ש הנ"ל החולקת.

### 3. "טענין" האם נחשב לטענת ברי?

כאשר ב"ד טוענים עבור היתומים, האם נחשבת טענתם ברי?

למדנו בגמ' ב"ב מא,א "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה". ובתוס' שם אם יטען "קניתי מפלוני שקנה ממך" – אינה טענה. ובסוף המשנה "חבא מחמת ירושה א"צ טענה" – יורש שמוכיח שאכן אביו ישב בקרקע (יום אחד) א"צ לטענה, וביה"ד טוענים עבורו. והנה אם נאמר שטענין גדרה "שמא" איך יזכה היורש בקרקע הרי למדנו שאפי' בטענת "מפלוני קניתי שקנה ממך" המוחזק לא זוכה, ק"ו בטענת "שמא" שהיורש לא יזכה. לכן נראה ברור שא"א לומר שטענין גדרו שמא. ניתן לומר שטענין גדרו ספק ברי וכמו שכתב בקוב"ש (ב"ב קלז) שלכן לא טענין להוציא מכיון שאין גדר הטענה ודאי ברי. וביאור דבריו נראה שכאשר הטענה עבור היורש היא להחזיק אז נחשב הדבר ככח של טענת ברי (ולכן חזקת גי' שנים מועילה). אבל כאשר היורש רוצה להוציא ממון, אי אפשר לתת לטענה כזו של ברי מוחלט המוציא ממון אלא כחה כספק ברי.

כבר מצאנו שנחלקו בשאלה זו הראשונים בפרק שני בכתובות. למדנו במשנה שם "האשה שנתאלמנה או שנתגרשה, היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלמנה נשאתיך". וכתב הרא"ש שם "אלמנה נמי חשבינן טענת היורשין ברי, כיון דטענין ליתמי כל מאי דמצוי אבוהון למיטען". אם כן דעתו שטענין נחשב כטענת ברי, ובשיטה מקובצת הביא לחלוק על הרא"ש שדין טענין אינו כטענת ברי, ופה מדובר שהיורשים עצמם יודעים שהאשה נשאת לאביהם כשהיא אלמנה. וכבר ביארנו שאין כונתם לטענת שמא אלא לספק ברי כלעיל.

והנה קצוה"ח (קלג סק"ז) כתב שדעת התוס' שטענין גדרו שמא. הקצות הוכיח זאת מכח קושיא על התוספות. התוספות למדו מיתומים לשאר בני"א – כמו שהיתומים פטורים מתשלום אף שלא נשבעו כך כל אדם שמצבו דומה ליתומים – "לא הו"ל למידע" פטור מתשלום אף ללא שבועה. הקשה הקצות

הרי ליורשים יש דין טענין (וכבר הארכנו לעיל בקו' זו). ופי' קצוה"ח את דעתם, שדין טענין דינו כטענת "שמא" ולכן לא יועיל לפטור את היורשים מחיוב השבועה. ועל כן ילמדו התוס' שטעם הפטור אינו טענין אלא הגדר של היתומים "לא הו"ל למידע", ומכאן לכל אדם הדומה להם. [לעיל הבאנו הסבר אחר, שתוס' לא סוברים "טענין" בטענה המחויבת שבועה]. נראה שדבריו נסתרים מדעת הרא"ש. הרא"ש סובר שטענין גדרו ברי כפי שהבאנו לעיל מכתובות ואעפ"כ בב"ק בפרק הכונס, פסק הרא"ש כדעת התוס' שכל אדם פטור מחיוב השבועה כאשר לא הו"ל למידע. ועל כן נראה שהתוס' מודו שלענין גדרה ברי. (יעוין בשו"ת רעק"א סק"א ח"ג סי' לא שהקשה כן), ומה שלמדו לשאר בני אדם זה רק בגלל שלא אומרים טענין כשישנו חיוב שבועה (כפי שביארנו לעיל).

#### ד. זכויות הלוקח והיורש אף ללא דין טענין

נראה שאף ללא ציווי הדין של טענין יש ליתום מעמד מיוחד, מעצם זה שיש לו רכוש, והוא אינו יודע אלו תביעות וחובות יש עליו. היתום נמצא במצב שאינו יכול לטעון טענות ודאיות כנגד התובע, ולכן גם ללא התערבות ב"ד הוא זוכה. נקדים ונאמר שישנם סיבות שונות לצורך בטענת בעל הדין. טענה פעמים שהיא באה רק למנוע "רעותא" חשד. הטענה כשלעצמה אינה משמשת ככח משפטי אלא הטענה היא מעין "תירוץ" שמועיל למוחזק להחזיק בממון.

ניתן לומר שכאשר היתום טוען "איני יודע" אין בדבריו שום דבר מחשיד, ולכן גם אם אינו טוען טענה ודאית – יזכה, אף ללא התערבות בית הדין לטובתו, ומצאתי שלוש דוגמאות לדבר.

א. המשנה בב"ק (ק"ח,א) מלמדת אותנו שלוה הטוען "איני יודע אם החזרתני" – חייב. בספר התרומות (שער לח ח"ג) כתב, שדין זה אינו נכון כלפי יורש. יורש הטוען "איני יודע אם החוב נפרע" – פטור. הסיבה היא משום שלוה רגיל חייב מכיון שהיה לו לדייק, ולבדוק עצמו, האם פרע, מה שאין כן יורש שאינו יודע בהלואות אביו וא"א לבוא אליו בתביעות. זוהי דוגמא לזכות היורש אף ללא דין טענין. הנתיבות (בסימן עה ביאורים סק"ו) הוסיף ביאור "שבמקום שהו"ל למידע הטענה היא גרועה ומחזיקין אותו למשקר, ובאמת אילו היה ברור לב"ד באמת שאינו יודע היה פטור". מבואר בדבריו שטענת פרעון כוחה בכך שהיא מסלקת את החשד לשקר, ולכן אם ידוע לנו שטענת "איני יודע" היא אַמְיָנָה, דינה יהיה כטענת ברי.

ב. למדנו בסימן נט "מלוה שהוציא שט"ח מקויים וטען הלוח "פרוע", והמלוה אומר – "איני יודע", אינו גובה בו". למרות שיש למלוה שטר ביד הוא חייב להוסיף טענת ברי. לעומת זאת נפסק בסימן קח (סעיף ה) שירשים המוציאים שט"ח על הלוח גובים למרות שטוענים טענת שמא. והנה מקור הדין בסי' נט הוא בעל התרומות – שכתב שהמוציא שט"ח ולא טוען טענת ברי אינו גובה. בעל התרומות עצמו מנמק את הדין שטענת "שמא" יוצרת חשד, ולכן השטר לא מועיל. לכן מובן הדין בסי' קח, יורש אף שטוען אינו יודע אין זה מעורר חשד ולכן אף ללא טענת ברי זוכה.

ג. למדנו ב"ב (ה,ב): הקובע זמן לחברו ותבעו תוך הזמן ואומר לו פרעתיד, אינו נאמן "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו". ובסמ"ע בסי' עח סק"ב הביא בשם המרדכי שדוקא שהמלוה טוען טענת ברי אבל לא כשטוען שמא. הש"ך כתב שאין הדברים אמורים לגבי יורשים. וביאר התומים – "יורשים דלא הו"ל למידע, אמרינן בהו חזקה אפילו בשמא".

משמעות דבריו שבעצם חזקה זו, בכוחה להוציא ממון, אף ללא טענת ברי אלא שכאשר טוען "איני יודע" זוהי רעותא בחזקה ולכן מלוה רגיל מפסיד, אבל יורש שאין אצלו רעותא כזו – גובה.

יש לציין שישנם דעות אחרות באחרונים. למשל – לדעת קצוה"ח, בשלושת המקרים הנ"ל הסיבה היחידה לזכות היורשים היא דין טענין. בסי' עה סק"יז דייק מהרמב"ם שאף כ"שלא הו"ל למידע" הלוח חייב בטענת א"י אם פרעתיד ולכן בהכרח שהיתומים פטורים מדין טענין. וכן בסי' נט סק"א פי' קצוה"ח שהיורשים גובים עם שט"ח בגלל שטענין להו טענת ברי, וכן בסי' עח סק"א פי' הקצות שיתומים גובים מלוה, בתוך הזמן, משום שטענין להו.

הסברא עליה אנו דנים האומרת שלירש אין אפשרות לדעת בעסקי אביו ולכן מצבו המשפטי כשלעצמו טוב יותר מנתבע אחר – סברא זו כבר מצויה בדברי התוספות. נחזור לדברי הגמ' בשבועות (מז,א) דורשת את הפסוק "שבועת ה' תהיה בין שניהם" למעט יורשים. ומבאר הגמ' שהמיעוט, נצרך למקרה שטענו מנה מהיורש "מנה לי ביד אביך", והיורש אמר "חמישים ידענא וחמישים לא ידענא". היורש מודה במקצת, ובשאר החוב טוען שאינו יודע. כל מודה במקצת חייב שבועה. הטוען "איני יודע" אינו יכול לישבע, אדם שאינו יכול לישבע צריך לשלם – מכח חיוב השבועה (הודאה במקצת). לעומת זאת

היורש פטור. ופ"י התוס' (ב"ק מו, א) "היינו טעמא דהאב חייב, דהיה לו לידע אם חייב לו מנה, אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון".<sup>4</sup>

## ה. סיכום

עסקנו במעמד המשפטי של היתום והלוקח. הבאנו שישנם "זכויות" המוקנית להם מעצם מעמדם – הם אינם בעלי דין רגילים, הם אינם יודעים "במילי דאבוהון", ולכן כשהם טוענים טענת ספק אין זה מעורר חשד.

בנוסף קיים דין "טענין" שבו כבר טוענים עבור 'היורשים' והלקוחות טענות. הבאנו מחלוקת בראשונים האם כל אדם שטוען שהוא לוקח, נאמן, ונטען עבורו? חקרנו אלו סוג טענות טוענים ליתומים.

הקו המנחה היה שאין לטעון טענות הבנויות על ראייה ("האב היה מביא עדים") למרות זאת מצאנו טענה שטוענים ליורש והיא מעין טענת ראייה. טענה שהאב היה נשבע וב"ד מתייחס אליה כאילו האב נשבע. הבאנו מחלוקת הראשונים לגבי טענה שכל כוחה הוא מטעם מיגו האם טוענים ליתומים? וכן כאשר הטענה אינה שכיחה.

הגבלה נוספת בדין טענין ליתומים היא שאין מוציאים ממון ע"י טענת ב"ד ליתומים. בררנו מהי ההגדרה של הוצאת ממון לענין זה (כגון הצטרפות שטר או חזקה). סיימנו בכך שגדרו המשפטי של "טענין ליתומים" הוא טענת ברי.

<sup>4</sup> בספר בית ישי (לגאון ר' שלמה פישר) סי' קב ביאר את כונת התוס' שאכן טענין לכל בע"ד כאשר הוא במצב ש"לא הו"ל למידע". הפסוק לימדנו שטוענים עבור כל אדם במצב כזה. לדבריו זהו דין של "פתח פיד לאילים". יענין בקובץ "אבני משפט" – חלק א', מאמרנו שם – "מעורבות השופט במשפט".

## הרב יעקב יהודה יקיר

### עדות בכתב

#### ראשי פרקים

- א. הלכות עדות (על פה) שאינן מתקיימות בכתובה
- ב. "מפי כתבם" - סוגיות הגמרא
- ג. ביאור שיטת רש"י ור"ת בעדות בכתב
- ד. שיטת הרמב"ם בעדות בכתב
- ה. שיטת השו"ע והרמ"א
- ו. הלכות נוספות בקבלת עדות בעדות בכתב
- ז. פתרון בעיית מפי כתבם בשטר
- ח. סיכום

#### א. הלכות עדות (על פה) שאינן מתקיימות בכתובה

במאמר זה נדון בתוקפה של עדות בכתב, כלומר עדות שאינה נאמרת ע"י העדים לפני ביי"ד, אלא נשלחת כתובה לביי"ד.

עוד לפני שנתחיל לדון בסוגיות הגמ' ובראשונים העוסקים בענין, מן הראוי להקדים מספר הלכות שנאמרו לגבי קבלת עדות. הלכות אלו, שנאמרו לגבי הגדת העדות בעל פה לפני ביי"ד, נכונות לכאורה, לגבי כל עדות אחרת ג"כ, דהיינו גם לגבי עדות בכתב. ממילא אם יתברר שישנן הלכות בקבלת העדות שאינן יכולות להתקיים בעדות בכתב נצטרך להבין כיצד מתקבלת עדות בלעדית, אם בכלל.

למדנו ברמב"ם ה' עדות א, ד: "מצות עשה לדרוש העדים ולחקור אותן ולהרבות בשאלתן ומדקדקין עליהן ומסיעין אותן מענין לענין בעת השאלה כדי שישתקו או יחזרו בהן אם יש בעדותן דופי, שנאי ודרשת וחקרת ושאלת היטב... בשבע חקירות בודקים העדים. באיזה שבוע, באיזה שנה, באיזה חדש, בכמה בחדש באיזה יום מימי השבת, ובכמה שעות ביום ובאיזה מקום הוא, אפילו אמר היום הוא או אמש הרגו שואלין לו באיזה שבוע..."

ושם ג,א: "אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה. שנא' משפט אחד יהיה לכם וכו'".

דהיינו (מן התורה) בין בדיני נפשות ובין בדיני ממונות יש לדרוש ולחקור את העדים ע"מ לברר העדות ולהרחיק השקר. על פניו בעדות בכתב המגיעה חתומה, תרתי משמע, אין לביי"ד אפשרות לקיים מצוה זו, וא"כ כיצד ניתן לדון על פיה?

עוד מלמדנו הרמב"ם שם ג,א: "גם בדיני ממונות אין מקבלים עדים אלא בפני בע"ד וכו'". אף הלכה זו המלמדת שצריכים העדים להעיד בפני בע"ד לכאורה אינה מתקיימת בעדות בכתב ויש להבין.

בפ"ט מהל' עדות כתב הרמב"ם: "עשרה מיני פסלות הם... ובה' יא שם: "ואחד חרש שמדבר ואינו שומע... אע"פ שראיתו ראייה מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בבי"ד... ויהיה ראוי לשמוע דברי הדיינין והאיוס שמאיימין עליו". בעדות בכתב ודאי אין העד שומע איוס שמאיימים עליו ב"ד וא"כ אינו ראוי.

עוד פסק השו"ע ס"י כח סע' י: "אם העדים אומרים עדותן מכוונת בלשון א' ממש יש לחוש שמשקרים ובעצה אחת כיוונו לשונם וצריך לחקור ולדרוש אותן" – עפ"י שטר או עדות בכתב של שני עדים כיצד נקבלה והרי כתובה היא בנוסח אחד!

מכל האמור נראה לכאור' שמן הדין אין אפשרות לקבל עדות מן הכתב, שהרי אין אפשרות לקיים הלכות פסוקות בקבלת עדות. אמנם העיון בסוגיות ובשיטות הראשונים והאחרונים מגלה שההלכה של עדות בכתב מורכבת יותר.

## **ב. "מפי כתבם" - סוגיות הגמרא**

למדנו בגיטין עא,א:

אמר רב כהנא אמר רב חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו... אמר ר' זירא אי קשיא לי הא קשיא לי דתניא "אם לא יגיד" פרט לאלם שאינו יכול להגיד, אמאי הא יכול להגיד מתוך הכתב, אמר ליה אביי עדות כאמרת שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם.

למדנו בברייתא שאֵלם אינו חייב בקרבן שבועת העדות, וטעם הדבר שנא':  
"על פי שנים עדים" (רש"י) שיעידו בבי"ד בפייהם. ובתוס' שם (ד"ה אמר ר' זירא):  
"תימה לר"י דמשמע דפריך לרב כהנא מדקאמר והא יכול לדבר מתוך הכתב ואמאי לא פריך אמתני' דהרי יכול להגיד ע"י הרכנה? ואור"י דמתני' לא קשיא ליה דפשיטא ליה דגבי גט אין צריך הגדה בפה רק שמתרצה, כמו שצריך גבי עדות דיבור, אבל לרב כהנא דחשיב יכול לדבר מתוך הכתב אפילו בחרש, אי"כ דיבור מעליא הוא ויש לחושבה הגדה"; כלומר רב כהנא לימד שכתב הוא דיבור ולכן הקשה ר' זירא שיועיל כתבו של אֵלם לעדות ולימד אביי מפייהם ולא מפי כתבם, הרי לפנינו שצריך שיעידו העדים בפייהם. אך עדיין צריך עיון, האם פסולו של אלם נובע מכך שאינו ראוי להגדה בפיו ולכן כתבו נמי פסול, אבל הראוי להגדה יוכל להעיד גם בכתבו שכתב כדיבור הוא, או שמא שמענו כאן פסול גורף לעדות בכתב?

ביבמות לא, ב אומרת הגמ': "ומפני מה לא תיקנו זמן בקידושין... אב"א משום דלא אפשר, היכי ליעבד... לינחה גבי עדים אי דזכירי ליתו וליסהוד ואי לא זמנין דחזו מכתבא ואתו מסהדי ורחמנא אמר מפייהם ולא מפי כתבם". הגמ' שואלת מדוע לא תיקנו זמן בשטר קידושין, ומשיבה הגמ' שאין תועלת בדבר. עדי הקידושין הזוכרים את זמן הקידושין יעידו מעצמם, ואם אינם זוכרים ויעידו מתוך השטר הוי מפי כתבם. וכתב רש"י שם (ד"ה לינחיה): "...אלא להכי אמרת דמהני דזימנין דלא דכירי וחזו מכתבא ואתו ומסהדי והאי לאו עדות הוא דרחמנא אמר ע"פ שנים עדים ולא שיעידו ע"פ כתבם". התורה לימדה שעד המעיד בפיו על פי הכתוב בשטר אין עדותו עדות.

באופן דומה למדנו בכתובות כ, א:

ת"ר כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אפילו לאחר כמה שנים אמר רב הונא והוא שזוכרה מעצמו. רבי יוחנן אמר אע"פ שאין זוכה מעצמו.

ופירש רש"י: "אם עשאוהו עד בדבר וירא לשוכחו כותבו על חתיכת קלף ומצניעה" ובהסבר דברי רבי יוחנן, כתב: "אע"פ שאין זוכרה מעצמו, אלא לאחר שרואה בשטר נתן בלבו ונזכר: אבל אינו נזכר לגמרי לא, דרחמנא אמר מפייהם ולא מפי כתבם". שוב שמענו, שעדות עפ"י הכתב בלי ידיעה אישית שלו אינה מועילה. בסוגיה ביבמות אמרה הגמ' במפורש שמקור פסול זה, הוא "מפי כתבם", ולכאוי למדנו כבר בגיטין ש"מפי כתבם" בא למעט שלא יעיד מתוך הכתב? הריטב"א ביבמות (שם) מיישב שאלה זו: "ורחמנא אמר מפייהם ולא מפי כתבם פרש"י שיעידו בעצמם על פיהם ולא שיעידו מה שרואים בכתבם, ובעלמא דרשינן באנפא אחרינא למעוטי שלא ישלחו עדותם

באיגרת ותרווייהו שמעינן להו מקראי, וזה מן הלשון בתלמוד שמתחלף פרושו". מ"מ גם בסוגיה ביבמות וגם בסוגיה בכתובות לא העלתה הגמ' אפשרות לקבל את העדות הכתובה עצמה! ומשמע שא"א לקבלה דרחמנא אמר "על פי שנים עדים".

לעומת זאת בב"ק צח,א אומרת הגמ': "ואמר רבה השורף שטרו של חברו פטור דא"ל ניירא קלאי מינך מתקיף לה רמי בר חמא היכי דמי אי דאיכא סהדי דידיעי מאי הוה בשטרא ליכתבו ליה שטרא מעליא"... ומשמע שעדים שיראו את הכתוב בשטר יוכלו להעיד אע"פ שאין להם ידיעה אישית של המעשה. וכן למדנו בב"ב קסח,א במשנה: "מי שנמחק שטר חובו מעמיד עליו עדים ובא לפני בי"ד ועושים לו קיום איש פלוני בן פלוני נמחק שטרו ביום פלוני ופלוני ופלוני עדין"; שוב למדנו דעדים הרואים את הכתוב בשטר נאמנים להעיד על כך ודלא כסוגיות ביבמות ובכתובות ויש להבין.

### ג. ביאור שיטת רש"י ור"ת בעדות בכתב

הזכרנו שבגיטין עא,א למדנו דין מפיהם ולא מפי כתבם בעדות ויש עלינו להגדירו: הראשונים מביאים כבנין אב בסוגיה את שיטותיהם של רש"י ור"ת, בעדות בכתב, ונפתח בהבאת דבריהם. ביבמות לא,ב כתבו תוס' (בד"ה דחזו:

ואר"י ששמע מר"ת שנוהגין עכשיו ששולחין העדים עדותן בכתב ידם לב"ד ולא קרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם כיון שהם זוכרין עדותן, והא דתניא במי שאחזו "ואם לא יגיד" פרט לאלם שאין יכול לדבר, ופריך, ואמאי והרי יכול לדבר מתוך הכתב שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם, שאני אלם שאין ראוי להגיד כדאמרין כל שאין ראוי לבילה בילה מעכבת בו, אבל אחר מועיל כתב ידו כשזוכר העדות. ומיהו בפירוש חומש פרש"י ע"פ שנים עדים פרט שלא ישלחו כתבם לב"ד.

וכדברים הללו הביא הרא"ש בתוספותיו על אתר.

בתוס' כתובות כ,א (ד"ה ורבי יוחנן) לא הזכירו במפורש את שיטת ר"ת, אלא כתבו כך: "וא"ת והכא אפי' אין זה זוכרה כלל מה בכך יביא שטרו בב"ד? וי"ל דע"א בשטר לא חשיב שטר אלא אותו שיש בו שני עדים דומיא דספר מקנה... ומ"מ נהי דע"א לא חשיב שטר... עדות מיהא הוי ויכול לשלוח כתב ידו לב"ד ולא חשיב מפיהם ולא מפי כתבם כיון שהוא זוכר העדות, ורש"י

פירש בפירוש החומש מפיהם ולא מפי כתבם שלא ישלח בכתב עדותו לבי"ד<sup>1</sup>. בהמשך דבריהם נקטו דלא כרש"י: "והקשה ה"ר שמואל מורדון" דאמר בחזקת הבתים מחאה בפני שנים וא"צ לומר כתובו ומה מועיל כתובו כיון דאין עשוי מדעת המחזיק ולפי מה שפירשנו דעדות מיהא הוי כל זמן שזוכר אתי שפיר".

מהאמור עד כאן משמע שרש"י סובר שאין מועיל לשלוח עדות בכתב לבי"ד, ור"ת סובר שעדות בכתב מועילה, אם העד זוכר בעצמו את הכתוב. וסברת ר"ת היא דכל הראוי לבילה, אין בילה מעכבת בו ועד הזוכר עדותו וראוי להגידה בבי"ד יכול לשלחה ג"כ בכתב.

אמנם ישנם מקורות מהם עולה הבנה אחרת בשיטות רש"י ור"ת. בתוס' (ד"ה מחאה ב"ב לט, ב) מצאנו: "מחאה בפני שנים וא"צ לומר כתובו וא"ת ומה מועיל הכתיבה והא לא חשיב שטר... ועדות נמי לא חשיב דמפיהם ולא מפי כתבם ופירש"י בפי החומש שלא יכתבו עדותן באיגרת וישלחו לבי"ד וי"ל דתקנת חכמים היא שיהא חשוב עדות... ועוד אומר ר"י ששמע מן ר"ת שנוהגים לשלח העדים עדותם באיגרת לבי"ד וחשיב עדות, והא דדרשינן בספרי מפיהם ולא מפי כתבם לא אתא אלא למעוטי דוקא אלם שאינו בר הגדה אבל ראוי להגדה אין הגדה מעכבת בו והא דאמרינן בפ"ב דכתובות **כתב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אחר כמה שנים והוא שזוכר מעצמו אבל אין זוכר מעצמו לא היינו כשאינו מוציא כתב ידו בבי"ד**" שמענו מתוס' דלר"ת עדות כתובה מועילה אע"פ שאין העד זוכרה מעצמו!

ברשב"א בחידושים ב"ב קסה, א (ד"ה אמימר) כתב:

אלא מסתברא דאפי' אין כתוב בו אלא אחד קאמר וכפשטה של משנתנו ושל שמועתינו... **ואם מפני שאמרו מפיהם ולא מפי כתבם, ורש"י ז"ל שכתב כן בפירוש התורה שלו שלא יכתבו עדותן בשטר וישלחו לבי"ד ההיא בשאינן יכולין להגיד הוא, כאלם וכיוצא בו, דכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו וכבר כתבתיה בארוכה במקומה בריש פרק מ' שאחזו' בס"ד.**

והיינו דביאר בשיטת רש"י דהראוי לבילה אין בילה מעכבת בו, וא"כ יש להבין במה נחלק ר"ת על רש"י, ונראה שיסביר בר"ת כפי ששמע מתוס' ב"ב הנ"ל דעדות בכתב מועילה אע"פ שאין זוכר העד את עדותו מעצמו.

<sup>1</sup> לא מצאתי שם.

בהסבר שיטת ר"ת כפי שמצינו בתוסי' ב"ב ניתן להביא את דברי הנצי"ב בהעמק שאלה שאילתא נה: "והכי נראה שיטת ר"ת דס"ל **עדות בכתב מהני דלמד משטרות** דמהני מה"ת לדעתו ז"ל וכמבואר בתוסי' ב"ב מ,א, דהבאת כתב לבי"ד מהני אפי' אין זוכר העדות כמו דשטר מהני, ולא כסוגית התוסי' כתובות כ,א שכתבו להיפך, דבאינו זוכר אינו מהני מטעם עדות משום דמיקרי אינו ראוי להגדה ולא דמי לשטר עיי"ש, וא"כ צ"ל דלמד ר"ת זה הדין מסברא אבל לתוסי' ב"ב הנ"ל אפי' אינו זוכרה מיקרי ראוי להגדה ועיקר הלימוד הוא משטרות...". כלומר ר"ת למד משטרות שמצינו בתורה כגון גיטין וקידושין ושטרי מקח וממכר, דאין חסרון של מפי כתבם בעדות בכתב. ולכאורה יש להעיר על דברי הנצי"ב דידועה מחלוקת התנאים בין ר"מ לר"א האם עדי מסירה כרתי או עידי חתימה כרתי. ואנו פוסקים להלכה כר"א שעדי מסירה כרתי הן בגיטין והן בשאר שטרות, ומדברי התוסי' גיטין ד,א (בד"ה דקיימא לן) משמע שלא סגי לרי"א בעדי חתימה כשיטת חלק מהראשונים אלא בעי עידי מסירה דוקא, וכן היא שיטת ר"ת. א"כ יוצא ששטרות האמורים בתורה אין בהם כלל עידי חתימה ואי אפשר ללמוד מהם שעדות בכתב מועילה! ואולי ניתן לתרץ שכיון דלר"מ עידי חתימה כרתי והיינו שמועילים עדים חתומים בשטר ממילא למדנו שאין חסרון של מפי כתבם דהא לא משמע דנחלקו ר"מ ור"א בגדר מפי כתבם במחלוקתם לגבי עדי"ח ועדי"מ.

שיטה נוספת בדברי ר"ת מצאנו במרדכי (יבמות ס"י יז): "אור"י ששמע מפי ר"ת שנוהגין עתה כשיודעין העדים עדות אחת והמה רחוקים מבי"ד שולחים כתי"י לבי"ד ולא קרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם הואיל וזוכרים עדותן, והא דאמר מפיהם ולא מפי כתבם **פר"ת דהיינו בדיני נפשות** והא דאמרין כותב אדם עדותו על השטר ומעיד מיירי בדיני ממונות". אמנם הבי"ח שם בהגהותיו מחק את המשפט המחלק בין נפשות לממונות, אך מצאנו כוותיה בתגהות אשר"י (כתובות פ"ב ס"י טז) דכתב: "אבל אם אינו זוכרה כלל לא, דמפיהם ולא מפי כתבם, **ור"ת אומר דבדיני נפשות מיירי**".<sup>2</sup>

<sup>2</sup> יש לעיין בשיטה זו. לכאורה המקור לפסול עדות שאינה על פי שני עדים, עוסק דווקא בעדות ממון, ולשון הגמ' מתיחסת לקרבן שבועת העדות השייך בעדות ממון. ועוד שסברת ר"ת דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו קיימת בין בממונות ובין בנפשות.

#### ד. שיטת הרמב"ם בעדות בכתב

עוד לפני שנעיין בדברי הרמב"ם עצמו יש להאיר שגדולי הדורות ראשוניים ואחרונים עסקו רבות בשיטת הרמב"ם בשטרות בהבטיה השונים, אנו נשתדל להתרכז בענין החסרון של מפיהם ולא מפי כתבם כדי לברר את שיטת הרמב"ם בעדות בכתב, שאינה עונה על גדרי השטר (שלא באנו לבארם כאן).

הרמב"ם עדות ג,ד כותב: "דין תורה שאין מקבלים עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאי: על פי שנים עדים, מפיהם ולא מכתב ידן, אבל מדברי סופרים שחותכין ד"מ בעדות שבשטר אע"פ שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין".

ושם ט,יא: תוך כדי רשימת הפסולים לעדות כתב הרמב"ם "החרש כשוטה שאין דעתו נכונה ואינו בן מצוות ואחד חרש שמדבר ואינו שומע או ששומע ואינו מדבר, אע"פ שראיתו ראייה מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בבית דין בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ויהיה ראוי לשמוע דברי הדיינים והאיוס שמאיימין עליו...".

מהלכה זו משמע שעד הראוי להעיד בפיו אינו צריך להעיד בפיו בבי"ד דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו, ולכאוי היא עומדת בסתירה להלכה הנ"ל דממנה משמע שאין כלל הכשר לעדות בכתב. בישוב ההלכות כתב הלח"מ עדות ב,ד: "ולי נראה... ורבינו סובר כדברי רבינו תם דמן התורה אדם שולח עדות לבי"ד וכן מהני שטר מן התורה היכא שהעדים קיימים וזוכרים העדות או שולחים עדותם לבד". דמ"ש רבינו מדברי סופרים הוא דחותכין על פי עדים שבשטר אע"פ שאין העדים קיימים כלומר שאין ראויים להגיד דכבר מתו דאז מן התורה אינו מועיל שטר ותיקנו רבנן דמהני אבל כל זמן שהעדים קיימים וזוכרים עדותם שיכולים להגיד בפיהם ודאי דמהני כדברי ר"ת. היוצא מדבריו של הלח"מ, דלרמב"ם אין חילוק בין עדות בכתב לשטר מן התורה, דאם העדים ראויים להגדה, כשרה גם הגדתם בכתב. ונראה שמקורו של הרמב"ם להבנה זו, דגם בשטר בעינן שיזכרו העדים את עדותם כדי שתועיל עדותם בשטר, היא הסוגיה כתובות כ,א. הנוכרת, ופירשה הרמב"ם כירושלמי לענין קיום שטרות ותליא בפלוגתא דרבי ורבנן במשנה שם כ,ב אי על מנה שבשטר הם מעידים או על כתב ידם הם מעידים. דכתב הרמב"ם עדות ה,א: "מי שחתם על השטר ובא להעיד על כתב ידו בבי"ד והכיר כת"י שזה הוא בודאי אבל אינו זוכר העדות כלל ולא ימצא בלבו זכרון שזה לוח מזה מעולם, הרי זה אסור להעיד על כתב ידו זה בבי"ד שאין אדם

מעיד על כתב ידו שהוא זה אלא על הממון שבשטר הוא מעיד שזה חייב לזה וכתב ידו כדי להזכירו הדבר אבל אם לא נזכר לא יעיד.

וכן שם ו,ב: "באחד מחמשה דרכים יתקיים השטר בבי"ד... הדרך השלישית שיבואו העדים החותמין לפניהם ויאמר כל אחד ואחד זה כתב ידי ואני עד **בדבר זה**". ודקדק מכאן הלח"מ על אתר: "אפשר דרבינו ז"ל אזיל לטעמיה דסובר דאין זוכר העדות מתוך השטר לא יעיד על חתימת ידו דהרי הוא כחרש וכמו שכתב לקמן ראש פ"ח ולכן כתב כאן שצריך שיאמר ואני עד בדבר כלומר שיזכר העדות מתוך השטר". הגדרה זו של הלח"מ דאם אינו זוכר העדות מתוך השטר הרי הוא כחרש מובילה אותנו לגמ' גיטין עא,א הנ"ל שהגדירה א"לם כחרש וכפסול לעדות דמפיהם ולא מפי כתבם. וכן כתב הרמב"ם עדות ת,ד: "הואיל והדבר כן (שאיין מעיד על כתב ידו שהוא זה אלא על הממון" – רדב"ז) שטר שיצא לבי"ד ובאו עדיו ואמרו כתי"י הוא זה אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לזה מזה או מכר לו, לא נתקיים השטר והרי הם כחרשים עד שיזכרו עדותן וכל מי שאינו דן כזה לא ידע בדיני ממונות בין ימינו לשמאלו!"<sup>3</sup>

ראינו א"כ שלדעת הלח"מ הרמב"ם סובר כר"ת, דמן התורה שולח אדם עדותו לבי"ד אם ראוי הוא להעיד בפיו, דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ואין חסרון של מפי כתבם אלא בא"לם. אמנם רבים מן המפרשים לא פירשו את הרמב"ם בדרך הנ"ל אלא נקטו בדבריו ששטר מועיל רק מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. ודייקו בדבריו (עדות ג,ד) שמדאוריתא גם בשטר יש חסרון של מפי כתבם ולכן: "ואין דנים בעדות שבשטר דיני קנסות ואין צריך לומר במכות ובגלות אלא מפיהם ולא מכתב ידם".<sup>4</sup> הנצי"ב בהעמק שאלה הנ"ל כתב: "הא מיהא דעת ר"ת דעדות בכתב דומה לשטר הכי נמי להרמב"ם כמו עדות בכתב לא מהני ה"נ שטר". והיינו שלמד הרמב"ם דין שטר מדין עדות בכתב וכשם שפסלה תורה עדות בכתב משום מפי כתבם ה"ה לשטר.

הכס"מ (עדות ג,ד) כתב: "ומדברי רבינו למדנו תירוץ יפה דאה"נ דדין תורה מפיהם ולא מפי כתבם בין בדיני ממונות בין בדיני נפשות ורבנן הקילו בדיני

<sup>3</sup> יש לציין גרסה נוספת בהלכה זו "והרי הוא כחרש עד שיזכרו עדותן".

<sup>4</sup> כבר האריכו ראשונים ואחרונים לדון בשיטת הרמב"ם כיצד כתב ששטר הוא דרבנן, מהרמב"ן בחידושיו ביבמות ובהשגות לספר המצוות, המגילת אסתר שם, הש"ך בסי' כח ועוד מהאחרונים; הרוצה להחכים יעיין בדבריהם אך אנו לא באנו בזה אלא לבאר שיטתו בענין פסול מפי כתבם.

ממונות" ובסוף דבריו שם הקשה: "אך קשה לי דאמרינן בכמה דוכתי, מהם ס"פ שני דכתובות כיון דקיום שטרות דרבנן הימנוה רבנן בדרבנן אלמא דמדאורייתא עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד ולא בעי קיום וצ"ע".<sup>5</sup> ביחס לרמב"ם (עדות ט,יא) הנ"ל כתב הכס"מ: "או שיהיה ראוי להעיד בפיו נראה דס"ל שפקח ששלח כתב ידו לבי"ד כיון שראוי להגיד ולשמוע כשר הוא דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבתו וכסברת התוס' ביבמות פרק ד"א ולא כפרש"י בפ"י החומש... ועכ"פ דברי רבינו צ"ע. אבל הטור כתב לשון רבינו וכן כתב: צריך להעיד בבי"ד בפיו ויהיה ראוי לשמוע הדיינים, וא"כ לא ס"ל אלא כרש"י, דאינו יכול לשלוח עדותו לבי"ד. וקצת משמע כן ממ"ש פ"ג מהלכות אלו דין תורה שאין מקבלין וכו'". ומ"מ למדנו שרבים סוברים שלדעת הרמב"ם מדאורייתא יש חסרון של מפי כתבם גם בעד הראוי להגדה ולכן אין להכשיר עדות בכתב בשטרות.

בישוב הסתירה ברמב"ם (בין עדות ג,ד לבין עדות ט,יא) דן הנודע ביהודה (במהדו"ק חו"מ סי' ל), ומדבריו למדנו הבנה חדשה ברמב"ם: "ועוד י"ל דגם להרמב"ם כתיבה כדיבור דמי, ולהרמב"ם דוקא שטר הוא מדרבנן כשר ולא מדאורייתא, משום דזה פשוט דהגדת העדות צריך להיות בפני בי"ד, וכל מה שהעיד שלא בפני בי"ד אפילו בפני עדים אחרים עד מפי עד מיקרי ולא מהני. והנה הכתיבה מעשה הכתיבה מיקרי כדיבור, אבל אחר שכתב ובא הכתב לפני הבי"ד זה לא מיקרי מפיהם שאין הבי"ד שומעין מפיו ולא רואים בשעת הכתיבה שזה הוא הדיבור, כן הדיינים רואין מ"ש בשטר הנכתב שלא בפניהם, אבל אם העד כותב עדות בפני הבי"ד אף שאינו מעיד בפני מיקרי דיבור, אם אינו אלם דראוי לבילה. ובזה מתורץ מה שדברי הרמב"ם סותרים ז"ל דבפ"ג מהל' עדות משמע שאין עדות בשטר כשר רק מדברי סופרים אבל מדאורייתא פסול דבעינן מפיהם ולא מפי כתבם, ובפ"ט כתב... או שיהיה ראוי להעיד בפיו וכו', דמשמע להדיא כדעת ר"ת דאם ראוי להעיד מהני ואף שאינו מעיד בפיו ממש, והכס"מ נתקשה בזה ומוחק הגירסא מ"ש בפ"ט וכן עיין בב"י בחו"מ סי' כח, ולדידי ניחא דהרמב"ם לא פסל מן התורה אלא שטר הנכתב שלא בפני בי"ד, אבל כתב שכותבין העדים בפני בי"ד, מעשה הכתיבה כדיבור דמי אם אינו אלם והוי ממש מפיהם". למדנו מדברי הנוב"י דהרמב"ם סובר כר"ת דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ולכן

<sup>5</sup> וניתן לישוב דדין נחקרה מן התורה הוא לענין זיוף, ולא לענין כשרותה של העדות ועיין ריטב"א גיטין ג,א.

הראוי להגיד יכול לכתוב דכתיבה כדיבור, ומ"מ מהני דוקא בכותב בפני ביי"ד דכשם שבעינן הגדה בביי"ד כך בענין כתיבה בביי"ד.<sup>6</sup>

### ה. שיטת השו"ע והרמ"א

השו"ע כתב בחו"מ כח, יא: "העדים ששלחו עדותן בכתב לביי"ד אינו עדות וכתוב ע"פ שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם" וכתב רמ"א: "וכן נוהגין ודלא כיש מכשירין אם העדים ראויין להעיד ואינם אלמים". ובחו"מ לה, יא: "חרש פסול... מפני שצריך להעיד בביי"ד בפיו". ובד"מ שם סק"ב: "אבל בראוי להעיד לא מהני כמו שנתבאר לעיל סי' כח, ויש ספרים שנפל בהן טעות כאן, לכן חזרתי וכתבתי הנה".

### ומשמע שפסקו כרש"י שבעינן הגדה בפה בביי"ד ודלא כר"ת.

אמנם מצאנו פסקים נוספים:

הרמ"א פסק בחו"מ לט, ג: "וכל שלא אמר כתבו וחתמו אע"פ שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא, מיהו י"א דאם נתקיים דנים על פיו" וכן בחו"מ מו, י: "ולא בעינן שיזכור העדות אלא בע"א או בשני עדים לענין קיום השטר, אבל בי עדים החתומים על השטר אע"פ שאין זוכרים העדות כלל ואין השטר כתוב כתיקונו מ"מ העדאת עדים איכא ואם נתקיים השטר אזלינן בתריה לכל מה שכתוב בו אע"ג שאין לו דין שטר גמור מ"מ לענין זה מיקרי שטר דלא יהא מפי כתבם, וכמו שנתבאר לעיל סי' כח סעי' יב, ויש חולקים".

