

תוכן העינים

7	בפתח הקובץ
	משיעורי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל
9	דבר אינו ברשותו
15	אסורה לבעל ולבועל
21	כפירת שעבוד קרקעות
	הלכות טוען ונטען
27	טענו חיטין והודה לו בשעורים/ הרב זיו אברמוביץ
40	בדין 'מתוך' / הרב יוסי איגרא
56	בגדרי שבועת רב פפא/ הרב אלחנן שלום אלגרוד
76	גביה בשטר מכח מיגו/ הרב אלעד אליהו
93	קדמה הודאה לתביעה/ הרב יצחק ביסמוט
109	קלב"מ בספק חיוב מיתה/ הרב מאיר ברקוביץ
118	היפוך בשבועת הנוטלים/ הרב יוחנן גבאי
130	בדין עד המסייע/ הרב יוחאי יחיא
140	הודאה כנגד הודאה/ הרב יהודה צור
157	הודאת בעל דין ונאמנות כקיום בדבר שבערוה/ הרב ירון רוזיליו
	הלכות קנינים
177	כסף לאחר ל' בקידושין ובמכר/ הרב מאיר כהן
	פסקי דין ודיני ממונות
187	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי
	דרוש
223	הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

בפתח הקובץ

אחת תנחמנו, כי בטח נתפסו לכפר על עם ישראל למען רפא את בית ישראל. שקולה מיתתם כשריפת בית ה' וגם על זה אמר אסף מזמור, כי מי יוכל לתאר את התעוררות בית ישראל מאסון נורא כזה ובטח יקום ה' דם עבדיו וכפר אדמתו עמו.

(מדברים שכתב הגרמ"מ עפשטיין ראש ישיבת 'כנסת ישראל' – חברון, בחוברת זכרון לקדושי הישיבה, במלאות שנה למאורעות תרפ"ט).

בשעת כתיבת פתח לקובץ, צלצל הטלפון בביתנו. "אבא יש יריות בישיבה, אל תדאגו לי אני בסדר", נשמע הקול מעבר לקו.

יושבים ומהרהרים בפנים המוכרות, במבטם של נערי חמד עמלי תורה, אוהבי עם ישראל אוהבי ארץ ישראל, בני עליה.

מסופר כי הצדיק מסקולעני זצ"ל עלה למתיבתא דרקיעא ערב ראש חודש אלול היה, והספידו בעל ה'יוחי יוסף'. וכך אמר: חסידים ואנשי מעשה נהגו לקיים ביום זה 'יום כיפור קטן', אבל אנחנו היום בעונותינו הרבים מקיימים 'יום כיפור גדול', כמאמרם ז"ל 'מיתת צדיקים מכפרת'...

"וממקדשי תחלו – אמר הקב"ה: יחרב בית המקדש ואל תגע יד בצדיקים" (מדרש איכה). ואם הגענו לזאת, שומא עלינו, יושבי בית המדרש להתעורר בכפל כפליים.

* * *

מוגש בס"ד גיליון תשיעי של 'אבני משפט', ובו חדו"ת, פסקי הלכה וברורים הלכתיים בנושאים בהם עסקנו בכולל במשך זמן חורף.

* * *

נסיים בתפלה כי נחם ד' עמו וְעֲנֵנו יְרַחֵם.

העורך

ר"ח אדר שני, תשס"ח

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

דבר שאינו ברשותו

א

א. דעת בעל המאור (ב"ק ר"פ שור שנגח דו"ה), דהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, אין קניני הגזילה לגזלן מונעים מהבעלים להקדיש אלא היכא שהחפץ נמצא ביד הגזלן ואין לנגזל שליטה בחפץ, מצד זה מקרי אינו ברשותו (והוי חסרון בבעלות). והיכא דהגזלן נתרצה להחזיר החפץ, שוב נחשב ברשותו של הבעלים כמו פקדון, וביד הבעלים להקדישו.

אבל הרמב"ן (מלחמות שם) סובר, דהיכא דהגזלן רוצה להחזיר הגזילה, כל עוד שלא החזיר, יש לגזלן קניני גזילה, וקנינים אלו מונעים מהבעלים שליטה מלאה ואינו יכול להקדיש.

ואומרים האחרונים, שהרמב"ן מודה לבעה"מ, שאם החפץ אינו בשליטת הבעלים אינם יכולים להקדיש, אלא הרמב"ן בא להוסיף, שאף היכא שהגזלן רוצה להחזיר הגזילה, מ"מ אף קניני גזילה שיש לגזלן מגרעים את הבעלות המלאה והבעלים אינו יכול להקדיש.

וכתב קצוה"ח (קכג,א) ודייק מדברי רש"י (ב"ק ע,א) על הא דאמרי נהרדעא לא כתבינן אורכתא אמטלטלי, מ"ט דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו ברשותו וכו'. וכתב שם רש"י, הואיל ואינו ברשות הבעלים אינו יכול להקנותו לשליח, הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן.

ולשון רש"י, שכתב "מיד הנאמן" משמע, שאין המדובר במטלטלי דגזילה, והוא תמוה, שהרי פקדון לכו"ע יכול להקדישו (דקאי ברשותיה דמפקיד), אלא נראה דאפילו פקדון וצאית דינא, ויש לו טענה כלשהיא או תביעה על הפקדון, שאינו רוצה הנפקד להחזיר עד שיקוב הדין ביניהם, חשיב לדבר שאינו ברשותו.

ולפי האמור, לדעת הרמב"ן, אי עיקר הא דאינו ברשותו הוא מחמת קנין הגזילה בלבד, ולפי"ז בגזלן באופן שלית ליה קניני גזילה והגזילה תחת ידו חשיב ברשות הבעלים ופליג על בעה"מ בתרתי, או דבגוונא דאינו ברשותו

במציאות ואין הבעלים יכולים לעשות בה נמי חשיב אינו ברשותו, אלא דמוסיף הרמב"ן דבגוונא דפתיך ביה קניני גזילה לחוד נמי חשיב אינו ברשותו. ונ"מ להיכא דנתרצה הגולן להחזיר ולצד זה פליג אבעה"מ בחדא. אמנם, בגולן שאין לו קניני גזילה ונתרצה להחזיר יודה הרמב"ן לבעה"מ דחשיבא ברשותו.

ב. ומצינו דהריטב"א (ר"פ המפקיד הובא בשטמ"ק שם), עלה דאמרינן נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני וכו' כתב וז"ל: דוקא בגניבה אמ' הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקני לי', בשעת התשלומין דוקא הוא דמקנה ליה עכ"ל. אלמא דסבר הריטב"א דאבידה הוי ברשות הבעלים, וזה יתכן אם טעמא דאינו ברשותו בגולן, מחמת דפתיך ביה קנין גזילה, אבל אם נימא דטעמא הוא מחמת שאינו ברשות הבעלים (במציאות) להשתמש בו כחפצו, אין לחלק בין גזילה לאבידה. הרי חזינן בדעת הריטב"א דסובר דהא דגזילה הוי אינו ברשותו של נגזל, הוא מחמת קניני הגזילה בלבד ובאבידה דליכא קנינים למוצא, שפיר הוי ברשותו ויכול להקנות האבידה.

ג. וכן בגמ' בכתובות (לד, ב) אמר רבה גנב וטבח בשבת פטור, משום שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה. והקשה הריטב"א (עיי' שטמ"ק שם) מאי איריא טבח בשבת, אפילו טבח בחול נמי פטור, דהא ליכא חיוב גניבה (מחמת קלב"מ) ותירץ בשטמ"ק בשם הראב"ד ושיטה ישנה, דאה"נ דהא דקתני טבח בשבת לאו דוקא דה"ה בגנב בשבת באיסור וטבח בחול פטור, משום שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה.

והגרע"א תירץ שם, דאם טבחו בחול, הטביחה עצמה חשיב לגניבה חדשה, ואע"ג די"ל כיון שגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גניבה, שהרי אין הגונב אחר הגנב חייב, דמאי שנא אחר הגנב או שהוא עצמו חזר וגנבו, מ"מ י"ל דכיון שהגניבה היתה בשבת ואין לו קניני גניבה, מחמת קלב"מ, ולא נעשה גנב בזה, ומשי"ה בטבחו בחול שפיר מיקרי גניבה.

מבואר בדבריו, שגנב בלא קניני גניבה, חשיב החפץ ברשות הבעלים, ולכן אם טבחו בחול יתחייב משום גניבה חדשה ומיקרי וגונב מבית האיש, אף דלבעלים ליכא שליטה בחפץ, בכ"ז חשיב החפץ ברשותם, כיון דהגניבה הראשונה היתה באיסור שבת ולא נעשה גנב מחמת קלב"מ (דרו"ח לרע"א כתובות שם).

עפ"י דברי רע"א יובנו דברי הריטב"א שכתב: "כבר תירצה רש"י ז"ל שאם טבח בחול הרי הוא כאילו חזר וגנבו בחול ומתחייב אקרן נמי דהא כל כמה דלא טבחו ברשותא דמריה קאי, ויפה כיון ז"ל".

וי"ל, דהריטב"א לשיטתו אזיל, דהבאנו בשמו מר"פ המפקיד, דאבידה מיקרי ברשות בעלים ויכול להקנותה, כיון דאבידה ליכא קנינים ולא דמי לגזילה, והכא סובר הריטב"א כנ"ל, הלכך הטביחה בחול הוי גניבה חדשה ולא חשיב גונב מן הגנב כי בגניבה ראשונה (בשבת) לא היו קניני גניבה אף שבמציאות אינה ברשות הבעלים.

ד. ואמרינן במס' ב"מ (ז, ב), בההיא מסותא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי היא, והאי אמר דידי הוא, קם חד מינייהו אקדשה, ומסיק התם דאינו קדוש משום דכל ממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש. והקשו בגמ' הא יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש ואע"ג דלא אפקיה, והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' ומשני מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאו בדיינים ברשותיה קיימא.

והקשה הגרע"א בגליון השי"ס, הרי כל ההבדל בין קרקע למטלטלין הוא, שמטלטלין נגזלים ועוברים לרשות הגזלן, אבל קרקע מחמת שאינה נגזלת אינה עוברת לרשות הגזלן (דליכא קניני גזילה בקרקע). לפ"ז יוצא, דמטלטלין שנגזלו בלי מעשה קנין וליכא לגזלן קנין גזילה, ואינם עוברים לרשותו, הוי כקרקע. מעתה, במסותא שהיתה גזילה ולא עשה מעשה קנין (רק כל אחד טען דידי הוא), שפיר יכול הנגזל להקדישו. וא"כ אמאי הוצרכה הגמ' להעמיד במסותא מקרקעי ולא במסותא מטלטלי, ונשאר בצ"ע.

חזינן בדעת רע"א, דאינו ברשותו בגזילה הוא מחמת קניני הגזילה שיש לגזלן. ולשיטתו אזיל כפש"כ בדעת הריטב"א גבי גנב בשבת וטבח בחול וכנ"ל.

ה. המורם מהאמור:

א. דעת בעל המאור דאינו ברשותו הוא מחמת דאין לו שליטה בחפץ להשתמש בו כחפצו.

ב. דעת הרמב"ן שמשום קניני גזילה שיש לגזלן חשיב אינו ברשותו ומודה לבעה"מ אלא דמוסיף דאף היכא שיש לו שליטה בחפץ מיהו כיון דאית ליה לגזלן קנינים חשיב אינו ברשות הנגזל.

ג. דעת הריטב"א, לפי הסבר הגרע"א,¹ דאינו ברשותו הוא רק מחמת קניני גזילה. אבידה חשיב ברשות הבעלים אף שאינו יכול להשתמש כחפצו וכנ"ל.

ו. ובספר קצוה"ח (ריא,ג) הוכיח מתוס' ב"מ (ו,א), שקניני גזילה אינם גורמים לחפץ להחשב אינו ברשות הבעלים, דבעי התם בגמ' הקדישה בלא תקפה, מי אמרינן כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן דתקפה, א"ד השתא מיהא לא תקפה וכתיב ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, לאפוקי האי דלא ברשותו.

וכתב תוס' דמיבעיא ליה אי הוי כהודאה והוי כפקדון, שיכול להקדישה. משמע דס"ל בגזילה כי האי, דשנים אוחזין בטלית וזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, כי אודי לבסוף הדר הו"ל כפקדון, ואע"פ שהגזילה בידו ויש לו קניני גזילה, חזינן דאין קניני הגזילה גורמים לחפץ להיות אינו ברשותו, וסיים קצוה"ח דתוס' ס"ל כבעה"מ הנ"ל.

בח"י הגרנ"ט דחה ראיה זו, דבשנים אוחזין בטלית, מי שתקף בה אחר שהגביה הראשון לא נעשה גזלן, שאין כאן מעשה גזילה כיון שלא הגביהה כולה וממילא ליכא קנין גזילה, וכל הגזילה היא במה שמחזיק בכרכשתא וטוען אני הגבהתיה תחילה ובוזה בודאי אם מודה לשני ורוצה להחזירו שוב אין כאן גזילה כלל, והיא גם ברשותו של השני ושפיר יכול להקדישה משא"כ בגזילה דעלמא, שעשה מעשה גזילה ויש לו בחפץ קנינים (כזכות לקנות בשינוי), אפשר דאף אם רוצה להחזירה, כל שלא החזיר בפועל מיקרי אינו ברשותו. ואין ראיה שתוס' חולק על הרמב"ן (ועי' דברי יחזקאל סי' נד).

ז. ועוד יש להעיר, דבסוגיא דצנועין (ב"ק סט) מבואר דשייך הפקר ביי"ד הפקר גם לענין אינו ברשותו, דמשום תקנת עניים אוקמוה רבנן ברשותיה כדי שיוכל להפקיר ולחלל מה שביד המלקטים. ובשלמא אי הא דאינו ברשותו הוא משום קניני הגזילה י"ל דהפקיעו חכמים את הגזילה מהגזלן

¹ אפשר לבאר בדעת הריטב"א עפ"י מש"כ קצוה"ח סי' לד דגונב מן הגנב דפטור, פטור אף מן הקרן, דל"ח גנב דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב ואין זה פטור מקנס בלבד, ודייק כן מדברי רש"י פי' מרובה. והנתיבות כתב, נהי דגונב מן הגנב ל"ח גנב, כיון דלא הוסיף בגניבה יותר מן הראשון (דהראשון כבר הוציאו מהבעלים) אבל היכא דהגנב השני הוסיף בגניבה חייב אף השני, וכגון הכא דהראשון הוציאו מן הבעלים כשגנב בשבת, והטביחה בחול נהי דהוי כגונב מן הגנב כיון דבפועל ליכא לבעלים שליטה בחפץ, מיהו כיון דטביחה אח"כ הוסיפה בגניבה, נעשה אף השני גנב. ולפיכך גנב בשבת וטבח בחול אף דהוי גונב מן הגנב חשיב גנב בטביחה.

וממילא הוי ברשותו, אבל אי נימא שהדבר תלוי בשליטה בפועל מה יועיל בזה הפקר ב"ד, וצ"ע. (הערת הקוב"ש ב"ק אות ט-י).

ב

איתא בב"ב (מג,א) דבני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר (דהוי נוגעין בעדותן). ומקשה הגמ' אמאי, ליסלקו בי תרי נפשיהו ולידיינו, וכיון דיסתלקו מחלקם בס"ת אינם נוגעין בעדות. ופירש רשב"ם (ד"ה ליסתלקו) יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם.

והקשה הגרע"א וז"ל: קשה לי הא קיי"ל בגזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהם א"י להקדיש וא"כ אינם יכולים להקנות חלקם. וכן הקשה קצוה"ח (לז,ג). בשלמא לגבי שותפין מעידין זל"ז דמייירי בקרקע וקרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו ולמוכרו, אבל ס"ת שנגנב, היאך יכולים לסלק מיניה, דאע"ג דקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותם.

וכתב קצוה"ח, דלכאורה גבי קרקע נמי קשה. דהא בעינן בקרקע, דיכול להוציאו בדיינים ולזה אין עדים, דהא הוא עצמו העד, וא"כ לדידיה הוי דבר שאינו ברשותו והיכי מהני הקנאה לשותף.

ולפי מש"כ הרשב"א בחידושו גבי גנב וגזלן דהקדשן הקדש ומעשרותן מעשר משום דהוי יאוש ושינוי השם, הקשה הרשב"א היכי חל ההקדש, דהא קודם הקדש לא היה שלו כיון דיאוש כדי לא קני, וכתב דמשום דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ע"ש. א"כ הכא נמי גבי קרקע דהוא מקנה לשותפו הרי איכא עדים וראיה ויוכל להוציאו בדיינים ובא בב"א רשותו והקנאתו. אבל גבי מטלטלין אפילו יכול להוציאו בדיינים נמי א"י להקדישו, דאינו ברשותו, וא"כ איך מהני סילוקם להקנות חלקם.

וכתב קצוה"ח, ואפשר דקושיית הש"ס וליסלקו היינו שיקנו לגנב את חלקם ולגנב מהני הקנאתם אע"ג דא"י להקנות לאחר, והיינו דלגזלן עצמו יכול הנגזל להקנות כמ"ש באבני"מ (כח,ג).

אכן, בפירוש הרשב"ם לא משמע הכי, שכתב "ויקנו מידם", ואי לגנב לא בעי קנין דזוכה בדיבור כיון שהוא תחת ידו, ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכי דלא להוי סהדי עליה וצ"ע.

ובנוגע לקושיית רע"א, אפשר לומר עפ"י מה שהשרישו רבותינו, בהא דסנהדרין עב, א בדמים קננהו, ולכאורה קלב"מ פוטר חיובים ועונשים אבל אין קלב"מ מהוה קנין, א"כ אמאי בא במחירת, היכא דאין לו דמים קנה החפץ הגזול.

וכתב הקוב"ש (ב"ק אות יד), דבלאו חיוב השבה, היה החפץ נקנה לגזלן מיד (ואיכא חוב דמים) אלא דחיוב ההשבה מונע את זכייתו בחפץ, והיכא דפקע חיוב ההשבה, בגלל קלב"מ, קונה הגזלן את החפץ. ומה"ט נמי שינוי קונה בגזילה, דאין ענינו דשינוי הוי קנין, אלא שלאחר שינוי נפטר מהשבה, דל"ה כעין שגזל, וממילא נעשית שלו ע"י מעשה הגזילה הראשון. ורבא דפליג בסנהדרין התם וס"ל דכל שהחפץ בעין לא קנהו (הבא במחירת וכד'), גם מודה לנ"ל, דחיוב השבה מעכב זכיית הגזלן, אלא דס"ל דהיכא דקלב"מ, ובי"ד אינם יכולים לחייבו בשתי רשעויות, מ"מ הוא חייב בהשבה וחיוב זה מונע את קנין הגזילה.

לפי"ז מיושבת קושיית קצוה"ח ורע"א הנ"ל. כונת הגמ' ליסתלקו תרי מינייהו, ר"ל שיקנו חלקם לגנב, ואין המכוון להקנאה אלא שימחלו לגנב על חובת ההשבה, וממילא הגנב קנה את חלקם בקנין גזילה הראשון, ומחילה מהני בע"כ של הלוח (עי' מחנ"א זכיה והפקר סי' יא הואיל ואינה הקנאה אלא סילוק, וע"ע ריטב"א קידושין טז, א אי מחילה הוי הקנאה) וה"ה דמהני מחילה לגנב.

ולפי האמור, מובנים דברי רש"י בקידושין (נב, א), שאם קידש אשה בגזל דידה מקדושת בדשדיך, כיון דקבילתיה אחילתיה. ולכאורה הרי מחילה לא מהני בדבר שהוא בעין, ויש צורך בהקנאה. ולאמור א"ש, מחילתה היינו דמוחלת חוב ההשבה ולזה מהני מחילה.

ועי' רש"י קידושין (יג, א) גבי ההיא אשה דמכרה וורשכי וחסף אחד ממנה וורשכי וקידשה בזה, ומיירי התם בדשדיך, ומפרש"י, דהקנתה לגזלן הוורשכי, ולכאורה הוי אינה ברשותה ואיך הקנתה לו, ולנ"ל א"ש דלגזלן עצמו יכולה להקנות. [ועי' אר"ש גניבה (זו, ו) בעבד שהפיל עצמו לגייסות, דרבו מוכרו ונוטל דמיו (גיטין מד). משמע דמועילה מכירה בכתובת השטר אע"ג דאינו ברשותו, משום דהקנאה לגזלן גופיה מהני].

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

אסורה לבעל ולבועל

כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל

איתא במס' סוטה (כז,ב): "כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל".

יש להסתפק בהא דנאסרת לבועל הוא, כיון דנאסרה על ידו לבעל הטילה התורה עליו איסור, ואיסורו של הבעל הוא סיבה לאוסרה על הבועל ולא סימן בעלמא, או שמא אין איסורו לבעל סיבה לאיסורו של בועל, אלא סימן בעלמא, כשם שנאסרת לבעל, כך נאסרת לבועל.

ובמסכת יבמות (מט,א) איתא: אמר אביי הכל מודים (ר"ל אפילו שמעון התימני) בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר. בא על הנדה אע"ג דקאי בכרת אין הולד ממזר, דהא תפסי בה קידושין, שנאמר ותהי נדתה עליו, אפילו בשעת נידתה תפסי בה קידושין. והבא על הסוטה, אשת איש שזינתה וקיי"ל דאסורה לבעלה ואע"ג דחייבי לאוין היא, מודה ר"ע דתפסי בה קידושין.

ומפרש רש"י שם וז"ל: "דהא תפסי בה קידושין לאשה, דאף לאחר שזינתה לא פקעו מינה קידושיה הראשונים". מפרש"י משמע ש(ר"ע)אינו מודה אלא בסוטה שלא יצאה מתחת בעלה, דהכי משמע, שהרי עדיין קידושין תופסין בה, כלומר הקידושין שנתקדשה בהן כבר. אבל מחזיר סוטתו, כלומר שגרשה וחזר וכנסה לא מיירי, דבהא לא מודה ר"ע דודאי הולד ממזר. וקשה דהא בפי' יש מותרות משמע בהדיא דאפילו מחזיר סוטתו, שאין הולד ממזר, דקאמר התם מחזיר סוטתו איכא בינייהו, וא"כ לא שייך בה טעמא דפירש בקונטרס, שפירש הטעם דל"ה ממזר משום דעדיין קידושין תופסין בה, לכך אומר ר"י דידעינן בסוטה דתפסי קידושין אף במחזיר סוטתו, ואין הולד ממזר ממשמעות דהאי קרא דמפיק מיניה בסוטה דאסור להחזירה, דכתיב 'לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה' לרבות סוטה שנסתרה וכתוב להיות לו לאשה דמשמע, שאם החזירה איכא הויה וכיון דתפסי בה קידושין אין הולד ממזר.

משמע שלפירוש רש"י, שכתב הטעם דאין הולד ממזר דעדיין קידושין עומדין בה, משמע דסוטה לבועל איה"נ דהולד ממזר דלא שייך ביה הטעם הנ"ל.

ומצינו בתוס' יבמות (מט,ב) שהקשו, דכיון דבסוטה תפסי קידושין לר"ע, אמאי לא מוקי קרא דכי תהיין במחזיר סוטה וי"ל דלא בעי לאוקמא בסוטה משום דשנואה, משמע שהיא שנואה מתחילת הנישואין. וא"ת ולוקמא בסוטה ולבועל, וי"ל דמי כתיב כי תהיין לבועל כדקאמר התם מי כתיב כי תהיין לכהן. אי"נ בבועל לא כתיב הויה ולא תפסי בה קידושין עכ"ל.

הרי שתירוץ הראשון סובר דאין לחלק בין בועל לבעל וכמו דתפסי קידושין בבעל ואין הולד ממזר ה"ה בבועל אלא דא"א לאוקמי קרא דכי תהיין בבועל. ותירוץ שני סובר דחלוק בועל מבעל, ודוקא בבעל מודה ר"ע דאין הולד ממזר ותפסי בה קידושין אבל בבועל הרי הוא כשאר חיי"ל ולא תפסי בה קידושין והולד ממזר (לר"ע).

והסבר פלוגתא הנ"ל בין שני תירוצי תוס' הוא, דתירוץ קמא ס"ל דאיסורו של בועל נובע מאיסורו של בעל, ולהכי כיון דגלי קרא לענין בעל דתפסי קידושין ואין הולד ממזר, א"א שיהא ממזר מבועל, אע"ג דלא גלי קרא בבועל, משום דל"ב קרא לזה, והוי סברא פשוטה דאין להחמיר בבועל טפי מבעל כיון דכל איסורו של בועל אינו מדין עצמו אלא בתולדה מבעל. ותירוץ שני בתוס' סובר, דאיסורו של בועל אינו בתולדה מאיסור הבעל אלא איסור עצמי כמו איסורו של בעל, וכיון דלבעל לא גלי קרא, לר"ע, דגבי בועל לא כתיב הויה, ממילא לא תפסי קידושין לבועל והולד ממזר.

נמצא דהא דאמרין דבסוטה תפסי קידושין ול"ה הולד ממזר לר"ע, לרש"י ה"ט, דכיון דבזנותה לא פקעי הקידושין, חזינן דקידושין תפסי בה (דאם קידושין לא תפסי בה, קידושין קודמין פקעי). ולשיטת תוס' ידעינן מקרא דילהיות לו לאשה', דהיכא דהבעל מחזיר סוטתו (לאחר שגירשה), שתפסי בה קידושין ול"ה ממזר. ולגבי הבועל, פליגי בזה שני תירוצי התוס' הנ"ל, ותלוי בחקירה הנ"ל.

רש"י – היכא דלא תפסי קידושין, קידושין קמא פקעי

ומצינו ראשונים דס"ל כשיטת רש"י הנ"ל, בסוגיא דאין חופה לפסולות, הביא הריטב"א קושיית הרמב"ן, לשמואל דאמר אין חופה לפסולות, ל"ל קרא למעט דאינו מטמא לאשתו פסולה (צ,ב), תיפ"ל דל"ה נשואה לו כלל (דס"ל דליכא חופה לפסולות) וכבר ידענו דאינו מטמא לארוסה, משום דכל כמה דלא כניס לה, לאו שארו היא. והוכיח הרמב"ן מכאן, דנהי דלשמואל

אשה פסולה אינה נעשית נשואה ע"י חופה, מ"מ ע"י ביאה ממש שפיר נעשית נשואה. ולזה בעינן קרא דאינו מטמא לה.

והריטב"א תרץ דשמואל, דהא דמיעט רחמנא אשתו פסולה דאינו מטמא לה, זהו מה"ט לפי שאין חופה לפסולות והויא ארוסה והיא גופה קמ"ל קרא דאין חופה לפסולות.

וקושיית הראשונים הנ"ל, צ"ע טובא, דהא אפילו אם אין חופה לפסולות, שפיר איצטריך קרא, דאינו מטמא לאשתו פסולה, כגון היכא דנפסלה אחר שנשאה בהיתר, כגון שזינתה, ולזה בעי קרא דאינו מטמא לה.

משמע מזה, דסברי כשיטת רש"י, דכל אשה שאין קידושין תופסין בה קידושין הקודמין, שכבר תפסו בה נמי פקעי, והכא נמי בענין נישואין, דכל שאין חופה ונישואין תופסין בה, כגון פסולה לשמואל, ה"נ פקע ג"כ תורת נישואין, שכבר נתפס בה, ע"י שנעשית פסולה אח"כ, וממילא גם בזינתה תחתיו נעשית כארוסה בלבד ומשו"ה אינו מטמא לה (לפי הריטב"א הנ"ל).

צרת צרה בסוטה לבעל

ועי' תוס' יבמות (ג,ב ד"ה לפי שאינה בצרת צרה, אהא דבכל הנך דמתני' איכא למיתני הלכה צרתה ונישאת לאחיו השני, שהרי אינה ערוה אלא לזה, אבל לאחיו השני ראויות הן, ואם ייבם אפילו את הצרה, ולו אשה אחרת ומת ונפלו לפני זה אף הנכרית פטורה, מפני שהיא צרת צרתה של בתו, אבל בסוטה ואיילונית, ליכא למיתני הלכה צרתה ונשאת לאחיו השני, דהא על כל האחים היא אסורה, וכולן שוין בהן – פרש"י). ומקשין תוס' דמשכח"ל צרת צרה לענין בועל, שנשאת לאחיו ולו אשה אחרת ומת בלא בנים דפוטר צרתה מן הבועל דלענין בועל נמי כתיב ביה טומאה כמו לענין בעל, ואם הלכה הצרה ונשאת לאחיו השני ולו אשה אחרת ומת, כשם שהיא פטורה כך צרתה פטורה, וי"ל כיון דלגבי בעל לא משכח"ל צרת צרה, אין לנו להחמיר בטומאה דגבי בועל יותר מטומאה גבי הבעל.

ועוד אומר ר"י דדוקא בטומאה דכתיב גבי בעל הוא דהוי כעריות, דכתיב בלשון לאו ולא יוכל בעלה הראשון, אבל בבועל לא כתיב לאו אלא ונסתרה והיא נטמאה.

ונראה דתירוץ ראשון בתוס' סובר דאיסור הבועל הוי תולדה מאיסור הבעל וכיון דלגבי בעל לא משכח"ל צרת צרה, מותרת היא גם לבועל דאין להחמיר

בבועל יותר מבבעל. ותירוץ ב' ס"ל דבועל הוי איסור עצמי ואינו תלוי בבעל כלל, דאע"ג דלענין הבעל הטומאה כעריות ופוטרת צרתה, אבל גבי בועל עיקר הטומאה אינה כעריות.

בשיטת ר"ת בביאת נכרי

בתוס' כתובות ג,ב הביאו שיטת ר"ת, דסוטה לעכו"ם אע"פ דנאסרה לבעלה מ"מ מותרת לבועל כשנתגייר, דביאת מצרי הוי כביאת בהמה. וז"ל תוס' שם:

וא"ת [איך אפשר לידרוש להו דאינס שריא] והא אמרינן בפי' בן סורר ומורה (סנהדרין עד) על כל עבירות יעבור ואל יהרג חוץ מעבודת כוכבים וג"ע וש"ד ותירוץ ר"ת דאין חייבין מיתה על בעילת מצרי דרחמנא אפקריה לזרעיה דמצרי דכתיב (יחזקאל כג) וזרמת סוסים זרמתם ומייתי ראייה דפריך בפי' בן סורר ומורה (שם) הא אסתר פרהסיא הואי ולא פריך והא אסתר גילוי עריות הויא משמע דמשום עריות לא הוה מיחייבא ומתוך כך התיר ר"ת לבת ישראל שהמירה ובא עליה עובד כוכבים לקיימה לאותו עובד כוכבים כשנתגייר דלא שייך למימר אחד לבעל ואחד לבועל בביאת מצרי דהויא כביאת בהמה ואין נראה לריב"ם דהא ע"י ביאת עובד כוכבים נאסרה לבעלה כדאמר הכא דאיכא פרוצות ובפי' האשה שנתארמלה (לקמן כו,ב ושם) גבי האשה שנחבשה בין העובדי כוכבים אמרי' דברצון אסורה לבעלה ואמר נמי במגילה (דף טו,א) כאשר אבדתי אבדתי כאשר אבדתי מבית אבא אבדתי ממך אלמא לגבי בעלה לא חשיבא בעילת מצרי כביאת בהמה והוא הדין לבועל.

וצ"ל בשיטת ר"ת, דמחלק בין בועל לבעל, דהא דאסורה לבעלה משום מעל באישה, ומה"ט פסק הרמ"א (אבה"ע קעח), דאע"ג דזינתה בשוגג שסברה שזה בעלה ונמצא שהוא אחר, דמותרת לבעלה ישראל, אבל זינתה שסברה שמותר לזנות הוי כמזידה ואסורה לבעלה ישראל (מהרי"ק) דלא כתיב ומעלה מעל בדי' אלא באישה, ואע"ג דבכה"ת אומר מותר הוי שוגג, בסוטה שאני וכנ"ל.

הלכך אע"ג דעכו"ם לא הוי בכלל עריות, זהו רק לענין מעל בדי' אבל מה שנוגע למעל בבעלה, גם זינתה עם עכו"ם מיקרי מעל באישה ואסורה, ומשו"ה נאסרה לבעלה גם בזינתה עם עכו"ם, אבל לבועל איסורה משום מעל

בד', דל"ש בבועל מעל באישה, הלכך מותרת לבועל כשנתגייר, ואי"ז בגדר סוטה לבועל.

וכל זה מובן, אם נימא בשיטת ר"ת, דס"ל כתירוץ שני בתוס' יבמות מט, דאיסורו של בועל אינו משום איסורו של בעל (ומבועל הולד ממזר ואין קידושין תופסין לר"ע), והכא נמי בשיטת ר"ת, אף דאסורה לבעלה, מ"מ מותרת לבועל כיון דגבי בעל כתיב מעל באישה, ולגבי בועל מעל בד' וכדלעיל.

אבל לפירוש ראשון בתוס', כיון שנאסרה על הבעל על ידו, זו הסיבה לאסרה על הבועל, סוכ"ס בנידון ר"ת הנ"ל, כיון דנאסרה לבעל, ראוי שתאסר גם לבועל מטעם זה.

דין אשת איש שנאנסה, לבועל

ע"י בית שמואל (אבה"ע יא ס"ק ג), באשת ישראל שנאנסה והבועל היה מזיד. וכתב המל"מ (סוטה ב,יב), דהרי זה ש"ס ערוך בכתובות (ט,א) לחד תירוץ דבאותו מעשה היתה באונס ולכן שריא לדוד. ואיכא תירוצא אחרינא, דכל היוצא למלחמת בית דוד גט כריתות כותב לאשתו. ומסיק המל"מ, דהירושלמי סובר, דכל שהבועל מזיד אף שהיא שוגגת אסורה לבועל (ולא כתירוץ ראשון בגמ' שם בכתובות).

ותליא בחקירה הנ"ל, אם איסור בועל הוא איסור עצמי או אינו אלא בתולדה מאיסור הבעל.

בועל שני

ומהר"א ששון, הו"ד במל"מ הנ"ל, נסתפק גבי בועל שני אם נאסרה לו, הואיל וכבר היתה אסורה ועומדת לבעל מחמת בועל ראשון. והשיגו עליו מגמ' מפורשת בסנהדרין מא,א דקאמר שם דיכולין העדים לומר לאסרה על בועלה שני באנו. וצ"ל דספיקו של מהר"א ששון תליא בחקירה הנ"ל, ולפי האמור פליגי בזה שני תירוצי הגמ' בכתובות גבי דוד.

מקור איסור סוטה לבועל

יעויין חידושי חת"ס לכתובות, שהביא דברי הבי"ש הנ"ל בדין אשת ישראל שנאנסה, אי שריא לבועל שאצלו היה ברצון, וכתב דתליא בפלוגתא דר"ע ורבי בסוטה (ריש פרק כשם). דלר"ע מרבין איסור סוטה לבועל מוא"ז, דונטמאה, אי"כ הבועל טפל לבעל, וכל שלא נאסרה לבעל לא נאסרה לבועל,

אבל לרבי דמפיק איסור בועל מונטמאה ונטמאה ב' פעמים, נאסרה לבועל אע"פ שלא נאסרה לבעל, נמצא דחקירתנו הנ"ל, לדעת החת"ס, תלויה במחלוקת התנאים.

ספק טומאה במקום חזקה

בש"ש (ש"א פ"ז) הביא דברי התוס' בחולין דף י ובריש נדה, שהוכיחו דהא דספק טומאה ברה"י ספיקו טמא הוא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, וכן ברה"ר ספיקו טהור ואפילו היכא דליכא חזקת טהרה.

והקשו תוס', כיון דלא למדנו להנך כללי דספק טומאה אלא מסוטה וסוטה אי נימא דלית בה חזקת טהרה משום דאיתרע חזקתה כיון דקינא לה ונסתרה, א"כ היכי ילפינן מינה לטמא ברה"י ואפילו היכא דאית לה חזקת טהרה, כיון דסוטה לית בה חזקת טהרה. ואי נימא דסוטה קאי בחזקת טהרה ולא איתרע חזקתה א"כ היכי יליף מינה לטהר ברה"ר אפילו ליכא חזקת טהרה כיון דסוטה אית בה חזקת טהרה, ע"ש בתוס'.

וכתב הש"ש, דודאי סוטה לא איתרע חזקת היתר דידה, ואם כן ברה"י דטמא אפילו אית לה חזקת טהרה, שפיר ילפינן מסוטה דטמא אפילו בדאיכא חזקת טהרה, אולם כיון דכתיב ונטמאה ונטמאה ב' פעמים, אחד לבעל ואחד לבועל, א"כ שפיר ילפינן דברה"ר ספיקו טהור אפילו היכא דליכא חזקת היתר, דהא סוטה לבועל לית לה חזקת היתר, כיון דנולד הספק בעידן איסורא דאשת איש ואפילו הכי ברה"ר טהורה גם לבועל. נמצא דספק טומאה ברה"י דטמא אפילו בדאיכא חזקת טהרה, ילפינן מבעל, דאית ליה חזקת טהרה ואפ"ה טמא, וספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור ואפילו היכא דליכא חזקת טהרה, ויליף לה מבעל, דליכא חזקת היתר ואפ"ה ספק טומאה ברה"ר טהורה גם לבועל.

וצ"ל, דתירוץ הש"ש אתיא אליבא דרבי דמפיק מונטמאה ונטמאה ב' פעמים אחד לבעל ואחד לבועל, ולדידיה לא תליא איסור הבועל בתולדה מאיסור הבעל, הלכך שפיר אפשר למילף ספק טומאה ברה"ר טהור אפילו היכא דליכא חזקת היתר. אבל לר"ע דיליף מוא"ו דונטמאה, ואיסור בועל הוא בתולדה מאיסור הבעל, כיון דלבעלה מותרת (ספק טומאה ברה"ר) ויש חזקת היתר לבעלה, ממילא מותרת לבועל, אע"ג דלגביו אין חזקת היתר.

כפירת שעבוד קרקעות

תנן בשבועות (לח, ב):

שבועת הדיינים הטענה שתי כסף וההודאה בשוה פרוטה.

והיא שבועת מודה במקצת הנלמדת מהפסוק כי הוא זה. ומקשים הראשונים – בשלמא אם שעבודא לאו ד"ת, שפיר מובן שמודה במקצת וכן מי שנשבע עפ"י ע"א נשבעים מן התורה – שכן הם נשבעים על החוב, על מטלטלין.

אך אם שעבודא ד"ת אפילו במלוה ע"פ – כלומר שבכל חוב יש שעבוד קרקע – הרי אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות (וגם לא על הודאת קרקע) – ואי"כ איך חייבה התורה שבועת מודה במקצת?¹

ותירצו הראשונים בג' אנפין (מובא ברא"ש סי' ג על דף לז, ב):

א. שבועת התורה היא דוקא כשבשעת ההלואה **מחל** על שעבוד הקרקע, ואי"כ השבועה היא רק על מטלטלין.

ב. שבועת התורה היא דוקא כשללוה **אין קרקע**. וממילא בכה"ג סמיכות הדעת בהלואה היא על המטלטלין ולא על הקרקעות (תוס'. מובא בר"ן בסוגיין).

ג. שבועת התורה היא כשע"א מעיד שחייב חמישים, או כשהנתבע מודה שהיה חוב בשטר, אלא שהחוב הוא חמישים ולא מנה – והשטר איננו כאן. ובכה"ג לא טורפים מלקוחות את שאר המנה, שהרי אין הודאתו

* סיכום חלק משיעור, שמסר ראש הכולל, ה' באלול תשס"ז, נרשם ע"י אחד השומעים.

¹ אמנם לדינא תקני"ח שאין גובין מלקוחות במלוה על פה, ולכן ממילא ישבע כי אין כאן כפירת שעבוד קרקע, ובגוף התקנה יש לחקור האם חכמים הפקיעו בכלל את המושג שעבוד במלוה על פה ובכל מלוה שאינה בשטר אין שעבוד כלל לא על הלוח עצמו ולא על הלקוחות. כל פריעת החוב היא רק מדין גביה, אך ללא שעבוד.

או שנאמר שחכמים הפקיעו את השעבוד במקום שראו צורך, היינו מפני תקנת העולם הם תיקנו שלקוחות לא יהיו משועבדים, אבל הלוח עצמו ודאי משועבד, וגם במלוה ע"פ נחשב משועבד כמו במלוה בשטר.

ונפק"מ למשל בדין קדימה בגביה. אם כצד הראשון, שכל החזר חוב הוא רק מדין גביה אין הבדל בין בעלי חוב שונים, מבחינת סדר קדימויות החזר. כל הקודם לגבות זוכה. אך אם הלוח עצמו נחשב משועבד בקרקעותיו, גם במלוה ע"פ ודאי כל הקודם בחובו קודם גם בשעבודו. ואכ"מ.

מחייבת את הלקוחות, דהוי חב לאחריני. העובדה שהלוח מודה, לא יכולה לחייב את הלקוחות מבלי להוציא שטר. וממילא, כיון שבפועל א"א לטרוף הקרקע מהלקוחות כי הוי חב לאחריני – שוב לא נחשב ככפירת שעבוד קרקעות, שהרי בפועל א"א לגבות מהקרקע ולכן נשבע. כך מסביר הרמב"ן.

אמנם, סו"ס יש לנתבע גם מטלטלין, וא"כ ניתן לומר שנשבע על חוב המטלטלין, והוי כמודה במקצת כלים, ולכן נשבע.

אך צ"ל, שכשאדם מלוה כסף, כיון שהלוח יכול להבריא את נכסיו, אין המלוה סומך על המטלטלין כערובה לכך שהלוח יפרע חובו. רק הקרקע שיש ללוה יוצרת אצל המלוה סמיכות דעת גמורה, אע"פ שבפועל פרעון החוב יהיה מטלטלין ולא קרקע. לכן בעצם גם כשתובע – התביעה היא על הקרקע. בכל תביעה דעת המלוה מכוונת כלפי הקרקעות ולא כלפי המטלטלין.

אמנם הרמב"ן סובר, שסמיכות הדעת של המלוה תלויה במה שיכול לגבות בפועל, ולכן אם יודע הוא שלא יוכל לגבות בפועל מהלקוחות, ממילא אין הוא נסמך ע"כ. ולכן גם כשלנתבע היתה קרקע אי"ז שבועה על כפירת שעבוד, בהודאתו לא יכול לחוב לאחריים (ודברי הרמב"ן נכונים עקרונית גם במקרה שיש לתובע עדים וכגון בר' חייא קמייתא וכפי שיבואר, וגם במודה במקצת ממש).

אבל הרא"ש ותוס' סברי שסמיכות דעתו של המלוה היא על מה שהיה בשעת ההלואה, ולכן אף שבשעת התביעה הוא יודע שבפועל יתכן ולא יוכל לגבות מלקוחות, סו"ס הוא תובע לקבל חזרה את מה שהלוח, ובשעת ההלואה הלא הקרקעות השתעבדו לו וממילא תובע הוא קרקע. לכן היה חייב להעמיד שמדובר כשאין קרקע, או שמחל השעבוד.

ר' חייא קמייתא

איתא בב"מ (ג,א):

תני רבי חייא: מנה לי בידך והלה אומר: אין לך בידי כלום. והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז – נותן לו חמשים זוז, וישבע על השאר, שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, מקל וחומר.

מאחר ושבעתו היא כשבעת מודה במקצת קושיית הראשונים נכונה גם כאן. אם שיעבודא ד"ת – הרי סו"ס הוי כפירת שעבוד קרקעות.

אכן כשני התירוצים הראשונים ניתן לתרץ גם כאן ולהעמיד את דברי ר' חייא דוקא כשמחל השעבוד, או כשאינן לו קרקע.

אך לפי תירוץ הרמב"ן קשה, שהרי כאן יש שני עדים וודאי מחייבים את הלקוחות. כאן לא ההודאה, או ע"א הם המחייבים אלא עדות גמורה. וא"כ הוי מודה במקצת החייב שבועה, אבל סו"ס יש כאן כפירת שעבוד קרקעות ומדוע נשבע.

וחייבים להעמיד, שהעדים אינם מעידים על כך שהוא חייב **כעת**, אלא מעידים שהיתה הלואה. כשהתובע רוצה לגבות מהלקוחות על סמך עדות זו, טוענים הלקוחות (או טענין ליה) שהלוה כבר פרע. ושוב א"א לסמוך על העדות כדי לטרוף מהלקוחות וממילא אין כאן שעבוד קרקע **בפועל** ולכן חייב שבועה ד"ת (מובא בר"ן בסוגיין).

והנה בר"ן בסוגיין מקשה הן על דינא דר' חייא קמייתא והן על עיקר דין מודה במקצת איך נשבע הרי הוי כפירת שעבוד קרקעות וז"ל:

וא"ת ולמה הוא נשבע והא קיי"ל בב"ב שעבודא ד"ת, ומלוה ע"פ גובה בין מן היורשים בין מן הלקוחות דבר תורה, וכיון שכן חמישים הללו שמעידים בהם עדים שעבוד קרקעות נינהו, וה"ל כהודה בקרקעות וכפר בכלים דפטור כדתנן בפירקין.

י"ל אי בדאמרי סהדי שעדיין יש בידו חמישים וזו שהלוהו ולא פרעו הכי נמי, אלא הכא במאי עסקינן, כגון שהעדים אינם מעידים אלא שהלוהו – דמלקוחות לא גבי דטענינן להו דלמא פרעיה, ומיהו מיניה גבי, ומשום הכי נשבע...

ואכתי איכא למידק, מודה במקצת דחייב רחמנא היכי משכחת לה דהא הויא ליה הודה בקרקעות, תרצו בתוספות בשאין לו קרקע.

ומקשים האחרונים (עיין גליון מהרש"א בשם התומים ועוד), מ"ט שינה הר"ן בין התירוצים. שני התירוצים יכולים לתרץ את שתי הקושיות.

אם כתירוץ הראשון, שהעדים מעידים שהיתה הלואה, אך אינם יודעים אם פרע או לא – גם כשהנתבע עצמו מודה במקצת, ישבע, שהרי אין כאן כפירת קרקע, כיון שבפועל א"א לגבות מהלקוחות.

ואם כתירוץ השני, שהעמיד הר"ן כתוס', בשאין לו קרקע – תירוץ זה יבאר היטב גם מדוע בר' חייא קמייתא, נשבעים, כיון שאין כפירה בקרקע, ומדוע שינה הר"ן בתירוציו.

הודאת בע"ד

הודאת בע"ד לא מהני לחוב לאחריני. ואף שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, לא מהני לחוב לאחריים. ובסברת הדין מצינו שתי דרכים.

בכתובות (יט) מסביר הבית יעקב (בעל נתה"מ), שהודאת בע"ד לא מועיל בגלל חשש משקר שמא הלוה והמלוה יעשו קנוניא – שלאחר הודאת הלוה בתביעה, כשיטרפו מהלקוחות – יחלקו בשדה.

וכגון ראובן החייב לשמעון ולוי חייב לראובן. גובים מלוי לשמעון (שעבודא דר' נתן) ואם ראובן מוציא שט"ח על לוי, ולוי טוען שהשטר אמנה הוא, או פרוע, ומודה ראובן בכך, אין משגיחין על הודאת ראובן – אלא גובים מלוי ונותנים לשמעון. חיישינן שמא ראובן ולוי עושים קנוניא כדי לאבד זכותו של שמעון.

חזינן שהיינו טעמא דהודאת בע"ד לא מהני במקום דחב לאחריים מחשש קנוניא. ומדייק הבית יעקב מכך, שבמקום דליכא חשש קנוניא תהני הודאתו לחוב לאחריים.

יש שביארו, שהודאת בע"ד במקום דחב לאחריני לא מועילה כי לא נאמרה בזה ההלכה, שהודאת בעל דין כמאה עדים, בלי קשר לחשש משקר.

ראובן מכר בתשרי שדותיו, ובכסלו הודה לשמעון שחייב לו מנה. פשוט שעל סמך הודאה זו לא יטרוף שמעון מהלקוחות. גם לפי הודאתו השדות כבר היו מכורים בשעת ההודאה (אפילו שבהודאתו טוען שכבר באלול הקודם נוצר החוב). הודאת בע"ד דחב לאחריני לא מהני.

אך אם הודה בכסלו שחייב למלוה, ורק בניסן מכר שדותיו, יכול המלוה לטרוף מהלקוחות. בכה"ג לא נאמרינן שהודאתו חבה לאחריים.

והסברא פשוטה, בשלב המכירה ללקוחות ההודאה כבר היתה וממילא שעבודו ללוה קדם ללקוחות. ההודאה אינה חב לאחריני במובן זה וטרוף המלוה.

הריטב"א כתב טעם נוסף :

ללוה יש מיגו כיון שבין כסלו לניסן יכול להשתעבד למלוה, אם יכתוב לו שטר על שדותיו שהרי טרם מכרם, ממילא מכח מיגו זה הודאתו מועילה אף לחוב ללקוחות. (יש להבין מדוע הריטב"א נזקק להסבר זה. מ"ט לא הסתפק בסברא הפשוטה, בה נקט גם הרמב"ן, אך סו"ס אלו דבריו).

עפ"י דברי הריטב"א תירץ ר' שמואל (ע"י בספר זכרון שמואל) את קושיית התומים על הר"ן. במקרה הראשון (ר' חייא קמייטא) תירץ הר"ן, שאין מדובר בכפירת שעבוד קרקעות כי **בפועל** אינו יכול לגבות מהלקוחות דטענינן להו דלמא הלוה כבר פרע וכיון שכך אי"ז כשבועה על הקרקע, וממילא מחוייב שבועה ד"ת.

ומוכן היטב, שעדות העדים על כך שחייב הוא חמישים, לעומת טענתו שכופר הכל אין בה בכדי לחייב את הלקוחות, כי יש טענינן דלמא פרע. בצירוף העובדה שהוא כופר הכל (וטוען לא לוית'ל), ודברי העדים **שהיתה** הלואה, בעצם ניתן לומר שהוא **מודה במקצת** – שהרי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי. הודאה כזו אינה יכולה לחוב ללקוחות, שהרי לפי הריטב"א רק כשיש למודה **מיגו** שיכול היה להשתעבד ממילא ללוה ע"י כתיבת שטר אחר – הודאתו חבה לאחרים. אבל הכא הרי הוא כופר הכל כלומר, טוען איני משועבד ללוה ואיני רוצה להשתעבד לו, ממילא ל"ש לטעון כאן מיגו על סמך ההודאה.

ושפיר מובנים תירוצי הר"ן השונים.

בר' חייא קמייטא, היינו טעמא שאין כאן כפירת שעבוד קרקעות, כי בפועל א"א לגבות מהלקוחות – הודאתו שלא פרע (כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי) אינה מועילה לחייב את הלקוחות, כי אין מיגו, שהרי מכריז ואומר שאינו רוצה להשתעבד, שכן כופר הכל, ורק בצירוף העדאת העדים אנו מתייחסים לדבריו כאל מודה במקצת.

משא"כ כשמודה במקצת במפורש, ראובן תובע את שמעון מנה. שמעון מודה על חמישים. למחרת שמעון מוכר קרקעותיו ללוי וראובן רוצה לגבות מלוי את הקרקע על סמך הודאת שמעון מדין שעבודא דר' נתן.

כאן לכו"ע ראובן יגבה – שהרי או כסברא הפשוטה, בשעה שקנה לוי את הקרקע כבר הודה שמעון לראובן, ובכך שעבד את הקרקע לראובן, קודם מכירתה ללוי.

או כדברי הריטב"א, כיון ששמעון יכול היה להשתעבד באופן אחר לראובן בין ההודאה למכירה, ממילא הודאתו מועילה אף לחוב את לוי. ולכן חייבים להעמיד שמיירי באין לו קרקע כלל ולכך נשבע המודה במקצת ואי"ז כפירת שעבוד קרקעות.

ומתבאר מכך, שהר"ן ס"ל כרמב"ן. המדד לכך, האם יש שעבוד קרקע, הוא האם **בפועל ניתן לגבות**, ולא כדברי הרא"ש, שתליא בשעת ההלואה. אלא שזה גופא (האם ניתן יהיה לגבות בפועל) תליא במיגו – במודה במקצת יש מיגו שיכול היה להשתעבד, וממילא עפ"י הודאתו נחייב לאחרים וניתן יהיה לגבות בפועל מהלקוחות. משא"כ במקום עדים, כר' חייא קמייתא, אין לתובע מיגו ולכן לא יחייב את הלקוחות ואי"ז כפירת שעבוי"ק.²

אמנם אילולא הריטב"א, אם ננקוט כסברא הפשוטה אז גם בר' חייא קמייתא היינו חייבים לתרץ, שאין לו קרקע, שהרי כשבאו העדים והעידו שחייב חמישים, והלוה הודה שלא פרע (כל האומר לא לויית) על סמך הודאה זו נגבה קרקע מכל מי שיקנה מהלוה אחר ההודאה, שהרי בשעת המכירה כבר היתה הודאה, והוא בעצם קונה משועבדים. וא"כ שוב הדק"ל מ"ט נשבע הרי הוי כפירת שעבוד קרקעות ונצטרך לת' שמיירי שאין לו קרקע.

הר"ן, שתירץ באופן אחר (שטענין ללקוחות דפרוע הוי), ס"ל כהריטב"א, שהודאה כזו לא מחייבת את הלקוחות היכא דאין מיגו.

² אכן ילה"ע שלרמב"ן הכל תלוי בזמן התביעה. כשהתובע מגיע לבי"ד הוא יתבע קרקע אם יחשוב שיוכל לגבות קרקע - ואז לא תהיה שבועה, ואם ידע שלא יוכל לגבות קרקע בפועל, תובע הוא מטלטלין - ויש שבועה.

ולכאורה, בזמן התביעה פשוט שאינו יודע מה הנתבע יטען. ולפי הר"ן רק אחרי שמודה במקצת מתברר שיש מיגו, ורק אחרי שכופר הכל ואז התובע יביא עדים מתברר שאין מיגו. ור"ש ביאר שבה תליא סמיכות דעתו של התובע (עפ"י יסוד הסברא של הרמב"ן כפי שנתבאר לעיל). א"כ בעצם בכל מקום שיש קרקע - סמיכות דעתו היא על הקרקע, שהרי אינו יודע מראש שיכפור בכל ויזקק להביא עדים באופן שלא יהיה מיגו, דבר שיגרום לכך שאי אפשר יהיה להשביע הנתבע. וא"כ לא ברור הר"ן בר"ח קמייתא שהעמיד שגם במקום שיש קרקע אי"ז כפירת שעבוי"ד. וצ"ל שעצם העובדה שהמלוה יודע (בר"ח קמייתא) שיש לו עדים על ההלואה, גורמת לו לתבוע רק את מה שבטוח יוכל להוציא ומכיון שברורה לו מראש האפשרות הקיימת שהנתבע יכפור בכל, ואז לא יהיה המיגו - ממילא אין כאן סמיכות דעת על הקרקעות ושוב אפשר להשביעו - ולכן יכול הר"ן להעמיד את ר"ח קמייתא גם כשיש קרקע. רק במקום שאין עדים, ויש קרקע לנתבע - שאז ממילא ההיכ"ת היחיד שבה יקבל את כספו הוא אם הנתבע יודה (שהרי אם יכפור בכל יפטר) בכה"ג סמכא דעתיה על קרקעותיו של הנתבע, כי יש מיגו ואם הנתבע יודה יחוב ללקוחות, לכן אי"א להעמיד כשיש קרקע כי אז הוי כפירת שעבוי"ק, ותירץ הר"ן כתוסי שאין קרקע. ודוחק.

הרב זיו אברמוביץ

טענו חיטים והודה לו בשעורים*

ראשי הפרקים

- א. מחלוקת רבן גמליאל וחכמים
- ב. הפטור מתשלומין
- ג. הצורך בפסוק לחכמים
 1. לשיטת הודאה ומחילה
 2. לשיטת השטאה
 3. הסבר נוסף בדברי חכמים
- ד. בדעת רבן גמליאל
 1. קצוה"ח – חיוב לצאת ידי שמים
 2. הודאה גרידא יוצרת חיוב
 3. הודאה המאפשרת חיוב
 4. אפשרות התפיסה מחייבת שבועה
 5. לשיטת השטאה
- ה. שטמ"ק – הפטור מממון נלמד מפסוק
- ו. סיכום

א. מחלוקת רבן גמליאל וחכמים

המשנה בשבועות (לח,ב) מביאה את מחלוקת ר"ג וחכמים וזה לשונה: "טענו חיטים והודה לו בשעורים פטור ורבן גמליאל מחייב."

הגמ' בב"מ (ה,א) מבארת שמקור מחלוקתם הוא בלימוד הפסוק "אשר יאמר כי הוא זה" הגמ' עוסקת במחלוקתם של ר' חייא ואבוה דר' אפוטריקי בדין ר' חייא קמייתא כלומר כאשר אחד תובע את חברו מנה והאחר כופר בכל ובאו שני עדים והעידו שחייב חמישים שר' חייא מחייב שבועת מודה במקצת ואבוה דר' אפוטריקי פוטר משבועה וזה לשון הגמ':

תא שמע דתני אבוה דרבי אפוטריקי לדרבי חייא קמייתא: מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום, והעדים מעידים אותו שיש בידו חמשים

* לע"נ סבתי חיה פסיה ע"ה.

זו, יכול ישבע על השאר - תלמוד לומר על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה - על הודאת פיו אתה מחייבו, ואי אתה מחייבו על העדאת עדים! - מתניתא קא רמית עליה דרבי חייא? רבי חייא תנא הוא, ופליג. - והא קרא קאמר! - ההוא למודה מקצת הטענה. - ואבוה דרבי אפטוריקי אמר לך: כתיב הוא וכתוב זה - חד למודה מקצת הטענה, וחד להעדאת עדים דפטור. - ואידך: חד למודה מקצת הטענה, וחד למודה ממין הטענה. - ואידך: מודה ממין הטענה לית ליה, וסבר ליה כרבן גמליאל, דתנן: טענו חטין והודה לו בשעורים - פטור, ורבן גמליאל מחייב.

מדברי הגמ' מתבאר שר' חייא סובר כדעת חכמים שטענו חיטים והודה בשעורים פטור משום שבעינן הודאה ממין הטענה ואילו רבן גמליאל מחייב משום ש"הודאה ממין הטענה לית ליה" ודי בהודאה במקצת אע"פ שאינה ממין הטענה, על מנת לחייב שבועה.

ב. הפטור מתשלומין

בגמ' בב"ק (לה, ב) הובאו דברי רבה בר נתן שאומר, שהפטור בטענו חיטים והודה לו בשעורים אינו פטור משבועה בלבד אלא גם פטור מתשלומים.

לגבי סיבת הפטור נחלקו הראשונים:

א. שיטת רש"י ותוס' - כאשר התובע טען חיטים מחברו ולא טען את השעורים אנו אומרים שגם אם היתה הלוואת שעורים עצם זה שלא תבע אותה ממילא מוכח שמחל על השעורים.

ב. שיטת הרא"ש - כאשר התובע טען חיטים ולא תבע את השעורים ממילא הודה לנתבע שפטור משעורים.

ג. שיטת הרמ"ה (וכן פסק הש"ך להלכה) - כאשר הנתבע ענה לתובע לא היה בכוונתו להודות שאכן חייב שעורים אלא לשטות בתובע. ולכן לא התחייב כלל בשעורים.

תוס' בשבועות (מ, א ד"ה הודה לו בשעורים) וכן בב"ק לה, ב (ד"ה לימא תהוי תיובתא) הקשו כיצד יודע רבה בר נתן שישנו פטור מתשלומין שהרי לרבן גמליאל צ"ל שחייב בתשלומין שאם לא כן כיצד יחייב שבועה ואולי כל מחלוקתם היא אם נשבע על תשלומי השעורים או לא?

ותירצו התוס' שני תירוצים :

- א. רבה בר נתן דיבר לפי חכמים משום שלשון "פטור" במשנה משמע ליה פטור לגמרי אבל לרבן גמליאל חייב בתשלומים ולכן גם חייב שבועה.
- ב. גם ר"ג פוטר מתשלומין ואפילו הכי נחשבת הודאתו הודאה על מנת לחייב שבועה.

אם כן מדברי תוס' בשאלתם רואים שאי אפשר לחייב שבועה אם אין חיוב ממוני וזה לשונם: "דהא לרבן גמליאל חייב בדמי שעורים דאי לאו הכי אין כאן הודאה כלל" וכן משמע מהגמ' בב"מ (ג,ב) כשהיא מסבירה את הסברא של שבועת מודה במקצת וזה לשונה: "דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו והאי בכולי בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא משתמט מיניה סבר עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה ואמר רחמנא רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה". א"כ רואים, שחיוב השבועה נובע מחשש של השתמטות מחלק מהחוב הממוני.

אלא שתשובת תוס' צריכה עיון שכן- בתשובתו הראשונה יוצא שאכן לרבן גמליאל השבועה נובעת מחיוב ממוני אבל לרבנן מכל מקום השבועה נעשית ללא חיוב ממוני כלל א"כ על מה הודה שחייב על כך שבועה? ובתשובתו השנייה של תוס' יוצא שלר"ג גופא נשבע ללא חיוב ממוני- הפוך מהנחתם בקושיא?

ג. הצורך בפסוק לחכמים

1. לשיטת הודאה ומחילה

לגבי דעת חכמים בתשובה הראשונה של תוס' צריך לומר, שלמקרה של טענו חיטים והודה בשעורים הפסוק לא נצרך כלל שכן פטור מסברא על החיוב הממוני וממילא לא צריך את הפסוק על מנת לפטור משבועה מחמת הודאה שלא ממין הטענה, אלא שהפסוק נצרך למקרה שהחיוב הממוני בשעורים ברור, כגון בטענו חיטים ושעורים והודה בשעורים, שחייב בשעורים ופטור משבועה.

וכך כתבה הגמ' (שבועות מ,ב) : "ואמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן טענו חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור". אמנם יש לעיין למאן דאמר שטענו חיטים ושעורים והודה באחד מהן חייב וכן נפסק בשו"ע (פח,יב). אלא שיש לומר שגם מי שמחייב שבועה בטענו חיטים והודה לו בשעורים יש מקרה אחר שבו יחייב בשעורים ואפילו הכי יפטור משבועה וזה לפי הרא"ש בשיטת הודאה. תוס' כתבו, שכאשר טענו חיטים והודה בשעורים התובע מוחל לנתבע על השעורים. הרא"ש לא הסכים להנחה זו, שכן "אין אדם תובע את כל תביעותיו בפעם אחת". כלומר שאם היה מדובר על תביעת הלוואה שנעשתה בתשרי והודאת השעורים מדברת גם כן על תשרי, ממילא צריך לומר שהתובע או מחל או הודה לנתבע על הפטור משעורים אבל כאשר מדובר על שתי הלוואות בזמנים שונים פשיטא לרא"ש שאין אדם מוחל על הלוואת השעורים שנעשתה בניסן. וא"כ יצא שכאשר טענו חיטים של ניסן והודה בשעורים של תשרי, לחכמים אף על פי שחייב בשעורים בא הפסוק וחדש שפטור משבועה. וכך כתבו בית הלוי והחתם סופר על דברי התוס' בדעת חכמים.

ואלו הם דברי בית הלוי (ח"ג סימן מ) :

ולכאורה ההכרח לומר לתירוץ הראשון של התוס', דבאמת סבירא ליה לרבה בר נתן דרבנן פטרי ליה משעורים מסברא ומשום הכי ידעינן גם כן מסברא דפטור משבועה בודאי וקרא דכי הוא זה בא לפוטרו משבועה באופן דחייב בשעורים, דהרי כתב הרא"ש סוף פרק המניח דרבה בר נתן לא איירי אלא כשזה הודה בשעורים על אותו שעה ממש שזה תובעו חיטים ואומר לא חיטים היו אלא שעורים אבל אם הודה על זמן אחר וכגון שזה תובעו שהלוה לו בניסן חיטים וזה מודה שהלוה לו בתשרי שעורים חייב בשעורים יעו"ש והרי בודאי דגם הרא"ש מודה דגם בכהאי גוונא פטור משבועה אף דחייב לשלם לו השעורים שהודה, דהא לא מצינו שיחלק הרא"ש כמו כן לענין שבועה ותדע דהרי גם בתבעו חיטים ושעורים והודה בשעורים דודאי חייב בשעורים, איכא מאן דפוטור משבועה וגם החולקים הא לא פליגי רק בתובע חיטים ושעורים, דסבירא ליה דזה מיקרי ממין הטענה, אבל בתבעו רק שעורים מוכרח

דלכולי עלמא פטור משבועה ואפילו באופן דחייב בשעורים.¹

2. לשיטת השטאה

אלא שתירוץ זה הינו לשיטת הרא"ש והתוס' וכן כתב בית הלוי "ונאמר דתירוץ הראשון סבירא ליה כהרא"ש בזה".² אבל לשיטת הרמ"ה שסובר את טענת משטה אי אפשר לומר כך, שכן כשטען הנתבע "שעורים" לא התכוון להודות כלל. לכן צריך לומר, שהמקרה שהפסוק בא לפטור בו הוא, כאשר הודה בשעורים ולא חזר וטען "משטה הייתי בד" שבמקרה זה כן חייב בשעורים ולכן בא הפסוק לפטור משבועה וכך כתב הברכת אברהם (ב"מ ה,א), וז"ל: "ובעל כרחך נראה דלהרמ"ה צריך לומר דקרא לפטור, הוא באופן דלא אמר משטה דמכל מקום פטור משבועה אע"פ שחייב לשלם".

אבל קשה לעני"ד על תירוצו, שכן הש"ך כתב בחו"מ (פח,כב), שאין הנתבע צריך לטעון משטה על מנת להפטר, שכן אגן טענינן ליה וכך כתב: "ונראה דלהרמ"ה אפילו לא טען משטה טענינן ליה וכו' אבל הכא שתובעו בחייטים והודה לו בשעורים ויצאו מבית דין א"כ כשבאים אחר כך לבית דין לשמוע הפסק דין אומרים לזה בסתם פטור אתה וכו' ", א"כ רואים שאין צריך כלל לטעון משטה ע"מ להיפטר?

והחת"ס (שבועות מ,א ד"ה והנה מה שהקשיתי) בודאי לא קיבל את סברת הברכת אברהם, שכתב: "...אבל ליכא למימר דאירי בעומד בהודאתו דאז חייב בשעורים זה אינו, דעל כל פנים בשעה שמשיב לו שעורים עדיין אינו מתחייב דיכול לחזור ולטעון משטה הייתי בד' אע"פ שמודה בבית דין כיוון שמודה ללא תביעה כמ"ש הש"ך א"כ אינו מתחייב על ידי אותה ההודאה שבועה". א"כ יוצא שהודאה זו של שעורים אינה הודאה מחייבת חיוב ממוני, שעל כך צריך פסוק על מנת לפטור משבועה!?

¹ עיי"ש בבית הלוי, שהוכיח לתלות מחלוקת ר"ח ואבוה דר' אפוטריקי שהובאה לעיל כשתי שיטות בדעת חכמים, ע"פ גירסת הגר"א שלא גרס "וסבר ליה כר"ג..." וממילא יוצא שר"ח סובר בדעת חכמים שפטור של הודאה ממין הטענה נלמדת מפסוק ולר' אפוטריקי הפטור נלמד מסברא.

² עיין בחת"ס, שכתב שהסבר זה אינו מסתדר אלא לרא"ש אבל התוס' יסבור ש"טענו חייטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור", וז"ל "וע"כ דלא ס"ל כהרא"ש קשה כנ"ל מיהו למ"ד טענו חייטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור איכא למימר דקרא להכי איצטריך".

לכן החת"ס תירץ לשיטת הרמ"ה תירוץ אחר שהפסוק לחכמים בא לפטור, כאשר טענו חיטים והודה בשעורים והיו עדים על ההלוואה אלא שהעדים לא ראו מה היתה ההלוואה. במקרה זה גם לפי שיטת הרמ"ה חייב על השעורים אע"פ שאין כאן הודאה כלל כמו שכתב הש"ך (ח"מ פח, טז) ביחס לדברי הרא"ש): "הגע עצמך, הרי שתבע את חבירו הליתך חבית חטים, וזה משיב אמת הליתני חבית תבואה אבל שכחתי אם היו חטים או שעורים, והתובע מביא עדים שמעידים, שבאותה שעה הלוח לו חבית תבואה ואינם יודעים ג"כ מה היה, אך ברור להם שעכ"פ היה חטים או שעורים, וכי יעלה על הדעת בזה שיפטר אף משעורים". ועל כך כתב החת"ס "ולהרמ"ה לא קשיא מידי דקרא איירי בעדים דלא שייך השטאה".

3. הסבר נוסף בדברי חכמים

בסוף דבריו כתב בית הלוי תירוץ נוסף בהסבר סברת חכמים. כל חיוב השבועה במודה במקצת נובע מכך, שהנתבע בטענתו משתמט ובכך הוא מעיז פניו בפני בעל חובו כנזכר לעיל בדברי הגמ' בב"מ (ג,א) ולכן כתב שחכמים מחייבים שבועה, אע"פ שאין כאן חיוב ממוני כלל משום שהנתבע בעצם הודאתו בשעורים אע"פ שהוא פטור בטענה זו הוא "מעיז" בכך ולכן חכמים חייבו שבועה גם בטענת פטור. וז"ל: "והנה עוד סברא יש מקום לומר, דגם תירוץ הראשון של תוס' מודה בעיקר הסברא לתירוץ השני, דגם אם נאמר דפטור משעורים, מכל מקום י"ל דמ"מ חייב שבועה על החיטים ובפרט כיוון דעיקר חיובו של מודה במקצת הוא משום דעל ידי זה יכול להעיז ואפשר כיוון דמודה לו קצת הגם דבית דין פוטרין אותו מליתן הודאתו מכל מקום שוב ליכא העזה כמו בכופר הכל וחייב שבועה". א"כ ע"פ סברא זו יוצא שהפסוק חידש פטור משבועה מחמת שהיה צד לחשוב שיתחייב, אע"פ שפטור מממון, מכיוון שהודאה זו יוצרת מצב של אפשרות לכפור בחיטים קמ"ל שאפילו הכי פטור מהשבועה ואין אנו חוששים להעזה.

אולם יש מקום להעיר על דבריו מדברי בעל התרומות שהובאו בב"י (פח מחודש ב), שמשמע קצת, שאין סברא לומר שבהודאת שעורים יש העזה, ואלו דבריו:

"כתב עוד בעל התרומות בשער ז (שם סי' כד) שנשאל הר"א בר יצחק היכא שתבעו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו אי הוי כטוענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם דהוי מודה מקצת או לא. והשיב דלא דמי, דטעמא דמודה מקצת משום דאין אדם מעיז פניו הוא (ב"מ ג,ב) והא לא משכחת לה אלא

היכא דתבע ליה חטים ושעורים ואודי ליה בחד מינייהו דהוה ליה בשעת ההודאה מודה מקצת אבל היכא דאודי ליה מקמי דליתבעיה (כשהודה בשעורים-הוספה) בההוא מידי מי איכא למימר דהודאתו משום דאינו מעיז פניו הוא והא אכתי לא תבע ליה בההוא מידי עכ"ל".

אמנם אפשר אולי לומר, שהפסוק "חידש" שסברא זו אינה נכונה ודברי בעל התרומות נאמרו לאחר הפסוק אבל מלשונו "אבל היכא דאודי ליה מקמי דליתבעיה בההוא מידי מי איכא למימר דהודאתו משום דאינו מעיז פניו הוא והא אכתי לא תבע ליה בההוא מידי" נראה לי קצת שגם אין סברא לומר כך.

הערה בלשון תוספות

בדברי תוס' בתירוצו הראשון יש לעורר שאלה. וז"ל: "ושמא משמע ליה לרבה בר נתן לשון פטור דפטור לגמרי" וכביכול צריך עיון מנין "משמע ליה פטור (שהוזכר במשנה) דפטור לגמרי" שכן במשנה (שבועות לח,ב) נקטה לשונות פטור נוספים כגון: "הטענה שתי כסף, וההודאה בשוה פרוטה, ואם אין ההודאה ממין הטענה - פטור. כיצד? שתי כסף לי בידך, אין לך בידי אלא פרוטה - פטור; שתי כסף ופרוטה לי בידך, אין לך בידי אלא פרוטה - חייב. מנה לי בידך, אין לך בידי אלא חמשים דינר - חייב. מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא נ' דינר - פטור, מפני שהוא כמשיב אבידה. מנה לי בידך, אמר לו: הן, למחר אמר לו: תנהו לי, נתתו לך - פטור, אין לך בידי - חייב. מנה לי בידך, אמר לו: הן, אל תתנהו לי אלא בעדים, למחר אמר לו: תנהו לי, נתתו לך - חייב, מפני שצריך ליתנו בעדים. ליטרא זהב יש לי בידך, אין לך בידי אלא ליטרא כסף - פטור"; ניחא לשמואל שכל המשנה בשבועות מדברת ב"דוקא", כלומר שכל התביעות הנזכרות במשנה הן תביעות של הדבר הנתבע ע"י התובע ב"דוקא", ממילא כל המשנה עוסקת במיקרים של טענו חיטים והודה בשעורים אפשר לומר שכל מה שנקטה המשנה "פטור" משמעותו פטור לגמרי (עיי' תוס' בשבועות מא ד"ה אין לך בידך). אלא לרב שחלק על שמואל (שם לט,ב) ונקט שהמשנה מדברת ב"שווה", כלומר שכל התביעות הנזכרות במשנה הם תביעות של "שווה ערך" הדבר הנתבע, א"כ כשהמשנה בתחילתה אמרה "שתי כסף לי בידך" והנתבע עונה "אין לך בידי אלא פרוטה" והדין - "פטור" ממילא הפטור משבועה במקרה זה הוא משום שלא היתה כאן כפירת שתי כסף כנזכר בגמ' הנ"ל ולכן הוא פטור משבועה אבל לא פטור מממון ואת הפרוטה

פשיטא שהוא צריך לשלם וא"כ מנין לתוס' שלרבה בר נתן פטור משמע ליה פטור לגמרי?

והוסיף על כך הרב מאיר ברקוביץ מהגמ' בב"ק (לה,ב), שהגמ' מקשה על דברי רבה בר נתן "תנינא טענו חיטים והודה בשעורים פטור?" ומתרתת הגמ': "אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חיטים וחייב בדמי שעורים" א"כ מופרש בגמ' שלא משמע מלשון פטור- פטור לגמרי.

ותירץ הרב מלשון תוס' הרא"ש שכתב "ושמא משמע ליה לרבה בר נתן דלשון פטור – לגמרי משמע, דאי הוה חייב בדמי שעורים לא הוה ליה למיתני פטור דאתי למיטעי ולומר דפטור לגמרי" כלומר דוקא בטענו חיטים והודה בשעורים שהיה עלול ל"מיטעי" בחיוב השעורים כמו שרואים בב"ק, אם היה חיוב שעורים, היה צריך לפרט חיוב זה ומכיוון שלא פורט במשנה חיוב לכן משמע ליה לרבה בר נתן פטור לגמרי אבל ב"שתי כסף" ליכא למיטעי ולכן "פטור" לא משמע ליה פטור ממוני.

ד. בדעת רבן גמליאל

הקשה תוס' מנין לרבה בר נתן פטור משעורים, שכן לרבן גמליאל פשיטא שחייב על שעורים שאל"כ אין הודאתו הודאה שעליה יתחייב שבועת מודה במקצת, ותירץ תוס' בתירוץ השני וזה לשונו: "א"נ אע"ג דמיפטר מדמי שעורים אף לר"ג אפ"ה חשיב ליה הודאה".

א"כ חוזרת השאלה שאין כאן הודאה שעליה יתחייב שבועה?

1. קצוה"ח - חיוב לצאת ידי שמים

קצות החושן כתב, שחיוב הממון שנוצר, שמחמתו יש חיוב שבועה לפי ר"ג הוא חיוב לצאת ידי שמים.

