

# אור המשפט

פסקי דין ובירורי הלכה בענייני "חושן משפט"

לזכרו של יאיר כ"ץ ז"ל

מאת

דניאל כ"ץ

דיין בבית דין לממונות

ירושלים תשע"ג

©

כל הזכויות שמורות למחבר  
בהוצאת מכון "ישועות ישראל" לתורה ולמחקר

כתובת לפניות: [katz.da@gmail.com](mailto:katz.da@gmail.com)

נדפס בדפוס תמר מושב זנוח 37

## תוכן העניינים

	הסכמות (לפי סדר קבלתן)
	ברכת אב
	תוכן עניינים מפורט
1	הקדמה ודברי תודה
4	זיכרון ליאיר – תשובה בעניין עלייה לתורה לנכים
11	א. כיצד מפשרים- בין פשרה לצדק
41	ב. חיוב הוצאות משפט
77	ג. הסתמכות על אומדנא בפסיקת בית הדין
137	ד. מתן תשובות הלכתיות בדיני ממונות במעמד צד אחד
149	ה. טעות בדין
175	ו. החלטת ועד מקומי וגבולותיה
181	ז. טענת "לא הבנתי" בחתימה על חוזה
189	ח. חשוד על השבועה
209	ט. "דאיקני" – בין התחייבות לקניין
228	י. בר מצרא בשכירות
236	יא. התחייבות למכירת בית
244	יב. סיטומתא - כוחו של המנהג בדיני ממונות
266	יג. מקח טעות והטעיה במקח
274	יד. השלמת עסקת מכר חסרה
282	טו. הגדרת מתנת שכיב מרע
302	טז. שאלות בדיני שכירות
313	יז. תשלום שכירות של שוכר שעזב באמצע התקופה
322	יח. שכר בתים ופועלים שהושבתו עקב מבצע צבאי
336	יט. פיטורי רב
346	כ. פיטורי ר"מ בישיבה תיכונית
358	כא. אדם שהורה לאחר לבצע עבודה, האם חייב לשלם לו?
370	כב. פיצויי פיטורין וזכויות העובד
384	כג. גזל קטן מגוי

396	כד. התחייבות לפצות על נזקי גרמא
402	כה. שותפות בנזק
436	כו. פחת נבילה וטורח נבילה או: חובת הטיפול בתיקון הנזק על מי?
460	כז. מיצר שהחזיקו בו רבים
465	כח. הסתכנות רופא עבור הצלה
498	כט. תביעת ריבית
504	ל. עניינים קצרים
522	לא. פיצוי על מניעת ריווח
534	מפתח עניינים

RABBI Z. N. GOLDBERG

Abbad Badatz & Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"  
Member Of Supreme Rabbinical Court

הרב זלמן נחמיה גולדברג

אב"ד בד"ץ ובית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"  
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום א' תמוז תשע"ג

הנה דעה לפער בשקרא על תלמוד חכם  
 מובלג דגורה אשר נמשע כביין דדגז אהף חלוקה  
 הרי הוא הרבה ר' פניוול כ"ף שלילוא  
 וקטעה חידושו שקו הביון הן סיקוי ספק  
 דתוי פין וכה צפוי הספק וכביצה  
 וכה יותר משלויג שולית  
 אדוקאי שפלי מוא ליפליא חוסיה לזוי זולג  
 גאולת הרביג הן הלואסיה וכן ארביג  
 שושיג על מפי  
 זלזו נקבה אנו לפיכס סהקליה יכבו אהשיג  
 דלואו וזלזול אהיה מליה  
 ככום לפיכס הוטה ולואסיה זמליה  
 שליל עמיה אולפסקיה

חבר אליהו אברג'ל  
אב"ד

הסמכה

האני הסכמי הנגן אמרי שפד. אוי המשפט. מצד יפיו  
 זהבטאי יש יפיו מביבוי הכי יפיו מוצמ חוב  
 משנת צונן הכי בנאיל בלף פליסיו רב ומנץ וראש בולא  
 בודלו ומכיו ומיקויל. זה בלמ שנימ לבזין נמציו יפיו  
 היה בביג קנין בינושלימ ית' ולניו קניאול ומלמ  
 קבולה בים קנינוי והפוסקיס ומלמל צניה לילא חטיו  
 ועמ הוסף למ דמנה שקמב. למ סניו החשוב  
 קנל קניו מלמל קניו הטוב סלם ודלמ. בקניאול ומיפיו  
 אי בלמ אימא למיו. ואי בלמ אימא סברא. ובלשון קיה  
 וביורה. ומלמל שבימ יפיו למנו תימל צו שיש בק  
 היורה עמל של תורה. ומו נכסימ ילמו סכרימ שפס  
 ה' בינו יצמל יהויבא ליורה צב וברורה בילמל בורה  
 צריכמ דל ושורה בקריאול ג' קניו ונהיוא מצליאו  
 וצלה עוב במצליות המנה והעזא והקיס מקומו הומו.  
 לו צרימ העולם הבינוי בקרוב אבי

בכריכ יקנא באורייתא

צ"ה אסיגואקר

חבר אליהו אברג'ל  
אב"ד

# משרד הרבנות רמת-גן



לשכת הרב הראשי  
הרב יעקב אריאל

בס"ד י"ז תמוז תשע"ג

## מכתב ברכה

"פתח דבריך יאיר"

זכיתי להכיר את יאיר כץ ז"ל. נשמה גדולה האירה בגופו המגובל. מוסר השכל לכולנו, כיצד אפשר להאיר את הגוף ע"י עוצמת הרוח.

האח, הרב דניאל כץ יב"א, שניהם בני ידידי הרב אהרן כץ שליט"א, רב קהילת דובב עז ברמת-גן, הגה רעיון יפה לחבר ספר לזכר אהיו.

ספר זה עסק בדיני ממונות, פרי נסיונו ולימודו של הרב דניאל כץ, שנועד לגדולות בתחום המשפט התורני בישראל.

הממון הוא התחום המעשי ביותר של חיי החברה והכלכלה. הממון יכול לדרדר את האדם לשפל מוסרי של חמדת ממון ומאידך הוא יכול גם להעלות את האדם, להאציל את ערכיו ולהאיר את דרכיו באורה של תורה, של משפט, צדקה וחסד.

חושן המשפט שבו היו האורים והתומים יכול וצריך להאיר את דרכנו ולהעלותם על מסלול של יושר וצדק. לצערנו חושן המשפט לא תפס כרגע את מקומו הראוי בכותל המזרח של מערכת המשפט שלנו.

ספר מסוג זה המאיר את משפט התורה כאור יקרות עשוי לתרום להעלאת המודעות של משפט האורים שלנו ולהחזירו למעמדו הראוי.

ציון במשפט חיפדה ושביה בצדקה  
או יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה

בברכת התורה

הרב יעקב אריאל  
הרב הראשי לרמת-גן

הרב יעקב אריאל  
הרב הראשי לרמת-גן



## מדינת ישראל

מנהל בתי הדין הרבניים

ב"ה, י"ט באלול תשע"ג  
25 באוגוסט 2013

מכובדי  
הרב דניאל כ"ץ שליט"א!

עיינתי ברפרוף בספר "אור המשפט", שהואלת לכבד אותי בו. זכרתי לך זכות אבות – כבוד אביך הרב אהרן שליט"א - חברי ותלמידי בעבר – וראיתי שאכן יפה כוח הבן מכוח האב.

הסידור הברור של הנושאים ההלכתיים, הדיון והניתוח בכל נושא ונושא והסקת המסקנות הלכה למעשה, הם נחלתו של האב ושל הבן גם יחד.

הספר נושא את שמו של יאיר ז"ל – בנו של רבי אהרן, ואחיו של הרב דניאל יבדלו לחיים טובים וארוכים, שנלב"ע בדמי ימיו, לאחר שנים של נכות קשה מלידה. הכרתי את ההורים בשנים הקשות של הטיפול ביאיר, ולאחר מכן בשנים שבהם גדל יאיר לתפארת בחכמה ובדעת. ראיתי את המסירות ואת גדלות הרוח בטיפול הבלתי סופי וראיתי את המשפחה כולה, נושאת בעול הכבד. ישלם להם הקב"ה כפעלם בבריאות הגוף והנפש לאורך ימים ושנים טובות.

תזכה בע"ה להגדיל תורה ולהאדירה, ללמוד וללמד לשמור ולעשות.

בברכת כתיבה וחתימה טובה,

  
הרב שלמה דיובוסקי  
מנהל בתי הדין הרבניים

docx.המספר אור המשפט. S:\Lishkat Mankal\DATA\כ"ץ\הרב דניאל כ"ץ - הספר אור המשפט.docx

gov  
www.gov.il

טל: 02-6527630 / 02-6582822 פקס:

רח' כנפי נשרים 22, ת.ד. 34500, ירושלים מיקוד 91342

[www.rbc.gov.il](http://www.rbc.gov.il) כתובתנו באינטרנט:



## ברכת אב

בס"ד

בני אם חכם לבך ישמח לבי גם אני  
אמר רב יהודה אמר שמואל בשעה שתקן שלמה עירובין ונטילת ידים יצאה  
בת קול ואמרה לו בני אם חכם לבך ישמח לבי גם אני (עירובין כא, ב).  
פסוק זה לקוח מספר משלי פרק כ"ג שבהם משיא המלך עצה ומוסר לבנו ואומר לו :  
בְּנֵי אִם־חָכֵם לִבְךָ יִשְׂמַח לְבִי גַם־אֲנִי :  
וְתַעֲלֶזְנָה כְּלִיּוֹתַי בְּדַבְרֵךְ שִׁפְתֶיךָ מִיִּשְׂרָאֵל :  
חכמת הלב היא חכמת הלב והיא גורמת לשמחת האב בלבו וכליותיו.  
הלב הוא מקור החיות של האדם. הוא הקובע את קצב החיים ואת מהלכם התקין.  
בשעה שאצל הלב מתגלה דרך חיים הפועל בקצב של יצירה ובניין ואלה נעשים  
בחכמה הדבר גורר שמחה למשמעות קצב החיים שלו. הדבר מוסיף אצל האב לא רק  
שמחת הלב אלא תחושה של ניקיון וטוהר ואלה מוצאים ביטוי דווקא באבר שהוא  
המווסת את ניקיונם של החיים וטהרתם, הכליות. על כן בשמוע האב את דברי  
המישרים הנובעים מחכמת הלב של הלב תעלוזנה גם כליותיו.  
הדוגמא שמצאו חכמים לדבר היא השעה שבה תיקן שלמה עירובין ונטילת ידיים.  
הסמ"ג כותב בפתיחה להלכות עירובין בשמו של רב האי גאון, שלכך לא נתקנו  
עירובין ונטילת ידיים עד ימי שלמה משום שבימיו נתן הקדוש ברוך הוא שלום  
בארץ, ושנינו בפרק ראשון של עירובין שארבעה דברים פטורין במחנה במלחמה :  
מביאין עצים מכל מקום פטורין מרחיצת ידים ומדמאי ומלערב עירובי חצרות.  
נראה לנו שעיקר תקנת עירובי החצרות היא שלום ושמחה בין השכנים. בשעת  
שלום, כל בית שומר על מקומו המיוחד ועל המסגרת הפנימית שלו במיוחד ביום  
השבת, ויש איסור הוצאה בין הבתים שבחצר אחת. אבל יש לזה תיקון על ידי  
שמשתתפין בני החצר והמבוי בעירובי החצרות ובשיתופי המבואות. על ידי כך  
יכולים ליצור שיתוף ואחוה ביניהם, להוציא מבית לבית באותו החצר ובאותו  
המבוי. באופן הזה נשמר הייחוד שבכל בית ובית יחד עם האפשרות לשמוח איש עם  
זולתו ועם שכנו.

כך גם בנוגע לטהרת הידים. בשעת שלום נזהרים בני האדם בטהרה גם באכילת  
חולין שלהם. ואין ניגשים לסעוד אלא אחרי שטיהרו את ידיהם שלא לטמא דבר מן

האוכלין. נטילת הידים היא חלק מהנהגת הטהרה בישראל. לאותו מישור שייכים גם איסורי הדמאי שהיא הנהגת טהרה באיסור והיתר ואיסור הבאת העצים מכל מקום שלא ייכשלו חלילה בנגיעה בממון שאינו שייך להם.

בזמן המלחמה אין מקום לכל הסייגים הללו. לא הייתה הקפדה באיסור הוצאה ולא בהלכות הטהרה ולא באיסורי חשש גזל ולא במאכלות אסורות ולא היה מקום לתיקונים הללו. רק כאשר יש שלום ויש שלוה יש מקום לפעולה המטהרת את הנהגתם של ישראל בדרכי טהרת המאכלות ובנקיון המלא של קיום ושמירת דיני הממונות.

על שלמה המלך יכול היה דוד לומר אתה שזכית להביא את ישראל לשלום בארץ מוסיף בחכמה לתקן את דרכי השלום והטהרה על ידי תיקון משולב של עירובי החצרות יחד עם נטילת ידים.

בני דניאל. אם חכם לבך ישמח לבי גם אני. כאשר אני קורא בפסקי הדין שאתה מפליא ב"ה להוציא במסגרת עבודתך בבית הדין, כאשר אני קורא במאמרים הרבים שאתה מפרסם כולל מאמרים הבאים לקבוע את סדרי בתי הדין לדיני ממונות, כאשר אני רואה בטהרה שאתה מבקש להוסיף בסדר החיים על ידי קיום על ידי קיום בית הדין לדיני ממונות שמח לבי גם אני.

הספר מוקדש להזכרת שמו של יאיר שלנו, שלמרות כל מגבלותיו לימד אותנו כולנו פרק מדהים בכבודם של החיים ובטהרתם, ויהיו גם הדברים לעלוי נשמתו הזכה והטהורה.

ימלא ה' את חפצך בידיך ויחד עם רעייתך היקרה וילדיכם הנאהבים והנעימים תוכלו לאורך ימים ושנים לתרום כיד ה' הטובה עליכם לבניינה השלם של החברה שלנו בקדושה וטהרה.

בברכת אב ובתוספת ברכת הכהנים.

**הרב אהרן כ"ץ**

ראש כולל הלכה באוני' בר אילן ורב ברמת גן

## תוכן עניינים מפורט

זיכרון ליאיר דברים לסיום ש"ס משניות/ תשובה בעניין עלייה לתורה ולחזנות של נכה המרותק לכסא גלגלים

### א. כיצד מפשרים- בין פשרה לבין צדק

תקציר/ מבוא/ א. דיני הפשרה/ 1. כללי הפשרה/ 2. ביטול פשרה / 2א. שינוי הדין/ 2ב. טעות בפשרה/ ג. פשרה מתוך הכרח/ 2ד. טעות בחשבון/ 3. פשרה לאחר גמר דין - גישור לפני בית הדין/ 4. הכרעה על פי רוב/ 5. סירוב לקבל בית דין לפשרה/ ב. בין פשרה לדין וצדק/ 1. איסור הטיית פשרה/ 2. פשרה שאינה לפי שיקול דעת/ 3. פשרה רחוקה מן הדין/ 4. שיעור הפשרה/ 5. כללי הדיון בפשרה/ 6. המקרים בהם הפשרה ראויה/ סיכום/ נספח- פסק דין בעניין סירוב לפשרה

### ב. הוצאות משפט

תקציר/ מבוא/ א. הוצאות בית הדין/ ב. הוצאות התובע/ ג. הגדרת הוצאות בית דין והוצאות התובע/ ד. המקרים בהם יש חיוב בהוצאות התובע/ ה. הוצאות כדי להביא סרבן לדין תורה/ ה. מקור הדין/ ה. טעם החיוב/ ו. דיני סרבן דין/ ו. הגדרת סרבן/ ז. משתמט לדון/ ז. חיוב נתבע סרבן שזכה בדין/ ז. חיוב מי שגורם הוצאות במהלך דין התורה/ 1ז. טעם הדין/ 2ז. נאנס ולא בא/ 3ז. הזמנה לדין לא הגיעה לנתבע/ 4ז. שכח ולא בא/ 5ז. תובע או נתבע ששיקרו וגרמו להוצאות/ 6ז. דיון שווא/ ח. הוצאות לבעל דין שנאלץ להתדיין בערכאות/ ח. רשות בית דין/ ח. ללא רשות בית דין/ ח. מקרים בהם אין צורך ברשות בית דין/ ט. היקף החיוב בהוצאות משפט/ ט. צמצום היקף ההוצאות/ ט. שכר טרחו/ ט. הוצאות עורך דין/ ט. הוצאות נסיעה/ ט. אובדן ימי עבודה/ ט. הוצאות גבייה/ ט. היקף החיוב למי שגורם הוצאות בדין תורה/ י. שומת ההוצאות/ יא. הרחבת סמכות בית הדין לחייב בהוצאות משפט/ יא. תקנות בעניין הוצאות משפט/ יא. התחייבות לשפות על הוצאות משפט/ יא. התחייבות בחוזה/ יא. התחייבות בהסכם הבוררות/ נספח- פסק דין בעניין הוצאות משפט

### ג. הסתמכות על אומדנא בפסיקת בית הדין

תקציר/ פתיחה/ א. הסוגיות ופסיקת הראשונים/ א. ידיעה ללא ראיה/ פסיקת ההלכה/ א. אומדים דעת נותן/ א. גמל האוחר/ ב. שכנוע של הדיין ללא ראיה/ ב. גביית פקדון מיתומים/ ב. קים לה בגווה/ ב. שיטת הרמב"ם/ ב. תקנה שלא

להסתמך על אומדן/ ג. **דין מרומה**/ ג1. הסתלקות או הסתמכות על אומדן/ ד.  
**קנס/ ה. עקרונות העולים מדברי האחרונים**/ ה1. אומדנא מועילה רק להחזיק  
ממון/ ה2. אין להוציא ממון במקרה של מחלוקת/ ה3. אומדנא דמוכת/ ה4. אומדן  
לכל העולם/ ה5. הסמכות על שכנוע אישי/ ה6. הוצאת ממון מיתומים/ ה7. בית דין  
גדול שבדורו/ ה8. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה/ נספח א- נאמנות עדים  
פסולים/ נספח ב- הסתמכות על אומדן דעת במשפט העברי – מאמר מקוצר/ נספח  
ג- פסק דין בעניין אומדנא בבירור לשון השטר

#### **ד. מתן תשובות הלכתיות בדיני ממונות במעמד צד אחד**

**א. אסור לשמוע בעל דין במעמד צד אחד/ ב. טעם האיסור**/ ב2-1. זילות החכם  
וחשש לימוד טענות שקר/ ב3. חשש מחלוקת/ ב4. חשש ערכאות/ ג. **תוקף האיסור**/  
ג1. תקנה/ ג2. מנהג/ ג3. מידת חסידות/ ג4. איסור/ ד. שיטת הרשב"ש/ ה. **כיצד  
מותר להשיב?**/ ה1. צורת התשובה המותרת/ ה1א. תשובה שאינה לפסק הלכה/  
ה1ב. דרך פלפול או משא ומתן/ ה1ג. כראובן ושמעון/ ה1ד. בדרך קצרה ובלא  
העתקת השאלה/ ה2. נסיבות מיוחדות מתירות/ ה2א. מקום רחוק/ ה2ב. לא יבוא  
הדין לפניו/ ה2ג. אפרושי מאיסורא וחילול השם/ ה2ד. להציל הניזק/ ה2ה. ממון  
כשיש בו גם איסור/ ה2ו. לימוד להבא/ ה2ז. דין כללי/ ה2ח. דבר פשוט/ ה2ט.  
השקטת קטטות/ ה2י. מענה לידידים ולאדם בדוק/ ה2יא. במקום שכבר נענתה  
תשובה על ידי חכם אחר/ ה2יב. שאלה שנשאלה בדרך קצרה/ ה2יג. דבר מועט שלא  
יגיע לידי בית דין/ ה2יד. בירור מקום הדיון/ ה2טו. דבר מצוה/ ו. סיכום ומסקנות

#### **ה. טעות בדין**

**א. הסוגיות**/ א1. סוגיה א (סנהדרין לג,א)/ א2. סוגיה ב (בכורות כח,ב)/ א3. סוגיה ג  
(סנהדרין ה,א)/ א4. סוגיה ד (סנהדרין ו,א)/ ב. **ביאור החילוק בין מומחה לשאינו  
מומחה**/ ב1. שיטת רש"י/ ב2. שיטת הרי"ף/ ב3. שיטת בעל המאור/ ב4. פירושים  
נוספים בדרכו של רש"י/ ב5. סיכום/ ג. **טעה בדבר משנה**/ ד. **נשא ונתן ביד**/ ד1.  
שיטת הגאון והרי"ף/ ד2. שיטת בעל המאור/ ד3. שיטת העיטור והרמ"ה/ ד4. שיטת  
התוספות והרא"ש/

#### **ו. החלטת ועד מקומי וגבולותיה**

הקדמה/ א. סמכות טובי העיר לפשרה/ ב. טעות של אנשי העיר אינה חוזרת/ ג. טעם  
הדין/ סיכום

## ז. טענת "לא הבנתי" בחתימה על חוזה

א. שיטת הרשב"א/ב. פסיקת השו"ע והרמ"א/ג. "קים ליי" ד. מקרים יוצאי דופן/  
1ד. עניין צדדי בשטר/2ד. "אנן סהדי" שלא הבין/3ד. חתימת המתחייב על השטר/  
4ד. עיקר השטר/5ד. שטר מצד אחד/6ד. חוזה לא סביר/סיכום

## ח. חשוד על השבועה

פתיחה/ חלק א: פסול מהתורה או מדרבנן?/ פתיחה/ א. שיטת התוספות במסכת  
בבא קמא- החשוד פסול מדרבנן/ ב. שיטת התוספות בכתובות ובבא מציעא – גזלן  
פסול לשבועה רק מדרבנן/ ג. שיטת הרשב"א- גזלן פסול מהתורה לשבועה/ ד. בירור  
שיטת התוספות במסכת בבא מציעא/ ה. שיטת הרמב"ם שפסול לעדות פסול  
לשבועה/ ו. שיטת הר"י מיגאש כמקור לרמב"ם/ ז. נספח- עבר על שבועת ביטוי/  
חלק ב: גדר תקנת "שכנגדו"/ א. שומר חשוד/ ב. חשוד בשבועת הנוטלים/ ג. הודאת  
בעל דין בדין חשוד/ ד. שניהם חשודים/ ספק חשוד/ סיכום

## ט. "דאיקני" – בין התחייבות לקניין

פתיחה/ א. מקור הדין/ ב. יסוד הדין/ ג. שיטת הראשונים/ ג1. ביאור הספק בגמרא/  
2ג. חזרה מדאיקני/ ג3. התחייבות להלוות/ ג4. "דאיקני" טעות סופר/ ג5. שיטת  
הריטב"א/ ג6. שיטת המאירי/ ד. שיטת האחרונים/ ד1. המהרי"ט/ ד2. המב"י/ט/  
3ד. הש"ך/ ד4. קצות החושן/ סיכום

## י. בר מצרא בשכירות

א. על מי חל דינא דבר מצרא?/ ב. מעמד "בר מצרא" לשוכר בית/ ג. בר מצרא מכח  
מנהג/ ד. מצרנות בבתיים/ ה. הערמה בבר מצרא/

## יא. התחייבות למכירת בית

עיקרי העובדות וטענות הצדדים/ 1. הכחשה בהבטחה/ 2. תוקפה של הבטחה למכור  
בדברים בלבד ללא מעשה קניין/ 3. מחוסרי אמנה/ 4. נזק עקב הסתמכות על חבירו/  
5. סיום השכירות/ 6. תשלום קנס על הפרת חוזה/ 7. הארכת השכירות/ החלטה

## יב. סיטומתא - כוחו של המנהג בדיני ממונות

מבוא/ א. מהי סיטומתא/ ב. מעשה קנין חדש/ ג. קניין חליפין/ ד. ישוב שיטת הר"י  
ב"מי שפרע"/ ה. סיכום/ ו. סיטומתא ודיני הקניינים/ ז. החלת דיני קנין על  
סיטומתא/ ח. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא/ ט. תחולה חלקית של דיני קניין

על סיטומתא/ י. סיטומתא מנהג מבטל הלכה – שיטת הרשב"א והרא"ש/ יא.  
סיטומתא – מנהג או תנאי/ יב. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא/ יג.  
סיטומתא מהתורה או מדרבנן/ יד. מחלוקת האחרונים/ טו. סיטומתא מהתורה/  
טז. קנין כסף כסיטומתא/ סיכום/ נספח – קנין סיטומתא (סקירה תמציתית)

### **יג. מקח טעות והטעיה במקח**

א. עד מתי רשאי הקונה לתבוע ביטול מקח מחמת פגם?/ ב. ביטול המקח לאחר זמן  
משנודע הפגם/ ג. מום שאפשר להבחין בו בבדיקה – שיטת המגיד משנה/ ד. שימוש  
לאחר הודעה על הפגם/ ה. גביית דמי שימוש מדבר שנמצא בו מום והוחזר/ נספח –  
הטעיית עובד

### **יד. השלמת עסקת מכר חסרה**

א. העובדות המוסכמות/ ב. טענות התובע/ ג. טענות הנתבע/ ד. נושאים לדיון/ ה.  
דיני מקח טעות והונאה בנידון דידן/ ה1. טעות בכמות המקח/ ה2. מום (פגם)  
במקח/ ה3. טעות באיכות המקח/ ה4. טעות באיכות המקח בדבר שאין עליו הקפדה  
בדרך כלל/ ה5. ההכרעה ההלכתית במחלוקת/ ה6. הדין בנדון דידן

### **טו. הגדרת מתנת שכיב מרע**

א. מקור מתנת שכיב מרע/ א1. מהתורה או מדרבנן?/ א2. משכ"מ תקנה חדשה?/ ב.  
מחילת שטר חוב שניתן במתנת שכיב מרע/ ג. הלואה במשכ"מ/ ד. ירושה אין לה  
הפסק/ ה. גר במתנת שכיב מרע/ ו. זמן חלות מתנת שכיב מרע/ ח. גביית חובות ממתנת  
שכיב מרע/ ט. סירוב למתנת שכיב מרע/ סיכום

### **טז. שאלות בדיני שכירות**

א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות/ ב. טענות התובעים/ ג. טענות הנתבעים/ ד.  
השאלות לדיון/ ה. ביטול השכירות/ ו. פיצוי על נזקים בבית השכור/ ו1. בית שכור  
שנפל/ ו2. קלקול בבהמה שכורה/ ו3. חפץ ראוי לתיקון/ ו4. קלקול מלפני תקופת  
השכירות/ ו5. הערכת סכום הניכוי/ ז. פיצוי על מניעת השכרה/ ז1. מניעת השכרה/  
ז2. חיוב לצאת ידי שמים בגרמא/ ז3. גרמא בשוגג/ ז4. מניעת ריווח/ ח. פיצוי על  
ההשקעה שלא נעשתה לפי הוראת השוכרים

## יז. תשלום שכירות של שוכר שעזב באמצע התקופה

א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות/ ב. טענות התובע ותביעותיו/ ג. טענות הנתבע/ ד. תשלום דמי שכירות לשוכר שעזב באמצע תקופת השכירות/ ניכוי כפועל בטל/ ה. הפסקת השכירות מחמת אונס/ איזה מקרה נכלל ב"אונס"?/ ו. הדין במקרה שיש חוזה מפורש

## יח. שכר בתים ופועלים שהושבתו עקב מבצע צבאי

א. שכר דירה של בית שנפל/ א1. מהר"ם מרוטנבורג: השוכר פטור/ א2. רא"ה ור"ש משאנץ: השוכר חייב/ א3. פסק הרמ"א/ א4. האם הולכים אחר המוחזק?/ ב. בית קיים שלא ניתן להשתמש בו/ ג. מכת מדינה/ ג1. הפסדו של המשכיר/ ג2. יחלוקו/ ג3. הרי הבית לפניך/ ג4. היקף המכה/ ד. סיכום

## יט. פיטורי רב

א. רב שחויב בדין תורה האם צריך לפטרו?/ ב. האם ניתן לפטר רב?/ ג. רב שחטא/ מסקנות

## כ. פיטורי ר"מ בישיבה תיכונית

א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות/ ב. טענות התובע/ ג. טענות הנתבע/ ד. תגובת התובע לטענות על תפקודו/ ה. סיכום ושאלות לדיון/ ו. עילות הפיטורין לפי מנהג המדינה/ ז. פיטורי מורה לפי דין תורה/ ח. פיטורים על רקע מחלוקת על שיטת החינוך/ ט. פיטורין לאחר סוף חודש מאי (למניינם) על פי המנהג/ י. חזרה מפיטורין/ יא. האם ומדוע אמירה בעל פה מחייבת על פי דין?/ יב. הדין כאשר יש הכחשה על האמירה/ יג. החלטה

## כא. אדם שהורה לאחר לבצע עבודה, האם חייב לשלם לו?

א. חיוב מדיני שיכורת פועלים/ א1. שכירות לא מפורשת/ א2. שכירות לא מפורשת/ א3. מתי השכירות אינה חלה?/ ב. חיוב מדיני נזיקין/ ב1. חזרה משכירות/ ב2. חזרה מנישואין/ ב3. ציווי מפורש/ ב4. ציווי שאינו ברור/ ב5. טענת "משטה אני בדך"/ ג. חיוב מדיני שליחות/ ד. חיוב מדיני נדר צדקה/ ה. מסקנות

## כב. פיצויי פיטורין וזכויות העובד

א. העובדות המוסכמות/ ב. טענות התובע/ ג. טענות הנתבעת/ ד. השאלות לדיון/ ה. כללי פיצויי פיטורין/ ו. מהי הרעה מוחשית המזכה בפיצויי פיטורין/ ז. חומרת

ההרעה בתנאי העבודה/ ח. וויתור על זכויות סוציאליות/ ט. חזרה מהסכמה בטעות/  
י. הכחשה על תביעה ממונית/ יא. תחשיב פיצויי פיטורין

### **כג. גזל קטן מגוי**

א. חובת הקטן להחזיר מה שגזל/ ב. חובתו לכשיגדל/ ב1. רמב"ם ורא"ש – פטור/  
ב2. אור זרוע – חיוב מן הדין/ ב3. סימן רע אם לא ישלם/ ב4. מדין בן נח/ ב5.  
החזרת החפץ הגנוב בעצמו/ ג. גזל גוי/ ג1. איסורו/ ג2. חובת ההשבה/ ג3. חובת  
ההשבה של הלוקח מגזלן/ ג4. אופייה של חובת ההשבה לגוי/ ג5. אחריות הוריו של  
קטן שגזל/ ד. אבידת גוי/ ה. סיכום

### **כד. התחייבות לפצות על נזקי גרמא**

א. התחייבות לשלם על נזקי גרמא/ ב. היקף ההתחייבות/ ג. התחייבות במניעת  
ריווח/ ד. הגינות פעולת הנתבעת

### **כה. שותפות בנזק**

א. שותפות בין מזיק לבין בעל התקלה/ א1. בור המתגלגל/ א2. דליל קשור לתרנגול/  
א3-4. חנווני ובעל גמל, כלב וגחלת/ א5. שיטת הרמב"ם/ א6. סיכום שיטות  
הראשונים/ א7. פסיקת השולחן ערוך/ ב. נזק בשותפות של שני מזיקים/ ב1. שנים  
שהזיקו/ ב2. מסר שורו לשומרים ואחד פשע/ ב3. מרבה בחבילה/ ב4. חמישה שישבו  
על ספסל ושברוהו/ ב5. שנים שמסרו/ ב6. רמות שונות של שותפות/ ב7. שיטת  
הרמב"ם/ ב8. שיטת התוספות/ ב9. גביית התשלום משותף אחד/ ב10. שיטת בעל  
המאור והרמב"ן/ ב11. סיכום/ ב12. מושיט למזיק/ ג. שותפות בהדלקת אש/ ד.  
שותפות בבור/ סיכום כללי/ פסיקת ההלכה

### **כו. פחת נבילה וטורח נבילה או: חובת הטיפול בתיקון הנזק על מי?**

פתיחה/ א. סוגיית הגמרא/ ב. שיטת רש"י - פחת נבילה הוא תשלום הנבילה ברגע  
הנזק/ ג. שיטת הרמב"ם כשיטת רש"י/ ד. שיטת התוספות שפחת נבילה הוא העברת  
האחריות אל הניזק/ ה. שיטת הרא"ש/ ו. יישוב שיטת רש"י/ ז. הוזלת הבהמה- דיון  
בשיטת הראב"ד והרמ"ה/ ח. השלכות להבנת הגמרא במחלוקת זו/ ט. טורח נבילה/  
י. סוגיית הגמרא/ יא. שיטת הרמב"ם- הטורח הוא קביעת רגע התשלום/ יב. שיטת  
הרא"ש- יש חובה להעלות את הנבילה/ יג. שיטת הרמ"ך כשיטת התוספות והרא"ש/  
יד. שיטת המהר"ם מרוטנבורג כשיטת הרא"ש/ טו. שיטת הרמב"ן כשיטת  
התוספות/ טז. סיכום/ יז. מחלוקת הסמ"ע והט"ז/ יח. מחלוקת קצות החושן



והחזון איש/ יט. שמין לנזקין/ יט1. שיטת רש"י/ יט2. שיטת הרמב"ם/ יט3. שיטת התוספות

### **כז. מיצר שהחזיקו בו רבים**

א. מקור הדין/ ב. דרך יצירת המיצר/ ג. החזקה ברשות/ ד. "החזיקו" רק בדבר שמקפידים עליו/ ה. זכות הילוך או בעלות ממשית?/ ז. דין "מצר שהחזיקו בו" מול דינא דמלכותא/ ו. דרך ט"ז אמה/ ז. הגדרת רבים/ ח. סיכום ומסקנות

### **כח. הסתכנות רופא עבור הצלה**

הצגת המקרים/ א. פתיחה/ א1. מקור המצוה/ 2. כניסה לספק סכנה לצורך הצלה ב. פסיקת הראשונים/ ב1. שיטת המחייבים להסתכן עבור הצלה/ ב1א. הגהות מימוניות/ ב1 ב. מהר"ם ריקנאטי/ ב1ג. רבינו ברוך ורבינו אליעזר ברבי יצחק/ ב2. שיטת האוסרים הסתכנות עבור הצלה/ ב2א. האיסור והיתר/ ב2 ב. רבי מנחם המאירי/ ב2ג. ערוגות הבושם/ ב2ד. ההנמקה למניעת ההסתכנות/ ב3. סיכום שיטות הראשונים/ ג. ראיות מהגמרא/ ג1. חיך קודמים לחיי חבירך/ ג2. מעשה דרבי טרפון/ ג3. סוגיית "לא תעמוד"/ ג4. סוגיית כביסתן קודמת לחייהם/ ג5. סוגיית בא במחתרת/ ג6. פפוס ולולינוס/ ג7. מעשה דריש לקיש/ ג8. סיכום ההוכחות מסוגיות הבבלי והירושלמי/ ד. מקרים יוצאי דופן/ ד1. הצלת הכלל/ ד2. הצלת גדול ממנו/ ד3. מידת חסידות/ ד4. רופא/ ה. פסיקת האחרונים/ ה1. שולחן ערוך/ ה2. רדב"ז/ ה3. יד אליהו/ ה4. ערוך השולחן/ ה5. אגרות משה/ ה6. מנחת יצחק/ ה7. ציץ אליעזר/ ה8. יביע אומר/ ו. סיכום

### **כט. תביעת ריבית**

א. תמצית העובדות/ ב. טענות התובעים ותביעתם/ ג. טענות הנתבע/ ה. דיון/ ה1. פרשנות החוזה/ ה2. הגדרת רווחי העיסקא/ ה3. גביית החוב עבור הקרן או הריבית/

### **ל. עניינים קצרים**

א. פסיקת דין כשאינן עדים כשרים/ ב. חיוב מדין נהנה/ ג. קטן שהזיק/ ד. בניית סוכה ברשות הרבים/ ה. נזק מתוך שמחת פורים/ ו. שומר ששכח/ ז. הפרת התחייבות לשכירות/ ח. קיום מצוות בחפצים גזולים/ ט. כופין על מידת סדום

## **לא. פיצוי על מניעת ריוח**

א. המקבל שדה מחברו והובירה/ א1 תקנה/ א2 התחייבות/ א3 ערבות/ א4 נזיקין/ א5 הפסיקה להלכה/ חיוב על מניעת רווח במקרים נוספים/ ב1 נהנה מחיסרון חבירו/ ב2 רווח ברור/ ב3 רווח מגוף הדבר/ ב4 רווח המצוי/ ב5 חובת עבודה/ ב6 ריבית/ ביטול כיס כתוצאה מטעות בשיקול הדעת/ ד סיכום

## הקדמה

מזה מספר שנים, מאז פטירתו של אחי הגדול יאיר ז"ל, חפצתי להוציא לאור חיבור לזכרו. בתקופה האחרונה התרקמו הדברים מכלל מחשבה והגיעו לכלל מעשה, כינסתי מאמרים ופסקי דין שכתבתי בנושאי חושן משפט, והנה ספר שלם. בשם הספר "אור המשפט" נרמז השם יאיר כמו כן שם הספר מסמל את האור שהפיץ בעולם, להלן מדור מיוחד לזכרו בפתח החיבור.

שני יסודות לחיבור שלפניכם, האחד מאמרים עיוניים שכתבתי בשנות לימודיי בישיבה ובכולל דיינות, אלו נוטים יותר אל העיון הלמדני. השני הוא פסקי דין ומאמרי הלכה שנכתבו בשנים האחרונות ומגמתם הפסק המעשי.

**פסקי הדין** - בחרתי לפרסם חלק מפסקי הדין שכתבתי, לעתים אלו רשימות שנכתבו כהכנה אל הפסק, לעתים אלו הפסקים הסופיים כשאלו נכתבו על ידי. לכל פסק דין יש שני חלקים, האחד הוא הבירור המציאותי, המיועד להגיע במידת האפשר אל האירועים כפי שהיו, והחלק השני הוא הדיון ההלכתי. בדרך כלל המאמץ שמושקע בכתיבת פסקי הדין בחלק הראשון הוא מרובה, ולעתים בירור המקרה כראוי הוא עיקר המלאכה ופסיקת ההלכה לאחר מכן היא כבר פשוטה וברורה. כאן נבחרו פסקי דין שתרומתם היא בחלק השני, ההלכתי. השתדלתי למעט בפרטי המקרה כשתרומתו לקורא היא פחות משמעותית.

פסקי דין אלו מבטאים גם את סיועם של הדיינים הנוספים בהרכב, המוזכרים בשמם בתחילתו של כל פסק דין, מהם נהייתי עצה ותושייה ובלעדיהם לא היו יוצאים הדברים כראוי. שותפים הם בעריכת הדברים ובגיבושם, לעיתים גם נכללו בפסקי הדין קטעים קצרים שנכתבו על ידי דיינים אחרים בהרכב.

כמובן שהספר אינו מבטא את עמדת בית הדין ואינו מהווה פרסום רשמי של פסקי הדין מטעם בית הדין.

חלק מהמאמרים ומפסקי הדין פורסמו כבר באכסניות שונות ונערכו בידיהם האמונות של עורכי הספרים והחברות, זכורים הם לשבח.

למותר לציין שאף שעשיתי מאמצים רבים לעיין בסוגיות ובדברי התורה המובאים כאן, הרי שמצודת הטעות פרושה בפני כל אדם ובוודאי בפני הקטנים שבחבורה, ובכל אופן אני תקווה שימצאו רבנן ותלמידיהון, עניין בחיבור זה, ויהיו הדברים לרצון לפני בורא עולם.

## דברי תודה

ראשית תודה להקב"ה על כל הטוב אשר גמלני. לך דומיה תהילה. ואני תפילה שאמשיך לראות בנועם ה' כל ימי חיי.

אאמו"ר הרה"ג הרב אהרן ואמי מורתי אסתר כ"ץ גידלוני באהבה. אבי מורי מנהיג ברמה רבות בשנים את קהילתו, מרביץ תורה לתלמידיו הרבים בכולל בבר אילן, ודן דין אמת לאמיתו כאב"ד לממונות בבית הדין ברמת גן, זכיתי לראות בבית הורי מסירות נפש לתורה ולחסד לקרובים ולרחוקים.

הורי רעייתי רבי שלמה ואבלין בן הרא"ש קיבלוני באהבה ובשמחה למשפחתם, ותמיד סייעו ומסייעים בידינו ככל יכולתם, הדוגמא שהם נותנים לנו במסירותם לכל עניין של תורה וחסד היא יוצאת דופן.

זכיתי ללמוד במוסדות תורה חשובים, ואצל תלמידי חכמים גדולים בתורה ובמידות, להם אני חייב את כל אשר לי.

ישיבת נתיב מאיר, ורבניה, ייזכר הרה"ג אברהם הורביץ זצ"ל שנסתלק בדמי ימיו. ישיבת כרם ביבנה בה זכיתי עוד להסתופף בצילו של ראש הישיבה מו"ר הגאון רבי חיים יעקב גולדוויכט זצ"ל ולאחר מכן אצל יבלח"א מו"ר הגאון הרב מרדכי גרינברג שליט"א. הרבה למדתי ושמעתי מכל רבני הישיבה דאז, ואיני יכול לפרטם, אזכיר בתודה במיוחד את מו"ר הרה"ג מנחם מנדל בלכמן שליט"א.

בכולל ארץ חמדה, בית גדול לתורה, זכיתי ללמוד שנים רבות ולקבל תורה מראשי הכולל ואבות בתי הדין מו"ר הרה"ג הרב משה ארנרייך שליט"א והרב יוסף כרמל שליט"א שהדריכוני בעולם ההלכה והדיינות.

אציין במיוחד את מו"ר, מגדולי הדיינים והפוסקים בדורנו, הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א שמזה שנים רבות אני זוכה להימנות על תלמידיו ושומעי לקחו.

אודה למו"ר ראשי כולל ארץ חמדה שצירפוני לסגל דייני בית הדין לממונות "ארץ חמדה - גזית". אודה גם לידידי היקרים הדיינים הרה"ג הרב דניאל מן, הרב מנחם יעקובוביץ והרב סיני לוי שליט"א שזכיתי לשבת עמם פעמים רבות ולדון עמם הרבה בדברי הלכה.

מורינו הרה"ג יגאל שפרן שליט"א מסייע לי שנים רבות, הרב קירבני לעבודת הקודש במכון להוראה, לתורה ולמחקר, "מרחבים", ובמפעלים הנלווים אליו.

הרה"ג אברהם גיסר שליט"א, רבה של עפרה, נשיא מכון "משפטי ארץ", ואב"ד לממונות, כיבדני להשתתף בעבודת המכון.

מו"ר הגאון הרב אליהו אברגיל שליט"א אב"ד ביה"ד הרבני, רבה של שכונת בקעה ובעל ה"דברות אליהו" שיתף אותי בעבודת בית הדין במאור פנים. תודתי גם לשאר דייני בתי הדין בירושלים ובתל אביב מהם זכיתי ללמוד.

נעים לי להודות לרבני כולל "משפטי ארץ", זוכה אני לשאת ולתת בהלכה עם ראש הכולל, ואב"ד לממונות, הרה"ג חיים בלוך שליט"א, ידידי הרב עדו רכניץ שליט"א סייע לי רבות בעריכת הדברים ובליבונם, וכן שאר אנשי הצוות והאברכים.

בתורה זו זוכה אני לענות תשובות בהלכה, במשא ומתן עם האברכים, מהם יצאו כבר שו"ת משפטי ארץ (א-ב), וכן לעסוק בכתיבתם ובפרסומם של דברי הלכה, גם חלקים מספר זה נכתבו במכון, כגון סימנים א-ג שנכתבו כניירות עמדה עבור הכנסים של בתי הדין לממונות.

אחרונים חביבים רעייתי ד"ר מרים וילדי היקרים שתומכים בי בדרכי, בסבלנות וברצון, ומקיימים את הבסיס לכל הפעילות בה אני עוסק. תפילתי היא שנמשיך יחד בבריאות לאורך שנים.

תמוז תשע"ג

דניאל כ"ץ

## זיכרון ליאיר

כאמור הספר מוקדש לעיני של אחי יאיר ז"ל (תשל"ב- כ' בכסליו תשס"ז). מוצא אני שגם כיום קשה עלי הכתיבה עליו, ודברים שבלב אינם יוצאים אל הקולמוס, ועוד חזון למועד. אביא כאן דרשה אחת שדרשתי ביום השלושים לפטירתו, ובה סיפרתי מעט על אישיותו ודרכו, וכן הוספתי תשובה הלכתית בנושא שהיה מאד חשוב לו כמי שהתמודד כל ימיו עם נכות ולמרות מגבלות גופניות קשות, פעל, עשה וחי חיים מלאים.

יאיר האיר את העולם באור מיוחד, כשמו כן הוא, ואת האור הזה אנו נושאים עמנו גם היום.

הדברים דלהלן נאמרו לסיום ש"ס משניות שנלמד לזכרו, וסביב המשנה האחרונה בש"ס.

כך אומרת המשנה (עוקצין פ"ג מ"ב):

אמר ר' יהושע בן לוי עתיד הקדוש ב"ה להנחיל לכל צדיק וצדיק שלש מאות ועשרה עולמות שנאמ' (משלי ח) להנחיל אוהבי יש ואוצרותיהם אמלא. אמר רבי שמעון בן חלפתא לא מצא הקדוש ב"ה כלי מחזיק ברכה לישראל אלא השלום שנאמר (תהלים כ"ט) ה' עוז לעמו יתן ה' יברך את עמו בשלום:

התמקדתי במימרא הראשונה של המשנה, עליה יש לשאול: מימרה זו הרי נוספה למשנה מאוחר יותר (רבי יהושע בן לוי הוא מראשוני האמוראים) ודווקא היא נבחרה לסיים את המשנה, מדוע? ומה היא המשמעות של זכיה בש"י עולמות? לפי פשט הדברים יש כאן עידוד ללומדים. אף שאינכם רואים כעת ריווח מלימוד התורה, הרי שזו השקעה לטווח אורך שנושאת פירות עתידיים בעלי משקל רב. הביטוי "ש"י עולמות" מהווה, לפי דרך זו, סימן לריווח הגדול המיועד לצדיקים. אך נדמה שיש בהכנסתו של פסוק זה במקומו הנוכחי כוונות נוספות הדורשות העמקה.

ממקומות נוספים בחז"ל נראה שהפסוק הובן כעוסק בהווה ולא בעתיד (ראה משנה אבות ה, ט: אוכלין בעולם הזה ונוחלין בעולם הבא שנאמר להנחיל... כמו כן באבות דרבי נתן נוסחא א פרק יד מוזכר שרבי יוחנן בן זכאי למד את כל התורה כדי לקיים את הפסוק הזה דהיינו קיומו בעולם הזה, ניתן לציין לעוד מקורות אך די בכך).

לאמור - אם ברצונך להתנחם בריווח עתידי אתה יכול לסמוך על כך. אך למעשה הריווח שלך הוא כבר כאן ועכשיו. שני פנים הם ל"יש":

א. כפי שיעקב אומר לעשיו "יש לי כל" (בראשית לג,יא) – אדם צריך לשמוח במה שיש לו. בהקשר לכך אני חוזר אחורה לימי הילדות שלי ושל יאיר, ומנסה להיזכר ביאיר, ילד בין ילדים בריאים, בתברת ילדים שדורשת פעילות ומשחקים, והוא מוגבל. אני לא מצליח להיזכר ביאיר ממורמר, כועס, מתלונן. הוא מתמודד בעוצמה גדולה ובגדלות נפש מיוחדת. המילה "יש" היא ייחודית בכך שהיא מכילה בתוכה אך ורק שתי אותיות כשאחת מהן היא האות י' שבקושי נראית, ולמרות זאת היא מכילה כל כך הרבה. זוהי דרכו של יאיר, הוא לקח את המעט והלך איתו בלי להרפות ובלי לוותר. הוא הגיע לכל מקום לימוד שרצה ולכל פעילות חברתית ותמיד שידר שמחה ואופטימיות.

ב. המימד השני של היש זהו התוכן שהאדם ממלא את חייו – "להנחיל אוהבי יש" משמעותו להעניק תוכן ומשמעות לחייהם (של אוהבי ה'). יאיר ידע תמיד למלא את זמנו בעיסוקים ובפעילויות. הוא שמע מוסיקה, קרא דברי חכמה, תורה והגות, התעדכן בדרך קבע בכל הנעשה בעולם ותמיד שאף לדעת ולהתקדם עוד ועוד (גם מהות זו רמוזה במילה יש המתחילה באות הקטנה ביותר וממשיכה לאות מהגדולות באלף בית, האדם שיש לו הוא זה שמרחיב את האות הקטנה ומגדיל אותה) בשבילנו שימש יאיר כתובת לכל שאלה בתחומי ידע רחבים שלא פעם נעזרנו בו.

נסיים אפוא במענה לשאלות בהן פתחנו: המשנה האחרונה מדגישה בגלוי את שכרם של הלומדים בעולם הבא ורומזת גם למעלתם הגבוהה וליתרון המיוחד שיש בלימוד תורה בהווה, בחייו של הלומד. המילה "יש" היא מילת מפתח בעניין זה שכן היא מכילה בתוכה הן את הריווח הגדול שזוכה אליו הלומד עוד בחייו והן את השכר הרב הצפון לו לעתיד לבוא.

אצרף לדברים תשובה שכתבתי במסגרת פרויקט התשובות של מכון ארץ חמדה, וכבר הודפסה בשו"ת במראה הבזק (ח"ז סי' ג) בתוספת דברים מראשי הכולל

שליט"א, תשובה זו נוגעת ליחס לנכים בעולם ההלכה, נושא שהיה חשוב ליאיר ובעל משמעות עבורו, יהיו הדברים לע"נ:

**שאלה:**

**האם אדם המרותק לכיסא גלגלים יכול להיות חזן עבור הציבור? האם הוא יכול לעלות לתורה?**

**תשובה:**

**אדם המרותק לכיסא גלגלים יכול לשמש כשליח ציבור ולעלות לתורה. שילובו בחיי הקהילה, מכל הבחינות, הוא דרכה של תורה, שלא כמו שפסק אחד מאחרוני זמננו.**

נפרט: מעיקר הדין צריך להתפלל בעמידה. המרדכי (ברכות סי' טו) כתב שהמקור לכך הוא מהפסוק "לעמוד לשרת", היינו שהתפילה היא כנגד עבודת בית המקדש (ומכאן גם המקור למנהג שעומדים בחלקי תפילה נוספים, כגון "אין כאלוקינו", שהם כנגד העבודה בבית המקדש, וכן מכאן המקור לעמידת הכהנים בברכת כהנים, עיין ב"משנה ברורה" (סי' קכח סעי' ג), שנאמר "לשרתו" והוקש לפסוק זה).

חולה שאינו יכול לעמוד מתפלל לפי יכולתו (שו"ע או"ח סי' צד סעי' ו), ובתנאי שיוכל לכוון ("תרומת הדשן" ב סי' נו), על כן ברור שהוא יכול להוציא ידי חובה את האחרים גם כשאינו עומד.

בברכות (ל ע"א) מצאנו שרב אשי התפלל במישוב מפני שהיה במקום שלא היה יכול להתפלל בעמידה, ולאחר מכן שב והתפלל במעומד בביתו. רש"י שם ביאר שחזר והתפלל כדי "לכוון את לבו", היינו כמידת חסידות, מפני שלא הייתה תפילתו מכוונת כרגיל. כך הסביר גם המאירי בשם רוב המפרשים, שהייתה זו תפילת נדבה. גם ברמב"ם (תפילה פרק ה הל' א) משמע כך, שהרי מנה עמידה מהדברים שאינם מעכבים. ה"בית יוסף" (או"ח סי' צד) דייק מתוספות (ברכות ל ע"א ד"ה מסמך) שרב אשי חזר והתפלל מדינא, וכן הביא המאירי בשם "יש אומרים". כך גם נפסק בשו"ע (שם, סעי' ט). אך ה"משנה ברורה" כתב שהאחרונים הכריעו כשיטה שעמידה אינה מעכבת, ואינו צריך לחזור. רבי עקיבא איגר בהגהותיו לשו"ע (שם) העיר שלפי הפוסקים שאין מתפללים נדבה בשבת (שו"ע, או"ח סי' קז סעי' א), הרי שרב אשי שחזר והתפלל ב"שבתא דריגלא" (וביאר המפרשים שהיה זה בשבת) בהכרח התפלל



שוב מדינא. זוהי קושיה על שיטת הרמב"ם, שלכאורה סותר את עצמו, וכן קשה על המאירי ואחרים. ונראה ליישב שאף-על-פי שעמידה אינה מעכבת, אם התפלל בישיבה ורוצה להשלים את התפילה בעמידה ביתר כוונה – בכגון זה לא נאסרה תפילת נדבה בשבת. ולא הוצרכנו לטעם של רבנו יונה (ברכות יג ע"א מדפי הרי"ף ד"ה ויש), שהאיסור לחזור על התפילה בשבת הוא מפני שיש בה רק הודאה ושבח, ואין לחזור ולכפול שבח לחינם, שבמקרה שיש לו צורך בכך יהיה מותר; אלא גם לטעם של הרמב"ם (תפילה פרק א הל' טו), שאסר מפני שאין מביאים קרבן נדבה בשבת, אם הוא משלים דבר שהחסיר בתפילה הראשונה יהיה מותר לחזור ולהתפלל, מפני שמשלים את תפילתו הקודמת. על-פי המבואר לעיל, אין מניעה ששליח ציבור שאינו יכול לעמוד יעבור לפני התיבה בישיבה.

ביחס לחזן שאינו יכול לעמוד, אף לדעת מרן המחבר, שמחייב מי שהתפלל מיושב לחזור ולהתפלל מדינא, כיוון שחזרת הש"ץ אין לה דין תפילה שמוציא בה את הרבים (והראיה שהציבור יכול לשבת), אין מניעה שיעשה זאת בישיבה. גם אם מוציא בחזרתו מי מהמתפללים ידי חובה, צ"ע אם העובדה שהוא אנוס לשבת מעכבת מלהוציא אחרים ידי חובה.

יש לדון אם כבוד הציבור מחייב שהמוציא את הציבור יעשה זאת בעמידה. מקור הלכה זו הוא בסוגיה במסכת מגילה (כא ע"א), שם דנה הגמרא בחובת העמידה בזמן קריאת מגילה ובזמן קריאת התורה. במשנה נאמר: "הקורא את המגילה עומד ויושב", ובגמרא כתבו על כך: "מה שאין כן בתורה", היינו שבקריאת התורה יש חובת עמידה. בבבלי על המשנה מובא: אמר רבי אבהו "אתה פה עמד עמדי" – שזה דין מיוחד, שהעוסק בתורה נחשב כאילו הוא במחיצת הקב"ה ("עמדי"), וממילא הוא צריך לעמוד. אך בירושלמי (שם פ"ד ה"א) הסתפק מה הסיבה לעמידה: "זה שהוא עומד לקרות בתורה, מפני מה הוא עומד? מפני כבודה או מפני כבוד הרבים?". הנפקא מינה תהיה במקרה שאדם לומד תורה ביחידות. משום כבודה של תורה צריך לעמוד, ומשום כבוד הרבים אינו מחויב בעמידה. מסיק הירושלמי: "מפני כבודה", לכן גם יחיד הלומדה היה צריך לעמוד, אלא שהקלו עליו כדי שלא יימנע מללמוד. מפשטות דברי הבבלי נראה שהוא חולק על הירושלמי, וכן משמע מהסברי רוב הראשונים במקום.

הרי"ד במקום מביא על המקור של הבבלי מהפסוק "עמוד עמדי" את הפירוש הבא :  
 "כלומר, ומשום כבוד ציבור עבדין כמשה, אי נמי משום כבוד שכינה, דכתיב  
 'אלוקים ניצב בעדת אל'". ונראה שהוא מצרף את טעמי הבבלי והירושלמי, ואף  
 מביא את הטעם של כבוד ציבור, שנדחה בירושלמי. דברי הרי"ד הובאו גם ב"שיטה"  
 למסכת מגילה (הוצאת מכון אופק). שאר הראשונים לא הזכירו את כבוד הציבור,  
 לכן נראה שאין בעיה של כבוד הציבור בחזן שאיננו יכול לעמוד.

האם העמידה בקריאת התורה מעכבת?

המאירי (מגילה שם) וה"מכתם" (מגילה שם) פסקו שאינה מעכבת, וכן דעת כל  
 הראשונים שיפורטו להלן, הסוברים שבקריאת מגילה אין צורך לעמוד אפילו  
 לכתחילה; וממילא בקריאת התורה הצורך לעמוד הוא בדרגה אחת יותר מאשר  
 בקריאת מגילה, היינו לכתחילה בלבד. ה"נימוקי יוסף" (מגילה שם הוצאת הרב  
 בלוי) מביא את המקור לעמידה בקריאת התורה מהפסוק "עמוד עמדי", ומסיק:  
 "ובדאורייתא ליכא חילוק בין לכתחילה ודיעבד" – דהיינו עמידה זו מעכבת בדיעבד.  
 הוא מוכיח מכאן שקריאת מגילה היא לכתחילה בעמידה, שהרי קריאת התורה  
 אפילו בדיעבד רק בעמידה. הוא מקשה ממלך שקורא בישיבה בעזרה את פרשת  
 הקהל, ומוכח שבדיעבד מהני קריאת התורה בישיבה, ודוחה – "מלך שאני". הוא גם  
 טוען שהרמב"ם סובר כך, שהרי כתב לגבי מגילה שבישיבה יוצא בדיעבד, ובקריאת  
 התורה לא הזכיר זאת. לגבי מה שכתב הנימוקי יוסף שחובת העמידה היא מהתורה  
 צריך ביאור, שהרי תקנת קריאת התורה היא מדרבנן. וייתכן שהוא הבין שזהו דין  
 בלימוד תורה, כפי שמצאנו בירושלמי, שאף היחיד היה צריך לעמוד מעיקר הדין,  
 וצ"ע.

מצאנו שהאחרונים נחלקו בדין זה. הב"ח (טור או"ח סי' תרצ) פוסל אף בדיעבד  
 קריאת התורה בישיבה, ואילו ה"מגן אברהם" (או"ח סי' קמא סע' א) חולק על  
 הב"ח ומביא ראיה לדבריו מדין המלך שיושב בהקהל. שניהם לא ראו את דברי  
 ה"נימוקי יוסף" שהבאנו לעיל, שהיה גנוז בכת"י עד לאחרונה והם כיוונו לדבריו.  
 מקור נוסף נמצא בירושלמי (שמובא בראשונים אך אינו מצוי בנוסח שלפנינו). הוא  
 הובא בתחילה על-ידי "הרוקח" (סי' נג): "ר' יוחנן איקלע לההוא אתרא, חזא ההוא  
 גברא דהוה קרי בסמיכה. אמר לו: אסור לך, שנאמר 'ואתה פה עמוד עמדי' אמר לו:  
 בעל בשר אני, והתיר לו" (מעניין שכאן הירושלמי מביא את הטעם של הבבלי, ומכאן

ראיה לרי"ד שהבאנו למעלה). הדברים הובאו להלכה גם במרדכי (ברכות סי' טו) ובשו"ע (או"ח סי' קמא סע' א). מכאן מוכח שבדיעבד מהני גם סמיכה, שאינה נחשבת כעמידה לגבי קריאת התורה (ועיין גם בירושלמי מגילה פ"ד ה"א) ואף שיש דעות שסמיכה כעמידה (עיין ברמ"א חו"מ סי' יד סע' א), בירושלמי מפורש דלא הוה כעמידה לעניין קריאת התורה. להלכה הכריע "משנה ברורה" (שם) שאם קרא במישוב בדיעבד מהני, וכדעת רוב הראשונים.

כיוון שאנו כבר עוסקים בסוגיה זו, נברר את דין קריאת מגילה, אם יש חובה לכתחילה לקרוא במעומד משום כבוד הציבור. במשנה (מגילה פ"ד מ"א) נפסק שיוצאים ידי חובה בקריאת מישוב. רש"י בפירושו למשנה כתב: "הקורא את המגילה עומד ויושב – אם רצה עומד ואם רצה יושב" וכן כתבו הרשב"א והר"ן (שם). ואם תאמר: ייתכן שהראשונים עוסקים בקורא ביחיד, הרי שבירושלמי (שם) מפורש לגבי קריאת המגילה אפילו ברבים: "מה לשעבר, הא בתחילה לא? והא תנו מעשה בר"מ, שקריה מישוב בבית הכנסת של טיבעון... כיני מתניתא מותר לקרותה עומד ומותר לקרותה מישוב". היינו, מסקנת הירושלמי היא שמותר לקרוא לכתחילה מישוב. וכן הבין הטור (או"ח סי' תרצ).

אלא שברמב"ם מצאנו שיטה מחודשת (מגילה פרק ב הל' ז): "קראה עומד או יושב יצא ואפילו בציבור. אבל לא יקרא בציבור יושב לכתחילה, מפני כבוד הציבור". רבי אברהם מן ההר כתב שהמקור לרמב"ם הוא מהמושג "כבוד ציבור" שמצאנו במקומות נוספים (כגון גיטין ס ע"א). הבאנו לעיל שגם דעת ה"נימוקי יוסף" לחייב עמידה לכתחילה. המאירי כתב ש"נהגו לעמוד" בזמן קריאת מגילה, ומשמע מדבריו שזה בגדר מנהג בלבד. ייתכן שלדעתו גם הרמב"ם לא כיוון לחובה גמורה אלא למנהג. עולה אפוא שלדעת רוב הראשונים, כבוד הציבור אינו מחייב עמידה בקריאת מגילה, שהרי לדעתם ניתן לקרוא לכתחילה מישוב. גם לדעת הרמב"ם, שלפיה יש זיקה בין "כבוד ציבור" לחובת העמידה, זו מחייבת רק עמידה לכתחילה, ואולי רק בגדר מנהג.

בכל מקרה, אם נחזור למקרה דנן, ייתכן שאף לא עולה בעיה של כבוד הציבור, שהרי האדם יושב מפני שאינו יכול לעמוד ולא מפני שאינו רוצה לעמוד. **אדרבה, כבוד הציבור הוא במתן האפשרות גם לאנשים עם מגבלה רפואית להשתלב בחיי הקהילה כשווים עד כמה שניתן.** אפילו בקריאת התורה, שבה ישנם טעמים נוספים

(כמבואר לעיל), נראה שיוכל לעלות יושב בכיסאו, וכפי שמצאנו שבעל בשר עולה לתורה לפי יכולתו.

עוד מצאנו בספרי האחרונים, שו"ת "שערי עזרא", (לרב עזרא בצרי, חלק ב סי' ט ולפני כן בתחומין ד עמ' 455) התיר לאדם המרותק לכיסא גלגלים לעלות לתורה ולהיות חזן, וכתב שם: "שבמקום מחלוקת מוטב להימנע, אך על המעוררין לדעת שעושין שלא כדין ומחמירים כביכול בדבר שלא צריך להחמיר ומלבינים פני אדם מישראל, והרי זה גרוע משופך דמים".

שו"ת "בית אבי" (לרב יצחק אייזיק ליבעס, חלק ד סי' נז) התיר לאדם המרותק לכיסא גלגלים לעלות לתורה, וכתב שם שיש בידו מעשה רב בעניין זה: "וידעתי מכמה גדולי הדור שלעת זקנתם לא יכלו לעמוד על רגלם, מכל מקום עלו לתורה. ושמעתי עוד מדור שעבר שאחד מן הגדולים שהיה בבית חולים ל"ע והביאו לו ספר תורה, וקרא בעצמו הקריאה על מיטתו, עפ"י פסקו של גדול הדור שהכריע כן". התורה מזהירה אותנו פעמים רבות על אונאת החלשים, ומצווה אותנו בכמה וכמה דרכים לעזור לזקוק לעזרה, הן בממוננו והן בגופנו.

בניגוד לכל האמור בספר "פסקי תשובות" (ב, עמ' קסז) פוסק שאין להעלות לתורה אדם המרותק לכיסא גלגלים, ומציין כמקור לכך: "סתימת כל הפוסקים שלא חילקו בכך", כאמור לעיל אין לכך סיבה מוצדקת בהלכה, וגם הפוסקים שדנו בכך, בהרחבה וכדרכה של תורה בהבאת ראיות ומקורות לדבריהם, העלו שלא כדבריו.

**א. כיצד מפשרים - בין פשרה לבין צדק**

בעריכת הרב עדו רכניץ

**תקציר**

1. ככלל, בית הדין דן על פי דין תורה, אולם, כאשר ישנם ספקות הן עובדתיות והן הלכתיות יש לעשות פשרה או להיעזר בה על מנת להכריע את הדין.
  2. על בית הדין ללחוץ על הצדדים להסכים לפשרה רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם **הצדק והיושר**, כפי שכתב הרב קאלישר (מאזנים למשפט סימן יב, ס"ק ג):  
...היכי שגם מן הצד הישר והטוב ליכא צד לזכות המתחייב, וכל עין ישפוט בצדק שאין לזה שום זכות, אז אין לרדוף אחר הפשרה שהרי היא כרוּדף לעשות עוול ומזיק לזה הזוכה על חנם...
- כאשר הצדדים הסכימו שבית הדין יטיל ביניהם פשרה ראוי לקבוע פשרה על פי הכללים הבאים:
3. באופן בסיסי ראוי שהפשרה תהיה קרובה לדין, ואם בשטר הבוררות נקבע שכך יהיה אין לסטות מן הדין ביותר משליש, ועדיף לצמצם את הסטייה מן הדין למינימום.
  4. ראוי לעשות פשרה כדי להשכין שלום בין הצדדים. חשוב להדגיש שלא כל פשרה משיגה מטרה זו ויש לבחון את הדברים באופן מפורכח.
  5. ראוי לעשות פשרה כאשר היא מבטאת צדק ויושר, כפי שכתבו פוסקים רבים:
- א. הריא"ז (קונטרס הראיות סנהדרין ה ע"ב) כתב: "וצריך להיזהר לעשות הדבר בצדק על הפשרה כמו על הדין".
  - ב. בשו"ת דברי מלכיאל (ב, קלג) כתב: "לפשר על פי יושר כגון שע"פ דין מגיע לו הכסף אבל ע"פ יושר אין ראוי שיקחנו..."

- ג. הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט חו"מ א) כתב: "שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה."
- ד. חידושי הרי"מ (חו"מ סימן יב, בסוף חו"מ חלק ד) כתב: "הפשרה אינו כפי שירצה... דפשרה צריך הכרע דעת ועל כרחך שהוא נוטה למי שנוטה היושר יותר כך מפשרין..."

### מבוא

בגמרא מובאות שלוש דעות תנאים (סנהדרין ו ע"א-ע"ב):

תנו רבנן: כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה, נגמר הדין - אי אתה רשאי לבצוע.

רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: **אסור לבצוע**, וכל הבוצע - הרי זה חוטא... אלא: יקוב הדין את ההר...

רבי יהושע בן קרחה אומר: **מצוה לבצוע**... איזהו משפט שיש בו שלום - הוי אומר: זה ביצוע.

דהיינו, לתנא קמא מותר לבצוע, כלומר לפשר, לפני גמר דין, לרבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אסור לבצוע ולדעת רבי יהושע בן קרחה מצווה לבצוע. הגמרא פוסקת הלכה כדעת רבי יהושע בן קרחה ומסבירה מה משמעות המצווה: אמר רב: הלכה כרבי יהושע בן קרחה... מצוה למימרא להו: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו.

כלומר המצווה לבצוע פירושה הצעה לבעלי הדין לבחור בין דין לפשרה. הגמרא מגדירה את הביצוע כ"משפט שיש בו שלום" ולפי פשוטם של דברים כוונתה שאכן הפשרה מבוססת על הצדק והיא מביאה לידי ביטוי גם את הצורך להביא לשלום. אך עולה השאלה מה היא הפשרה והאם יש לפשרה כללים הלכתיים מחייבים. דבר זה משמעותי הן להחלטה כיצד לבצע פשרה והן להחלטה האם יש מקום לבטל פשרה שנעשתה כבר בעקבות שינוי הנסיבות.

בסוגיה נוספת (סנהדרין לב ע"ב) מובא עניין הפשרה, כפיתרון הכרחי וגם לו מקור מפסוקים:

תניא: צדק צדק תרדף - אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן - שתיהן טובעות, בזה אחר זה - שתיהן עוברות. וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן - שניהן נופלין, בזה אחר זה - שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה - תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה - תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות - הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.

לפי גרסה זו הפשרה במקרה כזה נלמדת מהפסוק "צדק צדק תרדוף", אולם, לחלק מהראשונים הייתה גרסה אחרת לפיה הגמרא עימתה בין פסוק זה לפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" ומסקנתה - אחד לדין ואחד לפשרה. במקרה הזה הפשרה היא הדרך היחידה וההכרחית לפתרון הסכסוך.

לפי פשוטו של תלמוד הפשרה אינה דין, בוודאי כך הוא הדבר לאוסרים אותה ולא לאומרים "רשאי לבצוע" אך גם המחייב פשרה הרי מבוארת כוונתו שהדיינים פותחים ואומרים שתי אפשרויות לבעלי הדין, דין או פשרה. ואם כך שתי אפשרויות אלו הן שונות במהותן.

המשך נייר העמדה מתחלק לשני פרקים, האחד, יעסוק בדיני הפשרה, והשני, באופי הפשרה הרצויה בעיני ההלכה.

כאמור מדברי הגמרא עולה שיש בפשרה ערך ועל כן צריך להציע את הפשרה לבעלי הדין לפני מתן פסק הדין. המפרשים נחלקו עד כמה הדיינים צריכים לדחוף את בעלי הדין לכיוון הפשרה. מדברי הסמ"ע (יב, ו) משמע שצריך לשכנע את בעלי הדין לפשר ואילו המהר"ל מפראג (מובא בט"ז יב, ב) כותב "שאין לרדוף כל כך אחר הפשרה". בספר מאזנים למשפט (לרצ"ה קאלישר ס"ק ג) פוטר בין הדעות והציע שבתחילה יש להציע פשרה באופן כללי ובהמשך יש מקום להציע פשרה כשנראה שיש בדבר תועלת **מצד היושר** וכדומה (וראה בספר דיני בוררות עמ' קנב ואילך), נצטט מדבריו שיש בהם גם חשיבות לעניין עשיית הפשרה בכלל:

דיש ב' מיני פשרה, דאם יש צד עשיית ישר וטוב שלא מן הדין אז ודאי מצווה לעשות פשרה ולרדוף אחריה בכל היכולת שהרי "לא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו אלא מפני שהעמידו דבריהם על דין תורה", ולמה נרחיק הפשרה מפני שמחסרין לזה ממונו המגיע לו מן הדין אדרבה ראוי לזה הזוכה

בדין לקיים "ועשית הישר והטוב"... אבל היכי שגם מן הצד הישר והטוב ליכא צד לזכות המתחייב, וכל עין ישפוט בצדק שאין לזה שום זכות, אז אין לרדוף אחר הפשרה שהרי היא כרודף לעשות עוול ומזיק לזה הזוכה על חינם... והשתא בזה צדקו דברי מהר"ל דבתחילה אין לרדוף אחר הפשרה רק בשאלה בעלמא, שהרי יוכל להיות שהוא מאותו סוג שאין לעשות פשרה... אבל אחר שנודע לו עניין המשפט ויודע שיש צד עשיית ישר וטוב אז יש לעשות כסמ"ע להסביר לבעלי דין ולפייסם לפשרה...

שיקול נוסף לשאוף לעשיית פשרה הוא הסעיף החותם את דיני הפשרה בשולחן ערוך (יב, כ):

צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה.

#### **א. דיני הפשרה**

##### **1. כללי הפשרה**

מדברי השולחן ערוך עולים שלושה כללים המחייבים את הפשרנים העוסקים בפשרה:

א. הצעת הפשרה לפני גמר דין (שו"ע חו"מ יב, ב).

ב. הסכמת כל הדיינים (שם, יח).

ג. עשיית קניין או שטר על ההסכמה לפשרה (שם, ז).

על שלושת העמודים הללו עומדת הפשרה, ובלעדיהם פשרה אינה יכולה לחול, שלושתם מעידים על כך שהפשרה אינה דין רגיל ועל כן היא צריכה לבוא לפני פסק הדין ומתוך הסכמת הצדדים להחלטת הדיינים, הסכמה המגובה בקניין, וללא הכרעת הרוב המועילה בדרך בפסיקת ההלכה כי במקרה זה אין אנו נדרשים לפסיקה הלכתית, בה הולכים אחר הרוב, כי אם להערכה שכלית והגיונית (כפי שכתב הרמ"צ נריה זצ"ל, "משפט הפשרה"). אף על פי כן מוצאים אנו שיש מקרים והפשרה עשויה להתבטל ועל כך נרחיב להלן.

אמנם כפי שכתבנו יש גם פשרה מסוג אחר, על פשרה מסוג זה כתב הרא"ש בתשובותיו (כלל קז סימן ו):

שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי



ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.

וכך פסק השולחן ערוך (חו"מ יב, ה):

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.

בפשרה מהסוג השני אין צורך דווקא בעשיית הפשרה לפני גמר דין, וכפי שכותב השולחן ערוך באותו הסעיף בו הוא כותב את הצורך בפשרה לפני גמר דין (שם יב, ב), שבמקום חיוב שבועה ניתן להציע פשרה גם לאחר גמר דין.<sup>1</sup> נראה שגם אין צורך בהסכמת ג' הדיינים כי אם הולכים אחר הרוב, וכך כותב מסברה בספר "צדק ומשפט" (יב, יח). גם העמוד השלישי של הפשרה והוא עשיית קניין לפני הפשרה אינו נצרך שכן זהו פסק דין לכל דבר שיש לו תוקף גם ללא קניין. כך הוכיח הגר"ז"נ גולדברג (שבחי פשרה סעיף ג) הן מדברי הגמרא לגבי שתי ספינות שלא הביאה את הצורך בקניין, והן מהפשרה המופיעה לפי רש"י בבבא מציעא (מב ע"ב) וגם שם לא נאמר שנעשה קניין (אם כי בסוף דבריו הוא מציין שיתכן ובמקרים אלו נעשה קניין והדבר לא נכתב).

נמצא לסיכום שיש שני סוגי פשרה:

1. פשרה הנובעת מהסכמת בעלי הדין שלא ללכת רק על פי דין לבד ומתוך שאיפה להגיע לשלום.
2. פשרה הנובעת מתוך קושי ליישם את הדין או להכריע אותו.

## 2. ביטול פשרה

עלינו לבחון מה הם המקרים בהם תתבטל הפשרה ומתוך כך נוכל לדעת האם יש כללים לפיהם הפשרן מחויב לפעול ומה הם. ראשית נדון במקרים המופיעים בשולחן ערוך, יש לחלק מקרים אלו לשני סוגים:

א. פשרה הנובעת מן הדין, והדיין טעה בדין או שהשתנו הנסיבות והדין התבטל.

<sup>1</sup> נקטנו שפשרה על השבועה היא מסוג הפשרות הנובעות מדברי הרא"ש וכפי ששמע ממספר פדריים, אך ראה במאמריהם של הרב שלמה לוי ושל הרב איתי ליפשיץ שהעלו אפשרויות אחרות.

ב. פשרה הנובעת מהצעת הדיין לפשר, והפשרה נעשתה שלא כהוגן מחמת טעות בפרטים או שהפשרה נעשתה שלא כראוי. לאחר מכן נדון באיסור להטות פשרה והשלכותיו וכן בשיעור הפשרה, שיעור שסטייה ממנו יכול להוות עילה לביטול הפשרה.

#### א. שינוי הדין

במקרה של פשרה עקב חיוב שבועה והתברר שהשבועה בטלה, כך כותב הרי"ף (שו"ת סימן קכד):

שאלה. ראובן היה לו חייב שמעון שבועה וקנה ממנו שמעון השבועה ונתן לו קצת הממון שטוען על דרך הפשרה שלא ישבע והעידו על עצמו בכך. לאחר כך נתגלה ראיה לראובן באותו ממון כלו - פשרה זו קיימת היא או לא? תשובה. פשרה זו בטלה היא משום שכשמכר לו ראובן השבועה היה שמעון מחוייב בה אבל עכשיו שהביא ראיה בממון, שבועה אין כאן, מכירת שבועה אין כאן. אבל אילו עשו ביניהם כתיקונה ולא הזכירו השבועה הפשרה קיימת דאמרינן עביד איניש דזבין ומזבין דיניה.

דהיינו במקרה שהתברר על ידי ראיה שאין חיוב שבועה,<sup>2</sup> מתבטלת הפשרה או "מכירת השבועה", אך רק כאשר הזכירו את השבועה כסיבה לעשיית הפשרה. (ראה גם בשו"ת הרי"ף סימן קמה). בעקבות הרי"ף כתב הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ו הלכה ה):

דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה זה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע ואחר כך ידע שאינו בן שבועה, אע"פ שקנו מידו על הפשרה אינה כלום שלא קבל עליו ליתן לו או למחול לו אלא כדי שיפטר משבועה שחייבו בה הטועה וכל קניין בטעות חוזר וכן כל כיוצא בזה.

הרמב"ם לא פירט כיצד "ידע" שאינו חייב שבועה אך מהרי"ף למדנו שהדבר יכול להיות תוצאה של ראיות חדשות או טעות של בית הדין. דבריו נפסקו בשולחן ערוך

<sup>2</sup> שער משפט כה, טז מחדש שאם נמצא עד המסייע שפוטר משבועה אין הדין מתבטל, אך ראה בשו"ת מהרש"ם ג, שכח ובספר בית יהודה (הובא באורחות המשפטים ערך פשרה שחזק את דבריו) שחלקו עליו וסברו שגם כזו טעות מבטלת את הפשרה.

(חוי"מ כה, ה) והרמ"א הוסיף והדגיש, כפי הנראה, לפי דברי הרי"ף בתשובה שהבאנו:

ודווקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה או כדומה לזה. כלומר צריך להיות ברור שאכן הפשרה מבוססת על העובדה המוטעית. שכן אם הפשרה אינה נובעת מפסק הדין אלא כפשרה רגילה, גם שינוי בדין לא ישנה את הפשרה.

### ב. טעות בפשרה

שלושה מקרים נוספים נפסקו בשולחן ערוך (יב, יא; יב, יד-טו) ומקורם בתשובות הרשב"א (ג, קב וב, רעח) ובנימוקי יוסף (סנהדרין א ע"א בדפי הרי"ף):

1. אם ראובן הפחיד את שמעון למסרו לאנס אם לא יתן לו ממון שהיו דנין עליו ואין לו בו זכות כפי הדין, ועשו פשרה בקנין וביטול מודעא, יכול לחזור בו...

2. הכופר בפקדון, ונתפטר עמו ומחל לו, ואח"כ מצא עדים, יכול לחזור בו.

3. והוא הדין למי שנתפטר מפני שלא היה לו ראיה או שטר, ואחר כך מצא.

דהיינו פשרה שנבעה כתוצאה מכפייה או מטעות של המתפטר שלא ידע על כך שיש בידו ראיות שיכולות להכריע את הדין לטובתו, אינה פשרה. מקרה נוסף הובא בדרכי משה (חוי"מ כה, ה, מקורו במהרי"ק שורש קיא):

על אודות אחד מן האחים שנתפטר עם שאר אחיו לפטור חלקו מירושת אביו בעבור סך מה כאשר היה סבור שלא היו הנכסים מרובים כאשר היו. וכן אמרו לו אחיו שלא היו הנכסים מרובין, ועל זה סמך ופטר את חלקו לאחיו בשביל דבר מועט לפי המגיע לחלקו. ושוב נודע שהיו הנכסים מרובים ושהיה מגיע לחלקו כמעט כפלים ממה שנתפטר עם אחיו.

נראה לע"ד דבר פשוט שאין באותה פשרה ממש שהרי הלכה רווחת היא בישראל דכל קנין וכל מחילה בטעות חוזרים.

דהיינו אם הפשרה הייתה מבוססת על כך שאחד הצדדים לא יכול היה לבסס טענותיו בראיות, ולאחר מכן התברר שהייתה לו אפשרות שלא הייתה ידועה לו, להוכיח את טענתו - הפשרה בטלה. כמו כן, אם הפשרה התבססה על נתונים עובדתיים שגויים ניתן לחזור מהפשרה.

במקרים אלו הרמ"א נמנע מלהוסיף שיש צורך בגילוי דעת שהפשרה התבססה על הנתונים הללו שהתגלו כטעות, והאחרונים הסבירו (ראה הלכה פסוקה סימן יב, הערה 490) שבמקרה שבו הייתה אפשרות להשביע ולברר את הדין, נראה שהעובדה שבחר לוותר על השבועה ולהתפשר מגלה שהעדיף באופן עקרוני פשרה על הדין, אלא אם כן הוא יאמר במפורש שהדבר אינו כך, מה שאין כן במקרים הללו שלא הייתה לו אפשרות לברר את הדין וממילא ברור שהפשרה הייתה כורח הנסיבות ומתוך טעות בהערכת המצב.

הפוסקים הדגישו שביטול הפשרה בעקבות מציאת ראיות חדשות או שינוי הנתונים מותנה בכך שאכן הראיות החדשות הן ברורות. כך כותב הרמ"א (שו"ת רמ"א סימן עד), לגבי מקרה בו הטענה החדשה אינה מועילה יותר מאשר הקודמות לה, ועוד הוסיף לקבוע: "לא דמי לשאר פשרה בטעות דאיכא אומדן דאדעתא דהכי נתפטר, אבל בכאן שהיה להם הרבה ערעורים ביחד מי יוכל לעמוד על דעתו שלא נתפטר בלא זה". כך גם כותבים פוסקים נוספים שרק אם בעקבות הראיות יכול להשתנות פסק הדין הפשרה תתבטל (שו"ת משכנות יעקב חו"מ סימן י; ראה פתחי תשובה כה, יג). כך כותב בשו"ת דבר משה (ח"ג חו"מ סימן ג; הובא בפד"ר יז עמ' 83):

אבל כשיש צד בעולם דילמא אינו חייב באותה שבועה ואף על פי כן מתפטר בה לא אמרינן קנין בטעות.

הנודע ביהודה הוסיף ודרש שהראיות החדשות יהיו כאלו שהיו בזמן הפשרה ולא כאלו שהתחדשו לאחר מכן (דגול מרבבה יב, יד; ראה בפתחי תשובה יב, כ, שביאר בדבריו).<sup>3</sup>

מאידך, הראי"ה קוק כותב (באר אליהו יב, כה) שהמבקש לבטל את הפשרה צריך להוכיח שלא ידע מראיות אלו בזמן הפשרה. יש לציין גם לדברי נתיבות המשפט (רה, ט, ד"ה ואם) שאם אחד הצדדים חזר והודה לפני עדים, ששיקר בדבריו הפשרה בטילה.

<sup>3</sup> בהלכה פסוקה (סימן יב הערה 469) ציינו לדברי שו"ת שואל ומשיב (מהדורא ג חלק ג סימן ס) שעסק במקרה בו נתגלה חפץ שהתפשרו עליו וסברו שנאבד והתברר לאחר הפשרה שהוא נגנב והחבא במקום מסוים והשואל ומשיב ביטל את הפשרה. הערך שי טען שהוא חולק על דברי הדגול מרבבה, אך נראה שאין מחלוקת ביניהם ויש הבדל בין חפץ אבוד שאין יודעים את מקומו לבין עדים פסולים שהוכשרו לאחר מכן.

### ג. פשרה מתוך הכרח

גישה מחמירה לגבי ביטול פשרה עולה מדברי הרמב"ם (מכירה י, ג) שקובע ש"פשרה דינה כמכר" ופסק השולחן ערוך (חוי"מ רה, ג) כמותו. לפי זה ניתן לבטל פשרה שנעשתה באונס, רק במסירת מודעא וכשיש עדים על האונס. אמנם הדברים סותרים את דברי הרשב"א (שו"ת ג, קב) שהובאו בשולחן ערוך (חוי"מ יב, יא) וצוטטו לעיל, שניתן לבטל פשרה אם ההסכמה לפשרה נבעה מתוך הפחדות ואיומים שיפסידו הכל. ביישוב העניין הציעו האחרונים (ראה הלכה פסוקה יב, הערות 404--409) מספר אפשרויות:

א. הרב עוזר (מובא בבאר היטב שם) תירץ: שבביטול מכר יש שני תנאים: 1. מסירת מודעא 2. עדות על האונס. ואילו בביטול מתנה די באחד מהם. פשרה דינה כמכר לעניין זה שאם מוסר מודעא, יש צורך גם בעדות על האונס, אולם, במקרה שיש עדים על האונס הפשרה בטילה, גם ללא מודעא, כמו שמתנה בטילה באונס. על תירוץ זה קשה מסיום תשובת הרשב"א (שלא צוטט בבית יוסף) בה הוא כותב: "ואם מסר מודעא, אפילו לא ידעו עדים באנסו, הוא נאמן", וכן מדברי התשב"ץ שיובאו להלן.

ב. קצות החושן (רה, ב) כותב:

משום דהכא מיירי בדין מסופק שאינו ידוע להיכן נוטה, או בדבר שיש בו הכחשה ועסק שבועה ביניהם והוה ליה תורת פשרה, אבל התם מיירי שהיה הדין ברור בלי שום ספק ואינו בתורת פשרה כלל ומשום הכי הוה ליה אונס גמור.

כלומר במקרים שהדין היה ללא ספיקות, אלא שלא היה ניתן להוכיח זאת - הפשרה נחשבת כמתנה, ואז תועיל ידיעת האונס לבד או מסירת מודעא אף בלא שהעדים ידעו מהאונס. לעומת זאת, במקרים שהיה ספק אמיתי או הכחשה וחיוב שבועה - הפשרה לא תבטל ללא מודעא ועדות על האונס. כך כתב גם הרמב"ם בתשובותיו (חלק ב סימן ק, הובא גם בשער משפט יב, ה).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> בהגהות אמרי ברוך (על הקצות הנ"ל) כתב שבמקרה שהביא השולחן ערוך (יב, יד) מתשובות הרשב"א (ב, רעה) הגיעו הצדדים לחיוב שבועה בבית דין ואף על פי כן נפסק שניתן לחזור ולבטלו. כמו כן הוא מעיר על כך שעצם הלימוד מדברי הרשב"א להלכה הוא קשה שהרי הרשב"א מדבר על מקרה שבעל הדין דרש מחילה בידי שמים ועל כך כותב הרשב"א שהפשרה בטילה, מה שאין כן בדיני

הרב ח"ש שאנן (במאמרו ס"ק ב) ציין שהמהרשד"ם (חו"מ, סימנים שלד ותיח) פסק במפורש שגם באונס גמור ובדין ברור אין הפשרה מתבטלת. יש לציין לדברי התשב"ץ (ב, סב) שהפשרה אינה מתבטלת כלל באונס אף כאשר הדין ברור:

שאלת ראובן תבע שמעון מאה מנה וכפר אותו וכשהיה בינו לבין חברו היה מודה לו. ולפי שלא היו לו ראיות בררו שניהם שנים להטיל פשרה ביניהם וקבלו עליהם כל מה שיפשו ביניהם בקנין ובכח נדוי. ואחר פסק דין הנבררים רוצה ראובן לבטל פשרתן מכח מודעא שמסר שלא היה מתפשר עמו אלא מפני כפרנותו, ועכשו שחייבוהו הנבררים באותה פשרה רוצה כל תביעתו ממנו.

דהיינו בא לפני התשב"ץ מקרה של "דין ברור" שנעשתה בו פשרה, אלא שהתובע מסר מודעא, אולם לא היו עדים שידעו על האונס (שהרי לא שמעו את הנתבע מודה בתביעה). מסקנת התשב"ץ שיש תוקף לפשרה.<sup>5</sup> ג. חמדת שלמה (חו"מ יג, הובא בפתחי תשובה רה, ה) טוען שאם הפשרה עוד לא התבצעה ניתן לבטלה בטענת אונס ובמקרה כזה לא נאמר "תליוה וזבין זביניה זביני" היות וזו התחייבות שלא בוצעה ולא ניתן לכפות את המתחייב לבצע את התחייבותו.

#### ד. טעות בחשבון

בתשובות חכמי פרוביניצה מובא מקרה שהמפשר טעה בחשבון הסכומים, ועל כן הציע פשרה מוטעית, השאלה הובאה לפני כמה חכמים (חלק ב, סימנים א-ג; ח-יד)

---

אדם. אמנם לאחר העיון נראה שהרשב"א באותה תשובה אכן דן בתחילה משום דיני אונס ומשום "תליוה ויהיב" ולאחר מכן הוא מוסיף וכתב שזו גם פשרה בטעות שהרי דומה הדבר למי שאין לו עדים ומצא עדים שהרי השמים עדיו והוא לא ידע שלגבי חיוב שמים הם נחשבים כעדים על החיוב. ועל כן יפה עשה השולחן ערוך שהביא דין זה בעניין פשרה בטעות ואין מזה סתירה למסקנת האחרונים לגבי פשרה רגילה.

<sup>5</sup> בשו"ת שואל ומשיב (מהדורא א חלק א סימן יח) העיר שיש סתירה בין תשובה זו לתשובה בתשב"ץ חלק ב סימן רצז, (ציון זה הוא מוטעה ובמקום אחר (מהדורא ג חלק א סימן קמח) נכתב סימן רכז). ואכן שם התשב"ץ מחלק בין פשרה שהיא חלוקת זכויות לבין פשרה שיש בה מחילה של חייב על ממונו.

כמה מהם (יא-יג) עמדו על כך שזהו קנין בטעות ועל כן הפשרה בטלה. דברים יסודיים בעניין הפשרה בכלל כותב הרב המשיב, ר' אבא מרי ב"ר משה:

אם טעו בחשבון הראוי להיות בין בעלי דינין נראה ודאי דטעותא הדרא, וכ"ש הכא דסברי אינהו שכוונו ודקדקו בחשבון ועל פי החשבון ההוא פסקו את הדין, כסבורין הם שהחשבון מכוון ונמצאת שגיאה ברורה בחשבונו בכי האי גוונא הדר דינא, ואע"ג דקנו מיניה הוי קנין בטעות וחוזר... הילכך בנדון שלפנינו אע"פ שיש בו שטר בירורין ויש בו כח לחנוך הנברר לזכות את החייב ולחייב את הזכאי, אפי' הכא שופרא דשטרא הוא ולא עלה על דעת שיתן רשות לנברר שיחייבהו בלתי שישמע טענותיו וחשבונותיו וראיותיו הראויות לקבל,<sup>6</sup> ואם אמרו ז"ל "מצוה לבצע", ולא אמרו "מצוה לגזול", וראוי לנברר לשמוע טענת בעלי דינין ולכוין חשבונם על פי הדין וראוי להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים במשפט ושלוש ומי שלא עשה כן ראוי לבטל את הדין מעיקרו, וכ"ש בהדין עובדא דהוי הפסק דין והקנין בטעות וחוזר...

דהיינו טעות בחשבון בוודאי הופכת את הפשרה לקנין בטעות ובטל. כמו כן הוא כותב שהצדדים מצפים לדיון בו יישמעו כל טענותיהם ויבדקו ביסודיות ומתוך כך תיעשה הפשרה ואם המפשר אינו נוהג כך ראוי לבטל את הפשרה. נרחיב על כך בהמשך.

### 3. פשרה לאחר גמר דין - גישור לפני בית הדין

אחת הבעיות בנוגע לפשרה הוא עיתוי הפשרה. כפי שכבר ציינו הפשרה שאינה נובעת מספק בדין, חייבת להיות לפני גמר דין. פסיקת השולחן ערוך (ח"מ יב, ב) היא שגמר דין משמעותו העברת הוראה ברורה לצדדים הכוללת את פסק הדין. בשו"ת משנה הלכות (ט, שטז) דן בפסק דין שכלל בתוכו קביעה מה הוא הדין והצעת פשרה וטוען שלפי דברי השולחן ערוך כיוון שפסק הדין כולל בתוכו פסיקה של הדין הרי שהפשרה המוצעת לאחר מכן בטילה. והוסיף לציין לדברי המהרש"ך (ג, מד) שביטל פשרה מאותן הסיבות, וכן מצאנו בשו"ת אבני שיש (סימן כה הובא בספר דיני

<sup>6</sup> (בדומה לסעיף 24 חוק הבוררות הפוסל בוררות שהיה בה פגיעה בכללי הצדק - עדו רכניץ).

בוררות עמ' קנה). לפי דבריהם יש להיזהר בניסוח פסק הדין ולכתוב אך ורק את הפשרה ללא הכרעת דין מלפני כן שאם לא כן הפשרה תהיה בטילה במקרה כזה.<sup>7</sup> מאידך ראוי לציין לדברי הריא"ז (מובא בשלטי גיבורים סנהדרין א ע"ב בדפי הרי"ף ובש"ך יב, ו) :

נראה בעיני שאין כל הדברים הללו אמורים אלא כשדיינים רוצים להטיל פשרה כפי הנראה בעיניהם שלא מדעת הבעלי דינים, אבל אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים למחול אחד לחבירו או לתת אחד לחבירו דבר ידוע, אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים, וזו היא מצוה גדולה והבאת שלום שבין אדם לחבירו.

מדבריו עולה שניתן לפייס את הצדדים להסכים לפשרה גם לאחר גמר דין. והש"ך שהביא את דבריו בסתם סבר שדבריו מתקבלים. וכן הוסיף על כך נתיבות המשפט (ביאורים יב, א) :

וכן מסתבר, דמהיכי תיתי יהיה אסור לפייס לאחד שימחול לחבירו. וכן כל הסוגיא דפשרה בגי' גם כן על כרחך מיירי בהכי, דהפיוס ודאי אף ביחיד סגי. וכן כנסת הגדולה (הובא בפתחי תשובה יב, ה) מוסר שזהו מנהג ארץ הצבי. מאידך הב"ח התנגד לכך נמרצות וכן התומים הצטרף לזה (הובאו שם). כשנתגלה קונטרס הראיות לריא"ז נתברר שאכן דברי הריא"ז מבוססים על חילוק עקרוני בין פשרה מדעת הדינים לבין פשרה שנובעת מריצוי בעלי הדין ולדעתו כל הסוגיא עוסקת אך ורק בפשרה שבעלי הדין קיבלו עליהם לפי ראות עיני הדיינים, אבל פשרה הנובעת מריצוי אינה בגדר זה, וזו לפי הריא"ז דרכו של אהרן שעשה שלום. אמנם ראשונים אחרים הסבירו שאהרן עשה שלום קודם שניגשו לבית הדין (רש"י סנהדרין ו, ב, ד"ה אבל) או מפני שאינו שייך לצוות בית הדין (תוספות שם,

<sup>7</sup> הערת הרי"א ורהפטיג: אינני מסכים, הדיינים אומרים מה היה ראוי לפי שורת הדין, אבל משיקולים שונים, כחייב בדיני שמים, או אפילו, משום שנהג מנהג רמאות, הם עושים פשרה, שהוסמכו לה מראש.

הערת הרב עדו רכניץ: נראה עוד לומר שבמקרה שהצדדים חתמו על שטר הבוררות "בין לדין ובין לפשר", לפני התחלת הדיון אין איסור בדיעבד לכתוב מה היה הדין ומהי הפשרה.



ד"ה אבל) וממילא נראה שלדבריהם אכן בית הדין מנוע מלפשר בדרכים אחרות גם לאחר גמר דין.

אף על פי כן כותב מהר"ש מוהליבר (שו"ת חו"מ סימן ט יב, ב) לחזק את דברי הרי"א ז':

בוודאי מצוה גדולה היא אם רואה הדיין שיעשה שלום על ידי זה. וכן המנהג פשוט בכל בתי דין שבישראל, שאם רואים לאחר הפסק שיוכלו לבוא מזה לידי קטטה ומריבה ואפשר גם לסירוב וביטול הפסק דין בכללו, כי יד ישראל אינה תקיפה כעת להעמיד הד"ת על תילו בכל תוקף, מפייסים את הבעל דין שיותר מה לבעל דינו וכל איש יבוא על מקומו בשלום.

גם בשו"ת זקן אהרן (ב, חו"מ קכו) דן בשאלה זו ומציע גם כן דרך, בשעת הדחק, לפשרה שתהיה לאחר גמר דין, וציין שכך היא גם הסכמת המאזניים למשפט (יב, ד):

רק אם לראות עיני כת"ר אי אפשר להעמיד הפסק דין הקודם וגם בעלי הדינים מסכימים לזה אז תעשו באופן כזה לומר להם דעו שהדין נשאר כמו שאמרנו, רק מצד הישר והטוב ראוי לוותר נגד רעהו בכך אם תסכימו מרצונכם הטוב.

עניין הגישור נידון במספר מאמרים בתחומין, מדברי הפוסקים שהבאנו נראה שכדרך לכתחילה של השכנת שלום יש לדבר זה מקום כפי שעשה אהרן בשעתו לפני הכניסה לדין או כגורם מחוץ לבית הדין וכפי שביארו זאת הראשונים. אך הפשרה עצמה היא מלאכה שנסמכת כבר הרבה יותר על מערכת שיקולים של פסיקה ואינה פועלת רק מתוך מטרה של השכנת שלום.

#### 4. הכרעה על פי רוב

ציינו שהלכה פשוטה היא בשולחן ערוך (יב, ח) על פי דברי התוספות ועוד ראשונים שבפשרה רגילה צריכה להיות הסכמה של הדיינים על הפשרה. אף על פי כן יש לציין שלחלק מהפוסקים ניתן גם להכריע בפשרה על פי הרוב ובוודאי במקרה שבעלי הדין קיבלו את בית הדין לפשרה קרובה לדין, על כך ראה במאמרו של הר"א שנקלובסקי (תחומין יא עמ' 381) ובספר דיני בוררות (עמ' רנה). בספר ערוך השולחן (חו"מ יב, טו) כותב:

לכן טוב להתנות מקודם שילכו אחר הרוב דעל פי רוב כבד מאד שיסכימו כולם לדעת אחת ונמצא טרחתם לריק.

#### **5. סירוב לקבל בית דין לפשרה**

במקרה שאחד מבעלי הדין מסרב לחתום על המילים "הן לדין והן לפשר" בכתב הבוררות, נציין לדיון חשוב בעוניין שעורך הר"י אריאל בספרו דיני בוררות עמ' שטו ואילך, ומציין שם לדברי הציץ אליעזר (חלק ז סימן מח פרק ח) שסבור שהמנהג היום לחתום על נוסח כזה וממילא המסרב לחתום הוא סרבן לדין תורה. אמנם דברים אלו אינם מוסכמים כמבואר באריכות בספר "דיני בוררות" (שער א פרק ו ושער ה פרק ז, וראה גם פד"ר יא עמ' 259 ואילך ובמאמרו של הרב א' שרמן "משפט אמת- משפט שלום" עמ' רסו, ראה גם פסק דין מצורף בנספח).

**ב. בין פשרה לדין וצדק**

אחת השאלות שמטרידות את בעלי הדין בנושא הפשרה היא האם פשרה משמעה ויתור על הצדק. כאמור לעיל, במקרה של פשרה עקב חוסר יכולת לברר את העובדות אכן הפשרה היא מענה לחוסר היכולת להגיע לצדק מוחלט, אולם, במקרים אחרים הנחיית הפוסקים היא שאת אופי הפשרה חייב להנחות באופן מובהק הרצון לפסוק דין שיש בו צדק. יתירה מזו, כפי שהוזכר על הדיינים ללחוץ על בעלי הדין להסכים לפשרה רק כאשר יש צורך כזה "מצד היושר".

**1. איסור הטיית פשרה**

הטור (חו"מ יב) קבע בעניין הפשרה:

וכשם שמוזהר [הדיין] שלא להטות דין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו.

דהיינו יש איסור הטיית דין בפשרה. הבית יוסף (שם) והמהרי"ט בתשובותיו (חו"מ סימן צח) ציינו כמקור לכך את דברי רש"י (סנהדרין לב ע"ב ד"ה צדק): "ולא תרדוף אחד יותר מחבירו". על אף שרש"י עוסק בפשרה מהסוג השני, זו שהכרחית כהכרעה במקרה של ספק, והטור עוסק בפשרה מהסוג הראשון, הנובעת מהסכמה בכדי לעשות שלום (העיר על כך בשו"ת מהר"י באסן סימן קו ועיין להלן). ניתן גם לציין לדברי הרמ"ה שכותב בעניין הפשרה (יד רמ"ה סנהדרין לב ע"ב ד"ה תניא):

אבל פשרה צריכה עיינא טפי ולעיין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהם אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר.

והוא מדגיש בהמשך דבריו שאף צריך לעיין בפשרה יותר מבדין, אך שוב, הדברים אמורים ביחס לפשרה מהסוג השני. לפי זה יש לדון מה הדין במקום שנעשתה הטיה בפשרה, וכיצד מתבררת הטיה כזו. בעניין זה כותב המבי"ט (ג, קמז):

נראה כי כמו שבהטיית הדין או כשטועה בדין הוא (חוזר) כן בהטיית הפשרה או כשטועה בפשרה חוזר.

אם כי במקרה בו הוא עסק בתשובתו הטעות הייתה בהערכת המציאות, אך המשיך באותו הקו בנו ותלמידו המהרי"ט (חו"מ צח):

מכל מקום צריך לצדק את שני הצדדים ולא לחוב את הצד האחד לגמרי.

המהרי"ט בתשובה עוסק בפשרה שלא הייתה סבירה כלל ונטתה לטובת אחד הצדדים, כפי הנראה כתוצאה מאיזונים של אותו צד על הדיינים, והוא ביטל אותה.

## 2. פשרה שאינה לפי שיקול דעת

סיכום יפה של האפשרות לביטול פשרה, גם ללא גילוי נתונים חדשים, כתב הגרי"א הרצוג בתשובותיו (חו"מ ה):

הפשרה היא בגדר של טעות כל שאין כל שהוא לחייב את הנתבע, אם מצד הישר והטוב, ומידת לפניים משורת הדין. [וכן יש עוד מידה ואותה אכנה "תרעומות", ועל יסוד דברי שר התורה וגאון המוסר רבי ישראל סלנטר זצ"ל, שלמה נאמר (ב"מ עה ע"ב) "אין להם אלא תרעומת" כדי להורות שבמשפטי התורה גם זה נכנס במסגרת של משפט, כלומר אם מותר לאדם במקרה כזה כשהוא מפסיד מדין התורה שתישא בליבו תרעומת על חבירו, שהרי תרעומת שבלב זהו כבר יכול להיות אבק של איסור השנאה בלב]. ועל כן אם הפשרה באה במקום ספיקא דדינא או אפילו אם באה רק בכוונה לפצות במקום שיש בו משום ועשית הישר והטוב, או במקום שיש בו "ואהבת חסד" כביאור רז"ל וזה לפניים משורת הדין. אעפ"י שאין בו משום "עשית משפט" כביאורם זהו הדין, או במקום שהכוונה היא לסלק תרעומת ע"י איזה פיצוי בממון, ומובן שזהו הדבר המסור ללב ולשיפוט השכל כאחד של הדיינים שלא להפריז על המידה ולא לפחות לגמרי מן הראוי. ואי אפשר לקבוע בזה מסמרות קבועים ואין מקום לטעון שזוהי פשרה בטעות. אבל במקום שאין אחד משום העקרונות הנ"ל אעפ"י שאין הפשרה מבוססת על הנחה של עובדות שנתבדתה, יש לבית הדין הגדול לערעורים להתבונן שמא ממידת הצדק לבטלה ויחזור הדין לסיני.

דהיינו למעשה הדיין מכניס לפי שיקול דעתו נתונים רבים של צדק והגינות ועל פיהם הוא קובע את הפשרה. מאידך יש לציין לדברי הר"ש דיכובסקי (פד"ר יז, עמ' 162) בשבתו בבית הדין הגדול בהרכב יחד עם הר"מ אליהו והר"ש בן שמעון, שרק פשרה שאין בה שיקול דעת כלל אינה פשרה:

קיימים שני סוגים של פשרה: (1) פשרה לאחר מיצוי כל אפשרויות הדין. (2) דיון במסגרת של פשרה, ללא מיצוי הדין... דיון כזה נעשה לפי שיקול דעת

**רחב של בית הדין** שאינו מתבסס בהכרח על דין תורה... ועל זה אין מקום לערעור מאחר וההכרעה היא לפי שיקול דעת בלבד ועל שיקול דעת אין לערער. שכן פשרה כזו נעשית לפי "שודא דדינא" (כפי שאמר הסמ"ע שם) וגם על זה אין מקום לערעור. סוף דבר בדיני ממונות ניתן לערער רק על "הדין" ולא על "הפשרה".

לפי דבריו, כפי הנראה, אין אפשרות להעריך את שיקול הדעת שעמד בבסיס הפשרה שעשה בית הדין ועל כן לא ניתן לערער על כך.

### 3. פשרה רחוקה מן הדין

שיקול הדעת המדובר מאפשר גם פשרה שרחוקה מן הדין, דבר המחזק מאד את עמדתו של המפשר ומאפשר לו מרחב פעולה גדול העלה מהר"י באסן בתשובותיו (סימן קו):

אבל אין בפשרה טעות כלל לומר אם טעה הפשרן ועשה הפשרה רחוקה מן הדין שיהא חוזר, דסתם פשרה אפילו רחוקה מן הדין משמע... אלא ודאי אין לדיין עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו...

ביחס לדברי הראשונים שהזכרנו שאוסרים להטות את הפשרה הוא כותב שאכן הדיין צריך לפעול לפי הישר בעיניו אך עדיין להיזהר שלא לסייע לאחד מבעלי הדין באופן מיוחד ושלא יובן לפי מראית העין. וכן מצאנו בלשון המאירי (סנהדרין ה ע"ב):

ואפילו הייתה אותה סברא רחוקה מן דין דבריהן קיימין. אך נראה שגם לדברי המאירי והמהר"י באסן אין לומר שהדיין רשאי לפעול בצורה שרירותית כי אם במקום שיש הצדקה הגיונית לסטייה גדולה מן הדין.

### 4. שיעור הפשרה

בשו"ת שבות יעקב (ב, קמד) נשאל על פשרה שהייתה מוטית, לדעת אחד מהצדדים, והוא כותב כך:

הרי דעיקר הפשרה תלוי בראות עיני הדיין לפי מראה עיניו ישפוט ואומדנא דלבו והוא כעין שודא דדייני... ליתן מי שלבו נוטה לחד פירושו, ובירושלמי איתא אל תקרי שודא דדייני אלא שוחדא דדייני. וא"א אף אנו בנדון שלפנינו הדיינים יכולים לתרץ דבריהם **שלדעתם וכפי ראות עיניהם היה לפי**

**המדומה יותר צדק בדינו** שמעון מראובן כגון שראו בטענותיהם שראובן אי אפשר לו לישבע על דבריו עד שצריך פדיון הרבה לשבועתו משא"כ שמעון היה רוצה לשבע באמת וכה"ג יכולין לתרץ דבריהם בכמה אנפי ודבר המסור ללב הדיינים נאמר בו ויראת מאלהיך...

דהיינו קביעת הפשרה נובעת מבדיקת העובדות ומכך שהמפשר משוכנע שהוא עושה צדק. בתשובה נוספת (ב, קמה) נשאל על ידי דיין שנתקבל לפשר פשרה קרובה לדין, כיצד לעשות זאת במקרה שברור לדיין שהדין נוטה לגמרי לאחד הצדדים:

מ"מ יש רשות ביד הפשרן לעשות לפי מהות הדברים לפשר ביניהם כפי ראות עיני הדיין רק שלא יצדד הדבר אחר אחד מהן יותר מחבירו, בענין שיעשה שלום בין הצדדים וכדאי להדיא בפ"ק דסנהדרין **שעיקר הפשרה אינו רק לעשות שלום** בין בעלי הדינים. ובנדון זה שקיבלו עליהם הבעל דינים לעשות פשר קרוב לדין הכוונה עכ"פ שלא לחצות הדבר שמחולקין בו רק בפשר קרוב לדין יותר בדין אך אכתי אין שיעור לדבר אפי' זהב אחד שעושין יותר ממה שמתחייב בדין ג"כ מיקרי קרוב לדין... וא"כ אכתי לא ידענו שיעור מוחלט לדבר אך ורק לבי אומר לי דעל כל פנים לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלש מאות לא יפטור אותו יותר משליש שהוא מאה ר"ט ויתחייב עכ"פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין... אבל עכ"פ לא יהיה זה שיעור מוחלט לדבר לפחות מזה **כיון שע"פ הדין פטור לגמרי כל שאפשר לפשר בפחות עדיף** אם יראה יראה בעינו הפקח שבדבר מועט יוכל לפשר בעל דינו בענין שיהיה שלום ביניהם כלל הדבר הכל תלוי בראות עיני הפשרן לפי אומד דעתו במהות הדבר רק שיהיה כוונתו לשם שמים לא לשום נטית צד לאפשר הדבר ולתווך השלום...

כלומר פשרה ככלל היא לפי ראות עיני הדיין המפשר באופן שיגרום לשלום בין הצדדים. כאשר הצדדים קיבלו את בית הדין לעשות פשרה קרובה לדין, אין לסטות מן הדין ביותר משליש, ועדיף למעט ככל האפשר בסטייה מן הדין.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> הדברי מלכיאל העיר על השבות יעקב: "ובשבות יעקב ח"ב סי' קמ"ה כתב דבתשובת הרא"ש שהובא בב"י סי' י"ב מבואר דפשרה הוי כעין שודא. ותמהני דאדרבא מפורש שם להיפוך דפשרה לאו היינו שודא שכתב מקודם שודא ואח"כ כתב א"נ פשרה ע"ש". אך נראה שאכן השבות יעקב גם הוא

בשו"ת דברי מלכיאל (ב, קלג) התייחס לשיטת השבות יעקב ודן בשאלה האם במקום חיוב שבועה שיעור הפשרה הוא אכן תשלום שליש מסכום התביעה:

והנה מנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי הטענה. ונראה שהמקור לזה הוא מהשבות יעקב הנ"ל. אבל באמת לא דמי דשם איירי בלא שבועה וכנ"ל. והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה אני נוהג באופן כזה. דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים.

**הדרך האחד** לשום כמה שוה השבועה לאיש זה היינו כמה היה נותן כדי להיפטר ממנה. וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה. ובערך השבועה אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול לישבע או לא.

**והדרך השני** לפי הענין כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש או להיפוך שהנתבע כופר בשקר. ובדין ההכרח לדון כפי טענות הב"ד וכמו"ש הרמב"ם ובח"מ סי' ט"ו שבזה"ז אסור לדון ע"פ אומדנא. אבל כשהדיין מפשר ביניהם אסור לו לחייב את הזכאי באמת. ומוטל עליו לתת להתובע רק דבר מועט בעד תביעתו אם נראה לדיין שאין בה ממש. או אם דברי הנתבע אין בהם ממש צריך לוותר לו רק דבר מועט מהתביעה... **עכ"פ שמענו שהפשרה ראוי לצדד באופן כזה שיהא קרוב לדין אמת לאמיתו שזה עיקר מצות דין ומשפט להעמיד האמת על תלו.** וגם אם לא התנה קרוב לדין ראוי לפשר באופן זה.

ולשון קרוב לדין בא למעט לפי שיש עוד **דרך שלישי** לפשר **על פי יושר** כגון שע"פ דין מגיע לו הכסף אבל ע"פ יושר אין ראוי שיקחנו... אכן כשמתנה בפירוש קרוב לד"ת אין לצרף זה.

כלומר גם פשרה מכח שבועה אינה יכולה להיות על בסיס קבוע של פשרה כי אם מתוך הערכת הדין והסיכויים של בעלי הדין לזכות. ובוודאי פשרה שאינה במקום שבועה חייבת להיות קרובה לדין וכל סטייה ממנה חייבת להיות מונעת משיקולים של ממש כגון "יושר".

דברים דומים כותב הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט חו"מ א):

---

מסכים לעיקרון של הדברי מלכיאל וכפי שעלה מדבריו בתשובה השנייה. וראה עוד מה שהאריך בביאור שיטת השבות יעקב, הרב מאיר יוסף ויצמן במאמרו (סיק כז).

דבאמת מקום הנטיה מהדין אל הפשרה תלוי או אם הדין מסופק לדיינים, דראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמייעצים לפשרה וביצוע במקום ספק, או מפני שאין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי אי אפשר יהי להוציא אל הפועל, ויש לומר דזה גם כן נכלל בדין שאינו יכול להוציא את הדין חלוק מתחת ידו דסימן י"ב ס"ה, והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה.

מדבריו עולה שהסטייה מהדין באה במקום ההכרח ומתוך מגמה שהדין יוכל להתקיים או בכדי לקרב את הדין אל "היושר השכלי".

גישה זו המייחסת חשיבות ליחס שבין הפשרה לדין תואמת לעולה מדברי חלק הראשונים בסוגיית פשרה. כך כותב הריב"א (תמים דעים סימן רז), בהסבר המחלוקת שבפשרה צריך ג' דיינים:

שצריך אומד הדעת לבצוע הממון ולחלקו במידה שווה שלא יהא אחד מהם נפסד יותר מכדי הראוי לו.

ואף שלהלכה די בדיין אחד (יב, ז) וכהסבר לדעה זו כותב הריב"א:

אין צריך לדקדק בדבר אלא ענין שיכול לפשר יפשר.

אך נראה שגם למסקנה עדיין אין הכוונה שאין צריך לדקדק כלל, כי אם צריך פחות דקדוק. דברים דומים מצויים גם ברמ"ה ובתוספות רא"ש על אתר. ובחידושי הרי"מ (חוי"מ סימן יב, בסוף חוי"מ חלק ד):

ולע"ד נראה דהנה ענין הפשרה אינו כפי שירצה דהא בירושלמי אמר דפשרה צריך הכרע דעת ועל כרחך שהוא נוטה למי שנוטה היושר יותר כד מפשרין... דיש משפט כזה שהוא משפט שלום לבי הצדדים. ודין אינו שלום כמו שאמר בגמ' ועל כרחך זו פשרה והתירה התורה לשפוט משפט כזה כפי נטיות הדעת שלא על פי דין שיזכה כל אחד קצת מטענתו כפי הכרע דעת למי נוטה יותר וזה משפט שלום.

דהיינו הפשרה היא הטיית דין תורה קצת לעבר השלום ולפי הכרע דעת. בספר אורח משפט (אנאליק) כותב (סימן כה, ה) גם הוא שהבסיס לפשרה הוא הדין הראוי באותו מקרה:



יש לחקור בפשרה האם צריך לעשות הפשרה לפי הד"ת ולמי שנוטה הד"ת יותר או יכול לעשות הפשרה לפי דעתו שרואה שיתקיים הפשר ויהיה שלום ביניהם... ונראה דודאי עיקר מצות פשרה שיהיה קרוב לדין תורה... אלא אם א"א כפי הענין יפשר לפי מה שיכול גם כן.  
 וכן מדגיש הריא"ז (קונטרס הראיות סנהדרין ה ע"ב):  
 וצריך להיזהר לעשות הדבר בצדק על הפשרה כמו על הדין.  
 לסיכום המפשר צריך לעשות את הפשרה קרוב לדין והשיקולים לנטות מהדין צריכים להיות סבירים ומתוך מטרה להביא שלום.

### 5. כללי הדיון בפשרה

עדיין נשאלת השאלה האם יש צורך בפשרה גם בכלל כללי הדיון?  
 בשו"ת לחם רב (סימן פז) דן במקרה שהובא לפניו ובו התלונן אחד מבעלי הדין שהמפשר לא שמע את טענותיו כראוי ומיהר להוציא פסק על כך, כותב המשיב:  
 מכל מקום למדנו מדברי כולם דכל כך יש לדיין לדקדק בפשרה כמו בדין א"כ בני"ד בין שגזר לוי דין בין שגזר פשרה כיון דלא שמע הטענות אין דינו דין ואין פשרתו פשרה.

מעניין הדבר שכפי הנראה אותה השאלה הגיעה גם לרבו של הלחם רב<sup>9</sup> וכך הוא הגיב על הרצון לבטל את הפשרה (שו"ת מהרשד"ם חו"מ לא):

תשובה לע"ד הדבר פשוט ופשוט יותר מביעתא בכותחא שכפי מה שאני רואה מלשון השאלה לא הניחו להם מקום להתנצל לשום אחד מהם שאם אמור יאמר שמעון שטעה בדבר משנה זה הדיין או שטעה בשקול הדעת הרי כתוב בשטר הקונטרומיסו שקבלהו הן לדין הן לפשרה הן לאומד הדעת... ואם נפשו לומר שגם שקבלהו הן לדין וכו' מ"מ הטה נגד הפשרה הראויה גם בזה אין לו טעם שאפילו שצריך הדיין שלא להטות בפשרה לצד אחד יותר מלצד אחר מכל מקום כתב בעל העיטור והביאו הבית יוסף ח"מ סוף סימן י"ב וז"ל

<sup>9</sup> נציין שרבי אברהם די בוטון בעל ה"לחם משנה" ושו"ת "לחם רב" נפטר בצעירותו בשנת תמ"ח, כשנתיים לפני רבו המהרשד"ם שנפטר בשנת ת"נ, וממילא כל תשובותיו נכתבו בחיי רבו ובאותו מקום בו גרו שניהם, על כן לא ייפלא שיעסקו שניהם באותו מקרה. הזיהוי של המקרה נסמך על לשון דומה בתיאור המקרה.

דבתי קנין פשרה לא מצי טעין חד לחבריה משום קנין בטעות כל שכן וקל וחומר אם כנים הדברים כאשר באו בשאלה שקבלוהו אפילו שיטעה בדבר משנה או בשקול הדעת וכו'... אם כן הדבר ברור כשמש שאין שמעון יכול לערער ערעור גדול ולא קטן...

כלומר, באותן הנסיבות כשבעלי הדין ניסחו בשטר הפשרה ניסוחים המונעים מהם אפשרות להביא עוד עדים וכן קיבלו על עצמם גם פשרה בטעות לא ניתן לערער על כך בשום דרך שהיא. כמובן שיתכן שאם בשטר הבוררות לא מפורטות כל ההסכמות הללו יתכן והיה ניתן לבטל את הפשרה גם לשיטתו. מדבריו עולה הקושי הגדול להוכיח שנעשתה הטיה בפשרה ומתוך כך לבטל את הפשרה.

### 6. המקרים בהם פשרה ראויה

כפי שהזכרנו יש מקרים בהם הפשרה היא הפיתרון ההכרחי או הרצוי ביותר. עתה נסדר בקצרה את המקרים בהם נאמר על ידי הפוסקים שבהם ראוי לפשר בין הצדדים, סעיפים א-ז הם לפי דברי הגר"נ גולדברג במאמרו "שבחי פשרה" ונוסף עליהם מדברי הרב יעזר אריאל בספרו "דיני בוררות" (שער רביעי), מקורות מפורטים לכך נמצאים בחיבורים הללו, כמו כן יש להדגיש שרוב הדברים תלויים בכך שיש הסכמה לפשרה וכפי שכבר הוזכר לעיל:

- א. כשאין ראיות, ניתן לפשר לפי אומדנות.
- ב. כשיש רוב לטובת אחד הצדדים, הן רוב מציאותי והן רוב פוסקים וממילא להימנע מהתייחסות לטענת "קים לי".
- ג. יש ספק האם הייתה פשיעה בשמירה.
- ד. יש חיוב בדיני שמים כנוק על ידי גרמא.
- ה. כשהנתבע אומר: איני יודע אם נתחייבתי.
- ו. בנזקים שאין דנים בזמן הזה, לפשר על דמי מחילה.
- ז. יש חיוב על נזק אך קושי לשום את הנזק או שעלות השומא גבוהה.

- ח. במקום תרעומת כגון חזרת מעסיק/עובד במקרים מסוימים, חזרת מוכר/קונה מהסכמה בדיבור.
- ט. אונאת שטרות וקרקעות.
- י. חיובים שהם "לפנים משורת הדין".
- יא. הפסדים עקב פיחות המטבע.
- יב. עדים פסולים יכולים להצטרף כשיקול בפשרה.
- יג. פיצויים על גרימת מוות.
- יד. בעלי זכויות שוות (שני שכנים בר מצרא וכדומה).

## סיכום

### מבוא

1. להלכה מצווה על בית הדין לפשר בין בעלי הדין.
2. לפי דברי הגמרא משמעות המצווה היא שבית הדין יציע דין או פשרה.
3. נחלקו האחרונים האם בית הדין צריך לשכנע את הצדדים להתפשר או די בכך שיציג את האפשרות לפשר. נאמרה גם דעה מפשרת שהדבר תלוי בשאלה האם יש צורך בפשרה מצד היושר.
4. שיקול נוסף לפסוק פשרה כיום הוא הצורך להתרחק מפסיקת דין עקב הקושי בבירור ההלכה.

### דיני הפשרה

5. הפשרה מחייבת שלושה תנאים: א. שתעשה לפני גמר דין. ב. הסכמת כל הדיינים פה אחד (ראה סעיף 14). ג. קנין (לאחר קבלת הצעת הפשרה, אם לא נעשה קודם בתחילת הדין קנין גם על הסמכות לפשר- הר"א ורהפטיג).
6. יש פשרה מסוג נוסף הנובעת מהצורך להכריע אף במקום ספק בדין, ובה אין צורך בשלושת הכללים הללו.

### ביטול פשרה

7. פשרה שבאה באופן ברור במקום חיוב שבועה והתברר שלא היה מקום מלכתחילה לחייב שבועה בטלה.
8. פשרה שנעשתה כתוצאה מכך שנעלמו מאחד הצדדים ראיות שהיו קיימות בזמן הפשרה ולאחר מכן נמצאו, הפשרה בטלה. ובלבד שיתברר שראיות אלו הן מכריעות את הדין וכן יתברר שאילו היו ראיות אלו הצדדים בוודאי לא היו מסכימים לפשרה.
9. פשרה שנעשתה מתוך הכרח של איומים על ידי צד אחד, מדברי הרשב"א משמע שבטילה ומדברי הרמב"ם משמע שאינה בטילה אלא במודעא ובעדים שידעו על האונס. שניהם נפסקו בשולחן ערוך! נאמרו בזה ג' תירוצים:
10. א. פשרה מתבטלת גם על ידי כך שהעדים ידעו מה האונס אף ללא מסירת מודעא ולזה כיוון הרשב"א. ב. יש שחילקו בין חזרה מדין שאין בו ספיקות ונובע רק מעצם האיום לבין מקרה שיש בו ספק הלכתי. ג. יש שחילקו בין פשרה שהתבצעה לפשרה שטרם התבצעה וניתן לבטל אותה.
11. במקרה של טעות ברורה בחשבון יש בכך בכדי לבטל את הפשרה.

### פשרה לאחר גמר דין

12. כאמור, אין לעשות פשרה לאחר גמר דין ועל כן פסק דין שיברר את הדין לא יוכל להסתיים בפשרה ואם תיכתב פשרה בסיומו היא בטילה (יש החולקים על כך ראה בפנים).
12. בשעת הדחק שאין אפשרות לקיים את פסק הדין או שיש צורך גדול להשכין שלום צריך להבהיר לבעלי הדין שזו פשרה שאינה נובעת מן הדין וניתן להציע פשרה.

### גישור

13. גישור מקומו בשלב מקדמי לפני בית הדין או על ידי גורם חיצוני לבית הדין.

### **הכרעה על פי רוב**

14. יש הסוברים שניתן לפשר גם לפי רוב דעות ובוודאי בבית דין שנתקבל לפשרה קרובה לדין. על כן כדאי להתנות מראש בשטר הבוררות שניתן להכריע את הפשרה לפי הרוב (הערת הר"א ורהפטיג והר"א שנקלובסקי).

### **סירוב לפשרה**

15. יש הטוענים שסירוב לקבל בית דין לפשרה כמוהו כסירוב לדין תורה על כל המשתמע.

### **פשרה וצדק**

### **הטיית הפשרה**

16. אין להטות פשרה לטובת אחד הצדדים, הטיה כזו עשויה להוות עילה לביטול הפשרה, אם כי יש קושי של ממש להוכיח את קיומה.

### **פשרה שאינה לפי שיקול דעת**

17. פשרה החורגת מהיושר ואין בה יסוד של לפנים משורת הדין והסרת תרעומת, ניתן לבטלה, לפי דברי הגרי"א הרצוג זצ"ל. אך צריך שהדברים יתבררו באופן וודאי.

### **שיעור הפשרה**

18. מדברי הפוסקים עולה שהפשרה צריכה להיות קרובה ככל האפשר לדין, כל סטייה מהדין צריכה להיות מתוך שיקול דעת ובאופן ששיג בבירור את מטרות הפשרה שהעיקריות שבהן הן שלום בין בעלי הדין וקירוב הדין אל היושר השכלי.

### **מתי פשרה ראויה?**

19. רשימת מקרים המופיעים בפוסקים ובהם ראוי לעשות פשרה.

### **לתועלת המעיין - רשימת מקורות ומאמרים לעיון נוסף**

הרב אריאל יועזר, דיני בוררות: כללי הדין והפשרה, ירושלים תשס"ה

פרופ' בזק יעקב, "ישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי", סיני עא, עמ' סד-עו

הרב ברקוביץ אברהם דב, "חזרה מפשרה", תחומין כה (תשס"ה), עמ' 277-286  
 הרב גולדברג זלמן נחמיה, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א (תשס"ב) עמ' 84-78  
 (ושוב בתוך: הרב אריאל יועזר, דיני בורות: כללי הדין והפשרה, ירושלים תשס"ה,  
 עמ' רסג-רסט)

הרב ויצמן מאיר יוסף, "שורשי דין פשרה ואופן עשייתה", דברי משפט ג, עמ' קמד-קעה

הרב ד"ר ורהפטיג איתמר, "היש אמת בפשרה?", תחומין כה (תשס"ה), עמ' 264-276  
 הרב חפוטא אברהם, "בגדרי דין ופשרה", נועם טז, עמ' קפח-קצב, יז, עמ' לט-מח,  
 יח, עמ' צו-קטז (ושוב בתוך: ר"א חפוטא, שו"ת מענה לשון)

הרב לוי שלמה, הטלת פשרה במקום חיוב שבועה, תחומין יב (תשנ"ב), עמ' 327-334  
 הרב ד"ר ליפשיץ איתי, הפשרה במשפט העברי, רמת גן תשס"ד  
 הרב ד"ר ליפשיץ איתי, "פשרה עד היכן? : גבולות הדין בפשרה", שנתון המשפט  
 העברי כד (תשס"ו-תשס"ז) עמ' 63-122

פרופ' ליפשיץ ברכיהו, "פשרה", משפטי ארץ א (תשס"ב) עמ' 151-137.

הרב מילר דניאל, "פשרה, דין וגישור", תחומין כה עמ' 287-291  
 הרב נריה משה צבי, "משפט הפשרה", בתוך: ספר יובל לגרי"ד סולובייצ'יק  
 (בעריכת: ר"ש ישראלי, י' רפאל, ר"נ לאם) ירושלים תשמ"ד, עמ' שנח-שסח (ושוב  
 בתוך: רמ"צ נריה, ענבי פתחיה, כפר הרואה תשנ"ב)  
 הרב ד"ר פוגל דב ישראל, "על הגישור, השלום ובית הדין", תחומין כג (תשס"ג) עמ'  
 460-456.

הרב שאנן חיים שלמה, "חזרה מפשרה מול פושט רגל", דברי משפט ג עמ' קעו (ושוב  
 בתוך: רח"ש שאנן, עיונים במשפט, בני ברק תשס"ה)  
 הרב שנקלבוסקי אליעזר, "אופן ההכרעה בפשרה ובזבלי"א" תחומין יא (תשנ"א) עמ'  
 379-385

הרב שרמן אברהם, "הפשר על השבועה", זכור לאברהם (חולון) תשנ"ג, עמ' שנב-שנז  
 הרב שרמן אברהם, "משפט אמת - משפט שלום (המצוה לדון בין בעלי הדין)",  
 שורת הדין, ד (תשנ"ח), עמ' רסה - רעג.

## נספח - פסק דין

נכתב עם הרב סיני לוי, דיין ביה"ד לממונות ארץ חמדה

### א. טענות הנתבע

הנתבע מתנה את הסכמתו לבוררות במספר תנאים:

1. אי חתימה על שטר בוררות "בין לדין ובין לפשר", כי אם רק לדין (ולאחר מכן פירטו כמה דברים שלדעתם הם "דין").
2. אי חתימה על שטר בוררות שהבוררות תהיה על פי חוק הבוררות. במצב הנוכחי הוא אינו נכון לחתום על הסכם בוררות, וגם לא להסמיך את בית הדין לדון "בין לדין בין לפשרה" השאלות העומדות לדיון הן: האם בסמכות בית דין לכפות על חתימה על הסכם בוררות הנותן תוקף חוקי להליך, האם בסמכותו לכפות על חתימה "בין לדין בית לפשרה", והאם בסמכות בית דין זה להורות לתובע שעליו להודיע על בית דין אחר, כאשר בית דין זה אינו נכון לדון על פי שורת הדין בלבד.

### ב. דיון

נתייחס לכל אחד מן התנאים.

1. אי הסכמה לחתימה על שטר בוררות על פי החוק מכיוון שללא שטר בוררות אין לבית הדין סמכות על פי חוק יפים דברי הר"ע הדאיה חבר בית הדין הרבני בחיפה הקובע (פד"ר ו, עמ' 277):

בנידונו, שהנתבעת נמצאת בקנדה - מקום שאין סמכות חוקים לרבנים בעניני אישות, ולעומת זה כאן, זכינו בע"ה שיש לבתי הדין הרבניים סמכות חוקית לדון בעניני אישות, ולפיכך בין דין רבני כאן, יש לו לענין זה דין של בית דין גדול לגבי בי"ד במקום אחר שאין לו סמכות חוקית. ועיין בשו"ת נאות דשא סימן נ"א שכתב: מי שאומר שרצונו לדון אלא שאין רצונו לכתוב שטרי בוררין דזה ברור דהוי מסרב כאילו אינו רוצה לדון כלל, עכ"ל. **וכן נוהגים היום בבתי הדין.**

ולא עוד שהוסיף בשו"ת נאות דשא שם /סי' נ"א/: ועוד אנו אומרים דכיון דבכל עת שרצה לדון לא רצה רק שיכתבו שטרי בוררין שידונו דין תורה ותיבת קאמפראמעש /פשרה/ לא יהי נזכר כלל, א"כ הו"ל כאילו לא רצה

לדון כלל כיון שהדבר ידוע אותו שכתוב לשון דין תורה בשטרי ברורין ולא לשון קאמפראמעש, אותו הדין בטל לגמרי א"כ הו"ל מסרב גמור. וכוונתו לומר: **שבהיות שהנתבע לא רצה לכתוב בשטר הבוררות מלת קאמפראמעש - שהיא הנותנת במקום שהוא תוקף חוקי כלפי השלטונות לדיון, הו"ל כמסרב לעמוד בדין תורה.**

ראה גם פס"ד ירושלים (ג,עמ' יג) שהכריע כך. וכן דעת דרכי חושן (שם) וכן דעת הגרז"נ גולדברג שליט"א (עפ"י דברי כסף הקדשים חו"מ עה).

2. אי הסכמה לחתימה על הסכמה ל"פשר".

שאלה כזו הועלתה בפני הדיין המובהק הגאון רא"י וולדינברג (שו"ת ציץ אליעזר ז,מח, פרק ח ס"ק ט) ואלו דבריו בנידון:

עמדה שאלה שנתבע דרש שבשטר הבוררות לא יהיה כתוב כפי הנוסח הרגיל והמקובל שכתוב הן לדין והן לפשר, אלא שיכתבו מפורש רק לפי דין תורה. ואותה שאלה נשאלת כשהתובע דורש כן אם יש לביה"ד להזדקק לזה. **ונראה כי דרישה כזאת כמוה כסירוב לעמוד לפני ביה"ד לדין, ושני נימוקים לכך:**

(א) מכיון שנפסק בחו"מ סי' י"ב שכח הדיין הוא לעשות דין כעין הפשרה, וגם לוותר חוץ מן הדין כדי להשקיט ממריבות, הכל לפי הצורך כיעו"ש, א"כ אין ביכלת הבעל דין לדרוש מהבי"ד שיתנהג אחרת מכפי הכח הנתון בידו לפי דין השו"ע. ובמפורש נפסק בטור חו"מ בסי' י"ב שם כי צריכין הדיינין להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה, ומביא סייעתא לכך ממה דאיתא בירושלמי פ"א דסנהדרין ה"א בשנים שבאו לדין לפני רבי יוסי בן חלפתא וא"ל על מנת שתדיננו דין תורה, אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה עיין שם. **ולכן בעל דין המסרב לסמוך בזה על שיקול דעת ביה"ד והכרעתו, שאיך שלא יוציא פסק הדין, ברור שיסודותיו מבוססים על דיני השו"ע - הר"ז נחשב כמסרב לגמרי להתדיין לפני ביה"ד. וממילא כשהתובע דורש בכזאת אין חיוב לביה"ד להזדקק לזה.**

(ב) בהיות ומנהג מקובל הוא בכל בתי הדין בארץ שמחתימים את הצדדים על שטר בוררות שכתוב בו הן לדין והן לפשר, לאו כמיניה של בע"ד לדרוש שינהגו אחרת לגבי דידיה. והוכחה לכך נראה לי דיש להביא מדברי חדושי



הגרע"א בחו"מ סי' ג' (מובא גם בפ"ת סק"ב) שמביא בשם שו"ת מגן גבורים שכותב בשם הרש"ך על מחלוקת בין תובע לנתבע א' אומר שרצונו להתדיין בד"ת וא' אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים (בפ"ת הלשון: רק בדיני סוחרים) שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק הדין עמו (בפ"ת הלשון הדין עם השני) כיון דבמקום שנעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי ד"ת מנהג מבטל הלכה עיין שם, ועיין גם בפ"ת בסי' י"ב ס"ק י"ט ע"ש, והדברים ק"ו, אם מהני מנהג בזה להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי ד"ת, מכש"כ דמהני מנהג להתדיין לפני בית דין הן לדין והן לפשר שגם זה תורה, הוא ולא יוכל השני לדרוש שיתנהגו רק כפי דין תורה.

כך גם הכריע בית הדין בירושלים (פד"ר יא עמ' 259) בהרכב של הרבנים: אליעזר שפירא, משה יוסף מילצקי ושמחה מירון, בדעת הרוב שיש לכפות על חתימה לפשר: אשר על כן אנו מחליטים: - (א) על פי דין חייבת הנתבעת לחתום על שטר בוררין כנהוג, הן לדין והן לפשר. (ב) לדעת הרוב:

א' חתימת הצדדים על השטר הן לדין והן לפשר איננה מוסיפה על סמכות בית הדין לכופף על הצדדים פשרה. אולם הצדדים חייבים לחתום על שטר כנ"ל כדי לאפשר לבית הדין דיון שיפוטי מחייב וניתן לאכיפה בהוצאה לפועל לגבי כל המסגרת ההלכתית האפשרית.

ב' אם הנתבעת לא תחתום על שטר הבוררין הן לדין והן לפשר דינה כמשתמטת מלהתדיין בעניינה בבית הדין ויש להוציא נגדה כתב סירוב כדין.

לדעת המיעוט: אין בית הדין יכול לכפות חתימה בשטר בוררין על פשר ולפיכך אין להוציא כתב סירוב נגד הנתבעת כדי לכפותה לחתימה כזו. אולם אם הנתבעת לא תחתום הן לדין והן לפשר על בית הדין להסתלק מלדון בעניין ועל התובע למצוא בית דין אשר יסכים לדון בעניינו כדין תורה בלבד.

ההבדל בין דברי הרב ולדנברג להכרעת בית הדין היא, שמדברי הרב ולדנברג נראה, שיש בסיס לחייב אדם לחתום גם על הסכם המרחיב את סמכות בית הדין מעבר לעיקר הדין – משני טעמים: א. שכן זהו חלק מתפקידו של בית הדין הכולל גם

פסיקת פשרה במידת הצורך. ב. זהו מנהג כל בתי הדין והוא מחייב את בעלי הדין. לעומת זאת, לדעת בית הדין האזורי, החובה לחתום על נוסח: "בין לדין בין לפשר", מבוססת על ההנחה שנוסח זה אינו מרחיב את סמכות בית הדין אלא רק מדגיש את הסמכות ההלכתית הקנויה לכל בית דין מעיקר הדין (ע"פ חו"מ יב, ח). הרב יהודה סילמן בספר דרכי חושן (א, עמ' ז-ח) גם הוא מבחין בין שתי פשרות – ניתן לכפות על פשרה שבסמכות כל בית דין לדון, אך אין לכפות על חתימה לפשרה המרחיבה את סמכות בית הדין מעבר לעיקר הדין. אמנם מוסיף הרב סילמן:

ואמנם נראה יותר מזה, שגם אם הוא אופן שאין רשאים לכופ שיבא לבית דין מסוים, פשוט דבכה"ג, רשאי לתבוע שיבא לדין תורה בערכאות שבסוריא רק אם מצא הנתבע בית דין אחר שמוכן להזדקק לדין תורה-דהיינו, על מנת להשתחרר מהדרישה לחתימה על הסכם בוררות המרחיב את סמכות בית הדין, על הנתבע למצוא בית דין כזה שיסכים לדון באותם תנאים שהוא דורש (ללא פשרה). וכן דעת הגר"י גולדברג שליט"א שאין לכפות על חתימה לפשרה (שהרי פשרה צריכה קנין) אלא שעל הנתבע למצוא בית דין שעומד בתנאיו. מדבריהם למדנו, שגם בית דין שאינו מסכים לדון כאשר סמכותו מצומצמת לדין בלבד, בסמכותו לכפות על אדם להודיע על בית דין אחר בפניו הוא נכון לדון על פי דין בלבד.

### ג. החלטה

על הנתבע להודיע בתוך 14 יום על בית דין אחר שבו הוא רוצה לקיים את דינו. אם לא יעשה כן, רשאי התובע על פי דין תורה, לממש את זכויותיו בכל ערכאה שהיא, ובכלל זה לתבוע בבית המשפט האזרחי.

**ב. חיוב בהוצאות משפט**

עריכה: הרב עדו רכניץ

**תקציר**

1. במקרה של הוצאות בית דין, כגון, הוצאות על מומחה בית דין, ואגרות בית דין – ההוצאות מתחלקות באופן שווה.<sup>10</sup>
2. במקרה של הוצאות של בעל הדין, אין חיוב בהוצאות<sup>11</sup> למעט המקרים הבאים:
  - א. כאשר התובע נאלץ להוציא הוצאות כדי להביא נתבע סרבן לדין תורה.<sup>12</sup> אמנם, נחלקו אחרונים האם החיוב מותנה בכך שהנתבע יצא חייב בדין<sup>13</sup> או אף כאשר יצא פטור ובלבד שהתביעה לא התגלתה כקנטרנית.<sup>14</sup>
  - ב. כאשר אדם גרם להוצאות מיותרות במהלך דין תורה, כגון, כאשר התובע תבע תביעה שקרית בדין תורה כדי להטריד את הנתבע,<sup>15</sup> כאשר אדם שחתם על הסכם בוררות, נעדר בזדון מדיון שנקבע מראש,<sup>16</sup> או ביקש דיון שלא היה בו צורך וכדומה.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> שו"ת הריב"ש, תעה; פד"ר ו, עמ' 84.

<sup>11</sup> תוספות סנהדרין לא, ב, ד"ה מנה.

<sup>12</sup> רא"ש סנהדרין ג, מ; שולחן ערוך חו"מ יד, ה. בשו"ת נאות דשא, נא, פטר נתבע שסרב בשוגג, כגון נתבע שהתווכח על הסכם הבוררות.

<sup>13</sup> סמ"ע יד, כח, ועוד;

<sup>14</sup> תומים יד, ד; נתיבות המשפט יד, ד; ערוך השולחן חו"מ יד, י.

<sup>15</sup> ישועות ישראל יד, ד.

<sup>16</sup> מרדכי סנהדרין, תשז; רמ"א חו"מ יד, ה. האחרונים דנו בדינו של מי שנעדר מדיון בגלל אונס (שו"ת הרמ"א יב; פד"ר ג, עמ' 34), הפסד גדול (שו"ת הרמ"א, ב; ישועות ישראל יד, ה), או בגלל ששכח את קיומו של הדיון (הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' תכט).

<sup>17</sup> הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטיד ליעקב ג, מג.

- ג. כאשר הנתבע סירב במזיד להתדיין בדין תורה והתובע קיבל אישור מבית הדין לתבוע אותו בבית משפט, ונגרמו לתובע הוצאות.<sup>18</sup>
- ד. כאשר אדם נתבע בבית משפט והוא נדרש להוציא הוצאות כדי להתגונן.<sup>19</sup>
3. חיוב הוצאות פירושו ההוצאות המינימאליות שנדרשו,<sup>20</sup> ובכלל זה, שכר הטרחה של בעל הדין,<sup>21</sup> הוצאות על עורך דין,<sup>22</sup> הוצאות נסיעה,<sup>23</sup> אולם, אינו כולל אובדן ימי עבודה.<sup>24</sup>
4. שומת ההוצאות: כאשר בעל דין הוכיח כמה הוצאות הוציא – בית הדין יבחן האם ההוצאות סבירות. כאשר בעל דין איננו יכול להוכיח כמה הוציא – בית הדין יפסוק לו את העלות המינימאלית של הוצאות כאלה.<sup>25</sup>
5. יש מפוסקי זמננו כתבו שיש לתקן תקנות בעניין הוצאות<sup>26</sup> ויש שכתבו שטוב לכלול התחייבות לשלם הוצאות בהסכם הבוררות.<sup>27</sup>
6. התחייבות בחוזה<sup>28</sup> או בהסכם בוררות<sup>29</sup> לפצות על הוצאות משפט דינה כהתחייבות לשלם קנס (למשל, עליה להיעשות בפני בי"ד חשוב).

<sup>18</sup> רמ"א חו"מ יד, ה. יש אומרים שגם אם תבע בלא רשות בית דין וזכה בדין שהוא זכאי לפיצוי על ההוצאות (כך משמע מהרמ"א חו"מ שפח, ה; שו"ת הרדב"ז א, קעב).

<sup>19</sup> שו"ת משפטיך ליעקב א, יב.

<sup>20</sup> שו"ת כנסת יחזקאל, צז. אמנם, הרב יועזר אריאל (דיני בוררות עמ' תכה) כתב שכאשר הנתבע שיקר הוא חייב גם בעלות של עו"ד יקר במיוחד.

<sup>21</sup> ערך ש"י יד, ה.

<sup>22</sup> לבוש יד; שו"ת מהרש"ם א, פט; פד"ר ג, עמ' 35.

<sup>23</sup> פד"ר ג, עמ' 35.

<sup>24</sup> שם.

<sup>25</sup> רמ"א חו"מ יד, ה; שו"ת ושב הכהן, נג; מובא בפת"ש חו"מ יד, טז.

<sup>26</sup> הרב מרדכי אליהו, פד"ר ג, עמ' 14.

<sup>27</sup> הרב אברהם שפירא, הקדמה לספר תקנות הדיון תשנ"ג.

7. התחייבות כזו מאפשרת לחייב בהוצאות מעבר לדין, הן במקרים בהם פטור מעיקר הדין, והן בהוצאות נוספות מעבר לדין.<sup>30</sup>
8. יש אומרים שהתחייבות לשלם הוצאות הכוללות גם מניעת רווח.<sup>31</sup> למען הסר ספק צריך לכתוב זאת במפורש בהסכם הבוררות.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> שו"ע הרמ"א חו"מ סא, ה.

<sup>29</sup> שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו, ב.

<sup>30</sup> הרב אברהם שפירא, הקדמה לספר תקנות הדיון תשנ"ג.

<sup>31</sup> המחייב: ערוך השולחן חו"מ סא, יא, במקרה של אובדן רווח ברור ולא מסופק. הפוטרים: ש"ך

חו"מ סא, י; הגר"א חו"מ סא, כ; נתיבות המשפט סא, חידושים יב.

<sup>32</sup> עיונים במשפט חו"מ סי' ב, עמ' כד.

## מבוא

שאלת חיוב בהוצאות משפט עולה כמעט בכל דין תורה, ונדונה כבר בכמה מסגרות.<sup>33</sup> בתי הדין מתמודדים עם הצורך לתת מענה במצבים בהם אדם גורם בהתנהגות בלתי הגונה הוצאות לבעל דינו, תוך ניסיון לקבוע מדיניות שיטתית ומבוססת בהקשר זה.

בהלכה ישנה הבחנה בין הוצאות בית הדין המוטלות על שני הצדדים בשווה, לבין הוצאות התובע, מהן הנתבע בדרך כלל פטור. נפתח בהבחנה בין שני סוגי ההוצאות ובהגדרתן, ולאחר מכן נדון במקרים בהם הנתבע חייב בהוצאות על פי ההלכה. נמשיך ונעסוק בהיקף ההוצאות בהן ישנו חיוב, ונסיים בסמכויות בית הדין לחייב בהוצאות לאחר התחייבות של הצדדים.

## א. הוצאות בית הדין

מוסכם שהוצאות בית הדין מוטלות על שני הצדדים כפי שכותב הריב"ש (תעה):  
 דעו: כי הוצאות הסופר לכתוב הטעות, על שניהם לפורעם... ובכלל זה, כל הוצאות שצריכין לעשות הדיינין בפסק דינם, כגון אם הוצרכו לשאול...  
 וכך הכריעו בפד"ר (ו, עמ' 84):

אמנם נראה שבמסי המשפט חייבים שני הצדדים. ואם כי הבאנו לעיל: שהמתחייב בדין אינו חייב לשלם לכשנגדו יציאותיו, נראה דבמסי המשפט כן חייבים, דהרי נפסק בחו"מ סי' י"ג סעיף ג' ששני הצדדים נותנים שכר הסופר עבור כתיבת הטעות. ולפי זה נראה דהוא הדין גם לגבי מסי המשפט בתביעת ממונות, ששניהם חייבים בזה.

<sup>33</sup> נעזרתי בספרי הליקוטים הגדולים על חושן משפט: "הלכה פסוקה" ו"קובץ הפוסקים", ראויים לציון מיוחד עבודותיהם של הרב אליעזר שנקולבסקי (תחומין יב, עמ' 335 ואילך), הרב יעזר אריאל (ספר דיני בוררות שער שמיני) והרב שלמה אישון (כתר ו, סימן לא). אציין גם לחיבורו המקיף של פרופסור אליאב שוחטמן, סדר הדין, שהקדיש את פרק טז לנושא זה. יתרון גדול בחיבור זה שמביא פסקי דין רבים שלא פורסמו עדיין, מאידך עמדה לפני אזהרתם של חכמים שלא להסתמך על קיצורים ועל כן לא ציינתי לפסקי דין אותם לא ראיתי במלואם.

כלומר, הוצאות משפט מתחלקות בשווה בין שני הצדדים, ובכלל זה אגרות בית הדין, והוצאות על חוות דעת מומחה.

### ב. הוצאות התובע

אולם, לגבי הוצאות התובע, הגמרא (סנהדרין לא, ב) קובעת:

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.

כלומר אין מקום לחייב את התובע להגיש את התביעה בבית דין שאינו בעירו, שכן הוא יפסיד את הוצאות הדרך. מכאן מסיק התוספות (שם, ד"ה מנה): ויוציא מנה על מנה – מכאן **למתחייב בדין** דלא משלם לאידך יציאותיו אף על פי שמזקיקו לילך לו לדון בעיר אחרת.

הובאו דבריהם בראשונים רבים.<sup>34</sup> דהיינו אף מי שחויב בדין אינו מחויב לשלם את ההוצאות הכרוכות בדין.

דעה חולקת על התוספות, ומחייבת בהוצאות הדרך, הובאה במאירי (שם):

כל שאמרנו שהמלוה יכול לכופף את הלוחה י"א שאם תובעו שיפרע לו הוצאותיו רשאי.

המאירי עצמו חוזר ומחזק את הפוטרים מתשלום:

ולא יראה לי כן **ואפילו יצא הלוחה זכאי** שאם כן היאך אמרו דרך תמיהה יוציא מנה על מנה וכו'.

כלומר גם אם התבררה התביעה כתביעת סרק אין מקום לחייב את התובע על כך שגרם לנתבע הוצאות בכך שתבע אותו במקום רחוק.

<sup>34</sup> פסקי תוספות עט; פסקי הרא"ש סנהדרין ג, מ; שם ב"ק י, ו; תוספות רא"ש סנהדרין לא, ב; שו"ת הרא"ש עג, ה; אור זרוע סנהדרין ס"י עג בשם ר"ש משאנץ; פסקי ריקנאטי תכט בשם ר"ש משאנץ; שו"ת מהר"ם ד"פ תנד, בשם ר"י; שם, תשמ; מרדכי שם, תשז, בשם ר"י; אגודה שם, בשם ר"י; הגהות מיימוניות סנהדרין כה, ב; רבנו ירוחם מישרים ג, א; טור חו"מ יד; מהרי"ק יא וקמד

### ג. הגדרת הוצאות בית הדין והוצאות התובע

בהגדרת ההבדל בין הוצאות התובע להוצאות בית הדין כותב המהרש"ל (ים של שלמה קמא י, יד):

ואין לדמות שכר השליח שמזמנים לדין להאי דינר דר' אבהו. דשאני התם, דהוי נמי קצת טובת הלוה. שאלמלא לא פדאו היו אותן הנכסים הקדש, וחובו היה נשאר עליו. ועוד שהלוה גרם הזיקו בידים, שהוא הקדישה. אבל שליח להזמינו לדין, דליכא אפילו חד מה"ט. פשיטא שפטור. דהא לא סריב בדינא. אלא המלוה לטובת עצמו הזמינו...

דהיינו המבחן לחיוב הוא השאלה האם הדבר נעשה לטובת צד אחד, או לטובת שני הצדדים. בעל דין שמוציא הוצאות לצורך עניינו המשפטי אינו יכול לתבוע אחרים שיפצו אותו על כך. לעומת זאת בהוצאות נעשו לטובת שני הצדדים – שני הצדדים חייבים (כגון שליח להודיע לנתבע שעומדים לגבות את נכסיו) וכן בהוצאות שאדם גרם כתוצאה ממעשיו (שטר פתיחא).

### ד. המקרים בהם ישנו חיוב בהוצאות התובע

למרות הקביעה הברורה שאדם אינו מחויב בהוצאות גם אם הפסיד בדין, עולה מהפוסקים שיש מקרים בהם יהיה ניתן לחייב בתשלומים על ההוצאות. המקרים הללו מתחלקים לשלושה נתיבים עיקריים שמהם מסתעפים דיוני משנה:

א. גורם הוצאות בדין תורה – כאשר בעל דין (בדרך כלל הנתבע) מסרב לשתף פעולה וגורם לתובע להוציא הוצאות כדי להביא אותו לדין תורה, או כאשר הוא גורם להוצאות במהלך דין תורה.

ב. גורם הוצאות בערכאות – בעל דין שגרם הוצאות בכך שתבע את חברו בערכאות, ובעל דין שסירב להתדיין בדין תורה ואילץ את חברו לתבוע אותו בערכאות.

ג. כאשר בעלי הדין התחייבו לפצות על הוצאות, בחוזה או בהסכם הבוררות.

### ה. הוצאות כדי להביא סרבן לדין תורה

#### 1. מקור הדין

בגמרא (בבא קמא קיב, ב) מובא:



אמר רבא: שליח דבי דינא מהימן כבי תרי, והני מילי לשמתא, אבל לפתיחא, לא, מאי טעמא: ממונא הוא דמחסר ליה, דבעי למיתב זוזי דפתיחא. כלומר הוצאות "שטר פתיחא" מוטלות על הנתבע, על כן צריך שני עדים שהנתבע סירב לבוא לדין. הרא"ש (סנהדרין ג, מ) מביא את דברי מהר"ם מרוטנבורג שעל סמך גמרא זו יש מקום לחייב בהוצאות במקרים מסוימים:

מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לכשנגדו יציאותיו אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבוא לב"ד והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין היה ר"מ מחייבו לפרוע כל יציאותיו והביא ראייה מפרק הגוזל בתרא (ב"ק קיב, ב) דאמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי והני מילי לשמתא אבל למיכתב עליה פתיחא לא מהימן דממונא קמחסר ליה. פירוש קודם שיקרעו כתב הפתיחא עליו לתת שכר הסופר שכתב הפתיחא והוא הדין לכל שאר הוצאות שהוציא.

דעה זו הובאה בספרים הבאים: שו"ת הרא"ש (קז, ו) בשם מהר"ם, נימוקי יוסף (ב"ק לט, ב בדפי הרי"ף, ד"ה ממונא), שו"ת מהר"ם (ד"פ, תצז), תשב"ץ קטן (תקי, "הר"ם ז"ל רגיל לפסוק"), כל בו (קכד, מב בשם מהר"ם), רבינו ירוחם (מישרים ג, א) והטור (ח"מ יד).

יש לציין שרבי פרץ הגיה על מהר"ם (מובא בתשב"ץ קטן ובכלבו):  
מיהו לא ראינו שום מעשה בזה לחייב שום יציאה.

אולי אין זו מחלוקת של ממש כי אם רק הערה בבחינת "לא ראינו" שאינה ראייה. למרות דבריו, הפוסקים בדורות שלאחר מכן המשיכו וחזקו את האפשרות לחיוב בגבייה. כך למשל כותב הריב"ש (רכב):

שמדין תורתנו, אין היוצא מחוייב בדין, חייב בהוצאות. מדתנן בפרק גט פשוט (קסז, ב): אין כותבין שטרי ברורין, אלא מדעת שניהם, ושניהם נותנין שכר. ומפרש בגמרא: מאי שטרי ברורין? שטרי טענתא. אלמא: ששכר כתיבת טענות הכתות, על שניהם. ולא אמרו: שיפרע אותם היוצא מבית דין חייב וכן נמי משמע... אלא שנראה: שאין על המחוייב בדין, חיוב ההוצאות, אלא דוקא הוצאות שיעשה, כדי להביאו לדין, אם הוא מסרב... ולכן, אין על דון יהודה לפרוע מן הדין, בהוצאות שיעשה דון שלמה.

וראו גם בתשובה נוספת (שם, רסג), וכן תוספת דיון על הוצאות הדיינים לבירור הדין (שם, תעה):

ואשר שאלתם: מענין ההוצאות שנעשית בזה הריב: על מי לפרועם?... אמנם, אם הנתבע מסרב מלבא לדין. והוצרך התובע לעשות הוצאות, **כדי לכופו, לבא לדין, ויצא הנתבע מחוייב**; בענין זה חייב לפרוע ההוצאות ההם...

כלומר כעיקרון כל ההוצאות הכרוכות בדין מתחלקות בין שני הצדדים וביניהם כתיבת שטרי טענות, הוצאות שונות לבירור הדין ושכר שליחות. לגבי הוצאות אישיות שכל אחד עושה לצורך הדין, ההפסד הוא שלו ואין הצד השני מחויב לפצותו. רק על הוצאות של כפיית המסרב ניתן לחייב את הסרבן בתשלום במידה והוא יצא חייב בדין.

גם דרכי משה (חוי"מ יד, י) כתב שבשו"ת מהר"י וויל (קמז) חייב מי שנדרשו הוצאות כדי להביאו לדין תורה, ואלו דברי מהר"י וויל:

על ששמת פניך כחלמיש וסרבת במאמר הדיינים והשליש והוצרכו מה"ר זעליקמן וסיעתו לשלוח אל רבותינו שכפו אותך לעשות דין על פי מאמר הדיינים. כל ההוצאות שהוציא מה"ר זעליקמן וסיעתו על זה תשלם להם.

וכן פסק להלכה בשולחן ערוך (חוי"מ יד, ה):

המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת. וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו.

## 2. טעם החיוב

### דינא דגרמי

ביסוד החיוב של ההוצאות במקרה של סרבנות נחלקו הדעות. מדברי הגר"א (חוי"מ יד, ל) עולה שדעת הרא"ש (בענין כפייה על ידי ערכאות ראה להלן) נובעת מעמדתו בענין חיוב מ"דינא דגרמי":

בפלוגתא דר"י וריצב"א בתוס' דב"ב כ"ב ב' בד"ה זאת: דסברא ראשונה סבירא ליה כר"י – דגרמי הוא שעושה עצמו ובשעת מעשה בא ההיזק, וסברא

האחרונה (=דעת הרא"ש, המחייב) סבירא ליה כריצב"א – דבדבר השכיח קנסינן והכי נמי שכיח.

דהיינו שיטת הרא"ש נסמכת על שיטת הריצב"א הקובע ש"גרמ"י הוא קנס שקנסו חכמים על המזיק.

### קנס – הפקר בית דין

בפד"ר (ג, עמ' 23 ואילך) האריכו להוכיח מדברי הרמ"א שיסוד החיוב הוא משום הפקר בית דין ועל כן זהו הטעם שנדרשת רשות מבית הדין שכן הם למעשה קונסים ומחייבים את הסרבן בתשלום על כל ההוצאות שיהיו לאחר מכן כתוצאה מסרבנותו. כך גם הוסכם בפד"ר נוסף (ו, עמ' 83):

מה דהמסרב לעמוד בדין חייב לפרוע הוצאות התובע, צ"ל דהוא מטעם תקנה וקנס על זילותא דבי דינא, ומטעם הפקר ב"ד הפקר, וכמ"ש בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתק"מ לענין הוצאות פתיחא: דב"ד מחייבים אותו על שסירב לבא לפניו ליום שקבעו. וכעין זה כתב הרמ"א בתשובה סימן ק"ח לענין חיוב הנתבע בהוצאות שהוציא התובע בלכתו לערכאות ברשות ב"ד. דפשיטא דיש כח ביד ב"ד להפקיר ממונו ושיתחייב לו הוצאות והזיקות. כחיזוק לכך מציינים הפוסקים גם לדברי רמ"ע מפאנו (פט):

אלא כשהנתבע מסרב לעשות צווי ב"ד דאז הוא כעין סרבנות ומשום הכי **קנסינן ליה**, אבל באופן אחר לא כל שלא נשתעבד על כך מתחלה...

## ו. דיני סרבן דין

### 1. הגדרת סרבן

הרא"ש עוסק בשאלה ממתני מוגדר הנתבע כסרבן (שו"ת הרא"ש עג, ב):  
 וששאלת: מאימתי חייב המסרב לתת יציאותיו שכנגדו, משעה שנכתב עליו סרבנות, או שלשים לאחר מכאן?  
 נראה לי משעה שנעשה סרבן, אפילו קודם שנכתב הסרבנות. כי מרנא ורבנא מאיר ז"ל הביא ראייה מפרק הגוזל (בבא קמא קיב, ב), דקאמר דבעי למיתב זוזי דפתיחא, ומדבעי למיתב זוזי דפתיחא, דהיינו כמו סרבנות דידן, אלמא

נתחייב המסרב בתשלום יציאות קודם שנכתב הפתיחא, והיינו משעשה שנעשה סרבן.

מכאן עולה שמרגע שהנתבע מסרב חל עליו החיוב לשלם הוצאות. המהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא י, יד) מוכיח מציטוט דברי המהר"ם במקורות האחרים המצוינים לעיל<sup>35</sup> שרק מרגע כתיבת כתב סירוב הוא מתחייב בהוצאות:

פסק מהר"ם ז"ל, אדם התובע חבירו לדין, ומסרב לבא עמו לדין, או לעשות צווי ב"ד, שעל הנתבע לפרוע לו כל יציאותיו שהוציא, **מיום שכתבו עליו סרבנות**. ואם הנתבע אלם כ"כ, שאין הב"ד רשאיין לכתוב לתובע עליו סרבנות, מכל מקום צריך לפרוע לו כל יציאותיו שמוציא, מיום שכתבו עליו שאר רבנים גיזומים. כגון אם לא תעשה לו דין נכתוב עליך (מרירות) [מרורות], והביא ראייה לדבריו.

וכן מופיע בהגהות מימוניות, מתלמיד המהר"ם:

מכאן פוסק מורי רבינו שי' שמעת שנעשה אדם סרבן **בב"ד** כל אשר יוציא שכנגדו לכופו לדין עליו לשלם אבל עד שלא נעשה סרבן אין המתחייב בדין חייב לשלם לזה יציאותיו.

ממקורות אלו עולה שהרגע המחייב הוא רגע ההחלטה של בית הדין לפסוק עליו כסרבן. אמנם המהרש"ל מסיק שניתן ליישב את הסתירה, וגם אם יש סתירה, הלכה כרא"ש:

ולי נראה דלא סתרי אהדדי. **ולאו דוקא** קאמר לאחר שכתבו עליו סרבנות, ולא מקודם, אלא שדרך מיד כשסרב כותבין עליו סרבנות. ומהר"ם פסק בכך הוה עובדא, באחד שסרב, וכתבו עליו סרבנות, ואז פסק מיד כשכותבין עליו סרבנות, שאז נודע בראייה שסירב, א"כ מחויב בהוצאה. ומה שכתב ואם הוא אלם כו'. הכי קאמר, ואם הוא אלם, שלא היו כותבין עליו רבנים מיד. א"כ א"צ לשלם ההוצאה, אלא אחר שכתבו עליו רבנים גיזומים. שאז נודע סרבנו, אבל מקודם הכי, דלא הוברר לן סרבנותו. פשיטא

<sup>35</sup> הים של שלמה מפנה ל"והטו"ר במצות להתרחק מדבר שקר ב"ד בסימן רכ"ו" אך לא נתברר למה כוונתו. הדברים מצויים לפנינו בחיבורי תלמידי המהר"ם המצוינים לעיל.

דלא משלם מידי, בלא עדות וראייה ברורה. אבל היכא שסרב בב"ד, פשיטא שמשלם אף קודם כתיבת הסרבנות. ואף אם ת"ל שפליג הא אתשובת הרא"ש. מכל מקום סמכינן ארא"ש תלמידו, שקבל ממנו פה אל פה, והיה בעל הוראה אחריו. וכן איתא בהג"ה מיימוניי (ה' סנהדרין פכ"ה אות ב'). כלומר, כתיבת הסרבנות מהווה שלב שבו נתברר שאכן יש סרבנות בוודאות. על כן מרגע הסרבנות בפועל ניתן לגבות מהסרבן את ההוצאות וזאת בתנאי שאכן נתברר בוודאות שהוא סרבן.

## 2. משתמט מלדון

בשו"ת נאות דשא (נא) מרחיב את הגדרת הסרבן גם למי שמשתמט מתואנות שונות מלדון. לדבריו הדבר מפורש בשו"ת הרמ"א (קח):

אמנם אם ימשיכו עוד בטענות רעועות ובהמשכות כדי שלא יהא גמר לדבר זה תוך שלשים יום ומצדו יבצר, מוסיף על הנח"ש הנ"ל שתהיה כרוכה בצוארו, הנני מוכן ומזומן להסכים עם אותן שנתנו רשות לכמר קלמן לתבוע אותו בעש"כ ולהוציא את של האלמנה מיד חמיה שלא בטובתו, ואיהו דאפסיד אנפשיה. גם יתחייב כל הוצאות והיזקות שיגיע לאלמנה או באי כחה ע"י זה כדין המסרב....

כך גם עולה מדברי ערוך השולחן (חו"מ כו, ה):

אמנם אם אומר שרצונו לדון בב"ד אחר ולא בב"ד זה **אם אין זה דרך דיחוי** לפי הבנת הב"ד...

אולם, במקרה שהסירוב נעשה משום טעות של הנתבע כותב בשו"ת נאות דשא (נא) שאין לחייב את הסרבן בהוצאות. כגון, במקרה שבא לפניו של אדם שסירב לדין עקב רצונו לשנות דברים בשטר הבוררות, מכיוון שהדבר נבע מטעות (והוא משער שאף ניתנה לנתבע עצה מת"ח בעניין), הרי שלדבריו במקרה כזה לא ניתן לפסוק עליו הוצאות. הוא מסביר את זה על פי התפיסה שהעונש לסרבן הוא משום דינא דגרמי ואין דין גרמי בשוגג. אמנם גם לשיטה שמדובר בקנס בוודאי אין מקום לקנוס מי שטועה בדין. על כן יש מקום לבית דין לבחון את המקרה ולהעריך את כוונותיו של הנתבע.

### 3. חיוב נתבע סרבן שזכה בדין

החיוב בהוצאות במקרה של סירוב הוא ברור כאשר הסרבן אכן הפסיד בדינו ונתגלה כמי שגורם הפסד לחברו כאשר השתמט מדין. עולה השאלה מה הדין בסרבן שיצא זכאי?

מדברי הריב"ש (שו"ת הריב"ש, תעה) המובאים לעיל: "ויצא הנתבע מחוייב" משמע שבמקרה שהתביעה התבררה כלא-כלום אין מחייבים את הנתבע בהוצאות שנדרשו כדי להביאו לדין. כך מבין הסמ"ע (יד, כח) מדברי הריב"ש ופוסק אותם להלכה. כך גם משמע מדברי המהר"ם (לעיל) שכותב "מי שנתחייב בדין". וכן לכאורה פשטות השולחן ערוך הפותח "המתחייב בדין..."

לעומת זאת, שו"ת ושב הכהן (צט) טוען שאין לפטור את הנתבע שיצא זכאי בדין ומוכיח זאת ממקורו של המהר"ם, והוא ההלכה שכתובת שטר הפתיחא מוטלת על הנתבע, ומוכח מרש"י שהוא תנאי להתרת הנידוי כלומר אין הדין מתחיל ללא התשלום, וממילא אין התשלום תלוי בהכרעת הדין. על כן מבאר בשו"ת ושב הכהן ש"מתחייב בדין" פירושו שמתברר שלא הייתה הצדקה לכך שסירב לבוא לדין אף שבסוף זכה בדין.<sup>36</sup> גם את דברי השולחן ערוך מבאר "ושב הכהן" שהחיוב בכל ההוצאות אינו מותנה בכך שהנתבע יצא חייב אלא הוא מחייב תמיד בהוצאות הסרבנות.

התומים (יד, ד) מביא גם הוא את הראיה מ'שטר פתיחא' שהתשלום מוטל בכל מקרה על הסרבן, אך מסיים:

לענ"ד נראה ודאי אם נתברר שהתובע בא עליו בטענת שקר ותרמית א"כ אין לשלם, דלא היה לו לתובעו. אבל אם באמת התובע חשב שהדין עמו והדין פטרו לנתבע בכח הדין מ"מ לא היה לו לנתבע לסרב ולגרום הוצאות לתובע ובוזה חייב משום מזיק לחברו וצריך לשלם. וזה נראה ברור אלא שלא מצאתי בזה דבר ברור בפוסקים.

כלומר אם התביעה הייתה קנטרנית והנתבע הסרבן יצא זכאי – אזי הנתבע אינו חייב בהוצאות שגרם לתובע. אולם, אם התביעה נעשתה בתום לב, והנתבע סירב

<sup>36</sup> בפד"ר (ג, עמ' 24) טוען שפירוש זה נסתר מדברי הריב"ש (שו"ת הריב"ש, רסג), אך איני יודע מה מצא שם יותר מתשובות האחרות שציטטנו בהם נאמר במפורש "מחוייב בדין" ונתבאר על ידי בעל "ושב הכהן" שהיינו "מחוייב לבוא לדין".

הוא חייב בהוצאות גם אם יצא זכאי בסופו של דבר. נתיבות המשפט (יד, ד), וערוך השולחן (חוי"מ יד, י) קיבלו את דברי התומים. מאידך ישועות ישראל (יד, ו) כותב שאין דברים אלו מוכרחים. ובספר מאזנים למשפט (רצ"ה קאלישער) חולק גם הא על התומים וסיעתו וסובר שאין לחייב את הנתבע אם מתברר שהוא זכאי ואין לו כל אשמה בכך שהוא נתבע: "ונראה לי דכיון דאתברר שתבע שלא כדין ה"ל כמו המשנה ובא אחר ושינה דפטור בנזק כל שכן בגרם נזק אבל בפתיחא חייב לשלם לסופר ולא לוי".

### ז. חיוב מי שגורם הוצאות במהלך דין תורה

סיבה נוספת לחיוב קיימת כאשר אדם גרם להוצאות במהלך דין תורה עקב ההתנהלות שלו, כגון, כאשר נעדר מדיון. הבסיס לחיוב מצוי בדברי המרדכי (סנהדרין, תשז):

אמנם אם ראובן אמר לשמעון 'נלך לב"ד הגדול', ואמר שמעון: 'ואני אבא אחריו לאותו ב"ד הגדול'. אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לב"ד נגדך ולא באת, אני שואל ממך יציאותי – רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו אף על פי שלא נדר לו. ולא שייך למימר שמעון לראובן משטה אני בך בדבר הזה וכמה דברים יש שאין צריכין קנין.

בעקבות כך כותב הרמ"א (חוי"מ יד, ה):

מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: 'לך ואני אבוא אחריו', והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו.

המקרה המתואר במרדכי ניתן לפרשנויות שונות. יש שפירשו שמדובר בנתבע שהלך לבית הדין והתובע לא הגיע לדיון. הנתבע תובע את ההוצאות על עצם ההליכה וזאת בתנאי שהתובע ביטל את התביעה (מהר"ם מטיקטין ב"חידושי אנשי שם" וראה שער משפט שהאריך בביאור דבריו).

יש שפירשו שהמדובר בנתבע שלא הגיע לבית הדין (כנסת הגדולה יד, הגהות ב"י, אות לא). לאור פסיקה זו נהגו בתי הדין לחייב בתשלום במקרה שאחד הצדדים לא הגיע לדיון (ראה פד"ר ו עמ' 83) ועוד רבים ראה להלן מה הדין במקרה של מי שלא בא מחמת אונס או טעות.

**1. טעם הדין****גרמי**

מדברי הגר"א (חו"מ יד, לא) עולה שהבין שהחיוב הוא משום גרמי שכן הוא כותב: "דדמי למסרב וצ"ע". הראי"ה קוק בחיבורו "באר אליהו" מבאר שקושיית הגר"א היא מכיוון שהבין שיסוד הדין הוא משום "גרמי" והתקשה האם אכן יש מקום לחייב משום גרמי במקרה כזה.

**התחייבות**

הראי"ה עצמו מציע שיסוד הדין הוא שונה, לדבריו מדיוק דברי המרדכי המסיים במילים: "וכמה דברים יש שאין צריכין קנין", עולה שיסוד החיוב הוא משום "שכירות פועלים וכיוצא בהם דברים הנגמרים בדיבור בעלמא בלא קנין". וראה בפד"ר ג (עמ' 23) שהרחיב גם הוא בהגדרה זו והשלכותיה ולדבריו יסוד החיוב הוא: "כיון שסמך עליו ללא ולא בא הרי חייב בגרמת היזק זו מדין התחייבות וכערבות".

**נזיקין**

כיוון נוסף עולה מדברי נתיבות המשפט (רלב, י):

ומזה נראה לפענ"ד, דאם חטף ראובן חפץ משמעון והוליכו למקום אחר דחייב ראובן להחזיר לו החפץ על הוצאותיו דהרי מזיק בידיים הוא, דהא הכא בשוגג הוליכו ואפילו הכי חייב בהוצאות החזרה, מכל שכן כשעשה במזיד גמור. ועוד, דלא גרע מ"לך ואני אבוא אחריד" דחייב להחזיר ההוצאות כמבואר לעיל בסימן י"ד סעיף ה' בהגה"ה...

ראו בשו"ת חסד לאברהם (תנינא חו"מ ד) שהרחיב על פי שיטת סבו "נתיבות המשפט" וקבע שלפי דבריו יש לסרבן דין מזיק גמור. נפקא מינה שהניזק יכול להישבע מה היה נזקו וליטול (ראו להלן בפרק על שומת ההוצאות עמ' 67), אמנם הוא מדגיש שזאת בתנאי שהסרבן יצא חייב בדין ולאחר שהתובע קיבל רשות מבית דין.

בפד"ר (ג, עמ' 32) הציעו נפקותות לאפשרויות השונות. (1) במקרה שנאנס ולא בא (ראו עוד להלן): גרמי באונס – פטור, בנזיקין ובהתחייבות – חייב גם באונס. (2) האם התובע יכול להישבע וליטול: בגרמי – ספק האם נשבע ונוטל, בהתחייבות –



אין התובע נשבע ונוטל, בניזיקין – נשבע ונוטל. (3) גבייה מעידית (כדין מזיק) או מבינונית (כדין בעל חוב) – דבר שאינו מעשי כיום ולא נידון כלל בפוסקים. להלן נדון בכמה נפקותות לטעם החיוב.

## 2. נאנס ולא בא

בספר כנסת הגדולה טוען שהחיוב לדעת הרמ"א במקרה של "לך ואני אבוא אחריד" הוא גם אם נאנס ולא בא. אמנם בספר ישועות ישראל (יד, ה) הביא מדברי הרמ"א עצמו (שו"ת הרמ"א יב; שם, פו) מהם עולה שאם נאנס ולא בא פטור מתשלום על כך. בפד"ר (ג, עמ' 34) הכריעו:

ולהלכה נראה בדין לך עמי ואבא וכו' כיון דרוב הפוסקים ס"ל דהוא מדין גרמי וכמ"כ מבואר בדבריהם דגרמי באונס פטור וכן פטור באונס בלך עמי וכו' כמבואר ברמ"א הנ"ל, א"כ בנידון שהתובע הזמין הנתבע לדין ולא בא התובע מסיבת אונס פטור בהוצאות.

הרב יועזר אריאל (דיני בוררות עמ' תכו) דן במקרה של מי שנעדר עקב חשש להפסד גדול. הוא מביא את שו"ת הרמ"א (ב) המחייב בתשלום מי שנעדר מדיון עקב עיסוקו בביטול גזירת גירוש שהיה כרוך בה הפסד ממון. לפיכך קובע הרב יועזר אריאל שיש לחייב מי שנעדר בגלל הפסד ממוני. כנגד דבריו צריך להוסיף שיש חולקים על הרמ"א, הישועות ישראל (יד, ה) כותב:

לכן לע"ד צ"ע בדין זה טובא ונראה דאין מוציאין מיד המוחזק ובאונס גמור וודאי פטור.

על כן צריך עוד עיון האם למעשה ניתן להוציא במקרה כזה.

## 3. הזמנה לדין לא הגיעה לנתבע

הרב ח"ש שאנן (עיונים במשפט חו"מ ב, עמ' כה) דן במקרה שנמסרה הודעה על אי הגעה לדיון אך ההודעה נשלחה בטעות לעו"ד שטיפל בתיק וכבר פרש ממנו ועל כן לא הגיעה לצד השני. לדבריו אין לחייב במקרה כזה בהוצאות.

## 4. שכח ולא בא

הרב יועזר אריאל (דיני בוררות עמ' תכט) דן במקרה בו טען הצד שנעדר שכח את הדיון. הוא סבור בתחילה שצריך לפשר בדבר שכן שכחה היא שוגג ולדעתו הן משום

גרמי והן משום התחייבות אין חיוב בשוגג (לשיטה שזהו נזק לכאורה יש חיוב גם בשוגג). אך מכיוון שהטענה הייתה מסופקת וגרועה ראוי להשביע על טענת השכחה ועל כן יש לפשר במקום שבועה. למסקנה הוא מעלה שיש חיוב במקרה של "ספק גדול" אם שכת, הוא מציין בסוף דבריו שאם היה ברור ששכת יש לפטור אותו וכך הוא הכריע למעשה במקרה אחר שהגיע לפני בית הדין.

### 5. תובע או נתבע ששיקרו וגרמו להוצאות

בספר ישועות ישראל (יד, ד) חידש שכל מה שפוטרם תובע מתשלום ההוצאות הוא בתנאי שפעל בתום לב אך אם התובע שיקר בתביעתו דומה הדבר ל"לך ואני אבוא אחריך" שחייב לשלם את כל ההוצאות:

אבל במקום שכפה המלוה את הלואה ונמצא שהמלוה שיקר בתביעתו שנתברר שלא היה חייב לו בזה וודאי חייב המלוה להחזיר לו ההוצאות שהרי ע"י כפייה שלו הוצרך להוציא הוצאות והרי איבד מעותיו של זה ע"י גרמתו ודמי ממש ללך אחרי ואני אבוא אבוא אחריך ולא בא דצריך לשלם לו ההוצאות כיון שע"פ דבורו הוציא זה ממונו.

במקרה שהנתבע שיקר הישועות ישראל תולה את הדבר במחלוקת הראשונים: ולוה שאמר איני פורע עד שיהא לך פס"ד מב"ד הגדול לדעת הרי"ף ורמז"ל חייב ולדעת התוס' והרא"ש פטור.

הרחבה זו התקבלה בבתי הדין. ראה למשל בפסק דינו של ר"מ אליהו (פד"ר י, עמ' 3) בתובע שהכחיש את טענת הנתבעת וגרם לקיום דיון מיותר שבו נדרשה גם הבאת עדים בכדי להוכיח את הכחשת השקר. בית הדין מחייב אותו בהוצאות וראה שם גם דברי הרב שאול ישראלי (האב"ד ר"ע יוסף יבלח"א הצטרף ללא נימוקים).

### 6. דיון שווא

הרב צבי יהודה בן יעקב (משפטיך ליעקב ג, מג) פוסק לחייב במקרה של דרישה לדיון שהתברר כדיון שווא כיוון שלא נאמר בו דבר חדש ולא הובאו ראיות חדשות מעבר למה שהיה קודם וזאת לאחר ערעור לבית דין הגדול בטענה שיש למערער טענות חדשות ושבעקבותיו התקיים הדיון המיותר.

### ח. הוצאות לבעל דין שנאלץ להתדיין בערכאות

בשו"ת הרשב"א (א, תתקמ; מובא בבית יוסף חו"מ, יד) דן במקרה שבעל דין נאלץ להתדיין בערכאות:

ההוצאות אלו שאמרת לא ידעתי מה הן ועל מה הוציאם, ואם בא לדין בבית דין של ישראל אם הוצאות כתיבת שטרי טענות שניהם נותנים שכר... הוצרך ללכת אחריו למקום שהוא בזה מבואר הוא שאינו חייב בהוצאה... ואם שלחו לו בית דין לבא לדון עם בעל דינו ולא בא והוצרך הטוען לכתוב עליו גם זה מבואר בגמרא... שחייב...

**ואם תבעו בערכאות של גוים והוצרך להוציא הוצאות בדיינין וטוענין.** והיאך ישלם? ואדרבא הוא עושה שלא כהוגן ועובר על לפנייהם ולא לפני גוים. **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 שהוא מזיקו כשורף שטרותיו של חברו ודומין לו. וכן אינו דומה להוצאות דפתיחא משום דבית דין מחייבין אותו על שסירב לבא לפנייהם ליום שקובעין.

לדברי הרשב"א התביעה בערכאות היא כנגד הדין, וממילא אין לחייב עליה בתשלום. אך מדבריו עולה שגם אם תהיה לתובע רשות מבית דין אין לחייב על ההוצאות הכרוכות בה בתשלום שכן זהו "גרמא". הוא מבאר שהפנייה לערכאות שונה מהותית מהוצאות "שטר פתיחא" המוטלות על הסרבן שכן שם זהו חיוב ישיר שבית דין מטילים על הסרבן מלכתחילה.

