יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

ט"ו

אלול, תשע"ב

לע"נ אסתר יפה קליימן

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

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

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ
לתגובות: mbhacohen@gmail.com

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

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

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

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טו)
"והיתה אסתר מתוקנת לפני הקב"ה" (ילקוט אסתר, ב)
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

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

יד ברודמן

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

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

בראשות מורינו הגאון
הרב משה חיים דימנטמן שליט"א

מפעולות הכולל:

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

תוכן הענינים

בפתח הקובץ -- 7

גלגול שבועה/ מו״ר הגרמ״ח דימנטמן, ראש הכולל -------------------- 9

גדר החיוב בדיני שמים/ הרב יוסף אביטן---------------------------------- 14

מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע/ הרב דודי בגנו-------- 31

אל תעש עצמך כעורכי הדיינין/ הרב אהרן בר יעקב ----------------------- 46

מידת חסידות לאור חוק ביטל עיסקה/ הרב מאיר כהן ------------------- 65

דין שליחות יד בפקדון – היחס בינו לבין גזל/ הרב אלישע לוינשטרן ---- 75

הוצאות משפט/ הרב אסף מסיקה-- 103

בסוגיה דאין נשבעין לקטן/ הרב שלמה זאב פיק-------------------------- 114

ושפטו העדה...והצילו העדה/ הרב ירון רוזיליו -------------------------- 136

״כמי שנחקרה״ בעדות עד אחד / הרב יוסף שליט ------------------------ 153

פסקי דין - דיני ממונות

ויתור בטעות על ירושה/ הרב אליעזר איגרא ------------------------------ 171

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי --------- 186

דרוש

קריאת התורה במנחה של יוה״כ/ הרב מאיר ברקוביץ ------------------ 199

לפ׳ החודש/הרה״ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו״ר ממונסטרישצ׳ה --------205

בפתח הקובץ

... כי ישנה שמחה שהיא לפי ערך עבודה וזו היא שמחה של מצוה שהמקיים את המצוה מעמיד את עצמו ביחס ישר להנחת רוח שגרמה המצוה למעלה וזה הוא נסוך היין שניכר החידוש שהעובד פעל וישנה שמחה של קדושה שהאדם מנסך את ג׳ לוגין שמחה שלו לתוך תהומות השמחה הנמצאים בעולמות ותהומות השמחה הללו עולות לקראתו בט״ו מעלות שעל כל אחד ואחד מהן ישנה שיר מיוחד ט״ו שיר המעלות וההבדל של שמחת בית השואבה לגבי שמחה של מצוה סתם הוא ממש אותו ההבדל בין עבודת ניסוך המים ובין עבודה סתם.

(מאמרי פחד יצחק סוכות מאמר ה)

ט״ו שירי המעלות

שיר המעלות - לשון עילוי. רש״י תענית כג,א. חפצינו לעלות במעלות. תהומות של שמחה עולות עמנו במעלות התורה, אין מים אלא תורה.

בס״ד זוכים אנו לקובץ החמשה עשר כמנין שירי המעלות. מבקשים אנו כי נזכה לשאוב מים בששון, וכאמור אין מים אלא תורה.

נודה למסייע בהוצאת החוברת לאור (החפץ בעילום שמו) ונברכו בכל מילי דמיטב.

ונחתום, בעתירה לשנה טובה וכתיבה וחתימה טובה לכל בית ישראל.

העורך

אלול תשע״ב

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

גלגול שבועה

א. הרמב״ם (הלכות טוען ונטען ה,ג) פסק:

טענו כלים וקרקעות בין שהודה בכל הקרקעות וכפר בכל הכלים בין שהודה בכל הכלים וכפר בכל הקרקעות בין שהודה במקצת הקרקעות וכפר במקצתן עם כל הכלים, בכל אלו נשבע היסת, אבל אם הודה במקצת כלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת, וכן הדין בטענו כלים ועבדים או כלים ושטרות הכל דין אחד הוא.

צ״ב ההדגשה של הרמב״ם 'שהכל טענה אחת', הרי גם בשתי טענות יש גלגול שבועה.

ונראה בזה, שיש שני סוגי שבועת הגלגול. יש גלגול בטענה אחת כגון התובע כלים וקרקעות והודה במקצת הכלים וכפר במקצת הכלים ובכל הקרקעות. באופן זה נתחייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן, ונשבע על הקרקעות מדין גלגול שבועה, כי הקרקעות היו בכלל הכפירה אף שהוא ע״י גלגול, והשבועה היא שבועת מודה במקצת. הסוג השני של גלגול בשתי טענות, אזי כל שבועה היא כדינה - הראשונה מוב״מ והשניה מדין גלגול.

וזו כונת הרמב״ם שהכל טענה אחת.

ב. ויש נפ״מ בין שני סוגי הגלגול:

בפרק השואל כתבו תוס' והרא״ש, שבשבועת הגלגול לא אמרינן מתוך שא״י לישבע משלם. הרא״ש כתב, שהואיל וזה חידוש התורה – שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים וילפינן דינא דמתוך שאינו כול לישבע משלם, וא״כ זה קאי על עיקר השבועה ולא על גלגול, מדין דאין לך בו אלא חידושו.

אפשר להסביר דין זה עפ״י סברת הרמב״ן בנסכא דרבי אבא. עד אחד מחייב שבועה, פירושו חיוב ממון והתורה מחדשת שבע״א בעל הדין יכול להיפטר מן הממון ע״י השבועה, משא״כ שני עדים המחייבים ממון, ולכן אמרינן מתוך שא״י לישבע משלם, אם אין לו הפטור של השבועה משלם. משא״כ

בשבועת הגלגול – בה יש רק חיוב שבועה ללא חיוב ממוני וממילא בשבועת הגלגול לא אמרינן משאיל״מ.

לפי האמור, אפשר לומר שמה שתוס׳ והרא״ש ס״ל, שבגלגול שבועה ל״א משואיל״מ זה רק בגלגול בשתי טענות. אולם בטענה אחת ייתכן ואמרינן דין משואיל״מ כיון דכל השבועה היא שבועת מוב״מ.

ג. נפ״מ נוספת: הרמב״ם (טוען ונטען א,יב) כתב וז״ל:

> כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם מגלגל עליו המשביעו.

ודייק האו״ש שבעל הדין הוא המגלגל את השבועה. וכונת הרמב״ם שבעל הדין צריך לתבוע את גלגול השבועה.

ובמקום אחר (טוען ונטן ה,ג) לא הזכיר הרמב״ם ׳המשביעו׳ ואפשר לומר שרק בשתי טענות בעינן שהתובע יהיה משביעו אבל בגלגול בטענה אחת בי״ד הם המשביעים, שכן הכל שבועה אחת.

ד. איתא במסכת ב״מ צז,א-ב:

> השואל את הפרה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, שאלה היום ושכרה למחר, שכר אחת ושאל אחת ומתה, המשאיל אומר: שאולה מתה, ביום שהיתה שאולה מתה, בשעה שהיתה שאולה מתה (קאי אשאלה חצי יום ושכרה חצי יום), והלה אומר: איני יודע - חייב.

והלה אומר איני יודע חייב. והקשו בגמ׳, דמכאן תיובתא לרב נחמן הסובר ברי ושמא לאו ברי עדיף אמאי חייב. ומתרצת הגמ׳ כגון שיש עסק שבועה ביניהם. ה״ד עסק שבועה כדרבא דאמר רבא מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר - איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע - משלם. משכחת לה רישא בשתים, וסיפא בשלש. רישא בשתים, דאמר ליה: שתי פרות מסרתי לך, פלגיה דיומא בשאילה ופלגיה דיומא בשכירות. אי נמי, חד יומא בשאילה וחד יומא בשכירות, ומתו תרוייהו בעידן שאילה, ואמר ליה שואל: חדא - אין, בעידן שאילה מתה, ואידך לא ידענא אי בעידן שאילה מתה ואי בעידן שכירות מתה, דמתוך שאינו יכול לישבע - משלם.

והקשו תוס׳ שם, אמאי צריך לאוקמי בהכי, דבלא״ה הו״ל מחוייב שבועה ע״י גלגול, דאמר ליה משכיר אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה, וע״י גלגול צריך לישבע ואי״ל דהא קאמר איני יודע ומתוך שאי״ל משלם. דכיוצ״ב

מפרשת הגמ׳ מתניתין דזה אומר שאלה וזה אומר שכורה, ישבע ששכורה מתה – שנשבע ע״י גלגול.

וכתב הרא״ש שם וכנ״ל, דל״א משואיל״מ אלא היכא שא״י לישבע אותה שבועה שנתחייב על עיקר טענו כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דכיון שהודה במקצת נתחייב שבועה על הכפירה וא״י לישבע כיון דקאמר איני יודע אבל בשבועה הבאה לו ע״י גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי האי שנאמר בה אם דאם א״י לישבע לשלם, ואע״ג דגלגול שבועה דאורייתא, מחויב שבועה דא״י לישבע ומשלם ילפינן משבועת ד׳ תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כו׳.

הנמו״י להלן (דף ק) מקשה מהא דתנן שני עבדים אחד גדול ואחד קטן וכו׳ לוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע, זכה בגדול. והא ודאי קשה לר״נ דאמר מנה לי בידך והלה אומר א״י פטור וכי היכי דהוצרכנו לאוקמי מתני׳ דהכא בעסק שבועה ה״נ נוקי ההיא בעסק שבועה והיכי משכחת לה עסק שבועה בעבדים – דבעבדים גופייהו אי אפשר, דאין נשבעים על העבדים אלא על כרחין כגון שטענו עבד בכסותו ודאוקים רב אושעיא לקמן, וכיון דמודה ליה בחד עבד מחוייב שבועה אכסות האחרת שאין מודה לו בו ואעבד ע״י גלגול ומתוך שא״י לישבע, דאמר איני יודע, משלם וכן הסכימו האחרונים ז״ל דמשאיל״מ אמרינן אפילו על גלגול וכו׳.

אפשר ליישב קושיית הנמו״י דהיכא דטענו כלים וקרקעות בטענה אחת וע״י גלגול נחשבת כחלק מהטענה והשבועה השניה נידונית ככל שבועת מוב״מ ואמרינן דינא דמשואיל״מ אבל בדין התוס׳ הוי כשתי טענות דהשבועה אם בזמן שאולה או בזמן ששכורה מתה הוי בשבועה מדין טוען ונטען והשבועה השניה היא מדין שבועת השומרים והוי כשתי טענות ול״א משואיל״מ.

ה. בריש ב״מ ילפינן דעדים מחייבים שבועה (דינא דר״ח קמייתא, בכופר הכל ועדים מעידים על מקצת) ואתי בק״ו מגלגול שבועה דע״א, דפריך מה לגלגול שבועה שכן שבועה גוררת שבועה תאמר בעדים דממון קא מחייבי. ופרש״י העד מחייבו שבועה ושבועה זו גוררת שבועה, תאמר בעדים שהחמישים עליהם העידו – מחוייב לשלם.

ובחו״מ סי׳ צד סעיף ז איתא מחלוקת הפוסקים היכא דעל עיקר השבועה אומר איני יודע ומשואיל״מ, אם מגלגלים עי״ז שבועה על תביעות אחרות. התומים מציין לדברי הרמב״ן דמבואר דגם בכה״ג מגלגלין.

לכאורה בכה״ג ל״ש לומר שבועה גוררת שבועה, כיון דעל העיקר אינו נשבע אלא משלם ונילף מיניה דגם כאן משלם העיקר ועל המותר ישבע, וצ״ל דכיון דעיקר חיובו הוא שבועה והעד מחייבו שבועה, אלא דא״י לשיבע כיון שאינו יודע ומשלם שייך שפיר לומר שבועה גוררת שבועה וזהו הפשט ברש״י שם שכתב דהעד מחייבו שבועה וזו השבועה גוררת כוו׳, פירוש דעיקר חיובו עפ״י העד הוא שבועה.

ואפשר לומר דגם אי נימא דבכה״ג ל״ש לומר שבועה גוררת שבועה, ג״כ ניחא, ונימא דקושיית הגמ׳ היא להך מ״ד דלא ס״ל משואיל״מ ופטור לגמרי ולא משכחת לה גלגול, רק היכא דחייב לישבע על העיקר ושפיר פריך הגמ׳.

ובגמ׳ שם, אמר רב פפא דהעדאת עדים אתיא מגלגול שבועה דע״א, מה לגלגול שבועה שכן שבועה גוררת שבועה ומשני פיו יוכיח, מה לפיו שאינו בהכחשה ע״א יוכיח. זו גירסת רש״י. למסקנא הלימוד הוא מפיו ושבועת ע״א והדבר בו ממה שהתחיל בר״פ לומר שהלימוד הוא מגלגול שבועה דע״א. וישנם ראשונים דגרסי מה לע״א שכן שבועה גוררת שבועה והבמה הצד הוא מפיו וגלגול שבועה דע״א. ובטמ״ק ש מציין לדברי הר״י מגאש שכתב דלהכי קאמר ר״פ הך מה הצד מפיו וגלגול ולא קאמר פיו ועיקר שבועה דע״א, כיון דבע״א מה שמעיד הוא נשבע, ל״ש לומר ונילף מיניה העדאת עדים גם ע״י מה הצד כיון דאינם מסוג אחד.

עכ״פ לדעת רש״י, נוכל ללמוד חיוב שבועה דהעדאת עדים בשני אופנים. או ע״י לימוד מה הצד מפיו וגלגול או מפיו ועיקר שבועה דע״א.

ונפ״מ לדינא, אם הלימוד מגלגול שבועה, א״כ לא יהיה בשבועה דהעדאת עדים הכלל דא״י לישבע משלם לדעת רוב הפוסקים שבגלגול שבועה ל״א משואיל״מ. ואם הלימוד הו אמפיו ומעיקר שבועת ע״א, גם בעדים נאמר משואיל״מ.

ו. בתוס׳ ב״מ (ה,א ד״ה שכנגדו), הקשו מדע בחשוד ל״א משואיל״מ, ויטל שכנגדו בלא שבועה, ותירצו שני תירוצים: א. דאם נימא בחשוד דינא דמתוך כל אדם יביאו לידי שבועה יטול כל אשר לו. ב. דהרי החשוד רוצה לישבע אלא שבי״ד אין מניחים לו.

הסבר שני התירוצים הוא כנ״ל. לתירוץ הראשון, עפ״י דין צריך החשוד לשלם אלא שתיקנו שכשנגדו ישבע – לטובת החשוד. ועי׳ ב״מ דף צח שתוס׳

תפסו כתירוץ הראשון הנ״ל. וראה תוס׳ שבועות מזו כ״כ הרא״ש בפ׳ כל הנשבעין.

התירוץ השני סובר דמן הדין היה החשוד פטור, שלא תיקנו שכנגדו ישבע ויטול לחובת החשוד ומאפשרים לשכנגדו ליטול.

נמצא דהא דקיי״ל דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל הוא רק משום דעפ״י דין היה צריך להיות משואיל״מ ורבנן תיקנוה שכנגדו ישבע ויטול. ותליא בב׳ תירוצי התוס׳ דלעיל. אם נאמר שהלימוד הוא מפיו ועיקר שבועה דע״א א״כ בהעדאת עדים אמרינן משאיל״מ וממילא בחשוד שכנגדו שיבע ויטול אבל אם נימא כהר״י מגאש דמעיקר שבועת ע״א ל״ש למילף גם במה הצד דאינם מסוג אחד והלימוד בהעדאת עדים יליף לה מפיו ושבועת הגלגול דע״א, א״כ בחשוד ל״א שכנגדו ישבע ויטול.

ז. ולפי מה שהבאנו לעיל, דשיטת הרמב״ם דאיכא שני סוגי גלגול בטענה אחת הגלגול הוא חלק מן הטענה העיקרית והוי שבועת מוב״מ ובגלגול כזה אמרינן משואיל״מ כדין שבועת מוב״מ וכנ״ל.

והגלגול השני הוא בשתי טענות ואזי הוי שבועת גלגול דאין אומרים בזה משואיל״מ לשיטת תוס׳ והרא״ש הנ״ל.

ולפ״ז אפשר לומר דאפילו אם נימא דבהעדאת עדים ילפינן מפיו וגלגול שבועה דע״א, אפשר למילף דגם בהעדאת עדים דר״ח קמייתא אמרינן דין מואיל״מ, והלימוד הוא מגלגול שבועה דע״א בטענה אחת דאמרינן בה משואיל״מ וכנ״ל.

הרב יוסף אביטן

גדר החיוב בדיני שמים

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. חיוב מוסרי במשנת חז"ל

ג. המקורות בגמרא לדיני שמים

ד. החיוב בדיני אדם לעומת דיני שמים

ה. חיוב בדיני שמים- כלפי אדם או כלפי שמים?

ו. תפיסה בחיוב בדיני שמים

ז. כפיה בחיוב דיני שמים

ח. סיכום ומסקנות

א. פתיחה

בדיני ממונות ישנם מספר שלבים בחיוב המזיק:

השלב הראשון הוא האיסור להזיק. איסור זה קיים לכל הדעות בכל נזק שאדם גורם לחברו (טור חו"מ שפח), וכמו שאסור לאדם לגזול את חברו כך אסור להזיק את ממונו. השלב השני הוא החיוב לשלם.

נושא זה של חיוב האדם לשלם את הנזקים שגרם מתחלק לשני סוגים:

א. תשלומים שבית הדין יכול לחייב ואף לרדת לנכסיו של החייב על מנת לגבותם. תשלומים אלו נקראים: "חייב בדיני אדם".

ב. יש לפעמים מצב שאדם עובר על האיסור להזיק לחברו, אך בית הדין לא יכול להכריח את המזיק לפצות את חברו כיוון שהתורה לא חידשה שם חיוב תשלומים. למרות זאת קבעו חז"ל, שאמנם אי אפשר לכפות את המזיק לשלם בדיני אדם, אך יש לו "חיוב בדיני שמים" לפצות את הניזוק על הנזק שגרם לו.

במרוצת הדורות נדרשו חכמים להתייחס לשינויים המתעוררים ומתחדשים וגם בנושא מאמרנו תוקנו תקנות אלה. לדוגמא, העיקרון הרחב הקיים בהלכה ש"גרמא בנזיקין פטור", ולכן אי אפשר לחייב בבית דין על סוגי נזק

המסווגים כגרמא, כגון מניעת רווח, בעוד שבבתי המשפט מוכרים נזקים אלה כעוולות נזיקין שניתן לחייב עליהם. תובע,שעילת התביעה שלו מבוססת על סוג נזק המוגדר בהלכה "כגרמא", לא יוכל לזכות איפוא אם יגיש את תביעתו בבית דין רבני.

על כך אומר הגר"א שפירא[1] את הדברים הבאים: "מקובל היום במשפט המודרני לחייב גם במקרה של גרמא בנזיקין. מבחינת ההלכה ייתכן שיש מקום לחייב במקרים האלו בדרך הפרשנות הנ"ל כפרשנות רחבה למושג "גרמי", במסגרת הכללית של הפוסקים בנידון זה. אך אולי יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו, שכן אי אפשר לומר שחיוב בגרמא הוא נגד הדין."גרמא" למשל, חייב בדיני שמים, וחיוב בדיני שמים, יש לו משמעות מעשית גם כן לרש"י (ב"מ צא,א) תפיסה מועילה, למאירי (ב"ק נו,א) אם אינו משלם נפסל לעדות, ויש אומרים שהתחייבות לשלם חיוב כזה אינה צריכה קניין,[2] וגרמא חייב גם בדיני אדם בשותפים ובשומרים. ואם כן, בחברה של היום יש מקום להכיר בסדר של תקנות שמחייב תשלום בגרמא, מכיוון שהחיוב המוסרי בדיני שמים ברור ואין הכפייה בניגוד לרוח התורה".

כך גם הרב דב ליאור שליט"א כותב בעניין החיוב בגרמא:

> גרמא פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. אך אם במצב של היום נפטור רשלנות שגרמה לנזק, תהא בכך משום פרצה גדולה. לכן יש משום טובת הציבור לחייב בדיני אדם. הסבר זה אינו רחוק מתפיסת ההלכה, שכן אף ההלכה כאמור חייב בדיני שמים.

במאמרנו נעסוק ב"ה ברמת החיוב הממונית או המוסרית של המזיק, ואת האפשרויות השונות שיש ביד בית הדין או הניזק לממש חיוב זה.

ב. חיוב מוסרי במשנת חז"ל

מאז ומתמיד התחבטו חכמי המשפט בשאלות של משפט ומוסר, דין וצדק. במידה מסויימת טבעו של המשפט הוא, שהוא נוקשה, קבוע ומנוכר לתנאי החיים המשתנים. לכן, לא אחת הוא מביא לתוצאות הסותרות את רגש

---

[1] מובא במאמר "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל", תחומין יג.

[2] ראה מרדכי ב"ק, ס' קטו.

המוסר האנושי הטבעי. מצב זה מביאנו לשאול מידי פעם, האם אין תכלית המשפט לכונן עולם צודק יותר?

ביטוי חריף לסתירה לכאורה, הקיימת בין משפט למוסר, מוצאים אנו בסוגיית הפשרה. בסוגיה זו שואלים כיצד יתכן שדוד עשה "משפט וצדקה" כפי שמסופר עליו בספר שמואל, "והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה, וצדקה אין משפט (סנהדרין ו,ב)!"

אעפ"כ, כמעט בכל מקום בכתובים בו מוזכר המשפט, מוזכרת לצידו החובה לעשות צדק. דבר זה כשלעצמו, די בו כדי להעיד שמשפט התורה מעולם לא קיבל את הסתירה שבין משפט לצדק כגזירה משמים, שיש להשלים עימה. אדרבא, המגמה היא לכונן משפט צדק.

מידת הדין נצמדת למסגרת הבריאה, מבלי להתחשב בצורכי החיים המשתנים. לעומתה, מידת הרחמים רואה לנגד עיניה את תנאי החיים השונים, ואת חולשת בני האדם, ומבינה שאין לתבוע את התאמה מוחלטת למידת הדין בשלב זה. תביעה כזו עלולה להביא את האדם למאוס בדין ולבעוט במסגרות, ובסופו של דבר להחריב עולם.

רבי יוחנן לימד, שקביעה זו אינה בגדר רעיון נאה בלבד, אלא הפכה לממשית בהיסטוריה של ימינו. שהרי "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה" (ב"מ ל,ב), ופירשו חכמים "שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפנים משורת הדין". ע"כ מצווים אנו לדאוג לקיומו של עולם באמצעות הפסיקה לפנים משורת הדין.

בסוגיות הגמרא, ישנם שלושה מקורות לפסיקה לפנים משורת הדין:

א. "ועשית הישר והטוב" (דברים ו,ח)– על אף שבגמרא מוזכר מקור זה בעיקר כיסוד להתקנת תקנות שאינן על פי דין, מתוך המגמה לעשות את הישר והטוב, ולא לפסיקה שלא על פי דין, למעשה, רבים ראו במקור זה יסוד גם לפסיקה לפנים משורת הדין.

ב. "והודעת להם את הדרך... ואת המעשה אשר יעשון" (שמות יח,כ) – חכמים למדו שהוראת המעשה אשר יעשון, היא ההוראה לנהוג לפנים משורת הדין (ב"מ ל,ב וב"ק צט,ב).

ג. "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור" (משלי ב,כ) – אף פסוק זה מספר משלי, שימש מקור לחכמים לפסוק דין, לפנים משורת הדין (ב"מ פג,ב).[3]

נראה לענ"ד להכניס גם את נשוא מאמרינו: החיוב בדיני שמים, כחיוב שהוא בבחינת "לפנים משורת הדין", ובפרט לדעות שיובאו בפרקים הבאים העוסקים בתפיסה כשיש חיוב בדיני שמים וכן ביכולת ביה"ד לכפות תשלומין על החייב בדיני שמים.

ג. המקורות בגמרא לדיני שמים

הסוגיה המרכזית העוסקת בחיוב בדיני שמים מובאת בתחילת פרק הכונס (ב"ק נה,ב):

> תנינא אמר רבי יהושע ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואלו הן הפורץ גדר בפני בהמת חברו והכופף קמתו של חברו בפני הדליקה והשוכר עדי שקר להעיד, והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו.

רש"י (ד"ה פטור) כותב על הברייתא "קסבר גרמא בנזיקין פטור". משמע מדבריו שלדעת מי שמחייב גרמא בנזיקין יהיה חייב.

אכן שיטות רוב הראשונים שיש חילוק בין "גרמא" ל"גרמי", שגרמי קרוב יותר למזיק בידים,[4] ולשיטתם דווקא בגרמי רבי מאיר מחייב,[5] ובגרמא לכל הדעות פטור בדיני אדם. לפי זה מסביר הרמב"ן (ב"ב כב,ב) שלדעת רש"י אין חילוק בין גרמא לגרמי, והברייתא הולכת לפי השיטה שפוטרת בגרמא ובגרמי, שלא כדעת רבי מאיר, ואין הלכה כברייתא.

לפי רוב הראשונים החילוק בין גרמא לגרמי הוא שבגרמי יש כוונה להזיק וגם ברי היזיקא (היזק ודאי) ולכן רבי מאיר מחייב וכך ההלכה. ואילו בגרמא כיוון שחסר אחד מהמרכיבים הנ"ל (או הכוונה להזיק או ברי היזקא) פטור מדיני אדם, אך חייב בדיני שמים.

---

3 סוגיית בר מצרא (ב"מ קח,א ובשו"ע חו"מ קעה, וסוגיית "שומא הדר" (ב"מ טז,ב ובשו"ע חו"מ קג,ט).

4 על פי סמ"ע על חו"מ שפו,א.

5 הש"ך שפו,א הביא דעת הרמב"ן על רבי מאיר מחייב מדאורייתא, והש"ך חולק וסובר שהוא קנס חכמים.

לדעת הברכת שמואל חיוב בדיני שמים פירושו שעובר על האיסור להזיק, ונכלל בדין חיוב תשלומין, רק שיש סיבה המונעת מבית דין להוציא ממון. בגרמא הסיבה היא משום שחסר מעשה מזיק. לפעמים הטעם הוא אחר, כגון אם הוא טמון באש או אם הפקיר אחר נגיחה שהוא נחשב מזיק, אך אין יכולת בידי בית דין לגבות, ולכן אם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם.

מקור נוסף מובא בגמ׳ ב״מ צא,א: ״ת״ר החוסם את הפרה ודש בה לוקה ומשלם...והא אינו לוקה ומשלם...רבא אמר אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אימו״, וכתב רש״י וז״ל,ונתן לה טלה אתנן הוא ואסור לקרבן...ואע״ג דאי תבעא ליה בדינא קמן תן לי אתנני לא מחייבינן ליה דהא קימ״ל בדרבא מיניה כי יהביה נהלה אתנן הוא אלמא אפילו במקום מיתה נמי רמו תשלומין עליה אלא שאין כח לעונשו בשתים אבל ידי שמים לא יצא עד שישלם...אי נמי אי תפיס לא מפקינן מיניה...בהמשך המאמר (בפרק העוסק בשאלה האם מועילה תפיסה כשחייב בדיני שמים) נרחיב את היריעה במקור זה.

ד. החיוב בדיני אדם לעומת דיני שמים

כאשר אדם עושה נזק בידים הוא מחויב בתשלומים. גם כאשר אדם לא מזיק בידיו אך ישנו קשר ישיר בין מעשה האדם לנזק (גרמי), נפסק להלכה שחייב המזיק בתשלומים. כאמור לעיל, כשאין קשר ישיר בין המזיק לנזק שגרם (גרמא) דינו הוא שחייב בדיני שמים. רש״י (גיטין נג,א) כותב שפטור לשלם אך חייב בדיני שמים, ״פורענות לשלם לרשעים שנתכוון להפסיד את ישראל, כשישלם פוטר את עצמו מהעונש הזה״. מה הוא בדיוק החיוב בדיני שמים? ומה הדיינים אמורים לעשות כאשר עומד בפניהם אדם החייב בדיני שמים?

המאירי, סובר שכדי לצאת ידי שמים חייב לשלם. ואם אינו משלם, פסול לעדות וחלה עליו תורת גזילה עד שישיב את הנזק שגרם. אך דעתו היא דעת יחיד שלא נפסקה להלכה.

המהרש״ל ביש״ש ב״ק פ״ו, מצטט תשובת גאון שלא כופים אותו לשלם אבל דוחקים בו: ״ומצאתי כתוב בתשובה וז״ל, נ״ל, היכא דאיתמר חייב בדיני שמים. אע״ג דאין לב״ד לכופו לשלם. מ״מ בדברים בלי כפיה יש לדוחקו... ולא נהירא לי״. כלומר לדעתו אפילו לא דוחקים בו, שהרי אומר על דעת הגאון ״ולא נהירא לי״. וכך נפסק להלכה.

הרב א"י ולדנברג (צ"א יט,סג) בהסתמכו על חיבור הרמב"ן (קונטרס דינא דגרמי) רואה את החיוב להעיד (שמובאת כדוגמא לחיוב בדיני שמים בגמ' ב"ק בפרק הכונס וכפי שהובאה לעיל), רק כמצוות גמילות חסדים. וללא כל אפשרות לחיוב ממוני על הנזק:

> לא ניתן ע"פ דין לתבוע שום פיצוי כספי... הרמב"ן על הש"ס בקונטרס "דינא דגרמי", דמסביר שם, דזה שבעדות אפילו בי תרי שיודעים עדות ולא מעידים פטורים מדיני אדם וחייבים רק בדיני שמים, מפני שהא אינם חייבים להעיד אלא מדין גמילות חסדים שחייבה תורה להעיד, ואם לא רצה לקיים אותה מצוה אין מן הדין לחייבו ממון.[6]

על אף הפטור, ישנם מקרים מסוימים, בהם יהיה חיוב ממוני, למרות שהחיוב רק בגרמא. דוגמה לכך היא, כאשר מדובר באדם עשיר או בציבור. השופט מ. דרורי, מציג במאמרו תשובה בשם הרב אברהם גיסר שליט"א בה מונה הרב שתי סיבות לחייב ציבור בגרמא: "משום כבוד הציבור שלא יראה הציבור כעושה מעשיו בעקלקלות ואומר פטור אני". והסיבה השנייה היא, משום "שאין הציבור עני" והכלל הוא שעשיר צריך לנהוג לפנים משורת הדין במקרים בהם העניין מוסרי. בסוף המאמר מסכם הכותב, כי במקרים של חייב בדיני שמים "מן הראוי לחייב את הציבור משפטית לשלם פיצוי, גם אם הוא כולל בחובו חיוב כספי מסוג גרמא".[7]

הר"א ליכטנשטיין שליט"א מרחיב את היריעה עוד יותר וכותב על דברי הרמב"ן כי במציאות של ימינו בעקבות הטכנולוגיה יש צורך גדול לחייב בפיצוי על גרימת נזק עקיף:

> בדורותינו, יישום חיוב גרמי או, יותר נכון, פטורי גרמא על פי מתכונת הרמב"ן הצרופה, נתקל בקשיים מעשיים ההולכים ומחריפים. במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פיסיים או אפילו וירטואליים של ממש בלי להתחייב על פי הקריטריונים של הרמב"ן.[8]

---

6 יש להעיר, שיש שיטה בראשונים שהכובש עדותו מחוייב בתשלומין. ראה לשון ריא"ז (על גליון הרי"ף ב"ק כד,א בדפי הרי"ף ובבאור המחלוקת עי' מש"כ הגר"י כהן בהלכה פסוקה לחו"מ סי' כח (הערת עורך).

7 מ' דרורי, 'חיוב על נזק גרמא ועל מניעת רווח', תחומין יט.

8 שיעורי הרב אהרון ליכטנשטיין, דינא דגרמי, עמ' 200.

מפסיקות בתי דין (להלן פד״ר) לדיני ממונות בירושלים, ניתן לראות כיצד מפרטים הדיינים את הדרכים להתמודד עם אדם החייב בדיני שמים:

היינו שבי״ד התכוון גם לעוד מטרה והוא להשכין שלום בין איש לרעהו ולישר הלבבות שלא יקפידו ויהיה תרעומת זה על זה, מפשר הוא בין הצדדים בנזקי גרמא בתוך הפסק ולא כהצעה בין החייב לבי״ד. ואמר לי מו״ר הגר״צ פרידמן שליט״א ששאל את מרן הגריש״א שליט״א בד״ת שהגיע לפניו וחייב בדיני שמים, ואמר לו שבי״ד מודיעים לחייב שהוא חייב בדיני שמים אבל לא לוחצים אותו. אבל הגרנ״ק שליט״א נוהג לעשות פשרה.[9]

כלומר, הדיינים מעלים שתי דרכים להתמודדות, אחת היא רק להודיע לחייב על חיובו בידי שמים. והדרך השנייה היא, לעשות פשרה בדין. ההודעה היא התערבות מינימלית ומשאירה את שיקול הדעת לאדם החייב בדיני שמים. לעומת זאת, דרך הפשרה היא התערבות ישירה של הדיינים, והיא הדרך הרצויה לדעתם כיוון שיוצרת שלום.

דרך נוספת שבה משתמשים הדיינים היא דברי תוכחה ומוסר לחייב כדי שיצא ידי שמים:

ולענין הגרמות בנזיקין שנגרמו למוכר וקיימא לן גרמא בנזיקין פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. כתב הכנה״ג בהגהות הטור סימן כח אות כג כל מי שהוא חייב בדיני שמים אין כופין לו לשלם כדי לצאת ידי שמים אמנם צריך להודיעו דרך תוכחה ומוסר ועצה טובה בינו לבינו שיצא ידי חובה.[10]

בנוסף לכל האמור לעיל, בתי הדין נוהגים כיום לכתוב על שטרי הבוררות שיש באפשרותם לחייב גם על נזקי גרמא. לרוב החיוב נעשה ע״י פשרה. החיוב בפשרה אינו אחיד והוא תלוי בקשר בין הנזק לבין החייב. במקרים בהם הנזק נגרם בעקבות רשלנות או במזיד או כאשר יש קשר וודאי ובלעדי בין הנזק ובין הנתבע, יחייבו בתי הדין את הנתבע ברוב הנזק או אפילו בכולו. ואילו אם הקשר הוא עקיף החיוב יהיה בהתאם.

מקובל לחשוב, שחיוב ממוני קיים רק בדיני אדם. חיוב בדיני שמים לא נועד להטיל על החייב חיוב ממוני. החיוב בדיני שמים, לפי דרך חשיבה זו, הוא מסוג ״עונש״ חיוב שנועד לכפר על נפש החוטא. לאמור: העד הרוצה שחטא

---

[9] פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין י עמוד פד.

[10] פסקי דין - ירושלים דיני ממונות א עמוד ע.

כבישת העדות יכופר לו, ישלם לבעל הדין את הסך שהפסיד עקב כבישת העדות. ואמנם, כך נראה מדברי התוספתא (שבועות ג,ב) בשם ר׳ יהושע אומר: ארבעה אין חייבין לשלם מן הדין, ואין מן מוחלין להן מן השמים עד שישלמו.

נראה שכך יש לפרש גם את דברי הש״ך (חו״מ לב,ב) הקובע שחייב בדיני שמים ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם לו הזיקו.

משמע שהחיוב בדיני שמים אינו יוצר חיוב ממוני, אלא שעל ידי התשלום, יוצא המשלם ידי חובתו כלפי שמים. אולם מדבריהם של כמה מן הראשונים עולה, שהחיוב לצאת לידי שמים הוא חיוב ממוני.

ה. חיוב בדיני שמים כלפי אדם או כלפי שמים?

כתב המאירי (ב״ק נו,א): ״כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירוש שהוא חייב בהשבון, הא לעניין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהא יש בו, אלא שלעניין השבון נאמרה. ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישיב. והדברים נראין, שמאחר שהוא חייב להשיב, תורת גזלה חלה עליו עד שישיב״.

מדברים אלו עולה, שלא רק שהחיוב לצאת ידי שמים הוא חיוב ממוני, אלא אף שהנמנע מתשלום מה שחייב בו בדיני שמים, מוגדר כגזלן לעניין פסילתו כעד.

מובן אם כן, שלמאירי החיוב לצאת ידי שמים מקנה לבעל הדין זכות תביעה לא רק כלפי שמים בלבד.הבנה זו מחויבת היא בדברי המאירי, כפי שמביאם השיטה מקובצת, כיוון שאם יש חיוב ממוני, שהמבקש לחמוק ממנו נקרא ׳גזלן׳, הכרחי הוא להסביר, שהחיוב הוא כלפי בעל הדין, זאת מאחר שאי אפשר לכנות אדם ׳גזלן׳ כלפי השמים בלבד, היות והגזלן הוא מי שחיסר או עיכב ממון חברו בידו. מוכח אם כן, שלדעת המאירי, החיוב בדיני שמים מקנה חיוב ממוני כלפי הזולת. ננסה לחפש אחר המקור לקביעה זו.

מקור כזה נמצא לפי קצות החושן, בהלכה הקובעת שכאשר טוען התובע ׳ברי׳, כגון שאומר: ״ברור לי שאתה חייב לי מאה שקלים״, והנתבע טוען:

'איני יודע אם התחייבתי לך', ברי אינו עדיף והנתבע פטור, "ואם בא לצאת ידי שמים ישלם".[11]

בהקשר זה כתב קצות החושן (לב,א), שמהלכה זו מוכח שהחיוב לצאת ידי שמים אינו רק חיוב בגדר 'עונש' ו'כפרה', אלא גם חיוב ממון, וזאת, בניגוד למשמעות העולה מדברי התוספתא.

כוונתו היא, שברור שאין מקום להטיל עונש על מי שלגביו קיים ספק, אם הוא חייב. אמנם, לגבי מי שהזיק בגרמא יש בהחלט מקום לומר, שהיות וקיים קשר סיבתי בין מעשיו להתרחשות הנזק אף אם קשר זה עקיף הוא, יש להטיל עליו עונש. אבל כאשר קיים ספק לגבי עצם החיוב, אין כל הגיון בענישה. מוכח אם כן, שהחיוב לצאת ידי שמים הוא חיוב ממוני ולא רק עונש.

העיקרון שניתן לראות בחיוב בדיני שמים חיוב ממוני, עולה גם מדברי קצות החושן בנוגע לחיוב בחבלות ובקנסות בזמן הזה. בדבריו מבקש הקצות לבאר את ההבחנה בין קנסות לחבלות לעניין דין תפיסה, "אבל ההבדל מבואר דממון ממש אע"ג דלא דיינינן ליה בזמן הזה כיון דלא שכיחי ולית ביה חסרון כיס מ"מ לצאת ידי שמים הוא בעצמו צריך לשלם, וגזלן הוא אם אינו משלם, אבל קנס ממש לא שייך בהו דינא דשמים משום דכל דיני קנסות אין הדבר תלוי רק אשר ירשיעון אלהים ואם אין הב"ד דנין אותו לא שייך בהו דינא דשמים" (קצוה"ח א,ז).

מדברים אלו עולה, שיש להבחין בין חיובים הבאים מכלל גזלה או חבלה, שלגביהם החיוב בדיני שמים הוא ממון גמור, והחייב ייחשב כגזלן אם לא ישלם, לחיובים הבאים מכוח קנס, שאינם יוצרים חיוב ממוני. בחיובים מן הסוג הראשון, הסיבה לכך שלא מוטל על האדם חיוב בדיני אדם היא טכנית. משום שכיום, חסר בית הדין את הסמכות ליישם את הדין, כי לשם יישום הדין נדרש קיומו של בית דין 'סמוכים'. נמצא שמחינה מהותית, יש חיוב בדיני אדם אך לא ניתן ליישמו. לכן, אף החיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני גמור. מנגד, בקנסות, היות והחיוב הממוני נוצר מכוח פסיקת הדין ופסיקה כזו לא תיתכן כיום כי אין בית דין 'סמוכים', ממילא אף לא נוצר חיוב בדיני שמים.

---

[11] בעניין זה נחלקו אמוראים בכמה מקומות, למשל: כתובות י,ב; בבא קמא קיח,א. מכל מקום, להלכה התקבלה הדעה שברי אינו עדיף, כמבואר בשולחן ערוך חו"מ עה,ט.

לכאורה ישנו דמיון בין דברי הקצות לבין דברי המאירי, בכך ששניהם מכירים בקיומו של חיוב ממוני, הנוצר מכח חיוב בדיני שמים. חיוב זה ניתן להגדיר את החיוב כגזלן, אם לא שילם, כפי שמוטל עליו בדיני שמים.

אולם ניתן לומר שדברי הקצות שונים באופן מהותי מדברי המאירי. הקצות סבור שרק כאשר חיוב הממון הוא חיוב גמור, אף בדיני אדם, אלא שמחמת פגם טכני לא ניתן להפעיל את הדין, יש מקום לראות את החיוב בדיני שמים כחיוב ממוני גמור, כיוון שמבחינה מהותית, החיוב במקורו הוא חיוב ממוני בדיני אדם. מנגד, כאשר החוב לא קיים כלל בדיני אדם, כגון גרמא בנזיקין, ברור שלא ניתן לכנות את מי שלא יוצא ידי חובתו לשמים 'גזלן', כלשון המאירי, הואיל ולא חיסר או לקח דבר מזולתו. לכן במקרים אלו נוכל לומר, לכל היותר שקיים חיוב ממון גמור בדיני שמים, אך אין הנמנע מלקיים חובתו לשמים נחשב כגזלן, על כל המשמעויות החמורות הכרוכות בכך.

נמצאנו למדים מהשיטות הקיימות, שעל אף שהחיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני, חיוב זה לא יוגדר כחיוב כלפי אדם, אלא אם מבחינה מהותית יש יסוד לחיוב בדיני אדם. לשיטה זו, כפי שניווכח, יש יסוד איתן בתורתם של הגאונים.

רבי יהושע מקוטנא בספרו ישועות ישראל (עין משפט סי' ג) הביא מתשובת הגאונים (ז,יז) בשם רבי חיים המודעי שהכובש עדותו אינו נפסל לעדות. נראה שגאון זה אינו סובר כמאירי, בהגדרת הכובש עדותו כ'גזלן'. לדעת רבי חיים המודעי, החיוב הממוני בדיני שמים יוצר לכל היותר, חיוב לתת ממון, ולא חיוב להשיב ממון. לכן מובן שמי שאינו מקיים את חובתו כלפי שמים, לא יוגדר כגזלן, ולא ייפסל לעדות.[12]

לפי זה מסתבר, שרבי חיים המודעי חולק על המאירי בשאלה, האם חובת העדות נותנת לבעל הדין זכות תביעה כלפי מי שיודע עדות שיש בה כדי לסייע לו. לפי המאירי, המכנה את הכובש עדות 'גזלן', ברור שלבעל הדין קיימת זכות תביעה כלפי מי שיודע עדות שיש בה כדי לסייע לו. מנגד, לפי רבי חיים המודעי, שעימו מסכים הישועות ישראל, החיוב הממוני בדיני שמים הוא חיוב כלפי שמים בלבד, שאינו מקנה לבעל הדין זכות תביעה, בדומה למצוות

---

[12] ייתכן ואינו נפסל לעדות כי האיסור שעשה היה בשב ואל תעשה – אי הגדת עדות (הערת עורך).

צדקה, היוצרת חיוב כלפי שמים בלבד, ואין לעני זכות תביעה כלפי נותן הצדקה.

ו. תפיסה בחיוב בדיני שמים

האם מי שחייבים לו רשאי לתפוס מנכסי החייב, או שאם תפס מוציאים מידו? לפי הרב אפשטיין[13] השאלה היא האם לצאת ידי שמים בא מנדבת ליבו של חייב "לסגור את החשבון" שבינו לבין שמים, או שזה חוב ככל החובות, אלא שבית הדין מנוע מלגבותו. ע"כ אם בעל החוב תופס גובה את חובו.

הבאנו לעיל (תחילת פרק 3) את הברייתא בתחילת פרק בכונס ונראה שהחוט החורז את המקרים המנויים הוא שמדובר בגרמות בנזיקין, כאשר בבית דין פטור מלשלם, אולם חייב לצאת ידי שמים, ולשלם את הנזק.

ישנו סוג של מקרה אחר והוא קים ליה בדרבה מיניה, וכפי שמובא בגמ' (ב"מ צא,א): "תנו רבנן החוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם.. והא אינו לוקה ומת אינו לוקה ומשלם אמר אביי הא מני רבי מאיר היא דאמר לוקה ומשלם רבא אמר אתנן אסרה התורה ואפילו בא על אמו". רש"י מסביר את תירץ רבא, שכמו באתנן כך גם בחוסם פי פרה "תשלומי רמו עליה אלא שאין כח בבית דין לעונשו שתים, וכיון דרמו תשלומין עליה לא יצא ידי חובתו עד שישלם. אי נמי אי תפיס לא מפקינן מיניה. כלומר, הן באתנן (אם תפסה האם נכסים מהבן) והן בחוסם פי פרה (אם תפס בעל הפרה בשיעור מה שחסם הדש בה) – לא מוצאים מידם.

לפי מהר"ח או"ז (רכט בסוף התשובה) תפיסה מועילה בחיוב לצאת ידי שמים לא רק במקרה של קים ליה בדרבה מיניה אלא אף בגרמות בנזיקין מועילה תפיסה, וכך הוא כותב: "ומה שהפסידו ממון.. פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כמו כל גרמא בנזיקין ומיהו אם כדי הפסידו יתפוס ראובן לא מפקינן מיניה".

לעומתם הריב"ש (שצב) הוכיח מעניין אבק ריבית שאינה יוצאה בדיינים, ופרע הלוה למלווה את הריבית, וחזר ותפס מהלווה כשיעור אבק הריבית – שמוציאים ממנו, וסיים "הנה מוכח שאין תפיסה מועלת במה שאין לך בו זכות אלא בבא לצאת ידי שמים".

---

[13] הרב י' אפשטיין, חבל נחלתו ה, עמ' 294-303.

המהרש"ל[14] הרחיב את היריעה וכתב "ונראה דכל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה ואילו לפירוש רש"י... גבי חוסם פרה ודש בה שפטור בקים לי בדרבה מיניה... והיכא דתפס לא מפקינן מאחר שמחויב לצאת ידי שמים... מכל מקום כהאי גוונא לכו"ע מפקינן מיניה... הלכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה, אם כן נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מינה דהא סוף סוף חייב הוא, אבל היכא שגרמא בנזקין הוא.. פשיטא שאי תפס מפקינן מיניה".

לפי דברי היש"ש יוצא שבכל הגרמות בנזיקין אם תפס הניזק מוציאין ממנו, ורק במקרה של קים ליה בדרבה מיניה כשהמזיק נפטר מטעם כלשהו אם תפסו ממנו- לא מוציאים מיד הניזק.

לגבי גרמות שחייב לצאת ידי שמים, מביא המאירי "ומכאו כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישיב והדברים נראים שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה עליו עד שישיב" נראה מדבריו שתועיל תפיסה מהמזיק שאם לא כן- מדוע יפסל לעדות?

חילוק נוסף בדיני תפיסה מובא בשו"ת שבות יעקב[15] המבחין בין חיוב שעיקרו מהתורה לחיוב שעיקרו מדרבנן. לדבריו, גרמא של כבישת העדות עיקרה הוא מהתורה כדכתיב "אם לא יגיד ונשא עוונו", וכן בפטור מתשלומים מצד "קים ליה בדרבה מיניה" שעיקרו מהתורה אם תפס לא מפקינן מיניה. אך בגרמות של פרק הכונס – פטור גם בדיני שמים, אך חכמים אמרו שחייב בבא לצאת ידי שמים, בזה ודאי אם תפס מוציאים ממנו.

חידוש מעניין מובא בפד"ר[16] בענין תביעת אישה למזונות מבעלה החי ממנה בנפרד, וטענת נגד של הבעל שהאישה מסרבת להשכיר את הדירה שנתן לה במתנה והוא דורש לנכות חשבון זה ממזונותיה. בין יתר דבריהם כתבו הדיינים: "נמצא דין זה של תפיסה בחיוב בדיני שמים תלוי במחלוקות הראשונים, ולדינא אפשר דלא מצי התופס לומר קים לי כהסוברים דמהני תפיסה".

---

14 ים של שלמה פרק הכונס, סימן ו.

15 שו"ת שבות יעקב חלק א סימן קמו(מובא בפת"ש חו"מ עה).

16 פד"ר חלק ה עמ' 284,279.

הרב שטרנבוך (תשובות והנהגות יו״ד תיז) נשאל לגבי אדם שנטל אבק ריבית שדינו שצריך להחזיר לצאת ידי שמים, והביא את המחלוקת לגבי תפיסה בחיוב בדיני שמים, והכריע למעשה להחזיר באבק ריבית שבזה יוצא ידי שמים.

הרב שפיץ (משפטי התורה ב״מ סו) כתב פתרון אחר בדין תפיסה, והוא שראוי שהמזיק בגרמא יתפשר עם הניזק על התשלום הכספי, כדי שימחלו לו משמים על חטאו. ולצורך זה כדאי לו לשלם אף את כל הנזק. אולם, אם למרות תביעת התשלום אין רצון של המזיק לשלם אין היתר לתפוס מנכסיו. ואם תפסו מוציאים מידם.

ז. כפיה בחיוב בדיני שמים

הבאנו לעיל (פרק ג) את הסברם של רש״י – שהחיוב בדיני שמים הוא פורענות לרשעים, ועל ידי התשלום ניפטר מהעונש, ושל המאירי שהמזיק שחייב בדיני שמים פסול לעדות עד שישלם – וזו כפיה ממש לשלם.

היש״ש (פ׳ הכונס סי׳ ו) הביא בשם הגאונים, שאף על גב שאין בית דין כופים את החייב בדיני שמים לשלם מכל מקום צריך לדוחקו, אך המהרש״ל עצמו מסיים: ולא נהירא לי, כלומר שאף לא דוחקים אותו לשלם משום שכל החיוב הוא בדיני שמים ולא בדיני אדם.

אחת הדוגמאות שמובאת בש״ס לחיוב בדיני שמים הוא הסירוב להעיד והנזק שנגרם בעקבות סירוב זה.

בשורות הבאות נראה אמצעי כפיה שונים בגמרא בעקבות סירוב להעיד, שעל פי רוב קיימים בשאר הגרמות שחייב בהם בדיני שמים.

מבחינה משפטית כאשר אדם מסרב להעיד מופעלים כנגדו סנקציות. חוק בתי הדין הרבניים קובע סנקציות על סירוב להתייצב ואומר, שניתן לנקוט אמצעים לכפות התייצבות, כמו קנס, עונש מאסר, צו הבאה, צו עיכוב יציאה מן הארץ וכו׳. לעומת זאת נפסק כי חיובה של מצוות עדות מצד גמילות חסדים בלבד, ולכן אין לחייב את הכובש עדותו על הנזק שגרם. ע״כ עלינו לבחון אם קיימת לדיינים אפשרות להשתמש באמצעיים אלו שהעמיד לרשותם המחוקק.

הגר״א שפירא נותן גושפנקא הלכתית לתקנות המדינה לחייב קנס ממון בגרמא:

"ברוח זו יש לבחון גם את דיני הנזיקין. מקובל היום לחייב גם במקרים של גרמא בנזיקין... יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו, שכן אי אפשר לומר שחיוב בגרמא הוא נגד הדין. 'גרמא' למשל חייב בדיני שמים, וחיוב בדיני שמים, יש לו משמעות מעשית גם כן ואם כן בחברה של היום יש מקום להכיר הסדר של תקנות שמחייב תשלום בגרמא, מכיוון שהחיוב המוסרי בדיני שמים ברור ואין הכפיה בניגוד לרוח התורה".[17]

הרב מתייחס לשני מרכיבים האחד הוא דינא דמלכותא. יש יכולת בידי המדינה לתקן תקנות. ואילו המרכיב השני הוא, שיש תקדים הלכתי לחייב ולכפות בדיני שמים, ולכן, התקנות אינן סותרים את ההלכה, וכפועל יוצא מחזקים את כוחו של בית הדין.

אמצעי כפייה נוסף בידי בית הדין או בידי התובע, "להחרים בבית הכנסת על כל מי שיודע עדות שיבוא ויעיד" (שו"ע חו"מ לב,ב). הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל פוסק כי דין זה חל גם בדיני ממונות:

> כל איש מישראל או בית דין רשאי להחרים בבית הכנסת על כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד, וחרם זה מחייב את כל אדם שיודע עדות לבוא ולמסור עדות בפני בית דין אפילו בדיני ממונות ואעפ"י שאין תביעה ישרה כלפיו מצד המעונינים.[18]

הרדב"ז, מרחיב את היריעה ופוסק "להחרים כל מי שיודע עדות בין רחוק בין קרוב בין כשר בין פסול כדי לברר הדבר וחל החרם." וזאת מפני הצורך של הדיין להגיע לחקר האמת. ואם חושב הדיין שהטלת חרם תעזוב לכך יכול הוא להטילו.

לעומת זאת, בשו"ת ראנ"ח (קיא) מסייג את הטלת החרם: "מי שביקש מהקהל שיטילו חרם על מי שיודע שחברו חשוד על השבועה אין שומעין לו לבייש בן ברית". ומסביר כי המקרים בהם מותר להטיל חרם הם: "דוקא כל שאין עדים בדבר כלל, ועל ידי החרם רוצים לדעת הענין, ואם ימצאו עדים אבל כל שיש הוכחה קצת שיש עדים אלא שאין רוצים להעיד פשיטא ודאי שיוכלו להטיל חרם כדי שיעידו העדים".

---

[17] הגר"א שפירא, 'מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו', תחומין (כרך ג), עמוד 238.

[18] שו"ת משפטי עוזיאל כרך ד חושן משפט סימן יג.

הרב אליעזר גולדשמידט מוסיף כי כמו הדיינים גם התובע יכול להחרים בבית הכנסת אך ההבדל הוא שהתובע מכריז חרם כללי ולא יכול להשביע שבועת היסת כאשר אומרים לו "אין אנו יודעים לך עדות" וזה מוכיח שאין חיוב ממוני בעדות כי אם היה חיוב ממוני היה יכול התובע להשביע את העדים שבועת היסת.[19]

דרך נוספת לכפות היא לפרסם, לבייש, ולהכריז ברבים שאדם לא רוצה להעיד. אמנם אין התייחסות לכך בפוסקים לגבי עדות ספציפית, אך נוכל ללמוד זאת ממקרה אחר, ולהשליך ממנו על מצוות עדות. ישנו חיוב דאורייתא על אדם לפרנס את בנו עד גיל שש. אולם חכמים תיקנו תקנה, כי אדם יפרנס את בניו עד שיגדלו. כלומר עד שיראו סימנים. בשו"ת משנה הלכות (יד,קעט) דן בסוגיה וכותב את מסקנת הפוסקים במקרה שאדם מסרב לפרנס את בניו מעל גיל שש ועובר על תקנת חכמים:

"חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, ומשם ואילך זנן בתקנת חכמים עד שיגדלו ואם לא רצה גוערין בו ומכלימין אותו ומפצירין בו ואם לא רצה מכריזין עליו בצבור ואומרים פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו והריהו פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו, ואין כופין אותו לזונן.

נלמד כי גם כאשר אדם נקרא לבית הדין להעיד ומסרב, יוכל בית הדין לגעור בו, להכלים אותו, להפציר בו, ואף להכריז עליו בציבור. שהרי הדברים נלמדים מק"ו, מה בלזון בניו שהיא רק את תקנת חכמים, יש אפשרות לבית הדין להשתמש באמצעים אלו. ק"ו בעדות שהיא מצווה דאורייתא, שיהיה לבית הדין את הזכות לעשות כן".

כמו כן ראינו (פרק ד) שיש הכופים לעשות פשרה, ויש האומרים דברי תוכחה ומוסר, כדי לשכנעו לצאת ידי שמים.

הרב ערוסי, מציג במאמרו אמצעי נוסף הוא מכת מרדות, כיוון שמכים על לאו שאין בו מעשה.[20] אך אין היא נוהגת בימינו, ולכן לא נתעכב ע"כ בעבודה זו. למרות, שניתן לומר כי מכת מרדות היא גם דרך להגיע לחקר האמת, ולכן אפשר להשתמש בדרכים אחרות כדי להגיע בסוף למטרה המיוחלת.

---

[19] הגר"א גולדשמידט, בגדרי החיוב להגדת עדות, בית דוד, ירושלים תשמ"ד, עמ' 81-84.

[20] 'מצות עדות ואכיפתה', תחומין יח.

ח. סיכום ומסקנות

בדברים שאמר הרב הראשי הרצוג, לפני קום המדינה, ביקש הרב הרצוג לסכם את השקפתה של היהדות בנוגע לפסיקה שאינה מן הדין, וכך דבריו "לא הדין הוא האידיאל אלא לפנים משורת הדין, כלומר לא המשפט אלא החסד. "שלי שלך ושלך שלך חסיד".

סיכום היהדות של מיכה הנביא הוא מודרג, שלוש מעלות הן זו על גב זו: עשיית משפט זה הדין. למעלה ממנו אהבת חסד, לפנים משורת הדין. ולא עוד, אין היהדות מסתפקת בחסד במעשה בלבד, אלא היא דורשת גם את החסד שבלב, החפץ הפנימי לעשות חסד".[21]

במאמרנו ביקשנו לעמוד על העקרונות האמורים להנחות אותנו בנבכי הלכת "פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים" הן במישור המוסרי כחלק מהנהגת "לפנים משורת הדין", שהרי הדין האמור במשפט זה מתייחס לדיני אדם, והן במישור הממוני כחיוב ממוני ממש לפי חלק מהשיטות.

מהתוספתא המובאת בירושלמי למדנו, שחיוב בדיני שמים הוא רק בגדר עונש, ומשמעותו היא, שאם רוצה החייב שיתכפר חטאו, עליו לשלם את המוטל עליו לפי דין שמים.

בניגוד לעולה מן התוספתא הנ"ל, ראינו את דעת המאירי שלפיו החיוב בדיני שמים יוצר חיוב ממוני גמור, שבעקבותיו ניתן להגדיר את כל מי שמזיק בגרמא ואינו משלם כ'גזלן', ולפסלו משום כך לעדות! דעתו זו של המאירי מקובלת גם על בעל קצות החושן.

אמנם מצאנו חולקים על המאירי בעניין זה ובהם בגאונים ובעל ישועת ישראל שטוענים שקשה להגדיר את מי שאינו חייב דבר לזולתו בדיני אדם, כמי שחיסר ממנו דבר.

נחלקו הפוסקים בשאלה האם רשאי תובע לתפוס ממונו של החייב לו בדיני שמים וראינו בכך שיטות שונות ומקרים שונים ומגוונים. גם טענת 'קים לי' לא הוכחה כטענה מוצדקת במקרה זה. אמנם הבהרנו שאין הכרח לקשור דיון זה לשאלה הכללית: האם חיוב בדיני שמים יוצר חיוב ממוני, היות וייתכן שהמחלוקת עוסקת בעיקר בשאלה, האם יש להטיל על אדם העושה דין לעצמו את אותן המגבלות המוטלות על בית הדין.

---

[21] הובא בתחומין ז עמ' 278.

גישות שונות ראינו גם בנושא הכפייה על דיני שמים בכלל ולענין הגדת עדת בפרט. החל מדעות כמו המאירי שאפשר לכפות עד כדי פסילה לעדות ועד דעות כמו המהרש״ל שלא רק שאין אפשרות כפיה אלא אף לא דוחקים החייב בדיני שמים לשלם.

נאה לסיים את דברינו בעדותו של הקב״ה על אברהם אבינו (בראשית יח,יט): ״כי ידעתיו למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה׳ לעשות צדקה ומשפט.״ ובפירושו הקולע של הגריא״ה הרצוג, ראש הרבנים לארץ ישראל לפסוק זה, שיש בו גם תפילה ותקווה לעתיד. וכך פירש ״כלומר, שכל כך תגבה רמת המוסר שלכם, עד שמה שאצל אחרים נחשב כבר לצדקה, אצלכם לא יהא נחשב אלא למשפט״.[22] אמן וכן יהי רצון.

---

[22] פסקים וכתבים, שו״ת חו״מ ט, עמ׳ תכו.

הרב דודי בגנו
ר"מ במכון הגבוה לתורה
שע"י אונ' בר-אילן

מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. ביאור רש״י לדברי רבה (ב״ק קז,א)

ג. קושיות הראשונים על רש״י, הצעה ליישוב שיטתו

ד. שיטת רש״י (ב״מ ג,א)

ה. שיטת רש״י – כשיטת ר״ת

ו. הצעה א ברש״י – שני מהלכים שונים לפי כל סוגיא

ז. הצעה ב ליישוב דברי רש״י

ח. יסוד חיוב שבועה – האם צריך טענה חשובה או לא?

ט. נפק״מ למחלוקת הנ״ל

י. הסבר דברי רבה – שני מהלכים

יא. סיכום

א. פתיחה

בגמ׳ במסכת שבועות (מב,ב) מובאים דברי רבה, המבארים את טעם שבועת מודה במקצת:

> מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע?
>
> חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו,
>
> והאי בכולי׳ בעי דליכפריה, והאי דלא כפריה - משום דאינו מעיז פניו בפני בעל חובו,
>
> ובכוליה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי ליה - אישתמוטי הוא דקא משתמיט מיניה, סבר: עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה,
>
> ורחמנא אמר: רמי שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכוליה.

דברי רבה חוזרים ונשנים בכמה סוגיות נוספות בש"ס (בבא מציעא ג,א, כתובות יח,א, גיטין נא,ב, בבא קמא קז,א).

יש לשאול על דברים אלו כמה שאלות:

א. מדוע רבה שאל דווקא על מודה במקצת? מדוע לא על שבועת עד אחד או שבועת השומרים?
ב. מה פשר האריכות הגדולה כ"כ בתשובתו של רבה?
ג. השאלה נשאלה בלשון הקודש, ואילו התשובה – תחילתה בלשון הקודש והמשכה בארמית. נראה לכאו', שעיקר התשובה בחלקה הראשון שבלשון הקודש ("חזקה אין אדם מעיז..") והמשכה מהווה הסבר או הרחבה לעיקר התשובה. מה הפירוש? כיצד "חזקה אין אדם מעיז פניו.." עונה על השאלה "מפני מה אמרה תורה"?
ד. "והאי בכוליה בעי דליכפריה... ובכוליה בעי דלודי ליה..." – נראה שיש כאן סתירה: האם הנתבע היה מעוניין לכפור בכל או להודות בכל?

ב. ביאור רש"י לדברי רבה (ב"ק קז,א)

רש"י (בבא קמא קז,א) מפרש את דברי רבה ע"פ ההקשר בסוגיא שם:

ר' חייא בר אבא ור' חייא בר יוסף נחלקו האם טוען טענת גנב בפקדון חייב רק אם גם יודה במקצת ויכפור במקצת (רחב"א) או אפילו אם לא תהיה שם הודאה וכפירה במקצת (רחב"י).

שורש המחלוקת ביניהם (ע"פ רש"י) הוא האם הפסוק "אשר יאמר כי הוא זה" (שדרשו ממנו חז"ל את עניין ההודאה במקצת), המופיע בפרשת שומר חינם, שייך באמת לפרשת פקדון או שמא "עירוב פרשיות שנו כאן", והפסוק שייך למלווה ולא לפקדון.

רחב"א טען שהפסוק שייך לפקדון, וממילא, אין חיוב שבועת השומרים בלי הודאה וכפירה במקצת. אם אין חיוב שבועה – אין גם דין טוען טענת גנב, כיון שדין זה תלוי בשבועה שהשומר נשבע שהחפץ נגנב ממנו.

לעומתו, טען רחב"י ש"עירוב פרשיות שנו כאן", ודווקא במלווה יש חיוב שבועה רק בהודאה במקצת, משא"כ בפקדון, חייבים שבועה גם בכופר הכל.

שואל רחב"י: "ומאי שנא מלווה?" ומתרץ: "כדרבה.. וגבי מלווה הוא דאיכא למימר הכי אבל גבי פקדון מעיז ומעיז".

מפרש רש"י:

> אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה דאי לאו קושטא בהדיה לא הוה מצי למכפר ביה והיכא דמודה מקצת בכולה בעי למכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז.
>
> אבל בפקדון - דאין כאן טובה.
>
> מעיז ומעיז - הלכך אפי' כפר בכוליה רמיא רחמנא שבועה עליה.

כלומר, רבה בא לתת טעם מדוע כופר הכל פטור משבועה. כיון שהמלוה עשה טובה עם הלווה – הלווה לא יעיז פניו להיות כפוי טובה ולכפור במלווה. ממילא, זה שכפר הכל, על כרחינו שדובר אמת.

השאלה מתפרשת באופן זה: "מפני מה אמרה תורה שרק מודה במקצת הטענה ישבע, ולא כופר הכל?"

והתשובה: "חזקה א"א מעיז פניו.." – הטעם מדוע כופר הכל פטור. "והאי בכוליה בעי דליכפריה.." – אבל המודה במקצת חייב שבועה כיון שאין לו ראיה שדובר אמת, שהרי באמת היה מעוניין לכפור הכל, אלא שאינו מעיז פניו בפני המלוה שעשה לו טובה.

