

חמדת משה

שיעורים על שולחן ערוך חושן משפט
ועל המועדים והזמנים
שניתנו בכולל "ארץ חמדה"

מפי:

הרב משה ארנרייך

ראש הכולל

בהוצאת



מכון 'ארץ חמדה'
ירושלים

מסת"ב 5-039-436-965-978 ISBN

ירושלים, תשפ"ב



כל הזכויות שמורות תשפ"ב

All Rights Reserved, 2022

הזמנת ספרים:

מכון "ארץ חמדה" רח' ברוריה 2, ת"ד 8178 ירושלים 9108101
טל. 02-5371485 פקס. 02-5379626

E-mail: info@eretzhemdah.org
www.eretzhemdah.org

Printed in Israel

צילום, לוחות והדפסה: "אמונה וחסד" בע"מ. טלי 02-6715501 ירושלים

לע"נ הורינו היקרים

דוב ברל בן שלמה יהודה ז"ל

חנה אסתר בת חיים ז"ל

מנחם יחיאל בן דוד הלוי ז"ל

חנה בת אברהם ז"ל

תרומת שלמה ולאה פרידמן

לעילוי נשמת הורינו ואחינו היקרים

ר' **מנחם יחיאל ומרת חנה שלפרוק ז"ל**

ר' **בנימין ומרת ליבע רובינפלד ז"ל**
דוב משה בן בנימין רובינפלד ז"ל

תרומת משה ושושנה שלפרוק
וילדיהם

לעילוי נשמת ולהנצחת זכרם
של הורינו ואחינו היקרים

ר' ישראל בן שרגא פייבוש פרידלר ז"ל
חנה רבקה בת יואל נוטעס - פרידלר ז"ל

יואל (אמנון) פרידלר הי"ד
המפקד הראשון של האצ"ל בעיר העתיקה בירושלים

משה בן יוסף הלוי עמנואל ז"ל
אלישבע בת יוסף הכהן אופנהיימר - עמנואל ז"ל

תרומת אורה ויעקב עמנואל
ואחיותיהם

בהוקרה למורנו ורבנו

הרב משה ארנרייך

מחזור תש"מ

כרם ביבנה

עם הכרת תודה

ברוך דוד ושרה ליבה גרוס

“עץ חיים היא למחזיקים בה
ותמכה מאשר”
(משלי ג' י"ח)
נתרם בעילום שם

יונה שלום בן משה יצחק וזינה זיסל בת טוביה
ארנרייך
משה יצחק בן נחמן ולאה טוביה בן מרדכי וחיה בת יעקב
מורגשטרן אלטר

מנחם יחיאל בן דוד הלוי וחנה בת אברהם
שלפרוק
דוד הלוי ומטל אברהם ואיטה
שלפרוק וינטרויב

תנצבה

תרומת משה ואיטה ארנרייך

דברי ברכה והוקרה

לאחי ורעי אשר כנפשי, הרב משה ארנרייך, ראש כולל ארץ חמדה.

בהגיעך לגיל שבעים אפשר לסכם בסיכום ביניים, חמישים שנה של הרבצת תורה בכרם ביבנה וכאן, איתנו בירושלים, בארץ חמדה, ולאחל לך שהחמישים הבאות יהיו לא פחות פוריות, בבריות גופא ונהורא מעליא. הנחלת התורה שלך מיוחדת לא רק בעמקותה וברמתה הגבוהה, אלא שהיא מאירה באור נעים המסלק כל ערפל מחשיך. מאז ומתמיד, כל פעולותיך נעשות בצניעות ובהארת פנים לכל הסובבים אותך.

לפני שלושים שנה, זיכה אותנו הקב"ה לייסד את ארץ חמדה, תחת כנפיו הרחבות של מו"ר הגר"ש ישראל זצ"ל, יחד עם חבורה של אנשי מעשה. מאז, ימים כלילות, הנך משקיע את זמנך, מרצך וכישרונותיך המיוחדים בבניין התורה ב"ארץ חמדה", בגידול תלמידי חכמים ובתמיכה ברבני ודייני התפוצות, בעשר השנים האחרונות, גם בהקמת רשת בתי הדין לממונות "ארץ חמדה-גזית".

זכינו יחד ללמד עד כה כמעט ארבעה מחזורים שלמים, למעלה ממאה וחמישים בוגרים, שסיימו שמונה שנים של העמקה בסדר נזיקין, בשו"ע חושן משפט, בסדר נשים ובשו"ע אבן העזר. יחד עם חזרה על שו"ע אורח חיים והתנ"ך כולו. בספר זה ריכזנו, בעזרת הבוגרים הנפלאים של ארץ חמדה, כעשרים שיעורים שניתנו בשנים תשע"ד-תשע"ה על שו"ע חושן משפט ומספר קטן של שיעורים על חגי ישראל. ספר זה מגלה רק קצה קצהו של הבנין העצום שבנית. יסודותיו שקועים במעמקי ים התורה וראשו מגרד שחקים. מטרתנו היא להביא לציבור תלמידי החכמים הרחב, מקצת ממנעמי השיעורים שניתנו בבית המדרש של "ארץ חמדה". קראנו לקובץ "חמדת משה". שם שמבטא את מתיקותה של תורת משה שניתנה בסיני ומתיקות העיסוק בה בכל דור ודור. כך רומז השם גם לדרכם של תלמידי חכמים ארץ ישראלים, תלמידים ותלמידי תלמידים של הרב שאול ישראל זצ"ל המנעימים זה לזה בהלכה ומגלים את החמדה הגנוזה בתורה. כך רמוז, כנהוג, גם שמו של המחבר.

תודה וישר כח מיוחד לכל משכתבי השיעורים ועליהם ועדת העורכים, הדיין הרב דניאל כץ המכהן בבית הדין הרבני באשקלון, הרב ניר ורגון רב קהילת 'רמת שלום' בבית שמש והעורך הראשי הרב ידידיה כהנא ראש הכולל בישיבת ההסדר במודיעין. ברכות לראש כולם. יחד אתם ברכות לרב עמנואל נהון ולמשתתפים בעריכה - הרב אבישי מייטליס, הרב אבישי ונונו, הרב אהרן פלדמן, הרב אורי סדן, הרב אחיה אמיתי, הרב אשר אבידן, הרב ברוך גנות, הרב ברוך פז, הרב הלל בן נון, הרב חיים אירס, הרב יוני אהרנברג, הרב יוסי האיתן, הרב יעקב כהן, הרב מאיר שקדי, הרב מבורך טויטו, הרב מיכאל אדרעי, הרב משה כהן, הרב ניר ורגון, הרב עובדיה אחיטוב, הרב שמואל נחושטן.

תודה מיוחדת לעורך הלשוני, הרב משה גרוס, ששינס מתנים ולמרות הזמן הקצר השתדל להוציא עבודה מתוקנת מתחת ידיו.

בברכת התורה ובהודאה לה' יתברך על כל הטוב אשר גמלנו,

הרב יוסף כרמל

ראש כולל 'ארץ חמדה'

3	הקדמה.....
---	------------

שו"ע חושן משפט:

9	מסדרין לבעל חוב, ס' צ"ז.....
12	התופס לבעל חוב במקום שחייב לאחרים, ס' ק"ה.....
16	ברא כרעא דאבוה – גביית חוב משבח יתומים, ס' קט"ו.....
23	יסוד חיובו של הערב, ס' קנ"ט.....
31	ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, ס' קכ"ט-ק"ל.....
36	טענת אחווי שטרך – יצירת ספק או בירור ודאי? ס' ק"מ.....
42	עדות שוכרים על חזקת שלוש שנים, ס' ק"מ.....
46	יסודות הקניין בחזקת שימוש, ס' קנ"ג.....
51	גדר קניין מסירה, ס' קצ"ג.....
57	משיכה בדבר שדרכו להגביה, ס' קצ"ח.....
61	יסוד קניין אגב, ס' ר"ב.....
65	דבר תורה מעות קונות, ס' ר"ג.....
75	מתנת שכיב מרע, ס' רנ"ג.....
80	מהפקירא קא זכינא, ס' רנ"ט.....
85	שומר אבדה, ס' רס"ז.....
93	ירושת אח את אחיו, ס' רע"ו.....
101	ירושת הבעל, ס' רע"ו.....
106	סמכות האפוטרופוסים, ס' ר"צ.....
110	הגר מביא וקורא, ס' ר"צ.....
116	גדרי הפקר והפקר בית דין, ס' רצ"ה.....
123	שינוי קונה בגזלן, ס' שנ"ד.....
130	תקנת נגזל במזיד, במסור, ובדינא דגרמי ס' שפ"ח, תי"ח.....

מועדים וזמנים:

145	לא תשחט על חמץ דם זבחי.....
150	ספירת העומר.....
157	וידוי הכהן הגדול וסמיכתו על הפר.....
161	סיכה - ביוה"כ, בתשעה באב ובאבל.....

הקדמה

ב"ה, יום א', ב' באב תש"פ

הבו לכם אנשים חכמים ונבונים וידעים לשבטיכם ואשימם בראשיכם. ותענו אתי ותאמרו טוב הדבר אשר דברת לעשות. ואקח את ראשי שבטיכם אנשים חכמים וידעים ואתו אותם ראשים עליכם שרי אלפים ושרי מאות ושרי חמשים ושרי עשרות ושרים לשבטיכם. (דברים א' יג-טו).

מתחילת דבריו נראה שמשה מבקש סיוע מהציבור בבחירת השופטים, אבל בהמשך כתוב "ואקח את ראשי שבטיכם... ואתן אותם". משה רבינו בעצמו ממנה אותם, לכן רש"י (פס' יג) מפרש: "הבו לכם אנשים - הזמינו עצמכם לדבר", וצריך להבין: מהי ההזמנה וההכנה הנדרשת?

רש"י בהמשך מבאר מה ההבדל בין חכמים ונבונים – "זו היא ששאל אריוס את רבי יוסי: מה בין חכמים לנבונים? – חכם דומה לשולחני עשיר כשמביאין לו דינרים לראות רואה וכשאינו מביאין לו יושב ותוהה, נבון דומה לשולחני תגר כשמביאין לו מעות לראיה רואה וכשאינו מביאים לו מעות לראות הוא מחזר ומביא משלו". נמצא שאיש נבון כולל בתוכו גם את מידת החכם ויותר מכך. קשה, א"כ היה מספיק שיבדוק אם הם נבונים?

במאמר של אחד מאדמו"ר שושלת צאנז, מצאתי תשובות מאלפות. נתחיל בתשובה לשאלה השניה: מצינו במסכת סוכה (כח ע"א), על רבי אליעזר שהעיד על עצמו "ולא אמרתי דבר שלא שמעתי מפי רבותי מעולם". רבי אליעזר היה ת"ח עצום, עד שמשה רבינו בקש "יהי רצון שיצא זה מחלצי" [תנחומא חוקת ח']. רבי אליעזר הדגיש, כי מעלתו היא שבסס כל דבריו על הדרך והסגנון שקיבל מרבותיו. לכן, החכם בתורה קרוי - תלמיד חכם ולא סתם חכם. עפ"ז, מבאר האדמו"ר את דברי רש"י, כי הנבון נמשל לשולחני, שגם כשאין לו מעות, מחזר ומביא משלו. כלומר, נבון שבגדולתו יכול לחדש סברות וחדושים. לעומתו, החכם מבסס את כל חידושיו על מה שלמד מרבותיו. זו כוונת משה "לקחת אנשים שמצד טבעם וכוחם שהם באמת נבונים, דהיינו שיש לאל ידם להמציא ולחדש חידושים וסברות עצמיות, ולהבין דבר מתוך דבר ועם כל זאת הם מכניעים עצמם לרבים והם בגדר חכמים". זו אולי גם הכוונה בדברי הירושלמי (שבת פרק יט ה"א) "כל תורה שאין לה בית אב".

לכן, אציין כמה תחנות במסלול הלימוד והגדילה שלי בתורה. תחילת לימודי בבית הספר היסודי "שאר ישוב", שבשכונ' ה' בבני ברק (בו כל התלמידים היו עולים חדשים וחלקם דרך עליית הנוער). למדנו את מסכת ביצה ממנהל בית הספר - הרב אברהם שאקי זצ"ל. כדי להאחיב עלינו את הלימוד, הוא דאג שכל הסיכומים יהיו מסודרים, ברורים ומודגשים בשלל צבעים. את סיום המסכת זכיתי לעשות עם אבי מורי, יונה שלום ז"ל, שזכה ללמוד תורה בישיבת האדמו"ר מבעלז בגאליציה, עד שנאלץ, לאחר מות אביו, משה יצחק בן נחמן מורגנשטרן, לעזור בפרנסת המשפחה, אח"כ גויס לצבא הרוסי.

בישיבה התיכונית, זכיתי ללמוד בישיבת "הישוב החדש" ע"ש הרב עמיאל זצ"ל. ראש הישיבה הרב יהודה קולודצקי זצ"ל, תלמידו של ה"שערי יושר", לימד אותנו בעיון רב, אבל גם דרש בהירות בהבנה, בהסברה ובכתיבה. אח"כ זכיתי להסתופף שנים רבות בישיבת "כרם ביבנה" תחת שרביטו של ראש הישיבה, הגאון הרב חיים גולדויכט זצ"ל, הן כתלמיד, הן כאברך ואח"כ כר"מ. בכל השנים זכיתי לשמוע ממנו שיעורים רבים הן בהלכה והן באגדה. שיעורים שהיו פותחים בסדרת שאלות על הסוגיא, כך שהוכרחנו להבין היטב את הפשט, וע"ז הוסיף נדבכי למדנות רבים, שנתנו לנו כלים חשובים שבאמצעותם למדנו להיות בבחינת טופח ע"מ להטפח. שם זכיתי לפגוש את אחד הרמ"ים המיוחדים בישיבה, שהפך להיות גם מורי ורבי, הרב הגאון משה דימנטמאן, מורי ורבי, שיאריך ימים ושנים. למדנו יחד בחברותא וקיבלתי ממנו את הדרך של העמל

והעמקה הדרושים בלימוד תורה. כשהרב יוסף כרמל ואני הקמנו את "ארץ חמדה", זכינו להכתיר את מרן הרב הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל כנשיא הכולל, וזכינו ליהנות משיעוריו, שבהם התגלתה מקוריות וגאונות מאד מיוחדת. כמו כן, זכינו לקבל ממנו הדרכה בהנהגת ציבור האברכים. במשך כל שנות הכולל, מלווה אותנו הגאון ר' זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל. זכינו ללמוד מההיקף העצום של ידיעותיו וכיצד להשליך הדברים גם לעולם המעשה.

אני רוצה להודות מקרב לב לרעי כאחי, הרב יוסף כרמל שליט"א, על הלימוד המשותף בסדרים נזיקין ונשים, על השיעורים שלו הן בנושאים בשו"ע חושן משפט ואבן העזר, בנלמד בכולל, והן בלימודי התנ"ך. שיעורים שמהם אני נהנה מאוד ושהוסיפו נדבך חשוב מאוד בלימוד התורה שלי. תודה מיוחדת על ההפתעה שהכין לי לכבוד יום הולדת 70 שנה. הספר שלפניכם, "חמדת משה" - יוזמה יפה שלו. הרב כרמל ביקש מבוגרי הכולל שיעלו על הכתב את השיעורים ששמעו בבית המדרש. כאן המקום להוסיף תודה לכל אברכי הכולל בעבר ובהווה, על ההפריה בשיעורים ובסדרים שאני זוכה בבחינת "מתלמידי יותר מכולם". ישר כח לאברכים [שמותיהם מופיעים בפתיחה של הרב כרמל] שעמלו בכתיבת השיעורים, הם גרמו לי לקורת רוח מיוחדת.

תודה להורי היקרים ז"ל ולחותני וחותנתי ז"ל שליוו אותנו תמיד בעצה, עזרה וסיוע. אחרונה, אחרונה חביבה רעיתי היקרה, איטה מנב"ת, שאומר עליה את דברי הנביא "כה אמר ה' זכרתי לך חסד נעוריך אהבת כלולתיך, לכתך אחרי במדבר בארץ לא זרועה", על מסירות הנפש העצומה, על ההשקעה הגדולה בבניין הבית וגידול הילדים שנזכה יחד עד מאה ועשרים מתוך בריאות, שמחה ונחת.

אסיים את ההקדמה בתשובת האדמו"ר מצאנז לשאלה הראשונה, מה תפקידם של ישראל "בהזמינו עצמכם לדבר"?

במס' ערכין (ז' ע"א) אומרים חז"ל: "מאי דכתיב 'זה דור דורשיו מבקשי פניך יעקב סלע', פרנס לפי דורו" כלומר, כפי ערכם של בני הדור באותה מידה זוכים לאיש על העדה הראוי להם לפי מידתם וערכם.

כשמשה רוצה למנות את אנשי הסנהדרין, את המנהיגים, הוא מבקש מעם ישראל הכינו והזמינו עצמכם ע"י תשובה שלימה, קבלת עול מלכות שמים ואז תזכו לנשיאים מושלמים בכל המעלות.

על פי זה ניתן לבאר את דברי הנביא מלאכי (ג' כג-כד) "הנה אנכי שולח לכם את אליה הנביא לפני בוא יום ה' הגדול והנורא, והשיב לב אבות על בנים ולב בנים על אבותם". בפשטות, הכוונה שלפני ביאת המשיח תפקיד אליהו הנביא, לעורר לתשובה כדי שיהיו זכאים לקץ הגלות, אולם אנחנו יודעים שהגאולה לא תלויה בתשובה. אבל לאור האמור לעיל, שפרנס לפי דורו, תפקידו של אליהו להשיב לב אבות על בנים ולב בנים על אבותם, כדי שיזכו שיהיה דור ראוי וזכאי למלך משיח. נשיא שיהיה פרנס לפי דורו וישמעו תורה מפיו ולזה צריך תשובה שלמה וכדברי משה "הבו לכם- הזמינו עצמכם לדבר".

שנוכה בקרוב לקבל פני משיח צדקנו במהרה בימינו.
משה ארנרייך

שיעורים על שו"ע חושן משפט

מסדרין לבעל חוב (ס' צ"ז)

הקדמה

דין מסדרין לבעל חוב דואג שללוה יישארו דברים בסיסיים למחייתו לאחר שיפרע את חובו. נדון בדין זה – מה מהותו? האם הוא דין ממוני? האם הוא מעין דין "צדקה" דהיינו המלוה מחויב כלפי הלווה? ננסה לפשוט שאלות אלו על סמך נפקא מינות, כגון – יתומים, ערב ועוד מקרים מעין אלו, שישפכו אור על דין סידור.

שיעבוד וסידור ביורשים

הראשונים התחבטו בשאלה איך גובים מן היורשים את חובות אביהם, וכיצד מוטל עליהם שעבוד נכסים, והרי השיעבוד חל על הלווה בלבד, והוא נפטר, וכיצד גובין מיורשיו?

הר"ן ביאר ששעבוד הנכסים הוא עצמאי ולא קשור לאדם הלווה. ומסביר הר"ן שזה עיקר השעבוד ששעבד האדם את עצמו, וכעת נכסיו משועבדים למלוה. הרשב"א (בבא בתרא קמז ע"ב) והר"ן (כתובות פו ע"א) ביארו שכשמת הלווה פקע אמנם שעבוד הגוף, ואין גובים מן היורשים אלא משום שעבוד נכסים. הרי שהבינו שאין שעבוד נכסים פוקע כשפקע שעבוד הגוף מחמת מיתת הלווה, והוא נותר בעינו¹. לעומת זה, התומים (סי' סו ס"ק מג) הקשה כיצד עובר השעבוד אל הבנים, הרי השעבוד מוטל על גוף הלווה והוא פוקע עם פטירתו:

במת לוח ונפלו נכסים קמי יורשים. דהא פקע שעבוד גוף, באיזה אופן יחול שעבוד נכסים. וצריך לומר דאף במת לוח כשיורש זוכה בנכסים, אף הוא משתעבד כמו לוח בעצמו, ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוח.

מבואר בדבריו שכשיורש זוכה בנכסים הוא משתעבד מחיוביו, ועליו מוטל לפרוע כמו אביו. שכן הוא עומד במקומו להיות כלוה בעצמו². לפי זה יש שעבוד הגוף גם על הבנים³. מעין ברא כרעא דאבוה⁴.

לעומת זאת, המנחת חינוך (במצווה תקפה) דן בשאלה לגבי כמה הלכות שנאמרו בלוה: אסור להיכנס לביתו, צריך להחזיר כלי נפש ומסדרים, מה הדין ביחס ליורשיו? על דבר אחד כתוב מפורש "השב תשיב לו" – ולא ליורשיו. האם מותר להיכנס לבית של היורשים? בערב הדין הוא שנכנסים לביתו.

¹ וכן ביארו המשנה למלך (הלכות מלוה ולוה יא, ז) ובשו"ת נודע ביהודה (קמא חו"מ סי' לד) ובהפלאה (בבא קמא לט ע"א) ובקצות החושן (סי' סו ס"ק כו) ובמשו"ב נתיבות (סי' לג ובסוף סי' קט).

² לכאורה יש סתירה בדברי התומים, שכן בסי' סז ס"ק כה כתב שאין "לא יגוש" בירושה, ואם הם עומדים במקום הלווה, למה אין איסור של "לא יגוש"?

ועוד, שהקצות (סי' סו ס"ק כו) מביא את התומים ומקשה עליו כמה קושיות, וביניהן, אם יש שעבוד הגוף על היורש למה גובים רק מהנכסים של האב?

³ עיין בשיעור "גבייה מיתומים – ברא כרעא דאבוה".
⁴ וכהוכחה לכך כתב בנתיבות (סי' לג ס"ק ב) שהרי חייב לתבוע תחילה מהיורש קודם שגובה מהנכסים. וראה עוד בנתיבות (סי' קיב ס"ק ה).

ראה בתוספות בבא קמא (צו ע"א) ובבא מציעא (טו ע"א) ובתוס' הרא"ש בבא מציעא שם שלכן בעל חוב גובה שבח מיורשים.

ואני מסופק דקיימא לן דאם מת הלוח אינו מחזיר ליורשיו דהשב תשיב לו וכו' ולא ליורשיו. אם כן אפשר לדעת הרשב"א בקידושין דסובר למאן דסבירא ליה שעבודא דאורייתא אף מטלטלי דיתמי משתעבדי מן התורה. עיין בקצות החושן סי' ל"ט. אם כן אפשר דיכול למשכן בחוב אביהם אף בזרוע, דכתיב "אל ביתו" ולא לבית היורשים, כמו דדרשין "לו" ולא ליורש. ומביתו דרשין ולא לערב, אם כן אפשר גם יורש ממעטין... אפשר דאין איסור למשכנס בזרוע או אם שעבד לו בפירוש מטלטלין במותו ומותר למשכנס בזרוע ד"ביתו" כתיב. וצ"ע.

לכאורה לפי דעת התומים, שהיורשים הופכים להיות כלוה עצמו, יש להשליך עליהם אותן הלכות ודינים כדיני הלוה, שכן הם נהפכים להיחשב כלוה עצמו. ואכן הנחל יצחק (סי' צז אות כג, על פי רש"י בבא מציעא קיד ע"א ד"ה ואידך והנימוקי יוסף במשנה שם קיג ע"א) אומר שבוודאי שלענין סידור – הדין הוא שגם להם מסדרים.

כמה שאלות בעניין גבייה מיורשים

האמרי בינה מעיר, מדוע גובים מהלקוחות כשהלוה מת? כמו כן יש להעיר מיתומים קטנים, האם יש עליהם שעבוד הגוף? ולמה לא נגבה מהם? וכן יש להעיר על כך מדינו של גר שמת ובזבזו ישראל ממנו, שדינם של התופסים כמו יורשים⁵. למה נאמר שהם מקבלים את המעמד של הגר גם לענין שעבוד הגוף?

האם יש שעבוד גם על מה שמסדרים

יש לדון בגדר הדין שמסדרים לבעל חוב, על אותם חפצים ונכסים שהבעל חוב מנוע מלקחתם וחייב להשאיר אותם בידי הבעל חוב, האם גם נכסים אלו (שהבעל חוב אינו יכול ליטול) משועבדים, אבל יש בפועל מניעה⁶ מלקחת אותם בפועל, או שאחרי שהתורה חידשה שמסדרים, אז נכסים אלו מופקעים משעבוד? נפקא מינא היא בלקוחות שרכשו דברים שאסור לגבותם בחובו, למשל את דירתו של הלוה, האם יכול הבעל חוב לגבות מהם כשעברו לידי הקונה?

ערב על הסידור

הכנסת הגדולה (סי' צז) מסתפק בשם הרקאנטי אם גובה מן הערב מה שסידר לבעל חוב. וסברתו היא שהערב יכול לומר שלא רוצה לפרוע כלום כי עדיין נשאר אצל הלוה, אף שאינו יכול לגבות ממנו.

הכנסת הגדולה עצמו אומר שפשוט לו שאינו גובה מן הערב, כי אינו חייב אלא במה שנתחייב הלוה עצמו.

הרי שנחלקו ביסוד דין השעבוד, אם גם במה שאין יכול ליטול מכוח דין מסדרים יש לבעל חובו שיעבוד ממנו עליו.

גבייה מלקוחות בסידור

בשער המשפט (סי' צז) שואל, האם גובים מלקוחות כאשר לא גבו מהלוה בגלל דין סידור, האם יכולים לטעון הנחנו לך מקום לגבות מדברים שמסדרים ומשאירים בידי

⁵ תוספתא בכתובות פרק ט.

⁶ ייתכן שמניעה זו היא מדין צדקה, חובת רחמנות או משהו מעין זה.

הלווה? השער המשפט אומר שמנכים מלקוחות מה שסידרו, כי הלקוחות יכולים לומר קים לן כמאן דאמר אין מסדרים לבעל חוב.
מוכח שהבין שלא כדעת הכנסת הגדולה, שכן לכנסת הגדולה אין שעבוד על דין סידור ולכן לא גובה מהלקוחות, ואילו לשער המשפט רק מטעם ספק שמא פוסקים שמסדרים אינו גובה מהלקוחות.

סיכום

העלינו שתי אפשרויות להבנת דין סידור.
האחת – דין סידור הוא מגבלה חיצונית, אולי מדיני צדקה, שהטילה התורה על הגבייה.
השנייה – דין סידור הוא מגבלה בשעבוד עצמו.
ראינו כמה נפקא מינות – האם ניתן לגבות מערב ומלקוחות כאשר המגבלה על הגבייה היא מדין סידור? האם יש סידור ליתומים?

נספח – חוב הגוף אינו כשעבוד ממון ומזונות האשה

הזכרנו בשיעור את ההבחנה בין חוב היתומים לחוב הלווה. נראה כאן סוג נוסף של חוב, שאין לא "שעבוד הגוף" ולא "שעבוד נכסים" אלא "חוב הגוף".
הבית יוסף (סי' צז) הקשה, שלפי מה שאנו כותבים בכתובה 'מזונייכי', יש שעבוד בשטר לא רק מתוקף תנאי בית דין, ומן הדין היה להקדים את זכות הגבייה שלה לפני בעלי חוב. ומדוע אנו פוסקים שבעל חוב קודם למזונות האשה?
הבית יוסף מתרץ שהחוב למזונות עדיין לא קיים, אלא הוא חוב שמתחדש בכל פעם, ואם כן ברור שאפילו אם יש שטר גם על החוב הזה, החוב הוא של המלווה קודם.
אלא שיש להעיר מסי' קד, שהובא שם דיון במי שחייב לשני גויים, ולאחד מהם חייב ריבית, האם הריבית של הראשון קודמת לחוב של השני? והרי הריבית גם היא מתחדשת, ואם כן היא באה אחרי החוב השני!
הרשב"א כותב שכל החוב של הריבית נכלל בזמן התחייבות השטר. ומביא ראיה מכתובות (קב ע"א) במתחייב מזונות לבת של אשתו, שניזונת מנכסים משועבדים אף שהם מתחדשים דבר יום ביומו. והבית יוסף לא העיר על כך כלום. ויש לתמוה, איך דין זה מתיישב עם הדין לגבי מזונות?
הפרישה (שם) מתרץ את קושיית הבית יוסף, שלענין מזונות התורה לא חייבה את הבעל כשאשתו כגופו⁷, ולכן החוב למלווה, שהוא חוב ממון, קודם לחיוב הכתובה. ומוסיף הפרישה שגם החיוב בכתובה אינו מוסיף חיוב ממוני כדין חוב, והבעל מחויב רק מכוח חיוב שרובץ עליו ולא כחוב ממון.
על פי יסוד זה אפשר ליישב גם את הבית יוסף שזה חיוב מתחדש, ואף שמתחדש זה לפי תחילת הזמן, זה אמור דווקא בחוב רגיל, אבל בחובו כלפי כתובת אישה התחייב על דעת החיוב של חכמים, והם הגדירו חיוב זה כחיוב מתחדש.

⁷ וכן כותב החזון איש, שחיוב מזונות אינו חוב ממוני שמונח על ארנקו של הבעל, אלא חיוב אישי על גופו של הבעל להמציא מזונות לאשתו.

התופס לבעל חוב במקום שחייב לאחרים (ס' ק"ה)

הצגת ההלכה ושאלות על הדין

בנוגע לדין תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, נפתח בשלוש שאלות:

(1) כתב השולחן ערוך (חו"מ קה, א):

הלוה שחייב לשנים או יותר, ואין לו כדי לפרוע לכולם, וקדם אדם אחד ותפס מהמטלטלים של לזה כדי לזכות לאחד מבעלי חובות, לא זכה, שכל התופס לבעל חוב במקום שיש עליו חוב לאחרים, לא קנה.

הלכה זו צריכה הסבר, שהרי זכין לאדם שלא בפניו (משנה עירובין פא ע"ב), ולמה כאן אינו יכול לתפוס לטובת אחד מבעלי החוב?

(2) בסוף אותה הלכה מוסיף השולחן ערוך:

ואפילו עשאו שליח וכתב לו הרשאה. אבל אפטרופוס קנה, דיד בעלים הוא.

פסק זה הוא כשיטת התוספות (בבא מציעא י ע"ב ד"ה תופס) שהוכיחו כן מהסוגיא במסכת כתובות (פד ע"ב), שבה יימר בר חשו שלח את שליחו לתפוס ספינה מעיזבונו של בעל חובו, והלה תפס אותה. אולם, רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע סילקו אותו בטענה שהוא תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, ואין תפיסתו תפיסה.

לעומת זאת, רש"י (שם ד"ה לא קנה) כתב שלא מועילה תפיסה לבעל חוב במקום שחב לאחרים, "מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס".

עלינו לבאר במה נחלקו רש"י והתוספות בשליחות.

(3) בסעיף ב כתב השולחן ערוך:

אם הלוה חייב גם לתופס, זכה בתפיסתו, מגו דאי בעי זכי לנפשיה, זכי לחבריה.

וכאן נשאל, למה נעלמת הבעיה ואפשר לזכות אף שחב לאחרים?

מקור הדין

הגמרא (בבא מציעא דף י ע"א) אומרת:

רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרוייהו: המגביה מציאה לחבירו – לא קנה חבירו. מאי טעמא – הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה.

הרי לפנינו מקור לסעיף א, שאדם אינו יכול לתפוס מרכושו של הלווה עבור אחד מבעל החובות כאשר ישנם בעלי חובות אחרים שלא יישאר להם מנין לגבות את חובם. אלא שעדיין הדין טעון הסבר.

רש"י פירש:

הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – כאדם הבא מאליו ותופס ממון חבירו בשביל חוב שיש לאחר עליו, ובא לקדם עד שלא יתפסנו בעל חוב אחר, ונמצא תופס זה חב בתפיסתו זאת את הנושים האחרים.

חב לאחרים – מפסיד את האחרים, כמו אין חבין לאדם (כתובות יא, א).

לא קנה – כדאמר בכתובות, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס.

כאמור, על סוף דבריו של רש"י חולקים התוספות.

בסוף אותה סוגיא נאמר:

אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: המגביה מציאה לחבירו – קנה חבירו, ואם תאמר משנתינו – דאמר תנה לי, ולא אמר זכה לי.

ובתוספות:

אמר רבי יוחנן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו – ואף על גב דאית ליה לרבי יוחנן בפרק הכותב (כתובות פד ע"ב ושם ד"ה ואמר) ובפרק קמא דגיטין (יא ע"ב ושם ד"ה התופס) תופס לבעל חוב לא קני, היינו דוקא היכא דלא שייך מגו דזכי לנפשיה דאין הלוח חייב כלום לתופס אבל במציאה דאיכא מגו קנה.

כלומר, אף שרבי יוחנן מודה לעיקרון שאין אדם תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, במציאה תועיל תפיסתו, משום ש"מגו דזכי לנפשיה" – מתוך שהוא יכול לזכות במציאה לעצמו, הוא יכול לזכות בה גם לאחרים. וזה המקור לסעיף ב בשולחן ערוך, שמתוך שהנושה יכול לתפוס עבור עצמו, הוא יכול לתפוס גם עבור נושים אחרים.

הסבר הצ"ח בביאור שיטת רש"י

הצ"ח (בבא מציעא י ע"א) מסביר שלפי רש"י שליוחן יכול לתפוס, וזה חלק מהדין הכללי בכל התורה ש"שלוחו של אדם כמותו".

לעומת זאת, הרא"ש (גיטין פרק א סי' יג), כמו התוספות, סובר שהשליח אינו יכול לתפוס כשחב לאחרים, "דלאו כל כמיניה לשווייה שליח כדי לחוב לאחרים" – אין כוח למנות שליח שמקום שזה מזיק לאחרים. לפי הרא"ש והתוספות יש חילוק בין שליח לפועל, וכמו שמפורש בגמרא, שפועל שנשכר כדי לזכות עבור בעל הבית זוכה עבורו, "שאני פועל שידו כיד בעל הבית", ואף שהוא יכול לחזור בו, "כל כמה דלא הדר ביה – כיד בעל הבית הוא". דהיינו, פועל אינו זוכה מדין שליחות, שהתורה לא חידשה דין שליחות כאשר הוא חב לאחרים, אלא מדין שידו כיד בעל הבית. (הש"ך [ח"מ קה ס"ק א] מסביר שגם לדעת רש"י רק פועל יכול לזכות, ולא שליח שנתמנה בדיבור גרידא).

הצ"ח מיישב את שיטת רש"י, שגם זכייה על ידי שליח מבוססת על דין "מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה", שהרי בעל החוב יכול היה להקנות את החוב לשליח, והשליח היה תופס עבור עצמו. הצ"ח מסביר את הסברא של המגו במציאה:

ואמרתי טעם לדבר למה אמרין במציאה מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, הואיל ועל ידי זה שמגביה המציאה בשביל חבירו לא נעשה חוב לשום אדם, דכיון דהוי יכול להגביה זאת המציאה לעצמו ולא הוי מוחה בידו משום אדם, דהא לעצמו בודאי הוי יכול לזכות בזה המציאה, משום זה יכול נמי לזכות בו בשביל חבירו, ולא הוי זה חוב לשום אדם אחר, דהא אי הוי בעי הוי זכי ביה בשביל עצמו, וגם כן לא הוי זאת המציאה לאדם אחר, ואם כן מאי איכפת לכל העולם אם הוא זוכה בו בשביל עצמו או בשביל חבירו סוף סוף לאחר לא יהיה זאת המציאה, ואם כן לא הוי זה חוב לאחר על ידי שהוא מגביה לצורך חבירו.

נראה להסביר את דבריו, שהתורה לא נותנת כוח לזכות עבור אחד כאשר זה מחייב אחרים. בזכייה שיוצרת חוב לא חידשה התורה דין "זכין". אולם כאן שיש מיגו דזכי

לנפשיה, הזכייה אינה יוצרת חוב לאחרים, שהרי ממילא יכול לזכות לעצמו, ולכן יכול לזכות גם עבור אדם אחר.

אמנם עדיין קצת קשה, שכן מה שיוצר חוב על האחרים בסופו של דבר זו הזכייה שלו. נראה לומר שיש מיגו כמו מיגו דזכייה לנפשיה, דהיינו שהיה ניתן לעשות את ההפסד גם בדרך אחרת, והעולם לא רואה זאת כחוב – שהרי מה אכפת לעולם אם תופס עבור עצמו או עבור חברו?

ניתן להוסיף הסבר על פי יסוד אחר, בזוטו של ים (בבא מציעא כד ע"א). מדוע בזוטו של ים כל אחד יכול לזכות, אף אם הבעלים עדיין לא התיימש? אחד הסברים הוא שהתורה זכתה ואמרה שהממון מופקע מהבעלים, כיוון שכוח השליטה שלו אינו מעשי. ייתכן שגם מיגו דזכי לנפשיה הוא כך, כיוון שיכול לזכות לעצמו, אין שום כוח שליטה לאחרים לא בשעבוד ולא בחיוב, ולכן אין יותר חב לאחרים, ולכן יש לו זכות זכייה.

לפי הגדרה זו הצל"ח מיישב גם את הקושיה שהבאנו וגם את הקושיות מסוגיות אחרות. כי האמוראים נחלקו אם אומרים מיגו דזכי לנפשיה, וממילא הם יחלקו גם על מגו דזכין בשליח. הסוגיות שמחן עולה שגם שליח אינו יכול לתפוס – הן כשיטת מי שסובר שלא אומרים "מיגו דזכי לנפשיה" גם במציאה.

תירוצי התוספות לסתירה בדברי רב נחמן

בתוספות הקשו מדברי רב נחמן פה על דבריו במסכת ביצה :

רב נחמן ורב חסדא כו' – תימה דבשלהי משילין (ביצה לט ע"א, ושם ע"ב ד"ה הכא) אמר מילא מים ונתן לחבירו רב ששת אמר כרגלי הממלא ורב נחמן אמר כרגלי מי שנתמלאו לו, ומסיק דבמגביה מציאה לחבירו פליגי, דמר סבר קנה ומר סבר לא קנה. ומשמע דלרב נחמן קנה חבירו ולכך הוי כרגלי מי שנתמלאו לו.

ורש"י גרס התם "מר סבר קני ומר סבר לא קני", ולא גרס "חבירו", וכולהו סברי דלא קני חבירו, אלא רב נחמן סבר דמגביה נמי לא קני ולכך כשלקח חבירו ממנו קנאו [מן ההפקר שמתכוין לקנות אבל המגביה לא הגביה לקנות], ורב ששת סבר דקנה הממלא דכיון דלא קנה חבירו הוא קנה ולכך הוי כרגליו. ור"ת פירש דהתם רב נחמן מודה דקנה חבירו דאינו חב לאחרים שיש הרבה מים בבור.

ועוד אומר ר"ת דשפיר גרסינן "חבירו", וסבר רב נחמן לא קנה חבירו כי הכא וגם הממלא לא קנה ולכך כשנתנם לו קנאם והוי כרגליו, ורב ששת סבר קני חבירו מטעם מגו דזכי לנפשיה, וכיון דלא קנה חבירו אלא מטעם דזכי לנפשיה, ואי הוה זכי לנפשיה הוי כרגליו, והשתא נמי דזכי לחבריה הוי כרגליו ולא עדיף מיניה לענין תחומין והוי כאילו זכי לנפשיה.

דהיינו, מהגמרא בביצה עולה שלפי רב נחמן מגביה המציאה זוכה לחברו, ולכן לעניין דיני עירובין המים הם כרגלי מי שנתמלאו עבורו. בניגוד לסוגייתנו, שבה לדעת רב נחמן אין אדם זוכה במציאה עבור חברו, כיוון שהוא חב לאחרים.

בתירוצו הראשון, רבנו תם מסביר שלדעת רב נחמן אין במילוי מים מבור משום חב לאחרני, כיוון שיש הרבה מים בבור. בתוספות הרא"ש (בבא מציעא י ע"א ד"ה רב

נחמן) הקשה על תירוץ זה: "דאם כן מאי טעמא דרב ששת". אפשר ליישב את קושייתו, שרב נחמן ורב ששת נחלקו במחלוקת הקצות והנתיבות על זכייה. הקצות (סי' קה ס"ק א) מבאר איך פועלת זכייה:

התוספות לשיטתם דסברי דזכיה מדין שליחות... דזכיה מדין שליחות הוא דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ליה שליח. אמנם כבר נתקשתי בזה דאיך נימא זכיה מדין שליחות... ולכן נראה דאפשר דמזה דעת כמה הראשונים שאמרו דזכיה מתורת יד אמרו ולא מתורת שליחות, ואפילו למאן דאמר דזכיה מתורת שליחות, לאו משום אנן סהדי דעשאו שליח, אלא דגזירת הכתוב שיהא הזוכה לאחר מהני... אבל הך זכיה לא הוי כיד ממש אלא כמו שליחות, אבל לא משום אנן סהדי דעשאו שליח... לעולם לאו מתורת אנן סהדי הוי כמו שליח המקבל, אלא דכן גזירת הכתוב, דאף על גב דלא עשאו מקבל שליח...

לפי השיטה ראשונה, אנן סהדי שהמשלח ממנה את השליח, כאילו יש מינוי מפורש של מי שזוכים בשבילו, כביכול יש כאן מינוי שליחות. לפי השיטה שנייה, זהו מינוי של התורה, ולא צריך מינוי של האדם.

הנתיבות (ביאורים סי' קה ס"ק ב) מביא דברי הר"ן בנימוקי יוסף, שבכל מינוי שליח, צריך שהשליח יהיה גם שלוחו של בעל הממון:

שאי אפשר לזכות לחבירו מתורת שליחות אלא אם כן נעשה שליחו של בעל הממון, ובמציאה ליכא בעל הממון שיהיה זה שליחו, ולא שייך למימר בחצר כדאמרין גבי מגביה מציאה לחבירו, דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבירו

לכן הקשה הר"ן איך חצר המשתמרת קונה לבעלים מציאה שבחצר, שהרי אין בעלים למציאה וממילא אין כאן שליחות.

אפשר ליישב את קושיית תוספות הרא"ש על פי דבריהם: לדעת רב נחמן אין כאן חב לאחרני, משום שיש הרבה מים בבור, ויש כאן זכייה. אבל לדעת רב ששת אין כאן שליחות מצד בעל הממון, ולכן הממלא אינו יכול לזכות עבור מי שנתמלאו עברו.

ולפי זה אפשר ליישב כך: לדעת רב ששת אין שליחות כמו שהסברנו, ורב נחמן יסבור על פי חידוש נוסף של הנתיבות, שכדי ליצור שליחות צריך "שלוחו של בעל הממון" דווקא כשיש בעלות. לכן במי בור שהם הפקר, אין צורך בשליחות של בעל הממון. דברי הר"ן נאמרו על זכייה באבדה, שבה יש צורך בשליחות בעל הממון, כי ייאוש אינו הופך להפקר ועדיין הוא ברשות בעלים.

אם כן ראינו שניתן להסביר שרב נחמן ורב ששת נחלקו בשתי ההבנות בקצות ובנתיבות.

ברא כרעא דאבוה – גביית חוב משבח יתומים (ס' קט"ו)

הקדמה

בגביית חוב, לעתים לא הלווה משלם, אלא יורשים או לקוחות. בלקוחות, באופן בסיסי נראה כי אין להם כל חובה אישית לפרוע, אלא שהנכסים הם הנתבעים כביכול. לעומת זאת, כאשר המלווה גובה מהיורשים, עולה שאלה: האם היורש חייב לשלם בעצמו? האם על ידי שהוא ירש את קרובו, במובן מסוים הוא יירש גם את החובות, או שיורש הרי הוא כלוקח, שאין לו כל מחויבות אישית, והחוב היחידי הוא על הנכסים, המשועבדים למלווה? נעסוק בשאלה זו ונציג נפקא מינות העולות מחקירה זו. ראשית נעסוק בדין גביית שבח מיתומים.

א. סוגיית "בעל חוב גובה את השבח" ומחלוקת הראשונים

הגמרא (בבא מציעא טו ע"א) אומרת:

גופא, אמר שמואל: בעל חוב גובה את השבח. אמר רבא: תדע, שכך כותב לו מוכר ללוקח: אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין, אינון ועמליהון ושבחיהון ואיקום קדמך, וצבי זבינא דנן וקבל עלוהי.

כלומר, הסיבה שבעל חוב גובה את השבח מהלוקח היא שהלוקח סיכם מראש עם המוכר שיגבה ממנו את השבח אם יגבו ממנו את השדה¹.

ממשיכה הגמרא לדון בדין מקבל מתנה:

אמר ליה רב חייא בר אבין לרבא: אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה הכי – הכא נמי דלא טריף שבחא? אמר ליה: אין! וכי יפה כח מתנה ממכר? אמר ליה: אין. יפה ויפה...

כלומר, מכיוון שבמתנה אין אחריות, הרי אין למקבל ממי לתבוע את השבח בחזרה, ועל כן אין לבעל חוב לגבות מהלוקח את השבח. מה הדין ביתומים? לכאורה דינם אמור להיות כמקבלי מתנה, שהרי אין להם מי לתבוע.

כך פסק הרמב"ם (מלווה ולווה כא, ג-ד):

מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין בעל חוב גובה משבחה כלום, אלא רואין כמה היתה שוה בשעת מתנה וגובה, ואם שבחה מאיליה בעל חוב גובה את כולה...

וכן יתומים שהשבחו הנכסים אין בעל חוב גובה מן השבח כלום, אבל אם שבחו נכסים מאליהן גובה את השבח כולו...

לעומתו, התוספות (בבא מציעא שם ד"ה בעל חוב) סוברים:

נראה דגבי אפילו מן השבח שהשבחו יתומים אף על פי שאין להם על מי לחזור, והוה ליה כמתנה, דאמרינן לקמן דלא גבי שבחא, מכל מקום גובה מהן משום דכרעיה דאבוהון נינהו.

גם לדעת התוספות יש חריג אחד – אפתיקי. וכך כתבו:

...והא דאמר בהמקבל (להלן שם קי ע"א) יתומים אומרים אנו השבחנו ואין השבח שלך משמע דלא גבי משבח יתומים, התם מיירי כשעשה

¹ לא נדון כאן בסוגיה בבבא בתרא, ששם עולה בפשטות שדין גביית השבח הוא משום "אקניי" ואכמ"ל. בפשטות יש כאן כניסה מרצון של הלוקח לשעבוד של המוכר.

אפותיקי ואומרים אנו השבחנו ותן לנו היציאה כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, וכן מוקי התם במסקנא כשעשאה אפותיקי. כלומר, מכיוון שבאפותיקי השדה שייכת כבר למלווה, שהרי אין היתומים יכולים לסלקו במעות, הרי דין היתומים הוא כדין "יורד לשדה חברו", וממילא על המלווה לשלם להם הוצאות כדין יורד. להלכה, נחלקו בזה גם המחבר והרמ"א² (חו"מ קטו, ה): בעל חוב שבא לטרוף מהיתומים שבח שמחמת הוצאה, יתומים אומרים: אנו השבחנו, ובעל חוב אומר: שמא אביכם השביח, על היתומים להביא ראיה.

הגה: ויש אומרים דאם לא עשאן אפותיקי, עליו להביא ראיה (טור). וזאת, כי לדעת המחבר, כרמב"ם, אין המלווה טורף שבח מיתומים, ועל כן עליו להביא ראיה. אך לרמ"א, האוחז בדעת התוספות, בכל מקרה אם אין מדובר באפותיקי, המלווה יגבה, ועל כן אין לו צורך להביא ראיה, שהרי בין כך ובין שכך יגבה. כך גם בסעיף שאחריו (סעי' ו שם):

הביאו היתומים ראיה שהם השביחו, שמין להם השבח וההוצאה, ונוטלים הפחות שבשניהם ומעלה אותו בדמים. במה דברים אמורים? בשעשה שדה זו אפותיקי.

הגה: ויש אומרים דזה דוקא כשלא היה החוב נגד הקרן והשבח, אבל אם היה נגד שניהם, נוטל הכל ואינו נותן לו ההוצאה כלל (טור). אבל אם לא עשאה אפותיקי, אם רצו היתומים לסלק בעל חוב בדמים, מסלקין אותו. ואם רצו, נוטלים מהקרקע שיעור שבח שלהם.

נשאר לנו להבין מהי סברת "ברא כרעא דאבוה"? לכאורה סברה זו נראית לא משפטית אלא מוסרית. כיצד מתמודדים התוספות עם סברתו הפשוטה של הרמב"ם?

ב. מחלוקת הרא"ש והתוספות

התוספות מביאים ראיה לשיטתם:

...כדמוכח בפרק יש בכור (בכורות נב ע"א), דתנן: אין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמוחזק ולא בשבח ולא האשה בכתובתה ולא הבנות במזונותיהן, ופריך בגמרא: והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, ומשני מקולי כתובה שנו כאן, ומזון נמי תנאי כתובה דמי, והתם משבח יתומים מיירי, דאי משבח לקוחות, אם כן מאי אריא דלא טרפי בנות משבח, והלא מגוף הקרקע נמי לא טרפי, דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים. אלא ודאי בשבח יתומים מיירי, ודוקא כתובת אשה ומזונות דקילי לא גבו משבח, אבל שאר בעלי חוב גבי...

כלומר, רק כתובה אינה גובה משבח יתומים, בגלל "קולי כתובה", ומכאן ששאר בעלי חובות גובים משבח יתומים. הרא"ש (פרק א סי' לט) דוחה את ראיית התוספות:

² עיין בביאור הגר"א שם בס"ק כה מה שהעיר על כך.

...ואני אומר כמקצתו כן כולו ואין בעל חוב גובה שבחא דיתמי כיון דאין להן על מי לחזור, כי היכי דלא גבי ממקבל מתנה. וההיא דפרק יש בכור "ולא האשה בכתובתה" מיירי בכל אשה שגובה כתובתה מיתמי ומלקוחות, ופריך משמואל על אשה שגובה כתובתה מן הלקוחות ובנות במזונותיהן אי לאו דמקולי כתובה שנו כאן הוה גבי משבחא דיתמי אף על גב דשאר בעלי חוב לא גבי מינייהו משום דלא דמי חוב דמזונות הבנות לשטר חוב שעיקר חיובו היה בחיי אביהם, הלכך משבחא דיתמי לא שקיל. אבל חוב דמזון הבנות – עיקר חיובו על היתומים, הלכך הוה שקיל משבחא אי לאו משום דתנאי כתובה ככתובה. וכן כתב ה"ר יונה ז"ל, דיתומים כמתנה לענין שבח.

אלא שלפי הרא"ש לא ברורה ההווה אמינא של הסוגיה. מהי סברת "עיקר חיובו על היתומים"? למה זה מועיל שיגבו מהם את השבח לולי "קולי כתובה"? הרי עדיין אין להם על מי לחזור!

ג. שבח הבא ממילא

ראינו כבר את דברי הרמב"ם, שבשבח דממילא גובה ממתנה ומלקוחות.³ זה נראה מטעם ש"ארעא ידי אשבח". והרמ"א כותב שיש אומרים שאין הבדל, ובכל מקרה גובה רק חצי השבח.

המחבר (שם, ג) כתב:

כל הדברים לא נאמרו אלא בלוקח, אבל מקבל מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין בעל חוב גובה משבחא כלום, אלא רואים כמה היתה שוה בשעת מתנה וגובה, ואם שבחה מאליה בעל חוב גובה את כולה: הגה: ויש אומרים דאפילו השבח דממילא נמי לא טריף (טור בשם הרז"ה והרא"ש) אלא אם כן עשאו אפותיקי, שדינו כמו ביתומים שיתבאר בסמוך (המגיד פרק כא)

כלומר, לדעת הרמ"א אין סברה של "ארעאי אשבח" אלא באפותיקי. כנ"ל לגבי יתומים (שם, ד):

וכן יתומים שהשביחו הנכסים אין בעל גובה מהשבח כלום אבל אם שבחו נכסים מאליהם גובה את השבח כולו:

הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאינו גובה ביתומים כמו במתנה אלא אם כן עשאו אפותיקי דאז גובה גם השבח.

כלומר, באופן עקבי נראה כי הרמ"א חולק על הסברה של "ארעאי אשבח" אבל לעומת זאת הוא סובר ש"ברא כרעא דאבוה", ויש לברר את שני היסודות, מדוע אין "ארעאי אשבח" ומה המהות של "כרעא דאבוה" כמו שהערנו לעיל. הסברה של ברא כרעא דאבוה מוזכרת בכמה מקומות. נענין בהם להלן.

³ וכן פסק המחבר (קטו, א), שבשבח דממילא גובה את כל השבח, בניגוד למה שגובה בשבח דמחמת הוצאה – חצי השבח, על פי הסוגיה בבבא בתרא שהזכרנו לעיל בהערה, ושוב נראה שהנימוק הוא "ארעאי אשבח".

ד. בחיוב בשעבוד

הגמרא (בבא קמא ט ע"א) אומרת:

אמר רב אסי: כספים הרי הן כקרקע. למאי הלכתא?... לשני אחים שחלקו ונטל אחד קרקע ואחד כספים, ובא בעל חוב ונטל קרקע, דאזיל האי ושקיל פלגא בכספים בהדיה, פשיטא! האי ברא והאי לאו ברא? איכא דאמרי: אדרבה, לאידך גיסא, דאמר ליה: להכי שקלי כספים, דאי מגנבי לא משתלמנא מינך, ולהכי שקלת ארעא, דאי מטרפא לא משתלמא לך מידי מינאי! אלא לשני אחים שחלקו, ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן...

והא אמרה רב אסי חדא זימנא! דאיתמר, האחים שחלקו, ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן, רב אמר: בטלה מחלוקת, ושמואל אמר: ויתר, ורב אסי אמר: נוטל רביע בקרקע ורביע במעות; רב אמר בטלה מחלוקת, קסבר: האחים שחלקו כיוורשים הוו; ושמואל אמר ויתר, קסבר: האחים שחלקו – לקוחות, וכלוקח שלא באחריות דמי; ורב אסי אמר נוטל רביע בקרקע ורביע במעות, מספקא ליה אי כיוורשין דמו אי כלקוחות דמו, הלכך נוטל רביע בקרקע ורביע במעות...

ומביא הרא"ש (מסכת בבא קמא פרק א סי' ו):

פסק רב אלפס ז"ל כלישנא קמא דשקיל פלגא בכספים... וסברא ראשונה עיקר הוא מדחזינן גמרא דבפרק בית כור (קז ע"א) דפסק והלכתא כרב דאמר בטלה מחלוקת... דסברא מוחלטת היא דיתמי כרעא דאבוהון אינון לפרוע חובת אביהן בשוה בין נטלו שניהם קרקע בין נטל אחד קרקע ואחד כספים, הלכך תלה הרי"ף פסק הכרע בין אלו שתי הסברות בההיא פיסקא דבית כור דפסיק הלכה כרב דאמר בטלה מחלוקת.

כלומר, גם אם אנו פוסקים שהאחים הם כלקוחות, והדין היה צריך להיות שלא בטלה מחלוקת, הרי"ף פוסק שיכול לחזור לשני, לא מכוח השעבוד שיש לו, אלא מדין "ברא כרעא דאבוה", "האי ברא והאי ברא", ועל כל אחד מהם מוטל לפרוע את חובו של אביו מנכסיו, ועל כן בטלה החלוקה אף אם נאמר שהאחים – לקוחות הם.

ה. תשלום חומש על ידי היתומים

במקרה שאדם גזל ונשבע והודה ונתחייב ומת הוא חייב חומש. אם האב נשבע והבן הודה, אינו חייב לשלם חומש.

אם האב גזל, והבן נשבע והודה, תלוי על מה החומש, האם הוא על הגזל או על השבועה. בגמרא יש דרשה "אשר גזל" שאינו משלם חומש על גזל אביו, וכן פסק הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה ז, ג):

במה דברים אמורים? כשהיה חייב לשלם מחמת עצמו, אבל אם היה חייב לשלם מחמת אביו – אינו משלם חומש. כיצד? כגון שגזל אביו או גנב או שהיה חייב לאחרים, והבן יודע, וכפר הבן ונשבע ואחר כך הודה – משלם הקרו בלבד. שנאמר: "אשר גזל", על גזלו הוא מוסיף חומש, ואינו מוסיף חומש על גזל אביו.

ויש להבין את הצורך בדרשה זו, שהרי בלאו הכי חובו של הבן לשלם הוא רק בשעבוד הנכסים, ואין חייבים חומש על שעבוד קרקעות.

כתב ר' חיים הלוי (הלכות שבועות ח, יג) :

...אכן לפי מה שנתבאר הרי נוחא, דבשבועת הבן וכפירתו הלא תרתי איכללו בה, גזל הבן עצמו, כיון דהנכסים הם תחת ידיו, וגזלת האב. ודיניהם חלוק. דלענין גזל הבן עצמו הרי ליכא רק כפירת שעבוד הנכסים בלבד, דשעבוד הגוף הרי ליכא על הבן, ואין עליו שום חיוב כלל לסלק חוב אביו, ורק הנכסים המשועבדין מחמת חוב אביו הם תחת ידיו בירושתו, דזה לא הוי רק כפירת שעבוד נכסים, וכיון דבנכסים שירש איכא גם קרקעות, אם כן ממילא דדין כפירת שעבוד קרקעות בהו דפטור מקרבן וחומש, מה שאין כן אם נבוא לדון על כפירתו בשעבוד אביו, בזה שפיר איכא שעבוד הגוף ודין חובת תשלומין, דאף על גב דמיית לא פקע שעבודא מיניה, ויורש כרעא דאבוא הוא, דחייל טענתו וכפירתו גם על שעבוד הגוף של אביו, וגם דיכול לסלקו בכל מה שירצה, ושפיר הוי זאת כפירת חוב של ממון ולא כפירת קרקע, דצריך להיות חייב עליה קרבן וחומש, ועל זה הוא דבא הגזירת הכתוב ד"אשר גזל", דעל גזל שלו מוסיף חומש ואינו מוסיף חומש על גזל אביו, דמשום הכי הוא דמיפטר לגמרי מקרבן וחומש,

יש אם כן שני מישורים : מה שהבן חייב להחזיר את הגזל, מצד שירש את זה, וגם מכוח שירש את כל החובות של האב. ולכן מחמת חוב אביו זה שעבוד קרקע. אבל מצד המישור השני, שירש את האב גם בשעבוד הגוף, היה מקום לחייב חומש, ופטור רק משום גזירת הכתוב.

לפי הסבר זה ניתן להבין גם את הרא"ש בהסבר הרי"ף, שהאי ברא והאי ברא, ששניהם חייבים באותה מידה כי שניהם עומדים במקום האב.

אמנם לא ברור שזה הסבר טוב גם לפי התוספות, כי התוספות מדברים לא רק במה שיש קרקע, אלא במה שהוציאו היתומים, וגם על זה שייך ברא כרעא דאבוא, והרי מנכסי עצמם לא חייבים, ואיך יתחייבו בשבח? כנראה צריך למצוא חיבור בין השבח לקרקע.

זה יענה גם על השאלה ששאלנו לעיל, למה יש הבדל בין שבח הבא ממילא לשבח הבא מחמת הוצאה. היה ניתן לומר ש"ארעאי אשבח", אבל ר' חיים דוחה הבנה זו.

ו. דברי ר' חיים על "שבחא דממילא"

אומר ר' חיים הלוי (הלכות מלוה ולוה כא, א) :

והנה קשה לדעת הרמב"ם, היאך גובה הבעל חוב את השבח דממילא מדינא, והרי כיון דהשבח נעשה ברשות הלוקח שגוף השדה שלו, ואם כן הא נמצא דהשבח מעיקרו הוא של הלוקח, ואין להמוכר בו שום זכות מעולם, ואיך גובה הבעל חוב של המוכר מהשבח שהוא של הלוקח. ואי דנימא דהרמב"ם סבירא ליה דכיון דיש להבעל חוב שעבוד על גוף הקרקע אמרינן דקרקע שלו היא דאשבחה, אם כן הא קשה, דאמאי בשבחא דמחמת הוצאה לא שקיל מדינא, והרי קיימא לן בבא מציעא (קי ע"א) דהיורד לתוך שדה חבירו ברשות וזרעה ונטעה דנוטל כאריס, והיינו משום דהקרקע של בעלים היא שהשביחה, ואם כן גם הכא, כיון דהרמב"ם סבירא ליה דהבעל חוב שיש לו שעבוד על קרקע יכול לומר גם

כן ארעאי הוא דאשבת, אם כן גם בשבת הבא מחמת הוצאה גם כן לימא ארעאי אשבת, ולא יהא להלוקח מדינא אלא כאריס, והמותר יטול הבעל חוב מדינא, והרי בדברי הרמב"ם מבואר דביתומים ומקבל מתנה אין הבעל חוב נוטל מהשבת כלל, וכמו שכתב ז"ל, אלא רואין כמה היתה שוה בשעת מתנה וגובה, וקשה דאמאי לא יטול חלק בהשבת משום הך דארעאי אשבת.

מכוח קושיה זו, שאילו היה בשעבוד דין "ארעאי אשבת" אז גם בשבת מחמת הוצאה לא היה נוטל הכול אלא היה עליו לשלם הוצאה כדין יורד, דוחה ר' חיים את ההבנה הזו. מסביר ר' חיים:

ונראה לומר, דבאמת גם הרמב"ם סבירא ליה דאין הבעל חוב יכול לומר ארעאי אשבת, דהרי אין להבעל חוב רק שעבודא, והך דינא דארעאי אשבת לא שייך אלא במי שגוף הקרקע היא שלו, והא דסבירא ליה דהבעל חוב גובה משבחה דממילא מדינא, ואף על גב דהשבת הרי לא היה של המוכר מעולם, היינו משום דמשעה שנשתעבדה לו הקרקע שוב אינו צריך כלל לשעבודא דמוכר, ואקרקע גופה אית ליה שעבודא, וכדקיימא לן דגם לאחר מיתת הלוח גם כן גובה מהנכסים, ואף על גב דלא שייך שוב שעבודא על הלוח, ולפי זה שפיר נוטל מהשבת, דכיון דהשבת בא מהקרקע, כגופה של קרקע דמי, ולהכי אמרינן דכמו דאית ליה שעבודא על הקרקע רמי גם כן שעבודא על השבת, ולא מהניא לן מידי מה דהשבת הוא של הלוקח, דכל זה היה שייך אם היה חשוב כגובה מן המוכר, אבל מאחר שבא לגבות מהקרקע, על כן השבת שייך להקרקע, וכגופה של קרקע דמי למיחל גם עליה ממילא שעבודא מדינא גם בלא דאקני.

ולפי זה הרי ניתא הא דמחלק הרמב"ם בין שבחה הבא מחמת הוצאה לשבחה דממילא⁴...

על כן, המחלוקת אם בשבת דממילא המלווה גובה אוטומטית ברורה – לא ברור שהשבת אכן שייך אוטומטית לקרקע. אבל בשבת מחמת הוצאה יש צורך בסברת "ברא כרעא דאבוה" כדי שיגבה. היינו, השבת קשור לשדה, אלא שמכיוון שיצר אותו מישהו – הרי שייך הוא ליוצר, אלא שסברת "כרעא דאבוה" מחזירה את השבת כחלק מהשדה.

סיכום

ראינו את מחלוקות הראשונים אם בעל חוב גובה שבת מיתומים, ותהינו מהי הסברה "כרעא דאבוה" שאומרים התוספות. התומים הסביר שאכן יש שעבוד הגוף על היורשים. אך ר' חיים הלוי טוען שזהו דין בשעבוד, דהיינו השבת הוא חלק מהשדה, אלא אם יש לשייכו ליוצר מסוים. השעבוד מונע את ניתוק השבת מן השדה.

⁴ עיין שם בהוכחה מירושלמי מעשרות פרק א, שהזרע שדה הפקר השבת אינו הפקר אלא חייב במעשר, כי שבת מחמת הוצאה שייך לעושהו, ואילו שבת דממילא נחשב חלק מהקרקע.

נספח – דברי הפני יהושע

נראה עוד קטע מהפני יהושע שנראה שניתן להסביר רק על פי היסוד שהבאנו. בגמרא (בבא מציעא יד ע"ב) אמרו :

המוכר שדה לחברו ונמצאת שאינה שלו, רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח (היינו הלוקח נוטל מן הגזלן השבח).

שואל רש"י, ולמה אין הנגזל נותן השבח, ומתוך שמדובר שגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזלן.

אומר הפני יהושע (שם) :

אבל לפי דרכו של רש"י כאן יש ליישב הכול על נכון, דודאי סתמא דלישנא משמע דאפילו משבח שכנגד ההוצאה נמי איירי, ולכך הוצרך רש"י לפרש דהא דהנגזל אינו נותן כלום על כרחך היינו משום שגזלה משובחת, ואם כן לא דמי כלל ליורד לשדה של חבירו שלא ברשות והשביחה, דהכא בין ההוצאה ובין השבח הכל חוזר לדמי הקרן של הנגזל כיון שכך נגזלה ממנו.

ואדרבא, יש לדמותו לבעל חוב דהיכא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא אינו נותן אפילו ההוצאה ללוקח, והיינו משום שיש לו על מי לחזור, והכא נמי לרב חוזר הלוקח על המוכר ושקיל ההוצאה עם השבח...

ולכאורה מה בכך שגזלה משובחת? הרי השבח שעכשיו אין לו שייכות למה שהיה אז. ולפי היסוד שהבאנו הכול מיושב, שאם גזלה משובחת – השעבוד חל על הקרקע עם השבח, ואין לנתק ביניהם, וכמו שאמרנו.

יסוד חיובו של הערב (ס' קנ"ט)

הקדמה

הש"ך (חו"מ קכט ס"ק ו) כותב:
 ואם כתב בכתב ידו כל מי שיתנדב ללוות לפלוני כך ממון אני נכנס עבורו
 ערב קבלן, עיין באורך בתשובת רשד"ם סימן ל"ח שצידד שאין זה ערבות,
 כיון שלא אמר בשם ציווי תן לו, ודמי למי שאמר: כל הזן אינו מפסיד כו'.
 דין "כל הזן אינו מפסיד" נאמר במודר הנאה, שאינו יכול למנותו שליח, שאז נהנה
 משליחותו, ורק בלשון כזו מותר לו לומר, שכן אז אינו נחשב שנהנה ממנו. משם למד
 מהרשד"ם לגבי ערב, שאם אמר בלשון זו אינו נעשה ערב למלווה.
 התומים מעיר שהש"ך עצמו ביו"ד (סי' שלה) מחייב לשלם במצב כזה, ורק אינו נחשב
 שלוחו. אך מדברי הש"ך כאן משמע שאינו חייב, ואם כן דבריו לכאורה סותרים אלו
 את אלו.
 נדון זה מביא אותנו לשאלה היסודית כיצד נוצר חיוב הערב.