מדברי הרשב"א עולה שיסוד החיוב הכספי של הסרבן הוא על ידי פסיקת בית הדין (ראו בפד"ר ג, עמ' 23, ובדיני בוררות עמ' ת, שקשרו חיוב זה לכלל: "הפקר בית דין" ו"קנס"). לדבריו אין בעצם הסירוב סיבה לחייב את הסרבן בתשלום שכן זהו "גרמא".

אולם, הבית יוסף (חו"מ יד) כתב שעל פי הרא"ש (מקורו ידון לקמן) יש לחייב במקרה זה:

מדברי תשובות הרא"ש כלל ע"ג סימן ג' נראה שאם מתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות חייב לפרוע לו כל יציאותיו והכי **מסתבר**.

לדבריו, הרא"ש חולק על הרשב"א ומחייב את ההוצאות של הערכאות במקרה של סרבן. והלכה כדבריו. להלכה השולחן ערוך (חוי"מ יד, ה) מביא את דעת הרשב"א כ"ש מי שאומר":

ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים, אף על פי שמתוך סרובו הוצרך להוליכו בערכאות, אינו חייב לשלם הוצאותיו. לעומת זאת, הרמ"א העיר: "חייב לשלם לו וכן נראה לי עיקר ובלבד שעשאו ברשות בית דין". וכן דייק באר הגולה שזו גם דעת הבית יוסף שפתח בסתמא בחיוב על הסרבן בדין.

אמנם המפרשים מרחיבים בהבנת שיטת הבית יוסף והרמ"א, שכן לא נתבררה כוונת הבית יוסף בהפניה לדברי הרא"ש. בספר "בני שמואל" (ר"ש חיון) מעיר: "לא מצאתי גלוי בדברי הרא"ש כלל וקצרה דעתי מהבין זה". אמנם בשו"ת הרא"ש (עג, ג) כתב:

שמעתי וגם ראיתי בדברי גאון, אם יכולין לשלוח ללוה שילך ויחזור בתוך לי יום, ישלחו לו שליח על יציאת הלוה; כי כל יציאות שיוציא המלוה בגרמת הלוה, שמרחיק פרעון המלוה, על הלוה לפרוע...

דהיינו הרא"ש עוסק בהוצאות הבאת הנתבע לדין, המוטלות על הנתבע. אולם, בדבריו אין התייחסות ישירה לשאלת ההוצאות במקרה של התדיינות בערכאות. אם כי יתכן שהלשון הכוללת "כל יציאות שיוציא בגרמת המלוה" מהווה לדעת הבית יוסף הוכחה גם לשאלת ההוצאה עקב התדיינות בערכאות (כך העלה גם הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' ת).

בשו"ת ושב הכהן (צט) מעיר על כך, ומציע שכוונת הבית יוסף לדברי הרא"ש במקום אחר (שו"ת הרא"ש קז, ו):

ומה שתבע ר' שלמה שיפרע לו רבי ישראל ההוצאה שהוציא על זה [כדי לכוף את ר' ישראל שיעשה לו דין, אם יש לו לר' שלמה לברר שתבע את ר' ישראל לבא עמו לדין על תביעת שטר י"ב אלף זהובים וסירב ר' ישראל לבא עמו לדין, והוצרך ר' שלמה להוציא על זה הוצאות עד שכפוהו לבא עמו לדין, חייב

ר' ישראל לפרוע לו כל הוצאות שהוציא על זה]; כי כן כתב ר' מאיר מרוטנבורג ז"ל. והביא ראיה... אלא יברר רבי שלמה כל הדרך שהוצרך לילך לכוף את רבי ישראל שיעשה לו דין, והשלוחים ששלח וכיוצא בזה ושכר הסופר, ובית דין ישומו כמה היה ראוי שיוציא רבי שלמה בדרכים הללו ובהוצאות השלוחים והסופרים, ועל פי שומת בית דין יפרע ר' ישראל לר' שלמה כל ההוצאות שהוציא עד שהביאו לבית דין ונפסק הדין.

אם כי לדבריו גם שם לא נתפרש חיוב על הוצאות של דיון בערכאות, כי אם על הוצאות כדי לכפות את הנתבע לעמוד בדין תורה.

על כן הוא מסיק שכוונת הבית יוסף שנחלקו הרשב"א והרא"ש בענין ההוצאות לכפות את הנתבע לעמוד בדין. אמנם הוא עדיין מתקשה שכן אין בדברי הרשב"א רמז לכך שהוא פוטר את הנתבע מהוצאות הכפייה לעמוד בדין תורה שכן הוא עוסק בהוצאות של התביעה עצמה בערכאות. גם בניסוח השולחן ערוך "שאם תבעו בערכאות..." לא משמע בבירור שהדיון הוא על הכפייה של הנתבע לבוא לבית דין של תורה ועל כן נשאר בקושי בהבנת דברי הבית יוסף.

בשו"ת ושב הכהן (צט) מכריע, לפי דרכו, שהרא"ש סובר שניתן לחייב בהוצאות:

א) מי שגרם לבעל דינו להתדיין בערכאות אם הייתה רשות בית דין לכך.

ב) מי שגרם לבעל דינו להוציא הוצאות כדי להביאו לבית דין של ישראל אף

בלא רשות בית דין.<sup>37</sup>

גם בשו"ת אגרות משה (חוי"מ ב, כו) עמד על הקושי בכך שהרא"ש כאן אינו עוסק בהוצאות על התביעה בערכאות כי אם על הבאה לדין ישראל, על כן הוא מציע כיוון מחודש:

ואולי ניחא מה שהמחבר לא הביא כלל ה"יש חולקין" שהביא הרמ"א אף שהוא בעצמו כתב בב"י על דברי תשובת הרא"ש "והכי מסתבר", שהוא משום שהמחבר סובר שרק ההוצאות שהוציא שהערכאות יביאו אותו לדיני ישראל חייב ולא ההוצאות שהוציא לדון בדיני הערכאות...

<sup>37</sup> לגבי דעת הרשב"א כפי שציינו למעלה, נראה שאינו חולק על כך אך ראה בכנסת הגדולה (יד), הגהות בית יוסף אות כח) שמסיק שפשטות דברי הרשב"א, שמגדיר את כל הנזקים הנגרמים מסרבנות כגרמא, ראייה לכך שהוא פוטר גם במקרה שניתנה רשות בית דין לתבוע בערכאות וכדומה.

אבל הרמ"א הביא דיש חולקין משום דמפרש דלהרא"ש חייב לפרוע גם הוצאות שהוציא למשפט ערכאות...

כלומר הרא"ש אכן עוסק בהוצאות שנדרשו כדי להביא את הסרבן לדין תורה, והמחלוקת היא על הוצאות שנדרשו בדיון בערכאות. השולחן ערוך הבין שאין להרחיב את דברי הרא"ש, ולכן אין לחייב בהוצאות שנדרשו כדי להתדיין בערכאות, והרמ"א הבין שמדברי הרא"ש יש ללמוד שניתן לחייב בכל הוצאה שנגרמה עקב סרבנות.

### 1. רשות בית דין

לאחר שנתבררה אפשרות הגבייה של הוצאות ההתדיינות בערכאות, יש לברר האם נדרשת הסכמה של בית דין לפני הפנייה לערכאות במקרה של נתבע סרבן, או שדי בעצם הסרבנות כדי לאפשר לתובע לגבות הוצאות.

הרמ"א שהביא את שיטת הרא"ש הדגיש שהחויב הוא רק בתנאי: "ובלבד שעשאו ברשות בית דין".

כמה מהפוסקים הבינו שבמקרה שניתנה רשות כזו אף הרשב"א יודה בכך שיש חיוב ממוני על הסרבן.

מהרש"ל (ב"ק י, יד) מקבל את שיטת הרשב"א שאין לחייב על הוצאות סרבנות, אך מוסיף שאם ניתנה לתובע רשות מבית דין לתבוע בערכאות, זו מועילה כדי ליצור חיוב על ההוצאות:

ישרו דבריו בעיני, היכא דלא נטל רשות מבי דינא. ואף היכא שאין צריך ליטול רשות מבי דינא כגון שכתב לו בשטר, שיכול לכופו בין בדיני ישראל בין בערכאות של גוים, והוא אלם, כדפי' בפרק החובל, סימן ס"ה, מכל מקום פטור, מטעם גרמא. אבל היכא דהוה אלם, ונטל רשותא מבי דינא, והרשוהו. ועל פי ב"ד נזקק עמו בפני ערכאות של גוים. פשיטא דמחייב לשלם. ודמיא לפתיחא דבי דינא.

יש מקום להבין מה הוא יסוד החיוב לשיטה זו ובמה הופך הגרמא להיות חיוב ממוני גמור כהוצאות בית הדין ("שטר פתיחא"). יתכן שהסיבה היא שאם התרו בנתבע שאם לא ייענה לתביעת בית הדין יחויב בהוצאות, ואז סירוב שלו הופך להיות נזק גמור, או שזהו חלק מהקנס שקנסו בית הדין את הסרבן.

כדברים אלו עולה מדברי הרמ"א (שו"ת הרמ"א, קח) העוסקת בשאלת ההוצאות על הכפייה ושם מבואר שזהו חלק מהקנס שב"ד קונסים את הסרבן :

גם יתחייב כל הוצאות והיזקות שיגיע לאלמנה או באי כחה ע"י זה כדין המסרב וכמ"ש הרא"ש כלל ע"ג סימן ג', שמאחר שמכריח להכריחו ע"י כותים מחוייב לו כל הוצאותיו. ואף על גב דבתשובת הריב"ש סי' תע"ה לא משמע כן אנו אין לנו אלא דברי הרא"ש וכמ"ש הגאון הקאר"ו דהכי מסתברא. ועוד דגם הריב"ש לא קאמר אלא אם הלך מעצמו בערכאות של עכו"ם אף על פי שבדין עשה ס"ל דאין מחוייב לו הוצאות בזה, **אבל ברשות ב"ד פשיטא דיש כח ביד ב"ד להפקיר ממונו** ושיתחייב לו הוצאות והיזקות.

המהדיר (הערה לה) מעיר שכוונת הרמ"א בדעה הפוטרת היא כפי הנראה לרשב"א ולא לריב"ש. הרמ"א מסיק שגם הרשב"א יודה שאם הכפייה על ידי גויים נעשתה ברשות בית דין יש חובה על הסרבן לשלם וזאת משום כח בית הדין להפקיר את ממונו.

גם המהרשד"ם (חו"מ לה) כותב :

ואעפ"י שכאשר ההוצאות ע"י ערכאות של גוים נראה שיש קצת מחלוקת, מ"מ כי שלחו ב"ד ישראל בעדו ולא בא לכולי עלמא הדין עם המלוה וכ"ש בני"ד שכבר גבה דאין מוציאין מידו.

המהרשד"ם מחדש שבמקרה של סרבן לכל הדעות ניתן לו לגבות הוצאות של ערכאות, בדבריו אין הנמקה לחידוש דין זה וגם לא נתפרש שהדבר נעשה ברשות בית דין, יתכן שגם הוא סבור כשיטת מהרש"ל ורמ"א ואף אינו מצריך רשות ב"ד מפורשת.

## 2. ללא רשות בית דין

היה מקום לדון האם במקרה שאדם שהתדיין בערכאות כנגד סרבן ללא רשות ב"ד, יתחייב הסרבן בהוצאות הדיון. אמנם הרמ"א כבר כותב לגבי מי שתבע בערכאות (חו"מ שפח, ה) :

מכל מקום אין לו דין מסור, אף על פי שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה, דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק, אבל לא במתכוין להוציא את שלו. ויש חולקין וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו, **אם לא היה חבירו**

**סרבן**; וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים, ועבר, שיש לו דין מסור.

כלומר התובע בערכאות שהייתה לו תביעה של ממש, כנגד נתבע סרבן פטור מתשלום הוצאות שנגרמו לנתבע. ומכאן שאין צורך באישור בית דין לעניין זה שלא יתחייב התובע בהוצאות הנתבע.

גם הרדב"ז (שו"ת הרדב"ז א, קעב) דן במקרה שהתובע שהלך בלא רשות ב"ד לערכאות וגרם להוצאות. לדבריו, השאלה האם התובע חייב לפצות את הנתבע על הוצאות שנגרמו לו תלויה בשאלה האם התובע יצא זכאי בדין:

ובשלמא אם היה מתברר למפרע שהדין עם ראובן (=התובע) היה פטור מכל הוצאות שמעון (=הנתבע). דמצי (=התובע) למימר: היה לך לפרוע לי כיון שהדין עמי ואתה הפסדת אנפשיך.

אבל כיון שנמצא למפרע שהדין עם שמעון (=הנתבע) נמצא שהיה צריך להוציא הוצאות לינצל ממנו וחייב לשלם לו כל מה שהפסיד בעדים.

לדבריו אדם שפנה לערכאות לאחר שנואש מבית הדין, אף על פי שלא קיבל רשות מבית הדין, אם זכה בדין הערכאות אינו חייב לשאת בהוצאות הצד השני, אבל אם הפסיד בדין עליו לשלם לנתבע את הוצאותיו. כך הכריע בשו"ת נאות דשא (א, נב) והוסיף להוכיח את הדין.

בניגוד לכל האמור, בשו"ת משפטי שלמה (רש"ש קרליץ, א, יז) דן במקרה בו נפסקו הוצאות משפט על נתבע שחויב בדין, והלה טען שלא סירב לבא לדין תורה. מסקנתו שהוא מחייב את התובע לשאת בהוצאות.

בעניין נטילת הוצאות שנפסקו בערכאות לנתבע שהגיע לערכאות עקב תביעה שנעשתה על ידי התובע בלא רשות בית דין בעל כורחו של נתבע, והנתבע זכה בדין ונפסקו לו הוצאות, בשו"ת משפטיך ליעקב (א, יב) צידד להתיר לו לגבות את הוצאות.

מהפוסקים שהבאנו עולה שכאשר התובע זכה בדין אין אזכור של פיצוי לתובע על הוצאות שלו ומשמע שאין לחייב עליהם.

בשו"ת מהרש"ם (א, פט) מובא מנהג הונגריה:

שוב הגיעני מכתב מרב אחד מארץ הגר וכתב לי שהמנהג שם בקבלה מגדולי הדור הקדום וכל תלמידי החתם סופר שכל המוציא הוצאות על חברו בדיני



אומות העולם יפסיד רק הוצאות תביעה הראשונה. אבל מה שעשה אחר כך להלאה הוצאות כיון שהנתבע לא תבעו לדין תורה אחר שהשיג מערכאות תביעה הראשונה הרי קיבל עליו לנהוג המשפט בדיני אומות העולם ואיהו דאפסיד אנפשיה.

לפי שיטה זו יש זכות לתובע לקבל את ההוצאות מלבד ההוצאה הראשונה (וראה בקובץ הפוסקים יד, ה, עמ' ש, שהביאו כמה פוסקים שחלקו בחריפות על מנהג זה). כל זה אמור במקרה שהתובע בא לבית הדין לדרוש הוצאות. ואילו במקרה שאדם הלך בלא רשות בית דין לערכאות וזכה בדין ואף הערכאות פסקו לו הוצאות. כותב המהרש"ם (א, פט):

בענין הוצאות בדיני אומות העולם ע"ע בתשובת מהרא"ל צינץ סי' ל' אות ה' ואות ו' שהעלה בהא דבלא רשות ב"ד לא נתחייב לשלם לו הוצאות שעשה היינו הוצאות שאינו מחויב לשלם בערכאות. אבל במה שנתחייב בדיניהם מחויב לשלם הוצאותיו כפי חק דיניהם. ובפרט אם הנתבע העמיד לו טוען (אדוואקאט) (=עורך דין) למצוא טענה לפטור את עצמו בדיני אומות העולם שלא כדין ובאמת חייב לו אזי חייב לשלם להתובע הוצאות שעשה להעמיד ג"כ טוען כזה. שהרי היה התובע מוכרח לזה להציל מעותיו דאם לא כן הרי יזכה כנגדו הנתבע שלא כדת. ולכן אין לו להפסיד לתובע הוצאותיו דהנתבע אפסיד אנפשיה שהי' לו לחקור אם בדיני ישראל חייב לשלם ישלם. ועוד שהרי קיבל הנתבע ע"ע דין ערכאות במה שהוציא הוצאות להעמיד לו טוען מומחה בדא"ה ע"ש עוד בזה.

כלומר המהרש"ם נוטה לקבל את פסק הדין של הערכאות לענין חיוב ההוצאות של התובע כשהוא זוכה בדין. בדבריו מוזכר גם החיוב בהוצאות עבור ייעוץ משפטי וייצוג (עורך דין).

בנוסף לכך בקובץ הפוסקים (יד, ה עמ' רצט) הביאו שו"ת לבושי מרדכי (חוי"מ ב) שמצדד להתיר לזוכה בהוצאות לגבות אותם משום שזהו טובת המדינה ובדבר כזה ראוי לומר דינא דמלכותא דינא כדברי החתם סופר (שו"ת חתם סופר חוי"מ, מד). מאידך בשו"ת מהר"ם בריסק (א, ט) חולק על כך וסובר שזהו מנהג נגד התורה ואין ראוי לקבלו.

בשו"ת אגרות משה (חוי"מ ב, כו) טוען שלדברי הגר"א א (חוי"מ יד, ל) שיסוד החיוב בהוצאות הוא משום "דינא דגרמיי" היה מקום לחייב נתבע סרבן בהוצאות גם במקרה שהתובע הלך לערכאות ללא רשות מבית דין. אמנם להלכה מכיוון שלדעת מהרש"ל ועוד אחרונים אין חיוב ללא רשות בית דין ואין להוציא ממון ללא רשות בית דין.

### 3. מקרים בהם אין צורך ברשות ב"ד

כאמור לעיל לדעת "ושב הכהן" בפנייה לערכאות לצורך הבאת הסרבן לבית דין גם כן אין צורך ברשות בית דין ורשאי ליטול הוצאות לצורך כך. מהרש"ך (א, קצב, מובא בכנסת הגדולה חוי"מ, כו, הגהות הטור, אות יד; ובשו"ת מהרש"ם א, פט) שאם יש חיוב ברור לשלם יכול לגשת לערכאות להוציאו לפועל: אבל כל שעמד בדין בפני דייני ישראל וחייבוהו לפרוע, יראה דרשאי להוליכו לפני ערכאות להציל את שלו שלא ברשות ב"ד. אמנם באמרי בינה (דיינים כז) הביא כמה חולקים עליו וכתב שאין לפסוק כדבריו. משו"ת כנסת יחזקאל (צז) עולה שבמקרה שאדם צריך להציל עצמו מנוק שנגרם לו על ידי ערכאות יש לו היתר לפנות לערכאות אף בלא רשות ב"ד.

## ט. היקף החיוב בהוצאות משפט

### 1. צמצום היקף ההוצאות

לאור דברי הפוסקים שיש מקרים בהם זכאי אדם לקבל פיצוי על הוצאות משפט עולה השאלה מה כלול בהוצאות אלו. בשו"ת כנסת יחזקאל (צז), מובא במהרש"ם א ח; ועוד, על בסיס המרדכי בבא קמא רצה) כותב ככלל: דכמו ברודף שיכול להצילו באחד מאבריו לא ניתן להצילו בנפשו, הכי נמי בהוצאות מסרב. דהיינו, כשם שבדין רודף יש לצמצם את הפגיעה ברודף למינימום, כך גם בחיוב הוצאות לסרבן יש לצמצם את ההוצאות למינימום.

**2. שכר טרחה**

יש מקום לחייב את הנתבע בשכר הטרחה של התובע (הכרעת ערך ש"י יד, ה, עיין עיונים במשפט לרח"ש שאנן עמ' כד, שהביא דבריו להלכה).

**3. הוצאות עורך דין**

בעניין גביית שכר עורך נקבע בפד"ר (ג, עמ' 35):

יש לברר בכל מקום שחייב בהוצאות המשפט כגון במסרב וכדומה איזה סוג הוצאות אפשר לכלול במושג זה בכדי שיתחייב בהן הצד שכנגד. והנה ראשית יש לדון במה שנהוג בזמנינו שהבעלי דין לוקחים בתור בא-כוח עו"ד, אם לפי ההלכה שכר טרחתם נכלל ג"כ בגדר הוצאות המשפט שחייב בהן. והנה זה מפורש בדברי הלבוש סי' י"ד שכ' גם ההוצאות שהנתבע חייב דהיינו גם שכר מליצים, ונראה דלפי זה יש לומר דזהו המכוון גם בדברי הרשב"א הובא במחבר בש"ע, שכולל הוצאות שהוצרך להוציא בדינים וטוענים, וטוענים היינו שכר מליצים.

ואף שהרשב"א פוטר בשניהם בערכאות, מ"מ שמעיין מכלל הלאו דגם זה נכלל בסוג הוצאות במקום שחייב בהן. וגם בלך עמי ואבא אחרוך וכו' דחייב בהוצאות נראה דאפילו חיובו הוא מדין התחיבות, מ"מ אינו יכול לומר דהתחיבות היתה רק כלפי הופעת הצד שכנגד עצמו ולא כלפי ב"כ, כיון דרשאי להביא ב"כ וגם המנהג בכך חל החיוב גם כלפי דידיה... מכאן שלדעתו ניתן בוודאי לצרף להוצאות את כל הנדרש לפי המקובל לייצוגו כולל שכר עורכי דין. וראו עוד בשו"ת מהרש"ם (א, פט) שהובאו למעלה.

**4. הוצאות נסיעה**

בפד"ר (ג, עמ' 35) כתבו:

כמו כן הוצאות הנסיעה נכללים בהוצאות המשפט שחייב בהן כמבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל, וכן מבואר באריכות בענין זה בשו"ת נאות דשא הנ"ל. דהיינו כל טורח שהיה מוטל על הצד שהגיע הוא בכלל ההוצאות.

**5. אובדן ימי עבודה**

בפד"ר (ג, עמ' 35) כותב:

אמנם בהוצאות שתובע מצד שבטל מעבודתו עקב המשפט נראה שאין לחייב בזה הצד החיוב בהוצאות דהוי בזה כמבטל כיסו של חברו דפטור. מכאן שהוצאות על ביטול מלאכה אינן נכללות משום שהן בגדר "מבטל כיסו".

#### 6. הוצאות גבייה

המהרש"ל (ים של שלמה י, יד) מדגיש שבמקרה של סרבנות בו נפסקה שיטת מהר"ם שיש אפשרות לגבות את ההוצאות, המדובר הוא רק בחיוב על הוצאות כדי להביא את הסרבן לבית הדין ולא בחיוב על הוצאות אחרות הנוגעות למימוש פסק הדין והוצאת הכספים בפועל:

מ"מ נראה לי, שאר הוצאות שמוציא כדי לגבות חובו. כגון שהלך בעבורו למקום פלוני, או שכר שליח לשלוח אחרי המעות. אינו משלם. הש"ך (ח"מ יד, י) מביאו להלכה. צריך אמנם לחלק בין הוצאות אלו להוצאות על כפיית הדין על ידי ערכאות בהם השו"ע ורמ"א מחייבים. נושא זה שעיקרו פנייה להוצאה לפועל לא ידון כאן, וכבר נדון בנייר עמדה קודם ע"י הרב הלל גפן.<sup>38</sup>

#### 7. היקף החיוב למי שגורם הוצאות בדין תורה

גם במקרה של היעדרות יש לברר מה נכלל בהוצאות האמורות. בבית הדין הרבני (פד"ר ו עמ' 84) חייבו את הנעדר בשכר העורך דין. הר"מ אליהו (פד"ר י, 14) חייב בהוצאות עד שבא להעיד כנגד הכחשת התובע. הרב יועזר אריאל (דיני בוררות עמ' תכה) מכריע שיש לחייבו גם בהוצאת עורך דין יקר במיוחד, שכן הנזק הנגרם כאן הוא בעצם הבאת האדם למקום ברמייה ועל כן אין למזיק טענה שלא היה לו לקחת עורך יקר כזה. כמו כן אמנם על שכר בטלה אין לחייב גם במקרים אלו (ראה פד"ר ו שם).

במקרה של תביעת שקר יש שהיססו בקביעת תשלום על עו"ד (שו"ת תשובות והנהגות ד, שג; ראו גם ספר סדר הדין עמ' 1222, הערה 125, בשם הגר"ז גולדברג), ויש שחייבו (הרב אריאל שם).

<sup>38</sup> ראו עוד: הרב הלל גפן, הסתייעות בהוצאה לפועל בבתי הדין לממונות, מכון משפטי ארץ, עפרה, נייר עמדה מס' 6, בכתובת: <http://www.dintora.org/files/Emda06Hotzlap.pdf>.

יש לציין שיתכן לפעמים יש מקום לחיוב הוצאות משפט כחלק מחיוב המזונות (פד"ר יב, עמ' 190 ועוד), אולם, לא נעסוק כאן בעניין הזה שמטבע הדברים אינו נוגע לבתי דין לממונות.

### י. שומת הוצאות

עניין לעצמו קובע דרך הבירור הוצאה. הרא"ש כותב (שו"ת הרא"ש קז, ו):  
וההוצאה שחייבתי את רבי ישראל שיפרע לר' שלמה, אחר שיברר רבי שלמה בעדים שתבע את ר' ישראל שיבא עמו לדין על התביעה הזאת וסרב לבא עמו לדין, לא תהיה פרעון הוצאתו בשבועת רבי שלמה, שישבע כמה הוציא ויטול. אלא **יברר** רבי שלמה כל הדרך שהוצרך לילך לכוף את רבי ישראל שיעשה לו דין, והשלוחים ששלח וכיוצא בזה ושכר הסופר, **ובית דין ישומו** כמה היה ראוי שיוציא רבי שלמה בדרכים הללו ובהוצאות השלוחים והסופרים, ועל פי שומת בית דין יפרע ר' ישראל לר' שלמה כל ההוצאות שהוציא עד שהביאו לבית דין ונפסק הדין.

מדבריו עולה שלא צריך בשבועה וגם אין די בשבועה, כי אם בית הדין צריך לשום כמה היה צריך להוציא ועל סמך הערכתו ישלם הנתבע.

בשו"ת מהר"י וויל (מב) מביא את הצורך בשבועה ולא מזכיר את שומת בית דין: רבי ישראל בנו יעשה חשבון לפני הפרנסים כמה שהוציא ובאיזה מקום שהוציא ויעשה שבועה על זה ור"ח יפרע לו יציאותיו.

הרמ"א (חו"מ יד, ה) פוסק למעשה שיברר כמה הוציא ובית הדין ישומו: כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא, ויטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הב"ד ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו. האחרונים נחלקו האם במקום שלא ניתן לברר תועיל שבועה. לדעת נתיבות המשפט (יד, ו) יכול להישבע ואילו לדעת משובב נתיבות אין מקום לשבועה כלל ואם אינו יכול לברר – יפסיד.

לגבי היחס בין השומה לבירור מבאר "ושב הכהן" (נג; מובא בפת"ש חו"מ יד, טז):  
הא ודאי בין שמברר כמה הוציא ובין אינו מברר, לעולם שייך שומא, אך החילוק הוא, דאם מברר כמה הוציא וצריך שומא, אז השומא הוא אם לא הוציא יותר מן הראוי וכמ"ש סימן קפ"ב סעיף ג' בהגה כו', אבל אם אינו

יכול לברר אז השומא היא בענין אחר, שישומו לו בפחות שבהוצאות וכמ"ש בסימן שע"ח סעיף ח', וזו כונת הרמ"א, דמ"ש צריך לברר כמה הוציא וצריך לשלם לו, היינו ג"כ לאחר שישומו אם לא הוציא יותר מן הראוי. כלומר, אם התובע הביא ראייה על ההוצאות שהיו לו, אזי השומה נועדה כדי לבחון האם ההוצאות היו סבירות. אם התובע לא הביא ראייה על ההוצאות, אזי יקבל את פיצוי לפי שומה על ההוצאות המינימאליות. יתכן שזהו הבסיס לדברי ערוך השולחן (חוי"מ יד, יג) שכותב: "התובע יכול לומר לב"ד שומו לי כפחות שבהוצאות בעניין כזה ואין רצוני לישבע". נראה שדבריו יכולים להוות פיתרון מעשי כיום שאין נוהגים להשביע בבתי הדין.

## יא. הרחבת סמכות בית הדין לחייב בהוצאות משפט

### 1. תקנות בעניין הוצאות משפט

בתקנות הדיון של הרבנות הראשית משנת תש"ך נאמר (אות קח):  
 כל פסק יכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט. מקום שיש לחייב גם בתשלום שכר עו"ד ייקבע השכר בפסק הדין.  
 הרב מרדכי אליהו (פד"ר ג, עמ' 14) מבאר בפסק דין משנת תשל"ד את התקנה וקורא לתקן תקנות משמעותיות יותר:  
 עם כל האמור לעיל, ראוי ורצוי הוא שיתקנו תיקון גדול, וכמו שמשמע מהרשב"א שאם תקנו, חייב לשלם ההוצאות, **ויתאספו אלו שבידם לתקן תקנות הקהל ויאמרו ויקבעו באיזה מקרים ובאיזה אופנים יחייבו הוצאות כדי לצאת מכל הספקות** ולא יוכל לטעון קים לי. אמנם בתקנות הדיון תש"ך, גם אם ניתן להן תוקף של תקנות הקהל - מה שאינו נראה לי, רשום בתקנה ק"ח: כל פסק יכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט. מקום שיש לחייב גם בתשלום שכר עו"ד ייקבע השכר בפסק הדין, - לא שבאו לתקן תקנה חדשה ולחייב בהוצאות מקום שאין הדין מחייבו, אלא סידרו את הסדר שבתוך פס"ד ייכתב במפורש על מי חלות ההוצאות, כי כמו שראינו לעיל לעתים יש והתובע חייב בהוצאות, ולפעמים הנתבע, ולפעמים חלות ההוצאות על שניהם והכל לפי הדין.

לדבריו, לא מדובר בתקנה המרחיבה את סמכויות בית הדין לחייב בהוצאות משפט אלא בתקנה המחייבת את בית הדין להתייחס בפסק הדין לסוגיה לו, ולפסוק על פי הדין.

לאחר כמה שנים כתב הרב אליהו דברים מרחיבים עוד יותר (תחומין ג, עמ' 245):  
 הצעתי לתקן תקנה לחייב הוצאות משפט... אם צד למשפט אינו מופיע למשפט ואין בכך די כדי לקונסו, עולה השאלה אם מעשהו היא בגדר גרמי או גרמא, והצעתי שיחשב הדבר כגרמי...  
 ואכן בספר תקנות הדין של הרבנות הראשית משנת תשנ"ג כבר נאמרו דברים מפורטים יותר:

קיט. (1) בית-הדין מוסמך לפסוק הוצאות המשפט. הוצאות המשפט כוללות אגרות, הוצאות העדים, תרגום, שכר טרחתו של המורשה וכל הוצאה אחרת שתיראה לבית-הדין.

(2) כל פסק-דין או החלטה הגומרת את הדיון צריכים להכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט.

אך גם כאן בהקדמה לספר "תקנות הדין" התשנ"ג כותב הרב אברהם אלקנה כהנא שפירא דברים המצמצמים את התקנה ומתנים אותה בהתחייבות מפורשת של הצדדים:

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 שהווי 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. והנה כל גרמא שאינו יוצא בדיינים אבל חייב בדיני שמים שבגרמתו הפסיד זה ממון, **ולכאורה יש מקום גם כאן לתקן תקנה שגם בחיוב בידי שמים ישלם**. והנה. במרדכי בהגוזל מפורש, שאם קיבל עליו בפירוש לשלם, חייב לשלם והובא במחנה אפרים ה' שכירות. ולכאורה גם כאן נניח שאם יתוקן ע"י הרבנות אפשר כבר לסמוך על זה שהוא תקנה המקובלת על הציבור כמו במזונות ילדים. אבל נראה שלא דמי למזונות ויש לחלק, שהרי כל דיני גרמא אין לשנות ע"י תקנה שיתחייבו בדין. **אבל י"ל שיש לתקן שבכל כתב-**

### **תביעה וכן יש לתקן שבכל כתב-הגנה יהיה מפורש שמחייב עצמו לשלם אם**

**יחייבו אותו בהוצאות,** ובהתחייבו הרי מהני לפי המרדכי.

אמנם, באשה התובעת בעלה למזונות וחויב נראה פשוט, שבכל מזונות שחויב כלולות גם הוצאות המשפט שגם זה בכלל מזונות, אבל בכל תביעה של הוצאות משפט נראה שהגון יותר שייכתב בפירוש בכתבי התביעה וההגנה. הרב שפירא מסתייג מהאפשרות לתקן תקנה שתחייב בהוצאות משפט, ומציע כחלופה התחייבות של הצדדים בהסכם הבוררות.

### **2. התחייבות לשפות על הוצאות משפט**

התחייבות לשפות על הוצאות משפט מאפשרת להרחיב את החיוב הן למקרים נוספים והן להוצאות נוספות, מעבר לדין.

### **3. התחייבות בחוזה**

רבינו ירוחם (מישרים ג, א, מובא בב"י חו"מ יד) כותב ביחס להוצאות גבייה:

ושטר אדרכתא ואחלטתא נראה שיפרע אותם התובע שהם לתועלתו לגבות

חובו זולתי אם התנה לפרוע כל ההוצאות.

כך כותב גם הריב"ש בתשובה (רכב) ביחס להוצאות משפט שהתחייבות לשלם מועילה:

אבל, אם נתחייב ונשתעבד בהן בשטר הקניה, חייב: דתנאי שבממון הוא וקיים.

הריב"ש מדגיש בסיום דבריו שבמקרה שבשטר יש סעיף המחייב את הנתבע לשלם הוצאות משפט, הוא אכן מחויב בכך. המהרש"ל חולק וסובר שהתחייבות אינה תקפה:

אפילו כתב לו בכתב לשלם לו כל הוצאותיו. הוי כאסמכתא, ולא קניא.

המהרש"ל מסתמך על תשובת הרא"ש (סח, יב) המובאת בטור (חו"מ סא):

גם הקנס שרגילין לכתוב בשטרות, שיפרע כל ההוצאות עם הכפל, היאך יגבו. והלא אסמכתא הוא. והשיב, אם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה, לא הייתי פוסק לגבות, אם לא נעשה הקנין בב"ד חשוב, דלא כאסמכתא, דהיינו שלשה שיודעים ובקיאים בדיני אסמכתא. וה"ה מה שנותן שכר לשליח להזמינו אינו משלם.



מדבריו עולה שגם במקרה של התחייבות לשלם את ההוצאות מדובר באסמכתא, שיש לה תוקף רק אם נעשתה באופן הנדרש. כך פוסק גם המהרשד"ם (חוי"מ, לה) הלכה למעשה:

ראובן שאל משמעון חוב בשטר שהיה לו ולא רצה לפורעו והתרה בו והוציא הוצאה לגבות חובו והיה כתוב בשטר שההוצאות יהיו עליו כעיקר החוב וגבה ממנו עיקר החוב וההוצאות, אח"כ בא שמעון ותבע לראובן בדין שנטל ממנו רבית שהחוב לא היה אלא מנה ונטל ממנו מנה וחצי.

תשובה דע ודאי שיפה אמרת שרבית אין כאן ומ"מ צריך לידע כי ראובן צריך לברר שתבע לשמעון בב"ד של ישראל ושמעון לא ציית דינא כי על כיוצא אמרו "קרית חברך ולא ענך ארבא שדי עלויה". ובכי האי גוונא לא מבעיא שאם גבה ההוצאות ראובן שאין מוציאים אותם מידו, אלא אפילו לא גבה עדיין, ב"ד מחייבין לשמעון שיפרע ההוצאות לראובן. ודין זה תמצא בח"מ סימן י"ד ושם בב"י ולא אחוש להאריך במה שכתוב בעט ברזל ועופרת.

מדברי מהרשד"ם ניתן להסיק שגם כתיבת ההוצאות כחלק מהחוב בשטר אינה מועילה לאפשר גבייה. אמנם ההוצאות לגביית החוב על ידי הערכאות, במקרה שניתנה רשות בית דין, מוטלות על הנתבע.

הרשב"א כתב שהתחייבות לפצות על כל הפסד איננה כוללת התחייבות לפיצוי על מניעת רווח (שו"ת הרשב"א ג, רכז, מובא בבית יוסף שם):

שאלת: ראובן לוח מנה משמעון, וכתב לו את השטר לפרוע לזמן שקבע לו, ואם לא יפרענו תוך אותו זמן, קבל עליו ליתן כל הוצאה וכל הפסד שיבא לו ויעשה מחמת חוב זה, וקבל על עצמו זה בקנין גמור ובלא אסמכתא ובנאמנות. וכשהגיע הזמן, תבע שמעון את חובו, ואמר: שהיה לו סחורה מזומנת לקנות, ואם לא יפרענו יפסיד הוא הסחורה; ועם כל זה לא פרעו. ועכשיו שמעון תובע מראובן אותו הפסד הריוח...

תשובה: נראה לי שהדין עם ראובן הנתבע, לפי שאין בכלל ההוצאה והפסד מניעת הריוח, שמבטל כיסו של חברו...

דרכי משה (חוי"מ סא, ד) ראה רק את קיצור דברי הרשב"א, המובאים בבית יוסף, ועל כן הבין שהסיבה לפטור היא משום אסמכתא ותמה על כך שאין זה קנס שהרי באמת הגרם הפסד. אמנם הרשב"א עצמו כותב במפורש שהסיבה היא שאין זה

הפסד ממש כי אם מניעת רווח. כך מבאר הב"ח במקום את שיטת הרשב"א ועולה מכך שגם במקום שאין בעיה של אסמכתא החיוב על מניעת ריווח אינו ניתן לתביעה אלא אם כן הייתה התחייבות מפורשת לפצות על כך.

כחיזוק לשיטת מהרש"ל, יש לציין לדברי המהרי"ל (שו"ת מהרי"ל החדשות, צ):

ומה שתובע ההוצאות גם בזה איני רואה דבריו כיון שהיה ציית דינא... ועוד דאית לן לפירושי הה"י תנאי דהוצאות כדין תורה אם יעשה סרבן כמו שבאר הרא"ש בתשובת. והיא בטור חשן (=משפט) על מה שרגילין לכתוב בשטרות בין בדיני אומות ויש לגבות ההוצאות שלא ברשות ב"ד ופי' הרא"ש דהכל מפרשי' ל"י דלא ליהוי ביה צד עבירה אלא כדין תורה, ודין תורה כל כמה דלא נעשה סרבן דלא חייב בהוצאות כמו שהוכיחו רבו' מההיא דיוציא מנה על מנה כו'.

המהרי"ל כתב שגם כאשר הייתה התחייבות לשלם הוצאות, הכוונה לשלם את מה שחייב בדין תורה ולא יותר. מדברים אלו מוכח כשיטת המהרש"ל דלעיל שלמרות ההתחייבות לגבות הוצאות אין בכך אלא כדי לגבות את מה שמגיע בלאו הכי בדין תורה כשהוא מסרב לדין.

השולחן ערוך והרמ"א (חו"מ סא, ה) קבעו במפורש שאין לחייב על הוצאות משום אסמכתא, ומוסיף הרמ"א שבמקרה כזה גם כתיבת "דלא כאסמכתא" בשטר לא תועיל לחייב:

שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה.

הגה: ואף על גב דכתב ביה דלא כאסמכתא...

הסמ"ע (סא, יב) כותב שחיוב על ההפסד של ההוצאה היה מועיל, ורק חיוב מופרז הוא אסמכתא. הוא מוכיח זאת מדברי הרא"ש עצמו (שו"ת הרא"ש עא, ח; נפסק ברמ"א חו"מ עא, ג) שהורה לגבות את ההוצאות:

ולענין ההוצאה והשחד, כל תנאי שבממון קיים, ומועיל הנאמנות לענין ההוצאה והשחד, כמו שמועיל לענין גוף הממון הכתוב בשטר.

הסמ"ע מציין לדברי הטור השולחן ערוך (חו"מ יד, ה) שכתבו שאין גובים את ההוצאות של התובע, ולא כתב מה יהיה הדין במקרה של התחייבות לפצות על ההוצאות. הסמ"ע דייק מכך שבמקרה של התחייבות ישלמו את כל ההוצאות הסבירות.

הש"ך (חו"מ סא, י), הגר"א (חו"מ סא, כ), ונתיבות המשפט (סא, חידושים יב) הסכימו לדבריו אך סייגו זאת בתנאי שמדובר בהפסד ולא במניעת ריווח: "אבל מניעת הריווח לא הוי היזק, ואם התחייב בזה הוי אסמכתא".

אולם, ערוך השולחן (חו"מ סא, יא מובא בפד"ר ג, עמ' 37) מחדש כך:

נ"ל דדווקא מניעת הריווח מעסק שאינו קבוע אצלו למחייתו לא מקרי היזק אבל מעסק קבוע אצלו למחייתו שפיר מקרי היזק ולא הוי אסמכתא וכן אם הפסיד לו ע"י זה מסחור יריד הקבוע מזמן לזמן שפיר מקרי היזק.

בפד"ר (שם) תמהו מה הסברה לחלק בין סוגי מניעת ריווח, והציעו שבמקרים אלו יש כנראה וודאות לגבי היקף הנזק, שכן החיסרון העיקרי במניעת ריווח הוא אי ידיעת הרווח שנמנע. וראו עוד בפד"ר ירושלים (ה, עמ' 3) תשובת הר"ש משאש על פי כתונת יוסף (לב; לד) שבמקום שיש תביעה של הניזק והנזק ברור וודאי ניתן לחייב גם על מניעת ריווח כגרמי לכל דבר. ראה גם בספר עיונים במשפט (חו"מ סי' ב, עמ' כד) שיש לחייב בהתחייבות מפורשת על פי שיטת שער משפט (סא, ב).

לסיכום לדעת הרבה פוסקים התחייבות לפיצוי על הוצאות מועילה אם מדובר בסכום המשקף את שיעור ההפסד האמיתי. לגבי מניעת ריווח עולה שהתחייבות לא תועיל אמנם מדברי ערוך השולחן עולה שריווח קבוע ניתן להיחשב בכלל ההפסדים וכן עולה מפוסקים נוספים. יש שחיבו במקרה של התחייבות מפורשת שכללה גם נזקי מניעת ריווח.

#### 4. התחייבות בהסכם הבוררות

בשו"ת אגרות משה (חו"מ ב, כו, ב) כותב:

אבל כשכתבו שטר בירורין אחרי שיש ביניהם כבר דו"ד לילך לדינא שהדין הוא בעצם שאין להתבע שהפסיד בדין לשלם להתובע הזוכה בדין את הוצאותיו והתנו ביניהם שמי מהם שיפסיד בב"ד ישלם להזוכה את יציאותיו. שנמצא שכל התנאי היה זה התחייבות בעלמא שלא שייך שיהיה לאחד זכות שלא להתרצות לילך לדין מחמת ההוצאות, ורק מאיזה טעם התחייבו תרוייהו לכתוב שטר שהמפסיד בב"ד ישלם כל ההוצאות שזה ודאי אסמכתא היא אף רק על ההוצאה המוכרחת ומצויה שבנ"א מוציאין כן, מאחר דרק אם יפסיד יתחייב ליתן דכל דאי אסמכתא היא.

לפי דבריו התחייבות בשלב שבו החליטו ללכת לבית דין בוודאי לא תהיה תקיפה.  
אמנם הוא מוסיף:  
ואם עשו השטרי בירורין בתנאי דהמפסיד ישלם גם הוצאות השני בקנין  
מעכשיו ובב"ד חשוב, שפיר כתב כתר"ה דקנה.  
הוא מדגיש שבית הדין צריכים להיות מודעים לבעיית האסמכתא ולדעת שהחיוב  
הוא למרות בעיה זו.

### נספח- פסק דין בעניין הוצאות משפט

כעיקרון<sup>39</sup> מוטלת אגרת בית הדין על שני הצדדים כפי שקובע הריב"ש בתשובותיו (תעה) שכל הוצאות בית הדין מוטלות על הצדדים, בעקבות כך כתבו בפד"ר (ו, עמ' 84) שכל מסי המשפט מוטלים על שני הצדדים בשווה, וכך נהוג ברשת בתי הדין "ארץ חמדה גזית". כעיקרון הלכה זו אינה משתנה גם במקרה שניתנה הכרעה ברורה לטובת אחד הצדדים, כפי שלא מצינו שחיוב הוצאות הצד המפסיד מוטלות על הצד הזוכה בדין (שו"ע חו"מ יד, ה).

עם זאת, במקרה של תביעה שנמצאה לא מוצדקת לעתים יש מקום לחיוב בהוצאות. הרמ"א (שם) כותב שמי שאמר לחבירו לבוא לבית דין ובסוף לא הגיע בעצמו חייב בהוצאות חבירו. בספר ישועות ישראל (יד, ד) הוסיף וחייב בעקבות כך תובע שגרם להוצאות בתביעה שקרית. בפד"ר (ו, עמ' 83) הרחיבו על פי זה וכתבו:

... נתברר שסכום תביעה זה היה מוגזם - אפילו כתביעה - כי כפי שהתברר במהלך הדיונים, התובע ביסס סכום תביעה זו על סמך מכתב של אחד שעבד אצל הנתבע ואשר כתב לו שלדעתו הי' ריוח של /שלוש אלפים/ דולר. ומתוך עדותו בביה"ד של הנ"ל התברר, שהסכום של /שלוש אלפים/ דולר שהעובד כתב, התכוון לריוח של /שלוש אלפים/ דולר לשניהם, התובע והנתבע, דהיינו /אלף וחמש מאות/ דולר לכ"א. וכמובן שמסי המשפט הי' מוקטנים בהתאם לכך, וברור שאין לחייב הנתבע במסים מתביעה מוגזמת.

דהיינו בית הדין קובע שכיוון שהתובע הסתמך בקביעת סכום התביעה על ראייה מוטעית, אין הנתבע חייב להשתתף בתוספת שנובעת מהגדלת עמלת התביעה שנגרמה מטעות זו.

במקרה הנדון באותו פסק דין, נראה שיש רשלנות של ממש בהכנת התביעה, והתובע העדיף להסתמך על ראייה בלא להתעמק במשמעותה מתוך מטרה להטעות את בעל דינו ואת בית הדין ולהרוויח כסף שלא היה זכאי לו. לעומת זאת, במקרה דנן התובע פעל בדרכים המקובלות, פנה לרואה חשבון שיחשב לו את הסכום המגיע לו. כמו שאר הטענות שהעלה היו סבירות ואף אם דחינו אותן לא ניתן לזהות בדבריו

<sup>39</sup> חלק מפסק הדין המופיע להלן בסימן כב.

ובמעשיו מגמה של רמאות והטעייה. על כן נראה שיש להעמיד את פסיקת ההוצאות לפי המקובל והוא חלוקת האגרה כולה בשווה בין הצדדים.

## ג. הסתמכות על אומדנא בפסיקת בית הדין

בעריכת הרב עדו רכניץ

### תקציר

במקרים רבים מאד נדרש בית הדין להכריע את הדין ללא שהוצגה בפניו ראייה כשרה, דוגמת שני עדים, הודאת בעל דין או שטר. בחלק מהמקרים מוצגות בפני בית הדין ראיות נסיבתיות שונות – האם במקרים כאלה יוכל בית הדין להכריע בשאלות עובדתיות או שמא יהיה עליו להישאר בספק? בחינת המקורות בעניין, מעלה שניתן לחלק את המקורות לכמה סוגים, ובכל סוג ישנן דעות שונות.

### א. הסוגיות ופסיקת הראשונים

#### 1. ידיעה ללא ראייה

המקור: נחבל במקום שלא היה יכול לחבול בעצמו, ולא היה שם אדם אחר – גובה בלא שבועה. בשו"ע נכתב "עדות בידעה ללא ראייה... שיש מי שאומר דהוי עדות". נחלקו הפוסקים האם גובה מעיקר הדין (רמ"ה, תוספות, רמב"ם ע"פ חלק מהאחרונים, חת"ס, הראי"ה קוק, חלקת יעקב) או שמא מן התקנה (רמב"ם ע"פ אחרונים אחרים).

#### 2. אומדים דעת הנותן

הרמב"ם כתב "לעולם אומדין דעת הנותן", וכן נפסק בשו"ע. מהרי"ק הסביר שבמקרה זה ניתן להסתמך על אומדן כיון שמדובר בהערכת דעתו של אדם, ולא בהכרעה בשאלה עובדתית. לגבי מכר נחלקו ראשונים, תוספות כתבו שאומדים את דעת המוכר, ואור זרוע כתב שבמקרה כזה לא ניתן להסתמך על אומדן, וכך היא לכאורה שיטת הרמב"ם, הרמ"א הביא את שתי הדעות. הרשב"א כתב שאומדים דעתו של אדם שהתחייב, גם כאשר השתנו הנסיבות לאחר הסיכום, כגון ביטול שידוך עם חתן שנודה.

**3. גמל האוחר**

בתוספתא נחלקו תנאים לגבי "גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם", כאשר חכמים פוטרים ורבי אחא מחייב. רמב"ם, רי"ף, רמב"ן, סמ"ג, רבינו ירוחם והטור פסקו כחכמים. מהר"ם ותלמידיו, רא"ש ורבונו פלטיאל, פסקו כדעת רבי אחא, שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" אפילו להוציא ממון. שו"ע פסק שלא כרבי אחא, אולם, פסק כדעת הרא"ש במקרים בהם הסתמך על אומדן אפילו להוציא ממון.

**ב. שכנוע של הדיין ללא ראייה**

בעקבות כמה מקרים המופיעים בגמרא כתב הרמב"ם "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה", אולם, הרמב"ם, הוסיף שבימינו הדבר נאסר ויש צורך בראיות. דברים דומים כתבו רי"ף ורא"ש. כמה אחרונים הציעו לחלק בדעת רא"ש בין גמל האוחר שם יש "אומדנא דמוכח", לבין המקרים בהם יש תקנה שלא להסתמך על אומדן שם אין אומדן ברור.

**ג. דין מרומה**

הרמב"ם כתב שב"דין מרומה", בו יש לדיין תחושה שהראיות אינם משקפות את האמת, על הדיין להסתלק מהדין. הרא"ש כתב שכאשר התובע נראה כמשקר הוא כותב לנתבע שאין לדון בתביעה זו יותר, וכאשר הנתבע נראה כמשקר הוא מכריע על פי אומדן. בשו"ע הביא את דברי הרא"ש.

**ד. קנס**

הרמב"ם כתב שניתן לקנוס גם ללא ראייה כשרה, וכך פסק שו"ע לגבי גדול הדור, כפי שכתב הרא"ש.

**ה. אחרונים**

בעקבות מחלוקות וסתירות בדברי הראשונים הציעו האחרונים כמה עקרונות להכרעה על פי אומדן:



**1. להחזיק ממון**

בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ולא כדי להוציא: רדב"ז, תורת אמת, בעי חיי, שואל ומשיב, משפטים ישרים, וכך מקובל לפסוק בפסקי דין רבניים.

**2. אומדנא דמוכח**

לעומת זאת, בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" גם כדי להוציא ממון: רא"ם, מהרשד"ם, מהרי"ט צהלון (מחדש שלפי הרא"ש אומדנא לא תועיל לשער את סכום התביעה), דרכי נועם, עבודת הגרשוני, אבני שיש, תבואות שמש, וכן במקצת פסקי דין רבניים.

**3. שכנוע אישי**

ישנם אחרונים שחילקו בין הסתמכות על שכנוע אישי שאפשרית, לבין הסתמכות על עדות פסולה או הסתברות שאינה אפשרית, ובהם התשב"ץ, פרישה, נחל יצחק ובית יצחק.

**4. יתומים**

אמרי בינה כתב שאמרו שהוצאה מיתומים דינה כהחזקת ממון כיון שיתומים אינם טוענים ברי, וכך משמע מהמהרי"ט.

**5. ב"ד גדול בדורו**

בשו"ת יכין ובוועז ובספר ישועות מלכו כתבו שרק בית דין גדול שבדורו יכול להוציא ממון על פי אומדנא.

**6. פשרה**

משו"ת דברי ריבות משמע שניתן להסתמך על אומדן כחלק מפשרה, וכן כתב בשו"ת דברי מלכיאל, והרב זלמן נ. גולדברג. וכך סוכמו הדברים בכנס הדיינים בנושא כללי הפשרה (תחומין כט, עמ' 144):

סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת.

**פתיחה**

הראייה הבסיסית בדיני ממונות היא עדותם של שני עדים. אפילו עד אחד אינו יכול ליצור אלא חיוב שבועה בלבד. אולם, לעיתים יש מקרים בהם הדין יכול להבין מתוך הנתונים שהוצגו לפניו מי הוא החייב ומי הוא הזכאי גם כשאין לפניו ראייה כשרה. האם במקרה כזה דין יכול לפסוק על פי הערכתו ואומדן דעתו? בשאלה זו נעסוק להלן.

בגמרא אנו מוצאים מספר מקרים שבהם ניתן לכאורה להסתמך על אומדן. חלקם מהווים מקור של ממש שכן הם מובאים כדיונים הלכתיים, וחלקם משמשים כאסמכתא לדיון. נפתח בהבאת הסוגיות המרכזיות ונברר בהרחבה את שיטתו של הרמב"ם ופסיקת הראשונים, השולחן ערוך והאחרונים, בכל סוגיה.

**א. סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים**

ישנם כמה סוגים של מקרים בהם ישנה הסתמכות על אומדן דעת ללא ראייה, חלקם מוסכמים על כל הראשונים, וחלקם שנויים במחלוקת, נבחן אותם אחד לאחד.

**1. ידיעה ללא ראייה**

בעניין הסתמכות על ידע וודאי ללא עדות, המכונה על ידי הרמ"ה "ידיעה ללא ראייה", מובא בגמרא (שבועות מו, ב) :

אמר רב יהודה אמר שמואל: לא שנו (=שהנחבל נשבע ונוטל) אלא במקום שיכול (=הנחבל) לחבל בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה. וניחוש דלמא בכותל נתחכך? תני רבי חייא: שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו. ודלמא אחר עביד ליה! דליכא אחר.

כלומר, כאשר יש וודאות מלאה מי ביצע את החבלה ניתן לחייב ממון, גם ללא עדות כשרה, וכך פסק הרמב"ם (חובל ומזיק ה, ה) :

במה דברים אמורים (=שהנחבל נשבע ונוטל) בשהיתה המכה במקום שאפשר לו להכותה לעצמו או שהיה עמהם שלישי שאפשר שזה הנחבל אמר לו לחבול בו ולהתרעם על אחר, אבל אם אין עמהם אחר והיתה המכה במקום שאינו

יכול לעשותה בעצמו כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו וכיוצא בזה הרי זה נוטל בלא שבועה.

יש שלמדו שכוונת הרמב"ם היא משום שזהו חלק מהקנס (ראה אבן האזל ה, יד; משנת יעקב רוצח ושמירת נפש ד, ו ועוד). ניתן גם לפרש בדעתו שזהו מקרה של "ידיעה בלא ראייה", וכן משמע מהאחרונים שלמדים זה לדינים נוספים (ראו לקמן). מדברי התוספות נראה שבוודאות מוחלטת אין צורך בראייה גם בדיני נפשות, כפי שכתוב בתוספות (שבועות לו, ב, ד"ה דאי):

...משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן (דף מו:). כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו... וכן הוא גם בתוספות הרא"ש בסנהדרין (לו, ב) ובשבועות (לו, ב). לפי דבריהם עולה שחכמים מודים שניתן לדון דיני נפשות, ומן הסתם גם דיני ממונות, על סמך אומדנא וודאית כמו בדין הנחבל שחכמים חייבו את החובל בתשלום ללא צורך בשבועה של הנחבל. לכאורה, על התוספות קשה מאד שרדף אחר חבירו לחורבה ונמצא הרוג. הרא"ה קוק תירץ זאת כך (עזרת כהן כט):

ועדיפא אפילו מהאומדנא דשמעון בן שטח, דשם אע"פ שהענין מוכיח טובא מכל מקום יש מקום לומר שההרוג איבד את עצמו לדעת בסייף זה המטפטף, ואח"כ לקח אותו זה הרודף בידו, אלא שהוא נגד השכל מתוך האומדנא, אבל כשעלתה לו נשיכה בקרום של מוח, ולא היו שם כי אם הנרצח והאחר, אז הדבר ברור בתורת ידיעה שהוא כמו ראייה שזה הרגו.

כלומר, ברודף אחר חבירו לחורבה ישנו סיכוי קלוש שהנרצח התאבד, לעומת זאת, ישנם מקרים בהם ישנה וודאות מוחלטת ואז ניתן לדון גם דיני נפשות ללא ראייה. גם הטור (צ) מביא בשם הרמ"ה התייחסות לידיעה ללא ראייה:

וכי היכי דאמרינן גבי נחבל אי איבריר מילתא דחבל ביה שקיל בלא שבועה ה"ה גבי נגזל אי בריר מילתא דגזליה אע"ג דלא חזו דגזליה שקיל בלא שבועה. והיכי משכחת לה כגון דמסהדי סהדי דהוה ליה בביתו כך וכך כלים וחזו להאי דעייל לביתיה ונפק ולא עייל התם אינש אחרינא ומקמי דעייל להתם אינש אחרינא עייל לביתיה ומנינהו להנהו כלים ואשתכחו חסר ולא הוה התם דוכתא דליפלו הנך כלים בגויה – שקיל בעל כלים מההוא דמסהדי

בו סהדי דעייל להתם בלא שבועה, וזו היא עדות המתקיימת **בידיעה בלא ראות ע"כ**.

הרמ"ה נוקט שבוודאות מוחלטת ניתן להוציא ממון גם ללא ראיה. לגבי דיני נפשות הוא כותב (יד רמה לסנהדרין לז, ב, ד"ה ומתמהינן) שראיה כזו אינה מספיקה<sup>40</sup>.

### פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מציין בהלכות עדות (ל, יד) לכך שיש דעה שניתן להעיד על דיני ממונות בידיעה בלבד. הוא מפנה לדיני הנחבל (שו"ע חו"מ ז, ו; טז) שם מובאים דברי הרמ"ה שניתן להוציא ממון, וכן פסק החת"ם סופר (שו"ת חתם סופר אה"ע ק-קא). הראי"ה קוק כותב בתשובותיו מספר פעמים שניתן לסמוך על שיטת תוספות שיש אומדנא מוכחת ביותר שניתן לסמוך עליה בכל התחומים וגם בזמן הזה. כך לדוגמא לגבי היתר עגונה (עזרת כהן כט):

וכיון שהבדיקה מועלת הרי נפילתו בים הוא דבר בטוח, ואין זה בכלל אומדנא כלל, אלא בכלל ידיעה ברורה. והרי הוא כדברי התוס' דשבועות ל"ד א' ד"ה דאי, שכתבו שם דאפילו לית ליה דרבי אחא משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה נשיכה על ראשו וניקב קרום של מוח, דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא, כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן דף מ"ו כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו עכ"ל.

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראית עדים ממש...

<sup>40</sup> יש שתי גרסאות ברמ"ה המובא בטור האם רק כאשר היתה קטטה ביניהם ניתן לחייב במקרה של וודאות מוחלטת, או שמא, אין צורך בכך (ראו פרישה וב"ח על הטור, ונתיבות המשפט, חידושים ז, כה). מסתבר שמי שמצריך שתהיה קטטה ביניהם סבר שזו תקנה, ומי שלא מצריך סבר שכאשר יש וודאות אין בכך צורך.

הרמ"ה (בטור) הוסיף: "מסתברא היכא דאיכא אחר עמו, דבריר להו לסהדי דלא חבל ביה ההוא אחר כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה", למרות שאין וודאות מוחלטת. בשו"ת שבות יעקב (א, קיג) הסביר שהרמ"ה סובר בעניין זה כתוספות לגבי אומדנא דמוכח, או שהרמ"ה סובר כרמב"ם שבחבלה יש קנס מיוחד וזהו חלק מהקנס שאין צורך בעדות ברורה וראה במשנת יעקב (רוצח ושמירת נפש ד, ו) שדחה את ביאורו של השבות יעקב ברמ"ה.

בתשובות אלו הראי"ה, שאינו עוסק בדיני ממונות כי אם בעגונה ובקידושין, מחזק למעשה את המושג של "ידיעה" שנפסק על ידי הרמ"ה ובשולחן ערוך. בשו"ת חלקת יעקב (אבן העזר מט) ביסס היתר עגונה שבעלה נעלם במחנות ההשמדה על מושגי האומדנא:

מבואר בחו"מ סוף סי' צ' לענין נחבל דאם יש הוכחה שזה חבל בו שאי אפשר בעצמו לחבול כגון בין כתפיו וכיו"ב וליכא אחר עמהם הרי זה נוטל בלא שבועה ואפילו יש אחר עמהם אי ברור לעדים שאותו אחר לא חבל בו כאילו אין עמהם אחר ונוטל בלא שבועה - ומקורו משבועות מ"ה. ובתוס' שבועות ל"ד א' ד"ה דאי דזה אפילו לרבנן דפליגו על ר' אחא בגמל האוחר בין הגמלים באומדנא כזה אפילו רבנן מודה ואף לענין **דיני נפשות**, וזה נקרא אומדנא מבוררת... ומסיים החתם סופר הרי **מתירים אשת איש לעלמא** על אומדנא מבוררת הלז כעין אומדנא דחובל ונחבל ומביא בשם תשובת הריב"ש סימן תע"ט כעין זה דבאומדנא מבוררת מהני גם לענין **קדושין** עיי"ש בארוכה ובסי' שאחר זה סי' ק"א - מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר **ידיעה בלא ראייה** דמהני לענין ממון ולשיטת התוס' הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, אי"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...

נמצא לפי דבריו שהוא גם הולך על פי אומדנא שמוגדרת כידעה ולדעתו הולכים אחריה גם בדיני ממונות (וראה גם בדבריו שם או"ח קצב; שם, יו"ד לד).

## 2. אומדין דעת הנותן

סוג נוסף של מקרים בהם מוסכם שניתן להסתמך על אומדן דעת הוא באומדן דעתו של נותן מתנה. מקור הדברים בגמרא (בבא בתרא קמו, ב) שדנה במשנה שקובעת ששכיב מרע יכול לחזור בו מצוואתו אם חזר והבריא:

מאן תנא דאזלינן בתר **אומדנא**? אמר רב נחמן: רבי שמעון בן מנסיא היא; דתניא: הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר, ואחר כך בא בנו - מתנתו מתנה; רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים - לא היה כותבן. רב ששת אמר:

ר' שמעון שזורי היא... ורב ששת מ"ט לא מוקים לה כרבי שמעון בן מנסיא?  
אומדנא דמוכח שאני.

מגמרא זו עולה שיש מצבים בהם הולכים אחר אומדנא, והרמב"ם אכן פוסק את המקרים המובאים שם להלכה, וכך הוא אומר בהלכות זכיה ומתנה (ו, א-ד בדילוגים):

לעולם **אומדין דעת הנותן**, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומד אע"פ שלא פירש, כיצד מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר מתנה גלויה גמורה ואחר כך בא בנו אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו, לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא בין קרקע בין במטלטלין מתנתו קיימת. וכן הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע, אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה לא עשהו אלא אפוטרופוס, והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעין לו... וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע אף על פי שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרופא על יורשיו...

יש לציין שהמקרים המובאים ברמב"ם הם כאלו שאין בהם בכדי להוציא ממון כי אם **להחזיק** ועל כן אין להוכיח מכאן לגבי דעת הרמב"ם באומדנא להוציא. בהמשך, נעסוק בהסתמכות על אומדן על מנת להכריע בשאלה עובדתית, שם הרמב"ם סובר שלעתים הדבר בלתי אפשרי. המהרי"ק (סי' קכט) דן בחילוק שבין הסתמכות על אומדן בהכרעת שאלה עובדתית, לבין אומדן דעת הנותן כך:

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.

כלומר לדבריו יש לחלק בין מקרה שהאומדנא משמשת לבירור **המציאות** לבין מקרה שהמציאות ברורה לדיין והאומדנא משמשת לפירוש **כוונת** הצדדים המעורבים באירוע.

### אומדן דעת המוכר

אלא שנחלקו ראשונים האם ניתן להסתמך על אומדן דעת רק בבירור דעתו של נותן מתנה או שמא גם בבירור דעתו של מוכר. תוספות עסקו בכך אגב השוואת הכלל "דברים שבלב אינם דברים" לדיני אומדנא וכתבו במקומות רבים את הכלל הבא (קידושין מט, ב ד"ה דברים):

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 אפטרופא לפי שאנו **אומדין שלכך היה בדעתו**, וכמו כן אנן סהדי דלא **זבן** אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.  
לפי תוספות יש שלוש דרגות:

- א. תנאי כפול – יש דברים שצריך להתנות במפורש ולפי כללי התנאים.
  - ב. גילוי מילתא – יש מקרים בהם אין אומדנא דמוכח ועל כן צריך אמירה של אחד הצדדים שתיצור אומדנא.
  - ג. אומדנא דמוכח – יש מקרים בהם אין צורך באמירה וברור שהדברים נעשו על דעת כך, ובכלל זה **המוכר** את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל<sup>41</sup>.
- הגר"א (רז, יד) מסביר שלדעת הרמב"ם כל המקרים המובאים על ידי תוספות כהוכחה לדרגה ג נכללים בדין "אומדין דעת הנותן" וממילא לדעת הרמב"ם אין מקום להסתמכות על אומדנא במכר ללא דברים מפורשים שנאמרים בזמן המכר.

<sup>41</sup> וראה במאירי (בבא בתרא קמו, ב) שהביא את שיטת התוספות: "ואע"פ שכלל ידוע דברים שבלב אינן דברים כתבו גדולי הצרפתים שבחמשה מקומות בתלמוד מצינו שהם דברים וסימן השמועות זו שבכאן ומתנה טמירתא ומברחת וההיא בצורתא דהוה בנהרדעא וזבון אפדנייהו והקדש שאמרו שיש בה שאלה וטעם כלם משום אומדנא דמוכח ולא היה רואה עצמו צריך אלא לגלוי הדעת אבל מכר היה לו לגלות דעתו וכן בכל דבר הבא דרך תנאי מאדם לחברו אבל דברים שהזכרנו אינן בדרך זה ומתוך כך הולכין בהם אחר האומדן וכן הענין בכותב נכסיו לאשתו או לבנו שלא עשאו אלא אפטרופסין כמו שהתבאר ואיני יודע למה לא צירפום עם אותם חמשה שהזכרנו." כפי הנראה עמדו לפנינו תוספות אחרים, שהרי אלו שלפנינו מביאים את הדוגמא החסירה.

נציין לשנים מהראשונים שהתייחסו במפורש לקשר בין המושגים: ר"י קרקושא (בבא בתרא קמז, א), שמביא תירוץ דומה לדברי התוספות (ובמיוחד למובא בשם במאירי – ראה בהערה) מסכם:

ומהתם אתה למד **דבמכר נמי אמרינן אומדנא דמוכח** דכדברים דמו ולא דוקא במתנה.

דהיינו לשיטה זו מכר ומתנה חד הם, בשניהם מועילה אומדנא דמוכח טובא. לעומתו, האור זרוע (בבא בתרא סימן קפ) כותב בשם רבינו יצחק בר מרדכי:

נראה לי דגבי מתנה דברים שבלב דברים הן דהיכא דגלי אדעתיה דלא יהיב מדעתיה לא הויא מתנה כגון גבי מתנה טמירתא. וכגון גבי שטר מברחת. וכגון הכא. וכגון גבי הקדש אמרי' יש שאלה דהואיל דבחנם יהיב איגלי דעתיה דלא ניחא ליה אפילו לא אמר בפירוש לא קני. אבל גבי מכר וקידושין אינן דברים דלאו כל כמיני' לומר לא היה בדעתי. ואפילו גלי אדעתיה אם לא אמר בפ"י אמרינן אגב דשקיל זוזי גמר ומקני.

דהיינו יש הבדל מהותי בין מתנה בה מועילה אומדנא לבין הקדש שלא מועילה בו אומדנא וכשיטת הרמב"ם.

#### **פרטי דיני אומדן דעת הנותן**

המהר"ם מרוטנבורג, רבו של הרא"ש, דן במקרה שחייבו בעל דין בסכום גדול בפשרה ובעל הדין הסכים לפשרה רק מפני שהיה סבור שלא יחייבו אותו בסכום גדול כזה (שו"ת בעלי התוספות פט):

...אזלינן בתר אומדן דמוכח טובא. **ובפחות מכאן אזלינן בתר אומדן דעתא**, כמו בפרק האיש מקדש (קידושין נ, א) גבי ההוא גברא דזבין לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל... וכמה מקומות בתלמוד אפילו לא פירש מידי, דאזלינן בתר אומדן דעתא, כל שכן הכא דמוכח טובא שהרי פ"י כן מעיקרא והבטיחוהו...

המהר"ם קובע שבאומדן דעת נותן ומוכר אין צורך ב"אומדן דמוכח טובא", אלא די בפחות מכך. וכשיטת בעלי התוספות. משמע לכאורה מדבריו שאין הבדל בין מכר ומתנה ובשניהם די אפילו באומדן שאינו מוכח ביותר.



הרשב"א עונה במספר תשובות על מקרים של אומדן דעת הנותן. לדוגמא בתשובה אחת הוא עוסק בשידוך עם חתן שהחל לשחק בקוביא ונודה גם על עבירות נוספות, על כך קובע הרשב"א (ב, לה):

עוד: דאומדן הדעת הוא: שאלו היה מקלקל עצמו כל כך, שלא היה נותן לו זה בתו. והיא לא תנשא לו. **והולכין בתר אומדנא**... וגם זה: בידוע. אילו היה יודע שהיה מתקלקל כל כך, לא היה משיא לו בתו. ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בתר אומדנא. כאותה שאמרו: לא נתכוונה זו אלא להגון לה.

יש חידוש בדבריו שכן גם בדבר שהתפתח לאחר חתימת העסקה, מסתמכים על אומדנא. כמו כן הוא אמד את דעת נותן שקיצר בלשונו והתכוון לכלול דברים נוספים (שם ב, קב; ב, קכח) או לחילופין השתמש בלשון כללית אך לא התכוון לכלול הכל בדבריו (שם ב, ריז) וכן לגבי שאלות נוספות הנוגעות בכוונת הנותן (שם ד, ריג; ז, תלט; החדשות, שכה). כמו כן הוא השתמש באומדן דעת בשביל להעריך כוונת פסק דין (שם ג, רד).

### פסיקת ההלכה

בהלכות מתנה פוסק השולחן ערוך (רמו) את דברי הרמב"ם ש"אומדן דעת נותן" והביא את כל הדוגמאות של הרמב"ם.

בהלכות מקח וממכר (רו, ג-ד) מביא השולחן ערוך לגבי מכר את שיטת הרמב"ם שאם פירש הרי זה כמתנה ואם לא פירש בשעת המכר את כוונתו, "דברים שבלב אינם דברים". הרמ"א מוסיף ומביא את שיטת התוספות שגם אם לא פירש אם יש אומדנא שמוכח המקח מתבטל. וכן מביא את שיטת הרי"ד (מובא ברי"א ז' בשלטי גיבורים כתובות נו, א בדפי הרי"ף אות ח) שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. כבר הזכרנו שהגר"א מבאר שזו שיטת הרמב"ם שאינו מחלק את דיני מקח וממכר לגי דרגות אלא מחלק בין מתנה למכירה.

ערוך השולחן (חוי"מ רמו, א) כתב:

אע"פ שבמתנה אין לנו לראות רק מה שכתב בשטר מ"מ אמרו חז"ל דלפעמים כשהאומדנא גדולה דלא כיון הנותן לכך או שטעה בעיקר המתנה או שכוונתו מסתמא היתה לדבר אחר עושין כפי האומדנא ומבטלין לשטרא אמנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וכיוצא בהם...

כלומר, לדעתו גם באומדן דעת של נותן מתנה לא ניתן לאמוד במקרים שאינם מופיעים בגמרא וכיוצא בהם.

גם בפד"ר (יט, 125) כתב ר"י אלמליח שאף אם הרמב"ם מקל באומדן דעת הנותן, אולם, היות ולשיטת תוספות אין לחלק בין מכר ומתנה, יש להחמיר ולדרוש אומדנא דמוכח טובא גם במתנה.

במקרה בו הוא עוסק, הבנים נתנו לאימם את החלק שירשו מאביהם בדירה בה היא גרה. לאחר 10 שנים האם נתנה את הדירה כולה לבת שלה (ואחותם של הבנים) שטיפלה בה. הבנים ערערו בטענה שהמתנה שלהם לאם הייתה על דעת כך שהיא תשאיר את הדירה אצלה ותוריש להם אותה. בית הדין דחה את טענתם גם בגלל שאומדן דעת הנותן צריך להיות אומדנא דמוכח ובמקרה זה יש מספר ספיקות שאולי גם זה היה בדעתם. לכאורה יש מקו להוכיח מדברי מהר"ם מרוטנברג המובאים לעיל שין צורך באומדנא דמוכח טובא וצ"ע.

### 3. הסתמכות על אומדן דעת לא וודאי - גמל האחר בין הגמלים

נחלקו התנאים (תוספתא בבא קמא ג, ו) :

שור שהיה רועה ויצא שור אחר אחריו, נמצא הרועה זה שמת, אפילו זה מנוגח וזה מועד לנגיחה, זה מנושך וזה מועד לנשיכה – פטור. רבי אחא אומר: גמל שהיה אחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם – חייב, בידוע שזה המיתו.

כאן מדובר על מקרה בו יש ספק עובדתי, אולם, יש הסתברות גבוהה, אך לא וודאות, שהאירוע התרחש באופן מסוים. מחלוקת זו הובאה בגמרא במספר מקומות כשהגמרא תולה את המחלוקת בשאלה האם הולכים אחר "אומד" בדיני ממונות. כך הוא בסוגיה בסנהדרין (לו, ב) :

כיצד מאיימין את העדים? על עידי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן: שמא תאמרו מאומד ומשמועה... בדיני נפשות הוא דלא אמדינן, הא בדיני ממונות - אמדינן, כמאן - כרבי אחא...

בסוגיות בבבא בתרא (צג, א) ובשבועות (לד, א) מושווה דין זה להליכה אחר הרוב ולפסיקה על פי ידיעה ללא ראייה.

להלכה הכריעו הרי"ף (בבא קמא כ, ב), הרמב"ם (נזקי ממון ח, יד), רמב"ן (להלן), סמ"ג (עשה סז), רבינו ירוחם (מישרים נתיב לא חלק א) והטור (חוי"מ תח) כחכמים

שלא ניתן להסתמך על אומדן דעת. הרמב"ם אף משבץ פסיקה זו כחלק מהדרכה כללית לפסיקה בדיני ממונות (שם יג-יד):

אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא **בראיה ברורה ובעדים הכשרים** להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצויין באורית (=אורוות) הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן או אם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה או העידו בשאר נזקין סומכין עליהן. אין הדבר כן, אלא לעולם אין מחייבין ממון על פי עדים עד שיהיו עדים הכשרים להעיד שאר עדיות ויעידו בבית דין ויחייבו בית דין המזיק לשלם. שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו, אפילו גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים.

הרמב"ן בהשגתו לספר המצוות (מצווה רצ) סובר שהלכה כחכמים וממילא אין הבדל בין ממונות לנפשות:

וכן מאומד **אף בדיני ממונות** הוא פסול דקיימא לן כרבנן דפליגי עליה דר' אחא בגמל האוחז כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין (לז, ב). לפי דרכו הרמב"ן אף הקשה על הרמב"ם שכתב שיש מצווה שלא להסתמך על אומדן דעת בדיני נפשות, מדוע המצווה אינה כוללת גם את דיני הממונות. לעומת כל הראשונים המוזכרים למעלה, מתלמידיו של המהר"ם משמע שפסקו כרבי אחא. כך למשל הרא"ש (סח, כג) כותב:

וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בתר **אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחז בין הגמלים...**

הרא"ש קובע שהולכים אחר האומדנא ובין הדוגמאות מובאת שיטת רבי אחא, הרא"ש חוזר על דוגמאות אלו במקום נוסף (שם פו, א). ואכן האחרונים (רדב"ז ד, קצח ובעוד תשובות רבות, הב"ח בשו"ת גאוני בתראי סימן נד ועוד) ציינו שניתן לדייק כך מדבריו.

אמנם, הב"ח (בביאורו לטור חו"מ תח) כותב שאין ראייה מכאן שהרא"ש פוסק כרבי אחא ויתכן שכוונת הרא"ש לומר רק שיש שיטה כזו בהלכה ושבאומדנא יותר מוכחת יתכן שכולם יודו (כפי שאכן מבואר בדברי תוספות רא"ש לגבי ידיעה ללא ראייה).

תלמיד נוסף של המהר"ם מרוטנבורג, רבי פלטיאל, כותב גם הוא בתשובה (המובאת בהגהות מרדכי קידושין תקסד) את דברי רבי אחא כדוגמא לאומדנא שהולכים אחריה<sup>42</sup>, גם במאירי (בבא בתרא צג, א) מובא שיש ראשונים שהכריעו כרבי אחא, לפחות באופן חלקי ובאומדנא מוכחת.

הרא"ש משתמש באומדנות במקרים נוספים. כך הוא כותב בתשובה (סח, כג) ביחס לשטר שבני הלווה טענו שפרעו אותו אך היו אומדנות מוכיחות שהשטר נפל מידי המלווה והתגלגל לידי בני הלווה שלא כדין:

...ונצטוינו לדון **דין אמת לאמתו**, ואע"פ שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב,

חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. מההיא עובדא דפרק חזקת הבתים (נח): ההוא גברא דשמע לדביתהו דקאמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא, הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך אלא חדא. כי קא שכיב אמר: כל נכסי לחד ברא, ולא ידעי להי מינייהו, אתו לקמייה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו לקברא דאבוכוון עד דקאי ומגלי לכו להי מיניכו, אזלו כולהו, וההוא דבריה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי להאי נינהו. וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא ב**תרא אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחר בין הגמלים**. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה, מאב לחכמים, אשר צוה ליתן לה הילד החי. על כן בכל דור ודור מצווין לשבור מלתעות עול, והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר.

<sup>42</sup> המהרי"ק (קכט) התייחס לתשובה זו במילים אלו: " ואע"ג שכתב המרדכי בתשובות השייכות לסדר נשים תשובה אחת אשר לא נזכר שם המשיב ומתוכה משמע דס"ל כרב אחא סמייה להאי מקמי כולהו הני רברבתא שהבאתי לעיל ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרברבתא אומרים המע"ה ועוד דנהגו כרב אלפס היכא דלא נחלקו עליו התוספות..." יש לציין שהמהרי"ק עצמו (א) ציטט תשובה זו והסתמך עליה למעשה.

מדברי הרא"ש עולה שהוא לא הבחין אומדן דעת נותן מתנה והסתמכות על אומדנא בהערכת מציאות. הרא"ש הוכיח את דבריו מרבי בנאה (בבא בתרא נח, א) בסיפור הידוע ששלח את הבנים לבזות את קבר אביהם ונתן את הירושה לבן שלא הסכים לעשות זאת<sup>43</sup>, וממעשה שלמה המלך. בדבריו עולה במרומז ("ונצטוונו לדון דין אמת לאמיתו") שהשימוש באומדנות במקרים אלו הוא משום "דין מרומה" והוא מסיק שניתן לכתוב שטר חדש ולהוציא בעזרתו ממון. עוד כותב הרא"ש ביחס לאדם ששדך את בנו ולאחר מכן המירה אחות המשודכת את דתה ואבי הבן רצה לבטל את השידוך, הוא מצדיק אותו וכותב (שו"ת הרא"ש לד, א):

אבל דברים דאיכא **אומדנא דמוכח** בלא גילוי דעתו, וכונתו ידוע לכל לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב, אלא עבדינן כאלו התנה. כגון שטר מברחת... בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח, **לדון ע"פ אומדן אלו עדים מעידים על דבר זה**. וכן בנדון זה, אומדנא דמוכח שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר, שהרי העביר זמן החופה והכניס עצמו בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי...

במקום אחר הוא דן בחוב שהיה על יתומים וכותב שמכיוון שיש אומדנות חזקות שהחוב קיים גובים מהם ואין טוענים להם טענות שקריות (שם פו, א):

אלמא חזינא, היכא דמית, ונולד ספק ליתומים בממון אביהם, אזלינן בתר **אומדנא** דדעתא, ואמרינן: מסתמא כך היה הענין. וכל שכן בנדון זה, שאין לך ידים מוכיחות ורגלים לדבר יותר מזה, שיש שטרות ועדים ופנקס ופיתקי המשכונות ואשתו וחמותו ואחיו וכל בית אביו יודעים שהוא אמת; הרבה אומדנות מצינן בגמרא שאין להם כל כך הוכחה כמו לזו. כי ההיא דפרק מי שמת (קמו, ב): מי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו... וכן **גמל האוחז**

<sup>43</sup> תשב"ץ (א, פ) מציע מספר הסברים לסיפור, או כאומדן אמיתי מי הוא הבן או כאומדן בדעת האב שרצונו לתת למי שלא ירצה לבזותו. בכל מקרה מדובר לדבריו בהליכה ברורה אחר אומדן דעת.

**בין הגמלים** ונמצא גמל הרוג בצדו (ב"ב צג,א). אלמא, האי דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות, דינא, ואין חילוק לענין דינא בין יתומים לאחר. בתשובה נוספת (עח, ג) הרא"ש מבטל שטרות מכר שנעשו בכדי לסלק את הממון מהנושים ולאחר שהוא חוזר שוב על כל המקורות בדיני אומדנא ומסיים בעדות גם על דרכו של המהר"ם :

ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא. וכיוצא בזה ראיתי מרנא ורבנא מאיר ז"ל, שדן באחד שקנה קרקע והתנה בשעת הקניה שלא תהיה לאשתו שעבוד כתובתה עליו, וגם על אחד שקנה קרקע וצוה להקנות לאחיו, וכתבו השטר בשם אחיו להפקיע שעבוד אשתו, ופסק שתגבה כתובתה מהם, אחרי שכיון להערים להפקיע תקנת חכמים, לא תועיל לו ערמתו. כ"ש בנדון זה, דצורך שעה היא, ומיגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא, ועוד, דדין גמור הוא, כאשר בארתי, שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות הנעשות עד היום...

במקרה דומה הוא חוזר על הדברים בקיצור (עח, א) וכן הוא כותב בתשובה אחרת (עח, ב) על אדם שהקנה לבנו הקטן את הקרקע והוא משלם את המסים עליה שזו הערמה ומבטלים את ההקנאה (וראה גם בדבריו שם ט, א, ששולל הקנאה לצורך הברחה ממיסים גם כן).

#### **עדי קידושין שלא ראו את נתינת הטבעת**

המרדכי (קידושין תקלא) דן בקידושין שהעד לא ראה את רגע נתינת הטבעת ובין היתר הוא מביא את הסברה הבאה :

ועוד אם עד רואה דבר מוכיח ונראה יכול להעיד ונדון כאילו ראה גוף המעשה כדאמרי' בגיטין ובקדושין ובית הלל אומר : הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה [ואמרינן] בכ"מ במנאפין עד שיראה כדרך המנאפין...

הרשב"א בתשובה (א, תשפ וראה ביתר פירוט בא, אלף וקלג) חולק על כך :

השיב עוד בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד. ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש. ואפילו ראו האתרוג

יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום. ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין דעדות ראה דידיעה בעיא ממש.

האחרונים האריכו בביאור המחלוקת (ראה קצות החושן צ, ז; אבני מילואים לא, ד; מב, ח; חתם סופר אה"ע ק-קא; דברי יחזקאל מ; וסיכום הדעות במשפט ערוך ל, יד). רבים מהאחרונים דייקו בדעת הרשב"א שבמקרה שלפניו לא הייתה אומדנא ברורה אבל אם הייתה אומדנא ברורה הייתה מועילה לקידושין.

### **פסיקת ההלכה**

דעת הרמב"ם ושאר ראשונים בעניין גמל האוחר, שאין מוציאין ממון על פי אומדנא כזו, נפסקה להלכה גם בשולחן ערוך (ח"מ תח, ב). למרות זאת השולחן ערוך (ח"מ סה, יז) פוסק גם את תשובת הרא"ש שאם יש אומדנות מוכיחות שהשטר אבד בית דין כותב שטר חדש לתובע. כמו כן הוא פוסק (ח"מ עא, יא) את תשובת הרא"ש שאם הגיע לב"ד כתב פירעון שנראה מזויף אין סומכים עליו. בעקבות תשובה אחרת של הרא"ש השולחן ערוך (צח, ב) מזהיר גם הוא משימוש בשטרות ישנים. הוא (צט, ו-ח) מזהיר גם מהערמה והברחת נכסים, והרמ"א מסיים ומדגיש שכל מי שרוצה להפקיע תקנות חכמים או לגזול חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי שאין ראה רק אומדנות מוכיחות היטב. עמדות האחרונים יובאו לקמן.

### **ב. שכנוע של הדיין ללא ראייה**

בגמרא מובאים כמה מקרים בהם הכריע הדיין בשאלות עובדתיות על סמך אומדנא או ראיות פסולות, הרמב"ם ראה בכל המקרים חלק מכלל אחד.

#### **1. גביית פיקדון מיתומים**

בגמרא במסכת כתובות (פה, ב) מובאים מקרים בהם חכמים הוציאו ממון מיתומים על סמך אומדנא שממון זה הופקד אצל אביהם:

ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי, שכיב רבי מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דרבי אמי, א"ל: חדא, דידענא ביה ברבי מיאשא בר בריה דרבי 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. הר"ן במקום (מד, א בדפי הרי"ף) מסכם את האפשרויות העיקריות בהבנת המקרה: אלא שהרב ז"ל (=הרי"ף) מפרשה לנו בדאפקיד גביה בסהדי, והנהו סהדי לא בקיאי בהו אי הני אינהו אי לא, אלא הוא דיהיב בהו סימנא ואיכא סהדי אחריני דמסהדי דאית בהו ההוא סימנא ומש"ה מהני כאילו עידי פקדון מסהדי דהני נינהו דאפקיד גבייהו.

ואיכא מאן דאמר (=הרמב"ן) דהני תרי טעמי צריכי להדדי דאי משום לא אמיד בלבד לא מפקינן מיניה דחיישינן דילמא ר' מיאשא לא הוה מפרסם נפשיה אי נמי מציאה אשכח... וכן נמי משום סימנא בלחוד לא מהדרינן... ולא נהירא דאע"ג דמשום לא אמיד בלחוד לא מהדרינן, משום סימנא כי איכא עדי פקדון משמע דמהדרינן...

לפיכך נראה לי יותר דברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין ויש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים **שדעתו נוטה להם שהן אמת** וכו'... שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת כו'. ולפי זה טעמא דסימנא לא סגי בלא טעמא דלא אמיד...

הר"ן מציג בפנינו בתחילה את גישת הרי"ף ובית מדרשו שמעמידים את הסיפור בגמרא במקרה שהיו עדים על ההפקדה ויש סימנים שזהו החפץ. בהמשך הוא מביא את הסבר הרמב"ן (כתובות פה, ב; מלחמות ה' בבא קמא לח, ב, בדפי הרי"ף; וכן בהשגותיו לספר הצבא, מדה יב) שעדי הפיקדון והסימנים הם שני המרכיבים העיקריים שעל ידם ניתן להוציא את החפץ מהיתומים. הנושא של העושר ("אמיד") אינו משמעותי לשיטה זו<sup>44</sup>.

הוא מביא גישה נוספת שמצריכה את שני הטעמים יחדיו מלבד עדי הפיקדון. אך הוא מסכם שלדעתו עיקר כשיטה השלישית היא שיטת הרמב"ם (בה נרחיב המשך) לדבריו די בכך שיש סימנים והמחזיק בממון אינו אמיד בשביל לשלול את האפשרות שהוא אכן בעל החפץ ועל כן ניתן להוציא את החפץ מהיתומים, ואין צורך אף בעדי פיקדון.

<sup>44</sup> וראה בריטב"א בכתובות שהביא שיטה שמצריכה עדים ואחד משני התנאים, סימנים ולא אמיד, ללא העדפה של אחד מהם.



## 2. קים לי בגווה

בגמרא בכתובות (פה, א) מופיעים המקרים הבאים :

ההיא איתתא דאיחיבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא :  
**ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא  
**קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר : קים לי בגווה מילתא היא,  
 כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא,  
 מרענא שטרא אפומיה.

רבא הופך שבועה ממי שהיתה אמורה להישבע בתחילה, על פי עדות אשתו שהאישה  
 המדוברת חשודה להישבע לשקר, בגלל שהוא סומך על אשתו שהיא דוברת אמת.<sup>45</sup>  
 רב פפא מסיק מכך שניתן גם למנוע גביית שטר שיש כנגדו עדות של אדם יחיד  
 ואפילו פסול לעדות, שהשטר אינו תקף, ובלבד שהדיין מאמין לו.<sup>46</sup>

## 3. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (סנהדרין כד, א) קובע לאור צירופן של הסוגיא הזו והקודמת לה את הכלל  
 הבא :

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. כיצד? הרי שנתחייב אדם

<sup>45</sup> לדעת רוב הראשונים הוא אפשר לצד השני להישבע וליטול, מלבד הריטב"א במקום שהקשה :  
 "דכיון דליכא ראיה שהיא חשודה משום דקים ליה בבת רב חסדא לית ליה לאפוקי ממונא" ועל כן  
 הסביר בשם רבי פנחס הלוי, אחי הרא"ה, שהצד הראשון היה אמור להישבע וליטול.  
 הסבר מצמצם ביותר למקרה זה הובא בשו"ת מהר"ם אלשקר (קיט) בשם הגאונים : "ומה ששאלת  
 בענין ההיא איתתא דאיחיבא שבועה בי דינא דרבא אמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשיד'  
 אשבועה ואפכה רבא אשכנגדה דהיאך יקבל עדות אשה במקום דין והפיכת שבועה והנשים פסולות.  
 ואם כל דיין שיאמין באשתו ובאמו אם יוכל לעשות כך או אם דוקא בת רב חסדא ולא זולתה.  
 והוקשה לך הדבר ולא ראית במה תתקורר דעתך. תשובה אנו אין לנו אלא מה שהשיבו רב שרירא  
 גאון וחמודו רבי האי ז"ל. וז"ל התשובה הכי מפרשי רבנן דהאי דינא שודא דדייני הוה או כגון  
 שודא דדייני דהוה אית ליה לרבא למידיניי כדהואי ולפיכך סמך אבת רב חסדא..."

<sup>46</sup> נחלקו הראשונים האם כוונתו הייתה שיניחו את השטר ללא גבייה כלל (רש"י) או שיחייבו את בעל  
 השטר בשבועה (ר"ח ור"ת), עיין בראשונים בסוגיה.

שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל ו**סמכה דעתו** של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד.

וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם **סמכה דעתו** על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה. וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צוואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה **וסמכה דעתו** שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים.

וכן כל כיוצא בזה 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.

הרמב"ם כורך את דין "קים לה בגווה" ואת דין הוצאת פיקדון מן היתומים בחדא מחתא ומסיק מסוגיות אלו שהדיין צריך ללכת בפסיקתו על פי הבנתו ושכנועו הפנימי, גם ללא ראייה תקפה על פי דין. ממילא הוא מתקשה בשאלה לשם מה צריך שני עדים, הרי הדיין יכול לפסוק גם בלעדיהם? על כך הוא משיב ששני העדים מהווים עילה לפסיקת דין גם במקום שהדיין אינו משוכנע מה האמת.

לגבי דיני נפשות מובא בגמרא (סנהדרין לז, ב):

תנו רבנן: כיצד מאומד? אומר להן: שמא כך ראיתם: שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף, והרוג מפרפר. אם כך ראיתם - לא ראיתם כלום.

מכאן משמע שבדיני נפשות יש צורך בעדות כשרה ולא די באומדנא חזקה ככל שתהיה. הרמב"ם הפך את הסוגיא בסנהדרין השוללת פסיקה על פי אומדן למצווה במניין המצוות בנוגע לדיני נפשות (מצווה רצ):

והמצוה הר"צ היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים **באומד הדעת** החזק ואפילו היה קרוב אל האמת. כמו שיהיה אדם ירדפהו שונאו להרגו ולהנצל ממנו יכנס בבית אחד ויכנס הרודף ההוא אחריו ונכנס אנחנו אחריהם ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו ושניהם מנטפין דם. הנה זה הרודף לא יהרגוהו הסנהדרין על צד חתוך הגדר אחר שאין שם עדים מעידים שראו ההריגה...

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך **דיני נפשות**... עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו... ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד...

כלומר, בניגוד לדיני ממונות בהם יכול הדיין להסתמך על השכנוע הפנימי שלו, בדיני נפשות הדבר אסור. אולם, לגבי ממונות, יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי הסתמכות על אומדן, נציג את הדברים בטבלה:

נוקי ממון ח, יג (גמל האוחר)	סנהדרין כד, א (דיני ממונות)	סנהדרין כ, א (דיני נפשות)
אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא <b>בראיה ברורה</b> ובעדים הכשרים להעיד...	יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן <b>אף על פי שאין שם ראיה ברורה</b> ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע...	אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי <b>עדים בראיה ברורה</b> ...

ראשית, מדקדוק דברי הרמב"ם נראה שלדעתו יש הבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות בתחום האומדנא. על כן יתכן שהשגת הרמב"ן, הובאה לעיל, על כך שמנה מצוה מיוחדת בדיני נפשות אינה קשה עליו שכן הוא אכן סבור שיש חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות.

שנית, לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי דיני ממונות: לגבי גמל האוחז הרמב"ם כתב שיש צורך בעדות כשרה ו"בראייה ברורה", לעומת זאת הוא כותב במפורש שניתן להכריע את הדין בממונות למרות "שאינן שם ראייה ברורה". אחרונים רבים דנו בשיטת הרמב"ם, ודבריהם יובאו לקמן, אולם, כבר כעת ניתן לציין שניתן להבחין בארבע שיטות בביאור דעת הרמב"ם:

א. **אומדנא מועילה רק להחזיק**, הממון שאצל היתומים מוחזק אצלם רק מכח טענות בית דין ואם בית דין אינו יכול לטעון, אין לו חזקה ואין זה נקרא "להוציא" (אמרי בינה).

ב. **אומדנא פרטית של הדיין מועילה להחזיק ממון, אומדן של כל העולם מועיל אף להוציא** (נתיבות המשפט).

ג. **אומדנא על פי עדים מועילה רק להחזיק ממון, אומדנא של הדיין עצמו מועילה אף להוציא ממון** (נחל יצחק).

ד. **רק בית דין גדול שיכול גם להוציא ממון שלא על פי שורת הדין**, בבית דין רגיל אומדנא מועילה רק להחזיק ממון (ישועות ישראל).

#### 4. תקנה שלא להסתמך על אומדן

העיקרון המובא ברמב"ם סויג כבר על ידי הרי"ף (כתובות מג, ב בדפי הרי"ף): וחזינן לגאון דקאמר דהאינדנא 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.

לפי דברי הרי"ף אין מקום להסתמכות על טענת "קים לה בגויה" בפסיקה, והאפשרות היחידה העומדת בפני הדיין שנתקל באמירה כזו של מי שקים לו בגויה היא להמשיך ולחקור עד לבירור העניין. הרמב"ם (סנהדרין כד, ב) פוסק גם כן את שיטת הרי"ף ומצמצם בזה את היסוד שהניח הוא עצמו בתחילת דבריו:

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 **בראייה 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, וכן אין מוציאים מן היתומים 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 דינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.

לפי דבריו לא רק דין "קים לה בגווה" אינו ניתן לשימוש עכשיו כי אם גם האומדנא שעל ידה מוציאים פיקדון מן היתומים<sup>47</sup>. המהרי"ט (שו"ת א, קיב) ביאר שהסיבה שהרמב"ם הרחיב את דבריו גם לגבי היתומים, מעבר למה שכותב הרי"ף, היא שהרמב"ם חולק על הרי"ף בביאור דין זה וסבור שהוא מבוסס על אומדנא, בניגוד לרי"ף שביאר הלכה זו בדרך אחרת כמבואר לעיל. עיין גם בסמ"ג (עשין קז) שהביא את דברי הרי"ף והרמב"ם שבזמן הזה לא עושים אומדנא להלכה.

אם כן הרמב"ם שביסס את הפסיקה לפי אומדנא בסוגיות הגמרא סבור שלמעשה לא ניתן היום לפסוק על פי אומדנא וזאת משום שבתי הדין אינם הגונים ואף ההגונים "אינם חכמים כראוי ובעלי בינה".

חשוב לציין שהרמב"ם לא כלל בתקנה את אומדן דעת שם הוא פסק שניתן להסתמך על אומדן. יתכן שבמקרים כאלו בית הדין מוכרח לפעול על פי האומדנא גם כיום ומלכתחילה האדם שנותן את המתנה כוונתו היא שבית הדין יקיים את דבריו לפי דעתו ורצונו. מה שאין כן במקרים בהם בית הדין מתערב בגלל הסכסוך בין הצדדים שלא ניתן לומר שמלכתחילה התכוונו לפעול על פי מה שבית דין יורה להם, ועדיין צ"ע.

אמנם הרא"ש הביא את דברי הרי"ף<sup>48</sup>, אולם, מדבריו במקומות אחרים נראה שאם האומדן חזק ("אומדנא דמוכח"), ניתן להסתמך עליו גם בימינו, וכך הבינו חלק מהאחרונים (ראו לקמן בדברי עבודת הגרשוני ומהריט"ץ בפרק על אומדנא דמוכח).

<sup>47</sup> המאירי במספר מקומות מביא את דברי הרי"ף והרמב"ם להלכה וראה למשל דבריו היפים ביבמות (קא, ב): "ומכל מקום עכשו כתבו גאוני ספרד שאין לו לדיין להיות סומך בענין זה אלא בראיה ברורה שאין כל הדיינין בקיאים כל צרכם ואין ראוי להתיר הרצועה לכל דין ודין לומר מוחזקני בזה שהוא נאמן ויפה כתבו".

<sup>48</sup> רא"ש מסכת כתובות פרק ט סימן ו.

### פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מעתיק את דברי הרמב"ם בעניין אומדנא (טו, ה) כולל את קביעתו הסופית שלא ניתן להסתמך על אומדנא בזמן הזה. הרמ"א מוסיף על פי דברי תרומת הדשן (ב, רס) שניתן לגזור על אדם שלא ישאו ויתנו עמו ולאישה שלא תינשא אם יש אומדנות שלאותו אדם או לאותה אישה יש גזל תחת ידיהם. הסמ"ע (טו, טז) הסביר שהרי"ף והרא"ש שהשמיטו את הסייג על הסתמכות על אומדן במקרה של גבייה מיתומים, סוברים שניתן גם היום להוציא מיתומים מפני שאינם טוענים ברי. בתשובה אחת (ח"מ סו) המהרשד"ם דן במקרה שיש אומדנות שנפלה טעות בשטר ונכתב מ"ה בלבד במקום מ"ה אלף, הוא מביא את דברי הרא"ש אך מוסיף שלפי הרמב"ם אין להשתמש היום באומדנות:

ואם בארזים הגבוהים כהרמב"ם וחבריו אמרו כן מה נעשה אכן יתמי דיתמי אזובי קיר. למדנו מכאן שאעפ"י שיש אמדנות שראוי לסמוך עליהם, אין לדון אלא על פי ראייה גדולה וחזקה ועל כן אני אומר דבנידון דידן אעפ"י שנראה שיש כאן אמתלאות כפי הנזכר למעלה מ"מ פשיטא דאין כח להוציא ממון גדול כזה...

וכן בתשובה נוספת (ח"מ רז):

וקודם כל דברי אני אומר כי ידוע מ"ש הרא"ש כלל ס"ח כי יש לנו מקום לדון ע"פ אומד הדעת... אלא שמכל מקום לפי שמדברי הרמב"ם נראה שבדורות הללו אין לנו כח לדון באומדנות כדי שלא יטול כל אדם את השם... למרות שהוא הבין שהרא"ש פוסק שניתן להסתמך על אומדן דעת, הוא חושש מלהכריע במחלוקת ומעדיף טעמים אחרים המבוססים בהלכה. במקום נוסף (ח"מ קמח) הוא מזכיר את דברי הרא"ש שאומדנא מועילה אף להוציא אך כותב שלבו לא מלאו לסמוך על כך. וראה בשו"ת בעי חיי (ח"מ י) שטוען שהמקרים בהם הורה המהרשד"ם להוציא ממון היו דוקא כשהממון הוצא מבעליו במרמה על ידי אותם אנשים שהממון אצלם וגם אז התיר לאיים עליהם על ידי המלכות ולא שבית הדין עצמו יוציא את הממון מהם.

**ג. דין מרומה**

מקרה נוסף בו ניתן לפעול לפי אומדנא, הוא בדין מרומה, כפי שנאמר בגמרא (שבועות ל, ב):

מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

**1. הסתלקות או הסתמכות על אומדן**

גם הרמב"ם, לאחר שקבע שלא ניתן לפעול לפי אומדנא בזמן הזה, המשיך וכתב מה הדיין צריך לעשות כאשר יש התנגשות בין העדויות ששמע לבין השכנוע הפנימי שלו (סנהדרין כד, ג):

...אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אע"פ שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותו הדין אלא **יסלק עצמו מדין זה** וידיננו מי שלבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלהים הוא.

הרמב"ם קובע שאם הדיין רואה שלא ניתן להגיע לדין אמת עליו להסתלק מן הדין. הלכה זו תקפה גם בימינו והיא מהווה מבחינתו הפיתרון העומד בפני דיין שיש לו אומדנא ורוצה לדון על פיה.

לגבי דין מרומה תוספות (סנהדרין לב, ב ד"ה כאן) סובר כמו הרמב"ם שאם הדין מרומה בוודאות, אין לדיין לדון כלל, ואם הוא מסופק בכך עליו לדון ולברר עד היכן שידו משגת. השאלה היא מדוע על פי התוספות לא ניתן במקרה כזה להכריע לפי האומדנא ואולי אין זו אומדנא דמוכח לגמרי וצ"ע.

לעומת זאת, הרא"ש נקט בצעד פעיל יותר. בתשובה נוספת לגבי שטר הלוואה שהמלווה רוצה לגבות 30 שנים אחרי ההלוואה ודווקא מיורשי הלווים שכבר מתו כותב הרא"ש (סח, כ):

ואם יראה לדיין שדין מרומה הוא, ימנע מלהשתדל באותו הדין. וכן אני עושה, כשמביאין לפני שטרות ישנים, אני חוקר ודורש להוציא הדין לאמיתו,

ואם אני רואה באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, אני אומר **שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה**, וזה אני כותב וחותרם ונותן ביד הנתבע. כלומר, כאשר הדיין חש **שהתובע** מרמה הוא כתב שאין לדון בכך יותר. במקרה המפורסם (קז, ו) בו התברר שיש רמאות מצדו של הנתבע הרא"ש מכריע בסופו של דבר שחייבים לחתוך את הדין על סמך אומדן דעת. הרא"ש מאריך בדיני דין מרומה, מזכיר את שיטת המהר"ם מרוטנבורג שאם הנתבע מרמה חייבים לחתוך את הדין נגדו וזאת על פי אומדנא דמוכח שהוא אכן מרמה ומזכיר שוב את כל הראיות שלו מדיני אומדנא שבש"ס. שיטת המהר"ם בדין מרומה מובאת גם בתוספות הרא"ש (סנהדרין לב, ב ד"ה כאן) לאחר שהוא מביא דברי התוספות (שהם כדעת הרמב"ם כמבואר להלן).

### פסיקת ההלכה

השולחן ערוך (טו, ג) מעתיק גם את דברי הרמב"ם ביחס לדין מרומה ומוסיף עליהם את עצת הרא"ש לכתוב פסק דין שאין לאף דיין להשתדל בדין שבו הנתבע מרמה. הלכה זו מובאת על ידו גם בהלכות בהלוואה (סא, ט) הרמ"א מוסיף על פי המהרי"ק (קצ) שראוי לדרוש אחרי כל שטר ישן כדי להוציא הדין לאמיתו. הסמ"ע (טו, יב הובא גם בנתיבות המשפט שם) היה סבור שהם עומדים בניגוד לשיטת הרמב"ם שכתב שבדין מרומה הדיין צריך להסתלק מלדון, אך הגר"א (טו, י) חולק וסובר שפעולת הרא"ש במקרה כזה, לכתוב שטר שאין לדון בזה מוסכמת גם על דעת הרמב"ם. בסעיף לאחר מכן (טו, ד) מביא השולחן ערוך גם את שיטת המהר"ם, המובאת ברא"ש ובעוד ראשונים, שאם הנתבע רמאי הדיין אינו יכול להסתלק מהדין, ואם יש לו אומדנא דמוכח שהוא חייב – יחייבנו "אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו". לכאורה יסוד הדין הוא משום דין מרומה אך הגר"א (טו, יא) מציין על כך מספר מקורות כמעשה שלמה המלך ודין מברחת ומסיים "הכל באומדנא". הרמ"א הוסיף שבמקרה כזה הדיין יכול גם להשיע מי שאינו חייב שבועה מצד הדין "כדי לברר האמת". ביחס למגבלה של אומדנא בזמן הזה מציינים הסמ"ע (טו, טו), ובעקבותיו נתיבות המשפט (חידושים י), לדברי המהרי"ק (ק"ח) שכותב:



לע"ד נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס... כמו כן הם מציינים לדברי הרשב"א בתשובה שהובאה לעיל על קריעת שטר החוב שהיה ניכר שהוא מזויף (הדברים הובאו בהרחבה בפרק על קנס שלא מן הדין) ופורט שם שהסיבה לכך הייתה משום דין מרומה. נראה שאין כוונת הסמ"ע ונתיבות המשפט לחלוק על השו"ע כי אם לומר שבית הדין יכול לפעול בדרכים מסוימות גם לאחר ביטול השימוש באומדנא.

המהר"ם אלשיך (סימן מ) נשאל על שטר קידושין שהיו סימנים מרובים שהוא מזויף, בתשובתו הוא דן באריכות בשאלה האם דנים על פי אומדנא בזמן הזה, מביא את כל המקורות הנוגעים לעניין, ומכניס את כל הדיון באומדנא לתוך דיני "דין מרומה". הוא מסכם שיש חמש דרגות ב"דין מרומה":

חדא דמספקי לדיינא אי הוא דין מרומה.

שנית דברור ליה דמרומה הוא ממה שלמד מסברא מתוך דברי עדים באומדנא בלי שום ראיה.

שלישית דאית בה ראיה דקא מהדר בזיופא, אלא דלא ידעי אי האי שטרא דנפיק השתא ביה דינא אי מזוייף הוא אי לא דלא מסהדי אהאי שטרא בייחוד.

רביעית דאיכא רעותא בהאי שטרא גופא או במאן דחייב שבועה אלא דלית ראיה אלא הוכחה על פומא דחד סהדא אף על גב שהוא מפי אשה דלאו בת עדות היא.

חמישית היכא דע"י בדיקות ובירורין איתגלי דמזוייף שטרא.

לדבריו יש מקרים בהם האומדנא היא ברורה על פי הוכחות וניתן אף לקרוע שטר על פיה, אך כאמור הוא מתבסס על "דין מרומה".

#### ד. קנס שלא מן הדין

אפשרות נוספת שהרמב"ם מעמיד בפני הדיין היא לפעול שלא על פי הדין בכדי לתקן את המצב, גם קנס זה אינו מוגבל בתקופה מסוימת והוא תקף גם בזמן הזה.

הרמב"ם גם מדגיש שאין צורך בדיני הראיות בשביל לקנוס. וכך הם דבריו (סנהדרין כד, ד-י בדילוגים):

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות... ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון **ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה** אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות... וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה... וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי... וכן יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביע באלהים בעל כרחו שלא יעשה או שלא עשה... וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ... כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...

הרמב"ם נותן אפשרות לפעול באופן חופשי במקום שיש צורך מיוחד<sup>49</sup>. בבית יוסף (חו"מ סימן ב) הוסיף וציין לדברי הראשונים שדרשו שגדולי הדור יעשו זאת או טובי העיר שבחרו לכך. ומצאנו דיינים ופוסקים שאכן עשו כך בפועל<sup>50</sup>. בתשובה אחת במקרה של אלמנה שנתנה הרשאה לאדם שידון בשבילה והלך ונתן את הנכסים לבנו, כותב הרשב"א דברים ברורים לגבי דרך הפסיקה (ב, קמח): והווי יודעים: שכל הדברים שאמתתו ידועה לבית דין, אף על פי שבעלי הדין נוטין מדרך האמת מתוך טענותיהן, ואין לבעל הדין עדים ידועים וראיה

<sup>49</sup> הדגשנו בדברי הרמב"ם שאפילו בדיני נפשות נעשה הדין בלא עדים וחקירות. עיין בט"ז (ב ד"ה וכן יראה) שעסק בשאלה מדוע הטור שמביא דינים אלו כותב: "וכן יראה מדברי הרמב"ם" ולא: "וכי" הרמב"ם" וטען שהטור חידש שאין צורך בעדים והראיה שזה לא נכתב במפורש ברמב"ם, אך לכאורה הדברים מפורשים ברמב"ם וצ"ע.

<sup>50</sup> ראה סיכום הדעות בעניין זה בנייר העמדה של משפטי ארץ "פיצוי על גרימת נזק", הרב עדו רכניץ, עמ' 6 ואילך.

ברורה, צריך הבית דין לדון הדין לאמתו. ואין לדיין לומר: איני חותך אלא מתוך העדים והראיה. ויהא קולר תלוי בצואר בעלי הדין. אלא **חותך על פי האמת**. שלא נצטוינו אלא על דין האמת שנאמר: אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. ואמרו ז"ל (שבועות, ל, ב) מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידים לפני, אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר העדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

ומרי בר איסק יוכיח. שאמר לו רב חסדא: הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. ובפרק הכותב אמרו: תולה מעותיו בנכרי היה. הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך: עשו לו שלא כהוגן. וזהו ההוגן, וזה הדין האמת והצדק.

הרשב"א בתשובה זו מזכיר בסיום דבריו גם מימרות חז"ל על היכולת של חכמים לעשות "שלא כהוגן" עם מי שעשה שלא כהוגן. בתשובה נוספת (א, אלף וקמו) הוא מגבה בית דין על ידי שימוש בנימוק זה:

שאלת בית דין קבוע שבעירו שיצא שטר לפניו וידוע אצלו כי השטר ההוא מזויף שאותו שהוציאו ציורי ציירה וכי העדים החתומין בו עדי שקר הם אלא שלא הוחזקו. וסמך הבית דין על ידיעתו וקרע השטר. היש לבעל השטר על הבית דין דין ודברים? או דילמא אלמי אלמוה לכח בית דין דכיון דבית דין חשוב הוא מוחזק שלא להפקיע ממונם של אחרים בכדי יש כח בידו לעשות הוראת שעה כי האי גוונא.

תשובה אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. **וכמדומה שעל זה אמרו דין דין אמת לאמתו**. וזהו מעשה דמרי בר איסק (ב"מ לט, ב)... אמר ליה הכי דייננא 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 אמר רב פפא השתא דאמר קים לי בגווייה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגווייה 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.

הרשב"א מזכיר בדבריו הן את המושג של "דין מרומה" והן את המקורות של "ענישה שלא כדין". נראה שלדבריו אלו המקורות עליהם ניתן להסתמך אף בשביל לקרוע שטר חוב. הוא גם מביא את הדין של "קים לה בגווה", אך אין זה המקור היחיד לפסקו ועל כן אין לשאול כיצד הוא מתמודד עם שיטת הרי"ף והרמב"ם שכיום אין לנהוג כך. לפי עדותו של הרשב"א גם רבו הרמב"ן פוסק לעיתים אף לקרוע שטר הלוואה מכוח אומדנות.

### **פסיקת ההלכה**

השולחן ערוך (חו"מ ב) מביא גם את דברי הרמב"ם ביחס לענישה שלא כדין אף כשאין ראיות מספיקות למעשה העבירה ומוסיף על כך את המגבלה של הרא"ש שדווקא גדולי הדור או טובי העיר בעלי סמכות כזו. הרמ"א מביא שיש חולקים לגבי טובי העיר אך אם נהגו כך או קיבלו עליהם גם להם יש כוח לענוש שלא כדין.

### ה. עקרונות העולים מדברי האחרונים

האחרונים עסקו בסוגיה זו תוך כדי יישוב שיטות הראשונים וסוגיות הגמרא. על מנת להקל את הדיון הדברים חולקו לפי הסברות שהעלו האחרונים.

#### 1. אומדנא מועילה רק להחזיק ממון

אחרונים רבים תירצו את הסתירה בין פסיקת הרמב"ם לגבי "גמל האוחר" – שם לא ניתן להסתמך על אומדן, לבין פסיקתו שניתן לאמוד את דעת נותן המתנה, וכן שמעיקר הדין ניתן להסתמך על שכנוע פנימי, בכך שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון או שכיון שיש מחלוקת בעניין אין להוציא ממון מהמוחזק.

#### לפי הרמב"ם מאפשר להחזיק ממון על בסיס אומדן

הרדב"ז (א, רפז ועוד תשובות רבות) קובע בשיטת הרמב"ם שאין אפשרות להוציא ממון על פי אומדנא אך אפשר להחזיק ממון:

אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא הני מילי לאפוקי ממונא אבל לאוקמי ממונא הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא... אמנם מדברי הרמב"ם נראה שמוציאים ממון מהיתומים על פי אומדנא שממון שבידם הוא פיקדון. הרדב"ז חוזר במקומות רבים על כך שהרא"ש שפוסק כרבי אחא סובר שניתן להוציא ממון באומדנא והחולקים סוברים שניתן רק להחזיק ממון באומדנא. לפי דבריו ברור שהחילוק בין האומדנא הרצויה לפי הרמב"ם לבין אומדנא שאינה מתקבלת הוא בשאלה האם האומדנא היא להוציא או להחזיק. הוא אינו מתייחס לדברי הרמב"ם שהיום אין אומרים אומדנא משום שבתי דין אינם הגונים. נביא כדוגמא תשובה בה הולך אחר האומדנא, אך רק בכדי להחזיק (ג, תקנא):

ואע"ג דרוב הפוסקים פסקו דלא קיימא לן כרב אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו בידוע שזה הרגו הנ"מ לאפוקי ממונא אבל לאוקמי ממונא מוקמינן מאומדנא והכא קרקע בחזקת בעליה עומדת והשוכר הוא המוציא...

במקום אחר (ד, ע) הוא משתמש בצירוף של אומדנות וסיבות נוספות אף להוציא מיתומים ומדגיש שרק בגלל צירוף של כמה דברים ביחד הוא סובר שניתן לעשות

זאת. במקרה אחד (ו, ב אלפים צז) בו היה צירוף של אומדנות ושיקולים הלכתיים נוספים הוא פוסק להוציא ממון ומדגיש שהוא פוסק כמו הרמב"ם ולדעתו במקרה כזה גם הרמב"ם מודה מכיוון שיש צירוף של סברות נוספות. כמו כן הרדב"ז במספר מקומות כותב שהאומדנא אינה מספיקה והוא דורש אומדנא טובה יותר. לא נוכל לפרט את הדברים וכל דבר לפי עניינו.

גם השואל ומשיב נוקט בכמה מקומות שאומדנא מועילה רק להחזיק (ג, א, קנב; ג, ב, קפד ועוד).

בשו"ת משפטים ישרים (א, קעא) דן במקרה של אדם שהחזיק בקרקע ויצא עליו ערעור מיורשי שותפו שהשותף קנה את גוף הקרקע מהגוי והוא טוען ששילם לשותף את חלקו בגוף. הוא פוסק שיש אומדנא שאכן הוא שילם ומנמק מדוע ניתן לומר אומדנא זו בזמן הזה גם לדעת הרמב"ם :

אך נראה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם ז"ל דאין לסמוך על האומדנא אלא להוציא אבל להחזיק מה שבידו שפיר סמכינן על האומדנא...

לדבריו אומדנא להחזיק אומרים גם בזמן הזה.

גם בית הדין הגדול (ד, 177) חיזק פסק דין של בית הדין האזורי שנמנע מלהוציא ממון על פי אומדנא מוכחת.

## 2. אין להוציא ממון כיון שיש מחלוקת

בתשובה מפורטת מסכם בעל שו"ת "בעי חיי" (רבי חיים בנבישתי בעל "כנסת הגדולה") את תמונת המצב בפסיקה עד זמנו המצטרפת לכל המקורות שהבאנו עד עתה. נושא התשובה היה תביעה שנראתה תמוהה ביותר על חוב ישן כלפי אדם שנפטר זה מכבר שלא נתבע בחייו ויש עוד אומדנות רבות שהחוב מקורו בזיוף, ומסקנתו :

כללא דמילתא דכולהו רבוותא ס"ל דאזלינן בדיני ממונות בתר אמדנא דמוכח להחזיק ויש מהם סוברים דאזלינן בתר אמדנא אפי' להוציא ממון...

**ומסורת היא בידינו גדול כח המוחזק...**

נמצא שלדעת בעי חיי ניתן להשתמש באומדנות מוכיחות בכדי להחזיק ממון אף בימינו אלו, ואף שהרמב"ם שלל אותן ומדברי המהרי"ק נראה שלא ניתן להשתמש בהן, המחזיק יוכל לומר "קיים לי".

### 3. אומדנא דמוכח

בניגוד לאחרונים שפסקו שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, ישנם אחרונים רבים שפסקו שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" כדי להוציא ממון. התשב"ץ (ג, רפט) פוסק:

שאלת, אשה אחת במליינא ואחי' בתונס והדרך רב ביניהם ובצאת נפשה כי מתה צוותה שיתנו נכסי' לעניי עירה ועכשיו בא אחיה והוא עני אי אזלינן בתר אומדן דעתא, שאנו אומרין שאלו עלה בדעתה שיבוא למליינא או שישלחום לו ממליינא לא היתה מקדשת נכסיה לעניים, כ"ש אם הוא עני אי אמרינן ענייך ועניי עירך ענייך קודמין.

תשובה קי"ל כר"ש בן מנסיא בפי' יש נוחלין (קל"ב ע"א) ובפרק אע"פ (נ"ו ע"א) דאזלינן בתר אומדנא ואומדן דעתא הוא שאם היה אחיה עמה או במקום שתוכל לשלוח לו נכסי' לא היתה נותנת נכסי' לאחרים ולעבור נחלה מאחי' היורש דבר תורה וכ"ש אם הוא עני וענייך ועניי עירך קודמין ע"כ כל מה שיש מנכסי' בעין ולא הוציאוהו הקהל בהוצאותיהם ינתן בידו מן הדין:

פסיקה זו ניתנת להתפרש על פי דרכו של התשב"ץ, מובאת להלן, שהולכים אחר אומדנא מוכחת גם בזמן הזה. אך אולי גם החולקים יודו במקרה כזה לתשב"ץ וכפי שציינו שאומדן דעת נותן מתנה מהווה אומדנא מוסכמת.

הרשב"ש, בנו של התשב"ץ, כתב תשובה (שפז) בחיי אביו בה הוא מבאר פסק שפסק התשב"ץ. בתשובה זו הוא קושר את כל ענייני האומדנא יחדיו, נושא התשובה הוא סוחרים שקנו סחורה בכדי לטעון אותה על האונייה, מסיבות שונות אי אפשר היה להעמיס את הסחורה והתשב"ץ הורה לבטל את העסקה:

שהרמב"ם ז"ל לא יחלוק שכל אומדנא דמוכח דסמכינן עליה, שהרי ביש נוחלין תניא, הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא מתנתו מתנה, שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבם, ואמר רב נחמן הלכה כר' שמעון בן מנסיא, ופסק הרב ז"ל דין זה בפ"ו מהלכות זכיה ומתנה, א"כ הרמב"ם ז"ל אינו חולק ואזלינן בתר **אומדנא דמוכח**. ומתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר, משום אומדנא דמוכח היא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרינא.

והכא בנדון הזה, אומדנא דמוכח הוא (דלא) שלא קנה זה פשתן והספינה נמל אלא לשלחו במיורקה, ואם נאנסה הדרי זביני, דאנן סהדי דלא קנאו אלא לשלחו, ואנן סהדי רבותינו ז"ל נשתמשו בתלמוד בכמה מקומות. הרשב"ש רואה במקרים שבגמרא אב טיפוס לכל האומדנות, הוא אינו מבחין בין מתנה ומכר. כמו כן, הוא אינו דן בשאלה כיצד ניתן לפסוק על פי הרמב"ם הרי בתי דין כיום אינם יכולים לפסוק כך, והוא בוודאי מסתמך על דברי אביו **שבאומדנא דמוכח** יכולים גם בתי דין של עכשיו לפסוק על פי אומדנא. הרא"מ (טז) מזהיר מהסתמכות על אומדנות, אם לא כאשר מדובר בדין שמופיע בתלמוד או "באומדנא דמוכחא טפיי":

וכיון דאנן לא בקיאין **האידינא** בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהוו בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה אלא או באומד שנוכר בתלמוד או **באומדנא דמוכחא טפי** דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתי...

המהר"א ששון (מה) דן במקרה של אדם שהציל אחרים ותבע מהם הוצאות. בין הדברים הוא כותב שאומדנא דמוכח שהם היו רוצים שיעשה זאת עבורם והוא אמור להיות יורד ברשות, אך הוא אינו מוציא על פי זה ממון אלא כותב שמכיוון שהם מכחישים צריך לדון אותו כיוורד שלא ברשות. במקרה נוסף (נד) הוא מסתמך על דברי הרא"מ שאין היום אומדנות מוכחות. למרות זאת הוא בעצמו פוסק לפי אומדנא במקרה שהגיע לפניו (פב), צריך לסייג שמדובר שם באומדנא להחזיק ממון:

הנה מהנודע בכמה וכמה דברים וענינים חמורים אזלין בתר אומדנא דמוכח כדאיתא בגמרא ובספרי הפוסקים ישנים גם חדשים ולא יכלם ספר וגיליון להביאם ולכותבם ולהאריך בהם וכיון שכן הנה בני"ד מכח האומדנות המוכיחות בזה הענין בהן לבדנה היה ראוי לפטור את שמעון... וא"כ בודאי דני"ד אין לך דין מרומה גדול ממנו ואדרבא אני אומר שהוא מפורסם ונודע אצלי ששטר זה כולו פרוע ואם נשאר ממנו לא נשאר כי אם מעט מזער כו' באופן שהנה מהראוי היה מכח אלו האומדנות לבדן לפטור את שמעון אך אמנם להפיס דעת התובע אעלה על ספר קצת טענות אחרות



ראויות ורצויות לפטור את שמעון הנזכר ומה גם בהצטרפם בשרש הזה והוא שרש האומדנות דמוכחות שכתבתי.

בעל שו"ת עבודת הגרשוני (צא) סובר שניתן להפוך שבועה מכח אומדנות גם לאחר פסיקת השולחן ערוך ששולל הסתמכות על עד משום "קיים לה בגווה":

אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנא מוכחות שלבן משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו אע"פ שהגאונים אחזו לנו השער הובא בהרא"ש... וכ"כ הרמב"ם, ש"מ שאסרו לנו ידינו להעמיד דבר על האומדנא להוציא ממון כי אנו אין בקי אין באומדנא. מכל מקום נראה היינו דוקא לענין זה לומר קיים לי בגווה להפך שבועה או לארועי שטרא אבל ע"י **אומדנות דמוכחות** ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה **וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש** ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות...

לדבריו אומדנות מוכחות אינן בכלל חששו של הרמב"ם וניתן לסמוך עליהן גם בזמן הזה.

בתשובות מהרשד"ם ישנן התייחסויות רבות ומשמעותיות לנושא האומדנא. במקום אחד (חו"מ ה) הוא כותב ביחס לאירוע שבו נהרג נער ונחשדו בכך שני אנשים שחשבו שהוא גנב מהם וחקרו אותו, כפי הנראה באלימות, עד מותו:

אבל מ"מ יש לכל קהל וקהל מישראל לעשות קרוב לדין להעניש עושה רע כזה או יוצא מחמת ידו דבר כיוצא בזה ולכן ראיתי לכתוב בקצור במעשה הרע הזה כתב הרמב"ם סוף פרק א מהלכות חובל ומזיק וז"ל צריכין העדים לידע במה הזיק ומביאין החפץ שהזיק לב"ד עד שאומדין אותו ודנין עליו ואם אבד החפץ אמר החובל לא היה בו כדי להזיק כו' עד ישבע הנחבל ויטול כמו שיתבאר עכ"ל וכתב הראב"ד אשר מדרכו להשיג על דבריו, כנודע, וכאן קלסו וכתב: "יפה אמר ומה במקום שאין העדי' יודעי' אם חבל בו בעל הבית או חבל בו בעצמו אמרו נשבע ונוטל לפי שאין דרך שיחבול אדם עצמו והולכים אחר החזקות כיון שבאו עדים ואין דרך אבן קטנה לחבל' כזאת לא כ"ש." ש"מ **שיש להלך אחר אומדנא להוציא ממון כאשר יש אומדנא גדולה.**

המהרשד"ם מציין לדברי הראב"ד שניתן לחייב בתשלום על חבלה באבן לפי אומדנא ומסיק מכך שניתן להוציא ממון באומדנא גדולה. במקום נוסף הוא

משתמש באומדנא להוציא מיתומים (חוי"מ לז) וזאת על פי קלא דלא פסיק ועדויות חלקיות ומסתמך על תשובות הרא"ש.

בעל ה"דברי ריבות" סומך על שיטת הרא"ש בענייני אומדנא הן בבירור זיופו של שטר (קא) והן ביחס להברחת נכסים על ידי נתינתם כביכול לאחר (רנח).

בפסק נוסף בעל הדברי ריבות מכריע על פי בירור המציאות ומקדים לכך את הכללים הבאים (רסב):

ומצאתי ראיתי מה שכתב הרא"ש בתשובותיו כלל ס"ט והביא כמה וכמה ראיות מן הש"ס דאזלין בתר **אומדנא דמוכח** אפילו להוציא ממון... וגם כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות סנהדרין פרק כ"ה יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה בהן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא דין אף על פי שאין ראיה ברורה ואין צריך לומר אם הוא ידוע בודאי שהוא כן שהוא דן כפי מה שידוע... ולכן קריתי ושניתי ושלשתי השטרות והגזירות והאגרות אשר בין השתי כתות הנזכרות ומצאתי שיש כמה וכמה אומדנות גדולות וידיים מוכיחות בלי שום ספק...

באותו מקרה הוא אכן מוציא כסף מאחד הצדדים (על ידי שטר כך שאין זו הוצאה גמורה), אך הוא מקדים לכך גם כמה מילים על חשיבות הפשרה ונראה שהאומדנא לבד לא מספיקה לו לדין גמור אלא לפשרה. במקום נוסף (שדמ) מתייחס המהר"י אדרי לאותו מקרה בו דן המהרשד"ם על שטר שחסרה בו מילת "אלף" וכותב שהיה ראוי ללכת אחר אומדנא אלא שמסיבות שונות למעשה לא הכריע כך על פי עדויות העדים ועוד.

המהר"י ט צהלון נוקט במספר תשובות שניתן להוציא מיתומים או מהקדש חובות שיש אומדנא דמוכח שאביהם לא פרע. כך הוא כותב בתשובה אחת (החדשות יט):

אמנם אם איכא **אומדנא דמוכחי** שלא פרעו, כגון שהכתב ששלח שמעון ללוי שיפרע לראובן ממעות העניים ששלח לידו היה קרוב למיתת שמעון, ויש בירור שלא יצאת ספינה מאותו היום עד שמת, אם כן הרי אומדנא דמוכח שלא פרע...

כך הוא גם נוקט בעוד מקומות (הישנות יז והחדשות מב) אך עולה מדבריו שזהו דווקא במקרים אלו שניתן להוציא על פי אומדנות אחרות (כגון מיתומים שיש שלושה דברים שבהם ניתן להוציא מפני שברור שהאב לא פרע את החוב). לגבי

אומדנות להוציא ממון נוקט המהרי"ט בשיטה מחודשת (החדשות מב) בדבריו הוא מתרץ סתירה בדברי הרא"ש :

דאם כן תיקשי להרא"ש זידיה אדידיה, דהוא כתב דאזלין בתר אומדנא דמוכח אפי' לאפוקי ממונא אפי' מהיורשים קטנים, והיכי כתב הכא דאין להוציא ממון בהוכחות. ובודאי הוכחות הם אומדני דמוכחי אלא שלא יש עדים ברורים דהכי כתב דלא מהני אם לא בעדים.

אלא שאין הנדון הזה דומה לאותו הנדון, דלעולם אומדנא דמוכחי דנין על פיו, אלא שהשאלה היא שכתב על סכום מנין המעות שהפסידה, שרחל אומרת הפסדתי הרבה מעות סך אחד יש לו עדים ברורים והסך האחר אין עדים אלא הוכחות. לכך השיב שמנין המעות שהפסידה לא מהני לברר המנין מהוכחות אם לא בעדים ברורים, דאין לפשר לברר על ידי הוכחות מנין המעות, וזה פשוט... אמור מעתה אעפ"י דאזלין בתר אומדנא דמוכח על המעשר מכל מקום על סכום המעות לא אזלין זו היא דעת הרא"ש ומעתה לא יהיו דבריו סותרים למה שכתבנו.

כלומר ניתן לשער את עצם החיוב על פי אומדנא אך לא לשער את סכום הכסף באומדנא בלבד.

בשו"ת דרכי נועם (חו"מ מט; נא-נג) עסק בהרחבה במקרה שהייתה אומדנא שבעלי חוב לא שילמו חובם למלווה. הוא מחייב על ידי אומדנא ומתווכח עם חכם אחר שכתב לו שאין אומרים אומדנא להוציא. נצטט קטע קצר מאחת התשובות (מט) :

כל הפוסקים כלם האריכו למענייתם בענין האומדנות דעבדין בהו עובדא להוציא ממון וגם להפקיע מעליו חומר שבועה או נזירות...

משמע מדבריו שהוא משתמש באומדנא גם בכדי להוציא ממון אפילו מיתומים. בשו"ת שבות יעקב (ג, קמב מובא בפתחי תשובה טו, ט) חיזק את היכולת לדון במיוחד בזמן הזה על פי אומדנא, כיון שאין מי שיודע לדון דין תורה :

ואדרבא נ"ל דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דינא למידן דין תורה אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכ"ש האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו' רק שצריך כל דין 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  
 אך גם הוא מגביל את עצמו להיפוך שבועה או לפשרה (וראה דבריו גם בתשובה  
 נוספת ב, קסח).

הראייה קוק מוסיף לחדש עוד קולא בעניין אומדנא (עזרת כהן מא) :

ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא  
 מיוחדת, לא אזלין בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהי הענין  
 מכריח כל כך, כמו שביאר הרמב"ם כהאי גוונא בספר המצוות מפני שהשער  
 הזה הוא רחב, אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין,  
 לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין  
 ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דלא אזלין בתר אומדנא. ועל כן אע"ג דקיי"ל  
 דלא כרב אחא היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי  
 הברייתא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו  
 המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא,  
 וממילא שמצד הדין גם בדיני קדושין אזלין בתר אומדנא ברורה.  
 הרב קוק מחלק בין הסתמכות על פרט מסוים שנשללה, לבין הסתמכות על מכלול  
 של ראיות נסיבתיות שאפשרי.

כאמור לעיל, הנטייה בפסקי הדין היא להשתמש באומדנא רק להחזיק. אמנם  
 מצאנו מקרה שהוציאו מיתומים (א, עמ' 374) :

ובענין הוצאה מהיתומים עפ"י, אומדנא מצינו בשו"ת הלכה למשה חחו"מ  
 סי' י' שהרבה להוכיח שאף שכתב מרן בחו"מ בס"י ט"ו סעי' ג' שאין מוציאין  
 וכו', וכן בחו"מ בסוס"י רצ"ז, מ"מ היינו דוקא כשהאומדנא היא מדעתו של  
 הדיין דוקא ואין לה הוכחה מדברי העדים, אבל כשיש לה סמכות גם מדברי  
 העדים - מוציאין, ועפ"י העלה להלכה דהיכא דאיכא **אומדנא טובא דמוכחי**  
 מוציאין גם בזה"ז מן היתומים עיי"ש. ובנידוננו הדעת נוטה כי יש לדון לומר  
 דהוי בגדר אומדנא טובא, ולכן על כל כגון זה יש עכ"פ לפסוק לטובת התובע  
 וגם שם בית הדין פסק רק להוציא רק חלק מהתביעה ובצירוף שיקולים רבים  
 נוספים. במקום אחר (ג, 192) השתמשו בית דין באומדנא לבטל הוכחה מסוימת על  
 בעלות הממון.

הגר"מ אליהו (ט, 350) פוסק שהולכים אחר אומדנא מוכחת גם בזמן הזה, לכאורה הוא עוסק רק במקרה של אומדנא להחזיק. אמנם יש לציין שבעקבות דברי הגר"מ אליהו מכריע ב"ד לממונות ירושלים (ב, רמט) להוציא ממון מנתבע שנראה ששיקר לבית הדין.

בפסק דין של הרב מימון נהרי (תיק מס' 1-29-6830) הכריע להוציא ממון ממוחזק בצירוף של אומדנות ברורות וקלטת שבה נראו מעשים מכוערים.

בפסק דין של בית הדין הגדול (יז, 321) נחלקו הדעות האם ללכת אחר אומדנא והכרעת הרוב הייתה ללכת אחר אומדנא שהבעל רשם את הדירה על שם אשתו משום המשכנתא ולמעשה חצי הדירה שייכת לו (ואולי הוא בגדר "אומדין דעת נותן" שלא הוזכר שם וצ"ע).

בפס"ד של הרב ציון אלגרבל (כא, עמ' 143) פסק ללכת אחר אומדנות מוכחות לפי שיטת התשב"ץ.

הגר"ש משאש (תבואות שמש חו"מ יח) מאריך בתשובה לקיים צוואה שאחד התנאים בה לא התקיים, על פי אומדנא שהמצווה לא התכוון לבטלה במציאות שנוצרה (שהאם בה הייתה תלויה הצוואה מתנגדת לנשואי ביתה מסיבות לא ראויות). הוא מבסס באריכות את דין אומדנא דמוכח אף להוציא ומדגיש שיש גם צד נוסף של אומדנא על התנאי<sup>51</sup>.

#### 4. אומדן לכל העולם

באחרונים מובא שיש הבדל בין אומדן דעת אישי של הדיין לבין אומדן דעת שמתקבל על דעת רבים.

כך התשב"ץ הסביר את ההבדל בין המקרים בהם הרמב"ם פסק שניתן לסמוך על אומדנא בזמן הזה למקרים בהם הרמב"ם שלל זאת, באופן הבא (שו"ת התשב"ץ א, עז):

היינו במילתא דלא קי"ל לאיניש בההיא סהדותא דקושטא היא אלא לההוא דיינא וכמו שהוא מוכיח לשון הרמב"ם ז"ל בזה. אבל היכא דקי"ל לכולי עלמא דהאי סהדותא דמסהיד האי קושטא היא שפיר עבדינן בה עובדא

<sup>51</sup> וצ"ע מדוע לא הזכיר גם "אומדין דעת נותן".

ומרע"י וקרע"י שטרא אפומיה שהרי נסתלק חשש רחוק מעליו והתורה לא פסלתו אלא מאותו חשש רחוק וכיון שנסתלק מעליו הרי הוא כשני עדים כשרים.

מדברי התשב"ץ עולה שדין "קים לי בגווה" נאמר מלכתחילה רק במקרה שהדיין הוא היחיד שמאמין לעד הזה, ואדרבא אם כולם מאמינים לו יש בזה אומדנא שכולם יודו שצריך ללכת אחריה וגם כיום שאין בתי דין הגונים ונבונים ניתן לסמוך על אומדנא כזו, לפי דברי התשב"ץ אין הבדל בין אומדנא שנובעת מידיעת אחרים לאומדנא שנובעת מידיעת עצמו כי אם בין אומדנא מוכחת לכזו שאינה מוכחת כמו כן התשב"ץ אינו מחלק בין אומדנא להחזיק לבין אומדנא להוציא ממון<sup>52</sup>. התשב"ץ ממשיך בשיטה זו וקובע מסמרות בדיני הליכה אחר אומדנא בהמשך התשובה (א, פ):

ואינו קשה כלל דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורעי שטרא לאפוכי שבועתא ע"פ קרוב או אשה כשנים משום **דאיהו** קים ליה בגויה האידנא לית לן למעבד הכי אבל במאי דאמרי **כולי עלמא** דהכי הוא קושטא דמילתא לית ליה לאמנועי מלמעבד הכי אדרבא מחייב למרדף בתר קושטא להוציא דין לאמתו...

וכן מצינו להרא"ש ז"ל שהוא מגדולי האחרונים ז"ל ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא דן כמה דינים באומדן דעתא כמ"ש בס' חשן המשפט והביא כמה ראיות כלם נכוחים למבין וישרים למוצאי דעת וענין שלמה המלך היה ביותר מאומדן דעתא ע"פ רה"ק עליו ונמנע מזה משום דלא בשמי' היא ולא הי' רשאי לדון אלא במה שאחרי' רשאים.

כלומר הדיון על הליכה אחר אומדנא מתקיים רק כאשר זו אומדנא פרטית של הדיין. בדבר שניתן לכל אדם להעריך אותו לכל הדעות הולכים אחר אומדנא לדין זה

<sup>52</sup> דבריו דומים לדברי נתיבות המשפט אלא שיש הבדל ביניהם לכאורה במקרה של "קים ליה בגווה", מהנתיבות משמע שזו תמיד אומדנא אישית בעוד שלדברי התשב"ץ יתכן וזו תהיה אומדנא כללית. כמו כן לדעת הנתיבות ניתן לסמוך על אומדנא כללית להוציא ממון בבתי דין הגונים אך לא בזמן הזה בעוד שלדעת התשב"ץ באומדנא כללית ניתן להוציא ממון גם בזמן הזה. כדאי לציין שהנחל יצחק דייק מדברי הנתיבות שהחיסרון בעדות עד אחד הוא משום שאינו מדייק ועל כן "קים לה בגווה" פוטר חשש זה והוא חולק עליו.

מביא התשב"ץ כהוכחה שמורידים קרובים לנחלה גם אם אין עדיין עדות של שני עדים כשרים על פטירת קרובם.

ביחס ל"גמל האוחר" נראה מדברי התשב"ץ (א, פ) שהוא רואה בכך מעין "חזקה" בלבד שהיא בדרגה פחות גבוהה מאומדנא. אמנם בדיני נפשות הרמב"ם שולל פסיקה על פי אומדנא, התשב"ץ אינו מתייחס לכך אך יתכן והוא סבור שאכן בנקודה זו יש לדעת הרמב"ם חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות.

לסיכום התשב"ץ סובר להלכה ומבאר זאת גם בדעת הרמב"ם שתמיד הולכים אחרי אומדנא כללית, גם בימינו אלו. ולעומת אומדנא פרטית אף שהייתה אפשרית בימי הגמרא אין הולכים אחריה כיום לאחר פסיקת הגאונים והרמב"ם. התשב"ץ גם אינו מחלק בדבריו בין אומדנא להחזיק ממון ובין אומדנא להוציא ממון. באופן דומה הסביר נתיבות המשפט את הרמב"ם (טו, ביאורים ב):

ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא. תדע, דאמרינן בכתובות פרק הכותב (פה, א) קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה, אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינא, כדאמרינן שם קרענא סלקא דעתך. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים (כמבואר ברמב"ם שם), נראה **דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם**, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד (כתובות שם, ב), דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוספות ביבמות ריש פרק האשה רבה (פח, א ד"ה אתא גברא), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל.

לדבריו הרמב"ם מחלק בין "אומד של כל העולם" בו השתמשו בהוצאת ממון מן היתומים שמועיל גם בכדי להוציא ממון, לבין אומדנא של "קים לה בגווה" שהיא רק של הדיין והיא מועילה רק להחזיק ממון.

נחל יצחק (טו) התקשה בהבנת דברי נתיבות המשפט. לדבריו האומדנא ביתומים יכולה להיות גם כזו שרק הדיין יודע אותה, ומאידך האומדנא של "קים לה בגווה" יכולה להיות כזו שמפורסמת אצל רבים שמכירים את העד כאדם ישר במיוחד,

וראה גם באמרי בינה (חוי"מ כד) שדייק בדברי הרמב"ם<sup>53</sup> שאומדן הדעת של הדיין קובע לגבי היתומים גם במקרים שהדברים אינם מוסכמים על אנשים אחרים. בדומה לנתיבות המשפט כתב בשו"ת אבני שיש (ב, יח) לגבי אישה שמכרה שדה ולאחר זמן רב ערערה על חלק מהשדה, הוא מראה שכאשר האומדן אינו בדעתו של הדיין בלבד אלא "מוכח לכל העולם" הולכים אחריו גם בזמן הזה:

...אלא שהרמב"ם בפי' כ"ד מהלכות סנהדרין נעל בפנינו כראוי... וקרוב לשמוע דמאי דהוסיף הרמב"ם על דברי גאון מחמת שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל להוסיף דאין מוציאין מ"מ אף לדעת הרמב"ם לא אמרה למילתיה אלא בדבר שאין לו הוכחה אלא מאומדן דעתו של דיין שדעתו נוטה שדבר זה אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה אבל דבר שאינו תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד אלא הדבר **מוכח לכל העולם** ולא נפיק מניה חורבא שיאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה שדברים שבלבו אינם דברים אלא שיהיו מוכיחים וברורים לכל העולם יע"ש והוא טעמו של הרא"ש דאזיל בתר אומדנא דמוכח לכל...

כלומר הולכים אחרי אומדנות מוכחות גם בזמן הזה (וחזר על כך שוב בסימן לו אך הדגיש שזו אומדנא לאוקומי ממונא).

#### 5. הסתמכות על שכנוע אישי

יש אחרונים שתירצו את הסתירה ברמב"ם בין ההיתר להסתמך על אומדן בדיני ממונות, לבין דין גמל האוחר בו האפשרות הזו נשללה, כהבדל בין שכנוע פנימי לבין הסתמכות על עדות פסולה או הסתברות. ברוח זו כתב בספר נחל יצחק:

<sup>53</sup> הן מסיום דבריו הרמב"ם שקובע בצורה ברורה "שאין הדבר מסור אלא ללבו של הדיין" והן לאור דבריו בהלכה המקבילה בהלכות שאילה ופקדון (ו, ד): " באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין מיד היתומים בעדותן שאין זה ראייה ברורה, ואומדן דעתן אינו אומד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין". ההדגשה בדברי הרמב"ם היא ברורה, גם כשיש עדים בדבר "אומד דעתן אינו אומד דעתו" כלומר רק אומד דעתו של הדיין עצמו הוא זה שקובע.



כללו של דבר כיון דבהך "קיים ליה בגווא" דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר... אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו...

נחל יצחק מחלק גם כן את האומדנא בדעת הרמב"ם לשתי דרגות: הדרגה הגבוהה שניתן להוציא בה ממון היא אומדנא שנובעת מידיעת הדיין עצמו, ואילו הדרגה השנייה היא אומדנא שהדיין מבסס על אמירת אחרים ואז הוא אינו יכול להוציא ממון על ידיה. כך כתבו גם פרישה (חו"מ טו, ד"ה אס), זכר יצחק (יח, ב)<sup>54</sup>.

#### 6. הוצאת ממון מיתומים

כיוון שונה עולה מדברי אמרי בינה (דיינים, סימן כד). הוא סובר שבדרך כלל ניתן רק להחזיק ממון על ידי האומדנא. המקרה של היתומים אינו נקרא הוצאת ממון שכן מדובר בחוב ברור ובדין בשאלה עד כמה ניתן לטעון עבור היתומים ועל כן אין זה הוצאת ממון, כי אם דיון עד כמה בית הדין מהפך בזכות היתומים כשיש אף שיקול להימנע מטענות עבורם ולדרוש מהם את תשלום החוב שאם לא כן הדבר יהיה לרעתם שהרי גם הם אסורים בגזל.

גם מדברי המהרי"ט (א, קיב) משמע קצת שכך היא דעתו והוא אף מכריע לאור זאת שבמקרה שהטענות עבור היתומים הן מאד לא שכיחות הרמב"ם יודה שגם היום בית הדין יכול לאמוד שטענות אלו אינן נכונות ולהימנע מלטעון אותן<sup>55</sup>.

#### 7. בית דין גדול בדורו

ראוי לציין גם לדברי בנו של הרשב"ש ונכדו של התשב"ץ, רבי צמח דוראן בשו"ת יכין ובועז (א, קלג) שמזהיר משימוש באומדנא, אם כי אזהרתו מיועדת למי שאינו ראוי בעיניו ובמקרה שלדבריו גם לא הייתה אומדנא אמיתית:

<sup>54</sup> ראו עוד באריכות הרב מיכאל בריס, "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם", משפטי ארץ ב – טענות וראיות, עפרה (תשס"ה), עמ' 60-61.

<sup>55</sup> יש מקום להעיר על שו"ת תבואות שמש (חו"מ יח) שהוכיח מדברי המהרי"ט שדעתו היא שאפשר לסמוך על אומדנא דמוכח גסבזמן הזה. ולכאורה אין זו כוונתו אלא הוא עוסק אך ורק בתחום זה של טענות ליתומים ואין בזה הוכחה לשאר דיני אומדנא.

מבואר שלדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל שבתאי דינים שלנו היום אין דנין באותן אומדן דעתא ואומדנא דמוכח שהזכירו בעלי התלמוד ואפי' תאמר שלא תסמוך על הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל בזה מ"מ הבו דלא לוסיף עלה ואין לדון בזה אלא באותן עניינים המוזכרים בתלמוד לא בענין חדש שאינו מאותן הנזכרים בתלמוד ויבא כל הבא וימלא את ידו וידמה מילתא למילתא דילמא לא דמייא ואם יעשה זה **הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון באומדנא דמוכח ואומדן דעתא** הוא וכל דדמי ליה לא לאחרים שאינם בקיאים.

גם הישועות ישראל (טו, ד) טוען שיש לחלק בין אומדנא כדין של בית דין רגיל שלא ניתן להוציא ממון על ידיה לבין אומדנא של דין גדול בדורו שפועל גם שלא על פי דין.

#### 8. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה

בשולחן ערוך (חושן משפט יב, ה) פסק בעקבות הרא"ש :

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.

כאן מדובר שכאשר אין אפשרות להגיע לחקר האמת ניתן לעשות פשרה. בעקבות זאת כתב בשו"ת דברי מלכיאל (ב, קלג) :

שאינן הפשרה על שיווי השבועה רק על אומדן הדעת בגוף החוב. ומצד האומדנא פסק ג"כ לפשר אף בלא הסכם הבעלי דין.

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים גם ללא הסכמתם.

בעקבות דברים אלה כתב הרב זלמן נ. גולדברג ("שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין דיין ודיון, עמ' 79-81) :

נראה שבפשרה יש אפשרות להוציא ממון ברוב או במיגו. אכן מסתבר שדבר זה תלוי בשיקול הדעת, ובודאי שגם ברוב יש חילוקים בין רוב לרוב...

הרי מצינו פשרה כשאין הדבר ברור לגמרי...

ובכל ספק שלא ניתן לבד להגיע לאמת, עליהם לעשות פשרה.

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים.

### נספח א – נאמנות עדים פסולים

השולחן ערוך (ח"מ לה, יד) פוסק:

אשה, פסולה. וטומטום ואנדרוגינוס, פסולים מספק. וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול, הרי הוא פסול.

הרמ"א מוסיף על כך:

הגה: וכל אלו הפסולים, פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד, וכל זה מדינא, אבל י"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות. ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה, או קרוב או קטן, נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה, ואין פנאי להזמין. והוא שהתובע טוען ברי.

הרמ"א מביא תקנת קדמונים שבמקום שאין אנשים רגילים להיות גם נשים נאמנות. ומסיים שלפי זה יש מי שכתב שאפילו אישה יחידה וקטן נאמנים על בזיון תלמידי חכמים.

הנודע ביהודה (ח"מ תנינא נח מובא בפתחי תשובה לה, ט) ציין שהרמ"א עירב שתי שיטות שונות. החלק הראשון ברמ"א מבוסס על דברי תרומת הדשן (שנג):

...והשתא כיון דשמעינן מן התנא דסברא לומר דכל היכי דהפסולים שכיחי טפי מן הכשרים יש להכשיר הפסולים, אע"ג דמסיק התנא דלא נכשרינהו אית למימר הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או נכרים או יפתה נשים או קטנים שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בקי מנה בכל יום.

אבל לעולם נימא במילי אקראי כגון בגדי אלמנות או מקומות בבהכ"נ של נשים יש לנו לתפוס סברת התנא דיש להכשיר הפסולים, ולכך אין לאה צריכה לישבע כלל נגד העד שהרי יש לה עדות כנגדה.

לפי מה שמבאר תרומת הדשן בדברים שקורים באופן אקראי ואינן קשורים לדיני נזיקין המצויים, ניתן להאמין לאנשים שרגילים להיות במקום אפילו אם אלו פסולי

עדות. הנודע ביהודה שכותב שלפי החשש שהעלה תרומת הדשן שמא ילכו וישכרו אותם להעיד עדות שקר, זה לא נאמר דווקא לגבי נזיקין כי אם גם בעדות על גניבה אינם נאמנים.

לעומת זאת המהרי"ק (קעט) שהוא המקור השני המובא ברמ"א מתייחס לתקנה: ואף על גב שלא היו שני עדים בדבר הלא כתב **בתקנת קדמוניות** מר"ת שאפילו אשה יחידה או קרוב נאמנים להעיד שראו שהכהו כו'. וכן קטן כדאיתא התם ומפרש שם הטעם לפי שאין פנאי להזמין כשרים פתאום לזה וה"ה נמי בדין מבזה ת"ח וקל וחומר הוא לפי הנראה לעניית דעתי...

נראה מדבריו שעיקר הסתמכותו היא על תקנה קדמונית שנשים נאמנות בדברים שאין אנשים מצויים בהם ואין פנאי להזמין עדים עבורם.

הנודע ביהודה עוסק במקרה שיצא שם על פלוני שגנב והעידו שתי נשים על כך. השואלים נחלקו האם לסמוך על הרמ"א במקרה כזה. אך הנודע ביהודה מפנה אותם לסוף דברי הרמ"א שלצורך קבלת עדים פסולים נדרשת טענת ברי.

לפני כן הוא מוסיף עוד מספר יסודות בדינים אלו. כבר הזכרנו לעיל שלדעתו אין להביא נשים להעיד גם על גניבה כמו על נזיקין. חידוש נוסף נמצא בדבריו שגם לדברי המהרי"ק שיש תקנה שיקבלו את עדותם כוונת התקנה למקום כזה שאין אנשים ונשים מצויים, מכיוון שזהו דבר שקורה באופן פתאומי, אך להעיד על גניבה שנמצאת ביד פלוני שזהו דבר שיכול להימשך זמן מה ואינו פתאומי הוא סובר שאינם נאמנים.

צריך לציין גם את דעת המהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא, פרק א סימן מא) שעדות נשים מועילה רק במקום שיש כבר ספק ואי אפשר לברר אלא על ידי הפסול, כמו ביולדת שנאמנת על הוולד מסיבות אלו. כמו כן הוא כותב שאם הפסולים הם גם קרובים הם אינם נאמנים אלא לחובת הקרוב.

בשו"ת כנסת יחזקאל (פג מובא בפתחי תשובה לה, יא) הוסיף עוד חידוש הלכתי לפי דרכו של המהרש"ל שלדעתו הנאמנות על העבירה היא רק במקום שגם קול מסייע לה. בנוסף לכך הביא את חידוש המהרש"ל שאישה או קטן ששונאים אינם נאמנים. וראה עוד בשו"ת משפטי עוזיאל (ד חו"מ כ).

וראה בפס"ד ירושלים (ז עמ' שמ) שעסקו במקרה של עדות קרובים על תנאים שהתחייבה החמות לחתן וציינו לדעות מצמצמות:

ובכנה"ג סו"ס לה כתב בשם מהר"ש הלוי חו"מ סי' לח דאף המכשירים עדות נשים ופסולים אלא בדברי ריבות וקטטות אבל לענין ממון לא, זולת תרומת הדשן. ועוד כתב שם בכנה"ג דמהר"י פורמון שהובא ברש"ך ח"ב סי' קס הסכים עם הדעה הראשונה שאין להכשיר עדות נשים ופסולים כלל. וכתב מהר"ש הלוי שם ומהר"א די בוטון בתשו' כ"י סי' קעד, דכיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא. ועיי' אוצר הפוסקים אבהע"ז סי' ד ס"ק קסא.

ראה עוד בפסק דין של הרב שניאור פרדס (באתר "דעת") שהרחיב בסוגיה ופירט את הדעות השונות.

## נספח ב- הסתמכות על אומדן דעת במשפט העברי – מאמר מקוצר

שאלה מרכזית שעולה בבתי הדין לממונות היא מה הם הכלים שהדיין יכול להשתמש בהם בבואו להכריע בין הצדדים. פעמים רבות הדיין יכול להעריך עם מי הצדק לאור דברי הצדדים ולאור נתונים נוספים שעומדים לפניו, אך אין לו עדים או הודאה של אחד מן הצדדים, שהיא כמאה עדים, ואין לו אפשרות להכריע על פי כללי ההלכה הרגילים. האם יש בידי הדיין כלים נוספים להכרעה במקרה כזה? במאמר קצר זה נתמצת את העקרונות העולים מדברי הפוסקים ומספרי השו"ת בעניין שאלה זו.

### א. פסיקה על פי עדים או על פי 'אומדנא'

בדיני נזיקין המשנה (בבא קמא יד ע"ב) קובעת שחיוב הממון יתקיים 'על פי עדים בני חורין בני ברית'. בהסתמך על המשנה, הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ח הי"ג) וה'שולחן ערוך' (חו"מ סי' תח סעי' ב) פוסקים כי 'אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא **בראיה ברורה ובעדים הכשרים** להעיד'. כמו כן נחלקו התנאים (תוספתא בבא קמא פ"ג ה"ו) האם אפשר להכריע על פי 'אומדנא' במקרה שראו 'גמל האוחר' בין גמלים ואפשר לדעת מי הרג את הגמל ולחייבו. להלכה פסקו רוב הראשונים, כדעת חכמים, שאי אפשר לחייב על פי 'אומדנא' בלבד.

מאיך גיסא, הגמרא (כתובות פה ע"א) מתארת את המקרה הבא :

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא :  
**ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא  
**קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר : קים לי בגווה מילתא היא,  
 כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא,  
 מרענא שטרא אפומיה.

מכאן שאפשר להפוך שבועה או להרע שטר על פי דברי עד פסול כשהדיין מאמין לו. כך גם עולה מדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"א) על הגמרא (כתובות פה ע"ב) בעניין תביעה של אדם כנגד יתומים שהחפץ שהוא הפקיד אצל אביהם בתור פיקדון, נמצא ברשותם; וזו לשון הרמב"ם (שם) :

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. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל **וסמכה דעתו** של דיין על דברי זה... וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם **סמכה דעתו** על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה... וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה **וסמכה דעתו** שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה 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.

הרמב"ם סובר שאפשר ללכת אחר סמיכת הדעת באופן מוחלט עד כדי כך שהוא אפילו מקשה מה הצורך בעדים. בהמשך הוא מיישב שזהו חידוש של התורה שהעדים מועילים גם אם אין 'אומדנא' המסייעת להם. שיטה זו טעונה בירור שכן היא עומדת לכאורה בסתירה לדבריו בדיני נזיקין. 'השולחן ערוך' (חו"מ סי' טו סעי' ה) פוסק כרמב"ם. אם כן, יש להבין מדוע בדיני נזיקין נפסק שאין אפשרות כלל להכריע שלא על פי עדים או ראיה?

### ב. בירור שיטת הרמב"ם וה'שולחן ערוך'

יש לציין שבמקרה של חפץ שהיה מופקד אצל אדם שנפטר, וכעת מוחזק אצל היתומים, בית הדין מוציא ממון מן המוחזק על ידי 'אומדנא'. האחרונים מציעים חילוקים מספר בדעת הרמב"ם:

1. 'נתיבות המשפט' (סי' טו, ביאורים ב) מבאר את שיטת הרמב"ם כך:

נראה **דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם**, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות...

מכאן ש'אומדנא' שידועה לכל העולם שקולה לעדות.

2. ה'נחל יצחק' (חוי"מ סי' טו) התקשה בדברי ה'נתיבות המשפט' ושאל מדוע במקרה של דיין שמעריך את מצבו הכלכלי של אבי היתומים, הערכתו נחשבת לדבר ידוע; הרי ייתכן שמדובר בדיין שמכיר אישית את היקף העסקים של הנפטר, ואין עוד אנשים היודעים את המציאות כמותו, ועדיין הוא יכול להוציא מן היתומים. על כן הוא מציע חילוק אחר:

כללו של דבר כיון דבהך 'קים ליה בגווא' דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על**

**עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר...

אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו...

כלומר, לדבריו יש חילוק בין מקרה שדיין מעריך את המציאות מכוח עצמו, ואז הוא גם יכול להוציא ממון, לבין דיין שנסמך על עדות, ואז יש לו פחות אפשרות לפעול.

3. ה'אמרי בינה' (חוי"מ סי' כד) טוען שאפשר להחזיק ממון על ידי 'אומדנא', והוצאה מיתומים קרובה להחזקת ממון לעניין זה שכן הם אינם טוענים טענת 'ברי'.

4. ה'ישועות ישראל' (סי' טו ס"ק ד) טוען שרק לבית דין גדול יש כוח מיוחד להוציא ממון על ידי 'אומדנא'.

נמצא שלפי שני ההסברים הראשונים השימוש ב'אומדנא' אפשרי אפילו כדי להוציא ממון כאשר מדובר ב'אומדנא' חזקה המוכרת לכל העולם או מוכרת לדיין עצמו מתוך הנתונים העומדים לפניו.

#### ג. אין 'אומדנא' בזמן הזה

למעשה הרמב"ם עצמו (שם) מבטל את היכולת להשתמש ב'אומדנא' בזמן הזה, ויסוד דבריו ברי"ף (כתובות מג ע"ב בדפי הרי"ף) בשם הגאונים:

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, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען...



נמצא שהרמב"ם עצמו אינו מאפשר שימוש ב'אומדנא' בזמן הזה. כך גם פוסק ה'שולחן ערוך' (חוי"מ סי' טו סעי' ה).

למרות זאת, מצאנו כמה נושאים שהשימוש ב'אומדנא' אפשרי בהם גם כעת. כמו כן קביעתו של הרמב"ם שאין לסמוך על 'אומדנא' בזמן הזה אינה מחייבת באופן מוחלט, והפוסקים ציינו מקרים יוצאי דופן:

### 1. אומדין דעת נותן

אדם שנתן מתנה לחבירו, אפשר לאמוד מה הייתה כוונתו במתנה (שו"ע חוי"מ סי' רמו). יש מחלוקת ראשונים האם זה דין מיוחד במתנה או שמא בכל פעולת מקח וממכר אפשר להסתמך על 'אומדנות' מובהקות. שיטת התוספות (קידושין מט ע"ב ד"ה דברים) היא שזה אפשרי בכל מקח וממכר, וכך פוסק הרמ"א (חוי"מ סי' רז סעי' ג). הוא מביא גם את שיטת הרי"ד שבמתנה אפשר להקל יותר בנושא ה'אומדנא'. לפי הגר"א (חוי"מ סי' רז סעי' יד) זו גם שיטת הרמב"ם שה'אומדנא' היא רק בדיני מתנה ולא במכר.

### 2. ידיעה

אחד מיסודות הפסיקה הוא האפשרות להכריע על סמך ידיעה. דוגמה לכך אפשר למצוא בדיני נחבלי: הרמ"ה (מובא בטור חוי"מ סי' צ) כותב:

מסתברא היכא דאיכא אחר עמו דבריר להו לסהדי דלא חבל ביה ההוא אחר, כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה.

מדובר בהרחבה שעושה הרמ"ה לדברי הגמרא (שבועות מו ע"ב) ולפיה אדם שנחבל ויש אדם אחר עמו שיכול היה לחבול בו אך ברור שהוא לא עשה זאת, אפשר לחייב את הנאשם בחבלה ואין צורך אפילו בשבועה לבירור העניין. מדברי ה'תוספות' (שבועות לו ע"ב ד"ה דאי) עולה שידיעה מעין זו יכולה אף לשמש לפסיקה בדיני נפשות. ה'שולחן ערוך' פוסק שאפשר להכריע על פי ידיעה הן בהלכות עדות (סי' ל סעי' יד) הן בהלכות טוען ונטען (סי' צ סעי' ו, טז).

אפשרות זו להעיד על דבר שהוא ידוע בוודאות לבית הדין שימשה את גדולי הפוסקים בתור יסוד מוסד לפסיקות מספר. נביא שניים מגדולי האחרונים המשתמשים בהיתר זה לצורכי היתר עגונה; הראי"ה קוק כותב (שו"ת עזרת כהן סי' כט):

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראיית עדים ממש...

ורמ"י ברייש כותב (שו"ת חלקת יעקב אבה"ע סי' מט):

מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר **ידיעה בלא ראייה** דמהני לענין ממון ולשיטת התוס' הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, אי"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...

### 3. דין מרומה

הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ב) עצמו מסיים את אזהרתו שלא להסתמך על 'אומדנא' בהחרגה:

...ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שידוד לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.

כלומר, הוא קובע שאם הדיין רואה שאינו יכול לפסוק על פי הנתונים שלפניו, עליו להסתלק מן הדין. מקרה כזה נקרא בלשון הגמרא 'דין מרומה', וכמה ראשונים כתבו כי במקרה כזה על הדיין לקבוע פסיקה ברורה. הרא"ש בתשובה (כלל סח אות כ) כותב שעל הדיין לכתוב פסק דין שאף דיין לא יעסוק בזה; המהר"ם מרוטנבורג כותב שאם הנתבע רמאי והדבר ניכר ב'דין מרומה', על בית הדין להוציא ממנו את הכסף, וכך פוסק גם הישולחן ערוך' (חוי"מ סי' טו סעי' ג-ד). המהרי"ק מבאר את יסוד הדברים (שורש קיח, מובא בסמ"ע סי' טו ס"ק טו):

לע"ד נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס...

### 4. קנס שלא מן הדין

לעתים יש לדיין יכולת להעניש שלא כדין גם מתוך הסתמכות על 'אומדנא'. הרמב"ם כבר מזכיר אפשרות זו (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ד) מתוך הדגשה שבמקרה כזה אין צורך בדיני ראיות:

...ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

גם הרשב"א השתמש באמצעי זה במקרים שלא היו בהם ראיות מספיקות, כגון במקרה שבא לפני בית דין שטר, והיה ניכר לבית הדין שהשטר מזויף וקרעו אותו – הרשב"א מקבל את פסיקתם (א, אלף קמו):

אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה.

יש לציין שבמקרה זה מזכיר הרשב"א גם את 'דין מרומה' בתור יסוד לפסיקה. אפשרות פסיקה וענישה שלא כדין ובלא ראיות מובאת גם ב'שולחן ערוך' (ח"מ סי' ב).

### 5. פשרה

במקרים מסוימים הדיין נאלץ להגיע להכרעה אף שאין לו מספיק ראיות, ואז הוא יכול להכריע את הדין גם על פי 'אומדנא' מכוח פשרה. וכך כותב הרא"ש בתשובה (כלל קז אות ו):

כל זה סברתי והארכתני, להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה. ובדין זה, שהדבר ידוע שהנתבע טוען ברמאות, כמו שאבאר, לזכותו אי אפשר, כמו שאמר רז"ל: מדבר שקר תרחק, להסתלק אי אפשר, כמו שכתבתי, אם כן על כרחו זקוק הדיין לדונו לפי אומד דעתו.

וכך נפסק להלכה ב'שו"ע' (ח"מ סי' יב סעי' ה) על בסיס תשובות הרא"ש הללו, וכך הכריע בשו"ת 'דברי ריבות' (סי' רסב) להוציא ממון מכוח 'אומדנא' על בסיס של פשרה.

### 6. 'אומדנא' להחזיק

מפוסקים רבים עולה שאף בזמן הזה אפשר להשתמש ב'אומדנא' דמוכחי בכדי להחזיק ממון למרות האזהרות של הרמב"ם משימוש ב'אומדנא'. כך עולה

מתשובות הרדב"ז (סי' ג'תקנא ועוד), שו"ת מהר"א ששון (סי' פב) ועוד. בעל השו"ת 'בעי חיי' (חו"מ א,י) מסכם את השיטות וקובע: **'מסורת היא בידינו גדול כח המוחזק...'** וראה גם בפסק בית הדין הגדול (פד"ר ד, 177) שהלך בדרך זו.

#### 7. 'אומדנא' מוכחת להוציא

יש מן הראשונים ואף מן האחרונים שהשתמשו ב'אומדנא' מוכחת כדי להוציא ממון. כך משמע מדברי הרא"ש בתשובותיו (כלל סח אות כג). הוא פוסק שאפשר לכתוב שטר חוב חדש לאחר שהדיין השתכנע ששטר החוב הקודם נלקח ברמאות מיורשי המלווה, וכך נפסק להלכה ב'שולחן ערוך' (חו"מ סי' סה סעי' יז). גם התשב"ץ כותב כך בתשובה (ח"ג סי' רפט) וכן הרשב"ש מביא בתשובותיו (סי' שפז) את שיטת אביו (התשב"ץ) לבטל עסקת מכר שהתעוררו בה מאורעות לא צפויים. מדברי שו"ת 'דרכי נועם' (סי' מט) משמע שפשוט שכך:

ועוד כל הפוסקים כלם האריכו למעניתם בענין האומדנות דעבדין בהו עובדא להוציא ממון.

בשו"ת 'עבודת הגרשוני' (סי' צא) סובר כך גם כן, ומדגיש שדבריו אמורים למרות דברי הרמב"ם בנושא:

אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות.

בעל השו"ת 'שבות יעקב' (ח"ג סי' קמב, מובא בפת"ש סי' טו ס"ק ט) אף ראה עניין מיוחד לפסוק על פי 'אומדנא' בזמן הזה:

ואדרבא נ"ל דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא 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.

וראה בפד"ר שהסתמכו על דברים אלו למעשה (יט, עמ' 106 ואילך באריכות, כא, עמ' 143, מאגר מקוון קפו).

אמנם נראה שלמעשה נזהרו מאוד מללכת אחר ה'אומדנא' עד כדי כך. ומלבד אזהרת הרמב"ם, הזהיר בנושא זה גם רבי צמח דוראן, נכדו של ה'יתשב"ץ, בעל השו"ת 'יכין ובועז':

**ואם יעשה זה הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון באומדנא דמוכח ואומדן דעתא הוא וכל דדמי ליה לא לאחרים שאינם בקיאים.**

#### **סיכום**

השימוש ב'אומדנא' קיים מלכתחילה בתור חלק מן הכלים הנמצאים בידי הדיין בדיני ממונות, ובלבד שזו 'אומדנא' מוכחת וברורה. בפועל, עם ירידת הדורות, הראשונים מזהירים משימוש ב'אומדנא'. על אף אזהרה זו, יש תחומים שה'אומדנא' עוד נותרה חלק בלתי נפרד מבירור הדין בהם, וביניהם:

1. בירור דעת הצדדים בעסקת מתנה או מכר.
2. 'אומדנא' במדרגת ידיעה שאין לפקפק בה.
3. 'אומדנא' יכולה להביא את הדיין למסקנה שלפניו דין מרומה.
4. מכוח 'אומדנא' דיין יכול להעניש שלא כדין.
5. באמצעות פשרה אפשר להשתמש גם ב'אומדנא'.
6. לדעת רוב הפוסקים כשה'אומדנא' היא לטובת מחזיק הממון, אפשר להשתמש בה גם כיום בדין תורה.
7. בעניין 'אומדנא' להוציא נחלקו הפוסקים, ויש שטענו ש'אומדנא' מוכחת ביותר ניתנת לשימוש בידי הדיין גם כיום.

### נספח ג- פסק דין בעניין אומדנא בבירור לשון השטר

השאלה<sup>56</sup> במקרה דנן אינה מיוחדת לשטר בלבד, אלא בכל תהליך של עסקה עשוי להיות חלק גלוי על פני השטח, ובו נקבעים הדברים כפי שהצדדים מסכמים ביניהם, וחלק סמוי מן העין שבו יש לאחד הצדדים כוונה כל שהיא שהוא היה רוצה שהיא תהיה חלק מן העסקה.

כיצד אפוא קובעים מתי צריך להתחשב בחלק הסמוי ומתי אין להתחשב בו. יסוד מוסד הוא בש"ס "דברים שבלב אינם דברים" וכבר קבעו בעלי התוספות ג' דרגות המובאות בשולחן ערוך ורמ"א (חו"מ רז, ג-ד):

מי שמכר חצרו או שדהו, ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע, כדי לקנות חטים בדמיו, ה"ז כמוכר על תנאי; לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חטים והוזלו, או נמנע הדרך לעלות לאותה הארץ, או לא נסתייע לו לעלות או לקנות החטים, הרי זה מחזיר לו הדמים ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בזה. הגה: ודוקא במוכר קרקעותיו, אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעתו, עד שיתנה בדיני תנאי (טור בשם רש"י). אבל המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך, ולא נעשה, אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים. ואף על פי שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר. הגה: מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח (תוספות והרא"ש כלל פ"ה). וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים (הגהות אלפסי פ' אלמנה ניזונת).

כלומר:

לפי הרמב"ם והשו"ע, בעסקת מכר הדבר תלוי האם נתפרש התנאי הנוסף או לא. התוספות והרמ"א, מוסיפים גם את האפשרות ללכת אחר אומדנא דמוכח ולדעתם יש שלוש דרגות:

1. כשיש אומדנא דמוכח שהעסקה נעשתה בתנאי- התנאי מבטל את המקח.
2. כשאין אומדנא דמוכח אך נאמרו במהלך העסקה דברים שניתן להסיק מהם שהעסקה מותנית - התנאי מחייב בעסקת מקרקעין.

<sup>56</sup> הכנה לפסק דין, בהרכב ישבו: הרב דניאל מן (אב"ד) והרב סיני לוי.

3. אין אומדנא דמוכח ולא נאמר דבר - העסקה מתקיימת ללא כל תנאי. ברמ"א מוזכרת שיטת ראשונים נוספת שבמתנה יש מקום ללכת גם אחר אומדנות שאינן מוכחות וליצור תנאים.

לאור כללים אלו יש מקום לבחון את כללי פרשנות השטרות. הפוסקים עסקו בכך בכמה מקומות נפרט את הדברים על מנת להגיע ל"יישור קו" ולהקטין סתירות אפשריות.

ריב"ש בתשובה (קצה) עוסק בפרשנות שטר בו נקבע היחס בין שני עובדים, לטענת אחד העובדים העובד השני היה תלוי בו, ואילו לדעת ה"קהל" ששכרו אותם, הכוונה הייתה שכל עובד נשכר בפני עצמו בלא תלות ביניהם, ולכך נוטה נוסח השטר כפשוטו.

הריב"ש קובע שהולכים אחר לשון הדברים ולא אחר כוונת העובד הראשון שהיה צד בהסכם, הוא מעמת את הדברים עם מקורות בהם הלכו אחר הפרשנות שניתנה לדברים, הוא מיישב בתחילה שמדובר במקרים בהם הפרשנות הייתה אפשרית מלכתחילה, וממילא אין זו הוספה של דבר חדש שמקורו בלב, אלא קביעת ההסבר הנכון מבין כמה אפשרויות. לאחר מכן הוא מוסיף את הכלל שיש לחלק בין דבר שבין האדם לעצמו שבו יש לאדם כח יותר לפרש את דבריו, לבין דבר שבינו לבין זולתו בו הולכים אחר הלשון אלא אם כן יש אומדנא דמוכח ולפי הכללים שהזכרנו. לפי סיום דבריו עולה שבמקום בו יש כמה אפשרויות עדיין לא ניתן לעשות זאת ללא אומדנא. כלל זה נפסק ברמ"א (יו"ד ריח, ב) :

וכל זה דוקא בנודר בינו לבין עצמו, אבל בנודר לחבירו, כל שלשון הנדר כולל הולכין אחריו, אם לא באומדנא דמוכח (כך משמע בריב"ש ובהרמב"ן). לסיכום מדברי רבינו ירוחם אין בפרשנות השטר חריגה מדיני פרשנות באופן כללי, מדבריו עולה שגם שבמקום בו הנוסח עצמו ניתן להתפרש בכמה דרכים בדברים הנוגעים לזולת אין לעשות זאת ללא הסתמכות על כללי האומדנא. רבינו ירוחם (מישרים כג, י) כותב :

כתב הרשב"א בתשובה כי אף על פי שכתב לה במתנה לחוד שתגבה האשה בין בחייו בין במותו ואפילו בשלו, ודאי יראה שאין נזקקין לדינא ואין מגבין אותה בחיי הבעל כלל דלא כתב לה רק להיות קיום וחיזוק שלא יוציאנה

כאחת הקלות ושתבטח נפשה בו לא שיכתוב לה היום ותגבה למחר. וכלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבריו **שאינו להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד**. וראיה דעל מנת שאראך מאתים זוז דהאיש מקדש דלא נתכוונה זאת אלא להראות משלו (אז) [או] בית כור עפר וכן פסקו שמה החדושין דאע"ג דקנו מיניה נלך אחר הכוונה וכן פסק הרמב"ם ז"ל וכן במתנת שכיב מרע שאם עמד חוזר. תשובה לגאון מתנה לחוד אם יש בה תנאי שתגבה מחיים נגבית מחיים אלא אם כן היה המנהג שלא תגבה מחיים. והמנהג שיהיה שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויעשו תקנה במה שיתקנו ויתקיימו אותה זהו המנהג ואפי' אחר כמה שנים אם לא ידעו היאך עקרו אותה יהיה המנהג עומד בחזקתו ע"כ ומה שכתבתי למעלה מהרשב"א חולק על זה זולתי אם היה המנהג בימיו כך אבל הוא לא כתב ולא תלה הדבר במנהג.

רבינו ירוחם מביא תשובת הרשב"א לגבי התחייבות של הבעל לתת לאשתו מתנה שנאמר בה במפורש שהיא עוד מחיי הבעל, ולדבריו ברור שכוונתו הייתה רק לחיזוק המתנה, ועל כן ניתן לפרש את דבריו על פי הכוונה ומביא לכך ראיות מפרשנות התנאי בקידושין וכן ממתנת שכיב מרע שמונתית במיתת הנותן למרות שהדבר לא נאמר במפורש.

רבינו ירוחם מביא במקום אחר את דברי התוספות לגבי דרגות האומדנא (מישרים ט,א) ואם כן ברור שדברים אלו אינם בניגוד לשיטת התוספות אלא משולבים עמה, וגם במקרה זה המדובר באומדנא דמוכח שיש בה בכדי להוסיף תנאים לעסקה שנעשתה בסתם. כך גם עולה מן הראיות שהביא לדבריו ובמיוחד מדין מתנת שכיב מרע שמובא אצל רבינו ירוחם במקום האחר כדוגמא לאומדנא דמוכח.

ואכן השולחן ערוך (חו"מ סא,טז) פוסק את דברי רבינו ירוחם:

יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבריו אין הולכים אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה.

מן הסתם יש לפרש דבריו שכוונתו לאומדנא דמוכח ואין סתירה בין דין זה לדין המופיע ברמ"א בהלכות נדרים בשם ריב"ש.

מקור נוסף בראשונים הוא המהרי"ק (שורש קיב מובא בבית יוסף חו"מ רז) שקובע שניתן לפרש בתנאים פרשנות המבוססת על היגיון.



לסיכום: כללי הפרשנות הנוהגים הם לפי הדרך שקבעו בעלי התוספות. במקום בו יש אומדנא ברורה ניתן להסתמך עליה אף בדברים שאינם מפורשים, במקום בו האומדנא לא הייתה ברורה ניתן להיעזר בדיבורים שנאמרו מסביב לעסקה לצורך בירור העסקה. מדברי ריב"ש מוכח שלא ניתן לסמוך על פרשנות כזו לטובת אחד הצדדים ללא האומדנות אף אם זו פרשנות אפשרית בלשון השטר.

כך הסיק גם בשו"ת מהרש"ם (ג,קד) עיין שם מקורותיו הרבים. אמנם בספר נחל יצחק (סא,ג) האריך בזה ובין היתר כותב (ענף ב ושוב בסיכום בסוף ענף ז) שאם יש שתי משמעויות בכוונת הלשון והשטר הולכים אחר המוחזק, ואם יש סתירה ברורה בין לשון השטר והכוונה אזי במקום שבו אין תנאי לא ניתן להוסיף תנאי חדש, אך במקום שבו יש תנאי בשטר ניתן ללכת אחר כוונתו ונגד פשטות לשונו, בכך הוא מחלק בין הפסיקה בשולחן ערוך חושן משפט כרבינו ירוחם שיש ללכת אחר הכוונה לבין הפסיקה בשולחן ערוך יורה דעה שבתנאי שבין אדם לחבירו המחייב הוא הלשון. ולא הסתפק בכך שהדבר תלוי באומדנא. דבריו מתבססים על הראיה שהביא רבינו ירוחם ממי שהתנה לקדש אישה בתנאי שיראה קרקע ומבואר בגמרא ובהלכה שמפרשים את כוונת התנאי שיראה לה קרקע השייכת לו. אך נראה שאין דבריו חלוקים על הנאמר לעיל, שכן כאמור במקום בו יש דיבורים מסביב לעסקה ניתן להיעזר בהם ליצור אומדנא וזוהי דרגה 2 של בעלי התוספות. על כן נראה שלדינא אין הבדל בין שיטת הנחל יצחק לשאר האחרונים.