כל זה שייך רק במלווה, אך בפקדון – כיון שהמפקיד לא עשה טובה עם השומר, ואדרבה, לפעמים השומר עושה טובה עם המפקיד – מעיז פניו לכפור הכל, ואין ראיה שדובר אמת. לכן, חייב שבועה גם בכופר הכל כמו במודה במקצת.

לאור דברים אלו, מובן היטב כיצד המשפט הראשון – "חזקה א"א מעיז.." – עונה על שאלתו של רבה. ליבה של השאלה היה מה טעם הפטור בכופר הכל, והחזקה עונה על זה. ההמשך בארמית כבר מתייחס לשאר המקרים – מודה במקצת.[1]

ג. קושיות הראשונים על רש"י, הצעה ליישוב שיטתו

התוס' (שם ד"ה "עירוב פרשיות") הקשו על רש"י שתי קושיות:

א. רואים בכמה וכמה משניות שגם בפקדון כופר הכל פטור משבועה?

ב. חכמים ור' אליעזר בן יעקב נחלקו (שבועות מב, גיטין נא) האם הנתבע מעיז פניו כנגד בנו של התובע (חכמים) או לא (ראב"י).

---

1 עדיין צ"ב, מה פירוש "ובכוליה בעי דלודי ליה..". ועי' לקמן.

לחכמים – כיון שמעיז אינו חייב שבועה אפילו במודה במקצת, דנחשב "משיב אבדה" שהרי היה יכול לכפור הכל, ואילו לראב"י – כיון שאינו מעיז – חייב שבועה כשמודה במקצת. לשיטת רש"י קשה על חכמים: אם מעיז – מדוע פטור משבועה? אדרבה! צריך לחייבו להישבע אפילו בכופר הכל, שהרי אין ראיה שדובר אמת?

הרמב"ן (שבועות מב) הוסיף להקשות על רש"י קושיא נוספת:

ג. הרי גם בפקדון מצינו מקרים שהמפקיד עשה טובה עם השומר, כגון בשואל, ומדוע שם נחייב את השואל להישבע אפילו אם כופר הכל?

נראה לענ"ד שאפשר ליישב את קושיות הראשונים באופן זה:

כלפי הקושיא הראשונה של תוס' - כידוע, השאלה אם "עירוב פרשיות שנו כאן" או לא, נתונה במחלוקת תנאים.

רש"י רק פירש את רבה אליבא דר' חייא בר יוסף שסבר ש"עירוב פרשיות שנו כאן", ו"כי הוא זה" נאמר רק על מלווה. אולם אה"נ, שלדעת ר' חייא בר אבא – ש"כי הוא זה" נאמר (גם/רק) על פקדון – ההסבר לשבועת מודה במקצת ופטור כופר הכל יהיה שונה, בין אם ההסבר הזה יכנס לתוך דברי רבה ובין אם לא.

לכן, אין להקשות מהמשניות שפוטרות כופר הכל בפקדון משבועה, כיון שהן הולכות אליבא דמ"ד "לא שנו כאן עירוב פרשיות".

כלפי הקושיא השניה של תוס' וקושית הרמב"ן – יש להבחין בין טעם הפסוק לגדר הדין המופיע בפסוק. הטעם נקבע ע"פ המצב שקורה בד"כ, ובעקבותיו נקבע גדר הדין. ממילא, גם אם נמצא מקרים חריגים שהטעם אינו מתקיים בהם כיון שהם נכללים בגדר דין זה – גם בהם יתקיים אותו דין.

דוגמא לדבר מופיעה ביש"ש סופ"ק דב"ק:

בהמה שהזיקה בשן ורגל ברה"ר אינה חייבת לשלם על מה שהזיקה. המקור בפסוק: "וביער בשדה אחר". הראשונים (ר"ח, רי"ף, רמב"ם ועוד) ביארו שטעם הפטור הוא משום "אורחייהו". הרמב"ם (נזקי ממון א, ח) הרחיב את הביאור וכתב – כיון שיש רשות לבעלים להוליך את בהמותיו ברה"ר, ודרך הבהמה לדרוס או לאכול את מה שהיא רואה בדרכה – אין על הבעלים חובה לשמור עליה מנזקי שן ורגל ברה"ר אלא על הניזק להרחיק את עצמו.

שאל הישי"ש: א"כ, מדוע "ארי ודרס ברה"ר" פטור? וכי יש רשות להוליך אריות ברה"ר?! אלא שכיון שנקבע גדר הדין – שן ורגל ברה"ר פטור – אע"פ שיש מקרים חריגים שאינם מקיימים את טעם הדין, פטור מלשלם.

כך גם בני"ד, טעם הפטור של כופר הכל במלווה הוא משום שאין אדם מעיז פניו בפני המלוה שעשה לו טובה והלווהו. לאחר שנקבע הדין – גם אם נמצא מקרים חריגים שאינם עונים על טעם זה – הדין לא ישתנה.

לכן, בבנו – אע"פ שמעיז – פטור משבועת כופר הכל. וממילא, פטרוהו חכמים גם משבועת מודה במקצת משום שנחשב "משיב אבדה".

והוא הדין כלפי כופר הכל בפקדון – בדרך כלל אין עשיית טובה מצד המפקיד לשומר, ולכן, נקבע הדין שכופר הכל נשבע. ממילא, גם אם נמצא מקרה חריג שיש בו עשיית טובה (שואל), לא ישתנה בו הדין, ועליו להישבע.

ד. שיטת רש"י (ב"מ ג,א)

נראה שמדברי רש"י בב"מ ג,א יש חיזוק לדברים שכתבנו בתירוץ הקושיא הראשונה של תוס' , אך לפני כן נקדים את שיטת רבנו תם (בתוס' ב"ק קז,א) בפירוש הסוגיא:

לדברי ר"ת, לכו"ע, כופר הכל פטור משבועה, הן במלווה והן בפקדון, כיון שזו גזירת הכתוב. רק מודה במקצת חייב שבועה.

הויכוח בין רחב"א לרחב"י היה סביב נקודה אחרת: כיצד צריכה להיראות ההודאה במקצת בפקדון?

רחב"א סבר שצריך בסה"כ שלש פרות – אחת: "נגנבה", שניה: להד"ם, שלישית: הודאה. ואילו רחב"י סבר שמספיק שתי פרות. אפשר לוותר על הפרה של "להד"ם".

יסוד הויכוח הוא האם "כי הוא זה" נאמר רק על פקדון (רחב"א) או גם על מלווה (רחב"י), וכשם שבמלווה מספיקות שתי פרות (הודאה, כפירה) כך גם בפקדון (הודאה, נגנבה).

א"כ, מה הקשר בין דברי רבה למחלוקת זו? אומר ר"ת שבאמת אין כל קשר ביניהם, ו"מאי שנא מלווה" היינו כמו "מאי טעמא דמלווה".

הגמ' מביאה את דברי רבה אגב הסוגיא כדי להסביר יסוד בשבועת מודה במקצת:[2]

לרבה היה ברור שהתורה פטרה כופר הכל משבועה וחייבה מודה במקצת. שאלתו היתה בשלב השני: מדוע לא נפטור מודה במקצת משבועה במיגו שהיה כופר הכל? או אולי נלמד מפרשה זו שלא אומרים כלל מיגו??

והתשובה: "חזקה א"א מעיז פניו.. והאי בכוליה בעי דניכפריה..". כלומר, אין כאן מיגו כיון שהמודה במקצת לא היה מעיז לכפור הכל כנגד בעל חובו.

מהלך זה בדברי רבה מופיע בכל המקומות שהתוס' מתייחסים לדבריו (כתובות יח, גיטין נא, ב"מ ג).

ה. שיטת רש"י – כשיטת ר"ת

והנה מצאנו בדברי רש"י בב"מ ג,א מהלך שנראה ממש כהבנת ר"ת:

ר' חייא מחדש שהעדאת עדים במקצת מחייבת שבועה על השאר.

אדם שכפר הכל והעדים העידו שחייב מקצת – עליו להישבע ממש כמו מודה במקצת, "שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, מק"ו". פירוש הדברים: היתה הו"א שרק מודה במקצת ישבע מכוח דברי רבה ("מפני מה.."), קמ"ל ק"ו שהעדאת עדים חזקה יותר מהודאת פיו, ונשבע גם בהעדאת עדים במקצת.

כיצד נוצרה הו"א מכוח דברי רבה שרק מודה במקצת ישבע ולא בהעדאת עדים במקצת?

מסביר רש"י:

> מפני מה אמרה תורה כו' - ולא חשבו כמשיב אבידה לפטרו, שלא כפר בכולו.

שאלת רבה היתה מדוע לא נפטור מודה במקצת משבועה כמשיב אבדה, משום שהיה יכול לכפור בכל ולהיפטר משבועה. והתשובה: "חזקה אין אדם

---

[2] ר"ת לא גרס את מש"כ אח"כ "ודווקא גבי מלווה..", והביא ספרים ישנים שג"כ לא גרסו זאת.

מעיז.. ובכוליה בעי דנכפריה..", כלומר, אינו נחשב "משיב אבדה" כיון שלא היה מעיז לכפור הכל.

כאן מסביר רש"י את השלב הבא בדברי רבה: "ובכוליה בעי דלודי ליה.." – כלומר: אם תשאל, מה התועלת להשביעו? אם חשוד לגזול את הממון הרי הוא חשוד גם לשקר בשבועתו? והתשובה: הנתבע אינו חשוד לגזול. באמת, הוא היה רוצה להודות בכל ולשלם לתובע, אלא שכיון שאין לו כעת, הוא מנסה להשתמט לעת עתה עד שיהיה לו כסף.[3]

כלפי שלב זה אומרת הגמ': "אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי – אימא לא". כלומר, ניתן לומר שהוא משתמט רק אם אינו מעיז לכפור הכל. אך אם כפר הכל – נראה שהוא חשוד לגזול את הממון, ולא תהיה תועלת בשבועתו.

נראה מרש"י שפירוש קושיית ותשובת רבה הוא ממש כמו ר"ת – היה ברור לרבה שכופר הכל פטור ומודה במקצת חייב, וכל הקושיא היתה רק משום מיגו – מדוע לא נפטור מודה במקצת במיגו שהיה כופר הכל? ותירץ: אין מיגו כיון שאינו מעיז לכפור הכל.

מדוע רש"י לא פירש כמו בב"ק קז,א?

ו. הצעה א ברש"י – שני מהלכים שונים לפי כל סוגיא

היה נראה לומר שרש"י, כדרכו בקודש, פירש כל סוגיא לפי ההקשר שלה. ההקשרים מחייבים לפרש דווקא באופנים שונים בכל מקום:

א. בב"ק קז,א – רש"י לא היה יכול לפרש כמו בב"מ ג,א, שהיה ברור שכופר הכל פטור ומב"מ חייב. שהרי רחב"י הסביר מדוע כופר הכל בפקדון חייב ("מעיז ומעיז"), ואם היה ברור לרבה שכופר הכל פטור משבועה בכל מקרה (גזיה"כ, כר"ת) – יש לפטור כופר הכל משבועה אפילו בפקדון, ואדרבה! לפטור גם מודה במקצת משבועה במיגו שהיה כופר הכל.

3 לפי"ז, מיושבת הסתירה בין "ובכוליה בעי דניכפריה.. ובכוליה בעי דלודי ליה..", כיון שאנחנו מדברים על שני מישורים שונים: כלפי גזלה – הנתבע אינו מעוניין לגזול ("ובכוליה בעי דלודי ליה" אם היה לו כסף). אך כלפי השתמטות עד שיהיה לו כסף – "בכוליה בעי דניכפריה..". הוא היה מעדיף להשתמט מהכל ולא רק ממחצה אלא שאינו מעיז.

ב. בב״מ ג,א – רש״י לא יכול היה לפרש כמו בב״ק קז,א, כיון שיסוד הפטור של כופר הכל משבועה בב״ק קז,א הוא שהנתבע דובר אמת משום שאל״כ לא היה מעיז פניו לכפור הכל. וכי אפשר לומר שזה גם יסוד הפטור משבועה בכופר הכל בב״מ ג,א?! הרי כנגד כפירתו בכל עומדים עדים המעידים שחייב מקצת ומשקר בטענתו! לכן, הוכרח רש״י לפרש בב״מ ג,א שיש סיבה אחרת לפטור אותו משבועה – משום שאין תועלת בשבועתו (״חשיד אממונא חשיד אשבועתא״).[4]

נמצא, שרש״י למד שהאמוראים עצמם נחלקו בפירוש דברי רבה, ולא רחוק לומר שבזה גופא נחלקו – אם ״עירוב פרשיות שנו כאן״ (רחב״י) או לא (ר׳ חייא).

ו.1. דחיית ההצעה

אלא שלאחר העיון נראה שפירוש זה אינו נכון בדעת רש״י מכמה טעמים:

א. הרמב״ן (שבועות מב,ב, דבריו יובאו להלן בהרחבה) ביאר שיש שני מהלכים בהבנת דברי רבה, התלויים בשאלה האם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לא: אם אמרינן – הקושיא לא היתה על טעמא דקרא אלא על השלב השני, מדוע לא אמרינן מיגו. ואם לא אמרינן- הקושיא היתה על טעמא דקרא.
לפי״ז, יצא שרש״י בב״ק קז,א (בשיטת רחב״י) הלך לפי ההבנה שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ובב״מ ג,א (בשיטת ר׳ חייא) לפי ההבנה שאמרינן. היכן המקור שהאמוראים עצמם נחלקו בשאלה האם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לא?[5]

ב. הפנ״י דייק מלשון רש״י בב״מ ג,א ששיטתו היא שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, שהרי רש״י לא כתב בשום מקום שיש לפטור מודה במקצת במיגו שהיה כופר הכל אלא רק כתב שנחשיבו כ״משיב אבדה״. ובאמת, רש״י פירש בגיטין נא,ב וכתובות יח,א את

---

[4] ואולי לכן הוצרך לפרש את רבה כמו ר״ת כדי שהשאלה והתשובה (מצד מיגו) יסתיימו בשלב הראשון (״ובכוליה בעי דניכפריה...״), והשלב השני (״ובכוליה בעי דלודי ליה..״) יתחיל קושיא חדשה (״חשיד אממונא״). משא״כ, לפירוש רבה בב״ק קז,א – יתכן שהתשובה אינה מסתיימת עד סוף השלב השני. ודו״ק.

[5] היה אפשר לומר שרש״י סבר שאמרינן מיגו לאפטורי משבועה (כפירושו בב״מ ג,א) אלא שרחב״י הבין בשיטת רבה שהשאלה מתחילה עוד לפני שלב המיגו, בטעמא דקרא. אך הבנה זו לא תסתדר עם ההערה השניה על הבנתנו ברש״י, ובפרט, לפי מה שיתבאר בהמשך בדברי הרמב״ן. עי׳ לקמן.

שיטת חכמים דראב״י – שבבנו מעיז, ולכן, פטור משבועה משום שנחשב כ״משיב אבדה״ – לא מצד מיגו אלא מצד התקנה דרבנן ש״המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם״.
באמת, התוס׳ (שם) הקשו עליו מדוע לא פירש מצד מיגו אלא נדחק לתקנה דרבנן, אך לפי דברי הפנ״י הדברים ברורים – רש״י סבר שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

א״כ, כיצד מתבארים דבריו בב״מ ג,א?

ז. הצעה ב ליישוב דברי רש״י

לכן, נלע״ד להציע מהלך אחר לדברי רש״י, ולשם כך נקדים את דברי הרמב״ן וביאורם.

זו לשון הרמב״ן (שבועות מב,ב):

ויש לפרש הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע, דהכי קאמר למה אמרה תורה מודה מקצת ישבע ולא אמרה כן בכופר בכל דמשמע דמודה מקצת ישבע ולא כופר בכל, מפני מה מיגרע מיניה אדרבא עדיפא טענתיה שאלו בא לכפור בכל היה כופר, וקאמר חזקה היא שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי כיון דאודי במקצת רגלים לדבר וחוששין לו מן השאר, דהאי דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו הוא ולהכי מודה במקצת ומשתמיט במקצת ורמא רחמנא שבועה עליה וכו׳ וזה הפי׳ לדעת מי שאומר שאין מיגו לפטור משבועה כדבעינן למימר קמן, ואינו מחוור וכו׳.

עוד אני חוזר בכאן לפרש בקוצר וכו׳ דרבה סבר התורה פטרה כופר בכל והדין נותן שלא יהא כל אחד משביע את חברו בטענה שאין לה רגלים ותביעה שאין בה אמתלא, וכן חייבה תורה מודה מקצת והדין נותן לפי שכבר יש ממש בטענתו, אבל זו קשה בדין הזה למה לא האמינה התורה מודה במקצת משום מיגו שיכול לכפור בכל דהא מיגו דאורייתא הוא, ומפרש רבה שאין זה המיגו ראוי להאמינו בו לפי שאינו יכול להעיז פניו במה שחברו יודע בו וכו׳.

הרמב״ן מביא שני מהלכים בפירוש דברי רבה – הראשון לדעת הסוברים שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן (הרמב״ן עצמו סובר שהבנה זו אינה מחוורת), והשני לדעת הסוברים שאמרינן.

במהלך הראשון – רבה הקשה מצד טעמא דקרא. מדוע התורה חייבה דווקא מודה במקצת להישבע ולא כופר הכל? אדרבה! היה מסתבר להיפך, שהרי המודה במקצת לא כפר בכל אלא ״הלך לקראת״ הבע״ח והודה לו, ומסתבר יותר להאמינו?

והתשובה: הסברא הפוכה. יותר מסתבר לחייב את המודה במקצת משום שע״י הודאתו במקצת יש רגלים לדבר שעומד לפניו בעל חובו ואינו מעיז פניו כנגדו, ותביעתו מבוססת יותר, משא״כ, כופר הכל.

במהלך השני – רבה הבין היטב את החילוק בסברא בין מודה במקצת, שחייב שבועה, לכופר הכל, שפטור משבועה. במודה במקצת יש רגלים לדבר לטובת התובע ואילו בכופר הכל אין. שאלתו היתה רק בשלב השני – מדוע לא נפטור מודה במקצת במיגו שהיה כופר הכל? והתשובה: אין מיגו כיון שאינו מעיז פניו לכפור הכל.

ויש להקשות: אם הסברא לחלק בין כופר הכל למודה במקצת כ״כ מובנת ופשוטה במהלך השני, מדוע במהלך הראשון היה צריך רבה לעשות מזה קושיא ותירוץ? מדוע זה לא הובן לו כבר מההתחלה?

אולי זו הסיבה שכתב הרמב״ן על מהלך זה ״ואינו מחוור״, אך עדיין לא יצאנו ידי חובתנו בדעת הראשונים שסוברים שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ופירשו את רבה כמהלך הראשון.

ח. יסוד חיוב שבועה – האם צריך טענה חשובה או לא?

נראה שיסוד הדבר נעוץ בשאלה הבסיסית – מה צריך בשביל להשביע את הנתבע שבועה דאורייתא?

האם די בעובדה שיש לפנינו תובע כדי להשביע אותו (משום ש״חזקה אין אדם תובע את חברו אא״כ יש לו עליו״, שבועות מ,ב) או שמא לא די בסתם תביעה אלא צריך תביעה עם סיוע (רגלים לדבר)?

הראשונים נחלקו בזה במסכת בבא מציעא דף ד,א: הגמ׳ מגיעה לצד השווה בין שבועת עד אחד ומודה במקצת – ״שעל-ידי טענה וכפירה הן באין, ונשבע״.

התוס׳ במקום מקשים מיד – ומה עם כופר הכל? הרי גם שם יש טענה וכפירה ואינו נשבע? מתרצים התוס׳ – כוונת הגמ׳ לטענה חשובה. דהיינו, טענה עם סיוע ורגלים לדבר, כגון: עד אחד המסייע לתביעה או הודאה במקצת המסייעת לתביעה, אך בכופר הכל – אין שום סיוע לתביעה, ולכן, אין חיוב שבועה.

רש״י, לעומתם, מפרש את דברי הגמ׳ – ״שזה טוען וזה כופר, הן באין לדין״. דברים שנראים מיותרים, לכאורה, אך לאחר דברי התוס׳ הם מובנים היטב: רש״י בא להוציא מדבריהם וללמדנו שאין צורך בטענה חשובה כדי להשביע אלא סגי בעובדה ש״זה טוען וזה כופר״ כדי לחייב שבועה כיון ש״הן באין לדין״, ו״חזקה אין אדם תובע את חברו (בבית דין) אא״כ יש לו עליו״.

א״כ, מדוע כופר הכל פטור?

רבנו פרץ (בשטמ״ק ב״מ ד,א) תירץ: גזירת הכתוב. אך רש״י עצמו (ב״ק קז,א) תירץ (ע״פ רבה): בכופר הכל יש ראיה שהוא דובר אמת! שהרי אין אדם מעיז פניו בפני מי שעשה לו טובה. ואם בכל אופן העיז – ראיה שהוא דובר אמת.

נמצא, לדעת תוס׳, צריך טענה חשובה כדי להשביע (ומטעם זה כופר הכל פטור), ולדעת רש״י, א״צ טענה חשובה (ובכופר הכל – יש כעין ראיה לטובת הנתבע, ולכן, פטור משבועה).

ט. נפק״מ למחלוקת הנ״ל

ישנן כמה נפק״מ למחלוקת זו:

א. שבועה על טענת קטן – לעיל (שבועות מב,א) למדנו במשנה שאין נשבעין על טענת קטן. הראשונים נחלקו האם החסרון בטענת הקטן או בנתינת הקטן.
הר״י מיגש והרמב״ם (טוען ונטען ה,ט) סברו[6] שכל השבועות הבאות מחמת טענה – אין נשבעין לקטן, כיון ש״תביעת קטן אינה תביעה גמורה״ (לשון הרמב״ם שם). ואילו רש״י סבר שהחסרון הוא

[6] וכן דעת תוס׳ כתובות יח,א לפי פירוש הסוגיא שם שחכמים וראב״י נחלקו רק בגדול הבא בטענת אביו, אך בקטן – בכל גווני אין נשבעין על טענתו, אפילו בא בטענת אביו.

בנתינתו (=הפקדתו), וממילא, אם הקטן בא בטענת אביו – כלומר, אבי הפקיד אצלך מנה – נשבעין על טענתו. במה נחלקו הראשונים?

מבואר בר"י מיגש, שדווקא שבועת מודה במקצת ועד אחד אין נשבעין על טענת קטן אך שבועת היסת נשבעין. ונימוקו עמו – לחיוב שבועת היסת אין צורך בסיוע של הודאה במקצת או עד אחד. נראה שכוונתו ליסוד שנתבאר לעיל – כדי להשביע שבועה דאורייתא מחמת הטענה – צריך טענה חשובה, ולקטן אין כוח לטעון טענה שכזו כיון שאין תביעתו תביעה גמורה. אך לשבועת היסת – אין צורך בטענה חשובה וסגי בכל טענה שהיא. לכן, נשבעין גם לקטן.

אולם רש"י סבר שגם לשבועת עד אחד ומודה במקצת סגי בטענה גרידא. לכן, גם בשבועות אלו נשבעין לקטן, ובלבד שההפקדה נעשתה ע"י אביו.

ב. גדר שבועת היסת – בעל התרומות (ש"ז ח"א אות א,ב) כתב שטעם שבועת היסת הוא כדי להפיס דעתו של בעה"ב, ואילו רש"י (בבא מציעא ה ע"א ד"ה היסת) שטעם השבועה הוא "להסיתו להודות" משום ש"חזקה אין אדם תובע את חברו אא"כ יש לו עליו".

להבנת בעה"ת – אין מצד טענת התובע סיבה לחשוד בנתבע ולחייבו שבועה, כמו שבשבועת השומרים – אין בטענת התובע (טענת שמא) סיבה לחשוד בשומר. הסיבה היחידה היא: כדי להפיס דעתו של בעה"ב.[7]

אך להבנת רש"י – די בטענת התובע כדי ליצור חשד כנגד הנתבע "ולהסיתו להודות", כמו בשבועת מודה במקצת – "ואמר רחמנא רמי שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכוליה". במה נחלקו הראשונים?

נראה שיסוד המחלוקת נעוץ בשאלה הנ"ל: אם צריך טענה חשובה כדי לחייב שבועה – הרי בשבועת היסת אין טענה חשובה אלא רק את עצם התביעה. א"כ, מדוע חייבו את הנתבע להישבע? כדי להפיס דעתו של בעה"ב. אך אם סגי בעצם התביעה בשביל לחייב שבועה (אפילו דאורייתא) – גם בשבועת היסת יש את עצם התביעה, ולכן, "הסיתוהו להודות".

ג. אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה: מיגו אינו ראיה לטובת הנתבע אלא מחזק ומאלים את טענתו כנגד טענת התובע. ממילא, אם כדי

---

7 עיין באור שמח (טוען ונטען א,יב) שביאר כך את יסוד שבועת השומרים.

להשביע צריך טענה חשובה של התובע – לא ניתן להשביע כשיש מיגו לטובת הנתבע, שהרי אין עדיפות לתובע על-פני הנתבע! כך סברו התוס׳ (בכל המקומות שפירשו את דברי רבה), והדברים מתאימים ביותר לשיטתם בב״מ ד,א שצריך ״טענה חשובה״.

ד. אולם לסוברים שא״צ טענה חשובה, וסגי בכל תביעה שהיא כדי להשביע, מה יעזור מיגו כדי לפטור משבועה? התובע עדיין לא הסתלק ותביעתו קיימת! לכן, עדיין נשבעים. כך סבר רש״י (כפי שדייק הפנ״י בדבריו בב״מ ג,א), והדברים מתאימים ביותר לשיטתו בב״מ ד,א שא״צ ״טענה חשובה״.

י. הסבר דברי רבה – שני מהלכים

לפי״ז, נחזור לביאור דברי רבה לפי שני המהלכים:

לסוברים שמיגו לאפטורי משבועה אמרינן: כדי לחייב שבועה צריך ״טענה חשובה״. א״כ, מובן היטב כבר מלכתחילה החילוק בין כופר הכל למודה במקצת – במודה במקצת יש רגלים לדבר לטובת התובע, משא״כ, בכופר הכל. לכן, התורה פטרה כופר הכל משבועה וחייבה מודה במקצת. אין מה להקשות בשלב זה.

הקושיא מתחילה רק בשלב השני – הרי יש מיגו לטובת הנתבע שהודה במקצת, ומיגו זה ״מאזן״ את יחסי הכוחות בינו לתובע, ונמצא שאין לתובע עדיפות עליו. א״כ, מדוע לא נפטר משבועה?

והתשובה – אין מיגו כיון שאינו מעיז פניו לכפור בבעל חובו.

לסוברים שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן: כדי לחייב שבועה מספיקה כל תביעה שהיא, וא״צ טענה חשובה. א״כ, לא מובן ההבדל בין כופר הכל למודה במקצת, מדוע רק מודה במקצת חייב ולא כופר הכל? הרי בין כאן ובין כאן יש תובע?

לא שייך להשתמש כאן בסברא שהובאה לפי ההבנה הקודמת, שהרי לחיוב שבועה אין שום צורך ברגלים לדבר לטובת התובע.

לכן, הוקשה לרבה עוד בשלב הטעמא דקרא: מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ולא כופר הכל[8]?[9]

והתשובה: לכופר הכל – יש כעין ראיה שדובר אמת (כיון שאין אדם מעיז פניו וכו', והוא העיז), ו"ראיה" זו "מסלקת" את התביעה והספק הנוצר בעקבותיה. אך למודה במקצת – אין ראיה זו. לכן, עליו להישבע.

יישוב דברי רש"י[10]

ע"פ זה, נחזור לדברי רש"י, שסבר כהבנה השניה, ונראה כיצד פירושיו בשני המקומות משלימים לתמונה אחת כוללת:

רבה שאל על שני המקרים[11] – מה נשתנה מודה במקצת מכופר הכל? אדרבה! היינו צריכים לפטור מודה במקצת משום שהיה יכול לכפור בכל (לא מצד מיגו אלא משום "משיב אבדה")?

ותירץ על שני המקרים – לכופר הכל יש ראיה שדובר אמת, אך למודה במקצת אין. לכן, זה אינו נשבע וזה נשבע.

והדברים מפורשים בלשון המאירי (שבועות מב,ב), שסבר ג"כ כשיטה שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. זו לשונו:

> אלא כך היא הצעה של שמועה מה נשתנה מודה מקצת מכופר בכל עד שזה פורש לחיוב וזה פורש לפטור והלא אין שנוי טענה ביניהם אלא

---

8 הראשונים מוסיפים אליבא דפירוש זה: אדרבה, יש יותר סברא לפטור מודה במקצת מאשר כופר הכל, כיון שהלך לקראת התובע והודה לו במקצת, והו"ל "משיב אבדה". ועדיין יש להקשות, דלכאורה, לפי המהלך הראשון – יש יותר סברא לחייב מודה במקצת שבועה משום הרגל"ד לטובת התובע, ואילו לפי המהלך השני – להיפך – יש יותר סברא לחייב כופר הכל בשבועה מאשר את המודה במקצת, והא כיצד? אולי הפירוש הוא שאמנם ההודאה במקצת נותנת רגלים לתביעה (כמו "איני יודע אם פרעתיך", שיוצר רגלים לתביעה, בניגוד ל"איני יודע אם נתחייבתי") אך אין זה אומר בדווקא שיש יותר הסתברות שהתובע דובר אמת! ואדרבה, יש יותר סברא שהנתבע דובר אמת כשמודה במקצת. לכן, למהלך השני, שאיננו צריכים רגלים לדבר בשביל חיוב שבועה – אין שום סיבה לחייב שבועה יותר במודה במקצת מאשר בכופר הכל, ולהיפך, כמשנ"ת.

9 לא שייך לשאול להבנה זו מצד מיגו כיון שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

10 את יסוד הדברים שמעתי מהרב צבי קושלבסקי שליט"א.

11 דברים אלו מסבירים מדוע רבה שאל דווקא על שבועת מודה במקצת, שכן רבה התכוון לשאול – מה ההבדל בינה לבין כופר הכל.

שזה כופר במנה וזה כופר בחמשים ואדרבה היה לנו לומר שכשמודה מקצת משיב אבדה הוא

ויישב את הדברים שכופר בכל דין הוא שיפטר שאין אדם מעין פניו לכפור בכל וודאי דבריו מכוונים וכשמודה מקצת לא להשבת אבדה אלא להחליש כח העזות שאינו מוצא עצמו לכפור בבל אלא שאינו יכול להעיז...

המאירי מפרש את השאלה על שני המקרים גם יחד (״מה נשתנה״), ומביא בשלב השאלה את דברי רש״י בב״מ ג,א – מדוע לא נחשיב מודה במקצת כ״משיב אבדה״, ואילו בשלב התשובה מביא המאירי את דברי רש״י בב״ק קז,א שכופר הכל פטור משום שיש ראיה לדבריו מכוח ההעזה.

יא. סיכום

נמצינו למדים, שיש מחלוקת עקרונית ברמת הדרישה הנצרכת לחיוב שבועה:

לרש״י ודעימיה: מספיקה תביעה בבי״ד כדי להשביע, ואין צורך בטענה חשובה. כנראה, משום שדי ב״חזקה אין אדם תובע את חברו אא״כ יש לו עליו״.

לתוס׳ ודעימייהו: צריך טענה חשובה (עם רגלים לדבר). רק בשביל שבועת היסת אפשר להסתפק בטענה כלשהי (או משום שזו רק שבועה דרבנן או משום שטעמה הוא כדי להפיס דעתו של בעה״ב).

הבנות אלו מביאות למחלוקת האם מיגו מועיל לפטור משבועה (תוס׳) או לא (רש״י), וממילא, לפירוש דברי רבה – האם שאלתו היתה בשלב ה״טעמא דקרא״ (רש״י) או רק בשלב השני – מיגו (תוס׳).

ראינו, כמו״כ, נפק״מ נוספות למחלוקת זו: האם יש חסרון בטענת הקטן (ר״י מיגש, רמב״ם – כתוס׳, צריך טענה חשובה) או לא (ראב״ד, רש״י – א״צ טענה חשובה); מה גדר שבועת היסת - המשך של שבועת מודה במקצת (רש״י) או חיוב חדש כדי להפיס דעתו של בעה״ב, כשבועת השומרים (תוס׳).

הרב אהרן בר יעקב

אל תעש עצמך כעורכי הדיינין

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. סוג ראשון - גילוי הדין לאדם שילמד מתוכו לשקר

ג. סוג שני - ללמד לבעל הדין שיאפשר לו לזכות בתחבולה

ד. ירושלמי בבא בתרא ט,ד

ה. כתובות נב,ב

ו. כתובות פה,ב

ז. נפ"מ בין טעמי האיסור

ח. סיכום – נתינת עצה ותחבולה לאחד הצדדים על מנת לזכות בדין

ט. סוג שלישי – ללמד טענת שקר ע"מ לזכות את הזכאי

י. סיכום

א. הקדמה

קולמוסים רבים נשתברו על בירור גדרו ההלכתי של המקצוע המכונה היום "עריכת דין". רבים עירערו על כשרותו להיות חלק מהדיון בבית המשפט וזאת מכמה היבטים: הוא אינו בעל דבר, הוא משמש כתורגמן המתווך בין בעל הדין לדיין, הוא מעוות חזקות שונות עליהם נסמך המשפט כגון: חזקה אין אדם תובע ואין לו, חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ועוד.

במאמר זה לא נדון בנושאים אלו. נושא המאמר אינו מעמדו ההלכתי של עורך הדין אלא כללי ההתנהגות אליהם הוא מחויב (אתיקה בלע"ז). בחז"ל ובראשונים מופיעה ההנחיה: "אל תעש עצמך כעורכי הדיינין" ביחס לכמה אמירות והתנהגויות המשפיעות על המשפט. ניתן לסווגן לשלש קבוצות:

א. הגבלות המוטלות על הדיין. (לדוגמא: חו"מ יז,ט).

ב. הגבלות על אדם שלישי שבא לביה"ד על מנת לסייע לאחד הצדדים. (לדוגמא: חו"מ קכג,טו).

ג. מתן ייעוץ משפטי מחוץ לבית הדין.

במאמר זה נתמקד בע"ה בסוג השלישי, כאשר המטרה היא להגדיר מהו הייעוץ המותר ומהו הייעוץ האסור ומדוע.

המקור הראשוני לאיסור זה הוא בדברי המשנה אבות א,ח: "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדינין" וכו'.

הראשונים פירשו שם בכמה אופנים. ובהמשך המאמר נתייחס אליהם בעהי"ת.

כאשר מדובר בעורך דין שמלמד את לקוחו לשקר, לרמות ולגזול את בעל דינו לא צריכא למימר כלל שהדבר אסור משום מדבר שקר תרחק ולא תגזול[1]. הנידון שלפנינו הוא כאשר בסופו של דבר עורך הדין עוזר ללקוחו לזכות כדין. כפי שנראה להלן ישנן הגבלות גם על יעוץ מסוג כזה.

אפשר לחלק את הבעיתיות שביעוץ המשפטי לשלושה סוגים:

א. גילוי הדין לאדם שילמד מתוכו לשקר. במקרה הזה היועץ בסה"כ מגלה לבעל הדין מה הדין ובכ"ז נאסור זאת משום שהלה עלול לנצל את הידע שקיבל על מנת להמציא שקר שיזכהו בדין.

ב. ללמד לבעל הדין דין שעל פיו יעשה תחבולה לבעל דינו ולהפסידו. במקרה זה היועץ מלמד את בעל הדין לפעול בצורה כזו שהדין יפסק לטובתו.

ג. ללמד טענת שקר על מנת לזכות את הזכאי. במקרה זה היועץ אכן מלמד את בעל הדין איך לשקר אך הוא עושה זאת משום שהוא יודע שהכסף מגיע לו.

ב. סוג ראשון - גילוי הדין לאדם שילמד מתוכו לשקר

המקור לאיסור זה מופיע בירושלמי כתובות ד,י. שנינו במשנה בשם רשב"ג: "רפואה שיש לה קצבה נתרפאת מכתובתה. שאין לה קצבה, הרי היא כמזונות". היושים חייבים לשלם לאלמנה – מנכסי האב – עבור רפואה שהתשלום בעדה מתמשך בגלל הדמיו למזונות ואילו רפואה קצובה –תשלום חד פעמי – אינם משלמים. על משנה זו מובא בירושלמי המעשה הבא:

[1] עיין תויו"ט שם בשם רבינו יונה ורבי מתתיה היצהרי.

כהדא חדא איתא אתת לגבי רבי יוחנן אמר לה קצץ הוא אביד. אמרה ליה לא. לא כן אמר רבי חגי בשם רבי יהושע בן לוי אל תעש עצמך כעורכי הדיינין שלא לגלות ליחיד את דינו? יודע היה בה שהיא כשרה.

מהלך הגמ' לפי פירוש פני משה (הציטוטים מתוך פירושו):

רבי יוחנן אמר לאשה: "אם קצץ עם הרופא הרי אבדת וצריכה את להתרפאות מכתובתך" ועל זה מקשה הגמ' "היכי עביד רבי יוחנן הכי לגלות לה דינה מקודם שמא מתוכו תלמד לשקר" ומתרצת הגמ' שרבי יוחנן "יודע היה בה שהיא כשרה ואינה מדברת שקר".

מתוך פירושו למדנו שלו היה מקום לחשוד בה שהיא תנצל את הידע בדבר החילוק בין שני סוגי הרפואות ותלך ותטען בשקר[2] שרפואתה אינה קצוצה היה אסור לספר לה דין זה. יחד עם זאת למדנו שכשאין מקום לחשד זה - מותר.

ג. סוג שני - ללמד לבעל הדין שיאפשר לו לזכות בתחבולה

מצאנו בכמה מקרים בגמרא בהם חכם נותן עצה לאחד מבעלי הדין לעשות מעשה מסוים שיגרום לו לזכות בדין. בחלק מהמקרים הגמרא אמרה במפורש שאין לעשות זאת משום עריכת דין. להלן נביא מספר סוגיות וננסה להגדיר מהן העצות המותרות והאסורות.

ד. ירושלמי בבא בתרא ט,ד

הסיפור שהובא לעיל מובא בירושלמי ב"ב בהרחבה. ולמדנו ממנו דין נוסף:

תני רשב"ג אומר כל מכה שיש לה קיצה מתרפא מכתובתה שאין לה קיצה מתרפא מן הנכסים. כהדא קריבתיה דר' שמעון בר ווא הוות חששה עיינה אתת גבי ר' יוחנן אמר לה קציץ הוא אהין אסייך אין קציץ מן פרניך. אין לא קציץ בעליך יהיב ליך.

---

[2] לכאורה לא שייך שקר בדבר שעוד לא הוכרע (כנ"ל בפירוש הפנ"מ). הרב בנימין ליפקין מבאר דבריו במקרה שהתעורר ויכוח בין האשה ליורשים האם רפואתה היתה קצוצה בחיי בעלה. וקושיית הגמרא שמתוך דבריו תלמד לומר שלא היתה קצוצה ותחייב את היורשים שבועת היסת.

ולא כן תנינן אל תעשה עצמך כערכי הדיינין ומדר' חגיי בשם ר' יהושע בן לוי אסור לגלות ליחיד דינו. אמר ידע הוה רבי יוחנן דהוא איתא כשירה בגין כן גלי לה. בעלה בעי הן דקצץ והיא בעייה הן דלא קצץ למאן שמעין לא לבעלה.

אמר ר' מתנייה הדא דתימר בהוא דלית דיניה עימיה ברם בהוא דאית דיניה עימיה א"ל מילתא.

לירושלמי זה כמה פרושים. המשותף לשני הפירושים שנביא (מהפני משה והברכי יוסף) הוא, שהגמרא מניחה שאסור לגלות לאדם דין שממנו ילמד לעשות תחבולה לזכות בדין אע"פ שאין בדבר שקר. ההפרש בין הפירושים הוא שלפי הפני משה כאשר העצה תקוים רק בהסכמת שני הצדדים מותר לייעץ. ולפי פירוש הברכי יוסף מותר לגלות לאדם את דינו כאשר בלא"ה הדין עימו והיועץ רק עוזר לו לשמר את המצב הקיים שלא יהפכו אותו כנגדו.

1. שיטת הפני משה

מהלך הגמ' לפי הפני משה (הציטוטים מתוך פירושו):

שאלה: ולא כן תנינן אל תעשה עצמך כערכי הדיינין ומדר' חגיי בשם ר' יהושע בן לוי אסור לגלות ליחיד דינו.

תשובה: אמר ידע הוה רבי יוחנן דהוא איתא כשירה בגין כן גלי לה. בעלה בעי הן דקצץ והיא בעייה הן דלא קצץ למאן שמעין לא לבעלה.

"גופא"[3]: אמר ר' מתנייה הדא דתימר בהוא דלית דיניה עימיה ברם בהוא דאית דיניה עימיה א"ל מילתא.

הסבר הגמרא לפי הפני משה

רבי יוחנן סיפר לאותה אשה שאם הרופא יקצוץ לה את רפואתה בעלה פטור מלשלם על כך ואם לא יקצוץ הוא חייב. הגמרא שואלת כיצד הוא עשה זאת ומקשה עליו משני דינים: א. אל תעש עצמך כעורכי הדיינין. ב. אסור לגלות ליחיד דינו. ומתרצת הגמ': "ידע הוה ר' יוחנן בה דאשה כשירה היא ולא

[3] כלומר הערה על מה שהוזכר תוכ"ד הדברים הנ"ל שאיננה תוצאה של השקו"ט הקודם לה.

תעשה אלא ברצון בעלה... וא״כ אין חשש לגלות לה שלא תעשה עד שיסכים בעלה עמה״.

לאחר מכן הגמ׳ חוזרת לברר את האיסור שלא לגלות ליחיד דינו. ר׳ מתנייה אומר שאם אדם יודע שהדין עם השואל מותר לגלות לו מה דינו.[4]

2. שיטת הברכי יוסף

מהלך הגמ׳ לפי הברכי יוסף (יז אות כא):

שאלה: ולא כן תנינן אל תעשה עצמך כערכי הדיינין ומדר׳ חגיי בשם ר׳ יהושע בן לוי אסור לגלות ליחיד דינו.

תשובה: אמר ידע הוה רבי יוחנן דהוא איתא כשירה בגין כן גלי לה.

שאלה: בעלה בעי הן דקצץ והיא בעייה הן דלא קצץ למאן שמעין לא לבעלה.[5]

תשובה: אמר ר׳ מתנייה הדא דתימר בהוא דלית דיניה עימיה ברם בהוא דאית דיניה עימיה א״ל מילתא:

הסבר הגמרא לפי הברכי יוסף (הציטוטים מתוך פירושו):

שתי הגמרות הנ״ל מספרות את אותו מעשה. אלא שבב״ב הגמ׳ ממשיכה את הדיון שראשיתו הוזכר בכתובות. רבי יוחנן גילה לאשה שאם רפואתה לא קצוצה ישלמו לה מכספי בעלה. מקשה ע״ז הגמ׳ מדין אתעכ״ה משום שתלמד מכאן לשקר ולטעון שרפואתה לא היתה קצוצה. עונה הגמרא: ידע רבי יוחנן שהיא אשה כשרה שאיננה משקרת.

מוסיפה הגמרא להקשות: בכ״ז ״אסור לגלות דינו ליחיד שעושה רע ונזק לבע״ד״ כיוון שהדין הוא שזכותו של הבעל לקבוע שיקצצו את רפואתה הרי הוא גורם שיפסיד את דינו, מפני שהאשה ״אין הכי נמי דלא תשקר (שהרי כשרה היא כנ״ל) אבל עבדא טצדקי ללכת לרופא שאינו קוצץ, ואי בעלה ידע

---

[4] לפי פירוש זה הסיפור כאן שונה מהסיפור הנ״ל בכתובות. ההבדל העיקרי הוא שכאן האשה מגיעה לפני שהיא קיבלה תשובה מהרופא ולעיל הגיעה לאחר שקיבלה את תשובתו. נ״ל שהסיבה לשינוי בפירושו הוא דברי הגמ׳ בתשובתה ״בעלה בעי הן דקצץ והיא בעייה הן דלא קצץ למאן שמעין לא לבעלה״. משמע מכאן שהדבר עוד תלוי ברצונו של הבעל אם לקצוץ או לא.

[5] בראי״ש כתובות (ד,כג) גורס כאן ״אתמהה״. והברכ״י מוצא בו סיוע לפירושו.

הוה מהדר ומשכח רופא בקציצה, ובכי הא נמי אסור לגלות דינו ליחיד לפי שמפסיד שכנגדו". עונה הגמרא: כיון שבנד"ד באמת הדין עמה שרפואתה לא היתה קצוצה (כלומר סוג כאב כזה אין לו קצבה[6]) לכן לא חשש רבי יוחנן לגלות לה את דינה.

הדינים היוצאים מתוך פירושם:

א. אין לגלות לאדם שחשוד לשקר את דינו מפני שעלול הוא להשתמש בה לטעון טענות שקר לטובתו.

ובאדם כשר שאינו משקר ליכא לאיסור זה.[7]

ב. אף לאדם שאינו משקר אין לגלות את דינו אם יגרם בכך הפסד לבעל דינו. כלומר שמתוך שידע את הדין יעשה תחבולה לזכות בדין בלא לשקר.[8]

וכאשר הוא זוכה עפ"י דין מותר לגלות לו דינו. ולפי הפ"מ מותר לגלות אף באדם כשר שלא יעשה תחבולה כזו שלא מדעת בעל דינו.

סיוע לדינו של הפני משה

בבבלי כתובות נד,ב איתא:

קריביה דרבי יוחנן הוה להו איתת אבא דהוה קמפסדה מזוני, אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר להו: איזילו ואמרו ליה לאבוכון דנייחד לה ארעא למזונה.

באופן זה גרם רבי יוחנן שתאכל רק מתוך הקרקע ולא תפסידם בלא גבול.

---

6 כך פשט דבריו. אמנם כאשר הסביר מדוע במעשה שבכתובות נב היה משום אתעכ"ה (ראה להלן) כתב: "ונמצא דהחזיר הנדון להפך ממצב שהיה בו ולהכי הדר ביה ר' יוחנן אבל הכא מציאות הנדון הוי איפכא" וכו'. ומשמע קצת מלשונו שההיתר לייעץ הוא כאשר עצתו תגרום להמשכת המצב הקיים. אני מסתפק האם כוונתו להתיר המשכת מצב קיים או כוונתו להתיר אם בלא עצתו בלא"ה יזכה בדין.

מסתבר יותר לומר שכוונתו שבכל מקום שבסתמא, בלא נקיטת פעולה מיוחדת, הנידון יזכה מותר לגלות לו, אך במקום שרק ע"י השתדלות ופעולה מיוחדת הוא יזכה - אסור. והסיבה להבדל הוא שרק כשמשנים מהסתמא אז זה נקרא שעשו תחבולה. וצ"ע.

7 זהו הסוג עליו דיברנו בחלק הראשון.

8 ראה לקמן בביאור סוגיות הבבלי בכתובות נב,ב. שם הארכנו בביאור סברת דין זה.

וכתבו על כך התוס': אף על גב דלעיל (נב,ב) נתחרט ר' יוחנן על מה שהשיאן עצה[9] הכא אין גנאי כיון דבדעתה תלוי אם תרצה לקבל.

שוב אנו רואים שניתן לייעץ עצות שתתקבלנה בהסכמת שני הצדדים.

ה. כתובות נב,ב

> תנו רבנן: אלמנה ניזונת מנכסי יתומין, וצריכה רפואה - הרי היא כמזונות (פרש"י: ואם צריכה רפואה הרי הרפואה כמזונות דתרווייהו חיותא נינהו.) רבן שמעון בן גמליאל אומר: רפואה שיש לה קצבה - נתרפאת מכתובתה, שאין לה קצבה - הרי היא כמזונות. (פרש"י: מזונות אין להם קצבה הלכך רפואה שיש לה קצבה שאינה חולה תדיר אינה בכלל מזונות.) וכו'.
>
> קריביה דרבי יוחנן הוה להו איתת אבא דהות צריכה רפואה כל יומא, אתו לקמיה דר' יוחנן, אמר להו: איזילו קוצו ליה מידי לרופא (פרש"י: שיקבל עליו רפואתה עולמית בכך וכך). אמר רבי יוחנן: עשינו עצמינו כעורכי הדיינין. מעיקרא מאי סבר, ולבסוף מאי סבר? מעיקרא סבר: ומבשרך לא תתעלם, ולבסוף סבר: אדם חשוב שאני.

בבבלי מופיע סיפור דומה למסופר בירושלמי, אך מהכיוון ההפוך. היורשים, קרוביו של רבי יוחנן מקבלים עצה –תחבולה – ע"מ להיפטר מרפואתה. רבי יוחנן יעץ לקרוביו לבקש מהרופא שיקצוב מחיר חד פעמי בעד רפואת האלמנה כך שהם יפטרו מלשלם לה והגמרא אומרת שעצה כזו אסורה משום אתעכ"ה. נשאלה השאלה – מדוע? הרי אין כאן שום רמאות או שקר, ואין כאן הטיית הדין משום שלא היו כלל בבית הדין, אז מה בעצם הבעיה?

ובאמת התיו"ט (אבות,א ח) סובר שלאדם שאינו חשוב מותר לתת ייעוץ לכל אחד, ומה שכתוב "מעיקרא מאי קסבר ומבשרך לא תתעלם" אין הכוונה שקרבת המשפחה התירה לו את האיסור אלא רק מסביר מדוע בכלל התערב בויכוח. ולבסוף קסבר שכיוון שהוא אדם חשוב אסור לו. בטעם האיסור לאדם חשוב לפי התויו"ט נ"ל לפרש לפי מש"כ בתחילת דבריו בשם רבינו יונה שאסור לייעץ כך "שמא יחשדוהו" משמע שמתן עצות אמת מותרות ורק שמא יחשדוהו שלימד אותם לשקר אין לעשות כן. יתכן והתויו"ט סובר שדווקא אדם חשוב צריך להשמר ממראית עין כזו ולא כל אדם.

---

[9] עיין פירוש סוגיא זו לקמן.

אך התיו"ט בעצמו מדייק שרש"י חולק ע"ז משום שכתב "אדם חשוב שאני שלומדים הימנו ויש שיעשו אף שלא לקרובים". מוכח שלכל אדם אסור לייעץ למי שאינו קרובו.

נ"ל שאפשר להטעים את האיסור בכמה אופנים:

א. "מתעבר על ריב לא לו". אין לאדם רשות לפעול להכרעה לטובת צד אחד בויכוח שאין לו נגיעה אליו. כך משמע ברש"י לקמן פו,א בד"ה "עשינו עצמנו (כעורכי הדיינין)...כך למדתי עצה לזו להפסיד שכנגדה". משמע שהבעיה היא מה שהרויח לאחד על חשבון השני. על פי זה יובן ג"כ מדוע משום "ומבשרך לא תתעלם" מותר לייעץ. הרי לכאורה קשה, מתי מצינו שאיסור הותר משום קירבת משפחה? לפמש"כ נוכל להטעים שכאשר יש קירבת משפחה ממילא כבר אין התעברות על ריב לא לו. טובתה של קרובת המשפחה של רבי יוחנן היא עניין אישי שלו וממילא מותר לו להשתדל למען הצלחתה, כשם שמותר לאדם להשתדל לטובת הצלחתו.[10]

ב. "בצדק תשפוט עמיתיך – איזהו צדק המשפט זו השווית שני הבעלי דינים בכל דבר"[11]. כאשר אחד מבעלי הדין מקבל חיזוק חיצוני שמסייע לו לזכות בדין הדבר אינו הוגן. אמנם יתכן מצב בו שני בעלי הדין עצמם אינם שווים, האחד ת"ח והשני עם הארץ, אך זהו המצב הנתון, ללא התערבות מלאכותית. חז"ל מחייבים אותנו כמה שיותר להשוות בין בעלי הדין ועורך דין עושה בדיוק את ההפך.

אם נסביר באופן הזה פחות מובן מדוע משום "ומבשרך לא תתעלם" מותר לייעץ לבעל הדין. יתכן שכיוון שסוף סוף אין כאן איסור גמור יש מקום לנטות לטובת ערך חשוב אחר ולדחותו מפניו. ולפ"ז הגמרא אומרת שהמצווה לעזור לקרוב משפחה גוברת על ערך השווית בעלי הדין הנ"ל.

ג. התורה לא מתירה כל מאמץ לזכות במשפט. המשפט לאלוקים הוא. אמנם מותר לאדם להשתדל ולזכות בדין אך התורה מגבילה אותו.

מעין סברא זו מצאנו בדברי התומים (אורים) בסימן לד. השו"ע פוסק שאסור לאדם להצטרף להעיד עם רשע אף שאין הדיינים יודעים רשעו ואף

---

10 את יסוד הדברים שמעתי מפי הגרז"נ גולדברג שליט"א.

11 לשון הרמב"ם הלכות סנהדרין כא,א עפ"י שבועות ל,א. עיין בדינים אלו בסי' יז בשו"ע.

שהעד הכשר יודע שהעדות אמת. כותב שם הש״ך: אע״פ שהוא עדות אמת - צע״ג בדין זה, שהוא רחוק מסברא שיודע שהענין אמת ולא יעיד בשביל שהשני פסול...ויש לקרב הדין אל הסברא, דכיון דקי״ל דשלשה עדים שהעידו ונמצא אחד מהן קרוב או פסול בטלה כל העדות כולה וכו׳ א״כ אף שנשארו שני עדים כשרים, מ״מ גזירת הכתוב הוא כשיש עד אחד פסול בטלה כל העדות, א״כ ה״נ אע״פ שהענין אמת גזירת הכתוב הוא כיון שיש עד פסול העדות בטלה ואסור להעיד עמו, ודו״ק:

הש״ך מתקשה מדוע אסור לאדם להעיד עדות אמת רק מסיבה ׳טכנית׳ שיש עמו עד רשע ומתרץ דזו גזה״כ לפסול גם את עדות הכשרים מדין נמצא א׳ מהן קרוב או פסול עדותן בטלה.

האורים (ס״ק ג) מקשה, לטעם זה במקום בו אין צירוף לכת אחת יהיה רשאי להעיד עם רשע ולא שמענו כן ועוד האם לא צריך אדם לעשות טצדקאות להציל עשוק מיד עשקו? לדעת התומים אין צורך לחפש טעם לדין זה אלא ״אין לעשות תחבולות רשע וה׳ אל ציוה, ורק גזרת מלך היא״. התומים מגדיר כאן עקרון: לא כל תחבולה כשרה אפילו אם היא מוציאה אמת לאור

אם נקבל את עקרון זה נוכל גם לקבל שאע״פ שמצד הדין אין חיסרון בחוקיות של העצה הניתנת לבעה״ד בכ״ז התורה אסרה זאת, אמנם לא הסברנו מדוע.

ד. התויו״ט מביא את דברי ספר לב אבות: ״ששמע דהכי פירושו שהוא כעורך הדיינים עצמן. כי הדין שפסקו הדיינים לזכות לזה הוא בסבת מה שסידר זה טענותיו וא״כ זה עורך את הדיינים לדון דין זה.״ אפשר לפרש שהבעיה בעריכת דין היא בדיוק הנקודה הזו שבאים לבית המשפט לא לשם קבלת דין צדק אלא לשם השגת רווח אישי. אמנם הרווח מושג באופן חוקי אך לא מגיעים ממקום של קבלת מרות המשפט אלא מנצלים אותו לצרכים אישיים. וזו כוונת התנא אל תערוך את הדיינים, אל תשתמש במערכת המשפט לשם השגת רווחים אלא בא כמקבל את פסק הצדק מהם.[12] לפי פירוש זה יתכן

[12] משל למה הדבר דומה לאדם שיש לו שאלה הלכתית. יש מי שבא לרבו על מנת לקבל תשובה ומה שיאמר לו יעשה. ויש מי שמחפש את הרב שיענה לו את מה שהוא רוצה לשמוע. הבעיתיות באדם השני היא שהוא לא מקבל את עול ההלכה אלא מחפש שהיא תשרת את חייו. וכן לגבי המשפט, התורה רוצה שנבוא לדין בענווה, מתוך קבלת הפסק.

שאיסור אתעכ"ה הוא רק הנהגה טובה שמותר לדחות אותה מפני מצווה חשובה אחרת בשעת הצורך וזו הסיבה ש"ומבשרך לא תתעלם" מתיר לייעץ.

ההבדל העיקרי בין ההסברים הוא שלפי ההסבר הראשון כאשר יש קרבת משפחה אזי איסור אתעכ"ה הותר לגמרי ולפי שאר ההסברים האיסור רק נדחה מפני ערך חשוב ממנו.

להלן נביא נפ"מ אפשריות בין הטעמים.

ו. כתובות פה,ב

קריבתיה דרב נחמן זבינתה לכתובתה בטובת הנאה, איגרשה ושכיבה, אתו קא תבעי לה לברתה, אמר להו רב נחמן: ליכא דליסבא לה עצה, תיזיל ותיחלה לכתובתה דאמה לגבי אבוה, ותירתה מיניה. שמעה, אזלה אחילתה. אמר רב נחמן: עשינו עצמינו כעורכי הדיינין. מעיקרא מאי סבר, ולבסוף מאי סבר? מעיקרא סבר: ומבשרך לא תתעלם, ולבסוף סבר: אדם חשוב שאני.

מספר שיטות בראשונים בפירוש סוגיא זו. כאשר עסקו בעיקר בשלוש השאלות הבאות:

א. מה הרוויחה האשה במה שמחלה? הרי לקמן בהמשך הסוגיא מפורש שלמאן דדאין דינא דגרמי המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו משלם דמי שטרא מעליא. ור"נ דאין דינא דגרמי.

ב. "כיון דקרינא ליה גרמא בנזיקין היכי הוה מייעצה לעשות רשע ונזק להפסיד הלוקחים?" (תוס' רי"ד במקום).

ג. מצינו לעיל בסוגיא בדף נב,ב ש"ומבשרך לא תתעלם" מתיר לייעץ עצה שתגרום שאחד ירוויח והשני לא ירוויח. אך האם משום כך מותר גם לתת עצה שתגרום הפסד ממשי לבעל הדין? כלומר, גם אם אין לאשה איסור למחול (כפי שיבואר להלן) עדיין קשה איך לר"נ היה מותר ליעץ לה לעשות מעשה שיגרום נזק לשני?

להלן נפרוס שיטות הראשונים בסוגיא.

כאשר אדם הולך לעורך דין שמייעץ לו מה לעשות כדי להרוויח הוא מגיע מעמדה של ניצול הדין לטובתו.

שיטת הרא״ש[13] **ו״יש מפרשים״** בתוד״ה תיזיל

א. מדובר שהאשה היתה קטנה כמו הפעוטות שמחילתה מחילה אך אינה חייבת בנזיקין. אי לכך הרוויחה שלא היתה צריכה לשלם כלום ללקוחות.

ב. כיוון שאינה בת עונשין אין לה איסור להזיק.[14]

ג. משום שאין עליה איסור גם אין איסור על ר״נ לייעץ לה. לפ״ז אה״נ כאשר יש קרבת משפחה מותר לתת עצה גם באופן שיגרם הפסד לבעל הדין (ובלבד שלא יעשה איסור כנ״ל).

שיטת ר״י (בתוד״ה תיזיל)

א. מאן דדאין דינא דגרמי מחייב את המוחל שט״ח לשלם ללוקח רק את הדמים ששילם בעד השטר. א״כ הרווח שלה היה ההפרש בין סכום זה לבין מלא הכתובה.

ב. ר״י לא מתייחס לקושיה זו במפורש. ובסוף התוס׳ אף כתוב ״יש לגמגם קצת״ על פירוש זה ויתכן שזה מטעם זה.

ג. כיוון שלא היה מפסידן לגמרי היה מותר לתת עצה זו. ומשמע מדבריו שאסור לגרום הפסד גמור, אך מותר למנוע מהם את הרווח הנוסף על השקעתם.

שיטת הראב״ד בהשגות על הרי״ף מספר תמים דעים

א. בפירוש הראשון כתב שדינא דגרמי קנסא הוא ולא חייבו חכמים אלא את מי שמתכוון להזיק. והכא שכיוונה להנאת עצמה פטורה. ודמיא למש״כ בגיטין נג,א שרבי יוחנן סובר שהיזק שאינו וניכר לא שמיה היזק וחכמים קנסו למזיק במזיד ואעפ״כ אם לא כיוון להזיק אלא להנאת מלאכתו נתכוון פטור מדיני אדם. אי לכך הכא שלהנאת עצמה נתכוונה היתה פטורה מכלום.

---

13 ב״מ פרק ראשון סי׳ מח ובתוספותיו בסוגיין.

14 כ״כ בתוספות רא״ש. אני מסתפק אם כוונתו שאין לה איסור להזיק בכלל או רק בגרמי. התוס׳ לא התייחס לשאלה זו ומסיום דבריו קצת משמע שאכן התקשה לפי פירוש זה איך ר״נ השיאה עצה זו. אך לאחר שמצאתי שהרא״ש מפרש שכאשר אין לה איסור אין איסור גם לייעץ לה אני מפרש כן גם בתוס׳.

בפירוש השני כתב שכיוון שאין החוב לגמרי של הלוקח לא מסתבר אפילו למאן דדאין דינא דגרמי לחייבו את מלא החוב. אלא מחייבים את המוחל לשלם רק את מה שנטל ממנו בעד החוב. ואי״כ הרווח שלה היה ההפרש בין סכום זה לבין מלא הכתובה.

ב. הראב״ד לא שאל שאלה זו. יתכן וסובר הוא כרי״ד (יובא להלן בע״ה), שכאשר מכוון להנאת עצמו גם אין איסור להזיק בגרמי.[15]

ג. נ״ל שקושיה זו לא קשה לראב״ד כיוון שסבור שדינא דגרמי קנסא הוא ממילא לא נכון לומר שנגרם הפסד ללקוחות כי החוב לא היה שלהם, ורק קנסו את המוחל לשלם.

שיטת הרמב״ן

א. ר״נ לא השיאה עצה כדי שתמחול כל הכתובה אלא כדי שמתוך שידעו שיכולה למחול יתפשרו עימה. וזה היה הרווח שלה.

ב. ממילא גם לא עברה איסור.[16]

ג. ממילא ר״נ לא נתן עצה שתגרום הפסד לבעל הדין, ולא קשה כנ״ל.

שיטת הריטב״א[17]

א. לאותה אשה לא היו נכסים לשלם, או שהיתה נשואה שפטורה עד שתתגרש או תתאלמן או שהיתה קטנה שהגיעה לעונת הפעוטות שמחילתה מחילה ופטורה מנזיקין. אמנם הריטב״א מסייג שודאי יעץ לה על דעת שהיא תתן ללקוחות את מה שנתנו לאמה ולא יפסידו כלום מקרן שלהם.

ב. הריטב״א לא התייחס במפורש לקושיה זו. לא יתכן לתרץ כפי שכתבנו בשם הרא״ש משום שהריטב״א מעמיד גם בגדולה שהיא בת עונשין ויש לה איסור להזיק. יתכן שסובר כתוס׳ רי״ד שכשמכוונת להנאת עצמה אין איסור להזיק בגרמי.

---

15 הרי״ד סובר שכשמכוון להנאת עצמו אין איסור להזיק אך עדיין יש חיוב לשלם. הראב״ד שסובר שפטור מלשלם נ״ל שכ״ש שיסבור שאין איסור. וצ״ע.

16 מוכח מהרמב״ן שאין איסור ללחוץ את בעל הדין על מנת שיתפשר עימו. וצ״ע ממש״כ בשו״ע יב,ו בשם תרוה״ד.

17 וכיוצא בזה ראה בגידולי תרומה שער נא חלק ו.

ג. הריטב״א כותב, שבודאי אסור לתת עצה כזו שתפסיד לבעלי הדין אך כאן מדובר שהיתה עניה ולכן מותר (בלא להפסידם את הקרן כנ״ל). נראה מדבריו שאיסור אל תעש עצמך כעורכי הדיינין הוא דוקא כשמכריעים לטובת צד אחד בין שווים. אך כאשר צד אחד באמת זקוק יותר לעזרה מותר לייעץ לו. אלא שבריטב״א משמע שדווקא משום שהיתה קרובת משפחתו וגם היתה עניה היה מותר. בגידולי תרומה כתב בפשטות שאם היתה יתומה קטנה אין ספק שמצוה וחובה להפוך בזכותה ולא צריך משום זה את הטעם של ״ומבשרך לא תתעלם״. ולפ״ז עוד יותר מובהק כמש״כ שכשאחד זקוק להגנה יותר מהשני אין איסור אתעכ״ה.

שיטת תוס׳ רי״ד

א. לאשה זו לא היו נכסים להפרע ממנה. ולאחר שמחלה אביה נתן לה בכל יום מתנה להתפרנס ממנה באופן שלא היה ללקוחות זכות לגבות ממנה את חובם. א״כ הרוויחה שלא שילמה כלום.

ב. כיוון שלא התכוונה להזיק אלא רק ממילא אתא ניזקא אין בזה איסור.[18]

ג. הרי״ד לא מתייחס לכך במפורש ומשמע ממנו שאה״נ שלקרוב משפחה מותר לייעץ אף באופן שיגרם הפסד לבעל דינו (כל עוד לא עביד איסור).