לשיטת הרא"ש שישנה הודאת הנתבע על שעורים הפטור מתשלום נוצר מהודאת התובע, שאין הנתבע חייב לו שעורים, קרי הודאה כנגד הודאה. אבל פטור זה נובע מכך, שאין בית-דין מחייב את הנתבע בתשלום אבל על הנתבע עצמו, שידוע שחייב שעורים יש חיוב לצאת ידי שמים ולשלם לתובע. ומפאת חיוב זה מחייב רבן גמליאל שבועת מודה במקצת.. הסבר זה מסתדר רק לשיטת הרא"ש, שכן לשיטת מחילה מכיוון שהתובע מחל על התשלום אין חיוב לצאת ידי שמים וכן נפסק בשו"ע (עה,יא) "אמר ליה: חייב אני לך מנה, והלה אומר: ודאי לי שאינך חייב לי כלום, פטור, אף על פי שידוע בודאי

שהוא חייב, דהוי כאילו מחל לו", וכל שכן לשיטת השטאה שפטור, שכן הודאת הנתבע אינה הודאה כלל שהרי טוען "משטה".

וכך כתב קצוה"ח (פח,י): "מיהו כל זה לפי טעמא דהודאה אבל לפי טעמא דמחילה אעפ"י שמחזיק בטענתו ויודע בעצמו שחייב הוא לו פטור אפילו לצאת ידי שמים כיון דכבר מחל לו. ומ"ש תוס' סוף פרק המניח (ב"ק לה,ב ד"ה לימא) דאפילו לרבה בר נתן דסבירא ליה טענו חטין והודה בשעורים פטור משעורים אפ"ה חייב שבועה לר' גמליאל דלא בעי ממין הטענה, ע"כ לאו משום טעמא דמחל סבירא ליה דא"כ אין כאן מודה כלל, אבל לפי טעמא דהודאה כיון דמודה לפנינו בחיובו מקרי כי הוא זה כיון דחייב הוא לצאת ידי שמים".

2. הודאה גרידא יוצרת חיוב

הגאון ר' שמעון שקאפ תירץ על כך בחידושו (ב"ק סי' לא): "...ולפי זה דלר"ג עדים לא מהני יש לומר שסובר דאינו תלוי מה שבמציאות אינו מתחייב על ידי הודאתו אלא רק הודאה גרידא מחייבת שבועה ומשום הכי אף דאיכא הודאה מן התובע (שהנתבע פטור משעורים – הוספה) מכל מקום חייב שבועה. ודבר נכון הוא".

יוצא מדבריו, שתוס' בתרוצו חזר בו מהנחתו בשאלה שחיוב שבועה הינו רק על חיוב ממוני וצריך לומר שחיוב השבועה הוא על מעשה הודאה בלבד גם אם אין בו חיוב ממוני.

הסבר זה הינו דוקא לשיטות מחילה והודאה משום שמצד הנתבע אכן היתה הודאה אלא שהתובע או הודה שפטור או מחל אבל לשיטת השטאה כיוון שהודאת שעורים אינה הודאה כלל מצד הנתבע שכן טוען "משטה הייתי כך" ממילא אי אפשר לומר שזו הודאה היוצרת חיוב.

3. הודאה המאפשרת חיוב יוצרת חיוב

אלא שקשה על כך מתוס' (כתובות יח,א) שאומר במפורש שחיוב השבועה שנוצר בהודאה נובע מהחיוב הממוני, וז"ל: "ועוד מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה ועל ידי כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו." א"כ רואים במפורש שגורם השבועה הוא החיוב הממוני.

ר"ש שקאפ עצמו התייחס לתוס' זה ואמר שלר"ג צריך לומר, שחיוב השבועה נובע מכך, שאע"פ שפטור מתשלומי השעורים אפילו הכי הפטור נוצר זמן מה לאחר הודאת הנתבע. כלומר, כאשר התובע תבע חיטים והנתבע הודה בשעורים עדיין לא נוצר הפטור משעורים משום שעדיין התובע יכול לומר "אני יודע שאתה חייב לי שעורים אבל לא התכוונתי לתובעם עתה" ובמצב כזה עדיין היה חייב לשלם לו את השעורים כמו בטוען חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן. וכן נפסק בשו"ע (פח, יד). וא"כ מוכח שפטור השעורים נעשה בעקבות שתיקת התובע מהודאת השעורים וממילא ברגע ההודאה יתכן והיה חיוב ממוני של שעורים ומשמעות הדבר, שההודאה עצמה היא הודאה המחייבת והיא הגורמת לחיוב שבועה לר"ג.

על פי זה לשון תוס' בשבועות יתפרש, שלא ההודאה גרידא ללא חיוב ממוני היא יוצרת את חיוב השבועה אלא הודאה כזו, שבאפשרותה ליצור חיוב ממוני היא יוצרת את חיוב השבועה. וכן כתב הקה"י (ב"מ סי' י"ס"ק ה).

הסבר זה מתאים לכאורה לכל השיטות. פשיטא לשיטת הודאה ושיטת מחילה שישנה הודאה מצד הנתבע אלא שבאפשרות התובע למחול/להודות או לומר "לא התכוונתי לתובעם עתה" אלא אפילו לשיטת השטאה למרות שלא היתה הודאה מצד הנתבע עדיין יכול לומר התובע "התכוונתי לתובעם" כל עוד לא טען "משטה הייתי בדך" כמו שתפיסה מועילה לפני טענת "משטה" כל עוד לא טען "משטה הייתי בדך" אלא שהש"ך בס"ק כח כתב, שהלכה זו בשו"ע היא דוקא לשיטות מחילה והודאה אבל לשיטת השטאה לא יוציאו את הממון מן הנתבע בטענה כזו מצד התובע וזה לשונו: "מיהו כל זה לסברתם דסברי הטעם דפטור משעורים משום דהוה ליה כאילו הודה התובע שאינו חייב לו שעורים, אבל לפי מה שכתבתי לעיל סעיף יב [סקט"ז] דהעיקר כהרמ"ה דלא שייכא כאן הודאה, אלא טעמא הוא משום השטאה, א"כ אין חילוק, ומשום שלא תבעו מתחילה בשעורים לא פטרינן ליה לנתבע אם עומד הנתבע בהודאתו ואומר שחייב לו שעורים, ובשום טענה שיאמר התובע שלא תבעו השעורים סגי, דלא מפקינן ממון ברור שחייב הנתבע אם לא במחילה גמורה, ולא בסברא קלושה כזו. אבל אם טוען הנתבע משטה הייתי בדך, אע"פ שאומר התובע ודאי כדבריך כן הוא כו' אבל איני שואלם עתה כו', פטור הנתבע אף מדמי שעורים".

יוצא שהסבר זה של ר"ש שקאפ מסתדר רק לשיטות מחילה והודאה ולא לשיטת השטאה.

4. אפשרות התפיסה מחייבת שבועה

עוד אפשר לתרץ לשיטות מחילה והודאה ע"פ דברי החת"ס בחידושו על שבועות פרק ו (ד"ה טענו חיטים והודה לו בשעורים) על דברי התוס' שכתב שתירוצי התוס' תלויים במחלוקת הפוסקים האם מועילה תפיסה כאשר הנתבע הודה בשעורים. וכתב שלפי התירוץ השני מועילה ההודאה לתפוס ואם תפס לא יוציאו ממנו. וז"ל: "ובתירוץ השני סבירא ליה דאי תפס לא מפיקין מיניה ומהני ההודאה לתפוס עכ"פ ולכן מחייב רבן גמליאל".

כלומר, שעצם הודאת השעורים מועילה לכך שהנתבע יכול לתפוס. וכן כתוב בשיעורי ר' שמואל (ב"מ ה,ב אות עט) וז"ל: "וצ"ל דמ"מ כיון שלגבי בי"ד יש כאן הודאה לעניין תפיסה, סגי בזה להחשיבו מודה במקצת".

5. לשיטת השטאה

מ"מ נותרה השאלה כיצד נפרש דברי ר"ג, שיש פטור מממון ובכ"ז חייב שבועה, לשיטת השטאה. אכן הנתביבות (פחג) נשאר בצ"ע בשאלה זו והסיק ממנה ש"לכן נראה דהעקר כדעת כל הפוסקים, שהוא מטעם מחילה והודאה, ואף הרמ"ה מודה בזה וכו".

אולי אפשר לתרץ שיטה זו ולומר ע"פ דברי החת"ס ור' שמואל, שגם לפי שיטת השטאה ישנה אפשרות תפיסה, שכן אם הנתבע לא היה אומר שעורים והנתבע היה תופס שעורים בי"ד מוציאים ממנו, אך מאחר וטען שעורים, תפיסת הנתבע מועילה, כל עוד לא חזר הנתבע ואמר משטה הייתי. א"כ יוצא שמצד אחד בי"ד מתייחס לדברי הנתבע כאל השטאה, ואף טענין כן אך מצד שני לא ימנעו תפיסת הנתבע, ואולי די בהודאה כגון זו כדי להחשיב הנתבע כמודה במקצת, לדעת ר"ג.

ה. שטמ"ק – הפטור מממון נלמד מפסוק

ע"פ כל התירוצים הנ"ל, יוצא שהפטור הממוני הוא מסברא, וממילא לחכמים נשאלת השאלה למה צריך פסוק ע"מ לפטור משבועה ואילו לר"ג נשאלת השאלה מדוע יש שבועה כלל?

אבל בשטמ"ק (ב"מ ה,א) מדברי המהר"י כץ יוצא, שמהפסוק נתחדש הפטור הממוני ומתוך כך נוצר הפטור משבועה, וז"ל (ד"ה והודה לו בשעורים):

"ותימה לי דלמ"ד אף מדמי שעורים כרבה בר נתן דפרק המניח, ליכא הודאה כלל, ותו דילמא רשב"ג דמחייב בדמי שעורים אבל משבועה פטור

דבעי נמי הודאה ממין הטענה? וי"ל דלת"ק היא גופיה אשמעינן קרא דמשום דפטור אף מדמי שעורים א"כ ליכא הודאה ורשב"ג דמחייב השעורים מחייב נמי שבועה על החיטין".

כלומר שלדבריו ישנה תלות מוחלטת בין החיוב הממוני לבין חיוב השבועה, שאם נאמר שחייב ממון – חייב ג"כ שבועה שכן יש כאן מודה במקצת ואלו הם דברי רבן גמליאל. ואילו לדברי ת"ק הפטור משבועה נובע מהפטור הממוני, וכיון שלימד הפסוק שבטענו חטים והודה בשעורים פטור מתשלום מכיוון שאין זו הודאה ממין הטענה, ממילא פטור משבועה.

על פי הסבר זה יוצא כביכול שאין אנו נזקקים כלל לסברות מחילה הודאה והשטאה, שכן הפסוק לימד את הפטור הממוני מגזירת הכתוב וא"כ נצטרך לעיין ע"פ זה כיצד ננקוט במקרים בהם יש נפקא מינה בין השיטות, כגון בעדים שראו ההלוואה, שלמ"ד הודאה- פטור משבועה ולמ"ד השטאה- חייב בשבועה, או שמא נאמר שהפסוק לימד אותנו את הפטור ומתוך כך אנו לומדים סברות אלו: מחילה הודאה או השטאה כלומר לדרוש טעמא דקרא.

ו. סיכום

לחכמים הפטור הממוני הוא מסברא.

לשיטת הודאה ומחילה

בית הלוי וחת"ס – הפסוק חידש פטור משבועה במקרה של חיוב ממוני, כגון: א. בטענו חטין ושעורים והודה באחד מהם. ב. בטענו חטין מהלוואת תשרי והודה בשעורים מהלוואת ניסן.

לשיטת השטאה:

ברכת אברהם – הודה בשעורים ועומד בטענתו.

חת"ס – במקרה של עדים על ההלוואה אלא שאין הם יודעים הלוואת חיטים או הלוואת שעורים.

לרבן גמליאל שהפטור משעורים מסברא, חייב בשבועה מפני:

לשיטת הודאה:

קצוה"ח – שיש עליו חיוב ממוני לצאת ידי שמים.

טענו חיטים והודה לו בשעורים

לשיטת הודאה ומחילה :

ר"ש שקאפ – א) על עצם ההודאה אע"פ שאין חיוב ממוני. ב) שהודאת השעורים מאפשרת חיוב ממוני אם התובע יאמר "אני יודע שאתה חייב לי שעורים אלא שלא רציתי לתובעם עתה".

ר' שמואל – הודאת השעורים מאפשרת תפיסה וע"כ מתחייב שבועה בבי"ד.

לשיטת השטאה :

הודאת השעורים מאפשרת תפיסה, אע"פ שאינה נחשבת להודאה, ודי בכך כדי לחייב שבועה.

שטמ"ק – הפסוק מחדש פטור ממוני (ולא מסברא) ולכן לחכמים פטור משבועה. לרבן גמליאל לא חידש הפסוק דבר זה וחייב על השעורים ולכן חייב.

בדין 'מתוך'

למחלוקת רב ושמואל ורבי אבא

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הסוברים שבחשוד ובשמא טוב משלם מדאורייתא

1. ביאור המחלוקת

2. היכן חייבה התורה שבועה

3. הסבר המחלוקת בנסכא דר' אבא

4. חולקים בכוחם של המחייבים שבועה

ג. לסוברים שנחלקו כאשר טוען שמא גרוע

1. סיבת הפטור בלא הוי ליה למידע

2. חיוב שבועה חל רק כאשר ביכולתו לברר

3. צורך בכפירה

4. מתחייב משום שטענתו גרועה

ד. לסוברים שבחשוד מדאורייתא פטור

1. חיוב שבועה רק היכן שביכולתו להישבע

2. דין מתוך שייך רק בטענת שמא

3. מתחייב לשלם רק כאשר מנוע מחמת עצמו

ה. סיכום

א. הקדמה

איתא במשנה בשבועות (מד,ב) 'היו שניהן חשודין חזרה שבועה למקומה דברי ר' יוסי, רבי מאיר אומר יחלוקו', ומכריעה הגמ' (מז,א), שר' מאיר סובר חזרה שבועה למקומה ור' יוסי סובר שיחלוקו ועבד רב נחמן עובדא כמותו. שואלת הגמ' על ר' מאיר הסובר חזרה שבועה למקומה :

להיכן חזרה? א"ר אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני, רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה.

ומסיק רב פפא, שרבותינו שבבבל רב ושמואל, הסוברים שיתומים הבאים לפרוע מיתומים ומת המלוה בחיי הלוה, שכבר נתחייב מלוה שבועה לבני

לוה, אינם גובים משום שאינם יכולים להשבע את השבועה שהתחייב אביהם, 'שאינן אדם מוריש שבועה לבניו'. רבותינו שבארץ ישראל, ר' אבא הסובר במעשה ד'נסכא' שמתוך שאינו יכול להשבע משלם.

ואומר רבא, שמסתברא כר' אבא, מדתני ר' אמי: 'שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, היכי דמי? אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוא ומה לי אבוהא, אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך אמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, אי אמרת בשלמא אביו כי האי גוונא מיחייב, איצטריך קרא למיפטר גבי יורשין, אלא אי אמרת אביו כי האי גוונא נמי פטור, קרא גבי יורשין למה ליה. ושואלת הגמ' 'ורב ושמואל האי שבועת ה' מאי קא דרשי ביה?' ומתרת 'מיבעי ליה לכדתניא שמעון בן טרפון אומר שבועת ה' תהיה בין שניהם מלמד שהשבועה חלה על שניהם'.

משמע מהגמרא, שבארבעה מקרים יחלקו רב ושמואל עם ר' אבא:

1. שניהם חשודים.
2. מת מלוה בחיי לוה ובאים יתומי המלוה לגבות מיתומי הלוה.
3. מעשה דנסכא דר' אבא.
4. נ' ידענא ונ' לא ידענא.

במאמר זה ננסה להבין מה נקודת המחלוקת בין רב ושמואל לבין ר' אבא לפי דעות הראשונים השונות. ננסה לראות מתי מוכרחים להגדיר את מחלוקתם מחדש. העלנו במאמר זה ז' דרכים ובוודאי היד עוד נטויה.

ב. הסוברים שבחשוד ובשמא טוב משלם מדאורייתא.

הראשונים על הסוגיא בשבועות, בביאורם את המחלוקת כאשר שניהם חשודים, כותבים, שלמ"ד חזרה שבועה למקומה, דין התורה, שנתבע חשוד חייב לשלם ומה שכנגדו נשבע ונוטל זו תקנה לטובת החשוד. ולמ"ד חזרה שבועה למקומה, דין התורה שהחשוד פטור מכל תשלום ומה שכנגדו נשבע ונוטל זו תקנת חכמים לטובת התובע, שע"י השבועה גובה. כן מבאר תוס' על אתר, הר"ן בביאור הרי"ף, הרשב"א ועוד.

1. ביאור המחלוקת

היה ניתן להבין, שנחלקו האם כאשר חייבה התורה שבועה, טמון באותו חיוב גם חיוב ממון, אמרה תורה או שתשבע או שתשלם, או שמא הטילה

התורה חובת שבועה ללא קשר לחיוב הממוני, דהיינו שכאשר אדם מודה במקצת או שעד אחד מעיד נגד טענתו פטור מהממון כמו בכופר הכל, אלא שחייבה אותו תורה להישבע על דבריו אך ללא השלכות ממוניות (בדומה לחיוב שבועת היסת מדרבנן).

אמנם הגמ' בשבועות (מא,א) אומרת 'מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן? איכא בינייהו מיחת לנכסיה בדאורייתא נחתינן לנכסיה בדרבנן לא נחתינן לנכסיה' מבואר שכאשר מתחייב בשבועה דא' ואינו רוצה להישבע בי"ד נחתינן לנכסיה, ונראה שלזה גם רב ושמואל יודו שאם אינו רוצה להישבע בי"ד נחתינן לנכסיה לשלם וצ"ב מה הטעם בדבר אם לדעתם חיוב שבועה אינו חיוב ממון. היה ניתן לומר שכאשר אינו מוכן להישבע ריעא טענתיה משום שנראה כמשקר ולכן מתחייב ממון אך א"כ גם בשבועה דרבנן כאשר אינו מוכן להישבע יתחייב ממון.

2. היכן חייבה התורה שבועה

נראה לומר, שלדעת רב ושמואל התורה הטילה חיוב שבועה, כדי שמתוך אימת השבועה יודה באמת וכאשר אין באפשרותו להישבע אין חיוב שבועה כלל, כדברי הגמ' 'חזרה שבועה לסיני', אך כאשר חייבה אותו התורה שבועה אינו נאמן בטענתו עד שישבע, זאת אומרת שלא נחלקו רב ושמואל מה הוא חיוב שבועה אלא היכן חייבה התורה שבועה. לפי ר' אבא חידשה התורה, שעצם המציאות שהנתבע מודה במקצת או ע"א מעיד נגדו מחייבתו בשבועה ואילו לרב ושמואל רק כאשר יש יכולת לברר קיים חיוב השבועה, אך לכו"ע לאחר שנוצר חיוב אינו נאמן בטענתו אלא בשבועה.¹

3. הסבר מחלוקתם 'בנסכא דר' אבא'

עד כה הסברנו מדוע חלקו רב ושמואל על ר' אבא במצב בו הנתבע אינו יכול להשבע, שלדעתם במציאות כזו אין חיוב שבועה כלל. אך צריך להבין מדוע חולקים בדין נסכא דר' אבא, הרי במקרה זה מה שעלינו לבדוק הוא, האם נאמן בטענתו 'דידי חטפיי', ובזה אין עליו חיוב שבועה אלא שטענה זו גרועה כשלעצמה ואין בכוחה להחזיק ממון.

¹ ראה קוב"ש (בי"ב אות קט), שמסתפק בדבר זה, האם לדעת רב ושמואל לא חלה כלל חובת שבועה או שיש חיוב שבועה אלא שאינו מתחייב כאשר לא נשבע מתוך אונס.

אכן הראשונים (ב"ב לד,א) שואלים גם אליבא דר' אבא, מדוע אינו נאמן בטענת 'דידי חטפתי בשבועה במיגו שהיה טוען לא חטפתי ונאמן בשבועה. תוסי' (ד"ה 'הוי') מביא ג' תרוצים :

א. אליבא דר"ת אפשר לומר שאין זה מיגו טוב. אדם מעדיף להישבע שבועה דרבנן ולא שבועה דאורייתא, ולכן מעדיף לטעון 'דידי חטפתי ולא 'לא חטפתי' ששם מתחייב שבועת התורה.

ב. ר"י מתרץ, שאין זה מיגו טוב. אין אדם רוצה להישבע, כאשר עד מכחיש אותו ולכן יעדיף לטעון ולהישבע דידי חטפתי בלא להכחיש העד.

ג. ריב"ם מתרץ, דכיון דאיכא עד אחד המחייבו שבועה מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מיגו ליפטר. (יבואר בהמשך).

הסבר ר"י

תוסי' הקשה על תירוצו של ר"י, שלפי דבריו לא מובן מדוע יחלקו רב ושמואל על דין זה : "אבל קשה אי ליכא מיגו מאי טעמא דרב ושמואל דפליגי בפ' כל הנשבעין (שבועות מז,א) ארבי אבא ופטרי בנסכא דלית להו מתוך שאינו יכול לישבע משלם והשתא אמאי פטרי והא פשיטא דאינו נאמן לומר דידי חטפתי בלא מיגו". ומכח קושיה זו הסביר כדברי ריב"ם. התומים (כללי מיגו קיב) מבאר, שקושיה זו קשה גם על הסבר תוסי' אליבא דר"ת, שזה חסרון במיגו וא"כ מדוע שיחלקו רב ושמואל בזה, וז"ל : "וקושיא זו ביותר קשה לשיטת ר"ת דמנלן דס"ל לר' אבא משאיל"מ, רק כאן לית ליה מיגו שהיה מכחיש לעד, דאילו היה מכחיש היה מחויב שבועה דאורייתא ועכשיו דישבע שבועה דרבנן לא אמרינן".

התומים (עה ס"ק י) מיישב "הא דאין נאמן לומר דידי חטפתי רק במגו, משום שכבר כתבו המפרשים שהיא טענה גרועה למאד ואינו יכול לטעון דידי חטפתי רק במגו, אבל בעצם אינו נאמן משום דהואיל דחטפו מיד השני, חזקה כל מה שביד אדם שהוא שלו, וזהו שלקחו בחטיפה בתורת גזילה לקחו, ולכך בעינן מגו, וידוע מה שהקשו התוסי' והר"ן דלמ"ד דלא אמרי מתוך שאיל"מ, וא"כ בחמישין ידענא וחמישין לא ידענא פטור א"כ מודה במקצת היכי משכחת ליה הא אית ליה מגו על חמשין לומר לא ידענא וחמשין ידענא וג"כ מיפטר, ותירצו דאינו טוען ברצון איני יודע שהוא טענה גרועה ומחשב בעיני השומעים כשקרן. ולפי"ז בנסכא דר' אבא ודאי מיגו זו

לית ליה, להכחיש העד לא חטפתי כלל או ברצון לקחתי דצריך להישבע ולהכחיש העד בשבועה לא אמרינן, רק יש לו מיגו כך לא ידעתי אם חטפתי כלל, או אם לא נתן לי ברצון, וא"כ הא אין יכול לישבע דאמר איני יודע ומי"מ פטור, ואין לומר כתירוץ הנ"ל דהו"ל טענה גרועה, דהא אין לך טענה גרועה יותר ממה שטוען עכשיו דחטף ושלו היה, וזהו נגד חזקה כמש"כ וא"כ יש לו מיגו, אך זהו אם טוען איני יודע בדברי העד פטור דאף דאינו יכול לישבע מי"מ פטור, וא"כ שפיר יש לו מיגו".

מבואר מדברי התומים, שרב ושמואל יפטרו בנסכא מטעם מיגו דאיני יודע.

דדך א - בדעתנו היה לומר, שנחלקו רב ושמואל עם ר' אבא היכן חל החיוב שבועה האם רק כאשר יש אפשרות להישבע - לדעת רב ושמואל, או בכל מקום שיש עד או מוב"מ הטילה התורה חיוב שבועה - לדעת ר' אבא. לפי הסברו של התומים בדעת ר"י אנו נשארים בהבנה זו, ופועל יוצא מזה הוא, שנחלקו גם בדין נסכא דר' אבא, לפי רב ושמואל יש מיגו טוב שיכול לטעון 'איני יודע' ויסלק מעצמו חיוב שבועה, מה שא"כ לר' אבא שגם אם יטען 'איני יודע' ישאר מחויב שבועה ויצטרך לשלם.

4. חולקים בכוחם של המחייבים שבועה.

הסטיפלר (קה"י ב"ב כה) מיישב את דברי ר"י באופן אחר. מאחר ולדעת רב ושמואל אין דין משאיל"מ, א"כ כאשר טוען 'אין חטפי ודידי חטפי' נאמן משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ביאור דבריו, לדעת ר' אבא שיש דין מתוך שאיל"מ, כאשר העד מעיד על החטיפה כבר נודע לנו שהיתה חטיפה ומה שעלינו לברר הוא האם החפץ שלו, שבזה נאמן רק במיגו, וכאן אין לו מיגו משום שאינו רוצה להישבע נגד העד, אך לרב ושמואל שאין להם דין מתוך שאיל"מ אין ידוע לנו שהיתה חטיפה אלא על פיו, ולכן נאמן מכח הפה שאסר ואין צורך במיגו.²

אם כן, לפי הסברו של הסטיפלר מוכח, שלדעת ר' אבא לא רק שבכוח העד לחייב שבועה ולגרום שהנתבע אינו נאמן בטענתו אלא בשבועה, שהרי כאן

² ע"ש שמבאר ההבדל בין מיגו להפה שאסר, שבמיגו יש טענה שיכול לזכות כאשר יטען אותה אך אנו איננו מסתפקים באפשרות זאת, לעומת הפה שאסר שאנו מסתפקים ללא דבריו האם יש חיוב, שיש אפשרות שפטור, ורק מכח דבריו מסתלק החשש לפטור, אך משום כך עלינו להאמין לכל דבריו, ולכן לפי רב ושמואל שרק מכח דבריו נחלט לנו שהיתה חטיפה עלינו להאמין, ששלו חטף.

אין התנגשות בין הטענה לדברי העד, אלא רואים שהתורה אמרה שכאשר עד מעיד אנו מקבלים את דבריו, ונתנה תורה אפשרות לסלק דבריו ע"י שבועה.

אף מפירוש ריב"ם (המובא לעיל) מבואר, שעד אחד לא זו בלבד שמחייב שבועה אלא אנו מתייחסים לדבריו כידיעה. וביתר ביאור משמע כך מדברי הרמב"ן (ב"ב לד, א): "ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה עד אחד עד שישבע הלה להכחישו וכל זמן שלא נשבע הרי העד נאמן וכמי שחטף בפנינו דמי, לפיכך אינו נאמן לומר דידי חטפי אפילו בשבועה, וכיון שאינו יכול לישבע שלא חטף משלם".

מקשים האחרונים בדעת ריב"ם מה המשמעות, שעד אחד הרי הוא כשנים, הרי סוף סוף יש לו מיגו, ששלו הוא חטף, ולמה לא יהיה נאמן בשבועה, שאם ברצונו לשקר בשבועה יטען שלא חטף? יש מסבירים שהואיל ועד אחד הרי הוא כשנים איבד הנתבע את כח הטענה של 'לא חטפתי', שהרי לנו ידוע ביעדים שהיתה חטיפה. ובשטמ"ק (ב"ב לד, א) מבאר, שבפיקדון נאמן לומר החזרתי מיגו דנאנסו אע"פ שהתחייב שבועה על נאנסו, משום שבנאנסו מתחייב שבועה רק כאשר טוען זאת, אך אין לנו ידיעה קודמת שלא נאנסו, אע"פ שכאשר יטען לא יהיה נאמן אלא בשבועה חשיב כח טענה להיות נאמן במיגו.³

דרך ב - היוצא מהסבר הסטיפלר בדעת ר"י ומהסבר ריב"ם והרמב"ן, שישנה מחלוקת מהותית בין רב ושמואל לר' אבא. לדעת רב ושמואל כל מה שבכוחם של העד וההודאה במקצת לעשות הוא להטיל חובת בירור במקום שאפשר, לעומת ר' אבא שסובר שהתורה נתנה לנו דין בדיני 'ידיעות', שכאשר עד מעיד נגד הנתבע או אדם שמודה במקצת אנו יודעים שהאמת עם התובע

³ בהסבר ריב"ם ישנם עוד הסברים, בלבוש מרדכי (בב"ק סימן מד) מבאר שהואיל וידוע לנו שחטף, ע"א כשנים, א"כ חשיב שהנחטף מוחזק ויש לו חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו הוא, ומגו לא מועיל נגד חזקה מה שתחת ידו, מה שא"כ לדעת ר"י ששלא ידוע שנחטף. מ"מ לומדים בריב"ם, שאנו יודעים, שהיתה חטיפה. אין המקום להאריך אלא רק בנו להראות שיש כאן רובד נוסף במחלוקתם.

עד שהלה ישבע.⁴

ג. לסוברים שנחלקו כאשר טוען שמא גרוע

הגמ' בבבא קמא (מו, א) אומרת, שכאשר שור נגח פרה ונמצא עוברת בצידה ואין ידוע אם משנגחה ילדה או קודם שנגחה ילדה, אפילו ניזק טוען בברי שמחמת נגיחה ילדה, ותובע גם את נזק הולד, והמזיק משיב שאינו יודע אם משנגחה ילדה או קודם שנגחה ילדה, המוציא מחבירו עליו הראיה. ושואל תוספות (ד"ה דאפילו): "וא"ת והא מחויב שבועה ואין יכול לישבע הוא, שזה מודה במקצת בנזק הפרה ובנזק הולד אומר איני יודע ומתוך שאין יכול לישבע משלם". ובתירוץ האחרון מבאר תוס', שדין משאיל"מ כאשר אינו יודע זה רק כאשר לא הוי ליה למידע: "ועוד אומר ר"י דלא דמי כלל, דהא טעמא דמחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם מפרש בפרק כל הנשבעין (שם) משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, ומפרש התם כגון שאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דאבוה כה"ג מיחייב, ועל כרחך צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשים פטור, דבלא טעמא אין לומר, כדאמר התם אי דאמר ליה נ' אית ליה ונ' לית ליה מה לי הוא מה לי, אבוה אלא היינו טעמא דבאב חייב 'לא ידענא' דהיה לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון, ומהאי טעמא אית ליה נמי למיפטר בשעמתין שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם". וכן דעת הרא"ש בסוף פ' הכונס (טז) והראב"ד (שאלה ופיקדון ה,ו).

⁴ יש מקום להסבר נוסף בדעת ר"י: לפי דברינו, שלדעת רב ושמואל אין כח לעד כלל אלא במקום שעל פי דבריו הטילה התורה חובת בירור על הנתבע, וכל עוד אין יכולת לברר דברי הנתבע ע"י שבועה לא נתנה תורה כח לעד, א"כ כאשר מעיד העד על החטיפה אין אנו מקבלים דבריו עד שהנתבע יסתור דבריו ויתחייב בבירור של שבועה. לפי זה ניתן להבין שאע"פ שיש חסרון במיגו, שאינו רוצה לטעון שלא חטף שאז ישבע נגד העד, אך יש כאן מיגו של כח טענה שהרי עד כה אין בידיעתנו שחטף, ולפי הראשונים שמועיל מיגו דהעזה כדי לאחזוקי ממון (עי' ש"ך עה ס"ק כג) סברתם שאע"פ שאין כח נאמנות הואיל ויש טענה שביכולתו להחזיק את הממון חשיב מוחזק, ולכן גם כאן אליבא דרב ושמואל ביכולתו לטעון שלא חטף. בדומה להסברנו בריב"ם שנאמן בפיקדון בהחזרתי מיגו דנאנסו אע"פ שאם היה טוען נאנסו לא היה נאמן עד שישבע אך ב"ד מבחינתם עדיין זו טענה אפשרית.

1. סיבת הפטור בלא הוי ליה למידע

תוס' בשבועות (מו, א ד"ה כיון) ביארו, שבחשוד שאינו יכול להישבע חייב מדינא לשלם, אלא שרבנן תיקנו שכנגדו ישבע ויטול כדי שלא יפקיעו ממנו ממונו. ושואל החידושי הרי"מ (שם): "ולכאורה הא תוס' סברי דבלא הוי ליה למידע לא אמרינן מתוך, וא"כ איך כתבו בחשוד דמדינא מתוך שאינו יכול להשבע משלם, והא לא גרע מלא הוי ליה למידע דידועין אנו שאינו יכול לישבע והוא רוצה ואין מניחין אותו, והוא תמוה".

מיישב חידושי הרי"מ ב' תירוצים:

2. חיוב שבועה חל רק כאשר ביכולתו לברר

"הא דלא הוי ליה למידע פטור אין הטעם דצריך חשש רמאות דוקא, רק משום דכיון שאינו ראוי לידע אין עליו חיוב שבועה כלל וממילא לא שייך מתוך, וממילא בחשוד דידוע ויש עליו חיוב שבועה ואינו נשבע שפיר חייב לשלם מה"ת כל שאינו נשבע אף דאנוס". דהיינו שאין סברתם של תוס' שמשום שנראה כרמאי מתחייב לשלם אלא רק במקום שיש לו לידע חייבה התורה שבועה.⁵

דרך ג - לפי הסבר זה של חידושי הרי"מ, למדנו שגם ר' אבא סובר שיש פעמים שלא חל על האדם חיוב שבועה. כאשר אין האדם יכול לברר ע"י

⁵ על מנת ליישב שאלה זאת מבאר הרי"מ את חידושם של תוס'. תוס' בב"ק (הני"ל) הוכיחו מהגמ' שדוקא כאשר לא הוי ליה למידע מתחייב, שהרי הגמ' מנסה ללמוד מה ההבדל בין יורשים לאביהם, ואומרת הגמ' שאם טוענים ברי מה לי הם ומה לי אביהם, משמע שאין רצונם לומר שגזיה"כ פטרה כאשר החוב נוצר ע"י אביהם אלא יש סברא לחלק, לכן למדו תוס' שההבדל אם הוי ליה למידע. השי"ך (חוי"מ ע"ב ס"ק נא) מקשה על הסברם 'ולפעד"נ דלעולם בדידיה אין חילוק, והא דירשים פטורים היינו משום דלאו בעל דברים דידהו הוא אלא דאבוהון, ודילמא אי הוי אבוהון קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין ידענא בבירור דלית לך גבי, והוה משתבע ומיפטר ולא היה מחויב לשלם'. ומיישב הרי"מ - יש לשאול מדוע הגמ' לא קיבלה שיש גזיה"כ שירשין פטורין משבועה, ובאר שהרי מיירי בגמ' בפיקדון או גזלה (רשב"א) ואם כן אין שום משמעות לזה שהם יורשין אלא תובע אותם מחמת עצמם שממונו בידם ולא שייך מיעוט של יורשין, וגם כאשר הירושין לא יודעים לא שייך למעט אותם משבועה שהרי תובע אותם מחמת עצמם, אלא מוכח שכאשר לא הוי למידע כל אדם פטור ולכן אין לחייב את היורשין מחמת תביעת עצמם, אלא שהיה אפשר לחייבם מחמת אביהם שהוא הוי ליה למידע ועל זה חידשה תורה שאין עובר דין החיוב שבועה על היתומים. אך מ"מ למדנו שכאשר לא הוי ליה למידע אין חיוב שבועה. ולפי זה לא שמצאנו סברא לחלק בין יורש לשאר אדם אלא שמוכח שכאשר לא הוי ליה למידע כל אדם פטור והטעם שלא חייבה התורה שבועה.

השבועה, לא חלה כלל חובת שבועה. מחלוקתו עם רב ושמואל היא, שלדעתם הדבר תלוי בפועל האם ביכולתו לברר את טענתו, ואם הוא חשוד או שטען שאינו יודע ואין ביכולתו לישבע לא חלה עליו חובת שבועה, ולדעת ר' אבא הדבר תלוי בעצם התביעה האם הוא ליה למידע, ואם הוא ליה למידע מיד חלה עליו חובת הברור ואם אינו יכול לברר עליו לשלם, אך אם רק משום טענתו אינו יכול להישבע לא פקעה חובת השבועה.

בפרק הקודם ביארנו בדברי הרמב"ן, שעד אחד הרי הוא כשנים, רק כשיש ביכולת שבועה להכחישו. לפי דרכו של חידושי הרי"ם, שעד אינו מחייב שבועה היכא דלא הו"ל למידע מוכח שע"א אינו כשנים, שבכה"ג לא עשה ולא מידי. וא"כ כחו של עד זה רק לחייב שבועה.

אך בבואנו להסביר במה נחלקו בדין נסכא דר' אבא, נשאר עם הסבר ריב"ם ורמב"ן, שאע"פ שר' אבא סובר שבמקום שלא הוא ליה למידע לא חל חיוב שבועה והעד כמאן דליתא, במעשה דנסכא דר' אבא העד חשיב כשנים, שאפשר שאין כוונת ריב"ם שעד אחד נאמן כשנים ומחייב ממון אלא אם כן נשבעים נגדו, אלא כוונתו שבמקום שהתחייבת שבועה אינך נאמן, כאילו שני עדים מעידים נגדך, ואם כן כאשר ע"א מעיד שחטף נסכא, אנו מקבלים עדותו, שהרי אם יטען הנתבע נגד העד לדעת ר' אבא נעשה כשנים.⁶ אך לדעת רב ושמואל רק אם הנתבע טוען טענה שביכולתו לבררה בשבועה, חלה עליו חובת שבועה, מעתה כל עוד לא טען כנגד העד לא נתחייב שבועה ודברי העד לא התקבלו (כשנים) וממילא יש לו מיגו, ע"י לעיל.

ז"א, לר' אבא עדותו של ע"א תתקבל ויחשב כשנים, אם באפשרות עדותו לגרום לשבועה, לכן בנסכא נקבל עדותו כי ייתכן והלה יכחיש, אך לדעת רב ושמואל לא מתקבלת עדות ע"א ליחשב כשנים עד שהנתבע מכחישו ורק אז חל חיוב שבועה.

⁶ הסטיפּלר ב"מ (סימן ד) מוכיח שלא ניתן לומר שעד אחד נאמן לחיוב ממון כמו שני עדים וגז"ה ע"כ שע"י שבועה ניתן לדחותו, דהיינו שהשבועה לטובת הנתבע, שהרי השו"ע פוסק (צד, ג) שכאשר התחייב שבועה דאורייתא וגלגלו עליו עוד שבועות אינו יכול לומר הריני משלם את עיקר השבועה ולהיפטר מהגלגולים. מוכח שאין לומר שהתחייב חיוב ממון כמו ע"י עדים, שהרי אם כן כאשר רוצה לשלם לא חל חיוב שבועה כלל ואין דין הגלגול חל רק מחמת שרוצה להישבע, אלא ודאי כוונת הרמב"ן "דכל כמה דלא נשבע להכחיש את העד הרי הוא נאמן כשנים", אין נאמנות זו מחמת כח העד אלא מחמת חיוב שבועה, שכך היא גז"ה ע"כ דכל היכא דאיכא חיוב שבועה נימא שהעד או התובע נאמן כל כמה דלא נשבע כדינו ונאמנות העד או התובע מסתעף מדיני השבועה שחל על זה. מבואר שאין כוונת התורה שיש לעד אחד נאמנות כשנים אלא בכוחו לחייב שבועה.

כמו כן ניתן להסביר כפי שהסביר התומים בדברי ר"י. לדעת רב ושמואל יש מיגו, שיטען איני יודע אם חטפתי וע"י כך יפטר מהשבועה, מה שא"כ לר' אבא בכה"ג יצטרך לשלם.

3. צורך בכפירה

עד כה הסברנו את טעמים של הראשונים, הסוברים שמתחייב במתוך רק כאשר הוא ליה למידע, כי רק באופן זה חל חיוב שבועה. אמנם הראב"ד (שאלה ופקדון הו), משיג על הרמב"ם, שכאשר טוען איני יודע ולא הוא ליה למידע אינו מתחייב: "ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוא ליה למידע ואערומי הוא דמערים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת". מבואר בדברי הראב"ד, שהטעם שחייב כאשר טוען איני יודע לדעת ר' אבא משום דנראה כמערים.

הרי"מ בחידושו רוצה לומר, שגם אם נאמר שזו סברתו של תוס' שכאשר הוא ליה למידע וטוען איני יודע חשיב כמערים, עדין ניתן להבין שבחשוד שאינו יכול להישבע מתחייב לשלם אע"פ שודאי אינו מערים בטענתו, והטעם, שכאשר אדם טוען 'איני יודע' אע"פ שאינו כופר בטענת התובע חשיב כפירה, משום שבטענה זו נפטר מהממון, וכלשונו, "כיון שבאמת אומר איני יודע ואינו כופר, רק שיהיה כפירה מצד הדין דפטור", אך אם נחייבו מדין 'מתוך' שוב לא חשיב כפירה, שהרי מתחייב על טענה זו, ואין עליו חיוב שבועה כלל, ורק כאשר הוא ליה למידע נחשב ככופר כי אינו נאמן שאינו יודע וממילא מתוך שאינו יכול להישבע מתחייב, וכן חשוד שכופר בברי במקצת אפילו אם מתחייב חשיב כפירה וחייב שבועה ומתוך שלא יכול להישבע משלם.

לפי הסבר זה של חדושי הרי"מ מחלוקת רב ושמואל עם ר' אבא תתפרש כך: לדעת ר' אבא כאשר הוא ליה למידע חשיב כפירה ומתחייב שבועה ואם לא נשבע משלם,⁷ ולדעת רב ושמואל כאשר אינו יכול להישבע לא חלה חובת שבועה, אפילו אם יש כפירה.

⁷ יש להסתפק לפי הסבר זה האם גם בע"א וטוען 'איני יודע' מתחייב לשלם רק כאשר הוא ליה למידע או שנאמר בע"א אין צריך שיהיה כפירה כדי להתחייב בשבועה. משמע מלשון חידושי הרי"מ, שהצורך בכפירה הוא רק במודה במקצת 'די"ל דהטעם דלדין חשיב כפירה באיני יודע דכיון דאיני יודע אם הליתני פטור הוא זה כפירה מה שאומר איני יודע וכמו שכתב הש"ך (סימן עב) פי' דברי הרמב"ן באיני יודע כמה שוה דחשיב דבר שבמדה ובמשקל וכו' כיון דפטור. אך אפשר, שגם בע"א מתחייב רק כאשר כופר וכלשון הגמ' בב"מ (ד, א) 'הצד השוה שבהן שעל ידי טענה וכפירה הן באין ונשבע', אך להלכה

4. מתחייב משום שטענתו גרועה

קצוה"ח (סט ס"ק ז) מביא את דברי בעה"מ (ב"ב לו, ב ברי"ף) בשם הר"ר אברהם:

לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא בענין היו שניהם חשודין (שבועות שם) דאיכא גבי לוח ריעותא דחשדא, אי נמי גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דריע נמי טענתיה מאי שנא דידע בהני ובהני לא ידע.

על דבריו כתב קצוה"ח: "והנה מדברי הר"ר אברהם למדנו בטעמא דפוסקים דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם והוא משום דלא אמרינן מתוך אלא היכא דריע טענתיה או משום חשדא או משום דלא ידע במקום דהו"ל למידע, והיינו נמי טעמא דדורשין פטירי משום דלא הו"ל למידע וכמ"ש הרא"ש פרק הכונס (ב"ק פ"ו ס"י טז) ולא ריע טענתייהו, וא"כ לפ"ז נראה דהוא הדין אם נתחייב אביהם שבועת התורה ומת לא אמרינן לשלם כיון דלא ריע טענתייהו, והוא הדין אם נתחייב שבועת התורה ואח"כ נעשה חשוד כיון דבשעת טענה לא ריע לא אמרינן מתוך".

מבואר מדברי קצוה"ח, שהטעם של הסוברים דהיכא דלא הוי ליה למידע אינו חייב לשלם שכל סיבת החיוב בדין 'מתוך' הוא מפני שטענתו גרועה. נראה לי שלמדו שכאשר אפשר לברר חייבה התורה שבועה אך כאשר לא ניתן לברר חידשה תורה שאם הגורם לזה זה הנתבע יש לו דין תשלומים.

דרך ד - לפי זה מודה ר' אבא, שכאשר אין אפשרות להישבע לא חייבה התורה שבועה, אך יש דין חיצוני שכאשר מחמתו בוטל החיוב יש לו דין תשלומין ועל הדין הנוסף נחלקו רב ושמואל.

ד. לסוברים שבחשוד מדאורייתא פטור

תוספות בבא מציעא (ה,א) שואלים מדוע בחשוד שכנגדו נשבע ואין דינו ככל 'מתוך' שנוטל בלא שבועה: "וא"ת מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שא"י לישבע משלם כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (לקמן צח,א) ובנסכא דר' אבא (שבועות מז)".

ק"ל שבע"א אין צורך בכפירת שתי כסף ומשמע מזה שאין צורך בכפירה אלא בכח העד לחייב שבועה, אמנם מתוס' בשבועות (מ,א ד"ה אבל) משמע, שלרב אף בהעדאת ע"א צריך טענת שתי כסף.

ומתוך תוס' ב' תירוצים :

א. וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו.

ב. ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם.

למדו האחרונים (ב"ח, קצות עה ס"ק יא, גרנ"ט קמב) שנחלקו שני תרוצי תוס' האם תשלומין בחשוד שאינו נשבע הם מדאורייתא או רק מכח תקנת חכמים, שע"י שבועה יטול שכנגדו. לפי התירוץ הראשון - 'לא שבקת חיי מבואר שהשבועה (שכנגדו) ניתקנה לטובת החשוד, מן הדין היה ליטול בלא שבועה ותיקנו לטובתו שבועה. ולפי התירוץ השני מבואר, שאין טעם שישלם שהרי הוא רוצה להישבע, אלא שתיקנו שכנגדו ישבע ויטול מדרבנן.

בתירוץ הראשון סובר תוס', שהסברא של דין 'מתוך', שכאשר עד מעיד נגדו או שהודה במקצת, כל עוד אינו נשבע אינו נאמן בטענתו, ולכן לא משנה מדוע אינו נשבע חייב לשלם. אך לתירוץ השני בתוס' צריך ביאור מה הסברא הרי הוא מחויב שבועה ומאי שנא מאומר 'איני יודע' שחייב לשלם לר' אבא.

סברת תוס' שאין מתוך בחשוד

1. חייב שבועה רק היכן שביכולתו להישבע

על פניו נראה, שתירוצו השני של תוס' מתאים לדעת תוס' בב"ק (מו, א) שבטוען 'איני יודע' היכא דלא הוי ליה למידע, פטור. וטעם הדבר, שגם לפי ר' אבא אינו מחויב שבועה במקום שאין ביכולתו להישבע בפועל, כי כל מהות השבועה כדי שיודה, אך כאשר טוען 'איני יודע' היכא דהוי ליה למידע, אינו נאמן בדבריו ותולים שהוא מערים, ונחשב כמסרב להישבע, ומשלם, ודעת רב ושמאל הואיל ואפשר שדובר אמת ואכן אינו יודע, אין בכה"ג חיוב שבועה כלל ופטור.⁸

דרך ה - לפי הסבר זה כל מחלוקתם האם נאמן (או ספק נאמן) בטענת 'איני ידע' היכא דהוי ליה למידע.

⁸ ר' משה מרדכי אפשטיין (לבוש מרדכי בב"ק סימן מד) גם כן תולה שתירוצו השני של תוס', בד"ה 'חשוד', זה לפי הסוברים שפטור היכא דלא הוי ליה למידע, וכותב שסברתם 'דעיקר החיוב הוא שבועה ולא ממון, רק שאמרה תורה שאם אינו נשבע ישלם בעד השבועה א"כ היינו דוקא היכא שיש עליו חיוב על שאינו נשבע לא היכא שאין עליו חיוב'.

2. דין מתוך שייך רק בטענת שמא

עוד ניתן לומר, שאף שבחשוד אין דין מתוך מהתורה, בטוען 'איני יודע', אפילו היכא דלא הוי ליה למידע חייב לשלם. ר' אבא מחייב כאשר טוען איני יודע כי בכה"ג ברי ושמא ברי עדיף. דהיינו, שאע"פ שקי"ל שהטוען איני יודע אם נתחייבתי פטור מלשלם בדיני אדם, חידשה תורה, שכאשר יש עסק שבועה ביניהם חייב. אם כאשר טוען ברי אינו נאמן אלא בשבועה משום שנגרעה טענתו, ק"ו כאשר טוען איני יודע שאינו נאמן וחייב לשלם. אך בחשוד, שצועק בברי שאינו חייב אין דין שישלם, ואע"פ שאינו נשבע זה משום שאנו לא נותנים לו. עקרון זה מבואר בתומים (עב ס"ק כה).⁹

דרך ו - לפי הסבר זה אפשר שחלקו רב ושמואל עם ר' אבא בעצם החידוש, האם בטענת שמא כשיש עסק שבועה ברי ושמא ברי עדיף.

3. מתחייב לשלם רק כאשר מנוע מחמת עצמו

על דרך זו בהבנת דברי תוס' מקשים האחרונים, איך ניתן להבין שבחשוד אין דין 'מתוך' מדינא, אלא רק מכח שבועת הנוטל, הרי הגמ' אומרת בפירוש בדעת ר' אבא, שהיכא ששניהם חשודים 'חזרה שבועה למחויב לה' וצריך הנתבע לשלם אע"פ שאין שכנגדו נשבע.

מכח קושיה זו דחה החזו"א (חו"מ ט סק"ג) את דברי האחרונים ובאר שלשני תירוצי תוס' חשוד חייב לשלם מדינא. כל כוונת תוס' לתת שני טעמים מדוע רבנן תיקנו שבועה על שכנגדו: או מחשש שכל אחד יחייבו שבועה ויטול ממונו, או משום שברצונו להישבע ואיננו יכול ולכן הקילו עליו.

בשיעורי ר' שמואל (ב"מ ה) מבאר שאלה זו ע"פ דברי הגרנ"ט (ב"מ סימן קמב) בדין מתוך, ומהבנת דברי הגרנ"ט נלמד דרך חדשה.

⁹ עקרון זה נראה בתומים (עב ס"ק כה), שמסביר מדוע כאשר המלוה שאיבד את משכונו של הלוה וטוען שיודע שהיה שווה יותר ממה שהלוה אך אינו יודע כמה, משלם כמה שטוען הלוה למרות שיש כאן חסרון שאינו מודה בדבר שבמנין ובמשקל, ומבאר שהטעם שאע"פ דקי"ל שכאשר טוען איני יודע אם נתחייבתי פטור, כאשר יש עסק שבועה שהתורה חששה לטענת התובע והטילה שבועה על הנתבע, א"כ אם לא נשבע חייב לשלם ולכן במשכון, שהלוה טוען: אתה חייב לי בבירור והמלוה אינו יודע, בזה לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף כיון דאפילו היה טוען בבירור ולא היה אומר א"י כלל לא היה מהימן רק בשבועה א"כ עכשיו שטוען א"י והתובע ברי בזה לכו"ע ברי עדיף ולכן חייב לשלם. לעומת 'מה שהנחת אתה נוטל' שהנתבע טוען בברי שאינו חייב לו 'ואיך שייך משיל"מ שהוא צועק ככרוכיא איני חייב לך כלום'. משמע מהתומים שרק כאשר טוען שמא יש מתוך.

אומר הגרנ"ט :

הנה יש לחקור בגדר שבועה, אי מהותה בירור, כלומר דע"י השבועה הוא מברר המעשה, והיכא דאינו יכול לברר ע"י השבועה צריך לשלם, או דאין מהות השבועה ענין בירור, אלא חיובא הוא דרמיא תורה לישבע ואם אינו רוצה להישבע צריך לשלם.

ונפק"מ בחשוד. אם מהות השבועה בירור, דע"י שבועתו מתברר האמת, א"כ בחשוד שבשבועתו לא תתברר המציאות צריך לשלם, אך אם חיוב שבועה הוא חיובא דרמיא תורה לישבע גם בחשוד שנשבע אף שהוא חשוד מ"מ שבועה יש כאן ופטור מלשלם. ומבאר שבזה נחלקו שני תרוצי תוס' שלתירוץ השני אנו אין מניחים לו להישבע, משמע שיש ביכולתו להישבע וליפטר והטעם משום שמהות השבועה אינה לברר אלא חיוב שבועה, וא"כ המניעה היא מצדינו ולא מצידו. ונמצא לפי תירוץ זה, שמעיקר הדין אין שכנגדו נוטל כלל, שלא שייך לומר בזה מתוך שאינו יכול להישבע משלם ורק תקנה דרבנן היא שיכול ליטול בשבועה.

ומבאר ר' שמואל, שכל זה מדין תורה שחשוד אינו פסול לשבועה אלא שאנו לא נותנים לו להישבע משום חשש חילול ה' וכד', כדאיתא בתוס' בב"ק (קח, א ד"ה תרי) ששבועת חשוד שבועה היא. אמנם רבנן באו ופסלו שבועתו ואמרו שאינה שבועה לכן כאשר שניהם חשודים מתחייב לשלם שא"א לומר שאינו נשבע משום שבי"ד אינם נותנים לו שהרי המניעה עכשיו היא מצידו שפסלוהו מדרבנן.

מבואר מדברי הגרנ"ט ור' שמואל, שכאשר אינו יכול להישבע מצד עצמו חייב לשלם ורק כאשר המניעה מצידו יהיה פטור. ונראה שלמדו שכאשר הטילה התורה שבועה ענינה 'כי היכי דלודי' ומתחייב האדם או להישבע או לשלם ואם אין ביכולתו להישבע חייב לשלם, לכן חשוד שפסול מחמת עצמו ואינו מצליח 'לשלם' לנו שבועה, מתחייב לשלם (ממון), מה שא"כ כשאנו מונעים ממנו הרי ברצונו להישבע ואיך יתחייב לשלם.¹⁰ לפי הסבר זה לא תליא תרוצו השני של תוס' בשיטת הסוברים שפטור היכא דלא הוי ליה למידע, שתמיד חיוב שבועה זה או להישבע או לשלם אך עדין יש לבדוק היכן חלה חובת השבועה, אפשר שכאשר לא הוי ליה למידע אין חיוב שבועה כלל, ורב ושמואל יסברו שרק אם באפשרותו להישבע מתחייב בשבועה או לשלם.

¹⁰ שמעתי מהרב מאיר ברקוביץ שליט"א.

דרך ז - עד כה הסברנו, שחויב הממון נובע מכך שאינו נאמן בטענתו, בין לרב ושמואל כאשר אינו רוצה להישבע שחייב לשלם ובין לר' אבא גם כאשר אינו יכול להישבע אינו נאמן בטענתו.¹¹ לפי העקרון של הגרנ"ט למדנו, שלעולם איננו עוסקים בנאמנות, אלא יש כאן דין שבועה שהטילה התורה, ונחלקו רב ושמואל שדין זה חודש רק אם יכול לישבע בפועל.

ה. סיכום

ננסה לדרג את האפשרויות שהבאנו, עד כמה מחלוקת רב ושמואל עם ר' אבא מרחיקת לכת או שמא מדובר במחלוקת מקומית בלבד:

א. בדרך ב' שהבאנו מבואר, שלדעת ר' אבא עד אחד הוא לגמרי כשני עדים רק שניתן לדחותו בשבועה ולפי רב ושמואל אינו נאמן כלל רק שגורם חיוב שבועה.¹² לפי דרך ד' ע"פ הקצות, נחלקו בחידוש חיצוני, דהיינו כאשר אין ביכולתו להישבע אין חיוב שבועה, ונחלקו כאשר נגרם מחמתו שלא נשבע האם נתחדש דין תשלומים. (לפי דרך ו' נחלקו האם נתחדש שבטענת שמא בכה"ג מתחייב תשלום).

ב. בדרך א' כולם מודים שבחיוב שבועה אינו נאמן בטענתו, לדעת ר' אבא כל מודה במקצת או שעד אחד מעיד נגדו חל חיוב שבועה ואינו נאמן כלל בטענתו, לפי רב ושמואל יחול חיוב שבועה רק כאשר יכול להישבע על טענתו.

ג. בדרך ז' ע"פ הגרנ"ט מבואר שכולם מודים שחיוב שבועה אינו לברר טענתו אלא הטלת דין, ונחלקו גם כאן היכן הטילה תורה חיוב זה, האם בכל מקום שיש ע"א נגדו או מבי"מ או דוקא כאשר ביכולתו להישבע. (ובחשוד גם לר' אבא פטור שהיה רוצה להישבע).

ד. בדרך ג' ע"פ חידושי הרי"מ, משמע שר' אבא מודה שכאשר אין יכול לברר לא חל חיוב שבועה, אלא שנחלקו האם תלוי בעצם התביעה האם יש ביכולתו לברר או לפי רב ושמואל תלוי האם בפועל יכול להישבע על טענתו.

ה. לפי דרך ה' לכוי"ע היכא שאין יכול להישבע לא חל חיוב שבועה כלל, אלא שנחלקו כאשר טוען 'איני יודע' היכא דהוי ליה למידע האם נאמן,

¹¹ פרט לדרך ד ע"פ הקצות.

¹² צריך בירור עם דרך זו עומדת, עיי' הערה 5.

בדין 'מתוך'

שלדעת ר' אבא אינו נאמן וחשיב שאינו רוצה להישבע וחייב ולדעת רב
ושמואל אינו נאמן.¹³

¹³ הקצות שהבאנו (סט,ז), דן בשאלה האם יורשים חייבים לשלם לאחר שמורקישם נתחייב שבועה ומת, ותלה דין זה במחלוקת הראשונים, האם כאשר לא הוי ליה למידע חייב. לדעת הרמב"ם שחייב בלא הו"ל למידע משמע שיש חיוב ממון אך לדעת הראב"ד (לפי הסבר הר"ר אברהם שבעה"מ לעיל דרך ד') אין חיוב ממון כלל, שאין טענתו גרועה שהרי מת. אמנם לפי הדרכים שאמרנו, שחולקים רב ושמואל היכן חלה חובת שבועה אפשר לאחר שחלה עליו חובת שבועה גם הם יודו שצריך לשלם ששוב אינו נאמן בטענתו.

הרב אלחנן שלום אלגרוד

"אישתבע לי דלא פרעתין"

תקנת רב פפא

א. איתא בגמ' (שבועות מא,א) :

אמר רב פפא : האי מאן דאפיק שטרא על חבריה, ואמר ליה שטרא פרוע הוא, אמרינן ליה : לאו כל כמינדך, זיל שלים ; ואם אמר לשתבע לי, אמרינן ליה : אשתבע ליה. א"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי : ומה בין זה לפוגם את שטרו? א"ל : התם אע"ג דלא טעין איהו - טענינן ליה אנן, הכא אמרינן ליה : זיל שלים ליה, ואי טעין ואמר אשתבע לי, אמרינן ליה : זיל אשתבע ליה...

מבואר, שכאשר בא מלוה לתבוע את חובו מהלוה, אע"ג שיש לו שטר ולכן מדינא דאורייתא יכול לגבות חובו מיד, מ"מ תיקן ר"פ שיכול הלוה לומר למלוה "אשתבע לי דלא פרעתין" ואם לא ישבע המלוה, אזי לא יוכל לגבות חובו.

ב. והנה, עצם דין זה של ר"פ טעון בירור, שהלא כאשר יש למלוה שטר על החוב, ממילא יש לו הוכחה/ראיה של "שטרך בידי מאי בעי" (ב"ב ע,א), וא"כ מדוע תיקן ר"פ שכדי לגבות החוב צריך להישבע שאכן החוב אינו פרוע ואם לא נשבע לא נוטל?

מבאר ההגה"מ (מלוה יד, אות ה) ש"שטרך בידי מאי בעי" אינה הוכחה/ראיה טובה כ"כ משום שישנן מציאויות, שבהן הלוה אכן פרע החוב ואעפ"כ נשאר השטר בידי המלוה, וז"ל : "ואע"ג דגבי מפקיד אצל חבירו בשטר שייך למימר שטרך בידי מאי בעי כדאמר פרק המוכר את הבית, היינו דוקא גבי פקדון, אבל גבי מלוה איכא למימר (1) דילמא אפשיטא דספרא זייר ליה דעל הלוה ליתן שכר השטר, (2) ועוד איכא למימר שהאמינו הלוה משטרו דמקיים ביה תומת ישרים תנחם, (3) ועוד שהלוה אינו מדקדק הרבה עם המלוה לפי שעשה לו טובה ר"י ע"כ". מאחר וחזקת שטרך בידי מאי בעי אינה הוכחה/ראיה כ"כ חזקה, יכול היה ר"פ לתקן שיש כוח ביד הלוה לדרוש מהמלוה להישבע לו שהחוב לא נפרע וללא שבועה זו, לא יוכל המלוה לגבות את חובו.

סמ"ע – להפיס דעת המלוה

והנה, יש לברר מהו הטעם שתיקן ר"פ את שבועתו. אומר הסמ"ע (חו"מ קח,ג, סקט"ז) וז"ל:

אבל התובע לחבירו בשטר שבידו והנתבע טוען הישבע לי שלא פרעתיך, בזה נתבאר בסי' פ"ב ס"ב דנתחייב שבועה ליטול בשטרו, ואי תפס לא מפקינן מיניה. ובפרישה שם הוכחתי, דהרא"ש והטור ס"ל דאין מנדין ליה כשתפס, כיון דמן הדין גובה בלא שבועה בשטר חוב שבידו ואע"ג דאין בו נאמנות, מכוח החזקה דאי פרע שטר חוב ביד המלוה מאי בעי, אלא שחז"ל הצריכו שבועה כשטוען לישתבע לי כדי לפייס דעתו דהלוה...

מבואר בסמ"ע שאכן מעיקר הדין אין כאן חיוב שבועה כלל וכל הטעם שתיקן ר"פ שהמלוה ישבע הוא כדי להפיס דעתו של הלוה.¹ יסוד זה שחכמים תיקנו שבועה רק כדי להפיס דעתו של אחד מן הצדדים, מצינו כבר בכתובות (פז,ב) וז"ל הגמ': "עד אחד מעידה שהיא פרועה. סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא, דכתיב: לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה, ואמר מר: כל מקום שהשנים מחייבין אותו ממון, אחד מחייבו שבועה; אמר רבא, שתי תשובות בדבר: חדא, דכל הנשבעין שבתורה - נשבעין ולא משלמין, והיא נשבעת ונטולת; ועוד, אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות! אלא אמר רבא: מדרבנן, כדי להפיס דעתו של בעל".

ג. שאלה נוספת ששואלת הגמ' על ר"פ היא "אי"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ומה בין זה לפוגם את שטרו?". דהיינו, אומרת המשנה בכתובות (פז,א) שאשה שפוגמת כתובתה, (וה"ה לבעל חוב שפוגם שטרו), צריכה להישבע קודם שגובה את כתובתה. לדעת רש"י (שם ד"ה וכי מה בין זה) טעם הדבר הוא שכאשר אדם פוגם שטרו, הרי שהוא יוצר ריעותא בשטר, וז"ל: "הואיל ומודית במנה פוגמת את שטר כתובתה ולא תפרע השאר אלא בשבועה – דליכא למיסמיך תו אשטרא דאיכא למימר טפי קיבלה...". א"כ שואלת הגמ' על ר"פ, כיצד הוא יכול לתקן חיוב שבועה כאשר המלוה לא פגם שטרו, כאשר ראינו במשנה הנ"ל בכתובות שחיוב שבועה על המלוה שייך רק היכן שפגם שטרו?

¹ ועיין לקמן באות ט, שדעת ה'פרי משה' היא שהרמב"ם חולק על טעם זה, עיי"ש.

מתרצת הגמ' ששבועת ר"פ הינה במדרגה פחותה יותר מאשר שבועת המשנה של הפוגם שטרו, דגבי פוגם שטרו איכא חיוב שבועה על המלוה אפילו כאשר הלוה לא מבקש ממנו להישבע – דשבועה זו הינה "טענינן" מצד הבי"ד; ואילו שבועת ר"פ שייכת רק כאשר הלוה מבקש בבירור מהמלוה להישבע, אולם אם לא יבקש – אזי לא יהא שום חיוב שבועה משום ששבועה זו אינה טענינן.

כשבועת המשנה או כשבועת היסת

ד. יש לברר מהו התוקף של שבועת ר"פ. הרי"ף כתב, (כ,ב מדפי הרי"ף) וז"ל: איכא מ"ד דהאי שבועה שבועת היסת היא, ואיכא מ"ד כעין שבועת התורה היא, ואנן סבירא לן כמ"ד כעין שבועת התורה דומיא דפוגם שטרו".

הרי"ף מוכיח את דבריו ששבועת ר"פ תוקפה כשאר שבועות המשנה ולא כשבועת היסת גרידא מכך שהגמ' הקשתה "ומה בין זה לפוגם שטרו?". אם נאמר שאכן תוקף השבועות שווה, מובנת שאלת הגמ' ומוכן גם התירוץ שההבדל ביניהם הוא בדין "טענינן". אולם אם נאמר שתוקף השבועות אינו שווה – ששבועת ר"פ הינה שבועת היסת בשונה מהפוגם שטרו, שאלת הגמ' אינה מובנת, שהרי יש ביניהם כמה וכמה הבדלים [כמו שיתבאר לקמן]? כדברי הרי"ף סוברים גם הרא"ש (שבועות פ"ו, סי' י), הרמב"ם (מלוה יד, ב), הרשב"א בתשובה (ה,רעד), הרי"ן על דברי הרי"ף הנ"ל, בעל התרומות (שער כא,ח"א,ו), הטור (חוי"מ פב,ב) והשו"ע (שם).

את שיטת החולקים, שסוברים ששבועת ר"פ הינה שבועת היסת, ניתן להסביר שסברו כך כיון שר"פ הינו אמורא ושבועות האמוראים כגון שבועת רב נחמן בכופר הכל (שבועות מ,ב) מוגדרות כשבועות היסת ולא כשבועות המשנה שתוקנו ע"י התנאים. כמו-כן לגבי עצם השאלה בגמ' "מה בין זה לפוגם שטרו", י"ל שכוונת הגמ' אינה שאין הבדלים בין שתי השבועות – דודאי יש הבדלים רבים,² אלא שכוונת הגמ' היא לשאול כיצד יכול ר"פ לתקן שבועה שנוגדת את דין המשנה? הרי מדין המשנה שייך חיוב שבועה במקרה שלמלוה יש שטר רק כאשר הוא פוגם את שטרו, וא"כ כיצד יכול ר"פ לומר שבמקרה שיש למלוה שטר שייך חיוב שבועה גם כאשר הוא אינו פוגם את

² וכך אכן כותב הריטב"א בחידושו על הסוגיא וז"ל: "ואין זו ראייה גמורה [מה שהביא הרי"ף], דדיקמא הכא לא פרכינן מידי אטכסיס שבועה"?

שטרו? לכן כוונת שאילת הגמ' ”מה בין זה” היא, אילו הבדלים קיימים בין תקנת ר”פ לבין שבועת המשנה, שבגין הבדלים אלו ניתן לומר שר”פ תיקן תקנה שאינה מפקיעה ומבטלת את דין המשנה. על כך מתרצת הגמ' שאין להקשות על ר”פ משום שעסקינן בשתי שבועות מדרגה שונה לגמרי, וההוכחה לכך היא שאפילו ללא ההבדלים הבולטים בין שבועת היסת לבין שבועת המשנה [כמו שיתבאר לקמן], ישנו הבדל בולט בעצם השבועה – שגבי שבועת המשנה ישנו דין ”טענינן” מה שא”כ בשבועת ר”פ.

הבדלים בין שבועת היסת לבין שבועת המשנה

ה.1. הבי” (ח”מ פז, יג) מביא את שיטות הראשונים לגבי ההבדלים בין שבועת היסת לשבועת המשנה ויוצא מדבריו ששיטת רש”י בגיטין, הרמב”ם, הרשב”א, הרא”ש, הטור והר”ן היא שאחד מן ההבדלים בין שבועת היסת לבין שבועות המשנה היא שבשבועת היסת ליכא נקיטת חפץ ואילו בשבועות המשנה איכא נקיטת חפץ. זוהי נ”מ אחת בין הגדרת שבועת ר”פ כשבועת היסת לבין הגדרתה כשבועת המשנה – האם בעי בשבועת ר”פ נקיטת חפץ או לאו.

ה.2. הבי” שם (יאא) מביא הבדל נוסף בין שבועת היסת לשבועת המשנה ויוצא מדבריו שלכל הראשונים יש דין מיפך גמור בשבועת היסת מה שא”כ בשבועת המשנה: לרש”י לפי הר”ן – בנשבעין ונוטלין דלא מדין דאורייתא ל”ש דין מיפך; ולר”ף, לרמב”ם, לר”ן, לטור ולבי” – בכל שבועות המשנה דנשבעין ונוטלין ל”ש דין מיפך. זוהי נ”מ נוספת בין הגדרת שבועת ר”פ כשבועת היסת לבין הגדרתה כשבועת המשנה – האם איכא בשבועת ר”פ דין מיפך או לאו.

שבועת ר”פ בטענה שמכחישה את השטר

ו. איתא בר”י מיגאש בחידושו על הסוגיא בשבועות וז”ל: ”איכא מאן דפשיט מהא דרב פפא, דהיכא דמפיק אינש שטרא אחבריה ואמר ליה האיך [הלוה] יהאי שטרא בעיקר ממוניה הוה ביה צד רבית אי נמי אמר ליה שטר אמנה, דמיחייב ליה לבעל השטר דמשתבע ושקיל כי היכי דחייב רב פפא שבועה על טענת פירעון. ואנן לא חזינן להאי סברא, דעד כאן לא חייב רב פפא שבועה אלא על טענת פירעון – משום דהאי שטרא לפירעון קאי, הילכך כי קאי טעין, במידי דעביד למיהוי בההוא שטרא הוא דקא טעין ולא קא מכחיש ליה לשטרא בההוא טענתא דיליה – דהא שטרא לפורענא קאי

כדאמרין ; אבל בטוען 'צד רבית בשטר' אי נמי 'לא נטלתי סך זה כולו' אי נמי 'שטר אמנה הוא', לא משגחין בטענתיה ומחייבין להאי שבועה עליה, והא מיגו טענתיה קא מכחיש ליה לשטרא ולמעקריה למאי דאיכא בשטרא הוא דקא אתי, וכיון שכן לאו כל כמיניה דקא טעין טענה דמכחשא ליה לשטרא. הילכך לית לן ראייה [מהסוגיא] דמשגחין על כי האי טענתא ומחייבין בעל השטר שבועה עלה, ומאן דמורי דמשגחין עלה ומחייבין בעל השטר עלה שבועה צריך הוא להביא ראייה על כך". רואים א"כ שתי דעות בר"י מיגאש: דעת הר"י מיגאש עצמו היא שתקנת ר"פ שיכול הלוח לחייב את המלוה בשבועה וללא שישבע לא יוכל לגבות חובו, היא רק בטענה שאינה מכחישה את השטר עצמו, אולם בטענה שכן מכחישה את השטר – בזה לא תיקן ר"פ את חיוב השבועה; ואילו הדעה החולקת עליו סוברת שר"פ תיקן את שבועתו בכל מקום שבו רוצה המלוה לגבות את שטרו וללוח ישנה טענה שבגינה הוא פטור מתשלום החוב, ואין זה משנה מהי טענתו של הלוח.

כדעת הר"י מיגאש סוברים הרשב"א, הריטב"א, המאירי והר"ן בחידושיהם על הסוגיא, וכן בעל התרומות (שער כא, ח"ב, א).

הרמב"ם (מלוה יד, ג) מביא את שתי השיטות ומכריע כדעת רבו הר"י מיגאש, וז"ל הרמב"ם: "הוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען ואומר שטר מזויף הוא ומעולם לא כתבתי שטר זה, או שטען שחוב זה רבית הוא או אבק רבית, או שטען שהוא שטר אמנה או שאמר כתבתי ללוות ולא לויתי, כללו של דבר טוען טענה שאם הודה בעל השטר היה השטר בטל, והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה שקר טוען ואמר הלוח ישבע לי ויטול, ה"ז מחלוקת בין הגאונים: יש מי שהורה שחייב בעל השטר להשביע כעין של תורה כמי שטען עליו שפרעו; ורבתי הורו שלא ישבע המלוה אלא אם טען עליו הלוח שפרעו בלבד, שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד, אבל כל אלו הטענות לא כל הימנו לבטל שטר מקויים אלא ישלם ואחר כך יטעון על המלוה במה שירצה שאם יודה יחזיר לו ואם כפר ישבע היסת ולזה דעתי נוטה". הרמב"ם הוסיף על דברי הר"י מיגאש שלאחר שהלוח ישלם למלוה במקום שבו טוען טענה שמבטלת השטר, יוכל הלוח לתבוע את המלוה שיחזיר לו את הכסף ואם לא ירצה המלוה לעשות זאת, יוכל הלוח להטיל עליו שבועת היסת כדין כופר בכל (והסיבה שיכול לעשות זאת היא שיש מקום להאמין לדברי הלוח וצריך לברר את טענתו האם היא נכונה או לא, אלא שאת שבועת ר"פ אין להטיל על המלוה במקרה כזה משום שאין מקרים אלו נכללים בכלל התקנה של ר"פ).

הראב"ד שם משיג על הרמב"ם, וז"ל: "א"א, הרב ז"ל כתב זה בתשובה (שו"ת הרי"ף קלו) והיתה השאלה שטען הלוח העלאה לזמן, ואפשר שלא אמר הרב ז"ל אלא על אותה הטענה בלבד וכי אבל על שאר הטענות לא אמר הרב, ויש דמות ראייה לזה כי הפוגמת כתובתה נשבעת והפוחתת נוטלת בלא שבועה לפי שהשטר מצוי יותר בפרעון". מסביר שם המל"מ שכוונת הראב"ד היא, שהרי"ף בתשובה הנ"ל סובר שעל טענת העלאה בזמן, יכול הלוח להשביע את המלוה שבועת ר"פ, והראב"ד סובר שאין זה מוכיח מכאן שהרי"ף חולק על הר"י מיגאש וסובר שעל כל טענה שהלוח טוען שבגינה פטור מהחוב יכול להשביע את המלוה שבועת ר"פ, אלא י"ל שהרי"ף חייב שבועת ר"פ רק על מקרה ייחודי זה, אולם בשאר טענות מודה הרי"ף לר"י מיגאש ולרמב"ם שלא יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ.

יוצא א"כ שישנן שלוש שיטות גבי הטענות שבהן יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ:

1. דעת החולקים על הר"י מיגאש היא, שבכל טענה שהלוח טוען שבגינה פטור מהחוב, יכול לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ.

2. דעת הר"י מיגאש והרמב"ם היא שרק בטענה שאינה מבטלת את השטר [כגון 'פרעתי'] יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ.

3. דעת הרי"ף בתשובות והראב"ד היא שהן בטענה שאינה מבטלת את השטר והן בטענה שמבטלת את השטר והיא טענה מצויה משום שאנשים מקילים ומתירים בזה, יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ. אבל בטענות שמבטלות את השטר שאינן מצויות משום שאנשים יודעים שאסור לעשות שטר בצורה כזו (כגון ריבית בדרך מפורסמת, שטר מזויף וכד'), לא יכול הלוח לחייב את המלוה.³

השו"ע (ח"מ פב, י) פוסק בזה כדעת הרמב"ם.

טענת מחלת לי

ז. לדעות החולקות על הר"י מיגאש והרמב"ם (הובאו לעיל אות ו), ודאי שגם בטענת "מחלת לי" יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ. הדיון הוא לדעת הר"י מיגאש והרמב"ם, והשאלה היא, האם טענת מחילה הינה

³ ועיין באבן האזל על הרמב"ם הנ"ל, שהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"ף, שכן בתשובות הרי"ף החדשות סי' ק"ל מבואר ששבועת ר"פ שייכא רק בטענה שאינה מבטלת את השטר.

כעקירת השטר ולכן לא ניתן לחייב בטענה זו שבועת ר"פ, א"נ שאינה כעקירת השטר אלא כטענת פירעון ולכן ניתן בטענה זו לחייב שבועת ר"פ.

הב"י (ח"מ פ"ב, י"א) מביא שתי דעות חולקות בזה וז"ל: "ובעל התרומות בשער כ"א (ח"ב סי' ב) כתב ששאל את הרמב"ן והשיב (שו"ת סי' כט): '...שלא אמרו אלא בטוען בעיקר השטר לפסלו כגון אמנה או רבית דלא ניתנו ליכתב, אבל כל דלא עקר לשטרא כגון מחילה או פרעון אי אמר אשתבע לי משבעינן ליה...' עכ"ל.⁴ אבל הרשב"א כתב בתשובה (ח"ב סי' שלה ד"ה ועוד דבר) שאפילו לא האמינו כלל אינו יכול להשביעו על טענת מחילה, לפי שאינו יכול להשביעו אלא על דבר שהשטר עומד לכך כגון פרעון אבל לא על דבר שאין השטר עומד לכך כגון טענת רבית וכיוצא בזה, והוא הדין לטענת מחילה דאין השטר עומד למחילה, ומכל מקום כתב שיכול להחרים עליו חרם סתם עכ"ל".