לאור זאת נחזור לליבון הנוסח שלפנינו. ניתנו בסעיף... שתי אפשרויות לפירעון, בפתחי תשובה (ס,ח) הביא את תשובת בית אפרים (חו"מ עה) בעניין דומה:

נשאל בשטר שכתוב בו שנתחייב שמעון ליתן לראובן מזונות או סך כך וכך וכך לשנה, הברירה ביד מי, אם ביד המתחייב או ביד מי שנתחייב לו. והשיב שראה להלכה למעשה מדודו הגאון מו"ה סענדר ז"ל, בעובדא שרופא אחד עשה התקשרות בכתב עם נער משרת, ומשכורתו או מחצית שכר הגילוח או סך כך וכך, וככלות השנה היו מדיינים הברירה ביד מי, ורצו הדיינים לדון בדין הממע"ה, כי לא ידעו פתח לדין זה. והגאון ז"ל האיר עיניהם שדין זה מבואר ביו"ד סימן קע"ז סעיף כ"ו בשם הרמ"ה, באם התנו הנותן והמקבל

שיהיה פלגא באגר ובהפסד, היכא שהוא אדם גדול דדיינין ביה להיתרא, אז אם כתוב בשטר דיהיב מרי עיסקא למקבל פלגא באגר ובהפסד, משמע דמילתא במרי עיסקא קיימא ובדידיה תליא מילתא למיתב למקבל מאי דניחא ליה, ואי כתיב למשקל פלגא באגר ובהפסד, משמע דבמקבל תליא מילתא למשקל מאי דבעי כו'. ומזה נקח בנידון דידן שכתוב בשטר שנתחייב לתת לו מזונות או דמיהם, דבמתחייב תליא מילתא, שאם ירצה לזון רשאי, ואם רצה נותן סך הקצוב... ובנידון דידן הדבר פשוט שכל המתחייב דבר נגד חבירו, במתחייב תליא מילתא, אם לא שלשון השטר מורה להדיא שהתנאי היה שהענין תלוי ביד השני.

נמצא אפוא שלשון השטר כפי שהיא לפנינו תלויה במתחייב. אם הייתה אומדנא ברורה או אפילו דיבורים ברורים משני הצדדים של הסכמה על הותרת הברירה ביד התובע, היינו יכולים להציע פרשנות אחרת, אך היות ומתכתובת האימיילים שלפנינו עולה באופן ברור שהנתבע עמד על דעתו ולא הסכים להצעת התובע, אין לנו אלא ללכת אחר לשון השטר שלפנינו ולפטור את הנתבע כליל.

אף אם התקיימה שיחה בה היא אמרה במפורש את כוונתה, דבר שהוכחש על ידי הנתבע, אין בכך כדי להוסיף על הנכתב כבר באימיילים שגם בהם הובעה דעתה ואף על פי כן הנתבע עמד גם הוא על דעתו ולא הוכח בשום שלב שדעתו השתנתה. אמנם לדבריה הנתבע הסכים עמה באותה שיחה, אך מלבד הכחשתו של הנתבע, הדבר מוכחש מכל התהליך כולו ומהמסמכים שבידינו.

יש לציין גם שהסתמכות על אומדנא מחייבת וודאות (רא"ש בבא בתרא ט, כג) שאם לא כן אלו דברים שבלב (קצות החושן רנ,ה). במקרה דנן אין בידינו הוכחות המאפשרות הוכחה וודאית ועל כן חוזר הדין לשורשו ולהליכה אחר הנוסח הכתוב בשטר.

### ד. מתן תשובות הלכתיות בדיני ממונות במעמד צד אחד

פעמים רבות, רבנים נשאלים שאלות בדיני ממונות הנוגעות למחלוקת בין שני צדדים. האם מותר לרב להביע את חוות דעתו ההלכתית בנושאים אלו?<sup>57</sup>

#### א. אסור לשמוע בעל דין במעמד צד אחד

הלכה פסוקה היא, שאסור לדיין לשמוע דברי בעל דין אחד שלא בפני בעל דין חברו (שו"ע חו"מ יז,ה). הרמ"א קובע (חו"מ יז,ה) שהדברים אמורים כלפי כל תלמיד חכם שנשאל שאלה בדיני ממונות:

ולא יכתוב שום חכם פסק לאחד מבעלי הדין בדרך 'אם כן', או שיכתוב לו דעתו בלא פסק, כל זמן שלא שמע דברי שניהם, שמא מתוך דבריו ילמדו לשקר. גם משום שאח"כ יטעון השני בדרך אחר, ויצטרך לכתוב להיפך, ואיכא זילותא לחכם.

הרי שהרמ"א אוסר לכתוב פסק הלכה במעמד צד אחד גם "בדרך אם כן" - כלומר, תוך פירוט האפשרויות השונות בלא להכריע במקרה המדויק שעליו נשאל. כמו כן, יש לדעתו איסור בכתבת דעתו של המשיב "בלא פסק".

צריך להדגיש שהדיון הוא רק על שאלה של אדם פרטי השואל את הרב על סכסוך שהוא מעורב בו. כאשר רב פונה להתייעצות עם רב אחר, או כאשר שני הצדדים פונים בהסכמה בשאלה בכתב לרב, הרי שספרי השו"ת מלאים בתשובות מעין אלו, ואין חולק שהדבר מותר.

#### ב. טעם האיסור

##### 1-2. זילות החכם וחשש לימוד טענות שקר

כפי שמובא בדרכי-משה (חו"מ יז,ד), דברי הרמ"א מבוססים על תשובת הריב"ש.

<sup>57</sup> בנושא זה הרחיבו: נושאי הכלים על שו"ע חו"מ יז,ה, כדוגמת פתחי-תשובה והלכה-פסוקה; שו"ת משפטיך-ליעקב, הקדמה לח"ג; שו"ת ראש-אליהו ח"ג, סי ג-ד; שו"ת עטרת-פז ח"א כרך ג חו"מ ג; ספר צהר-המשפט עמי שלה ואילך.

בתשובה אחת (סי' ה) מנמק הריב"ש את דבריו באופן כפול - הן בשל הרצון למנוע זילות לחכם,<sup>58</sup> הן בשל החשש שמא מתוך התשובה ילמד השואל כיצד לשקר: דע לך כי אין מדרך בעלי הוראה להורות בריב שנפל בין שני כתות, אם לא בהיותו נשאל מן הדיין או משני הכתות יחד, פן יטעים האחד דבריו לחכם וצדיק הראשון בריבו, ובא רעהו וחקרו וצריך לסתור הדין, ואיכא זילותא לחכם. גם כי יש לחוש שמתוך תשובת החכם ילמוד לשקר.

בתשובה נוספת (סי' קעה) מסופר שהריב"ש עצמו רומה על ידי אחד מהצדדים, שהציג עצמו כדיין, והשיב לאחד הצדדים. בסופו של דבר, בעקבות דברי בעל הדין השני, חזר בו הריב"ש ותיקן את תשובתו לאור הנתונים החדשים שנמסרו לו. בתשובה נוספת (סי' קעט) הדגיש את החיסרון במענה זה:

כי העונה על ריב ומשיב על דבר בטרם ישמע כל טענות שתי הכתות יחד, **אולת היא לו וכלימה.**

הדרכי-משה (יז, ד) ציין גם לדברי הרשב"א (שו"ת ח"ג סי' צח), שחשש במקרה דומה פן ילמד את השואל כיצד לשקר: ואיני רוצה לכתוב כאן במה יתחייב ובמה יפטר, שמא מתוך מה שאכתוב ילמדו לשקר.<sup>59</sup>

הגר"א בביאורו (חוי"מ יז, יא) ציין שחשש זה כבר מוזכר במשנה במסכת אבות (א, ט), שעל הדיינים להיזהר בחקירת העדים, "שמא מתוכם ילמדו לשקר". אמנם, המשנה עוסקת במהלך הדיון בבית הדין, ואילו הריב"ש עוסק בשאלה שנשאלה לפני רב שלא במסגרת בית הדין. גם מהר"ם מרוטנבורג (מובא בשו"ת באר-שבע סי' עא) כותב שלא לענות במעמד צד אחד כדי שלא יעשה עצמו הרב "עורכי הדיינין", ואף טעם זה כלול ככל הנראה בחשש ללימוד טענות שקר (ועיינו גם שו"ת הרב"ז שפרן ח"ב אה"ע סי' סג).

<sup>58</sup> הגר"א (חוי"מ יז, יב) הסביר מתי חוששים לזילות של בית דין. במקרה שלנו, המשיב אינו פועל כבית דין, ועל כן אין השוואה מלאה בין הדברים.

<sup>59</sup> במקרה שבו עסק הרשב"א, אחד הצדדים העלים שטר שאמור היה להיות ברשותו, ועל כן היה חשש ממשי של שקר, ואין הכרח שכך דעתו בכל שאלה בדיני ממונות.

בפירוש המיוחס לרש"י על אבות (א,ח) מובא בשם רב יהודאי גאון: "כד אתא לקדמנא אינש חד, אסור למשתעי ליה כלום בדינא ולחואה ליה כלום בדינא", ויש שהבינו מדבריו שכוונתו לאיסור עליו דיבר הריב"ש.

### 3. חשש מחלוקת

חששות נוספים העלה המהר"ם פדווא בתשובתו (סי' מ):

מכל מקום הנני משיב מפני הכבוד למעלתך דרך משא ומתן, ולא מגלה הכרעתי כלל. כי זה ימים מה נמניתי והייתי עם חבירי לגדור עלינו גדר ולקבל עלינו שלא לענות על דברי ריבות בדיני ממונות אם לא נהיה נדרשים משני הבעלי דינין או מן הדיינין הנבחרים משניהם, באשר ראינו קלקלות רבות יצאו בארצינו ממדה זו, שכל אחד מבעלי דינין הסתיר עצה במעמקים לשאול שאלה בהחבא, וגנב דעת הבריות וקנה לו רב ואילן גדול לפי דעתו להתלות בה בהראותו פסק דין מרב מה, ואמר קים לי כפלוגי, **ורבו המחלוקת בישראל בין הרבנים ובין הבעלי בתים**. ולזה הסכמתני לגדור מילתא...

נראה שהחשש הוא מכך שהשואל יגיד "קים לי" כתשובה שקיבל מהרב ששמע רק אותו, או שלא יקבל את הפסק של בית הדין, ותתעורר מחלוקת.

### 4. חשש ערכאות

בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' סד) העלה חשש נוסף:

כ"ש בדורות הללו, שאין ידינו תקיפה לכוף לדון בדיני ישראל, יש לחוש דאם יאמר לו הדין אפילו בעל פה, ויראה שלא יזכה בדינינו - ישמט עצמו מדין תורה. לכן הירא וחרד ימנע עצמו שלא להשיב כלל לשואל לבדו, ודומיה לו תהלה.

### ג. תוקף האיסור

#### 1. תקנה

הדרכי-משה (ח"מ יז, ד) מוסר בשם מרדכי (שאינו לפנינו) על תקנה שתוקנה על

ידי ר"ח מוויין:

תקנות הקהלות שתקן ר"ח מווין עם גדולי ארץ - כל רב שיפסוק דין בלי שמיעת שני בעלי דינין, אלא כשיבא אחד אצלו ויאמר תשמע דברי וכתוב לי הנראה בדעתך, ויכתוב הדיין ההוא - לא ידון שום דין.

הצורך בתקנה מלמד שאין בכך איסור גמור. יש לשים לב שהתקנה עוסקת במי שנותן פסק סופי כדיין בידי אחד מבעלי הדין, ואין לה קשר הכרחי עם תשובה הניתנת כחוות דעת.

## 2. מנהג

בשו"ת תרומת-הדשן (ח"ב סי' סב) מציין שהמנהג הוא שלא לענות לצד אחד: וששאלת על האחין והאחיות - אינני משיבך דבר, ביען נוגע הוא בדיני ממונות. **וכן נהגו אבותינו ז"ל לבלתי השיב אפילו דרך תשובה ושאלה בעלמא.**

במקום נוסף פוסק תרומת-הדשן בדומה (ח"ב סי' רסז): "ואף כי אין וסתי להשיב בדיני ממונות, אם לא שהובררתי לפסוק הדין מרצון בעלי הדין או דייניהם...". וכן עולה מדברי פוסקים נוספים, שיש מנהג שלא לענות לצד אחד.

## 3. מידת חסידות

המהרשד"ם בתשובתו (שו"ת יו"ד סי' קנג) קובע שבאופן עקרוני אין איסור להשיב תשובה הלכתית לצד אחד, אולם יש "מדת חסידות" שלא לעשות זאת: מי שנשאל מחכם על דין דרך שאלה 'ראובן ושמעון' - אז פשיטא דלית ביה איסור, לא מדאורייתא ולא מדרבנן כלל ועיקר. כי מה לי זה החכם הנשאל או הפוסק העומד בקרן זוית, שבא שם אותו דין מבורר... אלא שמכל מקום יש בו מדת חסידות שלא להשיב, וטעם גדול יש בדבר.

במקום אחר (חוו"מ סי' רעז) כותב המהרשד"ם שהשיב תשובה, ולאחר מכן הסתבר שהפרטים שקיבל בתחילה לא היו מדויקים, ועל כן: "והנה ראיתי כי הטיבו אשר הסכימו שלא להשיב אלא כאשר יראו שני הצדדים יחד..." (וראו גם חוו"מ סי' עח; תנב). גישה דומה עולה מתשובת מהר"ם מלובלין (סי' כב), שנמנע מלענות לצד אחד משום "עצת חכמים אחרונים", ומשמע שזהו מנהג טוב, מידת חסידות וכד'.

**4. איסור**

אמנם, בשו"ת משפטי-עוזיאל (חו"מ ח"ד סי' ט) כתב במפורש שאין זו רק מידת חסידות, אלא איסור גמור:

אזהרה זאת אינה מדת חסידות, אלא היא מצנת אזהרה מכלל "מדבר שקר תרחק" (שבועות לא, א) ומדין חלול השם... ועל כל פנים, אם איסור אין כאן, אבל ודאי "אולת היא לו וכלימה" יש כאן...

**ד. שיטת הרשב"ש**

הרשב"ש (שו"ת סי' רל) כותב שמנהגם של חכמים, וביניהם אביו - בעל התשב"ץ, היה לענות גם לשואלים בדיני ממונות, אולם באופן מיוחד:

אבל אי"א הרשב"ץ ז"ל וזולתו מהרבנים ז"ל אשר קדמוהו במקום הזה ובזולתו כלם נדרשים לשואל להשיבו כפי שאלתו, **והם אינם גוזרים שהדין כך הוא, אבל אומרים 'אם הענין כך, הדין הוא כך וכך'**. ודייני המקום יראו - אם השאלה אמת, ידינו כפי התשובה, אי לא משכחי בה פרכא; ואי משכחי בה פרכא, חוזרים ושואלים עד שיצא הדין לאמתו. כך נהגו דייני ישראל הכשרים, שכוונתם להוציא הדין לאמתו... ואלו עמדת על תשובת הרמב"ם ז"ל לר' פנחס הדיין שהיה בנוא אמון, היה מתברר לך איך היו היחידים שואלים לו והוא משיב להם, ומי לנו גדול ממנו. וכן נהגו גאוני עולם ורבנים וחכמים ז"ל. והמעלים עיניו מהם הוא מכלל אוטם אזנו מזעקת דל... והמשיב להם קיים מצנת "ולהורות את בני ישראל".

לדברי הרשב"ש, חכם מובהק חייב לגלות את עמדתו בענייני הלכה בכלל ובדיני ממונות בפרט, והדיינים הדנים בעניין צריכים לעיין בדבריו ולבחון אותם, אם כי אינם חייבים לקבלם, ועליהם האחריות לפסוק לפי שמיעת שני הצדדים.

בתשובה נוספת (סי' תקכט) מבאר הרשב"ש מדוע מתן מענה לצד אחד אינו נחשב ל"עורכי הדיינים", ומדוע חשוב דווקא להקפיד לענות בדיני ממונות לצד אחד:

לא כמו שהבנת אתה, שהמשיב לאשר שואלו שורת הדין, שיהא חס וחלילה עורכי הדיינים, שכבר מצינו רז"ל בעלי התלמוד עושים כדוגמת זה... וכמה תשובות יש בשלושת ספרי תשובותיו [של הריב"ש] שהשיב הוא ליחידים, זולת שיכתבו שתי הכתות... בזמן הזה - איני אומר שהוא רשות, אלא שהוא

מצוה וחובה משום השבת אבדה. ששמועות יבהלנו על דייני אותן מקומות, דייני בור ודייני דחצתא ודייני דמ"ג, בכסף ישפוטו והנכוחה יעבטו, וראוי ליודעים להשיב לשואל כדי שלא יספה בלא משפט.

הרשב"ש מחלק אפוא בין כתיבת טענות אפשריות עבור בעלי הדין, שיש בה איסור משום "עורכי הדיינים", לבין כתיבת "שורת הדין". לדבריו, גם הריב"ש - האוסר לענות לצד אחד - נהג לכתוב תשובות כאלו בעצמו. זאת ועוד; יש חובה לכתוב תשובות כראוי משום "השבת אבידה", שכן ישנם דיינים שאינם בקיאים בהלכה, ואלמלא התשובות הללו יטו את הדין.

על המנהג להשיב מעידים חכמים נוספים, כבעל כנסת-הגדולה (הג"י הטור יז, יט), וכן כתב החיד"א (ברכי-יוסף חו"מ יז, ט): "לכתוב החכם על שאלה שנשאל - אין בזה איסור, כמ"ש האחרונים והביאם הרב כנסת-הגדולה, וכ"כ הר"ש בן הרשב"ץ סימן רל". אולם לצד זאת, פוסקים רבים נמנעו מלהשיב או שנימקו את המענה בהסברים שונים.

#### ה. כיצד מותר להשיב?

מוצאים אנו תשובות רבות בפוסקים, שנענו לשואל במעמד צד אחד, על אף שהשואל אינו רב. להלן מיינו תשובות אלה בהתאם לסיבה שבגללה מותר היה לתתן: בשל צורתן המיוחדת, או בשל נסיבות מיוחדות אחרות.

#### 1. צורת התשובה המותרת

א. **תשובה שאינה לפסק הלכה.** המהרי"ק (שורש כד) עונה בקצרה על שאלות שנשאל, כשהוא מדגיש:

כתבתי בקצרה את הנלע"ד. אני מטיל תנאי שאם לא נבחרתם מצד ראובן ושמעון לכתוב הטענות ולשולחם, שלא יועילו דברי לפסוק דין, רק כנושא ונותן.

וכן בתשובה נוספת (סי' עג):

ואולם כי אין דברי אלה לפסק הלכה, מאחר שלא שמעתי שני החלקים, ומפני זה לא אאריך בראיות... רק הנראה לע"ד אכתוב בדרך קצרה.

וכן כתבו בשו"ת ישא-איש (אה"ע סי' טו) ובשו"ת משנה-הלכות (ח"ט סי' שסב).



**2. דרך פלפול או משא ומתן.** בשו"ת תרומת-הדשן מובא (ח"ב סי' רסז):

לאהבתך כתבתי בדרך שקלא וטריותא, ולא בתורת פסק הלכה למיסמך עלה כלל.

וכן נהגו פוסקים נוספים: שו"ת בנימין-זאב (סוף סי' קכו); הרמ"א (שו"ת סי' כז); מהר"ם פדווא (שו"ת סי' מ); הרמ"ע מפאנו (שו"ת סי' פט); וכן החתם-סופר (שו"ת חו"מ סי' יח), שהשיב "דרך פלפול להלכה, ולא למעשה".

**3. כראובן ושמעון.** המב"ט (שו"ת ח"ג סי' עז) משיב על טענת דיין אחד, שהשיג

על חכם אחר שהשיב לבעל דין:

ואנחנו נוהגים להשיב לשואל אחד כששואל בשם ראובן ושמעון, כי אינו ידוע מי הם או מי אביהם, אם הם אוהבים או שונאים. כי גם שיבואו אחר כך טענות אחרות, הרי הוא כמו ריב אחר, ומה שכתוב בשם ראובן ושמעון לא היה כנושא זה. ואינם צודקים כל כך בענין זה ה' טעמים שכתבו בעלי התשובות ז"ל.

דהיינו - ניתן לתת מענה לתשובה עקרונית, בלא לקבוע מי מבעלי הדין השואלים הוא הצודק. המב"ט אינו חושש שהשואל ילמד כיצד לשקר מהתשובה שניתנה לו. ייתכן שהוא סבור שאם התשובה מעלה טענה הלכתית עקרונית, אין מקום לחשוש שהדבר יביא לשקר, ורק העלאת טענות חדשות היא הבעייתית.

אמנם, יש שהחמירו שלא לענות גם בדרך זו, כפי שדייק כנסת-הגדולה (הג' הטור יז, יט) מדברי תרומת-הדשן. וכן כתב רבי יוסף קארו (שו"ת אבקת-רוכל סי' קנח) כנגד דברי המב"ט:

ועתה אני אומר שיש להפלא על מה שנהגו מקרוב להשיב לכל שואל על דרך 'ראובן ושמעון', כאילו היו הבעלי דינים בעיר שאין בה ב"ד, כאילו שתי הכתות בררו להחכם ההוא לדיין. וכבר ידוע מ"ש ע"ז הרא"ש והריב"ש, שלא להשיב כי אם ליושב על המשפט כאשר יסתפק בדבר. וכן ראוי לצאת בעקבותיהם ולתקן גם אנחנו בהסכמה כולנו כן, ובזה כל העם הזה על מקומו יבא בשלום.

ובדומה, הזהיר המהר"ם פדווא (סי' ס) מפני בעלי דין הפונים בשאלה על 'ראובן ושמעון' לדיין כדי ללמוד מדבריו כיצד לשקר.

**4. בדרך קצרה ובלא העתקת השאלה.** הריב"ש עצמו, באותה תשובה שבה הוא

קובע את האיסור לענות לצד אחד (סי' ה), ממשיך וכותב:

אשיבך מעט בקצרה מבלי שאעתיק תורף השאלה, למען לא תלקח ראייה גמורה מדעתי...

דהיינו - גם לדעת ריב"ש, מותר להשיב לשואל "בקצרה" ומבלי להעתיק את השאלה. ריב"ש חושש שעקב פרסומו והשפעתו, עצם העתקת השאלה עם התשובה תהפוך להיות פסק דין שאי אפשר לערער עליו. כך נהגו גם שו"ת דרכי-נועם (חו"מ סי' כד), שו"ת באר-עשק (סי' ק) ושו"ת שבט-הלוי (חיי"י סי' רסו).

## 2. נסיבות מיוחדות המתירות

**א. מקום רחוק.** הריב"ש בתשובתו (סי' ה), לאחר שהסביר מדוע אין להשיב במעמד צד אחד, השיב בכל זאת תשובה מפורטת שכללה גם עצות מעשיות לשואל, ונימק זאת משום "להיות הדרך רחוק בינינו למען לא אשיבך ריקם", ובתוספת סייגים נוספים שהוזכרו לעיל. המב"ט (שו"ת ח"ב סי' כא) מבאר מהו ההיתר שיש במקום רחוק:

נהגו המורים כשהמקום רחוק להשיב, ואינם חוששים לכבודם אם תיסתר התשובה מפני חילוף הטענות, וגם נזהרים בדבריהם שלא ילמדו לשקר מתוכם ולא יהיו כעורכי הדיינים...

כלומר, אין חשש שתיגרם בושה לדיין לאחר שיתברר שיש שינוי במציאות המחייב שינוי בפסק, כאשר התשובה נענית מרחוק. ייתכן שבמציאות החיים כיום, היתר זה פחות משמעותי.

**ב. לא יבוא הדין לפניו.** כתב כנסת-הגדולה (הג' הטור יז, יט; וראו שו"ת מהר"ש לניאדו החדשות סי' ג שדן בדבריו):

ובזמנינו זה מנהג פשוט... ויראה שסמכו דכיון דאותו הדין לא יבא לפניו לדון, לית ביה חששא.

דהיינו - כל חכם שיודע שלא יישב באותו הדין, יכול לענות. יסוד הדברים כנראה בשו"ת מהרי"ל סי' קצה, ודן בזה בשו"ת באר-עשק סי' ק.

**ג. אפרושי מאיסורא וחילול השם.** המהרשד"ם (שו"ת יו"ד סי' קנג) כותב

שמותר לענות לצד אחד משום אפרושי מאיסורא:

אבל בענין אפרושי מאיסורא - אי בעי חד לידע לעצמו אי חייב אי לא, ליכא אפי' מדת חסידות...

וכך השיב גם בשו"ת עבודת-הגרשוני (סי' לד). בשו"ת חתם סופר (חוי"מ סי' כא) השיב במקום חילול השם, ובשו"ת שבות-יעקב (ח"ג סי' צט) השיב במקום של בזיון ת"ח.

**ד. להציל הניזק.** בתשובה נוספת (חוי"מ סי' רסז) עולה מהמהרשד"ם שצריך להודיע לניזק שהוא עלול להפסיד מחוסר ידיעה:

ועוד, שנשמכתי קצת על מ"ש הרא"ש... דמשמע קצת שאפילו בלא שאלה - מצוה על היודע לומר לניזק דינו כדי להצילו. ואף על פי שידעתי שעדיין יש לאומר שיאמר, מכל מקום נראה סמך גדול...

וכן במקרה של אדם שעומד מול רבים (שו"ת מהרשד"ם חוי"מ סי' תלו):  
גם דדבר מצוה הוא להודיע דין זה, כדי שהיחיד לא יגזול לרבים, גם הרבים לא יעשו עושק ונלוז ליחיד...

וראו גם בשו"ת שאילת-יעבץ (ח"א סי' קט), שהשיא עצה לאוהבו כדי שלא יפסיד בדין ויינזק שלא כראוי, וכך פסק גם ערוך-השולחן (חוי"מ יז, ח).

**ה. ממון שיש בו גם איסור.** היתר נוסף עולה מדברי המהרשד"ם (חוי"מ סי' תכב):

להיות נשאלתי לענין איסורא, דהיינו - אם לא יפרע ראובן הבגדים, אם עובר על השבועה, או אם יפרע לו במעות בעין, אם פטור מהשבועה; לכן גמרתי להשיב לשואלי דבר...

הרי שאם יש בדבר גם ענין של איסור שבועה, יש צורך להשיב. כך הוא גם כותב בתשובה נוספת (יו"ד סי' סא), כשהייתה לשאלה השלכה לענין ריבית.

**ו. לימוד להבא.** המהרשד"ם (חוי"מ סי' תלג) מחדש טעם נוסף להיתר:  
והאמת כי לא הייתי כותב על זה אם לא שנשבע לי השואל שאין כונתו רק לידע מה ישיב שולחו דבר, כדי שמכאן ואילך יזהר כל אדם להיות מבני ישראל אשר לא יעשו עולה כו'...

כלומר - לאחר שהתברר לחכם שהמטרה היא לדעת להימנע להבא מאיסור, הוא רשאי להשיב.

**ז. דין כללי.** טעם נוסף להיתר מובא אף הוא בשו"ת מהרשד"ם (חוי"מ סי' תלו):

להיות דין זה דבר כללי וצריך, ראיתי שלא להשיב פני שואלי ריקם.

כלומר - בדין כללי, שאינו תלוי במשא ומתן פרטי בין שני הצדדים, מותר לענות לצד אחד. טעם זה הוזכר ע"י פוסקים נוספים, כגון בשו"ת חוות-יאיר (סי' מה):  
 אם הנשאל אינו משיב בפרטות הנדון והטענות, רק בכלל דבר המשפט, כגון  
 בנדון הנ"ל שכותב מה שני"ל בדיני דגרמא וגרמי - נראה לי דמותר.  
 וכן כתב הנודע-ביהודה (מהדו"ק חו"מ סי' כ):

הנה דבר זה מפורסם בכל תשובות האחרונים, שאין להשיב בדיני ממונות  
 דרך שאלה ותשובה לאחד מהצדדים, אך לחוות דעתי דרך כלל בעסק מס דבר  
 הנהוג בכל המקומות... כי אם דבר הכולל לכל הקהלות...

הנודע-ביהודה חוזר על כך בתשובות נוספות (מהדו"ב חו"מ סי' מט; סי' נא), וכן  
 כתבו שו"ת שואל-ומשיב (א,ב,ב), שו"ת שמש-צדקה (סי' ח), שו"ת שבות-יעקב (ח"א  
 סי' קכד), שו"ת ודבר-שלום (חו"מ סי' א), שו"ת שופריה דיעקב (ח"ב חו"מ סי' מד)  
 ושו"ת אגרות-משה (חו"מ ח"א סי' ב; סי' עז).

**ח. דבר פשוט.** היתר נוסף שכותב המהרשד"ם, הוא להשיב לצד אחד על שאלה  
 פשוטה, שאין בה מקום לספק (חו"מ סי' כג).

**ט. השקטת קטטות.** שיקול נוסף במענה לצד אחד הוא השקטת קטטות. כך  
 כותב המהרשד"ם (חו"מ סי' קמ):

להיות מענין זה, היה נמשך מחלוקת גדול בין שני חשובי עירנו, גם כי הדין  
 כפי ההנחה הנזכרת הוא דבר פשוט ואין צריך לפנים, התרתי עצמי להורות  
 הדין, כי אולי מתוך זה ישביתו מריבות וקטטות.  
 וכן פסק גם ערוך-השולחן (חו"מ יז, ח).

**י. מענה לידידים ולאדם בדוק.** המהרשד"ם (חו"מ סי' רלז) כתב פסק בקיצור  
 לאוהביו, וכך נהגו גם החתם-סופר (חו"מ סי' קכא; סי' קמו), שאלת-יעבץ (ח"א סי'  
 קט) והמהרש"ג (ח"ב סי' צד).

קרוב לזה כותב בעל שו"ת מעיל-צדקה (סי' נג), לאחר שדחה סברות אחרות להקל:  
 "עם כל זה אמינא פוק חזי רבנן קשישאי שסמכו להשיב למי שהוא בדוק".

**יא. במקום שכבר נענתה תשובה מחכם אחר.** כך כתב רבי יוסף קארו בשו"ת  
 אבקת-רוכל (סי' פא):

ראיתי שאחד מחכמי העיר הזאת כתב תשובה לשאלה זו, ולא נראו לי דבריו.  
 ראיתי שאם אשתוק, מתוך שתיקתי ידינוני כמסכים לדבריו, ולכן אמרתי -

כשם שקיבלתי שכר על הפרישה, אקבל שכר על הדרישה, ולכן הוכרחת לצאת ממחיצתי...

וכן כתבו בשו"ת עבודת-הגרשוני (סי' עה) ובשו"ת באר-עשק (סי' צה; סי' קח).

**יב. שאלה שנשאלה בקצרה.** כתב בשו"ת חוות-יאיר (סי' מה):

שלא כתבו והזהירו הגדולים, רק כשנשלחו הטענות של כל אחד ואחד באריכות, מה שאין כן בשלא נכתב רק גוף התביעה ומה שהנתבע משיב.

**יג. דבר מועט שלא יבוא לידי בית דין.** כותב המהרש"ג (שו"ת ח"ב סי' קה):

כיון שהוא דבר מועט, ולא יבא הדבר לידי דין תוה"ק לפני הבי"ד, ורק השאלה הוא לידע לנפשיה איך הוא הדין עפ"י דין תוה"ק, אמרתי להשיב.

**יד. בירור מקום הדין.** כתב בשו"ת עבודת-הגרשוני (סי' מז):

אך ורק באשר שבני"ד, אם אין אנו משיבים להתובעים, לא ישיגו לברירת דינים, כי על דא הם מדיינים, ויהיה שורת הדין נלקה, ויש נספה בלא משפט מקומו ח"ו. ע"כ אמרתי - לא אחשה ואחזה דעתי הקלושה כאשר הורני מן השמיים ע"פ התורה, אמנם בדרך קצרה.

מכאן שאם לא ניתן לברר את מקום הדין ללא מענה, יש חובה לענות גם לצד אחד.

**טו. דבר מצוה.** כתב המהר"ם פדווא (סי' ס): "אכן בדבר שיש דררא דמצוה, לא

שתנו רבותי לבם לחששא זו". וכן כתב ערוך-השולחן (חו"מ יז, ח):

אבל אם החכם רואה שבהעדר תשובתו יתהוה קלקול מזה, כגון שהשואל רוצה לנתק קישורי תנאים ואם לא ישיב לו לאיסור ינתק הקישורי תנאים, וכיוצא בזה...

#### ו. סיכום ומסקנות

א. הרמ"א מכריע כדעת הריב"ש, שאסור לענות על שאלה בידי ממונות שנשאלת על ידי אחד מבעלי הדין בלא בעל הדין שכנגד. לאיסור זה נאמרו נימוקים רבים, ונראה שרבים מהפוסקים נהגו כך למעשה.

ב. מדברי הרשב"ש עולה שיש מנהג לענות גם לבעל דין אחד, ולדעתו זו אף חובה. כפי שפורט במאמר, ישנם מקרים רבים שבהם הפוסקים התירו להשיב.

ג. על כן נראה שמשיבים שהגיעו לידם שאלות הנוגעות לסכסוך בין אנשים, ותשובתם תלויה בבירור הטענות, יכולים לענות בקצרה, תוך הדגשה שהתשובה היא לא לפסק הלכה. כמו כן, רצוי שיתמקדו בנושאים הכלליים העולים בשאלה. יש להיזהר גם שלא ללמד טענות לבעלי הדין ושלא לכוון אותם מעבר למידע הבסיסי. במקרים מסוימים רצוי אף להימנע מתשובה בכלל, דהיינו במקרים שבהם ניכר למשיב שיש ניסיון להשתמש בתשובה באופן לא-ראוי. מאידך, כשניכר שאדם נקלע למצוקה וזקוק לייעוץ, ניתן לענות לו לפי הכללים שנתבארו במאמר (וכמובן שרצוי לצרף כמה מהם).

ד. שיקול נוסף שיש להתחשב בו הוא החסד שניתן לעשות בתשובה קצרה, המכוונת את השואל ומבהירה לו את מעמדו בדין תורה. תשובות כאלו אינן פסק הלכה, אלא ייעוץ ראשוני בנושא שמעסיק את השואל, שעשוי להשפיע על החלטותיו בהמשך. מטרתו של המשיב במקרים אלו היא לקרב את משפט התורה ולחזק את הפנייה וההיעזרות בבתי הדין לממונות על ידי קירוב מערכת זו וחוקיה גם לעולמו של השואל.

## ה. טעות בדין

אחת הבעיות הקשות בהלכה היא כיצד לפעול כאשר בית דין שפסק בין בעלי דין שבאו לפניו טועה בדינו.

בעיונו בנושא העלינו שניתן להבחין בשתי שיטות מרכזיות בנושא זה: האחת מתייחסת לפסק ההלכה כעובדה קיימת, ומתוך כך באה לדון בהשלכותיו. לשיטה זו צריך סיבה לבטל את פסק הדין, וללא סיבה כזו פסק הדין קיים וצריך לדון לגבי חיוב תשלומים לדיין. השיטה השנייה גורסת שעלינו לדון בדיין שטעה כמו בכל אדם שגורם נזק. ביטול פסק הדין נגזר מהשאלה אם הדיין יהיה חייב לשלם – שאז פסק הדין יישאר על כנו והדיין יחויב בתשלום. לפסק הדין לפי שיטה זו אין מעמד עצמאי אלא רק ביחס לשאלה אם ניתן לחייב את הדיין בתשלומים<sup>60</sup>.

### א. הסוגיות

#### 1. סוגיה א (סנהדרין לג,א)

המשנה בסנהדרין קובעת: "דיני ממונות מחזירין, בין לזכות ובין לחובה". מול קביעה זו מעמתת הגמרא משנה (בכורות כח,ב):

דן את הדין. זיכה את החייב, חייב את הזכאי, טימא את הטהור, טיהר את הטמא – מה שעשה עשוי וישלם מביתו.

ביישוב הסתירה נאמרו ארבעה תירוצים בגמרא:

- א. רב יוסף: לא קשיא, כאן במומחה כאן בשאינו מומחה.
- ב. רב נחמן: כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין.
- ג. רב ששת אמר: כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשיקול הדעת.
- ד. רב חסדא אמר: כאן שנטל ונתן ביד כאן שלא נטל ונתן ביד.

<sup>60</sup> הדין בסוגיה זו נמצא בטור ובשו"ע חו"מ סימן כה, וכל ההפניות הסתמיות לטור, לשו"ע ולמפרשיהם מכוונות לסימן זה. עיקר הסוגיא מקומו בסנהדרין על כן ההפניות הסתמיות לדברי הראשונים מכוונות לחידושיהם על מסכת סנהדרין. ספר יסודי בנושא הוא קונטרס שנכתב על-ידי הגאון ר' חיים יונה תאומים, ובו קובץ השגות על שיטת הש"ך בסוגיה זו. הספר הודפס לראשונה בחיי המחבר, בשנת תפ"ד. השתמשנו במהדורת מכון משנת רבי אהרן, שנדפסה בקובץ "נטע משפט זכרון שלמה" ב, בתוספת הערות. להלן יכונה הספר "קונטרס רח"י".

ניתוחם של התירוצים יעמוד במרכז הדיון במאמר.

## 2. סוגיה ב (בכורות כח, ב)

המשנה בבכורות עוסקת באותו פרק בחיובי אדם שהתיר לשחוט בכור אף שלא היה מוסמך להתיר זאת. המשנה קובעת שעליו לשלם, ומתוך כך דנה גם בדיין: דן את הדין. זיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור וטיהר את הטימא – מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם. בגמרא מתקיים דיון, מכוח מה מתחייב הדיין לשלם: לימא תנן סתמא כר' מאיר, דדאין דינא דגרמי. א"ר אילעא אמר רב: כגון שנשא ונתן ביד.

המשנה בהמשך מביאה גם דוגמה מעשית:

ומעשה בפרה שניטלה האם שלה והאכילה רבי טרפון לכלבים, ובא מעשה לפני חכמים ביבנה והתירוה, שאמר תודוס הרופא: אין פרה וחזירה יוצאה מאלכסנדריא של מצרים, שאין חותכין האם שלה בשביל שלא תלד. אמר רבי טרפון: הלכה חמורך טרפון, אמר לו ר' עקיבא: ר' טרפון, אתה מומחה לב"ד וכל המומחה לב"ד פטור מלשלם.

## 3. סוגיה ג (סנהדרין ה, א)

הגמרא דנה בשאלה מי רשאי לדון יחידי, וכן מי נפטר מתשלומין במקרה של טעות: ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי. אמר רב נחמן: כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי. וכן אמר רבי חייא: כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי. איבעיא להו: כגון אנא דגמירנא וסבירנא ונקיטנא רשותא, אבל לא נקיט רשותא דיניה לא דינא, או דילמא אף על גב דלא נקיט רשותא דיניה דינא? תא שמע, דמר זוטרא בריה דרב נחמן דן דינא וטעה. אתא לקמיה דרב יוסף, אמר לו אם קיבלוך עלייהו לא תשלם, ואי לא זיל שלים שמע מינה כי לא נקיט רשותא דיניה דינא שמע מינה. אמר רב האי: מאן דבעי למידן דינא, ואי טעה מיבעי למיפטרא לישקול רשותא מבי ריש גלותא. וכן אמר שמואל לשקול רשותא מבי ריש גלותא.

מסוגיה זו עולה שאף שמומחה יכול לדון יחידי, לעניין חיובו בתשלומים הוא נפטר רק כאשר הוא מקבל רשות לדון.



**4. סוגיה ד (סנהדרין ו,א)**

הגמרא דנה בסמכות לדון :

אמר רבי אבהו : שנים שדנו דיני ממונות לדברי הכל אין דיניהם דין. איתביה רבי אבא לרבי אבהו : דן את הדין וזיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור, טיהר את הטמא – מה שעשה עשוי ומשלם מביתו. הכא במאי עסקינן? דקיבלוהו עליהו. אי הכי אמאי משלם מביתו, דאמרו ליה דיינת לן דין תורה.

מסוגיה זו עולה שבמקרה של קבלה, אדם יכול לדון ואף ייפטר מתשלום, אלא אם בנוסח הקבלה הייתה התניה שישלם במקרה טעות. לאחר שהצגנו את הסוגיות השונות, ניכנס לניתוח השיטות.

**ב. ביאור החילוק בין מומחה לשאינו מומחה**

התירוץ הראשון שהעלתה הגמרא לסתירה שבין המשניות הוא תירוץ של רב יוסף, שמחלק בין מומחה לשאינו מומחה. בביאור התירוץ, וכן בגרסת הגמרא, נחלקו הראשונים.

**1. שיטת רש"י**

רש"י (שם ד"ה במומחה) מבאר את התירוץ כך :

במומחה – יש בו כח לחזור, ולא מצי למימר ליה בעל דין : אנא כי טעמא קמא דידך עבדינא, אבל בשאינו מומחה מצי אמר ליה : מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר, דילמא קמא עיקר ובהאי הוא דטעית.

כלומר, לדברי רש"י המשנה בסנהדרין שנותנת כוח לדיין לחזור עוסקת במומחה. הוא מבאר שהסיבה לכך שרק כשהדיין מומחה מחזירין אותו אינה רק בגלל שהטעות ברורה יותר, אלא היא נעוצה בעמדה שנוקט בעל הדין ביחס לדיין. נראה שלשיטתו של רש"י לפסק הדין יש תוקף מחייב, ולבעל הדין שקיבל את פסק הדין אין אפשרות לפעול אחרת ממנו, אלא אם יתברר שאכן הוא מוטעה – דבר שיכול להיעשות רק על-ידי נתינת פסק דין נוסף; אך כדי לתת תוקף לפסק הדין השני הוא חייב להיות בעל משמעות שאינה תלויה בקבלת בעל הדין, אלא בידע תורני מובהק של "מומחה". לאור פירוש זה, הגרסה בגמרא בהמשך היא כך :

ובמומחה מחזירין? והקתני אם היה מומחה לבית דין פטור מלשלם. כלומר, הגמרא שהעמידה את המשנה בבכורות במי שאינו מומחה, ולכן דינו דין וחייב לשלם, מביאה את סופה של המשנה בבכורות, שבה נקבע שמומחה לבית דין פטור מלשלם. ומבאר רש"י (ד"ה פטור):

פטור מלשלם – אלמא מה שעשה עשוי, ומיהו פטור מלשלם דכיון דמומחה הוא מזלא בישא, דההוא גברא גרם ליה למיטעי.

כלומר, כיוון שאצלנו במשנה נקבע שמומחה יכול להחזיר את הדין, לא מובן מדוע במשנה שם המומחה ממשיך לקיים את דינו, שהרי המשנה נדרשת לפטור אותו מתשלום, ואם הדין חוזר ברור שלא ישלם.

על כך בא תירוצו של רב נחמן, שמשלים את דברי רב יוסף ומחלק בין שני סוגי מומחים. המומחה הגדול ביותר – שאין מי שיחזיר את פסקו, והמומחה הרגיל – שיש מומחה גדול ממנו. ומבאר רש"י:

יש גדול הימנו – אותו גדול מחזיר דבריו של זה, דיש בו כח לבטל. אין גדול ממנו – לא ציית ליה בעל דין לאהדורי עובדא, ואפילו זה אומר טעיתי, לאו כל כמיניה.

כלומר, סמכות בירור הטעות איננה יכולה להיות בידיו של הדיין הפוסק בעצמו, אלא היא חייבת להיות בידי גורם חיצוני בדרגה תורנית גבוהה יותר, שיכול לבטל את הדין. בכל מקרה המומחה פטור מלשלם, ודאי אם הוא המומחה הגדול ביותר. שאלת חיוב התשלומים עולה אך ורק ביחס לאדם שאינו ראוי לדון, ובו אנו דנים מדין מזיק.

יש מקום לדון, לפי שיטתו של רש"י, בשאלה מדוע מותר לבעל הדין להחזיק בידיו את החפץ שלדברי הדיין נמצא בידו כתוצאה מטעות בדין. הרי אם הדיין צודק, בעל הדין עובר על איסור גזל. כמו כן ניתן להוסיף ולשאול מכוח איזו זכות יכול בעל הדין לדרוש בירור של גורם מוסמך יותר, כאשר הדיין שלפניו קובע באופן ברור שהייתה לו טעות בדין.

נדמה שהתשובה לשאלה זו היא שלדעת רש"י יש משמעות לפסק הדין הראשון כגילוי של עמדת ההלכה. שינוי של פסק דין אינו יכול להיעשות אפילו על-ידי הדיין שפסק אותו, כיוון שנדרשת הכרעה חיצונית בבירור האמת ההלכתית. הסיבה לכך שלפסק הדין יש משמעות יכולה להיות אחת משתי אפשרויות:

- א. ההלכה איננה מדע מדויק, וההכרעה בין שתי סברות איננה תמיד חד-משמעית. על כן משנתן הדיין את פסיקתו יש לה תוקף, אף-על-פי שהיה בידו לתת גם את ההכרעה ההפוכה. כלומר, העובדה שהוא בחר בפסיקה הזו בדווקא היא המחייבת, ולא ההיגיון שיש בהכרעה זו יותר מאשר בשנייה.
- ב. המצווה לדון מחייבת שבידי הדיין יהיה כוח לפסוק, וממילא לפסק הדין שניתן לפי כוחו ויכולתו יש תוקף של הלכה, וניתן לשנותו רק על-ידי אלו שמוסמכים לדון יותר ממנו.
- נסכם את העולה מדברי רש"י: פסק הדין הוא דבר העומד בזכות עצמו, ושאלת ביטולו או קיומו נקבעת על-ידי תלמידי חכמים שיש להם היכולת לעסוק בפסיקה. חיוב התשלומים נוצר כאשר אדם שאינו מוסמך כראוי עוסק בדין ובא לידי טעות.

## 2. שיטת הרי"ף

לעומת שיטת רש"י, עומדת שיטת הרי"ף (י,א מדפי אלפס):

וכי קתני מחזירין בשאינו מומחה, והא דקתני מה שעשה עשוי ומשלם מביתו במומחה. מומחה הא קתני סיפא, אם היה מומחה לרבים פטור מלשלם. כלומר, רב יוסף מעמיד את המשנה שמחזירין במי שאינו מומחה, ואת המשנה שאין מחזירין במומחה. לדעת הרי"ף, קל יותר להחזיר את הדיין שאינו מומחה, ואילו בדיין המומחה מה שעשה עשוי וחייב לשלם. הוא אינו גורס בהמשך הגמרא, כמו רש"י, את הקושיה "ובמומחה מחזירין", אלא קושיית הגמרא לפי פשוטה היא מה החילוק בין ראש המשנה, שמחייב מומחה, לסופה, שפוטר את המומחה; ורב נחמן מסביר שאם יש גדול ממנו דינו דין והוא חייב לשלם, ואם אין גדול ממנו הוא פטור מלשלם.

למסקנה, הרי"ף דוחה את תירוציהם של רב יוסף ורב נחמן מההלכה. הסיבה לכך שהרי"ף אינו מקבל את תירוציהם נובעת מתפיסתו להלכה את הסיבה להחזרת הדין, וכפי שהוא כותב בביאור תירוצו של רב חסדא (שם):

וטעמא דהא מילתא משום הפסד ממונו של בעל דין, דהיכא דלית ליה פסידא לבעל דין, כגון שנשא הדיין ונתן ביד, דחייב לשלם מביתו, אמרינן מה שעשה עשוי; והיכא דאית ליה לבעל דין פסידא, כגון שלא נשא הדיין ונתן ביד, דאינו

חייב לשלם, לא אמרינן מה שעשה עשוי אלא מחזירין, בין לזכות בין לחובה. והדין הוא טעמא דרב חסדא והכין היא הלכתא.

כלומר, הרי"ף קובע שהדיון היסודי במצב של טעות הוא ביחס לתקנת בעל הדין. במקרה שאפשר לפצות אותו משאירים את הדין על כנו, ואילו במקרה שאי אפשר לפצות אותו, כיוון שהדין לא עשה מעשים שמגדירים אותו כמזיק, במצב כזה מחזירים את הדין.

מובן שתפיסה זו – שיוצאת מנקודת המבט של בדיקת חיוב הדין בתשלומים, ומתוך כך מכריעה בשאלת קיומו של פסק הדין – איננה תואמת את המהלך שעליו מדברים רב יוסף ורב נחמן. לדעתם, לפי פירושו של הרי"ף, ככל שהדין מומחה יותר יש יותר קיום לפסק דינו, ולכן דיין שאינו מומחה מחזירין את דינו, ואילו דיין מומחה – מה שעשה עשוי; אם יש גדולים ממנו מחייבים אותו לשלם ואם לאו אינו חייב לשלם<sup>61</sup>.

נמצא שהרי"ף מעמיד את היסוד לכל הנושא בתקנת חכמים שקובעת מתי קיים הדין לפי הצרכים של בעלי הדין.

### 3. שיטת בעל המאור

בעל "המאור" (יב מדפי אלפס) קיבל את גישתו של הרי"ף ביחס לבדיקת החיוב הממוני תחילה, אך דחה את פסיקתו של הרי"ף כרב חסדא ופסק כרב יוסף ורב

<sup>61</sup> עיין בחידושי הר"ן (לג. ד"ה אבל) שדן בפירושו של הרי"ף ומציע דרך לבאר את תירוץ רב יוסף ורב נחמן גם לפי פירושו של הרי"ף. לדבריו, המשנה בסנהדרין שמחזירין עוסקת באדם שאינו דיין כלל, שגם לדעת הרי"ף בבבא חמישאה מחזירין את דינו; והמשנה בבכורות שפוטרת מתשלום את מי שאין גדול ממנו עושה זאת משום שהוא כאילו נקט רשותא – דבר שגם לדעת הרי"ף מועיל כדי לפטור מתשלום. לפי הסבר זה כותב הר"ן שהרי"ף יכול היה לפסוק גם את תירוץ רב יוסף ורב נחמן, אך בסופו של דבר הוא דחה אותם להלכה, מפני "דרב חסדא, שקיימא לן כוותיה, סבירא ליה שלעולם אין בעל הדין מפסיד, ולפי רב יוסף ורב נחמן הוא מפסיד".

לכאורה, מסקנת דבריו אינה מובנת, שהרי אין נפקא מינה לדינא (אלא אם נאמר שהרי"ף אינו מקבל את החידוש שאין גדול הימנו נחשב כנקיט רשותא). אך נראה שלאור מה שביארנו למעלה, ניתן להבין שהגישה שלהם שונה, והיא כשיטת רש"י, שאינה מקובלת להלכה על הרי"ף. ואולי זו כוונת הר"ן. ועיין גם בחידושי רבינו יונה, שביאר את תירוץ רב יוסף לשיטת הרי"ף, שמומחה אלים דיניה ושאינו מומחה לא אלים בידיה – כולי האי והוא כפי הבנתנו ברי"ף, שלדעתו רב יוסף ורב נחמן דנים בהחזרת הדין בתחילה, ולאחר מכן על התשלומים, ולכן אין הלכה כמותם.

נחמן, כפי שראינו בפרק הקודם. הרי"ף לפי גרסתו דחה את תירוציהם, שלדבריו הם חולקים מהותית על שיטת רב חסדא. בעל "המאור", שמקבל את דרכו של הרי"ף אך פוסק כרב יוסף ורב נחמן, מוכרח אפוא להציע פירוש שונה מהרי"ף. והוא אכן מפרש את תירוציהם בדומה לרש"י, אך מטעמו של הרי"ף:

דכיון דתנא ליה דיני ממונות בשלושה, ואמר דאי אפשר דליכא בינייהו חד דגמיר או סביר נמי ההוא חד, לא צריכי למינקט רשותא ולא קבלה, והוה להו כב"ד מומחה, שהוא פטור מלשלם, דהוה ליה כאנוס בטעותו, וכיון שהוא פטור מלשלם מחזירין את הדין כדי שלא יפסיד בעל הדין. ומתניתין דהתם בבכורות בשאינו מומחה שהוא חייב לשלם, ולפיכך מה שעשה עשוי.

כלומר, המשנה בסנהדרין מדברת בבית דין של שלושה, שאי אפשר לחייבו בתשלום, ולכן מחזירין את הדין. ומוסיף בעל "המאור" להסביר שהתירוץ של רב נחמן משלים את דברי רב יוסף, שאם יש גדול שיכול לברר את טעות המומחה – חוזר הדין, ובבכורות, שאין מי שיברר את הטעות – מה שעשה עשוי ופטור מלשלם.

#### 4. פירושים נוספים בדרכו של רש"י

נוסיף עוד פירוש שמופיע בראשונים, בחידושי רבנו יונה (לג. ד"ה מתניי) וב"נמוקי יוסף" (י: מדפי אלפס ד"ה אמר), שרב נחמן בא להוסיף ביאור בדברי רב יוסף, כלומר רב יוסף הגדיר חילוק בין מומחה לשאינו מומחה, ורב נחמן הסביר שחילוק זה הוא בשאלה מי הדיין שמחזיר את הדין. במשנה בסנהדרין מחזירין מפני שיש מומחה שמחזיר את הדיין, והוא "גדול ממנו", ובמשנה בבכורות אין מומחה שגדול ממנו, ולכן הדין נשאר, והדיין ההדיוט משלם והמומחה פטור. פירוש זה בוודאי הולך בשיטתו של רש"י. ההשלכה ההלכתית שלו היא לגבי היחס לדיין שאינו מומחה, שאם יש גדול הימנו מומחה מחזירין אותו. וכך אכן כתב ה"נמוקי יוסף" (יב. מדפי אלפס ד"ה ולענין) בשם הרא"ה להלכה, שהגדול מחזיר גם את מי שאינו מומחה.

פירוש מחודש נוסף לדברי רב נחמן מופיע ברמ"ה בשם רבנו שלמה<sup>62</sup>, והרמ"ה הסכים לדבריו. לפי פירוש זה, כשיש גדול בחכמה יותר מהדיין אין מחזירין את

<sup>62</sup> בספר "מאה שערים" לבעל ה"עיטור" (שהרמ"ה מפנה לספריו ב"יד רמה" למסכת סנהדרין) נתפרש שבעל הפירוש הזה הוא רבי שלמה בן היתום. מחכם זה יש בידינו חיבור על מסכת מועד קטן.

הדין, כיוון שהדיין אינו נאמן לומר שטעה, ואם אין גדול בחכמה ממנו הוא נאמן לומר שטעה. הרמ"ה מסביר שההיגיון בתירוץ זה מסתמך על מה שעולה מדברי רב יוסף, שככל שאדם מומחה יותר יש בידו להחזיר את הדין, ולכן דווקא כאשר הדיין גדול יותר יש בידו כוח לחזור מדבריו. הרמ"ה מעמיד את הדין דווקא בבית דין שרוצה לחזור בעצמו, ולא כאשר בית דין אחר רוצה לבטל את דבריו. לכאורה, פירוש זה נוטה גם הוא לשיטת רש"י, אך יש מקום לדון עוד בשיטת הרמ"ה.

### 5. סיכום

ראינו שתי שיטות מרכזיות ביחס לטעות הדיינים. שיטת רש"י, שפסק הדין שהדיין נתן עומד בתוקפו גם כאשר הוא מתברר על-ידי הדיין כטעות, ורק ערכאה גבוהה יותר יכולה להביא לביטולו על-ידי פסק חדש; ולעומתה שיטת הרי"ף, שלפסק הדין המוטעה אין כל תוקף, כיוון שהוא אינו מייצג את עמדת ההלכה, והדיין שנתן את פסק הדין המוטעה מעל בתפקידו וממילא דינו בטל. לאור הסבר זה, בכל מקום שבו פסק הדין קיים הדבר נובע מתקנת חכמים שנתנו תוקף לפסק הדין כדי לאפשר לבעל הדין שניזוק מהפסק המוטעה לתבוע מהדיין פיצויים על הנזק שנגרם לו. ראינו שבעל "המאור" הלך בשיטת הרי"ף, אם כי הוא סלל דרך חדשה בביאור הגמרא, ומאידך גיסא הרמ"ה וראשונים נוספים נקטו בדרכו של רש"י. נמשך לעקוב אחר השלכות נוספות מדיון זה בתירוצי הגמרא הנוספים לסתירה בין המשניות.

### ג. טעה בדבר משנה

התירוץ של רב ששת שמחזירין טעות בדבר משנה מובן היטב לפי ביאורו של רש"י ש"אין דינו דין", ואילו לפי דברי הרי"ף אינו מובן ההבדל בסיבת הטעות, שהרי לפי דבריו העיקר הוא טובת בעל הדין. אכן, הרי"ף אינו מקבל אותו כתירוץ לסתירה במשנה, שכן לדבריו התירוץ של רב חסדא הוא התירוץ היחיד שמתקבל. אך להלכה הרי"ף מודה שמחזירין טעות בדבר משנה, כפי שעולה מסוגיות אחרות בש"ס, שנקטו כדבר פשוט שמחזירין בטעות בדבר משנה. נראה לומר בביאור שיטתו, שגם הוא מודה שלעתים יש דין שאינו דין כלל, כפי שנראה בדבריו להלן ביחס לדיין שלא גמיר ולא סביר. בפרק הבא נעלה סברה נוספת בעניין זה לשיטת הרי"ף.

**ד. נשא ונתן ביד**

התירוץ של רב חסדא, שמחלק בין מי שנשא ונתן ביד למי שלא נשא ונתן ביד, מהווה מוקד לדיון נרחב בראשונים. ניתן להציע בו שתי הבנות שונות:

א. רב חסדא מתייחס לדין, ולדעתו זה מתקיים רק כאשר הדין מיישם את פסיקתו.

ב. רב חסדא דן מתי לחייב את הדין, ולפי זה הוא קובע אם הדין חוזר. ממילא הגדרת מעשה מחייב נעשית לפי דיני נזיקין, רק כאשר יש מעשה נזק בידיים.

שתי הבנות אלו הן לפי שני הכיוונים שהעלינו לעיל ביחס לביטול דין מוטעה. ראינו שלדעת רש"י הדין קיים גם כאשר הוא מוטעה, וניתן לבטלו רק על-ידי פסק דין נגדי. לשיטתו צריך לומר שרב חסדא מוסיף תנאי כדי שפסק הדין יתקיים, והוא יישומו על-ידי הדין. רק אז אכן יידרש פסק דין שיבטל אותו. לשיטת הר"ף, לעומת זאת, הדין המוטעה בטל מאליו, והדיון הוא רק ביחס לחיוב הדין בתשלום. לפי שיטתו, רב חסדא דורש גם מעשה בידיים כדי לחייב את הדין בתשלום על הנזק. יש לציין שגם לשיטת רש"י, שעוסקת בקיומו של הדין, ישנה משמעות לדיון בשאלה מתי הדין חייב – אם על דיבורו, או רק כאשר הוא עושה מעשה בידיים. נבחן מהן דעות הראשונים בשאלות אלו:

**1. שיטת הגאון והר"ף**

הר"ף (יב: מדפי אלפס) הביא את דברי הגאון בעניין זה:

וחזינן ליה נמי דקאמר דהאי דאוקימנא למתניתין דדן את הדין זיכה את החייב וכו' בשנשא ונתן ביד, כי היכי דלא ליסתמוה כר' מאיר, דדאין דינא דגרמי, והשתא דסבירא לן כר' מאיר, מי שאינו מומחה שטעה בשיקול הדעת אע"פ שלא נשא ונתן ביד – אם אין הדבר מצוי שיחזור לחבירו ונתברר כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד הרי הוא חייב לשלם.

כלומר, הגאון טען שלהלכה אנו פוסקים כרבי מאיר, שמחייב דינא דגרמי, וממילא אם יש סיבה לחייב תשלומים נעשה זאת גם ללא מעשה נזק בידיים. על כך משיב הר"ף:

והאי סברא נמי ליתיה דהאי דאמר ר' אלעא אמר רבא: מתניתין דתנן מה שעשה עשוי וישלם מביתו והוא שנשא ונתן ביד – דברי הכל הוא, ואפילו לר"מ, דכי אית ליה לר"מ דינא דגרמי בדינא דנזיקין הוא דאית ליה הכי, אבל גבי דינא לית ליה האי סברא, דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם. ועוד, אי משום דינא דגרמי דמחייבת ליה, אפילו טעה בדבר משנה נמי, אם אין הדבר מצוי שיחזור לבעליו ונתברר כי הוא גרם לממון של זה שיאבד לדבריו יהא חייב, ולמה יהא פטור, והלא הוא גם הוא גורם לאבד ממונו של זה. וכי מפני שטעה בדבר משנה יהא נשכר? ועוד דהא רב חסדא נמי אוקמה למתניתין בשנשא ונתן ביד ולא לדחוייה מדרי' מאיר קא בעי אלא בסברא דקושטא קא מוקים לה למתני' ואוקמתא דסמכא קא מוקים לה, ולא אוקמתא דדחייה בעלמא, הלכך דינא כדקא מוקים רב חסדא, וליכא למינד מינה ולית בה ספיקא.

כלומר, הרי"ף טוען שביחס לדיין אין לדון בדיני נזיקין ואין להתייחס לטעותו כאל נזק משלוש סיבות:

- א. שהרי לו היה כך אנשים לא היו מוכנים להיעשות דיינים.
- ב. לא היינו פוטרים טעות בדבר משנה.
- ג. מסוגייתנו נראה שזהו תירוץ למשנה אף אליבא דהלכתא, שהיא כרבי מאיר.

## 2. שיטת בעל "המאור"

בעל "המאור" קיבל את דברי הגאון והכריע כפשט הסוגיה בבכורות, שהאוקימתא נצרכת כדי להעמיד את המשנה כחכמים, ואילו לדעת ר' מאיר הדיין שטעה חייב אף על דיבורו. הוא מיישב את הקושי השני שהעלה הרי"ף, שנראה לו כקושי העיקרי, מדוע בדבר משנה פוטרים את הדיין, וטוען שבמקרה של טעות מובהקת כל-כך האחריות מוטלת גם על כתפי בעלי הדין, לבדוק אם הדין נכון (תירוץ זה הובא בשמו גם בתשובות הרשב"א ב, שע). הראב"ד בספר "כתוב שם" והרמב"ן ב"מלחמות ה" דוחים יישוב זה בחריפות. לדבריהם, אי אפשר לסמוך על בעלי דין, שאין להם שום ידע תורני, שיהיו מסוגלים לזהות טעות אצל הדיינים שדנים אותם.



### 3. שיטת ה"עיתור" והרמ"ה

הרמ"ה (לג. ד"ה והרב רבינו) תירץ באופן אחר את קושיית הרי"ף: לאו קושיא היא, דהתם כיון דאילו איתיה בעיניה הדר ודיניה לאו דינא לאו כלום עבד, ולא מחייבין ליה, כדקאמר גבי פרה דרבי טרפון, דשמעת מינה דכל היכא דהדר דינא לא עבד ולא כלום.

וכן כתב ה"עיתור" ליישב את קושיית הרי"ף, ואף ציין שישנן נוסחאות ברי"ף שאין מופיעה בהן הקושיה הזו. והובאו דבריו גם בש"ך (ס"ק יד אות ב). כלומר, טעות בדבר משנה מהווה סימן לכך שהדין אינו דין כלל, ולא ייתכן לחייב את הדיין על טעותו. לכאורה, זהו תירוץ פשוט. הש"ך התקשה מדוע הרי"ף לא שת לבו לחילוק זה, ואנו נוסיף לתמוה מדוע בעל "המאור" נדחק ליישב בדרך אחרת, שהראשונים התקשו בה מאוד.

נראה שהרי"ף הקשה על הגאון בעקבות תפיסתו העקרונית השונה בכל הסוגיה. כפי שראינו קודם, הרי"ף אינו מתייחס לפסק הדין אלא הוא עוסק בשאלה אם ניתן לחייב את הדיין בדיני נזיקין, ומתוך כך הוא מברר אם הדין קיים. לאור גישה זו לא היה אמור להיות הבדל מהותי בין סוגי הטעויות, וגם בטעות בדבר משנה היינו אמורים לחייב דיין שנשא ונתן ביד. אך להלכה הרי"ף פוטר מומחה שקיבלוהו ונשא ונתן ביד אם טעה בדבר משנה, והוא מאולץ לפסיקה זו בעקבות ראיות מסוגיות שונות שמחייבות אותו לפסוק כרב ששת, ולהכריע שהדין בטעות בדבר משנה אינו דין כלל, ולכן אף אם הדיין נושא ונתן ביד הוא פטור שכן הוא נדרש לפעול בעקבות דין כלשהוא.

אבל ביחס לשיטת הגאון, שסובר שיש לחייב משום פסק דין אף ללא מעשה של "נשא ונתן ביד", הרי"ף אינו יכול לקבל חילוק בין טעות בדבר משנה וטעויות אחרות שהרי פסק הדין המוטעה הוא עצמו הנזק והמבחן של חיוב התשלומים הוא עשיית מעשה נזק, ורק לאחר מכן דנים בתוקפו של פסק הדין.

זוהי הסיבה שבעל "המאור" אינו מיישב את הגאון בחילוק זה; מפני שבעל "המאור" קיבל את גישתו העקרונית של הרי"ף, אף שדחה את פסיקתו ביחס לרב חסדא.

והנה, הש"ך התקשה כיצד הרי"ף לא שת לבו לחילוק זה שבין דבר משנה לשיקול הדעת, וכיצד הקשה על הגאון, ותירץ שהרי"ף למד כשיטת התוספות (שתובא להלן)

את הסוגיה, וסבר שלדעת רב ששת מחייבים לרבי מאיר גם במי שטעה בדבר משנה. ולדברינו אין צורך להידחק בזה, שהרי הרי"ף הבין לשיטתו את יסודות החיוב, וסבר שלא ניתן להבין את החילוק שבין דבר משנה לשיקול הדעת לפי שיטת הגאון.

#### 4. שיטת התוספות והרא"ש

שיטה נוספת בביאור הסוגיה נמצאת בתוספות (בבא קמא ק. ד"ה טיהר) וברא"ש (סנהדרין פרק ד סימן ה), וגם הובאה בקיצור בתוספות בסנהדרין (לג. ד"ה השתא):  
ונראה לפרש דכל היכא דקם דינא, אפילו בדבור, חשיב כמעשה ולא כגרמא ומחייב אפילו לרבנן. אבל היכא דאילו הוה קמן הוה הדר, כגון מראה דינר וכגון טעה בדבר משנה – לר"מ חייב ולרבנן פטור, דהא ודאי גרמא הוא מה שהאכילו אחרי כן על פיו, או מה שעירבו עם פירותיו וסוגיא דסנהדרין כרבנן. והא דבעי הכא לאוכוחי דר"מ דאין דינא דגרמי, מטיהר את הטמא דייק, דחייב חכם במה שעירבם בעל הבית עם פירותיו. ומחייב את הזכאי, דחייב חכם אמאי דשילם זכאי אחר כך. אבל טימא את הטהור וזיכה את החייב דבדבורו של חכם – מה שעשה עשוי, חייב לשלם אפילו לרבנן, דלא דייני דינא דגרמי. וכן בפרק עד כמה (בכורות כח:), דקאמר לימא תנן סתמא כר"מ משום טיהר את הטמא וחייב את הזכאי קאמר, ולא משום טימא את הטהור וזיכה את החייב.

כלומר, לדעת התוספות חכמים מודים בחיוב נזיקין במקרה של טעות בשיקול הדעת, אף אם לא נשא ונתן ביד; והמחלוקת בין ר"מ לחכמים היא רק ביחס למי שטעה בדבר משנה, שפסק הדין המוטעה אינו נקרא פסק דין, וכן למי שטיהר את הטמא וטעה בשיקול הדעת – שלא גרם נזק ישיר בטעותו אלא רק לאחר שהפירות התערבו באחרים וגרמו להם טומאה, ואז רבי מאיר מחייב ודעת חכמים שחייב רק אם נשא ונתן ביד.

נראה שהיסוד לדברי התוספות הוא שהדין הוא דבר בר קיימא, שיש להתייחס אליו כאל פעולה שנעשתה במציאות, ורק בטעות בדבר משנה יש פגם בסיסי בדין שמוציא אותו מכלל המושג דין ומעביר את הדיון לתחום של נזק על-ידי גרמי. שיטה זו ממשיכה את הכיוון שראינו בדברי רש"י, שפסק הדין הוא בעל משמעות גם כאשר

הוא מוטעה, ולכן עצם פסק הדין נחשב כמעשה ומהווה סיבה לחיוב כאשר נגרם נזק בעקבותיו.

### ה. פסיקת ההלכה

מתוך הדברים שהבאנו עד עתה עולות כמה שאלות ביחס לפסיקת ההלכה. נרחיב בהבנת פסיקות הראשונים, ונבדוק כיצד כל אחד מהם מביא את שיטתו לידי ביטוי בפסיקה ובראיות השונות שסביב הדיון ההלכתי.

#### 1. שיטת הגאון

נתחיל בשיטת הגאון, שהביא הרי"ף (י. מדפי אלפס), המצוטט בפרק הקודם. הגאון הכריע דלא כרב חסדא, ולדבריו אנו מחייבים דיין גם כאשר לא נשא ונתן ביד. הוויכוח בינו לבין הרי"ף הוא בשאלה אם לר' מאיר, שמחייב בדינא דגרמי, צריך מעשה כדי לחייב, או שפסק הדין לבדו מהווה סיבה לחייב. ויכוח זה, כפי הנראה יסודו בשאלה כיצד להתייחס לדברי רב חסדא: אם רב חסדא ממשיך את הכיוון שהעלה רב (בכורות כח:), שמעמיד את המשנה גם לשיטת חכמים, וגם כאן במסכת סנהדרין הוא ממשיך את שיטת חכמים; ולהלכה שפוסקים כר' מאיר אין לחלק בין מי שנשא ונתן ביד למי שלא נשא ונתן ביד וחייב על הנזק שגרם בדיבורו – או שרב חסדא אומר את דבריו לכולי עלמא, והוא חולק על שיטת רב בבכורות. יש לציין שגם הרא"ש (סנהדרין פרק ד סימן ה) קיבל את דברי הגאון.

#### 2. שיטת הרי"ף

הרי"ף פסק כרב חסדא, וסבר שרב חסדא אמר את דבריו אף לשיטת חכמים, ואינו ממשיך את הכיוון שהעלה רב בבכורות. את הסיבה לכך שלדעת הרי"ף הדיין חייב רק אם נשא ונתן ביד מבאר הרמב"ן ב"מלחמות ה'" (י: מדפי אלפס): "דמצוה רבה עביד, ורחמנא אנסיה ופקדיה למידן להו דינא וליביה אנסיה למיטעה"<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> עיין גם בחידושי הרי"ן (לג. ד"ה רב חסדא), שהרחיב בביאור דברי הרמב"ן והרי"ף.

הרי"ף לפי שיטתו העקרונית מבין שרב חסדא מדבר בהכרח על חיוב התשלומים שקיים גם לר' מאיר רק כאשר יש מעשה בידיים, ומתוך חיוב התשלומים מגיעים להחזרת הדין, שכאשר הדיין פטור מחזירים את הדין.

הרמב"ן ב"מלחמות ה"י מציע הסבר נוסף לשיטת הרי"ף, שלפיו למסקנה רב בבכורות מעמיד אף הוא אליבא דחכמים. כלומר, הגמרא פתחה בהנחת יסוד שחכמים שאינם מחייבים בגרמי אינם מחייבים גם בטעות של דיינים, ועל כן המשנה שמחייבת תשלום לדיין שטעה אינה כמותם. רב אילעא בשם רב העמיד את המשנה במי שנשא ונתן ביד, וממילא המשנה היא כחכמים וגם כר' מאיר, מפני שאם הדיין לא נשא ונתן ביד הדין חוזר וממילא גם אין נזק, ואף אם הדין אינו יכול לחזור, זה כבר לא נקרא נזק של גרמי מפני שהוא ראוי לחזור. כך מצאנו בגמרא ביחס לרבי טרפון, שאם הדין ראוי לחזור איננו מתחשבים במציאות שהוא כרגע אינו יכול לחזור. על כך מוסיף הרמב"ן (שם) ביאור חשוב ויסודי:

ופירושא דמילתא הוא משום דכל היכא דקם דינא הוא דמיקרי דינא דגרמי דברי היזקא. דמההיא שעתא דמסיק עלה שם טריפות חסרה, ודמי למוחל ולמסור וכל אבזרייהו, דהתם נמי כיון דאוקמינהו עליה מיקלי קליה, שזה היה ממון המשתמר והוא הוציאו על פיו מרשות הבעלים כשהראהו, אבל לכל היכא דלא קם דינא לאו כלום עבד דלא ברי היזקיה... למה זה דומה? למשיא עצה לחבירו והפסיד על ידו... ואע"ג דבמראה דינר לשולחני חייב התם, כיון דצריך למגמר וחזי פושע הוא דשכיח בהו טעותא והוה כמאן דליתיה דיינא בדינא.

למדנו מדבריו של הרמב"ן בביאור שיטת הרי"ף שהמושגים "קם דינא" ו"הדר דינא" נמדדים ביחס לממד הנזק שנגרם בדין. אם הדיין ביצע פעולה בלתי הפיכה "קם דינא" וזהו נזק גמור, ואם הדיין לא ביצע את הפעולה דינו המוטעה אינו נחשב דין אלא עצה רעה, ולכן הפועל לפיה אינו יכול לתבעו – וזהו דין שחוזר, כלומר אינו נחשב נזק. נדמה שזהו פירוש שונה לחלוטין מהפירוש שהתוספות נותנים למושג "קם דינא", שהוא קיומו של הדין אף לאור חשש לטעות. הרמב"ן מסתייג מהשיטה הזו וכותב:

ומיהו אי לאו דמסתפינא מיניה הוה אמינא דטעמיה דרב חסדא דמחזירין לאו משום הפסד ממונו של בעל דין, אלא משום דכל היכא דלא עבוד בה עובדא לא אלים למהוי דיניה דינא כיון דטעו... אלא שכבר הורה זקן<sup>64</sup>.

### 3. שיטת ה"עיתור" והרמ"ה

ה"עיתור" (אות פ פסק דין) הציע פתרון אחר ליחס בין הסוגיות. הוא הבין שרב חסדא ורב עוסקים בעניינים שונים, וחלק על הרי"ף באופן עקרוני בסברו שניתן להפריד בין מישור התשלומים למישור החזרת הדין. רב חסדא דן אצלנו בנקודה של הדין, אם הוא קם או הדר, ואילו רב במסכת בכורות אינו עוסק בשאלת הדין אלא בחיוב התשלומים, ודן גם במי שאינו מומחה (לדעת ה"עיתור" המשנה בבכורות מדברת לדעת רב יוסף גם במי שאינו מומחה, כגרסת רש"י). בסופו של דבר ה"עיתור" מכריע כדברי הגאון, כיוון שלדעתו רב ששת חולק על רב חסדא, ומצאנו מקורות רבים לכך שהגמרא פוסקת כרב ששת לגבי טועה בדבר משנה, ולכן אין הלכה כרב חסדא. כיוון דומה לזה של ה"עיתור" נמצא גם ברמ"ה באריכות. ולדעת שאר הראשונים רב חסדא מודה לרב ששת ומוציא את טעות בדבר משנה מחוץ לדיון.

### 4. סיכום

עד כה ראינו מתוך מהלך הסוגיה שני כיוונים מרכזיים: הכיוון האחד, שעולה משיטת הגאון, רש"י, הרמ"ה התוספות והרא"ש, מתייחס לפסק הדין שנתן הדיין, אף אם הוא מוטעה, כגילוי של ההלכה, ולכן נדרשת סמכות תורנית גבוהה יותר לביטולו, וכן יש צורך להגדיר רמה בסיסית של פסק דין שייחשב בעל משמעות גם כאשר חלו בו טעויות (למשל, אם הטעות היא בדבר משנה ודאי שאין להתייחס אליו). לשיטה זו, הדיון של רב חסדא לגבי מעשה בידיים נובע מפני שהוא הולך לשיטת חכמים, שפוטרים בגרמי, או מפני שפסק דין שהדיין לא מימש

<sup>64</sup> הרי"ן בחידושו הביא את הסברה הזו של הרמב"ן כמסקנת הרמב"ן לאחר שהשיג על הרי"ף במה מועילה נקיטת רשות, וכי תועיל רק כאשר נשא ונתן ביד, שהרי אם לא נשא ונתן ביד בלאו הכי פטור. הוא מציין גם שהרשב"א סבר כרמב"ן (מה שאינו נמצא בתורת הרשב"א הידועה לנו). בהמשך הדברים חוזר הרי"ן ומביא שיטה זו גם בשם רבנו דוד תלמיד הרמב"ן.

אותו במעשה אינו נקרא עדיין "פסק דין – כפי שעולה מדברי ה"עיתור", הרמ"ה וכן מהרמב"ן, שהציע ביאור זה אך ביטל את דעתו בפני הרי"ף. לעומתם, דעת הרי"ף, בעל "המאור" וכן משמע מהרמב"ן ב"מלחמות ה'" ומתשובת הרשב"א, שאין לפסק דין מוטעה קיום, ורק כאשר לא ניתן להחזיר את הממון השאירו חכמים את פסק הדין וחייבו את הדיין לשלם כאשר יש אפשרות לחייב אותו מדין מזיק, לפי הלכות נזיקין. לאור דרך זו פוסק הרי"ף שאין משמעות לשאלה מי יבטל את פסק הדין, והדיון העיקרי הוא אם ניתן לחייב את הדיין – ורב חסדא נקט שכדי לחייב את הדיין נדרש מעשה בידיים. נדון לאור הדברים הקודמים בכמה מקרים שעולים בפסיקת ההלכה.

### ו. נשא ונתן בידיים בטעות בדבר משנה

התוספות שהבאנו בפרק הקודם סברו שלהלכה, אם אנו פוסקים כר' מאיר ולפי דברי רב בבכורות, שחייב בדינא דגרמי אף כשלא נשא ונתן בידיים, הרי גם מי שטעה בדבר משנה, כשאי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו, חייב אף אם לא נשא ונתן בידיים. ההסבר לדבריהם הוא לשיטתם, שבוחנים קודם את קיומו של פסק הדין ורק לאחר מכן את התוצאות, ובטעות בדבר משנה, שבה פסק הדין אינו קיים, עלינו להחזיר את הדין, ואם אי אפשר להחזיר את הדין צריך לחייב את הדיין על הנזק שגרם.

הרמב"ן ב"מלחמות ה'" גם נוקט שאם נשא ונתן ביד ואי אפשר להחזיר חייב לשלם אף בטעות בדבר משנה. הוא תולה את דבריו ברי"ף, אך הרי"ף (יא, ב מדפי אלפס) עצמו כתב במפורש:

ושמעין השתא דהיכא דטעה בדבר משנה לא שנא מומחה ולא שנא שאינו מומחה ול"ש נשא ונתן ביד ולא שנא לא נשא ונתן ביד – בכולהו חוזר דרב חסדא לא פליג בין נשא ונתן ביד לבין שלא נשא ונתן ביד, אלא היכא דטעה בשיקול הדעת, אבל היכא דטעה בדבר משנה – אפילו לרב חסדא חוזר, ל"ש נשא ונתן ביד ול"ש לא נשא ונתן ביד, וזו אינה צריכה לפנינו ולא לפני ולפנים. דבריו ברור מיללו שבטעות בדבר משנה הדין חוזר. לכאורה, הדברים מיוסדים על שיטתו העקרונית, שקיומו של הדין נקבע לפי חיוב הדיין בתשלומים, וכיוון שהוא פוסק שטעות בדבר משנה מחזירין, הוא לומד מכך שבכל מקרה חכמים לא חייבו

דיין שטעה בדבר משנה. אם כן ברור שגם במי שנשא ונתן ביד הדין חוזר והדיין פטור, אף שאפשר היה לעשות אוקימתא בדברי הרי"ף ולומר שהוא פטור דווקא כשאפשר להחזיר; אך בדברי הרמב"ם (סנהדרין פרק ו הל' א), ההולך בשיטת הרי"ף, נתפרש:

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים, כגון דיני המפורשין במשנה או בגמרא – חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, **ואם אי אפשר להחזיר**, כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם או שטמא דבר טהור או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה – **הרי זה פטור מלשלם**; אף על פי שגרם להזיק לא נתכוון להזיק.

ונחלקו האחרונים בדעת הרמב"ם, דדעת ה"בית יוסף" שאם נשא ונתן ביד חייב, וכן הסכים הש"ך (ס"ק ד). אך הב"ח והסמ"ע (ס"ק ז) הסכימו לפטור לדעת הרמב"ם אף במי שנשא ונתן ביד. ולכאורה פשט דברי הרמב"ם והרי"ף נוטה לדבריהם. אך שיטת הרמב"ן עומדת בפני עצמה, וכן הביאו את דבריו בחידושי הר"ן וב"נמוקי יוסף" במקום. ונראה שהביאור בשיטתו הוא גם לפי דרכו של הרי"ף; שהרי לפי דברי הרי"ף, כשאנו מחייבים את הדיין לשלם אין מחזירין את הדין, אם כן אף-על-פי שהכרענו להחזיר את הטעות בדבר משנה אף במקום שאפשר היה לחייב את הדיין, עם כל זה נראה היה לפחות לחייבו במקום שלא ניתן להחזיר, שהרי היסוד לכל הלכות אלו לפי שיטה זו הוא מניעת הפסד מבעל הדין. לאור זאת יש מקום לבאר גם את השיטה שמביא הרא"ה (מובאת ב"נמוקי יוסף" יב.). דברי הרא"ה עצמם ודאי בנויים לפי ההיגיון של רש"י, לבחון קודם את האפשרות לביטול פסק הדין. הוא גם פוסק להלכה את תירוציהם של רב יוסף, רב נחמן ורב ששת:

ולענין תשלומין, קי"ל דכל היכא דאיכא חזרה ליכא תשלומין אע"ג דלא אפשר בחזרה. **ויש מי שכתב** מי שאינו מומחה שהורה וטעה בשיקול הדעת היכא דאיכא חזרה, כגון דאיכא גדול ממנו והאכילוה לכלבים חייב לשלם. כלומר, בתחילה הוא פוסק לשיטתו, שאם פסק הדין חוזר אין לחייב בתשלומים, אך לאחר מכן הוא מביא שיש מי שמחייב בתשלומים פסק דין שהיה אפשר להחזיר אך בפועל בוצע באופן בלתי הפיך.

נראה שהשיטה השנייה היא לפי הסברה של הרמב"ן והרי"ף, שיש לבדוק את טובת בעל הדין, והחזרת הדין נעשית בעקבות חוסר אפשרות לחייב את הדיין. לפי ההיגיון הזה, אף אם יש גדול הימנו שיחזיר (הרא"ה סבר שהגדול יכול להחזיר גם מי שאינו מומחה) – אם אי אפשר להחזיר בפועל נחייב בתשלומים ולא נחזיר את הדין. ואין זה דומה לתוספות שהבאנו לעיל, שפסקו שיש חיוב דינא דגרמי גם במי שלא נשא ונתן ביד, ואם אי אפשר להחזיר חייב בכל מקרה, מפני שהרא"ה פוסק כרב חסדא, שר' מאיר אינו מחייב במקרה כזה של מי שטעה בדבר משנה אפילו מי שנשא ונתן ביד ואי אפשר להחזיר; ומה שהביא שיטה חולקת הוא רק על מי שאינו מומחה שטעה בשיקול הדעת.

וכן נראה בכוונת הרמב"ם (שם פרק ו הל' ג), שכתב ביחס לדיין שלא נשא ונתן ביד וטעה בשיקול הדעת, שאם אי אפשר להחזיר חייב לשלם; ולכאורה לא היה מקום לחייב את הדיין, שהרי הוא פוסק כשיטת הרי"ף, שמחייב דיין רק כאשר נשא ונתן ביד. אך ייתכן שלפי השיקול של פסידא דבעל דין, כיוון שאי אפשר להחזיר נחייב את הדיין בתשלומים ולא נחזיר את הדין<sup>65</sup>.

#### ז. דין שלא בוצע

כאשר נפסק דין ולאחר מכן נתברר שיש בו טעות, כתב הרמ"ה (סנהדרין לג, א ד"ה ברם):

ברם צריך את למידע דכל היכא דאמרין דטעה בשיקול הדעת אינו חוזר דוקא היכא דזכי ביה אידך בעל דין בממונא, אבל כל כמה דלא זכה ביה הדר דינא, ואפילו זכה בפלגא ופש פלגא גביה דאידך ההוא, דזכה ביה זכה ודלא זכה ביה לא זכה.

כלומר, במקום שפסק הדין אינו חוזר והדיין אינו משלם עוצרים את הליך ההוצאה לפועל ומשאירים את המצב כפי שהוא. לכן, אם לא נעשה עדיין פסק הדין אין

<sup>65</sup> אמנם לעיל ביחס לטעות בדבר משנה נקטנו בדעת הרמב"ם, לפטור בטעות בדבר משנה גם כאשר נשא ונתן ביד, למרות השיקול של פסידא דבעל דין שבגללו הרמב"ן אכן חייב את הדיין. נראה שהרמב"ם אינו רוצה לסטות מפשט דברי הרי"ף, וייתכן שיש לו סברה לחלק בין טעות בדבר משנה – שבה גם לפי הרי"ף הדין בטל בכל מקרה, לטעות בשיקול הדעת – שבה יש מקום לחייב את הדיין ולהשאיר את הדין בתוקפו.



מבצעים אותו, ואפילו אם כבר החלו בביצועו אין משלימים את המלאכה. הרמ"ה מייסד את דבריו על סיפור שמופיע בסנהדרין (כט,ב), שרבי חייא מנע ביצוע פסק דין שמחציתו בוצעה לפי פסק של רבי ישמעאל בן רבי יוסי. הטור הביא את דברי הרמ"ה, וכתב עליהם את דעת אביו הרא"ש (סנהדרין ג, כו):

ולא הוה רבי ישמעאל טועה בשיקול הדעת, כיון שלא נחלקו תנאים ואמוראים בזה תחלה, ורבי ישמעאל לפי סברתו חייב, ואין כח לרבי חייא להוכיח שטעה אלא בסברא נחלק עליו.

ודייק הטור מדבריו:

ויראה מדבריו שאם היה הטעות בשיקול הדעת, מיד כשפסק הדין אע"פ שעדיין לא הוציאו מיד המתחייב קם דינא, ומה שעשה עשוי, וחייב הדין – כל אחד לפי מה שהוא, על הדרך שפירשתי למעלה, והכא היינו טעמא, כיון שלא היו חולקין אלא בסברא – מה שדן רבי ישמעאל והוציא בכח סברתו אין להחזיר, אבל מה שלא הוציא עדיין אין להוציא, כיון שרבי חייא חולק על סברתו.

כלומר, הטור למד מהרא"ש שהמקרה ההוא אינו יכול ללמד על הכלל, כיוון שלא הייתה בו טעות ברורה כי אם ויכוח בסברה. ובמקום שנעשתה טעות ברורה כותב הטור בשם הרא"ש שקם דינא, ואחרי שהדין יבוצע נדון לגבי חיובו של הדיין. הש"ך (סי"ק כט אות ג) תמה מאוד על ההבנה הזאת ברא"ש, ומקשה חבילות של קושיות שיסודן אחד הוא – כיצד ייתכן שהדין חוזר ואף-על-פי-כן מוציאים את הדין המוטעה לפועל. והסכים עמו בעל קונטרס רח"י. ונראה ברור ביישוב דברי הטור שהמקרה שבו הוא מדבר הוא ביחס למומחה, שאין אפשרות להחזיר את דינו, ולכן דינו קיים, ולאחר מכן ידונו עם המומחה על חיובו בטעות שעשה<sup>66</sup>.

ובביאור דברי הרמ"ה נראה שהוא סובר בעניין זה כרי"ף וסיעתו, שמעמידים את תקנת בעל הדין במרכז הדיון, וממילא במקום שאפשר לעצור את הדיון אין משמעות למושג "קם דינא". ומצאנו שהרמ"ה חלק על סברת הרי"ף (ה). מדפי אלפס ד"ה ורבינו), שתלה את החזרת הדין בשאלה אם הדיין חייב או פטור, ונחלק על

<sup>66</sup> מצאנו גם בהערות על קונטרס רח"י הערה 73 כיוון דומה ביישוב הקושיה, ועיין גם ב"זכרון שמואל" (הגר"ש רוזובסקי) סימן נו, שהלך בדרך דומה בביאור מחלוקת זו.

הרי"ף לדינא ביחס למומחה שקיבלו אותו לדון, שלדעת הרי"ף חוזר ואינו משלם ולדעת הרמ"ה מה שעשה עשוי ומשלם.

אך מאידך גיסא מציע הרמ"ה פירוש ייחודי לשיטת רב חסדא, שמחלקת בין מי שנשא ונתן ביד למי שלא נשא ונתן ביד. לדבריו, מעשה שעשה בעל הדין עצמו ניתן להחזיר, אך מעשה שעשה הדיין אינו חוזר,

דהא לית ליה לבעל דין גבי בעל דיניה ולא מידי, דלאו איהו יהיב ליה אלא דיינא הוא דיהיב ליה, ודיינא נמי לית ליה גביה ולא מידי, וכי יהיב ליה אודי ליה דשפיר יהיב ליה, הלכך מה שעשה עשוי.

וצריך ביאור, מה כוונתו שאין לבעל דינו כלום, ומה בדיוק ההבדל בין נתינה של בעל הדין לבעל הדין השני באופן ישיר – שמתבטלת, לבין נתינה לדיין – שנשארת בעינה. ולכאורה כוונתו היא שכאשר בעל דין פועל לפי הוראת הדיין הוא תולה את מעשיו בדעת הדיין, וכלשון הרמ"ה בתחילת הדברים: "אדעתא דדיינא דחייביה יהיב ליה, דאי מדעתיה דידיה לא הוה יהיב ליה ולא מידי". אך כאשר הוא נותן לדיין הוא מבצע פעולה מוחלטת של ויתור על זכויותיו, ואז גם אם הדיין חוזר בו הדבר אינו נוגע לבעל הדין הראשון. נמצא אפוא שמהלך זה נובע מתפיסה שהדין מצד עצמו אינו קיים ללא צירוף מעשה הודאה וגמירות דעת של בעל הדין. לפי זה מובנת גם סברת הרמ"ה, שבעל הדין יכול לעצור את ביצוע הדין במקרה של טעות.

#### ח. סמוך

בכמה עניינים מצאנו שהראשונים דנים בצורך בסמוכים דווקא. ננסה לבדוק מה ההיגיון בצורך זה. התוספות (לג. ד"ה כאן) מקשים על השיטה בגמרא (שמומחה שטעה מחזירין אותו) מהמעשה שמופיע שם (ה.), ומתרצים:

וא"ת בפ"ק דמכילתין (ה.), דמר זוטרא בריה דרב נחמן דן דינא וטעה. אתא לקמיה דרב יוסף, אמר ליה אי קבלוך עליהו כו', כי טעה נמי בשיקול הדעת אמאי לא היה חוזר, הא מומחה הוה, וי"מ דמומחה דהכא היינו במומחה דסמיכא.

כלומר, מומחה סמוך יכול להחזיר אחרים או את עצמו, ואילו במקרה הזה אין מומחה סמוך. נשאלת השאלה, מה ההיגיון שעומד מאחורי הטלת דרישה מעין זו כדי לבצע החזרה? לכאורה, כשאנו באים להחזיר דין תורה שנעשה בטעות אנו

זקוקים לבירור של הטעות, ומתוך הנחה שאכן הגדול יותר מוסמך לברר טעות שעשה הקטן ממנו, יש להניח שהעובדה שיש לו סמיכה רשמית לכאורה אינה אמורה להיות משמעותית ביחס לשאלת הבירור של הדין.

נראה בביאור דעת התוספות שמהלך ההחזרה לשיטתם דורש כוח של פסק דין חדש, ופסק דין כזה יכול לצאת אך ורק מאדם שיש בידו הסמכות לדון דין תורה. ההחזרה אינה בירור נוסף ועמוק יותר, מפני שמבחינה עקרונית ייתכן שאף הגדול יותר יטעה. הכוח היחיד שיכול לשנות פסק דין נובע מסמכות שנמסרת מדור לדור, ואז יש ביד בעל הסמיכה לקבוע את הדין – וכך תהיה הלכה, אפילו אם גם הוא טועה.

מצאנו התייחסות נוספת לנושא הסמיכה בתורת הראשונים: הרמ"ה (לג. ד"ה ברם) סובר שרק ג' מומחים סמוכים פטורים מתשלום בטעות בשיקול הדעת, ואפילו כאשר בעלי הדין לא קיבלו אותם לדון. וזה לשיטתו (ג. ד"ה ופסק), שפוסק כרבא שמהתורה צריך ג' דיינים סמוכים.

לכאורה הרמ"ה, שהולך בשיטת התוספות ודן בעצם קיומו של הדין, מצריך את הסמוכים הנדרשים לקיום הדין מהתורה, ובמקרה שתנאים אחרים, כגון רשות הנשיא או קבלת בעלי דין אינם קיימים, חייבת להיות לפחות תשתית של הדיינים שנצרכים מהתורה. ניתן גם להסביר את דבריו לפי שיטת הרי"ף, שפוטר דיין משום שנאנס לדון, לפי שהוא מחויב בכך. וכן הר"ן (ה. ד"ה ואם) הביא בשם הרמב"ן שסמוך יחידי שדן פטור מתשלומים, כפי הנראה מטעם זה.

## ט. הצורך בשלושה דיינים

### 1. שיטת בעל "המאור"

בעל "המאור" חידש שיטה ייחודית ביחס לפטור הדיינים. לדבריו (מבבא תניינא ואילך), בית דין מומחה ייתכן בשלוש אפשרויות:

א. שלושה דיינים, ואחד מהם גמיר וסביר.

ב. דיין יחידי דגמיר וסביר ונקיט רשותא.

ג. דיין יחידי דגמיר וסביר וקיבלוהו בעלי דין.

במקרים אלו פטורים מלשלם ומה שעשו עשוי. אבל אם חסר אחד הפרטים, דהיינו אפילו בשלושה דיינים אם אין אחד שהוא גמיר וסביר – אינה מועילה רשות או

קבלת בעלי הדין לפטור. לכן במקרים אלו מה שעשה עשוי וחייב לשלם. במקרה של דיין אחד גמיר וסביר, אף שמותר לו לדון יחידי – אם טעה הוא חייב לשלם, אלא אם קיבל רשות או קיבלוהו בעלי הדין. ננסה להבין את שיטתו לפני שנפנה להבנת השיטות החולקות וליישוב הקושיות עליו.

באופן עקרוני בעל "המאור" פוטר מומחה מתשלומים, כפי שמצאנו בכל דיני הגרמות שמומחה פטור. אלא שבדין נוסף עוד גורם, והוא הסמכות לדון דין תורה. מומחה, כיוון שהוא מקיים מצוה לדון, ראוי לפטור מתשלום. אבל מומחה שנכנס לדון ללא הסמכות לדון, אף שהוא מומחה בתחומו אין חל עליו דין מומחה, ובלשון בעל "המאור": "לא נתבררה המחאתו".

## 2. שיטת הראב"ד והרמב"ן

הראב"ד והרמב"ן הוכיחו משני מקומות שגם בית דין דגמיר וסביר, אם לא קיבל רשות ולא קיבלוהו משלם.

א. במסכת כתובות (פד:) משמע שלדעת רבי יוחנן הדיינים שטעו התחייבו בתשלום, והמונח "דייני" שמופיע ביחס לאותם הדיינים משמעו בית דין קבוע שיש בו דיין גמיר וסביר.

ב. במסכת חולין (יג:) חייבו את רבא לשלם, ורבא גמיר וסביר ומסתמא היו עמו עוד שניים.

אך בעל "המאור" הדגיש במפורש שרק דיין דגמיר וסביר פטור מלשלם, וששלושה הדיוטות יש רק אחד גמיר ולא סביר, אלא אם ידוע שיש שם דיין דגמיר וסביר. ולגבי רבא כנראה היה לו פשוט שאין שם עוד שניים, כפי שמקובל להורות באיסור והיתר.

אך הר"ן (לג. ד"ה כאן) הקשה מסברה על בעל "המאור": מה מועילים למומחה דגמיר וסביר השניים עמו, "דמאי עבדי ליה הני תרי דלא גמירי ולא סבירי"? לדעתו, כיוון שלא קיבלוהו ולא נקיט רשותא חייב לשלם.

ונראה שבעל "המאור", שדן לפי שיטת הר"ף ומגדיר קודם את חיוב התשלומים ואחר-כך דן בקיום הדין, ממילא התקשה בהבנת הסוגיה (ה). שמוכח ממנה שקבלה פוטרת את המומחה, ואם לא קיבלוהו חייב לשלם – והרי לדברי בעל "המאור" כל מומחה פטור מלשלם. לכן הוא הוכרח ללמוד שאין די ביכולת לדון מצד ידיעת

התורה כדי לפטור את המומחה, אלא נדרש גם כוח בית דין, שנוצר בשלושה דיינים דווקא. השיטות החולקות עליו וסוברות שצריך לבדוק קודם את תוקפו של הדין, מעמידות בפשטות את הדין בגמרא שם במומחה יחידי, שיכול לדון (ואולי דווקא סמוך) ולכן דינו דין, ואם לא קיבלוהו משלם.

### י. ביאור שיטת רבנו דוד

הראשונים בתחילת הסוגיה דנו בכוונת המשנה בבכורות, שפסקה ביחס לטעות: "מה שעשה עשוי וחייב לשלם". בין המקרים שהביאה נמצא גם המקרה: "טיהר את הטמא". לכאורה, לא מובן במה אפשר לחייב דין שבא להתיר את האסור ונמצא שטעה, והאסור אכן אסור. התוספות (לג. ד"ה לפי) העמידו שעירבן בעל הבית עם פירותיו הטהורים, וטימאם בגלל טעות הדין, ונכנסו לדיון ביחס לחיוב התשלומים לפי דינא דגרמי. הר"ן (לג. ד"ה טיהר) דחה את שיטתם, וטען שלא שייך לדון במקרה כזה בדינא דגרמי, ולכן הביא את תירוצו של רבנו דוד:

תירץ ה"ר דוד דדברים כפשטן, דטיהר את הטמא מה שעשה עשוי, משום דכיון דטיהר לו את הטמא הרי זיכה לו הדבר ההוא על פי דינו, והרי הוא שוה ממון. וכשיידע לו אחר כן שטעה בשיקול הדעת, שהיה טמא, הרי הוא כדן את הדין וזיכה את החייב – שאע"פ שמן הדין לא היה לו לשלם, כיון שזיכהו בדינו זכה ולא הדר דינא ומשלם להאיך מביתו, הכי נמי כיון שטעה בשיקול הדעת שטיהר הטמא הרי זכה בו בעל הבית, לא שישאר הטמא טהור. ומה שעשה עשוי היינו לענין תשלומין, שכל מקום שהוראה קיימת הוא חייב בתשלומין, אבל עיקר ההוראה שהיה מטהר הטמא חוזרת, שלא יאכל דבר טמא באיסור.

כלומר, רבנו דוד מבאר שבוודאי הביטוי "מה שעשה עשוי" שמופיע במשנה אינו מתייחס לדין המוטעה, שהרי הדבר הטמא שבטעות טיהרו אותו חוזר להיות טמא. פסיקת הדין היא רק גילוי של המציאות, ואינה יוצרת מציאות חדשה. אך מאידך גיסא, לגבי בעל הדין והדין אנו מתייחסים לפסק הראשון כאילו נעשה מעשה של טיהור הטמא, ובעל הדין זכה בשוויון; לכן "מה שעשה עשוי" מתייחס להמשך ההלכה, דהיינו חיוב התשלומים נוצר בעקבות תוקפו של פסק הדין.

ודבריו של רבנו דוד לכאורה קשים מאוד להבנה: כיצד ייתכן לחייב את הדיין בתשלום על דבר שלפי דבריו זכה בו בעל הדין, למרות שלא היה אמור לזכות בו לפי האמת? נראה שלאור העובדה שרבנו דוד הוא מהחולקים על שיטת הרי"ף, כפי שהביא הרי"ן בשמו (לג: ד"ה כללא דשמעתא), ויסוד שיטת החולקים הוא שהדיין הוא על פסק הדין, ובעקבותיו על חיוב התשלומים – משמעות הדברים היא שלכל פסק דין יש תוקף, ולצורך ביטולו נדרשים תנאים שונים, שאם אינם מתקיימים נשאר פסק הדין על כנו. לפי גישה זו, שהצענו לה ביאורים שונים כשעסקנו בשיטת רש"י, צריך להתייחס לדברי הדיין כאילו פעלו את פעולתם, ואף ביחס לדיני גזל בעל הדין יכול להמשיך ולהחזיק בחפץ שבידו, כיוון שהוא מסתמך על פסק דין. אך ביחס לדיני איסור והיתר לא ניתן להסתמך על פסק הדין הראשון כשהדיין טוען שלמעשה הדבר אסור, ומאידך גיסא, כיוון שלפסק הדין יש תוקף, נמצא שהוא זכאי לפי דין תורה ליהנות מדברים שבבעלותו, אלא שמפאת חשש האיסור הוא אינו יכול לעשות זאת, ולכן הדיין חייב לשלם.

ונדמה שהחלוקה הזו בין איסור לממון מדויקת בדברי רבנו דוד, שכתב בתחילה: "והרי הוא שוה ממון", ולגבי חזרת הדין כתב: "אבל עיקר ההוראה חוזרת, שלא יאכל דבר טמא באיסור".

#### יא. שיטת "החכם הקדמון"

בשו"ת "תמים דעים" (סימן רז) הובאו מתוספותיו של רבי יצחק בן אשר הלוי על סנהדרין<sup>67</sup>; וכך כתב על עניין זה של טעות בשיקול הדעת:

וקשיא לי אמאי ישלם מביתו, והלא כח עצמו שהבעל דין פוטר את עצמו מלהחזיר מה שגבה שלא כדין, שיכול לומר הראו לי בפירוש, דשלא כהלכה דנוני ואחזיר ואם לאו לא אחזיר, הדיין נמי היה לו לומר ולהיפטר בכך מלשלם, שיכול לומר הראו לי בפירוש דשלא כהלכה, דנתי ואשלם. ואפילו תבע בעל הדין את הדיין לדין, היאך יכול אותו בית דין לחייב את הדיין לשלם

<sup>67</sup> האחרונים (ר' חיים יונה ו"קצות החושן") שהביאו את דבריו כינוהו "החכם הקדמון", אך נראה שסימן זה והבאים אחריו בספר "תמים דעים" לקוחים מתורתו של הריב"א, שחיבר תוספות על סנהדרין. תוספות אלו נכללו בליקוט תוספות הריב"א שהוציא ר"י ליפשיץ במסגרת מפעלו להוצאת ראשונים על סנהדרין.

יותר משיכולין את הבעל דין להחזיר מה שגבה שלא כדין? ואיני יודע לפרש היאך ישלם מביתו, אלא אם כן מודה הדיין שטעה ודן שלא כהלכה, דהואיל שהוא מודה שדן שלא כדין חייב לשלם, והוא הדין נמי אם הבעל דין מודה שגבה שלא כדין, שחייב להחזיר. לפיכך לא שנינו גבי בעל דין שיחזיר אם הוא מודה, דסתם בעל דין אינו חכם כל כך שיודע להבין שנידונה שלא כדין, ואפילו אם הוא מבין אינו רוצה להודות, אבל סתם דיין הוא חכם, ויודע להבין שטעה ויש בו יראת שמים ויודה מעצמו שטעה, ומאחר שהוא מודה חייב לשלם מביתו.

נדמה שדרכו של ריב"א היא לפי שיטת רש"י שביארנו בתחילת המאמר, הרואה בפסק הדין דבר קיים אף כאשר הוא מוטעה, והדיין שטעה צריך לשלם על טעותו כאשר הוא מודה מתוך יראת שמים שטעות בידו.

### יב. סיכום

העלינו במאמר זה שתי אפשרויות להבנת ההלכות של טעות הדיינים. האחת סוברת כי פסק הדין הוא בר תוקף גם כאשר הוא מוטעה. לשיטה זו פסק הדין אינו בטל מאליו, אלא צריך חכם גדול יותר כדי לבטלו. כאשר פסק הדין המוטעה אינו מבוטל צריך לחייב את הדיין, ולאחר ביטול פסק הדין יש לדון בחיוב הדיין בתשלומים לפי דיני נזיקין. השנייה אינה מתייחסת כלל לפסק הדין, אלא למציאות שנוצרה בעקבותיו. חכמים התערבו לעתים וקיימו את פסק הדין לטובת הנתבע, כדי לחייב את הדיין בתשלום על טעותו.

במהלך הדברים העלינו גם אפשרויות לביאור שאלה זו. שורש העניין נעוץ בהבנת תפקידו של הדיין, אם הוא עוסק רק בגילוי עמדת ההלכה בשאלה הנידונה לפניו, וממילא במקרה של טעות מסתבר שדבריו בטלים ומבוטלים<sup>68</sup>, או שהדיין קיבל את

<sup>68</sup> הרמב"ם בספר המצוות (עשה קעז) מונה את המצוה: "בצדק תשפוט עמיתך", שהיא החובה לשמור על הצדק בדין, ובתוכה הוא כולל את החובה לדון: "ובו גם כן שכל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו, ושישבית הריב שבין הבעלי דינים". נראה אפוא שהוא כפי שביארנו, שהחובה לדון היא כדי למנוע מריבות ולהודיע את דין התורה, ולא מעבר לכך, וכפי שהסברנו למעלה. ועיין בספר "בני בנימין" (לרב בנימין ליפקין) במה שדן בגרסת הרמב"ם.

כוח הפסיקה וההכרעה מהתורה עצמה, וכיוון שהתורה ניתנת פעמים רבות להתפרש בכמה אופנים, לדבריו יש משמעות הלכתית גם כאשר נראה שיש טעות בדבריו – שהרי המושג "שיקול דעת" במהותו אינו החלטי וחתוך אלא הוא נטייה מסויימת שעולה מדברי הפוסקים לכיוון הלכתי שונה מדברי אותו הדיין.

לאור שני הצדדים הללו ביארנו מחלוקות ראשונים רבות, וכן כמה שיטות בראשונים.

העלינו ששיטת רש"י, תוספות, רא"ש, ה"עיטור", רבנו דוד והחכם הקדמון היא כשיטה הראשונה, ואילו הרי"ף, הרמב"ם, בעל "המאור", הרמב"ן, הרשב"א, והרא"ה סוברים כשיטה השנייה.



## ו. החלטת ועד מקומי וגבולותיה

### הקדמה<sup>69</sup>

לעתים שאלת סמכותם של הנהלה או ועד עולה בבית הדין. במקרה שייתכן שהממונים על כספי הציבור טעו בהחלטותיהם וגרמו נזק כספי לציבור שהם מייצגים, האם יש מקום לביטול הפעולות שהועד עשו? הלכה פסוקה היא (שו"ע, חו"מ סי' ב סעיף א):

כן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג.

לכאורה, בית דין חוזרים בהם במקרה של טעות ואף חייבים לעתים בתשלום על כך. מה דין טובי העיר? במקרה הנידון בבית הדין היה ועד קהילתי שביצע הליך בוררות, ולדעת חלק מן הציבור ההליך היה פגום.

### א. סמכות טובי העיר לפשרה

לטובי הקהל יש סמכות לעשות פשרה בנכסי הציבור. כך מפורש בשו"ת 'דברי ריבות' (לרבי יצחק בן שמואל אדרבי) סי' סג:

וכיון שכן ודאי שמה שעשו הפרנסים ואנשי המעמד הממונים על כל עניני הקהל שהוא שריר וקיים אפילו שעשו שלא מדעת הקהל כיון דאפשר דאיכא רוחא לקהל ועוד שנעשה ברצון כמה אנשים רשומים מגדולי פורעי המס שחתומים על השטר וגם נעשה ברצון החכם השלם המרביץ תורה ביניהם דודאי שהוא שריר וקיים.

הוא מביא ראיה לדבר משו"ת הרא"ש (כלל ו סי' כד):

וששאלת: ראובן עשה פשרה עם שבעה טובי העיר בענין המס, ופטרו לו ממס ארבע מאות זהובים. ועכשיו מתו ז' טובי העיר; והבאים אחריהם אמרו לראובן: תפרע עמנו מס מכל אשר לך; וטען ראובן, שפטרו אותו אותם שבעה טובי העיר ד' מאות זהובים. והשיבו לו: אין אנו מאמינים לך שפטרוך, תביא ראיה לדבריך; השיב ראובן: אין לי כתב ראיה...

<sup>69</sup> מעובד מתוך הכנה לפסק דין שכתבתי בתיק מס' 72021 בבי"ד ארץ חמדה גזית. בהרכב: הרב דניאל מן, אבי"ד והרב סיני לוי.

תשובה: .... אם יש לו טענה ליפטר, צריך להביא ראיה, ואינו נאמן במגו להוציא מהם ממון... וטובי העיר, הרגילים להשתדל בצרכי הקהל, הם יכולין למנות מורשה לדון בשביל הקהל, וכל מעשיהם קיימים. בדברי הרא"ש שלעיל נאמר שעל ראובן להביא ראיה על הפשרה. מכאן מוכח שאם יביא ראיה שטובי העיר הקודמים התפשרו עמו בדרך זו או אחרת, יש תוקף לאותה הסכמה. ראה עוד שו"ת ראנ"ח (סי' מט):

גם טענת הטוענים שהפשרה לא נעשית על ידי כל הקהל אלא ע"י טובי הקהלות אינה כלום שטובי הקהלות כחם יפה לכל עניני צבור וכ"ש בעניני המסים ובדברים שהמחוס עליהם ואפי' טעו דבכה"ג אמרי' לעולם דא"כ מה כח ב"ד יפה.

מדבריו עולה שיש לטובי העיר סמכות להתפשר, ודבריהם קיימים אפילו אם טעו (ראה להלן עוד דבריו בעניין הטעות).

ע"ן גם בדברי שו"ת 'ציץ אליעזר' (כא סי' ט). שם מבוארים כוחם של טובי העיר לפעול בעניני העיר, החשיבות הרבה שכל דבר ציבורי ייעשה בידיהם, בכדי שלא תהיה אנדרלמוסיה.

נציין שלדעת בית הדין במקרה דידן, נראה שהתקיימה בדיקה מקיפה, אף אם הייתה הסכמה לכך שעניינים מסוימים לא ימוצו עד תום בגלל שיקולים קהילתיים- חברתיים – הדבר לגיטימי. אין צריך לומר שהחלטה שלא לבדוק פרטים מסוימים משיקולים כלכליים (של עלות/תועלת) היא לגיטימית ואף מסתברת.

#### **ב. טעות של טובי העיר – אינה חוזרת**

יתרה מזאת, מצאנו בפוסקים שלא רק שבסמכות טובי העיר להתפשר, אלא גם שהכרעה של טובי העיר תקפה אפילו אם מתברר שהיא שגויה. להלן נברר דין זה ונעמוד על מקורו וטעמו. הרא"ש (כלל ו סי' ד) כתב:

אם הקהל בררו שלשה אנשים, להטיל שמונה זהובים על כל מי שיראה להם שיש לו מאה וכ' זהובים, והיו מקצת אנשים שלא היו סבורים שיש להם מאה וכ' זהובים, וכתבו שמים חלק.

יראה, שאפי' אם ימצא אחר כך שיש להם ממון, פטורין מאותו המס, בין משמונה זהובים בין מפרעון המותר. הא למה זה דומה, לקהל שבררו אנשים לעשות פנקס על הקהל לפי אומד דעתם, והטילו על ראובן שיתן מס מאלף זהובים, כי לפי אומד דעתם לא ידעו שהיה לו יותר. ושוב נודע שהיו לו עשרת אלפים, לא יפרע אלא מאלף זהובים שאמדוהו עושי הפנקס. וכן בנדון זה, אפילו יאמרו כמה בני אדם שיש להם יותר ממאה ועשרים זהובים, הם פטורין. כיון שהשלשה שנבררו להטיל שמונה זהובים על מי שיראה להם שיש לו מאה ועשרים זהובים פטרום, סייעתא דשמיא היא ופטורין לגמרי. נמלכתי בפורעי המס ונראה להם כך, גם לי נראה כן.

כלומר, לפי הרא"ש, אנשים שפטרו אותם בטעות מחיוב במס, פטורים מלשלם את המס גם לאחר שהתברר שחלה טעות. הנימוק שנתן הרא"ש הוא שהייתה לאותם אנשים 'סייעתא דשמיא'.

הראנ"ח בשו"ת 'מים עמוקים' (חלק ב סימן סג) דן בטענת הקהל כנגד הכרעה של טובי הקהל. הללו קיבלו סכום קצוב מבנו של אדם, ובסכום זה פטרו את כל הנכסים שירש ממסים. הקהל התנגדו להסכם זה. הראנ"ח מכריע שאי אפשר לחזור מן ההסכמה, אף אם יש בה טעות:

ואע"ג דטובי הקהל יראה לכאורה דלא הוה אלא כשלוחי הקהל ושליח שטעה שליחותו בטל דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ואפילו תימא דטובי הקהל הוי כב"ד וכן כתב מהר"י איסרלן. ותנן שום הדיינים שפחת שתות או הותיר שתות מכרן בטל רשב"ג אומר א"כ מה כח ב"ד יפה וקא פסיק התם רב נחמן הלכתא דלא כרשב"ג דלא אמרינן א"כ מה כח ב"ד יפה אלא היכא דלא טעו אבל היכא דטעו לא.

מכל מקום כבר כתב מהר"ם ז"ל בתשובה שכל מה שטובי הקהל עושים אפי' שעוברין אינו חוזר. ואע"ג דכל דין של טעות אינו דין. **וממנו יש ללמוד בנידון דידן דכל מה שעשו ראשי הקהל שעניני הקהל הונחו בידם שהוא קיים ואין הקהל יכולין לחזור בהם ואפילו רואין שטובי הקהל טעו בדבר ההוא.**

הראנ"ח קובע שגם אם טעו טובי הקהל בהחלטתם, היא תקפה ואין אפשרות להפכה. הוא אמנם כותב שבית דין שטעה חוזר בו וכן שליח שטעה, המשלח יכול לחזור בו, אך לדבריו, טובי העיר עומדים מעל דרגה זו. כמוכן, דברי הראנ"ח

מכוונים רק לטענות של טעות, אך לא לטענות של מרמה, כיוון שבכגון זה אין ספק שיש לבטל החלטה של טובי הקהל, שכן הם פועלים שלא בסמכות כלל. גם מהרשד"ם בספר תשובותיו הביא פעמים מספר את הכלל הזה, שדברי טובי הקהל קיימים אף כשהם מוטעים. כך הוא כותב למשל במקרה שהקהל פטרו יתומים מן המס על ידי תשלום חד פעמי והתחרטו (ח"מ סי' שע). הוא מסתמך על דברי הרא"ש הנזכרים לעיל, שאפילו טעו הקהל, אינם חוזרים. וכן נכתב בעוד מקום (שם, סי' תמב) בעניין טעות שהייתה בהערכת הסכום:

נראה דבמה שפרעו וטעו אין להחזיר כי מן השמים רחמו עליהם וכמ"ש הרא"ש בתשובה... ואף על גב דלכאורה דבריו תמוהים עם כל זה אריה שאג מי לא יירא ומי יבא אחרי המלך את אשר כבר עשאו וזה במה שעבר. ועל כן נראה בעיני דבמה שטעו בנידון דידן טעו ומן השמים רחמו... אך אמנם במה שעתיד לבא מכאן ולהבא חייבים.

דהיינו, יש בטעות הציבור מחילה שאין ממנה חזרה, ומן השמים ריחמו. אבל הוא מסייג וכותב שלהבא יש לתקן את הטעות. מאידך גיסא, בתשובה אחרת מההרשד"ם כותב (ח"מ סי' תה) בעניין טעות בהערכת מסים שגרמה לחייב אדם במסים בסכום הגבוה בהרבה מחובו האמתי. הוא מדייק מסוף תשובת הרא"ש המובאת לעיל בעניין טעות בהערכת מסים שהרא"ש שאל את גובי המסים והסכימו עמו:

משמע מתוך דבריו שלא היה פוסק כן אלא מכח מה שנמלך בפורעי המס, ובודאי שהיה נראה יאודה ועוד לקרא, אלא שאפשר לומר שהיה דרך פורעי המס כך ומשום הכי נסמך על סברא זו. אך אמנם בזמן הזה נראה בעיני שאין דרך הקהילות אלא שלעולם כשמתברר הטעות בין לזכות בין לחובה חוזרים ומתקנים הדבר, גם בנידון דידן זה כך ראוי לעשות אך בזאת שיתברר הדבר שבשעת העריכה היה טעות דאלולי כן אין כאן טעות כלל.

דהיינו, יש מקום לדייק בדברי הרא"ש שהפסק מבוסס על מנהג הקהילות, וממילא אם מנהג הקהילות השתנה ונוהגים לתקן טעות, הרי שצריך לתקן את הטעות. תלמיד מהרשד"ם רבי יוסף בן עזרא (בעל העצמות יוסף) בספרו 'משא מלך' (חלק חמישי שער שני משפט ג) טוען שדברי הרא"ש מבוססים בעיקר על כך שטובי העיר נבחרו על דעת כך שייצגו את הציבור גם אם יהיה בדבר טעות. לדבריו, הרא"ש שאל

את גובי המס האם אכן מקובל שמוחלים על טעות בגבייה, כדי לוודא שאכן על דעת כך הם נבחרו (בנוגע לשאלת גבייה בטעות, הוא מסכים עם מהרשד"ם שהקהל צריך להחזיר את הגבייה המוטעית, ראה שם נימוקו).  
ראה עוד בשו"ת מהר"ש לנייאדו החדשות (יג), שציין לדברי חכמים הדנים בעניין.

### ג. טעם הדין

כאמור, מהרשד"ם ניתח את דברי הרא"ש והסיק שיסוד טעות הדין הוא במנהג, מאידך גיסא בעל הספר 'משא מלך' (שם) הבין שיסוד דברי הרא"ש הוא קבלת בני העיר את אנשי העיר. למעשה, נראה ששני הטעמים קיימים. כך מצינו בתשובת מהר"ם,<sup>70</sup> רבו של הרא"ש, שהוזכרה בדברי הראנ"ח:

ואפילו אם טעו הקהל ונודע שטעו בדין קודם שהוציא שמעון הערבונות מידו, ואף על פי כן הלך שמעון ומסר הערבונות למשדך במצות הקהל, דאין לו לראובן עליו כלום... דכל דין של טעות אינו דין, ולא עדיף מפשרה. **ואפילו הכי בנדון זה שהניחו על טובי העיר ועל ראשי הקהל, מנהג הוא בכל מלכותינו שכל מה שאדם מקבל עליו בפני ראשי הקהל שנבררו מדעת הקהל שאינו יכול לחזור בו.**

וכן כתב רבינו תם בתשובתו דרשאיין בני העיר להסיע על קיצתן (ב"ב ח ע"ב) אפילו בדברים דלא שייכי לכל הקהל אלא ליחידים, אם מתחילה קבלו עליהם אינן יכולין לחזור בהן...

וטעמא נראה לי דטובי העיר הוו בעירם כחבר עיר למה שהוזכרו כמה גדולי הדור בכל מקום, כמו שגדולי הדור הפקירן הפקר בכל מקום במגדר מילתא ותקנתא הכי נמי טובי העיר בעירם, **זעליהו סמכו כל בני העיר וכל הנסמכים עליהם.** וכמו חבר עיר דאמרינן פרק בני העיר (מגילה כז, א) בני העיר שהלכו לעיר אחרת ופסקו עליהן צדקה נותנין וכשהן באין מביאין אותה עמהן ומפרנסין בהן עניי עירן, במה דברים אמורים בשאיין שם חבר עיר אבל יש שם חבר עיר תנתן לחבר עיר, וטעמא הוי משום דבתרייהו גירי בעל כרחן. הלכך מכל הני טעמי דפרישנא אין לו לראובן על שמעון כלום.

<sup>70</sup> תשובות מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה, ס"י רל; וראה גם תשובות מיימוניות, שופטים ס"י י.

מהר"ם שואל בתחילה מדוע טובי העיר יכולים לפעול גם בטעות? הרי קבלה של דיין בטעות אינה מחייבת את המקבל. מדברי מהר"ם עולה שיש שני גורמים המחייבים את בני העיר לקבל את החלטות טובי העיר גם כאשר הם טועים:

א. מנהג המדינה שבני העיר הולכים אחריהם גם במקרה של טעות.

ב. בני העיר נסמכים עליהם ומעניקים תוקף לכל מעשיהם אף אם תהיה להם טעות.

מהר"ם מחיל את שני הטעמים גם על מקרה שמנהיגי הציבור טועים, ובכך הם שונים מדיינים, שמחויבים אך ורק לכוון לאמתה של תורה, ועל כן הם חוזרים בהם במקרה של טעות.

### סיכום

מדברים אלו עולה באופן ברור שאף שאפשר להעביר ביקורת על תוכן ההחלטות של נציגי הציבור בביצוע התהליך, כעיקרון, אין מקום לבטלן. כמובן שבמקרה שנמצאו שחיתות ומרמה, יש חובה לבער אותן ולהוקיע את עושיהן וכן במקום בו נמצא רשלנות חמורה יש מקום לדון בכך ולפחות באחריות האישית של העוסקים בעניין. חשוב להדגיש שיש למנהיגי הציבור אחריות לעשות את מרב המאמצים לטובת הציבור. חשיבותו של עיסוק זה היא גדולה מאוד, וכבר נפסק להלכה ברמב"ם<sup>71</sup> ובשולחן ערוך (או"ח סי' צג סעי' ד): 'כל העוסק בצרכי רבים כעוסק בדברי תורה!'. ראוי גם שהציבור לא יקנטרו יותר מדי את מי שעוסק בצרכי הציבור. ביקורת בונה ומתקנת רצויה, אך ביקורות בלתי פוסקות עלולות למנוע אנשים טובים מלעסוק בצרכי ציבור, וסופו של דבר שייגרם מכך נזק לציבור.

<sup>71</sup> רמב"ם, הל' תפילה, פ"ו ה"ח עפ"י ירושלמי ברכות, פ"ה ה"א.

### ז. טענת "לא הבנתי" בחתימה על חוזה

פעמים<sup>72</sup> רבות עולה בבית הדין הטענה, "חתמתי על החוזה אבל- לא הבנתי/לא התכוונתי/לא שמתי לב" וכדומה, כמו כן עולה בעקבות כך טענת "חוזה אחיד" דהיינו חוזה שנקבע על ידי צד אחד באופן קבוע ללא התחשבות בתנאים של כל עסקה בפני עצמה. במאמר קצר זה נברר את יסודות הפסיקה בשאלה זו<sup>73</sup>.

#### א. שיטת הרשב"א

שאלה זו עמדה בפני הראשונים. הרשב"א בתשובה (א, תרכט) כותב:

נשאל ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנה ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל. והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה.

דהיינו לדעת רבינו מאיר טענת "לא הבנתי" מתקבלת, והרשב"א חולק מסברה שכל אדם יטען כך ולא יהיה תוקף לאף שטר אך מסיים "כבר הורה זקן". הבית יוסף (אה"ע סו) כותב על כך:

ואיני יודע למה נחבא אל הכלים משום דחזא גברא כיון דתיובתא לא חזא ולענין הלכה נראה לי כדברי הרשב"א משום דאם לא כן לא שבקת חיי דכל עמי הארץ יאמרו כן.

יש לציין שבספר צרור הכסף (מהדורת בלוי, דיני הכתובות, עמ' תד) מצטט את התשובה במלואה וממנה עולה באופן ברור שהרשב"א חולק על הרמ"ה למעשה, שכן הוא פותח: "ואני כך דעתי" ומסיים: "ואני כתבתי מה שנראה לי אחר ששאלת להעמידך על דעתי". מכאן שהרשב"א חלק על הרמ"ה ולא "נחבא אל הכלים" רק מפני כבודו אינו מחזיר הוראתו.

<sup>72</sup> נכתב במקור בשני פסקי דין, האחד בהרכב הרב משה ארנרייך (אב"ד) והרב סיני לוי והאחד בהרכב הרב אברהם גיסר (אב"ד) והרב חיים בלוך, ולאחר מכן פורסם כמאמר בפני עצמו.

<sup>73</sup> בסוגיה זו הרחיב הרב אליהו גורפינקל, "החותם על שטר שלא קרא או שלא הבין את תוכנו- החוזה האחיד בהלכה", ספר משפטי ארץ ב עמ' 299 ואילך.

הרשב"א חזר על שיטתו במקומות נוספים (ה, רכח הובא בב"י חו"מ קמז):  
 גם מה שטען ראובן: שלא הבין על מה שנתחייב, ועל מה נשבע, אין שומעין  
 לו, שאין העדים חותמים על מה שלא הבינוהו הם, ועדות העדים מכחישתו.  
 שאם אתה אומר כן, אין לך מתחייב בשטר, וכל אחד יטעון כן. סוף דבר מצד  
 זה אין בדבריו כלום, ואין ראייה להאריך בדבר זה.  
 וכן לגבי החותם על שטר בשפה שלא הבין (המיוחסות עז):  
 וכ"ש הכא, שסומך על אחרים. אף על פי שאינו יודע מה שכתבו עליו. ולא  
 חשש לקרותו, וחתם בחותם ידו. שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב  
 בו. והרי הוא חייב בכל אותו חיוב, אף על פי שלא לזה...

### ב. פסיקת השו"ע ורמ"א

השו"ע (חו"מ סא, ג) פוסק:

מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה  
 והתנאים, אין שומעין לו. הגה: וה"ה בשאר דקדוקים שיש לדקדק מן השטר,  
 ולא אמרינן דהאי גברא לא דקדק כל כך, וכמו שנתבאר בסמוך (בית יוסף  
 בשם ריב"ש סימן ת"פ).

השו"ע חוזר על כך בעוד מקומות (חו"מ סח, ב; מה, ג) וכן הוא גם ברמ"א (אה"ע  
 סו, ג):

במקום שאין רגילים לחתום בכתובה אלא הראויים להעיד, לא יחתום מי  
 שאינו יודע לקרות. הגה: ולכן עם הארץ שבא לגרש, ואמר אח"כ שלא הבין  
 מה שהיה כתוב בתנאים או בכתובתה, אינו נאמן דודאי העדים לא חתמו מה  
 שלא העידו בפניו תחלה על פה (תשובת הרשב"א סי' תרכ"ט).

הכרעת השו"ע והרמ"א ברורה היא ומשמעותה שאדם שחתם על שטר מחויב בכל  
 הנאמר בו ואינו יכול לטעון שלא הבין או לא התכוון לכל מה שנאמר בשטר.

### ג. "קים לי"

למרות פסיקה ברורה זו יש מי שהעלה אפשרות לאמירת "קים לי" כדעת הרמ"ה,  
 כך כותב ספר "ישרי לבי" (אה"ע מערכת כ אות ו מובא בשו"ת יביע אומר ט, אה"ע  
 א), אמנם בשו"ת יביע אומר (שם) חולק על כך וטוען שאין לומר "קים לי" כנגד  
 השולחן ערוך וצ"ל לספר "זכרונות אליהו (מערכת כ אות לב) שחולק על דברי  
 ה"ישרי לבי".



**ד. מקרים יוצאי דופן: 1. עניין צדדי בשטר. 2. "אנן סהדי" שלא הבין.**

צריך לברר האם יש מקרים יוצאי דופן. נתחיל מבירור שיטת הרשב"א שכן בעקבות סתירה בין תשובותיו של הרשב"א עולים שני חילוקים חשובים להלכה. בניגוד לכל התשובות שהזכרנו לעיל, הרשב"א בתשובה נוספת (א, אלף קנו) לגבי כתובה שמניסוחה עלה שקרקע מסוימת אינה שייכת לכלה, מקבל את הטענה שהכלה לא הבינה את משמעות השטר:

ועוד שטענה יפה היא במה שאמרה שלא הבינה בכך ולא שמעה ואנן סהדי שאין כלה מרגשת במה שכתב בכתובתה. ובכיוצא בדברים אלו סומכת היא בכך על אחרים.

יש מי שסובר שהרשב"א חזר בו מדבריו בתשובות הקודמות, וכך כותב בשו"ת דבר משה (חוי"מ, סט מובא בפד"ר ט עמ' 160, צויין שם בטעות סי' נב) וביאר שמכיוון שהרשב"א כותב בוויכוחו עם הרמ"ה: "כבר הורה זקן" הרי מוכח שחזר מסברתו, אלא שניתן לומר גם להיפך שבהמשך חזר בו והורה כסברתו הוא, וכך כותב בשו"ת יביע אומר (ג,אה"ע יג) שלא ניתן להכריע מה היא התשובה הראשונה ומה האחרונה (וכן משמע בשו"ת דבר משה במקום אחר, אה"ע מד, שדן בסתירה וביישובה).

בכנסת הגדולה (חוי"מ קמז, הגהות ב"י אות ח) הציע שני חילוקים בין התשובות:

[1] ויראה לי דשאני נדון דסי' תרכ"ט שהוא עיקר החיוב והתנאים ומסתמא העדים לא חתמו על השטר אם לא עפ"י המתחייב, אבל בתשובה זו אין ההפרש בעיקר החיוב והתנאים אלא במצרים (=בגבולות) ובהא איכא למימר שלא הרגישה בכך בכיוצא לדברים אלו, וכמו שמראין דברי הרשב"א ז"ל. ולפי זה גם באיש עם הארץ אם אין ההפרש בעיקר החיוב והתנאים נאמן. וקרוב לזה מצאתי למהר"ש הלוי חי"ד סי' י"ד.

[2] ועוד אפשר דלא כתב הרשב"א ז"ל דטענה יפה היא אלא דוקא בכלה דאנן סהדי דאינה מרגשת במ"ש בכתובה, אבל בעם הארץ או בשאר נשים שאינם כלות אינם נאמנים, ולפי זה כל שאינה כלה לא מיבעיא בעם הארץ אלא אפי' באשה אין שומעים לה...

דהיינו: א. יש הבדל בין דברים שהם גוף הדבר לבין דברים שנלווים לשטר בדרך אגב ועליהם יכול החותם לטעון שלא הבין אותם וממילא לא התכוון אליהם ונאמן על כך.

ב. לגבי כלה "אנן סהדי" שאינה מבינה את הכתובה ועל כן לא התכוונה לנאמר בה. למעשה שני החילוקים בנויים על יסוד אחד והוא שיש מקרים בהם ברור שהאדם לא התכוון בחתימתו על השטר לדברים אלו אם משום שהם אינם מעיקר השטר ואם משום הנסיבות המיוחדות בהן הוא נמצא.

בשו"ת מהר"ש לניאדו החדשות יח הסכים לחילוקים אלו וכן בשו"ת דבר משה (שם). בשו"ת "פרח מטה אהרן" (ב,עז מובא בשו"ת גינת ורדים אה"ע ד,יד) קיבל את החילוק השני כעיקר. בשו"ת גינת ורדים (שם טו) חלק על החילוק השני וסבר שלא יתכן שכלה תוכל להתחמק מהאחריות על השטר ועל כן הסיק לעיקר את התירוץ הראשון (יש לציין שהציע חילוק נוסף והוא שהדבר תלוי במוחזק אך כפי הנראה חזר בו מחילוק זה).

בשו"ת חתם סופר (חו"מ ה) צירף את שני החילוקים ביחד וטען שרק בכלה ובתנאים צדדיים הרשב"א מודה שיכולה לטעון שלא הבינה.

סיוע לחילוקים אלו עולה מדקדוק בדברי הרשב"א בוויכוחו עם הרמ"ה שכן הוא כותב: "דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו." והרמ"א העתיק את הנימוק של הרשב"א בפסיקתו (אה,ע סו), בעקבות כך כותב אחד מאחרוני הראשונים, רבי יוחנן לוריא בספרו "משיבת נפש" (פ' יתרו): "הרי לך שאם ידוע שלא קראוהו העדים בלשון שמכיר בו ולא הודיעוהו בע"פ, הרשב"א מודה שהשטר או הגט פסול".

אמנם בתשובה אחת (מיוחסות עז) שהבאנו לעיל ונפסקה בשו"ע (מה,ג), מפורש שגם אם ברור שחתם לפני שקראו לפניו העדים, חייב בכל הנאמר בשטר שכך קיבל על עצמו. הש"ך (סא,יח) מסיק: "ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר, מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק." ומכאן שלדעת הש"ך גם אם נתברר שלא הבין מה שנאמר בשטר חייב אם חתם עליו, וכן מוכח מהסמ"ע (סא, כג) והתומים (סא, כד) ראה ספר בנין שלם על שו"ע חו"מ סא,ו).

מדברי החתם סופר (שו"ת חו"מ ה) והחכמת שלמה (חו"מ סא) עולה שלדעתם ניתן לקבל טענת "לא הבנתי" במקרה שהייתה לה הוכחה, וזאת בתנאי שהשטר לא נחתם על ידי המתחייב בעצמו כי אם על ידי עדים (כמו כתובה, בתקופה בה החתן לא חתם עליה).

לגבי החילוק הראשון יש לציין שבשו"ת יביע אומר (ט, אה"ע א) הרחיב את המושג של "עניין צדדי" גם לתנאי של ממש בכתובה, במקרה שלו מדובר בספרדי שחתם על כתובה בה נאמר שהוא מקבל על עצמו חדר"ג. אמנם יש לדון בדבר ולחלק שהמקרה שהרשב"א עוסק בו הוא אזכור של פרט בכתובה שיש לו השלכה לעניינים אחרים (הזכר גבול השדה שלא בדקדוק) ואילו בשו"ת יביע אומר נידון דבר שהוא חלק מתנאי הכתובה ומחובות החתן לרעייתו. כך עולה מדברי מהר"ש לניאדו (החדשות יח) בביאור שיטת הרשב"א: "ההיא דהרשב"א דמיירי במלתא שאינה מגוף ענין השטר וגם אינה בתנאים אלא במצרים שהם מחוץ לענין הכתובה ותנאיה".

עוד נידונה שאלה זו בבית הדין הגדול (פד"ר ט, עמ' 152 ואילך), ונחלקו בה דייני בית הדין, דעת ר"ש ישראלי הייתה שבוודאי החתן מחוייב לקיים חתימתו, ואילו דעת ר"י קאפח הייתה שאין איש המבין את הכתובה עליה הוא חותם ואין לחייב אנשים לעמוד בתנאי כתובתם הנובעים מהנוסח השגרתי של הכתובה עליה חתמו, לדבריו: "הרי כלל גדול השמיענו הרשב"א כל דאנן סהדי שאין אדם מרגיש ולא יודע במה שכתוב בכתובתו אין הדבר מחייבו... והיה לכאורה לחלק בין היכא שחתמו עדים להיכא שהוא עצמו חתום. אך נראה ברור שהרשב"א מילי מילי קתני, ואין מה שחתם הוא מוסיף מאומה היכא דאנן סהדי שאין בני אדם שמים לב לדבר, אלא דבעלמא כשאדם חותם בעצמו על מסמך דרכו ליתן אל לבו ולדקדק בו, מה שאין כן בנוסח הכתובה שאנו יודעים ברור שאין שום חתן יודע מה כתוב בה, וכולם נותנים דעתם בעת שחותמים על הצלם אם הוא קולט את הרגע, וסומך הוא על שליחת אצבע המס"ק שמראה לו היכן לחתום ולא יותר. וכלום יצדק מי שהוא שיבוא ויאמר לנו שהבעל ידע או יודע מה זה תקנת שו"מ, או שרושם הנישואין או מסדר הקידושין או החתן או העדים יודעים היאך נעשה סך הכל שלש מאות ל"י, והיאך הוא מורכב מארבעה סכומים, מאה זווי כתובת מתרכתא, נדוניא שהכניסה חמשים זקוקים, הוסיף החתן חמשים זקוקים, ועוד הכניסה איזה סכום, סך הכל שלש מאות ל"י? ברור שאין איש מכל אלה יודע מאומה, ואם כן היש תוקף לשטר זה? אלא ברור שחילוק זה בדעת הרשב"א כלומר לחלק בין הדברים שהן עיקר הכתובה והתנאים לבין שאר נוסח הכתובה הכרחי הוא, שאם לא כן יהיו דבריו סתרי אהדדי. ודוקא בכתובה שנכתבה כתקנה ואינה סתורה מתוכה. "ר"מ אליהו חזר על תירוצי הכנה"ג ומשמע שנקט כר"ש ישראלי בעניין זה אם כי למעשה חלק עליו מטעם אחר.

נציין למקרה נוסף שנידון בשו"ת משנה הלכות (יז, צח) באדם שחתם על שטר בוררות ולא הבין שהוא מתחייב גם לפשרה וללא זכות ערעור אף בטעות מוחלטת, הרב קליין פותח ש"באופן דידיעין בברירות שלא אמרו לו העדים תוכן הכתובה או שאמרו לו ולא הבין, הנה בטלה החזקה ואין תוקף להתחייבות זה כיון שלא ידע על מה הוא חותם." ומוסיף ומחלק בסברות שנכונות גם לכתובה בה דנו הפוסקים לפני כן: "דאם ידע הבעל דין תוכן שטר בוררין דעלמא אזי יכול לטעון עוד כיון דעד השתא גם הב"ד שלכם היה להם שטרי ברורין כמנהג כל בתי דינין דישאל, ועכ"פ כשבאתי לב"ד באתי על מנהג הקדום, ולא עלתה על דעתי ששניתם הסדר." דהיינו במקום שיש שטר בעל נוסח קבוע ועל פי כללים קבועים ומישהו שינה אותו, הוא צריך להסביר ולפרט את השינוי. ובנוסף לכך אדם שבא לבית דין וסומך עליהם שיעשו כדין וביושר ונוסח כפי שיש להם הוא נגד היושר.

לסיכום עולים שני מקרים בהם מודה הרשב"א לדעת חלק מהפוסקים:

א. עניין צדדי בשטר- דבר המוזכר בשטר בדרך אגב ויש לו משמעות לתחומים אחרים. הבאנו הרחבה להגדרה זו שעשה שו"ת יביע אומר (ט, אה"ע א) ור"י קאפח (פד"ר ט, עמ' 158).

ב. "אנן סהדי"- במקרה של כלה שאין ספק שלא מבינה במה מדובר יש לה טענת "לא הבנתי". יש שהרחיבו טענה זו למקרים נוספים בהם נתברר שהחותם לא הבין ובפרט במקרים בהם לא הייתה חתימה כלל כי אם חתימת עדים בלבד או שהשטר שונה באופן יוצא דופן ובלא שהדבר פורט לחותם.

### 3. חתימת המתחייב על השטר

במקרה שהנתבע חתם בעצמו על החוזה, כותב ר"ב אשכנזי (שו"ת כד) שגם רבינו מאיר יודה שהוא אינו יכול לטעון שלא הבין:

איכא למימר דעד כאן לא קאמר אלא בכתובה דעדים הוא דקא מחייבי ליה ואפשר שהעדים חשבו שהיה מבין מה שקראו לפניו ולכך לא הודיעוהו בעל פה אבל כשהוא בעצמו חותם ועל חתימתו אנן מחייבין ליה הא ודאי דחזקה הוא דלא חתים עד שידע מאי דאכתיב עליה אי נמי דגמר בדעתיה להתחייב בכל הכתוב עליו...

הר"א גולדשמידט (פד"ר א עמ' 294) מסביר את כוונת ר"ב אשכנזי על פי הסברות שהעלה הרשב"א בתשובה (המיוחסות עז):

הרי שבחותם בעצמו אין שומעין, לכל הדעות, לטענה "לא הבנתי", משני טעמים:

א': חזקה שאין אדם חותם אלא אם כן ידוע לו על מה הוא חותם. ולפי טעם זה אם תהיינה הוכחות שהחותם לא ידע על מה הוא חותם, הרי נופלת החזקה והחתימה בטלה.

ב': כלל הוא שכל הסומך על מישהו, נותן אימון בו ועושה פעולה על פיו, הרי הפעולה מחייבת אותו כאילו הוא עושה אותה על ידיעתו ודעתו שלו בעצמו... אם החותם לא ידע על מה הוא חותם, וברור לנו שאינו יודע את שפת השטר, וגם ברור שלא הסבירו לו לפני החתימה את תוכן השטר, אלא שסמך על הסופר או מישהו אחר שהגיש לו לחתום, ועל פיו הוא חתם, הרי קבל עליו על כל מה שחתם על פי איש אימונו, ורואים כאילו הודה והתחייב בידיעה על כל החתום.

דהיינו יש בחתימת האדם עצמו על השטר משום קבלת הדברים ואין אפשרות לסגת לאחור מכן בטענות של אי הבנה אלא אם כן הדבר מוכח שלא הבין וגם לא נמסר לו על ידי אדם מטעמו.

#### 4. עיקר השטר

מהר"ם די בוטון (לה, מובא בשו"ת יביע אומר שם) מחדש שרבי מאיר החולק על הרשב"א מודה לגבי עיקר השטר שאין יכול לטעון עליו "לא הבנתי" בכל מקרה.

#### 5. שטר מצד אחד

מהריא"ז ענזיל (תלמיד קצות החושן, בתשובותיו סימן מט מובא אצל ר"א שרמן תחומין ח עמ' 164) מחדש שאדם שסמך על בעל דינו שהביא את השטר יכול לטעון שלא ידע מה בדיוק היה כתוב שם, בעקבות כך הר"א שרמן פטר אדם שחתם מול הבנק מלעמוד בתנאים החתומים על השטר.

אמנם המעיין בתשובת המהריא"ז יגלה שמדובר באדם עיוור שסמך על בעל דינו שהביא את השטר, אך מנין לנו שאדם רגיל שיכול לקרא ולברר, אף אם סמך על בעל דינו ייפטר בכך? במאמרו של ר"א גורפינקל ציין גם לפס"ד של ב"ד לממונות ירושלים (ב, רכה) שפטרו בטענה דומה אשה שחתמה על שטר, אך נראה ששם הייתה טעות ברורה ובמקרה כזה יש בסיס לאי ההבנה (ועדיין צ"ע גם על הפסיקה שם וראה בפס"ד אחר באותו ב"ד ה,רלו שפסקו אחרת).

ואילו נבחן דבר זה בסברה אין מקום לחילוק זה באופן כללי כי אם באופן פרטני ודבריו של הרשב"א על כך שלא יהיה קיום לדיני ממונות אם תתקבל טענת "לא הבנת" יפים גם מול טענה זו.

#### 6. חוזה לא סביר

לעתים עולה טענה שהחוזה לא סביר במידה קיצונית ("חוזה מקפח"), טענה זו עולה גם אם החותם הבין את השטר אך הוא טוען שאין זה ראוי לחייב בעסקאות כעין אלו. בספר עמק המשפט (א,יט) טוען שיש מקום לטענה זו, אך לכאורה אין לכך מקור ברור ואדרבא משמע שכל תנאי שהאדם מקבל על עצמו בדיני ממונות מחייב אותו (ראה גם בנין שלם ה' הלוואה עמ' קלא שהעיר על דבריו), אמנם ראה לעיל שיש מקרה בו נבחן גם ה"יושר" של השטר, לפי שו"ת משנה הלכות, בשטר שמחתים בית הדין את הבאים לפניו.

#### סיכום

הרשב"א ובעקבותיו השו"ע ורמ"א פוסקים שאדם רגיל החותם על שטר חייב בכל הנאמר בשטר, ואינו לקבל טענת "לא הבנת". בוודאי הדברים אמורים לגבי דברים שהם גופו של שטר ממש, אפילו בפרטים הקטנים של השטר. במקרה של חתימת האדם עצמו על השטר יש חיזוק נוסף לדבר שכן לחלק מהפוסקים זהו מקרה בו כל הפוסקים מודים. יש מקרים בהם יש מקום לטענת "לא הבנת":

- א. "עניין צדדי" המוזכר בדרך אגב בשטר.
- ב. "כלה" ביום חופתה שאינה מסוגלת לדקדק בזוטות וכדומה. ויש שהרחיבו לכל מקרה בו נתברר שלא הבין ובתנאי שלא חתם בעצמו.
- בעקבות שני אלו נידונה התחייבות חתן ספרדי שחתם על כתובה אשכנזית ובה כלול חדר"ג. וכן שטר בוררות בלתי סביר שהותם בעל דין בבית דין.
- ג. יש שטענו שהסומך על אדם אחר שהביא לו את השטר יכול לטעון שלא הבין את משמעות העניין ונאמן על כך.

## ח. חשוד על השבועה

### פתיחה

הלכה פסוקה היא שהחשוד על השבועה אינו יכול להישבע את השבועה שהוא מחויב בה (שו"ע חו"מ סי' צב סעי' א). בדברים דלהלן נדון במקורו של הדין, ונברר אם זהו דין תורה או תקנת חכמים. לאחר מכן נדון בהשלכות של הפסול, היינו במקרים שבהם מוטלת השבועה על הצד השני, אם היא חיוב רגיל בשבועה או שמא רק שבועה כדי להפיס את דעתו של החשוד לפני שהוא מפסיד את ממונו.

### חלק א: "חשוד על השבועה" פסול מהתורה או מדרבנן?

### פתיחה

המשנה (שבועות מד:) קובעת שהחשוד על השבועה אינו נשבע את השבועה שהוא מחויב בה, והשבועה מוטלת על הצד השני:

כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ואלו נשבעין ונוטלין: השכיר, והנגזל, והנחבל, ושכנגדו חשוד על השבועה... שכנגדו חשוד על השבועה כיצד? אחת שבועת העדות ואחת שבועת הפקדון, ואפילו שבועת שוא. היה אחד מהן משחק בקוביא, ומלוה ברבית, ומפריחי יונים, וסוחרי שביעית – שכנגדו נשבע ונוטל.

במשנה מפורטים סוגי החשודים על השבועה. ראשית, אלו שנתפסו בשבועת שקר; המשנה מונה את סוגי השבועות השונות, העדות, הפיקדון ושבועת שווא. לאחר מכן מופיעה רשימת עוברי עברה, רשימה המקבילה לזו שבמסכת סנהדרין (כד:), שבה נמנו אותם אנשים והוגדרו כפסולי עדות. בגמרא לא נדונה הסיבה שהחשודים אינם נשבעים, אלא יש רק התייחסות לפירוט (שבועות מז:):

היה אחד מהן משחק בקוביא. הא תו למה לי? תנא פסולא דאורייתא, וקתני פסולא דרבנן.

כלומר, אלו שנשבעים לשקר הם פסולים מדאורייתא, ואלו המופיעים אחריהם הם פסולים דרבנן. אלא שבסוגיה זו לא נתבאר ביחס למה נאמרה חלוקה זו של "דאורייתא" ו"דרבנן" – אם רק ביחס לפסולי עדות, שעליהם נאמר בתורה (שמות כג,א): "אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס", ומהם יש המוגדרים רשעים

דאורייתא ויש שהם רשעים מדרבנן, ואילו בשבועה יש מקום לומר שכל הפסולים הם מדרבנן; או שמא דברי הגמרא אמורים גם ביחס לפסולי שבועה, וגם לגביה יש הפסולים מדאורייתא ויש הפסולים מדרבנן.

#### א. שיטת התוספות במסכת בבא קמא – החשוד פסול מדרבנן

בגמרא (בבא קמא קח.) נדון חיוב כפל לשומר שטען שהחפץ נגנב ונשבע לשקר ונמצא שהוא גנב:

בעי רב פפא: תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא, מאי? – היכי דמי? שטען טענת אבד ונשבע והודה, וחזר וטען טענת אבד ונשבע והודה; אי נמי, כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, מאי? מי אמרינן: תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלמו עילוי חד ממונא, והכא חד גוונא הוא, או דלמא תרי ממונא אמר רחמנא דלא לשתלמו עילוי חד ממונא, והכא נמי תרי ממונא נינהו?

הגמרא מעלה אפשרות שאדם יחזור ויישבע לשקר פעם אחר פעם, ויתחייב על אותו חפץ כמה חיובים. מעירים על כך התוספות (שם ד"ה ותרי):

ותרי כפילי – מחמת שנעשה פסול בשבועה שניה, משעה שנמצא שקרן בראשונה – אין לפוטרו, משום **דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל**, כדמוכח בשבועות (מה.), דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה, ומשמע התם דמדרבנן הוא, וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל.

התוספות מניחים שהפסול של החשוד על השבועה הוא רק מדרבנן, ועל כן אם אדם נשבע בשנית והתחייב בכך חיוב מהתורה על שבועת השקר – רבנן לא הפקיעו את החיוב ממנו<sup>74</sup>. מדברי התוספות עולה בבירור שלדעתם כל הפסולים לשבועה הם רק מדרבנן, ובתוכם הראשונים ברשימה שנמנתה במשנה לעיל, שהם החשודים על

<sup>74</sup> עיין במה שדן "קצות החושן" (סי צב ס"ק א) בדברי התוספות, ועיין ב"מילואי חושן" (הערה 275), שהביא אחרונים שלמדו בדברי התוספות שחשוד פסול להישבע מהתורה.



שבועת שקר. אך בראשונים אנו מוצאים יישוב אחר לקושיית התוספות, וכך כותב הראב"ד<sup>75</sup> (מובא בחידושי הרשב"א שם ד"ה ובטוען):  
איכא למימר דהווי ידעי ביה דעביד תשובה, כדאיתא בירושלמי החשוד על השבועה: מאימתי מקבלין אותו? משיבוא לבית דין שאין מכירין אותו ויאמר "חשוד אני".

מדובר באדם שחזר בתשובה, ועל כן השביעוהו בשנית<sup>76</sup>. לפי יישוב זה הראב"ד, וממילא גם הרשב"א שהביא את דבריו וקיבל אותם, אינם זקוקים לתירוצם של התוספות, ואף אם החשוד על השבועה פסול מדאורייתא ניתן להבין את דברי הגמרא.

תוספות כתבו שהסיבה לכך שהם סוברים שהחשוד פסול מדרבנן היא משום שכך מוכח בשבועות. האחרונים<sup>77</sup> הציעו ביאור לדברי התוספות; לשם כך נעין במשנה שפתחנו בה.

<sup>75</sup> במהדורת מוסד הרב קוק: הר"א אב"ד, ומסתבר שאכן כך הוא, מפני שהדברים אינם מצויים בחידושי הראב"ד לבבא קמא. תירוץ נוסף מופיע ב"מגיד משנה" (גניבה פרק ד ה"ה), שמדובר בשני בתי דין, וכן משמע מתוספות רי"ד (בבא קמא קח. ד"ה א"נ).

<sup>76</sup> בעניין זה יש לציין את דברי הרשב"א בשבועות (לא. ד"ה מ"ד), שדן בשיטת רב פפא, שפסול דרבנן חייב בשבועת העדות, והסביר שלמרות שהעד פסול – הוא חייב בקרבן שבועת העדות, כיוון שהוא פסול רק מדרבנן וניתן להוציא ממון על-פי עדותו במקרה שתפס התובע. לדעת התוספות (שם ד"ה ורבנן), עצם זה שמהתורה הוא כשר לעדות מועיל לחייבו בקרבן שבועת העדות. לפי זה מובן בסוגיה דן מדוע התוספות מיישבים שמהתורה כשר, ועל כן ניתן לחייבו בקרבן על שבועת השקר השנייה; אך תימה מדוע הרשב"א נזקק לתירוץ אחר, ושמא יש בכך כדי לסייע לדברי ה"מרחשת" (ב סי כג ענף ג, הובאו בחידושי הרשב"א לשבועות הוצאת מוסד הרב קוק על דף לא. בהערה 46), שדברי הרשב"א נאמרו רק לשיטת רב פפא, ואילו לשיטה החולקת אין הבדל בין פסול דאורייתא לפסול דרבנן. ולפי זה יש להבין מדוע התוספות כתבו דברים שמתאימים רק לשיטה אחת, ואולי הם סוברים שיש לחלק בין חלות שבועה שנאמרה על-ידי פסול דרבנן לבין חיוב על שבועה שאינו יודע עדות, כאשר חכמים מונעים ממנו להעיד וממילא אינו מעיד גם ללא השבועה. חילוק דומה נמצא ב"קצות החושן" (סי פז ס"ק לב) לגבי חיוב בשבועה מדאורייתא על ממון, שהבסיס לתביעתו הוא חיוב דרבנן, כדינא דגרמי (לשיטת שזהו דין דרבנן) וכדומה.

<sup>77</sup> "דברי אמת", קונטרס "חשוד על השבועה" (דף סד.); "נחל יצחק" (סי צב סע' ג ענף א).

**דיוק במשנה כמקור לתוספות**

התוספות (שבועות מד: ד"ה כל) התקשו בשאלה, לפי מה נבחרו המקרים להיכלל ברשימת הנשבעים ונוטלין שהופיעו במשנה לעיל:

תימה דלא חשיב ההיא דתנן לעיל (מג.) מי נשבע מי שהפקדון אצלו... וכל הני דתנן לקמן בפירקין (מה.) הפוגמת כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה כו'... ויש לומר דלא חשיב אלא הנהו, שאין כנגדן ראויין לישבע.

תוספות מציינים שישנם מקרים נוספים שבהם אדם יישבע וייטול, כגון אישה שמודה שחלק מכתובתה נפרע, שצריכה להישבע על שאר החוב כדי ליטלו ועוד. והתוספות מתקשים, מדוע לא נמנו אלו במשנה שאמורה להביא את כל הנשבעין ונוטלין? ומתמצים, שהסיבה שנבחרו אלו המופיעים במשנה לרשימה היא מפני שיש להם מכנה משותף, שאלו שהיו אמורים להישבע לא יכלו לעשות זאת<sup>78</sup>.

התוספות בכתובות (פ. ד"ה ישבע) ביארו באופן שונה:

ונראה דהתם לא חשיב אלא אותם שצריך להשמיענו דנוטלין, דאי לאו דאשמעינן הוא אמינא דאפילו בשבועה אין נוטלין... והלשון מוכיח כן, דהתם קתני "נשבעין ונוטלין" – משמע דאתא לאשמועינן דנוטלין, והכא קתני "לא יפרעו אלא בשבועה" – משמע דאי לאו דאשמועינן הוה אמינא דנוטלין בלא שבועה.

לדבריהם נבחרו אותם מקרים שבהם ללא התקנה לא היו נוטלים, ורק על-ידי התקנה הם יכולים להישבע וליטול. משמע מדבריהם שגם במקרה של חשוד מן הדין אינם נוטלים, ולכאורה היה צריך להיות ש"מתוך שאינו יכול להישבע משלם"! אלא שברור מדברי התוספות שאין זו אלא תקנה, שאינו יכול להישבע ולכן אין אומרים בו "מתוך". ונמצא שהדיוק ברשימת המקרים במשנה הוא המקור לשיטת התוספות שהזכרנו, שלמדו שכל המקרים הם כאלו שמעיקר הדין היה הנתבע נפטר מתשלום. ומכאן מוכח שהפסול של חשוד הוא מדרבנן בלבד, ומהתורה היה יכול להישבע ולהיפטר, ועל כן אי אפשר היה לחייב אותו בתשלום, ורק מדרבנן אסרו עליו להישבע ואפשרו לשכנגדו להישבע וליטול.

הרמב"ן (שבועות מד: ד"ה מתניי) חולק על התוספות לגבי דין חשוד:

<sup>78</sup> ושוב הרחיבו בכך התוספות במסכת בבא מציעא (לד: ד"ה שמא).

ויש אומרים כי קתני הני דמדינא לית להו, ורבנן הוא דאמור נשבעין ונוטלין, אבל אינך מדאורייתא בלא שבועה שקלי ורבנן אחמורי אחמור עליהו. ואין זה מספיק לשכנגדו חשוד על השבועה, **דמדינא בלא שבועה שקיל**, משום דהוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם כדרכי אבא, ואפשר דמשום דרבי יוסי קתני לה דקאמר "יחלוקו", דלא סבירא ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע – משלם, הילכך אי לאו משום תקנת חכמים חשוד פטור מכלום.

לפי דברי הרמב"ן, דבר פשוט הוא שבמקרה של חשוד שכנגדו נוטל מדינא, ועל כן הוא נאלץ ליישב שדין זה הובא בגלל שיטת תנאים שסוברת שאין כלל דין "מתוך". גם הרשב"א (שבועות מד: ד"ה השכיר) התקשה באופן דומה, ותירץ:

דהכי נמי כיון דאיהו טעין "ברי" ובעי לאשתבועי, אלא דאנן לא שבקינן ליה, הוה ליה כאלו החמירו עליו שיטול שכנגדו. אלא דקשיא לי, דאם כן מאי שנא מנסכא דרבי אבא, דבעי לאשתבועי דדידיה שקל, ואפילו הכי שקיל תובע בלא שבועה, וכדכתיבנא בפרק שבועת העדות, אלא נראה לי יותר כדברי הרמב"ן ז"ל.

הוא מציע בתחילה שכיוון שחכמים מונעים מהחשוד להישבע, זה דומה למקרים האחרים שמדינא התובע אינו נוטל, וחכמים החמירו על הנתבע וחיבו אותו לשלם. אך הוא חוזר ומקשה על כך, ומקבל את תירוץ הרמב"ן. וכן כתב הר"ן (שבועות כה: מדפי אלפס ד"ה כל) למסקנה, והוסיף יישובים למשנה.

ניתן לסכם שמהעיון בלשון המשנה נראה שהחשוד על השבועה דומה לנשבעין ונוטלין האחרים. לפי התוספות בכתובות, הדבר נובע מכך שהחשוד למעשה פטור מתשלום, שהרי מדאורייתא הוא כשר לשבועה. ולפי הרמב"ן החשוד צריך לשלם מדין תורה, משום שאינו יכול להישבע, ורק מדרבנן החמירו על התובע שהשני יישבע וייטול, וכן דעת הרשב"א והר"ן.

צריך לברר לפי שיטתם, אם כל פסול עדות פסול לשבועה מהתורה, או שמא דווקא מי שחשוד על השבועה פסול מהתורה, ואילו מי שפסול לעדות מסיבות אחרות הוא במעמד שונה. נביא את דברי הראשונים בעניין.

### ב. שיטת התוספות בכתובות ובבבא מציעא – גזלן פסול לשבועה רק מדרבנן

התוספות (כתובות יח: ד"ה ובכולל) דנים בשאלת מקור פסול גזלן בשבועה:

אם תאמר כיון דלא חשיד אשבועתא – למה גזלן פסול לשבועה? ותירץ הר' יהודה חסיד, דדוקא כשהוא חשוד על אותו ממון שבא לישבע אמרינן דלא חשיד אשבועתא, דעל ידי השבועה יפרוש, אבל אותו ממון שכבר גזל לא יפרוש על ידי השבועה... ויש מפרשים דגזלן כשר לשבועה מן התורה, דלא חשיד אשבועתא, אלא דמדרבנן פסלוהו כשהוא גזלן. ואם תאמר ומאי שנא דלעדות פסול, כדכתיב "אל תשת ידך עם רשע וגו'" ולשבועה כשר? וי"ל דבשבועת שקר יש בה עונש גדול, דכתיב בה "לא ינקה", וכדאמר בשבועת הדיינין (שבועות לט.). שכל העולם כולו נודעזע כשאמר הקב"ה "לא תשא", ועוד דבעדות שקר ליכא אלא "לא תענה" ובשבועת שקר איכא "לא תגזול" וי"ל תשבעו לשקר".

וכן הוא גם בתוספות (בבא מציעא ה: ד"ה דחשיד). לדעה אחת בתוספות פסול גזלן הוא מדרבנן, כשיטת התוספות בבבא קמא שהבאנו למעלה. התוספות מסבירים שהתנאים לפסול אדם לשבועה שונים מאשר בפסול עדות, מפני ששבועה מטילה אימה רבה יותר על הנשבע, וכן נחשבת לעברה חמורה יותר; אמנם לדעת רבי יהודה חסיד, משמע שגזלן אכן חשוד מהתורה על השבועה, אך רק כאשר הוא כבר ביצע את הגזל, ואילו כאשר הוא עדיין בשלבי הגזלה הוא עשוי עדיין לחזור בו, ועל כן לא ניתן להטיל עליו את דיני הגזלן ולפסולו בשבועה. אלא שעדיין צריך ביאור בדברי רבי יהודה חסיד, מה המקור לפסול הגזלן? שהרי בשבועה לא נאמר "אל תשת רשע".

### ג. שיטת הרשב"א – גזלן פסול מהתורה לשבועה

כדברי רבי יהודה חסיד עולה גם מדברי הרשב"א בתשובה (א, תרפז):

וחשוד אממונא, למאן דאמר חשוד על השבועה – אף על גב דמשומד לדבר אחד לא הוי משומד לכל התורה כלה. שאני התם דהוא כחשוד על אותו דבר, דכיון דמשום ממון.

היינו, החשוד על הממון נחשב חשוד לאותו הדבר, ועל כן הוא פסול מהתורה להעיד.

**ד. בירור שיטת התוספות במסכת בבא מציעא**

בתוספות (בבא מציעא ה. ד"ה שכנגדו) נדונה השאלה, מדוע אין מחייבים את הנתבע (החשוד שאינו יכול להישבע) לשלם:

ואם תאמר: מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, אמאי לא אמרינן "מתוך שאינו יכול לישבע משלם"... ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי, דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו. ועוד דהתם אמר ליה "שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם", אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו, ולכך לא ישלם.

התוספות מעלים שתי אפשרויות:

א. תיקון עולם, שלא יבואו לתבוע אותו רבים ויהיה חייב בתשלום מפני שאינו יכול להישבע.

ב. אין זה אשמתו של החשוד, כיוון שהוא מצדו מוכן להישבע.

הב"ח (ח"מ סי' צב ס"ק יא) טען שתירוצי התוספות חלוקים בשאלה אם פסול חשוד הוא מהתורה או מדרבנן. לדבריו, התירוץ הראשון מבוסס על כך שמהתורה היה עליו לשלם והיה פסול לשבועה, וחכמים תיקנו שכנגדו יישבע וייטול; ואילו לתירוץ שני הוא יכול להישבע מהתורה, אלא שחכמים תיקנו שיישבע שכנגדו.

אולם נראה שניתן להוכיח מדברי הרשב"א שלפי הבנתו לשני התירוצים הללו של התוספות – חשוד אינו יכול להישבע מהתורה. הרשב"א (שבועות לא. ד"ה מ"ד) קובע באופן ברור שהחשוד אינו נשבע מדאורייתא:

והכא נמי מדינא דאורייתא הוה ליה למשקל בלא שבועה, ככל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע דמשלם, ואין שכנגדו צריך לישבע אלא דרבנן תקנו לחשוד. דבר זה אינו מונע ממנו להביא את שני נימוקי התוספות במקומות שונים. את הטעם הראשון (מז: ד"ה אלא):

אלא שבחשוד תקנו, מפני שחשו לו כדי שלא יהא כל אחד ואחד תובע יותר ממה שהוא חייב לו, ולא שבקת ליה חיי.

ואת הטעם השני (מד: ד"ה השכיר):

וא"ת עוד שכנגדו חשוד על השבועה מיהא לא לימני דמדינא שכנגדו נוטל בלא שבועה, דהו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם מן הדין בלי שישבע

שכנגדו מדרי' אבא, וי"ל דהכי נמי כיון דאיהו טעין "ברי" ובעי לאשתבועי, אלא דאנן לא שבקינן ליה הוה ליה כאלו החמירו עליו שיטול שכנגדו. מכך ניתן להסיק שגם הטעם השני אינו סותר את שיטתו של הרשב"א, שהחשוד אינו נשבע מהתורה. ומסתבר שכך הוא הבין את דברי התוספות; היינו, העובדה שהוא מוכן להישבע גרמה לכך שחכמים יתקנו עבורו שבועת "שכנגדו", בניגוד למקרים אחרים, שבהם אם אינו יכול להישבע משלם<sup>79 80</sup>.

#### ה. שיטת הרמב"ם שפסול לעדות פסול לשבועה

מכל המתבאר לעיל עולה שישנה זיקה בין חשוד על הממון לפסול לשבועה. אך מה לגבי אדם שפסול לעדות מחמת עברות שעשה – האם יהיה פסול גם לשבועה? הרמב"ם קובע באופן ברור שאכן, הפסול לעדות פסול גם לשבועה (טוען ונטען פרק ב הל' ב):

אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי, או שבועת עדות, או שבועת הפקדון, או שבועת שוא – הרי הוא חשוד על השבועה, וכן כל הפסול לעדות משום עבירה בין פסלנות של תורה, כגון בעלי רבית, ואוכלי נבלות, וגזלנין, בין פסלנות של דבריהם כגון משחק בקוביא ומפריחי יונים – הרי הוא חשוד על השבועה ואין משביעין אותו.

ה"נחל יצחק" (סי' צב סעי' ג ענף ג) דן בשאלת הקשר שבין המושגים הללו של פסול עדות ושבועה. הוא מביא שני הסברים של הפוסקים לענין:

<sup>79</sup> וכן השיג ה"נודע ביהודה" (תנינא חו"מ סי' ט) על הב"ח מסברה, ציין אליו ה"נחל יצחק" (סי' צב סעי' ג).

<sup>80</sup> הערת הרב אריה כץ: לענ"ד ניתן להסביר את תירוצם השני של התוספות שחשוד אינו נשבע מן התורה, ואף-על-פי-כן התקנה היא שכנגדו נוטל (אלא שצריך שבועה), וללא התקנה לא היה נוטל. זאת על-פי שיטתם של התוספות (המובאת בהערה לקמן), שכאשר חוסר היכולת להישבע אינו באשמתו של הנתבע – הוא פטור מלשלם. זאת כוונת התוספות באמרו שהחשוד היה רוצה להישבע ואיננו מניחים לו – כלומר אין זו אשמתו, ולכן מעיקר הדין הוא פטור, וחכמים תיקנו שכנגדו ייטול בשבועה. והתירוץ האחר חולק, וסובר שהעובדה שנעשה חשוד היא באשמתו, ולכן אין זה פטור אותו מדין "מתוך". על-פי הסבר זה יובנו היטב דברי הגמרא (ה:): האומרת שחשוד שצריך להישבע שבועה דרבנן – פטור, משום שאין עושים "תקנתא לתקנתא", ופירוש הדברים, שתקנה אחת היא עצם העובדה שחשוד משלם (ולא שלא יכול להישבע), והשנייה היא החיוב בשבועה דרבנן.

א. ה"תבואות שור" (יו"ד סי' ב ס"ק יב) כתב שלמדו פסול שבועה מפסול עדות. ה"נחל יצחק" מקשה מה המקור ללימוד זה.

ב. ה"לבוש" (עיר שושן סי' צב סעי' א) כתב שהפסול להעיד הוא משום שאינו יכול להישבע שעדותו אמת. וכבר העיר עליו הסמ"ע (סי' צב ס"ק א) שאין מקור לכך שהעד צריך להיות ראוי להישבע על עדותו.

על כן מסיק ה"נחל יצחק" שהפסול לעדות פסול לשבועה רק מדרבנן. ולדבריו, לדעת הרמב"ם אף הגזלן פסול לשבועה רק מדרבנן. אך נראה להוכיח מדברי הרמב"ם ש"כל הפסול לעדות פסול לשבועה" הוא דין תורה, זאת מהדרך שבה הרמב"ם מסדר את ההלכות של חשוד. הוא פותח בכך שיש כאלו שפסולים לשבועה, ורק לאחר מכן כותב על תקנת חכמים (טוען ונטען פרק ב, הל' א-ד):

כל חשוד על השבועה – אין משביעין אותו, לא שבועת התורה ולא שבועה מדבריהם ולא שבועת היסת... **תקנת חכמים** היא שכל המחוייב שבועה מן התורה על טענת ודאי – אם היה חשוד הרי התובע נשבע מדבריהם ונטל מה שטען...

נמצא שהרמב"ם מחלק באופן ברור בין הדין לפני התקנה שאין משביעין את החשוד – שהוא דין תורה, לבין התקנה שמשביעים את התובע והוא נוטל את מה שטען. מתוך סידור הדברים נראה שהפסול לפני התקנה הוא מדין תורה, אלא שמוטל עלינו לברר את הסיבה לפסול זה. ונראה שהדבר תלוי בביאור שיטת הרמב"ם בעניין פסול רשע לעדות. מו"ר הרב משה ארנרייך שליט"א<sup>81</sup> הביא כמה הוכחות שלדעת הרמב"ם פסול רשע בעדות הוא משום חשש שקר. וכך מבואר ברמב"ם (עדות פרק יד הל' ה):

מי שהיה יודע לחבירו בעדות עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אם הוחזק כתב ידו שבשטר זה בבית דין קודם שיעשה גזלן – הרי זה שטר כשר, וכן אם נעשה חתנו – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אחרים מעידין, אע"פ שלא הוחזק בבית דין אלא אחר שנעשה חתנו – הרי זה

<sup>81</sup> "פסול רשע ורשע דחמס", חמדת הארץ ה עמ' 191, ועיין שם בהערות 7 ו-8 מהרב אריה כץ, וכן בנספח שלו למאמר שם.

כשר, שאינו דומה הפסול בעבירה לפסול בקריבה, **שהפסול בעבירה חשוד לזיף.**

לפי זה ניתן להבין גם שהפסול לעדות פסול לשבועה, שכן השבועה נועדה לברר את טענותיו של הנשבע, אך הוא חשוד לשקר ואינו יכול לברר את דבריו. ואילו לדעת התוספות בבא קמא, צריך לומר שפסול רשע לעדות הוא משום גזרת הכתוב, וכפי שהוכח מהתוספות בסנהדרין (כו. ד"ה מאי), ועל כן אין להרחיב אותו לדין שבועה.

#### ו. שיטת הר"י מיגאש כמקור לרמב"ם

הר"י מיגאש (שו"ת סי' יח, הובא גם ב"שיטה מקובצת" בבא מציעא ד:) דן בשאלת הכשרות לשבועה ולעדות של הכופר בפקדון:

וששאלתם על אמרם (בבא מציעא ד:) הכופר במלוה כשר לעדות, בפקדון פסול לעדות. ואמרתם, למה לא נאמר ג"כ בכופר בפקדון, דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ויהיה כשר לעדות?

**תשובה:** עיקר מה שנאמר דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו הוא לענין שלא נחשוד אותו שהוא נשבע לשקר. אמנם לענין הכשרות והפסלות, אפילו שנתברר שמלוה ישנה יש לו עליו בהיותו כופר הפקדון הוא פסול לעדות, לפי שאין לו לקחת אותו בחובו להיות גוף הפקדון של מפקיד, ויש לו לפדותו ממנו. ואם לקחו בחובו מבלתי שיתרצה בעליו בזה אכתי – גזלן הוא ופסול לעדות. הלא תראה מי שאנס את חברו שימכור לו נכסים – גזלן הוא, אע"פ שנותן דמים משלם. כן זה אע"פ שהוא מקבל אותו בחובו, הואיל ולא הסכים עמו חברו על כך – גזלן הוא. אך לא יתפשט זה הגזלנות עד שיגיע לגדר שנאמר, שמי שמורה בו התר ג"כ יורה התר להשבע לשקר, ויהיה חשוד על השבועה, לפי שלא יהיה חשוד על השבועה אלא מי שהוא חשוד ליקח ממון חברו, אבל מי שאינו לוקח אותו אלא לסיבה – אינו חשוד על השבועה...

לדבריו, אם ננסה להגדיר מדוע הכופר בפקדון פסול לעדות וכשר לשבועה, הרי זה מפני שהוא גזלן, אך אינו עלול להישבע לשקר, שכן יש לו הוראת היתר לגזול ואין לו הוראת היתר להישבע. לגבי פסול עדות אנו הולכים לפי הגדרתו ההלכתית, ולגבי פסול לשבועה אנו בודקים אם הוא חשוד לשקר. ניתן ללמוד מכך שאף שהר"י מיגש



אינו מקבל את פסיקת הרמב"ם, שכל הפסול לעדות פסול לשבועה, הוא בהחלט יכול לשמש כמקור לשיטת הרמב"ם, שהפסול לשבועה הוא משום חשש שקר, וייתכן שיש פסול לעדות שעדיין חושש לשקר בשבועה.  
 הרמב"ם עצמו מגדיר באופן שונה את ההלכה של הכופר בפיקדון (טוען ונטען פרק ב ה' יא-יב):

מי שטען על חבירו וכפר בו ונשבע, בין שבועת התורה בין שבועת היסת, ואחר כך באו עדים והעידו עליו שעל שקר נשבע – הרי זה משלם, והוחזק חשוד על השבועה... טענו שיש לו חוב אצלו בעדים וקנין ואמר "כן היה ופרעתיך", או שאמר "איני חייב לך כלום" ונשבע, ואחר כך באו עדי הקנין, או הוציא השטר ונתקיים – הרי זה משלם ואינו חשוד, שהרי לא העידו שלא פרעו ולא אמר הנתבע "לא היו דברים מעולם", וכן כל כיוצא בזה.

לפי הרמב"ם, הכופר במלווה כשר לשבועה מפני שהחוב שלו לשלם את החוב על-פי העדים אינו נובע מכך שהעדים הוכיחו ששיקר, וייתכן שבאמת אינו חייב, אך על-פי כללי ההלכה, כיוון שהשטר תקף – הוא אינו נאמן שפרע וחייב לשלם; אך אם יתברר שהוא שיקר ונשבע על כך לשקר – הוא יהיה פסול לשבועה<sup>82</sup>. לאור ההסבר של הרמב"ם לדין כופר במלווה, ניתן לדייק מדבריו שאין חילוק בכופר בפיקדון בין פסול לעדות לבין פסול לשבועה.

#### ז. נספח – עבר על שבועת ביטוי

לפי דברינו, יש מקום לדיון במחלוקת נוספת. הפוסקים דנו במקרה שבו אדם עבר על שבועת ביטוי שנשבע על העתיד ולא קיים – אם הוא נפסל בכך לשבועה. לדעת רש"י (שבועות מו: ד"ה שבועת), הרמ"ה (הובא בריטב"א שם ד"ה אבל), רבנו חננאל (הובא ברשב"א שם ד"ה אבל)<sup>83</sup>, הרמב"ן (שם ד"ה אבל) והרשב"א (שם)<sup>84</sup> הוא איננו

<sup>82</sup> צ"ע, מדוע הרמב"ם אינו כותב מה הדין במקרה שהעידו עליו שכפר בפיקדון – שפסול לשבועה אף אם לא נשבע לשקר על כך, ושמה זהו דין גזלן רגיל. ומה שכתב בתחילה, שכפר ונשבע אף שלדינא פסול גם אם לא נשבע, רצה לחדש שגם על שבועת היסת נפסל לשבועה, ומסתבר שמדובר שם בכופר במלווה, שהרי כתב סתם "כפר" ולא חילק.

<sup>83</sup> וכן בשו"ת הרשב"א (א תתקסד) בשמו, וברבנו חננאל שלפנינו מפורש כשיטת רבנו תם.

נפסל, כיוון שבזמן שנשבע הייתה זו שבועת אמת, ואין ללמוד מכך שלא קיים את השבועה שלהבא יישבע לשקר. ואילו לדעת רבנו תם (שם ד"ה אבל), הר"י מיגש (הובא במיוחס לרשב"א), הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ב), הגאונים והרא"ה (הובאו בריטב"א שם), אם עבר על שבועת ביטוי נעשה חשוד לשבועה.

הריב"ש (שו"ת סי' רסו) טען שרש"י יודה שאדם שעבר על שבועת ביטוי פסול לעדות ככל עברה. לשיטתו, יש חילוק בין פסול לשבועה לבין פסול לעדות. דבריו מתיישבים עם ההבנה שפסול עדות הוא משום גזרת הכתוב, ופסול שבועה הוא מדין חשוד על הדבר; אך אם פסול עדות הוא משום חשש משקר, היה עליהם להשוות את דיני פסול שבועה לפסול עדות. וצ"ע בשיטת הרמ"ה, שלפי העולה מדבריו לגבי עדות<sup>85</sup>, סובר שזהו משום חשש משקר, ואילו בשבועה מכשיר אדם שעבר על לאו, מפני שלא נשבע לשקר. ניתן להציע שני הסברים לשיטתו:

א. הוא מחלק בין חשש שקר בעדות לבין חשש שקר בשבועה, שהיא חמורה

יותר ועל כן נדרשות הוכחות חזקות יותר לכך שהוא עשוי לשקר<sup>86</sup>.

ב. הוא חולק על הריב"ש וסובר שהעובר על שבועת ביטוי כשר לשבועה וגם

לעדות, והוא שונה משאר עוברי עברה משום הסברה ש"יצרו תקפו", והיה

כאנוס בעת העברה.

הרשב"א (שו"ת א תתקסד, ציין אליו ר' עקיבא אייגר על חו"מ סי' לד ס"ק ה) נקט

בפשטות שהעובר על השבועה כשר גם לעדות. וזה מתאים לשיטתו, שרק בפסול

משום עברה ממונית נפסל משבועה.

<sup>84</sup> לגבי דעת הרשב"א, עיין בהערות לרשב"א (הערה 125) ולריטב"א (הערה 229) בהוצאת מוסד הרב

קוק, שהביאו סתירה בשיטתו מכמה מקורות ודנו בזה.

<sup>85</sup> יעויין במאמרו של הרב ארנרייך המצויין לעיל.

<sup>86</sup> וכן נראה בשיטת הר"י מיגאש לפי המובא במיוחס לרשב"א, שמחד גיסא סובר שהעובר על שבועת

ביטוי פסול לעדות ולשבועה, היינו משווה פסולי עדות ושבועה, ומאידך גיסא מחלק ביניהם, כפי

שראינו בפרק הקודם. אך צריך לסייג את הדברים, ולומר שבחידושי הר"י מיגש לשבועות שלפנינו

אין סימנים לכך שהוא סובר בעניין זה כתוספות, ואם הוא סובר כרש"י – אדרבה, זה לשיטתו,

שייתכן שאדם פסול לעדות משום גזרת הכתוב, וכשר לשבועה, שאינו חשוד לשקר.

**חלק ב: גדר תקנת "שכנגדו"**

לאחר שביררנו את השיטות השונות ביחס למקורו של פסול החשוד לשבועה, נעסוק בשאלה מה הייתה תקנת חכמים שהוסיפו לחייב את השני בשבועה. האם תקנה זו היא הטלת חובת הבירור על הצד שכנגד, וללא הבירור אין לו אפשרות לקבל את הממון, או שמא כיוון שהחשוד אינו יכול להישבע הוא חייב לשלם, אלא שתיקנו שלא ייטול התובע את הממון המגיע לו ללא שבועה? נראה לומר שבשאלה זו נחלקו הרמב"ם והרמ"ה<sup>87</sup>.

**א. שומר חשוד**

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ד) פוסק בדינו של שומר חשוד:

היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב – שכנגדו אינו יכול להשבע וליטול, שהרי אינו טוענו ודאי שאכלו. לפיכך, אם טען בעל הפקדון ואמר "בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו" – הרי התובע נשבע בתקנת חכמים ונוטל.

הטור (ח"מ סי' צב) הביא את הרי"ד והרמ"ה החולקים על דבריו:

וה"ר ישעיה כתב, נראה לפרש דכיון שהוא חייב שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע, מפני שחשוד משלם, שאם היה התובע טוען "ודאי שלח בו יד" – הוינן משביעינן ליה, ועכשיו שטען ספק – הוא אינו יכול לישבע ושכנגדו מחויב שבועה, ואין יכול לישבע ומשלם, וכן דעת הרמ"ה.

ה"מגיד משנה" ביאר את דעת הרמב"ם, והקשה על החולקים:

דין זה לא נזכר בגמרא בבבא מציעא, אבל מתוך מה שאמרו "שכנגדו נשבע ונוטל" למד רבינו שלעולם שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה... אבל רבינו מאיר ז"ל כתב... ואני אומר לדבריו, כל חשוד המקבל פקדון חייב באונסיו, אלא אם כן נאנס בפני עדים, ולא מצינו שהחמירו כל כך חכמים עליו, אלא ודאי דעת רבינו עיקר.