סיכום – האם מותר לייעץ לקרוב עצה שתגרום הפסד ממשי לבעל דינו?

רא״ש, תוס׳ רי״ד – מותר.

ר״י – מותר להפסידו את השבח אך לא את הקרן.

ריטב״א – אם הוא עני מותר להפסידו את השבח ולא את הקרן.

רמב״ן – אסור.

ראב״ד – אין ראיה מה הוא סובר.

---

[18] לשון התוס׳ רי״ד ״אי קשיא כיון דקרינא ליה גרמא בניזקין היכי הוה מייעצה לעשות רשע ונזק להפסיד הלוקחים י״ל איהו להרויח דידה קמכיוין ונזקא ממילא קאתי ומשום נזקא דאחריתי לא שביק רווחא דקריבתא״. בלשונו משמע ששואל על האיסור של ר״נ ולא על האיסור שלה. אך נ״ל שע״כ לפרש שכוונתו שאף לה אין איסור, דאל״כ מה בכך שלר״נ אין איסור הרי מכשילה באיסור. וכך כתבתי למעלה.

גידולי תרומה – משמע שכלפי יתום עני אין כלל איסור אתעכ"ה.

מצינו, א"כ, שתי מחלוקות בראשונים:

א. האם מותר לייעץ לקרוב באופן שיגרם הפסד ממשי.

ב. האם עניותו ומסכנותו של הנידון מתירה לייעץ לו יותר מלאדם רגיל.

ז. נפק"מ בין טעמי האיסור

1. גרימת הפסד ממשי

2. יעוץ לאדם זר נזקק

אפשר לומר שמחלוקות אלו תלויות בחקירה שבה פתחנו האם אתעכ"ה אסור משום "מתעבר על ריב לא לו" או משום הטעמים האחרים הנ"ל.

א. אם האיסור הוא מצד מתעבר על ריב לא לו איסור אתעכ"ה "הותרה" אצל "ומבשרך לא תתעלם". א"כ אין מקום לחלק בין מניעת רווח לגרימת הפסד ממשי. משא"כ אם יש איסור אתעכ"ה "דחויה" אצל "ומבשרך לא תתעלם" שאז יש מקום לחלק בין חומרת הפגיעה בבעל הדין השני ולומר שאסור לגרום הפסד ממשי.

ב. אם "ומבשרך" דווקא מתיר את אתעכ"ה לא שייך להתיר זאת מצד שהנידון עני, אך אם זו הנהגה טובה שבמצבים מסוימיים נדחית מפני ערך אחר אזי שייך לדון שגם לשם הגשת עזרה לעני שאיננו קרוב מותר לייעץ.

לפ"ז נראה לדייק מהקובץ שיעורים שהוא למד שאתעכ"ה נדחה אצל "ומבשרך" ולא הותר. בקוב"ש כתובות אות ש' כתב שכיוון שמצינו בסוגיית שודא דדייני שמצווה להקדים ת"ח לקרוב משפחה, א"כ כ"ש שמותר לעשות עצמו עורך דין עבור ת"ח. כמש"כ לעיל, לו סבר שלקרוב דווקא אין איסור להתערב לא היה שייך ללמוד ק"ו להתיר עזרה לת"ח.[19]

---

[19] הערה זו מצאתי בספר הערות וציונים על מסכת כתובות מאת הרב א. אוסטרן.

3. מי נקרא קרוב?

בספר התרומות (שער נ ח"ג ח) מביא את הגמרא בשבועות לא,א: "ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו אמר רב זה הבא בהרשאה."

וכתב ע"ז בגידולי תרומה:

> ואם עושה בשביל ליהנות מהשכר ולא מפני האלמות לא דבר בזה, ואולי אין כאן משום "לא טוב עשה", כי להנאת עצמו הוא דורש ולא מיקרי "ריב לא לו".

הנידון בגמרא הוא לגבי אדם שמקבל הרשאה מבעל דין להיות בעל דין במקומו. הגמרא אומרת שזה דבר לא טוב ומסביר רש"י: "זה הבא בהרשאה ומתעבר על ריב לא לו" וכו' וע"ז כותב הגידולי תרומה שאם יש לו ריווח ממוני אין זה נקרא ריב לא לו.

למעשה אדם שבא בהרשאה מתייחס לתביעה הזו כשלו ועושה כל מאמץ על מנת לזכות בה. ודאי שמותר לו גם להשתמש בתחבולות חוקיות על מנת לזכות.

אם אכן נפרש שאיסור אתעכ"ה הוא משום מתעבר על ריב לא לו יתכן שנוכל להרחיב את ההיתר לקרוב משפחה לייעץ גם לאדם הבא בשכר. אך לפי הטעמים האחרים נראה שלא שייך להתיר לעו"ד בשכר כלקרוב.

4. מתי מותר לתת עצות כאלו?

מצאנו בכל מיני סוגיות בש"ס ובראשונים שנתנו עצה שסייעה לאדם להרוויח. הראשונים דנים במקומות הללו מדוע אין בזה משום אתעכ"ה.

א. לעיל הבאנו את דברי התוס' בסוף פרק רביעי בכתובות שאמרו שאין איסור ללמד לאדם עצה שיעשה אותה רק בהסכמת הצד השני. והבאנו שכן פירש גם הפני משה.

המהרש"ל באותה סוגיא מביא פירוש נוסף:

> ולי נראה, דאפילו הכי, אפשר דלא הוה משיאין עצה, אי לאו דחזא דהוי מפסדת מזוני, פי', שהיתה מרבה לאכול יותר מן השיעור, והיה חס על היתומים, וה"ה כל היכא דאתי הפסד לאדם מאיש אחר, על ידי שינוי ומקרה, ודומה לפשיעה, שיכול להשיאו עצה להצילו מהיזיקו.

המהרש"ל פותח כאן פתח גדול להיתר. בכל מקום שידוע שאחד מפסיד לחבירו בצורה לא הוגנת מותר לייעץ לצד שכנגדו כיצד להנצל מהפסד זה.

ב. בשו"ע (לא,ב) נפסק שבמקרה שהוציא שתי שטרות על לווה אחד, אחד במנה ואחד במאתיים, וחתומים על השטרות שני כיתי עדים שבדיון אחר הכחישו זו את זו. ודינו שאם הוציאן כאחד גובה רק את הקטן מביניהם ואם הוציאן זה אחרי זה גובה את שניהם. ומגיה הרמ"א (מקורו ברא"ש) "וי"א דטוב לו שישרוף הקטן שלא ישביעהו הלוה שיש לו שני שטרות שאלו העדים חתומים". כלומר אם ירצה המלווה לתבוע את שני השטרות זה אחרי זה יכול הלווה להכריח אותו להשבע כבר בתביעה הראשונה שאין לו שטר נוסף ובכך לאלץ אותו להוציאו וממילא יפסיד אותו. לכן טוב לו שמראש יוותר על תביעת השטר הקטן וישרוף אותו ואז כשיתבע את הגדול יוכל להשבע שאין לו שטר נוסף ויגבה אותו.

שואל ע"ז הט"ז: "קשיא לי למה נתנו חכמים עצה בזה מאי שנא מסי' רמח[20] שהמשיא עצה למכור בנכסים דהוי רשע ערום משום שמפקיע ממון מהשני? וי"ל דשם יש איסור אפילו לדעת המוכר עצמו דאסור למכור לכתחלה משא"כ כאן לפי דעת המלוה שיודע האמת שחייב לו אין איסור."

נראה בכוונת הט"ז, שהמשיא עצה לעשות דבר אסור בודאי נקרא "רשע ערום" (כמו שראינו לעיל בסוגיא בכתובת פה שהראשונים הסבירו מדוע אותה אשה שמחלה לא עברה איסור). אך לייעץ לעשות מעשה מותר שפיר דמי.

ועדיין יש לשאול מדוע אין בזה משום אתעכ"ה? נראה שכיוון שמדובר כאן באדם שיודע שהשטרות אמיתיים לא מדובר כאן על עשיית מעשה על מנת לשנות את הדין לטובתו אלא רק לשמר את המצב הקיים, ודמיא למה שראינו לפי הברכ"י בירושלמי בבבא בתרא, שאם רפואתה של האשה אכן קצובה אין איסור לגלות לה שצריכים היורשים לשלם לה.

ג. הגמרא בסנהדרין דף כז מספרת שבר חמא הואשם בהריגת אדם. ריש גלותא רצה לחייבו שינקרו את עיניו והטיל על רבי אבא בר יעקב לבדוק האם בודאי הרג. היה שם דיון לגבי פסילת אחד העדים ורב פפי התערב בדיון והוכיח שכיוון שהלכה כר"מ העד באמת פסול. בעקבות ראייתו בוטלה

[20] לגבי הנותן מתנה לחבירו ואמר לו ואחריך לפלוני. עיי"ש.

העדות ובר חמא ניצל. ומתוך הכרת הטוב קיבל בר חמא לשלם את מסיו כל ימיו.

הרא"ש במקום שואל איך היה מותר לרב פפי לקבל את ההטבה הזו הרי זה שוחד ותרץ דבלא"ה רבנן פטורים ממס. מדברי הרא"ש ניכר שפרש בגמ' שרב פפי היה דיין. אמנם ביד רמ"ה שאל שאלה זו ותרץ: "רב פפי לאו דיינא הוה אלא מיקם הוה קאים התם ועיין ליה בדיניה בהדיה דיינא". וגם התשב"ץ שיובא להלן משמע שפרש כך.

לפ"ז יש לשאול, מדוע היה רב פפי רשאי להתערב, וכי אין כאן אתעכ"ה? באופן פשוט היינו מחלקים בין דיני ממונות לדיני נפשות. בדיני נפשות יש לעשות כל מאמץ על מנת למצוא זכות (לא גרע מדין 'והצילו העדה'), בדיני ממונות שרווח לאחד הוא הפסד לשני אין לנקוט מאמץ מיוחד רק לצד אחד.

אמנם התשב"ץ (א,קמה) מנמק זאת כך: "ואע"פ שהיה מצווה על ר"פ ללמד עליו זכות, אי משום לא תעמוד על דם רעך כדאיתא בספרא, אי משום לא תגורו מפני איש כדאיתא בפרק קמא דסנהדרין, אי משום מדבר שקר תרחק כדאיתא בפרק שבועת העדות" וכו'.

נראה מדבריו שגם בלא "לא תעמוד על דם רעך" היה צריך להתערב וללמד זכות. נראה שיש שתי סיבות לחלק בין מקרה זה לבין עריכת דין:

א. רב פפי לא הגיע כנציג אישי של בר חמא. הוא היה נוכח בבית הדין וראה שיש עליו צד זכות. כשאדם מגיע באופן כזה הוא לא משרת באופן מובהק את אחד הצדדים ולכן מותר ואפילו מצווה לעשות זאת.

ב. הערתו של רב פפי היתה שהלכה כר"מ. הוא לא חידש טענה או תחבולה מיוחדת למקרה הנידון אלא טען באופן כללי שכך ההלכה. יתכן ואפילו לאדם השכור באופן אישי לטובת אחד הצדדים מותר להציג הוכחות שההלכה נוטה לטובתו כי הדיון הוא ברמת ההלכה העקרונית ולא במקרה המסויים הנידון.

ח. סיכום – נתינת עצה ותחבולה לאחד הצדדים על מנת לזכות בדין

א. אין ללמד בעל דין תחבולה, שתזכהו בדין ותפסיד לזולתו.

ב. אמנם אם הדין עימו ורק מדריך אותו לשמור את המצב כך ושלא ישנו לרעתו מותר.

ג. אם העצה תתקבל רק בהסכמת הצד השני מותר לתת אותה.

ד. אם צד אחד מנצל לרעה את הכח שיש לו ומפסיד שלא כהוגן את הצד השני מותר לתת לצד השני עצה שתפסיק את ההפסד שנגרם לו.

ה. לקרוב משפחה מותר לתת עצה ותחבולה, ורק לאדם חשוב אין לעשות זאת משום מראית עין.

ו. נחלקו הראשונים האם כשמייעצים לקרוב מותר לתת עצה שתגרום הפסד ממשי לבעל דינו או רק לתת עצה למניעת רווח.

ז. יש סוברים שמותר לייעץ לכל אדם עני ומסכן תחבולה לזכות בדין.

ח. יתכן ומותר לאדם שנשכר לתת ייעוץ משפטי לייעץ כמו שהדבר מותר לקרוב משפחה.

ט. סוג שלישי - ללמד טענת שקר על מנת לזכות את הזכאי

כתב הרמב"ם בפירוש המשניות לאבות (א,ח): "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדינין" ז"ל:

> עורכי הדיינים הם אנשים שלומדים הטענות והדינין עד שיהיו בקיאים בני אדם בדיניהם שהם מחברים שאלות ותשובות כשיאמר הדיין כך ענה כך, וכשיטעון בעל הדין כך תהיה תשובתך כך, כאילו הם עורכין הדין ובעלי הדין לפניהם, ולזה קראום "עורכי הדנין" כאילו ערכו הדינין לפניהם, והזהירן מהדמות להם, רצה לומר ללמד אחד מבעלי הדין טענה שתועילהו ויאמר לו אמור כך או תכחש על דרך כך וכך ואע"פ שידע בו שהוא העשוק ושחבירו טוען על שקר לפי מה שהוא חושב באמת עם כל זה אין מותר לו שילמדהו טענה שתצילהו ותועילהו כלל.

הרמב"ם מפרש שיש איסור לתת עצה לאדם לשקר אפילו על מנת לזכות בשלו. מצד אחד עצה זו חמורה יותר משום שהיא שקר מצד שני היא נועדה לזכות אדם במה שמגיע לו. לעיל ראינו שמותר לייעץ לעשות תחבולה על מנת להציל אדם שנעשק שלא כדין מבעל דינו אך כאן מתחדש שאסור לשקר לשם כך.

י. סיכום

כל אדם שנשאל שאלה הנוגעת לפסק דין בין בעלי דינין עליו להיות מודע לכך שהוא עלול בתשובתו לעבור על איסור אל תעש עצמך כעורכי הדיינים. עליו לשים לב שתשובתו לא תגרום לשומע לשקר או להתחמק מהדיון, וכן אין לתת עצות שיטו את פסק הדין לטובתו. כאשר מגיע אדם שנעשק על ידי בעל דינו יש מקום לסייע לו בעצה אך בלא לשקר.

הרב מאיר כהן

מידת חסידות לאור חוק ביטול עיסקה

ראשי הפרקים

א. הנוטל כלי ע"מ לבקרו

ב. חיוב באונסין – מדין שואל או מדין לקוח

ג. שואל או לוקח – נפ"מ

ד. ביטול למפרע או מעכשיו

ה. ממידת חסידות שלא לחזור בו

ו. הבנת שיטת הטור

ז. חוק ביטול עיסקה

א. הנוטל כלי ע"מ לבקרו

במאמר זה נדון בשיטת הטור (חו"מ ר,טו) בדין אדם שלקח חפץ בשביל לבודקו. מן הדין יכול הוא להחזירו אם נמצא שאינו מתאים והטור כתב, שממידת חסידות לא להחזיר.

נדון בסוגיא זו ובהשלכותיה על חוק ביטול עיסקה, והאם יש לנהוג בימינו במידת חסידות זו ולהימנע מלהחזיר.

בגמ' ב"ב פז,ב:

> אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן על מנת לבקרו ונאנס בידו חייב.

ופירש הרשב"ם: "ע"מ לבודקו" ולעכבו (צ"ל במידה וימצא חן בעיניו); "ונאנס בידו" כגון שנפל מידו ונשבר; "חייב" והוא דקיצי דמיה כדמפרש לקמן דסמכא דעתיה לקנותה אחרי שפסק דמיו ואפילו אם חוזר בו ואומר איני חושש בכלי זה לקנותו ונאנס בידו קודם שהחזירו לבעליו חייב דמדאגביה ע"מ לבדקו ולקנותו אחרי כן הוא דאיחייב ליה באחריותו וכיון דאיחייב באחריותו היכי מיפטר תו עד שיחזירנו" עכ"ד.

ושם פח,א מסייגת הגמ' את חיובו של הנוטל כלי ע"מ לבקרו באונסין, רק אם דמי הכלי קצוצים.

ומסביר הר״י מיגאש בחידושיו שהסיבה שחייב אם נאנס: ״כיון דלמכרו קאי האי אומן ונטלו האי לבקרו לקנותו כמאן דקנייה דמי, והוא דקייצי דמיה. דאי לא קייצי דמיה לא סמכא דעתיה ואי איתניס ממילא פטור דאכתי לא קנייה ולאו ברשותיה קאי״.

בגמ׳ בנדרים לא,א (הביאה הרשב״ם שם ד״ה והני) נוסף סייג נוסף לדינו של שמואל, דהא דחייב בנוטל כלי ע״מ לבקרו באונס דווקא אם הכלי הוא זבינא חריפא, דהיינו שיש הרבה לקוחות הקופצים עליו לקנותו.

וביאר הרשב״ם כאן, שבזה דהוי זבינא חריפא ״אין הנאה למוכר בלקיחתו של זה דהרבה ימצא קופצין ומשום שהנאתו של לוקח היא הוה ליה הלוקח כשואל עליו ומחייב באונסא״.

ז״א שכיון שכל הנאה של הקונה מסכים הוא להתחייב באחריותו. אבל בחפץ שאין עליו קופצים רבים וכ״ש חפץ גרוע שאין עליו קופצים כלל הרי הוא ברשותו דמוכר כל זמן שהלוקח בודקו ועד שיחזירו לידיו (ולא חייב באונס אם נאנס).

הרמ״ה בב״ב הוסיף, ״דזבינא חריפא נפישו עליה לוקחים וחייש דילמא הדר ביה מוכר ולא משכח הלוקח זבינא דכוותיה בהני דמי״. משמע שלא די בכך שיש ביקוש למקח כדי להגדירו זבינא חריפא אלא צריך גם שהמקח הזה יהיה יותר זול ממקום אחר ובהנאה זו נעשה לוקח (ז״א מקח ב״מבצע״).

העולה מהנ״ל, שישנם שתי[1] הגבלות לדינו של שמואל, שהנוטל כלי ע״מ לבקרו חייב באונסין:

א. שיהיו דמי החפץ קצוצים, דאי לאו הכי לא סמכא דעתיה לקנותו.

ב. מדובר בזבינא חריפא, (ולא בכלי שהמוכר ״נתקע״ איתו ומעוניין להפטר ממנו, או שמדובר בחפץ במחיר ״מבצע״) שמשעה שלקחו חשוב כשלו שכל ההנאה שלו בזה שמעכבו בידו ולכן מוכן להתחייב באחריותו גם אם יאנס.

---

[1] אך קשה מדוע הגמ׳ בב״ב לא הביאה את התנאי שמובא בנדרים דדוקא בזבינא חריפא, וגם ההיפך הגמ׳ בנדרים לא מזכירה את התנאי המובא בב״ב דדוקא בדקייצי דמיה? וצ״ל בפשטות שהגמ׳ בב״ב סמכה על הסוגיא בנדרים. וגם הר״ן בנדרים פירש דסוגיא דנדרים משלימה לסוגיא דב״ב. (וכנראה שכך סברו שאר הראשנים דהרא״ש כאן כתב דאיירי בזבינא חריפא וכן נראה ברשב״א וברשב״ם). אך הריטב״א (ב״ב פח,ב ד״ה גופא) כתב ״והנכון דתרי מימרי נינהו, וההיא דהתם (נדרים לא,א) בדלא קייצי דמיה ולהכי בעינא זבינא חריפא ולא חשיב אלא שואל. והא דהכא דקייצי דמיה אפילו בזבינא דרמי על אנפיה (מקח גרוע) חשיב לוקח, שהרי הרשות בידו ליקח כך פירש מורי הרא״ה ז״ל״.

ב. חיוב באונסין - מדין שואל או מדין לוקח

נחלקו הראשנים בטעמו של שמואל מדוע הלוקח כלי ע"מ לבקרו חייב באונסין.

הרשב"ם (ב"ב פח,א ד"ה והני מילי) הביא שתי אפשרויות: א. משום דהוי לוקח. ב. משום דהוי שואל.

א. מדין לוקח "משום דקייצי דמיה וזבינא חריפא הרי הוא בנטילה זו כמו לוקח גמור".

דהיינו דכיון שמקח זה העולם רוצים לקנותו, כשהזדמן לקונה מקח כזה יש לו הנאה בקנייתו ומסכים שיהיה עליו שם ודין של לוקח. ואפשר דכיון ש"התנאים" כ"כ טובים, שמסתמא יקנה החפץ בסוף, יש לו גמירות דעת כמעט גמורה לקנותו והוי כלוקח גמור ומתחייב באונסין. דכיון שקנהו כשחוזר כאילו מוכר החפץ בחזרה למוכר ואם אינו בעין בשלמותו כיצד ימכור לו אותו בחזרה).

ב. מדין שואל "שכל הנאה שלו בו".

והביאור הוא שאע"פ שאינו משתמש בחפץ, מ"מ כיון שקיבל זכות לקנות החפץ וגם ניתנה לו הזכות הבלעדית לביטול העיסקה, וחשיב כל הנאה שלו, הוי שימוש המחייבו באונסין ככל שואל.

הרשב"ם לא הכריע בין הטעמים.

תוס' (פז,ב ד"ה הלוקח) הביא בתחילה טעם דחייב משום דחשיב כשואל וזה תורף דבריו. "לכאורה, נראה דחייב משום דחשיב כשואל דס"פ ד' נדרים (נדרים לא,א) מפרש טעמא דשמואל דקסבר הנאת לוקח היא היינו כשואל שכל הנאה שלו. ועוד, דבפרק האומנין (ב"מ פא,א) גבי הא דאמר רב חסדא לא שנו הא דקתני שלחה ומתה חייב אלא כשהחזירה בתוך ימי שאלתה, אבל לאחר ימי שאלתה פטור. ומסיק אמימר דמסתברא דפטור משואל וחייב כנושא שכר הואיל ונהנה מהנה. תניא כוותיה דאמימר הלוקח כלי מבית האומן...ונאנסו בהליכה חייב, בחזרה פטור מפני שהוא כנושא שכר. פירוש לכך פטור כשנאנסו בחזרה לפי שאינו אלא שומר שכר. ומדמייתי מינה סייעתא אההיא דהחזירה לאחר ימי שאלתה משמע דהא דקתני נאנסו בהליכה חייב דהוי מטעם שואל. א"כ מילתיה דשמואל נמי הוי מטעם שואל דהא מההיא ברייתא מייתי בנדרים (שם,ב) סייעתא לשמואל".

גם הר״ן נדרים לא,ב ד״ה ובחזרה-כתב דהוי שואל. וכן כתב בהגהות אשרי (פ״ה,כא) בשם רבי שמשון.

אך, התוס׳ בהמשך דבריו הביא שחייב מדין לוקח ונראה שכך מכריע. וז״ל: ״מיהו רש״י פירש בב״מ (פא,א) דנאנסו בהליכה חייב משום דחשיב כלוקח.[2] ומבאר שאין קושיה מהגמ׳ דב״מ הנ"ל שמביאה דברים הדומים לדינו דשמואל כאן ״הלוקח כלי מבית האומן ע״מ לשגרו לבית חמיו...ונאנסו בהליכה חייב, בחזרה פטור מפני שהוא כנושא שכר״.

ומביאה מזה ראיה לדברי אמימר לגבי שואל שמחזיר החפץ בתוך ימי השאילה שחייב, ואם החזירו אחרי ימי השאלה פטור. משמע שהגמ׳ מבינה שחיובו של שמואל מדין שואל.

אומר תוס׳ אין זה קושיה ורש״י יסביר שראית הגמ׳ מדינו של שמואל היא כך שכמו שבדין הלוקח כלי מבית האומן שבחזרה דינו כשומר שכר (ולא פחות מזה) אע״פ שבטל המקח (כיון שלא קיבלו את המתנה בבית חמיו) ומשום שעד עכשיו היה כלוקח, ה״ה הכא שואל לאחר שכלו ימי השאילה הוי שומר שכר כיון שנהנה מההשאלה עד עכשיו (ד״הואיל ונהנה מהנה״).

התוס׳ מביא ראיה לכך מהמשך הסוגיא (פח,א) ״ההוא גברא דאייתי קארי לפום נהרא, אתו כולי עלמא שקול קרא קרא, אמר להו: הרי הן מוקדשין לשמים; אתו לקמיה דרב כהנא, אמר להו: אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. וה״מ הוא דקיצי דמייהו, אבל לא קיצי דמייהו ברשות מרייהו קיימי ושפיר אקדיש״.

אומר התוס׳: ״ואי שואל הוי אמאי לא יוכל להקדיש מה שהשאיל ביד אחרים״, הרי בפקדון אמרינן כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה, אלא ודאי משום דלא הוי שואל אלא לוקח.

והרשב״א[3] דחה ראיה זו שאע״פ שהביאו עובדא זו על מימרא דשמואל אפשר שהם לקחו לקנותם מיד ולא ע״מ לבקרם ולכן לא יכול המוכר להקדישם).

וכן דעת הרמב״ן בחידושיו (ב״ב פח,א ד״ה הא), המאירי והרא״ש (ב״ב פ״ה,כא) והנימוקי״י. וכן נראה דעת טור סי׳ ר סע׳ טו ובב״י (שם) כתב שכן דעת הרמב״ם (הל׳ מכירה פ״ד,יד).[4]

---

[2] ומ״מ בחזרה פטור מאונסין דכיון שנמלך שלא לקנותו בטל המקח.

[3] מובא בתוס׳ הנ״ל, כנראה מדובר ברבנו שמשון המובא בהג׳ אשרי.

ג. שואל או לוקח- נפ"מ

מה הנפ"מ בין אם חיובו דשמואל מדין שואל או מדין לוקח הרי סו"ס לענין חיוב אונסין אין נפ"מ?

א. תוס' (הנ"ל) הביא נפ"מ לענין הקדש.

ב. ביד רמ"ה (ב"ב ד"ה גופא) הביא נפ"מ נוספת אם בעליו עמו, דהיינו, אם המוכר עובד שאול או שכור אצל הקונה כשלקח הקונה החפץ ע"מ לבקרו ונאנס החפץ. אם חיובו של הקונה מדין שואל יהיה פטור, כדין בעליו עמו בשואל. אבל אם חיובו מדין לוקח אין בכך כלום שהמוכר מושכר או מושאל אצל הקונה.

ג. החכמת שלמה (קפו,א) הביא נפ"מ נוספת במתה מחמת מלאכה דאם חיובו מדין שואל פטור ואם חיובו מדין לוקח חייב.

ד. הדברי חיים (הל' שלוחין סי' יז) כתב, שלדעת הפוסקים שבע"מ לבקרו שהחיוב מדין לוקח אין המוכר יכול לחזור בו. אבל לדעת הסוברים שהחיוב מדין שואל אף המוכר יכול לחזור. (וכתב דהיינו דוקא קודם שבקרו, אבל אחר שבקרו ומתאים הוא לצרכיו שוב אין המוכר יכול לחזור בו משום דהוי כמקנה לו מעכשיו אם תרצה לקנותו).

ד. ביטול למפרע או מעכשיו

למ"ד שחיובו מדין לוקח יש לעיין בגדר מקח זה האם יש כאן מקח על תנאי שלא יבטלו הלוקח ואם יבטלו בטל למפרע (נעקר) או שהמקח נגמר עכשיו ואם אח"כ יבטלו יתבטל באותה שעה.

ובגמ' (ב"ב פח,א) "הלוקח ירק מן השוק ובירר והניח אפי' כל היום כולו לא קנה ולא נתחייב במעשר. גמר בלבו לקנות קנה ונתחייב במעשר, להחזירו א"א אפשר שכבר נתחייב במעשר וכו'".

המדובר בחבר שלוקח פירות מעם הארץ שמן הדין שצריך להפריש מהם תרו"מ. ואם לא יכול להחזיר כיון שאסור לו להוציא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו.

ומקשה הגמ': "אטו משום דגמר בלבו לקנותו קנה ונתחייב במעשר".

---

[4] לח"מ (שם) חולק, וכתב כשהכלי זבינא חריפא הוי כל הנאה שלו והוי כשואל. ובנתיבות (קפו,א) כתב שהרמב"ם סובר שחיובו מדין שניהם.

ומתרץ רב הושעיא: ״הכא בירא שמים עסקינן כגון רב ספרא דקיים בנפשיה ודובר אמת בלבבו״.

באר הרשב״ם (ד״ה אטו): ״אטו משום דגמר בלבו לקנות קנה ומעשר בתמיה אמאי הא אפי׳ אי קייצי דמייהו יכול להחזירן וליהדרינהו וליפטר״.

ועל תירוץ הגמ׳ דבירא שמים עסקינן מבאר הרשב״ם (ד״ה רב ספרא) ״רב ספרא הוה קרי קריאת שמע, ואמר ליה ההוא גברא הב לי עסקך בכך וכך מעות, וסבר דמשום מיעוט דמים הוה שתיק, והעלה לו דמים מרובים. ולאחר תפלתו לא רצה לקבל אלא במיעוט מעות הראשונות משום דגמר בלבו להקנותו בכך. וה״נ גבי מעשר כיון דירא שמים הוא כיון שגמר בלבו זכה במקח ונתחייב במכר וכי מחזירו כחוזר ומוכר לו דמי״.

התוס׳ רי״ד (ד״ה ומשום) מקשה על מה שכתב הרשב״ם: ״הא אפי׳ קייצי דמייהו יכול להחזירן וליהדרינהו וליפטר״ וז״ל: ״וקשיא לי טובא שאע״פ שהדין ודאי כך הוא (ר״ל שיכול להחזירן) דהאי דאמר שמואל הלוקח כלי מן האומן וכו׳ הרשות ביד הלוקח הוא אם רוצה לקנותו קנאו ואין המוכר יכול לחזור בו כיון שהגביהו זה, אבל אם הלוקח רוצה לחזור בו יכול שעל דעת זה מגביהו שאם ייטב בעיניו יקנהו ואם לאו יחזירהו לו. אבל מיהו אע״פ שהוא יכול להחזירו נתחייב לעשרו כיון שקנהו באותה ההגבהה וקם ליה ברשות החבר עד שלא יחזירנו. וכיון דקם ליה ברשותיה אסור לו להוציא מתחת ידו דבר שאינו מעושר, דהכי תנן בפרק ג (משנה ב) דמסכת דמאי הלוקח ירק מן השוק ונמלך להחזיר לא יחזור עד שיעשר... אלמא כל היכא דגמר בלבו על דעת לקנות אע״פ שהוא יכול להחזיר חייב לעשר״ עיי״ש.

רואים שהתוס׳ רי״ד הבין שהתנאי שיוכל לחזור בו לא מועיל לבטל הקנין מעיקרא, כשאינו מעוניין במקח, אלא הוא מבטלו מעכשיו בלבד, ולכן קמו לו הפירות ברשות החבר לעניין שלא יכול להוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן.

וא״כ לשיטתו גדר המקח הוא מקח גמור אלא שיש לו זכות להקנות בחזרה לבעלים.

לעומת זאת, צ"ל שהרשב"ם הבין שהתנאי שמתנה הלוקח ע"מ לבקרו מועיל כשחוזר לבטל הקנין מעיקרו, ולכן לא נחשב שמוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן.[5]

ה. ממידת חסידות שלא לחזור בו

הטור (ר,טו) כותב: "הנוטל כלי מבית האומן לבקרו ואם ייטב בעיניו יקחנו ונאנס בידו חייב אם דמיו קצובים, דמשעה שלקחו חשיב כשלו כיון שדמיו קצובין. ואפי' אם ירצה המוכר לחזור בו אין שומעין לו. אבל מיהו הלוקח יכול לחזור ולהחזירו לו כל זמן שהוא בעין אלא שמדת חסידות הוא שלא לחזור בו כיון שגמר בלבו ליקחנו" עכ"ל.

מקור דבריו של הטור (ע"פ הב"י והפרישה) מהגמ' פח,א שתירצה שמה שהגמ' אומרת שאם גמר בלבו לקנות קנה והתחייב במעשר זה לא בסתם אלא בירא שמים בלבד, כגון "רב ספרא דקיים בנפשיה ודובר אמת בלבבו". ופירש הרשב"ם (ד"ה רב ספרא) כנ"ל: "רב ספרא הוה קרי קריאת שמע, ואמר ליה ההוא גברא הב לי עסקך בכך וכך מעות וסבר דמשום מיעוט דמים הוה שתיק והעלה לו דמים מרובים, ולאחר תפלתו לא רצה לקבל אלא במיעוט מעות הראשונות משום דגמר בלבו להקנותו בכך, וה"נ גבי מעשר כיון דירא שמים הוא כיון שגמר בלבו זכה במקח ונתחייב במכר וכי מחזירו כחוזר ומוכר לו דמי".

ז"א בירא שמים גמירות דעתו לקנות או להקנות גומרת הדבר ולא צריך מעשה קנין כדי להראות גמירות דעת.

אומר הטור: ה"ה הכא בלוקח ע"מ לבקר גמר לקנות וממידת חסידות לקיים המקח.

מקשה הב"ח: "איכא לתמוה כיון שהתנה שאינו לוקחו אלא לבקרו ואם לא ייטב בעיניו יחזירנו, אם כן אף ממידת חסידות יכול להחזירו. ולא דמי לגמר בלבו לקנותו בלי תנאי דמידת חסידות הוא לקיים בנפשיה ודובר אמת בלבבו, אבל בתנאי ליכא משום מידת חסידות".

ותירץ הב"ח: "ונראה, דאף על גב דהתנה דלוקחו לבקרו ואם לא ייטב בעיניו יחזירנו, מכל מקום ודאי אפי' ייטב בעיניו וגמר בלבו לקנותו אלא שחוזר בו

---

[5] וכן כתב בפירוש מחלוקתם בספר ארזי לבנון על ב"ב.

מטעם אחר כגון שאין צריך לו או דחוק למעות וכיוצא בזה נמי יכול לחזור בו, וע״ז קאמר דמידת חסידות הוא שלא לחזור״[6] עכ״ל.

ז״א להחזיר מהטעם שהתנה אפי׳ ממידת חסידות יכול להחזיר. ולהחזיר מטעם אחר מעיקר הדין מותר ורק ממידת חסידות אסור להחזיר.

הקשה בספר שפת החושן (ח״ב סי׳ עא הרב יהודה איטח) ולכאורה חידושו של הב״ח צריך ראיה מנלן שאם לקח כלי ע״מ לבקרו דיכול לחזור מסיבה אחרת הרי המקח היה דוקא בתנאי שאם יהיה בחפץ רעותא מסויימת שיוכל לחזור בו אבל סיבה אחרת לא היתה בתנאי ומנ״ל שיכול לחזור מעיקר הדין באופן זה הרי ברגע שלא נמצאה בו הריעותא נגמר והוחלט המכר.

והביא ראיה לדבריו מהמחנה אפרים (הל׳ שומרים סי׳ כד) וז״ל: ״כשפסק עמו הלוקח ואמר לו כלי זה אני לוקחו בכך וכך ע״מ לבקרו אם הוא טוב, אם הוא טוב אין הלוקח יכול לחזור בו דמשעה שהגביהו גמר בדעתו לקנותו אם הוא טוב ונמצא שזה מקח גמור כל שהכלי נמצא טוב וסתמא ימצא טוב״.

רואים שהאפשרות לחזור בלוקח ע״מ לבקר זה רק כשהחפץ לא ימצא טוב או שלא עומד בתנאי שהתנה בעת שלקחו, אבל אם ימצא טוב ועומד בתנאי שהתנה לא יכול לחזור מסיבה אחרת.

א״כ חוזרת שאלת הב״ח למקומה שכיון שהתנה בעת שלקחו לבקרו ואם לא ייטב בעיניו יחזירהו א״כ אפי׳ ממידת חסידות יכול לחזור וכיצד כתב הטור שממידת חסידות לא יחזור.

ו. הבנת שיטת הטור

יש להקדים ולשאול מדוע דוקא כאן בשונה משאר תנאים אנו מוצאים בטור דין דמידת חסידות לקיים המעשה מכל מקום.

צ״ל שהטור סובר שתנאי דע״מ לבקר שונה משאר תנאים. שכן בשאר תנאים התנאי משפיע במידה כזו או אחרת על גמירות הדעת משא״כ כאן אע״פ

6 בפת״ח (ח״ז פי״ג סע׳ יט) תמה על הב״ח, שמבואר בדבריו שממידת חסידות יש איסור להחזיר כשמחזיר מסיבה אחרת כגון שלא צריך לו עוד או שאין לו מעות מדין דובר אמת בלבבו. ולכאורה, צ״ע שהרי אף בדברים ממש שיש בהם משום מחוסר אמנה נחלקו הפוסקים בתרי תרעי אם יש מחוסר אמנה, כמ״ש הרמ״א (סי׳ רד סע׳ יא). והב״ח עצמו (שם) נוטה לומר שאין בהם משום מחוסר אמנה כ״ש כשאינו צריך עוד לחפץ או שאין לו מעות שמסתבר שאין בו משום מחוסר אמנה ולמה תהיה מידת חסידות חמור מדין מחוסר אמנה.

שהתנה אמרינן דמסתמא דעתו לקנות. (כפי שאפשר לדייק במחנה אפרים שכתב "דמשעה שהגביהו גמר בדעתו לקנותו אם הוא טוב ונמצא שזה מקח גמור כל שהכלי נמצא טוב וסתמא ימצא טוב"). ובפרט כשמדובר בזבינא חריפא [שיש לו ביקוש (רשב"ם) או חפץ ב"מבצע" (יד רמ"ה)] הקונה מסכים בדעתו לקנות כמעט בכל מקרה בגלל הכדאיות שבעיסקה וגומר בדעתו לקנות, רק שמשאיר לעצמו את האפשרות לחזור לרווחא דמילתא. ואפשר שמשום כך סברו הטור ורוב הראשנים שנחשב במעשה זה לוקח ממש ולא שואל. ולכן לעניין ירא שמים שחושש ל"גמר בלבו לקנות" ודאי שבמקרה כזה יש לחשוש, ולכן כתב הטור שממידת חסידות לא יחזור כי גמר בלבו (אע"פ שמדינא יכול לחזור כיון שהתנה).

אלא שלא מסתבר, אפילו לא ממידת חסידות, לומר זאת אפילו במקרה של חוסר התאמה משמעותי כי בזה אין את ה"מסתמא" שיקנה ואין גמירות דעת. ואולי צריך להעמיד אוקימתא בדברי הטור שמדובר דווקא בתנאי לא מהותי, דהיינו לא מדובר שהקונה מסתפק בדבר שללא קיומו אין לו צורך כלל בחפץ, שהרי במקרה כזה ודאי אין לו גמירות דעת לקנותו (שדומה מקרה זה למקח טעות). אלא מדובר שמסתפק בכזה ספק קטן (כגון התאמת גוון צבע וכדומה) כשרוב הסיכויים שקונה אותו בכל אופן (כנ"ל) בזה דווקא אמרינן שגמר בדעתו לקנותו והתנאי הוא רק ליתר בטחון.

[ובפתחי חושן ח"ז (פי"ג סע"ק מב) הסביר שהדין אמור גם בחוסר התאמה במידה-וצ"ע].

ז. חוק ביטול עיסקה

לחוק הישראלי "חוק הגנת הצרכן, התשמ"א -1981" נוספו בשנת תשע"א "תקנות הגנת הצרכן (ביטול עיסקה) התשע"א 2010".

ז"ל התקנה בסע' 2 "ביטול עיסקה: צרכן רשאי לבטל הסכם,,, ובלבד שביטול הסכם לרכישת טובין יהיה בתנאי שהצרכן יחזירם לעוסק והטובין לא נפגמו ולא נעשה בהם שימוש בידי הצרכן הרוכש".

ושם בתת סע' מס' 1 "בתוך 14 ימים מיום שקיבל את הטובין".

בסע' 3 כתוב כך: "החזרת התמורה: ביטל הצרכן את הסכם הרכישה... ישיב העוסק לצרכן... את מלוא התמורה ששילם או יבטל את חיובו".

החוק הנ״ל (שהוא למעשה מנהג המדינה) קובע, בעצם, שכמעט כל קניה (מלבד אלו המפורטים בחוק) היא קניה בתנאי דמעכשיו ועד 14 יום. וא״כ מן הדין יכול לחזור.[7]

ויש לברר האם לשיטת הטור יש מידת חסידות לא לחזור דכמו שראינו לעיל תלוי הדבר בגמירות דעת, שהלוקח ע״מ לבקר גומר בדעתו לקנות ולכן ממידת חסידות שלא לחזור. האם במציאות של ימינו ולאור החוק הנ״ל יש פחות גמירות דעת לקנות שנגיד שאין אפי׳ מידת חסידות שלא להחזיר?

לכאורה, נראה שההיפך הוא הנכון שדוקא בימינו יש יותר גמירות דעת לקנות. דאע״פ שהחוק עושה כאילו הוא עשה תנאי מ״מ מצד גמירות דעת הקונה עצמו כיון שע״פ רוב בשעת הקניה לא עולה בדעתו כלל להחזירו וגומר בלבו לקנות לכן ראוי לירא שמים לחשוש ולא להחזיר. וגם אם נאמר שבאמת לקח ע״מ לבקרו והחפץ הוא זבינא חריפא והתנאי אינו מהותי (כנ״ל) חזרנו לדינו של הטור שממידת חסידות לא יחזיר.

להלכה

השו״ע לא הזכיר כלל את מידת החסידות של הטור, אבל באחרונים בני זמנינו היא הובאה כנוהַג הלכה למעשה. [עיין בספר שפת החושן (ח״ב סי׳ עא), ובספר אמונה ומסחר (פי״ג סע׳ ט)].

---

[7] לב״ח אפי׳ ממידת חסידות שכן בחוק אין צורך להתנות ובודאי שלא צריך להסביר את סיבת הבדיקה ויכול להחזיר מכל סיבה.

הרב אלישע לוינשטרן

דין שליחות יד בפקדון – היחס בינו לבין גזל

ראשי הפרקים

א. חידוש התורה בדין שליחות יד
ב. פעולה שמחייבת רק את השומר
1. גזילה על מנת לשלם
2. שימוש באופן שפוגע או ממעט את הפקדון
3. שליחות יד במקצת הפקדון מחייבת על כולו
4. שימוש כלשהו
5. שליחות יד על-ידי שליח
ג. בעיית הקניין
1. השוואת שומר שגזל לגזלן רגיל
2. קניין חצר
ד. חילוקי דינים בין שולח יד לגזלן
1. חיוב באונסין
2. שבח גזילה
3. שליחות יד כקנס
ה. שואל שלא מדעת
1. פסקי הרי״ד בבא בתרא
2. רבא בבבא מציעא
3. האם שליחות יד צריכה חסרון
4. מחלוקת אמוראים
ו. מסקנות וסיכום

א. חידוש התורה בדין שליחות יד

אומרת התורה (שמות כב,ו-ז):

> כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ כֶּסֶף אוֹ כֵלִים לִשְׁמֹר וְגֻנַּב מִבֵּית הָאִישׁ אִם יִמָּצֵא הַגַּנָּב יְשַׁלֵּם שְׁנָיִם: אִם לֹא יִמָּצֵא הַגַּנָּב וְנִקְרַב בַּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלֹהִים אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ.

ושם (פסוקים ט-י):

> כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ חֲמוֹר אוֹ שׁוֹר אוֹ שֶׂה וְכָל בְּהֵמָה לִשְׁמֹר וּמֵת אוֹ נִשְׁבַּר אוֹ נִשְׁבָּה אֵין רֹאֶה: שְׁבֻעַת יְהוָה תִּהְיֶה בֵּין שְׁנֵיהֶם אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ וְלָקַח בְּעָלָיו וְלֹא יְשַׁלֵּם.

מה פירוש המשפט "אם לא שלח ידו במלאכת רעהו"? מפרש הרמב"ן:

> וטעם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. על דעת רש"י שיקרב אל האלהים לישבע שלא שלח ידו בשל חבירו. והנכון, שיקרב אל האלהים לישבע שנגנב כמו שהוא טוען, אם לא שלח הוא יד להשתמש לצרכו במלאכת רעהו, כי השולח יד בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין.

לפי הרמב"ן, התורה מחדשת ששומר ששלח יד בפקדון חייב עליו באונסין כגזלן. ויש להקשות: מדוע הוצרכה התורה לחדש כן? למה שדינו של שומר שגזל את הפקדון שהופקד אצלו יהיה קל יותר מדינו של כל גזלן אחר?

ניתן לתרץ את הקושיה ע"פ דברי רש"י בסנהדרין (עב,א ד"ה ולא היא):

> דכי אוקמיה רחמנא ברשותיה וחייב את הגזלנין לשלם, ה"מ לענין שלומי, דלא מצי למימר ליה נאנסו, דאשכחן בשומרין דחייבן הכתוב לישבע אם לא שלח יד במלאכת רעהו, הא שלח – אע"ג דטעין מת או נשבר דהיינו אונס – חייב, דנעשה עליה גזלן בשליחות יד.

מדברי רש"י עולה שדין שליחות יד בפקדון הוא המקור לכך שהגזלן חייב באונס. ממשיך רש"י ומסביר לפי זה יסוד החיוב (ד"ה אבל):

> משום דלא גרע גזלן משואל, דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס, דכל כמה דקיימא הדרא בעינא. הא נמי, כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי.

אומר רש"י שהתורה העמידה את הגזילה ברשותו של הגזלן לעניין אונס משום שבדומה לשואל, "כל ההנאה שלו".

מתוך דברי רש"י אפשר לתרץ את קושייתנו על הרמב"ן, ולומר שכל פרשת שליחות יד לא באה אלא כדי ללמדנו שגזלן חייב באונסין.

אלא שמדברי הש"ס, הראשונים והאחרונים שנביא במהלך המאמר, עולה שישנם הבדלים מהותיים בין שליחות יד לבין גזל, אם מצד אופי הפעולה ואם מצד הדין. כלומר, אפילו אם כנים דברי רש"י וחיובו של הגזלן באונס

נלמד מדין שליחות יד, דין שליחות יד עצמו מחדש הלכה מסוימת בהלכות שומרים, והינו נבדל מהדין הכללי של גזל.

אם כן, מהו ההבדל היסודי בין דין גזל לבין דין שליחות יד?

בתשובה לשאלה זו ניתן להצביע על שלושה כיוונים עקרוניים בדברי רבותינו:

1. פעולת שליחות יד בפקדון קלה יותר מפעולת גזילה רגילה. התורה מחדשת שאע"פ כן – דינו של השולח יד כגזלן.
2. פעולת שליחות יד שווה לפעולת גזילה, אבל הוה אמינא שמכיון שהגזילה הגיעה לידיו של השומר בהיתר, דינו לא יהיה כדין גזלן. מחדשת התורה שאע"פ כן – דינו כגזלן.
3. באמת דינו של השולח יד אינו כדין גזלן, כי הגזילה הגיעה לידיו של השומר בהיתר.

במאמר זה נבחן את ההבדלים בין שליחות יד לבין גזל לאור הסוגיות בפרק המפקיד, ונסווג את השיטות לפי שלושת הכיוונים הנ"ל. לבסוף, נביא גישה נוספת שמבדילה בין פעולת שליחות יד לבין פעולת גזל רגילה, אך סוברת שדין ש"י בא ללמד שגם זו נחשבת פעולת גזילה – בדומה לרש"י הנ"ל, שלומד משליחות יד לכלל הגזלנים.

ב. פעולה שמחייבת רק את השומר

1. גזילה על-מנת לשלם

אומרת המשנה בדף מ,ב[1]:

> המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשתברה, אם מתוך ידו נשברה, לצורכו חייב לצורכה פטור וכו'.

ונחלקו האמוראים בגמרא (מא,א) במשמעות המילה "לצורכו" במשנה:

> תרגמה רבי יעקב בר אבא קמיה דרב, שנטלה על מנת לגוזלה. תרגמה ר' נתן בר אבא קמיה דרב, שנטלה ע"מ לשלוח בה יד. במאי קמיפלגי? בשליחות יד צריכה חסרון, מאן דאמר לגוזלה קסבר שליחות יד צריכה חסרון, ומ"ד לשלוח בה יד קסבר שליחות יד אינה צריכה

1 הפניה סתמית במאמרינו היא למסכת בבא מציעא.

> חסרון. מתקיף לה רב ששת, מידי נטלה קתני? טלטלה קתני! אלא אמר רב ששת הכא במאי עסקינן כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות, וקא סבר שואל שלא מדעת גזלן הוי.

בפשטות, מוכח ממחלוקת האמוראים שההגדרות גזילה, שליחות יד ושאלה שלא מדעת מתיחסות לשלוש פעולות שונות. מה ההבדל ביניהן?

אומר הריטב״א (ד״ה תרגמה):

> והנוטל לגזול הוא הנוטל ע״ד ליטלה כולה או מקצתה לעצמו, או שיחסרנה, ולא ישלם לבעלים, והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן ואע״פ שלא חסר. והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת על דעת לשלם לבעלים, ובזה נחלקו אם צריך חסרון לחייבו באונסין אם לאו. ושואל שלא מדעת אין דעתו לחסר לבעלים כלום, אלא שרוצה להשתמש ולהחזירו למקומו.

לפי הריטב״א, ההבדל בין פעולת גזילה לבין פעולת שליחות יד היא שהגוזל אינו מתכוון לשלם לבעלים, ואילו השולח יד מתכוון לשלם. לכן התורה היתה צריכה לחדש את דין שליחות יד, שכן מי שאינו שומר אינו מתחייב באונסין ע״י גזילה כזו[2]. כפי שכותב הריטב״א שם:

> וגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין איניש דעלמא, אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון, ושמו מוכיח עליה, וכדאמר קרא גבי שומרים 'אם לא שלח ידו'.

אמנם צריך ביאור מה מקור הגדרה כזאת בשליחות יד. שמעתי ממו״ר הרב אליהו בלומנצויג שסתם גזילה של הפקדון ע״י השומר היא על מנת לשלם, שהרי הוא היה חייב בהשבת הפקדון עוד לפני שגזל אותה. לכן מסתבר שזוהי ההגדרה של שליחות יד.

---

[2] קצוה״ח (שמח,א) מוכיח מדברי ריטב״א אלו שהגונב ע״מ להחזיר פטור מאונסין. אבל ר' שמואל רוזובסקי (זכרון שמואל עמ' תקיח) דוחה שדוקא גנב שמתכוון לשלם כשעת הגנבה פטור מאונסין, מה שאין כן מי שגנב ע״מ להחזיר, שעד שעת החזרתו הוא בגדר גזלן גמור.

2. שימוש באופן שפוגע או ממעט את הפקדון

בסמוך למחלוקת האמוראים הנ״ל, מביאה הגמרא מחלוקת בין רב ללוי בשאלה האם שליחות יד צריכה חסרון או לא. בקשר למחלוקת זו מביאה הגמרא את הברייתא הבאה:

> רועה שהיה רועה עדרו והניח עדרו ובא לעיר ובא זאב וטרף ובא ארי ודרס פטור. הניח מקלו ותרמילו עליה חייב.

מתבקש לתהות: וכי שימוש בפקדון על מנת להחזיר נחשב שליחות יד?

בנוסף, מקשים הראשונים: מניין לגמרא שהחיוב בברייתא הוא משום שליחות יד? אולי הוא משום שואל שלא מדעת!

רש״י (ד״ה והא) מתרץ את קושיית הראשונים:

> דכי אמרינן בשומרים שאלה שלא מדעת, בדבר שאינו כיחש וחיסר מחמת מלאכה. אבל בעלי חיים המכחישים מחמת מלאכה, תחלתו שליחות יד היא.

הראשונים מתקשים להבין את רש״י; איך העובדה שהשימוש פוגע בחפץ מוציא אותו מגדר שאלה שלא מדעת?

השיטה מקובצת נותן הסבר בשם גליון תוספות: דין שואל שלא מדעת שייך רק כאשר השואל חושב שלא אכפת לבעל הבית שהוא משתמש בחפץ; אבל בדברים שמחסירים כשמשתמשים בהם, כגון בהמה שמכחישה מחמת מלאכה, השואל הרי יודע שבעל הבית לא היה משאיל לו, ולכן אי אפשר להגדיר את זה כשאלה שלא מדעת, אלא כשליחות יד.

מכל מקום, עולה מדברי רש״י שאדם יכול להיחשב שולח יד אפילו ע״י שימוש בפקדון על מנת להחזיר, אם מדובר בשימוש שפוגע בגוף הפקדון, אע״פ שאינו יכול להיחשב בכך לגזלן רגיל או לשואל.

3. שליחות יד במקצת הפקדון מחייבת על כולו

ראינו שממחלוקת האמוראים בהבנת המשנה בדף מ,ב מוכח שההגדרה של שליחות יד שונה מההגדרה של גזל. רש״י (ד״ה ור׳ נתן) מפרש את החילוק כך:

> דאפילו לא נטלה על מנת לגוזלה אלא על מנת לשלוח בה יד וליטול מקצתה ולא נטל, אפ״ה קמה ליה ברשותיה כולה והויא לה גזילה.

כלומר, בניגוד לגזילה, שמחייבת את הגזלן רק על מה שנטל, שליחות יד מחייבת את השומר על כל הפקדון אפילו אם נטל רק מקצתה; ולמ״ד שליחות יד אינה צריכה חסרון – אפילו אם לא נטל בפועל, אלא רק הגביה את החבית לשם כך.

מניין לרש״י הגדרה זו? ברור שמקורו מהמשנה בדף מג,ב:

> הטה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה, אינו משלם אלא רביעית. הגביהה ונטל הימנה רביעית ונשברה, משלם דמי כולה״.

ומפרש שמואל בגמרא (מד,א):

> אמר שמואל, לא נטל נטל ממש, אלא כיון שהגביהה ליטול אע״פ שלא נטל.

מפשט המשנה משמע שאפילו אם השומר מעולם לא התכוון לגזול את כל החבית, מכיון שהגביה אותה – חייב על כולה. מהרמב״ם (גזילה ג,יב) משמע שגם הוא מבין את המשנה כך:

> הגביה את החבית ליטול ממנה רביעית, נתחייב באונסיה אע״פ שלא נטל.

מה הסברה לחייב את השולח יד גם על מה שלא התכוון לגזול?

אפשר להסביר שמכיון שהשולח יד נוטל את כל החבית ע״מ לגזול את מקצתה, הוא נחשב כמשתמש בכל החבית לצורך גזילתו, וחייב על כולה.

כיצד השימוש בכל בחבית מחייב אותו? קשה לומר שזה מדין שואל שלא מדעת, שהרי למ״ד שואל שלא מדעת גזלן הוא לא יהיה בכך שום חידוש; אבל לפי ההגדרה שרש״י נתן בהקשר של רועה, ששימוש המחסיר הוא בגדר שליחות יד ואינו בגדר שאלה שלא מדעת, אפשר לפרש גם כאן שהשימוש בכל החבית הוא בגדר שימוש המחסיר, שהרי כוונתו להחסיר ממנה. הדברים יובנו יותר ע״פ ההסבר שהבאנו להגדרה זו בשם גליון תוס׳, ששימוש של אדם בדבר של חברו באופן שהבעלים בוודאי לא היו מרשים לו, אינו נכנס לגדר שואל שלא מדעת, כי זה קרוב יותר לגזל מאשר לשאלה. אם כן, יש לומר שגם כאן, מכיון שהבעלים בוודאי לא היו מרשים לשומר שימוש כזה, המעשה שלו הוא בגדר שליחות יד ולא שאלה שלא מדעת.

עוד ניתן להסביר שלשולח יד יש זיקה אל הפקדון עוד לפני שהוא שולח בו יד, בכך שהוא חייב לשמור עליו. הפקדון כבר נמצא בעולמו כמכלול. לכן כאשר הוא שולח יד במקצת הפקדון, מעמדו ביחס לכלל הפקדון משתנה, והוא הופך לגזלן על כולו.[3] זאת בניגוד לגזלן רגיל, שאין לו זיקה אל הגזילה לפני שהוא גוזל אותה, ולכן המעשה שלו יוצר זיקה רק כלפי מה שהוא גזל בפועל.[4]

הגדרה זו בשליחות יד והבנה זו במשנה אינן מוסכמות. הראב״ד חולק על הרמב״ם (שם):

> לא מיחוור גבן הא מילתא, דאם לא חשב ליטול ממנה אלא רביעית שיהא חייב בכולה אפילו נטל, אלא מפני שהגביהה לגזול את כולה ולא נטל עכשיו אלא רביעית שהוא חייב בכולה, ואמר שמואל לא נטל נטל ממש אלא אפילו לא נטל, ואפילו למ״ד שליחות יד צריכה חסרון. ו׳נטל רביעית׳ דקתני רבותא קאמר, דסד״א כיון דלא נטל אלא רביעית בטלה ליה מחשבתו קמייתא ולא מיחייבא אלא ברביעית, קמ״ל.

לפי הראב״ד, המשנה באמת עוסקת בשולח יד שהתכוון לגזול את כל החבית. וזה שהיא מדברת על מי שנטל ממנה רביעית הוא כדי לחדש לנו שאין לפרש את נטילת הרביעית כחזרה ממחשבתו לגזול את כולה, אלא הוא עדיין חייב על הכל.

מה החידוש, לפי הראב״ד, בדין שליחות יד לעומת דין גזל? לכאורה הוא יכול להגדיר את שליחות יד באחד מהאופנים הקודמים שהבאנו. אולם נראה בפרק הבא שיש לראב״ד תשובה בסיסית יותר לשאלה זו.

הר״ן (מא,א ד״ה והא) לוקח את ההגדרה של רש״י והרמב״ם צעד נוסף. הוא ממיר אותה מפעולה מסוימת ששומר מתחייב עליה לעצם הגדרת הפקדון כמכלול ביחס למעשי גזילה של השומר. (בכך הוא מסכים כמובן עם האופן השני שבו הסברנו הגדרה זו.) וכפי שנבאר.

---

3 בכל זאת, הוא הופך לגזלן רק ביחס למה שהוא הגביה. ההסבר לכך פשוט: אין שליחות יד ללא מעשה קניין (גמ׳ מא,א).

4 עיין נתיבות רצב,ד שמסביר באופן דומה.

ראינו את קושיית הראשונים, מדוע הגמרא מניחה שרועה שהניח מקלו ותרמילו על אחת מהבהמות שהוא מופקד עליהן, חייב משום שליחות יד ולא משום שואל שלא מדעת.

הרמב״ן (חידושים ד״ה והא ומלחמות כג,ב) מתרץ ששואל הוא דוקא אדם שמוציא דבר מסוים מרשות בעליו כדי להשתמש בו בעצמו. הרועה המדובר בברייתא אינו מוציא את הבהמה מרשות הבעלים, אלא הוא משתמש בה תוך כדי שהוא עושה בה את מלאכת הבעלים. לכן לא ניתן לחייבו משום שואל שלא מדעת, אלא משום שליחות יד, שהרי השתמש בה במקצת.

דבריו צריכים ביאור; כיצד פעולת שאלה שלא מדעת הופכת את השומר לשולח יד? כיצד זה מתיישב עם המשנה בדף מג,ב?

מסביר הר״ן: החידוש של התורה בדין שליחות יד הוא ששומר שגוזל מקצת מהפקדון חייב על כולו. ממילא, למ״ד ש״י אינה צריכה חסרון, לא משנה כיצד זה נעשה; כל פעולה שמחייבת מדין גזל, כולל שאלה שלא מדעת למ״ד גזלן הוי, מחייבת את השומר על מקצת הפקדון ככולו.[5]

מהרשב״א (ד״ה והא לא חסרה) משמע שהוא מצרף את שלוש ההגדרות האלו. וזה לשונו:

> וגזלן הוא שדעתו לגזול לגמרי ואין דעתו לשלם, וזה אין צריך חסרון, דמכיון [דגזל] קם ליה ברשותיה. ושולח יד בפקדון הוא בין שדעתו ליטול ממנו קצת כגון נוטל רביעית מן החבית ודעתו לשלם, בין שנשתמש שלא מדעת הבעלים בבעלי חיים שהופקדו אצלו, לפי שמחמת מלאכתן הן מתחסרין ומכחישין. [...] ושואל שלא מדעת הוא בדבר שאין מתחסר מחמת תשמישו, כגון שנטל את החבית להביא עליה גוזלות, ואעפ״כ כיון ששאלה שלא מדעת הוי גזלן וחייב באונסין ואע״פ שלא חסרו כלל.[6]

כלומר, שומר חייב בשלושה אופנים שבהם גזלן פטור: נטל ממנו קצת (גזלן חייב במקרה כזה רק על מה שנטל), דעתו לשלם ושימוש פוגע. נראה

5 למ״ד ש״י צריכה חסרון, דין שליחות יד הוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו, ולכן לא כל אופן של גזל מחייב את השומר על כל הפקדון, אלא רק אופן שמחסיר את הפקדון.

6 הריטב״א (שם) מסייג שגם שאלה שלא מדעת מחייבת רק כאשר השימוש עלול לפגוע בדבר. אחרת, ״לא עביד ולא מידי״.

שהרשב"א הוכרח לצרף את שלוש ההגדרות משום שכל אחת מהן עולה מסוגיה אחרת.

המכנה המשותף בין שלושת האופנים האלה הוא שאע"פ שהשומר לא גזל את הפקדון, מכל מקום הוא פגע בו, ועל כל פגיעה שהשומר פוגע בפקדון להנאתו[7] – התורה מחייבת.[8]

4. שימוש כלשהו

על קושיית הראשונים בדין רועה, מתרץ התוספות רא"ש (ד"ה והא):

> ונראה לפרש דלא חשיב הכא שואל שלא מדעת בדבר מועט דלא קפדי אינשי בהנחת מקלו ותרמילו שיעשה שואל בכך, ולא מחייב אלא מטעם שליחות יד דגזירת הכתוב הוא.

מהתוס' רא"ש עולה חידוש גדול: הגדרת הפעולה של שליחות יד איננה מעשה גזילה, או אפילו פגיעה כלשהי בפקדון, ואפילו לא שאלה שלא מדעת, אלא כל שימוש שהוא בפקדון מחייב משום שליחות יד!

יש לציין שהרמב"ן על התורה (שם פס' ז) מגדיר את שליחות יד כ"להשתמש לצרכו במלאכת רעהו". בפשטות כוונתו לכל שימוש שהוא, כהגדרת הרא"ש.

לענ"ד זוהי גם כוונת הרמב"ן שהבאנו לעיל, ביחס לקושיה בדין רועה. בתירוצו הוא מדגיש, במיוחד בחידושיו, שפעולת הרועה במקרה של הברייתא איננה פעולת שואל, שכן הוא לא מבטל את הבהמה ממלאכת הבעלים כלל. אם כן, מסתבר שהוא אינו מגדיר את פעולת הרועה כשאלה במקצת, כהגדרת הר"ן, אלא כשימוש בעלמא, שאינו בגדר שאלה כלל. וזה לשונו (במלחמות):

> לא נעשה עליה לא שואל ולא גזלן, אלא שולח יד בפקדון, הואיל ומשתמש בה, שהרי שלח בה יד ונשתמש במקצת.

בנוסף, מהגדרת הרמב"ן לפעולת שאלה עולה גם כן בפשטות שהרועה לא "שאל" כלום, שהרי הוא לא הוציא את הבהמה ממלאכת הבעלים אפילו

---

7 אם השומר פגע בפקדון שלא להנאתו, הוא פטור מדין שליחות יד, וחייב רק משום מזיק. כך כותב הנימוקי יוסף (כג,ב ד"ה איתמר).

8 כך מפרש גם הדעת מקרא, ע"פ הפסוק "אל תשלח ידך אל הנער ואל תעש לו מאומה" (בראשית כב,יב). הוא לומד מכאן ששליחות יד היא "לעשות מאומה" לדבר, כלומר לפגוע בו.

במקצת. לכן נראה שהרמב"ן מתכוון להגדרת הרא"ש, ששליחות יד היא שימוש כלשהו.

חשוב לציין שהגדרה זו חולקת על רש"י, הרשב"א והריטב"א[9] הנ"ל.

כמו כן, לכאורה קשה עליה ממחלוקת ר' נתן בר אבא ורב ששת בהבנת המשנה בדף מ,ב, שהבאנו בתחילת הפרק. כזכור, ר' נתן בר אבא סובר שהמשנה מדברת על הנוטל את בחבית על מנת לשלוח בה יד, ורב ששת סובר שהיא מדברת על המטלטלה ע"מ להביא עליה גוזלות, שחייב מדין שואל שלא מדעת. רואים ממחלוקתם שיש חילוק בין שליחות יד, אפילו ללא חסרון, לבין שאלה שלא מדעת, כאשר שליחות יד כרוכה בנטילת הפקדון לעצמו, ואילו כדי להיחשב שואל שלא מדעת די לטלטלו. עולה מכאן שלא כל שימוש נחשב שליחות יד.

על כל פנים, המשותף בין הגדרה זו לבין כל ההגדרות הקודמות הוא שהתורה חידשה בדין שליחות יד אופן ייחודי להיחשב גזלן, ששייך רק בשומר.

5. שליחות יד על-ידי שליח

ישנו אופן נוסף של שליחות יד שמחייב רק שומר ולא סתם אדם שגזל. אופן זה אינו מתיחס להגדרת הפעולה של ש"י, אלא לקלות שבה השומר נחשב כמי שעשה אותה.