השו"ע (ח"מ פ"ב, י"א) מביא את שתי השיטות ולא מכריע, וז"ל: "אם טען הלוח: מחלת לי חוב שבשטר זה, יש מי שאומר שדינו כמי שטוען: פרעתיו... ויש מי שאומר (דמחילה), כמו שטוען: אמנה או רבית הוא".

מלוה חשוד – מחלוקת ראשונים

ח. כאשר מוטל חיוב שבועה דרבנן על אדם, אולם הוא אינו יכול להישבע מחמת שהוא חשוד, הטילו חכמים שבועה על השכנגדו, כדאיתא בגמ' (ב"מ ה, א): "ההוא רעיא דהווי מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי, יומא חד מסרו ליה בלא סהדי, לסוף אמר להו: לא היו דברים מעולם. אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו. אמר רבי זירא: אם איתא לדרבי חייא קמייתא - משתבע אשאר. - אמר ליה אביי: אם איתא משתבע? והא גולן הוא! - אמר ליה: שכנגדו קאמינא".

אולם בשבועת ר"פ, כאשר המלוה חשוד ואינו יכול להישבע, נחלקו הראשונים. הרמב"ם (טו"י ב, ה) סובר שגם במקרה כזה ישבע הלוח היסת ויפטר, וז"ל: "נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכן פוגם

⁴ ובערוה"ש (ח"מ פ"ב, טו) איתא שלשיטה זו טענת מחלת לי הינה טענה אף יותר טובה מטענת פרעתי, וז"ל: "ולא עוד אלא שיפה כוחו מ'פרעתי', ד'פרעתי' כשיש סתם נאמנות בשטר אינו יכול לטעון 'פרעתי' כמו שנתבאר, וטענת מחילה יכול לטעון, דסתם נאמנות אינו רק על פירעון משום דכל שטר עומד לפירעון ואסיק אדעתיה שיטעון כן, אבל מחילה לא אסיק אדעתיה".

שטרו, וכל כיוצא בזה שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי – הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר".

הראב"ד חולק על הרמב"ם הנ"ל וסובר שבמקרה כזה, יטול המלוה את החוב ללא שבועה, וז"ל: "וכן פוגם שטרו וכו' עד ויפטר מן השטר. א"א, איני מודה בזה, אלא שנוטל בלא שבועה, שאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן...".

השו"ע (ח"ו"מ פב,ח) מביא את שתי הדעות ופוסק כראב"ד, וז"ל: "היה המלוה חשוד, יש אומרים שהנתבע נשבע היסת, ונפטר; ויש אומרים שהמלוה נוטל בלא שבועה, והכי מסתברא".

באור מחלוקת הראשונים

ט. הפרי משה (בענייני שבועת ממון, סי' כג) סובר שיסוד מחלוקת הראשונים הינה בטעם של שבועת ר"פ (שהובאה לעיל אות ב). הראב"ד סובר בזה כדעת הסמ"ע הנ"ל ששבועת ר"פ תוקנה רק כדי להפיס דעת בעה"ב ולכן שאני משאר שבועות דרבנן שהם חיוב גמור ולא הוי אלא כשבועת היסת. לכן כמו שבשבועת היסת לא אמרינן שאם הוא חשוד ולא יכול להישבע שיפסיד, ה"ה בשבועת ר"פ. הרמב"ם לעומת זאת סובר ששבועת ר"פ הינה כמו כל שבועה דרבנן אחרת שהוא מחויב שבועה וכל זמן שלא נשבע הפקיעו ממנו את הזכות לממון, ואינה כשבועת היסת. לכן כאשר עסקינן בחשוד, אית לן דין דשכנגדו כמו בכל שאר שבועות המשנה. ממילא י"ל שחולק על הסמ"ע הנ"ל וסובר שטעם השבועה אינה כדי להפיס דעתו של בעה"ב, אלא כיון שיש כאן חשד שלמרות שהשטר נמצא ביד המלוה מ"מ הלוה שטוען פרעתי דובר אמת (כדאיתא בהגה"מ, שהובא לעיל באות ב, ששטרך בידי מאי בעי אינה חזקת בירור טובה כ"כ משום שאכן ישנן מציאויות שהלוה פרע אולם השטר נשאר ביד המלוה), תיקן ר"פ שבועה ע"מ להסיר הטענות.

ולעדק"ל על דברי הפרי משה: 1. חדא, דהרמב"ם (טו"נ א, ב-ג) סובר ששבועת היסת ליכא נק"ח מה שא"כ בשבועות המשנה והראב"ד שם דלא משיג, ש"מ שסובר בזה כמותו. והנה הרמב"ם (מלוה יד, ב) סובר שאף שבועת ר"פ הינה בנק"ח – דהיינו שדין שבועת ר"פ הינה כמו שבועות המשנה ולא כשבועת היסת, והראב"ד שם לא משיג דבר – אלמא דלא פליג על הרמב"ם ששבועת ר"פ הינה בנק"ח כמו שבועות המשנה. א"כ היאך אומר הפרי משה שדעת הראב"ד היא ששבועת ר"פ הינה כשבועת היסת כאשר גבי ההבדל

המרכזי בין שבועת המשנה לבין שבועת היסת – דין נק"ח, סובר הראב"ד ששבועת ר"פ דינה כשבועת המשנה? 2. ועוד, מה שסובר שנחלקו הראב"ד והרמב"ם בטעמו של הסמ"ע – שהטעם שתיקנו את שבועת ר"פ הינה כדי להפיש דעתו של בעה"ב, דטעם זה הינו רק לראב"ד שסובר ששבועת ר"פ הינה כשבועת היסת ולא לרמב"ם שסובר ששבועת ר"פ הינה כשבועת המשנה, הרי טעם זה נאמר בכתובות (פז,ב) גבי שבועת המשנה של הפוגמת כתובתה, והתם ליכא מאן דפליג דעסקינן בשבועת המשנה ולא בשבועת היסת. ש"מ שטעם 'להפיש דעתו של בעה"ב' אינו מהווה נימוק לכך שכוח השבועה אינו כשבועת המשנה אלא רק כשבועת היסת?

באור נוסף למחלוקת הראשונים הנ"ל

י. לע"ד יסוד מחלוקת הראשונים הוא אחר. ראשית יש להקדים הקדמה קצרה: ישנן שתי משניות שעוסקות בשבועות הנקראות 'שבועת המשנה' – המשנה בכתובות פז,א והמשנה בשבועות מד,ב. הראשונים נותנים את דעתם מדוע חילק רבי בין השבועות וכתבם בשתי משניות שונות ולא צירפם ביחד. מתרץ הר"ן (שבועות כ,א מדפי הר"ף), שהחילוק ביניהם הוא ששבועות המשנה ששנויות בכתובות הינם מקרים שמדאורייתא היה צריך התובע ליטול אף ללא שבועה – שהרי יש לו שטר, אלא שחכמים החמירו עליו ותיקנו שייטול רק ע"י שבועה; ואילו שבועות המשנה ששנויות בשבועות הינם מקרים שמדאורייתא לא היה צריך התובע ליטול אפילו בשבועה, אלא שחכמים הקלו עליו ותיקנו שיוכל ליטול ע"י שבועה.

גם הרמב"ם וגם הראב"ד סברי ששבועת ר"פ הינה כשבועת המשנה, ולכן שניהם סוברים שבעי נק"ח בשבועת ר"פ, ויתירה מכך, כמו שכותב המ"מ (טו"נ ב,ה) ששניהם סוברים ששבועת ר"פ דינה כמקרה שמדינא דאורייתא בעי ליטול גם ללא שבועה – שהרי יש לו שטר, אלא שחכמים החמירו על התובע שיוכל ליטול רק ע"י שבועה. כמו-כן, שניהם סוברים שטעם השבועה הוא כדברי הסמ"ע – 'להפיש דעתו של בעה"ב'. אולם מחלוקתם היא בשאלה מה קרה לשטר לאחר שחכמים תיקנו שיוכל ליטול רק ע"י שבועה?

הרמב"ם סובר שתקנת חכמים, וה"ה תקנת ר"פ, הפקיעה את כוח השטר, ואין הוא נחשב יותר כמי שיש בידו שטר שמדאורייתא ניתן לגבות בו. לכן כאשר אינו יכול להישבע – ממילא אינו נוטל אלא השכנגדו נשבע ונפטר, ואין חילוק בזה בין מקרים שבהם מדינא דאורייתא היה צריך התובע ליטול אף ללא שבועה אלא שחכמים החמירו עליו ותיקנו שייטול רק ע"י שבועה, לבין

”אישתבע לי דלא פרעתיך”

מקרים שבהם מדינא דאורייתא לא היה צריך התובע ליטול אפילו בשבועה אלא שחכמים הקלו עליו ותיקנו שיוכל ליטול ע”י שבועה.

אולם הראב”ד סובר שתקנת חכמים, וה”ה תקנת ר”פ, לא הפקיעה את כוח השטר, אלא דרשה שבנוסף לשטר יצטרך בעל השטר שבועה כדי ליטול. לכן כאשר לא יכול בעל השטר להישבע (כגון בחשוד), הרי שהשטר עדיין בעינו עומד וניתן לגבות על-פיו את החוב. וזוהי כוונתו, כשאומר שאין פוסלן שטר מקויים מפני שבועה דרבנן – דהיינו שחיוב שבועה דרבנן אין בכוחו להפקיע/לפסול את השטר המקויים שכוחו מדאורייתא, דלא כשיטת הרמב”ם.⁵

לפי הסבר זה, תהיה נ”מ מהותית בין הרמב”ם לבין הראב”ד כאשר מחזיק השטר קדם ותפס ולא רצה להישבע. אליבא דהרמב”ם דתקנת חכמים הפקיעה את כוח השטר – לא תועיל תפיסה משום שנחשב כמי שאין לו שטר שעליו יכול לבסס את תביעתו; אולם לפי הראב”ד שתקנת חכמים לא הפקיעה את כוח השטר – תפיסה כן תועיל כיון שעדיין יש לו שטר שעליו יכול לבסס את תביעתו. ואכן נראה להוכיח נ”מ זאת מדברי השו”ע. לעיל (אות ט) הובאו דברי השו”ע שפסק כדעת הראב”ד, וגם גבי תפיסה פוסק השו”ע (חוי”מ פז, י) שתפיסה מועילה, וז”ל:

”א מי שחייב שבועה דרבנן, אם קדם ותפס ולא רצה לישבע, לא מפקינן מיניה.

דהיינו כשיטת הראב”ד שפסק כמותו לעיל (פח, ב).⁶

”אישתבע לי דפרעתיך” בתוך הזמן

יא. איתא בגמ’ (ב”ב ה, ב) שאין אדם פורע חוב שמוטל עליו תוך זמן הפירעון, אלא רק לאחר שנשלם זמנו, וז”ל הגמ’: ”והלכתא כר”ל, ואפילו מיתמי; ואע”ג דאמר מר: הבא ליפרע מנכסי יתומים - לא יפרע אלא בשבועה, חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זימניה”.

⁵ ושוב ראיתי שסברא זו נמצאת ברשימות שיעורים (שבועות מא, א) לגרי”ד סולוביציץ, ובי”ה שזכיתי לכוון.

⁶ והסיבה שנוקט השו”ע לשון ”יש אומרים”, היא משום שלעיל בסי’ פב הביא גם את שיטת הרמב”ם וגם את שיטת הראב”ד, ולכן הכא שפוסק כמו הראב”ד נוקט לשון ”יש אומרים” להורות שיש החולקים על שיטה זו והדעה החולקת עצמה הובאה בשו”ע במקום אחר.

מה יהא הדין גבי שבועת ר"פ – דהיינו במקרה שבו המלוה בא לתבוע חובו והלוה אומר שפרעו תוך זמנו ותובע מהמלוה שישבע לו שלא פרעו תוך זמנו? האם חזקת ר"ל מהווה בירור כ"כ חזק שאכן הלוה לא פרע תוך זמנו ולכן ל"ש להשביע בזה את המלוה, א"נ שתקנת ר"פ היא גם על מקרה כזה?

דעת תוד"ה אע"ג בב"ב ה,ב היא שאין הלוה יכול להשביע את המלוה "אישתבע לי דלא פרעתוך תוך זמני", וז"ל: "...מכאן משמע שאם הוציא שטר חוב על חברו וא"ל אישתבע לי דלא פרעתוך בגו זימניה אין צריך לעשות שבועה". דהיינו אומרים תוסי' שכמו שאדם שבא להיפרע מיתומים חוב של אביהם שמת תוך זמן הפירעון, לא צריך להישבע, ה"ה שאף לוח אינו יכול להשביע את המלוה "אישתבע לי דלא פרעתוך תוך זמני". ראייה לכך היא שאם נאמר שהלוה כן יכול להשביע את המלוה – א"כ גם גבי יתומים ב"ד טענין להו ומצריכים את המלוה להישבע שהאב לא פרע לו תוך זמנו, ומכך שלא מכריחים את המלוה להישבע שבועה זו (שהרי הגמ' הנ"ל בב"ב ה,ב אומרת שגובה מן היתומים ללא שבועה) – ש"מ שאין מציאות של טענה כזו משום שאין מציאות של שבועה כזו.

הרא"ש שם בב"ב פ"א סי' ט חולק על התוסי' וסובר שהלוה כן יכול להשביע את המלוה בשבועת "אישתבע לי דלא פרעתוך תוך זמני", וז"ל: "ואי טעין [הלוה] פרעתוך בתוך זמני, אע"ג דאין נאמן יראה שצריך [המלוה] לישבע שבועת היסת – כיון שטוען טענת ברי, אבל ביתמי לא משבעינן ליה מספק".

והנה דברי הרא"ש צריכים בירור דהא הרא"ש בכתובות פ"ב סי' א סובר שכל טענין זהו טענת ברי [דהיינו שכאשר טענין, הרי שכוח הטענה הוא ברי ולא שמא], וז"ל: "ואלמנה נמי חשבינן טענת היורשין ברי כיון דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען"?

תירץ מורנו הגרמח"ד⁷ את דברי הרא"ש כך: שיטת תוסי' היא שטענינן לא אמרינן במילתא דלא שכיחא, וז"ל תוד"ה חדא בכתובות פה,ב: "אע"ג דאילו הוה ר' מיאשא קיים והוה טעין "שלי הוא" – היה מהימן אע"ג דלא אמיד, דאימור מציאה אשכח או מתנה נתנו לו, מ"מ לא טענינן ליתמי דמילתא דלא שכיחא היא כי היכי דלא טענינן להו נאנסו בסוף פרק המוכר את הבית (ב"ב דף ע: ושם)", וכן בתוד"ה כל האומר בשבועות מא,ב: "ויש לומר דהאב היה יכול לטעון ולתרוץ דבריו אבל ליתומים לא טענינן מילתא דלא שכיחא...".

⁷ הדברים מובאים בקהילות יעקב ב"ב סי' ז.

א"כ ניתן לומר שגם הרא"ש סובר כתוס', שיטענין במילתא דלא שכיחא לא אמרינן ופריעה תוך הזמן זהו מילתא דלא שכיחא [וכך אכן מתרץ הסמ"ע (חו"מ עה, ס"ק יג)]. לכן יתומים שרוצים להשביע את המלוה שאביהם לא פרע להם תוך זמנו, טענתם היא טענת שמא וכיון שלא טענין להו – כוח טענתם נשאר כשמא ומשו"כ ליכא שבועה; אולם הלוח בא בטענת ברי – ברי שפרעתיך תוך זמנו, ולכן לגביו כן שייך להשביע את המלוה אישתבע לי דלא פרעתיך תוך זמנו.

הטור (חו"מ עח) מביא את שתי השיטות וז"ל: "1. וכתב ה"ר יוסף אבן מיגא"ש שגם מהלוח נפרע בלא שבועה וכ"כ רב אלפס בתשובה שאינו צריך שבועה אלא חרם סתם [דרכי משה: וכן כתב נימוקי יוסף בשם הרמב"ן]; 2. וא"א הרא"ש ז"ל כתב שצריך שבועה כשבא ליפרע מהלוח בעצמו, אע"פ שאם בא ליפרע מהיתומים אין צריך שבועה, שאני התם שאין אדם מכחישו, אבל הכא שהלוח טוען שפרע צריך לישבע".

הב"י שם (ב(א)) כותב וז"ל: "וכתב ר"י ׳ מיגא"ש וכו' וכן כתב רב אלפס בתשובה (סי' מח) שאינו צריך שבועה אלא חרם סתם. כך כתב בשמו בעל התרומות בשער י"ו (ח"ב סי' ה). ודברי הרמב"ם בפרק הנזכר (פי"ד ממלוה ה"א) נראין כדברי רבינו יוסף והרי"ף רבותיו שכתב 'דעד אחד מעיד שהוא פרוע, אם הוא תוך זמנו – נפרע שלא בשבועה' והתם ודאי הלה טוען ברי לי שפרעתיך ואפילו הכי פסק שנוטל בלא שבועה. ואדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב שצריך שבועה כשבא ליפרע מהלוח בעצמו וכו'. בריש בתרא (סי' ט). ולענין הלכה נקטינן כהרמב"ם ורבותיו".

אע"ג שהב"י פוסק בזה כרמב"ם וסיעתו, מ"מ בשו"ע הלכה זו מובאת ע"י הרמ"א ולא ע"י השו"ע [וצ"ב אמאי לא פסק דין זה בשו"ע?], וז"ל הרמ"א (חו"מ עח, ב): "וואם הלוח חי ואמר שפרעו, י"א דצריך המלוה לישבע שלא פרעו, וגובה. וי"א דאינו צריך שבועה, וכן עיקר".

יישוב הסתירה בפסקי השו"ע גבי 'תוך זמנו'

יב. הב"י והרמ"א הנ"ל בסי' עח פסקו כרמב"ם וסיעתו שאין הלוח יכול לומר למלוה אישתבע לי דפרעתיך תוך זמני, אולם השו"ע במקום אחר (חו"מ פד, א-ב) כותב להיפך וז"ל: "הפוגם שטרו, לא יפרע אלא בשבועה, אע"פ שלא טען הלוח: השבע לי... במה דברים אמורים, כשעבר זמנו. אבל אם הוא תוך זמנו, אע"פ שפגם שטרו, יפרע שלא בשבועה; אלא א"כ טען הלוח: ישבע ליי

– דהיינו במקרה שהמלוה מודה שאכן הלוח פרע חלק מחובו תוך זמנו ואילו הלוח טוען שפרע כל חובו תוך זמנו, יכול הלוח לומר למלוה אישתבע לי דלא פרעתיך תוך זמני, וצ"ע!;

בספר חידושי רבי אריה לייב מאלין (ח"א סי' צה, אות ג) עומד המחבר על הסתירה הנ"ל בין פסקי השו"ע ומנסה ליישבם כך:

נחלקו הרמב"ם (מלוה יד, א) ורב האי גאון (הובא שם בלח"מ) גבי חיוב שבועת הנוטלין בפוגם שטרו אולם בא ותובעו תוך זמנו/בזמנו – דהיינו שהמלוה בא ביום שנקבע לפירעון החוב עם שטר על מנה ותובע מהלוח לשלם רק חמשין משום שמודה שהלוח פרע לו חמשין תוך זמנו: דעת הרמב"ם היא שהמלוה פטור משבועת הנוטלין ונוטל את כספו ללא שבועה, וז"ל הרמב"ם: "הפוגם את שטרו... לא יפרע אלא בשבועה כעין של תורה ואומר לו כשיתבע 'השבע ואח"כ תטול', ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה, עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה"; ואילו רב האי גאון סובר שהמלוה אינו פטור משבועת הנוטלין וללא שבועה לא יטול דבר. לכאורה נראה להסביר את טעם מחלוקתם כך: בפוגם שטרו תוך זמנו ישנם שני צדדים סותרים. מחד גיסא, עצם העובדה שהמלוה פגם את שטרו, גורמת לריעותא בכוח השטר [כדאיתא לעיל באות ג] ולכן יד המלוה על התחתונה; ומאידך גיסא ישנה חזקת ר"ל שאין אדם פורע תוך זמנו שגורמת ליד הלוח להיות על התחתונה, אולם במקרה של פוגם שטרו תוך זמנו, הרי שחזקת ר"ל הורעה – שהרי המלוה מודה שאכן הלוח כן פרע חלק מהחוב תוך זמנו. א"כ צריך לברר מהו יחס הכוחות העכשווי בין חזקת ר"ל לבין פגימת השטר. רב האי גאון סובר שברגע שהמלוה פגם שטרו תוך זמנו – דהיינו שהודה שהלוח שילם חלק מהסכום תוך הזמן, א"כ חזקת ר"ל נפגעה והתבטלה גם גבי הסכום הנוטר שהמלוה תובע. לכן יוצא שחזקת ר"ל התבטלה אולם הריעותא בשטר מצד הפגימה עדיין בעינה עומדת – דהיינו שזה כעת כמו מקרה רגיל של פוגם שטרו לאחר זמנו שבו יש חיוב של שבועת הנוטלין. הרמב"ם לעומת זאת סובר שבפוגם שטרו תוך זמנו, חזקת ר"ל הורעה והתבטלה אך ורק לגבי אותם חמשין שהודה המלוה שהלוח שילם לו; אולם לגבי החמשין האחרים שעדיין תובעו בגין השטר – לא הורעה כלל חזקת ר"ל לגביהם. לכן לגבי אותם חמשין הנוטריין יש חזקת ר"ל מצד אחד שגורמת ליד הלוח להיות על התחתונה ופגימת השטר מצד שני שגורמת ליד המלוה להיות על התחתונה, וכיון שחזקת ר"ל הינה חזקה יותר מפגימת השטר – יד המלוה על העליונה וממילא פטור משבועת הנוטלין.

אולם ר' אריה לייב מאלין הבין את המחלוקת בצורה שונה: לשיטתו, גם הרמב"ם וגם רב האי גאון סוברים, שהפוגם שטרו תוך זמנו, פגע בחזקת ר"ל לא רק גבי הסכום שמודה בו המלוה אלא גם לגבי הסכום שבו המלוה והלוה חלוקים. מחלוקתם היא בשאלה "באיזו מידה נפגעה חזקת ר"ל".

רב האי גאון סובר, שחזקת ר"ל התבטלה לגמרי וא"כ נשאר רק הריעותא בשטר, שנגרמה בעקבות כך, שהמלוה פגם את שטרו. א"כ הרי זה כמו מקרה רגיל שבו המלוה פוגם את שטרו ותובע את החוב לאחר הזמן, שבו אומרת המשנה בכתובות שצריך להישבע וליטול.

הרמב"ם לעומת זאת סובר שחזקת ר"ל נפגעה אבל לא התבטלה, וכעת כוחה אינה חזק יותר מהריעותא בשטר שנגרמה מכך שהמלוה פגם את שטרו אלא שווה לה. א"כ חזקת ר"ל והריעותא מבטלות זו את זו [שהרי הן שוות בכוחן ומנוגדות בכיוון – שחזקת ר"ל הינה לטובת המלוה ואילו הריעותא בשטר הינה לטובת הלוה], ולכן מסתכלים כעת על המקרה הני"ל כעל מציאות חדשה, דהיינו כעל מקרה שבו המלוה לא פוגם את שטרו וגם לא תובעו בתוך זמנו/בזמנו, אלא כאילו שתובע כל הסכום לאחר זמנו שבזה ליכא שבועת הנוטלין דכתובות.

יוצא א"כ שבמקרה כזה של פוגם שטרו תוך זמנו, לו יתבע הלוה מהמלוה אישתבע לי דלא פרעתיך תוך זמני, יהא חייב המלוה להישבע – שהרי מקרה כזה דינו כמו שהמלוה תובע כל הסכום לאחר זמנו דבזה וודאי איכא שבועת ר"פ. את הדיוק הזה מדייק ראל"מ מהרמב"ם שם בהלכה ב וז"ל: "התובע את חבירו לפרעו וטען הלוה שפרע שטר זה או מקצתו ובעל השטר אומר 'לא פרעת כלום' – אומרים לו שלם לו, טען הלוה ואמר 'ישבע לי שלא פרעתי ויטולי' – משביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרעו כלום או שלא פרעו אלא כך וכך ואחר כך יטול, ואם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו". הלח"מ על אתר מקשה על המילים הללו ברמב"ם וז"ל: "או שלא פרעו אלא כך וכך וכו'. הינו פוגם את שטרו, וקשה – הרי כתב דין זה לעיל דאפילו לא טען טענין ליה ולמה כתבו רבינו ז"ל כאן [גבי הדין שחל חיוב שבועה על המלוה רק אם הלוה עצמו דורש זאת]?" הלח"מ שם מתרץ מה שמתרץ, אולם ראל"מ מוכיח את הסברו ברמב"ם הקודם ע"פ דברי הרמב"ם הללו: כיון שהמלוה פגם בשטרו תוך זמנו, הרי שחזקת ר"ל והריעותא בשטר מבטלות זו את זו ונחשב כעת כמקרה רגיל שבו המלוה לא פוגם את שטרו

וגם לא תובעו בתוך זמנו/בזמנו, אלא כאילו שתובע כל הסכום לאחר זמנו, דבזה איכא שבועת ר"פ היכן שהלוח דורש זאת, למרות שזהו תוך זמנו.

ממשיך ראל"מ ואומר שכך דייק השו"ע מדברי הרמב"ם וכך הוא למד. לכן למרות שסובר בסי' עח שהלוח לא יכול לומר למלוח אישתבע לי דפרעתיד תוך זמני, מ"מ במקרה שבו המלוח פוגם בשטרו תוך זמנו – הרי זה נהפך להיות כמו מקרה רגיל של תביעת כל החוב לאחר זמנו, ולכן פוסק בסי' פב, שיכול הלוח לומר למלוח במקרה כזה אישתבע לי דלא פרעתיד תוך זמני.

ההבדלים בין תלמיד חכם לשאר אינשי

יג. בסוף הסוגיא בשבועות (מא,א) אומרת הגמ' שישנו הבדל בין ת"ח לשאר אינשי גבי שבועת ר"פ וז"ל: "ואי צורבא מרבנן הוא - לא משבעינן ליה. א"ל רב יימר לרב אשי: צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי? אלא, לא מזדקקינן ליה לדיניה".

כמה הסברים נאמרו בפירושו הגמ' גבי ההבדל בין ת"ח לבין מי שאינו ת"ח.

1. מסביר שם רש"י על הסוגיא וז"ל: "לא מזדקקינן ליה – להישבע, דמיחזי דחשדינן ליה, ולא לגבות לו, דהא אמר ליה 'אשתבע לי דלא פרעתיד'". דהיינו, אומר רש"י שבמקרה שהמלוח ת"ח, אין כופין אותו להישבע, אך אין גובים עבורו הכסף מהלוח כל עוד לא נשבע מאחר והלוח דרש ממנו להישבע בדין, ואילו במלוח שאינו ת"ח כופין אותו להישבע ואם לא ישבע יפסיד את כספו. המגיד משנה (מלוח יד,ב) מבאר שעל אף שאין כופין מלוח ת"ח להישבע, מ"מ ממתניים לו שישבע מעצמו ואז יוכל לגבות חובו. בעל התרומות (שער כא,ח"א,ב) סובר אף הוא שאם יצא ונשבע חוץ לבי"ד – יכול לגבות חובו.⁸

2. הסבר אחר מובא בט"ז (חוי"מ פב,ו): החילוק בין ת"ח לבין מי שאינו ת"ח הוא שמלוח שאינו ת"ח שלא רוצה להישבע – אין כופין אותו להישבע אולם כופין אותו לקרוע שטרו כדי שלא יוכל לתפוס אח"כ; מה שא"כ בת"ח שאין כופין אותו לא להישבע ולא לקרוע שטרו ואם ירצה לתפוס יתפוס [ועיין גדרי תפיסה לקמן באות טו].

⁸ וצריך ברור האם בעה"ת סובר שת"ח אינו יכול להישבע בבי"ד אלא רק מחוץ לו ואז חולק על המ"מ שלא חילק בדבר, א"נ שסובר שאין חילוק בדבר – כדברי המ"מ!;

3. הר"י קורקושה מסביר שבמלוה שאינו ת"ח, ב"ד כופין אותו להישבע ואם לא ישבע יפסיד את כספו; אולם במלוה ת"ח אין כופין אותו להישבע אלא משתדלים לעשות פשרה.

4. הב"ח (חו"מ פב,ה) מביא הסבר נוסף בשם המרדכי הארוך בשם הראב"ן: אם הלוה שטוען 'פרעתיך' הוא ת"ח, אין נזקקים לו להאמין לו מיד ולחייב המלוה שבועה אף בלא שידרוש זאת [דהיינו שאין לגביו דין 'טענינן'], אלא דינו כמו כל אדם שרק כאשר דורש שהמלוה ישבע, אזי משביעים אותו. כוונת הגמ' "ואי צורבא מרבנן הוא וכו'" לפי פירוש זה היא, שאף בצורבא דרבנן הדין כן.

להלכה, השו"ע (חו"מ פב,ו) פוסק כרש"י וז"ל: "היה המלוה ת"ח, אין משביעים אותו ואין מגבין אותו" ומשמע שאין עושים לת"ח דבר, אולם האמרי ברוך שם מביא את דברי הכנסת יחזקאל שחולק לדינא על השו"ע וז"ל: "יעוין בספר כנסת יחזקאל סי' צה, ומסיים שם בזה"ל, ותיתי לי, שמימי לא פסקתי לת"ח בכופר הכל שבועה כי אם קבלה בחרם, וכן המנהג בכל מדינות פולין ברב ויושב בישיבה בשבועת היסת לפסוק קבלת חרם בצניעא בכבוד לפני שלוחי דבי דינא, ובפרט היום לא נפשי רחימי לת"ח ורבני ארץ ונותנים עיניהם בממון שלהם ורוצים למשלפי גלימא מנהון, ויודעים שהת"ח לא יזלזלו את עצמם ובעל כורחם שלא בטובתם בהכרחם לפשר, ע"כ לשבור זרוע ידיים מוטל על כל ב"ד לקיים עשה דכבוד התורה 'את ה' אלוקיך תירא כו"י יעו"ש". גם שו"ת הרדב"ז (אלף רנדקפג), חולק על דינו של השו"ע וכן על דינו של הכנסת יחזקאל וז"ל: "ואי צורבא מרבנן הוא איכא פלוגתא אי משביעין ליה, וכתב הריא"ף ז"ל בתשובה דמשביעין ליה, וכן ראוי לדון שלא יאמרו קא מחנפי רבנן אהדדי, ואי משום טעמא שלא יאמר דחשדינן ליה, אן לא חשדינן ליה אלא בעל דינו הוא דחשיד ליה. והנראה לע"ד כתבת"י".⁹

⁹ את דברי הרדב"ז ניתן להסביר באחד משני אופנים: או שמסביר את הגמ' כמו שהביא הב"ח בשם המרדכי הארוך (שואב לעיל אות יג שיטה 4) שאין חילוק בשבועת ר"פ בין ת"ח לשאר אינשי; א"נ שמסביר הגמ' כשיטות האחרות [שם] שסוברות שיש הבדל לדינא בשבועת ר"פ בין ת"ח לשאר אינשי, אולם האידנא תיקנו שיש להשביעו מהסיבות שמנה, וכן מצינו שיכולים הדיינים במקרים מסוימים לחייב שבועה אף במקום שמדינא ל"ש להישבע (מהרי"ק סוף שורש קפו).

מה בין ת"ח לשאר אינשי?

יד. רש"י (הובא לעיל באות יג) כותב, שהטעם הוא משום חשד, וז"ל: "דמיחזי דחשדינן ליה", דהיינו שאם נכריח אותו להישבע, הרי שנראה שאנו חושדים אותו שהוא משקר ותובע שטר פרוע.

אולם הפרישה (חוי"מ פב,ה,ד"ה חזר הדין) מדייק מדברי הבי"י שם שיש טעם נוסף להבדל בין ת"ח לשאר אינשי – שלא יזלזלו הציבור בכבודו של הת"ח, [ובסמ"ע שם (סקכ"א) מביא את שני הטעמים הללו – חשדא וזילותא]. פירוש הדברים הוא, שאם נכריח את הת"ח להישבע כמו שאר אינשי, העם יתייחס אליו כאל אחד מהם. לכן כאשר אין אנו כופין אותו להישבע שבועה ששאר העם מחויבים בה, מבינים כולם שת"ח הינו שונה ובמדרגה גבוהה יותר מהם. כך גם משמע שסובר הכנסת יחזקאל [שהובא לעיל באות יג] עיי"ש.

הנ"מ לכאורה בין הטעמים תהיה במקרה שבו גם הלוח וגם המלוה הם ת"ח. לטעם הראשון – משום חשד, ברור שכעת אחד מהם משקר ואי"כ ממ"נ איכא חשד ולכן יש להשביע את המלוה כדין שאר אינשי. כך אכן פוסקים הטור והשו"ע (חוי"מ פב,ו). אולם בעל התרומות הנ"ל [שהובא לעיל באות יג] מסתפק בדין זה, ואפשר לומר שלמרות שכותב שטעם ההבדל בין ת"ח לשאר אינשי הוא משום חשד – כרש"י, מ"מ מסתפק האם יש כאן גם את הטעם שהביא הפרישה בשם הבי"י – משום זילותא. הפרישה עצמו סובר שמצד הדין הפשוט, אף כאשר שניהם ת"ח לא שייך להשביע את המלוה משום שטעם זילותא עדיין שייך גם בכה"ג, אולם למעשה אומר שמצד חשש שמא המלוה יתפוס החוב [וגדרים אלה יתבארו לקמן באות טו] משביעין אותו על אף שהוא ת"ח.

מלוה ת"ח שתפס קודם שנשבע

טו. איתא ברא"ש (שבועות פ"ו, ס"י ז) וז"ל: "ואי תפס [הת"ח] משל הלוח – שבקינן ליה בידיה בלא שבועה". מקשה הר"ן (שבועות כ,ב מדפי הרי"ף) על דברי הרא"ש שדין זה נכון לגבי כל אדם, שהרי אומרת הגמ' (שבועות מא,א) שאין יורדין לנכסיו של מי שאינו רוצה להישבע שבועה דרבנן, וכיון שהוא תפס וכרגע הוא מוחזק בזה – שבקינן ליה בידיה בלא שבועה משום שאל"כ הרי זו ירידה לנכסיו? מתרץ הר"ן שכוונת הרא"ש היא שאם התופס הוא

”אישתבע לי דלא פרעתיד”

שאר אינשי – מנדין אותו כמו שאומרת הגמ' הנ"ל; אולם אם התופס הוא ת"ח – אין מנדין אותו¹⁰.

הר"ן שם מביא תירוץ אחר מהרא"ש: מי שאינו ת"ח שתפס – מפקינן מיניה, דכל הדין שאין יורדים לנכסיו הוא רק כאשר הנתבע אינו רוצה להישבע ולא כאשר תפס; אולם אם הת"ח תפס – שבקינן ליה בידיה. הר"ן מסיים שם שתירוץ זה הוא עיקר, ולא כדברי הרא"ש שאמר שאף באדם אחר שתפס לא מפקינן מיניה אלא רק מנדים יתיה.

הן הסמ"ע (חוי"מ פב, סקכ"ב) והן הש"ך (שם סק"יז) סוברים כמו הסבר הרא"ש – שאף באדם אחר שתפס לא מפקינן מיניה, אלא שנחלקו ביניהם בדין נידוי, שלסמ"ע גם אין מנדין אותו בדיוק כמו ת"ח, ואילו לש"ך כן מנדין אותו בשונה מת"ח.

טז. סיכום

א. רב פפא תיקן שכאשר מלוה בא לגבות חובו מן הלוה, למרות שיש לו שטר ולכן מדינא דאורייתא יכול המלוה לגבות חובו מיד, מ"מ יכול הלוה לומר למלוה "אישתבע לי דלא פרעתיד" ואם לא ישבע המלוה – לא יוכל לגבות חובו. ר"פ יכול לתקן תקנה זו למרות שיש שטר, הואיל וחזקת "שטרך בידי מאי בעית" הינה חזקה חלשה.

ב. לדעת הפרי משה, טעם התקנה לשיטת הראב"ד והסמ"ע הייתה כדי להפיס את דעתו של הלוה, ולדעת הרמב"ם טעם התקנה הייתה משום חשד שלמרות שהשטר נמצא ביד המלוה מ"מ הלוה שטוען "פרעתיד" דובר אמת.

ג. נחלקו הראשונים האם שבועת ר"פ נחשבת כשבועת היסת או כשבועת המשנה – וכך נפסק להלכה.

ד. נחלקו הראשונים האם יש שבועת ר"פ כאשר הלוה אינו טוען "פרעתיד" אלא טוען טענה שמכחישה את השטר. דעת החולקים על הר"י מיגאש היא שבכל טענה שהלוה טוען שבגינה פטור מהחוב, יכול לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ; דעת הר"י מיגאש והרמב"ם היא שרק בטענה שאינה מבטלת את השטר (כגון "פרעתיד") יכול הלוה לחייב את המלוה להישבע

¹⁰ אולם הסמ"ע (חוי"מ פב, סקכ"ב) חולק בזה על הר"ן וסובר שגבי תפיסה, אין חילוק כלל לדעת הרא"ש בין ת"ח לשאר אינשי – דבשניהם לא מפקינן מיניה ובשניהם לא מנדין אותו.

שבועת ר"פ; ואילו דעת הר"י והראב"ד היא שהן בטענה שאינה מבטלת את השטר והן בטענה שכן מבטלת את השטר והיא טענה מצויה משום שאנשים מקילים ומתירים בזה, יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ, אבל בטענות שמבטלות את השטר שאינן מצויות משום שאנשים יודעים שאסור לעשות שטר בצורה כזו (כגון ריבית בדרך מפורסמת, שטר מזויף וכד'), לא יכול הלוח לחייב את המלוה להישבע שבועת ר"פ. השו"ע מכריע כר"י מיגאש וקרמב"ם.

ה. נחלקו הראשונים בדעת הר"י מיגאש והרמב"ם (שהובאו לעיל) האם יש שבועת ר"פ כאשר הלוח טוען "מחלת ליי", דהיינו האם טענת מחילה הינה כעקירת השטר או כפירעון. השו"ע מביא בזה את שתי השיטות ולא מכריע.

ו. נחלקו הראשונים מהו הדין כאשר המלוה חשוד ולא יכול להישבע שבועת ר"פ. הרמב"ם סובר שישבע הלוח היסת ויפטר; ואילו הראב"ד חולק וסובר שהמלוה נוטל בלא שבועה, וכך פוסק השו"ע. נראה לומר שמחלוקתם היא, שלדעת הרמב"ם תקנת חכמים שהצריכו שבועה, וכן תקנת ר"פ הפקיעה את כוח השטר, ונ"מ היוצאת מזה היא שתפיסה לא תועיל; ואילו לדעת הראב"ד והשו"ע תקנת חכמים לא הפקיעה את השטר, ונ"מ היוצאת מזה היא שתפיסה כן תועיל וכך אכן פוסק השו"ע.

ז. נחלקו הראשונים האם יכול הלוח לומר למלוה "אישתבע לי דלא פרעתיד תוך זמני". תוס' והרמב"ם סוברים שלא והרא"ש סובר שכן, ומכריע הרמ"א כדעת התוס' והרמב"ם.

ח. ר' אריה לייב מאלין מחדש בדעת הרמב"ם והשו"ע שלמרות שלא יכול הלוח לומר למלוה "אישתבע לי דלא פרעתיד תוך זמני", מ"מ כאשר המלוה פוגם שטרו תוך זמנו (שמודה שהלוח פרע חלק מהחוב תוך זמנו), הרי שזה נהפך להיות כמו מקרה רגיל של תביעת חוב לאחר זמנו ובמקרה כזה כן יכול הלוח לומר "אישתבע לי דלא פרעתיד תוך זמני".

ט. נחלקו הראשונים והאחרונים מהם ההבדלים בשבועת ר"פ בין ת"ח לשאר אינשי. ה"ט"ז סובר שמלוה ת"ח שאינו רוצה להישבע, אין קורעין שטרו, בשונה משאר אינשי, ואם רוצה לתפוס יתפוס; הר"י קורקושה סובר שבמלוה ת"ח אין ב"ד משביעים אותו, בשונה משאר אינשי, אלא משתדלים לעשות פשרה; ואילו רש"י סובר שמלוה ת"ח אין כופים אותו להישבע, בשונה משאר אינשי, אך אין גובים עבורו את הכסף מהלוח כל עוד לא נשבע. השו"ע מכריע כשיטת רש"י.

”אישתבע לי דלא פרעתיך”

י. נחלקו הראשונים מה יהא הדין בשאר אינשי שתפסו ולא רצו להישבע שבועת ר”פ. הרא”ש סובר שלא מוציאים מהם אולם מנדים אותם; ואילו הר”ן סובר שמוציאים מהם. הסמ”ע והש”ך הכריעו כשיטת הרא”ש אלא שהש”ך סובר שבשונה מת”ח מנדים אותם ואילו הסמ”ע סובר שאין מנדים אותם כמו שאין מנדים ת”ח.

הרב אלעד אליהו

גביה בשטר מכח מיגו

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. שיטת הר"י מגאש והרמב"ן
- ג. שיטת התומים
- ד. שיטת הרשב"א ותוס'
- ה. מחלוקת ב"ש וב"ה – שטר כגבוי?
 1. כנסת הגדולה
 2. קהלות יעקב
 3. קצות החושן
- ו. שיטת הש"ך
- הסבר הש"ך עפ"י אבן האזל
- ז. שיטת רבנו יונה (לאור דברי הש"ך)

א. פתיחה

נחלקו ראשונים, האם אדם נאמן להוציא ממון מכח "מיגו". וישנם ראשונים רבים, שפוסקים שאינו נאמן, דלא אמרינן מיגו להוציא.¹

במאמר זה ננסה לבחון האם כאשר ישנו שטר יודו ראשונים אלו, שיכול להוציא בטענת מיגו. ואם כן מאלו טעמים?

הבסיס לבחון שאלה זו הוא סוגיית הגמרא במסכת שבועות (מב,א):

ההוא דא"ל לחבריה: הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא, א"ל: פרעתיך, אמר ליה: הנהו סטראי נינהו; אמר רב נחמן: איתרע רב פפא אמר: לא איתרע שטרא וכו' מאי הוי עלה? רב פפי אמר: לא איתרע שטרא, רב ששת בריה דרב אידי אמר: איתרע שטרא. והלכתא: איתרע שטרא. והני מילי, דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא, אבל

¹ ועיין בזה שו"ע חו"מ פב, יב סמ"ע וש"ך שם.

פרעיה בין דידיה לדידיה, מיגו דיכול למימר לא היו דברים מעולם, יכול נמי למימר סטראי ניהו.

לרוב הראשונים המחלוקת בסוגיה היא האם המלוה נאמן 'לחדש' חוב על הלוה ולומר שקיבל את המעות לשם אותו חוב, (למרות שהלוה מכחיש את החוב הנוסף, שעליו טוען המלוה). ולכן אינו רוצה להחזיר לו את השטר, ורוצה לגבות בשטר פעם נוספת. ומבואר בגמרא, שאם הפרעון היה שלא בפני עדים נאמן המלוה לומר 'סטראי', במיגו שיכול לטעון שלא קיבל כסף. אולם כאשר יש עדים על הפרעון ואין למלוה מיגו אינו נאמן לטעון 'סטראי'.

ב. שיטת הר"י מגאש והרמב"ן

ונחלקו הראשונים בסוגיה בשאלה מה יהיה הדין, כאשר מסר הלוה מעות לידי המלוה בעדים אלא שהעדים לא יודעים לשם מה מסר לו.

הר"י מגאש סובר, שהמלוה נאמן לומר שקיבל את המעות לשם מתנה, והחוב שבשטר עדיין קיים. ומוכיח הר"י מגאש דבריו מסוגיה בדף לד, ב שם מבואר, שאם עדים רואים נתינת מעות מאחד לשני נאמן המקבל לומר, שקיבל את המעות לשם מתנה ולא לשם הלוואה. ומכיון שנאמן לומר שקיבל לשם מתנה נאמן גם אצלנו לומר 'סטראי' במיגו.

וזה לשונו:

דכיון דהני סהדי לאו אגופיה דהאי שטרא קא מסהדי דפרוע הוא, אשתכח דסהדותייהו לא שייכה בשטרא אלא סהדותא באנפי נפשה הוא, דקא מסהדי דבאפייהו יהב ליה הנתבע לתובע זוזי. מיהו היכא דלית ליה לידחויי, אמרינן איתרע שטרא, דאיגלאי מילתא דסהדותייהו אגופי דשטרא אהניא. והיכא דאית ליה לידחויי לא איתרע שטרא, דאגלאי מילתא דסהדותייהו לאו אגופיה דשטרא הוא אלא סהדותא באנפי נפשה היא.

הרמב"ן² במקום חולק ומקשה שתי קושיות: א. אין מקום להוכיח מהגמרא בדף לד כיון ששם נאמנות המקבל לומר מתנה היא להחזיק ממון. ואילו כאן רוצה בטענה זו להוציא ממון. ב. אין לומר שיהיה נאמן בטענת סטראי במיגו שיכול לטעון מתנה שהרי זה מיגו להוציא.

² יש להעיר, ששיטת הרמב"ן ב"ב לב, דאמרינן מיגו להוציא. וצ"ל שהדברים המובאים כאן הם בשיטת הר"י מגאש.

וז"ל הרמב"ן :

ומאי דאמר הרב אטו אנן בהדא טענה מפקינן בשטרא מפקינן, איברא משום ההוא מיגו מפקינן ממונא, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכלל גדול בדין הוא זווי היכא דקיימי ליקום.

ז"א, שלמרות שאין הטענה והמיגו מתייחסים באופן ישיר להוצאת הממון, מ"מ כיון שסוף סוף מוציא ע"י המיגו נחשב זה מיגו להוציא.

אלא שצריך להבין את דברי הרמב"ן : א. מבואר בגמרא שאם אין עדים על הפרעון נאמן לטעון סטראי במיגו ולא הוי מיגו להוציא. ב. כתב הרמב"ן בחידושיו למסכת ב"ב לד, ב :

"ויאי קשיא לך הא דאמרינן במסכת שבועות (מב,א) מגו דיכיל למימר לא היו דברים מעולם יכול למימר סטראי נינהו ולא אתרע שטרא וגבי ליה, אלמא אמרינן מגו לאפוקי ממונא. לאו קושיא היא, דאיהו נאמן לומר על מה שהוא תפוס סטראי נינהו, ואין נאמנותו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו שהוא אומר סטראי נינהו ואע"ג דממילא מהני ליה מגו לגבות בו מנה שבשטר".

יוצא שבמקום שאין על השטר טענה ישירה אין זה נחשב למיגו להוציא וא"כ מדוע במיגו על טענת מתנה אומר הרמב"ן דהוי מיגו להוציא?

וצריך לחלק בין המקרים, שמחמתם נצרך המלוה לטענת מיגו. כאשר טוען הלוה פרעתי ומביא עדים על מסירת מעות, נוצרת ריעותא בשטר. ואז אינו יכול לגבות על ידי שטר זה ללא טענה טובה, והוי המיגו מיגו להוציא. אולם אם אין הלוה מביא עדים על הפרעון, כיון שיכול המלוה לסתור טענתו בהכחשה בלבד, אין טענתו טענה ולא נוצרת ריעותא בשטר. וכאשר אין ריעותא בשטר, המיגו הוי על טענת הפרעון והגביה מכח השטר.

ומ"מ יוצא הן לדברי הרמב"ן והן לדברי הר"י מגאש, שאין בשטר דין מיוחד שנאמן להוציא במיגו, אלא יכול המיגו לבטל ערעור ברמה זו או אחרת והשטר ישאר בעינו.

ולכן אומר קצוה"ח (פב,י), שלדברי הרמב"ן אם אמר המלוה ללוה אל תפרעני אלא בעדים, אין הלוה נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך. ואם מודה המלוה, שקיבל את המעות בינו לבינו אלא שטוען סטראי נאמן. ואין זה

נחשב למיגו להוציא, כיון שהמיגו מסיר את טענת הפרעון והגביה מכח המלוה ע"פ.

ג. שיטת התומים

בתומים (פב כללי מיגו אות ח) מציע, שאין דין מיוחד של מיגו בשטר אלא שבמקום שיש שטר יש חזקה "שטרך בידי מאי בעי" והמיגו מוציא בצרוף החזקה.

ולדבריו, כל מקום שהמיגו יצטרף לחזקה יועיל ולא הוי מיגו להוציא. ומאידך אם יהיה שטר, שבו לא תהיה חזקת 'שטרך בידי', לא יועיל המיגו.

ועל שיטתו קשה, שהרי בראשונים בסוגית סטראי מבואר, שאף אם אין הלוח מודה בחוב, נאמן המלוה לטעון סטראי במיגו. ואפילו אם הלוח אמר מפורש שהוא פורע את החוב שבשטר והמלוה שתק ולאחר קבלת המעות אמר שקיבל את המעות עבור סטראי נאמן (עיין שו"ע חו"מ ריש סימן פב). ובמקרה זה ודאי שאין חזקה שטרך בידי מאי בעי ויש מיגו בלבד. ולדברי התומים חשיב בכה"ג מיגו להוציא.³

ד. שיטת הרשב"א ותוס'

בגמרא (ב"ב לב,ב) מובא מקרה באדם שהציג לפניו שטר שהיה נראה טוב. והטוען כנגדו טען שהשטר מזויף. וכיון שאינו נאמן לטעון טענת מזויף היה צריך בעל השטר לזכות בדין. אלא שבעל השטר "גחין ולחיש" התכופף ללחוש לרבה, שאמנם השטר שבידו מזויף אולם היה לו שטר אחר טוב שאבד לו ולכן הוא זייף את השטר הזה. ונחלקו רבה ורב יוסף האם נאמן לטענתו במיגו שיכול לשתוק ולגבות ע"י השטר המזויף.

להלכה מכריעה הגמרא, שהיכא שהדיון היה על קרקע נאמן בעל השטר ובמקום שהדיון הוא על ממון לא יכול בעל השטר להוציא ממון ע"י השטר.

ותוס' (ד"ה והלכתא) בשם ר"י נקט, שפסיקה זו אינה מספק אלא מדינא.⁴ והחילוק הוא: שכאשר מציג את השטר בב"ד על הקרקע הרי הוא זוכה בדין והוי מוחזק בקרקע ואח"כ כאשר רוצה שנאמינו במיגו הוי מיגו להחזיק.

³ עבודת הלויים שבועות מה,ב.

⁴ ועיין בזה עוד בש"ך חו"מ פב ס"ק ז, ט האם הוי פסיקה או מחמת הספק. נ"מ להיכא שתופס.

אולם במטלטלין גם אם הוא נחשב זוכה בדין אין הוא מוחזק עדיין בממון, דהוא מחוסר גוביינא. וכאשר רוצה שנאמינו במיגו, הוי מיגו להוציא.

ואומר תוס' דכל זה שאנו אומרים שנחשב שמוציא זה רק בשטר מזויף אולם כאשר השטר שבא מחמתו נשאר כשר נאמן במיגו. וכך מוכח מסוגיא דסטראי וז"ל **"אף על גב דמיגו להוציא לא אמרינן שאני התם דאיכא שטרא"**.

ונראה דאע"ג שבסוגיא דסטראי אין המיגו על השטר אלא על הפרעון, מ"מ כיון שס"ס ע"י מיגו זה מוציא הוא ממון הוי מיגו להוציא. ומוכח דבמקום שטר אמרינן מיגו להוציא.

וגם ברשב"א רואים אנו עקרון דומה. מובא בשו"ת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן⁵ סימן ק):

"שאלה: שטר שנמצא גרר בין שיטה לשיטה, א"נ מאחוריו, חוששין שמא שובר היה כתוב בו וגררו, או לא?

תשובה: נראה ודאי: שאין חוששין בו לכלום. ולא מרעין ליה לשטריה בחשש כזה. לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה. וכאילו הממון הכתוב בו הוחזק בידו. כדמשמע בהיא דשבועות הדיינין: דסטראי ניהו. דאסיקנא: דכי פרעי בין דידיה לדידיה, א"נ באפי סהדי ולא אידכר ליה פירעון, י"ל: לא לפירעון אלא במתנה. ואע"ג דקי"ל: דמיגו לאפוקי לא אמרינן. וטעמא דמילתא: משום דשטרא מוחזק הוא. וכאילו ממון הכתוב בו, מוחזק ביד המלוה. ואוקומי ממונא הוא".

הרשב"א גם נימק את הסיבה שכאשר יש שטר לא נחשב המיגו מיגו להוציא **"לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה. וכאילו הממון הכתוב בו הוחזק בידו"**.

ולפי עקרון זה רצה הרשב"א להסביר סוגיא תמוהה בכתובות פז, ב. המשנה כותבת באשה שבאה לגבות כתובתה ומודה שקבלה מקצת הכתובה, צריכה להישבע (במקום שהבעל טוען פרעתי הכל).

⁵ אין, כידוע, להקשות מהמיוחסות לרמב"ן לחי הרמב"ן, שכן תשובות אלו מהרשב"א המה.

ואומרת הגמרא :

סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא, דקא טעין מאתים וקא מודה ליה במאה, הויא ליה הודאה במקצת הטענה, וכל המודה במקצת הטענה ישבע; אמר רבא, שתי תשובות בדבר: חדא, דכל הנשבעין שבתורה - נשבעין ולא משלמין, והיא נשבעת ונוטלת: ועוד, אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות! אלא אמר רבא: מדרבנן, דפרע דייק, דמיפרע לא דייק, ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק.

שואל הרשב"א שתי שאלות:

א. איך טעה רמי בר חמא לומר שהיא נשבעת שבועה דאורייתא הרי קושיית רבא היא משנה מפורשת? (שבועות פ"ז מ"א).

ב. מדוע כתב "דקא טעין מאתים וקא מודה ליה במאה", דמשמע שהוא תובע אותה הרי היא זאת שתובעת אותו?

אלא לפי העקרון הנ"ל לא קשה. כוונת רב"ח לא היתה לומר שישבע שבועה דאורייתא ממש אלא כעין דאורייתא (ורבא לא הבין את דבריו ולכן הקשה), דכיון שיש בידה שטר הרי היא כאילו מוחזקת בסכום שבשטר. וכשהבעל טוען שפרע את כל הכתובה הוי כאילו תובע, שתחזיר את הממון שמוחזקת בו, היינו את הכתובה. וכאשר היא מודה שנפרעה מקצת הכתובה הוי כאילו מודה במקצת.

וגם בשטמ"ק ב"ב (ו,א) חוזר עקרון זה של הרשב"א; הגמרא שם מתלבטת מה עדיף מיגו או חזקה? ואינה מכריעה. ובשטמ"ק הביא שאלת תוס', שאפשר לפשוט את ספק הגמרא משיטת רמי בר חמא, שסובר שאין אדם נאמן לומר על פקדון החזרתי (אפילו בשבועה) אם יש ביד המפקיד שטר. דאמרינן שטרך בידי מאי בעי. ואף שיש מיגו לשומר שיכול לטעון נאנסו ולהישבע.⁶ וא"כ רואים דחזקה עדיפה ממיגו!

והביא שם בשם גיליון תוס', לדחות ראיה זו, דרמי בר חמא מיירי במקום שיש שטר ו"הוי מוחזק וכל העומד להגבות כגבוי דמי ולהכי לא אמרינן מיגו להוציא".⁷ והדברים דומים לדברי הרשב"א.

⁶ ואף שאנו פוסקים כרב חסדא שם שנאמן. כוונת תוס' היא שמא בשטר פקדון שאני דהוי חזקה קלישתא דצריך שבועה אבל בחזקה אין אדם פורע תוך זמנו דאין צריך שבועה אפילו מיתומים יודה לרב"ח. (קה"י ב"ב סימן לד).

⁷ ורב חסדא אינו חולק על עקרון זה. ובהסבר דבריו עין בקה"י ב"ב סי' לד.

ה. מחלוקת ב"ש וב"ה – שטר כגבוי?

אלא שרבים התקשו בעקרון דשטר הוי כגבוי. שהרי דבר זה שנוי, לכאורה, במחלוקת ב"ש וב"ה. דאיתא במשנה סוטה (פ"ד):

מתו בעליהן עד שלא שתו - בש"א: נוטלות כתובה ולא שותות, ובה"א: או שותות או לא נוטלות כתובתן. (ומכיון שאינן יכולות לשתות אינן נוטלות כתובה).

ובגמרא (כה, א-ב):

במאי קמיפלגי? בית שמאי סברי: שטר העומד לגבות כגבוי דמי, וב"ה סברי: שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי.

האם נאמר, שהרשב"א ותוס' הכריעו כדברי ב"ש? ובכנה"ג (חוי"מ פב כללי מיגו אות נז) הביא, שמהריב"ל הקשה קושיה זו על התוס' והניח בצ"ע.

אלא שהרשב"א (שם) התייחס למחלוקת זו וכתב "ולא כמי שגבתה ממש קאמר. דליכא למימר: דשבקי ב"ה ועבדי כב"ש. אלא כדאמרן".

וצריך להבין את כוונת דבריו.

1. כנסת הגדולה

בכנה"ג (שם) הביא שני תרוצים:

א. תוס' (סוטה כה, ב ד"ה ב"ה) מביאים מקרה (ב"מ קי, א) בו יש ויכוח בין בע"ח ליורשים מי השביח את הקרקע. בע"ח טוען אביכם השביח את הקרקע, ואני יכול לגבות. ויורשים טוענים, שהם השביחו את הקרקע ואין לבע"ח זכות בשבח. "סבר רב הונא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימא ועל בע"ח להביא ראיה אמר ליה ההוא סבא הכי אמר ר' יוחנן על היתומים להביא ראיה מאי טעמא ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבי דמי ויתמי נייתי ראיה ונשקול". שואל תוספות: האם ר' יוחנן סובר כדעת ב"ש?

ומתרחץ - בכתובה סוברים ב"ה, שלא אמרינן דהוי כגבוי כיון דהשעבוד בספק (שמא היא תמות לפניו ולא תהיה גביה כלל) אולם בבע"ח היורשים מודים לו

בקרקע והויכוח ביניהם הוא רק על השבח ובוזה נחשב כגבוי בקרקע גם לבי"ה.⁸

אולם ברשב"א לא די בחילוק זה שהרי הרשב"א הסביר את דברי רבי"ח ע"פ עקרון זה. ורבי"ח דיבר בפוגמת **כתובתה**.

אלא שמ"מ רואים מתוס', שדברי בי"ה דלא הוי כגבוי אינם מוחלטים ויש מקרים שבהם יודו לבי"ש. וא"כ אפשר שלענין מיגו מודים בי"ה דהוי כגבוי.

ב. "ויותר נ"ל" שרק במקום שללא טענת הלוה יש ריעותא בשטר אומרים בי"ה דלא אמרינן דהוי כגבוי. אולם במקום שרק מחמת טענת הלוה יש ריעותא בשטר בזה אמרינן דהוי כגבוי. ולכן בסוטה ובנפל עליו הבית, שיש ספק לבי"ד גם ללא טענותיו אינו מוחזק. ובסטראי, כיון שרק מחמת אמירתו נוצר ספק הוי כגבוי ואינו מיגו להוציא.

וכאשר הלוה מביא עדים שהמלוה קיבל את הכסף וטוען המלוה שקיבל את הכסף לשם מתנה, לחד מ"ד אינו נאמן, כיון שיש ערעור על השטר גם ללא טענותיו. ולחד מ"ד דנאמן כי העדים מעידים על הממון ולא על השטר, "ועל המעות מהימן במיגו להחזיק המעות שבידו".

וצ"ע, דאזל המקור דממנו למדנו דאמרינן מיגו בשטר. דאם אמרינן דנאמן לטעון מתנה כיון דאינה טענה על השטר, א"כ כל הסוגיה בסטראי אינה להוציא אלא להחזיק מעות? ואפשר שיש לו מקור אחר דבשטר הוי כמוחזק – (בי"מ קי"א בשדה שחולקים מי השביחה) - וממילא לא הוי להוציא במקום שטר ועדיין צ"ע דהתוס' למדו זאת מדין סטראי.

עוד אפשר לומר, שכוונתו היא שכלפי הערעור כאשר אינו על השטר אלא על פרעון ורק כתוצאה מזה הוי גם על השטר בזה עדיין הוי מוחזק לכן מועיל המיגו. אולם בסוטה הספק הוא על עצם השטר ושם לא הוי כמוחזק. וצ"ע.

2. קהלות יעקב

גם בקה"י (בי"ב סימן לד) הסביר את שיטת הראשונים, שבשטר אמרינן מיגו להוציא משום דהוי כגבוי, למרות שאין אנו פוסקים כדעת בי"ש.

⁸ לא ברור בתוס' איזה צד יותר משמעותי בדבריו, האם הספק בכתובה הוא הגורם לבי"ה לומר דלא הוי כגבוי או הודאת היורשים בשעבוד הקרקע לבע"ח. ונראה שצריך לבחון את דברי התוס' ביחס לשאר המקומות בהם נחלקו בי"ש ובי"ה לדוגמא ביבמות לח, ב נפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו בע"ח בי"ש יחלוקו דשטר העומד להגבות כגבוי. ולבי"ה נכסים בחזקתם.

ואלו דבריו :

גם ב"ש וגם ב"ה מודים דהיכא דאיכא שטר נחשב האדם כתפוס בנכסים.⁹ בקרקע אין תפוס בפועל אלא בעל השטר נחשב כתפוס ובלשונו "דשטר הוי אפסרא דארעא". אלא שהתפוס בקרקע אינו בהכרח בעלים בקרקע. ובזה נחלקו ב"ש וב"ה: דלב"ש יש לבעל השטר גם שם בעלים בקרקע. ולב"ה אין לו שום שם בעלים. ולכן במקום ספק: לב"ש כיון שיש לו שם בעלים הוא זוכה בקרקע. ולב"ה למרות שהוא כביכול תפוס בקרקע הרי אם זה שכנגדו הוי הבעלים לא תועיל תפיסתו להוציא מהבעלים.

אבל לענין מיגו כיון שהוא תפוס אין זה נחשב כמיגו להוציא. וכך מוכח בעובדא דעיזי ב"ב (לו,ב) שאדם אחד היה תפוס בעיזים של חברו וטען שהעיזים הזיקו אותו. ונפסק דכיון שיש לו מיגו לומר שקנה את העיזים נאמן בטענתו עד גובה דמיהם. משמע מכאן תרתי: א. דתפוס לבד לא מהני להוציא מבעלים.¹⁰ ב. כאשר יש תפיסה בצרוף מיגו נאמן להוציא מבעלים ולא הוי מיגו להוציא.

3. קצות החושן

כתב הרמב"ם בפירוש המשנה סוף שביעית (פ"י מ"ה): אם טען הלוח: השטר הוא אמנה והמלוה אומר אינו אמנה אלא מוקדם, נשבע הלוח היסת ונפטר, ולא אמרינן, שהמלוה יהא נאמן במיגו, משום דמיגו להוציא לא אמרינן.

והביאו דבריו הש"ך (ח"מ פג ס"ק ט בסופו) וקצוה"ח (שם ס"ק ה).

והסביר הקצות: אמנם אין אדם נאמן לומר על שטר שהוא אמנה. אולם הכא, כשהמלוה בא לב"ד הציג את השטר כאילו הוא כשר לגבות גם ממשועבדים, ורק אח"כ התברר שאינו כשר לגבות אלא מבנ"ח. במקרה כזה נאמן הלוח לטעון שהשטר הוא שטר אמנה.

אך קשה, מדוע לא נאמין למלוה במיגו? ומדוע אומר הרמב"ם דהוי מיגו להוציא, הרי במקום שטר אמרינן מיגו להוציא?

⁹ ולפי"ז רצה להסביר מדוע מודה בשטר חשיב הילך. וגם מדוע מועיל שטר בדבר שלא בא לעולם כמו שמועילה תפיסה.

¹⁰ עיי"ש מה שכותב עוד בזה.

ומביא הקצות (שם) שלושה תירוצים :

- א. אולי אפשר שהרמב"ם סובר כשיטות הראשונים דלא אמרינן מיגו להוציא גם כשיש שטר. (היינו הר"י מגאש והרמב"ן).
- ב. היכא שהויכוח הוא על השטר, לא מועיל שנחשיב מוחזק בשטר כמוחזק כיון דלפי דברי הלוחה אין כאן שטר כלל. והוי מיגו להוציא.
- ג. מה דאמרינן מיגו להוציא בשטר הוא רק מחמת שעבוד הנכסים. דמחמת זה הוי כגבוי, והוי כמיגו להחזיק. אולם בשטר שאין בו אחריות נכסים לא אמרינן דהוי כגבוי והוי מיגו להוציא. דאפילו ב"ש מודים דהיכא דאין אחריות נכסים לא הוי כגבוי, בגמרא בגיטין (לז, א) הובאה משנה "שטר חוב משמט, ואם יש בו אחריות נכסים אינו משמט" והעמידה משנה זאת כדברי ב"ש. משמע שבמקום שאין שעבוד נכסים, אפילו ב"ש סוברים דלא אמרינן דהוי כגבוי, ולכן יושמט החוב.

מקום נוסף בקצות נמצא בסימן פב סעיף יב :

בשו"ע כתב :

טען הלוחה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר, וקיימתיו, ומלוחה אומר שלא היה שום תנאי בדבר...ואם הודה המלוחה שנעשה על תנאי, אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוחה, על המלוחה להביא ראיה, ואם אין לו ראיה נשבע הלוחה היסת, ונפטר. הגה: ואין המלוחה נאמן במיגו, דאין (אומרים) מיגו להוציא. ויש חולקין וס"ל דאמרינן מיגו להוציא.

והש"ך חולק ואומר, דכמו דנאמן לומר סטראי במיגו נאמן לומר כאן דלא קיים התנאי. ומביא דוגמא לכך באופן שהלוחה טען שטר אמנה – היינו שהשטר יהיה תקף רק אם י לוחה לו (ש"ך). והמלוחה השיב לו שאמנם היה אמנה אבל אח"כ הלוחה לו באתו שטר. ברור לש"ך שהמלוחה יהיה נאמן. וא"כ בשטר בתנאי, ק"ו שנאמן המלוחה.

קצוה"ח (ס"ק ח) אינו מקבל את דינו בשטר אמנה משתי סיבות: א. דכיון ששטר אמנה לא ניתן להכתב אין כאן שטר כלל ולא הוי מיגו בשטר. ב. גם אם נאמר שיש כאן שטר ברור שאינו יכול לגבות מנכסים משועבדים. ומפנה לדבריו בסימן פג, שבשטר שאינו גובה בו ממשועבדים הוי המיגו מיגו להוציא.

אלא שעדיין השוואת הש"ך בין דין שטר על תנאי לדין סטראי קיימת. שם מודה הקצות דאינו נחשב להוציא. ולכן מתרץ הקצות דבטענת סטראי מודה הלוח שהיה שעבוד בשטר זה אלא שטוען שפרע. אבל בתנאי בשטר במידה והתנאי התקיים לא היה כאן שטר כלל. וכיון שזוהי טענתו של הלוח יוצא שהויכוח ביניהם הוא על המוחזקות עצמה והוי המיגו מיגו להוציא.

רואים כאן שקצוה"ח הרכיב את שני התירושים כשיטה אחת. ולא כל תירוץ עומד בפני עצמו. אפשר היה לומר, שהמחלוקת בין הש"ך לקצות היא באופן בו פועל התנאי. שהש"ך הבין שקיום התנאי הוי כעין פירעון. ולכן השווה לסטראי. והקצות הבין, שקיום התנאי מפקיע את חלות השטר מראש. אולם שניהם יודו לעקרון, שכאשר הויכוח הוא האם היה כלל שעבוד לא נחשב מוחזק והוי מיגו להוציא.

קצוה"ח הביא ראיה לדבריו, דהיכא שיש ויכוח על עיקר השעבוד ל"א מיגו. והש"ך בהתיחסו למקור שממנו מביא הקצות ראיה מתרץ תירוץ אחר. ומשמע שאינו סובר את החילוק הנ"ל.

הוכחת הקצות:

כתוב בהגהת מרדכי ריש ב"מ (סי' תטז), וז"ל: "ובמקום שיש חזקה או ברי עם המיגו אמרינן מיגו להוציא, כדאיתא בכתובות (יב,ב) גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת במיגו אפילו להוציא מהאי טעמא". האשה נאמנת לטעון שנאנסה לאחר האירוסין ומגיע לה כתובה שלמה. וטענתה היא טענת ברי. והבעל טוען בשמא, דאינו יודע בודאי שנאנסה לפני האירוסין. ושואלת הגמרא האם משנה זו היא הוכחה למ"ד ברי ושמא ברי עדיף להוציא ממון? ועונה דשני כאן דיש לה מיגו, שיכלה לטעון שהיא מוכת עץ.

ושואלים האחרונים, הרי בידה שטר והוי מיגו בשטר ואיך אפשר להוכיח מכאן דמיגו בצרוף ברי מועיל?

ועל כך עונה הקצות, דלטענת הבעל יש כאן מקח טעות ואין משמעות לשטר כלל, א"כ הויכוח ביניהם הוא על עצם השעבוד. ומוכח מזה דהמרדכי למד, דבכה"ג לא הוי מיגו בשטר. ורק מחמת הברי ושמא נאמנת במיגו.

התומים (שם) תירץ שאלה זו לשיטתו דלעיל דכיון שכאן אין לאשה חזקה של שטרך בידי מאי בעי, דאנו יודעים מדוע יש בידה שטר והבעל אינו מערער על מוחזקותה בשטר אלא על כח השטר לגבות. וא"כ אין כאן מיגו בצרוף חזקה והוי מיגו להוציא.

ובאמת צ"ע קצת על שיטת הקצות, דמה בכך שהטענה היא על עצם השטר הרי עד עכשיו הוא היה מוחזק ומדוע הוי מיגו להוציא? וכמו בסוגיה דהנהו עיזי דאכלי חושלא, דהויכוח היה האם יש לו זכות לתפוס את העיזים. ובכ"ז כיון שהוא היה מוחזק בפועל לא הוי מיגו להוציא?

וצריך לומר, דכיון שאין כאן תפיסה ממשית אלא הוי כאילו הוא תפוס, שהרי אין הקרקע בידו. ותפיסה זו היא רק מכח השטר וא"כ כאשר יש ערעור על יסוד השטר יתברר שלא היה תפוס. ולכן בכה"ג הוי מיגו להוציא.

ונראה שכך צריך לומר בסוגיה בב"ב לב,ב, בעובדא דגחין ולחיש. ושם מבואר דיש חילוק בין שטר מכר של קרקע לשטר חוב.

וז"ל הרא"ש: "דכיון דקאמר שטרא מעליא הוא, זכה בקרקע שהוא מחזיק בו. ואע"ג דבתר הכי קאמר שטרא זייפא הוא, אמרינן מיגו להעמיד הקרקע בידו. והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי היכא דקיימי זוזי לוקמי. ואע"ג דזכה בתביעתו כי אמר שטרא מעליא, מ"מ אכתי מיחסר גוביינא. הלכך כי קאמר בתר הכי שטרא זייפא הוא לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא".

וצריך להבין דמאי נ"מ בכך שהוא מחוסר גוביינא, הרי אנו אומרים דלענין מיגו הוי כגבוי, וכאילו הוא תפוס בנכסים המשועבדים וא"כ הוי מיגו להחזיק?

וצ"ל שכאשר בטל השטר אין מוחזקות כלל. דאין כאן תפיסה ממשית אלא רק מכח השטר וכשהוברר שאין שטר הוברר שלא היתה אפשרות תפיסה. אלא שקשה לפי זה מה ההפרש בין שטר מכר לשטר חוב? ומדוע בשטר מכר אנו אומרים שהוא זכה כבר בקרקע?

ומכרחים לחלק בין תפיסה לבעלות (וכמו חילוק הקה"י). וכאשר הציג את השטר על השדה אנו החזקנו אותו כבעלים ולא רק כתפוס.

לסיכום - יסוד הדין דאמרינן מיגו להוציא בשטר הוא מחמת שיש בשטר שעבוד נכסים. והוי כאילו הוא תפוס בהם. ולכן במקום שאין שעבוד נכסים או במקום שיש ספק בעצם השעבוד, אינו מוחזק ואין אומרים מיגו.

ו. שיטת הש"ך¹¹

הש"ך בסימן פג (ס"ק ט בסופו) הביא את דברי הרמב"ם בפרוש המשניות (סוף שביעית), שכתב שאם המלוה אומר מוקדם והלוה אומר אמנה נשבע הלוה הסת ופטור. אמר הש"ך שחייב להעמיד את דברי הרמב"ם, שטענת המלוה שהשטר הוא 'שטר מוקדם' מיירי בשטר שלא גובה בו גם מנכסים בני חורין. כגון שטר שנפרע וחזר ולוה בו או שכתב ללות ולא לוה. דאם מיירי בשטר שיכול לגבות בו בני"ח יש למלוה מיגו. ולא הוי מיגו להוציא כיון דאיכא שטר.

ומפורש בדבריו שהסיבה שאומרים מיגו להוציא בשטר אינה מחמת שעבוד הנכסים שבשטר. וגם במקום שאין שעבוד נכסים הוי מיגו טוב.

גם בסימן מח ס"ק ב הולך הש"ך בשיטתו זו :

בשו"ע שם כתב: "...אבל שטר שנכתב על הלוואה אחת, ונפרע, אינו יכול לחזור וללוות בו, אפילו אם הכל ביום אחד, שאינו מוקדם, שכיון שנמחל שעבודו אינו חוזר ולוה בו."

הסמ"ע שם כתב, שאם לוה בשטר זה אינו גובה מנכסים משועבדים אבל גובה מנכסים בני"ח.

והש"ך חלק עליו וכתב, שאינו גובה מנכסים בני"ח והביא ראייה מהגמרא בב"ב (לב,ב). שם הביאה הגמרא מקרה בערב שבא לגבות חובו מהלוה. הלוה טען שפרע. והערב הודה שנפרע אלא שטען שחזר להלות לו בשטר זה. ובגמרא אמרין דזה הוי כמחלוקת רבה ורב יוסף 'בגחין ולחיש' והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי - דהיכא דאוקמו זוזי לוקמו.

ולטענת הש"ך אם היה יכול לגבות בשטר זה מנכסים בני"ח לא הוי מיגו להוציא והיה נאמן הערב.

אולם לשיטת הקצות אינה ראייה כלל שהרי במקום שאין אחריות נכסים לא אמרין מיגו בשטר ולכן שם הוי המיגו להוציא (קצוה"ח מח,א).

ובסימן פב (סעיף יב) בשו"ע כתב שאם מודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שטוען שלא קיים הלוה את התנאי אינו נאמן במיגו.

¹¹ מכאן ואילך חלק מהדברים מספר בית יצחק.

והש"ך (ס"ק כח) שם חלק עליו והשוה זאת לדין סטראי. וכמו דנאמן במיגו לטעון סטראי כך נאמן כאן לומר שלא התקיים השטר.

אמנם בס"ק שאחר זה הביא מהרש"ך, שהקשה על השו"ע דיהא מלוה נאמן במיגו דהרי יש כאן שטר.

ואמר עליו הש"ך, שרק במקום שהשטר טוב אמרינן מיגו להוציא אבל "האי שטרא נמי כיון דקא מודי ליה דעל תנאי הוה ואי מקיים תנאיה הא לא חייל שעבודה, ולוה טעין דקיים תנאיה הא לא חייל כלל, והלכך משתבע לוה ומפטר" כחילוק הקצות, דבמקום שיש מחלוקת על עיקר השעבוד הוי מיגו להוציא.

אולם הש"ך לא שינה את דעתו וכותב "מיהו בסעיף קטן שלפני זה כתבתי, שנלפע"ד דהכא הוי שטרא מעליא ע"ש".

וא"כ רואים שהש"ך אינו מקבל גם את החילוק השני שמביא הקצות. וגם במקום שיש מחלוקת על השעבוד עצמו יכול לומר מיגו ואינו נחשב להוציא.