עולה מהדברים שלפנינו מחלוקת בשאלה האם שומר שאינו יכול להישבע מחמת שהוא חשוד על השבועה, חייב לשלם. מחד גיסא, המפקיד אינו תובע את החפץ על

<sup>87</sup> בסוגיה זו עיין ב"חידושי רבי אריה לייב" (חלק א סי' פג), ובסיכומי שיעורים שלו, "מתורתו של רבי אריה לייב" (סי' ב-ג). נעזרנו בדבריו הנפלאים, אך אנו מציעים הסבר שונה לחלק מהדברים.

סמך ידיעה ודאית, מאידך גיסא שומר שאינו יכול להישבע משלם בדרך-כלל, ומדוע כאן הוא ייחנה מכך שאינו יכול להישבע? הרמב"ם פוסק שהתובע אינו יכול ליתול ללא שבועה, ואילו לדעת הרמ"ה והרי"ד התובע נוטל גם אם אינו יכול להישבע. ה"מגיד משנה" הקשה על סברה זו, שעל-פיה כל שומר חשוד יהיה חייב לשלם גם על אונס, כיוון שאינו יכול להישבע. כמו כן הוא מבסס את דברי הרמב"ם על פשט הגמרא, "שכנגדו נשבע" כהדרכה כללית ומחייבת בכל דיני השבועה. ניתן לבאר את המחלוקת לפי הצדדים שפתחנו בהם. אם התקנה של "שכנגדו" הייתה הטלת הבירור על התובע, במקרה זה התובע אינו יכול לברר, ומפסיד – זו דעת הרמב"ם. אך אם התקנה הייתה שכנגדו של החשוד זוכה בממון, ואין עליו אלא שבועה להפיס דעתו של הנתבע – התובע זכה בממון והשבועה אינה מעכבת, שהרי מלכתחילה השבועה היא רק במקרה שיש לו טענה ודאית, וכיוון שהתביעה שמחייבת את השומר להישבע ולשלם גם היא איננה ודאית, אין עליו להישבע על טענתו – וזו דעת הרמ"ה. ובזה מיושבת הערת ה"מגיד משנה" על הרמ"ה, שלא מצאנו ששומר חשוד חייב באונסין, ומדוע יחמירו עליו כל-כך, אך ההסבר לכך הוא שהדין אינו נובע מחומרה פרטית בשומר, אלא מהתקנה הכללית של שבועת "כנגדו".

### **ב. חשוד בשבועת הנוטלים**

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ה) פוסק במקרה שבו החשוד צריך להישבע וליטול: נתחייב החשוד שבועה מדבריהם – אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול, אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה, שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר "ישבע לי" – הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר.

לדבריו, החשוד אינו נשבע שבועת הנוטלים אלא הוא מפסיד את תביעתו. הרמב"ם אינו מחלק בין סוגי השבועות השונים. הראב"ד חולק על הרמב"ם לגבי פוגם שטרו, וסובר שהחשוד נוטל בלא שבועה. הטור (חו"מ סי' צב) הביא את המחלוקת, והוסיף שהרמ"ה סובר כראב"ד. ה"מגיד משנה" (טוען ונטען פרק ב הל' ה) ביאר את סברת המחלוקת:

גם זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל דבר פשוט הוא שאם חכמים תקנו שמי שדינו מן התורה להיות נשבע ולא משלם כשהוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל – כל שכן שלא תקנו לחשוד להיות נשבע ונוטל. וזה קל וחומר שאין עליו תשובה לאותן שלא היה דינן לישבע וליטול, כגון שכיר ונגזל וחבריו, וחכמים הקלו עליהם ליטול בשבועה. אבל אותן שהיה דינן מן התורה ליטול בלא שבועה, וחכמים החמירו עליהן לישבע, כגון פוגם שטרו וכיוצא בו – יש לומר שלא הצריכוהו חכמים שבועה אלא היכא דאפשר שאינו חשוד, אבל כל שהוא חשוד שאי אפשר לו לישבע – העמידוהו על דין תורה ונוטל בלא שבועה, כיון שיש לו שטר. וזה דעת הר"א ז"ל בהשגות, וכ"כ רבינו מאיר הלוי ז"ל, **ולדבריהם יפה כח החשוד בכך שהוא נוטל בלא שבועה**, כיון ששטרו מקויים. ודעת רבינו שכיון שאין יכול לישבע אינו נוטל, וכן דעת בעל "העיטור" ז"ל, ואין בידי להכריע.

עולה מכאן שלדעת הראב"ד והרמ"ה, במקרה שהשבועה של הנוטלים היא כזו שדינו של הנשבע היה ליטול, וכיוון שזו שבועה דרבנן לא תיקנו "שכנגדו" יישבע וייטול – חיוב הממון נשאר בעינו, ובמקרים שבהם היה ראוי ליטול ללא השבועה הוא יכול ליטול את הממון ללא השבועה; ואילו לדעת הרמב"ם, שתקנת "שכנגדו" היא להטיל את חובת הבירור על הצד השני, וכיוון שנשבעין ונוטלין מדרבנן, ולא תיקנו שבועת "שכנגדו" – נותרה חובת הבירור על הנוטל, ואם אינו נשבע מפסיד. לפי הסבר זה ניתן ליישב את הערת ה"מגיד משנה" על הרמ"ה, שהחשוד מרוויח כשהוא צריך להישבע כדי ליטול, שהוא יכול ליטול אף בלא שבועה, שכן הדבר נובע מתפיסה כללית של התקנה, ואין לבחון את הדין הפרטי ולהעיר עליו כיחידה עצמאית.

### ג. הודאת בעל דין חשוד

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ג) עוסק בשאלה, אם אדם יכול להיעשות חשוד מכוח הודאתו<sup>88</sup>:

<sup>88</sup> ה"מגיד משנה" כתב שכן היא דעת רב האי גאון בסדר השבועות שלו (חלק ב שער ד): "וכל אלו אין נפסלין בעדות עדים אחרים זולתי עצמן, כמו שאמרו (סנהדרין כה): "בר כנתוס אסהידו ביה תרי סהדי, חד אמר קמי דידי אוזיף ברבייתא וחד אמר לדידי אוזיף ברבייתא – פסליה רבא לבר כנתוס", והא רבא הוא דאמר ליה ברבייתא פסול לעדות, רבא לטעמיה דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין

אין אדם נעשה חשוד עד שיבאו עליו עדים שהוא עבר עבירה שנפסל בה, אבל המודה מפי עצמו שהוא חשוד ושעבר עבירה שנפסל בה, אע"פ שחוששין לו ואין ראוי לעשותו עד בתחלה, אם נתחייב שבועה – משביעין אותו, שהרי אומרים לו "אם אמת אתה אומר השבע, ולא מפני שעברת עבירה אסור לך להשבע באמת, ואם שקר אתה אומר הודה לבעל דינך", אבל הנחשד בעדים אין אנו מאמינים אותו שישבע.

הטור (חו"מ סי' צב) הביא את דעת הרמ"ה:

וכתב הרמ"ה, אבל אי נחא ליה לתובע לישבע וליטול, כי אמר "נתבע חשוד אני" – נשבע ונוטל. והני מילי דלא מהימן למימר "חשוד אני בשבועה" בנשבע ונפטר, אבל בנשבע ונוטל – נאמן, דהא לחיוביה נפשיה ממונא קאתי, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

גם ה"מגיד משנה" מביא את סיום דברי הרמ"ה, ובסגנון של השלמה עם דעת הרמב"ם:

וכתב רבינו מאיר והני מילי בנתבע, אבל תובע הנשבע ונוטל ואומר "חשוד אני" – נאמן להזיק עצמו, ופשוט הוא.

לפי דבריו, הרמ"ה בא לקבוע שתובע יכול להימנע מלהישבע כאשר הוא צריך להישבע וליטול, וממילא הוא אינו נוטל – ללא קשר לדין חשוד. אולם תחילת דברי הרמ"ה המובאים בטור, שבמקרה שהנתבע מציג עצמו כחשוד התובע יכול להישבע וליטול – נראה כחולק על הרמב"ם, שכן הרמב"ם קובע באופן חד-משמעי שמשביעין את הנתבע על כורחו, ואינו מעלה את האפשרות שהתובע יוכל להישבע וליטול<sup>89</sup>. העמדה שמציג הרמב"ם, שאדם אינו יכול להגדיר עצמו כחשוד, טעונה בירור. הרי אם מדובר בהפסד ממוני גרידא, היה יכול להודות עליו כמו כל מודה בממון. אך

---

אדם משים עצמו רשע". נראה שהלשון משובשת, וצריך לומר בתחילה "וכל אלו נפסלין". הראיה שהביא רב האי גאון היא מדיני פסולי עדות, ונראה שכוונתו להשוות בין דיני עדות ושבועה.

<sup>89</sup> השו"ע (סי' צב סעי' ה) הביא את הרמ"ה כ"יש מי שאומר". הש"ך (סי' צב ס"ק ו) כתב שהרמב"ם מודה בזה, דלא כתוספות יום טוב (שבועות פ"ז מ"ד), וכן השיג עליו רבי עקיבא איגר (תוספות ר' עקיבא איגר על המשנה שם). אך בחידושי רבי אריה לייב (א' סי' פג) הראה שבוודאי יש בזה מחלוקת בראשונים, כפי שמובא בריטב"א (הישנים בבא מציעא ו. ד"ה מיהו), וכן הוכיח הגהות אמרי ברוך על הש"ך (שם), ועל כן בהחלט ייתכן להניח שגם הרמב"ם והרמ"ה חולקים בזה, כפי שדייקנו למעלה בדברי הרמב"ם.

לאור הבנתנו בשיטת הרמב"ם, שגם לאחר שהאדם נעשה חשוד הוא עדיין אינו מפסיד את הממון, אלא הדבר מחייב את הצד השני להישבע שבועה שתברר את זכותו – ללא שבועה זו הוא אינו זכאי ליטול את הממון, וממילא ההודאה אינה מזכה אותו בממון באופן מידי, ועל כן אינה נחשבת כהודאה בממון. ניתן גם לומר שהתקנה לא נאמרה במקרה כזה, ועל כן הוא אינו יכול להישבע ולברר את חיובו. נראה שהרמ"ה חולק על הרמב"ם, וסובר שכיוון שהוא חשוד, אם השני מוכן להישבע – הנתבע מפסיד את הממון על-ידי הודאתו, שכן לשיטתו עצם זה שאדם חשוד ואינו יכול להישבע – הוא הגורם להפסד הממוני, והשבועה שכנגדו היא רק כדי להפיס את דעתו של הנתבע. אולם אם הוא אינו מסכים להישבע – לא נחיל עליו את דין החשוד, שכן יהיה בזה חובה לתובע, והודאת בעל דין אינה מועילה במקום שחב לאחריני.

#### ד. שניהם חשודים

במקרה ששני בעלי הדין חשודים, נחלקו בדבר תנאים ואמוראים (שבועות מה.- מח.). הכרעת הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ד) בעקבות הרי"ף (שבועות כט: מדפי אלפס) היא:

היו שניהם חשודין – חזרה שבועה למחוייב לה, שהוא הנתבע, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ראשונים אחרים: רב האי גאון (משפטי שבועות חלק ב שער ד), עליה הסתמכו גם ר"ת (תוספות שבועות מז. ד"ה מתוך) והרא"ש (שבועות פרק ד סי' ז) היא: ואני מסכים שהדין שאנו עושין בהם הדבר השלישי, והם דברי ר' יוסי שתבטל השבועה ויטול חצי התביעה התובע.

והוסיף רב האי גאון במקום אחר (משפטי שבועות חלק ב שער יא):

ולא נמנעו אבותי ואבות אבותי הקדושים ז"ל מלהורות ולדון בזה הדין אלא על זה דנו ועל זה הורו לעשות.

מחלוקת זו דורשת הסבר נרחב. אך לאור דברינו לעיל ניתן לומר שפסיקתו של הרמב"ם, שבמקרה כזה חוזר הדין של "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" – היא לשיטתו, שהתקנה הייתה לחייב את שכנגדו להישבע כדי להוציא את הממון, ובמקרה שגם השני חשוד חוזר הדין שעל הראשון להישבע כדי להחזיק את הממון,

וממילא אם אינו נשבע – עליו להוציא את הממון ולשלם; ואילו החולקים על הרמב"ם סוברים שגם אם שניהם חשודים, וחייב הממון נשאר על כנו, כיוון שעל התובע להישבע כדי להפיס את דעת הנתבע ואינו יכול להישבע באשמתו – עשו כעין פשרה ביניהם<sup>90</sup>.

#### ה. ספק חשוד

בעקבות הדברים שנתבארו, נדמה שניתן לדון בשאלה של ה"שער משפט" (סי' צב ס"ק ב) לגבי מקרה שבו יש ספק אם הנתבע חשוד; למשל בדיון שהזכרנו למעלה, אם אדם שעבר על שבועת ביטוי נעשה חשוד, שנחלקו בזה הפוסקים. ה"שער משפט" מביא את דברי "כנסת הגדולה" (ח"מ סי' צב, הגהות הטור ס"ק ו, על-פי שו"ת מהרש"ך ג סי' לד), שמספק אין מוציאים ממון, ועל כן הנתבע לא יישבע והתובע יפסיד. ה"שער משפט" חולק עליו וסובר שאם הספק הוא באשמת הנתבע – כגון שעבר על שבועת ביטוי – הוא חייב לשלם, אך אם הספק נובע מכך ששניים העידו שחטא ושניים העידו שלא חטא – הדין תלוי במחלוקת אם אומרים "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" במקום ש"לא הוה ליה למידע"<sup>91</sup>, וממילא גם נתבע שאין לו אשמה ברורה יהיה תלוי באותה מחלוקת.

לכאורה צודק "כנסת הגדולה", שהיה צריך לומר במקרה זה "המוציא מחברו עליו הראיה"! אולם לדברינו הדבר תלוי בשאלה שהעלינו, אם חשוד מפסיד את הממון, והתקנה הייתה שהשני צריך להישבע כדי להפיס דעתו, ובמקרה של ספק ודאי שלא יפסיד את הממון ו"המוציא מחברו עליו הראיה"; אך אם התקנה הייתה שבמקרה שהנתבע לא יכול להישבע נטל הבירור עובר לשני, וממילא הוא נשבע ונוטל – הרי

<sup>90</sup> בתוספות (שבועות מז. ד"ה מתוך; בבא בתרא לד. ד"ה וכל) הוצעו שני הסברים לעניין זה: משום הפסד של שניהם או משום קנס. היסוד לדברים הוא שהתקנה של "שכנגדו" הייתה אמורה להביא להפסד הממון לשניהם, ועל כן צריך לפשר ביניהם.

<sup>91</sup> לדעת הר"י מיגש (שבועות מג. מכל מקום) והרמב"ם (מלוה ולוה פרק יג הל' י; שאלה ופיקדון פרק ה הל' ו), גם אם לא היה לו לידע – אם אינו יכול להישבע משלם. לדעת התוספות (בבא קמא מז. ד"ה דאפילו), הראב"ד (על הרמב"ם שם ושם) והרא"ש (שבועות פרק ו סי' כז), אם חוסר היכולת להישבע לא היה באשמתו אין דין "מתוך" ופטור משלומים. ועיין בש"ך (סי' עב ס"ק נא).



שגם בספק, ולפחות בספק הנובע מפשיעתו של החשוד, כפי שכתב "שער משפט", ייתכן שתיקנו שהשני יישבע וייטול.

### סיכום

האם פסול החשוד מהתורה או מדרבנן? בעניין זה נחלקו הראשונים:

1. לדעת התוספות בבבא קמא, חשוד פסול לשבועה רק מדרבנן.
2. התוספות בכתובות ובבא מציעא סברו שחשוד על השבועה פסול מהתורה, ולגבי גזלן הביאו שתי אפשרויות, אם הוא פסול מהתורה או מדרבנן.
3. הרשב"א הסביר את השיטה שגזלן פסול מהתורה, משום שהשבועה נועדה להחזיק ממון והגזלן חשוד על הממון.
4. הרמב"ם קבע באופן ברור שכל פסולי עדות – היינו, גם אלו שעברו עברות שאינן ממוניות – פסולים לשבועה.

בהסבר דעת הרמב"ם הבאנו את דברי ה"נחל יצחק", שפסול זה הוא מדרבנן, אך דייקנו שפסול זה הוא מהתורה, והצענו שהמחלוקת בעניין בין הרמב"ם לתוספות נובעת מהשאלה מה סיבת הפסול לעדות: חשש שהפסול ישקר – וחשש זה קיים גם ביחס לשבועה, ועל כן סבר הרמב"ם שהחשוד שעשה עברה הפוסלת לעדות – פסול מהתורה; או שזו גזרת הכתוב, שרשע פסול לעדות, ואילו לשבועה הוא כשר, אלא אם הוא חשוד על השבועה, או אף על כל ענייני הממון – שהוא פסול מהתורה. הראינו שהדברים מבוססים על משנתו של הר"י מיגש.

בנספח דנו בשאלה אם מי שעבר על שבועת ביטוי נפסל לשבועה ולעדות – שאלה שתשובתה תלויה גם היא בהסברים השונים להלכות ובקשר שבין פסול עדות לפסול שבועה.

דנו במהות התקנה שהטילה את השבועה על שכנגדו – אם החשוד הפסיד למעשה את הממון מרגע שהוגדר כחשוד, וחכמים הטילו את השבועה על שכנגדו כדי להפיס את דעתו, או שחכמים הטילו את השבועה על "שכנגדו" כחובת בירור, שרק בעקבותיה יוכל לזכות בממון.

הראינו שניתן לתלות כמה מחלוקות של הרמב"ם והרמ"ה בשאלה זו:

א. אם שומר שהוא חשוד חייב לשלם כיוון שאינו יכול להישבע: **הרמב"ם** סובר שאינו מפסיד, שהרי התובע אינו יכול לברר את החוב. **הרמ"ה** סובר שהוא מפסיד את החוב, כיוון שהשבועה היא רק כדי להפיס את דעתו, ובמקרה כזה אין צורך בכך, שהרי התובע אינו יכול לדעת מה עלה בגורל הבהמה.

ב. אם "נשבע ונטל" חשוד יפסיד את הממון: לדעת **הרמב"ם**, כיוון שהוא חשוד ואינו יכול להישבע – מפסיד, שהרי חכמים לא העבירו אליו את חיוב הממון וחייבו את השני להישבע, כפי שעשו במקרים אחרים של שבועת "שכנגדו". לדעת **הרמ"ה**, במקרה שחיוב הממון הוא ודאי והשבועה מדרבנן תוקנה רק כדי להפיס את דעת הנתבע – החיוב נשאר, שהרי לא תיקנו בשבועה דרבנן "שכנגדו" ולא הפקיעו את חיוב הממון, וממילא החיוב נשאר על כנו.

ג. אם אדם יכול להפוך את עצמו לחשוד: לדעת **הרמב"ם**, שהתקנה היא העברת השבועה, אדם אינו יכול לעשות זאת מעצמו. לדעת **הרמ"ה**, שבעקבות החשד הוא מפסיד את הממון – הרי זו הודאה ממונית, ועל כן אם השני רוצה להישבע – הוא זוכה בממון.

הסברנו גם את דעת הרמב"ם, שבמקרה ששניהם חשודים אין מוציאים את הממון כלל, משום שבסופו של דבר איש לא נשבע, וללא הבירור על-ידי שבועה לא תשתנה הבעלות על הממון.

דנו במחלוקת האחרונים, אם בספק חשוד אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה", והראינו שדבר זה תלוי בשאלה אם התקנה הייתה שהשני יישבע ויוציא – וממילא גם בספק ייתכן שיישבע ויוציא, או שהתקנה בעיקרה ממונית – וממילא בספק "המוציא מחברו עליו הראיה".

## ט. "דאיקני" – בין התחייבות לקניין

### פתיחה

אחד המושגים היסודיים בדיני ממונות הוא השעבוד. בסוגיות הגמרא נחלקו תנאים ואמוראים אם "שיעבודא דאורייתא" (בבא בתרא קעה,ב)<sup>92</sup>. לפי פשוטו השעבוד הוא סוג של קניין חלקי של הרכוש הלווה. אמנם אחד הכללים הבסיסיים במיקח וממכר הוא שאין למכור דבר שאינו ברשות המקנה<sup>93</sup>. מאידך גיסא, לגבי שעבוד, הכרעת הגמרא (בבא בתרא קנז,א) היא שניתן לשעבד גם דברים שאינם ברשותו של המשתעבד. שעבוד זה נקרא "דאיקני", כלומר: הנכסים שאקנה בעתיד יהיו משועבדים.

יש אפוא צורך לעמוד על הסיבה לחריגה זו בשעבוד. מתוך ההסברים השונים נעמוד גם על הבנת מושג השעבוד.

### א. מקור הדין

במסכת בבא בתרא (קנז,א) נאמר:

תנן התם: המלוה את חבירו בשטר – גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים – גובה מנכסים בני חורין. בעי שמואל: דאיקני וקנה, מהו? אליבא דרבי מאיר, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם – לא תיבעי לך, דודאי קנה, אלא כי תיבעי לך – אליבא דרבנן, דאמרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם?  
אמר רב יוסף: תא שמע, וחכמים אומרים: זה היה פיקח שמכר לו את הקרקע, מפני שהוא יכול למשכנו עליו. אמר ליה רבא: מיניה קאמר? מיניה –

<sup>92</sup> בשאלת הקשר בין שעבוד לחוב דנו הראשונים. התוספות (בבא בתרא קעה,ב ד"ה דבר) סברו שאדם אינו יכול לשעבד דבר לחברו, אלא שכאשר יש חוב ממילא הנכסים משועבדים, וכן משמע שדעת הריטב"א (קידושין יג,ב ד"ה אמר), שאם שיעבודא לאו דאורייתא הרי זה משום שאין קניין לחצאין, ולכן גם אי אפשר ליצור שעבוד כזה. הרשב"א (קידושין יג,ב ד"ה מלוה) כותב בתחילה שאפשר לשעבד ללא חוב, ובסיום דבריו משמע שהדברים אינם מוחלטים אצלו בעניין זה.

<sup>93</sup> שו"ע (ח"מ סי ריא). בסוגיית הגמרא נדונה שאלת השעבוד ב"דאיקני" ביחס לדיני מכירת דבר שלא בא לעולם. דבר זה נובע מכך שהגמרא מזהה את הלכות מכירת דבר שלא בא לעולם עם הלכות מכירת דבר שאינו ברשותו; גם בהמשך המאמר השתמשנו בדרך-כלל במושג "דבר שלא בא לעולם", אלא אם היה צורך להקפיד במונח המתאים יותר של "אינו ברשותו".

אפילו מגלימא דעל כתפיה! כי קא מיבעיא לן? "דאיקני" – קנה ומכר,  
 "דאיקני" – קנה והוריש מאי?

שמואל מסתפק בשאלה אם על-ידי כתיבת "דאיקני" ניתן ליצור שעבוד על נכסים שיהיו. הגמרא קובעת שהספק הוא רק לדעת חכמים, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. רב יוסף מנסה לפשוט ממקרה שבו המלווה גובה מקרקע שהגיעה לידי הלווה לאחר ההלוואה. הגמרא דוחה את הניסיון, ומחלקת בין גבייה מהלווה עצמו, שכל הנכסים שברשותו בעת הגבייה ניתנים להיגבות – ולגבי מקרה זה לא היה ספק לשמואל כלל, לבין מקרה שהלווה קנה נכסים לאחר ההלוואה, והעביר אותם במכר או בירושה – שאז יש מקום להסתפק אם הנכסים משועבדים למלווה או שלא חל עליהם השעבוד, כיוון שלא היו בזמן ההלוואה.

בהמשך הגמרא מובאות שלוש ראיות, ונדחות באותה הדרך, שהן אליבא דשיטת רבי מאיר שניתן להקנות ולשעבד דבר שלא בא לעולם. בשלב זה הגמרא מביאה ספק נוסף, שבנוי על כך ש"דאיקני" מועיל:

אם תמצא לומר: משתעבד, לזה ולזה וחזר וקנה, מהו? לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד? ... והלכתא: יחלוקו.

היינו, במקרה שהלווה השתעבד לשני מלווים ב"דאיקני", נשאלת השאלה אם יש עדיפות לאחד מהם על פני השני. בגמרא מובאות דעות שהראשון מבין המלווים קודם, אך הכרעת הגמרא היא ששני המלווים שווים, ויחלוקו. מדיון זה, וממחלוקת האמוראים הנרחבת סביבו, נראה ששאלת ההשתעבדות ב"דאיקני" הוכרעה. ואכן, כך נקטו כל הפוסקים, כפי שהובאו הדברים בשו"ע (סי' קיב סע' ב).

## ב. יסוד הדין

כפי שפתחנו בראש המאמר, צריך לברר אם השעבוד הוא חלק מדיני מיקח וממכר או דין עצמאי. לפי הצד שדיני השעבוד הם עצמאיים, היכולת לשעבד דבר שלא בא לעולם, שלא כמו בדיני מיקח, נובעת ממהותם השונה של דיני השעבוד. ניתן להציע שני הסברים בהגדרת השעבוד, וממילא גם בהבנת הסיבה ש"דאיקני" פועל בו:

א. שעבוד הוא **קניין חלקי**, ועל כן הוא חל גם במקרים שבהם קניין גמור אינו יכול לחול.

- ב. שעבוד הוא **התחייבות** שחלה על גוף האדם, ועל כן הוא אינו דומה למכר שחל על החפץ הנמכר.
- אך אם השעבוד הוא חלק מדיני מכירה, היכולת לשעבד דבר שלא בא לעולם טעונה הסבר מיוחד, שהרי אין אפשרות למכור דבר שלא בא לעולם! וניתן לומר לדרך זו שתי אפשרויות:
- א. **תקנה דרבנן**.
- ב. **ההתחייבות לשעבד** את החפץ מועילה, אף שהשעבוד לא חל כעת.

### ג. שיטות הראשונים

#### 1. ביאור הספק בגמרא

הגמרא שדנה בשאלה אם "דאיקני" מועיל לא פירטה מהם הצדדים לכאן ולכאן. מהראשונים בסוגיה ניתן להסיק מה דעתם בהבנת המושג "דאיקני":

#### רשב"ם – שתי אפשרויות

רשב"ם (קנז, א ד"ה אליבא ואלא) בסוגיה מציע שני הסברים לחילוק שבין מכר לשעבוד:

אליבא דר"מ – גבי האומר לאשה "הרי את מקודשת לכשימות אישך", "לכשתמות אחותך", "לאחר שתתגיירי" כו' – לא תיבעי לך, דודאי קנה, דכיון דפירות דקל דעדיין לא באו לעולם קנה, כל שכן דמשתעבדי ליה קרקעות דאתו לעלמא, אלא שעדיין לא קנאן ליה בשעה ששעבד. אלא כי תיבעי לך אליבא דרבנן – מאי מי שאני שעבוד מקניין וטעמא כדפרישית, **אי נמי אלמוהו רבנן לשעבוד יותר מקניין דלא תנעול דלת בפני לויין או לא**.

ההסבר הראשון הוא שיש לחלק בין קניין של פירות שאינן בעולם כלל לשעבוד על קרקעות שישנן בעולם. כפי הנראה, שורשיו של הסבר זה בפירוש המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה (המודפס על הדף בש"ס וילנא). אולם החילוק דורש ביאור, שהרי מצאנו שדיני דבר שלא בא לעולם נאמרו אף ביחס לקרקע שעתיד לקנותה (בבא מציעא טז:!) וצ"ע. החילוק השני שמציע הרשב"ם הוא ששעבוד "דאיקני" הוא תקנה מיוחדת של חכמים, שחיזקו את דיני השעבוד.

נמצא ששני ההסברים הם לפי שתיים מהדרכים שהבאנו בתחילה: הראשון הוא לפי הדרך ששעבוד שונה מקניין, ועל כן הוא מועיל בדבר שלא בא לעולם, והשני הוא לפי הדרך שזוהי חריגה מיוחדת גם באופן יחסי למושג השעבוד, ויסודה בתקנה דרבנן.

### הרמ"ה מבאר את שיטת הרשב"ם

הרמ"ה (בבא בתרא קנז, א פיסקא קסב) מציע אף הוא שני פירושים, וייתכן שבדבריו נמצא גם ביאור להסבר הראשון:

או דילמא הני מילי בהקנאה, דלא חלה אמלוה, דליתא ברשותא דמקנה... אבל שעבודא דבעל חוב, דחייל אפילו אמלוה, דאית ליה ללוה גבי אחריני, דיכיל בעל חוב דידיה לאפוקה מכל היכא דאיתא מדרבי נתן – מהני בה נמי "דאיקני", אף על גב דלא מהני בעלמא. אי נמי הכי קמבעיא ליה, כי אמרינן דאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם גבי שאר הקנאות, דלא שייכא בהו תקנתא, אבל בעל חוב, דשייכא ביה תקנתא, תקינו ליה רבנן דליקני, שלא תנעול דלת בפני לוין...

בדברי הרמ"ה אנו מוצאים שני הסברים מקבילים להסברים שבדברי הרשב"ם, כשהראשון מופיע בתוספת הסבר המיישב את הקושי שהועלה בדברי הרשב"ם. החילוק בין קניין לשעבוד, לפי הסבר זה, הוא ביכולת של שעבוד לתפוס גם בדברים שאינם נקנים בקניין, כמו האפשרות לשעבד הלוואה – שהיא דבר שאינו ברשותו ואינה יכולה להיקנות, אך שעבוד חל עליה כיוון שהמלווה יכול לגבות מכוח "שעבודא דרבי נתן" נכסים מלווה של לוה שלו. לפי זה הוא מבאר שהיכולת של שעבוד תהיה רחבה יותר גם ביחס לדבר שלא בא לעולם. נדמה שכוונתו היא כמו שפתחנו באפשרות הראשונה, שהשעבוד שונה מדיני הקניין, ועל כן הוא יכול לחול גם על דברים שקניין אינו חל עליהם. בדבריו ניתן לראות את שתי הגישות שהעלינו, אם שעבוד שונה מקניין או שהוא תקנה גם ביחס לדיני שעבוד.

### 2. חזרה מ"דאיקני"

אחת השאלות ההלכתיות שדרכן נוכל לבדוק את היסוד של דין "דאיקני" היא האפשרות של המשתעבד לחזור בו מההשתעבדות לפני שהקרקעות המשתעבדות נקנות על-ידו. בעניין זה אנו מוצאים מחלוקת בין הראשונים, ומדבריהם עולות הבנות נוספות במושג "דאיקני".

**הרמב"ן – לא ניתן לחזור מ"דאי קני"**

הרמב"ן (בבא בתרא מד, ב ד"ה מדלא) כותב :

שמע מינה דאפילו כתב לו מטלטלי באגב "דאי קני" ולקח קרקע ומכרו וחזר ולקח מטלטלין ומכרן גבי מינייהו, ואף על גב דשעבודא מעידן דקנה הוא דחאיל עליה, ולא מקמי הכי כדאמרינן (בבא בתרא קנז, ב) בלוה ולוה – מיהו מעיקרא נמי משתעבד. וכן בדין, שהרי כי אמר ליה "דאי קני" אינו יכול לחזור בו קודם שיקנה, אלמא מההיא שעתא חאיל שעבודא, ולא דמיא לזביני, דאמרינן (בבא מציעא סו, ב) עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, ואפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

הרמב"ן דן בשאלה אם ניתן לחזור מאמירת "דאי קני". בעניין זה הוא מביא ציון מהגמרא שמצאנו ביחס לקניין בדבר שלא בא לעולם (בבא מציעא סו, ב) :  
איתמר : המוכר פירות דקל לחבירו, אמר רב הונא : עד שלא באו לעולם – יכול לחזור בו. משבאו לעולם – אין יכול לחזור בו.

הגמרא קובעת שאף אם ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם, המוכר יכול לחזור בו מהמכירה כל עוד הדבר לא בא לעולם. לפי זה ניתן היה לקבוע שהוא הדין בעניין "דאי קני", שאף אם ניתן להחיל את השעבוד, המשתעבד יכול לחזור בו כל עוד הדבר לא בא לעולם. אך הרמב"ן מחלק ביניהם וכותב ששעבוד חל מעכשיו.

אמנם הרמב"ן מקשה מהגמרא בסוגייתנו, שממנה מוכח שהשעבוד לא חל מעכשיו – שהרי במקרה שלווה ושב ולווה והתחייב ב"דאי קני" לשני המלווים, אין אומרים שהראשון קודם אלא שיחלוקו; וההסבר לכך לדברי הרמב"ן הוא שהשעבוד אינו חל עד שהדברים באים לעולם, ואם כך במקרה שיש כמה מלווים בזמן שהדברים באים לעולם השעבוד של כל המלווים חל ביחד. על כך אומר הרמב"ן שהשעבוד חל גם בזמן שקנה את החפץ, אך מעיקרא גם בזמן שהשתעבד. ודבריו דורשים ביאור, מתי חל השעבוד?

**הרשב"א – ניתן לחזור מ"דאי קני"**

הרשב"א (בבא בתרא קנז, ב ד"ה וכן), תלמידו של הרמב"ן, חלק עליו בעניין זה :  
וכן תני רבה בר אבון יחלוקו. מהכא שמעינן דכל שלא קנה יכול לחזור בו, דאי לא לקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד, דכשם שאינו יכול לחזור בו

בכל, כך אינו יכול לחזור בו במקצת, וכן נמי משמע לי מדאמר רב הונא במוכר פירות דקל לחבירו דיכול לחזור בו עד שלא באו לעולם, ואפילו לרבי מאיר, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כדאיתא בפרק איזהו נשך (בבא מציעא סו, ב)...

הרשב"א מתבסס על דברי הגמרא שהבאנו, שניתן לחזור במכר בדבר שלא בא לעולם, ומחזק בכך את העולה מהדין של "לוה ולוה" – שהשעבוד לא חל, ועל כן ניתן לחזור מהשעבוד ולהשתעבד לאנשים נוספים. ועלינו לברר, במה נחלקו הרמב"ן והרשב"א?

### **ביאור ה"מחנה אפרים" למחלוקת הרמב"ן ורשב"א**

ה"מחנה אפרים" (גביית חוב סי' א) טוען שהרמב"ן והרשב"א נחלקו בהגדרת המושג "דאיקני". לדבריו הרמב"ן, שסובר שאי אפשר לחזור מדאיקני, הבין כך את המושג "דאיקני":

שמשעבד נפשיה ונעשה חוב עליו וגופיה איתיה בעולם...

ואילו הרשב"א, שחולק וסובר שאפשר לחזור, הבין כך את יסוד הדין של "דאיקני": דמשום תקנה מטו בה, ולא שמתחייב עצמו אלא שמשעבד נכסיו לכשיבואו לעולם.

ה"מחנה אפרים" מבין שלדעת הרמב"ן "דאיקני" פירושו התחייבות להשתעבד, ואילו לדעת הרשב"א זוהי תקנה; על כן לפי הרמב"ן ההתחייבות חלה ולא ניתן לחזור ממנה, ואילו לדעת הרשב"א התקנה היא שהמלווה יוכל לגבות, בתנאי שהלווה לא חזר בו.

### **דיון בהסבר ה"מחנה אפרים"**

יש לדון בהבנת שיטת הרמב"ן כפי שהעלה אותה ה"מחנה אפרים", שכן כשנדייק בדברי הרמב"ן בעניין חזרה מ"דאיקני", נראה שהדברים אינם מתיישבים עם ביאורו של ה"מחנה אפרים". הרמב"ן כותב שם כך:

ואף על גב דשעבודא מעידן דקנה הוא דחאיל עליה, ולא מקמי הכי כדאמרינן (בבא בתרא קנז, ב) בלוה ולוה, מיהו מעיקרא נמי משתעבד. וכן בדין, שהרי כי אמר ליה "דאיקני" אינו יכול לחזור בו קודם שיקנה, אלמא מההיא שעתא חאיל שעבודא.



הרמב"ן מתקשה, מדוע כאשר לווה ולווה ואחר-כך קנה הדין הוא שהנכס משתעבד לשני המלווים – הרי השעבוד חל מעת אמירת "דאיקני", והראשון קודם; על כן הוא קובע שהשעבוד חל רק בזמן שהקרקע נקנית. אך הוא חוזר ומדגיש שהשעבוד חל גם מיד בזמן אמירת "דאיקני", וזו הסיבה שלא ניתן לחזור.

ניתן אפוא לדייק מדבריו שהסיבה שלא ניתן לחזור מ"דאיקני" היא מפני שהנכסים כבר משועבדים מרגע אמירת "דאיקני" – ולכאורה לא כדברי ה"מחנה אפרים", שהתחייבות גורמת לכך שאי אפשר לחזור מ"דאיקני", אלא השעבוד הוא הגורם. אך עדיין דברי הרמב"ן קשים להבנה, שהרי הוא קובע שהשעבוד אינו חל לפני שקנה את הנכסים, ומסיים בכך שהשעבוד חל מתחילה. מה פשר דבר זה?  
גם בדעת הרשב"א יש להעיר מדבריו בתשובה (ג,סה):

ירונדה, שאלת: מי שחייב עצמו ליתן לחברו כל מה שירוח /שמא צ"ל: שירווח/ מכאן ועד שלשים יום, ושעבד לו בקנין גמור כל נכסיו שקנה ושיקנה, מקרקעי ואגבן מטלטלי; מי אמרינן: דלא אמר כלום, לפי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, או נאמר: החיוב שאני. תשובה: דבר ברור הוא זה, דחייב, דלא אמרו בדבר שלא בא לעולם, אלא במקנה הדבר שלא בא לעולם, כגון: פירות דקל, אבל במחייב עצמו ליתן מה שיוציא הדקל לאחר עשר שנים, דבריו קיימין, שזה אינו מקנה הפירות אלא מחייב עצמו ליתן. ובחובין ובתנאין, ואפילו בשעבודין ובשכירות, לא שייך דבר שלא בא לעולם...  
ובשעבודין: **במשעבד מה שאקנה, והטענה בזה: לפי שנשתעבד הגוף להלואתו, וכל שיקנה, נשתעבדו נכסים שקנה בגרר' שעבוד גופו...**

נמצא אפוא שהרשב"א כותב במפורש שהיסוד של "דאיקני" הוא משום שעבוד הגוף להלוואה, דווקא כמו שמסביר המחנה אפרים את שיטת הרמב"ן.

#### **מחלוקת רמב"ן ורשב"א בדין חזרה מקניין דבר שלא בא לעולם**

לצורך הבנת העניין נזכיר מחלוקת נוספת של הרמב"ן והרשב"א, ומתוכה נוכל להציע גם ביאור שונה לשיטות הרמב"ן והרשב"א מזה של ה"מחנה אפרים". וכך נאמר בחידושי הרמב"ן (קידושין סג. ד"ה לכשאקחך), שדן לפי השיטה שאדם יכול למכור דבר שלא בא לעולם, אם מוכר דבר שאינו בעולם יכול לחזור בו:

"לכשאקחך, הרי עצמך קנוי לך מעכשיו" – פירוש, נראה לי מדקאמרינן "מעכשיו" שמע מינה דמשעת כתיבה זוכה בשחרורו, ומיהו לאו למימרא שנעשה משוחרר למפרע ובנים שנולדו קודם מקחו של זה כשרים הם, שאין אדם משחרר עבדו של חבירו, וכן נראה שאם נתקרע הגט או שאבד, שאינו משוחרר, דהא לא חייל שחרור עכשיו, אלא לומר שכיון שכתב אינו יכול לחזור בו, ומיד שלקחו נשתחרר...

הרמב"ן סובר שאדם שמקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו, אך אם הוא אומר "מעכשיו" אינו יכול לחזור בו, וכשהדבר בא לעולם הקניין חל. הרמב"ן מדגיש שהעובדה שהמוכר אינו יכול לחזור בו אינה נובעת מכך שהייתה כבר חלות של קניין, שהרי אם השטר נקרע לפני שהדבר בא לרשותו הקניין מתבטל, אלא היא דין בפני עצמו. לעומתו כותב הרשב"א (שם ד"ה והלכך):

והלכך אי אמר ליה "מעכשיו ולכשאקחך" ו"מעכשו ולכשאקחנה" ורצה לחזור בו – אינו חוזר, ומיד שקנאו נשתחרר לרבי, ואף על פי שנקרע הגט או שנשרף כעין דבר שבא לעולם לרבנן, וכן בשדה זו "לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו"... זו היא שיטתו של ר"י ז"ל בעל התוספות. וראיתי לרמב"ן נר"ו שכתב בהפך זה... ולא הבנתי טעם הדבר, דמה נפשך, אם אינו חוזר הרי אנו רואין את הגט כאלו חל, ואם לא חל, אם כן אף לענין חזרה כן, ויכול לחזור בו קודם שלקחו, דהא לא חל...

הרשב"א מקשה על הרמב"ן, כיצד ניתן להפריד את האפשרות לחזור מחלות הדין: הרי לדידו, ברגע שנקבע שאין אפשרות לחזור כאשר הוא אומר "מעכשיו", זהו סימן לכך שהקניין חל, וממילא גם אם השטר נקרע אין הקניין מתבטל. נמצא אפוא שלדעת הרמב"ן ישנו מצב שבו האדם אינו יכול לחזור בו מפעולת הקניין אף-על-פי שהקניין לא חל. נדמה שהדברים זהים לשיטה שאנו רואים ביחס למושג "דאיקני", שהשעבוד לא חל עד שיקנה, אך לא ניתן לחזור בו.

#### הסבר חדש במחלוקת הרמב"ן והרשב"א בענין חזרה מ"דאיקני"

עדיין הדברים טעונים בירור. מה מעכב את האדם מלחזור בו גם כשעדיין לא חל קניין? נראה שלשיטת הרמב"ן פעולת השעבוד ופעולת מכירת דבר שאינו ברשותו או בעולם, כוללות במהותם שני חלקים:

א. החלטת המתחייב או המוכר לבצע את הפעולה.

ב. חלות בפועל על הנכס המיועד.

לפיכך מובנת דעתו, ששעבוד יכול לחול בין אם הוא על נכסים שקיימים מעכשיו ובין אם הוא על נכסים שייקנו, שכן חלקו של המשעבד נעשה, והוא ההחלטה לשעבד. השעבוד בפועל נעשה רק כאשר הנכסים ישנם בעולם, אך אז הוא כבר אינו יכול לחזור בו, שכן חלקו נעשה.

הביאור שאנו מציעים בדעת הרמב"ן דומה לדברי ה"מחנה אפרים" בכך שאנו מפרידים בין ההחלטה של המשעבד, שלפי ה"מחנה אפרים" היא "התחייבות", לבין השעבוד בפועל. אך בניגוד ל"מחנה אפרים", שמשמש במושג "התחייבות" הכללי, ולדבריו ניתן להסיק מהמושג "דאיקני" לכל התחייבות שהיא, לדעתנו מדובר בהתחייבות שהיא חלק ממושג השעבוד.

ניתן לחדד את הדברים מתוך ההבנות שהצבנו בתחילת המאמר. ה"מחנה אפרים" משווה את דין השעבוד לדין המכר, ומבסס את המקור לדין "דאיקני" בהתחייבות שתקפה גם במכר, בעוד לדברינו דין השעבוד שונה במהותו מדין המכר, המכר הוא העברת בעלות ותו לא, ואילו השעבוד מורכב משני החלקים שצינו, והם ההחלטה המחייבת של המשעבד והשעבוד בפועל על הנכסים.

לפי זה אפשר גם להציע ביאור שונה בדעת הרשב"א. ה"מחנה אפרים" הסביר שלדעת הרשב"א "דאיקני" יסודו בתקנת חכמים, אך לדברינו ניתן לומר שכיוון שהרשב"א חולק על הרמב"ן וסובר שהאפשרות לחזור יכולה להיות אך ורק תוצאה של שינוי הבעלות על החפץ; וכיוון שלא ניתן למכור דבר שלא בא לעולם מעכשיו באופן מוחלט או לשעבד חפץ שעוד לא נקנה, שהרי שעבוד כפוף לדיני מכר – ממילא הדבר היחיד שניתן לעשות הוא להתחייב לשעבד לכשיקנה. זהו יסודו של שעבוד "דאיקני".

נמצא לדברינו, שלדעת הרמב"ן "דאיקני" חל משום שעבוד במהותו שונה ממכר, וכולל חלק של התחייבות שאינו קשור לחפצים שקיימים כעת דווקא; ואילו לדעת הרשב"א שעבוד במהותו דומה למכר, וחל רק על חפצים קיימים, ומלבד המושג של מכר ושעבוד ישנו מושג של התחייבות, שאכן ניתן לחזור ממנו, כיוון שבזמן ההתחייבות לא השתנה מעמדו של חפץ כלשהו בעולם.

בהקשר להסבר זה יש מקום לעיון בשתי מחלוקות נוספות במשנתם של הרמב"ן והרשב"א, שהועלו כבר על-ידי ה"מחנה אפרים".

### 3. התחייבות להלוות

ב"מגיד משנה" (מלוה ולוה פרק כג הל' ה) הובאה המחלוקת הבאה:

ולוה שבא לבית דין בשטר חוב שבידו לכפות את המלוה להלוותו עד זמן שקבע לו, דבר ברור הוא שיכול מלוה לטעון "שלא מדעתי נכתב". ואם יביא הלוה ראיה שמדעתו נכתב או השטר ביד המלוה – יש לדון, שכיון שנשתעבדו לו נכסי לווה בחליפין מעכשיו, אף הוא חייב ליתן דמים, כלומר שחייב להלוותו עד זמן שקבע לו ויקנה נכסיו לשיעבודו, וזה דעת הרא"ם ז"ל ודעת צילתא היא, עד כאן דברי הרמב"ן ז"ל בתשובה. אבל הרשב"א ז"ל חולק

בזה<sup>94</sup> דבשטר חוב לעולם יכול מלוה לחזור בו, והביא ראיה לזה...

היינו, במקרה שהמלוה כתב שטר ללווה, אם יכול הלווה לכפות אותו להלוות לו כדי להפוך את השטר לשטר חוב, שהרי הלווה השתעבד עבור ההלוואה. הרמב"ן סובר כמו הר"י מיגש, שהמלווה חייב, ואילו הרשב"א חולק וסובר שניתן לחזור בו מהתחייבות להלוות.

נדמה שניתן לבאר את השיטות לפי מה שהעלינו בפרק הקודם. לדעת הרמב"ן, המושג "שעבוד" כולל בתוכו התחייבות של המשעבד וזכייה בפועל לאחר מכן בנכסים. כנגד התחייבות זו, שמתחילה מיד ברגע כתיבת השטר, ניתן לחייב את המלווה להלוות. אך לדעת הרשב"א, כיוון שלא ניתן להקנות למלווה קרקע בפועל שהרי אין חוב, וגם לא ניתן ליצור התחייבות כנגדה<sup>95</sup>.

ואכן, מצאנו בדברי הרשב"א בתשובה (א, אלף ונד):

ואם כן בנדון שלפנינו גם כן בעל המשכונה יכול לחזור בו, דבמאי קנה הלוה שיהא ממשכן בעל כרחו. ומיהו אם המלוה זה ירד למשכונתו וזכה בקרקע לא היה יכול לחזור בו, שהרי כבר נתחייב במעות עם ירידתו בתוך המשכונה, דדומיא דמכר הוא, דלא עייל ונפיק אזוזי. אבל בשלא זכה עדיין בקרקע לא נתחייב בכלום.

<sup>94</sup> בחידושו (בבא בתרא קסז, ב ד"ה כותבין) ובתשובה (א, אלף ונד).

<sup>95</sup> ועיין במה שהאריכו מפרשי השו"ע (סי לט סעי' יז) בהסבר שיטת הרמב"ן והרשב"א.

כלומר, לדברי הרשב"א, אם אכן יתפוס המלווה את קרקע המשכון יהיה חייב בתמורה, כיוון שאז תפס דבר ממשי, אך אם אין לו אחיזה ממשית בקרקע אין לו זכות לתבוע מהמלווה להלוות לו, שכן הוא אינו נותן דבר בשלב זה. בהמשך נדון בהסברי האחרונים במחלוקת זו.

#### 4. "דאיקני" טעות סופר

מחלוקת נוספת בין הרמב"ן לרשב"א היא בשאלה אם אומרים ביחס ל"דאיקני" שגם אם לא נכתב הרי הוא ככתוב, וכפי שמצאנו במושג "אחריות", שהוא הזכות לגבות מנכסי הלווה – גם אלו שנמכרו לאחר ההלוואה לאחרים; שאף אם לא נכתב בשטר נחשב ככתוב כבר, וכביכול טעה הסופר והשמיטו. ביטוי זה נקרא "אחריות טעות סופר". וכך ניסח ה"מגיד משנה" (מלווה ולוה יח, א) את המחלוקת:

דעת רבינו [=הרמב"ם] ז"ל, דאחריות אינו טעות סופר ב"דאקנה" אלא בנכסים שהיו לו בעת ההלוואה... והרב בעל "העיטור" כן כתב "ואחריות 'דאקנה' לאו טעות סופר הוא", עד כאן לשונו. וכן מוכחת הסוגיא שבפרק חזקת (בבא בתרא מב:), דאמר "וליחוש דילמא 'דאיקני' [אמר ליה]" – אלמא דבסתמא אינו משועבד מי שקנה. ודע שלפי שיטה זו שטרי חוב המאוחרין שהן כשרין אינו אלא בשכתוב בהן "דאקנה", כמו שאבאר (פרק כג), וכן נראית דעת הרמב"ן ז"ל (פרק איזהו נשך). אבל הרשב"א ז"ל כתב דשיעבוד דאקנה – אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי, ואפילו אצל לקוחות, ודחק עצמו בפירוש סוגיא דפרק חזקת.

וכן כותב הרשב"א (בבא בתרא קנו, ב ד"ה דאי):

דלמאן דאמר "דאקנה" משתעבד דעת שניהם שוה, שישתעבדו לו כל נכסיו בין שישנן עכשו בידו בין שיקנה לאחר מכאן, ואף על פי שלא כתב כמי שכתב דמי דאחריות טעות סופר הוא, בכל מה שראוי להשתעבד.

נמצא שלדעת הרמב"ן חייבים לכתוב "דאיקני" כדי להחיל את השעבוד, ואילו לדעת הרשב"א גם אם לא נכתב "דאיקני" בשטר יחול השעבוד. וה"מחנה אפרים" ביאר, שמחלוקת זו היא לשיטתם: לדעת הרמב"ן זו התחייבות, ואין התחייבות נעשית ללא ביטוי מפורש, ואילו לדעת הרשב"א זו תקנה, ועל כן היא אינה צריכה להיות כתובה.

אולם נראה שמחלוקת זו אינה קשורה למחלוקת הקודמת, והיא נוגעת יותר לשאלה מה נכלל באומדנא ברורה של המתחייב אף ללא כתיבה מפורשת בשטר. הרשב"א הדגיש בלשונו שאחריות כוללת "כל ענייני שעבוד", ואין הכרח שיש לזה קשר לכך שישנה מחלוקת בין הרשב"א לרמב"ן אם ההתחייבות היא חלק מהשעבוד או נפרדת ממנו.

### 5. שיטת הריטב"א

בדברי הריטב"א בחידושו (גיטין מה, א ד"ה ומיהו) אנו מוצאים תוספת חיזוק להבנה שהעלינו בדברי הרמב"ן:

ומיהו, כיון דאמרינן דהיכא דאיתנהו בעולם מהני מעכשיו לענין שלא יוכל לחזור בו, הכי נמי לדידן דאית דאיקני משתעבד, ואף על גב דלא סבירא לן דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכדאיתא (בבא בתרא קנו:): היכא דכתב ליה "מעכשיו" נראה שאינו יכול לחזור בו. אבל היכא דלא כתב ליה נראה שיכול לחזור בו, דלא עדיף לן דאקנה מדבר שלא בא לעולם לרבי מאיר, דכל היכא שלא באו לעולם יכול לחזור בו, הכי נמי לדידן נראה דכל זמן שלא קנאן דיכול לחזור בו. ואפילו בדלא כתב "מעכשיו", דעת רבינו נוטה דאינו יכול לחזור **דאליס שעבוד ממכר**, דאף על גב דאנן סבירא לן דאין מקנה דבר שלא בא לעולם סבירא לן דאדם משתעבד דבר שלא בא לעולם ושלא יהא יכול לחזור בו. ומיהו אפילו אם תימצא לומר דיכול לחזור בו, היכא דכתב ליה מעכשיו לא מצי הדר ביה לכולי עלמא וכדפרישית, וכן דעת רבינו נר"ו.

הריטב"א עושה בדבריו השוואה בין הקנאת דבר שלא בא לעולם, שמועילה לדעת ר' מאיר לבין שעבוד "דאיקני". הוא פותח בכך שאם באמירת "מעכשיו" ניתן למנוע חזרה לדעת ר' מאיר, אזי גם ב"דאיקני" ניתן יהיה למנוע חזרה. אך הוא מביא את דעת רבו (הרא"ה), ששעבוד אלים ממכר, ועל כן ב"דאיקני" אי אפשר יהיה לחזור גם ללא אמירת "מעכשיו". שיטה זו היא כשיטת הרמב"ן שהבאנו, שאי אפשר לחזור מ"דאיקני". אך בדבריו נמצא גם ההסבר לכך ששעבוד אלים מקניין, היינו גדרי השעבוד שונים מאשר גדרי הקניין, ולא משום תקנה או התחייבות.

**6. שיטת המאירי**

גם המאירי (בבא בתרא קנז.) ביאר את דין "דאיקני" באופן הדומה לשיטת הרמב"ן, וכך הוא כותב:

ואף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בזו תיכף כשקנאה נשתעבדה לכל הקפותיו מאליו... וכיון שנשתעבדו לו מאליהם ומן הסתם, רצה לומר אעפ"י שלא כתב דאקנה, למה נפקע שעבודם כשמכרם? אלא שחסו על הלקוחות, מפני שהם סוברים שאינה משועבדת להם אחר שלא כתב "דאקנה", וכי כתב לו מיהא חזר הענין לדינו ונשתעבד משעת המיקח מן הדין, ולא מצד הקנאתו, וכן בכל שעבוד שכתוב בו "דאקנה"...

המאירי קובע שמהתורה שעבוד כולל גם את הנכסים שייקנו לאחר מכן, וחכמים הפקיעו את השעבוד הזה, וכשכותב אותו בשטר חוזר השעבוד למקומו. נדמה שביאור דבריו הוא בדומה למה שהצענו בדברי הרמב"ן, שבשעבוד באופן מהותי ישנם שני חלקים: חיוב הגוף ושעבוד הנכסים בעקבותיו, על כן אין הבחנה מהותית בין שעבוד על דבר שנמצא בעת ההלוואה לשעבוד על דבר שנקנה לאחר מכן<sup>96</sup>.

**ד. שיטות האחרונים****1. מהרי"ט**

המהרי"ט בתשובותיו (חו"מ סי' כג) העלה יסוד חשוב בעניין:

והנה החכם השלם המורה נר"ו רצה לחלק בזה חילוק נאה ומתקבל בעלמא, דשאני שעבוד מהקנאה, דכי היכי דאמרינן בעלמא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום משתעבד הוא לדבר שלא בא לעולם, הכי נמי יכול הוא על ידי שעבוד להשתעבד למי שאינו בעולם... אלא לא דמי, דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שאי אפשר להקנותו בקניין, יכול הוא להשתעבד עליו דלכשיבא לעולם יתחייב ליתנו לו ושעבודא חייל על גופו, וגופו איתיה בעולם. אבל כשהזוכה אינו בעולם דליזכי או דאיתיה, ואינו מבורר דכמאן דליתיה דמי,

<sup>96</sup> ועיין בהערת הרב אברהם סופר במהדורתו (סי"ק ד), שכך הבין את המאירי. לעומת זאת, עיין ב"מילואי חושן" על "קצות החושן" (סי קיב) בהערה 55, שהפריד בין השיטות.

מאי מהניא ליה שגופו של מזכה איתיה בעולם, הא בלאו הכי הדבר עצמו איתיה בעולם אלא ליתיה לזוכה דלזכי.

הוא מביא את שיטת המורה שניתן להשתעבד לאדם שאינו בעולם, אך דוחה את דבריו ומסביר מדוע שעבוד מועיל גם על דברים שלא באו לעולם, אך אינו מועיל למי שאינו בעולם. לדבריו, הסיבה שהשעבוד פועל גם על דבר שאינו בעולם היא שהשעבוד חל על גופו של המשתעבד, והגוף ישנו בעולם, ואילו בהשתעבדות למי שאינו בעולם אין בכך שגוף המשתעבד ישנו בעולם כדי ליצור שעבוד למי שאינו בעולם, שהרי אין למי להשתעבד.

לדעתנו, ההסבר בדבריו הוא כפי שביארנו את דעת הרמב"ן, שיש שוני מהותי בין קניין לשעבוד, והשעבוד כולל בתוכו התחייבות על הגוף וחלות על החפץ, לעומת הקניין, שהוא העברת הבעלות של החפץ.

## 2. מבי"ט

נראה שיסוד דברי המהרי"ט בדברי אביו, המבי"ט, בתשובותיו. המקרה שהמבי"ט דן בו הוא באדם שסיכם עם המוכר על קניית צמר וכתב שטר חוב על דמיו, והשאלה היא אם המוכר חייב לעמוד בעסקה. בתשובה הראשונה (חלק ב סימן ר) הכריע המבי"ט שהמוכר חייב לעמוד בדבריו, כשיטת הרמב"ן לגבי אדם שהתחייב להלוות. בתשובה השנייה (חלק ב סימן ריג) הוא מסביר את דבריו, כיצד למד מכך שהתחייבות להלוות מועילה שגם קניין של חפץ מסוים יועיל, וכותב שכיוון שהשטר שעבד את הקרקעות עבור המכר, נוצר כאן תשלום המחייב את המוכר לקיים את חלקו. לכאורה הדברים אינם מובנים: כיצד ההתחייבות גרמה לכך שיעשה קניין בחפץ? אך אם נחבר את העולה מהמהרי"ט, שבשעבוד ההלוואה ישנם שני חלקים, התחייבות ושעבוד קנייני בפועל, יובן שגם כשהקונה שעבד את קרקעותיו עבור המכר, אין זו רק התחייבות לשלם, כי אם שעבוד בפועל של קרקעות שהקניין חל עליהם, ואשר על כן יחול גם קניין על הצמר, כאשר מתחייב לשלם לו והוא מתחייב למכור לו כנגדו.



## 3. ש"ך

הש"ך (סיי קיב ס"ק ב) מכריע כשיטת הרמב"ן, שאינו יכול לחזור בו מ"דאיקני", אך לצורך הכרעה זו הוא מוסיף נימוק שלא הובא אצל הרמב"ן וההולכים בשיטתו. וכך הוא כותב:

נראה לי להכריע כהיש חולקין [שאי אפשר לחזור], מן הסברא ומן הש"ס. מן הסברא דכיון דיכול אדם לשעבד נכסיו מה שיקנה אחר כך, היאך נאמר שיוכל לחזור במה שכבר שעבד, והרי זה לא הלואה לו מעותיו אלא מפני שעבד לו "דאיקני", ואם כן זה שרוצה לחזור בו ישלם לו מעותיו שהלואה לו או יקיים מה ששעבד לו. וכן אם מכר לו שום דבר ושעבד לו על האחריות נכסים שיקנה, כיון שזה לא קנה, אלא מפני שעבד לו "דאיקני", והוא אינו יכול לחזור מגוף מכירה – גם משעבוד "דאיקני" אינו יכול לחזור.

כלומר, כיוון שההלואה מותנית בשעבוד, אם הוא חוזר בו מהשעבוד עליו להחזיר את ההלוואה. וכן במכירה שכוללת גם שעבוד "דאיקני", אם חוזר מהשעבוד עליו לחזור ולבטל את המכירה. וסברה זו טעונה ביאור, שכן אין בה כדי להסביר מה הדבר המונע את החזרה, רק עולה ממנה שניתן להפעיל כנגד החוזר בו אמצעים של תביעה ממונית וכדומה<sup>97</sup>.

ביחס לראיית הרשב"א מהדין של "לוה ולוה" ששניהם גובים, והרשב"א מבאר שאין עדיפות לראשון, כיוון שהלווה חזר בו מהשעבוד, משיב הש"ך:

נראה לפי עניות דעתי דהתם לא הוי טעמא משום חזרה, אלא משום דחכמים אמרו דמסתמא הנכסים שקונה אחר כך קונה טפי ממעות אחרון, והראשון גופא ניחא ליה דיחלוק, כי היכא שיתן לו השני מעות.

<sup>97</sup> בהמשך מתייחס הש"ך להוכחת הרשב"א מהדין של מכירת דבר שלא בא לעולם לדעת רבי מאיר, שניתן לחזור בו ממכירה זו: "נראה לפי עניות דעתי דיש לדחות ראייה זו, דהתם כיון דחזר בו הרי הוא חוזר מכל המכר, ויכול לחזור בו, אבל הכא, כל זמן שאינו משלם למלווה מעותיו השעבוד נשאר בתקפו, וכן בלוקח, כיון שמגוף המכר אינו יכול לחזור. ועוד דודאי עדיף שעבוד לרבנן מקניין לרבי מאיר..."

ביחס לראייה זו הוא בתחילה מחלק, לפי דרכו בהבנת הרמב"ן, שבמקרה של "דאיקני" השעבוד הוא כנגד ההלוואה, ועליו לחזור בו מההלואה כדי לבטל את השעבוד – מה שאין כן במכירת דבר שלא בא לעולם, שהוא מבטל את המכירה ודי בזה, אם כי יש להעיר על דבריו שגם במכירה עליו להחזיר את התשלום עליה.

לדעתו, הסיבה שהמלווים חולקים היא שהמלווה הראשון רוצה בכך שילוו ללווה מלווים נוספים, שהרי הלווה קונה בכסף של האחרונים את הנכסים החדשים, ועל כן הוא מוותר על זכותו לגבות לבד מהנכס החדש. ניתן לסכם שלדעת הש"ך המחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א תלויה בסברה מחודשת, אם שעבוד "דאיקני" הוא חלק מתנאי ההלוואה או דבר נפרד מההלוואה, שתלוי ברצונו הטוב של הלווה. לפי דרכו הוא גם מכריע במחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א בעניין התחייבות להלוות (הובאה לעיל). לדעתו (סי' לט ס"ק מט) הלכה כרשב"א, שניתן לחזור בו מהתחייבות, שהרי הדין של "דאיקני" פועל כחלק מדיני ההלוואה, מה שאין כן בהתחייבות להלוות, כשעדיין לא נעשתה הלוואה. הש"ך חולק גם על דברי המב"י"ט, וסובר שלא יועיל שטר לקנות לחייב קנייה, מפני שלא ניתן דבר בתמורה.

#### 4. "קצות החושן"

"קצות החושן" (סי' קיב ס"ק א) פותח בביקורת על שיטת המהרי"ט, שמקשר את "דאיקני" להתחייבות:

**ומדבריו נראה דשעבוד דאקנה הוא מטעם חיוב.** וזה ליתא לפי עניות דעתי, דחיוב דחל על גופו במתחייב ליתן לו אפילו מאה ליטרין ואין לו בשעת החיוב – אמרינן דהחיוב חל על גופו. וכיון דגופו איתיה בעולם, מצוי להתחייב אפילו בדבר שאינו בעולם, וכיון דגופו נתחייב בחיוב זה, ממילא צריך אחר כך לשלם כיון דכבר נתחייב, ומיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, **אבל שעבוד צריך שיחול על גוף הנכסים, דאם החיוב יחול על גופו משום זה לא היה טורף, מנכסים שמכר כיון שהלוקח לא נתחייב כלל, אלא לענין שעבוד צריך שיהא השעבוד חייל על גוף הנכסים.**

"קצות החושן" מקשה מסברה על דברי המהרי"ט, ומחלק חילוק עקרוני בין התחייבות לבין שעבוד. לדבריו, שעבוד חייב לחול על חפץ, אחרת אי אפשר יהיה לגבות אותו מהלקוחות שלא נתחייבו בהתחייבות הזו. אמנם לפי הסברנו בדברי הרמב"ן, שטענו שגם המהרי"ט למד כך את דבריו, השעבוד אכן חל בסופו של תהליך על החפץ, אך ביסודו הוא מתחיל בהתחייבות ועל כן ניתן לגבות אותו מהלקוחות. עוד מוסיף "קצות החושן" להקשות על סברת המהרי"ט:

ותדע דאי נימא דחיוב ושעבוד "דאקנה" שוויס הם, אם כן נימא דכמו דגבי שעבוד "דאקנה" יכול לחזור קודם שבא לעולם לדעת כמה פוסקים, כן בחיוב היכא שמחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם יכול לחזור מחיוב קודם שבא לעולם. וזה ודאי ליתא, דאם כן בחתן שמחייב את עצמו במאה ליטרין, אף על גב שאין לו, וכמו שאמרו תוספות ריש פרק אע"פ (כתובות נד: ד"ה אם רצה) הכי נמי נימא שיכול לחזור קודם שיבא הסך לידו, או בלוח שמחייב עצמו באלף זוז אף על פי שאינו חייב, וכמבואר בסימן מ (סע' א), אם אין לו יכול לחזור קודם שבאו לידו – ודאי לא.

"קצות החושן" טוען שלא ייתכן שהתחייבות תהיה תלויה ברצונו של המתחייב, משום שאם "דאיקני" פועל מטעם התחייבות, לא ניתן להסביר את שיטת הרשב"א, שאפשר לחזור מ"דאיקני". אולם לעניות דעתנו ברור שהמהרי"ט לא התכוון מעולם להשוות שעבוד "דאיקני" להתחייבות, אלא לכך שגדר "דאיקני" כחלק מדיני השעבוד כולל בתוכו בשלב ראשון התחייבות, ולאחר מכן החלת השעבוד על הנכסים שכבר קיימים ברשות הלווה, או אלו המגיעים לאחר מכן לרשותו. לגבי שיטת הרשב"א שניתן לחזור מ"דאיקני" יכול המהרי"ט להסביר כפי שהצענו בדברי הרשב"א, שכיוון שמדובר בהתחייבות להשתעבד ולא בהתחייבות גמורה על גופן, ניתן לחזור ממנה. בולטת בדברי "קצות החושן" המגמה לבאר את מושג השעבוד כסוג של קניין חלקי בחפץ, ומתוך כך הוא מתקשה לקבל את השיטות שאינן רואות בשעבוד קניין בלבד, כי אם תופעה הכוללת בתוכה גם חלק של התחייבות. "קצות החושן" עצמו נדחק לבאר את שעבוד "דאיקני" באופן אחר:

אמנם דע דהאי שעבודא "דאקנה" באמת לאו דבר תורה דמדאורייתא אין לנו לחלק בין קניין לשעבוד, אלא הא דשעבוד דאקנה מהני היינו מדברי סופרים, שלא תנעול דלת בפני לווין, וכן כתב רשב"ם להדיא שם... וכן כתב בני"י שם (עד. מדפי אלפס)... אבל היכא דהלוה גופא לא נתחייב כלל – לא שייכא הך תקנתא, כיון דליכא לוח כלל, ולהכי היכא דמחייב עצמו לדבר שלא בא לעולם דאפילו לוח גופיה לא נשתעבד ונתחייב, כיון דהוי דבר שלא בא לעולם לא שייך "כדי שלא תנעול וכו'", כיון דליכא לוח כלל בעינא, אם כן בכדי לא יתקנו שיתחייב בדבר שלא חייב, וזה ברור ודו"ק.

הוא מבאר ששעבוד וקניין הם שווים, והסיבה ש"דאיקני" יכול לפעול היא משום תקנה שחכמים תיקנו, כאשר יש חוב וחשש נעילת דלת; אך אם אין לווה כלל, כגון שמשמעבד לדבר שלא בא לעולם – לא תיקנו. "קצות החושן" לשיטתו חולק גם על המב"ט, וסובר שלא יועיל שעבוד שיחייב להקנות, משום שהשעבוד יכול להיות בעקבות חוב, אך אינו יכול ליצור קניין.

### סיכום

העלינו בפתיחה ארבע אפשרויות בהבנת "דאיקני":

- א. שעבוד עדיף מקניין, כיוון שהוא רק **קניין חלקי**.
  - ב. שעבוד עדיף מקניין, כיוון שזו ה**תחייבות** על גוף האדם.
  - ג. שעבוד הוא כקניין, אך ישנה **תקנת חכמים** ששעבוד יועיל בדבר שלא בא לעולם.
  - ד. שעבוד הוא כקניין, וניתן לעשות **התחייבות להשתעבד** לכשיהיה בעולם.
- הרשב"ם והרמ"ה נוקטים באפשרות אחת ש"דאיקני" הוא תקנה דרבנן (אפשרות ג). הרשב"ם העלה אפשרות נוספת, שמוסברת ברמ"ה, ולפי דבריו יש יתרון לשעבוד על פני קניין, שבא לידי ביטוי בכך ששעבוד יכול לחול על דברים שקניין אינו חל עליהם. נדמה שביאור היתרון הוא מפני ששעבוד הוא קניין חלקי (אפשרות א).
- בדעת הרמב"ן והרשב"א ביאר ה"מחנה אפרים" שמחלוקתם בשאלה אם ניתן לחזור מ"דאיקני" תלויה בשאלה אם "דאיקני" פועל כהתחייבות להשתעבד שאי אפשר לחזור ממנה (אפשרות ד) או כתקנה דרבנן שאפשר לחזור ממנה (אפשרות ג). לפי אפשרות זו, לדעת הרמב"ן, בזמן ההתחייבות טרם חל השעבוד.
- הצענו אפשרות אחרת בהבנת המחלוקת; הרמב"ן סובר שהשעבוד אכן חל כבר בזמן ההלוואה, אף-על-פי שבפועל הוא חל רק בזמן שהנכסים נקנו ללווה, כיוון שהשעבוד מורכב משני חלקים: ההתחייבות של המשתעבד וההוצאה לפועל של המשעבד. על כן ניתן ליצור שעבוד גם על דברים שעדיין אינם ברשותו של המשתעבד (אפשרות ב), וכן לדעתו אי אפשר לחזור מ"דאיקני". הרשב"א חולק וסובר ש"דאיקני" פועל ככל התחייבות של אדם לקנות או להשתעבד, שניתן לחזור ממנה כיוון שהיא אינה חלה על חפץ ממשי (אפשרות ד). סייענו להבנה זו מדברי הריטב"א והמאירי.
- אחרונים-

מהרי"ט

לשיטת הרמב"ן, לא ניתן לחזור מ"דאיקני", משום שהשעבוד כולל בתוכו התחייבות וקניין (אפשרות ב).

ש"ך

מחלוקת הרמב"ן והרשב"א לגבי חזרה מ"דאיקני" תלויה בשאלת היחס שבין ההלוואה ל"דאיקני".

"קצות החושן"

כיוון שניתן להתחייב ואי אפשר לחזור מההתחייבות, הרי ששיטת הרשב"א היא ש"דאיקני" יסודו בתקנת חכמים (אפשרות ג).

### י. בר מצרא בשכירות

התובעים<sup>98</sup> טוענים שהבית בו הם גרים בשכירות עומד למכירה והם זכאים לקנות גם מכח העובדה שהם גרים בו וגם מכח המנהג ביישוב שלשוכר הבית יש עדיפות בקנייה.

בעלי הבית הם ישיבה ולטענתם יש להם זכות לקבוע שהמכירה היא לבוגרי הישיבה מתוך מטרה לאפשר לבוגרים לגור ביישוב. הנתבעים השניים הם משפחה שהייתה אמורה לקנות את הבית, טרם ביצעו את הרכישה בפועל, הם טוענים שאינם צד בדיון כלל. השאלות העולות במקרה זה:

1. האם קיים "בר מצרא" בשוכר בית.
2. האם בנדון דידן קיים "בר מצרא" משום מנהג ממון.
3. האם דינא "בר מצרא" חל על הקונה או המוכר?

#### א. על מי חל דינא דבר מצרא?

כאמור, משפחת הנתבעים טענה, שהיא אינה צד לדיון. הנתבעת מס' 1 טענה, שאין להחיל עליה את דינא דבר מצרא, כיוון שיש לה קריטריונים מוקדמים למכירה. כיוון שאלו טענות מקדמיות, נדון בהן תחילה.

#### דינא דבר מצרא על המוכר או על הקונה?

שאלה זו מתבררת מעיון בדברי השולחן ערוך בפתיחת הלכות בר מצרא (קעה, ה):  
 המוכר קרקעו לאחר, בין שמכרה הוא בין שמכר שלוחו בין שמכרו בית דין, יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו; ואפילו הלוקח ת"ח ושכן וקרוב למוכר, והמצרן עם הארץ ורחוק מן המוכר, המצרן קודם ומסלק את הלוקח...  
 וזה הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר. וכן אם הוקרה, צריך ליתנה לו כמו שקנאה, ואם הוזלה צריך ליקח אותה כמי שקנאה, אם חפץ בה. ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות...  
 וזהו הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר. וכן אם הוקרה, צריך ליתנה לו כמו שקנאה, ואם הוזלה צריך ליקח אותה כמי שקנאה, אם חפץ בה. ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות...  
 וזהו הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר. וכן אם הוקרה, צריך ליתנה לו כמו שקנאה, ואם הוזלה צריך ליקח אותה כמי שקנאה, אם חפץ בה. ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות...  
 וזהו הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר. וכן אם הוקרה, צריך ליתנה לו כמו שקנאה, ואם הוזלה צריך ליקח אותה כמי שקנאה, אם חפץ בה. ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות...

<sup>98</sup> פס"ד ביה"ד ארץ חמדה גזית בהרב הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי.

כלומר חכמים התייחסו אל הלוקח כשליחו של המצרן וכקונה עבורו. ואף הפכו את הקונה ל"יורד" בשדה חבירו ביחס לכל פעולה שיעשה בבית שקנה. וכך מבאר הסמ"ע (קעה, ז):

**ואפילו בדלית ליה פסידא לא תיקנו דין מצרנות על המוכר אלא על הלוקח שימשוך ידו מקנייתו וממילא יצטרך המוכר למכור לזה המצרן...**

ומפורשים הדברים בערוך השולחן (קעה, א):

ועיקר דין חיוב מצרנות הוא על הלוקח כמו שיתבאר...

וכבר כתב המאירי (בבא מציעא קח, א):

מעתה הלוקח קרקע מאחר ואינו מצרן שלו יכול המצרן לסלק את הלוקח בדמים שנתן. דבר זה תקנוהו חכמים **ועותו בזה מדת הדין ללוקח משום ועשית הישר והטוב ר"ל שיהא לוקח זה הולך במדת חסידות להניחו לזה שהוא מצרן** כדי שיהו קרקעותיו סמוכים זה לזה והוא מוצא ליקח במקום אחר.

דבריו ברור מיללו שהתקנה היא על הלוקח שיניח את השדה למצרן.

לסיכום הדברים, החובה הדתית והמוסרית של "ועשית הישר והטוב", מוטלת על הלוקח שאינו בן המיצר, ועליו להסתלק מן הרכישה במקום שראוי לאפשר את הרכישה לבר המיצר. ובנדון דידן עולה שהנתבעים הם אכן צד של ממש לדיון ובמידה שקיימת חובה מדינא דבר מצרא, החובה מוטלת עליהם להמנע מלרכוש את הבית על מנת ולהניח את הבית לשוכרים הגרים בו.

#### **ב. מעמד "בר מצרא" לשוכר בית**

עניינו של דינא דבר מצרא הוא מתן העדפה ברכישה של נכס, למי שיש לו נכס סמוך לנכס הנמכר. שוכר אינו בר מצרא במובן הרגיל, שכן אינו מבקש לרכוש נכס סמוך לנכס שבבעלותו, אך מאידך, יש לו זיקה אחרת לנכס, והיא שהוא גר בנכס עצמו. על רקע, עולה הדיון של מעמד של שוכר כדין בן המיצר. בגמרא לא נידונה במפורש שאלת דין "בר מצרא" ביחס לשוכר בית שרוצה לקנותו מהמשכיר.

#### **בר מצרא בקרקע ממושכנת**

הנושא בסוגיה, ממנו למדו הפוסקים לעניין שכירות הוא במקרה של קרקע שמושכנת. הגמרא קובעת בשני מקומות (בבא מציעא סח, ב וקח, ב) שלמחזיק במשכון – הממשכן - יש עדיפות כבר מצרא על פני רוכש אחר. נבהיר, שבגמרא,

הקרקע שימשה כערובה לכך שאם ההלוואה לא תפרע אך ממשכן הקרקע גם החזיק בקרקע. וכך פוסק הרמב"ם (שכנים פי"ב ה"ט):

הממשכן מקום - ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין בו משום דין בן המצר...

כלומר המצרן אינו יכול להוציא מהמחזיק בקרקע כמשכון שכן גם המחזיק במשכון הוא מצרן.

לגבי שכירות כותב הרמב"ם (שם ה"ח):

השכירות אין בה משום דין בן המצר.

המפרשים נחלקו בהבנת דבריו, מהמגיד משנה עולה שהרמב"ם התכוון לדבר דומה למה שמצינו בדיני משכון. דהיינו, כשם שבן המצר לא יכול להוציא ממשכון שרכש את הנכס, כך אין הוא יכול להוציא משוכר שקנה את הנכס. וכתב המגיד משנה:

זה לא מצאתי מבואר אבל נ"ל דק"ו הוא ממשכונא וכמו שיתבאר.

הכסף משנה עצמו הציע פירוש אחר על פי בעל הטור, ולדבריו הרמב"ם עוסק במקרה שהמצרן רוצה גם הוא לשכור את הבית או שהשוכר רוצה לקנות בית סמוך לבית המושכר כעת בידו ומשום שהוא מצרן לבית הוא רוצה להוציא קונה אחר שקנה אותו לפניו.

נמצא שלפי ביאור המגיד משנה ברמב"ם המצרן אינו יכול להוציא מהשוכר שקונה מבעל הבית.

המגיד משנה, הסביר שלדברי הרמב"ם, המצרן אינו קודם לשוכר, אך האם לפי הרמב"ם השוכר קודם לכל אדם אחר כדין בר מצרא?

הבית יוסף דן במקרה כזה בביאורו לטור (חוי"מ קעה) והכריע:

וכיון דשכירות ילפינן ממשכנתא כשם שאין המלוה יכול לעכב מלמכרה לאחר

כך אין שוכר יכול לעכב על בעל הבית מלמכרו לאחר ...

הבית יוסף מסתמך על דברי הרמב"ן והרשב"א המובאים בר"ן, בנימוקי יוסף ובמגיד משנה שהמחזיק במשכון אינו יכול לסלק אדם אחר שקונה את השדה ואינו נחשב מצרן ביחס לאחרים. אמנם הבית יוסף כותב שהמרדכי חולק עליהם אך לדעתו דברי לא ניתן לסמוך עליו שכן החולקים הם רוב בנין ומנין. מלבד זאת אם זהו ספק על המצרן להביא ראיה שכן הלוקח הוא המוחזק.



הטור עצמו הביא בעניין זה את דברי הרא"ש שחולק על שיטת הרמב"ן והרשב"א. הבית יוסף מעיר עליו שהרמב"ן והרשב"א חולקים ושכן מדויק ברמב"ם שכתב רק את המקרה שהמחזיק במשכון קנה את הקרקע ולא את המקרה ההפוך שאחר קנה את הקרקע והמחזיק רוצה להוציא ממנו. אמנם הדרכי משה (קעה, יז) חולק על פסיקתו של הבית יוסף. וטוען כנגדו שתי טענות:

ואין דבריו נראים דמאחר דהמלווה מוחזק בקרקע שתחת ידו אם כן הקונה מן הלוח צריך לראיה להוציא הקרקע. ועוד דנראה דיותר יש לסמוך אדברי הרא"ש והמרדכי והטור שפסקו דהמלווה יכול לסלק המצרן והמה הפוסקים שנתפשטו ברוב ישראל ואין לזוז מדבריהם ואף כי בתראי אינון דידעי טפי בדברי הראשונים וידעי דלא כהלכתא הם.

ואכן גם בשולחן ערוך הובאה מחלוקת זו (קעה, נו):

הממשכן שדהו ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו, אין המצרן יכול לסלקו. אבל אם מכרה הממשכן לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין המלווה יכול להוציא מידו.

הגה: וי"א דאפילו קדם המצרן וקנאה, יוכל המלווה לסלקו (טור בשם הרא"ש והמרדכי פרק המקבל ובי"ש בשם עיטור), וכן נראה לי לדון ולהורות, והוא שנראה לבי"ד שלא היה ערמה בדבר שהלוח למוכר כדי שישלך המצרן (טור).

יש להוסיף על דבריהם שרא"ש הטור והמרדכי אינם הפוסקים היחידים הסוברים שהמלווה קודם ברכישת הנכס. כך כותב תוספות רא"ש (קח, ב ד"ה משכנתא) שניתן לדייק מתוספות הר"ש משאנץ (וכן רבי עקיבא איגר כיוון לדיוק זה מעצמו בהגהותיו לשולחן ערוך קעה, נו ומה שנוהר וכתב שגם "קצת יש לדייק" שהמחזיק במשכון יכול לסלק גם את המצרן הרי שהרא"ש דייק כך בפשטות):

מתוך דברי רבינו שמשון משמע שהמלווה יכול לסלק המצרן...

וכך כותב גם העיטור (אות פ- פותיקי סה, ב) בשם רבותיו:

אי קדים בר מצרן וזבנה מיני' אתי מריה משכנתא ומפק' מיניה.

וכן הביא המאירי שיטה כזו:

וגדולי הצרפתים פרשוה שאף אם מכרה לבעל המצר בעל המשכון מסלקו שהוא נעשה בעלים עמו...

וכן היא דעת הרמ"ך בשיטה מקובצת. בשיטה מקובצת מובא גם הציטוט מ"ספר החכמה" בשם מורי הכהן שממנו לקח גם המרדכי את דבריו. מעיון במרדכי נראה שזו גם דעת רבינו שמחה. וכן נראה שזו דעת הראב"ה ורבו רבי משה ב"ר מרדכי (לפי תשובותיהם המובאות בספר ראב"ה תתקצו, תשובות אלו מובאות גם באור זרוע בבא מציעא קצו-ז ומשמע שהסכים להם והביא גם מדברי רבו רבי יהונתן שחולק על מה שהצריכו הראב"ה ורבינו שמחה שיהיה הממשכן שנה בבית בשביל להפוך למצרן) וכן היא דעת האור זרוע (בבא מציעא שנד וכן הביא את התשובות דלעיל).

[בפוסקים שצינו מצויה גם תוספת חשובה שעדיפות המחזיק במשכון היא גם כנגד מצרן ובוזה יש מקום להשיב על מה שהביא רבי עקיבא איגר בהגהותיו לשולחן ערוך בשם המהרש"ל (שו"ת סימן מג) שלהלכה יש חילוק בין מצרן לאדם מן השוק ואילו לדעת הפוסקים הללו המחזיק יכול להוציא גם ממצרן].

לסיכום, הבית יוסף פסק שלמשכון קרקע אין זכות ראשונים ברכישת נכס, ואילו הכרעת הרמ"א היא שיש לו זכות ראשונים כדין בן המיצר. בנוסף, ציינו שיש ראשונים רבים שסוברים כדעת הרמ"א.

#### **שוכר כבר מצרא**

כאמור, הבית יוסף סבור שאין המחזיק במשכון כמצרן וממילא גם לשוכר אינו כמצרן. ואילו הרמ"א חולק על כך וסובר שלהלכה יש למחזיק במשכון עדיפות על המצרן וכן שהוא נחשב מוחזק במקרה של ספק. בשולחן ערוך פוסק כשיטתו (קעה, סג):

השכיר ביתו לאחד ואחר כך מכרה לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין השוכר יכול להוציאה מידו.

בסעיף זה, הרמ"א לא השיג במפורש על דברי השו"ע, למרות שבדרכי משה חלק עליו במפורש.

משתיקת הרמ"א הסיקו חלק מהאחרונים שהוא חוזר בו וסובר שיש לחלק בין משכנתא לשכירות וכח השוכר קטן מכח המחזיק במשכון. דהיינו, למרות שלמשכון קרקע מעמד של בר מצרא, שוכר - אין דינו כבר מצרא. כך היא דעת הב"ח (שו"ת הב"ח סימן סט הובא בפת"ש קעה, כח) והמהרש"ל (שו"ת המהרש"ל סימן מג)

וראה פוסקים נוספים ההולכים בשיטה זו המצוינים בשו"ת ציץ אליעזר (ו, מב פרק ו הובא גם בפד"ר א, 346 ואילך). יש להעיר שכל הפוסקים הללו לא מזכירים את סיעת הראשונים שהבאנו למעלה הסוברים כדעת הדרכי משה.

מאידך, אחרונים רבים נוקטים שהרמ"א חולק על השו"ע בשוכר, כשם שחולק במשכון, ולשוכר מעמד גמור של בן המיצר. סוברים הסמ"ע (קעה, קטז) והגר"א (קעה, קנד) בשיטת הרמ"א, וכן נראה שהכרעתם להלכה. כך פוסק גם ערוך השולחן (קעה, לט) וכך עולה מדברי ר"ח פאלאגיי (חוקות חיים עט).

[יש לציין שבאופן כללי יש מחלוקת בין הרמב"ם לבין הרא"ש<sup>99</sup> והרשב"א (והסכים עמם בשו"ת מהרי"ל עז) האם שכירות כמכר לעניין בר מצרא. דהיינו האם שוכר שקרקע סמוכה מוצעת למכירה, הוא במעמד של בר מצרא. וכך הובאו הדברים בשולחן ערוך (קעה, ס):

מי שיש לו בית בשכירות, ובית שאצלו נמכר, אינו יכול לזכות בו מדין בן המצר. ואם קדם וקנאו, בן המצר יכול לסלקו.

(ויש מי שחולק, וסבירא ליה דיש בשכירות דין מצרנות) (טור בשם הרא"ש ור"י ירוחם בשם הרשב"א בשם ר"י ברצלונני).

השיטות ששכירות כמכר מהוות לכאורה חיזוק נוסף לגישה שהשוכר קודם. אם כי לפי זה עולה שהרשב"א יסבור שבמשכון המחזיק אינו יכול להוציא את הקונה ובשכירות השוכר יכול להוציא אפילו את המצרן וראה בשו"ת מהרש"ך (א, מג) שבעקבות כך דחה את הבנת הבית יוסף (שהצטרף אליו גם מהרי"י בן לב ב, מא) בדעת הרשב"א.]

<sup>99</sup> הבית יוסף מעיר שהרא"ש סותר את עצמו, במקום אחד (כלל א סימן ב) הוא כותב ששכירות היא כמכר לענין בר מצרא ובמקום אחר (כלל צז סימן ג) משמע ששכירות אינה כמכר. הבית יוסף בבדק הבית תירץ שהעיקר בדבריו הוא ששכירות כמכר ובמקור השני הרא"ש עוסק בשכירות מול שכירות. הבי"ח (שו"ת יח) תירץ שאם מדובר בבית בו הוא גר השוכר קודם ואם מדובר בבית הסמוך המצרן קודם. בשו"ת בית שלמה (ח"מ צח) חילק על פי האחרונים בין שוכר שרוצה לעכב קונה בית סמוך לו לשוכר שרוצה לעכב שוכר אחר שישכור בית סמוך לו, ולדבריו השוכר הוא בעל כח רק כנגד שוכר אחר.

**קודם הרכישה יש בשוכר דינא דבר מצרא**

רבים הם הפוסקים האחרונים הסוברים שהדבר תלוי האם כבר נעשתה עסקה. דהיינו, שכל עוד לא נעשתה העסקה, ובאים השוכר ולוקח אחר בפני בית הדין, יד השוכר על העליונה. אך אם התבצעה המכירה טרם פניית השוכר, לא ניתן להוציא מן הקונה. כך כותב בשו"ת שבות יעקב (ג, קסה הובא בפת"ש קעה, כח):

אם מכר לאחר אין השוכר יכול לסלקו ללוקח... אכן אם בתחילה כשרוצה למכור באו הלוקח והשוכר, השוכר קודם...

כך עולה גם מדברי הרדב"ז בתשובה (א), שנח אס כי צ"ע בכוונתו שם וכפי שהעיר על כך במשפט שלום קעה, נט וראה גם בתשובה אחרת שלו א, נח) וכך הכריעו הערך לחם (קעה, סג), שו"ת לחם רב (קנ וראה גם בדבריו בסימן קלב).

נמצא לענייננו שיש פוסקים אחרונים רבים הסוברים שהשוכר קודם לאחרים לכתחילה ובוודאי אם עוד לא נעשתה הקנייה הרי שהשוכר מוחזק ועדיף. כך גם מנהג בתי דין לפסוק בנושא זה.

**ג. בר מצרא מכח מנהג**

במקרה דנן יש גם מנהג המקום שהשוכר קודם, מנהג זה הוכח לבית הדין במסמכים שונים של מזכירות היישוב וחברים ביישוב. הנתבעים הודו בקיומו של נוהג זה אך לטענתם המנהג אינו מחייב אותם שכן הוא חל רק על מבנים ששייכים ליישוב או לתנועת אמנה ולא על רכוש ישיבת כפר הרא"ה.

אין כאן המקום להאריך ביסודות דיני המנהגים בממון. ברור שמנהג זה הוא אכן מנהג טוב התואם את ההלכה כפי שכבר הראינו שזו היא דעת פוסקים רבים אף מדינא. גם לשיטות שאינו הלכה מחייבת, המנהג הולך בדרכי המוסר ההגיונות והיושר, על כן וודאי שהוא מחייב כמנהג המקום.

כך כותב בעל שו"ת פרח שושן (ו, א) הסבור שאין בקונה בית שכור משום דינא דבר מצרא ואף על פי כן הוא מדגיש את חשיבות המנהג:

זאת תורת העולה מכל מ"ש דשמעון זכה במקחו ואין עליו חיוב לפרוע דמי חזקה כלל, וכל זה מצד הדין אמנם במקום שיש מנהג והסכמה הולכים אחריה כאשר הסכימו הפוסקים.

אשר על כן איננו רואים סיבה מדוע המנהג לא יחול גם על ישיבת.. שבתיה הם חלק מהישוב. במקרה דנן טרם נעשתה הקנייה ועל כן המנהג בוודאי בעל תוקף. נמצא שגם מכח המנהג השוכרים קודמים לכל קונה אחר.

#### ד. מצרנות בבתים

נציין שדעת רבינו תם (ספר הישר שו"ת סי' ל"ב, הובא גם ברא"ש ב"מ פ"ט סי' ל"ד) שאין מצרנות בבתים נדחתה על ידי רוב הפוסקים (ראה שו"ע קעה, נג) וכך כותב הש"ך (קעה, נג):

לכך נראה עיקר כמ"ש הת"ה סי' של"ח שהוא בתראה ומביאו ב"י וד"מ שאין לצרף דעת ר"ת דכיון דכולהו רבוותא דחו דברי ר"ת לגמרי דלא נהגינן כותיה וגם שכן מנהג פשוט ע"ש.

על כן, אין לצרף שיטת רבינו תם כלל, לדיון ההלכתי בנדון דידן. בנוסף, מנהג המקום הוא בוודאי קובע גם לשיטת רבינו תם.

#### ה. הערמה בבר מצרא

נציין שהשולחן ערוך והרמ"א מזהירים על סמך דברי הגמרא והראשונים מעשיית פעולות עורמה בכדי להפקיע את זכות בר מצרא. וז"ל השולחן ערוך (קעה, כח):

מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו, ואח"כ מכר לו קרקע בצד אותם שבאמצע, רואים אם אותה המעט שמכר לו תחלה הוא עידית או זבורית לגבי זאת הקרקע שמכר לו באחרונה, זכה הלוקח ואין בן המצר יכול לסלקו, שהרי הוא עצמו בן המצר הוא מפני אותו מעט שקנה באמצע. ואם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף בצדו, הרי זה מערים, ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף

והוסיף הרמ"א:

הגה: וכן אם נתן לו מעט קרקע במתנה, רואין אם מכר לו אחר כך כל כך ביוקר עד שהבליע המתנה, הרי הערים, ויוכל בן המצר לסלקו (תשובת מיימוני דקנין סימן ל"ג). ואם יש חשש ערמה בדבר, מחרימין על ככה. וכן בכל דבר שיש לחוש לערמה לדחות בן המצר, מחרימין על כך. "

על כן בית הדין רואה לנכון להזהיר שכל פעולה שמטרתה עקיפת זכות בר מצרא בדרכי עורמה לא תפקיע את זכותם של בני המיצר.

## יא. התחייבות למכירת בית

### עיקרי העובדות וטענות הצדדים<sup>100</sup>

התובע שכר בית מהנתבע החל מאוגוסט 2003. במרץ 2006 הנתבע החל לפרסם את הבית למכירה. בדצמבר 2006 התובע החליט שברצונו לרכוש את הדירה. התקיים משא ומתן טלפוני ובו סוכמו עניינים שונים ונקבע מחיר של 540,000 ₪, הנמוך במעט מהמחיר אותו ביקש הנתבע מתחילה. לדבריו בסיום השיחות הוא ראה את העסקה כסגורה ואף שאל את הנתבע מספר פעמים האם העסקה סגורה והלה השיב בחיוב. בעקבות הסיכום הוא גם ביקש מהנתבע להסיר את הפרסום על מכירת הדירה, וכך נעשה. התובע מודה שהנתבע העלה בפניו את בעיית המשכנתא, הוא מצידו הסביר לו כיצד לפתור את הבעיה. התובע הבין שבעיה זו אינה מהווה עיכוב מהותי להשלמת העסקה, כי אם עיכוב טכני, ומכיוון שהיה לו כיסוי לתשלומי שכר דירה מהעבודה של אשתו, הוא הסכים להמשיך ולשלם שכר דירה והמתין בסבלנות להשלמת העסקה בפועל. בחודש נובמבר 2007 התובע שלח זיכרון דברים לנתבע הם שוחחו על כך בטלפון והנתבע אף תיקן אותו שהסכים אינו מדויק, אך לא הסכים לחתום על זיכרון דברים. התובע נמנע מלקנות דירות אחרות הסמוכות לדירה זו מפני שהיה בטוח בביצוע העסקה עם הנתבע. במהלך התקופה התובע חש שהוא גר בדירה שלו וביצע תיקונים וכן שתילת דשא על חשבונו. ואף יותר מכך, בניסן תשס"ח, החל התובע בהליכים לבירור אפשרות לבניית קומה שנייה בבית. הנתבע דחה את בקשתו של התובע להרחיב את הבית, והודיע לו שאין בכוונתו למכור לו את הבית. מכאן ואילך החל וויכוח ביניהם כשהנתבע מוכן למכירת הדירה לתובע בסכום של 680,000 ₪ והתובע דורש את קיום ההסכמה הישנה והמחיר שנקבע בה באותה תקופה. התובע רואה בכך הפרת חוזה לכל דבר.

כתוצאה מכך גם החל סכסוך נוסף ביחס לשאלת גובה דמי השכירות, שלושה שבועות לפני פקיעת החוזה, הנתבע דרש העלאה של דמי השכירות ואילו התובע לא הסכים לשלם כלל, ולא חתם על חוזה שכירות חדש.

הנתבע מכחיש שהוא אמר לתובע שהעסקה סגורה כמו כן הוא מסביר שהרצון למכור נבע מאפשרות לרכוש דירה ביישוב בו הוא גר, ומשירדה אפשרות זו מהפרק

<sup>100</sup> פס"ד של בי"ד ארץ חמדה גזית עפרה, בהרכב: הרב אברהם גיסר (אב"ד) והרב עובדיה אחיטוב.

הוא הבהיר לתובע שהוא אינו מעוניין כלל למכור את הדירה. נושא הפרסום לא זכור לו כלל והוא לא מייחס חשיבות לדבר. כמו כן הוא מדגיש שהוא נמנע מלחתום או לבצע כל פעולה אחרת שתחייב אותו מפני שהעסקה הייתה תלויה בהבשלת התנאים המתאימים מבחינתו, וכל עוד דבר זה לא קרה הוא לא התכוון כלל למכור ולכן גם נמנע מלחתום על הזיכרון דברים. הוא מודה שלא אמר לתובע לבדוק קניית דירות אחרות ביישוב, ואין לו הסבר מדוע לא אמר זאת, אך לדבריו בוודאי הדבר אינו נובע מגמירות דעת שלו למכור. לגבי שכירות הדירה, מכיוון ולא נחתם חוזה חדש התובע צריך לפנות את הדירה ולשלם פיצויים על כל יום שהוא שוהה בה, וכפי הנאמר בחוזה השכירות הקודם שהפיצויים הם בשיעור של 50 דולר ליום.

התביעה:

כפיית הנתבע להשלים את העסקה. או לחילופין פיצויים של 150,000 ₪ על הפסדים ועוגמת נפש כתוצאה מביטול העסקה.

תביעה נגדית של הנתבע:

פינוי מיידי של הדירה ותשלום קנס 50 דולר ליום על כל יום של עיכוב מרגע סיום החוזה.

השאלות לדין:

1. הכחשה בהבטחה.

2. תוקפה של הבטחה למכור בדברים בלבד ללא מעשה קניין.

3. דין מחוסרי אמנה- האיסור לחזור מהסכמה לעסקה וגדריו.

4. האם פיצויים עקב הפרת הבטחה.

5. דיני נזיקין עקב הסתמכות על חברו.

6. דיני סיום שכירות.

7. האם יש תשלום קנס על הפרת חוזה.

### 1. הכחשה בהבטחה

במקרה זה יש לפנינו הכחשה מוחלטת על ההסכמה למכור. גם הנסיבות אינן מעידות בשום שלב שהייתה לנתבע גמירות דעת לסיום המכירה. להיפך, הנתבע נמנע באופן עקבי מלחתום על מסמכים ומלבצע פעולה אחרת שמחייבת אותו, ביטוי מובהק לכך הוא סירובו של הנתבע לחתום על "זיכרון דברים", דבר המעיד בבירור על חוסר בגמירות דעת הנדרשת לצורך קיומה של חובה כלשהיא למילוי העסקה.

לפיכך לא הורם הנטל הבסיסי של הראייה המוטל על התובע להוכיח שהייתה כאן עסקה כלשהיא.

## 2. תוקפה של הבטחה למכור בדברים בלבד ללא מעשה קניין

גם אם הייתה הוכחה ברורה ואפילו אם הייתה הודאה של הנתבע שהעסקה אכן סגורה, כפי הנראה הדבר לא היה מחייב אותו. שכן הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך (ח"מ קפט, א):

אין המקח נגמר בדברים; שהאומר לחבירו: היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה: בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים ואמרו להם: הוו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום עד שיגמור המקח. כל דבר ודבר כראוי לו; קרקע לפי קניינו, ובעלי חיים לפי קנינם, ומטלטלים לפי קניינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפי' לא היו עדים בדבר.

דהיינו העברת בעלות זקוקה לפעולת הקניין, ובדברים בלבד אין אפשרות להעביר את בעלות. אמנם במקרה דגן מדובר ביצירת התחייבות למכירת הבית, והתחייבות כזו עשויה להועיל כשהיא נעשית כראוי וכפי ששמע מדברי הרשב"א בתשובה (הובאה בבית יוסף חושן משפט רו):

שאלת מי שקנו ממנו בעדים שימכור ביתו לחבירו וחבירו קנה לו בקנין גם כן שיקנה כפי ראות שני אנשים הבקאים בשומא ונתרצו שניהם על כך, הודיעני אחר שלא קבעו זמן על כך אם ימשך זמן הקנייה לעולם כל ימי חייהם. תשובה, לשון זה שאמרת איני מכירו ואינו ענין לקניינים אלו וקנין דברים בעלמא שהרי לא הקנה המוכר ביתו לחבירו אלא שקנו מידו שימכור ובמה נתחייב למכור וכן הלוקח לא חייב עצמו בכלום... ואם שנים אלו שאמרת **חייבו עצמם כראוי** זה למכור וזה לקנות ולא קבעו זמן אלא סתם מסתברא שכל שזה בא לקנות חייב השני למכור וכל שהמוכר בא למכור חייב הקונה לקנות.

אף שיש מקום להאריך בהבנת דברי הרשב"א וביישוב דבריו הסותרים זה את זה (ראה באריכות בספר עמק משפט, א, א ובשו"ת משפטיך ליעקב ב, ט וכן בספר "ההתחייבות" פרק ה עמ' 127 ו-133) הרי שהכרעת פוסקים רבים שיתכן ותועיל



התחייבות למכור, אך ליצירת התחייבות זו גם כן נדרש קנין וכפי שכותב השולחן ערוך (ח"מ ס, ו) :

המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו... אבל בלשון חיוב, כגון שאמר: הו עילי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך, חייב, והוא שקנו מידו.

אף שממקום אחר בשולחן ערוך עולה שלדעתו מספיקים עדים ליצירת התחייבות (ח"מ מ, א) והאריכו המפרשים ביישוב דבריו (ראה סיכום הדעות בפתחי חושן קניינים פרק יח סעיף ד), הרי שבמקרה דנן אין עדים וגם אין קניין. נמצא שגם אם הייתה הסכמה בין הצדדים שיש התחייבות למכור, מכיוון והתחייבות זו לא גובתה במעשה קניין או באמירה בפני עדים אין לה שום משמעות הלכתית מחייבת.

יש לציין שגם לפי החוק הישראלי, המכיר בדרך כלל בהתחייבות בעל פה ללא קניין, במעשה מכר של מקרקעין נדרש לפחות מסמך כתוב (אף ללא חתימות הצדדים) כפי שנכתב בחוק המקרקעין סעיף 8. ואף שבתי משפט עשויים לוותר אף על דרישה זו בנסיבות מיוחדות, הרי שבוודאי אין זה חלק מהחוק וגם לא מנהג ברור. מלבד זאת לא התקיימו כאן נסיבות מיוחדות כאלו אלא להיפך מקרה זה גרע מהרגיל וכפי שיתבאר להלן.

### 3. "מחוסרי אמנה"

אמנם לפי ההלכה גם במקום שלא נעשה קניין יש חובה מוסרית לממש עסקה שהסכימו עליה שני הצדדים ובלשון השולחן ערוך (חושן משפט סימן רד, ז) :

הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

בשו"ת ראנ"ח (א, קיח) כתב שבית הדין יכול לקרא לחוזר מדבריו "עברייך" (הובאו דבריו במשפט שלום סימן רד סעיף יא).

אך דבר זה מותנה בפסיקה סופית של המשא ומתן וכפי שכתב המאירי (בבא מציעא מט, א ד"ה גמרו): "גמרו המקח ביניהם..." (עיין גם פתחי חושן קניינים פרק א סעיף ב).

כמו כן במקרה דנן שהייתה עליית מחיר גדולה הדבר שנוי במחלוקת ראשוני האם ב"תרי תרע"ג גם יש איסור לחזור מדברים, הובאו שתי הדעות ברמ"א (רד, יא) ואף שהרמ"א הכריע להחמיר, הרי שמדברי הש"ך והגר"א על אתר נראה שצידדו להקל וכן כתבו פוסקים נוספים כחתם סופר (חוי"מ קב) ושבת הלוי (ד, רה) שבהפסד מרובה אפשר להקל בזה.

לאור כל זאת דינה של התביעה העיקרית, להידחות. אין כאן כריתת חוזה מחייב על פי דין וגם לא על פי חוקי המדינה. זאת ועוד בית הדין לא יכול להימנע מן השאלה ההפוכה, דהיינו נניח שמסיבות כלשהן (למשל בעיות חברתיות) היה מחיר הבית צונח באופן משמעותי והיה עומד על 300,000 ₪ או אז היה בעל הבית בא לתובע בבית הדין בתביעה דומה: כיוון שעכשיו אני רוצה למכור את הבית חייבו נא את הקונה לקנות עכשיו במחיר של 540,000 ₪. ואם הוא מסרב לקנות חייבו אותו בפיצויים על הפרת חוזה של 240,000 ₪. התובע היה דוחה תביעה כזו, ואף אם היה מן המתמיהים בית הדין היה דוחה תביעה זו, ובצדק.

#### 4. נזק עקב הסתמכות על חבירו

התובע טען שבגלל הסתמכותו על דברי הנתבע הוא נמנע מלקנות דירות אחרות ומכיוון שמחירי הדירות עלו הוא הפסיד סכום כסף גדול. גם טענה זו מסתמכת על דבריו שאכן כך נאמר לו על ידי הנתבע, אך הנתבע מכחיש את הדברים. מלבד זאת גם אם היה הנתבע אומר לו שהעסקה סגורה אין זה ברור שהיה נוצר חיוב תשלומים על הפסד של מניעת ריווח. וכך כתב נתיבות המשפט (שלג, ג): "ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו וחזר בו הלוקח, אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפילו הכי פטור." וכן הביא בפתחי חושן (נזיקין פרק ג הערה סד) משו"ת מהר"ש (ד, ק) ומשו"ת דברי מלכיאל (ה, קכה) שנקטו שגם אם הייתה אמירה מפורשת והצד השני הסתמך על כך והפסיד דברים שהיה יכול להרוויח (כלומר, "מניעת ריווח") אין לחייב את החוזר בו בתשלום על הנזק.

#### 5. סיום שכירות

השולחן ערוך (חוי"מ שיב, ח) קובע:

אם שכרו לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים.

על כן השוכר או המשכיר יכולים לצאת מהבית, או לדרוש יציאה מן הבית, בתום התקופה הקצובה בחוזה, ללא הודעה נוספת מראש כמו כן יש בידי שני הצדדים לשנות את תנאי השכירות לפני חתימת החוזה החדש. בחוזה השכירות במקרה שלנו לא נקבע תנאי אחר בנושא ועל כן ביכולתו של המשכיר להודיע על שינוי התנאים לפני תום החוזה. אמנם במקרה של שכירות שמתחדשת מזה מספר שנים באופן קבוע, נהוג ומקובל לתת התראה מוקדמת ליציאה חודש לפי סיום החוזה. על כן אף שהיה מקום להודעה על עדכון המחיר ובפרט שהדולר נשחק והיה צורך לעדכן את המחיר לפי שער הדולר בתקופה בה נחתם החוזה. על כן נראה שיש טעם לפגם בהודעה זו שנעשתה סמוך כל כך לסיום התקופה.

#### 6. תשלום קנס על הפרת חוזה

בחוזה השכירות בסעיף 13.2 נאמר:

...מתחייב השוכר לשלם למשכיר כפיצוי מוסכם עבור כל יום של איחור בפינוי המושכר, סך של \$50 ארה"ב ליום בש"ח לפי השער היציג ביום התשלום הפועל...

הנתבע טוען שעל התובע לשלם את הפיצוי האמור לפי החוזה. אלא שההתחייבות האמורה בחוזה מהווה אסמכתא בלבד נצוין לדוגמא מהמקרים המובאים בשולחן ערוך (חו"מ רז, יז-יח):

שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד, ונתנו ערבונות לקנס שמי שיחזור בו שיזכה חבירו בערבון, לא יאמר: אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על הממון שאתחייב לך אם אחזור בי, אלא יקנה לו בסודר דלא כאסמכתא, ובב"ד חשוב, כדי שיתחייב לו מן הדין אם יחזור בו, ואז יתן לו החפץ במשכון, ואז יחול השעבוד על המשכון כיון שנתחייב לו בקנס אם יחזור בו; או יאמר: אם אחזור בי תזכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה. שטר שכתוב בו: אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר: דלא כאסמכתא ודלא וכו', אין זה מוציאו מידי אסמכתא, ולא קנה.

ישנן מספר דרכים בכדי לפתור את בעיית האסמכתא אך בשטר זה לא ננקט אף אחד מהם. החזון איש כותב (חו"מ ליקוטים טז, יא):

כיון שהוא דין בין ישראל לחבירו אין כאן דינא דמלכותא [דינא], ואין לומר כיון דמהני מדינא דמלכותא אין דעתו לאסמכתא אלא לקנין גמור דלא

שמענו דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תיבטל אסמכתא ואין סברא בזה כיון שאינו רשאי לדון בערכאות ואם אתה אומר כן בטלה אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא.

כלומר לדבריו תחום זה של חוזים הוא בין ישראל לחבירו ודינא דמלכותא לא חל בו. כמו כן הוא לדבריו לא ניתן לקבוע שיש גמירות דעת משום שבדין המלכות ניתן לגבות זאת שכן אז תיבטל דין אסמכתא שאינו קיים בדין במלכות כלל ותמיד אדם יתכוון לדין המלכות.

אמנם יש שחלקו על דברי החזון איש, ובתי הדין הפועלים מטעם גזית, מקבלים בדרך כלל את החוקים הנוגעים לממון משום "דינא דמלכותא דינא", ואפשר להאריך בסוגיה זו אך לא נרחיב בכך במסגרת זו (וראה בעמק המשפט א, לא). אך נראה שגם למחייבים בתשלום הקנס, מקרה זה, בו עיכוב הפינוי נגרם כתוצאה מסכסוך שהגיע לדין תורה, ולא כעיכוב לשם עיכוב, אינו כלול בחיוב זה ולא על דעת כך חתמו הצדדים על החוזה. גם בתי המשפט אינם מרבים לפסוק פיצויים כאלה אלא מפעילים את שיקול דעתם בכל מקרה ומקרה.

#### **7. הארכת השכירות**

מכיוון ובית הדין התרשם שאכן ידי הנתבע אינן נקיות לגמרי בפרשייה זו ואכן היה ערפול מסוים במהלכו, ואולי היה נוח לו לדעת שיש קונה החפץ בדירתו לכשיוכל וירצה למוכרה. אף שנחזור ונדגיש שעיקר האשמה מוטלת על כתפי התובע שלא הקפיד על הבאת העסקה לסיום או לפחות לרמת חיוב בסיסית ממנה לא ניתן לחזור. אך מן הראוי למצוא לפחות פיתרון זמני ששני הצדדים יכולים לעמוד בו עד שיימצא פיתרון טוב יותר. על כן נראה שהנתבע צריך לאפשר לתובע להאריך את חוזה השכירות לפי המחיר של 1,650 ₪ עליו הוא הסכים לפני שהחריף המאבק בין הצדדים, שהוא מחיר סביר יחסית למקום.

אנו קוראים לשני הצדדים לנהוג ברוח הימים הללו, ימי הרחמים והסליחות להתחזק בלימוד זכות איש על רעהו, ואנו מקווים שתימצא הדרך להשלמת עסקת המכר באופן ששני הצדדים ייצאו נשכרים.

#### **החלטה**

א. התביעה נדחית, בית הדין אינו מטיל צו עשה על הנתבע למכור את הדירה ואינו מחייב את הנתבע בפיצויים.

- ב. תביעת הנתבע לחייב את התובע בקנס על עיכוב הפינוי נדחית.
- ג. התובע זכאי להארכת חוזה השכירות למשך שנה מתום החוזה הקודם בתעריף שדורש הנתבע.
- ד. במקרה והתובע מעוניין לצאת מהדירה ולא להאריך את החוזה עליו לעשות זאת בתוך פרק זמן של חודש מיום קבלת פסק הדין. כמו כן עליו להשלים את גובה דמי השכירות על תקופת המגורים הנוכחית לסכום שדורש הנתבע.

## יב. סיטומתא - כוחו של המנהג בדיני ממונות

### מבוא

על פי ההלכה על מנת להעביר בעלות יש צורך בקיומם של שני תנאים: גמירות דעת ומעשה קניין. אדם הרוצה להעביר לזולת את הבעלות בנכס, יכול לעשות זאת על ידי מעשי קניין שונים. חלק ממעשי הקניין מקורם בדרשות מפסוקי התורה, וככאלה הם נחשבים כקניינים מדאורייתא. בכלל זה קניין כסף, שטר, חזקה ומשיכה. מעבר לכך, חכמים תיקנו מעשי קניין נוספים כמו על ידי הכנסת הרכוש לתוך תחום ארבע אמותיו של הקונה (קניין ארבע אמות) והמחאת חיובים (מעמד שלושתן).

אחד ממעשי הקניין המוזכרים בגמרא הוא קניין סיטומתא. קניין הסיטומתא הפך במהלך הדורות להיות אחד המושגים השימושיים ביותר בספרות ההלכתית. בדורנו, היה קניין זה למעין פתרון קסם לגישור על פערים בין המציאות המסחרית לבין ההלכה הפסוקה. פוסקי זמננו מרבים לעשות שימוש בקניין הסיטומתא, שעה שהם מבקשים לתת תוקף לפעולות שונות הנהוגות במציאות המסחרית המודרנית, דוגמת שטרות שלא נכתבו בהתאם לדרישות ההלכה, עסקאות שנעשות באמצעות שיקים, כרטיסי אשראי, מסחר באינטרנט ועוד.

משמעותה של הסיטומתא, בדרך כלל היא: מעשים אותם נהגו הסוחרים לעשות על מנת להעביר בעלות. במאמר זה נבקש להבין מה יסודה של דרך זו? כיצד היא משתלבת בתוך אותה מערכת של מעשי קניין מהתורה ומדרבנן? כיצד יכול קניין זה להיות מוכר על פי ההלכה ומה הן גדריו? על שאלות אלו נשתדל לענות תוך התמקדות במשנתם של הראשונים<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> מקורות בנושא זה: פתחי חושן ח, י; תורת הקניינים, יב; הרב אילן קופמן, "קניין סיטומתא (מנהג הסוחרים) - מהותו ותוקפו", אבני משפט ב, רחובות, עמ' 174-192. במאמר נוסף ("קניין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם" אבני משפט ג (תשס"ד) 168-184), עסק הרב קופמן בפרטי הלכות סיטומתא.

לאחר כתיבת עיקריו של מאמר זה, הגיעה לידי גם עבודת הדוקטורט של הרב ד"ר רון שלמה קליינמן ("מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)", אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תש"ס). אשר לא הניח דבר גדול או קטן בסוגיה זו והביא באריכות רבה מכל הספרים שנכתבו בנושא

**א. מהי סיטומתא?**

במסכת בבא מציעא, דנה הגמרא בתוקפה של הסיטומתא:  
 אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? - רב חביבא  
 אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי  
 עליה מי שפרע<sup>102</sup>. ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו.<sup>103</sup>  
 האמוראים נחלקו בפירוש דבריו של רבא שקבע שסיטומתא קונה. רב חביבא הבין  
 שסיטומתא מהווה מעשה קנין גמור, שמכוחו עוברת הבעלות בנכס, ורבנן סברו,  
 שסיטומתא אינה מועילה לשם העברת הבעלות בנכס, אלא יש בה כדי לחייב את  
 הצדדים לעסקה לבצע בעתיד מעשה קניין, ואם יחזרו בהם, יוטל עליהם עונש בידי  
 שמיים ("מי שפרע"<sup>104</sup>).  
 סוגיה זו היא הבסיס לדיוני הראשונים במהות הסיטומתא. הראשונים הציעו שתי  
 דרכים להבנת מהותו של מעשה הסיטומתא – מעשה קניין חדש, שתוקן על ידי  
 חכמים, או מעשה קניין הזהה במהותו לקניין החליפין.

**ב. מעשה קניין חדש**

בדברי הראשונים נוכל למצוא פירושים אחדים למושג 'סיטומתא', שהמכנה  
 המשותף להם הוא, שהסיטומתא מהווה מעשה קניין חדש, שנוצר מכוחן של נסיבות  
 השוק, וקיבל תוקף הלכתי. כך למשל, רש"י הסביר:  
 סיטומתא - חותם שרושמין החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה  
 ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות,  
 ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות.

---

ונהנינו מדבריו. אך "אין בית המדרש ללא חידוש". במאמר הערות עריכה מהרבנים ירון אונגר ועדו  
 רכניץ.

<sup>102</sup> ברי"ף חסרות המילים "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע" חיסרון זה קיים גם באחד מכתבי היד  
 של המסכת שהיו לפני בעל הדק"ס. לפי גירסתם ההמשך - "ובאתרא... הוא מדברי רבנן.

<sup>103</sup> בבא מציעא עד, א.

<sup>104</sup> במשנה בבא מציעא מד, א) כתוב: "אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא  
 עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדברו".

ובאתרא כו' למיקני - שרגילין לרשום, על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו כאלו משך - קני.<sup>105</sup>

דהיינו, החנוונים נהגו לרשום סימנים מסוימים על גבי כל חבית שנמכרה, ומסקנת הגמרא היא שהרישום יכול להוות מעשה קניין אם אכן נהגו לבצע רישום על גבי כל חבית שנמכרה.

הרא"ש מפרשת את הסיטומתא ע"פ דברי רבנו חננאל, בדרך זו:

כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, **תוקע כפו לכף חברו ובוזה נגמר המקח**. וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נגמר המקח.<sup>106</sup> לחיצת היד אינה מוכרת בהלכה כמעשה קניין, ואף על פי כן, במקום שנהגו לסגור עסקאות בדרך זו, הרי שתקיעת הכף מהווה מעשה קניין תקף.

### ג. קניין חליפין

הריטב"א דן בסוגיה הנזכרת, ומתקשה בהבנתה:

ותמיהא מילתא מאי טעמא דמאן דאמר דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי והרי לא עשה משיכה?<sup>107</sup>

מסדר הסוגיה, המביאה רק בהכרעת ההלכה את הגורם של מנהג המקום, מסיק הריטב"א, שדברי רבא שבתחילת הסוגיה ("האי סיטומתא קניא"), אמורים אף במקום בו לא נהגו לסגור עסקאות באמצעות מעשה הסיטומתא. מכאן, שלא המנהג הוא המקנה לסיטומתא את כוחה?

על שאלה זו משיב הריטב"א בדברים הבאים:

והנכון בזה מה שאמר מורנו (=הרא"ה) בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה, והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד. ולא ידיע אי בתורת **דמים** יהבי ליה וכאומר 'ערבוני יקנה הכל' וליכא אלא מי שפרע, או בתורת **חליפין** יהבי ליה דקני לגמרי

<sup>105</sup> רש"י שם. כמו כן מופיע פירוש דומה בראב"ד, שבשיטה מקובצת בבא מציעא עד, א, ד"ה האי; וברמב"ם מכירה ז, ו.

<sup>106</sup> רא"ש בבא מציעא ה, עב.

<sup>107</sup> ריטב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה האי.



דכיון שאין עליו צורה נעשה חליפין. ובהא הוא דפליגי אמוראי, ואמרינן דבאתרא דנהיגי קני דודאי על דעת חליפין יהבי ליה<sup>108</sup>, כלומר, לדעת רבי פנחס, מעשה הסיטומתא הוא הפקדת מטבע שאינה טבועה ביד המוכר. מעשה זה יכול להתפרש כהפקדה של עירבון בלבד, או כקניין חליפין. מחלוקת האמוראים נוגעת אם כן לפרשנות מהותו של מעשה הסיטומתא. נמצאנו למדים, שלדעת רבא, שאמר שסיטומתא קונה, מעשה הסיטומתא אינו אלא קניין חליפין<sup>109</sup> ואין בו שום חידוש בהלכות הקניינים.

#### ד. ישוב שיטת הרי"ף ב"מי שפרע"

פירושו של הריטב"א עשוי ליישב קושיה על שיטת הרי"ף, אותה עוררו רבותיו של הריטב"א - הרמב"ן והרשב"א.

הרי"ף<sup>110</sup> קבע שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מהתורה, שחכמים בטלוהו מסיבה מסוימת. דוגמא לכך הוא תשלום כסף בקניית מיטלטלין. מדין התורה, עם העברת הכסף עוברת אף הבעלות בנכס. אולם, חכמים קבעו, שכל עוד לא נמשך הנכס לרשותו של הקונה, לא נגמר הקניין. אף על פי כן, קבעו חכמים שמוטלת קללת "מי שפרע", על מי שחזר בו מקיום העסקה לאחר התשלום.

על שיטתו זו הקשו הרשב"א<sup>111</sup> ורבו הרמב"ן:

ועוד דהא סיטומתא מדאורייתא לאו כלום היא ואפילו הכי קאי עלה ב'אבל

אמרוי (= 'מי שפרע') כדאיתא בפרק איזהו נשך (עד, ב)?<sup>112</sup>

בסוגיית סיטומתא נאמר במפורש, שמוטלת על החוזר בו מעסקה שנעשתה על ידי סיטומתא, קללת "מי שפרע", אף שקניין סיטומתא, כך לפי הרמב"ן, אינו קניין המועיל מדין התורה!

<sup>108</sup> שם.

<sup>109</sup> ראה עוד בדברי הרא"ש שהובאו בהערה 125.

<sup>110</sup> רי"ף בבא מציעא כט, א.

<sup>111</sup> רשב"א בבא מציעא מח, ב, ד"ה ומהא.

<sup>112</sup> רמב"ן שם, ד"ה כתב רבינו.

אכן, לפי פרשנותו של הריטב"א לקניין הסיטומתא, ברור שאין מקום לקושיא זו, שהרי מדובר במעשה קניין מוכר מדין התורה - קניין חליפין (סודר). לא ייפלא אם כן, שהריטב"א הביא את שיטת הרי"ף, והשמיט את קושיית הרמב"ן והרשב"א.

#### ה. סיכום

מצאנו שתי גישות עקרוניות בדברי הראשונים, להסביר את מהותו של קניין הסיטומתא. שיטת רש"י, רבנו חננאל, הרמב"ן והרשב"א לפיה קניין הסיטומתא הוא דרך חדשה ליצירת קניין. דרך זו מתבססת על הנוהג המקובל להעברת הבעלות בקרב הסוחרים, דרך אשר קיבלה תוקף הלכתי מכוח תקנת חכמים. כנגד גישה זו, הצגנו שיטה אחרת, היא שיטת הריטב"א ואפשר שהיא אף שיטת הרי"ף, לפיה קניין הסיטומתא אינו אלא דרך מודרנית לבצע את מעשה הקניין המוכר מקדמת דנא – קניין חליפין.

הראשונים החולקים על שיטתו של הריטב"א יידרשו להתמודד עם שני קשיים:

א. כיצד יתכן שלדעת רבא "סיטומתא קניא" גם כאשר אין מנהג שסיטומתא תקנה, כעולה מן הסוגיה במסכת בבא מציעא?

ב. כיצד ייתכן שפוסקים, דוגמת הרמב"ם, אימצו את שיטת הרי"ף, לפיה קללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שמבטל עסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מדין התורה<sup>113</sup>, ויחד עם זאת פסקו גם, שקללת מי שפרע מוטלת גם על מי שביצע מעשה קניין באמצעות סיטומתא. לשיטת הריטב"א אין כל קושיא, כיון שלדבריו סיטומתא קונה מן התורה.<sup>114</sup>

#### ו. סיטומתא ודיני הקניינים

נתמקד עתה בבירור השיטות שמפרשות את סיטומתא כמעשה קניין חדש, ונבקש להבין מהו המנגנון ההלכתי שאפשר את יצירתה של דרך קניין חדשה? על שאלה זו ניתן להשיב בשתי דרכים:

<sup>113</sup> רמב"ם מכירה ז, ד.

<sup>114</sup> שם ז, ו.

**קניין מכוח תקנת חכמים** - חכמים נותנים לדרך קניין המקובלת בעולם המסחר תוקף הלכתי של מעשה קניין, זאת, בכפוף להלכות קניין הרגילות. על פי גישה זו מקור הסמכות הנותן תוקף לסיטומתא הוא חכמי ההלכה, והם מחילים על מעשה הקניין החדש את דיני הקניינים.

**קניין מכוח המנהג** - הכללים הנהוגים בעולם המסחר יוצרים מציאות בעלת משמעות הלכתית. על פי הבנה זו אין צורך בתקנה מיוחדת על מנת לקבוע שסיטומתא היא מעשה קניין מועיל, כיון שדי בכך שזו המציאות המסחרית. יתירה מזו, משמעות הקביעה שמקור הסמכות הוא המנהג היא, שמעשה הקניין החדש אינו כפוף לדיני הקניין הרגילים, אלא רק למנהג.

על מנת לבחון האם סיטומתא תקפה מכוח תקנה או מכוח המנהג, עלינו לבדוק האם חלים על סיטומתא כללי הקניינים הרגילים<sup>115</sup>.

#### ז. החלת דיני קניין על סיטומתא

הרמב"ם החיל על סיטומתא את דיני הקניין הרגילים וכך הוא כותב:

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח<sup>116</sup> רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן מהדמים כלום - כל החוזר בו אחר שרשם מקבל ימי שפרעו.

ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור - נקנה המקח, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ויהיה זה חייב ליתן דמים. דבר ברור הוא שאין דין זה

<sup>115</sup> [הערת עורך: ניתן לחלוק על הטענה שתחולת דיני הקניינים על סיטומתא היא מהווה מבחן תקף להיותה תקנה או מנהג. זאת, כיון שיתכן שישנה מחלוקת לגבי מהותם וסיבתם של דיני הקניינים. כך למשל, שיטת השולחן ערוך (ח"מ רט, ד) והרמב"ם (מכירה כב, א) היא שאין שום דרך להקנות דבר שלא בא לעולם (דשלב"ל), ולעומת זאת, שיטת הרמ"א (ח"מ רט, ד; ח) ורבותיו היא שישנם מקרים בהם ניתן להקנות דשלב"ל. שיטת הרמ"א מניחה ככל הנראה, שהבעיה בהקנת דשלב"ל אינה מהותית, אלא רק תוצאה של היעדר גמירות דעת. לשיטה זו לא רק סיטומתא מועילה להקנת דשלב"ל, אלא הדבר אפשרי בכל מקרה בו ישנה גמירות דעת. ע. ר.]

<sup>116</sup> [הערת עורך: יש להעיר כי רש"י (מצויין בריש הפרק) פירש שהמוכרים הם הרושמים את הסימן.

אלא בשרשם בפני המוכר, או שאמר לו המוכר רשום מקחך, שהרי גמר להקנותן כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה.<sup>117</sup> כלומר, הרמב"ם קובע מספר תנאים הדרושים לשם הענקת תוקף לקניין הסיטומתא:

א. שיעשה את הפעולה בפני המוכר או מכוח אמירה שלו. כך כותב הרמב"ם גם ביחס לקניין חזקה<sup>118</sup> וקניין משיכה<sup>119</sup>.

ב. הקניין חל דווקא אם "רשם", דהיינו שחייבת להיות פעולה ולא מספיק דיבור בלבד.

ג. מן הדוגמא שהביא הרמב"ם משמע, שדווקא דבר קיים שניתן לרשום עליו נקנה, אך לא יהיה ניתן להקנות מכוח סיטומתא דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו.

דרישות אלו נובעות לעניות דעתי, מכוונתו של הרמב"ם לכפוף את קניין הסיטומתא למערכת ההלכות הרגילה של מעשי הקניין, הדורשת הוכחות ברורות לכך שהפעולה נעשית בהסכמת המוכר, וכפי שמסיים הרמב"ם שהמקור לדינים אלו הוא "כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה". מדבריו משמע שסיטומתא היא תקנה, וככזו היא הפכה לחלק ממערכת מעשי הקניין במופיעים בהלכה על כל המשתמש מכך.

#### ח. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא

יש ראשונים שסברו שקניין סיטומתא אינו כפוף להלכות הרגילות. עיקרון זה בא לידי לא רק בהלכות קניינים אלא גם בהליכים נוספים, דוגמת התחיבות, שנוצרה על ידי מעשה סיטומתא. וכך כתב המהר"ם מרוטנברג, כפי שמובא בשמו בספר תשב"ץ קטן:

מהר"ם אמר: אדם הנודר לחבירו ליתן לו בנו למול או להיות בעל ברית (=סנדק) - שצריך לקיים לו. ואף על גב דאמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא

<sup>117</sup> רמב"ם מכירה ז, ו-ז.

<sup>118</sup> רמב"ם מכירה א, ח.

<sup>119</sup> שם ב, ו.

בא לעולם, בכאן שהוא מנהג בני אדם שנודרין בניהם זה לזה למול או להיות בעל ברית ומקיימין, גם בכאן יש לקיים. כדאיתא בבבא מציעא (עד, א) האי סיטומתא קני פירוש רושם של חביות וכו' ובאתרא דנהיגי למקני ממש קנין. כלומר **הסיטומתא בשביל שהוא מנהג** אף בכאן הואיל ומנהג הוא כמו שפירשתי צריך לקיים.<sup>120</sup>

כלומר מהר"ם למד מסיטומתא שגם נדר על דבר שלא בעולם, דוגמת ברית מילה לתינוק שטרם נולד, מחייב אם יש מנהג כזה, למרות שבלא מנהג הוא היה בטל. תחום נוסף בו בא לידי ביטוי ייחודו של קניין הסיטומתא הוא בהלכות האסמכתא. כידוע, אסמכתא היא כינוי להתחייבות שנעשתה מתוך הנחה שהיא לא תבוא לידי מימוש, וככזו, אין לה תוקף הלכתי. דוגמא לדבר היא התחייבות לשלם קנס אם וכאשר יתמלא תנאי מסוים. בהקשר זה קבעו בעלי התוספות:

ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן.<sup>121</sup>

דהיינו קנס על ביטול שידוך אינו אסמכתא במקום בו יש מנהג לשלם קנס כזה, והמקור לכך היא דין הסיטומתא.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> תשב"ץ קטן סימן שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

<sup>121</sup> תוספות בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי.

<sup>122</sup> אמנם הבית יוסף (אה"ע נ, בסופו) דייק מהרמב"ם (מכירה יא, יח) שיש חיסרון של אסמכתא בשידוכים. ניתן היה לומר שמחלוקת זו היא עפ"י שיטתם בהבנת סיטומתא, כפי שביארנו, שלדעת בעלי התוספות במקום שיש מנהג אין אנו מעלים ערעורים מכוח הכללים ההלכתיים הרגילים. ואילו לרמב"ם כוח הסיטומתא הוא כמעשה קניין רגיל ולא יותר. ועל כן הוא כפוף לדיני אסמכתא כמו שאר הקניינים.

אמנם ניתן גם להסביר שהמחלוקת עוסקת בהבנת מושג האסמכתא. האם קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל היעדר גמירות דעת (כהבנת התוספות), ועל כן במקום שבו יש גמירות דעת אין לפסול את הקניין בשל היותו מותנה בתנאי שקיומו בעתיד, או שמא קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל התפיסה העקרונית, שלא ניתן לעשות קנין שיחול לאחר זמן (כפי שמשמע מדברי הרמב"ם מכירה יא, ב - "אבל אם לא קנה עתה..."). בירור המחלוקת בעניין זה דורש הרחבה נוספת שאין כאן מקומה, וראה עוד באריכות רבה בספרו ברכיהו ליפשיץ, אסמכתא.

נמצאנו למדים שאף בעניין זה, קניין הסיטומתא אינו כפוף לדיני הקנין הרגילים, באשר הוא תקף אף בנסיבות בהן קניין רגיל לא היה תקף בשל היותו נגוע בפגם האסמכתא.

### ט. תחולה חלקית של דיני קניין על סיטומתא

מדברים שכתב רבנו יחיאל מפריש בעניין התחייבות כלפי מוהל, עולה שהוא סבר שקניין הסיטומתא כפוף באופן חלקי להלכות הרגילות. ואלו דבריו:

רבינו יחיאל מפריש היה אומר דמתנה בעודה (=האשה) מעוברת אינו כלום, משום דהוי דבר שלא בא לעולם ובדבר שיועיל קנין הוי מנהג. **אבל בדברים שלא יועיל קנין לא הוי מנהג.** ולא דמי לסיטומתא דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור. אבל בדבר שלא היה מועיל בו קנין כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שמועיל המנהג.<sup>123</sup>

מחד, רבינו יחיאל מקבל את האפשרות שהמנהג יחייב גם במקרים שאינם שייכים לתחום הקניינים כמו נדר לחברו למול את בנו, אך הוא דורש שיהיה דמיון בין הדברים הללו לדברים שהקניינים יכולים לפעול בהם. ולכן, לדעתו אבי הבן לא יכול להתחייב בקניין למסור את בנו למוהל פלוני שימול אותו כל זמן שהתינוק עדיין לא נולד, כיוון שעדיין אין חיוב למול. דברי רבנו יחיאל דומים לדברי הרמב"ם בכך שהם מטילים על סיטומתא את דיני הקניינים הרגילים, ושונים בכך שהם מרחיבים את תחולתה של הסיטומתא גם להלכות נדר.

גם הרא"ש דן בדברי המהר"ם בעניין התחייבות כלפי מוהל:

אני הייתי רגיל לומר, דדבר שלא בא לעולם הוא; ויותר מזו, אפילו כבר נולד הבן, והקנה לו בקנין, שיהיה בעל ברית, יכול לחזור בו; דקנין דברים בעלמא הוא... דקנין לא מהני, אלא או במכר, או במתנה, או בתמורה, על דבר הנתפס, וקונה גוף החפץ. אבל בדבר זה, שהקנה לו לעשות מצוה אחת, קנין דברים בעלמא הוא...

והנה הראה לי מורי החזן, כתב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו...

ויש להשיב על דבריו: חדא, דסיטומתא הינו **דוקא שנעשה מעשה**, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין

<sup>123</sup> תשב"ץ קטן, שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בל' אשכנז יא אוף. **ואותו מעשה שעושין, הוי במקום סודר**<sup>124</sup>. אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלין בתריה; כמו שפרש"י ז"ל (נ"א ר"י) בכמה מקומות בגמרא;

ועוד, מאן נימא לן שנוהג מנהג זה? אני רגיל לקיים דבר זה בתקיעת כף, שלא יוכל לחזור בו. ושלום כנפש דודך אשר בן הרב ר' יחיאל ז"ל.<sup>125</sup>

הרא"ש סבר כדעת רבנו יחיאל מפריש, שההבטחה למסור את הבן למוהל אינה תקפה. לאחר שדברי המהר"ם, המשווה בין דין הסיטומתא להבטחה למסור את הבן למוהל פלוני הובאו לידיעתו, תמה הרא"ש על ההשוואה משתי סיבות: ראשית, בניגוד לדין הסיטומתא, הכרוך בביצוע מעשה (רישום על גבי החביות), ההבטחה בה דן המהר"ם אינה כרוכה בביצוע מעשה, אלא היא נגמרת בהצהרה בלבד! שנית, מניין לנו על קיומו של מנהג דומה למנהג הסיטומתא בהבטחות מן הסוג המדובר? והנה, המדקדק בדברי הרא"ש ימצא, שבניגוד לתחילת דבריו, בהם קבע באופן נחרץ שאין להבטחה תוקף בשל כך שאין היא עוסקת בנכס ממשי ("קניין דברים"), בסיום דבריו, לא פקפק על עצם הענקת התוקף לקניין הסיטומתא בשל כך שהוא מתייחס לדבר שאין בו ממש, ונראה שבעניין זה הוא חזר בו וקבל את דעתו של מהר"ם. כך מוכח מתשובה אחרת של הרא"ש בה נדונה בעיה דומה - סיטומתא על דבר שלא בא לעולם - והרא"ש פסק שהיא חלה:

ומה שטענו המורשין לבטל החכירות, משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום דאין אדם מקנה לחברו דבר שאינו ברשותו... אלא שאני רואה מנהג הארץ כל

<sup>124</sup> למרות שהרא"ש סבר שסיטומתא מקורה במנהג ואינה חלק מן הדין, הוא השווה אותה לקניין סודר. נראה שהשוואה מצטמצמת לכך שגם קניין סודר משמש לצורך הוכחה על גמירות בהרבה עניינים גם אלו שאינם קשורים לקניינים. כפי שכותב הרמב"ם (מכירה ה, יא-ג):

יש דברים הרבה שאינם צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם... קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע... שגמר בליבו.

זאת, בניגוד לדיוק המופיע בספר "תורת הקניינים" (יב, ביאורים סוף ס"ק ב) שהסיק מכאן שהרא"ש למד סיטומתא מחליפין.

<sup>125</sup> שו"ת הרא"ש יב, ג.

היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה... וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה. כדאמרין בפרק איזהו נשך (עד, א): אמר רב פפי: האי סיטומתא, קניא.<sup>126</sup>

### י. סיטומתא - מנהג מבטל הלכה<sup>127</sup> – שיטת הרשב"א והריב"ש

בדרכו של מהר"ם, הסובר שלא חלים על סיטומתא דיני קניין הרגילים הלכו רוב תלמידי הרמב"ן, כשהם מטעימים שקניין הסיטומתא מקורו במנהג, ומנהג בממון מבטל הלכה. כך למשל כתב הרשב"א:

ושמענין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין. הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות, קונין.<sup>128</sup> כלומר, סיטומתא תקפה מכוח המנהג, ובשל כך אין היא כפופה להלכה הקבועה, כי המנהג מבטל הלכה.

הריב"ש מחדד את נושא המנהג כיסוד קניין סיטומתא וכך כתב:

...נמלכתי שלא להוציא לעז על השטרות הראשונות, ואני סומך להכשירם מכח המנהג; דכיון דרגילי למקני בהכי, קני. דומיא דסיטומתא, דבאתרא דרגילי למקני ממש, קני... אבל בענייני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין בהם, וכן הפועלין בשכירותם, הולכין אחר מנהגם אפילו בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין, או משיכה. וכן בענייני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, אפילו לא התנו עליו בני העיר.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> שו"ת הרא"ש יג, כ.

<sup>127</sup> [הערות עורך: יש מקום לדון האם על מנהג לא חלים כללי קניין הרגילים. שאלה זו קשורה בטבורה להבנת דיני הקניין - אם הם מהותיים או תוצאה של בעיה בגמ"ד (ראה הערות קודמות). מהר"ם, רשב"א, ריב"ש, ותוספות כתבו במפורש שסיטומתא היא מנהג, כמו כן, הם כתבו שהיא פורצת גדר. דבריהם תואמים את שיטתם שניתן לפרוץ את גדר האסמכתא ודבר שלא בא לעולם בכל מקרה שיש גמירות דעת טובה (ראה למשל רמ"א חו"מ רז, יג, בסופו; רט, ד; ח). לעומתם, הרא"ש ורבנו יחיאל סברו שסיטומתא היא מנהג ובכל זאת הגבילו אותה, ככל הנראה בגלל שלדעתם המגבלות הן מהותיות ובלתי ניתנות לפריצה יהא מה שיהיה. ע.ר.]

<sup>128</sup> רשב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה ובדוכתא, וכן בשו"ת הרשב"א ב, רסח.

<sup>129</sup> שו"ת ריב"ש, שמה.



מדבריו למדנו שהסיטומתא הוא שם כללי לאפשרות להעביר בעלות באמצעות מעשים שנהוג לעשות בהם שימוש לשם העברת הבעלות. כוחו של הנוהג נובע מעצם קיומו, ולא מכוח קביעתו הפורמאלית כחוק המחייב את כל בני העיר<sup>130</sup>. קביעה זו מבוססת על תפיסה עקרונית לפיה דיני הקניין מעוצבים מכוח הנוהג המקובל בין הבריות.

לאור דברי תלמידי הרמב"ן מסתבר שמקור הדברים הוא ברמב"ן, ולכך גם ראיות נוספות<sup>131</sup>.

#### יא. סיטומתא - מנהג או תנאי

מהרשד"ם הבחין בין שני מקורות למעשי קניין:

הרי מוכח בהדיא דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: או באחד מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד; או בכל **תנאי** שיתנה האדם עם חברו.

ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות שנוהגים הסוחרים אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין אלא שכיון שנהגו כך הוי ליה שכל אחד מתנה עם חברו

<sup>130</sup> [הערת עורך: גם הריטב"א (בבא מציעא עד, א, ד"ה האי) שסבר שסיטומתא היא קנין חליפין כתב: "לא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום". כלומר, היות ולשיטתו, המנהג לא נועד אלא לקבוע מהי משמעות העברת המטבע, הרי שאין כאן מנהג שנועד לקבוע הלכה חדשה. מנהג הקובע הלכה חדשה הוא מנהג קונסטטיטויבי, ומשום כך, עליו להיקבע כחוק על מנת שיהיה בכוחו לחדש הלכה. לעומת זאת, מנהג מן הסוג הראשון, הוא מנהג דקלרטיבי, שלא נועד אלא על מנת לגלות מה כוונת הצדדים לעסקה. מנהג שכזה, אינו צריך להיקבע בחוק. י.א.]

<sup>131</sup> אף שדברי הרמב"ן אינם מפורשים ישנן שתי ראיות לכך שזו דעתו:

1. מהויכוח שלו עם הרי"ף באלו מקרים יש "מי שפרע", שלדעתנו תלוי בשאלה זו כפי שיבואר להלן.
2. הרמב"ן כותב (בבא בתרא קכו, א, ד"ה הרי זו) בביאור שיטת רבי יהודה שתנאי מועיל בדבר שבממון "שלא אמרה תורה שלא יתחייב אלא ברצונו של זה". בספר קצות החושן (רט, יא) ביאר שכל נושא החיובים הממוניים נמסר להנהגת בני אדם, והם הקובעים כיצד הם יתנהלו. אף שיתכן והרשב"א חולק על הרמב"ן ביחס לתנאים כפי שמוכיח קצות החושן (שם), אך יתכן והוא מודה לרמב"ן שהלכות קניינים תלויות במנהג.

שכשיהיה כך יתקיים הדבר ואדעתא דהכי תינח וסלקי ומטעם זה אמרינן בגמרא פרק איזהו נשך אמר רב פפא משמיה דרבא האי סיטומתא קניא...<sup>132</sup> מדברי המהרשד"ם עולה, שכוחו של המנהג נובע מן ההסכמה שבין הצדדים לעסקה, להעביר את הבעלות בדרך מסוימת, הסכמה שכזו תקפה מכוח הכלל הידוע, שכל תנאי שבממון קיים<sup>133</sup>. כלל זה מאפשר לאדם להקנות, להתחייב או למחול על זכויות המגיעות לו על פי הדין.

אלא שכאמור לעיל, מצאנו ראשונים שהשתמשו בכוח המנהג גם בדברים בהם לא מועיל תנאי, למשל בהקנת דבר שלא בא לעולם<sup>134</sup>. לפיכך נראה שכוונתו של המהרשד"ם היא שהסיכום בין הצדדים (התנאי) מאפשר גם לפרוץ את הכללים ההלכתיים המגבילים את המסחר, זאת כיון שעל פי ההלכה ניהול חיי המסחר נעשה על ידי רצונם של בני האדם ואין לתורה התנגדות לכך שינהגו כרצונם<sup>135</sup>.

### יב. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא

לאור דברים אלו נשוב לבאר את הקשיים שהעלינו לעיל על השיטה שסיטומתא היא מנהג. השאלה הראשונה הייתה שאלתנו של הריטב"א - כיצד יתכן שסיטומתא תקנה גם כשאינ מנהג לקנות?

אמנם ניתן ליישב שאם סיטומתא היא הכרה בכוח המנהג כפי שראינו ברוב הראשונים, אזי אין צורך בגמירות דעת לקניין; אלא די בכך שהמנהג הוא לעשות

<sup>132</sup> שו"ת מהרשד"ם חו"מ שפ.

<sup>133</sup> רמב"ם שכירות ב, ט, ועוד.

<sup>134</sup> כמו כן הסתמכות על תנאי בדבר שבממון תלויה במחלוקת הראשונים בשאלה כיצד פועל תנאי בדבר שבממון כפי שכבר כתב בספר קצות החושן (רט, יא) שלדעת הרמב"ן, אותו הזכרנו בהערה 131, יש כאן חידוש בדיני ממונות שהתורה מאפשרת לאדם לקבוע את חיוביו הממוניים. לעומתו, הרשב"א סובר שהתנאי מועיל מדין מחילה. לדברינו, אין לתלות את המושגים הללו אחד ברעהו כי אם ללמוד את העיקרון שקיים בתנאי בדבר שבממון, שנכון גם לגבי המנהג.

<sup>135</sup> כמו כן כתב בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ, שד): "האמת כן שאם המנהג היה כן באותה מדינה הוי ליה ככל תנאי שבממון שתנאו קיים" והוא גם מתבאר כדברינו. בהמשך אותה תשובה סייג המהרשד"ם שלא יהיה המנהג נגד התורה כמו מנהג שחלקו של הבכור בירושה יהיה כחלק כל אחד מאחיו.

ברוח שיטה זו חידש הרב שלמה דיכובסקי (פד"ר י, עמ' רעג) שעל ידי המנהג ניתן ליצור גופים משפטיים שאין להם מקבילה הלכתית כמו חברה בע"מ.

פעולה כזו המסמלת את סיום העסקה, וממילא ההלכה מכירה בתוצאות הפעולה כאילו נעשה פה מעשה קניין.

בהתאם לכך, כשהגמרא כתבה "באתרא דנהיגי למיקנא" היא לא התכוונה לומר שאין גמירות דעת לקנות בשאר המקומות אלא שאין כוונה לעשות "מעשה קניין" מסוים שבו תעבור הבעלות.

**השאלה השנייה** התעוררה בעקבות פסיקת הרי"ף והרמב"ם שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחוזר בו לאחר שעשה מעשה קניין שמועיל מדין התורה. בעקבות זאת, נשאלה השאלה כיצד נאמר בסוגיית בבא מציעא הנ"ל, שעל החוזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות סיטומתא, מוטלת קללת "מי שפרע"?

כעת ניתן לתרץ כך: לעיל ביארנו שהרמב"ם סובר שסיטומתא היא מעשה קניין שחכמים תקנו על פי מנהג והוא פועל לפי כללי הקניינים. כיון שהרמב"ם בדרך כלל מייצג את עמדת בית מדרשו של הרי"ף ותלמידו הרי"י מיגאש, הרי שניתן להניח שהרי"ף יסבור גם הוא כרמב"ם בנקודה זו.

לאור זאת ניתן להסביר שאין צורך דווקא במעשה קניין מן התורה כדי לקבל קללת "מי שפרע", אלא יש צורך במעשה קניין שבפועל אינו חל, יהיה תוקפו אשר יהיה (בניגוד לגישה הסוברת שדי במעשה כלשהוא). מעשה כזה, גם אם בפועל אינו קונה, כיון שהוא בוטל על ידי חכמים, גורם לקבלת הקללה. לפיכך, ברגע שחכמים נתנו תוקף למעשה הקניין החדש והכלילו אותו בדיני הקניין וקבעו שהוא יכול לעתים גם לקנות, הם הכירו בו גם לענין "מי שפרע", גם אם במקרה מסוים הוא אינו קונה לגמרי.<sup>136</sup>

הראשונים שהקשו על הרי"ף והרמב"ם מכוח הסוגיה המטילה את קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה שנגמרה באמצעות מעשה סיטומתא, סברו שקניין הסיטומתא תקף אך ורק מכוחו של המנהג. לשיטתם, במקום בו אין מנהג אין שום משמעות לקניין סיטומתא. לפיכך, הם לא יכלו להבין כיצד תתיישב קביעת הרי"ף, שקללת "מי שפרע" חלה רק על החוזר בו ממעשה קניין, עם הקביעה העולה מן הסוגיה, שהקללה מוטלת אף על מי שחוזר בו מעסקת סיטומתא במקום בו אין מנהג לקנות במעשה זה.

<sup>136</sup> עיין בשו"ת חתם סופר (חוי"מ סימן קע, צוין בפתחי תשובה חוי"מ קצט, ב) שהציע ביאור דומה בשיטת הרמב"ם בייחס למכר במלוה שמועיל רק לענין מי שפרע.

אולם כאמור, הרי"ף והרמב"ם סברו, שקניין הסיטומתא תקף מכוחה של תקנת חכמים. תקנה שכזו, יכולה להעלות את דרגת הקניין לאותה דרגה בה מצוי הקניין מדין התורה לאחר שבוטל על ידי חכמים, ולקבוע שקללת "מי שפרע" מוטלת אף על החוזר בו מקניין מסוג זה<sup>137</sup>.

### יג. סיטומתא מהתורה או מדרבנן

לאור הדברים שהעלינו משיטות הראשונים יש לדון בנקודה שהראשונים לא עסקו בה - האם תוקפה של סיטומתא מהתורה או מדרבנן? נראה שלדעתם של רוב הראשונים הסוברים שהמנהג בדיני ממונות הוא הקובע, הרי שתוקפו של מנהג זה הוא מהתורה וכפי שהבאנו מדבריו של המהרשד"ם. ואילו לשיטה הסוברת שחכמים נתנו תוקף למנהג, הרי תוקפו מדרבנן.

### יד. מחלוקת האחרונים<sup>138</sup>

מתשובות הרמ"א<sup>139</sup> משמע שסיטומתא פועלת מדרבנן, וכך כתב גם בספר נתיבות המשפט:

דהא קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפילו הכי לא חשבין אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> ייתכן לומר שמחלוקת זו שורשה בגירסת הרי"ף שציינו בהערה 102 (ומסתבר שזו גם הגרסה שהייתה לפני הרמב"ם), שכן הרי"ף גרס בהמשך לדברי רבנן, שסוברים שסיטומתא מהני לקבל "מי שפרע", את הסיוס שבאתרא דנהגו לקנות - קני. דהיינו רבנן ראו קשר בין העובדה שמנהג יכול להפוך סיטומתא למעשה קניין, לבין ההלכה שעל מי שחוזר בו לאחר סיטומתא חלה קללת "מי שפרע".

שאר הראשונים בודאי גורסים (עיין שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה) כפי הגרסה שלנו, שהמחלוקת היא האם יש קנין גמור או רק "מי שפרע", ומסקנת הגמרא היא שהלכה כרבנן שיש "מי שפרע", ואם נהגו לקנות - קני. לשיטתם, חסרה בדברי רבנן התייחסות לאפשרות שסיטומתא תקנה, ולכן משמע שקללת "מי שפרע" אינה תלויה בביטול מעשה קניין התקף מדין התורה.

<sup>138</sup> בספר תורת הקנינים, פרק יב, סעיף א ציין לכל המקורות בענין.

<sup>139</sup> שו"ת רמ"א, פז.

<sup>140</sup> נתיבות המשפט רא, א.

טענתו היא שמעשה קנין דרבנן אינו חל מן התורה, כך למשל, לא ניתן לקדש אשה במעשה קניין מדרבנן. באותו האופן, לסיטומתא אין תוקף מהתורה, וכך כתבו גם בשו"ת בנין ציון<sup>141</sup> ובשו"ת אבני נזר<sup>142</sup> שתמה מה המקור לדין זה בתורה. בניגוד לכך, החתם סופר דחה את דברי נתיבות המשפט וכתב שסיטומתא - ועדיף מקנינים שתקנו רבנן, שלא ברצון הסוחרים... אבל סיתומתא, ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם, הוא קנין דאורייתא.<sup>143</sup> כלומר, המנהג הוא מערכת מקבילה לקניינים מן התורה ועל כן אין זה נכון להשוות קניין דרבנן, שנכפה על השוק, למנהג, שצמח מתוך השוק. זו הסיבה בגללה גדול כוחה של סיטומתא יותר מאשר קניין דרבנן. לעני"ד דרך זו מבוארת במהרשד"ם שהבאנו ולזה כיוונו רוב הראשונים.

### טו. סיטומתא מהתורה

אמנם באחרונים שלאחר מכן התקשו לקבל את האפשרות שהמנהג יוצר קניינים מהתורה. ועל כן ניסו למצוא מקורות מדאורייתא לסיטומתא. בעל דבר אברהם<sup>144</sup> חידש, שקנין חליפין הוא למעשה קנין סיטומתא, וצורתו של קנין חליפין נקבעת על פי המנהג. אך אין מקור לחידוש זה בתורתם של קדמונים<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> שו"ת בנין ציון החדשות, טו.

<sup>142</sup> שו"ת אבני נזר יו"ד, תד-ה.

<sup>143</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, יב; וכן שם, קיב; יו"ד, שיד; צוינו בפתחי תשובה חו"מ רא, א.

<sup>144</sup> דבר אברהם א, א.

<sup>145</sup> בספר דבר אברהם מציין לירושלמי (קידושין א, ה) שמתאר את ההתפתחות של קנין חליפין וטוען שזהו המקור לכך שחליפין תלוי במנהג. אולם, יש לתמוה על דבריו מדוע אם כן האמוראים לא שינו את הלכות קניין חליפין בכל דור בהתאם לנוהג, ובמקום זאת עסקו במנהגים הישנים כאשר לטענתו אין להם כל חשיבות מהותית. לכן נראה שניתן לחלוק ולטעון שלאחר שבהלכה נקבעה דרך לביצוע קניין סודר אין עוד מקום לשינויים.

בספר דבר אברהם מציין לשו"ת רדב"ז (א, קיג) ולמהרי"ט (חידושים על הרי"ף קידושין ג, א), ד"ה הא דאמרינן) אך הוא עצמו מודה בתשובה (ב, כו) אחרת שהרדב"ז בודאי לא סבר כך. גם המעיין בדברי המהרי"ט לא ימצא הכרח לדברים אלו. (וכן כתב בספר משנת יעקב (רי"נ רוזנטל), הפלאה, עמ' שכה). עוד הוא מציין לספר פסקי הלכות יד דוד א, עמ' 228-229 הגהה א, שגם הסתמך על הירושלמי, אלא ששם הטענה היא שכל הקניינים תלויים בגמירות דעת, ולא רק לקנין חליפין.

יש מהאחרונים<sup>146</sup> שהשוו את הלכת הסיטומתא להלכה אחרת המופיעה בגמרא, לפיה ישנם דברים הנקנים באמירה<sup>147</sup> ללא כל מעשה קניין. לדבריהם, הלכה זו מלמדת שהתנאי היחיד לתקפותו של כל מעשה קניין הוא – קיומה של גמירות דעת של הצדדים לעסקה. לכן, אף קניין הסיטומתא מועיל מן התורה, במידה והוא יותר את גמירות הדעת הנדרשת.

אולם, שיטה זו קשה, משום שהמעין בסוגיית דברים הנקנים באמירה יראה שמדובר שם על עסקה בנסיבות מיוחדות<sup>148</sup>, המבטיחות קיומה של גמירות דעת גם ללא מעשה קניין. לפיכך, קשה לקבל טענה המכשירה כל מעשה קניין מתוך הנחה שקיימת גמירות דעת, בהעדרן של נסיבות דומות.

לגבי הטענה הכללית שהעיקר בקניינים הוא גמירות הדעת נראה שאין להוכיח דבר זה מסיטומתא. שהרי הבאנו את דברי המהר"ם וההולכים בעקבותיו שראו בסיטומתא מקור לכוחו של מנהג לא רק בהעברת בעלות, אלא גם בהבטחה לאדם להיות מוהל וכדומה. על כן נראה, שאין להסתפק בסברא מצומצמת בהלכות הקניינים אלא לחפש מכנה משותף רחב יותר.

נוכל אם כן לסכם, שלדעת רוב הראשונים כוחו של קניין הסיטומתא נובע מן המנהג, ובשל כך יש לו תוקף מן התורה. אכן, יש מן האחרונים שטענו שמעמדו של קניין הסיטומתא הוא כמו של קניין מדרבנן. סיוע לדבריהם מצאנו בדברי הרמב"ם, ואולי גם בדברי הרי"ף. אולם, נראה שאין זו דעת רוב הראשונים.

### טז. קניין כסף כסיטומתא

השלכה נוספת למעמדו של קניין הסיטומתא, נוגעת למעמדה של עסקת מכר לאחר העברת התשלום הכספי למוכר, בימינו. כפי שכבר הוזכר לעיל, מדין התורה, התשלום הכספי סוגר את העסקה, ולמעשה מכוחו בלבד עוברת הבעלות בנכס. אמנם, מאוחר יותר קבעו חכמים שמיטלטלין אינם נקנים בכסף בלבד, אלא נדרש גם מעשה בגוף הנכס הנמכר, דוגמת משיכה.

<sup>146</sup> שו"ת בית שלמה יו"ד, קפו, ועוד (מצוינים בתורת הקניינים פרק יב ס"ק ב).

<sup>147</sup> כתובות קב, א.

<sup>148</sup> מדובר שם על התחייבות של הורי הזוג להעניק מתנות לבניהם לכבוד החתונה.

בימינו, נהוג לסגור עסקאות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד. האם עשוי נהוג זה להיות מוגדר כסיטומתא, ולמעשה, להחזיר את המצב המשפטי לקדמותו במובן זה שניתן יהיה להעביר בעלות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד?

נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה בהבנת מהותו של קניין הסיטומתא. לדעת הסוברים שקניין זה אינו בגדר תקנת חכמים היוצרת קניין חדש, אלא הוא קניין המוכר מדין התורה מכוח המנהג המסחרי, ייתכן אמנם שיש בכוחו של המנהג לגבור על תקנת חכמים, המבטלת את הקניין באמצעות כסף. אולם, לסוברים שקניין הסיטומתא מקורו בתקנת חכמים, ייתכן שלא יהא בכוחה של תקנה זו לגבור על תקנת חכמים אחרת, הקובעת שעסקה במיטלטלין אינה נגמרת בהעברת התשלום הכספי בלבד.

יש שקבעו, שלא יתכן שמנהג יעקור גזירת חז"ל<sup>149</sup>. אחרים סברו שקניין סיטומתא גובר על תקנת חכמים בשל היותו נובע מן המנהג<sup>150</sup>. ניתן להביא ראיה לשיטה האחרונה מדברי הרא"ש שכתב שהסיטומתא היא "כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח **מטבע** אחד למוכר ובוה נגמר המקח"<sup>151</sup>. מדברי הרא"ש עולה, שקניין סיטומתא יכול גם להיות תשלום כספי. כך משמע גם מדברי הרשב"א שכותב:

נראין הדברים. דכיון דבדיניהם, בזמן הזה, קונים זה מזה בכסף, אף אנו מינייהו, קונים מהם, בכסף בדיניהם. דלא תהא, אלא שנהגו: הנהגה מילתא היא! **ואפילו ישראל בישראל**. וכאותה שאמרו, פרק איזהו נשך: האי

<sup>149</sup> ראה: סמ"ע חו"מ רא, ד; אולם המשפט, רא.

<sup>150</sup> ראה: שו"ת חתם סופר חו"מ, צט; תורת הקניינים יב, מו.

<sup>151</sup> רא"ש בבא מציעא ה, עב. בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ, מא (הובא ב"סדר מכירת חמץ כהלכתן" שביבי אש, סימן טז), דחה את הראיה על פי דברי הריטב"א שהסביר שסיטומתא היא מטבע לא-טבוע, ואם כן הקניין בו מדובר כאן אינו אלא קניין חליפין, ולא קניין מיטלטלין בכסף, שבוטל בידי חכמים. אך כפי שראינו שיטת הריטב"א בנושא זה שונה משאר הראשונים ולכן קשה לפרש על פי דבריו את הרא"ש.

סטומתא, קניא. ואסיקנא התם: דאפילו למקנא ממש, בדוכתא דנהיגי, דקנו ממש<sup>152</sup>.

להלכה ראה בדברי נתיבות המשפט (רא,א):

נראה לי, דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם [פ"ו ממכירה ה"ז] וכל הפוסקים [עיין סימן ר"ז סעיף ב'] שאין שום דרך שיזכה במטבע כי אם אגב קרקע, משמע דסיטומתא לא מהני במטבע. ועוד, דהא הר"ן [בחידושו ב"מ מ"ה ע"ב] כתב, הובא בב"י סימן קצ"ה [סעיף י'], דצורת מטבע דמי לאותיות דאין לו קנין. ולא מצינו באותיות קנין סיטומתא, אפילו במקום מסירה (ו)בעינן דוקא כתיבה ומסירה ממש [לעיל סימן ס"ו סעיף א']. ומכ"ש במקום שאין מנהג ברור על המטבע בודאי שאין ללמוד מהמנהג שנוהגין לקנות במטלטלין ולומר מן הסתם שיועיל מנהג זה גם במטבע, הא ודאי ליתא, כיון שאינו מנהג ברור גם במטבע, דהא אפילו בקרקע כתב הש"ך [שם] דבעינן שיהא המנהג זה בקרקע להדיא.

מאידך בספר ישועות ישראל (סח,ב) כותב:

ומש"כ בס' נה"מ בס"י ר"א דל"מ סיטומתא במטבע הם דברים תמוהים וברור דמהני.

ויש לחזק את דבריו מדברי הראשונים שציינו אליהם.

### סיכום

בתחילת הדברים ביקשנו לעמוד על מהותו של קניין הסיטומתא. מצאנו שבעניין זה קיימת מחלוקת ראשונים:

דעת הריטב"א בשם רבינו פנחס היא, שהסיטומתא אינו אלא צורה מודרנית של קניין החליפין (= קניין סודר).

דעת הרמב"ם, ואולי גם הרי"ף היא, שחכמים תקנו מעשה קניין חדש שכינויו סיטומתא, ועליו חלים כל דיני הקניינים. הדרך המעשית לביצוע מעשה קניין זה, נקבעת על פי המנהג.

<sup>152</sup> שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה. ישנם דיונים ארוכים ביחס לתשובת הרשב"א כפי שהובאו הדברים בסדר מכירת חמץ כהלכתו (שביבי אש, סעיף טז) ונקטנו כהבנת האחרונים המקובלת שהיא גם מסתברת לעני"ד בדברי הרשב"א שם.



דעת המהר"ם, תלמידי הרמב"ן ומהרשד"ם היא, שקניין הסיטומתא אינו אלא ביטוי לתפיסה הלכתית כוללת, לפיה דיני הממונות מעוצבים מכוחו של המנהג. לפי שיטה זו, העברת בעלות בדרך מקובלת מקבלת תוקף גם מדין התורה, ואין היא כפופה לדינים הקבועים מדין התורה.

מדברי רבנו יחיאל והרא"ש למדנו, שלדעתם קניין הסיטומתא כפוף באופן חלקי בלבד לדינים הרגילים. כאשר לדעת הרא"ש כמו בכל מעשי הקניין, לא ניתן להעביר את הבעלות באמצעות דיבור בלבד, אלא נדרש מעשה כלשהוא. מנגד, קניין הסיטומתא מסוגל להעביר בעלות גם בנכסים שהדינים הרגילים אינם מאפשרים את העברת הבעלות בהם, דוגמת נכסים שאין בהם ממש או שטרם באו לעולם. לאור מסקנות אלו פנינו לדון בשאלה, האם ייתכן שכיום, העברת התשלום הכספי עבור רכישת מיטלטלין תעביר את הבעלות במיטלטלין, מן המוכר לקונה. בהקשר זה הוצגה מחלוקת בין האחרונים, והסקנו שכיון שלדעת רוב הראשונים סיטומתא מועילה מכוח המנהג, היא גוברת גם על תקנת חכמים שביטלה את קניין הכסף. כמו כן דנו בשאלה האם תוקפה של הסיטומתא הוא מהתורה או מדרבנן והסקנו שלשיטות שסיטומתא היא הכרה בכח המנהג הרי שתוקפה הוא מדאורייתא ואילו לשיטות שחכמים העניקו לקנין את תוקפו הרי שהוא מדרבנן.

### נספח- קנין סיטומתא (סקירה תמציתית)

**הגדרה:** מעשה קניין שצורתו והיקפו נקבעים על פי המנהג המקובל בשוק (רמב"ם מכירה ז, ו; שו"ע חו"מ רא). זאת, בנוסף למעשי קניין רבים שמפורטים ומוגדרים בהלכה.

#### עקרונות הלכתיים

**דאורייתא או דרבנן:** נחלקו האחרונים האם קניין סיטומתא הוא מדאורייתא או מדרבנן. יש מהאחרונים שכתבו שהקניין חל מדאורייתא (שו"ת דבר אברהם א, א; שו"ת בית שלמה יו"ד קפו; שו"ת חתם סופר חו"מ יב). ויש הסוברים **שתקנת חכמים** היא הבסיס לקניין זה (שו"ת מהר"ם מינץ ה, שו"ת רמ"א פז, נתיבות המשפט רא, א).

**בפני המוכר:** הרמב"ם התנה את חלות הקנין בביצוע הפעולה בפני המוכר או בהוראתו.

**מעשה:** כל מעשי הקניין הקבועים בהלכה, כוללים מעשה. נחלקו הפוסקים האם למנהג לקנות ללא מעשה יש תוקף הלכתי. מדברי הרמב"ם נראה שרק פעולה מעשית יכולה להיחשב סיטומתא וכן דעת ראשונים נוספים (רבי יחיאל מפאריז תשב"ץ קטן שצח; שו"ת הרא"ש יב, ג). אולם, מדברי ראשונים אחרים עולה שגם דיבור יכול להספיק לצורכי קניין סיטומתא (מהר"ם מרוטנברג תשב"ץ קטן שם).

**דבר שלא בא לעולם:** על פי ההלכה לא ניתן לקנות דבר שעדיין לא קיים (שלא בא לעולם), או שאיננו ברשותו של המוכר (אינו ברשותו). נחלקו ראשונים האם למנהג לקנות דבר שלא בא לעולם יש תוקף.

מדברי הרמב"ם נראה שסיטומתא לא תחול על דבר שלא בא לעולם. כך היא גם דעת ראשונים נוספים (רבי יחיאל מפאריז תשב"ץ קטן שצח, רא"ש בתשובותיו יב, ג). מראשונים אחרים עולה שסיטומתא יכולה לחול גם במקרה כזה (מהר"ם מרוטנברג תשב"ץ קטן שם).

גם באחרונים נחלקו הדעות, ראה פתחי תשובה רא, ב ופד"ר יב, עמ' 292. וראה פד"ר יג עמ' 194 שספק שמועילה סיטומתא בדבר שלא בא לעולם.

**קרקע:** אחד האחרונים מחדש שבקנין סיטומתא לא ניתן לקנות קרקע (בי"ח רא). רוב האחרונים חולקים עליו (ש"ך רא, א, ועוד).

**מטבע**: קנין בנתינת כסף התבטל על ידי תקנת חכמים, ומעשה הקניין הקובע הוא העברת החזקה במיטלטל. הפוסקים נחלקו האם יש תוקף למנהג לקנות בכסף, כנגד תקנת חכמים. יש הסוברים שמכיוון שחכמים בטלו את הקניין לא יתכן שהוא יהיה בעל תוקף בהיותו מנהג מדין סיטומתא (סמ"ע רא, ד; נתיבות המשפט רא, א), ויש הסוברים שחכמים אמנם בטלו את מעשה הקניין בנתינת כסף הקיים בתורה, ועדיין יתכן שמכוח המנהג יהיה לו תוקף (שו"ת חתם סופר חו"מ צט ישועות ישראל סח, ב).  
**התחייבות**: יש מן הפוסקים שסובר שאין התחייבות בסיטומתא (כסף הקדשים רא, א) אך לדעת רוב הפוסקים ניתן להתחייב בסיטומתא (הגהות אמרי ברוך שם)

### יישומים מעשיים

בדור האחרון ישנם מספר חידושים שהפוסקים מעניקים להם תוקף מכוח היותם מנהג הסוחרים (סיטומתא):

**חוזה חתום ומנוסח על פי המנהג**, גם אם אינו מנוסח על פי ההלכה – הוא בעל תוקף הלכתי, גם (שו"ת מהרש"ג ג, קיג; פד"ר ג עמ' 363).

**זכרון דברים** הוא בעל תוקף מחייב (פד"ר ט עמ' 16; פד"ר יח עמ' 31) ויש חולקים (פד"ר יז עמ' 122; הרב זלמן נ. גולדברג תחומין יב עמ' 290).

**קנייה בכרטיס אשראי** – לדעת פוסקים רבים העברת הכרטיס היא מעשה קניין מועיל כסיטומתא, אמנם יש סוגי קנייה שונים וצריך לדון בכל מקרה לגופו (הרב צב"י בן יעקב תחומין יז עמ' 272; הרב רון קליינמן, תחומין כט עמ' 21; הרב דרור טוויל, משפטי ארץ ג עמ' 303).

**קנייה באינטרנט** – יש שכתבו שהיא בעלת תוקף בהיותה מנהג הסוחרים (ר"ש דיכובסקי תחומין כב עמ' 333; הרב רון קליינמן שם).

**אמירת "מזל וברכה" בעסקת יהלומים** – יש אומרים שהיא מעשה קניין מועיל (שו"ת תשובות והנהגות א, תתג) ויש חולקים בגלל שאין מעשה ואין כוונת קניין (פתחי חושן קניינים פרק י הערה ג; ר"א וויס בתשובה המובאת בעבודתו של הר"ר קליינמן, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי, עמ' 265).

**מעמדה של חברה בע"מ** – נחלקו הדעות בנוגע למעמדה של חברה בע"מ (ע"ע). יש שכתבו (פד"ר י עמ' 273) שמנהג הסוחרים נותן לחברה בע"מ מעמד מיוחד, מעמד המשנה את בעלי החברה מאדם רגיל.

### י.ג. מקח טעות והטעיה במקח

מוסד קנה ריהוט, ולאחר שימוש די ממושך התברר שיש בו פגם. התובעים דרשו לבטל את המקח ולקבל ריהוט חדש.<sup>153</sup>

#### א. עד מתי רשאי הקונה לדרוש ביטול מקח בשל פגם במקח?

במקרה שנמצא מום במקח, הדין הוא שאפשר להחזירו גם לאחר זמן רב:<sup>154</sup> המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו **אפילו לאחר כמה שנים**, שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש בו הלוקח. אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר.

דברי הרמב"ם נפסקו בשו"ע (חו"מ סי' רלב סעי' ג). נראה מדבריו שהזמן אינו משמעותי, ובעת שנתגלה המום, יש לקונה אפשרות לבטל את הקנייה. אך בדברי הרמב"ם נוספה ההסתייגות 'ולא ידע הלוקח'. משמע, שאם ידע הלוקח ולא החזיר, אין המוכר חייב לקבל את החפץ בחזרה. השאלה העולה היא מדוע לא ביקשו מיד להחליף את הספסלים? אף לפי טענת נציגי התובעת שפנו בהקדם, ברור שהם לא פנו מיד.

השאלה ההלכתית היא האם במצב כזה יש לתובעים זכות לדרוש את ביטול המקח.

#### ב. ביטול המקח לאחר זמן משנודע הפגם

בעל הספר 'מחנה אפרים'<sup>155</sup> דן בשאלת החזרת מקח לאחר זמן רב, כשהקונה כבר ידע על קיום המום, אך לא עשה בו שימוש. וכך הוא כותב:

מי שמכר חפץ לחבירו ונמצא בו מום ושהה מלהחזירו אחר שידע המום. לכאורה נראה מדברי הרמב"ם ז"ל (מכירה טו, ג) דכל שלא נשתמש במקח

<sup>153</sup> מעובד על פי פסק דין בבי"ד ארץ חמדה גזית, תיק מס' 71014 בהרכב: אבה"ד הרב יוסף כרמל והרב סיני לוי.

<sup>154</sup> רמב"ם, הלי מכירה פט"ו ה"ג, על פי רב האי גאון בספר המקח וממכר שער לה.

<sup>155</sup> מחנה אפרים, הלכות מכירה דיני אונאה סימן ד.

אחר שידע מהמום אפילו שהה כמה ימים הרי זה מחזירו ולא אמרינן כיון דידע ושתק הרי זה נתרצה, דחזקה אין אדם מתפייס במומין... וכן כתב הטור. אבל מדברי הגאון הביאו הרדב"ז (ד, קלו) נראה דאם אחר שידע הלוקח המום שהה ולא החזירו לבעלים הרי זה מחל עיי"ש.

ה'מחנה אפרים' מדייק מדברי הרמב"ם שציטטנו לעיל שגם אם קונה ידע על קיום המום, כל עוד לא השתמש בחפץ, הוא יכול לחזור בו, ולא מסיקים מן העיכוב שמחל על זכותו. הוא מדייק שכך היא גם דעת ה'טור'. מאידך גיסא, הוא מביא מדברי רב האי גאון ומסיק מהם שהוא חולק על הרמב"ם וה'טור' וסובר שמרגע הידיעה יש לקונה חובה לבטל את המקח, ואם לא כן, הוא מפסיד את הזכות לבטלו. לפי דברים אלו, אם אכן ברור שהיה עיכוב מרגע שנודע המום, הדבר תלוי במחלוקת ראשונים. ה'שולחן ערוך' (חו"מ סי' רלב סעיף ג) מעתיק את לשון הרמב"ם, ומכאן נראה שכך היא הכרעתו, ועל כן להלכה מותר להחזיר מקח גם לאחר זמן מרגע הידיעה.

### ג. מום שאפשר להבחין בו בבדיקה – שיטת ה'מגיד משנה'

בעניין זה צריך לדון גם בשיטת ה'מגיד משנה':<sup>156</sup>

ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכל להבחין לאתגר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר. ה'משנה למלך' (שם) העיר שמסתימת דברי הרמב"ם ושאר הפוסקים המדברים על השימוש בתור השלב הקובע עולה שאינם מסכימים לדברי ה'מגיד משנה'. האחרונים הציעו כמה ביאורים לדבריו<sup>157</sup> שלפי דבריהם לא יסתרו את דברי הרמב"ם. בעל השו"ת 'שבות יעקב'<sup>158</sup> מבאר שמדובר ביכולת להבחין לפני סיום המקח, ואז אם בחר להמשיך ולקנות, מוכח שמחל על פגם המוצר. לפי ביאור זה, במקרה דנן המקח נגמר במסירת השולחנות, ולא יכלו לבדוק לפני כן, אלא אדרבה, סמכו על בעלי המפעל שמביאים להם דבר מתוקן כמקובל בכל מקום. בעל הספר 'נתיבות המשפט' (סי' רלב ס"ק א) העמיד את דברי ה'מגיד משנה' במקרה שהקונה השתמש במוצר לאחר שיכול היה להבחין בפגם, שהדבר שקול למקרה שהשתמש

<sup>156</sup> מגיד משנה לרמב"ם שם, הובא גם בסמ"ע סי' רלב ס"ק י.

<sup>157</sup> ראה פת"ש סי' רלב ס"ק א.

<sup>158</sup> שו"ת שבות יעקב ג, סי' קסט, וכן נקט תרומת הכרי שם.

לאחר שכבר הבחין. ה'פתחי תשובה' ציין שהסבר זה יכול להתאים לציטוט החלקי של ה'מגיד משנה' בספר 'מאירת עיניים', אך אינו מתיישב עם דברי ה'מגיד משנה' במקורם. מלבד זאת, יש לציין את דברי מהרשד"ם:<sup>159</sup>

שזו סברת יחיד כיון שלא מצינו חלוק זה בפוסקים המובהקים וא"כ לא שייך לומר כאן קים לי כו' כי ודאי סברא זו סברא בטלה לגבי האי דינא.

בעל השו"ת 'נכח השולחן'<sup>160</sup> חיזק את סברת ה'מגיד משנה' והראה שכן היא שיטת הגאונים<sup>161</sup> וכן עולה מדברי ה'תוספות' (קידושין יא ע"א, ד"ה הנהו) שבדבר שאפשר לברר או להביא בעל מקצוע שיברר ולא בירר – מחל על הפגם. אבל תימה שהסתמך על דברי ה'תוספות', שמיישבים את שיטת רש"י,<sup>162</sup> בעוד כל הראשונים (קידושין שם) מרבנו תם ואילך חולקים על רש"י וממילא חולקים על דברי ה'מגיד משנה'! בעל הספר 'משפט שלום' (סי' רלב ס"ק ג) הכריע על פי פוסקים רבים שאפשר לומר 'קים לי' כשיטת ה'מגיד משנה', אך כאמור לעיל, נראה שאין המקרה דידן משתייך בבירור לדבריו. עוד נראה שבמקרה דידן לתובעים היה אמון בחברה, וכן הפגם, על אף שהוא ברור כיום, הלך והתברר עם הזמן כשהתגלה שנגרמת אי נעימות מצטברת אצל המשתמשים. לכן יש מקום לטענת התובעים שהתעכבו בבירור הדברים ובפעולה בעניינם, ולא הייתה כאן מחילה על הפגם.

#### ד. שימוש לאחר הודעה על הפגם

אמנם במקרה דנן, מאחר שכבר היה שימוש לאחר ידיעת הפגם, נראה לכאורה שאין מקום להחזרה כלל, כפי שעולה מדברי השו"ע. אלא שה'מחנה אפרים' (שם סי' ה) כותב:

ואם נמצא מום במקח והודיעו ואחר כך נשתמש בו נראה דלא אמרינן בכהאי גוונא דמחל ואינו יכול להחזיר וכן כתב הריטב"א (ב"מ נ ע"ב): ואם נשתמש בו אחר שהכיר האונאה קודם שיוודיע למוכר מחל אונאתו שאם לא כן לא

<sup>159</sup> שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סי' שפה, הובאו על ידי משפט שלום סי' רלב ס"ק ג.

<sup>160</sup> שו"ת נוכח השולחן, חו"מ סי' טו, צוין על ידי הרב עובדיה אחיטוב, משפטי ארץ ג, עמ' 377.

<sup>161</sup> שו"ת שערי צדק סי' ו אות ד.

<sup>162</sup> בשם רבנו אליהו בתוספות על הגיליון או ריב"א עפ"י תוספות רא"ש.

הוה ליה להשתמש בו כיון דהוי ביטול מקח ואם הכיר אונאתו והודיעו ואחר כך נשתמש בו לא מחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש בו או מה שהפסיד בתשמישו.

'פתחי תשובה' (סי' רלב ס"ק א) הביא את דברי ה'מחנה אפרים', אך ציין את דברי בעל השו"ת 'גליא מסכת' (ח"א סי' י). הוא מביא מקרה שהיה שימוש בחפץ לאחר שנודע המום. בבית הדין נחלקו הדיינים בדין זה, ואב בית הדין הסתמך על דברי הריטב"א וסבר שאפשר לבטל את המקח גם לאחר שימוש. הדיינים פנו בשאלה לבעל ה'גליא מסכת' שיכריע ביניהם, והוא אמר שהוא חולק וסובר שאין ללמוד מדברי הריטב"א העוסקים בביטול מקח מחמת אונאה לדיני ביטול מקח מחמת פגם. וכאשר מדובר בפגם במוצר, אזי ברגע שנתברר לקונה שיש טעות במקח – עליו להחזירו, ואם הוא ממשיך להשתמש בו, הרי הוא מגלה בכך שהוא חפץ בקיום הקנייה. בעל ה'פתחי תשובה' בחיבורו 'נחלת צבי' (חוו"מ שם) מקבל את שיטת ה'מחנה אפרים' להלכה (אף שבפתחי תשובה עצמו הוא כותב שהדבר תלוי בידי מי הכסף על המקח). גם בעל הספר 'כנסת הגדולה' סובר כך וכותב:<sup>163</sup>

ויראה לי דהא דקי"ל דאם נשתמש במקח אחר שידע במום שמחל היינו על הסתם שלא גילה דעתו שרוצה להחזירו אבל אם גילה דעתו שרוצה להחזירו כשידע במום אז אפילו נשתמש יכול להחזיר ולא אמרינן שמחל.

