

# חמדת הארץ

קובץ תורני מבית ארץ חמדה

א

תשס"א

בהוצאת  
מכון "התורה והמדינה"  
ע"ש הרב שאול ישראל זצ"ל  
שעל יד "ארץ חמדה"

מסת"ב א-436-008-965



כל הזכויות שמורות, תשס"א  
All Rights Reserved, 2001

עריכה: ידידיה כהנא ועדו רכניץ  
סייעו בעריכה: דניאל כ"ץ וסיני לוי  
הגהה לשונית: הרב נסים כהן  
הקלדה: אורית בן פזי  
עיצוב כריכה: נריה לוי

הדפסה וכריכה: "חסד ואמונה", אהליאב 25, ירושלים 02-5373714

## תוכן

1		דבר ראשי מכון "ארץ חמדה" שליט"א
3		דבר המערכת
		שער חושן משפט
7		תקצירי המאמרים
17	בעניין איסור לא תגזול בקרקעות	מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל
24	מתנה על מה שכתוב בתורה	מו"ר הגרז"נ שליט"א
37	שינוי קונה בגזלן	הרב משה ארנרייך שליט"א
47	תקנת נגזל - במזיק במסור ובדינא דגרמי	הרב משה ארנרייך שליט"א
63	דינא דמלכותא דינא	הרב יוסף כרמל שליט"א
72	מעמד חפץ גזול ביד גזלן	הרב סיני לוי
85	קנייני גזלן	הרב עדו רכניץ
106	זוטו של ים	הרב מנחם קופרמן
124	עוד בעניין זוטו של ים	הרב דן אלינר
130	גדר מוצא אבדה בסרטיא ופלטיא גדולה	הרב דן אלינר
138	תחילתו בפשיעה וסופו באונס	הרב ידידיה כהנא
153	שכירות פועלים	הרב גר אלדד
163	אכילת פועל ובהמה	הרב דניאל כ"ץ
197	בגדר דין אחריו לפלוני	הרב שמואל נחושטן
209	הארות בעניין קניין באינטרנט	הרב ישראל גליקמן
		שער תנ"ך
221	"ועם האמהות אשר אמרת עמם אכבדה"	הרב יוסף כרמל שליט"א
229	הוריני ה' דרכך - עיון במזמור כז בתהלים	הרב ישראל שריר
242	בכורות כהנים ולויים	הרב עדו רכניץ

## ברכת ראשי מכון "ארץ חמדה" שליט"א

מכון "ארץ חמדה", הפועל מזה שתי שמיטות, זוכה בעזרת ה' יתברך, להציג כיום בפני הציבור הרחב את פירות תלמודו - פירותיה של "ארץ חמדה". בהנחיית מייסד המכון, מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, מקדישים האברכים את מירב זמנם ומרצם ללימוד בעיון, כהכנה להכשרתם לתפקידי רבנים, ראשי ישיבות וכוללים. הדבר נעשה במספר מסגרות - שיעורי מו"ר הגר"ז"ג גולדברג שליט"א, שיעורי העיון של ראשי המכון ושיעורים המועברים על ידי האברכים בחבורה. זכינו, לאחר שנים של פעילות בתחומים רבים ושונים, להביא לידי ביטוי בכתב גם את לימוד העיון במכון.

בית מדרשנו, נוסד מראש כאשר יושביו, גם בהיותם ספונים בבית המדרש, פונים הם אל הציבור הרחב. הדבר בא לידי ביטוי, הן בפעילות הקהילתית, הן בשו"ת "מראה הבזק" והן במענה לכל פונה באינטרנט. קובץ זה, מאפשר לציבור להציץ לתוך בית המדרש, ולהתרשם מנושאי הדיון, מרמתם ומהיקפם.

כתיבת השיעורים על ידי האברכים חשובה מכמה סיבות. בכך האברך מכשיר את עצמו לשמש בתפקידי הוראה. לצד זה, משתפרת יכולת ההבעה שבכתב, המהווה כיום כלי מרכזי. זאת ועוד, במאמרים מציגים האברכים את חידושיהם, בחינת "ולבסוף נקראת על שמו, שנאמר: בתורת ה' חפצו ובתורתו יהגה יומם ולילה" (עבודה זרה יט.).

כרך זה מתרכז בנושאים הנדונים בשלחן ערוך, חושן משפט, סימנים קפט-תכו, שנלמדו בכולל בשנים האחרונות.

בכרך, נמצא מאמרו של מייסד הכולל מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל. תודתנו על כך לחתנא דבי נשיאה הרב ישראל שריר. בקובץ גם מאמר של מו"ר הגר"ז"ג גולדברג שליט"א, המקדיש את זמנו ומרצו להרבצת תורה במכון, הן בשיעוריו שנודעו לתהילה, והן בפסיקה בשו"ת מראה הבזק.

במשך השנים, הצטברו שיעורים גם בחלקים האחרים של חושן משפט ובאבן העזר. כעת זכינו שארבעה מאברכי הכולל - הרב ידידיה כהנא, הרב דניאל כץ, הרב עדו רכניץ והרב סיני לוי - נטלו יוזמה לערוך חלק מהשיעורים, ולהכינם לדפוס. יישר כחם!

בהזדמנות זו יש לנו הזכות להודות לחברי הנהלת "ארץ חמדה", על פעלם הרב, לשם שמים, למען התורה, הארץ והעם, בישראל ובתפוצות. ולצוות המשרד הנאמן, בראשות הגב' יפה רוזנהק, שבלעדיהן לא היה הקובץ רואה אור.

יהי רצון שנלך מחיל אל חיל, וגם יתר דברי התורה שהתחדשו בבית מדרשנו יכונסו יחד, להגדיל תורה ולהאדירה.

בברכת התורה

הרב משה ארנרייך      הרב יוסף כרמל

ראשי "ארץ חמדה"

## דבר המערכת

כשבת והודיה לה' יתברך, אנו שמחים להציג בפני ציבור לומדי התורה, תומכיה ואוהביה, קובץ תורני מבית "ארץ חמדה". הקובץ מסכם לימוד "חושן משפט", סימנים קפ"ט-תכ"ז, שהתקיים בשנים תשנ"ט-תש"ס. בנוסף, הוקדש חלק למאמרים בתנ"ך, נושא הזוכה אף הוא למקום של כבוד בבית המדרש.

בחוברת ישנם מאמרים מפרי עטם של אברכי הכולל, ובראשם מאמרים של ראשי הכולל, הרב משה ארנרייך שליט"א והרב יוסף כרמל שליט"א. כמו כן, זכינו למאמר של מו"ר הגאון הרב זלמן נחמיה שליט"א, דיין בבית הדין הרבני הגדול, המרביץ תורה בכולל.

זכות מיוחדת נפלה בחלקנו להביא לדפוס שיעור שהועבר בכולל בשנת תשמ"ט מפי מו"ר הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל, מייסד "ארץ חמדה". תודתנו על כך לרב ישראל שריר, חתן הרב.

ניתן לאפיין את ייחודם של המאמרים בקובץ כך:

- מטבעו של לימוד דיננות שהוא מתמקד בפסיקת הלכה, כתוספת לכך, באים המאמרים הבאים העוסקים, רובם ככולם, דווקא בבירור היסודות העקרוניים ובהבהרת המושגים.
- המאמרים נכתבו בבהירות, רוצה לומר, תוך שימוש בשפה שאינה סבוכה, אלא בשפה השווה לכל נפש.
- הטענות נבדקו באופן שיטתי, עומתו עם פסיקות בעייתיות, תוך שימת דגש מיוחד על בדיקת העקביות בשיטות אמוראים, ראשונים ואחרונים. כהשלמה לכך, נעשה מאמץ לבסס את הטענות דווקא מתוך דברי אותו פוסק שהטענה מתייחסת אליו.

כעורכים, ניסינו להתוות קווים מנחים לכותבי המאמרים, על מנת ללטש ולבסס את הכתיבה, ומאידך, בלא פגיעה בסגנונו האישי של כל כותב. כמו כן, על מנת להקל על הקורא, נוספו על ידינו תקצירים בתחילת החוברת, תקצירים אלו כוללים את הטענות המרכזיות המועלות במאמר, ואת ההוכחות העיקריות לטענות אלו.

תודתנו נתונה לראשי הכולל ולמו"ר הגרו"נ גולדברג שליטא, שתמכו, עודדו ודרבנו את הכותבים, ואף תרמו מאמרים מפרי עטם. זאת מעבר, לעבודתם היומיומית בהרכצת תורה והגדלתה.

---

כמו כן, תודתנו לחברי הנהלה וצוות המשרד, האמונים על קיום התשתית הנדרשת ללימוד התורה, ובמיוחד להוצאת הקובץ.

תודה מיוחדת לרב נסים כהן על העריכה הלשונית, לרב סיני לוי, ולרב דניאל כ"ץ על עריכת מאמרי ראשי הכולל והגרז"נ גולדברג שליט"א.

אחרון שהוא ראשון, נודה לבורא עולם ששם חלקנו מיושבי בית המדרש, ותפלה נישא שלא תצא תקלה מתחת ידינו.

קובץ זה יוצא לקראת כ"ח באייר - יום שחרור ירושלים. בתקופה זו עמנו נמצא במאבק על ליבו - הר הבית. לבנו עם אחינו בית ישראל שבכל אתר ואתר, ובייחוד, עם היושבים ביש"ע במסירות נפש. מי ייתן, ובזכות מסירות נפש ולימוד התורה, נזכה כולנו לראות במהרה בימינו בבניין בית ה'.

שער

חושן משפט





## תקצירי המאמרים

### בעניין איסור לא תגזול בקרקעות

#### הטענה המרכזית

איסור גזול בקרקע קיים, רק כאשר פעולת הגזילה מתבצעת בקרקע עצמה, ולא בהוצאת בעל הקרקע ממנה, או כל פעולה שאינה בגוף הקרקע.

#### ראיות מרכזיות

הרמב"ם (גזלה פרק ז הל' יא) מביא את דין גזול בקרקע רק לעניין מסיג גבול. התוספות (סוכה לא. ד"ה אבל) שכתבו שייתכן למעט סוכה גזולה ממצווה רק כשכנה בשל חבירו ברשות והוציאו בעל הקרקע מרשותו. הריטב"א (שם, ד"ה ת"ר) שאומר שאין מצווה הבאה בעבירה ואין הסוכה נפסלת בכך שהוציא את בעל הסוכה מסוכתו, אף שעבר עבירה.

### מתנה על מה שכתוב בתורה

#### הטענה המרכזית

תנאים אינם חלים רק על מעשים של המתנה ושהוא היוצר שלהם. הגדר שקובע את אפשרות התחולה של התנאים הוא האם דין התורה נעשה לטובת המתנה או שהמתנה מוחל על דין התורה.

#### הראיות המרכזיות

המשנה שקובעת שיש תנאי בשכחה אף שקצירת השדה אינה נובעת מכח המתנה. המשנה שדנה ב"קרקע כסותי על מנת לפטור" אף שהקריעה קיימת גם אם התנאי לא מתקיים.

### שינוי קונה בגזלן

#### הטענה המרכזית

הגר"ח מבריסק טוען שבמקרה של שינוי הגזלה, יש תוצאה מיידית אחת, והיא - הגזלן אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך', אך החפץ עדיין אינו קנוי לו. בנוסף לכך, במקרה של שינוי גדול החפץ גם נקנה לגזלן. (זאת בניגוד לדעת הקובץ שיעורים, שטוען ששני הדינים תלויים זה בזה) ההגדרה של שינוי קטן היא שתוצאת השינוי היתה גלומה בחפץ הגזול. רק היווצרות חפץ חדש שלא היה קודם כלל נקרא שינוי גדול.

#### הראיות המרכזיות

הגמרא (ב"ק צו.) אדם שגזל דקל וחתך לחתיכות - אינו נחשב שינוי, כי גם לאחר השינוי שמו דקל.

רש"י (ב"ק סו. ד"ה שינוי קונה) שאומר ששינוי שנעשה ממילא אינו קונה, כיון שהתוצאה היתה גלומה בחפץ הגזול.

גמרא (שם סה:): מחלוקת רבי אילעא ורבי חנינא אם טלה ונעשה איל הוי שינוי.

### תקנת נגזל - במזיק, במסור ובדינא דגרמי

#### הטענה המרכזית

תקנת נגזל דהיינו האפשרות של הנגזל להישבע על שיעור הגזילה ולהוציאה מהגזלן, תוקנה לפי החומרה של העבירה כפי שהיא נתפסת על ידי הציבור.

#### הראיות המרכזיות

מחלוקת הפוסקים בענין סוג הנזקים שבהם יש תקנת נגזל, נובעת מההתייחסות הציבורית למזיקים שאינם עושים זאת בידים או בפשיעה.

סברת הרמב"ן להסתפקות הגמרא במוסר משום שעשה מעשה בדיבור בלבד.

דעת ר"ת והמהרש"ל שהיה לגמרא ספק שמא להגדיל את תקנת הנגזל במוסר משום חומרת העבירה.

דעת המהרש"ל שבגרמי לא עשו תקנת נגזל משום שניירא בעלמא קלא מיניה.

דעת הראב"ד שבטענת ברי בנזקים לא תיקנו תקנת נגזל משום שהוא אינו חשוד לשקר.

דעת תלמידי רבינו פרץ שלא תיקנו תקנת נגזל בנזקי ממונו משום שאין נזקים אלו נתפסים כרשעות בציבור.

### דינא דמלכותא דינא

#### הטענה המרכזית

סמכות המלך לחוקק חוקים ולגבות מס, נובעת ממצות 'דינין', ולכן היא שווה בישראל ובאומות העולם. לפיכך, מס או חוק שקבע המלך, תקף אך ורק אם הוא צודק ושיוויוני. מלך הוא מי שהעם הסכים לשלטונו. אך אין צורך במשיחת נביא, כמו כן, יראת השמים של המלך איננה רלוונטית לשאלת חוקיותו.

#### הראיות המרכזיות

הירושלמי (הוריות פרק ג הל' ב) משווה את מעמדו של אחאב ושל יהושפט. הגמרא (מגילה יד) אומרת שדוד לא נחשב למלך כל עוד לא מת שאול. הרמב"ם מביא את הכלל "דינא דמלכותא דינא" גם לגבי משפט המלך (מלכים פרק ד), וגם לגבי מלכי אומות העולם (גזילה פרק ה). הרמב"ן (דברים יז, טו) כותב, שהמלך שהעם יבחר בו, הוא המלך אשר בחר ד'.

### מעמד חפץ גזול ביד גזלן

#### הטענה המרכזית

ידועה החקירה, האם הגזלן קונה בזמן הגזילה וחיוב ההשבה הוא המעכב את בעלותו, או שאינו קונה כלל. חקירה זו היא התשתית למספר מחלוקת אמוראים בדני גזילה. האמוראים השונים עקביים בגישותיהם השונות:

רב, רמי בר חמא ואביי, סוברים שהגזלן קנה ברגע הגזילה.

רבי יוחנן, רב חסדא ורבא סוברים, שכל עוד לא השתנתה הגזילה, היא שייכת לבעליה הראשונים.

## הראיות המרכזיות

סנהדרין עב. - בא במחתרת ונטל כלים. לדעת רב הגזלן הוא הבעלים, ולדעת רבא הנגזל.

ב"ק קיא: - "גזל...אמר רב חסדא: בא אחר ואכלו, רצה מזה גובה רצה מזה גובה". עמדתו זו של רב חסדא מבוססת על גישתו של רבא, שהנגזל עדיין בעלים. בהתאמה, מסביר אביי בסוגיית 'הוכר הגנב' (בב"ק קיח.) שרב חולק על רב חסדא.

ב"ק קטו. - דעת בעלים בהשבה, במקום שלא ידע הבעלים. לדעת רב ושמואל הגנב קונה את הגנבה ולכן צריך 'מנין', ולדעת רבי יוחנן ורב חסדא עדיין ברשות בעליה הראשונים ועל כן אפילו מנין לא צריך.

תמורה ד. - "כל דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד - לא מהני". רבא, לשיטתו, סובר ש"לא מהני", ולכן גזלן לא קונה את הגזלה. אביי, לשיטתו, סובר ש"מהני" ולכן גזלן קונה את הגזלה.

## קנייני גזלן

## הטענה המרכזית

לדעת הרמב"ם, גזלן אינו קונה את הגזלה, לא בשעת הגזלה ולא לאחר יאוש. אולם, לאחר שינוי או שינוי רשות ויאוש הבעלות עוברת מהנגזל.

לדעת התוספות, גזלן קונה את זכויות השימוש בשעת הגזלה, לבעלים נשאר זיקה חסרת זכויות לנכס. זיקה זו מחייבת את כל מי שהחפת מגיע אליו בהשבה.

## הראיות המרכזיות

## שיטת הרמב"ם

בגמרא (ב"ק יא.) איתא ששמואל פסק ש"אין שמין לגזלן", כלומר, גזלן שהזיק את הגזלה נוטל את השברים לעצמו ומשלם לנגזל דמי גזלה שלמה. הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' טו) פסק שדין זה הוא תקנה לנגזל, לפיכך, אם רצה הנגזל את שברי הגזלה ופיצוי מהגזלן הוא זכאי לכך. לשיטתו, שהגזלה נשארת של הגזלן. המחנ"א (בהערות שם) הסביר שכיון שהגזלן לא רוצה בשבירה אינו רוצה לקנות את הגזלה.

הרמב"ם (גנבה פרק ג הל' ב) פסק שדי במשיכה לרשות הרבים כדי לגזול, ואין צורך במשיכה הראויה לקניין.

הרמב"ם (גנבה פרק ג הל' ה) פסק שהקונה מגזולן לאחר יאוש צריך לשלם את דמי הגזולה לבעלים. לכאורה לשיטתו, שהנגזל הוא הבעלים ולכן הוא זכאי לתמורה.

#### שיטת התוספות

בתוספות (ב"ק נו: ד"ה פשיטא) נומק חיוב גזולן בנוקים שהגזולה גרמה, בכך שהגזולן קנה את הגזולה.

בתוספות (ב"ק יא. ד"ה אין) נומק דין "אין שמין לגזולן", בכך שהגזולן קנה את הגזולה, וממונו הוא שהזוק.

בתוספות (סנהדרין עב. ד"ה מסתברא) נפסק שבא במחותרת ששכר את הגנבה בכיתו - פטור. ניתן להסיק מכך שהגזולה איננה של הנגזל. מאידך, אין חולק על כך שהגנב צריך להשיב את הגנבה גם במקרה זה, משמע, שהגנבה שייכת לנגזל. הפתרון שהוצע הוא שלנגזל ישנה זיקה חסרת זכויות לחפץ, זיקה זו מחייבת בהשבה, אולם, אין לה ערך, לפיכך, המזיק את החפץ פטור.

בתוספות (ב"ק עט. ד"ה או) איתא שגזולן מתחייב רק כאשר משך לסימטא, ולא כאשר משך לרשות הרבים. לשיטתו, שגזולן קונה ויש צורך במעשה קניי רגיל.

### זוטו של ים

#### הטענה המרכזית

שיטת הרמב"ם היא, שדין זוטו של ים שהוא מותר מותנה בייאוש הבעלים. אבל ללא ייאוש הבעלים אין החפץ מופקע מרשותם, והוא עדיין שייך לבעליו.

שיטת הרא"ש היא, שדין זוטו של ים נובע מהפקעת התורה מכיוון שמצב החפץ הוא אבוד מכל אדם, ואין צורך בייאוש בעלים.

#### ראיות מרכזיות

#### שיטת הרמב"ם

רמב"ם (גזילה ואבידה פרק יא הל' י, פרק יד הל' ד) שמנמק הדין של זוטו של ים בכך שוודאי התייאשו הבעלים.

בעוד כמה מקומות, שהגמרא משווה לדין זוטו של ים, ההוא דיו (ב"מ כד:) וכן אדם שאיבד זוזי בי חלתא (שם כו:) הרמב"ם (שם, פרק יא הל' ט ופרק יד הל' ט) מנמק בייאוש הבעלים.

## שיטת הרא"ש

הרא"ש (ב"מ פרק ב סימן ב) מוסיף על דין זוטו של ים את המשפט " ואפילו עומד וצווח, נעשה כצווח.. על ספינתו שטבעה בים"

בסוגית נהר בירן(ב"מ כד:), שנפל כסף צרור לנהר, והגמרא חייבה את המוצא בהשבה, והנימוק: "כיוון דמתקיל לא מייאש" והרא"ש (שם, סימן ז) משמיט את המילים לא מייאש, וכותב רק "שאני נהר בירן כיוון דמתקיל".

## גדר מוצא אבדה בסרטיא ופלטיא גדולה

## הטענה המרכזית

בין דין זוטו של ים, שבו החפץ האבוד מופקע מבעליו מכל וכל, לבין אבדה רגילה השייכת לבעליה, יש גדר ביניים- אבדה שאינה אבודה ממנו ומכל אדם, אבל אבודה לחלוטין מבעליה, והיא אבדה בסרטיא ופלטיא גדולה. למעשה, יש שלוש רמות באבדה:

אבודה ממנו ומכל אדם- אין שליטה על החפץ והוא מופקע לחלוטין מבעליו, ואף מחאה לא תועיל.

אבדה רגילה- יש צורך בידיעה שהבעלים התייאשו בפועל כדי להתיר את האבדה למוצאה.

אבדה בסרטיא ופלטיא גדולה- ברור שהבעלים יתייאשו, ולכן כבר עכשיו החפץ אינו בשליטת הבעלים ומופקע מהם, אך אם יצווחו ויאמרו שאינם מתייאשים תועיל צווחתם.

## ראיות מרכזיות

דברי הרשב"א (ב"מ כד. ד"ה מפני) שטוען שבסרטיא ופלטיא גדולה הסיבה להיתר האבדה היא לא כזוטו של ים, אלא משום שלעולם הבעלים מתייאשים מהם.

דברי הרשב"א (שם, כא: ד"ה זוטו) שבמצא זוז בין החולות אם יצווח ויטען שאינו מתייאש תועיל מחאתו והזוז יהיה אסור.

הרמב"ם (גולה ואבידה פרק יא הל' ז) שמשמיט את דברי הגמרא (ב"מ כד:): שאומרת שצוויחה לא מועילה בשוקא דגלדאי. נטען שלפי הרמב"ם צוויחה כזו תועיל.

## תחילתו בפשיעה וסופו באונס

### הטענה המרכזית

שיטת הרי"ף והרמב"ם להלכה היא, שפשיעה יוצרת חיוב שמירה צמודה על החפץ, וכל מה שהיה נמנע אילו בוצע חיוב זה, חייב בו השומר. כל מה שלא היה נמנע- פטור עליו.

שיטת התוספות והרא"ש היא, שפשיעה יוצרת היפוך של נטל הראיה מהמפקיד לשומר, משום שהיא מוציאה את החפץ משליטת הבעלים, ומחייבת את השומר להשיבו לרשותם. על כן גם דברים שיש לתלות בתלייה רחוקה שאולי היו נמנעים לולי הפשיעה- חייב עליהם השומר. בכעין גניבה ואבידה, מודים התוספות לרמב"ם, מכיוון שהחפץ לא יצא מרשות הבעלים.

### הראיות המרכזיות

בשיטת הרי"ף והרמב"ם:

הרמב"ם (שאלה ופקדון פרק ד הל' ג) שכתב, שאם שם את הפקדון במקום קאינו שמור בביתו, אף שנשרף כל הבית, חייב. ואף שלו היה שם במקום שמור בביתו, גם היה נשרף.

שיטת הרי"ף ברועה שהניח עדרו (ב"מ כ.) שאף שעל בעידנא דלא עיילי אינשי, פטור אם לא היה יכול להציל עדרו מהארי.

### בשיטת התוספות והרא"ש

תוספות (ב"מ עח. ד"ה הוחמה) לגבי רועה שהניח עדרו ובא לעיר, שטוען שאם על בעידנא דלא עיילי אינשי חייב אף אם לא היה יכול להציל, כי יש לתלות שאולי לא היה הארי בא או היה מקיים בו גם את הארי גם את הדב הכה עבדך.

תוספות (ב"מ צג: ד"ה אי הכי) שטוען שתחילתו בכעין גניבה וסופו באונס פטור.

## שכירות פועלים

### הטענה המרכזית

שכירות פועלים אינה כמכר, דהיינו, עבודה תמורת תשלום, אלא היא כחליפין, דהיינו, יש שני מוקדים לעסקה האחד הוא השכר והאחר הוא התחייבות הפועל לעבוד.

הגדרת השכר אינה תשלום, אלא השכר הוא מושג עצמאי, שמשמעותו היא שהפועל צריך לקבל את הדבר שאליו הוא נושא את נפשו, הביטוי ההגיוני לכך הוא כסף.



## הראיות המרכזיות

להגדרת השכירות:

1. דעת הגר"א (סימן שלג ס"ק לו) שפועל בחינם יכול לחזור בו אפילו בדבר האבד, כי אין בו קנין פועל.

2. דברי המחנה אפרים (שומרים סימן יח) ששומר חינם אינו מוגדר כפועל ולכן אינו יכול לחזור בו תוך הזמן.

להגדרת השכר:

דברי התוספות (ב"ק ט.) שאי אפשר לשלם לפועל בשווה כסף, ואפילו אין לו כסף צריך למכור נכסיו ולשלם כסף לפועל.

## אכילת פועל ובהמה

## הטענה המרכזית

הגר"ח והחזו"א טוענים שיש לחלק בין אכילת פועל בשדה בעל הבית שמוגדרת כזכות ממונית, לבין איסור "לא תחסום" בהמה שהוא איסור ללא זכויות ממוניות.

בראשונים מוצאים אנו שלש גישות עיקריות למצוות אלו, ונראה שהראשונים אינם מפרידים בין אכילת הפועל לאכילת הבהמה.

רש"י ותוספות מגדירים גם את אכילת הפועל כמצוה איסורית

הריטב"א ורבינו יהונתן מגדירים את אכילת הפועל והבהמה כחוב ממוני.

הרמב"ם, הרשב"א והראב"ד מגדירים מצוות אלו כזכות ממונית גמורה דהיינו הממון משועבד לצורך המצוה.

## הראיות המרכזיות

דיני אכילה באיסור, לדעת רש"י ותוספות דורשים לימוד מפסוק. לדעת הריטב"א ורבינו יהונתן אין צורך בלימוד כלל ולדעת הרמב"ם רק בהקדש יש צורך בלימוד מכיון שהוא נחשב בעלים על הממון.

אכילת גוי בשדה ישראל ולהיפך, לדעת רש"י קיים היתר של איסור גזל בשדה ישראל ועל כן גם לגוי מותר לאכול בשדה ישראל וכן לישראל מותר לאכול בשדה גוי וכן אין צורך לחסום את הבהמה בשדה גוי.

לדעת הריטב"א, הרשב"א והראב"ד יש איסור לישראל לאכול בשדה גוי וכן אין "לא תחסום" בשדה גוי משום שעליו לא מוטל חוב ממוני.

מחילת הפועל, לרש"י אפשרית מכח לימוד מיוחד. לריטב"א מועילה משום מחילה ממונית.

חיוב תשלומים במקרה של חסימה מוסבר על ידי הריטב"א, הרשב"א הראב"ד ופשטות דברי הרמב"ם, משום שיש חוב או זכות ממונית. בשיטת רש"י יש קושי בהלכה זו.

חיוב תשלומים בחסימת פועל מפורש בשיטת הריטב"א והרשב"א והוא נובע מהחוב ההמוני.

בספיקות אסור לחסום, אם חסם דעת הריטב"א שאינו חייב לשלם כיון שזהו ספק חוב ודעת רוב הראשונים שחייב מכיון שהפסיד לו את הזכות ההמונית שלו.

### בגדר דין אחריו לפלוני

#### הטענות העיקריות

הרמב"ם הרשב"ם וקצוה"ח סוברים שהאומר נכסי לפלוני ואחריו לאלמוני - לראשון יש קניין לזמן, הכולל את כל הזכויות, ולשני, אין שום זכות.

הגר"ש שקאפ סובר לראשון יש את כל הזכויות, להוציא הזכות להוריש, ולשני את הזכויות לאחר מות הראשון.

מחלוקתם משקפת מחלוקת עמוקה בשאלה האם תתכן בעלות ללא זכויות, לדעת קצוה"ח ודעימיה, ישנה זהות בין זכויות השימוש לבעלות, בזמן שלדעת הגר"ש שקאפ תתכן בעלות ללא זכויות.

## הערת העורכים

### הגדרת בעלות

ממספר מאמרים בקובץ ניתן לקבל תמונה כללית על שיטות הראשונים בהגדרת הבעלות. שלושת המרכיבים האפשריים הם:

1. זכויות שימוש.

2. זיקה לנכס.

3. שליטה.

#### שיטת הרמב"ם

כפי שהוכח, במאמר העוסק בזוטו של ים ובמאמר העוסק בקנייני גולן, לדעת הרמב"ם איבוד השליטה אינו פוגע בזכויות השימוש. לפיכך, פוסק הרמב"ם שבעלות אינה פוקעת בכך שהחפץ נמצא במעמקי הים או בכך שהחפץ נמצא ביד הגולן.

מהמאמר העוסק בדין "אחריך" ניתן ללמוד שלדעת הרמב"ם אין משמעות לבעלות ללא זכויות. לפיכך, המוכר שדה לזמן אינו יכול למנוע מהקונה להזיק לנכס, שהרי כל הזכויות בידי הקונה.

#### שיטת התוספות

מהמאמרים העוסקים בזוטו של ים ובקנייני גולה ניתן להסיק שלדעת התוספות איבוד השליטה בנכס גורר את איבוד זכויות השימוש. לאור זאת, ברור מדוע בעלות על חפץ שנפל לזוטו של ים - פוקעת, וכן מדוע גולן קונה את הגולה.

במאמר על קנייני גולה עלתה הטענה שלדעת התוספות, אף שהבעלים איבדו את זכויות השימוש בחפץ הגזול, בכל זאת, יש להם זיקה לחפץ. זיקה מעין זו קיימת, למאן דאמר, יש בעלות על איסורי הנאה. גם במאמר העוסק בדין "אחריך" הובאו דעות ראשונים ואחרונים הקובעים שמכירה לזמן אינה מפקיעה לחלוטין את זכות המוכר. הנפקא מינה היא שהמוכר יכול למנוע מהקונה להרוס את הנכס.

לסיכום, נראה שלדעת התוספות איבוד השליטה בנכס גורר את איבוד הזכויות, מאידך, ישנה זיקה לנכס שאינה פוקעת.

מר"ר הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל

## בענין איסור לא תגזול בקרקעות<sup>1</sup>

מקורות

שבועות (לז): מחלוקת רבנן ור"א ;  
 ספרי (הובאו דבריו ברש"י על המקום) דברים יט, יד ;  
 רמב"ם פ"ז מה' גניבה הי"א ;  
 תשובת הרא"ש כלל צ"ה א' (דין גזל בקרקע) ;  
 ב"מ (סא:) אלא לאו בגזל למה וכו' תוס' שם. שטמ"ק בהנ"ל ;  
 סוכה (לא.) הסוגיא בסוכה גזולה, רש"י ותוד"ה "אבל גזל", גלין הש"ס מרע"א שם ריטב"א  
 שם ;  
 רמב"ם פ"ט מגזילה ה"א.

מחלוקת רבי אליעזר וחכמים

בב"ק (ק"ז:) ובמסכת שבועות (לז:) [הובאה] מחלוקת ר"א ורבנן בחיוב גזילה בקרקע ועבדים,  
 דלדעת חכמים אין בהם חיובי גזילה ואם גזל ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, ואילו ר"א  
 מחייב. ומבואר שם שנחלקו בסדר דרשת הכתובים, אם הוא בריבה ומיעט וריבה, שזוהי דעת  
 ר"א, על כן נתרבה הכל ונתמעט[ן] רק שטרות. ואמרינן שם, דגם ר"א יתכן שמודה לענין חיוב  
 שבועה שנתמעט בקרקעות ולא אמר אלא לחיובי גזילה.

והנה לרבנן פשוט דמכח גזרת הכתוב נתמעט[ן] קרקע ועבדים מחיובי גזילה. ואכן בספרי  
 (קפח) על הכתוב "לא תסיג גבול רעך" (דברים יט, יד) איתא :

<sup>1</sup> רשימות לא ערוכות מכתב יד לשיעור שניתן בכולל "ארץ חמדה" בשנת תשמ"ט.  
 להלן כללי העריכה שנגקטו, על מנת למעט ככל הניתן בשינויים מכתב היד :

1. ראשי תיבות נפתחו.
  2. הוספו סימני פיסוק.
  3. הוספו הערות שוליים להבהרה ולהרחבה (כל הערות השוליים אינן מכתב היד, אלא אם כן מצוין אחרת).
  4. הוספו מילים להבהרה בגוף המאמר בסוגריים מרובעות.
  5. הוספו כותרות משנה.
- תודתנו לחתנא דבי נשיאה, הרב ישראל שריר שסייע רבות בהבאת הדברים לדפוס.

"והלא כבר נאמר לא תגזול ומה ת"ל לא תסיג, מלמד שבעוקר תחומו של חברו עובר בשני לאוין. יכול אף בחוצה לארץ ת"ל בנחלתך אשר תנחל וכו'. בחו"ל אינו עובר אלא משום לאו אחד בלבד."

הרי שעל כל פנים איתא בלא תגזול גם בגזילת קרקע. ולכאורה הרי לפי רבנן נתמעטו קרקעות מחיובי גזילה.

ויש לומר בשני אופנים: [אפשר לומר] דהספרי אתי אליבא דר"א, ולפי זה לרבנן דנקטינן כוותיהו ליתא להאי דרשא בספרי; ואפשר לומר באופן אחר, דיש הבדל בין איסור לא תעשה דלא תגזול (שאמור בויקרא יט, יג), לבין האי דרשא דדרשו על הכתוב בפרק ה' דשבועות לענין שבועה וקרבן. דאמנם נתמעט מחיובי שבועה דאין על זה חיובי גזילה וקניניה, אולם האיסור שבמעשה הגזילה קיים גם בקרקע דשם לא נתמעט. ויהיה נפקא מינה מזה להלכה מאחר דנקטינן כרבנן אם עובר בלא תגזול (דמכל מקום לא לקי הואיל וניתן לתשלומים והשבה), או דלכל מילי נתמעט.

ולכאורה מחלוקת ראשונים בדבר. דהנה הרמב"ם פ"ז מגניבה הי"א כתב:

"המסיג גבול רעהו...אם בחזקה עשה הרי זה גזול, ואם הסיג בסתר הרי זה גנב. ואם בארץ ישראל הסיג גבול, הרי זה עובר בשני לאוין, בלאו של גניבה או בלאו גזילה ובלאו לא תסיג."

הרי שנוקט כספרי הנ"ל. ואף על פי שפוסק כדעת רבנן (פ"ט מגזילה ה"א) שאין חיובי גזילה בקרקע מוכרח לומר שמחלק כנ"ל בין חיובי גזילה לבין איסור לא תעשה דגזול. אכן, הרא"ש בתשובה כלל צ"ה [סעיף א] בא"ד:

"...דין גזול קרקע... מטלטלין משנוטלן ומוציאן מרשות הבעלים ומביאן לרשותו אז נגמר הגזול, ובמקרקעי לא שייך, כי נתמעטו מכלל ופרט גבי אשם גולות, ומשם למדו כחכמים שאם שטפה נהר או גזל עבדים והזקיננו אומר לו הרי שלך לפניך. הלכך אם גזל שדה... אין כאן בל תגזול, כי ברשות בעלים הם עומדים."

לכאורה, הרי זה מפני שדחה הספרי מהלכה, דמוקי לה דקאי לדעת ר' אליעזר דוקא. ולפי זה, מה שנתמעט מלא תעשה דגזול הוא מקרא דכלל ופרט וכלל ולא מסברא דעלמא. ושלא כהרמב"ם הנ"ל, דלא ראה סתירה ומוקי הספרי אליבא דכולי עלמא דאיסור בל תגזול איתא גם לדעת רבנן.

קשיים בשיטת התוספות והרא"ש

וקשה, דאי דחה הספרי, אם כן היכן מצינו דכל עיקר אין בקרקע משום לא תגזול הוא מסברא,

ולא ממה שנתמעט חיובי גזילה שהוא הדין איסור גזילה<sup>2</sup>. דהרי גם בתוספות רא"ש לסוכה [לא. ד"ה אבל] כתוב בדיוק כמו בתוס' שם לענין פטור קרקע מאיסור גזילה עיי"ש<sup>3</sup>.

<sup>4</sup>אכן בתוס' (ב"מ סא. ד"ה אלא) הקשו דמצי אוקי קרא [דלא תגזול] בגזל עבדים:

"דהא קרקע אינה נגזלת לא מן המקרא, אלא משום דאי אפשר לזוזה ממקומה, אבל עבדי דניידי, אף על גב דהוקשו לקרקעות, יעבור בלא תגזול",

לכאורה אין הבנה לדבריהם. הרי קרקעות, וכן עבדים שהוקשו לקרקעות נלמדים מכלל ופרט למעטם מדיני גזל. ומוכרח לומר כוונתם, דאיסור לא תגזול לא נתמעט. אלא שאמנם מסוגיא זו עצמה שמענו דנתמעט, דאי לאו הכי הרי מצינן לאוקמי לקרא דלא תגזול בפשיטות בגזל קרקע. אלא על כרחך מסברא ידעינן לה. אכן מאחר שאין זה אלא מסברא, אם כן עבדים אין למעט וזהו דקשיא להו.

אך קשה, אם נקטו כהספרי, הרי באמת יש גזילה בקרקע מצד האיסור, ואי סבירא להו דגמרא דילן חולקת, אם כן מנא להו [ד]אין בקרקע משום לא תגזול מכוח סברא זו, והיכן שמע לה?

וכיוצא בזה, במסכת סוכה (דף לא א תוד"ה אבל), דכתבו דיתכן מיעוט הכתוב סוכה גזולה לרבנן בהיתה הסוכה בנויה בשל חבירו ותקף בעל הקרקע והוציאו מסוכתו, דגזולה היא משום האי סברא, דכל עיקר אין גזל בקרקע [הוא] משום שאין להזיזה, אבל כל כהאי גוונא שם גזולה עלה.

ובגליין הש"ס לרע"א [שם], תמה בזה, דהרי הוא מיעוט מגזרת הכתוב, דמהאי טעמא עבדים נימא דנגזלים<sup>5</sup>. אכן להנ"ל פירוש התוספות קאי משום דיש כאן מציאות של לאו דלא תגזול,

<sup>2</sup> ביאור: על פי ההבנה ברא"ש, שהספרי הוא אליבא דר"א, אם כן, חיובי גזלה ואיסור לא תגזול תלויים זה בזה. לכן, לרבנן הסוברים שאין חיובי גזלה בקרקע מ"כלל ופרט וכלל", ממילא, גם אין איסור גזלה בקרקע. אם כן, קשה, מדוע הרא"ש נימק את העדר האיסור בסברא - "כי ברשות הבעלים הם עומדים", ולא בגזרת הכתוב.

<sup>3</sup> בתוספות כתוב:

"...וקרא מיתוקם מדאורייתא ואפילו מדרבנן בלא עגלה וספינה, איכא לאוקומיה קרא קרא כגון בראובן שבנה סוכה בחצרו של שמעון מדעתו ובא שמעון ותקף את ראובן והוציאו מסוכתו דאין עליה תורת שאולה כיון דלא קיימא ברשותו של ראובן. ולא דמיא לקרקע דבחזקת הבעלים עומדת ולכן אין קרקע נגזלת."

ובתוספות הרא"ש כתב באותו לשון, פרט לשינוי קל בסוף הדברים:

"ולא דמי לקרקע שעומדת בחזקת בעליה, דאין קרקע נגזלת."

<sup>4</sup> משיקולי עריכה הוקדם הקטע "אכן בתוס'...ומנא להו הא", ממקומו המקורי, לאחר הפסקה המתחילה במילים "ולכאורה בקושיית...".

<sup>5</sup> וזה לשון רעק"א שם:

דיש לומר דזהו שמיעט הכתוב סוכה גזולה, דנהי דאין בהם חיובי גזילה מכל מקום איסור גזילה יש בו כהאי גוונא, ויפסל מדין סוכה גזולה. ואין הכי נמי דבעבדים נמי איכא איסור גזילה.

### קושי בשיטת הרמב"ם

ולכאורה מסייע לה [לתוספות והרא"ש] מהסוגיא דריש פרק איזהו נשך [ב"מ סא]. דקאמר התם, דאיסור גזל אין צורך להכתב, דילפינן לה ממה הצד מריבית ואונאה, ומוקי לה לקרא דלא תגזול לענין עושק שכר שכיר. והנה אונאה מתמעט בקרקע (שם תוד"ה אלא), אם כן, אי איתא דמלא תעשה דגזול לא נתמעט [קרקע], הרי אצטריך קרא לגזול קרקע דלא מצי אתי במה הצד הנ"ל. ומוכרח לכאורה מסוגיא זו, דלרבנן כשם שנתמעט מחיובי גזילה, כן נתמעט מהאיסור דלא תגזול. וזה כהרא"ש. והספרי אינו אליבא דהלכתא, וקשה על הרמב"ם והני דקאי בשיטתו, אך אכתי קשה דאם כן מקרא נתמעט ואילו לתוספות ולרא"ש הוא מסברא ומנא להו הא.

ובקושית התוספות הנ"ל [באיזהו נשך] דמצי לאוקי לה בגזול עבדים, הנה כנ"ל בתוספות בסוכה יצויר גם בגזול מחובר לקרקע<sup>6</sup>. וצריך לומר, לפי גירסת התוספות בב"מ דלהכי מוקי לה בעושק שכר שכיר משום דאית התם מלקות. אם כן, יש לומר כמו שכתב הריטב"א (הובא בשטמ"ק שם [ד"ה לעבור עליו]) דלא בא לאפוקי מגזול עצמו, אלא דבאו לומר דקרא קאי נמי אעושק שכר שכיר דכתב נמי התם, דנפקא מינה לענין מלקות. ולשיטה דאין גם התם מלקיות (שם בשטמ"ק מתשובת הרשב"א [א' שיט]) [איכא למימר] דמענין עושק שכר שכיר ילפינן לענין עכו"ם [שאין איסור בעשיקתו], ואיצטריך במיוחד משום דהוה אמינא דכאן דטרח בה יש בו איסור גם בעכו"ם. אם כן, אין הכי נמי דקאי גם אקרקע עצמה. אלא דעיקר האוקימתא היא לומר דקאי נמי אעושק, וכנ"ל.

ולפי זה, אין סתירה מגמרא זו גם לרמב"ם. דאין הכי נמי, דיש בו איסור לא תגזול גם בקרקע, אלא דניתא ליה לאוקי גם אעושק וכנ"ל.

<sup>6</sup>תמוה לי, הא אמרינן יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות. אם כן, אם גזל עבדים והכניסן לביתו אין נגזלים, ושטפן נהר אין חייב באחריותו. הרי אף דאין קיימין ברשות בעלים, והם ברשות הגזול, ואפילו הכי אין נגזלות וצע"ג.

כלומר, מהתוספות עולה שהסיבה שקרקע אינה נגזלת היא סברא - כיון שאי אפשר להזיזה. כיון שהוקשו עבדים לקרקעות, יהיה הדין בעבדים זהה, שעבדים אינם נגזלים, למרות שהסברא לא שייכת.

<sup>6</sup> ביאור: לשיטת תוספות תתכן איפה גזלת דבר מחובר לקרקע, כפי שמופיע בעניין סוכה גזולה. אם כן, מדוע הגמרא ב"איזהו נשך" לא הצריכה את הפסוק "לא תגזול" לגזלת קרקע מעין זו שאינה נלמדת מאונאה, שהרי אין אונאה לקרקעות?

אלא שלפי זה קשה, דאם כן הרי כל [דין] גזול סוכה מחבירו מהו זה שתלאו בפלוגתא דר"א ורבנן אי קרקע נגזלת. אי אמרינן דבכל גוונא איכא לא תעשה דגזולה, וגם בהא דגזול סוכה שבנויה על קרקע כנ"ל נמי רק משום לתא דלא תגזול אתינן עלה, ולא מדין דחיובי גזילה<sup>7</sup>.

#### הגדרת מעשה גזל בקרקע

לזאת נראה [לתרץ] כד נדקדק בלשון הרמב"ם פ"ז מגניבה הנ"ל שכתב: "המסיג גבול רעהו וכו' אם בחזקה וכו' ואם בא"י השיג גבול וכו'" (וכן הועתק בחו"מ סי' שע"ו). [וקשה], דלמה התחיל בראש דבריו, דקאי איסור גזל קרקע דבכל מקום, שסבירא ליה דמכל מקום איסור לא תגזול איכא. אם כן, הוה ליה לומר בפשטות "הגזול קרקע", דענין מסיג גבול דיש בו לא תעשה כשלעצמו, הרי זה שייך רק לגבי ארץ ישראל, אבל איסור הגזול הוא לכאורה בכל אופן.

אלא יתבאר כדלהלן: דהנה הריטב"א בסוגיא דסוכה הנ"ל [לא. ד"ה ת"ר] הקשה אמאי מכשרינן סוכה גזולה, הא על כל פנים יפסל משום מצוה הבאה בעבירה. ותירץ וז"ל:

"כיון דלא קני לה כלל וכו' ואין המצוה מוציאתה מרשות בעלים, לא חשיבא מצוה הבאה בעבירה, הרי הוא כאילו היתה שדה דעלמא גזולה ברשותו שאף על פי שעבירה בידו אין הסוכה נפסלת בכך כנ"ל."

ובהר"י פערלא ל"ת רע"א תמה, שאין לזה הבנה, דמאי דמיון זה לשדה דעלמא.

אכן כוונת הדברים נראה, דהוא על פי מה דדינינן אם עבר בלא תגזול, דכנ"ל כתבו התוספות בענין זה, [ד]הוא מילתא דסברא. והיינו שהמיעוט מכלל ופרט ומחלוקתם דר"א ורבנן היא שייכת רק בחיובי גזילה, אבל מעשה הגזילה אינו אלא מסברא, דלא ניתן להזיז הקרקע ולהכניסה לרשותו. כלומר, שחסר כאן מעשה גזילה בגוף הקרקע, דאין מוציא את הקרקע במעשה הגזילה מרשות הבעלים, אלא עושה המעשה בבעל הקרקע כשגודר עליו מוצאו מן הקרקע. אבל אינו עושה מעשה גזילה בקרקע להוציאה מבעליה. ועל כן, אין בזה משום לא תגזול, דזה קאי כשעושה מעשה בחפצא ולא בגברא [ו]ב[מחלוקתם של התנאים]. יש לומר, דגם לר"א אין כאן לא תגזול, אלא שחיוב השבה לא בזה תלוי.

וזהו שכתב הריטב"א, דאמנם עשה עבירה בזה להוציא אותו מסוכתו אך הפעולה היתה בגברא, ועל כן לא חל על זה שם מצוה הבאה בעבירה, כי העבירה לא נעשתה בחפצא של הסוכה אלא בגברא. והרי זה כלפי הסוכה כאילו עשה עבירה בשדה גזולה אחרת, דאין לזה שייכות לסוכה לפוסלה משום מצוה הבאה בעבירה, שזהו רק אם בעצם החפצא עשה את העבירה. ומעתה הן אתי שפיר דמשום הכי מוקי לה התוספות רק בגוונא שהיתה הסוכה בנויה על קרקע הגזולן,

<sup>7</sup> ביאור: לאור האמור לעיל שקרקע נגזלת, קשה במה נחלקו ר"א וחכמים?



דכיון כשהוציאו מהסוכה עשה העבירה בחפצא של הסוכה על כן מיעטו הכתוב שפיר [לפסול סוכה כזו], ולא כן בהוציאו מהסוכה, דבסוכה לא נעשתה העבירה.

ולפי זה נראה לומר, דהרמב"ם בכוונה התחיל בלשון השגת גבול ולא כתב בסתמא על מי שגזל קרקע מחבירו, דבאמת כל כהאי גוונא לא עשה הפעולה (כי גם אם נעל גדר ופרץ אין לזה משמעות של גזל, שהרי גם בתור פועל נמי עושים מלאכות אלה). ורק אם הסיג גבול דבכהאי גוונא יש לזה מעשה גזילה בגוף הקרקע, דמעשה רואה הרואה את שדהו יותר גדול, ושונה זה מאם עשה מעשה גזילת קרקע דוהי פעולה באדם. ונמצא, שגם מה שאמרנו שיש תורת לא תגזול בקרקע, הוא דוקא בכהאי גוונא שהסיג גבול בהעמקת הגדר והרחבת שדהו הוא דאיכא משום לא תגזול, כיון דקרקע לא ניתן להזיזה ממקומה, ואין מעשה גזל במה שמוציא חבירו מקרקעו, ואינו עובר על לא תגזול. ורק בגוונא של הסגת גבול, שעושה מעשה בקרקע עצמה בהרחבת קרקעו ובהצרת תחום חבירו הוא דאיכא משום לתא דלא תגזול.

על כן אתי שפיר שהתוספות חילקו בין סוכה גזולה דעלמא שאין כאן שם גזל על הסוכה ולא תורת מצוה הבאה בעבירה איכא עלה, ורק בכהאי גוונא שהיתה הסוכה בנויה על קרקע הגזולן הוא דאיכא תורת סוכה גזולה עלה. וזהו מטעם שכתבו דענין זה של לא תגזול אקרקע מסברא אינו קיים בגוונא שהוציאו את האדם מקרקעו, רק בדרך השגת גבול.

מעשה הן בפשוטו אתי שפיר, ולא קשיא מידי על הרמב"ם מסוגית הגמרא דב"מ, דמצי למימר דאיכא לא תגזול לגבי קרקע. דלפי הנ"ל, בפשוטם של דברים, כשגזול קרקע אין באמת משום לא תגזול. אמנם כן, יצויר בדרך של היכי תמצוי, כגון שהיתה מחוברת לקרקע דתורת קרקע עלה, או כמו כן בעבדים. אך מכל מקום [...] <sup>8</sup> סברא הגורם, ואוקי פשטא דקרא לענין עושה שזכר שכיר, אם כי ודאי לא בא למעט כל כהאי גוונא דיש ציור של עבירת לא תגזול בקרקע.

#### ביאור גליון התוספות

ובהא יובן מה שכתב בשטמ"ק בבא מציעא שם [סא. ד"ה כתוב בתוס'] מגליון התוספות, שכתבו אקושיית התוספות דמצי לאוקמי קרא דלא תגזול בגזל עבדים, וז"ל:

"...ואם נאמר דיש לאו בגזל קרקע לאו דמסיג גבול אתי שפיר, דלית לן לאוקמא לגזל קרקע ועבדים ולשני לאוין כיון דלא לקי דהוי ניתק לעשה".

דהיינו, דבא לומר דמאחר דבלאו הכי איתא בזה משום לא תעשה דלא תסיג גבול, אם כן לא בעי לאוקמי בכהאי גוונא כיון שממילא אינו לוקה\*.

<sup>8</sup> כתב היד אינו ברור.

\* הערת הגר"ש זצ"ל:

דתמוה, מהו זה שנסתפק "ואם נאמר דיש לאו בגזל קרקע לאו דמסיג גבול", דאינו מובן מה מקום לספק איכא, הרי קרא מפורש הוא על מסיג גבול בקרקע. אלא כוונת הדברים, דבפשטות קרא לא נאמר אלא בגזילה בדרך השגת גבול דוקא, ולא סתם על ידי שגזול כל השדה ומוציאו מנחלתו דזה אינו בגדר מסיג גבול. וזהו שכתבו דאי [נימא] ד[איכא] איסור מסיג גבול, שעל זה אמרינן בספרי שהוא נוסף על איסור גזל. דאי נימא, דאיסור גזל קאי לא רק בדרך של השגת גבול, אלא בכל גזל קרקע, דאז איכא תירוץ פשוט, דאם כן קרא דגזל לקרקע לא איצטריך, דממילא יש בו איסור של לא תסיג גבול. אלא דלא פסיקא להו, דיש לומר דגם איסור גזל דקרקע הוא רק בדרך של השגת גבול, דנראה לי דזוהי באמת שיטת הרמב"ם. ודוק<sup>9</sup>.

### סיכום

ולפי זה, אין מקור ומקום לישויה פלוגתא דראשונים אי יש לאו דלא תגזול בקרקע. דהרי כנ"ל כתבו התוס' דרק ככהאי גוונא שהוציא הגזול את הנגזל מסוכה שהיא בנויה ברשות הגזולן הוא דאיכא משום לא תגזול, וזהו על פי הספרי הנ"ל. דאמנם יש גם בקרקע משום לתא דלא תגזול, אך זהו רק בגוונא דמסיג גבול, דהא דנוקט בספרי דיש תרי לאוי בא"י הוא רק ככה"ג דמסיג גבול. ואילו בהוציאו מחזקה משדהו אין בזה לא משום מסיג גבול, ואף לא מדין לא תגזול, כיון שלא עשה מעשה בגוף הקרקע. אם כן הרי אתי שפיר דברי הרא"ש שכתב דבגזול קרקע אין בזה משום לא תגזול, דהרי זה בדיוק כמו שכתבו התוספות סוכה [שם] וב"מ [שם] הנ"ל, דלא תגזול הוא רק בגוונא דסוכה בנויה על קרקע הגזולן, אבל בכל גזול דעלמא אין בו משום לתא דלא תגזול, ולא נדחה הספרי מהלכה, דקאי בגוונא דהסיג גבול.

<sup>9</sup> יש בדבריהם קושי שעמד עליו הר"י פערלא הנ"ל, דהרי ל"ת דלא תסיג גבול קיים רק בא"י וקרא איצטריך בכל מקום. עיין שם דאוקי לה לשיטת הגאונים דסבירא להו דאין תורת קרקעות על קרקע שבחו"ל. ויותר נראה, דעיקר קרא לענין א"י נאמר כי לא מכוון לשיבת ישראל בחו"ל.

<sup>9</sup> ביאור: גלינן התוספות הסתפק האם גזל קרקע הוא רק באופן של הסגת גבול, וממילא גם איסור הסגת גבול הוא רק באופן זה. או שמא, איסור גזל ואיסור הסגת גבול הם בכל אופן, גם בהוצאת הבעלים משטחם. לפי האפשרות הראשונה, איסור "לא תסיג" לא יכול לכלול גזל עבדים ואז קושיית התוספות נשארת בעינה. לפי האפשרות השנייה, איסור "לא תסיג" יכול לכלול גם גזל עבדים, ואז קושיית התוספות נפתרת.

מו"ר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א

### מתנה על מה שכתוב בתורה

דעת הגרע"א

במסכת פאה (פרק ו משנה יא):

"אם אמר הרי אני קוצר על מנת מה שאני שוכח אני נוטל, יש לו שכחה."

וברע"ב (שם):

"דמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאי בטל."

ובתוספת רע"א (שם אות טט) הקשה:

"קשה לי, דמה צריך לזה, לו יהיה דבעלמא תנאו קיים, הא תנאי שייך רק שעושה המעשה על תנאי שבאם לא יתקיים, לא יתקיים המעשה.... אבל הכא, עם מי מתנה, ומה שייך לתלות הקצירה על תנאי, דאיך שייך לומר דאם לא יתקיים התנאי לא יהיה הקצירה קצירה? וצ"ע."

קשיים בשיטת הגרע"א

ובתפארת ישראל (שם בועז אות ה) הקשה על רבי עקיבא איגר, למה לא הקשה על הגמרות. כגון, "על מנת שאין לך אונאה" (ב"מ נא.), או "על מנת שלא תשמיטני שביעית" (מכות ג:), וכן, "מתנה שומר חנם להיות כשואל" (ב"מ צד.), וכן, "פלוני בני בכור לא יטול פי שניים" (ב"ב קכו:), וכן, "מתנה בפני ב"ד שיטול שכרו משלם" (ב"מ ל:).

"והרי, על כרחו כבר הלוהו, וכבר מכר וכבר הציל, וכבר שמר, וכבר הוא בנו ודאי..."

ותירץ:

...כגון דקיימו עניים הכא, ורוצים לזכות בפאה ובלקט, אבל הבעה"ב לא היה רוצה לקצור, כי אם שיתרצו העניים על מנת שעל כל פנים מה שישכח יהיה שלו. או שנתן לעניים מעות בתנאי זה (ולהכי נקט שפיר 'שכחה', דהוי ליה ספק, שאינו רגיל לשכוח). דאף על גב דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם, (כשו"ע חו"מ סימן רט סע' ח) הכא מתנה על מה שכתוב בתורה הוא. או נראה לי, דאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה... סלקא דעתך אמינא מדמתנה קריה רחמנא (=לחלק בכורה, ב"ב קכד.), והוי ליה כמחל בכור בפירוש בחצי

חלקו, על מנת שיודה הלה בחצי חלק האחר. קא משמע לן, דעל כל פנים מתנה על מה שכתוב בתורה הוא.  
 והשיבני רבינו הגאון הנ"ל (=רע"א)...אולם, קושית ידידי הרב נ"י מ"בני בכורי", באמת עמדתי בזה ומצאתי קצת ישוב, רק שאכמ"ל, עד כאן לשונו הטהור."