אומרת המשנה בדף מג,ב:

> החושב לשלוח יד בפקדון, בית שמאי אומרים חייב, ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד, שנאמר 'אם לא שלח ידו במלאכת רעהו'.

הגמרא (מד,א) מביאה ברייתא שמבארת את המחלוקת:

> מנהני מילי? דתנו רבנן: 'על כל דבר פשע' – בית שמאי אומרים, מלמד שחייב על המחשבה כמעשה. [...] אמרו להם ב"ה לב"ש: והלא כבר נאמר 'אם לא שלח ידו במלאכת רעהו'! א"כ מה תלמוד לומר 'על כל

---

9 הבאנו בהערה 6 את דברי הריטב"א ששימוש בעלמא אינו מחייב אף אחד. ומסוף דברי הריטב"א, "וכל זה מיסודו של הרמב"ן", קשה על הבנתנו ברמב"ן.

דבר פשע? שיכול אין לי אלא הוא, אמר לעבדו ולשלוחו מנין? תלמוד לומר, 'על כל דבר פשע'.

מדברי ב"ה עולה שבניגוד לגזילה ולכל עבירה אחרת, שאדם אינו עובר עליה בכך ששלח שליח לעשות אותה, לפי ש"אין שליח לדברי עבירה",[10] שומר חייב גם על גזילת שלוחו משום שליחות יד.[11] ואכן הגמרא בקידושין (מב,ב) מונה את שליחות יד כאחת משלוש עבירות שיש בהן שליחות, יחד עם מעילה בקדשים וטביחת או מכירת גניבה.[12]

דין זה פותח פתח להבנה כללית של הדין ששומר הופך לגזלן גם על מעשים שסתם אדם אינו הופך לגזלן בגללם. ר' איצל'ה מפוניבז', בקובץ קרית ארבע (עמ' קטז), מסביר את גדר העבירה של המועל ע"י שליח:

> כיון דחזינן דבעלמא אין שליח לדבר עבירה והכא יש שליח חזינן דהתורה קפדה גם על הגרמא מה שצוה לפלוני לעשות, ועל זה נמי חייבתו התורה, ולא על עצם הפעולה מה שמעל השליח כאילו מעל המשלח, דאלו כן מדוע שאני עבירת המעילה משאר עבירות?

מהגדרה זו מוציא ר' איצל'ה נפקא מינה לדינא, שאפילו מי ששולח אדם שאינו בר שליחות למעול, כגון חש"ו, עובר על מעילה; שכן החיוב אינו על פעולת השליח אלא על גרימת המשלח.

ממשיך ר' איצל'ה ומסביר על פי זה את הגדר של שליחות יד ע"י שליח:

> וניחזי דהסברה הזאת היא גם בשליחות יד, דכיון דהשומר צריך אדרבא לשומרו שמירה מעולה שלא יאונה לדבר הנשמר שום רע, ולא די שלא שמרו אלא אף אמר לאחר שישתמש בו, גם זה הוא שליחות [יד] ומעילה בשמירה, ו'על כל דבר פשע' כתיב, שגם הדיבור הוא פשע בשמירה.[13]

---

10 גמרא קידושין מב,ב.

11 לפי בית שמאי, לכאורה התורה מחדשת בשליחות יד חידוש יותר גדול: אפשר להתחייב גם במחשבת גזילה! אולם נראה בפרק הבא שהבנה זו בבית שמאי אינה הכרחית.

12 פשוט שגם ב"ש סוברים שהשולח יד ע"י שליח חייב, שהרי זהו בכלל שליחות יד במחשבה. עיין רש"ש קידושין שם.

13 בטביחת ומכירת גניבה מסביר ר' איצל'ה: "דכיון שגנב וצריך להחזיר הגניבה ליד הבעלים, ולא די שלא החזיר גם כן הוא שונה באולתו ואומר לשליח שישחוט, גם האמירה עצמה הוא שונה בחטא ומחייבינן ליה על זה ד' וה'. וחדא כללא הוא בכל הני

כפי שאמרנו, נראה שסברה זו מסבירה לא רק את דין שליחות יד ע"י שליח, אלא את כל האופנים שבהם שומר ששלח יד – חייב, וגזלן רגיל – פטור.

ג. בעיית הקניין

1. השוואת שומר שגזל לגזלן רגיל

את קושיית הראשונים בסוגיית רועה מתרץ השיטה מקובצת בשם הראב"ד בדרך מקורית. אומר הראב"ד שהאפשרות לחייב שומר על גזילה או שאלה שלא מדעת של הפקדון היא רק מדין שליחות יד.

סברה זו באה לידי ביטוי גם בתוספות (מא,א ד"ה שנטלה והגביהה). כמו שראינו בתחילת הפרק הקודם, ר' יעקב בר אבא מפרש במשנה בדף מ,ב שהשומר נטל את הפקדון על מנת לגזלו. הגמרא מדייקת מזה שהוא מעמיד את המשנה כך ולא בנטילה של הפקדון ע"מ לשלוח בה יד, שהוא סובר ששליחות יד צריכה חסרון. תוס' מעירים על ההעמדה של ר' יעקב בר אבא:

> "שנטלה והגביהה ע"מ לגוזלה וכו'. והיינו חסרון, שהכל גוזל ונוטל לצורך עצמו".

מדוע הוצרכו תוס' להסביר מה החסרון במעשה הגזילה? הרי מדובר בגזילה ולא בשליחות יד! מדויק מתוס' ששומר עובר על גזילה בפקדון רק **בכך** ששולח בו יד.[14]

מדברי הראב"ד ותוס' נמצא הסבר חדש לדין שליחות יד: לולא דין זה, שומר לא היה מתחייב בגזילת הפקדון כלל.

מדוע השומר צריך דין מיוחד כדי להיחשב גזלן, ואינו חייב מדיני גזל הרגילים? התרומת הכרי (רצב,ב), שאומר סברה זו בלי להזכיר את הראב"ד, מסביר שמכיון שהשומר אחראי על שמירת הפקדון, רשותו נחשבת כרשות המפקיד וידו כיד המפקיד, ולכן פעולת גזילה מצד השומר לא תיחשב כהוצאת הפקדון מרשות בעליו.[15]

תלתא, כיון שצריך אדרבא להתנהג בדבר זה בזהירות יתירה והוא לא עשה כן רק פשע בזה וצוה לאחר שיפגום הדבר, מחייבינן ליה על האמירה עצמה".

14 כך מדייקים התרומת הכרי (רצב,ב), הקהילות יעקב (ב"מ סי' מ') ועוד. אילת השחר (מא,א) מדייק כך גם מרש"י מג,ב ד"ה כי פליגי בחסר.

15 כדי להסביר כך גם ביחס לשואל שלא מדעת, צריך לומר שגם שאלה שלא מדעת צריכה קניין כדי לחייב. עיין אבי עזרי (גזילה ג,יא).

כדוגמא לסברה זו, מביא תרומת הכרי משנה במעילה (דף יט,ב):

> נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל. נתנה לחבירו, הוא מעל וחבירו לא מעל.

אומרת הגמרא (שם כ,א):

> מאי שנא הוא מאי שנא חבירו? אמר שמואל, בגזבר המסורות לו עסקינן.

כלומר, גזבר של הקדש אינו יכול למעול בהקדש בכך שהוא נוטל ממנו לעצמו. מסביר תרומת הכרי שמכיון שהגזבר אחראי על שמירת ההקדש, רשותו כרשות הקדש לעניין זה.

לפי זה, התורה אינה באה להחמיר יותר על השומר, כפי שעולה מהכיוון שהבאנו בפרק הקודם, אלא היא באה להשוות את דינו של שומר לדינו של כל אדם לעניין גזילה, כאשר לולא חידושה לא היינו מחייבים אותו משום גזילת הפקדון.

כיצד כיוון זה מסתדר עם הסוגיות שהבאנו בפרק הקודם, שמשמע מהן שהחידוש המהותי של התורה בדין שליחות יד הוא אחר?

בהסבר המשנה בדף מג,ב כבר ראינו שהראב"ד חולק על הרמב"ם, וסובר שמדובר במי שנוטל את החבית ע"מ לגזול את כולה, ולא רק רביעית.

אולם יותר קשה לראות כיצד הראב"ד יסביר את הגדר של שליחות יד לפי ר' נתן בר אבא, שבהעמדתו את המשנה בדף מ,ב בשליחות יד הוא חולק על המעמידים בגזילה או בשאלה שלא מדעת. לכאורה מוכח מדבריו שהדין של שליחות יד לא רק משווה את דינו של שומר לזה של כל אדם ביחס לגזילה, אלא מחדש בו חיוב נוסף.

אפשר לתרץ שהראב"ד אינו חולק על הראשונים שמגדירים את שליחות יד כחיוב נוסף, אלא רק מוסיף סברה שבכוחה לתרץ את הקושיה מסוגיית רועה. וקצת משמע כך מדבריו, ע"ש.[16]

[16] בדברי הראב"ד שהובאו בשטמ"ק, הוא מעלה את סברות הרמב"ם (חייב על כולו משום מקצתו) והריטב"א (גזל ע"מ לשלם) בהסבר החידוש של התורה בדין ש"י. יש לעמוד על הסתירה בין דבריו אלו לבין השגתו הנ"ל על הרמב"ם, שבה הוא מוציא מכלל אפשרות את הרעיון לחייב את השומר על כל הפקדון בגין שליחות יד במקצתו.

אולם הקהילות יעקב (ב״מ סי׳ מ) מתרץ שהראב״ד לשיטתו, שכן הוא כותב בחידושיו לבבא קמא (עט,א) שקניין הגבהה מועיל בגזילה בחצר הבעלים רק אם כוונתו של הגזלן להוציא את הגזילה מרשות הבעלים מיד. לפי זה, מסביר הקהילות יעקב שגם הראב״ד מודה ששומר שמגביה את הפקדון על מנת להשתמש בכולו מיד, נחשב גזלן אפילו בלי הדין של שליחות יד. ובזה נחלקו ר׳ יעקב בר אבא ור׳ נתן בר אבא בהסבר המשנה בדף מ,ב: ר׳ יעקב בר אבא מעמיד אותה בגזילת כל הפקדון ע״מ להשתמש בו מיד, ור׳ נתן בר אבא מעמיד אותה באופן אחר של גזילה, כגון שאינו גוזל את כולו או שאינו מתכוון להשתמש בו מיד, ולכן חייב רק מדין שליחות יד.

הבנת הקה״י בראב״ד מהווה צמצום של הסברה שרשות השומר כרשות המפקיד; לפי הקה״י, סברה זו מתייחסת רק לחצרו של השומר ולא לכל יכולת קניינו, כסברת קצוה״ח שנביא בסמוך.

האבי עזרי (גזילה ג,יא) סובר שמחלוקת הרמב״ם והראב״ד אכן תלויה בשאלה מהו חידוש התורה בדין שליחות יד, וקושר אותה למחלוקתם בשאלה האם שומר שגנב את הפקדון חייב כפל, ככל גנב אחר, או לא. הרמב״ם (גניבה ד,י) אומר ששומר שגנב את הפקדון, אם יש עליו עדים חייב כפל, אפילו אם הוא החזיר את הפקדון למקומו. הראב״ד חולק עליו ואומר ״זה אינו כלום״. מסביר האבי עזרי שהראב״ד לשיטתו, ששומר שגזל את הפקדון חייב רק מדין שליחות יד, וממילא לא שייך לחייבו בכפל, כי חיוב כפל הוא דין בגניבה ולא בגזילה רגילה.

לפי זה הרמב״ם חולק על הראב״ד, וסובר שגם לולא דין שליחות יד, שומר יכול לגזול את הפקדון.

2. קניין חצר

לכאורה אפשר להוכיח כשיטת הראב״ד מהמשנה בדף מג,ב:

> החושב לשלוח יד בפקדון, בית שמאי אומרים חייב, ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד, שנאמר ׳אם לא שלח ידו במלאכת רעהו׳.

דברי ב״ש נראים ממבט ראשון כחידוש מרחיק לכת. כיצד אדם יכול להפוך לגזלן במחשבה בלבד? אך מנקודת המבט של הלכות קניינים ניתן להציע הסבר פשוט: השומר קונה את הפקדון בקניין חצר! מתוך כך, דוקא שיטת בית הלל צריכה ביאור: למה השומר אינו יכול לגזול את הפקדון באופן זה?

קצוה"ח (קפט,א) מוכיח מבית הלל ששומר אינו יכול לקנות את הפקדון בקניין חצר, אפילו במכר או במתנה. הוא מסביר שהחצרו מושאלת למפקיד. אפשר להסיק מכאן שלפי בית שמאי, החצר נחשבת רשותו של השומר, ולכן החושב לשלוח יד בפקדון – חייב.

בית שמאי ובית הלל שניהם לומדים את שיטותיהם מפסוק. ב"ש לומדים את שיטתם מ"על כל דבר פשע" (ע"פ ברייתא המובאת בגמרא שם) וב"ה לומדים מ"אם לא שלח ידו". ממילא עולה השאלה, מה היה הדין לולא שני הפסוקים? האם ב"ש היו סוברים כב"ה, וב"ה כב"ש?

נראה שמסתבר יותר לומר שהצורך בשני הפסוקים נובע מהספק שקצוה"ח מתלבט בו, האם חצרו של השומר נחשבת לעניין הפקדון כרשות המפקיד או כרשות השומר. הן לב"ש והן לב"ה, הפסוקים נדרשו לפשוט את הספק ולהגדיר את שייכותה של החצר; אלא שלב"ש הפסוק הכריע שדינו של שולח יד ככל גזלן, והוא יכול לקנות את הפקדון בחצרו, ולב"ה הפסוק הכריע שדינו קל יותר מגזלן רגיל, והוא לא יכול לקנות את הפקדון בחצר.

עולה מהדברים שלפי בית שמאי, התורה מחדשת בדין שליחות יד ששומר יכול לגזול את הפקדון באותו אופן שבו כל גזלן אחר יכול, כמו שטוען הראב"ד. ומשיטת בית הלל עולה שדינו של השולח יד הוא באמת קל יותר מזה של הגזלן, בכך שאין לו קניין חצר בפקדון ללא מעשה. כלומר, גם לפי בית הלל דין שליחות יד בא כדי להשוות את דינו של השומר לכל גזלן אחר, אלא שלשיטתם ההשוואה איננה מוחלטת, ולא כל קניין שמועיל בגזלן מועיל גם בשליחות יד.

יוצא שסיוע גדול יש לראב"ד ממשנה זו, על-כל-פנים לפי הבנת הקה"י בראב"ד שדוקא חצרו של השומר נחשבת כשייכת למפקיד. אלא שלכדי הוכחה גמורה לא הגענו, שכן קצוה"ח דוחה את הוכחתו מהמשנה ע"פ רש"י בגיטין (עז,א ד"ה אימא), שמשמע מדבריו שקניין חצר אינו קונה לגזלן אלא ע"י מעשה. ממילא ניתן להסביר גם במשנתנו שהחסרון בשליחות יד במחשבה אינו בעצם קניין החצר, אלא בכך שהקניין אינו מלווה במעשה – חסרון שאינו ייחודי לשליחות יד. (לפי הבנה זו, החידוש הגדול במשנה הוא

של בית שמאי, שמחייבים על שליחות יד גם במקרה שבו גזלן רגיל היה פטור; מה שמשייך אותם לכיוון שהבאנו בפרק הקודם בדין שליחות יד.)[17]

אמנם ר' שמואל רוזובסקי (שיעורי ר' שמואל בבא מציעא ח"א סי' שיא) מוכיח מתוס' בכתובות (ל,ב סוד"ה ואי) ומהשטמ"ק בכתובות (לד,ב) בשם הרשב"א שהם חולקים על רש"י וסוברים שקניין חצר מועיל בגזל אפילו ללא מעשה. אם כן לכאורה הסיוע שלנו לשיטת הראב"ד תקפה לשיטתם.[18]

ד. חילוקי דינים בין שולח יד לגזלן

עד כה הנחת היסוד היתה, שלאחר שהתורה חידשה את דין שליחות יד, חיובו של השולח יד בפקדון זהה לחיובו של הגזלן. לכאורה המשנה והגמרא בדף מג,א מסייעות להנחה זו, שכן המשנה עוסקת בשליחות יד, והגמרא דנה במשנה בהקשר של הלכות גזילה. אולם דוקא מתוך סוגיה זו ניתן לדלות חילוקים בין שליחות יד לבין גזילה, שיכולים להסביר ממילא את החידוש המרכזי בדין שליחות יד.

1. חיוב באונסין

אומרת המשנה:

> השולח יד בפקדון, בית שמאי אומרים ילקה בחסר וביתר, ובית הלל אומרים כשעת הוצאה. ר"ע אומר כשעת התביעה.

על נקודת המוצא של הגמרא שנושא המשנה הוא גזילה שהתייקרה או הוזלה ברשותו של הגזלן, מקשה הקיקיון דיונה: אם כך, מדוע באמת המשנה מדברת על השולח יד ולא על הגזלן?

---

17 ייתכן שניתן לתלות את מחלוקת האחרונים בהבנת מחלוקת בית שמאי ובית הלל בהבדל שבין האופן שבו המשנה מנסחת את המחלוקת לבין האופן שבו הברייתא (שם מד,א) מנסחת אותה. המשנה אינה מביאה דרשה מפסוק כמקור לשיטת בית שמאי אלא רק לשיטת בית הלל, וניתן להבין מזה ששיטת ב"ש פשוטה יותר, משום שהיא איננה מבחינה בין שולח יד לבין גזלן, לעומת בית הלל שדורשים מהפסוקים שיש הבחנה ביניהם. ואילו הברייתא מביאה דרשה מפסוק גם לבית שמאי, "על כל דבר פשע". אם כן אולי הברייתא מבינה שב"ש מחדשים שניתן לעבור על שליחות יד גם באופן שבו לא עוברים על גזל, כהבנת קצוה"ח למסקנה).

18 עדיין ניתן לדחות ע"פ המחנה אפרים (הל' גזילה סי' י"ב), שסובר שקניין חצר מועיל בגזל אפילו ללא מעשה, ובכל זאת מסביר את בית הלל באופן דומה לקצות. ההבדל ביניהם הוא שלפי המחנ"א, הצורך בנטילה בידיים הוא אכן ייחודי לשליחות יד. מסביר המחנ"א שמכיון שהתחדשו בש"י אופני גזילה ייחודיים, כמבואר בפרק הקודם, התורה צמצמה את דרכי הקניין האפשריים שלה לנטילה בידיים דוקא.

הוא עונה על שאלה זו מתוך קושיה ממהלך הסוגיה.

הסוגיה פותחת בדברי רבא, שגזילה שהתייקרה ברשות הגזלן ואחר כך הוא איבדה בידיים, חייב הגזלן לשלם כערך הגזילה בשעה שאיבדה בידיים. אבל אם היא אבדה מאליה, הוא חייב כשעת הגזילה, ככל גזלן.[19] הגמרא מקשה עליו ממשנתנו, מתוך הנחה שהיא מדברת על מקרה שבו הגזלן איבד את הגזילה בידיים – וממילא יוצא שרבא הולך בשיטת בית שמאי, שסוברים שמשלם כשעת היוקר, ולא כבית הלל, שסוברים שמשלם כשעת ההוצאה מבית הבעלים, ככל גזלן.

מקשים תוספות (מג,ב ד״ה לימא), למה לא לתרץ שהמשנה מדברת על גזילה שאבדה מאליה, ולא על גזילה שהגזלן איבדה בידיים, כך שרבא הולך בשיטת בית הלל ולא בשיטת בית שמאי? ומתרצים שלא יעלה על הדעת שב״ש לא יחייבו כשעת הגזילה במקרה של אבידה באונס.

הקיקיון דיונה מתרץ אחרת. כדי להבין את תירוצו, נקדים ונביא את קושיית הרמב״ן (ד״ה הא) והריטב״א (ד״ה איתבר) על דברי רבא.

הרמב״ן והריטב״א מקשים, במקרה שבו הגזילה התייקרה ואח״כ אבדה מאליה, מדוע הגזלן אינו חייב כשעת האונס? והרי קיימא לן שגזלן מתחייב באונסין! הם מתרצים שקניינו של הגזלן מוציא את הגזילה מרשות הבעלים, כך שאם היא מתייקרת לאחר שגזל אותה, היא מתייקרת לגזלן ולא לבעלים.

אומר הקיקיון דיונה שלשולח יד בפקדון אין קניין גזילה ככל הגזלנים, שכן הפקדון הגיע לידיו בהיתר, ולכן גם אבידת הפקדון באונס מחייבת אותו. ממילא יש לומר שהמשנה מדברת גם במקרה של אבידת הפקדון באונס, ואעפ״כ רבא עולה בשיטת בית שמאי ולא בית הלל, כי אונס בשולח יד דינו כאיבוד בידיים בגזילה רגילה.

סברתו של הקיקיון דיונה, שקניינו של השולח יד חלש יותר מזה של גזלן רגיל, מתאימה לשיטה שהבאנו בפרק הקודם, שהעובדה שהפקדון הופקד אצלו מדעת הבעלים מונעת אותו מלהיחשב גזלן גמור על-פי דין.[20] אלא שלפי

---

[19] על פי המשנה בב״ק צג,ב, ״כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה״.

[20] סברתו דומה להבנה הראשונה שהבאנו בסוף הפרק הקודם בשיטת בית הלל במשנה בדף מג,ב, שאי אפשר לשלוח יד בקניין חצר משום שרשותו כרשות הבעלים. אלא שלפי בית הלל, החסרון בשליחות יד הוא באופן שבו השולח יד יכול להיחשב גזלן, ואילו טענת הקיקיון דיונה היא שיש גם חסרון בקניין הגזילה עצמו שלו.

הקיקיון דיונה, דוקא בגלל קלותה של שליחות יד ביחס לגזילה אחריותו גדולה יותר, כי אין לו קניין גזילה שמוציא את הפקדון מרשות הבעלים.

אמנם מזה שתוס׳ לא תירצו כך מוכח שהם לא מקבלים את העיקרון הזה.[21]

2. שבח גזילה

לבסוף הגמרא מתרצת לשיטת רבא שמחלוקת בית שמאי ובית הלל היא לא בגזילה שהתייקרה, אלא האם גזלן קונה את מה שהגזילה משביחה משעת הגזילה עד שעת ההשבה. בית שמאי סוברים שאינו קונה, ובית הלל סוברים שקונה.

לכאורה קושיית הקיקיון דיונה חוזרת כאן וניעורה; אם המחלוקת היא בדין שבח גזילה, מה ראו בית שמאי ובית הלל לחלוק דוקא במקרה של שליחות יד?[22]

נראה לתרץ את הקושיה מתוך דברי הלחם משנה.

הרמב״ם (גזילה ב,ב) פוסק שהגזלן קונה רק את מה שהגזילה משביחה לאחר שהבעלים התייאשו ממנה, ומה שהיא משביחה לפני כן – שייך לבעלים. המגיד משנה מקשה עליו מסוגייתנו, שאומרת שלפי בית הלל השבח נקנה לגזלן, והרי מדובר במשנתנו בשולח יד בפקדון, שהוא מקרה שבו מן הסתם הבעלים לא התייאשו, שהרי הם אינם יודעים שהשומר מעל בתפקידו.

אומר הלח״מ שאפשר לתרץ ששליחות יד שאני, כי מכיון שהפקדון הגיע לידי השומר בהיתר, לא החמירו עליו לדרוש ממנו להחזיר את השבח.

סברת הלח״מ צריכה ביאור,[23] ואף הוא נשאר בצ״ע. אבל על-כל-פנים עולה מתירוצו הסבר לכך שמשנתנו עוסקת דוקא במקרה של שולח יד; גזלן אחר לא היה קונה את השבח לפני ייאוש אפילו לדעת בית הלל.

---

[21] וצריך עיון לשיטתם מדוע המשנה דיברה על שליחות יד ולא על גזל. מתרץ המעין החכמה שעצם העמדת דינו של השולח יד כדינו של הגזלן הוא החידוש של המשנה; שכן היינו חושבים שהואיל ובהיתרא אתא לידיה, אין לו יכולת לקנות את הפקדון בקניין גזילה.

תירוץ זה הולך בשיטת ראב״ד שהבאנו בפרק הקודם, שהחידוש בדין שליחות יד הוא שדינו כגזלן. וכבר סייענו לשיטה זו מתוס׳ בדף מא,א.

[22] בפשטות תירוצו של המעין החכמה שהבאנו בהערה 21 תקף גם כאן. ובאמת גם תירוצו של הקיקיון דיונה תקף ע״פ דברי תוס׳ ד״ה ר״ע, שטוענים שלמסקנת הסוגיה המשנה עוסקת הן ביוקר וזול והן בשבח גזילה, אלא שב״ש וב״ה נחלקו רק בשבח גזילה, ע״ש; אלא שהרי״ף ורוב הראשונים חולקים על טענה זו של תוס׳.

בנקודה זו, העובדה שהפקדון הגיע לידיו של השולח יד בהיתר גורמת לכך דינו באמת קל יותר מזה של הגזלן. אמנם חשוב לסייג שבניגוד לחילוקים הקודמים בין שליחות יד לבין גזל, חילוק זה הוא מדרבנן בלבד, שכן מדאורייתא גזלן אינו קונה את שבח הגזילה כלל.

3. שליחות יד כקנס

ר׳ עקיבא אומר במשנה הנ״ל שמשלם כשעת התביעה. בגמרא (מג,ב) מבואר שהוא לומד את שיטתו מהפסוק (ויקרא ה,כד) ״לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו״, כאשר ״יום אשמתו״ הוא היום שבו בית הדין מחייב אותו לשלם, כלומר שעת התביעה.[24]

הרי״ף (דף כה,א) מסביר, לאור הבנת הגמרא למסקנה שהמשנה עוסקת בדין שבח גזילה, שר׳ עקיבא מסכים עם בית הלל ששבח הגזילה נקנה לגזלן, אלא שהוא מסייג שמשעת התביעה – הגזילה חוזרת לבעלות הנגזל, וכל מה שהיא משביחה מאותה שעה ואילך – אינו קנוי לגזלן. שכן פסיקת בית הדין שעל הגזלן להחזיר את הגזילה נחשבת מבחינה קניינית כהחזרה בפועל.

בעל המאור[25] (שם) מפרש גם הוא שר׳ עקיבא מדבר על דין שבח גזילה, אבל לדעתו ר׳ עקיבא טוען טענה הפוכה: בשליחות יד, בניגוד לגזילה רגילה, הפקדון נקנה לשומר מלכתחילה רק בשעת התביעה, שבה השומר מתחייב לשלם.

לכאורה פירושו תמוה; איך דוקא בשעה שבית הדין מחייב את השומר להשיב את הפקדון, הוא קונה אותו?[26]

---

23 מרכבת המשנה (שם) תמה עליו.

24 השטמ״ק בשם הראב״ד מקשה לפי זה, מדוע ר׳ עקיבא משתמש בלשון ״שעת התביעה״ ולא ״שעת ההעמדה בדין״. הוא מתרץ שמכיון שהפסוק אומר ״ביום אשמתו״ ולא ״בשעת אשמתו״, משמע ששעת הזכייה היא תחילת הדין, כלומר שעת התביעה.

25 תוספות (מג,ב ד״ה ר״ע) מפרשים שר״ע מדבר לא על שבח גזילה, כמסקנת הגמרא בהבנת מחלוקת ב״ש וב״ה, אלא על גזילה שהתייקרה או הוזלה, כהבנתה בהו״א. אבל מפרשי התוס׳ (מהר״ם, מהרש״א ומהר״ם שיף) מוכיחים שתוס׳ מסכימים עם בעה״מ שר״ע עוסק רק בשליחות יד ולא בכל גזל. אמנם יש לציין שמפשטט לשון רש״י בסוגיה בגמרא (דף מג,ב) משמע שהוא מסכים עם תוס׳ מדובר ביוקר וזול, אך הוא מסכים עם הרי״ף שמדובר בכל גזילה ולא רק בשליחות יד.

26 הרמב״ן (מלחמות שם) והראב״ד (שם) מקשים עליו קושיה דומה, מלשון הפסוק ״לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו״: כיצד ר״ע יכול ללמוד שהשומר קונה את הפקדון מפסוק שכתוב בו ״יתננו״?

המהרש״א (מג,ב תוד״ה ר׳ עקיבא) מסביר ש״כיון דבהיתרא אתא לידיה, ליכא שעת גזילה עד שעת התביעה״. נראה להוסיף ולדייק מלשונו של בעה״מ: ״באותה שעה נעשה עליה גזלן לקנות שבחיה״, שלפני שעת התביעה השולח יד אינו נחשב גזלן כלל![27]

את הסברה שדינו של השולח יד קל ביחס לגזלן רגיל, ראינו כבר בקיקיון דיונה ובלחם משנה. הסברנו אותה ע״פ סברת הראב״ד בפרק הקודם, ששומר אינו יכול לעשות קניין גזל גמור בפקדון. אבל סברת המהרש״א בבעה״מ עדיין צריכה ביאור, שהרי סוף סוף בשעת התביעה השולח יד מתחייב למפרע על מה שנעשה לפני כן, אם כן מדוע לר׳ עקיבא קניין הגזילה חל רק משעת התביעה ואילך?

יש להסביר שיטה זו ע״פ שיטת תרומת הכרי (סי׳ תז סע׳ א) והרבה אחרונים בדין קנס. שיטתם היא שאדם אינו מתחייב בקנס כלל עד שבי״ד מחייבים אותו. יש לומר שגם דין שליחות יד לפי בעה״מ אליבא דר׳ עקיבא הוא קנס, שכן מצד זכויותיו הממוניות הטבעיות של המפקיד אי אפשר לחייב שומר ששלח יד באונסין, הואיל והפקדון הגיע לידיו בהיתר.

סברה זו היא מסקנה קיצונית מסברת הראב״ד, שלפיה אי-יכולתו הטבעית של שומר לגזול את הפקדון היא כל-כך מוחלטת, שיש לראות בחידושה של התורה שהוא חייב בכל זאת כחידוש של קנס.

אפשר שאופן אחד של שליחות יד נחשב כקנס גם לפי רש״י אליבא דבית שמאי. אומרת המשנה הבאה בפרק (דף מג,ב): ״החושב לשלוח יד בפקדון – בית שמאי אומרים חייב״. ראינו בפרק הקודם שניתן להבין את שיטתם כהשוואה פשוטה של דין ש״י לדין גזילה, או כחידוש בדין ש״י שלא קיים

נראה לתרץ ע״פ המהלך שלנו, שמכיון שהשולח יד מתחייב כגזלן רק בשעת פסיקת בית הדין, ממילא רק באותה שעה הוא קונה את הפקדון. שכן יש לומר שקניינו של גזלן בגזילה היא תוצאה ישירה של חיובו לשלם. יש להגדרה זו הוכחות שונות ואכמ״ל.

[27] הדברי אליהו (לר׳ אליהו חזן) (סי׳ פט) משתמש בסברה זו כדי לתרץ את הקושיה, כיצד בעה״מ מפרש שר׳ עקיבא מדבר רק על שליחות יד, והרי הפסוק שממנו הוא לומד את שיטתו מתייחס לכל סוגי הגזילה! מתרץ הדברי אליהו שדרשתו של ר״ע איננה רלוונטית לגזילה רגילה, שכן לומדים מ״והשיב את הגזילה אשר גזל״ שגזלן חייב לשלם כשעת הגזילה (מג,א). רק בשולח יד, שאינו כגזלן רגיל (הדברי אליהו מנמק קביעה זו ע״פ הגישה שהבאנו בפרק ב׳ של המאמר, שלא כמהרש״א שמשתמש בסברה של פרק ג) ולכן הוא לא שייך בדין חיוב משעת הגזילה, שייך ליישם את הדרשה ״ביום אשמתו״, שמלמדת אותנו שכל מי שמתחייב בתשלומין כגזלן חייב על-כל-פנים משעת התביעה.

בגזל. מדברי רש״י (ד״ה החושב) ניתן ללמוד שהוא הולך בכיוון השני, ובאופן מרחיק לכת יותר ממה שראינו עד כה:

> החושב לשלוח יד. אמר בפני עדים אטול פקדונו של פלוני לעצמי.

מדוע רש״י מוסיף שאמר כן בפני עדים? הרי זה אינו האופן היחיד שבו אדם יכול להתחייב; גם הודאתו מספיקה! מתרץ הנפש חיה (לר׳ משה בצלאל לוריא) שהחיוב על שליחות יד במחשבה לפי בית שמאי הוא קנס. הוא מדמה זאת לעונשם של עדים זוממים, שהוא מוגדר לפי הגמרא במכות (ב,ב) כקנס משום שהנזק שהם זממו לחולל לא יצא אל הפועל[28]. גם כאן, מסביר הנפש חיה, מחשבתו של השומר לשלוח יד לא יצא אל הפועל, ולכן יש להגדיר את חיוב הקנס, שהמודה בה – פטור.

ה. שואל שלא מדעת

1. פסקי הרי״ד בבבא בתרא

אומרת המשנה בבבא בתרא (פז,ב):

> השולח את בנו אצל חנווני (ופונדיון בידו) ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר, שבר את הצלוחית ואבד את האיסר – חנווני חייב. רבי יהודה פוטר, שעל מנת כן שלחו.

הגמרא מקשה, מדוע חכמים מחייבים על הצלוחית, והרי האב הוא זה שהפקיד אותה אצל בנו!

עונה רבא (פח,א):

> הכא במאי עסקינן, כגון שנטלה למוד בה לאחרים. ובשואל שלא מדעת קא מיפלגי: מר סבר שואל הוי, ומר סבר גזלן הוי.

---

28 בברייתא (שם) כתוב, ״ארבעה דברים נאמרו בעדים זוממים [...] משום ר׳ עקיבא אמרו אף אין משלמין ע״פ עצמן״. ואומרת הגמרא, ״מאי טעמא דר״ע? קסבר קנסא הוא, וקנס אין משלם ע״פ עצמו. אמר רבה תדע שהרי לא עשו מעשה ומשלמין. אמר רב נחמן תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמים״. הגמרא ממשיכה ואומרת ששני האמוראים כיוונו לאותו הסבר.

לפי העמדת רבא, המשנה מדברת במקרה שבו החנווני הוא בגדר שואל שלא מדעת. ר' יהודה סובר שזה נותן לו גדר של שואל, וחכמים סוברים שזה נותן לו גדר של גזלן.

מניין להגדיר אותו כגזלן? אומר פסקי הרי"ד (שם): "פי' מר סבר גזלן הוי דהיינו שליחות יד האמור בתורה, שדינו כגזלן".

בהשוואתו את דין שואל שלא מדעת לדין שליחות יד, הרי"ד הולך בכיוון שראינו בתוס' רא"ש, ששליחות יד איננה בהכרח פעולת גזילה, אלא גם שימוש נחשב שליחות יד. אבל לדבריו עולה מכאן שדין שליחות יד אינו הלכה רק בדיני שומרים, אלא בדיני גזל בכלל, לאמר: גם שאלה שלא מדעת היא בגדר מעשה גזילה!

סברה זו מזכירה את דברי רש"י שהבאנו בתחילת המאמר, שחיוב אונסין בגזלן נלמד משליחות יד. אלא שבניגוד לרש"י, שטוען שאחד מדיני גזלן נלמדים משליחות יד, עולה מדברי הרי"ד שמושג שליחות יד עצמו מחדש אופן של גזילה.

2. רבא בבבא מציעא

בגמרא בב"מ (מא,א), לאחר המו"מ בדין רועה, הגמרא שואלת "מאי טעמא דלוי" שסובר ששליחות יד אינה צריכה חסרון. ר' יוחנן משום ר' יוסי בן נהוראי עונה, שמכיון שדין שליחות יד מופיע פעמיים בתורה, פעם אחת בפרשת שומר חינם ופעם שניה בפרשת שומר שכר, אחת מההופעות מיותרת, ולכן יש לדרוש ממנה ששליחות יד אינה צריכה חסרון.

רבא נותן תשובה מחודשת: שתי ההופעות מיותרות, שכן ניתן ללמוד את עיקר דין שליחות יד משואל! וזה לשונו:

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

אם ניתן ללמוד את עיקר דין שליחות יד בק"ו מכך ששואל חייב באונסין, המסקנה הפשוטה היא שאין צורך לעשות מעשה גזל כדי להיחשב שולח יד,

אלא מספיק להשתמש בו, שכן זוהי פעולתו של השואל. וכן כותב השטמ״ק בשם הראב״ד בהבנת דברי רבא.

הגדרה זו משתמעת גם מלשונו של רבא, שכן הוא מתאר את שימושו של שואל בדבר המושאל כ״שלח בה יד״. ומפרש רש״י.[29]

> ומה שואל שלדעת בעלים. שלח בה יד לעשות מלאכתו חייב באונסין: שומר חנם ושומר שכר. השולחין יד שעושין מלאכתן שלא לדעת בעלים, לא כ״ש דחייב שוב באונסיה.

אם כן, מוכח מרבא בב״מ כהבנת הרי״ד בדברי רבא בב״ב, ש״שליחות יד״ היא פעולת שימוש בעלמא ולא פעולת גזילה.

ונראה להוכיח גם את הנקודה השניה שעולה מדברי הרי״ד, שהדין ששואל שלא מדעת הוא גזלן נלמד משליחות יד, מדברי רבא אלו. שכן רעק״א תמה, מדוע רבא הוצרך ללמוד מההופעה השניה של דין שליחות יד שאין לשולח יד פטור של ״בעליו עמו״? והרי כל שואל שלא מדעת חייב לשלם, ואין בו פטור של בבעלים! ונשאר בצע״ג. אבל לפי הרי״ד לא קשה כלום; דין שואל שלא מדעת נלמד משליחות יד.[30]

את ההפקעה של שליחות יד מדין פרטי בדיני שומרים לדין כללי יותר לפי רבא, יש ללמוד מעצם הפקעת השולח יד מהפטור המקיף של בעליו עמו, שפוטר כל שומר אפילו שפשע.״[31] כפי שמסביר נתה״מ (רצב,ד):

> דלא תאמר דיו דיש לו דין שואל, וממילא פטור בבעלים, קמ״ל דחייב בבעלים, ועל כרחך דיש לו דין גזלן, וממילא הוא הדין לכל הדברים שחלוק שואל מגזלן.

נתה״מ משתמש בהסבר זה כדי לתרץ את קושייתו על רבא, מדוע דינו של השולח יד שונה מדינו של השואל לעניין החזרת הפקדון שלא מדעת הבעלים (ב״ק קיח,ב), ולעניין השעה שלפיה מחשבים את החיוב (ב״מ מג,א). אנחנו

---

29 וכן מפרשים המיוחס לריטב״א והשטמ״ק בשם הראב״ד.

30 רעק״א שם באמת מניח בפירוש שלא כהנחה של הרי״ד.

מהשטמ״ק בשם הראב״ד (הנ״ל) משמע שמתרץ ע״פ שיטתו שראינו בפרק ג׳: אי אפשר ללמוד את דין שליחות יד משואל שלא מדעת רגיל, כי יש לו קניין גזילה בחפץ, מה שאינו אפשרי אצל שומר, כי ידו כיד הבעלים.

31 בפשיעה בבעלים נחלקו האמוראים (צה,א), ונפסק להלכה שפטור (שו״ע חו״מ שמו,א).

משתמשים בו כדי לחזק את הבנת הרי"ד ששליחות יד אינה דין מיוחד בשומרים כלל, אלא היא המקור של הדין ששואל שלא מדעת הוא גזלן.[32]

3. האם שליחות יד צריכה חסרון

אך קשה: אם דין שליחות יד אינו אלא דין שואל שלא מדעת, כיצד חלק מהאמוראים סוברים ששליחות יד צריכה חסרון? אמנם רבא אינו סובר כך, ואם כן היה אפשר לתרץ שזוהי מחלוקת, אבל הרי גם הוא הוצרך לדרוש כן מהפסוק הראשון של שליחות יד.

תוספות מתייחסים לקושיה זו (ד"ה חדא):

> וא"ת ונילף משואל דאינה צריכה חסרון דמשעת משיכה חייב באונסיה אע"ג דלא נשתמש, כדאמר בפרק השואל גבי שואל קורדום מחבירו, כ"ש שומרין שמושכין להשתמש שלא מדעת בעלים שחייבים! וי"ל בשואל דין הוא כיון דמושך לדעת בעלים חשיב כאילו נשתמש בה דלדעת כן שאלה ולא לאוקמה בכילתא, אבל שלא לדעת אינו חשיב כאילו כבר נשתמש בשביל משיכה לבדה, לכך לא ילפינן משואל אלא משיכה שיש בה חסרון.[33]

מתירוצם עולה שכל שימוש נחשב חסרון.[34] ממילא ההבדל היחיד בין דין שואל לבין דין שולח יד לפני החידוש של הפסוק, הוא האם חייב משעת

---

32 אמנם יש נקודה נוספת בדברי הרי"ד שם, שדוקא נסתרת מדברי רבא בסוגיה זו. הרי"ד אומר שלמ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי, אין הכוונה שחייב באונסין כשואל, שהרי בניגוד לשואל מדעת, הוא לא קיבל עליו התחייבות זו. אבל מהקל וחומר של רבא בב"מ מוכח שסובר ששואל חייב באונסין גם ללא קבלת ההתחייבות, שכן אילו היה סובר אחרת זו היתה פירכא לק"ו. ולכאורה אין סיבה לומר שהסברה זו תלויה במחלוקת האם שואל שלא מדעת הוא גזלן או לא. אם כן יש להסיק שהרי"ד לא סבר שיש להשוות בין הסוגיות.

33 בביטוי "משיכה שיש בה חסרון" רצונו לומר משיכה וגם חסרון, שהרי אין טעם להצריך חסרון דוקא ע"י המשיכה, ואף אין מקור לצורך כזה, אפילו למ"ד שליחות יד צריכה חסרון.

34 קשה על הגדרה זו מסוגיית רועה (מא,א). עולה מהגמרא שלמ"ד ש"י צריכה חסרון, הרועה חייב רק אם הכחיש את הבהמה בשימושו בה. והרי גם אם לא הכחישה, סו"ס השתמש בה!

נראה לתרץ שיש שתי רמות של חסרון: שימוש וחסרון ממש. מ"ד ש"י צריכה חסרון סובר שצריך חסרון ממש, ומ"ד אינה צריכה חסרון סובר שא"צ חסרון כלל. אומרים תוס' שאמנם מהק"ו של רבא ניתן ללמוד שש"י אינה צריכה חסרון ממש, אבל א"א ללמוד ממנו שאינה צריכה אפילו שימוש. לכן רבא הוצרך לפסוק ללמדנו שאינה צריכה חסרון כלל, והמשיכה עצמה מספיקה כדי לחייב.

משיכה או רק משעה שמתחיל להשתמש. לדברי תוס', הבדל זה נעוץ בקשר שבין דעת הבעלים לבין משמעות המשיכה, ואין בו סתירה לעצם ההשוואה של שליחות יד לשואל.

עוד עולה מדברי תוס' שגם מ"ד ש"י צריכה חסרון אינו מצריך חסרון ממש לפי רבא, אלא רק שימוש.

4. מחלוקת אמוראים

אמנם יש להקשות על הרי"ד מהסוגיה שהבאנו בתחילת פרק ב' (מא,א). נחלקו האמוראים בהבנת המילה "לצורכו" במשנה (מ,ב); ר' יעקב בר אבא מפרש שנטלה על-מנת לגוזלה, ר' נתן בר אבא מפרש שנטלה ע"מ לשלוח בה יד, ורב ששת מפרש שטלטלה להביא עליה גוזלה וחייב משום שואל שלא מדעת.

ממחלוקת ר' נתן בר אבא ורב ששת מוכח שיש חילוק בין שליחות יד, אפילו ללא חסרון, לבין שאלה שלא מדעת, כאשר שליחות יד כרוכה בנטילת הפקדון לעצמו, ואילו כדי להיחשב שואל שלא מדעת די לטלטלו. עולה מכאן שלא כל שימוש נחשב שליחות יד; וכפי שסוברים רוב הראשונים שראינו בפרק ב'.

עוד יש להקשות עליו מהסוגיה הסמוכה – סוגיית רועה. כזכור, אומרת הברייתא שרועה שהניח מקלו ותרמילו על בהמה המופקדת אצלו חייב. אומרת הגמרא:

> הא שקלינהו! אמר ר"נ אמר רבה בר אבוה אמר רב, בעודן עליה. וכי עודן עליה, מאי הוי? הא לא משכה! ואמר רב שמואל בר רב יצחק אמר רב, שהכישה במקל ורצתה לפניו. והא לא חסרה! אלא לאו ש"מ קסבר שליחות יד אינה צריכה חסרון! אימא שהכחישה במקל.

כלומר, כדי להעמיד את הברייתא במקרה של שליחות יד בחסרון, הגמרא נאלצת להעמיד שהרועה הכחיש את הבהמה ע"י המקל. והרי לפי מה שהסברנו בשיטת רבא והרי"ד ע"פ תוס', גם שימוש נחשב חסרון – אם כן

עצם הנחת המקל והתרמיל על הבהמה צריכה להיחשב חסרון, ומה היה קשה[35] לגמרא?[36]

אפשר לתרץ ששיטת הרי"ד עולה יפה רק אליבא דרבא, שכן דברי רבא בב"מ שנויים במחלוקת. ר' יוחנן בשם ר' יוסי בן נהוראי (מא,ב) אינו לומד את דין שליחות יד משואל; לדעתו, זה שהתורה כתבה את הדין פעמיים מלמד אותנו שש"י אינה צריכה חסרון.[37] לכן אפשר לומר שר' נתן בר אבא והגמרא בסוגיית רועה סוברות כאמוראים אלו.[38]

אבל קצת קשה על זה, שכן הרי"ף, הרמב"ם ושאר הפוסקים פוסקים להלכה שש"י אינה צריכה חסרון, אע"פ שרב ור' יוחנן סוברים שצריכה חסרון, בגלל שזו דעת רבא, שהוא בתרא. אבל בהגדרת שליחות יד הראשונים הרי ראינו שהם אינם סוברים כרבא שכל שימוש נחשב שליחות יד. וצריך עיון.

לסיכום, לכאורה מוכח מרבא בב"מ כהבנת פסקי הרי"ד בב"ב, שכל שימוש בפקדון נחשב שליחות יד, ולא רק מעשה גזילה; ודין שליחות יד מחדש לנו ששואל שלא מדעת הוא גזלן.

---

35 נציין שלולא קושיה זו, שיטת הרי"ד היתה יכולה להוות תירוץ מצוין לקושיית הראשונים, מניין לגמרא שהברייתא מחייבת מדין ש"י ולא מדין שואל שלא מדעת; שכן לפי רבא שליחות יד ושואל שלא מדעת היינו הך.

36 עוד יש להעיר על שיטת הרי"ד שהדוגמא היחידה לשליחות יד המובאת במשניות בפירוש היא נטילת רביעית מחבית של פקדון (מג,ב), כלומר מעשה גזילה. אמנם אין בכך קושיה של ממש, שכן אם אפילו סתם שימוש מגדיר את השומר כגזלן, כל שכן מעשה גזילה. אבל בכל זאת, היינו מצפים שהמשניות תעסוקנה גם במקרה הפשוט של שליחות יד.

יש לתרץ שלפי הרי"ד ע"פ רבא, הדוגמא המובהקת לשליחות יד מובאת קודם לכן, במשנה בדף מ,ב: "לצורכו – חייב". וראינו שלפי רב ששת מדובר בסתם שימוש של השומר בפקדון לצורכו.

37 ר' יוחנן עצמו חולק על ר' יוסי בן נהוראי לגבי הכפילות; לדעתו, אין ייתור בכך שהדין נכתב פעמיים, וש"י צריכה חסרון.

38 מדוע הם אינם מקבלים את הק"ו של רבא? ניתן להסביר זאת בשלושה אופנים לפחות:

א. הם סוברים שהביטוי "שליחות יד" מתיחס למעשה גזילה, ולא לסתם שימוש.

ב. הם פורכים את הק"ו ע"י סברת הרי"ד בנקודה השלישית שלו: יש יותר מקום לחייב שואל מדעת מאשר שואל שלא מדעת, כי השואל מדעת שואל על דעת זה שיתחייב באונסין.

ג. אי אפשר לקבל מעמד של שואל ללא קניין לשם כך, ולדעתם שומר אינו מסוגל לעשות קניין שאלה או גזילה בפקדון, כי ידו כיד הבעלים, כשיטה שהבאנו בפרק ג'.

הקשינו מסוגיות שמשמע מהן שלא כרבא, ותירצנו שהן מניחות את הלימוד של ר' יוסי בן נהוראי, ולא את הלימוד של רבא; וכך גם הראשונים שאינם סוברים כדבריו.

ו. מסקנות וסיכום

נקודת המוצא של המאמר היא שממבט ראשון, אין הבדל בין שומר ששולח יד בפקדון לבין גזלן רגיל. מתוך כך שאלנו מה התורה מחדשת בדין שליחות יד. תחילה הבאנו את רש"י בסנהדרין, שטוען שדין שליחות יד מלמד אותנו אחד מדיני גזילה, דהיינו חיובו של הגזלן באונס. בסוף המאמר הבאנו את שיטת רבא, שמניתוחה העלנו (בגיבוי דברי פסקי הרי"ד בבבא בתרא) שהגדרת הפעולה של שליחות יד מחדשת דין בהלכות גזילה.

אולם במרכז המאמר דנו בשלושת הכיוונים המרכזיים בהבנת ההבדל המהותי בין דין שליחות יד לבין גזל.

הכיוון ראשון הוא שהגדרת הפעולה המחייבת של שליחות יד רחבה יותר מזו של גזילה. שומר שפגע בפקדון או השתמש בו חייב, אפילו אם עשה כן באופן שאינו מחייב אדם אחר מדין גזל. רוב הראשונים שהולכים בכיוון זה מגדירים את שליחות יד, באופן כזה או אחר, כפגיעה בפקדון, ומיעוטם מגדירים אותה כשימוש כלשהו צרפנו לכיוון זה גם את דברי בית הלל, שהשולח יד ע"י שליח – חייב.

אפשר להתלבט האם כוונת הראשונים היא שאופני שליחות יד אלו משתמעים מאליהם מהביטוי "שליחות יד", או שייתור הדין מכריח אותם לפרש כן.[39] מכל מקום, זהו הכיוון הרווח ביותר בראשונים לתירוץ הקושיה.

הכיוון שני הוא, שנקודת המוצא הדינית היא שדינו של השולח יד חלש יותר מזה של הגזלן, ולכן יש צורך בחידוש של התורה כדי להשוות את דינם. שני גוונים לסברה זו: תרומת הכרי טוען שידו של השומר כיד הבעלים, ולכן היינו אומרים שאין לו יכולת לעשות קניין גזילה בפקדון; והקהילות יעקב מסביר בראב"ד שחצרו מושאלת למפקיד, מה שמונע ממנו לכאורה לקנות את הפקדון בקניין חצר – סברה שעולה, לפי חלק מהאחרונים, גם משיטת בית הלל לגבי שליחות יד במחשבה.

---

39 נראה ברור שהחידוש של בית הלל, שנלמד מייתור בפסוק, אם כי לא מדובר בייתור של דין ש"י כולו, אלא של ביטוי מסוים בתוך הפסוק.

בסוגיית גזילה שהתייקרה ראינו שיטות שנשארות בנקודת המוצא הזו במידה מסוימת, וסוברים שאכן ישנן השלכות דיניות לכך שהפקדון הגיע לידי השומר בהיתר ולא בקניין גזילה. הגרסה הקיצונית של סברה זו היא של בעל המאור אליבא דר׳ עקיבא, שהשולח יד נחשב גזלן רק משעת התביעה בבית דין, והסברנו בדבריו שדין שליחות יד אינו אלא קנס. אם לפי הכיוון הראשון דין שליחות יד חמור יותר מדין גזל, ולפי הכיוון השני – דינם שווה, לפי שיטות אלו דין שליחות יד חלש וקל ביחס לדין גזל.

חשוב לציין שאין סתירה בין הכיוונים השונים; הכיוון הראשון מתיחס לפעולה המחייבת, ואילו הכיוון השני והשלישי מתיחסים לחיוב עצמו, כאשר הכיוון השני מתיחס לעצם החיוב כגזלן, והשלישי – לפרטי דינים של החיוב. אלא שכדי לענות על השאלה ששאלנו, די בכיוון אחד.

עמדנו על כך ששיטת רבא סותרת את כל הכיוונים הקודמים בתפיסת היחס בין דין ש״י לבין דין גזל, ולכן הסקנו שבעלי השיטות הקודמות סוברים כר׳ יוסי בן נהוראי, שחולק על רבא בדרשת הפסוקים של שליחות יד.

הרב אסף מסיקה

הוצאת משפט

ראשי הפרקים

א. מבוא

ב. מקור הדין

ג. המסרב לירד לדין

ד. הפסיקה בשו"ע והרמ"א

ה. אי הופעת התובע

ו. שיטת האגרות משה - דעות מסכימות

ז. הטעם מדוע אין הוצאות משפט בלא שסירב

א. מבוא

סוגיא זו של הוצאות משפט נידונה כבר בתקופת הראשונים (אם לא מוקדם יותר כבר בש"ס - לפחות ברמז) סוגיא זו קשורה ישירות או בעקיפין גם בתחומים אחרים המשפיעים עליה כלומר חיוב הוצאות משפט לא כמחוייבות אלא כנזק. דבר זה מקבל משנה תוקף בהגיענו לארצנו שבחוקות הגויים ומשפטיהם הנהוגים כיום בבתי המשפט הוצאות משפט הוא דבר לגיטימי ויש לבחון כיצד לתת מענה לדבר זה.

ונצטט פיסקה מההקדמה לתקנות הדיון (תשנ"ג) של הרב הראשי לישראל הרב שפירא זצ"ל:

> והנה, כעת ראיתי שהוועדה הציעה דבר חדש לחייב כל בעל דין שהפסיד המשפט שישלם הוצאות לצד השני. והנה אין זה לפי הדין שאינו חייב לשלם הוצאות וכמו"ש בחו"מ סימן יד. והטעם שהוי גרמא ופטור. והנה זה ודאי יש בזה משום צורך הכלל שמחמת זה הרבה יהודים נמנעים מלבוא לבי"ד והולכים לערכאות ששם משלמים הוצאות עפ"י חוק ויש בזה ניסיון גדול של הפסדים.

ב. מקור הדין

הגמ' סנהדרין (לא, ב):

כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: התוקף את חבירו בדין, אחד אומר: נדון כאן, ואחד אומר: נלך למקום הוועד כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה? אלא, כופין אותו ודן בעירו.

כתב הרא"ש[1] (סימן מ)

מכאן ראיה מי שנתחייב בדין אינו משלם לשכנגדו יציאותיו אע"פ שהזקיקו לדון בעיר אחרת.

כלומר אומר הרא"ש מה פתאום יוציא מנה על מנה? הרי הלווה לאחר שיפסיד ישלם לו את הוצאות המשפט, אלא מכאן ראיה שאינו משלם לו הוצאות משפט.

הערוך לנר (סנהדרין לא,ב) הקשה, שהראיה לא מוכרחת כיוון שהביטוי "מנה על מנה" יכול להתפרש מה שכבר הוציא בשביל להלוות לו ולמה שיוציא עוד הוצאות על מנת לקבל את ההלוואה חזרה, ועוד אפשר לומר שהכוונה להלוואה שילווה על מנת לכסות את הוצאות הנסיעה. ותירץ שאולי דייק הרא"ש מהמילה יוציא שמשמע בלי לקבל חזרה את המעות. היעב"ץ (בהערותיו על הטור והב"י סימן יד) גם כן הקשה שהראיה אינה מוכרחת וז"ל: "אינה מוכרחת, די"ל דילמא לא הוא גברא דל"ל לא מצי לאשתלומי מניה ואיך יניח מעותיו על קרן הצבי". וביאור דבריו - לעולם כשהתחייב הנתבע צריך לשלם כל הוצאותיו של תובע, ומה שאמר ר' אלעזר יוציא מנה על מנה, פירושו דשמא אין לנתבע לשלם (ואולי זו הסברא שכרגע מכחיש ההלוואה) ונמצא התובע מפסיד כספו. ובכך הוא דוחה גם את תירוצו של הערל"נ.

מכל מקום רוב הראשונים (יובאו לקמן) קיבלו ראיה זו שלמעשה אין לחייב הוצאות משפט.[2]

---

1 כך הסבירו בעלי התוס' במקום ויוציא מנה על מנה - מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו אף על פי שמזקיקו לילך לו לדון בעיר אחרת. הבאנו את דברי הרא"ש כיוון שדברי התוס' בגמ' מובאים בסוגריים ועיין שם בהערת מסורת הש"ס.

2 בסוף המאמר נברר מדוע התקבלה ראיה זו.

ג. המסרב לירד לדין

הרא"ש ממשיך "אבל אם היה מסרב לבוא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין, היה ר"מ מחייבו לפרוע לו כל יציאותיו" הרא"ש מביא ראיה מהגמ' בב"ק (קיב,ב) שם אומר רבינא ששליח בית דין נאמן כמו שני אנשים לומר שאדם מסרב לבוא לדין [וכן לעניין ביזויו או ביזוי בית הדין (חו"מ יא,א)] והגמ' מסייגת את זה שהוא נאמן רק לעניין הנידוי בלבד אבל בנוגע לכתיבת שטר נידוי כנגד הנתבע אינו נאמן מאחר שעל ידי כך נגרם לו הפסד ממון, שכן הנתבע צריך לשלם את מעות לסופר עבור כתיבת השטר. מכאן למד הרא"ש שאעפ"י שבדרך כלל אין הנתבע צריך לשלם לתובע הוצאות משפט, מכל מקום אם הנתבע סירב לבוא לדין, והוצרך התובע להוציא הוצאות כדי לכופו, חייב הנתבע לשלם כל הוצאות אלו הדומים לשטר.[3]

הריב"ש בתשובות (בסי' תעה[4]) כתב:

> אם הנתבע מסרב מלבא לדין והוצרך התובע לעשות הוצאות כדי לכופו לבא לדין והוצרך התובע לעשות הוצאות כדי לכופו לבא לדין ויצא הנתבע מחוייב, בעניין זה חייב לפרוע ההוצאות ההם.

כלומר הריב"ש בתשובתו מסכים לרא"ש שאין לשלם הוצאות משפט וראייתו מהגמ' בב"ב (קסז-קסח) שאת שכר הסופר על כתיבת שטר בירורין משלמים שני בעלי הדין וכן כל ההוצאות הנלוות של המשפט. ולעניין סרבן מודה הריב"ש שהנתבע חייב לפרוע את הוצאות התובע אלא שהוא מסייג זאת בכך שהנתבע הפסיד בדין. הסברה בזה משום שאם הנתבע יצא זכאי בדין כנראה צדק בסירובו לירד לדין. אלא שסברה זו קשה, שהרי בכל מקרה חובה על אדם לברר דבריו בבית דין כאשר הוצרך לכך, ואין הוא יכול לסרב רק בשל העובדה שהוא חושב שהוא צודק אלא עליו לבוא ולהוכיח דברו בבית הדין.[5]

הרשב"א בתשובה (ח"א סי' תתקמ[6]) התייחס לתובע שזכה בדין וז"ל:

---

[3] כ"כ הרמ"ה הובא בשטמ"ק והנ"י בשם הרא"ש (לט, ב בדפי הרי"ף).

[4] הובא בב"י בסוף סימן יד.

[5] לקמן תובא דעת השו"ע בסוגיה ונבאר שם בע"ה את דעת הריב"ש בפנים אחרות.

[6] ראה לעיל הערה 3.

שאלה: טוען ונטען שבאו לדון והוצרך הטוען להוציא הוצאות כדי שיזכה בדין וזכה אם מכריח לשלם לו ההוצאות מן הדין אם לאו ואם אין מחייבין על ההוצאות האם יש תקנה בזה וכו'

תשובה: ...הוצאות כתיבת שטרי טענות, שניהם נותנים שכר וכו' הוצרך הנתבע ללכת אחריו למקום שהוא, בזה מבואר שאינו חייב וכו' ואפילו סרב הנתבע ומתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות גם כן בזה יראה לי שאינו חייב דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא, ואינו דומה לדינא דגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר וכו' וכן אינו דומה להוצאות דפתיחא משום דב"ד מחייבין אותו על שסירב לבא לפניהם ליום שקובעין.

העולה מדברי הרשב"א שהוא פוסק כהרא"ש שמעיקר הדין אין לחייב הוצאות משפט את הנתבע. ורק בהוצאות הפתיחא חייב הסרבן ולא בשאר הוצאות ובזה הוא חולק על הרא"ש ועל הריב"ש.

ד. הפסיקה בשו"ע וברמ"א

שו"ע חושן משפט סימן יד

(ה)המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו אע"פ שהזקיקו לדון בעיר אחרת והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרוצה לדון בעיר אחרת אבל אם היה מסרב לבא לבית דין והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין חייב לפרוע לו כל הוצאותיו שהוציא משעה שנעשה סרבן (מהרי"ק שורש א קמד ונ"י פרק הגוזל בתרא ומהרי"ו ותשובת הרא"ש כלל קח וע"ג סימן ב) ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים אף על פי שמתוך סרובו הוצרך להוליכו בערכאות אין חייב לשלם הוצאותיו. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאם הוצרך להוציא עליו הוצאות לכופו על ידי ערכאות של עכו"ם חייב לשלם לו (תשובת הרא"ש כלל ע"ג סימן ב) וכן נראה לי עיקר ובלבד שעשאו ברשות בית דין כדלקמן סימן כ"ו מי שאומר לחבירו שילכו לדון במקום אחר ואמר לו לך ואני אבוא אחריך והלך והשני לא הלך אחריו צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו (מרדכי סוף פרק זה בורר) כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול אלא צריך לברר כמה הוציא או הב"ד ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו (תשובת הרא"ש כלל קז).

המחבר הביא בסתם את דעת הרא״ש, וביש מי שאומר את דעת הרשב״א, משמע שהוא פוסק כמו הרא״ש שסתם ויש אומרים הלכה כסתם, וכן מוכח בבית יוסף, שכן לאחר שהביא את דעת הרא״ש כתב ״הכי מסתבר״. דעת הרמ״א צריכה בירור לאחר שהביא השו״ע את דעת הרשב״א העיר הרמ״א שיש חולקין...וכן נראה לי עיקר. משמע שדעתו נוטה לפסוק כהרא״ש[7] אלא שהוא מסייג זאת בבקשת רשות מבי״ד. הש״ך (ס״ק יג) מפנה ליש״ש (ב״ק פ״י סי׳ יד) ותמצית דבריו בענייננו, שהנתבע אינו חייב לשלם לתובע את הוצאותיו, גם אם בנדון זה רשאי היה התובע לילך לערכאות גם ללא רשות בי״ד הים של שלמה מציין מקרה שבו הנתבע מתחייב בשטר שאפשר יהיה לכופו בערכאות של עכו״ם. לכאורה הפנייה זו חולקת על דעת הרא״ש, שהרי עפ״י הרא״ש הוא ממילא חייב בהוצאות שגרם לו בשל סירובו אלא שזה תואם לשיטת הרשב״א שהנתבע חייב בהוצאות רק כשבי״ד מחייבים אותו לשלם.[8] אמנם בפשט הדברים נראה שהרמ״א באמת סובר כדעת הרא״ש אלא שהתנה זאת ברשות בי״ד כיוון שיש איסור של ״לפניהם ולא לפני ערכאות"[9] לא היה רשות לתובע ללכת לעכו״ם ועבירה עשה, ולכן אין לשלם לו הוצאות אם לא קיבל רשות. וכן מוכח מדבריו במקום אחר[10] וז״ל:

> גם יתחייב כל הוצאות וכמ״ש הרא״ש כלל עג סימן ג. ואע״ג דבתשובת הריב״ש סימן תעה לא משמע כן אנו אין לנו אלא דברי הרא״ש וכמו שכתב הגאון הקארו דהכי מסתברא. ע״כ.

---

[7] כך הבין הגר״א בהערה (ס״ק כט-ל) על הרמ״א וביאר שהמחלוקת בין הרא״ש והרשב״א היא בדינא דגרמי. הרא״ש סובר כמו ריצב״א (ב״ב כב,ב ד״ה זאת) שבדבר השכיח קנסו חכמים, כלומר שאין הבחנה מהותית בין גרמא לגרמי אלא רק שכיחות. ואילו הרשב״א סבר כשיטת ר״י, שבגרמי הוא עצמו עושה את ההיזק לחבירו או שהנזק בא מיד לאחר המעשה וכאן אינו עושה שום מעשה ולכן יהיה פטור (ועיין שו״ת הרשב״א ח״ב נג וח״ג קז, ועיין באר אליהו לראי״ה קוק). אלא שיש להעיר על חילוק זה כיוון שלא מצאתי דעה כזאת ברא״ש הן בשו״ת הרא״ש כלל עג ששם הוא מביא את השיטות השונות בעניין זה הוא לא מביא את דעת הריצב״א כלל וכן בפסקיו בפרק ״לא יחפור״ לא מביא את דעת הריצב״א ונראה שפוסק שם כדעת ר״י. וכן משמע מהטור בחו״מ סימן קנג ועד כה לא מצאתי תירוץ לזה (וראיתי אח״כ שגם בפד״ר ח״ג עמ׳ 26 הסתפק בזה וניסה לתרץ אך נראה שהלך בכיוון אחר מהגר״א ולא מסביר את דבריו).