יסוד הערבות

הגמרא בבבא בתרא (קעג ע"ב) אומרת:
 א"ר הונא: מנין לערב דמשתעבד? דכתיב: "אנכי אערבנו מידי תבקשנו".
 מתקיף לה רב חסדא: הא קבלנות היא, דכתיב: "תנה אותו על ידי ואני
 אשיבנו"! אלא אמר רבי יצחק, מהכא: "לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה
 חבלהו"; ואומר: "בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפיך, נוקשת באמרי
 פיך נלכדת באמרי פיך, עשה זאת אפוא בני והנצל כי באת בכף רעך לך
 התרפס ורהב רעך", אם ממון יש לו בידך – התר לו פיסת יד, ואם לאו –
 הרבה עליו ריעים. אמר אמימר: ערב דמשתעבד – מחלוקת ר' יהודה ור'
 יוסי, לרבי יוסי דאמר: אסמכתא קניא – ערב משתעבד, לר' יהודה
 דאמר: אסמכתא לא קניא – ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי
 לאמימר: הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד! אלא
 אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה – גמר ומשתעבד נפשיה.
 ופירש רשב"ם שם:
 מנין לערב שמשתעבד – באמירה בעלמא בלא קנין.
 קצות החושן (סי' קכט ס"ק א) מסביר שיש בעיה של אסמכתא בערבות, ולכן לא די
 באמירה בעלמא, מה שאין כן כשאינו בדרך ערבות ותנאי אלא באופן מוחלט – אז
 מתחייב גם ללא שליחות:

ואחר העיון נראה דברי הש"ך נכונים, והוא דודאי סבירא ליה לש"ך
 ביו"ד באומר כל הזן אינו מפסיד דחייב לשלם ומשום דסובר כדברי
 הפרישה שם דהוי ליה כאומר מי שיפרנס להמודר אני אשלם (יו"ד סי'
 רכ"א סעיף ח') ומשום הכי חייב לשלם, אבל שליחותיה לא מיקרי ואינו
 אלא כפורע חובו של המודר דמותר כיון דאינו שלוחו, והכא לענין ערב
 בעינן דוקא שליחות, ומי שאמר הריני ערב בעד חובו של פלוני והחוב לא
 היה על פי שליחות ידיה אינו מתחייב כלל, ומשום דערבות הוי אסמכתא
 ואינו מתחייב בדיבור גרידא אפילו לדעת הרמב"ם (פרק יא ממכירה

הלכה טו), דאדם יכול לחייב עצמו בדיבור, והוא בשולחן סימן מ' (סעיף א'), ערב אינו משתעבד אלא בשעת מתן מעות ומשום דהמלוה נותן על פי שליחות ידידה גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה, ועיין לשון רשב"ם סוף פרק גט פשוט (בבא בתרא קעג ע"ב ד"ה גמר ומשתעבד) גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותיה דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה, עכ"ל ובכך מיישב את שתי הקושיות של המהרשד"ם:

דמתשובת הרא"ש כלל ס"ח ס"י ט' מוכח להדיא דזה מתחייב, דראיית הרא"ש מקרא (שמואל א' יז, כה): "איש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול", ואני מוסיף מברייאת (בבא בתרא קמא ע"ב): המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה כו'.

ותירץ ששם, ב"איש אשר יכנו" וב"המבשרני", לא מדובר בערבות אלא בהתחייבות ללא תנאי אם יכנו או יבשרנו, אבל בערבות ותנאי – צריך שליחות דווקא כדי שיתחייב.

נתיבות המשפט (סי' קכט ס"ק א) דוחה את דברי קצות החושן, שהרי מצאנו שיש מחלוקת תנאים בערבות לאחר חיתום שטרות אף שאין נתינת מעות ולא שייך ציווי של שליחות, ואם כן על כורחך שלא זהו טעם התחייבות הערב, וזה לשונו:

ושלא בשעת מתן מעות ודאי דלא אמר לשון שליחות דתן לו, רק ואני ערב גרידא, ואפילו הכי חייב, ואפילו מאן דפוטר, הוא מטעם דשלא בשעת מתן מעות לא על אמונתו הלוהו כמבואר בסוף בתרא [שם], ואם כן בערב בשעת מתן מעות דעל אמונתו הלוהו, אפילו לא אמר לשון שליחות רק ואני ערב לחוד, גם כן חייב, וכן מוכח בכמה דוכתין, והוא פשוט וברור לפענ"ד.

יש אפוא מחלוקת אם צריך שליחות כדי להתחייב בערבות. ייתכן שהמחלוקת תלויה במקור שאותו הביאה הגמרא להשתעבדות הערב: הגמרא תלתה תחילה את דין השתעבדות הערב בדין של אסמכתא קניא, אך דחתה זאת שכן גם למאן דאמר אסמכתא לא קניא, יש קניין לערבות, כי בערבות, באותה הנאה שמוציאים כסף על פיו גמר ומשעבד נפשו. ניתן להבין את מסקנת הגמרא בשתי דרכים:

א. באותה הנאה מתבטל החיסרון של אסמכתא, אך הדבר המחייב אינו גמר ומשעבד נפשיה אלא שמבצע את זה בשליחותו, שהרי זה כאילו הוא קיבל את הכסף לידי ו ממילא מתחייב כמו הלוה. המחייב זה השליחות.

ב. אותה הנאה שווה כסף, וזהו הקניין המחייב את הערב, שקיבל שווה כסף. אפשר אולי להציע שמחלוקת הקצות החושן ונתיבות המשפט היא בשתי ההבנות הללו, קצות החושן הבין כדרך הראשונה, שסיבת החיוב היא השליחות, ואילו נתיבות המשפט הבין כדרך השנייה, שסיבת החיוב אינה השליחות אלא קבלת ההנאה.⁵

זרז מנה לים ואתחייב לך

המחנה אפרים (הלכות מלוה ולוה – דיני ריבית סי' יא) כותב: מי שאמר לחבירו תן מנה ללוי מתנה ואלוה לך מעות מהו?

⁵ עיין לקמן מה שנאמר עוד בדעת קצות החושן ונתיבות המשפט.

הא מילתא איתיה בפרק הרבית, דגרסנן שם: ישראל שלוח מעות מן הגוי ברבית, מצאו ישראל ואמר ליה תנן לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לגוי – הרי זה אסור, וכתבו התוספות דלאו דוקא אמר ליה ואני אעלה לך, אלא אפילו אמר ליה ואני אעלה לגוי כיון דמשכר ההלואה נותן לגוי על פי הישראל – הרי זה כמי שנתן לישראל מדין ערב כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב.

כלומר, כיון שנתנית המעות לגוי המלווה נעשתה על פי ציוויו, נחשב שהוא מקבל בעצמו את הריבית, ונמצא שקיבל הישראל הלווה ריבית מישראל חברו ואסור. התוספות מבארים זאת על פי דין ערב. בהמשך דבריו כותב המחנה אפרים:

והגם דראיתי להריטב"א בחידושו לפרק הרבית שכתב ז"ל והיכא דאמר ליה תן דינר לפלוני ואלוה לך הרי זה ריבית קצוצה, ואף על גב דלא אתו זוזי ליד המלווה, מכל מקום מה שנתן עפ"י נתן, דאפילו אמר לו זרוק דינר לים ואלוה לך הרי הוא כאילו הגיע לידו וחזר וזרקו לים, כיון שזה עפ"י זרק, כפי ר' בשם הרמב"ן עכ"ל. הנה מלבד דזה הוי איפכא ממה שכתב הוא עצמו בחידושו לקידושין, דמה שנותן לאחרים עפ"י לא חשיב כאלו הגיע לידה אלא שמתקדשת בהנאה כל דהו שנעשה דיבורה, עוד קשה עליו דכפי הנראה מדברי התוספות ומהר"ם ז"ל שהבאתי דלא אמרו הכי אלא דקצץ עמו שכר על ההלואה ומתנה עמו שיתנהו לאותו פלוני, דכי נותן לוה שליחותיה דמלוה קא עביד, אבל כי לא קצץ שכר על ההלואה לא חשיב כאלו הגיע לידו, דמאי דיהיב זה לאו משכר ההלואה הוא דקא יהיב אלא מתנה בעלמא. ומכל מקום בנדון דידן שאמר לו תן אתה דינר לפלוני מתנה ואלוה לך, נראה דכולי עלמא מודו דלא הוי רבית קצוצה.

האם באומר זרוק מנה לים ואתחייב לך יש דין ערבות? אם הערבות היא מחמת שעשה את שליחותו, אז רק אם יש מישהו ש'מקבל' את השליחות יש דין ערבות, אבל אם מה ששמע בקולו הוא המחייב – גם כאן מתחייב. נמצא שנדון "זרוק מנה לים ואתחייב לך" תלוי בחקירה שחקרנו לעיל, האם סיבת החיוב של ערב היא מחמת השליחות או ההנאה.

קידושין מדין ערב

הגמרא בקידושין (ו ע"ב – ז ע"א) אומרת:

אמר רבא: תן מנה לפלוני ואקדש לך – מקודשת מדין ערב, ערב לאו אף על גב דלא מטי הנאה לידיה קא משעביד נפשיה, האי איתתא נמי, אף על גב דלא מטי הנאה לידיה קא משעבדא ומקניא נפשה... איתמר נמי משמיה דרבא: וכן לענין ממונא.

הגמרא עושה צריכותא:

וצריכא דאי אשמועינן קידושין, משום דהא איתתא ניחא לה בכל דהו, כדריש לקיש, דאמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, אבל ממונא – אימא לא; ואי אשמועינן ממונא, משום דאיתיהיב למחילה, אבל קידושין – אימא לא, צריכא.

העילוי ממייצייט (סי' ז) דן בשאלה אם סיבת חיובו של ערב היא מחמת שקיבל הנאה, ודוחה זאת מחמת כמה קושיות:

- א. לשון הגמרא הנ"ל בקידושין היא "לאו אף על גב דלא מטי הנאה לידיה קא משעביד נפשיה", משמע שאינו מקבל הנאה.
 - ב. אם היה הטעם שמשתעבד מחמת שקיבל הנאה לא היה צורך ללמוד לקידושין מערב, אלא היות שזו סברה שבאה הנאה לידה, לפיכך וודאי שתתקדש.
 - ג. אם אמרה שייתן לפלוני שווה פרוטה, נמצא שבוודאי הנאתה פחותה משווה פרוטה, ואם כן לא תתקדש, ולמה אם כן אמרה הגמרא שמקודשת?!
- לפיכך מסיק העילוי ממייצייט שמה שערב משתעבד אינו מחמת הסברה שקיבל הנאה, אלא מחמת גזרת הכתוב, שמה שנותנים מחמתו שווה פרוטה לאחר הרי זה כאילו הוא קיבל את אותו שווה פרוטה.

הבנה אחרת בדברי קצות החושן

אם נדקדק בדברי קצות החושן שהבאנו לעיל נראה שאפשר ללמוד הבנה אחרת ממה שביארנו בדבריו לעיל. וזו לשונו שם: "ערב אינו משתעבד אלא בשעת מתן מעות ומשום דהמלוה נותן עפ"י שליחות ידיה גמר ומשעבד נפשיה **בההיא הנאה**". אפשר לומר שהקצות מודה שהכול תלוי בההיא הנאה, אלא שנחלקו מה יוצר את ההנאה, האם הציווי, השליחות, היא הבסיס לההיא הנאה, וההנאה היא המחייב, וכדברי הקצות, או כדברי הנתיבות, שגם במצב שאין שליחות, כגון ב"כל הזן" ו"כל המפרנס", יש הנאה, כיוון שעושים את רצונו, ולכן מתחייב מדין ערב. המחנה אפרים בהלכות שומרים (סי' כז) כותב:

והיכא דהפקיד מידי אצל ב' ופשע א' מהם ונאבד, נראה דכל אחד חייב לשלם החצי משום שכל אחד לא קבל לשמור אלא שמירת חצי החפץ. וזה מתבאר מדברי הר"ן פרק שבועת הפקדון והרב המגיד ז"ל בפרק כ"ה מהלכות מלוה, שכתב ז"ל אבל הרשב"א כתב והסכים לדעת רבינו ז"ל שיש חילוק בין שני ערבים לשנים שלוו, שהרי הם לא נתחייבו מחמת שום דבר שנתן להם שנאמר לכל אחד נתן חציו או הפקיד חציו, וכן כתב הנמוקי יוסף בפרק המפקיד ז"ל המפקיד אצל ב' לזה הפקיד מחצה ולזה מחצה... כבר הוכיח הרמב"ן מפרק המפקיד ומפרק השואל דהמפקיד אצל שנים לשניהם ביחד הפקיד לזה מחצה ולזה מחצה, אלא שאם אין לחברו לשלם הרי זה חייב לשלם מדין ערב כמו שנים שלוו ביחד שנעשו ערבים זה לזה, והביא דבריו הרב בעל התרומות בשער מ"ד:

איברא דהאי מלתא דערבות גבי פקדון לא ברירא לי, דבשלמא בהלווה או השאל לזנים שייך ערבות שזה נעשה ערב על חלק חברו הואיל ומטי ליה הנאה לחברו כאלו הגיע לו דמי, אבל גבי פקדון דלא מטי ליה הנאה לנפקד, היאך יתחייב זה שנעשה ערב בעדו? דאין הערב מתחייב אלא כי מטי ליה הנאה לחברו, וכמו שהביא הרא"ש פרק קמא דקדושין משם התוספות, ולזה הסכימו הרשב"א והר"ן ז"ל, שלא כדעת הרמב"ן שכתב דכל שעשה מעשה על פיו הרי זה מתחייב מדין ערב ואף על פי דלא מטי ליה שום הנאה, וכגון דאמר ליה זרוק מנה לים ואתחייב אני לך, ואפילו לפי מה שכתב הרא"ש ז"ל דאין השומר צריך שימשוך אלא כיון שעל פי

דיבורו של שומר סילק שמירתו המפקיד מתחייב השומר היינו טעמא משום דעל דיבורו סמך וסילק שמירתו, אבל כי אמר ליה למפקיד תנם ללוי שישמרם ואני ערב אם יתחייב לך – הוי אסמכתא דסמכא דעתו של זה שלוי ישמרם שמירה מעליא...

כלומר, מדברי המחנה אפרים עולה שיש שתי אפשרויות להסביר את הדעה שפוטר ב"זרוק מנה לים ואתחייב לך":

א. כיון שזו שטות, הרי זה פיטומי מילי בעלמא, ולכן בוודאי אינו מתכוון להשתעבד.

ב. ערב משתעבד רק כשניתנת הנאה לאחר על פי דיבורו. ההסבר בזה לענ"ד הוא שרק כשאחר מקבל הנאה נמצא שיצאה ההנאה מרשות האחר, אבל במה שזורק לים אינו יוצא מרשותו, כי עדיין לא זכה בזה האחר. כדי להמחיש זאת אפשר לדמות זאת לדברי נתיבות המשפט בעניין ייאוש באבדה, שכל עוד לא זוכה אחר באבדה – לא יצאה מרשות בעליה הראשון.

שניים שקיבלו ערבות – מחלוקת קצות החושן ונתיבות המשפט

נתיבות המשפט (סי' קלב ס"ק ג) מתווכח עם קצות החושן (סי' עז ס"ק ז) בעניין שניים שקיבלו על עצמם ערבות להלוואה אחת ונפרע המלווה מאחד מהם. וזה לשון הנתיבות:

עיי' ש"ך סק"ה דכשגבה מהערב אחד, דהערב יכול לתבוע השני החצי אף למאן דסבירא ליה דיכול המלוה לגבות מאיזה ערב שירצה. ובספר קצות החושן בסימן ע"ז סק"ז תמה על זה, ומדמה אותו לשני לקוחות שקנו שתי שדות כאחת, דאם גבה הבעל חוב מאחד מהם דאינו יכול לתבוע מחבירו [רא"ש ב"ק פ"א סי' ו'], ע"ש.

והוא תמוה, דשנים שעברו דמי ממש לשנים שלוו, דמה לי אם אמרו שנים תן לנו מעות ונהיה חייבים לך, או שאמרו תן לפלוני ונהיה חייבים לך, **דתן לפלוני הוי ממש כאומר תן לי**, דהא באשה, אם אמרה תן לפלוני ואתקדש לך, מקודשת [קדושין ז' ע"א], דהוי כקיבלה בעצמה, והכא נמי דכוותיה.

נראה לבאר את מחלוקתם כך: נתיבות המשפט מבין שיסוד חיוב הערבות הוא שליחות, ומה שקיבל הלווה הוא כאילו קיבל הערב, ולכן שניים שהתערבו עבור המלווה דינם כשניים שלוו ממש, שהרי זה כאילו הם קיבלו את ההלוואה לידם. קצות החושן לעומת זאת סובר שיסוד חיוב הערב הוא מפני שנהנה בערבותו, ולא מפני שקבלת הלווה היא כאילו הם קיבלו, ולפיכך ההנאה שקיבל האחד נפרדת משל חברו ואין לו חלק בה, וכמו שני לקוחות שקנו שתי שדות כאחד, ואין לדמות זאת לשני לווים.

וצריך עיון, שדברים אלו הפוכים ממה שכתבנו לעיל בדעת הקצות והנתיבות, שהקצות סובר שיסוד הערבות היא שליחות ואילו הנתיבות סובר שיסוד הערבות הוא ההנאה.

אפשר ליישב את דברי קצות החושן לפי מה שכתבנו לעיל בדעתו, שגם הוא סובר שיסוד החיוב בערבות הוא ההנאה ולא השליחות, והשליחות היא רק צורה של הנאה. את דברי נתיבות המשפט אפשר ליישב שאמנם אינו מצריך שליחות כדי להתחייב מדין ערב, אבל היסוד הוא שקבלת הלווה היא כקבלת הערב ולא מחמת שליחותו.

תן מנה לקטן

הגמרא בקידושין (יט ע"א) אומרת :

אמר רבא אמר רב נחמן : אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושך, מדרבי יוסי ברבי יהודה, לאו אמר רבי יוסי ברבי יהודה : מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו? וכי משייר בה שוה פרוטה הווי קידושי, הכא נמי לא שנא.

התוספות שם בד"ה אומר אדם מקשים :

תימה מאי אתא לאשמועינן? פשיטא! למה לא תתקדש אפילו היה אומר תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך היתה מקודשת מדין ערב כדלעיל (ז ע"א), כל שכן שאמר לבתו

מתרצים התוספות :

דלא הוי לא כאומר לו ולא כאומר לה, אלא הכי מוכיח ע"כ קטנה יש לה יד לקבל קידושין מדאשכחן גבי יעוד

רואים מקושיית התוספות שנתנה לקטנה נחשבת לעניין ערבות, רק צריך שתהיה בגדרי ערבות.

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות

כתב השולחן ערוך (חו"מ קכט, ד) :

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב : ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או שהעדים מעידים עליו, יש אומרים שמשמעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חורין, ויש אומרים שאינו משמעבד אלא בקנין. ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות, צריך קנין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות.

במה נחלקו השיטות אם יש צורך בקנין כדי שישמעבד הערב היוצא לאחר חיתום שטרות?

הסמ"ע (ס"ק יב) מסביר :

טעם פלוגתתן מבואר בטור ובפרישה [סעיף ג'], דהראב"ד וסיעתיה [המובאים בציונים אות ט'] סבירא להו דזה דומה למתחייב לחבירו וכתב לו בשטר אני חייב לך מנה, דחייב אפילו בלא קנין וכמ"ש לעיל בסימן מ' [סעיף א']

כלומר כיוון שכתב בשטר אין צורך בקנין, כי השטר הוא תחליף לקנין, הוא יוצר גמירות דעת. אפשר גם לומר שהשטר עצמו הוא קנין, קניין שטר. ממשיך הסמ"ע לבאר את הדעה החולקת :

והרמ"ה וסיעתיה סבירא להו דכאן ששיעבד נפשו בתורת ערבות ואסמכתא היא, גרע מהמחייב נפשו עתה לגמרי. וזהו גם כן טעם הרמב"ם [פרק כו ממלוה הלכה א] דמצריך קנין אפילו בערבות היוצא קודם חיתום שטרות, ואפילו כתוב בו 'ופלוני ערב', בוי"ו, ואם לא קנו מידו, סבירא ליה דאפילו מבני חרי אינו גובה, כמו שכתב המגיד משנה [שם] בשמו, ובפרישה [סעיף ה'] כתבתי לשונו. והוכחתי שם ובדרישה [סעיף ז'] דגם דעת הטור היא כדעת הרמב"ם, ע"ש ודוק.

בגמרא בכתובות קא ע"ב מובא :

אתמר : האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר : חייב, וריש לקיש אמר : פטור...

אמר רבא, כתנאי : ערב היוצא אחר חיתום שטרות – גובה מנכסים בני חורין, מעשה בא לפני רבי ישמעאל ואמר : גובה מנכסים בני חורין, אמר לו בן ננס : אינו גובה לא מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים, אמר לו : למה? אמר לו : הרי שהיה חונק את חבירו בשוק, ומצא חבירו ואמר לו הנח לו ואני אתן לך – פטור, שלא על אמונתו הלווה; לימא, רבי יוחנן דאמר כרבי ישמעאל, וריש לקיש דאמר כבן ננס! אליבא דבן ננס כולי עלמא לא פליגי, כי פליגי – אליבא דרבי ישמעאל, רבי יוחנן כרבי ישמעאל, וריש לקיש? עד כאן לא קאמר רבי ישמעאל התם – אלא דשייך ליה לשיעבודא דאורייתא, אבל הכא לא שייך שיעבודא דאורייתא

מה סובר בן ננס? מלשונו במשנה בסוף בבא בתרא, שהובאה פה בגמרא, נראה סובר שיש גמירות דעת להתחייב רק אם על אמונתו הלווה. אבל מסוגיית הגמרא כאן נראה שהיא הבינה אחרת בדעתו, שהרי רצתה לומר שמחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש לגבי מי שאמר לחברו "חייב אני לך מנה בשטר" היא כמחלוקת בן ננס ור' ישמעאל, וזה לשון התוספות כתובות קב ע"א ד"ה כתנאי :

והשתא משמע הכא דערב היוצא אחר חיתום שטרות מיחייב משום דחשיב כמודה שנעשה ערב בשעת מתן מעות. ולא חתם עצמו היטב אלא ואני ערב בעלמא כעין שלמעלה.

וקשה לרבי דלא משמע הכי בסוף פרק ב דגיטין (כא ע"א) דאמרינן התם בעי רמי בר חמא היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה והרי היא יוצאה מתחת ידו כו' מהו מי אמרינן אקנויי אקניתא ניהליה או דלמא כו' ובעי למיפשט רבא מערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין, אלמא דחייב משום דשיעבד נפשיה כשחתם עצמו בשטר ומשום הכי פשיט שפיר דהא האי שטרא כשחתם בו הערב לאחר זמן כבר היה מסור למלוה, והיאך נכסי הערב משועבדין בו, והא בעינן ספר מקנה אי לאו דאקנייה ניהליה מלוה לערב וחתם והדר מסר ניהליה, ואי מטעם הודאה מיחייב, אם כן לא צריך שיהא קנוי לערב.

בד"ה אליבא מביאים התוספות את שיטת רבנו תם בבאור הסוגיה בכתובות, שלפיה מתיישבת שאלה זו :

ור"ת מפרש כולה סוגיא בלא הודאה שלא היה חייב לו כלום מתחלה, והא דקאמר חייב אני לך מנה בשטר היינו בשטר גמור שחתמו היטב שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה ובהא פליגי, רבי יוחנן סבר אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ביה בשטר זה כמו שהודה בפני עדים... ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנין בשטר, דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדקאמר בסמוך... הכא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר בכה"ג גמר ומקנה.

ומסיק כתנאי ערב היוצא אחר חיתום שטרות וחתם עצמו היטב אני פלוני בן פלוני ערב ומעכשיו הוא משתעבד ועכשיו אתיא שפיר ההיא דגיטין (כא ע"א).

כלומר, רבנו תם מבאר שקניין יכול להיגמר בדברים בלבד, ומספיקה גמירות דעת גם ללא מעשה קניין, וזהו החידוש בסוגיה שם של "חייב אני לך מנה בשטר", שכיוון שטרר וכתב לו שטר גמר בדעתו להתחייב לו. לפי פירושו מיושבת הגמרא שרצתה לקשר את מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש עם מחלוקת בן ננס ורבי ישמעאל.

אך לכאורה עדיין הקישור בין שתי המחלוקות אינו מובן: בן ננס מביא ראיה לדבריו שהערב אינו משתעבד מחונק את חברו שישלם לו את חובו ובא אחד ואמר לו הנח לו ואני אתן לך שפטור. לכאורה אין זה מובן מה הראייה לדברי בן ננס, הרי כאן, בערב היוצא לאחר חיתום שטרות, יש טרחת כתיבת שטר ויש לומר שמחמת כן גמר בדעתו להתחייב, ואין זה דומה כלל לחונק את חברו, ששם לא גמר בדעתו להתחייב אלא רק להציל את חברו מהאונס שאנסו המלווה-החונק. מסביר העילוי ממייציט (בחידושי סי' ז):

יש לחקור האם שעבודים והתחייבויות נקנים בקניין או לא. רבנו תם מבין שמחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש היא בנקודה זו בדיוק, האם ניתן לעשות קניין וליצור על ידו שעבוד וחוב. לכן נחלקו האם על ידי שטר יכול ליצור שעבוד של חיוב מנה.

נדון זה בדיוק בא לידי ביטוי גם בנדון של ערב היוצא לאחר חיתום שטרות: בנדון זה יש שני אלמנטים, התחייבות הערב על ידי השטר והעובדה שאינו בא אלא להרוויח זמן ולהציל את הלווה לאחר שכבר נעשתה ההלוואה. נראה ששני האלמנטים הללו תלויים בשאלה הנ"ל האם אפשר להשתעבד על ידי קניין. אם נסבור שיסוד חיוב הערב הוא מה שקיבל הנאה שתמורתה משתעבד, אפשר לומר כדלהלן: במקרה של החונק את חברו הערב מבקש שהמלווה ירוויח זמן ללווה. ודאי שיש בזה הנאה כלשהי, אך אין הנאה זו דומה להנאה של הלוואה מתחילתה. אם אפשר לעשות קניין ולהשתעבד – אין זה משנה מה מידת ההנאה שקיבל, שהרי בפרוטה ניתן לקנות שווי של מאה מנה. אך אם אי אפשר לעשות קניין ולהשתעבד – לא ניתן להשתעבד יותר ממה שהתורה שיעבדה את הערב, ומכיוון שאין פה הנאה מספקת לא יוכל להשתעבד בשיעור ההלוואה, ולכן לא ישתעבד כלל.

גם נדון התחייבותו של הערב על ידי השטר תלוי באותה חקירה ממש, אם אפשר להשתעבד על ידי קניין יכול הערב להשתעבד על ידי השטר, אך אם אי אפשר להשתעבד על ידי קניין – גם אי אפשר שהערב ישתעבד על ידי השטר.

סיכום

דנו בחקירה אם חיובו של הערב נובע מהנאה שקיבל או מטעם אחר. ראינו דעות לכאן ולכאן, וגם נפקא מינות שונות בחקירה זו:

מחלוקת הש"ך והקצות כנגד המהרשד"ם – האם יש צורך בגדר שליחות בערבות? מחלוקת הקצות והנתיבות האם שניים שערבו ונפרע המלווה מאחד מהם יכול האחד לתבוע את חברו.

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות (ס' קכ"ט-ק"ל)

הקדמה

ערבות להלוואה נעשית מתוך רצון טוב ובדרך כלל ללא קבלת תמורה ממשיית ידועה וניכרת. הערב, האיש החזק, מוכן לשעבד את עצמו ואת נכסיו לטובת הלווה, האיש החלש, כדי שיוכל לסגל לעצמו ממון לזמן מה. אולם שעבוד זה חייב לכאורה להיעשות באופן המועיל על פי הדין.

אם הערב מתחייב ומשעבד את עצמו בזמן ההלוואה – השעבוד חל, שהרי מסגרת ההלוואה כוללת את הערבות בתוכה ובתמורת "ההיא הנאה דקא סמיך עליה" – גמר ומשעבד נפשיה.

כאשר הערב נכנס לתמונה רק לאחר מתן מעות, נחלקו במשנה רבי שמעון בן ננס ורבי ישמעאל אם משתעבד לגבות מבני חורין.

ההלכה נפסקה כרבי ישמעאל, שניתן להשתעבד גם אחר מתן מעות, ועם כל זה נחלקו הפוסקים אימתי וכיצד מועיל שעבוד זה ומאיזה טעם.

נדון בדברי התוספות ומתוכם נגיע לחידוש בהבנת קניין הערבות.

א. מחלוקת הראשונים אם ערב לאחר מתן מעות צריך קנין וטעמים

השולחן ערוך (חו"מ קכט, ד) הביא את מחלוקת הראב"ד והרמ"ה בדין ערב:

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב: ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או שהעדים מעידים עליו, יש אומרים שמשתעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חורין, ויש אומרים שאינו משתעבד אלא בקנין. ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות צריך קנין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות.

במה נחלקו? מדוע לפי הדעה הראשונה אין צורך בקנין וכיצד לפי הדעה השנייה מועיל קניין?

הסמ"ע (שם ס"ק יב) מסביר:

יש אומרים שמשתעבד בלא קנין – טעם פלוגתן מבואר בטור ובפרישה, דהראב"ד וסיעתיה סבירא להו דזה דומה למתחייב לחבירו וכתב לו בשטר: 'אני חייב לך מנה', דחייב אפילו בלא קנין, וכמו שכתבתי לעיל בסימן מ' [סעיף א']¹.

כלומר כיוון שכתב בשטר – אין צורך בקנין. כי השטר יוצר תחליף לקניין, הוא גמירות דעת במקום קניין. ניתן היה לומר גם כן שהקניין הוא בשטר עצמו, קניין שטר.

והרמ"ה וסיעתיה סבירא ליה דכאן ששיעבד נפשו בתורת ערבות ואסמכתא היא, גרע מהמחייב נפשו עתה לגמרי. וזהו גם כן טעם הרמב"ם [פרק כו ממלוה הלכה א] דמצריך קנין אפילו בערבות היוצא קודם חיתום שטרות, ואפילו כתוב בו "ופלוני ערב", בוי"ו, ואם לא קנו מידו, סבירא ליה דאפילו מבני חרי אינו גובה, כמו שכתב המגיד משנה

¹ וזה לשונו שם: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי, אף על פי שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב".

בשמו, ובפרישה [סעיף ה'] כתבתי לשונו. והוכחתי שם ובדרישה [סעיף ז'] דגם דעת הטור היא כדעת הרמב"ם, ע"ש ודוק: למה לפי הרמב"ם צריך קניין. האם זאת משום שאין השטר עצמו מהווה קניין או שקניין אינו מספיק?

ב. שעבוד הערב כמלווה על פה או כמלווה בשטר

כותב השולחן ערוך (שם, ו-ז):

נעשה לו ערב בקנין וכתב לו שטר, יש לו דין מלווה בשטר לטורף ממשעבדי. לא כתב לו שטר, אף על פי שנעשה ערב בקנין, דינו כמלווה על פה ואינו גובה אלא מבני חרי. ויש אומרים דהיכא דקנו מיניה, טורף ממשעבדי אף על פי שלא כתב לו שטר.

ונראה לי דבערב בית דין לדברי הכל גובה ממשעבדי, אפילו לא כתב לו שטר, דהודאה בבית דין כשטר דמיא.

לא עשה לו הערב שטר בפני עצמו, אלא כתב הערבות בשטר החוב עצמו, אם כתבו אחר חתימת העדים, אינו גובה אלא מבני חרי. ואם כתבו קודם חתימת העדים, אם כתב: "פלוני ערב", בלא וא"ו, ואחר כך חתמו העדים, גם זה אינו גובה אלא מבני חרי, מפני שהוא כתחלת דבר ואינו מעורב עם הלוח והמלווה. אבל אם כתב: "ופלוני ערב", בוא"ו, שהרי הוא מעורב עם הלוח והמלווה, ואחר כך חתמו העדים, הרי זה נפרע מנכסים משועבדים.

העולה מדברי השולחן ערוך הוא שלאחר חיתום שטרות האדם מתכוון שהערבות לא תהיה בשטר. לכן גובה מבני חורין. לעומת זאת, כשחותם לפני חיתום שטרות מתכוון להיות ערב שטר. אך עדיין יש לשאול, כיצד הערבות עצמה פועלת? שאלה זו נשאלת הן לדעה ראשונה בסעיף ד (הראב"ד וסיעתו), שמשעבד בלא קניין, והן לדעה השנייה (הרמ"ה והרמב"ם), שהשעבוד מותנה בקניין.

ג. ערב שאינו משעבד כלל

בגמרא בכתובות (קא ע"ב) כתוב:

אתמר: האומר לחבירו "חייב אני לך מנה", רבי יוחנן אמר: חייב, וריש לקיש אמר: פטור...

אמר רבא, כתנאי: ערב היוצא אחר חיתום שטרות – גובה מנכסים בני חורין, מעשה בא לפני רבי ישמעאל ואמר: גובה מנכסים בני חורין, אמר לו בן ננס: אינו גובה לא מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים, אמר לו: למה? אמר לו: הרי שהיה חונק את חבירו בשוק, ומצאו חבירו ואמר לו "הנח לו ואני אתן לך" – פטור, שלא על אמונתו הלווה; לימא, רבי יוחנן דאמר כרבי ישמעאל, וריש לקיש דאמר כבן ננס! אליבא דבן ננס כולי עלמא לא פליגי, כי פליגי – אליבא דרבי ישמעאל, רבי יוחנן כרבי ישמעאל, וריש לקיש? עד כאן לא קאמר רבי ישמעאל התם אלא דשייך ליה לשיעבודא דאורייתא, אבל הכא לא שייך שיעבודא דאורייתא,

הגמרא משווה את דין האומר לחברו "חייב אני לך מנה" לדין הערב לאחר חיתום שטרות, ומזה אפשר להבין טוב יותר את חיוב הערב. אך מכאן תמוהה עוד יותר דעת בן ננס.

ונראה שסברתו של בן ננס היא שיש גמירות דעת מצד הערב רק אם מתחילה "על אמונתו הלוהו", שכן אז יש תמורה כנגד השעבוד, ומכאן נשוב לדון בדעת ר' ישמעאל, מהי התמורה אשר בעדה מוכן הערב להשתעבד?

ד. התחייבות עתידית ללא תמורה

כפי שהזכרנו בהקדמה, בזמן ההלוואה הערב משתעבד בהנאה שהמלווה מאמין לו. שונה הדבר בערב המופיע וחותם רק אחרי חיתום שטרות. יש שתי אפשרויות להבין את הגורם לחיובו: האחת – הודאה; והשנייה – התחייבות חדשה. התוספות (כתובות קב ע"א ד"ה כתנאי) אמרו:

והשתא משמע הכא דערב היוצא אחר חיתום שטרות מיחייב משום דחשיב כמודה שנעשה ערב בשעת מתן מעות. ולא חתם עצמו היטב אלא ואני ערב בעלמא כעין שלמעלה.

וקשה לרבי, דלא משמע הכי בסוף פרק ב דגיטין (כא ע"א), דאמרינן התם, בעי רמי בר חמא, היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה והרי היא יוצאה מתחת ידו כו' מהו? מי אמרינן אקנויי אקניתא ניהליה או דלמא כו', ובעי למיפשט רבא מערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין, **אלמא דחייב משום דשיעבד נפשיה כשחתם עצמו בשטר** ומשום הכי פשיט שפיר דהא האי שטרא כשחתם בו הערב לאחר זמן כבר היה מסור למלוה, והיאך נכסי הערב משועבדין בו? והא בעינן ספר מקנה אי לאו דאקנייה ניהליה מלוה לערב וחתם והדר מסר ניהליה, ואי מטעם הודאה מיחייב, אם כן לא צריך שיהא קנוי לערב.

כלומר, אף שתחילה נראה שחתימתו היא הודאה, הרי מהראיה שמביא רבא בגיטין מסוגיית ערב משמע שהערב משתעבד בשטר כלוה עצמו שהשטר קנוי לו ומוסרו אחר כך למלוה. יש להבין כיצד נעשה קניין זה.

בד"ה אליבא מביא התוספות את תירוץ רבנו תם:

ורבנו תם מפרש כולה סוגיא (דכתובות קא הנ"ל) בלא הודאה, שלא היה חייב לו כלום מתחלה². והא דקאמר "חייב אני לך מנה בשטר", היינו בשטר גמור שחתמו היטב שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה, ובהא פליגי, רבי יוחנן סבר אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ביה בשטר זה כמו שהודה בפני עדים...

ומסיק כתנאי ערב היוצא אחר חיתום שטרות וחתם עצמו היטב אני פלוני בן פלוני ערב ומעכשיו הוא משתעבד ועכשיו אתיא שפיר ההיא דגיטין³ (דף כא ע"א).

כלומר יש קניין שנגמר בדיבור, ומספיקה בו גמירות דעת ולא צריך מעשה. וניתן לומר שכל קניין פועל ויוצר קניין בגלל גמירות דעת, זאת אומרת שגמירות הדעת היא הבסיס לכל קניין. אלא שבערב יש גמירות דעת גם בלי מעשה של הלוואה.

² בניגוד לרש"י שפירש ששם חייב כי הודה על חוב ישן, לדעת רבנו תם יכול לחייב את עצמו התחייבות חדשה.

³ ששם לא הייתה הודאה בזמן מתן מעות, אלא בשעבוד מעכשיו ולכך צריך שטר ממש או קניין.

ה. הסבר הסוגיה ומחלוקת בן ננס ור' ישמעאל לשיטת רבנו תם

לפי זה ניתן להסביר את הסוגיה, שלבן ננס לא מועילה התחייבות וממילא ערב היוצא לאחר חיתום שטרות אינו חייב, ואילו לרבי ישמעאל החתימה מועילה גם לאחר חיתום השטר מדין התחייבות חדשה, כגון שמשעבד עצמו על ידי כתיבה בשטר. אחת הראיות היא מהמקרה של "חנוק" (בבא בתרא קעה ע"א): אמר לו, הרי החונק את אחד בשוק ומצאו חברו ואמר לו הנח לו – פטור שלא על אמונתו הלוהו. אלא איזהו ערב שהוא חייב הלוהו ואני נותן לך – חייב, שכן על אמונתו הלוהו.

במקרה זה ברור כי מדובר בהתחייבות חדשה ולא בהודאה. אמנם יש לשאול עדיין לדברי בן ננס, הרי ב"ערב היוצא לאחר חיתום שטרות" התחייב בשטר, וזו התחייבות בפני עצמה כפי שראינו בסוגיה בכתובות. ומה מקשה על כך מחנוק, ששם אין שום ראיה לגמירות דעת? מסביר העילוי ממיציט, על פי הסוגיה בקידושין (ו ע"א): "המקדש במלוה – אינה מקודשת. בהנאת מלוה – מקודשת", ומסבירה הגמרא שמדובר "דארווח לה זימנא". ופירש רש"י שמוסיף לה זמן, ולפי הרמב"ם אומר לה כך בזמן ההלוואה. גם ב"חנוק" המציל אומר לחונק להרוויח זמן לחברו. וב"ארווח זימנא" האישה מתקדשת לפי רש"י כי יש כאן פרוטה. ההנאה של הזמן היא על פי דיבורו של הערב. במרוויח לאישה, האישה מתקדשת בפרוטה, כי זה הדין, אבל בערב הרי הוא מתחייב בתמורה לכל הסכום. לדעת בן ננס לא מצינו דבר כזה, שהרי אין אדם מתחייב בכל הסכום תמורת פרוטה. אבל אם אנחנו מבינים שהפרוטה עושה קניין על כל הסכום, גם כאן ניתן להתחייב על הכול. לפי זה מובנת גם דעתו של בן ננס, כיוון שהנאת הרווחת הזמן היא פרוטה – אין הערב יכול לשעבד עצמו בכל הסכום. אולם לר' ישמעאל, כשם שאשה נקנית בפרוטה – כך הערב משתעבד על סכום גדול תמורת פרוטה. ואם כן יש בזה שני חידושים: א. החתימה בשטר היא הקניין שעושה כדי להתחייב; ב. כשם שבכל קניין ניתן להתחייב בכל הסכום. גם כאן בערב עושה קניין על הכול על ידי הפרוטה שמרוויח בזמן ההלוואה.

דעת הרמב"ם

הסבר זה לכאורה אינו מועיל לשיטת הרמב"ם, האומר שערב היוצא לאחר חיתום שטרות צריך קניין והחתימה שלו אינה מהווה קניין. וצריך לבאר בדעתו כי החתימה יוצרת גמירות דעת שהוא כקניין גמור שמסכים לשעבוד, הקניין עצמו שהוא קניין המועיל צריך להיעשות אך ורק כדי לבטל האסמכתא שיש בכל ערב. והתמורה היוצרת את השעבוד היא הפרוטה שמרוויח זמן, כמו שכתב העילוי.

סיכום

א. למדנו כי שעבוד הערב נעשה על פי **גמירות דעת** מתוך שמסכים הערב ורוצה להתחייב כלפי המלווה על מנת שילוה, ו**בתמורת** אותה הנאה שהמלווה סומך עליו.

- ב. ערב היוצא לאחר חיתום שטרות מגלה גמירות דעת זו, לדעת ר' ישמעאל שהלכה כמותו, על ידי חתימתו גם אם זו אחר חתימת העדים. אלא שיש פוסקים המחייבים גם קניין כדי לבטל את האסמכתא.
- ג. לכל הדעות, השעבוד החל עליו מרגע גמירות הדעת הוא מדין התחייבות עתידית שאדם רשאי לקבל על עצמו.
- ד. גמירות דעת זו לשיטת רבי ישמעאל על פי העילוי היא כמו קניין אישה בהנאת מחילת מלווה. קניין זה נעשה בחתימת ידו על השטר ומשעבדת את נכסיו מדין פרוטה הקונה כנגד כל הסכום.
- ה. נחלקו הפוסקים אם יכול לגבות בקניין זה מבני חורין או גם ממשועבדים. מחלוקת זו תלויה בשאלת האסמכתא שיש בהתחייבות הערב שלא נדונה כאן.

טענת אחווי שטרך – יצירת ספק או בירור ודאי? (ס' ק"מ)

הקדמה

המשנה בתחילת פרק חזקת הבתים (בבא בתרא כח ע"א) קובעת: חזקת הבתים, והבורות, והשיחין, והמערות, והשובכות, והמרצאות, ובית הבדן, ובית השלחין, והעבדים, וכל שהוא עושה פירות תדיר – חזקתן שלש שנים מיום ליום.

המשנה מחדשת ששונה חזקת הבתים שהיא זקוקה לשלוש שנים מחזקת המטלטלים ש"כל מה שתחת יד אדם הוא שלו".

מדוע הקרקעות שונות מכל החפצים? בשאלה זו נעסוק. בהשקפה פשוטה נאמר כי החילוק נובע מהשוני המציאותי שבין קרקעות, הקבועות במקומן, לבין מיטלטלין, שהם חפצים ניידים. אולם להלן נציע אפשרות נוספת.

חזקת מרא קמא

הבסיס לדיון על חזקה מתחיל מעדיפות המחזיק הראשון שטוען שהחפץ היה ברשותו. לפי הדין, אם יש ויכוח על הבעלות והמחזיק אינו טוען שקנה את החפץ והחזיק שלוש שנים, הולכים לפי הבעלים הראשון היות שיש לו חזקת מרא קמא. יש שני הסברים באחרונים מדוע יש ללכת אחר חזקת מרא קמא:

1. ר' עקיבא איגר (שו"ת חלק א סי' קלו) מבאר שזה בדומה לחזקה קמייתא באיסורים, גם בממון משאירים כפי המצב שהיה ברור לנו עד עכשיו.
2. בקונטרס הספיקות (כלל א אות ה) מסביר שזה כמו מוחזקות של מיטלטלים, שאנו אומרים שזה שייך למי שזה תחת ידו. והמרא קמא הוא זה שנחשב תחת ידו.

יש הוכחות לכך שמדובר בחזקה ממונית:

בבבא מציעא ו ע"ב, לגבי "תקפו כהן", נקבע (לדעת רב הפוסקים) שמוציאים מן הכהן ספק בכור על פי חזקת מרא קמא, אבל עדיין אסור בגיזה ועבודה. מכאן מוכיח המהרי"ל שאין חזקת מרא קמא מועלת לענייני איסור.

וכן נראה מהרמב"ם בהלכות גירושין (ד, ד):

היה הגט חקוק על ידו של עבד בכתובת קעקע והיה יוצא מתחת ידה והיו העדים חקוקים על ידו – הרי זו מגורשת אף על פי שאין לה עידי מסירה, שהרי אין יכול להזדיין, אפילו היו מוחזקין בעבד שהוא שלו וגט חקוק על ידו והוא יוצא מתחת ידה והיא אומרת 'בעדים נמסר לי', הרי זו ספק מגורשת, שמא מעצמו נכנס לה, שהגודרות אין להן חזקה.

הרי שאף על פי שלעניין הממון אין העבד שלה, היא ספק מגורשת.

עבדים וגודרות

ברשימה של המשנה הפותחת, כל הנכסים הם נדל"ן חוץ מ"עבדים". אמנם "הוקשו עבדים לקרקעות" (קידושין כב ע"ב), מכל מקום, לענין אחיזה ומוחזקות בפועל השוני מבורר.

וכן מבינה הגמרא בהמשך, שמשווה בין דין חזקת הגודרות לבין דין העבדים (לו ע"א):

עבדים יש להם חזקה? והאמר ריש לקיש: הגודרות אין להן חזקה! אמר רבא: אין להן חזקה לאלתר, אבל יש להן חזקה לאחר ג' שנים. כלומר הגמרא משווה בין חזקת הצאן לחזקת העבדים וקובעת שבשניהם אין חזקה מידית כי אם לאחר שלוש שנים. אם כן רואים שחזקת שלוש שנים שייכת גם בנכסים שאינם קרקע!

וכך מסכם הרשב"ם (ד"ה ומשני): "אבל יש להן לעבדים ולגודרות חזקה לאחר ג' שנים שהיה לו לזה המערער למחות ולא מיחה".

אמנם עדיין לא מובן למה בגודרות ובעבדים יש חזקה דוקא לאחר שלוש שנים? והנה בירושלמי נראה כיוון שונה (קידושין א, ג):

כתיב (ויקרא כה, מו): "והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה וגו'", הקיש עבדים לאחוזה, מה אחוזה ניקנית בכסף ובשטר ובחזקה, אף עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה...

אית מתניתין אמר, עבדים כקרקעות, אית מתניתין אמר כמטלטלין, אית מתניתין אמר לא כקרקעות ולא כמטלטלין. מתניתין אמר עבדים כקרקעות, דתנינן תמן: חזקת בתים, בורות, שיחין ומערות ומרחצות ושובכות בית הבדים ובית השלחין ועבדים.

כלומר הירושלמי מביא מקרים שבהם עבדים הושוו לקרקעות או למיטלטלין בלבד, ומציין שלעניין חזקת שלוש שנים עבדים הוקשו לקרקעות ולא למיטלטלין. ואילו לפי הבבלי אין הוכחה מן המשנה שעבדים הם כקרקע בלבד לעניין זה, כי כאמור אין כאן קשר מהותי. ובפרט שלפי הסבר הרשב"ם המשנה יכולה להביא גם גודרות שהם לעניין זה כקרקע.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (הלכות טוען ונטען י, ד) פוסק:

וכן העבדים שיכולין להלך אינן בחזקת זה שהן תחת ידו אלא כיון שהביא הטוען עדים שזה ידוע שהוא עבדו והלה טוען אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה אינו נאמן ויחזור העבד לבעליו וישבע הטוען שלא מכר ולא נתן, הביא זה הנטען שתפס העבד עדים שיש לזה העבד אצלו שלש שנים רצופות מיום ליום והוא משתמש בו כדרך שהעבדים משמשים את רבן, הואיל ולא מיחה בו בכל אלו השנים – הרי זה נאמן, ומעמידן אותו בידו אחר שישבע היסת שלקחו ממנו או נתנו לו במתנה, אבל עבד קטן שאינו יכול להלך על רגליו מפני קטנותו הרי הוא כשאר המטלטלין, וכל מי שיהיה ברשותו הרי הוא בחזקתו והמוציא מחברו עליו הראיה.

המגיד משנה (שם) מבאר שלפי שיטת הרמב"ם אין חזקת שלוש שנים מועילה לבהמה או חיה, ולא כרשב"ם, והשוואת הגמרא ביניהם היא רק לענין שלא מועילה חזקה לאלתר. ודברי רבא שיש חזקה לאחר שלוש שנים נאמרו רק לגבי עבדים. ומוסיף שיש לזה סיוע מן המשנה שמנתה רק עבדים ולא גודרות.

הלחם משנה שואל על הרמב"ם, מדוע אם כן הגמרא דנה על עבדים וגודרות בחדא מחתא, וכן מה הסברא לחלק בין עבד לשאר בהמה?

יסוד דין חזקת שלוש שנים

לגבי שיעור הזמן של שלוש שנים, נקבע ההסבר למסקנת הגמרא (בבא בתרא כט ע"א):

אלא אמר רבא: שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר.

דהיינו לאחר שלוש שנים אין ריעותא אם אין למחזיק בקרקע שטר והוא יכול לטעון שהוא קנה את הקרקע ואיבד את שטר הראיה. שתי אפשרויות עיקריות הוצעו בהבנת הדברים: 1. הרמב"ן בחידושיו (מב ע"א) מסביר:

דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי ידיה בלחוד, אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר, אלא שבתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר בה טפי, אתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתק...

כלומר, שתיקת המערער היא ראיה מידית לכך שהמחזיק בפועל הוא אכן הלוקח כפי דבריו. רק שבמשך שלוש שנים מה שאינו מסוגל להציג שטר קניין מהווה משקל נגד לטענתו.

2. קצות החושן (סי' קמ ס"ק ב) חולק על ההבנה הזו, ומסביר שחזקת שלוש שנים אינה הוכחה אלא תקנה:

ולענ"ד עיקר חזקה דשלש שנים אינו אלא תקנת חכמים משום תיקון העולם, דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש, דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין עורר עירעור, שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי, וימשך מזה פסידא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים, והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש ואחר המחאה גם המחזיק יזדהר בשטרו, ואם אינו מוחה תוך שלש יפסיד המערער.

למחלוקת זו, אם השתיקה והזמן הם הראיה לטענת המחזיק או שזו תקנה שמחזיק נאמן, יש נפקא מינות:

1. אם שניים אומרים שהוא גזלן ושניים אומרים שקנה ויש לו חזקה של שלוש שנים. אם זו ראיה, תרי כמאה, אך אם זו תקנה או הכרעה שאחרי שלוש שנים הוא הופך להיות המוחזק, אולי גם כאן יהיה מוחזק.
2. אם חזר המערער וישב בקרקע, אם הוא נחשב כמוחזק.

"אחוי שטרך" – ריעותא או הוכחה

לאור הדברים ניתן להסביר בשני אופנים את הטענה של בעל הקרקע הראשון כנגד הקונה שיראה את שטרו "אחוי שטרך" כהוכחה לקניין:

- א. "אחוי שטרך" אינה הוכחה ודאית שהקונה לא קנה, אלא ריעותא, ואם כך נותרת הוכחה (שתיקה) מול הוכחה (מרא קמא) ולכן חוזרים למרא קמא.
- ב. "אחוי שטרך" מהווה ראיה ברורה שלא קנה.

נפקא מינה בין ההבנות הללו הוא כאמור לגבי גט, היינו לעניינים איסוריים, כפי שהבאנו לעיל את שיטת ההגהות אשרי, הסובר שחזקת מרא קמא היא ראיה ברורה ולכן תקיפה גם לעניין איסורים.

נפקא מינה נוספת היא לעניין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, שבהם הולכים אחרי מרא קמא ולא אחרי המוחזק. אם הדיון אינו על החפץ עצמו אלא על דמי החפץ, אומר התומים, ייתכן שלא נלך אחרי מרא קמא אלא הדין יהיה המוציא מחברו עליו הראיה. כי אם זו הוכחה שלא קנה, המוציא מחברו עליו הראיה. נראה להוכיח מדברי הדרישה בדעת הרשב"ם כאפשרות השנייה, הגמרא (בבא בתרא ל ע"א) דנה במקרה:

ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא? אמר ליה: מפלגיא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך. אמר ליה: את לאו קא מודית דהאי ארעא ידידי היא, ואת לא זבינתה מינאי? זיל לאו בעל דברים ידידי את. אמר רבא: דינא קאמר ליה.

כלומר הקונה טען שקנה מקונה אחר, המוכר טוען שהיות שהמחזיק מודה שהוא הבעלים הראשון, עליו לצאת מהקרקע. רבא פוסק כמוכר.

הרשב"ם (ד"ה את) מבאר שאפילו אם היה הקונה טוען שקנה בעצמו מהמוכר היה מפסיד היות שאין בידו לא שטר ולא חזקה. ולכאורה אין זה מובן, הרי יש לו מיגו שהיה יכול לומר 'לא היתה שלך מעולם', ולמה אינו נאמן לומר קניתי ממך?

הדרישה (חו"מ סי' קמו ס"ק כד) מסביר שלפי הרשב"ם כאשר איננו יודעים בוודאי שהייתה חזקת שלוש שנים – אינו נאמן במיגו שלא היו דברים מעולם היות שזה מיגו במקום עדים, כי צריך שיהיה שטר. וכיוון שאין לו שטר – ודאי שאין זה שלו ולא מועיל לו מיגו.

כך ניתן להוכיח מהגמרא (בבא בתרא לג ע"ב) ש"אחוי שטרך" גובר על ראיות אחרות. היינו כדברי הרשב"ם שזו ראיה ודאית:

ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא? אמר ליה: מינך זבני ואכלתייה שני חזקה, אזל אייתייה סהדי דאכלה תרתי שני; אמר רב נחמן: הדרא ארעא והדרי פירי. אמר רב זביד: אם טען ואמר לפירות ירדתי – נאמן, לאו מי אמר רב יהודה: האי מאן דנקיט מגלא ותובליא, ואמר: איזיל איגדריה לדיקלא דפלגיא דזבניה ניהלי – מהימן? (אלמא) לא חציף איניש דגזר דיקלא דלאו דיליה, הכא נמי לא חציף איניש למיכל פירי דלאו דיליה. אי הכי, ארעא נמי! ארעא, אמרינן ליה: אחוי שטרך. אי הכי, פירי נמי! שטרא לפירי לא עבדי אינשי.

כלומר המחזיק טוען שרכש את הקרקע וכבר אכל שני חזקה, ומביא עדים על אכילת שתי שנים. היות שאין לו הוכחה על שלוש שנים של חזקה הוא מחויב להחזיר את האדמה ולשלם את הפירות שאכל במשך שתי שנים. הגמרא מבארת שאם היה טוען שקנה את הפירות בלבד, היה נאמן, מפני שאדם אינו חצוף לטעון כזו טענה אם זהו שקר, אך לגבי הקרקע אינו נאמן עקב טענת "אחוי שטרך".

לכאורה, למה בכלל יש צורך בחיזוק לטענתו שקנה את הפירות בכך ש"לא חציף איניש" לטעון טענה כזו, למה אינו נאמן לומר שהוא שלו, הרי הוא מוחזק בפירות שאכל?

התוספות (שם ד"ה ואי) מסבירים שמדובר אפילו כאשר אינו מוחזק.

על פי זה, השולחן ערוך (חו"מ קלז, ב, ראה גם סמ"ע שם ס"ק א) כותב שאם כבר ליקט את הפירות, אפילו אם הם נמצאים עדיין ביד המערער, הפירות שלו, כי לא חציף איניש זו טענה חזקה אפילו להוציא ממוחזק. אבל לגבי קרקע, משום "אחוי שטרך אינו מועיל". נמצא שאחוי שטרך היא טענה חזקה יותר ממוחזקות.

הסבר הירושלמי

קצות החושן (סי' קלה ס"ק ב), שואל לגבי ההלכה שלעבד קטן יש חזקה לאלתר: ואיכא למידק, כיון דעבדים בני שטרא, נימא ליה אחוי שטרך? ומתרץ:

ואפשר כיון דהיכא דדלי ליה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה, ולא אמרינן אחוי שטרך, וכדאיתא פרק חזקת הבתים דף ל"ה (ע"ב), ומשום דהיכא דאיכא ראיא גדולה לא אמרינן אחוי שטרך, ודוקא היכא דליכא ראיא ברורה כל כך הוא דאמרו אחוי, ואם כן בקטן המוטל בעריסה הוי ליה חזקה יותר.

דהיינו, כפי שמצאנו שיש מקרים שבהם יש חזקה לאלתר, כגון שהטוען על בעלות העמים על כתפי המחזיק את הפירות מהקרקע, והוא הדין בעניין תינוק יש סברה חזקה לטובת המחזיק שמן הסתם אמו לא הייתה משאירה אותו. עולה מכאן שיש דבר חזק יותר מ"אחוי שטרך", והוא כגון החזקה שאמא אינה משאירה את הילד שלה לבד.

על פי זה ניתן לבאר את כוונת הירושלמי שיש לדמות עבד לקרקע, כי יש בקניינו שטר, ויסוד הטענה כנגד המחזיק בקרקע הוא העובדה שאינו מציג שטר, וזו טענה הגוברת על מוחזקות.

אלא שתירוץ הקצות אינו יכול להיאמר בשיטת הרמב"ם, הפוסק (הלכות טוען ונטען י, ד) שעבד קטן נקנה כשאר מיטלטלין, וכל מי שהיה ברשותו הרי הוא בחזקתו אף אם אינו מוטל בעריסה ואין הוכחה ברורה שהוא בחזקת המחזיק. על כן נראה שלפי שיטת הרמב"ם אחוי שטרך יוצר רק ספק, ולכן בקרקע הולכים אחר המרא קמא ובעבד קטן הולכים אחר המוחזק.

סיכום

פתחנו בשאלה אם הדרישה להוכחה של שטר מהווה הוכחה על הבעלות או שהיא מטילה ספק בדברי המחזיק בקרקע.

הוכחנו שלפי הרשב"ם עולה שחסרון השטר מהווה ראייה על שהמחזיק אינו בעלים, אמנם לשיטת הרשב"ם יש גם לעבדים ולגודרות חזקה בשלוש שנים. לגבי עבדים היסוד הוא המנהג לכתוב שטר עליהם ולגבי גודרות, שדינם שווה לקרקעות ולעבדים, אף על פי שאינם קרקע ואין נהוג לכתוב עליהם שטר, כפי הנראה זו תקנת חכמים להשוות את דינם לחזקת הבתים (עיין ריטב"א בבא בתרא כח ע"א ד"ה והעבדים).

שיטת הירושלמי היא שלעבדים יש חזקת שלוש שנים כיוון שלעניין זה הם נידונים כקרקע. נראה לצרף לשיטה זו את פשט דברי הרמב"ם שלגודרות אין חזקה לעולם (אמנם הש"ך סי' קלה ס"ק ג האריך לטעון שגם הרמב"ם סובר שבבהמה וכד' יש חזקת שלוש שנים). החילוק בין עבדים לשאר מיטלטלים הוא שעבדים יש שטר, על כן חסרונו מהווה ראייה כנגד היתכנות של המכירה עד שלוש שנים.

לגבי עבד בעריסה, שדינו הוא חזקה לאלתר, קצות החושן מבאר שמה שנמצא אצל המחזיק בלי אמו זו ראייה חזקה אפילו נגד ראייה של "אחוי שטרך". ולרמב"ם, שסובר שחזקתו היא כחזקת שאר המיטלטלין, צריך לומר ש"אחוי שטרך" אינו יותר מאשר ריעותא לראיית השתיקה, ומעמידים אותו ביד המוחזק.

עדות שוכרים על חזקת שלוש שנים (ס' ק"מ)

הקדמה

כאשר צריך עדות על החזקת בית במשך שלוש שנים, לעתים הקונה לא דר בעצמו שם, ועלינו להזדקק לעדות שכנים או שוכר שגר בבית. בעדויות אלו יש לפעמים פגם של נגיעה. הגמרא מתייחסת במפורש לעדות שוכרים ודנה כיצד עדות זו יכולה להתקבל. נדון בתנאי שהגמרא מציבה, בהגדרתו ובטעמיו.

א. סוגיית עדות השוכרים והסתירה בפסק המחבר

אומרת הגמרא (בבא בתרא כט ע"א):

אמר רב הונא: שלש שנים שאמרו, הוא שאכלן רצופות.
תנן: חזקת הבתים; והא בתים – דביממא ידעי, בליליא לא ידעי! אמר אביי: מאן מסהיד אבתים? שיבבי, שיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא. רבא אמר, כגון דאתו בי תרי ואמרי: אגן אגרינן מיניה, ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליליא. אמר ליה רב יימר לרב אשי: הני נוגעין בעדותן הן, דאי לא אמרי הכי, אמרינן להו: זילו הבו ליה אגר ביתא להאי! אמר ליה: דיני דשפילי הכי דאיני, מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי: למאן ליתביה?

אמר מר זוטרא, ואי טעין ואמר: ליתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא, טענתיה טענה.

ומודי מר זוטרא, ברוכלין המחזירין בעיירות, דאף על גב דלא טעין – טענינן ליה אגן. ומודה רב הונא, בחנותא דמחוזא – דליממא עבידא, לליליא לא עבידא.

מה פירוש "דנקיטי אגר ביתא" כדי שלא תהיה נגיעה? נעיין בשולחן ערוך (חו"מ לו, יב):

השוכר, אם לקח בידו השכירות ואמר: כל מי שיתקיים קרקע זה בידו, יטול – הרי זה מעיד למשכיר.

מדברי השולחן ערוך משמע שצריך שכסף השכירות יהיה ביד השוכרים על מנת שלא יחשבו נוגעים, ולכאורה לא מובן למה לא מספיקה העובדה שהם עדיין לא שילמו, שהרי די בזה שלא יחשבו נוגעים?

ואכן, מדברי המחבר בדיני חזקה (קמ, ט) משמע שאין צריך שיחזיקו בידם את השכירות, ואלו דבריו שם:

הא דמהני עדות השוכרים לומר שדרו בה ימים ולילות, דווקא ששכירות הבית עדיין בידם, ואומרים: ניתן אותו למי שיזכה בדין.

אם כך, מה הפירוש הנכון בדברי המחבר?

ב. הסבר שער המשפט

שער המשפט (סי' לו ס"ק ו) מדייק שצריך שיהיה בידם ממש, ומה שכתוב בסי' קמ אינו מדויק לגמרי, והעיקר כמו בסי' לו.

לראיה הוא מביא את דברי התרומות (שער נא חלק ד אות ט):

והיכא שיהודה רצה לתת ללוי מאה מנה שיש לו בשטר חוב על ראובן והיו עדים מאותה צואה ראובן הלוח באותו שטר ואחר עמו מהו, מי אמרינן כי הלוח קרוב הוא בענין ונוגע בדבר קרינן ליה, שהרי הוא מעיד שנפטר מבעל חובו, ואף על פי שמכניס עצמו ביד השני, מכל מקום אינו פוטר עצמו מהכל אכתי הוא נוגע בעדות, דמימר אמר השני נוח לי והראשון קשה הימינו...

ובהא איכא מאן דאמר דלא מקרי נוגע בעדות, כיון דלא רווח אלא דשקיל מהאי ויהיב להאי...

וההיא דריש חזקת הבתים מוכיח דקתני כגון דאתו בי תרי ואמרי אנן אוגרנא מיניה ודרנא ביה, ואוקימנא ליה בדנקטי אגר ביתא בידיהו ואמרי למאן ניתביה, אלמא כי הם חייבים לתת השכירות והם מעידין כי זה זכה בו ולא האחר ולא פסלינן ליה משום נוגע בדבר דהשני נוח לי. ואני אומר כי הלוח נוגע בעדותו נקרא, כיון שפוטר עצמו מן בעל חובו וטעמא דהשני נוח לי איתא.

וההיא מוכחא דנקטינן אגר ביתא ואמרינן למאן ניתביה, התם הוא מפני שאין עליהם חוב בשטר ואינו עליהם אלא מלוה על פה ואלו היו רוצים להפטר מן המערער על הקרקע היו יכולים לפטור עצמן בטענת פרענו ולפיכך נאמנין, אבל כאן, שהרי יש ביניהן שטר חוב ואינו יכול לפטור עצמו מן הראשון בטענת פרעתי, רוצה הוא להעיד ולזכותו לאחר כדי שיצא משעבודו ויכנס תחת זה השני שהוא נוח לו ממנו. וכן קבלתי זה מפי הה"ר נתן בה"ר מאיר ז"ל.

לפי בעל התרומות, "השני נוח לי" הופך את העד לנוגע, ובבבא בתרא יש לשוכרים מיגו, ולכן לא שייך לומר שם סברת "השני נוח לי", כי גם מן הראשון היו יכולים להיפטר.⁴

אם כן, במקרה שהכסף עדיין אצלם יש להם מיגו גם כנגד המערער, ולכן הם נאמנים, ואין בעיה של "השני נוח לי". אמנם יש לעיין, והרי יש שבועת היסת (דהיינו שהשוכרים יצטרכו להישבע על השכירות) ולכן המיגו אינו טוב, והם נוגעים בעדות משום השני נוח לי, ואם כן לא מועיל שהם מחזיקים בדמי השכירות.

שער המשפט מסביר כי מכוח קושיה זאת כתב השולחן ערוך שצריכים השוכרים להביא את המעות בידם ממש בבית דין, שאז אין שייך לומר "השני נוח לי", כי מסלקים את המעות מידם בבית דין. אכן, אם אין הממון בידם – עדותם אינה מועילה, כי הם עדיין נוגעים משום שבועת ההיסת של "השני נוח לי".

ג. הן שלוחיו הן הן עדי

בתוך דבריו הביא שער המשפט את דברי הגמרא בקידושין (מג ע"א):
אמר רבא אמר רב נחמן: אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה – הן הן שלוחיו, הן הן עדי; וכן בגירושין וכן בדיני ממונות.

⁴ נראה שזהו גם המיגו של התוספות עצמם בדף כט ד"ה הני, שיש להם מיגו לומר שכבר פרעו גם לפני ומתרץ שאין זה מיגו, כי יראים לומר פרענו לך שמא יזכה המערער, עיין שם.

מאי קסבר? אי קסבר: המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים, הני נוגעים בעדות נינהו, דאי אמרי לא פרעניה, אמר להו פרעוני! אלא לעולם קסבר: המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, ומגו דיכלי למימר אהדרינהו ללוה, יכולין למימר פרעניה למלוה.

והשתא דתקון רבנן שבועת היסת, משתבעי הני עדים דיהיבנא ליה, ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה, ופרע ליה לוח למלוה.

התוספות (מג ע"ב ד"ה השתא) שואלים למה אין נאמנים לאחר שיישבעו, שאז לא יהיו נוגעים בדבר, ובכל מקרה הם צריכים שבועה? עונים התוספות:

ואומר ר"י דלכך אין נאמנים לאחר שנשבעו משום דרחמנא אמר (דברים יט, טו): "על פי שנים עדים יקום דבר", דמשמע הנאמנים בדיבור בלבד, אבל העדים הטעונים לישיבע קודם שיאמנו דבריהם – אין ממש בעדותם.

הרשב"א (שם ד"ה השתא) כותב:

יש לומר כיון דאתה מצריכן שבועה נפקי להו מתורת עדים והוו כבעלי דבר.

משמע מדבריו שלא רק שאינם עדים, אלא יש להם מעמד של בעלי דבר. השולחן ערוך באבן העזר (לה, ב) כותב:

השליח נעשה עד; לפיכך אם עשה שני שלוחים לקדש לו אשה, אין צריך עדים אחרים. במה דברים אמורים? כשאין שם כפירת ממון, כגון שקידשה בשטר, או אפילו בכסף והיא מודה שקבלתו אלא שאומרת שלא קבלתו לשם קדושין אלא לשם פקדון, אבל אם יש שם כפירת ממון, שאומרת שלא קבלה מהם כסף (או שטר שיש בו שוה פרוטה) (המגיד משנה פרק ג), הרי זו ספק מקודשת.