לענ"ד נראה שמה שכתב הרע"א, שתנאי הוא רק בעושה מעשה ותולה בתנאי, אבל תנאי שאין מעשה תלוי בו אינו תנאי, יש לעיין, ממה שמצינו בכתובות (דף פג.):

"הכותב לאשתו וכו' כתב לה דין ודברים אין לי בנכסים ובפירוטיהן וכו' בחיין ובמותן אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה אינו יורשה, רשב"ג אומר אם מתה ירשנה מפני שמתנה ע"מ שכתוב בתורה וכל המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאי בטל."

ובגמרא (שם פג.): מבואר, שרשב"ג סובר כר"מ, שהמתנה על מה שכתוב בתורה, בדבר שבממון תנאי בטל. ות"ק סובר כר' יהודה, שבדבר שבממון תנאי קיים. והנה מצינו תנאי שלא תלה בו מעשה.

שייך תנאי גם ללא מעשה של המתנה

על כרחך, שלשון תנאי שייך גם בלי מעשה. ופרוש המילה תנאי, נראה שהוא לשון ארמי, ובלשון הקודש זהו שנה והיינו אמר.

יש אפשרות להתנות בדבר שהוא לטובת המתנה

מכל מקום, קשה קושית הרע"א, שבעל שהתנה שלא ירש את אשתו, משמעו, שרוצה שישתנה דין תורה, ושלא יעשה יורש על ידי נישואיו עם אשתו. ובזה נחלקו רבי יהודה ורבי מאיר, שלדעת ר' מאיר, אין אדם יכול לשנות דין תורה, גם בדברים שהדין תורה בא לטובת האדם. מכל מקום, אין באפשרות אותו אדם לשנותו, שהתורה נתנה דיניה גם כשאינן האדם רוצה אותם. ולדעת רבי יהודה, כל שמתנה אדם ואומר שאינו רוצה דין תורה שניתנה לטובתו התורה שומעת בקולו ואינה נותנת דיניה.

קרע כסותי לדעת הרמב"ן

ובר"ן (כתובות יד. בדפי הרי"ף ד"ה מתני') זה לשונו:

"אבל בירושלמי איפלגו (=אם יתומה נערה שנתפתתה) יכולה למחול או לא.  
 דאיכא למאן דאמר התם, דקנס אינה יכולה למחול, לפי שאינה זוכה בו עד שעת

העמדה בדין, ואין אדם מוחל דבר שאינו ברשותו וכו'. ואיכא מאן דאמר התם, דיכולה למחול קנסא.  
 וכתב הרמב"ן, דמסתברא כמאן דאמר יכולה למחול לו קנסה, אף על פי שלא זכתה עדיין. דהא למה זה דומה, לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך בחייך ובמותך, דקיימא לן דאם מתה אינו יורשה. דנחלה הבאה לאדם ממקום אחר, כלומר דעכשיו אינו ראוי לו, כגון ארוסתו, אדם מתנה עליה שלא ירשנה. ולאפוקי ירושת אביו שהיא ראויה לו, והא נמי להא דמי.  
 ועוד כיון שנתרצית בשעת ביאה, האיך יתחייב, והרי הוא כאומר: 'קרע כסותי', וקרע שפטור."

#### קרע כסותי לדעת התוספות

והנה התוספות (כתובות נו. ד"ה הרי זו) הקשו, למה האומר קרע כסותי והפטר פטור והרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה? ותוצו:

"דהתם נמי אם היה אומר: 'קרע ושבור ע"מ שאין לי עליך דין נזק', הוה חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל למחול יכול. וכן הכא גבי שאר כסות ועונה, דווקא כשאומר על מנת שאין לך עלי דין שאר כסות ועונה, הוי מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל על מה שתפטרי אותי משאר כסות ועונה וכו' פטור. וכן על מנת שאין לך עלי דין אונאה, וכן על מנת שלא תשמיטני שביעית וכו'."

#### דעת רבי יהודה בעקירת דין תורה לטובתו

ונראה, שמה שכתבו תוספות, שאם היה אומר קרע כסותי ושבור כדי על מנת שאין לך עלי דין נזק, הוה חשוב מתנה על מה שכתוב בתורה. הכוונה, וכוזה לדעת רבי מאיר לא מפטר ולדעת רבי יהודה מפטר.

ויש לעיין, אם אמר קרע כסותי על מנת שאמחול לך, שמהני, איך מפטר, והרי זה מוחל דבר שלא בא לעולם. וכמו שאומר הירושלמי במפתה נערה יתומה, שאינה יכולה למחול קנס שזה לא בא לעולם?

ויש לומר, שהא דמהני, הוא לדעת ר"מ, הסובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אבל לרבי יהודה, מה שפטור בקרע כסותי על מנת לפטור, שמתפרש על מנת שאין לך עלי דין נזק. וטעם הדבר, ש'על מנת לפטור' יש לפרשו בשני אופנים:

א. שיהיה פטור משום שלא יהיה דין נזק.

ב. שאני מוחל.

ולעולם תופסין הכוונה שמועיל, ולכן לרבי יהודה מפרשים שפטור, משום שמסתלק מדין נזק,

ולר"מ מפרשים שפטור משום מחילה. או שהלשון 'על מנת לפטור', מתפרש שרוצה שני הדברים יחד, גם להסתלק מדין נזק וגם מוחל.

ובמקדש על מנת שאין לך שאר כסות ועונה, שלר' מאיר התנאי בטל, ולא מפרשין שעל מנת שתמחול לי. יש לומר, שלשון 'על מנת שאין לך שאר כסות ועונה' אינו נראה לשון מחילה, אלא נראה שלא חל החיוב. ורק לשון 'על מנת לפטור', מתפרש גם לשון מחילה. ומדויק לשון התוספות שכתבו: "אבל 'על מנת שתפטור אותי משאר כסות ועונה' מהני", ולא כתבו: 'על מנת שתמחול לי שאר כסות ועונה'.

עוד יש לומר, שלכן לא מתפרש 'על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה' לשון מחילה, שאין אפשרות למחול רק עד אחר הנישואין, ואנו מפרשין כוונתו, שמיד אחר הקידושין חל הפטור. לכן מפרשין שרוצה שתסתלק מדין שאר כסות ועונה.

ולדעת רבי יהודה שמועיל, היינו שחל קידושין בלי חיוב שאר כסות ועונה. ואף שקידושין לעולם לא מחייבין בשאר כסות ועונה אלא בנשואין, מכל מקום, מה שחייב בעל בשאר כסות ועונה זה גם בגלל הקידושין. ושני מחייבין יש: קדושין ונישואין, וכל שנסתלק והסכים שהקידושין לא יחייבו, שוב אין כוח בנישואין לבד לחייבו בשאר כסות ועונה.

לרבי יהודה קרע כסותי והיפטר מועיל מדין מחילה.

עוד יש לומר, שהאומר 'קרע כסותי ושבור כדי על מנת לפטור', שמתפרש 'על מנת שתמחול', היינו, גם לרבי יהודה מתפרש כך. ואף שאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, מכל מקום, מהני לרבי יהודה. שהרי קיימא לן (ב"מ סו:): לגבי המוכר פירות דקל שאף שלא קנה מ"מ אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה אם לא חזר בו לפני ששמט ואכל. והטעם, שמניחים שעדיין ניחא ליה למיקם בהימנותא וכמו שכתב הקצוה"ח (סימן רט ס"ק ה).

ואם כן, באומר 'קרע כסותי על מנת שאמחול לך', וקרע, מיד חל המחילה. שהרי, מחילה אינה צריכה קנין, וכיוון שעדיין רוצה במחילה לכן חלה. מה שאין כן במפותה, אף שמוחלת קנס, מכל מקום, כשתובעת ממנו בבית דין, הרי חזרה מהמחילה, לפי ש[לא] חלה המחילה.

אכן, 'על מנת שאין לך אונאה', בזה לכאורה צריך לחול המחילה מיד אחר הקנין. זולת אם נאמר, שלא מהני מחילה כל זמן שאינו יודע כמה אונאה יש, כמו שכתב הרמב"ם (מכירה פרק יג הל' ג-ד).

והנה גם כאן, באומר 'קרע על מנת לפטור', גם כן מצינו לשון תנאי ואין כאן מעשה, הרי שתנאי מתפרש גם בלי מעשה, ולשון 'מתנה' היינו אומר.

מתנה בפני בית דין באבדה

וכן ב'אם היה שם בית דין מתנה בפניהם' (ב"מ ל:), שהכוונה, שמגלה דעתו שלא ניחא ליה

ליטול כפועל בטל, שאז הבעלים חייבין לו הכל. שהרי מדובר שמפסיד יותר מכדי בטלה, רק שאנו אומדין שאדם רוצה ליבטל ולמחול על קצת שכרו, אבל כל שמגלה דעתו בבית דין שאינו רוצה בכך, בטלה האומדנא.

הגדרת התנאי: הסתלקות מדין שהוא לטובתו או מחילה

אבל על כל פנים, מדבר בנסתלק או מהדין, או שמוחל זה שנתחייבו לו. אבל כל שלא אמר שמוחל על טובתו, בזה לא שמענו, וגם נגד השכל שיועיל בין לר"מ ובין לר"י.

הקושי בתנאי בשכחה ובירושא שנעשה על ידי הנותן שלא יכול להסתלק או למחול וקשה קושיית הרע"א גם מ'הריני קוצר על מנת שמה שאני שוכח אני נוטל' (פאה פרק ו משנה יא), וכן מ'האומר פלוני בני בכור לא יטול פי שנים' (ב"ב קכו:), 'פלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה ע"מ שכתוב בתורה'. (ב"ב קכו:)

בירושא מדובר שהירוש שותק והמשנה חידשה ששתיקתו אינה מועילה

ובגמרא (ב"ב קכו:):

"לימא מתניתין דלא כרבי יהודה, דתניא: המקדש את האישה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה מקודשת ותנאי בטל, ור"י אומר בדבר שבממון תנאי קיים? אפילו תימא ר' יהודה התם ידע וקא מחלה הכא לא קא מחיל!"

וברשב"ם (ד"ה התם):

"התם קא מחלה, שעל מנת כן קבלה קדושין ובהיא הנאה דמקדש לה מחלה ליה וכיוון שקבלה קידושין מיניה נתרצית למחול. אבל הכא מי מחיל, מה הנאה יש לבן שימחול ואפילו ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו."

ומעתה יש לומר, שקושיית הגמרא 'נימא דלא כר' יהודה', הוא מזה שהגמרא פירשה: 'האומר פלוני בני בכור לא יטול פי שניים', היינו, שאומר כן לבנו הבכור. והשתיקה של הבן אינה מועילה, משום שהבן מתנה, היינו מסתלק, מדין תורה. ולכן הקשתה הגמרא, 'לימא מתניתין דלא כר' יהודה'. ועל זה תירצה שאין ראייה משתיקת הבן שמסתלק, מה שאין כן משתיקת האישה יש ראייה שמסתלקת, שהרי קבלה הקידושין. ומה שלא אומרים שתיקה כהודאה, שיש לתלות שאין הבן רוצה להכעיס אביו.

## כללי ההסתלקות מירושה

אכן יש בזה לעיין, שלכאורה יוצא מכאן, שאם הבן אמר מפורש שאינו רוצה ליטול, בזה מועיל מה שנסתלק. והרי מפורש בגמרא (כתובות פ"ג. וב"ב מט:) שנחלה הבאה לאדם ממקום אחר, מתנה עליה שלא ירשנו. אבל בנחלה דאורייתא, כגון, 'דין ודברים אין לי בירושת אבי כשימות', לא יועיל התנאי, דבעל כרחו שלו יהיה. אלא אם כן יתנה לה בלשון מתנה (רשב"ם ב"ב מ"ט: ד"ה ובדבא) הרי שגם אם אמר הבן בפירוש אינו מועיל!

## בכור יכול להסתלק מירושת אביו

ויש לומר, שמה שאמרו שהבן לא מחיל היינו בנו בכור, ובן בכור יכול להסתלק כשאומר בפירוש שמסתלק, וכמו שביאר בקצה"ח (סימן רעח ס"ק יג) שבכור יכול להסתלק. ומה שפשוט אינו יכול להסתלק, מבואר בר"ן (כתובות מא. בדפי הר"ן):

"ירושת אביו כיוון דראוי ליורשו בכל שעה, הרי הוא כאילו זכה, לעניין דלא סגי בסילוק אלא אי במכר אי במתנה. ואי אפשר, שהרי לא זכה בה לגמרי, ולא בא לרשותו, שהרי לא זכה, ולא בא לרשותו שיכול להקנות. וירושת אשתו לאחר שנשאת, דמיא לירושת אביו וכו' עכ"ל."

ונראה שכן ביאורו, שאימתי אדם יכול להסתלק מדין שזכתה לו תורה, רק שכבר חל הדין אז פועל הסתלקותו שלא יחול הדין לטובתו, אבל כל שמסתלק אחר שכבר חל הדין אינו יכול. ולכן ירושת אביו שכבר חל על הבן דין יורש מיד שנולד, אינו יכול להסתלק אבל ירושת אשתו שמסתלק לפני שנעשה יורש יכול להסתלק.

במשנה רואים שאפשר להתנות בירושת פשוט ואינו חל מכיון שהוא נגד התורה קשיא מה ששנינו (ב"ב קלא.):

"האומר איש פלוני ירשנה במקום שיש בת, בתי תרשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה וכו'."

וקשה מה צריך לטעם שהתנה על מה שכתוב בתורה שמה יועיל מה שהאב מתנה והרי לא שייך מתנה אלא במסתלק מהדין שהוא החיל המעשה, ומתנה שאם יהיה דין תורה אינו מחיל המעשה. וכמו הריני נזיר על מנת שאשתה יין שאינו עושה עצמו נזיר רק בתנאי זה או שמתנה מי שהדין ניתן לטובתו שלדעת ר"מ לא מהני בדבר שבממון. אבל בנידון דידן קשה קושיית הרע"א שאין עושה מעשה וגם אין כאן דין לטובת האב.

וגם אם נעמיד באמר כן לבתו או לבנו ושתקו או אפילו הסכימו בפירוש, גם בזה אין הטעם שאינו מועיל משום שמתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא הטעם שאינו יכול לשנות מה שכבר חל.



זולת אם נאמר שגם זה אינו יכול לשנות מה שכבר חל גם זה נקרה מתנה על מה שכתוב בתורה, ודוחק.

הרמב"ם מחדש הסבר מדוע לא חלים תנאים בירושה

ואולי כדי ליישב זה פירש הרמב"ם (נחלות פרק ו הלכה א), טעם אחר למה אין תנאי מועיל בירושה מפני הכתוב בתורה (במדבר פרק כז פסוק יא) "והייתה לבני ישראל לחוקת משפט". ויש לעיין, הרי גם בעל לא יכול להסתלק מירושת אשתו אלא לפני הנישואין אבל לא לאחר הנישואין ואם נאמר שגם ירושת הבעל נאמר עליו חוקת משפט א"כ למה יכול להסתלק לפני הנישואין!

ונראה שסובר הרמב"ם שיש שני מיני סילוקים:

א. שאינו רוצה להיות יורש.

ב. שאף שהוא יורש אינו רוצה שירש כיוורש.

לכן אם בא להסתלק לפני שנעשה יורש שלא יעשה יורש זה יכול ואין בזה חוקת משפט. אבל אם בא להסתלק אחר שנעשה יורש שאינו יכול להסתלק מלהיות יורש, שאתר שחל הדין אינו יכול להסתלק אלא שבא להסתלק מדין שיוורש יורש. ומזה אינו יכול להסתלק שכתוב חוקת משפט.

כוונת הרמב"ם שהתורה חידשה שירושה היא דין ואינה לטובת היורש

ונראה שכוונת "חוקת משפט" שאין הירושה באה לעשות טובה ליורש אלא היא דין כמו דינים שאינם של ממון שכל יורש יירש. ולפי זה מיושב למה אמרה המשנה (ב"ב קכו:): שאם אמר שאיש פלוני ירש במקום בת אינו יורש משום שמתנה על מה שכתוב בתורה. שמדובר שהבת אומרת שמסכימה למה שאומר אביה ומכל מקום אינו מועיל שזה מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שאינו של ממון שהרי כתוב חוקת משפט.

אכן עדיין דחוק להעמיד שמדובר שהבת והם הסכימו בפירוש למה שאמר אביהם, שלא הוזכר במשנה הסכמתם. זולת אם נפרש שהרמב"ם סובר ששתיקת הבן והבת הרי זה כהסכמה ומה שאינו מועיל הוא משום שנאמר חוקת משפט. אלא שא"כ קשה למה בכבוד גם התנאי בטל? זולת אם נאמר שגם בכור לא יכול להסתלק מלירש פי שניים. ומה שיכול למחול אחר מות אביו, היינו שנחשב כחוב חלק הבכורה ומועיל מחילה, וכמו שאשה יכול למחול מזונות אחר הנישואין, אבל לפני שמת אביו עדיין אין חוב ואינו יכול למחול דבר שלא לעולם. ולהסתלק שמות אביו לא יעשה חוב דבר זה סותר חוקת משפט.

בירושת גר מדרבנן מועיל תנאי לדעת הרמב"ם

אכן ממה שכתב הרמב"ם (נחלות פרק ז הל' י) זה לשונו:

"הגר אינו יורש את אביו גוי אלא מדבריהם תקנו לו שירש כשהיה שמא יחזור למרדו. ויראה לי שתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין עכו"ם מחויב לעמוד בתקנת חכמים."

נראה שאינו מדבר שהגר מסתלק מירושת אביו הגוי. שאם בא לומר שיכול הגר להסתלק והטעם שאין בירושת גר משום חוקת משפט. מה לו להרמב"ם להזכיר שאין העכו"ם חייב לעמוד בתקנת חכמים, שטעם זה אינו מבאר למה אין בירושת גר משום חוקת משפט.

ויש לומר שזה גופה שאין ירושת גר בגדר חוקת משפט שאין גוי חייב לשמוע לתקנת חכמים ואין בכח חכמים לצוות על גוי. ומה שתקנו שגר יורש אביו הוא מכח הפקר ב"ד הפקר, שלזה יש להם כוח גם להפקיר ממון ולא מכוח המצווה שציותה תורה לשמוע בקולם ולכן אין ירושה זו עניין של חוק ומשפט אלא גדר של מצווה ממונית שיכול המקבל להסתלק.

אפשר לבאר שהתורה חידשה שירושה אינה תלויה ברצון המוריש

עוד נראה לומר לפי מה שכתב השיטמ"ק (ב"מ צד. ד"ה אפילו תימא ר"מ) על מה שאמרו בגמ' שמתנה שואל להיות כשומר חנם ושומר חנם להיות פטור מלהישבע נימא מתניתין דלא כר"מ שסובר שמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל:

"אפילו תימא ר' מאיר שאני הכא דלא שיעבוד נפשיה פירש רש"י דרישא לאו מתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא שאמר אי אפשר להיות שומר שלך וכו' ואינו מחוור וכו' ואם תאמר גזרת הכתוב שאין אישות בלא שאר וכסות הכא נמי נימא גזירת הכתוב שלא יהיה שומר שלא יתחייב בדיני שומרים והפירוש הנכון וכו' דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא תגוש ובשאר כסות כתיב לא יגרע ובאלו רחמנא קפיד בהו הלכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שכתוב בתורה אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר רחמנא שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על שומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהיה דינם אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד קרא כלל וכו'."

ובד"ה וזה לשון הרא"ש כתב:

"מעיקרא לא שיעבד נפשיה והתורה לא חייבה השומרים אלא כל אחד לפי הנאתו ודעתו ולא דמי לכל דוכתיה דחשבינן מתנה ע"מ שכתוב בתורה היינו

היכא דחייבתו תורה על ידי דבר אחר לא מחמת שהעלה בדעתו ליתן כמו שאר כסות ועונה דחייבה תורה לכל מקדש אשה בסתם.”

ולפי זה נראה שזה ששנינו במשנתנו שהאומר בני בכור פלוני לא יטול פי שניים ופלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום מפני שמתנה ע"מ שכתוב בתורה, באה המשנה לאפוקי שלא נאמר שירושה בא בגלל רצונו של המוריש והרי זה כשומרים שאנו אומרים שמה שחייבה תורה לשומרים זהו מחמת ששיעבדו עצמם וכמו שכתבו תוספות (כתובות נו: ד"ה הרי זו) וזה לשונו:

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

אומרת המשנה שאינה כך אלא ירושה גזירת הכתוב ולא בא מחמת רצון המוריש אכן מה שכתב הרמב"ם שבירושת גר יכול להתנות לא ניתן לפרש כך שהרי ירושת גר לא בא מחמת שאביו הגוי רוצה שירושה שהרי מסיק שלכן יכול להתנות משום שגוי אינו מצווה בתקנת חכמים.

מדוע עניים אינם יכולים להסתלק משכחה שהיא לטובתם

והנה מה שתירץ התפארת ישראל קושיית רע"א באומר הריני קוצר על מנת שמה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה שמדובר שהעניים הסכימו שיקצור ולא יהיה להם שכחה שעל ידי כך יקבלו לקט ופאה ולכן צריך לטעם של מתנה ע"מ שכתוב בתורה שאינו מועיל הסכמתם או שמשלם לעניים.

ויש לעיין למה אינו מועיל ליפטר משכחה לר' יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים ואם הטעם משום שאף שעניים שבכאן הסכימו אבל עניים אחרים לא הסכימו ובהכרח שחל דין שכחה וממילא גם עניים אלו יכולים ליקח ואם נאמר שעניי העיר הזו הסכימו כולם ועניים שבעיר אחרת הרי מתיאשין וכמו שאמרו בגמרא (ב"מ כא: ) בסוגיה דיאוש שלא מדעת שלכן מותר לכל אדם ליטול לקט שכחה ופאה משילכו הנמושות והקשו נהי דעניים דהכא מתיאשי עניים דעיר אחרת לא מתיאשים והוה יאוש שלא מדעת? ותרצו שעניים דעיר אחרת מעיקרא מתיאשין וא"כ יועיל ההסכמה והסתלקות של עניי העיר זה שלא יחול דין שכחה.

הסתלקות אפשרית מדין שמיועד לאדם ידוע ולא בדין המיועד לקבוצה

ואולי לא מצינו שיכול אדם להסתלק אלא בדינים שניתנו לאדם זה במיוחד כמו בשאר כסות שקדושין מחייבין לאשה זו, וכן אונאה שהדין מחייב להחזיר אונאה ללוקח זה אבל בדין שנותן לשבט עניים או לשבט הכהנים לא מצינו שתהיה לכל העניים אפשרות להסתלק מדין

לקט שכחה ופאה וכן לא מצינו שיהיו יכולים הכהנים והלוים להסתלק שלא יתחייב בעל הבית במירחו התבואה בחיובי תרומות ומעשרות ויפטר בעל הבית ממצות נתינה ולדעת הרמב"ם שאין מצוה בהפרשה אם היה מועיל הסתלקות הכהנים היה הבעל הבית נפטר גם מהפרשת תרומה מאחר שאין מצווה ליתן ושוב גם טבל לא היה.

[אכן אינו מוכרח ומסברה שלא עדיפא מפירות כהן שחייב בהפרשה וזוהי קושית הרמב"ן שם בספר המצוות למה חייב כהן בהפרשה והרי אין לו מצות נתינה ויש מתרצים שגם כהן חייב בנתינה רק שנותן לעצמו ולפי זה יתכן שהסתלקות עדיפא מכהן עצמו].

הסבר נוסף בתנאי בשכחה על פי שיטת הרמב"ן שמוצא אבדה נעשה שומר עליה ונראה שיש לפרש המשנה אם אמר הריני קוצר ע"מ שאני שוכח אני אטול כך בהקדם מה שמצינו שהמוצא אבידה ונטלה ע"מ להחזירה נעשה עליה שומר ונחלקו רבה ורב יוסף אם נעשה שומר חנינם או שומר שכר ואם לא שמר ונאבדה חייב לשלם.

אכן כל זה בנטלה אבל בראה אבידה ונתעלם ממנה ונאבדה אין הראה חייב לשלם שלא נעשה שומר כל זמן שלא נטלה וגם אינו חייב לשלם מדיני דגרמי שכל שלא נטלה לא נתחייב לחברו בעל האבידה להחזיר לו ואינה אלא חיוב לשמים כגמילות חסד כך נתבאר ברמב"ן בדיני דגרמי ובנמוקי יוסף ריש פרק הכונס.

מוצא אבדה יכול להתנות שלא ייעשה שומר עליה כיון שתלוי ברצונו לשמור והרואה אבידה ונטלה ע"מ להחזירה אבל התנה ע"מ שלא אתחייב בתשלומים אם לא אשמרנה, בזה נראה שלא נתחייב בתשלומים אם לא שמרה ונגנבה. וכך מבואר במלחמות פ' אלו מציאות שכתב להסביר טעם שכל שהגביה נעשה שומר ויד שומר כיד בעלים והרי החפץ שמור עבור בעליו ואין ייאוש מועיל על חפץ שהוא ברשותו ואינו אבוד אבל אם המוצא נטלה לאבידה ע"מ לגזולה לא נעשה שומר ולכן מועיל ייאוש ובפשטות נראה שאין נטילת האבידה עושהו לשומר כשאינו רוצה בכך ורק שכך המצווה בהשבת אבידה להסכים להיות שומר אבידה והנוטל ע"מ לא להיות שומר עובר במצות השב תשיבם אבל מ"מ אינו חייב שאין אדם נעשה שומר של חבירו אלא ברצון.

[ויתכן שאם נטל אבידה ע"מ לא להתחייב בשמירה ולכסוף החזירה לבעלים ולא נגנבה קיים המצווה ורק בנגנבה לא קיים המצווה אבל נטל להתחייב בשמירה אז קיים המצווה גם בנגנבה שהרי משלם].

ומה שהנוטל סתם נעשה שומר אבידה תדע שהרי נחלקו רבה ור' יוסף אם שומר אבידה שומר חנינם או שומר שכר ובודאי בנטלה סתם נחלקו שאם נטלה בפירוש לא להיות שומר שכר רק שומר חנינם לכו"ע לא יהיה שומר שכר ואם נטלה ע"מ להיות שומר שכר מסתבר שלכו"ע יהיה

שומר שכר שלא גרע משומר חנינם שמתנה להיות שומר שכר וע"כ בנוטל סתם איירי וסברת הדבר נראה שהנוטל סתם כוונתו לקיים המצווה ורוצה הוא להיות כמו שמצווה מן התורה ולכן לרבה שמצווה להיות שומר חנינם נעשה שומר חנינם ולרב יוסף מאתר שהמצווה להיות שומר שכר כך רצונו להיות.

לפי זה היה מקום לאמר לומר שמתנות עניים תלויות ברצון הנותן ולפי"ז יש לומר שגם כל מתנות עניים לא נעשו ממון עניים אלא בהסכמת הבעלים שרצונם לקיים המצווה אבל כל שמתנה שאין רצונו שהשכחה יהיה לעניים אין השכחה לעניים אכן הבעלים עוברים בעשה או בלא תעשה שלא תשוב לקחתה ויש ביד ב"ד לכופו שיתנם לעניים אבל מ"מ מעצמו לא נעשה ממון.

חידוש המשנה שהנותן אינו יכול להתנות מכיון שהם נעשים ממון העניים בעל כרחו לזה אמרה המשנה שיש לו שכחה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה והיינו שזה שכחה נעשית ממון עניים אינה מחמת רצונו של בעל השדה אלא דין הוא בתורה שכל שאמרה תורה לתיתן לעניים או לכהנים נעשה הדבר מעצמו ממונם של אלו שצריך לתתם להם. ומה שבשומר אבידה אינו כן וכל שאינו רוצה להיעשות שומר אבידה לא נעשה בע"כ שומר צריך למצוא טעם. ואולי הטעם שזוהי כמו מצוות גמילות חסדים שהינו רק בגופו ולא בממונו וכמו כל המצוות שבין האדם לחברו כהגדת עדות וביקור חולים שנלמדים מהשבת אבידה שאינו חייב להוציא ממון משא"כ מתנות עניים וכהנים שהתורה חייבה ממון בזה התורה עושה ממון עניים וכהנים משא"כ אבידה שאינה צדקה לעניים.

אפשר לומר שמוצא אבדה שהתנה לא ליעשות שומר נעשה שומר לשמים, והנפק"מ עוד יש לומר שגם אבידה נעשה שומר אבידה בע"כ כל שנטל האבידה ומה שכתב במלחמות שאם נטלה ע"מ לגזולה אינה ברשותו של הבעלים שהיא כמונחת בקרקע אין כוונתו שלא נעשה שומר אלא כוונתו אף שנעשה שומר מ"מ אימתי יד שומר כיד בעלים כשומר בפועל עבור הבעלים אבל שומר שאינו שומר עבור הבעלים אף שנתחייב לשמור מ"מ אין ידו כיד הבעלים והחפץ אינו ברשותו של הבעלים ומועיל יאוש הבעלים ולפי"ז בנוטל ע"מ לא להתחייב בשמירת תנאו בטל שמתנה ע"מ שכתוב בתורה

ועוד נפקא מינה בין שני הפרושים אם נטלה ע"מ לגזולה ונרקבו הפירות מקצתן. לפי מה שכתבו התוספות (ב"ק נו: ד"ה פשיטא) שהגזול פירות ונרקבו מקצתן פטור מלשלם שאין גזול חייב בשמירה אלא בהשבה וכל שלא נרקבו רובם אין שינוי ויכול להשיב הגזולה ולהיפטר, אבל שומר חייב לשלם אם לא שמר וניזוקו הפירות ולכן גם בנרקבו מקצתן בפשיעה הרי זה כמזיק

וחייב לשלם.

ונפקא מינה גם בנטל אבידה ע"מ לא להתחייב בשמירתה ונתייאשו הבעלים, לפירוש הראשון קנה שהרי אינו חייב לשמור עבור הבעלים ולפירוש השני לא קנה שהרי נעשה שומר. אכן יתכן שגם לפירוש הראשון לא יקנה ביאוש שאף שאין כאן שומר שחייב בשמירה וחייב בתשלומים מ"מ בפועל החפץ נמצא ביד שומר שמחזיק אותו עבור הבעלים ומסתבר שהמפקיד אצל חברו ואמר לו השומר הא ביתא קמך שלא נעשה לא שומר חנם ולא שומר שכר שמ"מ החפץ ברשות בעלים ולא מועיל יאוש ועדיין צריך טעם למה בלא הגביה החפץ לא נעשה שומר שאם נעשה שומר על ידי התורה מה צריך קניין.

יאוש בדבר ששמור באופן זמני

ויש לעיין בזקן ודרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר לדעת הרמ"א (סימן רסג סעיף ב) שצריך להחזיר בשדה וכשיגיע לעיר יניחנה מה הדין בנתיאשו הבעלים בעודו בשדה אם מועיל ייאוש וקנה הזקן או כל זמן שהוא בשדה חייב להשיבה ושומר עבור הבעלים ואין הייאוש מועיל ובעצם הדין אין לתמוה מאחר שנתחייב בשמירה א"י יפטר מחיוב שמירה מחמת שהוא זקן ואינו לפי כבודו שאין זה פוטר רק ממצווה ולא מחיובי שמירה ויש לומר שמתחילה נעשה שומר לזמן דהיינו עד שיגיע לעיר וכשכלה הזמן פקע חיוב שמירתו ומועיל או הייאוש.

מחלוקת קצוה"ח ונה"מ האם מועילה כונת מוצא לשמור עבור הבעלים לאחר יאוש

והנה הקצה"ח (סימן רנט ס"ק א) הקשה במה שאמרו בגמרא (כ"מ כא:): שבדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי שאם הגביה בשעה שבעל אבידה לא ידע דנפל מניה ואחר כך כשנודע לו נתייאש שלא הוה ייאוש.

והקשה הקצה"ח במה איירי אם הגביה ע"מ לגזלה ולא להשיבה א"כ כי מייאש לבסוף נקנה ביאוש לסברת הרמב"ן. ואם נטלה ע"מ להחזירה אם כן גם אם הבעלים נתייאשו כבר חייב להשיבה שהרי לא נתכוון לקנותה לעצמו אלא להשיבה לבעלים. ותירץ שמדובר שנטלה ע"מ להשיבה ומ"מ יכול ליטלה אחר שנודע לו מייאוש בעלים כיוון שהיה פטור מהשבה לא נעשה שומר אבידה ומועיל הייאוש.

והנתיבות (שם) חולק על קצה"ח וסובר שכל הגביה עבור הבעלים קנאם האוכר ושוב נעשה גם שומר אבדה. ותירץ הנתיבות שנטל שלא ע"מ לגזלה והיה בדעתו שאם יתוודע שחייב בהשבה יחזירנה ובאם יתוודע שכבר נתייאשו הבעלים יטלנה לעצמו.

ונראה שהקצה"ח סובר שהמגביה אבידה כדי להשיבה לבעלים ובאמת הוה אחר ייאוש אין כאן כוונה לקניין, והרי זה כעודר בנכסי הגר וקסבור שהוא שלו, שלא קנה. כך המגביה אבידה לאחר ייאוש להחזירנה לבעלים וקסבור שעדיין לא נתייאשו הבעלים אין בזה כוונה לקניין ואף

שיש בזה כוונה להיות שומר אין זה מספיק לקנות עבור הבעלים. ובדעת הנתיבות יש לומר שאזיל לשיטתו שסובר (סימן רסב ס"ק ג) שייאוש בעלים אינו נעשה הפקר אלא רק היתר לכל אדם ליקח ולכן אם הבעלים עצמם ראו אבידתם מרחוק אחר שנתיאשו מתבטל הייאוש וקנו אבידתם בלי קניין ומטעם זה נראה שאם אחר יגביה אבידתם לאחור ייאוש כדי להשיבם לבעלים ג"כ אין צריך קניין שכל שמגביה לשמור עבור הבעלים בטל הייאוש ולכן אם הגביה ושעוד שזה לפני ייאוש והאמת שכבר נתיאשו סובר הנתיבות שנעשה שומר אבידה וחייב להחזיר גם לאחר שנודע לו מהיאוש.

הרב משה ארנרייך שליט"א  
ראש הכולל

## שינוי קונה בגזלן<sup>1</sup>

### פתיחה

רש"י (ב"ק<sup>2</sup> סו. ד"ה שינוי קונה), כאשר הוא מבאר את דברי רבה, ש'שינוי קונה כתיבה ותנינא', מסביר:

"שינוי קונה. היכא דשני להו בידיה פשיטא ליה דמדאורייתא ודאי קנה וכי מהדר לא בעי לאהדרינהו בעינייהו אלא דמים משלם כגון צמר ועשאו בגדים דהא כתיבא בהדיא ותנינא כו' אבל יאוש מספקא ליה הא דאמור רבנן קני אי דאורייתא אי דרבנן."

אולם, מהגמרא (סה:) בדברי רבי אילעי, מוכח שגם שינוי דממילא מהוה שינוי:

"אמר רבי אילעא גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר. איתיביה רבי חנינא לר' אילעא גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב ואי ס"ד קנייה בשינוי אמאי משלם שלו הוא טובח שלו הוא מוכר אמר ליה ואלא מאי שינוי לא קני אמאי משלם כעין שגנב לשלם כי השתא אמר ליה כי השתא היינו טעמא דלא משלם משום דא"ל תורא גנבי ממך דיכרא גנבי ממך א"ל רחמנא ניצלן מהאי דעתא אמר ליה אדרבה רחמנא ניצלן מדעתא דידך."

על מנת לתרץ קושיה זו יש לעמוד על שיטות האחרונים בהכנת הכלל "שינוי קונה".

<sup>1</sup> המאמר עובד, על ידי הרב סיני לוי, מתוך שיעור שהועבר בכולל "ארץ חמדה" בשנת תש"ס.

<sup>2</sup> כל המקורות הם ממסכת ב"ק, אלא אם כן, מצוין אחרת.



שיטת הגר"א וסרמן

א. הרי שלך לפניך ושינוי קונה

במשנה (בבא קמא דף צו:) איתא:

"גזל בהמה והזקינה עבדים והזקינה משלם כשעת הגזלה רבי מאיר אומר בעבדים אומר לו הרי שלך לפניך גזל מטבע ונסדק פירות והרקיבו יין והחמיץ משלם כשעת הגזלה מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח בהמה ונתעבדה בה עבירה או שנפסלה מעל גבי המזבח או שהיתה יוצאה ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך."

בשינויים ברישא, השינוי קונה ועל כן אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'. ואילו בסיפא השינוי אינו קונה ועל כן יכול לומר לו הרי שלך לפניך.

הזיקה בין המושג 'שינוי קונה' לדין 'הרי שלך לפניך', באה לידי ביטוי בגמרא (צח):

"...תנינא "והשיב את הגזלה- מה תלמוד לומר- אשר גזל" יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו גזל מטבע ונפסל פירות והרקיבו יין והחמיץ תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח בהמה ונעבדה בה עבירה ושור עד שלא נגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך."

מקור נוסף הוא הגמרא (צה). שמוכיחה שרבי מאיר סובר ששינוי קונה:

"תא שמע גזל בהמה והזקינה עבדים והזקינה משלם כשעת הגזילה רבי מאיר אומר בעבדים אומר לו הרי שלך לפניך ואילו בהמה כשעת הגזילה ואי סלקא דעתך סבר רבי מאיר שינוי במקומו עומד אפי' בהמה נמי אלא לאו ש"מ קסבר ר' מאיר שינוי קונה."

מכל האמור לעיל עולה שישנה זהות מלאה בין הכלל "שינוי קונה" לטענה "הרי שלך לפניך". במקום ששינוי אינו קונה יכול לטעון "הרי שלך..", ובמקום ששינוי קונה אינו יכול לטעון "הרי שלך...". קשר זה מבואר לאור שיטת הגר"א וסרמן בקנייני גזלן.

ב. קנייני גזלן

הגר"א וסרמן (קובץ שיעורים ב"ק אות יד) מסביר את המבנה של קנין גזלה, חובת והשיב, ושינוי הקונה כך:

1. גזלן, במעשה הגזלה קונה את החפץ, התורה הקנתה לו על מנת לחייבו באונסים.

2. מדוע אינו יכול הגזלן להשתמש בחפץ הנגזל? משום שחל עליו חיוב של 'והשיב'.
3. משנשתנה החפץ ובטל חיוב 'והשיב...אשר גזל' מיד קונה (למפרע?) מכח הקנין הראשון. לאור הסברו ברור מדוע ישנה זיקה הדוקה בין שינוי קונה לחוסר היכולת לטעון "הרי שלך לפניך".

שיטת הגר"ח מבריסק

א. אין שמין לגזלן

הרמב"ם, (גזלה ואבדה פרק ב הל' טו) פסק:

"גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו בה הרשות בידן וכן כל כיוצא בזה."

הרקע להלכה זו הוא הגמרא (ב"ק יא:):

"אמר עולא אמר רבי אלעזר, שמין לגנב ולגזלן, רב פפי אמר אין שמין. והלכתא שמין לגנב ולגזלן."

הגמרא (דף צד.) תולה את דין שמין לגזלן, בדין שינוי קונה:

"אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי שמעון בן אלעזר. ומי אמר שמואל הכי? והאמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין. בשלמא לרבא דאמר כי קאמר ר' שמעון בן אלעזר התם בהכחשה דהדר לא קשיא כי קאמר הלכה כרבי שמעון בן אלעזר דשינוי במקומו עומד בהכחשה דהדר וכי קאמר שמואל התם אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין בהכחשה דלא הדר אלא לאביי דאמר כי קאמר רשב"א בהכחשה דלא הדר קאמר מאי איכא למימר?"

מכח גמרות אלה קשה על הרמב"ם מה היסוד ליכולת התביעה של בעל הבית על החפץ הנגזל, הרי קנה אותו הנגזל בשינוי (שהרי על יסוד זה עומד הדין ש'אין שמין').

קצוה"ח (סימן שנד ס"ק ג) ציטט שני תירוצים לקושיה על הרמב"ם, וחלק עליהם:

"הרב המגיד (גזילה פ"ב הל' טו) תמה בזה דהא שינוי קונה וכתב אולי מיירי בששמו עליו ע"ש.

והב"ח כתב דלא משמע הכי אלא משמע בין שמו עליו בין אין שמו עליו, ולכן כתב ז"ל: אבל נראה דליכא הכא קושיא דכבר כתבו תוס' אליבא דר"א (עשה) במרובה (ב"ק סח, א ד"ה מה טביחה) דטביחה אהני מעשיו דשינוי מעשיו קונה, ור' אליעזר גופיה סובר בפ"ק דב"ק (יא, א) שמין לגנב ולגזולן אלמא דשינוי מעשה אינו קונה. ותירצו בחד שינוייה דהא דשינוי מעשה לא קני היינו במתה מאליה או בנרגא דאתבר ממילא אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה. והשתא הרמב"ם ס"ל כהך שינוייה שכתבו תוס' ולא קשה כלל מה שהקשה הרב המגיד עכ"ל.

וליתיה, דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אליעזר ומשום דר"א הכי ס"ל דשינוי ממילא אינו קונה אבל שינוי בידים קונה. אבל אנן הא קי"ל דשינוי קונה אפי' בשינוי ממילא, ובהדיא כתב הרמב"ם (גזילה פ"ג הל' ד) גזל בהמה והזקינה מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה, ע"ש. דהוי שינוי דממילא והוא פשוט בכלי תלמודא דשינוי קונה לדידן אפי' בשינוי דממילא. ובמרובה (ב"ק סו, א) אמר רבה שינוי קונה כו' וכתב רש"י ז"ל: שינוי קונה היכא דשני לה בידים, עכ"ל. ומשמע דוקא שינוי בידים, וקשה דהא במתני' תנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה והוא מטעם שינוי קונה כדמוכח בגמ' שם והוא שינוי ממילא וצ"ע בזה."

כלומר, לדעת המגיד משנה מה שפסק הרמב"ם, שרשאי לתבוע את החפץ, היינו דווקא בשינוי שאינו קונה. משמע מדבריו שבאופן עקרוני שינוי בחפץ קונה, אם הוא גדול מספיק. [על פירושו קשה, שאם כן יאמר 'הרי שלך לפניך' ויפטר לגמרי- הגר"ח להלן].

הב"ח מתרץ שהרמב"ם סובר שדווקא שינוי שנעשה בידים, קונה אך שינוי שממילא אינו קונה, כפי חלוקתם של התוספות ורש"י (הובא לעיל).

הב"ח מתבסס על התוספות (בבא קמא סח.):

"מה טביחה דאהנו מעשיו. משמע דסבר ר"א דשינוי קונה, דאהנו מעשיו, משמע לאפוקי מרשות בעלים, דומיא דאהנו מעשיו דמכירה. וקשה לפי רשב"ם דמפרש בפ"ק (ד' יא.) אהא דאמר עולא א"ר אלעזר שמין לגנב ולגזולן דהיינו לענין פחת נבילה דהוי דנגזל משום דלא קני לה גזולן בשינוי. וי"ל דדוקא בשינוי שאין הגזולן עושה בידים לא קני כגון שמתה הבהמה אבל שינוי שעושה הגזולן בידים, כגון טביחה, מודה ר"א דקני..."

קצוה"ח, דוחה את דברי הב"ח:

"...וליתיה, דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אליעזר, ומשום דר"א הכי ס"ל  
דשינוי ממילא אינו קונה אבל שינוי בידים קונה. אבל אנן הא קי"ל דשינוי קונה  
אפי' בשינוי ממילא."

ב. חידושו של הגר"ח

הגר"ח בהלכות גזילה ואבדה (פרק ב הל' טו) מקשה גם הוא על הרב המגיד שאם מדובר  
בשינוי שאינו קונה, יאמר 'הרי שלך לפניך' ויפטר מכלום! קושייתו קשה כמובן גם על  
התירוצים האחרים.

הדרך הפשוטה להבין את היחס בין שני המרכיבים היא, שבעקבות קניין גזלה - שינוי קונה,  
וממילא, אין דין הרי שלך לפניך. כך הבין הגר"א וסרמן.

הגר"ח חוקר בדין זה, ומחדש שהעוכרה ש'אינו כעין שגזל', גוררת באופן ישיר את הדין שאינו  
יכול לומר הרי שלך לפניך, גם אם לא קיים המצב ששינוי קונה.

הוא מבין את המבנה כך: במקרים מסוימים שינוי יוצר את קנייני הגזלה, ובמקרים אחרים הוא  
רק מבטל את דין 'הרי שלך לפניך'. לדעתו, השינוי הנדרש על מנת ליצור שינוי קונה, גדול יותר  
מהשינוי הנדרש על מנת למנוע מן הגזלן לומר 'הרי שלך לפניך'. על פי הגר"ח, אין קניין לגזלן  
קודם שינוי.

התוספות (סוכה דף ל: ד"ה שינוי), לענין הדס שנקצץ לצורך מצוות לולב אשר יש בו חשש גזל  
כתבו:

"...ומה שנקצץ מן המתובר לא חשיב שינוי מעשה כיון דלא נשתנה שמו בכך,  
דמעיקרא אסא והשתא אסא. כדאשכחן בריש הגוזל קמא (ב"ק צו.) 'האי דגזל  
דיקלא מחבריה וקטליה אע"ג דשדיא לארעא דידיה לא קני מאי טעמא דמעיקרא  
דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי' ואע"ג דפסק לחיותא, גרע מכחשא דלא  
הדר או מבהמה והזקינה, דחשיב שינוי אע"ג דלא נשתנה שמו, ומשלם כשעת  
הגזלה."

לדברי הגר"ח מתורצת קושיית התוספות. שכן אין להקשות מהסוגיה בסוכה אשר מנסה למצוא  
שינוי הקונה, לעומת המשנה אשר בה מספיק שינוי לענין זה שלא יוכל לומר 'הרי שלך לפניך'.

מהרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ג הל' ד) ניתן לדייק כשיטת הגר"ח:

“גזול בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך או שגזל פירות והרקיבו כולן או יין והחמיץ הרי זה כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה.”

משמע כאן שבבהמה והזקינה אינו אלא שינוי כעין הדין של כלי ושברו, שאין בו מעמד של שינוי הקונה אלא רק שדינו שמשלם כשעת הגזלה משום שאינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך.<sup>3</sup> לכאורה שיטת הגר"א וסרמן אינה תואמת את שיטת הגר"ח, שכן לדעת הגר"ח אין קניין לגזול גם אחר שבטל דין של 'והשיב'. ואילו לדעת הגר"א וסרמן אמורה להיות התאמה מלאה בין 'והשיב' לבין שינוי הקונה.<sup>4</sup>

#### יישומים נוספים למחלוקת האחרונים

א. בא במחותרת

ניתן לתלות שתי גישות אלו במחלוקת האמוראים (סנהדרין דף עב). הבאה:

“אמר רב הבה במחותרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קננה אמר רבא דמסתברא מילתיה דרב בששיבך דליתנהו אבל נטל לא, והאלהים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל.”

<sup>3</sup> הרב עקיבא ברקאי מקשה: טוף סוף, משמע בגמרא שדין בהמה והזקינה הרי הוא כדין טלה ונעשה איל, ובטלה הרי פסק הרמב"ם שנעשה שינוי בידו וקנאו, כרבי אילעא.

תירוץ. לדעת רבי אילעא על פי דרכו של הגר"ח, צריך לומר, שדוקא עגל ונעשה איל הוא שינוי הקונה, ואילו בהמה והזקינה אינו שינוי הקונה אלא רק אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'. הסברא היא, שכל התקדמות אינה נחשב שנמצאת בפועל בשלב הקודם, ואילו התבלות נחשבת כאילו גלומה בפועל בשלב הקודם. על כל עגל עדיין אינו איל, אך בהמה בריאה כוללת בתוכה גם את הזקנה, בבחינת בכלל מאתים מנה. כעין זה כתב בספר "שב שמעתתא" (שמעתתא ב פרק ב) לגבי יין ונעשה חומץ.

<sup>4</sup> אמנם ייתכן לחלק, שהרי לגר"ח, על כורחנו, קיימים שני דינים נפרדים של 'והשיב'.

1. חיוב- על הגזולן להשיב את החפץ עצמו ולא נפטר בתשלומים.
2. פטור- כאשר החפץ כעין שגזל, בהתעלם מערכו ניתן להיפטר מהשבתו מכל תשלום נוסף. על כן ניתן להחיל את המבנה שיער הגר"א וסרמן לגבי הדין הראשון.

לכאורה, לפי רב גולן קונה את הגזלה ומוטלים עליו רק חיובים. כאשר גנב בא במחתרת הוא נפטור מהחיובים ב"קים ליב בדרכה מיניה". לעומת זאת, רבא סבר שהחפץ הגנוב נשאר של הבעלים, לפיכך, פטור הגנב מחיובים אינו מעביר לו את הבעלות, אלא אם כן הגנב שברו.

ניתן להסביר שלדעת רב החיוב חל רק בשעת גזלת החפץ, כיון שבאותה שעה קנה אותו, כדעת הגר"א וסרמן. אך לדעת רבא אם החפץ לפנינו חייב לשלמו מדין 'ממוני גבך', כיון שהחפץ איננו של הגולן. ורק אם שברו בבית גולן קנה את החפץ במעשה השבירה שהוא שינוי הקונה, כדעת הגר"ח ברמב"ם. הגר"א וסרמן מסכים לעקרון של רב, אולם, לדעתו, קים ליה בדרכה מיניה לא פוטור מחיוב השבה, כיון שהחיוב מוסב על חפץ מסוים.

ב. היזק שאינו ניכר

בגמרא, (גיטין נג:) איתא:

"מתיב רב פפא גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך. ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיא היזק האי גולן הוא ממונא מעליא בעי שלומי. תיובתא"

התוספות (ד"ה גולן) מסביר את הקושיה:

"וי"ל דכיון דהיזק שאינו ניכר שמיא היזק א"כ חשיב ליה כאילו הוא ניכר ואם כן אין לך שינוי גדול מזה וקנאם הגולן בשינוי וצריך לשלם בממונ מעליא ושמין כעין שגזל ולא מצי אמר ליה הרי שלך לפניך."

הסבר זה תואם את הגישה שלא קיימים שני יסודות של חיוב, שאם משלם חייבים להסביר שזהו משום שלא מתקיים 'כעין שגזל' באופן מוחלט. ר' חיים יסביר סוגיה זו שגם אם אין השינוי גדול מספיק לקנות לגולן, אך די בו למנוע את היכולת של הגולן לומר 'הרי שלך לפניך'.

ניתן לומר שלדעת הרמב"ם, מן הגמרא בגיטין עולה ששינוי שאינו בגופו של החפץ, אינו מקנה את החפץ לגולן, ובכל זאת, הגולן אינו יכול לקיים בו 'והשיב את הגזלה'. אך לסוברים שהיזק שאינו ניכר לאו שמיא היזק, נחשב הדבר על פי דין כאילו לא השתנה החפץ כלל ועיקר.

בסוגיות הגמרא משמע שיש משמעות למושג 'שינוי' גם בתחומים אחרים שאינם גזילה. הדוגמא המובהקת לכך הוא דברי אביי בריש הגזול עצים. כלומר, כשם שבעניינים אחרים שינוי נחשב, בגלל שעל ידי השינוי יש לפנינו חפץ אחר אשר לא חל לגביו דין מסוים, כך גם בגזלה לא חל דין 'והשיב את הגזלה אשר גזל'.

## ג. גולן שהזיק

האחרונים חלוקים בהסבר דברי רבא (ב"ק סה.). שתברא או שתיה משלם ד', קצוה"ח (סימן לד ס"ק ג) כתב:

"ותדע, דהא אפילו גולן ראשון אינו חייב לשלם אלא כשעת גזילה, ואי גולן חביתא דחמרא מעיקרא שויא זוזי ולבסוף שויא ד' תברא או שתיה משלם ד', איתבר ממילא משלם זוזי, ולא סגי דלא אגבה לחביתא בתר דשויא ד'. ועוד דהא בחצירו הוא וכל שעתא ושעתא גזלי' ואמאי אינו משלם ארבעה. אלא על כרחך כיון דכבר גזלי' ואינו ברשותו דנגול חו לא מחייב משום גזילה, אלא בתורת מזיק, והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, משום דכתיב וגונב מבית האיש וכדאיתא בפרק מרובה, ומשום דאינו ברשותיה ע"ש (סט, ב). ואם כן לא הוי על השני תורת גולן כלל."

כלומר, לדעת קצוה"ח, גולן שהזיק חייב מדין מזיק, ככל אדם אחר שיזיק את נכסי הנגול.

נתייה"מ (שם ס"ק ה) חולק על קצוה"ח, ואלו דבריו:

"ולפעד"נ דאפילו לא אכלה, רק עשה בו שינוי שקנאה על ידי הגזלה - חייב, מטעם גולן ולא מטעם מזיק. דמעיקרא בגזילה הא' כשגזלה הגולן הא' עדיין הגזילה של נגול הוא ולא יצא רק מרשותו של נגול. דהא גולן ולא נתייאו שניהם אינם יכולים להקדישו, זה - לפי שאינו שלו, וזה - לפי אינו ברשותו. ואחר כך, כשעשה שינוי, הרי עשה גזילה חדשה שהוציאו משל הבעלים לגמרי. שמעיקרא היה עדיין של בעלים, רק שאינו ברשותו נקרא, אבל שלו נקרא. וכשעשה שינוי מעשה גם כן אינו שלו, ואין לך גולן יותר מזה."

כלומר, בשינוי חייב מדין גזילה מחודשת, בהמשך דבריו (שם) כתב שהוא הדין בתברא ושתייה.

לגבי יורשי גולן שטבחו את הגזלה, נפסק בשו"ע (סימן שמא ס"ק ד) שאת דמי העור ישלמו באופן מלא. הסמ"ע (שם ס"ק יא) העיר שהרשות בידם להחזיר את העור או את דמיו, כיון שקנאוהו בשינוי. נתייה"מ (שם ס"ק ז) העיר על כך:

"תמוהין דבריו, דהא אין שינוי קונה רק לגולן ומכוין לגזול..."

כלומר, נחיה"מ, לשיטתו, סובר ששינוי הוא מעשה גזלה מחודש, ולא מעשה קניין רגיל, בניגוד לסמ"ע<sup>5</sup>.

אם כן, לדעת קצוה"ח לא מצאנו ששינוי הוא גורם את עצם הקנין, לפיכך, נראה שסבר כר' אלחנן וסרמן. ואילו לדעת הנתיבות מעשה השינוי מקנה את החפץ, כגולה מחודשת, לגזלן - תפיסתו יכולה לכלכל גם את גישתו של הגר"ח, שהרי לדעת הגר"ח שינוי מעביר את הבעלות.

#### הגדרת שני השינויים לשיטת הגר"ח

לגבי השינוי הנדרש לקנות מצינו בגמרא (צו.):

"אמר רב פפא האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה, אע"ג דשדיא מארעא לארעא דידיה לא קני. מאי טעמא, מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי. דיקלא ועבד גובי לא קני, השתא מיהת גובי דדיקלא מיקרי."

לכאורה השינוי שנעשה בדקל שנקצץ ועשה ממנו חתיכות עץ (דקל) הוא גדול מאוד, מדוע אין זה שינוי ?

נראה להסביר שהשאלה הנבחנת היא האם מה שיש כעת, גלום היה גם במה שהיה קודם, אף אם השינוי גדול מאוד. לעומת זאת עצים ועשן כלים הכלי הוא מציאות חדשה. שינוי של שבירה הוא לעולם גלום בחפץ ועל כן אינו קונה.

כאמור בפתיחה, הקצות הקשה על רש"י שחילק בין שינוי שבידיים לבין שינוי דממילא מבהמה והזקינה. לפי דעת ר' חיים שבהמה והזקינה אינה בדין שינוי קונה, אלא רק שאינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך', אין קושיה על רש"י. ניתן להבין שרש"י סובר ששינוי קונה הוא בגדר מעשה קנין, ועל כן מחלק בין בידיים שיש בכך מעשה קנין לבין ממילא<sup>6</sup>.

רבי חנינא החולק על ר' אילעא ולדעתו עגל ונעשה איל אינו שינוי, על כורחנו מודה בהזקינה המפורש במשנה כי הוא שינוי. יש להסביר זאת משום שלדעתו עגל הוא שור אלא שלכל היותר הוא 'מחוסר זמן', ועל כן שינוי מסוג זה נחשב גלום ממש בעגל. לעומת זאת זמן ההזדקנות בו הבהמה אינה משמשת כראוי אינו ידוע וברור ועל כן יש בכך שינוי.

<sup>5</sup> הערת הרב דן אלינר



לדעת רבי אילעא על פי דרכו של ר' חיים צריך לומר שדוקא טלה ונעשה איל הוא שינוי הקונה ואילו בהמה והזקינה אינו שינוי הקונה אלא רק אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'. ההגיון הוא שכל התקדמות אינה נחשבת כנמצאת בפועל בשלב הקודם, ואילו התבלות נחשבת כאילו גלומה בפועל בשלב הקודם. על כן, עגל עדיין אינו איל, אך בהמה בריאה כוללת בתוכה גם את הזקנה, בבחינת בכלל מאתים מנה.