קצוה"ח (פב ס"ק י) הביא ראייה לחילוק זה מהגמרא בכתובות יב,ב דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ. והראשונים למדו דכיון דהיא טוענת ברי והוא שמא לא הוי מיגו להוציא.

ואמר הקצות דמה דלא הוי מיגו בשטר הוא כיון שיש כאן ערעור על עצם השטר.

הש"ך כתב: "ונראה דהא דאמרינן דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא, היינו כשהמלוה יודע בודאי שחייב לו והשטר מעליא הוא מצד שממון שלו בידו הוא, מה שאין כן הכא שהאשה לא הליתה לבעלה כלום, ואי לאו שחייב לה משום כתובה שחייב כל בעל לתת כתובה לאשתו לא היה חייב לה כלום, והלכך אי הוה הבעל נמי טוען ברי לא הוה אמרינן שגובה מתנאי בית דין וכו' לכך הוצרכו לטעם שהיא טוענת ברי והוא שמא, כן נ"ל ברור ודו"ק".

ומהש"ך רואים שלא חילק כתירוץ הקצות והחילוק שהביא הוא במקור החיוב וצריך להבין את הסברא בדבריו.

הסבר הש"ך עפ"י אבן האזל

בכנה"ג (כללי מיגו סעיף ג) דן במחלוקת הראשונים, האם אמרינן מיגו להוציא ממון (לא בשטר), ושם רצה להוכיח, שדעת הר"ן דאמרינן מיגו

להוציא. הר"ן כתב בסוגית סטראי, שאם ראו עדים שנתן הלוח למלוה כסף ואינם יודעים למה נתן. אין המלוה יכול לומר שקיבל לשם מתנה. ומה שהוכיח הר"י מגאש מהסוגיה בדף לד אינה ראייה דשם נאמן לומר מתנה כדי להחזיק ממון. ואילו כאן הוי להוציא ממון.

והקשה הכנה"ג דאם אמרינן כשיש שטר דכגבוי דמי, הוי טענת מתנה טענה להחזיק ממון. ומשמע מהר"ן דאינו סובר דאמרינן בשטר דהוי כגבוי. היינו דאין חילוק בין מיגו בשטר למיגו בלא שטר. ובכ"ז מבואר בסוגיה דנאמן לומר סטראי היכא דאין עדים. לכן מוכרחים לומר שהר"ן סובר דאמרינן מיגו להוציא.

באבן האזל (משפטים א השמטות ומילואים עמ' פו במכתב לרב שך), הביא את דברי כנה"ג וכתב, דאם אמרינן דבשטר לא הוי מיגו להוציא מחמת דהוי מוחזק בנכסים, דיוקו בר"ן נכון, דאם הוא מוחזק מדוע הר"ן מחשיבו כמוציא. אולם אפשר לומר בדרך אחרת.

הטעם דבשטר אינו נחשב להוציא הוא מחמת שהאדם מוחזק בחוב. וכשחברו טוען טענות על החוב נאמן להחזיק חובו במיגו. וכיון שהחוב בחזקתו יכול לגבות בו אח"כ.¹²

ולכן אפשר לומר, שהר"ן סובר דלא אמרינן מיגו להוציא בעלמא. ורק היכא דאיכא שטר נאמן במיגו דהוי להחזיק חובו. וטענת מתנה הוי טענה גרועה (כמו סטראי דנאמן רק במיגו) כיון שנאמן לטעון אותה רק ע"מ להפטר מתביעה בסברת הממע"ה. אבל לא להחזיק ממון לגבות שוב בשטר דאז יאמר לו חבירו הממע"ה. ומתוך דבריו למדנו סברא נוספת מדוע מיגו בשטר לא הוי להוציא. ונראה דאפשר שזו סברת הש"ך.

דבש"ך ראינו דגם במקום שאין שם שעבוד נכסים אמרינן מיגו בשטר. וגם במקום שיש ערעור על עיקר השעבוד אמרינן מיגו בשטר. והסברא היא, דכיון דהוא מוחזק בחוב הוי מיגו להחזיק חובו. וגם אם נוצר ערעור על עיקר השטר לא אכפת לנו כיון דעד עכשיו הוא היה מוחזק בו.¹³

¹² ואינו דומה לסברת הרמב"ן בר"י מגאש. לדבריו גם אם הערעור הוא על השטר ולא על מקרה חיצוני יהיה נאמן במיגו. והנ"מ ביניהם תהיה בתנאי על השטר ובפוגמת כתובה וכד'.
¹³ ובקצות א"א לומר סברא זו כיון שכל כוחו הוא במוחזקותו הדינית בנכסים והיכא שאין שטר מתברר שלא היתה א"פ תפיסה.

ובכתובה, כשטוענת משארסתני נאנסתי, אין לה מוחזקות בחוב, וכל החוב הוא מחמת תנאי ב"ד. ולכן מצד השטר הוי המיגו מיגו להוציא. ורק מחמת ברי שלה לא הוי מיגו להוציא.

ולפ"ז, הפסיקה בזוזי כרב יוסף היא מחמת שעכשיו אינו מוחזק כלל בחוב שבשטר אין כאן שטר כלל.

ומה שהביא קצוה"ח ראייה שבמקום שאין שעבוד נכסים מודים ב"ש דלא הוי כגבוי אינו קושיה דשם מיירי לעינין שמיטה וא"כ תלוי הדבר בקרקע המשועבדת ולא במוחזקות בחוב. ולכן אם אין שעבוד לכו"ע החוב יושמט.

ז. שיטת רבנו יונה (לאור דברי הש"ך)

הקצות (שם ס"ק י) מביא שאלה בשם תר"י. מדוע אשה הפוגמת כתובתה צריכה שבועה, הרי יש לה מיגו שיכלה לכפור בפירעון? ותשובתם היא שמיגו זה הוא מיגו להוציא.

על דבריהם שואל הנתניבות הרי יש כאן שטר כתובה והוי מיגו בשטר ומדוע הוי להוציא?

ובקצות הביא שתי תשובות :

א. אפשר שהם סוברים שלא אמרינן מיגו בשטר.

ב. מביא בשם הסמ"ע שהפוגם שטרו אינו גובה מנכסים משועבדים.¹⁴ ולכן אין כאן שטר שאפשר לומר בו דהוי כגבוי.

תשובתו הראשונה של הקצות צ"ע, שהרי בסוגיה דגחין ולחיש כותב ר"י: "דכל מאן דנקיט שטרא כהוחזק דמי והיכא דאית ליה דינא במיגו לא חשיב מיגו לאפוקי ממונא". ומוכיח דבריו מסוגיה דסטראי. והינו שסובר שבשטר לא הוי מיגו להוציא.

וגם בתשובה השניה צ"ע, דהרי בתשובות הרשב"א הביא את סוגית פוגמת כדוגמא דבשטר הוי כגבוי ולדבריו לא שייך כלל מוחזק בכה"ג. אולם קושיה זו אינה קשה על הקצות בלבד. צריך לבדוק מה היחס בין תשובת ר"י לתשובת הרשב"א מצד עצמה. והדברים יתבארו.

¹⁴ הש"ך שם חולק.

מקור נוסף בדברי רבנו יונה מצאנו בסוגיה דרבה בר שרשום (בי"ב לב, ב). בידי רבה בר שרשום היה קרקע של יתומים כמשכון, שגבה ממנו את החוב. ולאחר שנגמר הפרעון רצה להמשיך להחזיק בקרקע ולגבות חוב נוסף, שיש לו עליהם. וחשב רבה בר שרשום שנאמן הוא להחזיק בקרקע לשם החוב מיגו שיכל לטעון שקנה את הקרקע מאביהם.

ושאל שם ר"י מדוע רצה הוא להחזיק בקרקע מכח המיגו הרי היה יכול לבא עכשיו לבי"ד לגבות חובו דהרי יש לו מיגו ונאמן? ותשובתו היא דהוי מיגו להוציא "אע"פ שיש שטר בידו. כיון שאין דינו לטול מן היתומים בלא שבועה, אם באת לומר שיטול בלא שבועה במיגו ה"ל מיגו לאפוקי ממונא".

זאת אומרת שכאשר יש שטר שאין יכול לגבות ממנו אלא בשבועה אינו יכול לומר מיגו לבטל את השבועה. ומיגו לבטל את השבועה הוי מיגו להוציא. וצ"ע מהי הסברא.

אבן האזל (שכירות ב, יב) הביא את דברי ר"י בפוגמת ודן בדבריו וטען שא"א להבין את קושית ר"י על עיקר התקנה דהרי בגמרא מבואר שהסיבה שתיקנו שבועה כיון שהפרע מדייק יותר בסכום הפרעון והנפרע אינו מדייק. וא"כ ברור מדוע נצרכת השבועה שמא היא טועה. וגם תשובתם שלא אומרים מיגו להוציא אינה שייכת שהרי אין כאן מוציא דאנו דנים בעיקר התקנה. וצ"ל שהר"י הבין, שכאשר תקנו שבועה בפוגמת כוותם היתה לגרוע מכח הברור של השטר. אבל אם יהיה לפוגמת ראייה אחרת חוץ לשטר תוכל לגבות בלא שבועה. ועל זה עולה שאלתם ותשובתם, דהוי מיגו להוציא. ולפי זה לא קשה מדוע לא אמרים דהוי מיגו בשטר. דאין הכונה כאן שתגבה מכח השטר אלא שתגבה מכח המיגו. ודבריו אלו נכונים לשיטתו דמיגו בשטר הוי מחמת המוחזקות בשטר. דאם היה מחמת המוחזקות בנכסים עדיין הוי מיגו להחזיק.

ולדבריו אפשר לומר, שאין סתירה בין דברי ר"י לדברי הרשב"א הרשב"א דן בעיקר התקנה להצריך אותה שבועה. ור"י ניסה למצא מסלול עוקף לפוגמת לגבות כתובתה.

הרב יצחק ביסמוט

קדמה הודאה לתביעה

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. פטור משבועה בקופץ ומתכוין
- ג. ראית הר"ן מהר"י מיגש
- ד. הסבר הריטב"א בסוגיא דקפץ
- ה. שנים אוחזים בטלית
- ו. הודאה מחייבת לאחר תביעה והודאת פטור
- ז. קדמה תביעה להודאה רק מצד הדין
- ח. קדמה הודאה לתביעה בשטר
- ט. פסיקת השו"ע
- י. הסבר לדין מערים בהילך

א. הקדמה

במודה במקצת מצינו דין שצריך שתקדם התביעה להודאה. דין זה כלשונו לא נזכר בפירוש בגמרא ואף לא בשו"ע, אך מופיע בראשונים ובאחרונים כדין ברור ומוסכם.¹ ונראה הסיבה שלא נזכר דין זה בפירוש, מפני שבמציאות רגילה של תובע ונתבע כשהלה תובעו בב"ד, אין משמעות לקפיצת ההודאה של הנתבע, כיון שיש תביעה וזו הסיבה שהם בב"ד. ואם מצד הנתבע באה התביעה וההודאה במקצת פשוט שהנתבע חשוב כמשיב אבידה ואין כאן שבועה.²

¹ בר"ן כדלהלן, קצוה"ח פז, א ועוד.

² וכן הוא בתשובת הרדב"ז ח"ד קס"ד וז"ל: "אבל קשיא לי כל אדם יקדים להודות כדי שיהא פטור מן השבועה וי"ל שאם ההודאה חוץ לבית דין אין הודאתו כלום להפטר משבועה דאין הודאה חשובה אלא בפני בית דין ואם בא לבית דין וקדם והודה אין לך הערמה גדולה מזו כיון שזה עדיין לא תבעו כלום וזה קדם והודה לו."

וכן מבואר בשו"ע (חו"מ עה, ג):

אם לא תבעו אדם אלא הוא מעצמו אמר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו
חמישים ונשאר חמישים פטור אף משבועת היסת.

ובסמ"ע שם (סק"ח): "והא דקאמר 'לאביך' אין לומר משום דאילו אמר כן
לחבריה יכול לומר ידעתי מזה ודעתי לתבוע הכל [ור"ל לאפוקי אם אמר לו
הזכרתי דבזה לכו"ע הוי כמשיב אבידה] אלא אורחא דמילתא נקט,
דמסתמא המלוה או המפקיד תובע פקדונו או הלוואתו, משא"כ אביו שמת".

ובסימן פח, לד כתב המחבר:

אמר לו מנה לך או לאביך בידי ופרעתוך מחצה והשיב זה לא הייתי זכור
אבל אתה הזכרתני, יודע אני שלא פרעת כלום פטור ואפילו משבועת
היסת שאינו אלא משיב אבידה.

הר"י מיגש (שבועות מ, ב) מביא דין זה מסברא, ובלשון "ועוד" שכך משמע
מכל המשניות שקודמת תביעה להודאה, ונראה מדבריו כנ"ל, שהדין המקורי
שצריך שתקדם תביעה להודאה אינו צריך ראייה.

ורב האי גאון³ במשפטי השבועות כתב: "וכן מי שהקדים הודאתו לטענת
חבירו אינו חייב גזירה (שבועה) **כי הוא כמשיב אבידה**... אלא צריך הדין
לראות אם כמערים מיהר בהודאתו שלא יתחייב חייב...". א"כ לסברת רב
האי גאון הצורך בתביעה קודמת, הוא רק שלא יהיה חשוב כמשיב אבידה
ולכאורה לשיטתו די בתביעה כללית או אומדנא ברורה, שהודה מחמת
הטענה ולא מעצמו.

אבל בר"ן פ' שבועת הדיינים למד דין זה מסוגיה של מערים וקופץ (בסוגיית
חיטין ושעורים) ומשמע מדבריו שכוונתו להרחבת התנאי הנ"ל למקרים
נוספים וכפי שיבואר לקמן בהרחבה.

ב. פטור משבועה בקופץ ומתכוין

בגמרא בשבועות מ, ב "אמר רב ענן אמר שמואל טענו חיטים וקדם הודה לו
בשעורים אם כמערים חייב (שבועת מודה במקצת) ואם במתכוין פטור"
וברש"י "אם כמערים-אם נראה לב"ד שקפץ להודות כדי שלא יטענו זה
שעורין ויתחייב לו שבועה בהודאת שעורים חייב לו שבועה אם אמר לו זה

³ הו"ד בש"ך פח, סקני"ה.

שניהם יש לי בידך" ואם במתכוין-להשיב לו על טענתו של חיטים ולא כקופץ-פטור"

ובראשונים למדו מכאן שאם קדמה ההודאה לתביעה אין חיוב שבועה. וז"ל הר"ן (שבועות י"ט,ב בדפי הרי"ף) "ומיהא דבעינן שתהא תביעה קודמת להודאת מקצת אבל כל שהודאת מקצת קודמת אע"פ שתבעו אח"כ פטור וכן דקדק **מכאן** הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל".

אמנם לכאורה קשה, דבר"י מיגש (שם) בטעם הפטור בקופץ ומתכוין בשעורים כתב דפטור, דהוי טענו חיטים וה"ל בשעורים ומה שטענו לה"ל וז"ל:

כלומר קודם שישלים התובע דבריו הקדים הנתבע והודה לו בשעורים קודם שיטעינו בהם התובע כדי שלא יודה בהן לאחר התביעה ויתחייב שבועת התורה חייב.

ואם במתכוין-כלומר לא נתכוין להערים ולהציל עצמו מן השבועה אלא לפי תומו נתכוין להודות במה שיש לו אצלו פטור משום דהוה ליה טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור דמה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו.

וא"כ אין צורך לפטור מדין קדמה הודאה לתביעה, דבטענו חיטים ושעורים **כאחד** והודה לו באחד מהם אכן קי"ל כמ"ד חייב שבועה.

ולמ"ד טחו"ש וה"ל באחד מהם פטור, מצינו ב' סברות לפטור:

בחידושי ר' מאיר שמחה כתב דחשיב כחלוקת התביעה לב' תביעות וה"ל ככופר בכל בתביעה אחת וכמודה בכל בתביעה השנייה (חידושי ר' מאיר שמחה שבועות מ,ב).

ובשער המשפט כתב דבעינן שיהיו הכפירה וההודאה באותו מין (כפירה ממין ההודאה) ואם לאו הוי כטענו חיטים וה"ל בשעורים (שעהמ"ש פח,סק"ב).

א"כ בקדם והודה לו בשעורים בתביעת חיטים תחילה, לסברא קמא אתי שפיר דכיון שכבר כפר בחיטים (ע"י הודאת שעורים) והוא לא נתכוין לתבוע שעורים כעת לפי ראות עיני הדיין נחלקה התביעה לכ"ע, ולא מדין קדמה הודאה לתביעה אתינן עלה אלא מאחר שכבר כפר במין הא' והא דלאחר מכן תובעו שעורים היא תביעה נפרדת. וא"כ איך למד הר"ן שמכאן דקדק הר"י מיגש דין דקדמה הודאה לתביעה פטור?

ולסברת השעהמ"ש הנ"ל ייתכן ולק"מ.

ג. ראית הר"ן מהר"י מיגש

הגמרא הנ"ל דנה במציאות, שטענו חיטים וקפץ והודה בשעורים והמשיך לתובעו שעורים.

אבל בר"י מיגש ושאר ראשונים דנו גם במציאות שונה, היינו בטענו חיטים וקדם והודה בחיטים והמשיך לתובעו שעורים.

במציאות הראשונה כותב הר"י מיגש את דין הגמרא, דשיימינן אם כמערים או מתכוין ובטעמו כדלעיל.

אמנם בטענו חיטים וה"ל בחיטים וחזר וטענו שעורים כתב דלא הוי מודה במקצת ובין במערים ובין במתכוין אינו נשבע וכתב בזה ג' טעמים וז"ל:

והיכא דאמר ליה אינש לחבריה חטים יש לי בידך ואמר לו הנתבע הן ולאחר כך אמר לו ושעורים נמי יש לי בידך ואמר לו הנתבע אין לך בידי שעורים מסתברא לן דבכי האי גוונא לא הואי מודה במקצת טענה

א. חדא דהא מילתא דתליא בסברא היא דכיון דלא טענו חטים ושעורים כאחד קודם שיודה לו בחטים נמצאת הודאתו בחטים שלא היתה הודאה במקצת טענה שהרי בשעה שהודה בה בכל הטענה שטען עליו הודה ולא כפר ממנה כלום ומשעה שהודה בה **נתחייב בה** והויא לה זו הטענה שטען עליו בשעורים לאחר כך טענה אחרת בפני עצמה ואינה מתחברת עם הראשונה כדי שתהא טענה אחת ויהיה בה מודה במקצת.

ב. ועוד דהא טעמא דמודה במקצת טענה משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו הוא והא לא משכחת לה אלא היכא דתבע לוי בחטים ובשעורין ואודי ליה בחד מנייהו דהוה ליה בשעת ההודאה מודה במקצת וכופר במקצת אבל היכא דאודי ליה מיקמי דליתבעיה בההוא מידי דקא כפר ביה מי איכא למימר דהודאתו משום דאין אדם מעיז פניו הוא והא אכתי לא תבע ליה בההוא מידי דכפר ביה,

ג. ועוד דכד דייקת לישנא דגמרא משכחת לה דעל האי סברא דהיינו הלשון מודה במקצת הטענה לא הואי אלא על מאן דהוי בשעת הודאתו במקצת מה שכבר טענו עליו והאי בשעת הודאתו בכל מה שטענו עליו הודה ודאמרינן נמי טענו חטים ושעורים והודה באחת מהן וכל מאן דתנינן במתניי בהאי ענינא כולהו משמע דלאו אודי הנתבע אלא לבתר

דטעין ליה התובע בתרוייהו ולבתר הכי אודי ליה איהו בחד מנייהו
דהוה ליה בעידן ההודאה מודה במקצת הטענה. וכד מעיינת ליה להאי
מילתא משכחת לה דמילתא דתליא בסברא היא ומסייע ליה מסקנא
דגמרא הילכך מילתא דוקא היא וליכא למיזז מינה כלל.

הרי שסיבת הפטור דקדמה הודאה, כותב הר"י מיגש על המציאות השניה
שפטור בכל ענין, ולא על דינא דגמרא כפי שהביאו הר"ן וצריך להבין איך
למדה הר"ן מבינייהו.

ולכאורה לא מובן מדוע טעמים אלו לא שייכים, כאשר קדם והודה בשעורים
דשיימין אם כמערים או כמתכוין וכ"ש לטעמא שצריך שתקדם תביעה
להודאה מה לי אם כמתכוין או אם כמערים?

ונראה לחלק ע"פ הסברא הראשונה ש"מיד נתחייב בחיטים".

והיינו דבתביעת חיטים והודאת חיטים לא שייך פטור דטענו חיטים וה"ל
בשעורים דפטור אף מדמי שעורים (דינא דרבה בר נתן ב"ק לה, ב), וא"כ מיד
נוצר לפנינו חיוב בחיטים וא"כ קדמה הודאה לתביעת חלק הכפירה ולא
שייך לאחד את התביעה ולומר דבתביעת חיטים כביכול כלולה תביעת
שעורים כי החיוב שנתחייב מיד מחלק את התביעה.

אבל בכפר בתביעת חיטים בכך שהודה בשעורים התוצאה הפוכה. החיוב
בדמי שעורים גורם לחבר את תביעת החיטים לתביעת השעורים וא"כ קדמה
תביעה להודאה.

לכן אם קפץ והודה בשעורים בהערמה (כדי להיפטר משבועה ולא להיפטר
מדמי שעורים) וניכר דבהערמה הודה בשעורים דאז ל"ש הטעמים לפטור
(מתשלומי דמי שעורים דרב"נ) של ט"ח וה"ל בשעורים, א"כ נתחייב בדמי
שעורים אלא שעליהם התביעה באה אח"כ, הרי דהודאתו מצרפת את
התביעות, כיון שהודה בשעורים מחמת תביעת החיטים ונתחייב בהם מוכח
דהיתה בתביעת חיטים גם תביעת שעורים וחשיב מוב"מ וקדמה תביעה. (וכן
מדויק לשון הטור "דחשבינן ליה כאילו תבעו כבר שניהם").

אבל אם הודה בשעורים במתכוין ה"ל כט"ח וה"ל בשעורים דעלמא ופטור
מדמי שעורים וכפר בחיטים ולכך נחלקו התביעות וקדמה הודאה לתביעת
חלק הכפירה.

ולכך כתב הר"י מיגש, דטעמא דמתכוין בקפץ והודה בשעורים (המציאות בגמ') הוא משום דמה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו ולא משום דקדמה הודאה לתביעה, דהגורם ד'במתכוין' חשיבא קדמה הודאה לתביעה הוא כיון שמה שטענו לא הודה לו.

וזהו הדין המחודש, שלמד הר"ן מהבבא הראשונה, דקפץ והודה בשעורים ובמערים דחייב שבועה, דלא בא ללמדנו דין דצריך שתקדם תביעה להודאה במציאות הדיון, אלא שיש לבחון בדיני הטענות והחייבים אי חשיבא כקדמה הודאה לתביעה או לא וזה נלמד מהבבא הראשונה **דמצד הדין** והחייב בשעורים לפנינו נתאחדה התביעה ולכך קדמה.

ובמתכוין לפי תומו דפטור, דאין גורם המחבר את התביעות כי נתבע בחיטים, וכפר ובנתיים כופר גם בשעורים במסל'ית (השטאה, מחילה, הודאה) ופטור כי קדמה הודאה לתביעה ואף שסברת משיב אבידה לכאורה ל"ש כאן כיון שעכ"פ הודה מחמת תביעה.

ועכ"פ מדברי הר"י מיגש והר"ן למדנו, שלא די בתביעה כללית כדי להחשיבה כקדמה תביעה ולסלק מדין משיב אבידה אלא דפעמים החייבים והפטורים גורמים לסדר ההודאה והתביעה להשתנות.

ומזה נראה לכאורה שהם סוברים שפטור קדמה הודאה לתביעה אינו משום משיב אבידה גרידא אלא דין מהותי בשבועת מו"ב הטענה.

ד. הסבר הריטב"א בסוגיה דקפץ

בריטב"א בסוגיין משמע, שחולק על דין זה, דגם בטענו חיטים וקפץ והודה בחיטים והמשיך לטוענו בשעורים כתב דיש להבחין בין אם הוא כמערים או כמתכוין, וז"ל:

פ' דאנן בעינן שתהא תביעה קודמת לכפירה והודאה, הלכך אם כמערים קדם וקפץ להודות קודם שישלים חבירו תביעתו, כגון שקפץ באמצע דבריו קודם שישתוק, לא אהני ליה, והו"ל כאילו תביעה קודמת להודאה וחייב שבועה. אבל אם במתכוין לומר הודאתו כדרכה ולא להערים, שמניחו לדבר עד שישתוק ואמר לו (הנתבע) שעורים אני חייב לך וחזר הלה ואמר ליה וגם חיטים אני תובעך, פטור.

איברא איכא למידק מדוע הריטב"א נוקט מציאות של הודאה בתביעה הראשונית ולא נקט כמציאות הפשוטה בגמרא של כפירה בחלק הראשון של התביעה?

וצ"ל דבזה איכא מחלוקת יסודית בין הר"י מיגש⁴ לריטב"א בדין קדמה הודאה לתביעה. הריטב"א מסביר את כל הסוגיה באומדנא מציאותית בלשון ובקצב הדיבור של התובע והנתבע ולכך לא מהני הודאתו בתביעה הראשונית, אם ניכר שידע דבכוונת התובע לתובעו גם בחלק הכפירה ונתכוין לחלק התביעה ולהקדים ההודאה לתביעה, דמ"מ קדמה תביעה.

וביסוד דברי הריטב"א למדנו, דאין חילוק בין קדם והודה בחיטים לתביעת חיטים והמשיך לתובעו שעורים, לבין קדם והודה בשעורים לתביעת חיטים והמשיך לתובעו בשעורים, דאין משמעות לחיובים ולדינים הנוצרים מחמת ההודאה אלא כדיני "תוך כדי דיבור" והסדר הכרונולוגי היבש של דיבור התביעה וההודאה הוא המכריע.

והנה דברי הר"ן בדין זה, דפטור משבועה כיון שקדמה הודאה לתביעה, עשירים במקומות אחרים:

ה. שנים אוחזים בטלית

בב"מ ד, א בדינא דר' חייא תניינא דמודה במקצת ואומר הילך חייב ולרב ששת הילך פטור ומשווה הגמ' את דין שבועת המשנה בשנים אוחזים בטלית לדין הילך.

ומסביר הר"ן (הו"ד בשטמ"ק שם ובחידושים ד"ה והא הכא) דהס"ד, דבשנים אוחזים בטלית הוי מודה במקצת דאורייתא ומהמשנה ראיא לר' חייא דהילך חייב היא מכיון שבסוף הדין לא יזכה הכופר בכל הטלית כדין כופר בכל אלא יזכה השני בחציה לכן חשיב כמוב"מ וקאי כיסוד שיטת הגאונים, שהובאה ברמב"ם (גזילה ד, טז) ובתוס' (כתובות יח, א) דגדר מוב"מ הוא מפני חיוב הממון מגלגלים עליו שבועה. ואע"פ שהוא הילך וש"מ דהילך חייב וראיה לר"ח שהילך חייב.

ומקשה הר"ן, הרי אם מפני שסוף התביעה היא שיקבל התובע חציה ומשום הכי חשיב הנתבע מודה במקצת, הרי שמאותה סיבה על חציה השני אין

⁴ וכדעת הר"י מיגש בהודאה בחיטים על תביעת חיטים משמע ברשב"א ובמאירי מפורש. ועיין בחזו"א (חו"מ יא אות ג) הסבר למחלוקתם.

תביעה כלל?⁵ ומתרץ דשאני התובע מהנתבע, דהתובע הוא ככל התובעים דעלמא, דאם שכנגדו מו"ב לא יקבל את כל התביעה ואעפ"כ נקראת תביעה על הכל אבל הכופר אינו כשאר כופרים בכל, שסופם פטור בלא כלום אלא דינו לבסוף כמודה במקצת שמשלם חציה.

ומשני ליה רב ששת מתניתין תקנ"ח, ור"ח אין תקנ"ח היא, אבל משכח"ל בד"ת אלא הכא אין שבועה ד"ת כי קדמה הודאה לתביעה. כיון שאין כאן הודאה אלא הודאה מתוך בירור הדין בסופו, הרי דקדמה הודאה לתביעה ואפילו הילך חייב, הכא פטור משבועת התורה, דקדמה הודאה לתביעה, עכת"ד.

ובשואל ומשיב (שתיתאה סימן ס) תמה על דברי הר"ן, דבקדם והודא במתכוין הוא פטור מדין משיב אבידה (וזה קדמה הודאה לתביעה לשיטתו). ואדרבה במערים, דאין סברת משיב אבידה, אכן חייב שבועה וגם כאן לכאורה אין סברת משיב אבידה?

ונראה להסביר ע"פ הביורר והחילוק שכתב הר"ן בשאלת הביניים לחלק בין התובע לנתבע, דהנתבע חשוב מו"ב מחמת האנן סהדי מפני שהתובע תפוס ויזכה בחציה והוא כשאר מו"ב דעלמא מחמת האנן סהדי, ואילו התובע נחשב תובע כולה ולא מיחסים חשיבות לאנן סהדי, א"כ הרי שהתביעה היא האמירה "כולה שלי" (כי מצד התביעה אין אנו מתייחסים לחלוקה הסופית ע"פ המציאות העכשווית), והאמירה היא לאחר שבאים שניהם לפנינו אחוזים בכרכשתא ואנו כבר יודעים שיזכה כל אחד בחציה מ"ה חשיב קדמה הודאה לתביעה ואין שבועה דאורייתא.

ומה שהקשה (השו"מ), דלכאורה התם הפטור הוא מדין משיב אבידה, לא נזכר בר"ן שם שהוא משום משיב אבידה אלא שם הוכיח הר"ן אף בשקדמה תביעה עקרונית והדין (דהיינו החיוב בשעורים בקדם והודה בשעורים במערים בתביעת חיטים) מאחד ומקדים את התביעה.

דהיינו דעת הר"ן, שגם כשאין משיב אבידה אלא מבחינת סדרי הטענות והדינים (החיובים והפטורים) קדמה ההודאה נמי פטור. ואף כאן ההודאה קדמה רק מצד החשיבות והיחס לאנן סהדי רק לגבי ההודאה ולא לגבי התביעה.

⁵ כעין הפירכא לדמיון להעדאת עדים "כי היכי דאנן סהדי להאי א"ס להאי".

א"כ שוב מוכחת שיטת הר"ן, דלא מיבעיא במקום שהוא כמשיב אבידה לפנינו, דחשיב קדמה הודאה לתביעה, אלא אף במקום שהמציאות של הדין יצרה שההודאה קדמה, אין חיוב שבועת מודה במקצת.

ו. הודאה מחייבת לאחר תביעה והודאת פטור

ובר"ן על המשנה (כד, א בדפי הר"ף): דאין נשבעין אלא על דבר שבמידה כיצד בית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל, כתב וז"ל:

ותמהני מה שהנחת אתה נוטל למה פטור והרי בשאנו רואים הפירות הודאתו ידועה (במידתה) ועדיין הוא עומד בה? וני"ל דה"ט משום שבשעה שיוצאה מפיו בעינן שתהא בדבר שבמידה כיון שהודאה ראשונה לא חייבתו שבועה שוב אינו חייב בה. כי כי היכי דאמרין שאם קדמה הודאה לתביעה שוב אינו מתחייב בה כמ"ש עלה דטענו חיטים וקדם וה"ל בשעורים.

ולכאורה קשה, דהתם חסרון של דבר שבמידה הוא גם בתביעה, דאמר ליה: בית מלא, ובית מלא אינו מידה. וגם בהודאה: "מה שהנחת אתה נוטל", וכשאנו באים לבית רואים מידת התביעה וההודאה ובבאין כאחד (התביעה וההודאה) אין חסרון של קדמה הודאה לתביעה (כפי שיבואר להלן בשם הגר"ח), וא"כ מדוע אומר הר"ן, שקדמה הודאה לתביעה?

ואין לומר שבפועל מדדו את התבואה ואח"כ את הבית וקדמה מדידת ההודאה למדידת התביעה ולכן פטור, דא"כ העיקר חסר מן הספר.

אלא נראה להקדים, שהר"ן סובר כרמב"ן בדבר שבמידה (כפי שמובא בר"ן שם), שדבר שבמידה מצד אחד נחשב דבר שבמידה.

והקשה הרמב"ן, לשיטתו מדוע בזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון בבית סתם ל"ח דבר שבמידה הא הוי מידה מצד אחד?

ונראה שהרמב"ן סובר שעד החלון אינה מידה בשום ענין והא דמהני בבית זה עד הזיז ועד החלון היינו משום שסובר דבצד אחד היינו הזיז בבית זה חשיב מידה.

וא"כ חלון נחשב כמו בית מלא דלא חשיב מידה גם בבית זה וכסברת התוס' בתירוצם הראשון, שבית מלא לכל אחד משמע אחרת ואינה מידה אף בבית

ידוע וה"נ עד החלון אינה מידה בשום ענין ויועיל הודאה בו רק אם תהיה מידה מצד אחר.

עכ"פ, כשאנו מודדים הודאתו, היא אכן ידועה, כי הפירות שם ורואים מידתם, אבל למדוד את התביעה א"א כי אין שם פירות ולמדוד את נפח הבית לא יועיל כי בית מלא אינה מידה וגם לא ניתן למדידה כי כעת חסר.

א"כ ההודאה היא ע"י המדידה והתביעה היא אח"כ כשאומר בית מלא, (דהתביעה הראשונה יצאה בפטור ואין לה קודם המדידה שום משמעות) דמצד האנן סהדי אין לנו כעת רק הודאה במידה, ונהי דדי בה לגבי דבר שבמידה (דמצד אחד סגי) מ"מ קדמה לתביעה.

הרי לו, שהר"ן אומר את העיקרון הנ"ל אף בשישנה תביעה, אפילו על מין אחד. אלא שבשעת ההודאה, היה חסר תנאי אחר דבר שבמידה וכשנתמלא התנאי קדמה הודאה כי התנאי הנ"ל לא נתמלא בתביעה עדיין (אף שאין צורך שיתמלא דמצ"א סגי), מ"מ קדמה הודאה לתביעה מצד חסרון בדין הטענה, אף שלא שייך כאן סברת משיב אבידה.

ז. קדמה תביעה להודאה רק מצד הדין והחיוב

בתובע מחבירו חמשים חבלה וחמישים הלואה והנתבע כופר בכל, נחלקו הרמב"ם והגאונים אם חשיבא העדאת עדים דר"ח קמייתא לחייבו שבועה לאחר שנשבע הנחבל ונטל בתקני"ח. לשיטת הגאונים חייב שבועה, כיון שנתחייב מקצת ע"פ ב"ד ולרמב"ם פטור משבועת התורה. (קצוה"ח עה, א).

והר"ן (שבועות כד, ב ברי"ף) כתב כשיטת הגאונים בני חבלה וני הלואה, דקודם שנשבע הנחבל אינו יכול להשביעו דאין לו ממון אצלו רק דבר הגורם לממון (כמשביע עד היודע לו עדות בממון פטור מק"ש דא"ל מי יימר דמשתבעת), וז"ל:

אבל לאחר שנשבע ונתבע כופר בכל, מסתברא לי דחייב דהיינו דר"ח קמייתא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו בידו חמישים וכמו שכתבתיה למעלה וה"נ אנן סהדי דחמשין דחבלה אית ליה גביה כיון שכבר נשבע אע"פ שבשעת תביעתו לא היו עדים במקצת וחזינן לעיל שכל שיצאה הודאה מפי הנתבע בפטור אע"פ שאח"כ בא לה צד חיוב אינו מתחייב עליה נ"ל שאין למידין ממנה לנידון זה דשאני התם שעל הודאתו אתה מחייבו וכבר יצתה מפיו

דפטור אבל בדר"ח קמייתא על העדאת עדים אתה מחייבו ומה יעשה זה שבתחילה לא היו לו עדים ואח"כ באו עדים ונחבל נמי כשנשבע הרי אנו עדיו.

ודבריו לכאורה מרפסין איגרי דמה נשתנו אלו, מהך דאין נשבעין אלא על דבר שבמידה, דלעיל?

ולחבין דבריו נחזי מהערב שהביא, והיינו העדאת עדים דר"ח קמייתא, שגם בזה לכאורה קדמה תביעה להעדאת עדים. ואכתי ערבך ערבא צריך, דעד כאן לא אמר ר"ח אלא שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ולדבריו העדאת עדים עדיפא דאין חסרון של קדמה הודאה לתביעה?

והנה, נחלקו הסמ"ע והש"ך בדר"ח קמייתא, האם העדים מעידים שהלוה ומתוך כפירתו בראשונה הואיל וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי מתחייב שבועה, או שהעדים מעידים שעדיין חייב כגון שמעידים ת"ז או שלא זזה ידם מי"דו. הדעה הראשונה היא דעת הש"ך והביא ראיה לדבריו מהר"ן בפרקין בקושיית הראשונים, היכי משכ"ל שבועת מוב"מ בהעדאת עדים אי שעבודא ד"ת הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ותירץ דהעדים מעידים רק על הלואה ואין יכול לחייב ללקוחות וממילא אין זו כפירת קרקע והא דמיניה דידיה גבינן הוא מדין גביה ולא מדין שעבוד.

א"כ אפשר לומר, שהר"ן אזיל לשיטתו (וזה כוונתו: "וכמו שכתבתי למעלה"), דבהעדאת עדים נשבע על כפירתו כיון שאמר לא לויתי לאחר העדאת עדים נעשה אומר ל"פ וזה ההודאה המחייבת אותו בהעדאת עדים ואכתי הרי יצאה הודאה או כפירה בפטור ומאי שנא ממה שהנחת אתה נוטל וצ"ל דבהעדאת עדים לאחר הכפירה אמירתו לא לויתי חשובה ממש כאילו אמר אז ל"פ ונתברר שיצאה הודאה בחיוב אלא "מה יעשה זה שבתחילה לא היו לו עדים ואח"כ באו עדים" כלומר האיחור של העדים לא מפריע לגרום לאמירתו להיות הודאה משא"כ ב"מה שהנחת אתה נוטל" שהחיסרון של דבר שמידה אכן מתברר אבל הודאה שיצאה בפטור שבועה היתה וזה לא נהפך כאילו אמר אז מידה כך וכך וא"כ יצאה הודאה/תביעה ראשונה בפטור וההודאה השניה קדמה לתביעה.

ונשוב לני חבלה וני הלואה והנתבע כופר בכל. קודם שנשבע התובע על החבלה, אומר הר"ן, שפטור משבועה מפני שאין לו אצלו ממון רק דבר הגורם לממון, וקשה ל"ל למימר דבר הגורם ת"ל שאין לו אצלו חיוב כלל קודם שנשבע, והרי הר"ן מחלק בין הנשבעים ונוטלים דפרק כל הנשבעים,

שמדינא לא נוטלים וחכמים תיקנו שיטלו בשבועה, לבין הנשבעים ונוטלים השנויים במסכת כתובות, דמדינא נוטלים אף בלא שבועה וחכמים תיקנו שישבעו; א"כ החובל, קודם השבועה אינו חייב לו כלום מחלק החבלה.

ונראה דבדוקא נקט דאית ליה גביה דבר הגורם, דמפני שיש לו בידו רק דבר הגורם לממון (נ' חבלה) כביכול עדיין לא נגמרה התביעה עד שישבע ולא יצאה תביעה ראשונה בפטור כי עדיין לא נגמרה התביעה, אולם לאחר שנשבע הנחבל נגמרה התביעה ואח"כ אנו עדין, שחייב לו חמישים א"כ יש העדאה לאחר התביעה והתביעה ראשונה לא יצאה בפטור כי לא נשלמה.⁶

שו"ר בדברי משפט (סי' ל סק"ב), שכך הסביר את דברי הר"ן, דכל זמן שלא נשבע התובע דחייב לו נ' דחבלה, לא ידעין כלל דחייב לו נ' דחבלה ומש"ה אחר שנשבע התובע על נ' דחבלה חייב הנתבע לישבע על נ' דהלוואה מדר"ח קמיינתא כיון דידעין וודאי דחייב לו נ' דחבלה (וכיון שהוא כופר ולא אמרינן יצאה הודאה בפטור, דלא נחשב כופר בכל עד שישבע הנחבל ושאיני מ"בית מלא"י).

ויצא לחלק, להיכא שבא ע"א ומעיד שלוח מנה בניסן וע"א מעיד על מנה נוסף באייר דע"י הצירוף מחויב לשלם מנה ממנ"פ והקשו למה לא ישבע מדרח"ק דעדים מעידים דחייב לו מנה עכ"פ והוא תובעו מאתיים?

ותירץ דכיון שביכולתו של התובע לא לצרף העדים, ולהשביעו שבועת ע"א על כל מנה בנפרד, א"כ כשבאו העדים לב"ד עדיין לא נתהווה חיוב ממון ויצאה הודאה (העדאת עדים) בפטור, ומה שאח"כ מצרף העדויות כדי לגבות מנה ממנ"פ, ומוותר על שבועת ע"א הרי זה כקדמה הודאה לתביעה דתביעה והודאה ראשונה יצאה בפטור.

ח. קדמה הודאה לתביעה בשטר

בתובע נ' מלוה ע"פ ונ' בשטר ומודה בנ' בשטר, פסק הרמב"ם דאין שבועה מפני שמודה בדבר שאין יכול לכפור.

⁶ וצריך להוסיף דבנ' דחבלה הוי "סיבת חיוב" אחרת וכל עוד לא נתברר חיוב הממון אנו מתיחסים לסיבת החיוב ונחי דלרמב"ם הוי מודה במקצת במודה באחת הסיבות, לשאר הראשונים לא הוי מו"ב והווי כתביעות חלוקות. משום כך לאחר שנשבע והוי חיוב ממון ולא תביעת חבלה, אז מצטרפת התביעה לאחת ומתחדשת התביעה ועליה באה ההודאה היינו העדאה (דהיינו אן סהדי) דחייב בא אח"כ.

שאל הגר"ח מבריסק זצ"ל⁷ לכאורה סתירה ברמב"ם. בהלכות עדות (כב,ב) פסק, דעידי שטר הם כעדים⁸ לגבי שבועת מוב"מ דר"ח קמייתא, וז"ל: "ראובן שהוציא על שמעון שתי שטרות אחד במנה ואחד במאתיים וכפר שמעון בשני השטרות, ועדי שטר זה כת אחת מאותן השתיים שהכחישו זו את זו ועדי השטר השני הכת השניה. הרי שמעון משלם מנה. ויראה לי ששבועה זו שישבע על השאר בנק"ח כדין מודה במקצת שהרי יש עליו שני עדים כשרים מעידין במקצת הממון שכפר בכלו, ולא תהא הודית פיו גדולה מהעדאת עדים כמו שבארנו".

הרי להדיא, דהרמב"ם סובר, שלעדי שטר יש דינא דר"ח קמייתא ונהי דממון שאין יכול לכפור הוא אכתי חייב מדין העדאת עדים במקצת?

ותירץ הגר"ח, דעדים שבשטר חשיבא העדאת עדים על חיוב, אבל גם נחשב תביעה והעדאת עדים בבת אחת ויש חיוב שבועה ושאני התם דהתביעה היא על מנה, וצריך שתקדם תביעת חלק הכפירה להודאה ובחלק הכפירה תובעו עכשיו וההודאה/העדאה קדמה לתביעת חלק הכפירה.

אבל בב' שטרות ועדי השטרות מכחישים זא"ז בעדות אחרת, קי"ל דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה, א"כ אם היה תובע עם כל שטר בנפרד או בב"ד אחר היה גובה שניהם.

כלומר מציאות השטרות בפ"ע מהוה תביעה על שלש מאות אבל כשהוציא שניהם בב"א מצד הדין השטרות מעידים על מנה (ממני"פ) וא"כ קדמה תביעה להודאה מצד הדינים שבדיני שטרות ועדות. כל זמן שהשטרות במגירה שלו הם מהוים תביעה על שלש מאות וכשהוציאם מעידים על מנה בלבד. משא"כ בני בשטר וני ע"פ, דנהי דקדמה תביעת ההודאה להודאה, לא קדמה תביעת חלק הכפירה להודאה.

ע"פ הסבר זה נראה, דהרמב"ם סובר כשיטת רבו הר"י מיגש דתביעה שקדמה להודאה בדין, מחייבת שבועה.

⁷ סטנסיל סיי רסב.

⁸ אכן עוד קשה, דלשיטת רמב"ם בכל שטרות יש חסרון "מפי כתבם" ומועיל שטר רק מדרבנן ואיך תחשב עדות מדרבנן כהעדאת עדים עיין ספר המפתח פרנקל שם.

י. פסיקת השו"ע

המחבר (פז, יד) כתב: "תבעו כור חיטים וקודם שישלים דבריו לומר וגם כור שעורים מיהר הנתבע ואמר אין לך בידי אלא כור שעורים ואמר התובע גם שעורים היה רצוני לשאול ממך, אם כמערים שמיהר להשיב קודם שיגמור זה טענתו חייב דחשבינן ליה כאילו תבעו שניהם כבר ואם עשה כן לפי תומו פטור משבועת התורה (ומתשלומין - תוספת הסמ"ע)".

ובט"ז הקשה על התוספת של הסמ"ע, שקשה להפסידו דמי שעורים בסברה קלושה כזו כיון שהלה תובעו ול"ש מחילה או הודאה וחייב בתשלומים.

ואפשר דתוספת הסמ"ע היא כבאור הנ"ל בדברי הר"י מיגש. דהחייב או הפטור מתשלומים הוא המאחד או המפצל את התביעה ומפני שהפטור מתשלומים במשיב לפי תומו (שהרי מה שטענו לא הודה לו) הוא המחלק את התביעה. משא"כ במודה בשעורים במערים ומתחייב שעורים, הודאתו מאחדת את התביעה וכאילו תבעו חיטין ושעורים בתביעת חיטים.

וכן מוכח בסמוך (סעיף טז): "וכן אם תבעו חיטים והודה בהם ואח"כ תבעו שעורים וכפר כיון שהודה בתביעת החיטים קודם שתבעו שעורים אינה מקצת הטענה ומשלם החיטים ונשבע היסת על השעורים". וא"כ מדלא כתב המחבר חילוק מערים ומתכוין בדין זה, מוכח שס"ל דאף במערים פטור, כיון שיש וודאי חיוב ונחלקה התביעה וקדמה הודאה לתביעה, ועל אחת מודה בכל ומתחייב ועל השעורים כופר בכל ומחויב היסת, נמצאת שפסק כר"י מיגש דבקפיצה והודאה בחיטים פטור בכל ענין.

אמנם הט"ז חלק על תוספת הסמ"ע הנ"ל, ונחית לכאורה לשיטת הריטב"א, דהאומדנא היא במציאות - אם מחמת התביעה הודה והוסיף, דגם יש רעותא בטענת התובע שחילקם לבי' בבות וזה טעם הפטור משבועה במערים אבל בתשלומים מחויב, דהיינו קדמה הודאה לתביעה כדין הפשוט מסברה משיב אבידה וכנ"ל.

וברמ"א (סעי' טז) כתב בשם יש אומרים, שגם בקדם והודה בחיטים שיימינן אם כמערים או כמתכוין והש"ך⁹ (ס"ק לד) כתב שאין סברא לחלק וכשיטות החולקות על הר"י מיגש והר"ן הנ"ל והוא הריטב"א ודעימיה.

⁹ אף שהביא את לשון הר"ן על דין זה וצ"ע דהר"ן קאי במציאות תביעה של סעיף יד.

נמצא שהשו"ע ע"פ תוספת הסמ"ע וע"פ מש"כ בסעיף טז פוסק כר"י מיגש וכר"ן, דדין קדמה הודאה לתביעה וסיבת הפטור הוא כעין גזה"כ וגם בהיכי תימצא שקדמה מסיבת דיני הטענות והחיובים או פטורים, פטור.

והרמ"א, הט"ז והש"ך הנ"ל, סברי כריטב"א ור"ה גאון בשערים הנ"ל, דבקדמה הודאה סיבת הפטור הוא משיב אבידה ולכן ל"ש סברת אין מעיז כי לאחר ההודאה מה שטוען יותר הוא ככופר בכל.

יא. הסבר לדין מערים בהילך

בדיני הילך (חוי"מ פז, ג) כתב השו"ע בשם בעל התרומות, דאם נראה לדין שהנתבע מערים לומר הילך לדחות השבועה מעליו חייב לישבע שבועת התורה.

ובב"י כתב, דדין זה נלמד מדין מערים ומתכוין בקפץ והודה. ותמהו (בב"ח ועוד) מה שייכות מערים ומתכוין בהילך. בשלמא לדין דידן, דחזינן דהנתבע עושה שלא כדין ומנסה לגרום שהודאתו תקדם יש לחלק בין מערים למתכוין, אבל בהילך לכאורה סיבת הפטור היא משום שמשלק את התביעה ומה לי אם מערים סוכ"ס הא אומר הילך?

ולחומר הקושיה נראה אולי להסביר ע"פ דברינו. בהילך אפשר דסיבת הפטור היא, שעל חלק ההודאה אין דיון וגם בלי תביעה היה משלם לו ובזה נחלקו הראשונים במה ניכר שקדמה ההודאה בחלק ההילך, הרי הוא בביתו או ה"ה מזומנים בידי לפורעם (לפי הדעות בפטור בהילך), דהיינו לשון ההודאה מחייב אותו בממון שכביכול החזיר לו לפני כן וקדמה ההודאה לתביעה וכלשון הגמ': "כיון דא"ל הילך הני זוזי דקא מודי בהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי" (כפי שנתבאר לעיל בר"ן בשנים אוחזים בטלית, שההודאה ברורה מיד והתביעה לאחר מכן הוי קדמה הודאה לתביעה).

וא"כ ה"נ דבסדר טענות בפני ב"ד קדמה תביעה להודאה אלא מדיני הטענות והחיובים אם מודה בפיקדון כל היכא דאיתא ברשותיה דמרי איתא כלומר הדינים גורמים שחשיב כאילו הודה לו והקנה לו מכבר ולכך משכון ל"ח הילך.

ולשיטת הר"ן בהילך, דשייך גם במעות מזומנים בידו, צ"ל דזהו החידוש של רב ששת בדין הילך, דכשאומר הילך חשיב כמאן דנקיט להו מלוה דמי ודומה

ממש לדברי הר"ן וכדברי הר"ן בשנים אוחזים, דכשנקיט התובע את חלק ההודאה בב"ד חשיב קדמה הודאה לתביעה.

אבל אם נראה לדיין, שהוא מערים, כלומר הוא לא ממש מקנה את החפץ בהודאה גמורה, לדוגמה כשלא מודה מיד ולא ניכר ממש, שלא היה על חלק ההודאה דיון ותביעה אלא כעת לאחר ההודאה מוכן לתת את חלק ההודאה, אז חסר בקדימת ההודאה וחייב שבועה.

אם נרחיק לכת בכיון זה נאמר, שהילך שייך רק באומר הילך וניכר שלפי תומו הקנה ומקנה את החפץ בלי שום תביעה, כדי שנכיר שקדמה הודאה להלכה, אף שלמעשה היתה תביעה לפני הודאתו בהילך וזהו חידוש דין הילך.

ואם מערים, דנראה שאומר שמודה בהילך רק מכח התביעה וההודאה ואז דינו ככל מודה במקצת דאף שסופו שישלם אין זה פוטרו משבועה.

ובדברי בעה"ת,¹⁰ שבשמו אומר המחבר דין זה פסק כר"י מיגש בטענו חיטים וקפץ והודה בחיטים דאין חילוק בין מערים למתכוין והיינו כדכתבנו דדין דקדמה תביעה תלוי גם בחיוב וע"פ זה אנו דנים אם קדמה הודאה או לאו כמתבאר לעיל בשיטתו.

שוב מצאתי בלשון השואל ומשיב (שתיתאי סימן ס), אף שהקשה על הר"ן, שכתב דפטור שבועת מוב"מ בשנים אוחזים הוא מדין קדמה הודאה לתביעה, כתב דהפטור בשנים אוחזים משבועה הוא מדין הילך וא"כ וודאי קדמה הודאה לתביעה ולהכי פטור.

¹⁰ בב"י בשם בעל התרומות בשם הר"י מיגש.

קם ליה בדרבה מיניה בספק חיוב מיתה ובדין איני יודע אם פרעתיך

ראשי הפרקים

- א. ספק חיוב מיתה ותשלומין
 1. יישוב דברי המגן אברהם
 2. ספק חיוב מיתה – איני יודע אם פרעתיך?
- ב. איני יודע אם פרעתיך
 1. חזקת חיוב בצרוף ברי ושמה
 2. אין ספק מוציא מידי ודאי
 3. אמרי בינה – הסכם
- ג. בית הלוי – אין ספק מוציא מידי בטוען שמא
- ד. סיכום
- ה. קובץ שיעורים – שני דינים ב'איני יודע אם פרעתיך'

א. ספק חיוב מיתה ותשלומין

ר' אלחנן בקוב"ש ר"פ אלו נערות דייק מדברי רע"א בדרו"ח,¹ שספק חיוב מיתה אינו פוטר מתשלומין ולא אמרינן קם ליה בדרבה מיניה, ע"ש. וצ"ח לרש"י ב"ק לה, א שכל מבואר בדבריו.

¹ עיי' תוס' ר"פ אלו נערות (ד"ה ועל הכותית), שהקשו על פרש"י דכונת התנא כותית יש לה קנס דקסבר גירי אריות הם. והקשו תוס' דא"כ הוי ליה נכרית ולנכרית אין קנס כמבואר בפ"ק דכתובות (דלגיוורת קטנה אין קנס דילמא תמחה ואזלא ואכלה בגיותה). ועל כך העיר רע"א דא"כ למה התנא שנה כותית ולא נכרית, ועל כך הוסיף רע"א, וז"ל: "ונראה דהומ"ל דטעמא דנכרית אין לה קנס כיון דקנאים פוגעים בו הו"ל כמו חייבי מיתות ב"ד דקלב"מ וא"כ היה מקום לחלק דזהו רק בנכרית ממש אבל בכותית דאפשר דהרבה מהם נתגייירו לש"ש והווי גרים גמורים והבא על הכותית אין קנאים פוגעים בו דשמא היא גיורת גמורה, וא"כ אף אם קמי שמיא גלי' דהיא מאותן גירי אריות מ"מ כיון דאנן לא ידעינן ואין קנאים פוגעים בו אינה בכלל חיוב מיתה ולהכי משלם קנס לזה הוצרכו לראיה מפ"ק דפרכינן דלמא אזלה ואכלה בגיותה אף דהתם עכ"פ עכשיו היא בכלל גיורת ואין קנאים פוגעים בו וא"כ אף אם תגדל ותמחה ותהיה נכרית למפרע מ"מ מגיע לה הקנס דהא לא הוי קלב"מ דבעידן דבא עליה לא היו קנאים פוגעים בו אע"כ דנכרית מצד עצמותה לית לה קנס בלאו טעמא דקלב"מ בזה קשה על הנתנה". נמצא, שלדעת רע"א חיוב מיתה מדין קנאים פוגעים פוטר מממון, וספק חיוב מיתה אינו פוטר

במשנה (ב"ק לד, ב) למדנו, ש"יש חייב על מעשה שורו ופטור על מעשה עצמו". ונתבאר בגמ' כגון פעולת נזקין הכרוכה בחילול שבת, על נזקי שור נחייב ואילו האדם יהיה פטור מצד דין קלב"מ. וז"ל רש"י:

ומנא ידעינן - דלהכי איכוין (דהיינו השור) דאצטריך לאשמועינן מתניי דאע"ג דמריה כי האי גוונא מפטר בתשלומין הוי שור חייב, דאי מסתמא אפי' מריה נמי מיחייב אי לא ידעינן ביה דצריך לאפרו ואין כאן יש חייב על מעשה שורו ופטור על מעשה עצמו.

כאמור, מדברי רש"י עולה, שהמבעיר בשבת, ואין אנו יודעים אם צריך האפר אם לאו (נפ"מ אי חשיב מלאכה הצריכה לגופה) יתחייב לשלם בעד נזק, שעשה באותה הבערה, ולא יחול כאן דין קלב"מ.²

ויש לעיין בתרתי – א) מה גרע חיוב מיתה מספק, מחייבי מיתות שוגגין. ב) מדוע המזיק/נתבע הנ"ל אינו יכול לטעון: 'הממע"ה' ומספק לא נוכל לחייבו בתשלומין?

ועיין קובץ ביאורים ב"ק אות יח, דחייבי מיתות שוגגין פטורין מכח היקש מכה אדם למכה בהמה (כשם שלא חלקת במכה בהמה לחייב כך לא תחלק במכה אדם לפטור) ובספק י"ל דנקיש איפכא: כשם שחלקת במכה בהמה בין ספק לודאי, שכן ספק פטור, כך תחלק במכה אדם בין ספק לודאי.

אף בסברא יש לחלק בין חייבי מיתות שוגגין לספק חיוב מיתה: בחייבי מיתה שוגגין המעשה הוא מעשה המחייב מיתה אלא שהעושה פטור מעונש, אבל בספק חיוב מיתה אין חיוב מיתה כלל. הרשב"ם (ב"ב נב, כתב שדין

מממון מדין קלב"מ. דברי רע"א צ"ב, שכן בפשטות איירי בצינעא ובוועל נכרית בצינעא אין דין קנאים פוגעין בו, וכבר העיר כן הדברי יחזקאל כג, ד; עכ"פ למה שתפס שמירי בפרהסיא, אין לכאורה לומר שמספק אינו נפטר מממון הואיל וחיוב המיתה בספק חסר בפרהסיא, דא"כ העיקר חסר מן הספר; ועוד יש להעיר, דנכרית אין לה קנס דחזקתה להיות בעולה. ובענין קלב"מ במיתה כגון קנאים פוגעין, רודף וכד' ע"ע דברי יחזקאל כג, א-ב; פרמ"ג בספרו שושנת העמקים כלל כא; אפיקי ים ב סו"ס מ ועוד ואכמ"ל. עוד יש להעיר, כי אלמלא דברי הדברי יחזקאל והקובץ שיעורים היה ניתן לומר שאין מדברי רע"א ראייה לנדון פטור מממון בספק חיוב מיתה, שכן בחייבי מיתות שוגגין הפטור אינו בגלל הענישה בפועל, כמובן, אלא בעצם מעשה העבירה, ואילו במיתה כקנאין פוגעין אם אין חיוב בפועל ייתכן ואינו מוגדר כמחוייב כלל.

² אך יש שדחו ראייה זו מדברי רש"י. לדינא י"ל, שספק חיוב מיתה אכן פטור מממון, דלא גרע מחייבי מיתות שוגגין, אלא שבהו"א בגמ' עדיין לא ידעו את ההלכה שחייבי מיתות שוגגין פטורים מתשלומין, וס"ל לגמ' כעת, דרק חייבי מיתות מזידין (שיש בהם חיוב מיתה בפועל) נפטרים מממון. (שיעורי הגרש"ש ב"ק סי' ל וסיים 'וכמדומה ששמעתי זאת מפי בעל המחבר סי' שפת היס ז"ל, והדברים נכונים').

ספק נפשות להקל נלמד מפסוק (ושפטו העדה והצילו העדה) ותוסי' הקשו ל"ל קרא, סברא היא, שא"א להרגו מספק ויש שתוצו שקמ"ל קרא שפטור מדין ודאי.³ מעתה אין סיבה כלל לפטרו מתשלומין בכה"ג. אך עדיין יש לעיין במה גרע מחייבי מיתות שווגין שפטורים – מדין ודאי – מחיוב מיתה.

הפרמ"ג בפתיחה כוללת (או"ח ח"א אות ב)⁴ דן בכך ונימוקו עמו – בחייבי מיתות שווגין אומרים קלב"מ כי אילו היו מזידין היו חייבים מיתה, משא"כ בספק לעולם לא יבוא לידי חיוב מיתה (וע"ש רש"י ב"ק הני"ל). ולכן מסתפק הפרמ"ג בדברי המג"א (או"ח רעח, דלא כבנדפס רע"א), שכתב שהטור מסופק אם הלכה כר"י או כר"ש בענין משאצ"ג בשבת ולכן החובל בחבירו בשבת פטור מממון מספק דהממע"ה, ולפרמ"ג אין בכה"ג פטור של קלב"מ. (וז"ל: "או דלמא לא דמי לשווגין דאמרינן אלו אתרו ביה פטור הוא הדין שוגג, משא"כ בספק דאי אפשר לו בשום צד חיוב מיתה אפשר דאין פטור מתשלומין").

כדברי רע"א נמצא כבר בהפלאה במקום, וכתב דאין לפטור מקנס מטעם דקנאין פוגעין בו – בבא על הכותית – "כיון דעכ"פ מתנהגין במנהג יהדות (וצ"ב בכונת דבריו, ואולי מרמז לדברי הרמב"ם בהל' איסו"ב, שאין קנאין פוגעין אלא בבא על עכו"ם ולא על גר תושב) וגם מספיקא כיון דנטמעו בהן בנות ישראל".

לסיכום: לדעת ההפלאה ורע"א (להבנת הקוב"ש, ראה הערה 1 בסופה) ספק חיוב מיתה אינו פטור מתשלומין, לדעת המג"א ספק (לכה"פ ספיקא דדינא) חיוב מיתה פטור מתשלומין, והפרמ"ג מסופק בדבר. הקוב"ש, כאמור, הביא סיוע לדברי רע"א מדברי רש"י ב"ק לה, א.⁵

1. יישוב דברי המגן אברהם

ביישוב דברי המג"א עם דברי רש"י בב"ק, עיי' בספר בכורי שלמה (השמטות לאו"ח סי' ה בתשובה לגר"ח ברלין), שמחלק בין ספק חיוב מיתה, שלמג"א

³ יש שכתבו שנפ"מ לדין י'כמיתת הבעלים כך מיתת השור' ואכמ"ל.

⁴ הו"ד במנ"ח מ' לו מהדורת מכון ירושלים אות ח ד"ה והר"מ.

⁵ ועיי' תוסי' הרשב"א משנץ כתובות ל, ב ד"ה ואי, דמדבריו עולה, שחלוק הר"ש עם ר"ת בנדון דידן. ר"ת סבור, שחייב ממון והר"ש תמה דהיאך נחייבו ממון, אדרבה נימא הממע"ה. אך ייתכן ונחלקו בענין אחר, בפרט לפי האופן בו הובאו דברי ר"ת בתוסי' הרא"ש, ע"ש.

אינו פוטר מתשלומין, הואיל ובאופן עקרוני יש כאן חיוב ממון וספק על הפטור לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ולהוי אידך הממע"ה, דבאופן דאמרינן קלב"מ, עדיין מהני תפיסה, דהמזיק חייב אלא שמדין קלב"מ אין בי"ד מוציאין ממנו (ולכן חייב לצי"ש), אך מ"מ יש למזיק חזקת 'אינו חייב מיתה' (עפ"י הצ"ח לפסחים יד) וכשנעמידו על חזקה זו שוב אפשר לחייבו ממון, משא"כ בספיקא דדינא, שלא מעמידים בו על החזקה ולכן אין מעמידין אותו בחזקת אינו מחוייב מיתה, לחייבו ממון, ע"ש. ובאופן אחר כתב שם, וכ"כ בשו"ת תורת חסד (מלובלין) חאו"ח סימן נא אות ז, שמחלק בין ספק שנקבע בתלמוד (תיקו וכד') וחשיב כספק שאינו יכול להתברר בשום בי"ד (עד ביאת אליהו) וכן בספק במציאות, שאינו יכול להתברר עוד, י"ל שלא נפטר מתשלומין, לעומת ספק, כגון ספקו של הטור בענין מלאכה שא"צ לגופא, שייתכן ויוכרע ע"י בי"ד ולכן פוטר מתשלומין – מספק, ע"ש.

2. ספק חיוב מיתה – איני יודע אם פרעתיך?

והנה, ביסוד דברי המג"א יש לעיין, האם בספק קלב"מ, שנובע מספק חיוב מיתה יש לומר הממע"ה. במשנה ב"ק קיח שנינו, שהאומר לחבירו גזלתך, הלויטני, הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרת לך חייב לשלם, אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתך וכו' פטור מלשלם ולמסקנת הסוגיא נפסק להלכה בשו"ע חו"מ עה, ט, שהאומר לחבירו מנה הלויטך והלה משיב איני יודע אם הלויטני פטור, אך אם השיב איני יודע אם פרעתיך חייב. לכאורה נידון דידן דמי לאומר איני יודע אם פרעתיך, שכן מעשה מחייב נעשה בודאי (חבל בחבירו) וסיבת/טענת הפטור – המקבילה לכאורה לטענת פרעון, מוטל בספק, ולא כהבנת המג"א שיש לומר בכה"ג הממע"ה.

יעויין קוב"ש ב"ב (דף נב) אות רכג (הנ"ל) בסוף דבריו, שאכן כותב שבספק חיוב מיתה אין לפטור מתשלומין דהוי כאומר א"י אם פרעתיך, וצ"ב כיצד, לדעת המג"א, יש לפטור?

ב. איני יודע אם פרעתיך

אמנם יש לדון בענין זה, דמצינו בפוסקים מספר שיטות לבאור סיבת החיוב באומר א"י אם פרעתיך וכדלהלן:

1. חזקת חיוב בצרוף ברי ושמא

בש"ש (ב,ז) כתב דבאומר א"י אם הליתני, היינו ברי ושמא פטור, דאמרינן אוקי ממונא אחזקתיה, ואילו באומר איני יודע אם פרעתוך ברי ושמא ברי עדיף, כי חזקת החיוב (ההלואה ודאית) מגרעת לחזקת הממון ובכה"ג ברי עדיף.⁶

באופן דומה יש מקום לומר, שבכל ברי ושמא לא מוציאים ממון כי יש חזקת ממון, ועל אף שזו חזקת ממון גרועה, שכן הנתבע טוען שמא, מ"מ אין בכחה של האומדנא, בכך שהתובע טוען טענת ברי, להוציא ממון, אך כשיש חזקת חיוב (איני יודע אם פרעתוך) מהני חזקת החיוב להוציא מטוען שמא, כי טענת השמא מגרעת המוחזקות שלו (לגישה זו מוחזקות תלויה בטענות ויש להאריך עוד בענין זה בעז"ה).

נפ"מ בין שתי הגדרות אלו (ר"ל האם חזקת החיוב מגרעת לחזקת הממון ואז ברי עדיף או שטענת השמא מגרעת לחזקת הממון), כשהתובע והנתבע, טוענים שניהם שמא ומסופקים בפרעון: אם חזקת החיוב מגרעת לחזקת הממון ואז ברי עדיף (ר"ל מבוססים על האומדנא של טענת הברי) וכד א', הרי שבכה"ג, ששניהם טוענים שמא לא יוציא, ואילו לצד ב', שהטוען שמא מוחזקותו חלשה וחזקת חיוב מועילה להוציא, אף כשהתובע טוען שמא יכול להוציא.

ועיי מל"מ (שאלה ד,א), שסובר, שבשמא ושמא ואיני יודע אם פרעתוך חייב (ע"ש היטב באיזה מקרה פטר) והמגיה הביא בשם מהרשד"ם לפטור בכה"ג. וי"ל שנחלקו בגדר הני"ל.

הרשב"א המצויין במל"מ שם, נמצא בחידושו לגיטין עח,ב. בזרק לו (הלוח למלוח) חובו (ר"ל כסף לפרעון) ואבד וספק אם הכסף היה קרוב למלוח או קרוב ללוח ויש תרי ותרי, נפסק שבתרי ותרי יחלוקו. והקשה הרשב"א – אמאי יחלוקו ה"ז כאומר איני יודע אם פרעתוך? (ומסתמא גם התובע א"י

⁶ הטי"ז, נדפס בסו"ס עה נוקט, לכאורה, טעם זה של חזקת חיוב ועיי פתי"ש שם ס"ק כז. ועיי קו"א לשו"ת מהרי"ל דיסקין סימן ג, שהוכיח מלשון הקדמונים (עיי למשל בעל התרומות שער לח ח"ג אות ד, מ.ב.), שירש שטען א"י אם פרע לך אבא פטור דלא הוי ליה למידע, ולכאורה היה להם לומר, שאף דהוי איני יודע אם פרעתוך, הואיל וקיי"ל שעבודא לאו דאורייתא והאפשרות לגבות מיורשים היא משום נעילת דלת וכך תיקנו חכמים, הרי שגבייה מיורשים לעולם הוי כחיוב חדש שחל עליהם בפטירת מורישם ובספק אין לבוא מכח חזקת חיוב, ומכאן מוכח, שהחיוב בטוען איני יודע אם פרעתוך אינו מבוסס על חזקת חיוב.

אם אכן פרעו והמעות היו קרובים למלוה, ושמא י"ל דאף אם יטענו בברי י"ל דלא תועיל טענת ברי כאשר יש תרי ותרי).

נפ"מ נוספת, למל"מ, שכנ"ל מסתמך על אומדנא הנובעת מטענת הברי, זה דוקא בשמא גרוע אך בשמא טוב חסרה האומדנא, וע"ש שכתב כן המל"מ להדיא.⁷

2. אין ספק מוציא מידי ודאי

אופן אחר להגדיר את סיבת החיוב בטוען איני יודע אם פרעתיך נמצא בדברי הרי"ף בסוף ב"ק. ונימוקו – אין ספק מוציא מידי ודאי (ביטוי מושאל מיבמות לח) וכונתו, ספק הפרעון אינו מוציא מידי החיוב הודאי. הש"ך (עה ס"ק כז) אזיל לכאורה בשיטת הרי"ף, אך מצרף תנאי נוסף ואומר שבכה"ג (שיש ספק וודאי), ברי ושמא ברי עדיף ונמצא שלדברי הש"ך סברת הרי"ף מהני רק בברי ושמא אך בשמא ושמא לא נוציא ממון.

עפ"י דבריו חידש הש"ך, שאם ספק הפרעון קדם להלואה עדיין חשיב איני יודע אם פרעתיך ולא כאיני יודע אם נתחייבתי (למרות שבכה"ג אין לכאורה חזקת חיוב) דעדיין יש כאן גדר של אין ספק מוציא מידי ודאי. ואשכתן כה"ג בשומר חפץ לחבירו והחפץ אבד ואח"כ הנפקד הלוח למפקיד. ההלואה ודאית והפרעון ספק, כי לא ידוע אם שווי הפקדון שאבד היה בגובה ההלואה או פחות, והש"ך מחייב כי אין ספק מוציא מידי ודאי ויש ברי ושמא למרות שאין כאן חזקת חיוב כי אם שווי הפקדון כשיעור ההלואה הרי מעולם לא היה חייב למלוה שאיבד את פקדונו.⁸ [נקודת החידוש שבש"ך – החיוב בטוען איני יודע אם פרעתיך אינו תלוי בחזקת חיוב].

3. אמרי בינה – הסכם

באור אחר לגדר החיוב בטוען איני יודע אם פרעתיך נמצא בדברי האמרי בינה (דיני טוען ונטען סי' ד), וז"ל:

אומדנא דמוכח הוא, שזה (המלוה) לא הלוחו שאם יסתפק לו ודמיונו יכזב לו, שאולי פרע לו היה פטור מלשלם וזה יפסיד.

⁷ ובענין זה אי מחייבים לטוען איני יודע אם פרעתיך דוקא בשמא גרוע או לא, עיי' תומים עה ס"ק כב.

⁸ אם כי יש לדון בשאלה כיצד דנים בתביעות הדדיות – קיזוז, דהיינו לראות בתביעה הנגדית טענת פרעון או זה גובה וזה גובה וע"י קצוה"ח עה, ובנתה"מ עה, וש"נ.

כלומר בכל הלואה יש הסכמה פשוטה, שהמלוה זכאי לקבל כספו בחזרה, וספיקות של הלוה – שמודה בהלואה לא יפטרוהו (ייתכן ואפילו כשהתובע טוען טענת שמא, אך דבר זה אינו ברור כה"צ). יסוד דבריו עפ"י חידוש של סי' בשמים ראש, שהדין שמלוה בשטר טוען שטרך בידי מאי בעי והלוה אינו נאמן בטענת פרעון, נובע מאומדנא כנ"ל שהמלוה נאמן בטענתו כל עוד שטרו בידו.⁹

שיטה זו מצמצמת את הדין של איני יודע אם פרעתיך להלואות בלבד, שכן יסוד הדין הוא באומדנא שעל דעת כך הלוהו. בחוב הנוצר בעקבות נזק וכד' אין, כמובן, מקום לטענה זו.¹⁰

מעתה יש לבדוק, האם בנידון דידן – ספק חיוב מיתה – טענת הפטור, לעומת סיבת חיוב ודאית, האם תיכלל בדין איני יודע אם פרעתיך, בהתאם לשיטות הנ"ל:

ראשית – אין בנידון שלנו חזקת חיוב. חזקת חיוב אין ענינה סיבת חיוב ודאית אלא חיוב בפועל, ובדבר זה גופא אנחנו מסופקים, לכן לפי השי"ש ולפי הבאור השני (לעיל), וכן לדעת הט"ז, שהחיוב באומר א"י אם פרעתיך מבוסס על חזקת חיוב אין לחייב בנידון שלנו מטעם איני יודע אם פרעתיך, אלא אמרינן הממע"ה.

כמו כן י"ל לשיטת השי"ך, שהחיוב נובע מ'אין ספק מוציא מידי ודאי' – סברה ששייכת כאן, אך השי"ך דרש טענת ברי ובנידון שלנו התובע אינו טוען ברי (ספק חיוב המיתה הוא ספק הלכתי ואינו תלוי בדעתם כלל).

ברור שהנדון שלנו אינו הלואה ולכן לשיטת האמרי בינה אין בנדון דידן מקום לחיוב מכח 'איני יודע אם פרעתיך'.

ג. בית הלוי – אין ספק מוציא מידי בטוען שמא

אמנם דברי ר' אלחנן יובנו עפ"י שיטה נוספת המובאת בשו"ת בית הלוי (ח"ב סי' מ אות יז) ולדעתו די בסברת 'אין ספק מוציא מידי ודאי' אף ללא טענת

⁹ בניגוד, כמובן, להבנה ה'רגילה' בגדר טענת שטרך בידי מאי בעי, שיש כאן הוכחה, וכפשטות הלשון, אומר המלוה: אם פרעת מדוע הנחת שטרך בידי? וע"י עוד כבאור זה בדברים המיוחסים לגר"ח או לגר"יז בענין שטרך בידי מאי בעי עפ"י דברי הרמב"ם מלוה ולוה יא,א.

¹⁰ וכן יש לשים לב, שלפי הבשמים ראש טענת שטרך בידי מאי בעי לא שייכת כלפי מעשה בית דין וצ"ע.

ברי. ובאור הדבר, ככל הנראה, שכאשר נוצר חוב ודאי וספק פטור, הספק לא נחשב לספק כלל אף ללא טענת ברי. בית הלוי מסתמך על הש"ך הנ"ל, שס"ל שאף ספק פרעון קודם הלואה חשיב כאיני יודע אם פרעתיד אף שאין בכה"ג חזקת חיוב ואינו מזכיר כלל, שהש"ך מסתמך על צרוף האומדנא של ברי ושמא ולבית הלוי אי"צ טענת ברי. ואם נאמר שכך סובר ר' אלחנן ניתן להבין את דבריו ביחס לספק חיוב מיתה במקום חיוב ממון (לענין קלב"מ).

וכך תובן ראייתו של ר' אלחנן מב"מ מ"ב, ב:

ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן להו תורא ליתמי ומסריה לבקרא לא הו ליה ככי ושיני למיכל ומית אמר רמי בר חמא היכי נדיינו דייני להאי דינא נימא ליה לאפוטרופא זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרתיה נימא ליה לבקרא זיל שלים אמר אנא בהדי תורי אוקימתיה אוכלא שדאי ליה לא הוה ידעינן דלא אכל מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא איבעי ליה לעיוני אי איכא פסידא דיתמי הכי נמי והכא במאי עסקינן דליכא פסידא דיתמי דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זווי מיניה אלא מאן קא טעין מריה דתורא קטעין איבעי ליה לאודוען מאי מודעינן ליה מידע ידע דמקח טעות הוי בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא הלכך מישתבע איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול.

הקשו הרמב"ן והר"ן הרי הבקרא יכול לטעון 'איני יודע אם נתחייבתי', שכן אם הספסירא ידע שאין לבהמה שיניים מעולם לא נתחייבתי. ושניהם תירצו, (לאחר העמדת אוקימתא מקומית) שאין ספק פטור (פשיעתו של הספסירא) פוטרת מחיוב (פשיעת השומר) ודאי.