בסי' מו סעי' לח פסק רמ"א: "י"א הא דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן ואינן יכולין לחזור דוקא שניים אבל ע"א החתום בשטר יכול לחזור בו". ומשמע מדברי הרמ"א דמכשיר עדות בכתב אע"פ שאין לה דין שטר וקשה דהא הכריע דעדות בכתב לא מהני? וכן במקורות הנ"ל הביא מחלוקת הפוסקים האם ניתן להכשיר עדות בכתב שנתקיימה.

הש"ך סי' לט ס"ק ג תמה על רמ"א: "דברי הרב בהגה תמוהים דמאחר שכי לעיל סי' כח סעי' יא דקיי"ל כרש"י היאך כתב כאן וכן לקמן סי' מו סעי' י ד"י"א דאם נתקיים דנים על פיו"?

<sup>6</sup> נתה"מ כח, חולק וסובר ששעת ההגדה היא כשבא הכתב לביי"ד ולא שעת הכתיבה.

המחבר בסי' לט סעי' ו כתב: כל שכתבו וחתמו במקום שלא היה להם לכתוב ולחתום **אין לו דין מלוה בשטר**. ושם בסעי' יא: שטר הודאה שיצא ולא היה כתוב בו אמר לנו כתבו וחתמו ותנו לו הי"ז כשר. שאלו לא אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו לא היו נותנים, וי"א שהסופרים שבזמן הזה **חוששים לענין טריפת לקוחות** שמא לא אמר להם".

ושם בסעי' יב: היה כתוב בשטר הודה בפנינו בב"ד ואין חתומין בו אלא שנים אם אין כתוב דברים שמשמע מתוכן שהיו שלשה חוששין שמא שנים היו וטעו שהודאה בפני שנים הוי הודאה בב"ד **ולפיכך אין דנים בו דין שטר**". הש"ך לט ס"ק לד תמה על השו"ע סעי' יא: "מיהו תמיה לי דהא קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם, וא"כ לא הוי עדות כלל, בשלמא הגה אושרי י"ל דס"ל כר"ת אבל על המחבר שפסק לעיל כח, יא-יב כרש"י ורמב"ם קשה וצ"ע". גם הגאון ס"ק נו דקדק מן המחבר שפוסק כסברא אחרונה ברמ"א סעי' ג' הנ"ל "ולסי' הראשונה דס"ג בהגה אפי' מיניה דהוי מפי כתבם **ולכא העדאת עדים כלל** והעיקר כסברא ראשונה וכן פסק ש"ך. ובס"ק לה כתב על המחבר סעי' ו: "לכאורה משמע כסברא אחרונה בס"ג בהג"ה אבל א"א לומר כן דא"כ דברי הרשב"א סתרי אהדדי אלא ל"ד". וא"כ המחבר פוסק לאורך כל הסי' דעדות בכתב מועילה גם כאשר אין לה תוקף של שטר וצריך ליישב פסקיו בסי' לט"ו עם פסיקתו בסי' כח.

בח"מ סא, י פסק המחבר: "שטר שכתוב בלשון זה: ביאור מה שהודה בפנינו ראובן שיש עליו מממון עזבון יעקב כך וכך **אין לו דין שטר לגבות ממשעבדי** כי אין בו קנין אלא הודאה בעלמא הוא ומוכיח הלשון שלא כיונו בכתובה זו אלא לזכרון דברים ולא לשם שטר..." מקור סעי' זה הוא הרא"ש בתשובה הובאו דבריו בטור סי' ס"א, ולכאוי' שוב קשה דהא המחבר פסק כרש"י, והרא"ש פוסק כר"ת, ולדעת המחבר כתב הש"ך שם ס"ק יג: "וגדולה מזו נראה דאפי' העדאת עדים לא הוי דה"ל מפיהם ולא מפי כתבם כיון שנכתב בלא צוואת הלוה", שוב רואים אנו את הקושי ביישוב הפסקים השונים של המחבר.

והנה אחר העיון והקושי מצאתי את שאתבה נפשי בדברי האמרי ברוך בהגהותיו על סי' סא, ואלו הם דבריו: "ובאמת מדברי המחבר בסעיף זה ומדברי תשובת הרא"ש משמע בהדיא דהוי עדות מעליא נגד טענות להד"מ... ולעני"ד פשוט עפ"י המבואר בחידושי הר"ן פ' ז"ב דלכן בהודה בקרקעות כותבין העדים אע"פ שלא אמר כתבו ולא חשוב מפי כתבם משום דאמדינן לדעתיה דמודה, דניחא ליה שנכתב כיון שאין לו פסידא וגרעון בזה, לזאת הוי כאילו צוה לכתוב א"כ גם כן כיון דהעדים יודעים שהודה הוי לענין זה

**כאלו אמרו כתבו נגד טענות להד"מ.** אבל לענין גביה משתעבדי בודאי לא ניחא ליה אף בשעת הודאתו והוי מפי כתבם דנגד זה צריך לומר כתבו. ומדויק דברי המחבר הלקוחים מתשובת הרא"ש כיוון שלא כתבו העדים רק זכרנו, ר"ל וכתובה זו היה ניחא לבעל דבר בעת ההודאה והוי כאומר כתבו. ולזה מדויק בתשובת הרא"ש: ואין קפידא יש בכתיבה זו וכו' ולא כונו בכתיבה אלא לזכרון דברים וכו' ולענין זה הוי עדות מעליא לקיים מה שהודה בפניהם עכ"ל. עיקר יסודו של הרא"ש כיון שלא היה להמודה להקפיד על הכתיבה זו, עשו העדים כדת במה שכתבו אף שלא אמר כתבו. דהוי כמודה בקרקעות דכותבין ומועיל אף שמכחיש אח"כ כסברת הר"ן.

**למדנו מהאמרי ברוך יסוד גדול בדיני השטרות, דאע"פ שלדין בעינן דעת המתחייב על מנת להכשיר שטר מ"מ ישנם מצבים בהם לא הובעה דעת המתחייב במפורש ואעפ"כ השטר יוכשר. כאשר הזמין אדם עדים על מעשה מסוים או אומדים את דעתו שניחא ליה בכתיבת שטר לענין טענת להד"מ דהא לשם כך הזמין את העדים.**

מעתה נוכל לישב את פסקי המחבר והרמ"א. המחבר והרמ"א פסקו במפורש כרש"י והיינו דבעינן הגדה בפה בבי"ד ומ"מ סובר המחבר שישנם שטרות הכשרים בדיני ממונות מתק"ח שלא תנעול דלת, בהגדרת שטר סובר המחבר שגם במקום שאינו כשר לגביה מן המשועבדים אם ישנה אומדנא שניחא למתחייב בכתיבתו לענין טענות להד"מ, הוי שטר ואין בו חסרון של מפי כתבם! בסי' לט' עוסק המחבר בעדים שהוזמנו להעיד על הודאת בעיד, במצב כזה קיימת האומדנא שניחא למודה שיכתבו שטר לענין טענת להד"מ דלזה הזמינם ולכן פסק המחבר שכתבתם מועילה לענין עדות, והוא שטר לענין להד"מ, אע"פ שאינה מועילה לטריפה מלקוחות! וממילא דבריו מדוקדקים ודלא כהשגות הש"ך הנ"ל.

גם הרמ"א מסכים למחבר בסוגיה זו אלא שבח"מ בסי' לט ובסי' מו ובסי' סא לא הכריע בין השיטות השונות בהגדרת שטר. הרמ"א הכריע כרש"י דעדות בכתב אינה מועילה, וממילא הכשר לעדות בכתב הוא רק במסגרת השטר, בסי' לט הביא שתי דעות דעת הרשב"א הסובר שבלי ציווי של המתחייב אין כאן שטר והוי כפנקס בעלמא<sup>7</sup> ודעת הגהות מרדכי ריש

<sup>7</sup> יש לציין שהן הרשב"א בחידושו ב"ב קסח בסוגיה דע"א בשטר וע"א בע"פ והן הריב"ש בסי' קצב כתבו דלא מיעט הפסוק "על פי שניים עדים" אלא את האלם שאינו יכול להגיד בפיו דכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו. הריב"ש כתב שזה דלא כרש"י בפירוש החומש, והרשב"א הגדיל לכתוב דזהו גם הפשט בדברי רש"י. ומ"מ גם לשיטתם יש חשיבות להגדרת שטר דעדות בכתב לא הוי נחקרה משעת חתימה ובעינן שיהיה העד

כתובות, תשובת מהר"מ ומהרי"ו דהוי שטר גם בלי ציווי המתחייב. שתי השיטות מצריכות הגדרת שטר כדי להכשיר עדות בכתב אלא שהרשב"א סובר דבלי ציווי ברור הכולל את כל הלכות השטר כולל גביה ממשעבדי אין כאן שטר כלל ואילו הגהות מרדכי ומהרי"ו סוברים כפי שהבאנו מהרא"ש שאומדנא ברורה שניחא ליה למתחייב בשטר לענין להדי"מ מספיקה על מנת לעשותו שטר לענין זה. זהו גם הפשט בשתי הדעות שהביא רמ"א (מו, י). וכן הביא מחלוקת בהגדרת שטר (סא, ב).

העולה מדברינו שלדעת השו"ע והרמ"א עדים שראו מעשה בלי שהוזמנו לשם כך וכתבו את עדותם ושלוהו לבי"ד אין עדותם עדות והוי מפי כתבם, כל מה שמצאנו בדבריהם הכשר לעדות בכתב למרות שאינה שטר גמור, היינו עדות בכתב שמוגדרת כשטר לענין טענת להדי"מ, כיון שיש אומדנא ברורה דניחא ליה למתחייב בזה, דהיינו דווקא במקרה שזימן את העדים להעיד.<sup>8</sup> יש לציין להלכה את דברי הסמ"ע כח ס"ק מב: "וראיתי ממורי הוראה שלא רצו לטרוח הת"ח שלחו לו לכתוב עדותו בכתב ידו ולשולחו לבי"ד וכן נ"ל.<sup>9</sup>

## ו. הלכות נוספות בקבלת עדות בעדות בכתב

בהקדמה הזכרנו שמן התורה מצוה בי"ד לדרוש ולחקור את העדים כדי לברר את אמיתותם, ננסה לעמוד במקצת על האפשרות לדרוש ולחקור עדות בכתב.

הנוב"י (מ"ק אבה"ע סי' נח) דן בשטר ראייה על קידושין שנכתב שלא מדעת המקדש ותוך כדי דבריו כתב: "ומ"ש מעלתו דלר"ת הוא רק מדרבנן משום דמה שייך דו"ח בשטר, דברים הללו דברי שגיאה, ולמה לא שייך דו"ח אם כתבו היום והשעה והמקום. והגע בעצמך הש"ך האריך בסי' כח ס"ק יד ששטר הוא עדות כשר מדאורייתא אפילו בד"נ ואפילו להרמב"ם שסובר

ראוי להגדה בזמן שמגיעה עדותו הכתובה לבי"ד ואילו בשטר הוי כמי שנחקרה עדותם משעת החתימה. ומ"מ לדין גם אפשר להשתמש בהגדרות שלהם בשטר אע"פ שקיי"ל כר"ש והם סברו כר"ת.

<sup>8</sup> עיין בשו"ע אבה"ע מב, ד כתב רמ"א: "מצאנו כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שאין השטר מקויים אין לחוש לקידושין ודלא כיש שמחמיר בדבר" ומשמע שאם נתקיים חוששין לקידושין והוי עדות אע"פ שאינו שטר. וע"ש בנושאי כלים ובבית מאיר, ולפי דרכינו מיושב.

<sup>9</sup> ויעויין בתומים ס"ק טו בענין החסרון שהוי עדות שלא בפני בעי"ד.

שהוא מדרבנן אין הטעם משום דו"ח אלא משום שסובר מפיהם ולא מפי כתבם ממעט גם שטר... אבל עכ"פ משום דו"ח לא איכפת, ושפיר משכחת דו"ח אפי' בד"נ שכתבו בשטר השעה והמקום וא"כ לר"ת כל העדות מפי כתבם מהני מן התורה ובמקום דבעי דו"ח ועדות שאי"ל מיירי שהכל כותבין מפורש...".

לעומתו החת"ס בשו"ת חלק ה (חו"מ סי' מה) כתב: "ועוד יותר נ"ל דהא דמכשר ר"ת מפי כתב בראוי להגדה היינו רוצה לומר דאז ליכא תו עיכובא משום מיעוטא מפיהם, אבל עכ"פ מטעם אחר מיפסל מפי כתבם דמן התורה אחד דיני נפשות ואחד דיני ממונות בדרישה וחקירה ופשוט דלא שייך דרישה וחקירה בעדות עפ"י כתבם, דברי בעלי דין לא ישמעו סנהדרין מפי מתורגמן או מפי כתב מכ"ש עדים שמתוכם ילמדו לשקר, ומי"מ נפק"מ בדר"ת דלאחר שבטלו חכמים דו"ח בד"מ יכולים לקבל עדות בכתב...".

ולכאורה למדנו בגמ' סנהדרין לב, א: "דיני ממונות מי בעינן דו"ח ורמיננהו שטר שזמנו כתוב באחד בניסן בשמיטה ובאו עדים ואמרו היאך אתם מעידים על שטר זה, והלא ביום פלוני עמנו הייתם במקום פלוני שטר כשר ועדיו כשירין, חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו ואס"ד בעינן דו"ח מאוחרין אמאי כשירין?! ומשמע דשייך דרישה וחקירה בעדות כתובה! והרמב"ם מלוה יז, ט פסק: "...מכאן אתה למד ששטר שאין בו שם מקום שנכתב בו כשר לכל דבר, והי"ה לשטר שאין בו זמן כלל שהוא כשר, אע"פ שעדות זו אין אתה יכול להזימה אין מדקדקין בדיני ממונות בדרישה וחקירה כמו שיתבאר כדי שלא תנעול דלת בפני לווין" ומשמע גם מדבריו שאם יש בו זמן ומקום הוי דרישה וחקירה למרות שהוי בכתב. ונראה שצריך לחלק לפי דברי החת"ס בין עדות בכתב לבין שטר, והגמ' והרמב"ם מדברים בשטר.

הלכה נוספת שהזכרנו בהקדמה היא, החיוב לקבל את העדות בפני בעל הדין. בעדות בכתב הנשלחת לבין הדין לכאורה הלכה זו אינה מתקיימת. הנוב"י שם כתב: "ועדיין יש מקום אתי לומר דגם לר"ת, עכ"פ יש חילוק בין שטר גמור שמדעת הבעל דבר ובין שאר עדות בכתב דאם אינו שטר גמור רק עדות בכתב לא עדיף מעדות בע"פ שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין". כלומר נוקט בפשטות שעדות בכתב הוי עדות שלא בפני בע"ד. וכן כתב גם במהדו"ת חו"מ סי' ה: "דהרי והועד בבעליו כתיב ואין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין והרי השולחים עדותן בכתב הוא שלא בפני בע"ד שהכתיבה אינה בפני בע"ד. התומים בסי' כח ס"ק טו כתב: "אלא נראה דבלא"ה קשה כיון דקי"ל אין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד מה יועיל כתבו ששלח לבי"ד, לו יהיה דהוי הגדה, הא שלא בפני בע"ד הוא! ודוחק לומר הואיל וקוראין הכתב

בפני בע"ד הוי כמעיד לפניו דזה דוחק ואינו דומה ראית פנים דאינו מעיז לכתובה בפניו מעיז ומעיז... אלא ברור דר"ת מייירי באופן דאין צריך לקבל עדות בפני בע"ד. (כגון שהיה הבע"ד חולה או שהיו העדים חולים, חו"מ כת, טז)... וא"כ דברי הסמ"ע קצרים במקום שיש לו לבאר, דכי נהגו לקבל עדות בכתב מת"ח היינו באופן שא"צ להעיד בפני בע"ד אבל במקום שצריך לא". נתיבות המשפט (כח ס"ק ו' בביאורים) חולק על התומים וז"ל: "...עדות בכתב לא הוי עדות עד שבא הכתב לבי"ד ואין העדים עוברים בלאו דלא תענה עד שבא הכתב לבי"ד... ולפי"ז נראה דאף במקום שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד יכול לשלוח כתבו לבי"ד לדעת ר"ת וכן בת"ח אפילו לדין כיון דקריאת הכתב בבי"ד חשיב אז להגדה ושם הוא בפני בע"ד". ומוסיף הנתיבות ומבאר את מחלוקתו עם התומים: "ומה שהקשה בתומים דאינו דומה ראית פניו דאינו מעיז לכתובה... לק"מ, דהא דבעינן בפני בע"ד לאו משום דלא מעיז, רק גזה"כ דהא אפילו בשור הנסקל בעינן בפני השורי".

הבאנו בהקדמה את דין השו"ע שאם אומרים העדים עדותן בלשון אחת ממש יש לחוש שמשקרים וצריכים דרישה וחקירה! ולכאן עדות בכתב של שני עדים החתומים על נוסח אחד תצטרך לדו"ח: אמנם עפ"י הגמ' סנהדרין ס, א: "אמר ר"ל ש"מ אף אני כמוהו כשר בד"מ ובדיני נפשות ומעלה הוא דעביד רבנן והכא כיון דלא אפשר אוקמוה רבנן אדאורייתא..." ניתן ללמוד שבעדות בכתב השאירו רבנן על דין תורה ותועיל עדותם בנוסח אחד גם בלי דו"ח. וכן פסק רמ"א חו"מ כח, י: "ואם העד האחד אמר עדותו והשני אמר אף אני כמוהו ידעתי לא מהני, אא"כ הלך למדה"י וא"א לו להעיד בפירושי" והיינו דבמקום דא"א העמידו על דברי תורה.

## ז. פתרון בעיית מפי כתבם בשטר

הראשונים בכמה מקומות התקשו בהבדל שבין עדות בכתב לשטר. כיצד אומרת הגמ' ביבמות לא, ב שאם אין העדים מעידים בפיהם על פי זכרונם לא מהני שטר הקידושין שחתמו הם עצמם, ומאידך מצאנו אפשרות להעיד על שטר שנמחק או נשרף כמו בגמ' ב"ק צח, א וב"ב קסח, א. ומצאנו בראשונים שתירצו דיש להבחין בין עדות בכתב לבין שטר. מצאנו מספר שיטות בראשונים בהגדרת שטר, אך עדיין יש להבין מדוע הגדרת הכתב כשטר פותרת את החסרון דמפי כתבם?

קצוה"ח בסי' כח ס"ק ו' וכן בסי' קמו ס"ק ג מביא את שיטות הראשונים:

א. שיטת רש"י ובעה"מ דכיון שאין כותבין בשטר אלא מדעת המתחייב לא  
הוי מפי כתבם אלא **מפי כתבו**<sup>10</sup> והיינו מפי כתב המתחייב.

ב. שיטת הרמב"ן דלא שייך בעדות שבשטר מפי כתבם דכיון **דנכתב בנוסח  
שטר** ה"ל כמי שנחקרה עדותן בבי"ד ולא שייך מפי כתבם אלא היכא דאינו  
בתורת שטר.

ג. שיטת תוס' בשם ר"ת דלא שייך מפי כתבם אלא במי שאינו ראוי להגיד  
בפה.

ד. שיטת הרמב"ם דעדות בשטר אינו אלא מדברי סופרים ומהתורה אינו  
מועיל משום דהוי מפי כתבם".

ובסיי קמו: "אמנם לשיטת הרמב"ן טעמא דשטר בעדים שנעשה **מדעת  
המתחייב** ומהני ומשום דה"ל תורת שטר ובשטר נעשה כמי שנחקרה עדותן  
בבי"ד".

והנה המאירי בכתובות כ,א בסוגיה דכותב אדם עדותו בשטר הביא גם הוא  
שיטות רבות בהגדרת שטר וביניהן: "ומקצת רבותינו הצרפתיים פירשו שלא  
נאמר על עדות בכתב שאינו עדות אלא בדבר שאין כתיבת השטר מועלת יותר  
מעדות ע"פ, אבל כל שהשטר עושה בו יותר מעדות ע"פ כגון לטרוף לקוחות  
או שלא לומר פרעתי וכיוצא בזה, עדות מעליא הוא שודאי חקרו בדבר  
וכתבו" ונראה ללמוד מדבריו **שהמיוחד בעדות בכתב שתוגדר כשטר הוא  
האומדנא הברורה שעדות זו מדוקדקת ואמיתית**. ואומרים קצת רבותינו  
הצרפתיים דעדות שעושה שעבוד ומונעת אפשרות לטעון פרעתי מסתמא  
בדקוה וחקרוה העדים לפני שחתמו כיון שדבר גדול היא; כיוצ"ב ניתן להבין  
בשיטת הרמב"ן והרשב"א דעדות שנחתמה על פי ציווי המתחייב ודאי  
אמיתית ומדויקת היא דהא החייב עצמו ציווה להעיד ולחתום! ולכן תוגדר  
כשטר. השתא דאתית להכי, נראה שדברי ר"ל עדים החתומים בשטר נעשה  
כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, פירושם דחידשה תורה שעדות בכתב שיש לנו  
אומדנא שמדויקת היא ואמיתית, תיחשב לעדות שכבר נתקבלה בבי"ד  
**ונעשה השטר כמעשה בי"ד של קבלת העדות**. כביכול נאמרה העדות בבי"ד  
ונתקבלה וזהו פסק דין על קבלתה. והנה מצאתי כדברים הללו בקהילות  
יעקב יבמות סי' כד. באות א שם הביא דברי הר"י"ף ביבמות וכתב על דבריו  
כך: "והנה מה שהקשו הראשונים ז"ל מהא דמקיימים את השטר ע"פ

<sup>10</sup> בבאור הדברים ראה או"ש עדות ג, ד דהוי הודאת בע"ד, ועיין תומים לט, ס"ק ח.

אחרים ולא הקשו בפשיטות מכל שטרות דעלמא היכי גבינן ביה ודנין על פיו והרי הוי מפי כתבם, נראה דזה פשוט לכו"ע דבשטר מקויים ליכא פסול כתבם דכיון דנתקיים בבי"ד אנו דנים כבר ע"פ מעשה בבי"ד שכבר קיבלו עדות השטר בשעת הקיום, ובמעשה בבי"ד ליכא פסולא דמפי כתבם". ושם באות ג' כתב: "דהיכא שהוא שטר לית ביה פסול מפ"כ דהא בהדיא כתיב וכתב בספר והעד עדים, והוא משום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבי"ד והו"ל כשטר מקוים שדנין על פיו דהא מדאורייתא א"צ קיום" והיינו ששטר אין בו חסרון של מפי כתבם כיון שאינו עדות גרידא אלא פסק דין על קבלת העדות. בשו"ת חת"ס אבה"ע ח"א סי' צד כתב: "והיה נלע"ד... דפסק בבי"ד חתום מג' דיינים, הבא לפני ב"ד אחר אין בו משום מפיהם ולא מפי כתבם, דבעדים כתיב "על פני" אבל בבי"ד כתיב "אשר ירשיעון אלהים" ואפילו מפי כתבם". אם כן התחדש בשטר דהוא מעשה בבי"ד ולכן אין בו חסרון דמפי כתבם. ונראה על פי זה לבאר דברי הסמ"ע בכמה מקומות. בסי' ל' ס"ק לה כתב כך: "אפילו ששמעו ששני העדים העידו בבי"ד האחד ושנחקרה עדותן באותו בבי"ד מ"מ לא יעידו בפני בבי"ד אחר לדון ע"פ עדותן" וכוונתו דהוי כעד מפי עד וכבר התקשו בדבריו הקצוה"ח והט"ז דמאי שנא משטר שנמחק או נשרף שעדים מעידים עליו? ולפי דברינו יובן דשטר הוי מעשה בבי"ד וא"כ לא שייך בו חסרון של עד מפי עד אבל בעדות ע"פ איכא חסרון של עמפ"ע.<sup>11</sup>

בחו"מ מה"ג פסק המחבר: "אם נפסל ע"י חתימת הפסולים אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיית השטר יכולים להעיד..." והיינו דבשטר אין פסול נמצא אחד מהם קאו"פ דהא בעדות ע"פ כיון שנצטרפו והעידו נפסלו ותו לא יוכלו הכשרים להעיד. וכתב הסמ"ע: "שאני התם שהעידו ע"פ בבי"ד יחד... משא"כ כאן דלא הגידו יחד בע"פ בבי"ד וכתב הש"ך על דבריו "ולא נהירא" ולפי דברינו כיון ששטר הוי מעשה בבי"ד ובבי"ד אין דין נמצא אחד מהם קאו"פ אתי שפיר.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> הראני הרב מאיר ברקוביץ דברי רבינו יונה בעליות, קסהב, שגם בעדות שייך גמר דין: "אבל ודאי אם יעידו שקבלו בבי"ד עדות בי וכו' ופסקו שעדותם מכוונת, אע"פ שלא פסקו הדין עדיין על האיש שמעידין עליו... ודאי לא הוה עד מפי עד, אלא הרי כאילו העידו שראו את העדות כיון שגמרו בבי"ד שעדותם של עדים מכוונת". ולפי"ז נצטרך להעמיד בסמ"ע בכה"ג שהיתה דו"ח אך עוד לא פסקו שהעדות מכוונת.

<sup>12</sup> ועיין קצוה"ח לו, ז.

## ח. סיכום

עיקרי הדינים, בעדות בכתב העולים מתוך הדברים :

א. השו"ע והרמ"א כח, יא פסקו במפורש כשיטת רש"י שאין לקבל עדות אלא מפי העדים.

ב. במספר מקומות (בסימנים לט, מו וסא) פסקו השו"ע והרמ"א להכשיר עדות בכתב בסתירה לפסק הני"ל. סתירה זו מיושבת עפ"י יסודו של האמרי ברוך בסי' סא, י. שם הביא מהר"ן בחידושו פי' ז"ב, שפעמים כתב הוי שטר אע"פ שלא ציוה המתחייב במפורש לכותבו, כיון שקיימת אומדנא דניחא ליה שיכתב בשטר לענין טענת להד"מ.

ג. נחלקו הנוב"י והחת"ס האם ניתן לקיים דין דרישה וחקירה בעדות בכתב. הנוב"י פסק שמתקיים דין דו"ח בעדות בכתב וא"כ לר"ת עדות מפי כתבם מהני מן התורה. אבל החת"ס כתב שא"כ לקיים דו"ח בעדות בכתב וכל ההכשר לעדות בכתב אליבא דר"ת הוא רק מדרבנן, דמן התורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה.

ד. נחלקו התומים והנתיבות, האם בעדות בכתב, נחשב כעדות בפני בע"ד. התומים כתב שהוי עדות שלא בפני בע"ד, דבכתב מעיז ומעיז ואינו דומה לראית פנים. והנתיבות הוכיח משור הנסקל שדין עדות בפני בע"ד הוא גזה"כ ואינו משום מעיז, ועדות בכתב מיקרי בפניו כיון שקוראים את העדות בבי"ד ומיקרי הגדה בפני בע"ד.

ה. כתבו הראשונים שבשטר אין חסרון של מפיהם ולא מפי כתבם, ולא דמי לעדות בכתב. בדעת הרשב"א ועוד ראשונים המגדירים שטר כעדות שנכתבה מדעת המתחייב, וכן בשיטות הראשונים הסוברים ששטר הוא עדות, שיש אומדנא ברורה, שהיא אמיתית ומדויקת, ניתן להסביר ששטר הוי כמי שנחקרה. והיינו שהשטר מוגדר כמעשה בבי"ד ולא כעדות גרידא, החסרון של מפיהם ולא מפי כתבם נאמר רק בהלכות עדות ואינו קיים בהלכות מעשה בבי"ד.

## הרב חיים ישראל וולפסון

### השפעת דין 'קיום שטרות' על סדרי הדין בשטר

עיון בסוגית "העדים שאמרו" (כתובות יח, ב – יט, ב)

#### ראשי פרקים

- א. פתיחה
- ב. הכלול בעדות השטר - השטר כמעיד על העדים
- ג. סוגיית "העדים שאמרו" - מצב השטר לפני הקיום
- ד. דין השטר למסקנה ולהלכה
  1. שיטת הרשב"א
  2. שיטת ה'שיטה ישנה' ור"א כהן
  3. שיטת הרמב"ם
- ה. משמעות הצורך בבית דין לקיום השטר
  - ו. שיטת רבי מאיר
  - ז. טענות אמנה, מודעה ותנאי
    1. שיטת רש"י ותוס'
    2. שיטת הרשב"א
    3. שיטת גאון, רשב"ם ור"ן
  - ח. סיכום

#### א. פתיחה

חלק מרכזי מן הפרק השני במסכת כתובות מוקדש לדין בעניין שטרות. מסוגיות אלו עולים היסודות של גדרי השטר והדין בו בבי"ד.

הדין במשנה הראשונה – "העדים שאמרו" וכו' (יח, ב) – הוא אחד הדיונים המרכזיים בסוגיא. כאן נידון מצבו של השטר לאחר שהצריכו רבנן קיום. הגמ' (שם ובגיטין ג, א) אומרת "עדים החתומים על השטר – נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין (מדאורייתא), ורבנן הוא דאצרוך (קיום)"; כלומר, מן התורה, לאחר שחתמו העדים על השטר – תם הדיון העקרוני בשטר, ורבנן הם שהוסיפו דרישה לקיום חתימות העדים. הוספה זו יוצרת מצב שבו מצד אחד השטר הושלם, ומצד שני נדרשת פעולה נוספת. אנו נעסוק

בהגדרת, דין השטר לאחר הצורך בקיום, אופי הדיון בבי"ד בקיום, ומה כולל הקיום עצמו.

מתוך סוגיא זו עלולות הגדרות יסודיות בדיני שטרות, על פיהן ניתן לעמוד על מהות השטר, העדות שבו, סדרי הדיון בבי"ד בשטר, קיום שטרות ועוד.<sup>1</sup>

### **ב. הכלול בעדות השטר - השטר כמעיד על העדים**

המשנה (יח,ב) עוסקת במקרה בו עדים החתומים על שטר טוענים שחתימתם היתה באונס וכו'. המקרה הפשוט ביותר לדיון הוא דווקא בשתי כיתי עדים, ובו דנה הגמ' בהמשך (יט,ב). מקרה זה הוא **לכאורה** מקרה רגיל של הכחשת עדות, ואין צורך להיכנס בו לבעיות הנוספות של חזרה בעדות, 'חוזר ומגיד', 'הפה שאסר' ו'אין אדם משים עצמו רשע', שמתספות בדיון במשנה. נתבונן בו, ואח"כ נלמד את המשנה והמתחדש בה:

תנו רבנן: שנים חתומין על השטר ומתו, ובאו שנים מן השוק ואמרו: ידענו שכתב ידם הוא – אבל אנוסים היו, קטנים היו, פסולי עדות היו – הרי אלו נאמנים; ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה, או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בבית דין – אין אלו נאמנין.

ומגבינן ביה כבשטרא מעליא?! ואמאי? תרי ותרי נינהו!  
[ומסקנת הגמ' היא (כ,א)] – אלא אמר רב נחמן: אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו'.

הברייתא עוסקת בעדים שהעידו שהעדים החתומים בשטר היו קטנים, קרובים וכדומה, והגמ' מבינה שיש כאן הכחשה של תרי ותרי. הגמ' משווה בזה עדות על העדים לעדות על השטר, ומבינה שכביכול יש כאן עדים המעידים שהעדים כשרים ומכחישים את הפוסלים. דבר זה צ"ע, שהרי קיום השטר מעיד רק על דבר אחד – שהשטר אינו מזוייף, ומדוע אי"כ עדות של העדים על עדי השטר אינה מתקבלת לפוסלם לאחר הקיום, אלא נידונה כתרי ותרי?

<sup>1</sup> הביטויים 'כאן' או 'בסוגיא' מתייחסים לסוגיא בכתובות יח,ב – יט,ב.

לא מסתבר לומר שבשטרות כל עד מעיד על חברו שאיננו קטן וכו', כיון שלפייז היינו צריכים שני עדים על כל אחד מהעדים (ויותר מזה – אולי עדים נוספים על אותם עדים). גם לא מצאנו דין הקובע שעל עדי השטר להכיר זה את זה כדי שיוכלו להעיד, או דין הדורש שהם יחתמו יחד, וא"כ קשה לומר שעדי השטר מעידים על כך שהם גדולים וכו'.

קשה גם לומר שאנחנו סומכים על החזקה המופיעה לקמן (יט,א), שאין העדים חותמין על השטר וא"כ נעשה בגדול – כיון שהגמ' נוקטת שיש כאן הכחשה של תרי ותרי, כלומר – הכחשה נגד עדים, ולא נגד חזקה. בעדים נגד חזקה נעדיף באופן פשוט את העדים, ולכן כאן קשה לומר שהגמ' התכוונה לחזקה.

להבנת העניין יש לברר האם נאמר כך בכל עדות. החזו"א (לכתובות, הנדפס מחדש) דן בסוגייתנו מתוך השוואה לעדות שנתקבלה בבי"ד אחר, ועתה עדים מעידים עליה בבי"ד שלפנינו. לדעתו דין עדות שבשטר מקביל לדין עדות כזו.

ביסוד דברי החזו"א עומדת ההבנה ששטר הוא עדות שנתקבלה כבר בבי"ד. סמך לשיטתו ניתן להביא מהכלל ש"עדים החתומים על השטר, נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד". באופן פשוט אין כאן ברור לגבי אמיתות העדות או העדים, אלא יש כאן דבר אחד בלבד, הגדרה של שלב פורמלי בדיון שמשמעותו שהעדות נחקרה כלומר נתקבלה והנפ"מ היא שהעדים סיימו למסור את עדותם ולכן לא יוכלו לחזור בהם.<sup>2</sup> שטר זה עדות שעברה את שלב החקירה בבי"ד, ולפי זה מקבילה עדות כזאת לכל עדות שנתקבלה כבר בבי"ד ועכשיו אנחנו מקבלים עדות עליה מפי עדים שמשפריים על כך שהועדה בבי"ד אחר.

אבל יש להתבונן האם אין בשטר יותר מזה. הגדרה זו מציבה לכאורה את השטר בקטגוריה של כל העדויות ואומרת שהשטר הוא כתב של עדות שאינה צריכה קבלה בבי"ד כיון שכבר נתקבלה. משמעות כזאת יש בר"י מיגש. התורי"ד מביא את דבריו לפיהם דין הברייתא שייך באנוסים הייתם בלבד כיון שרק בזה יש הכחשה על העדות (שהרי טוענים) אנוסים הייתם ושקרתם) אבל אם פסלו אותם בכל פסול אחר שנוגע לגופם יהיו העדים פסולים כמו בכל עדויות שבתורה. כלומר לא שונה הדיון בשטר מדיון בכל עדות אחרת אע"פ שכך משמע בברייתא.

<sup>2</sup> עיין רמב"ן (יח,ב ד"ה עדים החתומים): "פירוש, כמו שאם נחקרה עדותן בבי"ד אינם יכולין לחזור בהם, כך מכיון שהם חתומים על השטר אינם יכולים לחזור בהם".

התוריי"ד (כ,ב) חולק על הר"י מיגש ואומר שיש לחלק בין אומרים פסולים אתם או קטנים אתם, לבין אומרים קטנים הייתם או גזלנים הייתם. סיבת החילוק היא שכשמעידים על גופם ופוסלים אותם כעת העדים עצמם אינם יכולים להעיד על גופם ולהכשיר עצמם שהרי לפי דברי הפוסלים, פסולים הם כעת. אבל כשמעידים על העדים שבעבר היו קטנים זה כבר לא על גופם ולכן יכולים העדים להעיד הואיל וזה רק על דבר מסוים בעבר ואין הם פסולים עכשיו (אף) לדברי הפוסלים, נחשב הדבר כהכחשה הנוגעת לעדות בלבד "כי אמרי להו גזלנים אתם או קרובים אתם נאמנים משום דמסלקי להו מתורת עדות לגמרי. אבל כשאומרים קטנים הייתם או קרובים הייתם, כיון דמודו דהשתא בני עדות ניהו ומסהדי על ההוא זמנא בלחוד הוו להו תרי ותרי דהא השתא הם כשרים לעדות ואמרי לא היינו קטנים לא היינו קרובים ומשי"ה לא מהימנינן לבתראי".

עכ"פ נראה שהרי"ד דן בזה כמו בכל עדות רגילה ואינו מיחס גדר מיוחד לשטר.

ברמב"ן ובר"ן נראה אחרת. הרמב"ן מחלק בין הכחשה של גזלנים לפסול של קטנים או קרובים. בגזלנים העדות על הגברא עצמו זו החלת שם גזלן על הגברא ולכן העדים ודאי פסולים. ואילו בקטנים או קרובים זהו דין שנוגע לקבלתה של העדות כאן ולא להם עצמם. שם גזלן הוא פסול גברא, אך הדין של קטנים או קרובים נוגע לקבלת העדות בלבד, ובזה יש תרי ותרי.

יש לעיין, האם נאמר כך בכל עדות? בעדות על פה נפסול לכאורה את העדים ולמה כאן העדים יהיו כשרים? אפשר היה לומר כנ"ל, שבשטר כבר נתקבלה העדות, ולכן הופך הדבר להכחשה בעדות עצמה. אבל ברמב"ן משמע יותר מזה. הרמב"ן כותב: "ואינהו מסהדי דשטרא מעליא הוא, וחזקה אין חותמין על השטר אלא אם כן רחוקים הם". בדברי הרמב"ן יש מעין סתירה פנימית; הרמב"ן נוקט, שהם מעידים שהשטר כשר, אבל עדותם אפשרית רק אם נסמוך על החזקה, וא"כ קשה, אם אנו סומכים על החזקה כדי לקבלם, א"כ אין זה תרי ותרי אלא תרי נגד חזקה?

נראה שהרמב"ן מבסס את דבריו על כך שיש כאן שטר והעדים חתומים על השטר. באופן פשוט שטר איננו כתב עדות. השטר הוא תיאור חובתו של פלוני, התורה חידשה שהשטר הוא מסמך שמתאר את ההתחייבות של

<sup>3</sup> באופן כללי, יש שתי אפשרויות מרכזיות להסביר מטעם מה מועיל שטר – הראשונה: ששטר מהווה מסמך של העסקה, ביטוי לעסקה ומכח זה הוא גם מהווה עדות. השנייה: השטר מהווה עדות ומכח זה הוא גם פועל כלפי העסקה.

פלוני, וע"י ההחזקה בו מחזיק אדם בחוב, אפשרא דחוב,<sup>4</sup> חובתי מצויה אצלך בשטר. עדי השטר הם רק גיבוי לכך. ומכח זה שהשטר מבטא ומחזיק את חובתו של פלוני הוא גם מעיד עליו. אבל עיקר השטר זה פעולתו כשטר ולא העדות שבו. זו אחת האפשרויות להבין למה שטר שאין בו דעת המתחייב אינו שטר (עיי' תוס' כ,א ד"ה ור' יוחנן). דעת המתחייב היא ביטוי להתחייבותו של פלוני. בסוגיא לקמן כ,א מתבאר שלא כל עדות כתובה היא שטר. שטר הוא 'מסמך החוב' ואולי ליתר דיוק מסמך העסקה והוא מתאר דבר בעל ממשות ממונית מסוימת ובנוסף לזה יש בו גם עדות.<sup>5</sup> לפי"ז נבאר אף אצלנו: העדים אינם נושא השטר, לשטר גדר עצמאי משלו ומתוך שהעדים חתומים על השטר, חלות עליהם החזקות שחלות על השטר, ולכן הם כשרים. העדים חתומים על שטר, על מסמך השטר, וכל הכללים שנובעים מזה חלים עליהם. נושא הדיון אינו העדים אלא השטר שהעדים הם רק מרכיב בו ולכן זהו תרי ותרי על השטר. כל הנ"ל נכון למעט מקרה של פסול גזלנות שאז זהו דיון בגברא עצמו, ולזה לא יוכל השטר להועיל.

הרמב"ן והר"ן מביאים באור נוסף לגמ' על פיו מדובר בגזלנים היו ומתו, כך משמע גם ברש"י על המשנה שאומר שהפסול הוא משחק בקוביה; ורק אם מתו אפשר לבאר כך, מכיון שאז, ההשלכות נוגעות רק לקבלת השטר, כי העדים אינם קיימים וכל היוצא מעדותם הוא שא"א לקבל את עדות העדים, לכן ניתן לראות זאת כתרי ותרי על העדות ולא כפסילת העדים בפסול עדות. אבל בתוס' משמע שמדובר אפי' בפסול עדות ובתנאי שמעידים שפסולי עדות היו. אמנם הש"ך (מו ס"ק קב) אומר שלא יתכן שכונת תוס' לפסולי עדות ממש ומחלקים בין מתו לחיים כיון שתוס' מקשים למה לא פוסלים אותם עכשיו במיגו שהיו פוסלים אותם בגזלנים אתם כרמב"ן. וקשה הרי בברייתא מפורש שמתו, ע"כ צ"ל שכונת תוס' אינה לחלק בפסול גזלן בין מתו לחיים אלא לחלק בפסול של קורבה בין קרובים אתם לקרובים הייתם. ואילו בפסול גזלנות נפסלו בכל ענין.