על כן, אם נקבל את טענת התובעים שמרגע שנתברר להם שהספסלים אכן אינם מתאימים והמפעל הטעה אותם, ניסו להשיג את המפעל, ולטענתם גם דיברו עם עובדים במפעל על הפגם, הרי שהם יכולים להחזיר את הספסלים. אמנם לא ברור מה הקושי להשיג את המפעל ומדוע התהליך ארך שנים, אך מצד שני, מדובר במוסד ציבורי, שבו בדרך כלל ההליך מסורבל יותר. אמנם בעלי המפעל מכחישים שנציגי התובעת פנו אליהם, אך מטבע הדברים לא ייתכן שיזכרו כל פנייה שקיבלו, ובפרט שיש עובדים רבים, וקשה מאוד לברר עם מי דיברו ומתי. לסיכום, מכיוון שיש פגם ברור לפנינו, המפעל חייב לקבל בחזרה את הספסלים ולהשיב את הכסף שנתקבל עבורם. עם זאת, לנתבעת יש זכות לדרוש מן התובעת דמי שימוש בספסלים, וכלדהלן.

<sup>163</sup> כנסת הגדולה, חוו"מ סי' רלב הגהות הטור אות לו, מובא בשו"ת נכח השולחן שם.

### ה. גביית דמי שימוש מדבר שנמצא בו מום והוחזר

מכיוון שבזמן שעבר מאז הרכישה השתמשו מתפללי בית הכנסת בשולחנות, צריך לדון האם עליהם לשלם את שווי השימוש.

הריטב"א (בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה יתר) כותב לעניין חפץ שנמצאה בו אונאה:

והוי יודע שאם נשתמש הלוקח במקח יש לו ג' דינים:

[1] אם התשמיש היה קודם שהכיר באונאתו מחזירו כמות שהוא דהא ברשות עבד.

[2] ואם נשתמש בו אחר שהכיר באונאה קודם שיודיע למוכר מחל אונאתו שאם לא כן לא היה לו להשתמש בו כיון דהוי ביטול מקח.

[3] ואם הכיר אונאתו והודיעו ואחר כך נשתמש בו לא מחל אונאתו אלא **שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו** אם רצה המתאנה לבטל המקח לתבוע אונאה...

אם כן, מרגע שהכירו במום, חייבים לשלם שכר שימוש או לפחות בלאי. הפוסקים מציינים גם את דברי הרמב"ם (הלי מכירה פט"ז ה"ח):

המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר קרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל.

דבריו אלו הובאו גם בשו"ע (סי' רלב סעי' טו). מן הדברים עולה שאין חילוק בין הפירות שנאכלו לפני ההכרה במום לבין אלו שנאכלו אחריה.<sup>164</sup> בעל הספר 'ברכת

משה'<sup>165</sup> מסביר שבמקרה של מום, המקח בטל לגמרי, מה שאין כן באונאה, שיש בה 'היכי תמצוי לקיום המקח, ועל כן הדבר תלוי ועומד. וכן ה'אור שמח' (על הרמב"ם שם) הסתפק האם יש חיוב לשלם שכר שימוש במקרה של מום במקח. הוא נוטה לומר שלפי דעת הרשב"א יש ספק האם אפשר לחייב, אך הביא מרשב"ש (סי' תעו) ומישלטי גיבורים,<sup>166</sup> שהיה פשוט להם שצריך לחייב, ולהלכה נראה שיש ללכת אחר הכרעתם הברורה של הפוסקים.

על כן יש לחייב את החברה להחליף את הריהוט הפגום לאחר ניכוי דמי השימוש.

<sup>164</sup> ראה בפתחי חושן, אונאה יג הערה כ, שלדעת רוב הפוסקים הוא משום שהשתמש ברכוש שאינו שלו.

<sup>165</sup> ברכת משה, על מחנה אפרים אונאה ה.

<sup>166</sup> שלטי גבורים, ב"מ ל ע"א בדפי הרי"ף אות א.



**הכרעת הרוב** הייתה שהייתה מחילה של התובעים, זאת לאור הזמן שעבר עד התביעה, ומכח הפשרה הם זכאים לרכוש ספסלים חדשים בהנחה של 20%.

### נספח - הטעיית עובד

התובע<sup>167</sup> הוא קבלן שניגש למכרז, נאמר לו שיש הצעת מחיר קודמת, אך לדבריו לא נמסר לו שהקבלן שהציע אותה עובד עם פועלים זולים. הוא הציע גם כן את אותה הצעה, ועקב כך סיים את העבודה בהפסד ניכר. רק לאחר זמן התברר לו מקור ההצעה הראשונה וממילא הוא טוען שהוא הוטעה על ידי המעסיק ודורש לחייב את המעסיק לשלם לו על פי התעריף המתאים לקבלן מהסוג שלו.

הט"ז (חו"מ ס"י שלב ס"ק ד) כותב שמעשים בכל יום שאדם מטעה את חברו ואומר לו שהחפץ נקנה בסכום מסוים, אף שנקנה בפחות מכך. לדעתו, אין בכך בכדי לבטל את המקח. היפתחי תשובה' (סי' רז ס"ק ט) מציין שבעל השו"ת 'חוות יאיר' (סי' סט) דן במקרה שאדם הטעה את חברו וגרם לו לקנות בית במחיר מסוים כיוון שאמר לו שאדם אחר הציע לו סכום גדול יותר. היחוות יאיר' פוסק שאם הקונה כבר שילם הוא מפסיד, אך אם לא שילם, הוא יכול לבטל את המקח משום 'אומדנא דמוכחי' שרק בגלל ההצעה השנייה הוא הסכים לקנות במחיר שהסכים. היפתחי תשובה' נשאר ב'צריך עיון', שכן לכאורה זו מחלוקת בין הפוסקים.

בעל הספר 'משפט שלום' (סי' רכז ס"ק ג) מחלק בין מקרה שברור שהקונה סמך על המוכר, כמו במקרה של בעל היחוות יאיר', שבו המוכר נשבע שהאמת כדבריו, לבין מקרה שהמוכר שכנע את הקונה בשקר, אך לא ברור אם אכן הקונה קנה בגלל הבטחות המוכר או בגלל סיבות אחרות.<sup>168</sup> לפי דבריו, במקרה דנן יש מקום להסתפק, שכן אין ספק שהצעת המחיר הזולה היא זו שגרמה לקבלן להוריד את המחיר שהציע מלכתחילה, ואם נאמר לו על הצעה זו שהיא הצעה של קבלן רגיל, הרי שיש לכך משמעות. אך נראה שיש לחלק בין הדברים. כיוון שבמקרה שלנו מדובר בבעל מקצוע ובעבודה שיש בידיה לתת הערכה למחירה לפי ניסיונו ויכולותיו, הרי שהעובדה שהוא בחר להציע גם הצעת מחיר כזו עדיין נתונה באחריותו המלאה, ואין זה דומה לקביעת מחיר חפץ, שבו המחיר אכן תלוי אך ורק ביחסי הכוחות בשוק.

<sup>167</sup> מעובד על פי פסק דין בבי"ד ארץ חמדה גזית, תיק מס' 71105 בהרכב אבה"ד הרב יוסף כרמל והרב סיני לוי.

<sup>168</sup> ראה עוד בספר פתחי חושן, אונאה פרק י סעי' כב.

נציין עוד שהרב משה בארי מציע<sup>169</sup> חילוק אחר – בין דבר שיש ביכולת הקונה לבדוק, כגון השער בשוק, ואז אין לו טענה על המוכר אלא על עצמו לבין דבר שאין ביכולתו לבדוק (פלוני הציע לי כך...), ואז יש לו טענה כנגד המוכר. לכאורה, גם במקרה דנן מדובר בהצעה שהייתה אך ורק בידי הנתבעים, ולא הייתה לתובע אפשרות לבררה אלא בהסתמך על דבריהם, אך דברינו תקפים גם במקרה זה, שכן כאמור, מאחר שמדובר בעניין מקצועי, היו לתובע אפשרות ואחריות לקבוע את המחיר לפי מה שקבלן צריך לקחת, ולא להסתמך על כך שמחיר מעין זה מוצע בידי אנשים אחרים.

על כן, אנו דוחים את טענת ההטעיה לעניין תמחור חוזר של העבודה כולה.

---

<sup>169</sup> הרב משה בארי, ס' משפטי ארץ ג, עמ' 426 ואילך.

## יד. השלמת עסקת מכר חסרה

### א. העובדות המוסכמות<sup>170</sup>

התובע קנה רכב מהנתבע. מחיר המחירון של הרכב היה 72,000 ₪. התובע שילם 55,500 ₪ ובנוסף העביר לידי הנתבע רכב שמחיר המחירון שלו היה 9,000 ₪. הרכב שנקנה היה רכב מחברת ליסינג ונהגה בו נהגת יחידה, אלא שלא ניתן על כך אישור מחברת הליסינג. עובדה זו ידועה לנתבע באופן אישי, והתובע מאמין לנתבע בעניין זה.

הרכב נמצא בידי התובע עד היום לשביעות רצונו.

### ב. טענות התובע

במהלך הקנייה הנתבע הבטיח לתובע שיצרף לו אישור שמדובר ברכב שנהג בו נהג יחיד.

המחיר של הרכב חושב לפי המחירון של רכב מחברת ליסינג עם נהג יחיד במקרה כזה ישנה הפחתה של 14% בלבד ממחיר המחירון, ולא הפחתה של 22% מהמחיר כמו ברכב רגיל מחברת ליסינג במצב רגיל. אלא שההפחתה מותנית בהצגת אישור מחברת הליסינג שהרכב אכן היה בשימוש של נהג יחיד.

לטענת התובע לאישור יש השפעה בשני היבטים:

א. השפעה על מחיר הרכב בשעת מכירה בעתיד.

ב. השפעה על גובה הפיצוי שיקבל מחברת ביטוח במקרה שהרכב ייגנב.

מכיוון שהדבר הובטח לתובע ולא קיים, על הנתבע להחזיר לו 8% ממחיר הרכב, בסך הכל 5,760 ₪. התובע אף היה מוכן ללכת לקראת הנתבע ולהסתפק ב- 4,800 ₪.

### ג. טענות הנתבע

הנתבע טוען שמבחינת ערך הרכב אין צורך באישור, טענתו העקרונית היא שהוא למעשה נתן לתובע הנחות רבות במחיר הרכב, ומלבד העובדה שהוא קנה רכב מהנתבע במחיר מחירון למרות שערכו האמיתי היה הרבה פחות. הרכב אכן נמכר לאחר שיפוץ שעלותו 1,000 ₪ ב-5,000 ₪ בלבד.

<sup>170</sup> פס"ד בבי"ד של ארץ חמדה בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי.

כמו כן התובע קיבל טיפולים נוספים, הסעות, מצבר, בדיקת קנייה, סך כל ההטבות מוערך ב-3,000 ₪.

אלא שגם לדעתו אין משמעות רבה לסעיפי ההנחה, הוא עצמו אינו מתייחס אליהם וגם בשוק המכוניות לא מקובל להתייחס לסעיפים אלו אלא לאיכות הרכב.

#### ד. נושאים לדיון

מכיוון שמוסכם על הצדדים שהאישור אכן הובטח על הנתבע, על כן, אין לקבל את טענת הנתבע שהוא כבר נתן הנחות נוספות, שכן המתווה של העסקה כלל את כל ההנחות הללו וגם את האישור.

לפנינו אפוא מכירה שהתקיימה באופן חלקי, המוכר העביר לקונה את המוצר, הקונה מרוצה ממנו אלא שהוא דורש מהמוכר להשלים את העסקה, או לפצותו על אי השלמתה.

הדיון ההלכתי מתחלק לשני חלקים:

1. מקח טעות ואונאה בנדון דידן.
2. הערכת הפיצוי בשל העדר האישור בנדון דידן.

#### ה. דיני מקח טעות והונאה בנדון דידן

ראשית נפתח במספר כללים מדיני מקח טעות.

##### 1. טעות כמות המקח

השולחן ערוך (שו"ע חו"מ רלב,א) קובע שטעות בכמות המקח מחייבת את הטועה לתקן את הטעות:

המוכר לחבירו במדה ובמשקל או במנין, וטעה בכל שהוא, חוזר לעולם, שאין אונאה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד, מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו ק"א או צ"ט, נקנה המקח ומחזיר הטעות ואפילו אחר כמה שנים.

דהיינו אם יש אפשרות להשלים את הטעות יש להשלים אותה.

במקרה שאי אפשר להשלים - המקח בטל, כך כותב הר"ן (קידושין יז,ב בדפי הרי"ף; סמ"ע רלב,ב; וראה ביאור הגר"א רלב,א, להלן נרחיב בכך).

בראשונים יש שיטה נוספת (ראב"ד מכירה טו,א) שהמקח קיים ומחזיר את שווי הטעות גם במקרה שאי אפשר להשלים.

**2. מום (פגם) במקח**

במקרה שנמצא מום (פגם) במקח נקבע לכל הדעות, שהתוצאה היא ביטול המקח (שם, ג-ד):

המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, **מחזירו** אפי' לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא...

אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו: הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר: בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רוצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר לומר: או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזיר לי מקחי.

דהיינו אם יש פגם במוצר המקח בטל והקונה יכול להחזיר את המקח ולקבל בחזרה את כספו (לגבי חזרת המוכר הדבר תלוי לפי דעת הסמ"ע רלב, יב, במחלוקת הפוסקים המובאת ברמ"א חו"מ רכז, ד), במקרה זה אף אחד מהצדדים אינו יכול לכפות על הצד השני להשלים את שוי ההפרש בין המוצר המבוקש למוצר המקורי. אמנם במקרה ששני הצדדים מסכימים על פיצוי כספי עבור הפגם ניתן לעשות זאת.

**3. טעות באיכות המקח**

המשנה (בבא בתרא פג, ב) קובעת את הכללים במקרה של הזמנת מוצר וקבלת מוצר אחר שאינו פגום, אך הוא באיכות פחותה או בעל מאפיינים שונים מזה שהוזמן. וכך נפסקה להלכה בשולחן ערוך (חו"מ רלג, א):

ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות - **הלוקח יכול לחזור בו**;

רעות ונמצאו יפות - מוכר יכול לחזור בו;

רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות - אין אחד מהם יכול לחזור בו; שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין - שניהם יכולין לחזור בהן.

דהיינו אם המוצר שנמכר הוא אכן המוצר המבוקש אך יש הפרש באיכות המוצר, **יש לצד המפסיד אפשרות לביטול העסקה** כדין מקח טעות. אם יש שינוי מוחלט במוצר זהו כבר דין ביטול מקח גמור **ושני הצדדים יכולים לחזור בהם**.

#### 4. טעות באיכות המקח, בדבר שאין עליו הקפדה בדרך כלל

הגמרא במסכת ביצה דנה באדם שהיה מעוניין במוצר מסוים וקיבל מוצר שונה. הקונה ביקש ביצים של תרנגולת חיה וקיבל ביצים של תרנגולת שנמצאו בבטנה של שחוטה (ביצה ז, א):

ההוא דאמר להו: ביעי דפחיא למאן! יהבו ליה ביעי דשחוטה. אתא לקמיה דרבי אמי, אמר להו: מקח טעות הוא, והדר. - פשיטא! - מהו דתימא: האי לאכילה קא בעי להו, והאי דקאמר דפחיא - משום דצריבן, למאי נפקא מינה - למיתבה ליה ביני ביני, קא משמע לן.

מבאר רש"י:

דפחיא - כמו דפעיא, הנולדים מן התרנגולת חיה, שפועה בלידתה. פשיטא - דמקח טעות הוא, דהא בהדיא אמר ליה דפחיא. דצריבן - לשון מבושלות כל צרכן, כמו צרבת (ויקרא יג) - כויה, שבשול. ונפקא מינה - בין מאן דבעי להו לאכילה, בין מאן דבעי להו לאפרוחים. למיתבא ליה דביני ביני - להחזיר לו דמי מעלה שבין ביעי דפחיא לביעי דשחוטה, ואי בעי להו לאכילה - אין המקח בטל, דהא בני אכילה ניהו, אלא שאלו יפים מהם - ויחזיר לו דמי מעליותן. קא משמע לן - רבי אמי דסתם מאן דבעי ביעא דפחיא - לאפרוחים בעי להו, ואין אלו שוין לו כלום.

כלומר אם אדם מקפיד באופן ברור על קניית הביצים של תרנגולת חיה לצורך גידול אפרוחים, הרי שביצים אחרות הן בוודאי בגדר מקח טעות. אך אם אדם רצה בביצים כאלו לצורך אכילה כיוון שהן טעימות יותר, אך קיבל ביצים אחרות - אין זה מקח טעות, אבל חובתו של המוכר להחזיר את הפרש הכספי שבין שני סוגי הביצים.

לכאורה על פי המשנה בבבא בתרא שהובאה לעיל – הדין הוא שהלוקח יכול לחזור בו, אך מפירוש רש"י עולה שיש הבדל בין המקרה הזה למקרה הרגיל של "יפות ונמצאו רעות".

בעל תרומת הדשן (שכב) דן בקונה שביקש לקנות "איל מסורס" שהוא משובח בטעמו, ובניגוד למוסכם, המוכר נתן לו בשר רגיל. בעל תרומת הדשן, הסיק מהגמרא בביצה עקרון:

הא קמן דכל היכא דלאכילה קבעי לוקח, אע"ג דקאמר בפירוש למוכר להאי מילתא קבעינא, אי יהיב ליה מוכר מלתא אחריתי מאותו המין דלא שוה לאכילה, כי האיך דקבעי אין המקח טעות לגמרי בשביל כך, אלא יהיב לה דביני וביני וכפי מעלתו יחזיר לו.

נפסקו דבריו ברמ"א (חו"מ רלג,א):

מכר לו בשר בחזקה שהוא מין איל מסורס, ונמצא שאינו מסורס, המקח קיים ומחזיר לו אונאתו; אלא אם כן ידוע שהלוקח אסטניס שאינו אוכל כלל בשר איל שאינו מסורס.

והוא הדין בכל כיוצא בזה (ת"ה סימן שכ"ב).

דהיינו אם אדם קנה מוצר מסוים וקיבל מוצר דומה לו כמעט באופן מוחלט אך יש בו חיסרון מסוים ביחס למוצר עליו סוכם, המקח קיים ומחזיר את שווי האונאה. נתיבות המשפט (רלג,ג) מוסיף וכותב: "לשיטת הרמ"א הוא הדין כל דבר שנראה לב"ד שאין קפידא כל כך".

עולה השאלה מה ההבדל בין דין זה לדין המשנה בבבא בתרא, שם נקבע שיש רק אפשרות חזרה, אך אין אפשרות לפיצוי.

אכן הב"ח דחה את דברי תרומת הדשן וקבע באופן ברור:

דבר תימה פסק דאין לך מום גדול מזה. ותו דהאיך מאכילים לאדם בעל כרחו דבר שאינו מקובל על נפשו. ותו דהלא התנה עמו בפירוש שיהא מאיל מסורס וכשאינו מסורס אינו חפץ לקנותו, ודמי לחטין יפות ונמצאו רעות דלוקח יכול לחזור בו דאין טעם היפות כטעם הרעות ואפילו היה טעמן שוה אין דעתו ניחא אלא ביפות וכן מי שאמר לחבירו למכור לו חבית דגים מלוחים גדולים ונמצאו קטנים אפילו אין ההונאה אלא בפחות משתות בטל המקח לגבי לוקח דהוה ליה כמו שינוי מחפץ לחפץ.

והראיה שהביא בתרומת הדשן מפרק קמא דביצה (ו,ב) מההוא דא"ל ביעי דפחיא למאן וכו' אינה ראייה כלל לפי מקצת נוסחאות דגורסין לשם



אותביניהו ולא אפרוח כמ"ש הרא"ה והסכים עמו הר"ן בפרק האיש מקדש (קידושין יז, ב ד"ה ודאמרי')... וכן עיקר הלכה למעשה.

דהיינו לדבריו ברור שבמקרה בו נקבע מוצר מסוים, לקונה שמורה הזכות לביטול המקח, ואין לחייב אותו לקנות מוצר ששונה מן המוסכם, כמו במקרה של קנה חיטים יפות ונמצאו רעות. לדבריו הדבר מפורש בר"ן (קידושין יז, ב בדפי הרי"ף ד"ה ודאמרי').

וכך כותב הר"ן בהתייחס לטעות במידה במקרה שלא ניתן להשלים את הטעות:

ואחרים מכריעין כן דכל שאפשר להשלים משלים מדאמרינן בפרקא קמא דיו"ט (ז, א)... והא התם כיון דאמר בפירוש דפחיא ואפילו לאכילה נמי מעליין טפי, לא גריע מדבר שבמשקל ואפילו הכי אמרינן דאי לאכילה הוה בעי להו לאהדורי ביני ביני סגי אלמא כל שאפשר להשלים משלים.

והרא"ה ז"ל דחה ראיה זו כפי מקצת גרסאות שגורסין שם אותביניהו ולא אפרוח ומ"ה סגי באהדורי ביני ביני משום דאי איתא דלאכילה הוה בעי להו וא"א לו להחזירן דהא אפסדינהו אין לו למוכר להחזיר לו כל המעות דלוקח לא הוה ליה לאותביניהו וכיון דאפסדינהו חייב ומיהו ביני ביני משלם, אבל ודאי ה"ה דאי איתנהו לביעי דבטל מקח. ויפה אמר לפי אותה גרסא, אבל יש הרבה נוסחאות שאין כתוב בהן אותביניהו ולא אפרוח.

אבל נראה לי שאפי' לפי אותן גרסאות על כרחין עובדא הכי הוה ומן הטעם שכתב הרב ז"ל שאע"פ שאמר שכל שיכול להשלים משלים ה"מ במדה שחסרה שכיון שהשלים הרי יש לו ללוקח כל מה שנתכוון לקנות, **אבל מי שנתכוון לקנות דבר חשוב מעט שנאמר שיהא בידו של מוכר להשלים משלים לו בהרבה מן הגרוע או בדמים אינה תורה ומשנה שלימה שנינו [ב"ב פג, ב] יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו ובודאי אפי' רצה מוכר [ליתן] לו כפלים מן הרעות לא כל הימנו. הלכך ודאי ההיא עובדא דפ"ק דביצה הכי הוה כגון דאותביניהו ולא אפרוח ואפשר שאותו הלשון הכתוב במקצת נוסחאות אותביניהו ולא אפרוח פירושו של ראשונים הוא מפני שראו שאי אפשר לקיים אותה שקלא וטריא אלא בענין זה ומן הטעם שכתבנו.**

בתחילה מביא הר"ן את הפירוש של הראשונים שבמקרה שאי אפשר להשלים בדבר עצמו משלים בכסף. אך הוא דוחה שיטה הן לפי גרסה אחרת בסוגיה בביצה, והן על

פי המשנה במסכת בבא בתרא, וכותב שכל עוד לא ניתן להשלים ממש את המקח, ישנן רק שתי אפשרויות בלבד – או קיום המקח במחיר שנקבע, או כשיש מום – ביטול המקח לגמרי.

### 5. ההכרעה ההלכתית במחלוקת

חלק מן הפוסקים מכריעים שלא כתרומת הדשן. כך כותב הגר"א (חו"מ רלג, ג), שו"ת ושב הכהן (סד מובא בפת"ש חו"מ רלג, א) וכן דעת נתיבות המשפט (רלג, ג) שזהו ספיקא דדינא. בערוך השולחן (חו"מ רלג, ד) מסכם: "ויש מי שכתב דהוי ספיקא דדינא אבל הלכה כרבים וכן מסתבר". דהיינו, לדעתו יש למתאנה את הזכות לביטול המקח.

אך בשער משפט (רלג, א) כותב שזוהי מחלוקת ראשוניים, שכן לדעת רש"י בוודאי יש ראייה לתרומת הדשן, והמוציא מחברו עליו הראיה. דהיינו, זכותו של המוכר, שהוא המוחזק להשאיר בידו את התמורה, ולשלם לקונה רק את פער המחירים.

החתם סופר (חי' ביצה ז, א) לאחר שמביא את קושיית הבי"ח, כותב:

כבר נזהר בזה הריטב"א דמייתי לי בשיטה מקובצת דאין שום קפידא לאכילה ולא לענין בריאות הגוף כלל וכלל בין הני ביעי להני ביעי רק קפידא של קפדן וה"ל יפות ונמצא יפות דהמקח קיים ומחזיר לו אונאתו. כלומר, מדובר בדבר שכל עניינו הקפדה חריגה (רק קפידא של קפדן), ואומנם יש הפרש במחיר (שאם לא כן מה היא החזרת "ביני ביני") אך אין מדובר בהפרש של ממש באיכות המוצר. במצב כזה, לדעת החתם סופר, אומנם אין מקח טעות, ואף אין דין יפות ונמצאו רעות שהמתאנה יכול לחזור, אך עדיין, על פי הגמרא מחזיר לו את שווי אונאתו. [יש להעיר בדברי החתם סופר, שאף שנקט לשון 'מחזיר לו אונאתו, מסתבר וכך עולה מדבריו - שאין כאן את פרטי דיני אונאה. שכן בדיני אונאה במחיר, עד שישית, מחל המתאנה. כאן אין דין זה משום שהקונה הקפיד על עניין מסוים במקח, לא ניתן לומר שמחל – ויש להחזיר גם פער פחות משישית]. לאור זאת נראה שמן הדין במקרה של הפרש שאינו משמעותי באיכות המוצר אלא הוא תנאי שסוכם בקנייה, אין לבטל המקח אך יש זכות לתבוע את ההפרש בשווי

שבין סוגי המקח השונים. בוודאי כאשר הכסף כבר שולם, לא יוכל הקונה לדרוש את החזרת כל כספו, שכן המוציא מחברו עליו הראיה.

בשונה מהדיון בפוסקים – האם זכותו של המתאנה לבטל את העסקה או שהוא חייב להסכים לקבל פיצוי, בנדון דידן, התובע מבקש לקבל פיצוי, והשאלה היא האם הוא זכאי לכך.

#### 6. הדין בנדון דידן

בנדון דידן, הקפדת המוכר אינה על איכות המוצר עצמו, אלא על מסמך שמשפיע על ערכו בלבד. כמו כן, לא כולי עלמא מקפידים על מסמך זה. מסתבר אם כן, שדינו כדין ביעי פחיא, שעל המוכר להחזיר את פערי המחיר.

נראה, שגם לשיטת הרא"ה והר"ן יש יסוד להחיל כאן את דין תשלום הפער – כדין הגמרא 'למיתבה ליה ביני ביני'. שהרי גם לדידם יש לשלם פער זה במצבים מסוימים. בדומה לדין הגמרא, שם הניח הקונה את הביצים תחת התרנגולת והם ניזוקו ולכן לא ניתן לבטל את העסקה, כך גם בנדון דידן, ניתן לומר שלא ניתן לבטל את העסקה ולהחזירה. שכן לא ניתן לבטל את הרישום של מכירת מכונית, וביטול העסקה משמעו הפסד עקב תוספת יד' נוספת ברישום המכונית שערכה רב. על כן, לכאורה לכולי עלמא יש להחיל את דין הגמרא שצריך לשלם את פער המחירים. על כן, לסיכום, אין עילה לביטול מקח, ויש להשיב את פערי המחיר.

## טו. הגדרת מתנת שכיב מרע

### א. מקור מתנת שכיב מרע

#### 1. מהתורה או מדרבנן?

במסכת בבא בתרא (קמז,א) דנה הגמרא במקורה של מתנת שכיב מרע (להלן: משכ"מ):

א"ר זירא אמר רב: מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה? שנאמר: והעברתם את נחלתו לבתו (במדבר כז'), יש לך העברה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע. רב נחמן אמר רבה בר אבוח, מהכא: ונתתם את נחלתו לאחיו (במדבר כז'), יש לך נתינה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע... ורבא אמר רב נחמן: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תיטרף דעתו עליו...

הפוסקים הכריעו שמשכ"מ מדרבנן. אמנם יתכן שעצם השימוש בפסוקים שנמצאים בפרשת הירושה, אפילו רק כאסמכתא בעלמא, יכול להוות הוכחה שישנו קשר מהותי בין הדברים [וכך למד הרא"ה כמבואר להלן]. אמנם מדברי הרשב"ם במקום עולה שהסמיכות של משכ"מ לירושה היא מפני שיש מכנה משותף בין השנים שכן זהו הקנין היחיד שנעשה ללא מעשה.

#### 2. משכ"מ תקנה חדשה?

דנו הראשונים בשאלה, האם יש צורך למצוא לתקנה חדשה זו מקבילה דומה בקניינים הידועים לנו מהתורה. או שמא די לנו בכך שיש תקנה מיוחדת כזו ואין לנו צורך להשוות אותה להלכות אחרות. הרשב"א (מובא בשו"ת הריטב"א עט) כותב ביחס לקישור שעשה הרא"ה בין ירושה למשכ"מ:

אין אלו אלא דברים בטלים, אלא הטעם נגלה שקיימו חכמים ז"ל דבריו כבריא שקנו מידו כדי שלא תיטרף דעתו עליו.

כלומר אין צורך במציאת קשר לתקנה זו. על כך משיב הרא"ה:

ואני אומר החפץ מקלקל את השורה ומעורר עיני השכל, שדברים אלו אינן ראויין לשום אדם כן לאומרן... שזה הטעם הנגלה שקיימו חכמים דברי שכ"מ כבריא כדי שלא תטרף דעתו עליו, ואם אין בדברי חכמים סרך וסמך אחר מה ענין לעשות בכך שאינו זוכה כזוכה מפני טירוף דעתו של הלה, ועוד

למה לא תקנו בכל דבר אחר שהוא לקיים דבריו מפני טירוף דעתו, וידור פלוני בנכסים ויאכל פלו' פירות דקל זה מאי טעמא לא מהני ונקיים דבריו על כל פנים מפני טירוף דעתו, ולמה באנו בזה בטענה דליתיה בבריא ליתיה בש"מ, וגדולה מזו גר מאי טעמא לא מקני לגר אחר במתנת ש"מ ונקיים דבריו מפני טירוף דעתו, מה לנו אי איתיה בירושה אי ליתיה הרי יכול להקנות... אלא דברים אלו משובשים ואין בהם ממש, ודברים מפורשים בגמרא ובדברי חכמים דמתנת ש"מ בירושה תליא מילתא ומטעם ירושה תקנה במתנה אלא אפשר דתיחול לאחר מיתה.

הרא"ה מעלה כמה נקודות שיש קושי להבין מה מקורם בתקנה זו :

1. מדוע לא מקנים דבר שאין בו ממש [נקודה שגם קשה לכאורה לשיטתו שהרי יורש יורשם!].

2. מהו החיסרון בגר שלא נאמרה לגביו משכ"מ, אם זו תקנה בעלמא. בעקבות הפולמוס ברצוני לבחון את הגישות השונות העולות מתוך דברי הראשונים בדיני משכ"מ.

### **ב. מחילת שטר חוב שניתן במשכ"מ**

הגמרא (בבא בתרא קמז,א) קובעת שאם שטר חוב ניתן במשכ"מ היורש לא יכול למחול את החוב בתחילה הגמרא תולה את הדין הזה בכך שמשכ"מ היא מדאורייתא ובסוף היא מסיקה שמשכ"מ אמנם רק מדרבנן אך "עשאוה כשל תורה" ועל כן לא ניתן למחול על החוב.

הרי"ף (כתובות מה,א) דן בטעם הדין המאפשר למוכר שטר חוב למחול את החוב לאחר מכירתו. הוא מביא את הסבר הגאונים שהמוחל אומר "עיינתי בחשבוני ונתברר שאיני חייב", אך דוחה אותו ומסיק שהטעם הוא מפני שמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן, ומכירה מדרבנן אינה מכירה גמורה ולמוכר נותרה זכות על החוב המאפשרת לו למחול עליו. את חוסר היכולת למחול במשכ"מ הוא מסביר שעשאוה כשל תורה: "דמטיא לידיה דמקבל".

בעקבותיו כותב הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה פ"י ה"ב):

ומפני מה המוכר או נותן שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו היורש מחול, ושכיב מרע שנתן שטר חוב אין היורש יכול למחול? מפני שקנין הראיה בשטר מדבריהם לפיכך היורש עדיין זה השטר שלו הוא מן התורה ומוחלו, ומתנת

שכיב מרע אע"פ שהיא מדבריהם עשו אותה כשל תורה, וכאילו קנה ממון שבשטר מן התורה והגיע לידו ולא נשאר ליורש בו קנין, ולפיכך אינו מוחל. כלומר, במשכ"מ החוב הגיע לידי הקונה לגמרי והיורש איבד את זכותו, הראב"ד מוסיף על כך:

וכבר פירש הרב ז"ל [=הרי"ף] הטעם פי הכותב שדברי שכ"מ ככתובים וכמסורין דמו שחכמים עשאוה כשל תורה כמי שקבל המתנה והטעם שכתוב כאן הוא יותר טוב ומספיק ממ"ש הרב ז"ל.

דהיינו הראב"ד מבין שהרמב"ם הציע ביאור שונה מהרי"ף והוא קובע שהטעם של הרי"ף יותר טוב. אמנם ניתן לפרש בדברי הרמב"ם שהוא בא להסביר את הרי"ף, וכפי שהדגשנו בדבריו את המילים "והגיע לידו" שהם תרגום מדויק מארמית של דברי הרי"ף.

מדברי הגמרא וכפי שהבינוה הרי"ף והרמב"ם עולה שיש תלות ברורה בין היכולת למחול לבין תוקפה של מכירת שטרות.

לעומתם תוספות (ב"ב עו,ב ד"ה קני) סוברים שמכירת שטרות מהתורה ובכל אופן ניתן למחול על החוב שנמכר, ממילא לשיטתם אין זה מספיק לקבוע שתוקף המכירה הוא מהתורה ועל כן הם מיישבים את השיטה שמכירת שטרות מהתורה עם האפשרות למחול את החוב לאחר שנמכר:

ומיהו אומר רבינו תם דיש לדחות ההיא דמי שמת דהכי פריך, אי אמרת בשלמא דאורייתא משום הכי אין יכול למחול שאין כאן יורש אחר דמקבל מתנה הוא היורש דמתנת שכיב מרע דריש ביש נוחלין מקראי דירושה מוהעברתם יש לך העברה אחרת שהיא כזו.

כלומר במשכ"מ יש משהו מיוחד שהיא כירושה ואין יורש אחד יכול למחול לשני. לפי הסבר זה יש לומר שהמסקנה של הסוגיה היא ש"עשאוה כשל תורה" היינו כירושה של תורה, הסבר המסקנה אינו מופיע בתוספות עצמו אלא בר"ן (על הרי"ף כתובות שם וכן בחידושי לב"ב כשהביא את שיטת התוס' והסביר עפ"י דבריהם את המסקנה).

נראה אפוא שלדעת הרי"ף והרמב"ם אין צורך להצמיד את דיני המשכ"מ לירושה אלא כפשטה של גמרא שזה תלוי בדיני מכירת שטרות מדאורייתא או מדרבנן, ואילו רבינו תם נאלץ לקשר בין משכ"מ לירושה. לדעת הר"ן עפ"י שיטת ר"ת גם במסקנה

צריכים לאמר שהיא כירושה, ולפירושה, צריך לדחוק בביאור המושגים דאורייתא ודרבנן שבגמרא.

### ג. הלואה במשכ"מ

במסכת ב"ב (קמז, א) מופיע דיון בענין היחס בין קנייני הבריא לקנייני השכ"מ:

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

למימרא, דסבר ר"נ: מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני - הלואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא!  
רב פפא אמר: הואיל ויורש יורשה.

רב אחא בריה דרב איקא אמר: הלואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה.

הגמרא מעלה סתירה בדעת רב נחמן, מחד הוא דורש במשכ"מ אמירה בנוסח המועיל בקניינים ומאידך לגבי הוא מאפשר נתינת הלואה במשכ"מ למרות שאינה שייכת בקניינים רגילים. הגמרא מביאה שני הסברים: א. רב פפא - יש משכ"מ בהלואה הואיל והיא עוברת בירושה ב. רב אחא בריה דרב איקא - גם בהלואה יש קנין מדרבנן ("מעמד שלשתן") למרות שהוא רק קנין דרבנן.

יש לדון האם לפי ההסבר הראשון אין צורך להשוות משכ"מ למתנת בריא מפני שיסודה של משכ"מ בירושה. או שכוונתו מצומצמת יותר ודבר ששייך בירושה נקרא "מילתא דאיתא בבריא", והעובדה שניתן ליורשו מוכיחה שהוא שייך בקניינים אף אם אין קנין מיוחד שמועיל מהתורה להקנותו.

רשב"ם כותב שהתירוץ הראשון בנוי על כך שמשכ"מ כירושה ו"כיון דאיתיה בירושה איתא במשכ"מ. ומשמע מפשטות דבריו שעפ"י תירוץ זה אין אנו סוברים את הקשר למתנת בריא ולמסקנה הוא כותב על התירוץ השני ש"אסיקנא דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ" והוא מסתפק בדיון נתינת מטבע שלא נקנה בחליפין, דיון שלתירוץ הראשון לא היה מקום בכלל להסתפק בו (שהרי הוא עובר בירושה).  
גם תוספות (שם) מבארים את התירוץ הראשון כחולק:

והא דקאמר הואיל ויורש יורשה **לא בעי למימר מטעם דאיתא בבריא** אלא כיון שיורש יורשה יש כח לשכ"מ ליתן דברשותו הויין דמתנת שכ"מ כיוורש. למרות שלשיטתם התירושים חולקים, כתבו התוספות שגם לפי דברי רב פפא מיושבים דברי רב נחמן הראשונים ולא ניתן להקנות דבר שאין בו ממש כגון אויר שנחשב כדבר שאינו עובר בירושה היות והוא אינו עובר בפני עצמו אלא רק יחד עם דירה ממשית, וממילא לא ניתן להקנותו במשכ"מ, על כן לא תהיה נפק"מ בין התירושים לענין זה. בדרך זו הלך גם הריטב"א וכן משמע מתשובת הגאון בסוף ההגהות מרדכי.

לעומתם הר"ן הקצין יותר את המחלוקת בין התירושים וטען שלתירוץ הראשון יהיה ניתן לתת גם דבר שאין בו ממש מכיון שניתן לירושה. מדבריו עולה שדברי רב פפא אינם תירוץ לדברי ר"נ אלא הסבר לדבריו האחרונים והשלמה עם העובדה שהם סותרים את דבריו הראשונים וכן משמע גם מהנימוקי יוסף.

הרי"ף השמיט את שני התירושים. המהרי"ט (שו"ת, חו"מ צה) רצה ללמוד מכך שהוא סובר שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, וכן רוצה לדייק מתוספות ששני הטעמים עיקר, וכן מבעל המאור (שחוזר על דברי התוספות). בפירוש הרגמ"ה נאמר במפורש שר"פ מחזק את שיטת ר"נ.

התשב"ץ (שו"ת ב,רלה) דן בזה והעלה שיש השלכה למחלוקת בין התירושים לדברים שאין בהם מעמד שלשתן כגזלה או הלואה דכפריה וכן הלואה ביד עכו"ם. הוא כותב להלכה:

ויש מי שנראה לו דהלכה כרב פפא משום דמשמע ליה דסוגיין כותיה. אבל מדברי הגאון ז"ל נראה שפסק כרב אחא שכן כתב: "הלואתי לפלוני איתיה בבריא במעמד שלשתן" וכן פסק הרב ר' יהוסף הלוי אבן מיגאש ז"ל וכן נראה שהוא דעתו של הרמב"ם ז"ל תלמידו שכן כתב בפ"י מהלכות זכייה ומתנה וז"ל שכיב מרע שאמר הלואה או פקדון שיש לי ביד פלוני תנו אותה לפלוני דבריו קיימין ואינו צריך למעמד שלשתן עכ"ל נוטין דבריו לטעמו של רב אחא.

ולפי זה אני אומר שאם ההלואה היא על עכו"ם דלא מהני בה מעמד שלשתן כמ"ש הר"י בעל התוספו' ז"ל אי"כ לא קנה מקבל המתנה וירשו אותה היורשין זה נראה לי בזה.



כלומר התשב"ץ מביא דעה שתירוץ רב פפא נפסק להלכה אך מכריע על פי כמה ראשונים כשיטת רב אחא ומתוך כך הוא פוסק שהלוואה לגוי שלא נקנית במעמד שלושתן לא נקנית גם במתנת שכי"מ. כך פוסק גם הר"א ממיץ (מובא בהגהות מימוניות זכיה פ"י ה"א). הב"ח מבאר יסוד הפסק שלו הוא כשיטת התשב"ץ. [אמנם הב"י והרמ"א הבינו שכיון לדברים אחרים, בשו"ת עבודת הגרשוני (יא) חיזק את פירוש הב"י].

עולה מהדברים שלדעת הרשב"ם, תוספות (לפי פשטות דבריהם), ר"ן, ריטב"א, וכן כנראה לדעת הגאון, הר"י מיגש והרמב"ם (עפ"י הבנת התשב"ץ) ישנה מחלוקת כיצד להתייחס לקשר בין משכ"מ למתנת בריא בין האמוראים ולדעת שלושת האחרונים הוכרעה ההלכה שעיקר משכ"מ נובע מדין מתנת בריא. יש מהראשונים כמו המיוחס לרגמ"ה ואולי גם הר"ף והתוס' (עפ"י הבנת המהרי"ט) שסברו שאין מחלוקת ועפ"י דבריהם נראה שצריך להסביר את התירוץ הראשון בגמרא כאפשרות השנייה שהצענו בתחילה. לדעת המהרי"ט ההלכה היא כרב פפא שמשכ"מ דומה לירושה. בקצות החושן (קכה,ה) הסתמך עליו כדי להציע תירוץ לקושיית הר"ן ולהגדיר משכ"מ כירושה. אמנם יש להעיר על כך שנראה שמלבד שהתשב"ץ נחלק עליו, מהרבה ראשונים משמע שחולקים עליו.

כמו כן נראה שאין הכרח לקשר את הדיון בסוגייתנו לשאלת הגדרת משכ"מ כיון שהדיון הוא על הגדרת המושג דבר שהוא "בר קנין" או "בר העברה" והאם ירושה או קנין דרבנן יכולים להפוך דבר שאינו שייך בקניינים שייחשב כשייך אליהם. גם אם נתפוס כמהרי"ט וכקצוה"ח נוכל לפחות להעלות מהם בשיטת הרמב"ם שבצורה ברורה פסק כתירוץ השני כפי שהראה התשב"ץ שלשיטתו אין המשכ"מ כירושה גמורה.

#### **ד. ירושה אין לה הפסק**

במסכת ב"ב (קכט,א) מביאה הגמרא דין יסודי בדיני ירושה:

שלח רב אחא ברי' דרב עויא, לדברי ר' יוחנן בן ברוקה: נכסי לך ואחריך לפלוני, וראשון ראוי ליורשו - אין לשני במקום ראשון כלום, שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק.

כלומר, ברגע שמתחילה הירושה לא יכול המוריש להעביר את הירושה מהיורשים לאנשים אחרים.

הראשונים התקשו כיצד ליישב דין זה עם כמה מקורות אחרים בגמרא בהם אנו מוצאים מתנות שכ"מ שחלות לאחר זמן או בתנאי וכן מ"מעשים בכל יום" שנותנים מתנות כאלו והרי הירושה כבר החלה.

רק אחד מהראשונים דן בשאלה כיצד משכ"מ עצמה יכולה לחול אחרי שחלה הירושה והוא הרשב"א בתשובותיו (ג, קכה):

עוד שאלתם: שכיב מרע, שאמר: תנו מנה לפלוני, לאחר שישא פלונית, או לאחר שנה; מי נימא: בכי הא כבר זכו יורשים בירושתם, ושוב אין לה הפסק... תשובה: כל כי הא, לא אמרי, שא"כ בטלת כל מתנת שכיב מרע; **דלפי דעתי, ירושת היורשים חלה עם גמר מיתה**, ומתנת שכיב מרע אינה אלא לאחר גמר מיתה, ואם אתה אומר כן, כבר קדמה הירושה, ואין לה הפסק. אלא, לא אמרי: אין לה הפסק, אלא במי שמחזיק את היורש בנכסים בכח, כאומר: נכסי לבני, אבל במניח נכסיו לתם ליורשיו, ואומר: תנו מנה לפלוני לאחר שיעשה כן, או לאחר זמן פלוני, בזה ודאי קנה.

כפי שהוא כותב דבר זה נובע משיטתו המיוחדת שירושה חלה עם גמר מיתה, ולא לאחר גמר מיתה כפי שמקובל לאמר, וא"כ משכ"מ שחלה לאחר גמר מיתה תמיד חלה אחר הירושה, ואין הבדל בינה לבין משכ"מ שחלה לאחר זמן. שאר הראשונים (כולל הרשב"א עצמו בחידושיו) דנו בשאלת היחס שבין משכ"מ לירושה העלו כמה אפשרויות יישוב:

א. הכח שנתנו חכמים למשכ"מ גובר על כוחה של הירושה, ואין משמעות לזמן הנתינה. אלא אם כן הנותן בחר בעצמו יורש (יש אפשרות להעביר ירושה מיורש ליורש), שאז אין לו אפשרות להעביר את המתנה אחריו לאדם אחר [או מפני שלא תיקנו משכ"מ או שלא ניתן לתת מתנה דרבנן אחרי מתנה מהתורה] (רשב"א שם, שו"ת מהרי"ט עד, הרמב"ן בחידושים היסס בדרך זו ונשאר בצ"ע).

ב. דבר שביד שלישי ניתן לתת לאחר זמן (רמב"ן בחידושים ובעקבותיו עוד ראשונים).

ג. דבר שתלוי בתנאי מועיל למפרע ושונה ממתנה לאחר זמן (נימוק"י בשם גדולי המפרשים).

ד. ניתן למוריש כח להגדיר את המתנה לראשון כמתנה ולא כירושה ולכן יכול להפסיק אותה (רמב"ם זכיה ומתנה פי"ב ה"ו).

ה. אם לשון מתנה ליורשים אינה כירושה, ניתן ליישב כמו בדרך הקודמת (רשב"ם ובעה"מ).

שני התירוצים האחרונים הם מקומיים ואי אפשר להוציא מהם כללים בעניינים אלו, אלא שניתן לדייק מהם שהמתרצים לא סברו כתירוץ הבא.

ו. משכ"מ חלה למפרע ועל כן לא מתנגשת עם בעיית הירושה שאין לה הפסק. בלשון המהרי"ט: "כמתנה מהיום ולאחר מיתה לייפוי כוחה" עפ"י שיטת התוס' והרא"ש בגיטין. התוספות והרא"ש לא העלו כלל את השאלות הללו שהעלו הראשונים האחרים, ויתכן שהיה פשוט להם כפי שהסביר המהרי"ט. הראשונים האחרים כנראה לא סברו כמותם שהרי לא תירצו תירוץ זה.

העובדה שניתן לדעת חלק מהראשונים לתת את המתנה לאחר זמן לכאורה אינה מתיישבת עם ההבנה שמשכ"מ כירושה שבה לא מצאנו חילוק אפשרות של נתינה לאחר זמן, יתכן שבזה נחלקו גדולי המפרשים עם הרמב"ן והרשב"א ואולי בגלל זה נותר הרמב"ן בצ"ע.

#### ה. גר במשכ"מ

במסכת ב"ב (קמט,א) מביאה הגמרא את המעשה המפורסם באיסור גיורא (=הגר) שהיה לו פיקדון אצל רבא ורצה להקנותו לרב מרי בנו שהורתו הייתה שלא בקדושה. אחת האפשרויות שהוא ניסה להקנות בהן הייתה משכ"מ ועל כך אמרה הגמרא "אי במתנה - מתנת שכיב מרע כירושה שויה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה". כלל חשוב ויסודי זה טעון בירור מהם גדריו וטעמו, והאם ניתן ללמוד ממנו לשאלתנו. הרי"ף כותב:

פירוש הא דאמר רבא כירושה שויה רבנן כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה וכל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה. **במתנת יורש בלחוד הוא דקאמר הכי ועיקרא דמילתא משום דקיי"ל דלגבי יורש לשון ירושה ולשון מתנה חד טעמא נינהו.**

הרי"ף מוכיח את היסוד הזה ומסיים:

ומכאן אמר רבא משכ"מ כירושה שויה רבנן **אבל מתנת שכ"מ למי שאינו יורש ואפילו לגר דעלמא קני דקיי"ל דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין והכי שדר רבינו האי גאון זצ"ל.**

כלומר ההגבלה של "איתיה בירושה" קיימת באדם שנותן ליורשו. וודאי שאין הכוונה ליורשו ממש אלא בן של גר שנולד בגיותו שאין לו דין יורש. הרי"ף מבאר את הנימוק להלכה זו שמכיון שבנתינה ליורש לשון מתנה היא כירושה הרי שבנו של גר שאינו בירושה אינו מקבל כלום.

הראב"ד השיג על הרי"ף שאין רב מרי נקרא "יורש" ואם מפני שהוא בנו וכונתו להוריש לבנו שאינו יכול לירש מעיר הראב"ד שיש בדבר זה לפעמים הפסד ליורש שכשיש בכור ולשון מתנה צריך להיות מתנה ולא ירושה. הראב"ד מסיים בשאלה, מדוע נדחק הרי"ף להוציא את דברי רבא מפשוטן שתיקנו מתנת שכ"מ רק לאדם שראוי לירש ממוריש ואפילו גוי שיורש מאביו ולמעט גר שאינו יורש מאיש. העולה מדבריו שהעיקר הוא האם המקבל ראוי לירש ולכן שייך לדון על נתינה לגוי שנקרא "ראוי לירש" מאבותיו. [עולה מדבריו שאפילו אם יהיו לגר יורשים אינו נקרא "ראוי לירש", אלא אם כן נאמר שהוא ראוי לירש את ילדיו ואין נראה כן כיון שהדיון הוא האם ראוי לירש ולא האם בפועל יש מי שירש אותו וכלשון הראב"ד האם יש "תורת ירושה". וברמב"ם הוצאת פרנקל ציינו שבשיטמ"ק בשם הראב"ד כתב שדוקא אם אין לו יורשים כלל אינו מקבל, ושהרא"ש (בן רבי שלמיה) מלוניל תמה על הראב"ד בענין זה וכן הרמ"ה. גם בעה"מ השיג על הרי"ף מאותן סיבות. וכן הרא"ש השיג על הרי"ף. [ומשמע מדבריו שהחיסרון הוא בכך שרב מרי לא ראוי לירש. אמנם בתרוה"ד כתב שעפ"י הרא"ש מי שאינו יכול להוריש אינו יכול לתת כלומר החיסרון באיסור גיורא וכ"כ הרא"ש במפורש בתשובותיו (טו,א) ואף קישר זאת ללימוד שהציע הגמרא להו"א שמתנת שכ"מ דאוי מהפסוק "והעברתם".]

הרמב"ן במלחמות מפרש את דברי הגאונים והרי"ף. הוא מביא את דברי השואל בתשובות הגאונים שמקשה מדוע השוותה הגמרא משכ"מ לירושה הרי המקבל אינו יורש של הנותן ואדרבא לשון ירושה אינו מועיל. והשיבו הגאונים **שכיון שתקנת מתנת שכ"מ היא לאחר מיתה הרי שהיא כירושה**, ולכל מי שבנו אינו ראוי ליורשו לא יוכל הבן לקנות במתנת שכ"מ מאביו כיון שהתקנה אפשרה לאנשים זרים לירש ולא תוקנה לבנים שבדרך כלל מקבלים מאביהם ירושה רגילה. הוא מביא טעם נוסף מכיון שמשכ"מ כירושה היא וההשלכה לכך שכשהמקבל ראוי ליורשו אפילו לשון מתנה נעשית ירושה גמורה, על כן לגבי גר שאין בנו יורשו, אם יקנה במשכ"מ עשיתו כאילו הוא יורש והתורה אמרה לא יירש לפיכך לא נכלל הבן בכלל תקנת חכמים

לשאינו יורש. ומסיים "הלומד תורתן של ראשונים כשותה יין ישן." בחידושו הציע הרמב"ן שההכרח של הרי"ף לפרש דוקא בבנו של הגר נובע מכך שהוקשה לו כיצד ישנה מתנת שכ"מ לאנשים זרים אם היא כירושה. והביא את רבותינו שחולקים על הרי"ף: "דהואיל ומתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר גמר מיתה פירושה היא לכל אדם **שמטעם ירושה תיקונה כעין ירושה של תורה** דאלו מתנה אין מתנה אלא לאחר מיתה."

עולה מדברי הרמב"ן שהגאונים רצו לצמצם את הקשר בין ירושה למשכ"מ לירושה והעמידוהו על עיקר אחד והוא הקנין לאחר מיתה. לעומת זאת רבותינו שהביא הרמב"ן סברו שמשכ"מ היא ירושה דרבנן. הרמב"ם (זכיה ומתנה פ"ט ה"ז-ח) כותב:

גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה, הואיל ואינו יורשו כמו שיתבאר במקומו, כך אינו יכול ליתן לו כל נכסיו במתנת שכיב מרע, לא כל נכסיו ולא מקצתו, **שלשון ירושה ומתנה לגבי יורש אחד הן, ואם תאמר יקנה נמצא זה יורש את אביו**. לפיכך אם נתן לגר משאר הגרים מתנתו קיימת.

הראב"ד משיג: "א"א כן אמר הגאון ואין הדעת נוחה הימנו ויש לומר דעת אחרת טובה מזו."

מדברי הרמב"ם עולה שסבר כשיטת הרי"ף ואף השתמש באותו נימוק שלשון ירושה ומתנה שווים לגבי יורש. ונראה שאליו כיון הרמב"ן שכתב "יש מוסיפין בה טעם אחר שבן הגר אינו יורש ואם יקבל מאביו נמצא שעשיתו יורש." אמנם בתרומת הדשן (א, שנב) כותב:

ורב אלפס כתב הטעם דכיון דהוי ראוי ליורש משכ"מ כירושה שוויה רבנן, כלומר רבנן דיינינן ליה דלא כיון לשם מתנה אלא לשם ירושה, וכיון דליתא בירושה ליתא נמי במש"מ.

דהיינו הוא מבין שעפ"י הרי"ף אין פה גזירה של מראית עין אלא חיסרון בפרשנות דברי הנותן, שכיוון להוריש למי שאינו יכול לירש. לכל השיטות בהבנת הרי"ף נראה שהקשר בין משכ"מ לירושה הוא, כפי שבארנו קודם עפ"י דברי הרמב"ן, קיים בעיקר בענין הקנין לאחר מיתה. רבינו תם בספר הישר (חלק התשובות נב) כותב:

על הא דרבא ורב מארי בזווי דאיסר, נראין הדברים שלא תקנו חכמים מתנת שכיב מרע לגר ולא מצוה לקיים דברי המת, דרבא גופא אמר דרבנן היא ועשאוהו כשל תורה ולא תיקנוה אלא לגבי מת שיש לו יורשים. דמתנת שכיב מרע כעין חידוש הוא דבמקצת בלא קנין לא חשו לשמא תטרף דעתו עליו ולכולהו נכסי חששו ואין צריך קנין, הלכך גבי גר שאין לו אב מוריש לא תקנוה דמילתא לא שכיחא היא.

משמע מדבריו שהוא חולק על הרי"ף וסובר שלא תיקנו כלל בגר משכ"מ ומחדש שהטעם הוא מצד "מילתא דלא שכיחא" (דבר שאינו מצוי) ועל כן גם לא תיקנו "מצוה לקיים דברי המת" וא"כ אין הלכה זו מעידה על קשר בין משכ"מ לירושה. דברים אלו לכאורה אינם מתיישבים עם שיטתו המפורשת בענין מחילת משכ"מ שהבאנו לעיל וצ"ע.

הרא"ה בתשובתו העיד שר"ת שסבר שאף אם הגר הוא המקבל מתנה אין משכ"מ פועלת, ואף שהרשב"א ערער על כך, הרי שיתכן שלא היה בידיו מקור סותר לכך. מהתשובה שבידינו לא ניתן לדייק מה דעת ר"ת בדין שהעלה הרא"ה, אבל ניתן לדייק שלדעת ר"ת עיקר החיסרון בגר הוא שאין לו אב מוריש ודלא כתוספות. כמו כן ניתן לערער על כך שהרא"ה רצה ללמוד בשיטת ר"ת שמשוה משכ"מ לירושה, כפי שראינו אין זה הטעם שמציע ר"ת.

הרשב"א בחידושו חלק על הרי"ף וסבר כדעת הראב"ד שגר אינו יכול ליתן כלל משכ"מ אלא שנתחבט בהבנת הדברים. ובתחילה כתב כפי שבפשטות הבין הרמב"ן שזו כירושה גמורה וע"ז כתב "ועדיין צל"ע דאדרבא ירושה עם גמר מיתה היא, ואילו הייתה מתנתו עם גמר מיתה לא הוה מהני כלל, אפי' כתב ואפילו קנו מידו ואפילו במייפה את כחו. **ואפשר לומר דלאו כירושה ממש אלא כירושה שאינה קונה מהשתא ואם עמד חוזר כירושה.**" כלומר הוא מקבל את גישת הראשונים שגר אינו שייך במתנת שכיב ומסביר שהיא לא מחייבת קשר מהותי לירושה אלא רק בדינים מסוימים. [וצ"ע כוונתו שמתנה אינה מועילה אפילו בכתב וכו' ומה השתנה בכך שהמתנה עם גמר מיתה ואולי כוונתו בתמיה שמתנה יכולה להועיל גם ללא תקנה מיוחדת אם נעשית עם גמר מיתה.].

הריטב"א בחידושו מקשה ג"כ על הרי"ף ומסכם :

הנכון... ועשאוה כירושה, וכאילו זה ראוי ליורשו, כי ע"י משמוש נחלה כל ישראל ראויים לירש זא"ז אילו הוה כלים כל שבטים. הילכך כל היכא דליתיה לנותן או למקבל בירושה ליתיה במתנת שכ"מ... וכ"כ הר"מ. אבל י"א דלא קאי אלא על הנותן, ולישנא דגמרא מוכיח דעל רב מרי קאי. מתוך כך מתקשה הריטב"א כיצד ניתן לתת מתנת שכ"מ להקדש שאינו בירושה ואינו שייך במשמוש כפי הסברו המיוחד של הריטב"א. ומשיב בשם רבו של רבו [הוא הרמב"ן]:

שאני הקדש דזוכה באמירה מחיים בבריא וכהדיוט בקנין וכיון שכן זוכה בשכ"מ וכהדיוט דלא זכי אלא אחר מיתה ובתקנתא דרבנן, דשויוה רבנן כירושה, ולפיכך אמר דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אע"פ שאם עמד חוזר במתנתו, ואין דייתיקי מבטלת דייתיקי. הריטב"א תופס שהקשר בין ירושה למתנת שכ"מ מהותי ואינו רק ביחס לדינים מסוימים.

מחלוקת זו בין הריטב"א לרשב"א נפתחה כבר ע"י מחלוקתם של רבו של הריטב"א, הרא"ה כנגד הרשב"א שנדפסה בתשובות הריטב"א (עט), נביא את הדברים הנוגעים במישרין לענייננו.

הרא"ה מביא את הסברו לתקנת מתנת שכ"מ מדין משמוש והרשב"א מקשה עליו כיצד עושים משמוש כאשר היורש לפנינו וכן גמירי דלא כליא שבטא ואיך יוכלו לתת מתנה משבט לשבט. וכן מה יעשה בן גרים דור עשירי שודאי לכל השיטות יכול לתת מתנת שכ"מ. דגם לדעת הראב"ד אם יש בן או קרוב אחר יכול הגר לתת מתנת שכ"מ. וכן הוא מדייק מדברי הרז"ה והרמב"ן.

הרא"ה השיב לו שהסיבה שהיה צריך להשוות משכ"מ לירושה היא אותן הגבלות שמצאנו בדיני מתנת שכ"מ, כמו גר ודשלבלי"ע, שמוכחות שאין זו תקנה סתמית שלא תיטרף דעתו אלא הרחבה של אחד מדיני התורה. והוא דן בשאלה האם כשהמקבל ראוי לירש והנותן גר תועיל המתנה ומביא ששיטת הראב"ד שתועיל ושיטת הרא"ש מלוניל, רבינו אשר בן שלמיה ובעל העיטור שלא תועיל. וכן מדייק מדברי הרמב"ן והרז"ה שלהבנתו השוו מתנה לירושה לגמרי. ולעומתו הרשב"א טוען שדעת הרמב"ן והרז"ה שגר יכול לקבל משכ"מ. וכן דן הוא בשיטת ר"ת כפי שהבאנו לעיל.

**סיכום**

נחלקו הראשונים בגדר הכלל גר דליתיה בירושה ליתיה במתנה. דעת הגאונים, הרי"ף והרמב"ם שזהו דין מיוחד שאין גר מוריש לבנו בגיותו ונובע מכונה מוטעית של הנותן או מחוסר תקנה לבני גרים או מגזירת חז"ל מיוחדת.

לעומתם הראב"ד, בעה"מ, ר"ת, הרשב"א, הרא"ש, הרא"ה, הריטב"א ועוד ראשונים פסקו שתמיד גר אינו יכול לתת אלא שנחלקו בפרטי הדין שדעת הראב"ד שרק אם הוא מקבל לא שייכת משכ"מ ודעת סיעת ראשונים שהובאו ברא"ה שצריך להיות ישראל משני הצדדים. ודעת הרשב"א שמספיק שהנותן יהיה ישראל ולדעתו למדו הרבה ראשונים כמותו ודלא כרא"ה.

הרא"ה הוא הראשון שבאופן בולט מעמיד את המשכ"מ כירושה והוא טוען שיסודה בדיני משמוש (ובעקבותיו הלך תלמידו הריטב"א). לעומתו הרשב"א אוחז שזו מתנה שיש בה כמה דינים שהשוותה בהם לירושה ור"ת כנראה ג"כ הולך בגישה זו בסוגיא זו, (דלא כפי שהבין הרא"ה בשיטתו, אף שבסוגיא אחרת דייקנו שמשווה משכ"מ לירושה). בדעת הרמב"ן נחלקו הרא"ה והרשב"א, פשטות דבריו בחידושים שהבאנו לעיל מורה שהבין בדעת רבותינו שזו ירושה כעין של תורה, ושהרי"ף כדי לברוח מהשוואה לירושה שלא הייתה מקובלת עליו קיבל את פירוש הגאונים שמדובר בבני גרים. אלא שאף אם הוא וראשונים נוספים נסמכו על ירושה, כפי שכתב הרא"ה, נראה שלא נזקקו לדין המשמוש אלא לירושה דרבנן רגילה כמו שהזכיר הרא"ש שהגמרא רצתה ללמוד משכ"מ מ"והעברתם". דוגמא בולטת לכך היא שיטת הראב"ד, שכתב ששייכת משכ"מ לגוי כיון שראוי לירש מאביו, דהיינו מקרה שבו בודאי לא שייך משמוש (ויתכן שהוא באמת לא קישר א"ז לירושה וצ"ע).

**ו. זמן חלות משכ"מ**

במסכת ב"ב (קלז, א) נאמר :

ומודה, שאם נתן במתנת שכיב מרע - לא עשה כלום. מאי טעמא? אמר אביי : מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריו. ומי אמר אביי הכי? והא איתמר : מתנת שכיב מרע מאימתי קנה? אביי אמר : עם גמר מיתה, ורבא אמר : לאחר גמר מיתה! הדר ביה אביי מההיא...



המחלוקת בין רבא לאביי לא נתבררה בגמרא ואף לא הסיבה מדוע חזר בו אביי. בידינו נשארה המסקנה הסופית שלכל הדעות חלוקה של משכ"מ נעשית לאחר גמר מיתה.

בגיטין (יד,א) מביאה הגמרא סתירה בברייתות:

הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו - תני חדא: יחזרו למשלח, ותניא אידך: ליורשי מי שנשתלחו לו. לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר: הולך כזכי ומי"ס: הולך לאו כזכי! אמר ר' אבא בר ממל: דכ"ע הולך לאו כזכי, ולא קשיא: הא בבריא, הא בשכיב מרע. רב זביד אמר: הא והא בשכיב מרע, הא דאיתיה למקבל **בשעת מתן מעות**, הא דליתיה למקבל בשעת מתן מעות.

וכתבו התוספות:

הא בשכיב מרע - אור"י אע"ג דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתת נותן אפי"ה קנו יורשין **דדעת נותן הוא** דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו ואפי" לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת נותן קנו אפי" למ"ד המזכה לעובר לא קנה **דדברי שכיב מרע כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו.**

כך כתב הרא"ש (סי' יט):

משום דדברי שכי"מ לענין לקנות אחר מיתתו חשובין ככתובין וכמסורין **למפרע** משעת **נתינתו** והלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות **הוברר הדבר שזכה משעת המתנה** ומורישו ליורשיו.

כך כתב הטור (חוי"מ קכה) בעקבותיו, ובמקום אחר (סימן רג) כתב:

שהחכמים תקנו שדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו בין אם כתב או אמר נכסי לפלוני קונה לכשימות **למפרע משעת נתינה** אפילו בלא קנין.

הר"ן הקשה על התוספות:

אבל תמה אני למה, דהא קיי"ל בסוף פרק יש נוחלין דמשכ"מ לא חיילא אלא לאחר גמר מיתה וכיון דבעידנא דחיילא ליתיה למקבל היאך קנה והא אין קנין למת וצ"ע.

הבית יוסף (חוי"מ קכה) מעיר:

ולפי מה שכתוב בתוספות שלנו (שם) לא קשיא, שכתבו דטעמא דמילתא משום דדעת נותן הוא דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל

לאחר מיתתו או הוא או יורשיו עכ"ל. ואפשר שהטעם הוא כמו שכתב רבינו בשם הרמ"ה דשאני מתנה זו שהוציא הממון מתחת ידו דעתו שיקנה מיד הילכך משעה שאמר לשליח זכה המקבל ומוריש ליורשיו. כלומר הב"י בתחילה טוען שלתוס' שלנו אין מגמה לאמר שמשכ"מ חלה למפרע אלא רק שדעת נותן היא שתחול למפרע. על כך יש להעיר שמסוף דברי התוס' משמע שחל למפרע וכן דעת הרא"ש והטור בפירוש. לאחר מכן הבית יוסף מתאים את שיטת התוס' והרא"ש לשיטת הרמ"ה שכשמוציא את הממון מידו זכה למפרע, אמנם בטור משמע לכאורה שיש להפריד ביניהם וצ"ע.

גם בשו"ת הריב"ש (שמו) ניסה השואל ליישב:

דכי אמרינן דלא חיילא אלא לאחר גמר מיתה, היכא שלא יצאתה מרשותו, אבל היכא שנטל ונתן ביד שלוחו ואמר: הולך מנה לפלוני, הולך כזכה, כיון שהוא שכיב מרע.

ועל כך משיב הריב"ש בסיכום השיטות בענין:

**"הרשב"א** ז"ל הולך בדרך אחרת, ואומר שאינו צריך לכל זה. דפירושא דגמרא הכי הוא: דכי אמרינן: הולך לאו כזכי, הני מילי בבריא, **אבל בש"מ, כיון שדבריו ככתובין וכמסורין, לרבנן, הולך דידיה אלים, והוי כזכי ...** ונראה מדבריו, שאע"פ שעמד הנותן, קנה המקבל, או יורשיו, כל דאיתיה בשעת מתן מעות, דאין זה נותן במתנת שכיב מרע. אלא דכיון שהוא ש"מ, והיה יכול לתת בענין שיהיו דבריו ככתובין וכמסורין, גם עתה, אע"פ שאין מתנתו זאת כמתנת ש"מ, אמרינן דהולך דידיה כזכי, וקנה המקבל מיד, וקנו יורשיו אחריו, אע"פ שלא מת הנותן. **ורמ"ה** ז"ל הלך בדרך אמצעית; ואומר, **דהולך דש"מ כזכי, כשנותן במתנת שכיב מרע, ואינו יכול לחזור בו, כל שלא עמד. דכיון שמסר ליד שליח, הולך דידיה כזכי, וכונתו שיקנה מעכשיו, אם ימות.**

ומסיים שתירוץ השואל הוא בשיטת הרשב"א, [ולא עפ"י שיטת הרמ"ה שמחייב דוקא שתהיה זו מתנת שכי"מ] והתוס' והרא"ש לא סברו כמותו.

קצוה"ח (קכה, ה) תירץ את קושיית הר"ן דאם משכ"מ כירושה יכול ג"כ להוריש לאדם שכבר מת שתמשמש הירושה ליורשיו. ויתכן שהתוס' והרשב"א לא יכלו לאמר את תירוץ של הקצות כיון שהם לשיטתם שאין משכ"מ שוה לירושה.

האחרונים דנו בשיטת התוס', הרא"ש והטור והקשו כמה קושיות מדיני משכ"מ שתלויים לכאורה בכך שתחול המתנה רק לאחר מיתה כמו דין משכ"מ בשטר ואחריך שקודם למשכ"מ (או"ש הלכות זכיה ט, יב). יש מהאחרונים שרצו לומר שחכמים תקנו שאם ראוי לקנות לאחר מיתה יחול למפרע (אמרי משה סי' לט) ויש שתלו את זה שבזמן שחייבים קנין למפרע תיקנו שיהיה למפרע (אחיעזר יו"ד כב, ו) ויש שראו בדברי המהרי"ט שהבאנו בתחילה שהבין שכונתם של התוס' והרא"ש ליפוי כח בלבד דהיינו כעין שעבוד (שיעורי הגר"ש ב"ב קלג) ויש מי שהסביר שנקרא יורש מחיים [וזה עפ"י התפיסה שלשיטת התוס' והרא"ש ישנו בהכרח קשר בין משכ"מ לירושה] (משנת ר' אהרן גיטין סי' יג לגר"א קוטלר) ויש שביארו שיש מושג של קנין "בעצם" כמו בבעלות של מקנה לקנין לזמן וזה הדבר שעובר למקבל המשכ"מ מיד (שערי חיים גיטין סי' לח לגר"ח שמואלביץ) [ראה מילואי חושן על הקצוה"ח רנ, א] עפ"י כל הביאורים הללו נצטרך לבאר מדוע נחלקו הראשונים על שיטת התוס'.

הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה פרק י כותב:

שכיב מרע שנתן מנה לאחד ואמר לו הולך מנה זו לפלוני והלך ומצאו שמת, אם קיים היה **בשעה שנתן לו** השכיב מרע, ינתנו ליורשי מי שנשתלחו לו שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן, ואם לא היה קיים יחזרו ליורשי משלח שאין קנין למת.

דבריו הם העתק כמעט מדויק של הרי"ף בסוגיא, ולא הוסיף מעבר לכך לבאר את שיטתו. יתכן שסבר כשיטת הרמ"ה כיון שמקשר את הדין ל"דברי שכ"מ" דהיינו מדובר בדין מתנת שכ"מ, והולך דידה כזכי וכעין שניסה הב"י ליישב את קושיית הרי"ן. ואולי סבר כתוס' שחלה למפרע וצ"ע.

### סיכום

הגמרא בב"ב סתמה שזמן תחולת המתנה לאחר מיתה. מהגמרא בגטין משמע שיש משמעות למתנה גם מחיים.

הרשב"א והרמ"ה מצאו דרכים ליישב את הסתירה ולהעמיד את הגמרא בגטין במקרה מיוחד. לדעת התוס' והרא"ש הגמרא בגטין חושפת שלב נוסף במשכ"מ שהיא חלה למפרע, הבנת שיטתם כפשוטה מנתקת את המשכ"מ מירושה לחלוטין, האחרונים העלו מגוון של הבנות לדברי התוס' ולרובן תהיה אמירה זו נכונה. מלבד

שיטתו של הגר"א קוטלר שביסס את שיטת תוס' על הגדרת המשכ"מ כירושה והפיכת המקבל ליורש.

בשיטת הרמב"ם קשה להכריע. אך כנראה לא קיבל את שיטת התוס' כפשוטה וכפי שהוכחנו בפרק על ירושה שאין לה הפסק שרוב הראשונים לא השתמשו בדרך התוס' ליישב את הקושי שם.

#### ח. גבית חובות ממשכ"מ

במסכת בבא בתרא (קלג,א) הגמרא מציעה נפק"מ בין משכ"מ לירושה:

למאי הלכתא? סבר רב אדא בר אהבה קמיה דרבא למימר: אם ראוי ליורשו - אלמנתו נזונית מנכסיו, ואם לאו - אין אלמנתו נזונית מנכסיו, אמר ליה רבא: מיגרע גרעא? השתא בירושה דאורייתא אמרת: אלמנתו נזונית מנכסיו, במתנה דרבנן לא כל שכן!

הרשב"ם מסיק:

ומהכא שמעינן דהא דקיימא לן דמזון האשה והבנות לא טרפא ממשעבדי ה"מ מתנה גמורה בקנין או מכר גמור אבל מתנת שכ"מ אלמנתו ניזונת מנכסיו מקבל מתנה וה"ה לבנות.

הרי"ף כותב (ס,ב) ג"כ שאף אם לא נגרוס את הסיום של "השתא וכו' כמו "איכא נוסחי אחריני" "תרוויהו לישנא דגמרא נינהו וחד טעמא נינהו אלא חד נוסחא קיטא וחד נוסחא רויחא" והמשנה של "אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תקון העולם" מדברת "במשעבדי מחיים כגון מתנת בריא ומכירה אבל מתנת שכ"מ דלא קניא אלא לאחר מיתה כדאמרינן... לא דחיא תקנתא דרבנן, דמזונות אלמנה ומשכ"מ תרוויהו תקנתא דרבנן **ובהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה** הלכך לא דחיא חדא מינייהו לחברתה ותרוויהו קנו, האי סברא דילן. וחזינן למקצת רבואתא, דסמכי להו אהאי נוסחא דלית בה השתא ומה, וקא מפרשי להו הכי אטו יורש מיגרע גרע אלא בין משום ירושה ובין משום מתנה אין אלמנתו ניזונית מנכסיו ומסייעי לה למילתא מדתנן אין מוציאין וכו' " והוא חולק עליהם ודוחה את ראייתם מהמשנה. עולה מהרי"ף שהדימוי לירושה אינו מספיק כדי לאפשר את גביית מזון האלמנה והבנות אלא רק העובדות שהמתנה חלה לאחר מיתה ושהיא מדרבנן גורמות לה להשתוות למזונות האלמנה והבנות.

אמנם מחידושי הרמב"ן שכתב "וטעמא דמילתא דשאני הך מתנה דכיון דלא חיילא אלא לאחר גמר מיתה כירושה דמיא **וכבר קדמו** מזון האשה והבנות." משמע שהחוב של מזון האשה והבנות חל מחיים ובניגוד ללשון הרי"ף ש"בהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה". ובהמשך כתב הרמב"ן ביאור לרי"ף, "פירוש לפירוש, שמשכ"מ מדאורייתא אינה קונה כלל **שהרי לא גמר להקנות אלא לאחר גמר מיתה**, ואין לו כלום בנכסים, שכבר נפלו נכסים לפני יורשים וכדתנן צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, ומדרבנן הוא דקני וכירושה שוויה רבנן, דאי מחיים הוא אפילו רבנן עקרה אבל **כיון דלאחר מיתה אתיא, לא עדיפא הך תקנתא מהך** והוא כירושה לגבי מזונות זהו טעמו של רבינו." כלומר גם הרמב"ן מדגיש שעיקר הטעם שגובים ממשכ"מ את המזונות היא מפני שהמתנה חלה לאחר מיתה דבר שנובע מכך שרבנן איפשרו לה להיות כירושה למרות שמתנה כזו אינה אפשרית מדאורייתא.

מהרמב"ם משמע כמו הטעם של הרמב"ן שכתב (הלכות זכיה ומתנה פ"ח ה"ח-ט):

מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, ואין אחר זוכה בדבר שצוה לו בין במקרקע בין במטלטלי אלא לאחר מיתה. לפיכך מוציאים לכתובת האשה ומזון האלמנה והבנות מיד אלו שצוה לתת להם, **שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות, ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה.**

וכן ברמב"ם (הלכות אישות פ"ט הי"ג):

נתן כל נכסיו במתנה לאחרים הואיל ומתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה כמו שיתבאר **הרי המתנה וחייב הנכסים בתנאין אלו באין כאחד** ולפיכך אלמנתו ובנותיו ניזונות מנכסיו ובניו יורשים כתובת אמן שמתה בחיי בעלה.

משמע שהחייבים באים ביחד ולכן נדחית המשכ"מ מהמזונות. הב"ח (ח"מ רנב) תפס שחייב המזונות קודם למיתה וביסס את דבריו על הרא"ש שהשמיט את הקטע הזה ברי"ף וכן על הטור שכתב זאת בצורה ברורה. ובתשובותיו (החדשות פג) כתב ליישב את דברי הרמב"ם שבהלכות אישות לא דקדק לכתוב את הטעם ורק בהלכות זכיה שמדובר שהמתנה כבר הגיעה ליד המקבל הוצרך לכתוב את הטעם שקדמה זכית הכתובה והמזונות למתנת שכיב מרע.

#### **גבית מלוה ע"פ**

הוסיף הרמב"ן חידוש גדול:

ושמעין מינה לדברי רבינו הגדול ז"ל דמלוה ע"פ גובה ממקבלי משכ"מ והרי היא כירושה וכ"כ תלמידו ז"ל הרב ר' יהוסף הלוי.  
 וכן קיבלו את דבריהם הרשב"א והריטב"א, ויסודם שכיון שמשכ"מ כירושה, מלוה ע"פ שגובים אותו מירושה יגבו גם ממשכ"מ. ואילו הראב"ד נחלק עליהם וסובר שלא גובה וכן הרא"ה שהובא בריטב"א בתשובותיו (סי' לט) סובר שהיא כמתנת בריא לענין זה. העובדה שדוקא הרא"ה שהוא המרחיב הגדול ביותר של השוואת המשכ"מ לירושה, סובר שאין לגבות מלוה ע"פ ממשכ"מ, מוכיחה שאין קשר בין הדיון הזה לדיונו.

### סיכום

לרוב השיטות גובים את מזון האשה והבנות וכן את כתובת האשה ואולי אף מלוה ע"פ ממשכ"מ. בסיבת הדין קיימת אפשרות אחת ברורה שעקב כך שהמשכ"מ חלה לאחר מיתה החיובים האחרים קודמים לה, וכפי שמפורש באחד מקטעי הרמב"ם, ברמב"ן ובעוד ראשונים וכן ראינו שקיימת אפשרות נוספת כפי העולה מפשט דברי הרי"ף ומהרמב"ם ששתי התקנות שקולות מבחינת זמן חיובם אלא שלמשכ"מ יש חיסרון ביחס לחוב כמו שירושה נחשבת פחות מחוב. נמצא שלמרות שבדין השוותה משכ"מ לירושה, הוצרכו הראשונים להדגיש את זמן הקנין שהוא לאחר מיתה כטעם לדין ולא להסתמך על השוואתו לירושה (וכן יש מקום להסיק מדין זה כנגד שיטת התוס' שמשכ"מ קונה למפרע וצ"ע ליישב).

### ט. סירוב למתנת שכ"מ

הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה פ"ט הי"ג-יד) כותב:

שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחד, ואמר הלה איני רוצה בהן לא קנה. שתק ואח"כ צווח קנה, שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן, וכיון ששתק אינו יכול לחזור בהן.

יסוד דבריו הוא הרי"ף שהעמיד את הגמרא בב"ב (קלז:-קלח). בשכ"מ מפני ש"דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו וכיון ששתק כמי שנמסרו לו דמי אבל במתנת בריא לא קני עד דמטי שטרא לידיה." הנימוק"י כותב (שם) שהשתיקה היא אחר מיתה "אבל מחיים כיון דמתנת שכ"מ אינה קונה עד אחר מיתה אפילו שתק יכול לחזור בו." ויתכן שלזה כיונו הרי"ף והרמב"ם.

קצוה"ח (רמה, ד) נוטה לפרש בדעת הרמב"ם שסובר כשיטת הרא"ש שמתנת שכי"מ קונה למפרע וכן תפסו כמה אחרונים בדעת הרמב"ם. על כך להעיר שיש דוחק להשוות את שיטת הרמב"ם עם הרא"ש ובפרט שכבר ראינו שלדעת הרמב"ם עיקר השוואת דין המשכ"מ לירושה הוא לענין הקנין לאחר מיתה. לכן נראה שניתן לפרש בדעת הרמב"ם וכן ברי"ף כדעת הנימוק"י שהשתיקה היא לאחר פטירתו של הנותן.

### סיכום כללי

הרא"ה תולה את משכ"מ בירושה דרך משמוש. לעומתו הרשב"א ואולי גם ר"ת (בתשובה בניגוד לדבריו בתוספות) מנתקים את משכ"מ ממשמוש ומירושה בכלל, וכן משמע משיטת התוס' שמשכ"מ קונה למפרע ועליהם נחלקו רוב הראשונים. מהרי"ף ובעקבותיו הרמב"ם נראה ברוב המקומות שמשכ"מ נחשבת כירושה דרבנן רק לענין אחד והוא העובדה שמשכ"מ פועלת לאחר מיתה. מהרמב"ן נראה שקיבל את גישת הרי"ף והרמב"ם כשהוא מציין שהשיטות החולקות עליהם רואות במשכ"מ ירושה דרבנן (ראה במיוחד בפרק על משכ"מ לגר).

נמצא שישנן ארבע שיטות מרכזיות בביאור הגדרת מתנת שכיב מרע:

- א. תקנה חדשה ללא קשר לדיני הירושה הקיימים - רשב"א ותוספות.
- ב. תקנה שדומה לירושה בזמן החלות דהיינו "לאחר מיתה" - הגאונים. הרי"ף והרמב"ם.
- ג. ירושה דרבנן - רמב"ן בשם רבותיו.
- ד. ירושה דרך משמוש - הרא"ה והריטב"א.

## טז. שאלות בדיני שכירות

### א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות<sup>171</sup>

התובעים השכירו את ביתם לנתבעים לפי המסמכים שבידי בית הדין חל עיכוב בתשלומים בארבעה מהחודשים, בשאר החודשים היה התשלום בזמן. שני חודשים לא שולמו כלל לאחר מכן הנתבעים המשיכו בתשלום דמי השכירות. בבית נתגלו תקלות רבות בבית בעיקר במערכות החימום של הבית וחימום המים. תקלות אלו תוקנו על ידי המשכירים אך חלף זמן עד שנעשה התיקון שעמד בדרישות החוזה ל"שביעות רצון" הנתבעים.

נושא נוסף שסביבו התקיימו דיונים היה תיקון הרצפה במטבח. התיקון נעשה במהלך החופשה תוך כדי כך שהיו אורחים בחלק מהזמן והתיקון התמשך מעבר למתוכנן.

כמו כן הופקד פיקדון של סכום מסוים עבור ביטחונות לשכירות. בחוזה נאמר שהפיקדונות יושקעו לפי הוראת הנתבעים. התובעים הודיעו שהם יבדקו את ההשקעה שהציעו הנתבעים ואם הדבר לא יראה לתובע הוא ישקיע בתעודות סל של זהב.

### ב. טענות התובעים

התובעים הציגו בפירוט רב את טענותיהם בכתב התביעה. נתמצת אותם בקצרה:

1. סיום השכירות- עקב הפרות רבות של החוזה הן באיחור בתשלום פעמים רבות הן בתקשורת לקויה בנושא התיקונים שנדרשו בבית, לסיכום צירוף של הפרות חוזה וסכסוכים מהווה לדעת התובעים עילה לסיים השכירות.
2. החזר כספים- הנתבעים מעכבים תשלום של חודשיים מהשכירות.

### ג. טענות הנתבעים

1. הם מעוניינים להמשיך בחוזה, לדבריהם העיכובים בתשלום הם בגבול הסביר, חלק מהעיכובים נובעים גם מהבעיות שהיו בבית ולא תוקנו. כמו כן בחוזה נקבע שרק עיכוב של 60 יום מהווה עילה לביטול השכירות (סעיף 11).

<sup>171</sup> פס"ד בבי"ד ארץ חמדה גזית ירושלים בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי.



2. עיכוב התשלום נעשה לדבריהם בעקבות רצונם לקבל פיצוי על חלק ניכר מתקופת החורף בה היו ללא חימום הבית וחימום המים כראוי. לדעתם ראוי לפצות אותם על מצבו הלקוי של הבית.

הפסד נוסף נגרם להם בתקופת החופש בה תכננו להשכיר את הבית לצורך מימון החופשה. יש סעיף בחוזה (ג4) המאפשר לשוכרים השכרת הבית עד ארבעה שבועות, אמנם התובעים הודיעו להם על התיקון אך בהודעה נאמר שהתיקון יתבצע בשבוע הראשון של החופש בלבד, בפועל התיקון נמשך זמן רב יותר ולמעשה לא ניתן היה להשכיר את הבית כלל בכל התקופה.

טענה נוספת על הפסד שנגרם להם העלו הנתבעים ביחס להשקעה שבחרו התובעים לעשות בכסף הביטחונות. למרות הנאמר בחוזה שההשקעה תהיה לפי הוראת השוכר, התובעים סירבו להשקעה באג"ח אפריקה ישראל ובמקום זאת השקיעו בזהב. יש פער רווחים גדול בין ההשקעה שנתבקשו לעשות לבין ההשקעה שנעשתה בפועל והנתבעים דורשים לפצות אותם על הנזק שנגרם להם.

התובעים לא הסבירו על סמך מה עיכבו דווקא תשלום של חודשים מהשכירות ומה הוא גודל הפיצוי המגיע להם על הנזקים שלדבריהם נגרמו להם.

#### ד. השאלות לדיון

1. האם נעשתה הפרת חוזה המאפשרת ביטול השכירות.
2. האם השוכרים זכאים לפיצוי על נזקים בחפץ השכור.
3. האם השוכרים זכאים לפיצוי על מניעת השכרה.
4. האם השוכרים זכאים לפיצוי על ההשקעה שלא נעשתה לפי הוראות השוכרים.
5. הוצאות משפט

#### ה. ביטול השכירות

הנתבעים טענו שהחוזה אינו מאפשר ביטול החוזה על סמך איחור בתשלום פחות מ-60 יום וממילא אין מקום לדיון על ביטול החוזה בעקבות האיחורים שהיו. אך לא דקו בלשון החוזה, שכן מלשונו מוכח שהפרת חוזה מאפשרת פנייה לבורר וקיום דיון על סיום השכירות. במקרה של עיכוב מעבר ל-60 יום החוזה בטל אף ללא פנייה לבורר.

על כן הסמכות בידי בית הדין לבטל את חוזה השכירות.

**ביטול שכירות עקב שינוי המצב**

הבסיס ההלכתי לביטול חוזה שכירות על רקע שינוי בתנאים נוטה לכך שלא לבטל שכירות. כך כותב הרמ"א (שיב, ט):

מי ששכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית. ואם אמר ליה מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו, ונעשה שונאו, יכול להוציאו (נ"י פרק השואל).

נמצא שאפילו מציאות של שנאה שמתחדשת בין הצדדים אין בה בכדי לבטל חוזה שכירות. ואפילו במה שהתבאר בסיום דברי הרמ"א שהמשכיר אומר שהוא עושה את שכירות משום שאוהב את השוכר, ונעשה אחר כך שונאו, הרמ"א פוסק שהשכירות במקרה כזה בטילה אולם קצות החושן (שיט, א) חולק וסובר שלא ניתן להוציא במקרה כזה מהבית אלא אם כן נעשו הדברים על פי כל דיני תנאים. והסכים לכך נתיבות המשפט (שיב, ז) במקרה של בית שעומד להשכרה והמשכיר אומר שההשכרה היא משום שהוא אוהבו.

על כן נראה שבכדי לבטל חוזה שכירות צריך להיות ברור כשמש שאכן נעשה עוול גדול על ידי אחד הצדדים.

כשאנו בוחנים את איחורי התשלום שנעשו על ידי הנתבעים הרי ששנים מהם הם איחור של יומיים מעבר ליום האחרון לתשלום, ואחד הוא בעקבות עיכוב גדול בתיקונים. אף שהאיחור אינו מעשה נכון וראוי, ועל הנתבע לעמוד בתשלום בזמן שנקבע שהוא יום ה-14 בחודש, הרי שתמונת האיחורים היא כזו שאינה מצדיקה ביטול.

כמו כן לא הועלה בחוזה בכתב או בעל פה טיעון שיש לתובעים צורך מיוחד בתשלום בזמן לצורך מטרות מסוימות וגם לא נאמר טיעון כזה בבית הדין, ועל כן אין מקום לדיון מיוחד על ביטול החוזה בגלל נזקי האיחור ואין פסק הדין שצורף לתביעה שייך לנידון דידן.

לגבי שאר הטענות שמענו מהנתבע הסברים שיש בהם היגיון, ועל רקע מצב הבית והתיקונים שנדרשו לו נראה שהתנהגות שני הצדדים היא מתקבלת על הדעת. מלבד זאת נציין ששני הצדדים נוהגים בכבוד זה בזה ונראה שיש בסיס גם להמשך הקשר העסקי ביניהם להבא.

אך עם זאת אנו דורשים מהנתבעים להקפיד מאד להבא לשלם את התשלומים בזמן ולא להלאות את התובעים במרדף אחריהם בכדי שישלמו. נציין שלדעת הרבה ראשונים בעיכוב דמי השכירות יש איסור תורה של "בל תלין" וכך כותב בעל החפץ חיים בספרו אהבת חסד דיני תשלומי שכר שכיר בזמנו פרק ט סעיף ה):

ועל שכר קרקעות יש דעות בין הפוסקים ועיין בביאור הגר"א שמצדד להחמיר לפי סוגית הגמרא שלנו ובאמת כן איתא בהדיא בתורת כהנים דהריבוי הנ"ל מרבה אפילו שכר קרקעות, אח"כ מצאתי שכ"כ בספר שער המשפט ולפ"ז כ"ש שיש להיזהר בשכר בתים...

ועיין בפתחי חושן (שכירות פרק ט סעיף ז ועיין דרכי חושן א, עמ' רצז שדן באיחור בתשלומי שכירות והסיק שלמרות האיסור אין לבטל שכירות ללא סעיף מפורש בחוזה). ומכיוון שכן עלינו להזהיר ביתר שאת את השוכרים מלעבור על עבירה חמורה זו.

#### **ו. פיצוי על נזקים בבית השכור**

לפי הנתונים שהגיעו לידינו הרי שבתקופת החורף עד לסוף ינואר היו בעיות של ממש במערכות חימום המים והבית. על אף שנעשו ניסיונות מצד בעל הבית לתקן את הבעיות, הרי שברור שעבר זמן של ממש עד שהניסיונות צלחו והתיקון הגיע לסיומו. אין ספק שלבעיות אלו יש השלכה על ערכו של הבית אילו היה עומד להשכרה באותו הזמן, עולה השאלה היא האם אדם ששכר חפץ וערכו ירד במהלך השכירות יכול לנכות למשכיר מדמי השכירות.

#### **1. בית שכור שנפל**

במקרה של בית שנפל או התקלקל לגמרי נחלקו הפוסקים דעת הרבה הראשונים היא שמרגע שנפל הבית השוכר הפסיד וכך כותב השו"ע (שיב, יז):  
המשכיר בית לחבירו לזמן... ואם מעצמו נפל, אם אמר לו: בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנותו, אלא מחשב על מה שנסתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות.

אמנם יש שחלקו על כך וכך והרמ"א בסוף הסעיף הוסיף וכתב בלשון זו:

נשרף הבית, דינו כנפל (מרדכי פרק האומנין ותשובת מיימוני דמשפטים סימן מ"ז). (נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא) (שם במרדכי ושם בתשובת מיימוני דמשפטים) המפרשים התחבטו בכוונת דבריו שכן לפי פשטות הדברים אין חילוק בין מקרה שנשרף הבית השכור בלבד שמנכה לו משכירותו לבין מקרה שנשרפה כל העיר, ואם כן מה כוונתו בהבאת דין נשרף הבית ולאחר מכן ממשיך ומביא דין נשרפה כל העיר כשלמעשה אין בזה שום שינוי וחידוש.

הסמ"ע (שיב, לד) מבאר שרמ"א התכוון לדעה החולקת וצריך להוסיף: "א דצריך ליתן לו כל שכרו" ואז סיום הדברים מיושב שכן גם לדעת החולקים וסוברים שצריך ליתן את כל השכר במקרה שנפל הבית הם מודים שאם זו מכת מדינה אין צורך בכך.

הט"ז קיבל גם את הגהת הסמ"ע. הגר"א (שיב, לט) חיזק את הגהת הסמ"ע בכך שאלו דברי הדרכי משה במקום שאכן מביא את הדעה החולקת. לכך יש להוסיף שמקור הדיון המופיע בציוני הרמ"א על אתר הוא

אכן באותן תשובות מימוניות ומרדכי שבהם מובאת הדעה החולקת. נתיבות המשפט (שיב, יג) חידש שאם הקדים לו את המעות כחלק מתנאי השכירות (ולא שנתן לו במקרה מתחילה או שתפס) לכל הדעות אינו צריך להחזיר את הזמן שנפל (ויישב עפ"י זה את הרמ"א אף ללא הגהה).

לסיכום עולה שיש מחלוקת ראשוניים האם צריך לשלם את מלוא זמן השכירות, לדעת השו"ע הלכה כשיטה שהשוכר אינו צריך לשלם יותר ואילו הרמ"א, לפי ביאור הרבה אחרונים, מביא את הדעה החולקת שהשוכר צריך לשלם על הכל. במקרה שהיה תשלום מראש כתנאי לשכירות לדעת נתיבות המשפט ועוד אחרונים השוכר צריך לשלם הכל.

לפי זה לכאורה גם במקרה שחלק מהדירה ניזוק וממילא ההנאה מהדירה פחתה הדין יהיה תלוי במחלוקת זו.

## **2. קלקול בבהמה שכורה**

אמנם השו"ע בעניין שכירות בהמה כותב כך (שי, א):

השוכר את הבהמה וחלתה (ועדיין ראוי למלאכה) (טור)... הרי המשכיר אומר לשוכר: הרי שלך לפניך, ונותן לו שכרו משלם.

מכאן שאם הבהמה השכורה חלתה ואינה עושה כפי מה שהייתה ראויה לעשות, אך היא עדיין לא מתה ויש אפשרות לשימוש חלקי או לשימוש עתידי, השוכר משלם שכר מלא. וזאת עפ"י שיטת הרמב"ם (שכירות ה,א), וכן כתב הטור (ח"מ שי): "כיון שראוי עוד למלאכה וצריך ליתן לו כל שכרו". כך ביאר המגיד משנה שיטה זו: "כיון שיכול להשתמש בה על ידי הדחק נותן לו שכרו". וראה עוד במאירי (ב"מ עח, ב ד"ה השוכר) שכך דעתו להלכה (אם כי במגבלה שאם השוכר אינו מעוניין להמשיך את העסקה אי אפשר לכפות אותו).

הראב"ד (מובא בשיטה מקובצת) חולק על כך והסכים עמו הרשב"א (ב"מ עח,א ד"ה אומר לו) והם סוברים שמנכים למשכיר את החיסרון שנגרם מכך שהבהמה אינה ראויה לעבוד, ובלשון הראב"ד: "אבל לענין השכר נ"ל שלא יטול אותו מפני שאינו יכול להשתמש בו כראוי".

וכן דייק הגר"א (שי,ד) מדברי רש"י על המשנה (עח, א ד"ה הרי שלך) שכתב "ונפסיד שנינו" (אם כי אפשר שכוונת רש"י שהמשכיר יפסיד מעצם זה שהבהמה נפגעה וערכה יורד). המגיד משנה (שכירות ה,א) הביא את המחלוקת והוכיח כשיטת הרמב"ם מתוספתא מפורשת. הגר"א מציין לכך בסיום דבריו ונראה שזו גם דעתו להלכה.

נמצא אפוא שלדעת הרמב"ם וסיעתו אם ניתן להשתמש בחפץ השכור באופן חלקי צריך לשלם על כך שכר מלא. להלכה השו"ע הביא את דעת הרמב"ם הרמ"א לא הביא דעה חולקת והגר"א גם הוא הכריע כשו"ע כך פוסק בשו"ת חבצלת השרון (ח"מ ל) וכן בספר אולם המשפט (שיד, א).

שיטת הרמב"ם שהזכרנו צריכה ביאור, מדוע כשהבהמה מתה אינו צריך לשלם את שאר השכירות, ואילו כשהבהמה חיה צריך לשלם על השכירות שכר מלא גם כשאינה רואיה לשימוש כפי שהייתה בעת השכירות.

נראה מכאן שבמקרה שחפץ השכור קיים אף שאינו ראוי לשימוש המלא, אומרים "מזלו גרם" והשוכר צריך לשאת בהפסד. וכן מבואר בשו"ת פני משה (ב, לב הובאו דבריו בשו"ת אדמת קודש א, ח"מ סז והסכים להם):

והוי טעמא ודאי משום דכיון דגוף הדבר השכור הוא לפנינו קיים ואין בו שינוי ועל הכל אין השוכר יכול להשתמש ממנו מפני איזה אונס כגון דא ודאי כ"ע יודו בה כי מזלו גרם של השוכר דהרי א"ל המשכיר הרי שלך לפניך...<sup>172</sup> וכן דעת נתיבות המשפט בשכירות בתים (שי, ב) :

ונראה דהוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל, דאם אפשר לדור עמם הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל...

### 3. חפץ ראוי לתיקון

אמנם ראה עמק המשפט ה, לה, אותיות מ-מב שדעתו שצריך לנכות מהשכירות (והסתמך גם על ספר "די השב-אם למסורת" שהוא מצטט משו"ת לב מבין סי' רכ, בטעות נרשם רמד) אמנם כותב הדבר כדן פשוט ולא דן בכל המקורות שהזכרנו. ושמא כוונתו לומר שאם יש חובה על המשכיר לתקן אזי עיכוב בחובה זו מצדיק ניכוי מדמי השכירות מה שאין כן במקרה של חמור שאי אפשר לתקן ומזלו גרם. או אפילו במקרה שאין חובה לתקן גם כן אומרים מזלו גרם, אך אם יש חובה לתקן הרי זו רשלנות של המשכיר שאינו מתקן. ובספר עמק המשפט ירד לחילוק זה, והוכיח שכך סובר החקרי לב (חו"מ סז, למרות זאת הוא הציג את החיבור שציטט כחולק).

כמו כן ראה פד"ר ירושלים א, עמ' קז שכתבו שניתן לומר קים לי כשיטת הראב"ד והרשב"א.

אך לענייננו בכל מקרה נראה שצריך לנכות מטעם אחר.

### 4. קלקול מלפני תקופת השכירות

במקרה זה יש גם שיקול נוסף, שכן חלק גדול מהתקלות היו בדירה עוד מלפני השכירות, הן מערכות החימום שלא עבדו כבר עם הכניסה לדירה והן החלקים השבורים במטבח. אם כך אין לומר במקרה כזה "מזלו גרם" שהרי כך היה מתחילה בבית, וזו הייתה חובת המשכיר להעמיד בית מתוקן לשוכרים ומכיוון שלא עשה זאת הרי שיש להם זכות להפחית משווי השכירות את החיסרון. כך עולה מהריטב"א (ב"מ עח, ב ד"ה נהורתיא) :

<sup>172</sup> אין בכוונתנו כאן לדון בשאלת "אנגריא שאינה חוזרת" אליבא דר"ח ורמב"ם אפילו כשהבהמה לא תחזור כלל צריך לשלם שכר עליה ואילו לפי רש"י וטור מדובר בבהמה שחוזרת לאחר זמן (עיין בסמ"ע שי, ב).

אומר מורי ז"ל דאפילו בהא דוקא שהבריקה אח"כ אבל מתחלה אין לו ליתן לו חמור כזו דמסתמא אין דעת השוכר על כיוצא בזה, וכן עיקר. וכן כתב המאירי (שם עח, ב):

ואחר ששכרה נסמית או התליעו רגליה שאם אירעה כן קודם ששכרה הרי זה שכירות של טעות והרי זה אומר לו בהמה ראויה למלאכתי שכרתי... וכן דעתו של נתיבות המשפט (שי, א):

נראה דוקא כשחלתה אחר שבאה לרשותו... רק כשנחלתה אחר שבאה לרשותו אומר לו מזלך גרם...

וכן משמע משו"ת מהרי"ל דיסקין (פסקים אות רח מובא בפתחי חושן שכירות פרק ו הערה ז ובטעות צוין שם אות קח) שכתב על מקרה של שכירות דירה שהיה תנאי ע"מ לשפץ אותה והתעכבו בשיפוץ שהשוכר יכול לנכות מדמי השכירות על מניעת השיפוץ<sup>173</sup>.

### 5. הערכת סכום הניכוי

אלא שבמקרה כזה עלינו לוודא שאכן היה זמן השיפוץ חריג שכן ברור שהשוכרים ראו את המקום וקיבלו על עצמם לשלם את המחיר על השכירות הנדרש מהם מתוך ידיעה שהליקויים יתוקנו אף אם הדבר ייקח זמן מה. מהתכתובות שבידינו אכן נראה שהיה זמן מופרז של תיקונים ועל כן נראה שצריך לנכות מסכום השכירות סכום מסוים עבור התיקונים.

כיצד נעריך את הסכום? יש קושי של ממש בהערכת סכום כזה שכן מלכתחילה שוכר לא ייכנס לדירה עם בעיות כאלו, אלא שבפועל כששוכר כבר גר בדירה ונהנה ממנה הרי שהוא לא ינכה אלא חלק מועט עבור אותו זמן של חוסר נעימות ובפרט שלגבי החימום של הבית ניתן לחבר רדיאטורים ניידיים ולחמם איתם ועיקר הבעיה נראה שהוא החיסרון במים החמים.

<sup>173</sup> אמנם הסמ"ע (שי, ח ויסודו בדברי הרשב"א ב"מ עט, א) מבאר שלשוכר יש תרעומת על המשכיר במקרה שהבהמה מתה משום: "שהשכיר לו בהמה כחושה כזו שמתה בחצי הדרך" וקצת משמע שהבהמה הייתה כחושה מעיקרא, אך אפשר לומר שלא הייתה כחושה מתחילה שבהכרח הייתה מתה בדרך אלא כך אירע שמתה ואם הייתה בריאה לגמרי לא הייתה מתה כלל.

מכיוון שקשה למפרע לברר בדיוק מה זמן התקלות היה ומה היה בדיוק היקפן והשפעתן על חיי היום יום, וגם הזמנת שמאי לא תועיל כל כך עקב בעיות אלו, נראה שזהו המקום להשתמש בכח הפשרה שניתן לבית הדין בשטר הבוררות. ההצעה שלנו היא לנכות רבע מדמי השכירות של חודש אחד על חשבון כל הבעיות הללו. בכך אנו מתחשבים בליקויים במתן הראיות של הנתבעים וכן ברצון הטוב שגילו המשכירים בניסיונותיהם לתקן את התקלה על הצד הטוב ביותר, אם כי קצת באיטיות, ומאידך יש בכך התחשבות בכך שאכן הייתה פגיעה של ממש, בחלק מהחורף, בהנאה של השוכרים מהבית.

### ז. פיצוי על מניעת השכרה

טענה נוספת שהועלתה על ידי הנתבעים הייתה שבעקבות השיפוצים בבית נמנעה מהם אפשרות להשכיר את הבית.

### 1. מניעת השכרה

נחלקו הראשונים בשאלה זו. כך כותב הרא"ש (ב"ק פרק ב סימן ו)

דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה...

ואילו הטור (שסג) הביא מחלוקת בעניין:

והרמ"ה הוסיף לומר דאפילו לא היה דר בו כיון שעומד להשכיר וגזלו ממנו חייב וא"א הרא"ש ז"ל כתב על זה דפטור.

הרמ"א (שסג,ו) פוסק כדעה הפוטרת:

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו... הגה: מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור ס"ו בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה).

לכאורה לפי פסיקת הרמ"א אין מקום לחיוב בידי אדם (עיין עוד מחנה אפרים גזילה סימן יא ובמיוחד בהערת העורך בסוף דבריו).

### 2. חיוב לצאת ידי שמים בגרמא

אך עולה השאלה האם אין כאן חיוב לצאת ידי שמים כמו בכל גרמא וכפי שכותבים הפוסקים בכמה מקומות על בסיס דברי הגמרא (ב"ק נו ע"ב) וכך כותב השו"ע (לב,ב) לגבי אחד המקרים של גרמא:

השוכר עידי שקר להוציא מנה מראובן לשמעון, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.



וכן עולה מדברי השו"ע (שיב, יב) לגבי שוכר שיוצא באמצע הזמן בלי להודיע מראש :  
 ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר.  
 וביאר שער המשפט (מובא בפת"ש שיב, ד וראה גם שו"ת דברי מלכיאל ה, רח) שאין  
 זה חיוב מדיני אדם שהרי אין זה אלא גרמא כי אם בידי שמים :  
 היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות  
 משמתין אותו עד דמסלק הזיקא...<sup>174</sup>

### 3. גרמא בשוגג

אמנם השאלה העולה היא האם כל בכל נזק שנגרם יש חיוב בדיני שמים (ראה בעניין  
 זה פתחי חושן נזיקין פרק ג סעיף לט ופד"ר ירושלים י עמ' כח). וכבר קצות החושן  
 (לב, א) מעיר :

וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים...  
 וכפי הנראה בין השיקולים הקובעים האם יש חיוב בדיני שמים הוא שהמעשה היה  
 בשוגג ולא יהיה כלל כוונה להזיק וכך כותב המאירי (ב"ק נו, א) :  
 אלא שיש מהם שפטור אף בדיני שמים והוא שאין כונתו כלל להזיק כי הוא  
 יודע תעלומות לב.  
 ראה שו"ת מבי"ט (ב, נד) :

ואפי' גרמא בנזיקין דחיוב בידי שמים ליכא דלא נתכוון הוא לשום היזק...  
 ראה עוד בים של שלמה (ב"ק פרק ח סימן לח) שדן באדם המכה את חברו ופגע בו  
 ביותר ממה שהיה אמור להיות על פי דרך הטבע :  
 ואם אמדו הב"ד כל אותם הדברים, ושיערו שאין ראוי כלל לאותו הנזק. א"כ  
 שטן קטרג בשעת הסכנה, ואונס הוא, ופטור. ומ"מ ישלם לו לב"ה כפי מה  
 שהיה ראוי להזיק. ועל היתר נראה בעיני דחייב בדיני שמים. דלא גרע  
 מהמבעית חברו דלקמן, ומשאר דיני דגרמא.  
 על כך השיב השבות יעקב (א, קפ) :  
 אלא ודאי דכה"ג לגמרי פטור בסתימות לשון הש"ס וכל הפוסקים דסתמא  
 קתני פטור ולא הזכירו כלל שחייב בדיני שמים.

<sup>174</sup> אמנם ראה בפתחי תשובה עצמו וכן בחיבורו נחלת צבי שחולק וסובר שזהו חיוב מדינא, משום  
 שירד על דעת שכירות. וראה בשו"ת דברי מלכיאל ה, רי שגם סובר שהחיוב מן הדין ומטעם אחר.

נראה שגם לדעת המהרש"ל דווקא במקרה שנעשה מעשה פשיעה מובהק ניתן להרחיב את החיוב גם לתוצאות לא צפויות אך אם לא הייתה כוונה לנזק כלל מודה הוא לשאר פוסקים.

וכן כותב החזון איש (ב"ק ד, ה):

מכאן נראה דבשוגג אינו חייב ביד"ש והכא מכיון להזיק אלא שאין ההיזק ברור... כגון העושה מלאכה במי חטאת ולא ידע שנפסלין פטור ביד"ש...

#### 4. מניעת ריווח

כמו כן מכיוון שמדובר במניעת ריווח יש מקום לומר שאין חיוב לצאת ידי שמים, כך כותב הש"ך (סא, י):

דמניעת הריווח לא קרי הפסד כדאיתא בירושלמי [ב"מ פ"ט ה"ג] הביאוהו הפוסקים, המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בנזיקין דפטור...

וכן כותב במפורש בעל שו"ת בית אפרים (ח"מ כח) שאין חיוב לצאת ידי שמים במבטל כיסו כיוון שלא בא הממון לידו.

על כן נראה שעל הנזק של מניעת ההשכרה שנגרם בשוגג אין מקום לחייב אפילו לצאת ידי שמים.

#### ח. פיצוי על ההשקעה שלא נעשתה לפי הוראות השוכרים.

בעניין זה הארכנו בפרק נפרד, נציין שבהקשר לכך יש להוסיף לנאמר שם שיש מקום לדון האם אכן התביעה בעניין היא תביעה של ממש וכבר כתב בשו"ת חבצלת השרון (ב, חו"מ ל) עפ"י דברי נתיבות המשפט (יב, ה) שאם לא התכוון לתבוע כסף מתחילה אינו יכול לתבוע לאחר מכן ובמקרה שניכר שלא הייתה כוונתו לתבוע יכול הנתבע להטיל חרם עליו שיוכיח שאכן כיוון לתבוע ועליו ההוכחה וגם כאן ניכר הדבר שהתביעה באה רק כתביעה נגדית ובעקבות כל הסכסוך שאירע.

## יז. תשלום שכירות של שוכר שעזב באמצע התקופה

### א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות<sup>175</sup>

התובע השכיר את ביתו לנתבע ומשפחתו באמצע השנה הרביעית עזב הנתבע את הבית והבית נשאר ריק עד לתום תקופת השכירות. במהלך תקופה, לטענת התובע נעשו ניסיונות מצידו למצוא שוכר במקום הנתבע, אך ללא הצלחה. הנתבע מצידו לא חיפש כלל שוכר חלופי. רק חודש לאחר תום תקופת השכירות נמצא שוכר חדש.

### ב. טענות התובע ותביעותיו

התובע טוען שעל פי החוזה הנתבע מחויב לשלם את כל תקופת השכירות אף אם הוא עוזב את הדירה, וממילא הוא תובע את 7 חודשים הנותרים. סך הכל התביעה על דמי השכירות: 41,300 ₪.

כמו כן הועלתה על ידי התובע תביעה לדמי פיגורים, המגיעים לו על פי החוזה. הוא מוכן לוותר על היקף התשלום המגיע לו ומסתפק ב- 5,000 ₪.

### ג. טענות הנתבע

לגבי חובות על התקופה שלאחר שעזב את הבית הוא טוען שהוא לא חייב לשלם. הוא נאלץ לעזוב את הבית עקב גירושין מאשתו והוא הודיע מראש על העזיבה וכך מקובל בבית שגרים בו בשכירות מספר שנים. לדבריו אף שהוא חתם על החוזה, הוא לא קרא אותו וחשב שמדובר בחוזה רגיל שבו אין חיובים מיוחדים. לדבריו, ניתן היה להשכיר את הבית בתוך זמן קצר אילו התובע היה דורש מחיר סביר.

לגבי השיפוצים הוא טוען שהבית ניתן לו מלולכך ולא מסויד. על כן מן הדין שכך הוא יוחזר. אף שהחוזה מחייב אותו הוא, כאמור לעיל, לא קרא את החוזה.

### ד. תשלום דמי שכירות לשוכר שעזב באמצע תקופת השכירות

הרמב"ם (שכירות ו, ח) מחייב את השוכר העוזב בלא הודעה מראש, בתשלום על התקופה שלא הודיע עליה, וכך מביא את הדברים בשו"ע (ח"מ שיב, ז):

כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו... 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 (בי"י). וע"ל סי' שט"ז.

<sup>175</sup> פס"ד בבי"ד ארץ חמדה גזית ירושלים בהרכב: הרב משה ארנרייך (אב"ד) והרב סיני לוי.

דברי הרמב"ם מתייחסים לשוכר בית בלא זמן, אך על פי הדין מחויבים הצדדים להודיע מראש על עזיבת הנכס.

כך גם כותב המאירי (ב"מ קא, ב) לגבי השוכר בית לזמן קצוב ומניח באמצע הזמן את הבית פנוי:

צריך שתדע שהשכירות תולדת מכירה הוא אין בין מכירה לשכירות אלא שזה במוחלט וזה לזמן ידוע... וכן השוכר אינו רשאי לצאת ולהניח לו ביתו תוך זמן ואם עשה פורע שכרו משלם...

כמו כן דן הרא"ש בתשובותיו (א, ז, מובא בטור שיב) במקרה של מי שנשאר בבית והחליט לעזוב לאחר מכן, והובאו הדברים בשו"ע (שיב, יד):

מקום שנוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות שנה הבאה, ורצה ראובן לצאת מהבית **ושמעון מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלום שנה שניה, הדין עם שמעון.**

יש לציין שהנימוק לחיוב כפי שניסח זאת הרא"ש אינו מופיע בשו"ע: ומדלא אודיעו, ודאי סמך עליו שידור בבית שנה, כמנהג העיר ששוכרים לשנה, ונתחייב בשכירות שנה אחת.

בספר שער משפט (שיב, ב) מעלה את השאלה ממה נובע חיוב התשלום במקרים אלו בהם לא קבעו זמן, הרי השו"ע (שסג, ו) עצמו פוסק להלכה שהמונע מחבירו להשכיר את ביתו פטור מלשלם את הנזק שכן זהו גרמא בעלמא. על כן הסיק שכוונת השו"ע במילים "יתן השכר" היינו לצאת ידי שמים כמו בכל "גרמא" אמנם הוא מסיים "כמדומה לי שהאידינא אין דנין כן" אך הוא חולק על הנוהג המקובל.

פתחי תשובה (שיב, ד) מביא את דבריו וחלק עליו, ומרחיב בחיבורו "נחלת צבי" (שם) בביאור הדברים. לדעתו במקרה שגרם הפסד וודאי, כגון ששוכרים אחרים נמנעו מלשכור, חייב משום גרמי. הוא מוסיף ומחדש שמלבד זאת בכל מקרה חייב לשלם הכל כיוון שירד לשם השכירות ובדומה לדברי הנודע ביהודה (ח"מ תנינא נו) לגבי עיכוב שכירות הבהמה שחייב לשלם משום שהתחייב בדמי השכירות, למרות שמצד דיני נזיקין הוא פטור שהרי אין שבת בבהמה<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> מדבריו משמע שאין חילוק מהותי לעניין זה בין מי ששכר סתם לבין מי ששכר לזמן קצוב. בספר עמק המשפט (ה, עמ' קמט) משיג על כמה פוסקים (כגון קצות החושן, שו"ת קנין תורה בהלכה ג, סז)

בשו"ת דברי מלכיאל (ה,רי) כותב:

ולענד"נ שחייב מן הדין כי כל השוכר בית מחבירו כוונתו על דעת המנהג וכפי הדין ולזה כיון שלא הודיעו שרוצה לצאת מוכח שרצונו לדור שם עוד לי יום והמשכיר ג"כ נתרצה וקנה בחזקה על הלי יום הללו או על י"ב חודש בכרכים וחייב לשלם לו בעדס אף שיוצא באמצע הזמן וכדין כל שוכר לזמן כן נלע"ד ברור.

גם לדבריו הדין נובע מכך שהוא קונה את השכירות על פי המנהג וחייב לשלם על תקופת השכירות שקנה.

וכן כותב המהרר"ש (שו"ת תורת חיים א,לה) לגבי אדם שהסכים להישאר תקופה מסוימת בשכירות ולאחר מכן התחרט ויצא מן הבית שחייב לשלם את כל התקופה מן הדין:

ובר מן דין הכא בנדון דידן לא הודיעו אפילו שבוע אחד קודם החג, כל שכן שאמר לו בפירוש בר"ח אלול שאם יעמוד בר"ח תשרי שישלם כל ימי החורף וכו', והו"ל כהשכירו לזמן קצוב דלכולי עלמא חייב לשלם שכירות כל הזמן. המהרר"ש מבסס את דבריו על תשובת הרשב"א (ב,שכח וראה גם א, אלף וכ"ח):  
שאלת: ראובן השכיר בית לשמעון לשנה, והחזיק בבית, ודר בו. ועוד נתחייב שמעון לראובן בקנין. ומת שמעון תוך הזמן. והיורש אומר לו: ביתך איני רוצה, ושכירות איני משלם, אלא לפי חשבון שדר בו אבי. הדין עם מי?...  
תשובה: נראה לי, שהדבר ברור, שהדין עם המשכיר. דכיון ששכר שמעון הבית ממנו לשנה, בסך ידוע, וירד בו וקנאו בחזקה, אפילו לא נתחייב על שכירותו בקנין, חייב הוא בדמי שכירותו: בין דר בו כל השנה, בין לא דר בו. דשכירות כמכר, ומכור הוא לו לימי שכירותו. ואפילו מת, אין אומרין בכי הא, טענת אונס. **שזה לא מחמת דירתו שלו ממש מתחייב לו, אלא מפני שזה מכר לו ביתו לשנה. שאם ירצה לדור בו הוא, או הבא מכחו, יעשה. ואם ירצה**

---

שלא הבחינו בין שתי האפשרויות ולדעתו פשוט ששכירות לזמן קצוב היא קנייה גמורה ושכירות "סתם", אינה קנייה גמורה, וצ"ע בדבריו. ויותר נראה שכל שכירות היא קנייה לזמן וההבדל בין שכירות לזמן קצוב לשכירות "סתם" הוא בשיעור זמן הקנייה, וכן מוכח בדברי המרדכי (ב"ב תקכט) שעיקר ההבדל הוא בין שילם מראש ללא שילם מראש, אך אם קצב זמן ומוצא אחרים שיהיו במקומו יכול להודיע ולצאת כמו בשוכר "סתם".

לסגור הדלת בעדו, ובעד ביתו, ושלא ידור שם לעולם, יעשה. ואילו קנה בית, ונתחייב בדמיו, ומת קודם שידור שם, הנטען בזה טענת אונס, ונאמר: זה באמת לא קנה בתים אלו, אלא כדי שידור בהם. או שאמר כן קודם שיקנה, הנאמר בזה: הרי נאנס, ולא דר, ונתבטל המכר. וכענין שאמרו, באדעתא למיסק לא"י. אלא שזה קנה כדי שישתמשו בהן, הוא ובניו אחריו, וכן זה... ועוד הגע עצמך! אלו הלך לו למקום אחר, לעכבו נהר, או ששמו לו מארבים בדרך, ולא בא ולא גר שם כל אותו הזמן, או מקצתו, היטעון טענת אונס זה? ואם אתה אומר כן, אפי' הלך לשבות אצל בתו, ויעצרנו הגשם יום או יומיים, יפחות משכירותו שכר אותו יום, שהרי הפסיקו נהר או עכבו הגשם. ודברים אלו, בטלים הן מתוכן. וכל שכן זה, שנתחייב לו בשכירותו בקנין. ואף שהמהר"ם חולק בעניין עכבו אונס (שו"ת ד"פ תתרב מובא במרדכי ב"מ שמה): לאה השכירה בית ומתה ועתה היורשי' אינם רוצי' לתן אלא כפי מה שדרה בה או להושיב בו בני אדם שהם רוצים. ובקצרה אשיבכם הנראה בעיני אם לא נתנה אמם כבר כל השכירות היורשי' פטורי' מלתת מה שלא דרה בו כיון דנאנסה שהרי מתה...

וראה עוד להלן בעניין.

הרי שבמקרה של שוכר שעוזב ללא אונס כולם מודים שהשוכר חייב לשלם את כל התקופה ולדעת רוב הפוסקים הרי זה חיוב מן הדין ומשתי סיבות: 1. כקונה הבית לזמן. 2. כמי שירד לשכירות ומתחייב<sup>177</sup>.

#### ניכוי "כפועל בטל"

שאלה נוספת שעולה בהקשר לכך האם לנכות מן הבית דמי "פועל בטל", המהר"ם באותה תשובה שהבאנו ממשיך וקובע:

ואם נתנה כל השכירות יש כח ביד היורשים להושיב בתוכה [\*דיריס] דכוותה אבל לא לדקשה הימנה כדאמרינן התם האי מאן דאגר איגורי ושלים עבידתא בפלגא דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא [\*או] דכוותיה מפקיד להו גבייהו אבל לא דקשה מינה ואם [\*לא] ימצאו יחזרו ליורשים כפי חשבון כמה אדם

<sup>177</sup> הדגשנו שאלו שתי סיבות שונות שכן הראשונים נחלקו האם להלכה שכירות כמכר, הרמב"ם המצוטט בראש דברינו סבור ששכירות כמכר ואילו לדעת התוספות (ב"מ נו, ב ד"ה והאי, ע"ז טו, א ד"ה והשתא) שכירות אינה כמכר לדבריהם אנו זקוקים גם לנימוק השני.

רוצה ליקח פחות כשלא הייתה דרה בו כדאשכחן כעין זה בתלמוד בכמה דוכתי כפועל בטל...

לדברי מהר"ם גם במקרה שהשוכר שילם מראש והוא מפסיד את דמי השכירות, אם הוא עוזב את הבית הוא יכול להביא שוכרים אחרים במקומו ואם הוא לא מוצא מנכים מדמי השכירות סכום מסוים, כפי השווי לבעל הבית שהבית עומד בטל בלא דיירים. הגר"א (שלד, ד) כותב שדברים אלו של המהר"ם מוסכמים גם על הרשב"א ובלשונו: "דבזה ודאי לא פליג הרשב"א". גם מהש"ך (שלד, ב) נראה שמכריע כדברי המהר"ם לגמרי וגם לעניין זה.

קצות החושן (שטז, א) סבור שאין לנכות מדמי השכירות לפי שעדיף לבעל הבית שהבית יהיה מיושב מאשר פנוי, אלא אם כן הוא עצמו נהנה מהבית ואז מנכה לו ורק במקרה זה התכוון המהר"ם.

נתיבות המשפט (שטז, ב) חולק על קצות החושן וסובר שהלכה כדברי מהר"ם שצריך לנכות מהשכירות ואינו מקבל אוקימתא בדברי המהר"ם.

יש לציין שדברי מהר"ם אלו, שמנכים כפועל בטל, לא הובאו כלל בשו"ע או ברמ"א. הב"י אמנם הזכיר את תשובת המהר"ם בחיבורו על הטור (שיב, כב) אך כתב שכל דבריה דחויים מלבד הסיום של התשובה שהשוכר לא יכול למנוע מהמשכיר להכניס אנשים אחרים לבית משום שהחזקת הבית ריק מזיקה לו כמבואר בגמרא (ב"ק כב,א). גם הדרכי משה שהביא את התשובה (שטז, א) ופסק אותה גם בהגהותיו, השמיט חלק זה של התשובה.

על כן אף שבעל עמק המשפט (ה, עמ' קנב) הסיק שהשוכר יכול לומר "קים ליי" כנתיבות המשפט, נראה שלא ניתן לומר "קים ליי" כיוון שהוא נגד השו"ע והרמ"א (דיני תפיסה לנתיבות ס"ק כ) וגם הפוסקים האחרים כש"ך וגר"א אינם בהכרח חולקים על הקצות, ויתכן שמודים שאם אין למשכיר אפשרות ליהנות מהבית אין סיבה לנכות לשוכר מהתשלום, כל עוד לא מוכח שאכן בעל הבית נהנה מכך שאין דיירים בביתו.

#### ה. הפסקת השכירות מחמת אונס

אמנם במקרה של אונס נחלקו הדעות בין הראשוניים, לדעת הרשב"א גם אם השוכר נפטר לבית עולמו, חוב השכירות נשאר על מכונו, ולדעת מהר"ם השוכר פטור במקרה של אונס.

נבאר את המחלוקת. המהר"ם מייסד את דבריו על סתירה בין שתי הלכות. מחד השוכר אדם כפועל ואירע אונס שבעקבותיו אין צורך בעבודתו, הפועל ("המשכיר") מפסיד (שלד, א) למרות שהוא מוכן למלא את חלקו. מאידך במשכיר ספינה "סתם" לשוכר שיתן בספינה "יין זה" וטבעה הספינה עם היין נפסק שמשכיר הספינה מקבל את כל השכר כיוון שטוען לשוכר הבא יינך לספינתי (שיא,ג). מהדין בספינה עולה שבמקרה אונס עומדת לטובת המשכיר הטענה שהוא מצידו מוכן למלא את תנאו – להעמיד ספינה לצורך העברת היין. המהר"ם מביא את תירוץ הריב"ן שאכן בדרך כלל המשכיר מפסיד גם אם הוא יכול למלא את חלקו, ובמקרה של ספינה כיוון שהמשכיר הפסיד את ספינתו הדין נוטה לטובתו. ועל כן הוא מסיק שבמקרה של אונס רגיל, המשכיר מפסיד ואינו יכול לטעון לשוכר "הא ביתא קמך". לעומת זאת הרשב"א סובר ששכירות היא כמכירה לכל דבר ואי אפשר לבטל מכירה בטענת אונס<sup>178</sup>.

הבית יוסף (שיב,כב) הביא את המחלוקת והכריע באופן ברור כרשב"א שמוציאים מהשוכר את דמי השכירות גם במקרה אונס.

הרמ"א (שלד, א) הביא את המחלוקת והכריע ללכת אחר המוחזק:

מי ששכר בית לדור בו, ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות (מרדכי פרק האומנין). מיהו יש חולקין (בית יוסף בס"ס ש"יב בשם תשובת רשב"א אלף וכ"ח ובשם תוספות פרק חזקת ות"ה סי' שכ"ט, וכן משמע תשובת רשב"א שהביא הרי"ב סימן של"ה). לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי. הש"ך (שלד, ב) פוסק כשיטת מהר"ם מעיקר הדין וזאת משום שלדעתו הלכה כדברי התוספות ששכירות אינה כמכר, וגם אם היא כמכר אינה אלא מכר לכל יום בפני

<sup>178</sup> שיטת הרשב"א לגבי שכירות פועל אינה כריב"ן, המחנה אפרים (שכירות ח) מציין לדברי הרשב"א בתשובותיו (ו,רכד) שאם המעסיק מת חייבים לשלם לפועל דמי עבודתו על כל התקופה הקצובה לו. דהיינו הולכים לטובת המשכיר במקרה של אונס ולדעתו זו גם סברת הרי"ף והרמב"ם (ולא כריב"ן שתולה את הדין דווקא במקרה שטבעה ספינתו). לפי שיטה זו הסיבה שבפועל הולכים באונס לרעת הפועל הוא משום שגם בעל הבית יכול לומר לפועל "לך ועבודי" – והפועל אינו יכול לעבוד מכיוון שהעבודה כבר נעשתה ועל כן הוא מפסיד.



עצמו ולא נוצר מתחילה חיוב לכל התקופה ועוד הוא מוסיף שבמקרה של אונס גם מכר יתבטל.

המחנה אפרים (שכירות סימן ה) חולק על הש"ך ומכריע להלכה כדעת הרשב"א. לדעתו רוב הפוסקים סוברים ששכירות כמכר וכן שהיא מכר מייד לכל התקופה, כמו כן הוא חולק על הש"ך בעניין טענת אונס במכר ולדבריו ברור שלא ניתן לטעון טענת אונס במכר. וכן הכריע במנחת פתים (שלד, א) כדעת הרשב"א וכך גם הכריעו חכמי פאס כפי שמופיע בשו"ת שופריה דיעקב (ח"מ ב, ד).

לעומת זאת בשו"ת משפטים ישרים (ב, קצג) כותב שמעשים בכל יום שפוטרם את יורשי השוכר מהשכירות במקרה שמת, כדעת מהר"ם :

...באופן שששה עמודי הוראה מהר"ם ות"ה ומורי"ם ומהרש"ל וב"ח והש"ך ז"ל כולם פוסקים כמהר"ם, והרשב"א ז"ל יחיד בדבר והוא מחייב איך יעלה על הדעת לחייב נגד כמה וכמה פוסקים הפוטרם...

נראה אפוא שבמקרה אונס כגון מות השוכר קשה להוציא ממון כנגד פוסקים אלו הנמנים על ידי המשפטים ישרים, לפחות במקרה בו השוכר הוא המוחזק בכסף.

#### **מה המקרה שנכלל ב"אונס"?**

בשו"ת תרומת הדשן (שכט, עיין בספר עמק המשפט שכירות ח, ב, שדן בדבריו) קבע שמחלת אשתו של הפועל היא אונס המצדיק הימנעות של פועל מלהגיע לעבודתו :

שמעון טוען טענת אונס מחמת חולי אשתו, נראה אף על גב דתלמודא לא חשיב אונס אלא שמע שמת לו מת או אחזתו לעצמו חמה, מ"מ כה"ג נמי חשיב אונס כדמוכח פ' ארבע נדרים (כז, א)... הא קמן דחלה בנו חשיב אונס שצריך להיות עמו, ואשתו רמיא עליה טפי דכגופו דמיא.

ולעניין שכירות בית, נראה לדעת הרוב שגירושין נראה שנחשב כאונס, משום שיש בו שינוי נסיבות בו צרכי השוכר משתנים באופן מהותי. וראו בשולי פסק הדין, דעת המיעוט.

#### **ו. הדין במקרה שיש חוזה מפורש**

אמנם במקרה שהתנו ביניהם מלכתחילה שחיוב השכירות יתקיים גם במקרה של אונס התנאי מחייב. במקרה דנן נחתם הסכם בנוסח הבא (הדגשנו חלק מהמילים) :

כל זמן שאחד השוכרים בחיים, והנכס ראוי למגורים סבירים חייבים השוכרים בכל התחייבויותיהם, **גם אם הם יעזבו את הנכס מחמת אונס** לפני תום תקופת השכירות.

ואם כך נפסק להלכה שניתן להתנות כל תנאי בשכירות והתנאי מחייב, כך נאמר בשו"ע (שטו, ב):

כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח, כך מתנה בשכירות. אלא שיש לדון האם ההתנאה על האונס מחייבת בכל מקרה, כך כותב השו"ע (רכה, ג-ד) על פי הגמרא בגיטין (עג, א) ופסיקת הרמב"ם (מכירה יט, ו):

בד"א, בשלא התנה עמו. אבל אם התנה עמו שכל אונס שילד בקרקע זה יהיה חייב לשלם, אפילו בא עובד כוכבים וגזלה מחמת המוכר, חייב לשלם. אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה, או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית בריכה, או שבאה זועה והשחית אותה, הרי זה פטור, שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא, ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה. והוא הדין לכל תנאי ממון, שאומדים דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה. מעשה באחד ששכר מלחים להביא שומשמים למקום פלוני, והתנה עמהם שהם חייבים בכל אונס שאירע להם עד שיגיעו השומשמים למקום פלוני, ונפסק הנהר שהיו מוליכים בו, ואמרו חכמים זה אונס שאינו מצוי ואין חייבין להוליך השומשמים על גבי בהמה עד אותו מקום, וכן כל כיוצא בזה. וכך כותב הרמב"ם בתשובה (שעג) בעניין מי שהתנה שלא ישא אישה על אשתו ולאחר מכן נפלה לפניו אשת אחיו ליבום ולאחר שמצטט את הגמרא בגיטין הוא מכריע:

הנה נראה ברור מהמעשה הזה שלא נדון על נוסח לשון התנאי ולחייב כל מה שיראה ממנו **אעפ"י שהתנה עליו כל אונסא דמתיליד** עכ"ז החיוב הוא כפי מה שיראה לנו אומדן דעת האיש המתנה על עצמו במה שאינו מחוייב ולא נחייבהו אלא במה שנאמת ונברר שהיה כונתו ורצונו עת התנאי. וידוע וגלוי מתנאי זה שנהגו העולם לכותבו שהכוונה היא שלא ישדך ולא יקדש אשה אחרת וישאנה על אשתו ברצונו או לצרור עליה או שמצא אחרת טובה ומצאה חן בעיניו ולא יוכל שום אדם לומר שזה האיש המתנה עלה על לבו עת

הנישואין שימות אחיו בלא ולד ותפול לו אשת אחיו לייבום ועם כל זה התנה על עצמו ואין ספק דדבר זה מילתא דלא שכיח ונתברר מזה המעשה שכל מילתא דלא שכיח היא חוץ מהתנאי אעפ"י שלשון נוסח התנאי כולל הדבר ההוא. ומה שיראה לי בבירור מוחלט באמת ששום אדם לא יחלוק על דין זה כי אם מי שיהיה רחוק מההשערה וההקש או שאינו נזכר לזה המעשה. עולה השאלה האם ניתן לאדם לקבל על עצמו לקיים חוזה גם ב"אונסא דלא שכיח". בבאר היטב (רכה, ז) פירט את השיטות השונות והעלה בשם הר"מ אלשקר (לב): אבל הכא הא קיבל על עצמו שלא יוכל לטעון שום טענת אונס בעולם ודיקא דקאמר שום ובעולם שהוא כלל הכללים...

ומכאן שרק בניסוח חד משמעי כזה ניתן לכלול גם אונס "דלא שכיח". וראה בבאר היטב שהביא מ"כנסת הגדולה" שציין לדברי פוסקים שלא ניתן להתנות כלל על אונס דלא שכיח אך טען שאם יהיה נוסח כמו המהר"ם אלשקר כולם יודו שהדבר מחייב.

במקרה דנן שאין נוסח כזה חוזר הדין למקומו שאין להתחשב באונס לא שכיח (ואף אם היה נוסח כזה יתכן שלאור טענתו בהמשך שלא קרא את השטר יתכן שלעניין הדברים מסוג זה היינו אומרים ש"אנן סהדי" שלא התכוון אליהם וכמבואר בהמשך).

דעת הרוב היא שיש לראות אונס מחמת גירושין בציבור הדתי, כאונס שאינו שכיח, ועל כן, היה רשאי הנתבע לעזוב את הבית עם הגירושין, ואין לחייבו עבור החודשים לאחר שעזב את הבית.

במהלך הדיון, טען הנתבע, שכיוון שאין מדובר על שנה ראשונה של השכירות, המנהג הוא לעזוב באמצע השנה בלא להעמיד שוכרים חלופיים, למרות הכתוב בהסכם. הנתבע לא ביסס טענה זו בדרך כלשהי. כל עוד אין ראייה למנהג ברור כנגד ההסכם – לא ניתן לתת משקל כלשהו לטענה זו.

### ח. שכר בתים ופועלים שהושבתו עקב מבצע צבאי

מבצע "עופרת יצוקה" נפתח בחנוכה תשס"ט כתגובה לירי בלתי פוסק של טילים מרצועת עזה ליישובים הישראלים הסמוכים. בעת המבצע נאלצו רבים לנטוש את בתיהם ואת מקומות עבודתם עד יעבור זעם. האם חייבים המעבידים לשלם את שכר העובדים עבור תקופה זו, והאם חייבים שוכרי הבתים לשלם את שכר הדירה?<sup>179</sup>

#### א. שכר דירה של בית שנפל

##### 1. מהר"ם מרוטנבורג: השוכר פטור

הגמרא (ב"מ קג,א) מבארת שדברי המשנה "המשכיר בית לחבירו ונפל - חייב להעמיד לו בית" אינם חלים בעת שאדם השכיר בית מסויים ("בית זה"), שאז המשכיר אינו חייב להעמיד בית אחר לשוכר. מה באשר לתשלום על השכירות? הרמב"ן כתב בחידושו (שם ד"ה א'): "ונוטן לו שכירות ימים שדר בו, ואין להם זה על זה כלום." וכן פסק הרמב"ם (הל' שכירות ה,ו): "בית זה אני משכיר לך ואחר שהשכירו נפל - אינו חייב לבנותו, אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות."

המהר"ם מרוטנבורג (מובא בתשובות-מימוניות קנין סי' מז) דימה את המקרה לסוגיית הגמרא בב"מ עט,א, שהשוכר ספינה מסויימת ("ספינה זו") ויין סתם - "מצוי למימר שוכר: אנא מייתינא חמרא, הבא ספינתך. דהא השוכר ששכר הבית לגור בו הא קאי וחי הוא לפנינו ומזומן לקיים תנאו ולגור בו, ובעל הבית אינו יכול לקיים תנאו."

לפי הגמרא שם בנוסף למקרה הנ"ל (ספינה זו ויין סתם) קיימות אפשרויות נוספות:

<sup>179</sup> בענין זה עוסקים גם בספר עמק-המשפט שכירות בתים סי' נ; הרב צ"י בן יעקב במאמרו "תשלום לגן ילדים ששבת בזמן מלחמה", תחומין יב עמ' 220 ואילך; מספר מאמרים בקובץ שערי-צדק ח.

- \* ספינה סתם ויין זה - יטען השוכר "הב לי ההוא חמרא, ואנא מייתינא ספינתא."<sup>180</sup>
- \* ספינה זו ויין זה - "אם נתן, לא יטול; ואם לא נתן, לא יתן", דהיינו: הולכים אחר המוחזק.
- \* ספינה סתם ויין סתם - חולקין.

תשובה נוספת של המהר"ם בעניין זה מופיעה במרדכי (ב"מ רמז שנה), שם הוא מוסיף ומסביר שהשוכר צריך לשלם על התקופה שגר בבית מפני שנהנה, וכפי שמצאנו בשוכר חמור ומת בחצי הדרך שחייב לשלם עבור הדרך שהלך, וזאת בשונה מספינה שלא היה לו שום הנאה בחצי הדרך שהלך כבר.<sup>181</sup> כשיטה זו נקט גם הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' ג).

## 2. רא"ה ור"ש משאנץ: השוכר חייב

לעומת זאת הריטב"א (חי' ב"מ קג, א ד"ה היכי) מביא את דברי רבו, כפי הנראה הרא"ה:

דהא דאמרינן נפל אזדא לגביה אמרינן, וחייב השוכר לפרוע השכירות. ואע"פ שעדיין לא נתן, הרי זה כלוקח בית ונפל קודם שיפרע דמיו.

גם לדעת הר"ש משאנץ (בתשובה המובאת בתשובות-מימוניות קנין סי' כז) השוכר מפסיד, אך מסיבה אחרת. לדבריו, דווקא בספינה כשאומר 'ספינה זו ויין

<sup>180</sup> לדעת רוב הראשונים, מכיון שבעל היין אינו יכול לקיים תנאו, הוא צריך לשלם את כל דמי השכירות לבעל הספינה. אך יש מהראשונים שטענו שלפי כללי שכירות פועלים במקרה שאירע אונס שמונע את קיום העבודה אם אין זו אשמת בעל הבית ששכר את הפועלים, הפועלים הם המפסידים, מפני שהם באים להוציא את הממון. לפי זה, גם במקרה של 'ספינה סתם ויין זה', מכיון שבעל הספינה הוא המוציא מבעל היין, אין הוא יכול להוציא מבעל היין את החלק של הדרך שבה טרם הלך. זוהי דעת הריב"ם והרא"ש (ובתנאי שלא שילם מראש, שאז הם מודים שהפסיד). אבל לדעת רוב הראשונים במקרה של ספינה - מכיון שנגרם לבעל הספינה הפסד גדול, שטבעה ספינתו, הוא יכול לתבוע את כל השכר. מחלוקת זו מובאת בשו"ע חו"מ שי"א, ג, עיי"ש בנושאי הכלים.

<sup>181</sup> בסוף דברי המהר"ם המובאים במרדכי נוספו מספר מילים: "ונראה דווקא היכא דאמר בית סתם, אבל אמר בית זה אינו חייב להעמיד לו בית אחר." נתחבטו המפרשים בהבנת סיומת זו - יש שהבינו שהמרדכי עצמו חולק על המהר"ם (שו"ת אדמת-קודש ח"א סי' סז ומחנה-אפרים בהגהותיו על הרי"ף).

סתם' יכול השוכר לטעון 'הב לי ספינת', "כיון שחבירו פירש 'זה' והוא אמר 'סתם'". אבל במקרה שבו הוא דן (בית שכוך שנשרף לאחר ששולמו דמי השכירות), "מזלו גרם", ודינו כמשכיר "בית זה", שמקושיית הגמרא "היכי דמי? אי דא"ל בית זה ונפל - אזדא לה", משמע אמנם שהמשכיר אינו חייב להעמיד לו בית, אבל משמע גם ש"אינו חייב להחזיר השכר דקודם שנפל לכל הפחות." ומוסיף הר"ש משאנץ: ומסתברא אפילו הכל חייב לשלם השוכר, דברשותו נפל, דכל ימי שכירות הבית ברשותו... ואפילו לא נתן, למה לא יתן אפילו שכר דלאחר נפילה. ואל תתמה דכיוצא בה מצינו בספינה סתם ויין זה, דפירש הקונטרס דמשלם הכל אפילו דלאחר טביעה, אלמא לא מצי למימר הב לי בית דאנא קאימנא. ויש סברות הרבה לחלק בין בית לספינה ובין ספינה לחמור שמת בחצי הדרך. הר"ש משאנץ מסתמך על דין "ספינה סתם ויין זה", שכאמור לעיל דינו הוא שהשוכר משלם את כל השכירות לדעת חלק מהראשונים. מאידך הוא מציין שהשוכר חמור ומת בחצי הדרך אינו משלם אלא את שכר הדרך שהחמור הלך אך הוא מסכם שיש הרבה חילוקים בין המקרים ואינו מפרט מה הם החילוקים. האחרונים טרחו הרבה למצוא מהו החילוק בין בית וספינה (תשלום מלא) לחמור (תשלום חלקי).<sup>182</sup>

הר"ש משאנץ מביא שרש"י אף הוא סובר כמותו, שהרי בסוגיית ב"מ קג,א פירש שבמשכיר 'בית זה' הפסיד השוכר כיון ש"מזלו גרם", ומשמע שעליו לשלם את כל דמי השכירות. בהגהות אשר"י (ב"מ פ"ו סי' י) לא הכריע בדבר, וכפי שדייק בעל

<sup>182</sup> בספר 'שכירות ושאיילה' (עמ' 331-334) סיכם את התירושים השונים:

- א. נתיבות-המשפט (שיב, ג) ודברות-משה (ב"מ ח"ג סי' ד): בשכירות בית, הבית קנוי לשוכר לתקופת השכירות, וההפסד עליו; בשכירות חמור, החמור אינו קנוי למשכיר. הדבר נובע מהערכת כוונתם של הצדדים.
  - ב. שו"ת חבצלת-השרון (קמא חו"מ סי' ל) ורבי מאיר שמחה (חידושים לב"מ קג,א): שכירות לזמן היא כמכר, ואילו שכירות למטרה אינה כמכר.
  - ג. חזון-איש (ב"ק כג, י): בשכירות חמור מתברר שהחמור היה חלש, כלומר היה מום במקח, וממילא המקח להבא מתבטל.
- ועיין גם בשו"ת חתם-סופר (חו"מ סי' קסא) שהציע דרך מחודשת ביישוב הדברים.

חקרי-לב (חוי"מ מהדו"ב סי' סז, מהדורת המאור עמ' שח) ממה שכתב במקום אחר (ב"מ פ"ח סי' לה) בענין זה: "ומספקא ליי"<sup>183</sup>.

### 3. פסק הרמ"א

בשו"ע (חוי"מ שיב, יז) הובאה רק דעת הרמב"ם, והרמ"א הוסיף משפט לא ברור שהביא את הסמ"ע לבאר שכוונתו להביא את שיטת הר"ש משאנץ והמהר"ם. המחבר עוסק בבית שכור (בנוסח של 'בית זה') שנפל, וכותב שדינו הוא: "מחשב על מה שנשתמש בו, ומחזיר לו שאר השכירות". והרמ"א מוסיף עליו: "נשרף הבית - דינו כנפל." ואח"כ מוסיף עוד: "נשרף כל העיר - הוי מכת מדינה, ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא." לכאורה משמע, שהדין משתנה בין כשנשרף רק הבית השכור לבין אם נשרפה כל העיר; והרי בשניהם הדין שווה, שבשניהם מנכה לו משכירותו?

מחמת קושיה זו, מציע הסמ"ע (שיב, לד) להוסיף בהגהת הרמ"א את המילים: "ויש אומרים דצריך ליתן לו כל שכרו, מיהו אם...". כלומר, הרמ"א מוסיף ומביא את שיטת הר"ש משאנץ שהובאה אצלו גם בדרכי-משה כדעה חולקת. רק במקרה של שריפת כל העיר, שהיא מכת מדינה, מודה גם הר"ש משאנץ שמנכים משכרו. מביאור הגר"א (שיב, לט) משמע שהסכים להגהה זו.

נתיבות-המשפט (ביאורים שיב, יג) מציע ביאור אחר לרמ"א. הוא קושר זאת למחלוקת הפוסקים בשאלה האם יורשי שוכר שנפטר חייבים להמשיך לשלם את דמי השכירות. לדעת הרשב"א (שו"ת ח"א סי' אלף וכח) היורשים חייבים משום שהשכירות היא כמכר; ולדעת מהר"ם (מרדכי ב"מ רמז שמה) אינו צריך לשלם על התקופה הנוספת, משום שבעל הבית הוא כמו פועל, שתמיד מפסיד במקרה של אונס

<sup>183</sup> העיר לי יידי הרב אריה כץ שיתכן שזו גם שיטת התוספות, ראה דבריהם בבבא מציעא (סד, ב, ד"ה ולא) בשם רבינו תם שמתיר למלווה לגור בבית של הלווה תמורת החוב משום שיתכן שהבית יפול או ישרף והמלווה לא יהנה מעבר לסכום ההלוואה. וכבר תמהו רבי עקיבא איגר בגליון הש"ס והחתם סופר בחידושיו שהרי אם הבית נופל לא ניתן להפחית את המגורים בו משווי ההלוואה. אך אם התוספות סובר שהשוכר צריך לשלם על כל התקופה גם אם הבית נופל מובן מדוע המלווה מפסיד שהרי הוא שילם עבור כל התקופה ובפועל לא יכול לגור בכל הזמן. כך גם עולה מדברי תוספות נוסף בבבא מציעא (קד, ב ד"ה בחזקת) שכותב שהשוכר ירא להקדים מעותיו פן יפול הבית וכו' ומשמע שבמקרה כזה הוא מפסיד את כספו. אם כי כאן אין ראייה אלא על מקרה שאכן הקדים מעותיו.

המונע את מימוש השכירות. הרמ"א (ח"מ שלד, א) הביא מחלוקת זו וסיים, על פי תרומת-הדשן (סי' שכט) שרק אם נתן תשלום מראש משאירים את כל הכסף אצל בעל הבית ללא ניכוי.

הש"ך (שלד, ב) הקשה על פסיקתו של הרמ"א, שבסופו של דבר אין היא כמהר"ם, שהרי המהר"ם כתב שאם השוכר שילם מראש, הכסף נשאר אצל המשכיר מלבד ניכוי הסכום שהמשכיר נהנה מכך שדירתו עומדת ריקה. משום כך חולק הש"ך על הרמ"א.<sup>184</sup> אבל בעל נתיבות-המשפט טוען שדברי הרמ"א מבוססים על שיטת המחנה-אפרים (שכירות סי' ג) ששוכר המשלם מראש את דמי השכירות כוונתו היא שהשכירות תהיה כמכר (ואף אם רק סיכם על התשלום מראש די בזה; מאידך גיסא, אם שילם במקרה את הסכום מראש אין לזה משמעות מיוחדת). ועל כן המשכיר אינו צריך להחזיר את המקח אף שהשוכר מת, וכן אם נפל הבית או נשרף.<sup>185</sup>

לפי זה ביאר בעל נתה"מ את דברי הרמ"א בסי' שיב. בדבריו שאם נשרף הבית דינו כנפל, ש"מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות", רוצה הוא לומר שאם הקדים את התשלום, אז הוא מפסיד, כמו שפסק הרמ"א בסי' שלד. כאשר השריפה היא מכת מדינה, אז הדין שונה ועליו להחזיר את התשלום לשוכר.<sup>186</sup>

#### 4. האם הולכים אחר המוחזק?

נמצא ששאלת התשלום בבית שנפל תלויה במחלוקת ראשונים. הכרעת המחבר בשו"ע היא שהשוכר פטור מתשלום על התקופה שהבית נפל. בדעת הרמ"א הועלתה אפשרות שלדעתו השוכר חייב (הסמ"ע); או שלפחות כאשר שילם מראש אין מחזירים לו את תשלומיו (נתה"מ).

<sup>184</sup> בביאור הגר"א (שלד, ה) ביאר את דברי הרמ"א לפי התפיסה שמכיון שיש מחלוקת הפוסקים האם חייב או לא, אין הכרעה ברורה ו"המוציא מחבירו עליו הראיה".

<sup>185</sup> בביאור ברכת-משה על המחנה-אפרים (שם אות א ד"ה והנה) כתב שמדברי המחנ"א נראה שבהקדים לו שכרו מחזיר לו את הכסף, ושכן כתב המנחת-פתים בדעת המחנ"א. אבל הדברים תמוהים במיוחד לאור דברי המחנ"א בהמשך, שאפילו במכת מדינה גמורה אינו מחזיר לו את הכסף.

<sup>186</sup> אם כי עדיין צ"ע, שהרי גם אם זו מכת מדינה עדיין זהו מכר גמור. עוד יש לציין, שהמחנה-אפרים עצמו (הל' שכירות סי' ז) סבור, ויובאו דבריו להלן, שבמקרה של תשלום מראש גם במכת מדינה השוכר מפסיד.



בשו"ת הראנ"ח (סי' ה) ובשו"ת שואל-ומשיב (מהדו"ב ח"ג סי' קכט) כתבו שהמחזיק בכסף יכול לומר קים לי (בעמק-המשפט ח"ה עמ' תרב-תרג הביא עוד פוסקים שסוברים כך). אמנם בשו"ת חתם-סופר (חו"מ סי' קסא) כתב שאין לסמוך על דעת הר"ש משאנך שכתב בלשון "אפשר" בלבד, ואין זו הכרעה סופית. אבל, כאמור, גם דעת הרא"ה היא כר"ש משאנך, וניתן להסתמך על דעת שניהם.<sup>187</sup>

### ב. בית קיים שלא ניתן להשתמש בו

כל הדין עד עתה הוא בבית שנפל או נשרף, השאלה היא האם במקרה שהבית קיים יש למשכיר טענה "הא ביתא קמך" אף אם מסיבות שונות לא ניתן לגור בבית. בשו"ת מבי"ט (ח"א סי' מ) דן "באחד שהשכיר ביתו לאשה אחת, ואחר ימים שהיתה דרה בו באו תוגרמים והוציאוה מן הבית ודרו בה הם." האישה תובעת מבעל הבית להחזיר לה את דמי השכירות מיום שהוציאוה. לדעת המבי"ט, הדין עימה ועל בעל הבית להחזיר לה את שאר שכר הדירה, "דכל שלא בא מחמת השוכר הוי כנפל, דאף שלא בא ג"כ מחמת המשכיר מזלו גרם, דקרקע ברשותיה קיימא אם נפל."

כך הכריע גם בעל נתיבות-המשפט (שי,ב):

דכל שהאונס נעשה בגוף הבהמה מזל המשכיר גרם... אבל אם לא בא האונס רק במלאכת השוכר חייב ליתן לו שכרו משלם דמזליה דידיה גרם. ונראה דהוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל, דאם אפשר לדור עמם הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל. אבל אם נלקח כל הבית, שאי אפשר לדור עמם, אינו חייב רק כפי מה שדר בו.

<sup>187</sup> בספר ערך-ש"י (חו"מ שיב,ז; מצוטט בעמק-משפט ה, עמ' תרג) כתב שאין מחלוקת בין הראשונים - דברי הר"ש משאנך אמורים רק לגבי בית שנשרף, שמזלו של השוכר גרם; ואילו שאר הראשונים דיברו על בית שנפל, שהתגלה שהוא אינו יציב דיו, ועל כן המשכיר מפסיד. אבל ביאור זה קשה, שכן הר"ש משאנך ביסס את דבריו על הבנת הגמרא שעסקה בבית שנפל, וגם הרא"ה כתב את דבריו על הגמרא. ומאידך גיסא, המהר"ם מרוטנבורג, שפסק שהשוכר אינו צריך לשלם על יתרת התקופה, כתב את דבריו בהקשר של בית שנשרף.

שו"ת פני-משה (ח"ב סי' לב), שו"ת אדמת-קדש (ח"א סי' סז) והמחנה-אפרים (הלי שכירות סי' ו, אם כי בסוף דבריו משמע שחזר בו) חולקים וסוברים שאם הבית קיים, ההפסד הוא של השוכר.

המהרש"ם (שו"ת ח"ד סי' קח) התלבט בשאלה זו, בדונו בשלושה מקרים:

- א. חנות שמחמת הסכנה מתקנים השלטונות את הדרך שלפניה, ומחמת זאת התמעטו הלקוחות. מצד אחד הדרך היא צורך החנות, אבל מאידך הרי היא רשות הרבים, ולא שייך לומר שהשכירו לו.
- ב. את המקרה הזה דימה למקרה המתואר בתשובת הראנ"ח (סי' לח): לאחר שכירת החנות הטילו השלטונות קיצבה על הסחורה באופן שלא היו מרויחים כלל, ופסק הראנ"ח, "דמכל מקום הא החנות לפניהם, ואם אי אפשר למכור בו סחורה יעשו בו מלאכה".
- ג. מאידך הוא מציין לשו"ת מהר"ם פדווא (סי' לט) דן במקרה שהמלך גזר על סוג מסחר מסויים ובעקבות כך פוסק המהר"ם שהשכירות בטילה, למרות שהחנות קיימת.

ועדיין נשאר המהרש"ם בצריך עיון אם יש לדמות בין המקרים, כי יש לחלק.

בספר פתחי-חושן (שכירות פ"ו הע' כו) מזכיר מחלוקת שהובאה בשו"ת משפט-צדק (ח"ב סי' לא) לגבי אדם ששכר דירה, ולאחר מכן עבר לגור בשכנותו גוי שמירר את חייו וגרם לו לברוח מהמקום. רוב חכמי טורקיה במאה הטי"ז התייחסו למקרה זה כמו לדין "נפל הבית", מכיון שהשוכר מנוע מלהשתמש בבית. ואילו ר"י בן עזרא (בעל עצמות-יוסף בתשובה שנדפסה בשו"ת רבי יוסף בן עזרא, סי' מ) הסתפק בכך, שכן זהו קלקול חיצוני, ולכן לדעתו אם השוכר כבר שילם, לא יטול בחזרה.<sup>188</sup>

אב לכל המקרים הללו, שכאמור נחלקו בהם הדעות, הוא ההלכה המובאת בשו"ע חו"מ שכ"א, א, ולפיה החוכר שדה ואכלה חגב - אם אין זו מכת מדינה, השוכר מפסיד. המפרשים התקשו בשאלה מדוע אין זה דומה לבית שנשרף, שהמשכיר מפסיד.

<sup>188</sup> כיוון דומה עולה מדברי שו"ת אדמת-קדש (ח"א סי' סז) מובא בשכירות ושאלה' עמ' 291, וראה שם בהערה 55 בשם שו"ת חסד-לאברהם תנינא חו"מ סי' מב.

**הט"ז** (שכא,א) ביאר שבבית שנפל ושוב אינו ראוי לשימוש, נתבטלה השכירות לגמרי, ולכן המשכיר מפסיד. בעוד ששדה שאכלה חגב עדיין ראויה היא לשימוש, ומזלו של השוכר גרם, ועל כן הוא מפסיד.

**נתיבות-המשפט** (שכא,א) ביאר שבבית שנפל אירע האונס בגוף החפץ, ואם כן מזלו של המשכיר הוא שגרם, ועליו להפסיד. מה שאין כן כשהאונס נעשה בפירות החפץ, כגון בשדה שאכלה חגב, שאז מזלו של השוכר גרם, והוא מפסיד.

**ערוך-השלחן** (שכא,ט-יב) חילק בין דבר שהושכר לצורך שימוש בו עצמו (בית) לבין דבר שהושכר כדי להפיק ממנו פירות (שדה), שיש בזה סיכון האם יצליח או לא, וכשמפסיד - השוכר הוא שמפסיד.

בכל מקרה שנדון בו, כגון בנידוננו, נצטרך אפוא לדון האם מקום הפגיעה הוא בגוף החפץ או בסביבתו (נתה"מ); האם החפץ המושכר נתבטל לגמרי (ט"ז); או במידת הסיכון המסחרי שנטל על עצמו השוכר. יש אפוא מקרים שבהם אין לשוכר טענה כלפי המשכיר, והמשכיר רשאי לעכב את התשלום בידו, אם קיבלו מראש.

## ג. מכת מדינה

### 1. הפסדו של המשכיר

כאשר הפגיעה בחפץ המושכר היא מכת מדינה חל עליה הדין המובא במשנה (ב"מ דף קה,ב): "המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא - מנכה לו מן חכורו, אם אינה מכת מדינה - אין מנכה לו מן חכורו." הגבולות למכת המדינה נתבארו בגמרא שם: לפי רב יהודה - "כגון דאישדוף רובא דבאגא"; ולפי עולא - "כגון שנשתדפו ארבע שדות מארבע רוחותיה."

מהגמרא עולה ש"מכת מדינה" מהווה שיקול לטובת השוכר שבמקרה כזה פטור מלשלם את השכירות. המהר"ם פדוואה בתשובותיו (סי' לט) ביאר שכל הדיון לגבי מכת מדינה מתקיים רק בדבר שגרם לנזק למפרע, כגון שדה שכל העבודה שנעשתה לא הועילה כלל - אז יש משמעות לשאלה האם הדבר אירע עקב מכת מדינה או מכה פרטית. אבל כשמכה אינה פוגעת לאחור, אלא מעתה ואילך - בכל מקרה עומדת בפני

השוכר אפשרות לחזור עקב המום שנוצר בשכירות; ואם לא חזר בו מפסיד בין אם זו מכת מדינה ובין במכה פרטית.<sup>189</sup>

הרמ"א בדרכי-משה (שכא,א) מביא את דבריו, וחולק עליו.<sup>190</sup> כהוכחה כנגד החילוק של המהר"ם פדווא הוא מביא את דברי המהר"ם (מובא במרדכי ב"מ רמז שמג) שמלמד שלא לימד מפני גזירת המושל, זוהי מכת מדינה, ומי ששכר אותו מפסיד ועליו לשלם את מלוא שכרו. ומכאן שגם אם השוכר נמצא בתחילתה של המכה הוא מפסיד ואין לו אפשרות חזרה. בכדי להסביר מדוע במקרה זה השוכר מפסיד ולא המשכיר כפי שראינו בגמרא ביחס לשדה שנשדפה מציע הרמ"א חילוק בין קרקע שנפגעה במכת מדינה, שאז המשכיר מפסיד, לבין שאר דברים שבהם השוכר מפסיד. לדעת הסמ"ע (שכא,ו) כוונת המהר"ם הייתה שגם במלמד הדין איננו שעל השוכר אותו לשלם את מלוא שכרו, אלא הם מתחלקים ביניהם. אבל הש"ך (שכא,א) והט"ז (שכא,א) הביאו שבהגהות אשר"י (ב"מ פ"ו סי' ו) מפורש שהשוכר משלם הכל. אכן, במקור דבריו של בעל הגהות אשר"י - באור-זרוע (ב"מ סי' רמה) - לא נאמר משפט זה, שמשלם הכל, וניתן לפרש את דבריו גם כדעת הסמ"ע ששניהם מפסידים. הש"ך (שם) חילק בין מלמד שפסק לחלוטין ללמד, וממילא השכירות בטלה לחלוטין, לבין שוכר שדה שממשיך להחזיק בשדה ולא חזר בו, ועל כן הוא משלם הכל גם במכת מדינה. בכך יישב מדוע מהר"ם פדוואה עצמו פסק בתשובה לגבי מלמדים (סי' פו) שההפסד מוטל על זה ששכרו.

<sup>189</sup> הט"ז הקשה עליו: אם כן, מדוע נפסק שאם החמור חלה אלא שעדיין ניתן ללכת איתו, לא יכול השוכר לחזור בו משום מום במקח. ונראה ליישב, שכל עוד ניתן להשתמש בחפץ לצורך השכירות הרי היא אינה בטילה, שכן המשכיר לא התחייב מלכתחילה על איכות השכירות אלא רק התחייב להעמיד חמור שמיועד לצורך הליכה. רק אם החמור מת - אז בטלה השכירות.

<sup>190</sup> בנתיבות-המשפט (שלד,א) כתב שהרמ"א לא פסק כך למעשה, אלא רק ציטט את תשובת המהר"ם כחלק מהדיון בדברי מהר"ם פדוואה. דיונו של מהר"ם פדוואה הוא בשדה שנשדפה במכת מדינה של חגב, והוא משווה לו את דינו של השוכר חמור, ומת החמור. הרמ"א בדרכי-משה תמה על ההשוואה בין אירוע פרטי (מות החמור) לבין מכת מדינה. החתם-סופר (שו"ת חו"מ סי' קסא) ביאר שלדברי הרמ"א יש חילוק בין קרקע (שדה) לבין מטלטלין (חמור), אך לא ביאר מהו החילוק. אכן הרמ"א כתב חילוק זה, אבל בכיוון הפוך - בקרקע שניזוקה במכת מדינה, כיון שהקרקע נשארה בחזקת המשכיר מזלו גרם והוא מפסיד; ואילו במטלטלין החפץ נמצא בחזקת השוכר לגמרי, ועל כן השוכר מפסיד הכל. ועיי' החילוקים שהבאנו לעיל (העי' 182).

הגר"א (שכא, ז) תמה על סברת הרמ"א שבעל הבית מפסיד, והרי כשהאונס אינו צפוי ההפסד מוטל על הפועל, דהיינו על המלמד.<sup>191</sup>

## 2. יחלוקו

הראב"ן בתשובה (סי' צח), שלא עמדה במלואה לפני השו"ע ומפרשיו, העלה עוד מספר סברות יסודיות בענין מכת מדינה. תשובה זו דנה בבית שהושכר, ודמי השכירות שולמו מראש. באותה תקופה שעבורה שולם ברחו היהודים, ובתוכם השוכר והמשכיר, מהעיר והבית הונח ריקם. השוכר תובעו את דמי השכירות בחזרה, והמשכיר טוען: "ביתי היה לפניך ואתה חוכרתו, ואיני משלם לך." הראב"ן מחיל על מקרה זה את הכלל של מכת מדינה, אולם הוא טוען שלשון המשנה הוא "מנכה מן חכורו", ולא 'כל חכורו' -

דכיון דמכת מדינה היא על שניהם הוי ההפסד וזה יפסיד מחצה וזה יפסיד מחצה... ועוד, אפילו את"ל דהתם לא יפסיד החוכר כלום, הכי דינא הוא דיפסיד השוכר החצי, דהתם היתה כל המכה על השדה של מחכיר שהרי נשדפה רובה דבאגה ולא היתה המכה על החוכר; אבל הכא איכא למימר גזירת המכה על שניהם היתה - על הבתים להיות בדודים, ועל האנשים להיות גולים - הלכך לתא דשניהם הוא, יחלוקו ההפסד. כדאמרינן בגמרא דהמקבל [ב"מ קו, א] דכל היכא דאיכא למימר משום לתאי דידך הוא מפסיד. ועוד, דהתם מצי אמר חוכר למחכיר אילו הות קמך או ביד חוכר אחר מי לא משתדפא, אבל הכי מצי אמר משכיר לשוכר אילו לא שכרת ביתי אז שמא היה שוכרו אחר, מאותן שלא נגזר עליהם גלות, שהרי נשאר מיעוט הקהל בבית ולא הייתי נפסד כלום. וכיון דאיכא לספוקי בהכי - יחלוקו.

ממה נובע פסקו של הראב"ן לחלק את התשלום בין המשכיר לבין השוכר? בעל קצות-החושן (שכב, א) הבין שכיון שההלכה נותרה ב"תיקו", משום כך פסק הראב"ן שיחלוקו. אולם כיון שאנו פוסקים שבמקרה של ספק בדין המוציא מחבירו עליו

<sup>191</sup> ראה מה שהאריך בספר "שכירות ושאיילה" עמ' 352 הערה 312 בהבנת דברי המהר"ם והרמ"א.

הראיה, משאירים את הממון ביד המוחזק.<sup>192</sup> מתוך דברי תשובת הראב"ן במלואה נראה שעיקר הסברה היא שמזל שניהם גרם, ועל כן חולקים ולא משום הספק. פסקו של הראב"ן תומך בדברי הסמ"ע שהובאו לעיל (בסעיף 1), ולפיהם השוכר את המלמד אינו חייב לשלם לו את מלוא שכרו, אלא חלק ממנו בלבד. אמנם הסמ"ע כתב כך רק ביחס לפועל, ואילו בבית משמע שדעתו לחייב לגמרי את השוכר אם לא חזר בו, ואילו דעת הראב"ן היא שגם בבית יחלוקו. אך אפשר שזה משום הסברות הנוספות שהביא הראב"ן (מכת המדינה חלה על השוכר ועל המשכיר כאחד; הייתה אפשרות להשכיר את הבית לאנשים שלא גורשו מהעיר).

### 3. הרי הבית לפניך

לעיל (פרק ב) הובאה הדעה שכאשר הבית ממשיך להתקיים, והשכירות ממשיכה, ההפסד מוטל על השוכר. האם חילוק דומה נאמר לגבי מכת מדינה? במחנה-אפרים (הלי שכירות סי' ז) הביא משו"ת מהרש"ך (ח"ב סי' צח) שאם הבית קיים ונגזר שלא יגורו בו - זוהי מכת מדינה. אך המחנ"א חלק עליו, ולדעתו אם הבית לא השתנה אין סיבה לבטל את השכירות אפילו לא במכת מדינה. וכן הסיק בשו"ת אדמת-קודש (ח"א סי' סז), ואף הכריע שאם שילם השוכר את שכרו, שוב אינו יכול ליטלו מהמשכיר.

המחנה-אפרים הסתמך בפסקו זה על המהר"ם מטיקטין,<sup>193</sup> במעשה שבא לפניו "שנתהווה שינוי אוויר ומיתת דבר - בר מינן - בעיר", שהוא מחייב את השוכר לשלם את כל השכירות מפני שהבית קיים. מהר"ם טיקטין חילק בין "מכת מדינה", שבה המשכיר מפסיד, לבין זו, מפני ש"לא היתה המכה בבתים אלא בבני אדם."<sup>194</sup>

<sup>192</sup> בתשובות אחרות (שו"ת מהר"ם ד פראג סי קמג וסי תמב) נפסק שבתיקו המוציא מחבירו עליו הראיה.

<sup>193</sup> תשובתו נדפסה לראשונה במרדכי דפוס קראקא שני"ח בתחילת סדר נזיקין. בש"ס וילנא היא מודפסת לאחר תוספתא עדיות.

<sup>194</sup> המחנה-אפרים לא ראה תשובה זו במקורה, אלא את מסקנותיה כפי שהובאו בש"ך ובט"ז. על אף זאת הוא הסביר את טעם הפסק בדיוק כפי שמבואר בדברי המהר"ם טיקטין עצמו. בהגהות ברכת-משה הבין בדעת המחנ"א שהדבר תלוי רק בהקדמת השכר, ולא היא - למסקנת המחנ"א במקרה שהגזירה חלה על האנשים ולא על הבתים השוכר מפסיד גם במקרה שלא הקדים שכר.

אבל הש"ך (שלד, ג) והט"ז (שלד) חלקו על המהר"ם טיקטין, ולדעתם כל גזירה או חולי שגרמו לבריחה מהווים מכת מדינה, ובעקבותיהם מנכים את השכירות לזמן הבריחה אף שהבית קיים. וכן הכריע בשו"ת 'חינוך בית יהודאי' (סי' ק) ולטענתו בכך יודה גם מהר"ם מטיקטין, כיון שמדובר בבריחה מוחלטת מחמת אימת מלחמה.

#### 4. היקף המכה

הש"ך (שלד, ג) דייק מדברי המהר"ם פדווא (סי' פו) שרק אם כל העיר הוכתה נחשב הדבר למכת מדינה, אבל הוא חולק עליו וסובר שכך הדבר גם אם רק רוב העיר הוכתה. לפי זה בנידוננו יהיה צורך לבדוק האם רוב העיר נטשו את בתיהם. לדעת בעל אדמת-קודש (ח"א סי' סז) נחלקו רש"י והרמב"ם אם לצורך הגדרת 'מכת מדינה' צריך שתהיה המכה בכל העיר, או די בכך שבבקעה המסוימת נפגעו רוב השדות. במקרה דידן יהיה צורך לבדוק אפוא באיזה אזור מהעיר, או שמא בכל העיר, ננטשו הבתים.

עוד יש לדון האם בריחתם של תושבים מחמת אימת המלחמה אכן נחשבת כמכת מדינה; או שמא היה עליהם להישאר במקומם ובריחתם נעשית באשמתם, וממילא עליהם לשאת בהפסד. המהרי"ל (שו"ת סי' מא) דן בכך, והעלה שבוודאי בריחה זו נחשבת מכת מדינה:

מה דכתב מר, דנראה שהוא איסור לברוח בשעת הסכנה כו' - פרק זה בורר [סנהדרין כט, א] אמרינן: "שב שני הוה מותנא ואיניש בלא זימניה לא שכיב", משמע קצת דאין לברוח. אמנם נראה דאינו אלא משל בעלמא דאמרי אינשי, דפרק קמא דחגיגה (ד, ב) אמרינן דיש נספה בלא משפט, כי הא דאמר ליה לשלוחי: זיל אייתי לי מרים מגדלא נשיא כו' כדאית' - אלמא דטעי שלוחי. כל שכן כהאי גוונא, דאיתיהיב ליה רשותא ודרשינן ב"ק (ס, א) מלא תצאו וגו' כיון שניתן רשות למשחית כו'. ומהאי טעמא רגילין לברוח. וכן מוכח בספר חסידים שיסד הרוקח, דטוב לברוח. וטעמא רבה איכא, דזימנין נגזר על עיר אחת או מדינה אחת. וזכר לדבר כתיב: "היוצא מן העיר והיתה לו נפשו לשלל", וכתיב: "ועל עיר אחת לא אמטיר" וגו'. וה"ה לשאר מיני פורעניות המתרגשות וגם משום ביעתותא... וכן ראיתי גדולים שהלכו למקום אחר.

כך נקט גם בשו"ת 'חינוך בית יהודא' (סי' ק), שבריחה בשעת מלחמה היא צעד הגיוני, ואף מומלץ. ובפרט שהבורחים במקרה דידן נהגו כך, כפי הנראה, לפי הוראת רבותיהם. לפי זה יש מקום לדון גם להיפך: האם אלו שלא ברחו מחמת שאינם יכולים לברוח, או שלא נמלכו ברבנים ואילו היו נמלכים היו בורחים, וכתוצאה מכך שלא ברחו נותרו רוב האנשים בעיר - שמא בטלה דעתם, והם אינם מפקיעים הגדרת "מכת מדינה" מהמקום. מאידך גיסא, במקום שבו היתה הוראה של רבנים דווקא להישאר ולחזק את הרוח הלאומית,<sup>195</sup> בוודאי שלדבר זה יש השפעה על הגדרת "מכת מדינה", ואף אם אדם מסוים נכנס מורך בלבבו וברח, אין להתחשב בו.

#### ד. סיכום

- א. נחלקו הפוסקים לגבי ביטול שכירות בתים בזמן מכת מדינה:
1. יש שנקטו כדבר פשוט שמנכים למשכיר את כל דמי השכירות, וכדין המופיע במשנה.
  2. יש שכתבו שדין המשנה נאמר רק אם הבית נפל; אבל אם הוא קיים, השוכר מפסיד הכל.
  3. ויש שכתבו שבמקרה שהבית קיים אלא שכל הדרים במקום ברחו וממילא אינם משתמשים בו, מתחלקים בהוצאות.
- ב. גם לגבי פועלים -
1. לדעת המהר"ם, להבנת הרמ"א, כשהיתה גזירת המושל שלא ללמד, על שוכריהם של המלמדים הוטל לשלם הכל.
  2. יש מהפוסקים שכתבו שצריך לחלק את ההפסד בין בעל הבית לפועל.
  3. ויש שסברו שהפועל מפסיד הכל.
- ג. מלבד זאת ביחס לכל המקרים יש דעות שבהקדמת התשלום מורע כוחו של השוכר.

<sup>195</sup> ע"י מאמרו של הרב יעקב אריאל: "עזיבת הארץ ונטישת העיר מחשש סכנה", תחומין יב עמ' 187 ואילך.



על כן נראה שבכל המקרים הללו אם מישהו מהצדדים מחזיק בכסף, אין אפשרות להוציא את הכסף ממנו מן הדין. אך ראוי לבית הדין שהוסמך לפשר לחלק את ההפסד בין הצדדים. בוודאי שכך לגבי שכירות בתים, שבה יש הכרעה ברורה של הראב"ן; וכך גם בשכירות פועלים, שבה לדעת הסמ"ע צריך לחלק את ההפסד ביניהם. כך שחלוקה במקרים אלו אינה פשרה רגילה, כי אם זוהי פסיקה לכתחילה לפי פוסקים חשובים.

כל הדיון הוא לאחר מעשה, כשבאים הצדדים לבית הדין. אבל אם כשהתחילה מכת המדינה שוכר הדירה או בעל הבית ששכר פועל חוזרים בהם ומבקשים לבטל את השכירות - לדעת רוב הפוסקים שומעים להם.

כל זה מותנה, כאמור, בקיומה של "מכת מדינה", דהיינו שאכן ברחו רוב התושבים באותו אזור. במקרה שברחו רק מיעוט מהתושבים, הדבר תלוי במחלוקת נוספת ביחס להגדרת "בית שנפל" - האם זוהי נפילה בדווקא, או שמא כל מניעת שימוש בכלל; וכן במחלוקת מה דין תשלומי השכירות לאחר שנפל הבית. ועל כן במקרה כזה הולכים אחר המוחזק.<sup>196</sup>

<sup>196</sup> דיון נרחב בפוסקים נעשה ביחס להגדרת "מוחזקות", כשאחד הצדדים מחזיק צ'ק אצלו (ראה "הצ'ק בהלכה" פ"ח ענף ו, בתוך: באר-המשפט ירושלים תש"ס). גם אם הכסף כבר הופקד בחשבון - אם ההפקדה נעשתה לאחר הזמן שבו נוצר הספק, יש בזה מקום לדיון האם הדבר הופך אותו למוחזק. הרחיב בזה הרב צ"י בן יעקב במאמרו המוזכר בהערה 1.

## י.ט. פיטורי רב

### א. רב שחויב בדין תורה האם צריך לפטרו?<sup>197</sup>

רב חויב על ידי בית דין להשיב חלק מסכום שנתבע עליו.

בכתב התביעה נאמר: "מכיוון שחויב הרב ... להשיב הכסף שלקח שלא כדין, הרי הוא גזלן (אע"פ שזהו דבר שאין צריך ראיה הרי מפורש הדבר ברשב"ם ב"ב נח,ב ד"ה ומפקין) ופסול לעדות, ולא ייתכן שאדם כזה ימשיך לכהן בתפקיד הרם של רב בית הכנסת."

נכון הוא שאדם שגזל הוא פסול לעדות ולדיינות כמפורש במשנה ובפוסקים (שו"ע חו"מ לד, ז). הציון לדברי הרשב"ם המנמק שדיין שגזל הוא פסול לדון משום שחושדים שמא יעוות דין והוא חשוד על השוחד, כנראה בא להטעים את הדין הפשוט הזה.

בנדון דנן לדעת בית הדין אין מדובר בגזל כי אם באדם שטעה טעות חמורה בדין והיה סבור שסכום מסויים מגיע לו על פי הסכם, וממילא אדם זה אינו גזלן ואינו פסול לעדות. אין בקביעה זו להפחית מחומרת המעשה. יתכן ואם הייתה עולה על הפרק שאלת מינויו כדיין המסקנה המעשית הייתה שונה.

דברי הגמרא שעליה מוסבים דברי הרשב"ם: "כל דיין דמתקרי לדין ומפקין מיניה ממונא בדין - לאו שמיה דיין" (בבא בתרא נח, ב) נתבארו בכמה דרכים על ידי הראשונים. נציין גם שקביעת הגמרא לא הובאה להלכה לא ברמב"ם וגם לא בטוש"ע; יתכן והם הבינו שמדובר בדיין שגזל, כפשוטו, ועל כן אין צורך לכותבה. ראשונים אחרים, פרשני הגמרא, נחלקו בהבנתה. רשב"ם ותוספות הבינו שמדובר בדיין שגזל. מדברי הרמב"ן על התורה (שמות יח, כא, צו"ן על ידי "חתם סופר" בבא בתרא, שם, עיינו גם ב"עינים למשפט" שם) עולה פרשנות רחבה יותר למונח. הוא פותח בציטוט רש"י שמקשר בין דברי הגמרא דנן למונח "שונאי בצע" המופיע בתורה כתכונה הנדרשת מן הדיינים, וז"ל:

"ששונאין את ממונם בדין, כההיא דאמרינן (בי"ב נח ב) כל דיינא דמפקין

מיניה ממונא בדינא לאו דיינא הוא".

הוא מבאר כיצד לדעתו הבין רש"י את הגמרא:

<sup>197</sup> הכנה לפסק דין ארץ חמדה גזית בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב מנחם יעקובוביץ.

"ירצה לפרש שכל ממון שידעו בו שאדם יכול להוציאו מידם בדין ישנאו אותו ויחזירוהו מעצמם, ואפילו הוא שלהם באמת, כגון שקנה עבד שלא בעדים, וכיוצא בו".

פירוש זה קובע סטנדרטים מאוד גבוהים לדיין. הדיין לא יחזיק ברשותו ממון שאין לו אפשרות להוכיח שהוא בעליו, גם אם אכן אין לדיין כל ספק בדבר בעלותו עליו. קל וחמר שהדיין לא ייקח ממון שיש ספק כל שהוא אם הוא מגיע לו על פי דין. לאחר מכן הרמב"ן חולק על רש"י בביאור המונח "שונאי בצע":

אבל הלשון במכילתא אינו כן, אלא כך שנויה שם: שונאי בצע, שהן שונאין לקבל ממון בדין, דברי רבי יהושע. רבי אלעזר המודעי אומר, שונאי בצע, אלו שהן שונאין ממון עצמן, אם ממון עצמן שונאין, קל וחומר ממון חבריהם. פירש רבי יהושע שונאי בצע, שונאי שוחד... רבי אלעזר המודעי דרש כי הם השונאים הממון הרב... ושוב ראיתי בילמדנו שונאי בצע, ששונאין ממון עצמן ואין צריך לומר ממון אחרים, יהיו אומרים אפילו שורף גדישי אפילו קוצץ נטיעותי כהוגן אני דנו. וזה ענין ששונאין ממון עצמן שאמר רבי אלעזר המודעי, שלא יחמלו על ממונם בענין הדין אם יבא להם הפסד ממנו. ומשה הזהירם עוד בזה לא תגורו מפני איש (דברים א יז)... ואונקלוס אומר דסנן לקבלא ממון. ואין הממון אצלו שחד, רק שלא יקבלו ממון מבני אדם במתנה או בהלוואה לעולם, שלא ישאו להם פנים בעת המשפט. וכענין שאמרו (כתובות קה ב) האי דינא דשאליל שאלתא אסור למידן דינא. ועל דרך הפשט אנשי אמת שונאי בצע, שהם אוהבים האמת ושונאים העושק, וכי יראו עושק וחמס אין דעתם סובלת אותו, אבל כל חפצם להציל גזול מיד עושק.