---

<sup>6</sup> ניתן ליישב את רש"י גם על פי גישת התוספות: רש"י אינו מתכוון לחלק בין בידיים לממילא. אולם 'בידיים' מבטא את מהות השינוי הנדרש.

הרב משה ארנרייך שליט"א

ראש הכולל

## תקנת נגזל במזיק, במסור, ובדינא דגרמי

### פתיחה

המשנה (שבועות דף מד:) מביאה רשימה של שבועות דרבנן וביניהן התקנה בה אנו רוצים לעסוק.

"ואלו נשבעין ונוטלין: ... והנגזל, והנחבל... נגזל כיצד? היו מעידין אותו שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות, הוא אומר: כליי נטלת, והוא אומר: לא נטלתי - הוא נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: שני כלים נטלת, והוא אומר: לא נטלתי אלא אחד. נחבל כיצד? היו מעידים אותו שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול, ואמר לו: חבלת בי, והוא אומר: לא חבלתי - הרי זה נשבע ונוטל; רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה, כיצד? אמר לו: חבלת בי שתים, והלה אומר: לא חבלתי בכך אלא אחת."

שבועות אלו ידועות כגמרא בדרך כלל בשם "תקנת הנגזל". ישנם תחומים נוספים בהם הגמרא דנה האם תוקנה תוקנה שבועה זו והם נזיקין ומוסר.

מטרתנו במאמר זה לבדוק האם תקנה זו נתקנה בתבנית אחידה בכל השבועות. או שהשם "תקנת נגזל" אינו מחייב שכל השבועות שנכללות בו שוות כדיניהן ואז כמובן נצטרך למצוא מה הם העקרונות שהדריכו את חז"ל בקביעת הדינים בכל מקרה.

לצורך בירור שאלה זו נבדוק את דיני תקנת נגזל בכל המקרים. מה הוא סוג הטענה שמאפשר שבועה, מה היא התגובה של הנתבע שבעקבותיה ישבע התובע, ופרטים נוספים.

### באלו מקרים נתקנה תקנת נגזל?

#### נזיקין

הגמרא (ב"ק סב.) קובעת בפשטות ביחס לדיני נזיקין:

"לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש, עשו תקנת נגזל באשו."

על פי זה פסק השו"ע (סימן תיח סע' יג) "

"אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי

בקר...ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

וכן פסק השו"ע (סימן שפח, סע' א)

"המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל. כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

הש"ך (שם ס"ק ב) הביא את דעת הראב"ה:

"דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו, ויש לו עדים שאבד על ידו ממונו, או בידו, או על ידי פשיעתו, שישבע כמה הפסידו ויטול"

והביא את דעת המהרש"ל (ב"ק פרק ו' סי' לב) שחולק עליו:

"נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים, אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא. ולא עוד, אלא אפילו במזיק בידים, נראה לי, דלא עשו תקנת נגזל, אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה, אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה"

הש"ך עצמו נקט עמדת ביניים בויכוח:

"ולי נראה כדברי ראב"ה...מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי מהרש"ל, ונראה דאף ראב"ה מודה בזה."

מוקד הויכוח הוא הסיפור המופיע בגמרא (ב"ק דף סב). "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה ושדייה בנהרא" והגמרא דנה האם יש שם תקנת נגזל, הראב"ה, ובעקבותיו הש"ך, רואים בבעיטה פעולה היזק בפשיעה בלבד, ואילו המהרש"ל למד שהבעיטה הייתה השלכה למים ממש במזיד ובידים. ויכוח נוסף, הוא בהכנת דברי הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ז', הל' יח) שכתב "והשליכו למים".

נמצא שישנן שלש שיטות בענין נזיקין

א. דעת הראב"ה שתיקנו תקנת נגזל בכל הנזקים אף בפשיעה ואף במזיק בשוגג [כך הבין המהרש"ל בשיטתו].

ב. דעת הש"ך שתיקנו בפשיעה ורק במזיק במזיד.

ג. דעת המהרש"ל שתיקנו רק במזיק במזיד ועל ידי מעשה בידים.

צריך להבין במה נחלקו, ומדוע יש מקום להבדיל בין סוגים שונים של נזקים.

מסור

הגמרא (ב"ק סב.) מסתפקת בדין מוסר:

"בעי אמימר: עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמאן דאמר: 'לא דיינינן דינא דגרמי' - לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן. אלא כי תבעי לך - אליבא דמאן דאמר: 'דיינינן דינא דגרמי' - עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל, או לא? תיקו."

השולחן ערוך (סימן שפח סע' ז) פסק שרק בתפיסה ישבע:

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חברו, כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס."

הרמ"א חלק עליו ופסק שאף תפיסה לא תועיל, ואין תקנת נגזל במסור.

גרמי

להלכה שמזיק בגרמי חייב צריך לברר האם תיקנו תקנת נגזל גם בגרמי. השולחן ערוך (סימן שפו סע' ב) פסק:

"וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד."

הש"ך (שם ס"ק טו) מביא את דברי המהרש"ל בענין תקנת נגזל בגרמי:

"ואם המזיק אינו יודע כתב מהרש"ל (ב"ק פרק ט סימן יט) דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל. דגבי שורף שטרות של חברו גרע ממסור, ולכולי עלמא לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה."

הש"ך חלק עליו:

"לפע"ד לא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה, דנראה דכונה דינא דגרמי חד דינא אית להו. וכי קמבעיא לן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל במסור או לא ככולהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם דקאמר אליבא דמאן דלא דאין דגרמי לא תבעי לך דמסורות נמי לא דיינינן כי קמבעי לן אליבא מאן דדאין דינא דגרמי."

פשטות לשון השו"ע שמחייב רק אם יודע מזיק משמע כדעת המהרש"ל שבשורף שטרות אין

תקנת הנגזל.

סברת המהרש"ל ש"ניירא בעלמא קלא מיניה" דורשת ביאור, מה בכך שהנוק נעשה באופן כזה הרי זהו נזק וראוי לתקן בו תקנת נגזל כמו בשאר הנזקים?

מדוע דינא דגרמי ומסור אינם כשאר דיני נזיקין?

בספר קצוה"ח (סימן שפח ס"ק ו) הביא את דברי הרמב"ן שבקונטרס דינא דגרמי. הרמב"ן הקשה כיון שדינא דגרמי הוא כמזיק מהתורה, ומסור חייב מכיון שהוא מזיק בגרמי. מדוע הגמרא הסתפקה במסור הרי הוא כמו כל נזק ומאי שנא מאישו שהיה פשוט לגמרא שיש בו תקנת נגזל? מיישב הרמב"ן שאף על פי כן דיבורא בעלמא הוא<sup>1</sup>. על פי דבריו בשאר דינא דגרמי שהוא מעשה תהיה תקנת הנגזל. קצוה"ח הקשה על הרמב"ן "דמה בכך שהוא דיבורא כיון דעושה היזק בדיבורו כמעשה."

אמנם התוס' בכמה מקומות קבעו שדינא דגרמי הוי דין דרבנן.

הגמרא (ב"ק ס"ב:) לומדת מכלל ופרט וכלל שאין חיוב כפל בשטרות. הקשו התוספות (ד"ה "יצארו"):

"ואם תאמר למה לי קרא למעט מכפל והא אפי' אבדו בידים לא משלם קרן למאן דלא דאין דינא דגרמי ואפי' מאן דדאין לא הוו אלא מדרבנן כדפרישית בסוף [הפרה] (ב"ק נד. ד"ה חמור)?  
יש לומר, כיון דאי איתיה לשטר בעין חייב להחזיר (משלם) סלקא דעתך דכשמחזיר [משלם] (מחזיר) הכפל עמו.<sup>2</sup>"

מתוספות נוסף נראה שסובר שחיוב גרמי מדרבנן, התוספות (ב"ק דף עא:) מביא שלושה חילוקים בין דבר הגורם לממון לבין דינא דגרמי, החילוק השלישי הוא:

<sup>1</sup> סברא זו שמביא קצות החושן, מובאת גם ב"ים של שלמה" (ב"ק פרק ו' סוף סימן ל'), בשם הרמב"ן. אבל אינה נמצאת ברמב"ן שלפנינו. אולם, היא מופיעה ברא"ש (פרק ו' סימן טז) ובחידושי הראב"ד בב"ק (מקור) כתשובה לשאלה מדוע אין מדמין מסור לפיקדון, ותשובתם היא שמסור הוא "דינא דגרמי ובדיבורא בעלמא אפסדיה".

<sup>2</sup> דברי התוספות קשים להבנה. כתב ה"ברכת שמואל" (ב"ק סימן לג), שקושיית התוספות נובעת מההנחה שדין "והשיב" תלוי בדין מזיק, ובמה שאין מזיק אין דין "והשיב". תירוץ התוספות שישנם ג' ערכים בשטר:

א. ערך הנייר שבו בודאי יש כפל

ב. ערך החוב שכתוב בשטר.

ג. ערך הראיה שיש בהחזקת השטר בידי המלוה, דבר שאין למלוה בעל פה.

לגבי החוב, הנזק מוגדר כדינא דגרמי, וגם לגבי הראיה, נחשב כגורם, כיון שהלווה יכול לפרוע בלא שהמלוה יודקק לשימוש בשטר. והתירוץ של התוספות הוא שיש לנתק בין חובת ההשבה לבין חובת המזיק והיה מקום לחייב כפל על החזרת השטר. צריך לומר, שהתוספות למדו שהחזרת הכפל אינה לתת פיצוי כפול, אלא באה רק להשיב את הדינא הנגזל פעמיים ללא קשר לשאלת שוויו של השטר כפי שהדבר נשאל בעניין המזיק.

”ורייב”א מפרש דברינא דגרמי לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן כדמוכח בסוף הכונס.”

למקור נוסף שיכול ללמד אותנו על שיטת התוספות בענין דינא דגרמי וכן על דין תקנת נגזל בדינא דגרמי, מפנה אותנו גליון הש”ס. (ב”ק נד.) הגמרא מקשה על דעת רבי יהודה, שמחייב על נזקי כלים בבור, מה יעשה עם המילה “חמור” שמופיעה בפרשיית נזקי בור וחכמים למדו ממנה לפטור נזקי כלים בבור. הגמרא נשארת בקושיא. התוספות (ד”ה חמור דבור) מנסה ליישב את קושיית הגמרא:

”הקשה הר”ר משה מפונטייז”א ואימא דחמור אתא למעט שטרות?  
ואומר ר”י דלמאן דלא דאין דינא דגרמי אפי’ הוא עצמו פטור. ולמאן דדאין דינא דגרמי נמי לא מחייב אלא מדרבנן, כדמוכח בפרק הכונס (לקמן דף סב.) דמיבעיא ליה אי עשו תקנת נגזל במסור או לא, ואי דינא דגרמי דאורייתא למה לא עשו תקנת נגזל במסור כמו בנגזל.”

עולה מהתוספות שדינא דגרמי דרבנן, וזו הסיבה שבעיית הגמרא הייתה במסור יותר מאשר בכל מזיק משום דהוי רק מדרבנן, ובדין דרבנן לא היה ברור לגמרא האם תיקנו גם כן תקנת הנגזל.<sup>3</sup>

אמנם קצוה”ח מעיר שאפי’ לדעת הפוסקים דדינא דגרמי מדרבנן, לא מובן מה ההגיון לחלק בינו לבין שאר הנזקים שחייב עליהם מהתורה. על כן, מוכיח קצוה”ח מכאן כשיטת ר”ת בכיאוור הסוגיא בבבא קמא שדנה בתקנת נגזל במסור.  
שיטת ר”ת נמצאת בתוספות (ב”ק סב. ד”ה “עשו”):

”ר”ת מפרש דהך בעיא כשהמוסר מכחיש את הנמסר דומיא דנגזל בשכועות דגזלן מכחישו אבל אם המוסר עצמו אינו יודע כמה ישבע נמסר כמה הפסיד ויטול.

ולר”י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק דמבעי ליה במסור אי עשו תקנתא או לא.”

<sup>3</sup> קושיית התוספות, שימעטו שטרות, נשארת קשה לשיטת הרמב”ן, שדינא דגרמי חייב מהתורה. בספר “אמרי הצבי” (על מסכת ב”ק דף נד.) כתב לתרץ, שאולי הגמ’ לא חוזרת בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל שהופיע בתחילת הסוגיא. ומה שממעט מכלל וכלל ופרט, צריך שיהיה במפורש מרובה בפסוק “כסף ישיב לבעליו”. והיות ובשטרות יש לו בעלות ממשית רק על הניר אבל לא על השעבוד “דהוא רק לראיה בעלמא ואין גופן ממון” ממילא “כסף ישיב לבעליו” אינו מרבה את השטר כיון שלא נקרא “לבעליו”, לכן אין צורך למעט שטרות. אולי אפשר לומר תרוץ זה, אפילו אם נאמר שהגמרא חזרה בה מהלימוד של כלל ופרט וכלל. בהמשך הבאנו את דברי תלמיד רבנו פרץ, שאין תקנת הנגזל בממון המזיק, ובארנו, שלגבי גרמי הסתפקה הגמרא משום דהוי כממון המזיק. אם כן, יתכן שבממון המזיק גם לא יהיה דינא דגרמי דכיון דגרמי הוי כעין ממון המזיק לא נחייבו על נזקי הבור שהוא ממונו כשהם גרמי הוי כממונו של ממון המזיק. [הרמב”ן בקונטרס דינא דגרמי מסתפק בבהמה שהזיקה בגרמי וכנראה מסקנתו שאין מחייבין, יעויין בהערה 249 בהוצאת הרב הרשלהר זצ”ל.]

כלומר, ר"ת מניח שבודאי עשו תקנת נגזל במקרה שהמסור אינו יודע, והגמרא הסתפקה רק במקרה שהמוסר מכחיש את הנמסר.

תפיסת ר"ת באה לידי ביטוי בבירור בדעת ה"יש מי שאומר" בדברי השו"ע (סימן שפח סע' ז):

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו... והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר כמה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה כמה שתפס...  
ויש מי שאומר שאם המוסר אומר: איני יודע כמה הפסדת ע"י, ישבע הנמסר ויטול."

בביאור הדעה הראשונה, שהיא ציטוט מדברי הרמב"ם, נחלקו המפרשים, כפי שהדברים מופיעים בש"ך (שם ס"ק לא):

"כתב הרב המגיד, ומביאו ב"י, שמדברי הרמב"ם אלו משמע שסובר כר"ת, דאם אין המוסר כופר אלא שאינו יודע כמה הפסידו נשבע הנמסר ונוטל (והוא היש מי שאומר שהביא המחבר לקמן). ואחריו נמשך מהרש"ל (פרק הבונה סי' צ), וכתב שכוונת הרמב"ם כר"ת.

ואין נראה לי כן, דדין זה של ר"ת דין מחודש הוא, והוה ליה להרמב"ם לכתוב ההיפך, דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל! אלא נראה, דהרמב"ם לטעמיה אזיל, דס"ל דכל מודה מקצת ועל השאר אומר איני יודע הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" אף בדבר דלא הוה ליה לידע... לכך הוכרח לכתוב כאן שהמוסר כופר דאילו אומר איני יודע כמה הוה ליה "מתוך שאינו יכול להישבע - משלם", וכשנגדו נוטל בלא שבועה. לכך, לא הוצרך לכתוב ההיפך דין זה פשוט בלא הכי ואינו תלוי בכאן כלל, כן נראה לי ברור לדעת הרמב"ם ודו"ק."

דעת המגיד משנה שהרמב"ם סובר כר"ת. הש"ך סובר שלדעת הרמב"ם במקרה שהמסור אינו יודע נוטל הניזק בלא שבועה.

טען קצוה"ח שאם נבאר את הגמרא לפי שיטת ר"ת. שבעיית הגמ' במסור שטוען ברי, אבל בטוען שמא פשיטא שיוכל להשבע הניזק כיון שהמוסר אינו יודע. והרי יש הברל בין תקנת נגזל בגזולן שתוקנה אף אם הגזולן מכחיש בברי את הנגזל לבין תקנת נגזל במזיק שתוקנה רק כשהמזיק טוען שאינו יודע כמו במבעיר אש והזיק את הטמון שהמזיק אינו יודע כמה הזיק. אם כן אין הברל בין מסור למזיק רגיל. ספק הגמרא על פי פירוש זה הוא שיש מקום להחמיר במוסר, שמשום חומרת מעשיו אולי עשו בו תקנת הנגזל כמו בגזולן שאפי' בטוען ברי המוסר ישבע הנמסר.

תירוצו של קצוה"ח לא יהיה טוב לדעת המהרש"ל שבכל דינא דגרמי אין תקנת הנגזל ומסור חמור מדינא דגרמי אפילו כשהמוסר אינו יודע. גם הנימוק שהעלה המהרש"ל לחלק בין מוסר לשאר דינא דגרמי "דהוי נירא בעלמא" שונה ממה שהבין קצוה"ח.

יש מקום להעיר על תירוץ קצוה"ח מלשון הגמרא "אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי תיבעי לך", ואם נאמר שבמסור יש חומרה מיוחדת אולי גם למ"ד שפוסט בגרמי יש מקום לחייב במסור, וצ"ע.

יתכן ליישב את קושיית הרמב"ן במה שונה דינם של מוסר ושל גרמי משאר נזיקין באופן נוסף. בשיטה מקובצת (ב"ק דף סב. ד"ה לר"י דמחייב, בסוף הדבור) מובא תוספות תלמידי רבינו פרץ:

"ואם תאמר ולעיל בפרק הפרה (ב"ק מו.) דאמרינן דאפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שמא - המוציא מחבירו עליו הראיה. מאי שנא דלא עבדינן שם תקנת הנגזל?

ויש לומר דהתם היינו נזק ממונו ולא שייכא תקנת נגזל רק בנזקי גופו דומיא דנגזל ואשו נמי נזקי גופו הוא דאשו משום חיציו."

תוספות תלמידי ר"פ טוען שלא תיקנו תקנת נגזל בנזקי ממונו.

הטור (חו"מ שח) הביא לגבי חבלה בגרמי את דברי הרמ"ה:

"ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידים."

בספר "קהילות יעקב" (ב"מ סימן לח, וב"ק סימן לא) ביאר שהרמ"ה סובר שדינא דגרמי אינו כאדם המזיק אלא הוא כממון המזיק.

יתכן על פי זה לבאר את ספק הגמרא. לפי דברי תלמידי רבנו פרץ שאין בממון המזיק תקנת הנגזל. הגמרא הסתפקה בשאלה האם דינא דגרמי הוא כאדם המזיק שתיקנו בו תקנת הנגזל או כממון המזיק שלא תיקנו בו תקנת הנגזל. אם כן מובן מהו הספק המיוחד במוסר ובכל דינא דגרמי, ובמה שונה דינא דגרמי משאר הנזקים.

#### סיכום

במשנה בשבועות מופיעה תקנת הנגזל כגזול ובחבלה. הגמרא בבבא קמא פסקה שיש תקנה גם בשאר נזקים, ונחלקו הפוסקים ברמת הזדון והמעשה שבהם תוקנה התקנה. הגמרא בב"ק הסתפקה במסור. דעת הש"ך שהספק הוא בכל דינא דגרמי, ודעת המהרש"ל שבשאר דינא דגרמי בודאי לא תיקנו את תקנת הנגזל.

הארכנו בבירור השוני בין גרמי לשאר נזקים הבאנו בענין זה כמה חילוקים.

המהרש"ל כתב שבגרמי - "ניירא בעלמא שרף", לכן, אין בו תקנת הנגזל. במוסר שהוא מעשה חמור הסתפקה הגמרא באופן מיוחד. יש מקום להבין סברה זו של "ניירא בעלמא", מדוע צורת הנזק משפיעה על תקנת הנגזל.



הרמב"ן כתב שאף שדינא גרמי מהתורה, גרמי הוא דיבורא בעלמא, והגמרא הסתפקה במוסר וה"ה בגרמי. גם כאן יש לשאול מהי המשמעות של צורת הנזק.

התוספות למד שדינא דגרמי מדרבנן. על כן, הגמרא הסתפקה במוסר, והוא הדין בשאר גרמי, האם יש תקנת הנגזל.

קצוה"ח למד כשיטת ר"ת שמוסר וגרמי הם כשאר נזקים ותיקנו בהם תקנת נגזל. במוסר הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת הנגזל מעבר לשאר נזקים בגלל שיש בו חומרה מיוחדת.

העלינו אפשרות נוספת, על פי השיטה שאין תקנת נגזל בממון המזיק, שהגמרא הסתפקה במהותו של דינא דגרמי, האם הוא כאדם המזיק או כממון המזיק ודיני מוסר וגרמי שווים.

#### תקנת נגזל בנוזיקין כשמכחיש הגזלן את הנגזל

הרשב"א בחידושו (ב"ק דף סב. ד"ה עשו, הובא גם בשיטמ"ק) הביא את שיטת הראב"ד ונחלק עליה:

"כתב הראב"ד ז"ל ודוקא על הטמון (=עשו תקנת נגזל), אבל על הגלוי אי טעין האיך טענת ברי משתבע ומפטר משום דלאו גזלן גמור הוא. דאי לא תימא הכי, לימרו למילתא בגלוי ולדברי הכל וכ"ש בטמון לרבי יהודה. ולולי שאמרה הרב הייתי אומר דאפילו בגלוי...ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת נגזל בטוען הגזלן ברי הוא. ועוד דמה שאמרוהו בטמון ואליבא דרבי יהודה אפילו בטענת ארנקי בגדיש נשבע ונוטל...ולפיכך אפילו בטענת ברי עשו בו תקנת נגזל..."

דעת הראב"ד שלא תיקנו תקנת נגזל בנוזיקין כשהמזיק טוען שהוא יודע כמה הזיק, הרשב"א חולק וסובר שתיקנו אף במקרה של טענת ברי.<sup>4</sup> הוכחת הראב"ד מכך שהגמרא דיברה דוקא בדעת רבי יהודה שמחייב בנוזקי טמון שהמזיק אינו יודע מה הזיק. הרשב"א השיב שיש חידוש בדעת רבי יהודה שיכול לתבוע אפילו ארנקי בגדיש. ניתן להוסיף לדברי הרשב"א את הוכחת קצוה"ח שהבאנו בהמשך שבטענת שמא הוי מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע ומשלם. המגיד משנה (נזקי ממון פרק יד הל' יב) הביא את המחלוקת הזו והכריע כשיטת הרשב"א.

השולחן ערוך (סימן תיח ס"י יג) פסק לגבי אדם שהזיק באש:

"וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל."

<sup>4</sup> נראה שר"ת שהסביר שהבעיה במוסר האם תיקנו תקנת נגזל במכחישו המוסר בטענת ברי, סובר כראב"ד. שהרי כתב שהספק הוא האם לדמות מוסר לנגזל שבטענת ברי יש שבועה בנגזל ולא כתב יותר בפשטות שיש שבועה בטענת ברי בנוזיקין והספק הוא האם לדמות מוסר לשאר נוזיקין. אם כי יש לדחות שבנגזל מפורש במשנה שיש שבועה גם בטענת ברי, שיטת ר"י בודאי כראב"ד כפי שכתב במפורש שאין תקנת נגזל כשהמזיק מכחיש את הניזק.

הסמ"ע (שם ס"ק טז) כתב את הכרעת המגיד משנה:

"אם היו מחולקין בדבר הנשרף לו בגלוי שהניזק אומר כך וכך היה והמזיק אמר ברי לי שלא היה אלא כך אפילו הכי הניזק נשבע ונוטל דעשו תקנת נגזל גם כן בנשרף".

והעיר הש"ך (ס"ק ז'), שאמנם השולחן ערוך (סימן שפח) לגבי תקנת נגזל במזיק, כתב שטוען המזיק 'שמא', ומשמע שבטענת ברי היה נשבע ונפטר? צריך לומר שבסימן תיח מדובר שיש עדים על הדליקה, אבל בסימן שפח מדובר שאין עדים. ממילא, בטענת ברי נאמן המזיק, מכח מיגו שיכול היה לטעון שלא הזיק.

אולם הש"ך (שם) חולק ואומר:

"באמת נראה לי עיקר, דהרמב"ם והמחבר סבירא להו כה"ש אומרים' שהביא הרב המגיד, דבאש, אם טוען המבעיר ברי - נשבע ונפטר, והדעת נותנת כן. וכן משמע להדיא מדברי מהרש"ל (ב"ק פרק ו' ס"ס לג) שכתב שם וז"ל: "דוקא שטען המזיק שמא אבל אי טען ברי לא א"ל גבי גזלן." וכן כתב עוד מהרש"ל להדיא (שם סי' ל) דמסור מיירי כשטוען המוסר ברי. ואף דהא דאמרינן עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר המבעיר, מכל מקום, לא הוי רשע כגזלן. דוקא מוסר ראוי לדמותו לגזלן אבל לא מזיק אפילו להכעיס."

קצוה"ח (שם ס"ק א) הקשה, הרי במשנה בשבועות לדעת רבי יהודה, גם בנגזל תוקנה התקנה דווקא במודה במקצת. אם כן, בסוגייתנו כשהגמרא אומרת שלר"י תיקנו בטמון, בהכרח הוי דווקא במודה במקצת. ואם נאמר כדעת הש"ך שבטענת ברי אין תקנת נגזל ורק בשמא תיקנו, אם כן, בין כה וכה, הוי מחויב שבועה שאינו יכול להישבע וצריך לשלם, אלא ודאי מדובר בטענת ברי!

יתכן ליישב שהש"ך יודה אליבא דר"י שתקנת נגזל הוי בבירי, וכל דבריו הם אליבא דהלכתא כרבנן, ולדעתם הוא סובר שדווקא בטענת שמא עשו תקנת נגזל.

#### יסודה של תקנת הנגזל

בעצם הדבר צריך להבין, לדעת הראב"ד והש"ך, מדוע צריך להיות הבדל בין תקנת נגזל דהוי אפילו בבירי (סימן צ סע' א, ה) ובמזיק באשו דווקא כשטוען המזיק שמא?

הרמב"ם בפירושו המשנה (שבועות פרק ז משנה ג) כתב בהסבר תקנת הנגזל:

"ואמנם הטיל השבועה על הנחבל או על הנגזל קנס לחובל ולגזלן כדי שלא ירבה היזק בני אדם והתגרותם"

וכן כתב הרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ד הל' א):

”קנס קנסו חכמים לגזלנין שיהיה הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן הגזלן, והוא שיהיה זה מוחזק שגזלו בשני עדים.”

הלחם משנה הקשה, מה הצורך בתקנה זו, הרי בכל חשוד שכנגדו נשבע. בשבועת התורה ובנגזל מדובר שיש עדים שגזל, ואם כן, הוי שבועת מודה במקצת! ויישב, שתיקנו במקום שאין שבועת התורה, דהיינו, כשאומר הגזלן לנגזל 'הילך' הגזלה.

הש"ך (סימן צ ס"ק א) תירץ, על פי שיטת רב האי, דהיכא דלא משמע לאיניש איסורא, לא חשוב חשוד ואין מעבירין את השבועה לשכנגדו. רק בחשוד, שכבר חשוד מקודם בבירור, עוברת השבועה לשכנגדו. המשנה, שמביאה את תקנת הנגזל, מדברת גם במקרה שהגזלן טוען ששלו נטל ובדין נטל. ואף על פי שעל פי דין צריך להשיב, לא נחשב כחשוד כיון דלא משמע להו לאינישי שזה נקרא גזלן. לכן על פי דין אין 'שכנגדו', ורק משום תקנת נגזל חכמים עשוהו כחשוד.

נמצא שיסודה של תקנת נגזל בקנס לפושעים כדי לתקן את החברה, התקנה נועדה למנוע מאנשים אלו לחזור על מעשיהם. התקנה נצרכה למקרים שבהם אין שבועת מודה במקצת עוברת לתובע או בגלל הילך או שהנתבע יכול להישבע ואינו נקרא חשוד על השבועה.

המאירי (ב"ק דף סב. ד"ה ולענין פסק, הובא גם בשיטמ"ק) הביא את דברי הראב"ד, שלא תיקנו בנוקים תקנת נגזל כשטוען המזיק ברי, ולא כמו בגזלן, משום שאין המזיק מוגדר כחשוד:

”כתבו חכמי הצרפתים, שלא עשו תקנת הנגזל באשו אלא כשהוא טוען אינו יודע הא אם אמר בכרי חפשתי בה ולא היה בה מה שזה טוען אין מוציאין אלא בראיה. ואע"פ שבתקנת נגזל הגזלן טוען בכרי ואף על פי כן עשו תקנת נגזל! הגזלן חשוד וזה המדליק אינו חשוד...  
כתבו חכמי הדורות...המדליק בשל חבירו במזיד חשוד הוא ואם הודה במקצת משלם בכל כדין חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל... ובמדליק בתוך שלו אין כאן חשוד אלא פושע עשו תקנת נגזל.”

רואים מדברי המאירי שבחשוד תיקנו את תקנת הנגזל אף בטענת ברי ובאינו חשוד תיקנו רק בטענת שמא משום שהוא פושע וזה ההסבר בשיטת הראב"ד.

נסכם את העקרונות במחלוקת הראב"ד והרשב"א:

- א. תקנת נגזל תוקנה כנגד אנשים שיש לחשוש שהם מרמים והם מוגדרים כחשודים.
  - ב. במקרה של אנשים שאינם חשודים, תוקנה התקנה רק בטענת שמא.
  - ג. הראב"ד סובר שמזיק אינו חשוד והרשב"א סובר שהמזיק הוא חשוד, או שלא חילקו בתקנה.
- לפי זה יש ליישב קצת את הוכחת הראב"ד כנגד הרשב"א שהבאנו בתחילת הפרק, מדוע נקטה

הגמרא את תקנת הנגזל דווקא לרבי יהודה ולא לרבנן. אפשר לומר, שלרבי יהודה הוי חידוש גדול יותר, שאף על פי שהדליק בשלו, קנסו אותו. וכל שכן לרבנן, שקנסו אותו, שהרי הדליק בשל חברו, שלדעת הרשב"א הוא מוגדר כחשוד.

כמו כן, ניתן ליישב קושיית הרשב"א וקצוה"ח על הראב"ד, שטענו שהגמרא בהכרח מדברת גם בטענת ברי. הראב"ד ישיב שאם מדובר שהוא טוען ברי שלא היה כלום, היות ולא הוי מזיק חשוד, מדוע שנקנסו אותו אלא צריך לומר שהוא טוען שמא.

לדעת הראב"ד והש"ך שאומרים גם לגבי מזיק רגיל שתיקנו דווקא בטוען המזיק שמא, לכאורה מזיק רגיל כמו מדליק בשל חברו הוא חשוד וראוי לקנסו? צריך לומר, שהם סוברים שכל מזיק אינו בגדר חשוד. וכן כתב המהרש"ל שהובא בש"ך ש"מזיק אינו רשע כגזלן".

הסיבה לכך שמזיק שונה משאר הגזלנים נובעת מכך שהמזיק אינו נהנה מהנזק, ועל כן, לא ראו חז"ל צורך להחמיר בעונשו כמו גזלן, ולא חששו להתפשטות התופעה כמו שחששו בגזל. דעת חכמי הדורות שהביא המאירי, שמדליק בשל חברו הוי חשוד, צ"ע כמי הם סוברים.

עולה מדברים אלו, שלדעת הראב"ד כל מזיק אינו חשוד, ולכן רק בטענת שמא קנסו אותו. ולדעת הרשב"א מזיק במזיד הוא חשוד, וקנסו אותו אף בטענת ברי, ואפילו במדליק בשל קנסו אותו, אף בטענת ברי.

על פי זה יש לשאול, מדוע במסור הגמרא מסתפקת, הרי הוא רשע? עתה ניתן להבין את דברי הרמב"ן שמסור הוי רק דיבורא בעלמא. על פי דברי הש"ך, שתיקנו רק בדבר שנראה לאינשי עבירה, ניתן לומר, שמסירה לא נראה בעיני האנשים מעשה רשע, לכן, הסתפקה הגמרא אולי לא קנסו. כמו כן, ניתן לומר לפי זה בדעת המהרש"ל, ששריפת שטר לא נראה כמעשה רשע, משום דהוי רק שרפת נייר.

על פי הבנתנו בשיטת הראב"ד ניתן להבין דברי ראב"ד תמוהים. הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ה הל' ד) כתב בענין שבועת הנחבל:

"קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת

חפץ שזה חבל בו חבל זה ונוטל מה שראוי לו, והוא שיהיו שם עדים."

השיג עליו הראב"ד:

"א"א לא היה קנס אלא שאין דרך בני אדם לחבל בעצמן, על כן, האמינוהו

לזה בשבועה."

יש להבין מדוע הראב"ד אינו מקבל את הסבר הרמב"ם שזהו קנס כפי שקיבל הסבר זה לגבי גזלן?

אמנם על פי שיטת הראב"ד, שהבאנו לעיל, שהמזיק אינו חשוד ואין מקום לתקן תקנת נגזל כשטוען ברי. ניתן לומר, שהיה קשה לראב"ד מדוע בנחבל תיקנו שבועה גם בטענת ברי, ואף אם זה קנס, אין ראוי לקנסו במזיק עד כדי כך. לכן הוצרך להוסיף טעם חדש.

## שיטת הרמב"ם במוסר באונס

הש"ך (סימן שפח ס"ק כט) הקשה על הרמב"ם, שכלל בדין מוסר את דינו של מוסר שנשא ונתן ביד:

"קשה לי בנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא דהוא בעיא דלא איפשטא, הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי. אבל בנאנס ונשא ונתן ביד מזיק בידים ולא גרמי הוא, ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל דהא אנוס הוא. וא"כ כיון שהוא מכחישו בכרי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן נ"ל ברור. ודברי הרמב"ם והמחבר והע"ש צלע"ג."

כלומר, הש"ך מקשה שמוסר שנשא ונתן ביד הוא כמזיק ולא ראוי לחלק בינו לבין שאר נזקים. וגם לדינא כיון שהוא טוען ברי לא ראוי לחייבו בתקנת הנגזל [על פי שיטת הש"ך שלא תיקנו תקנת נגזל בכרין].

ויותר קשה מדברי הרמב"ם בעצמו (חובל ומזיק פר' ח הל' ח) שכתב:

"אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא ונשא ונתן ביד, אע"פ שהוא חייב לשלם אינו רשע אלא בן תשלומין הוא בלבד ומשביעין אותו כשאר הכשרין."

נמצא שאינו רשע, והוי כסותר עצמו ממה שפסק בהלכה לפני כן:

"מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו כגון שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ביד ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמסר טוען כך וכך הפסידני והמוסר כופר במה שטענו, אם תפש הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפש ואם לא תפש אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה."

אם כן, רואים שאפילו באונס הסתפקה הגמרא האם עשו תקנת נגזל וכשתפס יש תקנה, אף על פי שאינו חשוד והיה מקום לא לקנוס אותו לפחות כשהוא טוען ברי!

אולי יש ליישב, שמדינא לא שייכת תקנת הנגזל כשמוסר באונס טוען ברי, כיון שאינו חשוד. אמנם במקרה של תפיסה יש לנמסר זכות על פי הלכות תפיסה בספיקות. בקונטרס הספיקות (כלל ב אות ה) כתב, במקרה שיש ספק לפנינו ויש לנתבע חזקת מרא קמא, אם תפס התובע מכח טענת ברי, תועיל התפיסה. כעין זה נמצא גם בשולחן ערוך (סימן פז סע' ל) במקרה שהנתבע נשבע ונפטר על פי בית דין, ואחר כך התובע תפס בלא עדים, וטוען על אותה תביעה שהשני נשבע לשקר - נאמן במגו שלא תפס משלו, וישבע היסט ויפטר. על פי זה, גם במקרה של נמסר שתפס ויש לו טענת ברי, תועיל התפיסה שלו להחזיק את מה שתפס בשבועה, למרות

שחזקת מרא קמא הכריעה את הספק לטובת המוסר.<sup>5</sup>

### סיכום

תקנת נגזל היא קנס כנגד אנשים שכונתם להרע לחברה, כך עולה מדברי הרמב"ם בהגדרתו את תקנת נגזל. מאידך עולה מדברי הש"ך שמצמצם את התקנה למקרים שלא משמע לאינשי שיש איסור, שפוסל אותם לעדות, ובאנשים שהם פושעים גמורים לא תוקנה תקנת נגזל.

על פי עקרונות אלו עלינו לנסות להכין את המחלוקות בגדר התקנה. ראינו שתי מחלוקות בהגדרת המזיק שתיקנו בו תקנת נגזל. הראשונה, האם נדרש מעשה בידיים ובמזיד, והשנייה האם בדינא דגרמי תיקנו תקנת נגזל. ניתן להבין את המחלוקות האלו על פי העקרונות שהצבנו, שנדרשת רשעות מסוימת אך לא גדולה מדי, על כן המהרש"ל בשתי המחלוקות נוטה לקיים את התקנה רק במזיק במזיד ובידיים ולא בשוגג או בגרמי ומעלה את סברת "ניירא בעלמא קלא מיניה" שגורמת להפחית מחומרתם של מעשים אלו בעיני עושיהם ועל כן אין ראוי לקנסם. הש"ך שחולק עליו סבור שאף על פי כן ראוי לקנס גם בשוגג או בגרמי.

ראינו דעות שונות בנוגע ליחס בין מוסר, ושאר דינא דגרמי, לשאר דיני נזיקין. חלק מדעות אלו מובן גם הוא על פי העקרונות שהזכרנו. שיטת המהרש"ל שהגמרא חשבה להחמיר במוסר ולהשוותו לנגזל, אף על פי שלשיטתו בשאר דינא דגרמי אין בכלל תקנת נגזל. וכן שיטת ר"ת, בה תמך קצוה"ח, שהגמרא רצתה להחמיר במוסר יותר מאשר בשאר נזיקין, ולתקן תקנת נגזל אף במכחישו המוסר לנמסר. שתיהן נובעות מחומרת העבירה של המוסר ועל כן ראוי לקנס אותו יותר בחומרה.

גם את דעת הרמב"ן שבכל דינא דגרמי ומוסר בכלל, הסתפקה הגמרא האם תיקנו בו תקנת נגזל משום שזהו דיבורא בעלמא. וכן את דעת התוספות שהספק הוא בכל דינא דגרמי משום שחיובו של דינא דגרמי מדרבנן. ניתן לבאר על פי העיקרון שאין לקנס אלא במעשה שיש בו רמת רשעות מסוימת, ויתכן שבאיסורים דרבנן או שנעשים בדיבורא בעלמא לא נמצאת רשעות כזו.

ההסבר הנוסף שהעלינו, בנוי על חידושו של תלמיד רבינו פרץ, שאין בממון המזיק תקנת נגזל, והסתפקה הגמרא האם דינא דגרמי הוא ממון המזיק. גם הוא בנוי על הסברא שאין לקנסו בממון המזיק, כיון שבעליו אינו רשע שראוי לקנסו.

גם מחלוקתם של הראב"ד והרשב"א האם לתקן תקנת נגזל כשהמזיק טוען ברי, תלויה בשאלה עד כמה הפך להיות המזיק חשוד ורשע כגולן וכפי שהדברים מפורשים במאירי. דעת הראב"ד, שבמזיק הקלו ולא קנסו אותו כשטוען ברי מכיון שאין לו הנאה מהנזק. הרשב"א סבר, שכדי

<sup>5</sup> על פי הסבר זה, לדעת הש"ך שכשהמזיק טוען ברי לא תיקנו תקנת נגזל, אם יתפוס הניזק יוכל להישבע ולהשאיר את החפץ בידי.

למנוע את התפשטות התופעה החמירו במזיק כמו בגולן, ותיקנו תקנת נגזל אף בטענת ברי. יתכן שהרשב"א גם נשען על תפיסה שאין לחלק בתקנה ובכל מקום היא צריכה להיות אחידה<sup>6</sup>.

#### נספח - הערה בענין חיוב מוסר

נחלקו הראשונים האם כשהמוסר טוען 'שמא' יש תקנת נגזל, או גם בטענת 'שמא' נסתפקה הגמרא האם תיקנו תקנת נגזל במוסר. [הבאנו את דבריהם בפרק "גרמי"]

הקשה הש"ך (סימן שפח ס"ק לו) מדוע במקרה שטוען המוסר 'שמא' צריך הנמסר להישבע. כיון שהמוסר אומר 'איני יודע כמה הפסדת', הוי ליה מודה במקצת וחייב שבועה, ומתוך שאינו יכול להישבע משלם, אפילו בלא שבועת הנמסר?

הש"ך הביא מספר ישובים:

א. על פי שיטת תשובות מימוניות (ספר משפטים סימן א), שם נפסק, שאפילו כשהנתבע טוען חמישים ידענא וחמישים לא ידענא ואומרים 'מתוך' - "שכנגדו צריך לפחות להישבע, אבל לא יטול בלא שבועה". כמו כן, גם כאן מוטלת על התובע שבועה. ודחה הש"ך, שלרוב הפוסקים במקרה שהנתבע אינו יכול להישבע ומשלם, אין דורשים מהשני להישבע.

ב. הש"ך (סימן שפו ס"ק י) כתב בשם הרמב"ן, שבכל דינא דגרמי אין נשבעין שבועת התורה. לכן לא שייכת שבועת מודה במקצת במוסר.

ג. שיטת התוספות שחיוב דינא דגרמי הוי רק מדרבנן, ולכן אין מקום לשבועה דאורייתא. תירוץ זה לא מועיל לרא"ש ולסמ"ג שסוברים שחיוב גרמי מהתורה.

ד. הרשב"א בתשובה והרא"ש (ב"ק סוף פרק ו) סוברים שלא אומרים 'מתוך' שאינו יכול להישבע משלם' אלא כשהוא ליה למידע. כלומר שהנתבע היה אמור לדעת כמה הוא חייב, ובמוסר לא הוה ליה למידע. הש"ך בעצמו מסיק, שלדעת הרמב"ם, אמרינן 'מתוך' שאינו יכול להישבע משלם" אפילו במקרה דלא הוה למידע, על כן תירוץ זה לא יועיל לו.

אולי יש אפשרות ליישב באופן נוסף. המרדכי (ב"ק פרק ה' סימן נה, הובא ברמ"א סימן שפח סוף סעיף ז) כתב:

"שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון פטור,

דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון."

הש"ך (ס"ק מ"ג) הביא מתשובת מהר"ם שאם יש ספק אם נפטר ממסירה ראשונה, גם לא השני ישלם, כיון שלא מוציאים ממון מספק. קצוה"ח (שם ס"ק י) הקשה מהרמב"ם (חובל ומזיק ו

<sup>6</sup> כפי שמשמע משאלתו על הראב"ד "ועוד שהרי עשו תקנה בנגזל ותקנת נגזל בטוען הגולן ברי הוא." שהיה אפשר לבאר שכונתו להקשות מכך שהשתמשו במונח תקנת נגזל שגדריו ידועים. אפשר גם לפרש שאין זו רק הוכחה אלא גם טענה שראוי שהתקנה תהיה באותם גדרים בכל מקום.

הל' יד):

"חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה."

כלומר, כאשר יש ספק מי אחראי, התשלום מתחלק. אם כן, גם כאן שמסופק אם נפטר מהמסירה הראשונה, והוא ספק אם הראשון אשם או השני, צריך להיות הדין שיתחלקו בחוב שווה בשווה.

קצוה"ח רצה ליישב שאולי כאן כיון שהמסירה הראשונה הייתה ודאית והשאלה היא האם נפטר מהחוב שנבע ממנה הוי כ"איני יודע אם פרעתיך" לכן כל החוב מוטל על הראשון וראינו יכול להיפטר בטענת ספק, וסיים בצ"ע.

הגמרא (ב"ק קיז.) מספרת על רב כהנא שהרג מוסר:

"ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה, אתא לקמיה דרב, א"ל: לא תחוי ולא תחוי, א"ל: מחוינא ומחוינא. יתיב רב כהנא קמיה דרב, שמטיה לקועיה מיניה."

ה"פני יהושע" (שם ד"ה יתיב) הקשה מדוע בדין "בא במחותרת" כיון שנתן להצילו בנפשו, אנו פוסקים 'קים ליה בדרכה מיניה' ופוטרים אותו מתשלומים, ובמוסר שחייב מיתה, אין אנו פוטרים מתשלום?

ואין לתרץ דלא הוי "בעידנא", שדין רודף שיש למוסר חל עליו בשעה שמוסר, וחייב התשלומין הוא דוקא כשלוקחים מהנמסר את הממון. מפני שחייב התשלומים נובע משעת המסירה, אז הוא עושה מעשה.

הפנ"י רוצה לישב שחייב המיתה הוא דווקא קודם שעשה את מעשה המסירה אבל אחר שעשה מעשה ומסר אי אפשר להורגו ולכן חייב בתשלומין. אמנם יש מקום להעיר על דבריו מהדין (סימן שפח סע' יא) שמוותר להרוג גם לאחר מעשה במקרה והוחזק מסור ובכ"ז חייב בתשלומין.

אפשר לומר, שאכן יש באופן עקרוני 'קים ליה בדרכה מיניה' במוסר. אבל כיון שאם תמיד נלך על פי דין זה, מסור לעולם לא ישלם, החמירו חכמים וחייבוהו לשלם. חיוב זה הוא יותר מאשר כל מקרה של קלב"מ שחייב לצאת ידי שמים, ואילו כאן אפשר לכפותו לשלם.

לפי זה יוצא שגם לשיטות הראשונים שדינא דגרמי הוי חיוב דאורייתא, במקרה של מסור יסברו שזה דין דרבנן. לכן, לא יהיה דין "מתוך שאינו יכול להשבע משלם", כיון שאין חיוב דאורייתא. במקרה של ספק מי גורם למסירה יהיה כמו כל איסורא דרבנן שאמרינן אם איתחזק אסורא חייב ואם לא איתחזק אסורא פטור. במקרה של המדרכי, הראשון איתחזק, והשני לא



איתחזק, לכן המוציא מחברו עליו הראיה.

אמנם יש להעיר שקצוה"ח (סימן פז ס"ק לב) הביא מספר ראיות שאפילו בדין דרבנן יש חיוב שבועה דאורייתא. לדוגמא מהרמב"ם (אישות פרק טז הל' כה) שפסק שיש שבועת התורה בדיון על חיוב כתובה. אף על פי שלדעת הרמב"ם כל כתובה חיובה מדרבנן, וכן מראיות נוספות. לכן מסיק קצוה"ח שכיון שמדרבנן תקנו את חיוב הממון, ושייך לזה, אם כן, הפקר בית דין הפקר, ויש לו בה זכייה מדאורייתא. אם כן, מה הועיל קצוה"ח שתירץ שגרמי חייב מדרבנן. וכן קשה על תירוצו שמוסר לכל הדעות מדרבנן.

אפשר לומר על פי דברי הרשב"א (גיטין לו: ד"ה רבא), שחוקר האם הכלל "הפקר ביד הפקר" יכול רק להפקיע ממון מבעליו, או גם יכול להקנות ממון של אדם אחד לחבירו. הוא תולה את השאלה הזו בשתי המקורות של "הפקר ביד הפקר" מהפסוקים. על פי זה, לאותה שיטה שהפקר ביד הפקר רק מפקיע ממון, ממילא, החיוב של מוסר או גרמי הוא רק מדרבנן, ולא הוי שבועה דאורייתא.

הרב יוסף פרמל שליט"א

ראש הכולל

## דינא דמלכותא דינא

פתיחה

שאלת היסוד הציבורית בנושא דינא דמלכותא עלתה על שולחנם של חכמים ביתר תוקף עם הקמתה של מדינת ישראל<sup>1</sup>. חזרו וניעורו דברי הר"ן (נדרים כח. ד"ה במוכס העומד) בשם בעלי התוספות:

"... אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה"<sup>2</sup>.

וממילא, נשאלו השאלות מה מקור ההלכה באומות העולם, ומה מקורה בישראל. נראה, שיש צורך בבירור יסודי, בשאלה מה הופך שלטון לחוקי מבחינה הלכתית, והאם השאיפה לשלטון אידיאלי מבחינה רוחנית, משפיעה על מעמדו של השלטון על פי דין תורה. במאמר זה, לא נדון בשאלה מה קורה כאשר ישנה, לכאורה, התנגשות בין מה שנראה כדין תורה, לבין מה שמוגדר כחוק, אף על פי, שלמסקנת דברינו תהיה השפעה גם על תחום זה. עיקר דברינו יתמקד בשאלת הזכות לגבות מסים, שהיתה תמיד נקודת המבחן של כל שלטון<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> מאמר זה נכתב בשולי גלימתו של מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, שדן באריכות בנושאים אלה, הן בקובץ "התורה והמדינה", הן בספרו "עמוד הימיני" (סימנים ז-ט), והן במאמרים שונים בספרו "חוות בנימין".

<sup>2</sup> לדעת בעלי התוספות סמכות המלך נובעת מבעלותו על הקרקע. לשאלה זו גם היבטים מוסריים, והיא שאלת מפתח בתחום האתיקה הכלכלית במיוחד בשאלת היחס בין אדם לחברה בה הוא חי, ועוד יותר, בין אדם ובין מדינתו. קל וחומר, לאדם שחי במדינת היהודים, שהגדרה עצמה במגילת העצמאות כמדינה יהודית.

<sup>3</sup> עיין מל"א יב, יח, ובתקופה המודרנית - "מסיבת התה" של בוסטון.

## חוקיות השלטון

שאלת חוקיות השלטון לא נדונה במקורות התלמודיים במפורש אבל נרמזה בשני מקומות. בירושלמי (הוריות פרק ג הל' ב) איתא':

"מלך ישראל ומלך יהודה שניהן שוין, לא זה גדול מזה ולא זה גדול מזה. ומה טעמא? 'ומלך ישראל ומלך יהודה וגו' בגורן' - כבגורן. אמר רבי יוסי בי רבי בון ובלחוד עד דיהוא בן נמשי. ומה טעם? בני רביעים ישבו לך עד כסא ישראל. מיכן ואילך - בליסטייא היו נוטלין אותה. אי זהו משיח? המשוח בשמן המשחה כו'. אמר רב חונה: כל אותן ששה חדשים שהיה דוד בורח מפני אבשלום שעירה הוות מתכפר לו כהדיוט".

הסוגיה בירושלמי עוסקת בשאלת קרבן חטאת של נשיא, והירושלמי קובע בה כמה הלכות:

א. יתכנו שני מנהיגים יהודים בו זמנית שיתכפרו בשעיר כנשיא, למשל, מלך יהודה ומלך ישראל, מכיוון 'שלא זה גדול מזה'. אם כן, שניהם עונים לקריטריון "שאינן על גביו אלא ד' אלוקי".

ב. מלך שתפס את השלטון באמצעות רצח - "בליסטייא" - אינו "נשיא", אלא אם כן, נמשח על ידי נביא שגם ציוה אותו לעשות זאת<sup>4</sup>, כגון יהוא.

ג. אפילו מלך שנמשח על ידי נביא, מתכפר בשעירה, כיחיד, ברגע שהוא מפסיד את תמיכת העם. גם כאשר הנביא מתנגד למעשי העם, כגון דוד, בזמן מרד אבשלום.

<sup>4</sup> הסוגיה המקבילה בבבלי מוסיפה פן נוסף בשאלת היחס בין שני מנהיגים הכפופים לשלטון זר והיחס ביניהם (הוריות יא):

"בעא מיניה רבי מרבי חייא: כגון אני מהו בשעיר? אמר ליה: הרי צרתך בבבל. איתיביה: מלכי ישראל ומלכי בית דוד, אלו מביאים לעצמם ואלו מביאים לעצמם! אמר ליה: התם לא כייפי אהרדי, הכא אנן כייפינן להו לדידהו. רב ספרא מתני הכי, בעא מיניה רבי מרבי חייא: כגון אני מהו בשעיר? א"ל: התם שבט, הכא מחוקק, ותניא: לא יסור שבט מיהודה - זה ראש גולה שבבבל, שרודה את ישראל במקל; ומחוקק מבין רגליו - אלו בני בניו של הלל, שמלמדים תורה לישראל בריבים"

כיון שסוגיא זו איננה עוסקת בשאלת חוקיות השלטון לא נדון בה במסגרת מאמר זה.

<sup>5</sup> "ומלך ישראל (=אחאב) ויהושפט מלך יהודה יושבים איש על כסאו מלוושים בגדים כגון... " (מ"א כב, י')

<sup>6</sup> משנה (הוריות פרק ג משנה ג):

"ואיזהו הנשיא זה המלך שנאמר (ויקרא ד, כב) 'ועשה אחת מכל מצות ה' אלהיו' נשיא שאין על גביו אלא ה' אלהיו".

<sup>7</sup> לא יתכן להסביר שנשיא הוא רק מי שנמשח על ידי נביא שהרי לא כל מלכי ישראל נמשחו ובודאי לא המלכים מבית עומרי שבהם עוסק הפסוק.

לגבי ציווי הנביא, יש להעיר, שאין צורך בהוראה מפורשת ללכת ולרצוח את המלך הקודם, אלא די בנבואה על הגורל העגום המצפה לו.

בבבלי<sup>8</sup> (מגילה יד.-יד:) איתא:

”אביגיל - דכתיב: 'והיה היא רכבת על החמור וירדת בסתר ההר'. בסתר ההר? מן ההר מיבעי ליה! אמר רבה בר שמואל: על עסקי דם הבא מן הסתרים. נטלה דם והראתה לו. אמר לה: וכי מראין דם בלילה? - אמרה לו: וכי דנין דיני נפשות בלילה? - אמר לה: מורד במלכות הוא, ולא צריך למידייניה. - אמרה לו: עדיין שאול קיים, ולא יצא טבעך בעולם. - אמר לה: 'וברוך טעמך וברוכה את אשר כלתני [היום הזה] מבוא בדמים'.”

הסוגיה בבבלי עוסקת בשאלת חוקיות חילופי שלטון, ובהגדרת שלטון חוקי. כאשר רק לשלטון חוקי הסמכות לדון מורד במלכות ואף להורגו.

הרמב”ם מביא להלכה<sup>9</sup> את שתי הסוגיות, בעסקו בעניין דינא דמלכותא, ומאחד אותן. מכאן ניתן להוכיח שהרמב”ם סובר ששתיהן עוסקות בשאלת חוקיות השלטון, ולא רק בשאלה מיוחדת בהלכות קורבנות. לאור זאת, מסקנותינו בעניין ”שעיר או שעירה”, הופכות להיות מסקנות בשאלת חוקיות השלטון.

נוכל לנסח את המסקנות בדרך זו:

א. גם מי שלא נמשח על ידי נביא, מוגדר כמלך, אם אין על גביו שלטון אחר, שהרי מלך ישראל, אחאב, שהוזכר בירושלמי, לא נמשח על ידי נביא, ושלטונו התבסס על הכרעת העם בימי אביי<sup>10</sup>. ומכאן גם ניתן להסיק, כי שאלת ההקפדה על קיום מצוות בתחום שבין אדם

<sup>8</sup> וכן מופיע בתלמוד ירושלמי (סנהדרין פרק ב הל' ג):

”ותרא אביגיל את דוד וגו' אל מרי דוד אנא מה עבדית בניי מה עבדון בעירייה מה עבד אמר לה מפני שקילל מלכות דוד אמרה ליה ומלך אתה אמר לה ולא משחני שמואל למלך אמרה לו עדיין מוניטה דמרן שאול קיים”.

שאלת ההבדלים בין הסוגיות נדונה באריכות בעמוד הימיני, עיין לעיל, הערה 1.

<sup>9</sup> גולה ואבירה פרק ה הל' יח ועיין לקמן דיון בדברי הרמב”ם. וכן הבין הגר”ע יוסף (יביע אומר ח, חלק או”ח, סימן נד ד”ה ובהיות) בשם קודמו וז”ל:

”ומה שכתב הפנים יפות שדוד היה או מלך, רוצה לומר שהוא לשיטתו שיש לו דין מלך, וכמו שאמרו במגילה (יד:): מורד במלכות הוא ולא צריך למדייניה, אבל אביגיל השיבה לו שעדיין שאול קיים ולא יצא טבעו בעולם, כלומר, ואין לו עדיין תורת מלך”.

<sup>10</sup> מל”א טז, טז-כב. ולולא דמיסתפינא הייתי אומר, שכל תפקידו של זמרי, הורג אלה, הוא לפנות את הדרך לעמרי שמלך אחריו ללא צורך בהריגת קודמו. ועוד נלע”ד כי ההכרעה במחלוקת בין עמרי ותבני הושפעה גם על ידי אסא, שחיתן את יהושפט עם בית עומרי, עיין תוספתא (ליברמן, סוטה פרק יב הל' ג):

”כיון שהשיא אסא מלך יהודה את בתו של עמרי מלך ישראל ליהושפט בנו לאשה נגזרה על מלכות בית דוד שתכלה עם בית אחאב שני ומאלוקים היתה תבוסת אחזיהו וגו' ונפלו שניהם בו ביום זה עם זה”.