[8] הפת״ש ס״ק יג, הביא את הגהות הגרע״א שציין ליש״ש והסביר את דבריו כדברינו למעלה.

[9] כמבואר בסימן כו כמו שציין הרמ״א בעצמו.

[10] שו״ת הרמ״א סימן קיח.

נחזור לשיטת המחבר. בפתיחת הסעיף כתב המחבר: המתחייב בדין אינו חייב לשלם ההוצאות כלומר אותו אחד שיצא חייב בדין ויל״ע האם כוונת המחבר גם לחלק השני המתייחס לסרבן ואז פסיקתו של השו״ע היא כהריב״ש או שזה מתייחס לתחילת ההלכה והלשון היא אע״פ שיצא חייב בדין אינו חייב לשלם ההוצאות. הסמ״ע (ס״ק כח) הכריע כהריב״ש שרק אם התחייב בדין חייב לשלם.[11] התומים (ס״ק ד הו״ד בנתיבות ס״ק ד) כתב וז״ל:

> ואני תמה הא הך דצריך לשלם היציאות שגרם מה שסירב יליף ליה רבינו מאיר מהך דצריך לשלם הוצאות דשטר פתיחא שכתבו עליו בב״ד כשהזמינו ולא בא וכי נימא דאם יצא זכאי דאינו מחוייב לשלם שטר פתיחא מה שסירב בב״ד?! דבר זה לא שמענו. וסתמא נאמר בכל מקום שאין מתירין לו נידוי עד שישלם שכר סופר עבור כתיבת פתיחא.

התומים מקשה, שלא מצאנו חילוק בין מי שהתחייב בדין לבין מי שיצא זכאי לגבי חיוב כתב הנידוי וגם הסברא הפשוטה שיש לחייב מי שמסרב לדין גם אם מתברר אח״כ שצדק. ולכן ממשיך התומים וכותב ״ולענ״ד נראה ודאי שאם נתברר שהתובע בא עליו בטענת שקר ותרמית א״כ אין לשלם דלא היה לו לתובעו...״. כלומר התומים מסייג את דעת הריב״ש ופוטר את הנתבע שיצא זכאי מהוצאות משפט רק אם התברר שהתובע רמאי ותבע לשווא ביודעין שלא חייב לו כלום, אבל ״אם באמת התובע חשב שהדין עמו והדיין פטרו לנתבע בכח הדין מ״מ בתמימות והלה סרב לא היה לו לנתבע לסרב ולגרום הצואות לתובע ובזה חייב משום מזיק לחברו וצריך לשלם.[12] וכן פסק ערוך השולחן (ס״ק י).

הרב אליעזר שנקולבסקי (תחומין יב עמ׳ 338) רצה לתרץ את קושיית התומים בחילוק בין כתב פתיחא להוצאות רגילות בכתב פתיחא לא חילקו בין אם יצא זכאי או לא, כיוון שתשלום זה נעשה בינתיים ע״י בי״ד, והם תובעים את שלהם מיד הסרבן. ואפילו היה הסרבן צודק בדינו, מ״מ לא בי״ד

---

[11] ראה לעיל, שהבאנו את דעת הרמ״א שפירש את דעת השו״ע לא כהריב״ש אלא כהרא״ש שחייב בכל מקרה, כנראה מהבנתו מהב״י.

[12] התומים מסיים ״וזה נראה לי ברור אלא שלא מצאתי בזה דבר ברור בפוסקים״ הנתיבות (כמצוין למעלה) מביא את דבריו בפשטות ונלענ״ד שהוא הבין שגם אם נסביר את דעת השו״ע כהסמ״ע זה דווקא כהבנת התומים.

הוא שצריך לשאת בהוצאות. הסברא נשמעת רק שלא ברור מהש"ס מי באמת משלם את כתב הנידוי וכל זה הוא אמר מסברא ואין ראיה לכך ואפשר לדחות ולומר שהתובע משלם את הפתיחא.

ה. אי הופעת התובע

הרמ"א מביא את המרדכי (סנהדרין תשז)

> אמנם אם ראובן אמר לשמעון: נלך לב"ד הגדול אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לב"ד נגדך ולא באת אני שואל ממך יציאותי ר"מ מחייב את ראובן (הב"ח גורס שמעון) לשלם כל יציאותיו אע"פ שלא נדר לו ולא שייך למימר (שמעון לראובן) משטה אני בך בדבר הזה וכמה דברים יש שאין צריכין קניין.

נראה שהבנת דבריו תלויה בגרסאות הרבות מכל מקום שני הבנות מרכזיות בדבר.

א. או שהנתבע הגיע לבי"ד והתובע לא הופיע ולכן הוא חייב בהוצאותיו או להיפך.
ב. התובע הופיע והנתבע לא הופיע וחייב בהוצאותיו.

לפי הגהת הרמ"א במרדכי משמע שסובר כהבנה השנייה אלא שבהגה לא עשה הבחנה ביניהם ומשמע שפוסק בשניהם אותו דבר ויש לחקור כיצד הוא הבין את המרדכי ומה הוא פסק? האם זה המשך לשיטתו, שפוסק כרא"ש - אלא שזה קשה כי מהמרדכי בסימן זה משמע שלא מחייבים כלל בהוצאות משפט אפילו סרבן ולכן קשה להבין כך את דעת המרדכי אלא אם כן יש בדבר חידוש אחר.

מהר"ם מטיקטין (בעל חידושי אנשי שם על המרדכי) מסביר שאם התובע לא הופיע, והוא חזר ותבעו בעירו, יכול הנתבע לתבוע יציאותיו שהזקיקו לצאת חינם, אבל "ודאי אם לא חזר ראובן ותבעו לדין בעירו לא היה שמעון יכול לתבוע יציאות דרכו כי ראובן יאמר אתה לא הפסדת אני הפסדתי על עצמי שעיכבתי את דיני דאני קים לי בתביעתי שהיית חייב לי". הוא מדייק זאת מלשון המרדכי "אם יחזור ראובן ויטעון". שער משפט (יד ס"ק ג) הסכים עם דעתו אלא שכתב שלחינם נדחק לומר שברי לו שהוא חייב לו ממון. היה לו לומר בפשיטות שאם היה התובע הולך, והיה הנתבע יוצא זכאי בדין, גם

אז לא היה חייב התובע לשלם לנתבע את הוצאותיו ואם כן עכשיו שלא תובעו כל שכן שלא הפסידו כיוון שלא שילם את החייב לו.[13]

ויש להשיב על פירושים אלה, שכל ההיתר ללכת לבית דין הגדול כיון ששם יש חכמים גדולים יותר וזכותו של אדם לדרוש צדק גבוה יותר כל זאת באם הוא בא. אך אם הוא לא מופיע למשפט ודאי שיש לחייבו בכל ההוצאות. ומה לי אם ברי לו שהוא חייב.

הגר"א בהערותיו (ס"ק לא) כתב וז"ל: "דדמי למסרב שחייב כנ"ל וצ"ע." מרן הרב קוק בספרו באר אליהו מבאר את דבריו בכמה אופנים.

א. החיוב של סרבן הוא מטעם דינא דגרמי ה"נ מי שאמר לחבירו לך ואני אבא אחריך הויא בכלל דד"ג. ומה שצ"ע לפי הס"ק הקודם של הגר"א שטעם המחייב הוא לפי דעת הריצב"א[14] שקנסו בדבר השכיח ואולי זה לא שכיח שהתובע לא מופיע ואז זה רק גרמא ופטור.

ב. החיוב מצד שסמך על דיבורו של חבירו, הרי שהדיבור- עקימת שפתיו חשיב מעשה בידיים להזיק חבירו ומיד חל ההיזק.[15]

ג. ומלשון המרדכי שסיים שדמי לדברים הנגמרים בדיבור בעלמא בלא קניין, משמע שברי חיוביה יותר מדד"ג , והוא מדיני התחייבות ואין צורך לדמותו למסרב אלא כעין ערבות ושכירות פועלים שבהן ההתחייבות היא באמירה.

נפק"מ אם החיוב הוא מצד דינא דגרמי או מדין התחייבות אם אי הליכתו נובעת מאונס, מדד"ג-באונס פטור מצד התחייבות יהיה חייב לקיימה.[16]

---

13 במעשה בצלאל על הריקאנטי סי' תכט כתב על זה, דהטעם דבלא בא אחריו חייב הוא משום דיש לחושדו שיודע בעצמו שאין הדין עימו ומה שא"ל נלך לבי"ד הגדול להזיקו נתכוין ולכך חייב, ולזה קמ"ל מהר"מ טיקטין דאפיה"כ מצי אמר ליה קים לי שאתה חייב לי.

14 ראה לעיל הערה 6.

15 עיין שם שמוכיח מדוע זה נקרא שחל הנזק מיד שאומר לו.

16 עיין פד"ר ח"ג עמ' 30-32 יש להעיר שנפ"מ זו תלוייה במחלוקת האם דינא דגרמי חייב מדין מזיק אז חייב לעולם אפילו באונס כך ביאר הרמב"ן בקונטרסו דינא דגרמי, והש"ך (שפו,א) חלק על הרמב"ן והוכיח שבזה פטור או מדין התוס' שבאונס גמור פטור וצירף סברות בחיובי דינא דגרמי אם זה כדין הריצב"א מדין קנס ודאי שלא שייך לחייב כיוון שאין זה שכיח עיין שם. והביאו עוד נפק"מ שם לעניין נאמנות לשבועה ואכמ"ל.

הגאון מקוטנא בעל הישועות ישראל בסי' י"ד (עיון משפט ס"ק ד) פסק לחייב בעל דין שהתייצב לדין אבל נהג ברמאות שלא כהוגן שכפה המלווה את הלווה ונמצא שהמלווה שיקר בתביעתו שהוברר שלא היה חייב לו. שחייב התובע שהוא המלווה להחזיר לו הוצאותיו שהרי בגללו הוצרך להוציא הוצאות. ודמי ממש ל"לך לבית-דין ואני אבוא אחריך" ולא דצריך לשלם ההוצאות שהרי ע"פ דבורו הוציא זה ממונו והרי הוא איבד מעותיו ע"י גרמתו. ולכן חייב לשלם לו הוצאותיו. עי"ש ומכח זה פסק הראשל"צ הגר"מ אליהו (פד"ר י עמ' 14) בבעל שתבע שלום בית, ובמהלך הדיונים בבית הדין לשלום בית פנה הבעל למשרד לתיווך שידוכין למצוא לו שידוך חדש וגם שלם למשרד זה סכום מסויים א"כ עצם הפניה למשרד לשידוכים אינה מראה על כוונה אמיתית מצדו להשלים עם אישתו. והואיל וכן האישה מבקשת לחייב את הבעל בהוצאות המשפט בדיוניה איתו בתביעתו שהגיש לשלום בית שבודאי שלא הייתה כנה אל טרדנות בלבד. והרב זצ"ל פסק לחייב את הבעל לשלם לאשה ההוצאות שהלכה פסוקה היא בשו"ע בגורם התובע הוצאות לנתבע ע"י שאומר לו לך ואני אבוא אחריך ולא בא שחייב לשלם הוצאות מדינא דגרמי. ומכאן גם יוצא שהתובע חבירו ובית הדין דחה תביעתו. וקבע שהתביעה הייתה במרמה שחייב לשלם הוצאותיו.

ו. שיטת האגרות משה-דעות מסכימות

בניגוד לכל מה שהצגנו עד כה ישנה בפוסקים דעה שונה.[17] נביא כאן את ביאורו של האגרות משה (חו"מ ב,כו ענף א) שכתב "אבל האמת לע"ד שלא פליגי", ונציין בנקודות את הוכחותיו.

א. הוא מבאר שהשו"ע הבין בדעת הרא"ש שמחייב הוצאות משפט בסרב הוא דווקא בדיני ישראל משום קנס והרשב"א הובא, לא כדעה חולקת אלא לבאר הדין בערכאות שפטור, כיוון שהוא קנס ששייך בדיני ישראל.

ב. הר"מ פיינשטיין מבאר שמה שהב"י כתב אחר תשובת הרא"ש והכי מסתבר לא הייתה כוונתו לחלוק על הרשב"א אלא לבאר שגם

[17] הראשון שבהם הוא הכנה"ג שמאריך להביא אופנים שונים שאין מחלוקת בין הרא"ש להרשב"א אלא שהוא ביאר בדעת הב"י שהבין שחלקו והוא פירש אחרת ממנו, וכן שו"ת ושב הכהן מובא בהגהות אמרי ברוך. בחרתי להביא כאן את תשובותו של הגר"מ פיינשטיין כיוון שהוא פירש שאין מחלוקת אף בדעת הב"י והשו"ע.

הוצאות שהוצרך על מנת לכופו להביאו לדין בכלל הוצאות משפט הם אלא ששוב זה רק בדייני ישראל.

ג. מהרמ״א משמע שכן חולק ומסביר שהם דעות חלוקות שהרא״ש יחייב גם בערכאות והוא מוכיח כן מתשובת הרא״ש (כלל קז סימן ו). אלא שהוא ז״ל חולק על הבנת הרמ״א ומסתייע ביש״ש שהביאם יחד ולא ביאר שחולקים, והביא שכך כתב הש״ך אף בדעת הרמ״א.[18]

ד. הרב ז״ל מציין שוודאי שביאורו סותר את ביאור הגר״א לסעיף אלא שמסיק שהוא דעה יחידאה.[19]

נמצא לפי שיטתו שמי שמסרב לבא לבית הדין חייב לכולי עלמא.

ז. הטעם מדוע אין הוצאות משפט בלא שסירב

לסיום נבאר את עצם הדין מדוע אין חיוב הוצאות משפט בלא שסירב הנתבע לבא לדין, או בכל אחד מהאופנים שביארנו.

א. יש שהסבירו שהסיבה שהתובע עושה זאת לטובתו שהרי רוצה להרויח את כספו. וכן הנתבע מעוניין בבירור הדין ע״י בית הדין כדי שתצא האמת לאור.

ב. מה שביארנו לאורך המאמר שהוא מדינא דגרמא ופטור.

הגר״א שפירא (פד״ר יב עמ׳ 192 ומשם בספרו מנחת אברהם סי׳ יב) דן בסוגיית מזונות אישה שם הוא מחדש שהוצאות משפט שאשה הוציאה בתביעת מזונות הם בכלל מזונות אישה וחייב לכולי עלמא. בסוף הפסק מוסיף הרב שפירא פיסקה בטעם הפטור מהוצאות משפט. הרב הבין שהראשונים התלבטו בחיוב הוצאות משפט ואלמלא אותה גמ׳ שהבאנו בראש המאמר שמוכח ממנה שאין לחייב, היו מחייבים הוצאות משפט

---

18 ראה ביאורנו לעיל.

19 האגרות משה הבין בדבריו של הגר״א שהרמ״א יחייב אף בנידון שהציג הרשב״א ומסיק כנגדו שיהיה פטור מהוצאות ועיין תשובות והנהגות להר״מ שטרנבוך חלק ד חו״מ סי׳ שג שהעיד שבירושלים אין מחייבים הוצאות כלל ובהסברו שם כתב שיש ספק בהבנת הגר״א אם בא לחלוק על הרמ״א או להסכים עימו, ואז ממילא אין פוסק שיחייב על הצד הוא חולק על הרמ״א.

והסברה שיש לחייב מדינא דגרמי - אם מדאורייתא אם מדרבנן - לשיטות השונות[20] וז"ל:

> והנה בסברה למה באמת אינו חייב מחמת "דין גרמי" יש לומר שעצם הדרישה שביה"ד ידון בסכסוך, הוא זכות של כל אדם,[21] והיא מצוה מהתורה לדון בין אדם לחברו בסכסוכים, ומכיוון שהיא מצווה מהתורה, אין לבוא בטענות על מי שתובע מה שצוותה תורה לדון בין אדם לחבירו. וע"כ יש לומר שכל זה רק בתביעה הראשונית לפני ביה"ד המקומי שמצוה לשמוע בין ולשפוט ביניהם, אבל אם ביה"ד דן והוציא משפט, והמערער מערער משום שדעתו כי ביה"ד טעה בדין, אם כי זה אפשרי מכח תקנות הדיון, אבל אין לומר כל כך שיש מצוה בזה להגיש תביעה לביה"ד הגדול, שביה"ד טעה, ואם באמת התברר שביה"ד לא טעה, ופסק כדת וכדין, כהאי גוונא יש לומר שאין להוכיח שפטור מלשלם ההוצאות שגרם, כפי שתוס' מוכיחין מהסוגיא בסנהדרין ואכמ"ל בזה.

נראה לבאר בכוונתו שתוס' הוכיחו מהסוגיה שאין לחייב הוצאות משפט הוא דווקא שלא היה דיון בביה"ד והלה דורש ממנו ללכת לבית דין הגדול. ושם הוכיח תוס' שפטור אבל אם כבר דנו בביה"ד שבעירו יש לומר שאין ראיה שלא ישלם הוצאות משפט אם יערער לבית דין אחר.

20 ראה הערה 17 שם מובאת המחלוקת בין הש"ך לרמב"ן, שהש"ך סבר שזה מדרבנן משום קנס והרמב"ן סובר שמדאורייתא מדין מזיק.

21 נראה שכוונתו, כיוון שזו מצווה זו זכות של כל אדם להביא את חברו לביה"ד, ולא שני עניינים שונים, וכן מוכח מהמשך דבריו שמביא נפק"מ.

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

בסוגיה דאין נשבעין לקטן

ראשי הפרקים

א. דברי הרמב״ם בפירוש המשניות
ב. פירוש הרי״ף ור״י מיגאש בסוגיה
ג. פירושו של בעל העיטור במאה שערים
ד. שיטת הרמב״ם בקטן על פי הרי״ף ור״י מיגאש
ה. שיטת הרמב״ם בקטן עפ״י העיטור – פתרון לדבריו במשנה
ו. פירוש לדברי הרמב״ם בקטן
1. שיטת ר׳ עקיבא איגר
2. שיטת התומים
3. שיטת החתם סופר
4. שיטת הרב סולובייצ׳יק

א. דברי הרמב״ם בפירוש המשניות

הרמב״ם בפירוש המשניות (שבועות ו,א) פירש את המשנה (״מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא נ׳ דינר - פטור, מפני שהוא כמשיב אבידה״) כך:

> ואמרו מנה לאבא בידך וכו׳ פטור, הוא אם אמר הבן שמא יש לאבי בידך מנה, אבל אם אמר לו ברי לי שיש לאבי בידך מנה, ואמר הוא חמישים, חייב ואינו כמשיב אבדה.

ניכר שפירושו הוא לפי רב אליבא דרבי אליעזר בן יעקב (שבועות מב,ב):

> מי מצית מוקמת לה כרבי אליעזר בן יעקב? הא קתני רישא: מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא חמשים דינר - פטור, מפני שמשיב אבידה הוא! התם דלא אמר ברי לי, הכא דאמר ברי לי.

נמצא שהרמב״ם פירש את המשנה כמו ראב״י, וזה סימן שהוא פסק כמוהו, ואכן כך פסק הרי״ף וכן פסק הר״י מיגאש בסוגיה שם בשבועות. אמנם, לפי זה קשים דברי הרמב״ם בפירושו למשנה ד שם:

> נשבעין לקטן ונפרעין מנכסיו, כמו שנתבאר בכתובות הבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה. ובשבועה דאוריתא בלבד הוא שאנו אומרים אין נשבעין על טענת קטן, אבל שבועת הסת נשבעין בטענת קטן. וכן משביע בית דין שבועת השומרין ושבועת הנשבעין שלא בטענה, מחמת קטן, כיון שאין הקטן טוען אותם טענת בריא. וכן נשבעין להקדש ונפרעין ממנו, כגון שהיה לראובן אצל שמעון ממון בשטר והקדיש שמעון כל נכסיו, ישבע ראובן שבועת התורה ויקבל את ממונו על הדרך שנזכר בפרק הששי דערכים.

כאן היה על הרמב״ם לפרש כמו רב, שהתנא של המשנה הוא ראב״י, ולפי הרי״ף והר״י מיגאש מדובר בגדול הבא בטענת אביו, שלפי רב אליבא דראב״י חייב שבועת מודה במקצת. לכן צ״ע, אם הרמב״ם פסק כראב״י אליבא דרב וכן פירש במ״א, למה כאן פירש כשמואל?

בכל מקרה, לפי רב קשיא סיפא דמתניתין, שכתוב בה ״אבל נשבעין לקטן ולהקדש״, שהרי רב הסביר מה זה נשבעין לקטן אבל לא הסביר מה זה נשבעין להקדש. ובדוחק צ״ל שרב קיבל את פירושו של שמואל בהקדש, וכמו שכתוב בסוף הסוגיה, למרות שאת דבריו בענין קטן הוא לא קיבל, ונראה שכך למד הר״י מיגאש, שהרי בהבאת דברי שמואל ל״אבל נשבעין לקטן״ כתב: ״שמואל אמר מאי לקטן ליפרע מנכסי קטן...״ הרי הוא הביא את דברי שמואל כפרשנות אחרת למשנה, לעומת רב. אבל כשהוא הביא את דבריו לענין הקדש, כתב:

> הא דתנן אבל נשבעין להקדש אוקימנא בבא ליפרע מנכסי הקדש כגון מי שהקדיש נכסיו ויצא עליו שטר דמיחייב שבועה כדין הבא ליפרע מנכסי׳ משועבדים דמה לי משעבדי להדיוט מה לי משעבדי לגבוה ואף על גב דמקדיש הא קא מודה בההוא שטרא וקיימא לן דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש הני מילי היכא דקא מודה כשהוא שכיב מרע משום דאין אדם חוטא ולא לו כדרב הונא דאמר שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש אבל בריא חיישינן דילמא שטרא

> פריעה הוא וקנוניא הוא עושה הילכך לא שקיל מידי אלא עד דמשתבע כדין הנפרע מנכסים משועבדים.

כאן הדגיש שזה הפשט במשנה וצ״ל כך מפני שזה הפשט גם לפי ראב״י.[1]
למעשה כך למד רבנו יהונתן מלוני״ל במשנה:

> אין נשבעין על טענת חרש שוטה [וקטן], כלומר אע״פ שיודה לו במקצת, לפי שאין בדבריהם ממש, וכ(ש)משיב אבדה חשבינן ליה כשהודה להם במקצת, דהא לאו בר דעה ניניהו, והיינו דכתיב כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום.
>
> ואין משביעין את הקטן, אם הקטן מודה הוא [ב]מקצת, לפי שאינו יודע בחומר שבועה וישבע לשקר, אבל נשבעין לקטן ולהקדש, ובגמרא מקשינן סופא לרישא, ומשני דהאי נשבעין לקטן בגדול הבא מחמת אביו מיירי, והאי דקרי ליה [קטן] משום דלגבי מילי דאבוה קטן הוא ואפיל הכי נשבעין על טענתו דסבירא ליה להאי תנא דלאו משיב אבידה הוא, דכי היכי דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו הכי נמי אינו מעיז פניו בפני בנו כיון שהוא טוענו בטענת בריא.

כאן פירש כראב״י, וכפסק הרי״ף ור״י מיגש. ממשיך הר״י מלוני״ל ומפרש את המלה האחרונה של המשנה:

> ולהקדש ליפרע מנכסי הקדש, וא״ת פשיטא דמה לי משעבדי להקדש ממשעבדי להדיוט, דתנן הבא ליפרע הנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה, ומשני מהו דתינא לימא אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ואם לא היה אמת לא היה אומר שעדיין לא נפרע מן החוב, קמ״ל דאפילו לגבי הקדש חיישינן לקנוניא ולא יפרע אלא בשבועה.

כאן פירש כשמואל, למרות שלפני כן פירש כרב אליבא דראב״י. ע״כ צריכים לומר שהוא פירש ענין הקדש כמו שמואל.

---

[1] נראה שכך שצריך לומר גם בדברי הרי״ף, שכן לאחר שפסק הרי״ף במסכת שבועות (כג,א בדפי הרי״ף) כמו ראב״י, הוסיף וכתב: ״ואף על גב דחזינן לקמאי דפסקו הלכתא כרבנן דאמרי משיב אבדה הוי אנן כתבינן מאי דסבירא לן בהני טעמא דפרשינן וטעמי (ע״ב) דבירירין אינון ולית בהו ספקא [שהלכה כראב״י (שז״פ)] ושמואל אמר לעולם מתניי רבנן היא ומאי נשבעין לקטן ליפרע מנכסי קטן להקדש ליפרע מנכסי הקדש תני אביי קשישא יתומים שאמרו גדולים וא״צ לומר קטנים בין לשבועה בין לזיבורית וכן הלכתא.״ הרי בכל זאת הביא את דברי שמואל החולק בפירוש המשנה, אבל דבריו הם עדיין אליבא דהילכתא, ולמעשה צריכים את דבריו לפרש ענין ההקדש.

אמנם, אם הרמב״ם היה יכול להביא את דברי שמואל לענין הקדש, עדיין קשה, למה הביא את דבריו לענין ״אבל משבעין לקטן״ שהרי במשנה א פירש כמו כרב אליבא דראב״י, ולמה לא פירש כר״י מלוני״ל? וצ״ע.[2]

ב. פירוש הרי״ף ור״י מיגאש בסוגיה

הנה הרי״ף ור״י מיגאש פירשו את דברי ראב״י אליבא דרב שמדובר בגדול הבא בטענת אביו. הנה פירש הרי״ף במסכת שבועות (כב,ב):

> גמ׳ [מב,א] מ״ט דאמר קרא כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום: אבל נשבעין לקטן ולהקדש: והא אמרת רישא אין נשבעין אמר רב בגדול הבא בטענת אביו עסקינן ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאבוה קטן הוא ומתני׳ רבי אליעזר בן יעקב היא דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס חייב וזה הוא שנשבע על טענת עצמו וחכ״א אינו אלא כמשיב אבידה ופטור ור״א בן יעקב לית ליה משיב אבידה ופטור (מב,ב) אלא בדרבה קא מיפלגי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע (כג,א) חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפר ליה משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ובכוליה בעי דלודי ליה והאי דלא אודי ליה אישתמוטי הוא דקא משתמיט ליה סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה הלכך אמר רחמנא רמו שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה ר״א בן יעקב סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז הלכך לאו משיב אבידה הוא ורבנן סברי בו אינו מעיז אבל בבנו

---

2 היה מקום לפרש כמו המאירי בבית הבחירה למשנה: ״אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן... אבל נשבעין לקטן ולהקדש פירשוה בגמרא בשני פנים ואחת מהן שהבא ליפרע מן הקטן ר״ל מן היתום ומן ההקדש נשבע שאין נפרעין מנכסי יתומים ולא מן המשועבדים אלא בשבועה ומשהקדישו נשתעבד ואף על פי שזו של יתומים אף בגדול הוא כן שאין נפרעין ממנו אלא בשבועה מ״מ אף זו פירשוה כעין קטן שאף הגדול בעניני האב קטן הוא אלא שהגדול נפרעין ממנו כל חוב בשבועה ובקטן דוקא לכתובת אשה ובריבית אוכלת בו ולצואת המת וי״מ אותה בקטן ממש וכגון לו או שבא ליפרע מנכסיו כמו שיתבאר בגמרא וכן פירשוה בגדול הבא לתבוע בטענת אביו והלה מודה מקצת ונקרא קטן לענין מלי דאבוה וכן הלכה כמו שיתבאר בגמרא.״ ונראה שכך הבין שכך פירש הרי״ף את המשנה, וכך היה הרמב״ם יכול לפרשו. אולם, מכיוון שהרמב״ם לא פירש כך, צ״ע איך חילק את פירושו – רישא כראב״י אליבא דרב וסיפא כרבנן ולפי שמואל.

> מעיז ומדלא העיז משיב אבידה הוי והלכה כראב״י כדאמרינן משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי...

הרי״ף העמיד את דברי ראב״י אליבא דרב בגדול הבא בטענת אביו. אמנם לכאורה קשה מהמשך דברי הסוגיא שמשמע שהגמרא חזרה מאוקימתא זו וחזרה לקס״ד שמדובר בקטן ממש, אלא הרי״ף בכלל לא הביא קס״ד זו, ולמד שלאורך כל הסוגיה מדובר בגדול הבא בטענת אביו, שלפי ראב״י חייב שבועה במודה במקצת ולפי רבנן הוי משיב אבידה. וכבר עמד על זה הר״ן בפירושו על הרי״ף שם:

> אלא בדרבה קא מפלגי. לעיל מיהא מפרקינן בגמרא מאי דפרכינן ור״א בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור ואמרינן אמר רב בטוענו קטן כלומר שהקטן טוענו אבא מסרו בידך ופרכינן לטענת קטן מידי משׂשׂא אית ביה והא תנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן ופריק מאי קטן גדול ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאבוה קטן הוא א״ה טענת עצמו טענת אחרים היא טענת אחרים והודאת עצמו כולהו טענות נמי טענת אחרים והודאת עצמו נינהו אלא בדרבה קא מיפלגי כך היא גירסא בגמ׳ ותמהני על מה שכתב הרי״ף ז״ל כי לפי מה שכתב בתחלה דבטוענו גדול עסקינן ואמרינן דמתני׳ ר״א בן יעקב היא דמשמע ר״א בן יעקב בההוא גוונא מיירי [ואי הכי תו] לא קשיא פרכין דמשיב אבדה כמו שאתה רואה בגמרא.

וכן העיר שם בהגהות חו״י. וראה עוד בדברי הר״ן בחידושיו למסכת שבועות שם:

> בגמ׳ אלא בדרבה קא מיפלגי כך גרש״י ז״ל ופי׳ לעולם בטוענו קטן ובבא בטענת אביו וראב״י א׳ לא שנ׳ בו ולא שנא בבנו ואפילו קטן אינו מעיז ולרבנן בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז וכתב רש״י ז״ל בפי׳ האשה שנתאלמנה דלרבנן אפי׳ בגדול מעיז וכן נרא׳ דעת ה״ר אלפסי ז״ל שהוא פסק כראב״י והביא ראיה מדתני ר׳ חייא בפ׳ כל הנשבעין שבועת ה׳ תהיה בין שניהם ולא בין היורשין ואמר התם היכי דמי אילימ׳ דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך מה לי הוא מה לי אבוה ואמר הרב ז״ל דכיון דהא כרבי אלעזר בן יעקב אתיא ולא כרבנן הלכה כרבי אליעזר בן יעקב אלמ׳ סביר ליה לרב ז״ל דלרבנן אפילו בגדול מעיז שאל״כ מנין לו דההי׳ דלקמן כראב״י דלמא כרבנן אתי׳ ובטוענו גדול אלא ודאי סבירא ליה לרב׳ ז״ל דלרבנן אפילו

בבנו גדול מעיז אבל ר״ח ז״ל גריס בדרבה קמיפלגי ולא גריס אלא ומפרש לה הכי לעולם בגדול הבא בטענת אביו וקרי ליה קטן משום דבמילי דאבוה קטן הוא ולא תקשי לך א״ה טענת עצמו טענת אחרים היא דאדרבה קא מיפלגי וה״ק להו ר׳ אליעזר לרבנן פעמים שהאדם נשבע על טענה שאתם קורין אותה עצמו כיון דלדידכו מעיז וה״מ בגדול אבל בקטן אפילו ר׳ אליעזר מודה דמעיז.

הר״ן למד בדברי הרי״ף, שראב״י אמר את דינו הן בגדול הבא בטענת אביו והן בקטן ממש, וכמו רש״י ככתובות יח,א ובגיטין נא,ב. ואמנם הרינו עפר ואפר לפני הר״ן, אבל כמדומני שאע״פ שהרי״ף ציטט חלק מן הסוגיה עם המלה ״אלא״ הוא לא למד שיש כאן חזרה מן הסברה של קטן הבא בטענת אביו בלבד, שהרי אין שום אזכור של קטן בכלל בדבריו, ואדרבה, אם כדברי הר״ן, הרי״ף היה צריך להביא את תחילת הסוגיה שהיה קס״ד שמדובר בקטן דווקא. לכן נראה לי שהרי״ף למד כמו ר״ח ורצה לחדש שאפילו לפי הגרסא שלנו אפשר ללמוד כמו הר״ח למרות הדוחק בו, והראיה היא מדברי תלמידו המובהק של הרי״ף, הר״י מיגאש, שלמד כך בפירושו לשבועות (מב,א):

> מתני׳ אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן וכו׳ מאי טעמא דאמר קרא כי יתן איש אל רעהו וגומר ואין נתינת קטן כלום הא דתנן אבל נשבעין לקטן אוקימנא בגדול הבא בטענת אביו בדאמר ליה ברי לי שיש לאבא בידך מנה ואמר ליה האיך חמשין אית ליה וחמשין לית ליה וכיון דגדול הוא ואמר ברי לי משתבע האיך כדין מודה במקצת הטענה ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאביו קטן הוא מני רבי אליעזר בן יעקב היא דאמר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו והא דרבי אליעזר פרישנא בטוענו גדול והאי דקתני טענת עצמו הכי קתני טענת אחרים והודאת עצמו ואף על גב דכלהו טענתה נמי טענת אחרים והודאת עצמו ואם כן במאי איפליגו רבנן בהדי רבי אליעזר כלומר הא ודאי דבר ידועה היא דכל טענת אחרים והודאת עצמו חיובי מחייב שבועה הא אוקימנא דבדרבה קא מפלגי דאמר רבה וכו׳ דרבי אליעזר סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז הילכך רמינן שבועה עליה כי היכי דלודי ורבנן סברי בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא מעיז האי משיב אבדה הוא והלכה

כרבי אליעזר בן יעקב כדקיימא לן משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי.

כמדומני שאם היינו משווים את שלושת הפירושים, ר״ח, רי״ף ור״י מיגאש, נראה שאין חילוק גדול ביניהם, והרי״ף השתמש בביטוי ״אלא״ להבליט את המחלוקת, אבל מכיוון שאין שום אזכור של קטן, לא נראה שהוא חולק על הר״ח. אדרבה, מסוגיות אחרות במסכת שבועות, וכן ביתר המסכתות, אם הרי״ף חולק על הר״ח הוא לא נמנע מלומר כך בפירוש.[3]

כמן כן הבין גם הר״י מיגאש, שאמנם לא הזכיר קטן ממש במהלך הסוגיה, אבל בהמשך דבריו בודאי התייחס לזה:

אשתכח השתא דקטן הבא בין בטענת עצמו בין בטענת אביו אין נשבעין עליו אלא משיב אבדה הוא בהך מקצת טענתא דמוד׳ והיינו דתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן. וגדול הבא בטענת אביו אי דקאמר ברי לי נשבעין על טענתו והיינו דתנן אבל נשבעין לקטן וכדאוקימנא דמאי קטן גדול ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאביו קטן הוא ואי דלא אמר ברי לי אין נשבעין על טענתו דמשיב אבדה הוי נתבע בהך חמשים דקא מודה בהו והיינו דתנן מנה לאבא בידך אין לו בידי אלא חמשים פטור שהוא כמשיב אבידה.

והאי דאמרינן אין נשבעין על טענת קטן מסתברא לן דדוקא שבועת התורה אבל שבועת היסת מיהא מחייב ואפילו שבועת התורה נמי דוקא שבוע׳ מודה במקצת הטענה ועד אחד דאתיין מחמת טענה אבל שבוע׳ שומרין דליתא מחמת טענה דהא טענת שמא היא אלא מחמת שמירה היא כיון דשמר לקטן נתחייב לו בשבועת השומרין דלא גרע מגדול ודייקא נמי מדקתני אין נשבעין על טענת קטן אלמא שבועה דאתיא מחמת טענה הוא דאין נשבעין משום דעיקר ההיא שבועה מחמת טענת התובע והודאת הנתבע במקצת אי נמי העדת עד אחד הוא דאיחייב בה והאי כיון דליכא טענה דהא טענת קטן לאו כלום היא הוה ליה לענין ההוא אודיתא דמוד׳ כמשיב אבידה ולענין עד אחד נמי הוה ליה כעד אחד הבא שלא במקום טענה שאין שם שבועה ומשום הכי איפטר ליה מההיא שבועה ואיחייב ליה בשבועת היסת דהא בלא אודיתא ובלא עד אחד נמי מיחייב נמי שבועת היסת בתקנתא דרבנן אבל שבועת שומרין אי נמי הנך דנשבעין מדרבנן

---

3 ראה בנספח טבלה של פירושם, ונראה שהרי״ף מקבל את פירושו של הר״ח.

בטענת שמא כגון השותפין ואריסין ומאי דדמי להו דחיובא לאו מחמת טענה הוא אלא מחמת שמירה ואפילו לקטן נמי נשבעין עליה דהא כיון דאודי קמי בי דינא דהוה ליה שומר אפקדונא דיליה ואיתניס אי נמי הוה ליה אריס או שותף ומאי דדמי להו בי דינא גופיהו מיחייבי לאוקמי אפוטרופוס עליה למיתבעי להוא גברא בשבועה דהא מכלל זכותיה דקטן היא ורבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים והוא הדין של קטנים.

נמצא שלפי חכמים, כל המחלוקת בין ראב״י לבין רבנן היא בגדול הבא בטענת אביו, אבל בקטן ממש, אין מחלוקת, והרי זה הסתם משנה שאין שנשבעין לחרש, שוטה וקטן, והן ראב״י והן רבנן מודים לזה.

ג. פירושו של בעל העיטור במאה שערים

והנה הבעל העיטור בהשגותיו לדברי הרי״ף במסכת שבועות בסוגיה שלנו חלק על הרי״ף והציע פירוש אחר לסוגיה. בתחילת דבריו הביא הרבה ראיות שאע״פ שמשנתו של ראב״י קו ונקי, אין הפירוש שפוסקים כמוהו בכל מקום, והוא הדין כאן שהלכה כחכמים ולא כראב״י: ״ובהא נמי הלכתא כרבנן״. אח״כ המשך בעל העיטור וכתב:

והא דגרסינן בפ׳ הנזקין א״ר יצחק ב׳ כיסין קשורין מצאתי מוקמינן לה כאב״י דטענת שמא הוא כטענת קטן וגאוני מחסיא אפקוה להא דר׳ יצחק מהלכתא דלית הלכתא כראב״י ופי׳ דקאמר ר״ח דר׳ יצחק לאו כראב״י סבירא ליה לא בריר לן.

הגאונים שפסקו כרבנן דראב״י לא פסקו את דברי ר׳ יצחק, שהרי הא בהא תליא שם במסכת גיטין נא. עוד הוסיף שפירושו של רבנו חננאל לא נראה לו בכלל.[4]

ממשיך בעל העיטור ודן בראיה השנייה של הרי״ף מפרק כל הנשבעין.

והא דקאמרו רבנן דסוגיין כראב״י מיהא דשבועות לא סייעתא הוא דמדקא מתמה תמהא רבא וקאמר מה לי הוא ומה לי אבוה ש״מ מלתא פסיקתא הוא וליכא פלוגתא, ובגדול הוא דקאמר שבא

---

4 אין פירושו של ר״ח לפנינו, אמנם עיין באוצר הגאונים למסכת גיטין, ירושלים תש״א, במדור פירוש רבנו חננאל, עמ׳ 34-35, ליקוטים מן הראשונים כדי לשחזר את פירושו לסוגיה זאת.

בטענת אביו וא"ל ברי לי דמנה לאבא ביד אביך או בידך ודכ"ע חייב שבוע דאורייתא.

הרי שם מדובר בגדול הבא בטענת אביו וגם רבנן מודים לזה, וממילא אין ראיה לראב"י משם. ראה עוד בראב"ד בהשגותיו לרי"ף כאן ובגיטין שגם דחה הראיה מפרק כל הנשבעין. כעת בעל העיטור מציג את פירושו לסוגיה:

וכי פליג ראב"י ורבנן בטענו קטן הוא דפליגי כדאמרינן מעיקרא ובדרבה קא מיפלגי דראב"י סבר ל"ש בו ול"ש בבנו אפילו קטן אינו מעיז וקרי ליה טעני' עצמו משום דעלמא לית ביה משש ולאו משיב אבידה. ורבנן סברי בו אינו מעיז אבל בבנו מעיז והלכתא טענת קטן טענת עצמו הוא ואין אדם נשבע על טענת עצמו ופטור אפילו בטענת ברי אבל בנו גדול טענת אחרים הוא וחייב אפי' לרבנן בטענת ברי שבועה דאורייתא ושבועה דרבנן בטענת שמא והיינו דפשיטא ליה מלתא בשבועה מה לי הוא מה לי אבוה ובקטן הוא דפליגי ומסתמא כרבנן וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני מוקי לה למתני' כרבנן דאמרי מאי אין נשבעין לקטן ליפרע בנכסי קטן. והלכתא כוותיה דקטן הבא בטענת אביו אפילו בטענת ברי פטור והדין הוא סברא דילן אבל רבינו סבירא להו דפלוגתייהו בגדול ורבינו אבן מיגש הכי ס"ל. ורש"י ז"ל פי' בכתובת בין בקטן בין בגדול[5] ובשבועות מצאתי שפירש דפלוגתא בקטן כסבירא דילן.

לפי דבריו של בעל העיטור, כל המחלוקת היא בקטן ממש שבא בטענת אביו, שהנתינה הייתה ע"י אביו המנוח, בזה ראב"י אמר שיש דין של מודה במקצה מפני הסברו של רבה, ובבנו הקטן גם לא יעיז. לפי רבנן יש בקטן דין של משיב אבידה. נמצא שבטענת ברי של גדול הבא מחמת אביו, אין מחלוקת וכולי עלמא סברי שזה מודה במקצת, כולל רבנן. בטענת שמא, הן בקטן והן בגדול, אין דין דאורייתא של מודה במקצת מפני שהנתבע הוא משיב אבידה, וגם זה לכולי עלמא. אולם בטענת ודאי של קטן הבא מחמת אביו נחלקו ראב"י ורבנן, ובעל העיטור פסק כרבנן.

---

5 וכן פירש רש"י בגיטין נא.

ד. שיטת הרמב״ם בקטן על פי הרי״ף ור״י מיגאש

כשלומדים את דברי הרמב״ם בהל׳ טוען ונטען, נוצר הרושם – באפן ברור ביותר - שהוא הלך בעקבות הר״י מיגאש, וכך כתב בהלכות טוען ונטען ה,ט:

> אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה, וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, נמצאת אומר קטן שאמר לגדול מנה לי בידך, או אבא היה לו בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים או אין לך בידי כלום ועד אחד מעידו שיש לו הרי זה פטור משבועת התורה, אבל אם שמר לקטן וטען שאבד הרי זה נשבע שבועת השומרין לפי שאינו נשבע מחמת טענה, וכן אם הודה שהיה שותף לקטן או אפוטרופוס עליו יעמידו בית דין אפוטרופוס לקטן וישבע השותף וכיוצא בו בטענת שמא.

הניסוח כאן הוא ממש כמו פירושו של הר״י מיגאש, שהובא לעיל.

מדברי הרמב״ם (טוען ונטען א,ז) משמע ש״אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה״ הווי טעמת שמא:

> אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור, כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני, אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה, דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו, חשבתי מעות ומצאתי חסר שמא אתה הטעיתני בחשבון, והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה.

וכן כתב הרמב״ם בתשובה (שו״ת הרמב״ם, מהד׳ י׳ בלוי, ח״ב, עמ׳ 708, סימן תכח):

> תשובת שאלה על ענין מי שמת והניח אשתו מעוברת וכו׳ אין היתומים יכולין להשביעה על מה שצוה להם אביהם ואפי׳ צוה בעדים ואמ׳ שיש לי אצל פלוני כך וכך טענת שמא היא אצלכם ואעפ״י שהיא טענת ודאי מאביהם ואינם יכולים להשביעו עד שיאמרו בריא לנו שיש לאבא כך וכך בידך (עי׳ טוען ונטען א,ז ששבועת היסת אינה באה אלא על טענת ודאי) כגון שנתן לו אביהם

> בפניהם ואחר כך משביעין את הנתבע שבועת הסת ודבר זה כבר פירשו רבינו יוסף הלוי זצ"ל פירוש מבואר בפירוש שבועות שלו (מז,ב ד"ה החנוני) בהלכות חנוני על פנקסו ולית בהן ספק כלל וכל מאן דלית ליה הכי לא חש לקימחיה ואין ראוי להשגיח על דברי מי שחייב שבועת הסת על דברי אביהם ומעשים בפנינו בכל יום ואנחנו דנים בדין זה בחרם סתם בלבד והאלמנה שנשאת אין משביעין אותה כמו שאמ' רב הונא (גיטין לה,ב) משה בר מימון זצ"ל.

ממילא לפי זה יש ללמוד את דברי הרמב"ם (טוען ונטען ד,ה):

> ...וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת, ואין צריך לומר אם הודה מעצמו ואמר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמשים דינרין ונשאר לו חמשים שזה פטור אף משבועת היסת, אבל יורש שטען ואמר אני יודע בודאי שיש לאבי בידך או ביד אביך מנה והוא אומר אין לו בידי אלא חמשים או אין לך ביד אבי אלא חמשים הרי זה מודה מקצת וישבע.

במקרה הראשון הטענה היא טענת שמא ולכן הווי משיב אבידה, כמו במשנה א' במסכת שבועות וכמו שפירש הרמב"ם שם (הובא לעיל בפרק ראשון). ממילא המקרה השני של יורש הוא טענת ודאי ולכן הרי זה מודה במקצת. נמצא שהרמב"ם פסק כמו ראב"י וכמו הרי"ף ור"י מיגאש, וכן למד בעל הגהות מיימוניות הלכות טוען ונטען שם:

> [ג] הכי מסיק רב בגמרא דאם אמר יורש ברי לי בהא אמר ראב"י ישבע כדרבה ואומר שם דקמפלגי בהא דאמר רבה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו וכו'. והנה פסק כראב"י דאמר לא שנא בו לא שנא בבנו אמר רבה אינו מעיז הילכך לאו משיב אבדה הוי ודלא כרבנן דאמרי בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא העיז משיב אבדה הוי כך פסק ר"ת שמשנת ראב"י קב ונקי ותו דרבא מעמיד סתמא דמתני' אליביה ושמואל דמוקי לה בע"א לקטן הבא ליפרע מנכסי קטן כדאיתא התם מ"מ לא פליג אמשנת ראב"י דקב ונקי ס"ה ועיין בסימן ב' ע"כ.

וכן למד המגיד משנה (טוען ונטען ד,ה): "אבל יורש שטען ואמר וכו'. זה הוא כראב"י לפי מה שפירשנו והוא כדעת ההלכות".

אמנם אם כנים דברים אלו, הדרה קושיה לדוכתא, שהרי למה הרמב״ם פירש את משנה ד׳ כשמואל ולא כמו ראב״י, וצ״ע בזה.

יתר על כן, הנה ר׳ זרחיה הלוי בספרו המאור הגדול למסכת גיטין (כה,א בדפי הרי״ף) הקשה על הרי״ף:

> ותימה הוא מאחר דסבר כראב״י בעלמא לא כתב הא דר״י דב׳ כיסין קשורין ואם איתא להא איתא נמי להא ואנן כתבינן מאי דסבירא לן וכך כתבו הגאונים כולן כרבנן ולא כראב״י.

כלומר, אם פוסקים כראב״י צריך לפסוק כר׳ יצחק בשני כיסים ובשני שוורים, אבל אם לא פוסקים כראב״י אלא כרבנן, ממילא מובן למה לא פוסקים כר׳ יצחק. הרי״ף פסק כראב״י, אז קשה למה לא פסק כר׳ יצחק? רז״ה פסק כרבנן וממילא לא פסק את ר׳ יצחק. והנה הראב״ד ב״כתוב שם״ הציע תירוץ לרי״ף:

> אמר אברהם: כבר הרחבתי לדבר על זה, כי לא השויתי עם הרב ז״ל בחזרתו שחזר ופסק כרבי אליעזר בן יעקב משמעתא דשבועות [מב,ב] ולא מסתברא כותיה. וזאת השמועה פירשתיה והבאתי ראיה מן הירושלמי [גיטין פ״ה ה״ג] למה שכתבתי בשבועת אך לא כדברי בעל החיבור הזה שמחלק בפתיחת טענה בין שפותח התובע לפותח הנתבע. וסוף דבר הלכה כרבנן ודלא כרבי אליעזר בן יעקב. ודלא כרבי יצחק דקאי בשטיתיה.[6]

לפי הראב״ד, כשהרי״ף פירש מסכת גיטין עדיין הלך בעקבות הגאונים ופסק כרבנן, וממילא לא פירש כלום במסכת גיטין, שהרי אין הלכה כר׳ יצחק. אבל כשהגיע לסוגיה בשבועות חזר בו ופסק כראב״י, ואולם לא הזכיר עניינו של ר׳ יצחק, אבל ברור שלפי הרי״ף לפי שיטה זאת, הלכה כר׳ יצחק. אמנם הראב״ד, כמו בעל המאור, פסק כחכמים וממילא לא פסק את דברי ר׳ יצחק. דברי הראב״ד אכן הוא פתרון טוב לשיטת הרי״ף למה לא פסק כר׳ יצחק במסכת גיטין. כמו כן אפשר לומר שהר״י מיגאש פירש את מסכת שבועות וכדרכו לא פרש יריעתו למסכת אחרת, ואין לנו פירושו למסכת גיטין ולכן אי אפשר לדעת מה היה כתוב שם. אבל לפי דברים אלו, קשה מאוד על הרמב״ם

---

6 אגב, מכאן רואים שהראב״ד כתב תחילה את הגהותיו על הרי״ף למסכת שבועות, ואחר כך כתב הגהותיו על הרי״ף למסכת גיטין, ושם הוסיף את הראיה שלו מן הירושלמי לפסוק כנגד ר׳ יצחק ולפסוק כמו רבנן. בשלב שלישי, כתב את ההשגות שלו על המאור למסכת גיטין, ששם סיכם את הכל בקיצור וכמו שהבאנו בפנים.

שפסק כראב״י לפי מהלך זה בדבריו, ואי״כ צ״ע למה הרמב״ם לא פסק את דינו של ר׳ יצחק ולא הזכיר מציאת שני כיסים וכן שני שוורים, וצ״ע.[7]

ה. שיטת הרמב״ם בקטן עפ״י העיטור – פתרון לדבריו במשנה

אמנם יש מקום להציע, שאע״פ שניסוחו של הרמב״ם הוא על פי פירושו של הר״י מיגאש, אבל בעצם הוא פסק כחכמים ולמד את הסוגיה כמו בעל העיטור במאה שערים שלו. נמצא שלפי זה, המחלוקת בין ראב״י לבין רבנן היא דווקא בקטן, ובזה הרמב״ם בפרק ה,ט, פסק כמו רבנן שמודה במקצת לקטן היא משיב אבידה. בטענת גדול הבא בטענת אביו – אם זה טענת שמא, אז כולי עלמא, סבורים שיש כאן משיב אבידה. אם יש טענת וודאי, אז כולי עלמא, גם רבנן, סבורים שיש כאן מודה במקצת. ממילא פסקיו של הרמב״ם בפרק א ובפרק ד של הל׳ טוען ונטען הם לפי כולי עלמא ואין מחלוקת בדבר.

מצאנו שהציע כעין זה המגיד משנה הלכות טוען ונטען ה,ט:

> אין נשבעין על טענת חרש וכו׳. משנה פרק שבועת הדיינין (דף מב). ומ״ש רבינו או בטענת אביו כן נראה מן הסוגיא אשר שם ואף על פי שיש גורסין שם אלא בדרבה קא מפלגי דמשמע דאפי׳ בטוענו קטן מחייב ראב״י אפשר שאין הלכה כמותו אלא כחכמים ודין זה מוסכם מרוב הפוסקים ז״ל.

וכן העלה בפירוש הלחם משנה בהלכות טוען ונטען שם:

> וי״ל דלפירוש זה סובר דע״כ לא פליגי רבנן וראב״י אלא בקטן והמחלוקת הוא בברי גמור אבל בגדול כשהוא ברי גמור אפי׳ רבנן מודו דחייב ופסק כחכמים דקטן אפילו בטענת ברי פטור אבל בגדול טענת ברי חייב ודלא כרש״י ז״ל שכתב בפרק הניזקין דרבנן פליגי

[7] אולי אפשר לתרץ שהרמב״ם, וכן הרי״ף ור״י מיגש, למדו פשט בדברי רבי יצחק כמו רבנו חננאל, שהעמידו כרבנן, לפי הבעל העיטור הנ״ל, וממילא אם פוסקים כראב״י, לא נפסוק את דברי ר׳ יצחק. אולם דברי הסוגיה שם בפשטותה אינו כך, וכבר העירו על זה רז״ה, ראב״ד ובעל העיטור, וכן דברי ר״ח עדיין אינם ברורים דיים כל זמן שלא ראינו אותם בפנים. לדברי מקורות של הר״ח שהובאו באוצר הגאונים הנ״ל, עמ׳ 54, יש להוסיף את דברי חידושי הר״ן גיטין נא,ב, שכתב: ״ולענין פסק הלכה לא קי״ל כר׳ יצחק אלא כסתם מתניתין דהא קא מתמה תלמודא ור׳ יצחק לית ליה המוצא מציאה וכו׳ ועוד דלמסקנא דסוגיין ר׳ יצחק לא קאי אפילו כר״א בן יעקב הילכך לא קי״ל כותיה וכן פסקו הרב אלפסי ז״ל ור״ח ז״ל״, נמצא שאין לפסוק כר׳ יצחק הן לפי ראב״י והן לפי רבנן וממילא זה מקור למה הרמב״ם לא פסק את דבריו.

> נמי בגדול דפטור כדתנן בריש שבועת הדיינין מנה לאבא בידך אין לו בידי אלא חמשים פטור.

וכבר העיר בעל העיטור בהשגה שלו על הרי״ף שרש״י בכתובות לא למד כמוהו, אבל רש״י בשבועות אכן למד כפירושו, וממילא כפירושו של הלחם משנה.

והנה לפי פירוש זה, דברי הרמב״ם בפירוש המשניות מתאימים לפסקיו בהל׳ טוען ונטען. במשנה א׳ הוא פירש ככולי עלמא, שאם גדול הבא בטענת אביו טוען טענת שמא, זה משיב אבידה, ואם זה טענת ודאי זה מודה במקצת, דבר שרבנן דראב״י מודים לו. אולם מכיוון שפסק כרבנן בקטן, הרי אי אפשר להעמיד המשנה ד׳ כראב״י אליבא דרב, ולכן פירש את כולו כרבנן.

כמו כן, אם הרמב״ם פסק כרבנן בקטן, ממילא אין הלכה כראב״י, וממילא אין הלכה כר׳ יצחק, ולכן לא פסק אותו בכלל, וכמו שהעירו כבר רז״ה וראב״ד הנ״ל.

ו. פירוש לדברי הרמב״ם בקטן

1. שיטת ר׳ עקיבא איגר

בין אם הרמב״ם פסק כראב״י בין אם פסק כחכמים, דבריו (טוען ונטען ה,ט) קשים מאוד:

> אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה, וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, נמצאת אומר קטן שאמר לגדול מנה לי בידך, או אבא היה לו בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים או אין לך בידי כלום ועד אחד מעידו שיש לו הרי זה פטור משבועת התורה...

וכן הוא בשו״ע חו״מ צו,א.

וקשה, שהרי אם אין תביעת קטן תביעה, למה במודה במקצת צריכים את הטעם של משיב אבידה, הרי אין כאן טענה בכלל, וכן הקשה רע״א על גליון השולחן ערוך חו״מ צו,א:

הודה לקטן אינו אלא משיב אבידה. נ״ב לפי״ז בהעדאת עדים דר״ח צריך לשבע לקטן. ק״ל דהא אינו נשבע לקטן להכחיש העד דתביעות קטן אינו תביעה ה״נ במובמ״ק ול״ל לטעם משיב אבידה.[8]

למעשה גם קשה על ר״י מיגאש (שבועות מב,א) שהוא מקור ניסוח זה:

אשתכח השתא דקטן הבא בין בטענת עצמו בין בטענת אביו אין נשבעין עליו אלא משיב אבדה הוא בהך מקצת טענתא דמוד׳ והיינו דתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן... והאי דאמרינן אין נשבעין על טענת קטן מסתברא לן דדוקא שבועת התורה אבל שבועת היסת מיהא מחייב ואפילו שבועת התורה נמי דוקא שבוע׳ מודה במקצת הטענה ועד אחד דאתיין מחמת טענה אבל שבוע׳ שומרין דליתא מחמת טענה דהא טענת שמא היא אלא מחמת שמירה היא כיון דשמר לקטן נתחייב לו בשבועת השומרין דלא גרע מגדול.

ודייקא נמי מדקתני אין נשבעין על טענת קטן אלמא שבועה דאתיא מחמת טענה הוא דאין נשבעין משום דעיקר ההיא שבועה מחמת טענת התובע והודאת הנתבע במקצת אי נמי העדת עד אחד הוא דאיחייב בה והאי כיון דליכא טענה דהא טענת קטן לאו כלום היא הוה ליה לענין ההוא אודיתא דמוד׳ כמשיב אבידה ולענין עד אחד נמי הוה ליה כעד אחד הבא שלא במקום טענה שאין שם שבועה ומשום הכי איפטר ליה מההיא שבועה... דתרווייהו מחמת טענה היא וקטן כיון דלאו בר טענה הוא הוה ליה כאודיתא בלא טענה וכעד אחד בלא טענה דלאו כלום היא ואין נשבעין עליה כדברירנן.... נהי דטענת קטן לאו טענה היא לענין שבועת התורה דהיא שבועה

---

[8] וכן שאל רבי עקיבא איגר בתוספותיו למשניות (ונמצא בליקוט פירושו למסכת שבועות מב,א): ״בהר״ן בסוגיא דראב״י פעמים שנשבע על טענת עצמו כתב לתרץ דברי הראב״ד דפלוגתייהו דראב״י ורבנן בטוען אמר לי אבא ההיא דפ׳ יי״נ גבי זה אחי היינו להלכה דקיי״ל כרבנן. תמוה לי כיון דמוכח מדברי ראב״י דמיקרי טענה ברי ובזה לא מצינו דפליגי רבנן ואדרבא מדקאמרו דפטור משום דהוי כמשיב אבידה דמשמע מדין מיגו הוא דפטור אבל היכא דלא שייך כגון בתבעו אמר לי אבא שיש לו בידך ק׳ והעדים מעידים על נ׳ חייב שבועה מדר׳ חייא וא״כ מוכרח דס״ל דמקרי טענת ברי דאל״כ בלא״ה נפטר כיון דליכא תביעת ברי, וצע״ג. ומה״ט גם בלישנא דהש״ס יש לעיין דמה דפרכינן וראב״י לית ליה משיב אבידה הא לפי הס״ד דמיירי בלא תבעו בלא״ה פטור דבלא תביעה ליכא דין שבועה, ואף אם נדחוק דמיירי אח״כ אומר לו לא הייתי יודע שאתה חייב לאבי אבל אני יודע שלא פרעת אותו והוי טענת ברי ע״פ הודאתו על ההלואה מ״מ הא הוי הודאה קודם לתביעה וצ״ע.״

> דתליא בהודאת הנתבע ואי נמי בהעדת עד אחד משום דהודאת נתבע אי נמי העדת עד אחד לא מחייבין שבועה אלא לאחר טענה והאי לאו טענה היא...

נמצא שרע"א סבור שאם אין לתביעת קטן שם תביעה, ממילא אין לחייב שבועה על דבריו, הן מצד מודה במקצת והן מצד עד אחד – אם אין שֵׁם תביעה אין לחייב שבועה, ממילא אין שום צורך לטעם של משיב אבידה.

2. שיטת התומים

והנה התומים שם דן באותה בעיה בדברי הרמב"ם, ולאחר שהקשה אותה קושיה ששאל רע"א, כתב בס"ק א:

> ועכ"פ מוכח מדברי הרמב"ם דטענת קטן קרוי טענה דאל"כ ל"ל הטעם דמישב אבידה הל"ל בקצרה דאין כאן טענה... ועכצ"ל דקרוי טענה רק הוא גזרת הכתוב, וכ"כ הר"ן להדיא דנתינת קטן הוי טענת ברי רק גזרת הכתוב שלא לחייב עליו שבועה.[9]

התומים הסיק שלתביעת קטן יש שֵׁם תביעה ולכן צריכים לטעם של משיב אבידה כדי לפטור משבועת מודה במקצת. אלא שגזה"כ היא, שאין לחייב על טענה זו שבועה. אלא עדיין צ"ע שהרי אם יש גזירת הכתוב לא לחייב על תביעתו שבועה, למה צריכים הטעם של משיב אבידה לפטור משבועה, גם בלי סברה זאת יש גזירת הכתוב שאין לחייב עליו שבועה, וצ"ע.

ראה מש"כ הרב יחזקאל אברמסקי בחזון יחזקאל לתוספתא שבועות, ה,ה:

> ויש לומר דלהכי נקט הטעם גבי מודה במצקת, דזה שהודה לו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה ופטור, לומר לן דבבא בטענת אביו אם יתבענו שנית כשיגדל, אע"פ שיש כאן נתינה של גדול ותביעה של גדול, אין נזקקים לטענתו, הואיל שקם עליו כבר נאמנות של משיב אבדה ופטור. אבל בבא בטענת אביו והוא כפר לו בכל, ובא עד אחד והעיד לקטן, דנהי דעל טענתו שהוא טוען עכשיו אינו נשבע, שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, אבל אם יתבענו שנית כשיגדל ויהיה אז העדאת עד אחד, ישבע להכחיש את העד.

---

[9] ר"ן על הרי"ף מסכת שבועות כב,ב: "מ"מ נשבעין היסת על טענת קטן דמאי דפטרה תורה קטן לאו משום דלא חשבינן טענתו טענת בריא אלא גזרת הכתוב כך היא".

בסוף דבריו הרב אברמסקי הפנה את הלומד לדברי התומים, ולכאורה דבריו מבוססים עליו. במודה במקצת, כיוון שהוא משיב אבידה, הרי הוא פטר עצמו משבועה על הממון שהוא כפר בו, וממילא הנתבע נשאר בנאמנות זה לקטן, שהרי באופן עקרוני התביעה הייתה תביעה, רק לא היה חייב שבועה, וכאן יש גורם נוסף של משיב אבידה, ולכן נשאר הפטור משבועה מפני נאמנותו של משיב אבידה. אולם בכופר הכל, אין שום נאמנות, והעד אחד אינו יכול לחייב אותו שבועה מסיבה שאין תביעת קטן מחייב שבועה. נמצא לפי זה, תוספת דברי הרמב״ם אינו מפני הסברה לפטור של השבועה, אלא להוסיף נפקותא להלכה.

לסיכום: רע״א למד פשט ברמב״ם שאין לתביעת קטן שֵׁם תביעה כלל, ואין שום צורך לפטור של משיב אבידה. התומים למד שלתביעת קטן אכן יש שֵׁם תביעה אלא אינו יכולה לחייב שבועה. אמנם אם יש עוד פטור של משיב אבידה, מכיוון שהתביעה הייתה תביעה, אז הודאתו מהווה דין של משיב אבידה, ולכן יש לו נאמנות שלא נפקע לעולם. דבר זה אי אפשר לומר לפי רע״א שהרי לא היה בכלל תביעה ולכן אין שום נאמנות, ואם יגדל הקטן ויתבע פעם שנייה כשגדול, לכאורה אין נאמנות לנתבע מטעם משיב אבידה.

נמצא שלפי רע״א קשה למה בכלל הזכיר טעם של משיב אבידה. לפי התומים אליבא דרב אברמסקי, ניתן לומר שהר״י מיגאש הזכיר ענין משיב אבידה פעם אחת כדי להדגיש את הנפקותא, אבל בהמשך דבריו לא אמר טעם זה מפני שהוא לא עקרוני. אולם המעיין היטב בדברי הר״י מיגאש, יראה שדבריו שכתב: ״וקטן כיון דלאו בר טענה הוא הוה ליה כאודיתא בלא טענה״ משמע כרע״א שאין שֵׁם תביעה לתביעת קטן. אולם המשך דבריו: ״נהי דטענת קטן לאו טענה היא לענין שבועת התורה״ משמע כמו התומים. אך במשפט אחרון בציטוט לעיל עדיין משמע כרע״א: ״אי נמי העדת עד אחד לא מחייבין שבועה אלא לאחר טענה והאי לאו טענה היא״. וע״ע אמ״ב טו״נ לח.

3. שיטת החתם סופר

אף החתם סופר (כתובות יח,א) הביא את קושיית התומים וכתב:

> והנה הרמב״ם כתב דאין נשבעים על טענת קטן בין בטענת עצמו ובין בטענת אביו משום שהוא כמשיב אבידה וכן הוא לשון ש״ע רס״י

צ"ו. ועמד בו בתומים מה צורך להטעם דמשיב אבידה תיפוק לי' דאין בטענתו כלום דרחמנא מיעטו.