יש לציין שחלק מפרשני רש"י (ראה רא"מ וכן עינים למשפט הנ"ל) לא קיבלו את פירושו של הרמב"ן בדעת רש"י וסברו שהוא אינו מתכוון לחידוש כה מופלג. ראה גם במאירי (ב"ב שם):

אף על פי שראוי לכל אדם להזהר שלא לחמוד ממון אחרים ולהרחיק כל סרך עול וכל אבק גזל, מי שנתמנה דיין מ"מ ראוי לו להזהר מדברים אלו ביותר. גנאי הוא למי שהבריות נזקקות לילך לפניו לדין ושהן בטוחות על ישרו שלא לעוות אדם בריבו, שיהא הוא נזקק לדין על ידי תביעת אחרים עליו. כל שכן אם מזקיקין אותו בדין עד שיצא מתחייב מתוך הטענות שזה פגם גדול; אוי

לה לאותה בושה אוי לה לאותה כלמה. באמת אמרו כל דיין דמיתקרי לדין ומפקין מיניה ממונא בדינא לאו דיינא הוא. לא סוף דבר בממון אחרים אלא אף ממון עצמו ראוי לו להזהר שלא יפתהו חשש פסידתו להטות את הדין. הוא שאמרה תורה שונאי בצע, ודרשו בו ששונאין ממון בדין, וחזרו ופירשו בזו שאפילו אמר לו זה לקוץ את כרמו ולשרוף את גדישו אינו מטה את הדין וזהו שונאים ממונם. ויש מפרשים שמועה זו על דרך שכל דיין שהטה את הדין עד שהמוטה מזמינו לדין והטייתו מתבררת עד שלפעמים הוא צריך לשלם על דרך מה שאמרו בקצת דינין מה שעשה עשוי ומשלם מביתו, אינו דיין.

לסיכום: המקור שהביאו התובעים עוסק בפסול של אדם כדיין. גם כאשר מדובר במינוי כדיין, אדם שהיה במחלוקת ממונית עם אדם אחר והפסיד בדינו, לדעת רוב הפוסקים אינו נפסל מלהיות דיין. בנדון דידן אנו עוסקים במינוי לרבנות ולא לדיינות.

### **ב. האם ניתן לפטר רב?**

נחלקו הפוסקים לגבי עובד שהתקבל לעבודה, האם הדבר מחייב את המעסיק להעסיק אותו עד עולם או שהשכירות מוגבלת בזמן. לדעת אגרות משה (חוי"מ א, עד-עז) השכירות היא לעולם (היינו לכל הזמן שבו המעסיק זקוק לעובד מסוג זה). ואילו החזון איש (ב"ק כג, א) סבור ששכירות סתם היא אינה לעולם אלא אם כן יש מנהג ברור ששכירות העובד צריכה להימשך עד עולם. כמוכן, זכותו של המעסיק גם לשיטת ה"אגרות משה" היא להגביל מראש את ההתקשרות לזמן.

במשרת רבנות יש דין מיוחד המקשה על הציבור לפטר את הרב. הריב"ש דן בתשובה (רעא) בעניין סכסוך הרבנים בצרפת, כשרב אחד רצה להדיח את הרב המכהן. הריב"ש מנה כמה טעמים מדוע הוא אינו יכול לעשות זאת. נביא מדבריו:

"שנית: ...מכל מקום כיון שכבר היה נוהג בשררה ההיא, שקבלה מעצמו, והחזיק בה, זכה בה. מדגרסי' בירושלמי דהוריות (פ"ג ה"ה)... שמעינן מיהא: שמי שהחזיק, אפי' מעצמו, באיזו שררה או דין קדימה, אין נוטלין אותה ממנו, לתתה לאחר גדול ממנו, מכיון שכבר זכה בה. אלא א"כ, הוא עם הארץ, והאחר ת"ח. אבל כל שהמחזיק בה ת"ח, אין מסלקין אותו, אף על פי

שהבא לנוטלה, גדול ממנו... כי אף על פי שהחכמים, ראוי להם לברוח מן השררה, אבל כשנתמנו בה, היו מקפידין שלא להסתלק ממנה... שלישית: שכבר נתמנה מהר"ר יוחנן בשררה זו, בהסכמת קהלות צרפת, וקבלוהו עליהם. ומעתה, אין מורידין אותו. ד"מעלין בקדש, ואין מורידין...". מדברי הריב"ש עולה שגם אם החכם נטל את השררה מעצמו, אין לסלק אותו ממנה. וכך מסכם הרמ"א (יו"ד רמה, כב) הלכה למעשה: ומי שהוחזק לרב בעיר, אפילו החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אף על פי שבא לשם אחר גדול ממנו. וכן כתב בשו"ת המבי"ט (ג, ר) לגבי רב שחתמו רוב הקהל על כתב הרבנות שלו ויש שמסרבים לקבל אותו:

אין כח לשו' אדם מן הקהל אפי' מאותם שלא חתמו להעבירו ולא לשתף ת"ח אחר עמו מכמי' טעמי' ראשון כיון שהסכימו ראשי הקהל יצ"ו למנותו ת"ח על הקהל... אינ' רשאי' להעבירו או למנות אחר עמו שלא מדעתו שדין הוא שמי שעלה למעלה א' לא ירד כי אותם שחתמו לו המינוי מסתמא ראשי הקהל הם ומה שעשו אז נתרצו כלי' כ"ש אחר שני' רבות שעמד במנוי מסתמא כלם נתרצו ועתה אינ' יכולי' לחזור בהם. שאם מי שיש לו איזה מנוי של שררה הן מלך הן חכם בנו יורש מקומו כמו שכתו' הוא ובניו בקרב ישראל כל שכן הוא עצמו שמנוהו מלך או חכם שאין יכולי' להעבירו אם לבניו זוכה כל שכן לעצמו שכיון שעלה לא ירד... טעם שלישי שאפי' שלא היו כותבי' לו המנוי... אלא שקבלו חכם א' בקהל אחד ויש לו כמה שני חזקה שהוחזק להיות חכם אין שום אדם יכול להעבירו מן המנוי שגדולה חזקה מן התור' בכל מקו' בפרט בדבר שררה של מצוה אפילו בלא כתיבת הסכמה.

וכן פסק בשו"ת חתם סופר (או"ח רו):

ועל כרחך צריך לומר נהי דכותבין זמן בשטר הרבנות, היינו לטובת הרב המשכיר שיהיה יכול לחזור בו אחרי כלות הזמן ואינו כעבד עברי, אבל הקהל אין בידם לחזור אפילו ככלות הזמן אלא במקום שנהגו ועל כן כתב רמ"א דתליא במנהג. ולא נשמע ולא נראה מעולם במדינות הללו שהסירו הרב והורידוהו מכסא רבנות שלו וכן לא יעשה...

ראה עוד בשו"ת "חשב האפוד" (א, נב) שביאר את שיטת החתם סופר. ב"שדי חמד" (מערכת חזקה במצוות סימן א, אות מו) הביא פוסקים רבים שדעתם היא שאפילו אם התנו עם הרב התנאי בטל. וכן דן בדיני המנהג והאריך בזה, אבל אין זה מענייננו במקרה דנן. שהרי, כל זה הוא כשמדובר ברב שלא סרח (עיי' עוד עיונים במשפט חו"מ מא, אמרי משפט כד).

### ג. רב שחטא

הגמרא במועד קטן (יז, א) מביאה מספר מימרות הנראות לכאורה כסותרות זו את זו:

ההוא צורבא מרבנן דהוו סנו שומעניה. אמר רב יהודה: היכי ליעביד? לשמתיה - צריכי ליה רבנן, לא לשמתיה - קא מיתחיל שמא דשמיא. אמר ליה לרבה בר בר חנה: מידי שמיע לך בהא? אמר ליה: הכי אמר רבי יוחנן: מאי דכתיב (מלאכי ב) כי שפתי כהן ישמרו דעת ותורה יבקשו מפיהו כי מלאך ה' צבאות הוא אם דומה הרב למלאך ה' - יבקשו תורה מפיו. ואם לאו - אל יבקשו תורה מפיו. שמתיה רב יהודה...

אמר רב הונא: באושא התקינו: אב בית דין שסרח - אין מנדין אותו, אלא אומר לו: הכבד ושב בביתך. חזר וסרח - מנדין אותו, מפני חילול השם. ופליגא דריש לקיש. דאמר ריש לקיש: תלמיד חכם שסרח - אין מנדין אותו בפרהסיא... מר זוטרא חסידא, כי מיחייב צורבא מרבנן שמתא - ברישא משמית נפשיה, והדר משמית לדידיה... אמר רב פפא: תיתי לי דלא שמיתי צורבא מרבנן מעולם. אלא, כי קא מיחייב צורבא מרבנן שמתא היכי עביד? - כי הא, דבמערבא מימנו אנגיידא דצורבא מרבנן ולא מימנו אשמתא.

הגמרא מביאה מקרה, "סני שומעניה" שבו המסקנה הייתה לנדות את החכם ולאחר מכן ממשיכה ומביאה מחלוקת בעניין. יש לברר מה היא המסקנה העולה מן הגמרא הלכה למעשה.

ראשית נבאר את המושג המוזכר בגמרא: "סני שומעניה". לפי חלק מהמפרשים עולה שהכוונה לאדם שעשה פעולות של פריצות בתחום העריות; כך עולה מדברי רש"י (מגילה כה, ב ד"ה דסני): "שיצא עליו שם נואף", כך כותב הריטב"א: "שהיה פרוץ קצת בזימה ולא היה שמועתו טובה כי היה מתיחד עם הפנויות והוא כיעור

גדול לצורבא מרבנן". וכן עולה משיטה לר"י מפאריש שם וכן בשו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם: "שהוא פרוץ בעריות" (ראה גם שו"ת התשב"ץ א, לג).  
אמנם רבינו חננאל פירש:

שהיה שם שמים מתחלל על ידו כגון הא דגרסינן בפי' יום הכפורים, היכי דאמי מי שיש בידו חילול השם כל שחבריו מתביישין משמועתו. היכי דאמי, כגון דאמרי שרא ליה מריה לפלניא וכגון אלישע שהיה מתעסק בספרי מינין ושותה במיני זמר, וכל צורבא מרבנן דעביד הני עובדי מיתקרי סנו שומעניה. כלומר מדובר על פעולות שליליות בהיקף רחב יותר שגוררות חילול ה' וגורמות בושה אצל חבריו של התלמיד. הסכימו עמו הרא"ש (מו"ק ג, יא) והטור (יו"ד שלד). רבינו חננאל ממשיך ומבאר את המשך הגמרא הידועה לגבי רבי אלעאי כדוגמא ל"סנו שומעניה":

דתניא ר' אלעאי הזקן אומר אם רואה אדם שיצרו מתגבר עליו, פי' מבקש לשתות במיני זמר ולשמוח בשמחה המרגילה לידי עבירה, כגון זה ילך למקום שאין מכירין אותו וילבש שחורים ויתכסה שחורים ויעשה מה שלבו חפץ כגון אכילה ושתיה במיני זמר וכיוצא בהן, אבל דבר עבירה שיש בו דין אדם או דין שמים ואפי' חייבי לאוין וחייבי עשה וכ"ש למעלה שאיסורן איסור עולם, חס ושלום שהתיר ר' אלעאי אפי' בסתר...

דהיינו עצתו של רבי אלעאי לאדם שילבש שחורים וילך למקום שאין מכירין אותו היא הדוגמא למי ששמועותיו שנואות. הרא"ש מדגיש שהמדובר בסוג של שמחה מופרזת ושלילית שהיא אינה עבירה בפני עצמה אך היא מובילה לעבירה. אך נראה שגם לשיטה זו אין הכוונה שבכל מעשה או עבירה של חכם יש לנדותו כי אם בכאלו שיש בהם בעיה חריפה וייחודית שיש בה חשש להידרדרות נוספת בהמשכה.

כעת נחזור לשאלה מתי מנדים. כפי שפתחנו יש כאן לכאורה סתירה. מחד עולה מסתמא דגמרא, דעת רב יהודה שמחרימים תלמיד חכם "ש"סנו שומעניה". מאידך מובאת מחלוקת אמוראים, לפי רב הונא התקינו באושא שאין מנדין אלא בפעם השנייה. ואילו לריש לקיש אין מנדין בפרהסיא כלל. וכן מובאים דברי מר זוטרא שנידה קודם את עצמו ולאחר מכן נידה תלמידי חכמים ודברי רב פפא שמעולם לא כינס ת"ח לצורך נידוי של ת"ח.

בראשונים עולים שני כיוונים בפסיקת ההלכה (ראה "שפת אמת" על מו"ק שם):

1. רמת העבירה- הטור (יו"ד שלד) מסכם את ההלכה כך:

תלמיד שסרח אין מנדין אותו בפרהסיא אבל יכולים להלקותו, ואי סנו שומעניה... משמתין ליה.

לפי דבריו הדבר תלוי בסוג ורמת העבירה: "סני שומעניה"- על עבירות חמורות מנדים אותו, ואילו על שאר עבירות אין מנדים ויכולים להלקותו.

2. רמת התלמיד חכם- ברמב"ם (תלמוד תורה ז, א) משמע חילוק אחר:

**חכם זקן בחכמה וכן נשיא או אב בית דין** שסרח אין מנדין אותו בפרהסיא לעולם, אלא אם כן עשה כירבעם בן נבט וחביריו, אבל כשחטא שאר חטאות מלקין אותו בצנעה, שנאמר וכשלת היום וכשל גם נביא עמך לילה אף על פי שכשל כסהו כלילה, ואומרים לו הכבד ושב בביתך, **וכן כל תלמיד חכם** שנתחייב נידוי אסור לבית דין לקפוץ ולנדותו במהרה אלא בורחין מדבר זה ונשמטין ממנו, וחסידי החכמים היו משתבחים שלא נמנו מעולם לנדות תלמיד חכם אף על פי שנמנין להלקותו אם נתחייב מלקות, ואפילו מכת מרדות נמנין עליו להכותו.

מדברים אלו עולה שבית הדין נמנע מלנדות חכם גדול, ומשתדל שלא לנדות חכם קטן יותר. לפני כן הרמב"ם (ו, יד, אות כג) מונה "חכם ששמועתו רעה" בין המנודים.

ה"בית יוסף" (טור יו"ד שלד) מבאר בדעת הרמב"ם שהחילוק הוא בין חכמים שונים ברמתם; חכם רגיל ששמועתו רעה חייב נידוי ואילו חכם זקן, אב"ד וכדומה מנודה רק על חטא חמור כירבעם בן נבט.

להשלמת התמונה יש לציין לדברי הרמב"ם (סנהדרין יז, ח-ט) בעניין מעמד ראש הישיבה שחטא:

כהן גדול שחטא לוקה בשלשה כשאר כל העם וחוזר לגדולתו. אבל ראש הישיבה שחטא מלקין אותו ואינו חוזר לשררותו גם אינו חוזר להיות כאחד משאר הסנהדרין שמעלין בקודש ולא מורידין.

הרדב"ז (שו"ת ו, ב אלפים עח) כותב שהלכה זו עוסקת בראש ישיבה שהוא מעל הסנהדרין וכל מעשיו הם ב"פרהסיא".



לגבי ההלכה שהובאה לפני כן מסביר הרדב"ז שהעונש לתלמיד חכם הוא רק כשחטא בפרהסיא, כלומר הוא מוסיף תנאי נוסף שלא הוזכר לפני כן בדברי הבית יוסף. המקור לתנאי זה הוא דברי הרמב"ם בתשובה (מהדורת בלאו, קיא):

ואם נתקיים עליו העדות ג"כ אינו מן הדין להסיר אותו אם קבל עליו מה שהוא חייב שאין מורידין אדם מקדושתו מסנהדרי גדולה ועד חזן הכנסת אלא אי"כ עבר עבירה בפרהסיא...

הרדב"ז (ו, ב אלפים עח) מוסיף את הקביעה הבאה:

ואעפ"י שהרב ז"ל מהדר אזכותא דת"ח שאין מורידין אדם מגדולתו ומנויו, מ"מ מודה הוא שאם עבר עבירה בענין מינויו כגון שהיה חזן לנשים ועבר עבירה עם אחת מהן, מעבירין אותו ממנויו שלא לתת מכשול לפניו עד שיתברר שעשה תשובה שלימה וכן כל כיוצא בזה.

דהיינו שצריכים להפריד את נושא המשרה מהמכשול שלפניו עד שתתברר תשובתו, כשיש קשר ישיר בין המכשול לעבירה. אך מלבד זאת אין להסיר אדם ממשרתו אלא אם כן מדובר ב"ראש הישיבה" ולא בסתם ישיבה אלא במישהו אשר סמכותו היא מעל הסנהדרין.

לסיכום לדעת הטור יש לנדות רק בעבירות חמורות, ואליו לדעת הרמב"ם לגבי תלמיד חכם שסרח אם הוא לא מהגדולים ביותר יש לנדות אך עולה מדברי המפרשים שיש לדעת הרמב"ם תנאי שדווקא כשהייתה זו עבירה בפרהסיא. הרמב"ם מדגיש בתשובה שבמקרה שמדובר בנטייה לעבירה מסויימת אף אם אין זו עבירה המצדיקה הורדה מגדולה, יש צורך למנוע מהחוטא את האפשרות לחטוא שוב ולהרחיקו מהמקום בו יש סיכון לקיומו של החטא.

מעיון בספרות השו"ת מתברר שנדיר הוא למצוא מקרה של הסרת רב ממשרתו. נציין כאן לפולמוס הגדול שהיה בימי ר"ב אשכנזי (שו"ת ר"ב אשכנזי סימן כד, מהרשד"ם יו"ד קלה, שו"ת לחם רב עא), על חכם שהתגלה כמי שאינו ראוי למלא את מקומו בהיותו ריק מתורה וחסר יכולת תפקוד כרב.

בשו"ת מהרשד"ם (יו"ד קמא) עוסק במלמד שיצא עליו שם רע עם נערה אחת וכמובן הוא מורה לפטרו.

בשו"ת מהר"ם שיק (יו"ד רכ-רכד) עסק במקרים בהם ניתן לסלק רב מכהונתו; מדבריו עולה שאכן במקרה של עבירה חמורה בפרהסיא וחילול השם ניתן לסלק רב

מתפקידו. אך כאמור מדובר בדברים שנעשים בפני רבים ובאופן שהוא טעות ברורה ומוחלטת ולא במקרה שנעשה בסתר ולאחר מכן התפרסם והופץ בידי יודעיו ושומעיו.

בשו"ת מהרי"א אסאד (או"ח לה ולז) עוסק בחכם שאימץ פסיקות לא מקובלות, ועל כן המהרי"א מורה לקהילה לפטרו.

בשו"ת דברי מלכיאל (ג, קעב) דן במקרה הבא:

ע"ד שמש שסידר קדושין בלי ידיעת הרב. והמתקדשת היתה פנויה מעוברת. שנסתפק מעכ"ת אם יש להעבירו כי לא מצינו להעביר בשביל דבר עבירה רק באו"ח סי' נ"ג גבי ש"צ ולא גבי שמש. הנה בודאי גם שמש הוי מן המינויים שצריכים להיות ישרי דרך... וכן מפורש בקדושין דף ע"ו דאף שוטרי הרבים הוי מינוי ושררה שצריך שיהיו מיוחסים ומנוקים מדופי. ושמש בודאי לא גרע משוטר. ובפרט אצלינו שהוא שליח ב"ד וצריך להיות נאמן כבי תרי על כמה דברים... וע' חות יאיר סי' קצ"ט שהביא ג"כ שהעבירו שמש מאומנתו בשביל שגנב מקופת הצדקה. ולזה ודאי מותר להעבירו. ובפרט בני"ד שגרם מכשול לישא מעוברת חבירו. **אכן בכ"ז אין למהר לירד לחייו ובפרט אם טפלי תלוי בו. והכל לפי מה שהוא אדם. ואם הוא אדם כשר ומתנהג כשורה. ורק בשעה זו יצרו אנסיה או פיתוהו בדברים וכדומה. אין ראוי להעבירו לגמרי רק לקנסו להעבירו על איזה משך כפי ראות עיני הרב וטובי העיר.** ויקבל עליו דברי חבירות שיזהר מעתה במעשיו וישאר על מקומו. והלא שו"ב המוציא טריפה מת"י הוא דבר חמור יותר. ובכ"ז מבואר בפוסקים שבפעם ראשונה אין להעבירו לגמרי אם רואים שבעצם הוא אדם כשר. ורק מעבירים אותו על איזה משך ויקבל עליו דברי חבירות. וה"ה בני"ד. ואין למהר לקפח חיי איש וביתו. ותיתי לי שכל ימי בע"ה התרחקתי מכגון זה. וכן השי"צ שהתעסק בסידור קדושין הללו ודאי ג"כ שצריך לעשות כנ"ל להעבירו על איזה זמן. והכל לפי מה שהוא...".

דהיינו הוא מזהיר מסילוק השמש מפרנסתו, על אף שחרג מתפקידו והביא מכשול הלכתי שהשיא זוג שאסורים להינשא, ובכל אופן ממליץ להציע לו דרך לתיקון. והוא מזהיר להתרחק מכגון דא.

ראה גם בשו"ת משנה הלכות (ט, שיז), שהדגיש את האפשרות לחזור בתשובה העומדת בפני המעוניין להתמנות כרב.

### **מסקנות**

ראשית נציין שהגמרא והפוסקים עוסקים בעיקר בדיני נידוי, דבר שכיום אינו מעשי, אך מדבריהם יש להסיק לגבי דרכי התגובה הנאותות ברמה העקרונית בנושא הנידון.

כמו כן נדגיש שאין סלחנות כלל כלפי חטא, אך העונש הוא מידתי, כלומר ככל שהחכם גדול יותר ובעל מעמד גבוה יותר הרי שענישה שלו היא הרבה יותר משמעותית מאשר ענישה של אדם רגיל ועל כן השימוש בעונשים כלפיו חייב להיות מתוך שיקול דעת ומתוך בחינת העבירה ומשמעותה וכן בחינת העונש ומשמעותו. מדברי הרמב"ם עולה שחכם גדול שחטא מנדים אותו רק אם עבר עבירה חמורה, ולדעת הרדב"ז בתנאי שעבר את העבירה בפרהסיא, ורק אז גם מסירים אותו ממשרתו.

שיטת הטור היא שכל חכם שעבר עבירה חמורה והוא "סני שומעניה" מנדין אותו. ואילו מי שעבר עבירה שאינה חמורה אין מנדין אותו.

העבירות עליהן מנדים ומסירים מתפקיד הן בתחום העריות או בתחום עבירות חמורות אחרות שמעידות על הימצאותו של חכם זה במסלול של הידרדרות רוחנית משמעותית.

על כן חכם רגיל שעבר עבירה מנדין אותו אך הוא יכול להמשיך בתפקידו אלא אם כן עבר את העבירה בפרהסיא שאז מסירים אותו מתפקידו.

בכל מקרה צריך להרחיק את החכם מהאפשרות ליפול שוב באותו מכשול ועל כן אם ניתן למנות אנשים אחרים שיעסקו באותו תחום בו הוא נכשל, צריך לעשות זאת, וגם אם לא ניתן לעשות זאת יש למצוא דרכים לפיקוח עליו ולמניעת הישנות המקרים פעם נוספת.

### כ. פיטורי ר"מ בישיבה תיכונית

#### א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות<sup>198</sup>

התובע הועסק בישיבת... במשך שנתיים. בתאריך כ"ה באייר תשס"ז (13 במאי 2007), הוגש לידי מכתב פיטורין, כפי שהוגש לר"מים נוספים שאינם קבועים בישיבה. על לוח המודעות בישיבה נתלתה הודעה בה נאמר, שנשלחו מכתבי פיטורים, ועל מנת להסדיר את המשך ההעסקה יש להסדיר את העניין מול ראש הישיבה. ביום האחרון של שנת הלימודים (20 ביוני) בפגישה בין התובע לנתבע, הודיע הנתבע בע"פ לתובע כי הוא מפוטר ולא יועסק בשנה הבאה.

#### ב. טענות התובע

הרב... תיאר לפנינו את שתי שנות עבודתו בישיבת... כתקופה בה הוא השקיע את כל כוחותיו ומרצו לקידום התלמידים. לדבריו הוא קיבל במשך כל התקופה חיזוקים חיוביים מראש הישיבה (להלן: רה"י) וכן הרגיש שאנשי הצוות התלמידים והוריהם מרוצים מעבודתו. הוא ציית לכל הוראות רה"י. בט"ו באייר הייתה שיחת סיכום ובה ראש הישיבה ביקר אותו על חלק מפעולותיו אך הדבר היה בעיניו בגדר ביקורת שגרתית ולא כזו שמסמנת פיטורין. בכ"ב באייר נאמר במהלך שיחה עם הורים (הוא לא בטוח שההורים זוכרים זאת) שהוא ממשיך בשנה לאחר מכן. בכ"ה באייר התקבל מכתב הפיטורין שמחולק לכל המורים החדשים. על הלוח מודעות נכתב שכל המורים קיבלו את מכתב הפיטורין ועליהם להסדיר את המשך העסקתם עם רה"י. בכ"ח באייר בפגישה ליד חדר רה"י הוא שאל האם להתפלל על פרנסה, רה"י ענה בלשון שממנה הבין התובע באופן החלטי שמקומו מובטח בשנה הבאה. התובע לא זכר את המילים המדויקות שנאמרו. הוא טען שנאמר לו ש"המכתב בטל ומבוטל" או לשון אחרת. בדי' תמוז מיד לאחר סיום הלימודים קרא לו רה"י לחדרו והודיע לו שהוא מפוטר ושאינו רוצה לשוב לראותו. הוא תובע את ביטול הפיטורין.

אם לא ניתן להחזירו לעבודה הוא תובע משכורת של שנת עבודה מליאה ופיצויי פיטורין של שלוש שנים סה"כ משכורות של שנה ושלושה חודשים.

<sup>198</sup> פס"ד ארץ חמדה גזית, בהרכב הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב משה ארנרייך.

**ג. טענות הנתבע**

הרב... פתח בהצגת הבעיות המיוחדות של הישיבה ככזו שמטפלת בילדים הסובלים מליקויי למידה והפרעות קשב. כמו כן הוא ציין את הצלחתו להגדיל את הישיבה מ-50 תלמידים ל-140. לגבי הטענות של התובע הוא השיב שהתובע לא עשה מלאכתו נאמנה.

לדבריו היו לתובע במשך כל התקופה תלונות על היועצת, הן מכיון שהיא אישה והן על חוסר צניעות, ועל כן הוא סירב לעבוד איתה, ולא הופיע למחצית מהפגישות השבועיות עם היועצת שהוא אמור להיות בהן. לדברי הנתבע, החשיבות בעבודת היועצת היא גדולה בישיבה בה התלמידים סובלים מסוגי הפרעות שונים ומטופלים בתרופות. כמו כן הוא הרגיש שהתובע מזלזל בצורך בעבודה מקצועית. בהרצאה בפני צוות הישיבה של פרופסור שעוסקת בתחום הטיפול התרופתי, שהזמין הנתבע, הוא ראה את התובע קורא ספר במקום להאזין. כמו כן הוא לא קיים את חובת השיחות האישיות כראוי. לטענתו, הייתה נשירה גדולה מכיתתו השנה של כ-7 תלמידים, כאשר בכיתה השנייה נשרו שניים בלבד. הוא ציין עוד מספר בעיות שהוא מוצא בהנהגתו של התובע כר"מ, הוא אינו עומד בתפילה במקום אחד ואינו יושב בחדר האוכל במקום אחד. הוא גם מספר בדיחות בלי הפסקה, דבר שנראה בעיניו כשיטה פגומה בחינוך. כמו כן הוא טען שפעם אחת שהה כל הלילה בקבר... ולאחר מכן נעדר משיעור ללא הודעה מוקדמת וגם פרסם את הדבר באופן שאינו ראוי מבחינה חינוכית. התובע גם הביא את ילדיו לשיעור וכן חילק עוגיות על חשבון השיעור באופן שאינו מתקבל על הדעת.

הנתבע העלה את הביקורת של התובע על מספר גדול (כ-50%) של נשים בצוות הישיבה, הביקורת הפריעה לו וראה בזה פגיעה בסמכותו ובכבודו. הנתבע גם טען שהתובע הוא אינדיבידואליסט ואינו עובד בעבודת צוות כראוי. כמו כן ביקר את בקשותיו של התובע להביא את רעייתו לשיחה עם הנתבע. דבר זה גם מעיד, לדעתו, על פגם בדרכו שכן הוא אינו מסוגל לייצג את עצמו לפני המעסיק שלו.

לגבי הליך הפיטורין הוא טוען שזה היה כמקובל. נשלח מכתב פיטורין במועד, וכאשר הוא רוצה להמשיך להעסיק עובד למרות מכתב הפיטורין, הוא יושב איתו ומסכם באופן מסודר את המשך העסקתו. הוא מכחיש שאמר לתובע שהמכתב מבוטל. לדעתו התובע אינו רואה את המציאות נכוחה. הוא קיבל מכתב פיטורין

בזמן ואין לו חובות כלפיו מלבד מה שקבוע בחוק. ביום האחרון קרא לו, על מנת לומר לו שאינו רוצה לראותו עוד בישיבה כלל. לסיכום לאור הפגמים שהוא מוצא בעבודתו ובאישיותו הוא סובר שיש לו את הזכות לפטר אותו, וכך אכן נעשה.

#### ד. תגובת התובע לטענות על תפקודו

על טענות אלו השיב התובע שהוא אינו חולק על הדרך של הישיבה וכן שהוא מרבה להתייעץ ברמ"ם ובמורים אחרים. היועצת הייתה בעיניו דמות רחוקה מהתלמידים והוא לא הצליח לעבוד איתה. הוא ביקש להחליפה ביועץ או ביועצת אחרת אך הנתבע לא הסכים. הוא טען שביטל רק פגישות בודדות, ורובן בשל העובדה ששהה עם התלמידים בטיולים וכדו'. הוא אכן אומר שהייתה לו בעיה לשבת עם אשה במשך שעה שלמה לבד. לגבי התלמידים שעזבו השנה הוא טוען שלא בהכרח עזבו בגללו. חלק מהם אמרו לו שהנתבע הוא האשם בעזיבתם. כמו כן היו תקופות שאף עזבו הרבה יותר תלמידים מכיתות אחרות, ואין בזה הוכחה שאכן הר"מ אינו בסדר.

העובדה שהוא מסתובב בתפילה ובארוחת הבוקר נובעת מרצונו להשקיע בתלמידים ולהיפגש עם כולם בזמן ארוחת הבוקר, בניגוד לרמ"ם האחרים שיושבים בשולחן המורים. לגבי ההיעדרות לאחר לילה בקבר... הוא אמר שהיה זה מקרה יחיד בכל השנתיים, וגם פרסום הדבר לא יצא ממנו. כמו כן, בפועל הפסיד רק שעת הוראה אחת.

גם רעיית התובע הציגה את הדברים מבחינתה ותיארה את ההשקעה הרבה של בעלה ושלה בעבודתו ובחינוך התלמידים. וכן את ההלם הגדול, שלהם ושל אנשי הצוות, בעקבות הפיטורין הפתאומיים והבלתי צפויים. כמו כן היא העלתה את האפשרות, עליה חזר התובע במכתבו, שהיועצת גרמה לפיטוריו מתוך מניעים אישיים ולא מקצועיים.

#### ה. סיכום ושאלות לדיון

בהיבט העובדתי, השתכנע בית הדין שמחד, התובע אכן השקיע בתלמידיו את מלא כוחו ומרצו. כפי הנראה השקעה זו גם נשאה פירות ונוצר קשר איכותי בין התובע לתלמידיו.

מאידך, בית הדין התרשם שלתובע גישה חינוכית שאינה עולה בקנה אחד עם המסגרת החינוכית אותה מוביל ראש הישיבה. כמו כן, לתובע היה קושי לעבוד בשיתוף פעולה עם היועצת החינוכית.

ביחס להליך הפיטורין אין מחלוקת לגבי העובדה שניתן מכתב הפיטורין בהתראה מוקדמת. ישנה הכחשה האם לאחר מכן נאמר לתובע שהוא יועסק בשנה הבאה. מחלוקת עובדתית זו לא הובררה בבית הדין. השאלות לדין:

- מהן העילות לפיטורי ר"מ, על פי ההלכה ומנהג המדינה.
- אם הפיטורין תקפים, האם נוצרה חובה להעסיק את התובע לאחר מכן ומכח זה יש חיוב לפצות את התובע על הפיטורין הסופיים?

### ו. עילות הפיטורין לפי מנהג המדינה

בעל הבית ששכר פועל אינו יכול לסלקו תוך זמן המלאכה. אם שכר בסתם את הפועל נחלקו הדעות האם השכירות בסתם היא לעולם (עיין פתחי חושן שכירות פרק י ס"ק א). ובמקום שיש מנהג המדינה שהשכירות היא קצובה הולכים אחר המנהג<sup>199</sup>. מכיון שהנוהג לפי התקנות ביחס למורה ללא רישיון הוראה קבוע שהשנתיים הראשונות הן ניסיון וניתן לפטר בהם אף ללא הנמקה הרי שיש בידיו של המנהל לפטר את העובד גם בלא נימוק. וכך נוסחו הדברים במדריך לזכויות המורה המפורסם על ידי ארגון המורים:

- שנת עבודתו הראשונה של עובד הוראה היא בגדר ניסיון, והפיטורין אינם טעונים המלצה או הנמקה של מפקחים. אין לפטר עובד הוראה בעל רישיון הוראה קבוע בשנת הניסיון השנייה, אלא רק בהמלצה בכתב של שני מפקחים לפחות מטעם משרד החינוך.
- תקופת הניסיון של עובד הוראה בעל רישיון הוראה זמני היא שלוש שנים. פיטורין, על כן, אינם טעונים המלצתם של מפקחים, וניתן להפסיק את

<sup>199</sup> כך כתב החזון איש בבא קמא (כג,ב) ואף באגרות משה (ח"מ א, עז) משמע שסבר שאין מנהג כזה אך אם יש מנהג הוא מחייב. ובתשובה נוספת שלו (שם, עז) גם משמע שלאחר שנה אין שום אפשרות לפטר אף כשיש מנהג ברור שמפטרים.

עבודתו בכל אחת מ-3 השנים הראשונות לעבודתו. עובד הוראה בעל רישיון הוראה זמני בשנה השנייה או השלישית לעבודתו, העתיד לקבל רישיון הוראה קבוע, חייב להודיע על כך בכתב להנהלת ביה"ס עד ה-1 בינואר של אותה שנה.

במקרה דנן, לא היתה בידי התובע במהלך שנות עבודתו רישיון הוראה קבוע (הוציא מסמך זה בשבועות האחרונים). תקופת הניסיון של עובד הוראה בעל רישיון הוראה זמני היא שלוש שנים. פיטוריו, על כן, אינם טעונים המלצתם של מפקחים, וניתן להפסיק את עבודתו בסוף כל אחת מהן. מבירור עם מוסדות שונים התברר שכך גם מקובל לעשות.

נעיר, שאף שהוצאת הרישיון היא פורמאלית, ועובדה היא כי התובע הוציא את התעודה בלא קושי בתקופה האחרונה, אין משמעות הדבר שמעמדו כאילו יש למורה את הרישיון. שהרי, גם הזכות שלא להיות מפוטר, ללא החלטת מפקח היא זכות פורמאלית. הזכות לפיטורי מורה לאור ההלכה תתברר להלן.

לסיכום, על פי מנהג המדינה, ניתן לפטר את התובע ללא כל עילה מוגדרת. בנוסף, כפי שנבאר להלן, במצב דנן יש עילה לפיטורי התובע על פי דין תורה. כך, שגם אילו היה לתובע רישיון הוראה קבוע, אין זה ברור כי לא ניתן היה לפטרו בסוף השנה השנייה.

#### ז. פיטורי מורה לפי דין תורה

לנתבע טענות ענייניות ביחס לעבודת התובע<sup>200</sup>. בלא לקבוע האם טענות אלו מדויקות, יש מקום לדון בענין זה לאור דברי הגמרא (ב"ב כא, ב, ב"מ קט, א):  
 אמר רבא: מקרי ינוקא, שתלא, טבחא, ואומנא, וסופר מתא - כולן כמותרין ועומדין נינהו. כללא דמילתא: כל פסידא דלא הדר - מותרה ועומד הוא.  
 הגמרא קובעת שמלמד אינו צריך התראה כדי לסלקו ואם הוא אינו עושה מלאכתו כשורה ניתן לפטר אותו. וכך נפסק להלכה ברמב"ם (שכירות י, ז) ובשולחן ערוך (ח"מ שו, ח). יש לציין שאינו מפסיד במקרה כזה את שכרו על העבר (שלטי גיבורים אות א, בב"מ סו. בדפי הרי"ף). אמנם בהגדרת ההפסד נחלקו הראשונים, וכך כתב התוספות (ב"ב כא, ב ד"ה מקרי):

<sup>200</sup> ראה סימן קודם בענייני חזקת שררה ובמצויין שם.



פ"י בקונטרס בהמקבל (ב"מ קט,א) דהוי פסידא דלא הדרא משום דשבשתא כיון דעל על... ואומר ר"י דהוה פסידא דלא הדר דאותה שעה שמלמד להם טעות הם מתבטלים ואותה שעה אין יכולין להחזיר לעולם. לרש"י החשש הוא שיטעו בלימודם ועל בסיס חשש זה מסלקים את המלמד אף בלא התראה ובניגוד להסכם עמו. לתוספות הסיבה היא שמבטל את זמנם מלימוד וזמן זה אינו חוזר. הרמב"ם כלל את שני הטעמים: "ומלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד או למד בטעות".

עוד הוסיפו הראשונים וסייגו את הדין, והובאו הדברים ברמ"א (חו"מ שו,ח):  
וי"א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקין להו.

מדבריו של הגר"מ פיינשטיין (אגרות משה חו"מ א,עז) נראה שאף שאין צריך התראה יש צורך להוכיח שאכן קיימות בעיות המצדיקות פיטורין: "ויצטרכו הרוצים לסלקו לברר בראיות ברורות שאינו ראוי עתה להיות מלמד."<sup>201</sup>  
במקרה דנן חלק מטענות התובע אכן נוגעות למישור זה של ביטול תורה מכיון שלדברי הנתבע התובע נעדר מהשיעורים וכן הקדיש חלק מהשיעורים לחלוקת עוגיות וכדו'.

אמנם נראה שמכיון שגם לדבריו וההיעדרות הייתה חד פעמית וכן שחלוקת העוגיות היא לצורך הלימוד ולא נתברר שאכן יש בזה פגיעה בלימוד וגם לא ברור האם הוחזק בזה, אין בטענות אלו כדי להצדיק פיטורין.

#### ח. פיטורים על רקע מחלוקת על שיטת החינוך

אמנם, התרשמות בית הדין מהדיון בין התובע לנתבע היא, שאכן יש ביניהם מחלוקת על שיטת החינוך והלימוד בישיבה. הנתבע מדגיש את הטיפול המקצועי והשיטתי יחד עם הצוות המלווה בתלמידים להם צרכים מיוחדים. מאידך, התובע הדגיש את נושא השמחה ויראת השם כמוקד העשייה שלו. התובע ציין את דרכו

<sup>201</sup> אמנם עיין בפד"ר ח עמ' 152 שהבאנו חלק מדבריו בהמשך, שהוסיף וטען שדברי האגרו"מ נאמרו רק בייחס לאנשי ההנהלה שנמצאים מחוץ לישיבה ולא על ראש הישיבה שיכול להתנות עם הר"מ שזמנו מוגבל ולפטר אותו כאשר נראה בעיניו שאינו מתאים לישיבה, וכפי שיבואר בהמשך.

להתייעץ עם רמ"ם אחרים ותלמידי חכמים שונים והיה נראה שאלו עדיפים בעיניו מאנשי המקצוע של הישיבה בתחום הייעוץ. למרות שהתובע טען בפנינו שאינו חולק על דרכה של הישיבה, התרשם בית הדין שאינו שלם עם הדרך בה הישיבה מתנהלת ואינו נוהג באופן מלא על פי דרכו של ראש הישיבה. הנתבע שחש את הביקורת מצא לנכון שהדבר מפריע לתפקודו של התובע כר"מ בישיבה. אלא שיש לעיין האם גם זו עילה לפיטורי מורה לפי ההלכה.

ואכן מצאנו בשו"ת מנחת יצחק (ד,עה) בתשובה על פיטורי מורה סיים בדברים הבאים:

אמנם בכל זה, מה שכתב כבוד תורתו ביפוי כח המלמד, שאין כאן טענות שהוא פושע בלימודיו, וגם וכו', רק שיש למנהל שיטה חינוכית אחרת, מן המורה, ואינו נוח באופן שיטת הלימוד של המורה עכ"ד, - לדעתי תקנתו זה קלקלתו, דל"ה בזה יפוי כח להמורה, אלא אדרבה גרע כמו בזה, דזה הוי כמו דאיתא ברשב"א הנ"ל שם, בטענה שיעשה מלאכתו כראוי, דאם האמת כן, הדין עם הבעה"ב, כן הכא, בודאי, **כל מורה נכנס למשמרתו, אדעתא דהכי, לציית להמנהל, בעניני חינוך**, ואף אם לא התנה בפירוש סתמא כפירושו (אם לא שיש להמנהל שיטה שלא כהלכה) בכה"ג, וע"י ש"ע ונו"כ (או"ח סי' נ"ג), **דאל"כ בטל כח השלטון, ויוכל לבוא לידי הפקרות בכל המוסד**, ואם שיטה חינוכית של המנהל, ל"ה שיטה דחוי, ושלא כהלכה, בודאי מחויב המורה לשנות שיטתו - שזה בידו - לשיטת המנהל, אבל בודאי אין לעשות דינא לנפשי, ויש להציע הענין לפני ב"ד כנלענ"ד. והנני בזה ידידו דוש"ת, יצחק יעקב ווייס

דבריו ברור מיללו שכאשר יש מחלוקת בין ראש הישיבה לר"מ זכותו של ראש הישיבה להגדיר את הכיוון החינוכי, שאם לא כן: "יוכל הדבר לבוא לידי הפקרות בכל המוסד". על כן, כאשר ראש הישיבה חש שהתובע סולל דרך לעצמו בתוך הישיבה הוא רשאי לפטרו. נדגיש, שקביעה זו אינה זוקקת את ההכרעה איזו מהדרכים היא הדרך הנכונה יותר. המטרה שהמוסד החינוכי יתנהל בדרך חינוכית אחת, תחת הנהגת ראש הישיבה היא טעם בפני עצמו, שכן חריגה ממסגרת חינוכית אחת, עשויה לגרום נזקים.

חיזוק נוסף עולה מפסק דין של ב"ד הרבני בת"א (פד"ר ח' עמ' 152):

וסביר כי ראש מוסד או ראש ישיבה כמו במוסד הנידון אשר מנהל את העניינים הרוחניים שעליו מוטלת האחריות של כל התלמידים החניכים, מעונין לקבל ר"מ שביניהם תהיה שפה משותפת, וכמקובל ראש מוסד ומנהלו שביוזמתו הוקם המוסד, רצונו להטביע חותמו על התלמידים החניכים, ויש והגישה בדרכי החינוך של ראש הישיבה שונה מאשר הגישה של הר"מ, ועלול הדבר להביא לחיכוכים אישיים, ואף אם כוונתם לשם שמים, אך גם במחלוקת לשם שמים דרושה מדה רבה של זהירות שהפער לא יתרחב שמתוך לשמה יבוא שלא לשמה, והשפעה שלילית תהיה ניכרת על התלמידים שבמקום שיראה את הרב כבעל שיעור קומה יראה את ההיפך מזה, והפער הזה עושה שמות ומשחית את החלקים הטובים בלבם של הצעירים, והמטרה הקדושה הצפויה לא תושג, לכן מזכותו של מנהל להשאיר לו זמן מסוים כדי לקבוע אם הר"מ מתאים למלא את תפקידו מכל הבחינות.

לסיכום נראה שמכיון ויש מחלוקת בין ראש הישיבה לר"מ לגבי שיטת החינוך, והנתבע מרגיש שהתובע חולק על דרכו ועל הנהגתו, הרי שיש בזה עילה מספיקה לפטר על פי ההלכה גם ללא מנהג המדינה.

על כן אנו דוחים את הטענה שאין לנתבע זכות לפטר את התובע במקרה דנן. הן לפי מנהג המדינה והן לפי דין תורה.

נדגיש שהדברים אמורים למרות התרשמותנו מאישיותו החיובית של התובע כאדם שכוונותיו טובות ורצויות. ניכר היה, אפילו בדבריו של הנתבע, שאכן התובע השקיע כוחות גדולים בחינוך תלמידי הישיבה. וכך גם העידו עליו תלמידים והורים במכתבי ההמלצה שהועברו לידינו. ובטוחים אנו שהתובע יצליח למצוא את האפיקים הנכונים והמתאימים לו, בעולם החינוך, לטובת עם ישראל.

#### **ט. פיטורין לאחר סוף חודש מאי (למניינם) על פי המנהג**

עובדה זו מוסכמת היא, ועל רקע זה ניתן מכתב הפיטורין היא, שמנהג המדינה הוא, שפיטורי מורה, יעשו עד ה'31 למאי.

המנהג הוא, שבמקרה שלא הודיעו לו על פיטוריו, דינו כמי שנשכר לשנת הלימודים הבאה כולה.

נבקש להדגיש שתי נקודות, העולות מעיון בפסקי הדין של בית הדין לעבודה בנושא :  
 1. טעם הקביעה של תאריך זה הוא, שיש לתת למורה את האפשרות לחפש עבודה, והחודש האחרון לשנת הלימודים הוא התקופה המתאימה ביותר למטרה זו (ראה עב 002019/04).

2. בפיטורין שברור שהיו שלא כדין, יש לקבוע תשלום שכר שנת עבודה שלמה, ועל המורה לא מוטלת החובה לחפש מקום עבודה חלופי. שכן, מהותו של החיוב, אינו פיצוי על נזק בפועל, אלא בגדר "פיצוי מוסכם" על הפיטורין שלא כדין. בפיצוי מוסכם, לא מוטלת החובה להפחתת הנזק. (ראה דב"ע לה/5-3, פד"ע ו' 113).  
 כאמור, בנדון דידן ניתן מכתב פיטורין בזמנו, אך יש מחלוקת האם בוטל. אם אכן בוטלו הפיטורין והתובע פוטר בשנית בתאריך ה-20 ביוני, הוא זכאי לכאורה בשכר שנה שלמה, וכדלהלן.

### י. חזרה מפיטורין

התובע טען שהנתבע חזר בו מהפיטורין. טענה זו הוכחשה, ולהיבט זה נתייחס בהמשך.

בבירורים עם ראשי מוסדות ישיבתיים, נאמר לנו שהמקובל הוא שמעמדם של מורים שאינם קבועים אינו ברור עד תחילת שנת הלימודים, ורק בתחילת שנת הלימודים, נקבע הצוות באופן סופי.

לדעת בית הדין, במקרה שנאמר במפורש לר"ם, כי ילמד בשנה הבאה, לא ניתן להתנער מאמירה זו, לאור הטעמים שנבאר להלן.

גם מדברי הנתבע עלה שהוא עצמו נוהג לשבת עם האנשים שאותם הוא משאיר ולתכנן איתם את המשך עבודתם, וכך הם יודעים שהפיטורין בוטלו. מדברים אלו משמע שמנהג הישיבה, שהוא הקובע לענייננו, הוא שדי בדיבור בלבד בכדי לבטל את מכתב הפיטורין. על כן יש מקום לטענת התובע שבאמירה ברורה, לפי דבריו, של הנתבע הוא הבין שהפיטורין בוטלו.

לעניין זה ניתן לצרף גם את דברי רעייתו של התובע שהיה ברור להם שהוא נשאר וכן שההלם היה גדל על הפיטורין, שאכן זה המנהג המקובל במקום. כמו כן ניתן אולי ללמוד מכך שהנתבע קרא לתובע ביום האחרון ופיטר אותו שאכן הדברים לכל הפחות לא היו ברורים לפני כן. אמנם עובדה זו ניתנת להתפרש גם בדרכים אחרות

(כפי טענת הנתבע) ולא הובאה אלא כדבר שמעורר סימן שאלה נוסף באשר לפיטורין ולמה שנאמר קודם לכן. נוסף עוד, שבדיון, גם הנתבע הדגיש בשלב מסוים את התנהגותו של התובע בחודש האחרון.

**יא. האם ומדוע אמירה בעל פה מחייבת על פי דין ?**

יש לדון, האם אמירה בעל פה מחייבת על פי דין תורה, גם בלא מעשה קניין או מסמך כתוב, ומה גדר החיוב שנוצר. בדין זה העלינו מספר אפשרויות.

**אפשרות א' – דינו כפועל שנשכר לשנה הבאה.**

ישנם מספר שיקולים, אשר יכולים להוביל למסקנה שמי שנאמר לו שימשיך לעבוד במשך השנה הבאה, דינו כמי שנשכר למשך אותה שנה, אף אם קודם לכן ניתן לו מכתב פיטורין.

א. ניתן לומר, שמכתב הפיטורין שניתן לכל המלמדים בשנה השנייה, ניתן על תנאי. ברגע שמוסכם להמשיך את העסקת המורה, דינו כעובד שממשיך את עבודתו מכח ההסכם הראשוני. נראה לדחות אפשרות זו שכן במתן מכתב הפיטורין בשנים הראשונות, יש השלכות מעשיות גם אם בפועל ממשיכים את ההעסקה (כך נותרת האפשרות לפטר בשנה לאחר מכן).

ב. על פי מנהג המדינה, ניתן לכרות חוזה בעל פה, לבד מאשר בתחומים מסוימים (עסקה במקרקעין, חוזה מתנה ועוד). על פי זה, לדיבור יש תוקף של סיטומתא.

ג. על פי ההלכה, אם לאחר האמירה יש הכנה כלשהיא לתחילת העבודה של השנה הבאה, יתכן שקניין הפועל חל מדין תחילת עבודה (עיין תוס' ריש השואל).

ד. עיין ב"פתחי חושן" שכירות פרק ז' סעיף י' כמה פרטי הלכות לגבי רבים ששוכרים מלמד שא"צ קניין. אך צ"ע בישיבה שהיא עמותה שאולי דינה כיחיד, והאריך בנקודה זו בפד"ר שהבאנו למעלה ג"כ.

**אפשרות ב' – האמירה מחייבת מדינא דגרמי**

א. השו"ע (חו"מ שלג, א-ב) פוסק שכאשר בעל הבית מסכם עם פועל שיעבוד אצלו, אם בזמן שסיכם איתו יכול היה למצוא עבודה ולאחר מכן כאשר בעל הבית חוזר בו, לפני התחלת העבודה, הוא כבר אינו יכול למצוא עבודה, בעל הבית מחוייב לשלם לו שכרו כפועל בטל. אמנם זה מותנה בכך שאכן בזמן

השכירות הייתה לפועל אפשרות למצוא עבודה וכן בכך שעתה אין לו אפשרות למצוא עבודה כלל אפילו לא על ידי טורח. זהו סיכום הדינים המופיעים שם הנוגעים לענייננו. מבואר בסמ"ע (ס"ק ח') שיסוד חיוב זה הוא מדינא דגרמי.

על כן במקרה דנן בין השכירות המסופקת מחדש בכ"ח באייר לבין הפיטורין הסופיים בדי' תמוז עבר למעלה מחודש. במהלך חודש זה אילו ידע התובע שהוא צריך למצוא עבודה יתכן והיה מוצא עבודה, ואילו עתה לאחר שהסתיימה שנת הלימודים יש קושי גדול יותר למצוא עבודה.

אמנם עדיין אין לנו יכולים לדעת בבירור שאכן היה מוצא עבודה בתחום זה שרבו הקופצים על כל משרה. וכן איננו יודעים האם לא יתכן שימצא גם עכשיו, אם יטרח כראוי בכך, עבודה מתאימה. ועל כן קשה לחייב על בסיס זה לשלם לו שכר כפועל בטל. כמו כן יש להעיר שבמלמד הדין הוא שמשלמים לו שכר מלא מפני שלא נח לו בבטלה (שו"ע חו"מ שלה, א). ועיין בפסק דינו של בית דין הגדול (חלק ח עמ' 162) שיש לאמוד בכל אדם לגופו האם אכן הוא מהמלמדים שנח להם בבטלה או לא. לסיכום קשה לחייב על סמך אפשרות זו לבדה, מפני שיש לנו ספק האם היה מוצא עבודה אחרת וכן שמא יוכל גם עכשיו למצוא על ידי טורח. כמו כן, תשלום זה מותנה בכך שאכן הוא לא ימצא עבודה באותה תקופה שכן זהו תשלום מדינא דגרמי או משום שבת (עיין קצוה"ח שלג, ב).

#### **יב. הדין כאשר יש הכחשה על האמירה**

בענייננו, יש הכחשה בין הצדדים לגבי הנאמר על ידי הנתבע. כיון שיש הכחשה בטענות לגבי חידוש העסקת התובע, היה מקום לחייב את הנתבע שבועת היסת, שלא נאמר על ידו שהתובע יועסק בשנה הבאה.

מנהג בתי הדין שלא לממש את חיוב השבועה ומפשרים בין התובע לנתבע. כאשר החיוב על פי דין ברור, יש לחייב עד שליש התביעה. מכיוון ויש בעצם התביעה ספיקות הלכתיים, כמבואר בסעיפים לעיל, נראה שאין לחייב את הנתבע בסכום המלא של שליש התביעה. אנו רואים מקום לחייב את הישיבה בתשלום עבור שני

חודשי הוראה. מלבד זאת מגיע לפי מנהג המדינה חודשיים פיצויים על שתי שנות עבודה<sup>202</sup>.

נוסיף את דברי הרא"ש בשו"ת (כלל קז סימן ו), שנפסקו בשו"ע סימן י"ב:  
 כל זה סברתי והארכתי, להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, **שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.**  
 בית הדין מציע לעיין מחדש בנוהלי הפיטורין, ולאמץ מסגרת כזו שהדברים יהיו ברורים לשני הצדדים, על מנת שכל צד יוכל להכין עצמו כדבעי לקראת השנה הבאה. זו המטרה של התאריך שנקבע להודעה על פיטורי מורה, ובמצב של ערפול לאחר תאריך זה, המטרה אינה מתממשת.

#### יג. החלטה

- א. עקרונית, לנתבע סמכות לפטר את התובע הן לפי דין תורה והן לפי מנהג המדינה.
- ב. לאור הספק בשאלת ביטול הפיטורין, אנו מחייבים את הנתבע בתשלום השווה לסך של **שני חודשי עבודה**, מלבד דמי הפיצויים עבור שנתיים. [במקרה של אי הסכמה בנושא הסכום המדויק לתשלום, יביאו הצדדים את נתוני השכר של התובע במהלך השנתיים האחרונות, ובית הדין ינקוב את הסכום המדויק, כהבהרה לפסק הדין]
- ג. אין צו להוצאות.
- ד. הסכום ישולם תוך 45 יום ממתן פסק הדין.

<sup>202</sup> פיצויים אלו מגובים בפסקי דין רבים עיין פד"ר א, 330 ועוד רבים.

## כא. אדם שהורה לאחר לבצע עבודה, האם חייב לשלם לו?

ראובן<sup>203</sup> מנהל ארגון העוסק בפעולות חסד. לטענתו, שמעון ביקש ממנו לפעול במוסד חינוכי מסוים, והבטיח לו באופן ברור לשלם לו את הוצאות פעולותיו. האם יכול ראובן לתבוע משמעון שכר כיוון שביצע את הוראותיו?

להלן נדון בשאלה זו בהתייחס לארבעה מקורות חיוב שונים: (א) שכירות פועלים; (ב) נזיקין; (ג) שליחות; (ד) נדרים<sup>204</sup>.

### א. חיוב מדיני שכירות פועלים

#### 1. שכירות לא-מפורשת

הגמרא (יבמות קו, א) קובעת שאם אדם חלץ לאישה בתנאי שתשלם לו כסף, היא חייבת לשלם לו, וזאת למרות שאין אפשרות להטיל תנאים בחליצה. רש"י מבאר שהטעם לחיוב התשלום הוא שהאישה קיבלה זאת על עצמה, והרי היא נחשבת כשכירה של האיש: "דהא קבילת עלה; ואף על גב דחליצה בהכי לא מיפסלא, מיהא איחייבא לקיומי תנאה מדינא, כשאר שכירות דעלמא". וכן נפסק להלכה בשולחן-ערוך (אה"ע קסט, ג).

בדומה, פסק בהגהות מרדכי (קידושין סי' תקמד):

מעשה בראובן שתבע שמעון - תן לי עשרה זהובים שנדרת לי, שאדבר עליך אל השר. והשיב שמעון... ולא היה שום קנין. והשיב המורה שחייב ליתן לו, דהווי ליה כפועל, ואין צריך קנין.<sup>205</sup>

הרי שכשאדם מורה לאדם אחר לבצע דבר מה עבורו - הוא מתחייב בכך לשלם לו שכר כפועל, גם אם לא הוגדר ביניהם באופן ברור שהוא שוכר אותו לעבודה.

<sup>203</sup> הרחבת פס"ד ב"ד ארץ חמדה, בהרכב: הרב דניאל מן (אב"ד) והרב מנחם יעקובוביץ.

<sup>204</sup> יש מקום לדון גם בחיובו של שמעון מצד ערבות - ראו מה שכתבנו בתחומין לא, עמ' 366.

<sup>205</sup> ראו גם בשו"ת המב"ט (ח"ב סי' נו; ח"ג סי' סא), שביסס את חיוב המעסיק גם ללא קנין.



**2. שכירות עבור אחר**

אמנם, בגמרא ובהגהות-מרדכי מדובר על עבודה שנעשית עבור האדם שביקש זאת. בענייננו, שמעון ביקש מראובן לבצע את העבודה עבור אדם שלישי, ויש אפוא לברר האם גם במקרה זה נחשב שמעון כמעסיק של ראובן.

מדברי השו"ע (חוי"מ שלו, א), שמקורם בגמרא (ב"מ קיח, א), עולה שאין לחלק בין עובד המהנה את מעסיקו ישירות לבין עובד שמביא הנאה לאדם אחר: השוכר את הפועל לעשות בשלו, והראהו בשל חבירו - נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מחבירו מה שהנההו. ואינו יכול לומר לו: טול מה שעשית בשכרך. אפילו לא אמר לו 'שכרך עלי', אלא שכרו סתם. אבל אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם - יכול לומר: טול מה שעשית בשכרך. ואם אמר ליה 'שכרך עלי', אינו יכול לומר לו כן.

מכאן עולה שהאומר לחברו לעשות מלאכה במקום מסויים ומבטיח לו 'שכרך עלי', חייב לשלם לו את שכרו אף אם לא התחייב בקניין. ואף שבמקרה שבו השכירות היא בדבר של הפקר, שאינו שייך לאיש, יוזם הפעולה חייב בתשלום. ולפחות, יכול המעסיק לאפשר לעובד ליטול בשכרו את מה שעבד עליו.

הרשב"א (ב"מ קיח, א ד"ה כאן) מסביר שהחיוב לשלם לעובד בחצר חברו נובע מדין ערבות:

נראה לי דשאני התם, דנהנה בו חברו, ומכל מקום הרי ההנה פועל איניש דעלמא על ידו של זה ועל מה שנשכר זה אצלו. ולפיכך חייב כאלו נהנה הוא ממנו, והוה ליה כעין דין ערב.

בשו"ת דברי-מלכיאל (ח"ג סי' קנה) קובע מסמרות בדין זה, ומרחיב את ההלכה לכל מקרה שבו אדם מבקש מהשני לפעול עבורו:

דשכר פעולה חייב אף שאין לו הנאה... וכן בכל פעולה שיאמר לחבירו שיעשה איזה פעולה וישלם לו בשכרו כך וכך, אף שאין לשום אדם תועלת בפעולה זו - בכל זאת חייב לשלם לו.

**3. מתי השכירות אינה חלה?**

יש מקרים שבהם כתבו הפוסקים שאף על פי שאדם ביקש מחברו לעשות מלאכה עבורו, אין הוא חייב לשלם לו שכר:

**1. טענת "משטה אני בד".** בשו"ת דברי-מלכיאל (שם) מבאר שכאשר יוזם הפעולה הבטיח לחברו שכר מופרז, חיוב השכירות אינו תקף: "ורק אם הוא יותר הרבה מכפי שכרו, יכול לומר שמשטה הוא בו, כמו גבי מעבורת".<sup>206</sup>

**2. דבר שאין דרך לשלם עליו.** אם ביקש אדם מחברו לעשות דבר שלא נוהגים לשלם עליו שכר, אין הוא חייב לשלם לו על עבודתו, אף אם אמר שישלם לו. כך כתב הרא"ש בתשובה (סד,ג), והובא ברמ"א (קכט,כב), ביחס לאדם שביקש מחברו לערוב עבורו בחובו:

מי שנדר שכר לחבירו שיערב בעדו - אם קבל קנין ליתן לו שכר, חייב כפי מה שקצב; ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שכר באמירה בעלמא.

קצות-החושן (קכט,ט) טוען שבמקרה שלא נעשה קניין, המצווה אינו חייב כלל לשלם שכר על הערבות, והוא מסתמך על דברי הרא"ש עצמו שכתב: "כי ערבות אינו דבר שלוקחין עליו שכר שיקנה באמירה". לעומת זאת, התומים (קכט,מג) ונתיבות-המשפט (קכט,כה) סברו שמגיע לערב שכר לפי אומדן בית הדין, כפי המקובל לשלם על מלאכה מעין זו. ונראה שגם הם מודים לדברי קצות-החושן, שאין לשלם על סמך אמירה בלבד בדבר שאין נהוג לשלם עליו כלל, אלא שלדעתם יש מקום לתשלום כלשהו. בכל מקרה, ממקורות אלו עולה שחיוב התשלום חל רק על דבר שנחשב כ"מלאכה", ואין מחייבים את המזמין לשלם על עבודה שאין נהוג לגבות עליה תשלום.

**3. אסמכתא -** בשו"ת דברי-מלכיאל מוסיף שיש לבחון את ההתחייבות גם על פי דיני אסמכתא, ועל כן במקרה של הבטחה לקנס ולגוזמה, אין חיוב על המעסיק. לסיכום - כשאדם מצווה את חברו לעשות פעולה, יש לחייבו על כך בתשלום סביר, גם אם הפעולה לא גרמה לו הנאה. עם זאת, כאשר התשלום הוא מופרז, כאשר אין דרך לשלם על הפעולה וכשיש בעיית אסמכתא - אין לחייב את המצווה בתשלום. על כן, בענייננו, יש לחייב את שמעון בתשלום לראובן.

<sup>206</sup> מקור דין מעבורת - בגמרא בב"ק קטז,א: "הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו, אמר לו טול דינר והעבירני - אין לו אלא שכרו; אלמא אמר ליה: משטה אני בד".

**ב. חיוב מדיני נזיקין****1. חזרה משכירות**

בסיס נוסף לחיוב עולה מדברי הרא"ש בתשובותיו (קד,ו; טור חו"מ סי' שלג), שהובאו בשולחן ערוך (חו"מ שלג,ח):

אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד - חייב.

דהיינו, יש לאדם אחריות על תוצאת בקשתו. ואם הורה לאומן לעשות דבר מה, ואמר לו שיקחנו ממנו, ולאחר מכן הוא אינו חפץ לקחתו, ולאומן נגרם מכך נזק - עליו לפצותו על כך. הרא"ש מבאר שהחיוב הוא משום דינא דגרמי, ובדומה לאדם השוכר פועלים וחוזר בו באופן שהם אינם יכולים למצוא עבודה אחרת.

**2. חזרה מנישואין**

והנה, נחלקו הרמב"ם והראב"ד בדינה של אישה שחזרה בה מהסכמתה להינשא, ונגרם בכך נזק ממוני לחתנה (הל' זכיה ומתנה ו,כד):<sup>207</sup>

הורו רבותי, שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו, או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן, ועשה כדרך שעושין כל העם, וחזרה בה - משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון, וכל הגורם לאבד ממון חבירו - משלם. והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא, שאין זה נשבע ונוטל. אמר אברהם: איני משהו עם רבותיו בזה. וזאת הגרמה דומה לזרעוני גנה ולא צמחו, שאינו משלם לו ההוצאה. וכללו של דבר - אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו, אף על פי שגרם לו זה - פטור.

לדברי הראב"ד, כיוון שההוצאה הממונית נעשתה על פי החלטתו האישית של החתן, הוא אינו יכול לזקוף זאת לחובת הכלה.

הראב"ד מבסס את דבריו על דברי הגמרא (ב"ב צג,ב), שנפסקו גם ברמב"ם (הל' מכירה טז,א), לפיהם אדם המוכר זרעים לחברו ולא צמחו, משלם רק את דמי הזרעים, ואינו חייב לפצות את חברו על הוצאותיו. נושאי הכלים מציינים גם לדברי

<sup>207</sup> יסוד דברי הרמב"ם, בשו"ת הרי"ף סי קפה.

התוספתא (ב"ב ו,ד): "הלוקח קנקנים מחבירו, נמצא פטסאות ונשברו - חייב להעמיד לו דמי קנקנים ולא דמי יין". דהיינו, אם קנה אדם קנקנים פגומים ומילא אותם בייין, והיין שבתוכם נשפך - אין המוכר חייב לשלם על היין, שהרי נתינת היין בקנקנים נעשתה מרצונו של הקונה (וראו בקונטרס דינא דגרמי לרמב"ן, ד"ה המוכר). מהו אפוא ההבדל, לדעת הרמב"ם, בין כלה החוזרת בה מהסכמתה להינשא, הגורמת לחתנה נזקים עקיפים, לבין אדם המוכר מוצר פגום, הגורם גם הוא לקונה לנזק עקיף?

המפרשים הסבירו את שיטת הרמב"ם בכמה דרכים:

1. **פעולות שלא למטרת רווח** - המגיד-משנה (שם) מחלק בין פעולות שנעשו לצורך רווח, שאם נגרם בגללן הפסד, הגורם להפסד אינו חייב לפצות עליו, לבין פעולות שאדם עשה על פי ההרגל, שאם נגרם בגללן נזק, הגורם אחראי לו. אמנם, המגיד-משנה מסיים שחילוק זה צ"ע (וראו ביאור הגר"א אה"ע נ,ט שנדחק בהבנתו).

2. **תוצאת הנזק ודאית** - הב"ח (אה"ע סי' נ) וספר המקנה (אה"ע נ,ח) מיישבים שהמוכר זרעים אינו יודע בוודאות שהקונה יזרע אותם, אך האישה יודעת בוודאות שחתנה יערוך סעודה, ועל כן "דינא דגרמי הוא, כאילו ציוה לו להוציא הוצאות אלו". כעין זה עולה גם מדברי המהרשד"ם (אה"ע סי' לב): "בנדון כיוצא בזה נחתנין לאומדן דעת הבריות, כי הוא מוכרח במעשיו הכרח גמור, כי גדול כבוד הבריות. ואחר שהמנהג בעיר בדברים הללו, אדעתא דהכי נחתי, והוה ליה כמוזיק בידיים ממש".<sup>208</sup> כך גם הביא רבי ישראל-יהושע מקוטנה, הן בפירושו על השו"ע (ישועות-ישראל יד,ד), הן בתשובותיו (שו"ת ישועות-מלכו אה"ע סי' מה).  
אכן, באור-שמח (הלי' זכיה ומתנה ו,כד) דחה את תירוץ הב"ח, שכן מדברי הרמב"ם בהלי' מכירה עולה שמוכר הזרעים פטור מפיצוי אפילו אם ברור שהזרעים נקנו לצורך זריעה (אם כי עדיין ייתכן שהזריעה אינה ודאית, בניגוד לסעודת החתונה).

<sup>208</sup> מהמשך דברי המהרשד"ם עולה חידוש נוסף, שלדעתו גם הראב"ד מודה שאם הניזק מוחזק, אין המוכר יכול להוציא ממנו. וצ"ע מה מקורו של המהרשד"ם בחידוש זה.

3. **כוונה להזיק** - במרכבת-המשנה (שם) מיישב: "שאני זרעוני גינה, דהוי כעצמים בבטן המלאה, ולא ידע המוכר שלא יצמיחו. מה שאין כן הכא, שחזרה ויודעת שהפסידה לו הוצאת הסעודה". דהיינו, סיבת החיוב לדעתו אינה עצם הנזק, אלא הכוונה להזיק. באבן-האזל (הל' זכיה ומתנה ו, כד) פיתח את הדברים, והצביע על כך שכוונת המזיק להזיק היא תנאי בסיסי לדעת הרמב"ם בחיוב דינא דגרמי. לדרך זו צריך לומר שגם פעולה שידוע שתגרום לנזק נחשבת ל"כוונה להזיק", וכך אכן הוכיח אבן-האזל.
4. **נזק מיידי** - הט"ז (אה"ע נ, ה), שער-משפט (שפו, א), ואור-שמח (שם) ביארו שרק נזק מיידי יכול להיחשב ל"דינא דגרמי". כשאדם מוכר מוצר מקולקל, הנזק נגרם לאחר זמן; אולם כשכלה חוזרת בה מהסכמתה לנישואין, הנזק נגרם באופן מיידי, שהרי החתן כבר הוציא את הוצאות הסעודה.
5. **ערבות** - אבן-האזל (שם) מבאר שחיובה של הכלה נובע מדין ערבות, ואילו המוכר זרעים אינו יכול להיחשב לערב. הוא מבאר שאין מדובר בערבות רגילה, שהרי הכלה לא אמרה לחתנה שתשלם לו הוצאותיו, אלא רק הבטיחה להינשא לו. אבל כיוון שחזרה בה, הרי גרמה בכך נזק לחתן, "ולכן חייבת מדין גורם היזק בצירוף דין ערבות".
6. **קנס בדבר שכיח** - מדברי החלקת-מחוקק (אה"ע נ, י) עולה שחיובה של הכלה הוא קנס: "מדמה זה לדיני דגרמי, וגם גרמא בנזקין אם הוא דבר השכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס". לכאורה, דבריו מבוססים על שיטת ריצב"א, שכל נזק עקיף שכיח נחשב ל"דינא דגרמי", אף שהרמב"ם אינו מסכים אתה.<sup>209</sup>
7. **אשמת הניזק** - בשו"ת עין-יצחק (ח"א אה"ע סי' סח אות כ) כתב שהחתן באמת סמך על הכלה, ועל כן היא חייבת לשלם לו, ואילו הקונה זרעונים יכול היה לבדוק אותם לפני הקנייה, ולא בדק מתוך התרשלות. על כן, במקרה זה המוכר פטור מלשלם (וראו עיונים-במשפט חו"מ א, לרח"ש שאנן, עמ' כג).

<sup>209</sup> לשיטת הריצב"א, ראו תוס' ב"ב כב, ב ד"ה זאת אומרת. לשיטת הרמב"ם, ראו הל' חובל ומזיק פ"ז.

הטור (אה"ע סי' נ) הביא את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, והשו"ע (אה"ע נג), פסק להלכה כרמב"ם.<sup>210</sup> אך במקרה שלנו - נראה שאף לדעת הרמב"ם האדם שהורה לחברו לבצע עבודה פטור מתשלום, שכן הנזק אינו ודאי, האדם לא התכוון להזיק וכן הלאה.

### 3. ציווי מפורש

רבי עקיבא איגר (שו"ת מהדו"ק סי' קלד) טוען שאף הראב"ד מודה שאם אדם נתן הוראה ברורה לחברו, וחברו ציית לה ונגרם לו נזק כתוצאה מכך, יש לחייבו בפיצוי:

ולזה נראה לי דוקא בזרעונים, וכן בחזרה היא, דלא אמרה לו להוציא לשמשים וכדומה, רק דממילא כן הוא, וכן בזרעונים לא אמר המוכר שיוציא ויזרע. ובזה סבירא ליה להראב"ד דאין צריך להחזיר ההוצאה. והרמב"ם סבירא ליה דבלא עשה ההוצאה להשתכר - חייב לשלם. אבל בהרא"ש ובסמ"ע הנ"ל, דאמר להאומן שיעשה כלי, ומלוח אמר שיעשה שטר ועל פיו עשה כן - חייב לשלם הוצאותיו, וזהו לכולי עלמא. ואם כן, אם בנדון דידן היה כזה שאמר לו 'הבא הפירות לכאן ואקנה ממך', צריך לשלם לו ההוצאות.

בכך מבאר רבי עקיבא איגר את שיטת הלבוש המובאת בסמ"ע (לט, מא):

ראובן שהתנדב להלוות לשמעון מנה, ואמר לו 'לך לסופר ולעדים שיכתבו ויחתמו שאתה חייב לי מנה, ומסור לי השטר ואלוך', והלך והביא לו השטר... ואח"כ חזר ראובן... ובעיר שושן כתב ז"ל: ונראה שצריך להחזיר לו שכר הסופר שנתן, מדיני דגרמי, ע"ש, ודברי טעם הן.

וכן הסכימו התומים ונתיבות-המשפט (שם).

<sup>210</sup> יש לשקול האם הנתבע יכול לומר "קיים ליי" כראב"ד. בדרך כלל ניתן לומר "קיים ליי" כדעה שיש שני פוסקים המצדדים בה (ראה ש"ך חו"מ ס, יב וראה ציון הדעות בשו"ת יביע אומר ג, חו"מ ד), ובשו"ת לחם-לב (סי' ל) הביא שהראשונים הסוברים ש"דינא דגרמי" הוא רק נזק בגופו או נזק שנגרם באופן מיידי, סוברים אף הם כראב"ד. אך בפד"ר (ח"ג עמ' 57) פסק כדעת שו"ת נוכח-השולחן (אה"ע סי' יג) וערוך-השולחן (אה"ע נטז), שאין לומר "קיים ליי" נגד פסיקת השו"ע, ושהמנהג הוא כדעת הרמב"ם. אמנם, מגדולי הפוסקים שהובאו בפד"ר שם (מגן-גיבורים, שארית-יהודה, משנה-למלך) נראה שלדעתם ניתן לומר "קיים ליי" כראב"ד. על כן, לכאורה המזיק יכול לומר "קיים ליי" כראב"ד.

ראיה נוספת לכך שאדם שהורה לחברו במפורש לעשות עבודה, ולאחר מכן חזר בו, חייב לפצות את חברו על נזקיו, ניתן להביא מדברי המרדכי (סנהדרין ס"י תשז), שנפסקו ברמ"א (ח"מ יד, ה):

מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: 'לך ואני אבוא אחרריך', והלך, והשני לא הלך אחריו - צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו. הגר"א כתב שדברים אלו צריכים עיון (ראו פד"ר ח"ג עמ' 30), אולם הרבה פוסקים הביאו אותם להלכה. כך חייב בשו"ת חוות-יאיר (ס"י קסח) את מי שאמר לחברו לבוא אחריו לצורך חתונה ואח"כ חזר בו (ראו פתחי-תשובה ח"מ יד, טו). וכן פסק בשו"ת נודע-ביהודה (מהדו"ת אה"ע ז), שבעל שאמר לאשתו שתבוא אליו והבטיח לתת לה גט, ואח"כ חזר בו, חייב לשלם לה את הוצאותיה (ראו פד"ר י-ם ח"ג ס"י נט). וכך פסק בנתיבות-המשפט (ר, יג): 'ויש ללמוד מכאן, דאם אמר אחד לחבירו 'הבא לי סחורה פלונית ידוע, שדמיה קצובין, ואקנה אותה', ואח"כ לא רצה לקנות, דמשלם לו יציאותיו'.

נמצא, שאם היה ציווי ברור לפעולה, חייב המצווה לשלם לפועל את הוצאותיו.

#### 4. ציווי שאינו ברור

המהרש"ם (שו"ת ח"ו ס"י קצח; וכן במשפט-שלום, ח"מ ס"י רד) חולק על רבי עקיבא איגר, ולדעתו כאשר אדם ציווה על חברו לעשות דבר מה וחזר בו לאחר מכן, יש לפוטרו מתשלום. דבריו נסמכים על דברי המהרי"ק (ס"י קלג; שהובא במשנה-למלך על הרמב"ם שם), שפטר מתשלום אדם שהבטיח להשתדל עבור חברו בחינם, החבר הוציא מעות, ואז השני חזר בו ודרש שכר. וכן ניתן להוכיח מדברי מהר"ם מינץ (ס"י יז), שפטר אישה מתשלום הוצאות שהוציא הבעל על גט, אם חזרה בה מאוחר יותר מרצונה בגט.

יש לציין שבמקום אחר (שו"ת ח"ו ס"י רכה), המהרש"ם עצמו חייב את המצווה בתשלום, ונסמך על דברי רבי עקיבא איגר. על כן נראה שאף המהרש"ם סבור שבמקום של ציווי מפורש חייב המצווה בתשלום, אלא שהוא מסתייג מהרחבת החיוב גם למקרים שבהם לא הייתה אמירה ברורה ומחייבת לפעולה מסויימת. חילוק כזה עולה גם משו"ת מהר"ש (ח"ד ס"י ק), שדן במקרה של אדם שאמר לשני 'שלח עגלות ואני אתן לך חפצים', ולאחר מכן לא נתן חפצים. המהר"ש מסיק שהשני

הפסיד לעצמו, שכן שלח עגלות בלי שהמבקש התחייב לו לכך, והוא הרי ידע שחברו יכול לחזור בו. לדבריו, האמירה 'שלח עגלות' אינה יוצרת חוב, שכן המצווה לא התחייב לתת את החפצים, ובכך שונה הדבר ממי שאומר לשני 'עשה ואשלם'. כך יש ליישב גם את דברי מהר"ם מינץ, שהרי האישה לא התחייבה לעמוד ברצונה לגט. וכן מבוארים דברי המהרי"ק (סי' קלג), שכן הם עוסקים במקרה מיוחד שבו אדם ביצע עבור חברו עבודה בחינם, שלא היה חייב לעשותה, ובעקבותיה השני הוציא הוצאות. בכל המקרים הללו, מוציא ההוצאות היה צריך לקחת בחשבון שהצד השני עלול לחזור בו.

במקרה שלנו, לשמעון היה עניין ורווח מסויים בשירות שניתן לשיבה, ועל כן מסתבר שגם מהרש"ם ואחרים יחייבו אותו בתשלום הוצאותיו של ראובן. חילוק מעין זה, בין ציווי מפורש לבין אמירה שאיננה ציווי מפורש, מופיע בהערות הרי"ש אלישיב לבי"מ נח, ב (הובאו בחישוקי-חמד, סנהדרין לא, ב). וראו גם בשו"ת דברי-מלכיאל (ח"ה סי' קכה), בעניין אדם שהבטיח לחברו לשלם לו עבור בית שקנה ממנו, הלה קנה סחורה על סמך העובדה שיוכל לשלם באותו יום, ולבסוף הקונה לא שילם:

לדעתי פשוט שפטור הקונה מלשלם לו הפסדו, דהרי לא התחייב לשלם לו אם יקנה על סמך זה סחורה, וידוע כי כל אשראי ספק אתא ספק לא אתא, והוה ליה להמוכר לידע שאפשר שלא יוכל לשלם במועדו. וכן איתא בב"מ (סג, ב), דחוב הוי כמאן דליתיה, ע"ש... מכל מקום, כיון שלא עשה העסק על פיו, הוא פטור. ובחוי"מ יד, ה מחייבין לשלם באומר 'לך ואני אבוא אחריך', לפי שאמר לו בפירוש כן...

##### 5. "משטה אני בד"

לעיתים יכול המצווה לטעון שהוא לא התכוון לדבריו ברצינות. כך מכריע הרמ"א (חוי"מ פא, א; חוי"מ שלו, א):

מי שאמר לחתנו העשיר: תלמד עם בנד ואני משלם לך, פטור. כיון דלאו עני הוא, ובלאו הכי חייב ללמד עם בנו, יכול לומר: משטה הייתי בדך. ואף על גב דלא טעין, טענין ליה, אף על גב דלא טענין ליה בשאר משטה.



הש"ך (פא, ו) מוסיף שאפילו אם המצווה יודע שהוא התכוון לאמירתו ברצינות, עדיין יכול לטעון "משטה הייתי בד":

וגדולה מזה נראה לי, דהכא ובכל כה"ג, אפילו אמר 'אתם עדי' - פטור... ואין לחיוב על מה לחול, כיון שלא נשתעבד בקנין. כן נראה לי, ודוק.

קצות-החושן (פא, ד) חולק על הש"ך וטוען שיסוד החיוב הוא בשכירות: אם הוא בעצמו, שיודע כוונתו שלא כיון להשטות - צריך הוא לשלם, לפי שנתחייב בתורת שכירות. ואם היה ידוע לנו שלא היה כוונתו להשטות, אגן נמי מחייבין אותו.

לדעתו, אמירה לאדם אחר לעשות דבר-מה נחשבת כשכירות, וכן עולה גם מדברי התומים במקום (ס"ק ו). מדוע אם כן פוסק הרמ"א שהמצווה פטור? בנתיבות-המשפט (פא, ב) מיישב:

דכיון שהוא מחויב בדבר - לית ביה משום שכירות, דהוי כמו שאמר 'עשה לך סוכה או תפילין לעצמך', דלית ביה משום שכירות.

עולה אפוא, שלדעת הש"ך (כפי שביאר נתיבות-המשפט), אדם המצווה את חברו לעשות דבר מצווה אינו חייב לשלם לשני את הוצאותיו, כיון שהשני עושה את המצווה בגלל שהוא מצוּנה ועומד, ולא בגלל ציוויו של חברו. בענייננו, כזכור, שמעון ביקש מראובן לעשות עבודה לטובת ישיבה, וייתכן שהדבר נחשב למצווה; אולם נראה שאין הדבר כן, שהרי מצווה זו אינה מוטלת דווקא על כתפיו של ראובן, ואין הוא חייב להיענות לכל בקשה המגיעה אליו. על כן, יש לראותו כמי שעשה על פי דיבורו של שמעון, ולא כמי שבא לעשות מצווה, וממילא שמעון נחשב כשוכר והוא חייב לשלם לראובן.

### ג. חיוב מדיני שליחות

בשו"ת המבי"ט (ח"ב סי' נו) כותב:

יש דברים כיוצא בשאלה זו שאינם צריכים קנין, אלא הדבר נגמר בהשלמת קיום הדיבור, כמו דיני שליחות ושכירות פועל, שאינם צריכים קנין. שאם שלח אדם את חברו שיקנה לו דבר או ימכור, כיון שקנה או מכר כמו שאמר לו - אינו יכול לחזור בו ולומר 'נחמתי ממה שעשיתי אותך שליח כי לא נטלתי קנין, אלא דברים בעלמא היו', אלא חייב לקיים דברי שלוחו שהוא כמותו,

כיון שכבר עשה שליחותו. וכיון שקיים שליחותו, גם אם התנה ליתן לו כך וכך על שליחותו - חייב לתת לו מה שהתנה, כיון שעשה כבר שליחותו על תנאי כך.

וחזר על כך בנו (שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב):

וכל מילי דשליחות - לא בעי קנין. והאומר לחבירו 'עשה דבר פלוני ואתן לך מנה', משעשה שליחותו מתחייב בלא שום קנין בשעה שמקיים את דבריו.

באחד המקרים שהובאו בפני בית הדין הרבני הגדול, מנהל מוסד תבע תורם שישלם את הוצאותיו, והר"ש ישראלי פסק שיש לחייבו (פד"ר ח"ח עמ' 251):

כיון שלפי דבריו נאמר לו ע"י הנדבן, לאחר שהוצגו לפניו תכניות הבניה והסכום המשוער שזה צריך לעלות, 'לך בנה' - על ידי זה נתן לו יפוי כח בתור שליחו להוציא הוצאות ולעשות הכל בכדי שהבנין יקום על תלו. וזה מחייב את המשלח, כי שליחות אינה צריכה קנין.

באותו מקרה, הר"ש אלישיב חלק על הר"ש ישראלי (שם עמ' 247):

האי דינא דהשו"ע הוא באומר לחבירו 'קח סחורה זו לעצמי ואשלם לך', שהרי יסוד החיוב הוא מצד ערב, כמו שכתב הנתיבות שם, דהווי ליה כ'יתן מנה לפלוני' או 'זרוק מנה לי', דחייב משום ערב. אך לא פליגי דבאומר לחבירו 'לך וקנה לך חפץ לטובתך ולהנאתך ואני אשלם לך' - בודאי יכול לחזור בו, והכי נמי דכוותיה.

כלומר, לדעת ר"ש אלישיב שליחות שייכת רק אם יש למשלח תועלת כלשהי, ואם אין לו תועלת - אין להחשיב את דיבורו כשליחות.

במקרה שלנו, שמעון פנה לראובן וביקש ממנו לפעול בישיבה, ומסתבר שיש בכך טובה (לפחות חלקית) לשמעון. על כן, יש טעם לחייבו מדין שליח.

#### **ד. חיוב מדין נדר צדקה**

בענייננו, יש טעם נוסף לחייב את שמעון בתשלום. כיוון שהארגון שמנהל ראובן הוא ארגון הפועל שלא למטרות רווח, הרי שהתחייבות כספית לארגון זה מחייבת בדיבור בלבד, כפי שנפסק בשולחן-ערוך (יו"ד רנח, ו):

הנודר צדקה אינו יכול לחזור בו, אלא אם כן נשאל לחכם והתיר לו.

ובכלל נדר הוא גם אמירה לעני שיתן לו דבר מה אף שאינו משתמש בלשון נדר מפורש וכפי שנפסק בשולחן ערוך (יו"ד רנח, יב ושוב בחו"מ רמג, ב) על בסיס דברי הירושלמי (בבא מציעא ד, ב):

אמר ליתן לחבירו מתנה אם הוא עני, הוי כנודר לצדקה ואסור לחזור בו.

ראה גם בש"ך (פז, נא) שהרחיב בדין זה, כך גם בקצות-החושן (פא, ג) הביא תשובת מהר"ם בעניין חותן שהתחייב לממן לימודי נכדו, שממנה עולה שאם החתן הוא עני - החותן חייב בתשלום משום נדר. אמנם יש לדון האם אמירה לעני שיש לה תוקף משום נדר מחייבת בשבועה. בפתחי תשובה (פז, כט) הביא דעת הש"ך שיש חיוב שבועה באמירה לעני, מאידך הביא דעת התומים שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים ובאחרונים, בעניין "אמירה לגבוה" בצדקה האם היא כקנין (ראו שו"ת ר"ב אשכנזי סי' טו; מחנה-אפרים, צדקה סי' ב ועוד), שכן לכל הדעות אסור לחזור מהנדר.<sup>211</sup> הכרעת הפתחי תשובה על פי שו"ת מים חיים היא כדעת הש"ך.

#### ה. מסקנות

נמצא שבמקרה שבו הורה אדם לחברו באופן ברור לבצע פעולה, אף שהוא אינו נהנה ממנה בצורה ישירה, ניתן לחייבו בתשלום הוצאותיו של חברו משלוש סיבות:

(א) שכירות; (ב) נזיקין; (ג) שליחות. ואין המצווה יכול לטעון 'משטה הייתי בד', אלא הוא חייב לשלם. וכאשר הפעולה נחשבת לצדקה, יש לחייבו גם מדין נדרי צדקה.<sup>212</sup>

<sup>211</sup> בשו"ת מהרי"ק (סי קלג; הובא בהגהות רעק"א, יו"ד רנח, יב) כתב שבמקום שיש טרחת הגוף, הנדר אינו חל. אך בענייננו מדובר בהתחייבות כספית גרידא, ואין טרחת הגוף.

<sup>212</sup> במקרה שנדון בבית הדין, הייתה מחלוקת עובדתית בין שניהם, שכן שמעון טען שלא הבטיח לראובן תשלום עבור פעולתו. כיוון שכך, נפסק בבית הדין חיוב בסכום מסויים כפדיון שבועה ומכוח פשרה.

## כב. פיצויי פיטורין וזכויות העובד

### א. העובדות המוסכמות<sup>213</sup>

בתקופה: 1.8.07 ועד 31.8.11 התובע עבד בחברה. מעולם לא נחתם חוזה עבודה מסודר, וכל הסיכומים בין הצדדים היו בעל פה. במהלך תקופת העבודה השתנו תפקידיו והוא התקדם מאיש אחזקה לאגרונום אחראי. גם המשכורת עברה שינויים במשך הזמן הן לבקשת התובע והן עקב השינויים בתפקיד. החל משלהי 2010 התובע נסע ברכב החברה, מספר פעמים בחודש לביתו. ביולי 2011 רכב החברה בו נסע התקלקל תוך כדי שהנתבע עשה בו שימוש. הנתבעת בחרה שלא לתקן את הרכב, ועל כן לא היה לתובע רכב לנסוע בו לביתו. התובע מודיע על התפטרותו על רקע נושא הרכב ופורש בסוף החודש מהחברה. התובע טוען שהוא רואה בכך הרעת תנאים – ומעמדו כמפוטר הזכאי לפיצויי פיטורין. לטענת הנתבעת התובע לא היה זכאי לרכב, על כן דינו כמתפטר, והוא אינו זכאי לפיצויי פיטורין. מכאן התביעה.

### ב. טענות התובע

#### 1. זכותו לפיצויי פיטורין

לטענת התובע, הרכב ניתן כחלק מהסכם שכר, ושליטתו מהווה הפרה של תשלום שכר ומאפשרת את ההתפטרות. לאור העובדה שמדובר בהתפטרות בשל הרעת תנאים, לטענת התובע הוא זכאי לפיצויי פיטורין.

#### סכום הפיצוי הראוי לדעתו הוא: 52,644 ש"ח

סכום זה התקבל, לפי החישוב של הרו"ח שגילם את השכר של שני התלושים יחד לתלוש אחד (בלי שווי רכב).

#### 2. הפרשות הפנסיה לא שולמו במלואן

לטענת התובע, בתלוש של שכר האישה לא הופרשו תשלומי פנסיה.

<sup>213</sup> פס"ד ארץ חמדה גזית רמת-גן בהרכב: הרב שלמה אישון (אב"ד) והרב סיני לוי.

התובע הכחיש וויתור שלו על הזכויות הסוציאליות של המשכורת השנייה.

### 3. הפסד חלק מדמי האבטלה

לטענת התובע, עקב העובדה שנאלץ לפצל את המשכורת (ולא רצה לתבוע על פיטורי אשתו בנפרד).

### 4. הפרשי שכר

לטענת התובע, הובטח לו בהעלאה אחרונה 2000 ₪ בברוטו של אשתו ובסוף נתקבל 1900.

**סיכום סך כל התביעות : 82,613 ₪.**

## ג. טענות הנתבעת

### 1. התובע אינו זכאי לפיצויי פיטורין

לטענת הנתבעת, התובע התפטר, ולא פוטר. כמו כן, לא נפגע שכרו או שונו לרעה תנאי עבודתו. הרכב ניתן כטובה בלבד ולפי הצורך, ולא כחלק מהשכר. מדובר ברכב להובלות סחורה לחנויות ובמקרים בו היה הרכב פנוי, אזי לפנים משורת הדין אפשרו לתובע להשתמש בו על חשבון החברה. כשהרכב התקלקל והחברה לא קנתה רכב אחר לא ניתן היה להמשיך ולתת את הרכב.

הנתבעת צירפה דוח נסיעות בו נרשם השימוש ברכב וניכר שמדובר בשימוש על בסיס לא קבוע:

כך שאין מדובר בהטבה קבועה כי אם בטובה בלבד.

ממילא ההתפטרות שלו הייתה על דעת עצמו ואין לראותה כפיטורין. יותר מכך התפטרות זו הסבה נזק גדול לחברה, שכן לא נמצא לו מחליף ובתקופת החגים שלאחר מכן נאלצו לזרוק כמויות גדולות של סחורה.

הנתבעת מציינת שגם בעבר איים להתפטר מספר פעמים. בנוסף לכך לאחר ההתפטרות הם אף שבו והציעו לו לחזור לעבודה והוא סירב.

לגבי חישוב הפיצויים, אם ייקבע על ידי בית הדין שיש לשלם, יש גם השלכה לכך שלדברי הנתבעים התובע וויתר על הזכויות הסוציאליות של המשכורת השנייה.

### 2. תנאים סוציאליים במשכורת אשת התובע

התובע הסכים לקבל את התוספת בתשלום נפרד וללא תנאים סוציאליים שאינם מחויבים על פי חוק (דהיינו, למעט ביטוח לאומי ומס בריאות).

### 3. הפסד חלק מדמי האבטלה

לטענת הנתבעת, אין לחייבה בהפסד דמי אבטלה של משכורת אשת התובע, שכן הדבר נובע מהסכמת התובע לפיצול, שנעשתה בהתאם לבקשות וצרכים שלו.

### 4. הפרשי שכר

הנתבעת הכחישה שסוכם על העלאה של 2000 ₪, ולטענתה התובע קיבל בתלוש המשכורת את השכר עליו סוכם.

## ד. השאלות לדיון

1. **זכאותו של התובע לפיצויי פיטורין.** מחד, יש כאן הרעה מסוימת בתנאי העבודה. מאידך, אין לזקוף הרעה זו לחובת הנתבעת כי אם זו תוצאה של נסיבות, וכמו כן יש לדון בחומריתה של הפגיעה. על כן הדיון צריך להיות מה דינם של פיצויי פיטורין במקרה מעין זה.

2. **שאלת הוויתור על זכויות סוציאליות הנוגעות למשכורת השנייה.** בין הצדדים יש הכחשה לגבי עצם הוויתור, הדיון בעניין מעלה גם שאלה עקרונית שהיא מקדמית לשאלת ההכחשה והיא האם אכן ניתן לוותר על זכויות כאלו על פי ההלכה וכיצד הדבר צריך להיעשות.

3. **שאלת חלוקת התלוש ונזקיו במישורים השונים.** ברי שמדובר בפעולה שנעשתה בהסכמת הצדדים, האם ניתן כיום לבטל את הפעולה בטענה שזו מזיקה לאחד מהם באופן שלא היה מודע לו.

4. **הוויכוח בין הצדדים ביחס לגודלה של התוספת המובטחת למשכורת.** לעניין זה יש גם חשיבות לציין שהתובע המשיך לעבוד גם ללא התוספת ושתק לאורך התקופה.

## ה. כללי פיצויי פיטורין

חוקי המדינה מחייבים מתן פיצויים לעובד שפוטר מעבודתו. חובה זו התקבלה גם על ידי בתי הדין, וישנה מסורת ברורה של פסיקה הרואה בפיצויים אלו המשך מוסרי של ההענקה המופיעה בתורה וכפי שכבר קבע בעל ספר החינוך (מצווה תפב):

"אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח, שאם שכר אחד מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השם".

דהיינו ראויה ההענקה להיות מקור למתנות לכל עובד בסיום עבודתו. מהבחינה ההלכתית נקבע גם שזו חובה המוטלת על המעביד הן מכח מנהג המדינה והן מכח הכלל "דינא דמלכותא – דינא" במקום בו החוק הוא בוודאי בעל ערך מוסרי וחברתי. מה גם שלחוק זה יש תוקף הלכתי לפי דברי החתם סופר (שו"ת חו"מ מד, ראה עוד פד"ר א, עמ' 330, ולאחרונה סיכום הדברים בפד"ר, מאגר מקוון רלו, בפסק דינו של הרב מאיר פרימן).

ראוי לציין שזו גם עמדת היסוד של בתי הדין "ארץ חמדה - גזית" הפועלים לפי העקרונות שסוכמו בכנס הדיינים תשס"ח (ההערות הן המקורות שצוינו שם):

הכלל דינא דמלכותא - דינא, חל על חוקי מדינת ישראל ע"פ המגבלות של כלל זה<sup>214</sup>. לכל חוק ש"אלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן"<sup>215</sup> - יש תוקף הלכתי על פי הכלל דינא דמלכותא - דינא.

ניתן לקבוע שהמבחנים לחוק כזה הם:

(א) כאשר ישנו בסיס תורני (כגון חיוב בדיני שמיים<sup>216</sup> או לפני משורת הדין<sup>217</sup>) או תקנה קדומה מקבילה<sup>218</sup>.

(ב) או כאשר ישנה סברה לתקן תקנה כזו (כגון שמירת מרחק בין כלי רכב).

גם חוק הפיצויים עומד אפוא בכללים אלו כחוק הן בעל בסיס תורני והן כחוק שיש סברה לתקן כמותו.

<sup>214</sup> שו"ת ישכיל עבדי ו, כח, ב; שו"ת יחווה דעת ה, סד; שו"ת ציץ אליעזר ד, כח; הרב מרדכי אליהו, תחומין ג, עמ' 242; הרב דב ליאור (שם, עמ' 247); הרב משה הלברשטם, בתוך: נחום מנשה וייספיש, משנת זכויות היוצר, עמ' קכא; שו"ת מנחת שלמה א, פז, ועוד.

<sup>215</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, מד. דבריו הובאו על ידי: שו"ת בית יצחק חו"מ עז, ג; שו"ת מנחת שלמה א, פז; שו"ת ציץ אליעזר יב, פג; הרב משה הלברשטם (בתוך: נחום מנשה וייספיש, משנת זכויות היוצר, עמ' קכא); הרב יצחק ניסים, הרב יוסף שלום אלישיב והרב בצלאל זילטי (פד"ר ו, 382); הרב ז"נ גולדברג, חוק לישראל - נזיקין, עמ' 378; שו"ת שבט הלוי חלק י סימן רצא; ועוד.

<sup>216</sup> הרב ז"נ גולדברג, חוק לישראל - נזיקין, עמ' 378.

<sup>217</sup> קצות החושן רנט, ג.

<sup>218</sup> ראו לדוגמא, שו"ת אמרי יושר ב, קנב.

על כן לא נאריך בנקודה זו אלא נחתור לבירור העניין הספציפי העומד לפנינו, שכן השאלה העולה היא לגבי עובד שהתפטר עקב כך שהיה סבור שהורעו תנאי עבודתו.

כאמור, הבסיס ההלכתי המחייב לפיצויים הוא הכלל "דינא דמלכותא - דינא" (דד"ד) ומנהג המדינה. לשון החוק היא זו שקובעת את הכללים לפיהם אכן נוהגים מעסיקים לתת פיצויים.

החוק אכן מרחיב את חובת הפיצויים גם למי שהתפטר מכח הרעת תנאי עבודה או "נסיבות אחרות". כלשון החוק (סעיף 11א):

התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות, שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לענין חוק זה כפיטורים.

פשוט וברור שלפי החוק אדם ששכרו קוצץ רשאי לפרוש ולדרוש פיצויי פיטורין. נציין, שלהבנתנו, פגיעה בשכר העבודה, מהווה עילה להתפטרות והיא פגיעה 'מוחשית', גם אם מדובר בפגיעה שההיקף הכספי שלה מוגבל. שכן, עצם הפגיעה בשכר, מהווה פגיעה חמורה ומוחשית בביטחוננו של העובד בעבודתו ובכבודו כמועסק.

במקרה זה, לטענת התובע הובטחה לו העלאת שכר שכללה גם מתן רכב לחלק מהימים<sup>219</sup>, לפיכך, השימוש ברכב היווה מרכיב בשכר העבודה. לטענת הנתבע מדובר בטובה בלבד. אמנם על בסיס קבוע, אך עדיין כזו שניתנת מתוך רצון טוב וללא מחויבות.

בהיבט העובדתי - קשה להכריע בוויכוח מעין זה, שהרי הטענה שמדובר בעסקה הכוללת העלאה כספית ומתן רכב, גם הוכחשה וגם לא נכתבה בחוזה. וכן אין עדים או ראיות אחרות על מהלך הדברים.

על פי דוחות הרכב, השימוש היה לא קבוע, ומשתנה בהיקפו.

מאידך, נראה שאין חולק, שהתובע התחיל את השימוש ברכב בסמוך למשא ומתן על השכר, בו הוא זכה גם להעלאה בשכרו. דבר המראה שהוא נעשה לא כטובה יזומה, אלא כהיענות לדרישה של העובד.

<sup>219</sup> לגבי תוקפה של העלאת שכר באמצע עבודה ראה פתחי חושן שכירות פרק ח הערה מד.



כעת עולה השאלה היא האם לנתבעת הייתה חובה להעמיד רכב אחר במקום רכב זה, כאשר הרכב התקלקל ולא נקנה רכב חלופי במקומו. הדעת נותנת שאפילו אם היה מדובר בהטבה ממשית וכתוספת לשכר, הכוונה היתה לאפשרות השימוש ברכב העבודה, רק בתנאי שיש רכב כזה. אך אם אין לנתבעת רכב אין זה מסתבר שמוטל על הנתבעת לרכוש רכב בכדי שהתובע יוכל להשתמש בו לצרכיו. על כן, לכאורה עמדה הנתבעת באופן פורמאלי בתנאים שהוסכם על ידי הצדדים.

בוודאי הדברים אמורים לפי דברי הנתבעת שמדובר ב"טובה" בלבד שאין חובה לרכוש רכב בכדי לממש טובה שכזו.

לסיכום נראה, שאין המדובר בקיצוץ שכר שכן ומסתבר שגם אם הוסכם במפורש על הדבר, תוספת זו הייתה מותנה בזמינות הרכב ומשאלו לא נתקיימו, שכן הרכב אינו קיים, בטלה גם חובת התוספת.

אלא שהחוק מאפשר קבלת פיצויים כשיש "הרעה מוחשית" בתנאי העבודה, ולא רק במצב של קיצוץ מובהק בשכר. בעניין זה רואים אנו את עצמנו ברי סמכא לפעול לפי הפרשנות של החוק כפי שהיא נראית בעינינו זאת מתוך התפיסה שבפרשנות החוק, יש לבית הדין סמכות מליאה לפסוק והוא אינו מחויב לפסיקות אחרות בתחום.

#### ו. מהי הרעה מוחשית המזכה בפיצויי פיטורין?

יש שהבינו שהמדובר בחוק הוא דווקא בשינוי הנובע באשמת המעסיק שהפר את ההסכם בינו לבין העובד. כך לומד דיין ביה"ד הרבני באשדוד, הרב מרדכי רלב"ג (פד"ר מאגר מקוון, רלה) מהיקש בין חלקי החוק:

שהרי הסיבה ש"הרעת תנאים מוחשית" נחשב לפיטורים היא, כמו צעד של פיטורים ע"י המעביד שהוא הפרת הסכם העבודה שהיה בין המעביד לעובד והפרה זו מחייבת את המעביד בתשלום פיצויים, ה"ה (=הוא הדין) ב"הרעת תנאים מוחשית" הרי הוא מפר את ההסכם שהיה ביניהם ולפיכך יתחייב המעביד לשלם פיצויים בכה"ג (=בכהאי גוונא).

אמנם אין הכרח להבנה כזו בחוק, אדרבא מעיון בפסקי דין של בתי דין לעבודה ובתי משפט נראה שהם הבינו שגם שינוי שאינו מהווה הפרת הסכם יכול להוות סיבה להתפטרות השקולה לפיטורין. כך למשל נפסק ביחס למי שנדרש לעבור לחנות אחרת ברשת המרוחקת יותר מביתו (בית הדין האזורי לעבודה תל אביב – יפו עב

3264/06) תוך הדגשת הוויתור במקרה כזה על התראה של העובד שבכוונתו להתפטר:

נפסק, כי העתקת מקום עבודה המחייבת היזקקות לשלושה אוטובוסים מהווה הרעת תנאים מוחשית (דב"ע נו/3-228 רשת מעונות מרגלית נ' עליזה כהן)... תנאי לזכאות לפיצויי פיטורים מכח סעיף 11 (א) הנ"ל הינו, כי העובד המתפטר יעמיד את המעביד על כוונתו כך שתהא לו ההזדמנות לעשות לסילוק הסיבה בגינה מבקש העובד להתפטר. יחד עם זאת, מקום שברור שאין בידי המעביד לשנות את הנסיבות שגרמו להרעה כגון שליחתו של העובד לעבוד במקום מרוחק יותר, אין מקום לדרוש מהעובד להתרות במעביד לסלק את הסיבה להתפטרות שהרי ברור שאין כל אפשרות לסלק סיבה זו (דב"ע נו/3-228 הנ"ל).

ראה גם פסק דינו של בית דין לעבודה בנצרת ע"ב 1967/04 שהכריע כך ביחס לעובדת שבוטלו סידורי ההסעה שלה לבית הספר, אף שלא היו סידורים אלו חלק משכרה או מחובות המעסיק.

כאמור, אין פסקים אלו ודומים להם מכריעים בעניין, והובאו כאן רק בכדי להראות שהפרשנות של הרב רלב"ג אינה הכרחית וניתן בהחלט לפרש את החוק באופן שעל פיו "הרעה מוחשית" היא כל שינוי בסדרי העבודה שבעקבותיו העובד מרגיש צורך לעזוב את המקום - גם אם אין בשינוי זה משום הפרת הסכם.

מעבר ללשון החוק בסעיף זה (שלא הגביל למצב של הפרה כלל), יש לחזק את הגישה המרחיבה, בכך שהחוק מונה, בסעיפים שונים, עילות מגוונות לזכאות לפיצויי פיטורין בשל סיום העבודה שנובע מהחלטת העובד, ואשר אינה קשורה כלל למעסיק. לדוגמה, עובדת העוזבת את מקום עבודתה, תוך 9 חודשים ללידת ילד, זכאית לפיצויי פיטורין. כמו כן, בתנאים מסוימים, מעבר דירה מהווה עילה לזכאות לפיצויי פיטורין.

לסיכום, החוק מכיר בזכאות לפיצויי פיטורין, גם במצבים שאינם נובעים מהפרת הסכם על ידי המעסיק, וכך יש לפרש גם את הזכאות לפיצויי פיטורין בהתפטרות הנובעת מהרעה מוחשית בתנאי העבודה.

### ז. חומרת ההרעה בתנאי העבודה

ברור הדבר, שלא כל הרעה בתנאי העבודה, מהווה עילה להתפטרות בתנאי מפורט. לשון החוק היא "הרעה מוחשית". לעניין חומרת הפגיעה, ניתן ללמוד מהמשך הסעיף (סעיף 11א):

התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד **שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לענין חוק זה כפיטורים.**

כאשר בא המחוקק להגדיר שינוי נסיבות ביחסי העבודה המזכה בפיצויי פיטורין, נקבע שהשינוי צריך להיות כזה ש'אין לדרוש ממנו (דהיינו מן העובד) כי ימשיך בעבודתו'.

מכאן, שחומרת הפגיעה שמחמת השינוי, צריכה להיות גבוהה, וכך פירשו את החוק גם בתי הדין לעבודה.

בנדון דידן, על פי דוחות הרכב, התובע עשה שימוש ברכב באופן לא-קבוע, בין פעמיים ל-11 פעמים בחודש, וניתן לומר, שככלל, השתמש ברכב כפעמיים בשבוע.

כפי שעולה מן הפרוטוקול, וגם מדוחות הרכב, כאשר היתה תקלה ברכב, או כאשר הרכב שימש את החברה לפיזור סחורה וכד', התובע לא קיבל רכב חלופי. כך, שבאופן מעשי הוא קיבל את הרכב רק כשהוא היה זמין, וכעת (משהתקלקל ללא כדאיות לתיקון) הוא אינו זמין. נמצא, שמן הבחינה הפורמאלית ניתן לומר שלא היה כל שינוי במצב. מאידך, מן הבחינה המעשית, תנאי העבודה השתנו לרעה.

לאור העובדה שמן הבחינה הפורמאלית אין שינוי, אין לראות זאת כהרעה בשכר העבודה עצמו, אך כן יש לדון על המציאות המשתנה כשינוי בתנאי העבודה. השימוש ברכב (גם אם באופן לא סדיר) מהווה נוחות משמעותית, ויש לו גם שווי כלכלי, במיוחד שהדלק לא היה על חשבון העובד, אלא על חשבון המעסיק.

לאור הדיון, אנו משוכנעים שמדובר בדבר שהיה חשוב מאד לעובד. כמו כן גם למעביד הייתה ידועה חשיבות דבר זה שכן מדובר על תנאים שנתנו כמענה לדרישה של העובד. כאמור, אין למעביד חובה לקנות רכב בכדי לאפשר לעובד לנסוע בו, אך בחסרונו של הרכב נראה שמדובר בשינוי לרעה המהווה עילה להתפטרות ולקבלת פיצויים.

מלבד זאת יש מקום לפיצויים, ולו חלקיים, גם במקרים בהם החוק אינו מחייב זאת, וזאת לפנים משורת הדין ועל בסיס החובה הערכית שיש בתשלום פיצויים וכפי שנלמד מדין ההענקה (ראה פס"ד ירושלים יב, קעט והמצוין שם). אלא שבמקרה זה בו נטען על ידי הנתבעת שיש לה נזקים כתוצאה מההתפטרות נראה שהבסיס העיקרי לתשלום הוא החובה המוטלת מכח החוק ע"פ הכלל "דינא דמלכותא – דינא" ומנהג המדינה.

#### ח. ויתור על זכויות סוציאליות (האם זכאי לפיצויים גם על משכורת בת הזוג)

אין חולק שההסדר של משכורת שניה, לבת הזוג, נעשה בהסכמת הצדדים. לבית הדין ברור, שהמטרה העיקרית היא הפחתה בתשלום המיסים. כאן המקום להעיר כי לדעת ביה"ד יש לשלם מיסים כחוק.

הנתבעת גם טענה, שהיא ביקשה להרחיב את התנאים הסוציאליים של התובע, ואילו הוא העדיף עלייה בשכר נטו שקיבל. אינטרס זה, השתלב יפה בפתרון של משכורת לבת הזוג.

התובע דורש פיצויי פיטורין על שתי המשכורות, וכמו כן, השלמת ההפרשות לקופות הפנסיה עבור המשכורת השנייה. הנתבעת טוענת שהתובע אינו זכאי לתנאים סוציאליים בעבור המשכורת השנייה, כיוון שהוא ויתר על זכות זו.

בעניין ההכחשה העובדתית בשאלת הויתור על הזכויות עבור המשכורת השנייה: באופן עקרוני יש פסיקה הלכתית ברורה שבמקרה של הכחשה הולכים אחר המנהג (שו"ע חו"מ של, א ראה פד"ר מקוון רלו):

טען האריס שהתנה שיטול החצי, ובעל השדה טען שלא התנה אלא ליתן לו השליש, הולכים אחר מנהג המדינה.

המנהג הוא שיש זכות לפיצויי פיטורין כל עוד לא הוכח אחרת.

אמנם יש לציין שעצם חלוקת המשכורת לשתי משכורות אומרת דרשני, ונראה בעליל שכוונת החלוקה היא בכדי להיפטר מהפרשות עבור המשכורת השנייה, על כן קשה לקבל את טענת התובע שלא הבין במה דברים אמורים. עם זאת, העובדה שיש כוונה לעקוף את החובה לתשלום מיסים, אינה מוכיחה ויתור על זכויות העובד, וגם לא ויתור על הפרשות סוציאליות.

בחינת המצב החוקי מעלה כך: מעסיק חייב בתשלום פיצויי פיטורין על פי חוק פיצויי פיטורין.

ב-1 בינואר 2008 נכנס לתוקף צו הרחבה (שניתן על ידי שר התמ"ת) המחייב מתן ביטוח פנסיוני לכל עובד שגילו מ-21 שנה לגברים, 20 שנה לנשים, בהתאם לתנאים המפורטים בצו.

על פי החוק, ישנה מסגרת מוגדרת לויתור על פיצויי פיטורין בחוק הפיצויים (סעיף 29) נאמר:

פשרה לענין פיצויי פיטורים והודאת סילוק לא יהא להם תוקף, אלא אם נערכו בכתב ונאמר בהם במפורש שהם לגבי פיצויי הפיטורים.

דהיינו קיימת דרישה שהויתור על הפיצויים יהיה בכתב ותוך פירוט מפורש של מהות הויתור. אין בחוק איסור התניה מפורש על החוק כמו זה שקיים למשל בחוק שכר מינימום (סעיף 12). אמנם ראה לקמן שיש גם פרשנות בחוק לפיה אין כלל זכות וויתור לפני הפיטורין.

בבתי דין לעבודה נשללה כל זכות לויתור על "חוקי המגן" כולל חוק הפיצויים לפני תחילת העבודה, כך למשל נפסק בפסק דין (בית דין לעבודה חיפה ע"ב 3630/04) ונתפרשה כוונת החוק באופן מצומצם ביותר:

על מנת שינתן תוקף לכתב ויתור על בית הדין לבדוק את שלושת התנאים הבאים:

א. הזכויות שעליהן ויתר העובד היו ידועות לו. תנאי זה מתמלא אם העובד חתם על כתוב הויתור לאחר הגשת כתב התביעה, שכן ידע על קיומה (לטענתו) של עילת התביעה.

ב. נמסר למערער לפני חתימתו על כתב הסילוק, חשבון ברור ומובן של הסכומים שקיבל ו/או הפוליסות שהועברו לו.

ג. כתב הסילוק ברור וחד משמעי.

לפי התנאים אלו אין למעשה אפשרות לוותר מראש על פיצויים. בפסקי דין נוספים אף נוספו עוד תנאים מחמירים, לא נפרטם כאן.

האם על פי דין תורה אכן אנו נדרשים לכל התנאים הללו, או שמא יש לעובד זכות לוותר על כספים אלו כחלק מתנאי עבודתו וכפי שהוא יכול לעשות ביחס לכל עניין ממוני?

שאלת הוויתור על פיצויים וזכויות אחרות נידונה בפסקי דין רבים. לאחרונה עלה עניין זה בבית הדין הרבני בצפת תיק מספר 618660/1 בפסק דין מפורט. אב"ד הרב אוריאל לביא קובע שהוויתור על הפיצויים היות והנוהג שלא לוותר על פיצויים אינו מעוגן בחוק כי אם במנהג המדינה ולכן אין סיבה שלא תהיה אפשרות להתנות על מנהג המדינה. למסקנה הוא מחייב משום ההסכם הקיבוצי שאינו מענייננו כאן. הרב יועזר אריאל מסתמך על חו"ד של היועץ המשפטי של בתי הדין שקבע שניתן ללמוד מלשון החוק ומסעיפים 28 ו-29 שההיתר לויתור הוא אכן מצומצם ומיועד רק לאחר סיום העבודה.

בית הדין הגדול ביטל פסק זה ופטר את המעסיק מתשלום פיצויים בעיקר לאור הנוהג של מקום העבודה המסוים שלא לשלם פיצויים, והן משום השיקול שלדעתם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" אינו חל על חוקי העבודה. שני שיקולים אלו אינם קיימים בענייננו שכן אין מנהג כזה בתחום העבודה בו הועסק התובע, וכן אנו מקבלים את הכלל "דינא דמלכותא" בעניין זה. שכן בתי הדין של ארץ חמדה פועלים על סמך העקרונות הללו והדבר מובהר במסמך העקרונות של בית הדין. אין לנו צורך להכריע בוויכוח שבין הדיינים בפרשנות החוק שכן ברור שהחוק גם לפי הפרשנות המינימאלית שלו מחייב חתימה על מסמך ויתור. יש אמנם דיון הלכתי עד כמה צריך להתחשב בפרטי החוק (ראה גם וויכוח הדיינים במאגר המקוון, רלה), אך אין מניעה שלא לקבל סעיף זה כחלק מההטבה שנקבעה לעובד, הטבה הראויה לו על פי דין תורה.

המסקנה העולה שגם אם היה וויתור על פיצויים, הוא לא נעשה כדין ואין להתחשב בו. ובנוסף כאמור, לא הוכח ויתור על פיצויי הפיטורין ואף לא על ההפרשות הפנסיוניות.

יתר על כן, ההפרשות הפנסיוניות מפורטות בתלושי השכר (אף כי לא בדקנו אם באופן מלא), ובכגון זו, בוודאי שיש לחייב את הפרשתם.

**לסיכום, על הנתבעת להשלים את ההפרשות הפנסיוניות הנדרשות על פי החוק. אין לנתבעת כל חובה להפריש מעבר למחויב על פי החוק.**

**ט. חזרה מהסכמה בטעות**

התובע טוען, שאילו היה יודע על ההשלכות של פיצול התלושים, לא היה מסכים לפיצול התלושים. לכן, לטענתו, הוא זכאי לכל הנזקים שנגרמו לו מחמת פיצול התלושים.

במקרה שאדם הסכים על תנאי שכר ולאחר מכן שינה את דעתו ולדבריו טעה בהבנת ההסכם. נראה שאם אין בהסכם רמאות כל שהיא, אין בסיס לביטול ההסכם. על כן, אנו דוחים את התביעה לפיצוי על נזקים שונים (כדוגמת דמי אבטלה) שנגרמו לטענתו מההסדר שהוסכם בין הצדדים.

דיני מקח טעות בשכירות אינם מפורטים אלא נלמדים מדיני מקח טעות במקח וממכר בכלל, שם נקבע העיקרון (שו"ע חו"מ רלב, ג):

המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום.

דהיינו "מום" שהוא פגם במוצר מבטל מקח אך לא הערכה מוטעית של הקונה לגבי מהות העסקה וכדאיותה.

יש אמנם מקרים בהם גם נסיבות חיצוניות יכולות להשפיע. כך כותב בעל "נתיבות המשפט" (רל, א):

ומעשה בא לידינו, שפעם אחת בשעת מלחמה הוצרך המלך לקנות פשתן הרבה בלי מספר, עד שקנו לצרכי פשתן ד' או ה' פעמים יותר רב מכפי שקונין בפעם אחר. והמלך עשה קאנטראקטין עם הרבה אנשים, והלך ראובן ועשה עם שמעון ג"כ קאנטראקט על סך רב מפשתן, והראה לשמעון קונטראקט מהמלך, ואח"כ הפסיד המלך המלחמה, ולא רצה ליקח הפשתן מראובן כפי הקונטראקט שעשה, והוזל הפשתן בכל המקומות, ועכשיו תובע שמעון מראובן שיקח הפשתן ממנו, וליתן לו מעות כפי קנין המועיל שעשה עמו, ונתן לו חילוף כתב שנכתב בו כל מי שמוציאו. ודנתי שפטור ראובן, דבכה"ג כו"ע מודים שלא היה ראוי למוכרו רק למלך ולא היה ראוי ליהנות בו דהיינו להרויח עד שהוזל בכל המקומות, פטור מלשלם... וגם כיון שנתברר למפרע דבשעת קנין לא היה המלך רוצה שוב לקיים הקנין, ולכל העולם אפילו החצי אינו שוה, הוי כנתברר האונאה למפרע, ולא שייך בזה כדי שיראה כיון

שנאנס, שבכל יום הלך לפני שרי המלוכה ולא רצו לקבל ממנו ודחו אותו מיום אל יום, ושלחתי תשובה זו לכמה גאונים, והסכימו עמי כולם: אך שם מדובר במקרה בו אכן חלו התפתחויות שונות בעולם. במקרה דנן לא חלה שום התפתחות, אדם קיבל על עצמו תנאים מסוימים והוא מחוייב בהם. כעת כשהוא רוצה לחזור בו אין לו להלין אלא על עצמו.

**על כן אין להשית על הנתבעת חיובים הנובעים מהפסדים שנגרמו עקב הפיצול כגון דמי האבטלה.**

#### **י. הכחשה על תביעה ממונית**

לטענת התובע, הוסכם על העלאה של 2000 ₪ בשכר, והוא זכה רק ל1900 ₪ בתלוש המשכורת.

בדרך כלל במקרה של וויכוח על סכום ממוני, כשאין ראיות, יש לדון בדיני שבועה ופשרה. במקרה דנן מדובר בסכום של 900 ₪ שלדברי התובע הובטח לו ולדברי הנתבעת לא הובטח כלל.

במקרה של כפירה-בכל-התביעה היה ראוי לחייב שבועת היסת, בתי הדין נוהגים לחייב בתשלום חלקי כפשרה, אמנם זאת גם על פי שיקול הדעת.

מעיון בפרטי המקרה היות והתובע המשיך לעבוד ללא התוספת ואף אמר בדיון: "אבל אחר כך החלטתי בהתייעצות עם אנשים אחרים לוותר על תביעת הסכום." מדובר אפוא במקרה שגם לדברי התובע הסכום נמחל ואין מקום לחייב אף סכום קטן כפשרה.

#### **יא. תחשיב פיצויי פיטורין**

כאמור, הנתבעת חייבת במלוא דמי הפיצויים עבור שתי המשכורות. על פי תלושי השכר שנשלחו לבית הדין, המשכורות האחרונות ששולמו על ידי הנתבעת הן:

משכורת התובע – 5,800 ₪. מתוכם, 500 דמי נסיעה, שהתובע אינו זכאי לקבל עבורם פיצויי פיטורין. אך בנוסף לסכום שבתלוש המשכורת, התובע קיבל סכום נוסף של 260 ₪ מידי חודש. אנו דוחים את הטענה שטען הנתבע בבית הדין, על פיה: "הסכמו בתור טובה לתת לו כסף מזומן מהקופה הקטנה ולא בתור הסכמה". תוספת כספית שניתנת באופן קבוע, במשך כשלוש שנים, היא בוודאי תוספת שכר.



על כן, לצורך חישוב פיצויי פיטורין, הסכום שיחושב כמשכורת התובע הוא 5,560 ₪. משכורת אשת התובע – 4,000 ₪  
על כן סך הסכום לחישוב פיצויי פיטורין יעמוד על 9,560 ₪.  
התובע עבד החל מן 8/2007, ועד סוף 8/2011, דהיינו ארבע שנים וחודש אחד.  
 $39,036.7 = 9,560 * 4.0833$

### החלטה

1. הנתבעת תשלם סך של **39,036.7** ₪ פיצויי פיטורין. התשלום יבוצע תוך 30 יום ממתן פסק הדין. הסכום כולו ישולם על שם התובע כפיצויי פיטורין, וינוכה ממנו מס אם נדרש על פי החוק.
2. בנוסף, הנתבעת תשתתף בעלות אגרת בית הדין ותשלום לתובע סך של 516 ₪, מחצית מהאגרה שהוטלה על התובע. [בסך הכל 39,552.7].
3. כתנאי לתשלום הנ"ל ימציא התובע מכתב לנתבעת מגב'... ובו יכתב כי תשלום הפיצויים לתובע מהווה מבחינתה סילוק כל חוב המגיע לה בגין פיצויי פיטורין מהנתבעת.
4. הנתבעת חייבת בדמי הפנסיה של המשכורת של הגב....  
הנתבעת תגיש תחשיב בעניין זה תוך 21 יום, ולאחר מכן ייתן בית הדין בעניין זה הכרעה סופית.
5. הנתבעת אינה חייבת בנוקים של הפחתת דמי האבטלה.
6. הנתבעת אינה חייבת בתוספת למשכורת בסך 900 ₪.

### כג. גזל קטן מגוי

זוג סיים את קניותיו בחנות השייכת לגוי, ובדרכו לביתו גילה שבתם התינוקת מחזיקה בידה משחק שלקחה בחנות. האם חייב הזוג להחזיר את המשחק לבעל החנות?

#### א. חובת הקטן להחזיר מה שגזל

ביחס לנזיקין קובעת המשנה (ב"ק פ"ז מ"א): "חרש שוטה וקטן - פגיעתן רעה; החובל בהם, חייב; והם שחבלו, פטורים." וכך פסקו הרמב"ם (הל' חובל ומזיק ד, כ), והשו"ע (חו"מ תכד, ח). בהל' גניבה (א, ח) הוסיף הרמב"ם: "וקטן שגנב פטור מן הכפל, ומחזירין דבר הגנוב ממנו. ואם אבדו - אינו חייב לשלם אף הקרן, ואפילו לאחר שהגדיל."

החובה להחזיר את הדבר הגנוב אינה מפורשת בגמרא. לפי הגר"א (בביאורו לשו"ע חו"מ שמת, א) הדבר נלמד מהגמ' בב"ק קיב, ב, שלפיה מוציאים את הקטן משדה שגזל. הרמב"ם ממשיך וקובע (הל' י): "ראוי לבית דין להכות את הקטנים על הגנבה כפי כח הקטן, כדי שלא יהיו רגילין בה. וכן אם הזיקו שאר נזקין. וכן מכין את העבדים שגנבו או שהזיקו מכה רבה, כדי שלא יהיו משולחין להזיק." זוהי אפוא חובה על בית הדין מדין 'חינוך', אבל לא מוטלת אחריות על הקטן.

#### ב. חובתו לכשיגדל

##### 1. רמב"ם ורא"ש - פטור

הרמב"ם כתב בהל' ח שם, שהקטן שגנב פטור "אפילו לאחר שהגדיל." וכן כתב לגבי היזקו (הל' חובל ומזיק שם): "אע"פ שנתפתח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן - אינם חייבים לשלם, שבשעה שחבלו בהן לא היו בני דעת." וכך כתב גם הרא"ש בפסקיו (ב"ק פ"ח סי' ט): "נתגרשה האשה ונשתחרר העבד - חייבין, דלא דמי פטורייהו לפטורא דחרש שוטה וקטן, דהנך לאו בני עונשין נינהו, אבל פטורייהו דעבד ואשה משום דאין להן נכסים."

יתכן שיש הבדל בין הנימוק שנותן הרמב"ם ש"לא היו בני דעת" לנימוקו של הרא"ש ד"לאו בני עונשין נינהו" לגבי מידת חסידות. שאם הפטור הוא רק מהעונש, עדיין

אפשר שבהגדילם עליהם לנקוט במידת חסידות; משא"כ לפי הרמב"ם שאין עליהם כל אחריות.

## 2. אור-זרוע - חיוב מן הדין

לפי הגמרא בב"ק צח,ב, השורף שטרותיו של חברו חייב גם על הערך הנקוב בשטר רק למאן דדאין דינא דגרמי. מביאה על כך הגמרא שם: "הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי, ואגבי ביה כי כשורא לצלמא", וביאר רש"י, שרב אשי "שרף שטר חברו בילדותו",<sup>220</sup> ורפרם חייב אותו לשלם את הנזק.

בעל אור-זרוע הבין שחיוב זה הוא מן הדין. כך מובא בשמו בהגהות אשר"י על אתר, וכך כתב בפסקי ב"ק סי' שמו, שלמרות שהמשנה לא ציינה שבהגדילו חייב הקטן לשלם, מכל מקום מפירושו של רש"י "משמע דקטן שהזיק חייב לשלם, כשהגדיל". לכך הוא מביא סייעתא מהגמרא בב"ק לט,ב - "גבי שור של חרש שוטה וקטן שהוחזקו נגחנין שמעמידין להן אפוטרופוס לשוויניהו מועד דכי הדר נגח לישלם מן העליה... וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי. וכל שכן היכא דנפשיהו אזקי, דפרעי לכי גדלי."

את הראיה הזו דחה הב"ח (או"ח סי' שמג ד"ה אך), בטענו שזוהי תקנה מיוחדת, וכפי שכתב הרא"ש בפסקיו (ב"ק פ"ד סי' ד): "לטובת העולם, שלא ירבה להזיק". וכן מדויק בתוספות (ב"ק לט,א ד"ה אין) ומפורש בדברי תלמיד ר"ת ור"א (ב"ק מ,א ד"ה ויתמי): "משום שעושין היזק ומפסידין ממון אחרים תיקנו חכמים להעמיד אפוטרופוס." בנימוקי-יוסף (יט,א בדפי הרי"ף ד"ה מתני' חרש) ביאר שחכמים לא תיקנו להעמיד אפוטרופוס שיפצה את הניזקים מידי הקטנים עצמם, משום "דלא אפשר לאפוטרופא למיקם בנטירותיהו; ואי מוקמינא למיגבא ממונייהו, מכלינן להו לממונייהו. אבל גבי שורן אפשר, וגם לא גבי ליה ניזק אלא מגופו", היינו מגופו של

<sup>220</sup> צ"ע מדוע רש"י נדחק להעמיד את המקרה בנזק שעשה רב אשי בילדותו, דבר שאין לו רמז בגמרא. יתכן שהיה ברור לרש"י שאדם כרב אשי נזהר מלהזיק בגדלותו; או שמא לא היה מובן לרש"י הצורך בכפייתו לשלם, אם לא שהיה בדין זה חידוש הלכתי. אמנם החידוש לפי"ז יכול להיות שהחיוב של קטן משהגדיל אינו מן הדין, ולכן הוזקק רפרם לכופ את רב אשי. בשו"ת מהר"ם פדואה (סי' צ) פירש שרש"י נתכוון לומר "בצעירותו", לפני שנהיה אדם חשוב. אך הב"ח (או"ח סי' שמג ד"ה אך) פירש שבדאי מדובר בילדותו, שאם לא כן "מה לי בילדותו ומה לי בזקנותו". הב"ח עצמו פירש שרפרם ביקש להכות את רב אשי עוד כשהיה ילד מדין חינוך, אולם רב אשי העדיף לשלם ולא לסבול.

השור המזיק. הב"ח (שם) מציע חילוק אחר, ולדבריו נזקי הקטן בעצמו אינם מצויים כנזקי שורו של קטן, ועל כן לא חששו לתקן בהם גבייה. כאמור, לדעת האור-זרוע, כשם שגובים מהם את נזקי שורם, לכשיגדלו, כך גם לגבי הנזקים שהם עצמם עושים; ואדרבה, קל וחומר הוא זה.

לדעת המשנה-למלך (הלי מלוה ולווה ד, יד) "הגהת אשירי הלזו תמוה היא, וסברא יחידאה היא, שהרי כל הפוסקים הסכימו שקטן שהזיק פטור אפילו לכשיגדיל." כמו כן נדחתה שיטה זו בגידולי-תרומה (לו, ב, ו), וע"י המהרש"ל (ים של שלמה ב"ק פ"ח סי' כז) ורבי עקיבא איגר (שו"ת ח"א סי' קמו).<sup>221</sup>

### 3. סימן רע אם לא ישלם

אף לדעת בעל תרומת-הדשן (ח"ב סי' סב) חייבים הקטנים לשלם לכשיגדלו, אבל חוב זה אינו מן הדין, שכן "קטן אפילו כשהגיע לחינוך לאו בר עונש ואזהרה הוא כלל ועיקר... אפילו עונש כל דהוא ליכא עליה, מדאמר (יבמות קיד, א) קטן אוכל נבילות אין בית דין מצווין להפרישו; ואי הוי עליו עונש בית דין, אמאי לא מחייבין להפרישו מן העונש." את דברי הגהות אשר"י, שחייב לשלם לכשיגדל מפרש בעל תרוה"ד, שזהו משום "דסימן רעה הוא לקטן שנעשו מכשולות מתחת ידו, לכך נראה טוב הוא שיקבל איזה כפרה."

יתכן שכך יפרש בעל תרוה"ד גם את דברי רש"י, ואת הכפייה שכפה רפרם את רב אשי, שאין זו כפייה לקיים את שורת הדין, אלא כדי שלא יהיה לו סימן רע. כך פירש הט"ז (או"ח שמג, ב) את דבריהם, וכך פסק להלכה הרמ"א (או"ח סי' שמג) בשם תרוה"ד, ש"קטן שהכה את אביו או עבר שאר עבירות בקטנותו - אע"פ שאין צריך תשובה כשיגדל, מכל מקום טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אע"פ שעבר קודם שנעשה בר עונשין." אין זו חובה משורת הדין, אלא כמו שכתב הב"ח (שם): "לא טוב לנפש כי המשיך עליה טומאה מצד הרע."

בעל ספר חסידים (מהדורת מרגליות סי' תרצב) מחלק בין עבירות שאדם זוכר שעשה בקטנותו לבין עבירות שאינו זוכרם.<sup>222</sup> הוא מספר על "אחד בא לפני חכם,

<sup>221</sup> ראה עוד במאמרו של הרב זלמן נחמיה גולדברג, קטן שהזיק במשחק בכדור, תחומין יח, מעמ' 48.

<sup>222</sup> בשו"ת משפטיך-ליעקב (ח"ד סי' כב סעיף ב) למד מכאן שיש משמעות לרמת הכוונה של הקטן במעשה הנזק. עיין בדבריו מקורות נוספים שלא צוינו כאן.

אמר לו: זוכר אני כשהייתי קטן הייתי גונב לבני אדם, וגם הייתי חוטא בשאר חטאים. אמר: שמא איני צריך תשובה לשלם הגניבות, כי כשחטאתי לא הייתי בן י"ג שנים ויום אחד, וכיון שהייתי קטן, למה אני צריך תשובה ולשלם? התשובה שקיבל היא: "כל עוונות שאתה זוכר, וכל אשר גנבת, אתה צריך לשלם, שהרי יאשיהו שב מכל עוונות ושילם כל אשר דן שלא כדין שצוה להפסיד ממון שלא כדין בקטנותו... אבל אם אמר לו מאד קטן הייתי כשגנבתי - כיון שאינו זוכר בו, אינו צריך לשלם."

תשובתו מתבססת על המסופר על יאשיהו בגמרא שבת נו, ב, "שכל דיין שדן מבן שמנה עד שמנה עשרה החזירן להן... משלו." בפרי-מגדים (או"ח א"א שמג, ד) דייק מכאן, שהחיוב על הקטן, לפחות ממידת חסידות, מוטל גם על נזקים שנעשו בגרמי, שהרי הדיין אינו עושה את המעשה בידי.

במגן-אברהם (שמג, ד) ובביאור הגר"א (או"ח סוף סי' שמג) ציינו כמקור גם את הגמרא בסנהדרין נה, ב, העוסקת בקטן שבא על הבהמה, שבכך הוא "פוסל את הבהמה מעל גבי המזבח, ונסקלת על ידו", משום שיש בדבר הן קלון והן תקלה.

#### 4. מדין בן נח

בספר דברי-חיים (ה'י נזקי ממון סי' יא, מבן המחבר, בעל אמרי-בינה) - והורחבו הדברים ע"י ה"ר יצחק אלחנן בנחל-יצחק (חו"מ סי' ז) - מובא שלמרות שקטן פטור מעונשין ולא חלה עליו אחריות, מכל מקום לפנים משורת הדין הוא חייב במצוות כבן-נח. כראיה לכך הוא מציין ששלוש הסוגיות, שמהן הוכיחו הראשונים על חיובו של הקטן לכשיגדיל, עוסקות במצוות שחייבים בהן בני נח - נזיקין (רב אשי ששרף שטר), דינים (יאשיהו דן לא כדין) ועריות (קטן הבא על בהמה). לפי היסוד של החתם-סופר (שו"ת יו"ד סי' שיז) בני נח חייבים במצוות לא לפי גילם, מעת שייעשו בני י"ג כישראל, אלא לפי דעתם. ולכן כפה רפרם את רב אשי לשלם את הנזק שגרם בעת היותו קטן,<sup>223</sup> ויאשיהו פיצה את אלה שחייב שלא כדין. בשני המקרים הללו,

<sup>223</sup> בכך מיישבים הם את דברי הרמב"ם (ה'י גזילה ח, יא): "נתן הגזלן את הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה - אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הכהנים שנאמר (במדבר ה, י): 'איש אשר יתן לכהן לו יהיה'. ואפילו היה הגזלן קטן, שאין מתנתו מתנה, אין יורשיו מוציאים מיד הכהנים." התקשו המפרשים: הרי מעשה הקטן אינו כלום, ואין לו צורך בכפרה על הגזל. לדבריהם, זקוק הוא לכפרה,

קטן שהוא בעל דעת חייב לפניים משורת הדין, וניתן לכפות אותו כפי שכופין על כל דבר שהוא לפניים משורת הדין.

בעל חלקת-יואב (או"ח סי' א) הבין ששיטה זו חולקת על הראשונים שהובאו לעיל (סעיפים 1-3), וכן פקפק בקביעתו של החת"ס שאחריותם ועונשם של בני נח אינם תלויים בגילם הביולוגי. הוא מציע לחלק בין מצוות עשה, שבהן בוודאי קטן אינו שייך, לבין מצוות לא-תעשה, שבהן יש לחלק בין אלו שהעברייך נהנה מהן, ואז גם הקטן מחוייב לכפר על עבירתו, לבין כאלו שאין בהן הנאה.

### 5. החזרת החפץ הגנוב עצמו

כאמור לעיל, הרמב"ם (הל' גניבה א,ח) פסק, שלמרות שהקטן פטור, מכל מקום "מחזירין דבר הגנוב ממנו", אפילו בעודו קטן. אולם כבר העלינו את האפשרות, שמא חובה זו אינה נובעת מהיותו של החפץ 'גנוב', אלא מהחובה לחנך את הקטן שלא יגנוב עוד, אך המעשה של הקטן אינו מוגדר כלל כ'מעשה עבירה'.<sup>224</sup> לשאלה זו יש השלכה אם במהלך התקופה שעוברת מאז שהקטן גונב, התיימשו הבעלים מן החפץ. אם נגדיר את החפץ כגנוב - ייאוש לבד אינו מועיל כדי להיפטר מחובת ההשבה.<sup>225</sup> אך לפי העולה מדברי הראשונים נראה יותר שהחפץ הוא כאבידה

---

כדינו של כל בן-נח מעת עומדו על דעתו. לקושייה זו הובאו תירוצים שונים: הרדב"ז (שו"ת ח"ו סי' ב אלפים רפד) העמיד את הרמב"ם בקטן שהוא בנו של הגזלן, אך בעל נחל-יצחק הראה שהמאירי (ב"ק קי,א) הבין את הרמב"ם בקטן שגזל בעצמו. החזון-איש (ב"ק כ,כ) העמיד את דברי הרמב"ם בקטן שהוא "מופלא הסמוך לאיש", והראה שמקור דבריו בדרשת חכמים במדרש במדבר-רבה. האבי-עזרי (על הרמב"ם סם) יישב שאכן זהו חפץ גזול, ויש ערך בנתינת החפץ הגזול עצמו לכהנים, אף אם אין הקטן בר חיוב כלל. ערוך-השולחן (חו"מ שסז,כד) הסביר שהקטן רצה להתכפר אף אם אין צורך בכך, ולכן יש למעשה הנתינה שלו תוקף.

<sup>224</sup> שאלה דומה קיימת לגבי גזילה בשוגג. לדעת קצות-החושן (כה,א) על פי דברי תוספות ונימוקי-יוסף - ששליח שנשלח לקחת חפץ לא לו בלא שידע על כך, פטור - הרי שאין גזילה בשוגג. אבל בעל נתיבות-המשפט (כה,א) טען שאדרבה, מדברי נימוקי-יוסף, שסיים בשם הרא"ה שהשליח חייב, משמע שיש גזילה גם בשוגג; וסיים דבריו בקובעו: "ומבהיל עין הרואה". ואף שבמשובב-נתיבות חזר בעל קצות-החושן וחזק את דבריו, וכן האריכו בביאור המחלוקת במילואי-חושן (על קצות-החושן סי' כה הערה 71), מכל מקום אין ללמוד מכאן לגזילה שנעשתה על ידי קטן, שבה אין מעשה עבירה כלל.

<sup>225</sup> ולא כפי שנוקט הרב צבי שפיץ בחיבורו משפטי-התורה ח"א סי' ד.

גמורה, וממילא אם הבעלים התייאשו מהחפץ, הייאוש חל ואין חובה להחזירו, אף אם הוא בעין.

כל זה על פי מידת הדין, אבל כאמור (לעיל סעיף 3) סימן רע הוא לקטן אם לא יחזירו את גזילתו. ואף לגבי אבידה לאחר יאוש כתב הרמ"א (חו"מ רנט, ז) שלפנים משורת הדין צריך להחזירה.

## ג. גזל גוי

### 1. איסורו

מסוגיית הגמרא בבבא קמא (קיג, א) עולה שגזל גוי אסור.<sup>226</sup> וכך פסק הרמב"ם בהל' גניבה (א, א): "כל הגונב ממון... עובר על לא תעשה שנאמר (ויקרא יט, יא) 'לא תגנובו'. ואין לוקין על לאו זה, שהרי ניתן לתשלומין, שהגנב חייבה אותו תורה לשלם. ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה." וכן פסק בהל' גזילה (א, ב): "ואסור לגזול כל שהוא דין תורה. אפילו גוי עובד עבודה זרה אסור לגזלו או לעשקו. ואם גזלו או עשקו - יחזיר."

בשתי ההלכות כתב הרמב"ם שהגנב והגזולן חייבים לשלם ולהחזיר את הגזילה לבעליה, ובכך אין הבדל בין הגונב מישראל לבין הגונב מגוי. אולם הכסף-משנה (בהל' גזילה שם) דייק שיש להבחין בין גזילה מישראל לבין גזילה מגוי, שכן "דייק רבינו לכתוב [לגבי גוי] 'אסור לגזלו או לעשקו', ולא כתב שעובר עליו בלא תעשה - לומר, שאין איסור זה מן התורה."<sup>227</sup>

לדעת רש"י (סנהדרין נז, א ד"ה ישראל) אף שגזל גוי לכשעצמו אסור מדרבנן, מכל מקום יש בדבר חילול השם, שהוא בוודאי אסור מהתורה,<sup>228</sup> ואף חמור בהרבה.<sup>229</sup>

<sup>226</sup> בנושא זה ובפרטיו הנידונים בפרק זה, ראה אנציקלופדיה-תלמודית, כרך ה, בערך גזל הגוי.  
<sup>227</sup> בשו"ת שער-אפרים (סי ב ד"ה אמנם) הסביר שהכסף-משנה דייק כך מלשון הרמב"ם בהל' גזילה, שפתח במילים "אסור לגזול", ועל כך כתב "דין תורה"; ואח"כ עבר לאיסור הגזילה מגוי, ומשמע שזהו דין נפרד שתוקפו רק מדרבנן. ואף שבהלכות גניבה משמע שהם דין אחד ממש, מכל מקום לדעת בעל שער-אפרים, את עיקר דעתו השמיע הרמב"ם בהל' גזילה, ובהל' גניבה סמך על מה שביאר שם.

<sup>228</sup> כדברי הגר"א (בביאורו לשו"ע חו"מ שמח, ח), המציין לדברי תוספות (ב"מ פז, ב ד"ה אלא).

כך פסק המהרש"ל (ב"ק פ"י סי' כ), והוסיף, שעל כל פנים "ירחיק עצמו מן הכיעור ודומה לו, ויאכל וישתה את שלו. ולא ירגיל את עצמו בגניבה וגזילה." אף שבכסף-משנה כתב מהר"י קארו שאיסור גזל הגוי הוא מדרבנן, מפרשי השולחן ערוך ואחרונים (כגון, הש"ך חו"מ שמח, ב, וכן שנט, ב; הגר"א חו"מ שמח, ח; ומחנה-אפרים הל' גזילה סי' ג) כתבו שזהו איסור תורה.

## 2. חובת ההשבה

כאמור, לשון הרמב"ם בשתי ההלכות - הן בהל' גניבה והן בהל' גזילה - מלמדת שחובה היא להשיב לגוי את שגזלו ממנו. הדברים מפורשים בתוספתא ב"ק פ"י ה"ח: "הגוזל את הנכרי חייב להחזיר לנכרי. חמור גזל הנכרי מגזל ישראל מפני חילול השם."<sup>230</sup>

הטור, ובעקבותיו השו"ע, העתיקו את לשון הרמב"ם, ומשמע שגם לדעתם חובה להשיב לגוי חפץ שנגזל ממנו. לא כך משמע מפסקי הרמ"א. הוא פסק (אה"ע כח, א), שלמרות שהמקדש אישה בגזל שלא נתיאשו ממנו הבעלים, האישה אינה מקודשת, בכל זאת: "קידשה בגזל או גניבת עובדי כוכבים - הוי מקודשת, דהא אינה צריכה להחזיר רק מכח קידוש השם." מקור דבריו הוא בתשובת מהר"י וייל (סי' קלח). בחלקת-מחוקק (כח, ג) חלק על דברי הרמ"א, ולדעתו חובה היא מן התורה להשיב לגוי את שנגזל ממנו, ועל כן הקידושין לא יחולו. תשובת מהר"י וייל, לדעתו, עוסקת

<sup>229</sup> דבר זה עולה גם משיטת רש"י בסוכה ל, א (ד"ה מאי) שכתב שאסור לקנות הדסים מגוי, שמא קטף אותם מקרקע שנגזלה מישראל. על כך כתב רבינו יואל (בתשובה המובאת בספרו של בנו הראב"ה, הל' לולב סי' תרצ; וכן הוזכרה באור-זרוע ח"ב סי' תשו; וצוטטה במלואה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' מד ובשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתנב), שהחשש הוא גם משום גזל גוי, ועל דברי רש"י כתב ש"לאו דוקא הוא". בשו"ת שער-אפרים (שם) כתב שרש"י לשיטתו, שאף שיש בגזל הגוי משום חילול השם, מכל מקום כיון שהגוי הגוזלן אומר בעצמו לישראל לגזול, אין בכך חשש חילול השם, ונותר רק איסור הגזל, והוא מדרבנן. אמנם לדעת הגר"א המובא בהערה הקודמת, החתם-סופר בחידושי ל"סוכה (ל, א ד"ה ועיין) ובעל טיב-קידושין (כח, ו), גם דעת רש"י היא שגזל הגוי אסור מדאורייתא.

<sup>230</sup> תוספתא זו צויינה בהגהות מיימוניות הל' גזילה א, א. הרמב"ם לא תלה את הדבר בחילול השם, ואפשר שהוא פירש שהתוספתא היא לדעות שגזל גוי מותר, וכל איסורו מטעם חילול השם, או שהתוספתא עוסקת במקרה מיוחד כפי שעולה מחלק מגרסאותיה (ראה תוספתא-כפשוטה שם). אמנם לדעת החזון-איש (ב"ק י, ה) גם לדעת הרמב"ם יסוד האיסור הוא בחשש לחילול השם.



במכירת משכון של גוי בלא רשותו, דבר שהוא בגדר "הפקעת הלוואתו" בלבד, ולא גזל ממש. וכן כתבו בעקבותיו הש"ך (ח"מ שמח, ב) והגר"א (אה"ע כח, ה וח"מ שמח, ח). עם זאת טרחו האחרונים לבאר את דעת הרמ"א באופן שלא נשללת לחלוטין החובה להשיב לגוי את שנגזל ממנו. יש שביארו שהפטור מלהשיב ניתן רק למי שרכש את החפץ הגזול מידי הגזלן (להלן סעיף 3), ויש שביארו שאף שגזל הגוי אסור מדאורייתא, חובת ההשבה היא מדרבנן (להלן סעיף 4).

### 3. חובת השבה של הלוקח מהגזלן

בבית-שמואל (כח, ה) כתב, שחובת ההשבה חלה על הגזלן והגנב עצמו, "אבל הלוקח ממנו בלא יאוש ליכא איסור דאורייתא, דהא עושק מעכו"ם אינו אלא מדרבנן כמו שאמר בכסף-משנה... הטעם - הואיל שבא לידו בהיתר; כן הוא בלוקח." לדעתו, אפוא, החובה להחזיר נובעת מכך שנעשה מעשה גזל; מי שלקח מהגזלן לא עשה מעשה של גזל, ולכן אינו חייב מדאורייתא להשיב את הגזילה.<sup>231</sup>

המקנה (קונטרס אחרון כח, ד) הקשה על הבית-שמואל: (א) "כיון דהגזלן לא קנה, במה קנה הלוקח?" (ב) "אם הגזלן לא קנה, במה תתקדש [האישה] לו?" אכן, דעת הבית-שמואל היא, שאם אין חובה להחזיר את החפץ, ממילא החפץ נקנה לאדם שהחפץ בידו (דהיינו, ללוקח מהגזלן או לעושק את הגוי). אשר לשאלה השנייה - בה נאמן המקנה לשיטתו (שם, ה) שדבר שנקנה רק לאישה אינו מועיל לקידושין, אך אין זו דעת הכל.<sup>232</sup>

המחנה-אפרים<sup>233</sup> (הלי' גזילה סי' ל) דימה את הלוקח מהגזלן למי שמצא אבידה, ולדעתו "ישראל שגזל מגוי, או גוי שגזל מגוי חבריה, ונתנו במתנה לישראל, שקנאו

<sup>231</sup> האבני-מילואים (כח, ג) כתב שדברי הבית-שמואל לא יהיו נכונים לפי מה שהוכיח המהרש"ל, שלדעת הרמב"ם גם הפקעת הלוואה של גוי אסורה; משא"כ לדעת השולחן-ערוך (שס"ו) שהפקעה מותרת. עכ"פ לפי הסבר זה מיושבים דברי הבית-שמואל מקושייתו של מהרא"ל צינץ (טיב-קידושין כח, ו) על ההשוואה של הלוקח מגזלן לעושק את הגוי, שהרי אין להגדיר את הלוקח כמי ש"בא לידו בהיתר". אולם לפי ההסבר שבפנים לדברי הבית-שמואל, חובת ההשבה נובעת מקיומו של "מעשה גזילה", ומעשה כזה אין לא אצל הלוקח מהגזלן, ולא אצל העושק, וזהו הדמיון שביניהם.

<sup>232</sup> עיי' אבני-מילואים כח, ד.

<sup>233</sup> בחידושי הגר"ש שקופ (ב"ק סי' לט ס"ק א) ציין לדברי המחנה-אפרים הללו כפי שהובאו בספר דברי-חיים (הלי' גניבה סי' ב), ומצא שנרמזו בספר מחנה-אפרים במקום אחר (הלי' שותפות סי' ח), אך

ישראל, ואפילו קודם יאוש. שאין ישראל השני גזל כלום מרשות הגוי, והוי כמו אבידתו של גוי דשרי, דנכסי הגוי הרי הם כהפקר.".

#### 4. אופייה של חובת ההשבה לגוי

בעל נתיבות-המשפט (שמח,א) סבור שכיון שאיסור הגזילה מגוי לא נלמד מאותו פסוק שממנו לומדים את איסור הגזילה מישראל, ממילא החיובים הכלולים בגזילה מישראל אינם חלים על הגזילה מגוי. הגניבה מגוי, לדבריו, נלמדת מהפסוקים "וחישב עם קונהו" (ויקרא כה,ג) או מ"ואכלת את כל העמים" (דברים ז,טז), כדברי הגמרא בב"ק קיג,ב. גם "בישראל גופיה - אילו לא הוה כתיב עשה ד'והשיב את הגזילה" (ויקרא ה,כג) הוי אמרינן אף דעבר אלאו ד'לא תגנובו' (שם יט,יא) מכל מקום איסורא דעבד עבד ובהשבה אינו חייב. רק דבישראל רחמנא נתקיה לעשה ד'והשיב את הגזילה'. אבל בגוי - נהי דקרא ד'וחשב' לדרשה גמורה אתי, מכל מקום היכן מצינו דחייביה רחמנא בהשבה לגוי? והשבה לגוי אינה אלא משום קידוש השם."

תירוץ דומה לדעת הרמ"א נאמר בכפות-תמרים (ר"ה כח,א ד"ה ומיהו), שהוסיף שאמנם הרמב"ם כתב שחייבים להשיב לגוי את הגזילה, אבל חיוב זה הוא רק מדרבנן.<sup>234</sup>

החתם-סופר (חידושים לסוכה ל,א) כתב, שדברים אלו, הפוטרים את הגזלן מהגוי מלהשיב לו את הגזילה, עולים בקנה אחד עם שיטת היראים. במקום אחד (יראים השלם ס"י קכד) כתב שגזל הגוי אסור מהתורה, ואילו במקום אחר (ס"י תכב) כתב בעל היראים, ש"אע"ג דגזל עובד כוכבים שרי, כל כמה דלא נפיק מרשות עובד כוכבים לא מיקרי 'לכס'. "ראייתו שם היא מהוראתו של רב הונא (סוכה ל,א) למוכרי ההדסים, שלא לקטוף בעצמם את ההדסים, אלא להניח לגויים לעשות זאת, ולקנות מהם, כיון ש"סתם כנענים גזלי ארעתא נינהו, וקרקע אינה נגזלת. הלכך ליגזו אינהו, כי היכי דלהוי יאוש בעלים בידא דידהו, ושינוי רשות בידא דידכו." ואחרי יאוש ושינוי רשות נקנו ההדסים לישראל. משמע מכאן - מסיק בעל היראים - "גזל כנעני שרי, דהא

---

הוסיף שלא מצא את הדברים בספר מחנה-אפרים שלפניו. אך הדברים אכן נמצאים שם, כמובא בפנים.

<sup>234</sup> וכך כתב גם הנודע-ביהודה (מהדו"ק יו"ד סי פא), ועי עוד שו"ת הר-צבי או"ח ח"ב סי עד.

לאחר קנין לא פסלין ליה משום מצוה הבאה בעבירה. " ההגבלה היחידה שנותרה, לדבריו, היא: "אך שלא יהיה חילול השם בדבר".<sup>235</sup>

ליישוב הסתירה כתב החת"ס, שבאומרו "גזל גוי מותר" כוונת היראים היא שאין חובת השבה בחפץ הגזול מגוי, אך מעולם לא התיר את עצם מעשה הגזילה. הסבר דומה הוא מציע גם בדעת הרמב"ן במלחמות-השם בסוגיה זו, ובדברי הרי"א<sup>236</sup> (בשלטי-הגיבורים יג, ב בדפי הרי"ף אות ב).

הנודע-ביהודה (מהדו"ק יו"ד סי' פא) - ובדרך דומה גם החזון-איש (ב"ק טו, מ) - ביאר שאמנם לא קיימת מצות עשה של "והשיב את הגזילה" לגבי גזילת גוי, אבל כל זמן שהחפץ נמצא בידי הגזלן והוא שייך לגוי, הוא עובר על איסור גזל. כדי להימנע מאיסור גזל, הוא חייב להחזיר את החפץ לבעליו. לפי זה, כשהגוי יתיימש מהחפץ, לא תחול עוד חובת ההשבה, כיון שאיסור הגזל פקע מעת שהגוי התיימש.<sup>236</sup> ועוד השלכה לדבר: הלוקח מהגזלן, שבעצמו לא עבר על איסור גזל ואין לו עניין להפסיק איסור זה, אינו חייב בהשבה.

שיטות אלו - שחיוב ההשבה אינו חל לגמרי על הגזול את הגוי, או שחלותו היא מדרבנן בלבד - נחלק עליהן בעל שער-המלך (ה' גזילה א, ב), המוכיח מדברי הרמב"ם שחיוב ההשבה גם לגוי הוא מהתורה;<sup>237</sup> וכן ה"ר שמעון שקאפ (בחידושו

<sup>235</sup> המגן-אברהם (תרלז, ה) הבין ששיטת היראים היא, שלמרות שגזל גוי מותר, עדיין הדבר אינו נקרא בבעלות הגזלן. השערי-ישר (שער ה פרק ה) התבסס גם הוא על הבנה זו. אולם במילים של היראים יש בוודאי סתירה גלויה - כאן (סי קכד) גזל הגוי אסור, וכאן (סי תכב) "גזל כנעני שרי" - וזו אינה מיושבת בדברי המג"א.

<sup>236</sup> החזון-איש מחדש עוד, שברגע שהגזלן מחליט שהוא מוכן להחזיר את החפץ לגוי, כבר אז הוא מפסיק לעבור על איסור גזל. עוד הוסיף, שהרמב"ם, שסובר שיש חיוב השבה, הוא לשיטתו שגם הפקעת הלוואתו של הגוי אסורה משום חילול השם שבדבר; אך לפוסקים שהפקעת הלוואתו מותרת, אין חיוב השבה. אך יש לתמוה על דבריו, שהרי בעל הטור פוסק שיש חיוב השבה בגזול מגוי (חוי"מ סי שמח וסי שנט) והוא עצמו פוסק (בחוי"מ סי שסט) שהפקעת הלוואתו מותרת.

<sup>237</sup> הוכחתו היא מדברי הרמב"ם (גזילה ז, ז), שהכופר לעכו"ם ונשבע - משלם קרן ואינו משלם חומש. בעל בני-אהובה הוכיח כך גם מדברי הרמב"ם (ה' שכירות ב, א) שאין נשבעים שבועת השומרים לגוי, ומדוע יש צורך לפטור גוי משבועת השומרים, הרי הפקעת הלוואתו מותרת, ואין חובה להחזיר לו את החפץ? בעל מילואי-משפט (על נתיבות-המשפט סי שמח הערה 1) הוסיף והוכיח כך מדברי הרמב"ם (ה' גניבה ב, א) שהגונב מהגוי משלם רק קרן ולא כפל. מכל המקורות הללו מוכח שדעת הרמב"ם היא שמן התורה חייבים להשיב את הגזילה לגוי. אמנם ניתן לדחות ראיות אלו בדרכו של החת"ס, שאם הגוי

לב"ק סי' לט) שדייק מדברי התוספות (פסחים כט, א ד"ה בדין) שהגזול מגוי חייב באחריות על הגזל, ומשמע שחייב להשיב.<sup>238</sup>

### 5. אחריות הוריו של קטן שגזל

בנידון השאלה שבמוקד מאמרנו, הרי הוריו של קטן שגזל, דינם כלוקח מהגזול, וכפי שהעלינו לעיל (סעיף 3), גם אם על הגזול עצמו חלה חובת השבה, לא כך על הלוקח מהגזול. בוודאי שכך כאשר מעשהו של הקטן אינו נחשב למעשה של גזילה, כפי שהעלינו לעיל בפרק א. לא נותרה על ההורים אלא חובת השבת אבידה לגוי, שבה נדון להלן.

### ד. אבידת גוי

בשולחן ערוך (חו"מ רסו, א) נפסק על פי דברי הגמרא (ב"ק קיג, ב וסנהדרין עו, ב): אבדת העובד כוכבים מותרת, שנא' "אבידת אחיך" (דברים כב, ג). והמחזירה, הרי זה עובר עבירה, מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה. ואם החזירה לקדש את השם, כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה - הרי זה משובח. ובמקום שיש חילול השם - אבידתו אסורה וחייב להחזירה. במקרה דנן מסתבר שיהיה קידוש השם, כאשר יחזירו ההורים את המשחק לבעל החנות, ולכן ראוי לטרוח ולהחזיר את החפץ בשביל לגרום לכך.

המאירי (בית-הבחירה ב"ק קיג, ב ד"ה נמצא) מבאר מדוע אין חובת השבת אבידה לגוי. לדבריו, "מציאה - מקצת קנין הוא, וחזרתו - דרך חסידות; ואין אנו כפופים לחסידות למי שאין לו דת. וכן טעותו - אם טעה מאליו, שלא מתחבולתו ולא מהשתדלותו, אין הכרח בהשבתו." אבל עם זאת הוא מסייג את דבריו באומרו: אם נודע לו [לגוי] על כל פנים [על הטעות, אפילו שלא ביוזמתו של היהודי] חייב להחזירו. וכן אף באבדה - כל צד שיהא חילול השם בעיכובה, מחזירה.

---

תובע את החפץ ויש לו ראיות, ביה"ד חייב להחזיר לו את החפץ כדי למנוע חילול השם; אבל כשאין חשש לחילול השם, מותר להפקיע את הלוואתו.

<sup>238</sup> לאור כל הנאמר בפרק זה, תמוהים דבריו של בעל פתחי-חושן (גניבה ד, יט) שדעת רוב הפוסקים היא שאין חובת השבה בגוי, והסתמך בכך רק על דברי הרמ"א לפי ביאור נתיבות-המשפט ועל דברי הנודע-ביהודה.

הא כל שהוא מעממין הגדורים בדרכי הדת ועובדי האלהות על איזה צד, אע"פ שאמונתם רחוקה מאמונתנו, אינם בכלל זה. אלא הרי הם כישראל גמור לדברים אלו, אף באבדה ואף בטעות, ולכל שאר הדברים בלא שום חילוק.<sup>239</sup>

#### ה. סיכום

- א. תינוק שנטל חפץ שאינו שלו מישראל - אם החפץ בעין מחזירים את החפץ.
- ב. אם החפץ אינו קיים, ראוי לקטן לחזור בתשובה על כך לכשיגדיל.
- ג. אדם שגזל מגוי - חייב להשיב לו את הגזלה מן הדין, ויש אומרים משום קדוש השם.
- ד. הלוקח מהגזלן מהגוי - יש פוטרים אותו מלהשיב ודינו כאבידת הגוי.
- ה. תינוק שלקח חפץ מגוי - נראה שלכל הדעות החפץ מוגדר כאבידת הגוי.
- ו. ראוי להחזיר אבידת הגוי, כדי לקדש שם שמים.
- ז. לדעת המאירי חייבים להחזיר אבידה של גוי הגדור בדיני הדת.

<sup>239</sup> עיי' אגרות-הראי"ה ח"א עמי' צט, דעתו של הראי"ה קוק על שיטת המאירי. על שיטתו הייחודית של המאירי ראה: י כ"ץ, הלכה וקבלה, ירושלים תשמ"ו, עמ' 291 ואילך; מ' הלברטל, בין תורה לחכמה, ירושלים תש"ס עמ' 80 ואילך.

### כד. התחייבות לפצות על נזקי גרמא

התובעים<sup>240</sup> טענו שמנהל הכולל התחייב לפצותם על כל נזק שיקרה להם כתוצאה מחתימה על מסמך מסויים. מכיוון שעקב חתימתם הפסידו את הזכות למלגה לכל חייהם הם תובעים מהמנהל את תשלום הנזק בשווי שנים רבות של מלגת אברך. הנזקים שנגרמו לתובעים כתוצאה מהחתימה אינם אלא גרמא – נזקים עקיפים - שהרי בעקבות החתימה, לאחר מספר שנים, ייגרם להם ההפסד בכך שלא יוכלו להמשיך ולקבל מילגות.

#### א. התחייבות לשלם על נזקי גרמא

כלל נקוט בידינו שאם אדם התחייב לחבירו שיגבה אותו בפעולה שיבצע הרי שהוא חייב לשלם לו גם מן הדין אם יקרה לו נזק של גרמא.

כך כותב המרדכי (בבא קמא קטו) מדבריו של רבינו יקר<sup>241</sup>:

...ומכאן אתה למד לכל הגרמות **אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו**

**הפסד שהוא חייב**... והיינו טעמא דאמר האי מאן דזבין ארעא לעובד כוכבים אמיצרא דישראל משמתין ליה עד דקביל עליה כל אונסא דאיתיליד [\*מיניה] משמע שאם לא היה מקבל לא היה חייב משום דגרמא בניזקין הוא ולא בר הזיקא ממש אלא קנסא קנסו ליה...

המרדכי מביא מספר מקורות לדבריו. אחד מהם הוא בדברי הגמרא במסכת בבא קמא (קיד, א):

אמר רב אשי: האי בר ישראל דזבין ליה ארעא לעובד כוכבים אמצרא דבר ישראל חברה - משמתין ליה... דאמרי ליה: ארבעית לי אריא אמצראי, משמתין ליה עד דקביל עליה כל אונסא דאתי מחמתיה.

מהמרדכי עולה שהוא מבין שהנזק העלול לצמוח ממכירת הקרקע מגוי הוא "גרמא" וחכמים מחייבים את האדם שמוכר את הקרקע לקבל על עצמו תשלום נזק בכדי

<sup>240</sup> פס"ד ב"ד ארץ חמדה גזית בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי.

<sup>241</sup> המרדכי העתיק את דברי רבינו יקר (שזהו כינויו של רבינו אפרים) מקונטרס "דינא דגרמי" שלו. הקונטרס מצוי בידינו כיום ונדפס במלואו בספר "אהל ישעיהו" על מסכת בבא קמא, ושם (עמ' כ) לאחר הקטע המצוטט למעלה נוסף המשפט "אבוהון דכולהו ערב..." ומשמע שזה המקור העיקרי לדעתו של רבינו יקר לדין זה. אמנם המרדכי השמיט משפט זה, וקל להבין זאת שכן בדין ערב אין זו התפיסה המקובלת בראשונים.

לחייב אותו לשלם גם על נזקי גרמא. כך היא דעת הראב"ד (חידושו שם, מובא גם ברשב"א):

ועד דמקבל עליה לא מחייב באונסיה, דאי מחייב למה ליה דמקבל עליה ולמה ליה לשמותי כי אתי אונסיה נוקמיה בדינא ונחייביה.  
 כך עולה גם מדברי הנימוקי יוסף (מא, א בדפי הרי"ף) בשם הרא"ש:  
 דאי אירע שלא קבל ונמשך נזק לישראל המצרן לא מיחייב ישראל זה לשלומי ליה משום דהוה ליה גרמא בנזקין דלא ברי היזקא כיון שהעובד כוכבים שכנו עדיין לא עשה הנזק ושמא לא יזיקנו.

גם הרמב"ן והר"ן (ב"מ קח, ב) הביאו את דברי הראב"ד. המגיד משנה (שכנים יב, ז) הביא את דברי הראב"ד וציין שזו הסכמת הרמב"ן והרשב"א. וכן מובא גם בפסקי תלמיד הרשב"א (בבא מציעא קח, ב). בבית יוסף (שפן) הביא גם מחידושי תלמידי הרשב"א על בבא מציעא גם כשיטה זו. בר"ן (שם) הוסיף והביא בשם הרא"ה:  
 וכתב הרא"ה דהוא הדין לכל גרמא בניזקין דמשמתנין ליה עד דמסלק ליה או דמקבל עליה כל אונסא דאתי ליה מיניה.

אמנם הרשב"א (בדבריו המובאים בשיטה מקובצת, וכפי הנראה ממהדורה אחרת מאלו שבחידושים שלפנינו, ושמא זו מהדורה קמא) כותב:

תימה ולמה ליה לשמותיה כי אתי אונסא, נוקמיה בדינא ונחייביה.  
 משמע מדבריו שעל הנזקים שהגוי עושה ניתן לחייב מעיקר הדין אף בלא שיקבל על עצמו לשלם. וכן מדייק הבית יוסף (קעה) מדברי הרא"ש:  
 כתב הרא"ש (ב"מ ט, כח): "והא דאין ממתנין עד שיבא היזק וינדוהו אז עד שיפרע לו משום שהחמירו חכמים לקונסו שיכתוב לו שטר שעבוד על נכסיו ויחול השעבוד מעתה ומעכשיו."

משמע מדבריו שאם לא קבל עליו כל אונסא דאתי ליה ובא לו נזק מהגוי שחייב לשלם.

הגר"א (קעה, צג) הסכים לדיוק זה של הבית יוסף וביאר שהחיוב הוא מעיקר הדין משום גירי דיליה, והפנה לעיין בסימן קנה. ונראה כוונתו למה שנאמר בסעיף מד ברמ"א, אשר הביא מחלוקת בראשונים לגבי אדם שהשאיר ביתו פרוץ ועוברים דרכו גנבים ומזיקים את השכן האם חייב לשלם כגירי דיליה או לא. צריך לציין שהכרעת

הש"ך היא שפטור מלשלם, וראה בגר"א (שם) שלדעה שפטור אף אינו גרמא ומותר לגמרי.

אמנם המהר"י בן לב (ב,סו) והמחנה אפרים (נזקי ממון יא) חולקים וסוברים שאין דיוק זה מוכרח בדעת הרא"ש, והוסיף המחנה אפרים שאדרבא מדברי הרא"ש שהביא הנימוקי יוסף משמע להיפך, ומלבד זאת יש להוסיף שגם את דברי הרא"ש הללו שמהם מדייק הבית יוסף הביא הנימוקי יוסף בעצמו קודם שהביא את שיטת הראב"ד ומשמע שהבין שאין ביניהם מחלוקת.

שלטי גיבורים (ב"מ סה,א בדפי הרי"ף) מדייק מתשובת מהר"ם המובאת במרדכי (בבא קמא קס) ובתשובות הרא"ש (יח,ו-ז) המביא את דברי מהר"ם, ומהם עולה שאם אדם ביקש מחבירו שייעשה ערב לגוי ולאחר מכן הסתבך בגלל זה בעלילות חייב לשלם לו. זאת למרות שלא התחייב לשלם לו על כל נזק שייגרם. והמהר"ם מביא את המקור להלכה זו מהדין שבו אנו עוסקים למרות שאצלנו יש התראה. אכן השלטי גיבורים מבין שמהר"ם חולק וסובר שאין צורך בהתראה לחייב בתשלום. אמנם מהרא"ש עצמו בתשובה משמע שניסה ליישב שאלה זו שכן הוא כותב: "אף על פי שלא פירש זה בפירוש דודאי אמדין דעת שמעון שלא הי' מכניס עצמו לידי סכנה להתערב נגד הגוי אם לא לדעת כן וגם ראובן ידע זה והוי כאלו פירשו והתנו בו."

אכן, מחנה אפרים (נזקי ממון יא) סובר שהמהר"ם אינו חולק על שאר הראשונים שכן המרדכי מביא אותו והוא הרי סובר שצריך התחייבות בכדי להתחייב בגרמא. מהר"י בן לב (ב,סו) מבאר שיש חילוק בין מקרה שאדם מוכר בתוך שלו שאז הוא צריך להתחייב לשלם לבין אדם שנעשה ערב בעקבות בקשת השני שאז כל נזק שנגרם לו הוא גרמי. מהר"י קאשטרו (שו"ת אהלי יעקב יז) ביאר שבמקרה של ערבות לא צריך קבלה על עצמו שכן הוא "ברי היזקא" ועל כן מספיקה אומדנא שהוא התחייב לפצות את הערב על הנזק שייגרם לו. בשו"ת דברי חיים (חו"מ א,מא וראה גם בדבריו בכח,לא ומב) כותב שהאומדן נחשב כקבלה ובאמת ללא קבלה אין חיוב ממוני שכן זהו גרמא בעלמא.

לכל ההסברים הללו המהר"ם והרא"ש אינם חולקים על שיטת הראשונים שהזכרה שאם התחייב לשלם על הגרמא, חייב לשלם מן הדין.



הבית יוסף עצמו (שפו) מכריע בבירור שהלכה כדעת הראב"ד וסיעתו. ואף שבלשונו בשולחן ערוך לא הזכיר את עניין הנידוי עד שישלמו כנראה העתיק את לשון הרמב"ם בלא הוספות, כך ביאר את דברי השולחן ערוך, בעל כנסת הגדולה בתשובותיו "בעי חיי" (חו"מ א, רכה).

עוד נדון הכלל בהקשר למי שהחזיר שטר חוב וגרם נזק (נה, א): "שליש שהחזיר שטר למלוה, שלא היה לו להחזיר, משמתינן לשליש עד שמקבל עליו כל אונסא שיארע ללוה מזה (תשו' רשב"א אלף נ"ב). "הגר"א בביאורו (ד) ציין כמקור לדין זה את ההלכה בה אנו עוסקים.

אם כן, לכאורה על הנתבעת לפצות את הנתבעים על הפסד המלגות לאורך השנים. עם זאת, נראה שמעיקר הדין, התובעת פטורה מחיוב זה מחמת כמה שיקולים.

### **ב. היקף ההתחייבות**

בשו"ת דברי חיים (חו"מ א, מא) שהבאנו לעיל דן במקרה של אדם שהתחייב שלא לפתוח חנות ולא עמד בהתחייבותו, מתוך כך הוא עסק בשאלה של התחייבות לפצות על גרמי. בפד"ר (ג, 339) העירו על דבריו שבשאלה בה הוא עוסק אין התחייבות ברורה לשלם על נזקים.

במקרה בו אנו עוסקים נראה שיש התחייבות כזו לפצות על נזקים, אך השאלה היא מהו היקף הנזקים הנכלל בהתחייבות?

והנה, הרמ"א (קלא, ז), כבר ציין לשיטת המהרי"ק לגבי ערב לגוי שאינו מחוייב באונס דלא שכיח. גם במקרה דנן, למרות שככלל מוסכם על ידי הנתבעת שנאמרו דברים מעין אלה, אלא שנחלקו הצדדים כאמור, איזו פרשנות יש לתת להתחייבות זו. בעניין זה, לא ניתן לשלול את פרשנות התובעת, שהדברים אמורים רק ביחס לבעיות נקודתיות של אישור על אי עבודה לאחר התקופה וכד'.

יש מקום במקרה דנן גם לאומד דעתם של הצדדים, לפי שיטת המהרי"ק (שורש קכט) שבמקרה של דברים התלויים בדעת בני אדם יש מקום לאומדנא:

**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.

על כן נוסף שגם מנקודת מבטם של התובעים, בוודאי ידעו היטב שאין מולם גורם עתיר ממון שייתן כיסוי לכל בעיה כלכלית אפשרית שתצוץ בעתיד, מסתבר שהם יודעים שלנתבעים כרשת חינוכית יש בעיקר אפשרות לסייע ברמה מנהלית ואולי בפיצוי קטן על נזק מסויים. לא מסתבר, שכאשר הסכימו שלא למשוך את חתימתם, הבינו שהנתבעת תתחייב כלפיהם במאות אלפי שקלים.

### ג. התחייבות במניעת ריווח

זאת ועוד, אין מדובר בנזק עקיף - גרמא, אלא בנזק חמור עוד פחות - מניעת רווח. נחלקו הפוסקים האם ניתן להתחייב בפיצוי על מניעת רווח, כפי שמצינו בפרשני השולחן ערוך (סא,ה). שכן השולחן ערוך מכריע:

שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה.

ויסוד הדברים בתשובת הרא"ש (סח,יב). דרכי משה (ז) כבר שאל מדוע אין בזה חיוב בדומה ל"אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" שנפסק להלכה (רז,יג). הסמ"ע (יב) מתרץ שמדובר במי שדורש הוצאות יתירות וכן הסכים הגר"א (כ). הב"ח תירץ, והש"ך (י) הוסיף וחייד את הדברים, וטענתם היא שבדבר שיש בו מניעת ריווח גרע מהוצאות ואין לחייב עליו בתשלום אף אם התחייב על פיצוי עבור השני.

בפתחי חושן (נוזיקין פרק ג הערה צח) אסף מדברי הפוסקים החולקים בעניין ודן גם בשאלה האם תועיל התחייבות למניעת ריווח לדעת אלו הסוברים שלא הייתה התחייבות כזו בסתמא. הכרעת שער משפט (סא,ב) ומנחת פתים (סא,ב) שלא כדעת הש"ך ולדבריהם אם הייתה התחייבות מפורשת על מניעת ריווח ההתחייבות תועיל אמנם במקרה זה לא ברור שהייתה התחייבות כזו כלל.

בנוסף עולה השאלה האם צריך קניין בהתחייבות זו, עיין בפתחי חושן שם בשם קצות החושן (רז,ז) ובדברי מנחת פתים (שם) שיתכן שיש צורך בקניין, אך גם אם אין צורך כפי שניתן לכאורה לדייק מדברי הראשונים שהזכרנו, הרי שיש כמה סיבות שלא לחייב את הנתבעים בתשלום.

בנוסף לאמור מסתבר שאף אין כאן מניעת ריווח ברורה שכן הזכות לקבלת מילגה, אינה זכות אישית של האברך. ביטוי לכך הוא, שהאברך עצמו אינו יכול לפנות

למשרד הדתות, לדווח על לימודיו התורניים ולקבל את הכסף מן המשרד. הכולל הוא זה שנתמך על ידי הממשלה, על פי רשימת האברכים שיכולים להיות נמנים, על פי קריטריונים מסוימים. על כן, לדוגמא, רשאי יהיה כולל לקבל מלגה זו, ולא להעבירה כלל לאברך (אף שיתכן שאף אברך לא יסכים ללמוד באותו כולל).

נמצא, שה"נזק" שנגרם לאברכים אינו הפסד המלגה, אלא קושי במציאת כולל שיסכים לקלוט אותם ולשלם להם מלגות כאשר הכולל אינו זכאי להיתמך על ידי המשרד בזכותם של האברכים התובעים. או לחילופין, הנזק הוא יצירת מצב בו בחלק מהכוללים בהם יבקשו ללמוד, המלגה שתתקבל מהכולל תהיה נמוכה יותר, לאור העובדה שלא ניתן להכלילם ברשימת האברכים. מדובר אם כן באפשרות למניעת רווח באופן עקיף בלבד.

#### **ד. הגינות פעולת הנתבעת**

מאידך, עולה שאכן היה כשל מצד הנתבעים שלא הסבירו לאברכים החותמים את משמעות החתימה. לאחר מכן, כשביקשו התובעים להשתחרר מן החתימה, דחו אותם וענו להם תשובות שיש בהן חוסר בהירות. חוסר הבהירות הזו, יצר מצב בו אכן לא התחייבו בדין זה מעיקר הדין, אך הוא אינו ראוי, וגרם לפגיעה במצבם של התובעים. במיוחד הדברים אמורים כלפי רשת תורנית שצריכה להיות להקפיד שבעתיים על הדיוק בדברים ועל ניקיון כפיים מלא.

על כן, אנו קובעים מכח סמכותו לדון בין לדין ובין לפשרה, שיש לחייב את הנתבעת בסך מסויים של פיצוי.

### כה. שותפות בנזק

במקרה שיש מספר גורמים או שותפים לנזק, עולה השאלה כיצד מחלקים את התשלומים בין השותפים<sup>242</sup>.

סדר הבירור הוא כדלהלן:

- א. שותפות בין מזיק לבין בעל התקלה - מזיק שהשתמש בחפץ של אחר לצורך התקלה.
- ב. שותפות בין שני מזיקים.
- ג. שותפות בהדלקת אש.
- ד. שותפות בחפירת בור.

#### א. שותפות בין מזיק לבין בעל התקלה

פרק זה עוסקת באחריות על נזק שנגרם על ידי מזיק שהסתייע בגורם נוסף לנזק. לצורך בירור שאלה זו נדון בארבע סוגיות. סדר הדיון יהיה בתחילה בסוגיות ובפירושי הראשונים שעליהן, ולאחר מכן נבחן את שיטת הרמב"ם לאור התייחסותו למכלול הסוגיות.

#### 1. בור המתגלגל

הגמרא בדף ו ע"א כותבת כך:

"הצד השוה שבהן, לאתווי מאי?... רבא אמר: לאתווי בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה... ולא דמי לבור, מה לבור שכן מעשיו גרמו לו, תאמר בהני שאין מעשיו גרמו לו? שור יוכיח! מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק; בור יוכיח! וחזר הדין, לא ראי זה כראי זה".

מבאר רש"י (ד"ה בורו המתגלגל):

"בורו המתגלגל - כגון הניח אבן ברה"ר ובעודה במקומה לא הזיקה, וגלגלה רגלי אדם ובהמה למקום אחר והזיקה שם. אי בהדי דאזלי מזקי כו' - לא גרס...".

<sup>242</sup> הפנייה סתמית בפרק זה לדפי הגמרא מכוונת למסכת בבא קמא. הפנייה סתמית לטור, שו"ע ומפרשיהם מכוונת לחלק חושן משפט.

הגמרא דנה בנזקים הנלמדים מכך שהמשנה חזרה בסופה על "הצד השווה" של כל אבות הנזיקין. לפי רבא הדבר בא ללמד על חיוב נזיקין בבור המתגלגל. רש"י מבאר שמדובר באדם או בבהמה שגלגלו אבן, העבירו אותה למקום אחר, ולאחר שנחה גרמה לנזק, ועל כן חייב בעל האבן בנזקה. מכאן עולה שאדם חייב בנזקי בורו, אפילו אם הנזק נגרם כתוצאה מהעברת הבור למקום אחר על ידי אחרים. רש"י מוחק מהגמרא את המשפט שהופיעו בגמרא שלפניו: "אי בהדי דאזלי קא מזקי כחו הוא", לפי משפט זה הגמרא מעלה אפשרות שהנזק נגרם בזמן שהבור התגלגל, ומסיקה שבמקרה זה המגלגל חייב בנזק ולא בעל הבור, הראשונים מתחבטים בשאלה מדוע לפי רש"י אין לגרוס את המילים הללו.