החלקת מחוקק (שם ס"ק ג) מביא מקרה:

ואם אין רק שליח א', ועד א' מבלעדי השליח מעיד ומסייעו שעשה שליחותו ונתן המעות ליד האשה, לכאורה משמע דהוי קידושי ודאי, מאחר שהשליח יש לו עד המסייעו, אם כן לאו נוגע בעדות הוא, ודמיא להא דאם מתחלה פטר העדים משבועה דאז לא היו נוגעים, הכא נמי הכא העד המסייעו שהלך עמו הוי כאלו פטר אותו מתחלה.

וחלק עליו הבית שמואל (סי' לה ס"ק ה):

...וכן מסתבר דהא כשיש הכחשת כסף ביניהם והעדים רוצים לישיבע אינם נאמנים, וכתבו תוספות ושאר פוסקים הטעם דכתיב "על פי שני עדים", היינו עדים נאמנים על פי דיבורם, וכשאינם נאמנים על פי דיבורם – תו לא הוי עדים, כן הכא נמי כיון שאינו נאמן על פי דיבורו אם לא על פי העד המסייעו – תו אין לו דין עד המעיד, לפי זה אפילו שני שלוחים ועד אחד מסייע להם לא הוי עדות.

דהיינו, כיוון שהעד השליח נזקק לעדות של השני אין הוא בגדר עד כלל, וכפי שאמרו התוספות.

ד. מהות פסול נוגע והסבר המחלוקות

ראינו אם כן שלוש נקודות:

- א. דברי שער המשפט ופשט לשון השולחן ערוך בשאלה אם צריך להחזיק בפועל את כסף השכירות.
- ב. מחלוקת החלקת מחוקק והבית שמואל, שלפי החלקת מחוקק אם יש עד המסייע הוא כשר, ולבית שמואל עצם ההיזקקות למשהו אחר פוסל את העד.
- ג. שיטת הרשב"א שעד הנזקק לדבר אחר הוא בעל דבר, ולפי התוספות העד איננו עד.

ידועה החקירה אם פסול נגיעה הוא משום חשש משקר או שאינו משום חשש משקר אלא שהנגיעה הופכת את הנוגע לבעל דבר.

נראה לומר שניתן לתלות את המחלוקות בחקירה זו.

א. לפי התוספות, טעם הפסול הוא חשש משקר, ועל ידי השבועה מסתלק חשש זה והוא נעשה עד, אך הוא נפסל כיוון שרק על ידי דבר אחר, השבועה, דבריו יכולים להתקבל, וכדברי ר"י. לעומת זאת, שיטת הרשב"א היא שהפסול הוא מצד בעל דבר, ולאחר שישבע כבר לא ייחשב בעל דבר, אלא שעצם העובדה שהעד צריך להישבע הופך את השליח לבעל דבר ולכן השבועה לא תועיל.

ב. ניתן להבין את שיטת הבית שמואל לפי הצד שזה חשש משקר ועל ידי עד המסייע חשש זה מתבטל, אך כיוון שדברי העד יכולים להתקבל רק בצירוף דבר נוסף אין עדותו קבילה, וכדברי ר"י. שיטת החלקת מחוקק היא שפסול נגיעה הוא מטעם שהנוגע נחשב כבעל דבר, וכאשר יש לשליח עד מסייע הגורם שאין על השליח חיוב שבועה כלל, הרי שהשליח לא נהיה בעל דבר, ולכן כשר להעיד.

ג. לפי חקירה זו נוכל להבין את דיוק לשון השולחן ערוך. בסי' קמ כתב: "ששכירות הבית עדיין בידם". ובסי' לו כתב: "השוכר, אם לקח בידו השכירות". בסי' קמ מדבר בלשון רבים, ובסי' לו מדבר בלשון יחיד.

שליחים הם בעצם אדם אחד, אבל בשכירות, כיוון שכל אחד צריך לשלם, הם שניים שונים, ולכן כל אחד נחשב עד מסייע לחברו. אף על פי שיש חובה להישבע שבועת היסת, יש עד המסייע ולכן אין נגיעה, ואינם צריכים להביא את הכסף לבית הדין. אבל אם מדובר בשוכר יחיד – אין לו עד המסייע, וחייב שבועת היסת, ולכן אינו יכול להעיד אלא אם כן מחזיק את הכסף בידו.

יסודות הקניין בחזקת שימוש (ס' קנ"ג)

פתיחה

נעסוק בהגדרת הקניין המיוחד של זכות השימוש, שמצד אחד איננה בעלות ומצד שני יש בה, לכאורה, קניין. כיצד חזקה זו מקנה זכות שימוש, האם חזקה זו היא ככל חזקות אחרות הנידונות בתלמוד, והאם זכות השימוש כוללת זכות שימוש על ידי גרימת נזק, ובאלו תנאים.

א. זכות תשמישים – קניין, או התחייבות לתת שימוש למשתמש שאינו הבעלים

הגמרא (בבא בתרא נח ע"ב – נט ע"א) נוקטת לשון קניין לזכות השימוש בקרקע של האחר, בטענה של חזקה בקרקע לאותו השימוש:

המרזב אין לו חזקה, ויש למקומו חזקה. המזחילה יש לה חזקה. סולם המצרי אין לו חזקה, ולצורי – יש לו חזקה. חלון המצרית אין לה חזקה, ולצורית – יש לה חזקה. איזו היא חלון המצרית? כל שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה. רבי יהודה אומר: אם יש לה מלבן, אף על פי שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה – הרי זו חזקה... אמר רב יהודה אמר שמואל: צינור המקלח מים לחצר חברו, ובא בעל הגג לסותמו – בעל החצר מעכב עליו, דאמר ליה: כי היכי דאת קנית לך חצר ידי למשדא ביה מיא, לדידי נמי קני לי מיא דאיגרך.

וכבר תמה בעל התיבות (סי' קנ"ג ס"ק ח) על לשון הקניין שיש בחזקת השימוש שתובע לעצמו בעל הגג בחצר חברו, איזה קניין יועיל כאן? והרי אין קניין כלל בגופה של החצר. והסביר לשון זו בהקנאה של בעל החצר זכות זו תמורת קנייתו את המים היורדים לחצרו מן הגג:

לכאורה קשה, דהא אפילו אם אמר בפירוש והקנה לו שיהיו מימי גגו יורדין לחצירו, נראה דלא מהני קנין לזה, כיון דלא הקנה לו גוף הקרקע שלו לזה, דהא אם רוצה לעשות חבירו עליה עושה כמו שכתב בסמ"ע (ס"ק טז), וגם מהיכי תיתי נאמר שהקנה לו גוף לפירות מחמת הריצוי לחוד. ונראה הטעם, כיון שבעל הגג קנה חצר חבירו שיהיו מימי גגו יורדין לתוכו, ובעל החצר לא הקנה חצירו רק במחיר שיתן לו בעל הגג מי גגו תמיד. ולקמן סימן ר"ג (משפט האורים ס"ק ז) כתבתי דאם קנה מטלטלין במשיכה והתנה לתת לו אפילו דבר שלא בא לעולם, דנתחייב ליתן לו, דהקנין שעושה זה מחייב את שכנגדו, כענין שאמרו (בבא מציעא מה ע"ב): "הזהב מחייב את הכסף". וכמבואר בנמוקי יוסף שם (כז ע"א מדפי הרי"ף) ע"ש, וכיון דחייב הוא, מהני אפילו בדבר שלא בא לעולם.

כלומר, על פי העיקרון של הנימוקי יוסף באמת אין קניין של בעל הגג. העיקרון שאותו קובע בעל הנימוקי יוסף הוא שמי שקנה משהו וסיכם כי תמורת מה שקנה יתחייב בהתחייבות ממשית כלשהי, הרי שהוא מחויב באותה התחייבות ואינו יכול 'לשלם' את מה שקנה בערכו באופן תשלום או תמורה אחרת, ועל זה נופל לשון 'קניין', ואף על פי שהדבר שאותו התחייב לשלם אינו בעולם עדיין.

על הנחה זו של בעל ה'התיבות' חולק בעל קצות החושן (סי' רג ס"ק ד), מאחר שלדעתו דברי הנימוקי יוסף הם כנגד דעת ראשונים אחרים, הסוברים כי השוכר את הפועל

ומתנה עמו לתת בשכרו מוצר מסוים, יכול לתת לו מוצר אחר בשכרו, שכן לא קנה במשיכה את החפץ המוסכם לשכרו (רק בקניין משיכה מתחייב לתת כפי שהותנה, וכאן בחצר לכל הדעות לא הייתה משיכה כלשהי), ואם כן אף כך התחייבות זו לירידת המים לחצר חברו תמורת המים אינה מוחלטת, וממילא אין כאן קניין כלשהו להחזיק בזכות שפיכת המים לחצר חברו, שכן יכול לתת לו תמורת המים דבר אחר. המחנה אפרים (הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סי' ג) מביא את השגת קצות החושן ומקיים את דברי נתיבות המשפט:

וראיתי מי שרצה לפרש ולומר דמה שכתב הנמוקי יוסף שחייב לתת לו חטים כמו שהתנה, היינו אם רוצה לקיים המקח, אבל לא שיחויב לתת לו חטים ע"כ, והביאו לזה משום דהוקשה לו ממה שכתבו הרא"ש והר"ן ז"ל בפרק ב' דעבודה זרה גבי אתנן: "והא מחסרא משיכה", דמכאן יש ללמוד דהשוכר את הפועל ופסק עמו לתת לו כור חטים בשכרו שאינו חייב לתת חטים דוקא כיון שלא משך, ובנתינת דמים סגי, דאלמא שאין אדם מתחייב לתת חטים דוקא עד שימשוך.

ולע"ד מי שפירש הכי אגב שיטפיה לא דקדק בה, דשכירות פועלים אינו אלא כנותן הדמים וכמו שכתב הכסף משנה ז"ל בהלכות איסורי מזבח פרק ד, ומשום הכי לא מתחייב לתת החטים כיון דאין מעות קונות כלל ואפילו לחייבו למוכר וכמו שכתב הכסף אינו קונה את הזהב, ופירוש דהאי קונה רוצה לומר מתחייב. אבל נתינת הפירות או החפץ מחייב ליתן כל מה שהתנה בין כסף בין שוה כסף ואפילו לא היו בידו.

כלומר, יש לחלק בין שכר פועלים, שבאמת אינו מחויב ליתן לו ממש מה שהוסכם אלא שווי שכרו בלבד, לבין מה שמתחייב כאן לתת תמורת מים שיהיו שלו. שכר פועלים זה כמו מעות, ואין זה דומה לחפץ (במקרה שלנו מים) שזה מחייב את הצד השני. מאחר וכסף אינו קונה את התחייבות הצד השני, העבודה של הפועל היא ככסף, וממילא היא אינה יוצרת קניין אלא התחייבות בלבד, מה שאין כן במקרה של חזקת שימוש תמורת המים, ששם הוא קניין ממש כדברי בעל הנתיבות.

הגדרת חזקת תשמישים ביחס לשאר חזקות

האם חזקת שימוש היא ככל החזקות של טענת בעלות, המחייבת חזקה של שלוש שנים עם כל תנאיה, ביחד עם טענה המתקפת את החזקה? מצאנו בראשונים ארבע דעות:

- רש"י ורשב"ם – חזקת שימוש צריכה טענה אך אין צורך בחזקת שלוש שנים.
- ר"ת ורא"ש – חזקת שימוש צריכה טענה ויש צורך בחזקת שלוש שנים.
- הגאונים, ראב"ד, ר"י מיגש ורמב"ם – חזקת שימוש אינה צריכה טענה ואין צורך בחזקת שלוש שנים.
- ריב"ם – חזקת שימוש אינה צריכה טענה ויש צורך בחזקת שלוש שנים.

יוצאת מן הכלל היא דעת הראב"ד, הסובר כי יש להבדיל בין חזקת שימוש להרחקת נזק. ובהרחקת נזק גם כשהניזק שותק ואינו מוחה, יש חזקה רק בשלוש שנים, לעומת שאר הראשונים, שדעתם בחזקת שימוש כדעתם בחזקת נזיקין. לדעת הסוברים כי חזקת שימוש אינה צריכה שלוש שנים וחלה לאלתר, צריך להבין במה שונה חזקה זו משאר חזקות? הטור מסביר שיסודה של חזקת שלוש שנים היא מחמת חיוב שמירת

השטר, ואם כן בדברים אלו, שלא כותבים בהם שטרות, אין צורך בשלוש שנים. אמנם מלשון הרשב"ם (בבא בתרא ו' ע"א בתוספות ד"ה אחזיק להורדל) משמע שעיקר החזקה המידית בתשמישים היא מתוקף השתיקה ולא משום היתרון שאין צריך לשמור שטר:

...דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקת קרקע, שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממך, אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא מיירי שמשתמש בשל חבירו, ובשעה אחת משתמש בפניו ושותק הויה חזקה, כדמוכח לקמן דאמרינן: "ואי חברה בטינא לאלתר הויה חזקה", וטעמא משום דאמרינן לא שביק איניש לאישתמושי בתוך שלו תשמיש של קביעות בלא רשותו, וכיון דמשתמש זה לפניו ושותק יש לומר דנטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה, והני מילי דהויה חזקה כגון שטוען... כדתנן לקמן... (מא ע"א): "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה"... ובכל חזקות מיירי לא שנה חזקת שלש שנים לא שנה חזקת יום אחד כי הני, ע"כ...

נראה שניתן להסביר שחזקת קניין בנויה מניצול הפירות היוצאים מהדבר שבו מחזיקים, אבל בחזקת תשמישים שאדם משתמש בגוף הדבר המוחזק, וזה מראה שמתכוון להשתמש בזה לתמיד, בזה אדם אינו שותק, ואם שתק – הרי החזקה מועילה מיד. ניצול חפץ לפירותיו אינו מוכיח בעלות אלא לאחר שימוש ממושך, לעומת זה, שימוש בגוף הדבר יוכיח בעלות אם לא תהיה מחאה לאלתר¹. עוד יותר יש לתמוה על הפוטרים חזקת תשמישים מטענה: וכי בגלל שאף טוען לא ערער, זה הופך להיות של המחזיק?

הגמרא (בבא בתרא ק' ע"א) מבארת דרכי קניין בשביל של כרמים, הנקנה על ידי הילוך, ובזה יודו חכמים לרבי אליעזר:

...דתניא: הלך בה לארכה ולרחבה – קנה מקום הילוכו, דברי ר' אליעזר; וחכמים אומרים: אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק. אמר ר' אלעזר, מאי טעמא דר' אליעזר? דכתיב: "קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה". ורבנן? התם משום חביבותא דאברהם הוא דקאמר ליה הכי, כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו. אמר ר' יוסי ברי' חנינא: מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים, הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך.

את טעמם של חכמים בשביל של כרמים מסביר בעל קצות החושן (סי' קנ"ג ס"ק ג'): וקשיא לי טובא, בלא טענה היכי משכחת לה, נהי דשתיקה הוי מחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה, בשלמא על ידי טענה משכחת לה שטען שקנאו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה, אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו אמאי אינו יכול לחזור כיון דליכא קנין... וצ"ע. ולכן נראה לענ"ד מזה דאף על גב דאכילת פירות אינו קונה, היינו דלא מהני שיקנה בזה גוף הקרקע, אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה השימוש ההוא מדעת בעלים קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו, וכהאי דאמרינן... מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים

¹ לפי זה יקשה, אם בונה בשדה בית קבע, לכאורה בכל זאת צריך שלוש שנים? ושם אין הכי נמי שיקנה לאלתר.

הואיל ונעשה להילוך קונה בהילוך, וכן כתב בטור סימן קצ"ב (סעיף ח) בדבר שתשמישו להילוך דקנאו בהילוך, ואם כן אפשר דאפילו בדבר שתשמישו לדבר אחר וקנאו ממנו לתשמיש מיוחד מכי עשה תשמישו קנאו לתשמישו...

מאחר שכל השימוש בשביל של כרמים הוא כדי להלך, לכן ההילוך קונה כי זה שימוש. ואם כן הוא הדין בכל חזקת תשמישים, עצם השימוש יוצר קניין של שימוש. לא הסכמת המוכר או הבעלים הקודמים מקנה, וממילא מחייבת קניין על הסכמה זו, אלא על ידי השימוש נקנה הדבר ועצם השימוש פוטרת מהסכמה, שאם לא כן 'מאי בעית בהאי ארעא'².

הגדרת חזקת נזיקין ביחס לחזקת שאר תשמישים

עד כה הוסבר עקרון חזקת תשמישים, ומוסברת היטב שיטת הראב"ד, המחלק בין חזקת תשמישים לנזיקין, אבל לפי שאר השיטות המאחדות את חזקת השימוש וחזקת נזיקין, יש להקשות: וכי האומר לחברו 'קרע כסותי' ואחר כך מתחרט, שוב אינו יכול לחזור בו כמו בחזקת תשמישים אחרים, א"כ יש הבדל בין חזקת שימוש לחזקת נזיקין?

גם על כך משיב בעל קצות החושן (סי' קנה ס"ק טז):

ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הקשה בזה בענין חזקת נזיקין ... למה אינו יכול לחזור, דהא למה זה דומה לאומר "קרע כסותי והפטר" (בבא קמא צב ע"א), דאם כבר קלקל פטור כיון דעשה ברשותו, אבל אם עדיין לא עשה ומוחה בידו שלא לקרוע ודאי יכול למחות בידו, ואפילו אם כבר התחיל לקרוע ומוחה בידו שלא לקלקל יותר מחוייב לשלם מה שקלקל אחר כך, כיון דאינו נותן לו את הבגד במתנה אלא מוחל לו על נזקיו ויכול למחות שלא להזיק יותר... ובשלמא בחזקת תשמישין הרי קנאו לתשמישו, אבל הכא בנזקי שכנים שכל אחד בשלו משתמש ומוחל לו על נזקיו שהזיקו, אם כן למה לא יוכל לחזור בו?

והנראה לי בזה דחזקת נזקין אינו משום מחילת הנזק, אלא משום דהכי דינא דנזקי שכנים, כיון שאינו מזיק ממש בידים, דכל שעמד בהיתר מהני וצריך הניזק להרחיק את עצמו... ואפילו עומד וצווח הניזק אחר כך שלא יזיק אותו יותר צריך הניזק להרחיק את עצמו כיון דאינו מזיק בידים, וברשות עדיף טפי מבהיתר...

יש לשים לב כי כל דבריו של בעל הקצות כאן נאמרים גם בלא שנעשה כל קניין על חזקת הנזיקין, ויש לבאר את חידושו, כיצד נותנים לו כוח למזיק ובמה 'קנה' את זכות הנזק?

עלינו לומר שזה קשור לדיון היסודי של שכנים. חיי שכנות כוללים הרחקת הניזק והרחקת המזיק. אם המזיק הגיע ראשון (סמך בהיתר) הניזק מרחיק את עצמו, או אם עשה ברשות, כך הוא הדין. אלו כללי שכנות שקבעו חכמים, מכוח המציאות של שכנים במרחב חיים משותף, ואין אלו הלכות הדומות לדיני מקח וממכר או טוען

² ומובן לפי זה מה שנוהגים היום שלא לעשות קניין בין השוכר למשכיר, כי על ידי עצם השימוש בבית קונה.

ונטען וסוחרים. כך בכל שימוש בין שכנים, בין שימוש שאינו מזיק ובין שימוש המזיק את השכן.

גם במציאות מיוחדת זו סובר הראב"ד, המצריך גם בין שכנים שלוש שנות חזקה בנזיקין, בשונה משימוש שאינו מזיק, כי אמנם השימוש הרגיל לא מצריך כל זיכוי, זה חלק מהמגורים המשותפים, אך השכנות לא מקנה 'זכות טבעית' לגרום נזק על ידי שימוש האדם במגוריו. אמנם שימוש המזיק די לו בהסכמה שבשתיקה, ובזה הוא קל מדיני חזקה שאינם בין שכנים, אך עדיין צריך שלוש שנים, כי אין בהכרח הסכמה על כל נזק שיבוא מרגע הנזק הנוכחי. רק לאחר שלוש שנות שימוש המזיק כבר ניתן לטעון לחזקה של השימוש. לפי הראב"ד חזקת שימוש הגורמת נזק, שהצריכו בה הרחקת נזיקין עקרונית, מחייבת להחזיק בו כמו כל שאר חזקות כדי לבטל מחאת השכן הניזוק. לשיטתו, תקנת חכמים הייתה שחזקת נזק כזה בין שכנים אמנם לא תחייב טענה אלא תסתפק בשתיקת השכן הניזוק, אך לא פטרה את המזיק מחובת חזקה של שלוש שנים.

אמנם נראה שהרמב"ם, שהביא את הלכות נזיקין בנזקי שכנים, סובר כי גם שימוש על ידי נזק הוא בכלל חזקת תשמישים של שכנים, וכל דיני חזקת תשמישים בין שכנים עליו. גם הנזק שגורם השכן הוא מחמת היותו שכן ומרקם החיים כולל גם נזקים מסוג זה.

סיכום

על פי דברי בעל נתיבות המשפט, חזקת שימוש בצינור המקלח מים לחצר חברו לא צריכה קניין, שכן היא נקנתה על ידי מעשה הקניין של המים הנוטפים לחצר השכן, שתמורתם הוא השימוש בצינור.

חזקת בעלות מתבטאת בשימוש בחפץ על ידי התועלות היוצאות ממנו, וחזקת תשמישים היא על ידי התועלת מגוף החפץ, וברגע שנעשה שימוש בחפץ כפי הרגילות להשתמש בו – נקנה.

חזקת תשמישים היא מכוח הזכות הטבעית של השכנים שתקנו חכמים והסדירו את יחסי השכנות באופן שיכללו שימוש מסוים של שכן בקרקע של שכנו.

נחלקו הראב"ד והרמב"ם אם גם חזקת נזיקין יכולה להיכלל לגמרי בסידור השכנות שתיקנו חכמים או שיש לחייב חזקת נזיקין בחזקת שלוש שנים ולא לאלתר.

גדר קניין מסירה (ס' קצ"ג)

הקדמה

קניין מסירה הוא קניין ייחודי במערכת הקניינים. יש קניינים הפועלים ישירות בחפץ – כגון בהכנסת החפץ לרשות הקונה. למשל – חצר, יד הגבהה ומשיכה. יש קניינים שאינם ישירים, אך הם פועלים על ידי מתן תמורה, כגון כסף לבעלים. במסירה לכאורה אין מרכיבים קנייניים מובהקים. כיצד אפוא פועל קניין זה? נדון בשיטות הראשונים בקניין זה ונראה נפקא מינות הנובעות מהתפיסות השונות לגבי מהותו.

א. במסירה ברשות המוכר – מחלוקת רשב"ם ותוספות

הגמרא (בבא בתרא עו ע"א–ע"ב) אומרת:

...תניא: ספינה נקנית במסירה, דברי רבי; וחכמים אומרים: לא קנה עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה! לא קשיא: כאן ברשות הרבים, כאן בסימטא. במאי אוקימתא להא בתרייתא? ברשות הרבים; אימא סיפא, וחכמים אומרים: לא קנה עד שימשכנה; ואי ברשות הרבים, ממאן אוגיר? ותו, משיכה ברשות הרבים מי קניא.. מאי עד שימשכנה נמי דקאמר, ומאי עד שישכור את מקומה דקאמר? הכי קאמר: עד שימשכנה מרשות הרבים לסימטא, ואם רשות בעלים היא – לא קנה עד שישכור את מקומה...

ומפרש הרשב"ם (עו ע"ב ד"ה ומשני):

ומאי עד שישכור כו', לאו ברשות הרבים קאי, אלא הכי קאמר, והיכא דברשות מוכר היא לית ליה תקנה לא במסירה ולא במשיכה עד שישכור את מקומה.

כלומר, לדעת הרשב"ם רבי ורבנן נחלקו אם מועילה מסירה ברשות המוכר. על כך משיגים התוספות (ד"ה הכי קאמר):

הכי קאמר, אי ברשות בעלים היא לא קני עד שישכור – מה שפירש בקונטרס דרשות בעלים היינו רשות מוכר אין נראה לרשב"א, דהא משמע לא קנה במסירה עד שישכור את מקומה, מכלל דלרבי קני במסירה וברשות מוכר פשיטא דלא קנה במסירה, דדוקא בחצר שאינה של שניהם קאמרי אביי ורבא דקניא מסירה. ונראה לרשב"א לפרש דרשות בעלים לאו רשות מוכר קאמר, אלא כלומר אי רשות שיש לה בעלים היא, כמו חצר שאינה של שניהם, וכן לר"י.

במה נחלקו התוספות והרשב"ם? במבט ראשון נראה שהם חולקים בשאלה למה דומה קניין מסירה. האם להגבהה, שקונה גם ברשות המוכר, או למשיכה, שקונה רק בסימטא או ברשות הקונה. אך באיזו סברה נחלקו?

ב. "קניין המועיל"¹ במסירה

ראשית, יש מקום להסתפק, מה יהיה הדין אם הקונה כבר אוחז באפסר הבהמה בלא רשות לקנות והמוכר אומר לו לקנות. האם יש צורך בתפיסה מחודשת בבהמה או שמא הקניין הוא עצם התפיסה והקונה לא יצטרך לתפוס מחדש ודי במה שתופס. נפרש את חקירתנו: האם מסירה היא קניין במצב, כלומר, החפץ נמצא כרגע בשליטת הקונה, או מעשה התפיסה הוא הקונה?

לכאורה, בכל משיכה אין צורך במשיכה עצמה, שהרי אם הקונה כבר אוחז בבהמה הרי יוכל לקנות מדין מסירה. בתשובה לשאלה זו נחלקו הרמב"ן והר"י מיגאש. הר"י מיגאש² (שם, עו"ב) כותב:

והא דאמרין משיכה לא קניא ברשות הרבים, לא תימא הני מילי היכא דלא נקיט לה בידיה, אבל היכא דנקיט לה בידיה וקא משיך לה קני לה בההיא נקיטא לה דהויא לה כמסירה, אלא אפילו נקיט לה בידיה לא קני... אפילו אמר לך קני דמשמע להכי ולהכי אי נמי זיל נקוט לך וקני לה, דהא ודאי במסירה הוא דאיכוון לאקניי, כיון דחזינן ליה דקא נקיט לה וקא משיך לה מימשך גלו אדעתיה דבמשיכה ניחא ליה דלקני במסירה לא ניחא ליה דלקני.

כלומר, הסיבה שאינו קונה במסירה היא ש"קניין המועיל" אינו פועל, שכן לא כיוון לקנות במסירה אלא במשיכה.

הרמב"ן (שם) כותב שמדובר במצבים שבהם אין מסירה³, אבל אם יש מסירה – יקנה בה:

דהא היכא דאמר נמי לך משוך וקני בספינה ברשות הרבים משום קפדנותא קאמרין דלא קני, ולרבי דמראה מקום הוא קני הא בסתמא קני וקני,

במה נחלקו? במבט ראשון נראה שהם חולקים אם מסירה היא קניין דאורייתא, ואז⁴ פועל "קניין המועיל". או שהיא קניין דרבנן, ואז יש צורך שיתכוון לקניין שהוא מעוניין לקנות בו. אך המשנה למלך (הלכות זכיה ומתנה ב, ט) מציג תפיסה שונה לגבי "קניין המועיל":

נראה דיש לחלק, דשאני התם דבשעה שיש לו ארבע אמות באותה שעה כיון לקנות ואף על גב דאין דעתו לקנות בארבע אמות, מכל מקום הרי כיון לקנות באותה שעה. אבל הכא בשעה שהגביה לא היה דעתו לקנות אלא לאחר כך על ידי בנין, ובשעה שהוא מכין לקנות אין כאן הגבהה. ועיין בהריב"ש סי' שמ"ו.

¹ הערת העורך: המושג "קניין המועיל" דן במצב שבו אדם מבצע קניין מועיל, במקרה ההוא – קניין ד' אמות, אך מעוניין לקנות בקניין אחר, שמסיבה כלשהי אינו יכול לפעול (בגמרא בבבא מציעא מדובר שרוצה לקנות בנפילה על המציאה הנמצאת בד' אמותיו). האם הוא קונה? על בסיס מימרה כלשהי של הנמוקי יוסף (על הרי"ף, מקובל להבין כי אם ה"קניין המועיל" הוא מדאורייתא – הוא תקף אף שלא הייתה מודעות לקונה, ודי בעצם רצונו לקנות. ואילו אם הוא מדרבנן, כגון ד' אמות – אין הוא קונה. בהמשך יובא הסברו של המשנה למלך בעניין.

² כן כתב גם הרשב"א במקום.

³ כגון קורא לה והיא באה, וראה בריטב"א שם.

⁴ לפי התפיסה המקובלת בהבנת הנמוקי יוסף, ראה לעיל הערה 1.

כלומר, להפעלת "קניין המועיל" נדרש שהקניין יהיה באותו הרגע בו יש כוונה לקנות. אם הכוונה באה רק לאחר מכן, "קניין המועיל" לא יעבוד. נראה בהמשך כי המחלוקת בין הר"י מיגאש לרמב"ן קשורה למהות קניין המסירה.

ג. תשובת רבי עקיבא איגר לגבי קניין בגט

רש"י והר"ן בגיטין נחלקו אם בגט יש צורך בנתינה דווקא, "ונתן בידה", או שניתן לגרש את האשה על ידי הקנאת הגט, למשל באגב. רש"י⁵ אומר כי ניתן לגרש בקניין ללא נתינה. ואילו הר"ן⁶ טוען שלא ניתן לגרש אשה ללא נתינה פיזית של הגט, לידה או לחצרה.

ר' שלמה איגר העיר לאביו (שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא סי' רכא ס"ק ז) כי לכאורה מחלוקת זו היא ספק בירושלמי לגבי הקנאת גט במסירה. וזה לשון הירושלמי (גיטין ב, ג):

ר' זירא בעי קומי רבי מנא, מסר לה במוסירה מהו? מידת הדין את אמר, נקנה המקח, והכא את אמר הכין. או שנייא היא דכתיב: "ונתן בידה", עד שיהא כולו בידה.

עונה על כך רבי עקיבא איגר (שם סי' רכב אות כג):

...קנין המסירה מועיל דקנתה הגט, ומכל מקום אינו בידה ולא מהני לגבי גרושין, כמו שכתב הר"ן... אם כן יש לומר דזהו ספיקא דהירושלמי אי מהני קנין בגט, או דבעיא ידה ממש, וביותר יש לומר דזהו ודאי דבעיא בידה ממש, כמו שכתב הר"ן בפשיטות, אלא דהכא במסירה דתופסת בשערה או באפסר הקשור בבהמה הוי כאוחזות קצת בהמה ממש, ובזה יש לומר כיון דגליון הגט בידה וקנתה כולו מהניא, או דבעיא שיהא הגט כולו בידה, וכדדייק לישנא דהירושלמי "או שנייא וכו' עד שיהא כולו בידה", וחידוש בעיני, דלא נזכר הדין דצריך שלא יהא מקצת הגט יוצא מידה, דאף דקנתה כל הגט בהגבהה, מכל מקום אין בידה, וצריכין לזהר בזה דאם הגט על קלף גדול, ומצוי דלפעמים מקצת הגט למעלה מידה ואינו כולו בידה, וצ"ע לדנא...

ר' עקיבא איגר מגדיר כי קניין המסירה פועל על ידי תפיסה – תפיסה חלקית של הדבר נחשבת כתפיסת כל הדבר, ונסתפקו הירושלמי אם תפיסה חלקית של הגט בידה מועילה או שיש צורך בתפיסה של כל הגט ממש. לתפיסה זו, "מסירה" היא קניין על ידי "מצב" ולא על ידי מעשה.

כיצד הבין ר' שלמה איגר את קניין המסירה? נראה מוכרח משאלתו שהוא הבין שזהו מעשה קניין ולא מצב. היינו, על ידי האמירה "לך חזק וקני", תפיסת הקונה מבטאת את העברת הבעלות.

ד. הסבר מחלוקות הראשונים לפי הבנת ר' עקיבא איגר ור' שלמה איגר

נראה כי המחלוקות שהבאנו לעיל קשורות למחלוקת ר' עקיבא איגר ובנו.

⁵ גיטין עז ע"ב.

⁶ גיטין, לט ע"ב בדפי אלפס.

קניין בחצר המקנה

אם קניין מסירה הוא כאילו נמצא ביד הקונה, בחצר המקנה הרי הבהמה ברשות שניהם – האפסר ביד הקונה והבהמה ברשות המקנה, על כן אין הקניין פועל. לעומת זאת, אם הקניין פועל מצד אמירת המקנה ומעשה התפיסה של הקונה – יקנה גם בחצר המקנה. אם כן, מחלוקת הרשב"ם והתוספות ניתנת להסבר על פי מחלוקת זו.

חקירתנו לגבי תפוס באפסר קודם הקניין

אם מסירה פועלת מדין המצב – התפיסה, הרי אין הבדל אם תפס קודם האמירה או לאחריה. אבל אם המסירה פועלת מדין מעשה קניין, הרי "כלתה קניינו", ולאחר האמירה יש צורך לתפוס מחדש.

קניין המועיל

לגבי מחלוקת הר"י מיגאש והרמב"ן, מכיוון שהקונה החליט לקנות במשיכה, הרי שלאחר התפיסה הוא מתחיל לבצע את קניין המשיכה. לפי הסבר המשנה למלך לא יהיה "קניין המועיל", שהרי בזמן שהוא מבצע את הקניין כבר "כלתה קניינו" של המסירה.

אבל אם הקניין הוא במצב – בתפיסה – הרי דרישת הבו-זמניות של המשנה למלך מתקיימת, שכן בשעה שמושך הוא גם תופס ועומד, ועל כן יקנה.⁷

ה. נפקא מינות נוספות לגדר המסירהמסירה בשטרות

הרשב"ם (בבא בתרא עו ע"א) אומר לגבי קניין שטר במסירה:

ואותיות במסירה – אבל משיכה אינה אלא בדבר שגופו ממון, דמכי משך ליה זכה ביה, והכי נמי לגבי לצור על פי צלוחיתו תיהני ליה משיכה כשאר מטלטלין, אבל כדי לגבות החוב צריך שימסרנו מלוה ליד הלוקח.

הרש"ש על אתר אומר כי הרשב"ם מתכוין ל"מסירה מיד ליד", כדברי התוספות (שם ד"ה אי כרבי):

...על כן נראה לר"י דעם המסירה דאותיות צריך משיכה, וכן משמע בפרק מי שמת (לקמן קנא ע"א) דפריך גבי מלוגא דשטרות "והא לא משך", והא דמזכיר בכל מקום מסירה באותיות, אף על גב דבעי משיכה, היינו משום דבעינן מסירה מיד ליד, ואף על גב דבעלמא לא בעינן מיד ליד כדפרישית לעיל, הכא בעינן טפי כדי לקנות השעבוד שבתוכו...

הרמב"ן מסביר אחרת, ולדעתו באמת אי אפשר לקנות חוב במסירה, רק שחכמים תיקנו שמועילה מסירה:

והא דאמרין אותיות נקנות במסירה, ראיתי מי שפירש דלאו מסירה לחודה היא, אלא מסירה שיש בה משיכה היא, דאי מסירה לחודה הא קיימא לן שהמטלטלין אינן נקנין אלא במשיכה, ומשום שאין גופן ממון מיקנו במסירה אטו מיגרע גרע? אלא מסירה שיש בה משיכה קאמר... אבל לפיכך אותיות נקנות במסירה מפני שהמסירה והמשיכה וההגבהה

⁷ הסבר מקובל נוסף ב"קניין המועיל" אומר כי קניין המועיל מדאורייתא קונה רק כשמדובר בקניין התלוי במצב ולא במעשה. בקניין התלוי במעשה לעולם אין הוא מועיל, שהרי לא כיוון לקנות בו. גם לפי הסבר זה הנפקא מינה מוסברת היטב.

שוין בהן, שאין גופן מכור וקנוי, והראיה שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן, ולפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה, ותקנת חכמים היא שיקנה...

במה חולקים הרשב"ם והרמב"ן?

לפני שנסביר את מחלוקתם נדון בנושא נוסף: האם ניתן להקנות חוב בחליפין? הרא"ש (שו"ת כלל עה סי' ב) כותב:

שאלה: ראובן נתן ללאה אשתו כל נכסיו במתנת בריא, מקרקעי, ומטלטלי אגב מקרקעי, וכל דבר דמקרי נכסי, ולא שייר ליורשין אלא ה' דינרין. והיו לראובן שטרות בביתו על כותים ועל יהודים, וגם היו לו שטרות ביד אחרים, ובאו לדון דינה ויורשי ראובן על השטרות, אם הם בכלל הנכסים.

תשובה: גרסינן בפרק מי שמת (בבא בתרא קנ ע"ב): "אמר נכסי לפלוני, עבדא איקרי נכסי וכו', שטרא איקרי נכסי, דאמר רבה בר רב יצחק: שני שטרות הן וכו'". ופירש רבינו שמואל: אמר: נכסי לפלוני, פסקי הלכות הן שפוסק הגמרא: שכיב מרע שאמר: נכסי לפלוני, **אי נמי בריא שהקנה בסודר**, ובא הגמרא... וקאמר דקנה גם השטרות, בקנין לחודיה בלא כתיבה ומסירה, וגם לא כתב ליה: קני לך איהו וכל שעבודיה...

הרשב"ם מבדיל במפורש בין מעשה קניין בחפץ, שאינו פועל בתוכן הפנימי שלו – דהיינו בשעבוד, לבין מסירה מיד ליד שעל פי הסברנו מבטאת תפיסה. אלא שצריך שזו תהיה מיד ליד בניגוד למסירה רגילה, שבה התפיסה היא רק בגוף החפץ. כאשר מעבירים גם את התוכן – השעבוד, יש צורך שבעל השטר ייתן אותו ממש מיד ליד. הרמב"ן אינו מחלק בכך, ולדעתו אין אפשרות להקנות חוב במסירה⁸. בחליפין ייתכן שיהיה אפשר להקנות גם את השעבוד, כי אין זה קניין בגוף החפץ, ולכן ייתכן שיהיה אפשר להגדיר אותו גם על שעבוד ולא רק על חפץ ממשי.

עדיפות בין קניינים

כתבו התוספות (בבא בתרא עו ע"א):

ספינה נקנית במסירה – בסמוך מוקי לה ברשות הרבים ופירש רבינו שמואל דמסירה קונה ברשות הרבים משום דלא אפשר התם במשיכה, אבל בסימטא דשייכא משיכה לא קניא מסירה, שהוא קנין גרוע. וקשה לר"ת, וכי משיכה ומסירה מצות הן שאין לעשות אלא מן המובחר? ואור"י דאין זו קשיא, דכי האי גוונא אמר לקמן, דהגבהה החשובה יותר מבטלת שאר קניינים.

ויש להבין את דעת רבנו תם. נראה לומר שהגבהה ומשיכה פועלים על אותו מישור, ולכן אם בוחר את החלש יותר – זה פגם בקניין. אבל אם שניהם פועלים במישורים שונים, אין סיבה לבחור את זה על פני זה, ושניהם שווים. אם כן דעת רבנו תם היא שמסירה אינה פועלת כמעשה כמו משיכה, אלא במישור של תפיסה – מצב. ועל כן אין עדיפות לקניין מסירה או משיכה. לעומת זאת ר"י סובר שמשיכה ומסירה הן מעשה קניין.

⁸ אף שאמרנו לעיל שגם דעת הרמב"ן היא שמסירה פועלת מצד המצב ולא כמעשה קניין.

סיכום

העלנו שתי אפשרויות באשר לקניין מסירה: קניין כמעשה, כמו משיכה וכדומה, וראינו שזו סברת ר' שלמה איגר, מול קניין כמצב, כלומר, החפץ תפוס בידי הקונה, וכאילו הוא ברשותו. זו גם סברת ר' עקיבא איגר בתשובה. נסכם את הנפקא מינות בטבלה:

מקרה	מסירה כמעשה קניין	מסירה כמצב של תפיסה
קניין ברשות המקנה	קונה כהגבהה	לא קונה, כי ברשות שניהם
קניין המועיל במסירה	לא מועיל	מועיל
תפוס כבר בידו	לא מועיל, כי כלתה קניינו	מועיל, כי תפוס בידו
עדיפות למשיכה	יש עדיפות	אין עדיפות, כי הקניינים שונים

משיכה בדבר שדרכו להגביה (ס' קצ"ח)

פתיחה

קניין משיכה אינו מועיל בכל המיטלטלין, אלא רק במיטלטלין שאין דרכם בהגבהה. נבחן את הסיבות לכך, ואת משמעות העדיפות שיש לקניין הגבהה על קניין משיכה בדיני הקניינים.

מחלוקת הראשונים בדבר הראוי למשיכה ואינו ראוי להגבהה

הגמרא (בבא בתרא פו ע"א) אומרת:

תנן התם: נכסים שיש להן אחריות – נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאין להן אחריות – אין נקנין אלא במשיכה.

בסורא מתנו לה להא שמעתא משמיה דרב חסדא, בפומבדיתא מתנו לה משמיה דרב כהנא, ואמרי לה משמיה דרבא: לא שנו אלא דברים שאין דרכן להגביה, אבל דברים שדרכן להגביה – בהגבהה אין, במשיכה לא.

נמצאנו למדים שאין אפשרות לקנות במשיכה דבר שדרכו להגביה. ויש לשאול, על בסיס קביעתה של הגמרא, מה הדין של קניין הגבהה בדברים שאין דרכם להגביה משום כובדס, האם יחול הכלל שכללה הגמרא בצורתו ההפוכה, שדבר שאין דרכו להגביה נקנה במשיכה אבל לא בהגבהה? או שמא הגבהה קונה בכל מקום משום שהיא הקניין העיקרי במיטלטלין?

הרשב"ם כתב (ד"ה במשיכה):

וכל שכן בהגבהה, דהגבהה קונה בכל מקום, ובכל דבר דמשהגביהה הניחה ברשותו אפילו בלא משיכה, כן נראה לי.

כלומר, גם דברים שאין דרכן להגביה כלל נקנים בהגבהה משום שהיא הקניין הטוב ביותר במיטלטלין, שכן בזמן ההגבהה – החפץ הנקנה נמצא ברשותו של הקונה בצורה המובהקת ביותר.

וכך כתב גם הריטב"א (שם):

אבל דברים שדרכן בהגבהה בהגבהה אין במשיכה לא – פירש ר"י דאפילו כשהם בינונים שראויים למשיכה קאמרינן... אבל מידי דבר משיכה ולא בר הגבהה, כגון שליפי רברבי, קונה אותם אפילו בהגבהה, דבהגבהה קנייה אלימתא היא וקונה בכל דבר.

לעומת זאת, הרשב"א (שם) מביא את שיטת הראב"ד, הסובר שדבר שאין דרכו להגביהה אינו נקנה בהגבהה אלא במשיכה בלבד:

אבל מדברי הראב"ד ז"ל נראה דדבר הראוי במשיכה ולא בהגבהה אינו נקנה בהגבהה אלא בר הגבהה – בהגבהה ולא במשיכה, ומידי דבר משיכה במשיכה ולא בהגבהה, והראשון נראה עיקר.

במה נחלקו הראשונים?

הסבר הדעה שקניין הגבהה מועיל תמיד

יש לחקור מדוע לדעת הרשב"ם קניין הגבהה מועיל תמיד גם בדברים שאין דרכם להגביה. אפשרות אחת היא שקניין הגבהה הוא הקניין העדיף במיטלטלין, ולכן הוא יועיל תמיד, אלא שעלינו להבין במה הוא עדיף.

אפשרות אחרת היא שקניין משיכה הוא קניין גרוע במיטלטלין, ולכן אם אין דרכו של הכלי בהגבהה – אפשרו חכמים לקנות אותו גם בקניין משיכה אף על פי שהוא קניין גרוע, אבל אם דרכו של הכלי בהגבהה – אין לקנות אותו בקניין גרוע כקניין משיכה. לפי האפשרות השנייה אם מדובר בחפץ שאין דרכו בהגבהה – אין יתרון לקניין הגבהה על קניין משיכה.

הנפקא מינה בין שתי האפשרויות היא במקרה שבו הדבר שנקנה במצבו הנוכחי אינו ראוי להגבהה אבל אפשר לחלקו לשניים ואז יהיה ניתן להגביהו, האם במקרה זה יש לחלק ולקנות דווקא בהגבהה, שהיא הקניין העדיף, כמוסבר באפשרות הראשונה, או שמא אין חובה לחלק, משום שבמצב הנוכחי קניין משיכה מועיל הואיל והדבר הנקנה אינו ראוי כרגע להגבהה, ובמצב זה מעמדם של קניין הגבהה ומשיכה שווה, וכפי שהסברנו באפשרות השנייה.

דברי הרמב"ם והטור בדבר הראוי לחלוקה

שאלה זו, אם צריך לפרק את החפץ הנקנה, מובאת בטור (חו"מ סי' קצח):
 וחכמים תקנו שלא יהו מעות קונות עד שיגביה דבר שדרכו להגביה או שימשוך דבר שאין דרכו להגביה. וכיון שמשך או הגביה או שנמסר לו זכה אף על פי שלא נתן המעות ואינו יכול לחזור בו וכופין אותו ליתן המעות. ופירש הרמב"ם ז"ל (הלכות מכירה ג, ב) שאפילו משוי גדול של פשתן או של עצים שאינו יכול להגביה נקרא דבר שדרך להגביהו כיון שאפשר להתיר האגד ולהגביה כל עץ ועץ לבדו, ואינו נקרא דבר שאין דרכו להגביה אלא כמו משוי של פלפלין או אגוזים ושקדים וכיוצא בהן והוא גדול שאין אחד (מהם) יכול להגביהו ואם יתירוהו יהיה בו טורח גדול, ויראה כיון שהוא משוי כבד נקנה במשיכה, שלא הצריכוהו להתירו ולהגביהו אחד אחד. ואם מגביה דבר שאין דרכו להגביה קונה, אף על פי שאין דרכו בכך.

לפי דברינו, לדעת הרמב"ם שצריך לחלק משאוי שאפשר להתיר אגדו ולהגביה כל חלק וחלק לעצמו, העדיפות של קניין הגבהה היא משום שהוא המוכר שבקנייני המיטלטלין ולכן במקום שאפשר לעשות קניין הגבהה על ידי התרת האגד, ישנה חובה להתיר את האגד ולקנות את הפשתן בהגבהה דווקא, ואינו נקנה במשיכה. לעומת זאת, לדעת הטור, כאשר האגד אינו ראוי להגבהה – קניין משיכה והגבהה שווים, משום שרק במיטלטלין שדרכם להגביהו אנו רואים את קניין המשיכה כגרוע יותר, ואין חובה להתיר את האגד כדי לקנות דווקא בקניין הגבהה.

במחלוקת הרמב"ם והטור נחלקו הראשונים בפירוש הגמרא (בבא בתרא פו ע"ב):
 תא שמע: המוכר פירות לחבירו, משך ולא מדד – קני; והא פירות דבני הגבהה נינהו, וקתני דקני במשיכה! הכא במאי עסקינן בשליפי רברבי. אי הכי, אימא סיפא: הלוקח פשתן מחבירו – לא קנה עד שיטלטלנו ממקום זה למקום אחר; אטו פשתן בשליפי רברבי מי לא עבדי? שאני פשתן דמשתמיט.

ומפרש הרשב"ם (ד"ה שאני) את תשובת הגמרא "שאני פשתן דמשתמיט":
 שמחליק ואין יכולין לעשות ממנו משאות גדולות הלכך בעי הגבהה דדרכו בכך, ורבינו חננאל פירש שאני פשתן דמשתמיט כיון שאם ימשך

מתנתק אין דרכו להמשך לפיכך קני בטלטול, ולפי הלשון הזה איכא לאוקומה אפילו בשליפי רברבי ואפילו הכי ליתיה במשיכה אלא בהגבהה משום דמתנתק במשיכה.

כלומר לדעת הרשב"ם והר"ח אי אפשר לקנות פשתן במשיכה משום שדרכו של הפשתן היא בהגבהה. לדעת הרשב"ם דרכו בהגבהה משום שאין עושים ממנו משואות גדולות, ולדעת ר"ח דרכו בהגבהה משום שאם ימשכו את הפשתן הוא יתנתק מחבילתו.

לעומת שיטתם, הר"י מיגאש (ד"ה ת"ש) מפרש את תשובת הגמרא אחרת:

ופריק שאני פשתן דמשתמיט, כלומר אף על גב דעביד בשליפי רברבי אפשר דמשתמטינהו חדא חדא ומגבינהו, והוי ליה מדברים שדרכן להגביה. ואיכא מרביותא דפירש ביה הכי, שאני פשתן דמשתמיט, כלומר אם ימשכנו על הארץ מתנתק ומתפרק, לפי אמר בטלטול לפי שאין דרכו לימשך. והאי פירושא לא דייק, משום דאיכא לאקשווי עליה אטו היכא דאין דרכה במשיכה נעביד הגבהה קאמר' כי היכי דנימא שאני פשתן דאין דרכו לימשך היכא דאפשר בהגבהה לא תסגי ליה במשיכה הוא דקאמרין, וכיון שכן, הא דאמרין שאני פשתן דמשתמיט לאו למימרא דלא אפשר במשיכה הוא אלא למימרא דאפשר בהגבהה הוא דכיון דאפשר בהגבהה אף על גב דאפשר ביה נמי משיכה בהגבהה אין במשיכה לא.

הר"י מיגאש מפרש שבפשתן אפשר להתיר את האגד המחבר את כל עצי הפשתן ולהגביה כל עץ ועץ בפני עצמו, ולכן אי אפשר לקנות את הפשתן במשיכה, אלא יש להתיר את אגדו ולקנותו בהגבהה כפי שיטת הרמב"ם שראינו לעיל. הר"י מיגאש דוחה את פירושו של רבינו חננאל משום שהפירוש בגמרא לשיטתו אינו מחייב שאי אפשר למשוך את הפשתן ולכן חייבים להגביה אותו, כמו שמשמע מפירוש של ר"ח, אלא יש לומר שבכל מקום שאפשר להגביה את הדבר הנקנה אף על פי שאפשר גם למושכו, יש להעדיף את קניין ההגבהה ואין החפץ נקנה במשיכה. לכן מלמדת אותנו הגמרא שאם אפשר לקנות את הפשתן בהגבהה על ידי התרת האגד אי אפשר לקנותו במשיכה.

אפשרויות נוספות בהסבר מחלוקת הרמב"ם הטור

האם יש חובה לטרוח בקניין

אפשרות נוספת בהסבר מחלוקת הרמב"ם והטור היא שלא נחלקו בגדרי קניין משיכה ואם יש להעדיף את קניין ההגבהה על פניו במקום שיוכל להגביה על ידי התרת האגד וחלוקת המשוך למשאות קטנים, אלא שנחלקו בטורח המוטל על הקונה לטרוח לקנות דווקא בהגבהה.

הרמב"ם מודה שבמקרה שבו הטורח גדול – אין חובה על הקונה להתיר את האגד ולקנות בהגבהה, וזה לשונו (הלכות מכירה ג, ב):

אבל אם היה טעון של אגוזים או של פלפלין או של שקדים וכיוצא בהן והיה גדול שאין אחד יכול להגביהו, הרי זה נקנה במשיכה, שאם יתירו יתפרד ויהיה לו בו טורח גדול, וכן כל כיוצא בזה.

הטור חולק על הרמב"ם וסובר שגם התרת אגד של פשתן היא טורח גדול שחכמים לא הטילו על הקונה על מנת שיקנה דווקא בהגבהה, ולכן גם במקרה כזה אין חיוב להתיר את האגד ואפשר לקנות במשיכה ככל שאר הדברים שאין דרכם בהגבהה.

האם אגד נידון כדבר אחד או כקיבוץ של חלקים נפרדים

אפשרות שלישית בהסבר מחלוקת הרמב"ם והטור היא, שיש לחקור מהי הדרך לדון את הדבר שאותו אנו בוחנים, האם דרכו או אין דרכו בהגבהה. הרי כאשר מדובר בספסל או שולחן, הכול מודים שאין צורך לפרקו בכדי לקנות אותו דווקא בקניין הגבהה, משום שהחפץ מוגדר כפי שהוא עכשיו, דהיינו ספסל שאין דרך להגביהו. על פי זה נחלקו הרמב"ם והטור אם יש להתייחס לאגודה כדבר אחד שכל כולו יחד נקנה ללקוח, ולכן האגודה אין דרכה בהגבהה אלא במשיכה, או שמא יש לראות כל עץ של פשתן כדבר הנקנה בפני עצמו, ובפני עצמו כל עץ דרכו בהגבהה, ולכן יש להתיר את אגודת הפשתן ולהגביה כל עץ בפני עצמו, כדעת הרמב"ם.

בדין זה מצינו מחלוקת בין הרשב"ם לריטב"א. וכך כתב הריטב"א (שם ד"ה אטו):

ורבינו שמואל ז"ל פירש דיטלטלנו משיכה נמי היא, ונקט האי לישנא משום דגבי פירות סגי להו במשיכה כל דהו, דבמשיכה כל דהו נמשכין כולן, אבל הפשתן הוא ארוך וצריך משיכה גדולה, והיינו דפריך בשלמא לדידי רישא וסיפא בשליפי זוטרי או מציעאי, ובפירות סגי במשיכה כל דהו, ופשתן שהוא ארוך צריך טלטול גמור ממקומו או במשיכה או בהגבהה, דטלטול – תרוייהו משמע, אבל לדבריק דמוקמת לה בשליפי רברבי היכי קתני סיפא עד שיטלטלנו, דמשום משיכה גדולה וגמורה רישא נמי בשליפי רברבי וצריכין משיכה גדולה, על כרחך משום הגבהה נקט לה דלא מיקנו אלא בהגבהה, וזה היאך אפשר, ואין פירוש זה מחוור, דפירות נמי אפילו לשמואל דספינה (לעיל עה ע"ב) במשיכה כל דהו סגי להו, שהרי כל פרי ופרי יצא ממקומו, ולא נחלקו רב ושמואל אלא בספינה וכיוצא בה שהוא כלי אחד.

היוצא מזה הוא שלדעת הריטב"א יש לראות כל פרי ופרי כדבר בפני עצמו הנקנה ללוקח, ולכן מספיקה משיכה כל דהו כדי לקנותו, שהרי אותו הפרי הוא יחידה בפני עצמה שזזה ממקומה, ואילו לדעת הרשב"ם אנו רואים את כל החבילה כיחידה אחת, ולכן כדי לבצע בה קניין משיכה צריך להזיז את כל החבילה ולעוקרה למקום אחר כדי שתיקנה במשיכה.

לפי הסבר זה ניתן להסביר שלדעת הרמב"ם כל פרי הוא יחידה בפני עצמה שדרכה בפני עצמה בהגבהה כסברת הריטב"א, ואילו לדעת הטור יש לראות את כל החבילה כיחידה אחת שאותה קונה הלוקח, שאין דרכה בהגבהה משום גודלה, ולכן די לה בקניין משיכה, וכהסברו של הרשב"ם.

יסוד קניין אגב (ס' ר"ב)

קניין אפסר – קניין עצמאי או קניין אגב

במסכת קידושין (כו ע"א – כז ע"א) מסתפקת הגמרא אם יש צורך שהמיטלטלין שנקנים אגב הקרקע יהיו מונחים על גביה או לא: איבעיא להו: בעינן צבורים או לא?

ת"ש: ...כיון שהחזיק עמו בקרקע – נקנה שטר בכל מקום שהוא, שמע מינה לא בעינן צבורים בה! שאני שטר, דאפסירא דארעא הוא.

ופירש רש"י: אפסר – קבישט"ר, כלומר בית אחיזתה וכגון קרקע דמי.

הגמרא מוכיחה שאין צורך שיהיו מונחים על גבי הקרקע מכך שנאמר שכאשר אדם מחזיק בקרקע, הוא קונה גם את השטר בכל מקום שהוא נמצא. הגמרא דוחה שאין להסיק מדין השטר, כיוון שהשטר של הבעלות על הקרקע הוא כמו אפסר של הקרקע, דהיינו ידית אחיזה או רצועה של הקרקע.

יש שתי אפשרויות לפרש את דחיית הגמרא: או שאפסר נקנה בקניין אגב אלא שאין להסיק מכך שגם שאר מיטלטלין הנקנים באגב אינם צריכים להיות על גבי הקרקע הנקנית, שכן אפסר מעמדו שונה בגלל זיקתו לחפץ שאותו הוא משמש, והוא כאילו מונח על גביו, או שאין להסיק מקניין אפסר כיוון שהאפסר נקנה עם החפץ שאותו הוא משמש, לא בקניין אגב אלא בקניין אחר.

קניין אגב דאורייתא או דרבנן

לגבי קניין אגב אומרת הגמרא (קידושין כו ע"א):

נכסים שאין להם אחריות. מנהי מילי? אמר חזקיה, דאמר קרא: "ויתן להם אביהם מתנות וגו' עם ערי מצורות ביהודה".

האם מכאן ניתן להסיק שזהו קניין מן התורה או מדרבנן?

מדברי התוספות בקידושין (ה ע"א ד"ה שכן) נראה שקניין אגב הוא מן התורה, שהרי כתבו:

דאיכא למיפרך מה לקרקע שכן קונין מטלטלין אגבן תאמר בשטר.

דהיינו שהדין שקונים מיטלטלין אגב קרקעות הוא מדאורייתא ולכן אפשר בעזרתו לדחות את הלימוד הלימוד שאישה מתקדשת בשטר מכך שאישה מתקדשת בקרקע. אמנם לפי התוספות במסכת בבא קמא (יב ע"א ד"ה אנא) מבואר שזהו דין דרבנן, שהרי כתבו:

וקנין אגב דהוי נמי מדרבנן, וקרא ד"ערים מצורות" – אסמכתא בעלמא היא.

אם קניין אגב הוא מן תורה, מסתבר שכוונת הגמרא היא לומר שאפסר נקנה מצד קניין אגב, כמו הצד הראשון שאמרנו, שכן אם קניין אפסר מועיל כקניין מיטלטלין חדש, למרות שאינו כלול בקניין אגב המפורש בתורה, יש צורך במקור לכך. אולם אם אנו אומרים שקניין אגב הוא דרבנן, ניתן לקבל גם את הסברא שמדובר בקניין חדש, שכשם שתיקנו חכמים שמיטלטלין נקנים אגב קרקע, אפשר שתיקנו שמיטלטלין ייקנו גם בקניין אפסר, יחד עם חפץ דומה.

מה צריך לומר קודם קניין אגב?

רש"י (קידושין כז ע"א ד"ה נקנה) אומר לגבי הקניין של השטר יחד עם הקרקע: כגון שאמר לו זה: 'קני קרקע בחזקה, והשטר עמה'.

בהמשך העמוד הגמרא דנה בשאלה אם צריך לומר "אגב וקני", ומכריעה שצריך לומר "אגב וקני".

אם כן, ייתכן לפרש שכוונת רש"י באומרו "קני קרקע בחזקה והשטר עמה" היא שהשטר נקנה בקניין אגב, אלא שבמקום "אגב" אומר "עם", ושניהם מועילים באותה מידה.

אמנם הר"ן (קידושין י ע"ב בדפי הרי"ף ד"ה והלכתא) כתב שיש מחלוקת ראשונים בשאלה אם לשון "עם" מועיל כמו לשון "אגב", ודעת רש"י היא שצריך לומר דווקא את המילה "אגב", ולפי הרא"ה לאו דווקא. וראייתו היא מרש"י (שם ד"ה כל הנל): "ועמו מאה צאן ולא קתני אגבן ק' צאן", ואם כן מבואר ש"עם" אינו נחשב כמו "אגב". אם כן לא ברור מדוע רש"י כתב שצריך לומר "והשטר עמה", והרי זו אינה נחשבת אמירה המועילה לשיטתו?

לגבי מקרה שמחזיק בזרעים כדי לקנות עציץ, תוספות (גיטין כב ע"א ד"ה החזיק) דנים בשאלה אם צריך לומר "אגב" קודם הקניין. במי שמכר עציץ לחברו:

צריך עיון אם צריך לומר אגב וקני כמו בעלמא, כדאמרין בפרק קמא דקידושין (כז ע"א), או שמא הכא לא צריך, דכיון דצריך עציץ לזרעים – בטל אגב זרעים, וכן גבי שטר, כיון שהחזיק בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא, ושמה התם לא בעינן אגב משום דשטר אפשרא דארעא הוא.

תוספות אומרים שייתכן שבעציץ הנקנה עם הזרעים ובשטר שנקנה עם הקרקע לא צריך לומר "אגב" כי קיימת זיקה במציאות בין שני החפצים הנקנים כך שזה בטל אגב זה.

נראה שעל פי היסוד של דברי התוספות ניתן לתרץ את דברי רש"י. שיטת רש"י היא שבקניין אגב רגיל חייבים להשתמש דווקא בלשון "אגב" כדברי הר"ן, אלא שרש"י בתחילת הסוגיה התייחס לשטר שנקנה עם קרקע שהוא כאפשר, ולכן תועיל שם לשון "עם".

מה הסברה של רש"י לחלק בין לשון "עם" ללשון "אגב":

מסביר הסמ"ע (סי' רב ס"ק ה) שלשון "אגב" מועילה כיוון שהיא מבטאת את העובדה שהמיטלטל טפל לקרקע, אבל לשון "עם" מבטאת את העובדה שהם שווים, ואז אין סיבה שקניין הקרקע יועיל למיטלטל.

...והטעם נראה, משום דלשון "עמו" משמע דאשניהן בשוה קאי קנין זה,

וזה לא מהני, מה שאין כן לשון "אגב".

לעומת זאת, דעת הרא"ה היא שמועיל גם לשון "עם", או משום שסובר שגם ב"עם" הוא טפל, או שסובר שאין צורך לעשות האחד טפל והשני עיקר.

שיטה שלישית היא שיטת הרמב"ם (הלכות מכירה ג, ט):

במה דברים אמורים? כשהיו אותן המטלטלין צבורין באותה קרקע, אבל אם היו במקום אחר צריך שיאמר לו "קנה מטלטלין אגב קרקע", אפילו היו המטלטלין במדינה אחרת ואמר לו קנה אותם על גבי קרקע פלונית, כיון שקנה הקרקע – נקנו המטלטלין אף על פי שאינן צבורין בתוכה, ואם

לא אמר "קנה אגב קרקע" – לא קנה. וקרקע כל שהיא קונין על גבה כל מטלטלין שירצה.

שיטת הרמב"ם היא שלא צריך אמירה "אגב" כאשר המיטלטלין מונחים בקרקע הנקנית.

הר"ן (קידושין י ע"ב בדפי הרי"ף) טוען שהסברא לדברי הרמב"ם היא שכאשר המיטלטלין צבורים בקרקע הנקנית – הם אינם נקנים בקניין אגב אלא בקניין חצר¹. אולם הר"ן עצמו מקשה על הסבר זה, שאם אכן כך, הרמב"ם היה צריך להתנות דין זה בכך שהחצר משתמרת. לדעתו, זו הסיבה שהראב"ד השיג על הרמב"ם.

מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בקניין עבדים אגב קרקע

הרמב"ם והראב"ד נחלקו בדין נוסף (שם, יא):

המקנה עבדים וקרקעות כאחד החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות, החזיק בקרקעות לא קנה עבדים עד שיהיו עומדין בתוך הקרקע, ואף על פי שאמר לו קנה עבדים על גבי קרקע לא קנה עד שיהיו בתוכה שהעבד מהלך לדעת עצמו.

ומשיג הראב"ד:

ולמה בעי שיהיו בתוכה? והרי אמר לו "אגב וקני", וכבר אמרו דהיכא דאמר ליה אגב – לא בעינן צבורין בה, ומה שכתב שהעבד מהלך לדעת עצמו – מה בכך? הא לא בעינן צבורין בה!

כלומר לדעת רמב"ם צריך שהעבדים יהיו על גבי הקרקע, ואילו לדעת הראב"ד אם אמר "אגב" אין צורך שיהיו צבורים.

יסוד קניין אגב

באבן האזל (מכירה ג, יא) הסביר שמחלוקת הרמב"ם והראב"ד היא בשורש קניין אגב. דעת הראב"ד היא שהעיקרון של קניין אגב הוא שמתוך שפעולת הקניין פועלת על הקרקע – היא פועלת גם על המיטלטלין, ולכן אין זה משנה אם העבדים נמצאים על הקרקע או לא. אך שיטת הרמב"ם היא שהעיקרון של קניין אגב היא שהקניין פועל רק על הקרקע, אלא שהמיטלטלין בטלים לקרקע, ולכן בעבדים, שהם ניידים², קשה לטעון שהם בטלים לקרקע, ולכן יש דרישה שהם יהיו על גבי הקרקע כדי שיתבטלו. לדעתו זה גם ההסבר למחלוקת שלהם לגבי הצורך לומר "אגב" כאשר המיטלטלין לא נמצאים על גבי הקרקע. לדעת רמב"ם, הצורך להגיד "אגב" הוא כדי להטפיל את המיטלטלין לקרקע ולהפוך אותם לחפצא אחד. בזמן שהמיטלטלין מחוץ לקרקע – צריך להטפילם ולחברם לקרקע, אך כאשר הם על גבי הקרקע – אין צורך להטפילם. לדעת הראב"ד, תמיד צריך לומר "אגב" כדי שהקניין יהיה גם על הקרקע וגם על המיטלטלין.

¹ כן כתב גם המגיד משנה.

² כמובן, הניידות משמעותית בגלל הדעת שהיא מבטאת. בבהמות אין צורך בצבורים, וכדברי הרמב"ם: "שהעבד מהלך לדעת עצמו".

הדבר אברהם (חלק א סימן ג אות ג) מביא ראיה לרמב"ם בקונה עשר שדות ועושה קניין בשדה אחד, ששם אין צורך לומר "אגב", משום שכל הקרקעות מחוברות. מכאן יש ללמוד שכאשר יש זיקה במציאות – אין צורך באמירת "אגב".

ביאור המחלוקות לפי הסבר האבן האזל

מסתבר שזה גם היסוד של התוספות שאומרים שכאשר יש זיקה במציאות, כמו בזרעים ועציץ או שטר וקרקע, אין צורך באמירת "אגב".
נראה שניתן לתלות גם את המחלוקת של רש"י והרא"ה בחקירה זו. לפי הרא"ה המילה "עם" מספיקה, כיוון שהוא סובר שהקניין של הקרקע פועל גם על המיטלטלין וגם על הקרקע ביחד. אולם לפי רש"י דווקא אמירת "אגב" תועיל, משום שרק אמירת "אגב" מדגישה שהמיטלטלין בטלים לעומת הקרקע, וכהסבר הסמ"ע.
ייתכן שגם הבנת הסוגיה לגבי אפסר תלויה בחקירה זו. אם קניין אגב בנוי על כך שהחפצים בטלים זה לזה באופן פיזי, הרי שכוונת הגמרא היא לומר שאפסר הוא כמו קניין אגב. אולם אם קניין אגב בנוי על כך שהקניין של הקרקע חל גם על חפץ נוסף, אז בשלב שבו סברה הגמרא שדבר זה יכול לקרות רק בשני חפצים שנמצאים באותו מקום, היה צריך להניח שקניין אפסר הוא קניין אחר לחלוטין. ורק למסקנה, כשהתברר שניתן לעשות קניין אגב גם בשני חפצים נפרדים, היה אפשר להגדיר קניין אפסר כסוג של קניין אגב.