מכאן מוכיח ר' אלחנן, שבכה"ג אומרים שאין ספק פטור, פוטר מחיוב ודאי.

מקרה זה יובן לפי הש"ך כי הספסר טוען ברי שלא ידע, ויש כאן מצב של אין ספק מוציא מידי ודאי. גם לר' אלחנן אי"ש כי הוא דורש סברת אין ספק מוציא מידי ודאי, ואילו לסוברים, שבעי נמי חזקת חיוב צ"ע, כי בנידון דספסירא אין חזקת חיוב (לא היה זמן, שהיה בו חיוב בפועל)!!

ד. סיכום

שאלתנו האם מקרה בו יש ספק חיוב מיתה פוטר מתשלומין והאם נידון זה שייך לסוגיית איני יודע אם פרעתיד, תלויה בשיטות הנ"ל בגדר החיוב בטוען איני יודע אם פרעתיד. למי שמצריך חזקת חיוב – הכא ליכא חזקה זו. ולאמרי בינה, סברתו שייכת ביחס בין מלוה ולוה בלבד. אך לפי דעה ג' בבית

הלוי הנ"ל, שאיני יודע אם פרעתיך חייב מסברה, ש"אין ספק מוציא מידי ודאי י"ל דה"ה לכאן. (ואפילו לש"ך יש לחלק כי הש"ך דורש צירוף של ברי ושמא וכאן שני הצדדים טוענים שמא).

מעתיק י"ל, שהמג"א שטען ש"ל שפטור מתשלומין כי הממע"ה יש לו על מי לסמוך, ור' אלחנן הוא המחדש כאן, בפרט שדבריו תלויים ג"כ במחלוקת המל"מ והרשב"א בטוענים שמא ושמא (מל"מ רפ"ד משאלה ופקדון וכנ"ל)

אמנם ראיית ר' אלחנן מב"מ (ההוא בקרא) עומדת בסתירה לדעות שצריך חזקת חיוב. אך לאמרי בינה לק"מ, כי ייתכן וסברתו, שהמלוה דורש טענה ברורה מהלוה, שייכת גם ביחס לחיובי שומר וצ"ב. [וראה באוצר מפרשי התלמוד שם, שכתבו ביחס לדברי הרמב"ן שיש כאן חזקת חיוב וצ"ב].

ה. קובץ שיעורים – שני דינים ב'איני יודע אם פרעתיך'

דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר. שו"ר שר' אלחנן דן בענין זה בכמה מקומות: קוב"ש ח"ב סו"ס ג ובסוף ב"ב ובשני המקומות כותב כך: יש שני יסודות באיני יודע אם פרעתיך (אך לא כבית הלוי שטוען או כך או כך, לר' אלחנן הפירוש הוא ששתי הגישות נכונות, במצבים שונים):

(א) חזקת חיוב בתוספת ברי ושמא ובכה"ג אפילו בשמא טוב חייב. (הפרט לגבי טיב השמא נסתר לכאורה מכתובות יב,ב וכפי שטוען בית הלוי).

(ב) אין ספק מוציא מידי ודאי.

ואם ישאל השואל – אם קיים טעם ב' למה לי טעם א' טעם ב' נכון רק כשאין ספק לפנינו אך אם יש לפנינו ספק א"א לומר שאין ספק מוציא מידי ודאי, וצריך חזקת חיוב. (וכנ"ל דאין ספק מוציא מידי ודאי פירושו שאין כלל ספק, אך בספק לפנינו א"א לומר דאין כאן ספק), וצ"ב מה ההגדרה של ספק לפנינו. עכ"פ לפנינו שיטה חדשה ביסוד טענת איני יודע אם פרעתיך המורכבת משתי טענות נפרדות ולגישה זו צדק המג"א במש"כ לגבי ספק חיוב מיתה ופטור ממון. והדברים מבוארים בח"י הגרש"ש (ראה לעיל הערה 2) בשם הרשב"א גיטין עה,א, שרק בספק שאינו לפנינו חייב באיני יודע אם פרעתיך, משא"כ בספק לפנינו, ע"ש.

הרב יוחנן גבאי

היפוך בשבועת הנוטלים

ראשי הפרקים

- א. מקור הדין
- ב. שיטת רש"י – יש היפוך בשבועת הנוטלים
- ג. סתירה בדברי רש"י
- ד. ישוב דברי רש"י
 1. ראב"ד
 2. מהרש"א
 3. רע"א
- ה. שיטת הרמב"ם – אין היפוך בשבועת הנוטלים
- ו. נ"מ בין שיטת רש"י לשיטת הרמב"ם
- ז. היפוך שבועה – שבועה חדשה או אותה שבועה
- ח. אי אפשרי בתקנת חכמים

א. מקור הדין

איתא בגמ' שבועות (מא,א) :

מאי איכא בין שבועת דאורייתא לשבועה דרבנן איכא ביניהו מיפך שבועה. בדאורייתא לא מפכינן שבועה בדרבנן מפכינן שבועה, ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן שבועה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן איכא ביניהו מיחת לנכסיה.

מסביר רש"י את שאלת הגמ' מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, פירוש בין שבועת מודה מקצת לשבועת היסת של רב נחמן. ויש לברר מה הדין בשבועת הנוטלים, האם דינה כדין שבועה דאורייתא ולא מפכינן או כיון שגם היא מתקנת חכמים דינה יהא כשבועת היסת ומפכינן.

ב. שיטת רש"י – יש היפוך בשבועת הנוטלים

במשנה כתובות (פז,ב), הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה. ובגמ' שם : סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא דקא טעין מאתיים וקא מודה

ליה במאה, הויה ליה הודאה במקצה הטענה וכל המודה במקצת הטענה ישבע אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו'.

והסבר דברי הגמ' כד: רמי בר חמא חשב, ששבועת האשה הפוגמת כתובתה הרי היא כשבועת מודה מקצת, ובמסקנא אמר רבא שאין שבועה זו דומה לשבועת התורה אלא שזו שבועה אחרת - שבועת הנוטלים - שבועת המשנה, ומסביר רש"י שם למאי נ"מ למיפך שבועה.

וכתב הש"ך (חו"מ פז, ל), שמדברי רש"י עולה, ששבועת הנוטלים מפכינן בשבועה כדין שבועת היסת.

וכתב עוד בדברי רש"י, שאפשר להפוך כל סוגי שבועת הנוטלים, לא מיבעיא בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין היו צריכים ליטול ללא שבועה, כגון פוגמת כתובתה אלא שחכמים תיקנו שיטלו בשבועה. אלא גם בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין אינם יכולים ליטול אלא השבועה היא שמזכה אותם ליטול כגון שכיר ונחבל, אף באלה, יכולים להפך שבועה על הנתבע. והטעם לזה, כיון שחכמי המשנה תיקנו להם שיטלו בשבועה, תקנה זו היתה לטובתם, שיטלו בשבועה בע"כ של הנתבע, כ"ש שיוכלו להפך את השבועה על הנתבע.

ובאמת הר"ן (שבועות כא בדפי הרי"ף) כתב, שיש הבדל בין שני סוגי השבועות. במקום שצריך ליטול מדינא ללא שבועה כגון פוגמת כתובתה, יש בכוחו להפך שבועה כי הסיבה שבשבועה דאורייתא לא מפכינן משום שיש על הנתבע חיוב מרובה וה"ה לשבועת הנוטלים, שמדינא אין התובע צריך לישבע יכול להפך על הנתבע.

והוסיף וכתב, שזה נראה דעת רש"י שכתב (כתובות פח, א) אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, דנ"מ לענין מיפך והנדון שם פוגמת כתובתה ורק בשבועה כעין זו אפשר להפך.

אמנם, כתב הר"ן, ששיטת הרי"ף היא, שאין הבדל בין סוגי השבועות ואף בסוג זה אין מהפכין, כי דוקא מנתבע לתובע מהפכים בשבועה, דאמר ליה אנת לית לך גבאי ולא מידי, אנת אי ניחא לך אשתבע ושקול, אבל כאשר התובע רוצה להפך יכול הנתבע לומר אי ניחא לך אשתבע ושקול ואי לא ניחא לך ובעית להפוכי עלי שבועה. אע"ג שזה לטובתי לא ניחא לי בתקנה זו.

ולפי דעתו יש צורך להסביר דברי הגמ' בשבועות (מב, א): מאי איכא בין שבועת דאורייתא לדרבנן, שהכוונה - מה ההבדל בין שבועה דאורייתא

לשבועת היסת של ר' נחמן כפירוש רש"י שם, דאל"כ אין נ"מ בין שבועה דאורייתא לשבועת המשנה.

וכתב התומים (פז ס"ק יג) שדברי הש"ך הנ"ל צ"ע, שהרי רש"י פירש את הגמ' (שבועות מא,א) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן והיא שבועת היסת, ולדברי הש"ך, שכתב בדעת רש"י שמפכינן בשבועה – בכל סוגי שבועות הנוטלים, א"כ יכול רש"י לכתוב ששבועה דרבנן הכונה לשבועת המשנה ומה מאלץ אותו לפרש שהיא שבועת היסת.

ועוד שאל לדברי הש"ך, שבכל שבועות הנוטלים אפשר להפך, א"כ אף שבועת שכיר בכלל, וכיצד אפשר להפך שבועה על בעה"ב והרי היה טרוד בפועליו וכיצד נשביעהו בדבר שאינו זוכר.

וסיים התומים, שברור שבשבועות כעין אלה אי אפשר להפך.

והיה אפשר ליישב קושית התומים כך: קצוה"ח (פז ס"ק יד) סובר, שבשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין נוטל ללא שבועה, אם מהפך השבועה על שכנגדו והלה לא רוצה לישיבע יורדים לנכסיו כדין שבועה דאורייתא. לפי זה אפשר היה לומר, שרש"י פירש (שבועות מא,א) את ההבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, שהיא שבועת היסת ולא שבועת הנוטלים, משום שהגמ' בהמשך הביאה נ"מ נוספות, ואחת מהם היא, שבשבועה דאורייתא אם לא נשבע יורדים לנכסיו, ואילו בשבועה דרבנן אין יורדים לנכסים. לדברי קצוה"ח, שאף בשבועת המשנה, אפשר לרדת לנכסים א"כ הנ"מ שמביאה הגמ' אינה נכונה.

אלא שיש לדחות, כיון שלדעת הש"ך ועוד אחרונים, בשבועת המשנה אם מהפך עליו ואינו רוצה לישיבע אין יורדים לנכסים (דלא כדעת הקצוה"ח) ורק אם תפס אין מוציאין מידו והדרה קושיא לדוכתא.

ג. סתירה בדברי רש"י

האחרונים שואלים על שיטת רש"י, שלכאורה סותר דבריו. בכתובות (פז,ב) (סוגית פוגמת כתובתה) כתב, שהנ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן הוא מיפך שבועה ואילו בסוגיא בכתובות (פח,א) לגבי ע"א שמעיד, שכתובתה פרועה, ואמר רב פפא אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא. הסביר רש"י שם נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן - נקיטת חפץ ומדוע שינה מדבריו?

ד. ישוב דברי רש"י

1. ראב"ד

הראב"ד (כתובות מח,א דפי הרי"ף), מסביר את דברי הגמ', דאי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא מיירי באשה שכבר נשבעה שהבעל לא פרע לה כתובתה וגבתה את כתובתה ואח"כ בא הבעל עם ע"א ורוצה לחייבה שבועה דאורייתא.

וא"כ ניתן לומר ששיטת רש"י כדברי הראב"ד, ומיירי שהאשה כבר נשבעה ולכן לא שייך נ"מ של מיפך שבועה ולכן רש"י הביא נ"מ אחרת של אנקוטי חפצא, מה שאין כן בדף פז,ב שם רש"י כותב נ"מ של מיפך שבועה כי שם בסוגיא אי אפשר להעמיד שהאשה כבר נשבעה, שאם כך ממילא נטלה את כספה ואין לבעל יכולת לתובעה על כך, לכן רש"י מעדיף להביא את הנ"מ של מיפך שבועה ולא אנקוטי חפצא שהיא נ"מ מתכסיסי השבועה. וכתב רע"א (בחידושו כתובות פח,א), שדברי הראב"ד ניתנים להאמר דוקא אליבא כשיטת רש"י שסובר שיש הבדל בין שבועת המשנה לשבועה דאורייתא לענין אנקוטי חפצא ולכן אע"פ שהאשה נשבעה כבר שבועת המשנה יכול הבעל הפקח לבא ולהשביעה שבועה דאורייתא בנק"ח, אבל לפי דברי תוס' ושאר הראשונים, שסוברים שאף בשבועת המשנה נשבעים בנק"ח ברור הדבר שהבעל אינו יכול לחזור ולהשביעה כיון שאין הבדל בין שני סוגי השבועות.

2. מהרש"א

המהרש"א שם בסוגיא מסביר את דברי רש"י באופן הבא: הסוגיא בכתובות פח,א דנה בפקח, שרוצה להשביע את האשה וכתבה את הנ"מ של אנקוטי חפצא ולא מיפך שבועה וזאת משום שישנם אנשים שבטוחים בתביעתם הצודקת ומוכנים אפילו לישבע ואף מעדיפים לישבע וליטול ולכן אי אפשר לכתוב את הנ"מ של היפוך שבועה, כי הם מעדיפים לישבע וליטול ואילו בסוגיא בכתובות (פז,ב) באדם שאינו פקח, באדם ה"טבעי" שמעדיף לא להשבע ולכן רש"י מביא את הנ"מ של היפוך שבועה.

מדברי המהרש"א עולה, שכאשר אדם פקח ובטוח בתביעתו מעדיף הוא להשבע ואינו חושש לשום סרך איסור בשבועה זו. ויש להעיר מדברי החתם סופר חו"מ (סימן צ), שנשאל האם יש אמת באימרה שאנשים מספרים, שמי שנשבע אפילו על אמת יש בידו עבירה. וכתב החת"ס שאיתא בחז"ל, שאלף עיירות היו לינאי המלך וכולם נחרבו על עון שבועת אמת.

מדבריו עולה שאף שנשבע על אמת יש עוון בידו. אמנם יש להעיר ממחלוקת הראשונים בספר המצוות. הרמב"ם במצוות עשה ז כתב: "בעת הצורך מצווה בה והיא מצות עשה" וביאור דבריו שכאשר יש צורך להשבע מקיים בזה מצוה. ואף הרמב"ן בהשגותיו כתב שאין זו מצות עשה אלא רשות, וודאי שיסכים שאפשר להשבע ואין בזה שום סרך איסור.

3. רע"א

רע"א בחידושו (כתובות פח,א) מיישב דברי רש"י, עפ"י דברי הש"ך (פז,ל). הש"ך כותב, שיש נ"מ בין שיטת רש"י לרמב"ם, במקרה שיש ללווה עד מסייע שפרע את ההלוואה וצריך בעל השטר לישבע, ומהפך את השבועה על הלווה באופן זה אין העד יכול לפטור את הלווה משבועה, שאין העד עושה שתי פעולות – גם לחייב את בעל השטר בשבועה וגם לפטור את הלווה משבועה, לפי יסוד זה רצה רע"א ליישב דברי רש"י כך:

בכתובות (פז,ב) הובאה הנ"מ של היפוך שבועה, מפני שהסוגיא מתייחסת לדברי המשנה ובתקופת המשנה עדיין לא נתקנה שבועת רב פפא, שבועת "אישתבע לי דלא פרעתיך", וכאשר מהפכת שבועה אין העד המסייע יכול לפטור משבועה כי אין העד עושה שתי פעולות, אבל בסוגיא בכתובות פח,א הובאה הנ"מ של אנקוטי חפצא, ולא היפוך שבועה, כי שם עוסקים בדברי ר"פ, שאמר אי פיקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא, ובזמנו כבר נתקנה שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך וא"כ יכול לתבוע את בעל השטר ולחייבו שבועה - לא מכח עד אחד אלא מכח שבועת ר"פ אשתבע לי, וכאשר בעל השטר מהפך שבועה יכול העד המסייע לפטור את הלווה משבועה, שהרי לא עשה שתי פעולות ולכן רש"י אינו כותב את הנ"מ של היפוך שבועה, שהרי יכול לפטור את עצמו משבועה זו ונקט את הנ"מ של אנקוטי חפצא.

מדברי רע"א, עולה שבשבועת רב פפא היא שבועה ללא נקיטת חפץ ומצאנו בדברי הרי"ף (שבועות כ,ב), שהביא מחלוקת בזה, וז"ל:

איכא מ"ד דהאי שבועת היסת היא ואיכא מ"ד כעין שבועת התורה ואנן ס"ל כמ"ד כעין שבועת דאורייתא דומיא דפוגם שטרו.

מדבריו עולה ששבועת רב פפא דינה כדין שבועת פוגם שטרו, מה שם בנקיטת חפץ אף שבועת ר"פ הדין כן.

וּכְתַב הַר"ן שֵׁם: וְהָכִי וְדָאֵי מִסְתַּבְרָא מְדַאמְרִינְ בַּגְמִי וְכִי מַה בֵּין זֶה (שְׁבֻעַת רַב פֶּפֶא) לַפּוּגִים שְׁטֵרוּ. וְהַגְמִי לֹא אִמְרָה שְׁזוּ שְׁבֻעַת הִיסֵת וְזוּ כַעֲיֵן שְׁבֻעַת דְּאוּרִיתָא ע"כ אֵין הַבְּדֵל בֵּין שְׁנֵי סוּגֵי הַשְּׁבֻעוֹת.

וְא"כ לִפִּי עֵמְדָתוֹ שֶׁל רַע"א שְׁבִסוּגִיא בְּכַתּוּבוֹת (פַּח, א) חִיּוּב הַשְּׁבֻעָה נוֹבַע מִטְעַנַּת אֲשֶׁתְּבַע לִי דְלֹא פֶרְעַתִּיךְ וְלֹא מִכַּח הַעֵד א"כ לְדַבְרֵי שְׁבֻעָה זֶה לֹלֵא נִקִּיטַת חֶפֶץ?

וַיִּיל שֶׁלְּדַבְרֵי רַש"י שְׁסוּבֵר שְׁבֻעַת הַנוֹטְלִים הִיא לֹלֵא נִקִּיטַת חֶפֶץ, א"כ כֹּאשֶׁר אֲנִי מִשְׁוּוֹים שְׁבֻעַת הַנוֹטְלִים לְשְׁבֻעַת רַב פֶּפֶא נִמְצָא שְׁגָם שְׁבֻעָה זֶה לֹלֵא נִקִּיטַת חֶפֶץ (דְּלֹא כְּדַבְרֵי הַר"ף וְהַר"ן).

וְעוֹד יֵשׁ לְהַעִיר שֶׁלְּדַבְרֵי רַע"א רַש"י סוּבֵר כְּדַבְרֵי הַש"ךְ שֶׁאֵין ע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת וְהֵנָּה בִּסְפָר שַׁעֲרֵי בֵינָה בְּפִתִּיחָה לְשְׁבֻעוֹת אוֹת הַרְצָה לְהוֹכִיחַ מְדַבְרֵי רַש"י בְּשְׁבֻעוֹת מִד, ב, דָּאמְרִינְ שַׁע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת. וְזֶה תוֹרַף דְּבַרְיוֹ:

בְּמִשְׁנֵה בְּשְׁבֻעוֹת (מִד, ב): וְאֵלוֹ נִשְׁבַּעִים וְנוֹטְלִים הַשְּׁכִיר וְכו' וְשִׁכְנְגְדוֹ חֲשׁוֹד עַל הַשְּׁבֻעָה וּפִירַשׁ רַש"י שֵׁם וְז"ל: "שֶׁהִנְתַּבַּע שְׁכְנְגְדוֹ חֲשׁוֹד עַל הַשְּׁבֻעָה וְנִתְחַיֵּב הַנְּתַבַּע שְׁבֻעָה מִן הַתּוֹרָה ע"י הוֹדָאָה בְּמִקְצַת נִשְׁבַּע הַתּוֹבַע וְנוֹטְלִי". וְשָׁאֵל הַשַּׁעֲרֵי בֵינָה, מִדּוּעַ רַש"י לֹא פִירַשׁ בְּסִתְמָא, שֶׁהִנְחֹשֵׁד נִתְחַיֵּב שְׁבֻעָה דְּאוּרִיתָא, אֲלֵא כְּתַב וּפִירַט שְׁבֻעַת מ"מ וְהָרִי יֵשׁ גַּם שְׁבֻעָה ע"א שְׁגָם הִיא מְדַאוּרִיתָא. מִכַּאֵן נִרְאָה שֶׁרַש"י רְצָה לְאַפּוֹקֵי שְׁבֻעַת ע"א, שְׁבִזָּה אֵין הַתּוֹבַע נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל, הִיכָא דְהַתּוֹבַע חֲשׁוֹד, דְּהָא הו"ל עַד הַמְסִייעַ וְס"ל דַּע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת וְדִלֵּא כְּדַבְרֵי הַש"ךְ הַנ"ל.

אֲמַנְם, בְּדַמְשֶׁק אֲלִיעֶזֶר חו"מ (פִּז ס"ק יד) כְּתַב לְדַחוֹת רֵאִיָּה זֶה, שֶׁאֲפִילוֹ לְמ"ד שַׁע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת, מ"מ מוֹדָה בְּחֲשׁוֹד שְׁנִתְחַיֵּב שְׁבֻעָה ע"י ע"א אֵין הַעֵד הַמְסִייעַ פּוֹטְרוֹ מִשׁוּם דְּאֵל"כ כ"א יוֹצֵא מִמּוֹן מִחֲשׁוֹד ע"י ע"א וְאֲפֶשֶׁר שְׁזוּ הַסִּיבָה שֶׁרַש"י לֹא הִזְכִּיר בְּפִירוּשׁוֹ עַל הַנְּחֹשֵׁד בְּש"ד שְׁבֻעַת ע"א כִּי וְדָאֵי שְׁבִמְקָרָה כִּזֶּה אֵין הַתּוֹבַע נִפְטֵר מִשְׁבֻעַת הַנוֹטְלִים.

וּמִקּוֹר דְּבַרְיוֹ בְּדַבְרֵי תְּשׁוּבוֹת מִיְמוֹנִיּוֹת סִימָן סָא (הוֹבָאוּ דְּבַרְיוֹ בְּשׁו"ת רַע"א קַעַח) וְזֶה תוֹכֵן דְּבַרְיוֹ: הַגְמִי בְּשְׁבֻעוֹת (לִב, ב) דְּנָה בְּמִי שְׁבַעֵל דִּינֵנוֹ חֲשׁוֹד עַל הַשְּׁבֻעָה וְכוּפֵר לוֹ מִמּוֹן וְיֵשׁ לוֹ עַד שִׁיּוּדַע לוֹ עֵדוֹת שֶׁהִלָּה חִיּוּב לוֹ, וְנִשְׁבַּע הַעֵד שֶׁאֵינוֹ יוֹדַע לוֹ עֵדוֹת - חִיּוּב (קֶרְבֵּן שְׁבֻעַת הַעֵדוֹת). וְהַטַּעַם הוּא, הוֹאִיל וְהַמְלוּהָ אוֹמֵר אִם אַתָּה מַעִיד לִי עֵדוֹת, חֲכָמִים הָיוּ מִהַפְכִּים אֶת הַשְּׁבֻעָה עָלֶיךָ (כִּיּוֹן שֶׁהִלּוּהָ חֲשׁוֹד) וְהִיִּיתִי נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל, וְשֶׁאֵלָה הַגְמִי מִי יֵימַר דְּמִשְׁתַּבְּעַת,

שלכאורה יכול העד לטעון מי יאמר שהיית מסכים להשבע וא"כ לא הפסדתי לך ממון וענתה הגמ' כגון ששניהם חשודים.

שאל תשובות מימוניות, מדוע צריך להשבע וליטול, הרי העד מסייע ויפטור אותו משבועה ותירץ שאין העד המסייע פוטר במקרה כזה, שיש חשוד כנגדו כיון שנמצא שעד זה יקום לממון והתורה אמרה שע"א קם לשבועה ולא לממון.

ולפי זה אפשר להסביר דברי רש"י בשבועות מד,ב שלא מזכיר בשבועה דאורייתא את דין שבועת ע"א כי אין בכוחו של העד לפטור משום שנמצא קם לממון.

ה. שיטת הרמב"ם – אין היפוך בשבועת הנוטלים

הרמב"ם טו"נ (א,ד) פסק: "אבל מי שנתחייב שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעים ונוטלים אינו יכול להפוך שבועה שהרי הנתבע אומר לו השבע וטול כמו שתקנו לך חכמים ואם לא רצה להשבע ילך לו"

ובהלכה ו: "ואין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסת בלבד אבל שבועה של תורה או של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכים שבועתך".

מדבריו עולה שרק בשבועת היסת אפשר להפך אבל לא שבועת הנוטלים (דלא כשיטת רש"י).

בטעם הדין כתב המ"מ שם, לפי ששבועה זו קלה ויפו בה חכמים את הנתבע, שאם רצה להפכה על התובע הרשות בידו. והעיר הלח"מ שם כיצד פסק הרמב"ם באדם המחויב שבועת היסת ואינו רוצה להשבע אין יורדים לנכסיו מטעם שאמרנו ששבועה זו קלה וא"כ מדוע כתב דין זה אף בשבועת הנוטלים והרי לדברינו שבועה זו כוחה כעין שבועה דאורייתא, ותירץ שהרמב"ם סובר שיש להשוות כל סוגי שבועות דרבנן - היסת ושבועת המשנה לתועלת הנתבע לאוקמי ממונא, ולפי זה בענין ירידה לנכסים פוסקים שאין יורדים לנכסיו גם בשבועת הנוטלים משום שזה לתועלת הנתבע ובהיפוך שבועת הנוטלים לא מפכינן שזהו טובת הנתבע.

ו. נ"מ בין שיטת רש"י לשיטת הרמב"ם

הש"ך (פז ס"ק ל) הביא שתי נ"מ בין שיטת רש"י וסיעתו לבין שיטת הרמב"ם:

1. במקרה שהתובע תופס בעדים ללא שבועה וטוען כנגד הנתבע קים לי כדעת רש"י ותוס' ומהפך אני עליך שבועה ולא אחזיר עד שתשבע לי.

נתה"מ (ס"ק ט) העיר שטענה כזו אפשרית רק בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין נוטל ללא שבועה כגון פוגמת, אבל שבועת הנוטלים, שמדינא לא נוטל ללא שבועה א"כ מה בכך שטוענו התובע טענה כזו הרי הנתבע יטען כנגדו שאינו מוכן להשבע ובי"ד לא יכולים לרדת לנכסיו, שאדם המחויב שבועת הנוטלים הדין הוא שאין יורדים לנכסים, ומחויב התובע להחזיר מה שתפס כיון שתפס ללא רשות והבי"ד לא יכול לנדות את הנתבע ולהכריחו להשבע משום שיכול לטעון קים לי כשיטת הרמב"ם, שבשבועת הנוטלים לא מפכין.

וכן כתב קצוה"ח (ס"ק יד), שבסוג כזה של שבועת הנוטלים צריך התופס להחזיר מה שתפס, וסיים שם ופסק: כל דאיכא ספיקא בתפיסה עצמה, אי מהני או לא אינו יכול לומר קים ליה ובפרט, שגם הסברא נוטה לזה, שהרי אין לו כח יותר מבי"ד וכיון שהבי"ד אין להם לירד לנכסיו אם אינו רוצה להשבע אף הוא אינו יכול לתפוס.

2. נ"מ נוספת, במקרה שיש ע"א המעיד על שטר שהוא פרוע, וצריך בעל השטר להשבע. לשיטת רש"י וסיעתו יכול להפך את השבועה על הלוה ושוב העד לא יוכל לסייע לפוטרו משבועה כעד המסייע משום שאין בכוחו לפעול שתי פעולות: גם לחייב שבועה את המלוה וגם לפטור את הלוה משבועת היפוך, ואילו לשיטת הרמב"ם שלא יכול להפך שבועת הנוטלים, יכול רק לטעון המלוה אי אפשרי בתקנת חכמים והריני כשאר תובעים כמלוה ע"פ. במקרה כזה העד יכול לסייע ללוה לפוטרו משבועה מדין עד המסייע, שאין הוא פועל שתי פעולות אלא רק פוטר משבועת היסת.

ז. היפוך השבועה – שבועה חדשה או אותה שבועה

יש לחקור בדין היפוך בשבועה, האם עצם השבועה עוברת מהנתבע לתובע, או שנאמר שעיקר חיוב השבועה נשאר אצל הנתבע אך יש לו זכות להמנע מלשלם כל זמן שלא ישבע התובע. ושבועת התובע היא שבועה מחודשת ולא אותה שבועה שחלה על הנתבע מעיקרא (עין שיעורי הגר"ד סולוביצ'יק שבועות מא, א).

לכאורה היה ראוי לדון גם בשבועת רב פפא "אשתבע לי דלא פרעתיך",^{*} מהו גדר חיוב שבועה זו? אפשר לומר שזו שבועה בגדר גביית תשלומים מהנתבע, שהרי יש שטר בידי התובע, שמוכיח שחייב הנתבע לשלם אלא שנתנו זכות לנתבע לעכב את התשלומים עד אשר התובע ישבע.

סמוכים לכך מדברי הגמ' עולה, שחיוב שבועת רב פפא רק אם הנתבע תובע טענה כנגד התובע ואילו שבועה זו היתה בגדר שאר שבועות, בי"ד היה פוסק השבועה כשאר שבועות הדיינים, ולפי זה אפשר לומר, שגם יסוד של היפוך שבועה הוא בגדר של צורת גביית תשלום ממוני. ויש להוכיח זאת מדברי ר' האי גאון, המובאים בתוס' שבועות (מא,א), שמשווה בין אשתבע לי דלא פרעתיך לדין מיפך שבועה ולמד זאת מק"ו: ומה באשתבע לי שביד התובע מצוי שטר מקוים ואעפ"כ רשאי הנתבע לדרוש ממנו שבועת הנוטלים לפני שישלם עאכו"כ במקום שאין לתובע ראית שטר, שיש לנתבע זכות לעכב תשלומים כ"ז שלא ישבע התובע.

ומוסיף הגריד"ס שכל מה שאמרנו זה דוקא לאותם גאונים שסוברים שאין התובע יכול להפך את השבועה בחזרה על הנתבע, אולם לאותם גאונים שמובאים בסוף דברי התוס' דלעיל, שיכול התובע להטיל את השבועה בחזרה על הנתבע, ליכא ראייה. וההסבר לזה הוא, שאם טעם היפוך השבועה זה עיכוב בתשלום, א"כ אפשר לומר זאת רק על הנתבע שעליו החובה לשלם, אבל התובע שהוא גובה את הממון אי אפשר שיטען כנגד הנתבע הישבע והיפטר.

ולפי יסודי חקירה זו אפשר להסביר מחלוקת רש"י והרמב"ם הנ"ל בשאלה האם אמרינן מיפך שבועה בשבועת הנוטלים.

לדעת רש"י וסיעתו דס"ל שאפשר להפך, נראה שסוברים כמו הצד הראשון, שיסוד היפוך שבועה הוא, שעיקר חיוב השבועה נהפך מהנתבע לתובע או במקרה שלנו מהתובע לנתבע.

אבל לשיטת הרמב"ם וסיעתו שאין מהפכים בשבועת הנוטלים י"ל דס"ל שיסוד היפוך השבועה הוא בגדר גביית תשלום ממוני וישנה זכות לנתבע לעכב את התשלום עד אשר ישבע התובע וזה דוקא כשהנתבע מעכב מלשלם אבל התובע שהוא גובה את הממון לא שייך שיהפוך את השבועה על הנתבע כי אין הוא מהפך עצם השבועה אלא זה בגדר עיכוב תשלומים.

^{*} ע"י במאמרו של הרב אלחנן שלום אלגרוד בחוברת זו (הערת מערכת).

בחינושי ר' אריה לייב מאלין (סי' פד) כתב כד: היפוך שבועה תיקנו לו חכמים, שיכול לפטור עצמו מחיוב השבועה בזה שמהפך על חבירו, אבל בנשבעים ונוטלים אינו מחויב שבועה כלל, אלא נתנו לו זכות ליטול בשבועה, וא"כ אינו יכול להפך שבועה על הנתבע, שהרי מאבד זכותו ליטול בשבועה. וזו כוונת הרמב"ם וסיעתו; אבל רש"י סובר, שגם בשבועת הנוטלים היא שבועה ככל השבועות האחרות, שאדם מחויב שבועה, וגם בזה יכול להפך שבועה ולפי סברא זו רצה ר' אריה לייב (פד, א) ליישב ולהסביר דברי הרמב"ם טו"ט, ט, ח:

מכאן אתה למד לכל הנשבעים ליטול בין שבועה קלה בין שבועה חמורה, שאינו נשבע על מה שטען אלא על מה שנוטל, אע"פ שטוען יותר.

והטעם, כיון שחייב שבועה זו תיקנו לו חכמים ליטול בשבועה א"כ אינו נשבע אלא לפי מה שנוטל, אבל לשיטת רש"י, שסובר ששבועה זו, שתיקנו כשאר כל השבועות וצריך לישבע על כל טענתו אע"פ שבפועל נוטל רק חלק מהתביעה (כגון שתובע 100 ולנתבע יש רק 50 לשלם) ולכן רש"י מסביר טעם אחר בדברי הגמ' ב"מ (ה, ב) במקרה של שנים האוחזין בטלית, שנשבע שכולה שלו ומקבל חצי מהמציאה (מחשש ללעז על ביי"ד) ודלא כרמב"ם, שהסביר שנשבע על חציה משום שזה נוטל על זה בלבד ישבע ולא הזכיר משום לעז.

ח. אי אפשי בתקנת חכמים

רמב"ם טו"ט (א, ד) פוסק, שאעפ"י שבשבועת הנוטלים אינו יכול להפך שבועה "הורו רבותי אם יטען התובע אי אפשי בתקנת חכמים והריני רוצה לתובעו שבועת היסת ויפטר שומעין לו".

וכתב הגר"א מקור לדברי הרמב"ם מהגמ' ב"ק (ח, ב) דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעים לו מאי כגון זו כדרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית ואיני עושה.

לכאורה דין זה נאמר רק לגבי תקנות שהם לטובתו ישנה אפשרות לטעון איני חפץ בתקנת חכמים.

וא"כ יש לשאול על פסק הרמב"ם, שכתב שבשבועת הנוטלים יכול לטעון "אי אפשי" ומדבריו עולה שאין הבדל בין שני סוגי שבועת הנוטלים ואף בסוג השבועה שמעיקר הדין יכול ליטול ללא שבועה כגון פוגמת כתובתה ובאו חכמים והחמירו עליה ליטול בשבועה, ומשמע שתקנה זו אינה לטובתה וא"כ

כיצד יכולה לטעון איני חפצה בתקנה זו והריני רוצה לתבוע שבועת היסת ושומעים לה?

ועיין בערך השולחן לר' יצחק טייב (פז, מו דין יב), שכתב שיש צורך לפרש דברי הר"י מגא"ש שהם מקור דברי הרמב"ם, שמדובר דוקא בסוג שבועת הנוטלים שנתקנה לטובתו כגון בשכיר וכו' ואין דין זה של הרמב"ם נאמר בסוגי השבועה, שנתקנו להחמיר עליו.

ועיין בדברי הש"ך (חו"מ פז ס"ק לה), שהביא תרומת הדשן שכתב שלדעת הרא"ש אין אפשרות למחויב שבועת הנוטלים לומר לנתבע השבע היסת ויפטר.

והטעם הוא משום דאל"כ ישנה נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן (הנוטלים), שבדאורייתא אינו יכול בשום מצב לפטור עצמו משבועה ואילו בשבועת הנוטלים יכול להפך שבועה בטענת אי אפשי והשבע אתה ותפטר ובמסקנתו כתב הש"ך, שלדעתו לכו"ע יש אפשרות להטיל את השבועה על הנתבע ואינו מבין מדוע הרמב"ם מביא דין זה בשם רבותיו שהרי דין פשוט שיכול לטעון השבע היסת והפטר.

ועיין בשער המשפט (פז, יג), שתמה על דברי הש"ך וכתב דאשתמיט ליה דברי תשובת מימוני, שלא אמרינן שיכול אדם לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק, כגון אשה שאומרת איני ניזונת ואיני עושה שהיא מוחזקת במעשה ידיה, אבל להוציא מיד חבירו כגון בבע"ח, שדינו מתקנת חז"ל בבינונית, אינו יכול לומר אקח זיבורית, וא"כ הכי נמי נאמר, שאין בעל השטר יכול לומר אי אפשי בטובתי להוציא ולחייב הנתבע היסת.

עיין עוד בשטמ"ק (ב"ק ז, ב) שלפי יסוד זה תירץ שאלת ר"י הלבן בריש כתובות, דקאמר התם הגיע הזמן באחד בשבת ולא נישאו מעלה לה מזונות (מיום רביעי בלבד, כי תק"ח מעכבתו מלישא עד יום רביעי), ואמאי תימא ליה מאי טעמא אינה נשאת משום תקנתא דידי, דשקדו חכמים על תקנת בנות ישראל, שיהא שמח עמה ג' ימים בהאי תקנתא לא ניחא לי? אלא י"ל כיון שרוצה להוציא מהבעל מזונות אינה יכולה לטעון בהאי תקנתא לא ניחא לי.

ויש ליישב קושיית שער משפט כך: מה שכתב הש"ך, שלדעתו לכו"ע יכול לטעון כנגד הנתבע: השבע והפטר, אין זה מטעם אי אפשרי בתקנת חכמים אלא שיש לאדם שתי דרכים כיצד לתבוע ממונו:

בדרך אחת – להשבע וליטול כתקנת חכמים, ובדרך אחרת – יכול לתבוע ממונו כשאר כל אדם, ואם הלה כופר, צריך להשבע היסת וא"כ יכול התובע לטעון דל שבועת הנוטלים ואיני חפץ לטעון בדרך זו אלא בדרך השניה ובטענה כזו כו"ע יודו שטענתו מתקבלת.

ואפשר למצא סמוכין לכך בדברי החזו"א (חוי"מ י, כג), וז"ל:

דהנוטלים בשבועה יכולים לותר זכותם ולתבוע היסת, דודאי התובע יש לו זכות היסת על הנתבע אף שיש לו עוד זכות להשבע וליטול.

ועוד יש ליישב ולדון, האם כאשר אדם טוען איני חפץ בתקנה זו ומכח טענה זו מחייב את הנתבע שבועה, האם זה נחשב כמוציא ממון¹ ואפילו שנאמר, שזה נחשב כמוציא ממון ואינו יכול לטעון איני חפץ, י"ל שכיון שהנתבע יכול לחזור ולטעון השבע אתה וטול מדין היפוך שבועה אין זה נחשב להוציא כי יכול לפטור עצמו משבועה ע"י היפוך השבועה.

¹ עיין קהילות יעקב ב"ב סימן ז.

בענין עד המסייע

ראשי הפרקים

- א. עיון בראיותיו של הרא"ש
1. ק"ו – אם עד מחייב כ"ש שפוטר
 2. ראיה מר"ח קמייטא
 3. לא גרע מ"דקמסייע ליה שטרא"
- ב. עד המסייע בשבועת הנוטלים
שיטת הרמ"א
- ג. עד המסייע בשבועה הבאה מכח מיגו
דחיית הוכחות הש"ך
- ד. עד המסייע בגלגול שבועה
- ה. מחלוקת הש"ך ותרומת הדשן

א. עיון בראיותיו של הרא"ש

איתא שו"ע (חוי"מ פז, ו):

הודה במקצת ועד אחד מסייעו י"א שפוטרו משבועה וי"א שאינו פוטר.
הדעה הסוברת שעד המסייע פוטר משבועה היא דעת הרא"ש (ב"מ פרק
ראשון סימן ב) בשם המהר"מ מרוטנבורק.
הרא"ש הביא מספר ראיות לדין זה ולהלן נביא אותן ונדון בהן:

1. ק"ו – אם עד מחייב כ"ש שפוטר

כותב הרא"ש: ומדברי ר"ת יש ללמוד דעד אחד פוטר מן השבועה, והביא
ר"מ מרוטנבור"ק ז"ל ראיה לדבריו מדדרשינן שבועות (דף מ) לכל עוון ולכל
חטאת הוא דאין קם אבל קם לענין שבועה, ועוד ק"ו הוא איזה כח מרובה
כח המוחזק או כח שאין מוחזק הוי אומר כח המוחזק, א"כ ק"ו הוא ומה
כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע, כשהעד מסייע
למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה, עכ"ל.

נראה ביאור הדברים, שכאשר אין אדם מוחזק הוא זקוק לבירור גדול כדי ליצור ריעותא בחזקת הממון שכנגדו. עד אחד מהווה בירור כזה, שיוצר חיוב שבועה ואם התחייב אחד מבעלי הדין שבועה, כיון שהודה במקצת, הרי שכנגד הריעותא שיש בטענתו הוא מוחזק ואם כן ודאי שעד מסייע יעזור למוחזק שצריך סיוע קטן יותר לתקן את הריעותא שבטענתו, אם הוא עוזר למי שאינו מוחזק.

ונראה לומר שאפשר לפרש את גדר עד המסייע לפי הרא"ש בשני פנים:

א. מי שהודה במקצת, נוצרת ריעותא בטענתו והוא נדרש לברר ולאמת דבריו והבירור שהטילה התורה הוא שבועה, ואם יש לו עד מסייע זה בירור מקביל לשבועה וק"ו הוא: אם לאינו מוחזק זהו בירור טוב ק"ו למוחזק.

ב. שבועה היא בירור אבל אם לכל אחד מהצדדים יש טיבותא מצד אחד וריעותא מצד שני הרי שטענותיהם שוות ואין סיבה להצריך שבועה דבטענות שוות יש בכח המוחזקות להכריע את הספק לבדה ולהשאיר את הממון אצל המוחזק, וכשיש עד המסייע אין חיוב שבועה כלל.

ואם כך פני הדברים, נוכל לומר, שבזה נחלקו הרמב"ן והר"ן עם הרא"ש ששיטתם היא שעד אחד לא מהווה בירור מקביל לשבועה אלא שעד אחד יוצר רק רגליים לדבר וספק. שהאמת כדברי התובע והתורה מחייבת שבועה שמהווה בירור, אבל עד מסייע לא מהווה בירור אלא שצריך עיון, שהרי להדיא כתב הרמב"ן בסוגיא דנסכא דר' אבא שעד אחד כל זמן שלא הוכחש הרי הוא כשנים וצ"ע.

ומקשה בית הלוי (סימן לה), שיש לפרוך הק"ו: כשהתורה חייבה את הנתבע המוחזק להישבע נגד העד במידה והעד לא דובר אמת, יש באפשרות הנתבע להפטור ע"י שבועה, בעוד שלפי הק"ו של המהר"ם, כשהעד מסייע לנתבע אף אם אינו דובר אמת אזי הוא מפסיד לתובע, כי הוא פוטר את הנתבע משבועה ואין לתובע מה לעשות בעוד שבלא עדות העד, הנתבע לא היה נשבע לשקר וע"כ היה חייב לשלם. יוצא שהעד גורם לתובע הפסד גמור ומי יימר שהתורה האמינה במקרה זה לעד, דהרי דיו לבא מן הדין להיות כנידון?

הגרב"ד פוברסקי שליט"א (בד קודש סימן ה) כתב, שהמהר"ם סובר שאין לנו להכנס בחשבונות אלו ומה שצריך זה לשקול את מידת נאמנות העד ואם עד אחד מחייב שבועה הרי זה נותן עדיפות לתובע ויוצר ספק בדברי הנתבע כדי לחייבו שבועה. א"כ יוצא שהתורה חייבה את הנתבע שבועה משום ספק

שיש לתובע עליו וע"כ כשעד מסייע לנתבע הרי שקול הספק שהוא יוצר כנגד הספק שיוצרת חיוב שבועה מהנתבע ופוטרו משבועה וזה ק"ו משום שמרובה כח המוחזק.

2. ראייה מרבי חייה קמייתא

ועוד הביא הרא"ש ראייה מרבי חייה קמייתא (ב"מ ד, א), המחייב שבועה במקרה והנתבע כופר בכל ועדים מעידים שהוא חייב במקצת מהתביעה נשבע הנתבע על השאר ש"ד, ולמד זאת מפיו ועד אחד. אם נאמר, שעד אחד אינו פוטר משבועה אזי אפשר לפרוך לימוד זה שכן יצא שפיו ועד אחד כשהם מחייבים שבועה אין כיוצא בהן פוטר מן השבועה בעוד שבעדים שאפילו שנאמר שמחייבין שבועה ישנם בהכחשה כיוצא בהן שהרי אם יבואו שני עדים אחרים ויסייעו לנתבע הרי הוא נפטר מן השבועה והרי בלימוד הצד השווה פורכים בכל דהו למרות שזה לקולא ולא לחומרא אלא ע"כ עד אחד פוטר מן השבועה כשם שהוא מחייב.

רעק"א ביאר בדברי הרא"ש, שכוונתו לומר שבשני עדים שבאים לאחר כדי דיבור מהעדים הראשונים ולאחר שכבר פסקו הבי"ד חיוב שבועה על הנתבע, הם יכולים להכחיש את הראשונים ולא יהיה חיוב שבועה כיון שלא מתחייב הנתבע בממון. ואם נאמר שעד המסייע לא פוטר משבועה, הרי שאם פסקו הבי"ד חיוב שבועה על הנתבע שוב אין עד המסייע יכול להכחיש את העד הראשון כיון שנעשה כבר כשנים, דלענין שבועה הוי כשנים אלא על כרחך יש לומר שגם עד אחד יכול לפטור משבועה אפילו לאחר שנתחייב הנתבע שבועה על פי פסק בי"ד דגם לענין פטור משבועה יש בכח עד אחד להיות כשנים.

והנמו"י חולק בזה על הרא"ש וסובר שחיוב שבועה לא מהווה מעשה כמו בהיתירה להינשא, שהאשה זכתה בעצמה. מה שאין כן בחיוב שבועה שאין זה נחשב מעשה ולכן עד אחד פוטר משבועה לא מדין עד המסייע שפוטר משבועה אלא מדין עד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, שכל זמן שלא עשו מעשה על פי הראשון אין הוא נחשב כשנים ועד אחד יכול להכחישו ועדותו בטלה.

וצ"ע במה נחלקו הרא"ש והנמו"י ואפשר לפרש בכמה אופנים :

א. ידועה החקירה במהות חיוב שבועה על פי עד אחד: האם עיקרו הוא לממון ועל פי עדותו מתחייב הנתבע ממון אלא שהתורה נתנה אפשרות להכחישו על ידי שבועה או שעד אחד אינו מחייב ממון בעדותו אלא שבועה.

כיון שהוא יוצר רק רגליים לדבר שהנתבע חייב, אבל אין לו נאמנות גמורה על הממון.

ועל פי זה אפשר לומר שהרא"ש סובר שעד אחד נאמן על הממון וע"י עדותו זוכה התובע בתביעה ולכן זה נחשב שנעשה מעשה על פי עדותו של העד ולכן עד אחד שיבוא אח"כ לא יוכל לפעול בתורת עד אחד בהכחשה כיון שכבר זכה התובע בממון והוא בא עכשיו להוציא את הממון מיד התובע שזכה בו.

ובדעת הנמו"י אפשר לומר, שאע"פ שעד אחד נאמן לגמרי על הממון כל זמן שלא הוכחש בשבועה, מ"מ אין זה נקרא שנעשה מעשה על פי עדותו, כיון שהממון עדיין מחוסר גוביינא וצריך לרדת לנכסי הנתבע לממש את הפסק דין על הממון.

ועד המכחיש את העד הראשון מעיד רק נגד פסק דין, שיש על הממון אבל אין הוא בא לשנות מציאות קיימת ונגד הפסק דין הוא יכול להעיד כיון שהוא נשען על עדות העד הראשון. מה שאין כן כאשר יצא פסק דין להיתר על אשה שהיא מותרת להינשא מיד היא זכתה באישות שלה וזאת "מציאות" מוחזקות באישות שיש לאשה בעצמה שנגרמה על ידי העד אבל עכשיו זאת מציאות שעומדת בפני עצמה ולא נשענת על העדות של העד. ועד אחד לא יכול להוציאה מההיתר שיש לה כיון שהוא בא לשנות מציאות בעדותו.

ב. אפשר לפרש, שהרא"ש מודה לנמו"י, שכל זמן שבפועל לא גבה התובע את הכסף אין זה נקרא שנעשה מעשה.

אבל הרא"ש סובר שכיון שנפסק דין לחיוב, יש כאן חזקת חיוב על הממון ושוב עד אחד לא יכול בתורת עד אחד בהכחשה להוציא מחזקת החיוב שיש על הממון והם נחלקו בעצם בשאלה האם עד אחד הוא רק גורם לפסק דין אבל ברגע שיצא הפסק דין לאור שוב אין הוא נשען על עדות העד אלא נוצרה מציאות של חיוב תשלומין בעקבות עדותו ועד אחד לא יכול לבוא ולהוציא ממציאות זאת כיון שהוא לא "נלחם" בעד שיצר אותה אלא בחיוב הממון, שנוצר כתוצאה מעדותו.

ג. אפשר לפרש, שהרא"ש והנמו"י מסכימים, שעד אחד עיקרו לשבועה ולא לממון אלא שהרא"ש סובר כנ"ל שלאחר שנפסק דין של חיוב שבועה זה נחשב שיש כאן חיוב שבועה עצמאי שלא תלוי בעדות העד ולכן אין כאן דין עד אחד בהכחשה ואילו הנמו"י סבור שכיון שחיוב השבועה תלוי בעדות העד, הוא נשען עליו כל הזמן ויש כאן דין עד אחד בהכחשה.

(וצ"ע בדברי הרא"ש דלכאורה לא היה לו להביא ראיה מזה ששני עדים לא יכולים להכחיש את הודאת פיו אלא מזה שהוא עצמו לא יכול לחזור בו מהודאת פיו שזה "יותר כיוצא בו" מאשר שני עדים כנגד הודאת פיו).

והקשה רעק"א (בחינושי ב"מ) על הרא"ש, שעדיין קשה, שהרי הגמרא יכולה לפרוך מה לעד אחד שאינו בהזמה בכיוצא בזה שהרי אם בא עד אחד ואומר שהעד הראשון היה עימו באותו מקום עד מסייע אין כאן, כיון שהוא לא מעיד שהנתבע לא לווה וגם עד אחד בהכחשה אין כאן כיון שהראשון נעשה כשנים.

ואפשר ליישב אם נאמר שהרא"ש סבור שעד אחד הוי כנשבע ובירור ספק מצד הנתבע שהוא לא חייב אזי צדקו דברי רעק"א. אבל אם נאמר שיסוד דין עד המסייע הוא שכיון שיש על ידי עד המסייע ריעותא ברגליים לדבר שנוצר ע"י עדות העד הראשון, שהנתבע חייב אז יש לומר שגם בזה יש דין עד המסייע.

והנה אע"פ שרעק"א בעצמו כתב גם את הצד השני, אפשר לומר שהקושיה במקומה עומדת, דיש לומר דביאור קושייתו הוא שאם תוכן עדותו של העד איננה על הממון בכהאי גוונא לא נתנה לו התורה כלל נאמנות של עד המסייע. וגם לא ליצור ריעותא ברגליים לדבר שיצר העד הראשון ורק אם הוא מעיד על הממון אז יש פרשת עד המסייע. (וכן כתב בביאור קושית רעק"א הברכת שמואל בגיטין סימן א).

3. לא גרע מ"דקא מסייעה ליה שטרא"

ועוד הביא הרא"ש ראיה, וז"ל: "ועוד מביאין ראיה מהא דאמרינן בפירקין לקמן (שם) אמר לך רבי חייא שאני הכא דקמסייע ליה שטרא פירוש אע"ג דהילך בעלמא חייב הכא פטור משום דלשון שטר שכתוב בו סלעין מסייע ליה. דאמרינן חזקה דאם היו שלש לא היו העדים חותמים על סלעין סתם כיון דאין ראוי לגבות בשטר זה אלא שנים. וכיון דפטרינן ליה משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה שאינה אלא שתיים כ"ש בעד אחד שהעיד כדברי הנתבע", עכ"ל.

והרמב"ן במלחמות ה' בב"מ (דף א בדפי הרי"ף) דחה את הראיה ותוכן דבריו: שכתבו בשטר סתם דינרין הוי ודאי שנים והוי כעדות גמורה כיון שכולם יודעים שיד בעל השטר על התחתונה על כרחך לא היו אלא שנים וע"כ

יכול להעיז פניו הואיל ומסייע ליה שטרא בתרי סהדי. אבל בעד אחד ודאי שלא אומרים כך וע"כ שטר כעין זה עדיף על עד אחד.

ובדעת הרא"ש צריך לומר, שהוא סבור ששטר איננו כאנן סהדי אלא אומדנא מסוימת שההלואה היתה שני סלעים בלבד כיון שלא נרשם מספר מדויק.

ב. עד המסייע בשבועת הנוטלים

נחלקו רבותינו האחרונים האם עד המסייע פוטר משבועת הנוטלים :

לדעת הב"ח (שו"ת סד), חוט השני (סי' ו) והתומים (פז, ו) עד המסייע פוטר רק משבועת אלו, שנוטלין מעיקר הדין (פוגמת וכד').

ואילו לדעת המקום שמואל (שו"ת סי' ו) עד המסייע פוטר גם משבועת אלו שחכמים הקלו עליהם שיטלו בשבועה (כשכיר, נגזל וכד'), וצ"ב במאי פליגי.

לכאורה, יש לומר שנחלקו בהבנת יסוד הדין דעד המסייע. לדעת המקום שמואל עד המסייע הוא כאילו נשבע ממש, ולכן גם פוטר משבועת הנוטלין דכל הנישבעין יפה כוחו של עד לפטור משבועה. ולדעת הב"ח ודעימיה אין עד המסייע חשוב כאילו נשבע ממש אלא שהוא מרועע את סיבת חיוב השבועה. כגון במודה במקצת שהטילה עליו התורה שבועה כיון שנראה כמשקר, ועל ידי שיש עד המסייע לטענתו שוב אין הוא נראה כל כך כמשקר ואין סיבה להטיל עליו שבועה.

ולכן בפוגם שטרו או עד אחד מעיד שהוא פרוע, על ידי זה שיש עד המסייע לטענת בעל השטר שוב אין די רגלים לדבר שהשטר פרוע, ואין צורך בשבועה של בעל השטר. משא"כ באלו שמעיקר הדין אין להם ליטול וחכמים תיקנו שיטלו בשבועה. כיון שאין כח עד המסייע כשבועה ממש על כן אין להם ליטול אלא בשבועה, ולא סגי בעד המסייע לטענתם.

שיטת הרמ"א

הרמ"א כותב דיש אומרים שעד המסייע פוטר אפילו משבועת הנוטלין כמו כן כתב הרמ"א שמי שהיפך שבועה על חבירו ובא עד המסייע לטענת זה שהיפכו עליו השבועה, הוא פטור משבועה ונוטל בלא שבועה.

והוכיח מכאן הב"ח, ששיטת הרמ"א היא שעד המסייע פוטר מכל שבועת הנוטלין. שהרי לזה שהיפכו עליו שבועה אין סיבה קודמת שבה יטול ממון

וכל כוחו ליטול הוא רק בשבועה, ואפילו הכי כתב הרמ"א שעד המסייע פוטר משבועה.

ג. עד המסייע בשבועה הבאה מכח מיגו

כתב הרמ"א בשו"ע חו"מ (פו, ו) וז"ל: "והא דאמרינן עד א' המסייע פוטר מן השבועה היינו דוקא שטוען הנתבע טענה שאפשר להאמינו בלא מיגו אבל אם אינן מאמינין אותו אלא מכח מיגו דטוען טענה אחרת, צריך לישבע כאילו טען הטענה האחרת (מרדכי פרק ח"ה) עכ"ל.

והש"ך בס"ק כא במקום הוכיח שהרא"ש פליג בזה, שהרי הרא"ש כתב להדיא שמי שנאמן בשבועה בטענת החזרתי במיגו דנאנסו ובא עד המסייע לטענתו שהחזיר נפטר בכהאי גוונא משבועה.

עוד הקשה הש"ך, שהמרדכי סותר דבריו שהרי במי שתובע את חברו על חפץ שיש בידו בטענה שהוא שלו והלה משיב שהוא תופס אותו בעבור כסף שבעלי החפץ חייבין לו, ויש לו עד המסייע לדבריו שהלה חייב לו כסף, הדין הוא שלולי שהיה עד היה נשבע התופס שבועה חמורה שהוא תופס את החפץ בעבור חוב ונאמן על כך במיגו דלהד"ם ועכשיו שיש לו עד, פסק המרדכי שהוא נוטל את החפץ בלא שבועה. הרי לנו שעד המסייע פוטר, גם משבועה שבאה מכח מיגו. ומכח זה פסק הש"ך שעד המסייע פוטר משבועה הבאה על ידי מיגו והוסיף שכן פסק גם במעשה שבא לידו.

וכתב שכן גם נראה מסברה, שכיון שעד אחד לשבועה כשנים לממון וכמו ששני עדים פוטרם מממון בכל ענין כך עד אחד פוטר מכל שבועה.

והנה מסברה צריך להבין את דברי הש"ך. לכאורה אם לא מזקיקים שבועה על הטענה הנוכחית בגלל עד המסייע, בטלה סברת מה לי לשקר. דיש לומר, שכיון שעל טענתו הנוכחית הוא לא צריך להישבע לכן היא עדיפה לו על טענת המיגו, שעליה היה ניזקק להישבע וכן הקשו הנתיבות והתומים.

ובשיעורי הגרש"ר באר, שסברת הש"ך היא שמיגו הוא לא משום נאמנות אלא משום כח הטענה.

אבל עדיין צריך להבין, דגם אם נאמר שמיגו הוא כח הטענה הרי כל הכח לזכות בטענת המיגו הוא רק בשבועה ומדוע יוכל לזכות בטענה הנוכחית ללא שבועה. וצריך לומר שמוכח מכאן שגדר עד המסייע לדעת הש"ך הוא שעל ידי העד חשוב כנשבע.

דחיית הוכחות הש"ך

אך הנתיבות (על אתר) חולק על הש"ך בדעת הרא"ש ויש להסביר כיצד יענה לראיה המפורשת שיש לש"ך מהרא"ש הנ"ל.

אומר הנתיבות שהחזרתי במיגו דנאנסו זה לא מיגו. כיון שידוע שהוא יכול לטעון נאנסו לא אכפת לו להשאיר את השטר וברגע שהשני ישקר הוא יטען נאנסו לכן זה לא שבועה שבאה מכח מיגו אלא היא בעצמותה טענה טובה ואין פה בעיה של שטרך בידי מאי בעי ולכן עד המסייע יפטור משבועה בטענת החזרתי.

בעיית הנתיבות היתה שאם אתה אומר שעד המסייע יפטור משבועה שבא מכח מיגו אז מה לי לשקר בטל שהרי ברור שהוא יעדיף לטעון את הטענה שיש לו עד עליה מאשר את הטענה הראשונה שיצטרך להשבע עליה לשקר בעוד שבטענה הזו לא יצטרך להשבע וע"כ עדיף לו לטעון את הטענה הנוכחית.

וגם את ראיית הש"ך ממשכון דחה הנתיבות ותוכן דבריו הוא שאם הוא היה טוען להד"ם הוא היה נשבע שבועת הסת, שהמשכון שלו, ועכשיו שהוא טוען שהיתה הלוואה הוא צריך להשבע שבועת הנוטלין, והיות ובמיגו הוא לא היה צריך להשבע שבועת הנוטלין אלא רק שבועת היסת בלא נקיטת חפץ בזה עד המסייע לא יפטור אותו אלא רק משבועת הנוטלין.

וזה מה שהמרדכי מתכוין, שלא נשבע, כוונתו לשבועת הנוטלין והרי גם במיגו הוא לא היה צריך להשבע שבועה זו, שהרי אם הוא היה טוען טענת המיגו הוא היה צריך להשבע שבועת היסת, ועכשיו שהוא רוצה ליטול הוא צריך להשבע שבועת הנוטלין וכשיש לו עד המסייע הוא אינו צריך להשבע שבועת הנוטלין אבל שבועת היסת הוא כן צריך להשבע.

ואם נאמר שעד המסייע פוטר גם משבועת היסת אזי בטל המיגו שהרי עדיף לו להשבע מה שהעד אומר ולהפטר משבועה מאשר לטעון להד"ם ולהשבע שבועת הסת.

ד. עד המסייע בגלגול שבועה

כתב התומים (פז, ז), וז"ל: ואם כן העד שמעיד שחייב מאה והוא כופר והוא גלגל עליו ממקום אחר ובא השני ומעיד כדברי הנתבע, אף דלענין מאה שהעיד עד אחד לא מהני סיוע, דהא בא ראשון, מכל מקום לענין גלגול מהני

עדותו, דהו"ל עד מסייע דראשון לא העיד בזה כלום עכ"ל. רואים שלתומים עד המסייע פוטר משבועת הגלגול.

שער המשפט (צד,ב) חולק וסבור שעד המסייע אינו פוטר משבועת הגלגול. וצ"ב במה נחלקו

ולכאורה נחלקו בגדר עד המסייע. לשיטת התומים שסובר שעד המסייע פוטר משבועת הגלגול צ"ל שגדר עד המסייע הוא שכאילו נשבע ולכן יש בכח עד המסייע לפטור משבועת הגלגול אבל לפי שיטת שער המשפט עד המסייע יוצר ריעותא בטענת התובע וע"י עד המסייע אין די רגליים לדבר להשביע את הנתבע. אבל בשבועת הגלגול שאיננה נשענת על רגליים לדבר אין בכוחו של עד המסייע לפטור משבועה.

אבל מעיון בדברי התומים ושער המשפט נראה שכל זה אינו.

דהנה יעויין בשער המשפט, שמבואר בדבריו, שיסוד דין עד המסייע הוא מצד חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וחזקה זאת בכוחה לפטור משבועה למרות שכוחה פחות משבועה ועל זה הביא שער המשפט ראייה והיא כשהנתבע דורש מבעל השטר שישבע על שטר שזה לא אמנה לא משביעין על זה אבל כשזה בא ע"י גלגול משביעין ז"א אפילו שיש ספק קטן ביותר משביעין וע"כ עד המסייע לא יפטור משבועת הגלגול כיון שעד המסייע אינו בירור מוחלט כי יש ספק קטן שהוא לא דובר אמת וע"כ נשאר ספק קטן ובגלגול משביעין גם על ספק קטן.

יוצא מזה שגדר עד המסייע לשער המשפט הוא בירור על טענת הנתבע שאחרי בירור זה טענתו מספיק מבוררת ואין צורך להשביע עליה ובכל זאת שבועת הגלגול שייכת גם בטענה כזאת. ובדעת התומים ביארנו לעיל שגדר עד המסייע הוא דהוי כאילו נשבע.

אבל הקשה על זה הג"ר ראובן גרוזובסקי (בחידושי ב"מ סימן א) מצד אחד רואים, שעד המסייע פוטר משבועת הגלגול כיון שהוא כנשבע לפי זה היה צריך לפטור גם משבועת הנוטלין שבמסכת שבועות מד, שמעיקר הדין אין להם בעוד שהתומים סובר שעד המסייע פוטר רק משבועת הנוטלין שמעיקר הדין נוטלים. ומתרץ ר' ראובן, דלתומים עד המסייע אינו כנשבע אלא זו ראייה ולא צריך אחריה שבועה. ולכן הוא יפטור משבועת הגלגול. (וצ"ע כיצד לפי זה יישב התומים את ראיות שער המשפט).

יוצא מכל זה שבין לתומים ובין לשער המשפט גדר עד המסייע הוא בירור על הטענה שלאחריו אין צורך בבירור של שבועה, אף על פי שאין כוחו כשבועה.

ה. מחלוקת הש"ך ותרומת הדשן

הש"ך בשו"ע חו"מ (פז ס"ק, טו) הביא את דברי תרומת הדשן, דסבירא ליה, שאם אחד נתחייב שבועת מודה במקצת או שבועת השומרים ויש לו עד המסייע כדבריו ועד אחר המכחישו עד המסייע פוטר משבועה. והש"ך חלק עליו בזה, וס"ל שמסלקים עדותם כמאן דליתא וחייב שבועה דאורייתא משום שבועת השומרים או מודה מקצת. בדעת תרומת הדשן נראה להסביר כך:

א. עד המסייע הוי כנשבע וכן הסביר החזו"א (ליקוטים חו"מ סימן כ)..

ב. אף אם עד המסייע אינו כנשבע, מ"מ כיון שיש כאן רגליים לדבר סותרות מצד אחד עד ומודה במקצת כנגדו, ומצד שני עד לטובתו. נוצר מצב שאין עדיפות לטענה אחת על פני השניה וממילא אין סיבה לחייב שבועה.

ובבאור דברי הש"ך כתב החזו"א, שצריך לומר שהוא ענין אחר ובכוונתו צ"ע. עוד יש להקשות דהנה הבאנו לעיל את שיטת הש"ך שהוא סבור שעד מסייע פוטר משבועה הבאה על טענה שנאמנים בה מכח מיגו ובארנו בדעתו שהוא סבור שגדר עד מסייע הוא דהוי כנשבע אבל לפי זה צריך עיון מדוע נחלק על תרומת הדשן שהרי בכל שבועה שנשבעים נגד עד אחד יש הכחשה בין השבועה לעד ואעפ"י כן סגי בזה לפטור את הנתבע ומדוע יהיה הבדל בעד אחד המסייע שהוא כאילו נשבע כנגד עד המכחישו וצ"ע.

ויתכן ומוכח מכאן, שדעת הש"ך היא, שעד המסייע אינו כנשבע אלא שע"י עד המסייע טענת הנתבע מחוזקת ולא נצריך שבועה עליה אבל אם יש עד כנגד עד המסייע, הרי שהטענה אינה מאומתת כי העד הנגדי הטיל בה ספק ולכן הנתבע חייב שבועה, ומאידך גיסא יש בכח העד לפטור גם משבועה על טענה שהנאמנות עליה היא מכח מיגו, הואיל וע"י סיועו של העד, הטענה מאומתת ואין צורך להטיל עליו שבועה.

הודאה כנגד הודאה

ראשי הפרקים

- א. סוגיית הגמ' בגיטין ושיטות הראשונים
 1. תוס' – מפקידים הממון בידי שליח
 2. רשב"א – ספק שקול ומעמידים על חזקת ממון
 3. ריטב"א – מרא קמא זוכה
 4. רבנו קרשקש – תפיסה מועילה
- ב. טענות בעלי הדין בהודאה כנגד הודאה
- ג. קצוה"ח ונתה"מ – תפיסה בהודאה כנגד הודאה
יסוד המחלוקת בענין תפיסה
- ד. "טענו חיטים..." – הודאה כנגד הודאה?
- ה. שיטת תוס' והרא"ש בהודאה כנגד הודאה
- ו. דין "האומר זה אחי" כהודאה כנגד הודאה
 1. נתה"מ ונחל יצחק – הודאה כשהנכסים אינם ברשות
 2. קצוה"ח – אין ספק מוציא מידי ודאי
 3. בירור בתירוץ קצוה"ח
 - ז. הודאות סותרות של מלוה ולוה
- ח. סיכום

מאמר זה עוסק במקרה בו שני בעלי דין הודו זה לזה בממון, כלומר שכל אחד טוען לחובת עצמו ולטובת השני, ועל בית הדין להכריע מה לעשות בממון הנידון.

א. סוגיית הגמ' בגיטין ושיטות הראשונים

איתא בגיטין מ, ב:

ת"ר: האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין, והוא אומר לא עשאתי - חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר; כתבתי ונתתי לו, והוא אומר לא כתב לי ולא נתן לי - הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. האומר נתתי שדה פלונית לפלוני, והוא אומר לא נתן לי - חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר; כתבתי

ונתתי לו, והוא אומר לא כתב ולא נתן לי - הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. מי אוכל פירות? רב חסדא אמר: נותן אוכל פירות, ורבה אמר: משלשין את הפירות. ולא פליגי: הא באבא, הא בברא.

בסוגיא שתי דוגמאות של הודאה כנגד הודאה, אחת בעבד ושניה בשדה. בשלב הראשון בשתי הדוגמאות, מגדירה הגמ' את הודאת הנותן כנכונה יותר, מכיון ש"חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר", ולכן למרות שהמקבל אינו יודע מכך, ואף הודה שלא זכה, לא מתייחסים להודאתו ומגדירים אותו כזוכה. נחלקו ראשונים האם להגדירו כזוכה בודאי, כלומר ודאי שמה שקרה זה שהנותן נתן והמקבל לא ידע (תוס', רא"ש ועוד), או שנאמר, שהמקבל זוכה מכיון שטענתו מסופקת לעומת טענת הנותן שהיא טענה ודאית ולכן המקבל יזכה (ראב"ד, רשב"א) לשיטה זו ה"חיישינן" מתפרש כפשוטו.

בשלב השני מביאה הגמ' מקרה שבו בשתי הדוגמאות הנ"ל, אין שום ספק בטענות שני הצדדים ואז הדין הוא שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, כלומר הודאת המקבל גוברת, ומסבירים רש"י תוס' והרא"ש, שזה נובע מכך שתולים בטעות של הנותן שחשב שנתן אך בעצם לא נתן. ניתן להסיק לשיטתם שכאשר המציאות תהיה שאין שום אפשרות לתלות בטעות נותן, הדין ישתנה וכפי שנביא להלן בשיטתם.

1. תוס' – מפקידים הממון בידי שליח

בשלב הבא שואלת הגמ' "מי אוכל פירות" ונחלקו הראשונים כלפי מה השאלה מתייחסת. הר"ן, הרשב"א והמהרש"ל בשיטת תוס', מסבירים שהשאלה באה לפרט את הדין של הבריייתא הנ"ל, כלומר שמה שהולכים אחר הודאת מקבל בגלל שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ולכן הנותן אוכל פירות, זה רק כאשר בעלי הדין עצמם טוענים בפני בית הדין, אך כאשר בעלי הדין אינם בפנינו אלא בניהם, או בני המקבל מול הנותן, הדין הוא שישלישו את הפירות ביד שליח, כי הבן פחות מכיר את המציאות, ויש סבירות לכך שיבואו עדים ויעידו שהנותן אכן נתן, ובן המקבל לא ידע. לעומת הסבר זה בתוס', המהרש"א מסביר בדעתם, שהשאלה מי אוכל פירות, היא שאלה בעלמא, ולכאורה כוונתו במקום של ספק שבו אין לתלות בטעות נותן כפי שהתוס' מסבירים בסוגיא, אלא טענותיהם שוות, אך במקרה של הבריייתא, הדין נשאר כפי שהובא בבריייתא, כלומר שהשדה והפירות נשארים ביד נותן.

היוצא משיטות הראשונים האלה, בהודאה כנגד הודאה, כאשר אין מקום לתלות בטעות מתבקשת של אחד הצדדים (ישמא זיכה לו ע"י אחר"), תולים

בטעות רחוקה (שמא חושב הנותן שנתן אך בעצם לא נתן) ובמקום שאין לתלות בטעות רחוקה, כלומר, לשני הצדדים יש אותה סבירות לטעות (בן המקבל טוען שאביו לא קיבל- לפי הסבר הר"ן הנ"ל) הדין הוא, שמפקידים את הממון ביד שלישי, ואולי יתכנו פתרונות אחרים כגון: חזקות וכו'.

2. רשב"א – ספק שקול ומעמידים על חזקת ממון

הרשב"א בחידושו שם מבין בדעת תוס' בשאלת הגמ', שהם מסבירים זאת כהסבר הר"ן, והוא מקשה על שיטה זו:

ועוד בשאלת פירוש בעל דין דמתני' מי משניהם הוא היאך באה תשובת רבא דאמר משלשין את הפירות שבדין זה לא דברה בו הברייתא לכאורה אלא רבא הוא שמסדר והולך דינו על הברייתא לומר אם יהיה כך יהיה הדין כך, ועוד דדבר פשוט הוא שהודאת המקבל נקראת הודאת בעל דין ומעמידין שדה ביד נותן דכיון שזה מודה וזה מודה העמד קרקע בחזקתו ביד בעלים ראשונים, אח"כ מצאתי כן לר"א אבי"ד ז"ל.

כלומר שלדעתו במקום שטענותיהם מוחלטות ואין חשש לטעות, הודאת המקבל גוברת מכיון שנוצר ספק שקול כתוצאה מהודאותיהם, ולכן "נעמיד ממון בחזקתו ביד בעלים ראשונים"¹ (אי אפשר להכריע מלשון הרשב"א, האם כוונתו לחזקת ממון, ולכן במקרה של הודאה כנגד הודאה ייתכן ותפיסה תועיל, או שהדגש בדבריו הוא על סוף המשפט שבמקרה של הודאה כנגד הודאה נכריע עפ"י חזקת מרא קמא²). בהסבר שאלת הגמ' "מי אוכל פירות", אומר הרשב"א, שהיא מתייחסת לשלב הראשון של הברייתא, שעליו

¹ במישור האיסורי בעבד, כלומר האם הוא מוגדר מבחינה הלכתית כעבד או כבן חורין, למשל לענין נישואין עם בת חורין או עם שפחה, גם כן יוכרע עפ"י דעות הראשונים האלו, כלומר שלפי דעת תוס' והרא"ש הנותן מוגדר כטועה ולכן העבד נשאר עבד גמור לכל הענינים, והאדון יכול להשתעבד בו, ולא אוסרים זאת עליו מדין שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, מכיון שהודאתו אינה נחשבת לכלום, וכן פסק הטור יו"ד סעיף קלט והשו"ע שם סעיף עה. אך לפי שיטת הרשב"א, שהעבד נשאר בחזקת הבעלים רק בגלל ספק שנוצר ע"י הודאותיהם הסותרות, הדין בעבד צריך להיות, שהודאת כל אחד מהם יוצרת שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, וממילא האדון יהיה אסור לשעבד את העבד, ואילו העבד לא יוכל לשאת בת חורין ועוד, וכן משמע מדברי הרמ"ה שהובאו בטור שם ובדברי הבי"ע עליו שם. אמנם הבי"ח שם מסביר את הרמ"ה באופן אחר ועין שם. ועיין עוד במגיה על תרומת הכרי סימן פח אות א, שגם כן הבין לפי הדרך הזו של הרשב"א שבמישור האיסורי, יהיה דין של שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא לשני בעלי הדין.

² במאמר זה נצא מנקודת הנחה, שחזקת מרא קמא אינה שוה לחזקת ממון, אלא היא נחשבת לחזקה דמעיקרא. ולכן במקום שיש חזקת מרא קמא לא תועיל תפיסה. על פי דרך זו הוסקו המסקנות מדברי הראשונים, שיובאו להלן.

אמרה הברייתא "חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר", ומכיון שהחיישינן יוצר ספק, שואלת הגמ' מה יהיה דין הפירות, ולגבי זה נחלקו רב חסדא ורבה.

3. ריטב"א – מרא קמא זוכה

הריטב"א (כת"י – מוסד הרב קוק) בהסבר הברייתא בשלב השני לגבי עבד, שהדין הוא שהודאת העבד גוברת מדין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, מסביר שדין זה נובע מכך שלעבד יש חזקת עבדות, ולכן מכריעים פה על פי החזקה הזו והוא נשאר בעבדותו, וכן לגבי שדה, הודאת המקבל גוברת, מכיון שמעמידים את הקרקע בחזקת מרא קמא. ובהמשך דבריו שם הוא קובע כלל, שבכל מקום שתהיה הודאה כנגד הודאה ויווצר ספק, נשאר את הממון בחזקתו. ולמרות שנראה מסוף דבריו שהולכים אחר חזקת ממון בספק שנוצר מהודאה כנגד הודאה, אך ממה שכתב לפני כן בשדה שהולכים אחר חזקת מרא קמא, וכן לאור ההשוואה לעבד שמעמידים אותו בחזקת עבדות, שזו ודאי חזקה דמעיקרא, יותר נראה מדבריו שבהודאה כנגד הודאה הולכים אחר חזקת מרא קמא.