התערבות שתוצאותיה היו נוראיות ויתכן שיש בכך גם עונש על ההתערבות בסוגיה שרק העם או הנביא רשאים להכריע בה ועדיין צ”ע.

למקום, איננה רלוונטית לשאלת חוקיות השלטון, שהרי אחאב עבד אפילו עבודה זרה ממש<sup>11</sup>.

ב. שלטונו של מלך שלא נמשח על ידי נביא חייב להתבסס על תמיכת העם, ולא על טרור וכידוני חיילים. קל וחומר, שהוא אינו יכול להיות מבוסס על תמיכת צבא זר<sup>12</sup>. בזה שונים כל מלכי ישראל עד סוף שושלת יהוא, מהמלכים שמשלו אחר כך.

ג. תמיכת העם הכרחית להגדרת שלטון כחוקי, גם לגבי מלך שנמשח על ידי נביא<sup>13</sup>.

מסקנות אלה מעבירות את הדיון ההלכתי למישור הדמוקרטי, ובעצם, הופכות את הקריטריונים הדמוקרטים לעקרונות הלכתיים. גישה כזו, מקבלת כהנחת יסוד, שחוקיות שלטון, בישראל ובעמים, תבחן על ידי קריטריונים אחידים. זאת ועוד, יראת שמים<sup>14</sup>, שהנה קריטריון יסודי בהערכת אישיותו של היחיד, אין בינה ובין שאלת חוקיות השלטון, ולא כלום.

החובה על כל חברה ליצור מסגרת שתתבסס על חוקי צדק, שיבטיחו את זכויות היחיד ואת חובותיו כלפי הכלל, כלולה כנראה במצוות "דינין" שניתנה לבני נח<sup>15</sup>. לאור זאת, ניתן להניח, כי דינו המפורסם של שמואל "דינא דמלכותא דינא"<sup>16</sup>, מבוסס על מצוות דינין, שמוטלת על כל האנושות. על כן, דין זה מופיע בגמרא תמיד ביחס לשלטון אומות העולם, לא רק בגלל שבתקופת האמוראים לא היה שלטון ישראלי, אלא מפני שמצווה זו חלה בשווה על ישראל ואומות העולם.

#### שיטת הרמב"ם

הרמב"ם, בפרק בו הוא דן בשאלת חוקיות השלטון, מתחיל את הדיון באיסור ליהנות מן הגזל ולהשתמש ברכוש גזול גם אם הוא נגזל בידי אחר. כדוגמא מביא הרמב"ם (גזלה ואבדה פרק ה הל' ג) את הדין הבא:

"גזל (=אדם פרטי) דקלים ועשה מהן גשר אסור לעבור עליו..."

<sup>11</sup> אפילו הכוזרי (מאמר ד אות יד), המיקל עם ירבעם מחמיר עם אחאב.

<sup>12</sup> עיין מל"ב טו, טז-כ

<sup>13</sup> עיין בפירושו "העמק דבר" (דברים יז, טו), שדן במקרה בו יש עימות בין בחירת הנביא לבחירת העם.

<sup>14</sup> אל לנו לבלבל סוגייה זו עם שאלת הגדרת השלטון האידיאלי בישראל המופיעה ברמב"ם (מלכים פרק יא הל' ד) שם מתאר הרמב"ם את דיוקנו שלמי שרשאי לשאת בתואר "משיח":

"ואם יעמוד מלך מבית דוד הוגה בתורה ועוסק במצות כדוד אביו, כפי תורה שבכתב ושבעל פה, ויכוף כל ישראל לילך בה ולחזק בדקה, וילחם מלחמות ה', הרי זה בחזקת שהוא משיח, אם עשה והצליח ובנה מקדש במקומו וקבץ נדחי ישראל הרי זה משיח בודאי, ויתקן את העולם כולו לעבוד את ה' ביחד שנאמר כי אז אהפוך אל עמים שפה ברורה לקרוא כולם בשם ה' ולעבדו שכם אחד."

<sup>15</sup> סנהדרין נו.

<sup>16</sup> נדרים כח. גיטין י. ב"ק קיג. ב"ב נד:

זאת, כדי להבליט את ההבדל בין אדם פרטי הנוטל רכוש חברו ללא רשות, ובין שלטון חוקי הגובה מס, גם אם אזרחיו אינם מרוצים מכך. שאת דינו פסק הרמב"ם (שם, הל' יז):

“מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו”

הרמב"ם מרחיב את היריעה בעניין זה (שם, הל' יא) כך:

“במה דברים אמורים שהמוכס כליסטיס, בזמן שהמוכס גוי או מוכס העומד מאליו או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה. אבל מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שלישי או רביעי או דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך אינו בחזקת גזולן לפי שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריה ממכס זה מפני שהוא גזול מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל”

כלומר, הרמב"ם מונה את המקרים בהם המס נגבה בדרך לא חוקית מפני שהגובה איננו מייצג שלטון חוקי, חוקי המס אינם הוגנים<sup>17</sup> או מפני שהגובה איננו אדם הגון<sup>18</sup> ומוחזק כגזולן. לאחר מכן, עובר הרמב"ם לדון באיסור לגזול את השלטון על ידי התחמקות מתשלום מס אמת. מכיון שיסוד הלכה זו הינו אוניברסלי מסיים הרמב"ם:

“שדין המלך דין הוא... בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל”

לגבי השאלה מיהו המלך לו מוקנות הסמכויות האמורות, כותב הרמב"ם (שם, הל' יח):

“במה דברים אמורים, במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים<sup>19</sup> אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזולן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהם דין וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנין לכל דבר”

מקורותיו של הרמב"ם הם:

א. הסוגיה בבלי מגילה - “במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות”

<sup>17</sup> אין חוק שוה לכולם ולא כולם שוים בפני החוק.

<sup>18</sup> זו הכוונה כנראה ב”מוכס גוי” כפי שמסביר המגיד משנה, שבאותם הזמנים כל מוכס גוי היה מוחזק כגזולן, עד שלא הוכח אחרת, וכמקובל עד היום במשטרים לא מתוקנים. יש לשים לב שקלקולים מסוג זה, אף על פי שהם אינם נסבלים הלכתית, אינם משמיטים את הקרקע, מתחת רגלי השלטון, ואינם הופכים אותו לשלטון בלתי חוקי בעליל.

<sup>19</sup> “עבדים” לא במשמעות השלילית של הביטוי, אלא במשמעות של הביטוי במשפט המלך (שמ”א ח), על פי הפרשנות של הרמב”ם (מלכים פרק ד) ע”ש, כמבואר בהמשך דברינו.

ב. הסוגיה בירושלמי הוריות - "אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין"<sup>20</sup>.

אם כן, כל רעיון השלטון החוקי מבוסס על הצייווי האלקי - "מצות דינין", ועל ההסכמה של האזרחים לאכיפת ביצועה. שאלת הגזל, נגזרת מבחינת החוקים שנקבעו כביצוע מצוות דינין, ומשאלת הזכות של השלטון לגבות מס. כמו כן, שאלת האיסור להערים על השלטון, נגזרת משאלת חוקיות השלטון.

התשובה לשאלה מה הם חוקי הצדק בישראל, שעל פיהם נקבעו הכללים בעיקר בנושא גביית המס, מופיעים בספר שמואל א (פרק ח). שם העם הוא המבקש מלך, ובכך מתקיים התנאי היסודי של חוקיות השלטון. שמואל מפרט בפניהם את הכללים, העם מבין את הסיכונים הכרוכים בכך, ומקבל אותם עליו. בכך, הוא מכליל עצמו במנהג האוניברסלי "והיינו גם אנחנו ככל הגוים"<sup>21</sup>. אז ורק אז, מתחיל תהליך מציאת המועמד הפוטנציאלי, שיוכל לכהן גם הוא רק לאחר הסכמת העם וקבלת מרותו<sup>22</sup>.

הבנה זו היא העומדת כנראה ביסוד פסקי הרמב"ם בהלכות מלכים. הוא מקדיש לכך פרק שלם. הרמב"ם פותח בקביעה (מלכים פרק ד, הל' א):

"...מכאן שנותן מס וקוצב מכס. ודיניו בכל אלו הדברים, וכיוצא בהן - דין. שכל

האמור בפרשת מלך - מלך זוכה בו"

כלומר, ביסוד זכויות המלך המנויות בפרשת המלך בשמואל עומד הכלל "דינא דמלכותא דינא"<sup>23</sup>.

גם בסיכום הפרק חוזר ומדגיש הרמב"ם (שם, הל' י):

"ובכל אלו הדברים דינו דין"

### שיטת ראשונים נוספים ופסיקת ההלכה

שיטה זו, שעד כה תמכנו יסודותיה בפסקי הרמב"ם, היא כנראה שיטת ראשונים נוספים.

<sup>20</sup> הרמב"ם לא הזכיר שמעמדו של דוד בשעת מרד אבשלום היה כשל הדיוט. יתכן שסבר שהבבלי (סנהדרין קז. - בעניין ששת החודשים בהם דוד היה מצורע. ויתכן שגם מגילה יב: - בעניין הויתור של דוד לשמעני בן גרא, בזמן מרד אבשלום) חולק על ירושלמי בעניין זה (אף בירושלמי מצינו דעה חולקת - ר"ה פרק א הלכה א, עיין, עמוד הימיני סימן ז, סוף סע' ט) וצ"ע.

<sup>21</sup> יש להעיר שמצינו בחז"ל (סנהדרין כ: ) גם פרשנות שלילית לבקשת העם.

<sup>22</sup> וזה כידוע פשר ההמלכה הכפולה של שאול, השלב הראשון, בחירה משמיים, השלב השני, בחירה על ידי העם.

<sup>23</sup> הרמב"ם ציטט כלל זה בתרגומו העברי: "ודיניו בכל אלו הדברים, וכיוצא בהן - דין".

על דברי המשנה (גיטין ט):

”שטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אע”פ שחותמיהן עובדי כוכבים - כשירין, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים”

מעיר רש”י (שם):

”כשרין - דינא דמלכותא דינא, ואף על פי שהנותן והמקבל ישראלים הם.

חוץ מגיטי נשים - דלאו בני כריתות ניהו הואיל ולא שייכי בתורת גיטין וקידושין אבל על הדינין נצטוו בני נח. וכן שיחרורי עבדים, דבכל פסולא דאורייתא שוה שחרור לגט אשה דגמרינן לה לה.”

פשוט לרש”י שהמקור לכלל דינא דמלכותא הוא מצוות דינין, ממילא, הוא דין אוניברסלי, שכל עוד אין הוא מתנגש עם ההלכה הוא מחייב גם מבחינת ההלכה.

הרשב”ם (ב”ב נד: ד”ה והאמר), נכדו של רש”י, בהסברו לכללו של שמואל מגדיר:

”כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל”

דבריו בנויים על שתי הנחות יסוד:

א. סמכות השלטון מבוססת על הסכמת העם.

ב. מערכת חוקי המס של שלטון חוקי מחייבת מבחינה הלכתית.

על כן, אין למחזיק בממון על פי החוק לחשוש לגזל כיון שדינא דמלכותא דינא. גם לפי דבריו ברור שיש מכנה משותף אוניברסלי להלכה זו.

הרמב”ן בחידושו (ב”ב נה. ד”ה אם כן) כותב את הדברים במפורש:

”אלמא דינא דידעי לכולהו מלכי, ואף במלכי ישראל הקדושים דיני המלך ידועים, כמו שכתוב בקבלה על ידי שמואל הנביא”

לרמב”ן ברור:

א. שאין כל הבדל בין דינא דמלכותא באומות העולם ובישראל

ב. ה”דינא” המחייב הוא הדין הידוע, כנהוג בכל אומה, וכפי שנקבע גם בחוק הישראלי בימי שמואל.

בפירושו לתורה קשה לרמב”ן מה פשר הציווי 'לא תוכל לתת עליך איש נכרי' אם המלך הוא זה שהקב”ה בוחר כפי שהתורה מפרשת:

”שום תשים עליך מלך אשר יבחר ד’ אלקיך”



בתירוצו, הרמב"ן (דברים פרק יז פס' טו) מקצין את הדברים עוד יותר:

"ודעתי בדרך הפשט, כי טעם "אשר יבחר" שכל מולך על עמים, מאת האלהים היא לו. כענין שכתוב (דניאל פרק ד פס' כט) 'די שליט עלאה במלכות אנשא ולמאן די יצבא יתננה'. וכך אמרו (ב"ב צא:): 'אפילו ריש גרנותא מן שמיא מוקמי ליה'. יאמר 'שום תשים עליך מלך' כל אשר יהיה נגזר מן השמים שימלוך, ואם הוא מקטני שבטי ישראל ומשפחתו הצעירה, אבל איש נכרי לא תמליך עליך לעולם"<sup>24</sup>

לפי תירוצו זה של הרמב"ן מתברר כי כל המלכים בעולם שואבים את סמכותם מבחירת העם<sup>25</sup>, שמבטא בבחירתו את רצון מלך מלכי המלכים, בבחינת קול המון כקול שדי. כמו כן, ברור שאין כל הבדל מלכי ישראל למלכי האומות לעניין דינא דמלכותא<sup>26</sup>.

הריטב"א (ב"ב נה. ד"ה הני) כמו מורו ורבו הרמב"ן מפרש גם הוא:

"והסכימו הר"י ובעלי התוספות<sup>27</sup> והרמב"ן שאין אומרים 'דינא דמלכותא דינא' אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים והידועים. אבל אם המלך קובע ועשה דין חדש, לאו דינא הוא, עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו. ולכי הא לא אמר שמואל 'דינא דמלכא דינא' אלא 'דינא דמלכותא'. ומצינו בדברי שמואל שפירש לישראל חוקי המלך... והוא האמור בסנהדרין (כ:): 'כל האמור בפרשת המלך מלך מותר בו'."

שני העקרונות של הרמב"ן על פי הריטב"א, מקובלים גם על ר"י ובעלי התוספות. דינא דמלכותא הוא פונקציה של הסכמת העם לקבל את חוקי המלכות, והיא המקור המשותף באומות העולם ובישראל להלכה זו. החוקים הידועים הם בעצם החוקים המוסכמים.

על פי זה, נוכל להוסיף את הר"ן (ב"ב נה. ד"ה ורב הונא) לרשימת הראשונים שהבינו את הסוגיה בדרך זו:

"לכל המלכים יש חוקים ידועים... שהרי אפילו במלכי ישראל כתב להם שמואל מה שהמלך מותר בו"

יש לציין שהשולחן ערוך (חור"מ סימן שסט סע' א) העתיק לשון הרמב"ם כמעט מילה במילה,

<sup>24</sup> ומחדש הרמב"ן חידוש עוד יותר גדול:

"וכן על דרך הפשט המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו, כל שיבנו שם בית המקדש לה' הכל מרצון ה'"

<sup>25</sup> שהרי התורה מטילה לפי פירוש זה את ההכרעה רק על כתפי העם וממילא כך גם באומות העולם לשיטתו. אמנם אין הרמב"ן מבאר כיצד או מה היא הדרך המומלצת לביטוי רצון העם. על כן נראה לומר שהתורה השאירה זאת להחלטת כל עם לפי הזמן והמקום ובלבד שלא תהא זו השתררות בכח הזרוע.

<sup>26</sup> שהרי החוק הידוע לעם הוא המחייב.

<sup>27</sup> דלא כמו שהביא בשם הר"ן על נדרים, עיין בפתיחה. עיין עוד בתוספות (סנהדרין כ: ד"ה מלך) ובשיטתו היחידאית בנושא משפט המלך.

וכן הרמ"א במפה (שם)<sup>28</sup>. משמע מדבריהם שהם אינם מחלקים בין מלכי ישראל ומלכי אומות העולם.

#### סיכום

סמכות המלך מקורה בציווי אלוקי בתורה, על פי ציווי זה העם הוא זה שקובע את מנהיגיו. סמכות מנהיג זה, נובעת מהסכמת העם, ומותנית בהיות חוקיו חוקי צדק - הבטחת זכויות היחיד והבטחת מחויבות היחיד לכלל.

עקרונות אלה מחייבים כל שיטת ממשל שהיא, ואין הבדל בין ישראל לאומות העולם בעניין זה. שהרי גם אומות העולם הצטוו במצוות "דינין", שעל פי הראשונים כוללת גם את סמכות המלך.

לישראל מערכת חוקים שנקבעה בימי שמואל הנביא, בהסכמת העם, עקרונותיה מחייבים לדורות.

שאלת יראת השמיים של העומדים בראש הרשות המבצעת אינה רלוונטית לשאלת חוקיות השלטון. אמנם, עלינו לשאוף לשלטון אידיאלי, כפי שמתואר בהלכות מלכים לרמב"ם.

---

<sup>28</sup> שם ובעיקר הכרעתו הגה לסע' ח. ועיין שם עוד בהגה לסע' יג, שם דן הוא במקרה של התנגשות בין חוקי התורה לחוקי המלך, וכבר הערנו לעיל שלא נדון בשאלה זו במאמר זה.

הרב סיני לוי

## מעמד חפץ גזול ביד הגזולן או הגנב

### הקדמה

האחרונים דנו במעמדה הקנייני של הגזלה בידו של הגזולן או הגנב. תוכנו של הדיון הוא האם הבעלים המקורי של החפץ – הנגזל – נחשב עדיין בעליו גם כשהוא בידי הגזולן, או שמא הגזולן הוא בעליו של החפץ.<sup>1</sup> היסודות לדיון הן החובה להשיב את החפץ לידי הנגזל, דבר שמורה לכאורה על בעלותו על החפץ. מאידך, חובת הגנב לשלם דמים כאשר הגנבה אינה בעין, וכן הדרכים המיוחדות המאפשרות לגזולן או לבאים מכוחו לזכות בחפץ באופן הפוטר את הגזולן מהשבתו מראים במידה מסוימת על בעלותו של הגזולן על החפץ.

מטרת מאמר זה היא לשים כמקור עיקרי לדיון בשאלה זו את מחלוקת האמוראים רב ורבא<sup>2</sup> (סנהדרין עב.), ולהראות את השלכות מחלוקת זו על דיונים נוספים בדיני גזלה, בהם נחלקו אמוראים בפרקים האחרונים של מסכת בבא קמא.

### בא במחתרת - סנהדרין דף עב.

”מתני’ הבא במחתרת נידון על שם סופו. היה בא במחתרת ושבר את החבית אם יש לו דמים חייב אם אין לו דמים פטור:  
גמ’ אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור. מאי טעמא? בדמים קננהו.  
אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא.  
והאלהים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה<sup>3</sup>  
קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי.

<sup>1</sup> עיין קצוה”ח (סימן לד ס”ק ג) ונתייה”מ (שם) - לדעת שניהם הגזלה ברשות בעליה הראשונים. בקובץ שיעורים סבור שקנויה לגזולן. הבנתנו את שיטת רבא בהמשך הדברים שונה מהבנת נתייה”מ (שם) בכמה נקודות. ועיין לקמן הערה 19.

<sup>2</sup> לגבי הגרסא רבא/רבה בסוגיה זו, ראה ”ניצוצי אור” לרב מרגליות, המוכיח מסגנון הדברים כי רבא הוא בעל המימרא.

<sup>3</sup> משמעות המילה ‘רשות’ בהקשר זה, לדעתי, היא ‘בעלות’. הבעייתיות בפרשנות זו היא דברי רבי יוחנן בב”ק ס”א: ”אמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו.” על פי המינוח של רבי יוחנן רשות ובעלות הם דברים שונים. כאשר רשות מבטאת את השליטה בפועל, ובעלות היא השאלה הפורמאלית. בכל אופן בכמה מקומות נראה שהמילה רשות משמשת במשמעות ‘בעלות’.

ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל<sup>4</sup>."

המצב של גנבה ב'כא במחותרת' היא גנבה אשר אין חלים על הגנב חיובי התורה. הסיבה לכך היא שבשעת המעשה על הגנב חל דין מיתה, שהרי 'אין לו דמים', ועל כן אין להחיל עליו דין נוסף (קים ליה בדרכה מיניה) - היינו חיוב ממון. במשנה מבואר שהגנב פטור מנוקים, ורב מוסיף שפטור גם מחיובי גנב.

את יסוד מחלוקת רב ורבא ניתן להבין בשתי דרכים. האחת, שחולקים בדיני בא במחותרת (קים ליה בדרכה מיניה). לדעת רב היקף הפטור רחב יותר, ואילו לדעת רבא היקף הפטור מצומצם יותר, ועל כן פוטר רק 'בששיבר'. האפשרות השניה, שיסוד מחלוקתם בדיני גנבה נראת יותר, על בסיס הסבריו של רבא את דעת רב, ואת הסתייגותו מדעה זו ("ולא היא").

רבא מסביר את דעתו של רב בכך ש'ברשותיה קיימי' - היינו שלדעת רב הגנבה קנויה לגנב מעצם מעשה הגנבה. לכן לדעתו אף אם הגזלה בעין אין מוטלת על הגנב חיוב תשלומים. באשר לדעתו, עצם חובת השבת גוף הגזלה היא רק תוצאה של מצות התורה 'והשיב את הגזלה אשר גזל'.

לעומת זאת לדעת רבא, אין הגנבה קנויה, אלא 'לענין אונסין', אבל מן הבחינה הקניינית 'ברשותיה דמרייהו קיימי', היינו ברשות הבעלים הראשונים. הוא מוכיח את האפשרות להיות חייב באונסין אף מי שאינו בעלים, מדינו של שואל, שלכר"ע אינו בעלים, ועם זאת חייב הוא באונסים. על כן סובר רבא, שכל עוד החפץ הגנוב קיים ביד הגנב הוא מחויב להשיבו למי שגנב ממנו, אך כאשר אין החפץ בעין, שם יסוד החיוב הוא מעשה הגנבה, פטור הגנב מתשלומים<sup>5</sup>. חיוב זה אינו תוצאה של מצות 'והשיב', אלא משום שפשוט לא קנה את הגנבה, ועדיין היא בבעלותו של בעליה הראשונים<sup>6</sup>, ועל כן חייב ככל מזיק.

לסיכום: האמוראים חלוקים במעמדה הממוני של הגנבה ביד הגנב, ב'כא במחותרת'. דעת רב שבעצם מעשה הגנבה נקנית הגנבה לגנב, וכל חובתו להשיבה היא מצוות התורה - 'והשיב'. על כן במקום בו פטור ממצוה זו, אין מוטלת עליו חובה להשיב את החפץ אפילו אם הוא קיים

<sup>4</sup> יש לבחון האם משפט זה גם הוא מדברי רבא עצמו. גם אם אינו מדבריו, זו פרשנות פשטנית למשפט הראשון, "מסתברא מלתאי דברב בששיבר".

<sup>5</sup> בהסבר דעת רבא שמקבל את דברי רב בששיבר, נחלקו הראשונים. לדעת רש"י (שם), גם במקרה ששיבר את הכלים שגנב לאחר שעת הגנבה, פטור מתשלומים. לעומת זאת, דעת הרמב"ם ( בפירוש המשנה שם, וכן בגניבה פרק ט הל' יג) והרמב"ן (במלחמות שם), שדווקא אם שיבר בעודו במחותרת, פטור מתשלומים, אבל אם שיבר לאחר הגנבה, חייב בתשלומים. הפרשנות בה אנו נוקטים תואמת יותר את שיטת הרמב"ן.

<sup>6</sup> קצוה"ח (סימן שנ"א ס"ק ג) מסביר שאין הגנב מחוייב ב'והשיב', ועל כן אין הוא מחוייב ללכת ולהשיב, אלא זכותו של הגזול לתובעו ולהוציא ממנו את ממונו.

בעין. לדעת רבא השבת החפץ עצמו יסודה בכך שאין החפץ קנוי לגנב, ועל כן אינה תלויה בחיוב מיוחד שמטילה התורה על הגנב. לכן כל עוד החפץ בעין הגנב מחוייב להשיבו לבעליו המקוריים.

עם זאת, אין במחלוקת זו ראייה לדעתו של רב לגבי מעמדה של הגנבה במקום בו קיימת מצוות 'והשיב'. שהרי ניתן לומר, שאף שמעשה הגנבה כשלעצמו יוצר בעלות של הגנב, מצוות 'והשיב' מפקיעה בעלות זו, ויוצרת את בעלותו של הגנול, שכן, על פי דין התורה הגולן מחויב להשיב את החפץ לגנול.

בהמשך, ננסה להראות שלדעת רב גם במקום בו קיימת מצוות 'והשיב', אין הבעלים הראשון נחשב בעלי הגנבה.

גזל      ובא אחר ואכלו - בבא קמא דף קיא :

"אמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה

מאי טעמא? כל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי.

תנן: הגזול ומאכיל את בניו והניח לפנייהם פטורין מלשלם, תיובתא דרב חסדא.

אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחרי יאוש."

רב חסדא מחדש, שלבעלי החפץ הגזול, יכולה להיות תביעה, לא רק כלפי הגולן עצמו אלא גם כלפי אדם שלישי, אשר אכל<sup>7</sup> את החפץ הגזול. טעמו של רב חסדא הוא: כל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי. עמדה זו לכאורה תואמת את גישתו של רבא, במחלוקת בסנהדרין, והיינו שמעשה הגנבה או הגזלה<sup>8</sup> אינו מעביר את עצם הבעלות מן הגנול.

לביורר דעתו של רב ביבא אחר ואכלו' ניגש לסוגיה אחרת (קטו.). הסוגיה עוסקת בתקנת השבים, שהלוקח מן הגנב אפילו קודם יאוש, אינו מחויב להשיב את החפץ לגנול בחינם, אלא רק תמורת תשלום. המקרה בו דנים רב ורבי יוחנן הוא במקום בו הוכר הגנב, ועל כן לא יגרם ללוקח נזק גם אם ישיב את החפץ הגזול בלא תמורה, שכן בכוחו לתבוע את הגנב עצמו.

איתמר, גנב ומכר ואחר כך הוכר הגנב,

רב משמיה דרבי חייה אמר הדין עם הראשון,

<sup>7</sup> ונחלקו ראשונים האם דוקא בלא הסכמת הגנב או גם באכלו בהסכמתו, אך איני רואה השלכה למחלוקת זו לדיוננו כאן.

<sup>8</sup> הסתייגותו של רב חסדא 'ולא נתייאשו הבעלים' תרון בע"ה בסוף המאמר.

ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר הדין עם השני.  
 אמר רב יוסף לא פליגי כאן לפני יאוש הדין עם השני כאן לאחר יאוש הדין עם הראשון ותרוייהו אית להו דרב חסדא.  
 אמר ליה אביי ולא פליגי, הא מתנות כהונה כלפני יאוש דמי ופליגי. דתנן: אמר לו מכור לי מעיה של פרה והיו בהן מתנות נותנן לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקח הימנו במשקל נותנו לכהן ומנכה לו מן הדמים. ואמר רב לא שנו אלא ששקל לעצמו אבל שקל לו הטבח הדין עם הטבח.  
 אימא, אף דין עם הטבח, מהו דתימא אין מתנות כהונה נגזלות קמ"ל.  
ולאביי דאמר פליגי, במאי פליגי בדרב חסדא "

לדעת רב, על פי שתי הבנות אלו את מחלוקתם, הנגזל אינו יכול לתבוע את הלוקח אלא את הגזולן בלבד. לדעת רבי יוחנן בכוחו של הנגזל לתבוע הן את הלוקח והן את הגזולן עצמו. אליבא דרב יוסף, אין הם חלוקים, אלא שרב דיבר דווקא לאחר יאוש, ועל כן קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות. 'ותרוייהו אית להו דרב חסדא' הוא הבסיס לתביעת הלוקח במקום בו לא היה עדיין יאוש. והיינו כיון שהחפץ ברשותו-בבעלותו של נגזל יש לו יסוד לתביעת החפץ גם מאדם אחר.

אביי<sup>9</sup> מוכיח שאליבא דרב אין לנגזל יכולת לתבוע את הלוקח מן הגזולן גם קודם יאוש. ומסבירה הגמרא ש'פליגי בדרב חסדא'. והיינו שרב חולק על דינו של רב חסדא<sup>10</sup>. על פי הקדמת הדברים נראה ברור שרב לשיטתו אזיל, וסבור הוא שמעשה הגנבה או הגזלה יוצר בעלות של הגזולן על החפץ, ומפקיע את בעלות הנגזל. כל החובה להשיב את החפץ היא מכח מצוות 'והשיב', אך מצוה זו אינה יוצרת בעלות של הנגזל, ועל כן תביעת הנגזל היא דווקא ביחס לגזולן עצמו ולא ביחס לאדם אחר כלל, אפילו קודם יאוש.

כאמור, לדעת רב חסדא קיים יסוד נוסף לתביעה, והוא שקודם יאוש לא פקעה בעלותו של הנגזל 'וברשותיה קיימה'. יסוד זה הוא בסיס לתביעת ממון גם מאדם שלישי, הלוקח מן הגזולן או האוכל את הגזלה, וזו גם שיטתו של רבי יוחנן.

על בסיס הבנה זו את שיטות האמוראים, נראה לי להציע הסבר חדש לסוגיה הבאה:

<sup>9</sup> להלן נסביר שאביי 'חייב' למצוא שיטת אמוראים ראשונים החולקים על רב חסדא, שכן קיים יסוד להניח שגם הוא לית ליה דרב חסדא.

<sup>10</sup> הרשב"א סבור שלא חלק רב אלא באין גזלה קיימת, 'דבגזילה קיימת ולפני יאוש ליכא מאן דאמר [נדפטור] (ע"פ ש"מ)), ומוכיח 'דעד כאן לא קאמר רמי בר חמא (שחלק על רב חסדא) בריש פרקין בלפני יאוש אלא בשאכלוה, אבל בגזלה קיימת מודה דחייבין להחזיר'. לגבי שאלה זו, עיין להלן הערה 21.

דעת בעלים בהשבת הגזלה, בבא קמא דף קיה.

”מתני’ הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו  
לא ידעו בעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו, ומנו את הצאן ושלימה היא פטור:  
גמ’. אמר רב לדעת צריך דעת שלא לדעת מנין פוטר,  
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה אסיפא.  
ושמואל אמר בין לדעת בין שלא לדעת מנין פוטר,  
וכי קתני ומנו והיא שלימה פטור אכולה.  
ורבי יוחנן אומר לדעת מנין פוטר שלא לדעת אפי’ מנין נמי לא צריך,  
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא.  
רב חסדא אמר לדעת מנין פוטר שלא לדעת צריך דעת,  
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא.  
אמר רבא מ”ט דרב חסדא הואיל ואנקטה נגרי ברייתא.”

נושא המשנה הוא הצורך בידעת הבעלים על השבת הגזלה, אשר בלא ידיעה זו אין הגולן נפתר מחובתו כלפי הנגזל, ובמקרה של אונס לחפץ הנגזל, חייב הגולן בהשבת הדמים, אף שהחזיר את החפץ הגזול לרשות הנגזל. 'לדעת' שבדברי האמוראים, פירושו על פי רש"י (שם, ד"ה לדעת), ש'הכירו הבעלים שנגנב מהם טלה', ושלא לדעת, היינו שהבעלים לא ידעו כלל ממעשה הגנבה.

יש לבחון את עצם הצורך בדעת בעלים או ב'מנין' בהשבה. סיבה אחת היא שבלא ידיעתם, אין הבעלים יודעים על אחריותם המחודשת לשמור על החפץ שחזר אליהם, מה שהיה מוטל עד עתה על הגולן. סיבה זו טובה במקום בו ידע הנגזל על גנבת החפץ, ועל כן פסק מלשומרו. לעומת זאת, במקום בו לא ידע כלל על כך שיצא החפץ מרשותו, הרי לא הסיר שמירתו ממנו, ועל כן טעם זה אינו מסביר את הצורך בידיעת הנגזל על השבת החפץ. בבעלי חיים טעם זה משמעותי גם כאשר לא ידעו הבעלים מהגנבה, כפי שהסביר רבא את דברי רב חסדא המחמיר יותר במקרה בו לא ידעו הבעלים על הגנבה. נימוקו הוא - 'הואיל ואנקטה נגרי ברייתא', דהיינו, שהגנבה גרמה לכך שבעל החיים צריך שמירה מיוחדת. סיבה זו [דעת לצורך שמירת הבעלים] יש בה כדי לכלכל את שיטתו של רבי יוחנן, ולדעתו במנין סגי משום שהבעלים מודע לכך שהגנבה חזרה לרשותו.

אמנם שיטת רב ושמואל היא שבגנבה 'שלא לדעת' – מנין פוטר, ומכל מקום מנין ודאי צריך. ויש לשאול מה מקומו של מנין זה. כן גם תמה הרשב"א (ק"ח., ד"ה אמר רב):

”אלא שבעיקרון של דברים קשה לי, למה צריך דעת בעלים, ולא סגי אפילו מנין<sup>11</sup>, דכל שהחזירו במקום שנטל כבר קיים והשיב את הגזלה אשר גזל?”

<sup>11</sup> על פי המשך דבריו, נראה שכוונתו, שכמו כן קשה מדוע צריך אפילו מנין.

מכח קושיה זו פרש הרשב"א את יסוד הסוגיה בכך שאין הגולן נפטר אלא אם יודע הנגזל על כך שהושבה לו גזולתו, על מנת שלא יחשוד באדם שגזל לו ולא השיב לו את הגזולה. פירושו אפשרי לפי שיטתו שפירוש שגנבה 'לדעת' היא שידוע הגולן מי גנב ממנו, וישלם לדעת היינו שלא ראה את מעשה הגנבה עצמו. לפי שיטתו אכן במקום בו לא ידע הנגזל כלל על כך שנגנב ממנו דבר, אפילו לרב ושמואל אין צורך בידיעה או במנין. אולם כאמור רש"י ושאר ראשונים חולקים על פירוש זה, ולדעתם צריך מנין, אפילו לא ידעו הבעלים כלל ממעשה הגנבה.

לדעתי, ניתן להציע שמחלוקתם של האמורים יסודה בשאלה בה אנו עוסקים, דהיינו קנין הגזולה על ידי הגולן. אם נאמר שהגזולה אינה קנויה לגולן, פעולת השבת הגזולה אינה פעולה קניינית כלל ועיקר, שהרי החפץ נשאר בבעלות הנגזל גם בזמן שהיה בידי הגולן. לעומת זאת, אם נאמר שהגולן קנה את החפץ, השבת הגזולה אינה פעולה סתמית אלא היא הקניה של החפץ. כעת מסתבר לטעון, שאם אין כאן הקניה אין צורך כלל ביריעת הבעלים, אך אם יש כאן הקניה צריך מודעות, חלקית לפחות, של הבעלים ותפקיד זה ממלא ה'מנין', שהוא מודעות של הבעלים להיות החפץ ברשותו.

הסיבה לצורך בדעת הזוכה, היינו הנגזל, נראית לכאורה, שבכל קנין צריך דעת קונה. אך טעם זה אינו מספיק, שכן אם השיב לרשותו המשתמרת של הנגזל מדוע לא נאמר שיש בהקניה זו זכות גמורה, וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. התשובה לשאלה היא שאין השבת הגזולה זכות גמורה לנגזל, כאדם המקבל מתנה. שכן, השבת הגזולה טומנת בחובה גם זכות לגולן שהיא חובה לנגזל, והיינו שברגע ההשבה נפטר הגולן מחובת האונסים שמוטלת עליו, וחובה זו מוטלת מעתה על הגולן<sup>12</sup>.

1. מאידך, את העובדה שאין צריך מודעות גמורה לתהליך ההקניה, כפי שנדרש במעשה קנין רגיל<sup>13</sup> ניתן להסביר בשני אופנים:  
הקנאה שהיא מיצוי של חיוב קיים אינה דורשת את התנאים המלאים של הקניה רגילה, וכאן ההקניה היא מיצוי של חובת 'והשיב את הגזולה'. כך עולה מדברי התוספות (סנהדרין דף סח: ד"ה קטן), אשר מסבירים שאף אם זכית קטן מדרבנן בלבד, קיים מצב של בעלות קטן על ממון מדאורייתא "במעשה ידיו (= של הקטן), דמלאכתו ושכר טורחיו שלו מדאורייתא", וכוונת הדברים, שכיון שמתחייב המעסיק כלפי הקטן מן התורה, גם הקנאת השכר חלה מן התורה.

<sup>12</sup> מרכיב זה בא לידי ביטוי גם בהשבת הפיקדון במקום בו הוחזק הנפקד כפרן. אף שאומרים 'הולך כוכי', דהיינו שהוצאת החפץ מידי הנפקד זכות היא למפקד, עדיין חייב הנפקד באחריותו. עיין גיטין יד. וחז"מ סימן קכה סע' ב.

<sup>13</sup> המקור לצורך במודעות במעשה קנין הוא מגמרא (יבמות נב:): "העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו".



2. יש כאן דעת מקנה - זו שיטת הראב"ד שבמקום בו יש דעת מקנה אין צריך מודעות מלאה של הקונה<sup>14</sup>.

כעת ברור ששיטות האמוראים השונים מתבארות בנקל. רב סובר שצריך מנין גם בגזלה אשר הנגזל כלל לא היה מודע לה, משום שסובר שהגזלה קנויה לגזולן, כפי שהוכחנו בראשית הדברים. לעומתו רבי יוחנן נראה שסובר כשיטתו של רבא בסנהדרין, שכן כפי שהראנו הוא פוסק כשיטתו של רב חסדא<sup>15</sup> אשר היא תוצאה של שיטת רבא, שהנגזל עדיין בעלים על החפץ גם אחר הגזלה. הוכחה נוספת שזו עמדתו של רבי יוחנן היא ממה שפסק (ב"ק ט.ט):

”אמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש זה (=הגזולן) לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו.”

דהיינו שהחפץ אינו בבעלותו של גזולן אלא בבעלותו של הנגזל<sup>16</sup>.

להלכה, פסק הרי"ף בבעלי חיים כרב חסדא, שבגנבת בע"ח שלא לדעת צריך דעת, משום שרבא סובר כמותו. אבל בדברים שאינם בעלי חיים פסק כרבי יוחנן שבלא דעת אין צריך אפילו מנין. הרי"ף הסביר שלעולם הלכה כרבי יוחנן כנגד רב ושמאל, וכן שרב חסדא אינו חולק על רבי יוחנן אלא בבעלי חיים, אבל בדברים אחרים מודה לו. הרמב"ן במלחמות תמה מדוע אין פוסקים כרב ושמאל שבישאל לדעת צריך 'מנין', שהם רבים נגד רבי יוחנן (ורב חסדא ורבא לא הביעו דעתם בדברים שאינם בעלי חיים). לפי דברינו אף שרב חסדא ורבא לא הביעו דעתם בפירוש, על פי שיטתם שהגזלה אינה קנויה לגזולן, ברורה דעתם לגבי אי הצורך בדעת או במנין במקום בו לא ידעו הבעלים על הגנבה<sup>17</sup>.

אי עביד לא מהני תמורה דף ד- ו.

נראה לי שרבא סובר שאין הגזלה נקנית לגזולן בהתבסס על גישתו הכללית הבאה לידי ביטוי בסוגיה בתמורה (ד):

<sup>14</sup> הובאו דבריו בנימוקי יוסף (ב"ב מא, א, כא: בדפי הרי"ף, ד"ה מחילה בטעות). אף שהראב"ד כתב שאין צריך דעת קונה במתנה, הוא לא דיבר על מצב בו אין אפילו מודעות של הקונה לכך שהחפץ הגיע לרשותו- ומודעות זו גם לדעתו צריך.

<sup>15</sup> ב'הוכר הגנב' בב"ק קטו ע"א, ולעיל עמוד 2.

<sup>16</sup> עובדה זו מוכחת מכך שהחסרון של הנגזל מלהקדיש היא רק שאינה ברשותו אך לא שאינה שלו.

<sup>17</sup> יש לשים לב שרב שמאל ורבי יוחנן הם בני אותה תקופה, ואילו רב חסדא ורבא מאוחרים להם. לכן טבעי הוא שרב חסדא סובר באופן כללי כאחד מן האמוראים הראשונים - כר"י, אף שחולק עליו בפרט מסויים - השבת בעלי חיים ובעקבות כך פרשנות המשנה.

”אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אם עביד מהני,

דאי סלקא דעתך לא מהני אמאי לקי.

רבא אמר לא מהני מידי,

והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא הוא.”

נושא מחלוקתם הוא האם דבר שנעשה באיסור חל על אף האיסור שבו - לדעת אביי, אין האיסור מונע מפעולה שנעשתה באיסור לחול. במהלך הסוגיה הגמרא מנסה להקשות על אביי ורבא מנושאים שונים, ובגמרא (דף ו:):

”והרי גזל דרחמנא אמר (ויקרא י”ט) ‘לא תגזול’, ותנן הגזול עצים ועשאן כלים

צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה. תיובתא דרבא !

אמר לך רבא, שאני התם דאמר קרא (ויקרא ה’) ‘אשר גזל’ כמה שגזל.

ולאביי האי ‘אשר גזל’ מיבעי ליה, על גזילו שלר מוסיף חומש על גזילו של אביו

אינו מוסיף חומש.”

האחרונים דנו בשאלה מתי שייך העקרון ש’אי עביד לא מהני’<sup>18</sup>. בכל אופן, ברור מן הסוגיה שגזל הוא תחום בו עקרון זה משמעותי, אלא שאין מימוש של עקרון זה לענין קנין על ידי שינוי, משום שיש לימוד מיוחד מן הפסוק שאין חובה להשיב את החפץ לאחר שינוי. את שיטתו של אביי נראה שהבינה הגמרא, שמעשה הגנבה יוצר קנין, והחובה להשיב את החפץ עצמו לפני שינוי היא חובה חדשה, מן התחום האיסורי, אך לא כתוצאה מבעלותו של הנגזל, שהרי זו פקעה. לעומת זאת, על רבא הקשתה הגמרא, כיצד ניתן להבין את הפטור מהשבת החפץ הגזול, אפילו לאחר שינוי, אם מעשה הגנבה לא העביר את הבעלות. התשובה שנאמרה לשיטתו של רבא “שאני התם דאמר קרא (ויקרא ה’) אשר גזל כמה שגזל.” יכולה להתפרש כשני אופנים שונים:

1. בגנבה חידשה תורה שאי עביד מהני, ומעשה הגנבה פועל פעולת קנין.
  2. אף על פי שאין מעשה הגנבה יוצר קנין, לאחר שינוי התורה פטרה את הגזלן מלהשיב את גוף הגנבה. וכן לחובתו של הגזלן, התורה לא נתנה לגזלן את האפשרות להיפטר בגוף הגזלה לאחר שינוי (פרט זה משמעותי במקום בו יש ירידת ערך של הגזלה).
- לדעתי, כפי שהראנו בתחילת המאמר, ברור ששיטתו של רבא היא שאין הגנבה או הגזלה נקנית לגזלן בעצם מעשה הגנבה, כפי האפשרות השניה שהצענו<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> עיין באחרונים על השו"ע (סימן רח). סמ"ע ש"ך וט"ז, נתיב"מ ועוד.

<sup>19</sup> בסוף הסוגיה בתמורה שם, הגמרא מנסה למצוא כמה להלכה חולקים אביי ורבא, ובלישנא קמא אומרת הגמרא: “אלא במאי פליגי, בשינוי קונה.” ברש"י שם שני פירושים. על פי פירושו השני, רבא סובר למסקנה ששינוי אינו קונה, וחוזרת בה הגמרא מתירוצה לעיל, שהבאנוהו בגוף הדברים. מסקנה זו ודאי תואמת את הצעתנו בדבר גישתו של רבא, שמעשה הגזלה אינו קונה כלל, ולכן גם שינוי אינו קונה.

לפי הקו שהצענו, לכאורה, סביר שאבוי יחלוק על שיטתו של רבא, ויסבור כרב בסנהדרין, ודלא כרב חסדא לגבי גזל ובא אחר ואכלו<sup>20</sup>. נראה לי שזהו הכרחו של אבוי בסוגיה העוסקת בדעת בעלים בהשבה (קיח). שהבאנו לעיל, לסבור שרב ורבי יוחנן חלוקים בדרב חסדא. שכן, הוא עצמו אינו סובר כרב חסדא, ועל כן הוא סובר שאמוראים ראשונים (רב) גם הם חלקו על שיטת רב חסדא.

בהמשך הדברים ננסה להבין את מקומו של היאוש לפי השיטות השונות:

מקומו של היאוש לשיטות האמוראים השונות.

בגמרא (ב"ק סז):

“אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל.”

אמר רב לא שנו אלא לפני יאוש, אבל לאחר יאוש קנאו גנב ראשון, וגנב שני משלם תשלומי כפל לגנב ראשון.”

מפשטות דברי רב, וכן ממהלך הסוגיה ברור שרב סובר שיאוש (כדי) קונה לגמרי. משמעות הקביעה שיאוש קונה היא שחובת 'והשיב' פוקעת בשעת היאוש, ועל כן אפילו הגזלן עצמו אינו מחוייב להשיב את החפץ עצמו אלא יכול לפטור עצמו בתשלום דמי החפץ.

את האופן בו נקנית הגזלה לגזלן ניתן להבין בשתי צורות: האחת, שהגזלן קונה את הגזלה בשעת הגזלה עצמה אלא שרובץ עליו חיוב 'והשיב' אשר מונע ממנו זכיה גמורה. כאשר מתייאשים הבעלים סר המונע של חלות הקנין הראשון. האפשרות השניה היא שהיאוש מאפשר את הקנין שמתבצע אתר זמן היאוש (הסבר זה מתאים גם אם רבא או ההולכים בשיטתו היו

אך קשה לומר שזו שיטת רבא משתי סוגיות במסכת בבא קמא: בסוגיה בדף צו ע"א: "אמר רבא האי מאן דגזל לוליבא ועבדינהו הוצי קני דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי" מוכח מדבריו שסובר ששינוי קונה. כך משמע גם מסוגיה בריש הגזל ומאכיל, שם רבא מסתייג מהצגת שיטות התנאים שסוברים ששינוי אינו קונה, וטוען שגם אותם אמוראים סבורים ששינוי קונה.

עם זאת ניתן לתרץ ולומר שכל מה שרבא סובר ששינוי אינו קונה הוא דווקא בשינוי דממילא, אבל בשינוי בידים מודה שקונה. וזאת משום ששינוי בידים הוא כמעשה שפועל בעצם המעשה את הקנין, ואינו תוצאה של מעשה משפטי היוצר חלות - ועל כן אינו תלוי ב'אי עביד לא מהני'. נתייה"מ (סימן לד ס"ק ה) סבור שפירוש הגמרא הוא שחלוקים בשינוי החזור, שלאבוי קנה. דברים אלו קשים ביותר שכן אבוי מעמיד את משנת הגזלן עצים (צג): "אמר אבוי תנא דידן קתני שינוי דרבנן דהדרא וכל שכן שינוי דאורייתא " מבואר בדבריו ששינוי החזור אינו אלא שינוי דרבנן. ועיין עוד בדבריו שם שחולק על כל הבנתנו את הסוגיה.

<sup>20</sup> כפי שהערנו בתחילת הדברים בשיטתו של רב אין קישור זה הכרחי, שכן ניתן לומר שיודה לרב חסדא משום שמצוות 'והשיב' יוצרת בעלות חדשה. אך אפשרות זו אינה מסבירה את הדברים כראוי, שאם כן מודע מוגבל דינו של רב חסדא למקום בו לא נתיאשו הבעלים, שהרי מצוות 'והשיב' חלה גם לאחר יאוש.

סוברים שיאוש קונה). נראה, ששתי אפשרויות אלו הן העומדות בבסיס הסתפקות התוספות (סט. ד"ה כל) אם החפץ צריך להיות ברשותו של גולן אחר היאוש או שקונה גם אם אינו ברשותו. כאמור, לפי האופן בו הסברנו את שיטת רב, שאפילו קודם יאוש פקעה בעלותו של הנגזל מסתבר לומר שהאפשרות הראשונה היא המסתברת<sup>21</sup> בשיטת רב.

בכל אופן, אין זה מפתיע שרב הסובר שעצם הבעלות פקעה כמעשה הגולה, סובר שהיאוש מסיר גם את חובתו האחרונה של הגולן ביחס לחפץ (חיוב תשלומים ודאי קיים).

לעומת זאת, שיטת רבי יוחנן מבוארת (סח:): שסובר שיאוש כדי לא קני. כמו כן מבואר בסוגיה נוספת (קיא:): שזו שיטת רב חסדא, שכן חייב להעמיד את המשנה הפוטרת את הבנים מתשלום הגולה ב'לאחר יאוש', ומשמע שאביהם חייב.

לגבי שיטת רבא ביאוש, הגמרא (ב"ק סז:): מביאה סתירה בדברי רבא, שמחד מביא מקור לכך שיאוש אינו קונה, ומאידך דחה מקור זה:

רבא אמר מהכא 'קרבנו' ולא הגזול, אימת, אילימא לפני יאוש פשיטא למה לי קרא, אלא לאו לאחר יאוש, ושמע מינה יאוש לא קני, שמע מינה.  
והא רבא הוא דאמר דגזול קרבן דחבריה?  
איבעית אימא הדר ביה, ואיבעית אימא חד מינייהו רב פפא אמרה.

התוספות במקום (ד"ה רבא) מביאים ראיה שרבא סובר שיאוש כדי לא קני, מסוגיה בגיטין (נה:), שם דן רבא בשאלה מאיזו שעה העמידו חכמים בהמה גזולה ברשותו של גולן, שלא לפוסלה לגבי מזבח. גם ברשב"א בסוגיה בגיטין משמע שלדעתו דעת רבא שיאוש כדי לא קני<sup>22</sup>.

על פי ניתוח גישתו של רבא, מסתבר יותר שיאוש אינו קונה. עם זאת הדבר אפשרי שיאמר שיאוש קונה, אך ודאי לגבי הסתפקותם של התוספות שהבאנו לעיל, האם צריך שיהיה החפץ הגזול ברשות גולן בשעת יאוש או לאחריו, ודאי ינקוט שצריך להיות ברשותו. סוגיה נוספת שמתבארת על פי היסודות שהנחנו היא הסוגיה בריש הגזול ומאכיל:

<sup>21</sup> פירוש זה בדברי רב אינו הכרחי. שכן מן הסוגיה בסנהדרין מוכח שנוצרת בעלות גמורה של הגולן במקום שאין 'והשיב'. וכמו כן מן הסוגיה בקט"ו מוכח שבמקום שיש 'והשיב' פוקעת בעלותו של הנגזל, אך לא הוכח שבמקום שיש 'והשיב' חלה בעלותו של הגולן וחובת 'והשיב' אינה אלא כמצוה, שהרי לכו"ע היא מעקבת במידה מסוימת את הבעלות המלאה, לדוגמא לגבי קידושי אשה.

<sup>22</sup> גם בסוגיה שם ישנה סתירה לכאורה בדברי רבא. הוכחתו של הרשב"א תלויה שם גם בגרסה בב"ק קיד, אם גורסים רבא או רבה.

רשות יורש ורשות לוקח, מחלוקת רמי בר חמא ורבא. ב"ק קיא :

"(משנה: הגזול ומאכיל את בניו...) אם הניח לפניהם פטורין מלשלם :

אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי.

רבא אמר רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, והכא במאי עסקינן כשאכלום.

הא מדקתני סיפא אם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם מכלל דרישא בגזילה קיימת עסקינן.

אמר לך רבא הכי קאמר אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם.

והא מתני ליה רבי לרבי שמעון בריה לא דבר שיש בו אחריות ממש אלא אפילו

פרה וחורש בה חמור ומחמר אחריו חייבין להחזיר מפני כבוד אביהן.

אלא אמר רבא כי שכיבנא רבי אושעיא נפיק לוותי, דתריצנא מתניתין כוותיה.

דתני רבי אושעיא: הגזול ומאכיל את בניו פטורין מלשלם, הניח לפניהם גזילה

קיימת חייבין אין הגזילה קיימת פטורין הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם.

אמר מר אין הגזילה קיימת פטורין, נימא תיהוי תיובתא דרב חסדא ?

אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש.

אמר מר גזילה קיימת חייבין לשלם, נימא תיהוי תיובתא דרמי בר חמא

אמר לך רמי בר חמא כי תניא ההיא (קיב.) לפני יאוש."

רבא ורמי בר חמא חלוקים בפירושה של המשנה. לדעת רמי בר חמא בני הגזול פטורים מהשבת הגזולה, גם 'בגזולה קיימת'. הם פטורים משום שיש כאן שינוי רשות, שהרי לדעתו 'רשות יורש כרשות לוקח דמי'. על מנת לתרץ את הברייתא המחייבת את היורשים להשיב את הגזולה, כאשר זו קיימת בידם, מסבירא הגמרא<sup>23</sup> שלדעת רמי בר חמא "כי תניא ההיא לפני יאוש". לפי זה יוצא שיסוד פטור היורשים הוא 'יאוש ושינוי רשות'. נקודה נוספת שעולה מן הסוגיה היא שרמי בר חמא אינו סובר את דינו של רב חסדא, שהרי הם מעמידים את הברייתא בהעמדות הפוכות.

לדעת רבא אין לפרש את המשנה במקום בו גזלה קיימת, שכן רשות יורש לאו כרשות לוקח. והיינו, שאף אם נפרש את המשנה לאחר יאוש אם הגזולה קיימת עדיין חייבים היורשים בהשבתה, שכן לא התקיים התהליך הפוטר לוקח מהשבת החפץ. על כן רבא מפרש את המשנה דווקא שאין גזלה קיימת, 'בשאכלום'.

<sup>23</sup> תירוצ זה אינו מדברי רמי בר חמא עצמו אלא דברי סתמא דגמרא לתרץ דבריו עם הברייתא שהביא רבא. רמי בר חמא עצמו עשוי לסבור שברייתא זו חולקת על המשנה, ולסבור שעל פי המשנה אין תביעה הן כפי יורש והן כלפי לוקח אפילו קודם יאוש. שהרי כך עולה מפשט דברי רב אליבא דאביי בדף קיח שהבאנו לעיל, וע"ש בהערה 10.

לדעתי, גם מחלוקת זו ראשיתה בשאלה היסודית של מעמד הגזלה ביד הגזולן. שהרי אם הגזלה קנויה לגזולן – כדעת רב, המונע מן הגזולן לזכות באופן מלא בחפץ הוא מצות 'והשיב'. כיון שזו אך מצוה החלה על הגזולן אין סיבה שתחול על אחר, ולכל אדם אחר, בין לוקח בין יורש, אין כל חובה ביחס לנגזל, וודאי זוכה הוא בגזלה לעצמו. זו שיטת רמי בר חמא, שרשות יורש, כרשות לוקח דמי. וכאמור, העובדה שהוא חולק על רב חסדא עולה בסוגיה<sup>24</sup>, ואם כן ודאי סובר כשיטת רב.

לעומת זאת לשיטת רבא, הסובר שאין הגזלה קנויה לגזולן, לא די בהסרת המצוה של 'והשיב', אלא צריך גם פעולת קנין. וכאן יש לומר, שבלוקח יש פעולה קניינית, והיא המזכה את החפץ ללוקח. לעומת זאת, ירושה אינה פעולת הקנאה אלא העברת זכויותיו של המוריש ליורש. כיון שכך, אין העברה זו שהיא 'ממילא' פועלת פעולת קנין לזכות את החפץ ליורשים<sup>25</sup>, שהרי אין להם אלא מה שהיה למורישם, ולגזולן אליבא דרבא אין קנין כלל בחפץ הנגזל.

#### סיכום

העמדנו את מחלוקת רב ורבא אודות גנב שבבא במתרת והזיק, כמחלוקת יסודית בעניין מעמדה של הגנבה ביד הגזולן והראנו שלמחלוקת זו השלכה לגבי דעותיהם גם בגנבה או גזלה רגילה, שאינה ב'בא במתרת'. לדעת רב הגנבה קנויה לגנב, ולדעת רבא, 'ברשותיה דמריה קיימא' – היינו ברשות הנגזל. הראנו שמחלוקת עקרונית זו שזורה בסוגיות גנבה וגזלה, והצענו מספר סוגיות מסוג זה:

נראה שהבנה זו בשיטת רב היא הבסיס להבנת אביי את דעת רב בסוגיה בב"ק (קטו). גבי 'הוכר הגנב', אשר לדעתו של אביי רב חולק על רב חסדא, בענין 'בא אחר ואכלו'. והיינו, כיון שרב סובר שהגזלה קנויה לגזולן, אין לנגזל תביעה כלפי אדם זר אשר אכל את הגזולה, גם לפני יאוש. רבי יוחנן שם, בשיטת רבא אזיל. הצגנו גם את שיטת רב ורבא בדיון יאוש קונה, אשר מתאימה לגישותיהן השונות.