דבר תורה מעות קונות (ס' ר"ג)

הקדמה

במאמר זה נדון בדין המבואר בתחילת פרק רביעי של מסכת בבא מציעא, שנתינת כסף איננה קונה את הדבר שעליו ניתן הכסף, לעומת משיכת פירות או חפץ אחר הקונה את הדבר שסוכם בין הצדדים שיינתן כנגדו. בגמרא נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש אם דין זה, שמעות אינן קונות ללא משיכת החפץ, הוא מתורה – דעת ריש לקיש, או שזו רק גזרה מדרבנן – שמא יאמר המוכר לקונה (לאחר התשלום) נשרפו חיטיך בעלייה. נתמקד בבירור דין מחויבות לתשלום. עניין זה מצינו בגמרא לגבי דין המשנה שהזהב קונה את הכסף. בגמרא מבואר שאין כאן קניין גמור של הכסף אלא רק מחויבות של מושך הזהב להביא לשני את הכסף. האם נמצא דין מחויבות כזו גם במקומות נוספים ומהן ההשלכות שיהיו לדין ממושג המחויבות הזה.

קושיית ר' עקיבא איגר על דברי רש"י במשנה

המשנה (בבא מציעא מד ע"א) אומרת:

הזהב קונה את הכסף, והכסף אינו קונה את הזהב. הנחשת קונה את הכסף, והכסף אינו קונה את הנחשת.

ופירש רש"י:

הזהב קונה את הכסף – הלוקח דינרי זהב טבועים בדינרי כסף, ונתן לו דינרי זהב, משיכת הזהב קונה את הכסף לבעל הזהב, ונתחייב לו זה משקיבל דינרי זהב לתת לו דינרי הכסף, ואינו יכול לחזור בו. אבל הכסף אינו קונה את הזהב, שאם נתן לו דינרי הכסף תחילה – לא קנה, ויכולין שניהם לחזור, דמטבע כסף הוי מעות משום דחריפי לינתן בהוצאה, ודינר זהב אינו אלא כשאר מטלטלין ופירות, ומעות אינן קונות עד שימשוך המטלטלין, אבל משיכת המטלטלין – קונה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, ובגמרא מפרש טעמא, איכא דיליף משיכה מן התורה, ואיכא דמוקי לה בתקנתא דרבנן.

מבואר מדבריו שמשיכת הדבר שייחשב כפירות, במקרה שלנו הזהב, מחייבת את נתינת הדבר שסוכם בין המוכר לקונה כתשלום על הפירות, במקרה שלנו הכסף. לעומת זאת, במשיכת הכסף אין כדי לחייב את נתינת הפירות.

המשנה מסיימת:

(זה הכלל): כל המטלטלים קונין זה את זה. כיצד? משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות – אינו יכול לחזור בו, נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות – יכול לחזור בו.

ומפרש רש"י:

כל המטלטלין קונין זה את זה – בין בתורת חליפין, שהחליף אלו באלו, כיון שמשך האחד – קנה חבירו את שלו, בין בתורת דמים: בכמה נתן לי את שלך, בכך וכך, וזה חוזר ואומר לו: בכמה נתן לי שלך, בכך וכך ונתרצו, ומשך האחד – נתקיימו הדברים, והאי כל – לאתויי אפילו כיס מלא מעות בכיס מלא מעות, כדריש לקיש בגמרא.

יש להבין למה כוונת רש"י בביטוי "בתורת דמים"? אם אנו מחליטים שאחד מהם הוא תמורה, הרי אז לכאורה הוא לא אמור לקנות. מתי משיכת דמים (או דבר בתורת דמים) מועילה כמשיכת החפץ?

אכן ישנם מצבים שדמים קונים, כגון בכל הדברים שיש מילתא דלא שכיחא, כמבואר בגמרא בדף מו ע"א-ע"ב, שבמילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן את הגזרה של 'נשרפו חיטיך בעליה' (כפי שנראה בהמשך). אלא שרבי עקיבא איגר כותב שזה דחוק:

רש"י ד"ה כל המטלטלין וכו' בין בתורת דמי' וכו'. נראה דכוונת רש"י דקונה בתורת דמים דהוי בכלל יש דמים שהן כחליפין דהוא מלתא דלא שכיחא, וכדעת הרז"ה במאור, ואולם מה שכתב רש"י לקמן (מו ע"א) ד"ה חליפין ומקפיד כו' וזה מקפיד לראות שיהא שוה כל כך או דלמא דהוי כדמיו והוי ליה מעות, ואין קונות כו'. מבואר דסבירא ליה בכהאי גוונא מעות אין קונות ולא הוי בכלל יש דמים שהן כחליפין דזהו רק במכר לו השור ואחר כך קונה בדמיו הפרה וכמו שכתב הרמב"ן במלחמות, ואפשר לדחוק דבאמת האיבעיא דלקמן חליפין ומקפיד עליהן קאי לסלקא דעתך דר"ה מכור לי באלו מדין חליפין ולא היה הכרח דסבירא ליה כר' יוחנן ולזה האיבעיא אליבא דריש לקיש...

כלומר קשה לומר תירוץ זה בדעת רש"י, כיוון שמדבריו בסוגיית הגמרא מבואר שאין לראות בציוור שכתב רש"י במשנה כדבר שייחשב דבר שאינו שכית, שבו הדמים יקנו. דבר זה נחשב כמו כל דמים ולא כדין קניין חליפין. ואם כן יש להבין למה התכוון רש"י במושג 'תורת דמים' שיועיל לקניין.

המחויבות לתשלום

נראה שיש ללמוד את הדבר על פי המבואר בגמרא (מה ע"ב):

איתמר, רב ולוי, חד אמר: מטבע נעשה חליפין, וחד אמר: אין מטבע נעשה חליפין. מאי טעמא דמאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין? משום דדעתיה אצורתא, וצורתא עבידא דבטלא.

תנן: הזהב קונה את הכסף, מאי לאו בחליפין, ושמע מינה: מטבע נעשה חליפין! לא, בדמים. אי הכי הזהב קונה את הכסף? מחייב מבעי ליה! תני: הזהב מחייב...

אמר רב אשי: לעולם בדמים, ומאי בכל מקום שהוא? כמות שהוא, כדאמר ליה. אי אמר ליה מארנקי חדשה יהבינא לך – לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה, אף על גב דעדיפי מינייהו. מאי טעמא? דאמר ליה: לישנן קא בעינא להו.

מבואר במסקנת הגמרא כאן שאופן הקניין של הכסף על ידי הזהב איננו כקניין חליפין, כיוון שמטבע איננו עושה חליפין. כאן ישנו עניין אחר של יצירת מחויבות על קונה הזהב לשלם את הכסף. זוהי כוונת הגמרא בביטוי 'נתחייב גברא'.

יש להתבונן על דבר זה לפי מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש בהבנת יסוד דין משנתנו. לפי רבי יוחנן, דבר תורה מעות קונות, ורק מדרבנן אינן קונות כדי שלא יאמר המוכר 'נשרפו חיטיך בעליה'. חכמים חששו שאם יתבצעו קניינים על ידי כסף, אזי ייתכן שהקניין יחול בעוד החפץ הנמכר נמצא אצל המוכר. במצב כזה יש חשש שלאחר

הקניין יאמר המוכר לקונה שהחטים שקנה נשרפו, והרי שהקונה הפסיד כיוון שהחטים כבר בבעלותו מרגע תשלום הכסף.

לעומת זאת, ריש לקיש סובר (בבא מציעא מז ע"ב) שמשיכה מפורשת בתורה, ומדין תורה ללא משיכה לא יהיה קניין. ניתן להבין את דבריו בשני אופנים: משיכה של אחד מהחפצים של העסקה עושה שתי פעולות, קונה לאחד את השור וגם מקנה לשני את הפרה. אפשרות שנייה: על ידי משיכת החפץ מתחייב בתמורה וחייב בתשלומים. אמנם היה ניתן לומר באופן אחר, שעל ידי המשיכה הוא קונה, אבל אינו חייב לשלם (מן התורה). אלא שמהפסוק "וכי תמכרו ממכר או קנה" ברור שיש מוכר וקונה, המוכר נותן את החפץ והקונה נותן תמורה. לכן גם הקונה מתחייב בתמורה. לא מדובר בחליפין וגם לא ביצירת חיוב ממוני רגיל. נוצרת כאן התחייבות מהתורה על נתינת הכסף שנקבע ביניהם כתמורה לחפץ שנקנה.

לפי רבי יוחנן, משיכת המקח יוצרת התחייבות לתשלומים רק מדרבנן, כיוון שמן התורה מעשה הקניין בכסף מחיל את הקניין. חכמים מפקיעים את משיכת הכסף, ולכן גם חיוב התשלום יהיה מדרבנן.

עולה מכאן שבין לריש לקיש ובין לרבי יוחנן ניתן ליצור התחייבות על ידי הכסף. האם על ידי משיכת הכסף יתחייב המושך לתת חפץ? יש מקום לומר שכמו שלריש לקיש נוצרת התחייבות של נתינת הכסף אף שהכסף עצמו לא נקנה, אם כן גם לרבי יוחנן, שהכסף יוצר קניין, ייתכן שהוא יוצר גם מחויבות לתמורה. השלכה של דבר זה תהיה במקום שהחפץ עצמו לא נקנה בפועל, לדוגמא, במצב שחפץ לא נמצא ברשות המוכר באותה העת. לפי הצעה זו, אמנם קניין על החפץ לא נוצר אבל תהיה מחויבות לשלם אותו כאשר הוא יבוא לעולם.

מחויבות תשלום בדבר שלא בא לעולם ובקניין כסף

בשו"ת מחנה אפרים (הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סי' ג) דן בשאלה, האם כשהקונה שילם עבור דבר שלא בא לעולם, המוכר מחויב לתת לו את החפץ כאשר יבוא לעולם:

מי שמכר חפץ לחברו כדי שיתן לו חפץ אחר בשבילו ולא היה באותה שעה ברשות הלוקח אותו החפץ.

...ועיין בתשובות להרמב"ן ז"ל סי' רכ"ה, שנראה מדבריו שכמו שמעות קונות דבר תורה, כמו כן בקבלת המעות מתחייב לתת מה שפסק עמו ואף אם לא היה אז ברשותו, וצריך לומר לפי זה דבתר דאמרו חכמים שלא יקנו המעות זולת לענין מי שפרע, כמו כן לא מהני נמי החיוב אלא לענין מי שפרע.

כלומר לפי הרמב"ן מן התורה המעות יוצרות התחייבות לתת את החפץ אף שלא היה ברשותו. לאחר התקנה תהיה מחויבות זו רק לעניין דין 'מי שפרע' (כפי שיבואר בהמשך), כיוון שמדרבנן מעות אינן קונות, ולא ייצרו גם התחייבות.

אלא שיש להעיר על מה שכותב כאן בסוף "וצריך לומר לפי זה...". שהרי לעניין דין מחויבות תשלום לא שייך לכאורה הטעם של 'נשרפו חטים של' כיוון שהכסף איננו יוצר קניין גמור על החטים אלא רק מחויבות לשלם אותם. ממחויבות זו לא

ייפטר המוכר בטענת 'נשרפו חיטיך'. אם כן מדוע קניין הכסף לא ייצור התחייבות של נתינת החפץ הנקנה?¹

נחזור לשאלה העקרונית. נראה שלפי רבי יוחנן, שמעות קונות, המעות יוצרות בעלות על החפץ הנקנה וגם התחייבות של המוכר לנתינת החפץ. שני נימוקים ניתן להביא לכך: א. כמו שלריש לקיש משיכת החפץ יוצרת התחייבות לשלם, נראה שגם לרבי יוחנן באותו מישור תיווצר התחייבות לצד השני. ב. כתוב בגמרא שהזהב קונה את הכסף וכו' כי הזהב נחשב כ'פירא' וכסף נחשב כ'טבעא'. ראינו שהכוונה שמשיכת הזהב יוצרת התחייבות של תמורה. ואם כן בדין ההפוך, כשהכסף אינו קונה את הזהב, צריכה להיות התחייבות לתת זהב. מתוך כך יש לשאול, מדוע לדינא לא תהיה התחייבות כזו, הרי לא שייך טעם 'נשרפו חיטיך בעליה' לגבי עניין זה? אם כן עיקר השאלה היא מדוע משיכת הכסף לא קונה את הזהב. וצריך לומר שאין זה קונה במובן של מחויבות הנתינה גם מן התורה. אם מן התורה הייתה נוצרת התחייבות, למה חכמים ביטלו אותה? ועלינו לומר שמהתורה הכסף יוצר רק קניין ולא התחייבות.

ראיה מראשונים שבקניין כסף כלל לא חלה התחייבות תשלום

נסה להוכיח כך מהרשב"א והר"י מיגש.

אומרת הגמרא (בבא מציעא עד ע"ב):

ופוסק עמו כשער הגבוה. ההוא גברא דיהיב זוזי לנדוניא דבי חמוה, לסוף זל נדוניא. אתו לקמיה דרב פפא. אמר ליה: אי פסקת עמו כשער הגבוה – שקיל כהשתא, ואי לא – שקיל כי מעיקרא. אמרו ליה רבנן לרב פפא: ואי לא פסק שקיל כמעיקרא? מעות נינהו, ומעות לא קנו! אמר להו: אנא נמי לקבולי עליה מי שפרע קא אמינא. אי פסק כשער הגבוה מוכר קא הדר ביה – מקבל עליה מוכר מי שפרע, אי לא פסק – לוקח קא הדר ביה, מקבל עליה לוקח מי שפרע. הכסף עבור תכשיטי הנדוניא שולם מראש. אמנם באותה שעה התכשיטים עדיין לא היו קיימים. בכל זאת מבואר מהסוגיא שאם המוכר נחשב למי שחזר בו מהעיסקא הרי שיהיה עליו דין 'מי שפרע'. דין זה נסוב על אדם שחזר בו מעיסקא לאחר שהכסף כבר שולם. הכסף לא מחיל את הקניין, כפי שראינו לעיל, אמנם בכל אופן החזר מהעיסקא מקבל על עצמו את קללת 'מי שפרע'.

אמנם יש לברר מתי מקבלים את קללת 'מי שפרע'?

אומרת הגמרא (בבא מציעא מז ע"ב):

תנן: אבל אמרו מי שפרע מדור המבול הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. אי אמרת בשלמא מעות קונות – משום הכי קאי באבל, אלא אי אמרת מעות אינן קונות – אמאי קאי באבל? משום דברים. ובדברים מי קאי באבל? והתניא, רבי שמעון אומר: אף על פי שאמרו טלית קונה דינר זהב, ואין דינר זהב קונה טלית, מכל מקום כך הלכה, אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים בים, הוא עתיד

¹ שאלה דומה נמצאת בתשובת ר' עקיבא איגר (מהדורא קמא סי' קלד):

על דבר שאלתו במקח פירות יבשים שעשו אנשי פולין עם אנשי מדינתנו על ידי האנד געלד (=מקדמה) להביאם להם, ואחר כך חזרו הלוקחים.

ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. והנושא ונותן בדברים – לא קנה, והחוזר בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו. ואמר רבא: אנו אין לנו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו. –

דברים ואיכא בהדיהו מעות – קאי באבל, דברים וליכא בהדיהו מעות – לא קאי באבל.

שואלים הראשונים, אנו רואים מגמרא זו שכדי להגיע למי שפרע צריך לעשות מעשה קניין שפועל מן התורה. מה יהיה הדין אם נעשה קניין שאינו מועיל מהתורה, כגון קניין בדבר שלא בא לעולם, האם יהיה בזה מי שפרע? בזה נחלקו הרשב"א והר"י מיגש.

כותב הרשב"א (בחיידושים על אתר):

מהא דאמרין לעיל אי אמרת בשלמא מעות קונות משום הכי קאי באבל אמרו, משמע שאין מוסרין אותו למי שפרע אלא כשקנה דבר תורה, אבל כל היכא דמדינא לא קנה – אף למי שפרע אין מוסרין אותו, והא דאהדרינן דברים ומעות קאי באבל, לריש לקיש הוא דאמר הכי, אבל לר' יוחנן לא הוי טעמא אלא משום דמעות קונות, ואנן כר' יוחנן סבירא לן. והכי נמי משמע מדגרסינן בירושלמי... וכן נראה מדברי הר"י ז"ל...

ומיהו איכא למידק מהא דאמרין לקמן בפרק איזהו נשך (עד ע"א): "האי סיטומתא קניא, למאי הלכתא? רב חביבא אמר: למיקנא ממש, ורבנן אמרי: לקבולי מי שפרע", אלמא אף על גב דמדינא לא קניא – מוסרין אותו למי שפרע, ואמרין נמי בההוא פרקא (שם ע"ב): "ההוא גברא דיהב זוזי אנדוניא דבי חמוה", כלומר נתן מעות לשליח למזבן ליה בגדים הצריכים לנדונייתו, "לבסוף זל נדוניא, אתא לקמיה דרב פפא וכו'" ואסיק רב פפא דמשלח זה אי לא פסק כשער הגבוה שקיל כדמעיקרא, ואי לא – מקבל עליו מי שפרע אף על פי שלא היתה נדוניא לשליח זה באותה שעה ולא קנו לו למשלח מעותיו.

אם כן מוכח שיש מי שפרע אף שלא היה בידו, ולא היה קניין מן התורה.

ואולי בזו נוכל לומר דנדוניא דבר מצוי הוא הרבה כל ימות השנה ופוסקין עליו שאף על פי שאין לזה יש לזה, והרי זה כמי שיש לו וכענין שאמרו (עב ע"ב) בזבל שפוסקין עמו על הזבל כל ימות השנה, ועל ההיא מתניתין הוא דאייתו ליה להאי עובדא דנדוניא.

כלומר מצב זה אינו נחשב כדבר שלא בא לעולם, כי זה מצוי. לכן גם מן התורה הקניין כאן חל. ומסיים הרשב"א:

ומכל מקום ההיא דסיטומתא קשיא. וצ"ע.

הר"י מיגש למד אחרת את דין הגמרא, ומוכיח מכאן, באופן הפוך מהרשב"א, שיש מי שפרע גם על דבר שלא בא לעולם. בכל אופן, גם לשיטתו מבואר שאין התחייבות חלה על ידי נתנת הכסף. אילו הייתה התחייבות כזאת, הרי שכלל לא היה משנה שהדבר עדיין לא בא לעולם. ומכך ששני הראשונים שהבאנו התייחסו לדין זה כדבר שאינו חל מהתורה, הרי שמבואר שבנתנית כסף כלל לא חלה התחייבות, אלא רק קניין יכול לחול.

דין התחייבות הנוצרת על ידי משיכה

במחנה אפרים, כפי שהבאנו לעיל, דן אם קניין משיכה יועיל לגבי דבר שלא בא לעולם, שאף על פי שאין קונים דבר שלא בא לעולם, תיווצר התחייבות עליו. אחד המקורות שהוא מביא לכך שזה אכן יועיל הוא מדברי הנימוקי יוסף. דברי הנימוקי יוסף נסובים על הגמרא שראינו לעיל (בבא מציעא מה ע"ב):

אי הכי אימא רישא: הזהב קונה את הכסף, כיצד? מכר לו דינר של זהב בעשרים וחמשה דינר של כסף, כיון שמשך את הזהב – נקנה כסף בכל מקום שהוא. אי אמרת בשלמא בחליפין – היינו דקתני נקנה כסף בכל מקום שהוא. אלא אי אמרת בדמים – האי נקנה כסף בכל מקום שהוא? נתחייב גברא מיבעי ליה! אמר רב אשי: לעולם בדמים, ומאי בכל מקום שהוא? כמות שהוא, כדאמר ליה. אי אמר ליה מארנקי חדשה יהבינא לך – לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה אף על גב דעדיפי מינייהו. מאי טעמא? דאמר ליה: לישנן קא בעינא להו.

מבואר שהקניין שנעשה בזהב מחייב את מושך הזהב לתת את מה שהשני ביקש בתמורה. החיוב נסוב על החפץ עצמו ולא רק ביחס לשווי שלו, וזאת אף על פי שהחפץ לא נקנה עדיין בפועל.

על זה כתב הנימוקי יוסף (כו ע"א בדפי הרי"ף):

וכתב ר"ח ז"ל שאף על פי שהישנים שוין יותר, חייב ליתן לו חדשים כמו שפסק, ודכוותיה במטלטלין, שמי שמשך חפץ מחברו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים – חייב ליתן לו כמו שפסק.

על פי זה כתב המחנה אפרים:

ובנדון דידן נראה לע"ד דחייב שמעון לאוקומי החטים לראובן ואף על פי שלא היה לו חטים בשעת העסקא, ואף על גב דבעלמא בפסק על שער שבשוק ונתן הדמים לא נתקיים המקח אלא לענין מי שפרע ואפילו היו לו חטים למוכר, התם שאני משום דמעות אינם קונות, אבל בנדון דידן, שמכר לו חפצים כדי שיתן לו פירות, הרי זה שמעון משעה שמשך החפצים נתחייב לתת לו כך וכך חטים כמו שהתנה עמו, ונהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל אדם מחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם.

ומנא תימרא דכל בהאי גוונא אינו אלא שמתחייב עצמו ומועיל מההיא דכתבו הפוסקים והביאו הרב נימוקי יוסף ז"ל בפרק הזהב גבי מאי דמפרש תלמודא התם דמאי דקתני מתניתין הזהב קונה את הכסף, הכי קאמר – הזהב מחייב את הכסף, דבמשיכת הזהב נתחייב זה לתת לו הכסף כמו שהתנה עמו, אם ישנות – ישנות, ואם חדשות – חדשות, ולמדו הראשונים מהכא דהוא הדין אם מכר לו חפץ כדי שיתן לו כור חטים הרי זה נתחייב לתת לו חטים כמו שהתנה.

דין התחייבות בתשלום על עבודת פועל

לכאורה מצאנו סתירה לדברי הנימוקי יוסף מדברי הרא"ש והר"ן בעבודה זרה (סג ע"א). הגמרא שם דנה בדין אתנן:

בא עליה ואחר כך נתן לה – אתננה מותר. ורמינהי: בא עליה ואחר כך נתן לה, אפילו מכאן עד שלש שנים – אתננה אסור! אמר רב נחמן בר יצחק אמר רב

חסדא, לא קשיא: הא דאמר התבעלי לי בטלה זה, הא דאמר לה התבעלי בטלה סתם. וכי אמר לה בטלה זה מאי הוי? הא מחסר משיכה! בזונה עובדת כוכבים, דלא קניא במשיכה. ואיבעית אימא: לעולם בזונה ישראלית, וכגון דקאי בחצירה. אי דקאי בחצירה, בא עליה ואחר כך נתן לה, הא קניא לה! לא צריכא, דשויה ניהלה אפותיקי, דאמר לה: אי מייתינא לך זוזי מכאן עד יום פלוני – מוטב, ואי לא – שקליה באתנניך.

על כך כותב הרא"ש (פרק ה סי' ב):

הא קמחסרא משיכה. קשה לן, הא שכו פועלה לא בעי קנין. דפועל העושה עם בעל הבית קנה שכרו. וביאה דבר שנותנין עליו שכר הוא, ואמאי לא נקנה לה הטלה בביאה? מכאן נראה לי לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך, יכול ליתן לו דמי החפץ בשכרו ודאי נתחייב לו החפץ או הדמים. אבל בגוף החפץ אי אפשר לו לקנות אלא במשיכה או שיהיה ברשות הפועל בשעת עשיית מלאכה. וכיון שיכול ליתן לה דמי הטלה – הוי כמו טלה סתם.

כלומר העבודה מחייבת תשלום אבל איננה מחייבת את נתינת החפץ שסוכם ביניהם דווקא. וזה לכאורה נגד דברי הנימוקי יוסף.

גם הקצות וגם המחנה אפרים נותנים תשובה דומה בעניין זה.

ואלו הם דברי קצות החושן (סי' רג ס"ק ד):

ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה הכהן ש"ן הקשה ממה שכתב הר"ן בעבודה זרה פרק השוכר (ל ע"ב בדפי הרי"ף סוף ד"ה גרסינן בגמרא גבי) שהשוכר את הפועל והתנה ליתן לו בשכרו כור חטים זה או אפילו כור חטים סתם, אינו חייב ליתן לו חטים אלא מעות ומשום דמחסרא משיכה ע"ש, וכן כתב הרמ"א סימן של"ב, ואם כן אמאי צריך ליתן כמו שהתנה...

ולכן נראה לענ"ד דודאי הזהב קונה את הכסף מפרש לה בגמרא (בבא מציעא מה ע"ב) דהיינו נתחייב בכסף, דמטבע אינו נקנה בחליפין, ואם כן על כרחך הא דתנן (שם מד ע"א) הכסף אינו קונה את הזהב היינו אפילו התנה ליתן לו זהב עבור הכסף נמי לא מהני, ומשום דדהבא פירי לגבי כסףא ומחסרא משיכה, ומוכח מזה דאפילו מחייב עצמו ליתן זהב עבור כסף לא מהני,

האדם שמשך את המטבע קונה אותו, אבל אין כאן חיוב לנתינת התמורה שנקבעה ביניהם, אפילו בגדר התחייבות. זאת אף שאין כאן טעם התקנה 'שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה'.

ואם כן אפילו פירי סתמא אינו מתחייב עבור מעות, והיינו דינא דהר"ן דמעות אינו קונה אפילו להתחייב בכור חטים סתמא, ומשום הכי בשוכר את הפועל [אינו חייב ליתן לו חטין] דמלאכת הפועל אינו אלא כמו נתינת מעות, אבל מי שמשך בפירות והתנה ליתן לו חטים במקום דמי הפירות שפיר מתחייב כמו שהתנה, דאף על גב דפירי לא עבדי חליפין (שם מו ע"ב), היינו דוקא דרך קנין זה תחת זה, אבל להתחייב בפירות, כיון שאחריותו עליו, ועיין ממה שכתבתי בס"ק ב, ודאי מהני חיובו, ומעות אפילו לחייב את הפירות לא מהני, וכדמוכח מהאי דכסף אינו קונה את הזהב דמייירי בחיוב וכמו שכתבנו, ושכירות דפועל אינו אלא כמו מעות וכמו שכתבנו. כללא דמלתא מעות אינו מחייב את

הפירות, והיינו הך דשכירות, אבל פירי שפיר מחייב את הפירות, והיינו הך דנימוקי יוסף ודו"ק.
וכן כותב המחנה אפרים, שדמים אינם קונים אפילו כדי ליצור התחייבות של נתינת התמורה שנקבעה ביניהם.

שיטת הר"י מיגאש והרמב"ם בדין התחייבות בתשלום על עבודת פועל

בגמרא במסכת בבא בתרא (פז ע"א) נאמר:

ואם היה מחובר בקרקע ותלש כל שהוא – קנה. משום דתלש כל שהוא קנה?
אמר רב ששת: הכא במאי עסקינן דאמר ליה: לך יפה לך קרקע כל שהוא וקני כל מה שעליה.

מדובר בגמרא על קניין של פשתן שעדיין מחובר לקרקע. כיצד עובד הקניין של הפשתן על ידי ייפוי כלשהו של הקרקע?
יש שלוש שיטות בראשונים בעניין זה.
שיטת הרשב"ם:

לך ויפה לך קרקע כל שהוא – כך כתוב בספרים ישנים כלומר לך והחזק בקרקע לקנות פשתן המחובר בה דקרקע נקנה בחזקה וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, ואתא מתניתין לאשמועינן דחזקת קרקע מהני לפשתן ואף על גב דלא זבין ליה ארעא ואשמועינן נמי חזקה קלה דבלקיטת הפשתן מקצתו יכול לקנות השאר המחובר, וכגון דאמר ליה המוכר לקט מן הפשתן עצמו קצת ויתייפה הקרקע ויהיה נקי לחרישה, כדאמרינן בחזקת הבתים (נד ע"א): "האי מאן דזכי זכיא אדעתא דארעא קני", והכא נמי אם לקט מן הפשתן קצת ונתכוין לקנות הקרקע קני לה לקנות כל מה שעליה. כן נראה בעיני.

מבואר בדבריו שהקונה עושה את הייפוי בקרקע כדין קניין חזקה בקרקע, והחידוש הוא שבכך ייקנה הפשתן המחובר לקרקע אפילו אם הוא לא מתכוון לקנות את הקרקע עצמה.
שיטת תוספות (ד"ה יפה לך):

כלומר החזק בקרקע על ידי יפוי, דהוי כעין נעל וגדר כל שהוא ותהא שאולה לך להיות כחצרך לענין זה שתקנה מה שעליה.
גם בשיטת התוספות פעולת הייפוי היא כפעולת קניין חזקה בקרקע. אמנם האופן שבו תועיל חזקה זו שונה מדברי הרשב"ם. לדברי התוספות הפעולה יוצרת קניין בקרקע – אמנם מטרת הקניין היא רק יצירת דין שאלה של הקרקע למייפה. בכך תתאפשר קניית הפשתן המחובר לקרקע מדין קניין חצר.
שונה היא שיטת הרמב"ם (הלכות מכירה ג, יח):

פשתן כשהוא מחובר לקרקע ויבש שאינו צריך לקרקע ואמר לו "יפה לי קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליה", כיון שתלש כל שהוא – קנה הכל מפני התנאי הזה, אבל אם הקנה לו הפשתן הזה במכר או במתנה – לא קנה אלא מה שתלש, שהרי הגביהו, וכן כל כיוצא בזה.

יש לשאול, כיצד דבר זה עובד? על פי דברי הר"י מיגש נראה שמתוך ייפוי הקרקע מגיע לקונה שכר כפועל, ובכך הוא יקנה את הפשתן המחובר אליה בשכר פעולתו.
כך מסביר אבן האזל:

כתב המגיד משנה וזה לשונו, וממה שכתב 'קנה מפני התנאי הזה' יש לפרש באותה תלישה ובשכר היפוי ההוא קנה קרקע וקנה אגבו כל מה שעליו עכ"ל, ואין כונת המגיד משנה דקנה לגמרי את הקרקע, שהרי לא הקנה לו הקרקע, אלא דכוונתו דקנה הקרקע בשכירות, וכתב הכסף מנה בשם הנמוקי יוסף... ובעיקר הדבר לא ראו המגיד משנה והכסף משנה דברי הר"י מיגש בפירושו שכתב להדיא וזה לשונו, דהוה ליה כמו ששכרו ליפות קרקע, מכיון שיפה לו הקרקע קנה הפשתן בתורת שכירות עכ"ל, ומוכח דעיקר הפשתן קנה בתורת שכירות עכ"ל, ומוכח דעיקר הפשתן קנה בתורת שכירות ולא על ידי חצר או אגב...

אכן טעמו של הנמוקי יוסף דלא נחא ליה לפרש כן הוא משום דבשכר פעולה אי אפשר לקנות אלא בתורת כסף... ובמטלטלין דכסף אינו קונה גם בשכר פעולה אי אפשר לקנות, וזהו בודאי טעמו של המגיד משנה שהלך גם כן בדרך הנמוקי יוסף, שאין טעמו בשביל מלוה דדעת הרמב"ם דקונה, ואם כן דברי הרמב"ם והר"י מיגש צריך ביאור.

מבואר מתוך הדברים שלפי דעת הרמב"ם ניתן לקנות מיטלטלים מסוימים בשכר פעולה. יש להבין את דבריו בזה, אמנם גם את דעת החולקים עלינו לברר, שכן גם אם נאמר שעבודת הפועל נחשבת ככסף, מדוע אין בה כדי לייצור התחייבות?

ביישוב דעת הסוברים שאין דין התחייבות בתשלום על עבודת פועל

נראה לפרש את שיטת המחנה אפרים, שחילק בין משיכה שיוצרת התחייבות לנתינת כסף ועבודת פועל שלא ייצרו אותה, באופן זה: המשנה הבינה שיש מושג של מוכר וקונה. המוכר נותן את הפירות, והקונה נותן את התמורה. התמורה מכירה בשני מושגים: מוכר ותמורה. במה עושים את הקניין? בפירות עצמם ולא על ידי נתינת התשלום. דווקא מעשה קניין שנעשה בפירות יחיל את הקניין. לכן במשיכת הזהב לא נקנה הכסף עצמו, אלא רק נוצרת התחייבות על הגברא לשלם את הכסף. במצב שאין קניין גמור שנעשה, כלל לא תחול התחייבות.

הר"ן והרא"ש סברו שעבודה של פועל ביחס לתמורה מבוססת על כך שהפועל הוא הקונה ובעל הבית הוא המוכר, ולכן לא ניתן לעשות קניין שהתייחס לתמורה עצמה. מתוך כך יוצא שלא תיווצר שום התחייבות על חפץ מסוים על ידי עבודת פועל. פתחנו בדברי ברש"י על המשנה, שהמיטלטלים יכולים לקנות זה את זה בתורת דמים. ומבואר שצריך פעולה שתיתן תוקף להתחייבות. אם שני הדברים הנקנים הם 'פירא', כל אחד ייצור את ההתחייבות על השני על ידי משיכתו. בפועל, שאין פעולה שתחיל את ההתחייבות, צריך מעשה קניין, ואף שיש חוב תשלום, אין מחויבות לנתינת חפץ מסוים ללא קניין עליו. לכן ניתן לבחור גם תמורה אחרת, ולא תתחייב דווקא נתינת החפץ כפי שסוכם בין הצדדים.

סיכום

ראינו בהסבר הגמרא לדין קניין הזהב את הכסף שאין כאן קניין גמור על הכסף אלא מחויבות של הגברא לשלם את הכסף תחת משיכת הזהב. מבואר במפרשים שדין מחויבות זו יכול להיווצר על ידי משיכת חפץ עם כוונה לקניין חפץ אחר, דבר שיועיל

למצב שבו החפץ השני עדיין איננו בעולם. לגבי קניין כסף מדברי הרמב"ן מבואר שגם בו ישנו דין מחויבות מהתורה (ומדרבנן יהיה בו 'מי שפרע'), אמנם מדברי הר"י מיגאש והרשב"א מבואר שכלל אין דין מחויבות בקניין כסף. גם לגבי תשלום על עבודת פועל מצאנו מחלוקת בראשונים. בדברי הר"י מיגאש והרמב"ם למדו שיחול דין מחויבות על תשלום חפץ מסוים, אמנם מראשונים אחרים מבואר שלא יהיה דין מחויבות בזה. הסברנו את ההבדל בין קניין משיכה לעבודת פועל על ידי הבנת שורש יצירת המחויבות הזו שתיווצר רק על ידי קניין גמור שיהיה בחפץ. בעבודת פועל אין קניין כזה, ולכן לא תיווצר מחויבות, מה שאין כן בקניין שנוצר על ידי משיכת חפץ.

מתנת שכיב מרע (ס' רנ"ג)

הקדמה

חז"ל תיקנו שדברי שכיב מרע יהיו קניין. שאלות רבות נדונו בגמרא, בראשונים ובאחרונים סביב הנושא: האם תקנה זו היא בדיני ירושה או בדיני מתנה; האם קונה מחיים או לאחר מיתה ועוד. כאן נדון במהות התקנה: איזה קניין נוצר במתנה זו ומיהו המקנה.

א. מחלוקת האמוראים האם "עמד חוזר" ומשמעותה

הגמרא (בבא בתרא קנא ע"א) אומרת:

אימיה דרמי בר חמא באורתא כתבתינהו לנכסה לרמי בר חמא, בצפרא כתבתינהו לרב עוקבא בר חמא. אתא רמי בר חמא לקמיה דרב ששת, אוקמיה בנכסי; אזל רב עוקבא בר חמא קמיה דרב נחמן, אוקמיה בנכסי. אתא רב ששת לקמיה דרב נחמן, אמר ליה: מאי טעמא אוקמיה מר לרב עוקבא בר חמא? אי משום דהדרא בה, והא שכיבא! אמר ליה, הכי אמר שמואל: כל שאילו עמד חוזר, חוזר במתנתו. אימור דאמר שמואל – לעצמו, לאחר מי אמר? אמר ליה, בפירוש אמר שמואל: בין לעצמו בין לאחר.

שואל ר' אלחנן (קובץ שעורים שם אות תקמו):

אתא לקמיה דר"ש ואוקמיה בנכסי, דר"ש סבר דדוקא בעמד חוזר משום תנאי אבל בלא עמד אינו יכול לחזור, וקשה, הא מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, ואמאי אינו יכול לחזור, דהא אתי דיבור ומבטל דיבור (קידושין נט ע"ב).

כלומר, כל עוד לא התבצע קניין הרי יש לנו רק "דיבור" שניתן לבטלו באמצעות דיבור, ולמה סבר רב ששת שאינה יכולה לחזור?
נראה שמחמת שאלה זו העמיד הריטב"א (שם) את מחלוקת האמוראים בנתינה שנעשתה על-ידי קניין:

אימיה דרמי בר חמא באורתא כתבתינהו לנכסי לרמי בר חמא. פירוש, כתבתינהו לנכסי בקנין, והיינו דהוה ס"ד דרב ששת דלא יכלה למהדר בה, וכיון דשכיבא קנה זה שנתן לו ראשונה, ורב נחמן אהדר ליה דאפילו בקנין כיון שאילו עמד חוזר במתנתו מחיים שאין דעתו לתת אלא לאחר מיתה.

ממשיכה הגמרא:

אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטראי, כי קא שכבא אמרה: ליהוי לעמרם ברי. אתו אחוה לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה: והא לא משך! אמר להו: דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו.

ויש לחקור, מה פירוש ככתובים וכמסורים דמו? האם הכוונה שלמרות שבדרך-כלל אין מחשיבים אמירה כמעשה קניין, אף-על-פי כן כאן החשיבו אמירה כקניין – וכמו בהקדש – "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", או שמא פירוש הדברים הוא שחכמים תיקנו לקיים את דברי השכיב מרע, אף שאינם נקנים מן הדין?

נראה כי ניתן לענות על השאלה הראשונה – שהצבנו בשם הקובץ שיעורים – באמצעות חקירה זו. ניתן להסביר כי רב ששת סבר שדברי שכיב מרע מהווים קניין, ועל כן אי אפשר לחזור, אלא אם עמד, שזהו תנאי בקניין. אבל אם לא עמד אינו יכול לחזור. ואילו החולקים סוברים שאין בדברי שכיב מרע קניין, אלא שתיקנו חכמים לתת לאחר מיתה ולקיים צוואתו, ואם חזר בו קודם לכן – אין כאן צוואה שעלינו לקיים.

נפק"מ נוספת מן החקירה שהצבנו היא בשאלה מה הדין בשכיב מרע שנתן דבר שלא בא לעולם, אך בשעת המיתה הדבר יהיה כבר בעולם.

בגמרא (בבא בתרא קמז ע"ב) אמרו:

אמר רבא אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה – לא אמר כלום, עד שיאמר: תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו.

וברשב"ס שם כתב:

שהדירה אין בה ממש להקנותה, ופירות דקל נמי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

שאלה זו תלויה בחקירה שהצענו לעיל: אם האמירה יצרה קניין – אינו יכול להקנות, שכן הדבר לא היה בעולם. אך אם האמירה מקבלת את תוקפה מכח תקנת חכמים שתיקנו שתחול המתנה בשעת המיתה – יכול השכיב מרע להקנות, כיוון שבשעת חלות הקניין הדבר יהיה בעולם.

ב. שינויים בסדרי הירושה

אומרת המשנה (בבא בתרא קל ע"א):

האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, בתי תירשני במקום שיש בן – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. ר' יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו – דבריו קיימין, ועל מי שאין ראוי לו ליורשו – אין דבריו קיימין.

לאור דברי ר' יוחנן בן ברוקה הקשה ר' אלחנן (קובץ שעורים בבא בתרא אות תקמח) על סוגיית "אימיה דרב עמרם" שהובאה לעיל:

לעמרם ברי וכו' דברי שכיב מרע וקשה כיון שנתנה לבנה זוכה מדאורייתא מדינא דריב"ב, ואין צריך לטעמא דדברי שכיב מרע לדעת הגאונים דאפילו נותן בלשון מתנה למי שראוי ליורשו הוי ירושה, ושמא יש לומר לשיטה זו דכיון דקרא "והיה ביום הנחילו" איירי לענין בכורה, אין דין זה נוהג אלא באב ולא באם, אבל קשה לומר כן, דהא חזינן דבניו לאו דוקא, אלא כל הראוי ליורשו ואפילו לאחיו דאין בו דין בכורה.

הנתיבות (סי' רפא ס"ק ג) מתייחס לסוגיה שלנו, ודן גם הוא בקושיה של ר' אלחנן: ...נסתפקתי אי מועיל כשהנחיל לפשוט כל הנכסים או מחצה, אי זוכה גם כן בנכסים הבאין לאחר מכאן, אי נאמר כיון שעשה אותו ליורש, ממילא יורש אף דבר שלא בא לעולם... או לא.

ולפענ"ד דלא מהני בדבר שלא בא לעולם, וכל שהנכסים אינן ברשותו אינו יכול לעשותו יורש עליהן...

וראיה לזה מבבבא בתרא קנ"א ע"א באימיה דרב עמרם חסידא דהוי לה מלוגא דשטרא ואמרה להוי לעמרם ברי, וקאמר התם דקנה מטעם מתנת שכיב מרע, ולא קאמר שזוכה בו משום ירושה כמ"ש... אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה... אלא ודאי דכל מה שאינו יכול להקנות אינו יכול להנחיל מן התורה, ומתנת שכיב מרע שאני שהיא מדרבנן ויכול להקנות שטרות והלואות.

ולפי זה בשכיב מרע שאמר יירש פלוני בני פי שנים בנכסים, אותן נכסים שיכול להקנות מן התורה זוכה בו משום ירושה מן התורה, ואותן הדברים שאינו יכול להקנות מן התורה אין זוכה בו רק מטעם דברי שכיב מרע, כי לשון ירושה אינו מגרע בדברי שכיב מרע כשהוא ראוי ליורשו, וכללא דמילתא: דליכא דבר שיזכה בו יותר בלשון ירושה ממתנת שכיב מרע, כנ"ל ברור.

כלומר, דבר שאי אפשר להקנותו מדאורייתא² – כדוגמת חוב או דבר שלא בא לעולם – אין אפשרות לשנות בו את סדרי הירושה, אבל מתנת שכיב מרע כן תחול עליו. בפשטות, הנתיבות ור' אלחנן חולקים בשאלה כיצד פועלת מתנת שכיב מרע. אם היא פועלת מדין הקנאה, הרי אין לה עדיפות על "רבי יוחנן בן ברוקה" (ריב"ב), ובכל מה שניתן לשנות את סדרי הירושה ניתן גם לתת מתנת שכיב מרע, ולהפך. על כן נשאר ר' אלחנן בקושיה, ורק מנסה לתרץ שאולי אין דין ריב"ב באם, תירוץ שנדחה למעשה. לעומתו, הנתיבות סובר שדין ריב"ב באמת מוגבל לדבר שיכול להקנותו, אך לא כן מתנת שכיב מרע. כנראה שהוא הבין שדין מתנת שכיב מרע אינו דין קניין, אלא תקנה לקיים צוואתו של השכיב מרע, ועל כן יש לדין זה יתרון על פני דינו של ריב"ב.

ג. מהות דין רבי יוחנן בן ברוקה

הגמרא (בבא בתרא קמא ע"ב) אומרת:

איתיביה רב נחמן לרב הונא: האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה – ילדה זכר נוטל מנה! אמר ליה: משנתנו איני יודע מי שנאה. ולימא ליה: רבי מאיר היא, דאמר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם! אימור דשמעת ליה לרבי מאיר – לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה? ולימא ליה: רבי יוסי היא, דאמר: עובר קני! דתן: עובר פוסל ואינו מאכיל, דברי רבי יוסי! שאני ירושה הבאה מאליה. ולימא ליה: רבי יוחנן בן ברוקה היא, דאמר: לא שנא ירושה ולא שנא מתנה! דתן, רבי יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו – דבריו קיימין! אימור דשמעת ליה לרבי יוחנן בן ברוקה – לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי אמר?

ובקובץ שעורים (בבא בתרא אות תפג) כתב:

ולימא ריב"ב היא וסבר כר' יוסי, ופירש בשיטה בשם הר"ן דכיון שהוא זוכה בירושה הבאה מאליה אף במתנת מורישיו זוכה דלריב"ב שוין הן, אבל בתוס' הרא"ש כתב דדיבור בלשון ירושה לא חשיב כירושה הבאה מאליה דלא מהני טפי ממתנה בקנין, ולשיטה זו פשיטא דאין יכול

² בפשטות לא ניתן להקנות חוב מן התורה, בוודאי לא באופן שלם, ולא נאריך בזה כאן.

להוריש דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו, וכן אין יכול להוריש בעל כרחו של היורש. אבל לדעת הר"ן אפשר דמהני בכהאי גוונא, ובדברי הר"י מיגש לעיל דף קל"א מפורש דאינו יכול להוריש דבר שלא בא לעולם, והרמ"ה כתב דיכול לתת מלוה לריב"ב אף דאי אפשר להקנותה, ומזה נראה כדברי הר"ן.

כלומר, נחלקו הראשונים אם דין ריב"ב הוא כירושה או כמתנה, וכתוצאה מכך האם יכול להקנות דברים שאין בהם קניין כחוב, או דבר שלא בא לעולם. לר"ן דין ריב"ב הוא סוג של הורשה, ולשאר הראשונים הוא קניין. ייתכן שמשום כך ר' אלחנן לא הסתפק בתשובה של התיבות, כי יש כאן מעלה של ירושה וכל דבר שיועיל בירושה – יועיל גם לרבי יוחנן בן ברוקה, ואין אנו נזקקים לדין של שכיב מרע.

ד. נפקא מינות נוספות בהבנת דין ריב"ב

העברת שטר חוב על פי ריב"ב

אדם בריא שרוצה למכור שטר יכול למוכרו בכתיבה ומסירה מדרבנן. לאור היסודות שהזכרנו יש לדון האם על פי רבי יוחנן בן ברוקה יכול אדם לצוות על ירושת שטרות? לפי הר"ן – הסובר כי ציווי כזה נחשב כהורשה – ודאי שהציווי חל. אך לפי השיטות שדינו של ריב"ב הוא כמתנה יש לדון האם גם בשטרות הוא חל מכח תקנת חכמים שדיבורו ייחשב כקניין, או שאינו חל משום שחכמים לא תיקנו שתחשב אמירתו ככתיבה וכמסירה, אלא רק כקניין רגיל.

העברת ירושה לבת

רבי יוחנן בן ברוקה הגביל את דינו למי שראוי ליורשו. מי כלול בזה? האם גם בת בין הבנים נחשבת ראווה ליורשו?

במשנה (בבא בתרא קל"א) נאמר:

האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת בתי תירשני במקום שיש בן – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה; ר' יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו – דבריו קיימין, ועל מי שאין ראוי לו ליורשו – אין דבריו קיימין.

והרשב"ם (שם) כתב:

השתא משמע לן כגון שהוא ראוי ליורשו במקצת, כגון בן בין הבנים, והלכך דבריו קיימין אם אמר יירש הכל, ועל מי שאין ראוי ליורשו, כגון אחיו במקום בתו או בתו במקום בנו.

דהיינו "ביום הנחילו את בניו" יוצר מסלול חדש של ירושה. המוריש אומנם יכול לחלק בצורה שונה את נכסיו, אך לצד זאת הוא אינו יכול להפר את הכללים הקיימים בדיני ירושה.

האם יכול לחזור בו מהעברת ריב"ב

בקצות החושן (סימן רפ"א ס"ק ג) כתב:

ונראה לי שדבריו קיימים כיון דהתורה נתנה לו רשות לעשות יורש בין היורשין למי שירצה, אם כן הוי ליה הוא היורש, ואינו יכול לחזור אחר כך ולומר שלא יירש כיון שכבר נעשה יורש כפי הסך שריבה לו אינו יכול

למעטו בלשון לא יירש הריבוי, כיון דכבר נעשה יורש תורה זה שריבה לו והוא יורש גמור, והוי ליה מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל אם ריבה לזה ומיעט לזה וחוזר מדבריו ומיעט לזה וריבה לזה בלשון ירושה, ודאי כיון דהשני גם כן יורש יכול לחזור ולעשות יורש לזה בריבוי. ואפילו עשאו לאחד בין הבנים יורש בכולה יכול לחזור לעשות לשני יורש בכולה כיון דהשני גם כן יורש, דהא לא מהני דבריו אלא מה שאמר פלוני בני יירש הכל, ומה שאמר השני לא יירש אין בדבריו כלום...

כלומר, אינו יכול לשלול מאחד היורשים שריבה לו ולומר שלא יירש את חלקו, מכיוון שנעשה יורש על החלק החדש שלו. אבל יכול לרבות על חשבונו לאח אחר, כי לא גרע משינוי סדרי הירושה שעשה קודם.

מהפקירא קא זכינא (ס' רנ"ט)

פתיחה

מהתורה, חפץ שאבד מבעליו מוטל על המוצא להשיבו לו, שנאמר: "השב תשיבם..." (דברים כב, א). השאלה העולה היא, מה מעמדו של החפץ האבוד טרם ההשבה? ניתן לומר בפשטות שגם אם החפץ לא נמצא כעת ברשות בעליו הוא עדיין שייך לו, וחיידשה התורה שמוטל על המוצא להחזירו. אולם יש גם אפשרות נוספת להבנה והיא שהחפץ האבוד יצא מרשות בעליו וכעת התורה מצווה על המוצא להימנע מלזכות בחפץ ולהשיבו לבעליו הקודמים. להלן נראה שהדברים תלויים במחלוקת הפוסקים.

א. "מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד - עבד"

הגמרא במסכת בבא מציעא (כו ע"ב) קובעת:

אמר רבא: ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגזולה – עובר בכולן; משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם. ואף על גב דחזרה לאחר יאוש – מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד – עבד.

דהיינו, המוצא מטבע קודם שהמאבד התייאש ובמקום להשיבו לבעליו הרימו בכוונה לגזולו, עבר בכך על שלושה איסורים: 1. לא תוכל להתעלם, שהרי התעלם מלהשיב את החפץ; 2. לא תגזול; 3. ביטל מצוות "השב תשיבם". מוסיף רבא ומחדש שאף אם יימלך בו וישיב את החפץ לבעליו, אם הדבר יקרה לאחר ייאוש – הוא לא תיקן בכך את העברות, אלא נתן מתנה לבעלים.

התוספות (שם ד"ה מתנה בעלמא) מקשים:

ואם תאמר, והלא לאו דלא תגזול מקרי ניתק לעשה בפרק שילוח הקן (חולין קמא ע"א), אם כן כיון דלענין גזילה לא מקרי מתנה, גם השב תשיבם למה לא תיקן? ויש לומר דלא קאי אלא על לאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש.

כלומר, הרי לאו של לא תגזול הוא לאו הניתק לעשה של "והשיב את הגזלה אשר גזל", ואם כן לענין איסור גזלה יכול לתקן כפי שניתן לתקן כל גזל. ואם כן גם "השב תשיבם" ניתן לתיקון? ומיישב תוספות שבאמת רבא לא כיוון אלא שאת הלאו "לא תוכל להתעלם" לא ניתן לתקן.

כדברי תוספות פוסק השולחן ערוך (חו"מ רנט, א):

הרואה אבידת ישראל, חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה, שנאמר: "השב תשיבם" (דברים כב, א), ואם נטלם על מנת לגזלה, ועדיין לא נתייאשו הבעלים ממנה, עובר משום "השב תשיבם לאחיק" (דברים כב, א), ומשום "לא תגזול" (ויקרא יט, ג), ומשום "לא תוכל להתעלם" (דברים כב, ג), ואפילו אם יחזירנה אחר כך כבר עבר על "לא תוכל להתעלם" (דברים כב, ג).

לעומת שיטת תוספות, הרדב"ז (שו"ת חלק א סי' אלף רב; דבריו הובאו בשיטה מקובצת לבבא מציעא כו ע"ב) כתב:

ונראה לי כי עשה של השב תשיבם ודאי לא נתקן, דלא נקרא השבה אלא קודם יאוש, שאז נקראת אבידה וחייב בהשבתה, אבל אחר יאוש אין זו השבת אבידה אלא מתנה. והשתא דאתינן להכי לאו זה דגזילה לא נתקן. דבשלמא

לאו דגזילה גרידא נתקו הכתוב לעשה דוהשיב את הגזילה, אבל לאו דאבידה דגזילה לא נתקו הכתוב אלא להשב תשיבם לו דכתיב גביה, וכיון דהשב תשיבם לו לא נתקן כדכתיבנא, איך יתוקן לאו דגזילה אשר נתקו הכתוב להשב תשיבם לו? וזה ברור בעיני בתירוץ קושיא זו אחר בקשת המחילה מרבתי.

כלומר, יש לבאר את הגמרא כפשוטה, ואם הוא נוטל את הסלע על מנת לגזולו, אף שישב אחר כך לא תיקן כלום ומתנה נתן. ומה שהקשו התוספות שיש מצוות "והשיב את הגזילה" המאפשרת תיקון של לאו של "לא תגזול", הרדב"ז מחלק בין גזלה רגילה לבין גזלה באבדה, שאף על פי שהתכוון לגזלה אין בה עשה של "והשיב את הגזילה". אמנם יש להבין את שיטתו, מדוע בגזלה דאבדה אינו יכול לקיים "והשיב את הגזילה"?

ב. סוגיית נסדקה חבית של דבש

לצורך הבנת שיטה זו נפנה לסוגיה נוספת.

1. מבואר בגמרא (בבא מציעא כא ע"ב) שאבדה שנפלה לזוטו של ים מותרת מיד לכל אדם: "בזוטו של ים ובשולליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן – רחמנא שרייה". עוד מבואר בגמרא (בבא מציעא כב ע"ב) שזוטו של ים הכוונה לאבדה שאבודה מהמאבד ומכל אדם, לעומת אבדה רגילה שאבודה מהמאבד אך מצויה לכל אדם: תא שמע, דאמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוצדק: מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת? דכתיב: "וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה", מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם.

וכן נפסק להלכה (שולחן ערוך חו"מ רנט, ז):

המציל מהארי והדוב וזוטו של ים (פירוש, לשון ים החוזר לאחוריו עשרה או ט"ו פרסאות ושוטף כל מה שמוצא בדרך חזרתו וכן עושה בכל יום) ושולליתו של נהר (פירוש, כשהנהר גדל ויוצא על גדותיו ופושט, רש"י) – הרי אלו שלו, אפילו הבעל עומד וצווח.

2. רבא סובר ש"יאוש שלא מדעת – הוי יאוש", כלומר במקרה שבו המוצא מצא את החפץ כשהוא ללא סימן וודאי שבעליו יתייאשו ממנו, אף אם הדבר קרה לפני שהבעלים ידעו מהאבדה והם עוד לא התייאשו, הרי שהם עתידים להתייאש, ועל כן לדעת רבא לא נוצרה חובת השבת אבדה על החפץ. הגמרא (בבא מציעא כב ע"א) הביאה ברייתא כדי להקשות על שיטתו:

תא שמע: שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנו בתוך שדה חבריו – הרי אלו שלו, מפני שנתיאשו הבעלים. טעמא דנתיאשו הבעלים, הא סתמא – לא!

מבואר בברייתא שדווקא כשנתיאשו הבעלים הרי אלו של מוצאם, אך בסתמא, שלא ידעו מהאבדה, לא יזכה בהם. והרי לרבא היות שידוע שיתייאשו – גם עכשיו יכול המוצא ליטול.

הגמרא תירצה:

הכא במאי עסקינן כשיכול להציל. אי הכי, אימא סיפא: אם היו הבעלים מרדפין אחריהם – חייב להחזיר, אי ביכולין להציל – מאי אריא מרדפין?

אפילו אין מרדפין נמי! הכא במאי עסקינן ביכולין להציל על ידי הדחק, מרדפין – לא אייאוש, אין מרדפין – אייאושי מיאש. כלומר, מדובר במקרה שאכן הבעלים יכולים להציל על ידי הדחק ויודעים על האבדה, ובכך שאינם מנסים להציל נוצר ייאוש ברור, אבל ללא הוכחה זו אין ודאות שמתייאשים.

הריטב"א (שם ד"ה ת"ש) מקשה:

וקא סלקא דעתך כשאנו יכול להציל מיירי, אם נתיאשו הבעלים, כלומר שידעו ששטפן נהר הרי אלו שלו, דלאלתר מייאש מקמי דמטו לשדה חברו, הא בסתמא שלא ידע שטיפתן חייב להחזיר, אף על גב דלכי ידע מייאש, כיון דבאיסור אתא לידיה, וקשיא לרבא.

ואיכא לעיוני, כיון דקא סלקא דעתך דבאינו יכול להציל איירי, הוה ליה כזוטו של ים ושלוליתו של נהר, דאמר לעיל דרחמנא שריה אליבא דדברי הכל, והואיל וכן קשיא בין לאביי בין לרבא.

כלומר, הרי בהווה אמינא של הגמרא סברו שמדובר בשטיפת נהר שלא ניתן להציל ממנה. ואם כן הדין צריך להיות כ"זוטו של ים" ולכולי עלמא הרי אלו שלו אף כשלא ידע המאבד!

מיישב הריטב"א:

ונראה לי דנהי דאינו יכול להציל לאלתר, אבל למחר או ליומא אחרינא יכול להציל. ולא דמי לשלוליתו של נהר, דהתם מיירי כגון שנפלו בשלוליתו של נהר, מקום שהמים שוללין, ובהכי הוא דאמר רחמנא שרייה **ואפילו שלא לדעת**, אבל הא דשטף נהר קוריו זאת השטיפה אינה באמצע הנהר אלא בשפתו, ואפשר פלטי להו מיא דמחסרי ויניחם שם.

כלומר, דווקא בזוטו של ים שנפלה האבדה לאמצע הנהר התורה התירה את האבדה אף שהמאבד אינו יודע מכך ולא היה עדיין ייאוש. אבל במקרה דידן, ששטף נהר קוריו עציו ואבניו, המים שטפו את החפצים אל שפת הנהר, ואף שאבודה מהבעלים, אינה אבודה מכל העולם ונחשבת כאבדה רגילה.

3. מוסיף הריטב"א ומקשה מסוגיה סותרת במסכת בבא קמא (קטו ע"א):

ודייקין אם נתיאשו הבעלים – אין, בסתמא – לא. וקשיא לן, וכיון דסלקא דעתך דבאינו יכול להציל מיירי, אף על פי שלא נתיאשו הבעלים, אמאי אינו של מוצא? דהא אמרינן בשילהי הגוזל זוטא: "זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש ונסדקה כדו של דבש ושפך הלה את יינו והציל דובשו של חברו אין לו כו', ומקשינן בש"ס: ולימא מהפקרא קא זכינא". **דהתם ודאי לא נתיאש לגמרי אלא בסתמא, ואפילו הכי אמרינן התם דמצי אמר מהפקרא קא זכינא, הכא נמי לא שנא.**

ויש לומר, שאני הכא כיון דבעלים מרדפין אחריהם – איגלי מילתא דלאו הפקרא הוא...

כלומר, לפי השלב בהווה אמינא של הגמרא מדובר באבדה שנשטפה בנהר ועדיין אינה אבודה לגמרי אך לא ניתן להצילה, והברייטא תלתא את דינה בייאוש הבעלים, ולמה צריך ייאוש בעלים, והרי מהסוגיה בבבא קמא למדנו שבעל כד של דבש שנסדק ואינו

יכול להציל, הדבש נחשב כהפקר ואף שלא התייאשו הבעלים? ויישב הריטב"א שהדבר תלוי אם הבעלים עדיין מנסים להציל. עולה מדבריו שאם הבעלים אינם מנסים להציל, החפץ אכן יוצא מרשותם אף שהוא אינו אבוד לחלוטין.

4. נוסף ונציין לשיטת רש"י. במשנה בבא קמא (קטו ע"א) מובא שבעל חבית היין שהציל את הדבש שנסדקה כדו מקבל אך ורק שכר פעולתו:

זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש,

ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו אין לו אלא שכרו. ואם אמר:

'אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי' – חייב ליתן לו...

והגמרא (שם ע"ב) שואלת: "ואמאי? לימא ליה: מהפקירא קא זכינא?"

ומבאר רש"י:

דבש שלך היה הולך כולו לאיבוד, והריני כמציל מן ההפקר, ואמאי אין

לו אלא שכרו? כוליה דבש לישקול! וגבי חמור ליכא למימר הכי, דיכול

להצילה הוא.

כלומר, הגמרא תמחה מדוע המציל את הדבר אינו זכאי ליטלו, והרי בעל הדבש לא היה יכול להציל אותו. והגמרא אכן מעמידה שיכול להציל, ומכאן שאם לא יכול להציל – היה יכול לזכות בו.

על פי דברי הריטב"א לעיל עולה שאף שבעל הדבש לא התייאש, היות שהדבש נשפך, בעל היין יכול לזכות בו ומסתמא התייאש. אף שאינו נחשב כזוטו של ים, שאין צריך ייאוש כלל ודעת, שדווקא באבודה ממנו ומכל אדם נחשב זוטו של ים.

ויש לשאול, איך אפשר לזכות בממון שבעליו עדיין לא התייאש ממנו?

גם משיטת רש"י נראה שסובר כשיטת הריטב"א, שאף טרם ייאוש, ואף טרם שהדבש נשפך מהחבית בעל היין היה יכול לזכות בדבש.

בשולחן ערוך (חו"מ רסד, ה) הביא שתי דעות:

וכן שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של

דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו... ואם נשפך הדבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל

לעצמו מציל.

הגה: ויש אומרים אפילו לא נשפך הדבש עדיין, רק שנשבר הכד כל כך שהיה

נשפך אם לא הציל, זה הוי הפקר (טור ובית יוסף בשם רש"י), והוא הדין

בכיוצא בזה, כגון שהיה שריפה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה,

והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקר (מרדכי פרק הגוזל

בתרא).

לדעה הראשונה דווקא כשנשפך הדבש לארץ הוי כהפקר, ולדעה שנייה, כשיטת רש"י,

אף שטרם נשפך לארץ, היות שעתיד להישפך ולא יוכל להציל – נחשב הפקר.

ולכאורה לשיטת רש"י למה חשיב כהפקר הרי עדיין לא התייאש?³

³ הערת העורך: לכאורה אפשר לבאר את מחלוקת הראשונים עצמה בשני אופנים. אם כבר כשנסדק הכד והדבש עתיד להישפך יש ייאוש או לא, או שמא לשיטת רש"י אף שאין ייאוש, יכול לזכות כהפקר. בלשון הרמ"א משמע שהוא ממש הפקר, אך בלשון רש"י "הריני כמציל מההפקר" ניתן לדייק שעדיין לא הוי הפקר גמור. ומשמע שלמד כמהלך הריטב"א.

ג. סיכום

לפנינו שיטת הרדב"ז התמוהה על פניה ולפיה המחזיר אבדה אינו יכול לקיים "השב תשיבם" כיוון שזו "אבדה" ולא גזלה רגילה.

כמו כן לפנינו שיטת הריטב"א וייתכן שגם שיטת רש"י שחפץ שהוא אבוד כמעט לגמרי, אם לא נעשה מאמץ להצילו הוא מותר לכל אדם.

נראה שיש להגדיר את מהות מצוות השבת אבדה שכל אבדה היות שהיא אבודה מהבעלים היא נחשבת להפקר, והמוצא היה יכול לקחתה לולא חידוש התורה, לאחר שחידשה התורה שמוטל על המוצא להשיב את האבדה, ועל כן מתחדשת הבעלות על האבדה, שהרי כעת יש חיוב להשיב אותה לבעליה הקודמים. וממילא אבדה האבודה מן הבעלים הרי היא כהפקר, כיוון שרק חיוב "השב תשיבם" יוצר בעלות מחדש, ובמקרה שאין חיוב השבה – החפץ נשאר הפקר.

ולכן במקום שאין חיוב של "השב תשיבם" יכול המוצא לקחת את האבדה לעצמו. לפי האמור מובן הדין שכשנסדקה כדו של בעל הדבש אף שלא נשפך הדבש ואף שלא היה ייאוש יזכה בעל חבית היין בדבש כזוכה מההפקר, שהרי בעל הדבש אינו יכול להציל ובעל היין אינו מחויב לאבד את ממונו כדי להציל את ממון חברו, ואם כן אין עליו חובת השבה ונחשב כזוכה מההפקר.

לפי הסבר זה מובנת שיטתו של הרדב"ז, כיוון שהאבדה הייתה אבודה ממנו, וכל דין ממון נוצר מ"השב תשיבם" אזי גם הלאו של "לא תגזול" נוצר אך ורק בגלל חיוב השב תשיבם. ואם אין חיוב של "השב תשיבם" – אין גם חיוב "והשיב את הגזלה".

כמו כן יש לבאר לפי יסוד זה מדוע אבדת גוי מותרת, שאין חיוב השבה לגוי, וכן הדין באבדה פחות משווה פרוטה.

שומר אבדה (ס' רס"ז)**פתיחה**

אדם שמוצא אבדה הופך להיות אחראי עליה. בגמרא (בבא קמא נו ע"ב) נחלקו האמוראים רבה ורב יוסף מה הוא מעמדו של שומר אבדה:
איתמר: שומר אבדה – רבה אמר: כשומר חנם דמי, רב יוסף אמר: כשומר שכר דמי.

הגמרא מנמקת את הדעות:

רבה אמר כשומר חנם דמי, מאי הנאה קא מטי ליה.
רב יוסף אמר כשומר שכר דמי, בההיא הנאה דלא בעיא למיתבי ליה ריפתא לעניא הוי כשומר שכר.
איכא דמפרשי הכי: רב יוסף אמר כשומר שכר דמי, כיון דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה, הלכך כשומר שכר דמי.

כלומר לפי רבה הוא בוודאי שומר חנם היות שאינו מקבל על כך שכר. לעומת זאת לפי רב יוסף עולות שתי אפשרויות בגמרא מה הסיבה שהוא יחשב כשומר שכר:

1. היות שיש לו הנאה, שאינו צריך לתת צדקה לעני. ופירש רש"י (ד"ה דלא בעי למיתב) מדוע הוא נפטר מחובת הצדקה: "דהעוסק במצוה פטור מן המצוה..."

ובתוספות (ד"ה בההיא הנאה דלא קבעי למיתב ריפתא לעניא) הוסיפו:

ודוקא בשעה דמתעסק בה, כגון שוטח לצורכה או משום עסק שצריך לה לאבדה, אבל בשביל שאבדה בביתו לא יפטר מלמיתב ריפתא לעניא כיון שיכול לקיים שתייהם...

כלומר רק בזמן שהוא מטפל באבדה הוא פטור מצדקה לעני, ובכך הוא נהנה מהשמירה ועל כן הוא נחשב כשומר שכר.

2. הסבר נוסף נאמר בגמרא לשיטת רב יוסף, והוא שהתורה שעבדה אותו, ולכן הוא שומר שכר. אלא שדברים אלו דורשים ביאור ונראים תמוהים לכאורה, התורה אמנם הפכה אותו לשומר, אך למה הוא הופך להיות שומר שכר?