בהמשך דבריו שם מביא את פירוש הרמ"ה לשאלת הגמ' "מי אוכל פירות", וגם לפי פירוש זה, זה מתייחס לשלב השני של הברייתא כלומר שהקרקע נשארת בידי הנותן והעבד בחזקת אדוניו, והשאלה היא מי לכתחילה אוכל פירות. לגבי דעת רבה שבבנים משלשין, יש לרמ"ה שני פירושים: א. כאשר הבן טוען בברי שאביו לא קיבל את השדה, מכיון שהנותן נתן לאב ואילו האב היה קיים ולא היה מודה, הודאת הבן לא היתה נחשבת כלום, ממילא מכיון שהשדה מגיעה לבן מכח האב ולגבי האב אנו מסופקים, ולכן אין בהודאת הבן להשתוות להודאת הנותן, לכן לא שייך להכריע עפ"י חזקת מרא קמא, ולכן משלשין. ב. מדובר שהאב הודה והבן לא מודה, יוצא שהבן טוען מתוך ספק, וכן הנותן, ולכן משלשין ולא משאירים ביד נותן. (לכאורה במצב כזה של ספק היה ראוי להכריע עפ"י חזקת מ"ק כנ"ל).

הריטב"א מוסיף בדבריו סברא, שנכונה לכלל המקרים של הודאה כנגד הודאה: "ומסתברא דהיכא דאיתנהו לתרוייהו ולא הדר ביה חד מינייהו, לא איצטריך לאשמועינן, דהא לא תבע חד מינייהו לחבריה, וכ"ש היכא דהדר ביה הרב והעבד לא הדר ביה, אלא כי איצטריך היכא דאיתנהו לתרוייהו, וקא הדרי בהו תרוייהו, והדר הרב ואמר לא נתתי, והדר עבדא ואמר אין כתב ונתן לי. אבל היכא דהדר ביה עבדא ואמר כתב ונתן לי והרב לא קא הדר ביה מהודאתו, כופין אותו וכותב לו גט שיחרור" יוצא מדבריו, שפשוט

שבמקרים של הודאה כנגד הודאה, כל הדיון מתעורר בעקבות טענות בעלי הדין לטובת עצמם, וכגון שחזרו בהם מהודאותיהם וכדו'.

4. רבנו קרשקש – תפיסה מועילה

בהסבר השלב השני בברייתא, סובר רבנו קרשקש, שהודאת בעל דין בכל הסוגיא מתייחס להודאות שני הצדדים, ונאמנותם שווה, ועל כך נסוב הדיון בסוף הסוגיא לגבי אכילת פירות, אך הדין מתייחס רק לשדה ולא לעבד מכיון שעבד תופס את מעשי ידיו, כלומר שנוצר ספק ותפיסה מועילה, ולכן העבד שתפוס במעשי ידיו יזכה בהם. לעומת זאת בשדה, כאשר מדובר על בעלי הדין בעצמם, הדין הוא שישלשו את הפירות, וכאשר מדובר על בניהם, אם לבנים אין טענות ברורות, אלא שהם באים לדון מכח אבותיהם, במצב כזה בכל המקרים (מת נותן בחיי מקבל, מת מקבל בחיי נותן וכו') נעמיד את הקרקע בחזקת מרא קמא, ואם הבנים באים גם הם בטענות מוחלטות כאבות, במקרה כזה דינם יהיה כשל האבות, כלומר ישלשו את הפירות.

היוצא מדבריו, שבמקום שאחד הצדדים תופס, התפיסה תועיל, כמו שרואים בעבד, ואילו בשדה שבה שני הצדדים מוחזקים בשווה, ואף צד לא תפוס בפירות, הפירות ינתנו לשליש, כאשר הטענות הן מוחלטות, כגון בבעלי הדין עצמם, וכאשר מדובר בבנים שלא מודים בודאי אלא באים מכח האבות, במקרה כזה נלך עפ"י חזקת מרא קמא.

בהערות המהדיר (הרב ליכטנשטיין) על חידושי רבנו קרשקש (מוסד הרב קוק הערה 770) ציין שרבנו קרשקש חולק על הריטב"א, וסובר שתפיסה תועיל, ואילו הריטב"א סובר, שתפיסה לא מועילה אלא מכריעים בעבד עפ"י חזקת עבדות, כלומר חזקת מרא קמא, והרי רבנו קרשקש בעצמו סובר שבבנים כן הולכים אחר חזקת מרא קמא, ולהלן נביא את תירוצו להערה זו, אך בפשטות ניתן לומר בהסבר דבריו, שר' קרשקש סובר שתפיסה מועילה תמיד, ובשדה המצב הפשוט הוא שאין מוחזקות ואין תפיסה לאף צד, ולכן ישלשו את הפירות, ואולי באמת אם אחד הצדדים יתפוס זה יועיל, ואילו בבנים הבאים מכח האבות, מכיון שטענותיהם הן ספק, במקרה כזה תפיסה לא תועיל, ולכן נלך עפ"י חזקת מרא קמא. כלומר שהמחלוקת בין הריטב"א לר' קרשקש היא האם תפיסה תועיל בספק שנוצר בעקבות הודאה כנגד הודאה או לא.

ב. טענות בעלי הדין בהודאה כנגד הודאה

כפי שהבאנו לעיל מהריטב"א ונראה לכאורה שכ"ע יודו לזה, בזמן הדין העכשווי על מקרה שיש בו הודאות סותרות, ברור ששני בעלי הדין טוענים לטובת עצמם ולא נשארו בהודאותיהם לטובת השני, וזה לכאורה פשוט גם מסברא, כי אם הם לאורך כל הדרך מודים אחד לשני, מצב זה כלל לא מגיע לדיון בבית דין, אלא אפשר למצוא פתרונות יצירתיים לענין, למשל שיתחנתו זה בזה כמעשה דאלכסנדר מוקדון וכדו', אלא ודאי נראה שכשהם מגיעים לבית הדין הם טוענים כל אחד לטובת עצמו.³

אולם נראה, שבעל שו"ת פרח מטה אהרון (ח"א סי' סה; דף קכח עמ' א), אינו סובר כך. לדעתו, שני הצדדים נשארים בהודאותיהם. הוא מקשה: מה ההבדל בין דין של תרי ותרי, בו מעמידים ממון בחזקתו, למשל במקרה של נכסי דבר שטיא, לבין המקרה של הודאה כנגד הודאה בגיטין הנ"ל, שבו הדין שמשלשים את הפירות. מתרץ בעל הפרח מטה אהרון, שבתרי ותרי לכל צד יש טענות מוחלטות וברורות לטובתו ולכן אין סיכוי שהן תשתננה, מה שאין כן בנידון בגיטין, שם כל אחד מודה לשני וזה מה שיוצר את הספק, ולכן יש אפשרות סבירה שבחלוף הזמן, אחד מהם יחזור בו מהודאתו. לכן במקרה כזה הדין הוא שיהא מונח עד שיבוא אליהו, או מה שיותר מסתבר שאחד מהם יחזור בו מהודאתו, ומוכח מדבריו שהוא מעמיד את הגמ' כך, שבעלי הדין נשארים בהודאותיהם ודלא כריטב"א הנ"ל.

הסתכלות דומה מוצאים בדברי רבנו קרשקש. המהדיר (הרב ליכטנשטיין) הקשה, שבתחילת דבריו נראה שבהודאה כנגד הודאה לא תועיל חזקת מרא קמא, ואילו בסוף דבריו לגבי בנים הוא סובר שכן תועיל, ותרץ שבאמת גם לפי ר' קרשקש, תועיל חזקת מרא קמא, אלא שכאשר בעל הדין עצמו עומד

³ ועיין בתרומת הכרי (פחא), שהקשה על הרמב"ן, שסובר שתפיסה לא מועילה בספק ואילו בהודאה כנגד הודאה סובר שתפיסה תועיל, וכפי שיובא להלן. ותרץ שבהודאה כנגד הודאה תפיסה מועילה, מכיון שאין אף אחד שמוחה כנגדה, כי הנתבע מודה לתפיסתו של התובע, ולכן במצב זה בית הדין כלל לא נדרש להתערב ובלשונו "עוד נראה בעיני בטעמא דהרמב"ן ז"ל, דהוא ז"ל לאו מתורת תפיסה בספיקא אתי' עלה, אלא דהיינו טעמא דלא נצטוו הב"ד לעשות משפט ולהצילו מיד עשקו, אלא היכי שהתובע קובל בפניהם, אבל הכא הוא אומר שאינו חייב לו שעורין... " וזה ממש כדברינו למעלה. גם המגיה על תרומת הכרי (חתנו) שם באות א מעמיד את הגמ' בגיטין, שמדובר שבעלי הדין חזרו בהם מטענותיהם, ואמתלא לחזרה תועיל, אפילו לדעות הסוברות שאין אמתלא בממון, כאן כולם יודו שאמתלא תועיל מכיון שההודאות מסופקות כי יש הודאות הסותרות אותן. גם הרמ"ה שמובא בטור יו"ד סימן רסז סעיף קמ, מעמיד כך את הגמ' שם.

וצועק שהממון לא שלו, בזה אי אפשר להתייחס לחזקת מרא קמא שהוא עצמו סותר אותה, אך בבנים, שטענותיהם אינן מוחלטות, כן תועיל חזקת מרא קמא. ומשמע מדבריו, שגם הוא מעמיד את הגמ' באופן שנשארים בהודאותיהם, אך אולי אפשר לומר שגם לפי הסבר זה, ודאי שעכשיו בבית הדין בעלי הדין טוענים לטובת עצמם, אך מכיון שבעבר טען המרא קמא (האדון, הנותן), שהממון לא היה שלו, ממילא הורעה חזקת מרא קמא שלו בכך, ועיין להלן מה שנכתוב בדברי הנתיבות.

ג. קצוה"ח ונתה"מ - תפיסה בהודאה כנגד הודאה

השו"ע (חוי"מ פח"ב) בדין של "טענו חיטים והודה לו בשעורים" פוסק כשיטת הרי"ף והרמב"ם, שהפטור של הנתבע נובע מכך שהתובע הודה לו שהוא אינו חייב לו שעורים. בהמשך הסעיף מובאת שיטת הרי"ף שאם תפס התובע שעורים לא מפקינן מיניה.

הש"ך (ס"ק כג) מקשה מדוע תועיל תפיסה, הרי התובע בעצמו הודה, שהנתבע לא חייב שעורים, אם כן איך הוא יכול לתפוס שעורים, הרי אפילו אם יהיו עדים שיעדו שהנתבע חייב שעורים, הם לא יהיו נאמנים מכיון שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, כדברי השו"ע.

קצוה"ח (ס"ק ט) מיישב, שטענו חיטים והודה לו בשעורים זה מקרה של הודאה כנגד הודאה, כי כמו שהתובע הודה לנתבע, הודה הנתבע לתובע שהוא חייב לו, וכפי שנמצא כבר בהרבה ראשונים, וכן נראה מהרמב"ם הלכות טוען ונטען ג, י, ומכיון שכך נוצר פה ספק, שדינו כמו תרי ותרי, ומכיון שבתרי ותרי מועילה תפיסה, גם כאן תועיל תפיסה.

קצוה"ח מסייג את דבריו בכך, שגם לסוברים שטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור מטעם הודאה כנגד הודאה, זה רק במקרה של תפיסה, אך אם לפני תפיסת התובע חזר הנתבע מהודאתו, הוא נאמן ותפיסה שתבוא אח"כ לא תועיל, מכיון שלכו"ע כל עוד אין תפיסה הנתבע יכול לטעון טענת השטאה. בשיטת הרא"ש, שמצד אחד סובר את הטעם של הודאה, ומצד שני סובר שתפיסה לא תועיל, אולי אפשר לומר שהקצות יסביר כהסבר התומים וכפי שנביא להלן, שלרא"ש אין חילוק מהותי בין הודאה למחילה, ולכן תפיסה לא תועיל, כי יש מחילה של התובע.

קצוה"ח מביא ראיה לדבריו, שב"טענו חיטים..." תפיסה מועילה מכיון שזו הודאה כנגד הודאה, מדברי הרמב"ן (מלחמות ב"ק כב, ב, מדפי הרי"ף) וז"ל:

ומכל מקום בשניהן ברי הואיל וזה אומר חייב אני לך וזה אומר אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מאן דתפיס ולא מזדקקין להו, והכי איתיה בפרק השולח (גיטין מ, ב) גבי נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתן לי עכ"ל. וכדברי הרשב"א בגיטין.

בסוף דבריו הקצות מביא את קושיית אחיו על שיטתו, מהגמ' בגיטין הנ"ל, מהמקרה של הודאה כנגד הודאה בעבד, שהדין הוא שהוא נשאר בחזקת האדון, והרי העבד תפוס בעצמו, ואם כן הדין היה צריך להיות, שהתפיסה תועיל והעבד יהיה בן חורין, ומתרץ הקצות שבעבד זה נחשב תפיסת ספק, כי אם הוא אינו בן חורין לא תועיל תפיסתו כלום, ממילא עצם זה שהוא יכול לתפוס מוטל בספק, ותפיסת ספק אינה מועילה.

נתה"מ (שם ד) מתרץ את קושיית הש"ך באופן אחר, וחולק על הסברו של קצוה"ח. לדעתו תפיסה לא מועילה במקרה של הודאה כנגד הודאה, וראייתו מדין העבד בגמ' בגיטין (וכקושיית אחי הקצות). ובטעם הדבר כתב, שבהודאה כנגד הודאה לא תועיל חזקת ממון, מכיון שהטעם של חזקת ממון הוא שאין ביד בית דין להוציא מנתבע ממון ללא ראייה, והיא אינה חזקה מבררת, ולכן היא לא תועיל ללא טענה, ולכן בהודאה כנגד הודאה, כשהמחזיק בעצמו טוען שהממון לא שלו, אין כל צורך בראייה להוציא ממנו את הממון, כי יש פה חזקה ללא טענה. ומה שיכריע בהודאה כנגד הודאה זה רק חזקת מרא קמא, שלדעת נתה"מ היא חזקה דמעיקרא, כבדיני איסור שהיא כן חזקה מבררת.

בדברי הנתביבות יש להעיר, כפי שהבאנו לעיל מהריטב"א, שלכאורה פשוט, שכאשר בעלי הדין באים לפנינו כל אחד מהם טוען לטובת עצמו, ואם כן גם לשיטתו חזקת ממון תועיל פה כי היא מלווה בטענת ברי של המוחזק לטובת עצמו, אלא צריך לומר שמכיון שבעבר התופס הודה שהממון לא שלו זה מערער את הברי שהוא טוען עכשיו, ולכן חזקת ממון לא תועיל אלא רק חזקת מרא קמא.⁴

נראה לכאורה שאפשר להשוות את מחלוקת הקצות והנתביבות למחלוקת הריטב"א ור' קרשקש, שהבאנו לעיל. בדעות שאר הראשונים לא ניתן להכריע מה הם סוברים, האם מכריעים ע"י חזקת ממון או מרא קמא. (גם

⁴ ועיין בהערות מילואי משפט הערה מס' 115.

ברמב"ן וברשב"א, שהקצות הביא כראיה לשיטתו, ניתן לומר, שהם מתכוונים לחזקת מרא קמא ולא דוקא לחזקת ממון).

יסוד המחלוקת בענין תפיסה

נראה שיסוד מחלוקתם של הקצות והנתיבות בדין זה של תפיסה בהודאה כנגד הודאה, נעוץ במחלוקתם בחו"מ עה בגדר חזקת ממון.

קצוה"ח (עה ס"ק א וב) דוחה את דברי הש"ך שסובר, שכשנתברר חיוב במקצת בבי"ד מתוך טענותיו של נתבע, יש חיוב שבועה, כי בי"ד נחשבים כעדים וממילא יש פה דין של ר"ח קמייתא, והקצות סובר שבמקרה כזה בי"ד לא נחשבים כעדים המחייבים שבועה משום "דכי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי" כלומר שמתוך חזקתו של הנתבע בממון, כשם שהבי"ד מעידים לחובתו בחלק שנתברר, כך הם מעידים לזכותו בשאר, ולכן אין כאן חיוב שבועה.

נתה"מ שם ד חולק על קצוה"ח, וז"ל:

וליתא, דהנה יש שני מיני חזקות, אחת, חזקה המבררת את האמת כעדים, כמו חזקת הגוף דבתולה ושאר חזקות, ונלמד מקרא, משא"כ חזקת ממון דאינה מבררת האמת ולא נלמד מקרא רק מסברא כמ"ש בפרק הפרה (בי"ק מ"ו ע"ב), כמ"ש [בקונטרס הספקות] (ו) בסוף ספרו בקצוה"ח, כלל א [סי' ו]. וא"כ לא דמי, בשלמא על המקצת שהוא חייב לשלם, דהטעם הוא דרחמנא הימניה לעד אחד כשנים היכא דאינו יכול לישבע, הוי כאנן סהדי מטעם הנ"ל, וכן במקום דאיכא חזקה המבררת האמת הוי כאנן סהדי, אבל על המקצת השני דפטור הוא מטעם חזקת ממון, לא הוי כאנן סהדי, דהיא חזקה שאינה מבררת האמת.

וכוונת דבריו, שמכיון שחזקת ממון אינה מבררת אלא יסודה בסברא, שבי"ד לא יכולים לשנות מצב קיים ולהוציא ממון ממוחזק כל עוד אין ראייה מספיקה לעשות כך, ממילא חזקה כזו לא יכולה ליצור אנן סהדי, ששאר הממון הוא של הנתבע.

קצוה"ח, במשובב נתיבות משיב על דברי הנתיבות:

ואין אומר ואין דברים, דהא בש"ס אמרו עלה דשנים אוחזין כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, דאינו אלא חזקת ממון דמאי דתפיס האי, ומאי דתפיס האי. ומה לי אם הוא מחמת סברא או לא כולן מרועה

אחד ניתנו, ולא יאמר הלכה זו נאה, וכולם פסק דין המה והו"ל אכן שהדי מחמת פסק דין להאי כמו להאי.

מדברי קצוה"ח נראה, שהוא מודה לנתיבות בכך, שחזקת ממון נוצרת ע"י הסברא הנ"ל, אך הוא סובר, שלאחר שהיא קיימת ומכריעים על פיה ממילא היא נחשבת כמבררת. ומחלוקתם מופיעה, כאשר באים להכריע עפ"י חזקת ממון האם מתייחסים לסברא היוצרת אותה, או שברגע שהיא נוצרה, מתייחסים אליה כאל פסק דין וממילא כאל דבר מברר, בלא להתחשב האם הסברא היוצרת אותה שייכת. ולפי זה, סבור קצוה"ח, שאף בהודאה כנגד הודאה חזקת ממון תועיל ולכן תועיל תפיסה, ואילו הנתיבות סובר, שמכיון שבעל הממון בעצמו הודה שהממון אינו שלו, לא שייכת סברת חזקת ממון ולכן לא נכריע על פיה וממילא תפיסה לא תועיל.

ד. "טענו חיטים..." - הודאה כנגד הודאה?

מחלוקת נוספת העולה מדבריהם היא, האם המקרה של טענו חיטים וכו' נידון כהודאה כנגד הודאה וזו סיבת הפטור מדמי שעורים, וכך סובר הקצות, או שהדין כאן לא נובע מדיני הודאה כנגד הודאה וכך סובר הנתיבות. התניבות מסביר, שהדין של "טענו חיטים..." נובע מסברות אחרות השייכות במצבים השונים: א. במקרה שהטענות מתיחסות לזמנים מתחלפים, כלומר הלוואת החיטים היתה ביום א' והודאת שעורים מתייחסת ליום ב', בזה כל הראשונים יודו, שהפטור נובע מדין מחילה. ב. במקרה שבו הטענות מתייחסות לאותו יום ואותה שעה, ולא שייך טעם של מחילה אלא של הודאה, ולכן לתובע יש זכות לגבות דמי חיטים או דמי שעורים, ממה נפשך, אך אין לו זכות בשעורים עצמן, ואם הנתבע חוזר בו וטוען השטאה הוא נאמן והתובע לא גובה כלום. ג. במידה והנתבע לא טען השטאה והתובע תפס את החיטים עצמן, לא נוציא ממנו - לשיטת הרי"ף והשו"ע, מכיון שהודאתו אינה הודאה מוחלטת אלא הודאה מתוך שתיקה, ולכן תפיסתו תועיל.

ה. שיטת תוס' והרא"ש בהודאה כנגד הודאה

הנחלת צבי (רי"ס עה), אומר, שרש"י, תוס' והרא"ש סוברים, שבהודאה כנגד הודאה נעמיד ממון על חזקתו, ומזה נובע הדין בטענו חיטים והודה לו בשעורים,⁵ ולזה מתכוון הרא"ש כשהוא אומר שהפטור בשעורים נובע

⁵ ועיין חזו"א חו"מ סימן יא ס"ק ו.

מהודאה של התובע כלומר שבצירוף הודאת הנתבע נוצר ספק ולכן מעמידים ממון על חזקתו, והממון כלומר השעורים נשארות אצל הנתבע. וכן הוא אומר כך בדעת רש"י ותוס',⁶ אלא שלשיטתם ב"טענו חיטים..." יש טעם עדיף של מחילה של התובע, אך גם ללא טעם זה, הדין לא ישתנה. ומה שהם הסבירו בגמ' בגיטין, שקרקע נשארת ביד נותן מהסיבה שחוששים לטעות נותן, ולא הסבירו שזה מדין העמד ממון על חזקתו, נובע מכך ששם הברייתא השתמשה בלשון מוחלטת של הודאת בעל דין וכו' ביחס למקבל ומשמע שזה לא מצד ספק, שנוצר מהודאותיהם הסותרות, אלא זה דין מוחלט שנוצר מהודאת מקבל. לכן פירשו שם, שהודאת הנותן לא נחשבת כי מגדירים אותו כטועה, אך באמת גם אם טעם זה לא היה שייך, הדין היה נשאר כך מדין העמד ממון על חזקתו במצב של ספק.

לכאורה יש להעיר בדבריו, שאם כך הם הדברים, מדוע לפי הרא"ש לא תועיל תפיסה, שהרי לפי הסברו ברא"ש נראה שנוצר ספק כתרי ותרי, וכן נמצא במפורש בשו"ת פרח מטה אהרון המובא בדבריו, שיש השואה גמורה בין תרי ותרי להודאה כנגד הודאה.

הנחל יצחק (עה אות ט ענפים א וב) מבין אחרת בשיטת רש"י ותוס'. לדעתו, רש"י, תוס' והרא"ש סוברים, שבמקרה של הודאה כנגד הודאה, תמיד תגבר הודאת נותן, מכיון שתמיד ביד הנותן להקנות באודיתא את הממון שעליו נחלקים, ולכן נתייחס תמיד להודאת נותן כאל הקנאה מחודשת, וממילא אין מקום לויכוח בשאלה מה קרה בעבר. הגדרה זו נכונה לרוב המקרים, פרט למספר מקרים חריגים:

א. מקרים שבהם ניתן לתלות כאמור, שהנותן טועה וזו סיבת הדין בגמ' בגיטין.

ב. כאשר ישנה מחילה של המקבל, זה גובר על ההקנאה של הנותן, ולכן במקרה בו לוח טוען שהוא חייב ומלוה טוען שהלוה לא חייב לו (חו"מ עה, יא), למרות שבאופן עקרוני הודאת הלוה גוברת, אך כאן יש מחילה של המלוה ולכן הלוה פטור. וכן בטענו חיטים והודה לו בשעורים זהו גם מקרה של הודאה כנגד הודאה, והדין באופן עקרוני הוא, שהודאת נותן גוברת, אך

⁶ ונראה שכך סובר התוס' רי"ד ב"ב קלה, א.

הודאת התובע מוגדרת כמחילה ולכן פטור מן השעורים.⁷ ההוכחה שהוא מביא להסברו בשיטתם, שבמקום שאין לתלות בטעות נותן, הודאת נותן גוברת, ולא כדברי הרמב"ן והרשב"א שבמקום כזה, נעמיד ממון בחזקתו, היא מדבריהם בגיטין, שלשיטתם דין הגמ' נובע מכך שיש טעות נותן, והרי אם היו סוברים כרשב"א והרמב"ן, היו יכולים להסביר את הגמ' כמותם ולא להזדקק לטעם של טעות נותן, אלא מוכח שללא טעות נותן, הודאתו תגבר.

ו. דין "האומר זה אחי" כהודאה כנגד הודאה

מקרה נוסף של הודאה כנגד הודאה, שבו אין לתלות בטעות של אחד הצדדים, ואין לאף צד חזקה בממון, מובא במשנה בב"ב קלד, א:

האומר זה בני - נאמן, זה אחי - אינו נאמן, ויטול עמו בחלקו. מת - יחזרו נכסים למקומן. נפלו לו נכסים ממקום אחר - יירשו אחיו עמו.

ובגמ' מובא (קלה, א), ש"נפלו לו נכסים ממקום אחר אחיו חולקים עימו" זה דוקא כשהאחים טוענים שאינם יודעים, אך אם טענו בודאי שהספק אינו אחיהם, על זה לא דיברה המשנה ובמקרה כזה הם לא חולקים בנכסים, אלא האח שאמר, זה אחי, יורש הכל. וכן פסקו להלכה הרמב"ם והשו"ע.

המשנה למלך (נחלות ד, ח), מקשה על הרמב"ם, שהרי יש פה הודאה כנגד הודאה, כי כאשר ראובן טוען שלוי הוא אחיו, מיניה וביה הוא מודה שגם שמעון הוא אחיו של לוי, ואם כן המקרה דומה למקרה של הגמ' בגיטין מ, ומכיון שכאן אין לתלות בטעות נותן, נוצר פה ספק, ואם כן לא שייך להכריע בפשטות שראובן יירש הכל. [ועיי' בשו"ע (רפ, ד), שנקט לשון הרמב"ם, ורע"א מצייין לקושיית המל"מ הנ"ל].

1. נתה"מ ונחל יצחק – הודאה כשהנכסים אינם ברשותו

ביישוב קושיה זו נאמרו מספר תירוצים:

הנחל יצחק מתרץ כך: מכיון שטענות האחים היו עוד בחיי הספק, בשעה שירותו מוגדרת כדבר שלא בא לעולם, ולכן אמירת ראובן זה אחי לא יכולה להוות אודיתא, כי אין אודיתא בדבר שלא בא לעולם. לכן כאשר מת

⁷ הנחל יצחק סובר בדעת הרא"ש, שהודאה ומחילה זה היינו הך, והרא"ש לא התכוון לשלול לגמרי את הטעם של מחילה בדין זה אלא רק במקרה המסויים של שני שוורים שהזיקו שני שוורים, וכהסבר התומים (פח ס"ק ז) בדעת הרא"ש, ודלא כשי"ך (פח ס"ק ז), שדעת הרא"ש שטעם מחילה לא שייך כלל בדין זה.

הספק נוצר ספק שקול כתוצאה מההודאות הסותרות, ולכן ראובן שנחשב כיורש ודאי לעומת שמעון שנחשב יורש ספק, יירש הכל.

אך הוא דוחה תירוץ זה, מכיון שאמנם בזמן הטענה הראשונית אין אודיתא, אך לאחר שהנכסים מגיעים ליד ראובן, וכל החזקתו בהם היא מכח טענתו שהוא אחיו, אם כן ישנה גם הודאה תמידית ששמעון הוא גם יורש, ואם כן הדין צריך להיות שלאחר שהנכסים מגיעים לידי ראובן, שמעון צריך לקבל חלק, מכח הודאתו של ראובן.

הוא דוחה את הדחיה ואומר, שכאשר הנכסים מגיעים לראובן אין אודיתא שלו לשמעון, כי אמנם ראובן בשביל להחזיק בנכסים טוען שלוי הוא אחיו, אך זה לא יוצר אודיתא, כי ראובן טוען לטובת עצמו, ולא מתכוון להקנות לשמעון.

הוא מביא גם את תירוץ הנתיבות (רפ ס"ק ג), שאומר, שמכיון שהנכסים אינם ברשות אחד מן האחים, אין לראות בטענת ראובן שלוי הוא אחיו וממילא גם אח של שמעון, הודאת בעל דין, אלא היא עדות רגילה, אולם טענת שמעון שלוי אינו אחיו כן נחשבת כהודאת בעל דין, ולכן הודאת שמעון גוברת ורק ראובן יורש.

לכאורה גם על תירוץ זה קשה כנ"ל, שכן כשהנכסים מגיעים לידי ראובן, עדותו נהפכת להודאת בעל דין. ואולי אפשר לומר בשיטת הנתיבות, שלא כמו הסברו של הנחל יצחק. אלא שכשהנכסים מגיעים לידי ראובן נוצרת חזקת מרא קמא, מכיון שעד עכשיו אף אחד לא היה מוחזק, ולכן הנכסים ישארו בחזקת ראובן.

בהמשך דבריו, מקשה הנח"י על עצמו ועל הנתיבות, איך המהר"ם והרא"ש מביאים ראיה מדין האחים, למקרה של מלוה ולוה שהודו זה לזה, הרי באחים זה מקרה מיוחד, שבו אין אודיתא של הנותן (נח"י) או אין הודאת בעל דין של הנותן אלא עדות (נתיבות) ולעומת זאת במלוה ולוה, יש אודיתא וגם הודאת בע"ד של הנותן, ואם כן איך הרא"ש מוכיח מכאן, שהודאת המלוה נחשבת מחילה, אם לא שנאמר, שהרא"ש סבור, שהמקרה של האחים הוא כמקרה רגיל של הודאה כנגד הודאה, ואם כן חזרה קושיית המל"מ למקומה.

מתרץ הנח"י, שבאמת הוכחת הראשונים היא מהשלב בו הנכסים כבר הגיעו לידי ראובן, שאז כבר יש הודאת בעל דין, ובמקרה כזה לרא"ש שסובר

שבהודאה כנגד הודאה הולכים אחר הודאת נותן, הדין היה צריך להיות ששמעון חולק בנכסים, ומזה שהנכסים נשארים בידי ראובן ראייה לכך שאמירתו של שמעון נחשבת כמחילה, ולכן גם במקרה של מלוה ולוה נלמד שהודאת מלוה מהוה מחילה ולכן הלוח פטור, ומשמע מדבריו, שחזר בו ממה שאמר למעלה שהודאת ראובן לא תיצור אודיאה, אלא נשאר בתירוץ הנתיבות בלבד.

2. קצוה"ח – אין ספק מוציא מידי ודאי

תירוץ נוסף על קושית המל"מ, הובא בקצוה"ח.⁸ במקרה זה של האחים, האומר זה אחי, נחשב כיורש ודאי לעומת זה שאמר שאינו אחי, שהוא יורש ספק בנכסיו של הספק, ולכן יש פה דין של אין ספק מוציא מידי ודאי, וזה שאמר שהוא אחיהם יורש הכל. ובלשון הקצות:

אמר שמעון אין לוי זה אחי. והוא מדברי הרמב"ם פ"ד מנחלות (ה"ד). ובמשנה למלך הקשה דאמאי לא יטול שמעון בנכסי לוי, דהא כי היכי דיש הודאת שמעון דאין לו חלק בנכסי לוי כמו כן יש הודאת ראובן שיש לשמעון חלק בנכסי לוי וע"ש.

ואחי הרב החכם השלם מוהר"ר יהודא ש"ן אמר בזה (תרומת הכרי סימן פ"ח סעיף י"ב), דכיון דהיכא דאיכא הודאת בע"ד שחייב והודאת תובע להיפך שאינו חייב הו"ל כמו תרי ותרי, וכמבואר בסימן פח סק"ט ע"ש [דאינו אלא] כמו ספיקא דתרי ותרי דבע"ד נאמן [כעדים], ומש"ה גבי יורשין דהיכא דאחד ודאי והשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, וא"כ ה"נ הו"ל ראובן ודאי ושמעון ספק ומוקי הנכסים בחזקת ראובן עכ"ל ודו"ק.

3. בירור בתירוץ קצוה"ח

ולכאורה תרוץ זה לא מובן, מה עושה את ראובן יותר ודאי משמעון, הרי שניהם הודו זה לזה ולכאורה הם שווים לחלוטין, וכן הקשו האמרי בינה ואולם המשפט (סימן פח) ועוד.

ואולי אפשר לישב בדוחק עפ"י שיטת הרשב"ם במשנה ב"ב קנח, ב: "נפל הבית עליו ועל אימו, אלו ואלו אומרים שיחלוקו". ובאר הרשב"ם, שדין זה

⁸ קצוה"ח רפ סק"א בשם אחיו; וכיו"ב בנתה"מ פח ס"ק ד ובשו"ת נאות דשא סימן מו הו"ד בנחלת צבי הנ"ל, וכן הוזכר בנח"י.

נכון רק אם אין עוד בנים, אך במקרה שיש לה בנים אחרים, שיש להם חלק ודאי בירושת האם, חלק הבן שמת מתחלק בין בני האם האחרים ולא עובר לאחיו מן האב, מכיון שבני האם האחרים ביחס לאחיו של המת מן האב הם, ודאי לעומת ספק, כי יש להם חלק ודאי בירושה לעומת האחים מן האב שיש ספק האם הם בגדר יורשים.

תוס' שם מקשים על רשב"ם מספר קושיות ומכוחן דחו שיטה זו, ואף הטור (רפ,ז) פסק דלא כרשב"ם, ומביא הב"י (ד"ה ומ"ש לא שנא) הגהות אשר"י, שמביא הרבה ראשונים שחלקו על רשב"ם, ושכך סובר הרא"ש, ושדקדק ברמב"ם, שגם הוא סובר לא כרשב"ם, אך בתשובת ר' שמחה (הובאה בשו"ת הרשב"א ח"ב סימן כו) רוצה לומר, שהרמב"ם סבירא ליה כרשב"ם.

המל"מ (נחלות ה,ו), מתרץ את שיטת הרשב"ם מקושיות תוס', ואומר שהרשב"ם אומר את דבריו אך ורק בירושה, ששני בעלי הדין באים בטענת ירושה, במקום כזה מי שיש לו ודאות בחלק מהירושה יש לו שם יורש ודאי, ומי שהוא ספק יורש נחשב כספק לעומת הודאי. לעומת זאת בשאר דיני ממונות לא שייכת סברא זו. ולכן לא קשות קושיות התוס', שהקשה מדינים שלא קשורים לירושה. לכאורה נראה, שהמל"מ סובר ששיטת רשב"ם בנוגע לדיני ירושה לא נדחתה.

לפי זה אפשר אולי לומר, במקרה של שני אחים שנחלקים על ירושת האב הספק, והרי מדובר שבשלב הראשון נפלה ירושה לאחים מאביהם, ואז ראובן העיד על לוי שהוא אחיהם, ושמעון טוען שהוא לא אחיהם, וראובן - בגלל הודאתו ללוי - נדרש לתת לו חצי מחלקו בירושת יעקב, וכאשר לוי מת, על הנכסים שראובן נתן לו מירושת יעקב, אין דיון והם חוזרים לראובן, וכל הדיון הוא רק על נכסים שנפלו ללוי ממקום אחר, ממילא לראובן יש ודאי בחלק מהנכסים ובשאר הוא ספק ולכן הוא יורש ודאי לעומת שמעון שהוא ספק יורש, ואם כן לפי רשב"ם ראובן יטול הכל מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, ואלי לזה התכוונו כל הנ"ל, וצ"ע.

ז. הודאות סותרות של מלוה ולוה

מקרה נוסף של הודאה כנגד הודאה מובא בחו"מ עה,יא. לוח טוען, שהוא חייב למלוה והמלוה טוען שהלוה אינו חייב לו, והדין בזה שהלוה פטור אפילו מדיני שמים מכיון שהמלוה מחל.

הנחל יצחק (בדעת הרא"ש ותוס' כנ"ל) סובר, שזה דין רגיל של הודאה כנגד הודאה, כמו בטענו חיטים והודה לו בשעורים וכמו המקרה בב"ב הנ"ל, שבכלם הדין הוא שהמקבל מחל ולכן הממון נשאר אצל הנותן. בנחל יצחק נראה שהוא סובר שגם הרשב"א חזר להורות בענין זה כדברי התוס' והרא"ש, כי הרשב"א (במיוחסות תשובה קיז) מסכים לדברי הרא"ש, ומסביר גם את הגמ' בגיטין כמוהו, מכאן שחזר בו. אך אם נאמר שהרשב"א לא חזר בו והתשובה המיוחסת אינה שלו, והוא נשאר בדעתו, כפי שהקצות מבין אותה, לכאורה הדין יהיה צריך להיות שזה תרי ותרי והעמד ממון על חזקתו, ואם תהיה תפיסה של המלוה היא תועיל. ואולי אפשר לומר, שאפילו לרשב"א במלוה ולוה זה לא תרי ותרי אלא מחילה של המלוה, וכמו הסברא שמובאת בטור בסימן עה, שהיה על המלוה לדקדק, ומזה שלא עשה כך מוכח שמחל בלב שלם.⁹

ח. סיכום

יש שתי גישות מרכזיות בהסבר דין הגמ' בגיטין בהודאה כנגד הודאה:

א. רש"י, תוס' והרא"ש – תולים בטעות נותן ולכן הודאת מקבל גוברת.

ב. רשב"א, ריטב"א ועוד – בהודאה כנגד הודאה נוצרת ספק, ודינו כדין כל מצבי הספק, כלומר מכריעים עפ"י חזקת ממון ואז תפיסה מועילה, או עפ"י חזקת מרא קמא ואז תפיסה לא תועיל. במצבים מסויימים כשאין שום מוחזקות, ושום אפשרות לבירור הספק, ההכרעה תהיה, שהממון הנדון יהא מונח עד שיבוא אליהו.

ביחס לשיטת הראשונים הראשונה, יש מחלוקת, מה יהיה הדין כאשר לא ניתן לתלות בטעות נותן, לפי הנחלת צבי, הראשונים הנ"ל יודו שנוצר ספק כתרי ותרי, שצריך להיות מוכרע ע"י חזקות וכדו'. לעומתו סובר הנחל יצחק, שהודאת נותן תמיד תגבר מכיון שהוא מקנה באודיתא את הממון הנדון למקבל, אלא אם כן הודאת המקבל מוגדרת כמחילה, ואז מחילת מקבל תגבר על קנין האודיתא של הנותן.

נחלקו הדעות, בדין של טענו חיטים והודה לו בשעורים שפטור, לשיטות הראשונים שזה נובע מהודאה או מחילה - האם להגדיר זאת כהודאה כנגד הודאה? קצוה"ח והנחלת צבי מסבירים בדעות הראשונים, שאכן כאן זו

⁹ ועיין ש"ך פח ס"ק יז שמסביר כך בדעת הרא"ש.

הודאה כנגד הודאה, ומזה נובע הדין כאן, ואלו מהש"ך ומנתה"מ משמע שזה לא מוגדר כמקרה של הודאה כנגד הודאה.

מחלוקת זו בין קצוה"ח לנתה"מ נובעת ממחלוקתם בדין הודאה כנגד הודאה, האם באופן עקרוני תועיל במצב כזה תפיסה. לדעת הקצות תועיל ולדעת הנתיבות היא לא תועיל. מחלוקת זו נובעת ממחלוקתם לגבי חזקת ממון האם היא חזקה מבררת (קצוה"ח) או שהיא אינה מבררת (נתה"מ).

במקרה המובא במשנה בב"ב קלד,א, שבו יש הודאה כנגד הודאה ולמרות זאת הממון נשאר ביד נותן לשיטת הראשונים שסוברת, שהודאת נותן תמיד תגבר, כהסברו של הנחל יצחק, זה נובע מכך שיש מחילה של המקבל, וזהו מקור הדין. במקרים כאלו נגדיר את הודאת המקבל כמחילה והממון ישאר אצל הנותן (מהר"מ מרוטנבורג, רא"ש). ואילו לסוברים שבהודאה כנגד הודאה נוצר ספק, הדין במקרה זה נובע מכך שזה ספק וודאי, ורצינו להסביר שזה כך עפ"י שיטתו של רשב"ם שודאות בחלק מהממון בירושה, יוצרת בשאר הממון המסופק, דין של ספק וודאי.

במקרה בו מלוה ולוה הודו זה לזה (חוי"מ עה,יא), לדעות הראשונים שנימקו את הדין בב"ב של אחים שנחלקו על אח ספק, מטעם מחילה, גם כאן זה מקרה רגיל של הודאה כנגד הודאה ולכן מחילת המלוה מכריעה והלוה יהיה פטור, וכהבנת הרמ"א (פח,יב). לדעת הנחל יצחק בשיטת הרשב"א, לולא שנאמר שחזר להורות כשיטת הרא"ש, יש כאן הודאה כנגד הודאה שיוצרות ספק, ולכן לפי שיטת הקצות ברשב"א, תפיסה תועיל וכו', והעלינו אפשרות שבמקרה זה גם לפי הרשב"א נכריע שהמלוה מחל מכיון שהיה לו לדקדק וכסברא המובאת הטור.

קביעה כללית הנכונה לכל הדיון בנושא הודאה כנגד הודאה, ומובאת בריטב"א היא, שבזמן הדיון בב"ד, על מקרה שהיו בו הודאות סותרות, כל אחד מבעלי הדין טוען לטובת עצמו ולא נשאר בהודאתו, אך ראינו שיש דעות הסוברות, שאין זה כך אלא שמדובר שבעלי הדין נשארים בהודאותיהם.

הודאת בעל דין ונאמנות כקיום הדבר

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הודאת בעל דין בדבר שבערוה
כתיבת ידו בגט ובשטר קידושין

ג. נאמנות "בידו" בדבר שבערוה

1. שיטת נתיבות המשפט

2. "קיום הדבר בנאמנות תלוי"

3. ראיית נתיבות המשפט – טעות המעתיקים

4. נאמנות "בידו" לא מועילה לקיום

5. ההבדל בין נאמנות "בידו" לבין עדות

ד. סיכום

א. הקדמה

הגמרא בקידושין סה,ב מביאה גזרה שווה מהפסוק "ומצא בה ערות דבר" האמור בפרשת כי תצא, הנוגע לגירושי אשה, שנאסרה על בעלה מחמת זנות, לבין הפסוק: "על פי שני עדים יקום דבר". ולומדת גזירה שווה דבר – דבר לומר, שרק עפ"י ב' עדים תאסר אשה לבעלה. ומכאן משליכה הגמרא לקידושין ולגיטין ומכאן נפקא לן ש"אין דבר שבערוה פחות משנים".

בכלל דבר שבערוה נכללים גיטין וקידושין לכל הדעות. לגבי חליצה ויבום ישנם דעות בפוסקים, י"א שהם גם בכלל דבר שבערוה וי"א שלא, כשהנידון הוא האם להצריך עדים בחליצה ויבום.

באופן פשוט בכל דבר שבערוה מצריכים ב' עדים כשרים, ומתבאר בכל מקום שעצם קיום וחלות המעשה תלוי בב' עדים, ולא רק התבררותו לאחר מכן, וקידושין ללא עדים לאו כלום הוא אפילו אם ידוע לאשה שקבלה קידושין ללא עדים אינה צריכה לנהוג כאשת איש לפי ידיעתה זו.

מקדש בעד אחד נחלקו אמוראי בגמרא בקידושין סה,ב אי חוששין לקידושין ולהלכה נקטו רוב הפוסקים שאין חוששין. ברמ"א הובאה דעה שכן חיישינן.

לכאורה נראה שכל הדינים הנ"ל שווים הם, ובכולם בעיני ב' עדים אם נאמר שהם דבר שבערוה. אולם מתבאר, שלעיתים מתקיים המעשה גם ללא ב' עדים וישנו חילוק בין גיטין לקידושין וחליצה, כל חד וחד בהתאם לדיניו. ובלשון בעל נתיבות משפט בסימן לו, ס"ק י :

לכן כל דהנך תלתא דבר שבערוה דהינו גיטין וקידושין וחליצה דמשמע לכאורה דאין להם קיום ללא עדים, לאו בחדא מחתא מחתינהו, כל אחד יש לו דין אחר מטעם אחר...

ב. הודאת בעל דין בדבר שבערוה

בגמרא בקידושין (סה,ב) מובא, ששאל ר' אשי את ר' כהנא – היות ולמדים דבר דבר, מממון לדבר שבערוה, מדוע שלא נאמר, שכמו שבממון הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, הני יועיל בקידושין הודאת בעל דין. כלומר, אשה שנתקדשה בינה לבין עצמה תהא נאמנת על כך לומר שנתקדשה, וממילא יכולה להיות בעצמה "העדוה" הנדרשת בקידושין ואין צורך בב' עדים נוספים.

תירץ לו ר' כהנא, שבממון לא הוי חב לאחריני, בקידושין הוי חב לאחריני. ופירש רש"י שם, שבקידושין היות ואם נאמינה שנתקדשה, יאסרו קרובותיה על בעלה נמצא שהיא חבה לאחרים בהודאתה ולכן לא נאמנת. אולם הרשב"א הקשה, שלפי"ז גר וגיורת, שאין להם קרובים יוכלו לעשות קידושין בינם לבין עצמם ואין צורך בעדים, וזה לא מסתבר, ע"ש. וע"כ הסביר הרשב"א, שבקידושין חבה האשה לאחרים, שהרי בהודאתה שנתקדשה, אוסרת עצמה לעולם, וזה שייך בכל אשה, אפילו גיורת.

אלא שלפי זה הוקשה לרשב"א מדוע נחשב זה כחב לאחריני, וכי האשה מנועה מלקדש עצמה למי שרוצה, הרי אדם המעיד, שמכר שדהו לפלוני נאמן ולא אמרינן שחב לאחרים, שלא יכולים עכשיו לקנות השדה ממנו, ה"נ האשה אינה הפקר ובדעתה תלוי להתקדש, א"כ אין לאחרים "זכות" בה, שנאמר שע"י קידושיה חבה להם.

ועוד הקשה, שאפילו נימא שהיא חבה להם וא"א להאמינה מטעם הודאת בעל דין, הרי בידה להתקדש למי שתרצה. ומטעם "בידו" נאמן אדם אפילו במקום שחב לאחרים, והוכיח דבר זה שם.

תירץ הרשב"א שבאמת אה"נ, לאשה יש נאמנות ביחס לקידושיה, והראיה – אשה שאמרה נתקדשתי בפני עדים והלכו למדינת הים נאמנת ולא אמרינן שחבה לאחרים. אלא שמ"ש הגמרא הוא ביחס לצורת הלימוד של הגזירה שווה.

בממון חידשה תורה, שעפ"י שנים עדים יקום דבר. והו"א שלעולם לא נקיים דבר בממון אלא עפ"י ב' עדים. אלא שחידשה התורה "כי הוא זה" – שאדם יכול לחייב את עצמו ונאמן לחוב לעצמו. וכשהתורה הקישה דבר שבערוה לממון הקישה זאת לפסוק המדבר בעדות של ב' עדים, המעידים במקום שחב לאחריני. והסיבה, כמובא בגמרא שיש בהם חבות לאחריני, אבל לא כפשוטו, שכבר הוכיח הרשב"א שאינו נכון, אלא כעין חובה לאחריני, וע"כ דבר שבערוה הוקש דוקא לממון דאית ביה חובה וע"כ בעי ב' עדים בדוקא והודאת בעל דין לא מספיקה, וע"כ גם נוכחות בעל דין בשעת קידושין לא תהווה תחליף לעדי קיום.

נמצא לפי הרשב"א, שבאמת בע"ד נאמן לחוב לעצמו בקידושין, ואשה נאמנת לומר שנתקדשה, בין מדין הודאת בע"ד ובין מדין בידו, אלא שחידשה תורה שבעינן ב' עדים בדבר שבערוה. ובאמת אחרי שאיכא ב' עדים לקיומי את עצם המעשה, אם האשה תאמר נתקדשתי בפני ב' עדים והלכו למדה"י נאמנת. כי בעצם לא חבה לאחריני בהודאתה.

בהמשך דבריו שם הקשה הרשב"א מדוע גט הכתוב בכת"י כשר מדאורייתא, הרי אין עדי קיום. דלא איירי שנמסר בעדי מסירה (לשי' הרשב"א). ותירץ, שבגט איכא גזזה"כ מיוחדת "וכתב ונתן" ולא מובא בפסוק שהבעל צריך להעיד עדים, משמע שכתב ידו מספיק, אבל לא למדים מזה לעלמא, וכמו בעד סוטה שנאמן לאסור אשה לבעלה אם היה קינוי וסתירה, ולא למדנו ממנו לעלמא שעד אחד סגי במקרים אחרים.

וראייתי שהקשו לרשב"א מאי קשיא ליה מגט הנכתב בכת"י, הרי הרשב"א ביבמות לא, ב סובר שגט לא הוי חב לאחריני (שהרי רק מתירה לעלמא, ומה שנאסרת לכהן לא אכפת לן כי לפני הקידושין ג"כ היתה אסורה לכהן כאשת איש; אחרונים בהסבר דבריו), ע"כ בגט בכת"י נאמן מדינא דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וא"צ לגזזה"כ מיוחדת.

ואמנם יש מקום להבנה כזו בדברי הרשב"א ביבמות שם, וכדלקמן, אבל פשט דברי הרשב"א בקידושין, שמכח הגזירה שווה התחדש, שבדבר שבערוה בעינן ב' עדים, ושום נאמנות אחרת לא תעזור. ומה שבגיטין לא הוי חב

לאחריני לא אכפת לך, דהרי גם קידושין למסקנה ל"ה חב לאחריני, רק "כעין חב לאחריני" ועוד שהרשב"א הקשה מדין "בידו" ובגיטין הוי בידו ונאמן להעיד אפילו אי הוי חב לאחריני, ובכל אופן הוקשה לרשב"א מגט הנכתב בכת"י, לפי שהרשב"א בקידושין הבין שמכח גזה"כ שום נאמנות לא תעזור בדבר שבערוה, רק ב' עדים ממש. וראיתי בהערות לרשב"א (בהוצאת מוסד הרב קוק), שהביאו בשם ראב"ן שתירץ כע"ז והביא שבדבר שבערוה ב' עדים כשרים בעינן כמו בממון, והקשו עליו דמ"מ הרי לא הוי חב לאחריני ובגט צ"ל נאמן מכח הודאת בע"ד ויועיל לקיומי. אבל לפי הדברים הנ"ל זו גופא כוונת הרשב"א לומר שבדבר שבערוה לא תועיל שום עדות או נאמנות אלא ב' עדים כשרים.

אמנם הרשב"א בחידושו ליבמות לא, ב הקשה מדוע שטר קידושין, שנכתב בכתב יד הבעל ללא חתימת עדים פסול מה"ת (לשיטתו שם, ויש חולקים), ואילו גט שנכתב בכת"י כשר, ותירץ שני תירוצים:

א. בגט איכא גזה"כ "וכתב ונתן" (כת"י בסוגיא בקידושין הנ"ל).

ב. בגט לא הוי חב לאחריני וע"כ מועילה הודאת בעל דין.

מפורש בדבריו שבמקום שלא הוי חב לאחריני מהני הודאת בעל דין, לכה"פ לאחד התירוצים וצ"ב לפ"ז הסבר דבריו בקידושין. ועוד קשה, דא"כ מדוע נאמנות "בידו" לא מספיקה בקידושין, אף אי נימא דהוי כעין חב לאחריני.

ואפשר לומר בהבנת הרשב"א, שהתורה הקישה דבר שבערוה לממון דאית ביה חובה וצריך ב' עדים. אבל התורה לא הקישה קידושין, אלא סוטה הנאסרת לבעלה, שהיא הנידון בפסוק שם "כי מצא בה ערות דבר" ומה שייך לומר סברת הרשב"א, שהתורה הקישה קידושין לממון דאית ביה חובה וכו'. אלא הבין הרשב"א שהתורה הקישה דבר שבערוה לממון. ודבר נוסף, הקישה דוקא לממון דאית ביה חובה, לומר חידוש נוסף, שדבר שבערוה שיש בו אפילו כעין חובה, בעינן ב' עדים דוקא. וא"כ קידושין דאית בהו חובה בעלמא, צריך דוקא ב' עדים. אולם גיטין אי נימא דלא הוי חב לאחריני, אפילו לא כעין חובה (וכך צ"ל ברשב"א), אז הוקש לממון בסתמא, לומר שדינו כממון ויכול להתקיים אפילו בהודאת בעל דין. אבל לרשב"א ל"ק מדוע לא תועיל נאמנות ה"בידו" לקידושין, שבקידושין חידשה תורה של"מ דבר אלא ב' עדים בלבד. אבל גיטין הוקשו באופן סתמי לממון.

ועוד אפשר לומר בהבנת הרשב"א, דאף שתירץ הסוגיא בקידושין כנ"ל, שזה רק מעין חוב לאחריני, אבל באמת קידושין ל"ה חב לאחריני וכו', מ"מ עדיין

י"ל שאפילו לפשט הסוגיא שקידושין דומה ממש לממון, ואי קידושין ל"ה חב לאחרני, אז מועיל הודאת בע"ד, ובגיטין באמת אי נימא דל"ה חב לאחרני, אז מהני הודאת בע"ד. [ולפי"ז מוכח ש"בידו" לא מועיל, דא"כ מדוע בקידושין אמרה הגמרא, שהוי חב לאחרני, תיפו"ל דהוה בידה ונאמן בדבר שבערוה, כמובא ברשב"א עצמו שם, הבעלי דברים עצמם יהיו עדי קיום בקידושין, ועל כרחך דלא אמרינן הכי, (וסברת ענין זה מובאת בנתיבות סי' לו, ס"ק י וכדלקמן, שנאמנות בידו מוגבלת לענינים מסוימים)]. וא"כ אף שהרשב"א בקידושין נטה להסבר אחר, מ"מ הביא כאן תירוץ נוסף לפשטא דסוגיא.

ובאמת הגרשש"ק (שערי יושר ז,ה) מביא בפשטות, שהודאת בעל דין מהני בדבר שבערוה אי לא הוי חב לאחרני. וכן בשואל ומשיב תנינא ח"ב סי' ע. משמע שנקטו בפשטות כן להלכתא אליבא דרשב"א.

אמנם עדיין י"ל, שפשט דברי הרשב"א בקידושין שהודאת בע"ד לא מהני כלל בדבר שבערוה, בין בגיטין בין בקידושין, ולכן ל"ק מה שלא חילק בין גיטין לקידושין מצד החב לאחרני, וכמ"ש.

נמצא שיש מקום לבי' הבנות בראשונים. ברשב"א עצמו, ובראב"ן האם מועילה הודאת בעל דין בדבר שבערוה במקום דל"ה חב לאחרני. הנ"מ שהובאה היא בכת"י הבעל בגט או בקידושין, אולם מצאתי נ"מ נוספת לזה, האור שמח (אישות י,ב) מסתפק האם חופה בעיא עדים, דהרי כבר נאסרה לעלמא וגם קרובים נאסרים כבר משעת קידושין. וא"כ חופה, אף אי נימא שבעינן עדים כדבר שבערוה, מ"מ בהודאת שניהם סגי. ומ"מ שיגרא דלישנא באחרונים, שהודאת בע"ד היכא דשייכא מהני לקיומי בדבר שבערוה.

כתיבת ידו בגט ובשטר קידושין

גט הנכתב בכתב ידו ואין עליו עדים הוא אחד מג' גיטין שכשרים מדאורייתא ופסולין מדרבנן, ולחלק מהראשונים הכוונה לגט כזה ללא עדי מסירה, ואף שעדי מסירה כרת, מ"מ הרי פסק הרי"ף, שגם עדי חתימה מועילים אפילו ללא עדי מסירה. ה"ה כת"י מהני מדאורייתא אפילו ללא עדי מסירה.

הרשב"א פסל שטר קידושין, הנכתב בכת"י ונמסר בינו לבינה, דהרי בקידושין עדי קיום בעינן, וכת"י הוא כהודאת בעל דין ולא מהני בקידושין. ורק בגיטין מועיל או מחמת גזה"כ, או מחמת שלא הוי חב לאחרני, כמובא לעיל. הריטב"א מביא את שיטת רבותיו שמועיל, היות ואיכא הקש בין

קידושין לגיטין – אז כמו שכשר בגט, ה"נ בשטר קידושין. וי"א שלא מועיל כרשב"א ולא כל דבר למדים מהקש זה. הריטב"א נוטה לדעה שמהני.

מהרי"ט אלגאזי בספרו גט מקושר פ"ז הקשה:

הן אמת דיש לתמוה בדבריו במה שרצה ללמוד הא דכתב יד להא דפי האומר שהמקדש בעד אחד... והדבר קשה דרב המרחק ביניהם, דשאני התם דהודאת בע"ד אינה גוף הקידושין אלא שהם מודים על לשעבר, שהיו ביניהם קידושין. וכיון דמחייבי לאחרני לא מהימנין להו בהודאת בע"ד...

ולא כן בכת"י של מקדש בשטר קידושין דשפיר איכא למימר דכיון שילפינן דבר דבר מממון ובממון קי"ל כמאה עדים דמו, ה"נ בקידושין כיון שבכתב ידו השטר גופיה היא הקידושין, ולא עפ"י הודאתו אנו חיינן אלא מגוף השטר שכתוב בו כת"י ומוכיח מתוכו שאינו מזויף, אנו חייבים לומר שנתקדשה בשטר זה דחשבינן ליה כעדים חתומים בו ולא נגע ולא פגע כלל בד"ן הודאת בעל דין.

וראיתי בהערות לרשב"א, שהקשו למהרי"ט מאי שנא, הרי סו"ס גם בכת"י אנו נזקקין לכך שהודאתו כמאה עדים דמי, ובקידושין א"א לסמוך על הודאתו וממילא לא יועיל גם בשטר.

ונראה לי כוונת מהרי"ט עפ"י המובא בשואל ומשיב תנינא ח"ב, ע, שיש חילוק בין איש ואשה שבאים ואומרים שהתקדשה לו קודם בכסף וכו', לבין שטר היוצא מתחת ידי האשה, כשהוא כתוב בכתב ידי הבעל, דהרי זה גופא מוכיח שהבעל כתבו ומסר לה.

וכעין זה, הרי מצאנו, שנחלקו ר"א ור"מ האם עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, בגט, ובשאר שטרות. להלכה נפסק כר"א שעדי מסירה כרתי, אלא שהביא הרי"ף שגם לר"א שעדי מסירה כרתי, גם עדי חתימה כרתי. יש שהסבירו שזו גופא דעת ר"א שמודה לר"מ שעדי חתימה כרתי גם. אולם הרי"ן הביא שכוונת הרי"ף היא שעדי חתימה הם גופא עדי המסירה, ובאמת בעינן עדות למסירה והיא כורתת.

אפשר להבין דברי הרי"ן בבי' אופנים: או שהעדים מעידים רק שהבעל ציוה להם לחתום בגט. ואח"כ אנו, כלומר בית הדין, רואים הגט יוצא מתחת ידי האשה, ואנו סהדי שהגט נמסר לה, שהרי עדים חותמים רק לבעל. נמצא שהב"ד הם עדי המסירה. אבל ישנה הבנה נוספת, שעדי החתימה הם גופא

עדי המסירה, כלומר העדים כשחותמים על הגט, שכתוב בו שהבעל מגרש את אשתו, אחרי שנמסר לאשה הם כמעידים על הכתוב בשטר עצמו וזה מדיני השטר. (נ"מ בין הפירושים האם עדי חתימה יכולים להיות עדים על מסירת גט לשליח הולכה. לפירוש הראשון יכולים, דהרי אכן סהדי דאם יוצא מתחת יד שליח אז הבעל מסרו לו. אבל לפירוש השני מסירת גט לשליח לא כתובה בשטר ועדים לא מעידים על זה).

מעתה לגבי גט שנכתב בכת"י י"ל כנ"ל. הרי כתיבת ידו הוי כחתימה, כמובא בתוספות (גיטין ג,ב), וכשיוצא הגט מתחת יד האשה יש ראייה שנמסר לה ממנו. המהרי"ט סובר שאנן עדי המסירה, א"כ מה לי כתי"י מ"ל עדי חתימה, אנן העדים. אולם, הרשב"א סובר כאפשרות השניה, והעדים החתומים הם עדי המסירה, א"כ בכתב בכת"י הבעל הוא המעיד על המסירה, והיות והודאת בעל דין לא מהני בקידושין, ה"נ לא תועיל כתיבת ידו. (יש להעיר שבשטר קידושין, אפילו כתוב וחתום בעדי חתימה כשרים איכא מחלוקת בפוסקים אי מועיל. י"א שאין דינו שווה לגט הנכתב בכת"י וגרע ממנו וי"א שיועיל כגט, מן התורה לכה"פ).

ומי"מ נראה, שהרשב"א תולה כשרות שטר קידושין בכת"י (וכן גט בכת"י) בדין הודאת בעל דין בדבר שבערוה. וע"כ הדין בהתאם, שבגיטין מועיל ובקידושין לא מועיל. ובמהרי"ט נראה שהשטר יכול להועיל אפילו אי נימא שהודאת בעל דין לא מועילה.

ג. נאמנות "בידו" בדבר שבערוה

הואיל וקי"ל "אין דבר שבערוה פחות משנים" - עד אחד אינו מועיל, אולם מצוינו עוד אפשרויות לנאמנות בדבר שבערוה, לא לעצם קיומו, אלא לבירורו.

לדוגמא, אשה האומרת לבעלה בפניו גרשתי נאמנת חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה לומר גרשתי והוא לא גרש (כמובן שם אומרת גרשתי כדין בפני עדים), בטענת מיגו בפשטות לא נאמן בדבר שבערוה (אמנם גם בזה יש לדון).

בגמרא בב"ב קלה,א מובא בעל האומר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא, היות והדבר "בידו" ונאמנות זו חזקה ממיגו, דמיגו הוא אומדנא שאומר אמת, כי אם לא כן מדוע לא בחר בטענה אחרת המתקבלת בב"ד וכדו', אולם יש לפקפק באומדנא זו שמא לא מכיר את אותה הטענה וכדו'. וע"כ כח מיגו חלש הוא. ובפשטות לא מועיל להתיר דבר שבערוה. אולם דבר ש"בידו" היות

ובידו עכשיו לעשות מעשה כמו שאומר, שהרי בידו כעת להביא עדים ולגרש את אשתו, אז מה לו לשקר ולומר שגירשה והוא לא גירשה. וזו אומדנא חיזקה יותר ובפשטות מועילה אף בדבר שבערוה. (גם בזה יש חולקים, אבל כן הוא פשוט הסוגיא). ואמנם נאמנותו רק מכאן ולהבא דאז בידו לגרש, אבל להעיד על מה שהיה עד עכשיו אינו נאמן. (אמנם מצינו גם בידו על למפרע, בעדות איסורין אבל בדבר שבערוה דאיתחזק איסורא לא אמרינן). יש להעיר, שמסקנת הסוגיא בב"ב היא, שאמנם נאמן הבעל מדינא, אבל למעשה חששו רבנן ולא סמכו על דבריו- "זיל חוש לה". ופירש הרשב"ם, שהיות ובעלמא המגרש את אשתו יש לכך קול. וכאן לא שמענו עד השתא, רגלים לדבר שלא גרש, וע"כ מחמירים בזה שלא להאמינו.

וא"כ אחרי שנתברר שמדינא "בידו" מועיל ונאמן בדבר שבערוה, יש לדון האם אדם שיהא נאמן אח"כ מכח "בידו" נאמן לקיומי בדבר שבערוה או לא.

1. שיטת נתיבות המשפט

בעל נתיבות המשפט (סימן לו ס"ק י) דן בדבר גט, שהיה חתום בעדי חתימה, שהיו קרובים זה לזה בקירבה רחוקה, ולא ידעו הב"ד מכך, ונישאה בגט זה ואח"כ נתגלה הדבר וכתב לה בעלה הקודם גט נוסף בעדים כשרים. ונשאל הנתיבות מה דין הגט הראשון האם בטל לגמרי או לא. ויש לזה השלכות למעשה, לגבי כשרות הוולד עד שקיבלה גט שני, וכן אם דינה כאשת איש שנישאה ללא גט, שיש צד לומר תצא מבעלה השני ג"כ.

אמנם אם הבעיה היתה רק עדים פסולים החתומים בגט, הרי פוסקים כר"א, שעדי מסירה כרתי ונותנין הגט במעמד עדי מסירה, ועדים חותמים רק מחמת תיקון העולם. ופסול קרובים חתומים הוא מדין "מזויף מתוכו", שזה פסול דרבנן ובזה קיי"ל אם נישאת לא תצא. אבל היות והמנהג היה לצרף עדי החתימה לעדי המסירה, שיראו גם הם את המסירה (מסתמא ע"מ להעצים עדותן, שידעו מכל הגירושין) אז יש לדון על פסלות עדי המסירה ג"כ, דאף שהיו שם עדים נוספים, מ"מ קיי"ל "נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטילה". וא"כ יתבטלו כל עדי המסירה מחמת אותם קרובים.

בעל הנתיבות שם, כחלק מנימוקיו להיתר, מביא שאמנם כלל פשוט הוא בכל מקום שאין דבר שבערוה פחות משנים, אבל בכל אופן יש חילוק בין מקרים שונים, גיטין חליצה או קידושין.

עיקר ראיתו מסוגיא ביבמות קד, ב. איתא במשנה שם :

חלץ לה בפני שנים או בפני שלשה ונמצא אחד מהם קרוב או פסול חליצתה פסולה. רבי שמעון ורבי יוחנן הסנדלר מכשירין. ומעשה באחד שחלץ לאשתו בבית האסורין ובא מעשה לפני רבי עקיבא והכשיר.

ובגמרא שם קה, ב.:

בינו לבינה מי ידענא? אמר שמואל ועדים רואים אותם מחוץ.

בנמוקי יוסף שם כתב בהסבר הסוגיא :

מוקי לה בגמרא ועדים רואים אותם מבחוץ משום שאפילו מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום דאין דבר שבערוה פחות משנים. וכיוצא בזה שלהי פרק יש נוחלין בבעל שאמר גרשתי את אשתי אסקינא "זיל חוש לה" ואינו נאמן אפילו שבידו השתא לגרש. וכי אמרינן לעיל (יבמות קלה, א) שמא חלצה בסנדל לאחד מהם, בפני עדים קאמרינן.

והנה בפשטות דבריו נראה, ששאלת הגמרא "מי ידענא" אין פירושה, שאין אנו מאמינים להם, אלא אף שנאמין להם, מ"מ הרי אין דבר שבערוה פחות משנים, וחליצה היא דבר שבערוה, וע"כ לא נוכל להתירה עפ"י דבריהם. וע"כ תירצה הגמרא שעדים ראו אותם מבחוץ.

אלא שתמה הנתיבות (וכן תמהו עוד מהאחרונים וכדלקמן), הרי אמצע דבריו סותר לתחילת וסוף דבריו. דמדוע היה צורך לומר, שבעל שאמר גרשתי אינו נאמן למסקנת הסוגיא אפילו שהוא בידו (חשש דרבנן שם) הרי אפילו נאמן לא יועיל דבעינן ב' עדים. ושם בסוגיא בבעל שאמר גרשתי בעדים, ובזה אמרינן שחיישינן לה בלבד, אבל אם יאמר גרשתי ביני לבינה, הרי בזה ודאי שאינה מגורשת כלל, דאפילו לדבריו הגירושין בטלים בהעדר עדים.

2. "קיום הדבר בנאמנות תלוי"

בישוב דברי הנמוקי"י הביא הנתיבות את דברי הפנ"י (קידושין סה, ב) ביחס לסוגיא, שהובאה לעיל בלימוד של דבר דבר מממון לערוה. הפנ"י הקשה הרי בממון קי"ל "דלא איברו סהדי אלא לשקרי" לא נבראו עדים אלא לשקרנים, כלומר לצורך בירור בעלמא. אבל בנוגע לקיום עניני ממון, הדבר מתקיים ע"י גמירות דעת של הנותן והמקבל וא"צ לשום עדות. וא"כ מדוע בדבר שבערוה, שנלמד מממון התחדש דין שעדים מקיימים את עצם הדבר. מהיכן נולד דין זה בלמד שאינו במלמד?

השיב הפניי, שבאמת מדין התורה הנלמד מגז"ש לא למדנו אלא שבדבר שבערוה בעינן ב' עדים לצורך בירור, שלא כמו בשאר איסורין שדי בעד אחד. בערוה הצריכה תורה ב' עדים לברורי. אלא שביחס לאשה המתקדשת, אם תתקדש בינו לבינה, מדינא הקידושין צריכים לחול (וכמו בממון), רק אח"כ העולם לא יהא מחויב להתייחס לאשה זו כאל אשת איש, דהרי אין לנו עדים על זה, וא"כ אשה זו תהא מקודשת ביחס לעצמה ולא ביחס לעלמא, והיות וקידושין עיקר ענינים לאסור האשה על העולם כהקדש, נמצא שנחסר עצם ענינם והם כמו "חצי קידושין", שקי"ל שלא חלים. ונמצא שאף שמעיקר הדין לא היה צורך בעדי קיום, מ"מ יצא הדין לבסוף, שחסרון בירור ונאמנות ביחס לעולם, מפקיע את עצם הקידושין, וע"כ העדים המבררים הם למעשה מקיימים. ובעצם קיום הדבר בנאמנות תליא, דאם אח"כ יהיה לב"ד אמצעי לברר שהיו קידושין, יחולו הקידושין.

ונמצא לפי דברי הפניי, שאין דין תורה מיוחד, שקיום דבר שבערוה זוקק ב' עדים כשרים שיהיו נוכחים ויראו בשעת מעשה, אלא כל שאח"כ יהא בירור לב"ד, בין בירור של עדים בין בירור של כל נאמנות אחרת, סגי בזה לקיום.

ומדינא אדם נאמן בדבר שבידו, אפילו בדבר שבערוה, וזה מוכח מהסוגיא בב"ב הנ"ל, שרק מחמת חשש חומרא מדרבנן אמרינן "זל חוש לה" ולא עוד אלא כל מה שבממון מועיל, מועיל גם בדבר שבערוה, ובממון נאמן אדם אפילו לחוב לאחריו היכא שהוא בידו, (ע"ש שהביא ראיות לזה). וניתן להוסיף על דבריו, שכך כתוב בהדיא ברשב"א (קידושין סה, ב) שהבאנו לעיל, שאשה תהא נאמנת לומר שנתקדשה, אפילו אי תימא שחבה לאחרים היות ובידה להתקדש.

והיות ובעל נאמן מדינא לומר שגרש את אשתו, כיון שבידו הוא, א"כ אין צורך בעדי קיום, שהרי נאמנותו מספקת, ואפילו שהוא בעל דבר ואינו עד, מ"מ נאמנותו מספיקה גם כן.

אלא שקשה לומר כך, אחרי שהלכה פסוקה בכל מקום, שעדים חותמים בגט ונחלקו ר"מ ור"א אי עדי מסירה כרתי או עדי חתימה כרתי. ולנתיבות הרי א"צ עדות. הסביר הנתיבות, שבגט העדים חותמים ע"מ "לאשוויי שטרא" וזאת עפ"י תוספות (גיטין י, ב ד"ה חספא), שכותבים שבמקום שאנו רואים עדים פסולים בשטר, אבל אין חשש שמשקרים, יש חילוק בין שטרי ראייה לבין שטרי מכר ומתנה. בשטרי ראייה אפשר לגבות עפ"י עדותם, כי אם אנו מאמינים להם, אז לא אכפת לן מפסולם, ואפשר לגבות חוב וכדו'. אולם

בשטרי מכר או מתנה, השטר הוא גופא אמצעי הקנין והוא עושה פעולת העברת הבעלות, ובעדים פסולים השטר הוא חספא בעלמא. וכנ"ל בגט, ע"מ לאשווי לגט שם גט, שיוכל לעשות את הגירושין בעינן ב' עדים כשרים, שרק שטר שיש ראייה ממנו לדעת המתחייב הוא שטר (אי כתב יד יכול לאשווי שטרא, יש דיון נפרד בזה). וא"כ למעשה העדים בגט אינם עדי קיום כלל, דסגי שהבעל שיש לו נאמנות ד"בידו" לומר שגירש, יהא נוכח בשעת הגירושין, והוא מקיים את הגירושין. לפי הפנ"י נאמר שכלל אין צורך בקיום בדבר שבערוה, דהוי כמו ממון שחל מאליו. רק נוכחות הבעל מונעת מצב של "חצי קידושין" או "חצי גט" (שזה דיון בפני עצמו אם שייכת סברת הפנ"י בגיטין ג"כ, הנתיבות נוקט בזה עמדה בפשיטות שכן) והקידושין או הגירושין קיימים בלאו הכי.

ומכך אפשר ללמוד לדן חליצה, ועפ"י ליישב דברי הנמוק"י. דהנה חליצה הוא ג"כ בידו, ואמנם שלא כמו בגיטין ששם תליא רק בבעל, בחליצה בעינן גם דעתה לחלוץ. מ"מ אומר הנתיבות שהיות ושניהם באין ואומרים שהיתה חליצה, א"כ נאמנים מחמת שבידם עכשיו לחלוץ זו לזה. ואין חילוק בנאמנות של בידו בין אחד, לשנים.

נמצא שבחליצה אין שום צורך בעדים, שהרי מצד קיום א"צ, שבעלי הדברים בעצמם מקיימים, ומצד אשווי שטרא אין צורך שהרי אין שום שטר בחליצה.

וא"כ שאלת הגמרא "בינו לבינה מי ידענא?" פירושה, אחרי שחליצה הוא דבר שבערוה, א"א לבא מכח נאמנות בעלי הדינים כאן, שהרי מסקנת הסוגיא היא שחיישינן בבעל שאמר גרשתי את אשתי, וא"כ חסר דין נאמנות ה"בידו" ואין כאן קיום. תירצה הגמרא "ועדים רואים אותם מבחוץ".

ובזה נתישבה תמיהה נוספת בסוגיא, שאם נאמר שחליצה הוא דבר שבערוה, איך מועילים עדים, שרואים מבחוץ ללא ידיעת בעלי הדין. הרי קיי"ל בעלמא שעדי הטמנה (כל עדים שהבעל והאשה לא יודעים מהם) לא מועילים בדבר שבערוה, ומדוע כאן מהני? לדברי הנתיבות אפשר לומר שהיות וכל החסרון כאן הוא חשש דרבנן בנאמנות הבידו, מועילים עדים כאלו להסיר חשש זה, וממילא תתקיים החליצה ע"י נאמנות ה"בידם" של החולץ והחולצת.

אלא דאי נימא, שנאמנות בידו שיכא גם במקום שבעינן לדעת האשה, מדוע לא סגי לן בזה כתחליף לעדי קיום בקידושין? הסביר הנתיבות שלפי האמור בסוגיא בקידושין סגב, נאמנות בידו מוגבלת היא, ואין סוקלין על פיה, וא"כ

אם אשה תאמר נתקדשתי, אף אם חשיב בידה ונאמנת מ"מ לא יסקלו עליה כדן אשת איש, ושוב חסר במעשה הקידושין, וכדרך הפני"י הנ"ל.

(לפי מה שאמרנו בדברי הרשב"א בקידושין סה,ב אפשר לתרץ, שבקידושין חידשה תורה שלא תועיל נאמנות של בידו כלל, אפילו היתה נאמנות מוחלטת. אבל הפני"י לא הולך בשיטת הרשב"א כמובא בפירוש בדבריו, שכתב "לולי דברי הרשב"א").

נמצא לפי דברי הנתיבות, שבקידושין אכן בעינן לעדי קיום, כי נאמנות בעל דין ליכא כי חב לאחריני, ובידו לא מועיל כי לענין סקילה לא מאמינים אותם. בגיטין א"צ עדי קיום, ורק מחמת אשווי שטרא בעינן לעדים (ואף שאמרינן זיל חוש לה, זה אינו מדינא אלא מדרבנן).

ובחליצה א"צ כלל לעדים, ודי בנאמנות בעלי הדברים - החולץ והחולצת, רק היות ומדרבנן אמרינן "זיל חוש לה" ונאמנותם מעורערת, בעינן לעדות נוספת, שאינה עדות קיום ולכן רואים מבחוץ סגי.

להשלמת הענין נביא בקיצור את המשך היתר הגט שם לדברי הנתיבות. הנתיבות חידש שם שעדי המסירה יכולים להחשב כב"ד ולא כדיינים. ואפילו שאינם מכוונים לזה. ולכן עדי החתימה הקרובים לא יפסלו, שעדים לא פוסלים דיינים. רק הוקשה לו אחרי ששם דיינים עליהם, א"כ אין להם שם "עדים" ואנחנו עדים דוקא בעינן לקיומי. לכן הביא את כל המהלך הנ"ל שסגי לן בנאמנות וא"צ לעדות, והיות והדיינים נאמנים לנו, שהרי ראו "ולא תהא שמיעה גדולה מראיה" סגי בזה לקיומי.