בשיטת הש"ך, ניתן לומר (וכך משמע ברא"ש בדעת תוס') שתוס' מחלקים בין פסולים היו לפסולים הם ומדבר בחיים (ומתו שבברייתא לאו דווקא).

<sup>4</sup> לא במובן שמשמע בר' חיים שהשטר פועל את הדבר אלא רק מבטא את החוב, מתאר אותו.

<sup>5</sup> כך מתבארים דברי תוס' לקמן כ,א גם לגבי זה שכתב עדות של ע"א אינו שטר, שטר אינו כתב העדות אלא מסמך שבו חתומים שני עדים, ואולי זו כונתו גם כשאומר שכשהשטר לא כתוב כ"סדר השטר" צריך לזכור העד את עדותו בגלל בעיה של מפי כתבם.

תוס' מסכימים לדברי הרמב"ן והר"ן אבל טוענים שגם בפסולים היו הדיון זהה כיון שהדיון רלוונטי רק לענין קבלת העדות ולא לגוף העדים שהרי לפי עדותם העדים כשרים עכשיו ואין בהם פסול הגוף.

הרא"ש נוקט שאפי' אם מעידים עליהם שהם גזלנים כעת, אינם נאמנים, ויש תרי ותרי. בכך חולק הרא"ש על כל הראשונים ואומר שהשטר מעיד על העדים אפי' בפסול גזלנות על גוף העדים. יש לדייק ברא"ש: ברור שלא נאמר שהעדים כגברא כשרים, לא יתכן שעד יחתום על שטר והדבר יקנה לו תעודת כשרות לנצח. הדבר גם מדויק ברא"ש "דאפי' אי אמרי פסולי עדות הם גם עכשיו לא מהימני לפסול השטר..." כלומר הדיון הוא בשטר ולא בעדים עצמם " ... דאנן סהדי שכל שטר שנכתב ונחתם בלא שום פסול נחתם הלכך... לא מהימני לפסול השטר" כאמור, הדיון הוא בחתימות בכשרות השטר ולא בכשרות העדים. אין לומר, שמכח חתימת העדים על השטר יש שטר אלא מכח חתימת העדים על השטר יש עדים שחותמים. השטר מעיד על חותמיו, ויש לנו אן סהדי שחתימה על השטר נעשית בכשרות והשטר כשטר מעיד על חותמיו שהם כשרים.

כך מבואר גם בריטב"א הישן בגיטין בענין של "עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד", בשטר לא חיישינן לפסול בחתימה, בגלל חשיבותו "למען יעמדו ימים רבים" וכד' כיון שזו לא אמירה בעלמא אלא מסמך כתוב וקיים, האדם חושש לשקר ולכן אין חשש שיזייפו שטר.

יש להוסיף ולומר שהאנן סהדי הוא כלפי חתימתם בלבד. התוס' מקשים (יט ד"ה אלא) למה לא אמרינן בתרי ותרי בשטר כמו שאומרים לרב נחמן בתרי ותרי שזו באה בפניע ומעידה, ואם כך נעמיד גברא על חזקתיה ונכשיר את השטר, שהרי השטר הוא כבר "עדות אחרת" כביכול.

קצות החושן (ס"ק כא) מתרץ לפי הרא"ש שודאי שגוף העדים פסולים וכל האנן סהדי הוא על השטר בלבד. חתימת העדים בשטר היא זו שכשרה, השטר מעיד על עצמו שנעשה בכשרות אבל לא על כשרות העדים לכן יש תרי ותרי על השטר אבל העדים ודאי שיהיו פסולים כמו בכל פסול בעדות.

לסיכום – ניתן לראות בראשונים שלש התיחסויות לדרך בה מעיד השטר על עדין:

א. תוריי"ד ר"י מיגש – גדר בקבלת עדות, שטר הוא כעדות רגילה שנתקבלה, השטר הוא ככתב עדות.

ב. רמב"ן ר"ן תוס' – השטר כמסמך, וכחלק מכללי הדיון שבו גורם שלא העדים יהיו נושא הדיון אלא עדותם.

ג. רא"ש – השטר מעיד על חתימות העדים שבו שנחתמו בכשרות.

### ג. סוגיית "העדים שאמרו" - מצב השטר לפני הקיום

בברייתא (יט,א) התבאר לנו מהו המצב כאשר יש לנו שטר מקויים. השטר מעיד על יותר מתכנו כעדות על מלוה. יתר על כן, אמרנו שישנו דין שטר, סדר הדיון בשטר נובע מהגדרתו כמסמך העסקה וממילא הוא שונה, השטר הוא כמי שנחקרה וממילא מוכשרים אף עדי השטר ולפי שיטת הרא"ש השטר מעיד עליהם שהיו כשרים בחתימתם. כל הנ"ל נכון במידה ומתקיים בשטר "כמי שנחקרה" כלומר שיש שטר על כל דיניו לפנינו. כאן עלינו לשאול מהו המצב לפני שיש שטר לפנינו? רבנן הצריכו קיום בשטר, דבר שמדאוי לא נדרש. שטר מדאוי הוא כמי שנחקרה, עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד ומהתורה ל"צ קיום אפי' בטענת מזויף. רבנן הצריכו קיום ונשאלת השאלה מהו המצב לפני שקיים השטר. ענין זה נידון בגמ' (יח,ב):

העדים שאמרו כתב ידו זה אבל אנוסים היינו, קטנים היינו, פסולי עדות היינו, הרי אלו נאמנים.  
ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר, אינן נאמנים.

הדיון בסוגיא הוא במקרה שעדי השטר, באים ומעידים שכת"י הוא אבל אנוסים היו, כשהם באים להעיד השטר אינו מקויים, הם מקיימים ובתוך כך פוסלים השטר בטענה שהם היו פסולים.

בהו"א רוצה רמי בר חמא לומר שגם בסיפא כך, ואפי' שהשטר כבר מקויים יכולים לומר אנוסים היינו, וכל הבעיה היא באמירת אנוסים היינו מחמת ממון, מחמת א"א משים עצמו רשע. אבל רבא דוחה את דבריו: "א"ל רבא כל כמיניה, כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". הסוגיא אומרת שהבעיה בסיפא היא של חוזר ומגיד, בעיה זו אינה קיימת ברישא.

דין חוזר ומגיד יכול להתפרש בשני אופנים:

א. עד אינו יכול לחזור בו מעדות שכבר העיד, כלומר כיון שהגיד דבר אחד לא יוכל להעיד דבר הפוך, וכך משמע ברש"י בסנהדרין מב, ב: "כיון שהגיד שוב

אינו חוזר ומגיד: דבר המכחיש את הראשון". כלומר הבעיה היא בהכחשת דבריו.

ב. דרך נוספת היא לומר שיש כאן דיון בהגדת עדות שעל פיו נאמר שעד שסיים עדותו לא יכול להעיד פעם נוספת, זהו דין בהגדת עדות או אולי בקבלת עדות, שקובע שעד מעיד פעם אחת, אפי' אם לא סותר דבריו הראשונים.<sup>6</sup>

שיטה זו באה לידי ביטוי גם בדברי רבא בגמ' שגם בשטר יש חוזר ומגיד כיון שעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד. ההו"א בסוגיא היתה שבשטר אין הגדה ולכן עדותם לא נתקבלה עדיין. ממילא לא תהיה בעיה של חוזר ומגיד. מסקנת הגמ' היא שבגלל "כמי שנחקרה" העדות נתקבלה והיא כביכול לאחר שלב חקירת העדים, וממילא היתה הגדה, וא"א "להגיד" עכשיו כיון שזה חוזר ומגיד פעם נוספת.<sup>7</sup>

אחת הנפ"מ בין שתי שיטות אלו היא האם נוכל לקשור בין חוזר ומגיד לתרי ותרי. לפי ההסבר הראשון, בכל מקום שיש חוזר ומגיד, יהיה תרי ותרי כשהמדובר הוא בכת אחרת שהרי הבעיה היא שהם כבר העידו לפני כן להפך ולכן גם אם יבואו תרי נגדם יהיה תרי ותרי שהרי הכת הראשונה העידה כבר הפוך.<sup>8</sup> אבל לפי ההסבר השני יתכן שלא יהיה תרי ותרי כיון שלא כל מקרה של חוזר ומגיד הוא בהכרח סתירה וא"כ יתכן שתהיה בעיה של חוזר ומגיד בעדות מסוימת אבל עדים אחרים שיעידו מולם את אותה עדות לא יחשבו למכחישים כיון שאין סתירה בעדותם.

כאמור, הבעיה של חוזר ומגיד נפתרת לפי הגמ' ברישא. שם עדיין לא היתה הגדה כיון שהשטר עדיין לא מקויים. הנחת היסוד של הסוגיא היא שברישא, שהשטר לא מקויים, לא נעשתה עדיין הגדת עדות ולכן אין בעיה של חוזר ומגיד. כאן יש להדגיש שלא אמרנו דבר מעבר לזה, הסוגיא מתיחסת לבעיה אחת, לבעיה של העדים לחזור ולהגיד. באופן פשוט הסוגיא לא נוקטת עמדה

<sup>6</sup> לקמן בברור טענת אמנה, מודעא ותנאי נראה את השיטות ביתר הרחבה.

<sup>7</sup> הגדרה זו שלפיה בחתימת השטר, או מסירתו נתקבלה עדות העדים, היא מעט המכיל את המרובה, ומהוה בהמשך הגמ' יסוד חשוב בשיטות הראשונים בדיון למה אין בשטר בעיה של עדות שבכתב. הראשונים ובראשם הרי"ף והרמב"ן נוקטים שבגלל שבשטר העדות כמי שנחקרה, מתקיים בהם מפייהם. בגלל שהעדים כביכול מעידים בחתימת השטר לא מתקיים חסרון של מפי כתבם שנוגע למידת ה"חיות", האוטנטיות של העדות, העדות נתקבלה כבר בשעה שעוד היתה "חיה" אצל העד. ואכמ"ל.

<sup>8</sup> ועיין בחזו"א כתובות הנ"ל שאכן משוה לכך.

בשאלה מה נתברר ומה לא נתברר לנו בשטר עצמו (דבר זה מתברר בהמשך בסוגית אמנה מודעא תנאי) אלא דנה בעדים עצמם האם היתה כבר הגדה או לא היתה. לפני קיום השטר לא היתה הגדה ולכן יכולים העדים "לחזור" ולהגיד ללא בעיה שאנוסים היו, ואין בזה בעיה של חוזר ומגיד.

שלב שני של הדיון הוא, האם לאחר שפטרנו את הבעיה של חוזר ומגיד, יהיו העדים נאמנים באמירתם. הקושי הבסיסי בסוגיא הוא, כיצד יכולים העדים לומר ברישא שאנוסים היו, הרי באמירתם שכת"י הוא זה כבר קיימו את השטר (ונמצא שעכשיו השטר כבר נכון מזמן כתיבתו) והם אומרים עכשיו שאנוסים היו וחוזרים ומגידיים. הגמ' פותרת בעיה זו בדין בברייתא – "ת"ר: אין נאמנין לפסלו דברי ר' מאיר וחכמים אומרים נאמנים" ואומרת הגמ' – "בשלמא לרבנן כי טעמיהו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו'..."

מפשט הגמ' יוצא שהפה שאסר פותר לנו את הבעיה של חוזר ומגיד ולא מגדיר לנו את נאמנותם. כך נאמר בשלב ראשון. "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" הוא בראש ובראשונה דין בטענה, דין בהעמדת דבריו של הטוען. כשהטוען בבי"ד הוא מצד אחד אוסר ומצד שני מתיר נשאלת השאלה האם וכיצד לקבל את ההיתר. על זה נאמר שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, אנחנו מעמידים את דבריו כך שלא נכון שאמר כאן שני דברים סותרים, כמו"כ לא נכון לומר שבטל את דבריו הקודמים אלא נוקטים שיש כאן אמירה אחת. הפה שאסר הוא כלל בבי"ד כיצד לקבל טיעון. רק בשלב שני נידונה שאלת כחו ונאמנותו של הטוען. (כך מבואר בסוגיא לקמן כב).

גם כאן בסוגיא הפה שאסר הוא דין בהעמדת דבריהם, בסידור טענתו בבי"ד. לא נכון לומר שיש כאן בעיה של חוזר ומגיד כיון שחזרו והגידו בתוכ"ד וממילא יש לתפוס את כל דבריהם כאחד. זו המשמעות הפשוטה בדברי רש"י שכותב (ד"ה "כיון שהגיד") ש"כולה חדא הגדה היא". לפי דברינו כאן, המיגו בסוגיא אינו דין הנאמנות שלהם אלא הוא דין בכללי המגו שדבריהם התקבלו בבי"ד לפי הכללים של הפה שאסר.

רעק"א הבין אחרת, לשיטתו הפה שאסר בסוגיא מגדיר את נאמנותם של העדים שנאמנים מטעם הפה שאסר. כדי להבין את דבריו יש לשאול שאלה נוספת. השאלה הבאה בסוגיא היא מה יהיה פסק הדין במקרה כזה. העדים אומרים שכת"י אבל אנוסים היו, האם נקרע את השטר? קשה מאוד לומר דבר כזה. שהרי מהתורה השטר כשר, "כמי שנחקרה עדותם בבי"ד", ויש לגבות בו. אמנם רבנן לא סמכו על השטר והצריכו קיום אבל אם רבנן לא **סומכים** על השטר ודורשים דבר נוסף ע"מ שיוכל לגבות בו זה עדיין לא נותן להם את הכח לגרוע ממנו ולקרוע אותו. כלומר, מובן הדבר שרבנן יכולים

להוסיף חומרא, סיג, דרישה נוספת ולומר שלא ניתן יהיה לגבות בשטר כל עוד לא קוים, אבל מכאן ועד לחזור אחורה ולקרוע את השטר המרחק רב, שהרי פירוש הדבר הוא לקבוע שהעדות עדיין לא נתקבלה כך שהשטר הוא לא כמי שנחקרה והעדים יכולים לומר אנוסים היינו, קביעה זו שאנוסים היו כלל לא עומדת לדיון מהתורה וכיצד מאפשרים רבנן טענה כזאת?

זו בעצם שאלת תוסי' (ד"ה הרי אלו): "וא"ת ולמה נאמנים, והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים ולא פסולי עדות, דהא לקמן אמרינן תרי ותרי נינהו!" כלומר לא יועיל להם המגו שהרי הם העידו כבר בשעה שחתמו בשטר וברגע זה יש כאן אנן סהדי כפי שלמדנו בדף יט?

תשובת תוסי' היא שבאמת העדים לא יוצאים נגד הכתוב בשטר ובאמת אין הם יכולים לצאת נגד ה"כמי שנחקרה" מדאורייתא. אלא ש"כיון שהצריכו חכמים קיום, הכא לא חשיב קיום כלל מה שאומרים כתב ידינו הוא זה כיון דאינהו גופייהו אמרי תוך כדי דבור קטנים או אנוסים היינו וכו'". העדים פשוט לא קיימו את השטר כשטענו שהם היו אנוסים. כיון שאמרו בתוכ"ד שאנוסים היו, לא נחשב להם הדבר לקיום. האמירה עצמה אפשרית מצד הפה שאסר. כפי שאומרים תוסי' לקמן (ד"ה אין) זהו מעין מגו דאי בעי שתיק, אבל לא מצד הנאמנות שלו, אלא הואיל ואנחנו תלויים בהם הם יכולים שלא לקיים וכשטוענים עכשיו שאנוסים היו בעצם לא קיימו את השטר. השטר לא מקיים אבל לא יותר מזה.

בתוסי' הרא"ש משמע אחרת, לשיטתו יש כאן ממש מגו, מגו דמזויף "וי"ל דלהכי נאמנין, לפי שהן באין בטענת זיוף... דאי בעי אמרי מזויף הוא ובהאי מגו נאמנים אף במקום עדים... דהא אלמוה רבנן לטענת זיוף דיכול כל אדם לומר שטר זה מזויף הוא, אע"ג דמדין התורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד וכו'". אבל בהמשך דבריו מסיים תוסי' הרא"ש בדיוק כתוסי' "...אבל הכא לא חשיב קיום מה שאומרים כתב ידינו הוא זה דהא אינהו גופייהו אמרי קטנים היו..." כלומר זו לא נאמנות אלא פשוט לא קיימו?

נראה שכונת תוסי' הרא"ש היא שבאמת טענתם היא במגו דמזויף אבל הפה שאסר מסיע כאן להסביר למה כשאמרו "כת"י הוא זה" לא הרסו לעצמם את המגו (שהרי מגו בנוי על שתי טענות, טענה נטענת וטענה אפשרית, וכשהם אמרו שכת"י הוא זה הרסו את המגו דמזויף ומה שנוותר להם זה רק זה שאם רצו לא היו באים, אי בעי שתיק, אבל לומר מזויף ודאי שלא יכולים) ועל כך אומר תוסי' הרא"ש שיש להם מגו דמזויף כיון שטענתם האחרונה לא אמרה בעצם שכת"י הוא זה כיון שאמרה קטנים היו ולכן אינה טענת קיום וממילא

יכולים לטעון מזויף. עדיין דברי התורא"ש קשים, זהו לכאורה מעין מגו בתוך מגו, גם יל"ע האם נקרע את השטר כשיטענו מזויף או שנמתין לקיום. התורא"ש מוכיח מזה שלרבנן כ"א יכול לטעון מזויף ויל"ע מה כונתו, האם שנקרע את השטר או שהטענה מועילה רק כדי לעכב את השמוש בשטר?

רע"א מקשה למה תוסי' אינם מקשים את קושיתם על הגמ' (יט,ב), שם מופיע ששני עדים נאמנים לומר שעדי השטר אנוסים היו אם כתיי לא יוצא ממקום אחר, וקשה שהרי זהו מגו נגד עדים כיון שכשאומרים שכת"י הוא זה קיימו את השטר? רע"א מתרץ שתוסי' מבינים שמגו במקום תרי ותרי אמרינן, אמנם מגו נגד עדים לא אמרינן אבל במדה ויש תרי ותרי מועיל המגו. הדבר קשור להגדרת "תרי כמאה" אפשר להבין כך שלשני עדים הכח הגדול ביותר, ע"פ שנים עדים יקום דבר ואין ראייה או נאמנות שעשויה לעמוד נגדם בבי"ד. אך אפשר להבין שתרי כמאה הוא דין בעדות בלבד, עדות של שני עדים שקולה לעדות של מאה. בעדויות שקולים שנים כמאה זהו דין בהתמודדות של עדים נגד עדים אבל תרי ומגו עדיפים על עדים<sup>9</sup> ולכן שם (יט,ב) נאמר מגו כיון שאם לעדים יש מגו הרי שעדותם עדיפה בבי"ד ונקבל דווקא אותם. וכאן אומר רע"א בתורת עדות לא נאמנים אלא בתורת מגו ולכן קשה לתוסי' שזהו מגו במקום עדים. כלומר הבין רע"א שהנאמנות שלהם היא ממש מדין מגו.

גם בדעת תוסי' (ד"ה אין נאמנים) נוקט רע"א, שכונתם לדון מגו כנאמנות. לשאלתם למה לא נאמנים מדין מגו דפרוע, משיבים תוסי' (אחד מהתירוצים) שבמקרה כזה נחשבים העדים חוזרים ומגידיים. ושאל רע"א שחוזר ומגידי לא שייך בדין מגו, חוזר ומגידי זהו דין בעדות אבל כאן הם במעמד של טוענים ולא בתורת עדות. ובלשונו "דהא קושיתם לא היה דלהימני מדין עדות אלא מדין מגו, וא"כ מה ענין זה לאין חוזרין ומגידין...?" כלומר הבין רע"א שתוסי' למדו את הסוגיא כדין מגו. אבל לפי דברינו אפ"ל שתשובת תוסי' היא שחוזרים ומגידיים זהו דין בקבלת עדות ואכן גם כאן אומר תוסי' שהמגו הוא דרך קבלת עדותם ולא סיבת הנאמנות שלהם. ממילא לא נדון כאן מדיני טענות אלא מדיני עדות וגם חוזר ומגידי יהיה שייך כאן.

אמנם אפ"ל שכונת תוסי' היא לטענה ולא לעדות כיון שבהמשך מתרץ שכאן זה לא מגו רגיל אלא אי בעי שתיק, וא"כ אולי כונתו לדון באמת מדין מגו, גם

<sup>9</sup> עיי' קוב"ש ח"ב סי' ד שמבאר את דברי שער המשפט (סי' מו) שבכל תרי ותרי יועיל מיגו לבעל דין ורק לעדים אינו מועיל וכאן אמנם מדובר בעדים, אך רע"א דן בהם לא כעדים אלא כבעלי דין ולכן שייך הדיון הנ"ל. כמו"כ עיי' קצוה"ח קז סק"ב שלמד שאם לא אומרים מיגו לעדים בתרי ותרי ק"ו שלא יועיל מיגו לבעל דין כשיש תרי ותרי.

מקושתית התוסי' שיאמנו במגו דפרוע, משמע שמתכוון ממש למגו. לפי"ז אכן נאמר שהמגו הוא כח הנאמנות שלהם בסוגיא והבין הרע"א שבמגו לא תהיה בעיה של חוזר ומגיד כיון שבתוזר ומגיד הבעיה היא שסותרים דבריהם הקודמים ואלו במגו לא סותרים את עדותם הקודמת.

עדיין עלינו לבאר את הסיבה לומר שמדובר כאן ממש במגו. נראה שהדבר נוגע להגדרת קיום שטרות. רבנן הצריכו כאמור קיום בשטר, אבל יש לדון האם בקיום אנחנו ממש מקבלים עדות. יש מקום לומר שהקיום אינו עדות. בחמשת הדרכים שתקנו רבנן לקיום ישנה גם אפשרות של כתי"י שיוצא ממקום אחר, כלומר זיהוי כתי"י עם כתי"י שיוצא ממקום אחר כמקויים. גם הכרת כתי"י על ידי הדיינים אינו בדרך עדות וא"כ אפ"ל שגם כשהעדים מקיימים את השטר זו לא עדות אלא זה מדין טענה, הסרת החשש שהשטר מזויף ולא ממש עדות על כתב ידם. את השטר ניתן לקיים על ידי השוואת כתי"י עם כתי"י אחר או ע"י זה שהם מזהים את כתב היד אך עדיין לא צריך לומר שזו עדות. ממילא כשאנו מקבלים את דבריהם זו לא עדות אלא טענת שטר מקויים שמסירה את החשש לבי"ד. ולפי"ז אפ"ל שכונת תוסי' היא באמת למגו ככח הנאמנות שלהם.<sup>10</sup>

אבל אפ"ל כאמור שכונת תוסי' לומר שיש כאן חוזר ומגיד כיון שהבין שבאמת אנו דנים בהם כעדים אלא שהמגו כאן הוא צורת הקבלה של דבריהם כך משמע גם בר' חיים ובר"ש שקאפ סימן כ'. לפי הסבר זה דבריהם מתקבלים ללא בעיה של חוזר ומגיד ובעצם אין כאן קיום כיון שבסופו של דבר השטר לא קיים.

כל זה נוגע להגדרת השטר. רבנן שהצריכו קיום לא מעלים את השטר לדין מחודש מן היסוד שהרי כפי שמציגה התורה את השטר היא כמו שנחקרה.

<sup>10</sup> ניתן להביא מקור נוסף לכך שלתוסי' אכן מדובר כאן בכח מיגו ממש"כ שמחלוקת ר"מ ורבנן היא במיגו במקום חזקה (יט,א ד"ה חזקה) תוסי' מבארים בבי"ב (ה,ב ד"ה מל) שהשאלה במגו במקום חזקה היא על כח מגו נגד כחה של חזקה, מי מהם גובר. ולכאורה הבין גם כאן כך שהרי הוא מזכיר בדבריו את הסוגיא בבי"ב. לפי"ז נצטרך לבאר אחרת בתוד"ה הרישאמר שנאמנותם היא לומר שאין קיום ותו לא. נצטרך לומר שתוסי' אומר שהפה שאסר מועיל כאן לומר שאין קיום לשטר כשהם אומרים "כתי"י אבל אנוסים היינו" וממילא עכשיו יהיו נאמנים במגו דאו בעי שתיק כמו שטוען תוסי' לקמן. נאמנותם תהיה לזה שהשטר לא מקויים אבל זו נאמנות מדין מגו. וא"כ המגו כאן: א. פותר את הבעיה של מגו במקום עדים. ב. נותן להם את הנאמנות של אי בעי שתיק.

העדות שבשטר לא עומדת לדיון ולא העדים אלא רק שאלת קיום השטר.<sup>11</sup> לפי זה נגיע להגדרת ביניים שלפיה אין כאן עדות שמבררת ממש אלא קיום של השטר, אבל הגמ' דנה בדבריהם בכללי קבלת עדות, ממילא הסבר הגמ' הוא כפי שבארו תוסי' שהפה שאסר אינו כח הנאמנות שלהם אלא הדרך של קבלת דבריהם, צורת העמדת הדברים שמסרו בבי"ד.

## ד. דין השטר למסקנה ולהלכה

### 1. שיטת הרשב"א

בברייתא יט,ב העוסקת בשתי כיתי עדים מבואר ברשב"א כמו שמתבאר בתוסי' כאן. הרשב"א מבאר שקורעים את השטר אבל מקשה למה שלא ניתן למלוח אפשרות לקיים? הדברים קשים, אם נאמנים פ"י נאמנות ממש לקרוע, לשם מה לתת לו זמן, והרי השטר פסול! משמע שהרשב"א מבין שהשטר לא פסול באמת ובעצם קשה לו קושית תוסי' כאן, איך ניתן לקרוע את השטר רק בגלל שלא עמד בקיום שדרשו חכמים, השטר הרי כשר מדאורייתא?

זו גם תשובת הרשב"א, גם אם יקוים השטר עדיין יהיה כאן תרי ותרי שהרי העדים הפוסלים עדיין יעידו שפסולים היו, לכן לא מקיימים את השטר. לא נחזיק שטר שיגיע לכל היותר להיות ספק. אבל משמע במפורש ברשב"א שקריעת השטר אינה בגלל שהוא באמת מתברר כפסול אלא בגלל שמקסימום נגיע כאן לרובי ספקות על השטר, עדות העדים כך שבכל אופן לא פסלה את השטר אלא פשוט לא קיימה אותו.

נתיבות המשפט בסימן מו מבאר כך סתירה בדברי השו"ע שפסק:

שנים החתומים על השטר ומתו ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר, ובאו שנים ואמרו כתב ידם הוא אבל קטנים היו או פסולין, הרי אלו נאמנים וקורעין השטר וכו' עדים שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואמרו כת"י הוא זה ואומרים בתוך כדי דבור אנוסים היינו מחמת נפשות וכו' הרי אלו נאמנים.

<sup>11</sup> כך משמע גם לקמן כא בסוגיא "שעל מנה שבשטר הם מעידים" לרוב שיטות הראשונים מעידים על כך שהעידו, מאשרים שהעידו, ולא מספרים את העדות עכשיו מחדש, לדבר זה לכאורה אין מקום בקיום.

השו"ע נוקט שבשתי כתות נאמנים וקורעים. אבל בכת אחת אע"פ שנאמנים מ"מ לא קורעים את השטר. הנתיבות שם (סימן כא) אומר: "ואע"ג דלא מהימני אלא במגו דאי בעי שתקו ולא הוי מקיימי ליה לשטר **ושטר שאינו מקויים לא קרעינן ליה**, מ"מ כיון דאף שיקיימנהו ליה לא הוי רק תרי ותרי, לא מועיל רק לענין תפיסה, מש"ה קרעינן ליה השתא **דליכא קיום**, כמ"ש הש"ך ס"ק צט. ולפ"ז בעדים עצמן שאומרים כתיי ואנוסים היינו לא קרעינן דאם יתקיים השטר יהא כשר דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד..."

הנתיבות מבאר כרשב"א שכיון שלכל היותר לשטר יהיה דין תרי ותרי, קורעים אותו כבר עכשיו. אבל זה רק בעדים אחרים, באותם עדים לא קורעים את השטר והסיבה היא שיש חוזר ומגיד בעדותם. ברגע שנקיים את השטר לא נוכל לדון בעדותם שוב בגלל חוזר ומגיד וממילא לא נוכל לקבל את עדותם שאנוסים היינו.

יוצא א"כ שבאותם עדים, העדים פשוט לא קיימו את השטר וכשתהיה עדות אחרת שמקימת לא ניתן לראות בהם עדות שפוסלת את השטר כי אין חוזר ומגיד וממילא לכן לא קורעים את השטר. החוזר ומגיד נובע מכך שעכשיו כשהשטר מקויים הרי שהם כבר סימו עדותם עוד בעבר בשעת הכתיבה כעדי השטר הכתובים בו ואז לא אמרו שהם אנוסים וממילא גם עכשיו לא יוכלו לומר שהם אנוסים, בעצם ברגע שאחרים קיימו "הפה שאסר" כבר לא מועיל להם לקבלת דבריהם.

עד כאן נקטנו כהנחת יסוד, שהקיום שהצריכו רבנן יכול לכל היותר להציב מכשול נוסף בפני השטר, זו דרישה נוספת שלא מחזירה אותנו אחורה וקובעת שהשטר מזויף או לא כשר, אלא פשוט הצריכו רבנן קיום שאם לא יתבצע לא נקרע את השטר אך גם לא נקבלו. באמירת אנוסים היינו השטר פשוט לא קיים.

הרשב"א שם כותב: "אבל ברישא אפי' תפס מפקינן מיניה דהא נאמנין לפסלו. ומיהו אי תפס שלא בעדים לא מפקינן מיניה אלא מהימניה ליה משום הפה שאסר, ולאו מגו במקום עדים קרינן ליה דהא מדינא שטרא כמאן דמקויים דמי, **דמדאורייתא קיום שטרות לא בעי** וכתרי ותרי נהו **אלא דרבנן אנהו דאצטריך ומהימני להני דפסילי טפי כיון דלאו מקויים הוא** ואיתפס בעדים מפקינן מיניה אבל במקום מגו לא מפקינן כיון דמסיע ליה שטרא".

לדעת הרשב"א אין לראות במגו (של התופס בדעים) מגו נגד עדים למרות שעדים מעידים שהשטר לא מקויים. עדי השטר לא מעידים שלא היה מלוח

ויותר מזה, אפ"י את השטר אינם פוסלים שהרי "מדאוי קיום שטרות לא בעי" והשטר כשר. נאמנותם היחידה של העדים היא רק לענין זה שלא נפעל על פי השטר, שבי"ד לא יסמוך על השטר להוציא ממון. לכן אם תפס שלא בעדים ויש לו הפה שאסר, ברור שהעדים לא עומדים מול טענתו כיון שאין זה כלל במסגרת כוחה של עדות הקיום. ממילא מדאורייתא מסייע לו השטר להחזקת הממון.

## 2. שיטת השיטה ישנה' ור"א כהן

בשיטה מקובצת מובא בשם שיטה ישנה מתקדם שלב נוסף ומביא הסבר מיוחד – "הרי אלו נאמנין" – פירשתי וקרעינן לשטרא. וא"ת אמאי מהימני לאו משום מגו דאי בעו לא מקיימי ליה והא אי לא מקיימי ליה לא קרעינן ליה שמא יבואו אחרים ויקיימוהו? שאלת השיטה ישנה היא בדיוק נקודת המוצא שלנו הרי כל הנאמנות שלהם היא לא לפסול את השטר אלא "לא לקיימו" שטר לא מקויים אינו צריך להקרע? "יש לומר כל שני עדים נאמנים הם לכל עדות אלא דהיכא דכתב ידי עדים החתומים יוצא ממקום אחר אינן נאמנין... אבל כל שעה שלא נתקיימו עדים שבשטר ולא נגמרה עדותן נאמנים שני עדים להכחישן ואף על פי שהן מקיימין עדים שבשטר הא איכא מגו דאי בעו לא מקיימי והוה ליה כשני עדים החתומים ובאו שנים אחרים ואמרו אין אנו יודעין אם כתב ידן הוא זה אבל אנוסין היו".

השיטה ישנה מדגיש שכל שעה שלא נתקיימו החתימות – "לא נגמרה עדותם", נראה שכונתו לומר שהסיבה שנקרע את השטר היא שכשהתורה אמרה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד זה היה אם באמת הם החתומים. כל עוד שלא נתברר לנו האם הם החתומים לא נחקרה עדותם. כאשר נותרו לנו דברים לברר בעדות העדות עדיין לא נחקרה. ברגע שרבנן הצריכו קיום נוצר מצב שהעדות לא נגמרה. מצד העדים שבשטר עוד לא נתבררה זהות החתימות ולכן יכולים לבא מדין עדות ולומר שהשטר פסול.<sup>12</sup>

עד כאן נקטנו שהשטר הוא כמי שנחקרה ובנתון זה נפתח הדיון בשטר בבי"ד. בשיטה ישנה מתברר שהנתון של ה"כמי שנחקרה" ניתן לערער.

<sup>12</sup> וכך דעת הגר"ש רוזובסקי בזכרון שמואל סימן מג אות ב.

הש"ך (מו, ט) מביא את שיטת ר' אביגדור כהן: **"דהא דקיום שטרות מדרבנן היינו היכא דליכא הכחשה**. וההיא דריש גיטין ה"פ בדין הוא דבשאר שטרות לא ליבעי תרי היכא דליכא הכחשה כדר"ל דאמר עדים החתומים וכו' **ורבנן הוא דאצרוך קיום בשאר שטרות בתרי אפי' היכא דליכא הכחשה** כגון בבא ליפרע שלא בפניו או מיתומים ולקוחות ולא גבי עד דמקיים ליה בתרי... אבל היכא דבעל דין לפנינו ואומר מזויף הוא אפי' מדאורייתא בעי קיום..."

דברי הר"א כהן עומדים בניגוד למה שנקטנו עד כאן- שהשטר מדאורייתא הוא כמי שנחקרה והצורך בקיום הוא דין נוסף מדרבנן. הרב אביגדור כהן אומר שכל זה נכון אלא אם כן טען בעל הדין מזויף שאז **מן התורה יש לקיים את השטר**. וצ"ב, כיצד טענת מזויף תבטל את ה"כמי שנחקרה" מדאורייתא?

נראה שעל כרחנו לומר שר"א כהן מגדיר אחרת את ה"כמי שנחקרה" של השטר. עד עכשיו נקטנו שזה ששטר הוא כמי שנחקרה זו עובדה מכח היותו שטר, מהות השטר מגדירה אותו שהוא כעדות שנחקרה ואף יותר מזה, לכן כל דיון שיתפתח על השטר בבי"ד יבא לאחר הנתון הבסיסי הזה ולא יפגע בו. אבל הר"א הכהן מבין שהכמי שנחקרה אינו נתון הפתיחה של השטר אלא זו תוצאה. שטר שלא התעורר כלפיו חשד כלשהו בבית דין יש לברר אותו מן התורה. ורק במדה שלא התעורר חשד במהלך הדיון, יוגדר השטר שהוא כמי שנחקרה מדאורייתא. כשבעל הדין טוען נגד השטר שהוא מזויף מתעורר חשד כלפי השטר ומדאורייתא צריך לקיימו. לעומת זאת שטר שלא נטענה כלפיו כל טענה מוגדר כמי שעדותו נחקרה בבי"ד. כאן באו חכמים והצריכו קיום בכל השטרות.

כאמור, לפי דברי הרב אביגדור הכהן הגדר של כמי שנחקרה אינו נתון פתיחה, אלא זו תוצאת הדיון. כתוצאה ממערכת של חזקות ושיקולים שונים קבעה התורה כלל, שטר הוא כמי שנחקרה, ברגע שמציאות זו מתערעת הערכתנו כלפי השטר תשתנה.

### **3. שיטת הרמב"ם**

הדיון בדברי השיטה ישנה ובדברי הרב אביגדור הכהן מביא אותנו לפסק הרמב"ם בסוגיא.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> עיסוק מרחיב וממצה בדברי הרמב"ם מצריך עיון מקיף בשתי סוגיות נוספות, האחת בענין שטר כעדות כתובה והשניה במשנה כ,ב. אנחנו לא נעסוק כאן בשתי סוגיות אלו ורק נצביע על כיוון הבנה אפשרי ברמב"ם. ועיין לעיל הערה 2.

הרמב"ם פסק שבשטר יש בעיה של מפי כתבם וכתב כך (עדות ג,ד): "דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מפי כתב ידן. אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אף על פי שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי".

ואילו שם ו,א נקט: "כבר ביארנו שקיום שטרות מדבריהם כדי שלא תנעול דלת בפני לוי".

דברי הרמב"ם צ"ע שכן כתב (ג,ד) שדנים בעדות בכתב כדי שלא תנעול דלת, ואילו בפרק ו כתב שקיום שטרות הוא כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, אך את השטר עצמו קבלנו גם בלי הטעם הזה. מפשטי סוגיות עולה שאין בשטר חסרון של עדות כתובה. אדרבא, שהשטר הוא כמי שנחקרה מדאורייתא ולא מדרבנן. (גיטין ג,א: "ורבנן הוא דאצרוך (קיום)").

נראה שהרמב"ם הבין שמרגע שהצריכו רבנן קיום לא מתקים בשטר "כמי שנחקרה". הסיבה שהשטר הוא כמי שנחקרה ואין בו חסרון של עדות כתב, היא שנסתיימה העדות שנכתבה ואולי אף נמסרה.<sup>14</sup> וכיון שתם הדיון בעדות הרי היא כמי שנחקרה. מרגע שהצריכו רבנן קיום (בגלל לא תנעול דלת) נוצר מצב מחודש, שלמרות שהשטר נכתב ונמסר, הדיון בו עדיין לא תם. לפני דין הקיום העדות כאילו נאמרה מפיהם של העדים כיון שהדיון בה תם והשטר היה רק רישום של העדות שכבר היתה. אך כשהצריכו קיום נוסף שלב לעדות, הדיון בה לא תם עדיין והעדות לא הסתיימה. לכן עדות השטר נחשבת עדות בכתב ותקנו רבנן שתתקבל כדי שלא תנעול דלת.<sup>15</sup> לפי"ז נבין את דברי הרמב"ם עדות ג,ו:

"עדים החתומים על השטר הרי זה כמי שנחקרה עדותן בבית דין ואין יכולין לחזור בהן. במה דברים אמורים כשאפשר לקיים השטר שלא מפיהן כגון שהיו שם עדים שזה כתב ידן או שהיה כתב ידן יוצא ממקום אחר, אבל אם אי אפשר לקיים את השטר אלא מפיהן ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו, קטנים היינו קרובים היינו מוטעים היינו הרי אלו נאמנים ויבטל השטר".

<sup>14</sup> עיין הערה 2 וכן רי"ף יבמות ט,א "אבל שטרא דנפיק מתותי ידיה דבעל זין לא אמרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם הוא דהא מעידנא דחתמי בשטרא ויהבי ליה למריה לא יכלי למהדר בהו והוו להו כמי שנחקרה עדותן בבי"ד... הלכך מפיהם קרינא ביה ולא מפי כתבם הוא וכי"י ויש להאריך עוד בביאור הרי"ף ואכמ"ל.

<sup>15</sup> יסוד באור זה שמעתי בשם הרב מישקובסקי.

הרמב"ם פסק, שכשאותם עדים אומרים כתב ידנו הוא זה אבל אנוסים היינו נאמנים הם לבטל את השטר. סיבת נאמנותם מתבהרת לפי הניסוח בחלק הראשון של ההלכה – אין כמי שנחקרה. כמי שנחקרה מתקיים רק כשניתן היה לקיים את השטר שלא מפיהם; לפני הקיום אין כמי שנחקרה כלל ולכן העדים עצמם יכולים לקרוע את השטר שהרי עדותם נמשכת וטרם נסתיימה.<sup>16</sup>

לסיכום: הראנו בסוגיא מספר כוונים מרכזיים שמגדירים את היחס בין מעמד השטר לפני שתקנו קיום למצבו לאחר שהצריכו רבנן קיום. באופן פשוט נקטנו שכשחכמים קבעו קיום הם אמרו שלא ניתן לסמוך על השטר וצריך שלב נוסף שבו יתברר האם הוא מזויף, בזה ראינו שתי אפשרויות:

**שיטת ר' עקיבא איגר בתוס'** – נאמנותם של העדים לחזור ולהגיד מדין מגו.

**שיטת ר' חיים והגרשש"ק** – מדובר בעדים ובכללי עדות אבל המגו מגדיר את צורת קבלת דבריהם מדין הפה שאסר שעל ידו נוצר מצב שאין חוזר ומגיד.