שיטת השולחן ערוך

השולחן ערוך (חו"מ רסז, טז) פוסק בעניין אבדה:

כל זמן שהאבדה אצלו, אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה כדין שומר שכר.
הגה: ויש אומרים דשומר אבדה אינו אלא שומר חנם (טור בשם ר"י והרא"ש). ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף ב' כיצד נקטינן לענין משכון, והוא הדין כאן.

כלומר השולחן ערוך פוסק כרב יוסף. כך הוא גם פוסק בעניין שמירה על משכון (עב, ב):

המלוה את חבירו על המשכון, בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות, בין שמשכנו בשעת הלואתו בין שמשכנו אחר שהלוהו – הרי זה שומר שכר.

הרמ"א בעניין המשכון מאריך לחלוק על השולחן ערוך, ועל כן הרמ"א כאן מציין שמכיוון שהגמרא קשרה את דין שמירת אבדה לדין שמירת משכון, ושם יש מחלוקת

בפוסקים כיצד לפסוק, ולדעתו הדין הוא ספק והמוציא מחברו עליו הראיה, אם כך הוא הדין בעניין אבדה.

אלא שהשולחן ערוך עצמו (עב, ה) כותב לגבי משכון שיש מקרה חריג:

מי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס ונגנב המשכון, אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכר (אלא אם כן יש מנהג בעיר הולכין אחריו) (בית יוסף בשם הרשב"א).

אף שהשולחן ערוך פסק שהשומר במשכון ובאבדה הוא שומר שכר, במקרה זה של משכון על ידי הקהל הוא חורג ומכריע שאין לו דין של שומר שכר. ויש להבין מדוע נוצרה חריגה זו.

הש"ך (ס"ק לד) כבר מעיר שאין לכאורה מקום להחרגה:

צ"ע על מה שפסק בפשיטות דאין להנאמן דין שומר שכר כו', דהא הרשב"א בתשובה [שם] כתב שהוא מקום עיון...

מהו השכר של שומר אבדה – דעת רב יוסף

יש להעמיק בטעם הראשון של רב יוסף, שהשומר נהנה מהפטור של הפרוטה שהיה עליו לתת לעני.

ניתן לומר שבפועל הוא מרוויח כסף, ורווח זה הופך אותו לשומר שכר. אפשרות נוספת היא, שהתורה הפכה אותו לשומר מכוח מצוות השבת אבדה, ומסתבר לקבוע את דינו כשומר שכר, היות שקיימת אפשרות של רווח של הפרוטה הזו.

לפי האפשרות הראשונה הפרוטה היא סיבת הדין, ולפי האפשרות השנייה הפרוטה היא סימן שהתורה הפכה אותו לשומר שכר.

הריטב"א (שבועות מד ע"א) כותב שבוודאי מתקיים הרווח בפרוטה רק אם אירע רווח כזה בפועל:

כבר מפורש בנדרים (לג ע"ב) דטעמא דרב יוסף משום דמיפטר למיתן פרוטה לעני, והתם פרישנא דברי ר"י הזקן ז"ל דהא מיירי כשבא העני בשעה שהוא טרוד באבדה וכל העוסק במצוה פטור מן המצוה והיינו דאמרין עלה אליבא דרבה דפרוטה דרב יוסף לא שכיחא, ואם תאמר, אם כן אפילו שומר חנם חייב לנערה ומיפטר מליתן פרוטה לעני ואם כן לרב יוסף יהא דינו כשומר שכר?

וכן כתב במקום אחר (בבא מציעא פב ע"א):

שלא אמרו העוסק במצוה פטור מן המצוה אלא כשהוא טרוד באחת ואי אפשר לו לקיים את שתיהן, וכדפירש ר"י ז"ל וכדברירנא בכמה דוכתי, וטעמא דמצוה דהכא היינו כטעמא דפריש ר"י ז"ל בשומר אבדה, כי כשהוא מטפל לנערה וכיוצא בו מיפטר מלמיתב פרוטה לעני, והיינו דאמרין התם בנדרים דפרוטה דרב יוסף לא שכיחא,

ואם תאמר, מאי איריא מלוה על המשכון, אפילו שומר פקדון יהא שומר שכר עליו מן הסתם, דהא מחייב לנערו ומשתכר בפרוטה דרב יוסף?

הריטב"א נשאר בקושי לפי דרך זו מדוע שומר חנם שמטפל בחפץ המופקד אצלו אינו מוגדר כשומר שכר עקב העובדה שייפטר מהצדקה לעני, ולהלן נרחיב בזה.

ביאור שיטת רבה

קודם שנבאר את שיטת רב יוסף, יש לשוב ולבאר מדוע לפי שיטת רבה שומר אבדה אינו הופך להיות שומר שכר למרות הרווח הכספי של הצדקה? בפשטות יש לומר שרווח זה אינו שכיח.

כך עולה מהגמרא בנדרים (לג ע"ב) הקובעת שגם מי שמודר הנאה מחברו מחזיר אבדתו:

פליגי בה ר' אמי ור' אסי, חד אמר: לא שנו אלא בשנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה, דכי מהדר ליה – מידעם דנפשיה קא מהדר ליה, אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר – לא קא מהדר ליה, דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף; וחד אמר: אפילו נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר – מהדר ליה, ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח.

ופירש המיוחס לרש"י (ד"ה פרוטה):

דלא שכיח כהאי גוונא דלהוי שביק ולא יהיב פרוטה לעניא בשביל אותה מצוה ולא מתהני מיניה כלל, לפיכך מחזיר לו אבידתו.

כיצד הופך שומר האבדה לשומר שכר

יש לברר נקודה נוספת. התוספות (כתובות נו ע"ב ד"ה הרי זו) מביא שתי אפשרויות לגבי דיני שומרים, התוספות מתקשים מדוע שומר יכול לבחור את רמת השמירה ללא קשר לחיוב הבסיסי שלו, לדוגמא שומר חנם יכול להחליט שחיובו יהיה כשומר שכר: ואם תאמר, והא דתנן בהשוכר את הפועלים (בבא מציעא צד ע"א) מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, ופריך בגמרא והא מתנה על מה שכתוב בתורה הוא כו', ומסיק אפילו תימא רבי מאיר שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה, ומאי משני? והא הכא נמי לא קידשה על מנת כן ולא שיעבד נפשיה! על כך הוא עונה שתי תשובות:

ויש לומר דשאני התם כיון דריבתה תורה שומרים הרבה שומר חנם והשואל נושא שכר כו' יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו.

אי נמי שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, הלכך במקום שאין משעבדים עצמם – פטורים.

ההסבר הראשון הוא שהתורה ריבתה סוגי שומרים שונים כדי שתהיה אפשרות בחירה ולפי הסכמת הצדדים. ההסבר השני של תוספות, שהדבר תלוי ברצון השומר, לכאורה חסר ביאור.

החזון איש (חוי"מ ליקוטים יב, יג) מסביר שלפי ההסבר השני יסוד החיוב הוא אכן מכוח השומר שמתחייב לשמור, אלא שהתורה נתנה ארבעה חילוקי שומרים, והמשתעבד להיות שומר מסוים מתחייב אוטומטית לחיובים הללו. השעבוד של האדם הוא לרמה מסוימת של שמירה, ומתוך זה התורה מחייבת את האדם לחיובי שומר זה. אך היות שחיובו לשמור נובע מרצונו, הרי שיכול השומר להחליט שאינו מתחייב כשומר מסוים.

אלא שעל פי זה עולה השאלה, היכן הסכים האדם להתחייב להיות שומר שכר כאשר הוא שומר אבדה משום הפרוטה הזו של רב יוסף?
בספר נתיבות המשפט (ביאורים סי' עב ס"ק יט) דן ליישב שיטת השולחן ערוך בעניין נאמן הקהל שהוא כשומר חנם:

גם נראה דאם נותנין שכר להגובין המס דהוי שומר שכר. ובגבאי צדקה שנטלו משכון נראה דלא מיבעיא למאן דסבירא ליה דהוי שומר שכר מטעמא דשמואל, ודאי דלא שייך בגבאי צדקה כאילו פירשו שיפטרו מנדרן או מהחוב המוטל עליהם מבני עירן, אלא אפילו למאן דסבירא ליה משום פרוטה דרב יוסף, נראה דבגבאי צדקה לא שייך זה, דלא שייך פרוטה דרב יוסף רק במקום שעוסק במצוה שהיא מצות עשה ומוטלת עליו בחיוב ואסור לקבל עליה שכר, כגון בהלואה או בהשבת אבידה. אבל צדקה, החיוב מוטל על כל אדם ליתן צדקה, אבל אין חיוב ומצות עשה מוטל על שום אדם להיות גבאי צדקה, דאם היה מצות עשה להיות גבאי היו כל ישראל מחוייבים להיות גבאים, רק החיוב על הבית דין לכוף את ישראל על הצדקה ולמצותו של מקום ולהעמיד ממונים על זה, והממונים רשאים לקבל שכר על זה, לא שייך בזה פרוטה דרב יוסף...
והא דכתב הרשב"א הביאו הש"ך (ס"ק לב) באפוטרופוס, דהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף. נראה דביתומים שאין יכולים לפקח בעסקיהם, ונכסיהם יורדין לטמיון כשלא ימצא מי שיפקח, כל אדם מחוייב להציל נכסיהם מהיזק משום השבת אבידה, וחשוב משיב אבידה ממש. ואפוטרופוס דיכול ליקח שכר היינו כשהוא עוסק להרויח להם. ואפילו באפוטרופוס חולק המחבר בסימן ר"צ (סעיף כ) ע"ש.

לטענת הנתיבות, גבאי צדקה אינו מקיים מצווה היות שאין מצווה בגבאות. על כן אין בזה דין "עוסק במצווה" ולא שייך כאן שכר של "פרוטה דרב יוסף".
לפי דבריו מיושבת שיטת השולחן ערוך מקושיית הש"ך, ששאל מה ההבדל בין גבאי צדקה ובין השבת אבדה, וההסבר הוא שכן אין כאן הנאת פרוטה, כי אין מצווה. מדבריו עולה שעצם הטיפול ללא עניין המצווה אינו יוצר הנאת פרוטה ועל כן בוודאי אינו נחשב כשכר שמירה.

כעת נבחן את תירוצי הריטב"א לשאלה מדוע אין דין "פרוטה דרב יוסף" לשומר חנם שמטפל בחפץ השמור, בבבא מציעא הוא כותב:

ויש לומר דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו וכל עיקרו לא נחת אלא לשמירה בעלמא וקבלו סתם, אגן סהדי דלא נחת אלא להיות שומר חנם, ואף על פי שלא פירש כמי שפירש דמי, אבל באבדה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה, וכן במלוה על המשכון שלא בא לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות שומר שכר בפרוטה דרב יוסף, אי נמי שתנאי בית דין הוא שיהא שומר שכר בכך.

כלומר השומר הרגיל קיבל על עצמו שמירת חנם וזה מה שמחייב אותו, מה שאין כן שמירה שהוטלה עליו מכוח מצווה, דעתו היא להיות שומר שכר, ומוסיף הריטב"א אפשרות נוספת, זהו תנאי בית דין שלשומר אבידה יהיה דין שומר שכר. במסכת שבועות הריטב"א מתרץ:

ויש לומר דשאני שומר דכי מנער לה לאו למצוה הוא אלא מדין שמירתו שקיבל עליו בפירוש, ולא חשוב עוסק במצוה לפוטרו מפרוטה דעני.
כלומר השומר מטפל בחפץ מכוח חובתו, ואילו שומר האבדה מטפל כמצווה, נדמה שהנתיבות כיוון לדברים אלו, שבאמת אין פטור של פרוטה כאשר הוא שומר רגיל היות שעצם הטיפול בחפץ אינו מהווה מצווה אלא נובע מקבלת השמירה מרצון.
מעין זה מצינו בשיטת הפני יהושע (בבא קמא נו ע"ב) הדין בהגדרת ההתעסקות במצווה:

בתוספות בד"ה בההיא הנאה וכו' ודוקא בשעה שמתעסק בה כגון שוטחה לצרכה וכו' עכ"ל. ולא ידענא אמאי לא מפרשי בפשיטות דפטור מן המצוה בשעה שמתעסק בה למוצאה ולקחתה תחת ידו? ועוד דנראה לכאורה דבשעה ששוטחה לצורכה לאו מתעסק במצוה מיקרי, כיון שכבר נתחייב בשמירתה, ואם כן אם לא שטחה לצורכה בעת הצורך הוי פשיעה ויתחייב לשלם. דאי לא תימא הכי המפקיד אצל חבירו והלך לו דמחויב המפקיד נמי לשוטחה לעת הצורך כמבואר בגמרא ובפוסקים, ואם כן אמאי לא אשתמיט שום פוסק לכתוב דהוי שומר שכר על ידי כך ויתחייב בגניבה ואבדה מטעם פרוטה דרב יוסף?

אלא על כרחך דבכהאי גוונא לא מתעסק במצוה מיקרי, דלא נתכוין אלא לפטור עצמו מן התשלומין אם לא ישמור כראוי, אבל עיקר המצוה בשומר אבדה משמע שהיא בשעה שמתעסק למוצאה, דלשם מצוה דלא תוכל להתעלם הוא דקעביד.

ויש ליישב דסברי התוס' כיון דתחילת השמירה בא לו על ידי מצוה כל זמן שמתעסק בשמירתה מתעסק במצוה מיקרי, והיא גופא אתי לאשמעין דאי אתרמי ליה עניא בהאי שעתא ששוטחה וכדומה פטור מליתן לו, וק"ל.

הפני יהושע שואל את שאלת הריטב"א, מדוע שומר חנם אינו שומר שכר עקב ההתעסקות בשמירה, ומציע מהלך אחר מהראשונים, ולפיו בשומר אבדה המצווה היא ההתעסקות במציאת האבדה, ולא הטיפול בה לאחר מכן. הוא מטה את תוספות לדרך זו ומציע שהטיפול באבדה נחשב כמצווה היות שיש מצוה בשמירת החפץ מלכתחילה, ועל כן כל התעסקות עם החפץ היא מצווה.

נחזור אפוא לשאלה היסודית שדנו בה. מדוע שומר אבדה נחשב שומר שכר: האם בגלל שכר הפרוטה או מכיוון שהתורה הגדירה אותו כשומר, והפרוטה הזו היא סימן שהוא שומר שכר (אבל הפרוטה כשלעצמה איננה סיבה מספקת להפוך אותו לשומר שכר).

נראה שלפי ההסבר של הריטב"א בשבועות (ולמעשה נראה שאין הבדל גדול בינו לבין ההסבר הראשון), השמירה שמטילה תורה היא שמירה מעולה. היות שהחוב אינו משום שהוא חייב את עצמו, אלא בגלל השמירה שהתורה הטילה. מתירוף זה עולה שהפרוטה כשלעצמה אינה סיבה ליצור שמירת שכר כי אם במקום מצווה כשהתורה מחייבת שמירה, היא מחייבת שמירת שכר היות שקיימת הנאה זו.

לדרך זו ייתכן גם שהפרוטה של רב יוסף אינה הסיבה אלא סימן שהתורה הטילה אחריות של שומר שכר, שאז ההבדל בין התירוצים הוא מה הסימן: לפי התירוף הראשון הסימן הוא הפרוטה. לפי התירוף השני, עצם כך שהתורה שעבדה אותו לכך.

היחס בין שומר לפועל – דין חזרת שומר

הגמרא אומרת שפועל יכול לחזור בו באמצע היום. רש"י מסביר שזה משום "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". המהר"ם מרוטנבורג (תשובות מימוניות ספר קנין סי' לא) מביא טעם שונה, ולדבריו הדבר נובע מכך ששכירות משתלמת לבסוף, ולא גרע פועל מעבד, וכמו שעבד יוצא בגירעון כסף – כך גם פועל. יש כמה השלכות למחלוקת זו, כגון ששילמו לו מראש ואין לו כסף להחזיר. לפי רש"י יכול לחזור, ולפי מהר"ם לא (ראה קצות החושן סי' שלג ס"ק ח).

המחנה אפרים (הלכות שומרים סי' יח) חוקר מה יהיה הדין בשומר. האם הוא יכול לחזור בו באמצע השמירה. הוא מביא את שיטת התוספות (בבא קמא עט ע"א) שכל השומרים יכולים לחזור חוץ משואל היות שהם כמו פועלים. ומביא את שיטת המגיד משנה בשם הראב"ד ששומר אינו יכול לחזור תוך זמנו.

המחנה אפרים עצמו מחלק בין שומר חנם לשומר שכר, ולדעתו שומר שכר יכול לחזור בו. הטעם הוא ששומר שכר צריך לטפל בפקדון והוא כפועל, וזוכה בשכרו משעה שמתחיל במלאכה.

לסיכום אנו מוצאים שלוש שיטות ביחס לחזרת שומר באמצע שמירתו:

- א. שיטת הראב"ד – אף שומר אינו יכול לחזור באמצע.
- ב. שיטת התוספות והרשב"א – שומרים יכולים לחזור בהם מהשמירה.
- ג. שיטת המחנה אפרים – שומר חנם אינו יכול לחזור בו, ושומר שכר יכול לחזור בו.

הסבר ההבדל בין שומר חנם לשומר שכר

התוספות (בבא מציעא י ע"א ד"ה כי) שואל איך אדם יכול להשכיר את עצמו, הרי בכך הוא הופך לעבד, ומתרחץ שבגלל היכולת לחזור – אינו עבד, הרי שאם יש חיוב בגוף חייבת להיות אפשרות לחזרה.

השואל ומשיב (ב, א, עד) מביא שדברי המחנה אפרים מפורשים בירושלמי (שבועות ח, א):

רבי אבהו בשם רבי יוחנן: נאמרה שמירה בשומר חנם ונאמר שמירה בשומר שכר, ולא דמייא שמירה שנאמר בשומר חנם לשמירה שנאמר בנושא שכר. שמירה שנאמר בשומר חנם כיון ששימר כל צורכו פטור, שמירה שנאמר בשומר שכר אין משערינן אותו אלא בגופו, לפיכך רואין אותו, אם היה ראוי לשמירה – פטור, ואי לא – חייב, אין אומרינן אילו היה אחר שם יכול להציל, הציל – פטור, שלא הציל – חייב.

הוא מבאר שפירושו של חיוב שומר שכר בגופו הוא, שלא די בכך שהחפץ יהיה שמור אלא חייב לטפל בגופו ולעשות פעולות לשמירת החפץ. וזה כיסודו של המחנה אפרים, ששומר שכר הוא כפועל ועל כן הוא יכול לחזור בו.

בעקבות כך כעת נחזור לעניין שומר אבדה, האור שמח (הלכות שכירות פרק י) כותב: והנה בפרק הכונס (בבא קמא נו ע"ב) אמר איכא דמפרשי לה הכי, כיון דרחמנא שעבדיה בעל כרחו הלכך הוי שומר שכר, וכפי הנראה שהיא הוספה מגאונים שאחר חתימת הש"ס, אכן גם דבריהם יש להבין ולבאר.

ונראה משום דרבנן בתראי פירשו דשומר אינו יכול לחזור, אם הוא שומר חנם, וכדברי הרב המגיד לקמן פרק ז' מהלכות שאלה ופקדון, משום דלא דמי לעבד, שכיון שהניחו במקום המשתמר סגי, ותו לא רמי עליה מידי להטפל בה, ואין שום חיוב על הגוף, לא כן בשומר שכר שצריך למיתב בהדה ולמינטרה יומם ולילה הוי כעבד, ויכול לחזור ככל פועל, משום עבדי הם כו', ומצאנו בשומר אבידה דכתיב בה (שמות כג, ד): "השב תשיבנו לו", שאם היא אינה עושה ואוכלת צריך למכר (בבא מציעא כח ע"ב), ועליה רמי רחמנא לשוטחה ולנערה, ושעבודא דגופא רמי רחמנא עליה בעל כורחו, אם כן הוי כשומר שכר, וצריך לשומרה מגניבה ואבידה ולמיתב בהדה למינטרה, וזה עיקר הטעם ד"אותו שעבדיה רחמנא"... אולם סוגיא דתלמודא בכ"מ אזלא כטעמא קמא משום דפטור ליתן פרוטה לעני, לכן מדמה הך דמלוה על המשכון לאבידה, וכן לא הזכירו רבינו לעיל הלכות גזילה פרק י"ג, יעו"ש ודוק בכל זה.

מדבריו עולה ששומר אבדה הוא כשומר שכר עקב החיוב להיות שומר בגופו, וזהו המכנה המשותף שבין שומר שכר לשומר אבדה, שבשניהם יש שעבוד של האדם לצורך השמירה.

גדר חיובי שמירה בשומר אבידה

המשנה למלך (הלכות שכירות י, א) כותב:

כתב מהרש"ך חלק ב' סימן קס"ט גבי מלוה על המשכון דאפילו למאן דאמר דהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, מיהו לא דיינינן האי דאמרינן בגמרא גבי ההוא רעיא להכי יהיבנא לך שכר לנטורי נטירא יתירתא. דדוקא בנותן לו שכר בהדיא על שמירתו איכא למימר הכי, אבל בשומר שכר הנעשה משום פרוטה דרב יוסף מצי לומר הא נטרי כדנטרי אינשי, יע"ש.

כלומר, המהרש"ך מחדש ששומר אבדה חייב בכל דיני שומר שכר, כדוגמת חיובו של שומר שכר לשמור שמירה יתרה, היות ששומר אבדה לא השתעבד לכך מרצונו. המשנה למלך חולק על כך:

ובעיניי יפלא, דמאי פליג ליה בהאי מילתא? דאי נעשה שומר שכר משום האי, כל דיני שומר שכר עליו. וכן מבואר בתשובת מהריק"ו שורש קנ"ה גבי עלילת המוכסין של אלכסנדריאה, דחשיב ליה שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ודן עליו דכיון דחשיב שומר שכר חייב אפילו בגניבה ואבידה קרוב לאונס, ומייתי מהאי הלכתא עד היכן שומר שכר חייב עד כדי "הייתי ביום אכלני חורב", וסיים דלהכי יהיב ליה שכר כדי לנטורי נטירא יתירתא, יע"ש ודו"ק.

כלומר יש כאן מחלוקת בדיני השומר שנוצר על ידי שומר אבדה: האם הוא לגמרי כשומר שכר או שדינו כשומר שכר חלקי, חייב על גנבה ואבדה בלבד אבל לא ככל דיני שומר שכר, ומספיק שישמור "כדנטרי אינשי". קצות החושן (סי' עב ס"ק ה) הסכים לדברי המשנה למלך.

יש לברר בענין שומר שכר: האם הוא חברת ביטוח או חברת אבטחה. אם הוא חברת אבטחה הוא חייב בגלל שלא שמר כהוגן. ואם הוא חברת ביטוח, הוא חייב מפני שכך התחייב. נראה שעל פי זה נוכל להבין את שיטת המהרש"ך.

המהרש"ך סובר שבדרך כלל שומר שכר חייב גם כחברת ביטוח וגם בחברת אבטחה. מה יוצר את החיוב? תשלום השכר וחיוב התורה. באבדה יש רק חיוב של התורה, ולכן יש לו רק את החיוב של האבטחה ולא את החיוב של חברת הביטוח. ולכן הוא רק חייב בגנבה ואבדה ולא חיוב מיוחד.

לעומת זאת יתכן שהמשנה למלך והקצות חולקים על המהרש"ך, ולדעתם בכל שומר שכר ההתחייבות היא לשמירה מעולה. אפשרות שנייה היא, שאם פרוטה דרב יוסף היא רק סימן, התורה יצרה חיוב מקביל לחיוב שנוצר על ידי התשלום. כאילו היה תשלום.

סיכום

עסקנו בהגדרת שומר אבדה; לדעת רב יוסף הגדרתו היא כשומר שכר, בחנו אם הדבר נובע מהנאה של ממש שנתקבלה כתוצאה מהשמירה או שהוא משועבד לשמור וראוי להחיל עליו דיני שומר שכר. כגישה זו עולה מדברי הריטב"א והדברים מתחברים לתפיסת האחרונים שהתורה שעבדה את גופו לשמירה. בסיום הדברים דנו בנפקותא בעניין חובת שמירה יתרה בשומר אבדה.

ירושת אח את אחיו (ס' רע"ו)

כתב השולחן ערוך בהלכות נחלות (חו"מ רעו, א):
 סדר נחלות כך: מי שמת, בנו יורשו. לא נמצא לו בן, רואים אם יש לבן זרע...
 לא נמצא זרע לבן, אם יש לו בת תירשנו. לא נמצא לו בת, אם יש לה זרע... עד
 סוף כל הדורות, יורש הכל. לא נמצא לה זרע, תחזור הירושה לאביו של מת.
 ואם אין אביו קיים, תחזור לזרעו שהם אחי המת. וכו'.
 אם כן הסדר הוא: בן, בת, אבא, אח, אחות, סבא וכו'.
 לעומת זאת בפסוקים מופיע כך (במדבר פרק כז):
 וְאֶל־בְּנֵי יִשְׂרָאֵל תְּדַבֵּר לֵאמֹר אִישׁ פִּי־יָמוֹת וּבֶן אֵין לוֹ וְהֶעֱבַרְתֶּם אֶת־נַחֲלָתוֹ
 לְבִתּוֹ:
 וְאִם־אֵין לוֹ בֵּת וּנְתַתֶּם אֶת־נַחֲלָתוֹ לְאָחִיו:
 וְאִם־אֵין לוֹ אָחִים וּנְתַתֶּם אֶת־נַחֲלָתוֹ לְאָחִי אָבִיו:
 וְאִם־אֵין אָחִים לְאָבִיו וּנְתַתֶּם אֶת־נַחֲלָתוֹ לְשָׂאֲרוֹ הַקָּרֵב אֵלָיו מִמִּשְׁפַּחְתּוֹ
 וְיָרֵשׁ אֹתָהּ וְהִיְתָה לְבְנֵי יִשְׂרָאֵל לַחֲקֵת מִשְׁפַּט כְּאֲשֶׁר צִוָּה ה' אֶת־מֹשֶׁה:

הפסוקים לא מזכירים את ירושת הבן, אף שהיא מוזכרת כהנחת יסוד לפסוק
 הראשון. כמו כן לא מוזכרת נחלת האב.
 בתורה תמימה בעניין ירושת הבן מבאר (במדבר פרק כז הערה טו):
 ונראה משום דירושת הבן את אביו הוי כדבר הבא בטבע שהבן קם תחת
 אביו ואין צריך לאשמעין זה, וגם אין צריך לצוות על קיום דבר הטבוע
 כמו בטבע שלשלת חיי האדם, מפני שהבן הוא בונה בית אביו, אשר על כן
 נקרא הזכר בשם בן מלשון בנין... וכן איתא ברא כרעא דאבוהא... ולכן
 לא שייך לומר: איש כי ימות ונתתם או והעברתם את נחלתו לבנו, יען כי
 לא שייך נתינה על דבר הבא בחיוב מוטבע בקיום העולם, כן נ"ל.
 כאמור, לא מוזכרת ירושת האב. בהמשך יובאו שתי דרשות המובאות בגמרא בבבא
 בתרא שהאב קודם לאחים. מכאן יש לחקור ביסוד דין ירושת האח, האם האחים
 מקבלים מכוח האב [להלן "ירושת משמוש"] או ישירות מכוח היותם אחים. לחקירה
 זו יש כמה נפקא מינות.

שתי נפקא מינות לגדר ירושת האח

"ירושת אין לה הפסק" באח ובשאר יורשים – מחלוקת המחבר והרמ"א

כתב בטור חו"מ הלכות מתנת שכיב מרע¹ (סי' רנג):

שכיב מרע שצוה לתת לבניו שקל בשבוע והם צריכים לסלע, נותנין להם
 כל צרכם, בין שאמר תנו להם שקל בין שאמר אל תתנו להם אלא שקל.
 ואם אמר ואם מתו יירשו פלוני ופלוני אחריהם, בין אם אמר תנו בין אם
 אמר אל תתנו להם אלא שקל, אין נותנין להם אלא שקל.

רש"י פירש אם מתו – בלא בנים. למה רש"י הזכיר "בלא בנים"? הבית יוסף מבאר על
 פי ההלכה בדין "נכסי לך ואחרריך לפלוני", שהדין הוא שאם יש ליורש הראשון בן הרי

¹ מקור הלכה זו בכתובות סט ע"ב.

שאין לאותו "אחריד" כלום. אולם לדעתו דין זה נאמר דווקא בבן ואח, שהם יורשים ישירים, ולא בשאר יורשים, שירושתם היא ירושת משמוש. וזה לשון הבית יוסף שם:

וטעמו משום דהא קיימא לן שאם הראשון ראוי ליורשו אין לאחריד כלום, דכיון שזה הראשון ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק, וכמו שנתבאר בסימן רמ"ח (סעי' א) לכך פירש דבמתו בלא בנים קאמר, דהשתא שפיר יכול להתנות שאם לא יהיו להם יורשים יטול פלוני, דכל כהאי גוונא יש לאחריד.

ונראה דבנים לאו דוקא, דהא בעי נמי שלא יהיו להם יורשים אחרים, דסתמא אמרינן ירושה אין לה הפסק.

ואפשר דכיון דבשמתו אלו כולם בלא בנים יורשים דידהו הוו אחי האב והנך מכח דאב ירתי ויכול להתנות זה שלא יירשו כיון דמכחו הוא דירתי ולא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא בנותן לבנו ויש לבן הזה בנים או אחים, דלאו מכח דאב הנותן ירתי, והשתא בדוקא כתב רש"י בלא בנים ולא כתב בלא יורשים, וזה דרך מחודש...

אם כן הבית יוסף מזכיר שבבנים ואחים הירושה נחשבת כאין לה הפסק. מכאן נראה שסובר הבית יוסף שירושת האחים היא ישירה ולא דרך האב, כי אילו הייתה זו ירושת משמוש – היה יכול להתגבר על הכלל שירושה אין לה הפסק. הדרכי משה (שם אות ח) מעיר שגם ירושת האח היא ירושת משמוש, שהרי האח יורש דרך אביו, ולכן גם בה לא נאמר "ירושה אין לה הפסק":

וצריך עיון, דהא אחיו גם כן מכח אביו הם באים לירש, וכמו שיתבאר לקמן בהלכות נחלות (סי' רעו ס"א) בס"ד, ואם כן אין חילוק בין אחיו לאחיו אביו, ואף בין בניו לשאר יורשים אינו נראה מדברי שאר פוסקים לחלק בכך וכמו שנתבאר לעיל סימן רמ"ח (אות א).

עקירת ירושה מאח לאח – מחלוקת ר' עקיבא איגר והקצות

נעבור לנפקא מינה נוספת. כתב השולחן ערוך (רפא, א):

אין אדם יכול להוריש מי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מהיורש... אבל אם היו לו יורשים רבים, כגון בנים רבים או אחים או בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע: פלוני אחי יירשני מכלל אחיי, או: בתי פלונית ירשני מכלל בנותי, או שריבה לאחד ומיעט לאחד – דבריו קיימים,

מעיר על כך רבי עקיבא איגר² בגיליון על אתר:

כן הוא לשון הרמב"ם. מזה נראה ראיה דאח יורש אחיו שלא על ידי משמוש מכח אביהם וכדנראה כן דעת הבית יוסף לעיל סי' רנ"ג, דאלו לדעת הדרכי משה שם אות ז' דאח יורש מכח אביו, אם כן הכא איך יש לו כח לומר על אח מהאחים דהוא יורש הכל? הא הוא אינו המוריש את אחיו אלא דאביהם בקבר יורש אותו ומוריש לבניו וכולם שוים בזה, ודו"ק:

² ראה באריכות בשו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סי' קלב.

לעומתו אומר הקצות החושן (שם ס"ק ב) :

פלוני אחי יירשני מכלל אחי. וקשה לי, דהא האב קודם לכל יוצאי יריכו, ואם האב מת יורש בקבר להנחיל לבניו בשות, ואם כן היכי מצי להנחיל בירושת אביו לאח אחד בין האחים כיון דבאים מכח ירושת אביהם.

הקצות מניח בקושיא כדעת הדרכי משה, ולכן מקשה.

ואפשר דלמד הרמב"ם (פרק ו' מנחלות הלכה ב') דין זה מלשון התוספתא (בבא בתרא ז', ה) דתני אמר על בת בין הבנים או על אח בין הבנות לא אמר כלום. ומשמע דאח בין האחים מהני דבריו. וכן נראה מלשון הרי"ף פרק יש נוחלין (שם נט, ב בדפי הרי"ף) דאח בין האחים דבריו קיימים. וטעמא נראה דאף על גב דהאחים באים בכח ירושת אביהם, מכל מקום כיון דהאב יורש מכחו, יכול הוא להנחיל למי שירצה. ולפי זה נראה דהוא הדין היה לו בן ומת ויש לו ממנו בני הבן יכול להנחיל לאחד מבני הבן ולומר פלוני בן בני יירש מכלל שאר בני הבן, ואף על גב דבני הבן מכח אביהם הם יורשים, מכל מקום כיון דמכחו הוא דירית הבן לבניו יכול להנחיל לבן בנו בין שאר בני בנו.

כלומר, לפי הקצות יש זכות להחליט למי להוריש אף שהירושה עוברת דרך האב או דרך מוריש אחר הנמצא בקבר.

והסכים לדבריו נתיבות המשפט (שם, ביאורים ס"ק א) :

פלוני אחי יירשני. ואף דהנחלה ממשמשת מקודם לאביו והרי הוא מנחיל ליורשי אביו, מכל מקום כיון דמכחו קא ירתי יכול להנחיל למי שירצה, וכן כתב בקצות החושן, ד"ביום הנחילו את בניו" שכתב רחמנא (דברים כא, טז) הוא לאו דוקא, והכונה ליורשין הראויין ליורשו. ולפי זה הוא הדין בבני אחין כשיש הרבה בני אחין יכול להוריש לאחד מהן הכל.

גביית מלוה האב מירושת האח

הגמרא (בבא בתרא קנט ע"א) אומרת :

איתמר : בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת – בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה : אבוך מזבין ואת מפיק? ומאי קושיא? דלמא מצי אמר : מכח אבוב דאבא קאתינא ; תדע, דכתיב : "תחת אבותיך יהיו בניך"...

עולה מכאן, לכאורה, כי אילו הירושה הייתה עוברת במשמוש דרך האב, חובותיו של האב היו נגבים מהירושה. אם כן, יש לנו נפקא מינה נוספת. אם אח יורש את אחיו, והאב היה חייב כסף לאדם כלשהו, הרי המלווה יכול לגבות מהירושה. כך כתב רב האי גאון (מובא בטור חו"מ סי' ריא) :

כתב רבינו האי, ראובן שלוח מיעקב אביו ואחר כך מכר נכסיו ומתו ראובן ויעקב וירש חנוך בן ראובן שטר חוב מיעקב, מוציא הנכסים שמכר אביו מיד הלקוחות, דמצי אמר : אנא מאבוב דאבא יריתנא³...

נסכם את הנפקא מינות :

³ חשוב להעיר שדעת כמה ראשונים היא שאין בעל חוב גובה מראוי כלל, והסיבה של "מכוח אבוב דאבא" אינה בדווקא. לפי שיטות אלה אין נפקא מינה לשאלת ירושת האח, ואכמ"ל.

1. לדעת המחבר, הדין ש"ירושה אין לה הפסק" וממילא אין ל"אחריד" כלום נאמר רק ביורש ישיר. אם כן לדעת המחבר אם אח יורש ישירות – הרי שאין לו הפסק, ואם על ידי משמוש – יש לו הפסק. הרמ"א חולק על הבנה זו וטוען שדין "ירושה אין לה הפסק" נאמר בכל ירושה.
2. הדין שאפשר להעביר נחלה מיורש ליורש כששניהם ראויים ליורשו, לדעת ר' עקיבא איגר, נאמר רק בירושה ישירה, ועל כן אם מצאנו ברמב"ם שאפשר לשנות נחלה בין האחים, אות הוא כי אח יורש ישירות. הקצות והנתיבות חולקים על כך וסוברים כי דין זה נאמר בכל יורש, כולל אחיינים, למשל, אף שהם בוודאי אינם יורשים ישירות.
3. אם האח יורש במשמוש, ניתן לגבות חובות של האב מהירושה⁴.

דרשות חז"ל בדין ירושת האח – מחלוקת ר' אלחנן והמלבי"ם

ייתכן לומר שחקירה זו תלויה בשתי הדרשות שאמרו בגמרא בירושת האב: במסכת בבא בתרא (קח ע"ב):

ומאי דרשא? דתניא: "שארו" – זה האב, מלמד שהאב קודם לאחין; יכול יהא קודם לבן? תלמוד לומר: "הקרוב" – קרוב קרוב קודם. ומה ראית לרבות את הבן ולהוציא את האח? מרבה אני את הבן, שכן קם תחת אביו ליעדה ולשדה אחוזה. אדרבה, מרבה אני את האח, שכן קם תחת אחיו ליבום! כלום יש יבום אלא במקום שאין בן, הא במקום שיש בן – אין יבום.

אם כן הקרוב הוא הבן, והוא קודם. ושארו הוא האב והוא קודם לאח. לולי הפסוק "שארו" – האח היה קודם לאב.

קצת לאחריה מופיעה הדרשה השנייה (קט ע"א):

והאי תנא מייתי לה מהכא: דתניא, את זו דרש רבי ישמעאל ברבי יוסי: "איש כי ימות ובן אין לו וגו'" – במקום בת אתה מעביר נחלה מן האב, ואי אתה מעביר נחלה מן האב במקום אחין. ואימא: במקום בת אתה מעביר נחלה מן האחין, ואי אתה מעביר נחלה מן האב אפילו במקום בת! אם כן לא נכתוב רחמנא "והעברתם"!

הלשון "והעברתם" – משמעה ש"עוקף" משהו, והוא האב. ולכן האחים אינם עוקפים את האב, והוא קודם להם. לולי הדרשה, האב היה ראוי להיות קודם אפילו לבת.

וכך כותבים התוספות (ד"ה במקום בת):

פירש ריב"ם מדלא כתיב ונתתם גבי בת כדכתיב בכולהו, דהעברתם משמע לשון העברה שמעבירין נחלה ממקום הראוי לירש מן הדין למקום שאינו ראוי, והשתא נושא ונותן מי הוא הקרוב שהיה ראוי להקריבו לבת, ומוקי לה באב, לפי שהמת יוצא יריכו ואין לך קרוב יותר ראוי ממנו, ובדידיה מיסתבר לאוקומי אפילו שלא נכתב בפירוש אלא על ידי אחי האב, דממילא והעברתם עליה קאי לדרוש ולקבוע בו מקום.

⁴ כמובן, לדעות שבעל חוב גובה בראוי, ועיין בהערה לעיל.

ניתן לומר שלפי דרשה זו האח יורש דרך האב. אבל לפי הדרשה הראשונה, היה מקום שהאח יהיה קודם לאב, ושאריו רק חידש שהאב שקודם. ואם כן יש מקום לומר שיש ירושה ישירה של האח, ולא דרך האב.

דרשה נוספת היא בספרי (במדבר פרשת פינחס פיסקא קלד):

ומנין שהאב קודם את האחין בנחלה? היה ר' ישמעאל בר' יוסי אומר: הרי הוא אומר "והעברתם את נחלתו לבתו", מפני הבת מעביר אתה את האב, ואי אתה מעביר מפני האחים. ומנין שהאב יורש? אמרת קל וחומר הוא, ומה אחים שאינן באים אלא מכח האב הרי הם יורשים, האב שאין האחים באים אלא מכחו דין הוא שיירש.

ומעיר הקובץ שעורים (בבא בתרא אות שיט):

בספרי יליף בקל וחומר ירושת אב מירושת אח, ומה אחים מן האב שאינם באין אלא מכח האב הרי הם יורשים, האב שאין האחין באין אלא מכחו דין הוא שיורש, ולכאורה משמע מלשון זה, דירושת אח היא מדין משמוש.

אבל באמת אי אפשר לפרש כן, דאם כן מאי איצטריך למילף התם מקרא, דאב קודם לאח, כיון דאח אינו יורש כלל בכח עצמו אלא על ידי האב, וצ"ע להסוברין דירושת אח היא מדין משמוש.

עוד קשה לדעת זו מהא דקאמר יכול יהא אח קודם לאב ואיך אפשר להיות כן, וצריך לומר דלפי הסלקא דעתך דאח קודם לאב יהא מוכרח דאח יורש מכח עצמו, אבל לפי האמת דאב קודם לאח, יש לומר באח דהוא מדין משמוש. אבל זה אינו מספיק, דכיון דלפי הסלקא דעתך מוכרח דאינו מדין משמוש, ולמסקנא אין לנו הכרח להיפוך דהא שפיר יש לומר דאח יורש מכח עצמו, ומכל מקום האב קודם, כמו דבן קודם לבת, אם כן מנין לומר דבמסקנא הדר ממאי דהוה סבירא ליה מעיקרא.

אמנם הפסוקים מדלגים על האב. אך להלכה האב קודם לאחים. אחד הנימוקים בספרי הוא "אחים שאינן באים אלא מכח האב", משמע שזו ירושת משמוש, אולם ראינו את הספרי שדורש מהמילה "והעברתם", שיש העברה מהאב לבת, ובכך מרומז שהאב קודם לאחים. מדייק ר' אלחנן שאין להסביר מכך שהאחים יורשים דרך האב, כי אז לא היה צריך את הפסוק שהאב יורש לפני האחים. הרי אם הם יורשים דרכו, ברור שהוא קודם! מעצם ההווה אמינא מוכח שירושת האח היא ירושה ישירה.⁵

⁵ בהמשך דבריו הוא מתלבט שמה עצם העובדה שאב קודם לאח מחייבת שאח יירש דווקא מהאב, על ידי משמוש, ולכאורה יש לומר דכיון דאב קודם לאח, אם כן גם כשהאב בקבר הוא קודם לאח, ואי אפשר לאח לעולם לירש מכוח עצמו אלא על ידי משמוש, אבל לפי זה תיקשי באבוב דאבא, הא גם התם יש לומר דאב בקבר קודם לבנו, ואיך ירש בנו מכח אבוב דאבא, ואי נימא דהתם הטעם דאמר במקום אבא קאימנא, אם כן גם באח יש לומר כן במקום אבא קאימנא, ואח אינו יורש ולא את אבי.

אולם הוא דוחה ראייה זו מבבא בתרא קנט ע"א:

איתמר: בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת – בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה: אבוך מזבין ואת מפיק? ומאי קושיא? דלמא מצי אמר: מכח אבוב דאבא קאימנא; תדע, דכתיב: "תחת אבותיך יהיו בניך תשיתמו לשרים בכל הארץ!"

בניגוד לר' אלחנן, המלבי"ם (במדבר כז, ח אות כא) כותב כי כל הלימודים בחז"ל סוברים שירושת האב היא מדין משמוש:

"איש כי ימות ובן אין לו", סדר נחלות לפי הלכות תורה שבעל פה משונה מאד מסדר נחלות הכתוב בתורת הכתב, ולפי הלכות תורה שבעל פה כן היה לו לכתוב:

ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאביו, ואם אין לו אב ונתתם את נחלתו לאחיו, ואם אין לו אחים ונתתם את נחלתו לאחיותיו, ואם אין לו אחות ונתתם את נחלתו לאבי אביו, ואם אין לו אבי אב ונתתם את נחלתו לאחי אביו, ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לאחות אביו, ואם אין אחיות לאביו ונתתם את נחלתו לשארו וכו'.

והנה חז"ל באו במאמר זה להחזיק קבלתם במסמרים בל ימוטו, אם מצד השכל אם מצד הכתוב...

הנה מצד הסברא אי אפשר לומר כפשטות הכתובים שאם אין לו בנים הנחלה עוברת אל האחים, שהלא קורבת האחים אליו הוא על ידי האב, ... ועוד שאם כן לא נדע מא שנא ואם אין לו אחים ונתתם את נחלתו לאחי אביו, והלא אביו קודם לאחי אביו...

ועתה נבאר איך נוכל להסכים דברים האלה עם תורת הכתב ... ויש בזה שני למודים:

ר' ישמעאל בר' יוסי בספרי ובבא בתרא למד לה מן "והעברת".

ובגמרא אומר למוד אחר, דתניא שארו זה האב מלמד שאב קודם לאחים... קראי שלא כסדרן כתיבי, רוצה לומר שמה שכתוב "ונתתם לשארו" צריך לכתב אצל "ואם אין לו בת", והוא דבר זר ומוזר מאד שנעקור פסוק ממקומו ונציגנו למעלה שלא במקומו, ואנכי שמתי חק ולא יעבור כי תורה שבעל פה והקבלה מסכמת תמיד עם פשוטי המקראות ואיך נעוות את הכתובים באופן כזה...?

ועתה אחוך שמע לי: הנה אחר שידעינן מצד הסברא שאי אפשר לסדר סדר נחלות כפי פשטות הכתובים שהנחלה תלך מן האב אל האחים בלא אמצעי רק שהפירוש שתלך מן האב אל האחים באמצעות האב... בקשו למצוא חפץ בתורת הכתב, ולמד ר' ישמעאל בר' יוסי משנוי הלשון שגבי בת אמר "והעברתם" וגבי אחים ואחי האב אמר "ונתתם" שיש הבדל בלשון, שהעברה מציין שעובר בלי אמצעי, ועל כן גבי אחים לא יכול לומר "והעברתם", כי אינו מגיע אל האחים בלי אמצעי, כי הנחלה עוברת אל האב, וממנו באה אל האחים בתורת ירושה, ובזה שייך לשון "ונתתם"...

ועתה נפרש הלמוד השני דתניא, שארו זה האב, כי כבר בארתי (אמור סי' ה) שיש הבדל בין "שארו" סתם ובין "שאר בשרו", ששאר סתם לא בא רק על הקרוב בבלי אמצעי, והם ז' קרובים המפורשים בפרשת אמור: אמו ואביו בנו ובתו אחיו ואחותו, והוא הדין אשתו, אבל יתר הקרובים כולם אינם רק על ידי אמצעי, ולא נקראו שאר סתם רק שאר בשרו. והנה

פה שנוזכר כל הקרובים שלא על ידי אמצעי בנו ובתו ואחיו והוא הדין אחותו כנ"ל, ואם כן מה שכתוב "ונתתם את נחלתו לשארו", בהכרח כוון על האב, שהוא שאר בלא אמצעי...

וכן פירוש הכתובים: ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו, פירוש באמצעות האב, וכאלו כתוב ונתתם לשארו, שהוא האב, וממנו ילך לאחיו בתורת ירושה....

ולפי זה הגם שתחלה סתם ולא הזכיר שיתן לשארו שהוא האב או אבי האב, הלא ממה שאמר זה בסוף ידעינן שכן הולך סדר נחלות גם במה שניתן לאחיו ולאחי אביו, שכולם הם באמצעות שאר הקרוב שהוא האב המוריש, ולפי זה מה שאמרו קראי שלא כסדרן כתיבי אין הפירוש שנעקור פסוק זה מכאן ונעמידנו תחלה במה שכתוב ואם אין לו בת, רק רוצה לומר שענין זה שהנחלה הולך באמצעות שאר הקרוב שהוא האב או אבי האב...

דיוקים בדברי הראשונים בגדרי ירושת האח

דיוקים בדברי התוספות

התוספות (בבא בתרא קח ע"ב ד"ה יכול) כתבו:

ואם תאמר, ואחין דכתב רחמנא למה לי, כיון דנחלה ממשמשת עד ראובן ירש האב בקבר להנחיל לבניו הנותרים.

ר' עקיבא איגר ומהר"ם שיף מעירים על כך, שהרי יש נפקא מינה גדולה אם זו ירושה ישירה או לא. נראה מדברי התוספות שגם אחרי הפסוק של ירושת האח ירושתו מדין משמוש ולכן אין שום נפקא מינה לפסוק.

עוד נציין שהמהר"ם שיף רצה להוכיח מהתוספות שהירושה היא ישירה ולא דרך האב. התוספות (בבא בתרא קח ע"א ד"ה אחין) העלו הווה אמינא מעניינת:

אף על גב דתנא האשה אינה נוחלת את בנה סלקא דעתך אמינא נהי דאינו יורש אחיו מן האם מכח אמו מכח אח הוה אמינא דירש, דכתיב "ונתתם את נחלתו לאחיו", לא שנא מן האב ולא שנא מן האם.

ההווה אמינא היא שאמנם אם אינה יורשת את בנה, אולם אח מן האם יורש, ואף על פי שאין ירושה דרך האם. הרי שההנחה היא שירשת אח היא ישירה ולא דווקא דרך האב.

דינים נוספים שבהם נידון גדר ירושת האח

האם מומר זוקק לייבום

בשו"ת חתם סופר (חלק ד אבן העזר ב סי' עד) דן בשאלה אם אח מומר זוקק לייבום, ומביא את דברי האבני מילואים הטוען שהואיל ומומר אינו יורש את אביו – הרי שאינו "אח" של המת לעניין ירושה ואין זיקה:

שוב כתב באבני מילואים סי' קנ"ג הנ"ל לפי שיטת גאונים דמייתי בתשובות הרא"ש דמומר נהי דמוריש לבניו, כדלפינן מ"ירושה לעשו נתתי את הר שעיר", מכל מקום אינו יורש את אביו, כדכתיב: "לזרעך אחריד", מי שזרעו מיוחס אחריו, לאפוקי מומר, אם כן אחוה דיבום דבירושה תלי רחמנא, דאמרינן ביבמות י"ז ע"ב: "יחדיו" – מי שמיחדים

בנחלה, לאפוקי אח מאם, ע"ש, ומומר נמי לפי הנ"ל כאחים מן האם דמי, דאינו מיוחד עמו בנחלה ומעתיק שם לשון רש"י שפירש מיוחדים בנחלה, שיורשים נחלה אחת ויורשי זה את זה עכ"ל.

החתם סופר טוען שאמנם המומר אינו יורש את אביו, אולם הוא יורש את אחיו. מקושייתו ברור שירושת האח היא ישירה ואינה בתורת משמוש.

ותמהתי מאוד על הגאון הזה שהעתיק לשון רש"י אגב שיטפא ולא נזכר דברש"י לא נמצאו תיבות אלו שיורשים נחלה אחת אלא שיורשים זה את זה, ע"ש היות כן הדבר תלוי במה שיורשים האחים זה את זה ולא במה שיורשים שניהם את אביהם, ואם כן לפי הנחה הנ"ל, דמומר לא נקרא זרע אביו אבל נקרא אחיו, אם כן כי היכי דמימעט מירושת אביו מדכתיב בפרשת נחלת שהבן יורש אביו והאי לאו בנו הוא הכי נמי איתרבי לירושת אחיו מדכתיב אחים ירשו זה את זה, והאי נמי אח הוא ושפיר הוה מיוחד בנחלה לא דמי לאחי אם...

אם כן מעיר החתם סופר שלפי רש"י לא צריך גם יורשים את אביו וגם יורשים זה את זה. כמובן שניתן ליישב לדעת האבני מילואים שאם אינו יורש את אביו גם אינם יורשים זה את זה. כאמור לעיל אכן זו דעת הקצות בסי' רפא.

סיכום

הבאנו מקורות הנוטים לבאר את ירושת האח כירושה ישירה ומקורות הנוטים לבארה כירושת משמוש, העלנו כמה נפקא מינות לשאלה זו:

1. דין אחריר – כאשר הוריש לבנו ואמר "ואחרירך לפלוני", אם לבנו יש בנים "ירושה אין לה הפסק", אם לבנו יש אחים – נחלקו הבית יוסף והדרכי משה.
2. ישנה הלכה שהמוריש לאחיו יכול לרבות לאחד ולמעט לשני [דין ר' יוחנן בן ברוקה] בפירושה של הלכה זו נחלקו האחרונים. ר' עקיבא איגר סובר שירושת אח אינה מדין משמוש ולכן יכול להוריש, אך הקצות והנתיבות ביארו שהלכה זו נכונה למרות שירושת אח היא ירושת משמוש. נפקא מינה ליורשים אחרים.
3. סוגיה זו נוגעת לדין בעל חוב של אחד המורשים האם יכול לגבות מהירושה
4. ראינו את דברי החתם סופר שיש לדון בדין זיקת ייבום לאח מומר לאור דין ירושת האח.

ניתן להעלות נפקא מינה נוספת⁶:

- בן שנודר מנכסי אביו, האם אסור בנכסים שנפלו לאב כשהיה בקבר? הלכה היא שניתן לאסור בקונם גם דבר שלא בא לעולם. אם האב מת ואחר כך מת האח של המודר. אם הירושה עוברת דרך משמוש יש מקום לומר שנאסר, אך אם לא, נאמר שהיא מותרת.

⁶ נפקא מינה מעניינת נוספת יכולה להיות לגבי ירושת בור: אדם חפר בור ברשות הרבים ומת. המהרי"ל דיסקין בקונטרס אחרון סי' רנה מעלה אפשרות שהירושה כוללת גם את הבור. ייתכן לומר שדרך הקבר לא ניתן לירש אך על פי שבצורה ישירה ניתן לירש גם בור.

ירושת הבעל (ס' רע"ו)

הקדמה

ידוע כי הבעל יורש את אשתו. אמנם, ירושה זו שונה משאר הירושות, שכן הבעל אינו "קרוב משפחה" של אשתו, ובכל זאת הוא קודם לשאר היורשים. כבר בגמרא נחלקו אם ירושת הבעל היא דאורייתא או דרבנן. ננסה להבין את מהות הדין של ירושת הבעל, בין אם היא דאורייתא ובין אם היא דרבנן, ולראות נפקא מינות אפשריות להבנות אלו.

א. ירושת הבעל – המקור ומשמעותו

בגמרא (בבא בתרא קט ע"ב) כתוב:

ולמאן דנפקא ליה מ"והעברתם", האי שארו מאי עביד ליה? מיבעי ליה לכדתניא: "שאר" – זו אשתו, מלמד שהבעל יורש את אשתו.

ניתן להבין דין זה של ירושת הבעל בשני אופנים:

1. הבעל הוא היורש הראשון וקודם לכולם.
2. התורה הקנתה לבעל את נכסי אשתו, אבל אין הוא "יורש" אלא "זוכה".

התוספות (בבא בתרא ק"ג ע"א, ד"ה מתה) כתבו:

וא"ת דבן יורש בראוי נכסי אמו ובעל אינו יורש מנלן דבעל קודם לבן?

וי"ל כיון שהבעל אינו יורש מחמת קורבה אלא מחמת שאירות, שהן חשובין כבשר אחד, אם כן כמו שהוא קודם לשאר קרובים – כך הוא קודם לבן, דמאי לי האי ומאי לי האי?

מדברי התוספות עולה כי ירושת הבעל היא מדין ירושה, אלא ששונה הקורבה שלו משאר קרובות, ועל כן הוא קודם לכל היורשים. כמובן, התוספות מפרשים זאת בהנחה שירושת הבעל היא מדאורייתא, ואז אם דין זה נלמד מפרשת נחלות – "שאר", הרי שנראה יותר כי זה מדיני הירושה.

אמנם אם הירושה הוא מדרבנן, ניתן עדיין לומר את שתי האפשרויות דלעיל.

ב. מחלוקת הראשונים בויתור על ירושת האשה

אומרת המשנה (כתובות פג ע"א):

כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיה ובפירותיה ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך – אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה – אינו יורשה; רשב"ג אומר: אם מתה – יירשנה, מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל.

והגמרא (שם ע"ב) אומרת:

אמר רב: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל ולא מטעמיה. מאי הלכה כרבן שמעון בן גמליאל ולא מטעמיה? אילימא הלכה כרשב"ג דאמר: אם מתה – יירשנה, ולא מטעמיה, דאילו רשב"ג סבר: מתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל, ורב סבר: תנאו קיים, וקסבר: ירושת הבעל דרבנן, וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה,

אם כן לפי דברי רב ירושת הבעל היא מדרבנן. ויש לשאול, למה דווקא בירושה עשו חיזוק ולא בפירות? על כך אומר תוספות (שם ד"ה וקסבר):

וא"ת בפירות אמאי תנאו קיים לכולי עלמא?
 וי"ל דבפירות דלא שכיחי לא עבדו רבנן חיזוק, כדאמרין בריש אף על פי
 (לעיל נו ע"ב ושם) אבל ירושת הבעל שכיחא...
 הרי"ף (מסכת כתובות מב ע"א בדפיו) כתב:
 רשב"ג אומר אם מתה יירשנה מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה. אמר
 רב: הלכה כרשב"ג, ולית הלכתא כוותיה, דקיי"ל דבר שבממון תנאו קיים.
 ירושלמי, א"ר יוסי: אלן דכתבין לנשיהן, אי מיתה בלא בני, כל מאי
 דילה תהדר לבי נשא, תנאי ממון הוא וקיים.
 וביאר הר"ן:

ולית הלכתא כותיה דקיי"ל כל דבר שבממון תנאו קיים – כלומר דאע"ג
 דפסק רב כרבן שמעון בן גמליאל היינו משום דסבירא ליה דמתנה על מה
 שכתוב בתורה תנאו בטל, ואף על גב דירושת הבעל לדידה דרבנן, חכמים
 עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, כדאיתא בגמרא, אבל אנן הא קיי"ל כרבי
 יהודה, דאמר המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים,
 הילכך ליתא לדרב, וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפרק כ"ג מהלכות אישות...
 אבל רבינו חננאל פסק כרבי שמעון בן גמליאל, ולא מטעמיה, דהא קיי"ל
 דבדבר שבממון תנאו קיים, אלא מפני שהוא כמתנה על דבר שלא בא
 לעולם, והוי כאומר לא אירש את אבא, דלא אמר כלום.
 דעת הר"ן בביאור ר"ח היא שבירושה אינו יכול להסתלק כי עדיין לא באה לעולם.
 ממשיך הר"ן:

והביא ראיה מדגרסינן בירושלמי (שם הלכה א): רבי ירמיה בשם רב
 הלכה כרשב"ג, ולא לענין דבריו הלכה כרשב"ג שאמר שם מתה יירשנה,
 אבל לא לענין דבריו שאמר מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה וכל
 המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, דהתם בתנאי גוף והכא בתנאי
 ממון אנן קיימין, ולמה אמרו תנאו בטל שבסוף זכה בהן, כלומר שלאחר
 מיתתה הוא יורשה, וכיון שאין הדבר ברשותו אינו יכול לסלק עצמו
 מירושתה, כשם שאין אדם יכול לסלק עצמו מירושת אביו.
 עד כאן ראינו שתי דעות:

- הרי"ף סובר שהתנאי קיים, ככל תנאי שבממון.
 - רבנו חננאל סובר שהתנאי בטל, מכיוון שהוא כמתנה על ירושת אביו.
- מה הבעיה בתנאי כזה? הר"ן אומר, כי זה כמתנה על מה שלא בא לעולם¹.
 אך בעל המאור (שם) כתב סיבה אחרת:
 ...הרי"ף ז"ל צוה לתקן בנוסח ההלכות דלית הלכתא הכי דקיי"ל תנאי
 ממון קיים וסמך דבריו על תלמוד ירושלמי...

¹ הערת העורך: מדוע יש בעיה להתנות על מה שלא בא לעולם? לכאורה אדם יכול למחול על דבר
 שלא בא לעולם. ועיין בר"ן על הרי"ף בראש אלו נערות לגבי המחלוקת בירושלמי האם נערה יכולה
 למחול על קנס של פיתוי. לדעה אחת אינה יכולה למחול כי הקנס עדיין לא בא לעולם. אבל גם הוא
 מציין של כי בבבלי פשוט שלנערה יתומה מפותה אין קנס, ומכאן שמחילה מועילה בדבר שלא בא
 לעולם. וצ"ע.

ולא כך נראה לנו, שאין לעקור תלמוד ערוך שבידינו מפני הירושלמי, ואף על גב דקיי"ל בעלמא תנאי ממון קיים, שאני הכא דירושה ממילא קא הויא, ולאו כל כמיניה דעקר לה.

ור"ח כתב בפירושו והאריך בזה, ויש לנו סיוע בדבריו ואפשר לנו לומר בזה שכתב בירושלמי אילין דכתבין אי מיתה בלא בני וכו', לא בכתיבת הבעל לאשתו אמרו, אלא בכתיבת האב לבתו ובנותן מתנה ע"מ להחזיר. כלומר, ירושה, באופן מהותי, היא דבר שקורה "ממילא", ועל כן אי אפשר להתנות עליה. מתוקף היות הבן בנו של אביו – הוא זוכה בירושת אביו. כיצד יישב רבינו חננאל את דברי הירושלמי? ראינו את תשובת בעל המאור, שמעמיד את הירושלמי באב שכותב לבתו. הר"ן (שם) מביא בשם הרמב"ן תירוץ נוסף: והרמב"ן ז"ל תירץ בשם רבו לדעת ר"ח ז"ל דלעולם בכתיבת הבעל לאשתו מיירי, ומאי דאמרין דתנאי ממון הוא וקיים, היינו מפני שאינו מתנה עמה שלא יירשנה, אלא יורשה ומתנה דיחזיר לו ירושתה. אך הר"ן דוחה את דברי רבינו חננאל:

ואין פסק זה דר"ח מחוור, דכיון דאוקי למתניתין בגמריין בכותב לה ועודה ארוסה, לא דמי לאומר לא אירש את אבא דלא אמר כלום, דהתם שאני לפי שאין אדם יכול להסתלק ממה שהוא ראוי לירש מעכשיו, אבל זו כיון שעכשיו אינו ראוי ליורשה יכול לסלק עצמו מנכסיה ולכנסה על תנאי שלא יירשנה, ור' ירמיה בשם רב דירושלמי אפשר דמוקי מתניתין בכותב לה משנשאת, ונשואה ודאי שירושתה ראויה ליה, דומיא דירושת האב שאינו יכול להסתלק ממנה.

ולפיכך עיקר הפסק כדברי הרי"ף ז"ל, דלא קיי"ל כרשב"ג אלא כרבנן...

במה חולקים רבינו חננאל והרי"ף?

נראה, שהראשונים חלקו בדיוק בחקירה שהצגנו בראש דברינו: הרי"ף סובר שירושה היא זכות ממון של הבעל, ועל כן אפשר להתנות עליה ככל דבר שבממון.

אך רבינו חננאל סובר כי ירושת הבעל היא ירושה רגילה, וכמו שאדם אינו יכול להתנות על ירושת אביו, כך הוא אינו יכול להתנות גם על ירושת אשתו.²

ג. מתנה על מנת שלא יירש הבעל

דיברנו עד כאן על שתי אפשרויות כאשר הבעל רוצה להתנות שלא יירש. נשאלת השאלה, מה הדין אם אחר נותן לאישה מתנה על מנת שהבעל לא יירש? המחנה אפרים (הלכות זכיה ומתנה סימן יא) כתב על זה:

האב שנתן מתנה לבתו על מנת שלא ירשנה בעלה, כתב הרד"ך ז"ל בבית כ"ח דמהני התנאי ואין הבעל יורשה, דהוי כמתנה על מנת להחזיר לזמן פלוני.

מה המקור לקביעה זו? מניין שמתנה כזו היא כמתנה על מנת להחזיר?

² הערת העורך: וראה ברמב"ן שחולק גם על זה, וטוען שבאופן עקרוני אדם יכול לוותר גם על ירושת אביו. צריך להעיר שלפי דעת הרמב"ן התלייה של מחלוקת הרי"ף ור"ח בחקירה זו איננה נכונה, שהרי אין זה דין רק בירושת הבעל, ואכמ"ל.

הגמרא בכתובות (צה ע"ב) אומרת:

אמר אביי: נכסי לך ואחר כך לפלוני, ועמדה וניסת – בעל לוקח הוי, ואין לאחר כך במקום בעל כלום...

ואמר אביי: נכסי לך ואחר כך לפלוני, ומכרה ומתה – הבעל מוציא מיד הלקוחות, ואחר כך מיד בעל, ולוקח מיד אחר כך, ומוקמינן לכולהו בידא דלוקח. מאי שנא מהא דתנן: וחוזרות חלילה, עד שיעשו פשרה ביניהן? התם אית להו פסידא לכולהו, הכא לוקח הוא דאית ליה פסידא.

אזל רפרס אמר לשמעתיא קמיה דרב אשי, מי אמר אביי הכי? והאמר אביי נכסי לך ואחר כך לפלוני, עמדה וניסת – בעל לוקח הוי, ואין לאחר כך במקום בעל כלום! א"ל: התם דאמר לה כשהיא פנויה, הכא דאמר לה כשהיא נשואה; מאי קאמר לה? אחר כך ליקני, בעל לא ליקני.

הגמרא אומרת שאין הבדל בין פנויה לנשואה אלא בסתם, שאם היא נשואה אנו מפרשים את דברי הנותן שנותן לזמן ולא לבעל. מכאן למד הרד"ך שאם אמר בסתם 'על מנת שהבעל לא יירש' זה עובד למרות שתנאי על ירושה לא פועל, כי זו ירושה לזמן.

ממשיך המחנה אפרים:

ולע"ד אינם נראים לי, דהאומר נכסי לך ואחר כך לפלוני הוו שניהם מקבלי מתנה, מהנותן לראשון נתן בתחלה, ואחר מותו נתן לשני, ולהכי אמר אביי: אחר כך מוציא מיד הבעל, שהנותן לא נתן לה כי אם לשני חייה, ואחר מותה חלה מתנת הב' מכח הנותן, ולהכי מוציא מיד הבעל. אבל האומר על מנת שלא ירש הבעל ולא פירש למי יהיו אחרי מותה, שירשי ממון זה יורשים אותו מכחה, ומה שאינו יורש הבעל שהוא הראוי לירש את אשתו הוא משום שהתנה הנותן שלא ירש הבעל הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ואפשר דלא מהני.

ב'אחר כך', הנותן נתן לשניהם בשווה, וממילא ברור שנתן לאישה רק לזמן. אבל מי שנתן והתנה 'על מנת שלא יירש' ולא פירש למי יהיו אחרי מותה – הרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה.

ושוב רואים שההתייחסות של המחנה אפרים לירושת הבעל היא כאל ירושה רגילה. אילו ההתייחסות הייתה כאל זכות ממון, הרי שבהחלט היה אפשר להתנות על זכות ממון זו, וכמו שאמרנו.

לעומת דעה זו, נציג את דעת הרמב"ן.

הגמרא (בבא בתרא נא ע"ב) אומרת:

ת"ר: אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדים ולא מן התינוקות; קבל מן האשה יחזיר לאשה, ואם מתה – יחזיר לבעלה; קבל מן העבד יחזיר לעבד, ואם מת – יחזיר לרבו; קבל מן הקטן יעשה לו סגולה, ואם מת – יחזיר ליורשיו; וכולן שאמרו בשעת מיתתן של פלוני הן – יעשה כפירושן, ואם לאו – יעשה פירוש לפירושן.

המחנה אפרים (שם) מביא את דברי הרמב"ן על ברייתא זו:

ובעיקר דין זה באומר לאשה נכסים אלו נתונים לך על מנת שלא ירשם הבעל אי מהני התנאי להפקיע ירושת הבעל ראיתי להרמב"ן בחידושו לבתרא לדף נ"א ע"ב גבי קבל מן האשה יחזיר לאשה דמוכח מדבריו

דמהני, שכתב שהאשה נאמנת לומר במתנה נתנו לי והבעל אוכל פירות, אבל אם אמרה אחר נתנם לי על מנת שאין לבעלי רשות בהם אינה נאמנת והבעל אוכל פירות, שכל שביד האשה בחזקת הבעל הוא לאכול פירותיו, תדע שאילו היתה נאמנת היאך אמרו אבל אם אמרו בשעת מיתה של פלוני הם יעשו פירוש לפירושן ויחזיר לבעל ליהמנה במיגו דאי בעיא אמרה אחר נתנם לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם בחיי ובמותי, ועוד שאם יכולה לומר כן יורשיה יטענו אין הבעל יורש והואיל והללו באין לירש יחלוקו וכו', הרי דאם התנה הנותן על מנת שאין לבעליך רשות בהם בחייך ובמותיך מהני תנאה, ולא מטעמא דבטלה המתנה, דאם כן היתה חוזרת אל הנותן.