החתם סופר (מהדו"ק) הציע התירוץ הבא:

> ונ"ל לפמ"ש לעיל ס"ל להרמב"ם דמן התורה לא נפקא אלא נותנו כשהוא קטן אבל נותנו כשהוא גדול לא אימעט מקרא. אלא מ"מ מודה ראב"י לרבנן בי' משום דזה הוי וודאי כמשיב אבידה שהרי בקטן לא שייך ידע בשיקרא כנ"ל. וגם הוא לא עשה לו טובה וטובת אביו לא יזכר לו. ולא פליגי ראב"י ורבנן אלא בגדול הבא בטענת אביו המכיר בשיקרא. אבל קטן לכ"ע משיב אבידה הוא ולא איצטרך קרא. וכי איצטרך קרא למעוטא הקטן הבא בטענת עצמו דעשה לו טובה עכ"פ. ולא יניחנו לבו להעיז ולכפור הכל וק"ל.

נמצא שלמד החת"ס בדברי הרמב"ם כמו ההגהות מיימוניות הנ"ל, שהמחלוקת בין ראב"י לבין רבנן היא בגדול הבא בטענת אביו (עם הקושי של פירוש המשניות וכן למה הרמב"ם לא פסק כר' יצחק), וממילא בהלכה זו של פרק ה, מדובר בקטן ממש. אבל יש שני סוגים של קטן: קטן הבא בטענת עצמו וקטן הבא בטענת אביו, ודברי הרמב"ם הם לצדדין:

> אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו" – כלומר קטן שהלווה כסף לנתבע, ועשה לו טובה בזה, מפני גזירת הכתוב שאין נתינת ותביעת הקטן כלום.

> "או בטענת אביו" – כלומר קטן הבא בטענת אביו – במקרה זה שאינו כלול בגזירת הכתוב, בכל זאת אין חיוב שבועה של מודה במקצת "לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה...." מפני שקטן אינו מכיר בשיקרא של הנתבע (לפי שיטת תוס') וכן לא עשה שום טובה לנתבע (לפי שיטת רש"י בב"ק).

ייתכן וניתן לדחוק פירוש זה בדברי הרמב"ם והשו"ע. אולם קשה להכניסו לדברי הר"י מיגאש שכתב: "אשתכח השתא דקטן הבא בין בטענת עצמו בין בטענת אביו אין נשבעין עליו אלא משיב אבדה הוא בהך מקצת טענתא דמוד' והיינו דתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן...". יש כאן התייחסות לשני סוגים של קטן, ובהמשך הביא המשנה שאין נשבעין על טענת חשו"ק, שזה מפני גזירת הכתוב, שאין תביעתם תביעה.

4. שיטת הרב סולובייצ'יק

ברשימות שיעורים למסכת שבועות, ח"ב, עמ' נז, למד מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל:

> אמנם לע"ד נראה שניתן להבחין ולומר שאף אם טענת קטן אינה מחייבת שבועה בעד אחד עכ"ז טענת שמא כן תחייב שבועה בעד אחד... יתכן שעד אחד מועיל רק כשהוא מצטרף לטענה – אך בכחו של העד להשוות טענת שמא דגדול לטענה המחייבת.

סברה זו נמצאת בדברי הלחם משנה (טוען ונטען א,ז):

> ולרביעית י"ל דשאני התם בהל' גזלה העד מועיל לשני דברים אחד לעשות לטענת הבעל הבית טענת ברי והשני להיות מחוייב שבועה מן התורה כדין עד אחד אבל כאן אינו מועיל העד אלא כדי לעשותו טענת ברי לבד וזהו שמקשה שם הר"א ז"ל דאין ראוי שהעד יועיל לשני דברים.

אמנם בקטן אי אפשר לומר סברה זו, לכאורה מפני שאין תביעתו תביעה. והנה, שם בעמ' קפח, למד הרב:

> ואילו חש"ו אינם מחייבים שבועה מן התורה הואיל ואינם בני טענה. אך הרמב"ם נתכוין לבאר למה לא נאמר מאחר שהנתבע הודה במקצת לטענת החש"ו שתהא טענתן חשובה לטענה המחייבת שבועה שכן נתאמתה במקצת ע"י הודאת הנתבע ומהראוי שנתחייבו בשבועת מודה במקצת. לפיכך נימק "שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה" ר"ל שהודאתו לא באה מחמת טענה שהרי כנגד קטן מעיז פניו, ואינו כי אם כמשיב אבידה מדאורייתא כלומר שאין כאן טענה והודאה המחייבות.

בהסתכלות ראשונה דברי הרב מתאימים לר"י מיגאש, שהביא את הסברה של משיב אבידה רק פעם אחת (עולה הסברה שהודאתו היתה מכשיר תביעת הקטן, סברת משיב אבידה באה ומורידה סברה זו) לכן בהמשך דבריו השמיט הר"י מיגאש סברה זו, שהרי כבר אין צורך בה.

אלא צ"ע בדברי הרב: למה ע"א על כל התביעה וכל שכן שני עדים במקצת התביעה לא יחייבו שבועה שהרי תביעת הקטן התאמתה ע"י העדות. וכאן לא קיימת הסברה של משיב אבידה להפקיע התאמתות זה. למעשה, כך העיר

רע״א לפני קושייתו: ״הודה לקטן אינו אלא משיב אבידה. נ״ב לפי״ז בהעדאת עדים דר״ח צריך לשבע לקטן״ ולכן שלל לגמרי ענין של משיב אבידה. אבל לפי הרב זצ״ל, לכאורה ע״א ושני עדים אכן יחייבו שבועה שהרי על פי דבריהם התאמתה תביעת הקטן. דבר זה לא יתכן, שהרי הרמב״ם כתב בפירוש שאין שנשבעין שבועת עד אחד לתביעת קטן, ולכן דברי הרב צ״ע.[10]

[10] ואי אפשר לפרש דברי הרב על פי דברי התומים, שאכן תביעתו של הקטן היא תביעה מפני המשיב אבידה, ויש פטור מן השבועה מפני גזירת הכתוב, כדברי הר״ן. גם זה לא מסתדר, שהרי אם תביעתו היא תביעה מפני המשיב אבידה, אי אפשר לומר כך בע״א שאין כאן משיב אבידה, וכבר הקשינו על דברי התומים לעיל.

נספח

רבינו חננאל	**רי"ף**	**ר"י מיגאש**
אבל נשבעין לקטן.	אבל נשבעין לקטן ולהקדש: והא אמרת רישא אין נשבעין	הא דתנן אבל נשבעין לקטן
אוקמה רב בבן שטוענו לחברו שאתה חייב לאבי כך וכך ולא קטן ממש הוא אלא גדול הוא.	אמר רב בגדול הבא בטענת אביו עסקינן	אוקימנא בגדול הבא בטענת אביו בדאמר ליה ברי לי שיש לאבא בידך מנה ואמר ליה האיך חמשין אית ליה וחמשין לית ליה וכיון דגדול הוא ואמר ברי לי משתבע האיך כדין מודה במקצת הטענה
ואמאי קרו ליה קטן. דלגבי מילי דאבוה קטן הוא. והודה לו [במקצת]. ומתני' ר' אליעזר בן יעקב הוא דאמר כי האי גוונא לאו משיב אבדה הוא.	ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאבוה קטן הוא ומתני' רבי אליעזר בן יעקב היא דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס חייב וזה הוא שנשבע על טענת עצמו וחכ"א אינו אלא כמשיב אבידה ופטור	ואמאי קרי ליה קטן דלגבי מילי דאביו קטן הוא מני רבי אליעזר בן יעקב היא דאמר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו והא דרבי אליעזר פרישנא בטוענו גדול והאי דקתני טענת עצמו הכי קתני טענת אחרים והודאת עצמו ואף על גב דכלהו טענתה נמי טענת אחרים והודאת עצמו ואם כן במאי איפליגו רבנן בהדי רבי אליעזר כלומר הא ודאי דבר ידועה היא דכל טענת אחרים והודאת עצמו חיובי מחייב שבועה
אבל משיב אבדה דברי הכל פטור [מב ע"ב]	ור"א בן יעקב לית ליה משיב אבידה ופטור [מב ע"ב]	
ור' אליעזר בן יעקב ורבנן בהאי דרב' פליגי דאמר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו כו'.	אלא בדרבה קא מיפלגי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע (כג ע"א) חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפר ליה	**הא אוקימנא דבדרבה קא מפלגי** דאמר רבה וכו'

ר׳ אליעזר בן יעקב סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז. הלכך לאו משיב אבדה הוא לפיכך תני אבל נשבעין לקטן. **ולא קטן ממש הוא**. אלא אפי׳ גדול כמו שאמרנו למעלה.	משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ובכוליה בעי דלודי ליה והאי דלא אודי ליה אישתמוטי הוא דקא משתמיט ליה סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה הלכך אמר רחמנא רמו שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה ר״א בן יעקב סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז הלכך לאו משיב אבידה הוא ורבנן סברי בו אינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא העיז משיב אבידה הוי והלכה כר׳ אליעזר בן יעקב כדאמרינן משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי	דרבי אליעזר סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז הילכך רמינן שבועה עליה כי היכי דלודי ורבנן סברי בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא מעיז האי משיב אבדה הוא והלכה כרבי אליעזר בן יעקב כדקיימא לן משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי.

הרב ירון רוזיליו

ושפטו העדה... והצילו העדה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הכחשה בבדיקות

ג. עדות מיוחדת

ד. נמצא אחד מהם קרוב או פסול

ה. והצילו העדה

ו. דרישות וחקירות

ז. הכנסה לכיפה

ח. שני אופנים בעדות פסולה

ט. ספק התומים – עדות מיוחדת בדיני ממונות משום נעילת דלת

י. מגמת בית הדין בקבלת עדות בדיני נפשות

יא. סיכום

א. הקדמה

המשנה בריש פרק אחד דיני ממונות במסכת סנהדרין מביאה מספר דברים שבין דיני ממונות לדיני נפשות:

> אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה ובחקירה, שנאמר משפט אחד יהיה לכם. מה בין דיני ממונות לדיני נפשות? דיני ממונות בשלשה, ודיני נפשות - בעשרים ושלשה. דיני ממונות - פותחין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות - פותחין לזכות ואין פותחין לחובה. דיני ממונות - מטין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות - מטין על פי אחד לזכות, ועל פי שנים לחובה. דיני ממונות - מחזירין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות - מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה. דיני ממונות - הכל מלמדין זכות וחובה, דיני נפשות - הכל מלמדין זכות, ואין הכל מלמדין חובה. דיני ממונות - המלמד חובה מלמד זכות, והמלמד זכות מלמד חובה. דיני

> נפשות - המלמד חובה מלמד זכות, אבל המלמד זכות - אין יכול לחזור וללמד חובה. דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה, דיני נפשות - דנין ביום וגומרין ביום. דיני ממונות - גומרין בו ביום, בין לזכות בין לחובה. דיני נפשות - גומרין בו ביום לזכות, וביום שלאחריו לחובה...

השינויים הנ"ל נובעים מהזהירות המופלגת שנוקט בית הדין בדיני נפשות שאינם ניתנים לחזרה וחומרת הענין של הריגת אדם שלא כדין.

דינים אלו נוגעים לסדרי הדין בהם נתינת מקום גדולה יותר למזכים, הלנת הדין על מנת לאפשר זמן רב יותר למציאת זכות לנידון והכרעת הדין לחובה ברוב משמעותי יותר.

במקומות אחרים אנו מוצאים, שגם ביחס לגדרי קבלת העדות ישנם מספר הבדלים בין דיני ממונות לדיני נפשות. ישנן עדויות שאינן מתקבלות בדיני נפשות אף שמתקבלות בדיני ממונות והליך קבלת העדות בדיני נפשות הוא ארוך יותר ודורש בדיקות וחקירות רבות יותר.

ב. הכחשה בבדיקות

בגמרא בסנהדרין ל,ב מובא:

> אמר רבי יהודה עדות המכחשת זו את זו בבדיקות כשירה בדיני ממונות.

משמע שבדיני נפשות אינה כשירה וכן פסק הרמב"ם (עדות ב,ב):

> אמר אחד כלים שחורים היה לבוש והשני אמר לא כן אלא לבנים היה לבוש הרי עדותן בטלה, וכאילו אמר אחד ברביעי בשבת והשני בחמישי שאין כאן עדות, או שאמר האחד בסייף הרגו והשני אמר ברומח שאין כאן עדות, שנאמר נכון הדבר וכיון שהכחישו זה את זה באי זה מכל הדברים אין זה נכון.

הצורך בהתאמה זו בבדיקות נלמד מהפסוק לענין עיר הנידחת: "והנה אמת נכון הדבר" – שיהיה נכון ומכוון.

ואילו בדיני ממונות הרמב"ם (עדות ג,ג) מכשיר אף כשקיימת הכחשה בבדיקות:

> אף על פי שאין עדי ממונות צריכין דרישה וחקירה אם הכחישו העדים זה את זה בדרישות או בחקירות עדותן בטילה, ואם הכחישו העדים זה את זה בבדיקות עדותן קיימת...

ג. עדות מיוחדת

הבדל נוסף מצאנו במסכת מכות ו,ב לענין עדות מיוחדת:

> אמר רב נחמן: עדות מיוחדת כשירה בדיני ממונות, דכתיב: לא יומת על פי עד אחד, בדיני נפשות הוא דאין כשירה, אבל בדיני ממונות כשירה.

עדות של שני עדים הרואים מעשה אחד, כל אחד ממקום אחר וכל אחד מהם אינו רואה שחברו רואה גם הוא, כשרה בדיני ממונות ופסולה בדיני נפשות. הגמרא למדה זאת מהכתוב "לא יומת על פי עד אחד"; עד אחד כפשוטו בודאי לא מועיל כפי שלמדנו מרישא (על פי שנים), ובאה התורה ולימדה שגם עד אחד שמעיד לבד ללא ראיית חברו פסול בדיני נפשות. והיות וענין הפסוק הוא עדות נפשות "לא יומת.." למד רב נחמן שהתורה פסלה עדות זו רק בדיני נפשות. אמנם הראשונים כבר שאלו מדוע שלא נלמד מדיני נפשות לדיני ממונות על פי "משפט אחד" (עיין תוספות שם).

ישנו סוג נוסף של עדות מיוחדת – היכא שעד אחד ראה מעשה ביום ראשון ואחר ראה ביום שני – בממונות מצרפים עדותן כדעת רבי יהושע בין קרחה אך לא בנפשות.

ד. נמצא אחד מהם קרוב או פסול

במשנה במכות ו,א מביאה הגמרא את דעת רבי יוסי שדין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול" שמבטל את כל העדים קיים רק בדיני נפשות אבל בדיני ממונות אם יש די עדים כשרים, לדוגמא נפסל עד אחד מכת של שלשה – תתקיים העדות בשאר ולא אומרים שעדות כולם בטילה. במשנה שם יש דעה שגם בממונות יש דין של נמצא אחד קרוב או פסול.

רש"י מסביר שם שסברת רבי יוסי היא מדין "והצילו העדה" היינו שחוב מוטל על בית דין להשתדל בהצלת הנידון בדיני נפשות ולפסול העדות היכא דאפשר, לכן סובר רבי יוסי שיש ללמוד חידוש התורה של נמצא אחד קרוב או פסול רק בדיני נפשות שבו יש ענין לפסול את העדות, אבל בממונות תתקיים העדות בשאר. תוספות שם חולקים על רש"י וסוברים שהחילוק

נובע מעצם הלימוד מהפסוק – "על פי שנים עדים או שלשה עדים" מה שנים נמצא אחד קרוב או פסול עדותם בטילה כי נשאר רק עד אחד, ה"נ שלשה היכא שנמצא אחד קרוב או פסול נפסלה כל העדות, אף שיש שנים נותרים. ובממון א"א ללמוד כן, מאחר ולעד אחד יש משמעות שכן יכול הוא לחייב שבועה.

העיקרון המופיע ברש"י לפסול עדות מדין והצילו העדה מובא גם בהמשך הגמרא בעמוד ב, לענין עדות מיוחדת. רב זוטרא הקשה שתיבטל עדות מיוחדת בנפשות היכא שהוזמה כת אחת (עיי"ש) – ומסביר רש"י שם:

> כששנים רואין מחלון זה ושנים מחלון זה והוזמה כת האחת תצטרף עדות זו להיות כולם ככת אחת להציל את הזוממין ואת הנדון שתהא עדותן בטלה כיון דבעלמא מצטרפת יש טעם כאן להצילו ורחמנא אמר והצילו העדה.

מ"מ נמצא שישנם הבדלים בקבלת עדות בין דיני נפשות לדיני ממונות. לעיתים יש מקור מפורש ולעיתים הדבר נובע מהציווי הכללי של "והצילו העדה" שמדריך אותנו לפסול עדויות שבהם יש פגם כלשהו. ציווי כללי זה הוא העומד ביסודם של הנהגות הדין שראינו לעיל שבהם יש חתירה להפך בזכותו של הנידון בדיני נפשות ולנטות יותר לכיוון זכות מאשר לכיוון חובה.

ה. והצילו העדה

הציווי והצילו העדה מופיע בגמרא במספר מקומות השייכים לענייננו. בגמרא בפסחים דף יב,א מובא:

> אזל רב הונא בריה דרב יהודה אמרה לשמעתתא קמיה דרבא, אמר: ומה אילו דייקינן בהני סהדי דהאי דקאמר שלש - בתחלת שלש, והאי דקאמר חמש - בסוף חמש, והויא עדות מוכחשת ולא קטלינן, ואנן ניקום ונקטיל מספיקא? ורחמנא אמר [במדבר לה] ושפטו העדה והצילו העדה!

כלומר במקום שיש סתירה בין העדים בענין הזמן, ויש אפשרות לצמצם את טווח טעותם לומר שזה התכוון לסוף שעה שלישית וזה התכוון לתחילת שעה חמישית ואז ההבדל ביניהם הוא קטן באופן שאדם יכול לטעות בו ואז עדותם מכוונת. אולם הגמרא אומרת שאין ליישב כך דבריהם כי יתכן ואחד התכוון לתחילת שעה שלישית ואז אין עדותם מכוונת – ואיך נבוא ונהרוג מספק והתורה אמרה "והצילו העדה".

הציווי מתפרש שם – זהירות יתירה שלא להרוג אלא במקום שברי לן שאכן העדות מכוונת והנידון חייב מיתה.

איתא בסנהדרין סט,א:

> אמרוה קמיה דרב הונא בריה דרב יהושע, אמר ליה: ובדיני נפשות מי אזלינן בתר רובא? התורה אמרה ושפטו העדה, והצילו העדה, ואת אמרת זיל בתר רובא.

כלומר לא יתכן ללכת בנפשות בתר הרוב ולהרוג הנידון, שהרי אנו מצווים בהצלתו ואף שרוב הוא הכרעה בכל התורה כולה, בדיני נפשות יש לחוש למיעוט ולא להרוג מספק. אמנם למסקנת הסוגיא שם רוב מועיל גם בדיני נפשות. אבל גם שם מתפרש הענין כזהירות לא להרוג אפילו במקום ספק שאינו שקול.

ובמסכת ראש השנה כה,ב:

> ..דתניא: סנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש מקצתן נעשו עדים ומקצתן נעשו דיינין - דברי רבי טרפון, רבי עקיבא אומר: כולן נעשים עדים, ואין עד נעשה דיין. - אפילו תימא רבי עקיבא, עד כאן לא קאמר רבי עקיבא התם - אלא בדיני נפשות, דרחמנא אמר ושפטו העדה, והצילו העדה. וכיון דחזיוהו דקטל נפשא - לא מצו חזו ליה זכותא, אבל הכא - אפילו רבי עקיבא מודה.

במסכת ראש השנה מתפרש הציווי כסידור הדין באופן שיאפשר לימוד זכות על הנידון, ומתוך כך לכאורה נובעים חלק מההבדלים המנויים המשנה בריש פרק דיני ממונות הנ"ל.

מסברא היה נראה בכל המקומות שבית דין נדרש לפסול עדות מסוימת – הדבר נובע מספק שמא העדים משקרים ואפילו בחשש רחוק, ובית דין חושש לטעות בדין ושמא יהרוג אדם שאין בו חיוב מיתה. וכביטוי הגמרא "ואנן ניקום ונקטול מספיקא?" – אבל במקום שהעדים העידו ועדותם אמת – אין מקום להצלה שכן עכשיו נתברר שהלה חייב מיתה הוא וכשם שעל בית הדין מוטל החוב להציל הזכאי – מוטל עליו חובה לדון את החייבים כדינם כלשון המאירי מכות ז,א:

רשב"ג אומר אף הם היו מרבים שופכי דמים בישראל כלומר שכמו שמצוה להשתדל בהצלת הנקי כך מצוה להשתדל בהריגת המחוייב ולבער הרע וכן הלכה.

חיוב ההצלה הוא אם כן – זהירות מרבית שלא להרוג את הזכאי ולהימנע מכל ספק בדין, העובדה שעדים מסוימים מתקבלים בדיני ממונות ולא בדיני נפשות מלמדת שבנפשות הזהירות היא גדולה יותר ומתקבלים עדים שעדותם מושלמת ללא כל פקפוק, פסק דין המחייב מיתה צריך להתקבל לאחר מיצוי כל אופני לימודי הזכות האפשריים ולאחר בדיקה מדוקדקת של העדים.

אמנם לאחר העיון בדברי הראשונים מתברר שיש הבנה אפשרית נוספת – אפילו במקום שהעדות אמת היא ואין בה כל חשש שקר – ציוותה תורה שלא לגזור מיתה. ההצלה מתפרשת לפי זה לא כזהירות אלא כהקלה בדין אפילו לאדם שלבית הדין ברור שאכן עשה מעשה המחייב מיתה, מ"מ באופנים מסוימים חסה התורה עליו [לשונו של האמרי בינה עדות סימן ה], לכאורה זו אפשרות מחודשת אלא שמעיון מדברי הראשונים נראה שזו הבנת הרוב. וכדלקמן.

ו. דרישות וחקירות

בסנהדרין מ,א מובא שעדים הבאים להעיד נחקרים בשבע חקירות שאותם למדים מפסוקים עיי"ש. ענין החקירות הוא שאלות לגבי מקום וזמן המעשה. חקירות אלו הינן הכרחיות ואמירת איני יודע באחד מהם פוסלת את העדות. למרות שיש שאלות לגבי תוכן העדות שבהם העדות לא נפסלת באמירת איני יודע כי באמת לא תמיד העדים זוכרים את כל הפרטים, בחקירות אמירת איני יודע פוסלת מחמת שעל ידי זה העדות הופכת לעדות שאי אפשר להזימה שכן אם לא נדע היכן היה מעשה לא יבואו עדים ויאמרו עמנו הייתם במקום פלוני, וכן לענין הזמן. אמנם היה מקום לוותר על מקצת חקירות – לדוגמא לוותר על היום ולהסתפק בשבוע. ואפשר להזימה ע"י "עמנו הייתם כל אותו שבוע", או להוריד השעה ולהסתפק ביום ויוכלו להזימה ע"י "עמנו הייתם כל אותו היום". מ"מ חידשה תורה שבעינן שבע חקירות – ובעינן גם שבוע וגם יום ושעה וכך זו עדות שניתן להזימה בקלות יותר.

שבע החקירות נלמדות מפסוקים שנאמרו לענין עיר הנידחת, עובד ע"ז יחיד ועדים זוממים.

תוך כדי הסוגיא מביאה הגמרא שאי אפשר ללמוד חמור מקל לענין זה כי יתכן שהתורה הצריכה חקירות רק במעשה קל וכמו בעובד עבודה זרה יחיד שממונו פלט ולא בעיר הנידחת שממונם אבד וזה לשון רש״י שם:

> עיר הנדחת להנך תרתי לא דמיא - למילף מינייהו חקירות הכתובות בהן, דדין הוא שיהו עדים זוממין ויחיד עובד עבודה זרה צריכים דרישת העדים המחייבין אותן משום דקילי, שכן ממונם פלט, אבל עיר הנדחת דחמירא שכן ממונם אבד - לא תיתי ביה אלא חקירות האמורות בה.

וגם בהמשך הסוגיא למדה הגמרא חייבי מיתות אלו מאלו מדין קל וחומר וילמד הקל מן החמור שאם בחייבי מיתות החמורות יש דין לחקור את העדים קו״ח לחייבי מיתות קלות שיש חיוב לחקור העדים

> ואתו נחנקין בקל וחומר מנסקלין ומנהרגין, ואתו נשרפין בקל וחומר מנסקלין.

ויש להתבונן מה שייך לדון קל וחומר לגבי החיוב לחקור את העדים מצד חומרת המיתה או המעשה. הרי אדם שנחשד בבית דין שעבד עבודה זרה שמיתתו בסקילה יש לחקור את עדיו בדיוק באותו האופן שחוקרים עדי אדם שנחשד על עבירה קלה יותר שמיתתה סייף דוגמת עיר הנידחת שכן אנו עדיין בשלב הבירור ויש לברר ראשית לכל שאדם זה אכן עבר את העבירה הנ״ל. לאחר שיתברר שאכן נעברה עבירה יש מקום להחמיר בחייבי מיתות חמורות אבל בשלב החקירות לכאורה עדיין לא ברור כלל אם אדם זה עבר עבירה חמורה ומדוע שנחמיר עליו בכך שנוריד את מספר החקירות ועי״ז יתקבלו עדיו אף שלדוגמא אינם יודעים באיזה שעה. הרי אם אנו חוששים שמא עדיו מעידים בשקר יש לחשוש בכולם בשווה.

לימוד חקירות מן הקל לחמור, ולא מן החמור לקל, מראה לכאורה שלפעמים הכבדת החקירות גורמת להכשיל עדות שבאמת נראית כעדות אמת, ובכל אופן מחמת חסרון מסוים בחקירת העדים אנו פוסלים את העדים. ולכן שייך להחמיר יותר בחייבי מיתות חמורות שכן לבית דין אכן נתברר שאדם זה עבר עבירה חמורה ויש מקום להחמיר עליו ולא להכביד בחקירות על מנת שלא להביא העדות לידי ביטול ע״י פרט מסוים שהעדים לא יזכרו אף שיהיה ניכר שגם בלעדיו העדות אמת היא.

ביטול העדות על ידי ריבוי חקירות יכול להיות ע״י הכחשה בין העדים שאחד יאמר שעה פלונית ושני יאמר שעה אחרת. ומכוונים לאותו יום באופן שאם לא היו שואלים על השעה היתה העדות מתקבלת.

אף שיתכן שהמעשה אמת הוא אלא שאין זכורה להם השעה. יותר מכך, אפילו יאמר אחד מהם שאינו זוכר השעה מתבטלת העדות מדין ״עדות שאי אתה יכול להזימה״ אף שכרגע אין חסרון בעדות וכל פסולה הוא מחמת גזירת הכתוב שבעינן ״עדות שאתה יכול להזימה״ (עיין לקמן אי הוי גזירת הכתוב או שיש חשש שקר בעדות כזו).

אם כן נראה ממהלך הגמרא שגם באופן שהעדות מבוטלת מ״מ יתכן שמבחינת בירור המעשה די לנו בעדות זו אלא שגזרה תורה שעדות זו תתבטל. ולכן שייך שפיר לעשות קל וחומר מחייבי מיתה כזו לאחרת שכן לבית דין אכן נתברר שהנידון עבר עבירה זו אלא שאין דמו מסור בידם מחמת החסרון בעדות.

בדרך כלל חסרון בעדות מצביע באופן מסוים על חסרון בבירור האמת ומעורר ספק לבית דין, אבל כאן מדובר על חסרון שלא היה מבטל העדות לולי חידוש התורה להצריך שבע חקירות בדיני נפשות וגם לאחר חידוש התורה איננו אומרים שחידשה תורה שעדות כזו לא חשיבא בירור האמת אלא שחידשה שאף שהאמת מבוררת מ״מ אין לדון בהכי בדיני נפשות.

אמנם יש מקום לדחות את הראיה מהסוגיא, ולומר שאכן חסרון בחקירות מהווה חסרון מהותי בעדות ואכן מעורר ספק ביחס לאמינות העדות, ובכל אופן יש ללמוד חייבי מיתה חמורה מקלה אף שאנו עומדים בשלב הבירור ועדיין לא ברור לן שאדם זה אכן עבר עבירה - שכן עדים שאחד מהם אמר איני יודע באיזו שעה היה שעדותו בטילה, אם בשאר הפרטים עדותו מכוונת ועדות השני מכוונת אף היא אף שיש מקום לפקפק מ״מ ברור שהדעת נוטה שהעדים עדי אמת הם אף שיש ספק קל. ובזה יש מקום להחמיר יותר בחייבי מיתות חמורות שכן קשה יותר לפטור חייבי מיתה חמורה שבזה אנו ממלטים מעונש אדם שעבר עבירה חמורה יותר. ולכן גם לחוש לספק בעדות יש יותר מקום בחייבי מיתות קלות מאשר חמורות שגם אם נפטור מעונש שלא כדין – בית דין פטר אדם שעשה עבירה קלה יותר ואין בכך נזק כמו לפטור אדם עבר עבירה חמורה יותר, על הצד שאכן עבר אותה.

ז. הכנסה לכיפה

בסנהדרין פא,ב בסוגיא של כניסה לכיפה מוכח להדיא כאפשרות הראשונה, שבית דין פוטר ממיתה אפילו אדם שברור לן שאכן עבר את העבירה. במשנה שם מובא:

> ההורג נפש שלא בעדים - מכניסין אותו לכיפה, ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ.

ובגמרא שם

> מנא ידעינן? - אמר רב: בעדות מיוחדת. ושמואל אמר: שלא בהתראה. ורב חסדא אמר אבימי: כגון דאיתכחוש בבדיקות, ולא איתכחוש בחקירות. כדתנן: מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים.

המשנה מביאה שם שהורג נפש שלא בעדים אף שאין ממיתין אותו בבית הדין מ״מ מסבבים את מיתתו ע״י כניסה לכיפה. מבואר שם בראשונים שהדבר נלמד מהלכה למשה מסיני. דין זה נאמר רק ברוצחים וכך נפסק ברמב״ם, והסיבה היא שאף שיש עבירות חמורות נוספות מ״מ אין לך עבירה שפוגעת בישובו של עולם כזו והיא חמורה שבחמורות, ולכן נשתנה דינה שאף שהרוצח לא מומת מיתת בית דין, בית דין מסבב מיתתו באופן אחר. אלא שהשאלה המתבקשת היא – אם אין עדים כיצד יודע בית דין שאכן הלה רצח, לזה מביאה הגמרא שלש תירוצים. רב נוקט שהרג בעדות מיוחדת, שמואל שלא בהתראה ורב חסדא שהוכחש בבדיקות.

רש״י שם כותב לענין עדות מיוחדת:

> דשנים מעידין עליו ועדותן אמת, אלא שאין מיתתו מסורה לבית דין כגון שנים רואין אותו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה, דאמר במסכת מכות (ו, ב) דלא מיקטל עליה, ומיהו הכא תנינן דעייל לכיפה, אבל על פי עד אחד מוציא דבה בעלמא הוא.

ולענין הכחשה בבדיקות הסביר:

> בדיקות יתירא הוא, ונהי דבן זכאי פטר ליה בההוא הכחשה מקטלא, מיהו עדות אמת הוא ועייל לכיפה.

גם הרמב״ם בפירוש המשנה שם מביא שהעדות היא עדות אמת:

ואמרו שלא בעדים, רוצה לומר שלא בעדות שחייב בה מיתה. כגון שלא נתקיימה העדות מחמת איזו סבה מן הסבות המונעות מלהרוג באותה עדות ואף על פי שהיא אמת, כגון שלא היתה שם התראה, או שנפלו סתירות בבדיקות ובחקירות וכיוצא בזה. וכל הראוי לכיפה נותנין לו לחם צר ומים לחץ עד שיחלשו כחותיו ויוכחש גופו ואחר כך מאכילין אותו שעורים עד שכרסו נבקעת.

לענין רוצח שלא בהתראה המפרשים מסבירים שמדובר שמעדות העדים ידוע שהיה מזיד באופן ברור, אלא שההתראה לא נעשתה לפי כל הכללים, היינו תוך כדי דיבור ועוד, אבל ברי לן שהיה מזיד שאל״כ אין להורגו שמא שוגג היה.

בכל אופן אנו רואים להדיא שישנם עדויות שמוחזקות לן כעדות אמת, ובכל אופן אין מיתתן מסורה לבית הדין. וכמו שמצאנו במסכת שבועות שאפילו באומדנא מוכחת אין להרוג בדיני נפשות ללא עדים, הכא נמי אין להרוג אלא בעדות מעליא אף שהאמת מתבררת גם בעדות פחות טובה.

ח. שני אופנים בעדות פסולה

באמרי בינה עדות סימן ה מתבאר שבכל עדות שפסלה תורה אף שאין הפסול מחמת חשש משקר, יש שני אופנים. אופן אחד, שהתורה אמרה שלא לסמוך כלל על דברי העדים אף שליכא חשש שקר כמו בעדות קרובים שמביאה הגמרא בבבא בתרא שאפילו משה ואהרון פסולים – חידוש התורה שעדות זו פסולה והוי כמאן דליתא והאמת בלתי מבוררת. ויש עדות שפסלה תורה שבה האמת מבוררת אלא שאין רשאים לפעול לפיה בדיני נפשות וכזו היא עדות מיוחדת והכחשה בבדיקות הנ״ל.

האמרי בינה מסתפק מה דינו של בית דין שהרג רוצח כזה במיתת בית דין האם חשובים כרוצחים או רק עברו על דין התורה שלא לדון בעדות מיוחדת אבל הגברא אכן בר קטלא.

לפי זה יש מקום לדון בעדויות פסולות נוספות האם כוונת התורה לבטלם מכל וכל כקרובים ואז אין לבית דין ידיעה כלל או שמא לבטלם רק לענין הפסיקה על פיהם אבל האמת מבוררת.

האמרי בינה בהלכות עדות סימן ה סבור שגם עדות שאי אתה יכול להזימה הוי עדות אמת אלא גזירת הכתוב שלא לדון על פיה, אמנם באחרונים אחרים ראיתי שיש מקום לומר שהוי חסרון בעצם נאמנות העדים שרק

לעדים שהם כמותרים ועומדים שאם יעידו שקר יענשו מתורת הזמה נתנה תורה נאמנות, ואולי יש מקום לתלות זאת בב׳ תירוצי התוספות בריש מסכת מכות ואכמ״ל.

פרט לנ״מ הנידונית כאן לדיני נפשות, שהיכא שהעדות נפסלת מכל וכל אזי אין כונסים לכיפה והיכא שהעדות מוחזקת לן כעדות אמת ופסולה מחמת גזירת הכתוב אזי כונסים לכיפה, מביא האמרי בינה שם נפקא מינה נוספת.

הגמרא הרי מביאה שבעדות מיוחדת כונסים לכיפה. לכאורה יש מקום לשאול – הרי לענין מיתת בית דין אין העדות מתקבלת, ומדוע שלא נאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. והיות ולענין מיתת בית דין העדות לא מתקבלת לא נקבלה גם לענין כניסה לכיפה. מתרץ האמרי בינה – עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הוא רק דומיא דעדות קרובים שהעדות לא מתקבלת כלל ונחשבת כמאן דליתא – אבל עדות שהיא מוחזקת כאמת אף שלא מתקבלת למעשה מ״מ לא מתבטל החלק שכן אפשר לקבל למעשה.

לפי זה נאמר לשיטתו שאם בחלק מהעדים יהיה חסרון של עדות שאי אתה יכול להזימה לא יפסלו השאר מתורת נמצא אחד מהם קרוב או פסול.

האור שמח בהלכות עדות מביא שאלה הפוכה – מציאות שבה העדות מתבטלת לענין כניסה לכיפה – שתתבטל גם לענין מיתת בית דין. הגמרא במכות מביאה

> אמר רב נחמן: עדות מיוחדת כשירה בדיני ממונות, דכתיב: לא יומת על פי עד אחד, בדיני נפשות הוא דאין כשירה, אבל בדיני ממונות כשירה. מתקיף לה רב זוטרא: אלא מעתה, בדיני נפשות תציל, אלמה תנן: הוא והן נהרגין! קשיא.

הגמרא מביאה שם שאם יש שני כיתי עדים המעידים על מעשה מסוים ואלו לא רואים את אלו שהוי עדות מיוחדת, אם הוזמה כת אחת – הוא והן נהרגין שהיות ונשארה כת אחת להעיד שחייב מיתה הוא נהרג והכת שהוזמה שרצתה לחייבו מיתה – גם נהרגת. וכאן אין שייך לנאמר לעיל שעדות מיוחדת פסולה בדיני נפשות שכן יש שתי כיתי עדים שכל אחת מספקת.

ומקשה רב זוטרא – אם תאמר שכשירה עדות מיוחדת לדיני ממונות מדוע לא תועיל לכל הפחות לצרף את העדות בדיני נפשות ולקולא – שעכשיו יחשבו ככת אחת גדולה שהוזמה חלקה ועל כן לא תהרג הכת המוזמת שכן אין העדים זוממים נענשים עד שיזימו את כל הכת (וענין הנידון עצמו אי

נהרג מחלוקת הראשונים שם עיי"ש). והראשונים התחבטו מה שייך הצטרפות בדיני נפשות על סמך צירוף בממונות, סו"ס בנפשות לא מצטרף.

הסביר האור שמח שהיות ולכיפה מצטרפים אף לנפשות (וכללא כייל שם שכל עדות שכשירה לדיני ממונות כשירה בנפשות לענין כיפה) – אזי לענין כיפה הרי העדות בטילה שכן חשיבא כת אחת שהוזמה מקצתה וכולה מתבטלת מדין נמצא אחד קרוב או פסול והכא נמי נמצאו חלקה זוממים (לשיטת הראב"ד שם) – ומתוך שמתבטלת לענין כיפה כל הכת נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה גם לענין מיתת בית דין, וזו קושית רב זוטרא.

נמצא שהאמרי בינה דן בביטול העדות לענין מיתת בית דין שלא מבטל העדות לענין כניסה לכיפה והאור שמח איפכא – שביטול העדות לענין כניסה לכיפה מבטל העדות לענין מיתת בית דין.

ט. ספק התומים – עדות מיוחדת בדיני ממונות משום נעילת דלת

עצם העובדה שעדות מיוחדת מתקבלת בדיני ממונות מעידה לכאורה שאנו מאמינים לדברי העדים ואי קבלתה בדיני נפשות נובעת מסיבה אחרת. אמנם היה מקום לומר שזו עדות עם חסרון כל שהוא שבדיני נפשות אי אפשר לסמוך עליה מחמת חסרון זה ובממונות אפשר. התומים בסימן ל ס"ק יא מסתפק האם מה שעדות מיוחדת מתקבלת בדיני ממונות הוא מהתורה או מדרבנן מחמת נעילת דלת. כלומר שמא עדות זו אמת היא לגמרי אלא שבדיני נפשות לא מתקבלת כלל מחמת שבנפשות אפילו הודה ועשה מעשה אינו נהרג אלא בעדות גמורה ולכן בנפשות לא מתקבלת עדות מיוחדת אבל בממון חשיב בירור גמור וסגי בהכי. או שנאמר שעדות חסירה היא זו אפילו לגבי הבירור, ולכן אינה מתקבלת בנפשות, ובממון מתקבלת מחמת נעילת דלת כמו שהקלו בדיני ממונות לענין דרישה וחקירה.

האחרונים תמהים על דבריו שהרי כונסים לכיפה על עדות כזו ואיך אפשר לומר שאנו מסופקים לענין הבירור – אלא על כרחך עדות גמורה לענין הבירור ורק בנפשות אין דנים על פיה מגזירת הכתוב. יש שחילקו בין עדות דרבי יהושע בן קרחה שראו שני מעשים נפרדים שבזה רק מדרבנן נאמנים לבין עדים שראו מעשה אחד באופן שלא ראו זה את זה שזה מהני מהתורה ולכן כונסים לכיפה. (עיין נתיבות המשפט במקום).

מ"מ לצד אחד בספיקו של התומים חזינן שעדות מיוחדת היא אכן עדות מסופקת ורק מכח תקנת נעילת דלת מתקבלת. לכאורה, קל וחומר לעדות

מוכחשת בבדיקות שמביא רב חסדא שיש מקום להסביר כן שההכחשה מעוררת ספק על נאמנות העדים. ואכן יש לברר את שאלת האחרונים כיצד ניתן לכנוס לכיפה על סמך עדות שאינה מבוררת לחלוטין.

במשנת יעבץ חו״מ סימן יב מביא שיש הבנה נוספת בראשונים שם לענין הכנסה לכיפה שיש מהראשונים שסוברים שהוא הלכה למשה מסיני וכמ״ש. אולם הר״ן במקום מביא אפשרות לומר שהוא מכח בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין. ואז באמת ניתן לומר שבאמת מדינא אין כאן קבלת עדות גמורה ובכל אופן בית דין מסבב המיתה על סמך שמתרשם שהעדות אמיתית מכח היכולת לענוש שלא מן הדין. על פי זה מיישב שם דעת רבינו חננאל במכות ו,ב שסובר שעדות מיוחדת אינה מתקבלת גם בדיני ממונות.

ויתכן שהתירוצים בגמרא בסנהדרין בזה פליגי, ומי שלא הביא התירוץ של עדות מיוחדת סבור שלא כונסים לכיפה על סמך עדות כזו כי אין בירור אמיתי שאכן הלה חייב מיתה ורק במקום שהחסרון אינו פוגע בבירור האמת כונסים לכיפה ואולי זו דעתו של שמואל שהעמיד המשנה שהרג שלא בהתראה ולא בעדות חסירה וכדומה מחמת שאין כונסים בזה לכיפה מחמת חסרון בבירור האמת. הרמב״ם מביא את כל תירוצי הגמרא בסנהדרין להלכה, משמע שסובר שלא פליגי.

לענין עדות שהוכחשה בבדיקות הסתפקתי האם דווקא בבדיקות דרבי יוחנן בן זכאי שהוכחשו בעוקצי תאנים שלאו כו״ע סברי שהוי הכחשה מכניסים לכיפה או אפילו הכחשה בבדיקות מהותית יותר.

הספק הוא לב׳ הצדדים שהבאנו, לצד שכניסה לכיפה היא רק בעדות אמת, יתכן שהכחשה בבדיקות רגילה מהווה חסרון בבירור ולא כונסים לכיפה אלא בהכחשה פורתא שאינה מעידה על חסרון בירור על נפסלת מכח גזירת הכתוב. וגם לצד השני שכונסים אפילו במקום שיש חסרון קל בבירור האמת – ודאי שבחסרון מהותי לא יכנסו לכיפה ולכן בהכחשה בבדיקות מהותיות יותר לא יכנסו לכיפה.

הרמב״ם מביא הכחשה בבדיקות בסתמא, אולם מהגמרא שמדגישה את דעת ריב״ז משמע שבהכחשה בדברים מהותיים יותר שפסול בדיני נפשות אפילו כיפה לא יהיה כי איכא חסרון בבירור האמת וכן משמע קצת מלשון רש״י.

עצם דינו של ריב״ז שפסל בהכחשה של בדיקות כאלו כעוקצי תאנים לא ברור להלכתא ויתכן שלהלכה הכחשה כזו לא תפסול אפילו לענין מיתת בית דין. החזון איש (חו״מ ליקוטים סימן כא) מסתפק האם הרמב״ם פסק כוותיה ומשאיר בצ״ע.

נמצא, שאנו מוצאים שבית דין פוסל לעיתים אף עדות אמת לפי הנראה מרוב הראשונים והאחרונים, מכח גזירת הכתוב לפסול עדויות מסוימות בדיני נפשות ומכח והצילו העדה. ויש גם דעה שאפשר לתלות בספיקו של התומים שרק במקום שאיכא ספק בעדות ניתן שלא לקבל אבל עדות אמת תמיד מתקבלת.

י. מגמת בית הדין בקבלת עדות בדיני נפשות

לאור האמור נבוא להבין מחלוקת ר״ע ור״ט עם רשב״ג בסוף פרק ראשון במסכת מכות.

המשנה שם מביאה

> ....רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין - לא נהרג אדם מעולם; רשב״ג אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל.

נראה שם שיש מחלוקת עקרונית בין ר״ע ר״ט לבין רשב״ג האם על בית הדין להמנע באופן קיצוני מעונש מיתה או אדרבה הנהגה זו יכולה להביא לריבוי רוצחים בישראל שלא ירתעו במצב של חוסר ענישה.

על פניו המחלוקת נראית תמוהה,שכן אין הדבר מסור לבית הדין אלא לאופי המקרים השונים, מידת הנאמנות של העדים וכו׳, בית הדין דן לפי מה שעיניו רואות ואין כאן מקום למדיניות של בית הדין.

בגמרא שם

> היכי הוו עבדי? רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרוייהו: ראיתם טריפה הרג? שלם הרג? אמר רב אשי: אם תמצא לומר שלם הוה, דלמא במקום סייף נקב הוה. בבועל את הערוה היכי הוו עבדי? אביי ורבא דאמרי תרוייהו: ראיתם כמכחול בשפופרת? ורבנן היכי דיינו? כשמואל, דאמר שמואל: במנאפים, משיראו כמנאפים.

בגמרא מבואר שלדעת ר״ע ור״ט בית הדין צריך לשאול את העדים שאלות שלא יוכלו להשיב עליהם אף שברור שבמציאות אין כ״כ ריעותא בזה שכן הסיכוי שבמקום סייף בדיוק היה נקב והנרצח הוא טריפה קטן מאוד.

חזינן שהיו שואלים את העדים האם טריפה הרג. ורש״י מביא שם – האם בדקתם את הנרצח בי״ח טריפות שמא טריפה הרג ואז לא חייבים על הריגתו. הקשו הראשונים הלא בחולין יא,ב רצתה הגמרא ללמוד מכך שהורגים את הרוצח שאזלינן בתר רובא. ובאמת קיי״ל שגם בנפשות הולכים בתר הרוב, א״כ מה יעזור לשאול את העדים הלא אפילו יאמרו אין אנו יודעים מ״מ ניזיל בתר רובא ורוב העולם אינו טריפה ונהרוג את הרוצח דמסתמא שלם הרג.

תוספות בחולין וכן הרמב״ן כאן הסבירו שר״ע חייש למיעוטא באופן כללי או לכה״פ בדיני נפשות ולכן לא יהרג הרוצח, ואמנם תיבטל בזה פרשת רוצחים שהרי אמרה תורה לדון רוצח - יעמיד ר״ע פרשת רוצחים באופן שבאמת אין ספק כגון שבדקוהו וראו קודם שהיה שלם שלא היה נקב במקום סייף.

לפי תירוצים אלו – מחלוקת ר״ע ור״ט עם רשב״ג היא בעניני רוב ומיעוט, אמנם לשון המשנה קצת דחוקה לפירוש זה שכן אם ר״ע חייש למיעוט – אי אפשר לו לענוש על סמך רוב ומה טען כנגדו רשב״ג שמרבה הוא רוצחים, הלא לשיטתו כך הוא הדין.

תירוץ נוסף מובא ברמב״ן לפיו באמת לא חיישינן למיעוטא, אבל היו שואלים אותם ואם היו אומרים אין אנו יודעים היו פוסלים העדות – מחמת ״והצילו העדה״.

חזינן ברמב״ן, שהעדות כשלעצמה עדות טובה היא ומספקת על מנת להרוג את הנידון, אבל לבית הדין יש אפשרות להציג שאלה שככל הנראה לא יוכלו לענות עליה ותיפסל העדות בדבר קל כזה מדין ״והצילו העדה״.

נראה לענ״ד, שאין כוונת הרמב״ן שכשאומרים איני יודע גרע העדות מקודם השאלה שהרי ברור הוא שלא ידעו, וקודם השאלה היתה העדות כשירה על מנת להורגם. וגם מסתבר כדברי התוספות שם בסוגיא שלא מסתבר שיש שאלות שאין צורך לשאול ואם שואלים ואומרים שאינם יודעים נפסלת העדות. אלא כוונתו שמחמת ״והצילו העדה״ נפסלת אפילו עדות אמת – וחידש הרמב״ן שכל אימת שעדים אומרים שאינם יודעים – הוי עדות חסירה

שניתן לפסול בעדות נפשות ובדומה לעדות מיוחדת שלרוב הראשונים הנ״ל הוי עדות אמת וניתן לפוסלה בדיני נפשות. הריטב״א שם מוסיף:

> ואף בזה אם לא רצו סנהדרין לשאול הרשות בידם כיון שרובא לא היו טרפה אלא שאם רצו לשאול ואמרו העדים אין אנו יודעים אין מקבלין עדותם, ובזה הוא שאמרו ר״ע ור״ט שהיו מקילין משום דנפישי רוצחין ובועלי עריות, ונראה מסוגית הגמ׳ שלא היה קולא זו אלא ברוצחין ובועלי עריות דנפישי כדאמרן והיתה סנהדרין חבלנית כל יום, אבל לא היו מקילין כן בשאר עדיות דשאר עבירות, והיינו דלא שיילינן בגמרא היכי אמרי אלא ברוצחין ובועלי עריות.

נראה לענ״ד שהריטב״א מתרץ כתירוצו האחרון של הרמב״ן שבאמת מדינא אין צורך לשאול כי הולכים בתר הרוב אלא שאם שאלו ואמרו שאינם יודעים העדות נפסלת.

הריטב״א מחדש שבית דין אינו חייב לשאול שאלה זו אלא שאם רוצה הרשות בידו.

לפי זה המשנה כפשוטה שמחלוקת ר״ע ור״ט עם רשב״ג היא אכן בדבר ״מדיניות בית הדין״ ואכן לבית הדין יש אפשרות להכשיל עדויות אף שאינו חייב לעשות כן, כי קודם השאלות העדות מבוררת ומספקת מחמת שאזלינן בתר הרוב, וההכשלה אינה מערערת את האמת שבעדות אלא מכניסה אותה לעדויות הפסולות מגזירת הכתוב של ״והצילו העדה״.

נמצא לפי זה שפרט למקרים שבהם בית הדין לא יכול לקבל עדות בדיני נפשות כגון עדות מיוחדת, יש מקרים שבית דין יכול ליצור מצב שבו אי אפשר יהיה לקבל את העדות בדיני נפשות, אלא שנחלקו תנאים בדבר התועלת שיש בזה.

יא. סיכום

חובת בית הדין להפך בזכותו של הנידון בדיני נפשות מתבטאת בהלכות רבות מהלכות דיינים. גם קבלת עדות בדיני נפשות חמורה יותר מאשר בדיני ממונות. היה מקום לומר שפסול עדויות מסוימות נובע מחמת חסרון כלשהוא שיש בהם מצד נאמנות העדים אף שמסברא דידן לא היינו פוסלים, גזירת הכתוב היא כמו בעדות קרובים. אבל לאחר העיון מתברר שהבנת רוב הראשונים היא שבדיני נפשות התחדש דבר נוסף והוא שפרט לזהירות שלא

לדון על סמך עדות שקר, פסלה התורה אפילו עדות אמת באופנים מסוימים – וחסה התורה על חיי החייב. כך נראה מדברי רש״י והרמב״ם להדיא.

יש מקום לדון בכל סוג של פסול האם נובע הוא מחוסר נאמנות וחשש שקר או מגזירת הכתוב ויש השלכות הלכתיות לזה לענין כניסה לכיפה או עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ראינו שפרט לעקרונות הקבועים בקבלת העדות יש אפשרות לבית הדין להוסיף בדיקות באופן מכוון על מנת לפסול עדות נפשות אם מגמת בית הדין שלא לגזור מיתת בית דין, אף שאינו חייב לעשות כן.

הרב יוסף שליט

"כמי שנחקרה" בעדות עד אחד

ראשי הפרקים

א. הקדמה
ב. עדות על חקירת עד אחד
1. ביאור דברי המרדכי
2. ביאור דעת הסמ״ע
3. שיטת הגרש״ש
4. שיטת הגרנ״ט
ג. שטר בעד אחד
1. מחלוקת הראשונים בתוקף שטר בע״א
2. פסיקת ההלכה
3. שיטת קצוה״ח
4. שיטת נתה״מ
5. שיטת הגר״א
ד. שיטת הגר״ח
ה. סיכום

א. הקדמה

אמרה תורה ״על פי שנים עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר״ (דברים יז) ודרשו בספרי ״על פיהם ולא על פי כתבם״. ז״א אין העדים יכולים להעיד ע״י כתב.

אך בשטרות בכ״ז מקבלים עדות בכתב וכן מצינו בגמ׳ (כתובות יח,ב) בשם ר״ל שעדים החתומים על השטר נעשה כאילו נחקרה עדותם בבי״ד.

אך המושג כמי שנחקרה עדותם בבי״ד צריך בירור. שכן העדות לא נאמרה בבי״ד ובי״ד לא יכולים לחקור העדים מעבר למה שכתוב בשטר. ויש להבין גם את עצם המושג ״עדות שנחקרה בבי״ד״.

נפתח בהבאת מספר דרכים להבנת גדר עדות ע״א שנחקרה בבי״ד, ולאחר מכן נעמוד על ביאור גידרו של שטר שחתום ע״י ע״א.

ונבאר זאת סביב שני פסקי הרמ״א:

א. פסק הרמ״א ע״פ המרדכי לחלק בין עדות על הגדת שני עדים שנחקרה בבי״ד לעדות על הגדת ע״א שנחקרה בבי״ד.

ב. האם שטר שחתום רק ע״י ע״א חשוב שטר וגם בו נאמר הכלל של ״כמי שנחקרה עדותו״.

ב. עדות על חקירת עד אחד

1. ביאור דברי המרדכי

בב״י סי׳ ל כתוב:

> מצאתי במרדכי ישן פרק גט פשוט כתב רבינו אברהם דדוקא בית דין אצל בית דין מצטרף אבל שנים שהעידו אחד בבית דין זה [ואחד בבית דין זה] ויש עדים ששמעו הגדת השני וחקירה בבית דין אחר וגם שמעו הגדת זה כאן ובאים לפני בית דין אחר להעיד ששמעו חקירת אותם שני עדים בשני בתי דינים לאו מידי הוא דהוו כעד מפי עד והביא ראיות על זה.

ובשו״ע שם יא פסק, שאם עד העיד בפני בי״ד אחד ועד נוסף בפני בי״ד אחר שני בתי הדין יכולים להצטרף לדון על פי עדות שניהם. ומוסיף הרמ״א את פסק המרדכי דלעיל, שעדים שראו ע״א שהעיד לא יכולים להעיד בבי״ד על עדותו משום שחשוב עד מפי עד.

ובסמ״ע ס״ק לה ביאר שאין עדים יכולים להעיד על עדות שהתקבלה בבי״ד שחשוב עד מפי עד. ואפילו בשני עדים שנחקרו בבי״ד לא נקבל עדות אחרים על חקירתם.

והקשו הפוסקים על הסמ״ע, שבתוס׳ מפורש שמועילה עדות על שטר שנשרף (ב״ק צח) ובאמצעותה רשאים בי״ד לכתב שטר אחר בגלל ששני עדים נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי״ד. ולשיטת הסמ״ע הרי זו עדות על עדים שנחקרו בבי״ד וזו עדות פסולה שחשובה עד מפי עד?

ולכך הט"ז[1] חולק על הסמ"ע וסובר שעדות על שנים שהעידו בבי"ד בודאי מתקבלת כיוון שמעידים על דבר שלם. אך עדות ע"א אינו דבר שלם ולכן לא יכולים להעיד על זה. ומדייק בדברי הרמ"א, שרק בעד אחד שמעידים עליו חשו עד מפי עד אך בשני עדים חשוב שמעידים על חקירתם בבי"ד.

והאחרונים נחלקו בדעת הט"ז. התומים פסק, שעדות על ע"א שנחקר בבי"ד לא מחייבת אפילו שבועה מפני שחשובה כעד מפי עד ולא חשובה עדות. אך השער המשפט פסק שלחייב שבועה ודאי יועיל שכן חיוב שבועה בע"א כשנים שמחייבים ממון ורק לצרפם יחד לחיוב ממון חשוב כעד מפי עד.

לדעת התומים צריך לבאר - מדוע באמת לא תועיל עדות על ע"א שהעיד בבי"ד בכדי לחייב שבועה, הרי זה חיוב שלם של בי"ד וכמו חיוב ממון בעדות שנים שכן אפשר להעיד על עדותם ואין בה חסרון של עד מפי עד?

אלא שלאידך גיסא צריך לבאר בדברי שעה"מ - מדוע אם מקבלים עדות על חקירת ע"א בבי"ד לחייב שבועה לא נקבל עדות כזו כדי לצרפה לכדי חיוב ממון?

2. ביאור דעת הסמ"ע

קצוה"ח (ל,י) רצה לתרץ דברי הסמ"ע ולבאר מדוע תועיל עדות עדים על שטר שנשרף אף שלא מקבלים עדות על עדים שנחקרה עדותן בבי"ד. וביאר קצוה"ח, שבשטר יש צדדים להחשיבו כגבוי ולכך לא חשוב עד מפי עד מכיוון שמעידים על מציאות השטר שהיא כפסק בי"ד. אך עדות על פה לא חשובה כגבוי וממילא בזה יש פסול של עד מפי עד אף אם נחקרה העדות בבי"ד.

ובריטב"א ב"ב קסח הביא מחלוקת ראשונים בדין עדות על שטר שנמחק וז"ל:

> יש אומרים שצריך שיביא כתב העדים החתומים קיים לב"ד ויקיימוהו ולא סגי שיעידו העדים שהכירוהו דהוה ליה עד מפי עד, ומורי נר"ו אומר דבעדים שהכירו החתימות סגי שאין זה עד מפי עד, כי על עיקר הכתב הם מעידים ולא על המנה, וזו עדות ברורה וקיום גמור, והרי זה כאילו העידו נתברר לנו שהיה לפלוני שטר מכר או שטר מתנה, וכן עיקר.

[1] וכדעת הט"ז הוכיח קצוה"ח שמדויק בדברי הרא"ה כתובות כח שעדים שראו חקירת אחרים בבי"ד יכולים להעיד על זה עיי"ש.

מבואר בדבריו, שלדעה הראשונה כל עוד שהשטר לא מקויים בבי״ד אז חשוב עד מפי עד אף שיש בו דין כמי שנחקרה בבי״ד אך לדעת הריטב״א, בזה שמכירים החתימות די בשביל להעיד ולכתוב שטר חדש שכן מעידים על השטר והוא כמי שנחקרה.

ולפ״ז רצה בעל המילואי חושן לבאר דעת הסמ״ע. בשטר מקויים בלבד מועילה עדות העדים שראו החתימות משום שמעידים על פסק בי״ד אך בשטר שעדין לא מקוים אף שהוא ״כמי שנחקרה״ לא יעידו עליו שכן נחשב כעד מפי עד.

על שני הדרכים הנ״ל בתירוץ דברי הסמ״ע יש להקשות מדבריו בריש סי׳ מו:

בגמ׳ ב״ב מ מבואר, שקיום שטרות בשלושה. ורשב״ם שם (ד״ה קיום שטרות) מסביר שקיום בשנים אינו מועיל אפילו בדיעבד. ולמרות ששנים שדנו דיניהם דין בקיום שטרות נראה שהם מעידים על העדות החתומה בשטר וזה פסול משום שנראה כעד מפי עד. וכדברי רשב״ם אלו כתבו גם תוס׳ ב״ב שם (ד״ה קיום שטרות) ותוס׳ בכתובות (כא,ב ד״ה וש״מ).[2]

והרמ״א (מו,ד) פסק שקיום בשנים לא הוי קיום. הסמ״ע (ס״ק ז) כתב וז״ל:

> והיינו דוקא כשאין הן עצמן מכירין חתימת עדי השטר אלא שעדי החתימה מודים לפניהן שהיא חתימתן, אבל כשהן עצמן מכירין החתימות הו״ל כאילו מעידין על מנה שבשטר. ואם השטר הוא חתימת יד הלוה והלוה מודה לפני שני עדים שהיא חתימת ידו, נראה דמהני קיומם.

מבואר בסמ״ע, שאם שנים מעידים על הודאת אדם על כתב ידו אינה חשובה כעד מפי עד וכ״ש כשמכירים כתב ידו, אף שבכתב ידו לא נחשב השטר כגבוי שכן נאמן הלוה לטעון פרעתי. וזה לכאורה דלא כהסבר קצוה״ח בדעתו, שהואיל ונחשב כגבוי שוב לא חשוב עד מפי עד.

---

[2] רע״א בכתובות שם הקשה על דברי תוס׳ וז״ל: ״קשה איך נראה דעמפ״ע הא הם כותבין אנו מכירים וא״כ הם בעצמם מקיימים החתימות ומה לי שמקיימים באמירה אנו מכירים או שכותבין כן והו״ל לתוס׳ לומר כיון דלא נראה שהם ב״ד הוי רק כעדות בעלמא ושייך ביה מפיהם ולא מפי כתבם״ וכן הקשה הרש״ש בכתובות. ומחלק רע״א בין מצב בו הדינים מכירים בעצמם חתימות המקימים שאז זה כאילו מעידים בפניהם על חתימות השטר לבין אם הדיינים יקבלו עדות קיום על חתימות המקימים שאז נחשיבם לעד מפי עד. וכדברי קצוה״ח בסי׳ מו.

עוד מבואר בסמ״ע, שכאשר העדים מכירים את חתימות עדי השטר יכולים לכתוב קיום בשנים. ואו״כ אי אפשר לתרץ את דברי הסמ״ע בס׳ ל, שדוקא בשטר מקויים יכולים העדים להעיד על שטר ולא חשוב עד מפי עד. שהרי מפורש בדבריו בסי׳ מו שגם בשטר לא מקויים יכולים עדים להעיד עליו אם מכירים החתימות שכן כתב ״שחשובים כמעידים[3] על מנה שבשטר״. ואו״כ חוזרת הקושיא בדברי הסמ״ע, איך יתכן שעדים יוכלו להעיד על שטר שבו הם רק ״כנחקרה עדותם בבי״ד״ אך לא יכולים להעיד על חקירת עדים בבי״ד ובזה נחשבים לעד מפי עד?

3. שיטת הגרש״ש

א. בשער״י ש״ז פכ״ג מקשה מה הסברא בדברי המרדכי ששני עדים שמעידים על אחד שהעיד בבי״ד לא יחייבו שבועה. הרי כמו ששנים מעידים על שנים בי״ד יכולים לדון אע״פ אף שלא מעידים על המעשה כך גם נדון ביחס לע״א ונחייב שבועה ע״פ עדות שנחקר בבי״ד.

ב. ומבאר הגרש״ש, שבאמת עדות על עד מועילה לחייב שבועה כדעת שער המשפט הנ״ל, אך בשביל לחייב ממון צריך לצרף עדות של ע״א נוסף ובזה לא מועילה עדות על עדות של ע״א. שצירוף שני העדים הוא מכח הבי״ד שקיבלו עדותם, וכאשר מעידים אחרים שבי״ד קיבלו עד אינם יכולים להצטרף עם ע״א נוסף משום שלא מעידים על בי״ד שצירף את שתי העדויות.

ג. אך בעדות על שנים שהעידו בבי״ד כבר נעשה הצירוף בעדותם ביחד ולכן העדים שמעידים על כך ששנים העידו בבי״ד אחר מתקבלים אף להוציא ממון.

ד. הגר״ש רוזובסקי (זכרון שמואל סי׳ מג) מבאר עוד, שאפשר להגדיר עדות על שנים שהעידו בבי״ד כעדות על מעשה המחייב וכמו עדות על הודאה של בעל הדין שהיא עדות מחייבת ואינה נחשבת לעד מפי עד. אך עדות על ע״א שהעיד בבי״ד אינה יכולה להיצטרף לחיוב ממון עם עדות על עד אחד נוסף, שכן העדים לא ראו פסיקת בי״ד שיצרה חיוב ממון ובזה מובנים דברי המרדכי. ומבאר שלפי זה

---

[3] ומעבר ללשון שנקט הסמ״ע עיין בדברי הקצות ס׳ לו ס״ק ז שביאר שקיום דינים שטר יש לו גדרי עדות שכן זו עדות שהשטר נתקים בפניהם. ולכן קשה לחלק בין קיום לבין עדות על החתימות.

באמת עדות על ע״א שנחקרה עדותו בבי״ד, תחייב שבועה שכן ביחס לחיוב שבועה חשובה היא כעדות על חיוב שנפסק בי״ד. וכך נראה שסבר שעה״מ, שחייב שבועה בעדות שנים שראו ע״א שנחקר בבי״ד.

ה. אם נבאר שעדות על חקירת עדים בבי״ד אינה עדות על חיוב אלא ידיעה של העדים על המעשה בעקבות העדות שנתקבלה בבי״ד, אז רק בשני עדים אפשר להחשיבם כמבררים לפנינו את המעשה. אך בעדות על עד אחד שהעיד בבי״ד אין חקירתו בבי״ד מאפשרת ידיעה על המעשה ולכן תפסל עדות זו ולא תועיל אף לחייב שבועה. וכך יש לדייק מלשון המרדכי שכתב ״שלא הוי מידי״ וכך, אכן, למד התומים.