לפי דרך זו לא נקרע את השטר על פיהם כיון שרבנן לא פגעו ב"כמי שנחקרה" של השטר שקיים מדאורייתא אלא פשוט דרשו ברור נוסף על אמיתותו. מדאורייתא נותר השטר אותו הדבר.

מאיידך גיסא ראינו כיוון נוסף בראשונים - מעמד השטר נפגע כשצריך קיום: **שיטת הרב אביגדור הכהן** – טענת מזויף פוגעת ב"כמי שנחקרה" אפי' מדאורייתא. ה"כמי שנחקרה" הוא תוצאת הדיון בשטר. **שיטת השיטה ישנה** – כשנקבע שצריך קיום בטל ה"כמי שנחקרה" של השטר, ברגע שקבעו רבנן שצריך קיום הם הגדירו שהעדות לא נסתיימה עדותם ובטל ה"כמי שנחקרה". ממילא נקרע את השטר על פיהם, וכן כתב התיבנות.

מכאן הגענו לשיטת הרמב"ם שנוקט שכיון שלא תמה עדותם, בטל ה"כמי שנחקרה" וחזר השטר להיות עדות בכתב.

<sup>16</sup> להשלמת ענין זה יש לעיין ברמב"ם בפרק ח ואכמ"ל.

### ה. משמעות הצורך בבית דין לקיום השטר

לאור המתבאר קיימת מחלוקת הפוסקים לגבי הצורך בבית דין בקיום השטר.

הגמרא (כא, ב) עוסקת בדרכי הקיום של השטר: עדים, דיינים המכירים כתב ידי העדים וצירופם זה לזה. בין השאר מסיקה שם הגמ' ש"דיינין המכירין חתימת עדים, אינן צריכין להעיד בפניהם".

בבאור דברי הגמ' תוסי' עונים על קושיא נסתרת, למה היתה הו"א לומר שלא תועיל ידיעת דיינים, והלא אין שמיעה גדולה מראיה? וז"ל: "דקס"ד דצריך להעיד בפניהם אף על גב דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, לפי שהיו נראין יותר ב"יד כשאינן מעידין בפניהם אין נראה אלא כעד מפי עד, ומטעם זה הצריכו ג' בקיום שטרות דהוה סגי ב' אלא משום דבעינן שיהא ב"ד כדפרישית".

בתוסי' מבואר שמצד עצמו, קיום השטר היה מועיל בשני דיינים אלא שישנה בעיה של עד מפי עד ולכן הצריכו ג'. מתוסי' עולות מספר הגדרות שקשורות לתפקיד הבי"ד בקיום השטר, נדון בנקודה אחת.

השו"ע פסק (מו, ד) – "אין מקיימין שטרות אלא בג' מפני שהוא דין... הגה ואם קיימו בשנים לא הוי קיום".

הרמ"א נקט כדברי תוסי' ובאופן פשוט כתב שלא יקיימו אלא בשלשה כיון שבשנים ישנו חסרון של עד מפי עד.

הסמ"ע בסק"ז שם באר את דברי הרמ"א אחרת: "בשנים לא הוה קיום": משום דהוה ליה כעדים מפי עדים דלא מהני אבל בג' דהן בית דין מקיימין חתימתן ואז הבית דין הדנין על שטר זה לאחר זמן הוה ליה כאילו שמעו העדות מעידי השטר עצמן. והיינו דוקא כשאין הן עצמן מכירין חתימת עדי השטר, אלא שעדי החתימה מודים לפניהן שהוא חתימתן. אבל כשהן עצמן מכירין החתימות הוה ליה כאלו מעידיהם על מנה שבשטר...".

הסמ"ע מחלק בין מצב שבי"ד לא מכיר את חתימת העדים ונאלץ לסמוך על עדים שיעידו על חתימתם, ואז צריך ג'. אבל כשבית הדין עצמו מכיר את החתימות ניתן לקיים אפילו בשנים. הסמ"ע הבין שמצד תהליך הקיום עצמו אין צורך בשלשה דיינים ולכן הסיק שבמצב בו שני דיינים מכירים את החתימות די בכך.

בשיטת הסמ"ע מתבאר שכשהצריכו חכמים קיום הם לא הוסיפו שלב דיני נוסף לדיון בשטר אלא הציבו תנאי או דרישה, שכאשר סומכים על השטר צריך לדעת שהוא שטר אמת. בירור ידיעה כזאת אפשרי גם בשנים שברור להם שהשטר אמת. הצורך בשלשה דיינים נדרש רק כאשר הם מקבלים עדות מעדים אחרים על החתימות, אז ישנה בעיה של עד מפי עד כיון שהעדים מוסרים עדות לבית הדין ואם הוא של שני דיינים הרי שזה שני עדים שמקבלים משני עדים. אבל זו בעיה בסדרי דין. מצד עצם השטר מספיקה עדות על החתימות והשטר מקויים.

הט"ז והקצות הסכימו עם הסמ"ע והוסיפו נקודה אחרת, (נראה שהסמ"ע רמז לה בתחילת דבריו). לדבריהם השטר אמנם מקויים בשני דיינים שמכירים אותו וניתן לגבות בו אבל אי אפשר להסתמך על קיום כזה בבי"ד אחר.

הבעיה לפי דבריהם היא ביכולת לסמוך על קיום **שנכתב** ע"י שנים בבי"ד אחר.

ההבדל בין השטר לקיום הוא שהשטר הוא "כמי שנחקרה" והקיום הוא עדות בכתב. וכלשון הקצות "ואם כן... שנים המכירים חתימת עדי השטר, לכאורה הוי עד מפי עד כיון דאין מכירין בעצמן עדי השטר אלא אלו מעידין שמכירין והוה ליה כמו שאמרו אדם נאמן אמר לנו שיש לזה אצל זה, אלא דכיון דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין לא הוה עד מפי עד... וזה יתכן בעדים החתומים על השטר יכולין אחרים להעיד על חתימתן ולא הוה עד מפי עד כיון דעדים החתומים בשטר נעשה כנחקרה בבי"ד. **אבל שנים החתומים על הקיום** אם אין הבי"ד מכירין חתימת אלו העדים ויבואו אחרים להעיד על חתימתן של אלו בזה ודאי הוי עד מפי עד **דהא אלו שנים הבאים על הקיום אין עליהם תורת שטר**... אלא מפי כתבם ממש...".

הקצות מחלק בברור בין שטר שהוא כמי שנחקרה ולכן עדות על עדי השטר אינה כעד מפי עד שהרי זו עדות שכבר נתקבלה בבית דין. לעומת זאת הקיום עצמו צריך להעשות ב-ג' אחרת הוא נחשב עדות על השטר והוא עדות בכתב ממש ואם יבא כתב קיום כזה, לפני בי"ד אחר שלא מכיר את חתימות הדיינים, לא ניתן לסמוך עליו אפילו מפי עדים כיון שבזה יהיה עד מפי עד. כל זה בשנים, אך אם שלשה חתמו הרי זה מעשה בי"ד ולא כתב עדות.

דברי הסמ"ע אפשריים רק לאור החבנה שהבנו לעיל בדברי התוס' והרשב"א, שכאשר דרשו קיום לא פגמו בשטר בכהוא זה אלא הוסיפו מגבלה, דרישה

שלפני שנשתמש בשטר צריך לאמת אותו. העדות כבר התקבלה ונחקרה אלא שרבנן הוסיפו מגבלה בלבד.

הש"ך (סי"ו) הבין אחרת והקשה על הסמ"ע שהצורך בבי"ד לקיום הוא מהותי ביותר: "...ולא נהירא לי דאף כשמכירים החתימות הלא לא היו אצל ההלואה אלא על חתימת ידן הן מעידים ולא על מנה שבשטר והילכך צריך שלשה דאם לא כן הוה ליה כעד מפי עד אע"פ שמכירים החתימות..."

לדברי הש"ך עדות על חתימות, אפי"א אם מכירים הדיינים את החתימות הוא עד מפי עד. הסמ"ע והקצות נקטו שכשהדיינים מכירים את החתימות די לנו בשנים כיון שהשטר כמי שנחקרה, וכשמכירים את החתימות הם שומעים את העדות שבשטר שנתקבלה כבר בעבר. אבל הש"ך מבין שעדות השטר לא נתקבלה עדיין, ועדיין לא נחקרה ולכן שנים שמכירים החתימות לא שומעים כאן עדות שנתקבלה בבי"ד אלא שומעים עדים המעידים כעת.

הש"ך מבין לפי זה שעדות השטר לא נחקרה עדיין, כיון שצריך קיום אין כאן עדות אלא עדים בלבד ותפקיד בי"ד בקיום הוא **לקבל את העדות עכשיו** וכל זמן שלא ישב כאן בי"ד אין כאן עדות. דברי הש"ך קרובים מאוד להבנה השניה אותה הצגנו בסוגיא לעיל שלפיה הצורך בקיום קובע שהשטר לא נחקר ועדותו לא נתקבלה עדיין. קיום השטר הוא שמקבל את העדות.

## ו. שיטת רבי מאיר

הגמ' בארה שר"מ סומך על חזקות ואומדנות שונות (חזקה ששטר נעשה בגדול, מלוה מידק דייק) והראשונים בארו שהמחלוקת היא במגו במקום חזקה, כלומר גם רבנן מסכימים לחזקות האלו באופן עקרוני אבל חולקיים בגלל מגו במקום חזקה. אבל למסקנת הגמ' המחלוקת היא במודה בשטר שכתבו: "אלא טעמא דר"מ כדרב הונא אמר רב דא"ר הונא אמר רב מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו". יש לבאר שני דברים – א. כיצד מסביר דין מודה בשטר שכתבו את שיטת ר"מ כאן. ב. מהי דעת רבנן במודה בשטר.

רש"י מבאר כאן שמודה בשטר שכתבו זו אוקימתא. כאן בסוגיא מדובר במודה בשטר שכתבו ולכן לר"מ כאן בסוגיא לא צריך לקיים את השטר. המקרה כאן בסוגיא יהיה לפי"ז, שהלוח מודה שכתב את השטר, במקרה כזה שממש הודה שכתב, השטר בעצם קיים ולכן המלוה ל"צ לקיים אותו עכשיו בעדים. לרש"י הסיבה היא – "דמכיון שאמר כשר היה, הרי הוחזק השטר וכי אמר פרעתיו לא מהימן שהרי ביד המלוה הוא". אחרי שהודה לא

יוכל לומר שפרע את השטר, אין לו טענת פרוע. משהודה, השטר מוחזק ביד המלוה, הודאתו אינה רק באמיתות השטר, אלא מקנה למלוה את היכולת לגבות בשטר. טענת פרוע אינה מתקבלת וממילא אין הפה שאסר, שהרי אין לו טענה לטעון.

כך גם מתבארים דברי ר"מ בסוגיא שלנו "ור"מ נמי דאמר אין נאמנים לפסלו במודה ליה שכתבו קאמר וקסבר, לא צריכינן תו לעדים ולא אפומייהו מקיים שטרא". כיון שהודה בשטר לא צריכים שוב לעדות העדים "שלאו אפומייהו מקיים שטרא", וממילא גם האמירה שהיו אנוסים אינה משמעותית.

ברשב"ם בב"ב (קנד) מוסברת המחלוקת בצורה דומה. מ"ד שמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו אומר שלא יועיל הפה שאסר נגד שטר. א"א לטעון נגד שטר כיון ש"סתם שטרות הרי הם כשרים ובשטרות לא נימא הפה שאסר", ברגע שקיים השטר הוא מקויים לכל דבריו ולא ניתן לטעון נגדו כל טענה נוספת. לרבנן לעומ"ז אפשר לטעון טענות אחרות נגד שטר, לכן מודה בשטר שכתבו צריך עדיין לקיימו כדי למנוע מהמלוה להיות נאמר במגו. אם מקיימו לא יהיה ללוה הפה שאסר שהרי לא הוא האוסר וממילא לא הוא המתיר.

גם לעדים שהשטר מתקיים על פיהם – יש הפה שאסר (משמע לפי הרשב"ם שנאמנותם אינה לקרוע אלא שלא מקויים השטר על פיהם עיין ד"ה ר"מ – "דהודאת נותן שטוען כתבתיו לא מהניא מידי" וכן בד"ה "בהחיא קאמרי" – "דאעי"ג שמודה ליה שכתבו, לא חשיב קיום").

בהו"א בב"ב שם לפיו ר"מ יודה לרבנן בעדים כלומר שבסוגיא שלנו כשעדים מודים וטוענים טענה אחרת של אנוסים היינו ר"מ יודה, למסקנה שם בסוגיא רבנן מודים למודה בשטר שכתבו שאין צריך לקיימו אבל חלקן בעדים כלומר מחלוקת רבנן ור"מ לפי הגמ' בב"ב אינה במודה בשטר אלא בעדים שמקיימים וחוזרים בהם מסיבה אחרת. הסיבה לחלק בין עדים לשטר היא ש"עדים אלימי" כלשון הגמ'. כלומר למרות שלוח לא יוכל לטעון נגד שטר שהודה בו לעדים יש יותר כח ולכן הם אלימי. טענות שהלוח לא יוכל לאורועי בהן לשטר כי אין לו נאמנות לטעון אותם נגד שטר שקיים, ויכלו העדים לטעון כיון שיש להם יותר כח מללוה.

תוסי' כאן אינם מבארים את ר"מ באוקימתא אלא אומרים שזו שיטת ר"מ, טעמא דר"מ הוא שיטתו במודה בשטר שכתבו שאין צריך לקיימו, וזה מה שעומד מאחרי דבריו כאן בסוגיא.

בתוסי' (ד"ה מודה) מבואר שהבעיה אינה שאינו נאמן בטענה הנוכחית אלא בטענה שיכול היה לטעון, טענת המגו.

"ופירש הקונטרס במקו"א דטענא משום דד"ת א"צ קיום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד. ורבנן הוא דאצרכוהו קיום כי טעין מזויף הוא, אבל בשאר טענות כגון פרוע הוא, לא הצריכוהו קיום".

נראה שביסוד דברי תוסי' נקודה אחת, והיא, שלמדה בשטר אין מגו כיון שהמודה אבד את ההזדמנות שהיתה לו, הוא כבר לא טען מזויף. רבנן הצריכו קיום כשטוען מזויף אבל אם לא טען מזויף אין לו מגו שיכול היה לטעון כך.

אפשר להציע שני הסברים :

א. חכמים הצריכו קיום כשיש חשש מזויף וכשהלוה עומד וצוח שהוא מזויף, מתעורר אצלנו חשד שאולי הוא אכן כזה. אם לא טען לא נתעורר כל חשד ולכן לא נצריך קיום מגו לא יהיה כי בסופו של דבר לא טען הקיום בא בשביל להסיר את החשש. בדומה לזה במחאה מול חזקה בקרקע, המחאה יוצרת חשד שהמחזיק לא יושב כדן וכדי להסיר את החשש עליו להציג את שטרו, אבל אין מגו שהייתי מוחה.

ב. חכמים קבעו שדווקא טענת מזויף אפשר לטעון נגד שטר. טענת מזויף מצריכה קיום, לא בגלל שיוצרת חשש אלא שרבנן קבעו שבשטר, שמעיקרא אין בו כל חשד ניתן לתבוע קיום בטענת מזויף, זהו דין בטוען ונטען, רבנן תקנו טענה נגד שטר. (מובן שהסיבה לתקנה היתה שזייפו שטרות אבל כתוצאה מחשש זה עצבנו את דין השטר בצורה מסוימת). לכן לא יהיה מגו כיון שרק אם טוען מזויף הוא תובע קיום אך כל זמן שלא טען זו לא טענה פוטנציאלית, רק המצב שבו עומד אדם וטוען נגד שטר מזויף, ובכך תובע את הקיום של השטר, הוא המצב שבו נתקן קיום שטר. רק טענת מזויף מתקבלת.

נראה שההסבר השני נכון יותר. תוסי' (ד"ה טעמא) מבארים את הגמ' בסוגיא שלנו כך שר"מ אמר שמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ורבנן מסכימים לו אלא שר"מ לא נצריך קיום בעדים "ה"ז אומר ר"מ בעדים דאע"ג דאלימי לא פסלי שטרא במגו" ואלו לרבנן עדים אלימי. יש להתבונן בדברי תוסי', כיצד משתלב הענין שעדים אלימי במודה בשטר? אם מודה בשטר פי' שכשאינן טענת מזויף אין חשש ולכן לא צריך לקיים, למה שיהיו עדים אלימי, הרי אמרנו שאין מגו במודה בגלל שלא טען מזויף וכך נאמר גם בעדים שלא

צריך לקיים כיון שלא נטענה טענת מזויף ולכן אין כל חשש ולא נוצר הצורך לקיים. אבל אם נלך בדרך השניה ונאמר שללוה אין טענה אחרת מלבד טענת מזויף, אפ"ל שלעדים תהיה גם טענה אחרת. ללוה לא האמינו אלא בטענת מזויף, שאם נטענה נטענה ואם לא – לא. ר"מ אומר שכך הדין גם בעדים, ברגע שהשטר מקויים כל דין השטר חוזר לקדמותו כמו שהוא מדאורייתא ואין כל טענה אחרת נגד שטר. רבנן אומרים שעדים אלימי, עדים תזקים יותר ואמירתם עושה יותר רושם מטענת הלוה ובגלל זה יכולים לטעון טענות שללוה אין. (נמצא לפי"ז ששיטת תוסי קרובה מאוד ואולי זהה לשיטת רשב"ם ורש"י ויתכן שכל מחלוקתם היא בשאלה האם "מודה בשטר" זו אוקימתא או עמדה עקרונית כאן בסוגיא).

מנקודה זו בסוגיא עולה מתי הצריכו חכמים קיום. עד עכשיו ראינו שתי נקודות: א. על מה מעיד השטר. ב. מה המעמד של השטר בעקבות דין הקיום. כאן מתברר מתי הצריכו חכמים לקיים שטר, מה גורם את הצורך לקיים, וממילא כנגד מה לא שייך בכלל להצריך לקיים את השטר.<sup>17</sup>

לפי מה שבארנו ניתן בהחלט לומר שהסוגיא ממשיכה כאן את הקו שבררנו לעיל: אמרנו שכשרבנן מצריכים קיום הם לא מעמידים את כל השטר לדיון נוסף אלא רק את השאלה המעשית האם לסמוך עליו או לא. רבי מאיר אומר שדבר זה מגדיר גם את הקף הטענות שאפשריות בדיון מסוג זה. השטר עולה לדיון בדבר אחד בלבד: שאלת אמיתותו, ומזה נגזרות גם הטענות הרלוונטיות לדיון מסוג זה. כל טענה או עדות שלא נוגעות לנושא זה אינן בדיון כלל. רבנן אומרים שאמנם הלוה לא יוכל לטעון אבל עדים עדיין לא יקיימו את השטר בצורה כזאת. כלומר, הדיון אמנם מהוה נפ"מ לקיום בלבד אבל עדיין תלוי מה משקל הטענה שעומדת מולנו. לרבנן ישנה אפשרות עקרונית גם לטענות אחרות (שהנפ"מ היחידה שלהן תהיה האם לקיים את השטר, כדלעיל) אלא שכאן החלוקה בין עדים ללוה. כטענה- אינן משמעותיות ואין לו טענה אבל בעדות הקיום אנו אומרים, שכיון שאלו עדים הרי שלא נתקיים השטר על ידם.

<sup>17</sup> ברמב"ם אפשר להציע פירוש אחר לעובדה שעדים אלימי. בדבריו משמע שהעדים שמעידים מוסרים עכשיו את עדותם (עיין עדות ח, ד) ואפ"ל שיהיו נאמנים אפי' לקרוע את השטר כי הם חוזרים מעדותם שטרם נתסיימה. לפי"ז המשמעות של עדים אלימי היא שיש להם את הכח להפקיע את השטר ולקרועו כיון שעכשיו הם מוסרים את עדותם. (ברמב"ם עדות ג, אכן משמע שקורעים את השטר). שיטת הרמב"ם כולה מחייבת עיון בסוגיות נוספות ואכמ"ל.

## ז. טענות אמנה, מודעה ותנאי

עד עכשיו דנו ב"כמי שנחקרה" שבעדות השטר, השטר לפני הקיום ולאחר הקיום ומה כלול בעדות השטר. חלק מהדיון היה סביב השאלה עד כמה יכולים רבנן לפגוע בשטר כשהם מצריכים קיום ובאיזה מרכיבים בשטר פוגם החסרון שהשטר לא מקויים. ההגדרה המרכזית שהגדרנו היתה שהדיון הוא סביב החתימות בלבד, עצם העדות וקבלתה בבי"ד. כל זה לא נוגע לכאורה לתוכן השטר. אין הו"א לכאורה שהעדים יוכלו לחזור ולשנות לפני הקיום את הזמן הכתוב בשטר, שאלה זו לא נדונה כלל ולא נפתחה לדיון בעקבות הדרישה לקיים את השטר. ובכל זאת בדף יט דנה הגמ' בשאלה האם יוכלו העדים לומר אמנה היו דברינו, מודעה היו דברינו ותנאי היו דברינו. נראה שגם הדיון באמנה, מודעה, תנאי קשור לקיום כיון שהוא נוגע לנתינת התוקף לשטר כשטר ולא סתם לתוכן עדותם, השאלה היא איזה שטר עומד לפנינו מבחינה מהותית. לאור הבנה זו יש לבאר דברי הגמ' בראשית הדברים:

"ארי" א"ר האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן, דקאמר מאן וכו' אלא דקאמרי עדים אי דכתב ידם יוצא ממקום אחר פשיטא דלא מהימני ואי דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ודקאמרת אמאי לא מהימני כדרב כהנא דארי"כ אסור לו לאדם שישהה שטר אמנה בתוך ביתו וכו'".

בהו"א נקטה הגמ' שאם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר צריכים להיות נאמנים, כך גם ברב כהנא נשארתי הבנה זו אלמלי אין אדם משים עצמו רשע. הדבר תמוה, שהרי זה שרבנן הצריכו קיום לא פותח את הדיון בשטר מחדש. עלינו לומר כפי שהסברנו, שהדיון כאן נוגע עדיין למהותו של השטר ולשאלה באיזו צורה הוא מוצג ומתקבל כאן בבי"ד. מהו תוקפו וכיצד הוא מתקיים כאן בבי"ד?

שיטת רב נחמן – "אמר רב נחמן עדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנין. מודעה היו דברינו, אין נאמנין. מ"ט – האי ניתן ליכתב והאי לא ניתן ליכתב".

טעמו של רב אשי הוא שמודעה ניתנה ליכתב, רב נחמן לא מחלק ומשמע מכאן שהטעם שניתן ליכתב לא מהוה נפ"מ לרב נחמן.

נראה לומר שלרב נחמן "שטר", באופן מהותי, אינו שטר אמנה, דיון זה לא קשור כלל לדיון הקודם, לא צריך גם להגיע לחזור ומגיד כדי להסביר למה לא נאמנים בטענת "אמנה". חוזר ומגיד זו בעיה בדיני עדות אבל נראה שדינו

של רב נחמן מייסד על הנחה לפיה "שטר" ושטר אמנה הם שני דברים הפוכים. מרגע שנכנסנו למסגרת הדין בשטר אין כל יסוד להניח או לטעון שיש כאן שטר אמנה, שטר אינו "שטר אמנה" בדיוק מהסיבה שהוא "שטר". הגמי' בב"ב מסבירה זאת "דלא אתו על פה ומרעא לשטרא" זו התבוננות עקרונית שאומרת שכיון שאנו עוסקים בשטר יש דברים שכלל לא באים בחשבון.

### 1. שיטת רש"י ותוס'

נראה שבדרך זו הולך רש"י (בד"ה אין נאמנין) שכותב – "דלא אתי על פה ומרע ליה לשטרא". גם תוס' נוקטים בדרך זאת – הם מקשים – "דאמאי לא מהימני במגו דהא רב נחמן גופיה אית ליה לעיל מגו לפסול השטר דקאמר כי אתו לקמן לדינא אמרינן להו זילו קיימו שטריכו וחותרו לדינא דמהימן לומר פרוע במגו דמזויף וכ"ש עדים דאלימי לאורועי שטרא כדאמר במי שמת?"

קושית תוס' היא שלרב נחמן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו כלומר למרות שהודו בשטר יש להם מגו, וא"כ למה באמנה ומודעא לא?

ר"י בתוס' מחלק בין מצב שבו יש לפנינו שטר שלא נכתב כדין לבין שטר שנכתב כדין וטוענים שזה שטר אמנה. בשטר שלא נכתב כדין, אין לפנינו שטר ולכן ניתן לטעון נגדו, במצב כזה, (כבדף יח), השטר כלל לא קוים, אבל משמעות טענת אמנה היא שיש שטר אבל הוא אמנה, וטענה כזאת אינה אפשרית, א"א לומר על שטר, שלפי דברינו נכתב כהלכתו, שהוא שטר אמנה, זו טענה ("על פה") שכלל לא עומדת נגד שטר, זו טענה שאינה אפשרית, שטר אינו שטר אמנה.<sup>18</sup>

בתנאי הדין שונה לחלוטין "בעא מיניה רבא מרב נחמן, תנאי היו דברינו מהו: מודעא ואמנה היינו טעמא דקא עקרי ליה לשטרא והאי נמי קא עקר לשטרא, או דלמא תנאי מלתא אחריתי היא? א"ל כי אתו לקמן לדינא

<sup>18</sup> כך מבואר גם בתוס' בב"ב מה,ב ד"ה אמר. על שאלת תוס' משיבים – "ותי' ר"י דהיינו טעמא במודעא ואמנה לר"י, הואיל ואמר שהשטר נכתב ונמסר כהלכתו, שוב לא אתי על פה ומרע לשטרא אפילו במגו **ודמי נמי לחוזרין ומגידין**...". תוס' לא אומרים שזה חוזר ומגיד אלא שהדבר דומה לחוזר ומגיד, הסיבה היא, לפי דבריו שם, שרבנן לא הצריכו קיום אלא בטענת מזויף, כל טענה אחרת לא מסוגלת להרע שטר מקויים. הסיבה שאנוסים היינו מרע שטר היא שבסיום דבריהם אין שטר, אבל באמנה הם אומרים שיש שטר אלא שטוענים שזהו שטר אמנה. אמנם בתוס' בב"ב משמע שהדגש ב"לא אתי על פה ומרע לשטרא" הוא בעובדה שכבר קיים שטר ונראה מדבריו שאף באנוסים היינו אם יש שטר לא יאמנו בגלל שכבר יש שטר ולא בגלל חוזר ומגיד. וצ"ע.

אמרינן להו זילו קיימו תנאייכו והותו לדינא. עד אומר תנאי ועד אומר אינו תנאי: אי"ר פפא תרויהו בשטרא מעליא קא מסהדי והאי דקאמר תנאי הוה ליה חד ואין דבריו של אחד במקום שנים. מתקיף לה ר"ה בריה דר"י אי הכי אפי' תרויהו נמי! אלא אמרינן הני למעקר סהדותיהו קאתו, האי כמי למיעקר סהדותיה קאתי, והלכתא כר"ה בריה דר"י".

הגמ' משוה את תנאי לאמנה ומודעא ומתלבטת; אמנה ומודעא "קא עקרי לה לשטרא" עוקרים את השטר לגמרי ופוגעים בעיקר השטר אבל תנאי נוגע לתוכן השטר במידה מסוימת, עדיין יש שטר אלא שהוא שטר בתנאי. תנאי מפקיע את השטר הספציפי שלפנינו אבל אינו יוצא נגד שם "השטר" באופן כללי. שאלת הגמ' היא האם מצב כזה הוא כמו טענת אמנה ומודעא שעוקרות את השטר לגמרי ולכן הגדרנו שבהן אין כלל טענה, או שכיון שהמשמעות של התנאי היא רק לגבי הרלוונטיות של השטר כאן, זה מועיל. רש"י מבאר (ד"ה אלא) שההו"א לקבל טענת "תנאי היו דברינו" היא ש"על כרחך לאו חתימה מקוימת היא דכיון דתוך כדי דבור מסקי דבוריהו ואמרי אבל תנאי היה ביניהן אמרינן הני למיעקר סהדותיהו קאתו ולומר לא חתמנו אלא ע"מ שיקיים את התנאי...". רש"י מבאר שהדיון בתנאי קשור לקיום כיון שזה דיון בחתימת העדים. מדרבנן הקיום הוא שאומר שהשטר יפעל כאן והוא זה שמפעילו. אף אמירת תנאי אינה עוסקת במהות השטר כשטר אלא בשאלת תפקודו כאן ולכן היא חלק מהקיום.

בדברי ר"ה בריה דר"י, עולה נקודה נוספת – "מעקרא סהדותיהו". עד עכשיו דנו תאם הם יוצאים נגד ה"שטר" אבל כאן הבעיה היא בעיה בעדות, לכן רש"י משתמש כאן ב"חוזר ומגיד", "וכי אמרי תנאי היו דברינו הוה להו מגידים חוזרים ומגידים". כלומר גם אם אין בעיה בטענת תנאי מצד עצמה והיא לגיטימית, עדיין יש לשאול שכשטוענים אותה הם הרי עוקרים עדותם הקודמת (עיין רש"י ד"ה אפי' תרויהו) ויש בעיה כללית של דיני עדות, בעית חוזר ומגיד, שבתחילה העידו שלא בתנאי ועכשיו חוזרים ומעידים תנאי.

לסיכום שיטת רש"י – הגמ' התלבטה וחלקה בין אמנה ומודעא שהן טענות נגד מהות השטר וטענות אלו אינן מתקבלות (-לא אתי על פה ומרע לשטרא) לבין תנאי שבו הבינה הגמ' בהו"א שהוא מעקר שטר אך לבסוף הסיקה שמצד עצמה זו טענה לגיטימית. בהמשך, בדברי ר"ה בריה דר"י עוררה הגמ' בעיה נוספת של מעקר סהדותיהו – זו בעיה בדיני עדות, בעית חוזר ומגיד. האם כשחתמו העדים, חתמו כללו תנאי או שכללו תנאי ועכשיו כשטוענים תנאי אין בעיה.

היוצא מפרושו לסוגיא הוא, שיש להפריד בין דיון במה שמגדיר את מהות השטר למה שכלול בעדותם של העדים.

## 2. שיטת הרשב"א

לאורך כל הסוגיא מבאר הרשב"א שהמדובר הוא בבעיה של חוזר ומגיד. הדיון באמנה אינו בשאלה האם טענת אמנה תועיל מול שטר (=דיון בדיני שטרות). הדיון הוא מה ההבדל בין טענת "אנוסים היינו" שיש מגו לבין "אמנה היו דברינו" שאין מגו. הרשב"א עונה: "וי"ל דהכא שאני דכיון דקאמרי דשטרא דנא נעשית ברצון המחויב כשאר שטריה משוו ליה שטרא מעליה ויש כאן הגדה גמורה וכיון שכן לאו כל כמינייהו למועקרא דאין חוזרין ומגידין, אבל אנוסין היינו היא לא משוו לה שטרא מעליה ואין כאן הגדה גמורה... דאין כאן משנת חוזר ומגיד" תשובת הרשב"א היא שבאמנה יש בעיה של חוזר ומגיד. באנוסים לעומ"ז אין קיום מעיקרא, אין הגדה גמורה ולכן גם אין חוזר ומגיד. הבעיה של חוזר ומגיד לא נוגעת למהות השטר אלא זו בעיה בדיני עדות.

לעיל חלקנו בין שתי הבנות אפשריות בחוזר ומגיד:

א. בעיה בזה שסותר דבריו הראשונים.

ב. בעיה שעד יעיד פעמים באותו ענין, בעיה בהגדרת עדות. לפי הבנה זאת יתכן שעד לא יוכל לחזור ולהעיד נתון מסוים אבל עדים אחרים שיעידו עדות זאת יאמנו בעדותם, לא תהיה תלות שתאמר שכשיש חוזר ומגיד יש גם תרי ותרי בכת אחרת כיון שהבעיה אינה של סתירה בעדויות.

ברשב"א מוכח כאפשרות השניה. על דברי הגמ' "זילו קיימו תנאייכו וחותרו לדינא" כתב: "אבל כשכתב ידם יוצא ממקום אחר דלאו מפיהם אנו חיינן לא מהימנידהו להו כחוזרין ומגידין וגריעי מעדים אחרים דמהימני...". כלומר הבעיה אינה שסותרים דבריהם הקודמים (א"כ אף עדים אחרים לא היו נאמנים והוי תרי ותרי) ולרשב"א – אחרים נאמנים אלא הבעיה בחוזר ומגיד היא שלא יכולים להעיד שוב. הרשב"א מבאר את ההבדל בין לפני קיום לאחרי הקיום כך: "...דכיון דלא נתקיים השטר קודם לכן ולא היתה כאן הגדה עד עכשיו וכשמגידין עכשיו ומבררין עדותן דעל תנאי היה, הרי אלו נאמנין כאלו מעידים עליו עדות אחרת שאף אלו אין עוקרין את השטר אלא מקיימין אותו בלבד בקיומו של תנאי, מה שאין כן במודעא ואמנה שעוקרין אותו לגמרי ומשוו ליה לשטרא כחספא בעלמא והלכך קרינן להו חוזרין ומגידין. אבל בשכתב ידן יוצא ממקום אחר כיון שהיתה כאן הגדה

גמורה מקודם לכן ובלא שום תנאי, שוב אינן יכולין לגרוע כחו של שטר דחוזרין ומגידין הן ואינם נאמנים".

עדים הטוענים אמנה ומודעא אינם נאמנים אף לפני קיום כיון שהעדות שבשטר נאמרה ונתקבלה כבר אלא שרבנן הצריכו שלב נוסף כדי שנוכל לסמוך עליה. לגבי מהות השטר יש כבר הגדה משעה ראשונה וברגע שמתברר לנו שיש כאן באמת שטר לא יוכלו להעיד לגבי מהות זו הגדה שנסתיימה כבר משעה ראשונה, וכדברי הרשב"א (ד"ה מר בר רב אשי) "ויש כאן הגדה גמורה". אמנם בתנאי הגמ' מסתפקת ויתכן שדבריהם יתקבלו, ומבאר הרשב"א שתנאי אינו מלתא אחריתי לגמרי כאומר פרוע. אלא שיתכן שיש כאן שלב ששייך לקיום. עד עכשיו לא היתה כאן הגדה, יתכן שעכשיו יכולים להגיד כיון שמבחינה פרוצדורלית עוד לא היתה הגדה בנושאי השטר עוד לא נתקבל מדרבנן, תפקידו למעשה עדיין לא נקבע והדיון נמשך מדרבנן שעה נוספת. לכן יכולים לקבלו בתנאי, כלומר לקבוע את אופן קבלת השטר בפועל שהרי בזה דן השלב של הקיום וכלשון הרשב"א ש"מקיימין אותו בלבד בקיומו של תנאי". (מאידיך גיסא ברור שלא יוכלו לקרוע את השטר באנוסים היינו, כפי שנתבאר לעיל שכשרבנן הצריכו קיום לא יכלו לבא ולומר שמה שהתורה הכשירה יפסל אלא שהקיום מחדש מצב, מדאורייתא כבר היה כאן חוזר ומגיד ולא היו יכולים לטעון תנאי אלא שכשרבנן הוסיפו קיום שנוגע לשאלת הרלוונטיות של השטר וקבלתו בבי"ד, נוצר חלל שבו יוכלו העדים לקבוע כיצד תהיה קבלתו, בתנאי או לא).

מסקנת הגמ' שתנאי זו עקירת עדותם. אם כתי"י יוצא ממקו"א היתה כבר הגדה ואין חוזר ומגיד, אם אין כתי"י יוצא ממקו"א לא היתה הגדה כי לא נחקרה וממילא יכולים לעקור סהדותיהו ואין בזה משום חוזר ומגיד.

### 3. שיטת הגאון, רשב"ם ור"ן

רב האי גאון מבאר את שאלת הגמ' בתנאי שגם לאחר הקיום, כשהיה כתי"י יוצא ממקו"א עדיין יש מקום לומר שנאמנים לומר "תנאי היו דברינו". הראשונים מקשים על שיטה זו ודוחים אותה (עיין רמב"ן ור"ן). הר"ן לאחר שמקשה עליה מבאר אותה וכבאורו משמע גם ברשב"ם בב"ב.

"דאי בשכתב ידן יוצא ממקום אחר לא מהימני משום דהוה להו חוזרין ומגידין, אלמא חשבינן ליה לשהדותיהו קמא כאילו כתבו בפירוש שנעשה אותו מעשה בלא שום תנאי, ואי הכי אפי' אין כתב ידן יוצא ממקום אחר לית לן להימנינהו דהא משו נפשיהו רשעים. ולא דמו לאנוסים היינו מחמת

נפשות דבשכתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים ובשאיך יוצא נאמנים. דהתם נהי דהו חוזרים ומגידים מ"מ לא משו נפשיהו רשעים ומשום הכי מהימני. אבל הכא אי קרית להו חוזרין ומגידין הא משו נפשיהו רשעים".

הר"ן מבאר שאין לחלק בין לפני קיום לאחר קיום כיון שאם לאחר שקיים השטר יש בעיה של חוזר ומגיד וסותרים דבריהם הקודמים, כך גם אם לא קיים השטר, תהיה בעיה כי א"א משים עצמו רשע וה"ז שכאלו כאומרים ששקרו בדבריהם הראשונים. מבואר בר"ן שהבעיה בחוזר ומגיד היא שסותרים דבריהם הראשונים. כשהעדים מעידים הם כביכול אומרים שמה שאמרו הוא הנכון ומה שלא אמרו לא נכון, וממילא כשמוסיפים אח"כ לעדותם נתונים נוספים הם סותרים את דבריהם הקודמים שמהם עלתה העובדה שזה לא נכון. החדוש בר"ן הוא שעל דרך זאת מתבאר בדבריו שאלת הגמי גם לפני קיום. כיון שאמרו אחרת לפני כן הרי שעכשיו כשהעדים מעידים הם עוברים על א"א משים עצמו רשע שהרי יוצא מכלל דבריהם (ולא במישרין!) שבעבר העידו לא נכון ולכן גם לפני קיום לא יוכלו להעיד "תנאי". לפי הר"ן כל הדיון בגמי הוא האם ניתן לראות בעדותם הראשונה של העדים שבאמת העידו שטר-ולא אמנה או שטר-ולא מודעא ובתנאי השאלה היא האם כללו בדבריהם הראשונים שזהו שטר בלא תנאי. הגמי שואלת האם כלול בשטר שאינו בתנאי או להפך, בשטר לא העידו העדים כלל על זה שאינו בתנאי ועכשיו כשאומרים שהעידו בתנאי זה גילוי מלתא על מה שיש בעדותם הקודמת ולא סתירה:

"והכי מבעיא לן: אי לאמנה דמי ועקרי ליה לשטרא, דהוי מתחילה כאילו פירשו שנתקיים הענין בלא תנאי... או דלמא דתנאי מלתא אחריתי היא ואין סותרין בו דבריהם הראשונים, שאין עדות הראשון כאלו נתפרש בו שלא היה בו תנאי אלא סתם היה והשתא מלתא אחריתי קאמרי דמסהדי ואמרי דתנאי היה בו וכו'.

אף הרשב"ם בב"ב נוקט שהבעיה היא מצד 'חוזר ומגיד'. וכתב ש"לא אתי על פה ומרע לשטרא" אינה הגדרה עקרונית אלא תוצאת הדיון שכיון שלא יכולים לחזור ולהגיד ממילא מתקבל שלא אתי על פה ומרע לשטרא "דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד – "לא אתי ע"פ ומרע לשטרא". (ההפך ממה שראינו ברש"י ובתוס' ש"לא אתי על פה" זו הגדרה עקרונית, סיבה ולא תוצאה).