### ריב"א בשיטת רש"י

ריב"א<sup>243</sup> מבאר שלדעת רש"י מכיוון ש"אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים" (כז ע"ב), לפיכך אין לחייב את המגלגל כלל, היות שלא היה מוטל עליו להיזהר מלגלג את האבן, בניגוד לעולה מגרסה זו שהאחריות מוטלת על המגלגל<sup>244</sup>. תוספות חולקים על דברי ריב"א וסוברים שאין זו סיבה מספקת לדחות את הגרסה, היות שניתן לחלק בין מי שאינו מתבונן בדרכים וגורם נזק לחפץ בו הוא נתקל שפטור, לבין מי שנתקל בחפץ ומעיף אותו לרחוק, וגורם על ידו נזק שחייב.

### תוספות

בעלי התוספות חולקים על רש"י ומעלים שתי אפשרויות לגבי חיוב המגלגל:

<sup>243</sup> הובא בתוספות תלמיד ר"ת ור"א בשמו, ובתוספות על הדף בעילום שם.

<sup>244</sup> פני יהושע (יט ע"ב) מציע שלפי רש"י הסיבה שאין לגרוס את המילים הללו היא, משום שגם בזמן שהנזק נגרם בדרך הילוכה של הבהמה אין מקור לחייב את בעליה בתשלום: אי אפשר לחייב נזק זה משום אש, שכן לגבי בעל הבהמה אין החפצים המונחים בדרך נחשבים כרוח מצויה, שהרי מוטל על בעלי החפצים לשומרם; כמו כן אין בזה משום רגל, שכן לא הונחו על ידי בעל הבהמה מדעת, אין דרכם להיות חלק מהבהמה, וגם אינם ממון בעל הבהמה; היסוד היחיד לחייב את המזיק במקרה כזה הוא "בור", ולגבי בהמה שיוצרת בור נאמר "איש בור ולא שור בור".

א. שני המעורבים בנזק חייבים מכיוון ששניהם פשעו, וכל אחד מהם משלם חצי נזק<sup>245</sup>. לפי אפשרות זו עולים מספר כיוונים מהו אב הנזיקין בגינו מחייבים את בעל התקלה<sup>246</sup>.

ב. האדם המגלגל חייב בכל הנזק<sup>247</sup>. התוספות מסבירים את ההיגיון שבכך: "תדע דאם הדליק אש ובא אחר ושרף טלית חבירו, או חפר בור ובא אחר ודחף שור חבירו לתוכו, אין סברא שיתחייב בעל הבור או בעל האש"<sup>248</sup>. והמגלגל ברגלי בהמה אם הזיק בהדי דאזלי יתחייבו שניהם בעל הבהמה ובעל התקלה".

<sup>245</sup> תוספות תלמיד ר"ת ור"א, תוספות רבינו פרץ בפירושו הראשון וכן עולה מדברי תוספות שאנץ בשיטה מקובצת.

<sup>246</sup> בתוספות רבינו פרץ נידונה השאלה משום מה מתחייב בעל התקלה ועלו שלוש אפשרויות: 1. אש. 2. אדם המזיק (הדברים צריכים ביאור, כיצד יתחייב בעל התקלה משום אדם המזיק?! דבר דומה מצאנו ברמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי לגבי חיוב על נזקי שכנים שלא הרחיק כראוי ומשמע מדברי הרמב"ן שלמרות המרחק הרב שבין הפעולה לתוצאה זהו נזק של אדם המזיק, ועדיין צ"ע). 3. הצד השווה שבכל הנזקים.

<sup>247</sup> תוספות שעל הדף בסתם, תוספות תלמיד ר"ת ור"א בשם מורי ותוספות רבינו פרץ בשם ר"י.

<sup>248</sup> תוספות מעמיד לפי זה את הדין המופיע בגמרא בדף נג ע"ב, אדם ושור שדחפו שור לבור משלמים שלושתם, דווקא באדם שדחף שלא בכוונה.

מהתוספות עולה שאם אדם דחף בכוונה להזיק, בעל הבור פטור, אך לא ברור אם גם בעל השור נפטר משלם. תלמיד הרשב"א והרא"ש (נג ע"ב) כותב: "דאי בכוונה איהו מחייב לשלם הכל" ומשמע מדבריו שגם בעל השור פטור. בשיטה מקובצת מביא תוספות רבינו ישעיה שבתחילה כותב שרק האדם חייב משום ש"כל חוזק הדחיפה באה מן האדם שהוא מתכוון והוא בן דעת". וממשיך ומביא מדברי ריב"א שכתב: "ואומרים שישלם האדם יותר מן השור לפי מה שהוא דוחקו בחוזק ובכוונה" כלומר צריך לחלק את התשלום מתוך התחשבות גם בגורם הכוונה אצל האדם המזיק. קצות החושן (סימן תי ס"ק ב) היה סבור שגם לשיטת התוספות אדם שדחף בכוונה ובעל השור מתחלקים ביניהם, ועל כן דן בשאלה מדוע בעל השור אינו מתחלק עם בעל הבור שהרי לגבי השור יש כאן שותפות. יש לציין גם לדברי הגיליון על התוספות, המובא בשיטה מקובצת, שהבין שבעל הבור אינו פטור לגמרי כשאדם הזיק בכוונה אלא הוא משלם רבע נזק. אך לא כך הבינו הרא"ש והטור בדברי התוספות. וראה עוד שיטת הרא"ה (שיטה מקובצת נג ע"ב ד"ה לענין) שאם אדם דחף לבדו את השור לבור הוא חייב בכל הנזק אך אם אדם דחף שור לבור בשותפות עם שור אחר אזי שלושתם - האדם, בעל השור ובעל הבור, חייבים שכן לגבי בעל השור, בעל הבור נחשב פושע, וראה ביאור שיטה זו באבן האזל (חובל ומזיק ו, טז).

לדעתם, לא יתכן שאדם יבצע נזק מכוון תוך כדי שימוש בחפץ של אחר, והאחריות תתחלק בשווה בין הצדדים. ובנידון של בור המתגלגל נחשב המגלגל כאילו עשה נזק מכוון. אמנם כשמבצע הנזק הוא בהמה שאין לה דעת, יש לחלק את התשלומים בין כל המעורבים בנזק<sup>249</sup>. התוספות מוסיפים, שאדם שעושה נזק שלא בכוונה, מעמדו לענין זה כבהמה מזיקה והנזק מתחלק בין כל המעורבים בנזק.

סברת התוספות, שלא יתכן לחייב אדם על נזק שאדם אחר עושה על ידי שימוש ברכושו, אינה עומדת בניגוד לשיטת רש"י שמחייב את בעל התקלה, שכן לפי ביאור ריב"א, רש"י סבור שהמזיק אינו אחראי לנזקים שנגרמו כתוצאה מהנחת החפץ ברשות הרבים, היות שאין דרכם של בני אדם להתבונן בדרכים<sup>250</sup>.

### ראב"ד וספר השלמה

שיטה נוספת הדומה לשיטת התוספות היא שיטת השלמה (פרק א סימן ב), לדבריו ברור שהמגלגל חייב בכל, אלא שבניגוד לבעלי התוספות הוא אינו מסייג דין זה בכך שיהיה מדובר דווקא באדם שמגלגל בכוונה, אלא גם במקרה שאדם מגלגל שלא בכוונה או שבהמה מגלגלת האחריות המליאה מוטלת עליהם. יסוד שיטה זו בשיטת הראב"ד אותה נביא בסוגיה הבאה<sup>251</sup>.

### סיכום

<sup>249</sup> לדבריהם קשה, שהרי הגמרא מדברת במפורש על "בור המתגלגל... וברגלי בהמה", ורוצה לחייב את המגלגל בכל הנזק, ואילו לדבריהם בעלי הבהמה שגלגלה חייב רק בחצי מהנזק, היות שבהמתו חסרת דעת! תוספות רבינו פרץ כאן כותב שלדבריהם צריך למחוק את המילים "וברגלי בהמה". בשיטה מקובצת מובאים תוספות רבינו ישעיה, שטוען שניתן ליישב גרסה זו, ולהעמיד בבהמה שבעליה הולכים עמה, שאז מעמדה הוא כשל כמוזיק בר דעת, שכן בעליה אחראי עליה.

<sup>250</sup> בהקשר לכך כדאי להזכיר גם את שיטת רש"י (כב ע"א ד"ה ממונו) שלדעה ש"אשו משום ממונו" אין אדם חייב על אש שהוא יוצר אם הגחלת לא הייתה בבעלותו מלפני כן, וראה בדיוני הראשונים על שיטתו.

<sup>251</sup> התוספות הציע את החילוק שבין נזק בכוונה לנזק לא בכוונה, בכדי להתמודד גם עם הסוגיה של אדם ושור שדחפו לבור, בה נפסק שהנזק מתחלק בין כולם. בעוד שמהסוגיה כאן משמע שבעל הבור פטור לגמרי. נראה שהראב"ד וסיעתו יסברו שבמקרה שמדובר בשלושה "מזיקים" שביניהם הבור המיועד להזיק "תחילת עשייתו לנזק", והזיק כדרכו, שנפל מישהו פנימה, אין הצדקה לפטור את בעליו בטענה שאדם דחף אליו מישהו בכוונה. דהיינו לשיטה זו יש הבדל בין בור שהזיק כדרכו לבין בור שמזיק על ידי שמגלגלים אותו.

ארבע שיטות בסוגיה זו :

- א. **רש"י לפי ריב"א** - אדם שנתקל בחפץ המונח בדרך והזיק על ידו פטור. לא נתפרש חיובו של בעל התקלה בנזק.
  - ב. **תוספות א** - הנתקל שהזיק חייב בחצי נזק ובעל התקלה חייב בחצי נזק. יש מספר אפשרויות משום איזה אב נזיקין חייב בעל התקלה.
  - ג. **תוספות** - הנתקל שהזיק חייב במלא הנזק, אך זאת בתנאי שמדובר באדם שעשה את הנזק בכוונה, או בהתנהגות פושעת.
  - ד. **ראב"ד וההשלמה** - הנתקל שהזיק חייב בכל הנזק גם אם לא עשה זאת בכוונה.
- לעניין נזק בשותפות עולים שני כיוונים עיקריים :
- תוספות** - חיוב הנזק על שני הגורמים, לפי פירוש ב במזיק בכוונה האחריות על המזיק בלבד.
- ראב"ד וההשלמה** - חיוב הנזק על המזיק.

## 2. דליל קשור לתרנגול

המשנה בדף יז ע"א דנה בנזק שגרם תרנגול על ידי חפץ אחר :

"היה דליל קשור ברגליו, או שהיה מהדס ומשבר את הכלים - משלם חצי נזק".

הגמרא בדף יט ע"ב דנה בדברי המשנה :

"אמר רב הונא : לא שנו אלא שנקשר מאליו, אבל קשרו אדם - חייב. נקשר מאליו מאן חייב? אילימא בעל הדליל, היכי דמי? אי דאצנעיה, אנוס הוא! ואי לא אצנעיה, פושע הוא! אלא חייב בעל תרנגול, מאי שנא כוליה נזק דלא? דכתיב: (שמות כא) כי יפתח איש בור, ולא שור בור, חצי נזק נמי איש בור ולא שור בור! אלא, מתני' בדאדייה אדויי, וכי אתמר דרב הונא - בעלמא אתמר: דליל הפקר, אמר רב הונא: נקשר מאליו - פטור, קשרו אדם - חייב. משום מאי חייב? אמר רב הונא בר מנח: משום בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה".



הגמרא מעמידה את דברי המשנה שתרגול שהזיק על ידי דליל<sup>252</sup> משלם חצי נזק, רק כשהתרגול "אדייה אדויי" לדליל, במקרה זה ישלם בעל התרגול חצי נזק. עם זאת, בעל התרגול אינו אחראי על נזקים שייגרמו מהדליל, אם התרגול העביר אותו מאליו למקום אחר והוא הזיק שם. אם אדם קשר את הדליל לתרגול, הרי שהקושר נחשב כמי שיצר בור מתגלגל, והוא חייב על כל הנזק<sup>253</sup>. רש"י פירש מדוע במקרה ש"אדייה אדויי" בעל התרגול ישלם חצי נזק (יט ע"ב ד"ה אלא):

"שזרק התרגול הדליל ושיבר בזריקתו כלים דהו צרורות. ואפילו קשרו אדם נמי לא משלם אלא חצי נזק בעל התרגול, והקושר פטור שלא נתקל אדם בבורו".

היינו בעל התרגול חייב לשלם רק חצי נזק משום שהתרגול הזיק בנזק צרורות<sup>254</sup>. ואילו הקושר אינו אחראי כלל על התוצאה<sup>255</sup>. רש"י אינו כותב מה דינו של בעל

<sup>252</sup> לדעת רש"י (יז ע"א ד"ה דליל), דליל הוא: "כל דבר הנקשר ברגל התרגול קרי דליל, ואית דגרסי דלוי".

<sup>253</sup> תוספות (ד"ה אבל) כותבים שבמקרה שקשרו אדם חייב על כל הנזק של הדליל רק לאחר שהדליל נח במקום אחד (בזמן ההליכה יש לדעת התוספות חיוב בשותפות בין הקושר ובעל התרגול). בפני יהושע (ד"ה גמ' אלא) מדייק שלדעת רש"י הקושר חייב גם בזמן הליכת התרגול שכן לדעתו (שלא כריב"א) זו המחלוקת בין רש"י לתוספות האם לגרוס בסוגיה הקודמת "כחו הוא". נקודה נוספת עולה ברש"י במקום שכותב שהחיוב של הקושר הוא מכיוון שהגביה את הדליל וקנאו. הראשונים הקשו עליו ממקורות רבים בהם אין צורך בבעלות בשביל לחייב בתשלום על הנזק, וטענו שדי בכך שהוא יצר את התקלה ואינו חייב להיות בעלים עליה.

<sup>254</sup> לדעת רבינו חננאל בסוגיה "אדייה אדויי" הוא: "שדידה התרגול את הכלי בדליל שברגלו ושברו שהיא משונה", ואם כך חיוב התרגול בחצי נזק הוא משום שזהו נזק משונה, ולא משום צרורות. גם הראב"ד כתב פירוש זה (יז ע"א ד"ה עגלה). בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש הביא את שתי הדעות, כשלדבריו הנפקא מינא ביניהם היא במקרה שלא שבר דרך התזה אלא "בהדי דקא אזיל" שאין זה נזק צרורות, והשאלה היא האם זה נזק משונה, וכן האם יהיה פטור על נזק ברשות הרבים. הוא מסכם שלדעת רוב המפרשים להלכה מקרה זה הוא כרגל רגילה, ואינו נזק משונה.

<sup>255</sup> סיום דברי רש"י: "והקושר פטור שלא נתקל אדם בבורו" לכאורה אינו מובן, שהרי נזקי צרורות של תרגול אינם מוגדרים כבור. וצריך לומר שכוונתו ליצור ניגוד עם הדין שלאחר מכן, שהקושר דליל של הפקר זכה בדליל, וממילא הבור שנעשה על ידי הדליל הוא בורו.

הדליל, ומשמע לכאורה שבנוק שנגרם על ידי כח התרנגול אין חיוב לבעל הדליל, כשם שהקושר פטור לחלוטין.

לעומת רש"י, תוספות (שם ד"ה וכל) מדגישים שהמשנה עוסקת בדליל הפקר או בדליל מוצנע. אבל אם יש לדליל בעלים, והדליל היה מונח במקום לא מוצנע, יש לבעל הדליל חיוב גם אם התרנגול "אדייה אדויי".

כאמור, תוספות חולקים על רש"י, וסוברים שלא רק בעל התרנגול חייב כי אם גם השותפים האחרים לנזק, ועל כן אם אדם קשר דליל לתרנגול והתרנגול הזיק בצורות, עליהם הוא משלם רק חצי נזק, הקושר חייב בשאר התשלום מכיון שהדבר דומה למניח אבנו וסכינו על ראש הגג ונפלו ברוח מצויה והזיקו שחייב עליהם.

לגבי דרך החלוקה בין הקושר לבעל התרנגול נדמה שנחלקו הראשונים בדעת התוספות, בתוספות רבינו פרץ מתבאר שהקושר אינו חייב במלוא התשלום אלא יש חלוקה של התשלום בין הקושר לבעל התרנגול, חצי נזק לכל אחד מהם. הרא"ש בפסקיו<sup>256</sup> סובר שבמקרה ש"אדייה אדויי" בעל התרנגול חייב רבע נזק ובעל הדליל חייב את ג' הרבעים האחרים. והחלוקה של הנזק לשניים, כל אחד חצי נזק, מתקיימת לדעתו רק במקרה שהתרנגול הזיק כדרכו שלא על ידי צורות<sup>257</sup>. משמע מדבריו שגם במקרה שאדם קשר את הדליל, הקושר נכנס ל"נעליו" של בעל הדליל ומשלם ג' חלקים, ובעל התרנגול חלק אחד.

מדברי הראב"ד במהלך הסוגיה נראה שהמזיק הוא זה שמשלם הכל, ולפיכך אפילו אם אדם קשר את הדליל לתרנגול, בעל התרנגול משלם הכל והקושר פטור<sup>258</sup>. נראה

<sup>256</sup> וכן הוא בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש.

<sup>257</sup> מדברי הנחלת דוד נראה שהבין ברא"ש שאם הדליל שייך לבעל התרנגול ולא שמר עליו, עליו לשלם את כל הנזק בגלל אחריותו על הדליל. אך ניתן לומר שכוונת הרא"ש היא שהוא משלם חצי נזק על נזקי התרנגול וחצי נזק על נזקי הדליל. אמנם נכון הוא שבהמשך דבריו נוקט הרא"ש שבדליל שיש לו בעלים והתרנגול הוא הפקר חייב בעל הדליל הכול, אך זהו משום שהלכה כרבי נתן שאם "ליכא לאישתלומי מהאי מישתלם מהאי".

<sup>258</sup> מקרה אחד שהראב"ד מעלה כאפשרות לפטור, הוא שהדליל היה שייך לבעל התרנגול עצמו והיה מוצנע, הוא מביא מחלוקת האם פטור (מכיון ששמר כל צורכו) או חייב (מכיון שתחילתו בפשיעה

ששיטה זו היא היסוד לדברי ההשלמה בסוגיה הקודמת, שהמזיק חייב בכל התשלום, גם אם הנזק נעשה שלא מדעת ועל ידי חפץ של אחר. בעל ההשלמה חוזר גם הוא על מסקנה זו כאן (פרק ב סימן ג).

נסכם את העולה מסוגיה זו לגבי דיני נזק בשותפות:

**רש"י**- תרנגול המזיק על ידי חפץ של אחר בנזק של צרורות, נושא בכל האחריות על הנזק, ובעליו משלמים חצי נזק<sup>259</sup>. במקרה שהתרנגול הטיל את החפץ במקום אחר ולאחר ההנחה הזיק החפץ, דינו של בעל החפץ תלוי בשאלה האם הייתה פשיעה מצידו מתחילה או לא.

**תוספות**- וסיעתם במקרה של נזק בצרורות או אף נזק המוגדר כ"רגל", החיוב מתחלק בין בעל התרנגול לבעל החפץ המזיק אם פשע בשמירתו, או לחלופין עם הקושר את החפץ.

**ראב"ד וההשלמה**- האחריות על בעל התרנגול היא מליאה בכל מצב ואין לחייב את השותפים האחרים, בעניין זה הם סוברים בדומה לשיטת רש"י.

מכאן עולה הבחנה בין שתי שיטות מרכזיות:

**רש"י וראב"ד**- המזיק נושא בכל האחריות לנזק, ואין לבעל החפץ שותפות בנזק.

**תוספות**- המזיק ובעל התקלה שותפים בנזק.

### 3-4. חנווני ובעל גמל, כלב וגחלת

בסוגיות בפרק שני עולה שוב שאלת השותפות בנזק בשתי סוגיות סמוכות<sup>260</sup>. בדף כב ע"א דנה הגמרא בדברי המשנה שבדף סב ע"ב:

"גמל שהיה טעון פשתן ועבר ברשות הרבים, ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקו בנרו של חנוני והדליק את הבירה - בעל גמל חייב, הניח חנוני נרו מבחוץ - החנוני חייב".

המשנה קובעת שהשאלה האם החנוני חייב או בעל הגמל חייב, תלויה בשאלה האם החנוני התרשל בשמירה על הנר: אם החנוני הניח את הנר מחוץ לחנות, החנוני

לגבי שמירת התרנגול). בפסקי הרא"ש במקום נקט בפשטות שחייב גם בדליל מוצנע של בעל התרנגול.

<sup>259</sup> לשיטה זו צריך לומר שיש חילוק בין אדם שאין דרכו להתבונן בדרכים לתרנגול ושאר בעלי חיים שדרכם להתבונן בדרכים, חילוק שעולה כבר בגמרא.

<sup>260</sup> ראה בחידושי ר' אריה לייב א, עב שהאריך בסוגיות אלו.

חייב. אם הנר היה בתוך החנות ובעל הגמל התרשל בשמירה על הגמל, בעל הגמל חייב.

תוספות (ד"ה ואי)<sup>261</sup> כותב שבמקרה שהחנווני פשע והגמל עמד והבעיר את האש ("מסכסכת"), גם אם בעל הגמל חייב אין הדבר פוטר את בעל הנר, ושניהם חייבים בשותפות על הנזק.

לעומתם, הראב"ד כותב שבמקרה כזה אפילו אם החנווני פשע רק בעל הגמל חייב, כיוון שהוא המזיק, כמו בתרנגול ודליל. וכן דייק הפני יהושע (ד"ה במסכסכת) מדברי רש"י<sup>262</sup>.

תוספות ביססו את דבריהם על הגמרא בסוגיה הסמוכה, סוגיית הכלב שנטל גחלת והדליק גדיש. המשנה בדף כא ע"ב עוסקת במקרה הבא:

"הכלב שנטל חררה והלך לגדיש, אכל החררה והדליק הגדיש - על החררה משלם נזק שלם, ועל הגדיש משלם חצי נזק".

הגמרא בדף כג ע"א שואלת: "ולחייב בעל הגחלת?". התוספות הבינו שהשואל בגמרא רצה ליצור חיוב משותף של בעל הגחלת ובעל הכלב<sup>263</sup>, ומכאן שגם בעל התקלה שותף באחריות לנזק. תוספות רואים בכך אישור לגישתם המחייבת שיתוף בתשלום בין הגורמים השונים.

מדברי הראב"ד נראה שבעקבות קושיה זו הוא חוזר בו באופן חלקי מסברתו הראשונה, ומחלק בין סוגי נזיקין שונים. לדבריו, נזקי אש הם כאלו שהיוצר אותם מתחייב בתוצאתם גם אם לאחר מכן הייתה מעורבות נוספת בנזק. בניגוד לאבות נזיקין אחרים בהם חייב רק המזיק ולא בעל התקלה.

כדי לבאר יותר את השיטות בעניין זה צריך להביא את דיון הגמרא, כב ע"א, בשאלה האם אשו משום חיצו או משום ממונו, ובה נידונות שתי המשניות הללו:

<sup>261</sup> כך גם עולה מקובצי התוספות האחרים: תוספות תלמיד ר"ת ור"א ו ע"א, תוספות רבינו ישעיה בשם ר"י, ותוספות רבינו פרץ על אתר.

<sup>262</sup> כך כותב גם תלמיד הרשב"א והרא"ש (כב ע"א ד"ה תנן), אלא שהוא מוסיף את התנאי ש"בעל הגמל הולך אחר גמלו" וכשיטת רבי ישעיה (מקורביל) שהובאה לעיל. כך כותב גם רבינו ירוחם (מישרים לא, א הובא בבית יוסף תיח).

<sup>263</sup> לחלק מהראשונים, כולל הראב"ד עצמו, הייתה גרסה בגמרא "ולחייב נמי בעל הגחלת", שבה הבנת התוספות מוכרחת עוד יותר.

"תנן: הכלב שנטל חררה כו'; בשלמא למ"ד אשו משום חציו, חציו דכלב הוא, אלא למ"ד אשו משום ממונו, האי אש לאו ממונו דבעל כלב הוא! אמר לך ריש לקיש: הכא במאי עסקינן - דאדייה אדויי, דעל חררה משלם נזק שלם, ועל מקום גחלת משלם חצי נזק<sup>264</sup>, ועל גדיש כולה פטור. ורבי יוחנן? דאנחה אנוחי, על חררה ועל מקום גחלת משלם נ"ש, ועל הגדיש משלם חצי נזק. תא שמע: גמל טעון פשתן... בשלמא למ"ד אשו משום חציו, חציו דגמל הוא, אלא למ"ד משום ממונו, האי אש לאו ממונא דבעל גמל הוא! אמר לך ריש לקיש: הכא במאי עסקינן - במסכסכת כל הבירה כולה..."

מהגמרא עולה, שלדעת רבי יוחנן שאשו משום חציו מובן מנין נובע חיוב בעל הכלב על אש שכלבו הצית, שכן גם כלב יכול להזיק בירי חיצים ולבעל הכלב יש אחריות על כך. ואילו לדעת ריש לקיש, שאשו משום ממונו, חייב בעל הכלב על נזק אותו גרם הכלב בכוחו "אדייה אדויי", אך לא על יתר הנזקים שנגרמו מהתפשטות האש. באותם הנזקים שנגרמו מכחו של הכלב ("אדייה אדויי") אין לחייב את בעל הגחלת, אלא רק את בעל הכלב. על הסבר זה חוזר ריש לקיש גם לגבי הגמל שהצית את הבירה, שבעליו חייבים רק על המקום אותו הגמל הדליק במעשיו ממש, ולא על הנזקים מהתפשטות האש. בסוף הסוגיה מגיעה הגמרא למסקנה שכולם מודים שיש לחייב באש משום ממונו, והמחלוקת היא אם חייב גם משום חציו.

לאחר הדיון בשאלת חיובו של בעל הכלב, הגמרא דנה בשאלה מה הוא חיובו של בעל הגחלת. הגמרא (כג ע"א) שואלת מדוע בעל הכלב חייב, יתחייב בעל הגחלת. הראשונים נחלקו בהבנת שאלה זו.

**רש"י** (ד"ה ה"ג וליחייב), מבאר שהשאלה מוסבת על הדעה - שלמסקנת הגמרא מוסכמת על כולם - שאשו משום ממונו, וממילא יש מקום לחייב גם את בעל הגחלת על הנזק שנגרם מהגחלת. השאלה מבוססת על הפירושים שנתנו ר' יוחנן וריש לקיש למשנה בסוגיה הקודמת. היינו, שלר' יוחנן הסובר שבעל הכלב משלם רק חצי נזק צרורות על הגדיש, ישלם בעל הגחלת את החצי השני. ולריש לקיש שפטר את בעל הכלב מלשלם על הגדיש, ישלם בעל הגחלת על כל הגדיש. יש לדון כיצד מתיישבים דברי רש"י אלו עם שיטתו שאין לחייב את בעל התקלה כלל כפי שעלה בסוגיה ב,

<sup>264</sup> רש"י מביא שתי לישנות לבאר מדוע רק חצי נזק: משום צרורות או משום נזק משונה, ר"ח הסביר שזהו משום נזק משונה.

שם פטר רש"י את בעל הדליל לגמרי. הפני יהושע (כב ע"א ד"ה בגמ' ואי) דן בשיטת רש"י:

"דכיון שנעשה היזק ע"י כח התרנגול ממש שזרקו א"כ אין לנו לחייב כלל להקושר כיון דלא אפשר בדליל כדי להזיק בלתי כח התרנגול וא"כ הוא הדין נמי כאן כיון דאיירי במסכסכת שהגמל הולך ומבעיר בידים כל הבירה א"כ נראה כל הנזק ממעשה הגמל ממש לכך יש לו לחייבו בכל הנזק ולפטור את החנוני דנראה שאין בניצוצות שלו כדי להדליק כל הבירה לולי מעשה הגמל ומשאוי שעליו והגמל עושה עיקר הנזקין בידים, משא"כ לקמן בכלב שנטל גחלת דמקשה התם על מקום הגדיש ושם לא עשה הכלב אלא מעשה הינוח אבל עיקר הנזק נעשה ע"י גוף הגחלת דלאחר שנסתלק מעשה הכלב שהניחו גוף הגחלת הולך ומבעיר..."

לדבריו, רש"י בוחן בכל מקרה האם הנזק נראה כפעולה בלעדית של המזיק, ואם אכן כך הוא הדבר, אין בסיס לחייב את בעל התקלה. במקרה שהנזק נעשה גם מכח התקלה ולא רק ממעשה בעל חיים המזיק, גם בעל התקלה צריך להשתתף בנזק. לעומת זאת, **הראב"ד** (ד"ה מאן) מציע שגם לרבי יוחנן שסבר בתחילה שאשו משום חיציו יש מקום לחייב באש שהדליק הכלב, משום שכל אש שהיא תוצאה של פשיעה מוגדרת כחיציו של האדם. ולפיכך: "שניהם פשעו בגחלת זו וחצי שניהם היא". הרי לנו שהראב"ד מעלה אפשרות שלפי הדעה שאשו משום חציו, נזק שנגרם על ידי אש יהיה שונה מנזקים אחרים, בכך שגם המזיק וגם בעל התקלה יהיו אחראים עליו. בניגוד לאבות הנזיקין האחרים, שמיוחסים אך ורק למזיק ולא לבעל התקלה, כפי שראינו בסוגיות הקודמות. לפי זה נראה שבסוגית החנוני והגמל שם חייב הראב"ד רק את בעל הגמל ופטר את החנוני, דיבר הראב"ד רק לפי הדעה שאשו משום ממונו, אבל לפי הדעה שאשו משום חיציו יש כאן שותפות פעילה של בעל האש ובעל הכלב בביצוע הנזק, לפיכך שניהם חייבים.

ההשלמה (פרק ב סימן ז), שעד כה היה שותפו של הראב"ד לחיוב המזיק באופן מלא ולפטור בעל התקלה מאחריות, מציע גם הוא שיטה מורכבת על סמך החילוק שבין אש לנזקים אחרים. לדבריו, היסוד לדיון בנזקי אש הוא: "אש הואיל והיזקה מצוי מעצמה". לפי יסוד זה, אם החנוני לא שמר על הנר, צריך היה לחייב אותו להשתתף בתשלום בנזק הבירה עם בעל הגמל. אלא שבדין הכלב והגחלת (שם סימן ו) סבור

בעל ההשלמה שדינה של הגחלת הוא מצד אחד כאש, שאם לא שמר את הגחלת וכלב הניחה במקום אחר שניהם חייבים; ומאידך אם הכלב "אדייה אדויי" רק בעל הכלב חייב חצי נזק משום צרורות, ובעל הגחלת פטור לגמרי, כמו שמצאנו בשאר נזקים. דבר זה טעון הבנה, מדוע דינה של גחלת שונה מאש? נראה שלדבריו יש חילוקי דרגות בין סוגי הנזקים בהתאם למידת הסכנה שבהם.

עד כה דנו בראשונים שלמדו ששאלת הגמרא באה לחייב את בעל הגחלת בנוסף לחיוב בעל הכלב. אבל **רבינו חננאל** בפירושו גרס "ולחייב בעל הגחלת" והסביר שהגמרא שואלת מדוע יתחייב בעל הכלב ולא בעל הגחלת, ולמסקנתה הדבר באמת תלוי בשאלה האם בעל הגחלת שמר עליה. לפי דבריו אין בסוגיה זו מקור לחיוב משותף של בעל הכלב ובעל התקלה - הגחלת.

גם **ר"י**<sup>265</sup>, ביאר ששאלת הגמרא היא שיתחייב בעל הגחלת בכל הנזק. לדבריו הדין כאן שונה מהדין המופיע במקרה של הגמל והנר, שם רצו לחייב את בעל הגמל. הסיבה לכך היא, שבעל הכלב אינו הולך עם כלבו, לכן אינו יכול להיות אחראי לגמרי על מעשיו, בניגוד לבעל הגמל שהולך ליד הגמל, לכן חייב בנזקיו.

#### **סיכום סוגיות 3-4**

שוב אנו פוגשים שתי גישות מרכזיות:

**התוספות** מוצאים בסוגית הכלב והגחלת יסוד לשיטתם שיש לבעל התקלה ולמזיק שותפות בנזק.

**רש"י והראב"ד** מחלקים בין סוגיית הכלב והגחלת לסוגיות אחרות. לפי הראב"ד יש דין מיוחד לאש, וכך סובר גם בעל ההשלמה. מתוך כך הם גם דנים בשאלה האם גחלת דומה לאש או שונה ממנה. גם בדעת רש"י נדרש חילוק דומה, וכך ביאר פני יהושע בדעתו, שבתקלות המזיקות מעצמן גם ללא מעורבות של מזיק, בעל התקלה אחראי בנזקי תקלתו.

**רבינו חננאל ור"י** סוברים שהמזיק חייב לבדו בתשלום. לדבריהם אין מקור בסוגיה זו לשיתוף בתשלום בין בעל התקלה והמזיק. אלא שלר"י יש סיבה מיוחדת לחייב את בעל התקלה משום שבעל הנזק אינו נמצא במקום.

<sup>265</sup> מובא בתוספות שאנץ (שיטה מקובצת כג, א ד"ה ועוד).

בסוגיות שראינו עתה עולה גם הבחנה בין נזק שמתבצע ישירות על ידי המזיק, לבין נזק שנגרם מתוצאות עקיפות של מעשיו, הגמרא קובעת שבמקרה שהמזיק "אדייה אדוי" נושא באחריות יותר גדולה מאשר במקרה שהנזק נגרם ללא פעולה ישירה.

### 5. שיטת הרמב"ם

נדון עתה במכלול פסיקת הרמב"ם בנושא זה, מתוך התייחסותו לכל הסוגיות שהבאנו. נתחיל בפסיקתו לגבי הסוגיה האחרונה - הכלב והגחלת, סוגיה ששימשה אצל חלק מהראשונים מקור מובהק לאחריותו של בעל התקלה לנזק. כך פוסק הרמב"ם (נזקי ממון ב, יז-יח):

"כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש, אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש, על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק,

ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם ועל מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור.

במה דברים אמורים בשמור בעל הגחלת את אשו וסתם הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש,

אבל אם לא שמר אשו בעל האש חייב על שריפת הגדיש ובעל הכלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה".

מדברי הרמב"ם עולים מספר חידושים הנוגעים להבנת פרטי הסוגיה של "אשו משום חיציו"<sup>266</sup>. הרמב"ם קובע שבמקרה שבעל הגחלת פשע בשמירה, הוא חייב

<sup>266</sup> משמע מהרמב"ם שגם לרבי יוחנן, ש"אשו משום חיציו" והלכה כמותו, יש חילוק בין הנחת הגחלת לבין "אדייה אדוי" - גרירת הגחלת. שאם הניח משלם נזק שלם על מקום החררה וחצי נזק על הגדיש, ואם גרר משלם חצי נזק על מקום החררה ופטור על הגדיש. ולא כמו שמשמע מרש"י בגמרא שלפי רבי יוחנן אפילו אם רק הניח את הגחלת יש לבעל הגחלת חיוב מלא על מקום הגחלת וחצי נזק על הגדיש, וממילא גם אם זרקו יהיה לו גם כן חיוב חצי נזק על כל הגדיש. בספר אבן האזל על אתר כבר ציין, על פי דברי הגר"א, שפירוש זה תואם לשיטת רבינו חננאל שלמסקנה לדעה ש"אשו משום חיציו" יש צורך גם בקיום התנאי של "ממונו" ועל כן במקרה של "אדייה אדוי" מכיון שאין זה ממון הכלב אי אפשר לחייב את בעל הכלב מעבר למה שנגרם ישירות על ידי הכלב.



בנזק ולא בעל הכלב<sup>267</sup>. הראב"ד משיג על כך: "א"א בעל האש נמי חייב", ולפי דבריו צריך לחייב במקרה של נזקי אש את שני השותפים בנזק<sup>268</sup>. נראה שהרמב"ם הלך בעקבות ר"ח בביאור הסוגיה, וממילא אין מקור לחיוב בשותפות בנזק במקרה זה, אלא צריך להגדיר מי הוא המזיק ולחייב אותו במלוא התשלום.

לגבי נר וגחלת כותב הרמב"ם כך (נזקי ממון יד, יג):

"גמל שהוא טעון פשתן ועובר ברשות הרבים ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל הגמל חייב מפני שהרבה במשוי בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה,.

הניח החנוני נרו מבחוץ החנוני חייב אף בדמי פשתן מפני שהניח נרו מבחוץ ואפילו נר חנוכה היה לו לישב ולשמור".

גם כאן הרמב"ם קובע שצריך לבדוק מי האשם בנזק, בעל הנר שלא שמר על נרו או בעל הגמל שהרבה במשוי וגרם לדליקה, ולפי זה יוכרע על מי מוטל לשלם. בכל מקרה הרמב"ם אינו מחייב את השותפים האחרים בתשלום על הנזק<sup>269</sup>.

נבחן עתה את פסיקת הרמב"ם בעניין דליל של תרנגול (שם, י-יא):

"התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר.

היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק.

במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור.

<sup>267</sup> המגיד משנה קבע שהרמב"ם לא גרס "נמי" בשאלת הגמרא, והכסף משנה והלחם משנה חלקו עליו. מכיוון כשנתגלה פירוש ר"ח וגרסתו היא גם ללא "נמי", יש בזה בכדי להכריע לטובת המגיד משנה.

<sup>268</sup> הטור (חוי"מ שצב) כתב שגם דעת הרמ"ה כרמב"ם, ואילו הוא עצמו סובר כדעת הראב"ד.

<sup>269</sup> הרמב"ם אינו כותב מה הדין ב"מסכסכת" כלומר שהבהמה מבצעת פעולת הדלקה מהאש שדולקת במטען שעליה ועל ידי תנועתה היא מדליקה את האש במקומות נוספים. החזון איש (בבא קמא יא, י) כתב שהרמב"ם והטור סוברים שיש חיוב רק על בעל הגמל וחולקים על רבינו ירוחם ושאר ראשונים שהובאו לעיל בפרק על סוגיה זו הסוברים שגם במסכסכת יש חיוב של שניהם, גם בעל הנר וגם בעל הגמל.

ואם היו לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל.

הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא".

שיטת הרמב"ם כאן קשה להבנה<sup>270</sup>. הרמב"ם פוסק שאם יש לחוט בעלים והוא לא שמר עליו, בעל החוט חייב לשלם חצי נזק (מלבד בעל התרנגול שמשלם את חצי הנזק הנותר וכך גם מדויק מדבריו בסיום ההלכה - "אף בעל החוט פטור") והדברים אינם מובנים. מדוע יתחייב בעל החוט חצי נזק הרי מהגמרא עולה שחייב מדין 'בור' קיים רק בזמן שהבור עומד על מקומו. אף אם נאמר שאין צורך דווקא שהבור יעמוד במקומו - מדוע בעל החוט אינו חייב בכל הנזק. כך ניסח את הדברים הראב"ד בהשגתו:

"ולאו מילתא היא. דאי בתר דנייח אזיק, בעל החוט נזק שלם הוא דמשלם, בורו הוא, ובעל תרנגול פטור הוא דאיש בור ולא שור בור. ואם על ידי הגלגול נשבר, בעל החוט פטור, דלאו בור הוא אלא צרורות דתרנגול הוא וכוחו הוא".<sup>271</sup>

כלומר לפי הראב"ד אין אפשרות לחייב את בעל החוט על נזק שהתרנגול מבצע בכוחו הוא, הדבר מתאים לשיטתו שבמקרה שיש מזיק הוא האחראי ולא בעל החפץ.

בביאור שיטת הרמב"ם נראה לומר, שהרמב"ם חולק בנקודה זו על הראב"ד<sup>272</sup>, ואכן הרמב"ם מנמק את החיוב של בעל החוט בחצי נזק משום שהוא "כבור המתגלגל". הרמב"ם אינו פוסק בשום מקום את דינו של בור המתגלגל מלבד הלכה זו. ואיננו יודעים מה דינו של נזק זה אלא ממקור זה. נראה שהרמב"ם גרס בגמרא, בסוגיה א, כגרסה שמחק רש"י ולמד שביאור הגמרא הוא שאם "בהדי דקאזלי

<sup>270</sup> בליקוטי הגר"א על הרמב"ם (מהדורת פרנקל) כתב: "הרמב"ם אינו מובן כלל".

<sup>271</sup> הראב"ד האריך במספר השגות על הרמב"ם, בעל ההשלמה סיכם בקצרה: "לא ירדתי לסוף דעתו".

<sup>272</sup> בטור (שצ) הביא את שיטת הרמ"ה שאם הדליל הזיק בזמן הילוכו לא רק שבעל הדליל חייב על הנזק אלא שהחייב הוא משום אש ועל כן בעל הדליל חייב גם בנזקי כלים. לא ברור מהציטוט שם האם הדברים תקפים גם במקרה שיש לתרנגול בעלים או שמא נאמרו דווקא בתרנגול הפקר.

מזקי" כלומר אם בזמן תנועתם הדברים הללו מזיקים "כחו הוא", כלומר החיוב מוטל גם על המזיק מכיוון שהוא כחו ולא רק על בעל התקלה ועל כן לא ניתן ללמוד דין זה מהמשנה שמחייבת לגמרי. על כן, אם הזיק במהלך התנועה ויש לבעל התרנגול חיוב של חצי נזק בלבד, הרי ששאר הנזק מוטל על כתפי בעל התקלה מכיוון שהוא שם את המכשול. כלומר שיטת הרמב"ם היא שבעל התקלה חייב לשלם את הנזק, במקרה שהתרשל בשמירה עליה, אלא אם כן המזיק התחייב כבר בנזק.

לפי זה מדויקים גם סוף דברי הרמב"ם שהובאו לעיל שאם בעל הגחלת לא שמר על הגחלת הוא חייב על הגדיש ובעל הכלב חייב על החררה ועל מקום הגחלת. הרמב"ם לא חילק בין מקרה שבעל הכלב חייב נזק שלם או חצי נזק כפי שכתב לפני כן שהדבר תלוי האם מגרר או מניח, אך נראה שבמקרה בעל הגחלת לא שמר על הגחלת, הוא חייב לשלם את חצי הנזק הנוותר, על מקום הגחלת במקרה שהיה הכלב מגרר ולא התחייב בעל הכלב יותר מחצי נזק.

נסכם את העולה משיטת הרמב"ם: בכל נזק צריך להגדיר את האחראי על הנזק, בעל התקלה שהתרשל בשמירה או מי שבכוחו בוצע הנזק. במקרה של מזיק בכוחו הוא חייב על מעשיו, ובעל התקלה חייב להשלים את שאר הנזק.

#### 6. סיכום דעות הראשונים

הראשונים עוסקים במקרה שהחפץ לא היה שמור כראוי ונגרם נזק על ידי אחר. **רש"י והראב"ד** - המזיק חייב במלוא התשלום על הנזק שעשה בידיו. במקרה שהחפץ ששימש לנזק היווה סכנה עוד מלפני כן (לפי הראב"ד: אש וגחלת, ולפי רש"י (על פי הפני יהושע) ובעל ההשלמה: אש בלבד אך לא גחלת) בעל התקלה חייב להשתתף עם המזיק. כמו כן אם המזיק לא עשה את הנזק בידיו, המזיק ובעל התקלה משתתפים בתשלום.

מקרה יוצא דופן לפי רש"י, על פי ביאור התוספות, הוא המקרה שאדם מזיק שלא באשמתו (כגון שנתקל בדבר שאין דרך להיזהר ממנו והזיק על ידי כך) שאין לו כלל חיוב על כך.

**תוספות, רא"ש וטור** - המזיק ובעל התקלה תמיד משתתפים בתשלום, ובעל התקלה אף משלם את יתר הנזק, במקרה שחיובו של המזיק הוא רק חצי נזק (כגון

בצורות). מקרה יוצא דופן לשיטתם הוא אדם שהזיק בכוונה בחפץ של אחר, שאז שכל האחריות היא על האדם המזיק.

ר"י מחייב את בעל התקלה במלוא הנזק כשהמזיק הוא בעל חיים שהזיק ללא נוכחות בעליו.

**רמב"ם** - המזיק, אף אם לא הזיק בידיו ממש, משלם הכל. במקרה שהוא אינו משלם הכל, מסיבות שונות, בעל התקלה משלים את התשלום. מחד שיטתו דומה לשיטת רש"י בכך שהוא מטיל את האחריות על המזיק אך שונה ממנה בכך שלפי הרמב"ם יש להטיל את האחריות על הנזק על המזיק גם בתחומים בהם הנזק לא נעשה בידיו ממש. מאידך שיטת הרמב"ם דומה לשיטת התוספות בכך שגם אם הנזק שנעשה בידיו של המזיק האחריות מוטלת גם על בעל התקלה במקרה שהמזיק אינו משלם הכל.

נחדד את ההבחנה היסודית העולה מהדברים במיוחד בין שיטת הרמב"ם לשיטת התוספות. לפי הרמב"ם יש צורך לקבוע בצורה ברורה מי המזיק ורק לאחר מכן לקבוע את האחריות הנוספת של בעל התקלה. לפי תוספות השותפות היא הבסיס לחיוב, אלא אם כן יש סיבה של ממש לפטור את אחד השותפים (כגון באדם שמזיק בכוונה בחפץ של חברו שאז לבעל החפץ בוודאי אין שום אחריות).

#### **7. פסיקת השולחן ערוך**

השולחן ערוך (תיח, יב) העתיק בעניין הגמל את דברי הרמב"ם כפשוטם. והרמ"א בהגהות הביא את שיטת הטור שיש הבדל בין אם הדליק באופו ישיר (סכסך) או לא. אף לגבי כלב וגחלת העתיק השולחן ערוך (שצב) את דברי הרמב"ם. הרמ"א בהגהותיו, העיר עליו הן במה שחילק הרמב"ם בין הנחה לגרירה והן במה שלא חייב כלל את בעל הכלב בנזקים במקרה שבעל הגחלת לא שמר את הגחלת.

לגבי התרנגול והדליל, השולחן ערוך (שצ, י) העתיק את התחלת לשון הרמב"ם. הרמ"א הוסיף את שיטת הטור על פי דברי התוספות והרא"ש.

לגבי בור המתגלגל פוסק השולחן ערוך (תיא, ג-ד) כשיטת התוספות שאדם המגלגל בכוונה חייב בכל ואילו כאשר בהמה מגלגלת חפץ והזיקה, חייבים בעל הבהמה ובעל התקלה כאחד.

אף לגבי אדם ושור שדחפו לבור הוא פוסק (תי, לד) שאם האדם דחף שלא בכוונה שניהם חייבים יחד עם בעל הבור ואם הוא דחף בכוונה בעל הבור פטור.

ניתן לומר, שהשולחן ערוך פסק כרמב"ם, אלא שהוא קיבל את הכרעת התוספות, שכאשר אדם מזיק בכוונה ובכוחו הוא חייב בכל הנזק.

### **ב. נזק בשותפות של שני מזיקים**

עד כאן עסקנו במקרה שמזיק עושה את פעולת הנזק על ידי חפץ השייך לאדם אחר. עתה נברר מה הדין במקרה שפעולת הנזק נעשתה על ידי שני מזיקים כאחד.

#### **1. שנים שהזיקו**

לכל השיטות הדבר ברור ששנים שביצעו פעולת נזק יחדיו שניהם חייבים עליה, כך כותב הרמב"ם (חובל ומזיק ו, ג):

"שנים שהמיתו את הבהמה כאחת או שברו את הכלי כאחת משלשין ביניהן".

וכן כותב הרשב"א כדבר פשוט (בבא קמא נג ע"ב ד"ה ואיכא):

"ואילו הטילו שנים א' באש יחד שאינו יכול לצאת ממנו חייבים..."

הגמרא במסכת בבא קמא י ע"א דנה בביאור המשנה שאדם חייב על נזק שהוא התחיל לגרום אותו אף שאחרים סיימו את הנזק. הגמרא מעלה מספר אפשרויות למקרה כזה:

#### **2. מסר שורו לשומרים ואחד פשע**

אחת מהאפשרויות היא, אדם שמסר שורו לחמישה בני אדם ואחד מהם פשע ואירע נזק לשור. בעקבות הגמרא, נחלקו הראשונים האם במקרה ששאר השומרים יכלו לשמור בלעדיו והם התרשלו ואירע נזק, הפושע פטור לגמרי או שהוא חייב בשותפות.

רש"י סובר שאם האחרים יכלו לשמור השומר הראשון שפשע פטור וכן פסקו ההשלמה והרא"ש.

התוספות (ד"ה מאי) חולקים וכן עולה מדברי הרמב"ם (נזקי ממון ד, ז), הראב"ד (השגות שם) והמאירי שכל השומרים חייבים כאחד.

#### **3. מרבה בחבילה**

הגמרא מביאה אפשרות נוספת של חיוב והיא "מרבה בחבילה".

רש"י מבאר: "שריבה חבילות זמורות בהדלקה של חבירו וקירבה ע"י החבילות לגדיש אחרים" וכן היא דעת תוספות. ונחלקו שוב באותה מחלוקת כמו בשומרים.

הרמב"ם (חובל ומזיק ו, יד) מבאר שמדובר במקרה של "חמשה שהניחו חמש חבילות על בהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה" במקרה זה פוסק הרמב"ם שאם הבהמה הייתה מתה גם ללא החבילה האחרונה, האחרון פטור. הגר"א (שצו, טו) מקשה שפסק זה של הרמב"ם סותר את פסקו של הרמב"ם עצמו בנושא 'מסר שורו' שכולם חייבים. החזון איש (בבא קמא ג, יא) מיישב את הסתירה ומבאר שודאי אף הרמב"ם ותוספות יודו שיש מקרים שהשותפות אינה מחייבת כגון אם הייתה כבר מדורה גדולה ובא אחד והוסיף קיסם אינו נעשה שותף לנזק. וגם כאן במקרה של חבילות כבר אין משמעות לחבילה האחרונה, מה שאין כן בשומרים שהשמירה נעשית על ידי כולם יחד וחיסרון של אחד הוא משמעותי.

#### 4. חמישה שישבו על ספסל ושברוהו

מקרה נוסף שמובא בגמרא הוא לגבי חמישה שישבו על ספסל אחד ובא אחד וישב עליו ושברו. במהלך הגמרא עולה דיון מה המקרה המדובר ונחלקו הראשונים בביאור המשא ומתן. שני מהלכים עיקריים נאמרו בגמרא: לרש"י - החידוש של הגמרא הוא שאדם ששבר לבד חייב מכיוון שעשה זאת בכוחו וכוחו כגופו.

לרמב"ם (חובל ומזיק ו, יד)<sup>273</sup> המקרב את השבירה חייב בגלל שכוחו כגופו. השלכה למחלוקת זו עולה במקרה של אדם שמקרב את זמן השבירה, האם למסקנה הגמרא חוזר בה וסוברת שכולם חייבים (רש"י) או רק האחרון חייב (רמב"ם). ממקורות אלו עולה שמספר שותפים המבצעים נזק ביחד חייבים להשתתף בתשלום המלא גם כן ביחד, כך היא שיטת התוספות והרמב"ם לעניין שומרים. ואילו לחלק מהראשונים במקרה שהנזק היה יכולת להתבצע ללא תרומתו של השותף אין מחייבין אותו וכך היא דעת רש"י והרא"ש.

#### 5. שנים שמסרו

בעקבות סוגיא זו דן המרדכי (בבא קמא סימן נה) בשנים שמסרו לשלטון והזיקו, ופוסק שכל אחד משלם חצי נזק. אמנם הוא מסייג זאת בכך שהנזק נעשה ביחד שכן אם מסרו בזה אחר זה, הראשון חייב וכדבריו:

<sup>273</sup> המגיד משנה והכסף משנה ביארו את הרמב"ם לפי רש"י, אבל הסמ"ע (ח"מ שפא, ב) ובעקבותיו הגר"א (שם, א) ביארו את הרמב"ם לפי פשוטו וכפי שכתבנו למעלה. יש לציין שלפי הגר"א לרמב"ם הייתה גם גרסה אחרת בגמרא.

"דשמעון פטור מידי דהוה המרבה בחבילות דבלאו איהו הוה אזיל מאי קעביד וכמו כופף קמתו של חבירו בפני הדליקה דבלאו איהו הוה מטיא ליה ברוח מצויה דמאי קעביד הכי נמי כבר ברי הזיקא... ואם הוא וקרובו בעל הסעודה עמדו ביחד למסור את ראובן ובני ביתו נמצא שניהם חייבים כמו שור ואדם שדחפו שור לבור כולן חייבין לענין נזקין ה"ה האי כולא הזיקא עבד והאי כולא הזיקא עבד דכל חד וחד לחוד היה יכול לעשות זה ההיזק במסירתו והאי משלם פלגא והאי משלם פלגא ואם בעל הסעודה עני ואין לו מה לשלם בזה לא יפסיד שמעון לשלם הכל"<sup>274</sup>...

המרדכי סובר אפוא כשיטת רש"י והרא"ש שכן מבחינתו רק אם שני המזיקים שותפים בנזק באופן שווה, ניתן לחייב את שניהם.

### 6. רמות שונות של שותפות

בעקבות הגדרת השותפים לנזק עלינו לברר מה הם כללי הגבייה מהשותפים, האם לפי חלקם בנזק או שמא כל מעורבות בנזק מטילה את האחריות המליאה על כל אחד מהמעורבים. דינו של רבי נתן מובא בשתי סוגיות:

1. הגמרא (נג ע"א) מביאה מחלוקת בין חכמים לבין רבי נתן:  
תניא: שור שדחף את חברו לבור - בעל השור חייב, בעל הבור פטור; רבי נתן אומר: בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה.  
לדעת חכמים בעל השור חייב בחלקו (לרש"י מועד בכל הנזק ותם בחצי נזק ולשאר ראשונים בהתאמה: חצי נזק ורביע נזק) ובעל הבור פטור על מהנזק ואילו לדעת רבי נתן שניהם חייבים.

הגמרא העלתה שתי אפשרויות בביאור דעת רבי נתן:  
א. כל אחד עשה נזק שלם ועל כן אם אי אפשר לגבות מאחד גובים מהשני.  
ב. כל אחד עשה חצי נזק אבל יש תביעה כלפי בעל הבור אף מעבר לחלקו משום שהבהמה נמצאת בבורו ובלשון הגמרא: "אנא בבירא אשכחתי".  
2. הגמרא (יג ע"א) מביאה את הדין של בהמת שלמים או תודה שנגחה, אין גובין מהבעלים, כנגד חלק האימורין שחלק מהבהמה היה שותף בנזק<sup>275</sup>. הגמרא

<sup>274</sup> סיומת זו נוגעת להבנת דינו של רבי נתן שידון להלן.

<sup>275</sup> זה הפירוש המקובל בראשונים, וראה ברש"י יג ע"ב ד"ה לשון אחר שהביא פירוש שונה ולפיו גובה מבשר כנגד האימורין ודוחה אותו במילים "לא שמעתי". ובשיטה מקובצת מו ע"ב הביא בשם

מבארת דין זה גם לשיטת רבי נתן ומסבירה שרבי נתן מודה מכיוון במקרה שאין אפשרות לטעון: "אנא בבורך אשכחתי".

יש מקום לברר מה כוונת הגמרא בסוגיא 1, לפי אפשרות ב' האם זהו דין מיוחד בבור שניתן לחייב את בעליו מעבר לנזק שנעשה על ידו או שזהו עיקרון כללי בשיטת רבי נתן שניתן להטיל על אדם חיוב גם מעבר לחלקו בנזק. נחלקו בכך הראשונים. שנים מהאחרונים, רבי עקיבא איגר וקצות החושן, עסקו בעניין ושניהם הצביעו על מחלוקת ראשונים בנושא. נפתח בדברי רבי עקיבא איגר שביאר את שיטת הרמב"ם.

### 7. שיטת רמב"ם

בהלכות נזקי ממון (יב,יט) פוסק הרמב"ם כר' נתן, ומסיים "שבעל הנבלה אומר לבעל הבור פחת נבלה זו יש לי אצלך". אף לגבי קרבן פסק הרמב"ם (נזקי ממון ח,ב), שאין גובים מהבהמה את החלק של האימורין שבה. משני דינים אלו עולה שהרמב"ם פסק להלכה כאפשרות השניה של הגמרא. לכאורה, לפי אפשרות זו, במקרה שהסברה המיוחדת של בור לא קיימת, אין מזיק אחד חייב להשלים את תשלומי הנזק שלא שילם המזיק הראשון. אמנם, מסקנה זו לכאורה סותרת פסק אחר של הרמב"ם (שם, כא):

"וכן שור של הדיוט ושור פסולי המוקדשין שנגחו כאחד, אם תם הוא זה של הדיוט משלם חצי נזק ואם מועד נזק שלם, שהניזק אומר לו כל שאני יכול להוציא מזה אני מוציא והשאר ממך וזה הואיל והקדש הוא ופטור אתה תשלם לי הכל".

מהלכה זו עולה ששני שוורים שנגחו ואחד פטור מלשלם משום שהוא נכסי הקדש, השני משלם הכל, למרות שהסברה המיוחדת של בור אינה שייכת במקרה כזה. רבי עקיבא איגר (ראה להלן) מבאר לשיטת הרמב"ם יש הבדל בין שני מזיקים שפועלים באופן דומה שגם לפי הלשון השנייה בגמרא נחשבים כמזיקים מלאים לבין

---

תוספות שאנץ ליישב פירוש זה מהסוגיה שם ממנה עולה שאם הולד היה שותף בנזק ואי אפשר לגבות ממנו אין גובים מהאם במקומו וזאת משום שלאימורים יש פטור מיוחד מתשלום ועל כן ניתן לגבות במקומם משאר הבהמה, לפי זה זהו מקרה מיוחד שאין להקיש ממנו למקרים אחרים. ראה שם עוד בשיטה מקובצת שיטות שונות לחישוב היחס שבין חלקי הבהמה וכיצד להעריך את חלק האימורים מתוך הבהמה לגבי תשלומי הנזק.



מזיק המפיל לבור שכל מזיק תורם תרומה שונה לנזק, ועל כן גם לרבי נתן הוא לכל היותר נחשב כ"חצי מזיק" ולעולם לא ישלם יותר מחצי נזק, כך גם עולה מדברי הגר"א (תי, מה). רבי עקיבא איגר מבאר שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא, כדרכו, שמסבירה בדעת רבי נתן שכל אחד עושה חצי נזק, ורק בבור יש דין מיוחד שהוא משלים מעבר לנזקו, ואילו בשור ושור זה נחשב לכל הדעות מקרה שכל אחד עשה נזק שלם ועל ברור שכל אחד צריך להשלים את הנזק של השני. כלומר לפי הרמב"ם אין אפשרות לחייב יותר מהנזק שנעשה על ידו אלא שיש מקרים בהם שני שותפים לכל הדעות אחראים לכל הנזק.

#### 8. שיטת התוספות

בניגוד לכך עולה מדברי התוספות (נג ע"ב ד"ה הא) שבשור ושור לפי אפשרות ב' בדעת רבי נתן אכן לא תהיה גבייה מאחד במקום השני:

"ונראה לר"י דאביי ורבינא ס"ל האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד דאי ס"ל פלגא נזקא עבד למה יאמר רבי נתן דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי הא לא שייך הכא טעמא דאנא תוראי..."

דהיינו בשור ושור שנגחו יחדיו אין סברה לחייב בתשלום כל אחד מהם יותר מאשר בשור שדחף לבור.

יש מקום לדייק גם בדעת רש"י סברה דומה. לדעתו (יג,א ד"ה אי וכן נג,א ד"ה מאי) חכמים מחייבים בשור מועד שדחף לבור את בעל השור בנזק שלם, והקשו הראשונים עליו מדוע בשני שוורים שנגחו ואחד מהם אינו משלם, אין מחייבים את השני לשלם במקומו, וכל אחד משלם לכל היותר חצי נזק. רשב"א (נג,א ד"ה הא דתניא) מיישב שלדעת רש"י בשני שוורים שנגחו: "כל חד וחד הזיק בפני עצמו" ועל כן במקרה זה אינו משלם יותר מחצי נזק. סברה זו עולה בקנה אחד עם דברי התוספות ששני שוורים שנגחו הם שותפים בנזק יותר מאשר שור שדחף לבור שניתן להטיל עליו את כל הנזק, ויתכן שגם רבי נתן שחולק על חכמים מודה להם בשני שוורים.

אם כן, לפנינו מחלוקת רמב"ם ותוספות בשאלה כיצד לפסוק הלכה לפי דעת רבי נתן- לדעת רמב"ם שני מזיקים שפועלים באותה דרך נחשבים כמי שעשו כל אחד נזק שלם ואם פעלו בדרכים שונות כל אחד משלם לפי תרומתו לנזק. לדעת

התוספות שני מזיקים נחשבים לכל היותר כמי שעשו רק חצי מהנזק אלא אם כן יש חיוב משום "אנא בבורך אשכחתייה".

רבי עקיבא איגר (שו"ת ג, כב) דן לאור ביאורו בדברי הראשונים במקרה ששני עדים שהודו שהעידו שקר ואין לאחד מהם ממה לשלם, והוא כותב שדינם תלוי במחלוקת התוספות והרמב"ם, ולפי הרמב"ם רק בשני שוורים שנגחו כל אחד משלם הכל משום שניתן לומר שהאחריות מוטלת על כל אחד מהשוורים בפני עצמו ואילו בעדים ברור שהם תלויים זה בזה והנזק נגרם אך ורק כתוצאה מפעולה משותפת שלהם.

### 9. גביית התשלום משותף אחד

לוויכוח זה יש השלכה למקרה שאין אפשרות לגבות מאחד המזיקים<sup>276</sup>. הבאנו לעיל את תשובת המהר"ם מרוטנבורג (המובאת במרדכי ב"ק סימן נה) שבסוף דבריו כותב שאם המזיק השני עני ואין לו מה לשלם אין גובין מהשני. אמנם המהר"ם עצמו בתשובותיו (ד"פ סימן צג) שהובאו בהגהות מיימוניות (נזקי ממון יב, ג) כותב ביחס למקרה שאחד המזיקים היה פטור מתשלום, משום תנאי שהתנה בתחילה שלא יתחייב בנזקים, שהשני חייב במלוא התשלום, וסברתו היא שכל אחד עשה את כל הנזק וממילא חייב בכל התשלום. נמצא שבדברי המהר"ם יש סתירה בעניין זה.

וכבר העיר על כך בהגהות מיימוניות<sup>277</sup>.

בטור (תל) הביא מחלוקת ראשונים:

"וכתב הרמ"ה דהוא הדין נמי שנים שמזיקין ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שהוא כאן ואין לו לשלם משתלם מן האחר ודוקא עד שיעור מה דהוה חייב ביה אהאי נזקא היכא דהוה עביד ליה איהו לחודיה אבל טפי לא עד כאן. ואין נראה דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך

<sup>276</sup> היינו כשאין לו ממה לשלם. ראה בש"ך (רכז, יד) ובחזון איש (בבא קמא ה, יז) דיון נרחב בשותף בנזק שאינו משלם את נזקו מפני שאינו "ציית דינא", האם זה תלוי במחלוקת דנן או שזה נקרא לכל הדעות "אינו בר חיובא".

<sup>277</sup> הש"ך (תל, יד) כותב שאין סתירה ולא ביאר מדוע, ועיין בחזון איש (בבא קמא ה, טו) שהציע יישוב לסתירה על ידי אוקימתא באחת התשובות.

לשלם אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו וכ"כ הר"ר חזקיה".

לפי הרמ"ה כאשר שותף אחד בנזק ברח מהמקום ואינו משלם, השותף השני חייב בתשלום לפי מה שהוא היה עושה לבדו, והועתקו דבריו בשו"ע על אתר. המהרי"ח והטור עצמו חולקים עליו. האחרונים התלבטו בכוונת הרמ"ה לנזק שהוא היה עושה לבד. הפרישה הסביר שצריך לשער כמה נזק היה נגרם בפועל מהמזיק הבודד ללא השותפות. בחיבורו על השו"ע (סמ"ע תי, נז) הוא חוזר בו ומבאר שברור שהחייב הוא גם מעבר למה שהיה יכול להזיק לבד, על כן הוא מציע שהרמ"ה רצה למעט אדם ושור שדחפו אדם שהאדם חייב בנזקים שרק אדם חייב לשלם אותם והם ד' התשלומים מעבר לנזק, ואם האדם הדוחף ברח אין בעל השור חייב לשלם עבור האדם שברח תשלומים אלו.

דהיינו ההתלבטות של הסמ"ע בהבנת הרמ"ה היא עד כמה ניתן לחייב אדם לשלם במקום השני, האם בכל הנזק או רק בחלק מהנזק שניתן לייחס אליו. קצות החושן (תי, ג) דן בדברי הסמ"ע וטוען ששני הפירושים ברמ"ה תלויים במחלוקת הראשונים ובדומה למחלוקת של התוספות ורמב"ם עליה הצביע רבי עקיבא איגר.

#### **10. שיטת בעל המאור והרמב"ן**

לדברי רעק"א לרש"י ולתוספות אם כל אחד עשה חצי נזק אין לחייב יותר מחצי נזק גם לרבי נתן, ורק בבור יש דין מיוחד משום הסברה המיוחדת של "אנא בבורך אשכחתי" ואלמלא היא לא היה ניתן לחייב יותר מחצי נזק. וכן מדייק קצות החושן מתשובת המהר"ם הנזכרת. ואילו הרמב"ן במלחמות ה' (כג ע"ב בדפי הרי"ף ד"ה עוד אמר רבא) חולק ומסביר שהטעם המיוחד שהעלתה הגמרא בבור אינו הבסיס לדינו של רבי נתן וגם לשיטה שכל אחד עושה חצי נזק ניתן לחייב לרבי נתן את כל הנזק. קצות החושן מסיים שגם לרמב"ן יש מקרה שהוא מודה שאי אפשר לחייב יותר מחלק מהנזק וזהו המקרה של שור שלמים שמחלק האימורים שבו לא ניתן לגבות את הנזק.

בכדי להבין את שיטת הרמב"ן לאשורה נזכיר את שיטתו של בעל המאור כנגדה הוא חולק. לדעת בעל המאור צריך לומר שיש מחלוקת בגמרא בין הסוגיות והסוגיא שמעמידה את הדין של שור שלמים שנגח אין גובין מן האימורין שלו היא אפשרית

לדעת רבי נתן, בהכרח חולקת על הסוגיא שלדעת רבי נתן בשני שוורים שנגחו אפשר לגבות מאחד במקום השני. תפיסת בעל המאור נשענת על סברא דומה לזו המופיעה בתוספות שהדין תלוי בשני ההסברים בדעת רבי נתן האם כל אחד עושה נזק שלם או חצי נזק ואם כל אחד עושה חצי נזק אין אפשרות כלל לגבות יותר מחצי אלא אם כן מעורב בנזק בור.

הרמב"ן סבר שגם לדעה שכל אחד עשה נזק שלם המקרה של שור ואימורין הוא יוצא דופן, ובלשונו:

"איכא למימר משום דאמר ליה בשר בלא אימורין לא כולה נזקא ולא פלגא נזקא קא עביד ואפילו בפלגא נזקא אימורין מסייעי ודיו שמשתלם מבשר ולא שישתלם מבשר כנגד אימורין שאין הבשר בלא אימורין מזיק ואי רביע אריה אאימורין לא משתלם מבשר, אבל בשור ושור לכל חד וחד אמר את קטלתיא שהרי הוא מזיק בלא כחו של חבריו".

דהיינו כשמדובר בגוף אחד שמזיק בוודאי שחלקי הגוף השונים, אם הם של בעלים שונים אינם צריכים להשלים את נזקי האחר אלא כל אחד משלם לפי חלקו<sup>278</sup>. קצות החושן מיישם את חידושו של הרמב"ן לבאר את הדין (כה, ג) בית דין ששנים מהדיינים טעו והכריעו את השלישי משום שהם היו הרוב ונמצאו טועים, משלמים רק את חלקם ולא את חלקו, והדיין השלישי פטור משום שלא טעה. לדברי קצות החושן השנים אינם משלמים את חלק השלישי גם מדינא דרבי נתן מכיוון שהם תלויים בו והדבר דומה למקרה של שור שהזיק עם אימוריו הפטורים בתשלום. נראה לכאורה שלפי שיטת הרמב"ן גם במקרה של שני עדים ששיקרו ולאחד אין ממה לשלם השני לא ישלם עליו מכיוון שהעדים הם כגוף אחד וצ"ע.

<sup>278</sup> ראה גם בשיטה מקובצת בדף מז ע"א שם מובאת מחלוקת ראשונים לדעת רבא שתרנגולת שהזיקה אין גובה מביצתה מכיון שהיא "פירשא בעלמא", האם הכוונה שאינו גובה כלל (ר"י מלוניל, רמ"ך מסרקסטה ומאירי) או שגובה לפי חלקה בתרנגולת ואינו גובה יותר מחלקה (ראב"ד ורא"ה). לגבי ולד דעת רבא שניתן לגבות ממנו את כל הנזק וראה שם בתוספות (מו ע"ב ד"ה גלית) ששואל מדוע במקרה שלא ניתן לגבות מהולד לא גובים מהאם את כל הנזק מדינא דרבי נתן ומשיב שבמקרה כזה לא נאמר דינא דרבי נתן מכיוון שהולד בודאי היה שותף לנזק, בניגוד למקרה לבור שיש לו אחריות מליאה לנזק. סברה זו תואמת את שיטת התוספות שכבר עמדנו עליה לעיל שלא ניתן לגבות מהמזיק יותר מאשר נזקו.

**11. סיכום**

לסיכום בדין שני מזיקים שקולים, כגון שני שוורים שנגחו ביחד, עולות שלוש שיטות:

**רש"י, תוספות ובעל המאור** - תלוי בשתי האפשרויות בדעת רבי נתן, האם כל אחד מהם נחשב כמזיק מלא וממילא אם אין לשני ממה לשלם האם יגבו ממנו את כל הנזק.

**רמב"ן** - לכל הדעות ניתן לגבות את כל הנזק מכל אחד מהמזיקים גם אם זה מעבר לנזק שביצע בכוחו, למעט מקרה של שני שותפים בבעלות על המזיק שאז כל אחד משלם רק את חלקו.

**רמב"ם** - לפי ביאור רבי עקיבא איגר והגר"א - שני מזיקים שונים משלמים לפי חלקם אלא אם כן אחד מהם הוא בור שמשלם את כל הנזק, ואילו בשני מזיקים שווים נחשב כל אחד מהם כעושה נזק שלם.

ניתן להצביע על קשר בין מחלוקת זו למחלוקת הראשונים בסוגיות הקודמת. הרמב"ם קובע מי האחראי לנזק ומחייב אותו בתשלום, ועל כן בשני מזיקים שהזיקו על ידי אותה פעולה הוא מטיל את החיוב על שניהם ואילו התוספות מקבלים את היסוד של שותפות גם במקרה כזה, כדרכם, אך הפעם עם נפקותא לקולא שכן הם אינם מטילים את האחריות המליאה על כל אחד מהמזיקים (לפי השיטה שכל אחד עושה "חצי נזק").

**12. מושיט למזיק**

בהקשר לנושא זה נזכיר דיון נוסף. בגמרא (כג ע"א) נידונה השאלה האם "פי פרה כחצר הניזק" או "כחצר המזיק". התוספות (ד"ה תפשוט) מעמיד את המקרה בו מסתפקת הגמרא כך:

"וקמבעיא ליה כגון אם הושיט פירות בפי פרה חרש שוטה וקטן וגוי דלאו בני תשלומין נינהו וכגון שהבהמה לא היתה יכולה ליקח אם לא שהושיט לה ואי כחצר הניזק דמי חייב בעל הפרה ואי כחצר המזיק דמי פטור כיון שנתנו אחר לתוך פיה".

דהיינו הגמרא הסתפקה במקרה שפרה אכלה דבר שהוגש לה שלא מיוזמתה האם בעליה חייבים. מדבריהם עולה שאם אדם בר דעת מגיש לפרה פירות שתאכל ברור שהחייב מוטל על המושיט, וכך כותב הרא"ש במקום (ב, ט):

"והמושיט היה חרש או שוטה או קטן או פיקח ואין לו לשלם"<sup>279</sup>.

ומוסיף ההגהות אשר"י:

"אבל פיקח ויש לו לשלם פשיטא דאיהו חייב ואם הפירות היו מונחים [במקום] שהפרה היתה יכולה ליקח פשיטא דחייב בעל הפרה היכא דחש"ו נתנו לתוך פיה ואם פיקח נתן בפיה והפירות מונחים במקום שהפרה היתה יכולה ליקחם נראה דאותו פיקח חייב כיון דאגבהיה קנייה ואם לא הגביהן אלא קירב אצלה א"כ לאו מידי עביד כיון דגם במקומם היתה אוכלת. לשון מהרי"ח".

מדבריהם עולה שהמושיט חייב בנזק, ואם אין לו לשלם מטילים את החיוב על בעל הבהמה. אלא שהדברים תמוהים, מדוע לחייב את בעל הבהמה, ואם הוא שותף מדוע אינו חייב בחצי נזק מלכתחילה. הש"ך (שצא, א) הוסיף ושאל מדוע לכל הדעות מחייבים במקרה שאין לו מה לשלם הרי הדבר תלוי במחלוקת שהזכרנו לעיל. הש"ך אכן נדחק בביאור הדין וטען שהנוטל הוא כמו גזלן שהאכיל ועל מקרה כזה נאמר "רצה מזה גובה" דהיינו ניתן לגבות מאחד משני הגזלנים. קצות החושן (שצא, א) הסביר זאת משום "מזיק" שהרי לדברי ההגהות אשר"י הוא חייב גם אם לא הגביה כלל אלא רק קירב את הפירות. הגר"א (שצא, טו ותי, מח) גם סבר שהמושיט הוא "מזיק" והוכיח מכך שלדעת ראשונים אלו אכן דינו של רבי נתן נאמר גם במקרה כזה ש"אין לו מה לשלם".

בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש (כג ע"א ד"ה מדאמר) מצאנו דברים מפורשים בעניין:

"ומיהו אם נתנם לתוך פיה בן דעת משמע דפטור הא למה זה דומה לדוחף שורו של חברו לבור שכרה חברו. ואפשר שיש לחלק דשאני בהמה דמדעת אכלה והלכך כיון דאכלה ברשות הניזק חייב לשלם וכן כתבו בתו', אלא שהם

<sup>279</sup> חזון איש (בבא קמא סימן ב ס"ק ל) ביאר שהכוונה לגוי אך נראה שההגהות אשר"י ושאר פוסקים לא הבינו כך בכוונת הרא"ש.

ז"ל אמרו דלא מיחייב בעל הבהמה אלא היכא דליכא לאישתלומי מהנותן לתוך פיה".

כלומר לדבריו המושיט דומה לדוחף שור לבור, וכפי הנראה כוונתו לדוחף בכוונה כפי שביאר הוא עצמו (ו ע"א ד"ה רבא ונב ע"ב ד"ה פיס'), והוא מבאר שיש כאן שותפות בנזקים משום שהבהמה אינה כבור שהוא סביל אלא היא מבצעת פעולת אכילה ומזיקה בכך, ולכן בעל הבהמה חייב להשלים את הנזק, אבל רק כשהמזיק אינו משלם. נמצא שלפנינו מקרה חדש של שותפות שאינו מקור לדיון בשאלת חיוב התשלומים במקרה שאין למזיק מה לשלם שכן זוהי שותפות מסוג יוצא דופן<sup>280</sup>.

### ג. שותפות בהדלקת אש

עניין נוסף העולה בהגדרת שיתוף מזיקים הוא ביחס למדליק אש. המשנה (נט ע"ב) קובעת:

"אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור - המביא את האור חייב. בא אחר וליבה - המלבה חייב, ליבתה הרוח - כולן פטורין".

הגמרא (ס ע"א) מביאה ברייתא:

"ת"ר: ליבה ולבתה הרוח, אם יש בלביו כדי ללבותה - חייב, ואם לאו - פטור".

לפי דברי הברייתא הדין תלוי במעשה המלבה האם היה בו בכדי להזיק לבד או שהיה תלוי ברוח.

תוספות (ד"ה ליבה) מתייחס לשאלה מה היא עוצמת הרוח במקרה שליביו של האדם מספיק בכדי ללבות:

"בשאיין ברוח בפני עצמו כדי ללבות מיירי דאי בשיש בו כדי ללבות אפילו כשיש בליבוי המלבה כדי ללבות למה יתחייב דבלאו איהו נמי היה הולך ומזיק אלא ודאי כשאין ברוח כדי ללבות מיירי ולכך כשיש בליבוי כדי ללבות חייב המלבה כי הוא עשה הכל דהוה ליה כמו זה יכול וזה אינו יכול דחשיב אינו יכול מסייע שאין בו ממש".

<sup>280</sup> יש לציין גם לדברי תוספות ר"ת ור"א דאכן מביא בשם ר"י אפשרות לחייב "מאיזה מהם שירצה" או מ"שניהם בשותפות". כמו כן צריך להזכיר בהקשר לכך דין מעמיד בהמת חבירו בשדה חבירו, שהמעמיד חייב (או משום אדם המזיק או משום שן) ולגבי בעל הבהמה נחלקו האחרונים, ראה סיכום השיטות במילואי חושן (שצא הערה 8).

לדבריהם ברור שהרוח לבד לא הייתה יכולה ליצור נזק ורק על ידי מעשיו נוצר הנזק, וגם אז הוא מתחייב רק אם ליבו היה מסוגל ליצור בעצמו את הנזק. כך פוסקים גם הרא"ש (ו, יא) והטור (שצא).

מהרשב"א (ס ע"א ד"ה תנו) נראה שהוא מחייב את המלכה גם במקרה שברוח יש גם כן כדי ללבות (ראה ביאור הגר"א תיח, כב)<sup>281</sup>.

הרמב"ם (נזקי ממון יד, ז) פוסק את הדברים בסתם:

"אחד הביא את האור ואחד הביא את העצים המביא את העצים חייב, אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור המביא את האור חייב, בא אחר וליבה המלכה חייב, ליבתו רוח שאינה מצויה תמיד הרי כולן פטורין, ליבה וליבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין".

הראב"ד העיר על כך שהרמב"ם השמיט את התנאי המופיע בגמרא שיהיה בליבו בכדי ללבותה. נראה גם שהרמב"ם לא הצריך את התנאי שהעלו התוספות שהרוח לא תהיה מסוגלת ללבות לבד את האש.

לדיון זה יש השלכה לגבי שותפות של שנים שהדליקו אש. כך כותב הטור (תיח):

"עשה אחד האש ובא אחר והוסיף אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע

למקום שהלכה הראשון חייב ואם לאו הראשון פטור והאחרון חייב".

דהיינו מעשה הראשון צריך להיות ראוי להזיק בפני עצמו וכפי שמצאנו במדליק וליבתה הרוח לדעת התוספות. חידוש גדול יותר עולה מדברי תוספות (ס ע"א ד"ה והכא):

"מתוך כך נראה דאם שנים הביאו עצים ואור וליבו שניהם ואין בכל אחד כדי

ללבות פטור ותימה הוא".

התוספות אמנם השאירו בתימה, אך פסקי תוספות (סימן קמז) נוקטים שכן הוא הדין שאם אין בכל אחד מהם בכדי ללבות השני פטור וכן כתב המרדכי כדבר פשוט (סימן סב, הובא בדרכי משה תיח, א).

נראה שהביאור בשיטת תוספות הוא שהתנאי לחייב את המוסיף על האש הוא שבמעשיו יהיה מסוגל לגרום נזק שלא היה נעשה לולא מעשיו. לעומת זאת נראה

<sup>281</sup> אם כי מסיום דבריו של הרשב"א נראה שחזר בו וצ"ע וכן נראה דעת התלמיד הרשב"א והרא"ש



שהרמב"ם חולק וסובר שכל פעולת נזק אף אם אין בה בכדי להזיק דבר שלא היה ניזוק בלאו הכי- מחייבת.

לפי זה מבוארת גם המחלוקת שהבאנו לעיל ביחס בפרק על "מרבה בחבילה". יש מהראשונים שסברו שהמרבה בחבילה בוערת שגרמה לשריפה פטור לגמרי ואכן הדבר תואם את שיטת התוספות כאן שאם המלכה לא הוסיף דבר אין מקום לחייב אותו, אם כי תוספות עצמם סוברים שגם האחרון חייב. נראה שצריך לחלק על פי התוספות (י ע"ב ד"ה מאי) שכתבו שם "דבר תמוה שאדם יתחייב על נזק האש אם הוסיף קיסם למדורה גדולה" לפיכך החיוב תלוי בשאלה האם מדובר בתרומה של ממש למדורה. כך גם כותב הרשב"א (י ע"א ד"ה הא) שהמקרה שכולם חייבים בו הוא כשהחבילה הנוספת תרמה תרומה של ממש לעוצמת האש (עיין ביאור הגר"א שצו, טו). מדברי הרמב"ם שהבאנו נראה שהמרבה יהיה חייב גם אם הוא לא הוסיף על הנזק, הרמב"ם עצמו מפרש את המקרה המופיע בגמרא שם בתחום אחר של מוסיף חבילות על בהמה. וכפי שציינו שם דווקא במקרה זה הוא פוטר את המוסיף האחרון אם הנזק היה נעשה כבר בלעדיו. אמנם לגבי דין תוספת אש אין לנו ידיעה ביחס לדעתו האם הוא מחייב את האחרון, ויתכן בהחלט שבעניין זה הוא מחייב.

לסיום נזכיר שיטה יחידאית. רבי אפרים ב"ר יצחק (המכונה בראשונים גם "רבינו יקר"), תלמיד רבינו תם, בחידושו לבבא קמא (בתוך: אוהל ישעיהו, בעריכת הרב הלל מן, ירושלים תשס"א עמ' לד) דן לגבי הזורק כלי ובא אחר ושרו שפטור והסתפק מה דינו של הזורק:

"וכי לא ידענא אם הראשון חייב. דמצי למימר אני לא שברתי. ואיכא לדמותו למבעיר בעירה סמוך לגדיש ובא אחר ושרף את הגדיש קודם שהגיעה דליקה של ראשון דמסתברא לפטור ראשון ושני, ראשון משום דלא הזיק. שני משום דבלאו איהו הוה נשרף".

לדבריו במקרה שהשני שרף במו ידיו דבר שהראשון היה שורף בלעדיו, שניהם פטורים! נראה מדבריו שהוא חולק על הדעה שהשני חייב רק בתנאי שהוא מחדש נזק מעבר לנזק של הראשון.

### סיכום

יש מחלוקת לגבי תנאי החיוב של מדליק אש שיש לו מסייעים.  
**תוספות** מחייבים את המזיק רק אם הנזק אירע אך ורק מכח פעולתו.

**רמב"ם** מחייב מזיק גם אם בסופו של דבר אחרים סייעו לנזק ואף יתכן שהיה ניתן לבצע את הנזק בלעדיו.

גם מחלוקת זו ניתן לקשר למחלוקות הקודמות שכן הרמב"ם אינו פוטר מזיק מאחריות על בסיס שותפות קודמת בעוד בעלי התוספות בוחנים את כל השותפים המעורבים בנזק ומנסים לבודד את חלקו המדויק של המזיק.

#### ד. שותפות בבור

נציין בקצרה לשיטות הראשונים בעניין שותפות בבור<sup>282</sup>.

לגבי בור מצוינו חילוק מהותי בין בור שחויבו רק על נזקים- עד י' טפחים לבור שהוא יותר מכך. ברור שהמשלים בור מט' לי' טפחים מקבל עליו אחריות מליאה על הכל, כך נתבאר בסוגיה בפרק ראשון (י' ע"א) לפי שיטת חכמים שהלכה כמותם. בור י' שהשלימו לכ' תלוי בשתי הלשונות בגמרא בדף נא ע"א<sup>283</sup> והכרעת הראשונים להלכה ששניהם חייבים.

בור ח' שהוסיף עליו עוד טפח- תוספות מחייבים את שני החופרים. ר"י מלוניל ורא"ה (שיטה מקובצת נא ע"א) מחייבים רק את האחרון. תלמיד הרשב"א והרא"ש מחייב את שניהם כשהאחרון חייב רק לפי חלקו בנזק.

בור י' שהוסיף עליו טפח והפכו ליי"א. דברי התוספות ותוספות רבינו פרץ סותרים זה את זה. בדף י' ע"א עולה שהראשון חייב ובדף נא ע"א עולה שלדעתם כולם חייבים, יש מהאחרונים (מהרש"ל ופני יהושע וכן מדויק בתוספות רבינו פרץ עצמם) שסברו שעיקר דעתם באה לידי ביטוי בסוגיה בדף י' ע"א שרק הראשון חייב, וכן היא דעת הרא"ה. המאירי פוסק שהאחרון חייב. לדעת תוספות ר"ת ור"א (נא ע"א ד"ה האחרון) כולם חייבים וכן היא דעת תוספות רבינו ישעיה, הרשב"א והרא"ש (ראה שיטמ"ק נא ד"ה אבל).

הרמב"ם מחייב את שני החופרים בבור י' שהשלים לכ' ואת האחרון בבור ט' שהשלים לי'. בשאר המקרים סתם את דבריו.

<sup>282</sup> הרב שלמה גרינץ, "שותפות בנזיקין", משפטי ישראל (תשס"ג), פתח תקווה, עמ' 292-327 הרחיב בעניין זה וכן בנושאים נוספים הקשורים למאמר.

<sup>283</sup> ראה הערות לר"י מלוניל בבא קמא עמ' 131 הערה 224 שהעיר גם על הסתירה במאירי בעניין זה והציע לה יישוב.

לפי מה שראינו בסוגיות הקודמות היה נראה שלדעת התוספות מחייבים את כל השותפים ואילו כאן נראה לכאורה שלדעתם בבור י' שהוסיף עוד טפח רק הראשון חייב. אמנם כבר ראינו שגם תוספות מודים במקרה שבו הראשון יצר מזיק ממש והשני לא הוסיף תוספת משמעותית האחריות על הראשון, ובדומה לזורק קיסם למדורה שאינו הופך להיות שותף.

### סיכום כללי

ניתן להצביע על מגמות שונות בין הראשונים. בחלק הראשון לגבי נזק שנעשה על ידי שימוש בחפץ ששייך לזולתו העלינו שהתוספות מחייבים על שותפות בנזק גם את בעל החפץ, בעוד רש"י וראב"ד נוטים לחייב את המזיק ולהטיל עליו את מלוא האחריות, הרמב"ם בעיקרו דומה לרש"י עם הרחבות מסוימות.

מגמה זו עלתה גם ביחס לחיובם של שותפים בנזק שלדעת התוספות מתייחסים לכל לפי חלקו בנזק. תוספות הקפידו לדרוש שכל מעשה נזק עליו מחייבים יהיה כזה שאכן ראוי להזיק וכפי שעולה מדבריהם לגבי האש.

לעומתם רש"י וגם הרמב"ם בעניינים אלו נוטים לחפש את האחראי העיקרי לנזק (ראה שיטת רש"י בהסבר דברי חכמים החולקים על רבי נתן- השור הדוחף הוא מזיק) ובנזק משותף כל אחד עושה חצי נזק אלא אם כן מדובר בכאלו שאכן יש להם כח לעשות כל אחד בפני עצמו את הנזק (שני שוורים שנגחו), אך אין זה תנאי בחיוב הנזק. וכפי שגם עולה מהרמב"ם שהשמיט את התנאים לחיוב שהציבו תוספות בפני המוסיפים על האש<sup>284</sup>.

### פסיקת ההלכה

כסיכום הלכתי לחלקו השני של המאמר נביא כאן את פסיקות השולחן ערוך והרמ"א בעניין שותפות בנזיקין:

<sup>284</sup> הרב גרינץ במאמרו התמקד בעיקר בחילוקים בין התוספות לרמב"ם וקבע שהם תלויים בשאלה האם הפשיעה היא המחייבת את הנזק- תוספות או האחריות (הייחוס) של המזיק היא הקובעת- רמב"ם. כאן ציינו שהרמב"ם יסודו למעשה בדברי רבינו חננאל ורש"י, והראינו שנחלקו גם לגבי אחריות בעל החפץ על הנזק. יתכן והדברים תלויים גם הם בהסבר זה שכן גם בעל החפץ פשע ועל כן יש לו אחריות על התוצאות של הנזק. ויתכן שגם המחלוקות האחרות תלויות בכך.

חמישה שישבו על ספסל אחד- פוסק השו"ע (שפא) שאם האחרון קירב את שבירתו חייב ואם ישבו כאחד כולם חייבים. הרמ"א מוסיף שאם ישבו בזה אחר זה והאחרון גרם לבירה חייב ואם היה נשבר בלעדיו הם חייבים והוא פטור שנים שהזיקו- פוסק השו"ע (שפג,ג) שמחלקים את התשלום ביניהם. וממשיך ומביא (ד) את שיטת הרמב"ם לגבי המוסיף חבילה על הבהמה שאם גרם למות הבהמה חייב, ואם הייתה מתה בלעדיו האחרים חייבים והוא פטור ואם אין ידוע כולם חייבים<sup>285</sup>.

שנים שמסרו- פוסק הרמ"א (שפח,ז) שאם מסרו כאחד שניהם חייבים. חמישה ששמרו ואחד התרשל- פוסק השו"ע (שצו,ז) שאם לא שמרו בלעדיו חייב ואם משתמר בלעדיו כולם חייבים. לגבי שותפים בחפירת בור שניהם פחות מ" או יותר מ" פוסק השו"ע (תי,יג-יד) שכולם חייבים, אבל אם אחד השחים ל" הוא חייב בכל (שם, טו). שור שדחף לבור, או שור שנכשל באבן שהונחה בפי הבור- פוסק השו"ע (תי,לב-לג) ששניהם חייבים ובעל הבור משלים את הנזק שהשור לא משלם. אדם ושור שדחפו דור לבור- פוסק השו"ע (תי,לד-לו) שאם האדם דחף בכוונה בעל השור פטור ואם דחף שלא בכוונה מתחלקים בשווה<sup>286</sup>. והביא גם את דעת הראשונים שיש חיוב להשלים את תשלום הנזק במקרה שאחד המזיקים אינו משלם כיוון שברח וכדומה (שם לז). לגבי שותפים ביצירת האש פוסק השו"ע (תיח,ט) שהאחרון חייב ואם ליבתה רוח שאינה מצויה פטור גם כן. ליבה וליבתו הרוח חייב. והרמ"א מביא את דעת התוספות שזה בתנאי שיש בליבוי שלו בכדי ללבות ואין ברוח כדי ללבות. וכן מביא יש אומרים שגם שנים שליבו ואין בכל אחד מהם ללבות פטורים.

<sup>285</sup> האחרונים דנו מדוע מחייבים מספק ראה ש"ך וקצות החושן על אתר וחזון איש בבא קמא ג,יא.

<sup>286</sup> יש לציין שחלוקה משמע כפשוטה, שליש לכל מזיק, וראה בתוספות תלמיד ר"ת ור"א (נג ע"א ד"ה אדם) שהביא כך בשם רבו והוסיף שם השור תם משלש שיטית ובשיטית השנייה יתחלקו האדם והבור. לפני דברי רבו הוא כותב אפשרות אחרת שהבור משלם חצי והשור והאדם מתחלקים בחצי השני ואם השור הוא תם בעל הבור ישלים את חצי הרבע שלו ואין זה ברור האם חזר בו מאפשרות זו.

השו"ע (שם ו) פוסק גם שהמוסיף על האש הראשונה חייב רק אם התוספת מגיעה למקום שלא הגיעה באש הראשונה. לגבי שנים שחבלו פוסק השו"ע (תכא, יד) שמחלקים את התשלום ביניהם. בכך מבאר הגר"א שהרמב"ם מעמיד את הגמרא לפי כל הלשונות ואינו נדחק כתוספות במקום שהסוגיה היא על פי לישנא א' בלבד. לפי שיטה זו מעיר הגר"א על כך שהשולחן ערוך (תי, לד-לו) פוסק גם לגבי דין אדם ושור שדחפו לבור שכולם מתחלקים ולא רק בעל הבור, ואכן הרמב"ם עצמו (חובל ומזיק ו, טז) אינו כותב שם דינים אלו. אמנם דעת השולחן ערוך היא כנראה כמו הראשונים האחרים בסוגיה וכמבואר להלן.

## כו. פחת נבילה וטורח נבילה או: חובת הטיפול בתיקון הנזק על מי?

### פתיחה

הגמרא במסכת בבא קמא (י-יא.) דנה בשאלת התשלום על ירידת הערך של החפץ הניזוק לאחר שהסתיימה פעולת ההיזק. הגמרא מביאה פסוקים שמהם עולה שירידת ערך זו אינה מצטרפת לתשלום הנזק והניזק מפסיד את הסכום הזה. ירידת ערך זו נקראת "פחת נבילה" על שם הנזק המקובל בגמרא שהוא גרימת מותו של בעל חיים השייך לאדם, והפחת הוא ירידת ערך הנבילה לאחר שהבהמה מתה.

עוד דנה הגמרא בשאלת האחריות של השבת הנבילה למקום בו ניתן יהיה להפיק ממנה תועלת, דהיינו למוכרה או להאכילה לכלבים. בענין זה יש מחלוקת תנאים האם המזיק יהיה אחראי לכך או הניזק, הכרעת הפוסקים היא כדיעה המטילה את האחריות על המזיק. אחריות זו נקראת בגמרא "טורח נבילה".

מטרתנו לברר את משמעותם של מושגים אלו וכן לבדוק האם יש קשר בין הפחת נבילה לטורח נבילה, וכן לבדוק האם יש קשר ביניהם לבין מושג שלישי שמופיע בהמשך הסוגיא של "שמין לגזלן" שבפירושו נחלקו הדיעות. שתי הבנות יסודיות ניתן להציע בהבנת המושג "פחת נבילה" ובהבנת חידושה של התורה בדין זה.

**א.** תשלום נזק מחייב באופן עקרוני את המזיק לתת לניזק חפץ חדש במקום החפץ שניזק, [כפי שנאמר "שור תחת השור"] אלא שהתורה נתנה אפשרות לשלם גם ע"י חפצים אחרים את הנזק ובין החפצים הללו ניתן להשתמש בחפץ הניזוק בעצמו. חידוש ה"פחת נבילה" הוא שהנבילה הופכת להיות תשלום על הנזק מיד ברגע הנזק, על כן כל ירידה בערכה מכאן ואילך תהיה הפסדו של הניזק שהוא בעליה.

**ב.** הנזק שביצע המזיק אינו מסתיים ברגע שנפסק המגע בין המזיק לניזק אלא ניתן להחשיב את כל תוצאותיו של הנזק כחלק מתשלום הנזק. חידושה של התורה שהמקום בו תוצאות הנזק יפסיקו להיות מחובתו של המזיק הוא בשלב שהניזק יכול לשאת באחריות על החפץ שלו.

מתוך העיון בסוגיה והבאת השלכות לחקירה זו בעז"ה יתבהרו הצדדים שהצגנו ויובן ההכרח להגדירם באופן זה. כמו כן בהמשך נציע לפי כל אחד מהצדדים הללו הבנה חדשה למושג טורח נבילה.

**א. סוגיית הגמרא**

נביא את תמצית דברי הסוגיה העוסקת בפחת נבילה.

הגמרא פותחת בדיוק מהמשנה הראשונה במסכת ב"ק :

חבתי בתשלומי נזקו. חבתי בנזקו לא קתני אלא בתשלומי נזקו, תנינא להא

דתנו רבנן : תשלומי נזק - מלמד, שהבעלים מטפלין בנבילה.

כלומר, ישנה הוא אמינא שחיוב תשלומי הנזק יהיה על כל הבהמה, ומלשון המשנה מוכח שהתשלום אינו כולל את שווי הנבילה כפי שמבואר בברייתא שהבעלים מטפלין בנבילה.

נעיר כאן שלשון הברייתא מטפלין לשון מיוחדת היא, צ"ע מהי המשמעות של טיפול זה.

ממשיכה הגמרא לברר את מקור דין זה :

מנא הני מיילי? אמר ר' אמי, דאמר קרא (יקרא כ"ד) מכה נפש בהמה ישלמנה,

אל תקרי ישלמנה אלא ישלימנה. רב כהנא אמר, מהכא : (שמות כ"ב) אם טרף

יטרף יביאהו עד הטרפה לא ישלם, עד טרפה ישלם, טרפה עצמה לא ישלם.

חזקיה אמר, מהכא : (שמות כ"א) והמת יהיה לו, לניזק. וכן תנא דבי חזקיה :

והמת יהיה לו, לניזק; אתה אומר : לניזק, או אינו אלא למזיק? אמרת? לא

כך היה. מאי לא כך היה? אמר אביי : אי ס"ד נבילה דמזיק הויא, ליכתוב

רחמנא שור תחת השור ולישתוק, והמת יהיה לו למה לי? ש"מ, לניזק.

כלומר, משלושה סוגי נזיקין נלמד דין זה א. אדם ב. שומרים ג. שור. הגמרא עושה

צריכותא לשלושת הלימודים. לאחר מכן מקשה הגמרא על התפיסה שיש צורך

בלימודים לכך שהנבילה אינה בכלל התשלומים :

"א"ל רב כהנא לרב : אלא טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו, הא לאו הכי,

הוה אמינא נבילה דמזיק הויא, השתא אי אית ליה לדידיה כמה טריפות יהיב

ליה, דאמר מר : (שמות כ"א) ישיב - לרבות שוה כסף ואפילו סובין, דידיה

מבעיא?"

כלומר הנבילה בלאו הכי הופכת להיות תשלום גם ללא הלימוד המיוחד, מכיון

שכבר למדנו שניתן לשלם גם בשוה כסף וזה כולל נבילות. לכן מגיעה הגמרא

למסקנה שיש כאן חידוש אחר :

"לא נצרכא, אלא לפחת נבילה."

דהיינו הפחת של הנבילה מרגע הנזק גם אינו על חשבון המזיק. לאחר מכן מנסה הגמרא לתלות זאת במחלוקת תנאים ומסיקה שדין זה מוסכם לכל הדיעות: "לימא, פחת נבילה תנאי היא! דתניא: אם טרף יטרף יביאהו עד - יביא עדים שנטרפה באונס ופטור, אבא שאול אומר: יביא עדודה לבי"ד; מאי לאו בהא קמיפלגי, דמר סבר: פחת נבילה דניזק הוי, ומר סבר: דמזיק הוי! לא, דכ"ע דניזק, והכא בטורח נבילה קמיפלגי.

### **ב. שיטת רש"י - פחת נבילה הוא תשלום הנבילה ברגע הנזק**

מביאורו של רש"י בכמה מקומות בסוגיא וכן מהשמטתו של רש"י את חידושו של הרא"ש שנביא בהמשך, נראה שלרש"י לא שינתה הגמרא את דרך מחשבתה באופן קיצוני וגם למסקנה נשאר הרעיון של ההוא אמינא שראוי לחייב את המזיק בתשלום כל הבהמה וכשאנו משאירים את הנבילה ברגע הנזק בידי הניזק הרי שקבענו שברגע זה ייעשה התשלום של הנבילה. נציין את הדברים עפ"י סדר הגמרא (אין כל הדיוקים מוכרחים אבל התמונה הכוללת נוטה להבנה זו): בדיוק של הגמרא מהמשנה מבאר רש"י:

בנזקו לא קתני - דליהוי משמע שישלם שור גמור חי **והוא יטול את הנבילה**.

אלא בתשלומי נזקו - דמשמע השלמה **שיטול ניזק את הנבילה** וזה משלים לו מה שפחתתו מיתה.

תשלומי נזקו מלמד כו' - **לשון השלמה** משלים לו לניזק.

הבעלים מטפלין בנבילה - **כלומר נוטלין את הנבילה**.

כלומר, בהוא אמינא משלם את כל השור ויטול את הנבילה, ובמסקנה הניזק יטול את הנבילה. ולא כתב רש"י שהנבילה שלו, דהיינו נשארתי שייכת לניזק אלא כתב את אותה הלשון שכתב ביחס למזיק שנוטל בהמה שלא הייתה שייכת לו מקודם, וזוהי גם לשון ההשלמה עליה מדבר רש"י, שבתשלום הפחת מושלם תשלום הנזק שהחל בנטילת הנבילה. אחר כך מצאנו שדיוק דומה ישנו גם בדברי רש"י בפירושו לתורה והעיר על כך הרמב"ן במקום, נביא את הדברים לאחר ביאור שיטת רש"י בסוגיה. עוד דיוק ישנו ברש"י דלעיל, רש"י כנראה התקשה בהבנת המושג "מטפלין" והוא מבאר זאת **"כלומר, נוטלין"**. בהמשך הדברים רש"י מוסיף ביאור נוסף:

יביאהו עד - ... יביאהו עד הטרפה ישלם כל ההיזק עד דמי הטרפה אבל דמי

הטריפה עצמה לא ישלם **דניזק מטפל וטורח בנבילה למוכרה**.



הדגשת רש"י שהניזק מוכר את הנבילה וזהו הטיפול שאליו התכונה הגמרא. צריך להבין מהו הצורך בכל הדיון בטיפול ובמכירה שעושה הניזק, עפ"י דברינו מובן שרש"י למד שהבהמה היא התשלום ולכן הוא נוטל אותה, ובכך פטרה התורה את המזיק מהטיפול בנבילה והעבירה אותו לידיו של ניזק.

וכן בהמשך:

לניזק - שיטלנו בדמים ועליו ישרים המזיק.

ובצריכותא:

מכה בהמה לא שכיחא - שיהא אדם מזיק בהמה של חבירו לפיכך לא החמיר עליו הכתוב לטרוח במכירת הנבילה.

ובהסבר קושיית הגמרא על פי הבנה זו שאין בזה חידוש שיכול לשלם את הנבילה שהרי הוא משלם גם נבילות שלו<sup>287</sup>:

השתא אי הוה ליה טריפות - למזיק כשיעור כל דמי נזקו הוה יהיב ליה בעל כרחיה דניזק דאמר מר ישיב לרבות כו' דידיה מיבעיא.

ובמסקנת הגמרא:

אלא לפחת נבילה - דהכי אמר רחמנא דמשעת מיתה קאי ברשותיה דניזק ואם הסריח ופחתה דמים משעת מיתה ועד שעת העמדה בדין פסידא דניזק הוא ומשלם ליה מזיק מה שהנזק הוי יתר על הדמים שהיתה נבילה שוה בשעת מיתה.

כלומר רש"י מדגיש שחידושה של הגמרא שמעמידים את הנבילה ברשות הניזק מרגע המיתה. דהיינו להוציא מאפשרות שהנבילה תעמוד ברשות הניזק בשלב מאוחר יותר.

נקודה חשובה נוספת שבולטת ברש"י זה, הוא חסרונה של ידיעת הניזק בכך שקרה נזק. משמע שגם אם הניזק עדיין אינו יודע שבהמתו ניזוקה, הוא מפסיד את ירידת ערכה של הבהמה. דבר זה מוכיח שהסיבה שפחת הוא על חשבון הניזק אינה בגלל יכולתו לתקן את הפחת.

<sup>287</sup> יתכן על פי הבנה זו שבשלב זה של הגמרא המזיק יוכל לבחור שלא לשלם את הנבילה, אחרת לא יהיה קשה מכך שיכול לשלם נבילות שהרי כאן החידוש הוא שהנבילה היא תשלום בלי שהמזיק או הניזק מעורבים בכך, עפ"י החידוש במסקנה יכלול גם את שלילת הבחירה של המזיק לגבי תשלום הנבילה.

גם בניסיונה של הגמרא לתלות את דין פחת נבילה במחלוקת אבא שאול וחכמים, מבואר ע"י רש"י שהדעה שלומדת מפסוק סוברת שהפחת נבילה של הניזק ואילו ת"ק שלומד דין אחר מהפסוק משאיר את הפחת על חשבון המזיק שזוהי הסברה הפשוטה יותר מפשט הפסוקים:

ות"ק דלא מפיק ליה להך דרשה סבר פחת נבילה דמזיק הוי.

הסיבה לכך שזוהי הסברה הפשוטה ביותר נובעת מההבנה שהתשלום של הנזק כולל את הנבילה, וא"כ ברור ששעת התשלום היא אינה בשעת הנזק, ועפ"י שווי הנבילה בשעת התשלום יקבע שאר התשלום, הפחת של הנבילה באופן זה יהיה על חשבון המזיק.

העולה בשיטת רש"י שהחידוש של פחת נבילה הוא, שעל אף שתשלום הנזק כולל את כל שווי הבהמה, התורה חידשה שהנבילה תהפוך להיות חלק מהתשלום ברגע שיסתיים הנזק וללא קשר עם ידיעתו של הניזק בכך שנעשה נזק.

כפי שציינו, ישנה ראייה להבנה זו גם מדברי רש"י על התורה (שמות כא, לד):

והמת יהיה לו - לניזק, ושמין את הנבלה ונוטלה בדמים ומשלם לו המזיק עליהם תשלומי נזקו.

על כך העיר הרמב"ן:

ולא בירר את דינו, כי אין צורך לאמר בנבלה הזאת שיטלנה הניזק בחשבון התשלומין כשיביא אותה לב"ד לשלם הנזק, שאפילו היו למזיק נבלות וטרפות אחרות בביתו יפרענו בהם כפי דמיהם, שכבר אמרנו לרבות שוה כסף אפילו סובין (ב"ק ז א), אבל הענין לומר כי הנבלה של ניזק היא וממונו תחשב, לפיכך אם פחתו דמיה אחרי כן או שנגנבה אין על המזיק לשלם אלא דמי המיתה, אם היה השור כשהוא חי שוה מנה וכשמת שוה חמשים זוז, יש עליו חמשים זוז וזה יטפל בנבלתו וישמרנה לעצמו וזה הדין בכל הנזוקין, וזהו שקורין חכמים פחת נבלה ומפורש הוא בגמרא.

עוד הוסיף הרמב"ן להעיר על דברי רש"י בהמשך:

והמת יהיה לו - לניזק, ועליו ישלם המזיק עד שישתלם הניזק נזק שלם. זהו לשון רש"י כדרך רבותינו (ב"ק י ב). ואם כן ראוי שנפרש שלם ישלם שור תחת השור עם המת שיהיה לו. וכן ויוסף היה במצרים (לעיל א ה), עם יוסף שהיה במצרים. וכן לא אוכל און ועצרה (ישעיה א יג), בעצרה, כאומר שונא

גזל בעולה (שם סא ח). **ויתכן לפרש על דרך הפשט**, והמת יהיה לו, למזיק, כלומר שלם ישלם שור תחת השור והמת יהיה לו למזיק המשלם בתשלומין האלו, **שיכניסהו לניזק בחשבון**. ועל שני הלשונות הדין שוה הוא, שיהיו הבעלים מטפלין בנבלה, ומשעת מיתה תכנס עמו בחשבון, כדברי רבותינו (ב"ק שם).

ויכוחו של הרמב"ן עם רש"י מחזק את הבנתנו ברש"י שהנבילה היא חלק מהתשלום של הנזק<sup>288</sup>. יתכן שהרמב"ן חולק על רש"י רק בהבנת המסקנה שחידוש התורה שאין להחשיב בכלל את הנבילה בחיוב הנזק.

### ג. שיטת הרמב"ם כשיטת רש"י

הרמב"ם (נזקי ממון ז, ח-ט) פותח את דיני פחת נבילה בהבאת דין שמין לנזיקין שלדעתו כנראה נלמד מדין פחת נבילה:

שמין לנזיקין, כיצד, הרי ששבר כלי של חבירו בין הוא בין בהמתו **אין אומרין למזיק קח אתה את הכלי השבור ושלם לזה דמי כליו** אלא אומדין כמה פחת הכלי מדמיו ונותן לו כל הפחת אם היה המזיק מועד או חצי הפחת אם היה תם שני והמת יהיה לו לניזק<sup>289</sup>.

פחת הנבלה על הניזק, ושבת הנבילה חולקין אותו הניזק והמזיק. כיצד: שור שוה מאתים שנגחוהו ומת והרי הנבלה שוה **בשעת מיתה** מאה ובשעת העמדה בדין פחתה והרי היא שוה שמונים, אין המזיק משלם אלא מאה אם היה מועד ואם היה תם משלם לו חמשים מגופו.

מדברי הרמב"ם יכולים אנו ללמוד שגם הוא סבר שההוא אמינא כרש"י שהתשלום כולל את כל החפץ. אם כי אין הכרח שלמסקנה הוא יראה את נתינת הכלי כעין תשלומים על הנזק.

<sup>288</sup> ראוי להדגיש שהרמב"ן הבין ברש"י שהוא מתעלם מדין פחת נבילה, ממה שרש"י כתב "נוטלה בדמים" דהיינו "כשיביא אותה לב"ד לשלם הנזק". ואין אנו טוענים שהרמב"ן הבין ברש"י כפי מה שביארנו וחלק על כך אלא טענתנו שלשונו של רש"י אכן מוכיחה שזהו סוג של תשלום וכך הבין הרמב"ן.

<sup>289</sup> חילקנו את הרמב"ם על פי החלוקה שלו כפי שמובא בהוצאות קאפח ופרנקל, ודלא כפי שטענו המדפיסים. ויעויין באור שמח שלא הייתה לפנינו חלוקה זו.

וכן רואים מהרמב"ם שאינו סובר שיש משמעות לידיעת הניזק לגבי דין פחת נבילה. כך גם דייק הגר"א (תג,ט) מהמשך דברי הרמב"ם (סוף הלכה יג "פחת שפחתה מן החי"). [וכן דייק היש"ש שנביא בהמשך].

#### **ד. שיטת התוספות שפחת נבילה הוא העברת האחריות אל הניזק**

התוספות (י: ד"ה "לא נצרכא") מביא סתירה בדיני פחת נבילה:  
 אע"ג דבפי' המניח (לקמן לד.) אמרינן כיחשה כשעת העמדה בדין משום דקרנא דתורא קבירא בי' התם משום דלא מתה ויש לו להמתין עד שתתרא אבל הכא מיד היה לו למוכרה.

כלומר תוספות מקשה שבגמרא בפרק המניח נראה שאין להחשיב את הכחש של הבהמה על חשבון הניזק ומדוע לא מחילים את הלימוד של פחת נבילה במקרה כזה. ומשיב שיש לבדוק מהי התגובה של הניזק ואם פעל בדרך המקובלת אינו מפסיד את הפחת. גם הרשב"א (בי"ק לד. ד"ה "דאמר" הובא בשיטמ"ק י:) כתב כדברי התוספות.

צריך להבין מדוע תגובתו של הניזק יכולה להשפיע על החלתו של דין תורה שהפחת אינו על חשבון המזיק.

כנראה שהתוספות סובר כרא"ש. צירוף של שניהם יבהיר את תפיסתם בדין פחת נבילה.

#### **ה. שיטת הרא"ש**

הרא"ש (בי"ק סימן יא) כותב:

**ופחת נבילה על הניזק משעה שנודע לו ההיזק.**

מדוע הכניס הרא"ש את הגורם של ידיעת הניזק.

צריך לומר שהתוספות והרא"ש סוברים שהחוב של המזיק ממשיך מעיקר הדין גם לאחר הנזק וזהו הדין של "כיחשה" ואילו החידוש של פחת נבילה בא לקבוע שבמקום בו הניזק יכול ליטול אחריות, וראוי על פי הנהגה המקובלת שיפעל בדרך מסוימת לתקן את הנזק אזי הפחת נבילה מוטל עליו.<sup>290</sup>

<sup>290</sup> לכאורה הגמרא דנה באחריות הניזק לסלק את הנזק בדף כז, א שאם הניח גחלת על בגדו ונשרף אף שהניזק יכול למנוע את הנזק ואינו מונע אותו חייב. ועפ"י דברינו לדעת התוספות המזיק אינו חייב על הנזק שהניזק יכול למנוע. יש לחלק בין הנזק עצמו שאין אי מניעת הניזק פוטרת לבין תוצאות של הנזק. יעויין בקה"י בי"ק סימן י.

הים של שלמה (ב"ק פ"ג סימן לא) הסביר את סברת הרא"ש :  
 דכל זמן שלא נודע לו מה היה לו לעשות, וא"כ מה שנתקלקל הנבילה אח"כ  
 עד עת שנודע לו הוא למזיק, ומעת שנודע לו אזי מתחיל תשלומי הניזק. כי  
 עיקר הטעם שפחת הנבילה לניזק **כדי שלא יתעצל בה**. ולא היה לו להשהותה  
 עד שתיפסד.

אמנם המהרש"ל אינו מקבל את החילוק הזה :  
 ותימה לי דמנין להם סברה זאת? ... וגם הרמב"ם לא הזכיר אלא משעת  
 מיתה ועד שעת העמדה בדין.

אמנם על פי דברינו ניתן ליישב את דברי הרא"ש שהרי שיטת הרא"ש שידיעת הניזק  
 היא המטילה עליו את הפחת היא גם סברת התוספות, שהוכרחו לסברה זו כדי  
 ליישב את קושייתם מפרק המניח. וראינו גם שההסבר לשיטה זו הוא הבנת ההגיון  
 של דין פחת נבילה כדין שמצמצם את חובת המזיק עד למקום שבו הניזק יכול לתקן  
 את הנזק וא"כ אין צורך להוסיף את הסברה של המהרש"ל שהתורה באה למנוע את  
 עצלות המזיק, שעליה יש להקשות מנא לן, אלא זוהי ההגדרה שהתורה נתנה  
 לסיומה של חובת המזיק בטיפול בחפץ הניזוק.

#### ו. יישוב שיטת רש"י

מדוע רש"י אינו לומד את היסוד הזה מהסוגיה בהמניח. כנראה שלרש"י יש ביאור  
 אחר בדין של כיחשה הבהמה נביא את לשונו של רש"י בביאור דין זה (ב"ק לד. ד"ה  
 כיחש):

כיחש - הניזק מחמת המכה **ונראה עכשיו הזיקו גדול יותר מתחילה** בשעת  
 הנזק נותן לו כפי נזק שבשעת העמדה בדין כדקאמר לקמן קרנא דתורך  
 קבירא ביה.

כלומר רש"י מדגיש שהנזק נראה עכשיו יותר גדול מכפי שהיה בתחילה, דהיינו  
 התברר שההערכה הראשונית של עוצמת המכה שהייתה מבוססת על ראיית הבהמה  
 בשעת הנזק לא הייתה מדויקת, שהרי עכשיו מתברר שתוצאותיה של המכה היו  
 הרבה יותר משמעותיות. משא"כ כמובן במקרה של הסרחת הנבילה שהפחת הוא  
 אינו נובע מהמכה אלא הנבילה תמיד תסריח בין אם תוכה במכה חזקה ובין אם  
 תוכה במכה קלה.

דברים מעין זה נמצאים ברא"ה (הובא בשיטמ"ק לד. ד"ה "דאמר") :

דהכא כבר שלם פחת שפחתו מיתה, מאי איכא שהנבילה נפסדת בשהייתה, כל בשר מתה נמי הכי הוא ולא איבעי ליה לשהויי. אבל התם הוא מחמת מכה הוא דהכחיש ולא הבריא והוא עומד וראוי להברות.

אם כי ניתן גם להבין את דבריו בדרכם של התוספות.

#### ז. הוזלת הבהמה - דיון בשיטת הראב"ד והרמ"ה

על פי הסברנו בשיטת רש"י והרמב"ם ברור שלא יהיה הבדל בדין פחת נבילה בין פחת שבא מחמת סירחון לפחת שבא מחמת הוזלת הנבילה. כיון שברגע הנזק הבהמה נעשית תשלום על הנזק והיא בבעלות הניזק.

על פי שיטת התוספות והרא"ש שהאחריות עוברת לניזק יש לדון האם גם במקרה של הוזלה יש משמעות לידיעת הניזק, התוספות עצמו אינו מזכיר מקרה כזה במפורש.

אבל הטור שהולך בשיטת התוספות נקט שאין הבדל בין פחת הוזלה לפחת אחר: וה"ה נמי אם הוזלה בין שעה **שנודע לו** להעמדה בדין אין שמין בשעת העמדה בדין אלא בשעה שנודע לו.

ויעויין בביאור הגר"א (תג ס"ק ד בליקוט) שתלה את דברי הטור בסברת התוספות. אמנם יש שיטות שההוזלה אינה תלויה בידיעת הניזק.

הנימוקי יוסף (ד: ד"ה "ישיב") לאחר שמביא את שיטת התוספות שאם לא הודיע לבעלים הפחת למזיק, ממשיך ומביא את דברי הרמ"ה:

אבל לענין זולא כתב הרמ"ה ז"ל דלא מחייב, חדא דלא הוה ידע דזילא ולא פשיעותא היא, ועוד דכיון דאיתא לנבילה בעינא, ישיב לבעליו והמת קרינן ביה, ולא חמיר מגזלן דאע"ג דשהיה גביה עד דזילא כי אהדרה פטור דהשיב את הגזילה אשר גזל קרינא ביה.

כלומר שתי טענות טוען הרמ"ה:

א. כיון שידיעת הניזק מטרתה להעביר את האחריות על הנבילה ולפני שידוע הניזק הפחת הוא על המזיק מכח פשיעת המזיק שאינו מונע את המשך הנזק ע"י הודעה

לניזק. בהזלה של הנבילה לא ניתן לייחס למזיק פשיעה מכיון שאין לצפות ירידת מחירים וכפי שביארנו למעלה<sup>291</sup>.

ב. בגזלן אין תשלום על ירידת ערך הנבילה והמזיק אינו חמור מגזלן. על סברה זו כתב היש"ש (ב"ק פ"ג סימן ל):

לא הבנתי דבריו כל עיקר דלא שייך לומר הרי שלך לפניך אלא כשלא נשתנית בידו ממה שהיתה בראשונה, וזו הבהמה הרי על ידי הזיקו מתה, ונעשית נבילה ואין לך שינוי גדול מזה!

קושייתו של היש"ש מכריחה אותנו לבאר את דבריו של הרמ"ה שהעובדה שהגזלן אינו משלם על הפחת היא סימן שלא ניתן לייחס את הפחת כתוצאה של השהיית הגזל בידו הגזלן, ובאותה מידה במקרה שלנו כשאנו באים לבחון מה הם הדברים שניתן לתלות אותם בנזק לא נוכל לקשר את ההזלה אל מעשה הנזק ולכן מרגע הנזק אין המזיק אחראי על פחת ההזלה. ובכך חולק הרמ"ה על הטור ויתכן שגם על התוספות שתפסו שהאחריות של המזיק כוללת את כל התוצאות ממעשה ההיזק עד שהניזק יטול את האחריות על הנבילה ואילו הרמ"ה מחלק בין התוצאות שנובעות ממש מהנזק לבין אלו שניתן לנתק אותם מהמזיק.

שיטה נוספת בענין ההזלה מצאנו בדברי הראב"ד. הראב"ד (לד. ד"ה "הא דתנא" הובא בשיטמ"ק י): דן ג"כ בשאלת התוספות מהדין של כיחש מחמת הנגיחה:

"דהתם ליכא למימר קרנא דתורך קבירא ביה **דיוקרא וזולא ממילא הויא**. אבל הכא כיון דחי הוא ולא מיוקרא וזולא הוא אלא מתוקף המכה מכחיש חייב דא"ל קרנא דתורך קבירא ביה."

כלומר, הראב"ד מניח שהפחת שבסוגייתנו הוא ירידת מחיר הנבילות בשוק, ועליו דיברה תורה שפחת נבילה לניזק, לכן אין זה דומה להכחשה ממשית של הבהמה שהיא נובעת ישירות מהמכה "מתוקף המכה הוא מכחיש". מה יהיה הדין עפ"י הראב"ד בפחת מחמת סירחון של הנבילה האם לא ייאמר על זה דין פחת נבילה, ואם כך הוא מה המקור לחילוק זה בדין פחת נבילה?

<sup>291</sup> בישי"ש הקשה מדוע לא נאמר כאן דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס ונחייב את המזיק גם על ההזלה, יתכן שהרמ"ה סובר שכאן אין שום קשר בין הפשיעה לאונס שהרי כפי שאמרנו יתכן שהמחיר יעלה, וצ"ע.

יתכן שהראב"ד אינו בא לומר שפחת מחמת סירחון יהי למזיק והוא אכן נזקק לתירוצו של התוספות בפחת מחמת סירחון ובא להוסיף עליו את דין הפחת מחמת זולא שגם בו נאמר דין פחת נבילה, ואולי הוא סובר שלא ניתן לומר בו את ההסבר של התוספות מכיון שלגבי הוזלת המחיר לא שייך להטיל את האחריות על הניזק מפני שלא מיהר למכור, כיון שזה אינו דבר שחוששים מפניו שהרי באותה מידה יכול המחיר גם לעלות. עפ"י גם אפשר לאמר שברור שלגבי המחיר של הנבילה לא ניתן לייחס למזיק את ההוזלה כחלק מהנזק ואז גם אם הניזק אינו יודע עדיין שבהמתו ניזוקה, הפחת של ההוזלה יהיה על חשבונו כיון שפחת זה אינו שייך לפעולת הנזק כלל, כפי שביארנו בשיטת הרמ"ה<sup>292</sup>. יתכן שהראב"ד סובר כרש"י וכונתו להציע חילוק כעין שכתבנו בשיטת רש"י בין דבר שנובע מהנזק לבין דברים שבודאי אינם שייכים לנזק ואז צ"ע מדוע נקט דוקא את המקרה של יוקרא וזולא.

נסכם את השיטות בענין הוזלת הנבילה: לדעת רש"י והרמב"ם פחת נבילה שנובע מהוזלה הוא על חשבון הניזק, שהבהמה נעשית שלו מרגע הנזק. לדעת התוספות והרא"ש והטור הפחת מחמת ההוזלה הוא על חשבון הניזק מרגע שהניזק יודע על הנזק.

הרמ"ה שהולך בשיטת התוספות מחלק בין ההוזלה שהפחת מרגע הנזק של הניזק לבין פחת הנבילה מחמת סירחון שהפחת של הניזק רק מרגע שידע על הנזק.

#### ח. השלכות להבנת הגמרא במחלוקת זו

ה"דברי יחזקאל" (סימן מז ס"ק ב) ביאר בטוב טעם שתי אפשרויות בקושיית רב כהנא על מה שרצתה הגמרא ללמוד שהנבילה עצמה של הניזק והוא הקשה מהדין של ישיב לרבות שוה כסף שניתן לשלם גם נבילות ובודאי שהנבילה עצמה של הניזק. עפ"י רש"י הקושיה היא פשוטה שכיון שניתן לשלם נבילות פשוט שניתן להחשיב את הנבילה עצמה כתשלום גם ללא חידוש הכתוב. ואילו לראשונים שהבאנו קודם שדין פחת נבילה אינו בא לומר שהנבילה היא כתשלום ובכלל היא אינה חלק מהנזק צריך לומר שהגמרא באה להוכיח מכך שניתן לשלם נבילות שהנבילה היא בעלת ערך ועל כן אין להתייחס אל הבהמה כדבר שנשמד כליל אלא רק כנפחת עד לשוויה של הנבילה.

<sup>292</sup> ניתן גם לאמר שהתירוץ של הראב"ד מועיל גם לפחת מחמת סירחון אלא שקשה להבין מדוע הסירחון מוגדר כדבר שנעשה ממילא.



עוד השלכה לפרשנות הגמרא תהיה בהסבר דעת אבא שאול בהו"א. לדעת רש"י (ד"ה "מאי לאו") אבא שאול לומד מהפסוק שפחת נבילה לניזק, ות"ק שלומד מהפסוק דין אחר יסבור שפחת נבילה נשאר למזיק וזה עפ"י תפיסת רש"י שפחת נבילה הוא באופן פשוט למזיק, שהרי תשלום הנזק כולל את כל הבהמה. אבל בשיטמ"ק מובא פירושו של רבינו יחיאל (יא. ד"ה יביא עדורה" וכן פירש הר"ח ותוס' תלמיד ר"ת ור"א (בהוצאת רמ"י בלוי) וגם הובא פירוש כזה בתוס' רי"ד) שלדעת אבא שאול פחת נבילה דמזיק וזהו הלימוד מהפסוק של "יביא עדודה לב"ד" דהיינו שבשעת העמדה בדין ישומו את הנבילה, ואילו לת"ק שאינו לומד את הפסוק כאבא שאול הפחת נבילה לניזק. לכאורה פירוש זה יתיישב לשיטת הראשונים שעד שעת הידיעה של הניזק אין ויכוח על הפחת אבל משעת הידיעה פחת הנבילה הוא לניזק ואז יתכן שתהיה דיעה שתלמד את זה מסברה. אבל כדי לקבוע שהבהמה היא כתשלום לניזק מרגע הנזק והנזק אינו כולל את הבהמה כפי שביארנו ברש"י לכאורה לא נוכל ללמוד את זה ללא פסוק.

#### ט. טורח נבילה

כפי שהקדמנו בפתיחה, להגדרת פחת נבילה תהיה השלכה על הגדרת המושג טורח נבילה. אף שהיה מקום לחלק, שלמושג טורח נבילה אין קשר לשאלת התשלום על הפחת נוכיח בעז"ה מלשון הראשונים שהם ראו את שני המושגים כענין אחד. מתוך הנחה שיש קשר כזה, נציע שתי אפשרויות להסביר את חידוש התורה בטורח נבילה:

- א. לרש"י ולרמב"ם, שהבינו שפחת נבילה מגדיר את הנבילה כחלק מהתשלום על הנזק בשעת הנזק, במקרה שישנו טורח התשלום ייעשה רק לאחר שהמזיק יביא את הנבילה למקום בו היא תהיה ראויה למכירה, ואז היא תהפוך להיות תשלום. כלומר, הטורח הוא לא חובת ההבאה של הנבילה לניזק, אלא קביעת הרגע שבו הבהמה נעשית תשלום על הנזק. זה גם נובע מאותה תפיסה שלמעשה הנזק כבר נגמר ולא ניתן לדון פה על תיקון הנזק אלא על צורת התשלום.
- ב. לתוספות ולרא"ש, שהחובה לשלם על הפחת נובעת מכך שזהו חלק מהנזק, וכשהניזק יודע על הנזק האחריות עוברת אליו. החידוש של הטורח הוא, שגם העובדה שהנבילה נמצאת במקום שאינו מאפשר הנאה ממנה, הוא גם תוצאה של

הנזק שהמזיק מחוייב לתקן אותה ויש לו אחריות עליה כשם שהוא חייב להימנע מלהזיק בכל דרך שהיא, על פי זה הטורח הוא חובה המוטלת על המזיק.<sup>293</sup>

### י. סוגיית הגמרא

הגמרא (ב"ק יא.) מסכמת שאבא שאול וחכמים חולקים בטורח נבילה ודעת אחרים כאבא שאול שהטורח מוטל על המזיק:

והכא בטורח נבילה קמיפלגי; והתניא, אחרים אומרים: מניין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו? ת"ל: (שמות כ"א) כסף ישיב לבעליו והמת.

הגמרא מבררת מהי המשמעות של טורח נבילה:

אמר ליה אביי לרבא: האי טורח נבילה ה"ד? אילימא דבבירא שויה זוזא ואגודא שויה ארבע, כי טרח בדנפשיה טרח! א"ל: לא צריכא, דבבירא שויה זוזא ואגודא נמי שויה זוזא. ומי איכא כה"ג? אין, דהא אמרי אינשי: כשורא במתא בזוזא, כשורא בדברא בזוזא.

כלומר, חידוש התורה שבמקרה שהבהמה שוה אותו דבר בתוך הבור ומחוץ לבור, מוטל על המזיק להוציא את הנבילה ולהביאה לניזק. צריך ביאור האם למסקנת הגמרא יש משמעות לדין של טורח נבילה במקרה שצייר אביי בו יש הפרש בין המחיר בתוך הבור לבין המחיר מחוץ לבור.

### יא. שיטת הרמב"ם - הטורח הוא קביעת רגע התשלום

הרמב"ם (נזקי ממון ז, יג) כותב:

על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותה לניזק, **כיצד**, כגון שנפל השור לבור ומת מעלה הנבלה מן הבור ונותנה לניזק **ואחר כך** שמין לו פחת הנבלה שני (שמות כ"א ל"ד) כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו מלמד שהוא חייב להשיב את הנבלה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק ואם היה תם חצי הפחת כמו שביארנו.

מהרמב"ם רואים שהמשמעות של טורח נבילה היא בהשפעתה על דין פחת נבילה, שאחר שיעלו את הנבילה תיעשה השומה של הפחת, דהיינו יש קשר בין הדינים,

<sup>293</sup> לולא דמסתפינא הייתי אומר שדבר זה תלוי במקור של דין טורח נבילה, בגמרא מובאת דעתו של אבא שאול שלומד דין זה מהפסוק "אם טרף יטרף יביאהו עד" ואחרים לומדים זאת מהפסוק "הכסף ישיב לבעליו והמת", הפסוק של אבא שאול עוסק בפעולת הנזק ואילו הפסוק של אחרים עוסק בתשלום על הנזק ואכן הרמב"ם מביא את הפסוק של אחרים דבר שמתאים להסברנו.

והקשר הזה הוא הגורם לכך שיצטרך המזיק להעלות את הנבילה שהרי הוא ממשיך לשלם את הפחת עד שימציא אותה לניזק. עפ"י גם נוכל לומר שאם אדם אחר יעלה את הנבילה ויתנה לניזק, מיד יפסק חיוב הפחת שמוטל על המזיק, שהרי הטורח הוא רק הקביעה של הרגע בו מתחיל התשלום של הנבילה והפחת עובר להיות של הניזק, וממילא אם מישוהו אחר יעלה את הנבילה בשביל המזיק לא יוכל לדרוש מהמזיק את דמי הוצאותיו מכיון שאין זו חובה המוטלת על המזיק אלא תוצאה של העובדה שעדיין לא שילם את הנבילה.

גם רואים מהרמב"ם שהתשלום של שור תם הוא חצי נזק רק בפחת ואילו לגבי הטורח לא נאמר דין חצי נזק וזה מובן על פי מה שהסברנו שהטורח אינו חלק מהנזק אלא רק משפיע על קביעת רגע התשלום של הנבילה.

### **יב. שיטת הרא"ש - יש חובה להעלות את הנבילה**

הרא"ש (ב"ק פרק א סימן יא) כותב:

"והכא בטורח נבילה קמיפלגי. והלכתא כאבא שאול דאמר על המזיק מוטל להביא הנבילה מדתנו אחרים כוותיה ופחת נבילה על הניזק משעה שנודע לו ההיזק ומשנודע לו היה מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור **ושכר העלאה יפרע המזיק**".

כלומר הרא"ש פוסק שעל העלאת הבהמה ניתן לתבוע שכר, ובעקבותיו הלך הטורח(תג,ג) הלכה זו מוכיחה שהם תפסו את הטורח כחובה המוטלת על המזיק ולכן מי שיעשה אותה יוכל לתבוע שכר מהמזיק. חובה זו נובעת על פי דברינו מכך שהוא נחשב מזיק על כך שהבהמה עדיין בבור וחובה עליו לתקן את נזקו או לשלם עליו. לעומתם הרמב"ם אינו מזכיר תשלום על העלאה אלא החובה מוטלת על המזיק בלבד והיא אינה אלא ענינו שאם לא יעלה לא יתחיל התהליך של תשלום הנזק. ויעויין עוד בהמשך מחלוקת הסמ"ע והט"ז.

### **יג. שיטת הרמ"ך כשיטת התוספות והרא"ש**

השיטמ"ק הביא את פסק הרמ"ך (יא. ד"ה "ולענין פסק"):

"פחת נבילה דאמרינן דהוי עליה דניזק, **דוקא פחתה בתר דהוה מצי שקיל ליה לזבונה**, אבל אי פחתה בעודה בבור, נ"ל דאין מחשבין אותה עליו אלא כפי מה ששוה בחוץ, כיון דעליה דמזיק רמי לאפוקה. והוא הדין שאם השביחה בעודה בבור, שבאו קונים הרבה לעיר, שהשביחה למזיק... ואם

שויא בבור תלתא וחוצה לו שויא ארבעה, **מפיק לה מאן דבעי, אי מפיק לה ניזק שקיל לה בתלתא**, ואי מפיק לה בעל הבור שמין ליה דניזק בארבעה, כדשויא השתא בתר דאפקה."

מדברי הרמ"ך אנו לומדים גם כן שיש קשר בין הפחת לטורח ואין מחשבים את הפחת אלא לאחר שהמזיק ממלא את חובתו לטרוח. אלא שכאן מחדש הרמ"ך דבר שלדעתנו יהיה תלוי במחלוקת של הראשונים שהבאנו. במקרה שהניזק מוציא את הבהמה מהבור אנו מחשבים את הנזק **על פי שעת הנפילה לבור**. דבר זה מתאים להבנה של התוספות והרא"ש שהנזק עוד לא הסתיים ולכן אם המזיק לא עשה את טורח הנבילה ולא תיקן את הנזק של הימצאות הנבילה בבור אנו מעריכים את ההיזק שלו עפ"י שווי הבהמה בבור. מקורו של הרמ"ך הוא מהסוגיה שחידוש הדין של טורח נבילה אינו צריך להיאמר על המקרה שיש הבדל בשווי מכיון שאז אי העלאת הנבילה מהבור תגרור חיוב גדול יותר לתשלום של המזיק. עפ"י שיטת הרמב"ם ורש"י אין משמעות מי מעלה את הנבילה שכן התשלום של הפחת יהיה עפ"י מחירה כשהיא מחוץ לבור.

#### **יד. שיטת המהר"ם מרוטנברג כשיטת הרא"ש**

בשיטמ"ק (יא. ד"ה "היכי דמי") מובאת קושית רבינו מאיר מתוספות הרא"ש שהיו בידיו:

הקשה הרב רבינו מאיר, אמאי לא משני כגון דבשעת מיתה שויא בבירא ארבעה, ואגודא שויא טפי, ונפחתה עד שעת העמדה בדין, דבבירא לא שויא אלא זוזא ואגודא ארבעה, והשתא לאו בדנפשיה טרח דפחת על הניזק. כלומר, אביי בגמרא שהבאנו למעלה, הקשה שתמיד יש למזיק ריוח בכך שמעלה את הבמה ואין צורך לחדש את דין טורח נבילה. המהר"ם מקשה עליו שישנו מקרה בו עדיף למזיק שלא לטרוח בנבילה ללא חידוש הכתוב. דהיינו במקרה שאם המזיק לא יטרח מחיר הנבילה ירד ושוויה לאחר הירידה מחוץ לבור יהיה כמו שוויה בתוך הבור בשעת הנזק. במקרה כזה אם התורה לא תחדש שחובת הטורח על המזיק, בית הדין יפסוק על פי השווי של הנבילה בשעת ההעמדה בדין כפי ערכה בשוק ללא התחשבות במיקומה בתוך הבור ואת כסף ההעלאה ישלם הניזק, ואם המזיק היה מעלה מרצונו את הבהמה בשעת הנזק, היה המזיק משלם פחות מכיון שהנבילה שוה יותר מחוץ לבור, אבל היה מפסיד את הריווח הזה בהוצאות של ההעלאה.

עולה מדבריו שאחרי החידוש של טורח נבילה, אם המזיק לא העלה את הנבילה, בית הדין יפסוק את שיעור הנזק על פי השווי של הנבילה בתוך הבור. יש בדבריו שני חידושים: א. בית הדין מתחשב בשווייה של הנבילה אף שהמזיק עדיין לא עשה את הטורח והנבילה נמצאת בתוך הבור. ב. החידוש של התורה הוא שישנה על המזיק חובה לטרוח ולהעלות את הנבילה או לשלם את הוצאות העלאתה, ולכן הניזק לא יפסיד במקרה שתיאר המהר"ם.

הרמב"ם לעומתו יסבור שכל עוד הנבילה לא הועלתה מהבור לא נוכל להחשיב אותה בתשלום הנזק והשיעור של התשלום יכלול את שווי כל הבהמה, וזהו החידוש של התורה שאין לעסוק בשווייה של הנבילה כל עוד לא הגיע למקום בו ניתן יהיה למכור אותה.

#### **טו. שיטת הרמב"ן כשיטת התוספות**

הרמב"ן בחידושו (ב"מ צו:) כותב שאין לחייב את המזיק באחריות על הנבילה מאונסין וכדומה דבר שמתאים לשיטת התוספות שיש לחייב על הנזק בלבד ולא מצד עיכוב התשלום:

ואע"פ שאמרו (שם י"א א') בנזיקין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו וכן בשואל ושומרים אמרו יביא ארורה לב"ד, אפ"ה אינו חייב באחריותן אלא כמו שהוא חייב בשאלה דמעיקרא, והיינו דבעי התם אילימא דבדברא שויא זוזא ובמתא שויא ארבעה כי טרח בדידיה טרח, ודחינן לה בכגון כשורא דבמתא זוזא ובדברא זוזא ולא מתרצינן דנפקא מינה דבאחריות מזיק היא עד שיחזירנה לרשותו, אלמא אחריות נבלה בכלל פחת נבלה ועל הניזק היא וכן בשומרים לפי דינן.

#### **טז. סיכום**

נקודות המחלוקת בטורח נבילה הן:

א. האם ניתן לתבוע מהמזיק הוצאות העלאת הנבילה כשאדם אחר מעלה. לרמב"ם ולרש"י אין למזיק חובה להעלות ולכן מי שיעלה בשבילם לא יוכל לתבוע החזר. לדעת התוספות והרא"ש זוהי חובה המוטלת על המזיק לעצור את פעולת הנזק ועליו לשלם לכל מי שיעשה זאת בשבילו.

ב. במקרה שהמזיק לא שילם לניזק שהעלה את הנבילה על פי מה יקבע בית הדין את התשלום. לדעת הרמב"ם ורש"י על פי השו"י שמחוץ לבור. ועל פי התוספות והרא"ש עפ"י השו"י שבתוך הבור, כפי שפסק הרמ"ך.

ג. במקרה של שור תם האם יהיה דין חצי טורח נבילה. לדעת הרמב"ם ורש"י לא יהיה פטור של חצי נזק בטורח נבילה. לדעת התוספות והרא"ש לכאורה יהיה חצי נזק גם בטורח הנבילה.

ד. האם יש אחריות על אונסין בזמן שהחפץ בבור, לדעת הראשונים שזהו חיוב על המשך הנזק לא נחייב ולדעת רמב"ם ורש"י מכיון שאין בית הדין אומדים את הנבילה עד שתוצא מהבור גם אם יש אונס לכאורה יפסיד המזיק.

#### יז. מחלוקת הסמ"ע והט"ז

הסמ"ע (תג, ח) כתב:

על המזיק לטרוח. כבר כתבתי (ס"ק ב) דעל הניזק להעלותו מהבור (עד [כש] נודע לו שנפלה שם ונוטל דמי הוצאותיו של העליה מהמזיק. ואם לא עשה כן ונפסד השור דהוא פסידא דהניזק. וכ"כ הטור בהדיא, וכתב הב"י שהוא הסכמת הפוסקים. וכאן לימדונו דאם לא ירצה המזיק להעלותו ולא ליתן לו הוצאה להעלותו דצריך ליתן דמים שכל חציו דהפחת אם הוא תם, ואם הוא מועד צריך לשלם דמי כל הפחת מאשר היה שוה כשהוא חי.

כלומר הסמ"ע מחדש בשיטת הרא"ש והטור שני חידושים:

א. חובת העלאת הנבילה מוטלת על הניזק מרגע שיודע על הנזק. וממילא הפחת מרגע שיודע הוא על הניזק.

ב. במקרה שהמזיק אינו מוכן לשלם את דמי ההוצאה הוא חייב לשלם כל הפחת גם הפחת שהיה מרגע הידיעה של הניזק מוטל עליו.

לגבי החידוש הראשון שהטורח מוטל רק על הניזק ויש לו זכות לתבוע את הוצאות ההעלאה מהמזיק. יש להעיר שאף שהוא אפשרי בשיטת התוספות והרא"ש, לא נראה כך פשוט דבריהם. כפי שכבר כתב בשו"ת "בית אפרים" (ח"מ לה) והובא בפת"ש (תג, א) וכן העיר שמה שציין הסמ"ע לטור ולב"י לא מפורש בדבריהם חידושו של הסמ"ע.

לגבי החידוש השני של הסמ"ע שהפחת מוטל על המזיק במקרה שלא ישלם את הוצאות ההעלאה כתב הט"ז:

מה שמחייב הסמ"ע למזיק אפילו בפחת נבילה וצריך לשום כפי מה שהיה שוה בשעת חיותה כיון שלא נתן ההוצאה, הוא תמוה דהא גזירת הכתוב דאותו הפסד לניזק מה שנפסד אחר המיתה וכי משום שלא נתן ההוצאה שהיא מועטת יהיה נלקה לשלם כל הפחת ומנא ליה לומר כן ... ואם לא שילם עדיין ההוצאה יכפנו עוד לשלם ההוצאה אבל יש פחת אחר מיתה ודאי על הניזק.

כלומר, הט"ז אינו מקבל אפשרות שהפחת יהיה על המזיק אף לא במקרה שהניזק העלה את הנבילה והמזיק לא שילם את הוצאותיו.

לדעתנו נראה שהסמ"ע שהולך בשיטת התוספות והרא"ש, כפי שעולה במיוחד מדבריו בס"ק ב, וכיון לדעתו של הרמ"ך שהבאנו למעלה וכפי שביארנו שהיא מתאימה לשיטת התוספות והרא"ש. ואילו הט"ז כנראה אוהז בתפיסה של רש"י והרמב"ם וכפי ששואל "מנא ליה לחלק" שהם אינם מערבים סברות בדין זה אלא ברגע שהנבילה הועלתה מהבור הפחת הוא של הניזק.

#### יח. מחלוקת קצות החושן והחזון איש

בספר קצות החושן (שפו, י) מביא את חידושו של רבי יקר במרדכי (ב"ק סימן קיד) שכשהזיק אדם את ממונו של חברו ובעקבות ההיזק הראשון היה צורך להוציא עוד ממון אינו חייב על הנזקים הנוספים. רבי יקר הביא כדוגמא את דין ריפוי בהמה שניזוקה שאינו חייב לשלם אותו. מטעם זה פטר רבי יקר אדם שזרק מטבע של חברו לים מלשם את הוצאות העלאת המטבע. (הקצות גם ציין לרבינו אליהו בהגהות מרדכי ב"מ סימן ריג שאמר יסוד דומה.)

הקצות הקשה עליהם מדין טורח נבילה שחייב להעלות את הנבילה מהבור למרות שהוא היזק שהתגלגל מהיזק שנגרם לממונו. ותירץ עפ"י דברי התוספות (ב"ק צח. ד"ה "מתיב") שבמקרה שנעשה נזק שמחייב את המזיק מגלגלים עליו את כל התוצאות של הנזק אף אלו שאינו חייב עליהם בדר"כ, אלא ששאל עפ"י שיטתם מדוע לא נחייב בריפוי בהמה. לכן הוכרח לומר שהמרדכי, שפוטר מריפוי בהמה, חולק על התוספות וסובר שאין לגלגל את התוצאות של הנזק אף אם התחייב בתשלום, עפ"י נותר הקצות בצ"ע על המרדכי מדין טורח נבילה.

בסוף דבריו מוסיף הקצות חידוש, עפ"י שיטת התוספות שמגלגלים במקרה שיש תשלום על נזק גם תשלום על שאר נזקים שבדר"כ אין חייבים עליהם, שאם אדם

דחף מטבע של חבירו לים ונפחת המטבע, הטורח להוציא את המטבע מהים יהיה מוטל עליו לשיטה זו, אעפ"י שאינו חייב בטורח זה כאשר הוא דוחף את המטבע לים והמטבע אינו נפחת.

נסכם את דברי הקצות: החיוב על תוצאה של פעולת נזק שנוי במחלוקת התוספות והמרדכי. לדעת התוספות חיוב תשלום על הנזק מגלגל את כל תוצאותיו של הנזק כמו טורח נבילה. לכן יחייב ריפוי בבהמה שניזוקה וכן יחייב העלאת מטבע שנפחתה במים. לדעת המרדכי אין לחייב את המזיק בתוצאות הנזק ולכן לא נחייב ריפוי בהמה ולא בהעלאת מטבע מהמים אפילו כשנפחתה, ונשאר בצ"ע בביאור המרדכי מהו דין טורח נבילה.

החזו"א (ב"ק ג, יב) חלק על הקצות. טענתו העיקרית היא שאין מחלוקת בין התוספות למרדכי ויש לחלק בין תוצאות שנחשבות לחלק מהנזק לבין תוצאות שנפרדות מהנזק.

על המקרה של התוספות שבו תלה הקצות שיטה שמחייבת על תוצאות הנזק, כשהמזיק החסיר חלק ממטבע תוך כדי ששייף את כל המטבע והתוספות מחייב את המזיק בתשלום על כל המטבע למרות שהשיוף בדרי"כ, אם אין חיסרון במטבע, אינו נחשב כנזק. כותב החזו"א שכוונת התוספות אינה כדברי הקצות שעל השיוף משלם בעקבות החיסרון, אלא ששיוף נחשב נזק בעצמו מכיון שבשיוף יש בדרי"כ חיסרון וזה מוכיח שיש להגדיר את השיוף כנזק והחיוב הוא א"כ על הנזק עצמו שהוא השיוף ואין להגדיר את השיוף כתוצאה. עפ"י בריפוי בהמה שהריפוי בא בעקבות מחלה שנובעת מהנזק, ניתן להפריד בינה לבין הנזק ואין המחלה חלק מהנזק, לכן לדעתו יודו התוספות שאין לחייב את המזיק. גם המרדכי אינו חולק בדברים שהם שייכים לנזק עצמו שהמזיק חייב עליהם ומיושב דין טורח נבילה שהוא דין בנזק עצמו. שהרי בבהמה חיה אין הבדל בשווי הבהמה בתוך הבור לחוצה לו, רק בגלל שזו נבילה ערכה יורד בתוך הבור, א"כ זהו חלק מהנזק.

נצטט קטע מדבריו: "אלא ודאי לעולם אין פטור זורק מטבע לים משום דמצי למימר שקיל בר אמוראי והוציאה, שמזיק אינו יכול לטעון כן כמו שאינו יכול לטעון הוצא את הנבילה מהבור, אלא זה שאפשר לתקן שולל צורת הנזקין ממעשה זו וחשיב גרמא ולא מזיק, אבל כל שנעשה ע"י מעשה ממשי ששם נזקין עלה נכלל הכל בכלל נזקין כיון שדמי הניזוק נפחתין עכשיו."



עפ"י הוא גם חולק על הקצות בחידוש שהוציא מדברי התוספות שכשדחף מטבע לים ונחסרה נחייב את המזיק בהעלאת המטבע. לדעתו יש להפריד בין הנזק שהוא החיסרון בגוף המטבע לבין היות המטבע במקום שהיא דהיינו מתחת למים, דבר שאינו מוגדר בדרי"כ כנזק, והדין של הטורח נאמר רק ביחס לדברים שהם נובעים מהנזק בעצמו ולא לדברים שטפלים אליו.

לדעתנו הויכוח בין הקצות לחזו"א תלוי בתפיסות שהעלינו.

הגישה של הקצות היא עפ"י שיטת התוספות והרא"ש שמחייבים את המזיק בטורח בגלל היותו תוצאה מהנזק ולכן הוא מקשה על הדין של ריפוי נבילה וזריקת מטבע, שהמרדכי פוטר בהם, מדין טורח נבילה. ומאידך הוא מבין בשיטת התוספות שיש לחייב על תוצאות הנזק. [אף שהקצות הרחיב את המושג של תוצאות הנזק בלי גבול ברור, והיה ניתן לחלק אף לפי הסברנו בתוספות וברא"ש בין תוצאה שנובעת ישירות מהנזק כמו היות הבהמה בבור לבין תוצאה רחוקה יותר כמו ריפוי].

החזו"א אינו רואה בטורח חיוב על תוצאות הנזק אלא מחייב על הטורח רק במקרה שהוא מוגדר כחלק מהנזק דהיינו כסיבה להפחתת שווי הנבילה מעבר למה שפחתה בגלל מותה.

ההגדרה של החזו"א משאירה אותנו בקושיה מהו הצורך בלימוד לטורח נבילה שהרי זהו ממש חלק מהנזק. התשובה היא, שהעובדה שהמקום של הנבילה בעקבות הנזק גורע מערכה, אינו מוגדר עפ"י פשוטו כנזק מכיון שניתן לשנות את מיקומה ולהעלות את הערך ודבר שניתן לתיקון עפ"י הגדרתו של החזו"א בעצמו הוא נידון כגרמא, אלא שבעקבות חידוש התורה עפ"י הבנת רש"י והרמב"ם, אנו קובעים את רגע התשלום עפ"י השלב שאחרי תיקון המקום למרות שאין זה נזק גמור והגבול לקבוע מהו מקום שעליו התורה גזרה שישפיע על התשלום הוא מקום שניתן להתייחס אליו כאל חלק מהנזק ושולוא הנזק לא היה למקום שום השפעה על הערך של החפץ.

לכן מובן שדין טורח נבילה לא נאמר במטבע שנפחתה בים מכיון שהאופי של המקום אינו משפיע באופן מהותי על הנזק לכן לא נאמר עליו דין טורח נבילה אף שניתן היה להתייחס אליו כתוצאה מהנזק כפי שהקצות התייחס אליו.

**יט. שמין לנוזקין**

הגמרא מיד לאחר דין טורח נבילה עוברת לטפל בדרך התשלום, ומעלה לדיון את השאלה האם שמין בגניבה ובנוזקין. משמעותה של הלכה זו נתונה במחלוקת בפוסקים ואין בכוונתנו אלא להצביע על המשך השיטתיות בשיטות הראשונים העיקריים שהזכרנו.

הגמרא (ב"ק יא,א) מביאה את דברי שמואל:

אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנוזקין.

לאחר מכן הגמרא דנה בשואל ומשואה אותו לבסוף לנוזקין.

**1. שיטת רש"י**

אמר שמואל - **מנהג דיינין** הוא שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן שאם גנב וגזל בהמה או כלים ונפחתו אצלו אין שמין הנבילה והשברים לבעלים שיחזיר גנב הפחת אלא ישלם בהמה וכלים מעולים והשברים שלו. אלא לנוזקין - שמין כדכתיב **והמת יהיה לו**.

כלומר רש"י מציין שהדיינים נהגו לחייב את הגזלן בתשלום כלי חדש למרות שמעיקר הדין יכול לשלם את השברים, למנהג זה יש יסוד עפ"י הבנתנו ברש"י בכך שהחייב באופן אמיתי כולל את תשלום כל החפץ.

**2. שיטת הרמב"ם**

שמין לנוזקין, כיצד, הרי ששבר כלי של חבירו בין הוא בין בהמתו **אין אומרין למזיק קח אתה את הכלי השבור ושלם לזה דמי כליו** אלא אומדין כמה פחת הכלי מדמיו ונותן לו כל הפחת אם היה המזיק מועד או חצי הפחת אם היה תם שני' והמת יהיה לו לניזק.

הרמב"ם לומד דין זה כשיטת רש"י.

**3. שיטת התוספות**

כתבו התוספות:

בשאלת דרב אחאי - גרי' אמר שמואל אמר לי אבא ולא כפ"ה דפירש דמנהג דיינין כך הוא.

אין שמין לא לגנב ולא לגזלן - פ"ה "אין שמין הנבילה והשברים לבעלים שיחזיר הגנב הפחת אלא ישלם בהמה שלימה וכלים מעולים והשברים שלו" ואע"ג דקיימא לן ישיב לרבות שוה כסף ככסף ואפי"ן סובין? גנב וגזלן שאני

משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל הלכך צריך להחזיר הגזילה או דמיה ולא סובין. וכן משמע בירושלמי "מנין שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן א"ר אבא בר ממל חיים שנים ישלם ולא מתים עד כדון גניבה גזילה מנין א"ר אבא בר ממל והשיב הגזלה אשר גזל כאשר גזל". והיינו **טעמא** דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן.

כלומר, התוספות מערערים על שיטת רש"י שזהו מנהג, לאחר מכן מקשים על רש"י מדין ישיב שמאפשר למזיק לשלם בשוה כסף. לכן הם מביאים את הירושלמי שזוהי גזירת הכתוב לשלם כעין שגזל ומסבירים שסברת הירושלמי היא שהגזלן קונה בגניבתו את החפץ לעומת המזיק שאינו מתכוון לקנות ואין לחייב אותו להחזיק את החפץ.

דברי התוספות מתאימים לשיטתם שהאפשרות שההיזק כולל את כל החפץ ירדה לחלוטין למסקנת הגמרא והם גם מוסיפים שמסברא אין צד לחייב את המזיק שהרי אין כונתו של המזיק לקנות את החפץ. אף משמע מהתוספות שכונתו ליישב את רש"י, נראה שרש"י אינו מסכים שזהו מדינא וע"כ גם אין קושיה עליו מדין ישיב שהרי הוא מדבר על מנהג דיינים. גם מהרא"ש (סימן יא) משמע שסובר כתוספות שזהו מדינא ולא מנהג.

אין להקשות מסברת התוספות על השיטות שהתשלום כולל את כל החפץ שהרי גם בגזלן התוספות נדרש ללימוד מפסוק למרות הסברא כך שנראה שהסברא אינה מכריעה.

אמנם על פי פירושו של הרשב"ם (תוספות ב"מ צו: ד"ה "זיל שלים", הגהות אשרי על הרא"ש כאן, תוספות רבינו פרץ ד"ה "אין שמין" ועיין רמב"ן ב"מ שם) שבגנב ובגזלן פחת הנבילה עליהם ולא על הנגזל והוא תולה את זה בסברה שהתוספות הזכיר וללא פסוק מיוחד שממנו נלמד שהדין שונה. עפ"י דבריו נשאר הקושי שהעלינו מה הצורך בפסוק לפחת נבילה בשאר נזקים שהרי מסברה אין לחייב את המזיק בפחת שהרי אין כוונתו לקנות.

נראה שעפ"י ההגדרה שהעלינו בשיטת התוספות והרא"ש שתולים בידיעת הניזק והגדרת הנזק היא גם על תוצאותיו הרי שגזירת הכתוב באה להטיל את האחריות

על הניזק ולקבוע את גבול הנזק. בעוד שסברת הרשב"ם טובה לפטור את המזיק לאחר סיום הנזק, שאת גבולותיו קובעים בפסוק. אמנם אם הרשב"ם אינו סובר כתוספות לכאורה נישאר בקושיה מהו הצורך בלימוד?

בתוספות תלמיד ר"ת ור"א (בהוצאת רמ"י בלוי) מביא את כל השיטות בענין זה של אין שמין באריכות. את שיטת הרשב"ם הוא מביא בתחילה ללא הסברה שהובאה בתוספות ב"מ, לאחר מכן מביא מתוספות שהיו לפניו (כנראה של תלמיד ריב"ם שהוא בעל שיטה זו בתוס' ב"מ הנ"ל). שיטה נוספת שהדיון הוא על הצורך של ב"ד לטעון בשביל הגזלן שאינו צריך ליטול את השברים ולשלם במקומם והסבר זה מנומק בסברה שהזכרה קודם שאין לטעון לגזלן שיכול לשלם את השברים שהרי התכוון לזכות בשברים, משא"כ במזיק שטוענים בשבילו מכיון שלא התכוון לזכות. [בתוספות ב"מ הנ"ל הובא ריב"ם כמסכים לרשב"ם ומוסיף עליו, ובתוספות הזה לא ברור האם זו שיטה נפרדת לגמרי או מצטרפת לשיטת רשב"ם.] ועל כך מוסיף התוספות דברים חשובים:

"וזהו כמו כן הטעם דאמרינן פחת נבילה לניזק, דלא נתחייב המזיק לשלם אלא הפחת שהיה בשעת הנזק, אבל מה שנפחתה הנבילה לאחר מכאן ברשות הבעלים נפחתה.

והאי דדריש לעיל מן והמת יהיה לו דפחת נבילה דניזק?

נראה לרבי משום דמשמעות דקרא משמע טפי דלמזיק קאמר, דהכי משמע שלם ישלם שור תחת השור, שור אחר תחת השור שהזיק, והמת יהיה לו לעצמו למזיק, ולא יחשב לו בתשלומין. אלא דסברא אינה נותנת לדורשו כפי המשמעות, וכמו שפירשתי שהדין נותן שהנבילה לניזק, ודחיק קרא למידרשיה כפי סברת הדין."

כלומר, התוספות התקשה בשאלה שהעלינו מהו הצורך בפסוק למי שמקבל את הסברה של רשב"ם. ומיישב שהדרשה באה לתקן את פשט הכתוב שמתנגד לסברה, ואלמלא הדרשה היינו נאלצים לפסוק דלא כסברה מפני גזירת הכתוב.

עפ"י הבנתנו ברמב"ם וברש"י ניתן גם לאמר שפשט הכתובים אכן נשאר גם למסקנה וגזירת הכתוב מוסיפה שהבהמה מצטרפת לתשלומים על הנזק מיד ברגע

הנזק, אלא שאז כמובן אין מקום לסברת הרשב"ם, כפי שאכן ראינו שהם אינם סוברים שפחת נבילה לגזלן.

### כ. סיכום

על בדברים שתי גישות בראשונים לדיני הנזק והשלכותיו. רש"י ורמב"ם- התורה מחייבת את המזיק לשלם את מחיר החפץ הניזק. דין "פחת נבילה" מצמצם את החיוב על ידי כך שהחפץ הניזוק בעצמו הופך להיות חלק מהתשלום, וממילא התשלום הנותר הוא השלמת הסכום שהיה שווה החפץ ברגע הנזק לערכו לפני הנזק.

לפיכך מה שקורה לאחר מכן לחפץ אינו משפיע על התשלום. דין "טורח נבילה" בא לקבוע שהתנאי לקביעת החפץ הניזוק כתשלום הוא רק לאחר שהחפץ נמצא במקום בו הוא אכן זמין.

תוספות ורא"ש- התשלום על הנזק הוא רק על הפחת שנגרם במעשה הנזק, מצד שני החיוב בנזק נמשך גם לאחר פעולת הנזק הראשונית. דין "פחת נבילה" הוא נקודה אותה קבעה התורה שממנה ואילך תוצאות הנזק אינן מוטלות יותר על המזיק ומכאן ואילך אחריות הניזק למנוע את הנזק, זאת בכדי למנוע מצב בו הניזק נמנע מלטפל בחפץ הניזוק וגורם על ידי כך להגדלת הנזק. מדברי הרמ"ה העלינו שלדעתנו תוצאות הנזק כוללים רק את הנזקים הישירים ולא דברים חיצוניים כירידת מחירים בשוק.

### כז. מיצר שהחזיקו בו רבים

התובע<sup>294</sup> דורש מהיישוב שישאירו בידו זכות לעבור דרך מגרש מסויים בו לדבריו נהגו הוא ואחרים לעבור במשך שנים רבות באין מוחה בדרכם לבית הכנסת.

#### א. מקור הדין

המשנה בבבא בתרא (צט,ב) קובעת:

מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו נטלה ונתן להם מן הצד - מה שנתן נתן, ושלו לא הגיעו.

הגמרא מסיקה שהטעם הוא משום דברי רב יהודה: "מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו."

#### ב. דרך יצירת המיצר

מדברי הרשב"א בתשובה (שו"ת א,אלף קנב) עולה שלא רק מעבר אנשים בדרך, אלא גם פעולה מעשית להכנת הקרקע להילוך הרבים מזכה את הרבים במצר גם ללא הילוך בפועל. כך גם מדויק מדברי הרשב"ם (ק,א ד"ה שהחזיקו, ועוד): "שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו", דהיינו שדי בכך שהרבים תיקנו דבר בדרך ובעל המצר שתק. זה מהווה הוכחה שהוא מוחל על הדרך.

לגבי הילוך בפועל יש שסברו שלדעת הרשב"ם אינו יוצר חזקה (שו"ת ספר יהושע קיג, שו"ת מהר"י הלוי כ), אך הרשב"א בתשובה הנ"ל כותב כדבר פשוט שגם בהילוך בלבד קונה וכן כותב בשו"ת פני יהושע (א,ד מובא בפת"ש שעז,א):

כיון דכל הפוסקים סתמו ולא כתבו דבעינן חזקה ממש, אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו, מי הוא זה שידון בדבר חדש להצריך חזקה ממש דוקא. גם בדברי הרשב"ם יש לדחות דאין כונתו בחזקה דוקא אלא לשון מצר שהחזיקו דחקו כו', וקמ"ל רבותא אף על גב דלא הלכו עדיין עליה רק עשו מעשה במצר אסור לקלקלו כו', וכיון דאין ראייה מדבריו אין להוציא מיד הקהל...

כך גם נוקטים מהרש"ם (א,ה ועוד) ואבני נזר (חו"מ יג).

אם כן די בהילוך בלבד ובוודאי אם גם נעשו פעולות להתקנת המקום להליכה.

<sup>294</sup> חלק מפס"ד ארץ חמדה גזית, בהרכב: הרב דניאל מן (אב"ד) והרב מנחם יעקובוביץ.

**ג. החזקה ברשות**

המרדכי (בבא בתרא תקו ; מובא בדרכי משה חו"מ שעז) כותב :

מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, וכגון שהחזיקו ברשות תחלה, אבל אם באים מתחלה שלא ברשות להחזיק בהא אמרינן פרק המניח : לינקוט פיזרא וליתוב.

דהיינו מדובר במקרה שבו בעל השדה נתן לרבים רשות להחזיק במצר. כך גם עולה מדברי רשב"ם (ב"ב צט, ב ד"ה מי), תוספות (ב"ב יב, א ד"ה מיצר, כו, ב ד"ה עד בשם ר"ח וריב"ם) ר"ש משאנץ (אהלות יח, ד), ראב"ד, רשב"א ורבינו יונה (מובאים בשיטמ"ק ב"ב ק, א), מאירי (ב"ק כח, א וב"ב יב, א וק, א), ר"י קרקושא (בבא בתרא שם) האגודה בשם ר"י (ב"ב א, כד), שו"ת הרשב"ש (ד) שהמדובר במי שנתן רשות לבני המקום לילך בחצירו.

וכן פוסק רמ"א (חו"מ שעז, א) :

מצר שהחזיקו בו רבים **ברשות**, אסור לקלקלו (מרדכי בבא מציעא).

וראה גם שו"ת מהרש"ך (ב, קעב) שמחזק פסיקה זו וכן ראה קובץ תשובות (רי"ש אלישיב א, רח).

במקרה שהמיצר מוחזק ואין ידוע האם ברשות, כותב הסמ"ע (שעז, ב) :

מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להן ואמרינן דבדאי ברשות החזיקו בו.

וראה בתשובת המהרש"ם (א, ה) שהאריך בביאור הדברים וציין לעוד פוסקים הנוקטים כשיטה זו וכן עיין בדברי האבני נזר (חו"מ יג). בשו"ת שבט הלוי (י, רפט) כותב בעניין מי שלא הקפיד על כך שיעברו בחצירו אך לא התכוון להקנות את המקום למעבר לעולם :

הנה שאלה גדולה שאל, ולהאמור למעלה נתישב זה, היות כ"ז שלא נתן רשות בפ"י אין דין זה שייך, ואף למש"כ בסמ"ע סי' שע"ז ס"ק ב' וכה"ג כתבו הראשנים דאף דלא ידעינן שנתן רשות טענינן עבור הרבים דמסתמא נתן רשות, מכ"מ מסתבר דלא שייך זה אם יודע בנפשו באמת דלא נתן רשות ע"ז ומוכן להשבע ע"ז, ובפרט אם הבי"ד רואים צדקת טענתו לפי הענין דודאי לא נתן רשות.

מדבריו עולה שנדרשת נתינת רשות ברורה על מנת לקנות זכות שימוש של מעבר ובדרך כלל אין די בשתיקה בעלמא.

מכאן שבמקרה דנן שלא הייתה מעולם נתינת רשות, גם לדברי התובע, כי אם שתיקה בעלמא של ראשי היישוב, הרי שאין לכאורה בסיס לחלק זה של התביעה. נוסף עוד מספר סברות מהן עולה שמעיקר הדין התובע לא קנה את זכות המעבר.

#### ד. "החזיקו" רק בדבר שמקפידים עליו

כותב המהרשד"ים (חו"מ רלח):

דלא הוי חזקה אלא היכא דאיכא חסרון לבעל הקרקע ולא מיחה דאז איכא למימר כיון שלא מיחה הוי ראייה שנתן או מחל ושוב א"י לחזור בו. גם בשו"ת דברי חיים (ב,יג) מבאר שרק בדבר שמקפידים עליו שייכת חזקת הרבים: אבל על כל פנים בעי דוקא ברשות, אבל הכא שהחזיקו בו במה שנחו שם לפעמים או בהילוך שלא קפדי בו בני אדם אפילו בחצרם אם הוא פתוח, ובכהאי גוונא לא מקרי החזיקו ברשות, וכמו שכתוב בתשובות האלשיך, הספר אינו לפני אבל בבירור ראיתי שם דכהאי גוונא דלא קפדי אינשי לא הוי חזקה כלל, וגם בכמה תשו' ראיתי כן וכן נפסק הדין בבית דין ולכן אין שום טענה להרבים נגד היחיד...

וכן נוקט בשו"ת ישועות מלכו (חו"מ ח):

וגם מצד שהחזיקו בו רבים ל"ש דצריך דוקא שיתן להם מדעתו ואף על גב דטוענין עבור רבים כמבואר בסמ"ע בסי' שע"ז היינו בדבר דשייך ב"י חזקה כמו בעברה דרך שדהו שממעט מקום הזריעה שעל מקום הזה לא זרע והכל לפי המקום והזמן ואנן סהדי דבזה"ז אין רגילות להקפיד, ובמקום שא"א לגזור והוא פרוץ אין אדם מקפיד בדריסת הרגל במקום דל"ש היזק רא"י... עולה אפוא שבמקום שהשימוש בו אינו מפריע לאיש אין בו דין מצר שהחזיקו בו שכן אף אחד אינו טורח למחות.

#### ה. זכות הילוך או בעלות ממשית?

יש לציין שנחלקו הפוסקים האם בדין "מצר שהחזיקו בו רבים" מדובר בזכות שימוש בלבד או בקניין של ממש. בשו"ת דברי חיים (שם) הוכיח שמדובר בזכות הילוך בלבד. וכן עולה מדברי רבינו יונה (מובא בשטמ"ק ב"ב ק,א).



אמנם בשו"ת מהרש"ם (א,ה ועוד) טוען כנגדו שמדברי הראשונים מוכח שמדובר בבעלות של ממש. כך לדבריו עולה במפורש מדברי האור זרוע (תשסג) וראשונים נוספים.

לאור וויכוח זה יש מקום לדיון במעמד החוקי.

### דין "מצר שהחזיקו בו" מול דינא דמלכותא

רבי שלמה קלוגר (חכמת שלמה חו"מ שעז) טוען שאם יצירת החזקה תלויה באישור חוקי הרי שאין חזקה שהיא נגד דין המלכות.

אמנם המהרש"ם (א,ה) חולק על שיטה זו:

אבל מה שכתב רום מעלתו מדי' תוע"ר סי' י"ג, דבקניית קרקע לא קנה עד שיכתוב בטאבילאציע, יש לפקפק. דא"כ לא יועיל במיצר שהחזיקו בו רבים אלא אם כן כתבו שטר! ובע"כ דליתא! דהתם לגבי חזקת הילוך דרבים, א"צ שטר וסמיכות דעת, ודמי לשכירות דא"צ שטר אפי' ביחיד. ואף דהכא הוי לעולם, מ"מ רבים עדיפי.

אף על פי כן נראה שסברה זו יש לה מקום וכך הביאו בשם הרב חיים פנחס שיינברג (מסביב לשולחן 443, מובא ב'דף על דף' ב"ב ק,א):

אמר לי הגאון ר' חיים פנחס שיינברג שליט"א, כי לדעתו, בזמננו יש לצדד שאין דין זה של מיצר שהחזיקו בו רבים, וטעמו, כי יסוד דין זה, משום ויתור ומחילה של בעל הממון, [או הפקעת חכמים את הממון, אחר שהרבים זכו בזה]. וכיון שבזמננו יש "טאבו" רישום מקרקעין, וכולם נותנים עיניהם ברישום זה, אפשר ובעל הממון לא מוחל, ומה שהסכים שיעברו, זה משום שידע כי רישום המקרקעין הוא הקובע, ואפשר שלא הפקיעו חכמים כאשר יש רישום.

סברות אלו יש להן לכאורה מקום במקרה שחזקת הרבים יוצרת בעלות לרבים בקרקע וממילא דורשת ומחייבת רישום הקרקע על שם משתמשיה. כאמור לעיל הדבר שנוי במחלוקת. אפשר לומר שאפילו אם מדובר בזכות שימוש, שהטאבו משפיע על העניין מכיוון שבנוסף לרישום בעלות, אפשר לרשום זכות מעבר כ"זיקת הנאה" בטאבו.

**ו. דרך ט"ז אמה**

המהרשד"ם (חו"מ רלח) מדייק ברמב"ם (נוזקי ממון יג, כז) שרק אם רוחב הדרך ט"ז אמה יש דין מצר שהחזיקו רבים, וראה בשו"ת שבט הלוי (י, רפט) שצירף שיטתו לסברות נוספות.

**ז. הגזרת רבים**

התובע לא ביסס את טענתו שרבים עברו דרך המקום. הנתבע הכחיש טענה זו בצורה משכנעת, ואמר שרוב רובם של אנשי השכונה לא עברו דרך המקום הזה, מפני שזה היה מצריך לעבור דרך רכושו של התובע. יתכן מאוד שבעיקר רק שתי משפחות (אחת מהם, זו של התובע) הם אלו שעברו דרך המקום.

מוסכם בפוסקים שיש לחלק בין רבים שהחזיקו לבין יחיד שהחזיק במיצר (עייין בין היתר במשאת בנימין (סלוניק) סי' ד), אבל רק מעט מהם הגדירו מה הגבול בין הגדרות כלליות אלה. יש לציין שלדעת החכמת שלמה (חו"מ שעז) רבים היינו רוב העיר, תנאי שגם לא התקיים כעת. עייין בשו"ת ירים משה (קאסטר) חו"מ סי' יד שמביא דעות שמספיק בני מבוי ולא דווקא כל בני העיר. אבל לא הוכח שגם כלל בני המבוי, דהיינו האזור הקרוב שלאנשיה היה עניין להשתמש בקיצור דרך זו, אמנם עשו כן בקביעות (כפי שדורש הירם משה הני"ל).

זאת ועוד. נידון דידן הוא מקרה יוצא דופן, בזה שאין כאן מקרה שהרבים תובעים מהיחיד לשמור את דרכם. אדרבה, יחיד (שהמצר עובר דרך חצרו והמגרש הפנוי) דורש זכותו נגד רצון נציג הרבים שרוצה להשתמש בו לצורך הנעשה לטובת הרבים. אפשר לדחות צורת חשיבה זאת ולומר שגם אם רוב תושבי היישוב מעוניין בפיתוח (בהנחה שהנציגות הנבחרת מייצגת נכונה את דעתם), זכויות אנשי השכונה המשתמשים בשביל גוברות. אולם אין הדבר נראה נכון.

**ח. סיכום ומסקנות**

נראה שדין "מצר שהחזיקו בו רבים" אינו יכול להתקיים במקרה דידן, בעיקר בגלל החיסרון המרכזי של טענה ממשית של קניין במקום. בנוסף לכך הזכרנו סברות נוספות: חוסר מחאה משום שלא הפריע לאיש, חוסר רישום והסדרת המקום כמעבר ציבורי על פי חוק, וכן שיקולים נוספים המפורטים לעיל.

## כח. הסתכנות רופא עבור הצלה

### הצגת המקרים

נציג כמה מקרים בהם רופא עשוי למצוא עצמו בסכנה תוך כדי הגשת העזרה.

#### מקרה א

ד"ר דוד נמצא בחדר מיון במסגרת עבודתו הרפואית בבית החולים. מוכנס למקום פצוע קשה הסובל מדימום המסכן את חייו. טיפול דחוף יכול להציל את חיי החולה אך ד"ר דוד מגלה לחרדתו שהכפפות המשמשות לעבודת החירום אזלו. הטיפול בחולה ללא כפפות עלול לסכן את חייו של ד"ר דוד שכן אם החולה שלפניו לוקה במחלות מדבקות יתכן והן יועברו אליו.

#### מקרה ב

מיודענו ד"ר דוד סיים כבר בשעה טובה את עבודתו ועתה הוא נוסע בדרך לביתו. לפתע הוא מזהה תאונת דרכים שכתוצאה ממנה מוטל פצוע בצד הדרך. הוא יכול להגיש עזרה לפצוע וכנראה להציל את חייו אך הוא יאלץ לעשות זאת ללא תנאים המאפשרים הגנה מאותן מחלות מדבקות שיתכן ופצוע זה נושא עליו.

#### מקרה ג

ד"ר דוד יוצא לערב נעים של מנוחה בעיר, אך לצערנו הוא נקלע לפיגוע טרור. ידוע שלפיגועים אלו נשלחו מתאבדים נושאי מחלות מידבקות. האם עליו להסתכן ולהתחיל בטיפול אף שאין לו אפשרות להגן על עצמו. מלבד זאת קיים חשש של מתאבד נוסף שינסה לפגוע בצוותי הצלה. במאמר שלפנינו ננסה לענות על השאלות הללו לפי ההלכה.

### א. פתיחה

מוצאים אנו בתורה שמחוייב אדם להציל את רעהו הנמצא בסכנת חיים. החיוב לעשות זאת מבוסס על פסוק מהתורה ונמנה לדעת כל הראשונים במניין המצוות כמצוה שתוקפה מהתורה.

ברצוננו לעמוד על ההיקף של חיוב זה. נתמקד בשאלה האם עבור מצוה זו נדרש אדם גם לסכן את חייו. שאלה זו אינה עולה בדרך כלל ביחס לקיום מצוות, על פי הכלל שקבעו חז"ל (יומא פג,א) שפיקוח נפש דוחה את כל התורה ואפילו ספק פיקוח נפש דוחה את קיום התורה. למרות זאת הפוסקים העלו אפשרות שיש גם חיוב או היתר להסתכן עבור הצלת אדם מישראל וברצוננו לברר מה המיוחד במצוה זו ומה

פסיקת ההלכה לגבי שאלת הסיכון.

בנוסף לכך יש לדון במיוחד במעמד הרופא שעוסק בהצלה האם יש לו מחויבות שונה מאשר אדם אחר הן מצד הבחירה שלו לעסוק במקצוע זה שיש בו סיכונים והן מצד התביעה החברתית והציבורית כלפיו.

### 1. מקור המצוה

בספר ויקרא בפרשת קדושים כחלק ממערכת הציוויים שפותחת בציווי הכללי "קדושים תהיו" נאמר (יט, טז) "לא תלך רכיל בעמך לא תעמוד על דם רעך אני ה'". מה משמעותו של האיסור שלא לעמוד על דם רעך. חז"ל מבארים את הדבר (תלמוד בבלי סנהדרין עג, א):

מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך.  
דהיינו התורה דורשת ממך לא לעמוד מנגד ולראות את חברך שמוקף או טובע ולא לנקוף אצבע אלא עליך לחוש לעזרתו ולהושיעו.  
הגמרא שהבאנו מוסיפה ומלמדת אותנו את היקף החיוב:

והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אבדת גופו מניין - תלמוד לומר והשבתו לו! - אי מהתם הוה אמינא: הני מילי - בנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי - אימא לא, קא משמע לן.

כלומר, ניתן ללמוד את החיוב להציל ממקור אחר והוא פסוק שנאמר ביחס להשבת אבידה "והשבתו לו" וחז"ל למדו ממנו שכשם שיש חיוב להשיב את ממונו האובד של האדם כך יש צורך להציל את האדם מנזקים שייגרמו לגופו. ואם כך הוא התקשתה הגמרא מדוע שבה התורה וכפלה את המצוה להציל. ועל כך תירצה הגמרא שלולא הפסוק הנוסף לא היינו יודעים אלא שיש חובה על האדם עצמו לעשות מעשה הצלה אך במקרה שאין בכוחו להציל ויש צורך לטרוח ולהביא עזרה נוספת ויתכן שיש גם צורך להשקיע מכספו בכך היינו חושבים שאינו מחוייב בכך. לכן התורה שבה וכפלה את האיסור ולימדה אותנו שיש לאדם חיוב לטרוח גם מעבר לפעולת העזרה האישית שלו בגופו ולהניע אנשים נוספים על מנת להביא להצלת האדם שנמצא בסכנה.

הרמב"ם בספר המצוות שלו (מצות לא תעשה רצז) מגדיר אותה במילים אלו:

שהזהירנו מהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת המות או ההפסד ויהיה לנו יכולת להצילו. כמו שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו. או יהיה גוי משתדל להרגו ואנחנו נוכל לבטל מחשבתו או לדחות ממנו נזקו. ובאה האזהרה מהמנע להצילו באמרו יתעלה (קדושים יט) לא תעמוד על דם רעך.

כך גם נמנתה על ידי הסמ"ג (לאוין קסה), הסמ"ק (מצוה עח), ספר החינוך (רלז) וספר היראים (קצג).

## 2. כניסה לספק סכנה לצורך הצלה

בסוגיית הגמרא שהבאנו למעלה לא הוזכר האם אדם צריך להסתכן עבור הצלת חברו. אמנם ניתן לומר שהמקרים שהובאו בגמרא מחייבים מטבעם הסתכנות, שהרי אם אדם טובע או מותקף בידי חיה או ליסטים, יתכן מאד ולצורך הצלתו נדרשת התמודדות עם גלי הים הסוערים או עם חיה זועמת ולכאורה יש בזה סיכון. אולם ניתן גם לתאר מציאות ובה המציל אינו מסתכן וכפי שהרמב"ם בלשונו המדויקת והתמציתית הדגיש לנו בתארו את המצוה: "שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו" כלומר הטובע שנפל למים אינו יודע לשחות ואילו המציל יודע לשחות כך שהוא כלל אינו מסתכן. וכן "יהיה גוי משתדל להרגו ואנחנו נוכל לבטל מחשבתו" כלומר הליסטים אינו עומד בהכרח עם חרב שלופה מעל גבי היהודי אלא מדובר במזימה שמאיימת מעל ראש היהודי והמציל הוא בעל העצה והאמצעים להסיר את המזימה.

נפתח בבירור המקורות המפורשים בראשונים ונחזור מהם לנסות ולברר את הספק מסוגיות הגמרא.