ו. ועדיין צריך לתרץ דעת התומים שכן הגרש״ש הקשה מדברי הגמ׳ (סנהדרין ל,ב), שם מבואר, שמודים חכמים לריב״ק שמקבלים עדות מיוחדת ב״עדות בכור״. תוס׳ (ד״ה בעדות בכור) כתבו בבאור דין זה, שמועילה עדות מיוחדת על כך שאב אמר על בנו שהוא בכור והוא נאמן מדין ״יכיר״. ולכאורה העדים מעידים רק על אמירתו, וזה כמו ע״א לענין שבועה שהתורה האמינתו ובכל זאת לפי המרדכי לא מועילה עדות על חקירתו בבי״ד בשביל לחייב שבועה (לדעת התומים)?

4. שיטת הגרנ״ט

הגרנ״ט (ב״ב סי׳ קפח) מבאר שקבלת עדות מורכבת משלשה חלקים:

א. שמיעת דברי העדים.
ב. החלטת הדיינים שהעדים מעידים אמת.
ג. פסיקת הדין ע״פ העדים.

בשני עדים שמעידים, בי״ד מקבלים את עדותם כאמיתית ואז עדים שרואים זאת לא מעידים על אמירת העדים אלא על קבלת העדות בבי״ד. אך בעדות ע״א אין את ההחלטה של בי״ד שהוא מדבר אמת ולכן עדים שרואים זאת לא יכולים להעיד וזה יחשב כעד מפי עד.

ע״פ זה אפשר להבין מדוע גם לא יהיה חיוב שבועה בעדות בעד אחד שנחקר, מכיוון שאין קבלה של בי״ד לעדותו ה״ז חשוב עד מפי עד.

עוד עולה מתוך דבריו, שגם לרמב״ם לפיו מחייבים שבועה בשטר בע״א עדיין אין בו את הגדר שבי״ד מקבל את דבריו ולכך לא תועיל עדות ע״א. וכך גם

מובנים יותר דברי הסמ"ע בסי' מו ס"ק קח במה שכתב שבי"ד אינם חוקרים עדות עד אחד.

אך רואים, שדין אינו חוזר ומגיד קיים גם כאשר בי"ד לא קיבלו העדות כאמיתית שכן גם בעד אחד אין חוזר ומגיד (כמבואר בחו"מ כח,א).

ג. שטר בעד אחד

1. מחלוקת הראשונים בתוקף שטר בע"א

נחלקו אמוראים בב"ב דף קסה אם אפשר לצרף עד אחד בשטר ועד אחד בע"פ. לדעת אביי הם אינם מצטרפים להחשב כעדות ואילו לדעת אמימר מצטרפים לעדות אחת. ובמסקנת הסוגיא מבארת הגמ' שר' ירמיה פסק שכן מצטרפים.[4]

אך בירושלמי כתובות (ב,ד) הביאו האיבעיא של ע"א בשטר וע"א בע"פ אם מצטרפים וז"ל:

> ר' חגיי א"ר זעירא בעא עד אחד בפה ועד אחד בשטר מהו שיצטרפו עד אחד בכתב כלום הוא לכן צריכה כשהיו שנים מצאו לקיים כתב ידו של ראשון ולא מצאו לקיים כתב ידו של שני רבי מנא בעא עד אחד בכתב מהו לזוקקו לשבועה עד אחד בכתב כלום הוא לכן צריכה כשהיו שנים מצאו לקיים כתב ידו של ראשון ולא מצאו לקיים כתב ידו של שני.

ומבואר בדברי הירושלמי, שעד אחד בשטר לא מחייב שבועה וכן אינו מצטרף לעד בע"פ. ורק אם חתומים שנים בשטר ובי"ד קיימו חתימת אחד מהם אפשר לצרף עוד עד ע"פ כדי להחשיב אותם כשנים.

רב האי גאון בשאילתות פסק כדעת הירושלמי וכן נראה בדברי המרדכי (ב"ב סי' תרמד) שאין ע"א בשטר מחייב כלום ולא מצטרף לעד בע"פ.

הרמב"ם פסק (מלו"ל יד,י):

---

4 ונחלקו הראשונים בהסבר המושג "מצטרפים": א. שיטת הרשב"ם, שע"א בשטר וע"א בע"פ מצטרפים אפילו לגבות ממשועבדים והם חשובים כשטר בשני עדים. ב. דעת רמב"ן ור' יונה, שאין ע"א בכתב מצטרף עם עד בע"פ כדי לגבות ממשועבדים כיוון שלא מוצאים קול. ומחלוקת האמוראים היא האם מצטרפים להכחיש טענת פרעתי של הלוה או לא.

הוציא עליו שטר חוב בעד אחד ולוה טען פרעתי הרי זה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם.

הרמ"ך (עדות ד,ה) מקשה על הרמב"ם מדוע לא פסק כדעת הירושלמי שמפרש שע"א בשטר מועיל רק אם חתומים שנים.

מבאר המ"מ, שהרמב"ם פסק כפשטות דברי הבבלי שע"א בשטר חשוב עד ומחלוקת האמוראים היא רק אם מצטרף יחד עם העד ע"פ או לא. וכך עולה מדעת בה"ג[5] והרשב"א.

והנה בגמ' כתובות כ,א מצינו:

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

ולהלכה פסקו הרמב"ם (עדות ח,א) והשו"ע (סי' כח) כר' יוחנן שיכול העד להעיד בפני בי"ד מתוך כתבו כאשר נזכר בעדותו.

בתוס' כתובות הביאו דברי הגמ' בב"ב דלעיל וביארו שהספק הוא רק בע"א בשטר ואחד בע"פ האם לצרפם אך שני שטרות שבכ"א ע"א בוודאי מצטרפים. ולפ"ז הקשו מדוע צריך העד להיזכר ולהעיד בבי"ד? הרי אם עד אחד בשטר חשוב שטר יכול לשלוח כתבו לבי"ד ונחשיבו כשטר?

ועונים התוס' שלושה תירוצים:

א. באמת ע"א בשטר לא חשוב שטר וכדברי הירושלמי שחייבים שיהיו שני עדים חתומים בשטר. וגם אם יהיו שני שטרות בעד אחד אינם חשובים כשטר.
ומה שמצאנו מחלוקת בב"ב קסה,א בשאלה האם ע"א בשטר מצטרף לע"א בע"פ זה רק במקרה בו העד בע"פ טוען שראה מסירת השטר למלוה וחשוב כשנים החתומים לפי שעדי מסירה כרתי. ולמרות שאין העד יכול להעיד על פי כתבו (אם לא נזכר) וחשוב עד מפי עד, בכ"ז יכול לשלוח כתבו ויחשב כעדות בבי"ד.

---

[5] וכך מבואר בדברי הרא"ש ב"ב פ"י סי' ז שמדייק בסוגיא שם שהבבלי חולק על הירושלמי.

ב. שטר בע"א חשוב שטר ושני שטרות בע"א חשובים שטר גמור. ובאמת יכול עד להעיד לפי כתבו אך צריך שיהיה השטר כתוב מדעת שניהם. והגמ' בכתובות מדברת שהעד כתב שלא מדעת הלוה ולכן לא חשוב שטר.

ג. גם שטר בע"א שנכתב שלא מדעת הלוה כשר רק צריך שיהיה כתוב בלשון שטר ולא בלשון עדות. ולכך בגמ' בכתובות לא יכול לשלוח כתבו לבי"ד משום שמדובר שלא כתב בלשון שטר.

ומבואר בתירוץ הראשון בתוס', שאף אם נחשיב ע"א בשטר לעדות, לא תהיה אפשרות לעדים שראו השטר להעיד עליו בבי"ד. ורק על שטר בשני עדים אפשר להעיד שראוהו משום שחשוב שנחקרה עדותם בבי"ד.

וכן נראה מדבריהם, שדין נחקרה נכון רק בשטר בשני עדים אבל לשטר בע"א אין את הגדר של כמי שנחקרה עדותו בבי"ד. וכל מה שמצטרף העד בכתב לעד בע"פ זה רק במקרה שנוכל להכשירם כעדי מסירה.

אך בתירוץ השני והשלישי נראה שלומדים תוס' שע"א בשטר חשוב שטר לגמרי ויכול להחשב כמי שנחקרה עדותו[6] בבי"ד. ורק במקרה שיהיה כתוב בצורה פסולה כלל לא חשוב שטר.

2. פסיקת ההלכה

בשו"ע (נא,ב) פסק כדעת הרמב"ם, שהמוציא שטר החתום בע"א מחייבים את הנתבע שבועה. ובסע' א פסק שע"א בשטר וע"א בע"פ מצטרפים שלא יוכל הלוה לטעון פרעתי. והרמ"א לא השיג על דברי המחבר ששטר בע"א מחייב שבועה אך בסע' א הביא דברי הרא"ש ששטר בע"א שלא נמסר בפני עד נוסף לא מצטרפים. וכן שני שטרות שכ"א בע"א לא מצטרפים לגבות ממשועבדים.[7]

ובפשטות נראה שהשו"ע פוסק ששטר בע"א כשר כבבלי והרמ"א פסק ששטר בע"א פסול כדעת הירושלמי.

אך מצינו בריב"ש בתשו' קכז אודות שטר שחתם עליו עד ובא העד לפנינו וטוען שהיה אנוס לחתום. הריב"ש פסק, שעד אחד בשטר יכול לחזור בו.

---

6 ואפשר שאף להעיד עליו בבי"ד כמו בשטר בשני עדים. ולקמן יתבאר בדברי המרדכי.

7 אך הגר"א נקט שהרמ"א סובר כדעת תוס' והשאילתות שפסקו כירושלמי וע"א בשטר פסול וכמו שיובא לקמן בביאור שיטתו. וכן נראה שהבין הסמ"ע שם.

ואפילו לשיטת הרמב"ם שפוסק שע"א בשטר מחייב שבועה, בכל זאת יכול לחזור בו.[8]

והרמ"א מו,לח פסק וז"ל:

> יש אומרים הא דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן ואינן יכולין לחזור, דוקא שנים, אבל עד אחד החתום בשטר, יכול לחזור בו.[9]

בביאור דברי הרמ"א כתב הסמ"ע (ס"ק קח) "דאין בי"ד חוקרין על ע"א"[10] ולכן באמת יכול לחזור בו. ומבאר, שאם העיד בבי"ד בע"פ באמת לא יוכל לחזור בו כמבואר בסי' כט. אך כשחתום ע"א בשטר כן יכול לחזור בו שלא חשוב ממש כעדות.

והש"ך (שם ס"ק קיט) הקשה: הרי בסי' נא פסק השו"ע כדעת הרמב"ם, שע"א בשטר מחייב שבועה. וא"כ וודאי נחשב כמעיד ע"פ שלא יכול לחזור בו מעדותו. ומכיוון שהרמ"א לא חלק על השו"ע איך פסק שיכול לחזור בו? ואף שהריב"ש כתב שאף לדעת הרמב"ם יכול לחזור בו כותב הש"ך וז"ל:

> כן דרך בעלי התשובות לכתוב דבר אף שאינו עולה להלכה בצירוף טעמים אחרים, וע"כ נ"ל ברור כיון דקי"ל לקמן סימן נא דעד אחד בשטר הוי כעד אחד על פה, א"כ אינו יכול לחזור בו.[11]

בשו"ע מו,י מצאנו מחלוקת כעין מחלוקת זו בין הרמ"א לש"ך בשאלה האם ע"א שחתם בשטר יכול לחזור בו. שם נפסק, שאם העדים שכחו ואינם זוכרים את מה שכתוב בשטר אינם יכולים לקיים חתימותיהם לבד אלא

---

8 ובתחילת דבריו מבאר ע"פ הירושלמי שע"א בשטר כלל לא חשוב שטר ושכך פסק הרמב"ן. ורק אח"כ מוסיף וז"ל "ועוד, אפשר שאף הרמב"ם ז"ל יודה, דעד א' בשטר יכול לחזור בו, ולא הוי כמו שנחקרה עדותו בב"ד, דדוקא בשנים אמרו כן". ויש להסתפק אם כוונתו שבודאי לא חשוב כמי שנחקרה לרמב"ם או רק בצירוף הצד לפסוק כירושלמי. והש"ך למד בדעתו שסמך על הירושלמי ולא שזהו הפשט ברמב"ם.

9 ובתומים ס"ק נב הקשה איך מועילה חזרה שנחייב ממון ע"פ העד ואח"כ יוכל לחזור בו? ורוצה לבאר שעדות העד נחשבת כעד המסייע הפוטר שכן יכול לומר שהשטר פרוע ובמיגו נאמין לו במה שחוזר בו. עיי"ש.

10 ולכאורה דבריו סתומים מה כוונתו שאין בי"ד חוקרין על ע"א? ובהמשך דברינו בס"ד נבאר דבריו.

11 והוסיף הש"ך שהשטר כשר רק "אם כתב עדותו בלשון שטר בצואת בע"ד בענין דלא הוי מפיהם ולא מפי כתבם".

צריכים שנים לקיום החתימות. והוסיף שם הרמ"א שרק בשטר בעד אחד כאשר העד אינו זוכר נפסל השטר אך בשני עדים שחתומים אף אם אינם זוכרים העדות יכולים לשלוח כתבם לבי"ד וחשוב שטר ויש חולקים.

הש"ך שם ס"ק לג חולק על הרמ"א וטוען שרק לפי התירוץ הראשון של ר"י בתוס' שע"א בשטר לא חשוב שטר וכן שני שטרות שבכל אחד ע"א לא נחשבים כשטר בשני עדים, אז אפשר לחלק בין עד אחד לשנים. אך לפי פסק השו"ע, שפסק בסי' נא כרמב"ם וכתירוץ השני של תוס' א"כ גם שטר בע"א חשוב שטר גמור.

האחרונים הביאו מספר דרכים לבאר דברי הרמ"א בשאלה מהו מעמדו של שטר בע"א:

3. שיטת קצוה"ח

קצוה"ח מו,יא מחלק בין שטר בע"א שהדיינים עצמם מכירים חתימת העד שבו. דוקא אז נחשב שנחקרה עדותו בבי"ד. אך אם צריך לקיים החתימה ע"י עדים אחרים לא חשוב כעדות שנחקרה בבי"ד.

מבאר קצוה"ח שהסיבה שאפשר לקיים חתימות עדי השטר ע"י עדים אחרים זה משום שחשוב שהעדים המקימים מעידים על כך שהעדים החתומים נחקרו בבי"ד ולכן לא חשוב עד מפי עד. ולפ"ז מבאר שבע"א לא יועיל קיום החתימה ע"י עדים אף אם עד אחד בשטר חשוב כנחקרה משום שאפילו כשמעידים שנים שנחקר ע"א בבי"ד חשוב עד מפי עד[12]. ולכן כל זמן שבי"ד אינם מזהים בעצמם החתימה אלא מקיימים ע"י אחרים אז חשוב כעד מפי עד.

ובזה מבאר דברי הרמ"א[13] שכל זמן שאין הבי"ד מכירים חתימת העד, שטר בע"א חשוב רק כעדות בכתב. ולכן יכול לחזור בו קודם שבא הכתב לבי"ד וכן אם שכח עדותו לא יכול להחשב הכתב כשולח עדותו לבי"ד והעדות פסולה. אך אם הבי"ד מכירים חתימתו בזה חשוב שטר בע"א כשטר כשר.

---

12 וכדברי המרדכי ע"פ ביאור הט"ז כמבואר לעיל אות ב.

13 אך לפי קצוה"ח צריך לעשות אוקימתא בריב"ש וברמ"א שאין הבי"ד מכירים החתימה אף שלא הזכירו זאת.

ולפי דברי קצוה"ח מתבאר שעדים שמעידים על חקירת ע"א אינם מתקבלים כלל אפילו לענין חיוב שבועה שכן נחשבים כעד מפי עד.[14]

והדין צ"ב מדוע לא יתקבלו שני עדים על חיוב השבועה בבי"ד אחר וכמו שאנו מקבלים עדותם על שנים שהעידו בחיוב ממון. וכך היה מסתבר שהרי קימ"ל שכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה. ובב"י סי' ל' ביאר (דברי הנימוקי"י) שאף אם לא נחשיב ע"א בשטר לחייב ממון, לחייב שבועה כן נחשיב אותו כעד שכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה. וא"כ מדוע בעדות על ע"א שנחקר לא נחייב שבועה אם בשנים היינו מחייבים ממון.[15]

עוד הקשה במלואי חושן (סי' מו) מדברי התוס' (יבמות לא ד"ה דחזו), שכתבו שלמ"ד שע"א בשטר חשוב שטר העד עצמו יכול לבוא לבי"ד ולהעיד שכך ראה בכתב ידו. ולמרות שהבי"ד לא מכירים החתימה לא חשוב עד מפי עד. ולפי קצוה"ח צריך להיות פסול של עד מפי עד כיוון שאין הבי"ד מכירים החתימה?

4. שיטת נתה"מ

נתה"מ מו,ט ויא מבאר שהרמ"א מודה לשו"ע וגם בשטר בע"א אין פסול של מפי כתבם ונחשיבו "כמי שנחקרה עדותו", אך זה רק משעה שיגיע השטר לבי"ד וקודם לכך אינו כעדות כלל. ומפרש דברי הרמ"א שמדאורייתא הדין של ר"ל שעדים שחתומים על השטר כאילו נחקרה עדותם בבי"ד הוא רק משעה שבא השטר לבי"ד, וכשהשטר מגיע לבי"ד חשוב כהגדה בבי"ד. ולכך כל זמן שהשטר מחוץ לבי"ד יכולים לחזור בהם. ומוסיף נתה"מ שכך נכון גם לדעת ר"ת שעדות בכתב חשובה עדות זה רק משהגיעה לבי"ד אך כל זמן שלא הגיע הכתב לבי"ד אם העד חזר בו או מת או שכח עדותו העדות נפסלת.

כל זה מדאורייתא. חכמים תקנו שבשטר בשני עדים שאף אם לא בא לבי"ד חשוב כנחקרה משעת חתימה שכן מתחיל השיעבוד מאז ועוד שאם ימות אחד העדים השטר היה נפסל ולכך תקנו שמשעת חתימה כבר חשוב

---

14 וכן מבואר בדעת התומים (ל,טז) וכן פסק בנתיבות שם ודלא כשיטת שער המשפט אי"ה יובא בדברי הגרש"ש לקמן.

15 אך ניתן להסביר בדעת קצוה"ח שחיוב שבועה אינו חיוב שמטילים בי"ד כלפי התובע אלא רק בירור של בי"ד ובזה לא נוכל להחשיב עדות השנים כעדות על חיוב שבועה ותלוי בחקירת האחרונים בהגדרת חיוב שבועה ואכמ"ל.

כנחקרה. אך בשטר בע״א לא תקנו בו שיחשב כנחקר משעת חתימה[16] אלא רק משעה שמגיע לבי״ד ואז חשוב שמגיד בפני הבי״ד שמוציאים בו השטר.

לפי״ז פסק הריב״ש מובן. שע״א שחוזר בו לפני שבא השטר לבי״ד בטל השטר אף לדעת הרמב״ם שע״א בשטר מחייב שבועה מכיוון שעוד לא נחקרה העדות יכול לחזור בו. וכמבואר בסי׳ כט בדין חוזר ומגיד שכל עוד לא נגמרה העדות יכול העד לחזור בו.

וכן מובן מדוע בע״א נפסול כשלא זוכר העדות בשעה שבא לבי״ד אך בשני עדים אף שבזמן שבא השטר לבי״ד לא זוכרים כבר חשוב כנחקרה משעת החתימה ואינם יכולים לפסול השטר שהתקבל בבי״ד.[17]

אך הרמ״א סתם וכתב שע״א בשטר יכול לחזור בו ולא ביאר בדבריו שזה רק כשעדיין לא בא כתבו לבי״ד.

ועוד צריך ליישב דברי נתה״מ ממה שכתבו תוס׳ (יבמות הנ״ל), שעד עצמו יכול להעיד על שטר שחתם עליו אף בעד אחד. ואם לא נעמיד שכבר הגיע השטר לבי״ד אז קשה איך מעיד עליו הרי עדיין אין עליו דין כמי שנחקרה?

5. שיטת הגר״א

הגר״א (חו״מ נא,א) מבאר שהרמ״א אכן חולק על המחבר ופוסק שע״א בשטר כלל לא חשוב שטר וכתירוץ הראשון של תוס׳ בכתובות. וא״כ פסק הרמ״א שעד אחד ששכח עדותו לא יכול להעיד ע״פ כתבו בבי״ד פשוט הוא והעד אינו יכול להעיד על חתימתו הואיל ואין לשטר בעד אחד דין שטר כלל.

פסק הרמ״א, שע״א יכול לחזור בו הוא לשיטתו, שסובר ששטר בע״א לא חשוב שטר ואין בו את הגדר של כמי שנחקרה עדותו בבי״ד, ולכן לא יחשב כחוזר ומגיד. וכותב הגר״א שדברי הרמ״א בסי׳ נא נעלמו מעיני הש״ך, שהקשה מדעת השו״ע, שמחייבים שבועה ע״פ עד אחד בשטר.

---

[16] מודה נתה״מ שתיקנו ששטר בע״א ייחשב כנחקרה עדותו במקרה בו העד מת, וצ״ב מדוע לא תקנו גם במקום שהעד שכח.

[17] ובדברי המרדכי שעדות על ע״א שנחקר בבי״ד הוי עד מפי עד ביאר שרק בעדות שמעידים על עד שנחקר בבי״ד אחר חשוב כעד מפי עד משום שלא היתה הגדה של העד בבי״ד הזה ודלא כדין שטר שהובא לבי״ד שחשוב ״כאילו נחקרה עדותו בבי״ד זה. ולשיטתו גם אם עדים אחרים יקיימו חתימתו נחשב שהעד עצמו מעיד בבי״ד ודלא כקצוה״ח.

ומדברי הגר״א מתבאר, שגם אחר שנראה השטר בבי״ד וגם אם בי״ד יכירו החתימה לא חשיב שטר. ואע״פ שהרמ״א (נא,א) סיים ״שאין שני שטרות בע״א מצטרפים לגבות ממשועבדים״ והיה נראה להסיק מדבריו שאמנם אינו גובה ממשעבדי אך מבני חורין כן גובה[18] אין לדיק כך בדברי הרמ״א משום שהביא לשון הטור שהסתפק בשאלה זו: אם גובה מבני חורין אם לאו, וכך ביאר הסמ״ע דברי הרמ״א.

העולה מביאור זה שהרמ״א אינו פוסק כדעת הריב״ש, שכן הריב״ש כתב שע״א בשטר יכול לחזור בו אף לדעת הרמב״ם, ואילו לדעת הרמ״א רק בגלל שפוסקים שע״א בשטר לא חשוב שטר כלל פסק שיכול לחזור בו.

ד. שיטת הגר״ח

הגר״ח על הרמב״ם (עדות ג,ד) ביאר, שהדין ששנים החתומים על שטר נעשה כמי שנחקרה בבי״ד אינו כפשוטו - כאילו נחקרו, אלא משמעות הלכה זו - שאין כלל חובת הגדת העדות בפני בית הדין. והוכיח כן מדברי הגמ׳ (יבמות לא,א) שלא תיקנו זמן בשטר קידושין וגיטין. וכן בשטר שחרור לא תקנו זמן. ואם לחתימת העדים צריך דיני עדות הרי זו עדות שאי אפשר להזימה?[19] אלא שבעדות בשטר כלל לא צריך דיני הגדה ולכן לא צריך שיהיה בפני בי״ד ולא שיהיה אפשר להזימה.[20]

---

[18] נראה שהש״ך למד בדעת הרמ״א שרק ממשועבדים לא גובה אך מבני חורין גובה. וא״כ יוצא שגם הרמ״א פוסק שע״א בשטר חשוב שטר וממילא קשה איך יוכל לחזור בו.

[19] עיין בטבעת החושן ח״ב בקונטרס בדיני עדות בשטר, שרצה לתרץ קושיית הגר״ח וכתב שלעולם צריך עדות ברת הזמה ודרישה וחקירה בעדות בשטר. ומה שמועיל גט שחרור בלי זמן זו תקנת חכמים כמו בגו״ק שכתב הנימוקי״ שמועיל מצד אפקעינהו. וגם בעבדות יש לבאר דברי המינו״י לשיטתו שטבילת העבד בשעת שחרור אינה אלא מדרבנן ולפ״ז יוצא שטבילת העבדות היא לשם גירות אלא שהבעלות הממונית יוצרת איסורי עבדות. וא״כ ע״י הפקר בי״ד ביטלו את בעלות האדון וממילא יוצא שלא נאסר העבד באיסורי עבדות ולא צריך גט שחרור.

[20] ועיין בטבעת החושן שם שהביא כדברי הגר״ח באמרי בינה עדות י. אך כתב שמסתבר שיש לשטרות דין הגדה מדברי הראשונים ופסק השו״ע לד,ט שיש דיני הזמה לעדים שחתמו על שטר. ואם אין בהם דין הגדה כלל אז לא צריך להיות דין הזמה? אך בדעת הגר״ח נראה שתורת שטר היא קבלת עדות בלי צורך להגדה. ועל העדות הזו יש תורת הזמה. אך בעדות איסורים אפילו כשצריך שנים לא חשוב לעדות שהתקבלה לפי שאין בה דין הגדה ולכן אפשר שאין בה דיני הזמה וכשיטת נתה״מ לח,ב. ועי׳ קצוה״ח שם ס״ק ד שחולק.

ובפ"ה ה"ו ביאר הגר"ח[21] שאף לדעת התוס' שאין מחייבים שבועה ע"פ ע"א בשטר אין זה משום שלא נעשה כנחקרה עדותו. אלא גם אם אין בזה פסול של מפי כתבם ונחשיב כאילו נחקרה עדותו לא די בעדות זו כדי לחייב שבועה.[22] והרמב"ם סובר שכיוון שאמרינן שחשוב כנחקרה עדותו גם יהיה חיוב שבועה.

מעתה אפשר לבאר שבע"א בשטר חשוב כנחקרה עדותו ולכך לא קיים הפסול של מפי כתבם כאשר מגיע לבי"ד. אך דין זה אינו זהה לדין הנחקרה בשני עדים שפטורים לגמרי מדין הגדה בבי"ד, אלא ששטר בע"א בשעה שבא לבי"ד חשוב כהגדה. וע"פ זה אפשר לבאר שעדות על שטר בשני עדים שנשרף אינה עד מפי עד משום שמעידים העדים שאין כאן צורך בהגדה בבי"ד וממילא מעידים על הדין שיש עליו שטר כשר ולא על עדות עדי השטר. אך בשטר בעד אחד כן צריך תורת הגדה ולכך אף אם נחשיבו כעדות שנחקרה בבי"ד ואין פסול של מפי כתבו לא יכולים להעיד עליו בבי"ד שכן זה עד מפי עד.

ולפי דרך זו מבוארים דברי הרמ"א בסי' מו, שגם אם שטר בע"א יחשב כעדות כשיבוא לבי"ד כל עוד לא בא לבי"ד לא התקיים בו דין הגדה. ולכן אם העד חוזר בו יכול הוא לבטל עדותו שכן משעת חתימה עוד לא העיד שכן צריך הגדה בבי"ד, אך בשני עדים כלל לא צריך הגדה ולכן מיד כשחתמו אינם יכולים לחזור בהם.

וכן אם ע"א שכח עדותו לפני שבא לבי"ד, השטר פסול, שכבר לא יכול להתקיים דין הגדה. אך בשני עדים בשטר לא צריך תורת הגדה בבי"ד ולכן אף ששכחו עדותם השטר כשר.

---

21 וז"ל שם: "אכן נראה, דאפילו אם נימא דעד אחד בשטר אינו מועיל כלל אף לחיוב שבועה, מ"מ אין זה משום דלא חייל על עדותו כל הך דינא דנעשה כמו שנחקרה בבי"ד, אלא דעיקר הדין הוא, דאף דהויא עדותו כמו שנחקרה בב"ד, מ"מ עדותו לא מועלת משום דהוי רק עד אחד, דכך היא ההלכה של שטרות שהם דוקא בשנים עדים, והוי ככל הדברים הצריכין שני עדים, ודין עדותו בזה כדין עד אחד בעל פה במקום שצריך שני עדים, דעדותו חקורה וקיימת, ורק דאינה מועלת".

22 בחידושי הגר"ח בסטנסיל סי' קלה ביאר שאף לתוס' שני שטרות בע"א מצטרפים משום שכל אחד חשוב עד ראיה. ומחלוקת הראשונים היא האם שטר בע"א מקבל תורת שטר חוץ מעדות הראיה שבו.

ובזה אפשר יהיה לתרץ דברי הסמ"ע[23] בסי' ל, שכתב שלא מתקבלת עדות עדים על חקירת שנים בבי"ד. והקשו עליו כל האחרונים שהרי מפורש בגמ' שאפשר להעיד על שטר שנקרע ומחייבים ממון. ולפ"ד נראה, שסובר שרק בעדות על שטר שנשרף מתקבלת עדות אחרים אם מכירים החתימות משום שבעדות בשטר כלל לא צריך הגדה ואין העדים מעידים על חקירת העדים אלא על מציאות השטר. אך כשמעידים על חקירת אחרים בבי"ד חשוב עד מפי עד שכן צריך גדר של הגדה בבי"ד והם מעידים על הגדת אחרים וזה חשוב עד מפי עד.

ובהגדת עדים שראו שטר חתום בעד אחד לא יחייבו אפילו שבועה וכמו שמדויק[24] מלשון המרדכי "שלא הוי מידי" משום שכל זמן שצריך הגדה בבי"ד חשוב עד מפי עד[25] ובע"א אין את החידוש שלא צריך כלל דין הגדה גם אם מחשיבו כעדות ראיה כשבא לבי"ד. ומה שפסק הסמ"ע שאם מודה אדם על כתב ידו יכולים להעיד על זה. ועל הודאת שני עדים שמודים שזו חתימתם לא יכולים להעיד? מבואר שבהודאת אדם לא צריך גדר של הגדה בבי"ד שגם הודאה חוץ לבי"ד מחייבת. וא"כ לא שייך בזה פסול של עד מפי עד.

---

[23] עפ"י הגדרה מחודשת זו של הגר"ח - ששטר אינו ממש כהגדה בבי"ד אלא זו עדות שלא צריכה כלל תורת הגדה, לבאר מחלוקת הסמ"ע והש"ך. שמצינו פסק השו"ע מה,יג בשטר שחתומים עליו כשרים ופסולים שהוא פסול כשטר, יכולים הכשרים לחזור ולהעיד בפני בי"ד ומקבלים עדותם. ומקור הלכה זו היא מדברי הרא"ש בתשובה כלל ס. והסמ"ע לד מבאר שאם העידו הכשרים עם הפסולים בבי"ד לא יועיל שיחזרו ויעידו הכשרים לבד שכן נמצא אחד קאו"פ ונפסלו הכשרים. אך כיוון שרק חתמו יחד בשטר ולא העידו לא חשוב שנצטרפו בהגדה ולכן יכולים לחזור ולהעיד. אך הש"ך כד חולק על הסמ"ע ומבאר שהואיל וחתומים על השטר חשוב כאילו נחקרה ובזה מצטרפים להגדה. ומה שמכשיר השו"ע זה רק במקרה שלא ראו העדות יחד ולכן לא מצטרפים לפסול. ומסכם הש"ך "דפשיטא דכשהפסולים היו עמהם דבטל העדות לכו"ע דהא ה"ל ראיה והגדה דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בבי"ד".

ובדעת הסמ"ע אפשר לבאר כדעת הגר"ח ששטר לא חשוב כהגדה בבי"ד אלא זו עדות בלי תורת הגדה כלל ולכן לא יוצרת צירוף של כל העדים להיפסל משום נמצא אחד קאו"פ.

קצוה"ח לו,ה מבאר בדרך אחרת. לדעת הסמ"ע אין פסול של נמצא אחד קאו"פ בשטר משום שהשטר פסול ולכן אין לו כלל דין של " כנחקרה עדותם בבי"ד". וממילא הכשרים יוכלו לחזור ולהעיד שהרי כלל לא הצטרפו עם הפסולים. אך במקרה שכבר הצטרפו עם הפסולים בעדות ע"פ בבי"ד לא יוכלו לחזור ולהעיד.

[24] וכך דייק בשער"י שם למרות שהסיק כדעת שעה"מ שכן מחייבים שבועה.

[25] ומה שהקשו על קצוה"ח מדוע (לדעת תוס' ביבמות) העד עצמו יכול להעיד שראה את חתימתו הרי חשוב עד מפי עד? לדברינו מבואר שהחיסרון הוא שבע"א אין הגדה בבי"ד וכאשר העד עצמו אומר שראה כך בכתבו עכשיו מתקיים גם הגדר של ההגדה בבי"ד.

גם מה שהקשו האחרונים במה שונה עדות על יכיר שמתקבלת לתוס' בסנהדרין לעומת עדות על עד אחד שלא מחייבת אפילו שבועה. לפי דברינו נראה שגם בדין "יכיר" לא צריך הגדה בבי"ד בשביל הדין של יכיר[26] אלא התורה האמינתו בדיבורו. ולכך נקבל גם עדות אחרים על אמירתו וחשוב כהודאת בע"הד שלא חשוב עדות עליה כעד מפי עד.

ה. סיכום

פתחנו בפסיקת הרמ"א ע"פ המרדכי שעדות על ע"א שהעיד לא מתקבלת בבי"ד אלא חשובה כעד מפי עד. ונחלקו האחרונים (התומים ושעה"מ) האם העדות לא מתקבלת גם לענין שבועה או ששבועה כן מתחייבים בעדות כזו.

הצגנו שני דרכים באחרונים להגדיר את המושג עדות שנחקרה ביחס לעדות ע"א לעומת עדות שנים:

א. דעת הגרש"ש – שעדות ע"א מתקבלת לשבועה אך כדי להצטרף עם עדות עד נוסף לעדות ממון אין אפשרות לקבלה כיון שצריך שבי"ד יצור את הצירוף של העדים.

ב. לדעת הגרנ"ט – אין בי"ד מקבלים עדות ע"א כאמיתית ולכן אי אפשר להעיד עליה. אך בשני עדים בי"ד שקיבלו העדות גם קבעו שהיא אמיתית ולכן אפשר להעיד עליה בבי"ד אחר.

בדעת המרדכי הבאנו דעות האחרונים לחלק בין עדות שנים שנחקרה בבי"ד לבין עדות אחד שנחקר. ובדעת הסמ"ע חילקנו בין עדות שבשטר לבין עדות שבע"פ.

ביחס לשטר בע"א התבאר בדברינו שנחלקו הרמב"ם ותוס' בשאלה: האם שטר בע"א כשר או פסול?

א. לדעת נתה"מ – עדות ע"א בשטר שווה לעדות שנים רק צריכה להגיע לבי"ד ולפני כן לא חשובה עדות.

ב. לדעת קצוה"ח – עדות ע"א בשטר תועיל רק בהכרת הדיינים את חתימתו אך בדרך של קיום יחשב כעד מפי עד ולא תתקבל בבי"ד.

---

[26] וכך דייקו מגמ' בב"ב קכז: "היה עובר על בית המכס ואמר בני זה עבדי הוא" ודלא כתשובת הרי"ד צב. עי' חזו"א אהע"ז נט,כו.

ג. לדעת הגר"א – הרמ"א פסק שע"א בשטר כלל לא חשוב שטר. ולכן מובן פסק הרמ"א שלא חשוב עדות ויכול לחזור בו.

בארנו שיטת הגר"ח ששני עדים בשטר מוגדרים כעדות שלא צריכה כלל הגדה בבי"ד. ובזה מובן מדוע אין בה פסול של עדות שאי אתה יכול להזימה.

הוספנו שייתכן שעפ"י סברת הגר"ח תתבאר שיטת הסמ"ע בהבנת פסק השו"ע מדוע שטר שחלק מעדיו פסולים יכולים הכשרים לחזור ולהעיד ואינם נפסלים מדין נמצא אחד קראו"פ.

לבסוף ניסינו לבאר ע"פ דברי הגר"ח שיש לחלק בין מושג עדות כמי שנחקרה שקיים גם בעדות ע"א לבין דין עדות שנחקרה בשני עדים שבה כלל לא צריך הגדה בבי"ד. וע"פ חילוק זה בארנו פסיקת הרמ"א מדוע ע"א יכול לחזור בו.

הרב אליעזר איגרא
אב"ד בית הדין האזורי ב"ש
ורבה של כפר-מיימון

ויתור בטעות על ירושה[1]

ראשי הפרקים

א. סיפור המעשה

ב. כוונת הבעל בשעת החתימה

ג. האם בי״ד רשאי לפסוק על פי אומדנא?

ד. אומדנא להוציא ממון

ה. חילוק בין אומדנא בגוף המעשה לבין אומדן דעת בכוונת המעשה

ו. אומדנא במכר ובמתנה

ז. האם יש כאן חסרון בדעת הבעל?

א. סיפור המעשה

זוג הורים שבתם נהרגה בתאונת דרכים, הופיע בפני בית הדין ובקש להוציא צו ירושה על שם האם בלבד כאשר האב קבל בקניין, לוותר על זכויותיו בנכסי בתו. באייר תשס״ט הגיע האב ופתח תיק בדרישה לבטל את צו הירושה. העילה לפנייה לבית הדין היתה כספי פיצויים על מות הבת בסך 1,000,000 ₪. האם טענה שמאחר וצו הירושה על שמה, והאב ויתר על חלקו בקניין, הרי שהיא היורשת היחידה וכל הסכום שייך לה. לעומתה טען הבעל, שמעולם לא ויתר על חלקו בירושה, והקניין שעשה, ורישום צו הירושה על שם האשה בלבד היה לנוחות בלבד, על מנת להקל על פרוצדורות שונות, שמצריכות את חתימת כל היורשים. עוד נטען שהוא ובית הדין לא ידעו על כספי הפיצויים ולכן הויתור הוא בטעות בלבד. עוד נטען שכספי הפיצויים הם דבר שלא בא לעולם והבעל אינו יכול להעבירם בקניין לזכות האשה.

[1] נערך ע״י הרב יוסי איגרא.

ב. כוונת הבעל בשעת החתימה

על בי"ד לדון האם יש מקום לביטול צו הירושה, מתוך שצו הירושה הוצא בטעות מחוסר הבנה או כוונה קיצונים אשר די בהם כדי שינוי צו הירושה.

כדי שנעמוד על כוונת הצדדים עלינו להבין תחילה את אשר התרחש בביה"ד במעמד הצדדים. כאשר יורשים, ובפרט הורים שכולים אשר ביתם נהרגה בתאונת דרכים, מופיעים בפני ביה"ד, ביה"ד משוחח עם הצדדים, ומעלה בפניהם את האפשרות, להוציא את צו הירושה ע"ש אחד היורשים. זאת במטרה להקל על העיסוק במימוש הירושה, ולמנוע את הצורך בהטרחת כל היורשים בכל פעולה נדרשת. דברים אלו צריכים להישקל בכל צו ירושה. אולם במקרה שבפנינו בו בני הזוג הורים שכולים הופיעו בפנינו, והצו הוצא ע"ש אחד מבני הזוג - האישה, ברור לנו כי לא היתה כוונת לבעל לוותר על חלקו, אלא כאמור לפשט את ההליך המשפטי בלבד.

הדבר דומה לחוק יחסי ממון בין בני זוג, כאשר רישום נכס נעשה על שם אחד מבני הזוג לצורך מסוים, אין הרישום מהווה הוכחה להסתלקות הצד השני מן הנכס. לדוגמא, רכב שהיה רשום על שם הבעל ובוצעה פעולה קניינית של העברת הבעלות על שם האישה לצורך קבלת מימון ממקום עבודה, ברור הדבר שהרכב הנ"ל יחשב חלק מן הרכוש המשותף בשעת חלוקת הרכוש, והעברת הבעלות על שם האישה לא תפקיע את זכות הבעל מן הרכב.

אשר על כן, במקרה שבפנינו ברור לביה"ד, כי לא היתה כל כוונת הסתלקות ונתינת מתנה של הבעל לכספי הפיצויים במאות אלפי שקלים, ויש להוציא צו ירושה מתוקן על שם שני ההורים בשווה.

וכהערת אגב נאמר, שאף ללא שינוי צו הירושה, במידה ובני הזוג חולקים את רכושם בביהמ"ש אין מקום להוצאת הפיצויים מן הרכוש המשותף.

כדי לדון בביטול הירושה יש לדון בשתי שאלות הלכתיות:

א. האם בי"ד יכול ע"פ אומדנא לבטל את צו הירושה.

ב. האם נכונה טענת הבעל שיש כאן חסרון בקנין משום דבר שלא בא לעולם או כל חסרון אחר.

ג. האם בי"ד רשאי לפסוק על פי אומדנא?

בגמ' בכתובות פה,א מבואר שדיין יכול על פי שיקול דעתו להשפיע על הדין אפילו בלא ראיות:

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: ידענא בה דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה. זימנין הוו יתבי קמיה רב פפא ורב אדא בר מתנא, אייתו ההוא שטרא גביה, א"ל רב פפא: ידענא ביה דשטרא פריעא הוא, א"ל: איכא איניש אחרינא בהדי' דמר? א"ל: לא, א"ל: אע"ג דאיכא מר, עד אחד לאו כלום הוא. א"ל רב אדא בר מתנא: ולא יהא רב פפא כבת רב חסדא? בת רב חסדא קים לי בגווה, מר לא קים לי בגויה. אמר רב פפא, השתא דאמר מר: קים לי בגוויה מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגוויה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.

וכן שם ע"ב לגבי פיקדון אצל היתומים:

ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי, שכיב ר' מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דר' אמי, א"ל: חדא, דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד; ועוד, הא קא יהיב סימנא. ולא אמרן - אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא.

הרי"ף מביא גמ' זו להלכה, אך בשם הגאון מסייג את הדין, ופוסק, שכיום אין לדיין לדון אלא בראיות ברורות, "וחזינן לגאון דקאמר דהאידנא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה בגויה דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו".

גם הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כד) מביא דין זה, אך מסייגו שכיום אין לדון כן, ואלו דבריו בהלכה א:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה

> שיודע... שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

אך בהלכה ב כותב שכיום אין לדיין לנהוג כן:

> כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה...

הכסף משנה (הלכה ב) כותב, שמהגאון ברי"ף משמע, שדווקא לטעון שאדם חשוד או שהשטר פרוע אין היום כח לדיינים, אך לגבי הפיקדון אצל היתומים, משמע מהרי"ף, שהלכה גם כיום, שאם לפי אומדן דעת הדיין אין אביהם אמוד שיהיה לו חפץ זה, והתובע נותן סימנים אנו נוציא מהיתומים, אך הרמב"ם כתב שכיום אין לסמוך על דעת הדיין כלל ולא נוציא מהיתומים.

השו"ע (חו"מ טו,ה) פוסק כרמב"ם, ואפילו לגבי יתומים כותב שאין מוציאים מהם:

> יש לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כך אע"פ שאין שם ראיה ברורה. ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה, הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו על פי עדות אשה או קרוב אע"פ שדעתו סומכת על דבריהם, וכן אין מוציאים מהיתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען; ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינים עד שיודו לדברי העד, ודורש וחוקר עד שיתברר הדבר או יעשו פשרה, או יסתלק מן הדין כמו שנתבאר.

אמנם הסמ״ע והש״ך מביאים ראשונים שסוברים שניתן לדון גם כיום על ידי אומדנא, וז״ל הש״ך:

> וכתב מהרי״ק שורש [קיח] דאף בזמן הזה מוטל על הדיין לדון ע״פ האמת שנתאמת לו ולא ע״פ הטענות אם הם מכחישות האמת וכ״כ רשב״א בתשובה, עכ״ל סמ״ע. עיין בתשובת ר׳ משה אלשיך סימן מ׳ ובתשובת ר״מ אלשקר סי׳ קי״ט:

וז״ל הרשב״א בתשובה (שו״ת הרשב״א חלק א א׳קמו):

> תשובה אם **הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב** הוא יש בו כח לעשו׳ כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו. וזהו מעשה דמרי בר איסק (ב״מ דף לט,ב) דאתא ליה אחא מבי חוזאה אמר ליה פלוג לי בנכסי. אמר ליה לא ידענא לך. אתא לקמיה דרב חסדא. א״ל שפיר קאמר לך דכתיב (בראשית מ״ב) ויכר יוסף את אחיו והם לא הכירוהו מלמד שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן. אמר ליה זיל אייתי סהדי דאחוה את. אמר ליה אית לי סהדי ומסתפו מיניה דגברא אלמא הוא. אמר ליה לדידיה זיל את אייתי סהדי דלאו אחוך הוא. אמר ליה דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה. אמר ליה הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. הנה שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה להוציא את הדין לאמתו. ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה ולדרוש ולחקור היטב קודם שיקרע שטרות של בני אדם. וכאותה שאמרו בפרק הכותב (דף פ״ח) אמר רב פפא השתא דאמר קים לי בגוויה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגוויה קרענא שטרא אפומיה. ואקשינן קרענא ס״ד אלא מרענא שטרא אפומיה. **ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה בר׳ נחמן ז״ל וקרעו בידיו. והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמים וירא אלהים יצא את כלם״.**

מבואר בדברי הרשב״א, שיש מקרים בהם נקרע את השטר על פי אומדן הדעת של הדיין, וכן עשה הרמב״ן. ועיין בתשובת המוהר״ם אלשיך (סימן מ) שהקשה כיצד חולקים הרשב״א והרמב״ן על הגאון שהביא הרי״ף, ועוד שהם הורו לקרוע את השטר ובגמרא כתובות פה,א אמרו להרע אותו בלבד ולא לקורעו, כיצד פסקו כנגד דינא דגמרא, ועוד קושיות. וכן הקשה על הרא״ש, שבפסקיו במסכת כתובות הביא את דברי הרי״ף והגאון שאין לבית

דין בימינו לדון על פי האומדנא, ובתשובותיו (קז, ו) פסק בעצמו עפ״י אומדנא[2]. למסקנה מהר״ם אלשיך מחלק בין סוגי אומדנות שונות שעל חלקן דברו הגאון הרמב״ם והשו״ע ועל אחרות אף הם מודים שדנים גם בזמן הזה.

ונביא את סיכום הדברים כפי שסכמם הרה״ג מרדכי אליהו זצ״ל בפסק בבית הדין הגדול:[3]

> עיין לתשובות המהר״ם אלשיך סי׳ מ׳ שלאחר שהביא את דברי הרי״ף משם הגאון שאמר שבזמן הזה לא דנים לפי אומדנות, וזה הוא מקורו של הרמב״ם בפרק כ״ד מהלכות סנהדרין (והוא נפסק להלכה בחו״מ סי׳ טו סעי׳ ה), הביא תשובת הרשב״א אלף קמ״ו שהרמב״ן קרע את השטר ולא רק מרענא ליה, כמסקנת הגמרא בכתובות, והוסיף ע״ז הרשב״א שם: והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שם שמים, וע״ז הקשה מהר״ם אלשיך: היכי עבד עובדא איפכא דגמרא... ולא עוד אלא שכל הפוסקים כסברא דגאון ס״ל דהאידנא אפי׳ לא מרעינן ולא מפכינן שבועה אלא בראיה ברורה, ואי אפי׳ לאורעי שטרא לא מרעינן, היכי האידנא קרעיה הרמב״ן והסכים הרשב״א ז״ל בדבר.
>
> וכן הוסיף שם והקשה על הרא״ש שהוא סבירא ליה כהרי״ף משם הגאון שבזמן הזה לא דיינינן באומדנא, והוא עצמו כתב בכמה מקומות שאפי׳ היום דנים ומוציאים ממון ע״י אומדנא (כההוא דלעיל בסימן ק״ז). וע״ז כתב שם מהר״ם אלשיך שיש חמשה גווני של אומדנות ופירטם לאחדים, עיי״ש באורך.

---

[2] בתשובות שם אחד שטען שפרע את חובו ונראה מדבריו ששקר הדבר חייבו הרא״ש והוכיח שיש ללכת אחר אומדנא ״ואם אינו רוצה להשיב לדיין, ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות, כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמתת הדין, מה יעשה הדיין, לזכותו אי אפשר, מאחר שנראה לו דין מרומה, כדאיתא בפרק שבועות העדות, ואם יסתלק מן הדין היינו זכות, כי בזה יפטר, אם שום דיין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות, ונמצא חוטא נשכר. ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר: אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות; וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבנו מאומד הדעת, אעפ״י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפי׳. מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שבלב, מאחר שהיא סברא מוכחת״.

[3] פסקי דין רבניים ט, עמ׳ 350-351.

והביאם בקיצור כנסת הגדולה הגה"ט סי' ט"ז: ה' גווני דין מרומה איכא.

א. דלא אתחזק בדעתיה דדינא דהוא מרומה אלא מספקא ליה בהא, צריך דרישה וחקירה לבירור מילתא.

ב. דמשמע ליה שהוא דין מרומה ובודאי בהא לא דיינינן ליה.

ג. דלא הוי מסברא שלמד מדברי העדים אלא דאיכא נמי ראיה, ובהא לא מגבינן ביה אפי' נתקיים השטר בחותמיו, והיינו ההיא דפרק אלו נערות.

ד. היכא דדיינא קים ליה בגויה דאתתא או דבריר ליה דלא משקרי ואמרי ליה דנתבע חשיד אשבועה או דשטרא פריעא, אפי' אתו סהדי דאסהידו אחתימות ידייהו, מסקינן ממונא ממאן דהוא פטור מדינא. ודוקא בזמן הגמרא, אבל לא האידנא כדכתב הגאון ז"ל, ומיהו בגוני אחריני דאמדן דעתא ע"י אמתלות דאפשר לן למיקם עלה דמילתא, מרעינן לשטרא ומפקינן ממונא דאומדנא הוא, והיינו כדין הרא"ש ז"ל בהרבה מתשובותיו.

ה. דמחמת בדיקות איכא אומדנות טובא דמוכח ובירור דמילתא וזיופא דשטרא דמתוכן יתבאר לדיין דמזוייף, קרעינן לשטרא ואפי' בזמן הזה, והיינו נידון דהרשב"א ז"ל בתשובות סי' איקמו ונידון מהר"י קולון י"ד ק"ח.

וסיכום הדברים שאומדנא דמוכח טובא דנים אפי' בזמן הזה. והוסיף מהר"ם אלשיך שם: וסברא נכונה היא דע"כ לא קאמר הגאון אלא במאי דלא מתברר לדיינא אלא מפומא דחד מהימן ליה אפשר דלא נחית עד סוף דעתא דההוא אי בר סמכא הוא ומהימן טפי, אבל היכא דאיכא הוכחות טובא דמוכחי שפיר דזיופא הוא, ודאי דאפי' למקרעי אית ליה רשותא,,, וסהדא רבא הרמב"ם ז"ל דאיהו כתב מימרא דגאון דהשתא לא סמכינן לאפוכי שבועה ולאורעי שטרא אפומא דחד, ובריש הלכות מלוה ולוה כתב שכל מה שעשה הדיין וכוונתו לרדוף הצדק בלבד, ולא לעבור הדין על פחד מבעלי דינים, הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר והוא שיהיו מעשיו לשם שמים, ולא מפליג בין האידנא לשעבר אלא ודאי כדכתיבנא. ועיין כנסת הגדולה הגב"י ז' ואות י"א, שהביא דברי מהר"ם אלשיך

הנ״ל והסכים עמו, וכן את מהרי״ט ורשב״ם, ועיי״ש. ומשמע שהכל לפי האומדנא אפשר לדון ולפסוק אפי׳ בזמן הזה. ובפרט אם הוא שייך לאומדן באופן החמישי.[4]

סיכומו של דבר, אנו רואים כי חבל פוסקים סובר, כי גם בזמננו ניתן לדון על סמך אומדנות, אולם, יש לדון בכמה מן ההגבלות אותם ראינו בדברי הפוסקים.

ד. אומדנא להוציא ממון

מהגמרא בכתובות פה,א מהסיפור בבית דינו של רבא שאשה התחייבה שבועה, אמרה לו אשתו, בת רב חסדא, שאותה אשה אינה נאמנת על השבועה וקבל רבא את דבריה. במקרה אחר אמר רב פפא שהוא יודע ששטר מסויים נפרע ולא קבל רבא את דבריו, מאחר ואינו סומך עליו כשם שהוא סומך על אשתו. בעקבות הדברים אמר רב פפא שאם יבוא אדם מהימן לו ויאמר על שטר שנפרע, יקרע את השטר על פיו. והגמ׳ מסייגת את הדברים ואומרת שלא קורעין אלא מרעין את השטר.

אפשר ללמוד מכאן, שבאומדנא אין להוציא ממון, אלא אך ורק להחזיק ממון ולא לקבל את טענות התובע. אך כבר כתבו ראשונים ואחרונים, שעפ״י אומדנא ניתן להוציא ממון, והביאו ראיות מגמרות אחרות. לדוגמא, ב״ב קנ לגבי שכיב מרע שעמד, שכל נכסיו חוזרים ועוד.

---

4 וכן סובר השבות יעקב הובאו דבריו בפתחי תשובה:

״מ״מ האריך בתשובת מהר״מ אלשיך... והוציא כן בתשובת הרא״ש ומהרי״ק ושאר פוסקים דהיכא דאיכא אומדנה טובא ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים אם לבו שלם בדבר מותר לדון ע״פ האומד אף בזמן הזה וכ״כ בתשובת עבודת הגרשוני סימן צ״א וכתב שמשה אמת ותורתו אמת ונ״ל דגם רמ״א אף שסותם בסימן ט״ו כדעת הרמב״ם מ״מ בס״ס צ״ט כתב בסעיף ח׳ בהג״ה וז״ל מי שיבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה וכ״ש לגזול את של חבירו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אע״פ שאין כאן ראיה רק אומדנת מוכיחות היטב עכ״ל ואדרבא נ״ל דעכשיו יותר יש לדון ע״פ האומד והיורש דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דידע למידן דין תורה אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכ״ש האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו׳ רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדין דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע״פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח וי״ל ג״כ לא מרע לנפשו ובודאי הציר הלז אומר אמת וע״פ אומד הלז תוכל לדין רק שיהא כוונתו לשם שמים להוציא הדין לאמיתו ולהציל עושק מיד עושקו ע״ז נאמר ויראת מאלהיך כנ״ל הק׳ יעקב:״

נתה"מ (טו ס"ק ב) מחלק בין אומדנא של הדיין בלבד לבין אומדנא של כל העולם. הרמב"ם שאל - אם מהני אומדנא של הדיין מדוע הצריכה התורה ב' עדים, ותירץ - משבזמן שהדיין אינו יודע יש לו לסמוך על העדים 'שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר'.

שואל נתה"מ הרי הדיין לא יכול לדון על פי ידיעתו, שהרי קי"ל שעד אינו נעשה דיין, ואי"כ אפילו ראה את המעשה אינו יכול לדון 'ולכאורה תימה, דהא אפילו ראה, כשנעשה עד אינו נעשה דיין, ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה שהוא בעצמו ראה המעשה, ואפילו הכי אסור לו לדון'. מתרץ נתה"מ שאומדנא בגמ' מהני רק לארועי שטרא אך לא להוציא ממון, 'דאמרינן בכתובות פרק הכותב (פ,א) קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה, אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינא, כדאמרינן שם קרענא סלקא דעתך'. אך נתה"מ מחלק בין שני סוגי אומדנות. כאשר הדבר ידוע לכל העולם ולא רק לדיין מהני אפילו להוציא ממון 'והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים [כמבואר ברמב"ם שם], נראה דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד [כתובות שם ע"ב], דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוס' ביבמות ריש פרק האשה רבה [פ"ח ע"א ד"ה אתא גברא], אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל'.

הרה"ג עובדיה יוסף ביביע אומר ג"כ הכריע שניתן להוציא ממון ע"י אומדנא:

> כי מבואר בתשו' הרא"ש (כלל קז סי' ו) בד"ה עוד שאלוהו, דאומדנא דמוכח מהניא אף להוציא ממון, וכמ"ש בב"ב (קנ,ב) שכ"מ שכ' כל נכסיו לאחרים בקנין גמור בלי שום תנאי, עמד חוזר, וכן אמרו (שם קמו,ב) הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו אין מתנתו מתנה, דאזלינן בתר אומדנא שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבם לאחרים. והכי קי"ל בכתובות (עח,ב) בדין מברחת, שאשה שרצתה להנשא וכתבה כל נכסיה לאחר, לא קנה, שלא כיונה אלא להבריח נכסיה מבעלה. ובפ' חזקת הבתים (ב"ב נח) דן ר' בנאה ע"פ אומדנא, שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ע"ש. וכ"כ עוד הרא"ש בתשו' (כלל פו ס"א), והוסיף להוכיח ממ"ש בכתובות (צז,ב) גבי זבין ולא

אצטריכו ליה זוזי. ובקידושין (מט,ב) גבי זבין אדעתא למיסק לא״י. ע״ש. ומכאן הוכיח הרדב״ז בתשו׳ דמהני אומדנא להוציא ממון. (והובא בשו״ת דרכי נועם חחו״מ סי׳ מט דרס״ה סע״א). ובתשו׳ מהר״י קולון (שרש קכט) כ׳, דבכולי תלמודא קי״ל דאזלינן בתר אומדנא. וכההיא דכתובות (נה) דקי״ל כראב״ע דאמר שלא כתב לה אלא ע״מ לכונסה. ולא תימא דהיינו דוקא להחזיק ממון, אבל לא להוציא ממון מחזקתו, דהא בריש אע״פ (נה,ב) מייתי ההיא דאמר רב מתנת שכ״מ שכתוב בה קנין ארכביה אתרי ריכשי, משום אומדנא, ומדמה לה לההיא דראב״ע. וכן גבי מסוכן סמכינן אאומדנא אפילו לגבי איסור ערוה, שאם אמר כתבו גט לאשתי כותבין ונותנין ולא אמרינן אוקמה אחזקת א״א. (והביא ג״כ ההיא דב״ב קמו: במי שהלך בנו למדה״י וכו׳, וההיא דכתובות צז,ב זבין ולא אצטריכו זוזי וכו׳) ... וכן הסכים לחילוק זה בשו״ת דרכי נועם (חחו״מ סי׳ נא דרס״ח ע״ג). ע״ש. וכ״כ בשו״ת גנת ורדים (חחו״מ כלל ב סי׳ ב). ובשו״ת בית יהודה עייאש ח״א (חחו״מ סי׳ יג). ובשו״ת ידי דוד קראסו (סי׳ סז). ובשו״ת יבא הלוי (חיו״ד סי׳ ב). ובשו״ת הרמ״ץ (חאו״ח סי׳ טו). ע״ש. והכנה״ג (ס״ס טו) ציין לד׳ הרדב״ז ח״ד (סי׳ רד) שאפי׳ למ״ד דל״מ אומדנא להוציא ממון, מודה דמהני אומדנא להחזיק ממון. ומ״מ לדינא גם הרדב״ז ס״ל דמהני אומדנא בעלמא להוציא ממון, כשהדבר תלוי באומדן דעת הנותן או המוכר. וכנ״ל. (ועי׳ בשו״ת הרשב״ץ ח״א סי׳ צה)״.

לסיכום מוסכם מהנ״ל שעל פי אומדנא דמוכח ניתן להוציא ממון.

ה. חילוק בין אומדנא בגוף המעשה לבין אומדן דעת בכוונת המעשה

לכאורה יש לומר שיש חילוק כאשר האומדנא של בי״ד באה כדי להשלים את ידיעת הבי״ד מה קרה במציאות, שישנם פרטים חסרים או שאמירה של עדים נראית שקרית, לבין אומדנא כאשר כל המציאות ידועה והנתון היחיד שחסר זה מה היתה כוונת העושה בשעת המעשה, בסוג הראשון יש כאן חידוש שבי״ד יכולים ללכת נגד הכללים הרגילים שיש לבירור המציאות אך לגבי הסוג השני יש חובה לברר מה היתה כוונתו במכר ואין זה חידוש. אולם הרא״ש בתשובה (קז, ו) שדן במעשה שאדם טען שפרע את חובו אך לבי״ד היה נראה שמשקר, והוכיח הרא״ש שיש לבי״ד ללכת אחר אומדנא ולהוציא

ממון, חלק מראיותיו הם מאומדנא דמוכח בקנין, וכן האחרונים המשיכו בדרכו ולמדו שניתן להוציא ממון ע״י אומדנא, וז״ל הרא״ש שם:

> וכן חכמי הגמרא בכמה מקומות פסקו דבריהם באומד דעתם (ב״ב קנ,ב), גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים בקנין גמור בלא שום תנאי, אמרו שאם עמד מחליו, המתנה בטלה, לפי שאמדו דעת הנותן, שלא היה נותן כל נכסיו לאחרים אלא מפני שהיה סבור שימות, ולא היתה כונתו שימות ברעב אם יעמוד מחליו. וכן אמרו (שם ב״ב קלא): הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא, לפי שאמדו דעתו שאין אדם מניח בניו ונותן ממונו לאשתו, ולא היתה כונתו אלא מפני שיכבדוה בניו. וכן אמרו (שם ב״ב קלב): הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, ואחר כך בא בנו, מתנתו מתנה, רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה; ואמר רב נחמן: הלכה כרבי שמעון בן מנסיא, דאזלינן בתר אומדנא דדעתיה, שאלו היה יודע שבנו קיים, לא היה כותבם לאחרים.

המהרי״ק (שרש קכט) סובר שיש לחלק בין שתי סוגי אומדנות. אומדנא בשאלה מה היא כוונת הפועל בפעולתו. אומדנא אחרת היא, כאשר לא ידוע לנו מה קרה בפועל, ואנו דנים מאומד הדעת, עפ״י ההגיון, הרוב, הראיות הנסבתיות וכו׳ מה קרה. לדעתו, בי״ד יכול לאמוד אומדנות מהסוג הראשון בלבד היינו על כוונת העושה, אך לא אומדנות מהסוג השני היינו בהבנת המציאות. ואלו דבריו: ״דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרשה אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אוחר כו׳ דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומד בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותייהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה״. לכאורה מדבריו משמע שאין ללמוד מאומדנא שאנו צריכים לאמוד מה היה בלבו של האדם לבין אומדנא של הדיין מה היה המעשה, מ״מ במעשה דנן אנו דנים מה היה בלבו של הבעל כאשר ויתר על הירושה.[5]

---

[5] יש לדון כאן האם האומדנא אומרת שנעשה תנאי בקנין ׳בתנאי שתתני לי את חלקי בירושה׳ או שהאומדנא אומרת שלא נעשה קנין כלל אלא משהו פורמאלי בשביל חוקי המדינה אך באמת לא חל כלל.

ו. אומדנא במכר ובמתנה

הנה לגבי מכר נחלקו הראשונים, האם אומרים אומדנא במכר. דעת התוס' בקידושין נט: שיש אומדנא במכר. הגמרא שם מדברת על מי שמוכר אדעתא לעלות לארץ ישראל ולבסוף לא עלה. עיי"ש בסוגיית הגמרא. והתוס' (שם בד"ה דברים שבלב) שם מקשה, שעולה מן הדברים שמי שאמר בפיו, שמכירתו היא על מנת לעלות לארץ ישראל, אם לא עלה המכר יהא בטל. וקשה, הרי לא התנה כתנאי בני גד ובני ראובן. מתוך כך מסיק התוס', שישנם התניות שאינם זקוקות לתנאי בני גד ובני ראובן, ויתירה מכך ישנם אומדנות שהם כל כך ברורות שאינם צריכות אפילו דיבור מפורש. וז"ל: "ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל".

וכן כתבו שם תוס' הרא"ש והמאירי.

אולם דעת הרמב"ם שבמכר לא הולכים בתר אומדנות. וכך כתב הרמב"ם (הלכות מכירה, יא,ט): "אבל המוכר סתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואע"פ שמראין הדברים שאינו מוכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה אינו חוזר, שהרי לא פירש ודברים שבלב אינן דברים". וכן פסק השו"ע (חו"מ רז,ד). אולם הרמ"א שם פוסק כדעת התוס' ודעימיה וז"ל "הגה: מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח (תוספות והרא"ש כלל פה)" וממשיך הרמ"א שם ואומר: "וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים (הגהות אלפסי פ' אלמנה ניזונית)".

ומסביר הסמ"ע על אתר, שבמתנה גם השו"ע יודה. זאת משום שבמכר כיון שהוא מקבל תמורה, אנו מניחים שגמר ומקנה על אף שיש אומדן דעת שלא גמר בדעתו. אך במתנה שאינו מקבל תמורה הולכים לפי האומדן, האם גמר בדעתו לתת או לא.

ואכן, דעת הרמב"ם והשו"ע שיש אומדנא במתנה.

וז"ל הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה ו,א): "לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומד אע"פ שלא פירש". הרמב"ם

הולך ומונה מספר מקרים שמופיעים בש״ס שבהם הגמ׳ אומרת, שאע״פ שמדובר בלשון מתנה אומדן הדעת היא, שהכוונה היא אחרת לגמרי ופועלים על פי הכוונה המשוערת.

וכן פסק השו״ע (חו״מ רמו,א): ״לעולם אומדים דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושים על פי האומד אע״פ שלא פירש״. ובהמשך הלכות אלו כתב: ״וכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה, על המקבל להביא ראיה״. הסמ״ע שם מסביר שעל המקבל להביא ראיה, מפני שהאחים, (מדובר על מקרה שהאב נתן מתנה לאחד מבניו את כל רכושו, והאומדנא היא שלא עשאו אלא אפוטרופוס), הם המוחזקים, וזאת על אף שהבן מחזיק בשטר מתנה.