הצענו שגם מחלוקת האמוראים (ב"ק קיח). לגבי הצורך בדעת בעלים בגנבה אשר לא ידעו הבעלים ממנה, תלויה במחלוקת עקרונית זו. רב ושמואל סוברים כי הגנב קנה את הגנבה ועל כן יש צורך במודעות הבעלים להחזרת הגנבה, גם במקום בו לא ידעו הבעלים את העובדה שנגנבה מהם, וזאת משום שיש בהחזרת הגנבה פעולת קנין. לעומת זאת לדעת רבי יוחנן (ורב

<sup>24</sup> בהמשך להערה הקודמת, יש לשים לב גם כאן, שהברייתא דבי רבי אושעיא היא המובילה להכרח שרמי בר חמא אינו סובר את רב חסדא. לפי דרכנו עובדה זו עולה גם מניחות יסודות שיטתו של רמי בר חמא.

<sup>25</sup> עיין בחזון איש (ח"מ סימן טז), מדבריו נראה שהוא סובר שהשאלה - האם ירושה היא ממילא או שיש בה העברה קניינית ככל קנין - היא העומדת בבסיס מחלוקת רמי בר חמא ורבא.

חסדא) ההולך בשיטת רבא (כפי שהראנו בסוגיית בא אחר ואכלו) אין צורך בדעת בעלים אלא במקום בו ידעו הבעלים מעובדת הגנבה, וזאת על מנת שיחזרו לשמור על החפץ הגנוב.

הצענו עוד, שדעת רבא מבוססת על שיטתו (תמורה ד.) ש'אי עביד לא מהני'. והיינו שאף שהגמרא שם הסבירה שגם רבא מודה ששינוי קונה מגזרת הכתוב, היינו דווקא במקום בו היה שינוי, אך קודם שינוי לדעתו 'ברשותיה דמריה קיימא'. על פי הצעה זו נראה שאביי משום שסובר שאי עביד לא מהני, בשיטת רב אזיל, ולית ליה דרב חסדא.

גם המחלוקת האם רשות יורש כרשות לוקח דמי (ב"ק קיא:), יסודה בשאלה העקרונית בדבר מעמדה של גזלה. לשיטת רבא, הסובר שאין הגזלה קנויה לגזלן, לא די בהסרת המצוה של 'והשיב', אלא צריך פעולת קנין, וירושה שהיא 'ממילא' אינה פועלת פעולת קנין. נראה שרמי בר חמא סובר כשיטת רב, שהגזלה קנויה לגזלן. לשיטתם, המונע היחיד מן הגזלן לזכות באופן מלא בחפץ הוא מצות 'והשיב', ומצוה זו חלה על הגזלן בלבד ולא על היורש, כשם שאינה חלה על הלוקח, ועל כן יורש כרשות לוקח'.

הרב עדו רכניץ

### קנייני גזולן וגנב

התהליך בו עוברת הבעלות מידי הבעלים לידי הגזולן הנו מורכב ורב שלבי, בהבנת השפעת השלבים השונים נחלקו ראשונים, כפי שיוצג לקמן. השאלה המרכזית שתידון בהקשר זה היא האם לגזולן יש זכות קניינית בחפץ הגזול עוד לפני יאוש ושינוי כלשהו.

לכאורה, בשאלה זו נחלקו גם אמוראים, בגמרא (סנהדרין עב.) איתא:

”אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא - בדמים קננהו.

אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא.

והאלהים! אמר רב אפילו נטל. דהא יש לו דמים ונאנסו - חייב, אלמא: ברשותיה

קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי.

ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה

דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל.

כלומר, נחלקו אמוראים ממה נפטר בא במחתרת רב סבר שנפטר מהשבת החפץ הגזול ורבא סבר רק כששבר את חפציו של הנגזל.

בגמרא מוסבר, שהאמוראים נחלקו בשאלה האמורה: רב סבר שגזולן קונה לחלוטין את החפץ הגזול ורק חיוב השבה מוטל עליו. קים ליה בדרכה מיניה פוטר את הגזולן מחיוב השבה. רבא סבר שהחפץ הגזול שייך לנגזל, בא במחתרת נפטר רק מחיוב נזיקין.

### שיטת הרמב"ם

הרמב"ם סבר שמעשה הגזילה עצמו אינו יוצר זכות קניינית של הגזולן בחפץ, אלא יוצר חיוב באונסים על הגזולן. אם הגזולן יזיק את החפץ הגזול יתחייב ככל מזיק אחר, שהרי החפץ אינו שלו. כאשר החפץ משתנה הבעלות עוברת לידי הגזולן.

קנייני גזולן לפני יאוש

א. הגונב מגנב

הרמב"ם (גניבה פרק א הל' יז) נימק מדוע הגונב מגנב פטור מכפל כך:

”הגונב מאחר הגנב, אף על פי שנתיאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל ואם טבח ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה. לגנב הראשון אינו משלם, שהרי דין הבהמה



הזאת לחזור בעיניה לבעלים ולא קנייה הגנב, ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותן.

הגונב מגנב אינו משלם כפל לגנב כיון שהחפץ הגנוב אינו שייך לגנב<sup>1</sup>. הרמב"ם מדגיש "אף על פי שנתיאשו הבעלים", כלומר, גם יאוש אינו מפקיע את בעלות הנגזל.

ב. כיצד גזלן מתחייב

נחלקו אמוראים כיצד גזלן מתחייב באונסים (כתובות לא:):

"ותרוייהו בדיוקא דהא מתני' קמיפלגי, דתנן: היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים - פטור, הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת - חייב; רבינא דייק מרישא, רב אחא דייק מסיפא. רבינא דייק מרישא: היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים - פטור, טעמא דמת ברשות בעלים, הא הוציאו מרשות בעלים ומת - חייב; רב אחא דייק מסיפא: הגביהו או שהוציאו, הוצאה דומיא דהגבהה מה הגבהה דאתי לרשותיה, אף הוצאה נמי דאתי לרשותיה".

דהיינו, רבינא סבר שגזלן מתחייב באונסים בהוצאה מבית הנגזל ואפילו לרשות הרבים, רב אחא סבר שגזלן מתחייב דוקא במשיכה בסמטה. לכאורה, כיון שקיימא לן שעל מנת ליצור זכות קניינית צריך משיכה בסמטה (ב"ב פד:): נוכל להניח שמחלוקת האמוראים היתה האם לגזלן יש זכות קניינית בחפץ הגזול.

הרמב"ם (גניבה פרק ג הל' ב) פסק כרבינא:

"כיצד, זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו, או שהדליק גדיש חבירו בשבת, או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רשות היחיד לרשות הרבים ואבדו שם, הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה והזק באין כאחת...".

לאור האמור לעיל נאמר שהרמב"ם סבר שלגזלן אין זכות קניינית בחפץ הגזול, הגזלה מטילה על הגזלן חיובים בלבד<sup>2</sup>.

ג. שינוי ונזק

קיימא לן ש"שינוי קונה", כלומר, לאחר שהגזלה עברה שינוי היא שייכת לגזלן. על פי תפיסת הרמב"ם, שגזלן אינו קונה את הגזלה, שינוי הוא זה שמעביר את הבעלות. ההשלכה המרכזית היא שדוקא שינוי שהגזלן מעוניין בו מעביר את הבעלות, אולם, שינוי שהגזלן לא מעוניין בו, כנזק, לא מעביר את הבעלות. להלן פסקי הרמב"ם:

<sup>1</sup> הרא"ש (ב"ב פרק ה סי' ג) כתב זאת בצורה מפורשת יותר:

"...ואף על גב דגזלן לא קני במשיכה, דמאן אמר ליה למשון..."

<sup>2</sup> כך טען ר"י בתוספות (כתובות לא: ד"ה וברשות).

בגמרא (ב"מ מג) איתא:

"אמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מתבריה, מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה, תברה או שתייה - משלם ארבעה, איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא, ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזל מיניה, ותנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה. איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - השתא לא עביד לה ולא מידי, אמאי קא מחייבת ליה - אההיא שעתא דגזלה, ההיא שעתא זוזא הוא דשויא."

דהיינו, גולן שהזיק את החפץ הגזול משלם כשעת גזלה אם ערכו של החפץ עלה בין הגזלה לנזק. הרמב"ם (גו"א פרק ג הל' א-ב) פסק כרבה והתייחס גם למקרה ההפוך:

"הגזול חבית של יין מתבירו והרי היא שוה דינר בשעת הגזלה והוקרה אצלו ועמדה בארבעה, אם שבר את החבית או שתה אותה או מכרה או נתנה במתנה אחר שהוקרה משלם ארבעה כשעת הוצאה מן העולם שאילו הניחה היתה חוזרת בעצמה, נשברה מאליה או אבדה משלם דינר כשעת הגזלה.

היתה שוה בשעת הגזלה ארבעה ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם ארבעה כשעת הגזלה בין ששבר אותה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאליה וכן כל כיוצא בזה."

נראה שהרמב"ם הלך לשיטתו שהחפץ הגזול נשאר שייך לנגזל, לפיכך, כל המזיק את החפץ חייב לנגזל ככל מזיק. כאשר הגולן מזיק, חלים עליו שני חיובים - חיוב גזלן משעת גזלה, וחיוב מזיק משעת הנזק, ממילא הנגזל/ניזק יכול לבחור את הגבוה מבין שניהם.

באותו אופן מתבאר הדין הבא, בגמרא (ב"ק קיא): איתא:

"אמר רב חסדא: גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו, רצה מזה - גובה רצה מזה - גובה. מאי טעמא? כל כמהדלא נתייאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי..."

הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ד) פסק דין זה:

"מי שעבר ואכל את הגזלה אחר היאוש פטור מלשלם, ואם אכל קודם יאוש, ורצו הבעלים לגבות מן האוכל - גובין, שעדיין ברשותן היא. ואם רצו גובין מן הגולן."

דין זה הולם את שיטת הרמב"ם הסובר שחפץ גזול שייך לנגזל, לפיכך, המזיקו צריך לשלם לבעלים, לחלופין, יכולים הבעלים להעדיף לתבוע את הגולן. לאור דברי רבה, מסתבר שהמזיק ישלם כשעת הנזק, והגולן ישלם כשעת הגזלה.

דין נוסף מתבאר לאור ההבנה האמורה, הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' טו) פסק:

"גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גולן, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת, שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו בה הרשות בידן, וכן כל כיוצא בזה."

משמע ששבירה אינה שינוי שמעביר בעלות, גם כאן הרמב"ם לא התנה את הדין בהעדר יאוש, משמע, מסבר שגם לאחר יאוש, הגזול הוא הבעלים ולא הגזולן.

המחנ"א (הערות להל' גו"א פרק ב הל' טו) הסביר את הרמב"ם כך:

"דכיון שנשבר מסתמא זה אינו רוצה לקנותו"<sup>3</sup>.

דהיינו, כיון שהרמב"ם סבר שאין לגזולן זכות קניינית בגזלה הרי שהשינוי הוא מעשה העברת הבעלות, לפיכך, צריך שהמעשה ילווה ברצון לקנות, בשבירה אין רצון כזה<sup>4</sup>.

את המשנה (ב"ק צו:), הרמב"ם (הל' גו"א פרק ג הל' ד) הסביר לשיטתו:

"גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה, או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך, או שגזל פירות והרקיבו כולן, או יין והחמיץ, הרי זה כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה. אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו, או שגזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת, או שגזל פירות והרקיבו מקצתן, או תרומה ונטמאת, או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, או בהמה ונעברה בה עבירה או נפסלה מליקרב או שהיתה יוצאה להסקל, אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה".

דהיינו, כל הנזקים קונים אך ורק בגלל תקנה, כיון שהגזולן אינו מעוניין בחפץ לאחר ירידת ערכו. במקביל, ישנן ירידות ערך שאינן נחשבות נזק, ויכול הגזולן להיפטר בהשבת החפץ כפי שהוא.

גם הדין הבא מובן על רקע שיטת הרמב"ם, בגמרא (סנהדרין עב.). איתא:

"אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא - בדמים קננהו.

אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב כששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא.

והאלהים! אמר רב אפילו נטל. דהא יש לו דמים ונאנסו - חייב, אלמא: ברשותיה קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי.

ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל".

דהיינו, נחלקו אמוראים האם בא במחתרת נפטר מחובת השבת החפץ שגנב, לכולי עלמא, אם שבר בשעה שבא במחתרת פטור בגלל 'קים ליה בדרכה מיניה' (קלב"מ).

<sup>3</sup> הצורך בכוונת קניין בשינוי מוזכר כבר בתוספות (ב"ק צו: ד"ה בשבח) וברא"ש (חולין פרק יא סי' ב), אולם, לא בהקשר בו עסק המחנ"א.

<sup>4</sup> המ"מ (שם) חילק בין שינוי גדול וקטן, שבירה היא שינוי קטן, לפיכך, היא לא מעבירה את הבעלות.

הרמב"ם (גניבה פרק ט הל' יג) פסק דין זה כך:

"כל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין, אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור כמו שביארנו".

דהיינו, הרמב"ם פטר רק גנב ששבר "בביאתו", ובכך אזל לשיטתיה ולא פטר מהשבה כשהחפץ בעין וכן לא פטר כששבר לאחר שיצא מהמחתרת. שהרי אם שבר לאחר היציאה מהמחתרת חייב כמוזיק, והיותו פטור מחיובי גנב, בגלל קלב"מ, אינה משפיעה על חיובי המזיק.

ד. יאוש ושינוי רשות

בגמרא (ב"ק סח.) איתא שיאוש ושינוי רשות מפקיעים את בעלות הנגזל. הרמב"ם (הל' גנבה פרק ג הל' ה) פסק דין זה כך:

"נתיאשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם".

כלומר, יאוש ושינוי רשות מעבירים את הבעלות על החפץ לקונה וכן שינוי רשות ויאוש. אולם, על הקונה לשלם את דמי החפץ לנגזל. כיון שהרמב"ם סבר שהבעלות על גולה שייכת במלואה לנגזל, אין תימה שמן הדין על הקונה לשלם לנגזל ממנו עברה הבעלות אל הקונה. הלכה זו מוסיפה חידוש נוסף, בכך שהיא מחילה את הדין גם לאחר יאוש, כלומר, גם הקונה מגזלן לאחר יאוש צריך לשלם לנגזל. מכאן ישנה ראייה שגם יאוש לא משנה את מעמד הגזלה והיא נשארת של הנגזל. דיון נרחב על משמעותו של היאוש, לקמן.

ה. זמן החיוב בשינוי

הגר"א (על תוספות ב"ק צה. ד"ה משלם) כתב ששינוי קונה, ומשלם כשעת השינוי. לכאורה, סבר כשיטת הרמב"ם שעד שעת השינוי החפץ שייך במלואו לנגזל ורק בשינוי עברה הבעלות ונוצר חיוב הכספי.

לעומת זאת, הרמב"ם (הל' גו"א פרק ב הל' א) עצמו פסק שמשלם כשעת הגזילה:

"הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה, ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה קנה אותה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה".

הרמב"ם מדגיש שיאוש אינו משפיע, הוא אינו מפקיע את הבעלות, וכן חוסר יאוש אינו מונע משינוי להעביר את הבעלות לגזלן. לכאורה, יש לומר שהתשלום הוא בעקבות החיוב שנוצר בשעת הגזלה, השינוי עצמו אינו יוצר חיוב נוסף. יתכן שלא נוצר חיוב חדש כיון ששינוי אינו מעשה עוולה שמחייב כנוק או גזל.

ו. השבת גזלה ללא ידיעת הנגזל

בגמרא (ב"ק קיח.) נחלקו אמוראים, עד כמה צריך הנגזל לדעת על השבת הגזלה כדי לפטור את הגזולן מאונסים. הרמב"ם (גנבה פרק ד הל' יא) פסק כך:

"...ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו אפילו מנין אינו צריך אלא כיון שהחזירו למקומו נפטר מאחריותו."

כלומר, גזולן יוצא ידי חובת השבה בהשבת הגזלה לשליטת הנגזל גם ללא ידיעתו. לשיטתו, שאין קניין ולכן לא צריך ידיעת הנגזל בהשבה.

קשיים בשיטת הרמב"ם

א. דמי שכירות על השימוש בגזילה

בגמרא (ב"ק צז.) איתא:

"איתמר: התוקף ספינתו של חבריו ועשה בה מלאכה, אמר רב: רצה - שכרה נוטל, רצה - פחתה נוטל; ושמואל אמר: אינו נוטל אלא פחתה.  
אמר רב פפא: לא פליגי, הא דעבידא לאגרא, הא דלא עבידא לאגרא.  
ואיבעית אימא: הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא, והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא."

הרמב"ם (גו"א פרק ג הל' ח) פסק דין זה כך:

"התוקף ספינתו של חבריו ועשה בה מלאכה אם אינה עשויה לשכר שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר אם ירד לה בתורת שכירות הואיל וירד שלא ברשות אם רצה הבעל ליטול שכרה - נוטל, רצה ליטול פחתה נוטל, ואם ירד לה בתורת גזל - נותן הפחתה, וכן כל כיוצא בזה."

דהיינו, אם לא ירד על דעת שכירות אינו משלם דמי שכירות,

לכאורה קשה, הרי לשיטת הרמב"ם חפץ גזול אינו קנוי לגזולן אלא שייך לנגזל ואם כן מדוע אינו משלם דמי שכירות כדין הקונה קרקע גזולה ודר בה (גו"א פרק ט הל' ח):

"הגזול שדה ומכרה ואכל הלוקח פירותיה מחשבין עליו כל הפירות שאכל ומשלם לבעל השדה וחוזר וגובה אותן מן הגזולן מנכסים בני חורין..."

יתכן והסמ"ע (סימן שסג סעי' יג) חש בכך ולכן כתב:

"וכן אם עשה בה הוא מלאכה תקנו שלא יוציאנו מידו שכר בדנחית לה בתורת גזילה משום תקנת השבים אלא משלם כעין שגזל."

דהיינו, מן הדין היה הגזולן צריך לשלם שכר, אולם, נפטר בגלל תקנת השבים.

ניתן לתרץ ולומר<sup>5</sup> שהרמב"ם סבר שלא יתכן להחיל על גזלן חיוב באונסים כשואל ובמקביל לחיבו בדמי שכירות. טענה דומה ישנה ברש"י (סנהדרין עב. ד"ה אבל):

"...דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא..."

כלומר, רש"י מסביר שחיוב גזלן באונסים נובע מכך שכל ההנאה שלו<sup>6</sup>.

ב. שולח יד בפקדון

מלשון הרמב"ם לגבי שולח יד משמע שלגזלן יש זכות קניינית, שהרי הרמב"ם (הל' גנבה פרק ד הל' א-ב) פסק:

"הטוען שנגנב הפקדון מביתו, אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפקדון היה אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב...  
במה דברים אמורים שנשבע קודם שישלח יד בפקדון, אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח יד נתחייב בו וקנהו."

כלומר, בדרך כלל שומר שטען טענת גנב ונמצא ששיקר משלם כפל. אולם, כאשר השומר שלח יד בפקדון קודם שטען טענת גנב הוא אינו חייב בכפל.

לכאורה, ניתן היה לומר ששליחת היד מחייבת אפילו באונסים ולכן טענת גנב אינה פוטרת, ממילא, טענת גנב גם אינה מחייבת בכפל. אולם, הרמב"ם נימק את הדין בכך ששליחת היד גורמת לכך שהשומר קנה את הפיקדון, וטענת הגנב מיותרת שהרי החפץ שלו. לכאורה, יכולה הבעלות לעבור לשומר משתי סיבות: א. חלק מדיני שמירה. ב. כחלק מדיני גזלה. בהלכה זו הרמב"ם אינו מפרט.

בהלכה נוספת הדברים מפורשים יותר על ידי הרמב"ם (גו"א פרק ג הל' יא):

"השולח יד בפקדון בין ששלח יד בעצמו או על יד בנו ועבדו ושלוחו הרי זה גזלן ונתחייב באונסיו, ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגזלנים..."

כלומר, הרמב"ם כתב ששליחת היד מחייבת באונסים "ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגזלנים". המילה "ברשותו" מקבילה ל"וקנהו" בהלכה הקודמת שהובאה, משתי ההלכות עולה שהרמב"ם סבר שיש לגזלן זכות קניינית בחפץ הגזול.

חשוב לציין, שניתן להסביר את פסק הרמב"ם גם ללא שימוש בנימוק שלגזלן יש זכות קניינית, אולם, הרמב"ם בחר להסביר את פסיקתו בכך שגזלן קונה. הדברים דורשים הסבר וצ"ע.

<sup>5</sup> כך חידש הרב ידידיה כהנא.

<sup>6</sup> טענה זו שחיוב באונסין מותנה בכך שכל ההנאה של הגזלן שנייה, לכאורה, במחלוקת אחרונים. אדם שלקח מיטלטלין על דעת שכירות חייב לשלם דמי שכירות או פחת הנכס על פי בחירת הבעלים. קצוה"ח (סימן שח ס"ג) כתב שבכל מקרה אינו חייב באונסים, לעומתו, החזו"א (ב"ק סימן כ סע' ד) כתב שחייב באונסים. לכאורה, נחלקו בשאלה האם יתכן לחייב באונסים מי שחייב בתשלומי שכירות ואין כל ההנאה שלו.

ג. חיוב גולן בנוזקים שגרמה הגזלה

בעקבות המשנה (ב"ק נה:) פסק הרמב"ם (נוזקי ממון פרק ז הל' א):

"הכונס צאן לדיר...היתה מחיצה בריאה ונפרצה כלילה או שפרצוה ליסטים ויצאת והזיקה פטור, הוציאוה ליסטים והזיקה הליסטים חייבין."

כלומר, גולן חייב כאשר הנכס הגזול הזיק. אילו הרמב"ם היה סובר שגולן קונה את הנכס הגזול הדין היה פשוט, הגולן חייב כיון שהוא הבעלים. אבל לאור מה שהוסבר בשיטת הרמב"ם צריך לומר שחיוב בנוזיקין אינו מותנה דווקא בבעלות<sup>7</sup>.

קניין גזלה לאחר יאוש

הרמב"ם סבר שיאוש לא מאפשר זכייה בגזלה, אלא שינוי הרשות הוא השינוי שמעביר את הבעלות. שינוי הרשות מועיל רק כאשר הבעלים התייאשו. מקור לתפיסה כזו ניתן למצוא בגמרא (ב"ק עו.):

"ודקשיא לך: מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים! מכרו להדיוט - מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון, מכרו לשמים - מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן."

כלומר, מכירת החפץ היא מעין שינוי שם.

הסבר לשיטה זו ניתן למצוא בדברי קצוה"ח (סימן רסב ס"ק א):

"...בגנב וגולן שתרומתן תרומה והקדשן הקדש, על ידי שינוי השם עיקר הקניין, והיאוש אינו אלא שלא ירדפו הבעלים. דכל זמן שמרדפין, ליכא מקום לשמו כלל..."

קצוה"ח הסביר שיאוש והקדש מעבירים בעלות, כיון שהקדש הוא שינוי שם, אלא שכל זמן שהבעלים מרדפים אתר גזלתם אי אפשר לשנות את השם. באותו אופן ניתן לומר ששינוי רשות הוא שינוי שם שמועיל רק כאשר הבעלים "אינם מרדפים".

ואכן, קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א) טען שלשיטת הרמב"ם שינוי הרשות הוא מעין שינוי שם:

"...דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת..."

לאור זאת, ניתן לסכם שלדעת הרמב"ם שינוי רשות הוא שינוי שם, שחל רק כאשר הבעלים "אינם מרדפים".

ישנן מספר ראיות לכך שזו שיטת הרמב"ם:

א. המקדש בגזל

<sup>7</sup> שאלה זו דורשת דיון נפרד ואין זה מקומו.

בגמרא (קידושין נב:) איתא:

”ההיא איתתא דהוה קא משיא כרעא במשיכלא דמיא, אתא ההוא גברא חטף זווי מחבריה ושדא לה, אמר לה: ’מיקדשת לי’. אתא ההוא גברא לקמיה דרבא, אמר: ’לית דחש להא דר’ שמעון, דאמר: סתם גזילה יאוש בעלים הויא.”

כלומר, רבא פסק שהמקדש בגזל אינה מקודשת כיון שמסתמא לא היה יאוש, משמע, שאם ידוע שהיה יאוש מקודשת.

כך פסק הרמב”ם (אישות פרק ה הל’ ד):

”המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר בייאוש - הרי זו מקודשת, ואם לאו - אינה מקודשת.”

כלומר, אם גזלן יקדש אשה בחפץ גזול לאחר יאוש - האשה מקודשת.

לכאורה, פסיקה זו מבוססת על כך שלגזלן ישנה זכות קניינית בחפץ הגזול, נתינת זכות זו לאשה מאפשרת קידושין. אולם, לאור מה שנטען עד כה בדעת הרמב”ם, קשה, מדוע האשה מקודשת, הרי הגזלן לא נתן לה דבר משלו? דברי הרמב”ם שצוטטו עד כה שוללים את האפשרות לומר שיאוש מעביר את החפץ לבעלות הגזלן. המ”מ (שם) הסביר את הדין כך:

”...אף על פי דקיימא לן יאוש בלבד אינו קונה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהיא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קנה אותה.”

כלומר, כיון שהאשה קנתה את החפץ שניתן לה על ידי הגזלן, גם הגזלן קנה את החפץ והתברר שנתן לה חפץ שלו. לחילופין, ניתן להציע, שנתנת חפץ גזול מועילה מ”דין עבד” (קידושין ז). רוצה לומר, כשם שניתן לקדש אשה לפלוני בנתינת שווה פרוטה על ידי אלמוני, כך גם כאן.

יש לציין עוד, שדווקא לשיטת הרמב”ם הסובר ששינוי הרשות הוא המעביר את הבעלות, פסיקת הרמב”ם קלה יותר להבנה. אילו יאוש היה מאפשר לכל אדם לזכות בגזלה, לא היה הגזלן נתון לאשה דבר, אלא האשה היתה זוכה מידיה של הנגזל ללא עזרת הגזלן. כיון ששינוי הרשות הוא המעביר את הבעלות, ושינוי רשות, כאמור לעיל, חייב להתבצע בהסכמת הגזלן, הרי שהגזלן שותף פעיל בהעברת הבעלות לאשה.

ב. רשות יורש - אינה שינוי

הרמב”ם (גו”א פרק ב הל’ א) פסק:

”הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה אע”פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע”פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה...”

כלומר, מי שירש גזלה, אפילו לאחר יאוש, חייב להשיבה. אילו יאוש היה מאפשר לכל מי שאינו הגזלן לזכות בגזלה, היו גם היורשים זוכים בגזלה. אולם, כיון ששינוי הרשות הוא המשנה את הגזלה, ירושה, שאינה שינוי רשות, אינה מועילה.



## ג. הגונב מגנב

הרמב"ם (גניבה פרק א הל' יז) פסק:

"הגונב מאחר הגנב אע"פ שנתיאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל ואם טבח ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה. לגנב הראשון אינו משלם שהרי דין הבהמה הזאת לחזור בעיניה לבעלים ולא קנייה הגנב, ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותן."

הגונב מהגנב פטור מתשלומי כפל וארבעה וחמשה. הרמב"ם לא התייחס לשאלה האם יאוש וגזלה מעבירים את הבעלות. לכאורה, נראה שגזלה אינה שינוי רשות. הסיבה היא שגזלה אינה משנה את שם החפץ, נראה שיש לכך חיזוק בדברי הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' ג) עצמו:

"מכרה הגזלן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגזלה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה קנה אותה הלוקח ביאוש ושינוי רשות."

האפשרויות היחידות המוזכרות כשינוי רשות הן - מכר ומתנה, כלומר, העברת בעלות ברצון הגזלן. כאמור לעיל, הדברים מסתברים לאור שיטת הרמב"ם.

## ג. שינוי רשות ויאוש

הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' ג) פסק:

"מכרה הגזלן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגזלה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה קנה אותה הלוקח ביאוש ושינוי רשות."

כלומר, גם שינוי רשות ויאוש מעבירים את הבעלות<sup>8</sup>, לכאורה, כיון ששינוי הרשות הוא שינוי בעצמו. לא משנה מתי הוא נעשה לפני היאוש או אחריו.

<sup>8</sup> קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א) הסיק, מכך ששינוי רשות ויאוש מעבירים בעלות, שהרמב"ם סובר שעם שינוי הרשות לגזלן יש זכות קניינית:

"וכן כתב הרמב"ם (אישות פרק ה הל' ז) זו לשונו: המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתיאשו הבעלים כו' הרי זו מקודשת.

ונראה לעניות דעתי, דודאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות דיחה הרי לא נתן הוא והיכי כתב הרב המגיד דמקודשת מהאי טעמא. אלא דטעמא דהרב המגיד כיון דהיא קנאתו גם הוא קנה אותה...

כך הסביר קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א), את שיטת הרמב"ם:

"...דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאף על גב דאתי לידיה דגזלן באיסורא, הא שינוי רשות ואחר כך יאוש, דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח, אפילו הכי קונה בהצטרפות שניהם."

כלומר, את שיטת החוספות, על פיה דוקא יאוש ושינוי רשות מעבירים בעלות, ניתן להסביר כך: יאוש מאפשר את הזכייה, העובדה שהגזלה באה לידו של אדם "באיסורא", מונעת זכיה, לפיכך, מי שיזכה בגזלה לאחר היאוש יהיה הבעלים.

את שיטת הרמב"ם, ששינוי רשות ויאוש מעבירים בעלות, לא ניתן להסביר באופן זה, שהרי ברגע שהגזלה הגיעה לידי הקונה באיסורא הוא אינו יכול לזכות בה, אפילו לאחר יאוש. בעקבות כך, מסביר קצוה"ח ששינוי הרשות הוא השינוי, שחל רק כאשר הבעלים מתיישישם. לאור זאת, אין משמעות לסדר האירועים.

אמנם הרמב"ם לטעמיה, דסבירא ליה (גניבה פרק ה הל' ג) דאפילו שינוי רשות ואחר כך יאוש נמי קונה, ואף על גב דבאיסורא אתי לידיה. אם כן, בקדושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנאתו הוי ליה קידושין וקנין שלו באין כאחד, דגזלן נמי קונה ע"י שינוי רשות. דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת דאף על גב דאתי לידיה דגזלן באיסורא, הא שינוי רשות ואחר כך יאוש דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח אפילו הכי קונה בהצטרפות שניהם.

כלומר, קצוה"ח שאל על פסיקת הרמב"ם, כיצד האשה מקודשת לגזלן, הרי קידש אותה בחפץ שלא שייך לו. קה"ח תירץ שלדעת הרמב"ם עם שינוי הרשות לגזלן יש זכות קניינית, ממילא, הגזלן נתן את זכותו לאשה. ראיית קצוה"ח היא שלדעת הרמב"ם שינוי רשות ואחריו יאוש קני, משמע, שלמרות שלא היה יאוש המנתק בין הבעלים לחפץ הגזול, בכל זאת הקונה מהגזלן יכול לזכות בחפץ. אם כך, מסתבר שגם הגזלן יכול לזכות בחפץ הגזול קודם יאוש. זכות זו ניתנת לאשה המתקדשת ולכן הקידושין תופסים.

קה"ח (סימן שסב ס"ק א) הביא נפקא מינה נוספת, וזו לשונו:

"או נתן במתנה. נסתפקתי בנתן הגזילה לאחר יאוש לקטן במתנה אם הקטן קונה אותו ביאוש ושינוי רשות, ומשום דקטן אינו קונה מן התורה אלא היכי שדעת אחרת מקנה וכמו שכתבו תוספות פרק התקבל (גיטין סד:), והכא שהגזלן לא קנה ביאוש לחודיה לא הוי דעת אחרת מקנה...  
לשטת הרמב"ם (גניבה פרק ה הל' ג) דסבירא ליה אפילו שינוי רשות ואחר כך יאוש נמי קונה, ואף על גב דבאיסורא אתי לידיה. וצריך לומר דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף יאוש, ואם כן בשעה שמוכרו או נותנו הוי ליה דעת אחרת מקנה."

כלומר, קה"ח הבין ששיטת הרמב"ם היא שעם שינוי הרשות לגזלן יש זכות קניינית אותה הוא יכול למכור, ממילא, מכירת גזלן לקטן תועיל כיון שיש דעת אחרת מקנה - היא דעת הגזלן. לעומת זאת, הרא"ש ודעימיה סברו שלגזלן אין זכות קניינית וזכיית הקונה מהגזלן היא כזכיה מההפקר, ממילא, נתינת גזלן לקטן אינה מועילה, כיון שקטן אינו זוכה כשאין דעת אחרת מקנה.  
לאור מה שהוסבר עד כה בדעת הרמב"ם, אין לגזלן אפשרות להקנות לקטן, כיון שלגזלן אין זכות קניינית ואין דעת אחרת מקנה.

ה. הנאה לאחר יאוש

הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ב) פסק:

"אסור ליהנות בדבר הגזול ואפילו לאחר יאוש והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזול עצמה, כיצד ידע בודאי שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה."

כלומר, אסור ליהנות מגזולה לאחר יאוש, לכאורה, כיון שלא היתה העברת בעלות על ידי הגזולן. אמנם, ניתן היה לרחוק ולומר, שאף שהבעלים התיירו לכל אחד לזכות בגזולה, מי שנהנה ללא זכיה, נהנה משל הבעלים באיסור.

סתירות בשיטת הרמב"ם

ישנו פסיקה של הרמב"ם הסותרת, לכאורה, את הטענה שיאוש לא מעביר את הבעלות. הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ד) פסק:

"מי שעבר ואכל את הגזולה אחר היאוש פטור מלשלם, ואם אכל קודם יאוש, ורצו הבעלים לגבות מן האוכל - גובין, שעדיין ברשותו היא. ואם רצו גובין מן הגזולן."

כלומר, האוכל את הגזולה לאחר יאוש פטור מלשלם. לכאורה, דין זה קשה, ראשית, הרמב"ם עצמו פסק שאסור ליהנות מגזולה לאחר יאוש, כפי שמוזכר בריש ההלכה - "מי משעבר ואכל", לכאורה, סיבת האיסור היא שהחפץ עדיין שייך לבעליו. אם כן, מדוע האוכל לאחר יאוש פטור? מה גם, שלאור הפירוש שהוצע לדברי הרמב"ם, על פיו, יאוש אינו מעביר את הבעלות, אלא שינוי הרשות, ליאוש אין כל השפעה על בעלות הנגזול.

בעל ה"אור שמח" (שם ד"ה ראה) התייחס לקושי זה, ואילו דבריו:

"...ואולי טעמא, דלאחר יאוש אם אכלו דהוי כממון שאין לו תובעין דהמזיק פטור. וכמו שאמרו גבי מתנות כהונה, כן הכא, לבתר יאוש דהבעלים כבר נתייאש ונפיק מרשות מריה והוי כאין לו תובעין..."

כלומר, למרות שהחפץ שייך לנגזול, יאוש פוטר את המזיק, כיון שהיאוש הופך את החפץ ל"ממון שאין לו תובעין". המילים אחרות, כאשר הבעלים מוותרים על זכותם לממש את הבעלות ביאוש, הם פוטרם את המזיק מלשלם.

#### שיטת התוספות

מתוך דברי התוספות בכמה מקומות ניתן להוכיח שלדעתם לגזולן יש זכות קניינית מרגע הגזולה, זכות זו גוררת חיוב באונסים, שהרי החפץ של הגזולן עד ששייבנו, וכל האונסים הם הפסד שלו. שינוי הגזולה מונע מהגזולן לקיים את מצוות ההשבה, כיון שלאחר השינוי אין חפץ הזהה לזה שנגזל, אותו ניתן להשיב.

## קנייני גזלן לפני יאוש

ניתן להוכיח שאכן לדעת התוספות גזלן זוכה בזכויות השימוש בגולה משעת הגזלה, מהמקורות הבאים:

א. שבירה כשינוי

בתוספות (ב"ק יא. ד"ה אין שמין) כתוב:

"אין שמין לא לגנב ולא לגזלן... 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".

דהיינו, בגולה נקנה החפץ לגזלן ונשארה רק הוכת השבה, חובה זו בטלה כאשר קרה נזק. בניגוד לזכיית הגזלן לאחר יאוש בה צריך רצון של הגזלן לקבל את הבעלות על החפץ, העברת הבעלות על ידי שינוי מתרחשת בעל כורחו של הגזלן. פסיקה זו עולה בקנה אחד עם שיטת התוספות ששינוי לא מעביר את הבעלות אלא מבטל את חובת ההשבה של החפץ ששייך כבר במידה מסוימת לגזלן.

ב. חפץ גזול שהזיק

בתוספות (ב"ק נו: ד"ה פשיטא) מנומק חיובו של הגזלן בנזקי החפץ הגזול כך:

"...דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה, ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה. דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה. ולא דמי לתפסו נזק לר"ע (ב"ק לו:): דאפי' שומר חנם אינו על חלק חבירו, דשותף אין מתכוין להחזיק רק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גזלן. ועוד כיון דגזלן קמה ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש לחשב בעלים יותר משותף...".

כלומר, גזלן חייב בנזקים שגרם החפץ הגזול משתי סיבות:

1. על הגזלן מוטלת חובת השמירה גם ללא בעלות<sup>9</sup>.
2. כיון שהחפץ שייך לגזלן במידה מסוימת הוא חייב עליו ככל ממונו שהזיק, וזו כאמור שיטת התוספות.

ג. בא במחתרת

לגבי בא במחתרת נכתב בתוספות (סנהדרין עב. ד"ה מסתברא) כך:

<sup>9</sup> גם קביעה זו שיטתית בתוספות כפי שהוכח במאמר בעניין זה.

”מסתברא מילתיה דרב כשיבר - ואם תאמר מאי קא משמע לן, תנינא: ’ושיבר את החבית - פטור’?  
ויש לומר אי ממתניתין הוא אמינא שיבר בעודו במחתרת, קא משמע לן רב אפילו שיבר אחר כך”.

דהיינו, על פי התוספות, רבא פטר גנב שבא במחתרת גם אם הזיק לחפץ הגנוב לאחר שיצא מהמחתרת. פטור זה חייב להיות מבוסס על ההנחה שהגזלה איננה של הנגזל, שהרי בעלות אינה פוקעת בעקבות קלב”מ, כך שאילו היתה בעלות לנגזל היא לא היתה פוקעת בגלל הביאה במחתרת. ואילו היתה בעלות היא היתה מחייבת את המזיק, יהיה מי שיהיה.

ד. כיצד גזלן מתחייב

זכור זו מחלוקת אמוראים, בתוספות (ב”ק עט. ד”ה או שהוציאו) נפסק:

”או שהוציאו מרשות בעלים כו’ - בריש אלו נערות (כתובות דף לא:) פליגי רב אחא ורבינא...ונראה דההוא פליגי אבבי ורבא דאמרי בהמוכר את הספינה (ב”ב דף פד:) משיכה קונה בסמטא אבל לא ברה”ר...ונראה דהלכה כאבבי ורבא מדמייתי מילתייהו בהמוכר [את] הספינה (שם) משמע שהם עיקר ולא שייך כאן כל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כרבינא לקולא”.

דהיינו, בתוספות נפסק שחייב גזלן חלים רק אם משך לסמטה, ראיית התוספות היא שבכל קניין צריך משיכה לסמטה. מהתוספות משמע שגזלן מתחייב רק אם יש לו זכות קניינית בחפץ, כדי ליצור זכות כזאת צריך מעשה המועיל ליצירת בעלות. לכאורה, החפץ הגזול שייך כבר במידה מסוימת לגזלן, על הגזלן מוטלת חובה להשיב את החפץ שכבר שייך לו לנגזל.

ד. שינוי קונה

בתוספות (ב”ק צה. ד”ה משלם) נפסק:

”...וכל שבח שמשעת גזילה עד שתלד לגזלן”.

משמע, ששעת העברת הבעלות היא שעת המשיכה, ובכך התוספות לשיטתו, השינוי לא מעביר את הבעלות, אלא רק מונע את הגזלן להפטר מחיוב ההשבה.

ה. דמי שכירות על השימוש בגזילה

הגמרא שהובאה לעיל תואמת את שיטת התוספות שהחפץ קנוי לגזלן, ממילא, הגזלן אינו חייב בדמי שכירות. לעומת זאת, אם לקח חפץ מתוך כוונת שכירות הרי שקיבל על עצמו חיובי שוכר.

חיוב השבה

גזלן מתחייב באונסים ובהשבה, לצד זה, כל הקונה גולה חייב בהשבה. חיוב השבה זה נובע, לדעת התוספות, מזיקה קניינית שיש בין הנגזל והחפץ. כלומר, למרות שגזלן זוכה בזכות השימוש, נשארת

לנגזל זיקה מסוימת לנכס, שתחייב בהשבה את כל מי שהחפץ יהיה ברשותו. בתוספות אין התייחסות ישירה לעצם העובדה שלנגזל יש זיקה קניינית, וקל וחומר, שאין הסבר מה טיבה של זיקה זו.

את תוכן הזיקה ניתן להסביר בעזרת הבנת הדעה שיש בעלות על איסורי הנאה. על פי שיטה זו תתכן בעלות ללא זכויות, שהרי אין שום אפשרות ליהגות מאיסורי הנאה. זאת ועוד, ייתכן וניתן להסיק מדין זה שעצם הזיקה של אדם לנכס איננה כוללת רק את זכויותיו. באופן זה ניתן להבין את המצב שנוצר לאחר גזלה, מחד, כל הזכויות נמצאות בידי הגזלן, מאידך, הזיקה הקניינית נשארה של הנגזל. לכך מספר ראיות:

א. רשות יורש לאו כרשות לוקח

שאלה זו שנויה במחלוקת אמוראים (ב"ק קיא:), ולכאורה, גם לדעת התוספות הלכה היא שרשות יורש לאו כרשות לוקח. במילים אחרות, יורשי הגזלן חייבים בהשבה אפילו לאחר יאוש. לאור ההסבר לדעיל הדברים מסתברים, כיון שיש לנגזל זיקה קניינית, היא מחייבת גם היורשים בהשבה. אמנם, בדרך כלל, יאוש מאפשר את העברת הבעלות, שמתבצעת בשינוי הרשות, אולם, העברת הבעלות ליורשים לא כוללת את השתלטות היורשים על זכותו של הנגזל. כלומר, היורשים מקבלים את הזכויות של אביהם ולא את זכותו של הנגזל, אף שהנגזל התייאש. זכות הנגזל יוצרת חיוב השבה שמוטל על היורשים.

ב. בא במחותרת

לגבי בא במחותרת נכתב בתוספות (סנהדרין עב. ד"ה מסתברא) כך:

"מסתברא מילתיה דרב בששיבר - ואם תאמר מאי קא משמע לן, תנינא: ושיבר את החבית - פטור?  
ויש לומר אי ממתניתין הוא אמינא שיבר בעודו במחותרת, קא משמע לן רב אפילו שיבר אחר כך".

דהיינו, על פי התוספות, רבא פטר גנב שבא במחותרת גם אם הזיק לחפץ הגנוב לאחר שיצא מהמחותרת, לעומת זאת, לדעת תוספות בא במחותרת אינו יכול לזכות בגזלה. לכאורה, דבר פשוט הוא שבא במחותרת פטור מאונסים, בניגוד לשאר הגזלנים, בגלל קלב"מ<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> קה"ח (סימן שנא ס"ק ב) הסביר את שיטת התוספות כך:

"וראיתי טעמו של רב מבואר בבעל המאור שם (סנהדרין עב.) ז"ל:

מסתברא מלתא דרב בששיבר ואי אמרת כששיבר מאי קמ"ל כו', יש להשיב דאי ממתנין הוי אמינא הני מילי כששיבר במחותרת עצמו בשעה שנתחייב מיתה אבל יצא ונטל כו', ואי הוי כלים בעינייהו הוי הדרא למריה כששיבר בתר הכי אשתכח דהשתא הוא דקא גזל, כדאמרינן במאן דגזל חביתא דחמרא מעיקרא שויה זוז ולבסוף שויה ארבעה תברא או שתיה משלם ארבעה, דכיון דאלו איתיה הדרא בעינא אשתכח דהאי שעתא הוא דקא גזל. קמ"ל דשאני דין רודף מדין גזלן דרודף מכי מטא לדיה קניניהו בדמים מהאי שעתא ולכי תבר לה, ואע"ג דכי איתא הדרא בעינייהו חומרא הוא דרמי רבנן עליה דליהדר ממונא למריה כיון דאיתא בעינא עכ"ל.

מצב בו יש חיוב ההשבה ללא חיוב באונסים מובן לאור ההסבר דלעיל. חיוב באונסים הוא תוצאה של העובדה שהגזלן קונה את הגזולה. לעומת זאת, נשאר לבעלים זיקה קניינית שיוצרת חיוב השבה מתחדש, חיוב זה חל על הגזלן.

יש להעיר שיתכן שחיוב ההשבה המתחדש, שחל על כל מי שהגזולה נמצאת ברשותו והוא אינו זוכה בה, שונה מחיוב ההשבה של הגזלן. לא זו בלבד שרק הגזלן חייב באונסים, ייתכן שישנו הברדל נוסף. הגזלן חייב לחפש את הנגזל ולהחזיר לו את הגזולה, לעומת זאת, ייתכן שכל אדם פרט לגזלן אינו חייב להשיב את הגזולה לנגזל, אלא שאסור לו לזכות בגזולה.

סברא דומה מופיעה בדברי קצוה"ח (סימן שנא ס"ק ג) ואלו דבריו:

"אמנם נראה לעניות דעתי דאף על גב דלא מהני למיקני, מכל מקום אינו מחויב בהשבה כמו בעלמא, דגנב וגזלן מתחייבין בהשבה דכתיב והשיב את הגזילה."

המזיק את הגזולה לפני יאוש

לכאורה, הטענה שהגזולה שייכת לגזלן, מחייבת שהמזיק את הגזולה יתחייב לגזלן ולא לנגזל. ההלכה אינה כך, והיא דורשת הסבר. א. גזלן שהזיק

כאמור לעיל, רבה פסק שגזלן שהזיק את הגזולה משלם כשעת הגזולה או כשעת השבירה, את התשלום הגבוה מבין שניהם. לכאורה, פסיקה זו מבוססת על ההנחה שהגזולה נשארה של הנגזל, ממילא, היא יוצרת בעיה בשיטת התוספות.

לכאורה, ניתן היה להשיב שאותה זיקה קניינית שיוצרת חיוב השבה היא זו שמחייבת את המזיק. אולם, הכלל "אין שמין לגזלן", פוסל אפשרות זו. שהרי, משמעות הכלל היא שהשברים אינם של הנגזל, אלא של הגזלן, ואילו היתה לנגזל זכות לעניין נזיקין, גם השברים היו צריכים להיות שלו. כמו כן, לזיקה הקניינית אין ערך כלכלי, כיון שהיא איננה כוללת זכויות שימוש. יתכן שהגזלן חייב בגלל שמנע את חיוב ההשבה, והרי זה מעין המזיק שעבודו של חברו. רמז לחיוב כזה נמצא ברא"ש (ב"מ פרק ג סי' כז):

"...בההיא עידנא דקשתי לה או דקתבר לה גזל לה."

דהיינו, חיוב השובר הוא כגזלן ולא כמזיק.

לאור ההבחנה דלעיל בין חיוב ההשבה של הגזלן, לבין חוסר היכולת של אחרים לזכות, נראה שדווקא חיוב ההשבה של הגזלן הוא הגורר חיוב בנזיקין, כפי שיוכח לקמן.

והיינו דמדינא אפי' איתא בעינא קניניהו אלא דכי איתא אינו אלא חומרא דרבנן דליהדר בעינא אבל מכי תבר וליתיה בעינא אוקמה אדינא דכבר קניניהו בדמים מכי איתא בעינא ופטור מלשלם."

כלומר, בעל המאור טען שמעיקר הדין בא במחירת פטור מהשבת החפץ, אולם, חכמים החמירו עליו להחזיר את החפץ אם הוא בעינו, כאשר החפץ נשבר חכמים לא החמירו.

ב. בא אחר ואכלו

רב חסדא פסק (ב"ק קיא):

"בא אחר ואכלו, רצה מזה - גובה, רצה מזה - גובה."

כלומר, אם אדם שאינו הגזולן אכל את הגזולה, ניתן לתבוע הן את הגזולן והן את האוכל. מסתבר, שהאוכל ישלם כשעת האכילה, והגזולן, כשעת הגזולה.

חיוב זה, המוטל על האוכל היה מוסבר בקלות אילו הגזולה היתה שייכת לנגול, אולם, שיטת התוספות מחייבת הסבר אחר. גם כאן ניתן להשיב שהחיוב של האוכל נובע מכך שפגע בחובת ההשבה של הגזולן.

ג. בא במחתרת

כאמור לעיל, בתוספות נכתב, שבא במחתרת אינו יכול לזכות בגזלה, אולם, פטור מאונסים ונזיקין. גם מפסיקה זו ניתן להוכיח שחיוב נזיקין איננו תוצאה של הזיקה הקניינית שמחייבת בהשבה, שהרי חוסר היכולת לזכות הוא תוצאה של הזיקה הקניינית, ומאידך, אין חיוב נזיקין. לאור זאת, יש לומר שדווקא חיוב ההשבה של הגזולן הוא זה שיוצר חיוב נזיקין.

השלמת הטענה, תובא בפרק הבא.

גזלה לאחר יאוש

כאמור לעיל, לדעת התוספות, הגזולן מחזיק בזכויות השימוש ובשאר הזכויות והחובות שיש לבעלים, הנגזל מחזיק בזיקה קניינית שמשמעותה היחידה היא מניעה מכל אדם לזכות בגזולה. הטענה המרכזית בחלק זה היא, שלדעת התוספות, ביאוש, מאפשרים הבעלים לכל אדם לזכות בחפץ, אפשרות זו אינה כוללת זכייה בזכויות השימוש השייכות לגזולן.

א. הגזול מהגזולן

בתוספות (ב"ק סט. ד"ה כל) כתוב:

"...גזול ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה אבל אחר יאוש אין יכול לגבות כלום מן השני. מכל מקום, כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזולן ליפטר מן הנגזל, ואם כבר זכה בה אחר, לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזולן. כדאמר לעיל דאפילו למאן דאמר: 'יאוש לא קני', חייב גנב שני לשלם קרן לגנב ראשון..."

כלומר, מי שגזל מגזולן לאחר יאוש חייב לשלם לגזולן את דמי הגזולה, כיון שהגזולן היה נפטר מהתשלומים אילו היה משיב את הגזולה ועכשיו אינו נפטר שהרי היה יאוש ושינוי רשות.



תוספות לשיטתו, שלגולן יש זכויות בחפץ הגזול עליהן הוא מפוצה. שהרי אי אפשר להסביר את הפיצוי על פי הכלל "דבר הגורם לממון - ממון" שלא נפסק להלכה. כלומר, כיון שלגולן יש את זכויות השימוש בחפץ, הרי שהוא זכאי לפיצוי ממי שגזל ממנו את החפץ.

מאידך, הגונב מהגנב פטור מהשבת החפץ עצמו כיון שזכה בזיקתם של הבעלים שהתייאשו. במילים אחרות, באותה מידה שהזיקה של הבעלים מונעת מכל אדם לזכות בגזלה, היא מאפשרת לגזול מהגולן לאחר יאוש לזכות בגזלה. שהרי ביאושם אפשרו הבעלים לכל אדם לזכות בזיקתם, והגזול זכה בה, ממילא, מעמדו של הגולן כמעמד הבעלים.

ב. יאוש ושינוי רשות

בתוספות (ב"ק סז. ד"ה ועולא, בסופו) נפסק:

"...דשינוי רשות דקודם יאוש לא קני כדמשמע לקמן, ויאוש גרידא נמי לא קני אפילו לרבה כיון דבאיטורא אתא לידיה וצריך להחזיר הדמים. אבל מתניתין איירי לעולא בידוע שנתייאש מקמי דאתא לידיה וכי אתא לידיה הוה ליה יאוש ושינוי רשות".

דהיינו, כאשר רבה פסק שיאוש מועיל, הכוונה היתה שהחפץ שייך לגולן אבל עליו לשלם דמים. כאשר עולא פסק שיאוש אינו מועיל לברו, הכוונה היתה שאם יהיה יאוש ואחריו שינוי רשות החפץ יהיה של הקונה מהגולן ולא יחזיר דמים. כמו כן, בתוספות נפסק ששינוי רשות ואחר יאוש אינו מועיל<sup>11</sup>. הקונה מהגולן פטור מהשבת דמים לבעלים כיון שקיבל את זכויות השימוש מהגולן, כשיטת התוספות.

ג. שינוי רשות ויאוש

כאמור לעיל, לדעת התוספות, גם לאחר שינוי רשות ויאוש לא נפטר הקונה מהגולן מחובת ההשבה. הסיבה היא שיאוש מאפשר זכייה, אולם, לאחר שהקונה מהגולן התחייב בהשבה, יאוש הבעלים כבר לא מועיל לו, והוא נשאר בחיובו.

ד. בא אחר ואכלו לאחר יאוש

רב חסדא (קיא:) הסכים שאין חיוב נזיקין לאחר יאוש, כלומר, למרות שיש חיוב השבה על הגולן, אין חיוב נזיקין. לכאורה, דין זה פוסל את הטענה שחיוב הגזלה נובע מהפגיעה בחיוב ההשבה. שהרי הגולן נשאר חייב בהשבה גם לאחר יאוש הבעלים, ובכל זאת, המזיק פטור.

כפי שהוכח לעיל, לא ניתן לומר שזיקת הבעלים היא המחייבת, שהרי מדין "בא במחתרת" הוכח שגם כשיש זיקה קניינית אין חיוב נזיקין.

ייתכן וההסבר הוא, שלדעת התוספות, יש צורך גם בזיקה של הבעלים וגם בחיוב השבה של הגולן כדי לחייב מזיק. ללא הזיקה, אין קשר בין הבעלים לנכס, וממילא אין מקום לחייב את המזיק לשלם

<sup>11</sup> קה"ח (סימן שנא ס"ק א, סימן שטב ס"ק א, הובאו על הרמב"ם בנושא זה, לעיל) הסיק מכאן שלדעת התוספות אין לגולן זכות קניינית לפני יאוש הבעלים ולכן למכירה אין משמעות.

לבעלים. ללא חיוב הגזולן, אין מקום לחייב את המזיק, כיון שהזיקה אינה שווה מאומה. הצירוף של הזיקה וחיוב ההשבה יוצר חיוב, כיון שחיוב ההשבה של הגזולן נותן ערך לזיקת הבעלים.

ד. הנאה מגזולה לאחר יאוש

הטור (סימן שסט) כתב:

”כתב הרמב”ם אסור ליהנות מדבר הגזול אפילו אחר יאוש והוא שיודע בודאי שדבר זה גזול כיצד ידע בודאי שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה ידע בודאי שבית זה גזול אסור ליכנס בו וכל כיוצא בזה. ואין נראה כן...אלא לאחר יאוש שרי.”

הטור, שעומד בשיטת התוספות, התיר ליהנות מגזולה לאחר יאוש, לכאורה, כיון שזכויות השימוש שייכות לגזולן. לכאורה, היה מקום להתיר הנאה מגזולה גם קודם יאוש, אולם, העובדה שיש לנגול זיקה לחפץ מונעת שימוש. דהיינו, כשם שזיקת הבעלים מונעת מהקונה מהגזולן להשתמש בגזולה, כך אסור לכל אדם להשתמש בגזולה.

ה. קידושין בגזולה

בתוספות אין התייחסות לדין מקדש בגזול, אולם, מסתבר שהפסיקה תהיה שהאשה מקדושת. שהרי לגזולן יש זכויות בגזולה והוא נתן אותם לאשה. הדברים אמורים רק כשהיה יאוש, שאם לא כן, זכותם של הבעלים מכילה חובת השבה על האשה ומונעת שימוש.

#### סיכום

נחלקו ראשונים בשאלה כיצד להבין את התהליך בו חפץ גזול עובר לבעלות הגזולן.

בתוספות כתוב שלגזולן יש זכות קניינית כבר במעשה הגזולה, לצד זכות זו מוטלת על הגזולן חובת השבה. כאשר החפץ הגזול עובר שינוי אי אפשר לקיים בו את חובת ההשבה ונשארת רק חובת תשלום. נפקא מינה:

1. שינוי הקורה מעצמו, כנוק, מבטל את חובת ההשבה.
2. קים ליה בדרכה מינה פוטר מחובת השבה. לצד זכותו של הגזולן גם לנגול יש זיקה לחפץ, לכן, גם כשיש קלב”מ החפץ נשאר של הנגול.
3. בתוספות נפסק שכאשר אדם קונה חפץ מהגזולן לאחר יאוש הוא לא צריך לשלם לנגול, כיון שהוא קנה מהגזולן את זכויותיו.
4. לגבי חפץ גזול שניזוק נפסק בתוספות שהשברים אינם שייכים לנגול, הדין נומק בכך שהגזולן קנה את הגזילה.
5. בתוספות גם נפסק שגזולן מתחייב רק במעשה קניין.

הרמב”ם סבר שלגזולן אין זכות קניינית במעשה הגזולה אלא רק חובת תשלום במקרה של אונס. השינוי מעביר את הבעלות לידי הגזולן באופן מלא. נפקא מינה:

1. יש צורך בכוננת קניין בשינוי, וכך כתב המחנ”א במפורש.