## ב. פסיקת הראשונים

### 1. שיטת המחייבים להסתכן עבור הצלה

#### א. הגהות מיימוניות

בספר הגהות מיימוניות לרבי מאיר הכהן, תלמיד המהר"ם מרוטנברג, מוסיף על דברי הרמב"ם (רוצח ושמירת הנפש א, טו)<sup>295</sup> שמי שאינו מציל את רעהו עובר ב"לא

<sup>295</sup> ההגהות מיימוניות נדפס בשתי מהדורות שונות ההגהה שלפנינו מקורה במהדורה של דפוס קושטנטינה ה'רסט (1509). ברוב הדפוסים המקובלים מובאות ההגהות מיימוניות לפי דפוס ויניציא. אך במהדורת הרמב"ם של רבי שבתאי פרנקל השלימו את ההגהות עפ"י דפוס קושטנטינה.

תעמוד על דם רעך" את המילים :

בירושלמי מסיק אפילו להכניס עצמו בספק סכנה.

כלומר לדעתו עפ"י דברי הירושלמי החובה להציל מחייבת גם כניסה לספק סכנה. ההגהות מיימוניות לא הגדיר את שיעור הסכנה אליה חייבים להיכנס. מדברי הרדב"ז (שו"ת הרי"ח) משמע שהבין שמחייב רק ב"קצת ספק סכנה" אך מדברי הפוסקים שדנו בדבריו משמע שהבינו בפשטות שכוונתו אף לספק שקול. ההגהות מיימוניות לא גילה לנו את המקום בירושלמי בו מופיעה מסקנה זו. אמנם תופעה מצויה היא בין ראשוני אשכנז שמביאים את הירושלמי ואינו לפנינו בירושלמי. וכבר עמדו על כך חכמים שונים ושיערו שיתכן וראשוני אשכנז קראו בשם ירושלמי לספר אחר שאינו התלמוד ירושלמי, ספר זה עשוי להיות מתורת הגאונים או ממקורות אחרים<sup>296</sup>. תופעה זו בולטת בתורתו של הראב"ה שהיה חי בדור לפני המהר"ם מרוטנברג רבו של ההגהות מיימוניות<sup>297</sup>, ידועים גם מקרים בהם ההגהות מיימוניות אכן הזכיר ירושלמי וכוונתו הייתה כנראה לספר זה<sup>298</sup> יש מחכמי ישראל שניסו למצוא מקור בירושלמי שלפנינו לדברי ההגהות מיימוניות, ונסה בהמשך לברר את שיטת הירושלמי כפי שנמצא לפנינו.

### ב. מהר"ם ריקנאטי

רבי מנחם מריקנאטי, מחכמי איטליה בדורו של ההגהות מיימוניות, מביא בפסקיו (סימן תע) את המקרה הבא :

אם אמר השלטון לישראל הנח לי לקצוץ לך איבר אחד שאינך מת ממנו או אמית ישראל חבירך. יש אומרים שחייב להניח לקצוץ לו האיבר הואיל ואינו מת. וראייה מדאמרינן בע"ז (כח:) החש בעינו מותר לכוחלה בשבת ומפרש טעמא משום דשוריני דעינא בליבא תלו משמע הא איבר אחר לא והשתא יבוא הנידון בקל וחומר. ומה שבת החמורה שאין אבר אחד דוחה אותה

<sup>296</sup> מהר"ץ חיות ב"כל כתבי המהר"ץ חיות" עמ' תתצא-תתצח, ר"א אפטוביצר ב"מבוא לראב"ה" עמ' 276 ראה גם "הירושלמי כפשוטו" חלק א עמ' כה.

<sup>297</sup> עפ"י ר"א אפטוביצר (מבוא לראב"ה עמ' 6 ועמ' 13) המהר"ם אף הספיק לראות את הראב"ה. וזאת עפ"י דברים המובאים בהגהות מיימוניות הלכות אבל (ז,ה).

<sup>298</sup> סיני פה חוברות א-ו עמ' סד במאמרו של הרב רצון ערוסי.

נדחית מפני פיקוח נפש אבר אחד שנדחה מפני השבת אינו דין שיידחה מפני פיקוח נפש.

כלומר, אם עומדת בפני אדם אפשרות להציל אדם אחר על ידי כך שיאבד איבר משלו מחוייב הוא לעשות זאת. הוא מוכיח את זה מקל וחומר משבת שגם כשאדם עלול לאבד איבר, אם אין בזה פיקוח נפש אין מחללים שבת עבור האיבר שיאבד, למרות ששבת נדחית מפני פיקוח נפש. א"כ ודאי שעבור פיקוח נפש שהוא יותר חמור משבת ראוי שאדם יהיה מוכן לאבד איבר. ניתן לכאורה להסיק מדבריו ביחס לשאלתנו שלדעתנו חייבים להיכנס לספק סכנה כדי להציל אדם מישראל.

אמנם ניתן לחלק בין איבוד איבר שברור שלא ימות מחסרונו ולכן מחוייב בו. לבין ספק סכנה שהמציל נמצא בסכנת חיים וספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש. גם ניתן לדייק מדברי הריקנאטי שאיבוד איבר יש בו סיכון אסור אעפ"י שאין זה מחוייב המציאות שימות ממנו שהרי יש שאיבדו עין ונותרו בחיים. אך מסתבר שאף באיבוד איבר שאינו אמור להמית בודאי יש סיכון רב ואף על פי כן מחוייב אדם לאבד איבר ולהסתכן עבור הצלת חברו<sup>299</sup>.

על כן ניתן להכליל את המהר"ם ריקנאטי בין הסוברים שחובה על אדם להסתכן אלא שהוא מתחם את גדרי הסיכון בגבול נמוך יותר. כמובן שבהקרבת איבר מגופו של המציל, גם אם אין סכנה באיבוד איבר זה, יש בכך התמודדות נפשית ורוחנית יוצאת דופן אך אנו מתמקדים בבירור הגישה לשאלת החובה ליטול סיכון גופני של איבוד חיי אדם ולא בהיבטים של צער והקרבה שראויים לדיון נפרד.

#### ג. רבינו ברוך ורבינו אליעזר ברבי יצחק

בספר ערוגות הבושם שנכתב על ידי רבי אברהם בן רבי עזריאל כפירוש על הפיוטים ישנם גם דיונים הלכתיים מעטים, אחד מהם עוסק בנושא חופף למקרה בו אנו עוסקים. קטע זה הוא הקטע היחיד מהספר שהיה ידוע מתוך הספר הזה בדורות הקודמים מכיון שהובא בשמו בהגהות מרדכי (על המרדכי סנהדרין סימן תשיח). הספר כולו הודפס מכת"י בידי פרופסור א"א אורבך ז"ל, בשלושה כרכים. אנו נביא

<sup>299</sup> במציאות של ימינו יתכן שאדם יאבד איבר בנייתוח כמעט ללא סיכונים וכפי שנידון בפוסקים לגבי תרומת כליה וכדומה. אך אנו מדברים על תקופה קדומה יותר שהסכנה הייתה הרבה יותר משמעותית.

את הדברים במלואם כפי שנמצאים בספר השלם (כרך ג עמ' 199) כיון שהנוסח שבמרדכי הינו מקוצר [הכנסנו שינויים משמעותיים שיש בנוסחת המרדכי בסוגריים מרובעות<sup>300</sup>]:

ואם אמר גוי לישראל קטע יד פלוני ואי לא קטילנא לך אומר היה מורי הר"ב ז"ל דמותר לקטוע מפני פיקוח נפש וחייב לפרוע דמי ידו. וזו הייתה תשובת ה"ר אליעזר ז"ל.

מה שכתב רבינו דרך פשיטא דממאי דדמך סומק טפי דילמא דמא דההוא גברא סומק טפי משמע דבאבר אחד של חבירו מציל עצמו, לא הבנו. דכיון דקאמר דילמא דמא דההוא גברא סומק טפי משמע דספק נפש חבירו מונעו מלהציל עצמו, ובאיבר אחד נמי איכא ספק נפש, כדאמרינן בהחובל (ב"ק פד.) "דילמא בהדי דעויר עינא נפיק נשמתיה", ומטעם זה נראה דמותר לחלל שבת על איבר אחד, אע"ג דרובא [באיבר אחד] לא מייתי במקום שאינו עושה טריפה. הא אמרינן בפרק ה דיומא (משנה ז) "אין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב". ומה בין זה לגב היד וגב הרגל דמחללין כדאיתא בפרק ח' שרצים (שבת קט.). ואל תדחני התם לרפואות דשבות בעלמא [נוסח אחר: ויש דוחים דמחללין בשבות דעלמא] משמע, דמחללין קאמר...

כלומר הדיון הוא סביב השאלה האם להתיר לאדם לחבול בחבירו על ידי קטיעת ידו כדי להציל את חייו. לדעת רבינו ברוך, שהיה מרבתי של ערוגות הבושם. וכן לדעת רבי אליעזר בן רבי יצחק, גם הוא מגדולי הראשונים, מותר לו לחבול משום פיקוח נפש. על דבריהם משיג הערוגות הבושם וטוען שמכיון שבאיבוד איבר יש ספק סכנת נפשות אין להציל את עצמו בספק סכנת נפשות של חבירו. ומסיק שראוי מטעם זה גם צריך לחלל שבת על סכנה של איבוד איבר.

מדברי ערוגות הבושם נראה בעליל שאסור להסתכן עבור הצלה והנימוק שהוא נותן לכך הוא שכשאנו עושים את החשבון שאין דם אחד עדיף על חבירו הרי הגדרת הדם כוללת גם ספק סכנה שעלול להביא למצב של קיפוח חייו של אדם. אמנם דעת רבינו ברוך לכאורה אינה ברורה ביחס לשאלה האם חייבים להסתכן עבור הצלה שאף שהוא מתיר איבוד איבר שמא לדעתו אין זה סכנת נפשות אלא

<sup>300</sup> לדעת פרופסור אורבך בהערותיו לספר ערוגות הבושם (כרך ג עמ' 198) יתכן וההגהות מרדכי השתמש בכתב יד שבו היה נוסח מקוצר של הספר או מהדורה אחרת ומכך נובעים השינויים בנוסח.



חבלה בעלמא. ובאמת מלשון הערוגות הבושם כפי שהובא במרדכי היה קשה מאד לברר נקודה זו. אלא שבציטוט המלא שהבאנו נוסף משפט שמביא הערוגות הבושם מדברי רבו שממנו משמע יותר שדעת רבו היא לחייב הסתכנות עבור הצלה. לפי דבריו רבינו ברוך מסתמך על דברי הגמרא שמבארת מדוע אדם צריך ליהרג ולא לעבור בשפיכות משום "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי מדמא דידיה" דהיינו מדוע הנך סובר שעדיף שתהרוג את השני ותינצל אתה האם דמך אדום יותר. ומכאן למד רבינו ברוך: "משמע דבאבר אחד מציל עצמו" ואם לדעתו אין סכנת נפשות כלל באיבוד איבר לא הייתה מועילה לו ראייה זו שאינה מוכיחה את הטענה שבאיבר אין סכנה. אלא משמע מדבריו שרק איבוד ודאי של חיים אינו נדחה מפני חייו של השני ואילו סכנת חיים וספק פיקוח נפש נדחים כדי להציל חיי אחר. וכן משמע מדחייתו של הערוגות הבושם שכותב שאדרבא במצב של ספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש ושייך לומר על זה "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי".

להלן, בסוף הפרק הבא, נעלה אפשרות שאף המתירים לקטוע איבר של השני ולסכנו כדי להציל את עצמם יתכן ולא יחייבו אדם לסכן עצמו כדי להציל אחרים.

## 2. שיטת האוסרים הסתכנות עבור הצלה

### א. האיסור והיתר

כנגד ראשונים אלו שמהם עולה החובה להסתכן בתהליך ההצלה ניתן להביא שני ראשונים מפורשים. האחד הוא רבינו יונה בספרו "איסור והיתר", חכם זה הוא מסוף תקופת הראשונים ונמנה על תלמידיו של הרב ישראל איסרליין בעל שו"ת תרומת הדשן. ספרו יוחס בטעות לרבינו יונה גירונדי אך כבר נתברר שהוא אינו ממנו אלא מרבינו יונה הרבה יותר מאוחר.

ואלו דבריו (כלל נט ס"ק לח) בעניין זה לאחר שמביא את חובת ההצלה הנובעת משום לא תעמוד על דם רעך:

ומיהו אם בודאי היה גם כן הוא מסוכן עמו אין לו לסכן גופו מאחר שהוא חוץ מן הסכנה אע"פ שרואה במיתת חברו כדרשינן וחי אחיך עמך ולא מצינו חילוק בין סכנה למיתה ודאית.

כלומר, ה"איסור והיתר" קובע באופן ברור שאין לאדם שנמצא "מחוץ לסכנה"

היתר לסכן עצמו עבור הצלה<sup>301</sup>.

מעניין מאד לבחון כיצד הוא מבסס את דבריו. הוא אינו דן בשאלת ספק פיקוח נפש האם היא כהצלת נפשות ממש אלא מסתמך על הפסוק "וחי אחיך עמך" שנדרש בגמרא (ב"מ סב,א) ל"חיך קודמים לחיי חבירך" ומוסיף על המקור הזה את המילים "לא מצינו חילוק בין סכנה למיתה ודאית" דהיינו שמהפסוק הזה לומדים שגם ספק חיך קודם לחיי חבירך.

### **ב. רבי מנחם המאירי**

השני הוא רבי מנחם המאירי בספרו הגדול "בית הבחירה" על מסכת סנהדרין (עג,א) מגדיר הוא כך את החיוב להציל:

מי שראה חבירו טובע בנהר... חייב להשתדל בהצלתו. ולא סוף דבר בעצמו אם הוא יכול בלא סכנה...

דהיינו הוא מסייג במפורש שההצלה תיעשה ללא סכנה של המציל.

### **ג. ערוגות הבושם**

לשיטה זו יש להוסיף את מחבר ערוגות הבושם שקובע שאין לסכן את האחר עבור הצלת עצמו, וממילא גם אין לאדם עצמו הסתכן עבור הצלת אחרים. הנימוק שלו הוא משום שספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש.

### **ד. ההנמקה למניעת ההסתכנות**

צריך לשים לב לכך שההגהות מרדכי מסתמך על דין ספק פיקוח נפש שהוא כפיקוח נפש כנימוק לאסור ההסתכנות בשביל הצלה. ואילו ה"איסור והיתר" הסתמך על הפסוק "וחי בהם" וטען שחיך קודמים היינו גם ספק חיך קודמים לחיי חבירך. האם יש משמעות לשוני בהנמקות שהעלו הראשונים?

אפשרות אחת היא ששני הדברים הנכונים. האיסור והיתר שמרחיב את חיך קודמים לספק חיך קודמים מתבסס על כך שספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש. ואילו ערוגות הבושם שדן במקרה בו מסכנים חיי אדם אחר עבור הצלה אינו יכול להביא את המימרה של חיך קודמים שעוסקת בהסתכנות האדם עצמו שהרי

<sup>301</sup> הרב נחום אליעזר רבינוביץ בספרו שו"ת מלומדי מלחמה (עמ' 6) רצה לטעון שלדעת האיסור והיתר אין חובה להסתכן רק אם הוא "מסוכן עמו" כלומר נצרך להיכנס לאותה רמת סיכון כמו האדם שנמצא בסכנה. אך סוף דברי האיסור והיתר שלומד שאין חילוק בין סכנה למיתה ודאית מטה להבנה שאסור לו להסתכן כמו שאסור לו למות מיתה ודאית.

השואל שם מסכן חיי אחרים. אלא הוא מביא את התשתית של ספק פיקוח נפש שמונעת סיכון כל אדם עבור הצלה.

אפשרות שניה שאכן יש מחלוקת ולדעת האיסור והיתר לא מספיקה ההנמקה של ספק פיקוח נפש למנוע הסתכנות מכיון שגם האדם שבסכנה נמצא במצב של ספק פיקוח נפש ואולי אף במצב של פיקוח נפש ודאי. על כן רק גזירת הכתוב של חייך קודמים שכוללת, לדעתו, גם הקדמת ספק חיים שלך לחיי חבירך היא זו שמכריעה את הכף לצד שמונע סיכון עבור הצלה.

לאור אפשרות זו יתכן ולדעת האיסור והיתר אם אדם גורם לסיכון חיי אחרים עבור הצלה יתכן והדבר יהיה מותר מכיון שאין סותר לכלל "חייך קודמים לחיי חבירך" ואדרבה מדוע יעדיף את חיי אלו על חיי האדם שבסכנה. על יתכן שרבינו ברוך שסובר שספק פיקוח נפש אינו כפיקוח נפש לעניין הצלה, שהרי זוהי הנקודה בה מתווכח איתו תלמידו הערוגות הבושם, מודה לאיסור והיתר שאין לאדם לסכן את עצמו כדי להציל, שהרי לעניין זה יש גזירת הכתוב של "חייך קודמים" אפילו בספק חייך. והוא רק מחדש היתר לסכן אחרים כדי להציל את עצמו.

בהנחה שאפשרות זו נכונה צריך להבין ממה נובעת מחלוקת זו. יתכן ולדעת האיסור והיתר גם אם ספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש ודי בספק כדי לדחות את כל התורה. הרי שבענייננו שיש אדם בסכנה אין אפשרות להחיל את הכלל הזה כפשוטו ומול פיקוח נפש ודאי יכול לעמוד רק פיקוח נפש ודאי של אחר. ורק לאחר הגילוי של "חייך קודמים לחיי חבירך" נוצרת עדיפות עקרונית של חיי האדם המציל מול חיי חבירו ואין לו חובה אף להסתכן כדי להציל את חיי חבירו.

### 3. סיכום שיטות הראשונים

ראינו שיש מהראשונים שחייבו הצלה גם במקרה שיש בפעולת ההצלה כדי לסכן את המציל והם ההגהות מיימוניות והמהר"ם ריקנאטי. וכן דייקנו שרבינו ברוך ורבי אליעזר ברבי יצחק סוברים כמותם. יש לציין שההגהות מיימוניות הזכיר בדבריו שהמקור שלו הוא בירושלמי. אמנם לא ידוע על מימרה מפורשת בירושלמי בעניין זה. העלינו אפשרות שהוא מתכוון לספר אחר שהיה בידי הראשונים בתקופה זו והיה מכונה בפיהם ירושלמי.

המתנגדים העיקריים לדיעה זו וסובר שאין לסכן חיים כדי להציל הם המאירי וה"איסור והיתר" שסוברים שאין חילוק בהצלה בין הקרבת חיים לסיכון חיים. כמו

כן ניתן להסיק מדברי ערוגות הבושם שחולק על רבינו ברוך ואוסר יצירת מצב של חשש פיקוח נפש כדי להציל שגם יסבור שאין להסתכן כדי להציל. אמנם חשוב להדגיש שיתכן ויש הבדל בין הטעמים שמביאים הראשונים הללו שסוברים שאין להסתכן עבור הצלה. ה"איסור והיתר" ביאר שאסור להסתכן משום שיש לימוד מהפסוק "וחי אחיך עמך" ולימוד זה כולל גם הקדמה של סכנת חייד לחיי חבירך שבוודאות הולכים ליאבד. ואילו מדברי ערוגות הבושם משמע שסברתו היא משום שיש ספק פיקוח נפש בהצלה והוא כפיקוח נפש שברור שאין לאדם ליהרג עבור הצלת חבירו. העלינו אפשרות אחת שאין מחלוקת בין ההנמקות ואלו שני צדדים של אותה מטבע המחייבת התייחסות שוה לסכנת חיים כפיקוח נפש ודאי. וכן העלינו אפשרות שיש מחלוקת בין הראשונים האם יש איסור גורף להסתכן משום ספק פיקוח נפש או שיש כאן שיקול אישי שנובע מגזירת הכתוב של חייד קודמים לחיי חבירך, אך סיכון אדם אחר כדי להציל בוודאות את השני מותר. ניסינו להסביר שזה תלוי בשאלה האם ספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש לחלוטין או שזהו רק ביחס למצוות התורה אך כאשר אנו עומדים במציאות של שאלת פיקוח נפש הרי שספק פיקוח נפש אינו דוחה ודאי פיקוח נפש של אחר. יש לציין את שתיקתם של הפוסקים והראשונים המרכזיים, הרמב"ם הרא"ש, הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א ועוד. מחד היינו מצפים להתבטאות מפורשת ביחס למחויבות בשעת סכנה, אך מאידך מכיון שמקרה זה אינו מופיע במפורש בגמרא קשה להסיק מהשמטתו על דעתם של גדולים אלו<sup>302</sup>.

### ג. ראיות מהגמרא

כפי שפתחנו בתחילת דברינו אין סוגיה מפורשת בגמרא בעניין זה. הראשונים והאחרונים קישרו לנושא זה מספר סוגיות או סיפורים שמופיעים בגמרא וניסו להוציא מהם ראיות לדין זה. ננסה לבדוק האם אכן סוגיות אלו קשורות לשאלה בה אנו דנים ומתוך כך לנסות להכריע, עד כמה שניתן, בדין שלפנינו. יש לציין באופן כללי שכאשר הגמרא מביאה אירוע שקרה ואת דברי חכמים שנאמרו ביחס אליו, היא לעיתים רבות עושה זאת בצמצום שמקשה מאד על הסקת

<sup>302</sup>הסמ"ע (חושן משפט תכו, ב) הסיק מכך שהשמיטו את דין הירושלמי שלדעתם הבבלי חולק ופסקו כמותו. מאידך היות ואין בירושלמי שלפנינו מימרה כזו כפי שכתבנו למעלה יתכן והראשונים הללו לא ראו את המימרה הזו ולכן השמיטו אותה.

מסקנות ברורות ברמה העקרונית מאירוע זה וכבר הגמרא עצמה (בבא בתרא קל,ב) עמדה על חולשה זו וקבעה: אין למדים הלכה מפי מעשה.

### 1. חייך קודמים לחיי חבירך

הגמרא במסכת בבא מציעא (סב,א) מתארת את הסיפור הבא:

תניא: שנים שהיו מהלכין בדרך, וביד אחד מהן קיתון של מים, אם שותין שניהם - מתים, ואם שותה אחד מהן - מגיע לישוב. דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהם במיתתו של חבירו. עד שבא רבי עקיבא ולימד: וחי אחיך עמך - חייך קודמים לחיי חבירך.

כלומר, לדעת בן פטורא היה ראוי שהם יתחלקו ואילו רבי עקיבא חלק עליו ודרש "וחי אחיך עמך" - חייך קודמים לחיי חבירך.

כיצד ניתן להגדיר את המקרה האם זו הסתכנות של אחד כדי להציל את רעהו או מדובר במקרה שונה?

מדברי בעל ה"איסור והיתר" שהבאנו משמע שהוא למד את המקרה כשקול לכניסה של אדם למצב סכנה כדי להציל את רעהו, דהיינו לדעתו יש במקרה הזה גם את המימד של הצלה שעל ידי כך שהשני שותה הוא ניצל וגם מימד של ספק סכנה דהיינו שבעל המים אינו מסתכן בוודאות. אמנם קשה להבין כשמצב שניהם שוה, כיצד בעל המים נמצא רק בספק סכנה ואיך הוא מציל את השני והרי במפורש מדובר בכמות מים שרק אדם אחד ששותה אותה יכול להינצל על ידה.

כפי הנראה צריך לזהות את דבריו של ה"איסור והיתר" עם הבנה של המקרה שמופיעה בספר "יחוסי תנאים ואמוראים". ספר ייחודי זה שנכתב על ידי רבי יהודה ברבי קלונימוס אמור להיות אנציקלופדיה של תולדות חכמי המשנה והגמרא אך למעשה הוא מהווה כר נרחב לחידושי תורה של המחבר שהיה ת"ח גדול. גם בסוגיה זו שמופיע בערך של "בן פטורין" המחבר מביא את הגמרא ומבאר את הדברים כך:

ונראה לפרש מפני שמהלכין בדרך ושניהם בספק שבודאי אין במדבר מים לטרוח ולהביא וסבר בן פטורין אם לא ישקה את חבירו בודאי ימות לעיניו והתורה אמרה "לא תעמוד על דם רעך וצריך כל אחד מישראל להציל את חבירו מידי חיה ומידי ליסטיין אפילו אם הוא מסוכן בספק שמא יעשה להם נס ויזדמן להם מים.

דהיינו הוא מחדש שהמקרה הוא כזה שיתכן ועל ידי השתייה החלקית יינצלו שניהם. אמנם לדעתו ההצלה אינה צפויה בדרך הטבע אלא על ידי הנס. מסתבר שלדעת האיסור והיתר צריך לומר שיש גם אפשרות של הצלה שתיעשה בדרך הטבע. דהיינו אין ודאות שכמות חלקית תביא למיתת השנים אלא היא תגרום לספק באשר לאפשרות ששניהם יחיו בניגוד למקרה שאחד ישתה את הכמות המלאה ובודאי יינצל. לאור ציור המציאות הזה מובן שזהו מקרה של הסתכנות לצורך הצלה והכרעת רבי עקיבא היא שאף על פי כן אל לו לאדם לסכן עצמו אלא "חייך קודמים לחיי חבירך".

אין להסיק מכך שלדעת בעל ה"יחוסים" תנאים ואמוראים" אם הלכה כרבי עקיבא ש"חייך קודמים" אסור להסתכן לצורך מצוה שכן הוא הבין שלדעת בן פטורה הוא מחייב אותם להתחלק שמא ייעשה נס. אך לא ניתנה כאן הכרעה הלכתית ביחס למקרה בו יש אפשרות ממשית של הצלה.

אמנם הבנה זו של בעל ה"איסור והיתר" היא מחודשת, ועומדת לכאורה בניגוד לפשט דברי הגמרא ש"אם שותים שניהם, שניהם מתים" דהיינו אין ספק ששניהם ימותו לאור הנתונים של השטח שבו הם נמצאים.

נביא כאן פרשנות נוספת למחלוקת זו שלפיהן היא אינה שייכת לנידון דידן. בחידושים שנדפסו על שם הריטב"א על מסכת בבא מציעא, אך כבר נתברר שאינם לו לתלמידי הרשב"א מן ההר (סב, א ד"ה "מוטב"), מובא הביאור הבא לדעתו של בן פטורה:

מוטב ישתו שניהם וימותו והכי דריש ליה בן פטורה לקרא "וחי אחיך עמך" כלומר עמך יחיה שאם יוכל לחיות עמך הרי טוב ואם לאו מוטב שימותו שניהם. ואית דאמרי דמ"אהבת לרעך כמוך".

מדובר כאן בפרשנות שלוקחת בדעת בן פטורה את נושא אהבת הרע לקיצוניות גדולה שאם אינך יכול להצילו מוטב שתסייע לו עד כמה שידך משגת ותשווה את מצבך למצבו אפילו במחיר מיתת שניכם. לדעתו של הפרשן, בן פטורה נסמך על אותו הפסוק שהביא רבי עקיבא. אלא שרבי עקיבא למד שהמילה עמך מלמדת על כך שהרע טפל לך, קודם אתה חי ואחר כך רעך חי עמך. ואילו בן פטורה הבין "עמך" היינו מתוך זהות מלאה עם הרע ולא כטפל לך. וכן המקור השני שמציע הפרשן ואהבת לרעך כמוך מוביל גם הוא להבנה זו שאתה ורעך חד הם.

יש לציין שפרשנות זו מסתייעת על ידי הנוסח של המחלוקת שמופיע במדרשים הקדומים, גם בספרא (פרשת בהר ה,ג) וגם בפסיקתא זוטרתא (פרשת בהר) בהם מופיע בדברי בן פטורא הנימוק משום שנאמר "וחי אחיך עמך" הפרשן אמנם מביא פסוק נוסף שממנו יכול בן פטורא ללמוד את דינו והוא "ואהבת לרעך כמוך" לדעתי בעניין זה התכוון הפרשן לרמוז על כך שהמחלוקת בין רבי עקיבא לבן פטורא היא בפרשנות של הפסוקים שהרי ידועה דרשתו המפורסמת של רבי עקיבא (ספרא קדושים) שפסוק זה הוא "כלל גדול בתורה" ואם כן שאלה זו של היחס בין האדם לחבירו עומדת במוקד הדיון עד כמה עליו להיות שותף עימם ולהקריב מחייו הוא.

לפי זה הכרעת רבי עקיבא היא שאין לקבל תפיסה קיצונית זו של יצירת מצב של זהות שמותיר את שני הרעים מתים. אך אם יש אפשרות שעל ידי ההסתכנות ינצל הרע יתכן ורבי עקיבא יודה שהוא מחוייב לעשות זאת ולתת לו מהמים.

כמו כן חשוב להדגיש שגם לבן פטורא, לפי פרשנות זו, אין להעלות על הדעת שבעל קיתון המים יתן לחבירו את כל הקיתון ויציל אותו והוא עצמו ימות שהרי לגבי חבירו גם עומדת החובה להזדהות איתו והמטרה לדברי בן פטורא היא ליצור שוויון בין הרעים ואין כוונתו להעדיף את הרע מעל האדם עצמו.

וכן כתב באופן פשוט בעל המנחת חינוך (מצוה רצה ס"ק כג) שלדעת בן פטורא המחויבות היא רק להתחלק בקיתון ולא שאחד ימסור את הקיתון לשני.

יותר מזה מצינו שלשיטה זו בהבנת הגמרא הבין בשו"ת חוות יאיר (סימן קמו) שניתן להביא ראיה מגמרא זו לשיטה שאדם חייב להסתכן עבור חבירו שהרי רק אם בוודאות ימותו שניהם נפסקה דעתו של רבי עקיבא ש"חייך קודמין" אך אם יש ספק שיינצלו שניהם אף אם שניהם ישתו, בודאי גם לדעת רבי עקיבא עליו להתחלק במים עם חבירו.

נמצא איפה שיתכן וגמרא זו אינה שייכת בהכרח לענייננו ויש המשוייכים אתו לענייננו ומביאים ממנה ראיות לשני הכיוונים.

## 2. מעשה דרבי טרפון

הגמרא בנידה (סא,א) מביאה את הסיפור הבא:

הנהו בני גלילא דנפק עלייהו קלא דקטול נפשא. אתו לקמיה דרבי טרפון אמרו ליה ולטמרינן מר אמר להו היכי נעביד אי לא אטמרינכו חזו יתייכו

אטמרינכו הא אמור רבנן האי לישנא בישא אף על גב דלקבולי לא מיבעי מיחש ליה מיבעי, זילו אתון טמרו נפשייכו.

כלומר, יצא הקול על אנשים אלו שהרגו נפש, הם רצו להתחבא אצל רבי טרפון והוא סירב משום שחשש שמא באמת הרגו. רש"י (ד"ה מיחש) מבאר שאם הרגו הם חייבים מיתה ואסור להצילם ולכן נמנע ר"ט מלהצילם. תוספות (ד"ה אטמרינכו) הביא את פירוש השאלות שאם באמת הרגו ויטמין אותם "חייבתם ראשי למלך". תוספות רא"ש (ד"ה אטמרינכו) ביאר שפירוש זה עדיף על פירוש רש"י מכיון שלא יתכן שבגלל שיש קול שאדם עשה עבירה לא יצילו אותו מהמלכות.

יש מהאחרונים (דרשות אגודת איזוב דרוש א שו"ת יד אליהו סימן מג ועוד) שרצו להוכיח מפירוש התוספות שבמקום סכנה אין להציל וזו הסיבה שבגללה נמנע רבי טרפון מלהציל.

אך כפי שפתחנו בתחילת פרק זה שקשה ללמוד הלכה ממעשה, הדברים בודאי נכונים גם במקרה זה. שהרי אין אנו יודעים האם לא הייתה להם אפשרות אחרת להינצל שאף שהיא פחות טובה, אינו כדאי להסתכן בשבילם ולהקל מעליהם אם יש בזה סיכון. גם לא נכתב מה היה בסופם ויתכן שניצלו אף שלא הסתיר אותם.

מהמאירי במקום גם מוכח שאין זה נובע מחשש של סיכון אלא "שמא הדבר אמת ואיני רוצה לסכן עצמי" מלשון זו משמע שהייתה להם אפשרות אחרת שהרי הוא נוקט בלשון "איני רוצה" שהיא נראית כבחירה מרצון ולא מתוך הכרח הלכתי.

בשאלות עצמו (שאלתא קכט) הלשון בודאי נוטה גם היא לכך:

דילמא איתא למילתא ולא מסתייעא מילתייכו וגרמיתון צערא לדילי נמי, איזילו אתון אטמירו נפשייכו.

דהיינו החשש שלו הוא משום צער, שיקול זה של צער שייך רק במקרה שהם יכולים להימלט גם בדרכים אחרות וההתלבטות של רבי טרפון הייתה האם להשתתף בהצלה או לתת להם להסתדר בכוחות עצמם. וכבר עמד על כך הנצי"ב בהרחבה בפירושו לשאלות (העמק שאילה שם ס"ק ד).

אמנם לפי דברי התוספות משמע שחשש משום הסכנה להצילם, אם כי גם בדבריהם ניתן לדחוק שהמלך רק יצער אותו, וכן ניתן לומר כפי שפתחנו שיש להם דרכים אחרות להינצל.

הנצי"ב (שם) טען שמיטת התוספות והרא"ש ניתן להוכיח שיש חובה לסכן עצמו



עבור חבריו שהרי אם הקול אינו אמת היה רבי טרפון מסכן עצמו בעבורם. אך לכאורה פירושו הוא נגד דברי הרא"ש שהבאנו. שהרי הרא"ש ביאר שדברי רש"י אינם מספיקים כי גם אם עברו עבירה אין זה סיבה שלא להצילם, ועל כן הכריע כפירוש השאלות שהכל תלוי במידת הסיכון שבמעשה ההצלה. ואם כך ההבדל בין המצב שהקול אמיתי למצב שהקול מוטעה הוא שאם הקול אמיתי יש סיכון שיתחייב בראשו ואם הקול שקרי אין כזה סיכון או משום שיוכל להוכיח את צדקתם או שייקל עליו להסתירם. מתוך כך נראה שהדיוק של הנצי"ב בשיטת התוספות, שאם הלשון הרע שקרי היה רבי טרפון מסתכן אינו ברור.

נמצא שגם מגמרא זו יש שהוכיחו שאין להסתכן עבור הצלה ויש שהוכיחו להיפך.

### 3. סוגיית "לא תעמוד"

הגמרא בסנהדרין (עג,א) דנה בשאלת הצורך בשני פסוקים שונים ומגיעה למסקנה שמפסוק אחד "והשבבתו לו" המרבה השבת גופו היינו יודעים חובה להציל בלבד ואילו מהפסוק השני של "לא תעמוד על דם רעך" אנו יודעים גם חובה לטרוח עבור ההצלה. נביא את הדברים בלשון הגמרא:

והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אבדת גופו מניין - תלמוד לומר והשבבתו לו! -

אי מהתם הוה אמינא: הני מילי - בנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי - אימא

לא, קא משמע לן.

יש מהאחרונים (שו"ת יד אליהו מג, דרשות אגודת איזוב דרוש א, שו"ת מהר"ם שיק יו"ד קנה) שהוכיחו מגמרא זו שהחובה היא רק לטרוח ואילו הייתה חובה להציל מתוך סיכון הנפש הרי שהגמרא הייתה צריכה להביא את החידוש הזה. ניתן לטעון בנוסף על דבריהם שאם הגמרא לא הביאה את החידוש שיש חובה להסתכן, אם כן אין לו מקור בפסוק.

בשו"ת יביע אומר (ט, חו"מ יב ס"ק ה) רצה לדחות הוכחה זו עפ"י דברי הר"ן שהמצוה להציל היא גם בספק סכנה ובמצב זה אינו חייב להסתכן והיה צורך גם בחידוש של התורה שיש חובה לטרוח.

אמנם זה נראה קצת דוחק שכל החידוש הוא למקרה של ספק סכנה ומדוע הגמרא לא תירצה שיש חובה להסתכן ממש בודאי סכנה, ולכן נדרש חיוב זה. וכן נשאר השאלה הנוספת שהעלינו מה המקור להצלה מתוך הסתכנות אם הפסוק רק מלמד על החובה לטרוח.

אמנם נראה ליישב שהמקור לחובת ההסתכנות אכן נובע מסברה שספק סכנה שלו נדחה מפני ודאי סבנה של חברו, ועל כך אין צורך בלימוד מיוחד. ומכיון שמחוייב להציל "בנפשיה" דהיינו בעצמו בודאי שחיוב זה כולל גם מקרה שהוא עלול להסתכן בו. אמנם שיעור הטירחה וחיוב הממון שמחוייב להוציא אינם ניתנים להשוואה מול דיני נפשות ולולא התורה הייתה כופלת את החיוב לא הייתי יודע מה התורה מחייבת. וגם לאחר שהתורה כפלה אנו מוצאים בראשונים במקום מחלוקת האם אדם שהציל מממונו יכול לתבוע את הממון בחזרה.

הרמ"ה (סנהדרין עג. ד"ה תניא) כותב:

ומסתברא דהיכא דטרח ואגר אגורי ואצליה שקיל מיניה.

וכן המאירי:

וחבירו פורע לו מן הדין אם אין לו במה לפורעו אין לו להימנע מכך.

כלומר, ברור לו שחבירו חייב לשלם והוא אף מזהיר שלא להימנע מהצלה אם הוא חושש שחבירו לא יחזיר לו.

וכן דעת הראב"ד (ב"ק קיז עמ' שנח במהדורת אטלס).

ואילו רבינו יהונתן הכהן מלוניל (על הרי"ף סנהדרין יז.) כותב:

לרבות שחייב להוציא ממנו לשכור פועלים.

ובחידושי למסכת בבא קמא (קיז, ב סימן רכד) מוכח בבירור שלדעתו אין צורך להחזיר את הממון והאדם מחוייב לתת את ממנו כדי להציל:

והנרדף אם בעוד שהוא בורח שבר כלים אם הם של רוצח פטור... ואם שבר כלים של שאר בני העולם חייב לשלם דאסור להציל עצמו בממון חברו, דאע"ג דהוזהרו ישראל על השבת הגוף יותר מהשבת אבידת ממון, הני מילי אם היה ישראל רואהו בעוד שהוא בורח חייב להצילו, אבל כיון שלא ראהו בעליו של אלו הכלים, ליכא חובה על ממנו כיון דליכא חובה עליה.

כלומר, לדעת רוב הראשונים התורה אף אינה דורשת מהאדם שיותר על ממנו לצורך ההצלה ורק הר"י מלוניל מחייב את האדם להפסיד את ממנו וכותב שהתורה דורשת מהאדם יותר בהצלת הגוף מאשר בהצלת הנפש וגם הוא מסייג את זה רק למקרה שבעל הממון עצמו נמצא שם<sup>303</sup>.

<sup>303</sup> הארכנו בהבאת השיטות הללו מפני שהן קשורות להמשך הדברים ולעניין בכללותו. אך יותר מכך ברצוננו להדגיש ששיטת הר"י מלוניל כפי שהבאנו אותה פה אינה ידועה לעוסקים בענין, ומקובל

לסיכום נראה שגם מסוגיה זו אין הוכחה בוודאות ביחס לשאלתנו וניתן לחלק בין חיובי הממון והטירחה שקשורים לדיני המצוה לבין שיעור הסיכון שאדם נוטל על עצמו בהצלה והוא חלק ממהות המצוה שמחוייב להציל את חברו וביחס למצוה זו לא נאמרו כללי ספק פיקוח נפש הרגילים מכיון שחברו נמצא בודאי פיקוח נפש.

#### 4. סוגיית כביסתן קודמת לחייהם

הגמרא בנדרים (פ,א) מביאה את המחלוקת הבאה :

מעייין של בני העיר, חייהן וחיי אחרים - חייהן קודמין לחיי אחרים, בהמתם [ובהמת אחרים - בהמתם] קודמת לבהמת אחרים, כביסתן וכביסת אחרים - כביסתן קודמת לכביסת אחרים, חיי אחרים וכביסתן - חיי אחרים קודמין לכביסתן, רבי יוסי אומר: כביסתן קודמת לחיי אחרים; כלומר, במקרה שיש מעיין אחד שמתחיל בעיר אחת וממשיך בעיר שנייה חיי תושבי העיר הראשונה קודמים והם שותים מהמעין לפי צורכם ורק לאחר מכן משתמשים בו האחרים במותר.

התנאים נחלקו האם במקרה בו תושבי העיר הראשונה רוצים לכבס את בגדיהם ואם יעשו זאת לא יישארו מים לשתייה לתושבי העיר השנייה או שהמים יתקלקלו מהכביסה. לדעת חכמים חיי תושבי העיר השנייה קודמים ולדעת רבי יוסי תושבי העיר הראשונה הם עדיפים וכביסתן אף שאין בה פיקוח נפש קודמת לחייהן של האחרים.

להלכה השאילתות (שאילתא קמז) פסק כרבי יוסי והר"ן (שם) פסק כחכמים. הבית שמואל (אבן העזר סימן פ ס"ק טו) טען שגם הרמב"ם פסק כרבי יוסי וזה המקור לשיטתו שיוולדת אינה צריכה להימנע מלאכול דברים שעלולים להזיק לוולד. לכאורה מהפוסקים שפסקו כרבי יוסי נראה שאדם לא חייב לסכן עצמו עבור הצלת חברו ואף יתכן יותר מכך שבמניעת הכביסה יש רק צער לתושבי העיר הראשונה וגם זה אינו נדחה לדעת רבי יוסי מפני הצלת חייהם של אחרים.

---

לומר שלכל הדיעות האדם שניצל מחוייב להשיב את הכסף. עיין למשל אנציקלופדיה תלמודית כרך י בערך "הצלת נפשות", שלא מציינים את השיטה הזו. למעשה במהדורת הר"י מלוניל שיצאה בש"ס "אל המקורות" תשכ"ה היו חסרים החידושים בסוף מסכת בבא קמא ורק במהדורת הר"י מלוניל מהדורת ש"י פרידמן בשנת תשכ"ט נמצאים הקטעים עליהם ביססנו את הדברים. יש לציין שלאור שיטה זו ניתן ליישב את קושיית האחרונים על הסוגייה בקידושין ח: עיין בגליוני הש"ס שם (לר' יוסף ענגיל) ובשו"ת עמודי אור סימן צו.

אך כבר הוכיחו האחרונים (שו"ת בית שלמה יו"ד צט, שו"ת חלקת יעקב חו"מ לא) שלא יתכן והדיון כאן הוא סביב הצלת נפשות. שהרי בתוספתא (ב"מ יא, לג) שנינו: בהמתן וחיי אחרים הן קודמין לבהמתן ר' יוסי או' בהמתן קודמת לחיי אחרים.

דהיינו לרבי יוסי אפילו צורכי בהמת תושבי העיר הראשונה קודמים לשתייתם של תושבי העיר השנייה. ובודאי לא יתכן שצרכי בהמת תושבי העיר הראשונה נכנסים לאיזו שהיא הגדרה של צער או הסתכנות שיש בה כדי לדחות את הצלת חיי האחרים, אלא מוכח שזהו דיון בחלוקת משאבים ומה ההגדרה של צרכים טבעיים שעבורם יש זכות לשכני המעיין להשתמש במימיו קודם לאלו שרחוקים יותר מהמעיין.

נמצא שגם גמרא זו אינה יכולה לשמש כהוכחה לענייננו.

### 5. סוגיית בא במחותרת

הגמרא בסנהדרין (עב,א) עוסקת בדיני בא במחותרת. כידוע על פי דין תורה ניתן ליטול את נפשו של אדם שבא במחותרת משום שהוא מסכן את בעלי הבית אליו הוא פורץ. הגמרא דנה בהגדרת הדין ומעלה שיש מקרים יוצאי דופן:

תנו רבנן: אין לו דמים אם זרחה השמש עליו. וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא: אם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך - הרגהו, ואם לאו - אל תהרגהו. תניא אידך: אם זרחה השמש עליו דמים לו וכי השמש עליו בלבד זרחה, אלא: אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך - אל תהרגהו, ואם לאו - הרגהו. קשיא סתמא אסתמא! - לא קשיא כאן - באב על הבן, כאן - בבן על האב. אמר רב: כל דאתי עלאי במחותרתא - קטילנא ליה, לבר מרב חנינא בר שילא. מאי טעמא? אילימא משום דצדיק הוא - הא קאתי במחותרתא! אלא משום דקים לי בגווייה דמרחם עלי כרחם אב על הבן.

כלומר, הגמרא מביאה שתי ברייתות סותרות בשאלה מתי אסור לפגוע בבא במחותרת ומסיקה שרק אם ברור שאינו מסוגל לפגוע בדיירי הבית כגון אב שפורץ לבית בנו אסור לפגוע בו.

לכאורה עולה מכך שבעבור הצלת נפשו הוא יכול ליטול בוודאות את חיי האחר אעפ"י שהוא עצמו נמצא רק בספק סכנה שהרי הגמרא דורשת ודאות שהפורץ לא יהרוג אך אם אפילו יש רק ספק שיפגע מותר לפגוע בו.

נמצא שמגמרא זו עולה שספק סכנה שקול לסכנה ודאית וניתן ללמוד מזה שאין לו לאדם להכניס עצמו לספק סכנה בעבור הצלת חבירו.

יש לדחות ראייה זו שזהו ספק הנוטה לודאי שכן הגמרא לפני כן הסבירה שההיתר לפגוע בפורץ נובע מחזקה שאדם אינו מעמיד עצמו על ממונו והבא במחותרת שיודע את זה בא על מנת להילחם עמו. ואם כן החזקה מכריעה את הספק וזוהי סכנה ודאית.

כמו כן ניתן לומר שזוהי גזירת הכתוב מיוחדת ולא ניתן ללמוד ממנה לדינים אחרים.

#### **6. פפוס ולוליינוס**

מסורת בחז"ל על הרוגי לוד שאין כל בריה יכולתה לעמוד במחיצתן (בבא בתרא י,ב). רש"י (תענית יח,ב ד"ה לודקיא) מביא מה היה המעשה המיוחד שעשו :

הרוגי לוד אין כל בריה יכולה לעמוד במחיצתן בגן עדן, ויש אומרים : שנהרגו על בתו של מלך שנמצאת הרוגה, ואמרו : היהודים הרגוה, וגזרו גזרה על שונאיהן של ישראל, ועמדו אלו ופדו את ישראל, ואמרו : אנו הרגנוה, והרג המלך לאלו בלבד.

כלומר הם מסרו את עצמם להריגה בעבור האחרים. כאן מדובר בהסתכנות ודאית בעבור הצלת האחרים.

אמנם יש לדון כאן בשלושה היבטים : א. הם עצמם היו חלק מהציבור שעמד בסכנה ולכן לא הוסיפו סכנה על סכנתם. ב. יתכן וסכנת הכלל שונה מסכנת הפרט, כמבואר להלן. ג. אף אם אין חובה להסתכן יתכן ויש בזה מידת חסידות. בהמשך נדון בפירוט בשתי הנקודות האחרונות.

בעניין זה צריך להזכיר גם את המעשה של אסתר שהסתכנה עבור עם ישראל ושוב אנו נדרשים לגי' הנקודות הללו.

#### **7. מעשה דריש לקיש**

הזכרנו שההגהות מיימוניות הביא ירושלמי שמחייב הסתכנות עבור הצלה. ונלאו חכמי לב למצוא את המקור בירושלמי. כבר הערנו שיתכן ואין כוונתו לתלמוד ירושלמי אלא לספר בשם זה. אך בלי קשר לכך עלינו לדון האם ניתן להוכיח מהירושלמי לענייננו.

התלמוד ירושלמי במסכת תרומות (פרק ח הלכה ד) מביא את המעשה הבא :

רבי איסי איתציד בספסופה, אמר רבי יונתן יכרך המת בסדינו אמר רבי שמעון בן לקיש עד דאנא קטיל ואנא מיתקטיל אנא איזיל ומשיזיב ליה בחיילא אזל ופייסון ויהבוניה ליה אמר לון ואתון גבי סבן והוא מצלי עליכון אתון גבי רבי יוחנן אמר לון מה דהוה בלבבכון מיעבד ליה יתעביד לון ימטא לההוא עמא לא מטון אפיפסרוס עד דאזלון כולהון.

בסיפור מתואר שרבי איסי נתפס בידי ליסטים ומצבו היה נואש עד שאחד האמוראים המשילו למת בתכריכים וריש לקיש הסתכן והצילו הוא גם שכנע את שובי רבי איסי לקבל ברכה מרבי יוחנן שקילל אותם והם אכן מתו.

היו שראו בסיפור זה הוכחה שחובה להסתכן כדי להציל. אבל נראה שקשה לדעת מתוך הסיפור מה מידת הסכנה שהייתה לריש לקיש ובמיוחד לאור העובדה שריש לקיש הגיע לעולם התורה רק לאחר גלגולים אחרים והכיר את הוויות העולם יש להעריך שהוא חשב שתהיה לו אפשרות סבירה להציל את השבוי.

#### 8. סיכום ההוכחות מסוגיות הבבלי והירושלמי

כפי שצינו בתחילת הדברים אין סוגיה מפורשת שניתן להיאחז בה בעניין זה. חלק משמעותי מהדיונים שלנו עסקו בשאלה האם סוגיות מסוימות אכן שייכות לנושא בו אנו דנים או אינן שייכות. אך בין השיטין העלינו כמה מסקנות משמעותיות אותן אנו רוצים להזכיר בסיכום הדברים.

שאלת יסוד שעולה מתוך הדיון היא מה השוני שבין מצוות לא תעמוד על דם רעך שלגביה אנו דנים האם אדם חייב להסתכן בעבור קיומה ובין שאר מצוות התורה שנדחות מפני ספק פיקוח נפש.

על פי ביאור הסוגיה בסנהדרין נראה שאם אכן יש חובה להסתכן עבור הצלה המקור לכך לא יהיה מדרשה מיוחדת מפסוק, שהרי אין דרשה כזו. אלא מהבנת הגדרת המצוה שבמהותה מחייבת הצלת נפש כל עוד המציל עצמו אינו מאבד בוודאות את נפשו. דהיינו לא יתכן להיכנס לדיון על מעמדו של ספק פיקוח נפש כאשר לפנינו מצב של פיקוח נפש ודאי. אפילו אם בדרך כלל אנו מייחסים לספק פיקוח נפש מעמד שווה כפיקוח נפש, אין אנו יכולים להשוות את הספק מול הוודאי הניצב לפנינו.

אמנם יכול השואל להצביע על כך שסוף סוף האדם המציל עצמו אינו נמצא במצב של סתירה בין ודאי פיקוח נפש לספק פיקוח נפש שהרי הפיקוח נפש הוודאי מתרחש אצל האחר. אך כאן באה לידי ביטוי הסוגיה של רבי עקיבא ובן פטורא. שהרי רבי

עקיבא מציב מצד אחד את הפסוק "ואהבת לרעך כמוך" ככלל גדול בתורה ומצד שני הוא קובע את הגבול לאהבת הרע בפסוק "וחי אחיך עמך" חייך קודמים. ולפי המחייבים הסתכנות הראינו שבן פטורא רצה למשוך את מושג אהבת הרע עד כדי התאבדות יחד עם הרע בבחינת ואהבת לרעך כמוך ממש, וחי אחיך עמך דהיינו שלא ליצור עדיפות. ומול גישה זו בא רבי עקיבא ומציג דרך שיש בה אהבת הרע וראיית צרכיו של הרע כאילו הם הצרכים שלך ממש, אבל אם לא תצמח מראייה זו תועלת שהרי שניהם מתים או אם אדם ירצה להכניס עצמו לסכנה כמו חברו ממש כדי להצילו, הוא ייתקל בגבול אותו תחם רבי עקיבא לאהבת הרע שבמצב כזה הוא קבע שיש ללכת אחר הפסיקה של חייך קודמים כלומר אתה ורעך עדיין בני אדם שונים שיש להם קודם כל אחריות אישית על המשכיות חייהם ומילוי תפקידם האישי בעולם.

לאור הדברים הללו נשוב ונבאר גם את השיטה החולקת שאוסרת הסתכנות עבור הצלה. הנימוקים לכך יכולים להיות משני כיוונים. כיוון אחד הוא התפיסה שספק פיקוח נפש זהה לחלוטין לפיקוח נפש ללא יוצא מהכלל ועל כן מצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינה שונה משאר המצוות שבתורה. כיוון שני יכול להיות על סמך דרשת הפסוק "וחי אחיך עמך" שמחייב הקדמת חייך לחיי חברך ולפי שיטה זו, זו בדיוק הנקודה שבא רבי עקיבא לחדש שעל האדם להקדים את חייו ואפילו להימנע מסיכון גם אם מטרתו הצלת חבר שנמצא בסכנה. בפרק על שיטות הראשונים העלינו אפשרות שיתכן ויש מחלוקת ראשונים בשאלת הנימוק למנוע הסתכנות. והם נחלקו בשתי האפשרויות שהעלינו כאן.

#### **ד. מקרים יוצאי דופן**

עלינו לדון במצבים שיתכן ולכל הדיעות יהיה מותר להסתכן בהם. א. הצלת כלל וצריך להגדיר כמובן מה הגבול בכך. ב. הצלת גדול ממנו. ג. האם מותר להסתכן משום מידת חסידות. ד. האם יש לרופאים דין שונה.

#### **1. הצלת הכלל**

השאלה העומדת בפנינו היא האם כאשר מדובר בהצלה של רבים יהיה חילוק בדין ויהיה מותר להסתכן לכל הדיעות<sup>304</sup>.

<sup>304</sup> הרב יעקב נבון (תחומין ד) הרחיב בעניין זה, על כן נגענו בנושא בקצירת האומר.

דיון ארוך בשאלה זו נמצא בספריהם של שני גדולי ישראל. הראי"ה קוק בשו"ת משפט כהן (קמג-קמד) ורבי מאיר שמחה הכהן מדוינסק בספרו אור שמח (הלכות רוצח ז, ח). תמצית מדבריהם בתוספת ביאור וחיידוש הובאו בספרו של הרב שלמה יוסף זוויין "לאור ההלכה" (עמ' טו-טז) ובתשובותיו של הגרי"א הרצוג (או"ח מט).

אנו רק נסכם את הדברים בקצרה ונוסיף ניתוח קצר של הסברה בדין זה. האור שמח פותח בהוכחה מאסתר שהסתכנה עבור הכלל. על הוכחה זו משיב הראי"ה שיתכן ואסתר עצמה הייתה בסכנה מפני שהגזירה הייתה על כל היהודים ובסופו של דבר גם יהדותה הייתה נחשפת. סברה זו מסתייעת מפירושו של רש"י למגילה.

האור שמח מעלה מקור נוסף לכך שאין להסתכן עבור הצלת הכלל, הרמב"ם (רוצח ז, ח):

הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם ואפילו לדבר מצוה או לעדות בין עדות ממון בין עדות נפשות ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד הגייס או מיד הנהר או מיד הדליקה ומן המפולת ואפילו כל ישראל צריכין לתשועתו כיואב בן צרויה אינו יוצא משם לעולם עד מות הכהן הגדול, ואם יצא התיר עצמו למיתה כמו שביארנו.

דהיינו אדם שגלה אינו יוצא אפילו עבור תשועת ישראל. מסוף דברי הרמב"ם שאם יצא התיר עצמו למיתה משמע לו שזהו הנימוק לכך שהכהן לא יוצא מפני שהוא מסתכן בחייו. אמנם הגרי"א הרצוג מדייק ברמב"ם שגם להציל אדם מדליקה או מפולת אסור לו לצאת, ולכאורה אף אם אין לו סכנה שהרי יכול לצאת לזמן קצר להציל ולחזור אסור לו, ולכן הוא מסיק שזו גזירת הכתוב שאדם שגלה אינו יוצא בכלל מעיר המקלט.

הכרעת הראי"ה קוק ובעקבותיו הגרי"א הרצוג לחייב הסתכנות עבור הכלל נובעת מסוג של תקנה שהוא משום הוראת שעה ומיגדר מילתא. נדגיש שלדבריהם מותר אף להסתכן בסכנה של מות ודאי.

עולה מכך שפשוט להם שלולא התקנה לא יהיה הבדל בין כלל ליחיד וכן היא דעת האור שמח שאין להסתכן עבור הכלל.

לפי הטעמים שהעלינו בביאור הסיבה שאין להסתכן בעבור הצלה, הדבר מובן שאין חילוק בין יחיד לרבים. הטעם האחד הוא שספק פיקוח נפש כפיקוח נפש והטעם



השני הוא שחייך קודמין לחיי חבירך. לפי שניהם אין סברה שלגבי רבים יהיה לו צורך להסתכן.

## 2. הצלת גדול ממנו

מצאנו במשנה בהוריות (יג.):

ת"ר: היה הוא ואביו ורבו בשבי - הוא קודם לרבו, ורבו קודם לאביו.

מכאן שחייך של אדם קודמים גם במקרה שיש גדולים ממנו שנמצאים בסכנה. אמנם מדובר במקרה בו כולם נמצאים בסכנה שווה אך אין מבואר כאן האם מותר להיכנס לספק סכנה כדי להציל אדם גדול יותר שנמצא בסכנה ודאית.

הראי"ה קוק בתשובותיו (משפט כהן קמג) הציע ביאור מדוע אין אנו מעדיפים שאדם יציל אדם אחר שהוא גדול יותר ממנו. וזאת על פי יסוד שקבע הרמב"ם בהלכותיו (סנהדרין כ,א) שבית דין אינו יכול לדון דיני נפשות על פי אומדנא אלא רק על פי עדים. מכיון שפתיחת דלת בפני דין על פי אומדנא יכולה להפוך למדרון תלול שבסופו יהיו בתי דין שידונו על פי אומדנות קלושות ויענישו אנשים שהעונש אינו מגיע להם. אם כך הוא הדין שאין ראוי לקבוע סדרי קדימות של חיים לפי סברתו של המציל אלא התורה קבעה באופן חתוך "חייך קודמים".

לפי דבריו אין מקום לחלק בין מציאות של ספק פיקוח נפש לודאי פיקוח נפש שהרי לשיטתו שאסור בדרך כלל להסתכן אין זה מסתבר שיהיה הבדל בין דיני הוודאי לדיני הספק. ובאמת הסיבה שבגללה הוא מתיר סיכון היא משום תקנה ולא לפי ההגדרות ההלכתיות העקרוניות.

אמנם בשו"ת יד אליהו (מג) טען שלפחות תהיה מידת חסידות להציל מי שגדול הימנו, למרות שלדעתו אין כזאת מידת חסידות ביחס להצלה בדרך כלל. אך לא נתברר מה היסוד להבדל בין הדברים.

## 3. מידת חסידות

שאלה חשובה בה אנו מחויבים לדון היא, האם לשיטתו שאדם אינו מחויב להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל את חבירו יש איסור לעשות זאת, או להיפך, התורה נמנעה מלהטיל חיוב להציל אך יש מידת חסידות בדבר זה.

מצאנו בתחום דומה מחלוקת ראשונים. ישנם דברים שאם אדם נאנס עליהם הוא צריך ליהרג ולא לעבור והם עבודה זרה גילוי עריות ושפיכות דמים. בשאר המצוות אם נאנס לעבור אותם נאמר שיעבור ואל יהרג.

נחלקו ראשונים האם אדם שרוצה בכל זאת ליהרג ולא לעבור את העבירה רשאי לעשות זאת.

הרמב"ם קובע (יסודי התורה ה,א): ואם מת ולא עבר הרי זה מתחייב בנפשו. וכן הסכים עמו הרמב"ן (מלחמות סוף פרק ח בסנהדרין).

ראשונים רבים חולקים עליו (תוספות עבודה זרה כז,ב ד"ה יכול, רא"ש שם ב,ט וסמ"ק מ"ע ג) וסוברים שרשאי להחמיר על עצמו ולהיהרג.

אם כן יש מקום לדעת אותם הראשונים לטעון שגם במקרה של הסתכנות עבור הצלה יהיה יכול להסתכן ממידת חסידות ואין החיוב של וחי בהם אוסר עליו למסור נפשו אלא רק מסיר ממנו את החיוב ליהרג.

אמנם יש מקום לדחות ולחלק שהמוסר נפשו ניצל מעבירה ויש בכך תועלת שמסר נפשו. ואילו כאן שהוא בא לקיים מצוה ולהציל סוף סוף יש לו חובה גם כלפי הצלתו הוא, ובעניין זה הוא מפסיד שגם אם חבירו ניצל אם הוא עצמו ימות ועל עצמו חלה חובת הצלה שאותה הוא הפסיד.

כנראה זו דעת הרדב"ז שבמקום אחד (ה,ג) קיבל את השיטה שניתן להחמיר וליהרג אף אם ההלכה "יעבור ועל יהרג" ובמקום אחר (ג,תרכז) קבע שהמסתכן בהצלה הוא "חסיד שוטה".

הנצי"ב לעומתו (העמק שאילה קכט,ד וקמז,ד) למד שלדעת התוספות והראשונים הללו החולקים על הרמב"ם מותר להסתכן משום מידת חסידות.

בשו"ת יד אליהו (מג) שהבאנו גם בפרק הקודם היה פשוט לו שאין גם מידת חסידות בהסתכנות בהצלה וגם ירד לחלק בין הצלת סתם אדם להצלת אדם שגדול ממנו ולא נתברר לנו יסוד חילוקו.

אפשר לדון מכיוון חדש בסוגיה, ויתכן ששאלה זו תלויה בנימוקים שאדם אינו חייב להסתכן עבור חבירו.

הבאנו בעניין זה 2 הסברים: א. ספק פיקוח נפש הוא כפיקוח נפש. ב. "וחי אחיך עמך חייך קודמין לחיי חבירך".

נראה שלפי ההסבר הראשון שאנו מתייחסים למעשה שלו כפיקוח נפש ממש ואם כך בודאי שחובת ההצלה כלפי עצמו היא שקולה כמו על חבירו ועליו לחשוב הפסד ההצלה שלו כנגד הצלת חבירו. ואילו לטעם השני שהבאנו הרי שהספק פיקוח נפש אכן אינו מחייב אותה רמת הצלה שמחייב פיקוח נפש ודאי אלא שהתורה מעדיפה

גם במקרה זה שחייך יהיו קודמין אבל עדיין הסיכון שלך הוא קטן יותר ולכן יש מקום לומר שיש לך את הבחירה לקחת על עצמך סיכון כזה כדי לתת לחבירך אפשרות להינצל מסיכון רב יותר.

אמנם דברינו הם מחודשים ולא מצאנו בפוסקים כמותם.

#### 4. רופא

הפוסק היחיד שהעלה אפשרות שיש הבדל בין רופא לאחרים הוא בעל ה"ציץ אליעזר" נביא את דבריו :

בחלק ט (סימן יז פרק ה): הוא דן האם רופא מחוייב להסתכן עבור טיפול בחולים ותחילה הוא מביא את הרדב"ז שאסור בדרך כלל להסתכן עבור הצלה, אך לאחר מכן הוא מעלה כמה סברות לחלק :

א. החיוב לבקר חולים קיים גם בחולים מסוכנים. הוא מבסס את דבריו על הרמ"א (שו"ת יט) שהתיר ביקור חולים גם בחולה מסוכן ומבאר את טעם הדבר שיתכן והרמ"א סבר שמחלה שלא נמסר לנו על ידי חז"ל שהיא מדבקת אין לחשוש ממנה. הסבר נוסף שהוא מעלה הוא שזכות המצוה מגינה על המבקר וקל וחומר שהיא מגינה על מי שבא לטפל ולעזור. אמנם הוא מסתבך קצת בהגדרה של הגבול שבין סכנה שאסור להיכנס אליה לסכנה שעליה דיבר הרמ"א.

ב. הוא מעלה אפשרות שהחידוש של התורה שמותר לרופא לעסוק בריפוי אף אם יש בכך סיכון.

ג. הרופא נוהג כמנהג העולם שהוא מגיש לחולים עזרה ומכיון שזהו המנהג אין זה נחשב כמכניס עצמו לסכנה.

ד. מצינו שמותר להסתכן עבור פרנסה ואם על ידי הימנעותו יפוטרו מותר לו להסתכן.

ועל כן הוא מסכם : מכל האמור נראה ברור דמותר לו שפיר לרופא לסכן את עצמו לטפל גם בחולים נגועים במחלות מדבקות מכל הסוגים לא עלינו ובכל האופנים, ועוד למצוה רבה תחשב לו הדבר, ומה גם בהצטרף לזה דעות הפוסקים החולקים על הרדב"ז ודעימיה וסברי שבכלל יש חיוב להיכנס בספק סכנת נפשות בשביל ודאי פקוח נפש של חבירו, ויקוים בו מקרא כתוב : ואתם הדבקים בד' אלקיכם חיים כולכם היום.

ראוי לשוב ולעיין במקורות שהציץ אליעזר הסתמך עליהם כדי לחייב רופא להסתכן.

- א. החיוב לבקר חולים הוגבל במפורש כבר בגמרא רק למקרים שבהם אין סכנה גמורה ולכן סביר להניח שתשובות הרמ"א עליהם הוא מסתמך באו להוציא מחששות שוא שהעלו אנשים ולא להתיר סכנה גמורה. בכל מקרה ברור שבביקור עצמו שלא כבטיפול חודרני קיימת באופן בסיסי סכנה מועטת.
- ב. החידוש שההיתר לרפא נועד להתיר הסתכנות אינו מוזכר בראשונים וקשה להסתמך על חידוש כזה.
- ג. דבריו של הציץ אליעזר ביחס למנהגו של עולם אינם ברורים דיים שהרי לא מצאנו מנהג המחייב את הרופאים להסתכן. ואף לו יהא כך האם הרופא מחוייב להיכנס בספק סכנה בגלל מנהג העולם?
- ד. ההנחה שבתי חולים מחייבים רופאים להסתכן ואם לא יסתכנו יפוטרו אינה מבוססת מבחינה מציאותית. בודאי שהם מסתכנים כאשר הם עובדים עם חולים, אכן זו סכנה סבירה כפי שכל אדם שעובד בנהיגה מסתכן בתאונות דרכים.
- לסיכום אנו טוענים שחידושו של הציץ אליעזר לחייב רופא להסתכן יותר מאשר כל אדם טעון ליבון וברור ואין בידינו להעמידו על מכונו.
- ה. פסיקת האחרונים**
- בפרק זה נביא ממסקנותיהם של האחרונים בסוגיה זו.

### 1. שולחן ערוך

רבי יוסף קארו מביא את דברי ההגהות מיימוניות, המחייב כניסה לספק סכנה כדי להציל, בשניים מספריו. בספרו כסף משנה על הרמב"ם (רוצח ושמירת נפש א, טו), ובבית יוסף על ארבעה טורים (חושן משפט סימן תכו). אך בספרו ההלכתי הוא השמיט את דברי ההגהות מיימוניות ולא הביאם ואף הרמ"א נמנע מלהוסיף אותם. על כן נראה שלדעתו להלכה אין להסתמך על דברי ההגהות מיימוניות וכך הבינו פרשני השולחן ערוך במקום. הסמ"ע (ס"ק ב), אף ביאר שלדעת הבית יוסף הבבלי חולק על הדין הזה ולכן השמיט אותו.

### 2. רדב"ז

אחד מגדולי המשיבים בתחילת תקופת האחרונים רבי דוד בן זמרא רבה של מצרים שנפטר בשנת הישג (1573), הקדיש לנושא זה שתי תשובות מפורטות: האחת (חלק ג סימן תרכז):

שאלת ממני אודיעך דעתי על מה שראית כתוב אם אמר השלטון לישראל הנח לי לקצץ אבר אחד שאינך מת ממנו או אמית ישראל חבירך. יש אומרים שחייב להניח לקצץ האבר הואיל ואינו מת והראיה מדאמרינן בע"ז חש בעיניו מותר לכוחלה בשבת ומפרש טעמא משום דשורייני דעינא בלבא תליא משמע הא אבר אחר לא והשתא יבוא הנדון מק"ו ומה שבת החמורה שאין אבר אחד דוחה אותה היא נדחית מפני פקוח נפש אבר אחד שנדחה מפני השבת אינו דין שתדחה מפני פקוח נפש ורצית לדעת אם יש לסמוך על טעם זה :

תשובה זו מדת חסידות אבל לדין יש תשובה מה לסכנת אבר דשבת שכן אונס דאתי משמיא ולפיכך אין סכנת אבר דוחה שבת אבל שיביא הוא האונס עליו מפני חבירו לא שמענו. ותו דילמא ע"י חתיכת אבר אעפ"י שאין הנשמה תלויה בו שמא יצא ממנו דם הרבה וימות ומאי חזית דדם חבירו סומק טפי דילמא דמא דידיה סומק טפי. ואני ראיתי אחד שמת ע"י שסרטו את אזנו שריטות דקות להוציא מהם דם ויצא כל כך עד שמת והרי אין לך באדם אבר קל כאוזן וכל שכן אם יחתכו אותו. ותו דמה לשבת שכן הוא ואיבריו חייבין לשמור את השבת ואי לאו דאמר קרא וחי בהם ולא שימות בהם הוה אמינא אפילו על חולי שיש בו סכנה אין מחללין את השבת תאמר בחבירו שאינו מחוייב למסור עצמו על הצלתו אע"ג דחייב להצילו בממונו אבל לא בסכנת איבריו. ותו דאין עונשין מדין קל וחומר ואין לך עונש גדול מזה שאתה אומר שיחתוך אחד מאיבריו מדין קל וחומר והשתא ומה מלקות אין עונשין מדין קל וחומר כל שכן חתיכת אבר. ותו דהתורה אמרה פצע תחת פצע כויה תחת כויה ואפילו הכי חששו שמא ע"י הכוייה ימות והתורה אמרה עין תחת עין ולא נפש ועין תחת עין ולכך אמרו שמשלם ממון והדבר ברור שיותר רחוק הוא שימות מן הכויה יותר מעל ידי חתיכת אבר ואפילו הכי חיישינן לה כל שכן בנידון דידן. תדע דסכנת אבר חמירא דהא התירו לחלל עליה את השבת בכל מלאכות שהם מדבריהם אפילו ע"י ישראל. ותו דכתיב דרכיה דרכי נועם וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חבירו הלכך איני רואה טעם לדין זה אלא מדת חסידות ואשרי חלקו מי

שיוכל לעמוד בזה ואם יש ספק סכנת נפשות הרי זה חסיד שוטה דספיקא דידיה עדיף מוודאי דחבריה. והנראה לע"ד כתבתי:

בתשובה זו הוא מתייחס לפסק של המהר"ם ריקנאטי, בעילום שמו, שהובא לעיל המחייב אדם לאבד איבר כדי להציל את חברו. הוא שולל בחריפות את הפסק מנימוקים שונים שמתחלקים לשני חלקים.

חלק אחד מטפל בסיכון שיש לפי ההלכה בקטיעת איבר. הוא מוכיח מגמרות שונות ומהמציאות שיש סכנת נפשות גם בחתיכת איבר אחד.

בחלק השני הוא מערער על המחויבות לאבד איבר עבור הצלה ובלי קשר בהכרח לכך שיש בזה סכנת נפשות. הוא מעלה כמה טיעונים בנקודה זו.

א. הוא שאין ללמוד משבת שלגביה יש מחויבות מיוחדת גם על איבריו של האדם ויש צורך בגזירת הכתוב מיוחדת שתמעט את החיוב של האדם מלמסור את נפשו עבור השבת. מה שאין כן בהצלת חברו שהכיוון הוא הפוך החיוב קיים רק על פי גזירת הכתוב ומה שלא מופיע בתורה אינו מחייב אותו.

ב. הוא שאין ללמוד משבת בקל וחומר שכן דבר זה מתנגש עם כלל הלכתי שאין עונשין מן הדין. דהיינו לא ניתן ללמוד על עונש של עבירה שאינו מופיע בתורה במפורש לפי קל וחומר אלא רק מפסוקים מפורשים. טיעון זה מתבסס על תפיסה שהסיכון בהצלה הוא מסוג העונשים.

ג. טיעון מעניין שהרדב"ז משתמש בו הוא ש"דרכיה דרכי נועם" כלומר הדרישה מאדם לאבד איבר עבור חברו אינה נתפסת ב"שכל ובסברא" ולא יתכן שהתורה תחייב את האדם בדבר כזה.

למעשה נראה שהטיעון השלישי הוא אכן הטיעון המרכזי בחלק זה ובתשובה בכלל. שכן שני הטיעונים שלפניו אינם ברורים כל כך. הטיעון הראשון שהצלת חברו שונה מהותית משבת שבה יש חיוב על כל האיברים, אך לכאורה מכיון ששתיהן מצוות אין השוני ביניהן ברור דיו. ראינו שלדעת חלק מהראשונים יש אכן צורך בפסוק כדי למעט את החיוב של האדם להסתכן. גם הטיעון השני שמשוה את ההצלה לעונש אינו ברור שהרי זו מצוה ומה שייכותה לדיני עונשין. על כן נראה שהטיעון המרכזי שלו הוא ההסתמכות על כך שלא יתכן והתורה תחייב דבר נגד השכל והסברה וברור לו שאין חיוב להסתכן עבור הצלה.

מסקנת התשובה היא שאין להסתכן ובמקרה של "ספק סכנת נפשות" המסתכן נכנס

בגדר של "חסיד שוטה".

בתשובה השנייה (חלק ה סימן ריח) נראה שהרדב"ז מציג כיוון שונה במקצת:

שאלת ממני אודיעך דעתי במה שכתב הרמב"ם ז"ל הל' רוצח ושמירת נפש כל היכול להציל ולא הציל עובר על לא תעמוד על דם רעך... תשובה מה שכתב הרב ז"ל... איירי במי שיכול להציל להדיא בלא שיתכן המציל כלל כגון שהיה ישן תחת כותל רעוע שהיה יכול להעירו משנתו ולא העירו או כגון שידע לו עדות להצילו עבר על לא תעמוד על דם רעך. ולא זו בלבד אלא אפילו יש בו קצת ספק סכנה כגון ראה אותו טובע בים או לסטים באים עליו או חיה רעה שיש בכל אלו ספק סכנה אפילו הכי חייב להציל ואפילו שלא היה יכול להציל בגופו לא נפטר בשביל כך אלא חייב להציל בממונו... והוא יודע שיש בכלל לאו זה שלא יעמוד על הפסד ממון חבירו אלא שאינו חייב להכניס עצמו לספק סכנה בשביל ממונו אבל להציל נפש חבירו או שלא יבא על הערה אפי' במקום דאיכא ספק סכנה חייב להציל והכי איתא בירושלמי. ומ"מ אם הספק נוטה אל הוודאי אינו חייב למסור עצמו להציל את חבירו ואפי' בספק מוכרע אינו חייב למסור נפשו דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא דידיה סומק טפי אבל אם הספק אינו מוכרע אלא נוטה אל ההצלה והוא לא יסתכן ולא הציל עבר על לא תעמוד על דם רעך. הנראה לעניות דעתי כתבתי:

בתשובה זו הרדב"ז מדגיש את החובה להציל אפילו תוך כדי הסתכנות שמוגדרת אצלו "קצת ספק סכנה" והוא גם מזכיר את הירושלמי שכבר עסקנו בשיטתו לעיל וכנראה כוונתו לירושלמי שמובא בהגהות מיימוניות שמחייב הסתכנות עבור הצלה. אך הוא מסייג שרק אם הספק נוטה לודאי שיוכל להציל ולא ייהרג עליו להסתכן אך אם הספק מוכרע דהיינו שיתכן שהוא ייהרג באותה מידה שיתכן ויציל הוא אינו חייב להציל.

נראה שתשובה זו אינה סותרת לתשובה הקודמת ובמקרה של סיכון שקרוב לודאי שיציל גם השכל והסברא יקבלו את החיוב להסתכן ומסתבר שזה נכלל בחיוב של "לא תעמוד על דם רעך".

עולה איפה מתשובותיו של הרדב"ז שהכרעתו להלכה היא לחייב הסתכנות אך ורק אם אין ספק שקול של סכנה ביחס למציל. ויסוד דבריו מושתת על מבחן השכל האנושי והסברה שהתורה לא תדרוש מהאדם דרישות לא סבירות. לדעתו אם אדם

אכן נוטל על עצמו סיכון הוא נחשב כחסיד שוטה. כמו כן לדעתו אין לחייב אדם לאבד איבר אף אם אין בכך סיכון לגבי נקודה זו יתכן ויש בזה מידת חסידות.

### **3. יד אליהו**

הרב אליהו מלובלין שהוציא את ספרו בשנת תע"ב (1712) עסק בהרחבה בשאלת החובה למסור את הנפש כדי להציל.

לאחר שהוא מביא ראיות רבות מש"ס ופוסקים שברבות מהן דנו במאמר. מסקנתו היא שאסור להסתכן ויש מידת חסידות להציל אדם שגדול ממנו בתורה.

### **4. ערוך השולחן**

רבי יחיאל מיכל הלוי עפשטיין (תק"צ-תרס"ח 1830-1908), רבה של נוברדהוק, בספרו הגדול על שולחן ערוך מסכם את הנושא (חושן משפט תכו, ד):

הפוסקים הביאו בשם ירושלמי דחייב אדם להכניס את עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו. והראשונים השמיטו זה מפני שבש"ס שלנו מוכח שאינו חייב להכניס את עצמו ומיהו הכל לפי הענין ויש לשקול הענין בפלס ולא לשמור את עצמו יותר מדי ובה נאמר "ושם אראנו בישע אלוקים זהו ששם אורחותיו" וכל המקיים נפש בישראל כאילו קיים עולם מלא.

כלומר הוא מאמץ את הגישה שאין להסתכן אך מזהיר מניצול של הפסיקה הזו לצורכי התחמקות מהצלה ורק במקרה של סכנה ודאית ומוכחת אין את החובה להציל.

### **5. אגרות משה**

הרב משה פיינשטיין (תרנ"ה-תשמ"ו 1895-1986) דן בסוגיית השתלת לב (חלק ב יורה דיעה קעד) ומכריע בבירור כרדב"ז שאין להסתכן עבור חברו אך לדעתו יש בזה מידת חסידות. מכיון שסוף סוף מציל נפש מישראל.

### **6. מנחת יצחק**

הרב יצחק יעקב וייס (תרס"ב-תשמ"ט 1902-1989), ראב"ד העדה החרדית בירושלים בתשובה קצרה (ו,קג) נוטה להתיר לאדם שרוצה להסתכן ולתרום כליה לעשות זאת. אך לא כחיוב אלא מרצונו החופשי.

### **7. ציץ אליעזר**

הרב אליעזר יהודה וולדינברג (תרע"ו- תשס"ז 1915-2007), דיין בית הדין הגדול לשעבר ומגדולי המשיבים בדורנו הקדיש תשובות רבות ומפורטות לנושא זה בספרו



שו"ת ציץ אליעזר. נסקור בקצרה את מסקנותיו.  
בחלק ח (סימן טו פרק י אות יג) הוא מעלה את הבעיה ומסיק שרופא אינו מחוייב להסתכן מן הדין.

ושוב שם (סימן מה): בדיון על השאלה האם לנדב איבר להשתלה הוא מתבסס על הרדב"ז ואוסר הסתכנות ורק במקרה של הוצאת איבר שאין בה סכנה כלל יש לדעתו מידת חסידות לעשות זאת.

בחלק י (סימן כה פרק ז): הוא שב לדון בהשתלת איברים ומחזק את האיסור לדעתו להסתכן ושאיין בזה מידת חסידות ורק לגבי הוצאת איבר שאין בה סכנה הוא נוטה לראות בזה מידת חסידות.

בחלק יב (סימן נז) הוא דן האם סיכון במלחמה שונה מאשר הסתכנות אחרת וטוען שאכן מצב מלחמה הוא שונה מהותית וחוזר על כך בחלק יג (סימנים ק וקא).  
ובחלק טז (סימן כג) הוא מחמיר לאסור תרומת כדוריות דם ואף לא כמידת חסידות.

ניתן לסכם את גישת הציץ אליעזר שמחד מחמיר מאד בהסתכנות עבור הצלה ואף נמנה על אלו השוללים תרומת איברים ותרומת כדוריות דם. ומאידך הוא מחדש חובת הסתכנות דוקא אצל רופאים כאשר ריבוי הנימוקים שהוא מעלה לחידוש זה מראים עד כמה הוא מחודש וחריג במיוחד לאור שיטתו כפי שהיא נפרשת בכתביו המרובים.

#### **8. יביע אומר**

הרב עובדיה יוסף, הראשון לציון, נגע בשאלה זו בקצרה בשו"ת יחווה דעת (ג,פד) ובארוכה בספרו הגדול שו"ת יביע אומר (חלק ט חלק חושן משפט סימן יב). לאחר ניתוח מקיף של כל המקורות בענין הוא מכריע להתיר לאדם לתרום כליה לפחות כמידת חסידות מכיון שהסיכון בניתוח להוצאת הכליה ובחיים לאחר מכן ללא כליה הוא קטן.

#### **ו. סיכום**

הבאנו את שיטות הראשונים והראינו שקיימת מחלוקת גדולה עד כמה ניתן לחייב אדם בהצלה והאם חיוב זה כולל גם חובה להסתכן. במאמר הראינו שאכן תפיסה זו שמחייבת סיכון יש לה תמיכה מקבוצה נכבדת של ראשונים אך מולם עומדת קבוצת ראשונים חולקת ויש המוסיפים אליהם את כל אלו שהשמיטו את החיוב להסתכן.

לאחר מכן הראינו שלא ניתן ללמוד מהגמרא הכרעה ברורה למעשה בעניין זה. בפסיקת האחרונים נתקבלה דעתו של הרדב"ז שחילק בין חיסרון איבר עבור הצלה שלדעתו אף אם אין בזה סיכון אינו מחוייב בכך ואם אדם מוכן לעשות זאת יש בזה מידת חסידות. ואילו לגבי הסתכנות הוא מחלק בין ספק סכנה שהנכנס לה עבור הצלה הוא חסיד שוטה ואילו בחשש של קצת סכנה יש לדעתו חיוב להסתכן עבור הצלה.

ראינו גם שיש משקל להצלת כלל או תוך כדי מלחמה שהיא צרכי כלל שאז משתנים הכללים ויש חובה להסתכן.

כמו כן ראינו את גישתו של ה"ציץ אליעזר" שמחייב רופאים להסתכן מכמה סיבות. חלק מהן כלליות וחלק נובעות מהמחויבות לעבודתם שלדעתו מחייבת הסתכנות. העלינו במאמר את ספקותינו ביחס ליסודות הפסיקה שלו בעניין זה.

### **כעת נעבור לניתוח המקרים שהעלינו בתחילת המאמר:**

#### **מקרה א**

ד"ר דוד עומד מול חולה הזקוק לעזרה כשאין לו את האפשרות להתגונן מהסיכון בהידבקות במקרה ותוך כדי העבודה הוא ייפצע וייחשף לנגיפים.

באופן בסיסי לאור פסיקת האחרונים אם יש ספק סכנה כלומר חשש אמיתי שחולה זה מגיע מסביבה בה הנגיפים מצויים או שיש סימנים המחשידים שהוא אכן חולה במחלה מסוכנת כזו לא ניתן לחייב את ד"ר דוד לטפל בחולה תוך כדי סיכון אך אם הוא חפץ לטפל בו לדעת הרדב"ז והרבה מהאחרונים הוא חסיד שוטה אך לאור היקף הראשונים התומכים בחובה להסתכן לעניות דעתנו נראה שיש בזה לפחות מידת חסידות בסיכון עבור חולה כזה.

יש לציין שלדעת הציץ אליעזר מכיון שהרופא מטפל בחולה בבית החולים אם יש נהלים של בית החולים המחייבים טיפול במקרה כזה ללא ציוד סטרילי כך הוא מחוייב לנהוג.

במקרה של חולה רגיל המגיע לבית החולים ללא סימנים מיוחדים המעידים על בעיה רפואית חריגה יש חיוב גמור לטפל בו אפילו ללא ציוד סטרילי מפני שזהו סיכון קל. צריך גם להזכיר את אזהרתו של בעל ערוך השולחן לא להיות בין אלו שמקפידים על חייהם ונמנעים מלהציל ולהימנע מדקדוק יתר ובחיפוש אחר בעיות וסיכונים.

## מקרה ב

כל הכללים שנאמרו קודם ביחס לטיפול בבית החולים תקפים גם במקרה בו החולה נמצא מחוץ לבית החולים והרופא אינו מחוייב בטיפול בו מכח עבודתו אלא כאדם רגיל המושיט עזרה.

ההבדל היחידי יהיה אולי לדעת שו"ת ציץ אליעזר שמייחס משמעות לכך שבית החולים מחייב את הרופא לטפל בחולים גם תוך כדי סיכון. אך מחוץ לבית החולים יתכן והוא יסבור שאין חיוב.

## מקרה ג

במקרה של פיגוע טרור אנו נכנסים לשאלה של הצלת רבים מכיון שיש לראות בפיגועי טרור חלק מהמערכה הכללית שבין אויבי ישראל לבינינו ועל כן נראה שבמצב כזה בטלים כל החשבונות ויש חובה גמורה להציל אף תוך כדי נטילת סיכונים.

### כ.ט. תביעת ריבית

#### א. תמצית העובדות<sup>305</sup>

הנתבע לווה מן התובעים סכום של \$50,000 בשקלים. הכסף נועד לאפשר לנתבע להשתתף במיזם בניה בעל פוטנציאל רווח גבוה. תנאי ההלוואה בין הצדדים נקבעו בהסכם שבין הצדדים. הלווה התחייב לשלם תוך שנתיים, רווח של 100%, כל זאת בתנאי שיהיו לו רווחים מן הפרויקט. וכפי שנכתב בחוזה ההלוואה (סעיף 4.1) "שישולם מרווחי צד א' בפרויקט". התנאי על פיו הריווח ישולם רק אם יהיו רווחים בהשקעתו של הלווה, נאמר במפורש גם על ידי התובעים במהלך הדיון, ולא היה נתון במחלוקת. דהיינו שאם ההשקעה לא תימצא רווחית, התובע ישיב רק את הקרן, ללא תמורה נוספת. יש לציין לפני שני סעיפים נוספים בחוזה. סעיף 4.3 קובע שיתן להקדים את פירעון ההלוואה ולשלם ריבית בהתאם לתקופת הלוואה. סעיף 4.4 קובע שבמקרה של עיכוב או הקדמת פירעון ההלוואה הריבית תעלה באופן יחסי, ובתנאי שלא תפחת מ-25%.

בהסכם סעיף של היתר עסקה.

לאחר מעט יותר משנה וחצי, השיב הנתבע לתובעים סכום של \$50,000, על פי השער היציג של אותו יום.

לטענת הנתבע, עם השיבו את הכסף, הוא אמר לנתבעים, שישלם להם ריבית כפי שנקבע על שנה וחצי, כשיתאפשר לו. התובעים מכחישים טענה זו. הוא אכן נתן לתובעים, בנוסף לפירעון ההלוואה, כספים בסכום כולל של 150,000 ₪, דהיינו 75% מן הסכום שלווה על פי שער של 4 ₪ לדולר. הנתבע מודה שעדיין נותר לו חוב קטן להשלמת התשלום שאמור לכלול גם מע"מ על העסקה. כעת, כעבור 5 שנים, משהתברר למלווים שהפרויקט המדובר מתחיל לשאת רווחים הם פנו בתביעה לבית הדין.

#### ב. טענות התובעים ותביעתם

התובעים טוענים שהחוב צובר ריביות על פי ההסכם, כל עוד ההלוואה לא נפרעה במלואה. לטענתם, כיוון שביום השבת הכספים, בשיעור של \$50,000, חובו של

<sup>305</sup> פס"ד ביי"ד ארץ חמדה גזית בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי.

התובע עמד כבר על \$87,500 (קרן בתוספת ריבית על שנה וחצי), נמצא שלא השיב את כל ההלוואה אלא רק את חלקה.

הסכום שנותר לתשלום, אמור לצבור ריביות על פי ההסכם.

בהתייחס לריבית העצומה הנגבית עבור החוב (100% עבור שנתיים), טוענים התובעים שההסכם סביר, משום שהם לקחו על עצמם סיכון גבוה מאוד לאי פירעון. בנוסף, הריבית נגבית רק מתוך הרווחים אם יהיו. אילו לא הרוויח הנתבע – לא היו תובעים דבר. אך הנתבע הרוויח, ולכן הוגן הדבר שישתף ברווחיו את המלווים שאפשרו לו את הצעד הראשון, כל זאת בהתאם להסכם.

להיפך, הם רואים חוסר הגינות בכך שברגע שהתאפשר לנתבע הוא ניסה לעצור את ההלוואה שלהם על פי ההסכם.

לטענתם הסכום ששולם היה בעיקר על חשבון הריבית שהיה חייב להם ואילו שאר הסכום - \$37,500 נותר חוב והמשיך לצבור ריבית (כך בכתב התביעה), או לחילופין, יש לראות את הסכום ששולם – שחלקו קרן וחלקו ריבית (כך טענו בדיון). לדבריהם הם לא שמעו ממנו דבר על כך שהתשלום הוא פירעון קרן החוב, והיה ברור להם שהנתבע מחזיר חלק מהכסף על חשבון הריבית.

כמו כן לטענתם, פרשנות החוזה הוא שהם זוכים לרווחים "בריבית דריבית", דהיינו שגם החוב של סכום הריבית הופך לקרן וצובר גם הוא ריביות. וכן כל שנתיים נוספות הריבית מצטברת שוב, הופכת להיות קרן ומחייבת גם היא בריבית נוספת, על פי חשבון של 100% ריבית על הקרן.

לדבריהם סכום החוב הנותר צמח מחוב של \$37,500 ב-2006 לסכום של \$165,188. אך הם מוכנים ללכת לקראת הנתבע, להפחית את הסכום ולהסתפק רק ב-400,000 ₪.

לסיכום, התובעים מעמידים את סכום התביעה על סך של 400,000 ₪.

#### ג. טענות הנתבע

לטענת הנתבע הוא עמד בהסכם ההלוואה בהשיבו לתובעים את הקרן לאחר כשנה וחצי. באותה עת, לא היו לו רווחים בפרויקט. לפיכך, עם השיבו את הכספים היה פטור מכל תשלום נוסף. אלא שלפנים משורת הדין, הוא תכנן לשלם להם את הריבית אם וכאשר ישא הפרויקט רווחים, והתשלום התעכב עד לתקופה שאכן הפרויקט החל לשאת רווחים.

הוא טוען, שבעת שהשיב \$50,000, הפרויקט היה עדיין במצב שאין בו רווח, כיוון שהעסקה לא יצאה אל הפועל, והאפשרות להפסד כל ההשקעה היתה גדולה. הקרקע נרכשה רק כחצי שנה לאחר השבת ההלוואה, ואחר עליות ומורדות במשא ומתן כאשר הספקות היו רבים לאורך כל הדרך. ההלוואה הוחזרה בשלב מוקדם יותר, כשנכנס משקיע שנכון היה להעמיד את כספו בסיכון רב והיה מוכן להעמיד סכום גדול בהרבה ששימש זמן רב לאחר מכן למימוש העסקה. חלק מההסכם איתו היה הלוואה שתוכל להחזיר למלווים קודמים את כספם. התובע טוען שהחזיר את הכספים למלווים (וכן למלווים אחרים), על מנת 'לנקות את השולחן'. לדבריו הוא אמר בבירור שסכום זה הוא עבור החוב. גם הסכום שניתן על ידו תואם באופן מדויק \$50,000 שהם סכום הקרן, ולדבריו מוכח מכך שסכום זה ניתן בוודאי עבור הקרן של החוב.

כך שטענתו היא כפולה. הוא לא היה חייב את הריבית באותו הזמן, וממילא גם לא שילם אותה אלא רק את הקרן ועל כן בוודאי שלא צבר ריבית על הקרן מעבר לריבית אותה הוא שילם בפועל מרצונו הטוב.

#### ד. דיון

##### 1. פרשנות החוזה:

התובעים הסבירו שעל פי ההסכם מדובר על תמורה גדלה והולכת, באופן שבו הופכת הריבית לקרן שנושאת גם היא ריבית, אינה מבוססת בהסכם. אף שניתן ליצור ריבית דריבית בהיתר עיסקא (ט"ז יו"ד קעז, לא ברית יהודה לח, לב), הדבר צריך להיות מפורש בחוזה. בית הדין בחן את סעיפי החוזה בדקדוק ולא מצא בחוזה חיוב בדרך של "ריבית דריבית".

##### 2. הגדרת רווחי העסקא

באשר לתשלום הריבית עצמה, ראשית יש לדון במקרה של כספים שניתנו בהיתר עיסקא ועיסקא זו לא הניבה ריווח. שאלה זו נידונה רבות בהקשר להלוואות הניתנות על ידי הבנקים לאנשים לצורך קניית דברים שאינם מניבים ריווח (ראה ברית יהודה פרק לח הערה יח באריכות וכן בהערה ו) ובשו"ת חלקת יעקב (יו"ד עד) כתב שעצם נתינת ההלוואה לצורכו של הלווה היא ההנאה הגדולה ששווייה הוא הריווח של העיסקא.

אמנם במקרה דידן העיסקה מיועדת לדבר מסויים שמרווחיו אמור להיות התשלום. והשאלה העולה היא האם אכן יש ריווח מהעסקה?

בכתב התביעה טענו התובעים כי כבר בתקופת השבת הכספים בסכום של \$50,000 "הפרוייקט מומש חלקית". התובעים לא חזרו על טענה זו בדיון. אך חשיבות הטענה בכתב התביעה היא דווקא בכך שמדברים אלו עולה, שגם להבנת התובעים אם בעת ההשבה לא זכה הנתבע לרווחים – הם אינם זכאים לתמורה שניתנה להם על פי החוזה. בבית הדין התברר שאכן לא ניתן היה להגדיר את הפרוייקט כרווחי בעת השבת הכספים, גם לדעת התובעים, ממילא בעת שהשיב התובע את הכספים, כפי הנראה עמד בדרישות על פי החוזה באופן מלא, ולא היה חייב בתשלום הרווח.

לכאורה יש לטעון שעל פי היתר העיסקה המופיע בחכמת אדם (קמג) בירור הטענה שלא היה ריווח או שהוא פחות מהסכום שנקבע כשותפות ברווח יכול להיעשות רק על ידי שבועה חמורה שישבע הלווה, וכן הנוסח כולל הודאה של הלווה שהיה ריווח. אם כן לכאורה, יש להניח שהנתבע הרוויח גם בנדון דידן. אך במקרה שהמלוה יודע שלא היה ריווח בעיסקה זו אין לו היתר להשביע לדעת הרבה פוסקים (ראה ברית יהודה פרק לח הערה ו, וראה גם שו"ת חלקת יעקב (יו"ד פב) שעמד על החילוק בין המקרה הזה להלוואה ללא מטרת ריווח וכן כותב בשו"ת אגרות משה יו"ד ב,סב-סג). על כן, כיוון שהדבר אינו במחלוקת, בית הדין דן על פי הקביעה שבאותה עת, לא היה ריווח בעסקה.

התובעים הוסיפו וטענו שמכיוון שהסכום שהם נתנו הניע את גלגלי העסקה יש מקום להגדיר את הרווחים שנוצרו לאחר תקופת ההלוואה כרווחים על העסקה לעניין זה. טענה זו אינה נראית הולמת את לשון חוזה ההלוואה כפשוטו, וכידוע "יד בעל השטר על התחתונה" (שו"ע חו"מ מב,ה). אך בלאו הכי אין אנו נדרשים להכריע בה שכן הנתבע אכן התחייב לשלם את הריווח על ההלוואה לפי הזמן בו היא ניתנה, ועשה זאת.

לסיכום – בית הדין מקבל עובדתית את הטענה שהעסקה טרם השיאה רווחים בעת השבת ההלוואה. נכונותו של התובע לשלם רווחים עד לעת השבת ההלוואה – על בסיס רווחי העתיד, מייתרת את הדיון האם הוא חייב בתשלום זה מן הדין.

### 3. גביית החוב עבור הקרן או הריבית

התובעים טענו שגביית הכסף על ידם הייתה עבור הריבית ועל כן נותר חוב של חלק מהקרן והוא המשיך לשאת ריבית על פי התחשיב של ההסכם. צריך אפוא לדון בשאלה כיצד מבררים על מה הייתה הגבייה של התובעים. בעניין זה עלו בבית הדין שתי גישות, אביא כאן את הגישה הנראית בעיני:

#### אין עדיפות לגביית הריבית מהקרן, אף שחוב הרווח אינו מסופק

בשו"ע (חו"מ פג, ב) נפסק:

אם הלוח מודה בשתי הלואות, ושתיהן עבר זמנו, ונתן לו מנה, סתם, ולא פירש והמלוח אומר שרוצה לחשוב אותם בפרעון החוב שאין לו כח על הלוח כל כך, ובאחרת יש לו כח יותר, כגון שיש לו ערב, והלוח רוצה לחשוב אותם בפרעון המלוח שיש לו בה ערב, כי אומר שלאותה נתכון, אין שומעין לו (טור ס"ג בשם בעה"ת). ואפילו אומר בפירוש: לא אפרע לך אלא מחוב פלוני, והמלוח אומר: לא אקבלם אלא מחוב אחר, הדין עם המלוח.

והוסיף הרמ"א:

הגה: ואפילו שתק כשקבלם, יכול אחר כך לומר: מה ששתקתי כדי שתתן לי המעות, ולא אקבלם רק על חוב אחר (ר"ן פ' הכותב).

מכיוון שהלווה הסכים לשלם את הריבית והייתה דעתו לשלמה, והדבר אף מותר לו מן הדין כמבואר בפוסקים (חכמת אדם קמב, י וראה ברית יהודה פרק לח הערה ט), הרי שהיה ברור לתובעים שהכסף יגיע אליהם ושהלווה מתכוון לשלם וכפי שהוא עצמו הודה שאמר להם כמה פעמים שישלם, אין מקום להתייחס לתשלום הריבית כחוב מסופק.

אמנם, לשיטת התובעים עצמם, שגם הריבית נושאת ריבית כמו הקרן, לא הייתה להם שום עדיפות מבחינתם בגביית הריבית על פני הקרן. במקרה המובא ברמ"א (פג, ב) על פי הר"ן (כתובות מב, ב בדפי הרי"ף ד"ה סיטראלי) מדובר על מלוח הטוען שגבה דבר שיש לו עדיפות לגבות מסיבות שונות, ואזי הוא נאמן לטעון שהגבייה הייתה דווקא עבור דבר זה. ונראה שדוגמא זו היא אינה מקרית, שכן אם היה המלוח מעדיף באופן אקראי הלוואה אחרת מאשר הלווה, בלא טעם לעדיפות זו, לא היה נאמן לטעון על כך למפרע. ממילא נראה שטענתם כיום שהייתה להם עדיפות לגבות דווקא את הריבית קודם אינה מסתברת.



אף שסברה זו מחודשת (ואינה מוכרחת בלשון הר"ן והרמ"א) הרי שבשים לב לכך שסכום החוזר היה שווה באופן מדויק לסכום ההלוואה (ובתיאום שער הדולר לאותו זמן). כמו כן לטענת הלווה הוא גם דיבר על כך שזהו סכום ההלוואה ומעולם לא התווכחו איתו, למרות שהתובעים מכחישים כעת ששמעו ממנו דברים כאלו בעבר. אף שהתנאי של הר"ן והרמ"א הוא שהייתה שתיקה של המלוה בעניין בשעת הקבלה, ועל כך אין לנו טענה של הלווה שלא היה במקום בשעת הפירעון אלא שלח את אביו בכדי לפרוע עבורו.

על כן נראה שאי אפשר כיום לבוא ולטעון שלא הייתה זו גבייה של ההלוואה כי אם של הריבית. מסתבר שגם לנאמנות זו צריך להיות בסיס הגיוני ואחיזה במציאות. ומצאתי בשו"ת דברי שלום (רש"י מזרחי, חו"מ א):

וני"ל שאף לדי' הר"ן דוקא שאמר מיד אחר שתפס שבשביל חוב אחר תפסם, דבכה"ג הוא דאיכא למימר מאי דשתק לאו משום אודויי אודיי ליה אלא כדי לתפוס הוא דשתק, אבל אם עבר זמן משתפס אינו נאמן לומר שתפסם עבור חוב אחר, אלא אמרינן דשתיקתו כהודאה היא.

(לגבי מה שכתבו בעניין זה בפד"ר ירושלים יא, עמ' ק והוכיחו מדברי שו"ת מהר"ש הלוי יז שהמלווה יכול תמיד לקבוע עבור מה ניתנה ההלוואה, נראה שזהו דווקא במקרה שמלכתחילה הדבר לא נתברר עבור מה התשלום לאף אחד, וכדוגמת המקרה המובא שם שערב שילם חלק מסכום שהיו חייבים שני לווים ולא בירר עבור מי שילם. אך אם מלכתחילה שילם הלווה עבור חוב מסויים ובירר זאת, נראה שגם מהר"ש הלוי יסבור שאין לאחר מכן נאמנות למלוה להחליף ובכך כפי הנראה הסתפק המהרי"ל דיסקין המובא אצלם ונטה לומר שאין נאמנות למלוה. ואף אם לא ראה את דברי המהרי"ש הלוי, אין קשר בין דבריהם ואין צורך לומר, כפי שכתבו שם הדיינים ש"נעלמו ממנו" דברי מהר"ש הלוי ודחו בכך את דבריו).

לסיכום דעה זו, מכח ההשבה המדויקת של \$50,000, ניכר שהנתבע התכוון להשיב את הקרן. על פי עמדת התובעים שההלוואה זוקפת רווחים בריבית דריבית אין עדיפות לגביית הריבית או הקרן, וכיוון שהתובעים לא טענו שגבו את הכספים ככספי ריבית אלא לאחר זמן, מתקבלת עמדת הנתבע שהשבת הכספים היא עבור הקרן. על פי הכרעת בית הדין פרשנות ההסכם היא שאין תשלום "ריבית דריבית" – וממילא אין מקום שיתרת החוב (עבור הרווחים) ישא ריבית נוספת.

## ל. עניינים קצרים

### א. פסיקת דין כשאינן עדים כשרים

על פי ההלכה עדות כשרה היא עדות של שני גברים גדולים (מעל גיל 13) וכשרים. בפועל, אין זה מצוי שיימצאו באופן מקרי עדים כאלה שיוכלו להעיד על אירוע בעל משמעות משפטית.

ראשית כל ראוי לציין שלדעת הרמב"ם מעיקר הדין, בדיני ממונות, הדיין צריך להכריע מתוך שכנוע גם ללא עדים, אלא שהרמב"ם חותם בכך שכיום לא ניתן להסתמך על שכנוע, אלא רק על עדים. (רמב"ם סנהדרין כד, א-ב): "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... 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. כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא **בראיה ברורה**..." וכן נפסק בשולחן ערוך (חו"מ טו, א).

הרמב"ם (נזקי ממון פרק ח הלכה יג) מזהיר את בית הדין מהסתמכות על פסולי עדות, אפילו בדיני נזיקין: "שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן, אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן, או אם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה או העידו בשאר נזקין סומכין עליהן. אין הדבר כן! אלא לעולם אין מחייבין ממון על פי עדים עד שיהיו **עדים הכשרים** להעיד שאר עדיות ויעידו בבית דין ויחייבו בית דין המזיק לשלם." וכן פוסק השולחן ערוך (חושן משפט תח, א).

אלא שחכמים תיקנו תקנה מיוחדת בעניין. כך מובא בנוסח חרם דרבינו גרשום (אנציקלופדיה תלמודית כרך יז, עמ' תשסח): "אשה וקטן נאמנין בזה הדבר, וכן בכל קטטה שאין להיות עדים בדבר מזומנים פתאום לזה." חכם אשכנזי מהמאה הי"ד, רבי מנחם מריזבורק הביא את התקנה וכתב שלא התפשטה אבל ראוי להתחשב בה: "וסוף דבר על כי ר'ב-הפשע נכון וכשר למיגדר מילתא לנדות החשוד לכל הפחות בדין קל ולהלקותו משום לא טוב השמועה."

רבי ישראל איסרליין, מאחרוני הראשונים, בעל תרומת הדשן (שנג) דן בעניין מכיוון שונה. לדבריו במקום שאנשים אינם מצויים בו כלל, כגון בוויכוח על המקומות

בעזרת נשים, נשים יהיו נאמנות. ואין זה דומה לדיני נזיקין שהם מצויים ואי אפשר להסתמך על עדים פסולים בעניינם. הרשב"א בתשובה (ב,קפב) מעלה סברה זו וחולק עליה: "אנחנו לא נדע דברים אלו ולא שמענום ואין ראוי לסמוך עליהם". בדור לאחר מכן חכם אשכנזי שחי באיטליה, המהרי"ק (שורש קעט), שמכריע על פי תקנה זו הלכה למעשה באדם שקילל את נציג הקהל שבא לגבות ממנו מסים, המהרי"ק חייב אותו בעונש על כך על פי עדות פסולים.

הרמ"א (חושן משפט לה,יד) מכריע באופן ברור: "תקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות. ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה, או קרוב או קטן, נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה, ואין פנאי להזמין".

המפרשים מדייקים מדברי הרמ"א שהוא פוסק את התקנה אך מצמצם אותה רק למקרים בהם קיימת הסברה של רבי ישראל איסרליין, "הכאות וקטטות" ואילו סתם נזק ממוני אינו בכלל וכפי שקבע בעל תרומת הדשן שזהו דבר מצוי. הרמ"א הוסיף והתנה שעדות תועיל רק בתנאי שהתובע בטוח בדבריו: "והוא שהתובע טוען ברי". בעל "כנסת יחזקאל (פג מובא בפת"ש) הוסיף וסייג שהאירוע ידוע גם ללא העד והעדות של הפסול היא רק בכדי לברר פרטים מהאירוע.

לכך יש להוסיף שעל פי שו"ת הרא"ש (סח, כג) ניתן לחייב ממון בהסתמך על "אומדנא דמוכח" גם ללא עדים כשרים. זאת ועוד, בהסכמי הבוררות של בתי הדין נכתב שבית הדין מתקבל "בין לדין ולבין לפשרה". פשרה זו במקרים רבים היא הזכות של בית הדין לסמוך על שיקול דעתו גם ללא שני עדים כשרים.

לפיכך, כיום בתי הדין מקבלים כל עדות, ובכלל זה, עדויות של קטינים, נשים וגויים, וכן עד אחד. בית הדין נעזר בעדויות אלה על מנת לגבש את דעתו בשאלות העובדתיות.

**ב. חיוב מדין נהנה**

אדם סייע בתיקון לבעל רכב שנתקע. האם בעל הרכב חייב לשלם לו על מלאכתו? הרשב"א כותב בתשובה (ד, קכה) ביחס למקרה של אדם שהביא קונים לחנותו של חברו ולאחר מכן תבע על כך תשלום: "הדין עם ראובן התובע. שכל שנהגו בעלי החנויות בכך, כל שמביא קונים לחנות, סתמן כפירושו, שעל דעת כן מתעסק זה במלאכת בעל החנות."

וכך פוסק הרמ"א (חו"מ רסד, ד): "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו." אם כן הלכה פסוקה היא שכל העושה מעשה טוב המהנה את חברו מתחייב הנהנה בתשלום עבור ההנאה שקיבל.

אלא שיש מספר תנאים להלכה זו. נתיבות המשפט (יב, ה) כותב שזהו דווקא אם המהנה התכוון לעשות זאת עבור שכר. על כן צריך לבדוק מה הייתה כוונתו של המתקן. במקרה זה ברור שהתכוון לתבוע שכר.

מלבד זאת בשביל להיפטר מתשלום חייבת להיות הוכחה ברורה שאכן היה זה מעשה חסד גמור כדוגמת המקרה המופיע בתרומת הדשן (שיז) ונפסק ברמ"א (רמו, יז): "שמעון אוכל עם חמיו ראובן הוא ואשתו ב' שנים יותר על קצבת הזמן שהגביל לתת להם המזונות לאחר החתונה, ועתה בא ראובן ותבע מחתנו שיפרע לו המזונות עבורו ועבור אשתו של אותם שנים היתירות." השאלה הייתה האם חותן שפרנס את בתו וחתנו יוכל לתבוע מהם את התשלום על המזונות שנתן להם, למסקנה נפסק שיש לפטור את החתן מתשלום המזונות של אשתו אך הוא חייב לשלם על המזונות שהוא עצמו אכל אצל חותנו. אלא אם כן יש הוכחה ברורה שהחותן כיוון לתת את האוכל כמתנה.

לגבי טענת בעל הרכב שהיה יכול לעשות זאת בעצמו אם היה יודע שיצטרך לשלם, אין טענה זו פוטרת אותו לגמרי שהרי סוף סוף נהנה ממלאכת חבירו (פתחי חושן שכירות פרק ח סוף הערה סו) ובפרט שלפי דבריו כפי הנראה לא היה מצליח לעשות זאת... אך מצד שני יתכן שאחרים היו עוזרים לו בחינם וצריך לבדוק לאור המקום והנסיבות עד כמה הדבר אכן היה מצוי.

אמנם הפוסקים מציינים שדבר שדרך לעשותו בחינם אי אפשר לתבוע עליו שכר, ועל כן נראה שסיוע בתיקון פנצ'ר והחלפת גלגל הוא מהדברים שבדרך כלל אין נוטלים עליהם כסף.

מאידך אם מדובר באדם שמקצועו תיקון רכבים הרי שהוא נוטל שכר גם על דברים מעין אלו. ועל כן אם באמת דרכו של מנשה לתקן בתשלום יש לו בהחלט עילה של ממש לתבוע תשלום.

נושא נוסף שעולה לדיון הוא האם ניתן ליטול שכר על מעשה שמוגדר כמצוה. נאמר במפורש שהשבת אבידה צריכה להיות בחינם אלא אם כן היא גוררת נזק אחר למשיב (שו"ע חו"מ רסה). אלא שמקרה זה אינו מוגדר כהשבת אבידה שהרי הנזק כבר נגרם והוא אינו מונע את הנזק הבא אלא מתקן את הנזק הקיים ובפרט שהוא בעל מקצוע בתחום. כשם שנהג מונית שהיה אוסף את המשפחה לא היה צריך לעשות זאת בחינם...

לסיכום אם אכן מדובר בבעל מקצוע שעושה את התיקון ודרכו לגבות על כך תשלום הרי שצריך לשלם לו, צריך לבדוק האם באמת היו אפשרויות אחרות לעשות ללא תשלום ואולי להפחית קצת מהתשלום לאור נתונים אלו אך בוודאי שלא להימנע מתשלום כלל.

### ג. קטן שהזיק

קטן הזיק לאדם אחר מה דינו?

ראשית קטנים פטורים על נזק שהם עושים וכפי שכבר נקבע במשנה (בבא קמא פז,א): "חרש שוטה וקטן פגיעתן רעה, החובל בהן - חייב, והם שחבלו באחרים - פטורין". וכן פוסק השולחן ערוך (חו"מ תכד, ח).

הרמב"ם (גניבה פרק א הלכה י) מדגיש שבמקרה של קטן שמאמץ דרך התנהגות שאינה ראויה באופן קבוע, בית דין צריך להתערב: "ראוי לבית דין להכות את הקטנים על הגנבה כפי כח הקטן כדי שלא יהיו רגילין בה, וכן אם הזיקו שאר נזקין..."

עלתה גם דעה בראשונים (הגהות אשר"י פרק ח סימן ט) שהקטן פטור רק בימי הקטנות, ולכשיגדל הוא חייב בתשלום על הגניבה מילדותו. אלא שדעה זו לא נפסקה להלכה בשולחן ערוך.

מכיוון אחר ראוי לדו בדינו של קטן, הרמ"א (או"ח חיים שמג) כותב: "וקטן שהכה את אביו או עבר שאר עבירות בקטנותו, אף על פי שאין צריך תשובה כשיגדל, מכל מקום טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אף על פי שעבר קודם שנעשה בר עונשין". לפי זה עולה שמעשיו של קטן אמנם אינם מחייבים אותו מדינא אך יש חשיבות בתיקונם.

האם יש אחריות להורים בתשלום על מעשה ילדיהם?

הגר"ז"נ גולדברג שליט"א (תחומין יח עמ' 48) מחייב את ההורים בתשלום במקרה שהקטן השתמש בחפץ ששייך להוריו מכיוון שלא שמרו על החפץ והניחו ביד קטן שאינו בר דעת.

הר"ם שטרנבוך (שו"ת תשובות והנהגות ד, שה ושיז) מצדד לחייב מדין "חינוך" ובצירוף העובדה שראוי לקטן לתקן את מעשיו לכשיגדל, שהאב יתן כסף לבנו וישלם עבורו או לחילופין ישלם בפניו, הוא מסייג את הדברים לסכום כסף "לא גדול".

בספר פניני הוראה (עמ' 290) מובא פסקו של הר"י נויבירט במקרה של קטן שגרם נזק לרכב, גם לדעתו ראוי להתחשב בחיוב שלו לכשיגדל וכן את "מנהג המדינה" לחייב הורים בנזקי ילדיהם ועל כן הוא מחייב את ההורים ב-50% מהנזק.

לסיכום מן הדין בדרך כלל אי אפשר לחייב את ההורים בתשלום על נזקי ילדיהם, אלא שראוי שההורים ישלמו משום חינוך ומשום המנהג ובית הדין צריך להעריך לפי הענין והשעה באיזה סכום לחייב.

**ד. בניית סוכה ברשות הרבים**

מצוות בניית הסוכה עוררה במשך הדורות דיונים הנוגעים לבעלות על קרקעות, וליחסי ההלכה והחוק. הדיון מתעורר סביב שאלת הבנייה בערים הצפופות כשהמקום הטבעי הוא ברחוב או בחצרות הבתים כאשר שאלת הבעלות עליהם אינה ברורה.

נקדים ונדון בשאלה העקרונית של ישיבה ב"סוכה גזולה". אף שהתוספתא (סוכה א,ד) קובעת בבירור ש"סוכה גזולה פסולה". בגמרא (סוכה לא,א) נאמר שחכמים מכשירים סוכה שנבנתה ברשות חברו או ברשות הרבים. הסיבה לכך היא משום שלדעתם אין אפשרות לגזול קרקע, שנשאת תמיד בחזקת בעליה, והיושב בסוכה כזו מוגדר כשואל בלבד (ראה פסקי ר"י מפאריש פט).

אלא שבתלמוד ירושלמי (סוגה פ"ג ה"א) נאמר: "גמליאל דזוגא עבד ליה מטללא בשוקא אמר לו רבי שמעון בן לקיש מאן שרא זה?" כלומר, גמליאל עשה סוכה ברחובה של העיר, והחכם הידוע ריש לקיש שעבר במקום שאל אותו "מי התיר לך?". מכאן מסיקים הפוסקים (אור זרוע סוכה שב; רמ"א תרלז, ג) שגם אם סוכה ברשות הרבים כשירה והיושב בה יוצא ידי חובה, אין ראוי לנהוג כך לכתחילה.

אחד מגדולי המפרשים לשולחן ערוך, רבי אברהם גומבינר, בן המאה ה-17, בעל ה"מגן אברהם" (תרלז, ג) מתריע בעקבות דברים אלו על המנהג לעשות סוכות ברחובה של עיר. לדעתו מלבד החיסרון שיש בעשיית סוכות כאלו מלכתחילה, גם לא ניתן לברך עליהן, שכן רשות זו שייכת לכולם, יהודים וגויים, ואין מחילה ציבורית על מקום הסוכה במיוחד לא על ידי גויים שאינם מעוניינים בקיום המצוה.

דברי המגן אברהם עוררו סערה בעולם ההלכה, שכן מקובל היה לבנות סוכות ברחובות הערים. יש שערערו על דברי שלא ניתן לברך על סוכה גזולה (ראה שו"ת רשב"א א, א, תתקסח שניתן לברך, ובמשנה ברורה שם מקורות נוספים). בנוסף לכך ציינו הפוסקים שהמגן אברהם עצמו הצדיק את המנהג בחיבור אחר שלו על התוספתא ("מגן אברהם" על סדר נזיקין) בה נאמר (בבא קמא ו, כח) שיש "מסככין על פתחי חניותיהן ברשות הרבים בחג" והעיר על כך המגן אברהם בעצמו: "מכאן יש ללמוד היתר לאותן העושים סוכה ברשות הרבים". אמנם רבי יוסף שאול נתנזון רב העיר לבוב (נפטר תרל"ה 1875) בחיבורו שו"ת שואל ומשיב (א, א, קכד) מסייג את ההיתר הזה רק לפתחי החנויות שאינן מפריעות לעוברים ושבים וכן דווקא



למקום בה נכתבה התוספתא והוא ארץ ישראל בה לבית הדין יש סמכות להתיר את בניית הסוכות ברחוב.

בשו"ת שואל ומשיב (שם קכח) מוסיף ומציין שני שיקולים נוספים בעניין: 1. הבעלות על השטח שמול הבית וסמוך לפתחו הוא של בעל הבית. 2. אם יש רישיון של שר העיר אין כל בעיה.

פוסק בולט בתקופה מאוחרת יותר הרב מלכיאל צבי טננבוים רב העיר לומזא (נפטר תר"ע 1910) שמתייחס לבעיה בשו"ת דברי מלכיאל (ג,ל) נוטה לומר שסוכה שאינה מפריעה למעבר ההולכים ושבים, בוודאי אין הציבור מקפיד על קיומה והיא יכולה להיות כשירה גם כשיש אוכלוסייה של גויים שאינה תומכת בקיום המצווה.

חכם נוסף, רבי יעקב עטלינגר מרבני גרמניה באותה תקופה (נפטר תרל"א 1871) קובע בחיבורו ביכורי יעקב (מובא במשנה ברורה) ששתיקת המלכות מהווה הסכמה שבשתיקה לבניית הסוכה ומסירה כל חשש.

הפוסקים הנ"ל ציינו גם לתקדים היסטורי (נחמיה ח,טז): וַיִּצְאוּ הָעָם וַיְבִיאוּ וַיַּעֲשׂוּ לָהֶם סֹכּוֹת אִישׁ עַל גִּגּוֹ וּבְחֻצְרֹתֵיהֶם... וּבְרָחוֹב שְׁעַר הַמַּיִם וּבְרָחוֹב שְׁעַר אֶפְרָיִם:

לגבי המצב החוקי כיום יש להבחין בין שני מקרים. הראשון, בניית סוכה בחצר המשותפת, במקרה זה יש צורך בקבלת הסכמת השכנים. כאשר יתכן שאם מקובל שרבים מהשכנים נוהגים כך ולא נשמעו תלונות בעניין, כנראה שישנה הסכמה וזאת בתנאי שבניית הסוכה אינה גורמת נזק (ראייה, חסימת הדרך, לכלוך) לאחד מהשכנים. כמו כן, אם מדובר בשימוש סביר בשטח שאיננו ייעודי אין צורך בהסכמת השכנים, והדבר דומה לכל שימוש מותר בשטח.

המקרה השני הוא בניית סוכה ברשות הרבים. כאן יש לבחון את המצב החוקי בכל מקום ומקום. לדוגמא, בחוקי העזר של עיריית כפר סבא (תשס"ח-2008) נקבע במפורש (סעיף 64ב) כי " הוראות פרק זה לא יחולו על בניית סוכה ברשות היחיד לצורכי חג הסוכות". בדומה לכך קבע השופט מלץ (ע"פ 697/85, 65) כי אין צורך בקבלת היתר בנייה לסוכה. אך גם כאן צריך להקפיד שלא לחסום דרכים ולא לגרום למפגעים בטיחותיים. לאחר בחינת המצב החוקי ההכרעה הסופית תלויה במשקל שנותן הפוסק לתוקפו ההלכתי של החוקי, ומן הראוי להחמיר בעניין זה לא פחות מאשר בשאר מצוות החג.

בכל מקרה יש לבנות את הסוכה ולהשתמש בה תוך התחשבות בציבור ובשכנים. ויפים דברי הרב עובדיה יוסף (שו"ת יחוה דעת ה,מו) לסיום סקירה קצרה זו, ובהם נמצא הרחבה חשובה ומעשית של הדברים בהם עסקנו: "אמנם הקוצצים מאילנות השייכים לרשות ממשלתית המקפידה על כך, כגון אלו שכורתים ללא הבחנה עצי יער ודקלים ושדרות נטועות, ולפעמים גורמים גם למותם של העצים, ואף על פי שרשות שמורות הטבע מוחה על כך, רבים מורים היתר לעצמם בטענה שהוא לצורך מצוה. לו חכמו ישכילו זאת, שאף על פי שעושים כן לצורך מצות סוכה, באופן כזה נחשבת מצוה הבאה בעבירה".

**ה. נזק מתוך שמחת פורים**

במהלך הריקודים בפורים פגע איש ברעהו ומשקפיו נשברו. שולחן ערוך (אורח חיים תרצה, ב) כותב: "ויש אומרים דאם הזיק אחד את חברו מכח שמחת פורים, פטור מלשלם".

הגאון מווילנא מציין כמקור לכך את דברי התוספות בסוכה (מה ע"א ד"ה מיד): "ויש ללמוד מכאן לאותן בחורים שרוכבים בסוסים לקראת חתן ונלחמים זה עם זה וקורעין בגדו של חברו או מקלקל לו סוסו שהן פטורין שכך נהגו מחמת שמחת חתן". כלומר אם במהלך השמחה נגרמים נזקים לאחד מהמשתתפים, הוא אינו יכול לבוא בטענות לאיש שכן זהו דבר מקובל באירועים מסוג זה. וכן פוסק גם הרמ"א (חושן משפט שעח, ט) כדבריהם.

גם הרא"ש בתשובה שעוסקת באדם שהתעוור בעינו תוך כדי היאבקות חופשית מדגיש שיש מקרים שאדם מודע לכך שיש סיכון במקום בו הוא נמצא:

"כי הדבר ידוע כששניהם נתאבקו עיקר כונתם שיפיל האחד את חברו, וכשהאחד נותן על חברו, אי אפשר לו לצמצם ולכוין שיפילהו בנחת כדי שלא יזיקו, כי בכל כחן מתאבקין, וכל אחד מכוין להפיל חברו, אם יזיקנו, ואדעתא דהכי נתאבקו יחד."

וכן פסק השולחן ערוך (חושן משפט תכא, ה). אמנם צריך לשים לב שאכן הדברים נעשו בלא כוונת מכוון וכן יש מהפוסקים שסייגו את הפטור דווקא בנזק מועט (ב"ח, מובא במשנה ברורה תרצה, יג) ערוך השולחן סייג את הדברים וכתב (או"ח תרצו, יח) שבזמננו ערבה כל שמחה אך לא הוזכרה סברה זו בשאר פוסקים.

בשו"ת "לב חיים" (ג, קמד) של רבי חיים פאלאג'י, מחכמי טורקיה במאה ה-18, דן במקרה שבזמן הריקודים של שמחת תורה קרע אחד המשתתפים את בגדו של רעהו. הוא מסתמך על המקורות שהבאנו וקובע שמן הדין המזיק פטור מתשלום. אבל הוא כותב שהפוסקים הדגישו שעל בית הדין לגזור גדר ולעמוד בפרץ במקרה שהם מרגישים שעלולה להשתרש בקהילה תחושת זלזול בממון הזולת. הוא גם מוסיף ומחדש שאם המזיק עשיר והניזק עני ראוי שבית הדין יחייב את המזיק "מתורת צדקה".

יש לציין שעובדת היות המזיק שיכור אינה פוטרת אותו מתשלום כמבואר ברמב"ם (חובל ומזיק א, יא).

לסיכום אם אכן נראה שפעולת המזיק נעשתה ללא כוונה כלל הרי שהדבר נכלל במסגרת "מזיק בדרך שמחה, שפטור. יתכן שבית דין צריך לגדור והזהיר בכדי למנוע מקרים כאלו להבא. כמו כן מזיק עשיר ראוי לו לסייע לחברו בתיקון הנזק.

**ו. שומר ששכח**

אדם נתבקש לשמור על מזוודה, במהלך הנסיעה באוטובוס הוא הניח אותה בתא המטען וכשירד שחת ליטלה משם והמזוודה לא נמצאה יותר. מה דינו, האם הוא חייב בתשלום?

בתלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא (מב,א) מסופר על אדם שהפקיד כסף אצל חבירו ולאחר זמן בא אליו בתביעה- היכן כספי? הלה השיב לו איני יודע היכן הנחתי אותו. באו השנים לדין לפני רבא שקבע "כל לא ידענא פשיעותא היא" כלומר טענת "איני יודע" מהווה פשיעה. בעקבות כך פוסק הרמב"ם (הלי' שאילה ופקדון פרק ד הלכה ז): "המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר לו תן לי פקדוני ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה או באי זה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך הרי זה פושע וחייב לשלם מיד." דהיינו שכחת מקום החפץ מהווה פשיעה גמורה על כן גם שומר חינוס חייב לשלם במקרה ששכח את מקום החפץ, וכן פוסק השולחן ערוך (חושן משפט סימן רצא סעיף ז). בעל נתיבות המשפט (שם ס"ק יד) מוסיף וטוען ששכחה כזו מהווה גרימת נזק של ממש: "אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויקברם בקרקע... וישכח באיזה מקום קברו, דודאי חייב ראובן לשלם, דכיון שעשה מעשה בחפץ חבירו ועל ידי מעשיו ניזק חפץ חבירו, מזיק גמור הוא." לדבריו אדם ששוכח את מקום החפץ הוא דומה למזיק ואף יהיה חייב במקרים בהם שומר פטור כגון שהשמירה הייתה בשיתוף עם בעל החפץ ("שמירה בבעלים"). רבי אליהו קלצקין רבה של לובלין (שו"ת אמרי שפר סימן כד) חלק בחריפות על הנתיבות וטען ששומר שביצע פעולת שמירה והטמין חפץ אינו יכול להיחשב כמזיק.

הרב קלצקין ממשיך ומפנה לגמרא אחת במסכת בבא קמא דף כו ע"ב, שם מסופר על אדם שהייתה מונחת אבן על ברכיו, לאחר מכן הוא שכח מהאבן וכשהוא קם האבן נפלה וגרמה נזק. הגמרא קובעת שיש חיוב על תשלום הנזק מכיוון שאדם חייב גם על נזק שהוא גורם באונס, אך אין חיוב על תשלומי צער ושאר תשלומים שבהם לא נאמרה ההלכה שגם באונס חייב. הנימוקי יוסף במקום לומד מכך הלכה נוספת הנוגעת להלכות תפילה. לדבריו אדם שדחה את התפילה מסיבות שונות ובסופו של דבר שכח להתפלל ועבר הזמן אינו נחשב פושע מכיוון ששכחה היא אונס ורק אדם שבכוונה נמנע מלהתפלל אינו יכול להשלים את תפילתו. הרב קלצקין מסכם שצריך

להבחין בין אדם רגיל שבמקרה שהוא שוכח הוא נחשב אנוס על כך לבין שומר שמתפקידו הוא לזכור, ואם אין הדבר בכוחו עליו לעשות לעצמו סימנים וכדומה. וממילא שכחה שלו מהווה פשיעה וחייב על כך תשלום.

לפי שיטת הפוסקים שהבאנו עד לשלב זה נראה ברור שדוד יהיה חייב לשלם על שכחת התיק. אלא שמצאנו קבוצת פוסקים בני זמננו שהציעו חילוק בין שתי סוגי שכחה. בשו"ת יד יצחק (חלק ב סימן קעו), שלאחד מגדולי הפוסקים בהונגריה לפני השואה, דן במקרה של אדם ששכח להוציא פיקדון מהרכבת והפיקדון אבד שהוא פטור. בעקבותיו ובעקבות פוסקים נוספים טוען הרב מסעוד בן שמעון, בספרו "שמרי משפט" שעסק גם הוא במקרה דומה של בחור ששכח מזוודה בתא המטען שיש מקום לפטור אותו משום שכחה של חפץ שהיה שמור היטב במקום בו היה שמור ובעקבות כך החפץ אבד מהווה אונס ואינה דומה לשכחה של חפץ שהשומר אינו יודע היכן הניחו שזו התרשלות של ממש. גם הראשון לציון, הרב עמאר שליט"א דן בספרו שו"ת שמע שלמה (חלק ג חושן משפט סימן ד) במקרה של רב שהניח מעטפה של כסף שהייתה מופקדת אצלו ליד הכיור במטוס, בכדי ליטול את ידיו, ולאחר מכן שכח את המעטפה שם. כשהוא חזר לשם רגע לאחר מכן היא כבר לא הייתה... הכרעתו היא שיש מקום לפטור את אותו רב אם כי לסיום הוא ממליץ להתפשר על סכום מסויים בכדי לפייס את המפקידים.

### ז. הפרת התחייבות לשכירות

אדם סגר בעל פה על שכירת דירה, האם יש למשכיר אפשרות לחזור בו במקרה שבהוא מוצא שוכר אחר שמוכן לשלם לו יותר.

הבסיס לכל עסקה חייב להיות על ידי פעולה מעשית וכפי שקובע השולחן ערוך בתחילת הלכות הקניינים (חושן משפט סימן קפט):

"אין המקח נגמר בדברים; שהאומר לחבירו: היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה: בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים..."

בגמרא (בבא מציעא מט ע"א) נידונה שאלת המחויבות בדברים בלבד. מסופר שם על רב כהנא שקיבל כסף עבור פשתן, בסופו של דבר התייקר הפשתן הוא בא לרבו האמורא המפורסם "רב" ושאל אותו האם מותר לו לבטל את העסקה. רב השיב לו שהחלק עליו שולם לו כבר אינו יכול לבטל אבל החלק שעליו סוכם וטרם שולם הוא יכול לחזור בו משום שחלק זה: "דברים נינהו, ודברים אין בהן משום מחוסרי אמנה." אלא שהגמרא מציינת שרבי יוחנן חולק על רב ולהלכה פוסק השולחן ערוך (חו"מ רד, ח) כשיטת רבי יוחנן.

לפי זה אדם שסיכם משהו עם חבירו אפילו בדברים בלבד מחויב לעמוד בדיבורו. יש לציין שאם אדם התחייב לתת לחבירו מתנה גדולה גם לרבי יוחנן אינו חייב לעמוד בכך (אלא אם כן מדובר בצדקה).

נחלקו הראשונים האם גם במקרה של שינוי במחיר יש חובה על הצד המפסיד לקיים את דברו. בעל המאור טען שבמקרה כזה לכל הדעות מותר לחזור, יש מהראשונים שחלקו עליו ויש שהסכימו עמו. הרמ"א הביא את המחלוקת (שם רד, יא) והכריע שאסור לחזור. אך הגר"א וערוך השולחן נקטו שהלכה כדעה המקלה אך ערוך השולחן הדגיש שאין זו מידת חסידות. הבי"ח סבר שזהו ספק. החתם סופר בתשובותיו (חו"מ קב) נקט להקל וכן הכריע בעקבותיו בשו"ת שבט הלוי (ד, רו).

לסיכום בעל הדירה, אינו חייב לקיים את דבריו ואין אפשרות לכפות אותו לחתום על חוזה שכירות כשיש לו הזדמנות להרוויח יותר משוכר אחר. אך לכתחילה שלדעת חלק מהפוסקים הדבר אסור או לפחות אינו מידת חסידות.

**ח. קיום מצוות בחפצים גזולים**

מה היא ההשפעה של דיני גזל על היכולת לצאת ידי חובה בקיום מצווה או לברך ברכת המצוות?

בתלמוד ירושלמי נאמר (שבת יג,ג): תני מצה גזולה אסור לברך עליה. אמר רב הושעיה על שם (תהילים יג,ג) ובוצע ברך נאץ ה'...

מכאן שמצווה אינה יכולה להתקיים בחפץ גזול. וכך פוסק הרמב"ם (חמץ ומצה ו,ז) שאין יוצאים ידי חובה במצה גזולה. ונפסק בשולחן ערוך (תנד, ה) וכן לגבי ציצית גזולה (יא, ו), תפילין גזולות (כה, יב), וכמובן לגבי לולב הגזול (תרמט,א) אמנם שם דעת הרמב"ם שגזול כשר, מלבד יום טוב ראשון, ונחלקו עליו שאר הראשונים).

אך מה באשר לחפץ שעבר שינויים, או החליף מספר בעלויות? בתוספתא (סנהדרין א,ב) נידון מקרה של מי שגנב חיטין והפך אותם ללחם ובא להפריש חלה:

אחד שגנב סאה של חיטין טחן ואפאן והפריש מהם חלה והאכיל לבניו היאך זה מברך, אין זה מברך אלא מנאץ על זה נאמר ובוצע ברך ניאץ י"י.

מהתוספתא עולה שהברכה על חפץ שראשית דרכו בגזל, היא ניאוף שמו של הקב"ה. בביאור כוונת התוספתא, נחלקו הראשונים: שכן הלשון "היאך זה מברך" יכולה להתפרש שמותר לברך אף שברכה זו אינה ראוייה, וכפי שהבין הרא"ש (ברכות ז,ב): "שחייב לברך אלא שברכתו הוא ניאוף". או שמא הכוונה שאינו יכול לברך כלל (כך היא שיטת הרמב"ם ברכות א,יט וראה כסף משנה) וכפי שעולה מדברי התוספות (סוכה ל,א ד"ה הא).

השולחן ערוך (תנד,ה) מדגיש, בעקבות התוספתא, לגבי מצה שדווקא כאשר נגזלה מצה, אך אם נגזלו חיטים ואפו מהם מצה, יוצאים בה ידי חובה. וכן מוסיף הרמ"א דין זה לגבי ציצית שאם גזל צמר ועשה מממנו ציצית יצא ידי חובה.

ולגבי הברכה על המצוות השולחן ערוך קובע בדין לולב הגזול (או"ח תרמט,א) שגם אם הוא כשר לנטילה כיוון שעבר שינויים, אין לברך עליו. והרמ"א מפנה לדברי השולחן ערוך הללו גם לגבי ציצית גזולה ועוד.

הפוסקים האחרונים נחלקו האם החומרא שלא לברך על חפץ גזול קיימת גם כאשר החפץ נקנה לחלוטין לגזלן וזאת אם היה יאוש של האדם שגזלו ממנו ושינוי השם או יאוש ושינוי רשות דהיינו העברת החפץ לאדם נוסף (ראה משנה ברורה וביאור הלכה



בהלכות ציצית המביא את המחלוקת ונוטה להכרעה כאוסרים). המשנה ברורה חידש (כה, נד) שלכל הדעות אם החפץ עבר לאדם שלישי מותר לו לברך. על כן צריך מאד להקפיד בקניית הדברים מאדם ישר שאינו חשוד על הגזל כלל. שכן כאמור אף אם אדם יוצא ידי חובת המצווה הוא מסתכן בברכה לבטלה על חפץ גזול. נזכיר עוד מספר פרטים מעניינים בנושא זה :

יוצאים ידי חובה בשופר הגזול שכן המצוה היא שמיעת הקול של השופר ובקול אין גזל (שו"ע תקפו,ב) אף שכמובן אין לברך על כך אלא אם כן השופר עבר מספר בעלויות כמפורט לעיל ולאחר יאוש של בעליו.

יש מן הפוסקים האחרונים שטען שאין יוצאים ידי חובה בתפילה שנעשית בבית כנסת שנבנה על קרקע גזולה (ספר האשכול מהדורת הרב אורבך הלכות בית כנסת). יש שהזהירו מברכה על ספר תורה גזול (פתחי חושן גניבה פרק ו סעיף יב), קידוש והבדלה על יין גזול (שם יד) מזוזה גזולה (שם לב).

לסיום הלכה פסוקה היא שהקורע על מתו בבגד גזול לא יצא (שו"ע יו"ד שמ,כט).

**ט. כופין על מידת סדום**

האם שכן חייב לאפשר לשכנו להעמיד פיגומים בחצר לצורך שיפוץ ביתו? שאלה זו תלויה בביאורו של המונח "כופין על מידת סדום". נביא בקצרה מספר עקרונות הלכתיים העולים מדברי הפוסקים בנושא. (בעניין זה ראה הרב מ"מ פרבשטיין, שורת הדין ב וראה גם עמק המשפט שכנים א, א שצעד בעקבותיו). נפתח בדוגמא של כפייה, כך כותב השולחן ערוך (קנד, יג) ביחס למי שרוצה להזיז עבור שכנו את חלונותיו בכדי שיוכל לפתוח לעצמו חלונות: "...לפיכך אם לא היה שם טורח כלל, ואינו צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו." ומקור דבריו ברמב"ם (שכנים פ"ז ה"ח) שקובע את הכלל: "שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום כופין עליו."

אלא שיש מקרים בהם אדם דורש מחברו שימוש ברשותו, ואז ההלכה מורכבת יותר. כך כותב הרמ"א (שסג, ו) ביחס לאדם שרוצה להשתמש בחצר של חברו שעומדת ריקה ואינה מיועדת להשכרה: "אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי דכופין על מדת סדום... אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם." כלומר כשיש אפשרות להרויח מהחצר אין חובה לאפשר מגורים בה בחינם. ממקום אחר עולה אף יותר מכך שכלל אין חובה להרשות שימוש ברשותו ובעלותו, זהו לגבי חלוקת ירושה כשאחד מהאחים רוצה שדה שקרוב לשדותיו, פוסק השו"ע (קעד, א): "שומעין לו, וכופה אותו על זה, שעיקוב בדבר זה מדת סדום היא" ואילו הרמ"א מביא שיטות חולקות: "ויש אומרים דאין שומעין לו, אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצו חביריו, ויש אומרים דהוי ספק, וכל דאלימ גבר." מאידך יש מקרים בהם הרמ"א מאפשר כפייה אף בממונו וכך כותב השו"ע (קנג, יג) לגבי העמדת סולם קטן בחצר השכן: "אינו יכול למנעו, שהרי אומרים לו: אין לך הפסד בזה, כל זמן שתראה תטלנו." והרמ"א אינו משיג על דין זה.

הרב פרבשטיין מציע שהעיקרון של הרמ"א בפסיקתו הוא האם בשימוש בחצר חברו יש פגיעה בבעלותו, לפגיעה הוא מציע שני קני מידה: 1. "שימוש שבדרך כלל אנשים גובים תמורתו תשלום" 2. "תלוי בדעת בני אדם, אם הם בדרך כלל מתייחסים לשימוש זה בלא רשות כאל פגיעה בבעלות" לפיכך הרב פרבשטיין מסיק שניתן לכפות שכן לאפשר העברה חד פעמית של מקרר דרך ביתו של שכן אם זו הדרך

היחידה להכניס אותו לבית. ה"פתחי חושן" (נזיקין א הערה מד) כותב ששכן שעושה תיקונים שעלולים לגרום נזק לשכן צריך להתחייב שיתקן כל נזק שייגרם ואז השכן אינו יכול לעכב אותו לתקן. מאידך במקרה של העמדת פיגומים בחצר השכן מסיק בעל עמק המשפט (שכנים א סעיף כז) שאינו חייב להסכים לכך ואי אפשר לכפות אותו להסכים. אמנם צ"ע למעשה במקרה שהשיפוצים נדרשים לצורך תחזוקה שוטפת ואין דרך אחרת לתקן ללא העמדתם.

שאלות אלו עולות במקרה שיחסי השכנות מתבססים על הפסיקה ההלכתית ושכן אינו מוכן לעשות מעבר לחובה המוטלת עליו. תקוותנו ששכנים ישמחו לעזור זה לזה, ודיונים מסוג זה לא יגיעו כלל לשולחנם של בתי הדין.

### לא. פיצוי על מניעת ריווח

מעשה בשוכר דירה, שהפקיד אצל המשכיר סכום כסף כערבות להבטחת תשלומי השכירות. בחוזה השכירות נקבע במפורש שהמשכיר ישקיע כסף זה עבור השוכר בהשקעה נושאת רווח, בהתאם להוראות השוכר. בפועל, למרות שהשוכר ביקש להשקיע את הכסף באגרות חוב, השקיע אותו המשכיר בזהב. כתוצאה מכך נגרמו לשוכר הפסדים, שכן מחיר הזהב עלה פחות מאשר מחיר אגרות החוב. האם חייב המשכיר לפצות את השוכר על הפסדיו?

המקור היסודי להלכה זו הוא בסוגיית "המבטל כיסו של חברו", שעליה כתב החתם-סופר (שו"ת, חו"מ סי' קעח): "ולא ראיתי באחרונים דבר ברור שיהיה ראוי לסמוך עליו והוא מעשים בכל יום באופנים שונים."<sup>306</sup>

### א. המקבל שדה מחברו והובירה

#### 1. תקנה

המשנה בבבא-מציעא (ט,ג) מתייחסת לאדם שקיבל שדה מחברו כדי לעבוד בה, והובירה, ש"שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו, שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא." ומכאן הסיק הירושלמי (בי"מ פ"ט ה"ג):

אמר רבי יצחק: הדא אמרה, המבטל כיס חברו - אין לו עליו אלא תרעומת;

המבטל שדה חברו - חייב לשפות לו; המבטל ספינתו וחנותו - מהו?

וכן מפורש בירושלמי במקום נוסף (בי"מ פ"ה ה"ג) על בסיס התוספתא (בי"מ ד,יא):

תני: הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית, ואמר לא לקחתי - אין לו

עליו אלא תרעומת... אמר רבי יצחק: הדא אמרה, המבטל כיס חברו - אין לו

עליו אלא תרעומת.

<sup>306</sup> מאמר זה מהווה השלמת והרחבת סיום פסק הדין המופיע בסימן טז. בשאלת הפיצוי על מניעת רווח עסק בהרחבה פרופ' נחום רקובר במאמרו "פיצויים על עיכוב כספים" (תורה שבע"פ יט, עמ' קכג ואילך; ושוב בספרו 'המסחר במשפט העברי', עמ' 135 ואילך). את הבסיס לחיוב פיצויים על פיגור בתשלום הוא מוצא בשיטת הראבי"ה. להלן נראה ששיטת הראבי"ה אינה כדעת שאר הראשונים, וקשה להוציא ממון על פיה. בנושאים דומים עסקו השופט משה דרורי, "חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח", תחומין כו, עמ' 341; והרב יואב שטרנברג, "ריבית והצמדה בשל עיכוב פיצויי פיטורין", תחומין כו, עמ' 384.

רב האי גאון<sup>307</sup> ביאר שהתחייבותו של מקבל השדה לשלם אם לא יעבוד בו היא אסמכתא, וממילא אין לה תוקף אלא משום תקנת חכמים. לשיטתו, הספק בירושלמי הוא לגבי היקף התקנה, ואין לחייב על הפסד רווח במקום שאין בו תקנה מיוחדת לכך.

## 2. התחייבות

הרמב"ן (בחידושו לב"מ קד, א; הובא בחידושי הר"ן שם ובנימוקי-יוסף ב"מ סא, ב) הסביר שמעיקר הדין אדם פטור על ביטול כיס חברו משום גרמא. למרות זאת, אם הוא מקבל על עצמו לשלם את הנזקים של ביטול הכיס - הוא חייב בהם; ובשדה המנהג הוא לקבל על עצמו את ההפסדים, ולכן אפילו אם לא קיבל על עצמו - חייב. הספק בירושלמי לגבי חנות וספינה הוא האם גם בחנות וספינה המנהג לקבל על עצמו את ההפסדים הוא חזק עד כדי כך, שחייב לשלם על מניעת הרווח גם בלא התחייבות מפורשת.

גם הרשב"א (ב"ק כ, א ד"ה אלא) הלך בדרך זו, ובמקום אחר (ב"מ עג, ב ד"ה משלם) הסביר לפיה את ההוא אמינא של הגמרא בב"מ עג, ב, לחייב בתשלום פיצויים את מי שהלך עם כספו של חברו לקנות סחורה ב"פרוותא דזולשפט", ולבסוף לא קנה, משום שהתחייב לשלם (וכן הוא בשו"ת הרשב"א מכת"י, סי' שלו).<sup>308</sup> לשיטה זו, ההתחייבות צריכה להיות כזו שאינה אסמכתא, וצריך לבדוק ש"בידו לעשות" ושלא הגזים בהתחייבות. נראה שראשונים נוספים שהלכו בדרך זו סברו שההתחייבות מותנית בכתיבה, אולם הסכימו באופן עקרוני שיסוד החיוב בהתחייבות - ראו תוס' רי"ד (ב"מ קד, א), תלמידי הרשב"א (מובא בב"י חו"מ סי'

<sup>307</sup> מובא בחידושי הרמב"ן לב"מ עג, ב (ד"ה ולרבא) ולב"מ קד, א (ד"ה ר' מאיר). בשיטה-מקובצת (ב"מ קד, א) מובאת שיטה זו בדברי הרמ"ך בשם רב האי גאון בספר מקח-וממכר שער יז, אך היא אינה מופיעה בספר מקח-וממכר שלפנינו. וראו בתשובות גאוניס קדמונים (סי' פו) ובתשובות הגאוניס (הרכבל) סי' רכו, הסבריהם של הגאוניס לדין זה. וכן ראה בר"ח המובא ברמב"ן ב"מ קד, א, ודבריהם צ"ב. בהערות לשו"ת הרשב"א מכת"י (סי' שלו הע' 14) ציין לדברי רב האי גאון בספר משפטי-התנאים (שער ד), שהולך בדרך אחרת, והבאנו דבריו להלן (א/4).

<sup>308</sup> ראשונים נוספים שנקטו בדרך זו הם הר"ן (ב"מ קד, א), נימוקי-יוסף (שם), רא"ש (ב"מ פ"ט סי' ד; ז); ומהר"ח אור-זרוע (מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סי' רצח). כך עולה גם מדברי רבנו תם (תוס' ב"מ עד, א ד"ה הכא), ר"י המובא בריטב"א (ב"מ עג, ב), והתוס' (ב"מ קד, א ד"ה היה).

שכח) והטור (חוי"מ סי' שכח). בדעת הרמב"ם (הל' שכירות ח, ג) נחלקו הראשונים: המגיד-משנה הבין שיש התחייבות גם בלא כתיבה, וכדעת הרמב"ן והרשב"א; ואילו בכללי תלמיד הרשב"א (מהדורת בלוי, ב"מ קד, א) הבין שלדעת הרמב"ם ההתחייבות תלויה בכתיבה מפורשת.

### 3. ערבות

הריטב"א (ב"מ עג, ד"ה האי) מבאר בשם הרא"ה שהחיוב בפיצויים הוא מדין ערבות: ומורי הרב תירץ דהכא אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא, היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן - הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, **דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב**. וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעל הבית מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעל הבית חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה - נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול.

לשיטה זו אין צורך בהתחייבות מפורשת, ודי בעצם הנטילה לצורך הרווח כדי לחייב את הנוטל בתשלום. התחייבות מעבר לזה תיחשב לאסמכתא.<sup>309</sup>

### 4. נזיקין

בספר משפטי-התנאים המיוחס לרב האי גאון (שער ד; מובא ברא"ש ב"מ פ"ט סי' ז) נאמר שיסוד החיוב הוא בנזיקין:

אופן רביעי והוא מי שהתנה על עצמו תנאי לעתיד בלשון 'אם', והיה חייב בו אלו לא התנה אותו על עצמו, אין לשון 'אם' הנזכר בו מבטל אותו, מפני שהוא מתחייב בתנאי ואף על פי שלא התנהו. כמו שהוא כמשפט זה שאמרו "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", ופירוש הדבר זה מי שקבל שדה מחברו לעבדה ובאה לרשותו, על אופן שקבלו ממנו חייב להשלים כל מה שקבל. **ואם**

<sup>309</sup> גם בחי' הרמב"ן (ב"מ קד, א) מצאנו שכותב "הא למה זה דומה, לערב". אולם הרמב"ן הצריך כתיבה מפורשת והתחייבות לשלם במקרה של נזק, ואילו לדעת הריטב"א די בעצם קבלת הקרקע כדי לחייבו בתשלום מדין ערב.

**פשע - נעשה מזיק ונתחייב במה שאמר הכתוב "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם".** וענין זה מבואר במשנה האומרת: המקבל שדה מחברו ומשזכה בה הובירה, שמין אותו כמה היא ראויה לעשות ונותנין לו... לשיטה זו, כיון שמקבל השדה התחייב לעבוד בו, אם פשע - הוא מחויב בתשלומי נזיקין.

### 5. הפסיקה להלכה

להלכה, נראה שהשו"ע (חו"מ שכח,ב) פסק כדעת הרמב"ם ורוב הראשונים, שיסוד החיוב הוא בהתחייבות. לגבי הצורך בכתיבת ההתחייבות במפורש נחלקו נושאי הכלים של השו"ע, כשם שנחלקו הראשונים בדעת הרמב"ם: הרמ"א (שכח,א) כתב שיש חיוב אף בלא כתיבה, וכן כתב הגר"א (שכח,ב); אולם בשו"ת חוות-יאיר (סי' קסח; הובא בפתחי-תשובה חו"מ שכח,א) כתב שכיון שכיום לא נוהגים לכתוב את התנאי במפורש, אין ההתחייבות חלה בלא כתיבה מפורשת.

בשו"ת חתם-סופר (חו"מ סי' קעח) פסק להלכה כדעת הריטב"א, שיסוד החיוב הוא בדין ערבות, אם כי למעשה הוא נוטה לפשר במקרים כאלו:

הנותן מעות לשלוחו ליקח לו פירות או סחורה, וישב והלך לו ולא קנה כלום וביטל כיסו - אם אין הזיקו של זה ברור, אין לו בו כלום; אבל אם הזיקו של זה ברור, והשליח היה יכול על זה בודאי, ופשע ולא עשה - מבואר מהריטב"א הנ"ל שחייב לשלם, ולפע"ד כל הפוסקים מודים לו. מכל מקום, הואיל ולא מצאתי כן להדיא, וכן במרדכי דב"ק סי' קטו לא משמע קצת כן, על כן כשיבוא לידי אראה לפשר ולבצע על כל פנים.

גם נתיבות-המשפט (קעו,לא) נוקט שדעת הריטב"א נפסקה להלכה. בכך הוא מבקש ליישב את פסיקת הרמ"א (חו"מ קעו,יד) לגבי שותפים שאחד מהם מכר סחורה לפני הזמן, ש"הוי פשיעה וחייב לשלם לחברו חלקו". וביאר נתיבות-המשפט:

ונראה, דכאן הוי כקבלן או כפועל דסמיך נפשו עליו, דהא קבלן חייב לשלם אף מה שישבח אחר כך...

נתיבות-המשפט ביאר על פי דעת הריטב"א גם את דברי השו"ע ששליח שקיבל מעות ולא עשה שליחותו וגרם למניעת רווח - פטור, מדין "המבטל כיסו של חברו" (חו"מ

קפג, א; יו"ד קעז, ל). נתיבות-המשפט מבאר שהשו"ע עוסק רק בשליח בחינם, שאין לו דין פועל לעניין זה, ולכן אין הוא נחשב כערב על ביצוע שליחותו.<sup>310</sup> וכן נראה לדייק מדברי הרדב"ז (שו"ת, ח"א סי' שצט), שחייב במקרה של מניעת רווח ברור מדינא דגרמי, ולכאורה שיטתו כשיטת הריטב"א.

אמנם, כבר התבאר לעיל שרוב הראשונים חלקו על דעת הריטב"א. וכך העיר על דברי החתם-סופר בספר נחלת-צבי לבעל פתחי-תשובה (רצב, ז), וציין למראה-הפנים (על הירושלמי שם) שכתב: "ולא מצאתי לו חבר לסברא זו, וכל הפוסקים סתמו דבריהם בדין זה וכתבו שאין לו עליו אלא תרעומת." וכן נקט החזו"ן-איש (ב"ק כב, א).

אמנם, כפי שנראה להלן, יתכן שהראבי"ה והגאון אחזו אף הם בשיטת הריטב"א, ואין זו דעת יחיד. לגבי דעת השו"ע, מפרשיו הסבירו בדרכים אחרות את הפסיקות שנתיבות-המשפט ראה בהם ראייה לשיטת הריטב"א (ראו קצות-החושן קעז, ז; נושאי הכלים בחו"מ קפג, א).

## ב. חיוב על מניעת רווח בתחומים נוספים

### 1. נהנה מחיסרון חברו

הרא"ש (ב"ק פ"ב סי' ו) מביא את שיטת התוס', ש"זה אינו נהנה וזה חסר - פטור", ולכן הדר בחצר חברו, כשהוא אינו עומד לשכור אולם החצר מיועדת לשכירות - פטור, משום שהוא מבטל כיסו של חברו. הרא"ש מוסיף שהרי"ף חולק על כך, ומסביר:

<sup>310</sup> נתיבות-המשפט מסתמך על שיטת הריטב"א גם בעניין "יורד לשדה חברו" (שו"ו) ובעניין גובה התשלום על פי ערך עתידי של יום השוק (שד, ב). מאידך גיסא, בהלכות פועלים (שלג, ביאורים ג) הוא כותב שהחיוב בתשלום של בעל הבית שחזר בו הוא מתקנת חכמים, ולא מדינא, והוא מסביר: "תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו [נחזר בו הלוקח], אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפ"ה פטור, וכאן חייב, אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל." אך הריטב"א, לשיטתו, מסביר שהחיוב הוא משום שבעל הבית התחייב לתת לפועל עבודה! וראו בהערות מילואי-משפט, הע' 15, שהאריך בזה. נראה ליישב שנתיבות-המשפט כתב דברים אלו במהדורה קמא של ספרו, ולפני שקיבל את שיטת הריטב"א. ואכן במהדורת דז'מיטרובסקי נוספה מכת"י בעל הנתיבות הוספה: "ועמ"ש לעיל בסי' שו, ג, סק"ו בשם הש"מ ב"מ (עג, ב)", דהיינו הוא מפנה לדבריו במקום אחר בו מובאת שיטת הריטב"א - וכוונתו שלשיטת הריטב"א הדין מובן אף ללא תקנת חכמים.



ורב אלפס ז"ל כתב: אבל בחצר דקיימא לאגרא - צריך להעלות לו שכר, ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא... ואי איכא לחיוביה, מהאי טעמא איכא לחיוביה, **משום שאכל חסרונו של זה**. ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו, או המוביר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו. אבל זה - אף על גב שלא נהנה, שהיה מוצא דירה אחרת בחנם, מכל מקום השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד. וכן נראה.

השו"ע (שסג,ו) פסק כדעת הרי"ף, ובניגוד לשיטת התוס' והרשב"א (ב"ק כב, ד"ה אלא), וראו ביאור הגר"א שסג,ית. הרי שהמונע רווח מחברו, אם הוא אוכל את חסרונו אגב מניעת הרווח, חייב לשלם לחברו את הרווח שמנע ממנו.

## 2. רווח ברור

הראב"י (ב"מ סי' תתקנז; הובא במרדכי ב"ק סי' קכה ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' תר) פוסק שהתובע פקדונו מהנפקד כדי לעסוק בו, והנפקד מסרב להחזירו - חייב הנפקד מכאן ואילך לשלם את הרווחים שעשויים היו להיות למפקד:

ושמענין מירושלמי כדפרישית טעמא, דכל היכא דבידו לקנות ולעסוק בריוח דומיא דשדה, שאילו לא קיבל עליו זה להשתדל בה ולזורעה היה הוא בעצמו עוסק בה ולא היה מובירה, חייב הוא לשלם הפסידו. וברור הריוח, דשדפון לא שכיח, הילכך אפילו אם לא הרויח בו מידי היאך, חייב לשלם הפסידו. ודכוותיה, אם תובע פקדונו בעת שמצוי לו הלואה או סחורה, ורוצה לקבל אחריות כדפרישית לעיל. ואם אין בידו להרויח, דומיא דההיא דרב חמא, אם לא הרויח האיך - הוי ביטול כיס דאין לו עליו כי אם תרעומת, שטוען שמא הייתי מרויח בו, ומספק לא יפרע לו. ואפילו הכי, אם ידוע שהרויח וקנה במעות - חייב לתת לו. והא דמשני בגמרא דידן (ב"מ עג,ב) גבי אוביר, "התם בידו", ובגמ' דירושלמי מדמי לה לביטול שדה, חדא מילתא היא. ו"לאו בידו" ו"מבטל כיס" - חדא מילתא הוא, וכגון שנתנם לו להרויח או תובע מעותיו להרויח.

מדברי הראב"י עולה שבשני מקרים חייב הנפקד על הרווח: (1) אם המפקיד יכול היה **בוודאות** להרוויח בעצמו;<sup>311</sup> (2) אם הנפקד הרוויח בפועל מהכסף שקיבל. האפשרות הראשונה מתאימה לשיטת הגאון והריטב"א, המחייבים במקרה כזה משום נזיקין או משום ערבות. האפשרות השנייה מתאימה גם היא לשיטת הגאון והריטב"א, וכן היא יכולה להתאים לשיטת הרא"ש המחייב בתשלום את הדר בחצר חברו ואוכל חסרונו.

רק המקרה השני של ראב"י, הובא להלכה על ידי הרמ"א (חו"מ רצב, ז);<sup>312</sup> בא בעל הפקדון ואמר: תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הריוח מכאן ולהבא...

המהרש"ל (יש"ש ב"ק ט, ל) חולק על הרמ"א וסובר שאין לחייב את הנפקד בתשלום גם אם המפקיד תובע ממנו להחזיר לו את הכסף, משום שזהו נזק בגרמא בלבד, שכן הוא "מבטל כיסו של חברו".<sup>313</sup> האחרונים הקשו על המהרש"ל: מדוע הנפקד אינו צריך לשלם את הרווחים שהרוויח מהפקדון, בניגוד לדין "הדר בחצר חברו", והלא הוא אוכל חסרונו של חברו?

שני תירוצים לקושייה זו הובאו בשו"ת חוות-יאיר (סי' קנא):

<sup>311</sup> שלטי-גיבורים (ב"מ מ, א בדפי הרי"ף סי' ק"א) כותב: "גם היכא שהוא מבטל כיס חברו והוא אינו מרויח בהן איכא פלוגתא". המהרש"ש (שו"ת תורת-חיים ח"א סי' פה) כותב על כך: "אני בעניי לא ראיתי ולא מצאתי שום פוסק שיחלוק על זה, אדרבה כלם פה אחד כתבו כדכתיבנא..." וכנראה הבין שהשלטי-גיבורים התייחס למחלוקת במקרה שבו לא נגרם נזק לבעל המעות. אך מסתבר שכוונתו של השלטי-גיבורים לשיטת הראב"י ועוד, שמחייבים רק במקרה שנגרם נזק לבעל המעות, שהיה יכול בוודאות להרוויח במעותיו.

<sup>312</sup> נתיבות-המשפט (רצב, יג) ביאר את דברי הרמ"א, שהחייב הוא משום שהוא מרויח בהם, וזאת על פי המשנה-למלך (ה' מלוה ולוה ז, יא). אך המשנה-למלך עצמו חזר בו, והסביר את דברי הרמ"א בכך שבעל המעות תובע ומכאן ולהבא. וצ"ע.

<sup>313</sup> בשו"ת חתם-סופר (חו"מ סי' קנז; הובא בפתחי-תשובה רצב, ה) הסכים עם המהרש"ל. הש"ך (רצב, טו) הביא את דברי המהרש"ל, ומכאן הסיק הנחלת-צבי (חו"מ רצב, ז) שהוא סובר כמותו; אולם החזון-איש (ב"ק כב, ג) חולק על כך וסובר שאין להסיק מכך על דעתו של הש"ך. מאידך גיסא, המשנה-למלך (ה' מלוה ולוה ז, יא ד"ה ועוד יש) פוסק כדעת הרמ"א, ושלא כמהרש"ל, וכן החתם-סופר עצמו בתשובה אחרת (חו"מ סי' קעח). וראה בנחלת-צבי (שם) שעמד על הסתירה בדברי החתם-סופר, וציין גם לתשובה נוספת (חו"מ סי' מח) שבה פוסק החתם-סופר כמהרש"ל. החזון איש (שם) סובר שאף אי אפשר לומר "קים ליי כמהרש"ל".

א. מפיקדון שהתקבל בהיתר וברשות אינו חייב לתת את הריווח, ואילו מקרקע שנכנס אליה שלא ברשות - חייב לתת את הריווח.  
 ב. בבית הרווח מצוי, וממילא ההפסד ודאי, וחייב לשלם. לעומת זאת, בפיקדון הרווח לא מצוי כל כך, ועל כן אינו חייב לשלם את הרווח.  
 פלפולא חריפתא (על הרא"ש ב"ק ב,ו; מובא בנחלת-צבי רצב,ז) וקצות-החושן (שי,א) הציעו חילוק נוסף:

ג. קרקע נותרת בידי הבעלים, ועל כן הדייר חייב לשלם להם על הנאתו. במטלטלין זוכה המרוויח כגזלן, וממילא אינו חייב לשלם לבעלים את הרווחים.

שלושת ההסברים הללו הם לדעת המהרש"ל. הרמ"א אינו נדרש לחילוקים אלו, ולדעתו אכן הנהנה מהפיקדון חייב לשלם. נראה שפסיקתו אינה נשענת על חידושו של הריטב"א, שהנפקד ערב לרווחים שנמנעו בגללו, אלא על הדמיון לדר בחצר חברו האוכל חסרונו של חברו, שהוא חייב בתשלום. הנחלת-צבי (רצב,ז) מחדד שלדברי הרמ"א יש חילוק בין תובע ביטול כיס שכבר היה, שאינו זכאי לקבל את ההפסד, לבין תובע ביטול כיס מכאן ולהבא - שזכאי לקבל לדעת הרמ"א. וכן נראה משו"ת בית-אפרים (חו"מ סי' כח; ועיין בשו"ת חבצלת-השרון ח"ב, חו"מ סי' כט שדן בדבריו), וכך נראית גם מסקנת המשנה-למלך (הני"ל) בהבנת הרמ"א. לדבריהם, כוונת הרמ"א היא שמרגע התביעה הוא זכאי ברווחים בתור הבעלים של הכסף, שכל רווח המופק ממנו שייך לו. על כן, אין להסיק מפסיקת הרמ"א שהוא הכריע כדעת הריטב"א.

### 3. רווח מגוף הדבר

המהר"ם מרוטנברג ביאר את הירושלמי (שו"ת מהר"ם ד"פ תתכא) :

דין הא דדייני' דינא דגרמי היינו במקום שמפסיד חבירו ע"י גרמתו, אבל מקום שהיה יכול להרויח וגורם לו בגרמתו שאינו מרויח - פטור, כדתנן (ב"מ עה,ב): השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין עליהם אלא תרעומת... ירושלמי: המבטל כיסו של חבירו - אין לו עליו אלא תערומות, פירוש: שנתן לו עיסקא ולא נשא ונתן בה - פטור, שאין [השכר] בא מגוף העיסקא אלא [מעלמא]...

מדברי המהר"ם עולה שניתן לחייב רק במקרה שהרווח מופק מתוך הדבר עצמו, ומעין הרווח המופק מקרקע, ואין לחייב על מניעת רווח הבא מן העסקה.<sup>314</sup> גם שיטתו אינה עולה בקנה אחד עם שיטת הריטב"א דלעיל.

#### 4. רווח המצוי

המאירי (ב"מ סט, א ד"ה פירשו) מציע מהלך אחר בירושלמי שפוטר "מבטל כיסוי": פירשו בתלמוד המערב, שהנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצה שכר ולא לקח - אין לו עליו אלא תרעומת. ר"ל, שגרם לו הפסד ועכורי רוחא, אבל אין מוציא ממנו בבית דין כלום, **שמא אפילו עשה לא נזדמן בו ריוח. ואפילו בריוח המצוי, שמא יארע בו אונס...**

לפי המאירי, התנאי לחיוב בתשלום הוא שהרווח יהיה בטוח, שאין בו אפילו אפשרות לאונס.

#### 5. חובת עבודה

לגבי עבד עברי שברח ופגע בו יובל והשתחרר, כתב הריטב"א (קידושין טז, ב ד"ה בורח) בשם רבו, הרא"ה, שהעבד אינו חייב להשלים; וכן כתבו עוד ראשונים (שיטה-קדמונית; מאירי; וכן מדייקים המפרשים מדברי הרמב"ם, הל' עבדים ב, ב). לעומת זאת, תלמיד הרשב"א (אור-הגנוז, מהד' אופק, קידושין יז, א ד"ה הכא) מדמה דין זה לפועל שקיבל שכרו ולא עבד, וכן דעת גדולי הדורות המובאים במאירי (קידושין שם).

<sup>314</sup> לכאורה יש תשובה סותרת במהר"ם (ד"פ סי' קמח; מובא ברמ"א שפו, ג), שכותב: "ראובן שהלוה לגוי, ובא שמעון ואמר לגוי: אלוה לך בפחות ותפרע לראובן, אין חייב לשלם לו כלל, דלא ברי הזיקא ואין כאן אלא ספק גרמא. דשמא לא יוכל [ראובן] להלוותם כ"כ מהרה, ודמי למבטל כיסו של חבירו"; ומדוע היה צריך להוסיף ש"לא ברי הזיקא", הרי זה אינו ריווח מגוף הדבר? בשו"ת אדמת-קודש (חוי"מ סי' מט) ביאר שהריבית של הגוי נחשבת כדבר המצוי כבר בידי המלווה, ועל כן פטור רק משום ש"לא ברי הזיקא". וראה במאמרו של הרב חיים קובלר, "מבטל כיסו של חבירו", 'קובץ משפטי ישראלי' תשס"ג, עמ' 248, שהביא את הדברים וציין לשו"ת משאת-בנימין (סי' כז) שחייב מסיבה דומה בהפסד של מניעת רווח, מכיוון שהיה זה רווח ודאי. ראה גם בשו"ת שופריה-דיעקב (ח"ב, חוי"מ סי' עו) שיישב שמכיון שהשני נהנה מהכסף, אע"פ שהוא רק מבטל כיסו של חברו, צריך לבאר מדוע אינו חייב לשלם (וכמו בדר בחצר חברו, שחייב למרות שהוא רק מונע רווח).

אמנם, המחייבים רואים את העבד במקרה זה כבפועל שהחסיר שעות עבודה, ועל כן גם לשיטתם אין זו מניעת רווח רגילה.

### 6. ריבית

נוכיר שבכל מקרה של תביעת פיצויים על מניעת רווח, צריך לבחון שאין בעיה של ריבית, וכפי שכתב הרשב"א (שו"ת, ח"ג סי' רכז) לגבי מי שמעכב מעות הלוואה וגרם למלווה הפסד, שנמנע מלקנות סחורה ולהרוויח:

אבל הנדון שלפנינו, אין בו הפסד ואינם מגופו, אלא שמנעו בעבורו מלהרוויח בו בסחורה. ומעתה, אפילו בלא טענת רבית, נפטר ראובן משמעון בתביעת הרווח; אלא שאפילו בטענת הרבית, איני רואה טענת מי שמתיר מדין מזיק, שאם כן - כל רבית נתיר, שבכל ההלואות יש בהן נזק כזה, שאינו יכול להרוויח תוך הזמן בסחורה ובשאר רוחים שיבאו לידו.

מדבריו עולה כדבר פשוט שאין לגבות פיצוי על מניעת רווח רגילה, ודלא כדעת הריטב"א הנזכרת למעלה, ואם יש הלוואה לפני כן יש בזה גם איסור ריבית. זהו היסוד לוויכוח הגדול שהתגלע בין הראשונים לגבי עיכוב בתשלום שכר המלמד (ראו: הגהות-מיימוניות ד"ק, הל' מלוה ולווה פ"ח; תשובות-מיימוניות הל' משפטים סי' טו, אור-זרוע ב"מ סי' קפא; ב"י יו"ד סי' קס), שלדעת האוסרים היה בזה חשש ריבית. עיין למשל בש"ך (חו"מ פא, פא ועוד), שנקט כדבר פשוט שיש בזה בעיה של ריבית.

### ג. ביטול כיס כתוצאה מטעות בשיקול הדעת

גם לשיטת הריטב"א, על בעל הממון להביא ראיה שאכן הוא הפסיד רווח ברור מלכתחילה. במקרה דנן, שהוא תבע להשקיע באג"ח, מלכתחילה היה מדובר בהשקעה עם סיכון, ולכל הדעות אין מקום לחייב כלל. מעיון בספרי הפוסקים מצאנו מספר מקבילות למקרים דומים. כך, פוסק המהר"ש (תורת-חיים ח"א סי' פה; מובא בנחלת-צבי רצב, ז):

שאלה: ראובן שנתן ביד שמעון סך מעות כדי שישא ויתן בהם, ורווח המשא ומתן אשר יזמן ה' יהיה לראובן בעל המעות, ושמעון עכב בידו המעות כמה זמן בלא משא ומתן - יורנו מורנו אם מחויב שמעון לפרוע בטול המעות שבטלם מעסק משא ומתן...

תשובה: ... הדבר פשוט שאין לראובן בעל המעות על שמעון רק תרעומת...  
 כך כותב גם בשו"ת שופריה-דיעקב (ח"ב, חו"מ סי' עו), הדין באדם ששלח סחורה לחברו כדי שימכור עבורו, והלה שלח את הסחורה למקום שבו היא נמכרת במחיר נמוך ממחיר השוק שהיה יכול לקבל אילו היה עושה מלאכתו כראוי. המחבר כותב שברור שאין לחייבו, הן בשל חוסר הוודאות שייגרם נזק, הן בשל היעדר הכוונה להזיק.

כך כותב בספר שער-המשפט (קעו, ד) לגבי שותף שעיקב מכירת סחורה וגרם הפסד: ונראה דאם חברו עיכב עליו מלמוכרם מפני שהיה סבור שיתייקר הסחורה ואח"כ הוזלה, פטור...

ומוכיח דבריו מדברי הראב"ן (ב"מ קד, א):

ראובן ושמעון דעביד עיסקא בהדדי, ואוקיר העיסקא, ורצה אחד מהן למכור, וחברו עיכב על ידו ואמר לו: המתן עד שיתייקר יותר והלאה, ואמר לו חברו: כיון שעכבתה מלמכור - ההפסד עליך הוא, אין בדבריו כלום. לפי שאם נתייקרה, הלא היה נוטל בריוח, כמו כן אם יפסיד - עליו ההפסד, דקרוב לשכר [ו]קרוב להפסד.

וכן מוכיח דבריו מדברי המהרי"ט (חו"מ סי' קי), הדין באדם ששינה מהוראות משלחו וגרם למניעת רווח:

במה שנפסדו הקורדובאניש בירידת השער ומחמת עצמן, נראה שהוא פטור. אף על פי שכתב לו כמה פעמים שימכרם ולא מכרם, וגרם לו הפסד ונזק. אף על פי שהשומר חייב אפי' בגרמא... היינו היכא דברי היזקא, אבל זה יאמר: לטובה נתכונתי, כדי שיעלו, שהרי גם הוא היה לו מאותה סחורה והיה משמר לעת מצוא למכרם בשוקא חריפא. ואף על פי שלא היה ראוי לעבור על דעת הבעלים שכתבו לו שימכרם כאשר ימצא, לאו שפיר עבד, מכל מקום לא בשביל זה יתחייב בהפסד ובנזק שנולד מחמת העיכוב.

על כן, אף לדעת הפוסקים שב"מבטל כיסו של חברו" יש חיוב לצאת ידי שמים, כגון הרדב"ז בתשובותיו (ח"א סי' פד), במקרה זה - שלא היה הפסד ודאי מלכתחילה, ורק לאחר מעשה ניכר שנגרם הפסד - נראה שאין מקום לחיוב כלל, אף לא לצאת ידי שמים.

**ד. סיכום**

מדברי הפוסקים עולה שלמרות שלא ניתן לתבוע פיצוי על מניעת רווח, אדם יכול לתבוע תשלום ממי שגר בחצירו המיועדת להשכרה, שכן הוא נהנה מממונו; וכן לדעת הרמ"א וסיעתו ניתן לתבוע פיצוי ממי שמחזיק בידיו פקדונו ומרוויח ממנו. במקרה דנן, המשכיר המחזיק בכספו של השוכר מוכן לשלם לו את הרווח שהופק מהכסף, ורק אינו רוצה לשלם את ההפסד שנגרם בגלל שלא השקיע אותו באפיק אחר, מרוויח יותר. הרי שיש לחייבו רק לשיטת הריטב"א והראב"ה, המחייבים את מי שנמנע מלהרוויח עבור חברו אף בדיני אדם. אך כבר הבאנו לעיל שרוב הראשונים חולקים על שיטה זו, ובוודאי שאי אפשר להוציא ממון על פי שיטתם. מלבד זאת, במקרה של טעות בשיקול הדעת שגרמה למניעת רווח, נראה שלכל הדעות אין מקום לחייב אפילו לצאת ידי שמים.

## מפתח

בנושאים להם מוקדש סימן שלם, נמנעתי מלפרט את תוכנם היות ויש תוכן עניינים מפורט בתחילת הספר. מטרת המפתח לחלץ נושאים שמוזכרים בתוך נושא עיקרי אחר או שלא הוקדש להם סימן בפני עצמו.  
דרך הסימון מן הכלל אל הפרט לדוגמא: ב,ה,3 כוונתו: סימן ב, סעיף ה, תת סעיף 3.

### אבידה

אבידת גוי כג,ד

### אומדנא

סימן ג ונספחיו

### אונאה ראה מקח טעות

### אסמכתא

בהתחייבות לשלם הוצאות משפט ב,יא,3/ בסיטומתא יב,ח/ בהוראה לביצוע מלאכה כא,א,3

### בר מצרא

בר מצרא בשכירות סימן י

### גוי

גזל גוי כג,ג/ אבידת גוי כג,ד

### גזל

גזל קטן מגוי סימן כג/ בניית סוכה ברשות הרבים ל,ד/ קיום מצוות בחפצים גזולים ל,ח

### גרמא וגרמי ראה נזיקין

### דינא דמלכותא דינא

חוקי העבודה כב,ה/ בהחזקת קרקע כז,ה

### הערמה

הערמה בבר מצרא י,ה

### הוצאות משפט

סימן ב ונספחיו

### התחייבות

לך ואני אבוא אחריד ב,ז,1/ לשלם הוצאות משפט ב,יא,3/ למכירת בית סימן י/ לפצות על נזקי גרמא סימן כד/ לשכירות ל,ז/ לפצות על מניעת ריווח לא,א,2

### חיוב לצאת ידי שמים

בגרמא טז,ז,2

### טעות

טעות בדין סימן ה/ טעות טובי העיר ה,ב/ חזרה מהסכמה בטעות כב,ט

### כופין על מידת סדום

כללים ל,ט

### מחוסרי אמנה

בעסקת מכר יא,3

### מיצר שהחזיקו בו רבים

עיון בהלכותיו סימן כו

### מנהג

בר מצרא מכח מנהג י,ג/ בדיני ממונות (סיטומתא) סימן יב ונספח



**מניעת ריווח**

פיצוי על מניעת ריווח טז, ז, 4/ התחייבות במניעת ריווח כד, ג/ פיצוי על מניעת ריווח סימן לא

**מקח טעות ואונאה**

דיני מקח טעות סימן יג/ השלמת עסקת מכר חסרה סימן יד

**מתנת שכיב מרע**

הגדרה ודינים סימן טו

**נהנה**

חיוב מדין נהנה ל, ב

**נזיקין**

בסיס לחיוב הוצאות משפט ב, ה, 2/ לך ואני אבוא אחריך ב, ז, 1/ הסתמכות על חבירו יא, 4/ מניעת השכרה טז, ז, 2/ הוראה לאחר לבצע עבודה כא, ב/ התחייבות לפצות על נזקי גרמא סימן כד/ שותפות בנזיקין סימן כה/ פחת נבילה וטורח נבילה/ סימן כו/ נזק מתוך שמחת פורים ל, ה/ התחייב לפצות על מניעת ריווח לא, א, 4

**סיטומתא**

הגדרה וכללים סימן יב ונספח

**סירוב לדין**

הגדרת סרבן ב, ו

**עדות**

נאמנות עדים פסולים ג נספח א/ הטעם לפסול עדות ח, א, ה/ עדים פסולים ל, א

**פועל/שכיר/עובד**

הטעיית עובד נספח לסימן יג/ שכירות פועלים שנפגעה עקב מלחמה סימן יז/ פיטורי רב סימן יט/ פיטורי ר"מ בישיבה תיכונית סימן כ/ שכר מי שביצע עבודה בהוראת אדם שלישי סימן כא/ פיצויי פיטורין סימן כב

**פסיקה**

מענה לתשובה בדיני ממונות במעמד צד אחד סימן ד/ כוחה של פסיקה ה, ב, 1

**פשרה**

סימן א ונספחיו/ הסתמכות על אומדן בפשרה ג, ה, 8

**צדקה**

תוקף אמירה לצדקה כא, ד

**קטן**

חיובו בגזל כג, א-ב/ חיובו בנזק ל, ג

**קים לי**

כדעה שלא הובאה בשולחן ערוך יז, ד

**קנס**

בסיס לחיוב הוצאות משפט ב, ה, 2/ בסיס לחיוב על פי אומדנא בזמן הזה ג, ד/ על הפרת חוזה יא, 6

**רבנות**

פיטורי רב סימן יט

**רופא**

הסתכנות עבור הצלה סימן כח

**ריבית**

תביעת ריבית סימן כט/ בפיצוי על מניעת ריווח לא, ב, 6

**שטר/חוזה**

פרשנות שטר על פי אומדנא ג נספח ג/ חתימה על חוזה מחייבת סימן ז/ קנס על הפרתו יא, 6

**שבועה**

חשוד על השבועה סימן ח

**שומרים**

שומר ששכח לו,

**שכירות**

בר מצרא בשכירות סימן י/ סיום שכירות יא, 5/ שאלות בדיני שכירות סימן טז/ שכירות שהופסקה באמצע סימן יז/ שכירות שהושבתה עקב מלחמה סימן יח/ התחייבות לשכירות ל, ז

**שכנים**

כפייה על מידת סדום ל, ט

**שליחות**

הורה לאחר לבצע עבודה כממנה שליחות כא, ג

**שעבוד**

הגדרת "דאיקני" סימן ט

**תשובות**

מענה לתשובה בדיני ממונות במעמד צד אחד סימן ד

**רשימת המקומות בהם התפרסמו חלק מהמאמרים לראשונה**

א. כיצד מפשרים? - שערי צדק י. ב. הוצאות משפט- אמונת עתיך 99. ג. אומדנא- שערי צדק יא ואמונת עתיך 95. ד. תשובת הלכתיות במעמד צד אחד- תחומין לב. ה. טעות בדין- חמדת הארץ ה. ו. החלטת ועד מקומי- אמונת עתיך 100. ז. טענת לא הבנתי- אמונת עתיך 97. ח. חשוד על השבועה חמדת הארץ ו. ט. דאיקני- חמדת הארץ ו. יב. סיטומתא- משפטי ארץ ג. יג. מקח טעות והטעיה במקח- אמונת עתיך 100. טו. מתנת שכיב מרע- בלכתך בדרך (תש"ס). כא. אדם שהורה לאחר- תחומין לג. כג. גזל קטן מגוי - תחומין כט. כו. פחת נבילה- משפטי ישראל (תשס"ג). ל. עניינים קצרים- בעתונים "מקור ראשון" ו"ארץ בנימין". לא. פיצוי על מניעת ריווח- תחומין לא.

**תושלב"ע**

עם סיום החיבור לזכרו של אחי ז"ל, אבקש להעלות גם את זכרונם של זקני

היקרים והאהובים:

ר' אברהם יצחק ודבורה כ"ץ ז"ל

ר' בן ציון וחנה סג"ל ז"ל

תנצב"ה