נקודה מעניינת שהביאו האחרונים על סמך הנתיבות, היא ראיית קצוה"ח (סימן צ) לסוברים שבעדות דבר שבערוה אפשר להסתפק באומדנא, וא"צ בראיה ממש, מכח דברי הר"ן בפרק המגרש, שהביא שעדי החתימה בגט הם הם עדי המסירה, שהרי מכחם אנו יודעים על המסירה, וכמו שנתבאר לעיל והסיק שעדי קיום מקיימים אף שלא רואים בפועל. אולם לדברי הנתיבות בגט א"צ עדי קיום ותפקיד העדים לאשווי שטרא, ובזה ודאי שחתימה בלבד מועילה, ואפילו לר"א שעדי מסירה עושים אשווי שטרא, מ"מ עדי חתימה מעידים גם על המסירה, ובזה לא אכפת לן שיהא באומדנא כיוון שאינם מקיימים. ואמנם אמרינן "זיל חוש לה", צ"ל שעדים אלו חזו לאצטרופי ל"בידו" של הבעל, וכמו בחליצה שעדים רואים מבחוץ.

3. ראיית נתיבות המשפט – טעות המעתיקים

בעל הנתיבות בנה ויסד את שיטתו, שנאמנות "בידו" מועילה לקיום דבר שבערוה, על דברי הנמוקי יוסף המובאים לעיל ביבמות קד, ב.

ואכן קושית נתיבות המשפט על דברי הנמוקי נידונה באחרונים (שואל ומשיב תניא ב, ע קה"י יבמות סי' לג, שערי יושר ש"ז, ה), וכולם תמהו כנ"ל על דברי הנמוקי שסותר את עצמו מריש דבריו וסופם, לאמצע דבריו. דבהתחלה משמע שנאמנותם לא תעזור בדבר שבערוה, היות ובעיני לבי עדים, ומאמצע דבריו משמע שאם היו נאמנים (מחמת דבידם לחלוץ, ולא היינו חוששים לנאמנותם מדרבנן) מועיל אף לדבר שבערוה.

השואל ומשיב מביא מהלך ארוך לישב את דברי הנמוקי, ובו הוא מחבר בין שיטת הנמוקי לשיטת מהרי"ק, שאדם נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק איסורא, ומבא שם אחרי שמת הבעל ונפלה לפני יבם, עיקר חזקת האישה כבר לא קיימת, דכבר אינה אשת איש, אמנם זקוקה היא ליבם, אבל לזה היות ויבם מעיד שחלצה לו ושויה אנפשיה חתיכא דאיסורא ליבמה, אזל ה"אתחזק איסורא" וע"כ מועיל ה"בידו", (אי לאו ד"זיל חוש לה"), אבל ללא זה ל"מ בידו לקיומי בדבר שבערוה. ובכלל חולק השואל ומשיב על עצם הנחת הנתיבות, ש"בידו" מועיל בדבר שבערוה, ולא רק שלא יועיל לקיומי, אלא אף לברורי סובר שלא נאמן וע"ש בשיטתו.

ר' שמעון בשערי יושר והקהלות יעקב הלכו בדרך אחרת, וכדלקמן.

הריטב"א בסוגיא שם הביא שני פירושים לקושית הגמ' ולתירוצה :

א. "בינו לבינה מי ידענא" – כלומר הרי אינם נאמנים לנו דאף שהוא בידם, מ"מ הרי למסקנת הסוגיא אמרינן זיל חוש לה. ואדם לא נאמן בדבר שבערוה אף שהוא בידו. לכן תירצה הגמרא דאיכא עדים והם העידו.

ב. "בינו לבינה מי ידענא"? דאפילו יהיו נאמנים לנו, מ"מ בדבר שבערוה בעינן ב' עדים ומה לנו ולנאמנותם. וע"כ תירצה הגמ', שהיו ב' עדים מבחוץ והם הועילו לקיומי.

הרשב"א בסוגיא הביא רק את הפירוש הראשון המובא בריטב"א. רואים בבירור בתירוצי הריטב"א שיש ב' צדדים ברורים, ולא כמו תירוץ הנמוקי שנראה כמערב בין התירוצים.

ע"כ הסבירו אחרונים, שכנראה טעות המעתיקים נפלה בדברי הנמוק"י וגם הוא מתרץ ב' התירוצים.

בעצם החילוק בין ב' התירוצים הנ"ל לתירוץ השני בריטב"א, חזינן במפורש דאי חליצה הוי דבר שבערוה, לא מועילה שום נאמנות, ורק ב' עדים יכולים לקיומי. יש אחרונים, שהבינו בתירוץ הראשון בריטב"א, ובשיטת הרשב"א שם, שסוברים שחליצה ל"ה דבר שבערוה וע"כ א"צ עדים לקיומי, ורק בנאמנות סגי, ואם היו נאמנים מכח "בידו" היה די בזה, רק היות ואינם נאמנים נזקקנו לעדים מבחוץ. (וכ"ה בשו"ת רע"א, קכה). ויש שהבינו שחליצה לא הוי חב לאחריני, דהרי חליצה לא אוסרת לכהונה מה"ת, ואפילו נימא שמדרבנן אוסרת מ"מ לא גרע מגירושין לשיטת הרשב"א שלא חשוב חב לאחריני בהכי. וע"כ קיום הדבר הוא ע"י הודאת בעל דין.

א"כ לפי פירוש זה בדברי הריטב"א, אם נאמר שזו כוונת הנמוק"י אין ראייה לדברי הנתיבות, דהפירוש השני עומד בסתירה גמורה לשיטתו, דהרי סובר שנאמנות לא מועילה בדבר שבערוה. והתירוץ הראשון גם לא סובר כמותו (אלא שתירוץ זה אפשר להסביר כשיטתו, וקיומי מכח נאמנות, אלא שהכרח לשיטתו מהנמוק"י כבר אין).

נר' שמעון בשערי יושר מתעכב כאן בשאלה נוספת. לתירוץ השני בריטב"א, שחליצה הוי דבר שבערוה, כיצד מועילים עדי הטמנה. הלא קי"ל שלא מועילים עדי הטמנה בדבר שבערוה. הריטב"א (קידושין מג, ב בסוגיא דעד נעשה דיין) מביא ב' הסברים מדוע לא יועילו עדי הטמנה. הסבר אחד, בכל עדות קיום לא מועילים עדי הטמנה. הסבר שני, יכולה לומר משטה אני בך, כי חשבתי שאין עדים ומעשיך לא מועילים ע"כ הסכמתי לקבל הקידושין, אבל באמת לא היה בדעתי להתקדש. להסבר השני אפשר להעמיד באופן ששמעו גמירות דעת מפורשת וכדו'. ועוד אפשר לומר שהיות וחליצה פועלת ללא צורך בגמירות דעת, רק בכוונה למעשה חליצה, א"כ גם ללא רצון האשה שתועיל החליצה מהני.

אמנם להסבר הראשון קשה, מאי שנא חליצה מקידושין בעדי הטמנה, ואפשר לומר, שתירוץ זה בריטב"א סובר שהחסרון בעדי הטמנה אינו עקרוני אלא טכני מחמת גמירות הדעת וכאפשרות השניה שהביא בקידושין מג, ב. וחסרון זה קיים רק במקום שבעינן גמירות דעת של האדם לקנין, אבל לחליצה מהני אפילו בעדי הטמנה, ויסוד זה ידוע בשם הגר"ח הל' יב"ח.

ומי"מ נמצא, שדברי הנמוק"י ששימשו בסיס לשיטת הנתיבות, ניתנים להתפרש אחרת. ויותר מכך, האחרונים הבינו, שנפלה בהם טעות המעתיקים ובעצם כוונתו לבי' תירוצים וכדברי הריטב"א.

4. נאמנות "בידו" לא מועילה לקיום

ר' שמעון שקופ (שערי יושר ש"ז, ה) חולק על נתה"מ. להלן כמה מקושיותיו:
א. הפנ"י, שעליו מתבסס הנתיבות הסביר לא כרשב"א, וכמפורש בדבריו "אילולי דברי הרשב"א" ואיך אפשר לפרש את שיטת הרשב"א (שהביאו הנתיבות ביחס לגט הכתוב בכת"י), שלא עפ"י שיטתו.
ב. גם לשיטת הפנ"י, הרי "בידו" מועיל רק מכאן ולהבא ולא מפרע, ולא דמי להודאת בעל דין.

ג. שיטת הנתיבות, שבגט א"צ עדי קיום והעדים חותמים רק מחמת אשווי שטרא, נסתרת מדברי ר"ת (גיטין ד, ד"ה ור"א), שהביא בפירוש שאליבא דרמ' אף שאיכא עדי חתימה, מ"מ בעינן לבי' עדים כשרים בשעת מסירה מחמת שאין דבר שבערוה פחות מבי'. א"כ מפורש, שאף שאיכא עדים לאשווי שטרא בעינן בי' עדי קיום בגיטין.

ביחס לשאלה השלישית, עיי בקה"י (גיטין סי' ג), אכן משמע, שר"ת סובר דלא כנתיבות. אולם בדברי הר"ן, בבאור הרי"ף, שעדי החתימה הם גופא עדי המסירה, התקשו אחרונים דאמנם לאשווי שטרא אפשר לומר כן, אבל סו"ס בעינן עדי קיום בשעת הגירושין גם לר"א וא"כ איך יתקיימו הכא הגירושין? לזה תועיל שיטת הנתיבות, שא"צ בעדי קיום בגיטין וא"ש דברי הר"ן. וא"כ דברי הנתיבות אזלי לדעת הר"ן ולא לדעת ר"ת (אמנם יש שהסבירו גם את דברי הר"ן, שעדי חתימה מועילים כעדי קיום לדבר שבערוה).

את השאלה הראשונה, שהקשה הגרשש"ק דהפנ"י לא סובר כרשב"א, ראיתי שיש שתירצה בשופי, דאה"נ הפנ"י חולק על הרשב"א בכך שלפנ"י לא ילפינן מגזירה שוה דדבר דבר אלא שבעינן בי' עדי בירור, ומסברא למדים שכל שאין לנו נאמנות, אז גם קיום ליכא. והרשב"א חולק וסובר, שילפינן הכל מהגז"ש וא"צ לסברא בזה. אבל לדינא הפנ"י והרשב"א לא חולקים כלל, רק זה למד מפסוק וזה מסברא.

אבל המעיין בדברי הגרשש"ק, יראה שהבין שדברי הרשב"א שונים מדברי הפנ"י גם לדינא.

5. ההבדל בין נאמנות "בידו" לבין עדות

ר' שמעון מסתפק, האם דרישת התורה לעדי קיום בדבר שבערוה, הכונה לעדים כשרים ממש בשעת הקידושין או הגט, או שדי לנו אם נמצאים אנשים, שיהיו נאמנים אח"כ להעיד על מה שראו אז.

הריטב"א בקידושין מג,א מביא שיש צורך לייחד עדי הקידושין בקידושין, משום שאל"כ הרי הקידושין נעשים במעמד קרובים ופסולים ואלו יפסלו את עדי הקידושין מדין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול" ויש לתמוה, מה אכפת לך במה שרואים קרובים את מעשה הקידושין, הרי אינם באים להעיד על זה בב"ד, וכל עד בעלמא מיקרי עד רק כשבא לב"ד ומספר מה שראה, ואז שייך לפוסלו אם יעיד עם פסולים. אבל שעת ראייה בלבד לא שייך לקוראה "עדות".

מכאן הוכיח הגרשש"ק, שלהבנת הריטב"א, כשהתורה דרשה ב' עדים בדבר שבערוה, זו גזה"כ שע"מ שיחולו הקידושין בעיני נוכחות ב' עדים כשרים בשעת הקידושין. וזו שעת עדותן. ואלו עדים מיוחדים שבאו לקיומי, ושעת עדותן היא שעת ראיתן. וע"כ שייך דין "נמצא אחד מהן קרוב או פסול".

ואמנם הרא"ש ותוספות מכות ו,א שלא תירצו כריטב"א אלא תירצו ששעת עדותן היא השעה שמעידים בב"ד וראיית הקידושין היא אמצעי לזה, וככל עדות דעלמא, י"ל שגם הם מודים לריטב"א ביסוד הדבר ששעת ראיתן היא שעת עדותן, רק סוברים שפסול "נמצא אחד מהן קרוב או פסול" שייך רק בשעת הגדה בב"ד. ועיי"ש שהוכיח שגם הרמב"ם סובר בזה כריטב"א.

בכך הסביר ר' שמעון את דברי הרמ"א (אבה"ע מב,ג), שבעיני שעדי הקידושין יראו את מעשה הקידושין ולא הולכים בזה בתר אומדנות שאף שבדיני ממונות הולכים בתר אומדנא, כי שם לא איברו סהדי אלא לשקרי, ואם לבית הדין תהא ידועה האמת, די לנו בזה. אבל בקידושין התורה דרשה שבי' עדים כשרים יראו מעשה קידושין, וגם אומדנא מבוררת לא תועיל, דלא בירור בלבד נצרך לך, אלא גזה"כ מיוחדת.

יש שהביאו ראייה מלשון הרמב"ם (אישות א,א) וזה לשונו:

קודם מתן תורה היה אדם מוצא אשה בשוק, רצו הוא והיא מכניסה לתוך ביתו ובוועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, ומשנתנה תורה נצטוו שאם ירצה לישא אשה שיקנה אותה תחילה בפני עדים ואח"כ תהיה לו לאשה.

ויש להקשות מדוע הזכיר הרמב"ם עדים בהלכה זו, הלא לא בא לפרט הלכות קידושין כאן. משמע שלדעתו עדות זה חלק מהותי מחידוש התורה באישות. וכן יש שהוכיחו מלשון המאירי בריש קידושין: "דקודם מתן תורה לא היה דין אישות ומשנתנה תורה נתנה תורה דין אישות בקידושין, נישואין עדים וכתובה". רואים שוב את מרכזיות העדים בדין אישות.

וא"כ במקום שבשעת הקידושין נפסלו העדים מדין נמצא אחד קרוב או פסול, אף שאם אח"כ יבואו רק ב' עדים כשרים, שאינם קרובים, יהיו נאמנים להעיד על הקידושין, מ"מ הקידושין בטלים כי בעינן בשעת הקידושין עצמם נוכחות ב' עדים כשרים.

לאור הנ"ל, יש לדון האם תועיל נאמנות "בידו" לקיומי. לפניי מהני, כי כל זמן שב"ד יוכל לברר אח"כ סגי לן בזה. אולם להבנה זו של ר' שמעון הרי בעל דבר במקום שחב לאחרים הוי עד פסול. ואמנם אם אח"כ יבוא לבית הדין ויהיה "בידו", ב"ד יאמינו לו מכח חזקה דמה לו לשקר, אבל מ"מ עד פסול מיקרי, וזה ודאי לא יותר טוב מעד כשר ממש שבשעת קידושין ראה אותם יחד עם קרובים, דהרי אח"כ כשבא להעיד הוא עד כשר ממש, ובכל אופן נפסלו הקידושין ו"בידו" גרע טפי, דאפילו בשעת הגדתו עד פסול מיקרי, ורק מכח חזקה ב"ד מחזיקים את המציאות עפ"י דבריו.

יתכן גם להשוות זאת לעדים שלא ראו הקידושין ויש לנו הוכחות ואומדנות שאכן היו קידושין, דהבאנו לעיל שלא מועיל לקיומי לפי הגרשש"ק (עפ"י דברי הרמ"א), דהרי כאן עד פסול הוא וראיתו כעד כמאן דליתא, רק מכח חזקה דמה לי לשקר, אנו אומרים דמסתמא אומר אמת, וכדבריו כן היה. אבל עדות אין כאן שהרי הוא עד פסול מתחילה ועד סוף. וזה הוי כקידושין על סמך אומדנא והוכחה דחזקה מ"ל לשקר.

ההבדל בין הודאת בעל דין לבין נאמנות "בידו" טעון ליבון נוסף.

ידועה מחלוקת המהר"י בן לב ובעל קצות החושן (קצוה"ל לד, ד) בגדר הודאת בעל דין; שיטת מהריב"ל היא שאינה נאמנות אלא התחייבות, ובפשט כוונתו, שאדם אינו נאמן ביחס לעצמו, שהרי הוא "בעל דבר", ומה שב"ד מאמינים להודאת בעל דין כמאה עדים אינו ממש נאמנות אלא זכותו של אדם לחייב את עצמו ואנו נפסוק הדין לפי זה, ללא קשר לידיעת המציאות העובדתית. קצוה"ח חלק ולומד שזו נאמנות ממש הנלמדת מגזוה"כ "כי הוא זה" ואנו מאמינים לבעל דין בכל מה שקשור לחובתו.

והנה לשיטת מהריב"ל קשה להניח שהודאת בעל דין תועיל לקיום, ודאי לא לשיטת הגרשש"ק, שהצריך עדות כשירה ממש. אולם גם לשיטת קצוה"ח יש לעיין, שהרי אדם אינו "עד" כלפי עצמו אלא אנו מאמינים לו מכח גזירת הכתוב, ומצאנו נאמנויות שאינם "עדות" כמו "עד אחד נאמן באיסורין", שבפשטות אינו עדות (פסולי עדות נאמנים), וע"כ אין צורך בהגדה לפני ב"ד, ואין חסרון של עד מפי עד ועוד מספר נ"מ (עיין חוות דעת יו"ד ר"ס צח), ואם בנאמנות עסקינן אז מה החילוק בין נאמנות "בידו" לבין נאמנות של"הודאת בעל דין"?

נראה, שיש לחלק בין שני סוגי נאמנויות; ישנה נאמנות עצמית, שאנו אכן נותנים נאמנות לאדם זה בנידון מסוים והדין נפסק על פיו. וישנה נאמנות הנובעת מכח הנסיבות לא מנאמנות האדם, כמו אדם שנאמן מכח חזקה או מכח מגו וכדומה. אדם כזה בעצם אינו נאמן רק שאנו נותנים משקל לדבריו מחמת סיבה מסוימת הנותנת לנו להניח שאינם שקר.

אדם הנוכח בקידושין או בגירושין ותהא לו נאמנות אח"כ מכח "בידו" הוא בעצם עד פסול לחלוטין ואין בנוכחותו שום יתרון, אף שאחר כך יבוא ויעיד ויתקבלו דבריו, כי מכח עצמו אינו נאמן. אולם אדם שיש לו נאמנות מכח עצמו, כמו נאמנות של "הודאת בעל דין" ניתן לומר שנוכחותו אכן עונה להגדרה של עדי קיום שצריכים להיות נוכחים בגיטין ובקידושין אף שאין לו שם "עד".

ונראה שאפשר לומר יותר מכך, הודאת בעל דין אכן מוגדרת כעדות ממש. ואמנם בעלמא קי"ל, שאדם הוא בעל דבר ביחס לעצמו ואינו עד כלל, מ"מ כשהדבר נוגע לחובתו לא פסלה התורה אותו בשום פסול והרי הוא ככל עד דעלמא וכפשט ההלכה "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וכן נראה מפשטות לשון קצות החושן שם.

ואמנם יש לעיין בהגדרה מחודשת זו דהרי הודאת בעל דין לא חייבת להיות בב"ד, ומשמע יותר שהיא נאמנות, מ"מ עיין פנ"י (כתובות קב,א), שמחלק בין הודאת בעל דין בב"ד, שהיא מכח "נאמנות" לבין הודאה מחוץ לב"ד שהיא מכח "התחייבות" וזה מתאים להגדרה הנ"ל, שהודאת בעל דין כ"עדות" ממש.

וראייתי בטבעת החושן (סימן לד שם), שאכן כך נקט בדעת קצוה"ח, ולשיטתו הודאת בעל דין היא עדות ממש והביא שם שדעת מהריב"ל היא שהודאת בעל דין חשיבא נאמנות, ולא ממש התחייבות (שעל זה יש כמה וכמה

קושיות, עיין קצה"ח שם), וכונתו להיות והוא יכול לחייב עצמו בממונו אז הדבר נותן לו נאמנות ביחס לממונו בפני ב"ד. ודעת קצה"ח היא שהודאת בעל דין היא יותר מנאמנות אלא היא עדות כשירה ממש של האדם ביחס לעצמו - לחובתו.

וא"כ יובן היטב חילוקו של הגרשש"ק בין נאמנות "בידו" לבין הודאת בעל דין שזו נאמנות בלבד וזו עדות ממש, ולקיומי מילתא חידשה התורה, שבעיני לעדות כשירה ממש בשעת הקידושין או הגט. ואפילו לשיטת המהריב"ל נוכל לחלק בין סוגי נאמנויות לפי הדרך הראשונה הנ"ל.

וא"כ אין להקשות לר' שמעון, דהפנ"י והרשב"א אמרו למעשה דבר אחד, דהמעין בדבריו יראה להדיא, שהבין"א אחרת מהפנ"י, וביסס שיטתו זאת על ראשונים נוספים.

ואמנם היה מקום להקשות לגרשש"ק מהרשב"א עצמו, שהקשה בקידושין (סה"ב) למה לא תועיל נאמנות "בידו" של האשה, שבידה לקדש עצמה. חזינן שהבין שתועיל נאמנות זו לענין קידושין. אבל באמת הרשב"א הקשה כן רק בהו"א, אבל לאחר שישד את יסודו, שילפינן מגז"ש, שדוקא עדים בעיני ודאי של"מ נאמנות דבידו.

ומ"מ נמצא שר' שמעון חולק מכל וכל על דברי התיבות, וסובר שנאמנות לא תועיל לקיומי ועדות ממש בעיני. (ואפילו לדברי הפנ"י הקשה דנאמנות "בידו" הוא מכאן ולהבא וגרעה מנאמנות אחרת).

ד. סיכום

במקור הדין של "אין דבר שבערוה פחות משנים" וק"ל שהוא לקיום הדבר ולא רק לבירורו, הבאנו ב' שיטות מהאחרונים: א. שיטת הפנ"י, שמדגיש את ענין הבירור שנדרש לכל מעשה באישות, ולולי שיש לנו אפשרות לבררו אינו חל. ב. שיטת הגרשש"ק, שהבין את נחיצות העדים מכח גזה"כ וחלק מהותי ממעשה הקידושין או הגירושין, ולא די לנו בבירור בלבד.

ומצאנו כמה השלכות מעשיות הנובעות ממחלוקת זו, לדוגמא: דינו של הרמ"א (אבה"ע מב,ג), שעדי קידושין צריכים לראות בפועל את מעשה הקידושין ולא להסתמך על אומדנות והוכחות אפילו ברורות מאוד, יובן יותר לפי דרכו של ר' שמעון, דאילו לדרך הפנ"י כל שאח"כ נוכל לפסוק בבירור שאשה זו קיבלה קידושין די בכך ואין צריך לעדים דוקא.

נקודה נוספת הנידונית כאן, האם נאמנות ויכולת בירור בלבד תועיל לקיום הדבר, אף שלא תהא כאן עדות כשירה. לשיטת הפני"י כל נאמנות יכולה להועיל שהרי מבררת היא, אא"כ נאמנות זו מוגבלת היא, כמו נאמנות ד"בידו" לענין קידושין, שא"א לחייב מיתה על פיה. ואילו לשיטת ר' שמעון בדבר שבערוה חידשה תורה, שע"מ ליצור חלות אנו צריכים ב' עדים כשרים שיהיו נוכחים בשעת מעשה, ולא תועיל נאמנות מפיו של אדם המוגדר כעד פסול כמו בעל דבר, במקום שחב לאחריני, דלאו עד הוא כלל. אמנם הודאת בעל דין ג"כ תספיק, היות ובמקום שמועילה כלומר כשאינו חב לאחרים, אז לדין הוא עד ויכול לקיים המעשה.

למעשה, בקידושין לעולם יש צורך בבי' עדים, היות ואין נאמנות לבעל דין כשחב לאחריני. אמנם בנישואין שאינו חב לאחרים מסתפק האור שמח שמא אפשר לקיימם ע"י האיש והאשה עצמה שנאמנים מכת הודאת בעל דין.

בגיטין לרשב"א דלא הוי חב לאחריני אפשר לקיימם מדין הודאת בעל דין ולר"ת דהוי חב לאחריני, לנתיבות תועיל נאמנות "בידו" של הבעל לקיומי. (מדינא, דהרי למעשה "זיל חוש לה" ויש לצרף דברים נוספים).

בחליצה וביבום, לראשונים הסוברים דהוי דבר שבערוה - לנתיבות ודאי שאפשר לקים מדין בידו, ולגרשש"ק יש לדון האם הוי חב לאחריני, דאי לא, תועיל הודאת בעל דין ולא בהכרח שיצטרכו עדים.

הרב מאיר כהן

כסף לאחר ל' בקידושין ובמכר

ראשי הפרקים

- א. קידושין לאחר ל' יום
 1. שיטת הרשב"א
 2. שיטת הריטב"א
 3. שיטת הר"ן
- ב. מחלוקת הר"ן והמהרי"ט
- ג. כסף לאחר ל' יום במכר
- ד. גדר קנין כסף בקידושין ובמכר
- ה. עקירת המעשה ומניעת חלות

במאמר זה נבוא לברר את שיטת הר"ן בסוגיית קידושין לאחר ל' יום ובמיוחד בדין היוצא מדבריו שאם חזר האיש מהקידושין בתוך ל' יום אין האשה צריכה להחזיר מעות הקידושין. נבאר סברתו, ונבחן האם דין זה שייך גם במכר.

א. קידושין לאחר ל' יום

איתא בקידושין נח, ב:

האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלושים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלושים יום מקודשת לשני.

ובגמ' (שם נט, א): לא בא אחר וקידשה בתוך שלושים מהו, רב ושמואל דאמרי תרווייהו מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות. מאי טעמא הני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמו. לפקדון לא דמו, פקדון ברשותא דמרא קא מתאכלי והני ברשותא דידה קא מתאכלי. למלוה נמי לא דמי, מלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קידושין יהבינהו ניהלה.

ופרש"י: ואע"פ שנתאכלו המעות בתוך ל' יום, דכי בעו קידושין למיחל ליתנייהו למעות אפילו הכי חיילי".

ובד"ה לא למלוה דמו, כתב: "דנימא המקדש במלוה אינה מקודשת" העולה מכאן, שהמקדש אשה ואומר לה, שהקידושין יחולו רק בעוד לי יום מקודשת, אע"פ שבשעת חלות הקידושין המעות לא קיימים.

הראשונים דנו בשאלה, במה שונה דין זה מהמקדש במלוה שאינה מקודשת (שם ז, ב), הרי החסרון במקדש במלוה הוא שלא נתן לה דבר בקידושיה וגם כאן ביום הלי' אין המעות בעין ובמה הוא מקדשה?¹

שאלה נוספת, שנדונה בראשונים ובאחרונים כאן היא: הרי 'כלתה קניינו'. שהרי בגמ' כתובות (פב, א) לגבי משוך פרה זו ולא תקנה לך אלא לאחר לי יום לא קנה (אא"כ היתה עומדת ברשות הקונה בסוף לי²), כיון שלאחר לי מעשה הקנין כבר הסתיים,³ א"כ ה"ה הכא, אמנם נתן לה כסף לקידושיה אבל הקידושין לא חלים עד לאחר לי וביום לי כבר נתאכלו המעות וא"כ, לכאורה, כלתה קניינו וצריך קנין חדש?

בביאור הענין מצאנו שלש שיטות:

1. שיטת הרשב"א

הרשב"א (שם נט, א) כתב "אעפ"י שנתאכלו המעות, וטעמא דמלתא דכיון דלשם קידושין ניתנו בתחילתן, אעפ"י שבשעה שראויין לחול אינן בעולם, מ"מ כיון שאם לא נגמר הקנין יש עליה להחזיר רואין אנו אותם כאלו הן בעין ובאותה הנאה היא מתקדשת, וכענין שהיא מתקדשת בהנאת מחילת מלוה. ומה שאין כן במלוה דעלמא הואיל ובשעת מתן מעות לא נתנו לקידושין אלא להלוואה".

ובביאור דברי הרשב"א נחלקו אחרונים:

האבני מילואים (מ אות א) כתב וז"ל: "ומדבריו נראה דלאחר שלשים מקודשת בהאי הנאה שנפטרת ממנו, ואע"ג דבמלוה אינה מקודשת כה"ג עד שיאמר לה בהנאת מחילת מלוה הכא דלשום קידושין נתנו מתחלתן, כיון

¹ הריטב"א מביא קושיה זו (קידושין ו, ב ד"ה ופרקינן) ומשמע שמקשה זאת אף לגמ' דידן, שתוצה למלוה לא דמו "כיון" דלקידושין יהבינהו ניהלה דסו"ס כיון שיכולים לחזור בהם עד יום הלי' הוו המעות כמעות הלוואה (הרב שמואל וואזנר, אהל חייא עמ' תרסה).

² כך סובר הראב"ד, ולרמב"ם (מכירה ב, ט) גם בזה לא קנה.

³ והסביר הגר"ש שקופ (נדרים כב ד"ה והא) – הטעם שלא מועיל קניין שכלה כיון שהקניין צריך להיות ברגע ההקנאה דאל"כ לא נחשב מעשה קנין כלל.

שאם לא היתה מתרצה בתחילה לא היה נותן לה הכסף כלל ולא היה מלוה לה כלל, משא"כ בשאר מלוה שכבר באו לידה לשום מלוה".

ז"א, הקידושין חלים ע"י המעות, שנתן לה מתחילה, בצרוף מה שעכשיו היא נפטרת ממנו, ואע"פ שעתה אינם בעין לא הוי כמלוה, כיון שרק מחמת הקידושין הלוח לה אותם ומוחל לה עליהם עכשיו, נחשב שעדין קיימת נתינת המעות.⁴

ונראה, שזו כונת תוס' (יבמות צג, א ד"ה קנויה) וז"ל: "דאפילו נתאכלו המעות חשוב כל שעה כאילו הם בעין שהמעות נשארו אצל המקנה ואם לא נעשה הקנין היה מוטל עליו להחזירם וחשוב כאילו הם בעין לשם קידושין דלאו למלוה דמי ולא לפקדון".

אך יש שהסבירו ברשב"א, שאינה מתקדשת בכסף שניתן לה בתחילה אלא בהנאת מחילת המלוה.

כ"כ הקהלות יעקב (קידושין סי' מו) "ושיטת הרשב"א ז"ל הוא דבהני זוזי שקבלה אלאחר ל' היא מתקדשת לבסוף, היינו במה שאינו חוזר בו ואינו תובע את הכסף ואיכא הנאה ומתקדשת בהנאה זו.

ואינו דומה למלוה, דבסתמא תפסינן שמקדשה בגוף החוב שכבר יש לו עליה משא"כ הכא שלא קבלה להלואה אלא לקידושין וליכא עדיין חוב עליה ורק אם יחזור בו תתחייב מכאן ולהבא להחזיר הכסף, וכשאינו חוזר הקידושין אין כאן חוב כלל רק מניעה מחלות חוב עליה, וכל כה"ג, בהנאת מניעת חלות החוב הוא מקדשה" עכ"ל.

וכיון שמקדשה בהנאה שנהנית לבסוף אין כאן מלוה ולא כילוי הקנין.

2. שיטת הריטב"א

הריטב"א (שם ו, ב) כתב: "דכיון דלתורת קידושין יהבינהו ניהלה, הרי הוא כאילו פירש, שתתקדש לו בהם לאחר ל' יום בהנאה שהלוח אותם לה ונפטרת מהם, דודאי להכי אקדמינהו ניהלה ויהיה לה רשות לאנפוקינן (להוציאן), שתהנה בהם ותתקדש בהנאתה. אבל הכא (במקדש במלוה), דבתורת מלוה הגיעו לידה, ושלח הם לגמרי, והוא בא לקדשה בממון שלה אינה מקודשת".

⁴ ועיי' מה שהוסיף לבאר המילואי חותם על האבני"מ (הערה 349) והמהדיר על הרשב"א (קידושין נט, א הערה 43).

וביאר האבנ"מ (שם) "ונראה מדברי הריטב"א, דטעמא דמהני נתאכלו המעות משום שמקדשה בהאי הנאה שנהנית מהם שרשאה לעשות בהם כרצונה ויהיב לה רשות להוציאן", אבל הקשה: "נהי דבשעת נתינה אית לה הנאה, מ"מ בשעת קידושין כבר כלתה הנאה זו".

וכתב ליישב דדמי לאומר משוך פרה ולא תקנה לך אלא לאחר לי יום שאם היתה עומדת בסימטא ביום הלי קנה ולא אמרינן כלתה קנינו, ה"ה הכא מקודשת בהנאה, שנתן לה רשות לעשות בהם כרצונה "ואע"ג דלאחר שלושים כבר כלתה הנאה זו כיון שנשאר אצלה הנאה זו ונפטרת מלשלם לו לאחר לי לא גרע מסימטא כיון שלא יצאה מרשותה, ואע"ג דבהאי לחודיה לא מקדשה דהא מקדש במלוה אינה מקודשת, דהתם נמי כי עומדת בסימטא ולא משך אינה קונה, ומהני ליה משיכה דמעיקרא כיון שאינו יוצא מרשותו ה"נ מהני הנאה דמעיקרא כיון שעדיין נשאר במה שנפטר ממנו".

3. שיטת הר"ן

הר"ן (קידושין כד,א בדפי הרי"ף) כתב וז"ל: "למלוה נמי לא דמי, מלוה להוצאה ניתנה והני בתורת קידושין יחבינהו ניהלה. כלומר, דנהי דמלוה דעלמא אינו קונה היינו משום דמשעה ראשונה שלה היא וכשהוא מקדשה בה לא יהיה לה מידי, אבל בזו שמתחילה על דעת קידושין ניתנה אע"ג דהשתא ליתנהו לזוזי, מעיקרא מקניא נפשה בהני זוזי דיהיה לה, אע"פ שאם תחזור בה תהא חייבת להחזיר המעות דמ"מ הדבר ברשותה, ומיהו משמע שאם הוא חוזר בו אינה חייבת להחזירה, דאי לא במאי מקדשה הרי אינם קנויים לה עד סוף לי והרי נתאכלו בינתיים, אלא כדאמרן".

לפי הר"ן מקודשת באותם המעות שנתן לה ומעשה הקידושין נגמר בעת נתינת המעות, שאפילו אם יחזור בו מלקדש אינה צריכה להחזיר לו המעות, אלא שחלות הקידושין נדחת לעוד לי יום.

וביאר הקהלות יעקב, דלאחר לי אין חסרון דכלתה קנינו כיון שאם היא תחזור תצטרך להחזיר המעות, הרי ששעבוד המעות קיים ולא כלתה קנינו. וכן כתב הברכת שמואל (כד,ד), שלפי הר"ן צ"ל שהקידושין חלים ע"י בי היסודות, נתינת הכסף לשם קידושין ולא הוה מלוה וששעבוד המעות קיים.

[אמנם גם הריטב"א (קידושין מו,ב ד"ה ושי"מ) כתב, שהמקדש לאחר לי יום מעות הקידושין אינם חוזרים והוה להו מתנה גמורה אי הדרי⁵ בהו או מתנה

⁵ החזו"א (הלי קידושין סי' לט) למד מלשון הריטב"א, שבין שחזרה היא ובין שחזר הוא לא צריכה להחזיר מעות.

לשם קידושין, ובספר מלאת אבן הוכיח שגם דעת הרשב"א⁶ כן, עיי"ש. מ"מ הם לא למדו מעובדה זו שזכתה בכסף וקנתה עצמה מעיקרא אלא מתקדשת רק לאחר ל' יום בהנאה שיש לה אז ואם חזרו בהם זוכה בהם במתנה לאחר ל'.

ב. מחלוקת הר"ן והמהרי"ט

הר"ן א"כ עומד על השוני, שבין המקדש במלוה, שאינה מקודשת לבין המקדש לאחר ל' יום שמקודשת, אפילו בנתאכלו המעות, וקובע שבניגוד למלוה שמקדשה בחוב בקידושין לאחר ל' מקדשה במעות, שנותן לה בתחילת ל' לשם קידושין וגם האשה מצידה מקנה את עצמה לבעל מתחילה, ולכן אפילו שנתאכלו המעות לאחר ל' מקודשת. ומכיון שכך חייבים לומר שהאשה זוכה במעות לגמרי ולכן גם אם יחזור בו האיש מהקידושין לא צריכה להחזיר לו מעותיו.⁷

המהרי"ט (בחידושו על הרי"ף כד, א) תמה על הר"ן וז"ל:

כיון דאשה לא קנה ממון למה מחסר, דדוקא גבי מקדש אחותו גמר ויהב לשום מתנה, אבל זו לא נתן לה אלא על דעת לכונסה, ואע"ג דק"ל (ב"ב קמה, א) קידושין לטבועין נתנו (דהיינו שאין כסף הקידושין חוזר) היינו כשהיא יוצאה ע"י גט או מיתה, (גזירה) שלא יאמרו נעקרו הקידושין לגמרי וקדושין תופסים באחותה, אבל הכא דודאי נעקרו לגמרי, קידושין תופסין באחותה שלא היו קידושיה קדושין ולא זכתה בכסף כלל וכו' והוה כמקדש על תנאי לעשות כך וכך ולא קיים דלא מסתבר לומר שלא יחזור כסף הקידושין.

והשיב על דברי הר"ן - שאם יכול לחזור וליטול הכסף במה מקדשה הרי הוי כמלוה - "איכא למימר לקידושין יהבינהו ניהלה אם לא יחזור בו כדאמרין גבי דייתקי⁸ בפרקא קמא (דב"מ יט, א) איזהו מתנת בריא שהוא כמתנת שכיב מרע דכתב מהיום אם לא אחזור בי, הכא נמי דלאחר ל' יום אם חזר בו הדרי זוזי למרייהו" עכ"ל.

⁶ ובאמרות טהורות (אבה"ע מ, א) הוכיח ההיפך בדעת הרשב"א.

⁷ האבני נזר (אבה"ע תנו, ג) הבין בר"ן שצריכה להחזיר מעות כשחזר בו אלא שלא צריכה להחזיר אותם מעות עצמם, עיי"ש.

⁸ שטר צואה של שכיב מרע, שמצוה בו שאם ימות מאותו חולי יהיו נכסיו לפלוני. ואין הצואה קיימת אלא אם מת הנותן מחולי זה שתקפו בשעת הצואה, אך עם עמד מחולי זה וחלה ומת מן הסתם חזר בו מצואתו (ע"י תוס' ב"ב קנג, א ד"ה ולא).

ומסיק מהרי"ט, שהמעות שנותן לה נותן במתנה גמורה לשם קידושין, אלא
הוי כעושה תנאי שאם יחזור בו יחזרו מעותיו. ואין לתלות בין נתינה גמורה
ליכולת לחזור בו ולקבל מעותיו בחזרה דגם במתנה גמורה מועיל תנאי.

וביסוד המחלוקת מובא בשם הרב שמואל הלוי וואזנר (בספר אהל חייא עמי
תרסט) כך: דעת הר"ן שכיון שיכול הבעל עדיין לחזור א"כ הכסף עדיין
ברשותו וכיון שנתאכל א"כ ליתא בשעת קידושין ובמה מקדשה.

ואין להקשות מדייתקי דשם התנה⁹ במפורש, שנותן "אם לא אחזור ביי
משא"כ כאן שאפשרות החזרה רק מכח שדחה חלות הקידושין לעוד לי יום
אבל לא התנה בפירוש את חזרתו ונתן במתנה גמורה.

והמהרי"ט כתב: "דאע"פ שיכל לחזור אעפ"כ נתנו לה בתורת ודאי קידושין
מעיקרא אם לא יחזור בו, ועד יום ההכרעה יום הלי' הכסף בידה בתורת
קידושין ודאין כהאי דב"מ איזה מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דכתב
מהיום אם לא אחזור בי הכא נמי לאחר לי יום אם יחזור בו רק אז נהפכו
המעות שנתן לקידושין ודאין לחיוב חזרה, ולא תימא סו"ס כיון דעומד עוד
לספק חזרה א"כ שוב ברשות ידיה מתאכלו, לזה כתב המהרי"ט דכיון
דבתורת קידושין ודאין יהיב לה פטורה אף מפשיעה ואין עליה שמירה של
כלום דשל זידה הם".

והוסיף: "והראשונים (הנ"ל) לא נקטו כן, דיהיו ודאי קידושין עד הבירור
דהא הם כתבו דחייבת בשמירת הכסף, רק נתן לה רשות ליהנות וזה כדרך
השני של המהרי"ט שכתב א"נ כיון דמצי לאשתמושי בהן דעל דעת כן ניתן
לה לכל צרכה ובהיא הנאה מקדשה".

ג. כסף לאחר לי יום במכר

בשאלה האם חידושו של הר"ן הוא בקידושין בלבד או גם במכר לאחר לי
יום, נחלקו אחרונים. בעל נתה"מ בספרו קהלת יעקב (הלי' קידושין לא, ה ד"ה
אכן) כתב, ששיטת הר"ן אינה מובנת, דלפי זה הקונה קרקע לאחר לי לא
יהיה יכול לחזור בו כיון שהמוכר מוחזק במעות ולא מחויב להחזירם לו אם
יחזור, שהרי אם יצטרך להחזיר במה יקנה לאחר לי בנתאכלו המעות הרי
נעשו מלוה אצל המוכר. אלא ודאי שלא תלוי זה בזה דאף שצריכה להחזיר
המעות מ"מ לא נעשו מלוה כדעת הרא"ש כיון שבאו לידה בתורת קידושין.

⁹ ראה להלן החילוק בין תנאי לקידושין לאחר לי.

הרי שהבין בפשיטות שבמכר א"א לומר חידושו של הר"ן וא"כ גם בקידושין תמוהים דבריו דאיזה חילוק יש בין הקניינים.

ד. גדר קנין כסף בקידושין ובמכר

בספר תורת הקניינים (מילואים סי' יב) ביאר דברי הר"ן ויישב בכך גם תמיהת הקהלת יעקב. הר"ן התקשה בשאלה במה שונה דין המקדש לאחר ל' יום שמקודשת אפילו כשנתאכלו המעות מהמקדש במלוה שאינה מקודשת, הרי כשנתאכלו המעות לאחר ל' במה מקדשה, ע"כ חידש הר"ן שמקודשת מעיקרא בשעת נתינת המעות במעות שנתן לה אלא שדוחה חלות הקידושין לאחר ל' ונמצא שמקדש בכסף מעליא ולא במלוה.

וכיון שהוכרח לומר שהקידושין נגמרים בתחילת ל' כדי שלא יהיו כמלוה לאחר ל' הנתאכלו המעות א"כ צריך לומר שגם כסף הקידושין יהיה קנוי לאשה מתחילה כיון שזהו חלק ממעשה הקידושין. לכן כתב הר"ן שאם נאמר שאם הוא חוזר צריכה להחזיר המעות זה מראה שלא זכתה במעות לגמרי. ואם לא זוכה במעות בשעת נתינתם נמצא שעדין לא היה מעשה הקידושין ובמה תהיה מקודשת לאחר ל' בנתאכלו המעות.¹⁰ לכן חייב לומר שלא צריכה להחזיר המעות כשהוא חוזר.

(וא"ת כיון שבשעת חלות הקידושין בעוד ל' יום אין המעות בעין כיון שנתאכלו – א"כ כבר כלתה קנינו – כבר הבאנו לעיל מה שכתבו האחרונים לבאר בשיטת הר"ן שכיון שאם תחזור היא תצטרך להחזיר המעות הרי ששעבוד המעות קיים ולא כלתה קנינו).

וכתב לחלק בין קנין כסף במקח וממכר לבין קידושי כסף שבמכר מה שהמוכר זוכה בכסף הוא ע"י שהוא מקנה המקח להלוקח דע"י שהוא מקנה לו המקח הוא קונה המעות שהגיעו לידו והיינו ששניהם באים כאחת ושניהם תלויים זה בזה. אבל בקידושי כסף נראה שאין הדבר כן שמה שהאשה זוכה בכסף הוא כעין תנאי מוקדם לפני התהוות הקידושין דהיינו שהאיש צריך קודם לתת לה פרוטה והאשה קונה את הפרוטה ורק אח"כ היא מתקדשת לו.

¹⁰ והעיר בספר תורת הקניינים (שם), שלכן מה שכתב הבי"ש (סי' מ סק"ה), שע"י שנותן לה לשם קידושין לא הוי מלוה לא יועיל לשיטת הר"ן, שע"י שאומר שנותן לשם קידושין לא הוי כלום אם אין כאן באמת מעשה קידושין.

ובטעם החילוק הביא האפקי ים (סי' טז) את דברי הגאון ר' חיים עוזר, שבכל קנין כסף בעינן שיהא על הכסף שם כסף שיווי המקח ע"י שבקבלת הכסף הוא חייב ליתן המקח ונמצא שהכסף הוא דמי המקח, אבל בקידושי כסף הוא הכסף לקנין בעלמא שנותן לה הכסף והיא מתקדשת לו.

עפ"ז אפשר להבין מדוע לפי הר"ן כשהאיש חזר בו בתוך לי' ל"צ להחזיר לו כספו, שכן ע"פ הר"ן הקידושין צריכים להיגמר בתחילת לי' כנ"ל, וחלק ממעשה הקידושין הוא שהאיש נותן לאשה פרוטה והיא זוכה בה ומכיון שכסף קידושין הוא כסף קנין¹¹ ולא כסף שיווי המקח כבר זכתה האשה בכסף וא"כ ביטול המקח (אם יקרה) לא יגרור עמו ביטול הזכיה בכסף דלא תלי זה בזה, לכן כתב הר"ן שלא צריכה להחזיר הכסף, משא"כ במכר¹² ובה מתיישבת תמיהת הקהילת יעקב הנ"ל.

ועל מה שהקשה המהרי"ט, שעכ"פ אף שנותן לה הכסף לגמרי עדיין יכל לחזור דעכ"פ יהיה כתנאי שאם לא יתקיימו הקידושין יחזור הכסף, כתב שיש ליישב בפשיטות שהר"ן סובר שבמקדש לאחר לי' אין כאן שום הוכחה שהוא עושה תנאי, שאם הוא ירצה לחזור בו תצטרך להחזיר לו המעות. ומה שהניח לו מקום לחזור בו כל לי' מעצם הקידושין זה לא בדרך תנאי. (משא"כ כשהיא חוזרת יש אומדנא שתצטרך להחזיר המעות שכן רק על דעת שמסכימה לקידושין נתן לה הכסף).

וכן כתב הדברי אמת שבמכר יודה הר"ן שיכל לחזור וצריך המוכר להחזיר לו המעות,¹³ א"כ לפי התורת קנינים והדברי אמת דינו של הר"ן שייך רק בקידושין ולא במכר.

אך יש להקשות, שכן נראה בפשיטות (וכפי שהבין הקהלת יעקב הנ"ל), שהר"ן לא מחלק בין קידושין למכר. וכן כתב החזו"א (הל' קידושין סו"ס לט) וז"ל: "והנה לדעת הר"ן הי"נ במוכר שדה שתהא קנויה לאחר לי' אין הלוקח יכל לחזור ולתבוע מעותיו". גם מהאבני"מ (סי' מא) מוכח, שהבין שאין חילוק בין קידושין למכר, שכן צידד בשיטת הר"ן נגד המהרי"ט והביא ראיה לדברי הר"ן מפדיון הבן, וז"ל: "דתנן פ' יש בכור (מט,א) מת הבן תוך

¹¹ ט"ז (חוי"מ ר"ס קצ), ולפי האפקי ים גם הסמ"ע סובר כן בקידושין.

¹² ולקמן נביא דעת החזו"א שכתב בדעת הר"ן שאין חילוק בין קידושין למכר.

¹³ ובמקנה בקונטרס אחרון (מ,א ד"ה ואם) כתב בתחילה דלסברת הר"ן הי"ה במכר אלא דלא משמע כן בפוסקים ואח"כ חילק בין קידושין למכר כסברת התורת קנינים אך למעשה נשאר בצ"ע.

שלושים יום אע"פ שנתן לכהן יחזיר, עיי"ש. ומשמע דאם הוא חי אין הבעלים יכולים לחזור וליטול הכסף מיד הכהן ולאחר שלושים יפדו אצל כהן אחר, אלא משמע דכל דיהיב אדעתא דהכי ליתיה בחזרה"י, ואם יש חילוק בין קידושין למכר מה הראיה מפדיון הבן. (מה גם שלפי האבני"מ כט,ב גדר קנין כסף בין במכר ובין בקידושין, הוי כסף שיווי כשיטת הסמ"ע חו"מ ר"ס קצ).

ה. עקירת המעשה ומניעת החלות

מעשה, צריך להבין סברת הר"ן. ונראה שהר"ן סובר שהסיבה שלא צריך להחזיר המעות בקידושין, וה"ה במכר, היא - דאם צריכה להחזיר הכסף א"כ נמצא שהכסף ברשותו של האיש כל ל' יום. וא"כ בנתאכלו המעות לא תוכל להתקדש, אלא צריך לומר שהקנין נגמר מעיקרא בתחילת ל' והאשה קונה הכסף לגמרי בתחילת ל', כדי שיוכלו הקידושין לחול בעוד ל' יום אפילו בנתאכלו המעות דא"א מחד שתתקדש בכסף מעיקרא ומאידך אם יחזור תצטרך להחזיר המעות דהוי כחוכא ואיטלולא. אלא ודאי גומר ומקנה לה הכסף לגמרי. ואפילו למ"ד שגם כסף קידושין הוי כסף שיווי לא צריכה להחזיר המעות כשחזר בו מהקידושין משום שזה דין בקנין דלאחר ל' שצריך להקנות הכסף לגמרי מעיקרא. דמהות קנין זה, שגומר מעשה הקנין ודוחה חלותו עד ל' יום, ולא דמי לתנאי שאמר לה שתתקדש לו אם לא יחזור עד ל' יום. דשם אם חזר בו גם הר"ן¹⁴ יודה שצריכה להחזיר לו המעות משום שבתנאי המעשה לא נגמר עד לאחר ל' יום אם לא יחזור, דהיינו אם לא חזר המעשה חל למפרע, וכשחוזר בו (בתוך ל') הקנין בטל למפרע מכיון שהקנין תלוי בתנאי וכיון שהתנאי לא התקיים בטל המעשה והכסף חוזר. משא"כ הכא, שכבר נגמר המעשה בתחילת ל' אע"פ שיכל לחזור בו מהקידושין אך הקנין לא תלוי בחזרה והחזרה מתאפשרת רק משום שעדיין לא באו הקידושין לזמן חלותם ולכן אין בחזרה ביטול למעשה הקידושין עצמו אלא רק מניעת חלותם.

וראיתי שכן כתב הרב ברוך רוזנברג (אהל חייא עמ' תרסו) לבאר דברי רעק"א בהגהות על השו"ע אבה"ע (מ,א ס"ק ג), שכתב לחלוק על הבי"ש (שם ס"ק ב), שכתב שהרא"ש בתשובותיו (כלל לה) חולק על הר"ן. וכתב רעק"א "לעניות דעתי, דגם הר"ן מודה בהתנה אם אבוא לעשרה יום ולא בא (דמיניה

¹⁴ כן כתבו המקנה (קו"א מ) ורע"א שם.

מיירי הרא"ש בתשובה)¹⁵ דכיון דלא בא דלא נתקיים התנאי, צריכה להחזיר המעות, כיון שהתנה בפירוש אם אבוא, וזה לא מקרי חזרה".

ובביאור דבריו כתב הרב רוזנברג "דמאחר דביטול הקידושין אינו אלא מכאן ולהבא, א"כ נמצא דנתינת הכסף שנתן לה מתחילה עדיין חשוב מעשה נתינה דקידושין. ומה שהיא צריכה להחזיר לו את המעות אילו היתה חוזרת בה. אין זה אלא משום דכך הוא עיקר קנין כסף קידושין, שהבעל נותן לה כסף והיא צריכה תמורתם או להתקדש או להחזירם, ובזה סבר הר"ן, דכשהבעל חוזר בו, הרי יכלה האשה לומר שהיא מסכמת להתקדש לו, ולכך אינה צריכה ליתן את תמורת הכסף ומה שהוא אינו רוצה לקדשה הרי אין זה מחייבה כלל", וכנ"ל.

¹⁵ והב"ש סבר בדעת הרא"ש, שגם קידושין לאחר ל' דינם כתנאי אם לא אבוא עד ל' יום וכדעת המהרי"ט (הני"ל).

אחריות על נתינת עצה

דוד שיפץ את ביתו בחיפה, באמצע השיפוץ הוא גילה, שהקבלן אינו אמין ולכן עזב אותו.

דוד תרם סכומים נכבדים לעמותה בדרום, נוצרו קשרים בינו לבין **משה** אשר היה מנהל עמותה.

משה הציע לדוד עזרה על מנת לסיים את השיפוץ. הוא המליץ על קבלן מהדרום המוכר לעמותה, "הוא יסיים את העבודה על הצד הטוב ביותר". הקבלן הגיע לחיפה ובאותו ביקור השמיע הערכה שהעבודה תעלה 90,000 ש"ח מקסימום. בפועל דוד שילם 124,000 ש"ח עבור השיפוץ.

דוד כבר תבע את **הקבלן** בבית הדין הרבני באשקלון בטענה של אונאה. בית הדין קיבל את עמדת הקבלן ופסק שהפער במחיר, סביר.

כעת דוד תובע את **משה** על האחריות שלו לעלות הגבוהה של השיפוץ.

טענות הצדדים

התובע: א) לאחר שנכוויתי עם קבלן אחד הייתי זהיר יותר ולכן שאלתי במפורש את משה: "למה לקחת קבלן מהדרום עד חיפה?" הוא ענה לי: "מדובר בקבלן טוב אשר עשה שיפוצים במבנים של העמותה באיכות ומחיר טוב". משה הרגיע אותי ואמר "אתה לא תשלם יותר עקב המרחק". אמרתי למשה, שאני לא מבין בבניה, ושאני סומך עליו.

לדעתי יש פה **מעילה באמון** מצד משה, הוא לא דאג כלל לעלות הבניה, אני בתמימות שילמתי על סמך זה, שמשה מסכם עם הקבלן. לא העלתי בדעתי שאין שום משא ומתן עם הקבלן. פעם אחת לא זכרתי את הסכומים המדויקים ששילמתי, ולכן נתתי עוד 40,000 ש"ח, ללא ידיעה שאנו חורגים כל כך הרבה מהסכום המקורי. אני הבנתי שההצעה של 90,000 ש"ח היא הפרזה ותפקידו של משה להוריד את הסכום. משה עצמו הודה עכשיו בדיון, כי היה לו תכנון לדאוג, שכל התשלום עבור השיפוץ יעבור דרכו. האם אין כאן הודאה בדבר האחריות שלו לעסקה?

ב) ברור לי, שהקבלן ניצל אותי והפקיע מחירים בצורה מוגזמת לחלוטין. לקחתי שמאי מקצועי, שהגיע למבנה בחיפה לאחר השיפוץ וסקר את כל

התיקונים. הוא נתן חוות דעת של 56,000 ש"ח בלבד. אציין שבפני השמאי הונחה שמאות קודמת כלפי הקבלן הראשון בטרם נכנס הקבלן החדש לתמונה.

אם כן ישנה דרך לבדוק בדיוק אלו עבודות נעשו. אני תמה על בית הדין הרבני שהתעלמו מהשמאות הזו שעלתה לי 4000 ש"ח, והסתמכו על חוות דעת של אדם שלא היה בדירה!

לסיכום: אני תובע את משה על הנזק שנגרם לי בגללו- 60,000 ש"ח.

הנתבע: הקשרים ביני לתובע היו קשרים קרובים שוחחנו לפחות פעמיים כל יום. דוד התייעץ איתי על כל מיני מוסדות, שברצונו לתרום להם ובסך הכל מדובר על תרומה של יותר ממליון שקלים למוסדות שונים. האירוע המדובר היה לפני שבע שנים ואז ביקרתי בביתו של דוד ראיתי את הבלאגן שנוצר בבית והצעתי את עזרתי. הקבלן המדובר ידוע כקבלן טוב, אשר אפשר לסמוך עליו. עד לרגע זה אני בטוח, שזו היתה עצה טובה. הוא לקח את העבודה ברצינות ועבד עם ששה עובדים במשך אחד עשר יום ברצף. העובדים לנו בחיפה, לכן העבודה החלה בבוקר והסתיימה בלילה ולא כמקובל – עד השעה ארבע אחר הצהריים.

לגבי הטענה של דוד על מחיר מופקע, כבר נשאל הדבר בבית הדין הרבני. אף בצורה פשוטה ניתן להוכיח זאת. אם ניקח בחשבון תוספת מע"מ על 90,000 ש"ח נגיע כבר לסכום של 104,000 ש"ח אם כן הפער בהחלט סביר. התובע עצמו הזכיר שהוא בחר בריצוף יקר יותר ועל דרך זו ניתן לשער, שהיו הוצאות לא צפויות נוספות.

במשך העבודה בקרתי בדירה וראיתי כי הדברים מתקדמים. התרשמתי, שנוצרו קשרים אישיים בין הקבלן לדוד, הם אכלו ושוחחו יחד. חשבתי מראש שהתשלום יעבור דרכי אך העניינים התגלגלו אחרת. לא סוכם, שאני אחראי על השיפוץ בשום אופן שהוא, לקחתי אחריות על "השידוך" אבל לא מעבר לכך. האחריות שלי מתמצה בכך, שהבאתי קבלן שאינו רמאי, אני סומך עליו והוא סומך עלי.

בירור הדין

- א. האם ניתן לקיים דיון לאחר שכבר ניתן פסק דין?
- ב. האם יש השלכות ממוניות לנתינת עצה שאינה הוגנת?
- ג. האם מחיר השיפוץ סביר?
- ד. האם היתה קבלת אחריות?

א. האם ניתן לקיים דיון לאחר שכבר ניתן פסק דין?

לפנינו מונח פסק הדין של בית הדין הרבני באשקלון. בית הדין קבע, שאין אפשרות להוציא חזרה מהקבלן את התשלום. הנימוק היה, שדוד הסכים לסכום של 90000 ש"ח וממילא החריגה סבירה.

לכאורה אין אנו רשאים לדון בתביעה שלפנינו, לאחר פסק בית הדין וזאת על פי דברי הגמרא: "בית דין בתר בית דין לא דייקי" (בבא בתרא קלח). ובסגנון אחר: "אין ב"ד רשאים לשמוע דבריו כלל אחר שכבר יצא זכאי מב"ד הראשון" (סמ"ע סימן יט סק"ב בשם תשובת הרא"ש).

אולם בנידון דידן נראה שאין הלכה זו¹ קיימת: אנו לא חוזרים לדון בתביעה נגד הקבלן, הנתבע הוא משה.

הדיון מתמקד באחריות שלו לעלות השיפוץ. זו שאלה חדשה שלא נידונה בעבר, באופן עקרוני ניתן לחייב את משה על אף שנפטור את הקבלן.

השאלה הניצבת בפנינו היא, האם היתה פה התחייבות של משה לדאוג למחיר זול? לעומת זאת השאלה בהקשר לקבלן היא: האם היתה פה הונאה? אף אם נניח, שהמחיר הוא יקר, אין זה מחייב את דין הונאה שהרי ישנם קבלנים יוקרתיים, שזה התעריף שלהם! אולם אם משה התחייב באופן פרטי לדאוג למחיר זול, אזי הוא חייב לעמוד בהתחייבות האישית שלו.

ב. האם יש השלכות ממוניות, לנתינת עצה שאינה הוגנת?

משה לא קיבל שכר ולא חתם על חוזה עבודה, הוא בסך הכל ניסה לעזור לדוד, האם בכלל ניתן לתבוע אותו? כמובן שברקע ישנו שיקול של העמקת הקשר עם התורם אולם לא היתה טובת הנאה ישירה. הסיבה שיש לתת

¹ אף שבית הדין כתב על חוות דעת של השמאי שהיא שטחית, אנו חושבים אחרת. מכח הדיון החדש מתבררת המציאות כפי שעולה לנגד עינינו ועל זה נאמר אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות. (וכן כתב בשו"ת חתם סופר סימן נ).

משמעות ממונית לדבריו היא מדין גרמי. כאשר אנשים סומכים על דיבור של אדם ועל פיו מוציאים ממון, ולבסוף הוברר שהוא הטעה אותם, עליו לשלם להם, הוא גרם להם הפסד. הדוגמא המובאת לכך בגמרא היא שולחני הממליץ על מטבע כסף, וקבע שהיא אינה מזוייפת ולבסוף התברר, שהמטבע אינה תקינה, הוא חייב לשלם (ב"ק צט,ב). הדברים מובאים להלכה בשו"ע (חו"מ סימן שו סעיף ו): "המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם". בגמרא ובשולחן ערוך מובא תנאי בסיסי לכל ההתחייבות הזו: "והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו". רק אם נותן העצה ידע מעבר לכל ספק, שדבריו משפיעים ובגללם המתייעץ יפעל, רק אז ישנו חיוב נזיקין.

חיוב מדין ערב

ישנה אפשרות נוספת לחייב אדם על עצה שאינה הוגנת, מדין **ערב**. כאשר אדם מקבל ערבות על עצמו בשעת ההלוואה הוא מחוייב אף אם לא נעשה מעשה קניין. ("בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה". בבא בתרא קעג,ב). ניתן להרחיב את הרעיון של ערב על הלוואה ולטעון שכל אדם היודע כי יפעלו על פי עצתו הוא מקבל על עצמו ערבות לתוצאה, הזכות לקבוע בבטחון עמדה הנוגעת להוצאה כספית מלווה בהסכמה לשאת בתוצאות: "**האומר** למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא, ועשאו על פיו והיה שקר, חייב לשלם לו, **דהוי כאילו נתערב לו**" (קכט סעיף ב). האם הרמ"א מתכוין כפשוטו לערב או לגרמי?

הגר"א ציין את הגמרא של שולחני כמקור הדין, משמע שהחיוב מדין גרמי. וכן כתב הנתיבות שם בשם הש"ך (ס"ק ב). וכן אנו מוצאים בדברי הגר"א בדין אחר: "לך ואבוא אחריך, חייבי" (סימן יד סעיף ה). אדם אשר הטעה את חבירו ואמר לו שהוא יבוא להתדיין איתו בבית דין בעיר אחרת, לבסוף הוא לא התייצב לדיון, חייב לשלם את ההוצאות. הגר"א במקום ביאר שהחיוב הוא מדין גרמי.

אומנם הנתיבות (סימן שו ס"ק ו) הביא בשם הריטב"א (ב"מ עג,ב) לחייב מדין ערב:

כתב השיטה מקובצת אע"פ שלא קיבל עליו בפירוש, כיון שנתן לו מעותיו וסמך עליו חייב לשלם, דבהאי הנאה דסמך עליו ואלמלא הוא

היה לוקח ע"י אחרים נשתעבד מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים שחייבין לשלם להבעלים מה שמפסידין בחזרתן, וכן הבעה"ב לפועל, דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה, דפעולת פועל בידו הוא, וכל דבר שבידו לעשות ולא עשה מחויב לשלם אף היזק הריוח שהיה יכול להרויח.

להסבר זה החיוב הוא רחב יותר: בדרך כלל אין אפשרות לחייב על מניעת הרוח, "המבטל כיסו של חבירו פטור", כאן הערבות של נותן העצה מחייבת אותו בתשלום אף על מניעת הרוח. נפקא מינה נוספת: אם החיוב הוא מדין ערב אז ניתן לחייב בשוגג, כל שהעסקה לא יצאה לפועל כמתוכנן, הערב חייב (פסקי דין רבניים חלק ג עמוד 18), אך מדינא דגרמי אי אפשר לחייב את המזיק אם הוא שוגג (ש"ך שפו ס"ק ו).

להלכה כתבו הרבה פוסקים, שאין דברי הנתיבות בשם הריטב"א מוסכמים ולכן אין אפשרות להוציא ממון על בסיס זה (שו"ת מהרש"ם ח"א סי' עז, ישועות מלכו סימן כב, אמרי בינה דיינים סימן כא, ועי' חזו"א ב"ק סי' כב).

ג. האם מחיר השיפוץ סביר?

יש בפנינו סיפור מורכב אשר ארע לפני שבע שנים.

ההתרשמות שלנו מושתתת על כמה נתונים: (1) עיון בסיכום של הקבלן לכלל העבודה. (2) עיון בחוות דעת של שמאי מקרקעין שביקר בדירה לאחר השיפוץ. (3) עיון בחוות דעת של שמאי מקרקעין שביקר בדירה קודם השיפוץ (4) שיחה ישירה עם הקבלן. (5) התייעצות עם אנשי מקצוע העוסקים בבניה.

א) לאחר עיון בכל הנ"ל הרושם שלנו הוא, שהמחיר עבור השיפוץ הוא יקר וישנה פה חריגה מעלות שיפוץ רגיל. כאשר מציגים את הקף העבודה בפני אנשי מקצוע הם מתקשים להסביר מה גרם לעלות גבוהה כל כך. גם אם נחשב בצורה אחרת עלות של אחד עשר ימי עבודה של ששה פועלים, נשאר עוד סכום ניכר, אשר קשה להסביר אותו בתירוץ של עלויות חומר וכדומה.

מצד שני להערכתנו אין כאן רמאות- במקצוע של בנין ושיפוצים אין כללים נוקשים, המחירים מושפעים מהשם של הקבלן ומאיכות החומר אשר איתו הוא עובד. הקבלן מראש נקב בסכום של 90000 ש"ח ודוד לא התווכח הוא נתן להבין, שהמחיר מקובל עליו (גם אם בלבו סמך על משה שיוריד את המחיר, בפיו הוא לא אמר כלום). לסיכום המחיר שנלקח הוא גבוה ויקר.

(ב) יש לדון על האחריות של משה משני פנים :

1) ההצעה לקחת את הקבלן- האם ההצעה כשלעצמה היא עצה רעה?

2) אחריות על מחיר העבודה. האם משה גרם לנזק כספי בכך שאמר לדוד לשלם את מלוא המחיר? (במילים אחרות האם התשלום לקבלן היה רק על פי דיבורו של משה או שדוד ניהל את העיסקה בכוחות עצמו).

לגבי ההצעה של בחירת הקבלן- העצה לקחת את הקבלן מבחינתו של משה היא עצה טובה, מדובר בקבלן אחראי, שמתחיל ומסיים את העבודה, הוא מכיר אותו וסומך עליו. אין כאן רשלנות מצד משה ולכן אין כאן מקום לחייב מדין גרמי ולא מדין ערב.

מחיר העבודה הוא יקר, במידה ומשה לקח על עצמו את העלות הרי יש פה רשלנות וניתן לחייבו מדין גרמי! משה ניהל בעבר מספר פרויקטים של בניה לכן דוד סמך עליו וציפה ממנו למחיר טוב.

ד. האם היתה קבלת אחריות?

האם משה לקח את האחריות לגבי מחיר העבודה? התשובה על כך אינה ברורה. הקבלן טוען במפורש שדוד לקח אחריות על כל העבודה. הוא שילם על כל שלב בעבודה מתוך מודעות למה שנעשה. אין לו ספק שמשה אינו חלק מליווי הפרויקט! משה עצמו מסביר, שהעקר מבחינתו היה איכות העבודה. משה אכן אמר: "אני אחראי לכך שהקבלן לא ירמה אותך" מצד שני הוא התכחש לכל אחריות למחיר העבודה: "אני לא קבלן, אין לי אחריות מעבר לשידוך עיקר כוונתי היתה שהעבודה תתבצע".

האם ניתן להתמקד במילים אשר משה אמר בפנינו: "אני אחראי לכך שהקבלן לא ירמה אותך" וללמוד שמשה מודה, שאכן הוא קיבל אחריות למחיר העבודה? אין לנו ראיות חיצוניות מעבר לנטען בפנינו.

משה מסביר, שבתחילה חשב להתערב בהיבט הכספי ואף אמר שהתשלום יעבור דרכו. בפועל לא ניתן להגיע מהדרום כל יום לחיפה וממילא אין שום ספק שאין לו קשר למחיר ודוד בלבד שילם על אחריותו.

לאור כל הדברים הללו אין לנו מספיק ראיות כדי להוכיח שאכן משה לקח את האחריות הכספית על כתפיו.

אחריות על נתינת עצה

מסקנה - משה פטור. אולם ראוי² לו לפייס את דוד, בסופו של דבר נגרם לדוד הפסד, בעיסקה שסוכמה על פי עצתו.

² בדומה לדין "תרעומת" המובא במשנה בפרק השוכר את האומנים.

האם התרומה הגיעה ליעדה?

דוד תובע מעמותה בדרום סכום של 170,000 ש"ח, בטענה שהכספים הוצאו ממנו במרמה. לטענתו הוא פנה אל העמותה בעקבות מבצע "קימחא דפסחא" והתרשם שהם עוסקים בחסד. לאחר תקופה של קשר בינו לעמותה הוא החליט להמשיך ולתרום סכומים ניכרים לחסד בסך כולל של 170,000 ש"ח (הקבלות מצורפות). לטענתו התברר לו כי הכספים נוצלו למטרות אחרות כגון החזקת כולל אברכים ואילו לתמיכה בנזקקים לא היה ביטוי כספי. דוד ידע על קיומו של מרכז חסד, המנוהל ע"י העמותה אבל התברר לו, שכל המצרכים נתרמו על ידי ארגון "שבת אחים" ורק את החלוקה עשו אברכי העמותה. לדבריו יש פה הונאה ולכן הכסף אמור לחזור לבעליו.

העמותה טוענת, שהכספים הגיעו ליעדם המלא. מרכז חסד כולל העסקה בשכר של רכז אזורי כולל הוצאות רכב ופלאפון. כמו כן אברכי העמותה זכאים להחזרים עבור החלוקה של המצרכים.

פסק דין

מעיקר הדין אם אדם מייעד כסף לצורך מסוים, אזי אין אפשרות לפעול בניגוד לדעתו. "וכן אם פירש הנותן ואמר יתנו לעניי העיר או לעני פלוני אין להם לשנות אפילו לתלמוד תורה" (יורה דעה רנו). מצד שני, כאשר תורם נותן לגוף גדול העוסק בפעילויות שונות עליו לדעת שחלק מהסכום ישמש לתקורה של הגוף המדובר. קשה לאמוד מה הוא בדיוק הגבול? כנראה שישנה נורמה בסיסית המוסכמת על הכל.

דוד היה מודע לכלל הפעילות של העמותה ואף הביע את התפעלותו מההתפתחות שלה. לא הצלחנו לדבר עם איש הקשר, שהציג את העמותה בפני דוד אבל ידוע לנו, שבשלב מסוים דוד סייר במקום והכיר את מכלול הפרוייקטים. לכן ישנו מקום לומר שאף שעניין החסד הוא הדבר שנגע אל ליבו בכל זאת הסכים לתרום אף לשאר הצרכים. בית הדין ביקש להמציא לו את המאזן הכספי של העמותה במשך השנים המדוברות. בדקנו את המאזנים בשנים 1999-2000 למניינם, ומצאנו שסכום ההוצאות הישירות על מזון הוא 93,000 ש"ח, בנוסף ישנה הוצאה על כוח אדם בסך 44,000 ש"ח נמצא שסך כל ההוצאות הישירות על חסד 137,000 ש"ח. הפער בין התרומה

של 170,000 ש"ח לסכום הנ"ל הוא פער סביר בייחוד שניתן להחשיב חלק מהסכום כהחזר של הוצאות האברכים עבור חלוקת המזון.

אנו מקוים, שהדברים יתקבלו על ליבו של דוד והוא ימשיך לנהוג בנדיבות לב, וזכות התורה והחסד שעשה תעמוד לו ולזרעו עד עולם.¹

¹ דוד בדק אצל רשם העמותות, ומצא שהעמותה החלה לפעול רק בסוף 1999 ולכן לטענתו המאזן שהוצג הוא שקרי. לדעתנו מאזן החתום על ידי רואה חשבון הוא בחזקת אמת. אמנם רשם העמותות אישר את העמותה רק בשנת 2000 אולם אין בכך ראייה, שלא היתה פעילות כלכלית בשנת 1999. הרישום לעמותה הוא הליך, שאורך זמן, יש צורך בחתימה של חברי העמותה בפני עורך דין, יש צורך לבחור יושב ראש, ועדת ביקורת, להגדיר מטרות. להבנתנו הליך זה יכול לארוך שנה שלמה. אם כן, אפשר שהעמותה עשתה פעילות בעיר עוד לפני שהיא אושרה על ידי רשם העמותות. על מנת להחליט שלא הייתה פעילות צריך ראייה חד משמעית, בינתיים דבר זה לא הובא בפנינו.

תשלום על תכנון גן אומנותי

טענות הצדדים

האומן יעקב תובע את הקרן לפיתוח הדרום לשלם לו משכורת על תכנון גן שעשועים אומנותי. האומן הוזמן על ידי הקרן לבנות דגם אומנותי של מתקן שעשועים לילדים. העבודה כוללת עיצוב הגן וליווי של הפרוייקט עד לסיום. לא דובר על שכר אבל דובר על כך, שלקרן ישנו סכום של 80,000 ש"ח המיועד לכיסוי ההוצאות של הפרוייקט.

האומן הציע דגם מסוים בדמות דג, המזכיר את סיפורו של יונה. הקרן לפיתוח נענתה בחיוב ובעקבות כך התובע המשיך בעבודה – יצר קשר עם מהנדס ומכון התקנים.

בשלב מסוים הקרן לפיתוח ביקשה להכניס לתכנית מתקנים חדשים, המצריכים עבודה נוספת ועדכון חדש של הסקיצה.

הדגם הסופי הוצג בחגיגות, כאשר הגיע התורם למקום המיועד לגן השעשועים בשדרות.

מאז נוצר נתק בין הקרן לאומן, האומן לא קיבל תשובה ברורה היכן הדברים עומדים. הוא נענה בתשובות כלליות בהם נאמר לו כי ישנם עיכובים שונים.

הדבר נמשך למעלה מחצי שנה, עד שהקרן הודיעה, שהיא חוזרת בה מהתכנון המקורי ועוברת להקמת גן עם מתקנים ספורטיביים.

האומן דרש לקבל בחזרה לידי את הסקיצות שלו ורק לאחר שלושה חודשים הם חזרו אליו. כעת הוא תובע 5000 ש"ח בתוספת מע"מ עבור כל מה שנעשה עד היום. בנוסף האומן רוצה את הסקיצות חזרה, השכר אינו כולל שימוש בהם.

יש לו תחושה, שבכוונה משכו זמן והדיווח על התקדמות הפרוייקט אינו אמין. הרושם שהקרן יצרה היה של דבר סגור: מדובר על פרוייקט של "גן אומנותי" עם תקציב ברור. עכשיו מתברר שזו רק היתה הצעה ועדיין לא הגיעו לכלל החלטה.

יש לו חשש, שהשתמשו בו רק על מנת להשיג כסף מהתורם ולאחר מכן, כשכבר לא היה צורך בו, ביטלו הכל. אפשר שעשו שימוש בסקיצות

האומנותיות שלו לגיוס כספים בחו"ל ולכן התאחרו בהחזרתם. לטענתו, אם היו אומרים לו לפני חצי שנה, שכל הפרוייקט נתון בספק, הוא היה מתייחס אליו בהתאם. לאורך התקופה נדחו פרוייקטים אחרים שבהם דובר על סכומים קטנים יותר.

טענות הנתבע

הקרן מצידה טוענת שהיא באמת תכננה להקים גן אומנותי והכסף המיועד לכך אכן היה. במפתיע התורם התערב וביקש להעדיף מתקני ספורט. הדבר אינו תלוי בקרן והיא חייבת לקבל את דעתו של התורם.

לגבי התביעה הכספית על סך 5000 ש"ח זה הוא סכום גבוה. האומן הקדיש זמן עבודה, אבל זה שדברים משתנים נלקח בחשבון מראש על ידי האומן. מטבע הדברים, בסוג עבודות אלו, יש סכוי שלבסוף יקחו איש מקצוע אחר. הקרן הציגה מקרים נוספים בהם היו הצעות שונות ומתוכם נבחר רק דגם אחד ולשאר נותני ההצעות לא שולם דבר.

מנהל הקרן הכחיש כל שימוש בסקיצות של האומן לטובת גיוס כספים בחוץ לארץ.

הצדדים חתמו על שטר בוררות.