2. קלב"מ אינו פוטר מהשבת החפץ שהרי הוא שייך לנגזל, וקלב"מ אינו מפקיע בעלות.
3. הרמב"ם פסק, שמן הדין שברי הגזילה שניזוקה שייכים לנגזל.
4. הרמב"ם פסק שגזולן מתחייב בהוצאה מרשות הבעלים, גם ללא מעשה קניין.
5. לשיטתו, פסק הרמב"ם שקונה מגזולן והיה יאוש צריך לשלם לנגזל, כיון שלגזולן לא היה שום זכות אותה יכל לתת לקונה.

הסבר זה בשיטת הרמב"ם מעורר גם קשיים מתוך פסקי רמב"ם אחרים והם נידונו במקומם.

ניתן לסכם את העולה מן המאמר גם בטבלה:

תוספות	רמב"ם	
מעשה קניין	הוצאה משליטת הנגזל	מעשה הגזלה
לנגזל יש זיקה קניינית ללא זכויות לגזולן יש את כל הזכויות וחיוב השבה	שייך לנגזל גזולן חייב באונסים	חפץ לאחר גזלה
מונעת חיוב השבה ומפקיעה זיקה.	מעבירה בעלות לגזולן	שינוי
שינוי, כאמור לעיל	אינה שינוי. תקנה: מעבירה בעלות	שבירה
פטור מאונסים, ישנה זיקה של הנגזל, המזיקו - פטור	פטור מאונסים, החפץ עדיין שייך לנגזל, והמזיקו - חייב לנגזל	בא במחתרת
יאוש - הבעלים מאפשרים לכל לזכות בזיקתם לחפץ שינוי רשות - הגזולן נותן את זכויותיו	שינוי רשות = שינוי השם יאוש - תנאי להעברת הבעלות	יאוש ושינוי רשות
הגזולן השני זכה בזיקת הבעלים ולכן החפץ נשאר אצלו.	נראה שהבעלות לא עברה. גזלה אינה שינוי שם	גונב מהגנב לאחר יאוש
חייב כיון שיש זיקת בעלים וחיוב גזולן	חייב לשלם, כיון שהזיק לנגזל	מזיק לפני יאוש
פטור, כיון שהבעלים ויתרו על זיקתם	פטור, כיון שהוי ממון שאין לו תובעים	מזיק לאחר יאוש

יש להעיר, שמתוך העיון בדיני גזולן ניתן להסיק מסקנות כלליות יותר. ראשית נראה שהרמב"ם והתוספות נחלקו בשאלה האם שליטה בנכס היא תנאי להחזקת זכויות השימוש בו. כאמור, בתוספות

כתוב שאיבוד השליטה גורר את איבוד הזכויות. לעומת זאת, מהרמב"ם עולה שאיבוד השליטה אינו פוגע בזכויות הבעלים.

לטענה שלדעת התוספות תתכן זיקה קניינית ללא זכויות, השפעה רבה על הבנת מושג הבעלות. שהרי מדברי התוספות עולה שבעלות איננה אוסף של זכויות, אלא זיקה שגלוות אליה זכויות. נושאים אלה דורשים עיון מעמיק כשלעצמם, ומאמר זה, מהווה תרומה חלקית בלבד לבירורם.

הרב מנחם קופרמן

## זוטו של ים

מבוא

נצטוונו בתורה (דברים כב, א-ג) להשיב אבדה לבעליה:

"לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחיך. ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו, ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרש אחיך אתו והשבתו לו. וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם."

על אף העובדה שמפשט הפסוקים היה נראה שמצווה זו כוללת כל חפץ שנאבד באשר הוא ("...וכן תעשה לכל אבדת אחיך..."), דרש ר' שמעון בן יהוצדק את הפסוק הנ"ל (ב"מ<sup>1</sup> כב:): וביאר, שהתורה הוציאה סוג מסוים של אבדות מכלל המצווה, ועל כן מותר למוצא אותן לקחתן:

"אמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל [נ"א ר' שמעון] בן יהוצדק:

מנין לאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת?

דכתיב: "וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה" -

מי שאבדה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבדה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם."

בסוגיות הגמרא מופיעות שתי התייחסויות שונות, לכאורה, לדין זה:

א. בסוגיית ייאוש שלא מדעת (כא.) קובעת הגמרא כי אביי ורבא לא נחלקו בדין אבדה שאבדה ממנו ומכל אדם, ושניהם סוברים כי אף בדבר שיש בו סימן אין תובת השבה:

"יאוש שלא מדעת: אביי אמר: לא הוי יאוש, ורבא אמר: הוי יאוש.

בדבר שיש בו סימן - כולי עלמא לא פליגי, דלא הוי יאוש...

בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן - רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן.

כי פליגי - בדבר שאין בו סימן..."

ההיתר לפי סוגיה זו נובע מחידוש התורה, "רחמנא שרייה" בלשון הגמרא, אשר קבעה שעל

<sup>1</sup> כל המקורות הם ממסכת ב"מ אלא אם כן מצוין אחרת.

חפץ זה לא חלה מצוות השבת אבדה.

ב. בהמשך הגמרא (כד.) מובאת ברייתא בשם ר' שמעון בן אלעזר, שאמר להלכה את הדין של זוטו של ים (שם נרדף לאבדה ששטפה נהר):

”וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר:

המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה, ובכל מקום שהרכים מצויין שם - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן.”

בניגוד לגמרא דלעיל, שתלתה את דינו של ר”ש בן יהוצדק בחידוש התורה, מסביר רשב”א את הטעם בכך שהבעלים התיאשו מהחפץ.

ניתן לומר כי שני ההסברים השונים שניתנו בגמרא לדין זוטו של ים מייצגים, בעצם, שתי תפיסות שונות בהבנת גדר הבעלות הממונית של אדם על רכושו. זאת, בהנחה שהתורה תלתה את מצוות השבת אבדה בבעלות המאבד. דהיינו, מכיוון שהמצווה היא להשיב חפץ לבעליו, במקום בו נמצא חפץ שאין לו בעלים (או שבטלה בעלותם), ברור מאליו שלא חלה עליו חובת השבה שהרי אין למי להשיבו.

תפיסה אחת סוברת, שהיתר חפץ שנפל לזוטו של ים למוצאו, מבוסס על חידוש התורה שמצוות השבת אבדה לא חלה על חפץ כזה. מתוך כך אנו למדים, שאין בעלות על חפץ שאבוד ממנו ומכל אדם, ולכן הוא מותר למוצאו. במילים אחרות, ברגע בו נכנס החפץ למצב בו הוא אבוד ממנו ומכל אדם, פוקעת הזיקה הממונית בין הבעלים לחפץ והרי הוא הפקר. לחידוש זה ישנן השלכות הלכתיות מרחיקות לכת ביחס להבנה היסודית של הזיקה שבין האדם לרכושו, שהרי לפי תפיסה זו, הבעלות על חפץ אינה תלויה באופן מוחלט בדעת הבעלים, אלא גם במצב האובייקטיבי בו הוא נמצא. במילים אחרות, זוטו של ים נמנה על המקרים שבהם המציאות טופחת על פניהם של הבעלים, ועל כורחם מפקיעה את החפץ מבעלותם עליו. כל זאת, על אף סירובם להתיימש ממנו.

תפיסה אחרת בהבנת דין זוטו של ים היא, שמכיוון שהתורה תלתה את חיוב ההשבה בבעלות המאבד - כל עוד לא התיאשו הבעלים מהחפץ, חלה עליו מצוות השבת אבדה. דהיינו, ההיתר של חפץ שאבוד ממנו ומכל אדם מבוסס על ייאוש הבעלים, ותלוי בדעתם בלבד. לפי שיטה זו לא ייתכן מצב שבו תופקע הזיקה הממונית בניגוד לדעתם של הבעלים. דבר זה נכון בין בדיני השבת אבדה ובין בכל מקום אחר בו נודק להגדיר את הבעלות כשהחפץ אבוד ממנו ומכל אדם - בכל מצב כזה החפץ עדיין ייחשב שייך לבעליו כל עוד הם לא התיאשו ממנו.

אמנם, לפי תפיסה זו צריך להבין, אם כן, מה חידשה התורה בדין אבדה ששטפה נהר. הרי, אם ההיתר בנוי כולו על ייאוש הבעלים, לשם מה נצרך ר”ש בן יהוצדק לדרשה מיוחדת מ”אשר תאבד ממנו ומצאתה”, וצדקו, לכאורה, בעלי התוספות באומרם (כב. ד”ה איסורא):

”מה שמתיר אבודה ממנו ומכל אדם על כרחך לא איצטריך קרא בידע ומתיאש,

דהא אפילו במצויין אצל כל אדם מותרת ביאוש<sup>2</sup>!”

ייתכן כי ניתן לתרץ קושיה זו ולומר, שתפיסה זו למדה את דברי ר"ש בן יהוצדק כפי שהם מופיעים בירושלמי (פ"ב ה"א), שם הם מהווים מקור לדין ייאוש עצמו<sup>3</sup>:

“מניין ליאוש בעלין מן התורה?

ר' יוחנן בשם ר"ש בן יהוצדק: “כן תעשה לחמורו וגו'” - את שאבוד לו ומצוי לך את חייב להכריז ואת שאינו אבוד לו ומצוי לך אין את חייב להכריז, יצא יאוש בעלים שאבוד ממנו ומכל אדם.”

לפי הירושלמי, אין התורה מחדשת כאן דין בהלכות אבדה ומציאה אלא נותנת הגדרה יסודית של הזיקה בין האדם לרכושו על פי התורה. לפי הגדרה זו, רק כאשר הבעלים מתייאשים מרכושם - בטלה זיקתם הממונית אליו. לפי הבנה זו, שגם דין זוטו של ים בנוי על ייאוש הבעלים, אין בדרשה זו מקור להפקעת בעלות על כורחם של הבעלים כהבנת השיטה דלעיל, אלא רק מקור לכך שייאוש הבעלים הוא אכן הגורם לסיום הבעלות של אדם על רכושו.

במאמר זה יוכח כי הראשונים נחלקו בדין זוטו של ים, בשתי הגישות שהוצגו לעיל:

הרמב"ם תלה את דין זוטו של ים בייאוש הבעלים, דהיינו, כתפיסה השנייה דלעיל. הוא הבין, כפי שיוכח להלן, שכל החידוש בזוטו של ים הוא שניתן להניח שהבעלים כבר התייאשו, ועל כן החפץ מותר. לדעתו, ללא ייאוש בעלים אין שום אופן בו התירה התורה אבדה למוצאה.

לעומתו, סבר הרא"ש, שדין זוטו של ים נובע מחידוש התורה, כתפיסה הראשונה, שהבעלות פוקעת כשהחפץ אבוד ממנו ומכל אדם. לפי שיטתו, גם אם הבעלים אינם מתייאשים, בעלותם על החפץ פוקעת על כורחם, והרי הוא של מוצאו.

### שיטת הרמב"ם

#### ראיות

בחלק זה יובאו ראיות לשיטתו, שדין זוטו של ים תלוי בייאוש הבעלים (כל המקורות ברמב"ם מתייחסים להלכות גזלה ואבדה):

א. את הדרשה של ר"ש בן יהוצדק פסק הרמב"ם (פרק יא ה' י):

“המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק,

אף על פי שיש בה סימן - הרי זו של מוצאה, שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאתה,

<sup>2</sup> התוספות, אמנם, הסיקו, לשיטתם, שהפסוק מחדש שהאבדה מותרת גם במקום בו לא התייאשו הבעלים אם היא אבודה ממנו ומכל אדם. דבריהם מתאימים, לכאורה, לתפיסה הראשונה שהוצגה לעיל.

<sup>3</sup> התוספות (כו. סד"ה מה שמלה) הזכירו מקור זה אך העדיפו ללמוד את דין ייאוש משמלה.

מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה.

על אף העובדה שהגמרא (כא.) התייחסה לדרשה זו במינוח "רחמנא שרייה" (=התורה התירה), שמשמעותו הפשוטה היא שהיתר חפץ שנפל לזוטו של ים למוצאו הוא חידוש התורה, בכל זאת הבין הרמב"ם שהיתר זה אינו עצמאי אלא בנוי על גבי ייאוש הבעלים.  
ב. הרמב"ם חזר על הדין המקורי של זוטו של ים בהלכה נוספת (פרק יד הל' ד), וגם שם תלה אותו בייאוש הבעלים:

"וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים ובנהר וכיוצא בהן, או במקום שרובו גויים, הרי זה בחזקת שנתיאשו ממנו בעליו משעה שנפל, ולפיכך הרי הוא של מוצאו אף על פי שלא שמע הבעלים שנתיאשו ממנו."

ג. איתא בגמרא (כו:):

"אמר רבא: האי מאן דחזי דנפל זוזי מחבריה בי חלתא, ואשכחיה ושקליה - לא מיחייב לאהדורי ליה. מאי טעמא? ההוא דנפל מיניה מיאש הוא.  
אף על גב דחזייה דאייתי ארבלא וקא מרביל - מימר אמר: כי היכי דנפול מינאי דידי - הכי נפול מאיניש אחרינא, ומשכחנא מידי."

מבואר בסוגיה שמקור הפטור מחובת ההשבה במקרה של מטבע שנפל לחול הוא ייאוש הבעלים, "ההוא דנפל מיניה מייאש הוא".

הרמב"ם (פרק יד הל' ט) פסק סוגיה זו להלכה והשווה אותה לזוטו של ים:

"ראה חבירו שנפל ממנו דינר בתוך החול או בתוך העפר ונתעלם ממנו, הרי זה כנופל לים או לנהר והרי הוא של מוצאו, שהרי נתיאש ממנו מפני שאין בו סימן,

ואפילו ראה אותו הביא כברה לחפש אחריו, בדעת רעועה הוא מחפש כדרך שמחפשים בעפר שאר הבלשין שלא נפל מהן כלום שמא ימצא מה שנפל לאחרים, כך הוא זה, מחפש לא מפני שלא נתיאש."

השוואה זו תקפה רק אם נניח שהיסוד לביטול חובת ההשבה בזוטו של ים הוא ייאוש הבעלים ולא הפקעת הבעלות.

ד. איתא בגמרא (כד:):

"ההוא דיו (=עוף) דשקיל בשרא בשוקא, ושדיה בצנייטא (=דקלים) דבי בר מריון. אתא לקמיה דאביי, אמר ליה: זיל שקול לנפשך.

והא רובא דישראל נינהו, שמעת מינה: הלכה כרבי שמעון בן אלעזר אפילו ברוב ישראל!



- שאני דיו, דכוּטו של ים דמי."

במסקנת הסוגיה מבואר שאב"י התיר לבית בר-מריון לזכות בעוף מדין זוטו של ים.

הרמב"ם פסק סוגיה זו להלכה (פרק יא הל' ט) כך:

"עוף שחטף בשר והשליכו בחצר אחרת, אף על פי שרוב העיר ישראל הרי זה מותר משום אבדה, שהרי נתיאשו הבעלים ממנו."

דברי הרמב"ם שתלה את סיבת ההיתר בייאוש הבעלים מוכיחים את הטענה דלעיל, ששיטתו היא שהיתר זוטו של ים תלוי בייאוש הבעלים.

ה. שנינו בתוספתא (כתובות פרק ח הל' ד):

"שטף נהר עצים ואבנים וקורות מזה ונתן לזה,

אם נתיאשו הבעלים - הרי אלו שלו, ואם היו בעלים מרדפין אחריהן או שהיו במקום אחר - הרי אילו של בעלים."

התוספתא תלתה את ההיתר לקחת חפץ שנשטף מבעליו בייאוש הבעלים.

הרמב"ם פסק את התוספתא להלכה (פרק ו הל' א):

"קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר,

אם נתיאשו הבעלים מהן - הרי אלו מותרין והן של מצילן, ואם אינו יודע אם נתיאשו אם לא נתיאשו - חייב להחזיר, ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהם."

בהמשך דבריו (שם, הל' ב), קשר הרמב"ם את התוספתא לדין של זוטו של ים:

"לפיכך, המציל מן הנהר, ומזוטו של ים, ומשלוליתו של נהר, ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס,

אם ידע בוודאי שנתיאשו הבעלים - הרי אלו שלו, ואם לא ידע - יחזיר<sup>4</sup>."

מרצף הדברים אנו למדים שהרמב"ם הבין שגם התוספתא עוסקת במקרה המוגדר הלכתית כזוטו של ים, ובכל זאת תלה את ההיתר בייאוש הבעלים.

<sup>4</sup> מקורו של הרמב"ם בהלכה זו הוא במשנה (ב"ק קיד):

"המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטין: אם נתיאשו הבעלים - הרי אלו שלו, וכן נחיל של דבורים, אם נתיאשו - הרי אלו שלו."

פלא הוא שנושאי כליו של הרמב"ם לא ציינו מקור זה. אמנם בפני יהושע (כב:) הזכיר משנה זו כמקור דברי הרמב"ם.

## סיוע לשיטתו

עד כה הובאו חמש ראיות מפורשות לכך שהרמב"ם תלה את דין זוטו של ים בייאוש הבעלים. בהמשך תובא התייחסות להלכה נוספת ברמב"ם. הלכה זו, אמנם, לא מהווה ראייה מפורשת לשיטתו כדוגמאות דלעיל, אך ניתן ליישב תמיהה שמתעוררת בה על ידי ההנחה שזוהי אכן שיטתו.

ו. שנינו במשנה (כה:):

"מצא בגל ובכותל ישן - הרי אלו שלו.

מצא בכותל חדש, מחציו ולחוץ - שלו, מחציו ולפנים - של בעל הבית."

הגמרא הסבירה שם, שהסיבה שבכותל ישן האברה שייכת למוצאה, היא משום שהוא יכול לטעון שהחפץ הוא שריד מימי האמורים הקדמונים: "תנא, מפני שיכול לומר לו: של אמוריים הן."

הראשונים דנו בנקודה נוספת בסוגיה זו. הם התקשו מדוע לא יקנה בעל החצר את המטמון מדין קניין חצר, שהרי חצרו של אדם (המשתמרת) קונה לו אפילו שלא מדעתו. לכן, גם כאן, על אף העובדה שבעל החצר לא היה מודע להמצאות המטמון בחצרו, מדוע לא יקנה בקניין חצר!

תירוצים שונים נאמרו בדברי הראשונים לשאלה זו, אך אנו נדון כאן רק בתירוץ של הרמב"ם, שביסס את תשובתו על קל וחומר מדין זוטו של ים. אנו נראה כי קל וחומר זה מובן רק על פי שיטתו היסודית, שדין זוטו של ים בנוי על ייאוש הבעלים ולא על הפקעת בעלות, שנובעת מחידוש התורה.

וזה לשון הרמב"ם (פרק טז הל' ז-ח):

"המוצא מטמון בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו, שאני אומר של גוים הקדמונים הן, והוא שימצא אותן מטה מטה<sup>5</sup> כדרך כל המטמונות הישנות... והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר, למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אף על פי שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר?

מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם, קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד

<sup>5</sup> על פי הגר"א (הגהה לדף כו. אות א) גרס הרמב"ם בגמרא "לא, צריכא, דשתית טפיי", דהיינו שהמטמונים היו טמונים בעומק רב, כלשון הרמב"ם "מטה מטה". זאת בניגוד לגירסה המקובלת "...דשתין טפיי" שפירושה (על פי רש"י) "העלו חלודה רבה".

ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו.

הרמב"ם טוען, בעצם, שאם התורה חידשה שאין חיוב השבת אבדה באבוד ממנו ומכל אדם, אף על דבר שהיה בבעלות גמורה של המאבד קודם לכן, כל שכן, במצב בו לא הייתה שום זיקת בעלות כלשהי קודם האבדה, לא יזכה בעל החצר במטמון שנחשב כאבוד ממנו ומכל אדם.

טענת הרמב"ם מבוססת על הנחת יסוד, שחפץ ש"אינו ידוע לו ולא לאחרים" מוגדר גם הוא כ"אבוד ממנו ומכל אדם", ועל כן חל גם עליו דין זוטו של ים. ממבט ראשון נראית הנחה זו בעייתית, משום שהגידון אינו דומה כלל לראייה. בעוד חפץ שנשטף על ידי נהר נמצא במצב בו הוא אבוד באופן מעשי מכל אדם, שהרי באופן טכני לא ניתן להצילו, נמצא, לעומתו, חפץ שטמון מתחת לכותל ישן במצב בו ניתן בהחלט לשים עליו יד באופן מעשי, והמונע היחיד מכך הוא רק חסרון המידע אצל בעל החצר (ושאר בני אדם) ותו לא. לפי זה לא מובן מדוע מגדיר אותו הרמב"ם "אבוד ממנו ומכל אדם" ומדוע משפיע גורם זה על חובת ההשבה של החפץ!

ייתכן שלקושיה זו התכוון הראב"ד בהשגתו (שם):

"אמר אברהם: זהו קל וחומר שיש עליו תשובה:

אבידה שבים - למי תזכה הים? אבל אבידה שבגל - הגל תזכה לבעליו וכן כותל ישן. אלא..."

אמנם, לפי דברינו, שלשיטת הרמב"ם בנוי דין זוטו של ים על ייאוש הבעלים, קושיית הראב"ד נפתרת. זאת, משום שאמנם אם היה היתר זוטו של ים בנוי על הפקעת בעלות מצד התורה, ניתן אכן לומר כי חידוש זה נאמר רק במצב בו החפץ אבוד באופן מעשי ממנו ומכל אדם, ורק אז אין משמעות לבעלות המאבד. אך במקום בו אבוד החפץ רק מדעת בני אדם אך באופן מעשי ניתן להשיגו, לא חידשה התורה שהופקעה הבעלות.

אך מכיוון שלשיטת הרמב"ם מבוסס דין זוטו של ים על ייאוש הבעלים, דהיינו על כך שהחפץ מנותק מדעתם של הבעלים<sup>6</sup>, ועל ידי כך פוקעת בעלותם על החפץ, מובן מאד שאין שום הבדל בין מצב בו הבעלים מתייאשים מהחפץ משום שאין ביכולתם לשים את ידיהם עליו באופן מעשי, לבין מציאות שבה הם פשוט לא מודעים לעצם קיומו של החפץ בעולם ועל כן אין דעתם עליו. בשני המקרים בטלה הזיקה הממונית בינם לחפץ, אם הייתה כזאת בכלל, וכל שכן שלא יכולה להיווצר זיקה חדשה, דהיינו קניין חצר במצב זה, משום שהוא מנותק לגמרי מדעתם.

<sup>6</sup> זאת בהנחה שייאוש הוא מצב מוגדר של היחס בין דעת הבעלים לחפץ ולא פעולה ממונית שצריכה להיעשות על ידם (כהפקר, לדוגמה).

## שיטת הרא"ש

## שיטתו

כדי לבאר היטב את שיטת הרא"ש יש להקדים, שאחת ההשלכות ההלכתיות המרכזיות, שנובעות ישירות מהבדלי התפיסות שצוינו בתחילת המאמר, היא במצב בו מכריזים הבעלים במפורש כי הם אינם מתייאשים מהחפץ, על אף היותו במצב בו הוא אבוד באופן מעשי ממנו ומכל אדם.

לפי שיטת הרמב"ם דלעיל, הצהרה זו תועיל<sup>7</sup>, משום שגם דין זוטו של ים תלוי ועומד ברצון הבעלים, ואם זה אינו קיים - אזי החפץ אסור למוצאו. זאת, משום שהוא עדיין שייך לבעליו הראשונים, ועל כן יחולו עליו כל דיני השבת אבדה.

לעומת זאת, לדעת הרא"ש, שסובר שכזוטו של ים הפקיעה התורה את החפץ מידם של הבעלים, לא תועיל העובדה כי הם אינם מתייאשים, והרי זה נעשה, לדבריו, "כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים" (לשון הגמרא בדף כד: <sup>8</sup>). לדעתו, במקרה כזה כבר לא תחול יותר חובת השבה על החפץ והרי הוא הפקר, ומותר למוצאו לקחתו.

## ראיות

א. את הדין המקורי של אבדה ששטפה נהר פסק הרא"ש (פרק ב' ס"י ב) אגב הדיון בסוגיית ייאוש שלא מדעת (כא:):

"זוטו של ים ושלוליתו של נהר אף על גב דאית ביה סימנא, רחמנא שריא, דאמר ר' יוחנן משום ר"ש בן יהוצדק: מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת, שנאמר "כן תעשה וגו' אשר תאבד ממנו ומצאתה" - מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם."

הרא"ש לא הסתפק בהבאת דרשתו של ר"ש בן יהוצדק כלשונה (כב:), אלא הוסיף משפט מדיליה:

"ואפילו עומד וצווח - נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים."

משפט זה הובא בגמרא (כד: ) בסוגיית "שוקא דגלדאי [=רצענים]", והוא משווה אדם שאינו

<sup>7</sup> מסקנה זו נכתבה על אף שהרמב"ם לא התייחס מפורשות למצב זה (עובדה שכשלעצמה אומרת דרשני). אמנם, יש לציין כי גם לטוענים כי לשיטת הרמב"ם לא נאמן המאבד לטעון כי הוא אינו מתייאש, עצם טענת המאמר, שביטול הבעלות תלוי בייאוש הבעלים אינה נסתרת.

<sup>8</sup> יש לציין כי ללשון זו במקורה אין שום קשר לדין זוטו של ים. ניתן לומר כי החיבור שעשה הרא"ש, כפי שיבואר להלן, בין שני המושגים, הוא מלאכותי ואינו מחייב. על ההבדל בין פירוש מושג זה כפי שמתבאר משיטת הרמב"ם לעומת אופן פירושו על ידי הרא"ש, עמד בעל הפלפולא חריפתא בפ"ב, סימן ז, אות ת.

<sup>9</sup> כל פסקי הרא"ש הם מפרק ב' אלא אם כן צוין אחרת.

מתייאש למי שצווח על ביתו שנפל. דהיינו, במקרה כזה, חוסר הייאוש אינו מועיל, הוא חסר משמעות ובעיקר - הוא חסר יכולת לשנות את המציאות שטופחת על פניו של הבעלים אשר מסרבים להיפרד מרכושם.

הרא"ש קשר משל זה לדין זוטו של ים. המסקנה הנובעת מכך היא, שלדעתו אף במקרה בו נפל חפץ לזוטו של ים והבעלים מסרבים להתייאש ו'עומדים וצוחים' - אין צווחתם מועלת, והרי הוא מותר למוצאו. המשמעות של חידוש זה של הרא"ש היא, שבמקרה בו החפץ אבוד ממנו ומכל אדם, ביטלה התורה את הזיקה הממונית שבין בעלי החפץ לרכושם. לדעת הרא"ש זהו חידוש התורה באבדה ששטפה נהר, ועל כן הוא ראה צורך להדגיש נקודה זו מיד לאחר ציטוט דרשת ר"ש בן יהוצדק.

ב. בגמרא (כד.) מובאת ברייתא בשם ר' שמעון בן אלעזר (להלן רשב"א):

"וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר:

המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר,

המוצא בסרטיא (=מסילה שהולכין בה מעיר לעיר<sup>10</sup>) ופלטיא גדולה (=רחבה של עיר ששם מתקבצין לסחורה<sup>11</sup>) ובכל מקום שהרבים מצויין שם - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן."

בדברי רשב"א מבואר, שדין זוטו של ים, כמו כל שאר הדוגמאות שמובאות בברייתא, תלוי בייאוש הבעלים. דברי הברייתא תואמים להפליא את שיטת הרמב"ם אשר נקט בשיטה זו כפי שהוכח לעיל. הרמב"ם אף פסק את דברי רשב"א להלכה כלשונם (פרק ו הל' ב עיין ציטוט לעיל<sup>12</sup>).

הרא"ש, אמנם, הביא להלכה (סי' ו) את דברי רשב"א כלשונם, אך נדחק מאד להסביר את הטעם שנתן רשב"א לדבריו:

"האי 'מתיאשין' - אסרטיא ופלטיא ורבים מצויין שם קאי, אבל אינך - אפילו עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל."

הרא"ש כאן פסק הלכה לפי שיטתו היסודית, שדין זוטו של ים נובע מחידוש התורה שהפקיעה את הבעלות במקום בו החפץ אבוד לגמרי. לדעתו, דין זה אינו תלוי בייאוש הבעלים, ועל כן הוא נאלץ לומר שהטעם "מפני שהבעלים מתיאשין מהן" מתייחס רק למקרים אשר אינם מוגדרים כאבודים ממנו ומכל אדם, כגון "סרטיא ופלטיא" ו"מקום שהרבים מצויין שם". במקומות אלו, החפץ מותר למוצאו על אף שהוא לא אבוד ממנו ומכל אדם (כארי וזוטו של

<sup>10</sup> רש"י שבת, ו.

<sup>11</sup> שם

<sup>12</sup> ראיות לשיטת הרמב"ם, סעיף ה'.

ים) מפני שניתן להניח כי הבעלים מתייאשים ממנו במצב זה.

ג. איתא בגמרא (כד):

”ההוא גברא דאשכח ארבעה זוזי דציירי בסדינא ושדו בנהר בירן. אתא לקמיה דרב יהודה, אמר ליה: זיל אכריז.  
והא זוטו של ים הוא? שאני נהר בירן כיון דמתקיל (=יש בו מכשולים<sup>13</sup>) לא מיאש.”

מדברי הגמרא שנהר בירן אינו נחשב 'זוטו של ים' משום שהבעלים אינם מתייאשים, עולה, לכאורה, שדין זוטו של ים תלוי בייאוש הבעלים, כשיטת הרמב"ם<sup>14</sup>.

הרא"ש (סי' ז), בהביאו סוגיה זו להלכה, שינה את לשון הגמרא כדי שתתיישב עם שיטתו הבסיסית שדין זוטו של ים תלוי במציאות המעשית ולא בייאוש הבעלים:

” והא זוטו של ים הוא? שאני נהר בירן דמתקיל.”

הרא"ש השמיט את המילים "כיון...לא מייאש", ובזאת שינה לחלוטין את משמעות דברי הגמרא. לפי דבריו, באה הגמרא לומר שסיבת העדר דין זוטו של ים בעובדא דנהר בירן, היא משום שנהר בירן אינו זוטו של ים. במילים אחרות, העובדה שיש מכשולים בנהר משנה את המציאות (ולא את סיכויי הייאוש של הבעלים). מעתה אין החפץ אבוד ממנו ומכל אדם, ועל כן מציאות זו אינה נכנסת להגדרת 'זוטו של ים'.

ד. השמטת דין התוספתא - "שטף נהר קוריו, עציו ואבניו...".

כבר לעיל<sup>15</sup> הוזכרה התוספתא (כתובות פרק ח הל' ד), שעסקה בדין קורות, עצים ואבנים ששטפם הנהר:

”שטף נהר עצים ואבנים וקורות מזה ונתן לזה,

אם נתיאשו הבעלים - הרי אלו שלו,

ואם היו בעלים מרדפין אחריהן או שהיו במקום אחר - הרי אילו של בעלים.”

התוספתא קבעה מפורשות, כי ההיתר לקחת חפץ שנשטף מבעליו תלוי באופן מוחלט בייאוש הבעלים. דין זה תואם גם הוא את שיטת הרמב"ם, אשר סובר שהיתר זוטו של ים תלוי אף הוא בייאוש, ואכן הוא פסק אותו להלכה (פרק ו הל' א), כפי שצוין לעיל.

באופן צפוי, בחר הרא"ש להשמיט את דברי התוספתא מפסקיו על אף העובדה שהיא הובאה בסוגיית הגמרא (כב, בשינויים קלים). השמטה זו מתאימה לשיטתו היסודית, שדין זוטו של ים מיוסד על הפקעת הבעלות על ידי התורה, בניגוד לפשטות דברי התוספתא אשר קושרת אותו

<sup>13</sup> רש"י, שם, ד"ה דמתקיל.

<sup>14</sup> מעניינת העובדה, שהרמב"ם לא פסק סוגיה זו להלכה, על אף שהיא מתיישבת להפליא עם שיטתו!

<sup>15</sup> ראיות לשיטת הרמב"ם, סעיף ה'.

לייאוש הבעלים.

מן הראוי לציין, כי דברי התוספתא הובאו בגמרא בסוגיית ייאוש שלא מדעת כראייה לשיטת אביי, הסובר, שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש. בגירסת הגמרא בתוספתא לא מופיעות בסיפא המילים "או שהיו במקום אחר", אשר מוכיחות כי גם במקרה בו לא ידוע מהי דעת הבעלים אסור החפץ למוצאו, ועל כן מקשה הגמרא על רבא מדיוק של הרישא: "טעמא דנתייאשו הבעלים, הא סתמא – לא!"

בסופו של דבר, מעמידה הגמרא את דברי התוספתא, לשיטת רבא, במקרה בו הבעלים יכולים להציל את החפץ על ידי הדחק<sup>16</sup>, ולכן אין זה ברור שהם יתייאשו. במקרה זה, גם לשיטתו החפץ אסור משום שאין כאן ייאוש שלא מדעת. מה שאין כן באבדה שאין בה סימן, שם הבעלים יתייאשו בוודאות משום שאין להם דרך להניח את ידיהם עליו.

הגמרא (כב:) הכריעה את המחלוקת כשיטת אביי, שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש, וכן פסקו להלכה הרמב"ם (פרק יד הל' ה) והרא"ש (סי' ב).

הרמב"ם, כאמור, פסק את התוספתא מבלי צורך לשנות את לשונה, מכיוון שכל האוקימתות בסוגיה (שם) נאמרו אך ורק על מנת לתרץ את שיטת רבא שלא נפסקה להלכה, והיא מסתדרת, כאמור, עם שיטתו, שזוטו של ים תלוי בייאוש.

הרא"ש, לעומתו, מחד גיסא, לא פסק את התוספתא כפשוטה, משום שהיא סותרת את שיטתו שהיתר אבדה ששטפה נהר מותר מכוח חידוש התורה שהפקיעה את הבעלות במצב כזה<sup>17</sup>, כדלעיל, וכהערת התוספות בסוגיה, שם (כב. ד"ה שטף):

"שטף נהר קוריו עציו ואבניו - וצריך לומר דמיירי ביכול להציל בקל אם רודף בשעת שטיפה,

דאי לאו הכי הוה כזוטו של ים שאבוד ממנו ומכל אדם, ועל זה לא היה אומר "הא סתם - לא",

אלא איירי ביכול להציל בקל בשעת שטיפה..."

<sup>16</sup> הסיבה שהגמרא מעמידה את התוספתא דווקא במקרה שהבעלים יכולים להציל על ידי הדחק היא, משום שאם לא כן יקשה על רבא מהסיפא "אם היו הבעלים מרדפין אחריהם - חייב להחזיר", שמשמע שבסתם יכול לקחת את החפץ. והרי אם הם יכולים להציל הם לא מתייאשים? לכן העמידה הגמרא, לשיטתו, במקרה שיכולים הבעלים להציל רק על ידי הדחק, שאז אם לא רדפו אחר החפץ מיד כשנשטף - הרי זה ראייה שהם התייאשו ממנו.

<sup>17</sup> מאידך גיסא, ניתן לומר כי הרא"ש לא פסק את התוספתא באופן שהעמידה הגמרא אליבא דרבא, משום שההלכה נפסקה כאביי (השמטתו של הרא"ש בולטת אל מול פסק בעל ההגהות אשר"י (שם) שפסק להלכה את התוספתא כפי שהעמידה הגמרא אליבא דרבא, על אף שנפסקה הלכה כאביי!).

## שיטת השולחן ערוך

## כירור שיטתו

את דינו הבסיסי של ר"ש בן יהוצדק פסק השו"ע (סימן רנט סע' ז) כך:

"המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושוליתו של נהר - הרי אלו שלו אפילו  
הבעל עומד וצווח..."

ממבט ראשון בדבריו נראה כי הוא נקט בשיטתו של הרא"ש שדין זה נובע מחידוש התורה שהבעלות מופקעת ברגע שהחפץ נכנס למצב בו הוא אבוד ממנו ומכל אדם. הביטוי "אפילו הבעל עומד וצווח" אינו מוזכר כלל בדברי הרמב"ם, ולפי דברינו, דין זה, שייאוש הבעלים כבר אינו מועיל כאשר החפץ נופל לזוטו של ים, מתאים אך ורק לשיטת הרא"ש, שתלה את ההיתר בחידוש התורה. וכמו שצוין לעיל<sup>18</sup> כתב דין זה באופן מפורש (סימנים ב', ו'<sup>19</sup>).

הבנה זו בדברי השו"ע יכולה למצוא סיוע בהלכות נוספות הקשורות לדין זוטו של ים, אותם הוא כתב בפסקיו:

א. בפרטו את המקרים שנכללים בדין זוטו של ים, ציטט השו"ע (בסעיף שצוטט לעיל), גם דוגמאות המוזכרות בביריתא של ר' שמעון בן אלעזר (כד.), כגון הארי והדוב. אף על פי כן, בניגוד לרמב"ם, לא הזכיר הוא בדבריו את טעמו המפורש של רשב"א "מפני שהבעלים מתייאשין מהן". עובדה זו מצביעה, לכאורה, על כך שהוא למד את הביריתא כפי שפירש אותה הרא"ש (סי' ו'<sup>20</sup>):

"האי 'מתייאשין' - אסרטיא ופלטאי ורבים מצויין שם קאי,

אבל אינך - אפילו עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל."

ב. השו"ע (סימן רסב סע' יד) פסק להלכה את סוגיית "זוזי ביה חלתא" (כו):<sup>21</sup>

"ראה שנפל מטבע מחברו בתוך החול או בתוך העפר, מותר לקחתו, שודאי נתייאש. ואפילו ראהו שהביא כברה לכבור החול או העפר לחפשו, אין חוששין לו."

על אף העובדה שהרמב"ם (פרק יד הל' ט) השווה מקרה זה לזוטו של ים:

"ראה חבירו שנפל ממנו דינר בתוך החול או בתוך העפר ונתעלם ממנו, הרי זה כנופל לים..."

<sup>18</sup> שיטת הרא"ש, סעיפים א' וב'.

<sup>19</sup> יצוין, כי גם הבית יוסף בביאורו להלכה זו בטור, התייחס רק לשיטת הרא"ש (סי' ו) ולא הזכיר כלל את שיטת

הרמב"ם!

<sup>20</sup> עיין הערה קודמת.

<sup>21</sup> התייחסות הרמב"ם לסוגיה זו הוזכרה לעיל בשיטתו, סעיף ג'.



העדיף השו"ע להשמיטה. נראה כי גם זה נובע מכך, שהוא סבר שדין זוטו של ים אינו תלוי בייאוש הבעלים, כשיטת הרמב"ם, ולכן אין לקשור אותו לדין מטבע שנפל לחול. על אף כל האמור, ישנו קושי גדול לקבוע באופן חד משמעי שהשו"ע נקט את שיטת הרא"ש להלכה. זאת, משום שהוא תלה את הסיבה לכך שמכשולים בנהר מפקיעים את דין זוטו של ים, בייאוש הבעלים (סימן רנט סע' ז)<sup>22</sup>:

"המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושלוליתו של נהר - הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח ואם יש מכשולות בנהר שעל ידי כן דבר הצף בו עומד שם, אם הוא דבר שיש בו סימן מסתמא לא הוי יאוש."

הרי מפורש כשיטת הרמב"ם, שדין זוטו של ים מבוסס על ייאוש הבעלים, ועל כן במצב בו יש מכשולים בנהר, האיסור לקחת את החפץ מבוסס על כך ש"מסתמא לא הוי יאוש"<sup>23</sup>.

מקום נוסף המראה, לכאורה על כך שהשולחן ערוך אינו סובר כשיטת הרא"ש, הוא, פסק ההלכה (סימן רנט סע' ו) בסוגיית "דיו" (כד:), ועל אף שהשווה מקרה זה בגמרא לדין זוטו של ים, תלה השולחן ערוך את ההיתר לקחת את העוף בייאוש הבעלים:

"ואם עוף חטף בשר והשליכו למקום אחר, אפילו אם רוב ישראל, היא של מוצאו, שודאי נתיאשו בעליו."

ניסוח זה תואם לכאורה את דברי הרמב"ם, אשר מבסס באופן שיטתי את דין זוטו של ים על ייאוש הבעלים. הרי לפי שיטת הרא"ש אין ההיתר לקחת את החפץ מבוסס כלל וכלל על ייאוש אלא על הפקעת בעלות!

הלחם משנה (פרק יא, הל' ט) חש בבעייתיות הנ"ל כבר בלשון הטור (סי' רנט), וברור שניתן ליישם את קושייתו גם על פסקי השו"ע, אשר ציטט להלכה את דברי הטור כלשונם:

"...ולכך יש לתמוה עליו [=הטור], דכיון דבגמרא השוו דין זה (=דיו) לזוטו של ים, למה כתב שם "אבל עוף שחטף וכו' אפילו אם רבים מצויים, שודאי נתיאשו הבעלים ממנו"<sup>24</sup> ואפילו (=והרי אפילו) לא נתיאשו נמי מותר, דנעשה כצווח על ביתו שנפל וכו'?"

הלחם משנה, אשר מטבע הדברים התמקד בביאור פסקי הרמב"ם, הציע תירוץ דחוק לשיטת

<sup>22</sup> בניגוד לשיטת הרא"ש (עיי' לעיל בשיטתו, ראייה ג') אשר תלה את האיסור בכך שבמצב זה החפץ אינו אבוד ממנו ומכל אדם.

<sup>23</sup> לפי זה מובן דקדוקו של בעל השולחן ערוך אשר הקפיד לפסוק כך דווקא בדבר שיש בו סימן, ומשמע שבדבר שאין בו סימן חל דין זוטו של ים, שמותר לקחתו, מה שאין כן לשיטת הרא"ש, שיאסור לקחתו מדין ייאוש שלא מדעת (ודלא כרמ"א, שאמנם חש בדקדוק זה בדברי השולחן ערוך, אך פסק את דברי ההגהות אשר"י אשר הביא להלכה את התוספתא בכתובות על פי האוקימתא של הגמרא (כב.) לשיטת רבא.

<sup>24</sup> בטור שלפנינו הגרסה "אפילו אם רובן ישראל הוא של מוצאו, שודאי נתיאשו בעליו".

הטור (והשו"ע):

"ואולי, דהטור סובר, דאף על פי שאמרו בגמרא "כזוטו של ים דמי", לא השוו אותם לגמרי, אלא דאמרינן דהוא (=דיו) דבר אבוד ומסתמא מתייאש."

ייתכן שניתן יהיה ליישב את פסקי השו"ע על ידי העיון בפירושו שלו להלכות הרמב"ם, בכסף משנה. כבר צוין לעיל<sup>25</sup> שהרמב"ם (פרק ו' הל' א-ב) פסק להלכה את התוספתא שהובאה בסוגיית ייאוש שלא מדעת (כב.), השווה את דינה לדין זוטו של ים ותלה את שניהם בייאוש הבעלים. המגיד משנה, שם, ביאר את פסקו של הרמב"ם:

"קורות ועצים וכו' - ברייתא פרק אלו מציאות.

ולא חלק הרב בינה ובין ההיא דאמרינן 'מנין לאבדת נהר שמתרת', וטובר דזוטו של ים ושלוליתו של נהר, דווקא בשנתייאשו, וכפשטא דברייתא דרשב"א."

אך העיר על דבריו:

"ומיהו, עיקר הדין: דאין יכולין להציל - אף על פי שלא נתייאשו, הרי הן של מוצאן,

וכי בעינן נתייאשו, דווקא ביכולים להציל על ידי הדחק ...

אבל בשאין יכולין להציל רק על צד הזרות והפלא - ודאי אפילו לא נתייאשו...<sup>26</sup>  
ודברי הר"א ז"ל בהשגות מן הטעם שכתבתי הם."

המגיד משנה הבין, כדרכנו, שהרמב"ם התנה את דין זוטו של ים בייאוש הבעלים, אף שלו עצמו היה פשוט כדברי הראב"ד בהשגות, שהחפץ מותר במצב זה גם ללא ייאוש. לעומתו, ניסה הכסף משנה, שם, ליישב את שיטת הרמב"ם עם ההנחה שבזוטו של ים לא מועיל חוסר הייאוש של הבעלים:

"כתב ה"ה: '...ומיהו עיקר הדין דאין יכולין להציל, אף על פי שלא נתייאשו, הרי הן של מוצאן וכו'. נראה לי שגם רבינו סובר כן, ממה שכתב בפ"א<sup>27</sup>."

מתוך דבריו של הכסף משנה יוצא, שהוא הבין, שדין זוטו של ים, המתיר חפץ למוצאו, תקף גם במקרה בו הבעלים אינם מתייאשים מהחפץ, כגון שהם מרדפים אחריו וכו', על אף העובדה

<sup>25</sup> שיטת הרמב"ם, סעיף ה'.

<sup>26</sup> הרב המגיד, אמנם הציע את האפשרות שגם הרמב"ם מודה לראב"ד "ואפשר וכו'", אלא שנראה בעליל מדבריו כי הוא לא חשב שלכך כיוון הרמב"ם.

<sup>27</sup> כוונתו, כמובן, להלכה י', שם פסק הרמב"ם:

"המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק, אף על פי שיש בה סימן - הרי זו של מוצאה, שנאמר: 'אשר תאבד ממנו ומצאתה', מי שאבדה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבדה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה."

שדין זה מבוסס ביסודו על ייאוש הבעלים, כמבואר ברמב"ם בפ"א !!!

על פי זה, ניתן לומר כי פירוש זה של הכסף משנה בדברי הרמב"ם הוא, כנראה, המפתח להבנת פסקיו בשולחן ערוך. דהיינו, מצד אחד הוא הבין שדין זוטו של ים אכן מיוסד על ייאוש הבעלים, ולכן הוא הסביר את טעם ההיתר לקחת את העוף (שהשווה בגמרא לזוטו של ים) במילים "שודאי נתיאשו בעליו". מצד שני הוא הבין, שאף על פי כן, גם במקרה בו הבעלים עומדים וצווחים שהם אינם מתייאשים - אין זה מועיל במקרים המוגדרים כזוטו של ים.

יוצא אם כן, שלפנינו שיטה שלישית, שיטת ביניים, המאחדת את שיטותיהם של הרמב"ם והרא"ש להלכה<sup>28</sup>. מחד גיסא, הוא סבור שיסוד היתר זוטו של ים מבוסס על ייאוש הבעלים, כשיטתו המפורשת והמוכחת של הרמב"ם. מאידך גיסא, הוא פסק להלכה את דברי הרא"ש והטור, שבזוטו של ים מותר החפץ למוצאו גם במקרה בו הבעלים עומד וצווח שהוא אינו מתייאש.

#### ביאור סברתו

על אף האמור לעיל, לא די בסידור פסקי השולחן ערוך מהבחינה הטכנית, משום שבמישור ההגינתי מהווים דבריו, לכאורה, סתירה מיניה וביה. דהיינו, אם דין זוטו של ים בנוי על ההנחה שהבעלים התיאשו מהחפץ, ובזאת מסתיימת בעלותם, כיצד ייתכן לומר כי במצב בו הם מצהירים במפורש כי הם אינם מתייאשים מהחפץ הוא מותר למוצאו/מצילו, הרי בעלותם עדיין עומדת בתוקפה, משום שהם טרם התיאשו?!

בביאור קושיה זו הובאו באחרונים שתי סברות שונות:

הסברה הראשונה, והפשוטה יותר להבנה, היא זאת שטוענת, שבכל מצב לא מסתיימת בעלות ללא ייאוש הבעלים, אפילו במקרה בו נפל החפץ לזוטו של ים. אף על פי כן, הסיבה, שבגללה לא מועילה מחאת הבעלים או כל צורה אחרת שבה הם מביעים את חוסר ייאושם מהחפץ, היא או משום שהם אינם נאמנים לומר שהם לא התיאשו, או מפני שאומדן הדעת אומר שלא ייתכן שאדם לא מתייאש מרכושו במצב כזה, ועל כן גם אם הוא טוען שהוא אינו מתייאש - דעתו בטלה אצל כל אדם<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> סביר להניח, שהשולחן ערוך סבר, שהרמב"ם והרא"ש כלל לא נחלקו ביניהם, לא ביסוד דין זוטו של ים ולא בדין עומד וצווח. הנחה זו נשענת על כך שבכסף משנה הוא כתב שגם הרמב"ם יסכים לכך שדין זוטו של ים תקף גם במקרה בו הבעלים אינם מתייאשים. כסיוע נוסף יש לציין שבהלכות אלו בטור ציטט הבית יוסף רק את הרא"ש ולא הזכיר כלל את שיטת הרמב"ם. סביר להניח שלא היה עושה זאת לו היה סבור שהם חלוקים ביניהם.

<sup>29</sup> באופן זה הבין הגר"ש רוזובסקי (שיעורים לב"מ [סטנסיל], עמ' צא) את דברי הר"ן בחידושיו, וכן משמע מלשון הנימוקי יוסף (דף יב: מדפי הרי"ף, ד"ה "רחמנא שרייא"). אך יש לציין כי בחידושי הר"ן שלפנינו מופיעה הגרסה: "ואע"ג דאמר לא מייאשא – לאו כל כמיניה, ואפילו מרדף אחריה, דבטלה דעתו, שהרי אבודה ממנו ומכל אדם".

הסברה השנייה והמחודשת הרבה יותר, היא זו שטוענת, שעל אף שנפסקה הלכה כאביי, שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש<sup>30</sup>, סוכר השו"ע, שבזוטו של ים לא חל הכלל הזה, ושם נוקטים להלכה שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש. לכן, על אף שדין זוטו של ים תלוי באופן עקרוני בייאוש הבעלים, מכל מקום, אין צורך שהם יתיאשו בפועל.

מכל מקום, גם לפי סברה זו יש צורך לומר, שהיתר לקחת את החפץ במקום בו הבעלים מצהירים מפורשות כי הם אינם מתייאשים מיוסד גם הוא על ההנחה שהבעלים אינם נאמנים לטעון כן או שדעתם בטלה כדלעיל.

הנפקא מינה שיוצאת מבין שתי הסברות השונות, היא במצב בו הבעלים אינם יודעים כלל שרכושם נפל לזוטו של ים. לדעת הסברה הראשונה, שייאוש הוא תנאי בל יעבור בתהליך הוצאת רכוש מידי בעליו, החפץ יהיה אסור למוצאו במצב זה, משום שבעליו לא התייאשו ממנו, שהרי הם אינם יודעים שהוא אכר. לעומתה, טען הסברה השנייה, שבזוטו של ים מועיל ייאוש שלא מדעת גם לדעת אביי, ולכן החפץ מותר למוצאו במצב זה גם ללא ידיעת הבעלים.

את הסברה השנייה ניסו האחרונים להטעים באופנים שונים:

ר' מאיר שמחה מדווינסק בחידושו לש"ס<sup>31</sup> כתב:

"ולפי שיטתו (=של הרמב"ם<sup>32</sup>), הא דמהני בהו (=באבודה ממנו ומכל אדם) יאוש שלא מדעת, היינו, דבאמת הא דלא מהני יאוש שלא מדעת, כתב הרמב"ן במלחמות, כיון דחייביה רחמנא להשיב אבידה לבעלים, נעשה שומר של האבידה וידו כיד הבעלים, ותו לא מהני יאוש כיון דברשותו הוא, והכא נמי באבודה ממנו ומכל אדם לא חייבתו התורה להיטפל בה ולהשיבה לבעלים, ושוב הוי כמונח על גבי קרקע עדיין, ומהני יאוש שלו "

לפי הסברו מתבאר, שגם אם הרשות לקחת את החפץ ניתנת מיד עם נפילתו, אפילו קודם ייאוש הבעלים, וזאת משום שלא חלה עליו חובת השבה, מכל מקום, עקרון הייאוש נשמר והבעלות אינה פוקעת עד אשר יתיאשו הבעלים בפועל מהחפץ. לפי הסבר זה, דעת השו"ע שהבעלות אינה מסתיימת עד שתייאשו הבעלים בפועל, שונה באופן מוחלט מהבנת הרא"ש, שמדובר בהפקעת התורה.

לעומתו, מובא בשם הגר"ש רוזובסקי<sup>33</sup>, שהסבר זה, המניח כי בזוטו של ים מועיל ייאוש שלא

על כן, אי אפשר להוכיח שזוטו של ים תלוי בייאוש, שהרי ייתכן שכונתו שבטלה דעתו אצל הפקעת התורה ולא אצל בני אדם שמתייאשים.

<sup>30</sup> כך פסק גם בשו"ע (סימן רסב סע' ג).

<sup>31</sup> כו. ד"ה דשתין טפי.

<sup>32</sup> ר' מאיר שמחה מציע פירוש זה לשיטת הרמב"ם, אך בהמשך הדיבור, שם, הוא מסייג את דבריו, משום ש"לא מצאנו לרבינו ז"ל [=הרמב"ם] שיביא הך דינא, דבוטוי של ים אף בלא ידע הבעלים שנפל מאתו דמהני...".

<sup>33</sup> שיעורי הגר"ש רוזובסקי (סטנסיל), ב"מ כא: עמ' 180.

מדעת, נוקט, שאף אין צורך כלל בייאוש של הבעלים בפועל. לפי הסברו בסוגיית ייאוש שלא מדעת, מודה אביי לרבא שבמקום בו יש "אומדנא דמוכח", כלשונו, שהבעלים יתייאשו – אזי לא נצרך כלל ייאוש בפועל. לפי הסבר זה, ברגע שאובד החפץ בזוטו של ים, פוקעת ממנו הבעלות באופן מיידי מדין ייאוש שלא מדעת גם לדעת אביי.

יש לציין כי לפי הבנה זו אין, בעצם, נפקא מינה למעשה בין שיטת השו"ע ושיטת הרא"ש. לפי שניהם בטלה הבעלות בזוטו של ים מיד עם נפילת החפץ, אלא שהיסוד ההלכתי עליו מבוסס ביטול הבעלות שונה בתכלית. לדעת השולחן ערוך הוא מיוסד על ייאוש הבעלים, כהבנתו היסודית של הרמב"ם, ואילו לדעת הרא"ש, כאמור, הוא מבוסס על הפקעת התורה.

בעל ה"ברכת שמואל"<sup>34</sup> ביאר עניין זה באופן דומה:

"הנה בבאור דין יאוש שלא מדעת אם מה דמהשתא נוחא - מעיקרא נמי נוחא ליה, אם יש לו דין דעת או אין לו דין דעת דכבר נגמר דין היאוש על הך דסתמו עומד לכך, וזהו גופא יש לו דין דעת וממילא נגמר כבר חלות היאוש על ידי דין יאוש שלא מדעת, דיש לו דין דעת

והנה לפי המתבאר מה דמחלקינן בין דבר שאין בו סימן לדבר שיש בו סימן, לאו משום דלא נתברר בדבר שיש בו סימן אם מתיאש למפרע, אלא דהוי חלוקי דינים:

דיש דין יאוש שלא מדעת בדבר שאין בו סימן, ויש דין יאוש שלא מדעת בדבר שיש בו סימן, ויש דין זוטו של ים, ולשיטת הרמב"ם דגם זה מדין יאוש בזה ודאי חשוב דעת ואומדנא ממש."

ה"ברכת שמואל" מרבה להשתמש במונחים "דין דעת" ו"דין יאוש שלא מדעת", מושגים שעל פניו קשים להבנה. מכל מקום, נראה שהוא מתכוון לומר, שבכדי להפקיע את הזיקה הממונית שבין הבעלים לרכושם, אין צורך כלל בייאוש (!) אלא ב"דעת". סיכווי הייאוש, לפי הסבר זה, מהווים רק אמצעי למדידת יחסם של הבעלים לחפץ באופן כללי. במילים אחרות, חפץ אשר בעליו ממהרים להתייאש ממנו כשהוא אובד מהם, כגון דבר שאין בו סימן, נחשב, לדעת רבא, כחפץ אשר דעת הבעלים נוחה בכך שהמוצא יטלנו במצב שבו הוא אכן נאבד. הרמה של 'דעת' הבעלים קודם ידיעתם על אובדן החפץ, היא פונקציה של סיכווי הייאוש לאחר ידיעתם על אובדנו. על פי מדד זה ברור, שזוטו של ים הוא בעל סיכווי הייאוש הגבוהים ביותר, "אומדנא דמוכח" בלשונו של הגר"ש רוזובסקי, ועל כן, שם מודה אביי לרבא שדעתם של הבעלים נוחה בכך (באופן כללי) שהמוצא יטלנו במצב כזה.

<sup>34</sup> ב"מ, ס"י כא, אות א' וח' בהשמטות.