מדבריו משמע שגם בתנאי מדובר לאחר שכת"י יוצא ממקום אחר כיון שמשוה מודעא לאחר שהיה יוצא כת"י לתנאי: "מודעא היו דברינו נאמנים" – שהרי ניתן ליכתב דמצוה קעבדי... ואפי' כתב ידן יוצא ממקום אחר

נאמנים דאין זה חוזר ומגיד אלא מילתא אחריתי קמסהדי כדאמרין נמי התם חתמנו אבל תנאי היו דברינו... דמילתא אחריתי היא ונאמנים... והיכי דמי חוזר ומגיד כדתנן התם פסולים היינו... אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים... הוא דפסלינן לעדותם משום חוזר ומגיד".

הרשב"ם משהו את דין תנאי לדין מודעא ולדין אנוסים היינו לענין זה שכשדן בהם הוא מזכיר שזה לאחר שכת"י יוצא ממקום אחר. בזה מבאר הרשב"ם כפירוש הגאון.

לסיכום, מצאנו שלש שיטות מרכזיות בראשונים :

א. שיטת רש"י ותוס' – באמנה – דין עקרוני בשטרות – לא אתי ע"פ ומרע לשטרא, אין טענת אמנה נגד שטר. בתנאי – חוזר ומגיד, דין בעדות והשאלה היא מה כלול בעדותם.

ב. שיטת הרשב"א – הכל מדין חוזר ומגיד שמשמעותו שלא יכולים לחזור ולהעיד פעם נוספת. הדיון בגמ' הוא לגבי מה נגמרה עדותם ומתי הוא נגמר כך שלא יוכלו לחזור ולהעיד.

ג. שיטת הר"ן ורשב"ם וגאון – בעיה של חוזר ומגיד שפ"י סתירה לעדותם הקודמת. השאלה היא מה כלול בעדותם הקודמת. לפי"ז לא אתי ע"פ ומרע לשטרא אינו הסיבה אלא התוצאה שנובעת להלכה מזה שלא חוזרים ומגידיים.<sup>19</sup> הדיון בגמרא סובב סביב השאלה, מה כלול בעדותם הראשונה ומכאן שבתנאי אף לאחר שכת"י יוצא ממקו"א יש מקום להתלבט.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> שיטות התוס' והרשב"א בנויות על אותה הנחת יסוד בדין השטר ומחלקותם היא כיצד ליישמו כאן. לעומתם, הר"ן מניח שהבעיה היא בדין חוזר ומגיד ודין השטר נובע מדין זה.

<sup>20</sup> בר"ן מובאים שלשה פירושים לגבי שטר מודעא והדבר קשור להגדרת שטר מודעא ולא לדיון שלנו בשטרות:

א. האם ניתן להכתב ואין בו דין א"א משום עצמו רשע כיון שמותר לכתבו להציל האנוס.

ב. הגדרה בגדרי שטרות במהותו של השטר, שטר מודעא יכול להיות שטר ממש ולשמש כשטר לענין זה שהמוכר יצטרך להחזיר את הכסף לכשיבטל המכר, כסכום שכתוב בשטר ולכן אפ"י לאחר קיום אפשר לכתוב שטר מודעא כיון שיתכן ששטר הוא שטר מודעא אפ"י שזה לא כתוב בו ואין בזה עקירת השטר.

ג. הגדרה בחוזר ומגיד – כיון שיכולים תמיד לכתוב שטר מודעא ולכתוב את זמן השטר משעת המכר לא סיימו עדיין את עדותם "אין אלו חוזרין ומגידין שעדיין לא הגידו".  
(יש לעיין אם כוונת הר"ן בפירושו השני שבגלל שניתן תמיד לכתוב מודעא לא נחשבים עוקרים את השטר או שכוונתו שלא נחשבים חוזרים ומגידיים).

## ח. סיכום

הדיון בסוגיית שבה עסקנו סובב סביב הבעיה שנוצרת בשטרות מרגע שהצריכו רבנן קיום. כיצד דין הקיום משפיע על הליכי הדיון בשטר. בקשנו להדגיש כיוון מרכזי שעל פיו הקיום לא מבטל את השטר אלא רק דן ביכולת לקבלו. להגדרה זאת נפ"מ רבות שנוגעות להגדרת הקיום עצמו, כעדות או כמגו. לשאלת היכולת של הקיום לפגוע בשטר וממילא לשאלת אופי הדיון בקיום השטר, איזה טענות אפשריות בו ואיזה טענות לא עולות בכל כאפשרות. בסוגיית של אמנה, מודעא ותנאי ראינו שניתן ללכת בשני כוונים מרכזיים – האחד שולל את הטענות כהגדרה מהותית באופי הדיון בשטר והשני שולל אותן בגלל בעיה כללית בעדות, בעית חוזר ומגיד שגם היא נובעת כאן בסוגיית מהגדרת הפרוצדורה בבי"ד בעקבות הקיום. שיטה נוספת (שיטת הר"ן) הצביעה על הבעיה בטענות אלו בגלל היכולת לחזור בהם ממה שכבר כתוב בשטר.

כחלק מהסוגיית נגענו גם בשטר כעדות הן באפיו והן בנסיון לברר מה כלול בעדות השטר וכיצד השטר מבצע זאת. ונסינו להראות שרוב שיטות הראשונים תפסו את הדיון בשטר כדיון שהוא מעבר לדיון בעדות גרידא.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> לפי החסבר הנ"ל בסוגיית, כל הדיונים בסוגיית טובבים סביב אותה השאלה: עד כמה הרחבנו את הדיון בשטר כשהצרכנו קיום והדבר נוגע בין למחלוקת ר"מ ורבנן, ובין למחלוקת רב נחמן ורב הונא ובין לדיון באמנה מודעא תנאי כך משמע גם בשיטות הראשונים שקושרים בין הסוגיות בקושייתיהם ותירוציהם. ובפרט בתוסי' בבי"ב מח,ב, שמעמידים את שיטות רב נחמן ורב הונא כהמשך לסוגיית באמנה ומודעא.

## עדות קטן

### ראשי פרקים

- א. מיהו קטן
1. מקור לגיל גדלות
  2. היחס בין קטן המעיד לקטן שדן
  3. נאמנות על גדלות עצמו
  4. מעת לעת לפי שעות היום
  5. הבאת סימנים כשיש ספק בגיל
- ב. גדול למפרע
1. רא"ש – משהביא סימנים גדול למפרע
  2. רמב"ן – אין גדלות למפרע.
  3. הסבר המחלוקת לפי השב שמעתתא
  4. הסבר המחלוקת לפי הנודע ביהודה
- ג. פסול קטן לעדות
1. גזירת הכתוב או עדות שאי אתה יכול להזימה
  2. קטן לא דייק
- ד. נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטן
- ה. האם קטן בגדר בר עדות?
1. נתיבות המשפט – לקטן אין "שם עד"
  2. נחל יצחק – קטן הוא "בר עדות"

### א. מיהו קטן

#### 1. מקור לגיל גדלות

- מהגמ' נידה מו, א משמע, שצריך שני תנאים כדי להחשב גדול.
- א. בן יג שנה ויום אחד (= שנים).
  - ב. שיביא שתי שערות (= סימנים).

מקור לגיל זה מובא בגמ' בנזיר כט, ב בדברי רש"י שם וז"ל: שלא מצאנו בכל התורה כולה שיהא קרוי איש פחות מבן יג' שנה אבל בן יג' שנה מצאנו שקראו הכתוב איש כדכתיב בבראשית לדי' וויקחו שני בני יעקב שמעון ולוי איש חרבו" וגמירי שמעון ולוי בהיא שעתא בני יג' שנה הוו, והרוצה לחשוב יצא ויחשוב<sup>1</sup> עכ"ל. לעומתו כתב בתשובות הרא"ש כלל טז, א שכן יג' שנה ויום אחד שנחשב בר עונשין דהיינו גדול וזה הלכה למשה מסיני.<sup>2</sup>

## 2. היחס בין קטן המעיד לקטן שדן

הטור בסימן לה פסק: קטן פסול להעיד אפילו פקח וחכם עד שיביא שתי שערות לאחר שיהיה בן יג' שנה ויום אחד. כתב כסדר הזה להדגיש קודם כל שיהיה בן יג' שנה, ואח"כ יביא שתי שערות.

ואע"ג שמצאנו בירושלמי סנהדרין פ"ד ה"ז שמכשיר קטן לדון כשהוא בן יג' שנה ויום אחד ואעפ"י שלא הביא שתי שערות אפשר לאמר שאני עדות שגזירת הכתוב מצריכה איש שנאמר "ועמדו שני אנשים", מה שאין כן בלדון. והרי למדנו בנידה מט, ב "כל הכשר לדון כשר להעיד" אפשר לומר עפ"י דברי התוס' ב"ק טו, א שכתב לענין אישה שכשרה לדון ופסולה לעדות והרי למדנו כל הכשר לדון כשר להעיד ותירץ שם שהמשנה מדברת על איש וכוונתה כך "כל איש שכשר לדון כשר להעיד" להוציא את האישה.<sup>3</sup> וכה"ג אפשר לתרץ לעניינינו שהמשנה לא מדברת בקטן (כ"כ הבי"ח בסימן ז) וכתב טעם לדבר, שקטן שרוצה לדון דתלי בחכמה ובידיעה אם הוא מפולפל ובקי בחדרי התורה כשר לדון אלא שצריך שיהא נראה כגדול וסבורים שכבר הביא שתי שערות וממילא יענש בדין של מטה אם יעוות את הדין.

התומים בסימן ז, ד כתב לתרץ את הקושיא מהירושלמי, וכותב: לולא מסתפינא הייתי אומר שהירושלמי מעולם לא כתב שקטן בן יג' שנה ויום אחד שעדיין לא הביא שתי שערות יכול לדון, שהרי קטן אינו בר דעת אלא צ"ל שמדובר שהיו שלושה דיינים ואחד מהם בן יג' שנה ויום אחד (ולא הביא

<sup>1</sup> עיין תוס' יו"ט ומחזור ויטרי מסכת אבות פ"ה משנה כא שמחשבים גיל זה.

<sup>2</sup> עיין גמ' סוכה ה, ב.

<sup>3</sup> בשיעור שנאמר בכולל מפי הרה"ג צבי שכטר שליט"א (ונדפס בקובץ זה) אמר בשם הגר"י סולובניצ'יק להסביר דברי תוס' מדוע המשנה נאמרה באיש ולא באשה, כיון שלאיש יש שם עד וממילא כל הראוי להעיד ראוי לדון מה שאין כן שאין עליה שם עד לא נאמר כל הראוי להעיד ראוי לדון.

שתי שערות), וא"כ מדאורייתא אחד מומחה כשר לדון, ורק רבנן הצריכו שלושה דיינים, והם אמרו שקטן כזה שהוא חריף ובקי כשר לדון.

### 3. נאמנות על גדלות עצמו

האמרי בינה (הלכות עדות סימן מט) חוקר האם קטן נאמן על עצמו לומר שהביא שתי שערות שהרי סוף סוף זהו דבר דעבידי לגלויי או שנאמר כיון כיון שסוף סוף עדיין קטן הוא אינו נאמן בעדותו.

הריב"ש בסימן קנה כתב: דבר שעתיד להיגלות בודאי בזה הקטן נאמן אף מדין תורה שזה דבר ברור שלא ישקר, ומאותו טעם בבדיקות סימני נערה נבדקת ע"י נשים לפי שאפשר לה לבדוק ע"י נשים אחרות אולם מוסיף הריב"ש וכותב "וגם שאי אפשר לבדוק ע"י אנשים שיסתכלו בערווה".

שואל האמרי בינה מדוע הריב"ש מוסיף טעם זה "שאי אפשר להבדק ע"י אנשים", הרי זה דבר דעבידי לגלויי וכתב קודם לכן, שאין חשש שישקרו לכן צ"ל בדברי הריב"ש שאע"פ שיש לנו חזקה שאינם משקרים וגם עבידי לגלויי כל דבר שאפשר לברורי לא סמכינן אחזקה, ולכן אנו לא סומכים על חזקה דרבה שסובר שכל אדם מבן יג שנה ויום אחד מסתמא הביא ב' שערות כי אפשר לברר. ולפי זה אינו נאמן לומר ולהעיד על עצמו שהביא ב' שערות כיון שאינו בגדר עדות אלא בגדר חזקה שלא ישקר א"כ אינו נאמן כי בידינו לברר.

לפי זה אם יאמר לנו עדות מסוימת ויאמר שהביא ב' שערות וחלך לו למדינת הים נאמן לנו שהרי חזקה שאינו משקר ואין לנו כרגע אפשרות לברר סמכינן אחזקה. אמנם האמרי בינה כתב למסקנה שבעדות דעבידי לגלויי קטן נאמן ואף בדיני ממונות (כדעת התשב"ץ).

### 4. מעת לעת לפי שעות היום

ועיין בש"ך חו"מ לה, א שדן כיצד לחשב את י"ג שנה ויום אחד האם מצריכים מעת לעת? והביא שם דעת הסמ"ע שכתב שאין צריך מעת לעת בשעות אלא החישוב לפי ימים שלמים, אמנם בספר לחם חמודות כתב להוכיח מדברי התוס' והרמב"ם שסוברים שצריך מעת לעת והש"ך חולק על דבריו וכתב שאין הוכחה מדברי תוס'. הנוב"י סימן ו כתב שהמנהג כדעת מגן אברהם שתיכף שחשכה ליל שנוולד בו, נעשה בר מצווה ואין לזוז מהמנהג.

ועיין במשפט ערוך (לגרז"נ גולדברג) סימן לה פסקה 18 שכתב ויש לעיין אם עדים כאלו מעידים אם יכול המוחזק לאמר קים לי כדעת הפוסקים המצריכים מעלי"ע ומבטל עדותם.

### **5. הבאת סימנים כשיש ספק בגיל**

במקרה בו יש סימנים ולא ידוע אם הגיע לכלל שנים האם נחשב לגדול נחלקו בדין זה הראשונים. גמ' קדושין סג,ב תניא כוותיה דר' חסדא: "בני זה בן יג שנה ויום אחד בתי זו בת יב שנה ויום אחד נאמן לנדריים לחרמים ולהקדשות ולערכים אבל לא למכות ועונשים" וכתב רש"י: לענין עונשים של כל המצוות אם אביו מעיד שהוא בן יג שנה ויום אחד עדיין לא נענש אלא אי"כ הביא שתי שערות, סימן הוא ורחי הם גדולים, אבל הביאו שתי שערות ולא ידוע השנים שומא בעלמא ואין נענשים בכך על שום עבירה" משמע מדבריו שאינם נחשבים גדולים.

אמנם התוס' (שם, בד"ה בני) שאל: והיאך הנשים הבאות לפנינו לחלוץ היאך יחלצו אע"ג שיש להם סימנים כיון שאין אנו יודעים שנותיהם לא מהני? ותירץ בשם ר"י דבמקום סימנים אין צריך עדות שנים עכ"ל. משמע שסובר כאשר ישנם סימנים אעפ"י שאין ידועים השנים נחשבת גדולה.

ועיין במל"מ (אישות ב,יט) וז"ל: כתב הרמב"ן וקטנה שלא נודע אם הגיעה לכלל שנותיה והביאה סימנים לא מצאנו בגמ' דינה מפורש. י"א שמטילים אותה לחומרא כדין שאר ספיקות.

רע"א בתשובה ז ד"ה ולעני"ד, כתב על דברי המל"מ כדיעות שסוברים שכל שהביא ב' שערות זה גופא הוכחה שהוא גדול (וכ"כ הנוב"י אבן העזר סימן ז).

### **ב. גדול למפרע**

#### **1. רא"ש - משהביא סימנים גדול למפרע**

בשו"ת הרא"ש (כלל לג סימן ח) כתב: אם שהו מלבדוק את הקטן אם הביא שתי שערות אם לאו, ולאחר זמן רב בדקוהו ומצאו שהביא סימנים, נחשב גדול למפרע מבן יג' שנה ויום אחד, וכל עדות שהעיד מגיל יג' שנה ומעלה עדותו כשרה.

מביא ראייה לדבריו מגמ' ב"ב קנד,א: "מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה ובאו ושאלו את ר"ע מהו

לבודקו? אמר להם אי אתם רשאים לנוולו, ועוד סימנים עשויים להשתנות אחרי מיתה". כוונת ר"ע היתה שאפילו אם ימצאו סימנים זו אינה ראייה שהיה גדול בשעת מיתה כיון שסימנים עשויים להשתנות לאחר מיתה, ונאמר שעכשיו השתנו הסימנים.

מסיק הרא"ש, שדווקא לאחר מיתה חוששים שמא סימנים עשויים להשתנות אבל אדם שנבדק בעודו חי ונראו בו סימנים מחזקין ליה כגדול למפרע משעה שהגיע לכלל שנותיו (ע"ש שהביא ראייה נוספת לדבריו).

## 2. רמב"ן - אין גדלות למפרע

אמנם בחידושי הרמב"ן שם נראה דחולק<sup>4</sup> וכתב שם וז"ל: "שמכר בנכסי אביו ומת" פירושו מת מיד, שאם היה חי אין בדיקתו ללקוחות ראייה, שמא אחרי כן הביא סימנים והיינו דקאמרי "קטן היה בשעת מיתה".

## 3. הסבר המחלוקת לפי השב שמעתתא

השב שמעתתא (שמעתא ה פט"ז) מבין בדברי הרמב"ן שחולק על הרא"ש וסובר, שאפילו נמצאו בו סימנים בעודו חי אין ראייה, שמא אחרי כן הביא סימנים וממשיך דבריו ואומר שגם דעת התוס' כדעת הרמב"ן ושאר הראשונים ודלא כהרא"ש, ומסביר דברי התוס' שם (ד"ה ועוד) ששואלים מדוע אנו תולים לומר שהוא קטן (לאחר שהגיע לכלל שנים ואינו נבדק בסימנים) הרי חזקה שהביא שתי שערות משום חזקה דרבא? ותירצו דמיירי שנבדק אחר שהגיע לכלל שנים ולא הביא סימנים ולכך חיישינן שמא עדיין קטן היה, וא"כ נשאל על דברי תוס' מה מהני הבדיקה הא אפילו ימצא שהביא סימנים ניחוש שמא השתא הוא דהביא את הסימנים, ולמה ר' עקיבא אומר סימנים עשויים להשתנות אחר מיתה אפילו היה חי לא מהני דניחוש שמא השתא הביא את הסימנים? אלא ע"כ צריך לפרש ולומר דמת מיד כדעת הרמב"ן, וא"כ אזליה ליה ראיית הרא"ש.

ומסיים דבריו שם כיוון שרוב הראשונים פוסקים נגד דעת הרא"ש, שלא אמרינן נחשב גדול למפרע צריך לפסוק כמותם ותימה על המחבר שפסק

<sup>4</sup> עיין בתשובת רע"א סימן ז וז"ל: ולענין יש לומר שהרמב"ן ס"ל כך רק לענין להוציא ממון וע"י בדיקה זו א"א שנוציא קרקע מחזקת בעלים ע"י חזקה שהוא גדול למפרע אבל בעלמא גם הרמב"ן מודה שסמכין על חזקת גדול למפרע.

בסימן לה, א כדעת הרא"ש שהוא שיטה יחידאה. תמיהה זו ננסה ליישב בהמשך הדברים.

#### 4. הסבר המחלוקת לפי הנודע ביהודה

הנוב"י (חו"מ סימן ד) נשאל על יתומה שהיתה בת יד שנים והביאה סימני גדלות, ובהיותה בת יב שנה תמימות נשתדכה עם בחור אחד ולא שאלה בדעתו של האפוטרופוס, ועתה שואלים אם יש במעשה הזה ממש שהרי עכשיו רואים שיש לה סימני גדלות או שנאמר שאין במעשה הזה כלום ויש כח ביד האפוטרופוס לבטל השידוך.

בתשובה כתב באריכות, להבין דברי הראשונים לענין גדול למפרע. וכתב כך: לכאורה ישנה סתירה בדברי הרא"ש, שכתב בסוגיה ב"ב קנד, א שהולכת אליבא דרי נתן, שסובר חזקה דהשתא ולית הלכתא כוותיה, ואילו בתשובת הרא"ש (כלל לג) פסק גדול שנבדק ונמצאו בו סימנים נחשב גדול למפרע דהיינו שהולך בתר חזקה דהשתא. ואפשר להסביר את דברי הרא"ש ולאמר אעפ"י שאנו לא פוסקים כרי נתן, מ"מ בצירוף חזקה שהגיע לכלל שנים שפיר מהני. עוד כתב להביא ראיה לדברי הרא"ש מתוס' ב"ב<sup>5</sup> קנד, א ד"ה "ועוד" התוסי' שואלים מדוע צריך בדיקת סימנים והרי כיוון שהגיע לכלל שנים חזקה שהביא סימנים כמו שלמדנו בגמ' נידה מח, א קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים (חזקה דרבא).

שואל הנוב"י והרי למדנו שחזקה דרבא מועילה למיאון דזוקא ולא לחליצה וא"כ כיצד שואל תוסי' והרי רוצה להוציא ממון בחזקה זו?

א"כ צריך לומר בדברי תוסי' ששאלו שאלה זו מכח חזקה שאין העדים חותמים אא"כ נעשה בגדול, וממילא דעת ר"י בתוסי' אעפ"י שלא הולך כדעת ר' נתן שהולך בתר חזקה דהשתא בכ"ז שבצירוף חזקה נוספת שהגיע לכלל שנים וחזקה שאין העדים חותמים אא"כ נעשה בגדול דמהני עכ"פ כמו בתר השתא.

וממשיך הנוב"י ואומר שאין הכרח שהרמב"ן חולק על הרא"ש, אבל מ"מ לאחר שהרמב"ן פירש דברי הגמ', שמת מיד, ממילא ראיית הרא"ש נדחית, וסיים בתשובה וכתב אעפ"י שפסק השו"ע כדעת הרא"ש בכ"ז אין להוציא ממון מהיתומה כיוון שחזקת ממון אלים טובא ע"כ תוכן דבריו.

<sup>5</sup> וצריך ברור שהרי השב שמעתתא הנייל תביא דברי תוסי' אלו וכתב להוכיח שחולקים על דעת הרא"ש, והנוב"י כתב בהבנת תוסי' להיפך שזו ראייה לדברי הרא"ש.

ועיין בגר"א שמביא מקור לדברי השו"ע (הרא"ש) מגמ' בקדושין עט,א ותוס' ב"ב קנו וזה תוכן דברי הגמ' שם: קידשה אביה בדרך, וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו, ושמואל אמר חיישינן לקדושי שניהם. ובמסקנת הגמ' מדובר שנתקדשה ביום האחרון של ימי הנערות והיום הזה בחזקת שתבגר. רב סבר כיון שבוגרת לפנינו, בצפרא נמי בוגרת, ושמואל סבירא ליה דהשתא היא דאייתי סימנים וא"כ לדעת רב קדושי אביה אינם קדושין שהרי כבר היתה בוגרת בבוקר (ואין אביה יכול לקדשה כשהיא בוגרת). ולדעת שמואל חיישינן לקידושי שניהם שמא שקידשה אביה היתה בנערות ואח"כ קידשה עצמה והיא בוגרת.

לכאורה מחלוקת רב ושמואל היא מחלוקת הרא"ש ושאר הראשונים, האם אמרינן גדול למפרע? אבל יש לדחות זאת עפ"י דברי תוס' ב"ב קנו,א ד"ה בודקין ששם נאמר: "אמר ר' נחמן אמר שמואל בודקים לקדושין לגרושין ולחליצה ולמאונין ולמכור בנכסי אביו". אומרים תוס' בדיקה זו מועילה לענין שאם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר אי משכחינן בתראי לא הוו קדושין ואי לא משכחי סימנים הוי ספיקא וזה לא דומה לדברי שמואל בקדושין עט, א ששם סבר שחוששין לקדושי שניהם בהתם באותו יום בגרה אבל הכא שהגיע כבר לגדלות מזמן גדול (לפי דברי תוס' אי אפשר לתלות מחלוקת רב ושמואל במחלוקת רא"ש ושאר הראשונים, שרב ושמואל דיברו על אותו יום שמתבגרת וכאן יש חשש יותר מה שאין כן דברי הרא"ש מתיחסים למקרה בו בדקו לאחר זמן ונמצאו סימנים).

עכ"פ רואים מדברי תוס' שסובר כדעת הרא"ש שאמרינן גדול למפרע.

ועיין בשער המשפט לה,א שהביא את דברי הנוב"י דלעיל ודחה חלק מדבריו וסיים שם אין בידינו להכריע בין אבות העולם, ודברי הטור וסתימת דברי הרב הרמ"א אשר כל בית ישראל נשען עליהם היא תכריע. וכתב בשיטת הרא"ש והטור דס"ל דהיכא שהגיע לכלל שנים כיון דאיכא חזקה דרבא לכו"ע אזלינן בתר השתא ומביא פסק הרמ"א שהכריע כדעת הרא"ש.

בסימן שלה,א פסק הרמ"א וז"ל: "בעה"ב ששכר מלמד לבנו ואמר שילך לקרובו לנסותו, אם יכול ללמוד עם הנער ולא הלך. ואחר שלמד עמו אומר בעה"ב שרוצה לנסותו והלה טוען שכבר למד עימו וצריך לשלם לו כספו. ויש עד שמעיד שלא ידע ללמדו" ופסק שהדין עם המלמד מאחר שיודע עכשיו ללמוד מוקמינן ליה אחזקה שידע ללמד גם לשעבר כדעת הרא"ש ועוד שכאן הולכים אחר הרוב שיודעים ללמד.

לפי דברי הרמ"א דלעיל מסביר שער המשפט שגם במקרה דידן, (גדול למפרע) רובם של האנשים מביאים סימנים מבן יגי שנה ומעלה, וא"כ יש רוב מעליא בצירוף חזקה דהשתא, כו"ע מודו דאזלינן בתר השתא.

היוצא מדבריו שדעת שו"ע שפסק כשיטת הרא"ש שאמרינן גדול למפרע לאו שיטה יחידאה (כמו שרצה לומר השב שמעתתא בתמיהתו) אלא ישנם ראשונים נוספים שפסקו כך כמו שכתב הנוב"י להוכיח שגם דעת התוס' כהרא"ש וגם הרמב"ן לא בהכרח תולק על הרא"ש ואף הגר"א הביא דברי תוס' ב"ב קנו"א שגם הוא פוסק כהרא"ש.

והוסיף לנו שער המשפט את דעת הרמ"א שהלך בעקבות פסק הרא"ש. וגם בפסק השו"ע בסימן לה הרמ"א, הסמ"ע והש"ך לא אמרו דעתם לחלוק וכנראה מסכימים לדיעה זו.

## ג. פסול קטן לעדות

### 1. גזירת הכתוב או עדות שאי אתה יכול להזימה

הגמ' ב"ב קנה"ב דורשת מהפסוק "ועמדו שני אנשים" למעט קטנים שפסולים להעיד.

רש"י בב"ק פח, א מביא שני טעמים לכך שקטן פסול לעדות:

1. גזירת הכתוב "ועמדו שני אנשים" למעט קטנים.

2. עדות של קטן זו עדות שאי אתה יכול להזימה דלאו בר עונשין הוא ולא שמה עדות.

שואל רע"א (בשו"ת סימן קעט) מדוע הגמ' דורשת מהפסוק "ועמדו שני אנשים" די, לכאורה, בטעם השני שהביא רש"י שזו עדות שאי אתה יכול להזימה? ותירץ כך: הסוגיא בב"ק עוסקת בפסול עדות קטן מדאוריתא ולפיכך אפשר להסיק זאת מההלכה "עדות שאי אתה יכול להזימה" אבל הסוגיא בב"ב עוסקת לדינא בזמן הזה, וכיון דהאידינא אין תנאי בעדות שתהיה ראויה להזימה, כיון שלאחר תקנת חז"ל לא צריך בדיני ממונות דרישות וחקירות וממילא אין צריך עדות שאפשר להזימה, וא"כ קטן היה יכול להיות כשר לעדות זו לכן צריך דרשת הפסוק "ועמדו שני אנשים" למעט קטנים.

הוסיף רע"א וכתב נ"מ נוספת, שישנם שני סוגי פסולי עדות, פסול גוף, ופסול הגדה.

אם אנו לומדים פסול קטן מהפסוק "ועמדו שני אנשים" זה פסול גוף, ואם החסרון הוא בכך שעדות היא עדות שאי אתה יכול להזימה זהו פסול הגדה ונפ"מ כאשר רוצה להעיד בגודלו מה שראו בקטנותו, אם זה פסול גוף הרי תחילתו בפסול וסופו בכשרות שעדותו בטלה אבל אם הפסול משום הגדה הרי יכול להעיד אעפ"י שתחילתו בפסול, כי לענין פסול הגדה אין נפ"מ שתחילתו היתה בפסול.<sup>6</sup>

בחקירה האם קטן פסול מגזירת הכתוב או פסול משום עדות שאי אתה יכול להזימה, ישנם נפ"מ נוספות שיובאו להלן.

1. אמרי בינה דיני עדות סימן מח דן אם קטן פוסל שאר העדים שהעיד עימם, מדין נמצא אי מהם קרוב או פסול עדותן בטלה; ומסיק שאם פסול קטן מגזירת הכתוב שאר העדות מתקיימת שהרי אינו בכלל שם עד. אבל אם הפסול מחמת עדות שאי אתה יכול להזימה אם נמצא בכת העדות עד קטן כל העדות בטלה.<sup>7</sup> וצ"ל בדברי האמ"ב שפסול קטן מגזירת הכתוב שאינו בכלל שם עד, שונה מקרוב או פסול שהם גם נפסלים מגזירת הכתוב ויש עדיין עליהם שם עד שהרי נמצא אחד מהם קרוב או פסול נפסלים גם הכשרים כיון שיכולים להעיד בשאר עדויות מה שאין כן קטן שפסולו אפילו לשאר עדויות.

2. ר' אלחנן (קובץ שיעורים ב"ב, תקסו) דן בעדות קטן באיסורים באופן שנאמן, כגון בידו לעשות וליכא טורת. אם לא היתה גזירת הכתוב לפוסלו יכולנו להכשירו ועוד יש לומר היכא שהקטן אומר את העדות לקיום הדבר

<sup>6</sup> ועיין בקצוה"ח מו"ט שכתב חילוק בין פסול גוף לפסול הגדה והוסיף שפסול אילם פסולו מחמת גוף ולא משום פסול הגדה ולפיכך עד אילם אינו יכול להיות עד בקידושין אעפ"י שאין צריך הגדה בקידושין כיון שפסול גוף הוא. לפי זה אם היה אילם בזמן ראיית העדות ואח"כ הבריא כיוון שתחילת עדותו בפסלות נפסל גם לאחר מכן כיון שפסולו פסול גוף.

<sup>7</sup> קביעת האמרי בינה שעדות שאי אתה יכול להזימה פוסלת שאר העדים מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול תלויה במחלוקת תוס' ורש"י בסנהדרין מא"ב בענין אחד משלושה עדים שאמר איני יודע בעדותו, כתבו התוס' שם ד"ה "כמאן" בהבנת דברי ר"ע שעדות כזו פוסלת שאר העדים וזה דומה לדין שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה ולר"ש תתקיים העדות בשאר ויש שמבנים בשיטת רש"י שסובר שעדות בטלה מדין אחר שאומר שאין מזימים את העדים עד שיוזמו כולם וכאן אי אפשר להזים את העד שאמר איני יודע לפיכך מנטל שאר העדות ועיין ברמב"ם עדות ב,ג שפסק שהעד שאמר איני יודע אינו פוסל שאר העדים ועיין בדברי הלחם משנה שם בהסבר שיטת הרמב"ם.

ולא לברורי מילתא אם לא היתה גזירת הכתוב היינו מכשירים אותו אבל לאחר גזירת הכתוב יפסל גם על בירור מילתא וצ"ע.

## 2. קטן לא דייק

ר' אלחנן (ב"ב תקפג) דן מדוע צריך פסול לפסול קטן והרי בלא קרא אין נאמנות לקטן שאפילו באיסורים. אנו מכשירים עדים פסולים, וקטן פסול אף באיסורים (מסתמא מחוסר דיוק).

וכתב שם נפ"מ בכגון שהיה בן יג' שנה כשהעיד ואח"כ עיברו ב"ד את השנה ונעשה קטן למפרע. אם הקטן פסול מגזירת הכתוב ממילא גם בנידון שלנו היה נפסל אבל באיסורים כה"ג אפשר שהיה נאמן כיוון שבשעה שהעיד היה בן דעת<sup>8</sup> (ומסתמא דייקי). רואים בדברי ר' אלחנן שפסול קטן משום דלא דייק ולכן פסול אף באיסורים לעומתו כתב באיילת השחר שנביא להלן (ראה הערה 10) שסובר שפסול קטן משני טעמים גזירת הכתוב או מדין עשאי"ל אבל משום דלא דייק, התורה לא פסלתו ורק חכמים פסלוהו משום שלא דייק.

## ד. נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטן

משנה בכתובות כח, א: "ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטן נאמן אדם לאמר זה כתב ידו של אבא וזה כתב ידו של רבי וכו' זכור הייתי בפלונית שיצאה בהינומא וראשה פרוע..." ובגמ' איתא: אמר ר' הונא בריה דר' יהושע והוא כשיש גדול עימו. ונתנו טעם מדוע נאמן בעדותו, כיון שקיום שטרות דרבנן המנוהו רבנן דרבנן. מסביר רש"י ואין זה עוקר דבר מן התורה, הם אמרו שצריך קיום שטרות, והם הכשירו את אלו. אומרים התוס' (ד"ה אלו) משמע מהגמ' שאם עדיין הוא קטן אינו נאמן אפילו דרבנן וקשה לריב"א אמרינן בפ"ק דפסחים ד, ב, נאמנים על בדיקת חמץ אפילו נשים ועבדים וקטנים הואיל ובדיקת חמץ דרבנן המנוהו דרבנן.

וי"ל דהתם היינו טעמא דבדיקת חמץ הוא בידו לכן נאמן דרבנן ועיין בתוס' עירובין נט, א שסובר שאם זה בידו אפילו בדאורייתא נאמן, ומה שאמרו שבדיקת חמץ בידו משמע שרק דרבנן נאמן זה דווקא בבדיקת חמץ שיש

<sup>8</sup> וצריך בירור לדבריו שהרי אם ב"ד מעברים את השנה מתברר למפרע שהיה קטן בזמן העדות וא"כ לאו בר דעת.

טורח גדול אבל בדברים שאין בהם טורח נאמן, אף בדאורייתא. על שאלת תוס' דלעיל ישנם תירוצים נוספים בראשונים:

הריטב"א (מובא בשטמ"ק כתובות כח,ב) מסביר כך: כיון שבדיקת חמץ מצויה בכל שנה וכולם מתעסקים בה הילכך אפילו תינוקות דייקי בה.

השיטה מקובצת שם מתרץ שהקטן נאמן בעדותו דווקא בשב ואל תעשה כגון שאומר לנו שבדק את החמץ אנו שומעים לעדותו ולא בודקים את החמץ, אבל הקטן אינו נאמן עפ"י עדותו בקום ועשה דהיינו שאומר זה כתב ידי אבי אנו לא נלך ונוציא ממון עפ"י עדות זו.<sup>9</sup>

באיילת השחר שם דן לגבי גדול שרוצה להעיד מה שראה בקוטנו האם נאמן הוא באיסורים. וזה תוכן דבריו שם: הרוצה להעיד בדבר שצריך עדות גמורה בעיני תחילתו וסופו בכשרות, אבל לגבי איסורים לא יתכן שצריך תחילתו וסופו בכשרות כיוון שלכל היותר יהיה עליו שם עד פסול, לעדות דווקא, ולגבי איסורים אין זה פוסלו, וע"כ לכאורה צריך להיות כשר בעדות זו, אבל נפסול עדות זו מדין שלא דייק, ולכן בדברים של דאורייתא פסול אבל באיסורים דרבנן נכשיר אותו ולא נחשוש ללא דייק.<sup>10</sup>

הרמב"ם בהלכות עדות (יד,ג) פסק את המשנה בכתובות וז"ל:

יש דברים שסומכים בהם על עדות שמעיד שהוא גדול הואיל והם דברים של דבריהם, ואלו הם הדברים שאדם נאמן להעיד בגודלו מה שראה בקוטנו... זכור אני בפלונית שנשאת ונעשה לה מנהג הבתולות, הואיל ורוב נשים בתולות נשאות וכתובה מדבריהם.

שואל הלח"מ איך כותב הרמב"ם שהכתובה מדבריהם אדרבה כיון שמן התורה אינו חייב כתובה, מדוע חז"ל החמירו ונתנו כח לגדול שיעיד מה שראה בקוטנו ולהוציא ממון הרי מן התורה אינו חייב בממון וצ"ע.

רואים מדברי הלח"מ שנאמנות גדול להעיד בקוטנו בדברים דרבנן אינו אלא להקל ולא להחמיר ולהוציא ממון על פי דברי הקטן. אמנם אבן האזל כתב להוכיח בדברי הרמב"ם שאפילו בעדות לחומרא נאמן גדול להעיד מה שראה

<sup>9</sup> צ"ע מדוע נאמן הקטן ל"ישב וא"ת" ואינו נאמן ל"יקום ועשה", אם יש על האדם חיוב ומצוה לבדק ויש ספק בטיב הנאמנות מה הנפ"מ אם ההשלכות מדברי הקטן הן לעשות או להמנע מעשייה? (הערות עורך).

<sup>10</sup> עייש בדבריו שכתב: שטעם של פסול קטן משום שלא דייק זה לא דבר שהתורה פוסלת שהרי למדנו קטן פסול לעדות או מגזירת הכתוב או עדות שאי אתה יכול להזימה אבל רבן הצריכו דייקי בעדות ולפיכך אם מדובר בדברים דרבנן הם אמרו והם אמרו.

בקוטנו, והטעם שחכמים אינם רוצים עדות של תורה אלא בירור הדברים בלבד וא"כ נאמן להעיד בדבריהם אפילו להוציא ממון<sup>11</sup> (עיין בפירוש המשנה לרמב"ם במשנה בכתובות שכתב כעין זה).

## ה. האם קטן בגדר בר עדות?

### 1. נתיבות המשפט – לקטן אין "שם עד"

נתיבות המשפט לו, מביא דעת התומים שלאשה אין "שם עד" ואם אשה העידה עם כמה עדים, לא אמרינן נמצא אחד מהן קאו"פ עדותן בטלה. אומר הנתיבות: "ומדברי התומים יש ללמוד שה"ה לעכו"ם וקטן שאינם מבטלים עדות הכשרים". משמע שסובר שקטן אינו בגדר בר עדות, וממילא אם מעיד עם עדים כשרים אינו פוסל עדותם.

### 2. נחל יצחק – קטן הוא "בר הגדה"

הנחל יצחק לה ענף ו, דוחה את דברי הנתיבות וטוען שאין ללמוד קטן מאשה, שהרי קטן יבא לכלל עדות<sup>12</sup> ומקרי שפיר בר עדות, רק שעתה הוא פסול ואמרינן שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה, מה שאין כן באשה שלעולם לא תבא לכלל עדות.

<sup>11</sup> היוצא מדבריו שכל דין דרבנן נאמן גדול להעיד מה שראה בקוטנו והרי למדנו במגילה כ, א "א"ר יהודה קטן הייתי וקריתיה למעלה מרי טרפון וזקנים וליד אמרו לו אין מביאין ראייה מן הקטן", והרי מגילה זה דין דרבנן ונאמנים להעיד בגודלן מה שראה בקוטנן? (אפשר לדחות ולומר שישנם דיעות שסוברות שקריאת מגילה מדברי קבלה והוא כעין דאורייתא). נחל יצחק בהלכות עדות לה ענף ז מסביר ששאני התם דאתחזיק חיובא עליו וספק אם יצא בזה ידי חובתו ולכן קטן והגדיל אינו נאמן. ברכי יוסף סימן לה תירץ מה שקטן נאמן להעיד בגודלו זה דווקא בדבר שמעיד ואין לנו ספק בזה אבל במקרה של קריאת המגילה יכול להיות שמעיד אמת אבל אינו יכול להעיד על רבי אם יצא ידי חובת קריאת מגילה אי לא שהרי רבו יכול לצאת ידי חובה קריאת המגילה במקום אחר והעדויות מועילה על מה שראה ולא על האם יצא ידי חובה. [הערות עורך – לשון הגמ' "אין מביאין ראייה מן הקטן" צ"ע לברכי יוסף, שהחסרון אינו בנאמנות אלא שאף אם אמת כדבריו ייתכן ורבו קרא במקום אחר, הרי בכה"ג אף מגדול אי אפשר יהיה להביא ראייה].