המחנה אפרים מביא אחר כך את דעת הרמ"ה בטור שחולק על הרמב"ן. והמחלוקת היא בחקירה שפתחנו בה: האם הבעל הוא היורש הבלעדי או שזו זכות ממונית. שאם זו זכות ממונית, יכול להתנות, ואם הוא יורש בלעדי לא ניתן להתנות. והרמב"ן לשיטתו, שירושת הבעל אינה ממילא, ולפיכך ניתן להתנות עליה, וכמו שאמרנו.

סמכות האפוטרופוסים (ס' ר"צ)

הקדמה

מוסד האפוטרופוס מופיע לראשונה במשנה במסכת גיטין (נב ע"א):
 יתומין שסמכו אצל בעל הבית, או שמינה להן אביהן אפוטרופוס – חייב לעשר פירותיהם. אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים – ישבע, מינוהו בית דין – לא ישבע; אבא שאול אומר: חילוף הדברים.

אנו רואים כאן שלושה מיני אפוטרופוס:
 א. "סמכו (היתומים) אצל בעל הבית", היינו שלא מינוהו לא בית דין ולא האב, אלא היתומים נתנו בו אמון באופן ספונטני, כפי שכתב רש"י (ד"ה שסמכו אצל בעל הבית): לעשות על פיו ולא נתמנה להן אפוטרופוס לא מאביהן ולא מבית דין, אפילו הכי כאפוטרופוס הוא.

ב. מינהו אבי יתומים.

ג. מינוהו בית דין.

השאלות העומדות בפנינו הן: א. מה מקור הסמכות של כל אחד מן האפוטרופוסים?
 ב. מה היקפה של סמכות זו?

מקור סמכות האפוטרופוס

על פי המשנה, יש לאפוטרופוס סמכות להפריש תרומות ומעשרות. אולם הגמרא מתקשה לקבל זאת, שכן בברייתא מפורש שעל פי התורה רק לבעלים יש סמכות להפריש תרומה:

ורמינהו: אתם – ולא שותפין, אתם – ולא אריסין, אתם – ולא אפוטרופין
 ולא התורם את שאינו שלו!

ומתרגמים:

אמר רב חסדא: לא קשיא, כאן להאכיל כאן להניח; והתניא (רש"י):

בניחותא): האפוטרופין תורמין ומעשרין, להאכיל ולא להניח;

כלומר לאפוטרופוס אין סמכות להפריש תרומות אלא בכמויות הדרושות להאכלת היתומים ולא מעבר לכך. אולם לא ברור בדברי רב חסדא מה מקור הסמכות של האפוטרופוס להפריש גם בכמות זו.

ניתן להסביר את דברי רב חסדא בשתי אפשרויות: האחת היא שאפוטרופוס מוסמך מדאורייתא, השנייה היא שמדובר על תקנת חכמים.

אכן בפסקי רי"ד על אתר משמע שמדובר על תקנת חכמים:

פירוש, יתומים שסמכו מאיליהן אצל בעל הבית, ולא נתמנה אפיטרופוס

עליהן לא מפי בית דין ולא מפי אביהן – חייב אותו בעל הבית לעשר

פירותיהן מפני תיקון העולם¹, שדין אפיטרופוס יש לו, כיון שהן סומכין

עליו.

אם כך הבסיס ליכולת של האפוטרופוס להפריש הוא הכוח של חכמים להפקיר את ממון היתומים, ולהקנותו לאפוטרופוס כדי שיפריש תרומות ומעשרות. כוח זה מכונה במקורות רבים "הפקר בית דין הפקר".

¹ מלשונו נראה שגרסתו במשנה היא "מפני תיקון העולם", ומתאים עם לשון משניות אחרות בפרק.

הרשב"א שם מציין גם כן אפשרות זו, אך מעלה גם אפשרות נוספת:

אי נמי איכא למימר דמדינא תורמין בין להאכיל בין להניח דיד אפוטרופוס כיד היתומין, אלא כדי שלא יראה כמזלזל בנכסי היתומין שמא לא ידקדקו יפה בדבר אסרו להן לתרום כדי להניח, כיון שאין צורך להן בדבר זה, אבל להאכיל העמידה אדיניה, והא דדרשין אתם ולא שותפים אתם ולא אפטרופין מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא, והוא הדין לאפטרופוס שמנוהו בית דין שחייב לעשר להאכיל אבל לא להניח.

לדעת הרשב"א מדין תורה "יד אפוטרופוס כיד יתומים" ויכול להפריש תרומות בכל כמות, והדרשה שממעטת אפוטרופוסים אינה אלא אסמכתא שמקורה בדברי חכמים, שהגבילו את סמכות האפוטרופוס כדי להגן על נכסי יתומים. אולם לא ברור מה המקור בתורה לכך שיד האפוטרופוס כיד היתומים.

בחינושי הריטב"א (שם) אנחנו מוצאים דרך אמצעית:

והא לאו מדינא, דהא גבי תרומה שליח ממש בעינן, ויתומים לאו בני שליחות נינהו, אלא שחכמים הפקירו הפירות לענין זה ושמו אותן ברשות האפוטרופוס לעשר כאילו הן שלו, אבל בשאר דברים שהאפוטרופוסין יכולין לעשות כהנך דאמרינן בגמרא מדאורייתא רשאינן בכך.

כלומר, ישנם דברים שבהם יש לאפוטרופוס סמכות מדאורייתא, כמו הסמכות לבחור להם חלק בנחלת אביהם, אבל בפעולות שבהם אין לו סמכות מדאורייתא, כמו לגבי תרומות ומעשרות, שבהם צריך שליחות, ויתומים קטנים אינם יכולים למנות שליח, יש צורך בדיון "הפקר בית דין הפקר".

לסיכום, מצאנו שלושה דרכים לגבי מקור סמכות האפוטרופוס:

א. סמכות אפוטרופוס היא מדרבנן ומצד הפקר בית דין הפקר (תוספות רי"ד ואפשרות ראשונה ברשב"א).

ב. דין אפוטרופוס הוא מן התורה (אפשרות שנייה ברשב"א).

ג. בחלק מהתחומים יש לאפוטרופוס סמכות מן התורה, אך בחלק מהתחומים הוא יונק את כוח מתקנת חכמים (ריטב"א).

מהות סמכות הנשיאים בחלוקת הארץ

הגמרא בקידושין (מב ע"א) מתלבטת מה ניתן ללמוד מהסמכות של הנשיאים לבצע את חלוקת הארץ עבור בני שבטם:

ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב: מנין ששלוחו של אדם כמותו? שנאמר: "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה", תיפוק ליה שליחות מהכא! ותיסברא דהא שליחות הוא? והא קטנים לאו בני שליחות נינהו!

אלא, כי הא דרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב: מנין שזכין לאדם שלא בפניו? שנאמר: "ונשיא אחד נשיא אחד". ותיסברא זכות היא? הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה, ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר!

ואלא כדרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב: מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות? לחוב אמאי?! אלא לחוב על מנת לזכות? תלמוד לומר: "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו".

הגמרא מעלה את האפשרות שהם פעלו מכוח שליחות, ודוחה אפשרות זו שכן הם פעלו גם עבור קטנים שאין להם שליחות. הגמרא מעלה אפשרות שהם פעלו מכוח "זכין", אך דוחה משום שיש כאן חוב, שכן בכל בחירה יש גם חובה. למסקנה לומדים משם את סמכות האפוטרופוס, אך לא ברור מן הגמרא מאיזה יסוד פועלים הנשיאים-האפוטרופוסים.

מדברי הריטב"א נראה שמסקנת הגמרא היא שהאפוטרופוס פועל מדין זכין, וזה לשונו שם:

והא דאייתנין הכא מעיקרא בחלוקת הארץ מדין זכייה והשתא הדרינן למימר דהוי מדין אפוטרופוסות, לאו למימרא שאין אפוטרופוסות מדין זכייה דהא לא אפשר, דאם כן אף לחוב יהו מעמידין לו אפוטרופוס ואמאי יכולין למחות ברוחות וטעותן חוזר, אלא ודאי מדין זכייה הוא אלא שהרויח הכתוב בזכייה זו יותר מזכייה דעלמא, דבעלמא אין זכייה אלא בזכות גמור שאין בו חובה כלל לא בתחלתו ולא בסופו, אבל הכא מהני לחוב על מנת לזכות כיון שאינה חובה ממש,

מפורשים דבריו שישוד דין אפוטרופוסות הוא זכייה, אלא שבחלוקת הארץ בידי הנשיאים יש דין מיוחד שאף שיש חובה באמצע, כיון שהעיקר הוא זכייה יש להם יכולת לפעול, וכל זה מדין זכין. נמצאנו למדים לפי דבריו שדין האפוטרופוסות הוא מן התורה ויסודו הוא דין זכייה.

לעומתו, הר"ן (על הרי"ף קידושין טז ע"ב בדפי אלפס) כתב:

כלומר דהכא לא מדין זכייה הוא, דהא הכא לאו זכייה גמורה הוא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר, אלא מדין אפוטרופוסות הוא שיש לבית דין לפקח על נכסי יתומים קטנים וחלוקתן גלוי מילתא בעלמא היא ובית דין מעמידין אפוטרופוס לכך.

מפורשים דבריו שאפוטרופוס אינו מיסוד "זכין" אלא שהתורה חידשה מושג של אפוטרופוס, שהוא מאפשר לבית הדין לבוא במקום הבעלים, כאשר הוא איננו יכול לתפקד.

אף שגם לפי הר"ן וגם לפי הריטב"א לאפוטרופוס יש סמכות מדאורייתא, יש הבדל עקרוני ביניהם. לפי הריטב"א יש לאפוטרופוס יכולת ניהול בלבד מדין "זכין" ואין דינו כבעלים, ולכן הריטב"א לשיטתו סובר שבעניין תרומות ומעשרות נזקק האפוטרופוס לדין "הפקר בית דין הפקר". אבל לדעת הר"ן, האפוטרופוס הוא כבעלים ממש ולכן יכול מעיקר הדין להפריש גם תרומות ומעשרות. נדמה שזה הבסיס לאפשרות השנייה ברשב"א, המגדירה את האפוטרופוס כ"יד היתומים". לשיטה זו אין צורך בדין "הפקר בית דין הפקר" בסמכות אפוטרופוס כלל.

נראה שהתוספות רי"ד, שכתב שסמכות האפוטרופוס היא מדרבנן מכוח "הפקר בית דין הפקר", הבין שחלוקת הנכסים מדאורייתא על ידי אפוטרופוס היא סמכות נקודתית לעניין זה.

סמכות אפוטרופוס שסמכו עליו יתומים

המשנה בגיטין שבה פתחנו מזכירה אפוטרופוס שיונק את סמכותו מהיתומים: "יתומים שסמכו על בעל הבית". יש מפרשים² שסבורים שחייבים להעמיד את המשנה בקטנים שהגיעו לפעוטות³, שיש בסמכותם למכור על פי תקנת חכמים. לכן האפוטרופוס שסמכו עליו נחשב כמי שהיתומים מכרו לו את הפירות ולכן יכול להפריש. הסבר זה מתאים לשיטת התוספות רי"ד, שכל דין אפוטרופוס הוא מדרבנן, וגם כאן סמכותו יונקת מתקנת חכמים בקניין הפעוטות. אך ייתכן שאין מגבלה בגיל היתומים, כיוון שברגע שהבעלים לא מתפקד, קבעה התורה או חכמים שלבית הדין הסמכות לתפקד כבעלים גם בעניין תרומות ומעשרות, ויש לנו אומדנא שבית דין מסכים שמי שסמכו עליו היתומים יהיה אפוטרופוס.

סיכום

בשיעור זה רצינו למצוא את מקור דין אפוטרופוס אם הוא מדרבנן או מדאורייתא. מצאנו בזה שלוש דעות האחת שדין אפוטרופוס כולו מדרבנן משום תיקון העולם ופועל מצד הפקר בית דין הפקר (תוספות רי"ד ואפשרות א' ברשב"א). השנייה היא שמקור דין אפוטרופוס הוא מן התורה (אפשרות שנייה ברשב"א, ר"ן). והשלישית היא שאמנם יש מקור מן התורה לדין אפוטרופוס מדין זכין, אך לא לכל עניין, ותרומות ומעשרות נזקקים להפקר בית דין הפקר (ריטב"א).

למדנו שהמקור לדין אפוטרופוס מן התורה הוא חלוקת הארץ בידי הנשיאים, אך גם בזה ישנן שתי אפשרויות בהבנה. נראה שלפי הריטב"א יש לאפוטרופוס יכולת ניהול בלבד מדין זכין והוא אינו הופך כבעלים, ולכן לעניין תרומות ומעשרות נזקק האפוטרופוס לדין "הפקר בית דין הפקר". אבל לר"ן האפוטרופוס הוא "יד היתומים".

בפרשנות המשנה עצמה בדין יתומים שסמכו על בעל הבית ישנה מחלוקת לגבי גיל היתומים – אם הם בגיל הפעוטות וכאילו מכרו לאפוטרופוס את הפירות או שאין להם מגבלת גיל והוא מתקנת בית דין או מן התורה כפי שבארנו.

² יש"ש גיטין פ"ה אות ז

³ לדעת הרמ"ה הובא ברא"ש גיטין פ"ה אות ו בני תשע

הגר מביא וקורא (ס' ר"צ)

פתיחה

פרשיית מקרא הביכורים מעלה כמה תמיהות הלכתיות, אשר האחת מהן היא השאלה מי ראוי לקרוא את מקרא הביכורים. להלכה נפסק כי הגר קורא פרשה זו אך האישה אינה קוראת אותה. ננסה לענות על שאלה זו באמצעות בחינה של פרשת הביכורים והזיקות המורכבות והשונות שבין עם ישראל לארצו.

פרשיית הביכורים

בפרשת כי תבוא (דברים כו, א-יא) מוזכרת פרשת הביכורים ואחר כך פרשת וידוי מעשרות. בקריאת הפרשה עולות כמה שאלות:

וְהָיָה כִּי־תָבֹא אֶל־הָאָרֶץ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לְךָ נַחֲלָה וִירִשְׁתָּהּ וַיִּשְׁבֹּתָ בָּהּ: וְלָקַחְתָּ מִרֵּאשִׁית כָּל־פְּרִי הָאֲדָמָה אֲשֶׁר תִּבְרֹא מֵאֲרָצְךָ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לְךָ וְשַׂמְתָּ בַטֶּנָּא וְהִלַּכְתָּ אֶל־הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר ה' אֱלֹהֶיךָ לְשָׁכֶן שְׁמוֹ שָׁם: וּבָאתָ אֶל־הַכֹּהֵן אֲשֶׁר יִהְיֶה בַּיָּמִים הָהֵם וְאָמַרְתָּ אֵלָיו הַגִּדְתִּי הַיּוֹם לַה' אֱלֹהֶיךָ כִּי בָאתִי אֶל־הָאָרֶץ אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לֵאבֹתֵינוּ לָתֵת לָנוּ: וְלָקַח הַכֹּהֵן הַטֶּנָּא מִיָּדְךָ וְהִנִּיחוֹ לִפְנֵי מִזְבֵּחַ ה' אֱלֹהֶיךָ: וְעָנִיתָ וְאָמַרְתָּ לִפְנֵי ה' אֱלֹהֶיךָ אֲרָמִי אֲבִד אָבִי וַיְרִד מִצְרַיִם וַיְגֵר שָׁם בְּמִתִּי מֵעֵט וַיְהִי שָׁם לִגְוִי גָדוֹל עָצוֹם וָרֹב: וַיַּרְעוּ אֹתֵנוּ הַמִּצְרִים וַיַּעֲנוּנוּ וַיִּתְּנוּ עָלֵינוּ עֲבֹדָה קָשָׁה: וְנִצָּעַק אֵל ה' אֱלֹהֵי אֲבֹתֵינוּ וַיִּשְׁמַע ה' אֶת קִלְנוּ וַיֵּרָא אֶת עֲנִינוּ וְאֶת עֲמָלֵנוּ וְאֶת לַחֲצֵנוּ: וַיּוֹצֵאֵנוּ ה' מִמִּצְרַיִם בְּיָד חֲזָקָה וּבְזֹרֶעַ נְטוּיָה וּבִמְרֹא גָדֹל וּבִאֲתוֹת וּבִמִּפְתִּיִם: וַיָּבֵאוּנוּ אֶל הַמָּקוֹם הַזֶּה וַיִּתֵּן לָנוּ אֶת הָאָרֶץ הַזֹּאת אֲרָץ זָבַת חֶלֶב וָדָבָשׁ: וְעַתָּה הִנֵּה הֵבֵאתִי אֶת רֵאשִׁית פְּרִי הָאֲדָמָה אֲשֶׁר נָתַתָּה לִי ה' וְהִנֵּחְתוּ לִפְנֵי ה' אֱלֹהֶיךָ וְהִשְׁתַּחֲוִיתָ לִפְנֵי ה' אֱלֹהֶיךָ: וַיִּשְׂמַחְתָּ בְּכָל־הַטּוֹב אֲשֶׁר נָתַן לְךָ ה' אֱלֹהֶיךָ וּלְבִיתְךָ אֶתָּה וְחֵלּוֹי וְהִגֵּר אֲשֶׁר בְּקִרְבְּךָ:

התורה מדגישה כי מצוות הבאת הביכורים מגיעה רק אחרי ירושה ושיבה "וִירִשְׁתָּהּ וַיִּשְׁבֹּתָ בָּהּ". מה שמעלה את השאלה, האם הירושה והשיבה הם תנאי למצווה זו? ואם כן, מדוע?

נוסף לכך מכנה מביא הביכורים את ארץ ישראל בשם "הָאָרֶץ אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לֵאבֹתֵינוּ לָתֵת לָנוּ", ויש לשאול, מה בא להוסיף כינוי זה ומה ניתן ללמוד ממנו? יש לציין כי על אותה שבועה שבגינה מוסיף מביא הביכורים בסוף דבריו את קיומה של השבועה לאדם באופן אישי בהבאתו את "רֵאשִׁית פְּרִי הָאֲדָמָה אֲשֶׁר נָתַתָּה לִי ה'", מה שמעלה את השאלה, האם נתינת הארץ למביא הביכורים קשורה בהכרח לשבועת ה' לאבות, או לא? שאלה זו מתחדדת לאור העובדה שבפרשה הבאה, פרשת וידוי מעשרות, מוזכרים שני העניינים, שבועת ה' לאבותינו ונתינת הארץ לנו גם יחד:

הַשְׁקִיפָה מִמַּעַן קִדְּשָׁךְ מִן־הַשָּׁמַיִם וּבְרַךְ אֶת־עַמְּךָ אֶת־יִשְׂרָאֵל וְאֶת הָאֲדָמָה אֲשֶׁר נָתַתָּה לָנוּ כְּאֲשֶׁר נִשְׁבַּעְתָּ לֵאבֹתֵינוּ אֲרָץ זָבַת חֶלֶב וָדָבָשׁ:

נבקש לברר שאלות אלו לאור השוואת דין הבאת ביכורים בגר ובאישה.

אפוטרופוס ואשה בביכורים

את הדיון בהבאת ביכורים על ידי גר או אישה נפתח במשנה המביאה רשימה ארוכה של אנשים שהבאת הביכורים שלהם אינה מלווה בקריאת פרשת הביכורים וכך כותבת המשנה (ביכורים א, ה):

האפוטרופוס והשליח והעבד והאשה וטומטום ואנדרוגינוס מביאין ולא קורין, **שאינן יכולין לומר "אשר נתת לי ה'".**

את המשנה לכאורה ניתן לחלק לשתי קבוצות: אחת שבה נמנים האפוטרופוס והשליח, ושנייה שבה נמנים האישה העבד ומי שהוא ספק אישה. המשנה קובעת כי שתי הקבוצות אינן יכולות לקרוא את פרשיית הביכורים מכיוון שאינן יכולות לומר "אשר נתת לי ה'", אולם לכאורה בכל אחת מהקבוצות הסיבה לכך שונה. לשליח ולאפוטרופוס אין כלל זיקה קניינית לקרקע שממנה הם מביאים את הביכורים. הם מביאים את הביכורים עבור המשלח או עבור היתומים, אולם המילים "האדמה אשר נתת לי" חסרות משמעות, שכן האדמה לא ניתנה להם מעולם, האדמה שייכת ליתומים ולמשלח ולא להם. לעומת זאת, באישה ודומיה אין בעיה קניינית, היא יכולה להגיע למצב שבו היא בעלים על קרקע, אם לאביה לא היו בנים, כגון בנות צלפחד, ואם כן מדוע אמרה המשנה שאשה אינה יכולה לומר את המילים "אשר נתת לי ה'?" הרי היא בעלים על הקרקע לא פחות מן האיש, ומדוע לא תוכל לקרוא? ננסה לענות על השאלה הזו באמצעות השוואת דין האישה לדינו של הגר.

דין הגר בביכורים

המשנה (ביכורים א, ד) קובעת כי הגר אינו יכול לקרוא את פרשת הביכורים¹:

אלו מביאין ולא קורין, הגר מביא ואינו קורא, **שאינו יכול לומר "אשר נשבע ה' לאבותינו לתת לנו"**, ואם היתה אמו מישראל מביא וקורא, וכשהוא מתפלל בינו לבין עצמו אומר "אלהי אבות ישראל", וכשהוא בבית הכנסת אומר "אלהי אבותיכם", ואם היתה אמו מישראל אומר "אלהי אבותינו".

הנימוק שהמשנה נותנת להפקעת הגר ממקרא הביכורים אינו העדר קרקע אלא העובדה שאינו יכול לומר "נשבע לאבותינו", שכן הוא אינו מבני אברהם, יצחק ויעקב. שאלה זו מתחדדת לאור דברי הירושלמי (ביכורים א, ד), שם מובאת דעת רבי יהודה החולק על התנא של המשנה וסובר כי הגר מביא וקורא, והירושלמי אף פוסק הלכה כדעה זו:

תני בשם רבי יהודה: גר עצמו מביא וקורא, מה טעם? "כי אב המון גוים נתתיך" (בראשית יז, ה). לשעבר היית אב לארם, ועכשיו מכאן ואילך אתה אב לכל הגוים. רבי יהושע בן לוי אמר: הלכה כרבי יהודה. אתה עובדא קומי דרבי אבהו והורי כרבי יהודה.

בעקבות הירושלמי פוסק הרמב"ם (הלכות ביכורים ד, ב-ג²) ומסכם את רשימת מביאי הביכורים:

¹ הערת העורך: וכך משמע מפשט הגמרא במסכת מכות יט ע"א, האומרת כי "הגר בעי למימר אשר נשבע ה' לאבותינו ולא מצי אמר".

ואלו מביאין ולא קורין: האשה והטומטום והאנדרוגינוס לפי שהן ספק אשה ואינן יכולין לומר "אשר נתת לי יי", וכן האפוטרופין והעבד והשליח לפי שאינן יכולין לומר "אשר נתת לי יי". הגר מביא וקורא, שנאמר לאברהם: "אב המון גוים נתתך", הרי הוא אב כל העולם כולו שנכנסין תחת כנפי שכינה, ולאברהם היתה השבועה תחלה שיירשו בניו את הארץ.

כלומר היות שאברהם הוא אבי הגרים וה' נשבע לו שייתן לזרעו את ארץ ישראל – הרי גם הגרים נכללו בשבועה זו.

מה בין גר לאישה

כאמור לעיל, קיימת דרישה במקרא ביכורים שבגינה הופקעה האישה ממצווה זו, והיא היכולת לומר על ארץ ישראל "אשר נתת לי ה'". אולם לכאורה גם אם הגר יכול לומר שה' נתן את הארץ לאבותיו הרי שהדרישה שלפיה יהיה לו חלק בארץ אינה מתקיימת והדבר מהווה לא פחות ואף יותר מבאישה. הגר לעומת האישה לעולם לא יהיה בעלים על אחוזת נחלה בארץ ישראל, הארץ לא התחלקה לגרים והם אינם יכולים לרשת נחלה, ולכאורה לעולם לא יוכל לומר "אשר נתת לי", בעוד האישה אשר יכולה להיות בעלים על נחלה בארץ ישראל, ובוודאי יכולה לומר "אשר נשבע לאבותינו", אינה קוראת!

שאלה זו שואל המשנה למלך (הלכות ביכורים ד, ג):

תמיה לי, דאף שיכולין לומר לאבותינו, מכל מקום כיון שלא נטלו חלק בארץ אינם יכולים לומר "אשר נתת לי" דומיא דאשה, וכהנים ולוים אינן קורין אלא מפני שיש להם ערי מגרש, ורבינו עצמו כתב בסוף הלכות מעשר שני דגרים אינן מתודים מפני שאין להם חלק בארץ.

המשנה למלך מוסיף על קושייתו ואומר כי בנוגע לווידוי מעשרות אנו רואים כי הגר אין לו חלק בארץ ולפיכך אינו יכול לומר "אשר נתת לנו", ומדוע אם כן פסק הרמב"ם עצמו שיכול הוא לומר במקרא ביכורים "אשר נתת לי"?

ירושה וישיבה

על מנת לענות על השאלה מדוע הגר יכול לומר על ארץ ישראל "אשר נתת לי" והאישה אינה יכולה לומר כן, יש לחזור ולעיין בפרשיית הבאת הביכורים כפי שמופיעה בתורה. בפרשת מקרא הביכורים מבסס האדם את האמירה "האדמה אשר נתת לי" על שני יסודות: האחד על ירושת וישיבת הארץ, "וירשתה וישבת בה", והשני על השבועה אשר נשבע ה' לאבותינו. בנוגע לשבועה אין ספק כי האישה עדיפה מהגר, שכן היא מצאצאי אברהם, יצחק ויעקב, והשבועה מתייחסת לאישה כמו לאיש, בעוד ביחס לגר הרלוונטיות של השבועה נתונה כאמור במחלוקת. אולם בנוגע לירושה ולישיבה ייתכן שהגר עדיף על האישה, אלא שניתן להבין את עדיפותו הן ביחס ל"ירושה" והן ביחס ל"ישיבה":

² הערת העורך: אמנם רבנו תם (מובא בתוספות בבא בתרא פא ע"א ד"ה למעוטי) חולק על דברי הרמב"ם ומסיק כדעת הבבלי שהגר מביא ואינו קורא והירושלמי "משבשתא היא".

כאשר אנו אומרים כי הגר עדיף מבחינת "הירושה" אין הכוונה כמובן לירושה שקיבל כל אדם מאבותיו אלא הירושה שהוריש לנו הקב"ה בכניסתנו לארץ. בירושה עם ישראל כולו ניצב "במעגל הראשון", בעוד הגרים לא קיבלו חלק בהיותם נמצאים "במעגל השני". אלא שבאה התורה והוציאה את הנשים מכלל ירושת הארץ כאשר קבעה כי הנשים אינן יורשות במקום שיש בן. אולם לגר, אף שנמצא "במעגל השני", עשוי להיות חלק בירושת הארץ אם יעשה מעשה ויקנה בה נחלה.³ אולם לגר עשויה להיות עדיפות גם ביחס ל"ישיבה". בתקופת בית שני עם ישראל קידש את ארץ ישראל באמצעות ישיבתו בה ולא באמצעות כיבוש. לישיבה זו היו שותפים גם הגרים, כפי שמבואר בספר עזרא, ואם כן היה להם חלק ביצירת קדושת הארץ וממילא הם יכולים לומר "אשר נתת לי ה'", לעומת זאת הנשים אשר ככלל אינן נוהלות לא קיבלו חלק גם בהחלת קדושת הארץ באמצעות יישובה ועל כן אינן יכולות לומר "אשר נתת לי".

שיטת ר' חיים מבריסק

מעין הדברים הללו כתב ר' חיים מבריסק בחידושו על הש"ס⁴. על מנת להבין את דבריו עלינו להקדים הקדמה קצרה. המשנה במסכת בבא בתרא (קטז ע"ב) אומרת כי בנות צלפחד קיבלו גם את חלק הבכורה של אביהן שזכה בנכסי חפר, על כך שואלת הגמרא (קטז ע"א):

ואמאי? ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק!... אמר רבה: ארץ ישראל מוחזקת היא.

כלומר מעמדה של ארץ ישראל הוא כנכס קיים בבעלות עם ישראל – "מוחזקת" היא לנו מכוח השבועה שנשבע ה' לאברהם עוד קודם שנכנסו וכבשנו אותה, ולפיכך יש בחלוקתה עדיפות לבכורים, אם כי על מנת להתחייב במצוותיה נדרש שנממש מוחזקות זו באמצעות ירושה וישיבה ולא נסתפק בהיותה מוחזקת מאברהם. אם נבחן את מעמדו של הגר, הרי שהגר אינו חלק באותה המוחזקות, שכן ארץ ישראל ניתנה רק לבניו הביולוגיים של אברהם אבינו, וכפי שכותב הכסף משנה (הלכות ביכורים ד, ג):

ומה שכתב ולאברהם היתה השבועה וכו'. כלומר אף על פי שאברהם אב לכל העולם, לא נטלו הגרים חלק בארץ, מפני שבתחילה קודם שנאמר לו "כי אב המון גוים נתת" היתה השבועה וכו', נמצא שלא זכו בה אלא בניו ממש.

כלומר הגר אינו שייך במה ש"מוחזקת לנו מאבותינו" כי השבועה ניתנה לאברהם לפי שהיה אב המון גוים, ולפיכך לא זכה בארץ מכוח השבועה, אם כי ייתכן שהוא רשאי

³ הערת העורך: מעין הדברים הללו כתב המהר"ם ׳ן חביב אשר הקשה קושיה זו שנים ספורות לפני המשנה למלך בספרו כפות תמרים, ותייך: "דגבי בכורים נקט קרא לישנא דלעתיד, דכתיב 'אשר נשבעת לאבותינו לתת לנו', וכיון שכן יכול הגר לומר כן, דאף על גב דלא נטלו חלק בארץ, מכל מקום לעתיד לבא יטלו הגרים נחלה בתוך בני ישראל... אבל גבי וידוי מעשר, דכתיב: 'אשר נתת לנו ה' כאשר נשבעת לאבותינו', אין הגר יכול לומר וידוי זה, כיון שלא נטל חלק בארץ". כלומר אין לו חלק בירושת הארץ של יהושע בן נון, אך יהיה לו חלק בירושת הארץ לעתיד לבוא, מה שאין כן אישה.

⁴ ר' חיים בסטנסיל עמ' רכד.

לומר שה' נשבע לאבותיו, שהרי סוף סוף אברהם הוא גם אביו, גם אם הוא נחשב ל"בן מאומץ" שאין לו חלק בירושת האב. מכאן מגיע ר' חיים למסקנה:

ונראה דנשים וגרים אף דשניהם לא נטלו חלק בארץ, מכל מקום חלוקים המה בדין הפקעתם. הנשים באמת איתנהו בדין וזכיית מוחזקת היא בידנו מאבותינו, דהא הוין מזרעו של אברהם... וכל דין הפקעת אשה מחלוקת הארץ מגזירת הכתוב "איש לפי פקודיו להוציא את הנשים" (ספרי במדבר כו). נאמר בעיקרו ויסודו דחלוקת הארץ תלויה בירושה וישיבה, ונשים שהופקעו מחובת ירושה וישיבה, ואין מעשה ירושה וישיבה מתקיים על ידם אינם נוטלות חלק בארץ...

ברם בנוגע להלכה לגרים שלא נטלו חלק בארץ, מגזירת הכתוב "לשמות מטות אבותם ינחלו" יצאו גרים ועבדים (ספרי במדבר כו) באה לחדש שנטילת חלק בארץ תלויה בזכות ישראל בארץ על פי דין מוחזקת בידנו מאבותינו, וגרים דאינם נכנסים לכלל זכיה זו, משום שאינם מזרעו של אברהם ממש, הופקעו מנטילת חלק בארץ. ברם בנוגע למצוות ירושה וישיבה וחלות שמה, גרים לא גרעי משאר ישראל דנתחייבו במצווה זו וגם על ידי כיבוש וחזקת גרים ארץ ישראל מתקדשת לכל דבר, דהא בני כיבוש נינהו ודינם שוה לדין כל ישראל. ואם היינו דנים רק מבחינת ירושה וישיבה, היו גרים נוטלים חלק בארץ, דלא גרעי בנידון זה מישראל, אלא דגר הופקע מדין ירושה היא מאבותינו וזכות מוחזקת מאברהם על פי גזירת הכתוב "לך אתננה ולזרעך", דהא אינו מזרע אברהם אביו, ואינו בכלל זכית ישראל על פי ההלכה של מוחזקת... לפיכך אינו נוטל חלק בארץ. אבל בנוגע לטעמא של ירושה וישיבה, דין הגר כדין כל אדם בישראל דישנו ונצטווה בירושה וישיבה ועל ידו כיבושו, חזקתו או ישיבתו, ארץ ישראל מתקדשת.

כלומר, אף שהגר אינו זוכה בארץ ישראל מכוח השבועה ההופכת את ארץ ישראל ל"מוחזקת לנו מאבותינו", הוא רשאי לומר שה' "נשבע לאבותינו", שכן עובדה זו כשלעצמה נכונה. כמו כן עשוי הוא לזכות בחלק בארץ על ידי ירושה וישיבה ולקיים מה שנאמר "וירשת וישבת בה", ובלבד שיכבוש בכוחות עצמו. לעומת זאת אישה מביאה ואינה קוראת, שכן אף שהיא בתו של אברהם אביו, אינה זוכה בנחלה מכוח ירושה זו שעוברת לאנשים ולא לנשים, וכמו כן אינה בדין הורשה וכיבוש הארץ. אם כן ניתן לתרץ את קושיית המשנה למלך בנוגע לווידוי מעשרות. בפרשה זו אין ההחזקה בארץ ישראל תלויה כלל בירושה וישיבה אלא רק בשבועת ה' לאברהם שמכוחה קיבלנו את הארץ "וְאֵת הָאֲדָמָה אֲשֶׁר נָתַתָּה לָנוּ פָּאֶשֶׁר נִשְׁבַּעְתָּ לְאַבְרָהָם". לפיכך פוסק הרמב"ם שאין הגר יכול לומר את הווידוי, שכן אין לו חלק בארץ מכוח שבועה זו, וירושתו וישיבתו אינן משמעותיות לעניין דין זה.

סיכום

הבחנו בין שתי זיקות של עם ישראל לארצו: האחת מכוח שבועת ה' לאבות, והשנייה מכוח ירושת הארץ וישיבתה. ראינו כי לגר קיימת זיקה לארץ מכוח ירושת הארץ וישיבתה אך לא מכוח שבועת ה' לאבות. המסקנה שאליה הגענו היא כי הזיקה מכוח הירושה והישיבה בארץ די בה כדי לחייב את הגר במקרא פרשת הביכורים התלויה

בירושה ובישיבה, אך לא כדי לחייב את הגר בווידוי מעשרות שזקק זיקה מכוח שבועת ה' לאבותינו.

גדרי הפקר והפקר בית דין (ס' רצ"ה)

סוגי ההפקר

כתב השולחן ערוך (חו"מ רעג, א) :

כל דבר של הפקר, כל הקודם בו זכה, בין שהוא דבר מופקר ועומד בין שהיו לו בעלים והפקירוהו.

ובסעיף יב מגדיר מהו הפקר המופקר ועומד :

המדברות והימים והנהרות והנחלים, כל שבהם הפקר וכל הקודם בהם זכה ; כגון העשבים והעצים והפירות של אילנות של יער וכיוצא בהם.

יש עוד שני סוגי הפקר :

א. הפקר בית דין הפקר. כלומר, לא שהבעלים מפקירים או שכבר נמצא בעולם כמופקר ועומד, אלא שמתערב כאן גורם חיצוני – בית הדין, ומפקיר.

ב. הפקר של שנת השמיטה.

ונשאלת השאלה, האם יש קשר בין המושגים של ההפקר ומה ההבדלים ביניהם?

א. עיון בדברי הברוך טעם שהפקר אינו חוזר ביובל

בספר ברוך טעם (שער שישו בדן קניין פירות) הסתפק במפקיר נכסיו אם חוזר ביובל, וזה לשונו :

נסתפקתי במפקיר שדהו בזמן שהיובל נוהג אם הזוכה בה מחויב להחזיר ביובל?

וכותב הברוך טעם בהמשך :

והסברא נותנת שיש לומר דבמתנה דגלי קרא גלי. ובהפקר דלא גלי לן קרא מנלן שיהיה בחיוב החזרה ביובל.

ויש להעיר על כך מסוגיה בנדרים (מג ע"א), במשנה שם שנינו :

היו מהלכין בדרך ואין לו מה יאכל, נותן לאחד לשום מתנה והלה מותר בה. אם אין עמהם אחר, מניח על הסלע או על הגדר ואומר הרי הן מופקרים לכל מי שיחפוץ, והלה נוטל ואוכל, ור' יוסי אוסר.

ובגמרא אמרו :

אמר ר' יוחנן : מאי טעמא דר' יוסי? קסבר הפקר כמתנה, מה מתנה עד דאתיא מרשות נותן לרשות מקבל, אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה.

ומסבירים הרא"ש והר"ן את טעמו של רבי יוסי : שהמפקיר יכול לחזור בו כל זמן שלא זכה בו אחר, ולכן החפץ לא יצא עדיין מרשותו, וכשהמודר הנאה זוכה בו – זה כאילו זוכה מידו של המדיר, כמו במתנה.

מה מתנה עד דאתי מרשות נותן לרשות מקבל, אף הפקר כן, הלכך כי זכי ביה – מרשותיה קא זכי, וכאילו נותנו לידו.

אם כן לפי ר' יוסי, שהפקר כמתנה, מסתבר שגם הפקר יחזור ביובל, וקשה אם כך לדברי הברוך טעם.

ואף על פי שזו רק דעת רבי יוחנן¹, עדיין קשה לדעתו. ועוד שלגבי הפקר לזמן נראה מהסוגיה (שם מד ע"א) לכולי עלמא כהבנת רבי יוחנן בדעת רבי יוסי שזוכה מרשות נותן, ויכול המפקיר לחזור בו. ואם כן קשה על הברוך טעם שיובל אינו נוהג בהפקר.

ב. דחיית הראיה של הברוך טעם מירושת הבעל

הברוך טעם מביא ראיה מהרמב"ם (הלכות שמיטה ויובל יא, כא) שפוסק שירושת הבעל אינה חוזרת ביובל. אף על פי שירושת הבעל מדרבנן, כי חכמים עשו חיזוק לדבריהם.

אבל היורש את אשתו, אף על פי שירושת הבעל מדבריהם, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, ואינו מחזיר ביובל.

והרי דין זה של חכמים הוא מכוח הפקר בית דין הפקר. על כורחנו שהפקר בית דין אינו חוזר ביובל. ואם הפקר בית דין אינו חוזר ביובל, הרי שכל הפקר אינו חוזר ביובל. שכן למה יועיל הפקר בית דין יותר מאשר הפקר של הבעלים עצמם? ואי אפשר לומר שעקרו חכמים את הדין של יובל לגבי ירושה דרבנן, שאם כן עקרו בקום ועשה, שכן מה שהבעל מחזיק הוא קום עשה, וחכמים אינם יכולים לעקור דבר מהתורה בקום ועשה.

נראה שאפשר לדחות את הראיה מהפקר בית דין, שכן יש הבדל בין הפקר רגיל להפקר בבית דין. ייתכן שהפקר רגיל יחזור ביובל, כמו שראינו שמשווים למתנה, ובכל זאת הפקר בית דין של ירושת הבעל לא יחזור ביובל משום שעשו חיזוק לדבריהם. ההבדל הוא, שאמנם בית דין הפקיעו את נכסי האשה ואפילו הקרקע עוברת, דרך משל, משבט דן לשבט יהודה, ועל ידי היובל חוזרת לשבט דן, השבט המקורי. אבל חכמים עשו בשלב זה הפקעה נוספת ומעבירים את הקרקע לבעל, משבט יהודה.

ג. קושיה על דחיית הראיה וההבדל בין הפקר רגיל להפקר בית דין

יש מחלוקת בערכין (כט ע"ב) במי שמכר שדה ביובל עצמו. רב אמר "מכורה ויוצאה", פירוש שהמכר חל, ומיד השדה חוזר לבעליה והמוכר איבד את מעותיו (רש"י שם). ודומה להפקר בית דין הפקר בירושת הבעל, שחכמים הפקיעו, וכאשר חוזר ליורשי האשה שוב הפקיעו וחוזר חלילה. לכן מובן שאף על פי שהפקר חוזר ביובל, לעניין ירושת הבעל אינו חוזר.

אבל לשמואל, הסובר "אינה מכורה כל עיקר", שאי אפשר למכור ביובל כלל, והמכר כלל לא חל, לא יועיל לחכמים להפקיר ביובל, שהרי ההפקר לא חל כלל. אם כן, לדברי שמואל צודק הברוך טעם, ויש ראיה מהפקר בית דין של ירושת הבעל שהפקר אינו חוזר ביובל.

אמנם ניתן לדחות, שאפילו לסוברים שהפקר חוזר ביובל ודינו כמתנה, הפקר בית דין שאני, שלכולי עלמא אינו כמתנה. הטעם הוא שבהפקר בית דין יש שני שלבים: א. הפקר; ב. הקנאה או שהשני קונה. החפץ יוצא מרשות בעליו כבר בשלב הראשון, ורק אחר כך השני זוכה בו, ולכן אינו כמתנה לכולי עלמא, כיוון שבהפקר רגיל החפץ נשאר

¹ רבא חולק שם ומסביר את דעת רבי יוסי משום "מתנת בית חורון",

ברשות בעליו, לסוברים כך, עד שהשני זוכה בו. ולכן אף ששמואל סובר שאי אפשר למכור ביובל, לא מדובר כאן במכירה אלא בהפקעה, ואז האחר זוכה בו. יוצא שבין לסוברים שהפקר חוזר ביובל, משום שהוא כעין מתנה, ובין לסוברים שהפקר אינו חוזר ביובל, שאינו כמתנה, שונה הפקר בית דין שהוא ודאי אינו כמתנה. ולכן אין ראייה מדברי הרמב"ם הנ"ל שירושת הבעל אינה חוזרת ביובל כשאר הפקר, שבירושת הבעל חכמים חזרו להפקיר ביובל שוב ושוב, וגם לפי שמואל ההפקר חל.

ד. הפקר – נדר או קניין, וההבדל בין הפקר רגיל להפקר בית דין

יש להבין מהו הדיבור הזה שעושה ההפקר, איך על ידי דיבור החפץ הפך להיות לא שלי? בהקדש, שאמירתו לגבוהה כמסירתו להדיוט, ברור שיש קניין, הדיבור הוא מעשה הקניין. ונשאלת השאלה מה הדין בהפקר? השולחן ערוך חו"מ (רעג, ב) כתב:

ההפקר, אף על פי שאינו נדר, הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו.

ובהמשך (שם, ח) כתב:

האומר: הרי זה הפקר וזה – הרי השני ספק הפקר. ואם אמר: וזה כמו זה,

או שאמר: וגם זה – הרי התפיס השני ויהיה הפקר ודאי.

מכאן נראה שהפקר הוא סוג של נדר שכל מי שירצה לזכות יכול לזכות.

הקצות החושן (סימן רעג ס"א) מאריך בזה וכותב:

ועיין ב"ח שכתב ז"ל, כתב הרמב"ם ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו, פירוש שיחזור ויאמר אני חוזר מדיבורי כיון שלא עשיתי קנין, אלא הרי הוא כנדר דכתיב ביה (במדבר ל, ג): "לא יחל דברו", ואף על פי שהוא עצמו יכול לזכות בו, זהו מדין הפקר אבל לא מתורת חזרה עכ"ל.

והנה מסופקני לפי מה שמבאר דהא דאסור לחזור אינו אלא משום דהוי כמו נדר שאסור לחזור, אם כן נראה דהפקר אינו עושה קנין, דאי עושה קנין מאי ענין נדר לכאן הא תיפוק ליה דכבר יצאה מרשותו, אלא על כרחך נראה דהפקר אינו קנין אלא הא דאינו יכול לחזור בו היינו מתורת איסור בל יחל. ואם כן הפקיר ומת אפשר דהוא של היורשין כיון דאינו אלא משום נדר, והנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו...

אמנם פרק קמא דשבת (יח ע"ב) במה שאמרו שם לבית שמאי דסבירא להו שביתת כלים דנר וגיגית אפקורי מפקיר להו, נראה דהפקר עושה קנין דאם אינו עושה קנין אלא משום נדרו הוא דאסור לחזור בו אם כן אכתי שלו הוא ומצווה על שביתת כליו.

אלא דלפי מה שכתב הרשב"א בחידושו שם (ד"ה גיגית) דאפקורי מפקיר להו היינו הפקר בית דין, ע"ש שכתב דלב בית דין מתנה עליהן, אם כן ניחא, דהפקר בית דין ודאי עושה קנין ויוצאה לגמרי מרשות בעלים...

לפי הבנה זו יש הבדל בין הפקר פרטי, שהוא מושג של נדר, והפקר בית דין, שהוא מושג של הפקעה וקניין.

ובזה נראה לענ"ד הא דסבירא ליה לרש"י פרק קמא דמציעא דף יב (ע"א ד"ה זרק ארנקי) גבי מתגלגל, דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה וגריס שם אפקריה, ובתוס' (ד"ה ויצא) הקשו דהא כיון דאפקריה יצא מרשותו ע"ש. אבל דעת רב יהודאי גאון נמי הוא דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה, וכן

כתב בנימוקי יוסף שם (ה ע"ב בדפי הרי"ף). ונראה דכיון דהפקר אינו יוצא מרשותו אלא שאסור לחזור בו, ואם כן הזוכה בו מיד בעלים הוא זוכה... אלא שהנתיבות (ס"ק א) מקשה על זה מסעיף ו: המפקיר עבדיו, הגדולים קנו עצמם; והקטנים, כל הקודם והחזיק בהם, זכה. ואם הפקר הוא דעת אחרת מקנה, למה הקטנים לא קנו עצמם, הרי אם יש דעת אחרת מקנה גם קטן יכול לקנות? מתרץ הנתיבות:

וצריך לומר דאף רש"י מודה דלענין שאר דברים לא חשיב הפקר דעת אחרת מקנה, רק לענין חצר שאינה משומרת, במשומר לדעת המפקיר סגי.²

הקצות שואל, מה המקור שהפקר הוא כמו נדר? הבי"י מביא שהמקור הוא מכך שהגמרא הסתפקה האם יש ידות בהפקר.

ה. הסבר השערי יושר למושג ההפקר

אמנם התפיסה שהפקר הוא מטעם נדר קצת קשה, ור' שמעון שקופ מקשה על זה כמה שאלות בספרו שערי יושר (שער ה פרק כג):

א. בכל הש"ס יש לשון של הפקר. למה יש מושג מיוחד שנקרא הפקר אם מדובר רק בסוג של נדר?

ב. מחלוקת בית הלל ובית שמאי אם הפקר יכול להיות רק לעניים או שצריך שיהיה גם לעשירים. מזה לומדים שאי אפשר לעשות הפקר לקבוצה מסוימת. אם הפקר הוא נדר, למה אי אפשר לעשות נדר רק לקבוצה מסוימת?

ג. המקור הוא שמיטה, ושם מדובר על הפקעת בעלות ממש ולא רק עניין איסורי.

ד. הרמב"ם הלכות נדרים ב, יד כותב: "ההפקר אף על פי שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לו לחזור בו". הגר"א משנה את הגרסה וכותב שאינו יכול לחזור בו.

ה. בגמרא יש מושג לפי רבי יוחנן בדעת רבי יוסי (וכמותו פוסקים בהפקר לזמן), שהמפקיר יכול לחזור בו. ומסביר הר"ן משום שאינו יוצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר, ואם רוצה לחזור – יכול לחזור. ולמה? אם מדובר בנדר, למה שיוכל לחזור בו?

ו. בבבא קמא (סט ע"א) אמר ר' יוחנן שלא מועיל הפקר לדבר שאינו ברשותו. ולכאורה אם זה נדר, למה אינו יכול לנדור על מה שאינו ברשותו?

ז. הר"ן בנדרים מביא שאי אפשר להישאל על הפקר, ולמה, אם אכן מדובר בנדר? מכל זה נראה כי הפקר הוא סוג של קניין שמפקיע את הבעלות של הבעלים ונותן רשות לכל אחד ואחד לזכות בחפץ.

וזה לשון השערי יושר (שער ה פרק כג):

ונראה לי שביאור הענין הוא, שהדין שחל על החפץ מועיל לדיני ממונות, דכמו בשור הנסקל שכיון שדין השור להסקל אין לנו להשגיח כלום על משפט קניני

² אגב, הקצות בסי' רמג מסביר למה דעת אחרת מקנה בקטן. לדעתו, כל קניין מורכב משני חלקים: מעשה קניין וגמירות דעת. בקטן יש מעשה קניין, אבל אין גמירות דעת. אבל כאשר הגדול משלים את גמירות הדעת, הקטן יכול לקנות.

נוסיף לכך: עבד אין לו יד, והיאך קונה? הגמרא מסבירה גטו וידו באים כאחד. והרי הקטן הזה אין לו יד, ולכן דעתו של המקנה ויד של הקטן אינו מועיל לעניין באים כאחד. כמו שאומר הקצות במקום אחר, שכאשר יש שלבים – אין אומרים באים כאחד.

הממון, כמו כן בנידון זה כיון שיחדו הבעלים את החפץ על ידי אמירתם שיהיו הפקר לכל, נעשה דין זה על החפץ שאין צריך רשות ורצון עוד מהבעלים, ועל ידי זה יכול אדם להפקיע קנינו מן החפץ, כיון שחל על החפץ דין זה של תורת הפקר, ודין זה שולל מהחפץ כל כח ושליטה של הבעלים, משום הכי הוי מעשה קנין להפקיע לגמרי קנין הבעלים, דאם ישאר עוד איזה כח לבעלים בזה הוא סותר לענין ההפקר, ומשום הכי כיון שחל על החפץ דין הפקר, זה הוי סיבה ומעשה קנין להפקיע קנין הבעלים לגמרי כדבר המופקר של נכסי הגר שמת, וכמו כן בדין ההפקר מחמת שהבעלים רצו לעשות כן להפקיר.

הבנה זו מתיישבת יפה עם לשון הרמב"ם הנ"ל: "אף על פי שאינו נדר", כלומר כמו שבנדר אמירה יוצרת התפסה, כך בהפקר אמירה יוצרת מעמד מיוחד, שכל אחד יכול לזכות בזה, אבל אינו מדין נדר. ולכן הגר"א שינה את הגרסה שאינו יכול לחזור בו, ורק שהוא נחשב כזוכה מן ההפקר.

לפי זה אפשר להבין את מחלוקת את רבי יוסי ורבנן לפי דרבי יוחנן. לפי המבואר בשערי יושר יש שני שלבים בהפקר: א. כל אחד יכול לזכות; ב. שזה מופקע מהבעלים. לפי רבנן, שני השלבים חלים יחד. אבל לרבי יוסי השלבים נפרדים. תחילה כל אחד יכול לזכות, אבל הבעלות לא הופקעה עד שיזכה אחר. וכאשר זוכה מעצמו, מפקיע מעצמו וחוזר וקניין חדש.

ומזה מובן איך יכול לעשות התפסה להפקר, כמו שמבואר למעלה בציטוט מהשולחן ערוך (רמג, ח), כי מהות קניין ההפקר הוא זה שעושה התפסה לחפץ.

ו. עיון בהפקר לזמן

כתב השולחן ערוך (רעג, י):

האומר: שדה זו מופקרת ליום אחד, לחדש אחד, לשנה אחת, לשבוע אחד, עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו. ומשזכה בה, בין הוא בין אחר, אינו יכול לחזור בו.

וביאר הסמ"ע (שם ס"ק יד):

ליום אחד לחדש אחד כו' – פירוש, זה שלא הפקירו הפקר גמור אלא לזמן, אפילו לזמן ארוך דהיינו לשבוע, אפילו הכי כיון דלא הפקירו עולמית דינו דאפילו לאחר ג' ימים משעה שהפקירו יכול לחזור בו, וחייב במעשר אפילו קודם שחזר בו וכנ"ל [בסקי"ג], כל זמן שלא זכה בו זכיה גמורה בתורת הפקר הוא או אחר. וכן כתב הרא"ש על פי הגמרא בנדרים [מד ע"א ד"ה רישא] מילתא בטעמא ז"ל: כיון שאין דרכן של בני אדם להפקיר לזמן וזה שינה, לכך אמרו חז"ל דלא ליהוי הפקר לאפקועי ממעשר עד דאתי לרשות זוכה, עכ"ל. ומיהו כשזכה בו הוי הפקר אף על גב דהוא לזמן, דילפינן משמיטה, דהוא גם כן לא הוה הפקר אלא שנה אחת:

אלא שיש להקשות על הסמ"ע מנדרים (מב ע"א), במשנה שם אמרו:

המודר הנאה מחבירו לפני שביעית – אינו יורד לתוך שדהו, ואינו אוכל מן הנוטות, ובשביעית – אינו יורד לתוך שדהו, אבל אוכל הוא מן הנוטות הנוטות.

ובגמרא (מב ע"ב) ביארו:

ובשביעית אין יורד לתוך שדהו כו'. מאי שנא דאוכל מן הנוטות, דפירי דהפקירא אינון, ארעא נמי אפקרה? אמר עולא: בעומדין אילנות על הגבולים. ר' שמעון בן אליקים אמר: גזירה שמא ישא בעמידה. והרי אנו רואים שגם קרקע היא הפקר, וזה הפקר לזמן, אם כן למה בהפקר לזמן הנ"ל אינו הפקר גמור? וצריך לומר שהפקר לזמן שאינו הפקר גמור הוא רק מדרבנן, אבל מן התורה הוא הפקר גמור לזמן כשמיטה ופטור ממעשרות.

נספח א' – מחלוקת הרמב"ם והטור האם אבדה מדעת היא הפקר

כתב השולחן ערוך (רסא, ד):

המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו. כיצד? הניח פרתו ברפת שאין לה דלת, ולא קשרה, והלך לו... השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, הרי זה איבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר: "אשר תאבד" (דברים כב, ג), פרט למאבד לדעתו. (ויש אומרים דאבידה מדעת הוי הפקר, וכל הקודם זכה) (טור).

הקצות מביא שמושג אבדה מדעת אינו נראה כמו הרמב"ם, כמו שראינו במכנשתא דבי דרי (בבא מציעא כא ע"א), דהיינו שלאדם התפזרו פירות מעטים והתעצל מלאספם, שמפורש שם שנהיה הפקר, אף שרק השליך מדעת.

אמנם גם לטור קשה, שכן אמרנו שהפקר זה סוג של קניין, שזה מופקע ממנו ויכול אחר לזכות בו. ואם לא עשה כלום, איך יהיה הפקר? בשלמא כשהשליך כיסו, ייתכן שמעשה ההשלכה נחשב כאילו הפקיר, אבל במכנשתא דבי דרי – מתי הפקיר?

ניתן לתרץ בדעת הרמב"ם שהמושג "מכנשתא דבי דרי" אינו הפקר, אלא בזה שהבעלים לא מתחשב בפירות הללו יש לחפץ הזה מעמד לא חשוב, וממילא מותר לקחתו. אבל כשמניח חפץ בצורה לא אחראית, כגון פרה ברפת פתוחה, הוא נשאר חשוב. ולכן נחלקו הטור והרמב"ם האם זה מעשה הפקר.

נספח ב' – הפקר לאחר זמן

ר' חיים מבריסק שואל³, האם ניתן לעשות הפקר שיחול לאחר שלשים יום? לכאורה – מדוע שלא יהיה אפשר? הרי כל קניין ניתן להחיל לאחר זמן? ר' חיים מסתפק ב"כלתה קניינו", דהיינו, שלאחר שלשים יום אין לקניין איך לחול.

יש להעיר שהדבר תלוי בשאלה אם בקניין המרכיב המרכזי הוא גמירות הדעת או המעשה. אמנם, אם נאמר שגם כאשר כלתה קניינו גמירות הדעת נשארת, הרי לא צריך בכלל להיות מושג של "כלתה קניינו". אלא שבעניין הפקר יש לטעון שהעניין שונה. שכן השאלה היא אם הצורך במעשה קניין הוא מסברה או מדינא.

אם מסבירים שהתורה גילתה שמעשה כזה הוא גמירות דעת, מובן למה כלתה קניינו, שהרי הקניין שגורם לגמירות דעת כלה. אבל בהפקר, שאין מעשה קניין, הכול תלוי בגמירות דעת, והתורה לא גילתה שזה תלוי בקניין, ולכן גם לאחר זמן יחול.

³ מובא בשיעור של הרב ליכטנשטיין זצ"ל על ביטול חמץ

סיכום

ראינו כמה אפשרויות להבין את ההפקר – הפקר מטעם נדר, אם כהבנה המוקשה שמדובר בעניין "איסורי" ועליו הוקשו כמה קושיות, שסיכם אותם ה"שערי יושר", ואם כהסברו של ר' שמעון, שהכוונה היא לדין שחל על אף מושגי הבעלות, ובזה יש מחלוקת תנאים אם זה גורם להפקעת הבעלות או שמא "הפקר עד דאתי לרשות זוכה" כדעת רבי יוסי.

בניגוד לכך, המושג של "הפקר בית דין" פועל במישור הקנייני בלבד. על כן, בהפקר בית דין השדה תחזור ביובל, אם לא שחכמים "עשו חיזוק", כמו בירושת הבעל. אבל הפקר רגיל, כדברי הברוך טעם לא יחזור ביובל, שהרי הוא אינו פועל במישור הקנייני, וזאת אף לרבי יוסי, וממילא "היכא דגלי קרא – גלי", כדבריו.

שינוי קונה בגזלן¹ (ס' שני"ד)**פתיחה**

רש"י (ב"ק² סו. ד"ה שינוי קונה), כאשר הוא מבאר את דברי רבה ששינוי קונה כתיבה ותנינא, מסביר:

"שינוי קונה. **היכא דשני להו בידיה** פשיטא ליה דמדאורייתא ודאי קנה וכי מהדר לא בעי לאהדרינהו בעיניהו אלא דמים משלם כגון צמר ועשהו בגדים דהא כתיבא בהדיא ותנינא כו' אבל יאוש מספקא ליה הא דאמור רבנן קני אי דאורייתא אי דרבנן."

אולם, מהגמרא (סה:) בדברי רבי אילעי, מוכח שגם שינוי דממילא מהוה שינוי: "אמר רבי אילעא גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר. איתיביה רבי חנינא לר' אילעא גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב ואי ס"ד קנייה בשינוי אמאי משלם שלו הוא טובח שלו הוא מוכר אמר ליה ואלא מאי שינוי לא קני אמאי משלם כעין שגנב לשלם כי השתא אמר ליה כי השתא היינו טעמא דלא משלם משום דא"ל תורא גנבי ממך דיכרא גנבי ממך א"ל רחמנא ניצלן מהאי דעתא אמר ליה אדרבה רחמנא ניצלן מדעתא דידך." על מנת לתרץ קושיה זו יש לעמוד על שיטות האחרונים בהבנת הכלל "שינוי קונה"

שיטת הגר"א וסרמא

א. הרי שלך לפניך ושינוי קונה

במשנה (בבא קמא דף צו:) איתא:

"גזל בהמה והזקינה עבדים והזקינה משלם כשעת הגזלה רבי מאיר אומר בעבדים אומר לו הרי שלך לפניך גזל מטבע ונסדק פירות והרקיבו יין והחמיץ משלם כשעת הגזלה מטבע ונפסל תרומה ונטמעת חמץ ועבר עליו הפסח בהמה ונתעבדה בה עבירה או שנפסלה מעל גבי המזבח או שהיתה יוצאה ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך."

בשינויים ברישא, השינוי קונה ועל כן אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'. ואילו בסיפא השינוי אינו קונה ועל כן יכול לומר לו הרי שלך לפניך.

הזיקה בין המושג 'שינוי קונה' לדין 'הרי שלך לפניך', באה לידי ביטוי בגמרא (צח:): "...תנינא 'והשיב את הגזלה- מה תלמוד לומר- אשר גזל' יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו גזל מטבע ונפסל פירות והרקיבו יין והחמיץ תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח בהמה ונעבדה בה עבירה ושור עד שלא נגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך."

מקור נוסף הוא הגמרא (צח.) שמוכיחה שרבי מאיר סובר ששינוי קונה:

¹ המאמר עובד, על ידי הרב סיני לוי, מתוך שיעור שהועבר בכולל "ארץ חמדה" בשנת תש"ס. כל המקורות הם ממסכת ב"ק, אלא אם כן, מצוין אחרת.

"תא שמע גזל בהמה והזקינה עבדים והזקינה משלם כשעת הגזילה רבי מאיר אומר בעבדים אומר הרי שלך לפניך ואילו בהמה כשעת הגזילה ואי סלקא דעתך סבר רבי מאיר שינוי במקומו עומד אפי' בהמה נמי אלא לאו ש"מ קסבר ר' מאיר שינוי קונה."

מכל האמור לעיל עולה שישנה זהות מלאה בין הכלל "שינוי קונה" לטענה "הרי שלך לפניך". במקום ששינוי אינו קונה יכול לטעון "הרי שלך..", ובמקום ששינוי קונה אינו יכול לטעון "הרי שלך...". קשר זה מבואר לאור שיטת הגר"א וסרמן בקנייני גזלן. ב. קנייני גזלן

הגר"א וסרמן (קובץ שיעורים ב"ק אות יד) מסביר את המבנה של קנין גזלה, חובת והשיב, ושינוי הקונה כך:

1. גזלן, במעשה הגזלה קונה את החפץ, התורה הקנתה לו על מנת לחייבו באונסים.
2. מדוע אינו יכול הגזלן להשתמש בחפץ הנגזל? משום שחל עליו חיוב של 'והשיב'.
3. משנשתנה החפץ ובטל חיוב 'והשיב...אשר גזל' מיד קונה (למפרע?) מכח הקנין הראשון.

לאור הסברו ברור מדוע ישנה זיקה הדוקה בין שינוי קונה לחוסר היכולת לטעון "הרי שלך לפניך".

שיטת הגר"ח מבריסק

א. אין שמין לגזלן

הרמב"ם, (גזלה ואבדה פרק ב הל' טו) פסק:

"גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו בה הרשות בידן וכן כל כיוצא בזה."

הרקע להלכה זו הוא הגמרא (ב"ק יא):

"אמר עולא אמר רבי אלעזר, שמין לגנב ולגזלן, רב פפי אמר אין שמין.

והלכתא שמין לגנב ולגזלן."

הגמרא (דף צד.) תולה את דין שמין לגזלן, בדין שינוי קונה:

"אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי שמעון בן אלעזר. ומי אמר שמואל הכי? והאמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין. בשלמא לרבא דאמר כי קאמר ר' שמעון בן אלעזר התם בהכחשה דהדר לא קשיא כי קאמר הלכה כרבי שמעון בן אלעזר דשינוי במקומו עומד בהכחשה דהדר וכי קאמר שמואל התם אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין בהכחשה דלא דהדר אלא לאביי דאמר כי קאמר רשב"א בהכחשה דלא דהדר קאמר מאי איכא למימר?"

מכח הגמרות הללו קשה על הרמב"ם מה היסוד ליכולת התביעה של בעל הבית על החפץ הנגזל, הרי קנה אותו הנגזל בשינוי? (שהרי על יסוד זה עומד הדין ש'אין שמין'). קצוה"ח (סימן שנד ס"ק ג) ציטט שני תירוצים לקושיה על הרמב"ם, וחלק עליהם:

"הרב המגיד (גזילה פ"ב הל' טו) תמה בזה דהא שינוי קונה וכתב אולי מיירי בששמו עליו ע"ש.

והב"ח כתב דלא משמע הכי אלא משמע בין שמו עליו בין אין שמו עליו, ולכן כתב ז"ל: אבל נראה דליכא הכא קושיא דכבר כתבו תוס' אליבא דהך דר"א (עשה) במרובה (ב"ק סח, א ד"ה מה טביחה) דטביחה אהני מעשיו דשינוי מעשיו קונה, ור' אליעזר גופיה סובר בפ"ק דב"ק (יא, א) שמין לגנב ולגזלן אלמא דשינוי מעשה אינו קונה. ותירצו בחד שינוייה דהא דשינוי מעשה לא קני היינו במתה מאליה או בנרגא דאתבר ממילא אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה. והשתא הרמב"ם ס"ל כהך שינוייה שכתבו תוס' ולא קשה כלל מה שהקשה הרב המגיד עכ"ל.

וליתיה, דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אליעזר ומשום דר"א הכי ס"ל דשינוי ממילא אינו קונה אבל שינוי בידים קונה. אבל אן הא קי"ל דשינוי קונה אפי' בשינוי ממילא, ובהדיא כתב הרמב"ם (גזילה פ"ג הל' ד) גזל בהמה והזקינה מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה, ע"ש. דהוי שינוי דממילא והוא פשוט בכולי תלמודא דשינוי קונה לדין אפי' בשינוי דממילא. ובמרובה (ב"ק סו, א) אמר רבה שינוי קונה כו' וכתב רש"י ז"ל: שינוי קונה היכא דשני לה בידים, עכ"ל. ומשמע דוקא שינוי בידים, וקשה דהא במתני' תנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה והוא מטעם שינוי קונה כדמוכח בגמ' שם והוא שינוי ממילא וצ"ע בזה."

כלומר, לדעת המגיד משנה מה שפסק הרמב"ם, שרשאי לתבוע את החפץ, היינו דווקא בשינוי שאינו קונה. משמע מדבריו שבאופן עקרוני שינוי בחפץ קונה, אם הוא גדול מספיק. [על פירושו קשה, שאם כן יאמר 'הרי שלך לפניך' ויפטר לגמרי- הגר"ח להלן].

הב"ח מתרץ שהרמב"ם סובר שדווקא שינוי שנעשה בידים, קונה אך שינוי שממילא אינו קונה, כפי חלוקתם של התוספות ורש"י (הובא לעיל).
הב"ח מתבסס על התוספות (בבא קמא סח.):

"מה טביחה דאהנו מעשיו. משמע דסבר ר"א דשינוי קונה, דאהנו מעשיו, משמע לאפוקי מרשות בעלים, דומיא דאהנו מעשיו דמכירה. וקשה לפי רשב"ם דמפורש בפ"ק (ד' יא.) אהא דאמר עולא א"ר אלעזר שמין לגנב ולגזלן דהיינו לענין פחת נבילה דהוי דנגזל משום דלא קני לה גזלן בשינוי. וי"ל דדוקא בשינוי שאין הגזלן עושה בידים לא קני כגון שמתה הבהמה אבל שינוי שעושה הגזלן בידים, כגון טביחה, מודה ר"א דקני..."