## סיכום

בתחילת המאמר הוצגו שתי אפשרויות להבנת דין התורה, שאבדה אשר אבודה ממנו ומכל אדם (=זוטו של ים) מותרת למוצאה. האפשרות הראשונה ביססה דין זה על ייאוש הבעלים, דהיינו, שבזוטו של ים המוצא יכול ליטול את האבדה תוך הנחה שהבעלים כבר התייאשו ממנה. האפשרות השנייה תלתה את ההיתר בהפקעת התורה. במילים אחרות, בדין זוטו של ים התחדש, שאין שום משמעות לבעלות על חפץ שאבוד ממנו ומכל אדם, וממילא היא פוקעת מאליה במצב זה.

בהמשך הדברים הוכח, כי הרמב"ם סובר כאפשרות הראשונה, שדין זוטו של ים תלוי בייאוש הבעלים, לעומת הרא"ש אשר נקט כאפשרות השנייה, שדין אבודה ממנו ומכל אדם מבוסס על חידוש התורה, אשר הפקיעה את הבעלות במצב זה.

לאחר דיון נרחב בשיטת השולחן ערוך, הוצע, שהוא נקט בעמדת ביניים, אשר סוברת מצד אחד, שדין זוטו של ים, אכן, מבוסס, באופן עקרוני, על ייאוש הבעלים כשיטת הרמב"ם, אך מצד שני מסכימה לדינו של הרא"ש, שבמצב זה הותר החפץ גם במקרה בו טוענים הבעלים שהם אינם מתייאשים.

להסבר שיטה זו של השולחן ערוך הובאו שתי הצעות שונות שנאמרו באחרונים. האחת הציעה, שטענת הבעלים כי הם אינם מתייאשים לא מועילה במצב זה, או משום שהם אינם נאמנים לטעון כן, או משום שדעתם בטלה אצל כל אדם. הסבר זה נראה כפשטות דברי הנימוקי יוסף. אפשרות שנייה להסבר הייתה, שהשולחן ערוך סבור, שבזוטו של ים מודה אבי לרבא, שייאוש שלא מדעת הוא ייאוש. לסברה מחודשת זו הובאו הסבריהם של ה"אור שמח", הגר"ש ריזובסקי וה"ברכת שמואל".

סוף דבר, מצד אחד, מבסס מאמר זה את השיטות המרכזיות בהבנת דין זוטו של ים ומשתדל להעמידם על מכונם, אך מצד שני, פותח במקביל שאלה יסודית בהכנת מהותה של בעלות האדם על רכושו. האם הבעלות היא זכות התלויה באופן מוחלט בדעתו של האדם, או שמא ישנם מצבים בהם המציאות היא זו שקובעת את היחס בין האדם לרכוש?

שאלה זו אינה שייכת רק לדין זוטו של ים או אפילו לכל הלכות אבדה ומציאה. היא שאלה פילוסופית הקשורה לכל דיני הממונות שעוסקים בנושא הבעלות והיחס שבין האדם לרכושו, ואם הצליח מאמר זה לסייע, ולו במקצת, בבירור נושא עצום זה - והיה זה שכרו.

הרב דן אלינר

### עוד בעניין זוטו של ים\*

הרמב"ם, נוקט בהלכות העוסקות בדין זש"י, פעם אחר פעם, לשון יאוש. מכח כך מסיק המחבר, שלדעת הרמב"ם, גם בדין זש"י, יש צורך ביאוש הבעלים בפועל. לאור הנחה זו, עולים שני דינים בסיסיים, בדין זש"י:

א. כל זמן, שהמוצא לא יודע האם הבעלים התייאשו, אין הוא רשאי לזכות בחפץ, מכח בעית ישל"מ.

ב. במקום שהבעלים יוכיחו שאין הם מתייאשים, נקבל את דעתם.

מסקנות אלו, נוגדות במפורש, את דעת הבבלי<sup>1</sup>, אלא שלדעת המחבר, הרמב"ם מסתמך על שיטת הירושלמי<sup>2</sup>. להווי ידוע, כי הירושלמי, למד דין זש"י מיאוש הבעלים, ברם, גם בדבריו לא מופיעות נפק"מ אלה. לכן לענ"ד, מסקנות אלו אינן נכונות.

יתרה מזאת, ממרבית לשונות הרמב"ם, ניתן להוכיח, כי אין הבדל, לשיטתו, מהבנת דין זש"י, כפי שנלמד בבלי.

נבחן כעת את לשונות הרמב"ם:

הרמב"ם (גו"א פרק יד הל' ד) פסק:

"וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים ובנהר וכיוצ"ב, או במקום שרוכו גויים, ה"ז בחזקת שנתייאשו ממנו בעליו בשעה שנפל, ולפיכך הרי הוא של מוצאו אף על פי שלא שמע הבעלים שנתייאשו ממנו".

בהלכה זו, מפורש, שאין צורך ביאוש הבעלים בפועל, שהרי הרמב"ם כתב, מפורשות, "אף על פי שלא שמע הבעלים שנתייאשו ממנו". עם זאת התיר הרמב"ם, לזכות באבידה, אין זאת אלא מכח שדין זש"י, לא תלוי כלל ביאוש הבעלים בפועל, ואף במקום שלא ידוע אם הבעלים נתייאשו, מאבד בעל האבידה את בעלותו באופן מוחלט.

לכשנדקדק, נבחין בעובדה עקרונית נוספת: אם היה צודק המחבר בדבריו, שיש צורך ביאוש הבעלים בפועל, היה צריך הרמב"ם, לנקוט לשון התולה את ענין היאוש, בדעת מוצא, ולהטיל

\* תגובה למאמרו של הרב מנחם קופרמן בעניין זה, והכוונה אליו כאשר נכתב "המחבר".

<sup>1</sup> עיין ב"מ כא: - מחלוקת אביי ורבא, שם מפורש שבדין זש"י אין דין ישל"מ, וכן עיין ב"מ כד: - שלא מועילה צוויחת הבעלים.

<sup>2</sup> עיין ירושלמי ב"מ פרק ב הל' א, ותוס' ב"מ כז. ד"ה שמלה.

עליו את האחריות לשאלה האם הבעלים התייאשו. ואולם בלשון הרמב"ם, ישנה קביעה גורפת, הקובעת שלעולם, רשאי המוצא להניח, שהבעלים התייאשו. מלשון זו, משמע שאין כאן ענין מציאותי, שאם כן, יש לבחון כל מקרה לגופו, ולא שייך לקבוע, שבכל אופן הבעלים התייאשו.<sup>3</sup> אלא יש כאן קביעה עקרונית, שלעולם בדין זש"י רשאי המאבד להניח שהבעלים התייאשו, גם בסוגי אבידות, שלא מוכח שהבעלים כבר נתייאשו.

לאור קביעה זו מתפרשים היטב לשונות הרמב"ם הבאים. הרמב"ם (גו"א פרק יד ה' ט) פסק:

"... ה"ז כנופל לים או לנהר והרי הוא של מוצאו, שהרי נתייאש ממנו מפני שאין בו סימן".

ובהלכה נוספת (שם, פרק יא ה' ט):

"...ה"ז מותר משום אבדה, שהרי נתייאשו ממנו".

גם במקורות אלו, לא מוזכר, שהמוצא צריך להתלבט בשאלה, האם הבעלים התייאשו. אדרבא, יש כאן קביעה של חכמים, שעל פיה, זוכה המוצא באבידה.

לעומת כל מקורות אלו, ישנו מקור אחד בלבד, בו הרמב"ם מטיל את שאלת היאוש, על המוצא (גו"א פרק ו ה' א):

"קורות ואבנים ועצים ששטפן הנהר, אם נתייאשו הבעלים מהן, הרי אלו מותרין והן של מצילן, ואם אינו יודע אם תייאשן אם לא נתייאשו, חייב להחזיר, ואצ"ל אם היו הבעלים מרדפין אחריהן. לפיכך, המציל מן הנהר, ומזוטו של ים, ומשלוליתו של נהר... אם ידע בודאי שנתייאשו הבעלים, הרי אלו שלו, ואם לא ידע, יחזיר"

השוני בין לשון הלכה זו, לבין ההלכות הקודמות, ניכר לעין כל; דווקא כאן מזכיר הרמב"ם את בעיית ישל"מ, בהקשר לדין זש"י. ואילו בכל ההלכות הקודמות, אין כל זכר לשאלה זו. ההבדל, נובע מכך, שרק בהלכה זו, מטיל הרמב"ם את שאלת היאוש על המוצא.

השאלה מתחדדת, כשאנו בוחנים את המקור לדין זה. גירסת הרמב"ם זהה לגירסת התוספתא (כתובות פרק ח ה' ד), אולם הבבלי (ב"מ כב.), גרס:

"...הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלים".

כפי שהראינו לעיל, הרמב"ם נקט לשון דומה לבבלי, בכל ההלכות הקשורות לדין זש"י. לטענתנו, לשון זו מוכיחה, כי אין צורך ביאוש הבעלים בפועל. לאור זאת, מדוע דוקא בהלכה

<sup>3</sup> אמנם מצאנו בעניינים מציאותיים קביעות שהבעלים התייאשו (עי' ב"מ כא:). ברם, קביעות אלו, מתבססות על אופנים מסוימים, בהם האדם ממשמש בכיסו כל שעה וכדומה, ועל כן, ניתן לקבוע כך. מה שאין כן, בוש"י, כיצד ניתן לקבוע שהבעלים התייאשו, הלא היאוש קיים באבידות אלה ולא באחרות.



זו מיאן הרמב"ם להשתמש בלשון הבבלי, והעדיף לשון שמשמע ממנה, שגם בדין זש"י נצרך יאוש בעלים בפועל ?!

לפענ"ד, הלכה זו היא בבחינת יוצא מן הכלל, המעיד על הכלל כולו, והכלל הוא שאין צורך ביאוש בעלים בפועל. אמנם, מוטל עלינו, כעת, לבאר, מדוע בהלכה זו דרש הרמב"ם יאוש בעלים בפועל ?!

דומה שהפתרון לשאלה זו, נעוץ בהתחקות אחר מקור דברי הרמב"ם; פרשני הרמב"ם<sup>4</sup> כבר העירו שהמקור להלכה זו, הוא בגמרא (ב"ק קיד.):

"המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטין אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו וכן נחיל של דבורים אם נתיאשו הרי אלו שלו".

אם אכן כך, הרי שהקושי הוא לא רק בשיטת הרמב"ם. לכאורה, יש כאן סתירה מפורשת בשיטת הבבלי עצמו. במסכת ב"מ (כב:), נקט הבבלי לשון "רחמנא שרייה", בהסבר דין זש"י. מכאן עולה, שדין זש"י אינו קשור כלל ליאוש, אלא הוא הפקעת התורה. אולם, במסכת ב"ק נוקט הבבלי לשון "אם נתיאשו הבעלים", ומפורש שיש הכרח ביאוש הבעלים בפועל ?!

המסקנא ההכרחית מקושיא זו, הנה, שהגמ' בב"ק אינה עוסקת בדין זש"י, ומשום כך מכריחה יאוש בעלים בפועל.

אם דברינו כנים, נאמר כן גם בדברי הרמב"ם. אמנם, חלוקה זו, קשה יותר ברמב"ם עצמו, שהרי הרמב"ם כתב (שם הל' ב:

"לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר...")

משמע, שעוסק בהלכה זו בדין זש"י הרגיל! ברם, נלענ"ד, שגם ברמב"ם יש הכרח לחלק בין הלכה זו, לבין דין זש"י הכללי. הרמב"ם פוסק להלכה את דין זש"י כך (גו"א פרק יא הל' י):

"המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה"

ההבדל בין הלכה זו, שהינה המקור לדין זש"י, לבין ההלכה דלעיל בולט לעין כל: כאן הרמב"ם לא מטיל את שאלת היאוש על המוצא. יש כאן קביעה כללית, שלפיה צריך לנהוג המוצא, ללא קשר לשאלת היאוש בפועל. אולם בפרק ו מפורש שיש צורך ביאוש בפועל!

בשתי ההלכות נראה שעוסקים אנו באותו ענין: זוטו של ים ושלוליתו של נהר. אם כן מדוע הרמב"ם שינה בפ"ו ה"א ונקט לשון שונה?

<sup>4</sup> עיין: מגדל עוז שם, מסורת הש"ס על ב"ק שם.

לענ"ד, התשובה לכך הכרחית: בהלכה זו אין הרמב"ם עוסק בדין זש"י הרגיל הפועל ללא קשר לשאלת היאוש בפועל של הבעלים. בהלכה זו, מדובר באופן שניתן להציל את האבידה ע"י הדחק<sup>5</sup>, ועל כן, אין זה בגדר של דין זש"י, אלא ככל אבידה שיש הכרח ביאוש הבעלים בפועל.

לשיטתנו, מובן סדר ההלכות ברמב"ם:

בהלכה א, פסק הרמב"ם, את התוספתא, העוסקת בהצלה על ידי הדחק.

בהלכה ב פותח הרמב"ם בלשון "לפיכך". על פי דברינו, לשון זו מורה, שגם הלכה ב, עוסקת בדין זהה, ולא בדין זש"י.

עד כה, עסקנו בבירור שיטת הרמב"ם, לאור הלשונות המופיעות בהלכות הקשורות לדין זש"י.

אולם, נראה להוכיח, כי גם מגוף ההלכות, עולה באופן ברור, שלדעת הרמב"ם אין צורך ביאוש בפועל של הבעלים, ואף צויחה לא תועיל.

בגמרא (ב"מ כו:) איתא:

"אמר רבא האי מאן דחזי דנפל זווי מחבריה בי חלתא ואשכחיה ושקליה לא מיחייב לאהדורי ליה מאי טעמא הוא דנפל מיניה מיאש הוא אע"ג דחזייה דאיתיה ארבלא וקא מרביל מימר אמר כי היכי דנפול מינאי דידי הכי נמי נפול מאיניש אחרינא ומשכחנא מידי"

האם דין זה קשור לדין זש"י? בפשטות כן, והראיה לכך, שמחאתו של המאבד לא מועילה, ולעולם רשאי המוצא לזכות באבידה.

נבחן כעת, את נימוק הגמרא מדוע מתאתו אינה מועילה; פשט הדברים, שהמאבד אכן מודה שהתייאש, ואף על פי כן, ממשיך הוא לחפש, שמא ימצא אבידת אחרים. פשט זה, בלתי אפשרי. שהרי לא יעלה על הדעת, שפלוגי יתייאש מאבידתו, שודאי נמצאת בין החולות. ומאידך, יאמין שימצא אבידת אחרים, שאין הוא יודע כלל, אם אכן איבד שם פלוני את חפציו!!

על כן, יש לבאר, בדברי הגמרא, שהמאבד עצמו, עדיין מאמין ומקווה, שימצא את אבידתו, ועל כן מביא כברה, ומנפה את החול. ברם, אין אנו מתחשבים כלל בדעתו, כיון שזו בין החולות הוי כזש"י. ובטלה דעתו בפני כל אדם. על פי זה, אין כונת הגמרא שהמאבד באמת מחפש אבידות אחרים, אלא שאנו מתייחסים כך למעשיו, למרות שיודעים אנו, שהוא לא התייאש.

<sup>5</sup> עיין: תוס' ב"מ כ"ב. ד"ה שטף

נבחן כעת את פסק הרמב"ם:

"... ואפילו ראה אותו הביא כברה לחפש אחריו, בדעת רעועה הוא מחפש כדרך שמחפשיין בעפר שאר הבלשין שלא נפל מהן כלום שמא ימצא מה שנפל לאחריים כך הוא זה מחפש לא מפני שלא נתייאש"

מפורש בדברי הרמב"ם, שצווחת המאבד אינה מועילה לו, ואף שמחפש את אבידתו, קובעים אנו, שהוא התייאש, ומשום שבטלה דעתו אצל כל אדם. דברים אלו, מוכיחים בעליל, שעניין היאוש, לא תלוי ברצון האדם, אלא זו קביעה כללית, ואין המאבד יכול להתנגד לה.

נדון כעת, במקור לדין צווחה בזש"י, ונבחן את פסק הרמב"ם. שנינו בגמרא (ב"מ כד):

"רבא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי ואמרי לה בשוקא דרבנן. אמר ליה: מצא כאן ארנקי מהו? אמר ליה: הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן מהו? אמר ליה: הרי אלו שלו. והלא עומד וצווח? נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה ביים".

הרמב"ם פסק להלכה (גו"א פרק יא הל' ז):

"... אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו. ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אע"פ שהיא שלו, הרוצה ללכת בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה לישראל כשיתן את סימניה".

הרמב"ם השמיט את דברי הגמרא - "נעשה על ביתו שנפל, ועל ספינתו שטבעה ביים", מכאן הסיק המחבר, שהרמב"ם חולק על דברי הגמרא הנ"ל.

לענ"ד, הרמב"ם פסק גמרא זו להלכה, והלכה זו מצטרפת לשיטתו הכללית, שדין זש"י, אינו תלוי כלל בדעת המאבד<sup>6</sup>. כדי להבין היטב את דברי הרמב"ם, נחזור ונעיין בדברי הגמרא: "בא ישראל ונתן בה סימן, א"ל הרי אלו שלו". פלוני הנותן סימנים באבידה, מוכיח, בודאי, שלא התייאש. הנחה זו, היא הכרחית, שאם לא כן, מהי מטרת נתינת הסימנים, אטו בשופטני עסקינן, שנותנים סימנם, ומתייאשם מהאבידה? ! אף על פי כן, קובע רבא "הרי אלו שלו". היינו, שאין אנו מתחשבים כלל בדעתו, ובנתינת הסימנים.

על פי דברינו, כבר בשלב זה, מוכח מהגמרא, שצווחה לא מועילה, שהרי נתינת סימני האבידה, כמוה כצווחה. לאור זאת נבין היטב, את המשך דברי הגמ': "והלא עומד וצווח", לכאורה, מנא ליה לרבא שהמאבד עומד וצווח, על פי דברינו, אין כאן שאלה נוספת, אלא רבא

<sup>6</sup> עיין במאמרי "גדר מוצא אבידה בסרטיא ופלטיא גדולה", שם הבאנו דרך נוספת להכנת השמטת דברי הרמב"ם. ואף ששתי הדרכים שונות בתכלית, המשותף להם הוא, שהרמב"ם פסק להלכה, שצווחה לא מועילה בדין זש"י.

חוזר ומקשה, על דברי ר"ג שפסק "הרי אלו שלו" גם במקום שהביא סימנים. ומקשה על כך רבא, שנתנת הסימנים כמוה כצוויחה, ומתרץ לו רב נחמן, שצוויחה לא מועילה בדין זש"י.

אם דברינו כנים, הרי שהרמב"ם פסק את דין הצוויחה להלכה: ... "הרי אלו שלו, ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתיאש ממנה". על פי דברינו, עצם אי קבלת הסימנים, היא גופא הוכחה, שאין צורך ביאוש הבעלים<sup>7</sup>:

עד כה, העלינו, מה שנראה לדעתינו, שיטת הרמב"ם הנכונה.

באחרונים, מובאת הוכחה נוספת, לכך שהרמב"ם, לא תולה את דין זש"י ביאוש הבעלים. שם לא כן, מה פשר הקל וחומר מזש"י, והלא בגל ישן הבעלים מעולם לא התיאשו, שהרי לא ידעו כלל על המטמון המצוי בכותל, ואעפ"כ, פוסק הרמב"ם "הרי אלו שלו". ואם כן, גם כאן מוכח, שיאוש הבעלים, אין פירושו יאוש בפועל.

<sup>7</sup> גם ההלכה שלקמן, הובאה בדברי המחבר כהוכחה להבנתו, ולא הבנתי את הוכחתו, ואדרבא נראה שהדברים סותרים.

הרב דן אלינר

### גדר מוצא אבידה בסרטיא ופלטאי גדולה

אחת הבעיות השכיחות ביותר, בהלכות השבת האבדה, הנה בעיית "יאוש שלא מדעת" (ישל"מ). בגמרא (ב"מ כא:), נחלקו אביי ורבא בדין הנ"ל, ולהלכה נפסק כאביי, שישל"מ לא הוי יאוש. לפיכך, אדם המרים אבדה, לא יוכל לזכות בה מחשש שמא הבעלים עדיין לא נתייאשו. על כן בזמן הרמת האבדה המוצא הופך להיות שומר של הבעלים, ולפיכך, שוב לא יוכל לזכות בחפץ, כל זמן שהוא ברשותו, גם לאחר יאוש הבעלים<sup>1</sup>.

עיקר ענינו של המאמר הוא הבהרת דין "זוטו של ים" (זש"י), ויחסו לבעית ישל"מ, כבסיס, נגדיר מחדש את הכלול בגדר "יאוש שלא מדעת".

#### דין סרטיא ופלטאי

בגמרא (ב"מ כד.) שנינו:

"וכן היה ר"ש בן אלעזר אומר: המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ושוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטאי גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם, הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהם"

פשט לשון הברייתא, מורה שדין סרטיא ופלטאי, נידון כדין המציל מן הארי והדוב וכו'. דהינו, כדין זש"י, ואין צורך ביאוש בפועל של הבעלים.

קביעה זו, מתבססת על לשון הברייתא "מפני שנתייאשו הבעלים". מלשון זו, משמע, שיש כאן קביעה של חכמים, שיש לתלות שהמאבד התייאש, גם באופן שלא ידוע לנו, מהי דעתו.<sup>2</sup> אם אכן היתה הברייתא, מצריכה יאוש בעלים בפועל, היה ראוי לנקוט לשון "אם ידע שנתייאשו הבעלים"<sup>3</sup>. מלשון זו, היה משמע, שעל המוצא החובה להתלבט בשאלה האם נתייאשו הבעלים. ברם, לשון "מפני שהתייאשו הבעלים", משמעה, שזוהי הנחת יסוד, בכל דין סרטיא ופלטאי, ואין היא תלויה, בידיעת רצון הבעלים בפועל.

<sup>1</sup> כך הסביר הרמב"ן את דין ישל"מ, ישנן גם הסברים אחרים בראשונים ואין זה מקומם.

<sup>2</sup> לכאורה, גם כאן, ניתן לבאר, שהמשנה עוסקת דווקא, באבידה שהבעלים הבחינו בנפילתם, וע"כ, לא קיימת בעיית ישל"מ. ברם, גלעניד, שקשה לומר כן, בפשט המשנה, שלא סייגה את דבריה, אלא קבעה באופן גורף, שכל אבידה הנמצאת במקומות אלו, מותרת למוצא, גם באופן שלא ידוע האם היה כבר יאוש בעלים בפועל.

<sup>3</sup> עיין תוספתא כתובות פרק ח הל' ד "שטף נהר...אם נתייאשו הבעלים" וכו'.

אם דברינו כנים, הרי שעל פי ברייתא זו, רשאי המוצא לזכות באבדה, גם כשלא ידוע אם נתיאשו הבעלים. ואין בעית ישל"מ. לכאורה, כדין זש"י.

מטרת המאמר היא להציע שדין סרטיא ופלטאי, הנו גדר ביניים, בין דין מוצא אבדה רגילה, לבין דין זש"י. אם הבעלים יוכיחו שאינם מתייאשים, לא יוכל מוצא האבדה לזכות בחפץ. אך מאידך גיסא, כל זמן שאין לנו ידיעה כזו, למרות שהבעלים כלל אינם יודעים על האבדה, רשאי המוצא לזכות בחפץ. בקביעת הברייתא "מפני שהבעלים מתייאשין מהם", אין הכוונה לידיעה שאכן היה יאוש בפועל, אלא זו קביעה של חכמים.

#### שיטת הרשב"א

נלענ"ד, שניתן לזהות תפיסה זו, בדברי הרשב"א (ב"מ כד. ד"ה מפני) שכתב:

"מפני שהבעלים מתייאשין מהן. יש מפרשים<sup>4</sup> דלא קאי אזוטו של ים ושלוליתו של נהר, דהנך אפילו לא נתיאשו נמי, דרחמנא אפקריה כדאמרין לעיל, אלא אהנך אחריני קאי. ולי נראה דאין צורך, דטעמא נמי דאפקריה רחמנא, משום דבעלים מתייאשין מהם לעולם, לפי שאבודה ממנו ומכל העולם, ומתוך שהוצרך לפרש טעם ייאוש בעלים באותן אחרים, כלליה נמי לזוטו של ים, דבדידיה נמי שייך בעיקר מילתא"

לפי הרשב"א משתמע שישנה זהות בין דין זש"י, לדין סרטיא ופלטאי. אם כן, הרי שאפילו אם יצווה המאבד ויטען שאינו מתייאש, לא נקבל את דבריו. לפענ"ד, אין זו כונת הרשב"א, וכפי שיבואר לקמן.

על דברי הרשב"א יש להקשות מגמרא מפורשת (ב"מ כב:), העוסקת בהגדרת המושג "זוטו של ים":

"דא"ר יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוצדק מנין לאבדה ששטפה נהר שהיא מותרת דכתיב וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה מנו ומצויה אצל כל אדם יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם"

לאור הגדרה זו, לא מובנים דברי הרשב"א. מוצא אבדה בזוטו של ים ושלוליתו של נהר, זוכה בחפץ, כיון שהאבדה "אבודה ממנו ומכל אדם". פירוש הדברים, שבדרך הטבע, אין אפשרות למצוא אבדה, המצויה שם. ברם, בסרטיא ופלטאי גדולה, אין המצב כן, שהרי אין עוררין שיש מי שימצא את האבדה. אם כן, מדוע דין סרטיא ופלטאי, שונה מכל אבדה בה אנו קוראים "אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם". אם אכן כך, הרי שאבדה בסרטיא ופלטאי, דומה לאבדה רגילה. אם כן, מדוע מזהה הברייתא, לפי הרשב"א, את סרטיא ופלטאי, עם דין זש"י?!

קושי זה קיים גם על דברי הרשב"א בסוגיא נוספת. שנינו בגמרא (ב"מ כו:):

<sup>4</sup> ע"י רא"ש פרק ב ס"ו

"אמר רבא האי מאן דחזי דנפל זווי מחבריה בי חלתא, ואשכחיה ושקליה לא מחייב לאהדורי ליה. מאי טעמא, ההוא דנפל מיניה, מיאש הוא, אף על גב דחזייה דאייתי ארבלא, וקא מרביל, מימר אמר כי היכי דנפול מינאי דידי הכי נמי נפול מאיניש אחרינא ומשכחנא מידי".

בגמרא זו מפורש, שלא מתחשבים במעשיו של המאבד. הריטב"א (שם, ד"ה והא דאמרינן) הסביר זאת בזהות בין הדין הנ"ל, לדין זש"י, שאף צווחתו לא מועילה.

הרשב"א כתב (כא: בתוך ד"ה זוטו):

"... הכי קאמר כי היכי דנפל מינאי נפיל מאיניש אחרינא ומשכחנא, דאלמא אלו אמר בהדיא על דידי מהדרנא ולא אייאשי מיניה חייב לאהדורי, ואע"ג דחלתא כזוטו של ים הוא. לא היא, דחלתא ודאי סתמיה כזוטו של ים הוא, ומשום הכי לא מיחייב לאהדוריה, אבל לאו כזוטו של ים הוא לגמרי, משום דהא אפשר לארבולי, וזימנין דמשכח ליה. והילכך כל היכא דשמעינן דלא אייאש לא הוי כזוטו ומחייב לאהדורי, אבל זוטו של ים אבודה היא לגמרי, ומשעת נפילתו הויא הפקר גמור, כן נראה לי"

מעיון בדברי הרשב"א, עולות המסקנות הבאות:

1. זוו בין החולות דומה לדין זש"י: כל זמן שלא ידוע לנו מהי דעת המאבד, רשאי המוצא לזכות באבדה, ואין כאן בעיית יאוש שלא מדעת. דין זה, מדויק בדברי הרשב"א: "דחלא ודאי סתמיה כזוטו של ים הוא ומשום הכי לא מיחייב לאהדורי, אבל לאו כזוטו של ים לגמרי...".
2. ההבדל בין דין זוו בין החולות, לדין זש"י, ברור: בזוו בין החולות מועילה צווחת המאבד. לעומת זש"י, שם לא מועילה צווחת המאבד.

דברים אלו מוכיחים, שישנו גדר ביניים, בדין זש"י: מחד גיסא, אין בו בעית ישל"מ ואף אם המאבד אינו יודע על האבדה<sup>5</sup>, יכול המוצא לזכות בה, מאידך גיסא, מועילה בו מחאת המאבד. שילוב זה, של הדינים הנ"ל, נראה בלתי אפשרי. במסקנת הדברים, ננסה להציע פתרון לבעיה זו.

אם דברינו כנים, נחזור ונבאר, כעת, את דברי הרשב"א על הברייתא העוסקת בסרטיא ופלטאי (בב"מ כד.). כוונת הברייתא, אינה לזהות באופן מוחלט, בין דין זש"י, לבין דין סרטיא ופלטאי. אלא דין סרטיא ופלטאי, דומים בדינם, למוצא זוו בין החולות, בשניהם, האבדה היא בגדר "אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם". יחד עם זאת, היאוש בהם הוא ודאי, ועל כן אין בעיית יאוש שלא מדעת. אמנם, כיון שההיתר תלוי בדעת הבעלים, אם יבואו ויעמדו על אבדתם, נצטרך להחזיר להם את אבדתם.

<sup>5</sup> יש לציין שדברי הרשב"א והראשונים שמצוטטים בהמשך, יכולים להתפרש גם כעוסקים במקרה בו המאבד יודע על האבדה. לענ"ד, כוונתם היא כפי שהוצגה בגוף המאמר.

## ראשונים נוספים

נבחן כעת את דברי הריטב"א בטוגיא הנ"ל (שם ד"ה נפל):

"... אלא הכא מילתא בעלמא קאמר, לומר דחלתא כזוטו של ים הוא שהיא אבודה מכל העולם. ומה שעושה בכברה אנו דנין אותו כאלו אמר בלבו משכחנא סלע דנפל מחבראי, לומר שמתעסק בעלמא הוא. דעל כרחך, איאוש מיאש, ואי מצא אחר ונטלה באותה שעה זכה בה."

הריטב"א חולק על מסקנת הרשב"א. לשיטתו, דין זוז בין החולות שווה לגמרי לדין זש"י. וע"כ, גם צווחת המאבד לא מועילה.

ואולם, נלענ"ד, שגם הריטב"א, מסכים לגדר הביניים הנ"ל, אלא, שהמחלוקת בין הראשונים הנ"ל, היא בהגדרת המצב של זוז בין החולות: לדעת הרשב"א, הוי אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם. ברם, הריטב"א חולק וסובר, שהוי אבודה ממנו ומכל אדם. ברם, באופנים מסוימים שהוי בגדר אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יודה הריטב"א, לגדר דלעיל. הנחה זו, מוכחת מדברי הריטב"א (שם):

" ואמר רבא האי מאן דחזייה לחבריה דנפל מיניה זוזא בחלתא פירוש דווקא נקט זוזא בחלתא מפני שנאבד ולא נמצא ולא סגי דלא מייאש. מה שאין כן במנא דחלתא (=כלי בחול) דמשתכח וכל כמה דמהדר בתריה לא מייאש. והוא הדין נמי בזוזא בארעא (=זוז בארץ) דעלמא דלאו חלתא דמשתכח, וכל היכא דמהדר בתרה לא מייאש. ומאן דשקיל ליה, באיסורא אתא לידיה וחייב להחזירו"

הדגשת הריטב"א, היא שבמנא בחלתא ובזוזי בארעא, השוני נובע מהיכולת למצאם. מדברים אלו, אנו למדים, שהחסרון בזוזי בחלתא, הוא חוסר היכולת למוצאו, ומשום כך, מגדיר זאת הריטב"א, כאבודה ממנו ומכל אדם. נראה, שבנקודה זו, נחלק הרשב"א, ולדעתו, אבודה ממנו ומכל אדם, הוא דווקא שאין יכולת מעשית להגיע אל החפץ. מה שאין כן בזוזי בין החולות, אם יתעקש ויבזבז את זמנו, ימצא את אבדתו.

הריטב"א הדגיש שבמנא בחלתא הדין שונה - "וכל כמה דמהדר בתריה לא מייאש". לכאורה, כוננתו שרק אם נדע שהמאבד לא התייאש לא יוכל המוצא לזכות באבדה. אולם, בכל מקרה אחר, ובכלל זה, כאשר המאבד איננו ידע כלל על האבדה, יכול המוצא לזכות באבדה. מכל מקום, למדנו, שגם לדעת הריטב"א, ישנו גדר ביניים, בדין זש"י.

לכאורה ניתן להקשות על דברינו מגמרא ערוכה (ב"מ כד:):

"רבא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי, ואמרי לה בשוקא דרבנן. א"ל מצא כאן ארנקי מהו? א"ל הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן מהו? א"ל הרי אלו שלו. א"ל והלא עומד וצווח? נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים."

שוקא דגלדאי הוי כדין סרטיא ופלטאי גדולים, שהרי גם שם בדרך הטבע האבדה תמצא על ידי פלוני. יאוש הבעלים, אינו נובע מתוסר היכולת להגיע אל החפץ, אלא מהידיעה שלא יהיה מי שיחזיר לו



אותן. אם אכן כך, הרי מפורש כאן, שגם בדין סרטיא ופלטיא גדולה, לא תועיל צוויחה, "נעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים". והרי לעיל, דייקנו, שבסרטיא ופלטיא גדולה, מועילה צווחתו?!

הדרישה (סימן רנט סע' יג ד"ה על כן) תירץ:

"ולפי זה צריך לומר דמה שאמר רב נחמן במצא בשוקא דגלדאי, דהוה כצוות על ביתו, אינו דומה ממש לצוות על ביתו זה דהזכיר הרא"ש. דשם בדברי רב נחמן מיירי דוקא בצוח אחר זמן דאבדה, ומטעם זה ודאי נתייאש".

כלומר הדרישה טוען שצווחה מועילה בשוקא דגילדאי, דברי רב נחמן, שצווחה אינה מועילה, עוסקים במקרה שהמאבד צווח לאחר זמן. במקרה כזה המאבד אינו נאמן לומר שלא התייאש ואנו אומרים שהוא שינה את דעתו. על פי דברים אלו, עולה שדין סרטיא ופלטיא, שונה מדין זש"י, בכך שצוויחה מועילה.<sup>6</sup>

לאור הבחנה זו, נלענ"ד, לבאר את פסקי הרמב"ם. הרמב"ם (גזלה ואבדה פרק יא הל' ז) פסק את דין שוקא דגלדאי:

"... אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, שהעכו"ם שם תמיד, ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו. ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אע"פ שהיא שלו. הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפני משורת הדין מחזיר את האבידה לישראל כשיתן את סימניה".

בדברי הרמב"ם הושמטו דברי הגמרא: "והלא עומד צווח נעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים". אם דין שוקא דגלדאי, הוי כדין זש"י, לא מובנת השמטת הרמב"ם, והלא דין צוויחה בזש"י, הנו דין ברור ומוסכם, אם כן, מדוע השמיט זאת הרמב"ם?!

על פי דברינו, במהלך הסוגיא, הדברים מתבארים: שוקא דגלדאי הוי כדין סרטיא ופלטיא, ודין סרטיא ופלטיא, לא הוי כדין זש"י, לענין צווחה. דברי הגמרא, שהצווחה לא מועילה, הם דוקא בצווח לאחר זמן. משום כך השמיט הרמב"ם, את דין הצווחה, להשמיענו, שבסרטיא ופלטיא, הצווחה מועילה כאשר נעשתה מיד.

וזאת למודעי, בזש"י המוגדר "אבודה ממנו ומכל אדם", גם לדעות הסוברות שההיתר הוא משום יאוש, לא תועיל צווחת המאבד. שכן, המציאות מכחישה את צווחתם, ועל כן, לעולם דנים אנו, שהבעלים התייאשו למרות צווחתם. מה שאין כן, בסרטיא ופלטיא, וזו בין החולות, שם רק מכח האומדנא מכריעים אנו, שהבעלים כבר התייאשו, ועל כן, אם הבעלים יוכיחו שלא התייאשו, נקבל את דעתם.

<sup>6</sup> יש לציין שהדרישה עצמו טען שכאשר המאבד לא ידע על האבדה לא רשאי המוצא לזכות באבדה. אף על פי כן, יש בתירוצו כדי לפרנס את שיטת הרשב"א.

## בעלות על חפץ ללא שליטה

להבנת הגדר המחודש הנ"ל, יש לדון מהי הגדרת בעלות, על פי דין תורה, ועל פי זה, לבחון מה נותר מבעלותו של האדם, לאחר שאיבד את חפציו. כך נוכל להבין את גדר חיוב השבת אבידה, "השב תשיבם".

נראה להוכיח, שעל פי דין תורה, בעלותו של האדם מותנית ביכולת השליטה על החפץ. בעלות שאינה ניתנת למימוש, מרוקנת היא מכל תוכן. מה חשיבות יש לקרקע שבבעלותו של האדם, אם אינו יכול להגיע אל הקרקע?!

יסוד זה ניתן לראותו במספר מקומות בש"ס, אנו נסתפק בהבאת מקור בולט אחד.<sup>7</sup> אחד הקניינים של הגזולן הנו קנין שינוי מעשה.<sup>8</sup> קנין זה קשה מאוד להבנה, מה ההליך הקנייני המכניס את החפץ לרשותו של הגזולן, הלא עד כה, החפץ היה שייך לנגזל, ואם כן, כיצד עובר החפץ לבעלותו של הגזולן?!

בקובץ שיעורים (ב"ק אות יד) ביאר:

"וצ"ל דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה, ממילא הוא קנוי לגזולן מגזילה הראשונה...בגזילה חלות הקנין היא לאלתר, אלא דחיוב השבה הוא דבר המפקיע קנינו בכל רגע. וכיון דנפקע חיוב השבה ע"י שינוי, ממילא נשאר שלו, דמיד בשעת הגזילה נעשית שלו, על הזמן שלאחר פטור השבה".

הסבר הדברים: בשעת הגזילה, מאבד, למעשה, הנגזל את בעלותו, משום שכעת אין הוא יכול לממש את בעלותו, ולכן אין הוא עוד בעלים. אלא שחיוב התורה "והשיב" וכו', מונע מהגזולן את הבעלות בפועל, ועל כן, במקום שאין עוד יכולת להשיב את החפץ עצמו, כיון שנשתנה, ממילא, יוצאת כעת בעלות הגזולן מהכוח אל הפועל.<sup>9</sup>

דברים אלו, מראים בעליל, שבמקום שאין עוד שליטה של הבעלים, ואין להם יכולת לממש את בעלותם, פוקעת בעלותם מאליה. על פי תפיסה זו, בעלות האדם על ממונו, הנה דבר דינמי, הדורש הוכחה מתמדת, שאכן הוא הבעלים. כדי לאבד את הבעלות אין צורך בפעולה קניינית, אלא די בכך שהאדם יפסיק לשלוט על נכסיו, ומיד תפקע בעלותו.

לאור הדברים הללו, יש לעיין מהו הגדר של החפץ לאחר שאבד. באופן פשוט, אין עוד שליטה של הבעלים לאחר שאבד החפץ. אמנם יתכן שהחפץ ימצא, אך כעת, מכל מקום, המאבד לא יכול בשום אופן לממש את בעלותו. לפיכך, צריך היה החפץ להיות מופקר לכל.

<sup>7</sup> ע"י עוד מחלוקת רמב"ן בעה"מ, ב"ק ריש פרק רביעי.

<sup>8</sup> ע"י ב"ק סו.

<sup>9</sup> בדומה לכך יש להסביר את קנין יאוש ושינוי רשות, שלעולם כבר בזמן הגזילה איבד הנגזל את בעלותו, ודווקא הגזולן אינו יכול לזכות בחפץ, מדין "באיסורא אתא לידיה", אבל באופן שכבר היה יאוש בעלים, והחפץ הגיע ללוקח מן הגזולן, הרי שבכהאי גוונא, הוסרה המניעה, והלוקח יכול לזכות בחפץ.

יש לציין שיש חולקים, וסוברים שהבעלות עוברת בשעת השינוי ולא בשעת הגזולה (עיין במאמריהם של הרב סיני לוי והרב עדו רכניץ בחוברת זו).

יתרה מזאת, בגזל, ההפקר לא חל כלפי הגזלן, משום שאנו קונסים אותו, אך באבידה, שבעלות האדם על חפצו, התערערה מאליה, מדוע צריך המוצא את יאוש של המאבד, הלא גם ללא יאוש, אין הוא יותר בעלים?!

התשובה לכך היא, שהתורה חדשה, שלעניין השבת אבדה, גם באופן שהאדם כבר לא שולט יותר על חפצו, כל זמן שיש לו רצון לשלוט על החפץ האבוד, יש לו גם בעלות. ועל כן מחויב המוצא להשיב לו את חפצו. לולא שהתורה חדשה את דין "השב תשיבם", לא היינו מחויבים בהשבת אבידה, על פי גדרי הבעלות הידועים לנו. אמנם, לאחר חידוש התורה, חיוב ההשבה הנו מן הדין, ובעלותו של המאבד לא פוקעת.

והנה, על פי הגדרה זו נבין היטב מדוע בוש"י אינו מחויב להשיב את האבדה. שהרי, כל אבדה מפיקה את בעלותו של האדם, אלא שהתורה חדשה, שדי ברצון של האדם, כדי שעדיין נחשיב אותו כבעלים, גם באופן שכבר לא יכול לשלוט יותר על החפץ. אבל בוש"י אין משמעות לרצון של האדם, כיון שהמציאות מכחישה אותו, "ונעשה כצווח על ביתו שנפל, ועל ספינתו שטבעה בים". לכן, בוש"י אין מצוות השבת אבדה. אם כן, אין עוד מה שימשיך את הקשר הממוני, בינו לבין החפץ, וממילא חשוב החפץ כהפקר, כבר משעה שאבד את החפץ.

היחס בין דין זש"י לדין סרטיא ופלטיא.

על פי כל הדברים הנ"ל נחזור ונעיין, מה הגדר ב"מוצא אבידה בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם". הגדרנו, שחידוש התורה הנו שרצון הבעלים, ממשיך את הזיקה הממונית בין המאבד לבין חפצו. בסרטיא ופלטיא, האבדה היא בגדר "אבודה ממנו, ומצויה אצל כל אדם". לפיכך, יש להתחשב ברצון הבעלים, ולא לנתק את בעלותם, כל זמן, שהם מודיעים שלא נתייאשו. ברם, באופן שביר לנו שהאבדה לא תחזור עוד לבעליה, כגון, בסרטיא ופלטיא גדולה, שמחמת ריבוי העוברים, הבעלים יתייאשו, ללא ספק. אין אנו זקוקים ליאוש בפועל של הבעלים, כיון שיש לנו מעין "אגן סהדי", שעתידי להיות יאוש בעלים.

כיון שכך, הבעלות שוב פוקעת מאליה, שהרי זמן האבדה, הוא זמן ניתוק המאבד מאבדתו, אלא שחדשה התורה, שבמקום שיש רצון ממשיכה הזיקה הממונית בין החפץ לבעליו. אבל כאשר יש לנו בירור שלא יהיה רצון מצד הבעלים, אין עוד מה שיקשור בין החפץ לאבדה. וכיון שבזמן האבדה איבד האדם את בעלותו, אין צורך בפעולה נוספת כדי לנתק בינו לבין החפץ, אלא רשאי המוצא לזכות בחפץ, מן ההפקר.

על פי דברינו, קביעת הברייתא "מפני שהבעלים מתייאשין מהן", אינה קביעה שהיה יאוש בפועל של הבעלים, אלא הידיעה הברורה, שהבעלים יתייאשו, מאפשרת כבר כעת לזכות בחפץ, ללא בעיית ישל"מ.

לכשנדקדק, נגדיר שדין יאוש שלא מדעת הוא דוקא באופן שאין אומדנא דמוכת, שהבעלים יתייאשו, אבל במקום שאנן סהדי, שעתידי להיות יאוש בעלים, רשאי המוצא לזכות באבידה, גם אם עדיין לא היה

יאוש בפועל.<sup>10</sup> אבל, כיון שניתוק החפץ מבעליו, הוא מצד האומדנא, שאנו אומדים בדעתו, הרי שבמקום, שמוכח לנו, לא כך, כגון, שהבעלים מחפשים אחר אבדתם, לא רשאי המוצא לזכות באבדה.

מה שאין כן, בזש"י, שם המציאות היא זו שמכחישה את רצונו של האדם, ועל כן בכל אופן בטלה דעתו, והחפץ חשוב הפקר. אם דברינו כנים, העולה מהברייתא לעיל, דין סרטיא ופלטאי גדולה, שווה לדין זש"י, בכך שהמוצא יכול לזכות בחפץ גם ללא יאוש בפועל של הבעלים. ברם, בדין הקובע, שגם במקום שמוכח שהבעלים לא נתייאו, החפץ חשוב הפקר. שונה דין סרטיא ופלטאי מדין זש"י, כפי שנתבאר לעיל.

בדרך זו נבאר גם את דברי הרשב"א לענין זווי בחלתא. המציאות שש ל זווי בחלתא, היא בגדר "אבודת ממנו ומצויה אצל כל אדם", אך אנן סהדי, שפלוני זה עתיד להתייאו בודאי מאבדתו. כיון שכך, אין אנו זקוקים ליאוש בפועל של המאבד, והחפץ כבר עתה חשוב כהפקר. ברם, אם יוכח שהאומדנא בטעות יסודה, וכגון, שאנו רואים שמביא כברה ומחפש את אבדתו, הרי שנמשיך לראותו כבעלים. הגדרה זו, שטוען הרשב"א לענין זווי בחלתא, מביין הריטב"א לענין זווי בארעא, ומנא בחלתא. אבל, בזווי בחלתא, שם, לדעת הריטב"א, הוי לגמרי דין זש"י, ולכן גם אם יחפש את אבדתו, בטלה דעתו אצל כל אדם, וחשוב החפץ כהפקר.

#### סיכום

לדין סרטיא ופלטאי גדולה, גדר מיוחד, מחד גיסא הם דומים לזוטו של ים, אך ישנם הבדלים בולטים ביניהם. במהלך המאמר עמדנו על יסוד ההבדל, וטענתנו היא, שאכן יש לזהות את דין סרטיא ופלטאי, עם דין זש"י, בכך שבשניהם אין אנו זקוקים ליאוש בפועל של הבעלים. ברם, בעוד בדין זש"י נובע הדבר מהמציאות, הרי שבדין סרטיא נובע הדבר מאומדנא בדעת המאבד. הבדל זה הוא זה שגורם לכך, שבדין זש"י לא תועיל צווחתו, ואילו בסרטיא ופלטאי גדולה, מועילה מחאתו.

<sup>10</sup> וכן דייקו נחלת דוד (ב"מ כב. ד"ה שוב), קהילות יעקב (ב"מ ס' כג).

העירני, הרב ידידיה כהנא ג"י, דלכאורה, יש להקשות, מדברי הגמרא (ב"מ כא.) "עשוי אדם למשמש בכיסו בכל שעה ושעה". ולכאורה, מה בכך שעשוי למשמש, והלא עדיין יש לחשוש לכך שמא עדין לא נתייאו? יש לומר, דשאני מטבעות כסף שהחטרון בהם שאין בהם סימן, והיאוש מצוי בהם ביותר. ועל כן, אין אנו זקוקים לדיעה מוחלטת.

הרב ידידיה כהנא

### תחילתו בפשיעה וסופו באונס

הדיון בשאלת תחילתו בפשיעה וסופו באונס מהווה צומת, שבו נפגשות כמה סוגיות הקשורות בשאלה אחת. השאלה היא, עד כמה ניתן להאשים אדם בשרשרת אירועים, אשר בתחילתה נבעה מרשלנות של האחראי לעניין, אך בהמשך התפתחו מצבים אשר לגביהם לא היה אחראי. דין זה נוגע הן לסוגיות העוסקות בשומרים, הן לשימוש שלא כדין בחפץ מושכר או מושאל, והן לנוזיקין. במאמר זה ננסה לעמוד על סוגים שונים של קשרים בין הפשיעה לאונס תוך התמקדות בסוגיות השומרים, ובשיטות הראשונים השונות בזה.

#### הצגת המחלוקת בגמרא

צריפא דאורבני

בגמרא (בבא מציעא מב.) מובא מקרה:

”ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותבינהו בצריפא דאורבני. איגנוב. אמר רב יוסף אף על גב דלעניין גניבה נטירותא היא, לעניין נורא פשיעותא היא, הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ואיכא דאמרי, אף על גב דלעניין נורא פשיעותא היא לעניין גנבי נטירותא היא, ותחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור. והילכתא... חייב”

כלומר, מדובר בגמרא במקרה שבו היתה פשיעה לעניין אחד- הכסף היה במקום העלול להישרף ולהאבד. אך לעניין גניבה- הכסף היה שמור היטב. כלומר, הפשיעה לא היתה הסיבה לאונס (המדובר בשומר חנם שבו גניבה היא כאונס- רש"י) מכיוון שהכסף היה בטוח בצריף מפני גניבה, אבל נסיבתית היא גרמה לאונס, כי אם לא היה שם את הכסף שם, לא היה נגנב. למקרה זה קוראת הגמרא 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' ויש מחלוקת מה דעת רב יוסף, האם במקרה זה חייב או פטור<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> את המחלוקת בין מ"ד פטור ומ"ד חייב ניתן להסביר בצורה הבאה:

מ"ד פטור, סובר שחובתו הבסיסית של שומר היא לשלם במקרה של אובדן. ועל כן כאשר קרה מקרה שבו אין הוא חייב לשלם, הוא פטור.

לעומתו, מ"ד חייב סובר שחובתו הבסיסית של השומר היא לשמור, וכל חיובי התשלומים שלו צריכים להיבדק לאור השאלה האם שמר כראוי או לא. מכיוון שבצריפא דאורבני השומר פשע לעניין אש, וממילא לא מילא את חובת השמירה שלו כראוי, אם כן חייב הוא לשלם.

## מינור

כדי להקל על הדיון, יקבעו המינוחים הבאים:

מאן דאמר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב יקרא 'מ"ד חייב'.

מאן דאמר שפטור יקרא 'מ"ד פטור'.

קשר נסיבתי - השתלשלות אירועים אשר לא ניתן היה לצפותה מראש, אך בדיעבד התברר שא' גרם לב'. היינו, הנסיבות הוכיחו שיש קשר בין א' לב'.

קשר סיבתי - השתלשלות אירועים שניתן לצפותה מראש, דהיינו, כשקורה א' אפשר להבין שב' יקרה כתוצאה ממנו. כלומר, א' הוא סיבה לב'.

כדי להבין את מ"ד חייב, עלינו לשאול: מה בכך שלא שמר כראוי, הלא סוף כל סוף החפץ היה שמור מפני גניבה כראוי, ואם כן אין שום קשר בין הפשיעה לאונס, והדבר דומה לשומר שפשע ואחר כך שמר כראוי, שברור שאם החפץ נגנב יהיה פטור, שכן כלתה פשיעתו. ואם כך מה טעמו של מ"ד חייב?

## ביאור מ"ד חייב

כפי שכבר ראינו, בציריפא דאורבני יש מקרה בו אין קשר סיבתי בין הפשיעה לאונס, אלא קשר נסיבתי. כדי להסביר את טעמו של מ"ד חייב, אפשר להציג שתי גישות:

א. קשר נסיבתי הוא קשר סיבתי

לפי גישה זו, הסיבה שחייב היא, שאם לא היה השומר שם את החפץ במקום זה, לא היה נגנב. והראיה, שבסופו של דבר באו הגנבים דווקא למקום הזה ולא לביתו. אם כן הקשר הזה הוא סיבתי, הפשיעה גרמה לאונס שיקרה ולכן חייב. מ"ד פטור כמובן חולק על כך וסובר שהקשר הנסיבתי אינו קשר סיבתי ופטור.

ב. הפשיעה יוצרת חיוב לשמור

לפי גישה זו, מ"ד חייב סובר, שעלינו לבדוק האם האונס היה נמנע לו היה השומר ממלא את חובת השמירה שלו כראוי.

וביאור הדבר: מכיוון שהכסף נמצא כרגע במקום שאינו משתמר מפני אש (צריפא דאורבני), על השומר, אף שהוא שומר חנם, לגשת<sup>2</sup> אל החפץ ולשמור עליו עד שיגיע למקום בטוח. אם היה ממלא את חובתו זו, הרי ברור שהכסף לא היה נגנב. על כן הוא חייב. מ"ד פטור, סובר בפשטות שאין מפעילים מדרד כזה, אלא בודקים כל דבר לגופו. החיוב שלו לשמור עכשיו על החפץ הוא רק ביחס לאש, ולא ביחס לגניבה ולכן פטור.

נפקא מינה בין ההסברים:

כדי להבהיר את העניין נביא שתי נפקא מינות.

א. במקרה שבאו גנבים לא רק לצריפא דאורבני אלא גם לביתו. לפי ההסבר הראשון צריך להיות פטור, שהרי אין לטעון לקשר סיבתי- ברור שגם לו היה שם את החפץ בביתו היה נגנב, ועל כן אי אפשר לומר שהפשיעה גרמה לאונס. לפי ההסבר השני צריך להיות הדין שחייב, משום שסוף סוף לו היה ממלא את חובת השמירה שלו ונצמד לחפץ במקומו, הוא היה מונע את הגניבה.

ב. במקרה שבו האונס קרה, אמנם, רק במקום שבו היה החפץ, אך גם לו היה שומר על החפץ לא היה מונע את האונס. כגון, שבמקום נפלה פצצה או עברה סופה, וכדומה. לפי ההסבר הראשון, חייב, כי הפשיעה גרמה לאונס, ולו היה שם את החפץ בביתו או בכל מקום אחר המשתמר, האונס לא היה קורה. לפי ההסבר השני פטור, כי לא היה יכול למנוע את האונס אף אילו היה שומר על החפץ באופן צמוד.

יש לכאורה הוכחה מהרמב"ם (שאילה ופקדון פרק ד הל' ג) להסבר השני:

"השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו, ונגנב משם או נאבד, אפילו נאנס שם, כגון שנפלה דליקה ושרף כל הבית, הרי זה פושע וחייב לשלם..."

בסמ"ע (סימן רצא ס"ק כג) מתקשה בזה, וז"ל:

"כבר כתבנו, דאינו חייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס אלא אם כן נוכל למצוא מקום לתלות ולומר טעם שאילו לא פשע בו בתחילה לא היה נארע בו האונס.

הכא נמי צריכים לומר, אם לא פשע והיה מניח הפקדון בארגז היה נותן לכו להציל הארגז"

<sup>2</sup> כדי להבין קביעה זו, עלינו להניח, שחיוב השמירה הבסיסי הוא לשמור השומר עצמו באופן צמוד, אלא שבשומר חנם הוא יכול להיפטר מחיוב זה אם מניח את החפץ כדרך השומרים. אבל כרגע שהחפץ נמצא במקום שאינו משתמר יש עליו החיוב המקורי. ראה לדבר אפשר למצוא במשנה "צרון והפשילן לאחוריו..." (ב"מ מב).

הסמ"ע תפס כתפיסה הראשונה שהצגנו (להלן נראה שזו שיטת התוספות והרא"ש), דהיינו, הקשר הנסיבתי הופך לסיבתי, ועל כן הוא אומר, שחייבים למצוא טעם לתלות ולומר, אילו לא פשע לא היה נארע האונס<sup>3</sup>. אבל אז קשה דינו של הרמב"ם, הרי בכל מקום בבית שהיה שם את החפץ - היה נשרף. לכן הוא נדחק ואומר שאולי אם היה שם במקום ראוי היה זוכר להציל. דברים אלה הם דחוקים בעליל, מלבד העובדה שהסברה הפשוטה אומרת שדווקא דבר הנמצא גלוי לעין- אדם מציל אותו בראשונה<sup>3</sup>.

לפי התפיסה השנייה שהצגנו, אין כאן קושיה כלל, כי אמת הוא שאם היה שם את החפץ במקום המשתמר היה נשרף, והיינו פוטרים אותו, אך כאן חייב, כי כל עוד החפץ אינו משתמר כראוי, חייב השומר להיות צמוד אליו, וברור שאילו היה מקיים חיוב זה, לא היה החפץ נשרף. הוכחה נוספת לדעת הרמב"ם בעניין, היא סמיכות ההלכות בענין צריפא דאורבני. הרמב"ם כותב (שאלה ופקדון, פרק ד הל' 1):

"הפקיד אצל חבירו כספים בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום, צריכין שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מנגד פניו עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי.  
ואם לא קשרן בדרך הזאת אפילו נאנסו חייב לשלם, שהרי תחילתו בפשיעה.  
מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים... ונגנבו משם... שזו שמירה מעולה לענין גניבה אינה שמירה מעולה לענין אש... וכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב"

מפורש שהרמב"ם הביא את דיני השמירה במקום שאינו משתמר בצמוד לדין צריפא דאורבני, דבר המוכיח את טענתנו- החיוב בתחילתו בפשיעה נובע מחיוב השמירה הצמודה במקרה שבו החפץ אינו שמור, וכל מה שהיה נמנע על ידי כך- חייב עליו השומר.

מחלוקת אביי ורבא בעניין הוציאה לאגם ומתה כדרכה

בגמרא (ב"מ לו:), מופיעה מחלוקת אביי ורבא בעניין שונה במקצת:

"איתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה.  
אביי משמיה דרבה אמר חייב, כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא.  
לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב, אלא אפילו למאן דאמר פטור הכא חייב מאי טעמא דאמרינן הבלא דאגמא קטלה.