דיון הלכתי

א. מוסכם על שני הצדדים כי האומן הוזמן על ידי הקרן לפיתוח לעסוק בתכנון ובניה של מתקן שעשועים. השאלה האם הזמנה זו פירושה תחילת עבודה או בגדר הצעה מטעם האומן לפרוייקט? הדבר תלוי במה שנאמר לאומן, וכאן אנו מתרשמים, שהיתה פה הצעת עבודה ולא התעניינות בעלמא. מנהל הקרן לא הזכיר את האפשרות לקחת אומן אחר או לשנות תכניות, לכן במקרה שלנו, הרושם שנוצר לבית הדין הוא שהיתה התחלת עבודה.

ייתכן, ולמנהל הקרן היה ברור שכל תכנית ניתנת לשינוי, ולכן הוא חשב שהאומן רק נותן הצעה ואין זה מחייב, הדבר בהחלט מתאים לאופי העבודה של הקרן, דבר המתבטא בדינמיות ויצירתיות. אולם הדברים הם בגדר "דברים שבלב" שאינם דברים, לאומן נאמר שהוא ילווה את הפרוייקט ללא הסתייגויות.

הקרן מחויבת לשלם לאומן את שכרו ברגע שהחל בעבודה (ש"ך חו"מ שלג ס"ק יד), גם קבלן קונה את שכרו בתחילת עבודה.

ב. במקרה שלנו לא סוכם מראש על גובה השכר, לכן הולכים לפי המקובל באותו תחום "הכל כמנהג המדינה". (חו"מ סימן שלא, פתחי חושן שכירות פ"ח הערה י).

מבירור שעשינו עם בעל מקצוע בתחום, התברר שהסכום של 5000 ש"ח עבור הפעולות, שעשה האומן, הוא סכום מקובל בהחלט.

ג. לכאורה התשלום לאומן כולל את הכנת הסקיצות וממילא לאחר התשלום הם שייכים לקרן. אולם גם פה יש להתחשב במנהג המדינה שרואה בסקיצות זכויות יוצרים של האומן. לפי מה שהתברר לנו, הזמנה של סקיצה בפני עצמה היא דבר אחד, והזמנה של פרוייקט הוא דבר בפני עצמו. כאשר מזמינים פרוייקט, האומן מתוגמל באחוז מסויים מעלות הפרוייקט. במידה והתכנית לא יוצאת אל הפועל האומן מעכב אצלו את הסקיצה ומקבל תשלום על מה שעשה. המטרה היא כנראה, למנוע אפשרות של מרמה, כביכול הפרוייקט נתקע ואז מוציאים את האומן מהתכנית וגומרים את העבודה ללא תשלום האחוזים לאומן.

מסקנה: הקרן מחויבת לשלם לאומן 5000 ש"ח בתוספת מע"מ, תוך שלושים יום וכן להחזיר לו את התכניות שיצר.

שימוש במקרר ללא רשות

תיאור המקרה

משפחת לוי התארכה בשדרות במסגרת שבת הזדהות, המאורגנת ע"י עמותה מסוימת. המשפחה שוכנה בפנימיית הישיבה בחדר אשר היה בו מקרר השייך לאחד מבחורי הישיבה. הבחור לא ידע שהכניסו אורחים לחדרו והאורחים חשבו לתומם שהרשות לשימוש בחדר כוללת את המקרר. כאשר הבחור חזר לחדרו ביום ראשון הוא גילה שהמקרר אינו עובד. טכנאי שבדק את התקלה מצא שהמדחס התקלקל.

טענות בעלי הדין

התובע רוצה השתתפות במחיר תיקון המקרר על סך 1000 ש"ח המקרר עבד מעולה ולכן ישנה סבירות גבוהה שהקלקול שקרה הוא בגלל שימוש לא נכון במקרר, אפשר שאחד הילדים השאיר את המקרר פתוח וזה גרם לעבודה רציפה של המדחס. גם אם השימוש היה תקין, לא היתה רשות שימוש במקרר הפרטי, לכן יש פה דין של שואל שלא מדעת, החייב באונסים.

הנתבע, נציג העמותה: המקרר ישן ופשוט הגיע זמנו ללא קשר לשימוש בשבת.

בירור הדין

א. מי הוא הנתבע?

נציג העמותה נשאל למה הוא הגיע לדיון ולא המשפחה שהתארכה. הוא ענה, שהמשפחה באה בהתנדבות לעיר ובמשך השבת נגרם למשפחה אי נעימות (בדבר אחר), לכן העמותה מעוניינת להיכנס במקום המשפחה. העמותה קיבלה על עצמה לשלם במקום המשפחה, אם בית הדין יפסוק לחובת המשפחה. כלול בכך קבלה על עצמם, שכל הטענות של העמותה הם רק בגדר ספק, שהרי הם לא פונים למשפחה וממילא אין להם אפשרות לטעון טענה ודאית.¹

¹ התוקף ההלכתי להסכמת העמותה הוא מדין קבלת התחייבות בקנין בפני בית הדין. כמו כן ניתן לבוא מדין ערב- תמורת המחילה של התובע הם התחייבו לשלם.

הוברר לתובע, שמצידו יש לו זכות לתבוע את **המשפחה** ישירות. אולם התובע נעתר לבקשת העמותה וניתר על זכות התביעה מהמשפחה. (יש כאן וויתור על דבר לזכותו – אפשרות הודאת בעל דין – אפשר שהמשפחה היתה מודה, שהמקרה היה פתוח הרבה זמן וזה גרם לקלקול)..

ב. שימוש לא אחראי במקרה

הטענה ששימוש לא אחראי במקרה גרם נזק ויש לחייב מדין מזיק, היא טענה חלשה. (אם אכן כך קרה, הרי אפילו שואל חייב, למרות ששואל פטור במתה מחמת מלאכה זה רק אם הוא משתמש בצורה ראויה, אחרת חייב. דוגמה המופיעה בדברי הרמ"א: אדם גדול מימדים היושב על ספסל ושברו, חייב לשלם. למרות שיש התר לכל אדם לשבת שם, סתם ספסל שואל לשבת עליו. רמ"א בסימן שפא).

קשה לעלות על הדעת, שהמקרה הושאר פתוח שעות ארוכות, שהרי אנו עוסקים במשפחה מהיישוב, יותר מסתבר שסיבת התקלה היא כפי שאמר הטכנאי – מדחס ישן מתקלקל מאליו.

ג. שימוש ללא רשות

המקרה הוא רכוש פרטי ואף בימי החול הבעלים לא מרשה להשתמש בו ללא רשות. האם ניתן לחייב מדין שואל שלא מדעת – גזלן הוא. לכאורה חסר תנאי בסיסי במעשה הגנבה – קנין. חיוב גנבה קיים כאשר ישנו **מעשה הוצאה** או הגבהה ברשות הבעלים, כך למדנו במשנה בפרק מרובה (בבא קמא): "היה מושכו ויוצא, ומת ברשות הבעלים, פטור"². כאן לא נעשה מעשה הוצאה מרשות הבעלים, השימוש במקרה היה בתוך חדר הפנימייה. האם ניתן לתפוס את השימוש עצמו כמעשה מחייב אף ללא קנין?

הנתיבות חידש: שואל מתחייב באחריות שמירה ברגע שהתחיל להשתמש בחפץ אף שהוא עדיין ברשות הבעלים. בשונה משאר שומרים, השימוש של

² המשנה מחדשת שם, שאם היה אדם נוסף אשר גרם לטעות ובגללו יצא החפץ מרשות הבעלים, המשלח חייב. (ביאר התוספות - בשוגג יש שליח לדבר עבירה) האם העמותה אשר הטעתה את המשפחה מתחייבת לשלם, מדין שליח לדבר עבירה? המשפחה מחייבת את העמותה שהרי פעלה בשליחותה. מבירור שעשינו עולה שניציג העמותה לא אמר מפורש למשפחה שניתן להשתמש בכל החפצים המצויים בחדר. אם כך לא היתה כאן הוראה מפורשת, העמותה יכולה לטעון כנגד המשפחה: הייתם צריכים להעלות בדעתכם שהמקרה פרטי, הרי אין זה שכיח ששיבה מעמידה מקרה בחדרי פנימייה.

שואל יוצר את קבלת האחריות. סברה זו הורחבה על ידי הנתיבות גם למקרה של שואל שלא מדעת (סימן שמ סק"ח).

לפי דעת הנתיבות למשפחת לוי יש דין של שואל שלא מדעת, **החייב** אף באונס. אף שאין הוצאה מבית הבעלים. אם כך, אף שהמדחס התקלקל מחמת השימוש, אין פטור של מתה מחמת מלאכה בשואל שלא מדעת.

ניתן לחייב מכיוון נוסף מדין "שליחות יד" ואז אין צורך במעשה קנין. אומנם התנאי לכך הוא לתת למשפחת לוי מעמד של שומר על המקרה שהרי רק שומר מתחייב בשליחות יד. שוב חוזרת השאלה היכן הוא הקנין היוצר את קבלת השמירה (מחלוקת הפוסקים בסימן רצא סעיף ה, יעויין בספר פתחי חושן פרק ב ס"ק מט הדין בקבלת שמירה ללא קנין על חפצים המונחים בבית מושאל).

ד. תום לב

יש לקחת בחשבון את הנסיבות: משפחת לוי חשבה בתום לב, שהיא משתמשת במקרה **ברשות**.

נראה, שלדבר זה יש משמעות חשובה ולכן אין למשפחה דין גזלן.

האדם לא הופך לגזלן כאשר הוא חושב שיש לו רשות, ואין לו שום כוונת זדון להוציא את החפץ מיד הבעלים. (קצות החושן בסימן שמח "בגניבה אינו מחייב בשוגג" ע"ע נתה"מ סימן שמח סק"ט).

בנוסף לכך, ניתן לצרף את דעת הרמ"א (סימן רצב), הסובר כי שואל שלא מדעת, שהחזיר את החפץ למקומו הראשון פטור, לדבריו ניתן לראות את גמר השימוש במקרה כמעשה החזרה של המקרה.

סיכום - לאור מה שהתבאר **אין לנתבע מעמד של גזלן** לכן הוא פטור מאחריות על הנזק למקרה.

ה. חיוב מדין נהנה

במשך השבת המשפחה נהנתה מהמקרה, על אף שלא ניתן לה רשות להשתמש בו. כל אדם, שנהנה מחבירו צריך לשלם לו. קשה להעריך מה הוא השווי של שימוש במקרה ליום אחד, אולי ניתן לקבל מושג מתוך השוואה בין המחיר של חדר באכסניה ללא מקרה לעלות של חדר עם מקרה. דווקא בגלל שאין למשפחה דין שואל שלא מדעת, ניתן לחייב בדמי ההנאה. בדרך כלל

גנב קונה את החפץ בקנייני גזילה לכן הוא **פטור** מתשלום עבור השימוש בנכס הגנוב. לעומת זאת אדם הנהנה מחפץ חבירו חייב לשלם לו (סימן שסג).

ברם, הכלל הוא, שתמורת הנאה ניתן לחייב רק אם השימוש גרם לבעליו חסרון. במקרה שלנו לא נגרם לבעל המקרר שום חסרון מהשימוש במקרר לכן **אין חיוב** ועל זה אמרה הגמרא "כופין על מידת סדום, וזה נהנה וזה לא חסר פטור" (פני יהושע בב"ק כ).³

מסקנה

העמותה בשם משפחת לוי פטורה מתשלום הנזק.

(לגבי האוכל שהיה במקרר והתקלקל, אין כאן נזק בידיים אלא גרמא בנזיקין ופטור)

³ בתוספות בכתובות (ל,ב) מובא לחייב בגלל חסרון פחות משהו פרוטה ולגלגל בגינו תשלום מלא של ההנאה. האם הלכלוך הנמצא במקרר לאחר השימוש הוא חסרון? בנוסף יש לטעון שבחפץ חשמלי כל שימוש הגורם להפעלת המנוע גורר בלאי למנוע. נראה שאין זה נחשב לחסרון משום שלכלוך אינו הוצאה כספית ואינו בגוף החפץ, וכן הבלאי למנוע, אינו משמעותי.

מי אחראי לחובות עמותה?

תיאור המקרה

בין השנים 2004¹ – 2006 למנינם פעלה בדרום הארץ מדרשה בתחום החינוך, ונוהלה ע"י גבי כהן. למדרשה אין נכסים משלה, היא שוכרת דירות ושירותי קייטרינג. למדרשה לא היה מעמד של עמותה ולכן היא ביקשה חסות מעמותת "יחד" אשר יש לה רשת של מוסדות חינוך שונים. העמותה סיפקה שירותי משרד וכן העבירה תקציבים לחשבון הבנק של המדרשה. העמותה נתנה יד חופשית לגברת כהן לנהל את המדרשה כטוב בעינה אולם היה ברור, שכל הפעילות כפופה לתקציב, שגברת כהן השיגה. בפועל. ההתנהלות הכספית של גברת כהן לא היתה מסודרת והמדרשה נכנסה לחובות. היו הבטחות לתקציבים עתידיים אבל זה לא עזר לתפעול השוטף, לכן היא חיפשה גוף שיקח אחריות כלכלית על המדרשה.

בתאריך 11/4/2007 נחתם הסכם בין גבי כהן לנציג עמותת "אור" ר' יצחק. לפי ההסכם ניהול המדרשה תעבור לידי עמותת "אור". למדרשה היו חובות כספיים למספר אנשים, שהועסקו בשנת 2006.

השאלה מי אחראי לחובות אלו? האם עמותת "אור" או גברת כהן באופן אישי. ישנה אפשרות נוספת, שהחובות באחריות עמותת "יחד". לעמותת "יחד" לא היו נציגים בדין, אבל הם ביקשו מבית הדין להתייחס לאחריותם. שאלה זו נוגעת למספר תובעים, ולכן ישנה משמעות לפסיקת הדין לא רק לגבי גברת כהן, אך פסק הדין עוסק בעיקר בתביעה שלה.

טענות בעלי הדין

תובע - גברת כהן תובעת מעמותת "אור" 15,000 ש"ח המגיעים לה בזכות עבודתה בשנת 2006. "לפני שנה וחצי נולדה לי בת, עוד לפני הלידה סוכם בשיחה עם גבי לוי, רואת חשבון של עמותת "יחד", ובנוסף היא חלק מהנהלת המדרשה, שאני **אקבל משכורת בזמן חופשת הלידה, בלא קשר לדמי לידה**". מדובר על סכום של 5000 ש"ח לחודש עבור שלושה חודשים". אין שום ספק, שהנתבע צריך לשלם חוב זה. לפני חתימת החוזה מסרתי לנתבע

¹ לצערינו אנו נאלצים להשתמש בתאריך לפי מנינם.

דף ובו פירוט כל החובות של המדרשה, כולל חובות של שנת 2006 ועל דעת כן הוא נכנס לתפקיד חתימת ההסכם היתה על דעת שכל חובות המדרשה יכוסו. אומנם ר' יצחק הסתייג מהחוב הנ"ל בטענה שאינו חוקי, אולם השבתי לו שההנהלה דהיינו גברת לוי ואדם נוסף המשמש כחבר הנהלה אישרו לי להמשיך לעבוד. לטעמי החוב כלפי הוא חוב לכל דבר והוא מחויב אליו".

2. נתבע:

1) אני מנהל עמותת "אור", אשר מפעילה שתי מדרשות ברחבי הארץ. גברת כהן פנתה אלי לעזרה וסיוע למדרשה, בחנתי את הדבר והתייעצתי עם אנשי ציבור שונים. לבסוף מתוך הכרה בחשיבות המפעל החשוב, שהקימה גברת כהן, הסכמתי לסייע למדרשה. לא הסכמתי לקבל את האחריות המעשית עד שיחתם חוזה אשר בו יפורט תחום האחריות הכלכלית של עמותת "אור".

אכן, לפני החוזה קיבלתי רשימת חובות, רובם חובות קטנים, סברתי שכדי לבנות אמון עם העובדים כדאי לשלם אותם, אף שלא התחייבתי לכך.

2) לגבי החוב של 3 חודשי העבודה בזמן חופשת הלידה, אמרתי, מהרגע הראשון שראיתי אותו, שאיני מתחייב לשלמו בגלל שהוא אינו חוקי, מה גם שהוא חוב ישן וזה שהוא לא שולם עד היום מוכיח שעמותת "יחד" לא התייחסה אליו ברצינות. רק עכשיו שישנו גורם חדש שנכנס לתמונה נזכרו להעלות אותו.

בנוסף שוחחתי עם גברת לוי רואת החשבון של עמותת "יחד" והבנתי ממנה שלא היתה התחייבות מפורשת מצד ההנהלה לחוב זה. לא היה דיון על כך בהנהלה. פשוט, הגברת כהן הודיעה על כוונתה להמשיך לעבוד בחופשת הלידה ולקבל שכר, וחברי ההנהלה שתקו.

² הנתבע התנגד לכך, שהבעל של גברת כהן יהיה נוכח בדיון לדעתו הבעל גורם מתסיס. לכאורה זכותו להוציא את הבעל כפי שנפסק בשו"ע סימן יז סעיף ד, "אם (התובעים רבים) והנתבע אומר: אני חפץ שישבו אוהבי וקרובי אצלי כשאני טוען עמכם כדי שלא יסתתמו טענותי, כי אתם הרבים, הדין עמו. (לכן) השותפים יבררו להם אחד מהם לטעון בשביל כולם, או יטעון כל אחד לעצמו זה אחר זה, וגם הנתבע לא יקח אוהביו אצלו". כתב בט"ז שם "כל צד יכל למנוע חבירו שלא יהיו אוהביו אצלו אפילו בשתיקה". בודאי אם הבעל רוצה לטעון, עליו לקבל הרשאה מאשתו (אבן העזר סימן פה).

מי אחראי לחובות עמותה?

לטעמי, במקרה הזה שתיקה אינה כהודאה, עמדה על הפרק החלטה משמעותית אשר נוגעת למנהלת באופן אישי. לכן לא מספיק שהמשתתפים שתקו, ראייה לדברי שחוב זה לא שולם עד היום!

3) טענתי מבוססת על דברים המפורשים בחוזה שם כתוב שהאחריות שלי היא רק לחובות מהתאריך 1/1/07 ולא לפני כן. החוב המדובר מתייחס לתחילת שנת 2006 ולכן אינו מוטל עלי.

תביעה נגדית- היות והתובעת נוהגת עמי במידת הדין אף אני רוצה להשיב לה במידה זו ולחזור בי מהתנהלות של לפני משורת הדין. אני תובע החזר על כל הסכומים שהוצאתי עבור חובות המדרשה שלפני ינואר 2007. לפי החוזה אני פטור מהם, אני מתחרט ורוצה להטיל את החובות על עמותת "יחד". אני תובע החזר כספי על סך 14000 ש"ח.

נושאי הדיון:

- א. חובות המוסד, על מי?
- ב. האם יש אחריות אישית?
- ג. תוקף התחייבות הנוגדת את חוקי המדינה
- ד. האם הכוונה גוברת על הכתוב בשטר?
- ה. התחשבות בשיקולים מוסריים

א. חובות המוסד, על מי?

ראשית יש לברר מי הוא האחראי לחובות בלא קשר לעמותת "אור". דבר זה חשוב עבור התובעים האחרים.

המצב הממוני **עד** לזמן חתימת ההסכם היה מורכב, מצד אחד, גברת כהן קיבלה עובדים ומנגד הם קיבלו תלושי משכורת מעמותת "יחד". מי הוא המעסיק המדרשה או העמותה?

מבחינת חוקי המדינה כל התקשרות כספית של המדרשה עם שכירים, היא באחריות **עמותת "יחד"** הנותנת גג לפרויקט. מבחינת חוקי המדינה כל התקשרות כספית של המדרשה עם שכירים, היא באחריות עמותת "יחד" הנותנת גג לפרויקט. הרשויות מגדירות את המדרשה כפרויקט בתוך עמותת "יחד", דבר זה מכריע את שאלת הבעלות על המוסד.

כאשר גברת כהן פנתה בבקשה להצטרף לעמותת "יחד" היא היתה מודעת למשמעות החוקית של הצטרפות, האומרת כי עמותת "יחד" מבחינת חוקי המדינה היא הבעלים של המדרשה. על דעת כן היא הצטרפה. גברת כהן לעניין זה מועסקת על ידי העמותה כראש פרויקט וממילא כשליחה של העמותה.³

האם ניתן לחייב את עמותת "יחד" לשלם את חובות השכר? הרי בזמן חתימת ההסכם לא נאמר לעובדים, שהגוף העומד מולם הוא עמותת "יחד". הם חשבו שיש פה מדרשה עצמאית, המנוהלת על ידי גברת כהן ועם המוסד הזה הם עושים הסכם. לאור מה שהתברר, שבעצם המדרשה היא גוף של עמותת "יחד", ברור שהעמותה חייבת לכבד את כל הסכמי השכר שנחתמו, אף אם השכירים לא ידעו על המעורבות של העמותה במדרשה.⁴

אולם לעמותת "יחד" ישנה אחריות מקיפה, אבל החייב הראשון הוא התקציב הפנימי של פרויקט המדרשה.

³ אמנם היה הסכם פנימי האומר שיש לגברת כהן אחריות אישית על חובות המדרשה ובגין חובות ניתן לעכב את משכורתה, אולם אין זה משפיע על האחריות החוקית הכוללת של עמותת "יחד".

⁴ רואת החשבון של עמותת "יחד" טוענת, שאין להם אחריות על כך. לטענתה, הם היו רק צינור להעברת הכספים והאחריות לתקציב מוטלת רק על גברת כהן כפי שסוכם עימה. הדבר בוודאי נכון, האחריות הראשונית מוטלת על כספי המדרשה כפי שסוכם עם גברת כהן. אולם לעמותת "יחד" אין יכולת לברוח מאחריות בטענה שהם היו רק צינור, ההגדרה בחוק היא, שכל פרויקט המתקצב על ידי עמותה הוא באחריותה. גם אם היינו מקבלים את הטענה, שלעמותת "יחד" אין אחריות כספית לחובות המדרשה עדיין ניתן לחייב את העמותה מדין נהנה. נראה שיש פה את הדין של אדם השוכר פועל לעבוד בקרקע חבירו, בעל הקרקע צריך לשלם מה שנהנה. "השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מחבירו מה שהנהו, הגה: שכרו בפני חבירו ושתק חבירו, שתיקה כהודאה וחייב לתת לו שכרו." (ח"מ ש"ל, א). אף כאן ישנה הנאה לעמותת "יחד", היקף הפעילות שלה גדל וממילא היא מצטיירת כעמותה חזקה בעיני התורמים. זו בדיוק הסיבה שעמותת "יחד" הסכימה לתת שירותי משרד ללא תשלום למדרשה. (גם עכשיו העמותה מנסה לקבל לידה את ניהול המדרשה). אם כן אותו שכיר שנתן שירות למדרשה, השביח בלא יודעין את נכסי עמותת "יחד" ועל כך הם צריכים לשלם את שיווי הנאתם בלבד.

לגבי הסכמי שכר ששולמו בתלושי משכורת על ידי עמותת "יחד" ניתן לומר שיש פה הסכמה של עמותת "יחד" לשלם את כל הסכום. כאשר המדרשה העבירה את רשימת העובדים והעמותה הנפיקה עבורם תלושי שכר, היא גילתה בכך, שהיא מסכימה להסכים אלו, אם כן הדבר מקביל לפסק הרמ"א לעיל המחייב בכל התשלום ולא רק בהנאה.

מי אחראי לחובות עמותה?

סיכום - אחריות על החובות מוטלים בראש וראשונה על המדרשה, במידה ואין לה כסף אזי עמותת "יחד" צריכה לשאת בעול.

ב. האם לגברת כהן יש אחריות אישית על חובות המדרשה?

ישנם בעלי דין נוספים הדואגים לכיסוי החוב כלפיהם. האם ניתן לגבות חובות מהכסף הפרטי של גברת כהן? שאלה זו צריכים להתייחס אליה בשני כיוונים. מעצם זה שהיא חברת הנהלה של המוסד יש לה חלק בחובות, מצד ההסכם הפנימי בין עמותת יחד לגברת כהן שיצר מחויבות אישית, מה הם הגבולות למחויבות אישית?

נתחיל במחויבות מכח חברות בהנהלת המדרשה. מה הוא המעמד הממוני של עמותה?

שאלה זו דומה במידה מסוימת לדיון על מעמד חברה בע"מ, האם היא שותפות של יחידים או שנוצרה פה ישות ממונית ציבורית חדשה?⁵

הגדרת עמותה שונה בנקודה אחת, שהיא אינה למטרות רווח. לכן קשה לראות את הגדרת העמותה כשותפות ממונית גדולה. התקציבים של העמותה מגיעים ממשרדי ממשלה ותרומות. אף תורם לא חושב שהוא בעלים על המוסד אלא הוא נותן מתנה למוסד⁶ וכך גם משרדי הממשלה. וכבר כתב המחנה אפרים הלכות מלוה ולוה סימן ז: "אם גבו לעניים סתם, משעה שבאו ליד הגזבר, כל אחד סילק עצמו ממה שנתן, נמצאו מעות אלו הפקר לעניים ואין כאן בעלים כלל". וכן כתב ה"נודע ביהודה": אין הגבאי נחשב שליח מהנותנים צדקה, דהא אין ביד הנותן לצוות לגבאי איך שינהג בחלוקת הצדקה" (חושן משפט תניינא סימן נ. להרחבה הרב ירון אונגר, פרשת פקודי, אתר דעת, "על הנאמן ואישיותו המשפטית של ההקדש").

⁵ יעויין פד"ר י עמוד 288 הדן לגבי חברה בע"מ, בשו"ת מנחת יצחק (חלק י סימן ק) משווה בין עמותה לחברה בע"מ: "והנה בנוגע לישיבה שאינו רכוש פרטי של איש אחד רק שייך לרבים המשתתפים לקנין. הנידון הוא אם זה כמו שותפין, שזה בעלות פרטי או דאינו בעלות פרטי רק מושג של "ציבור" וני"מ לענין חמץ בפסח, שבת וריבית, וכמו כן יש לדון בנוגע לבעלות של מוסד ישיבה או ביהכ"ס".

⁶ מדברי הגאון הרב זלמן נחמיה הבנתי אחרת דלא כדעת המחנ"א. הוא סבור שאין בעיה להחזיר לגמ"ח חוב ולתרום לגמ"ח, משום שהתרומה לגמ"ח אינה העברת כסף לגמ"ח. הכסף עדיין של הבעלים אלא הגמ"ח מעביר אותו ללווים. למדנו שבאמת הכסף נשאר של התורמים אלא שהם הסמיכו את חברי העמותה להשתמש בו לצורכי העמותה.

חברי העמותה אינם בעלים אלא דומים לגזברים של הקדש. הם מוסמכים לתפעל את המוסד, להחליט על התקציב, אבל אינם רשאים לעשות ככל העולה על רוחם בכספי המוסד. לכן אין להם שעבוד הגוף הקיים אצל כל לוח.

האם לגברת כהן ישנו מעמד שונה מיתר חברי העמותה? האם יש לה מחויבות נוספת עקב המעורבות שלה בחתימת החוזים עם השכירים, האם יש לה מחויבות אישית לשכר?

נראה שישנה אומדנא ברורה בזמן חתימת החוזה לכך שהאחריות אינה אישית.

כאשר גברת כהן חתמה אתם הסכם שכר על מה הם סמכו? האם הם חותמים הסכם עבודה פרטי מול הגברת כהן? האם ישנה ציפייה ממנה לקחת אחריות אישית? יותר נראה שהם מבינים שהאחריות היא על המדרשה בלבד. הם יודעים שגברת כהן היא מגייסת הכספים של המדרשה ועל דעת כן הם מסכימים לעבוד. כאשר היא לא הצליחה בגיוס הכספים אין לה חובה אישית לשלם.

סיכום - ניתן לגבות את החובות מנכסי המדרשה ולא מנכסיה הפרטיים של גברת כהן.

ג. תוקף התחייבות הנוגדת את חוקי המדינה

הנתבע טען, שהחוב נוגד את חוקי המדינה ולכן אין לו תוקף. על פי חוקי המדינה, אין אפשרות לקבל דמי לידה ובמקביל לקבל משכורת. אולם, אין מניעה מלשלם משכורת לאשה בזמן חופשת לידה ולדווח על כך. ביטוח לאומי אינו משלם דמי לידה לאשה, שמקבלת שכר בתקופה זו, אין לכך השלכה על עצם החוב של העמותה כלפי גברת כהן.⁷ "דמי הלידה נועדו

⁷ אנו מודעים למשמעות האסורית של החוב. הרי גברת כהן גבתה כבר את זכויותיה מהביטוח הלאומי. ושם היא הצהירה שלא עבדה בזמן חופשת הלידה. כאשר אנו פוסקים לזכותה מתברר למפרע שהצהרתה אינה אמת. לכאורה יש פה שותפות של בית הדין בגזל מביטוח לאומי? איסור מסייע ידי עוברי עבירה קיים גם כלפי בית דין (מנחת שלמה סימן לא). אנו לא דנים על שכר, שאינו מגיע לה אלא נותנים לה את האפשרות לגבות את שכרה. היא אמורה לגשת לביטוח לאומי ולהודיע שחלה טעות ואכן היא עבדה. בנוסף אנחנו יכולים לצרף את המעמד של פסק דין על פי פשרה שהוא מעין מתנה ואין זה שכר ממשי. וכן לפי השיקול שצרפנו - פיצוי על הפרישה של גברת כהן - אין כאן שכר ממשי. (גברת כהן חייבת לברר האם מותר לה לקבל את פסק הדין בנוסף לביטוח לאומי, כל

מי אחראי לחובות עמותה?

לפצות את היולדת על אובדן שכרה או הכנסתה בפרק הזמן שאין היא עובדת לרגל ההיריון והלידה. " (לשון המוסד לביטוח לאומי בהגדרתו דמי לידה).

נוסיף ונאמר, אף אם היה איסור עפ"י חוקי המדינה להעסיק יולדת, אין בכך לגרוע מהזכות לקבל תשלום על עבודה שנעשתה באיסור. הדבר נכון לגבי איסורי תורה (ב"ק ע) ובודאי נכון לגבי חוקי המדינה. במישור הממוני כאשר ישנה הסכמה לעבודה ובפועל היא התקיימה הרי בכך נוצר חוב. הנתבע טען שלא היתה הסכמה מצד ההנהלה לשלם על העבודה בזמן חופשת הלידה.

אנו סבורים שהשתיקה של ההנהלה כמוה כהסכמה. טובת המוסד היתה שגברת כהן תמשיך בעבודתה, זו עבודה המצריכה קשרים ולא שייך למצוא מחליפה לפרק זמן קצר.

השתיקה של חברי ההנהלה בוודאי משמעותית כאשר הם יודעים שבעקבות כך גברת כהן תמשיך לעבוד, הם נתנו למציאות להיווצר וממילא החוב תקף. (שתיקה כהודאה, חו"מ שלו). עקב המצב הגרעוני של המדרשה לא שולם החוב. בנקודת הזמן של הדיון בבית הדין ידוע לנו שהגיעו חלק מהתקציבים שהובטחו לגברת כהן בשנת 2006 וממילא יש אפשרות לשלם את החוב.

ד. האם הכוונה גוברת על הכתוב בשטר?

עיקר הדיון הוא ביחס לחובות שלפני 1/1/07. האם הנתבע התחייב לשלם חוב זה?

נוסח החוזה: "האחריות הכספיות של עמותת "אור" הן כלפי חובות מינואר 2007 בלבד. כל חובות המדרשה שהצטברו עד כה יהיו באחריות עמותת "אור". שונות: גברת כהן וצוות העובדים יקבלו משכורתיהם מעמותת "אור" החל מ-2007".

גברת כהן מצביעה על כך שישנה סתירה פנימית בתוך החוזה. המשפט השני כולל יותר מהתאריך המוזכר. "כל חובות המדרשה שהצטברו עד כה יהיו באחריות עמותת "אור". האם האחריות היא רק מ-1/1/07 או לפני כן?

ההסבר לעיל הוא נכון כלפי איסור מסייע ידי עוברי עבירה בלבד. באיסור זה ישנה קולא מיוחדת לתלות בספקות).

לדעתה הסבר הדברים הוא : התאריך כיחידת זמן אינו משמעותי הוא מופיע רק כדי לייצג את החובות שדובר עליהם מראש. התאריך רק בא למעט תביעות חוב ישנות אשר לא דובר עליהם ועליהם לא היתה התחייבות.

הפרשנות שאותה אנו מעדיפים- לקבל את קביעת התאריך כפסטו. רק מתאריך זה ואילך מתחלה האחריות של העמותה. כאשר עומדות בפנינו שתי אפשרויות לבאר את הכתוב, נעדיף את האפשרות המיישבת את הדברים בצורה הפשוטה ביותר. "היה כתוב בו למעלה דבר אחד, ולמטה דבר אחר, ואפשר לקיים (שניהם), מקיימים אותם. אבל אם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה: מנה, ולמטה: מאתים, או איפכא הולכים אחר התחתון" (שולחן ערוך חושן משפט סימן מב).

לאור זה נסביר שאין סתירה בתוך החוזה אלא כוונת המשפט הבא "חובות שהצטברו עד כה" כנגד התאריך 1/1/07 ועד לתאריך 11/4/07 יום כתיבת החוזה.

לאחר שביררנו את כוונת החוזה שהאחריות היא רק מתחילת 1/1/07, יש לבדוק האם ישנה משמעות לדברים שנאמרו על פה. יש בפנינו עדויות על כך שלאורך כל המשא ומתן היה ברור שלקיחת המדרשה כוללת את כל החובות שלה. רשימת החובות שהוצגה בפני הנתבע כללה תאריכים שונים אף לפני 2007. כל ההסתייגות של הנתבע היתה מצד שהחוב אינו חוקי, לא היתה שום התייחסות לכך שהחוב שייך לשנת 2006!

ידוע לנו, שהסעיף בחוזה הוכנס ברגע האחרון. גברת כהן היתה בלחץ להסיר ממנה את העול ובנוסף לא יחסה לסעיף הנ"ל את המשמעות הרחבה שיש לו. יש בפנינו דיבורים בכיוון אחד וכתובה בכיוון אחר, מי גובר? אנו מוצאים בהלכה עדיפות למילה הכתובה על פני הדיבור.⁸ "מזקדקין לשון השטר ולא אמרינן האי גברא היה סבור שהדין בענין אחר" (חושן משפט סימן סא).

⁸ ישנם מקרים בהם הפרשנות אינה מתנגדת לכתוב אלה מוסיפה עליו ואז ניתן לתת משמעות גם לכוונה. "יש מי שאומר שתנאי שמתנה אדם עם חברו אין הולכים אחר הלשון הכתוב בו אלא אחר הכוונה". מקור הדין הוא במסכת קידושין דף עא "על מנת שאראך מאתים וזו" הדין הוא שחייב להראות לה כסף שלו ולא סתם מאתים וזו של אחרים. לכאורה הוא לא הזכיר בלשונו תנאי זה: הדבר ברור, שהאשה הסכימה להתקדש רק אם יש לבעל עצמו כסף, אין לה שום תועלת בכספים של אחרים. אף שזו כוונתה, סוף סוף היא לא נאמרה? כוונה משפיעה כאשר היא לא סותרת את המילים אלא מוסיפה עליהם. לעומת זאת במקרה שלנו ההרחבה לחובות הקודמים לשנת 2007 היא בניגוד לכתוב ולכן אין אפשרות ללכת אחר הכוונה.

מסקנה - החוזה מחייב את הנתבע רק בחובות מתאריך 1/1/2007.

5. התחשבות בשיקולים מוסריים

כפי שנתבאר, **מעיקר הדין** הנתבע פטור מאחריות על חובות הקודמים לתאריך 1/1/2007.

אף על פי כן אנו מחייבים את הנתבע מכח שטר הבוררות שבו נכתב "הן לדין הן לפשרה". אנו משתמשים בכח הפשרה שניתן בידינו וכופים על הנתבע לשלם. אם ישאל השואל מתי בית הדין נדרש לכח הפשרה ומתי הוא משאיר את הדין על כנו?

הדרכתו של הרב קוק זצ"ל היתה "אם הדין אינו רחוק מדרך היושר ישאירו את הדין. אם הדין **כבד** מדי לצד אחד או לשניהם יעשו פשרה" (אורח משפט סימן א).

מה הופך את הדין שלנו לדין **כבד**? אם המדרשה לא היתה עוברת להנהלת עמותה חדשה הרי ברור שהחובות היו נגבים מהכספים של המדרשה. היה הסכם ברור בין המנהלת של המדרשה הגברת כהן לבין מנהלת עמותת "יחד" שהחובות מוטלים **רק** על המדרשה.

בקופת המדרשה יש היום כספים שיכולים לשמש לפרעון החובות, אלא שהמדרשה עברה לידי עמותת "אור". עמותת "יחד" הסכימה להעביר את המדרשה לידי עמותת "אור" רק אם הם לוקחים על עצמם את המשמעות הכספית של המדרשה. כך דובר על - פה וזה היה הסיכום עד לרגע חתימת החוזה.

מבחינה מוסרית להכניס סעיף לחוזה הנוגד את הסיכומים על פה זה עיוות. לאורך כל הדרך דובר על כך שהמדרשה עם כל חובותיה עוברת לאחריות עמותת "אור". היו כמה וכמה טיוטות לחוזה ובאף אחד מהם לא הוזכר הרעיון של לקיחת חובות בצורה חלקית. בזמן חתימת החוזה לא היה נציג של עמותת "יחד" משום שהם היו בטוחים שהדברים שסוכמו על פה יופיעו בכתב. למעשה רק גברת כהן חתמה על החוזה. כאשר היא לא מייחסת חשיבות לסעיף הנ"ל היא בטוחה שרוח הדברים שדוברו מחייב.

גם המחשבה שעמותת "אור" תהנה מגיוס הכספים של גברת כהן (גם הנתבע מודע לתקציבים, המיועדים להגיע למדרשה אשר הם פרי עמלה של גברת

כהן) ולא תשלם לה משכורת עבור עבודה זו אינה נכונה. גברת כהן עשתה טעות בהסכמה שלה לתנאי החוזה המשאיר את בעלי החוב ללא פירעון ובאותה מידה עמותת "אור" נהגה שלא כדין.

לכן המדרשה אמורה להפנות תקציבים לכיסוי כל החובות. החלוקה ביו סוגי החובות השונים אינה מוצדקת. כל בעלי החוב זכאים לקבל את המגיע להם, דווקא לחוב ישן ישנה עדיפות הלכתית על פני חוב חדש.

ישנה תחושה לא טובה ממוסד שנפטר מחובות על יד החלפת עמותה, במקרה שלנו הכל נשאר אותו דבר כולל הצוות, הדבר היחיד שהשתנה זו העמותה. האם יש כאן פנים חדשות שאינם מחויבות לחובות המדרשה?⁹

סיוע לדברים אלו יש מההוראה המופיעה בחוק העמותות סעיף 88 "אסיפה כללית לפירוק העמותה, **לא תכונס** אלא לאחר שהוגש תצהיר של רוב חברי הוועד שהם בדקו את מצב עסקי העמותה ונוכחו שתוכל לפרוע חובותיה במלואם תוך שנה מתחילת הפירוק". הגבלה הזו באה בדיוק למנוע מצב שחובות של עמותות "ייעלמו" על ידי החלפת בעלים. (במקרה שלנו לא מדובר על סגירת עמותה שהרי עמותת "יחד" ממשיכה לתפקד).

אנו נשענים גם על כך שהנתבע הודה ששילם מעל 14000 ש"ח בעבור חובות **לפני** 1/1/07. זהו סכום גדול המחזק את הסברה, שהנתבע הבין שיש לו אחריות מוסרית לחובות קודמים. הטענה שלו לגבי חוקיות החוב, שבו אנו עוסקים לא מתקבלת ולכן עליו להתייחס אליו כמו ליתר החובות. נוסף שהנתבע עצמו אמר **לאחר** חתימת ההסכם לגבי החוב המדובר "נסתדר", גם זה מוכיח שהוא מודה שיש לו מחויבות כלפיו. בנוסף יש עניין מיוחד לשלם לתובעת את שכרה בהיותה מקימת המדרשה, כעין מענק פיצויים המקובל היום ביחסי עובד מעביד.

אנו תופשים את עמותת "אור" כמחויבת יותר מאשר עמותת "יחד" מהסיבה שהוזכרה לעיל. עמותת "יחד" עשתה מראש הסכם עם הגברת כהן המסיר מעליה אחריות על חובות. לכן דווקא עמותת "אור" שמקבלת את תקציבי המדרשה ונהנית מהעמל של גברת כהן היא הראשונה לשאת בעול.

⁷ אם חברי עמותה היו מוגדרים כשותפים בבעלות המדרשה (כמובן שהם במעמד חלש יותר מחברי הנהלה של חברה בע"מ שהרי אסור להם לקבל תמורה מהעמותה), ניתן להבין ששינוי חברי העמותה הוא מהותי. אולם אם אין בעלות אלא יש פה ממון ציבורי שאין לו תובעים כדוגמת ממון הקדש, אזי יותר קשה להבין למה המדרשה נגררת אחר העמותה.

מי אחראי לחובות עמותה?

מסקנה: על פי שורת הדין אין לעמותת "אור" מחויבות כלפי חובות הקודמים לתאריך 1/1/07.

בית הדין רואה צורך לכפות על עמותת "אור" פשרה ובמסגרתה עמותת "אור" תחויב בשני שליש מהתביעה.

שליש ראשון ישולם בטווח של חודש מהיום, שליש שני מותנה¹⁰ בכך שישנו מאזן חיובי בחשבון המדרשה בסוף שנת הכספים הנוכחית.

לגבי התביעה הנגדית של התובע, להחזיר לו את הכספים ששילם על חובות הקודמים לתאריך הנ"ל, אנו דוחים אותה. אף שהוא פטור מלשלם את החובות הנ"ל, כיון ששילם אותם מדעתו אין הוא יכול לחזור בו. הרי זה כמתנה שאחרי שניתנה אין הנותן יכול לתובעה חזרה אע"פ שיחסיו עם מקבל המתנה התעררו.

פסק דין

הנתבע ישלם 5000 ש"ח בתוך החודש הקרוב. 5000 ש"ח נוספים יהיו כחוב על הנתבע עד שמאזן הכספים יאפשר זאת.

על החתום:

הרב שלומי בן יאיר הרב דוד פנדל (אב בית דין) הרב אריאל בר-אלי

¹⁰ כאשר ישנה יתרה אז יותר ניתן להבין את הקדימה של עמותת "אור" על פני עמותת "יחד".

תשלום שכר בזמן חופשת לידה [מבט נוסף]¹

למדרשה לבנות ישנה מנהלת חינוכית, המופקדת גם על גיוס הכספים. בשעה טובה המנהלת ילדה בת, היא חשבה שטובת המוסד תהיה אם היא תמשיך את עבודתה בזמן חופשת הלידה.

לכן באחת משיבות ההנהלה היא הודיעה על כוונתה להמשיך לעבוד בזמן חופשת לידה ולקבל שכר. אכן כך היה, היא עבדה שלושה חודשים על חשבון חופשת הלידה שלה.

החוב לא שולם למנהלת היות והמדרשה היתה במצב גרעוני. לאחר כחצי שנה נכנס מנהל חדש למדרשה. כאשר הוא התוודע לחוב של המדרשה כלפי המנהלת הקודמת הוא התנגד לשלם אותו, לדעתו, אין לחוב תוקף משום שהוא בניגוד לחוקי המדינה. הדבר בא לפנינו לברור בבית הדין לממונות בשדרות.

א. מתנה על מה שכתוב בחוק

האם יש מניעה חוקית להתחייב על שכר עבודה בזמן חופשת לידה?

מבחינת חוקי המדינה לנשים אין איסור לעבוד בזמן חופשת הלידה. המגבלה היחידה באה מצד הביטוח לאומי בענין תביעת דמי לידה. על פי הכללים של המוסד לביטוח לאומי, אין אפשרות לקבל דמי לידה ובמקביל לעבוד בשכר: "דמי הלידה נועדו לפצות את היולדת על אובדן שכרה או הכנסתה בפרק הזמן, שאין היא עובדת לרגל ההיריון והלידה". (המוסד לביטוח לאומי בהגדרתו דמי לידה). אולם, אין מניעה לשלם משכורת לאשה בזמן חופשת לידה במקום דמי הלידה מהביטוח הלאומי.

נוסיף ונאמר, אף אם היה איסור עפ"י חוקי המדינה להעסיק יולדת, אין בכך לגרוע מהזכות לקבל תשלום מהמוסד שבו עבדה, למרות שהיא בניגוד לחוקי המדינה.

¹ ראה לעיל בקובץ זה, פס"ד "מי אחראי לחובות עמותה"?

הגמרא דנה לגבי מקח הנעשה בשבת ויש במכר חילול שבת, הגמרא שם מזכירה את הביטוי "אתנן אסרה תורה אפילו בא על אימו" (ב"ק ע). מסביר הרשב"ד (ב"מ צא), שניתן לתבוע בבית הדין שכר על מעשה הנעשה באיסור כגון אתנן, שהובטח לאשה, שהיא ערוה על האדם. למדנו, שהתחייבות הנעשית בדרך אסורה מחייבת. וכן מובא בשו"ע: "מקח שנעשה באיסור המקח קיים" (חו"מ רח) ובודאי נכון הדבר לגבי חוקי המדינה.

ההלכה אינה מקבלת את מה שמופיע בחוק החוזים סעיף 30: "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים, או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

נכון הדבר, שגם לפי ההלכה ישנם מקרים חריגים בהם חכמים העמידו דבריהם אף בדיני ממונות ולא אפשרו לשני הצדדים לחרוג מהתקנה על אף שמדובר בהסכמה של שני הצדדים. למרות שבתחום הממון "כל דבר שבממון תנאו קיים", טובת הציבור גוברת על כך, **אף כאשר שני הצדדים רוצים לפעול בניגוד לתקנה**. "רשאיין בני העיר להתנות על המידות והשערים ולהסיע על קיצותם (ב"ב ח) ולכן מותר לציבור להכריח את המוכר לשמור על מחיר השוק גם אם הוא הגיע להסכמה על מחיר מוזל יותר (פתחי תשובה חו"מ קנו, ח). וכן בפסקי דין רבניים מבית הדין הגדול עמוד סג "דבר שנאסר על פי חוק והוא לתקנת הציבור... אין אנו רשאים להזדקק לענין זה".²

דרך קבלת ההחלטה על תשלום המשכורת

יש להעיר, שדרך קבלת ההחלטה לשלם משכורת בזמן חופשת הלידה לוקה בחסר. ישנו טעם לפגם, שהמנהלת עצמה יוזמת את הדבר וללא דיון ענייני אלא בשתיקה בעלמא הדבר מתקבל. ייתכן וטובת המדרשה אכן מצדיקה להמשיך ולשלם למנהלת אף בזמן החופשה אולם צריכים להזהר מלזות שפתיים³ "והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר לב, פסחים יג). ראוי היה לדון על כך בלא השתתפות המנהלת.

בדיעבד, השתיקה של חברי ההנהלה בוודאי משמעותית כאשר הם יודעים שבעקבות כך גברת כהן תמשיך לעבוד, הם נתנו למציאות להיווצר וממילא

² להרחבה: "ויתור עובד על זכויותיו", הרב דסברג, תחומין כ.

³ להרחבה הרב ירון אונגר, ניגוד עניינים בדיני הנאמנות, אתר דעת פרשת חיי שרה תשס"ז.

החוב תקף. "שכרו בפני חבירו ושתק חבירו, שתיקה כהודאה וחייב לתת לו שכרו" (ח"מ שלו, א).⁴

השתיקה של ההנהלה כמוה כהתחייבות של המוסד לשכר בזמן חופשת הלידה, אם כך היות והמנהלת עבדה בזמן חופשת הלידה, הרי מגיע לה שכר.

ב. איסור מסייע ידי עוברי עבירה, כלפי בית הדין

בנוסף, ידוע לנו, שהמנהלת תבעה את דמי הלידה מביטוח לאומי ושם הצהירה, שהיא לא קיבלה שכר בזמן חופשת הלידה. נשאלת השאלה האם אנו כבית דין יכולים לפסוק לטובת המנהלת שכר עבודה, כאשר ידוע לנו שהיא הצהירה שאין לה שכר! האם אנו **מסייעים** לדבר עבירה – גזל מביטוח לאומי?

נראה, כי אין בית הדין מסייע לעבירה, החוב עליו אנו דנים בוודאי אינו עבירה, שהרי הוא תקף על פי הדין. אין קשר בין החיוב של המעביד אשר קיבל תפוקה לגנבה מביטוח הלאומי. משל למה הדבר דומה לאדם שלא מוכן לשלם את חובו משום שהוא ראה את המלוה גונב חפץ מהמכולת. אנו דנים על **חוב אחר** מקביל, שהוא כשר. פסק הדין יכול להשפיע בעקיפין על התביעה מהביטוח לאומי, מתברר למפרע שהצהרה, כי אין לילדת הכנסות בזמן חופשת הלידה, אינה נכונה וממילא יש לה מצווה להשיב את הכסף שלקחה.⁵

ג. בית הדין מופקד על העמדת הדת על תילה

לבית הדין, מעבר לתפקיד שלו לשפוט צדק, יש אחריות לדאוג לקיום המצוות על ידי הציבור ולשם כך הוא יכול לתקן תקנות, או לכפות על המצוות. "שציונו למנות שופטם ושוטרים שיכריחו לעשות מצוות התורה ויחזירו את הנוטים מדרך האמת אליה על כרחם" (ספר המצוות, מצוה קעו).

⁴ בנתיבות שם סק"ה הדגיש, ששתיקה שיש אחריה מעשה לכו"ע מחייבת. הרחיב בכך בפתחי חושן חלק ג סעיף מא, ובשו"ת יביע אומר חלק ח סימן ג.

⁵ אם סיוע עקיף, שאינו בשעת העבירה אינו בכלל האיסור (שו"ת משיב דבר ח"ב סימן לא) כל שכן כשמדובר לאחר העבירה.

לכאורה, נוצר מצב, אשר לבית הדין שלנו יש יכולת להפריש אותה מאיסור,⁶ היות והצדדים חתמו על שטר בוררות ואין למנהלת אפשרות אחרת לגבות את החוב ללא פסק בית הדין. אנו יכולים להודיע לה כי אין אפשרות לגבות את החוב עד שתמציא לבית הדין אישור מביטוח לאומי, שהכסף הוחזר ובכך נמנע ממנה איסור. ישנן דוגמאות שונות לכך: "הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן" (כתובות פו,א). בסימן כו פסק הרמ"א, שההולך לדון בערכאות והפסיד, ובא לתבוע חברו בבית דין אין נזקקין לו. בשו"ת חושן האפוד הורה לדיינים לעכב את הדין עד אשר התובע "יתקן את אשר עיוות". (סימן יח, עסק בכך בהרחבה אליאב שוחטמן בספר מעשה הבא בעבירה פרק חמישי).

אמנם החתימה על שטר בוררות לא הסמיכה אותנו לכפות על המצוות אבל סמכות זו קיימת לבית דין מכח ציווי התורה. נראה כי תפקיד מיוחד זה מוטל רק על בית הדין, שקיבלו אותו רבים עליהם (בסמ"ע סימן ב סק"ט מוזכר המעמד המיוחד של בית דין של רבים). אם כך בית הדין לממונות בשדרות אינו נחשב לבית דין של העיר. אנו לא הוסמכנו על ידי שום גורם ציבורי בעיר להקים את בית דין, לאור זאת נראה שאין לנו סמכות להפעיל שיקולים שאינם נובעים מהתביעה עצמה.

ד. פשרה אינה דין

בית הדין חייב את המדרשה, לשלם למנהלת את שכרה. בית הדין נימק את החיוב בסיבות, שאינן מעיקר הדין (לאור העובדה שהמוסד עבר לעמותה חדשה, נתון שלא הוזכר עד עתה) אלא מכוח פשרה שנכפתה על ידי בית הדין. פסק הדין נובע מכוח שיקולים של צדק, על פי שיקול דעתם של הדיינים, לא מדובר על פשרה קרובה לדין אלא על חיוב שכל כולו קיים נשען על שיקול דעת שאינו מהדין.

האם הדבר משליך על הגדרת התשלום למנהלת? האם ניתן לטעון, שאין זה שכר עבודה אלא מתנה שהמנהלת זוכה בה מכוח המסירות שלה לעבודה? לפי זה אין לה בעיה להצהיר על כך שלא קיבלה שכר באותה תקופה.

⁶ הרמב"ם במצוות תוכחה (ספר המצוות מצווה רה) כתב שכל אדם מצווה להפריש אדם אחר מעברה, נראה שבנידון דידן, שפסיקת החוב הנידון, אינו חוב איסור אין דין אפרושי מאיסורא. רק מצד הכח המיוחד של בית דין, שהוא לעמיד הדת על תילה נשאל - האם אדם רשאי לעכב חוב שלו לגזלן עד אשר יחזיר את הגזילה לחברו?

ישנם הבדלים מהותיים בין פשרה לדין, האם הם מלמדים אותנו כי כל פסק של פשרה משמעותו מתנה?

1. פשרה תלויה ברצון בעלי הדין בלבד וצריכה קנין (חו"מ סימן יב) לעומת דין רגיל, בו יש יכולת כפייה על בעל דין להופיע לפני בית הדין, וכאשר התחילו בעלי הדין לטעון אין הם יכולים לחזור בהם, אף ללא קנין. הצורך בקנין מבואר בפירוש הר"י מלוניל: "שמא יראה בדעתו לעשות פשרה בענין אחר". משמע כי שיקול הדעת בפשרה רחב. לכן בפשרה אין הולכים אחר הרוב (חו"מ סימן יב) המיעוט לא צריך לבטל דעתו בפני רוב הדיינים היות ואין אמת מוחלטת בפשרה (בשם הגר"ד סולביצ'יק).

2. נטילת שכר על פשרה מותרת (פתחי תשובה חו"מ סימן ט סק"י) לעומת נטילת שכר על דין, האסורה. יש הסוברים כי אין איסור להדר פני דל, ומותר להתחשב בקשיים כלכליים בפשרה (כעין זה במנחת חינוך מ' רלג לענין האיסור להדר פני גדול בדיינים פסולים, שקיבל על עצמו).

האם ההבדלים הנ"ל מרמזים על כך שההלכה תופסת את הפשרה כחיוב מחודש כעין מתנה?

נראה, שאף שישנם הבדלים עדיין אין בהם להצביע על חיוב חדש לגמרי; הפשרה חורגת מהדין רק לענין מסוימים בלבד.⁷ הפשרה מתחילה מתוך לקיחת אחריות על מה שנעשה, לכן אי אפשר לטעון, שפשרה עניינה מתנה ודבר חדש. בכל שאר העניינים הפשרה נתפסת כדין.

יותר נכון לבדוק מה הם שיקולי הפשרה? כאשר שיקול הדעת של הדיינים אינו נובע מהמעשה אלא משיקולים חיצוניים אחרים ניתן לדבר על מתנה. למשל בפסק הדין שלנו צרפנו את העובדה שמנהלת המדרשה פרשה מעבודתה ומגיע לה מעין פיצויים. סיבה כזאת, בהחלט אינה נחשבת לשכר של המנהלת וממילא אין לה בעיה כלפי ביטוח לאומי. בענייננו שיקול זה לא מועיל היות והוא לא היה עיקר החיוב.

⁷ אנו מוצאים כעין זה בענין התר עיסקה. קצות החושן כותב שאפילו החצי המוגדר הלכתית כפקדון נידון לשאר דברים כמלוה! מצד אחד לענין איסור ריבית הוא נידון כפקדון מצד שני לענין צורת התשלום נידון כמלוה ואין צריך לשלם דווקא במעות (חו"מ קא ס"ק ד).

תשלום שכר בזמן חופשת לידה

סיכום

בית הדין מחייב את המדרשה לשלם למנהלת את שכרה על שלושת חודשי חופשת הלידה.

על המנהלת ליידע את הביטוח לאומי על הכנסה זו.

הרב אריאל בר-אלי

האם היתה פשרה?

בעלי הדין התדיינו בבית הדין אודות מקח טעות וקיבלו את פסק דין, אשר היה לטובת הקונה, ישנו מקח טעות וצריך להחזיר את הגלגל אחורה.

לאחר שעברו שלושה חודשים מפסק הדין הם שבו וחזרו לבית הדין, על מנת שנכריע בשאלה חדשה: האם פסק הדין עדיין תקף?

סיבת הספק היא, הצעה לפשרה מצד הקונה שמאוד לא רצה להחזיר את הרכב שקנה.

הקונה פנה לפני כחודש למוכר והציע הצעת פשרה חדשה **השונה** מפסק הדין. **המוכר** רצה בפשרה החדשה אולם התווכח על גובה הסכום. השאלה האם היתה בסוף הסכמה על הסכום?

המוכר טוען שהם הגיעו להבנה על סכום של 700 ש"ח, תשובת **הקונה** "איני זוכר שהגענו להסכמה, אני דורש לקיים את פסק הדין - 1600 ש"ח.

ברור הדין

פסק דין מול טענת ברי

ישנו ויכוח על העובדות בין בעלי הדין: המוכר טוען טענת ברי "איני זוכר בודאות את רגע ההסכמה" הלוקח טוען שמא "איני זוכר". מצד אחד למוכר יש טענת ברי וכן הוא המוחזק בממון וממילא הדין עמו המוציא מחבירו עליו הראיה. מצד שני לקונה יש פסק דין, אשר הכח המשפטי שלו מקביל לשטר חוב (ש"ך לט ס"ק כט). לטובת הקונה יש חזקת חיוב, שנוצרה ע"י הפס"ד

וכן כוח של שטר לענין טענת פרעתי¹ (ש"ך שם).

מקרה דומה מופיע בשולחן ערוך (סימן נט) מלוה המוציא שטר והלווה טוען פרעתי, המלוה משיב "איני יודעי". ההלכה נפסקה שהלוה נאמן! **לכן גם אצלינו המוכר נאמן שאכן היתה הסכמה לפשרה.**

פשרה צריכה קנין

והנה אם נניח, שהקונה הסכים להצעה החדשה, משמעות הדברים שהוא קיבל על עצמו פשרה במקום פסק הדין. הרי ההלכה היא כי פשרה צריכה קנין וכאן היה רק דיבור בעלמא.

אולם כאן אנו עוסקים בפשרה, שעשו בעלי הדין בעצמם ולזה אין צריך קנין (ש"ך יב ס"ק יב).

הצעה ולא החלטה על פשרה

תוך כדי בירור הטענות של בעלי הדין עולה כיוון נוסף: המשא ומתן בין בעלי הדין נמשך כשמונה חודשים אשר במהלכם עלו הצעות שונות. לכן ניתן להבין, שהקונה חשב שאף ההסכמה החדשה אינה מוחלטת אלא הצעה בעלמא המותנית בכך שבפועל המוכר ישלם לו, רק אז ההסכם תקף. לדבריו לא היתה מחילה על פסק הדין.

¹ יש לדון על כח הקונה מתוקף השטר שבידו, פסק הדין. הש"ך בסימן לט ס"ק כט הכריע כדעת המחבר, שאין נאמנות לטעון פרעתי מול פסק דין. אם כן המוכר אינו נאמן לטעון פרעתי. טענת פשרה היא בעצם טענת מחילה על הפסק דין ולכן מה שנכון לגבי טענת מחילה נכון אף לטענה זו.

והנה הרמ"א בסימן ע כתב: "כל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלתי אף על פי שהמחילה טענה גרועה היא". הש"ך בסימן עה ס"ק כב פירש את דברי הרמ"א - טענת מחילה צריכה מיגו וללא מיגו אינו נאמן!

אם כן כאן המוכר אינו נאמן שהרי אין לו מיגו של פרעתי - הקונה מחזיק בידו פסק דין. אחר העיון נראה שהמוכר נאמן: כאשר יש למוכר טענת ברי ולקונה טענת שמא, נאמן המוכר בטענתו אף בטענה גרועה וללא מיגו. ראייה לדבר מהמעשה המובא בקצוה"ח נט סק"ב. המלוה הוציא שטר חוה, הלוה טען "יש לי כנגדך", המלוה השיב "איני יודעי". והנה טענת "יש לי כנגדך" דומה לטענת מחילה - לשניהם צריך מיגו וללא כן אינו נאמן.

הקצות פוסק כי באופן עקרוני נאמן הלוה בטענתו אף ללא מיגו (אף שבפועל בגלל סיבה אחרת הלוה אינו נאמן). העולה מדבריו שאין צורך במיגו כאשר המוחזק טוען ברי ובעל השטר טוען שמא. כנראה שכוח טענת הברי מתחזק כאשר עומד מולו טענת שמא לכן אף טענה גרועה מתקבלת (או שזה הוא פגם במוחזקות ולכן טענה גרועה יכולה להוציא. אף בעניינינו המוכר הטוען ברי נאמן כנגד טענת השמא של הקונה.

האם יש משקל הלכתי לטענה זו? הרי הדיבור היה על הצעה חדשה המוסכמת על שני הצדדים והפירוש הפשוט הוא **במקום** פסק הדין, אם כן כל הפרשנות החדשה מוגדרת כדברים שבלב!

מנגד, כאשר ישנם אומדנות נסיבתיות, אזי הדברים אינם עוד דברים שבלב אלא בלבו ובלב כל אדם.

דוגמא לדבר יש בסימן קסו - כותל של שכן אחד נפל לחצר חבירו, בעל הכותל הציע לבעל החצר לקחת את האבנים לעצמו במקום שהוא יצטרך לפנות את האבנים. בעל החצר הסכים, ההלכה היא שאין בעל הכותל יכול לחזור בו: "אבל כל זמן שלא פינה את האבנים, לא קנה, שלא כיוון אלא לדחותו".

ביאור הדברים: למרות שבעל הכותל אמר "פנה אותם ויהיו שלך" אין זה סוף פסוק ויכול לחזור בו, הנימוק הוא הדברים לא היו רציניים אלא רק תירוץ להרויח זמן. אף אצלינו ניתן לומר שההצעה לפשרה לא היתה במקום הפסק דין אלא במקביל.

לאור הספק הנ"ל² בית הדין דחק בצדדים להגיע להסכמה על סך 1300 ש"ח. "והאמת והשלום אהבו".

² ובהתחשב בדעת הראב"ן בסימן ק שפשרה לעולם צריכה קנין אף אם נעשית על ידי בעלי הדין, דלא כש"ך.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

מלכויות, זכרונות ושופרות*

איתמר בפרק בתרא דר"ה (לד, ב): אמר רבה אמר הקב"ה אמרו לפני בראש השנה מלכויות, זכרונות ושופרות, מלכויות – כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות – כדי שיבוא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר. ולכאורה דברי רבה אינם מובנים, דהתינח הא דקאמר מלכויות – כדי שתמליכוני עליכם הוא מובן, שע"י אמירת מלכויות אנו מקבלים עלינו עול מלכותו יתב', וכמו שאנו אומרים מלך על כל העולם כולו בכבודך, והנשא על כל הארץ ביקרך והופע בהדר גאון עוזך על כל יושבי תבל ארצך וידע כל פעול כי אתה פעלתו ויבין כל יצור כי אתה יצרתו, ויאמר כל אשר נשמה באפו ה' אלקי ישראל מלך, ומלכותו בכל משלה. וכן הא דאמר זכרונות – כדי שיבוא זכרוניכם לפני לטובה הוא ג"כ מובן שאנו מעלים זכרונו לפני הקב"ה לטובה במה שאנו אומרים זכרונות, וכמו שאנו אומרים: זכרנו בזכרון טוב לפניך, ופקדנו בפקודת ישועה ורחמים משמי שמי קדם, וזכר לנו ה' אלוקינו את הברית ואת החסד ואת השבועה אשר נשבעת לאברהם אבינו בהר המוריה, ותראה לפניך עקדה שעקד אברהם אבינו את יצחק בנו על גבי המזבח, וכבש רחמיו לעשות רצונך בלבב שלם, כן יכבשו רחמך את כעסך מעלינו, ובטובך הגדול ישוב חרון אפך מעמד ומעירך ומארצך ומנחלתך. אבל סוף דבריו אינו מובן כלל, דהא בא לפרש למה אנו אומרים ברכת שופרות, אבל אינו מפרש למה אומרים הברכה, אלא אומר דהא דמקבלים עלינו מלכותו ומעלים זכרונו לפני לטובה הוא ע"י השופר, וא"כ אין כאן טעם למה שאנו אומרים שופרות. ועוד יותר קשה דהא לכאורה דברי רבה סתרי אהדדי, דבריש דבריו אומרים שע"י אמירת מלכויות וזכרונות אנו מקבלים מלכותו ומעלים זכרונו לפניו, ובסוף דבריו אומר שהכל נעשה ע"י השופר ולא ע"י אמירת הברכות.

ועוד צריכים להבין חתימת ברכת שופרות שאומר שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים, שלכאורה סותר עצם כוונת המצוה כפי דקיי"ל להלכה שהמצוה היא בשמיעה ולא בתקיעה, וכמו שאנו מברכים לשמוע קול שופר (טושו"ע או"ח תקפה, ב), והיינו שמטרת המצוה היא שאנו נשמע קול השופר,

* שיחה שנמסרה בכולל, אלול תשס"ז.

ובחתימת הברכה אנו אומרים שמטרת המצוה היא שאנו תוקעים והקב"ה שומע תקיעותינו ותרועותינו. ועוד דמצינו במדרש (ויק"ר כט, ד) דקאמר ר' יאשיה כתיב אשרי העם יודעי תרועה, וכי אין אומות העולם יודעים להריע, כמה קרנות יש להן, כמה בוקינוס (חצוצרה) יש להם, כמה סליפירגסי (חצוצרת קרב) יש להם, ואמרת אשרי העם יודעי תרועה, אלא שהן מכירין לפתות את בוראן בתרועה, והוא עומד מכסא הדין לכסא רחמים ומתמלא עליהם רחמים והופך להם מדת הדין למדת רחמים, אימתי בחדש השביעי עכ"ל. ורואים מפורש שעיקר התקיעות הוא שהקב"ה ישמע קול תקיעותינו, ולכאורה זה נוגד למאי דקיי"ל להלכה שגדר המצוה היא שמיעת השופר ולא תקיעתה. ועוד צריכים להבין בעצם ברכת שופרות שאנו מתחילים לומר אתה נגלית בענן כבודך על עם קדשך לדבר עמם, ומאריך בענין מעמד הר סיני, ואחר כך אומר בקולות וברקים עליהם נגלית ובקול שופר עליהם הופעת, ומשמע מזה שעיקר תקיעת השופר היא זכירת מעמד הר סיני, וא"כ מזה שעיקר המצוה היא השמיעה ולא התקיעה, וא"כ לכאורה תחלת הברכה סותרת את חתימתה.

והנראה לומר בזה הוא ע"פ מאי דאיתא בספר הקדוש תפארת עוזיאל, שנתגלה לו בחלום ענין התקיעות, שהוא כמו שני אוהבים או אב ובן שרוצים לכתוב זה לזה ואינם רוצים שמישהו אחר ידע את סודם, לכן הם כותבים בכתב צופן שאין מבין בו אף אחד בלעדם, וזהו ענין התקיעות ודפחק"ח. ושמע מינה שהתקיעות הן דרך תקשורת סמויה שבין הקב"ה וכנסת ישראל. ואם כן יש לנו לומר שהתקשורת ע"י הצופן דו-סיטרית, שהקב"ה מתקשר דרכה לכנסת ישראל, וכנסת ישראל מתקשרת דרכה להקב"ה.

והנה התקשורת שהתקשר הקב"ה עם כנסת ישראל היא מה שמסר לנו את התורה. אלא דלכאורה יקשה, הלא התורה שנמסרה לכנסת ישראל היא גלויה לכל העמים וכדכתיב (דברים כז, ח) וכתבת על האבנים את כל דברי התורה הזאת באר היטב, ואיתא בגמ' סוטה (לב, א) שכתבו את התורה בשבעים לשון, אלמא שהתורה ניתנה גלויה לכל העמים, דאם לא כן למה היו צריכים לכתוב בשבעים לשון. אבל באמת לא קשה מידי, שהרי כבר אמרו חז"ל שהתורה שבעל פה היא מיסטורין של הקב"ה וכדאיתא במדרש תנחומא (כי תשא סי' מ): ויאמר ה' אל משה כתב לך את הדברים האלה, זה שאמר הכתוב אכתוב לו רובי תורתי כמו זר נחשבו, א"ר יהודה בר שלום כשאמר הקב"ה למשה כתב לך בקש משה שתהא המשנה בכתב, ולפי שצפה הקב"ה שאומות העולם עתידין לתרגם את התורה ולהיות קורין בה יונית,

והם אומרים אנו ישראל, ועד עכשיו המאזנים מעויין (שקולים בלי הכרע), אמר להם הקב"ה לעכו"ם אתם אומרים שאתם בְּנֵי, איני יודע, אבל מי שמסטורין שלי אצלו הם בְּנֵי, ואיזו היא, זו המשנה שניתנה על פה והכל ממך לדרוש, עכ"ל.

[וּיש בזה נפקא מינה להלכה לגבי הא דא"ר אמי בחגיגה (יג,א) דאין מוסרין דברי תורה לנכרי שנא' לא עשה כן לכל גוי ומשפטים בל ידעום, דיש לומר דהיינו דוקא בתורה שבעל פה, אבל בתורה שבכתב מותר ללמד, וחילק כן בשיטה מקובצת (כתובות כח,א) לגבי לימוד תורה לעבד עיי"ש. וכן כתב הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (יו"ד סי' עז): דאפילו ללמוד תורה שבכתב לנכרי אין איסור, וה' ציוה ליהושע לכתוב התורה בשבעים לשון בשביל אוה"ע, ופי' ומשפטים בל ידעום הוא דינים הנלמד מחקי התורה שהיא נדרשת בהם עכ"ל].

ולמדים אנו מזה שנוסף על חלק תורה שבכתב שהוא גלוי לכל העמים יש גם חלק בתורה שניתנה רק לישראל ואין לזרים חלק בה, והיא תורה שבעל פה. ולפי זה יש לפרש מאי דאמר'י בברכת שופרות ובקול שופר עליהם הופעת, שרומז לתורה שבעל פה שניתנה בסתר לישראל, והיינו כמו שנתבאר שקול השופר הוא הצופן שהשתמש בו הקב"ה בהתקשרו לבני ישראל.

ומאי דך גיסא קול השופר הוא גם הצופן שמשתמשים בו ישראל בהתקשרם להקב"ה, והוא כמו שכתב בסידור הרב בעה"ת זצ"ל בשם הבעש"ט הקדוש זי"ע שכוונת התקיעות היא קול בלא דיבור. ונראה דכוונתו לומר שתקיעת השופר היא צעקה של תפלה בלא מלים, ורק הקב"ה מבין צעקה זו, ובזה התקיעות הן הצופן שדרכו מתקשרים בני ישראל הקב"ה. וזהו מה שאמרו חז"ל שהן מכירין לפתות את בוראן בתרועה, כלומר שהם מכירים את הצופן שבו אפשר להתקשר להקב"ה ולפתותו שיתרצה לישראל, וכמו שהזכרנו מאי דאיתא במדרש (ויק"ר שם): שהן מכירין לפתות את בוראן בתרועה, והוא עומד מכסא הדין לכסא רחמים ומתמלא עליהם רחמים והופך להם מידת הדין למדת רחמים, אימתי בחדש השביעי עכ"ל.

ויוצא מזה שהדו-שיח שבין הקב"ה לכנסת ישראל הוא בשתי פנים, בגלוי ובסתר, בגלוי שנתן להם תורה שבכתב שהיא גלויה לכל העמים, ובסתר שנתן להם תורה שבעל פה שהיא מיסטורין שלו שאין לזרים חלק בה. ובמקביל מתקשרים ישראל להקב"ה בגלוי ובסתר, בגלוי בתפלה עם מלים שגם לגוים יש חלק בה וכדכתיב (ישעיה נו,ז) כי ביתי בית תפלה יקרא לכל העמים,

ובסתר בתקיעות שהם הצופן שבו מתקשרת כנסת ישראל להקב"ה ואין לגויים חלק בהן.

ולפי מה שנתבאר אפשר להבין נוסח ברכת שופרות שהיא באה לבטא את ענין התקיעות בשתי בחינותיו, מצדו של הקב"ה ומצדו של בני ישראל. ולכך מתחילה הברכה בתיאור מעמד הר סיני ואומרת: אתה נגלית בענן כבודך על עם קדשך לדבר עמם, מן השמים השמעתם קולך ונגלית עליהם בערפלי טהר, גם כל העולם כולו חל מפניך ובריות בראשית חרדו ממך, בהגלותך מלכנו על הר סיני ללמד לעמך תורה ומצוות, ותשמיעם את הוד קולך ודברות קדשך מלהבות אש, בקולות וברקים עליהם נגלית ובקול שופר עליהם הופעת. ומבטא בזה התופעה הכפולה של מעמד הר סיני, הנגלה והנסתר, הנגלה במה שהוא אומר: ותשמיעם את הוד קולך ודברות קדשך מלהבות אש, והנסתר במה שהוא אומר: ובקול שופר עליהם הופעת. ובסוף דבריו הוא אומר: כי אתה שומע קול שופר ומאזין תרועה ואין דומה לך, ברוך אתה ה' שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים, ובזה מבטא את ענין התקיעה מצדו של ישראל, דהיינו שהיא ביטוי של תפלה ותחנונים מישראל להקב"ה בלי מלים, נוסף על עצם התפלה שהם מתפללים לפניו במלים.

וממילא מובן הקשר שבין תחילת הברכה לחתימתה, וכן למה קיי"ל דעיקר המצווה היא בשמיעת השופר ולא בתקיעתה. דהנה כתיב (משלי כח, ט) מסיר אזנו משמוע תורה גם תפלתו תועבה, והיינו שקבלת התורה היא תנאי לקבלת התפלה. ולכן אם אנו רוצים שהקב"ה יתיחס אלינו במיוחד ויקבל את תקיעותנו ברחמים שהוא צופן התקשרותנו להקב"ה אזי צריכים אנו להאזין ולהקשיב לצופן הקב"ה בהתקשרותנו אליו, והיינו לקבל עלינו לעמול ולהתעסק בתורה שבעל פה. ולכך חייבים אנו לשמוע קול שופר כדי להאזין להקב"ה ולקבל את תורתו, ואז נוכל לצפות שישמע הקב"ה לקול תקיעתנו. והרי זה דומה ליחס שבין קריאת שמע לתפלה, שקודם חייבים אנו לשמוע ולהקשיב להקב"ה, ואחר כך אנו מתפללים אליו ומצפים שישמע לקול תפלתנו [וגם שם עיקר החיוב הוא קריאת שמע, דקריאת שמע דאורייתא ותפלה הוא מדרבנן (ברכות כא, א)]. וכן הוא בברכת שופרות, שמתחילים אנו בתיאור מעמד הר סיני, שהרי עיקר חיוב המצווה שנשמע קול שופר כדי שעל ידה נוכל להקשיב לקולו של הקב"ה שקורא אלינו דרך שופרו של סיני, ואז נוכל להגיע למטרה הנכספת שישמע הקב"ה לקול תרועת עמו ישראל ברחמים.

ומעתה שפיר מובן מאמרו של רבה בגמ' דקאמר: אמר הקב"ה אמרו לפני מלכויות זכרונות ושופרות, מלכויות – כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות – כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר. ולפי מה שנתבאר, דבריו הם ברורים, שהרי ענין השופר כולל שני דברים, מצד אחד לשמוע בשופרו של הקב"ה, והיינו שנקבל עלינו עול מלכותו יתב' ועול מצוותיו, ומצד שני שהקב"ה ישמע לקול תקיעתנו, שיקבל הקב"ה תפלותינו ברחמים וברצון, וזהו דקאמר, מלכויות - כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות – כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר, דהיינו שע"י תקיעת השופר אנו משיגים את שתי המטרות, שאנו שומעים בקול שופרו של הקב"ה וממליכים את הקב"ה עלינו, והקב"ה שומע בקול שופר שלנו ומעלה זכרונו לפניו. וממילא מובן שמסביר בזה גם ברכת שופרות, שהרי ברכת שופרות מבטאת איך השופר משיג את שתי המטרות יחד. ומובן גם למה אומרים מלכויות וזכרונות, למרות שמשיגים המטרה ע"י השופר, דאמירת מלכויות וזכרונות מבטאת החלק הגלוי של קבלת מלכותו יתב' והעלאת זכרונו בתפלה, והשופר מבטא החלק הנסתר שבהן וכמו שנתבאר, ודוק היטב בזה.