קצוה"ח, דוחה את דברי הב"ח:

"... וליתיה, דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אליעזר, ומשום דר"א הכי ס"ל דשינוי ממילא אינו קונה אבל שינוי בידים קונה. אבל אן הא קי"ל דשינוי קונה אפי' בשינוי ממילא."

ב. חידושו של הגר"ח הגר"ח בהלכות גזילה ואבדה (פרק ב הל' טו) מקשה גם הוא על הרב המגיד שאם מדובר בשינוי שאינו קונה, יאמר 'הרי שלך מלפניך' ויפטר מכלום! קושייתו קשה כמובן גם על התירוצים האחרים. הדרך הפשוטה ביותר להבין את היחס בין שני המרכיבים היא, שבעקבות קניין הגזלה – שינוי קונה, וממילא, אין דין הרי שלך לפניך. כך הבין הגר"א וסרמן. הגר"ח חוקר בדין זה, ומחדש שהעובדה ש'אינו כעין שגזל', גוררת באופן ישיר את הדין שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, גם אם לא קיים המצב ששינוי קונה. הוא מבין את המבנה כך: במקרים מסוימים שינוי יוצר את קנייני הגזלה, ובמקרים אחרים הוא רק מבטל את דין 'הרי שלך מלפניך'. לדעתו, השינוי הנדרש על מנת ליצור שינוי קונה, גדול יותר מהשינוי הנדרש על מנת למנוע מן הגזלן לומר 'הרי שלך לפניך'. על פי הגר"ח, אין קניין לגזלן קודם שינוי. התוספות (סוכה דף ל: ד"ה שינוי), לענין הדס שנקצץ לצורך מצוות לולב אשר יש בו חשש גזל כתבו:

"...ומה שנקצץ מן המחובר לא חשיב שינוי מעשה יכוין דלא נשתנה שמו בכך, דמעיקרא אסא והשתא אסא. כדאשכחן בריש הגזול קמא (ב"ק צו). 'האי דגזל דיקלא מחבריה וקטליה אע"ג דשדיא לארעא ידיה לא קני מאי טעמא דמעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי' ואע"ג דפסק לחיותא, גרע מכחשא דלא הדר או מבהמה והזקינה, דחשיב שינוי אע"ג דלא נשתנה שם, ומשלם כשעת הגזלה."

לדברי הגר"ח מתורצת קושיית התוספות. שכן אין להקשות מהסוגיה בסוכה אשר מנסה למצוא שינוי הקונה, לעומת המשנה אשר בה מספיק שינוי לענין זה שלא יוכל לומר 'הרי שלך לפניך'. מהרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ג הל' ד) ניתן לדייק כשיטת הגר"ח:

"גזל בהמה והזקינה או כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך או שגזל סירות והרקיבו כולן או יין והחמיץ הרי זה **כמי שגזל כלי ושברו** ומשלם כשעת הגזלה."

משמע כאן שבבהמה והזקינה אינו אלא שינוי כעין הדין של כלי ושברו, שאין בו מעמד של שינוי הקונה אלא רק שדינו שמשלם כשעת הגזלה משום שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך³.

³ הרב עיקבא ברקאי מקשה: סוף סוף, משמע בגמרא שדין בהמה והזקינה הרי הוא כדין טלה ונעשה איל, ובטלה הרי פסק הרמב"ם שנעשה שינוי בידו וקנאו, כרבי אילעא. תירוץ: לדעת רבי אילעא על פי דרכו של הגר"ח, צריך לומר, שדוקא עגל ונעשה איל הוא שינוי הקונה, ואילו בהמה והזקינה אינו שינוי הקונה אלא רק אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'. הסברא היא, שכל התקדמות אינה נחשב שנמצאת בפועל בשלב הקודם, ואילו התבלות נחשבת כאילו גלומה בפועל בשלב הקודם. על כל עגל עדיין אינו איל, אך בהמה בריאה כוללת בתוכה גם את הזקינה, בבחינת בכלל מאתים מנה. כעין זה כתב בספר "שב שמעתתא" (שמעתתא ב פרק ב) לגבי יין נעשה חומץ.

לכאורה שיטת הגר"א וסרמן אינה תואמת את שיטת הגר"ח, שכן לדעת הגר"ח אין קניין לגזלן גם אחר שבטל דין של 'והשיב'. ואילו לדעת הגר"א וסרמן אמורה להיות התאמה מלאה בין 'והשיב' לבין שינוי הקונה.⁴

יישומים נוספים למחלוקת האחרונים

א. בא במחלת

ניתן לתלות שתי גישות אלו במחלוקת האמוראים (סנהדרין דף עב.). הבאה :
 "אמר רב הבא במחלת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קננהו אמר רבא דמסתברא מילתיה דרב בששיב דליתנהו אבל נטל לא, והאלהים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו מידי דהוה אשואל."

לכאורה, לפי רב גזלן קונה את הגזלה ומוטלים עליו רק חיובים. כאשר גנב בא במחלת הוא נפטר מהחיובים ב"קיים ללב בדבר מנייה". לעומת זאת, רבא סבר שהחפץ הגנוב נשאר של הבעלים, לפיכך, פטור הגנב מחיובים אינו מעביר לו את הבעלות, אלא אם כן הגנב שברו.

ניתן להסביר שלדעת רב חיוב חל רק בשעת גזלת החפץ, כיון שבאותה שעה קנה אותו, כדעת הגר"א וסרמן. אך לדעת רבא אם החפץ קיים לפנינו, חייב לשלמו מדין 'ממוני גבד', כיון שהחפץ איננו של הגזלן. ורק אם שברו בבית גזלן קנה את החפץ במעשה השבירה שהוא שינוי הקונה, כדעת הגר"ח ברמב"ם. הגר"א וסרמן מסכים לעקרון של רב, אולם, לדעתו, קים ליה בדבר מנייה לא פוטר מחיוב השבה, כיון שהחיוב מוסב על חפץ מסוים.

ב. היזק שאינו ניכר

בגמרא, (גיטין נג:) איתא :

"מתב רב פפא גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך. ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק האי גזלן הוא ממונא מעליא בעי שלומי. תיובתא"

התוספות (ד"ה גזלן) מסביר את הקושיה :

"וי"ל דכיון דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק א"כ **חשיב ליה כאילו הוא ניכר ואם כן אין לך שינוי גדול מזה וקנאם הגזלן** בשינוי וצריך לשלם בממון מעליא ושמיין כעין שגזל ולא מצי אמר ליה הרי שלך לפניך."

הסבר זה תואם את הגישה שלא קיימים שני יסודות של חיוב, שאם משלם חייבים להסביר שזהו משום שלא מתקיים 'כעין גזל' באופן מוחלט. ר' חיים יסביר סוגיה זו

⁴ אמנם ייתכן לחלק, שהרי לגר"ח, על כורחנו, קיימים שני דינים נפרדים של 'והשיב'.

1. חיוב- על הגזלן להשיב את החפץ עצמו ולא נפטר בתשלומים. 2.

2. פטור- כאשר החפץ כעין שגזל, בהתעלם מערכו ניתן להיפטר מהשבטתו מכל תשלום נוסף. על כן ניתן להחיל את המבנה שיצר הגר"א וסרמן לגבי הדין הראשון.

שגם אם אין השינוי גדול מספיק לקנות לגזלן, אך די בו למנוע את היכולת של הגזלן לומר 'הרי שלך לפניך'.

ניתן לומר שלדעת הרמב"ם, מן הגמרא בגיטין עולה ששינוי שאינו בגופו של החפץ, אינו מקנה את החפץ לגזלן, ובכל זאת, הגזלן אינו יכול לקיים בו 'והשיב את הגזלה'. אך לסוברים שהיזק אינו ניכר לאו שמיה היזק, נחשב הדבר על פי דין כאילו לא השתנה החפץ כלל ועיקר.

בסוגיות הגמרא משמע שיש משמעות למושג 'שינוי' גם בתחומים אחרים שאינם גזילה. הדוגמא המובהקת לכך הוא דברי אביי בריש הגזל עצים. כלומר, כשם שבעניינים אחרים שינוי נחשב, בגלל שעל ידי השינוי יש לפנינו חפץ אחר אשר לא חל לגביו דין מסוים, כך גם בגזלה לא חל דין 'והשיב את הגזלה אשר גזל'.

ג. גזלן שהיזק

האחרונים חלוקים בהסבר דברי רבא (ב"ק סה.) שתברא או שתיה משלם ד', קצוה"ח (סימן לד ס"ק ג) כתב:

"ותדע הוא אפילו גזלן ראשון אינו חייב לשלם אלא כשעת גזילה, ואי גזל חביתא דחמרא מעיקרא שויה זוזי ולבסוף שויה ד' תברא או שתיה משלם ד', איתבר ממילא משלם זוזי, ולא סגי דלא אגבה לחביתא בתר דשויה ד'. ועוד דהא בחצירו הוא וכל שעתא ושעתא גזלי' ואמאי אינו משלם ארבעה. אלא על כרחך כיון דכבר גזלי' ואינו ברשותו דנגזל תו לא מחייב משום גזילה, אלא בתורת מזיק, והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, משום דכתיב וגונה מבית האיש וכדאיתא בפרק מרובה, ומשום דאינו ברשותיה ע"ש (סט, ב). ואם כן לא הוי על השני תורת גזלן כלל."

כלומר, לדעת קצוה"ח, גזלן שהיזק חייב מדין מזיק, ככל אדם אחר שיזיק את נכסיו הנגזל.

נתיב"מ (שם ס"ק ה) חולק על קצוה"ח, ואלו דבריו:

"ולפעד"נ דאפילו לא אכלה, רק עשה בו שינוי שקנאה על ידי הגזלה-חייב, מטעם גזלן ולא מטעם מזיק. דמעיקרא הגזילה הא' כשגזלה הגזלן הא' עדיין הגזילה של נגזל הוא ולא יצא רק מרשותו של נגזל. דהא גזל ולא נתייאשו שניהם אינם יכולים להקדישו, זה- לפי שאינו שלו, וזה- לפי אינו ברשותו. ואחר כך, כשעשה שינוי, הרי עשה גזילה חדשה שהוציאו משל הבעלים לגמרי. שמעיקרא היה עדיין של בעלים, רק שאינו ברשותו נקרא, אבל שלו נקרא. וכשעשה שינוי מעשה גם כן אינו שלו, ואין לך גזלן יותר מזה."

כלומר, בשינוי חייב מדין גזילה מחודשת, בהמשך דבריו (שם) כתב שהוא הדין בתברא ושתיה.

לגבי יורשי גזלן שטבחו את הגזלה, נפסק בשו"ע (סימן שמא ס"ק ד) שאת דמי העור ישלמו באופן מלא. הסמ"ע (שם ס"ק יא) העיר שהרשות בידם להחזיר את העור או את דמיו, כיון שקנאוהו בשינוי. נתיב"מ (שם ס"ק ז) העיר על כך: "תמוהין דבריו, דהא אין שינוי קונה רק לגזלן ומכוין לגזול..."

כלומר, נתיח"מ, לשיטתו, סובר ששינוי הוא מעשה גולה מחודש, ולא מעשה קניין רגיל, בניגוד לסמ"ע.⁵

אם כן, לדעת קצוה"ח לא מצאנו ששינוי הוא גורם את עצם הקניין, לפיכך, נראה שסבר כר' אלחנן וסרמן. ואילו לדעת הנתיבות מעשה השינוי מקנה את החפץ, כגולה מחודשת, לגזלן- תפיסתו יכולה לכלכל גם את גישתו של הגר"ח, שהרי לדעת הגר"ח שינוי מעביר את הבעלות.

הגדרת שני השינויים לשיטת הגר"ח

לגבי השינוי שנדרש לקנות מצינו בגמרא (צו.):

"אמר רב פפא האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה, אע"ג דשדיא מארעא לארעא ידיה לא קני. מאי טעמא, מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי. דיקלא ועביד גובי לא קני, השתא מיהת גובי דדיקלא מיקרי."

לכאורה השינוי שנעשה בדקל שנקצץ ועשה ממנו חתיכות עץ (דקל) הוא גדול מאוד, מדוע אין זה שינוי?

נראה להסביר שהשאלה הנבחנת היא האם מה שיש כעת, גלום היה גם במה שהיה קודם, אף אם השינוי גדול מאוד. לעומת זאת עצים ועשן כלים הכלי הוא מציאות חדשה. שינוי של שבירה הוא לעולם גלום בחפץ ועל כן אינו קונה.

כאמור בפתיחה, הקצות הקשה על רש"י שחילק בין שינוי שבידיים לבין שינוי דממילא מבהמה והזקינה. לפי דעת ר' חיים שבהמה והזקינה אינו בדין שינוי קונה, אלא רק שאינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך', אין קושיה על רש"י. ניתן להבין שרש"י סובר ששינוי קונה בגדר מעשה קנין, ועל כן מחלק בין בידים שיש בכך מעשה קניין לבין ממילא.⁶

רבי חנינא החולק על ר' אילעא ולדעתו עגל ונעשה איל אינו שינוי, על כורחנו מודה בהזקינה המפורש במשנה כי הוא שינוי. יש להסביר זאת משום שלדעתו עגל הוא שור אלא שלכל היותר הוא 'מחוסר זמן', ועל כן שינוי מסוג זה נחשב גלום ממש בעגל. לעומת זאת, זמן ההזדקנות בו הבהמה אינה משמשת כראוי אינו ידוע וברור ועל כן יש בכך שינוי.

לדעת רבי אילעא, על פי דרכו של ר' חיים צריך לומר שדוקא טלה ונעשה איל הוא שינוי הקונה ואילו בהמה והזקינה אינו שינוי הקונה אלא רק אינו יכול לומר 'הרי שלך מלפניך'. ההגיון הוא שכל התקדמות אינה נחשבת כנמצאת בפועל בשלב הקודם, ואילו התבלות נחשבת כאילו גלומה בפועל בשלב הקודם. על כן, עגל עדיין אינו איל, אך בהמה בריאה כוללת בתוכה גם את הזקינה, בבחינת בכלל מאתים מנה.

⁵ הערת הרב דן אלינר

⁶ ניתן ליישב את רש"י גם על פי גישת התוספות: רש"י אינו מתכוון לחלק בין בידים לממילא. אולם 'בידים' מבטא את מהות השינוי הנדרש.

תקנת נגזל במזיק, במסור, ובדינא דגרמי (ס' שפ"ח, תי"ח)

פתיחה

המשנה (שבועות דף מד:) מביאה רשימה של שבועות דרבנן וביניהן התקנה בה אנו רוצים לעסוק.

"ואלו נשבעין ונוטלין: ... והנגזל, והנחבל... נגזל כיצד? היו מעידין אותו שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות, הוא אומר: כליי נטלת, והוא אומר: לא נטלתי- הוא נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: שני כלים נטלת, והוא אומר: לא נטלתי אלא אחד. נחבל כיצד? היו מעידים אותו שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול, ואמר לו: חבלת בי, והוא אומר: לא חבלתי- הרי זה נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: חבלת בי שנים, והלה אומר: לא חבלתי בך אלא אחת."

שבועות אלו ידועות בגמרא בדרך כלל בשם "תקנת הנגזל". ישנם תחומים נוספים בהם הגמרא דנה האם נתקנה שבועה זו והם נזיקין ומוסר. מטרתנו במאמר זה לבדוק האם תקנה זו נתקנה בתבנית אחידה בכל השבועות. או שהשם "תקנת הנגזל" אינו מחייב שכל השבועות שנכללות בו שוות בדיניהן ואז כמובן נצטרך למצוא מה הם העקרונות שהדריכו את חז"ל בקביעת הדינים בכל מקרה. לצורך בירור שאלה זו נבדוק את דיני תקנת נגזל בכל המקרים. מה הוא סוג הטענה שמאפשר שבועה, מה היא התגובה של הנתבע שבעקבותיה ישבע התובע, ופרטים נוספים.

באלו מקרים נתקנה תקנת נגזל?

נזיקין

הגמרא (ב"ק סב.) קובעת בפשטות ביחס לדיני נזיקין:

"לר' יהודה דמתחייב על נזקי טמון באש, עשו תקנת נגזל באשו."

על פי זה פסק השו"ע (סימן תיח סע' יג):

"אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי בקר... ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

וכן פסק השו"ע (סימן שפח, סע' א):

"המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל. כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

הש"ך (שם ס"ק ב) הביא את דעת הראב"ה:

"דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו, ויש לו עדים שאבד על ידו ממונו, או בידו, או על ידי פשיעתו, שישבע כמה הפסידו ויטול."

והביא את דעת המהרש"ל (ב"ק פרק ו ס"י לב) שחולק עליו:

"נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים, אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא. ולא עוד, אלא אפילו במזיק בידים, נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל, אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה, אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה".

הש"ך עצמו נקט עמדת ביניים בויכוח:

"ולי נראה כדברי ראבי"ה... מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי מהרש"ל, ונראה דאף ראבי"ה מודה בזה."

מוקד הויכוח הוא הסיפור המופיע בגמרא (ב"ק דף סב.) "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה ושדייה בנהרא" והגמרא דנה האם יש שם תקנת נגזל, הראבי"ה, ובעקבותיו הש"ך, רואים בבעיטה פעולה היזק בפשיעה בלבד, ואילו המהרש"ל למד שהבעיטה הייתה השלכה למים ממש במזיד ובידים. ויכוח נוסף, הוא בהבנת דברי הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ז', הל' יח) שכתב "והשליכו למים".

נמצא שישנן שלש שיטות בענין נזיקין:

א. דעת הראבי"ה שתיקנו תקנת נגזל בכל הנזקים אף בפשיעה ואף במזיק בשוגג [כך הבין המהרש"ל בשיטתו].

ב. דעת הש"ך שתיקנו בפשיעה ורק במזיק במזיד.

ג. דעת המהרש"ל שתיקנו רק במזיק במזיד ועל ידי מעשה בידים.

צריך להבין במה נחלקו, ומדוע יש מקום להבדיל בין סוגים שונים של נזקים.

מסור

הגמרא (ב"ק סב.) מסתפקת בדין מוסר:

"בעי אמימר: עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמאן דאמר: 'לא דיינינן דינא דגרמי' - לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן. אלא כי תבעי לך - אליבא דמאן דאמר: 'דיינינן דינא דגרמי' - עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל, או לא? תיקו."

השולחן ערוך (סימן שפ"ז סעי' ז) פסק שרק בתפיסה ישבע:

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו, כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, **אם תפס הנמסר אין מוציאין מיידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס.**"

הרמ"א חלק עליו ופסק שאף תפיסה לא תועיל, ואין תקנת נגזל במסור.

גרמי

להלכה שמזיק בגרמי חייב צריך לברר האם תיקנו תקנת נגזל גם בגרמי. השולחן ערוך (סימן שפ"ז סעי' ב) פסק:

"וכן השורף שטר חוב של חבירו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, **ובלבד שיודה לו המזיק** ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד."

הש"ך (שם ס"ק טו) מביא את דברי המהרש"ל בענין תקנת נגזל בגרמי:

"ואם המזיק אינו יודע כתב מהרש"ל (ב"ק פרק ט סימן יט) דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל. דגבי שורף שטרות של חבירו גרע ממסור, ולכּוּלי עלמא לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה."

הש"ך חלק עליו:

"לפע"ד לא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה, דנראה דכולה דינא דגרמי חד דינא אית להו. וכי קמבעיא לן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל במסור או לא בכולהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם דקאמר אליבא דמאן דלא דאין דגרמי לא תבעי לך דמסורות נמי לא דיינינן כי קמבעי לן אליבא מאן דדאין דינא דגרמי."

פשטות לשון השו"ע שמחייב רק אם יודה מזיק משמע כדעת המהרש"ל שבשורף שטרות אין תקנת הנגזל.

סברת המהרש"ל ש"ניירא בעלמא קלא מיניה" דורשת ביאור, מה בכך שהנזק נעשה באופן כזה הרי זהו נזק וראוי לתקן בו תקנת נגזל כמו בשאר הנזקים?

מדוע דינא דגרמי ומסור אינם כשאר דיני נזקין?

בספר קצוה"ח (סימן שפ"ח ס"ק ו) הביא את דברי הרמב"ן שבקונטרס דינא דגרמי. הרמב"ן הקשה כיון שדינא דגרמי הוא כמזיק מהתורה, ומוסר חייב מכיון שהוא מזיק בגרמי. מדוע הגמרא הסתפקה במוסר הרי הוא כמו כל נזק ומאי שנא מאישו שהיה פשוט לגמרא שיש בו תקנת נגזל? מיישב הרמב"ן שאף על פי כן דיבורא בעלמא הוא¹. על פי דבריו בשאר דינא דגרמי שהוא מעשה תהיה תקנת הנגזל. קצוה"ח הקשה על הרמב"ן: "דמה בכך שהוא דיבורא כיון דעושה היזק בדיבורו כמעשה."

אמנם התוס' בכמה מקומות קבעו שדינא דגרמי הוי דין דרבנן. הגמרא (ב"ק ס"ב:) לומדת מכלל ופרט וכלל שאין חיוב כפל בשטרות. הקשו התוספות (ד"ה "יצאו"):

"ואם תאמר למה לי קרא למעט מכפל והא אפי' אבדו בידים לא משלם קרן למאן דלא דאין דינא דגרמי ואפי' מאן דדאין לא הוּא אלא מדרבנן כדפרישית בסוף [הפרה] (ב"ק נד. ד"ה חמור)? ויש לומר, כיון דאי איתיה לשטר בעין חייב להחזיר (משלם) סלקא דעתך דכשמחזיר [משלם] (מחזיר) הכפל עמו."²

¹ סברא זו שמביא קצות החושן, מובאת גם ב"ים של שלמה" (ב"ק פרק ו' סוף סימן ל'), בשם הרמב"ן. אבל אינה נמצאת ברמב"ן שלפנינו. אולם, היא מופיעה ברא"ש (פרק ו' סימן טז) ובחידושי הראב"ד בב"ק (מקור) כתשובה לשאלה מדוע אין מדמין מסור לפיקדון, ותשובתם היא שמסור הוא "דינא דגרמי ובדיבורא בעלמא אפסידה".

² דברי התוספות קשים להבנה. כתב ה"ברכת שמואל" (ב"ק סימן לג), שקושיית התוספות נובעת מההנחה שדין "והשיב" תלוי בדין מזיק, ובמה שאין מזיק אין דין "והשיב". תירוץ התוספות שישנם ג' ערכים בשטר:

א. ערך הנייר שבו בודאי יש כפל ערך החוב שכתוב בשטר.

ב. ערך הראיה שיש בהחזקת השטר בידי המלוה, דבר שאין למלוה בעל פה.

ג. לגבי החוב, הנזק מוגדר כדינא דגרמי, וגם לגבי הראיה, נחשב כגורם, כיון שהלווה יכול לפרוע בלא שהמלווה יזדקק לשימוש בשטר. והתירוץ של התוספות הוא שיש לנתק בין חובת ההשבה לבין חובת המזיק והיה מקום לחייב כפל על החזרת השטר. צריך לומר, שהתוספות למדו שהחזרת הכפל אינה

מתוספות נוסף נראה שסובר שחיוב גרמי מדרבנן, התוספות (ב"ק דף עא:) מביא שלושה חילוקים בין דבר הגורם לממון לבין דינא דגרמי, החילוק השלישי הוא: "ורייב"א מפרש דדינא דגרמי לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן כדמוכח בסוף הכונס.

למקור נוסף שיכול ללמד אותנו על שיטת התוספות בענין דינא דגרמי וכן על דין תקנת נגזל בדינא דגרמי, מפנה אותנו גליון הש"ס. (ב"ק נד.) הגמרא מקשה על דעת רבי יהודה, שמחייב על נזקי כלים בבור, מה יעשה עם המלה "חמור" שמופיעה בפרשיית נזקי בור וחכמים למדו ממנה לפטור נזקי כלים בבור. הגמרא נשארת בקושיא. התוספות (ד"ה חמור דבור) מנסה ליישב את קושיית הגמרא:

"הקשה הר"ר משה מפונטייז"א ואימא דחמור אתא למעט שטרות?

ואומר ר"י דלמאן דלא דאין דינא דגרמי אפי' הוא עצמו פטור. **ולמאן דדאין דינא דגרמי נמי לא מחייב אלא מדרבנן**, כדמוכח בפרק הכונס (לקמן דף סב.) דמיבעיא ליה אי עשו תקנת נגזל במסור או לא, ואי דינא דגרמי דאורייתא למה לא עשו תקנת נגזל במסור כמו נגזל."

עולה מהתוספות שדינא דגרמי דרבנן, וזו הסיבה שבעיית הגמרא הייתה במסור יותר מאשר בכל מזיק משום דהוי רק מדרבנן, ובדין דרבנן לא היה ברור לגמרא האם תיקנו גם כן תקנת הנגזל.³

אמנם קצוה"ח מעיר שאפי' לדעת הפוסקים דדינא דגרמי מדרבנן, לא מובן מה ההיגיון לחלק בינו לבין שאר הנזקים שחייב עליהם מהתורה. על כן, מוכיח קצוה"ח מכאן כשיטת ר"ת בביאור הסוגיא בבבא קמא שדנה בתקנת נגזל במסור. שיטת ר"ת נמצאת בתוספות (ב"ק סב. ד"ה "עשו"):

"ר"ת מפרש דהך בעיא כשהמסור מכחיש את הנמסר דומיא דנגזל בשבועות דגזלן **מכחישו אבל אם המוסר עצמו אינו יודע כמה ישבע נמסר כמה הפסיד ויטול**.

ולר"י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק דמבעי ליה במסור אי עשו תקנתא או לא.

באה לתת פיצוי כפול, אלא באה רק להשיב את הדבר הנגזל פעמיים ללא קשר לשאלת שוויו של השטר כפי שהדבר נחקר בעניין המזיק.

³ קושיית התוספות, שימעטו שטרות נשארת קשה לשיטת הרמב"ן, שדינא דגרמי חייב מהתורה. בספר "אמרי הצבי" (על מסכת ב"ק דף נד.) כתב לתרץ, שאולי הגמ' לא חוזרת בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל שהופיע בתחילת הסוגיא. ומה שממעט מכלל ופרט וכלל, צריך שיהיה במפורש מרובה בפסוק "כסף ישיב לבעליו". והיות ובשטרות יש לו בעלות ממשיית רק על הנייר אבל לא על השעבוד "דהוא רק לראיה בעלמא ואין גופן ממון" ממילא "כסף ישיב לבעליו" אינו מרבה את השטר כיון שלא נקרא "בעליו", ולכן אין צורך למעט שטרות.

אולי אפשר לומר תרוץ זה, אפילו אם נאמר שהגמרא חזרה בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל. בהמשך הבאנו את דברי תלמידי רבנו פרץ, שאין תקנת הנגזל בממון המזיק, ובארנו, שלגבי גרמי הסתפקה הגמרא משום דהוי כממון המזיק. אם כן, יתכן שבממון המזיק גם לא יהיה דינא דגרמי דכיון דגרמי הוי כעין ממון המזיק לא נחייבו על נזקי הבור שהוא ממון כשהם גרמי דהוי כממונו של ממון המזיק. [הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מסתפק בבהמה שהזיקה בגרמי וכנראה מסקנתו שאין מחייבין, יעויין בהערה 249 בהוצאת מכון הרב הרש"ר זצ"ל.]

כלומר, ר"ת מניח שבדאי עשו תקנת נגזל במקרה שהמסור אינו יודע, והגמרא הסתפקה רק במקרה שהמסור מכחיש את הנמסר.

תפיסת ר"ת באה לידי ביטוי בבירור בדעת ה"י"ש מי שאומר "בדברי השו"ע (סימן שפ"ח ס' ז):

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו... והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמסור **כופר** במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס... ויש מי שאומר שאם המוסר אומר: **איני יודע** כמה הפסדת ע"י, ישבע הנמסר ויטול."

בביאור הדעה הראשונה, שהיא ציטוט מדברי הרמב"ם, נחלקו המפרשים, כפי שהדברים מופיעים בש"ך (שם ס"ק לא):

"כתב הרב המגיד, ומביאו ב"י, שמדברי הרמב"ם אלו משמע שסובר כר"ת, דאם אין המוסר כופר אלא שאינו יודע כמה הפסידו נשבע הנמסר ונוטל (והוא היש מי שאומר שהביא המחבר לקמן). ואחריו נמשך מהרש"ל (פרק הבונה ס"ז צ), וכתב שכוונת הרמב"ם כר"ת.

ואין נראה לי כן, דדין זה של ר"ת דין מחודש הוא, והוא ליה להרמב"ם לכתוב ההיפך, דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל! אלא נראה, דהרמב"ם לטעמיה אזיל, דס"ל דכל מודה מקצת ועל השאר אומר איני יודע הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" אף בדבר דלא הוה ליה לידע... לכך הוכרח לכתוב כאן שהמסור כופר דאילו אומר איני יודע כמה, הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע משלם", וכשנגדו נוטל בלא שבועה. לכך, לא הוצרך לכתוב ההיפך דדין זה פשוט בלאו הכי ואינו תלוי כאן כלל, כן נראה לי ברור לדעת הרמב"ם ודו"ק."

דעת המגיד משנה שהרמב"ם סובר כר"ת. הש"ך סובר שלדעת הרמב"ם במקרה שהמסור אינו יודע נוטל הניזק בלא שבועה.

טען קצוה"ח שאם נבאר את הגמרא לפי שיטת ר"ת. שבעיית הגמ' במסור שטוען ברי, אבל בטוען שמא פשיטא שיוכל להשבע הניזק כיון שהמסור אינו יודע. והרי יש הבדל בין תקנת נגזל בגזל שנתקנה אף אם הגזלן מכחיש בברי את הנגזל לבין תקנת נגזל במזיק שנתקנה רק כשהמזיק טוען שאינו יודע כמו במבעיר אש והזיק את הטמון שהמזיק אינו יודע כמה הזיק. אם כן אין הבדל בין מסור למזיק רגיל. ספק הגמרא על פי פירוש זה הוא שיש מקום להחמיר במוסר, שמשום חומרת מעשיו אולי עשו בו תקנת הנגזל כמו בגזלן שאפי' בטוען המוסר ברי ישבע הנמסר.

תירוצו של קצוה"ח לא יהיה טוב לדעת המהרש"ל שבכל דינא דגרמי אין תקנת הנגזל ומסור חמור מדינא דגרמי אפילו כשהמסור אינו יודע. גם הנימוק שהעלה המהרש"ל לחלק בין מוסר לשאר דינא דגרמי "דהוי נירא בעלמא" שונה ממש שהבין קצוה"ח.

יש מקום להעיר על תירוץ קצוה"ח מלשון הגמרא "אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי תיבעי לך", ואם נאמר שבמוסר יש חומרה מיוחדת אולי גם למ"ד שפוטרי בגרמי יש מקום לחייב במסור, וצ"ע.

יתכן ליישב את קושיית הרמב"ן במה שונה דינם של מוסר ושל גרמי משאר נזיקין באופן נוסף. בשיטה מקובצת (ב"ק דף סב. ד"ה לר"י דמחייב, בסוף הדבור) מובאים דברי תוספות תלמידי רבינו פרץ:

"ואם תאמר ולעיל בפרק הפרה (ב"ק מו.) דאמרין דאפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שמא- המוציא מחבירו עליו הראיה. מאי שנא דלא עבדינן שם תקנת הנגזל?

ויש לומר דהתם היינו נזק ממונו ולא שייכא תקנת נגזל רק בנזקי גופו דומיא דנגזל ואשו נמי נזקי גופו הוא דאשו משום חיצוי".
תוספות תלמידי רבינו פרץ טוען שלא תיקנו תקנת נגזל בנזקי ממונו. הטור (חו"מ שח) הביא לגבי חבלה בגרמי את דברי הרמ"ה: "ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידיים".

בספר "קהילות יעקב" (ב"מ סימן לח, וב"ק סימן לא) ביאר שהרמ"ה סובר שדינא דגרמי אינו כאדם המזיק אלא הוא כממון המזיק.
יתכן על פי זה לבאר את ספק הגמרא. לפי דברי תלמידי רבנו פרץ שאין בממון המזיק תקנת הנגזל. הגמרא הסתפקה בשאלה האם דינא דגרמי הוא כאדם המזיק שתיקנו בו תקנת הנגזל או כממון המזיק שלא תיקנו בו תקנת הנגזל. אם כן מובן מהו הספק המיוחד במוסר ובכל דינא דגרמי, ובמה שונה דינא דגרמי משאר הנזקים.

סיכום

במשנה בשבועות מופיעה תקנת הנגזל בגזל ובחבלה. הגמרא בבבא קמא פסקה שיש תקנה גם בשאר נזקים, ונחלקו הפוסקים ברמת הזדון והמעשה שבהם נתקנה התקנה. הגמרא בב"ק הסתפקה במסור. דעת הש"ך שהספק הוא בכל דינא דגרמי, ודעת המהרש"ל שבשאר דינא דגרמי בודאי לא תיקנו את תקנת הנגזל.
הארכנו בבירור השוני בין גרמי לשאר נזקים, והבאנו בענין זה כמה חילוקים. המהרש"ל כתב שבגרמי – "ניירא בעלמא שרף", לכן, אין בו תקנת הנגזל. במוסר שהוא מעשה חמור הסתפקה הגמרא באופן מיוחד. יש מקום להבין סברה זו של "ניירא בעלמא", מדוע צורת הנזק משפיעה על תקנת הנגזל.
הרמב"ן כתב שאף שדינא גרמי מהתורה, גרמי הוא דיבורא בעלמא, והגמרא הסתפקה במוסר וה"ה בגרמי. גם כאן יש לשאול מהי המשמעות של צורת הנזק.
התוספות למד שדינא דגרמי מדרבנן. על כן, הגמרא הסתפקה במוסר, והוא הדין בשאר גרמי, האם יש תקנת הנגזל.
קצוה"ח למד כשיטת ר"ת שמוסר וגרמי הם כשאר נזקים ותיקנו בהם תקנת נגזל. במוסר הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת הנגזל מעבר לשאר נזקים בגלל שיש בו חומרה מיוחדת.
העלינו אפשרות נוספת, על פי השיטה שאין תקנת נגזל בממון המזיק, שהגמרא הסתפקה במהותו של דינא דגרמי, האם הוא כאדם המזיק או כממון המזיק ודינא מוסר וגרמי שווים.

תקנת נגזל בנזיקין כשמכחיש הגזלן את הנגזל

הרשב"א בחידושו (ב"ק דף סב. ד"ה עשו, הובא גם בשיטמ"ק) הביא את שיטת הראב"ד ונחלק עליה:

" כתב הראב"ד ז"ל ודוקא על הטמון (=עשו תקנת נגזל), אבל על הגלוי אי טעין האיך טענת ברי משתבע ומפטר משום דלאו גזלן גמור הוא. דאי לא תימא הכי, לימרו למילתא בגלוי ולדברי הכל וכ"ש בטמון לרבי יהודה. ולולי שאמרה הרב הייתי אומר דאפילו בגלוי... ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת נגזל בטוען הגזלן ברי הוא. ועוד דמה שאמרו בטמון ואליבא דרבי יהודה אפילו בטענת ארנקי בגדיש נשבע ונוטל... ולפיכך אפילו בטענת ברי עשו בו תקנת נגזל..."

דעת הראב"ד שלא תיקנו תקנת נגזל בנזיקין כשהמזיק טוען שהוא יודע כמה הזיק, הרשב"א חולק וסובר שתיקנו אף במקרה של טענת ברי⁴. הוכחת הראב"ד היא מכך שהגמרא דיברה דוקא בדעת רבי יהודה שמחייב בנזקי טמון שהמזיק אינו יודע מה הזיק. הרשב"א השיב שיש חידוש בדעת רבי יהודה שיכול לתבוע אפילו ארנקי בגדיש. ניתן להוסיף לדברי הרשב"א את הוכחת קצוה"ח שהבאנו בהמשך שבטענת שמא הוי מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע ומשלם. המגיד משנה (נזקי ממון פרק יד הל' יב) הביא את המחלוקת הזו והכריע כשיטת הרשב"א.

השולחן ערוך (סימן תיח ס"י ג) פסק לגבי אדם שהזיק באש :

"וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

הסמ"ע (שם ס"ק טז) כתב את הכרעת המגיד משנה :

"אם היו מחולקין בדבר הנשרף לו בגלוי שהניזק אומר כך וכך היה והמזיק

אמר ברי לי שלא היה אלא כך אפילו הכי הניזק נשבע ונוטל דעשו תקנת הנגזל

גם כן בנשרף"

והעיר הש"ך (ס"ק ז), שאמנם השולחן ערוך (סימן שפח) לגבי תקנת נגזל במזיק, כתב שטוען המזיק 'שמא', ומשמע שבטענת ברי היה נשבע ונפטר? צריך לומר שבסימן תיח מדובר שיש עדים על הדליקה, אבל בסימן שפח מדובר שאין עדים. ממילא, בטענת ברי נאמן המזיק, מכח מיגו שיכול היה לטעון שלא הזיק.

אולם הש"ך (שם) חולק ואומר :

"באמת נראה לי עיקר, דהרמב"ם והמחבר סבירא להו כה"ש אומרים"

שהביא הרב המגיד, דבאש, אם טוען המבעיר ברי – נשבע ונפטר, והדעת נותנת

כן. וכן משמע להדיא מדברי מהרש"ל (ב"ק פרק ו ס"ס לג) שכתב שם וז"ל :

"דוקא שטען המזיק שמא אבל אי טען ברי לא א"ל גבי גזלן". וכן כתב עוד

מהרש"ל להדיא (שם ס"י ל) דמסור מיירי כשטוען המוסר ברי. ואף דהא

דאמרינן עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר המבעיר, מכל מקום, לא הוי

רשע כגזלן. ודוקא מוסר ראוי לדמותו לגזלן אבל לא מזיק אפילו להכעיס."

קצוה"ח (שם ס"ק א) הקשה, הרי במשנה בשבועות לדעת רבי יהודה גם בנגזל נתקנה

התקנה דווקא במודה במקצת. אם כן, בסוגייתנו כשהגמרא אומרת שלר"י תיקנו

בטמון, בהכרח הוי דווקא במודה במקצת. ואם נאמר כדעת הש"ך שבטענת ברי אין

⁴ נראה שר"ת שהסביר שהבעיה במסור האם תיקנו תקנת נגזל במכחישו המוסר בטענת ברי, סובר כראב"ד. שהרי כתב שהספק הוא האם לדמות מוסר לנגזל שבטענת ברי יש שבועה בנגזל ולא כתב יותר בפשטות שיש שבועה בטענת ברי בנזיקין והספק הוא האם לדמות מוסר לשאר נזיקין. אם כי יש לדחות שבנגזל מפורש במשנה שיש שבועה גם בטענת ברי, שיטת ר"י בודאי כראב"ד כפי שכתב במפורש שאין תקנת נגזל כשהמזיק מכחיש את הניזק.

תקנת נגזל ורק בשמא תיקנו, אם כן, בין כה וכה, הוי מחויב שבועה שאינו יכול להישבע וצריך לשלם, אלא ודאי מדובר בטענת ברי! יתכן ליישב שהש"ך יודה אליבא דר"י שתקנת נגזל הוי בברי, וכל דבריו הם אליבא דהלכתא כרבנן, ולדעתם הוא סובר שדווקא בטענת שמא עשו תקנת נגזל.

יסודה של תקנת הנגזל

בעצם הדבר צריך להבין, לדעת הראב"ד והש"ך, מדוע צריך להיות הבדל בין תקנת נגזל דהוי אפילו בברי (סימן צ סע' א, ה) ובמזיק באשו דווקא שטוען המזיק שמא? הרמב"ם בפירוש המשנה (שבועות פרק ז משנה ג) כתב בהסבר תקנת הנגזל:

"ואמנם הטיל השבועה על הנחבל או על הנגזל קנס לחובל ולגזול כדי שלא ירבה היזק בני אדם והתגרותם"

וכך כתב הרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ד הל' א):

"קנס קנסו חכמים לגזלנין שיהיה הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן

הגזול, והוא שיהיה זה מוחזק שגזלו בשני עדים".

הלחם משנה הקשה, מה הצורך בתקנה זו, הרי בכל חשוד שכנגדו נשבע בשבועת התורה. ובנגזל מדובר שיש עדים שגזל, ואם כן, הוי שבועת מודה במקצת! ויישב, שתיקנו במקום שאין שבועת התורה, דהיינו, כשאומר הגזול 'הילך' הגזלה.

הש"ך (סימן צ ס"ק א) תירץ, על פי שיטת רב האי, דהיכא דלא משמע לאיניש איסורא, לא חשוב חשוד ואין מעבירין את השבועה לשכנגדו. רק בחשוד, שכבר חשוד מקודם בברור, עוברת השבועה לשכנגדו. המשנה, שמביאה את תקנת הנגזל מדברת רק במקרה שהגזול טוען ששלו נטל ובדין נטל. ואף על פי שעל פי דין צריך להשיב, לא נחשב כחשוד כיון דלא משמע להו לאיניש שזה נקרא גזול. לכן על פי דין אין 'שכנגדו', ורק משום תקנת נגזל חכמים עשוהו כחשוד.

נמצא שיסודה של תקנת נגזל בקנס לפושעים כדי לתקן את החברה, התקנה נועדה למנוע מאנשים אלו לחזור על מעשיהם התקנה נצרכה למקרים שבהם אין שבועת מודה במקצת עוברת לתובע או בגלל הילך או שהנתבע יכול להישבע ואינו נקרא חשוד על השבועה.

המאירי (ב"ק דף סב. ד"ה ולענין פסק, הובא גם בשטמ"ק) הביא את דברי הראב"ד, שלא תיקנו בנזקים תקנת נגזל כשטוען המזיק ברי, ולא כמו בגזול, משום שאין המזיק מוגדר כחשוד:

"כתבו חכמי הצרפתים, שלא עשו תקנת הנגזל באשו אלא כשהוא טוען

איני יודע הא אם אמר בברי חיפשתי בה ולא היה בה מה שזה טוען אין

מוציאין אלא בראיה. ואע"פ שבתקנת נגזל הגזול טוען בברי ואף על פי כן

עשו תקנת נגזל! הגזול חשוד וזה המדליק אינו חשוד...

כתבו חכמי הדורות... המדליק בשל חבירו במזיד חשוד הוא ואם הודה

במקצת משלם בכל כדין חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל...

ובמדליק בתוך שלו אין כאן חשוד אלא פושע עשו תקנת נגזל."

רואים מדברי המאירי שבחשוד תיקנו את תקנת הנגזל אף בטענת ברי ובאינו חשוד תיקנו רק בטענת שמא משום שהוא פושע וזה ההסבר בשיטת הראב"ד.

נסכם את העקרונות במחלוקת הראב"ד והרשב"א:

א. תקנת נגזל נתקנה כנגד אנשים שיש לחשוש שהם מרמים והם מוגדרים

כחשודים.

ב. במקרה של אנשים שאינם חשודים נתקנה התקנה רק בטענת שמא.
ג. הראב"ד סובר שמזיק אינו חשוד והרשב"א סובר שהמזיק הוא חשוד, או שלא חילקו בתקנה.

לפי זה יש ליישב קצת את הוכחת הראב"ד כנגד הרשב"א שהבאנו בתחילת הפרק, מדוע נקטה הגמרא את תקנת הנגזל דווקא לרבי יהודה ולא לרבנן. אפשר לומר, שלרבי יהודה הוי חידוש גדול יותר, שאף על פי שהדליק בשלו, קנסו אותו. וכל שכן לרבנן, שקנסו אותו, שהרי הדליק בשל חברו, שלדעת הרשב"א הוא מוגדר כחשוד. כמו כן, ניתן ליישב קושיית הרשב"א וקצוה"ח על הראב"ד, שטענו שהגמרא בהכרח מדברת גם בטענת ברי. הראב"ד ישיב שאם מדובר שהוא טוען ברי שלא היה כלום, היות ולא הוי מזיק חשוד, מדוע שנקנס אותו אלא צריך לומר שהוא טוען שמא. לדעת הראב"ד והש"ך שאומרים גם לגבי מזיק רגיל שתיקנו דווקא בטוען המזיק שמא, לכאורה מזיק רגיל כמו מדליק בשל חברו הוא חשוד וראוי לקנסו? צריך לומר, שהם סוברים שכל מזיק אינו בגדר חשוד. וכן כתב המהרש"ל שהובא בש"ך ש"מזיק אינו רשע כגזלן".

הסיבה לכך שמזיק שונה משאר הגזלנים נובעת מכך שהמזיק אינו נהנה מהנזק, ועל כן, לא ראו חז"ל צורך להחמיר בעונשו כמו גזלן, ולא חששו להתפשטות התופעה כמו שחששו בגזל. דעת חכמי הדורות שהביא המאירי, שמדליק בשל חברו הוי חשוד, צ"ע כמי הם סוברים.

עולה מדברים אלו, שלדעת הראב"ד כל מזיק אינו חשוד, ולכן רק בטענת שמא קנסו אותו. ולדעת הרשב"א מזיק במזיד הוא חשוד, וקנסו אותו אף בטענת ברי, ואפילו במדליק בשלו קנסו אותו, אף בטענת ברי.

על פי זה יש לשאול, מדוע במסור הגמרא מסתפקת, הרי הוא רשע? עתה ניתן להבין את דברי הרמב"ן שמוסר הוי רק דיבורא בעלמא. על פי דברי הש"ך, שתיקנו רק בדבר שנראה לאינשי עבירה, ניתן לומר, שמסירה לא נראה בעיני האנשים מעשה רשע, לכן, הסתפקה הגמרא אולי לא קנסו. כמו כן, ניתן לומר לפי זה בדעת המהרש"ל, ששריפת שטר לא נראה כמעשה רשע, משום דהוי רק שרפת נייר.

על פי הבנתנו בשיטת הראב"ד ניתן להבין דברי ראב"ד תמוהים. הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ה הל' ד) כתב בענין שבועת הנחבל:

"קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת חפץ שזה חבל בו חבל זה ונטל מה שראוי לו, והוא שיהיו שם עדים."

השיג עליו הראב"ד:

"א"א לא היה קנס אלא שאין דרך בני אדם לחבל בעצמן, על כן, האמינוהו לזה בשבועה."

יש להבין מדוע הראב"ד אינו מקבל את הסבר הרמב"ם שזהו קנס כפי שקיבל הסבר זה לגבי גזלן?

אמנם על פי שיטת הראב"ד, שהבאנו לעיל, שהמזיק אינו חשוד ואין מקום לתקן תקנת נגזל כשטוען ברי. ניתן לומר, שהיה קשה לראב"ד מדוע בנחבל תיקנו שבועה גם בטענת ברי, ואף אם זה קנס, אין ראוי לקנס במזיק עד כדי כך. לכן הוצרך להוסיף טעם חדש.

שיטת הרמב"ם במוסר באונס

הש"ך (סימן שפח ס"ק כט) הקשה על הרמב"ם, שכלל בדיון מוסר את דינו של מוסר שנשא ונתן ביד :

"קשה לי בנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא דהו בעיא דלא איפשטא, הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי. אבל בנאנס ונשא ונתן ביד **מזיק בידים** ולא גרמי הוא, ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל **דהא אנוס הוא וא"כ כיון שהוא מכחישו בברי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן נ"ל ברור**. ודברי הרמב"ם והמחבר והע"ש צלע"ג".

כלומר, הש"ך מקשה שמוסר שנשא ונתן ביד הוא כמזיק ולא ראוי לחלק בינו לבין שאר נזקים וגם לדינא כיון שהוא טוען ברי לא ראוי לחייבו בתקנת הנגזל [על פי שיטת הש"ך שלא תיקנו תקנת נגזל בברי].

ויותר קשה מדברי הרמב"ם בעצמו (חובל ומזיק פרק ח הל' ח) שכתב:

"אבל המוסר **שאנסוהו להראות או להביא ונשא ונתן ביד**, אף על פי שהוא חייב לשלם אינו רשע אלא בן תשלומין הוא בלבד **ומשביעין אותו כשאר הכשרין**".

נמצא שאינו רשע, והוי כסותר עצמו ממה שפסק בהלכה לפני כן :

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו כגון **שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ביד** ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמסר טוען כך וכך הפסידני **והמוסר כופר** במה שטענו, אם תפש הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפש ואם לא תפש אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה".

אם כן, רואים שאפילו באונס הסתפקה הגמרא האם עשו תקנת נגזל וכשתפס יש תקנה, אף על פי שאינו חשוד והיה מקום לא לקנוס אותו לפחות כשהוא טוען ברי! אולי יש ליישב, שמדינא לא שייכת תקנת הנגזל כשמוסר באונס טוען ברי, כיון שאינו חשוד. אמנם במקרה של תפיסה יש לנמסר זכות על פי הלכות תפיסה בספיקות. בקונטרס הספיקות (כלל ב אות ה) כתב, במקרה שיש ספק לפנינו ויש לנתבע חזקת מרא קמא, אם תפש התובע מכח טענת ברי, תועיל התפיסה. כעין זה נמצא גם בשולחן ערוך (סימן פז סעי' ל) במקרה שהנתבע נשבע ונפטר על פי בית דין ואחר כך התובע תפש בלא עדים, וטוען על אותה תביעה שהשני נשבע לשקר- נאמן במגו שלא תפש משלו וישבע היסת ויפטר. על פי זה, גם במקרה של נמסר שתפס ויש לו טענת ברי, תועיל התפיסה שלו להחזיק את מה שתפס בשבועה, למרות שחזקת מרא קמא הכריעה את הספק לטובת המוסר.

סיכום

תקנת נגזל היא קנס כנגד אנשים שכונתם להרע לחברה, כך עולה מדברי הרמב"ם בהגדרתו את תקנת נגזל. מאידך עולה מדברי הש"ך שמצמצם את התקנה למקרים שלא משמע לאינשי שיש איסור שפוסל אותם לעדות, ובאנשים שהם פושעים גמורים לא נתקנה תקנת נגזל.

על פי עקרונות אלו עלינו לנסות להבין את המחלוקות בגדר התקנה. ראינו שתי

מחלוקות בהגדרת המזיק שתיקנו בו תקנת נגזל. הראשונה, האם נדרש מעשה בידים ובמזיד, והשנייה האם דינא דגרמי תיקנו תקנת נגזל. ניתן להבין את המחלוקות האלו על פי העקרונות שהצבנו, שנדרשת רשעות מסוימת אך לא גדולה מדי, על כן המהרש"ל בשתי המחלוקות נוטה לקיים את התקנה רק במזיק במזיד ובידים ולא בשוגג או בגרמי ומעלה את סברת "ניירא בעלמא קלא מיניה" שגורמת להפחית מחומרתם של מעשים אלו בעיני עושיהם ועל כן אין ראוי לקונסם. הש"ך שחולק עליו סבור שאף על פי כן ראוי לקנוס גם בשוגג או בגרמי.

ראינו דעות שונות בנוגע ליחס שבין מוסר, ושאר דינא דגרמי, לשאר דיני נזיקין. חלק מדעות אלו מובן גם הוא על פי העקרונות שהזכרנו. שיטת המהרש"ל שהגמרא חשבה להחמיר במוסר ולהשוותו לנגזל, אף על פי שלשיטתו בשאר דינא דגרמי אין בכלל תקנת נגזל. וכן שיטת ר"ת, בה תמך קצוה"ח, שהגמרא רצתה להחמיר במוסר יותר מאשר בשאר נזיקין, ולתקן תקנת נגזל אף במכחישו המוסר לנמסר. שתיהן נובעות מחומרת העבירה של המוסר ועל כן ראוי לקנוס אותו יותר בחומרה.

גם את דעת הרמב"ן שבכל דינא דגרמי ומוסר בכלל, הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת נגזל משום שזהו דיבורא בעלמא. וכן את דעת התוספות שהספק הוא בכל דינא דגרמי משום שחיובו של דינא דגרמי מדרבנן. ניתן לבאר על פי העיקרון שאין לקנוס אלא במעשה שיש בו רמת רשעות מסוימת, ויתכן שבאיסורים דרבנן או שנעשים בדיבורא בעלמא לא נמצאת רשעות כזו.

ההסבר הנוסף שהעלינו, בנוי על חידושו של תלמידי רבינו פרץ, שאין בממון המזיק תקנת נגזל, והסתפקה הגמרא האם דינא דגרמי הוא ממון המזיק. גם הוא בנוי על הסברא שאין לקנוס בממון המזיק, כיון שבעליו אינו רשע שראוי לקנוס.

גם מחלוקתם של הראב"ד והרשב"א האם לתקן תקנת נגזל כשהמזיק טוען ברי, תלויה בשאלה עד כמה הפך להיות המזיק חשוד ורשע כגזלן וכפי שהדברים מפורשים במאירי. דעת הראב"ד, שבמזיק הקלו ולא קנסו אותו כשטוען ברי מכיון שאין הנאה מהנזק. הרשב"א סבר, שכדי למנוע את התפשטות התופעה החמירו במזיק כמו בגזלן, ותיקנו תקנת נגזל אף בטענת ברי. יתכן שהרשב"א גם נשען על תפיסה שאין לחלק בתקנה ובכל מקום היא צריכה להיות אחידה.⁵

נספח- הערה בענין חיוב מוסר

נחלקו הראשונים האם כשהמוסר טוען 'שמא' יש תקנת נגזל, או גם בטענת 'שמא' נסתפקה הגמרא האם תיקנו תקנת נגזל במוסר. [הבאנו את דבריהם בפרק "גרמיי"] הקשה הש"ך (סימן שפ"ק לו) מדוע במקרה שטוען המוסר 'שמא' צריך הנמסר להישבע. כיון שהמוסר אומר 'איני יודע כמה הפסדת', הוי ליה מודה במקצת וחייב שבועה, ומתוך שאינו יכול להישבע משלם, אפילו בלא שבועת הנמסר? הש"ך הביא מספר ישובים:

א. על פי שיטת תשובות מימוניות (ספר משפטים סימן א) שם נפסק, שאפילו כשהנתבע טוען חמישים ידענא וחמישים לא ידענא ואומרים 'מתוך' - "שכנגדו צריך

⁵ כפי ששמע משאלתו על הראב"ד "ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת נגזל בטוען הגזלן ברי הוא." שהיה אפשר לבאר שכוונתו להקשות מכך שהשתמשו במונח תקנת נגזל שגדריו ידועים. אפשר גם לפרש שאין זו רק הוכחה אלא גם טענה שראוי שהתקנה תהיה באותם גדרים בכל מקום.

לפחות להישבע, אבל לא יטול בלא שבועה". כמו כן, גם כאן מוטלת על התובע שבועה. ודחה הש"ך, שלרוב הפוסקים במקרה שהנתבע אינו יכול להישבע ומשלם, אין דורשים מהשני להישבע.

ב. הש"ך (סימן שפו ס"ק י) כתב בשם הרמב"ן, שבכל דינא דגרמי אין נשבעין שבועת התורה. לכן לא שייכת שבועת מודה במקצת במוסר.

ג. שיטת התוספות שחייב דינא דגרמי הוי רק מדרבנן, ולכן אין מקום לשבועה דאורייתא. תירוצו זה לא מועיל לרא"ש ולסמ"ג שסוברים שחייב גרמי מהתורה.

ד. הרשב"א בתשובה והרא"ש (ב"ק סוף פרק ו) סוברים שלא אומרים 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם' אלא כשהוא ליה למידע. כלומר שהנתבע היה אמור לדעת כמה הוא חייב, ובמוסר לא הוה ליה למידע. הש"ך בעצמו מסיק, שלדעת הרמב"ם, אמרינן "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" אפילו במקרה דלא הוה למידע, על כן תירוצו זה לא יועיל לו.

אולי יש אפשרות ליישב באופן נוסף. המרדכי (ב"ק פרק ה' סימן נה, הובא ברמ"א סימן שפח סוף סעיף ז) כתב:

"שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון

פטור, דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון."

הש"ך (ס"ק מ"ג) הביא מתשובת מהר"ם שאם יש ספק אם נפטר ממסירה ראשונה, גם השני לא ישלם, כיון שלא מוציאים ממון מספק. קצוה"ח (שם ס"ק י) הקשה מהרמב"ם (חובל ומזיק ו הל' יד):

"חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח

חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה

חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת

האחרון פטור, ואם אין ידוע כולם משלמין בשוה."

כלומר, כאשר יש ספק מי אחראי, התשלום מתחלק. אם כן, גם כאן שמסופק אם נפטר מהמסירה הראשונה, והוי ספק אם הראשון אשם או השני, צריך להיות הדין שיתחלקו בחוב שווה בשווה.

קצוה"ח רצה ליישב שאולי כאן כיון שהמסירה הראשונה הייתה ודאית והשאלה היא האם נפטר מהחוב שנבע ממנה הוי כמו "איני יודע אם פרעתיך" לכן כל החוב מוטל על הראשון ואינו יכול להיפטר בטענת ספק, וסיים בצ"ע.

הגמרא (ב"ק קיז.) מספרת על רק כהנא שהרג מוסר:

"ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה, אתא לקמיה דרב, א"ל:

לא תחוי ולא תחוי, א"ל: מחוינא ומחוינא. יתיב רב כהנא קמיה דרב,

שמטיה לקועיה מיניה."

ה"פני יהושע" (שם ד"ה יתיב) הקשה מדוע בדין "בא במחתרת" כיון שניתן להצילו בנפשו, אנו פוסקים 'קים ליה בדרכה מיניה' ופוטרים אותו מתשלומים, ובמוסר שחייב מיתה, אין אנו פוטרים מתשלום?

ואין לתרץ דלא הוי "בעידנא", שדין רודף שיש למוסר חל עליו בשעה שמוסר, וחייב התשלומין הוא דוקא כשלוקחים מהנמסר את הממון. מפני שחייב התשלומים נובע משעת המסירה, אז הוא עושה מעשה.

הפנ"י רוצה ליישב שחייב המיתה הוא דווקא קודם שעשה את מעשה המסירה אבל אחר שעשה מעשה ומסר אי אפשר להורגו ולכן חייב בתשלומין. אמנם יש מקום

להעיר על דבריו מהדין (סימן שפ"ח סעי' יא) שמותר להרוג גם לאחר מעשה במקרה והוחזק מסור ובכ"ז חייב בתשלומין.

אפשר לומר, שאכן יש באופן עקרוני יקיים ליה בדרבה מיניה' במוסר. אבל כיון שאם תמיד נלך על פי דין זה, מסור לעולם לא ישלם, החמירו חכמים וחייבוהו לשלם. חיוב זה הוא יותר מאשר כל מקרה של קלב"מ שחייב לצאת ידי שמים, ואילו כאן אפשר לכפותו לשלם.

לפי זה יוצא שגם לשיטת הראשונים שדינא דגרמי הוי חיוב דאורייתא, במקרה של מסור יסברו שזה דין דרבנן. לכן, לא יהיה דין "מתוך שאינו יכול להשבע משלם", כיון שאין חיוב דאורייתא. במקרה של ספק מי גורם למסירה יהיה כמו כל איסורא דרבנן שאמרין אם איתחזק אסורא חייב ואם לא איתחזק אסורא פטור. במקרה של המרדכי, הראשון איתחזק, והשני לא איתחזק, לכן המוציא מחברו עליו הראיה.

אמנם יש להעיר שקצוה"ח (סימן פז ס"ק לב) הביא מספר ראיות שאפילו בדין דרבנן יש חיוב שבועה דאורייתא. לדוגמא מהרמב"ם (אישות פרק טז הל' כה) שפסק שיש שבועת התורה בדיון על חיוב כתובה. אף על פי שלדעת הרמב"ם כל כתובה חיובה מדרבנן, וכן מראיות נוספות. לכן מסיק קצוה"ח שכיון שמדרבנן תקנו את חיוב הממון, ושייך לזה, אם כן, הפקר בית דין הפקר, ויש לו בה זכייה מדאורייתא. אם כן, מה הועיל קצוה"ח שתירץ שגרמי חייב מדרבנן. וכן קשה על תירוצו שמוסר לכל הדעות מדרבנן.

אפשר לומר על פי דברי הרשב"א (גיטין לו: ד"ה רבא), שחוקר האם הכלל "הפקר ביד הפקר" יכול רק להפקיע ממון מבעליו, או גם יכול להקנות ממון של אדם אחד לחבירו. הוא תולה את השאלה הזו בשני המקורות של "הפקר ביד הפקר" מהפסוקים. על פי זה, לאותה שיטה שהפקר ביד הפקר רק מפקיע ממון, ממילא, החיוב של מוסר או גרמי הוא רק מדרבנן, ולא הוי שבועה דאורייתא.

מועדים וזמנים

לא תשחט על חמץ דם זבחי

הקדמה

בעניין שחיטת הפסח על החמץ יש בתורה שני פסוקים דומים :
 שמות (כג, יח, פרשת משפטים): "לא תזבח על חמץ דם זבחי ולא ילין חלב חגי עד בוקר".
 שמות (לד, כח, פרשת כי תשא): "לא תשחט על חמץ דם זבחי ולא ילין לבוקר זבח חג הפסח".
 נשים לב כי יש הבדל בין שני הפסוקים. מה משמעותו? ומה מהות האיסור? האם איסור זה הוא דין מדיני החמץ או שמא הוא דין מדיני הקרבן? נדון בשאלות אלו.

א. פירושי רש"י והרמב"ן לפסוק בפרק כג

המשנה בפסחים (סג ע"א) אומרת :
 השוחט את הפסח על החמץ עובר בלא תעשה.
 ומבאר רש"י :

עובר בלא תעשה דלא תשחט על חמץ וגו'.
 ויש לשאול: מדוע רש"י במשנה מביא את הפסוק המאוחר מפרק לד ולא את הפסוק המוקדם מפרק כג?

נעניין בפירושי רש"י והרמב"ן לפרשת משפטים :

רש"י : "לא תזבח על חמץ וגו'" לא תשחט את הפסח ב"ד עד שתבער את החמץ.

רמב"ן : ולא תבין ממנו שירצה לדרשו על ביעור חמץ שיהיה קודם זמן שחיטה... כי ביעור חמץ בערב פסח אין בו לאו מן התורה... אבל לפי הענין שהוא כהלכה היא אזהרה לשוחט את הפסח על החמץ, וענינו שלא יהיה חמץ לאחד מבני החבורה הנמנין על הפסח בשעת השחיטה, וכך כתב רש"י בפרשת כי תשא (בפרק ל"ד).¹

נוסיף שאלה שנייה : למה יש בתורה שני פסוקים לאותו לאו?
 המשנה ממשיכה :

רבי יהודה אומר : אף התמיד. רבי שמעון אומר : הפסח בארבעה עשר, לשמו – חייב, ושלא לשמו – פטור. ושאר כל הזבחים, בין לשמן ובין שלא לשמן – פטור. ובמועד, לשמו – פטור, שלא לשמו – חייב. ושאר כל הזבחים, בין לשמן בין שלא לשמן – חייב, חוץ מן החטאת ששחטו שלא לשמה.

מפרש רש"י את דברי רבי שמעון :

הפסח ששחטו במועד בתוך הפסח... שלא לשמו אלא לשם שלמים חייב – דלהכי קאי, והוא לה שחיטה ראויה, וחייב משום "לא תשחט" בהדי לאו ד"לא יראה" ו"לא ימצא", ואיכא מלקות נמי דשחיטה.

¹ ברש"י שלפנינו בפרשת כי תשא : "לא תשחט את הפסח ועדיין חמץ קיים אזהרה לשוחט או לזורק או לאחד מבני החבורה".

נוסיף שאלה שלישית: מדוע רק לגבי מי ששוחט במועד הזכיר רש"י בל יראה ובל ימצא ולא הזכיר לאו זה במי ששוחט פסח בארבעה עשר?

ב. דברי הצ"ח

הצ"ח (פסחים שם) הקשה אף הוא כקושייתנו: רש"י בד"ה השוחט וכו', דלא תשחט על חמץ. מקרא הוא בפרשת כי תשא (שמות לד, כה) ואמנם כבר קדם לאו זה בפרשת משפטים (שם כג, יח): "לא תזבח על גו"י" והניח רש"י המוקדם והביא המאוחר... והשיב הצ"ח:

ועיינתי בפירוש המשנה להרמב"ם וזה לשונו: מה שאמר השם יתברך: "לא תשחט על חמץ דם זבחי" רוצה בו קרבן וזה פסח, עכ"ל רבינו הגדול ואם כן זהו גם כן טעמו של רש"י, דבקרא דמשפטים לא נזכר פסח כלל.

ג. כשרות קרבן פסח אף על פי שנשחט על החמץ

הרמב"ם (הלכות קרבן פסח א, ה) פוסק:

השוחט את הפסח בזמנו והיה לו כזית חמץ ברשותו לוקה, שנאמר: "לא תזבח על חמץ דם זבחי", שלא יזבח הפסח והחמץ קיים, אחד השוחט ואחד הזורק את הדם ואחד המקטיר את האימורין אם היה ברשות אחד מהם או ברשות אחד מבני חבורה שאוכלין פסח זה כזית חמץ בשעת הקרבתו – הרי זה לוקה והפסח כשר.

שני מקורות הובאו לכשרות קרבן הפסח אף על פי שנשחט על החמץ.

המשנה למלך מביא את הירושלמי (פסחים ה, ד):

תני חזקיה: "לא תשחט על חמץ דם זבחי" – התורה קראה אותו זבח.

התוספות (פסחים שם ד"ה השוחט) אומרים:

השוחט פסח על החמץ עובר בלא תעשה – אומר ריב"א דהפסח כשר, דהא לא שנה עליו הכתוב לעכב. ובתוספתא דמכילתין (פרק ד) תניא בהדיא: השוחט את הפסח על החמץ ב"ד עובר בלא תעשה והפסח עצמו כשר ויוצא בו ידי חובתו בפסח.

על דברי התוספות נשאל שאלה רביעית: הרי ישנם שני פסוקים, ומדוע לפי תוספות זה לא נחשב ששנה עליו הכתוב לעכב?

תירוץ המהרש"א לשאלה הרביעית

משיב המהרש"א (שם):

ויש לומר דבכהאי גוונא לית לן למימר דשנה הכתוב עליו לעכב אלא דשנה עליו לעבור עליו בב' לאוין, ולא אמרין דשנה עליו הכתוב לעכב אלא בכהאי גוונא דלעיל במכסת תכוסו, וכן כל הנהו דפרק קמא דזבחים, דליכא למימר בהו לטפויי לאוי, ודו"ק.

המהרש"א מתרץ שבמקרה שניתן להסביר שהפסוק השני בא להוסיף לאו – אין אומרים שנה הכתוב לעכב.

תירוץ הצל"ח לקושיא הרביעית

הצל"ח (פסחים שם) טוען שתירוץ המהרש"א דחוק, ומסביר: והנלע"ד, משום דבירושלמי קאמר על משנתנו שהפסח כשר דכתיב "זבחי", ואם כן קשה, ומי סני ליה לריב"א לימוד של הירושלמי? ונראה דקושיא חדא מתורצת בחבירתה, דיש לומר דריב"א פירש דברי הירושלמי דיליף שהפסח כשר מדכתיב "זבחי", היינו מדהוה ליה למכתב 'זבח' וכתוב "זבחי" – משמע שעדיין הוא זבחי, וכל זה לרבנן, אבל לר' שמעון הא איצטריך למכתב "זבחי" כדי לדרוש זבח זבחי, כדמסיק בסוף שמעתין דף סד ע"א [שם: מאי טעמא דרבי שמעון? דכתיב "זבחי", "זבחי" תרי זמני. קרי ביה: זבח זבחי], ואם כן לר' שמעון מנא ליה שהוא כשר?...