<sup>12</sup> ע"ש שמביא ראייה מתוסי' וכמה ראשונים דזכין לקטן מן התורה משום דאתי לכלל זכיה כמבואר ב"מ ע"ב. וכ"כ התוסי' בגיטין פה ד"ה והא לאו בני ידיעה ומח"ט י"ל דקטן בר עדות משום דאתי לכלל עדות.

בשו"ת רע"א סימן עג נשאל על אדם שנדר נדר, ורצה להתיר נדרו ורוצה לפרט את הנדר לפני אדם אחד, שהוא מכיר והוא בן חמש עשרה שנה, ושמע הנודר שאסור לקחת מתירים כי אם אנשים שנתמלא זקנם. ושאל כיצד יכול להתיר את הנדר? וענה לו שיש לו עצה והיא שיקח ארבעה מתירים<sup>13</sup> שלושה שנתמלאו זקנם, והרביעי יהיה זה הבחור שרוצה לפרוט בפניו את הנדר. וא"כ מדאורייתא סגי ליה בשלושה גדולים ולא צריך לפרט את הנדר, ומדרבנן שמצריכים לפרט את הנדר יכול לפרט לבחור הנ"ל שמדרבנן נחשב גדול שהוא בן חמש עשרה שנה וישנה חזקה דרבא (חזקה שאדם שהגיע לגיל שלוש עשרה הביא שתי שערות) ומדרבנן סמכינן על חזקה דרבא והרי מפרט את הנדר לאחד מהמתירים עד כאן עצתו לשואל.

ובהשמטות הוסיף וכתב שיש לפקפק בזה, שהרי אם העלם הזה נחשב קטן מדאורייתא אף שיש שלושה מתירים מלבדו מ"מ הוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול שכולם בטלים לדעת הכנסת הגדולה, שהרי גם בדיינים אמרינן אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטלה ומ"מ נ"ל שיש לסמוך דלא<sup>14</sup> כדעת הכנסת הגדולה ולהכשיר עכ"פ ג' גדולים ורביעי בן חמש עשרה שנה עד כאן תוכן דבריו. היוצא מדבריו שקטן נחשב בר עדות שהרי כתב שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטלה וה"ה לקטן, ומה שמכשיר זה לגבי דיינים אבל לגבי עדות הקטן פוסל עדות משמע שסובר כדעת הנחל יצחק ודלא כנתיבות. ועיין באמרי בינה (הלכות עדות נב) שתביא דעת רע"א וכתב שלכאורה אפשר לתלות מחלוקת זו במחלוקתם של רבי ורי יוסי במשנה במכות ו, א שלדעת ר' יוסי שסובר שלא צריך שום כוונה להעיד דמקיש שניים לשלושה לגמרי, כמו כן יש לומר מההיקש דהנך גם מבטלים את העדות הכשרים, אבל לדעת רבי שסובר שצריך כוונה בעדות כדי להצטרף י"ל שקטן ואשה אינם בגדר עדות ואינם מקישים שניים לשלושה ואינם מבטלים עדות הכשרים. בהמשך דבריו שם מביא טורי אבן (בחידושו לר"ה כב) שכתב שאשה שם עד עליה וממילא מבטלת עדות הכשרים. ודוחה דבריו וכתב זה אינו, דהא חזינן דאשה ממעטינן מקרבן שבועה ואף שיש עדות שאישה כשרה כמו בסוטה מ"מ אינה חייבת בקרבן שבועה וכתבו האחרונים הטעם דלאו שם עד עליה ומסיים שם: "ה"ה לעבד וקטן שאינם בגדר עדים"

<sup>13</sup> עיי משנת יעבץ או"ח סי' נג בענין ביי"ד שקול להתרת נדרים. (הערת עורך)

<sup>14</sup> עיין קצוה"ח לו, ז שחולק על כנסת הגדולה וסובר שבדיינים לא אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול הדין בטל.

ע"ש. היוצא מדבריו שסובר כדעת הנתיבות ודלא כנחל יצחק. נביא להלן ראיות נוספות לשיטת הנחל יצחק.

השיטה מקובצת (בבא בתרא מג,א) הביא את דעת ראב"ד שסובר שבעל דבר אינו עד כלל, וכתב דין זה לענין תחילתו וסופו בכשרות דאם מתחילה היה בעל דבר בשעת ראיית העדות לא נפסל על ידי זה להגדת עדות ולא אמרינן תחילתו בפסלות כיון שבעל דבר אינו נחשב כעד וממילא לא מצטרף בראיית העדות לפסול שאר העדים, משא"כ בדין קטן שנאמר עליו חסרון של תחילתו וסופו בכשרות שאם היה קטן ורוצה להעיד שהוא גדול פסול.<sup>15</sup> משמע מדבריו שסובר שקטן נחשב שם עד וממילא בתחילת ראייתו היה פסול קטן וממילא פוסל שאר העדים. השו"ע בסימן לה ו,ו פסק שקטן שראה עדות בקטנותו רשאי להעיד כאשר הגדיל בעדויות דרבנן. ובסעיף ז כתב: "וכל אלו אם עכו"ם או עבד ראה אותם והעיד אחר שנתגייר או נשתחרר אינו נאמן" דהיינו שעבד או עכו"ם אינם נאמנים להעיד גם בעדות דרבנן והטעם לכך כתב הסמ"ע שם מפני שבהיותו עכו"ם לא הוי רמיא עליה ומילתא דלא רמיא עליה, לאו אדעתיה, ובהיותו עבד נמי כיון שאין בידו לשחרר נפשו ואם כן נשאל מדוע קטן נאמן בעדות זו והרי גם בעדות קטן לא רמיא עליה?

ואולי אפשר לומר חילוק אחר שקטן נחשב בר עדות אלא כיון שקטן יש בו פסול עדות וממילא בעדויות דרבנן נאמן מה שאין כן בעבד או עכו"ם שאינו נחשב בר עדות כלל כאישה לכן אינו יכול להעיד. אמנם לפי דעת הראב"ד שהובא לעיל שבע"ד אינו נחשב עד ולא אמרינן ביה תחילתו בפסלות וא"כ לפי דברינו שעבד ועכו"ם אינם נחשבים בני עדות א"כ לא אמרינן בהם תחילתו בפסלות והרי תוספתא בפ"ה דסנהדרין תניא בהדיא דנכרי שנתגייר איכא ביה פסול דתחילתו בפסלות א"כ משמע שנחשב בר עדות.<sup>16</sup> ועיין בשו"ת מהרי"ק החדשים סימן מז וזה תוכן דבריו: מה שלמדנו שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה היינו דווקא בגדול אלא שהוא קרוב או פסול בעבירה בהא אמרינן דיש כח בעדות הפסול לפסול גם את הכשר, אבל שהפסלות מחמת קטנות הרי הוא כמי שאינו שהרי אין במעשה קטן כלום וכמאן דליתא דמי ואין כאן שום עדות כלל, כמו שלמדנו בגמי שבועות מב,א גבי ההיא דר' אליעזר בן יעקב ורבנן קטן מידי מששא אית ביה ולמה

<sup>15</sup> עיין בברכת אברהם למסכת מכות ה, ב ענף א.

<sup>16</sup> ועיין עוד בקובץ אבני משפט ב' במאמרו של מו"ר הגרמ"ח דימנטמן ביישוב דברי הראב"ד.

ישבע על טענתו והלא אין בה שום ממש והרי כאילו אין כאן טוען כלל וה"נ הוי כאילו אין כאן עדות כלל.

והוסיף לדייק מלשון הגמ' מכות ה,ב שכתבה "נמצא אחד מהם קרוב או פסול" ולא כתבה "אחד מהם פסול" שזה משפט כולל לכל הפסולים ובכללו קטן אלא ללמדך שזה פסול של קרוב או פסול רשע בדווקא ולא עדות קטן.

ועוד הרי כתוב "אם נמצא אחד מהם" לשון הגמ' "נמצא" משמע בדיעבד שמתחילה לא היינו מתזיקים אותו כקרוב או פסול אלא היינו מחזיקים אותו כרחוק או ככשר שכן רוב העולם אינם קרובים ולא פסולים, אבל קטן לא שייך למימר הכי, שהרי מתחילה לא היו ביי"ד מקבלים אותו עד שיבדק ויתברר שהוא גדול כמו שכתב הרמב"ם פ"ט הלכות עדות וז"ל: קטן שהגיע לכלל שנותיו שנראו בו סימני בגרות מלמעלה אין צריך בדיקה ואם לאו אין מקבלים עד שיבדק עכ"ל וא"כ לא יהיה מצב שנמצא אחד מהם קטן, שהרי לפני עדותו אנו בודקים אותו ולפיכך דווקא נמצא קרוב או פסול עדותן מבטלת שאר העדות ולא קטן.

## הרב אילן קופמן

# קנין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

### ראשי פרקים

מבוא

פרק א: סיטומתא בקרקע

א. הסוברים שלא מועיל בקרקע

ב. הסוברים שמועיל גם בקרקע

ג. פסיקת ההלכה

פרק ב: קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם

א. מחלוקת מהר"ם (מועיל) ור' יחיאל (לא מועיל)

ב. טעם המחלוקת

ג. דעת המהרש"ל והנתיבות (מועיל רק בצירוף עם דינא דמלכותא)

ד. פסיקת ההלכה

ה. נספח: בירור דעת רעק"א

### מבוא

במסכת ב"מ (עד, א) מובא:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבוליה עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.

מגמרא זו למדו הראשונים שבנוסף לדיני הקנינים הקבועים בהלכה, כאשר ישנה דרך קנין אשר הסוחרים נוהגים לקנות בה הרי שהיא נחשבת לקנין גם על פי ההלכה. וכפי שניסח זאת הרשב"א (על אתר): "שמעינן מהכא, דמנהג מבטל את ההלכה בכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים. הלכך, בכל דבר שנהגו התגרים לקנות – קונים". כך נפסקה גם ההלכה בשו"ע (חוי"מ רא, א-ב).

דוגמאות למעשי קנין כאלו נזכרו בפוסקים החל מהראשונים, כגון: רישום על המקח, מתן פרוטה (דמי קדימה), תקיעת כף, מסירת מפתח ועוד. בימינו

נידונו מספר ענינים כגון: קנין באינטרנט, קניה בכרטיס אשראי, חתימת חוזה, רישום בטאבו ועוד.

בפוסקים נידון כוחו של קנין סיטומתא בהקשרים שונים.<sup>1</sup> במאמר זה נדון בע"ה בשניים מהם. תחילה נדון בשאלה האם קנין סיטומתא מועיל לקנות קרקע, שכן מצינו דעות בפוסקים שצימצמו את חלות הקנין למטלטלין בלבד. לאחר מכן, נדון בשאלה האם קנין סיטומתא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, שכן מצינו דעות בפוסקים שהרחיבו את יכולתו של קנין סיטומתא לקנות גם דבר שלא בא לעולם, אע"פ שבקנינים הרגילים אי אפשר לקנותו.<sup>2</sup>

בדיונינו ננסה לברר את הדעות השונות וטעמיהן, וכן את פסיקת ההלכה.

## פרק א: סיטומתא בקרקע

### א. הסוברים שלא מועיל בקרקע

הטור (סי"א) הביא את דין קנין סיטומתא בהלכות קנין מטלטלין, ואף כתב בפתיחת דבריו: "יש עוד דבר שהמטלטלין נקנין בו והיינו דאמר רב פפא סיטומתא קניא...". וכתב הב"ח (רא, ב):

ועכשיו נהגו [=הסוחרים לקנות] במסירת מפתח, ורובא דרובא נהגו בתוקע כפו לכף חבירו. מיהו נראה דאין מנהג אלא במטלטלין אבל לא בקנית קרקע ושכירות קרקע, והכי משמע מלשון רבינו [=הטור] שכתב: "יש עוד דבר שהמטלטלין נקנים בו".

והיינו טעמא, דבמטלטלין דאיכא משא ומתן טובא, אין פנאי להזמין עדים לקנות בחליפין,<sup>3</sup> ואין צריך לומר דאין פנאי למשוך כל הסחורה לרשותו, על כן נהגו בתקיעת כפס זה לזה, אי נמי בנתינת פשוט

<sup>1</sup> על שאלת תוקפו של קנין סיטומתא (האם מועיל מדאורייתא או מדרבנן), וכן על השאלה כיצד פועל קנין זה לפי הדעות השונות, ראה משי"כ בחוברת אבני משפט ב', "קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) – תוקפו ומהותו", עמ' 174-192.

<sup>2</sup> וכן יש מהפוסקים שהרחיבו את קנין סיטומתא שיועיל לקנות גם בדבר שאין בו ממש, בדבר שאינו ברשותו ובאסמכתא, ואכמ"ל.

<sup>3</sup> צ"ע בכוונת הב"ח בזה, שהרי נפסק בטור במפורש (קצה, ב) שלא צריך עדים לקנין סודר, וכן כתב הב"ח עצמו (שם, סי"ק ב). ונראה שכוונת הב"ח בזה היא רק כחלק מתיאור "עומס העבודה" אשר בגללו נוצר הצורך להנהיג דרכי קנין חדשות. וצ"ח הב"ח, שמפאת חוסר זמן, הסוחרים אף מוותרים על העמדת עדים לראיה על הקנינים.

[=מטבע] ומסירת מפתח וכיוצא בדבר קל, אבל בקרקע אין מנהג, והלכך אפילו תקעו כפם זה לזה אינו כלום.

אם כן, לדעת הטור והב"ח סיטומתא מועיל רק במטלטלין ולא בקרקע.<sup>4</sup> בטעם הדבר, נראה מדברי הב"ח, שקנין סיטומתא הוא תקנה מדרבנן לטובת הסוחרים,<sup>5</sup> אלא שתקנו רק במטלטלין שהיה צורך גדול, אבל בקרקע לא תקנו.

בפוסקים הועלו טעמים נוספים לבאר את דברי הב"ח:

א. בשו"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סי' צא)<sup>6</sup> נקט שבאופן עקרוני יתכן וגם לב"ח סיטומתא מועיל בקרקע, ומה שכתב הב"ח שלא מועיל סיטומתא בקרקע, הכוונה דוקא במקום שנהגו לכתוב שטר על קרקע. והטעם, משום שלא עדיף קנין סיטומתא אשר אינו אלא מנהג בעלמא מקנין כסף שהוא מהתורה, והרי גם בכסף אינו מועיל במקום שנהגו לכתוב שטר, ומשו"ה גם סיטומתא לא מהני רק במטלטלי דלאו בני שטרא נינהו, אבל בקרקע לא קנה עד שיכתוב את השטר, משום דלא סמכא דעתיה.<sup>7</sup>

ב. בשו"ת ספר יהושע (סי' קיד),<sup>8</sup> דן במקרה של חכירת קרקע, וכתב ששיטת הב"ח שסיטומתא אינו קונה בקרקע, היינו דוקא במכירת קרקעות, אבל בזכות חכירה של קרקעות סיטומתא כן מועיל. והטעם, משום שבקנין קרקע יש לקרקע קניינים אחרים ע"פ ההלכה (כסף, שטר וחזקה), אבל בזכות

<sup>4</sup> על אפשרות אחרת לביאור דברי הב"ח ראה לקמן בדברי השי"ך.

<sup>5</sup> הב"ח לא פרש האם לדעתו קנין סיטומתא הוא מדאורייתא או מדרבנן, אך מסתבר שלדעתו זו תקנייח, וכך ניתן להבין את הגבלת הקנין רק למטלטלין ולא לקרקע.

<sup>6</sup> הרב יצחק אהרן הלוי איטינגא (פולין, המאה הי"ט). בחזמנות זו ברצוני להודות מקרב לב לר' אבישי אלבוים מספרית הרמב"ם בתי"א שסייע לי רבות והמציא לידי תשובה זו, ומקורות נוספים המובאים במאמר זה.

<sup>7</sup> ועיי"ש שהסו"ף, שלפי מה שקיי"ל שבשכירות קרקע מועיל כסף לבד, משום שלא נהגו לכתוב שטר על שכירות ושפיר סמכא דעת השוכר מאחר שאינו רק על זמן קצוב, אי"כ, גם בנידון שבשאלה, בהסכם שותפות לזמן קצוב (עד שיחתום שר העיר ויעלה בערכאות) שפיר סמכא דעתיה בקנין סיטומתא לבד אף בלא שטר, כמו בשכירות.

בשולי הדברים נעיר, שלשיטה זו, אע"פ שסיטומתא לא מועיל לקנות קרקע, מ"מ בשכירות קרקע מועיל. ויוצא שזה היפך שיטת הדבר אברהם אשר באר שקנין סיטומתא הוא קנין חליפין מדאורייתא (ראה המאמר הנזכר בהע' 1). ולשיטתו סיטומתא מועיל לקנות קרקע (קרקע נקנה בחליפין), אך לא מועיל בשכירות קרקע כיון ששכירות קרקע אינה נקנית בחליפין (ב"מ יא,ב תוד"ה מקומו, וערכין ל,א תוד"ה ולא). ראה דבר אברהם ח"יב סי' כ אות א סוד"ה הנה. וראה עוד לקמן הע' 42.

<sup>8</sup> הרב יהושע העשיל באב"ד (טרנופול, גליציה, מאות י"ח – י"ט).

חכירת קרקע, שאין שום קנין רגיל מועיל בה ע"פ ההלכה (כיון שזה דבר שלא בא לעולם) ורק מנהג הסוחרים שקונים – סיטומתא קונה.

יתכן, וכוונת דבריו היא שסיטומתא אינו מועיל בקרקע משום שבקרקע יש דרכי קנין אחרות (כסף, שטר וחזקה), ולא היה צורך לתקן בזה קנין סיטומתא. רק במקום שאין דרך קנין אחרת, כמו בזכות חכירה, תקנו חכמים קנין זה.<sup>9</sup>

ויתכן, וכוונת דבריו היא אומדן דעת, שבקנין קרקע רגיל אין גמירות דעת כשהקנין נעשה במנהג הסוחרים אלא רק כשנעשה בדרכי הקנין הקבועות בהלכה (כנראה משום חשיבות הקרקע). אולם, במקום שאין דרך קנין ע"פ ההלכה, אלא רק מנהג הסוחרים, בזה מוכח שיש גמירות דעת גם בקנין הנעשה במנהג הסוחרים.<sup>10</sup>

מספר פוסקים נקטו להלכה כשיטת הבי"ח. באר הגולה (ראו, ו) העתיק דברי הבי"ח, ונראה שפסק כמותו. בשו"ת בית יעקב (סי' צ) פסק להלכה דשכירות בית אינו ניקנה מדין סיטומתא, משום דהוי כקרקע, והביאו בהגהות אמרי ברוך (סי' רא).<sup>12</sup>

<sup>9</sup> אם אכן זו כוונת דבריו, הרי שיש בזה חידוש גדול בקנין סיטומתא, שמועיל רק במקום שאין דרך קנין אחרת. והטעם, שרק במקרים אלו ראו חז"ל צורך לתקן שסיטומתא קונה. וראה לקמן הערה 39 שיתכן וכך משמע גם בשו"ת שואל ומשיב, וצ"ע.

<sup>10</sup> והשווה למשי"כ בחוקת המשפט – ה"ל מכירה, קונטרס אחרון, סי' א אות ב, שיתכן וגם הרא"ש שכתב שאין קנין סיטומתא באמירה בלבד, יודה שבמכירה פומבית או במכירה בבורסה, שאי אפשר אחרת, יועיל הקנין באמירה בלבד, עיי"ש.

<sup>11</sup> ה"ל יעקב בן שמואל מצויזמיר. נדפס בפרנקפורט דאודר תניין.

<sup>12</sup> בהגהות אמרי ברוך כתב: "יעוין שו"ת ב"י סי' צ דמחליט כהבי"ח". בשורת הדין – מאמרים ופסקים, ד, עמ' שמ – שמא, סברו בטעות שהכוונה לשו"ת בית יוסף וטרחו ליישב. אי לכך אעתיק את תמצית דבריו. הנידון בשאלה היה על שכירות בית, ובתשובתו הוא כותב: "הנה חקרתי בעובדא הנ"ל ונתברר שראובן תקע כפו ללוי כדרך התגרים. בזה נראה פשוט דלא קנה לוי, דאף דקי"ל דאסטומתא קני, כדאיתא בח"מ סי' רא, ה"מ במטלטלין, אבל בקרקעות קי"ל דאינן נקנין אלא בכסף ובשטר ובחזקה. וה"ה שכירות קרקע דינו כקרקע. וכ"פ הטור חו"מ סי' שטו דשכירות קרקע נקנית בדרכים שהקרקע נקנית בהם. וכן מבואר מדברי הטור סי' רא, דדוקא מטלטלין קונין בדברים שדרך התגרים לקנות כגון שתקע כפו או רשם רושם וכי, אבל בקרקעות לא קני. וכ"פ הבי"ח בהדיא בסי' רא. וכ"כ האחרונים..."

## ב. הסוברים שמועיל גם בקרקע

הש"ך (רא,א) הביא את דברי הבי"ח, אך חלק עליו לדינא וכתב שבמקום שהמנהג לקנות גם קרקעות בסיטומתא – מהני.<sup>13</sup> והוסיף הש"ך: "אפשר שגם הבי"ח מודה בזה, והבי"ח גילה לנו מנהגנו עכשיו". כלומר, שיתכן והבי"ח רק תיאר את המציאות הנהוגה בימיו, ולא קבע זאת כגדר הדין. והיות ובמציאות, בימיו של הבי"ח, לא נהגו הסוחרים לקנות קרקע בתקיעת כף, הלכך אפילו תקעו כפס זה לזה אינו כלום.<sup>14</sup>

מסברא, אכן נראה שאין מקום לחלק בין קרקע למטלטלין. לסוברים שסיטומתא מועיל מדאורייתא<sup>15</sup> נראה בפשטות שאין מקור לחילוק זה. אף לסוברים שמועיל מדרבנן, מאחר שקבעו שמה שנהגו הסוחרים כמעשה קנין מועיל, מסתבר שבכל מה שנהגו לקנות יועיל, בין בקרקע ובין במטלטלין.

מרבית הפוסקים נקטו כש"ך שסיטומתא מהני גם בקרקע, והביאו לכך ראיות מן הראשונים אשר פסקו שסיטומתא מועיל גם כאשר הנידון בשאלה היה קרקע.

רע"א (חוי"מ רא, על הש"ך ס"ק א) ציין לשו"ת הרשב"א (ח"ג, קלב) שכתב ביחס למקרה שקנו קרקע בנתינת פשוט (=מטבע): "אם המקום מקום שקונים קנין גמור בנתינת אותו פשוט – הדין באמת עם ראובן... וכאותה שאמרו בסיטומתא באתרא דנהיגי דקנו ממם – קני".

בעל המנחת חינוך (קומץ המנחה מצוה קלב<sup>16</sup>) ציין לרא"ש (ב"מ פ"א, לח) שכתב על דברי הגמרא "מכי דייש אמצרי": "פירוש, שהלך סביב למצרי השדה לראות ולעמוד על ענין השדה, שכך נהגו הקונים לקיים המקח... והקנין לפי המנהג, דאמרינן לקמן בפרק הריבית (ב"מ עד,א) האי סיטומתא קניא".

<sup>13</sup> כך נראה בפשטות מדברי הש"ך, וכך הבינוהו רוב הפוסקים. ואולם, בשו"ת ספר יהושע (סי' קיד ד"ה נלע"ד) כתב שדעת הש"ך דסיטומתא אינו קונה בקרקע. כלומר, לפי דעתו גם הש"ך עצמו סבר כבי"ח, וצ"ע. ושם כוונתו לדעת הבי"ח שהזכיר הש"ך בדבריו, ולא דק.

<sup>14</sup> ואולם, הבי"ח דייק זאת גם מלשון הטור, ולפיכך צריך לומר שגם הטור הזכיר סיטומתא רק ביחס למטלטלין, על פי המנהג שבימיו, ולא כענין מהותי בגדרי הקנין. אכן, כך כתב הנצי"ב בהעמק שאלה (קטו, סוף אות ה): "ואע"ג שכי הטור שאין בקרקע מנהג, מכ"מ מודה שאם היה מנהג מהני".

<sup>15</sup> ראה לעיל הע' 1.

<sup>16</sup> במהדורת מכון ירושלים נדפס במצוה שלו אות ז עמ' תקכא.

המהרש"ים (משפט שלום רא,א) ציין לר' יונה (ב"מ נה,א סוד"ה ואריסא). במשנה בגיטין (א,ה) נאמר: "כל השטרות העולים בערכאות של גויים, אע"פ שחותמיהם גויים – כשרים, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים". והקשו בגמרא (י,ב): "בשלמא מכר [=שטרי מכר של קרקע] מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה ושטרא ראייה בעלמא הוא... אלא מתנה במאי קא קני, בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא?" ותירץ שמואל: "דינא דמלכותא דינא".

ר' יונה באר את תירוץ שמואל בשני אופנים:

א. דינא דמלכותא מפקיע השדה מהמוכר, והקונה יקנה בחזקה שיחזיק בשדה.

ב. "אי נמי, אפשר שקונים בשטר, וכדאמר התם האי סיתומתא קניא באתרא דנהיגי למקנא בה, ודינא דמלכותא נמי כמנהגא הוי". כלומר, אע"פ שהשטר בפני"ע לא מועיל לקנות מדינא דמלכותא, מכל מקום הוא יוצר מנהג בקרב התגרים ומועיל מדין סיטומתא.<sup>17</sup>

בספר מעשה רקח (ה'י מכירה פ"ז, אות ז) דייק אף מהרמב"ם (שם ה' ו) אשר הביא את דין סיטומתא וסתם לשונו, ומשמע שהדברים הם כהמשך להלכה הקודמת המדברת במפורש גם בקרקע. ואם כן, לדעתו מהני סיטומתא בקרקע.

על דבריהם יש להוסיף את הר"ן אשר נשאל על כך במפורש והכריע שמועיל בקרקע.<sup>18</sup> ואלו הם דבריו בשו"ת הר"ן סי' פג:<sup>19</sup>

כתבת: ראובן היה סרסור ונאמן מתקנת בני המדינה ונתן כלי כסף בערבון בקניית בתים בשביל פלוני והוא שקורין בזה חותם,<sup>20</sup> ועכשו חוזר בו המוכר ורוצה למכרה לאחרים, אי אמרי' דדמי להיא דאמרי' בנא מציעא (עד א) האי סיתומתא קניא באתרא דנהיגי, ואע"ג דהיא איתאמרא במטלטלין... והכי נמי אמרי' במקרקעי או לא. ע"כ דבריך.

<sup>17</sup> ראה הערת הרב הרש"ר לר' יונה (הע' 590).

<sup>18</sup> יש להעיר, שהאחרונים לא הכירו תשובה זו אשר לא נדפסה בשו"ת הר"ן במהדורה הרגילה. תשובה זו נמצאה בכת"י ונדפסה בשו"ת הר"ן בהוצאת מכון שלם – צפונות קדמונים, ירושלים, תשמ"ד, ומשם הועתקה לפרוייקט השו"ת.

<sup>19</sup> תודתי לד"ר רון קליינמן על ההפניה למקור זה.

<sup>20</sup> "חותם" כאן במשמעות קנין סיטומתא.

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

ואני [צ"ל : ואיני<sup>21</sup>] רואה שיהא ראוי לחלק בין מקרקעי למטלטלי, אבל בכל כיוצא בזה הולכין אחר המנהג, ובלשון הזה כתב הרשב"א ז"ל: ושמעין מינה שהמנהג מבטל את ההלכה בכל שכיוצא בזה שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין הילכך אם נהגו התגרים לקנות קונין, ע"כ. ... ואי נהגו לקנות בזה קנין גמור ראוי לילך אחר המנהג.

### ג. פסיקת ההלכה

להלכה, נקטו רוב הפוסקים שסיטומתא מועיל גם בקרקע. הש"ך (רא,א) אשר פסק כך ציין גם לסמ"ע (רא,ו בתירוץ השני), תמהרש"ל (יש"ש ב"ק פ"ה סי' לו), הרמ"א (שו"ת סי' כ) ועוד. כך נקטו גם הנתיבות (רא,ב) ערוך השולחן (רא,ב), האחיעזר (ח"ג סי' מ אות ד) ועוד.

## פרק ב: קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם

### א. מחלוקת מהר"ם (מועיל) ור' יחיאל (לא מועיל)

ק"ל להלכה, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (שו"ע חו"מ רט,ד). אעפ"כ, יש מהפוסקים שכתבו שבסיטומתא אפשר לקנות גם דבר שלא בא לעולם.

בהגהת מרדכי (שבת סי' תעב) מובא :

מהר"ם אומר : מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו, או למול בנו, צריך לקיים לו. ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים. וראיה מדאמרינן בב"מ (עד,א) האי סיטומתא קניא... ובאתרא דקנו ממש – קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו. ה"נ כך נהגו, וצריך לעיון.

<sup>21</sup> כך תוקן ע"י המהדיר.

ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אין [=בכך] כלום, דהוי דבר שלא בא לעולם. דלא דמיא לסיטומתא, דהתם בא לעולם ומועיל בה קנין, הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור. אבל דבר שלא יועיל קנין, כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור. עכ"ל התשב"ץ.

כלומר, לדעת המהר"ם, אע"פ שמדובר בדבר שלא בא לעולם, חייב מכת המנהג וכמו בסיטומתא. ונמצאנו למדים שלדעתו קנין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם.<sup>22</sup> לעומתו, דעת ר' יחיאל שקנין סיטומתא הינו קנין ככל שאר הקנינים, ובמקום שקנין רגיל לא יועיל, כגון בדבר שלא בא לעולם, גם המנהג לא יועיל.<sup>23</sup>

הרא"ש בתשובותיו (כלל יב, ג) הביא את דברי המהר"ם, וחלק עליו לדינא משני טעמים: א. לא נעשה כאן מעשה קנין אלא רק דיבור בעלמא, ולדעת הרא"ש בכ"ה"ג אין קנין סיטומתא מועיל. ב. מבחינה מציאותית, לדעת הרא"ש אין זה מנהג רווח ואם כן, אין בכך לחייב.

ואולם, הרא"ש לא כתב שאין הדין כן משום שמדובר בדבר שלא בא לעולם, ואם כן, נראה שהרא"ש מסכים באופן עקרוני לדברי המהר"ם, שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם.<sup>24</sup>

אכן, כך כתב הרא"ש במפורש בתשובה אחרת (כלל יג סי' כ):<sup>25</sup>

ומה שטענו המורשין לבטל החכירות, משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו. בזה אני מודה לדבריהם דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות ... וכ"ש חכירות

<sup>22</sup> דברי המהר"ם קשים לכאורה שכן מלבד החסרון של דבר שלא בא לעולם, ישנן בעיות נוספות, שהרי אין מדובר בחפץ כלל אלא בהתחייבות או בקנין אתן. וראה משי"כ בזה בחוקת המשפט – ה"ל מכירה, קונטרס אחרון סי' א אות ד – ה, והרב זלמן נחמיה גולדברג בתחומין יב עמ' 287 – 288. בעיה נוספת היא שאין כאן מעשה קנין אלא דיבור בלבד, כפי שכתב הרא"ש המובא בסמוך, וראה עוד משי"כ בזה במאמרינו (ראה הערה 1) עמ' 181.

<sup>23</sup> החת"ס בתשובה (חוי"מ סו) פסק להלכה כמהר"ם, והוסיף שלדעתו, גם ר' יחיאל סובר שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם. ומה שכתב שלא יועיל זה משום שבמציאות לא נהגו לנדור למוחל טרם שבא הנער לעולם. אף בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט), ובשו"ת דברי חיים (ח"ב חוי"מ כו) בארו כך את דברי ר' יחיאל. אולם, כבר כתב ערוה"ש (רא, ג) שמלשונו של ר' יחיאל לא משמע כך.

<sup>24</sup> כך דייק רעק"א מתשובת הרא"ש בגליון השו"ע (מובא לקמן בנספח).

<sup>25</sup> בהוצאת מכון ירושלים מופיע בכלל יג סי' כא ד"ה ומה שטענו המורשים (עמ' סח).

קנין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

אלמעונה<sup>26</sup> דשנה דהוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה ... וכיון שנהגו כן הוי קנין דאין בו חזרה, כדאמרינן בפרק איזהו נשך: 'אמר רב פפי האי סיטומתא קניא'.

### ג. טעם המחלוקת

הבנת צדדי המחלוקת בדבר יכולתו של קנין סיטומתא לקנות דבר שלא בא לעולם, תלויה בהבנת מהותו של קנין סיטומתא בכלל. האחרונים דנו במהותו של קנין סיטומתא וביארוהו במספר אופנים:<sup>27</sup>

א. **דעת הנהיבות** (רא,א) ועוד, שסיטומתא מועיל רק מדרבנן. כלומר, שלצורך תקנת השוק תקנו חכמים שמנהג הסוחרים יועיל לקנות גם ע"פ החלכה.

מבין הפוסקים הסוברים שקנין סיטומתא הינו תקנה מדרבנן, יש שפסקו כר' יחיאל, ויש שפסקו כמהר"ם. הפוסקים כר' יחיאל נראה שסברו שחכמים לא רצו לתת למנהג כח יותר מקנין של תורה.<sup>28</sup> הפוסקים כמהר"ם נראה שסברו שכמו שרבנן ראו צורך לתקן שיקנו כפי המנהג, כך תיקנו שיועיל גם במקום שנהגו לקנות דבר שלא בא לעולם.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> "חכירות אלמעונה" הינה דרך חכירת המסים שהיתה נהוגה בחבל קאסטייליה שבספרד: "הקהל היה מחכיר את ה"אלמעונה" היינו, תרכובת של מסים ישירים ועקיפים (בעיקר מן היין והבשר), לאחד העשירים מבני הקהל או לידי חבר שותפים, על סמך חוזה בשם "אלאנול", שבו נרשמו תנאי החכירה ופרטי המסים לסוגיהם". (י' בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, עמ' 183. וראה עוד שם, עמ' 513, הערה 9). תודתי לד"ר רון קליינמן על ההפניה למקור זה. ראה עוד בספר "ההתחייבות" (ספרית המשפט העברי) עמ' 208 ליד ציון 117.

<sup>27</sup> על שיטות אלו ראה במאמרינו (לעיל הערה 1).

<sup>28</sup> כך היא דעת הנהיבות (רא,א) שסיטומתא הוי מדרבנן, ולא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם (אלא אם כן בצירוף עם דינא דמלכותא, כמבואר לקמן).

<sup>29</sup> כך היא דעת שו"ת שואל ומשיב, שסיטומתא הוי מדרבנן (מהדו"ק ח"א סי' צא), ומועיל לקנות דבר שלא בא לעולם (מהדו"ק ח"ב סי' לט).

ב. הגר"ש שקופ (מערכת הקנינים סי' יא)<sup>30</sup> באר שיסודו של קנין סיטומתא הוא גמירות הדעת. כלומר, שמתוך שכך נהגו הסוחרים להקנות הוי גמירות דעת וחל הקנין.

לפי דעה זו יש מקום להרחיב את תחולתו של קנין סיטומתא שיועיל גם בדבר שלא בא לעולם, אלא, שהדבר יהיה תלוי בשאלה מדוע אי אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם, וכדלקמן.<sup>31</sup>

בטעם הדבר, מדוע אי אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם, מצינו ג' שיטות:<sup>32</sup>

1. אין המוכר נחשב הבעלים לענין שיוכל להקנותו.

כך משמע מהגמרא בנדרים (מז, א): "בעי רמי בר חמא: אמר קונם פירות האלו על פלוני (רש"י: שאסרן על חבירו), מהו בחילופיהו?" כלומר, האם אסור גם במקרה שנתחלפו בפירות אחרים, ודבר שלא בא לעולם הוא. "מי אמרינן... הואיל ואין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, אין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על חבירו...".

<sup>30</sup> לענין הנידון כאן, יש לצרף לשיטה זו גם את שו"ת הרמ"ץ והחת"ס (לפי הסבר ב) אשר ביססו גם הם את קנין סיטומתא על יסוד גמירות הדעת, כל אחד לפי דרכו, עיי"ש במאמר הנ"ל.

<sup>31</sup> גישה אחרת נקט מו"ר הרב חגי איזרר במאמרו "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא" (בתוך עלון ישיבת הכותל: "יכולנו", יא, עמ' 31 – 36) שם כתב, שהצורך במעשי הקנינים הוא מ"משפטי התורה" ולא משום שיש לנו ספק בגמירות הדעת של המוכר או הקונה. והטעם שסיטומתא מועיל משום שקי"ל שבמקום שיש מנהג הסוחרים אין צורך במעשי קנין שעפ"י משפטי התורה וסגי במעשי קנין שע"פ המנהג. לפי זה באר מדוע סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש, אך לא מועיל באסמכתא. והטעם, משום שבדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש אין החסרון מצד גמירות הדעת אלא מצד משפטי הקנינים של תורה שקיבלו חז"ל, דבעינן שיתפס הקנין בדבר שבה לעולם ובדבר שיש בו ממש. לכן, במקרים אלו, שכל החסרון הוא רק מצד משפטי הקנינים, נתחדש הדין של סיטומתא שמועיל, כי במקום שיש הלכות סוחרים ומנהג העולם לא בעינן משפטי הקנינים של תורה. לעומת זאת, באסמכתא, החסרון הוא מצד שאצלנו יש ספק אם אכן גמרו בדעתם, ולכן לא מועיל בזה סיטומתא.

ועוד כתב שם, שגם לסוברים שבדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש החסרון הוא מצד גמירות דעת, הרי זה חסרון שמכח "משפטי התורה" ולא משום שיש ספק מצד דעתנו אם יש בזה גמירות דעת, ולכן מהני בזה מנהג הסוחרים, שכן במקום שיש מנהג הסוחרים לא הצריכה התורה את משפטיה. משא"כ באסמכתא, שהחסרון בגמירות הדעת הוא מצד שאצלנו יש ספק בגמירות דעתם, ובזה סיטומתא לא מועיל, עיי"ש.

<sup>32</sup> על הטעמים מדוע אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ראה עוד באנציקלופדיה תלמודית "דבר שלא בא לעולם" ליד ציון 17, ובחוקת המשפט - הלכות מכירה פרק ו סעי' א ביאורים ס"ק א, ובברכת אברהם ב"מ טז, א.

מהשוואת בגמרא בין הדין שאין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, לדין שאין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם, משמע שגם בדבר שלא בא לעולם הבעיה היא מצד חסרון בעלות.<sup>33</sup>

בעלי דעה זו יסברו כר' יחיאל, שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, שהרי אפילו אי ידעינן דגמר להקנות, אין לו כח הקנאה במה שלא בא לעולם.<sup>34</sup>

2. אין לקנין על מה לחול.

כתב הלבוש (ח"מ רט, ד): "אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם שאין כאן דבר שיחול עליו הקנין".<sup>35</sup>

גם לדעה זו הלכה כר' יחיאל, שהרי אע"פ שיש גמירות דעת להקנות מצד הסיטומתא, אין לקנין על מה שיחול.<sup>36</sup>

3. חוסר סמיכות דעת.

כך משמע מהגמרא בב"מ (טז, א):<sup>37</sup> "מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך – לא אמר כלום. מה שאירש מן אבא היום מכור לך, מה שתעלה מצודתי היום מכור לך – דבריו קיימין...". ובאר רבא: "הכא סמכא דעתיה, והכא לא סמכא דעתיה" (רש"י: לא סמכא דעתיה דלוקח דקאמר מי יימר שירש מאביו כלום, שמא ימכור אביו נכסיו בימיו).

<sup>33</sup> וראה באבי עזרי (הלכות מכירה פכ"ב הי"ט ד"ה ואשר) שדייק באופן דומה מדברי אביי בכתובות (טז, א) ובגדרים (פה, ב).

<sup>34</sup> כך ביארו את דעת ר' יחיאל הרי אלחנן וסרמן (קוב"ש ב"ב רעו, ובקובץ שמועות ב"מ טז), והרב גוסטמן (קונטרסי שיעורים ב"מ, עמ' 100 ד"ה ובהגהות).

<sup>35</sup> וכן דעת ערוה"ש (רט, ו), וראה עוד בברכת אברהם (ב"מ טז, א אות ח) שדייק כך גם מהרא"ש (ב"ב פ"ד סי' ז).