ועיין במשפטי שאול סימן כד, שם סובר הגר״ש ישראלי זצ״ל שאומדנא במתנה אין הכוונה דווקא אלו שנמנו בש״ס אלא כל מתנה לגופה, אפשר לבחון על פי הנתונים שלה האם יש אומדנא המבטלת אותה אם לאו, וכן משמע מדברי הרמב״ם והשו״ע, שפתחו בלשון כללית ואחר כך הביאו מקרים פרטיים, ולא מנו את המקרים הפרטיים בלבד.

אמנם, המאירי (קידושין מט,ב הנזכר לעיל) כותב, שאומדנא שסומכים עליה הן במכר והן במתנה צריכה להיות ״אומדנא דמוכח״. אך לשון הרמ״א היא כפי שהבאנו לעיל ״וי״א דבמתנה דברים שבלב הווין דברים״ ואומר הסמ״ע במקום, ״משא״כ במתנה דהוא בחנם, דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם״. לדעתו, אין צורך באומדנא דמוכח ודי באומדנא כלשהי.

לסיכום, על אף שנחלקו הראשונים והפוסקים בשאלה האם אומרים אומדנא במכר, מודו כולי עלמא דאמרינן אומדנא בנותן מתנה.

ז. האם יש כאן חסרון בקנין של הבעל?

עד כה דנו שלא היתה כוונת הבעל להקנות לאשה את הפיצויים, אך גם אם נאמר שהיתה כוונתו לכך יש לדון האם מהני, משום שיש לומר שיש כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם, שהרי הכסף אינו נמצא אצל הנפטרת אלא היא זוכה בו לאחר מיתתה. עוד יש לדון אף אם נאמר שנחשב כדבר שבעולם האם חל הקנין.

באי כוחה של האשה טענו, שאין חסרון של דבר שלא בא לעולם משני טעמים. א. זכות הפיצויים היא החלטית וברורה על פי החוק ואין כאן חסרון של "מי ייאמר דאתי". סכום הפיצויים ברור וידוע, ונקבע על פי טבלאות וחישובים טכניים, על כן אין בהם חסרון של דבר שלא בא לעולם. ב. אפילו שאדם אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם מכל מקום יכול להסתלק.[6]

ברור הדבר שיש סתירה בין שתי הטענות; אם יש כאן חוב גמור הסתלקות אינה מועילה, אלא הקנייה בלבד.

אם נאמר שהחוב קיים ונדון כאן מדין מכירה (ולא הסתלקות) יש לומר שהקנין לא חל:

1. הרי קי"ל שאי אפשר למכור חוב ורק מהני מכירת שטרי חוב, וצריך בזה כתיבה ומסירה, עיין שו"ע סימן סו, וצ"ב האם חוב כזה של ביטוח יכול בכלל להמכר,[7] וכאן לא נעשתה כתיבה ומסירה.

2. לכאורה הוי דבר שאינו קצוב, שבשעת הקנין לא היה ברור כלל מה סכום הפיצוי, עייין סימן ס סע' ב בדין דבר שאינו קצוב.

3. לכאורה הוי דבר שלא בא לעולם שהרי ידוע שקשה לקבל כספי פיצויים, ובכדי לקבלם אנשים שוכרים עורכי דין ונאבקים בחברות ביטוח לאורך שנים.

אם נאמר שאין כאן חוב ועדיין לא קיבלו ההורים שום זכות והבעל רוצה להסתלק, אכן צודק בא כוח האישה שמועילה הסתלקות בדבר שלא בא לעולם, וכפי שכתב הרמ"א חו"מ סימן רט: "מכל מקום יכול להתנות על דבר

---

6 היה מקום לטענה נוספת: אף אם נחשב דבשלב"ל הרי הקנה כאן נכסים קיימים יחד עם דבר שלב"ל, ואומר הרמ"א (חו"מ רט,ד): "מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, יש אומרים דדמי לקני את וחמור, כמו שיתבאר לקמן סוף סימן רי (מרדכי פ' מי שמת)". ואילו בסימן רג,י במקרה בו הקנה מעות וקרקע בחליפין והקנין לא חל על המעות מביא הרמ"א שלש דעות: י"א הואיל וחליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין, וי"א דכל הקנין קיים. וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלים ובטל אצל המעות. ובאר הסמ"ע שהשו"ע בסימן רי פוסק שקנה מחצה, ואפילו לדעה שחל על הכל זה דווקא במעות שיכולים להקנות ע"י איזה קנין אך לגבי דשלב"ל סובר הסמ"ע שלכו"ע לא חל הקנין על דבר שבא לעולם.

7 קודם מיתת המבוטח אפשר למכור את הזכויות או להעביר למוטבים אחרים אך לאחר פטירתו כבא נעשה חוב למוטבים. לדעת ר"ת בעינן שיעבוד נכסים כדי למכור חוב וצ"ב אלו נכסים משועבדים בהתחייבות של המדינה או כל חברה בע"מ.

שלא בא לעולם (טור סי״ב והמרדכי פ״ק דמציעא). וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם, הואיל ועדיין לא זכה בו (מרדכי ר״פ הכותב)״.[8]

אך במקרה דנן אין מדובר על הסתלקות אלא על הקנאה בלבד, שהרי בשעת ההקנאה בביה״ד הנוסח הנאמר על ידינו הוא: ״אני מקנה מתחייב ומודה את חלקי בירושת פלוני לאלמוני״. בנוסח זה אין אמירה של הסתלקות, אלא של קניין. וממילא אי אפשר במקרה שבפנינו לזכות את האישה מדין מחילה וסילוק.

אך יש לדון כאן בדבר נוסף - האם כספי הפיצויים מוגדרים כ״חלקי בירושת פלוני לאלמוני״? ירושה במובנה ההלכתי כוללת רכוש וחובות השייכים למוריש, העוברים ליורשיו, ואותם מקנה היורש למי שהוא חפץ. כספי פיצויים מעולם לא היו שייכים לנפטר וניתנים ליורשיו מכוח ביטוח, ומגיעים ליורשים החוקיים לפי קריטריונים הנוגעים ליורשים, ומבחינה הלכתית אינם נכללים בהגדרת ירושה וכאן כל מה שעשה הבעל זה הקנאה של חלקו בירושה, ואם אין זה כלול בירושה, זה לא כלול בקנין.[9]

לאור כל האמור,

ברור לבי״ד באומדנא דמוכח שאין בכוונת הבעל לתת את הפיצויים לאשתו, ולכל הפחות אומדנא שמהני לביטול מתנה. גם אם הבעל התכוון להקנות את חלקו בירושה לא חל הקנין על הפיצויים מהביטוח, א. אפשר דהוי דבר שלא בא לעולם ב. לא נעשה כתיבה ומסירה ג. לא ברור שהפיצויים הם חלק מהירושה.

לכן קובע ביה״ד כי:

א. צו הירושה שהוצא על ידינו בתאריך ג׳ ניסן תשס״ז ע״ש ...... בטל .

ב. להוציא צו ירושה חדש על שם .... חצי ...... חצי.

ג. הכספים שהיו בח-ן המנוחה ע״ש האישה ......

---

8 ועיין באבן העזר סימן צב.

9 כוונת הדברים לדברי המנ״ח (נא) והאו״ש (נזקי ממון ט,יא) שכופר אינו רושה אלא חיוב ישיר ליורשים ואילו קצוה״ח (תה) והחזו״א (ב״ק י,טו) סוברים שכופר הוא חיוב למת ועובר ממנו ליורשיו. אלא שייתכן והחזו״א יודה בכספי ביטוח, בפרט אם שילם בעדם בעודו בחיים והאם הוא נחשב לקנין מחיים ועי׳ מל״מ מלוה ולוה כא,א. (הערת עורך)

הרב אריאל בר-אלי
ר"מ בישיבת ההסדר
ודיין ביה"ד לדיני ממונות, שדרות

נזילה בדירה שכורה[1]

חיים - התובע

לבין

דוד - הנתבע

טענות בעלי הדין

טענת התובע

שכרתי דירה מדוד. לאחר כשבעה חודשים מתחילת השכירות קבלתי חשבון מים גבוה ביותר. התקשרנו לדוד, ובעל מקצוע גילה שישנו צינור גינה שהתקלקל. דוד תיקן אותו על חשבונו. בינתיים הלכו לאבוד כמויות גדולות של מים, החשבון הוא על סך 1600 ש״ח, לאחר הנחה שילמנו 800 ₪.

אני תובע מדוד לשלם סכום זה כיון שההפסד נגרם כתוצאה מליקוי בצינור השייך לדירתו, ואחריותו היא להעמיד לנו דירה תקינה.

טענת הנתבע

אני לא צריך לשלם ממספר סיבות:

1. חשבון המים על שמם בלבד וממילא אחריות המים עליהם.
2. בזמן מסירת הדירה הצינור היה תקין ורק לאחר זמן, ייתכן שהשוכר עצמו בלא לשים לב פגע בצינור מחמת עידור וכד׳.
3. ייתכן גם מחמת בלאי, אך בחוזה כתוב שעל השוכר ״להחזיק את הנכס המושכר״ וזה כולל את הגינה. אם השוכר היה מטפל בגינה כראוי היה מגלה את הנזילה.

[1] פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות, שדרות.

4. כמו כן כיון שהם יצאו מהבית היו צריכים לסגור את הברז הראשי, כך אני נוהג בעצמי.
5. לסכום, כיון שתיקנתי את הצינור כשנדרשתי לכך, אין אני צריך לשלם את ההפסד הכספי מחמת אובדן המים.

פסק הדין

1. **המשכיר חייב לתקן את הקלקול בצינור כפי שאכן עשה.**
2. **המשכיר פטור מתשלום על הפסד המים של השוכר.**

בירור פסק הדין

בנדון שלפנינו יש לדון על שני עניינים:

א. על מי מוטלת חובת תיקון הצינור?

ב. מי צריך לשאת בהוצאות הפסד המים?

חובת תיקון הצינור

חובת תקון הצינור מוטלת על המשכיר, שהרי הלכה פסוקה בשו״ע (שיד,א):

> המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו, ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול. וכן אם נפחתה המעזיבה והתקרה בד׳ טפחים, חייב לתקנה; וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות.

תיקון צינור המשמש את השוכרים גם הוא בכלל מעשה אומן בדברים הנחוצים לתפקוד הבית. בנדון דידן המשכיר תקן את הצינור על חשבונו ועשה כהלכה.

על מי לשאת בעלויות המים

המים הנמצאים בצינור הם בבעלות השוכר, שהרי הוא המזמין את המים ומשלם עבורם, על כן החיוב הישיר על תשלום המים מוטל על השוכר. אם קיים חיוב על המשכיר, הוא חיוב עקיף מדין מזיק.

במקרה שלפנינו נראה שהמשכיר אינו צריך לשלם על הוצאות הפסד המים של השוכר. כיון שהוא לא קלקל את הצינור בידיו, וייתכן שהקלקול אירע מסיבה שאירעה אצל השוכר.

גם אם סיבת הקלקול בצינור היא מחמת בלאי, הרי לא מדובר בדבר שאירע מיד עם תחילת השכירות אלא שבעה חודשים לאחר מכן, נמצא שהמשכיר סיפק לשוכר צינור תקין. גדולה מזו מצאנו בשו״ת הרשב״א (ח״ב נג), מבואר שם באדם שהשכיר לחבירו בור לשים בו חטים ונמצא שהיה חור בבור כבר מתחילת השכירות וכתוצאה מכך החיטים נפסדו. לדעת הרשב״א בעל הבור פטור מלשלם את הפסד החיטים שאין זה אלא גרמא בעלמא. הרשב״א מסביר שאין כאן גם דינא דגמרי, משום שהנזק לא בא באופן ישיר על ידי מעשה של המשכיר, וכן לא בסמיכות זמן למעשהו של המשכיר. כך המצב גם בנדון דידן.

אומנם ישנם מצבים בהם המזיק בגרמא, חייב לצאת ידי שמיים. אך בנדון שלפנינו נראה שאין גם חובה לצאת ידי שמיים, מכמה טעמים:

אין ודאות שהשוכר עצמו לא גרם לנזק, ויתכן עוד שערנות גבוה שלו היתה מונעת את הנזק או מצמצמת אותו באופן ניכר. גם אם מקור הנזק הוא בלאי טבעי, המשכיר לא ידע על הדבר, ואין לראות במעשהו התרשלות, ובוודאי לא כוונה לגרום נזק.

על כן המשכיר פטור מלשלם על עליות המים.

האמת והשלום אהבו

הרב דרור טויל **הרב דוד פנדל** **הרב אריאל בר-אלי**

הרב אריאל בר-אלי

מכונית שנמסרה לבדיקה וניזוקה

בענין שבין

יוסף - התובע

לבין

חיים - הנתבע

עובדות מוסכמות:

יוסף בעל מכונית מסוג טויוטה נתן את מכוניתו לחיים. בין הצדדים הוסכם שהרכב יהיה אצל חיים למשך סוף השבוע, מליל חמישי. במידה וחיים מעונין בקניית הרכב אינו צריך לשלם דמי שכירות עבור ימי השמוש, אך אם אינו מעונין לקנות את הרכב, יצטרך לשלם דמי שכירות עבור ימי השמוש ברכב. ביום שישי חיים השאיל את הרכב לאוהד ובנסיעה שנסע אוהד אירע קלקול ברכב.

כעת, חיים אינו מעונין לקנות את הרכב.

טענת התובע:

לרכב לא היו בעיות כל שהם, שבועיים קודם לכן הוא עבר טסט. מבחינתי, ברגע שדווח לי שיש בעיה ברכב דאגתי לגרירה ותיקון אצל בעל מוסך שאני מכיר וסומך עליו, הן מבחינה מקצועית והן מבחינת המחיר. עלות התקון היא 1850 ש"ח.

(התובע צירף מסמכים מהמוסך "שרות א.א לרכב" שבו תוקן הרכב. במסמכים אלו ישנו תיאור של פרטי הקלקול, כמו כן חשבונית המפרטת את עלויות התקון).

לשם ההגינות אני מוכן לספוג 300 ₪ משום שבעל המוסך איבחן שהקילקול נגרם מבלאי של המיסבים. אולם אם הנהג היה עוצר הוא היה חוסך את

התיקון הגדול ואז עלות התיקון הייתה רק 300 ₪.בלבד. סכום זה אני זוקף לחובתי, אך את היתרה בסך 1550 ש"ח אני תובע מחיים שקבל ממני את הרכב תקין.

טענת הנתבע:

כאשר נסעתי ברכב בפעם הראשונה שמעתי רעש מכיון הגלגלים, אך חשבתי שזו בעיה של חוסר אויר בגלגלים והלכתי למלא אויר. בנוסף בקשתי מחבר שהוא מכונאי רכב לשמוע את הרעש והוא לא התרגש מכך. לכן לא ראיתי צורך להודיע ליוסף שיש בעיה ברכב. אני מבין שבסמכותי להרשות לנהגים אחרים לנסוע ברכב ולכן השאלתי לאוהד. מבחינתי כל מה שאוהד מספר מקובל עלי.

לגבי התיקון , דיברתי עם החבר שלי שהוא מכונאי וגם בעל הרכב מתקן אצלו, והוא הסכים לתקן את הרכב בעלות כוללת של 1200 ₪. לכן גם אם אני צריך לשלם על הקלקול איני חייב אלא 900 ש"ח. (לאחר ניכוי 300 ש"ח שיוסף לקח על עצמו).

תשובת התובע:

אני שוחחתי עם חיים עוד קודם שגררתי את הרכב למוסך והסברתי לו שאין לי אפשרות להמתין עד שמכונאי הרכב יתפנה (מדובר על עוד יומיים) לכן הלכתי למוסך רגיל.

עדות הנהג:

שני הצדדים מאמינים ומקבלים על עצמם את עדות אוהד שנהג ברכב בזמן הקלקול.
כבר בתחילת הנסיעה נשמע רעש חריג ולא מצוי, אך החלטתי להמשיך ליסוע וכן הרעש פסק. בהמשך הנסיעה קרוב לאשקלון נשמע קול פיצוץ, ובאחיזת ההגה הורגש שינוי. חניתי בצד הדרך ולא נראה שום דבר מיוחד אלא שהיה ריח של דבר שנשרף. החלטתי להמשיך ליסוע גם בגלל שמסוכן להשאיר רכב בצד הדרך. ואז בצומת אשקלון מיד בסיבוב הייתה טלטלה גדולה ורעש חזק, עצרתי בצד הדרך והתגלה לי שהגלגל יצא ממקומו,המשכתי עוד כמה מטרים והחנתי את הרכב שם.

בירור הדין: לנתבע יש דין שוכר

א. על פי הסיכום לחיים יש חובה לשלם דמי שכירות על הימים שהרכב היה ברשותו (מכיון שלבסוף החליט לא לקנות את הרכב). לכן יש לו דין שוכר אשר חייב בכול ופטור רק מאונסים.

ב. חיים השאיל את הרכב לאוהד, וזה מקביל להלכה של שומר שמוסר לשומר. לכתחילה היה אסור לחיים להשאיל לאנשים אחרים ללא רשות מפורשת של יוסף. דין זה נתבאר בשו"ע (שז ד'): "אין השוכר בהמה או מטלטלים רשאי להשכיר לאחר; ואם השכיר לאחר, דינו כדין שומר שמסר לשומר אחר". אע"פ שסעיף זה עוסק בשוכר "שהשכיר" לאחר ה"ה גם אם "השאיל" או מסר בכל צורה של שמירה. אולם אף שההשאלה הייתה ללא רשות אין בכך להשפיע על הדין, אין אנו רואים את עצם המסירה כפשיעה המחייבת לשלם, אך כל חיוביו של השומר הראשון קיימים גם לאחר שהחפץ נמצא אצל השומר השני. (שו"ע רצא,כא וכו, ובש"ך סקמ"ז ובקצה"ח סקי"ג).

הנזק נגרם בפשיעה

השוכר חייב בגניבה ואבידה ואינו פטור אלא באונס וגם אז וצריך שבועה או עדות על האונס כדי לפוטרו. השוכר לא יכול להשבע על כך שהרכב נזוק באונס. משום שלא היה מצוי ברכב בזמן שאירע הקלקול, מנגד שני הצדדים קיבלו על עצמם את עדות הנהג ולכן אין כאן צורך בשבועה, והכל תלוי איך להתייחס להחלטה של אוהד בזמן שארע הנזק לרכב.

הערכת בה"ד שהאופן שאירע הנזק הוא קרוב לפשיעה או לפחות אונס כעין אבידה, משום הצרוף של הרעשים יוצאי דופן כבר בתחילת הנסיעה. והפיצוץ שנשמע והריח השרוף הם סימנים מובהקים לבעיה ולכן היה צריך לעצור את הרכב. ההחלטה להמשיך בנסיעה אינה סבירה ומתברר למפרע שהיא גרמה את הנזק המרכזי (הנתבע קיבל את הערכת המוסך). הסבר הנהג שהוצרכו להמשיך בנסיעה למניעת סכנה אינו מניח את הדעת. בנסיבות אלו שוכר חייב לשלם! (חו"מ שז,א).

ג. בענין שומת הנזק, לאחר בירור שעשה בה"ד עם בעל מקצוע עולה שהתשלום שגבה בעל המוסך עבור תקון הרכב הוא סביר. נכון שאפשר היה

להמתין כמה ימים ולתקן בזול יותר אך הסברו של יוסף שהשבתה של מספר ימים של הרכב תגרום לו נזק, היא טענה מתקבלת ונשמעת.

ד. בפסק הדין הנ"ל נדונה תביעת הבעלים מהשוכר לשלם עבור הנזק, לא נדונה בו אפשרות תביעת השוכר מהשואל לשלם עבור הנזק.

פסק הדין:

חיים חייב לשלם ליוסף סך של 1550 ש"ח עבור תקון הקלקול ברכב בתוך שלושים יום.

חיים חייב לשלם דמי שכירות על סך 300 ש"ח בתוך שבוע ימים.

האמת והשלום אהבו

הרב דרור טויל **הרב דוד פנדל** **הרב אריאל בר-אלי**

הרב אריאל בר-אלי

תיקון חוזר לפלאפון

בעניין שבין

גבי - תובע

לבין

משה - נתבע

העובדות:

משה (להלן הנתבע) הביא לגבי (להלן התובע), בעל עסק למכשירי חשמל וטלפונים ניידים, את מכשיר הטלפון הנייד שלו ע״מ לתקנו. במכשיר הטלפון היה סדק שנראה ע״ג המסך. המכשיר תוקן והנתבע שילם 200 ₪. לטענת הנתבע כבר בערב באותו יום שנתקבל המכשיר אצלו בחזרה מהתיקון, החלו להיראות ע״ג המסך רצודי צבע. הנתבע חזר והפקיד את המכשיר בידי התובע ע״מ לתקן בעיה זו.

התובע בידיעת הנתבע שלח את המכשיר לתיקון אצל מומחה. לטענתו הוא ביקש מהנתבע את הסכום ששילם למומחה כיוון ששילם מכספו למומחה.

הנתבע סירב לשלם כיון שלדעתו כבר שילם על תיקון, לבסוף הסכימו שישלם 100 ₪ נוספים והוא שילם. הנתבע קיבל את המכשיר בחזרה והוא פעל באופן תקין כשיצא מן החנות, לטענת הנתבע המכשיר פעל באופן תקין רק שלושה ימים, לאחר מכן נוצרה בעיה שמסך המגע לא תיפקד.

הנתבע החזיר שוב את המכשיר לתקון, המכשיר תוקן והתובע דרש 130 ש״ח, עבור החלפת החלק של מסך המגע. יש לציין שמדובר בחלק נוסף ולא המסך עצמו שכבר תוקן קודם לכן. הנתבע סירב בטענה שהתקון הוא באחריות התובע ואינו צריך לשלם, לאחר ויכוח הוא הסכים לשלם רק 50 ₪, והם לא הגיעו לידי הסכמה.

הנתבע נטל את המכשיר מהחנות ולא שילם בינתיים על התיקון.

הטענות:

התובע: דורש 130 ש"ח עבור תקון מסך המגע או לחילופין את החלק שהוחלף בחזרה. הקלקול שקשור למסך מגע אינו כלול באחריותו, כיון שהמכשיר יצא מן החנות תקין והקלקול אירע לאחר זמן, אין זה כלול באחריותו, זהו קלקול בפני עצמו.

הנתבע: אינו מסכים לשלם או להחזיר את החלק, לטענתו כל הקלקולים מלבד הסדק אירעו מחמת התובע ולכן הם באחריותו. אע"פ שנאות לשלם את התיקון השני, אך את התיקון השלישי אינו מוכן לשלם.

בירור הדין:

א. ישנו ויכוח היכן ניזוק הפלאפון האם אצל גבי או משה? לעניין זה אין זה חשוב אם משה עצמו עסק בתיקון או שלח אותו למומחה אחר בכל מקרה האחריות במקרה זה על משה.

ב. בנדון דידן, גבי אינו יכול לעון בוודאות שמשה הזיק למכשיר, הרי הוא לא ראה זאת!

שיטת הסמ"ע (עה ס"ק מט), שגם ידיעה שאינה חושית אלא ע"פ שקול דעת, דינה כטענת בריא, ומועילה אפילו לתפיסת ממון, נראה שגם לדבריו אין לראות בטענה בנדון דידן, טענת בריא. טענה על פי שיקול הדעת היא דווקא כאשר שקול הדעת אצל הטוען הוא בבחינת נסיבות שכמעט מכריחות את המסקנה, אך בנדון דידן גם הסמ"ע יודה שאין כאן בסיס מספיק לטענה שהרי גם הנתבע עצמו טען שהמכשיר פעל במשך שלושה ימים, וייתכן שהקלקול אירע מסיבות אחרות (ועיי"ש בש"ך ס"ק סד שנחלק על הסמ"ע).

יתירה מזאת, המכשיר עצמו הגיע למתקן במצב שיש בו קלקול ידוע, היה סדק במסך מחמת מכה שהמכשיר קיבל, א"כ בהחלט ייתכן שהקלקול האחרון הוא תוצאה עקיפה של פגיעה זו במכשיר.

כמו כן מצאנו בהלכה בעניין טענת מקח טעות, שכלל גדול הוא שכשיש ספק היכן אירע הפגם, כל שנמצא הפגם ברשותו עליו להביא ראיה. לכן אם נתגלה המום כאשר החפץ כבר ברשות הקונה, הקונה צריך להביא ראיה שהמום אירע אצל המוכר, וכל שלא הביא ראיה עליו לשלם גם אם עדיין לא שילם ולא אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה (שו"ע חו"מ רכד,ב, ורלב,יא).

ד. אנו דוחים את דרישת משה תובע לקבל את חלק המסך מגע בחזרה. יש להניח שהוא היה מעוניין להקנות לנתבע חלק זה במסגרת התיקון והנתבע מעוניין לקנות. כיון שהטלפון הגיע לידי הנתבע הרי נעשה בעלים על החלק הנ״ל אלא שנתחייב לשלם לתובע.

החלטה

על הנתבע משה לשלם סך 130 ש״ח לתובע גבי.

התשלום יתבצע תוך 7 ימים ממתן פסק הדין.

והאמת והשלום אהבו

הרב דרור טויל **הרב דוד פנדל** **הרב אריאל בר-אלי**

הרב אריאל בר-אלי

ביטול חוזה שכירות דירה

התובע: אלי

הנתבע: דוד

העובדות (מוסכמות על שני הצדדים):

אלי שכר דירה מדוד לפרק זמן של 12 חודשים, הוא אמור לפנות את הדירה בתאריך 31 באוגוסט 2011. כחודשיים לפני תום תקופת השכירות אלי עזב את הדירה. עוד קודם לכן הוא הפקיד בידי המשכיר צ׳קים דחויים בסכום הנותר מחובו עד לתום תקופת השכירות, ערך הצ׳קים הוא של שני חודשי שכירות.

טענות בעלי הדין:

טענת התובע:

יצאתי מהדירה לפני תום תקופת השכירות מחמת שהיו בדירה בעיות של סרחון מהביוב כמו כן ריח שתן. מלבד זאת בתקופת החורף לא היה ניתן לישון בחדר שינה מחמת רטיבות, בשל כך נאלץ לצאת מחדר השינה. הודעתי למשכיר על בעיות אלו עוד בתקופת החורף, אם כי לא אמרתי לו שבכוונתי לצאת מן הדירה. הענין היה בלתי נסבל מבחינתי לכן יצאתי מן הדירה חודשיים לפני תום תקופת השכירות. אני תובע את הצ׳יקים שנתתי בחזרה.

טענת הנתבע:

התובע יצא מן הדירה בלי הודעה מוקדמת. את הדירה הוא קיבל בתיווכו של חבירו שדר בדירה קודם לכן ולא התלונן. הוא נכנס לדירה ובדק לפני שהוא שכר. ביחס לטענת הריח, כיון שאני דר בדירה מעליו אילו היתה בעיה כזו אצלו היתה היא צריכה להזיק גם לי, לכן לדעתי אין דבר בטענותיו. אני דורש שישלם לי עבור החודשים עד תום תקופת השכירות או לחילופין

שימצא שוכר אחר באותם התנאים. (התובע טוען שאינו יכול להמליץ על הדירה בפני אחרים כיון שהוא חושב שהיא גרועה).

בית הדין הציע פשרה זמנית שהשוכר ישלם עבור שבועיים מתוך שני החודשים, על מנת לאפשר למשכיר למצוא שוכר במקומו. פסק הדין סופי יינתן בהתאם לנסיבות אם יתחדשו.

לאחר כחודש מהדיון הראשון לא נמצא שוכר חילופי, פסק הדין להלן ניתן כפסק סופי בענין זה.

בירור הדין:

במקרה שלפנינו השוכר יצא עוד קודם תום תקופת השכירות שהוסכמה בין שני הצדדים. בחוזה שלפנינו לא הוזכר סעיף בנדון זה, אך הלכה פסוקה היא בשו״ע חו״מ (שיב,ז) ששוכר שיצא בלא הודעת מוקדמת המאפשרת למצוא שוכר אחר, חייב לשלם:

כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעיירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי; ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר. הגה: או יעמוד לו אחר במקומו. ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו", ובספר קצות החושן הוסיף שהשוכר צריך לשלם את כל השכירות לגבי טענת השוכר שהוא יצא מן הבית מחמת שלא נתאפשר לו לדור בסיבת סרחון העולה מן הביוב, מצאנו מחלוקת הפוסקים לגבי שוכר שהפסיק את שכירותו באמצע הזמן בסיבת אונס. כתב הרמ״א (שלד,א):

> מי ששכר בית לדור בו, ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות, מיהו יש חולקין, לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי.

אולם במקרה שלפנינו נראה כיון שמדובר בפגם שניתן לתקנו נראה שאין זה מוגדר כאונס והיה על השוכר לדרוש מהמשכיר לתקן זאת.

השוכר טוען שהוא אמר למשכיר, אך לא היתה כאן אמירה ברורה שהמשך השכירות מבחינתו תלוי בכך.

יש להוסיף כי בית הדין ערך סיור במקום ולא נמצא שום דבר חריג.

יש לציין שבידי המשכיר נמצאים צ'קים מן השוכר עבור חודשי השכירות הנדונים, ואם כן ניתן להחשיב צ"ק ככסף מזומן (יש להאריך בנקודה זו אבל אין כאן מקומו) ואז קיבל המשכיר את שכרו, והרי הכריע הרמ"א למעשה שבמקום שהמשכיר קיבל את השכר כולו אינו צריך להחזיר דבר לשוכר.

המסקנה היא שהשוכר צריך לשלם עבור החודשים הנותרים עד תום תקופת השכירות.

ענין נוסף שיש לדון בו הוא לגבי תשלום המים. היות ומדובר ביחידת דיור המחוברת לדירה של המשכיר והחשבון המשותף מגיע יחד. לכן הצדדים סיכמו ביניהם שאת המים יחלקו ביניהם באופן שהשוכר משלם 45% מערך החוב והמשכיר 55%.

בסעיף 7א' בחוזה נכתב בלשון זו: "מחוייבות זו תקפה גם אם יחליטו השוכרים לפנות את הדירה ו/או ימסרו החזקה עליה לידי המשכירים לפני תום תקופת השכירות."

לפ"ז לכאורה על השוכר לשלם את המים גם עבור החודשיים שכבר לא היה בדירה.
אך דבר זה משולל כל הגיון שהשוכר יממן את צריכת המים של המשכיר!

נראה שעיקר כוונת סעיף זה מתייחסת לתשלומים שיגיעו לאחר שעזב השוכר את הבית כלפי הזמן שהוא אכן נהנה בפועל במים בגז ובטלפון. אך בנדון דידן כל צריכת המים היתה בסיבת המשכיר, לכן אין נראה לחייב את השוכר עבור המים בחודשים אלו.

לסיכום נראה שהשוכר צריך לשלם למשכיר תשלום מלא עבור החודשים שנותרו עד תום תקופת השכירות. במידה ויימצא שוכר אחר במקומו, אינו צריך לשלם אלא עד כניסת השוכר השני. מלבד זאת יש לו חובה לשלם על המים והחשמל שהוא השתמש בהם בזמן שהיה בדירה ולא מעבר לכך.

פסק דין:

השוכר צריך לשלם למשכיר את תשלום השכירות הקבוע עד תום תקופת השכירות.

השוכר ישלם את חשבון המים והחשמל במשך שהותו בדירה.

הרב מאיר ברקוביץ

קריאת התורה במנחה של יוה"כ

א. קריאת התורה במנחה ביוה״כ בפרשת עריות. וצ״ב בטעמא דמילתא.

ב. ועי׳ רש״י מגילה (לא,ב) ״וטעמא דקורין בעריות לפי שנפשו של אדם מתאוה להן וצריך לקדש עצמו מהן״. ובתוס׳ שם: ״במנחה קורין בעריות - לפי שהנשים מקושטות בשביל כבוד היום לפיכך צריך להזכירם שלא יכשלו בהן, ובמדרש יש שלכך קורין בעריות לפי שישראל עושין רמז להקב״ה שכשם שהזהיר אותם שלא לגלות ערוה כך לא תגלה ערותם בעונותם״.

ג. ידוע ספקו של הגרעק״א (שו״ת סימן כד):

> נסתפקתי ועובדא הוי, במי שהיה מוטל על ערש דוי בסכנת מות, והרופא צוה לו לאכול ביוה״כ, והיו מתפללים בחדרו וקראו אותו לתורה ולא נסתפקתי בזה וצויתיו לעלות, כי בפשוטו הקריאה ביוה״כ מחמת קדושת היום, כמו בשאר יו״ט ושבת וא״כ גם מי שאינו מתענה יכול לעלות, ואך היה רוצים לקרות אותו גם במנחה ובזה נסתפקתי, אם קריאת התורה במנחה הוי משום תענית אלא דבשאר תענית קוראים ויחל וביוה״כ קוראים בפ׳ עריות וא״כ אינו מתענה א״י לעלות, או דגם קריאה זו מחמת קדושת היום, לקרות גם במנחה כמו בשבת ויכול גם אינו מתענה לעלות וצ״ע לדינא.[1]

נמצא שרעק״א הסתפק האם קריאה זו שייכת ל׳תענית׳ שביוה״כ או ל׳שבת׳ שביוה״כ.

ד. ועי׳ מרחשת שרצה להוכיח מכך שקוראים הפטרה, שקריאה זו שייכת לתענית ולא ל׳שבת׳ אך מצינו שבימי חז״ל קראו בכתובים בשבת במנחה.

ה. י״ל שספק זה תלוי במחלוקת אודות נוסח ברכת ההפטרה: עי׳ שולחן ערוך (אורח חיים תרכב,ב): ״ומוציאין ספר תורה וקורין שלשה בפרשת עריות עד סוף הפרשה, והשלישי מפטיר ביונה ומסיים: מי אל כמוך, ומברך

---

[1] להעיר מדברי החת״ס בתשובה מט, שבור שדברי מהרי״ק, שהם מקור דברי השו״ע שמי שאינו מתענה אינו עולה לתורה נאמרו רק לתענית בה״ב, שהיום אינו יום תענית בעצמותו, אך בתעניו הקבועות שי בהם תקנת קריאת התורה ולכן גם מי שאינו מתענה שייך בזה, ועוד שאף אם אכל כעת הוא מתענה, בפרט שיש עינויים נוספים פרט לאכילה ושתיה.

לפניה ולאחריה; ואם חל בשבת מזכיר בה של שבת, וחותם בשל שבת. הגה: ואין אומרים: על התורה ועל העבודה, במנחה. (הגהות מיימוני סוף הלכות י"כ ומהרי"ל ומנהגים והגהות מרדכי)".

ובהגהות מיימוניות הלכות שביתת עשור:

"המפטיר במנחה פסק ראב"ן שמסיים מגן דוד ואין אומרים על התורה ועל העבודה כו' שהרי כבר פסקה העבודה ובירך עליה שחרית. ואינו חותם במנחה אלא כבשאר תענית צבור. אבל רש"י כתב שטעו אותם שאמרו שאין להזכיר על התורה במנחה ודימוהו לשאר תענית צבור ואדרבה יש להזכיר ולחתום כמו שחרית ואם שבת הוא מזכיר גם של שבת דאמרינן בפרק במה מדליקין דלית הלכתא כרב אחדבוי דאמר יו"ט שחל להיות בשבת אין צריך להזכיר יו"ט המפטיר במנחה כו' אלא כריב"ל דאמר יום הוא שנתחייב בארבע תפלות כדאיתא התם ואין שייך לומר כאן טעם שאלמלא יום הכפורים אין נביא במנחה בשבת כדאמר רב גידל התם גבי ר"ח שחל להיות בשבת דהכא כיון דאיכא נביא שחרית שנתחייב בה לחתום בקדושת היום ולהזכיר של שבת ויום כפור שייך לומר טעם דריב"ל דאמר יום הוא שנתחייב בארבע תפלות. וכן כתבו התוספות שם וכן משמע מתוך דברי רבינו המחבר שכתב חותם לעולם בקדושת היום כמו שחותם בתפלה".

ובשם הגריד"ס מובא שיש חילוקי מנהגים אם לקרוא קריאה זו בניגון של ימים נוראים או של כל קריאות השנה. (ולהעיר שיש מי שכתב שלא קוראים בניגון של ימים נוראים, כדי שלא יחשדו שנכשלים ב'בוכה למשפחותיו').

ו. ביסוד העינויים ביוה"כ יש לעיין בלשונות הרמב"ם (הלכות שביתת עשור פרק א):

[א] מצות עשה לשבות ממלאכה בעשור לחדש השביעי שנאמר (ויקרא טז) שבת שבתון הוא לכם...

[ד] מצות עשה אחרת יש ביום הכפורים והיא לשבות בו מאכילה ושתייה שנאמר (ויקרא טז) תענו את נפשותיכם, מפי השמועה למדו עינוי שהוא לנפש זה הצום, וכל הצם בו קיים מצות עשה...

[ה] וכן למדנו מפי השמועה שאסור לרחוץ בו או לסוך או לנעול את הסנדל או לבעול, ומצוה לשבות מכל אלו כדרך ששובת מאכילה ושתייה שנאמר שבת שבתון שבת לענין אכילה ושבתון לענינים אלו....

ז. הרמב"ם לא מזכיר ענין עינוי או סיגוף אלא שביתה מאכילה ומדמה שביתה ממלאכה ושביתה מאכילה והלא דבר הוא. וכבר נתבאר עומקם של דברים בדברי הרב הוטנר בפחד יצחק, יום הכיפורים (מאמר א אות יא) וז"ל:

> ...ובודאי שבהלכות תעניות לא ייתכן לומר שהתענית משתייכת לשביתה... [ואילו] צום יום הכיפורים אין סוף עניינו סיגוף לשם המעטת כוחות הגוף כדרך שמצינו בתענית צבור אלא שסוף עניינו הוא שביתה ממעשה האכילה... תענית מדרכי התשובה הוא משום דתענית הוא בניגוד לצרכי הגוף וצום יום הכיפורים הוא משום דאכילה אינו מצרכי הנפש.

ח. והנה, כך באר האור שמח (הל' עבודת יוה"כ פ"א ה"ד) את פשר דרישתו של הרמב"ם שביוה"כ שחל בשבת – כהן גדול יקריב אף את מוספי השבת, אף ש'מקרה הוא' שבא בשבת. והוכיח האו"ש מפסחים נט: שיש מיזוג בין שתי קדושות וא"כ יו"כ ושבת מתמזגים לענין אחד – ואף שבת זו מחייבת תענית ויוה"כ מחייב במוספי שבת. ונפ"מ מכך למעשה:

> וכן נ"ל דקדושת יוהכ"פ חיילא על שבת ג"כ, להקדישו בשבות מכל אכילה, דקדושת יוהכ"פ גם לשבת אהני שיוקדש בענות נפש, ולכן ביוהכ"פ שחל בשבת וחולה שיש בו סכנה שצריך לאכול מורה אני דלא מקדש גם על שבת, דזה קדושת שבת אז שלא לאכול בו, ופשוט (ולא כפי שהסתפק רע"א בגליון השו"ע).

וצריך להבין: אף שיש מציאות של מיזוג קדושות, עינוי וסיגוף סותרים לענין הענג שבשבת? רק אם נגדיר העינויים ביו"כ כפי שכתב הרב הוטנר יש צד להבין שקדושת השבת מחייבת להימנע מאכילה.

ט. וביתר עומק - בסידור רבי שלמה מגרמייזא מצאנו הגדרה חדשה לסעודה מפסקת:

> ואני הסופר אומר כך שלכך אמרו חכמים כל האוכל ושותה בו וכו' לפי שכתוב ועיניתם את נפשותיכם בתשעה לחודש בערב כלומר שיתחיל תענית של יום הכיפורים בתשעה לחודש בערב ואם היה מתענה אפילו תשיעי ועשירי בלא הפסק לא היה נראה שמתחיל תענית יום הכיפורים לא מיום הכיפורים עצמו כשאר תעניות דאמרינ' כשנגמר תענית תשיעי התחיל תענית יום הכיפורים אבל עכשיו כשאוכל ושותה בתשיעי

להתענות בו ביום מערב מבעוד יום, שהיכירא מעליא להתענות יום הכיפורים...מדעתי.

ודומה הדבר ללשון הרמב"ם בטעם שגזרו חז"ל איסור מוקצה – דאל"ה מי שאין לו מלאכה וכו' נמצא שלא שבת שביתה הניכרת. הרי ששביתה בעי היכר.

י. מעתה תובן ההו"א בספרא (אחרי מות פרשה ה): "ומנין שיום הכיפורים אסור באכילה ובשתייה וברחיצה ובסיכה ובנעילת הסנדל ובתשמיש המיטה תלמוד לומר שבתון שבות, יכול תהא שבת בראשית אסורה בכולם תלמוד לומר הוא, הוא אסור בכולם ואין שבת בראשית אסור בכולם" שבכל שבת יש מקום לאיסור אכילה.

יא. ידועה אימרתו של היהודי הקדוש שמפאת החולשה היה מבטל כל התעניות פרט ליום הקדוש ויום המר. יום המר – כי מי יכול לאכול ויום הקדוש – כי מי צריך לאכול. (וכנ"ל).

יב. נמצא שענייננו של יוה"כ כמבואר בפרקי דרבי אליעזר (פרק מה) להדמות למלאכי מרום: "ראה ס"מ שלא נמצא בהם ביום הכפורים חטא אמ' לפניו רבון כל העולמים יש לך עם אחד כמלאכי השרת שבשמים מה מלאכי ישראל אין בהם אכילה ושתיה כך ישראל אין להם אכילה ושתיה ביום הכפורים, מה מלאכי השרת שלו"ם ביניה"ם יחפי רגל ביום הכפורים כך ישראל יחפי רגל ביום הכפורים, מה מלאכי השרת אין להם קפיצה כך ישראל עומדים על רגליהם ביום הכפורים, מה מלאכי השרת שלום ביניהם כך ישראל שלום ביניהם ביום הכפורים, מה מלאכי השרת נקיים מכל חטא כך ישראל נקיים מכל חטא ביום הכפורים. והב"ה שומע עתירתן של ישראל מן הקטיגור שלהם ומכפר על המזבח ועל המקום ועל הכהנים ועל כל הקהל מקטון ועד גדול ועל כל עונותיהם של ישראל ועל כל העם".

ומכאן למנהג ללבוש קיטל ביום זה. ומובן שאין למלאכים צורך באוכל והם הם הדברים.

יג. על מהות המלאכים ניתן ללמוד מדברי הגמ' שבת (פח,א): "אמר רבי אלעזר: בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע יצתה בת קול ואמרה להן: מי גילה לבני רז זה שמלאכי השרת משתמשין בו? דכתיב (תהלים קג) ברכו ה' מלאכיו גברי כח עשי דברו לשמע בקול דברו, ברישא עשי, והדר לשמע". ציות – ללא בחירה.

יד. יום בשנה אוחזים אנו בכח המלאכים 'מפירים' את האיזון בין הרוחני לגשמי שבנו. וכדברי המהר"ל, דרשה לשבת תשובה:

> וכן כל המצות שצוה השם יתעלה ביום הגדול והקדוש הכל לסלק הגופניות שבאדם עד שהוא כמו מלאך לגמרי ולפיכך ציוה לענות נפשו....

טו. ועוד מאפיין את המלאכים – כשם שהם נטולי בחירה כך הם נטולי יצר הרע וכתב בשו"ת מהר"י ווייל סימן קצב (עפ"י יומא כ,ב):

> ומש"ה אין השטן דהיינו יצר הרע שטן דכתיב ימים יוצרו ולו אחד בהם והיינו יגער השם בך השטן. השטן בגימטריא שס"ד וכיון שאין בו יצר הרע אוי לו שמתפתה לעשות חטא עונשו כפול. ובחיבת ה' את ישראל נתן להם יום זה לכפרה דאין יצר הרע שולט בו דבקל יש לעשות תשובה ביום זה.

אין לנו אפשרות להיות מלאכים ואין זה רצונו של מקום. אחרי יוה"כ חוזרים אנו ל'והארץ נתן לבני אדם'. כמו 'רגע' לפני – כדאי לקרוא בפרשת עריות – שנפשו של אדם מחמדתן, ובשעה זו שאין היצר שולט יש יותר מקום לציווי להיקלט בעומק נפשינו. ואולי הם הם דברי הראשונים (רש"י ותוס' שבראש דברינו).

טז. לסיום לכשנעיין בעשרת הדברות שבפ' יתרו לעומת פ' ואתחנן – לפי באור המהר"ל, נמצא שדוקא בפסוקים שבפ' ואתחנן (שיש סוברים שהם הם הכתובים בלוחות שניים שניתנו ביוה"כ) יש יותר התייחסות לתאוה:

בפ' יתרו (שמות כ,יג) נאמר:

> לֹא תַחְמֹד בֵּית רֵעֶךָ לֹא תַחְמֹד אֵשֶׁת רֵעֶךָ וְעַבְדּוֹ וַאֲמָתוֹ וְשׁוֹרוֹ וַחֲמֹרוֹ וְכֹל אֲשֶׁר לְרֵעֶךָ.

לעומת הכתוב בפ' ואתחנן (דברים ה,יג):

> וְלֹא תַחְמֹד אֵשֶׁת רֵעֶךָ וְלֹא תִתְאַוֶּה בֵּית רֵעֶךָ שָׂדֵהוּ וְעַבְדּוֹ וַאֲמָתוֹ שׁוֹרוֹ וַחֲמֹרוֹ וְכֹל אֲשֶׁר לְרֵעֶךָ.

ובאר המהר"ל (גור אריה עה"ת פ' ואתחנן):

> ונראה לי כי החמדה שני דברים האחד חומד דבר מפני שהוא חסר דבר מה וחומד אותו להשלים חסרונו כמו מי שאין לו בית ואשה חומד בית קודם ואחר כך חומד אשה כי אחד שאין לו בית אשה להיכן יכניס והרי אמרינן במס' סוטה שיבנה בית ואחר כך ישא אשה וכן אמרה תורה כי

תבנה בית חדש ואחר כך אמר כי יקח א"ר אשה חדשה ויש מי שחומד מפני יצרו אף על גב שאינו חסר בית ואשה חומד לתוספות יצר ובודאי היצר יותר מתגבר וקודם לאשה ואחר כך לבית ולפיכך בדברות אחרונות נאמר קודם לא תחמד אשת רעך ואחר כך לא תתאוה בית רעך ומזה הטעם נראה שלא נכתב שדהו בדברות ראשונות שאין השדה משלים חסרון האדם שאין משתמש בשדה בעצמו....

יז. על התאמה בין עשרת הדברות לעשרת ימי התשובה עומדים אנו מתוך דברי אליהו זוטא (פרשה כב): "רבי נהוראי אומר מפני מה נתנה קורת רוח לישראל עשרת ימים מראש השנה ועד יום הכפורים, כנגד עשרה נסיונות שנתנסה אברהם אבינו ונמצא שלם וכנגד עשרת הדברות שקבלו ישראל בסיני לפיכך נתן הקב"ה לישראל עשרת הימים שבין ר"ה ליוה"כ שאם יעשו ישראל תשובה יקבל אותם בתשובה שלימה לפניו, לכך נאמר לכו נא ונוכחה יאמר ה'". ואם כך הדיבר האחרון אכן מכוון ליוה"כ ודוק.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' החודש תשע"ב לפ"ק[1]

החדש הזה לכם ראש חדשים ראשון הוא לכם לחדשי השנה (שמות יב,ב). וכבר דקדקו בזה, שהפסוק הוא כפל לשון, שלכאורה סיפא דקרא אומר אותו דבר שאומר רישא דקרא.

והנה איתא במדרש תנחומא (פר' בא סי' ו):

> החדש הזה לכם, ר' ישמעאל אומר הראה לו הירח בלילה ואמר לו כזה אתם רואים, וקובעים כן הלכה לדורות, ולמד להם מולד לבנה, ואמר להם עד עכשיו אני הייתי מעבר את השנים, והרי כבר מסרתי לכם, מעכשיו התחילו למנות.

ויש לדקדק מהו דקאמר עד עכשיו הייתי מעבר את השנים, הלא מדבר כאן בקידוש החודש, וא"כ הו"ל למימר עד עכשיו הייתי מקדש את החדשים.

אולם ביאור הדברים הוא, שבאמת יש הבדל יסודי בין מנין החמה למנין הלבנה, שבמנין החמה יש רק שנים ואין חדשים, שמחזור החמה הוא מחזור שנתי, ואלו שמונין לפי החמה אין לחדשים שלהם מקביל בטבע, אלא הם שרירותיים, שכך קבעו וחילקו את השנה לשנים עשר חדשים מבלי שום יסוד ובסיס. ומאידך גיסא במנין הלבנה יש רק חדשים ואין שנים, שהרי המחזור החדשי מקביל למחזור הלבנה, אבל אין מקביל בלבנה למחזור השנתי, שהרי שנים עשר חודש הם פחות משנת החמה, ולפיכך צריכים לעיבור השנה כדי להשלים חדשי הלבנה לשנת החמה. ולפי זה קאמר במדרש שאמר הקב"ה שעד עכשיו הייתי מעבר את השנים, כלומר שעד עכשיו לא מנו כלל ללבנה, אלא היו רק שנות החמה. וא"כ מוכרחים לומר דמה שאנו מוצאים בתורה שמדבר על חדשים וכמו שכתוב בפרשת נח הוא על שם העתיד אחרי שהתחילו למנות ללבנה, אבל באמת אז היו רק שנים ולא חדשים.

---

1 שיחה שנמסרה בכולל, אדר תשע"ב.

אלא דלפי זה נצטרך לדון איך קיימו האבות את כל התורה כולה קודם שניתנה, הלא לפני שניתנה המצוה דהחודש הזה לכם עדיין לא היה קידוש החודש, ואם לא היה קידוש החודש איך קיימו את המועדות, והא מוכח מהגמ׳ יומא (כח,ב) דקיימו האבות גם את המועדות, שהרי דרשו מהא דכתיב (בראשית כו,ה) עקב אשר שמע אברהם בקולי וישמור משמרתי מצותי חקותי ותורתי שקיים אברהם תורת עירוב תבשילין, אלמא דקיים אברהם גם המועדות שהרי בלי המועדות ליכא עירוב תבשילין.

והנה כתב הריטב״א בחולין (קא,ב):

> אלא הא דרב יצחק בשעת גזירה היה שגזרו שלא לעשות יום הכפורים ולא עשו באותו שנה יום הכפורים בעשור, וקבעוהו בשבת ואף על פי שאינו בעשור וכדי שלא תשתכח תורת יום הכפורים, והאויבים לא יכירו בו משום דכל שבת לא עבדי מלאכה, ועל יום הכפורים של אותו שנה שלחו מתם שהעושה בו מלאכה פטור משום יום הכפורים, והקשו בתוספות היאך אפשר שבטלו יום הכפורים בשעת גזירה, הא בשעת גזירה אפי׳ ארעקתא דמסאני יהרג ואל יעבור (סנהדרין עד,ב), ושלא בשעת גזירה נמי בפרהסיא יהרג ואל יעבור, והא בפרהסיא הוי דהיכי דמי פרהסיא עשרה בני אדם, ונ״ל דהא לא קשיא דקידוש חדשים דבית דין עשה הוא ועל עשה יעבור ואל יהרג כדפרישנא בכמה דוכתי.

והעיר השואל בכלי חמדה (פר׳ בא סי׳ א) דיוצא מדברי הריטב״א דאם אין בית דין מקדשין את החודש אין כאן חודש תשרי כלל, וקשה דהא הלכה היא כר׳ אלעזר ב״ר צדוק בגמ׳ ראש השנה (כד,א) דאם לא קידשו בית דין את החודש הרי זה מעובר, וכן פסק הרמב״ם בפ״ב מהל׳ קידוש החודש (ה״ח), וא״כ מה בכך שלא יקדשו בית דין את החודש, הא עכ״פ יהא החודש מעובר ויחול יוה״כ בעשור לחודש. ועיי״ש בכלי חמדה שהביא מה שאמר הגאון מוויערישוב זצ״ל לתרץ קושיא זו ע״פ מה שכתבו התוס׳ בסנהדרין (י,ב ד״ה שכבר): נראה כפירוש הקונטרס בפ״ב דר״ה דביום שלשים ממתינים ב״ד של מעלה לב״ד של מטה שמא יעברו, אבל יום שלשים ואחד שאי אפשר שלא קדשו היום מקדשין אותו בשמים מן השחר עכ״ל, ולפי זה יש לומר דהיינו דוקא היכא דבית דין של מטה רוצים לקבוע ראש חודש, אבל במקום שאין בית דין של מטה קובעין את החודש ע״פ דין אז אין מקדשין אותו כלל בבית דין של מעלה עכ״ד.

אולם כל זה רק אחרי שכבר ניתנה תורה ונתחדשה הלכה שבית דין מקדשין את החודש, דאז שייך שפיר לומר שאם לא קידשו בית דין ביום ל' דהוי מעובר, אבל לפני שנצטוו על קידוש החודש כלל הרי לא היה מקום לקידוש החודש כלל, וא"כ לא היו מועדים ואיך קיימו האבות את המועדות.

ויתכן לתרץ הקושיא ע"פ מה שכתב הרמב"ם בפ"ג מהל' קידוש החודש (הל' טו-טז):

> בית דין שישבו כל יום שלשים ולא באו עדים והשכימו בנשף ועברו את החדש כמו שבארנו בפרק זה, ואחר ארבעה או חמשה ימים באו עדים רחוקים והעידו שראו את החדש בזמנו שהוא ליל שלשים, ואפילו באו בסוף החדש, מאיימין עליהן איום גדול ומטריפים אותם בשאלות ומטריחין עליהן בבדיקות ומדקדקין בעדותן ומשתדלין בית דין שלא יקדשו חדש זה הואיל ויצא שמו מעובר, ואם עמדו העדים בעדותן ונמצאת מכוונת, והרי העדים אנשים ידועים ונבונים ונחקרה העדות כראוי, מקדשין אותו וחוזרין ומונין לאותו החדש מיום שלשים, הואיל ונראה הירח בלילו.

ולמדים אנו מדברי הרמב"ם שיתכן שיהיו בית דין מקדשים החודש למפרע אפילו אחרי עבור היום השלשים.

ובספר שלום יהודה (מועד סי' לז) הביא ראיה לדברי הרמב"ם ממאי דתניא בפ"ק דפסחים (ו,א) דקאמר רבן שמעון בן גמליאל דשואלין ודורשין בהלכות הפסח שתי שבתות, וקאמר בגמ': מאי טעמא דרבן שמעון בן גמליאל, שהרי משה עומד בראש החדש ומזהיר על הפסח שנא' החדש הזה לכם ראש חדשים וכתיב דברו אל כל עדת ישראל לאמר בעשור לחדש הזה ויקחו להם איש שה לבית אבות וגו', ופריך בגמ': ממאי דבריש ירחא קאי, דילמא בארבעה בירחא או בחמשה בירחא קאי עכ"ל, וע"כ צ"ל שציווי הקב"ה היה שיאמר להם בד' או בה' בחודש דאם לא כן היה משה כובש נבואתו, ופשוט הוא דכל זמן שלא מסר מצוה זו לבני ישראל לא היה שייך שיקדשו בית דין את החודש שהרי הם אינם אלא שלוחין של ישראל, וא"כ לפי קושיית הגמ' דלא נמסר להם המצוה עד ד' או ה' בחודש ע"כ שקידשו את החודש למפרע. ולא בכדי נקט הרמב"ם הלשון: אחר ארבעה או חמשה ימים, והיינו משום דמקורו הוא בקושיית הגמ' דילמא בארבעה בירחא או בחמשה בירחא קאי, עכתו"ד השלום יהודה.

והנה כתב הרמב"ם בספר המצוות (עשה קנג): וזה שהיותנו היום בחוצה לארץ מונים במלאכת העיבור שבידינו ואומרים שזה היום ראש חדש וזה היום יום טוב לא מפני חשבוננו נקבעהו יום טוב בשום פנים אלא מפני שבית דין הגדול שבארץ ישראל כבר קבעוהו זה היום ראש חודש או יום טוב, ומפני אמרם שזה היום ראש חדש או יום טוב יהיה ראש חדש או יום טוב, בין שהיתה פעולתם זאת בחשבון או בראיה עכ"ל. שמע מינה שבית דין יכולים לקדש חדשים לדורות הבאים.

ומאחר שכן שפיר יש לומר שכמו שבית דין יכולים לקדש חדשים לדורות הבאים כך הם יכולים לקדש חדשים למפרע לדורות שקדמו להם (וזה מכל שכן מדברי הרמב"ם, שהרי הרמב"ם אומר שאפשר לעקור למפרע מה שעיברו החודש לפני כן, וא"כ כל שכן שאפשר לקדש חדשים למפרע היכא שלא היו קידוש ועיבור כלל ואין מה לעקור). וא"כ אתי שפיר מה שכתוב בתורה חדשים בדור המבול ואע"פ שעדיין לא היו אז חדשים, והיינו ע"פ מה שקידשו בית דין למפרע כל החדשים עד בריאת העולם, וכתבה התורה החדשים על שם העתיד שיקדשו בית דין את החדשים למפרע. וממילא מתורץ גם מה שקיימו האבות המועדים, והיינו ע"פ מה שהם חזו ברוח קדשם שעתידים בית דין לקדש החדשים למפרע, וממילא יחולו גם המועדים למפרע.

ולפי זה יש לבאר הפסוק שהקדמנו, שבאומרו החדש הזה לכם ראש חדשים הכוונה היא כפשוטו שחדש זה ראש חדשים, שהרי עד עתה לא היו חדשים כלל. וממשיך הפסוק לומר: ראשון הוא לכם לחדשי השנה, כלומר מאחר וניסן הוא החדש הראשון, שלפני כן לא היו חדשים כלל, לכן לעתיד הוא יהיה ראשון לחדשי השנה, דהיינו אחרי שיתחדש דין עיבור השנה וימנו השנה בהתאם לחדשים אז יהיה ניסן נחשב לחדש הראשון. וזה שאומות העולם מונים מתשרי היינו משום שבריאת העולם היתה בתקופת תשרי, ולא שכבר אז מנו חדשים.

ונראה לפרש ההבדל בין המנין לימות החמה למנין לחדשי הלבנה, שהרי ההבדל בין החמה ללבנה הוא שהחמה יש לה אור עצמי ואור הלבנה אינו אלא השתקפות אור החמה, ומהאי טעמא מבואר אצל חכמי הסוד שהחמה מורה על מדת התפארת שנקרא הקב"ה דהיינו האור האלקי היורד מלמעלה למטה והלבנה מורה על מדת המלכות שנקראת שהיא שרש נשמת כלל ישראל (עי' פרדס להרמ"ק שער כג פי"ג ערך מאור). ומאחר שכן יש לומר

שהמנין לימות החמה מורה על השליטה הבלעדית של הקב״ה בעולם והמנין לחדשי הלבנה מורה על השפעת התחתונים על הנהגת העולם.

ולפי זה מבואר למה לא היה מנין לחדשי הלבנה לפני שנצטוו משה ואהרן החדש הזה לכם ראש חדשים מפני שעד אז לא היתה שום השפעה מהתחתונים על הנהגת העולם, שהרי העולם היה נוהג בחסדו של הקב״ה, וכדאיתא בגמ׳ פסחים (קיח,א):

> אמר ר׳ יהושע בן לוי הני עשרים וששה הודו כנגד מי, כנגד עשרים וששה דורות שברא הקב״ה בעולמו ולא נתן להם תורה וזן אותם בחסדו.

והרי זו שליטה בלעדית של הקב״ה שמסמלת המנין לשנות החמה. אבל אחרי שניתנה תורה לישראל הרי מנהיג הקב״ה את העולם בהתאם למעשי בני ישראל, וא״כ יש אור חוזר מלמטה המשפיע למעלה, ולזה מסמלת המנין לחדשי הלבנה שאורה אינה אלא אור חוזר מאור החמה.

ובאמת רק לישראל יש השפעה למעלה, אבל לאומות העולם אין השפעה למעלה, והטעם הוא מפני שבני ישראל יש להם הכח לתקן את העולם, אבל הגויים אין להם כח זה. וכן כתב המהר״ל בתפארת ישראל (פר׳ א-ב): ומפני כי עכו״ם הם מן העולם הטבעי לכך היו שבעים אומות, כי עולם הטבע נברא בשבעת ימי בראשית, וכנגד שבעת ימי עולם הטבע היו שבעים אומות כנגד כל יום עשרה, והאומה היחידה היתה על הטבע, והיא כנגד השמיני כי השמיני הוא על הטבע, ולכך ראויה לישראל התורה שהיא על עולם הטבע, והתורה נבראת קודם שנברא העולם הטבעי וישראל נבראו גם כן קודם שנברא העולם הטבעי, לכך כל ענין התורה שהיא בשמיני כי הטבע היא תחת מספר שבעה ומה שהוא על הטבע הוא שמיני כו׳, ולכך היא לאומה הישראלית אשר בחר ה׳ יתברך לחלקו, והם הם נתיחדו בפעולות האלקיות שהם מצות התורה לפי מדריגת נפשם האלקית במה שהיו מוכנים לנבואה ורוח הקדש ולהיות השכינה ביניהם, ועכו״ם לפי מעלתם נתן להם ז׳ מצות שהם שבע מצות בני נח כו׳, שהאדם יציר כפו של הקב״ה מבחר התחתונים חסר עד שהוא נשלם ע״י מעשה עצמו, וע״י מצות התורה יגיע האדם אל ההשלמה, כי מצד שיש בו נפש אלקי שיש בו הכנה אלקית לכך אין השלמתו בדבר שהוא טבעי, אבל השלמתו בתורה ובמצוה שהוא על הטבע, ודבר זה מבואר במקומות הרבה שמצות התורה הם יותר במדריגה ובמעלה מן הטבע, ובמזמור (תהלים יט) השמים מספרים כבוד א-ל וגו׳, ואחר כך התחיל לומר תורת ה׳ תמימה וגו׳ עד סוף המזמור, ויש מן תחלת המזמור עד תורת ה׳

תמימה שבעה פסוקים ואחר כך תורת ה׳ תמימה, כי הנהגת הטבע נברא בשבעה ימי בראשית, ואלו התורה היא על הטבע והיא מדריגה שמינית, ועי״פ טעם זה מזמור אשרי תמימי דרך שהוסד על התורה יש בו שמונה אלפ״א בית״א שהתורה היא מדריגה שמינית שהיא על הטבע שנברא בשבעת ימי בראשית, וכן כל דבר שהוא על הטבע והוא תיקון מה שחסר הטבע הוא אחר השבעה, וזה טעם מילה בשמיני כי האדם מצד הטבע נברא עם הערלה והוא פחיתות הטבע, והמילה היא תיקון הטבע, ולפיכך תיקון הזה הוא ביום השמיני לפי שהוא אחר הטבע שנבראת בששת ימי בראשית עכ״ל.

ומעתה נראה לפרש מאי דאיתא במדרש תנחומא (מה׳ בובר פר׳ בראשית סי׳ יא; וכ״ה בילק״ש פר׳ בא רמז קפז): אמר ר׳ יצחק לא היה צריך לכתוב את התורה אלא מהחדש הזה לכם, ולמה כתב מבראשית, להודיע כח גבורתו שנא׳ כח מעשיו הגיד לעמו לתת להם נחלת גויים [וזהו המאמר שמביא רש״י בר״פ בראשית, והא דהוסיף רש״י שם: שאם יאמרו אומות העולם לישראל לסטים אתם שכבשתם ארצות שבעה גוים, הם אומרים להם כל הארץ של הקב״ה היא, הוא בראה ונתנה לאשר ישר בעיניו, ברצונו נתנה להם וברצונו נטלה מהם ונתנה לנו עכ״ל מקורו הוא בבראשית רבה (א,ב), ורש״י הרכיב שני המאמרים יחד, אבל יתכן לפרש מאמר המדרש תנחומא באופן אחר], דלפי מה שנתבאר הכוונה היא שכיון שעיקר התורה שהן המצוות שעל ידן בני ישראל יש להם הכח לתקן את העולם ולהתעלות מן הטבע מתחיל דוקא מן המצוה הזו של קידוש החודש שהיא מסמלת הכח הזה שניתן דוקא לישראל, לכן היה לו להתחיל התורה דוקא מכאן, ולאיזה צורך התחיל מבריאת העולם ומספר כל מה שבא אחריה, הלא כל זה אינו אלא מעשי הקב״ה, ואין לאדם השפעה עליה. לזה בא ר׳ יצחק לומר שהתורה גילתה לנו כל זה שנדע כח גבורתו של הקב״ה, וע״י התורה העביר כח זה לעם ישראל שהם יכולים להשפיע על הנהגת העולם. ומביא גם סיפא דקרא לתת להם נחלת גויים, והכוונה היא שאילולי חטא אדם הראשון היתה התורה ניתנת לכל צאצאי אדם הראשון, והיא היתה נחלת גויים, אבל אחרי שחטא אדם הראשון העביר הקב״ה הכח הזה מהם ומסרו לישראל, ודוק היטב בזה.