וצריך לומר דתרי קראי משמע ליה חד אפסח, והיינו האי ד"לא תשחט" דסמך ליה "ולא ילין לבוקר זבח חג הפסח", וחד אתמיד, והיינו האי ד"לא תזבח"... ואם כן תינח בקרא ד"לא תזבח" כתיב "זבחי" – המיוחד לי, אבל בקרא ד"לא תשחט" דקאי על פסח, למה כתיב "זבחי"? הוה ליה למכתב 'זבח', אלא למדרש שהוא עדיין זבחי שלא נפסל עבור זה, אבל לר' שמעון צריך שני פעמים "זבחי" כדי למדרש: זבח זבחי, ומנא ליה דכשר? ועל זה בא ריב"א לתרץ, אומר ריב"א דהפסח כשר, פירוש אפילו לר' שמעון דהא לא שינה עליו הכתוב לעכב, דלר' שמעון חד איירי בפסח וחד איירי בשאר זבחים, ולא הוכפל האזהרה בשום אחד מהם.

הצל"ח מתרץ שריב"א כתב שלא שנה עליו הכתוב לעכב לשיטת ר' שמעון, שכל פסוק לימד על דין אחר: אחד על שאר זבחים ואחד על פסח, וממשיך הצל"ח: ולרבנן, אף דלדידהו שנה עליו הכתוב, מכל מקום לדידהו בלאו הכי כשר, מדכתיב: "זבחי" (וכמו שמובא בירושלמי בשם חזקיה).

ד. קושית רב אושעיא מרבי אמי וביאורה

הגמרא (פסחים סג ע"ב) מביאה:

בעא מיניה רב אושעיא מרבי אמי: אין לו לשוחט, ויש לו לאחד מבני חבורה מהו? אמר ליה: מי כתיב 'לא תשחט על חמצץ'? "לא תשחט על חמצץ" כתיב, אמר ליה: אי הכי – אפילו לאחד בסוף העולם נמי! אמר ליה: אמר קרא "לא תשחט... ולא ילין", לא תשחט על חמצץ הנך דקיימי עליה משום לא ילין.

מבאר רש"י:

אפילו לאחד בסוף העולם – שאינו מבני החבורה נמי אם ישנו עמו בעזרה, יעבור השוחט הזה עליו אם התרו בו.

מקשה התורה תמימה (שמות לד הערה לז):

ומי שאינו מבני החבורה אינו עובר על "לא ילין". ולכאורה צ"ע בעיקר הקושיא איך סלקא דעתך שאם יהיה לאחד בסוף העולם חמצץ בביתו יהיה בכאן איסור לשחוט הפסח, ואין הסברא נוטה כלל לזה. ונראה דזה הרגיש רש"י וכתב, וזה לשונו: לאחד בסוף העולם שאינו מבני חבורה שישנו עמו [עם השוחט] בעזרה, יעבור השוחט הזה אם התרו בו, עכ"ל,

ולפי זה הוי הלשון "בסוף העולם" לאו דוקא, אלא רוצה לומר מי שאינו מבני החבורה וקאי בעזרה, דניכר הדבר שעובר על לאו דאורייתא.

ה. חקירה בטעם האיסור לשחוט קרבן הפסח על חמץ.

יש לחקור באיסור "לא תשחט על חמץ" מהו ה"חמץ" הבעייתי. האם זה מציאות או דין? דהיינו, הבעיה היא בעצם החמץ, הלחם, מבחינה מציאותית, או מצד שהתורה אוסרת? להלן נדון בכמה נפקא מינות אפשריות.

פסח שני

בפסח שני, שמותר שיהיה לו חמץ בבית, כי אין איסור חמץ, שמא אסור לשחוט אותו כשיש חמץ בבית. הגמרא דורשת מפסוק שמותר שיהיה לו חמץ בבית. ולמה? הרי אין לו חמץ! שכן חמץ הוא רק לחם שיש עליו איסור, וכאן אין איסור כלל, ואם כן אין לו חמץ. אם נאמר שאסור לשחוט קרבן פסח כשיש לאדם לחם עם איסור חמץ – מותר יהיה לשחוט קרבן פסח שני כשיש לי חמץ, כיוון שאין איסור להשהות חמץ בפסח שני.

י"ד לפני חצות

מובא בגמרא בפסחים (קח ע"א):

רב ששת הוה יתיב בתעניתא כל מעלי יומא דפסחא. נימא קא סבר רב ששת סמוך למנחה גדולה תנן, ומשום פסחא הוא, דילמא מימשך ואתי לאימנועי מלמעבד פיסחא הוא. וסבר לה כי הא דאמר רבי אושעיא אמר רבי אלעזר: מכשיר היה בן בתירא בפסח ששחטו שחרית בארבעה עשר לשמו, ומצפרא זמן פסחא הוא, דכולי יומא חזי לפסחא, דסבר בין הערבים - בין ערב דאתמול לערב דהאידינא. אמרי: לא! שאני רב ששת דאיסתניס הוה, דאי טעים בצפרא מידי - לאורתא לא הוה מהני ליה מיכלא.

ומקשים התוספות:

ואף על גב דרבי יהודה בן בתירא לא מכשר אלא בדיעבד אבל לכתחלה אסור משום "לא תשחט על חמץ" לא תשחט הפסח ועדיין חמץ קיים עד ו' שעות, ולא אשכחן תנא דפליג מכל מקום כיון דדיעבד כשר, סבירא ליה להחמיר שלא לאכול מן הבקר.

מדברי התוספות נראה כי האיסור הוא במציאות. שהרי החמץ לפני חצות אינו אסור בהשהיה, ואף על פי כן יהיה אסור מצד "לא תשחט".

ו. לא תשחט – דין בקרבן או בחמץ?

נפקא מינה נוספת לשאלה שבהקדמה למאמר היא אם יש הווה אמינא שהקרבן יהיה פסול.

אם האיסור לשחוט כשיש חמץ – יש הווה אמינא שהקרבן יהיה פסול. אם האיסור שיהיה לי חמץ כשאני שוחט – פשוט שהקרבן יהיה כשר.

לפי הצד השני בחקירה הראשונה שבסעיף ה', שחמץ הוא לחם שיש עליו דין של איסור חמץ, וזה כולל גם איסור שחיטה של הקרבן שיוצר את הדין, זה יהיה נכון רק לגבי קרבן פסח. אבל לגבי קרבנות אחרים, קשה לומר שזה יוצר דין של איסור חמץ. ואם כן כדי שזה יחשב חמץ, צריך שיהיה איסור אחר, וזה איסור בל יראה ובל ימצא. ולכן הביא רש"י לגבי שאר קרבנות את הפסוק בל יראה ובל ימצא. בזה נמצאה תשובה לשאלה השלישית.

יוצא שיש כאן שני דינים: דין אחד בחמץ, ודין שני בשחיטה כאשר יש חמץ. לגבי הדין של השחיטה, הרי שבפסח עצם השחיטה נותנת דין של חמץ, ובשאר קרבנות צריך לאו אחר של בל יראה ובל ימצא.

על פי זה ניישב את שאר הקושיות. שני הפסוקים הם שונים: הפסוק הראשון מדבר על החמץ, והפסוק השני על השחיטה. ולכן לא שנה הכתוב לעכב, והקרבת מותר. ורק הפסוק השני אולי ילמד האיסור על הפסח.

מצב שבו יש חמץ לאחד מבני החבורה, מתאים יותר לפסוק השני, שחייב על החמץ של האחר. לא שחייב לבער את חמצו, אלא שהשוחט צריך לדאוג שלא יהיה לו חמץ. וכיון שהמשנה דיברה גם על בני חבורה, הביא רש"י על המשנה את הפסוק של לא תשחט. ומובן גם מדוע בחומש הביא את האיסור רק בכי תשא.

התוספות לא הזכירו את הירושלמי שלמד "מזבחתי" כי לא שנה הכתוב, שכן מדובר בשני לאווים. ואולי לזה כיוון המהרש"א.

לגבי השאלה של התורה תמימה, מה ההווה אמינא שאחד בסוף העולם יפסול, מובא בשו"ת זרע אברהם (סי' ד):

במכילתא פרשת בא: "מנין אתה אומר שאם אין להם לישראל אלא פסח אחד שכולן יוצאין בו ידי חובתן? תלמוד לומר: ושחטו אותו וכו'", יעיי"ש ובמפרש בירורי המדות פירש דכמו דמצוה על הצבור להקריב את התמיד – כך מצוה עליהם להקריב את הפסח. אלא דבפסח יש גם מצות אכילה. ולכן כל אחד מחויב להקריב כדי שיקיים גם מצות אכילה. אבל אם אין להם לישראל אלא פסח אחד אז מצוה על הצבור להקריב, יעיי"ש, אף שאין זה לשונו ממש עיין שם²...

ועל פי זה יתפרש היטב דברי הגמרא פסחים (סג ע"ב) אי הכי אפילו לאחד בסוף העולם נמי. ופירש"י שאינו מבני החבורה אם ישנו עמו בעזרה יעבור השוחט הזה עליו וכו', עיין שם, ולכאורה אינו מובן, דהא אנן קיימא לן כרבי יהודה, דאף על פי שאין עמו בעזרה חייב דלא בעינן על בסמוך. ואיך הוה אמינא דאם יש לאחד בסוף העולם חמץ שיעבור השוחט? אמנם לפי הנ"ל דיש פסח צבור גם כן פשטא דקרא דקרי ליה "זבחתי" היינו המיוחד לו ומשמע לאחד בסוף העולם חמץ יעבור השוחט דקאי על פסח צבור. והוי אמינא דפסח כזה דכל [ישראל] יש להן חלק בו, על כרחך אם יש לאחד בסוף העולם חמץ – יעבור השוחט, ולזה אמר דדווקא הנך דקיימו עליה משום לא ילין, וכמו שכתבו התוספות במנחות (דף עח), דבתמיד פשיטא דלא מחייב משום אחד שבשראל ודומיא דתמיד בעינן.

ואם כן מובנת ההווה אמינא שכיוון שיש בפסח ממד של קרבן ציבור, היה ראוי שלא יהיה לאף אחד מכלל ישראל חמץ.

בזה נמצאה תשובה לשאלה הרביעית, והכול מבואר באר היטב.

² ראה שם, שעל פי זה הסבירו את ההוא אמינא של בני בתירא שפסח לא קרב בשבת, שהכוונה על פסח היחיד, שמטרתו אכילה, ולא על פסח הציבור, שבוודאי קרב בשבת.

ספירת העומר

ספירת העומר אינה מצוות הספירה היחידה בתורה. יש ספירת הזב והזבה, ויש את ספירת שבתות שנות היובל. אולם רק בספירת העומר יש לספור באמירה בפה, ואחד הטעמים לכך הוא שכל יום מוסיף הכנה והתקדשות לקראת החג שלאחר סיום הספירה – חג השבועות. ננסה לעמוד על שורשי הדברים מתוך עיון בגדרי המצווה בזמן הבית ובזמן הזה.

מחלוקת האמוראים

אומרת הגמרא (מנחות סו ע"א):

גופא, אמר אביי: מצוה למימני יומי ומצוה למימני שבועי. רבן דבי רב אשי מנו יומי ומנו שבועי. אמימר מני יומי ולא מני שבועי, אמר: זכר למקדש הוא. ופירש רש"י:

אמימר מני יומי ולא שבועי – אמר האי מניינא דהשתא לאו חובה הוא דהא ליכא עומר אלא זכר למקדש בעלמא הוא, הלכך ביומי סגי. אמימר חולק על רבן דבי רב אשי וגם על אביי. קיימות שתי אפשרויות להסביר את יסוד מחלוקתם:

א. לדעת שניהם הספירה בזמן שאין עומר במקדש איננה דאורייתא, ונחלקו כיצד ראוי ונכון לספור כאשר הספירה אינה אלא מדרבנן – זכר למקדש: רבן סוברים שיש לספור בדיוק כפי שספרו בזמן שהיה עומר קרב: יומי ושבועי, ודעת אמימר היא שהואיל והספירה היא רק זכר אז אדרבה יש להסתפק בספירת ימים בלבד.

ב. בזה עצמו נחלקו. רבן דבי רב אשי סבורים שגם כשאין עומר קרב הספירה נשארת דאורייתא ולכן יש לספור יומי ושבועי, ואמימר סבר שזה מדרבנן ותיקנו רק ספירת יומי.

מפשט לשון הגמרא משמע קצת כאפשרות א, שה"זכר למקדש" מוסכם על כולם ואינו במחלוקת.

בכל מקרה יש להבין פשר דעתו של אמימר: מדוע ספירה "זכר למקדש" משאירה את ספירת הימים ומבטלת את ספירת השבועות?

שיטת הרמב"ם

כך כתב הרמב"ם (הלכות תמידין ומוספין ז, כב):

מצות עשה לספור שבע שבתות תמימות מיום הבאת העומר, שנאמר "וספרתם לכם ממחרת השבת שבע שבתות", ומצוה למנות הימים עם השבועות שנאמר "תספרו חמשים יום", ומתחילת היום מונין לפיכך מונה בלילה מליל ששה עשר בניסן... מצווה זו על כל איש מישראל בכל מקום ובכל זמן.

מבואר אפוא בדברי הרמב"ם שגם בזמן הזה שתי הספירות – שבועי ויומי – הן מן התורה.

וכך מסביר השפת אמת (מנחות סו, א):

והנה הרמב"ם נראה דהבין דרבנן דבי רב אשי פליגי וסבירא ליה דספירה בזמן הזה דאורייתא. וקצת נראה כן מדלא אשתמיט התנא להשמיענו דמשחרב בית המקדש תקנו לספור זכר למקדש וגם בודאי היה רבן יוחנן בן זכאי המתקן דבית המקדש נחרב בימיו ויהיה טפי מתשע תקנות [שהתקין רבן יוחנן בן זכאי כדאיתא בראש השנה לא, ב. ע"ש].

לפי השפת אמת, הרמב"ם הבין כאפשרות ב בהבנת המחלוקת בין אמימר לאבבי ורבנן דבי רב אשי, שלרבנן הספירה נשאר דאורייתא גם אחרי החורבן והעדר העומר, ואילו אמימר סבר שבהעדר עומר הספירה היא רק מדרבנן, וההלכה כרבנן שהספירה היא מן התורה ולא תקנה. בע"ה נראה בהמשך מה שורשה של מחלוקת זו.

שיטת רבנו ירוחם

ידועה שיטה נוספת, המבחינה מעיקרא בין ספירת הימים לספירת השבועות, והיא שיטת רבנו ירוחם (תולדות אדם וחוה נתיב ה חלק ד):

ליל שני של פסח מברכין 'אקב"ו על ספירת העומר', ותמה הוא שהיה לו לומר על ספירת הימים, כי ספירת העומר אינו שום דבר, והוי לומר לומר על ספירה לעומר או על ספירת הימים.

ועוד למה אין מברכין ב' ברכות, אחת לימים ואחת לשבועות? שהרי ב' מצות הן, והן כתפילין של ראש ושל יד, דאמר ב' ברכות אפילו לא שח.

ועוד איך אנו סומכין היום י"ד יום שהם ב' שבועות, והיום כ"א יום שהם שלשה שבועות, והיה לנו לומר היום י"ד יום והיום ב' שבועות, אבל מה לנו לומר שהן ב' שבועות? וכי אין אנו יודעין שי"ד יום הן ב' שבועות?

ונראה לן משום דכתיב "ז' שבועות תספור לך וגו'", וכתוב נמי "מיום הביאכם את עומר וגו' ז' שבתות תמימות תהיין", נמצא שלא נכתבה ספירת שבועות כי אם גבי העומר, אבל ספירת הימים לא כתיב גבי עומר, נמצא דספירת הימים הוא מן התורה אפילו בזמן הזה וספירת בזמן דאיכא עומר השבועות, והיו מברכין זה על זה בזמן שבית המקדש קיים, והיינו דכתיב "עד ממחרת השבת הז' תספרו נ' יום", והוי ליה למכתב עד מחרת, אלא רוצה לומר ממחרת הספור ועד מחרת, רוצה לומר שלא תלה מיום הביאכם אלא ממחרת. ובזמן הזה אנו סופרים לשבועות זכר למקדש, ובדבר שהוא זכר למקדש לבד אין מברכין עליו, מדי דהוה אכריכה דליל פסח ואערבה דז' של סוכות, לכך אנו אומרים שהם כך וכך שבועות שאין זו ספירה ממש.

ואלו היינו סופרים ממש כמו שהיו עושין בזמן העומר היה נראה שהברכה חוזרת אף אספירת שבועות, ולכך אמרו במנחות "אמר אביי: מצוה למימני יומי ומצוה למימני שבועי", רוצה לומר יומי מן התורה, "ואמימר מני יומי ולא מני שבועי, אמר זכר למקדש הוא"

פירוש ספירת השבועות אינה אלא זכר למקדש ולכך לא היה מונה שבועות עם ברכת הימים אבל אין לפרש ששניהם זכר למקדש, דאם כן למה מונה מן השבועות? ודומיא דהא הוי ההיא דפרק הרואה, כי הוה מטי לערבות הוה מברך שעשה נסים במקום הזה והגומל, ואף על פי שאינו מחוייב עתה על הגמל היה מזכירו אגב הנס של ערבות.

לדעת רבנו ירוחם כבר בזמן הבית התחלקה הספירה לשתי מצוות (ואף שתי ברכות) ספירת השבועות הקשורה לעומר, וספירת הימים העומדת בפני עצמה ואינה מותנית בהקרבת העומר. ולכן בזמן שאין מקדש סופרים מן הדין רק ימים ולא שבועות. וזו כוונת אמימר "זכר למקדש", שממשיכים רק את ספירת הימים אך לא את השבועות, שהרי אין עומר ובטלה המצווה. בכך מבואר היטב הקשר בין "זכר למקדש" לבין מניין הימים ללא שבועות.

בשו"ת בית הלוי (חלק א סי' לט) דן על פי שיטות הראשונים במי שדילג ושכח לספור יום אחד:

היכא דדלג יום אחד ולא ספר בו כלל, הדין מבואר בשולחן ערוך דמכאן ואילך יספור בלא ברכה, דלא הוי תמימות ונסתפקתי דהא קיימא לן מצוה למימני יומי ומצוה למימני שבועי, ומצוה דשבועי הא הוי רק בכל יום שנשלם בו השבוע שימנה כמה שבועות הם לעומר, ואם כן אם דלג ביום שלא נשלם בו השבוע נהי דהפסיד מנין הימים, מכל מקום מנין השבועות לא הפסיד עדיין ובכל יום כשנשלם בו השבוע אפשר דיכול לברך. ומצאתי ברבינו ירוחם בנתיב ד' חלק ה' שהקשה למה אין מברכין שני ברכות כיון דהם שני מצות, וכמו בתפילין של יד ושל ראש, ותירץ דכתיב "שבעה שבועות תספר לך מיום הביאכם", ומשום הכי לא הוי מצוה מן התורה בשבועי רק בפני הבית, ובזמן הזה הוי שבועי רק זכר למקדש, אבל ימים גם בזמן הזה הוי מן התורה, ומשום הכי לא מברכין רק ברכה א' על ימים לחודא, ולדידיה דברינו הנ"ל נידחין.

אמנם להפוסקים דסבירא ליה דכל הספירה הוי בזמן הזה רק דרבנן ואפילו הכי הא מברכין, אם כן אין לחלק בין יומי לשבועי. וגם לדעת האלפסי בסוף פסחים וכן הוא דעת הרמב"ם בפרק ז' מהלכות תמידין, דמבואר בדבריהם להדיא דגם שבועי הוי מדאורייתא גם בזמן הזה ולדידהו הא יכול לברך על השבועי לחודא, דהא אפילו אם נאמר דלא כרבינו ירוחם ונאמר דהוי רק חדא מצוה וכמו שנראה דכל מוני המצות לא מנו בספירה רק מצוה אחת, מכל מקום הא מבואר בטור דאם מנה ימים בלא שבועי או שבועי בלא ימים יצא, ונדון דידן הא לא גרע מזה. ולכאורה יכול לברך, דאף על גב דלדעת רבינו ירוחם אינו יכול לברך, מכל מקום הא רוב הפוסקים חולקים עליו במה שמחלק בין שבועי ליומי בזמן הזה.

אם כן, בעוד שלשיטות הראשונים האחרות הוא נשאר בצ"ע מדוע לא ימשיך לברך מצד ספירת השבועות (שהרי את מניין השבועות לא הפסיד כל עוד לא דילג על יום ההשלמה השבועי), הרי שלשיטת רבנו ירוחם זה מובן, כי על ספירת השבועות באמת אין לברך שאינו אלא זכר למקדש.

ברכת שהחיינו בספירה הראשונה

ידועים דברי בעל המאור המובאים גם בר"ן (פסחים כח ע"א בדפי הרי"ף):

וכתוב בספר המאור שיש שואלין מה טעם אין אומרים זמן בספירת העומר, ועוד מה טעם אין אנו סופרים בלא ברכה ביום טוב שני של פסח, כדאמרין בסוכה (מז ע"ב) בשמיני ספק שביעי מיתב יתבין ברוכי לא מברכין, מפני שברכת הסוכה עומדת כנגד קדוש היום [הכי נמי ברכת העומר עומדת כנגד

קידוש היום] ונמני מימני ולא ליבריד ברוכי, ועוד מה טעם אין אנו סופרין ב' ספירות מספק כמו שאנו עושין שני יום טוב מספק.

והוא ז"ל השיב דכיון דספירת העומר אינו אלא לזכר בעלמא, דהכי אסיקנא בדוכתיה במנחות אמימר מני יומי ולא מני שבועי, אמר זכר למקדש, הוא ואנו שאנו מונין ימים ושבועות מנהג הוא בידינו אבל להטעינו זמן אין לנו.

ועוד שלא מצינו ברכת זמן אלא בדבר שיש בו שום הנאה, כגון נטילת לולב, שהיא באה לשמחה ותקיעת שופר לזכרון לאבינו שבשמים, ומקרא מגלה דחס רחמנא עלן ופרקינן, ופדיון הבן שמברך אבי הבן שהחיינו לפי שיצא מספק נפל, דכל ששהה ל' יום באדם אינו נפל, ולספירת העומר אין בו זכר לשום הנאה אלא לעגמת נפש לחורבן בית מאווינו.

מכל מקום מבואר מתירוצו על אי אמירת שהחיינו שלשיטתו, שלא כרמב"ם, הספירה בזמננו דרבנן, אולם סופרים גם יומי וגם שבועי כרבנן דרב אשי, והכול זכר למקדש. האם זה בבחינת "כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון"?

בהסבר הדבר מבאר הגר"י לא כך, אלא זוהי תקנה חדשה, זכר למקדש (חידושי הגר"י מנחות סו ע"א):

ונראה דאין זה תקנה שתקנו רבנן מצוות ספירה בזמן הזה כמו שהיה החיוב מדאורייתא בזמן המקדש, דאם כן גם יומי ושבועי בעי למימני, דגם לשבועי בעי זכר כמו ליומי, אלא דזה תקנה שיהיה זכר למקדש והוא תקנה דרבנן מיוחדת זכר למקדש, ומשום הכי תקנו רק למימני יומי ולא שבועי...

ואם נימא דספירת העומר בזמן הזה הוי מצות ספירה מדבריהם כשל תורה זכר למצות התורה, מאי תירוץ הוא דכיון שהמקדש חרב לכן אין מברכין שהחיינו, דהא עצם מצות הספירה אינה זכר למקדש אלא אותה המצוה שהיתה נוהגת מן התורה נוהגת בזמן הזה מדרבנן, אלא על כרחך דהוי מצוה מיוחדת שתקנו חכמים זכר למקדש, ולא דאותה המצוה שבמקדש שהיה מן התורה חייבו חכמים לקיימה בזמן הזה, אלא דזהו מצוה מיוחדת זכר למקדש, ועל כן אין בה שהחיינו, מכיון דזה זכר לחורבן המקדש, וכן מורה הלשון דאמר זכר למקדש הוא, דאין זה מצוה מחובת חכמים אלא דזהו מצוה חדשה משום זכר למקדש וכנ"ל.

וסמך לדברי הגר"י מצאנו בדברי התוספות (מגילה כ ע"ב ד"ה כל הלילה):

ואחר שבירך על הספירה אומר יהי רצון שיבנה וכו', מה שאין כן בתקיעת שופר ולולב, והיינו טעמא לפי שאין אלא הזכרה עתה לבנין בית המקדש, אבל לשופר ולולב יש עשיה.

ונראה שלשיטת התוספות, וכן בעל המאור והר"ן סוברים כל האמוראים שהספירה בזמן הזה דרבנן, ונחלקו אם התקנה לספור כבזמן העומר יומי ושבועי (רבנן דבי רב אשי), ואמימר הבין שתיקנו רק יומי היות שזה לזכר בעלמא.

משמעות הכפילויות בפסוקי התורה

עד כה התייחסנו לקשר בין הספירה לבין הנפת והקרבת העומר. אולם ברור שכל עניין הספירה במשמעותו הרוחנית הפנימית קשור להכנה לחג מתן תורה. לשון התורה "ממחרת השבת מיום הביאכם את עומר התנופה" נדרשה רבות. הרשב"א עומד על

עניין הכפילות, ושואל למה כתבה התורה "ממחרת השבת", והלא די היה לכתוב "מיום הביאכם" (מיוחס לרשב"א מנחות סה ע"ב):

ואם תאמר "ממחרת השבת" למה נכתב? לא לכתוב אלא מיום הביאכם העומר? הרי זה לא כתב אלא כדי שקדושת יום טוב גורמת הספירה של חמישים עד העצרת, וטעמא כי הוציאם ממצרים כדי לקבל התורה. כמו שאמר: משל למלך שאמר להשיא בתו לאחד ליום נועד, שבשביל כך מונה הימים עד יום שיעד לו.

אם כן התורה כתבה "ממחרת השבת" כדי להדגיש שזה מתחיל ממחרת היום שבו יצאו

נראה שיש להוסיף על כך על פי דברי אור החיים (ויקרא כג, טו):

ולדרך זה ידויק על נכון טעם "ממחרת השבת" ולא מיום השבת עצמו, כי כן משפט הספירה שיהיו כל הימים שלימים, ולצד שיום ט"ו בניסן שהוא יום השבת האמור כאן מקצת היום היו עדיין בארץ מצרים, לזה יצו ה' לספור ממחרת, והגם כי זה היה בפסח מצרים, כמשפט הזה יעשה באותו פרק עצמו מדי שנה בשנה, כי כמו כן יעשה בסוד ה' כידוע ליודעי חן. וכפי הפשט לזכרון העובר ביום השבת לזכרון כי ששת ימים וגו' והמשכיל יבין. ועיין מה שפרשתי בפרשת בראשית בפסוק "ויכל אלהים ביום השביעי", ובדרך רמז רמז באומרו "וספרתם" על דרך אומרם ז"ל כי נשמות עם בני ישראל הם בבחינת הלוחות, ובאמצעות תחלואי הנפש וטומאת התיעוב יתלכלכו ויחשיך אורם, ואמרו רז"ל (ויקרא רבה פרשה לב) כי הלוחות של סנפרינון היו. לזה אמר "וספרתם לכם", פירוש באמצעות מנין זה אתם מאירים כסנפרינון את עצמיכם.

והוסיף בפרשת ראה, בהתייחסו לכפילות על הציווי לספור שבעה שבועות (דברים טז, ט): "תחל לספור שבעה שבועות". צריך לדעת למה כפל לומר "תספור שבעה שבועות", ואולי כי בא לומר להם אם לא היה קמה להחל בה חרמש ובא מן העליה (מנחות פג ע"ב) אף על פי כן תחל לספור שבעה שבועות, וזה למאן דאמר (רוב פוסקים) ספירת העומר בזמן הזה מדרבנן, אבל למאן דאמר (רמב"ם) דאורייתא כפל הכתוב לזמן הזה.

נראה שעל פי האור החיים ספירת העומר מבטאת כביכול שתי ספירות. אחת להנפת העומר כפשוטו, והשנייה כהכנה למתן תורה, וזו ספירה שהייתה גם במדבר אף שלא היה עדיין עומר, ותמשיך להיות גם אחרי החורבן. כי זו הכנה למתן תורה. לשיטת הרמב"ם גם הספירה השנייה דאורייתא ונלמדת מהכפילות שבפסוק, כדברי הרשב"א, ולשאר הראשונים הספירה ללא עומר היא מדרבנן, אך יש לכך אסמכתא בכפילות של לשון הפסוק בפרשת ראה.

כיוצא בדברים האלה כתב גם השפת אמת הנ"ל (מנחות סו ע"א):

תמהני דלא מצינו כזה, דמה בכך דזכר למקדש היא, למה לא נעשה בשלימות כמו שעשו בזמן המקדש? ואפשר לפרש דבאמת בפרשת ראה כתב סתם "שבעה שבועות תספור לך ועשית חג שבועות כו'", ושם לא נזכר מעומר ושתי הלחם כלל, אם כן משמע דמצות ספירה זו היא לצורך חג השבועות בעצמו, שבאמת נקרא כן שבועות. רק בפרשת אמור גבי עומר והכבש כתב "מיום הביאכם תספרו חמישים יום".

ולכן יש לומר דהני ב' מצות: ספירת הימים מצד הקרבת העומר ושתי הלחם, וספירת השבועות לשם החג בעצמו, והשתא אמר אמימר דכל המצות שאין נוהגין בזמן הזה לא מצינו להם זכר. רק מצות שהיה נוהגין במקדש עשו זכר למקדש, ולהכי מני יומי זכר למקדש. אבל מצות ספירת שבועות לית בהו זכר למקדש. ואין להקשות לפי זה אדרבא נימא דמצות ספירת שבועות יהיה מדאורייתא גם האידנא, כיון דהם לצורך חג השבועות. זה אינו, דהא כתיב "מהחל חרמש כו'", והיא קצירת העומר, וכיון דאין לנו עומר – ליכא מן התורה ספירה כנ"ל. אחר כך הראו לי ברבינו ירוחם שמאריך בזה ע"ש (נתיב חמישי חלק ד) שאין דבריו מובנים והם קצת להיפוך ממה שכתבתי. והנלע"ד כתבתי.

כיוון זה מנוגד לרבנו ירוחם, שסבר שספירת הימים היא זו שאינה קשורה למקדש, ואילו אור החיים והשפת אמת דווקא מצביעים שספירת השבועות היא הקשורה למתן תורה גם ללא תלות בעומר.

לרמב"ם קדושת המקדש לא בטלה

ונראה לבאר את המחלוקת בין האמוראים לפי הרמב"ם בדרך שהסביר הגר"ז (מנחות סו ע"א):

והגר"ח תירץ דהלא צריך ביאור דברי הגמרא דאטו אם לא יקריבו עומר תיבטל מצות ספירת העומר, ועל כן צריך לומר דהוא משום דכיון דחרב המקדש ובטל דין ההקרבה לכך בטלה גם מצות ספירה, אבל פשיטא דלא תלוי במעשה ההקרבה בפועל, אלא דכיון דבטל דין העומר זהו מבטל גם מצות ספירה, אבל אינו תלוי במעשה אם הקריבו עומר או לא,

ולפי זה צריך לומר דהכא איירי אליבא דמאן דאמר דקדושת המקדש לא קדשה לעתיד לבוא, ומשום הכי כיון דבטל דין הקרבת העומר בטל גם מצות ספירה התלויה בה, אבל למאן דאמר דקדשה לעתיד לבוא שפיר נוהגת מצות ספירה גם בזמן הזה אף דבפועל אין מקריבין עומר אין זה מבטל את המצוה של ספירה, כיון דאפשר להקריב ולקיים דין ההקרבה, ואם כן הרמב"ם דפסק בהלכות בית הבחירה (ו, טו) דקדושת המקדש לא בטלה ויכולין להקריב בזמן הזה, אם כן מצות ספירה נמי לא בטלה מן התורה, [א"ה, עיין עוד בחדושי הגר"ח סטנסל במנחות ס"ו].

כלומר אמימר סבר שקדושת המקדש בטלה ולכן אי אפשר להקריב עומר, והספירה לא תהיה דאורייתא, אולם ההלכה היא כחולקים על אמימר וסוברים שהיות וקדושת המקדש לא בטלה, הרי שתאורטית ניתן להקריב עומר גם בהעדר בית המקדש על מכונו, וממילא הספירה מדאורייתא לא בטלה!

זמן היתר חדש בזמן שאין עומר

בהמשך הסוגיה במנחות (סח ע"א) מצינו התייחסות לזמן היתר חדש לאחר החורבן. וידועה תקנת רבן יוחנן בן זכאי שיהא יום הינף כולו אסור, אך השאלה מה היה הדין לולא התקנה ובהעדר עומר. וכך אמרו שם:

רב ושמואל דאמרי תרוייהו: בזמן שבית המקדש קיים - עומר מתיר, בזמן שאין בית המקדש קיים - האיר מזרח מתיר; מאי טעמא? תרי קראי כתיבי,

כתיב: "עד הביאכם", וכתיב: "עד עצם היום הזה", הא כיצד? כאן בזמן שבית המקדש קיים, כאן בזמן שאין בית המקדש קיים. ר' יוחנן וריש לקיש דאמרי תרוייהו: אפילו בזמן שבית המקדש קיים – האיר מזרח מתיר. והכתיב: "עד הביאכם"! למצוה. משקרב העומר – הותר חדש מיד! למצוה. העומר היה מתיר במדינה, ושתי הלחם במקדש! למצוה.

אם כן, לפחות לרב ולשמואל, בנקיטת לשון כפולה ("עד עצם היום הזה" – "עד הביאכם") רמזה התורה כיצד יש לנהוג בהיתר חדש בזמן שאין עומר, כך שגם זה מדאורייתא (כמובן, לפני תקנת רבן יוחנן בן זכאי).

נראה שדברי אור החיים הנ"ל, שיש שתי ספירות (אחת שעומדת בפני עצמה גם ללא עומר), הם המשך להבנת רב ושמואל בעניין היתר חדש, כך שגם אחרי החורבן הספירה מדאורייתא, או כהבנת הרמב"ם בדעת רבנן דבי רב אשי, או כרבנו ירוחם שזה רק על ספירת הימים ולא השבועות.

ונמצאנו למדים שכבר בתורה למדנו שתכלית הספירה הינה ההתעלות המתעצמת ומתגברת בין יום יציאת מצרים, לבין יום מתן תורה שהוא ההשלמה האמתית של ייעוד היציאה ממצרים וגאולת ישראל. הספירה בפה מביעה היטב את ההתקדשות ההולכת ומתקדמת ואת עניין התמימות שבספירה, וכפי שכתב בעל הכתב והקבלה, שהתורה לא כתבה שבע שבתות שלמות אלא תמימות, ללמד גם על שלמות באיכות, כמו צדיק תמים.

סיכום

נחלקו ראשונים: לרמב"ם הספירה בזמן הזה גם היא דאורייתא, ימים ושבועות. לרבנו ירוחם ספירת הימים דאורייתא אך השבועות מדרבנן – זכר למקדש. לתוספות, לדעת בעל המאור והר"ן כל הספירה בזמן הזה דרבנן. ולשיטתם התקנה אינה החלת הדין שהיה במקדש והשאריתו בעינו גם לאחר החורבן, אלא זו תקנה זכר למקדש (גרי"ז). ומשום כך אין מברכים שהחיינו בספירה הראשונה, ואומרים "הרחמן" כל ערב לאחר שסופרים (תוס')

הרמב"ם לשיטתו שקדושת המקדש לא בטלה לאחר חורבנו, סובר שגם בזמן הזה הספירה מדאורייתא, ואינה מותנית בהקרב העומר בפועל.

התורה מדגישה שהספירה תתחיל ממחרת יום היציאה ממצרים כדי ליצור רצף ותמימות עד ליום מתן תורה. וכפלה התורה "שבעה שבועות תספור לך מהחל חרמש בקמה תחל לספור שבעה שבועות", כדי ללמדנו שהספירה קיימת גם בהעדר עומר, כהכנה למתן תורה (אור החיים, שפת אמת). וזאת בדומה לדעת רב ושמואל, הסוברים שמהתורה הותר איסור חדש משהאיר המזרח כשאין המקדש קיים, משום הכתוב "עד עצם היום הזה" בנפרד, הנוסף ל"עד הביאכם".

הספירה בפה מביעה את ההתעלות ההולכת ומתגברת מיציאת מצרים ועד מתן תורה – שהוא הייעוד והתכלית של ישראל.

וידוי הכהן הגדול וסמיכתו על הפר

א. סדר העבודה

המשנה (יומא ג, ח) אומרת:

בא לו אצל פרו, ופרו היה עומד בין האולם ולמזבח, ראשו לדרום ופניו למערב, והכהן עומד במזרח ופניו למערב. וסמך שתי ידיו עליו והתוודה. וכך היה אומר: אנא השם! עוויתי, פשעתי, חטאתי לפניך, אני וביתי. זו הפעם הראשונה שהכהן הגדול בא אל פרו ומתוודה. לאחר מכן הוא הולך למזרח העזרה להגרלת שני השעירים, ואז חוזר ומתוודה על פרו. כך נאמר בהמשך המשנה (שם ד, ב):

בא לו אצל פרו שניה, וסומך שתי ידיו עליו ומתוודה. וכך היה אומר: אנא השם! עוויתי פשעתי חטאתי לפניך, אני וביתי, ובני אהרן עם קדושך. לאחר הוידוי השני הכהן הגדול שוחט את פרו. הגמרא על אתר שואלת (מג ע"ב):

בא לו אצל פרו שניה. מאי שנא בוידוי ראשון דלא אמר "ובני אהרן עם קדושך" ומאי שנא בוידוי שני דאמר "ובני אהרן עם קדושך"? תנא דבי רבי ישמעאל: כך היא מדת הדין נותנת, מוטב יבא זכאי ויכפר על החייב, ואל יבא חייב ויכפר על החייב.

ואמנם מעגל הכפרה מתרחב בהמשך, וכששעיר המשתלח יצא לדרכו הכהן הגדול יתוודה עליו על כל בית ישראל (יומא ו, ב).

ב. השאלות

יש לברר כמה דברים:

א. מה היחס בין הסמיכה לוידוי? ניתן לומר שהוידוי הוא המצווה, אלא שהזמן המתאים לוידוי נקבע לשעת הסמיכה. וניתן לומר להפך, שעיקר המצווה היא הסמיכה כאשר חלק מתהליך הסמיכה מחייב אמירת וידוי על הקורבן. אפשרות שלישית היא לומר שיש כאן שני חלקים עצמאיים. כחלק משאלה זו יש לברר מדוע יש בעצם צורך לחזור ולסמוך על הפר בשנית כאשר הכהן מתוודה בפעם השנייה.

המקדש דוד (קדשים סי' כד אות ב) עוסק בשאלת הסמיכה, וזה לשונו:

והנה יש לעיין סמיכה זו מה טיבה?

ואין לומר שהיא בכלל הוידוי, דוידוי הוא על ידי סמיכה; דהא בזבחים (מ ע"א) מצרכין קרא דפר יום הכפורים טעון סמיכה... ובתורת כהנים ויקרא (דבורא דחובה פרשתא ג פיסקא ד) מפקינן מדכתיב "וסמך ידו על ראש הפר" לרבות פר יום הכפורים לסמיכה, ואם זהו בכלל הוידוי אם כן למה לי קרא, הא וידוי בהדיא כתיב בפר יום הכפורים? ומוכח דאפשר לוידוי בלא סמיכה. מדבריו עולה כי ברור כי לסמיכה יש מעמד עצמאי, כך שייתכן לומר עדיין שהוידוי הוא בעל מעמד משלו או שהוא חלק מן הסמיכה, וכדלעיל. הוא ממשיך ומקשה מדוע אפוא יש צורך בסמיכה כפולה ולא יהא טעון סמיכה אחת כשאר קרבנות? ומה גם שהסמיכה הראשונה איננה תכף לשחיטה!

ב. שאלה שנייה שואל התוספות ישנים (מג ע"ב ד"ה בא לו) :
 ואם תאמר : למה צריך לומר כאן "אני וביתי", כיון שאמרו בוידוי קמא? וכי
 תימא כיון שבא בשביל הכהנים יש לכלול עצמו עמהם, והא לקמן (סו ע"א)
 גבי שעיר המשתלח איכא מאן דאמר שמכפר על הכהנים ואפילו הכי אינו
 מזכיר בוידוי עליו אלא ישראל! ושמא כיוון שנתוודה כבר על פר זה עוונותיו,
 מזכיר עצמו פעם שנית עליו כיון שלא נשחט הפר ולא נגמרה כפרתו עדיין ;
 אבל בשעיר המשתלח אין להזכיר כהנים, כיוון שנשחט כבר הפר שנתוודה
 עליו, ואם מכפר זה עוד עליהם מאי שנא מכל שעירי חטאות שבכל שנה?
 שאלת התוספות ישנים היא מדוע יש צורך להתוודות על עצמו פעם נוספת כחלק מן
 הווידוי השני, שנעשה על עוונות אחיו הכהנים. אם כן לא רק פעולת הסמיכה נעשית
 פעמיים, אלא שגם חלק מן הווידוי נעשה פעמיים!¹
 ג. הרמב"ם (הלכות מעשה הקרבנות ג, יג-יד) כותב :
 וצריך הסומך לסמוך בכל כוחו² בשתי ידיו על ראש הבהמה שנאמר : "על ראש
 העולה" – לא על הצוואר ולא על הצדדין. ולא יהיה דבר חוצץ בין ידיו ובין
 הבהמה.
 וכיצד סומך? ...ומניח שתי ידיו בין שתי קרניו ומתוודה על חטאת עוון חטאת,
 ועל אשם עוון אשם, ועל העולה מתוודה עוון עשה ועוון לא תעשה שנית
 לעשה.
 ויש לשאול, אם הוא סומך בכל כוחו בהכרח שאינו עומד, ואם כן איך הוא מתוודה?
 ד. המנחת חינוך (מצווה שסד אות ח) מעיר, שהרי משה התוודה בשביל כלל ישראל
 בחטא העגל, ואם כן מוכח שניתן לעשות שליח בוידוי. אמנם בוודאי שתשובה בלב,
 דהיינו חרטה, רק האדם בעצמו יכול לעשות ואי אפשר לעשותה על ידי אחרים, אבל
 וידוי לכאורה אפשר לעשות בשביל אחרים. ומקשה על שיטת המהרי"ט (חלק א סי'
 קכז) שאי אפשר להקדיש על ידי שליח משום דהווי מילי, ומילי לא מימסרי לשליח,
 והרי כאן אנו רואים שיכול לעשות שליח על מילי? המנחת חינוך מביא את ספר סדר
 משנה³ שכותב לעניין פירוט החטא שלמדים מווידוי של משה רבנו בחטא העגל כי
 משה היה עומד במקום כלל ישראל (ואם כן מוכח שאפשר לעשות שליח לוידוי).
 ואם כן עלינו לשאול איך וידוי הכהן הגדול עובד בשביל אחרים – אחיו הכהנים?
 ה. המקדש דוד מביא בהמשך דבריו שם את הירושלמי המסתפק בשאלה :
 בירושלמי יומא (ו, ב) איבעי לן : נתוודה על הפר ושחטו, ונשפך הדם. ואת אמר
 צריך להביא פר אחר – צריך להתוודות עליו פעם שניה או כבר יצא בוידוי של
 ראשון ע"ש.
 לא ברור בלשון הירושלמי מה הספק שלו ואיך הבין את עניין הווידוי.

¹ הערת העורך : יש לציין כי הגמרא עצמה ביומא (סו ע"א) מעירה שבוידוי שעל השעיר המשתלח
 לא הוזכרו "בני אהרון עם קדושך" : "מאן תנא? אמר רבי ירמיה : דלא כרבי יהודה, דאי כרבי יהודה
 הא אמר יש להם כפרה בשעיר המשתלח. אבבי אמר : אפילו תימא רבי יהודה, אטו כהנים לאו בכלל
 עמך ישראל נינהו?". לפי רבי ירמיה אכן לשיטת רבי יהודה צריך להזכיר את הכהנים בוידוי הכללי
 של עם ישראל. ואם כן שאלת התוספות ישנים היא רק לשיטת אבבי. ועיין בשיעורי הגרי"ד, קונטרס
 עבודת יום הכפורים (מוסד הרב קוק,), עמ' פט-צ.

² מקורו הוא בזבחים לג ע"א.

³ לרבי בנימין זאב וולף מבוסקוביץ, בנו של בעל 'מחצית השקל'.

ג. היחס שבין הווידוי לקרבן

הרמב"ם פותח את הלכות תשובה (א, א) כך:

כל מצוות שבתורה בין עשה בין לא תעשה, אם עבר אדם על אחת מהן בין בזדון בין בשגגה, כשיעשה תשובה וישוב מחטאו חייב להתוודות לפני האל ברוך הוא, שנאמר: "איש או אשה כי יעשו וגו' והתוודו את חטאתם אשר עשו", זה וידוי דברים.

וידוי זה מצוות עשה. כיצד מתוודין? אומר: אנא השם חטאתי עויתי פשעתי לפניך ועשיתי כך וכך והרי נחמתי ובושתי במעשי ולעולם איני חוזר לדבר זה, וזהו עיקרו של וידוי. וכל המרבה להתוודות ומאריך בעניין זה הרי זה משובח. וכן בעלי חטאות ואשמות בעת שמביאין קרבנותיהן על שגגתן או על זדונן אין מתכפר להן בקרבנם עד שיעשו תשובה ויתוודו וידוי דברים, שנאמר: "והתודה אשר חטא עליה"...

ואם כן הווידוי הוא התשובה, ומאחר שאין קרבן ללא תשובה לכן גם אין קרבן בלא וידוי.

כאשר הרמב"ם מתייחס להלכות סמיכה, בדבריו בהלכות מעשה הקרבנות (ג, יד-טו), שחלקם כבר הובאו לעיל, כתב:

ומתוודה על חטאת עוון חטאת ועל אשם עוון אשם, ועל העולה מתודה עוון עשה ועוון לא תעשה שניתק לעשה.

כיצד מתודה? אומר: חטאתי עויתי פשעתי ועשיתי כך וכך וחזרתי בתשובה לפניך וזו כפרתי. היה הקרבן שלמים סומך בכל מקום שירצה מן העזרה במקום שחיטה. ויראה לי שאינו מתוודה על השלמים, אבל אומר דברי שבח.

הרמב"ם חוזר בהלכות הקרבנות על דבריו בהלכות תשובה בעניין הווידוי והקרבן, אלא שהוא מוסיף את המילים "וחזרתי בתשובה", ולא מובן למה הוסיף דבר זה. בנוסף יש לשאול מה מקורו של הרמב"ם שבשלמים צריך לומר דברי שבח?

ד. שני סוגי וידוי

נראה שהרמב"ם חילק את דבריו בעניין הווידוי להלכות תשובה ולהלכות מעשה הקרבנות כדי לקבוע יסוד חשוב מאוד. לוידוי יש שתי מטרות: יש וידוי שהוא חלק מתשובה, ויש וידוי שהוא חלק מהקרבן, ומגדיר מהו הקרבן: אם הקרבן בא על חטא – צריך לומר בפירוש לאיזה סוג קרבן וחטא הוא מתייחס. לכן הפריד הרמב"ם את הווידוי לשני מושגים שונים: וידוי כחלק מהתשובה, המופיע בריש הלכות תשובה. וידוי שהוא חלק מהלכות הקרבן, המופיע בהלכות סמיכה כחלק מהלכות הקרבן. ולכן אם אינו מתוודה, כגון בשלמים, מוסיף הרמב"ם מעצמו שאומר דברי שבח, כחלק מהגדרת הקרבן.

המקדש דוד הולך בדרך זו גם ביחס לסמיכה, והוא מחלק אף אותה לשני סוגים: חלק מן התשובה וחלק מן הקרבן. לדבריו, הירושלמי הסתפק אם לוידוי יש משמעות בפני עצמה, כחלק מהליך הכפרה, ואז אם נתוודה ונשפך הדם לא יצטרך להתוודות שוב על הפר השני, כיוון שהליך הכפרה כבר נעשה, או שלא. והוא ממשיך ואומר:

ולפי זה נראה דאם כבר נתן ממנו בין הבדים ואחר כך נשפך הדם, דאין צריך להתוודות על השני, דאין הדין דפר יום הכפורים טעון וידוי ומסדר עבודותיו של הפר הוא, רק יש מצות וידוי על הפר וכיון שנתוודה ונתן ממנו מתנות

בפנים, כיון שהועילו המתנות ובפר השני צריך להתחיל מן הפרוכת, אם כן הפר הראשון הוא פר של יום הכפורים וקיים מצות הוידוי. מיהו בסמיכה יש לדון, כיון דפר יום הכפורים צריך סמיכה כשאר קרבנות, דמרבינן לפר יום הכפורים לסמיכה, וסמיכה היא מסדר עבודת הקרבן, אם כן הפר השני, כיון שהוא גם כן פר יום הכפורים אם כן טעון סמיכה. מדבריו נראה שגם הוא הבין שיש חלוקה לשני המושגים של וידוי, בדומה לדברינו.

ה. נישוב הקושיות

עתה ניישב את השאלות ששאלנו :

לפי דברינו, שיש שני מושגים של וידוי, מובן למה מתוודה פעמיים : בפעם הראשונה משום תשובה ; ובפעם השנייה כחלק מעבודת הקרבן, ושם אכן השחיטה צריכה להיות סמוכה לוידוי השייך לקרבן. לכן הרמב"ם גם אומר שבוידוי זה על הקרבן מוסיף ואומר "חזרתי בתשובה", שכן וידוי זה על הקרבן הוא ארוך יותר מהוידוי על התשובה. ובכך מתורצת גם קושיית התוספות ישנים, שהרי הכהן מתוודה על עוונותיו מדין תשובה, וצריך לחזור ולהתוודות מדין הקרבן.

גם מה ששאלנו כיצד ניתן למנות שליחות על מילי, יש לומר שיכול להתוודות כי זה וידוי שהוא דין בקרבן ולא פעולה חיצונית, שאז היה שייך לשאול איך נהיה שליח לאחרים.

לגבי הוידוי בסמיכה שצריך להיות בעמידה – נראה שבסמיכה הראשונה אינו צריך לסמוך בכל כוחו, כי שם זה קשור לוידוי הראשון, שהוא מדין תשובה, וצריך להיות בעמידה. ורק בסמיכה השנייה, שהיא מדין הקרבן, צריך לסמוך בכל כוחו. ואמנם הרמב"ם הביא דבריו אלו רק בהלכות מעשה הקרבנות.

ומכאן ליחס שבין וידוי לסמיכה : ישנם שני סוגי סמיכה ושני סוגים של וידוי : יש וידוי של תשובה, והוא מצריך סמיכה בעמידה ולא בכל כוחו, ואילו וידוי שמגדיר את הקרבן הוא מדין הקרבן וטעון סמיכה בכל כוחו, כדברי הרמב"ם.

לגבי ספק הירושלמי, יש להסביר שהירושלמי הסתפק אך רק לגבי הוידוי השני – האם הוא חלק מהקרבן וצריך לחזור עליו או שגם הוא מדין תשובה. אבל הוידוי הראשון בודאי עוסק בתשובה, ורק בוידוי השני יש להסתפק מכוח מה הוא.

סיכה - ביוה"כ, בתשעה באב ובאבל המאמר הופיע לראשונה באסופה התורנית: "הר המלך"

עוברות ומניקות מתענות ומשלימות בתשעה באב, ואסור ברחיצה בין בחמין בין בצונן ואפי' להושיט אצבעו במים, ואסור בסיכה של תענוג ובנעילת הסנדל ובתשמיש המטה ביום הכפורים (הלכות תענית פ"ה ה"י)

ובהלכות שביתת עשור פ"ג ה"ט איתא: "אסור לסוך מקצת גופו ככל גופו בין סיכה של תענוג בין סכה שאינה של תענוג, ואם היה חולה אע"פ שאין בו סכנה או שיש לו חטטין בראשו סך כדרכו ואינו חושש".

בנוגע להלכה של הרמב"ם בהל' תעניות דאסורה סיכה של תענוג בלבד מבאר המגיד משנה "ופי' רבנו בסיכה של תענוג ודבר ברור הוא דלא עדיף מיוה"כ" וכבר העיר הלח"מ שאם דין תשעה באב בזה כיוה"כ הרי צריך לאסור אפי' סיכה שאינה של תענוג כפי שאנחנו מוצאים בהל' שביתת עשור.

הלח"מ עצמו מבאר שלרמב"ם נראה להשוות ט' באב לאבל ולגבי אבל איתא במס' תענית דף יג: "והלכתא אבל אסור ברחיצה וכו' אבל לסוך אפי' כל שהוא אסור ואם להעביר את הזוהמא מותר" וא"כ רואים שלהעביר את הזוהמא שזוהי סיכה שאינה של תענוג מותרת באהל ולכן פסק כך גם לגבי תשעה באב.

בפסחים דף נד: הגמ' מביאה את ר' אלעזר "אסור לו לאדם שיושיט אצבעו במים בט"ב כדרך שאסור להושיט אצבעו ביוה"כ" ומסייעת לו הגמ' מברייתא דקתני אין בין תשעה באב ליוה"כ אלא שזה ספקו מותר וזה ספקו אסור. עיין בחדושי מרן רי"ז הלוי הלכות תעניות שלמד מכאן דבט"ב נאמרו שני דינים יש בו דין תענית ונוהגים בו גם דיני אבלות, וא"כ מדין תענית מדוע לא אוסר הרמב"ם בתשעה באב סיכה שאינה של תענוג כיוה"כ. ובמיוחד קשה שהרמב"ם עצמו מדגיש בפ"ה ה"ו "כיום הכפורים"? מקורו של הרמב"ם כנראה בירושלמי מעשר שני פ"ב ה"א.

"כהדא דתני בשבת בין סיכה שהיא של תענוג בין סיכה שאינה של תענוג מותר. ביוה"כ בין סיכה שהיא של תענוג בין סיכה שאינה של תענוג אסור. בתשעה באב ובתענית צבור בסיכה שהיא של תענוג אסור ושאנינה של תענוג מותר". וצ"ע מדוע חילק הירושלמי בין תשעה באב ליוה"כ?

בשו"ע או"ח ה' יוה"כ סימן תרי"ד סעיף א' "אסור לסוך אפי' מקצת גופו ואפי' אינו אלא להעביר הזוהמא וכו'" ובסימן תרי"ג סעי' א' "אסור לרחוץ ביום הכפורים בין חמין בין צונן וכו' ואם היו ידיו או רגליו או שאר גופו מלוכלכים בטיט וכו' מותר לרחצם שלא אסרו אלא רחיצה של תענוג".

המנ"א בסימן תרי"ד סק"א הבין שאין חילוק בין טיט לזוהמא [עיין בגבורת ארי תענית דף יג: שנתן לחלק ביניהם] ולכן הקשה מה בין סיכה לרחיצה? [עיין בט"ז תרי"ג ס"ק א' דמשמע באמת שאין חלוק ביניהם שה"ה ברחיצה אסור לרחוץ כדי להוריד הזוהמא]

שאלה זו יש להקשות גם בדברי הרמב"ם. בפ"ג ה"ב פסק "מי שהיה מלוכלך בצואה או טיט רוחץ מקום הטנופת כדרכו ואינו חושש"... ובאר רבנו מנחם שלא אסרו חכמים

רחיצה אלא דרך תענוג. ולענין סיכה מצאנו שהרמב"ם אינו מחלק בין סיכה לשם תענוג או שלא לשם תענוג.

ומישב המג"א: "דסיכה הוי תענוג טפי. וכן ישב הגבורת ארי: "י"ל הא דשרי להעביר הלכלוך אפי' ביוה"כ הני מילי רחיצה שאינה תענוג כמו סיכה אבל סיכה דתענוג יותר לא". קשה קצת להבין דבריהם אם באמת עשה הסיכה שלא לשם תענוג מאי נפ"מ שהסיכה היא תענוג טפי.
לסכום צריך לברר ג' ענינים:

א. מדוע סיכה של תשעה באב אסורה רק דרך תענוג הרי נתנו לתשעה באב דיני תענית יוה"כ.

ב. מה ההבדל בין סיכה של אבל דמותרת שלא לשם תענוג לבין סיכה של יוה"כ.

ג. מה הסברא לחלק בין אסור רחיצה ביוה"כ לאסור סיכה, דאסור סיכה אסור בכל גוונא ורחיצה מותרת להעביר את הזוהמא.

כדי לבאר ענינים אלו יש להקדים מספר הנחות: ברי"ף חולין פרק גיד הנשה (דף לב מדפי הרי"ף) איתא: "בת תוהא [נקב שנוקבים במגופת החבית ומניחין פיהן ע"פ הנקב ושואפין ריחו של יין כדי לדעת טיבו. ר"ן] עכו"ם לישראל שפיר דמי. ישראל לעכו"ם אביי אמר אסור ורבא אמר מותר אביי אמר אסור ריהא מילתא היא ורבא אמר מותר ריחא לאו מילתא היא".

והר"ן באר דאביי אוסר לא משום ההנאה שיש מהריח כיון שהישראלי המריח אינו מחכוין להנאה וקיי"ל כר' שמעון דבר שאינו מתכוין מותר ובהנאה אפי' דהוי פסיק רישיה אינו מחויב כשאינו מתכוין כמו שמצינו מוכרי כסות מוכרין כדרך ובלבד שלא יכוונו בחמה מפני החמה וכו' ושם בודאי ישנה הנאה אלא בהנאה כשאינו מתכוין להנות לא חשיב הנאה. אלא טעמו של אביי כששואף הריח לקרבו "כאילו שתה ממנו דריחא מילתא וכאכילה חשיבא" ובאכילה בפסיק רישיה אפי' שאינו מתכוין כלל אסור.

מדברי הר"ן למדנו שיש לחלק בין אכילה להנאה. דבהנאה שאינו מתכוין להנות אינה הנאה אפי' שבודאי תבוא לו הנאה. מה שא"כ באכילה אם בפועל יאכל חייב אע"פ שלא יתכוון לזה [עיי' בקובץ שעורים ח"ב טעם לחלוק זה]

הגמ' כמסכת יומא דף עו: מביאה שני מקורות לאסור סיכה ביוה"כ:

א. בדניאל פרק י' נאמר, "לחם חמודות לא אכלתי וכו' וסוך לא סכתי" וע"ז אמר הקב"ה "ויאמר אלי אל תירא דניאל כי מן היום הראשון אשר נתת את לבך להבין ולהתענות לפני ה' אלקיך וכו'" וכיון שהקב"ה קורא לזה ענוי ש"מ שסיכה זה תענוג ונאסר ביוה"כ החייב בענוי.

ב. "מנין לסיכה שהיא כשתיה ביום הכפורים? אע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר שנאמר: "ותבא כמים בקרבו וכשמן בעצמותיו" (תהלים קט) סיכת שמן נספגת בגוף והוי כשתיה ואכילה ביוה"כ. יוצא שיש לאסור סיכה ביוה"כ מטעם התענוג וההנאה כרחיצה, ומטעם הספיגה כאכילה ושתיה.

בתוס' ביומא ד"ה "מנין לסיכה שהיא כשתיה" באמת הקשו מדוע צריך לשני מקורות אלו ותוס' ישבו אם לא היה רק המקור שבדניאל עדיין לא היינו לומדים אסור סיכה ליוה"כ כיון שישנם שם ענויים נוספים וא"כ היינו לומדים אולי ענוי אחר ולא סיכה. ואלו נכתב רק הפסוק בתהילים מטעם סיכה כשתיה היינו אוסרים סיכה אפי' שאינה של תענוג קמ"ל הפסוק דדניאל דדוקא לשם תענוג.

ע"פ הר"ן דלעיל נוכל להבין מדוע אם האסור מטעם סיכה כשתיה אפי' שאינו מתכוין לשם תענוג אסור ואלו אם אסור הסיכה הוא מהפס' בדניאל מותר אם אינו לשם תענוג אע"פ שבפועל הוא תענוג, דבאכילה חייב אפי' באינו מתכוין כשהוא פסיק רשיה. אבל אם לא היה המקור דהוי כאכילה אלא רק מצד ההנאה והתענוג אם אינו מתכוין לא חשיב תענוג.

ובזה נוכל לבאר הענינים שבראש דברינו: הסיבה לחלק בין רחיצה לסיכה ביוה"כ דרחיצה אסורה רק משום התענוג ובמקרה שאינו מתכוין לשם תענוג אע"פ שבפועל מתענג לא חשיב תענוג. אבל בסיכה ביוה"כ שאסורה גם מכח הדין של סיכה כשתיה, ובאכילה מצאנו בר"ן אפי' כשאנו מתכוין חייב כיון שבפועל אכל.

בנוגע לשאלה ב: אסור סיכה באבל יש לומר דהוי רק מטעם הפסוק בדניאל ולא מצד הדין שבתהילים דהוי סיכה כשתיה כיון שאין באבל אסור אכילה ושתיה. והיות ואסור סיכה באבל הוי רק משום התענוג הוי כמו רחיצה ואם מתכוין להעביר הזוהמא לא חשיב תענוג.

אולם כעת מתחזקת שאלה ראשונה במה שונה תשעה באב מיוה"כ כיון שבתשעה באב נתנו חכמים דין אסור אכילה ושתיה כיוה"כ וא"כ נתן לאסור הסיכה בתשעה באב גם מטעם הפס' בדניאל וגם מצד המקור בתהילים?

עוד יש להקשות לדעת הרמב"ם שביוה"כ יש אסור סיכה אפי' שאינה לשם תענוג חוזרת קושית התוס' ביומא עו: מדוע צריכים אנו לשני המקורות לאסור סיכה וא"א לישיב כתוס' שהפס' בדניאל בא לצמצם את האסור רק לסיכה של תענוג?

בדין סיכה כשתיה ישנה מחלוקת בירושלמי מעשר שני פרק ב' ה"א אי הוי מדאורייתא או מדרבנן.

וזה לשון הירושלמי: "אית דבעי משמע מן הדא לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך ותירושך ויצהרך תירושך זה היין ויצהרך זו סיכה והתורה קראה אותה אכילה, ואינו מחוור אין תימר מחוור הוא ילקה עליו חוץ לחומה". (עיין המשך הירושלמי ונו"כ) יוצא שמי שמפרש ויצהרך זו סיכה סובר שסיכה כשתיה מדאורייתא. ומסקנת הירושלמי דאינו מחוור אלא סיכה כשתיה מדרבנן.

נראה דגם דעת הרמב"ם דסיכה כשתיה הוי רק מדרבנן ביבמות דף עד. "אמר ר"ל א"ר סמיה מנין למעשר שני שנטמא שמותר לסוכו שנאמר ולא נתתי ממנו למת למת הוא דלא נתתי הא לחי דומיא דמת נתתי איזה דבר ששונה בחיים ובמתים הוי אומר זו סיכה" והקשה במנ"ח מצוה תרט: "והנה לא ראיתי בר"מ שמביא ד"ץ דרשב"ל נראה דדחה מימרא זו וכו' האיד נוכל לדחות זה וצ"ע". ברש"י ביבמות באר דינו של ר' סמיה אע"פ דקיימא לן סיכה כשתיה וא"כ לכאורא שתה בטומאה בכ"ז התירה תורה. לפרש"י יוצא שר' סמיה סובר שסיכה כשתיה מדאורייתא ואם נאמר שהרמב"ם פסק כמסקנת הירושלמי דסיכה כשתיה מדרבנן מובן מדוע השמיט הרמב"ם דין זה.

כמו"כ יש להוכיח מהרמב"ם פרוש המשניות פ"ב מעשר שני משנה א': "התורה אמרה שיהיה מעשר שני לאכול שנא' ונתתה הכסף וכו' אבל שיהיה מותר לסוך בו הוא דבר נסמך לאמרו ית' במעשר ולא נתתי ממנו למת וכו'" ולכאורא הרמב"ם יכל לומר שהיתר סיכה הוא מצד דסיכה כשתיה. אמנם בירושלמי מעשר שני ג"כ הביא את פסוקו של הרמב"ם להיתר סיכה אלא שהירושלמי משמע דהוי לשיטתו דסיכה

כשתיה לא הוי מדאורייתא. ואם הרמב"ם גם למד מפס' זה ש"מ דדעתו דסיכה כשתיה רק מדרבנן.

עיי' ברמב"ם פרק א' שביתת עשור ה"ה ובכס"מ שם דלדעת הרמב"ם גם רחיצה וסיכה הוי מדאורייתא "שבת שבתון שבת לענין אכילה ושבתון לכל יתר הענויים", ולפי"ז מובן מדוע הגמ' לא יכלה להסתפק בפסוק שבתהילים מדין סיכה כשתיה משום דהוי רק דין דרבנן, אלא הוכיחה מדניאל דהוי ענוי וממילא כלול בשבתון המרבה יתר הענויים. אבל מכיון שזה אסור רק מצד ההנאה והתענוג ממילא אם לא מתכוין לשם תענוג מותר מדאורייתא וע"כ הוסיפה גמ' גם את הפסוק שבתהילים לאסור גם שלא לשם תענוג ביוה"כ מצד סיכה כשתיה אלא שזה יהיה רק אסור דרבנן, עפי"ז נוכל לבאר אולי בכונת המגיד משנה "ופי' רבינו בסיכה של תענוג ודבר ברור הוא דלא עדיף מיום הכפורים" שכונתו דלא עדיף מדיני דאורייתא שיש ביוה"כ בכ"א בדברי הירושלמי [שהם מקורו של הרמב"ם] המחלק בין תשעה באב ליוה"כ דבתשעה באב אסורה רק סיכה לתענוג, נוכל לומר שחכמים נתנו לתשעה באב דין כיוה"כ לדיני דאורייתא, וסיכה שלא לשם תענוג אסורה רק משום סיכה כשתיה דהוי רק מדרבנן.

הרמב"ם בהלכות שביתת עשור פ"ג ה"ט פסק לגבי סיכה "שאם היה חולה אע"פ שאין בו סכנה או שיש לו חטטין בראשו סך כדרכו ואינו חושש" ובתוס' יומא דף עו: ד"ה "דתנן מניין לסיכה" הוכיח מדין זה שאסור סיכה הוי דרבנן אחרת מדוע יש להתיר בחטטין. וא"כ לרמב"ם דפסק בפ"א שביתת עשור ה"ה דהוי דאורייתא לכאורא צריך להאסר לחולה שאין בו סכנה, עיי' שם בכס"מ בשם הר"ן "דכיון דלאו בכלל ענוי דכתיבי בקרא בהדיא באורייתא נינהו, אלא מרבויא דשבתון וכו' קילי טפי ומסרם הכתוב לחכמים והם הקילו בהם וכו'"

ולמבואר לעיל אתי שפיר דאסור סיכה שנלמד מן הפסוק בדניאל דהוי דאורייתא הרי זה רק מצד התענוג וממילא כל שלא מתכוין לתענוג מותר, ואלו ע"פ הפסוק בתהילים שמוסיף גם לאסור שלא לשם תענוג משום סיכה כשתיה הוי רק דין דרבנן. ולכן מותר לחולה שאין בו סכנה ובשביל חטטין שבראשו.



מכון 'ארץ חמדה'
ירושלים