<sup>36</sup> כך באר את דעת ר' יחיאל בחוקת המשפט – הלכות מכירה, קונטרס אחרון, סי' א אות ג. וראה עוד מש"כ בזה הרב יהודה לייב בוגץ' בספרו הגיון לבי (סי' ב אות א ד"ה ואולי). ויש להעיר, שערוה"ש נקט שהחסרון בדבר שלא בא לעולם הוא מצד שאין לקנין על מה שיחול (רט, ו) ועם זאת פסק שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם (רא, א). מלשונו נראה שהטעם הוא כפי דברי הרשב"א ש"מנהג מבטל הלכה". ויתכן ויש לבאר הדברים ע"פ מש"כ לעיל בהערה 31 בשם הרב חגי איזרר, עיי"ש. עוד אפשר לבאר ע"פ מה שכתב הרב ד"ר איתמר ורהפטיג בספרו "ההתחייבות" (ספרית המשפט העברי) עמ' 398, שלמנהג יש כח משפטי עצמאי כעין תקנת הציבור ולכן מועיל אף במקום שהחסרון הוא מצד שאין לקנין על מה לחול (ראוי לציין, שהדיון שם הוא ביחס לדבר שאין בו ממש, ולא בדבר שלא בא לעולם).

<sup>37</sup> ואולם, בשו"ת נוב"י (תניינא אה"ע סי' נד, אות יב) דחה הראיה מגמרא זו, עיי"ש.

כלומר, לפי רבא, הבעיה בדבר שלא בא לעולם היא מצד חוסר סמיכות הדעת, ובמקום שיש סמיכות דעת (כגון ב"מה שאירש מאבא היום") ניתן להקנות גם דבר שלא בא לעולם.<sup>38</sup>

לפי דעה זו מתבאר שיתת המהר"ם שסיטומתא מועיל לקנות בדבר שלא בא לעולם. שכן, במקום שהמנהג הוא לקנות דבר שלא בא לעולם בסיטומתא, הוי סמיכות דעת וחל הקנין.<sup>39</sup>

ג. **המהרש"ם** (חוי"מ סי' שפ)<sup>40</sup> באר שקנין סיטומתא הוא כתנאי שהתנו ביניהם המוכר והקונה לקנות במעשה זה, ומועיל מדין תנאי שבממון קיים.

לפי דעה זו נראה שהלכה כמהר"ם שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם, שכן אנו רואים כאילו התנו ביניהם שיועיל, וכל תנאי שבממון קיים.<sup>41</sup>

ד. **"דבר אברהם"** (סי' א ענף א אות ג) באר שקנין סיטומתא הוא קנין החליפין מהתורה, שכך עניינו, שכל מה שינהגו הסוחרים לקנות בו קונה.

לפי דעה זו נראה שסיטומתא הינו כמעשה קנין רגיל, ולא מועיל במקום שקנין רגיל אינו מועיל. וא"כ, הלכה כר' יחיאל שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> כך נקטו בעל אור החיים בפירושו עה"ת (בראשית כה, לג), ורבי חיים מטלז בחידושו (בי"מ סי' טז ד"ה והנה בהמשך). וכן נראה בריב"ש (שכח) שכתב לו השואל שראה כתוב בשם הרא"ש ובנו הטור שהנשבע לתת דבר שלא בא לעולם (בנוסף לקנין) מועיל הקנין, ולכן הועילה מכירת הבכורה ליעקב. וא"כ, מוכח שהוא מצד חסרון גמירות דעת, ולכן השבועה מתקנת החסרון. ואע"פ שהריב"ש חלק על זה וכתב ש"לא הרא"ש ז"ל ולא רבינו יעקב חתימי עלה", כבר העירו שדבר זה מופיע בשם הרא"ש גם בפי הטור עה"ת (בראשית כה, לג). וראה עוד בשו"ת הריב"ש בהוצאת מכון ירושלים, בחעי' 2.

<sup>39</sup> כך בארו את דעת המהר"ם הר"י אלחנן וסרמן והרב גוסטמן הנ"ל בהערה 34. וכן בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט) פסק דהדבר ברור דכל שהמנהג למכור דבר שלא בא לעולם קני מתורת סיטומתא. ובאר הטעם: "דכל הענין דלא קנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכא דעתיה, וכיון שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות בענין אחר, אם כן המנהג עושה קנין אף בדבר שלב"ל דהרי סמכא דעתיה". וצריך עיון מה שכתב: "וכיון שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות בענין אחר". יתכן, וכוונתו דזה הוי תנאי בכל קנין סיטומתא, שמועיל רק במקום שאין אפשרות לקנות בדרך אחרת. אבל במקום שיש דרך קנין אחרת, חז"ל לא תקנו שיועיל סיטומתא. ולפי זה הרי שיש כאן חידוש גדול בקנין סיטומתא. ואולם, יתכן וכוונת דבריו היא רק ביחס לדבר שלא בא לעולם, שכיון שאין דרך קנין אחרת בודאי הוי גמירות דעת. וראה לעיל הערה 9.

<sup>40</sup> וכן בארנו שם (ראה הערה 1) דעת החת"ס בהסבר א.

<sup>41</sup> ואכן, המהרש"ם עצמו (באותה תשובה) נקט שסיטומתא מועיל לקנות דבר שאין בו ממש, מכח תנאי שבממון, ונראה שה"ה בדבר שלא בא לעולם. אף החת"ס (ראה העי' הקודמת) נקט בתשובה (חוי"מ סו) שהלכה כמהר"ם.

טעם נוסף לבאר את שיטת המהר"ם שסיטומתא מועיל לקנות גם בדבר שלא בא לעולם כתב ב"ברית יעקב" (ח"ו"מ, צט):<sup>43</sup>

כיון דאם היה מקנה גוף הבהמה לחלבה הוי קנין דאורייתא, ה"י מהני קנין סיטומתא כמו דפריש והקנה גוף הבהמה לחלבה.

כלומר, שע"י המנהג הוי כאילו התנה שמקנה בדבר שבא לעולם (גוף הבהמה לחלבה).<sup>44</sup>

לפי הסבר זה נראה חידוש גדול לדינא, שאפילו לפני שהדבר הנקנה בא לעולם לא יוכל המוכר לחזור בו, כיון שהקנה בדבר שבא לעולם (גוף הבהמה לחלבה) וכבר חל הקנין. ואילו לסוברים שסיטומתא מועיל לקנות בדבר שלא בא לעולם משום שע"י הסיטומתא הוי גמירות דעת, נראה שחלות הקנין היא רק לאחר שהדבר הנקנה בא לעולם, ויכול המוכר לחזור בו קודם שבא לעולם.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> כך כתב הדבר אברהם (ח"א סי' א אות טז) בפירושו, ותמצית דבריו: שרק במקום שכל תנאי הקנייה הם כחלכתם מהתורה, ואין כאן חסרון אלא מצד מעשה הקנין, בזה המנהג (וכן מעשה קנין שתקנו חכמים ונהגו לפיהם) נהפך להיות קנין דאורייתא. אבל במקום שאיכא מהתורה חסרון אחר בעיקר דיני הקנייה, שאינו נוגע כלל למעשה הקנין (כגון שמדאורייתא אין הקונה בר קנין, או שאין המקנה בר הקנאה, או שאין הדבר יכול להיות קנין) בזה לא שייך לומר שיועיל משום שנהגו, דאין כח ביד המנהג אלא למשווי למעשה קנין ולא לשנות דיני ההקנאה. ומכאן הוא מסיק: "הלכך נראה דבדבר שלא בא לעולם אין סיטומתא קונה, אע"פ שנהגו בה, לפי שהחסרון הוא בדין ההקנאה ולא במעשה הקנין".

ומזה צריך עיון מה שכתב הדבר אברהם במקום אחר (ח"ב סי' י אות א), שם משמע מדבריו שסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם. שכן כתב על שאלת הגמרא בב"ב (קכז, ב) "יכיר למה לי" שלכאורה קשה, "שהרי איצטריך קרא דיכיר לזמן שלא יהיה שום מנהג התגרין שיהיה שייך גם בדבשב"ל", ומשמע שלדעתו, אם יהיה מנהג בדבר שלא בא לעולם – יועיל לקנות, וצ"ע. ועוד יש להעיר על מה שכתב הדבר אברהם שסיטומתא לא יועיל בשכירות קרקע (הובא לעיל הע' 7), ולכאורה, החסרון בזה הוא רק במעשה הקנין, וצ"ע למה לא יועיל.

<sup>43</sup> הרב ברוך מרדכי ליפשיץ (וואלקוביסק, המאה הי"ט). וראה עוד בשו"ת דברי חיים (ח"ב חו"מ כו) שהעלה גם הוא סברא זו של הברית יעקב, וכן העלה שם סברא נוספת, שיתכן וסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם משום שמחייב נפשו, והתחייבות מועילה אפילו בדבר שלא בא לעולם, עיי"ש.

<sup>44</sup> לפי הסבר זה מבוארת שיטת המהר"ם גם לפי הדעות הסוברות שהחסרון בדבר שלא בא לעולם הינו מצד שאין המוכר בעלים להקנותו, ומצד שאין לקנין על מה שיחול.

<sup>45</sup> כך כתב בשו"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סי' צ ד"ה עוד נלפענ"ד) ובאר שדברי מהר"ם שמחייב האב לקיים דבריו ליתן הילד למוהל אשר הבטיח לו, היינו דוקא לאחר שהולד בא לעולם וחל הקנין, אבל קודם שבא לעולם לכ"ע יכול לחזור בו. והטעם בזה, דהא רב הונא ס"ל כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואפ"ה ס"ל בש"ס (יבמות צג, א) דעד שלא בא לעולם יכול לחזור בו, ומשום דלא חל הקנין עד אחר שבא לעולם. ואי"כ לא

### ג. דעת המהרש"ל והנתיבות (מועיל רק בצירוף עם דינא דמלכותא)

בחיבורו ים של שלמה (בי"ק פ"ה סי' ס) הביא המהרש"ל את דברי ר' יחיאל להלכה, והיינו שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם.

אולם, בתשובותיו (שו"ת מהרש"ל, לו) דן המהרש"ל במקרה של יהודי שקנה מהשר שבמקומו רשות וכח שלא יעשה שום אדם יין שרוף זולתו, (=זכיון בלעדיות), והוא כדבר שלא בא לעולם. וכתב המהרש"ל שכיון שרגילים לקנות זכיונות כאלו משלטוני העיר אשר אזלינן בתרייהו בדינא דמלכותא, ולפי המלכות קונים זאת ע"י שטר ארנדא (=חכירות) ועל סמך זה המלכות דנה, וכן רגילים ג"כ שקודם כלות זמנו של בעל הזכיון הראשון כבר מוכרים הזכיון לשני (כיון שיש ביקוש גדול, והמקדימים קונים זאת במחיר גבוה יותר), הילכך: "מי שקונה מכס או כה"ג מן המלך אפי' קודם זמנו, הוא קנין גמור, והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים". המהרש"ל אף מנמק כיצד מועיל קנין לדבר שלא בא לעולם: "ומצינו ג"כ בדברי חכמים ששינו הידוע. ואפילו מה שהוא מקח ממש – אמרו שאינו קונה (כלומר, שיש קנינים מדאורייתא שחכמים הפקיעום)...ומה שאינו מקח ממש (=ע"פ הדיון) אמרו ג"כ חכמים שהוא קנין גמור בסוף פרק הריבית (בי"מ עד, א) גבי סיטומתא... ומזה הביאו ראייה המחברים שעיקר קנינים בין בסחורה הכל לפי המנהג ק"ו מנהג ודת המלך...".

א"כ, דעת המהרש"ל בתשובתו, שסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם, היפך ממה שכתב בישי"ש.

על סתירה זו בדברי המהרש"ל כבר עמד רעק"א (גליון השו"ע חו"מ רא) ונשאר בצ"ע.<sup>46</sup>

אולם, היו שניסו ליישב סתירה זו.

הנתיבות (רא, משה"א ס"ק א) כתב שסיטומתא לא מהני לדבר שלא בא לעולם, אך הביא את תשובת המהרש"ל, וכתב ליישבה עם שיטתו: "ואפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא".

עדיף קנין סיטומתא דהוא מנהג בעלמא מקנין גמור לר"מ דמועיל מה"ת ואינו חל רק אחר שבא לעולם, ויכול לחזור קודם שבא לעולם. ויש לעיין האם יכול לחזור בו קודם שבא לעולם לסוברים שסיטומתא הוי תקנת חכמים ומועיל בדבר שלא בא לעולם, ולסוברים שסיטומתא מועיל מדין תנאי שבממון.

<sup>46</sup> ראה משי"כ לקמן בנספח, בבירור דעת רעק"א.

כלומר, לדעת הנתיבות, אע"פ שקנין סיטומתא לבדו לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, קנין סיטומתא בצירוף עם דינא דמלכותא מועיל. על דעתו זו חזר בעל הנתיבות גם בספרו מקור חיים (ה' פסח תנ, ח).<sup>47</sup>

הרב עובדיה יוסף (יביע אומר ח"ו חו"מ סי' ו) השתמש בדברי הנתיבות ליישב את הסתירה שבדברי המהרש"ל, וכתב שמתוך הסתירה בדברי מהרש"ל ע"כ לומר כמשי"כ הנתיבות, שלמהרש"ל לא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם ורק בצירוף דינא דמלכותא מועיל.

ואולם, הרב אליהו עצור הקשה על תירוץ הנתיבות וכתב (שורת הדין – מאמרים ופסקים, ד, עמ' שכח): "ולפי עניות דעתי לא מובן מה יישב רבינו הנתיבות בזה, דהמדקדק בדברי מהרש"ל בתשובותיו יוכח שגם בלא דינא דמלכותא אמר דמהני קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, שכתב [המהרש"ל]: 'הכל לפי המנהג וקו"ח מנהג ודת המלך', אלמא שרק לרווחא דמילתא הוסיף 'קו"ח מנהג ודת המלך'".<sup>48</sup>

נמצאנו למדים, שלדעת הנתיבות, ויתכן וזוהי גם דעת המהרש"ל, סיטומתא לא מהני לדבר שלא בא לעולם, ורק בצירוף עם דינא דמלכותא מהני.

לביאור הטעם בשיטה זו, יש מי שכתב<sup>49</sup> שאע"פ שסיטומתא לא מועילה בפני עצמה לקנות דבר שלא בא לעולם כיון שיש בזה חסרון בגמירות הדעת, מכל מקום, במקום שמועיל לפי דיני המלכות, ויכול הקונה לתבוע אותו בערכאות, הרי ששוב אין המקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו, והוי גמירות דעת וקונה מיד בסיטומתא. ואילו מצד דינא דמלכותא לבדו, אינו קונה מעכשיו, אלא רק כשיתבע את המקנה בפועל בערכאות.

<sup>47</sup> ועיי"ש, שבסוף דבריו כתב (ביחס לדעת המג"א) שבמקרה שקנה בסיטומתא בצירוף עם דינא דמלכותא אינו יכול לחזור בו קודם שבא לעולם, "וכמו שקנה אותו כן יכול להקנות אותו, והקנין חל תיכף כיון שאינו יכול לחזור בו". וצ"ע היאך לדבריו חל הקנין לפני שהדבר הנקנה בא לעולם.

<sup>48</sup> בהמשך דבריו הרב עצור מקשה עוד על תירוץ הנתיבות מהשי"ש בב"ק (פ"ה סי' לו) "שכתב מפורש דמהני מנהג לחוד, ולא הזכיר ענין דינא דמלכותא". ובעוניי, לא ירדתי לסוף דעתו, שהרי בשי"ש שם מדובר בדבר שבא לעולם, ובזה ודאי גם הנתיבות לא התכוין לומר שישבור הישי"ש שמועיל סיטומתא רק בצירוף עם דינא דמלכותא.

<sup>49</sup> כך באר הרב יהודה פרומן בכתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, ח"ב עמ' 286 – 289.

## ד. פסיקת ההלכה

יש מהפוסקים שפסקו להלכה כר' יחיאל, שסיטומתא לא מועילה לקנות דבר שלא בא לעולם. כך כתבו הרדב"ז (שו"ת ח"א, רעח) והקצות (רא,א).

דעת הנתיבות (כמבואר לעיל) שסיטומתא לא מועיל, ורק בצירוף עם דינא דמלכותא מועיל.

מנגד, נקטו פוסקים רבים שסיטומתא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם:

כך פסקו החת"ס (שו"ת, חו"מ סו, 50) שו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט).<sup>50</sup> אף ערוך השולחן (רא,ג) לאחר שהביא את שתי הדעות הוסיף: "והרי אנו רואים שנהגו להקנות כל מיני חכירות וארענדעס (=בתי מרזח) דאינם ברשותו, ויש בהם דברים שלא באו לעולם כלל, ועכ"ז המנהג פשוט דמועיל בהם הקנין או השטר ... וכן עיקר לדינא". כך פסקו גם בשו"ת דברי חיים (ח"ב חו"מ כו), בשו"ת הר צבי (יו"ד, קלב) ועוד.

המהרש"ם במשפט שלום (רא,ב) נקט כמהר"ם, ובשו"ת המהרש"ם (ח"ג, יח) אף הוסיף שהוכרעה ההלכה שמועיל, וא"א אפשר לומר קים לי שלא.

כך נקט גם בחוקת המשפט – הלכות מכירה (פרק ו סעיף כא): "נהגו לקנות דבר שלא בא לעולם – קנה". ובקונטרס אחרון (סי' א אות ג) כתב שדעת ר' יחיאל היא דעת יחיד, ואין לטעון קים לי כלל.

## ה. נספח: בירור דעת רעק"א

בדברי רעק"א מצאנו סתירה לכאורה. בהגהות השו"ע שלו (רא,ב) כתב רעק"א:

...ועיין ישי"ש פ"ח דב"ק סי' ס, כתב דדוקא בדבר שבא לעולם שייך ביה סיטומתא, אבל בדבר שלא בא לעולם [ד]לא שייך ביה קנין, לא מצינו דיועיל המנהג להחשיבו לקנין, עיי"ש. ולעני"ד מבואר בשו"ת

<sup>50</sup> ולדעתו מועיל אף באסמכתא, שזה ק"ו מדבר שלא בא לעולם.

<sup>51</sup> וכתב השו"מ עוד, שהקצות (סי' רעח, יג, וסי' שלב,ו) הביא את דעת הריב"ש (סי' שכא) דקודם מתן תורה נקנה אף דבר שלא בא לעולם. ובאר השו"מ שהטעם לזה הוא שקודם מתן תורה לא היה קנין תורה רק מה שנהגו הסוחרים להקנות, וא"כ הרי שזה סיטומתא ומנהג וקונה גם בדבר שלא בא לעולם.

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

הרא"ש כלל יב סי' ב<sup>52</sup> דגם בדבשלב"ל מהני. ועיי' תשובת רש"ל סי' לח, ע"ש וצ"ע.

כלומר, הוא חולק על דברי הישי"ש, ולדעתו סיטומתא מהני לדבר שלא בא לעולם, והוא מבסס דעתו זו על תשובת הרא"ש, ותשובת הרש"ל הנ"ל.

לעומת זאת, בשו"ת רעק"א (מהדו"ק סי' קלד) כתב על הנידון שם, שאם נחשיבו כדבר שלא בא לעולם :

אם כן, גם אסטומתא לא מהני, כמו שכתוב ממני בגליון השו"ע (סי' רא) דהישי"ש בב"ק (פ"ח סי' ס) הביא בשם המרדכי דאסטומתא לא מצינו דקנה רק (=אלא) בדבר שבא לעולם, דהוי כמו קנין גמור, אבל בדבר שלא בא לעולם לא מהני אסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור, וכן כתב הרדב"ז בשו"ת. ואם כן, בנידון דידן גם אסטומתא לא מהני.

כלומר, לדעת רעק"א בתשובתו סיטומתא לא מועיל לדבר שלא בא לעולם.

יתכן, ובביאור דעת רעק"א ניתן לומר שתחילה סבר שלא מועיל, וכפי שכתב בתשובתו. אך לאחר מכן, כשמצא את תשובת הרא"ש ותשובת מהרש"ל חזר בו ופסק שמועיל. כך נראה מתוך דבריו בתשובה, שכשציינן לגליון השו"ע שלו, הזכיר רק את דברי הישי"ש,<sup>54</sup> ולא הזכיר את תשובת הרא"ש והמהרש"ל, אותם כנראה מצא מאוחר יותר, והוסיפם לגליון השו"ע, ונראה שפסק כמותם.

אמנם, יתכן ומה שכתב רעק"א בסוף דבריו בהגהת השו"ע: "וצ"ע", מוסב לא רק על הסתירה בדברי המהרש"ל, אלא אף על עצם הדין. ולפי זה, הרי שרעק"א לא הכריע בשאלה זו.

<sup>52</sup> לפנינו הוא בסימן ג, וכן תוקן במהדורת פרידמן.

<sup>53</sup> לפנינו הוא בסימן לה- לו, וכן תוקן במהדורת פרידמן.

<sup>54</sup> וכן בהגהות רעק"א על שו"ע יו"ד (רסד, א) הזכיר רק את דברי הישי"ש הנ"ל.

## הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א

אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

### לפרשת שמיני – פרשת החודש\*

ויאמר אל אהרון קח לך עגל בין בקר וגו', ופירש"י: להודיע שמכפר לו הקב"ה ע"י עגל זה על מעשה העגל שעשה עכ"ל. וכבר הקשו המפרשים דהא אין קטיגור נעשה סניגור, וא"כ למה ציווה לו לאהרן להקריב דוקא עגל. ותניא בספרא (ספרא שמיני פ"א א): ויאמר משה זה הדבר אשר צוה ה' תעשו, אמר להם משה לישראל אותו יצר הרע העבירו מלבכם, ותהיו כולכם ביראה אחת ובעצה אחת לשרת לפני המקום, כשם שהוא יחידי בעולם כך תהא עבודתכם מיוחדת לפניו שנא' ומלתם את ערלת לבבכם, מפני מה, כי אני ה' אלקיכם הוא אלקי האלהים ואדוני האדונים, עשיתם כן, וירא אליכם כבוד ה' עכ"ל. וכבר דקדקו כל המפרשים דאיזה יצר הרע מרומז כאן.

ויהי ביום השמיני וגו'. ותניא בגמ' מגילה (י, ב) דאותו היום היתה שמחה לפני הקדוש ברוך הוא כיום שנבראו בו שמים וארץ, כתיב הכא ויהי ביום השמיני וכתוב התם ויהי ערב ויהי בקר יום אחד. וצריכים לדעת מהו הייחוד שביום זה שדוקא בו היתה שמחה לפני הקב"ה כיום שנבראו בו שמים וארץ.

החודש הזה לכם ראש חדשים ראשון הוא לכם לחדשי השנה. וצריכים להבין למה הקדים מצוה זו למצוות חג הפסח וסיפור יציאת מצרים. ולא עוד אלא דרש"י בפירושו בתחילת פרשת בראשית מביא דרשת ר' יצחק דקאמר דלא היה צריך להתחיל את התורה אלא מהחודש הזה לכם, שהיא מצוה ראשונה שנצטוו בה ישראל, אלמא דמצוה זו נחשבת כהתחלה לכל מצוות התורה. ומוכרחים לומר דמצוות אחרות שהוזכרו לפני כן בתורה לא הוזכרו אלא אגב הסיפור שמסופר שם, אבל אילו נסדרו המצוות כפי סדרן היה מזכירם אחרי כן, והיה מתחיל דוקא בהחודש הזה. וא"כ צריכים לדעת מהו ייחודה של מצוה זו שמתחילה בה התורה.

עוד איתא במדרש (שמו"ר טו, יג) החדש הזה לכם, לקיים מה שנאמר בי מלכים ימלוכו. וצריכים להבין מהו הקשר שבין מצות קידוש החדש למלוכה. עוד איתא בחז"ל בכמה דוכתי (מכילתא בא מסכתא דפסחא פ"א א; שמו"ר שם,

\* נמסר בכולל, אדר שני תשס"ג לפ"ק.

כז: ועוד) דישראל מונין ללבנה ואומות העולם מונין לחמה. ולכאורה קשה דהא גם ישראל מונין לחמה במה שהם מעברים את השנים.

והנראה לומר בזה הוא בהקדם מה שאמרתי כבר ליישב מה שכתב הרמב"ם בפ"א מהל' קידוש החדש (ה"ז): מ"ע מה"ת על בית דין שיחשבו וידעו אם יראה הירח או לא יראה, ושידרשו את העדים עד שיקדשו את החדש, וישלחו ויודיעו שאר העם באי זה יום הוא ראש חדש כו' עכ"ל. וכן כתב בתחילת הל' קידוש החדש: הוא מ"ע אחת והוא לחשב ולידע באי זה יום תחלת כל חדש מחדשי השנה עכ"ל. והעיר על זה הג"ר ירוחם פישל פלא זצ"ל בביאורו על סה"מ לרס"ג (עשה נו) ממה שכתב הרמב"ם עצמו בספר המצוות (עשה קג): הוא שצונו לקדש חדשים ולחשוב חדשים ושנים, וזו היא מצות קה"ח עכ"ל. אלמא דנכלל בכלל מצוה זו לא רק קידוש חדשים אלא גם עיבור שנים, וכן הוא באמת לדעת הרמב"ם דלא חשב עיבור שנים כמצוות עשה בפני עצמה (ודלא כמו שכתב הרמב"ן בשם הבה"ג). וא"כ קשה אמאי שינה הרמב"ם לשונו בספר הי"ד וכתב דהמצוה היא לקדש חדשים והשמיט הא דעיבור שנים.

אולם לעני"ד נראה דלא קשה מידי, ודעת הרמב"ם היא דבאמת אין כאן אלא מ"ע אחת, והיא לקדש חדשים, ואין כאן מצוה מיוחדת לעבר שנים, ואין כאן אפילו שני חלקים נפרדים למצוה, אלא הכל מצוה אחת לקדש חדשים ותו לא מידי. אלא דיש תנאי בקידוש חדשים, שהחדש הראשון יהא חדש האביב וכדכתיב שמור את חדש האביב, ומתנאי זה בא הצורך לעבר שנים, אבל לא שעבור שנים הוא דין מיוחד בפני עצמו. ולפי זה מובן שרק בספר המצוות שמתאר את המצוה מזכיר גם חשבונות השנים מכיוון שבפועל צריך לחשב גם שנים כדי לקיים המצווה. אבל בספר הי"ד בא רק להגדיר את המצוה ולא לתאר אותה, כיון שיפרט אחר כך בהלכות, לכך לא מזכיר עיבור שנים מכיון שאינו חלק מהגדרת המצוה.

ולפי מה שנתבאר מובן מה שאמרו חז"ל שישראל מונין ללבנה, והיינו שעיקר המנין שלהם הוא ללבנה שזוהי המצוה לקדש חדשים, ומה שהם מעברים שנים בהתאם לשנות החמה אינו אלא כדי לקיים התנאי של שמור את חדש האביב, אבל עיקר המנין הוא בחדשים לפי הלבנה ולא לפי החמה. ובזה יש לבאר הפסוק החדש הזה לכם ראש חדשים ראשון הוא לכם לחדשי השנה, שלכאורה יש כאן כפל לשון. אולם לפני דברינו יש לפרש הכוונה שרמז כאן שחדש ניסן צריך להיות חדש האביב כמו שהיה ביציאת מצרים, ועל ידי זה יש בה זכר ליציאת מצרים. וזהו שאמר הכתוב, החדש הזה דהיינו חדש זה שהוא חדש האביב יהיה לכם ראש חדשים, וראשון הוא לכם לחדשי השנה

דהיינו במנין החדשים שחדש ניסן צריך להיות ראשון לחדשי השנה, וכמו שפירש כאן הרמב"ן בביאורו על התורה.

והנה יש הבדל בין המנין ללבנה למנין החמה, שבמנין של החמה אין מקום לגמישות, שהרי קבועה השנה ועומדת שהיא שס"ה ורבע יום, ולכן בכל ארבע שנים צריכים להוסיף יום [ואם הולכים לפי תקופת רב אדא יש עוד שינוי של יום פעם אחת למאה שנה], אבל במנין של הלבנה יש מקום לגמישות, שהרי בכל חודש צריכים להחליט אם לעברו או לחסרו, וכן צריכים להוסיף חדש אחת לכמה שנים. וכח ההחלטה בזה ניתן לבית דין. וכתוצאה מזה מצינו תופעה מיוחדת במצות קידוש החדש שהיא נותנת לבית דין שליטה על הטבע, וכמו שכתב הש"ך ביו"ד (קפט, יג) לגבי וסת החודש דודאי שיפורה גרים, והכל לימות החודש מלא וחסר לחדשים ולשנים מעוברות לפי תיקוני ב"ד, שכל מה שב"ד שלמטה עושים ב"ד שלמעלה מסכימים עמהם דכתיב אשר תקראו אותם, אשר תקראו אֲתֶם במועד, ואף בחידושי הגוף כן וכמו שדרשו ז"ל בלא-ל גומר עלי – קטנה בת ג' שנים ויום א' שנבעלה אין בתוליה חוזרים, נמנו ב"ד ועבר השנה בתוליה חוזרים, הוי לא-ל גומר עלי עכ"ל, והוא בירושלמי פרק הנודר מן המבושל הלכה י"ג בשם ר' אבין, וכ"כ הרא"ש פרק האשה דבשפורה תליא מילתא, והכי אמרינן בס"פ בנות כותים דף ל"ח ע"א דשיפורה גרים, עכ"ד הש"ך. והיינו שבקידוש החודש על פי הירח יש לבית דין כח מעל הטבע לשנות את הטבע. וזהו שאמר הכתוב החדש הזה לכם, כלומר כח החידוש לחדש בטבע הבריאה ניתנה כאן לכם במצוה זו.

ובזה יש לפרש מה שאמר במדרש: החדש הזה לכם, לקיים מה שנאמר בי מלכים ימלוכו, והיינו כדאיתא בגמ' גיטין (סב,א): אמרו ליה מנא לך דרבנן איקרו מלכים, אמר להו דכתיב בי מלכים ימלוכו וגו'. שכוונתו לומר שנתן הקב"ה לחכמים שליטה על העולם, ולכן הם נקראים מלכים, ועל זה אמר המדרש שכח זה בא ממצות קידוש החדש. ומכח זה אמרו חז"ל בגמ' מו"ק (טז, ב): אמר אלקי ישראל לי דָּבַר צור ישראל מושל באדם צדיק מושל יראת אלהים, מאי קאמר, אמר רבי אבהו הכי קאמר אמר אלקי ישראל לי דבר צור ישראל, אני מושל באדם, מי מושל בי, צדיק, שאני גוזר גזרה ומבטלה, ועוד איתא בגמ' שבת (נט, ב) דכתיב בהו בצדיקים ותגזר אמר ויקס לך וגו', ועוד איתא בגמ' תענית (כג, א): ת"ר מה שלחו בני לשכת הגזית לחוני המעגל, ותגזר אמר ויקס לך ועל דרכיך נגה אור, ותגזר אמר – אתה גזרת מלמטה, וחקדוש ברוך הוא מקיים מאמרך מלמעלה. והיינו כמו שנתבאר שנתן הקב"ה לצדיקים מלוכה ושליטה על תבל ומלוואה, ועל ידי זה הם יכולים לשנות את הטבע.

ובאמת כח זה אינו מוגבל רק לצדיקים בלבד, אלא דבמידה מסוימת הוא שייך לכלל ישראל כולו שעל זה תנן בפרק שמנה שרצים (שבת קיא,א) דאמר ר' שמעון דכל ישראל בני מלכים הם, והיינו כמו שכתב רש"י (מלכים ב ד,א) דכל בני הנביאים שבמקרא תרגומו תלמידי נבייא, וכמו כן יש לפרש בני מלכים דהיינו תלמידי רבנן דאיקרו מלכים. ויש לפרש לפי זה גם מאי דאיתא בגמ' פסחים (סו,א) הנח להן לישראל אם אין נביאים הן בני נביאים הן, והיינו כדאיתא במדרש (ב"ר עת,ב) שאמר המלך ליעקב: אני אומר לפניו רבש"ע נביאיך גוזרין גזירות ואין אתה מבטל גזירתן ואני הייתי יכול לבטל גזירתם עכ"ל, וא"כ מה שנקראו ישראל בני נביאים הוא מפני שגם להם יש כח לגזור גזירות שאין הקב"ה מבטל אותם.

והכח הזה ניתן לישראל כבר מראשית הבריאה, וכדכתיב אשר ברא אלקים לעשות, וכדאיתא במדרש הגדול על אתר: אשר ברא אלקים ועשה אין כתיב כאן, אלא אשר ברא אלקים לעשות, מכאן לכל האותות והמופתים שיש בהם שנוי טבעו של עולם, שנעשו להם לצדיקים לשעבר ושעתידין ליעשות, כבר עלו במחשבה מששת ימי בראשית, וכן הוא אומר מה שהיה הוא שיהיה ומה שנעשה הוא שיעשה ואין כל חדש תחת השמש עכ"ל. וכתב בתורה שלמה על הפסוק הזה (אות סא) דזוהי כונת התרגום יונתן שתרגם: מכל עבדותיה דברא ה' ועתיד למעבד. ועוד כתב בפי ר' חיים פלטיאל: אשר ברא אלקים לעשות – כי עד הנה ברא ה' ומכאן ואילך – לעשות, שהבריות יעשו העולם עכ"ל. וניטל הכח הזה מאומות העולם וניתן לישראל, וכדמוכח מהא דאיתא במדרש תנחומא (תזריע ה): מעשה ששאל טורנוסרופוס הרשע את ר' עקיבא איזו מעשים נאים של הקב"ה או של בשר ודם, אי"ל של בשר ודם נאים, אי"ל טורנוסרופוס הרי השמים והארץ יכול אדם לעשות כיוצא בהם, אי"ל ר"ע לא תאמר לי בדבר שהוא למעלה מן הבריות שאין שולטין עליו אלא אמור דברים שהם מצויין בבני אדם, אי"ל למה אתם מולין, אי"ל אני הייתי יודע שעל דבר זה אתה שואלני ולכך הקדמתי ואמרת לך שמעשה בני אדם נאים משל הקב"ה, תביא לו ר"ע שבליים וגלוסקאות, אי"ל אלו מעשה הקב"ה ואלו מעשה ידי אדם, אי"ל אין אלו נאים יותר מן השבלים, אי"ל טורנוסרופוס אם הוא חפץ במילה למה אינו יוצא הולד מהול ממעי אמו, אי"ל ר"ע ולמה שוררו יוצא עמו והוא תלוי בבטנו ואמו חותכו, ומה שאתה אומר למה אינו יוצא מהול לפי שלא נתן הקב"ה את המצות לישראל אלא לצרף אותם בהם, ולכך אמר דוד כל אמרת ה' צרופה עכ"ל. ואם מצות מילה היא אות ברית בין הקב"ה לכנסת ישראל הרי מוכרח שכח זה ליצור בבריאה ולהשלימה ניטלה מאומות העולם וניתנה דוקא לישראל. ומה שנשאר לאומות העולם הוא רק

לתקן מה שבני אדם מקלקלים, אבל לתקן את הבריאה ולהשלימה זה ניתן דוקא לישראל.

ולפי מה שנתבאר שניתן כח היצירה לישראל ע"י התורה ומצוותיה אפשר להבין גם מאי דאיתא בפ"ג דברכות (ה,א): אמר רבי זירא ואיתימא רבי חנינא בר פפא בא וראה שלא כמדת הקדוש ברוך הוא מדת בשר ודם, מדת בשר ודם אדם מוכר חפץ לחבירו מוכר עצב ולוקח שמח, אבל הקב"ה אינו כן, נתן להם תורה לישראל ושמח שנא' כי לקח טוב נתתי לכם תורת אל תעזבו, דלכאורה קשה, וכי איזו רבותא יש כאן, דאימתי אומרים שהמוכר עצב כאשר יוצא החפץ מרשותו לרשות הקונה, אבל אם החפץ נשאר אצלו אמאי יהא עצב, והרי זה כמו כמי שמלמד תורה או חכמה לאחר, שאדרבה שמח במה שמקבלים ממנו, דיותר מה שרוצה העגל לינוק רוצה הפרה להניק (פסחים ק"ב, א), וא"כ אין המשל דומה לנמשל. אבל לפי מה שבארנו אתי שפיר, דבמה שנתן הקב"ה את התורה לישראל הרי לקח לעצמו שותף בבריאה, שהרי קבלו ישראל בזה כח היצירה וההשלמה, ויש להם הכח לשנות את טבע הבריאה, והם יכולים לבטל גזרותיו של הקב"ה, ומאחר שכן שפיר דומה המשל לנמשל, ויש רבותא במה שהקב"ה מסר כוחות אלו לישראל.

והנה כבר בארתי במקום אחר שבעשיית המשכן בא לידי ביטוי כח היצירה של ישראל, והיינו כדאיתא בהקדמה תיקוני הזוה"ק (יג,א) שהמשכן הוא מקביל למעשי בראשית, וע"י המשכן אנו משלימים הבריאה בזה שאנו גורמים להשראת השכינה בעולם. והיינו כדאיתא בפסיקתא רבתי (פ"ו ה): ותשלם כל המלאכה, המלאכה אין כתיב כאן אלא כל המלאכה – מלאכת ששת ימי בראשית, מכל מלאכתו אשר ברא אלקים לעשות, עשה אין כתיב כאן אלא לעשות, עדיין יש מלאכה אחרת, כיון שבא שלמה ובנה בית המקדש אמר הקב"ה עכשיו שלמה מלאכת השמים וארץ – ותשלם כל המלאכה, לכך נקרא שלמה שהשלים הקב"ה מלאכת ששת ימי בראשית לתוך מעשי ידיו עכ"ל.

ומעתה מובן למה היו שבעת ימי המילואים ואחרי זה ביום השמיני נתגלה השכינה במשכן, והיינו כמו שכתב המהר"ל בתפארת ישראל (פ"ב א-ב) דמילה שהיא מורה על הכח שמעל לטבע היא דוקא ביום השמיני שהוא אחרי שבעת ימים שהם מקבילים לעולם הטבע שנברא בשבעת ימי בראשית. וכמו כן היה בעשיית המשכן שהיה מקביל למעשי בראשית, והוא השלמת הבריאה על ידי ישראל, לכן היה דוקא ביום בשמיני. ולפי זה מובן למה היה באותו יום שמחה לפני הקב"ה כיום שנבראו בו שמים וארץ, והיינו משום שבאותו יום

היתה השלמת הבריאה, וכמו ביום בשנבנה בו בית המקדש שגם הוא השלמת הבריאה, וכדתנן במס' תענית (כו, ב): וביום שמחת לבו – זה בנין בית המקדש שיבנה במהרה בימינו.

ולפי מה שנתבאר מובן למה נצטווה אהרן להביא דוקא עגל לכפר על חטא העגל, דיש לומר שעיקר החטא של בני ישראל בא מרגש נחיתות, שלא האמינו שע"י התורה נתן להם הקב"ה הכח לשלוט בבריאה, ואדרבה חשבו שכוחות הטבע שולטים עליהם, ולכן היו מוכנים להשפיל את עצמם לעבוד גם עגל, ולכן במה שהקריב אהרן עגל והם הקריבו קרבנות הראו שהם שולטים על כל הכוחות, ובזה נתכפר להם על חטא. וא"כ זהו מה שאמרו חז"ל אותו יצה"ר תעבירו מלבכם, דהיינו רגש הנחיתות, וכמו שאמר הרה"ק ר' שלמה מקרלין זצ"ל שהיצה"ר הכי גדול הוא זה ששוכח אדם שהוא בן מלך, וע"י רגש הנחיתות הוא משפיל את עצמו עד שמוכן לעבוד לעגל זהב, וע"י שתקריבו את הקרבנות תעבירו יצה"ר זה מלבכם, ותקבלו גאון דקדושה להכיר שכמו שהקב"ה הוא יחיד כך אתם יחידים ועבודתכם מיוחדת לפניו, ודוק היטב בכל זה.

הרב שלמה זאב פיק

ר"מ במכון הגבוה לתורה  
אונ' בר-אילן

## סיפור יציאת מצרים והתשובה לבן החכם שיעור מפי השמועה ממרן הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל<sup>1</sup>

### התשובה לבין החכם

המצווה המרכזית בליל הסדר, היא סיפור יציאת מצרים. מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל ('הרב' בפי תלמידיו) הרחיב פעם אחר פעם אודות מהות מצווה זו ומרכיביה. באחד משיעוריו בבית כנסת מוריה, דן הרב במצוות סיפור יציאת מצרים ובתשובה לבן החכם. לדעת הרב, אחד המרכיבים של סיפור יציאת מצרים הוא תלמוד תורה, כלומר לימוד הלכות הפסח. מקבילה לדברי בעל ההגדה: "מעשה ברבי אליעזר ורבי יהושע ורבי אלעזר בן עזריה וכו' והיו מספרין ביציאת מצרים כל אותו הלילה עד שבאו תלמידיהם ואמרו להם רבותינו הגיע זמן קרית שמע של שחרית", נמצא בתוספתא מסכת פסחים<sup>2</sup>: "חייב אדם לעסוק בהלכות הפסח כל הלילה אפילו בינו לבין בנו אפילו בינו לבין עצמו אפילו בינו לבין תלמידו. מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו מסובין בבית ביתוס בן זונין בלוד והיו עסוקין בהלכות הפסח כל הלילה עד קרות הגבר הגביהו מלפניהן ונועדו וחלכו להן לבית המדרש". בתוספתא המוקד הוא תלמוד תורה, והרב הגדיר זאת כך: "לימוד הלכות פסח הוא קיום סיפור יציאת מצרים". אין לך ראייה יותר טובה ממה שמשיבים לבן החכם: "חכם מה הוא אומר: (דברים ו) מה העדות והחוקים והמשפטים אשר צוה ה' אלהינו אתכם, ואף אתה אמור לו כהלכות הפסח

<sup>1</sup> קיצור הדברים ראה אור בהצופה ערב יו"ט אחרון של פסח תשס"ג תחת הכותרת: "פסח – הלכה והגות במשנתו של הרב סולובייצ'יק: התשובה לבן החכם". במסגרת הדברים שמופיעים כאן, אני מפרסם את כל מה שרשמתי בשיעור שמסר הרב בבית הכנסת מוריה (אור ליא בניסן תשלי"ד), וכך מרשומות של ידידי תלמידי הרב זצ"ל, הרבנים ישראל ריבקיין ויוסף אדלר שליט"א. כמו כן שילבתי הערות והוספות מדברי הרב זצ"ל ששמעתי ממנו בשיעורים אחרים או שראיתי בחידושי התורה שהרב פרסם או פרסמו תלמידי בשמו.

<sup>2</sup> מהדי' ש' ליברמן, פ"י ה' יא-יב, והובא בהגהות מיימוניות להגדה של פסח, אות א.

**אין מפטירין אחר הפסח אפיקומן**. הגר"א גרס: "אף אתה אמור לו הלכות הפסח (בלי כ"ף) אין מפטירין אחר הפסח אפיקומן", ולמד פשט שהכוונה שצריכים ללמד את הלכות פסח, דהיינו את כל מסכת פסחים עד המשנה האחרונה – "אין מפטירין אחר הפסח אפיקומן".

הרב ציין שבהגדה התשובה לבן החכם היא עניין הלכות הפסח, אבל בפרשת ואתחנן (דברים פרק ו) התורה משיבה לבן החכם תשובה מפורטת:

(כ) **פִּי יִשְׁאַלְךָ בֶּן־מִתְרָא לְאֹמֹר מָה הָעֲדוֹת וְהַחֲקִים וְהַמְשֻׁפְּטִים אֲשֶׁר צָנְהָ ה' אֱלֹהֵינוּ אֲתָכֶם: (כא) וְאָמַרְתָּ לְבֶנְךָ עֲבָדִים הָיִינוּ לְפָרְעָה בְּמִצְרַיִם וַיֹּצִיאֵנוּ ה' מִמִּצְרַיִם בְּיַד חֲזָקָה: (כב) וַיִּתֶּן ה' אוֹתוֹת וּמִפְתִּים גְּדֹלִים וְרָעִים בְּמִצְרַיִם בְּפָרְעָה וּבְכָל בֵּיתוֹ לְעֵינֵינוּ: (כג) וְאוֹתָנוּ הוֹצִיא מִשָּׁם לְמַעַן הַבִּיֵּא אֶתְנוּ לְתֵת לָנוּ אֶת הָאָרֶץ אֲשֶׁר נִשְׁבַּע לְאַבְרָהָם: (כד) וַיִּצְוֵנוּ ה' לַעֲשׂוֹת אֶת כָּל הַחֲקִים הָאֵלֶּה לְיִרְאָה אֶת ה' אֱלֹהֵינוּ לְטוֹב לָנוּ כָּל הַיָּמִים לְחַיֵּינוּ כְּהַיּוֹם הַזֶּה: (כה) וְצִדְקָה תִּהְיֶה לָנוּ כִּי נִשְׁמֹר לַעֲשׂוֹת אֶת כָּל הַמִּצְוָה הַזֹּאת לִפְנֵי ה' אֱלֹהֵינוּ כְּאֲשֶׁר צָוָנוּ:**

נמצא שבתשובה לבן החכם יש שני חלקים: א) סיפור יציאת מצרים;<sup>3</sup> ב) ללמוד הלכות פסח. בפסוקים כא-כג נמצא המרכיב של סיפור יציאת מצרים. המשך הפרשה – פסוק כד – מתייחס ללימוד הלכות פסח.

מדוע איפוא בעל ההגדה מביא בתשובה לבן החכם את לימוד הלכות פסח בלבד? הרב הסביר שכשהתורה בפרשת ואתחנן דנה בבן החכם, יתר הבנים אינם מוזכרים, ולכן התורה מסרה את התשובה המלאה הכוללת את שני הדינים של סיפור יציאת מצרים ואילו בהגדה של פסח כל הבנים הם נוכחים, ומספרים לכל הבנים את סיפור יציאת מצרים, ולכן בעל ההגדה מדגיש את המיוחד בתשובה לבן החכם – לא רק מספרים את סיפור יציאת מצרים אלא מלמדים אותו הלכות הפסח, שהרי לימוד הלכה חשוב ביותר, הוא התכלית של יציאת מצרים.

הרב הוסיף ואמר שבאמת יש שלושה מרכיבים של סיפור יציאת מצרים: א) עצם הסיפור; ב) הלל ושבח, על פי הפסוק בישעיהו (ל,כט) "הַשִּׁיר יִהְיֶה לְכֶם כְּלִיל הַתְּקֵדֶשׁ חָג"; ג) תלמוד תורה. תלמוד תורה הוא המרכיב החשוב ביותר מפני שזו התכלית של יציאת מצרים, וכמו שכתב החינוך (מצוה שו)

<sup>3</sup> כלומר תיאור מה קרה באותו לילה, וכלשונו של הרמב"ם חמץ ומצה ז,ב: "מה שאירע לנו במצרים ונסים שנעשו לנו".

במצוות ספירת העומר: "שתקבלו התורה שהיא העיקר הגדול שבשביל זה הם נגאלים והיא תכלית הטובה שלהם". כל תכלית יציאת מצרים היא קבלת התורה. "ויצונו" זהו שבועות – עצרת לפסח.

מי שואל את ה"מה נשתנה?" הבן החכם!<sup>4</sup> התם, הילד הקטן, שואל "מה זאת", אבל החכם שואל: "מה העדות והחקים והמשפטים אשר צוה ה' אלקינו אתכם". אפשר להדגים את העדות והחקים עם ה"ארבע קושיות" – שאלות המתייחסים לכל היקף ההגדה: "מה נשתנה הלילה הזה מכל הלילות, שבכל הלילות אנו אוכלים חמץ ומצה והלילה הזה כולו מצה" (ובהמשך – מרור, טיבול והסבה) – "מה העדות והחקים והמשפטים אשר צוה ה' אלקינו אתכם".

### הלכות סיפור יציאת מצרים הנאמרות לבן החכם

לפי זה, אם הבן החכם שואל את "ארבע הקושיות", עונים לו מיד כמו שכתוב בתורה: "עבדים היינו לפרעה במצרים ויוציאנו ה' אלקינו משם ביד חזקה" – וזהו סיפור המעשה של יציאת מצרים.<sup>5</sup> ומיד עוברים להלכות הפסח ומוסיפים: "ואילו לא הוציא הקדוש ברוך הוא את אבותינו ממצרים עדיין אנו ובנינו ובני בנינו משועבדים היינו לפרעה במצרים", זו ההלכה שבכלל דור ודור חייב אדם לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים, ודבר זה מחייב הלל. יש דין נוסף: "מצווה עלינו לספר ביציאת מצרים" – יש חיוב על כל יהודי לספר ביציאת מצרים.

אחר כך דן בעל ההגדה בשיעורה של מצוות סיפור יציאת מצרים: "וכל המרבה לספר ביציאת מצרים הרי זה משובח", כלומר יש לו קיום מצווה. יתר-על-כן, הואיל וקיים מרכיב של תלמוד תורה – ותלמוד תורה בכלל "אלו דברים שאין להם שיעור", לכן לסיפור יציאת מצרים אין שיעור.

מי חייב במצוות סיפור יציאת מצרים? "ואפילו כולנו חכמים כולנו נבונים כולנו זקנים כולנו יודעים את התורה מצווה עלינו לספר ביציאת מצרים".

<sup>4</sup> זכורני שפעם בנכחות קהל רב של עשרות רבני ארצות הברית, שאל הרב: "מי אומר את ה'מה נשתנה'! וענו כולם 'הבן הקטן'! ו'או 'הבן הצעיר'! הרב צחק, והעיר להם מן הסוגיה בפסחים (קטז, א) שהבן החכם הוא השואל את ה'מה נשתנה'.

<sup>5</sup> לחמשך הסיפור, אומרים לו ואיך גמור, כלומר המשך הסיפור ופרטיו יבואו כשנתייחס ליתר הבנים.

כדי להדגים מי חייב ומה זמנה של המצווה, בעל ההגדה הביא מיד את הסיפור של חמשה גדולי הדור שהיו מסובין בבני ברק ומספרים ביציאת מצרים עד זמן קריאת שמע של שחרית. (על סוף זמנה - להלן).

ומה עם סיפור יציאת מצרים וזכירתה בכל ימות השנה? בעל ההגדה מביא מיד את המשנה בברכות (סופ"ק): "אמר להם רבי אלעזר בן עזריה הרי אני כבן שבעים שנה ולא זכיתי שתאמר יציאת מצרים בלילות עד שדרשה בן זומא, שנאמר (דברים טז): 'למען תזכור את יום צאתך מארץ מצרים כל ימי חיידך', ימי חיידך הימים, כל ימי חיידך הלילות, וחכמים אומרים ימי חיידך העולם הזה, כל ימי חיידך להביא את ימות המשיח". יש לזכור יציאת מצרים כל יום. (ענין זה יתבאר בהרחבה בהמשך).

לאחר מכן, התרכז בעל ההגדה במצוות והגדת לבנך וארבעת הבנים, ושיש לספר לכל בן לפי ההתפתחותו האינטלקטואלית, וכלשונו של הרמב"ם בהל' חמץ ומצה (ז, ב): "לפי דעתו של בן אביו מלמדו... הכל לפי דעתו של בן". "כנגד ארבעה בנים דברה תורה" – אינו דומה הסיפור לבן התם לסיפור לבן חכם. אי אפשר להפטר מהחוב ולומר שהילד אינו מתעניין ביציאת מצרים, ומה עוד – הוא לא חכם. למה לבזבז לילה שלם בניסיון להחדיר משחו מסיפור יציאת מצרים לתוך ראשו? אלא כנגד ארבעה בנים דברה תורה, צריכים להסביר את יציאת מצרים לכל בן, אפילו אם לשם כך יש להקדיש את כל הלילה.

אחר כך דן בעל ההגדה בעיתוי של המצוה: "יכול מראש חדש, תלמוד לומר ביום ההוא, אי ביום ההוא יכול מבעוד יום, תלמוד לומר בעבור זה, לא אמרתי אלא בשעה שמצה ומרור מונחים לפניך". ובזה הגדיר את תחילת זמנה של מצוות סיפור יציאת מצרים.

נמצא שההגדה מסודרת להפליא: לקושיית הבן החכם "מה נשתנה", כלומר: "מה העדות והחוקים וכו'", עונים מיד "עבדים היינו לפרעה במצרים", כדי לקיים את מצות סיפור יציאת מצרים [ויתר הפירוט בסיפור יבוא עם התשובה ליתר הבנים]. אבל מיד מוסיפים ענין נוסף – הלכות הפסח.

הרב העיר שבדרך כלל, חג הפסח הוא החג ה"לומדישה" ביותר מבין הימים טובים. כדי למכור חמץ, צריך להיות מומחה בחושן משפט, שהרי שטר מכירת חמץ הוא קשה להבינה על פי דין במסגרת כל דיני ממונות. צריכים

<sup>6</sup> אין בידי תרגום קולע למונח זה; אולי יש לתרגמו: "לימוד עיוני".

להיות בקיאים ביורה דעה כדי לדון בדיני תערובת תמץ, ריחא מילתא, נותן טעם ועוד דינים. צריכים ידע באורח חיים בשביל כלל הלכות פסח. צריכים ידע בחושן משפט כדי להבין את גדרי האיסורים של כל יראה ובל ימצא בהם יש מרכיבים של דיני ממונות כגון: אחריות, ודבר הגורם לממון ועוד. ממילא, כשלומדים עם בן החכם, היינו יכולים ללמוד במשך שעות את כל ההלכות האלו [מלבד הלכות קרבן פסח]. אולם באיזה הלכות בחרו חז"ל להתרכז בתשובה לבן החכם? בהלכות הקשורות לסיפור יציאת מצרים.

### "ובזרוע נטויה"

הרב לא הסתפק בדברים אלו, והוסיף פירושים לדברי ההגדה. בתורה נאמר: "עֲבָדִים הָיִינוּ לְפָרְעָה בְּמִצְרָיִם וַיֹּצִיאֵנוּ ה' מִמִּצְרָיִם בְּיַד חֲזָקָה", בעל ההגדה הוסיף "ובזרוע נטויה". הביטוי "ובזרוע נטויה" נמצא בפרשת ביכורים "ארמי אובד אבי" (פרשת כי תבוא, דברים כו, ח): "וַיֹּצִיאֵנוּ ה' מִמִּצְרָיִם בְּיַד חֲזָקָה וּבְזֶרַע נְטוּיָה וּבְמַכָּא גְדֹל וּבְאִתּוֹת וּבְמִפְתֵּיִם". מה בין "יד חזקה" ל"זרוע נטויה"? ועוד, למה זרוע נטויה בפרשת ביכורים? ובסוף, למה בעל ההגדה הוסיף ביטוי זה בתוך התשובה לבן החכם?

הרב הסביר שבפשטות היד חזקה היא היד שהכתה והענישה את פרעה. אולם, זרוע נטויה מסמלת שכל מה שקרה במצרים, יקרה לעתיד לבוא, ולאורך כל הדורות יהיה אותו דבר. הזרוע הנטויה פירושו שהקב"ה מוכן ומזומן להגן עלינו משמד ומהתבוללות. הזרוע הנטויה היא ההבטחה להשגחה תמידית על כלל ישראל לאורך כל הדורות. כשהבן החכם הוא השואל למה חייבים במצוות של פסח, היה די בתשובה של "יד חזקה", כלומר שהקב"ה הוציא אותנו ממצרים, ודי היה בזה לחייב במצוות סיפור יציאת מצרים.

אולם מהותה של פרשת ביכורים היא הכרת הטוב, וכדברי ספר החינוך מ' תרו:

ראוי לו לעורר לבבו בדברי פיהו ולחשוב כי הכל הגיע אליו מאת אדון העולם, ויספר חסדיו יתברך עלינו ועל כל עם ישראל דרך כלל, ועל כן מתחיל בעניין יעקב אבינו שחלצו הא-ל מיד לָבָן ועניין עבודת המצריים בנו והצילנו הוא ברוך הוא מידם, ואחר השבח מבקש מלפניו להתמיד הברכה עליו, ומתוך התעוררות נפשו בשבח השם ובטובו, זוכה ומתברכת ארצו.

בפרשת ביכורים אנחנו לא מודים להקב"ה עבור נס אחד בלבד, אלא מודים לו על כל שהוא עשה עבורנו, דהיינו, הזרוע הנטויה שמושטת אלינו ומגינה עלינו למשך כל ההיסטוריה שלנו, גם העתיד לבוא.<sup>7</sup>

בליל הסדר אנחנו אומרים לבן החכם שסיפור יציאת מצרים אינו הודאה עבור הנסים ביציאת מצרים בלבד, כלומר היד החזקה, אלא צריכים להודות להקב"ה עבור כל חסדיו, עבור מה שמסמלת הזרוע הנטויה. בתורה, האב מספר לבנו מה שקרה בעבר, אבל בהגדה של פסח האב אומר לבניו שיש להודות לקב"ה גם בשביל העתיד. לחכמי הקבלה ולהרבה מן הראשונים, הכוס הרביעי בליל הסדר הוא בשביל הגאולה העתידה, דהיינו הרעיון של הזרוע הנטויה.

הרב הוסיף שבתורה ענה ה' למשה רבנו (שמות ג, ד): "א-היה אשר א-היה" ופרשו חז"ל: "אהיה עמם בצרה זו" – יד החזקה – "אשר אהיה עמם בשעבוד שאר מלכות" – זרוע נטויה (רש"י שם). במצרים, היחס החדש בין הקב"ה לכלל ישראל התחיל וממשיך לעולם ועד – ובזרוע נטויה.

לסיכום: כמענה לשאלת הבן בפרשת ואתחנן, שצריכים לספר ביציאת מצרים, אז די ב"יד חזקה", אפילו בלי ההבטחה של "א-היה אשר א-היה" שהיא ההבטחה על ההשגחה התמידית, דהיינו, די ב"א-היה" בלבד לחייב בסיפור יציאת מצרים – "וַיֹּאמֶר כֹּה תֹאמַר לְבְנֵי יִשְׂרָאֵל אֶ-הָיָה שְׁלַחְנִי אֲלֵיכֶם" (שמות ג, ד). אבל פרשת "ארמי אובד אבי" היא פרשת ביכורים, פרשת הכרת הטוב. כשמודים לקדוש ברוך הוא על טובתו מזכירים לא רק את היד החזקה, אלא גם את הזרוע הנטויה, ההשגחה התמידית של ה', שבזכותה אנחנו קיימים היום, וכן עבור הגאולה העתידה והנסים שעוד יהיו. לכן, בעל ההגדה הוסיף "זרוע נטויה". בחומש דברים יש רק "יד חזקה" שדי בה כדי לחייב בסיפור יציאת מצרים, אבל בהגדה של פסח, מוסיפים לבן החכם שיש חיוב להודות ולהלל בעד מה שקרה לנו, וכן בעד מה שיקרה לנו, ועלינו להכיר טובה עבור ההשגחה הפרטית התמידית.<sup>8</sup> לכן מוסיפים את ה"זרוע הנטויה" המחייבת בהלל והודאה.

<sup>7</sup> לעיל הזכרנו את דברי הרב שיש מרכיב שלישי במצוות סיפור יציאת מצרים והוא הכרת הטוב – הלל, שבח והודאה. כאן יש פירוט ומקור לדין זה. נוסף ונעיר שבהמשך ההגדה דורשים דווקא את הפרשה של "ארמי אובד אבי", שהיא פרשת ביכורים, פרשת הכרת הטוב.

<sup>8</sup> עיין מסורה ג, ניסן תשי"ג, עמ' ל; ראה עוד רמב"ן לשמות ו, ז.

### "מצווה עלינו לספר ביציאת מצרים"

בעל ההגדה פתח במשפט: "ואילו לא הוציא הקדוש ברוך הוא את אבותינו ממצרים עדיין אנו ובנינו ובני בנינו משועבדים היינו לפרעה במצרים ואפילו כולנו חכמים... מצווה עלינו לספר ביציאת מצרים". לקראת סוף "מגיד", בעל ההגדה חזר ואמר: "בכל דור ודור חייב אדם לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים, שלא את אבותינו בלבד גאל אלא אף אותנו גאל... לפיכך אנו חייבים להודות להלל לשבח...". מה פשר כפילות זו?

עבדים היינו – אמנם זה חשוב, אבל לי זה לא קרה – זה קרה להם ואני מספר את סיפורם. אם זה קרה רק לאבותינו די בסיפור בלבד. בעל ההגדה מדגיש שזה קרה לי, קרה לנו, "ואילו לא הוציא הקדוש ברוך הוא את אבותינו ממצרים עדיין אנו ובנינו ובני בנינו משועבדים היינו לפרעה במצרים" ולכן יש עלי חיוב של שירה והלל, שבת והודאה. בכל דור ודור חל החיוב הזה, וכלשונו של הרמב"ם (חמץ ומצה ז, ו): "בכל דור ודור חייב אדם להראות את עצמו כאילו הוא בעצמו יצא עתה משעבוד מצרים שנאמר (דברים ו) ואותנו הוציא משם", בצירוף דבריו בהגדה של פסח: "ובכל דור ודור חייב אדם להראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים, שלא את אבותינו בלבד גאל אלא אף אותנו גאל, שנאמר (דברים ו) ואותנו הוציא משם למען הביא אותנו לתת לנו את הארץ אשר נשבע לאבותינו. לפיכך אנו חייבים להודות להלל לשבח...". מפני שזה קרה לי, קרה לנו, החיוב שלנו בשירה הוא יותר גדול, ולכן חייבים בשירה חדשה.

"ואפילו כולנו חכמים כולנו נבונים כולנו זקנים כולנו יודעים את התורה". יש הגדות שלא כתוב בהם "כולנו זקנים"<sup>9</sup>. יש חכמה, בינה ודעת כמו שנמצא במלאכת המשכן אצל בצלאל: "וַיִּצְמַלֵּא אֹתוֹ רוּחַ אֱלֹקִים בְּחָכְמָה וּבְתַבְנִיחַ וּבְדַעַת וּבְקָל מְלָאכָה" (שמות לא, ג). הרב אמר שחכמה זה כוח המחדש, כוח היוצר. בינה זה מבין דבר מתוך דבר. אבל מי הם זקנים? זקן – זה שקנה חכמה, הוא חבר בסנהדרין. פירוש הדברים כעת: אפילו כולנו חכמים, נבונים, כולנו חברי סנהדרין, כולנו יודעים את התורה כולה, דהיינו כמשה רבנו. עמודי הוראה אינם פטורים ממצוות סיפור יציאת מצרים, ויש ענין לשמוע סיפור יציאת מצרים אף מאלו שאינם זקנים. בליל פסח, גם תלמיד

<sup>9</sup> עיין הרב מנחם מ' כשר, הגדה שלמה, ירושלים תשכ"ז, עמ' יד-טו. גם בנוסח ההגדה של הפסח של הרמב"ם יש שינויי נוסחאות, ראה משנה תורה, זמנים, מהד' שבתי פרנקל, ירושלים תשל"ה, עמ' תשסו.

לפני רבו חייב לספר ביציאת מצרים. בדרך כלל הולכים לבית דין לשאול שאלות – וְקַמְתָּ וְעָלִיתָ אֶל הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחָר (דברים יז, ח). בליל פסח לא נהוג כל דיני תלמוד תורה, ולכן מביא בעל ההגדה את ה"מעשה ברבי אליעזר ורבי יהושע ורבי אלעזר בן עזריה ורבי עקיבא ורבי טרפון". רבי אליעזר ורבי יהושע היו רבותיהם של רבי עקיבא וכולם היו מספרים ביציאת מצרים. בליל הסדר כולם שווים ואפילו תלמיד יכול וצריך להגיד את דעתו אפילו לפני רבו שהוא מגדולי הדור. יש כאן החלפת דיעות – an exchange of views – זה מספר לזה.

גם הרמב"ם (ז, א) הדגיש: "...ואף על פי שאין לו בן, אפילו חכמים גדולים חייבים לספר ביציאת מצרים וכל המאריך בדברים שאירעו ושהיו הרי זה משובח". אפילו אם הוא חושב שהוא יודע את כל התורה כולה, עדיין צריכים לתלמוד ולספר. לכן הרב חזר והדגיש שסיפור יציאת מצרים זה תלמוד תורה, והמרכיב של "חזרה" הוא מרכזי לתלמוד תורה, ונועד לכך שנדע ונבין יותר טוב. לא רק לחזור על זה, אלא גם לספר לשני, ובזה זוכים למבט אחר. הסיפור מחדד את ההבנה, ומחדש מידע ויתר הבנה. זה הפשט ב"וכל המרבה לספר ביציאת מצרים, הרי זה משובח" – האדם עצמו הוא כעת אדם יותר משובח מפני שיש לו יותר חכמה ויותר הבנה, הוא למדן יותר גדול, וממילא הוא אדם משובח יותר!

### מה בין סיפור יציאת מצרים לזכירת יציאת מצרים

כבר הזכרנו שמן הסיפור של תלמידי החכמים שהיו מסובין בבני ברק אפשר לתלמוד מתי המצווה מסתיימת. רבי אלעזר בן עזריה סבור היה שאכילת הפסח היא רק עד חצות, ולפי זה, גם סיפור יציאת מצרים הוא רק עד חצות: "לא אמרתי אלא בשעה שמצה ומרור מונחים לפניך". בכל זאת הוא השתתף בחבורת תלמידי החכמים שהיו מסובים בבני ברק. למה הוא הסיב אתם כל הלילה אם הוא סבור שמצוות סיפור יציאת מצרים הוא עד חצות בלבד? הרב ענה שבפשטות היה אפשר לומר שדברי הברייתא ש"לא אמרתי אלא בשעה שמצה ומרור מונחים לפניך" בא להפקיע שאין שום קיום של מצוות סיפור יציאת מצרים לפני הלילה. אולם, מיד בתחילת ליל טו, ליל הסדר, כבר מתחילה המצווה של סיפור יציאת מצרים וממשיכה אפילו עד אחרי סוף הזמן של אכילת קרבן פסח בחצות. אמנם מצאנו ראשונים הסבורים שאין לקרוא את ההגדה אחרי חצות, וסיפור יציאת מצרים תלוי בזמן קרבן הפסח ואכילתו, והוא הדין להלל (ר"ן על הרי"ף בסוף פרק שני של מסכת מגילה),

אבל הרב טען שהלימוד של הלכות פסח ממשיך כל הלילה, ובזה מודה גם רבי אלעזר בן עזריה.<sup>10</sup>

באותו סיפור של החכמים המסובים בבני ברק באו התלמידים ואמרו "הגיע זמן קרית שמע של שחרית". הם לא אמרו "האיר היום" או "הגיע עמוד השחר". מתי מתחיל זמנו של קריאת שמע של שחר? מעמוד השחר או ממתי שיכול להבחין בין תכלת ללבן? לפי הרמב"ם – בעמוד השחר; לפי בעלי התוספות – משיכול להבחין בין תכלת ללבן, וזה אחרי עמוד השחר.<sup>11</sup> נמצא שלפי הרמב"ם, התלמידים אמרו שכבר הגיע עמוד השחר והלילה כבר נגמר, וממילא הסתיימה מצוות סיפור יציאת מצרים. אבל לפי התוספות קשה, שהרי מהו הזמן של משיכול להבחין בין תכלת ללבן, ומה הדין של מצוות סיפור יציאת מצרים בין עמוד השחר לזמן זה?

הזכרנו שבעל ההגדה עמד על ההבדל בין זכירת יציאת מצרים שהיא כל השנה כולה לבין סיפור יציאת מצרים שהוא רק בליל פסח. הרב היה מונה – וגם כתב כך בשם סבו ר' חיים – את ההבדלים בין סיפור יציאת מצרים לבין זכירת יציאת מצרים:

(א) סיפור יציאת מצרים הוא פירוט הנסים והנפלאות ואילו זכירה היא, רק הזכרה כל דהו – to mention it.

(ב) סיפור יציאת מצרים הוא הגדה וסיפור לבנים ואילו זכירה היא לעצמו ואין בו הגדה לבנים.

(ג) סיפור יציאת מצרים הוא רק בליל ט"ו בניסן מה שאין כן זכירה היא ביום ובלילה.

(ד) אליבא דרמב"ם סיפור יציאת מצרים הוא מצווה נפרדת במניין המצוות, אולם זכירת יציאת מצרים אינה מצווה נפרדת במניין תרי"ג המצוות, אלא חלק מקריאת שמע, קבלת עול מלכות שמים ועול מצוות כלומר, זכירת יציאת מצרים היא חלק מקבלת עול מלכות שמים.

<sup>10</sup> ראה בהגדה של פסח: שיח הגרי"ד, לקט חידושים, ביאורים ופירושים מהרב יוסף דוב סאלאוויצקי זצ"ל בעריכת נכדו הרב יצחק אבא ליכטנשטיין, ירושלים תשנ"ה, עמ' ל – לג (אות כב), ובעיקר דברי ראב"ע הרב למד בדיוק ההפוך ממה שכתבנו כאן בשמו!

<sup>11</sup> הרב זצ"ל הפנה לדברי הנצי"ב, העמק השאלה, שאילתא קמג, אות א, שכבר עמד על מחלוקת זו.

(ה) הרב הוסיף על דברי סבו שחובת הזכירה אינה מטילה חובת הלל והודאה, ואילו סיפור מחייב בהלל ובהודאה: "לפיכך אנו חייבים להודות להלל..."<sup>12</sup>.

(ו) ביחס לדברי רבן גמליאל ש"כל שלא אמר ג' דברים לא יצא ידי חובתו. פסח, מצה ומרור..."<sup>13</sup>, הרמב"ן כתב: "ולא שיהא צריך לחזור ולאכול פסח מצה ומרור"<sup>14</sup>. הרב הסביר שלדעת הרמב"ן לא יצא ידי חובתו במצה ומרור ואין כאן מצווה שלימה. לפי הרמב"ן, אם זהו דין בסיפור יציאת מצרים, מובן שצריך להסביר את המצוות. נמצא, שלפי הרמב"ן יש שני דינים באכילת מצה: (א) קיום אכילה. (ב) האכילה היא גם קיום של סיפור יציאת מצרים. סיפור יציאת מצרים הוא לאו דווקא בפה, הוא מתקיים גם על ידי מצוות הלילה. לפי הרמב"ן, רבן גמליאל בא לחדש דין שאם לא באר את טעמי הדברים לא יצא ידי מצווה בשלמותה, שהרי חסר קיום סיפור יציאת מצרים באכילת מצה שלו. בפרשת בא (שמות יב, מג) כתוב "זאת חוקת הפסח", ובכל זאת יש טעם. הטעם אינו שייך לחובת האכילה כשלעצמה, אבל הטעם שייך לקיום סיפור יציאת מצרים.<sup>14</sup>

(ז) בזכירה אין בו קיום של תלמוד תורה, ואילו ביציאת מצרים יש קיום של תלמוד – יש חיוב לתלמוד את הלכות הפסח. (הבדל זה הודגש בשיעור הני"ל ב'מוריה' אור ליה בניסן תשל"ד).

ובליל פסח, כשיש מצוות סיפור יציאת מצרים, מתעוררת השאלה: האם יש חיוב להזכיר את יציאת מצרים? טען הרב (מסורה, יב, תמוז תשנ"ו, עמ' כג) שבלייל פסח אין מצוות הזכרה, מכיוון שמצוות הסיפור היא יותר גדולה מהזכרה ולכן מצוות סיפור יציאת מצרים בליל ט"ו מפקיעה את המצווה להזכיר את יציאת מצרים בלילה זה (או לכל הפחות כוללת אותה). לפי זה, הסביר הרב (בצירוף דברי הרמב"ם שאין זכירת יציאת מצרים מצווה נפרדת בתרי"ג המצוות אלא חלק מקריאת שמע, קבלת עול מלכות שמים ועול מצוות) שלפי התוספות, מצוות סיפור יציאת מצרים ממשיכה עד שחל חיוב

<sup>12</sup> השווה לדברי הרב בספרו שיעורים לזכר אבא מרי ז"ל, ח"א, ירושלים תשמ"ג, עמ' ב-ג, הע' 4. ראה עוד בהגדה של פסח: שיח הגרי"ד (לעיל הע' 10), עמ' לו-לח (אות כ"ז).

<sup>13</sup> מלחמות ריש ברכות בסוגיה דוותיקין היו גומרים אותה עם הן החמה (ב, בדפי הרי"ף).

<sup>14</sup> הוספתי הבדל זה על פי דברי הרב בספרו שיעורים לזכר אבא מרי ז"ל (ח"ב, ירושלים תשמ"ה, עמ' קסא ואילך). ראה עוד במועדי הרב: שיעורים מפי השמועה של... הרב יוסף דב הלוי סלובייצ'יק זצ"ל על המועדים, ערוך ע"י ש"ז פיק, רמת-גן תשס"ג, עמ' 151-152.

אחר – קבלת עול מלכות שמים – ואז ממילא נפסקת מצוות סיפור יציאת מצרים.

הרב הזכיר לעיל שמיד אחרי הסיפור של החכמים המסובים בבני ברק, בעל ההגדה הביא את משנת ראבי"ע "הרי אני כבן שבעים שנה". מה הקשר בין דברי המשנה לבין הסיפור של המסובין בבני ברק? לדעת הרב רצונו של בעל ההגדה לחדד את ההבדל בין סיפור יציאת מצרים לבין זכירת יציאת מצרים, ולהדגיש שיש זמנים שונים לקיומן.

### "והיא שעמדה"

אחרי שבעל ההגדה מסר מתי מתחיל זמן סיפור יציאת מצרים, הוא המשיך בקיום דברי המשנה: "מתחיל בגנות ומסיים בשבח" (פסחים קטז,א): "מתחלה עובדי ע"ז היו אבותינו ועכשיו קרבנו המקום לעבודתו, שנאמר (יהושע כד) ויאמר יהושע אל כל העם כה אמר ה' אלהי ישראל בעבר הנהר ישבו אבותיכם מעולם תרח אבי אברהם ואבי נחור ויעבדו אלהים אחרים". אמנם תרח היה אביו של אברהם אבינו, אבל אברהם עצמו התגייר ולכן מה השייכות ביניהם? מה התכוון יהושע לומר כאן? הרב הסביר שאב כאן הוא האב הטבעי, האב הביולוגי. מתחילה היתה אבהות ביולוגיות, אבל "עכשיו קרבנו המקום לעבודתו". מעלת האבהות השתנה, וכעת אברהם הוא אב המון גוים. כעת "אב" הוא ה"רבי" שמביא אותו לחיי עולם הבא. "תרח אבי אברהם ואבי נחור", הוא היה האב הביולוגי, אבל "ואקח את אביכם את אברהם" – עכשיו אברהם אבינו הוא אביכם, הרבי שלכם. "מעבר הנהר" – אברהם הוא העברי, מעבר הנהר, הוא האב הרוחני, הרבי של כלל ישראל.

בעל ההגדה המשיך עם דברי יהושע: "ואקח את אביכם את אברהם מעבר הנהר, ואולך אותו בכל ארץ כנען וארבה את זרעו ואתן לו את יצחק ואתן ליצחק את יעקב ואת עשו ואתן לעשו את הר שעייר לרשת אותו ויעקב ובניו ירדו מצרים". למה לא כתוב: "ואתן ליעקב את ארץ כנען לרשת אותו". הסביר הרב ש"הר שעייר" – זו ההיסטוריה של הגוי. "ויעקב ובניו ירדו מצרים" ליצור את האופי וההיסטוריה של עם ישראל.<sup>15</sup> כעת בעל ההגדה

<sup>15</sup> עיי פרש"י בחומש על הפסוק וילך אל ארץ מפני יעקב אחיו שרמוזה כאן סיבת יציאתו של עשו – הדרישה לקיים את הישטר – כי גר יהיה זרעך בארץ לא להם ועבדות ועינו אותם וכי' כתנאי לזכיה בארץ. וראה בענין זה בחיי הגר"י על התורה (סטנסייל) ליהושע כד, ד). הערת עורך.

היה צריך לומר מיד "צא ולמד מה ביקש לבן הארמי לעשות ליעקב אבינו..." כדי לתאר את ההיסטוריה. אך בעל ההגדה הפסיק הסיפור כדי לומר "ברוך שומר הבטחתו לישראל עמו, ברוך הוא", וכן "והיא שעמדה". אם לא הייתה שום הבטחה, אזי קיום האומה היה קשה, שהרי ההיסטוריה שלנו איננה פשוטה כמו זו של עשו, אולם יש השגחה המעוגנת בהבטחה. זה המקור לתולדות ישראל – "והיא שעמדה". ה' הבטיח שהיהודים לא יושמדו במצרים – "ברוך שומר הבטחתו לישראל עמו, ברוך הוא, שהקדוש ברוך הוא מחשב את הקץ". רק הקב"ה, יכול לחשב את הקץ. מודים אנו לה', שהרי אותה הבטחה של קיום עם ישראל היא עבורנו, ולכן מפסיקים את סיפור יציאת מצרים באמירת "והיא שעמדה" כדי להודות להקב"ה, שהרי זו הזרוע הנטויה, ההשגחה הפרטית על כלל ישראל.<sup>16</sup>

בהזדמנות אחרת הסביר הרב, שהקטע "והיא שעמדה" כולל את המשפט: "שלא אחד בלבד עמד עלינו לכלותינו אלא שבכל דור ודור עומדים עלינו לכלותינו, והקדוש ברוך הוא מצילנו מידם" ומתייחס לשאלה שהזכרנו לעיל, מה הקשר שלי ליציאת מצרים?

יציאת מצרים איננה רק הסבר לזחותנו היהודית הנוכחית – אלא נגזר עלינו להתנסות ברדיפות דומות אף בימינו אנו. אנחנו לא רק יודעים היסטוריה, אלא חיים אותה מחדש, המאבק על זכות קיומית של מדינת ישראל ועל ביטחונה הוא הנוסחה המודרנית של ניסיונו במצרים. הפרעונים של ימינו יותר מסוכנים מהעריצים העתיקים, מפני שאמצעי ההשמדה העומדים לרשותם איומים יותר. כאשר אנו קוראים את סיפור יציאת מצרים, אנו מעלים נגד עינינו ביתר שאת את מצבנו הקשה בזמן הזה, ואנו מוסיפים: "בכל דור ודור חייב אדם לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים... לא את אבותינו בלבד גאל הקב"ה, אלא אף אותנו גאל עמהם".

מה שקרה לנו בעבר, משמש לנו ציון דרך גם בהווה. השחרור מן העריצות והמאבק על החופש הם הסיפור של תולדות ישראל בשלמותן. רק לאחר הזדהות אישית עם יציאת מצרים יכולים אנו

<sup>16</sup> בשיעור הוסיף הרב שאנחנו מודים לקב"ה אף על הייסורים שלפני הגאולה. עיין במה שכתב בעל בית הלוי בדרשות על התורה, לפרשת בשלח, ומועדי הרב, עמ' 148.

להמשיך באמירת ההגדה ולהודות לה' באמת ובתמים על נסיו בעבר  
ובהווה.<sup>17</sup>

בשיעור נוסף הסביר הרב שהמנהג הוא להגביה את הכוס באמירת "והיא  
שעמדה". למה? הכוס מסמלת את הייעוד ונצחיות היהודים – נצח ישראל,  
וכמו שכתוב תהלים (קטז, יג): "כֹּס יְשׁוּעוֹת אֲשָׂא וּבִשָּׁם ה' אֶקְרָא". בליל  
הסדר מזכירים את השייכות של מאורעות היסטוריות, וחוויות מאורעות  
אלו עם מחזור של סכנה וגאולה המאפיין את תולדות ישראל.<sup>18</sup>

על פי דברים אלו של הרב, מובן יותר מה שנאמר לעיל. מה שומר את כלל  
ישראל בשעות הסכנה, שעות שעומדים עלינו לכלותינו? ה"זרוע הנטויה",  
ההשגחה הפרטית על נצח ישראל, היא שעמדה ועומדת לנו ולאבותינו. לכן  
אנחנו גם מגביהים את הכוס לשבח את הקב"ה בהכרת כל הטובות שעשה  
לנו, ולשיר לפניו שירה חדשה הן על הגאולה ממצרים והן על כל הגאולות  
שנעשו לנו במשך הדורות עד הקץ – ביאת הגואל במהרה בימינו!

---

<sup>17</sup> הרב אברהם בית דין, פרקים במחשבת הרב י"ד הלוי סולובייצ'יק, ירושלים תשמ"ד,  
עמ' 159.

<sup>18</sup> שיעורי הרב [Shiurei HaRav: A Conspectus of the Public Lectures of Rabbi Joseph B. Soloveitchik], ערוך ע"י י" אפשטיין, הובוקן, ניו דז'רזי 1994, (עם חומר חדש), עמ' 40.