<sup>3</sup> פרט לזאת, נראה לקמן, שלפי הרמב"ם אין תולים את האונס בפשיעה אלא בדבר ברור, ולא בתלייה רחוקה. הסמ"ע (סימן שמ ס"ק ד) הסביר ברמב"ם, לשיטתו, שחייב כאשר יש לתלות בתלייה רחוקה, ושוב דבר זה לא ייתכן, כפי שנוכח בהמשך.



רבא משמיה דרבה אמר פטור... לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור- דפטור, אלא אפילו למאן דאמר חייב הכא פטור, מאי טעמא, דאמרינן מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם "

פה מדובר במקרה שהיתה פשיעה, הבהמה יצאה לאגם ללא שמירה נאותה, דבר הנחשב כפשיעה לעניין זאבים וגנבים (רש"י), ובסופו של דבר מתה כדרכה. אם כן הדבר אינו דומה לצריפא דאורבני, שם יש קשר נסיבתי בין הפשיעה לאונס. אם כן, היינו מצפים שבמקרה זה לכולי עלמא יהיה פטור, כדברי רבא.

אך אביי מכניס לדיון גורם חדש. לדעתו, במקרה שיצאה לאגם ייתכן שיש קשר סיבתי בין הפשיעה לאונס "דאמרינן הבלא דאגמא קטלה" היות שהמחלוקת בין מ"ד חייב למ"ד פטור היא במקרה שהקשר הוא נסיבתי בלבד, סובר אביי שפה לכולי עלמא יהיה חייב.

#### דעת אביי

ראשית, נדון בדעת אביי. והתמיהה הפשוטה עולה מאליה- הרי ברור, שלו היה השומר מוציא את הבהמה לאגם תחת שמירה, והיתה מתה כדרכה, היה פטור, ולא היינו אומרים 'הבלא דאגמא קטלה'. אם כן, מדוע מתחדשת סברה זו דווקא כשפשע?

ניתן להציע שתי אפשרויות בהבנת דברי אביי:

אפשרות א' - פשיעה כגזל.

אפשרות ב'- פשיעה יוצרת חיוב החזרה

היה מפתה מאוד לומר, שלדעת אביי פשיעה כמוה כגזל, שעליו חייב הגזלן בכל מה שיקרה אחר כך, בין אם יש ובין אם אין קשר בין הגזל לאונס שאחריו, כגון, בהמה שמתה כדרכה בבית הגזלן, חייב הגזלן, ואינו יכול לטעון שממילא הבהמה היתה מתה ולכן לא הפסיד לבעלים ולא כלום.

אך, דבר זה יוצר שתי בעיות:

א. הסיבה שגזלן מתחייב בכל אונס שיקרה אחר כך, היא, כי הוא קונה את הבהמה קנייני גזילה. צריך מקור או סברה לכך שהדבר קיים גם בשומר שפשע.

ב. אם אכן פשיעה כמוה כגזל לעניין חיוב באונסין, חייב מ"ד פטור לחלוק על כך, משום שכמו בגזל, אף אם אין קשר בין הפשיעה לאונס חייב, ואם כן, מ"ד פטור בהכרח סובר שפשיעה אינה כגזל. אם כן, קשה, מדוע אביי אומר את דבריו גם למ"ד פטור?

שאלות אלה אולי נתרץ בהמשך, אך בינתיים נציג אפשרות אחרת בהבנת דברי אביי.

לפני שנציג את האפשרות השנייה, יש להקדים את הסוגיה (כתובות לד:): הבאה:

"אמר רב פפא. היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור "

כלומר, אף על פי שהטובת בהמת חבירו בדרך גניבה חייב ארבעה וחמישה, פה פטור מדין 'קים ליה בדרבה מיניה'. ופטור אף מן הקרן. וממשיכה הגמרא:

“..סלקא דעתך אמינא, הואיל ואמר רב פפא משעת משיכה איחייב במזונותיה,  
הכא נמי משעת משיכה איחייב באונסיה, קמ”ל”

כלומר, אם משעת משיכה נתחייב באונסיה היה חייב לכל הפחות בקרן משום שאין החיוב חל בשעה שטבח אלא בשעת השאילה וממילא אין פטור של 'קים ליה...'. והחידוש הוא שאינו חייב משעת המשיכה אלא משעה שקרה האונס או המקרה המחייב בתשלום.<sup>4</sup>

אפשר לומר, שכל מה שנאמר שחייב השומר רק משעת האונס הוא כשלא פשע. אבל אם פשע חייב השומר משעת הפשיעה, והסברה בזה היא, שבמקרה שלא פשע השומר, החפץ מעולם לא יצא מרשות הבעלים<sup>5</sup>, ולכן אין על השומר כל חיוב לשלם. אולם במקרה שהחפץ יצא משליטת הבעלים חל על השומר באותו הרגע חיוב להשיב את החפץ לשליטת הבעלים.

אם כנים דברינו, הרי שאפשר להבין בכך את שיטת אביי. דהיינו, לעולם כשבהמה מתה כדרכה, יש לנו ספק האם היא מתה רק בגלל 'מלאך המוות', או אולי באמת 'הבלא דאגמא קטלה'. אלא שלא ניתן לחייב את השומר, משום שהוא בחזקת שאינו חייב<sup>6</sup>. ברגע שפשע השומר, התהפך המצב. השומר עובר לחזקת חייב, וכדי להיפטר עליו להוכיח שקרה מקרה הפוטרו. ואז כשמתה הבהמה כדרכה, עולה הספק- אולי מתה מחמת אוריר האגס, ואם כן המיתה אינה פוטרתו, מכיוון שפשע גם לעניין זה. היות שהוא בחזקת חיוב- עליו להביא ראיה שלא כך היה, וממילא חייב.

כל זה כאמור, הוא במקרה שיש באמת ספק בעובדות, דהיינו, באמת לא ברור אם יש קשר בין הפשיעה לאונס. אבל בצריפא דאורבני אין כל ספק בעובדות, וברור שאין קשר סיבתי בין הפשיעה לאונס, משום שהחפץ היה שמור לעניין גניבה בשמירה מעולה, והמחלוקת בגמרא היא האם בכל זאת יהיה חייב- מהסיבות שהבאנו לעיל, ואם כך יכול אביי להסתדר גם עם מ”ד פטור.

<sup>4</sup> עיין ברמב”ם (שאלה פרק א הל’ ה), מה שכתב כזה ובמגיד משנה שם, וכן ברמב”ם (גניבה פרק ג הל’ ד).

<sup>5</sup> עיין בקצוה”ח (סימן קפט), שדן אם כשהחפץ בבית השומר נחשב שהרשות מושאלת למפקיד, ואינו יכול להקנות את החפץ לשומר כדיבור בלבד, מכל מקום, ברור שכל עוד החפץ שמור עבור הבעלים, נחשב שהוא בשליטתם וברשותם.

<sup>6</sup> ברור, שגם אם יוכח שאכן האויר שם היה לא טוב, השומר יהיה פטור כי לא היה אמור לחשוב על כך. וההסבר הוא, שכל עוד הבהמה היא ברשות הבעלים נחשב שהוציא את הבהמה לאגס בשליחותו מכיוון שכולם מוציאים ואינם חוששים לצאת לאגס מפני האויר. אך ברגע שפשע אם כן כל מה שעושה הוא על דעת עצמו עד שתסתיים הפשיעה, והוא בחזקת חיוב ולכן חייב מצד הספק.

## דעת רבא

רבא, כזכור, סובר שפשע בה ויצאה לאגם ומתה כדרכה פטור משום ש'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם'. ואת רבא אפשר להבין בשתי דרכים:

א. רבא אינו חולק על אביי באופן עקרוני, אלא הוא מודה לו שפשיעה יוצרת חיוב לשלם וצריך סיבה הפוטרת. אלא שבמקרה ההוא באופן מקומי הוא חולק, משום שהוא סובר שאין לתלות את מות הבהמה בכך ש'הבלא דאגמא קטלה', אלא מלאך המוות הרגה, ומה לי הכא מה לי התם. אבל בכל מקרה שבו יש לתלות את מות הבהמה או האונס שקרה, ואפילו בתלייה רחוקה, תולים, וחייב אף למ"ד פטור, כאביי.

אך דבר זה קשה קצת לאומרו, משום שלא מסתבר שדווקא בעניין טכני כזה יחלקו רבא ואביי. וכי לא ייתכן ש'הבלא דאגמא קטלה'? ועוד, הביטוי שמופיע שם בגמרא: "כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא" קשה לומר שהיו אומרים דברים כאלה כשמחלוקתם איננה עקרונית אלא באומדנא בלבד.

ב. רבא סובר, שאין בפשיעה באופן עקרוני יצירה של חיוב לשלם, אלא אך ורק נוצר חוב לשמור כראוי על פי ההסבר השני שהוצע לעיל למ"ד חייב. ולכן אומר, שאפילו למ"ד חייב אין סיבה לחייב כאן, משום שגם אם היה שומר שמירה מעולה היה האונס קורה, ואין לתלות בספק כזה של 'הבלא דאגמא קטלה', משום שאין זו גם לדעת אביי תלייה אמיתית אלא תוצאה של העברת נטל ההוכחה מן המפקיד לנפקד, וממילא עולים גם ספיקות כאלה. אבל לדעת רבא לא נוצר חוב, וממילא אין לתלות בהבלא דאגמא, אלא מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם'.

## שיטת הרי"ף והרמב"ם

כשסוקרים את שיטות הראשונים בעניין, עולות מיד שתי השיטות המרכזיות בהבנת דעת אביי, שיטת התוספות ושיטת הרי"ף.

## סוגיית "ההוא רעיא"

כהקדמה לשיטות אלה, יש להביא את דברי הגמרא (ב"מ צג:), וזה לשונה:

"ההוא רעיא דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא. שריג חדא מינייהו ונפלת למיא.

אתא לקמיה דרבה ופטריה. אמר מאי הוה ליה למעבד? הא נטר כדנטרי אינשי!  
אמר ליה אביי אלא מעתה על למתא בעידנא דעיילי אינשי, הכי נמי דפטור?  
אמר ליה אין"

בגמרא מובאת דעתו של רבה, הסובר ש'כעין גניבה ואבידה' דהיינו, נזק לחפץ השמור שנבע משמירה לא צמודה לחפץ - אינו מחייב את השומר לשלם. הדוגמה המופיעה בגמרא היא מקרה שבו אחת הבהמות החליקה ונפלה למים. רבה סובר ששומר שכר חייב לשמור רק 'כדנטרי אינשי' כלומר, כשמירה רגילה שאנשים שומרים על רכושם, וממילא מותר לו לישון בזמן שכל הרועים ישנים, ללכת לעיר בזמן שכל הרועים הולכים, לתת לבהמות לעבור לבדן את הנהר, וכדומה. ובזמן זה נזק שקרה לבהמות, אף שלו היה שם יכול היה למונעו- פטור הוא מלשלם וחולק עליו אביי בזה, וסובר ששומר שכר חייב לשמור שמירה צמודה.

וממשיכה הגמרא ואומרת:

"...איתיביה. רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר... ובא ארי ודרס אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו. אם יכול להציל חייב, ואם לאו פטור.

מאי לאו, דעייל בעידנא דעיילי אינשי? לא, דעל בעידנא דלא עיילי אינשי. אי הכי אמאי פטור, תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב! דשמע קול אריה ועל.."

מביא אביי ברייתא, ששומר שעזב את עדרו, וארי בא ודרס, אומדין אם היה יכול להציל על ידי מקלות או רועים אחרים חייב, ואם לא פטור. ולפי רבה אין להעמיד את הברייתא בעזב בזמן שמותר לעזוב, כי אז בכל מצב צריך להיות פטור. ולכן טוען רבה שמדובר שעזב בזמן שאסור לעזוב. ואז מקשה עליו אביי, שלפי זה אף אם לא היה יכול להציל צריך להיות חייב, שהרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב!

על קטע זה מקשים הראשונים שתי קושיות:

א. אף אם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, זה דווקא אם ללא הפשיעה האונס לא היה קורה. אבל אם היה קורה בכל מקרה- פטור. ואם כן, במקום שלא היה יכול להציל, אף אם תחילתו בפשיעה מדוע חייב? הלא האונס היה קורה בכל אופן. ולפיכך לא מובנת קושיית אביי: "אי הכי אמאי פטור, תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב" הלא במקרה זה ברור שצריך להיות פטור!

ב. מדוע אביי מקשה על רבה מהברייתא, הלא גם לשיטתו היא לא מובנת, אם מדובר שעל בעידנא דלא עיילי אינשי, ברור מהגמרא שזה אי אפשר, שהרי זו פשיעה ואז חייב אפילו לא היה יכול להציל. ואם מדובר שעל בעידנא דעיילי אינשי, הלא לפי אביי זו גם פשיעה, משום שהוא סובר ששומר שכר חייב לשמור שמירה צמודה. ואם כך חוזרת שאלתו של אביי, שצריך להיות חייב אף אם לא היה יכול להציל.

## שיטת הרי"ף בדעת אב"י

הרי"ף (ב"מ כ. בדפי האלפס) עומד על הקושיה הראשונה ומתרץ אותה כך:

" ואי קשיא לך הא דגרסינן בפרק השוכר את הפועלים איתביה אב"י לרבה.. דשמעינן מינה דהיכא דתחלתו בפשיעה אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה חייב.

ההוא מימרא דאב"י ורבה הוא, ולא עדיף מהאי מימרא דאית להו הכא. והאי מתניתא דרועה שהיה.. כפשטא סבירא לן דאומדין אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור.

ודקא מוקי לה אב"י דעל בעידן דעיילין אינשי, וקא מוקים לה רבה דשמע קול אריה ועאל,

שינוייה הוא ולא סמכינן אשינוייה

אלא, בין דעל בעידנא דעיילין אינשי בין בעידן דלא עיילין אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב, ואם לאו פטור "

לפי הרי"ף, שיטת אב"י היא שחייב אף אם אין קשר בין הפשיעה לאונס, ולכן אפילו לא היה יכול להציל, אם פשע כגון שעל בעידנא דלא עיילי אינשי, חייב.

אם כך, נראה שהבנת הרי"ף באב"י דומה להבנה הראשונה שהצגנו- כעין גזל<sup>7</sup>, ולכן אף אם אין כל קשר בין הפשיעה לאונס חייב. הבנה זו כותב במפורש הרמב"ן (ב"מ עח. ד"ה הא דאמרינן):

"..דטעמא דאב"י התם משום דכל שתחילתו בפשיעה משעה שפשע בה נעשית ברשותו להתחייב עליה בכל עניין, ואפילו במתה כדרכה"

הביטוי 'נעשית ברשותו' מזכיר מאוד ביטויים דומים מהלכות גזילה, ומחזק את ההבנה הזו בדעת אב"י. לפי זה הביטוי 'הבלא דאגמא קטלה' איננו בדווקא. כי אפילו אין במה לתלות חייב. אך קשה לפי זה, איך אב"י אומר שדבריו נכונים אפילו למ"ד פטור, הלא בהכרח הוא חולק על כך וסובר שפשיעה אינה כגזל.

לכן יש להביא את דברי התוספות (ב"מ עח. ד"ה הוחמה), שמביא את הרי"ף, וז"ל:

"ורב אלפס פירש התם, דאב"י לטעמיה דאמר בפרק המפקיד לא מיבעיא.. אלא אפילו למ"ד פטור הכא חייב דהבלא דאגמא קטלה .

<sup>7</sup> על השאלה ששאלנו לעיל - מה המקור לחיוב באונסין בעקבות פשיעה, ניתן לענות שזו התחייבות. על פי דבריו ניתן להבין את הערת הגמרא (ב"מ לו:): "ומודי אב"י דאי הדרא לבי מרה ומתה דפטור. מאי טעמא? דהא הדרא לה" והרי זה פשוט! ועל פי דברינו ברור, שהיתה היא אמינא שזה כמו גזל ממש, קמ"ל שלא, משום שבגניבה היסוד הוא הלקיחה, ולכן יש צורך בהחזרה. אך בפשיעה די בסיום המצב.

משמע, למ"ד חייב, אתי שפיר בלאו האי טעמא, אף על פי שהאונס היה נארע בכל עניין"

כלומר, התוספות הבינו את דברי הרי"ף, שאין לפי אב"י צורך ב'הבלא דאגמא' אבל רק לפי מ"ד חייב. לפי מ"ד פטור, אין אפשרות להבין שפשיעה כגזל, ולכן צריך לומר את הנימוק ש'הבלא דאגמא קטלה' דהיינו, שייתכן שפה הפשיעה גרמה לאונס. (וכמובן שצריך להגיע להסבר האחר שהסברנו בדעת אב"י).

יש גם אפשרות אחרת להבין מדוע מ"ד פטור מסתדר עם אב"י, וזאת על פי קצוה"ח (סימן רצד ס"ק ז) שדן, לפי הנראה מהרמב"ם ששומר מתחייב משעת משיכה, מדוע פטור באונס, וז"ל:

"ואם כן.. אונסין דמיפטר היינו משום חזרה"

כלומר, אונס נחשב כהשבת החפץ לבעליו. ואם כן בצריפא דאורבני, שהאונס אינו קשור לפשיעה, סיבת הפטור היא שהדבר נחשב כאילו השיב את החפץ לבעלים, ואחר כך נאנס. ואף שיצאה לאגם ומתה חייב, כי שם הפשיעה גרמה לאונס וממילא אין אפשרות להחשיב את זה כחזרה, כי הכל נחשב פשיעה אחת גדולה. ומ"ד חייב יסבור שגם שם יש קשר בין הפשיעה לאונס לפי אחד ההסברים לעיל.

שיטת הרי"ף בדעת רבא

כבר ראינו, שהרי"ף מבין שלדעת רבא צריך להיות קשר בין הפשיעה לאונס, ואפילו עזב הרועה את עדרו בזמן שלא מקובל לעזוב, אם לא היה יכול להציל מהארי פטור. אם כך ברור שהוא סובר שלפי רבא אין יצירת חיוב בפשיעה, אלא רק מה שהיה יכול להציל אם היה צמוד לבהמה חייב, ואם לאו פטור.

זהו כנראה גם הסבר הרי"ף למחלוקת בין מ"ד חייב לבין מ"ד פטור, האם בודקים כל מה שהיה יכול להציל, אף לגבי דברים שלא פשע בהם, או שזה נבדק רק ביחס למה שפשע בו.

לפי זה נוכל גם להבין מדוע יש הבדל בין מצבים שונים של תחילתו ב'כעין גניבה' וסופו באונס, שלפעמים חייב ולפעמים פטור. במקרה שעל בעידנא דעיילי אינשי פטור אם לא היה יכול להציל (גם אם על בעידנא דלא עיילי פטור). ואילו במקרה שהעביר בהמות על הגשר ואחת דחפה את חברתה למים חייב, כפי שכותבת הגמרא (ב"מ צג:) וז"ל:

"בר אדא סבולאה הוה קא מעבר חיותא אגמלא דנרש. דחפה חדא לחבירתה

ושדיתה במיא. אתא לקמיה דרב פפא, חייביה.

אמר ליה מאי הוה לי למעבר?

אמר ליה: אבעי לך לעבורי חדא חדא.."

וברמב"ם (שכירות פרק ג הל' ט):

”.. וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשכולת הנהר הרי זה חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה.

והואיל ופשע בתחילה והעבירן כאחד אף על פי שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב”

לפי הרמב”ם יסוד החיוב הוא תחילתו בפשיעה וסופו באונס. וזו פשיעה כעין גניבה ואבידה. ולפי דברינו ברור שבמקרה כזה הדין הוא שחייב מפני שלו היה מקיים את חיוב השמירה הרגיל שלו היה מציל את הבהמה ואילו ברועה שהניח עדרו וכו’ לעיר אם לא היה יכול להציל פטור משום שגם לו היה מקיים את חיוב השמירה שלו לא היה מציל.

עד כה ראינו שלדעת הרי”ף והרמב”ם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק במידה שלו היה במקום היה מונע את האונס. ואין הבדל בזה בין אם תחילתו בפשיעה לבין תחילתו בכעין גניבה. לכך ראייה נוספת:

במשנה (ב”מ עח:):

”השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה... ומתה חייב. השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם החליקה פטור ואם הוחמה חייב..”

ומקשה על זה הגמרא:

”מאי שנא רישא דלא קא מפליג ומאי שנא סיפא דקא מפליג?  
אמרי דבי רבי ינאי, רישא שמתה מחמת אויר, דאמרינן אוירא דהר קטלה ואמרינן אוירא דבקעה קטלה.  
רבי יוסי בר חנינא אמר, כגון שמתה מחמת אובצנא  
רבה אמר כגון שהכישה נחש  
רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן, הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גולן”

כלומר, שלושת התירוצים הראשונים שבגמרא אומרים, שבמשנה המקרה הוא שאין קשר סיבתי מוכח בין הפשיעה לאונס, וחייב. התירוץ הרביעי אומר שבאמת המשנה במקרה זה אינה להלכה, מכיוון שהיא שייכת לשיטה שכל שינוי מדעת בעל הבית הופך את השוכר לגולן.

הרי”ף והרמב”ם לשיטתם, חייבים לפסוק כתירוץ הרביעי. ואכן, הרמב”ם (שכירות פרק ד הל’ א) משמיט את כל התירוצים הנ”ל, ופוסק:

” השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, אם הוחלקה פטור, אף על פי שעבר על דעת הבעלים ואם הוחמה חייב...”

וכן פסק בשו"ע (סימן שט סע' ב).

תוצאה נוספת מדעת הרי"ף והרמב"ם צריכה להיות ערך התשלום. אם החיוב חל רק בשעת ההוצאה מן העולם, ובשעת הפשיעה כל מה שחל הוא חובה לשמור על החפץ שמירה צמודה, ערך התשלום צריך להיות לפי שעת ההוצאה מן העולם.

אכן, כך פסק נתיה"מ (סימן רצא ס"ק יג):

"ולעניין יוקרא וזולא צריך לשלם כשעת הוצאה מן העולם, וזה פשוט"

לסיכום, שיטת הרי"ף והרמב"ם להלכה היא, שפשיעה אינה יוצרת חיוב לשלם, אלא רק מעוררת חובת שמירה צמודה על החפץ. וכל דבר שסביר שהיה נמנע בעקבות מילוי חובה זו, בין אם הוא קשור במישורין לפשיעה, כגון במקרה שהעביר בהמות, ובין אם אינו קשור כצריפא דאורבני, אם קרה- חייב לשלם. ודבר שלא סביר שהיה נמנע אף לו היה שומר כך, פטור השומר אם קרה, כגון ברועה שלא היה יכול לקדם ברועים ובמקלות. לשיטתם, אין חילוק בין תחילתו בפשיעה לתחילתו בכעין גניבה ואבירה.

#### שיטת התוספות

שיטת התוספות בהבנת דברי אב"י

התוספות (ב"מ עח. ד"ה 'הוחמה') אינם מסכימים עם הבנת הרי"ף בדעת אב"י ששומר שפשע חייב בכל אונס, וזה לשונם:

"ויש לדחות ראייתו, דלמאן דאמר חייב נמי סמך אהאי טעמא דקאמר בסוף דהבלא דאגמא קטלה, דאם לא כן תקשי ליה ממתניתין דהכא דקאמר הוחמה בהר פטור.."

כלומר, התוספות מבינים שלפי אב"י יש צורך בתלייה של האונס בפשיעה. וזה מצביע על הכיוון השני שהצענו בדעת אב"י, דהיינו, אין דין פשיעה כדין גזל, אלא הפשיעה יוצרת חיוב להחזיר את החפץ לבעליו. ולכן מקרה הפוטר יכול לפטור אותו מתשלום, אך אפילו בספק על השומר לשלם מכיוון שהוא בתזקת חיוב ועליו להוכיח שאין קשר בין הפשיעה והאונס.

בהסברנו יכולים אנו להרוויח נקודה נוספת בדברי התוספות, והוא, החילוק שבין פשיעה גמורה ל'כעין גניבה ואבירה', וכדי להבינו יש להקדים כמה נקודות:

הזכרנו את הגמרא (ב"מ צג:): המחלקת ברועה שעזב את עדרו ובא ארי ודרס, שאם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור. ואב"י אומר, שאם על בעידנא דלא עיילי אינשי, אף שלא היה יכול להציל חייב. ונשאלת השאלה, מדוע? הלא אין קשר בין הפשיעה והאונס, כי גם לו היה שומר כראוי לא היה יכול להציל!



על קושיה זו מתרצים התוספות (ב"מ עח. ד"ה הוחמה, וכן כתב הרא"ש בב"מ פרק ג סימן ז):

"ואם תאמר, שילהי הפועלים.. ופריך אביי, תחילתו בפשיעה לעניין גנבי וסופו באונס הוא לעניין ארי, והתם אפילו לא פשע.. היה נארע האונס! ויש לומר, דשמא אם היה שם היה מוליכן למרעה אחר קודם ביאת הארי.. או שמא אם היה שם הארי היה ירא לבוא.. או היה מקיים ביה גם את הארי גם את הדוב הכה עבדך"

כלומר, הקשר בין הפשיעה לאונס הוא בכך שלו היה שם יש לתלות שהיה מציל, ואף בתלייה רחוקה כמו שמביא התוספות, ולכן חייב.

אך מקשים התוספות על אביי, (ב"מ צג: ד"ה אי הכי):

"ואם תאמר. לאביי נמי דמוקי לה בעידנא דעיילי אינשי, מי ניחא? והא מכל מקום אם היה יכול להציל חייב, אלמא תחילתו בפשיעה!  
ויש לומר, דלא חשיב ליה פשיעה אלא כעין גניבה ואבירה.  
ויש ללמוד מכאן דתחילתו בכעין גניבה ואבירה וסופו באונס, דפטור"

תוספות מקשים פה את הקושיה השנייה שהצגנו לעיל - איך הברייתא מסתדרת לפי אביי. הלא בין בעל בעידנא דעיילי אינשי ובין על בעידנא דלא עיילי אינשי לשיטתו הוי פשיעה, מכיוון שהוא סבור ששומר שכר חייב לשמור שמירה צמודה. ואם כן, צריך להיות חייב בכל מקרה, שהרי אף במקרה שלא היה יכול להציל - אולי היה מקיים גם את הארי גם את הדוב הכה עבדך. ומתרצים התוספות, שתחילתו בכעין גניבה ואבירה וסופו באונס פטור אף לאביי.

ולכאורה לא מובן, מה החלוק בין תחילתו בפשיעה לתחילתו בכעין גניבה? ולפי דברינו מובן החילוק. שיסוד החיוב בתחילתו בפשיעה לאביי הוא בכך שהחפץ יצא מרשות הבעלים ועל השומר להשיבו לרשותם. אך זה נכון בפשיעה גמורה, שהחפץ אינו שמור כלל, ואז נכון לומר שיצא מרשות הבעלים. אך בפשיעה כעין גניבה, הלא החפץ שמור כדנטרי אינשי כלומר, כדרך שכל האנשים שומרים את חפציהם, ואי אפשר לומר שהחפץ יצא משליטת הבעלים, וממילא גם לא חל חיוב החזרה. לכן במקרה זה אי אפשר לחייב בתלייה סתם, אלא רק בקשר ברור בין הפשיעה לבין האונס.

שיטת התוספות בדעת רבא

נראה, ששיטת התוספות היא שרבא אינו חולק על אביי באופן עקרוני אלא רק מקומית, בשאלה - האם ניתן לתלות מתה כדרכה ב'הבלא דאגמא' או לא. וזאת, מכיוון שהם מסבירים את קושיית אביי הנ"ל, שאם על בעידנא דלא עיילי אינשי ולא היה יכול להציל חייב כי הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס, מטעם של 'גם את הארי גם את הדוב.. ולא תולה את זאת

דווקא בשיטת אביי. וכן הוא דוחה את דברי הרי"ף שמעמיד את הגמרא שם אליבא דאביי ובכך מתרץ את הקושיה מדוע חייב, הרי אין קשר בין הפשיעה לאונס.

ואם כך, גם לדעת רבא נוצר בפשיעה חיוב להחזיר את החפץ לרשות הבעלים ורק מקרה שבוודאות אינו קשור לפשיעה פוטר את השומר.

וכן כתוב בשו"ע (סימן שג סעיף י):

"רועה שהניח עדרו ובא לעיר בין בשעה שדרך הרועים להיכנס, בין בעת שאין דרך הרועים להיכנס... ובא ארי ודרס.. אם יכול להציל על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור"

ומעיר הרמ"א:

"ויש אומרים, דאם נכנס בעת שאין דרך להיכנס חייב בכל עניין, דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס"

כלומר, המחבר פסק כרי"ף, והרמ"א כתוספות.

מחלוקת זו תוזרת במקרה נוסף, וז"ל השו"ע והרמ"א (סימן שט סעיף ב):

"שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר, אם הוחלקה חייב, שהחלקות יותר בהר מבבקעה.. וכן כל כיוצא בזה"

והרמ"א מוסיף (על פי הרא"ש ב"מ פרק ו סימן ט):

"שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ונתייגעה ומתה - חייב, וכן אם שכרה להוליכה למקום אחד והוליכה למקום אחר ואויר הדרך משונה מבמקום אחר חייב, וכן כל כיוצא בזה"

גם כאן רואים בבירור, שהמחבר הלך בשיטתם של הרי"ף והרמב"ם, שאין לחייב מדין תחילתו בפשיעה אלא כשיש קשר ברור בין הפשיעה והאונס, אבל כשאין קשר ברור ביניהם, לא תולים שזה קרה דווקא בגלל הפשיעה. לעומת זאת הרמ"א הלך לשיטת התוספות שמחייבים גם כשהקשר אינו ברור אלא הוא תוצאה של 'תלייה', שאולי האונס קרה כתוצאה מן הפשיעה.

נפקא מינה נוספת היא זמן החיוב, לפי הרי"ף הראנו שהוא כומן האונס, ולתוספות צריך להיות לשיטתנו כומן הפשיעה. לעיל טענו שלפי הרי"ף לא נוצר חיוב ממוני כומן הפשיעה אלא רק חיוב לשמור. לכן, אם היה שינוי במחיר החפץ השמור בין זמן הפשיעה לאוכרן החפץ בפועל, השומר ישלם כפי השעה שחייבה אותו בפועל, שהיא שעת האבידה.

לעומת זה, לפי התוספות נוצר חיוב כבר בשעת הפשיעה, ולכן התשלום יהיה לפי הערך באותה השעה. וכן כתב הש"ך (סימן רצה ס"ק ז):

"...ופשיטא אילו הוי תבע ליה לנפקד לקמן לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי

שעת התביעה, דדילמא השתא פשע, וכל השומרים משלמים כשעת פשיעה"

וכן כתב קצוה"ח (סימן רצא ס"ק א):

"מבואר מדברי הרב המגיד<sup>8</sup> דכל שומרין משלמין כשעת פשיעה.. וכ"כ בפשיטות בש"ך.."

### סיכום

בפירוש סיבת החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, מצאנו שלוש אפשרויות:

תוספות ורא"ש	רי"ף ורמב"ם	
	דעת אביי	פשיעה כגזל (חיוב גם ללא קשר לאונס)
דעת אביי ורבא		פשיעה מחייבת בהחזרה, וממילא- היפוך נטל הראיה
	דעת רבא	פשיעה מחייבת שמירה צמודה

ההלכה נפסקה כרבא. המקרים הבאים הם הנפקא מינה להלכה בין שיטת התוספות לשיטת הרמב"ם:

תוספות ורא"ש	רי"ף ורמב"ם	
חייב	פטור	על בעידנא דלא עיילי אינשי ולא יכול להציל
פטור <sup>9</sup>	חייב	שם במקום שאינו משתמר ונשרף כל הבית
פשיעה	אונס	תשלום כשעת
חייב	פטור	הוליכה למקום שהאוויר משונה ומתה כדרכה
חייב	פטור	שם בצריפא דאורבני וקרה אונס שלא היה מונע בנוכחותו, למשל סופה <sup>10</sup>

<sup>8</sup> הקצוה"ח ציין לרב המגיד פרק ה' משאלה, ודבר זה לא נמצא שם. יש ששינו את הצינון לפרק ח הל' ג, וגם שם לא נמצא דבר זה, רק דיון בשאלה האם העובדה שהשומר קונה את החפץ כשמשלם למפרע משעת הפקדון, מחייבת שישלם כשעת הפקדון. אבל אין שום דיון בשאלה מה קורה בפשיעה ואונס, האם משלם כשעת פשיעה או כשעת האונס. על כל פנים, לפי דרכנו ברמב"ם, הוא אמור לסבור שהתשלום יהיה כשעת ההוצאה מן העולם, וכמו שכתב הנה"מ.

<sup>9</sup> הסמ"ע תירץ בדוחק את הרמב"ם מדוע חייב, כפי שהבאנו לעיל, אך לפי דברינו אין צורך בדוחק הזה, ולתוספות פטור.

<sup>10</sup> נפקא מינה זו לא מצאתי בכתובים, אך כחבתייה על פי הגרמה מדברינו.

הרב גד אלדר

## שכירות פועלים

### פתיחה

יש מקום לברר האם המושג "שכירות פועלים" הוא תיאור מציאות גרידא, או שמא טמון בו יסוד הלכתי מסוים, המייחד הלכות אלו. לשם כך נציב מספר שאלות:

א. תוס' (ב"ק ט. ד"ה רב הונא) כתבו שיש ג' דינים שונים באפשרות לשלם בשווה כסף:

"בנוזיקין: או כסף או מיטב...בע"ח: אי אית ליה זוזי לא מצי לסלקו אלא בזוזי...ואי לית ליה זוזי, לא יאמר לו 'זיל טרח וזבין ואייתי זוזי'...ופועל: אי לית ליה לבעה"ב זוזי, אמר ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי, כדמוכח (ב"מ קיח). דאין יכול לומר לו 'טול מה שעשית בשכרך'"

כלומר, בעל הבית אינו יכול לשלם לפועל בשווה כסף, אפילו אין לו כסף.

הר"ן בחידושי (ב"מ קיח. ד"ה והוי) ביאר שהסיבה היא, שעל דעת כן נשכר. ויש להבין, מה יסוד האומדנא הזו? מדוע לא נאמר שגם בהלוואה קיימת אומדנא כזו?<sup>1</sup>

ב. קצוה"ח (סימן רג ס"ק ד) הקשה בשם אחיו, סתירה בין הנימוק"י (ב"מ כו. בדפי הרי"ף ד"ה לישנן בעינא) שכתב שהמושך חפץ מחברו, והתנה לשלם לו דבר מסוים בתמורה - חייב לשלם לו אותו הדבר. לבין הר"ן (ע"ז ל: בדפי הרי"ף ד"ה ומדמקשינן) שכתב שהשוכר את הפועל והתנה ליתן לו דבר מסוים בשכרו יכול ליתן לו מעות. ומאי שנא?

קצוה"ח חילק על פי מסקנות הגמרא (ב"מ מה: ) - הזהב מחייב את הכסף אך הכסף אינו מחייב את הזהב, כלומר, בכל מכירה יש סחורה ותשלום. נתינת הסחורה לקונה גומרת את הקניין, וממילא מחייבת בתשלום שעליו התנו מראש, אך נתינת התשלום למוכר אינה מהווה קניין, מאחר שחכמים בטלו קניין כסף ולכן אינה מחייבת את המוכר לספק את הסחורה, אם כי כשאחד הצדדים חוזר בו, חייב לקבל עליו מי שפרע.

<sup>1</sup> ניתן היה לומר דסתם פועל עובד להחיות נפשו, לקנות מזונות בשכרו, ולכן צריך לתת לו דווקא כסף. כך הבין, כנראה, המרדכי (ב"ק סימן א), שכתב, שאם הפועל עבד בדברי אוכל יכול לומר לו בעה"ב טול מה שעשית בשכרך, ויחיד הוא בכך.

וביאר על פי זה קצוה"ח:

"ומשום הכי בשוכר את הפועל, דמלאכת הפועל אינו אלא כמו נתינת מעות (=ולכן אי אפשר לחייב את המשכיר בתמורה מסוימת), אבל מי שמשך פירות, והתנה ליתן לו חיטין במקום דמי הפירות שפיר מתחייב כמו שהתנה."  
 נתיה"מ (שם ס"ק ז) הקשה עליו, שהרי לדברי קצוה"ח, יתחייב המשכיר לפועל במי שפרע כדין מבטל קנין כסף?<sup>2</sup>  
 לסיכום, שאלנו שתי שאלות:

1. מדוע תיביים לשלם לפועל דווקא בכסף, ולא תקף הכלל: "שווה כסף ככסף"?
2. מדוע כשהתנו על חפץ מסוים כשכר, אין בעל הבית חייב לתנו, ואף אינו חייב במי שפרע?

"שכר" כגורם הלכתי

במשנה (ב"מ קיח.) כתוב:

"השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש, ואמר לו 'תן לי שכר', ואמר לו 'טול מה שעשית בשכרך' אין שומעין לו"

ופירש רש"י (ד"ה אין שומעין לו):

"אע"ג דבכל דוכתי אית ליה שווה כסף ככסף, הכא גבי פועל 'בל תלין שכרו' כתיב, מאי דאתני בהדיה משמע<sup>3</sup>."

ויש מקום להבין את ייחודה של עסקת שכירות פועלים.

נראה לומר, דיש שני סוגי קניינים בתורה. ישנם קניינים חד צדדיים כגון משיכה וחזקה, שיתכנו גם ללא פעולה של צד שני, שהרי גם מתנה ניתן לתת בקניינים אלו. המאפיין את הקניינים האלה, היא העובדה שיש מוקד אחד לעסקה. למשל, במכירה החפץ או הקרקע הנמכרים הם מוקד העסקה, וביצוע הקניין בהם גומר את העסקה ומחייב בתשלום.

<sup>2</sup> אמנם כתב קצוה"ח (סימן שלב ס"ק ד) שאכן מתחייב במי שפרע בכהאי גוונא, אך זה חידוש שלא נזכר בראשונים.

<sup>3</sup> פשוט דברי רש"י מורים שלמד את הדין מדיוק המילה "שכרו", דהיינו, השכר של הפועל והוא מה שהתנה עמו קודם. אלא שדא עקא, אין פסוק כזה בתורה! והפסוק אליו מפנה רש"י הוא (ויקרא יט, ג): "לא תלין פעלת שכיר אתך עד בוקר". וא"כ מנין למד זאת רש"י? נראית הצעתו של הרב נחשון כהנא, שבמקור נכתב "ב"ת שכרו" והכוונה היתה "ביומו תתן שכרו" והמרפס טעה בפתחת ראשי התיבות. ועיין עוד בפירושו הרע"ב למשנה שם.

אך ישנם מעשי קניין שמהותם בהדדיות, בפעולת שני הצדדים, כגון קניין חליפין, שבו יש שני מוקדים לעסקה, כגון המחליף פרה בחמור, שבו יש לכל אחד מהצדדים עניין בדבר מסויים, ולא שאחד מצדדי העסקה הוא תמורה לצד האחר. הפרה אינה תשלום תמורת החמור, והחמור אינו תשלום תמורת הפרה, וזאת בניגוד למכירה רגילה, שבה הכסף מוגדר כתשלום וכערך של החפץ הנמכר. לפיכך, לא ייתכן קניין חליפין ללא התחייבות /קניין של שני הצדדים השותפים לעסקה.

בהגדרת המילה שכר, טמונה המציאות הפשוטה, שיש כבר מי שעבד תמורתו. כשם שבהגדרת המילה "הלוואה" טמונה העובדה, שיש לוה ומלווה. הלווה קיבל כסף וחייב לשלם. טענתנו היא, ששכירות פועלים שייכת לקבוצת הקניינים ההדדיים, ומעצם הגדרתה יש בה עובד, ומעביד המחוייב לשלם שכר. ייחודה של עסקת שכירות הפועלים הוא בהדדיותה, שהרי לא תתכן שכירות פועלים ללא התחייבות דו צדדית ברגע חלות העסקה, מצד הפועל - לעבוד, מצד המעביד - לשלם. לפיכך אין השכר תשלום כתשלומי מכר או נזיקין, אלא אחד ממוקדי העסקה. לקמן נציג מספר השלכות הנובעות מתפיסה זו.

אין צורך לומר שהתורה מחייבת תשלומי שכירות פועלים<sup>4</sup>, אנו התחייבנו זה לזה בהסכם, אלא התורה מכירה בהתחייבות בינינו כהתחייבות הדדית.

על פי זה נבוא לדברי רש"י שפתחנו בהם, וכוונתו לומר, שהמונח "שכר" יש בו משמעות הלכתית ולא רק תאור מציאות. תוכנו הוא, שעיקרה של שכירות פועלים היא בהדדיות, ולכן דווקא כאן השכר הוא מה שהתנו עליו, שעל בסיס זה חלה העסקה<sup>5</sup>.

#### קניין שכירות פועלים

העולה מדברינו, שהבסיס לחלות עסקת שכירות פועלים מתאפשר רק בגלל התחייבותם ההדדית של הפועל והמעביד. התחלת הפעולה היא המחייבת את המשכיר בשכר וכנגדה מתחייב הפועל במלאכתו, קניית השעבוד אצל בעה"ב לשלם היא המחייבת את הפועל בעבודה. מכאן נפתח פתח להבין פשר תחילת מלאכה כקניין בשכירות פועלים.

כפי שכתב הרמב"ן בחידושו (ב"מ עו: ד"ה ואני) וז"ל:

"שכשם ששאר הדברים נקנים בקניין, כך שכירות פועלים נקנית בהתחלת מלאכה"

שכן תחילת המלאכה מחייבת בשכר. ולכן היא מקבילה לקניין במקח וממכר.

<sup>4</sup> ב"ארץ הצבי" (סימן כט) פיתח הר"צ שכטר אפשרות זו.

<sup>5</sup> אף על פי שעוברים על איסור "כל תלין" גם בשכירות כלים (ב"מ קיא.) הדבר נלמד מריבוי מיוחד, מהמילה "בארצך" (דברים כד יד). ונראה, שרק לעניין האיסור הושוו שכירות פועלים וכלים, אך משמעות העסקה שונה. שכן מצאנו אפשרות לשכור כלי בחינם, כלומר, השאלה, מה שאין כן בשכירות פועלים, כפי שיבואר לקמן.

כדברנו מצאתי בספר "נחל יצחק" (סימן לט סע' יז), שכתב, לשיטת הרמב"ן, שלווה שכתב שטר במצוות המלווה נתחייב המלווה להלוות לו:

"דלכן התחלת המלאכה חשיב קניין, דהא מיד כשהתחיל הפועל לעשות נתחייב בעה"ב בשכירות, דהא שכירות נקנה כדיבור וכיוון דזכה הפועל את השעבוד והחייב על בעה"ב, מיד נתחייב הפועל לעשות ע"פ דין תורת החליפין."

אמנם, למסקנה כתב, דרשב"א פליג על הרמב"ן בשטר מלווה. וסבירא ליה, דמה שזוכה המלווה בשעבוד נכסי הלווה שכתב על עצמו שטר לא מחייב את המלווה, דחילופי שעבוד לא נקנים בחליפין. אך לדברנו יש לומר, דבשכירות פועלים כולי עלמא מודו, דכך הדרך לקנות שכירות הפועל, מה שאין כן בהלוואה, חליפי שעבוד לא נקנים כי אם בהלוואת המעות עצמן.

#### פועל בחינם

מתבאר, אפוא, שהגדרת הפועל מושתתת על העובדה שהוא מקבל שכר, וזהו היסוד ההלכתי הטמון במונח "שכירות פועלים". המונח "פועל" מקביל למונח המקראי "שכיר", ולכן ללא שכר אין פועל, הוא אמנם עושה גמילות חסד עם חברו, אך אינו פועל. להלן נראה השלכות נוספות לקביעה שפועל בחינם אינו פועל.

א. חזרת פועל בחינם בדבר האבד

פסק רמ"א (סימן שלג סע' ה)

"פועל העושה בחינם עם בעה"ב יכול לחזור אפילו בדבר האבד"

הש"ך (שם ס"ק לא) ביאר, שהפועל אינו יכול לחזור לגמרי, אלא רק לדרוש שכרו. נתייה"מ (שם ס"ק יג) חלק עליו, וביאר דיכול לחזור לגמרי, מטעם דבעל הבית הפסיד עצמו, שהיה לו לאסוקי אדעתיה דלמא הדר ביה. אך בגר"א (שם ס"ק לו) מצאנו:

"דטעמא דהתחלת מלאכתו הוא קניינו, מה שאין כן כהאי גוונא, ועש"ך"

כלומר, לפי הגר"א, אין מדובר בהלכה שסיבתה טכנית, כדעת נתייה"מ, ד"הוה ליה לאסוקי אדעתיה", אלא בדין מהותי, כמו שבארנו, שהשכירות היא קניין דו צדדי, וללא שכר אין קניין.

ב. חזרת שומר חנם

ה"מחנה אפרים" (שומרים סימן יח) כתב ששומר חנם אינו יכול לחזור בו באמצע הזמן שנקבע לשמירה אך שומר שכר יכול לחזור בו מכיוון שדינו כפועל שיכול לחזור בו בחצי היום (ב"מ עז.). הגמרא מנמקת דין זה בפסוק "כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם" ומוסיפה הגמרא "ולא עבדים לעבדים".

נימוק זה נכון רק כאשר יש בסיס קנייני לקשר עם הפועל. בסיס זה קיים, לפי הסברנו לעיל, רק כאשר יש שכר. כאשר אין שכר אין קניין פועל, וממילא אינו "עבד". אם כך, שומר חנם חייב לשמור מהלכות שומרים, ולא מהלכות פועלים, מכיוון שמי שאינו מקבל שכר אינו פועל. ועל כן, אינו יכול לחזור בו, כי בלאו הכי לא יהיה עבד.

יש להוסיף, שאף אם יתנה שומר חנם להתחייב כשומר שכר לא יוכל לחזור בו. כיוון דסוף סוף אינו פועל, חסר הבסיס לחזרתו.

ג. אומן קונה בשבח כלי

עוד מצאנו בקצוה"ח (סימן שו ס"ק ד) בסוגיא ד"אומן קונה בשבח כלי" לדעתו דכל קניין האומן אינו אלא למשכון על שכרו:

"ודע, דכל מה שקונה אומן משבחו אינו אלא עד דפרע שכרו, אבל מכי פרע דמיו, שוב אין לאומן בשבחו כלום... וכמו במלווה על המשכון... ונראה דה"ה אם התנדב האומן לתקן לו כלי בחנם... א"כ הרי מעולם לא קנה בשבחו כלום, כיוון דאין לו בשבחו אלא עד שיתן דמיו, וזה שהתנדב בחנם הרי כאילו נתקבל דמיו".

אמנם ברעק"א (שם, על הש"ך ס"ק ג) נסתפק בדבר, למ"ד "אומן קונה בשבח כלי":

"אומן שאמר לעשות בחנם ואח"כ אמר שרוצה בתשלום... אי אומן קונה בשבח כלי, י"ל דכשתיקן הכלי ממילא קנאו ויכול לומר איני רוצה להקנות לך בחנם... דיכול לחזור, ומ"מ אפשר דכשעושה בחנם אין קונה בשבח כלי".

נראה שיסוד ספקו של הרעק"א הוא בשאלה מהו דין "אומן קונה בשבח כלי". האם זהו דין עצמאי שתוכנו שכל מה שאדם יצר הרי הוא שלו, או שהוא דין בהלכות פועלים הנובע מעוצמת השיעבוד שיש לפועל על בעל הבית לקבל שכרו. הרמב"ן (שבועות כה). מדפי הרי"ף) השווה דין "אומן קונה..." לדין "בעל חוב קונה משכון. וברור מדבריו שזהו דין שקשור לשיעבוד<sup>6</sup> האומן על בעל הבית, שלפי דברינו, אינו קיים בפועל בחינם.

ד. אמירת קדיש בשכר

כתב המג"א (או"ח סימן קלב ס"ק ב):

"משמע בבית יוסף (סימן רא) דמוטב לבנו להשכיר אחד לומר קדיש במקומו, משיאמר אחד בחנם"

<sup>6</sup> בהסבר השוואת הרמב"ן, אפשר להבין, שאותו הגיון הוא העומד ביסוד שני הדינים, והוא, שרמת השעבוד על חפץ הנמצא ברשות בעל החוב, חזקה כל כך, עד שמשמעותו היא בעצם קניין. לכן, בעל חוב קונה משכון, וזהו גם יסוד ההלכה ש"אומן קונה בשבח כלי". שעבוד האומן בכלי שתיקן הוא בעוצמה כזו, שמשמעותו היא קניין. עיין בגמרא (ב"מ פ:), משם עולה שמאותה סיבה "דתפיס ליה אאגריה", גם "כל האומנין שומרי שכר".



ובאר ה"מחצית השקל" (שם):

"הטעם, שהעושה בשכר משתדל יותר, אך העושה בחנם לא ישתדל, וכדאמרינן 'אסיא במגן מגן שויא'. אי נמי, כתבו בספרי המוסר, דמצווה שהיא בחנם אינה חשובה כל כך".

אמנם לדברנו נמצא טעם אחר, כדי שיהא נקרא העושה בשבילו פועל שלו, כדי שהוא יוגדר בעל הבית, המעביד שלו צריך לתת שכר. דאם לא כן, אינו אלא שהאומר קדיש, הוא גומל עמו חסד, ואף אם יעשה בשליחותו.<sup>7</sup>

שכירות משתלמת בכסף

הזכרנו בפתיחה את דברי התוספות, ששכר לפועל אפשר לשלם רק בכסף, ואפילו אין לו - צריך למכור נכסיו ולשלם בכסף.

ולכאורה, הדבר תמוה, שהרי בכל התורה קיימא לן שווה כסף ככסף!

יש איפה, לבחון מקרים נוספים שבהם אין כלל זה תקף, ועל ידי כן לנסות להסביר תופעה זו.

הרא"ש (ב"ק, פרק א, ס"י יא) כתב:

"בגזלן כתיב 'והשיב את הגזילה אשר גזל' כעין שגזל, ומיהו מעות יכול ליתן לו, דמה לי הן מה לי דמיהן, כיוון שיכול לקנות בהן כעין שגזל, אבל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמכרו ולקנות בדמים כעין שגזל".

וביאר דבריו בספר "דברי יחזקאל" (סימן לח ס"ק ב) דבכל התורה קיימא לן שווה כסף ככסף, אך בגזלן אמרינן איפכא, דהדין נותן שישלם שווה כסף, כעין שגזל, אך אמרינן כסף כשווה כסף, כיוון שיכול לקנות בכסף כעין שגזל.

כלומר, הכלל "שווה כסף ככסף" נכון רק כאשר הכסף הוא תשלום. אבל כאשר הכסף הוא רק ביטוי לחיוב אחר, אין ככל זה תקף. לכן בגזלה, שהכסף הוא רק ביטוי של חיוב השבת החפץ,<sup>8</sup> ואמור לתת לאדם את האפשרות להחזיר לעצמו חפץ דומה במהירות, אין שייך הכלל הנ"ל.

היות שכתבנו לעיל ששכר פועל אינו תשלום תמורת עבודה, אלא עומד בפני עצמו כאחד ממוקדי העסקה, נראה שהגדרת המושג שכר, היא שהפועל יקבל דבר אותו הוא רוצה. אלא שגם כאן קיים הכלל "כסף כשווה כסף", ולכן פירעון שכירות הוא בכסף דווקא. בגלל העובדה

<sup>7</sup> ועוד דיד פועל כיד בעה"ב עדיפא משליחות. עיין בש"ך (ח"מ סימן קה ס"ק א) לגבי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, שאף שאפילו שליח לא מועיל בזה, פועל יועיל. וכן במחנה אפרים (שלוחין סימן יא) שניתן לברך על מעקה שנעשה על ידי פועל גוי.

<sup>8</sup> דבר זה אינו מוסכם בראשונים, אבל זו דעת הרא"ש והתוספות. אך מכל מקום, אין זה סותר את עצם היסוד שכתבנו.

שכסף הוא הדבר היחיד שבו ניתן לקנות הכל, וזו יסוד האומדנא שכתב הר"ן בגללה אי אפשר לומר לפועל טול מה שעשית בשכרך. ניתן לנסח, אם כך, שהשכר הוא מושג מופשט, הוא תמורה לעבודת הפועל, אלא שהוא משתלם בכסף, למעשה.

על פי מסקנה זו, יש לעיין בנקודות הבאות:

א. הר"ן שהבאנו בפתיחה טען שהתחייבות לשלם לפועל בחפץ מסוים אינה תקפה, ויכול לשלם לו כסף. הר"ן חולק בכך על רש"י שהבאנו שם, הסוכר שהתחייבות שכזו תקפה. לפי דברינו דעת רש"י ברורה, אך דעת הר"ן דורשת הסבר.

יש לומר, דנתינת חפץ בחליפין במהותה היא פעולת קניין, הפועלת בצורה דו צדדית להעביר חפצים מוגדרים מאדם לאדם, ולכן גם כשצד אחד לא מעביר מיידית חפץ מסוים, פעולת החליפין מסוגלת ליצור חיוב לחפץ מסוים. לעומת זאת, שכירות פועלים במהותה היא פעולת חיוב, היוצרת חיוב לשלם שכר, שהוא בעצם כל דבר, ולכן אין בכחה לחייב חפצים מסוימים. הסיבה שהיא מחייבת כסף, הוא בגלל שזהו הדבר הקרוב ביותר לכל דבר, דשכירות משתלמת בכסף, אך אינה כסף.

הבנה זו, יש בכוחה לתרץ את שאלת קצוה"ח שהבאנו בפתיחה (אות ב), מדוע קניין חליפין יוצר חיוב על חפץ מסוים, מה שאין כן, שכירות פועלים לדעת הר"ן?

אפשר שזו כוונתו של הגרנ"ט (ב"מ סימן קס, הוצאת אוריתא), הגרנ"ט מתייחס שם לשאלת הקצוה"ח שהבאנו בפתיחה (אות ב):

"והנראה לענ"ד, דבאמת שאני מקח מדין פועל. דהנה במקח מצינו חידוש בקנינו, והוא דבקנין הדבר האחד מקיים כל המקח... אבל בפועל ליתא דין זה, דהא לא קנה מאתו כלום, אלא דהפעולה שנפעלת ע"י הפועל היא מחייבת את הבעלים בתשלום, ואם כן ליכא מה שיקיים את הפסיקה שפסקו בתחילה, כיוון שלא עשה קניין שיקיים את ההתחייבות... אבל במקח שיש קניין המקיים את הדבר... חייב לקיים מה שפסקו, כיוון שאחר הקניין החיוב אינו תשלום אלא חיוב לקיים התנאי, והרי התנאי היה דבר מסוים, משא"כ בפועל דהחיוב הוא תשלום".<sup>9</sup>

אמנם, דברי רש"י נסתרים לכאורה מסוגיית הגמרא (ע"ז סג.), הגמרא אומרת, שאתנן אסור למזבח דווקא כשניתן כשכר לביאה, ולא כשניתן בנפרד מהביאה. ועל זה מקשה הגמרא:

"ורמינהו, בא עליה ואחר כך נתן לה, אפילו מכאן ועד שלש שנים, אתננה אסור.

<sup>9</sup> בספר "ארץ הצבי" לר"צ שכטר (סימן כט) חידש דשכירות פועלים זהו חיוב שהתורה מחייבת, ורצה להעמיס כן בכונת הגרנ"ט, אין פשט דבריו לא מורה כן. ואף לדברנו, אמנם חרשה תורה בשכירות פועלים, שהיא אינה נזקקת לגרמי קניין ויש לה היגיון פנימי משלה, אך הכללים נקבעים מדעת הנוגעים בעניין, ואי"צ שהתורה תחייב.

אמר רב נחמן בר יצחק אמר רב חסדא, לא קשיא, הא דאמר התבעלי לי בטלה זה (=שאסור), הא דאמר התבעלי לי בטלה סתם. וכי אמר לה בטלה זה מאי הוה, הא מחסר משיכה?...<sup>10</sup>

מפורש בגמרא, שהתחייבות לתת חפץ מסוים כשכר אינה מקנה את החפץ לשכיר. ואפשר לתרץ, שאמנם בעל הבית חייב לתת לשכיר את החפץ שהתנו עליו, וכל מה שנאמר בגמרא הוא, שאין התחייבות זו יוצרת קנין. וכן תירץ ה"חזון-איש" (ח"מ ליקוטים סימן ט)<sup>10</sup>.

ב. קצוה"ח שהבאנו בפתיחה דימה פעולת הפועל לכסף, ולכן אינה מחייבת חפץ מסוים, והקשה נתיה"מ הלא קאי ב"מי שפרע", אך לפי הגדרתנו, אין זה דומה לכסף, שכר הפועל משתלם בכסף אך אינו כסף, ולכן לא שייך "מי שפרע",

#### שכירות משתלמת מתחילה ועד סוף

מצאנו בגמרא (קידושין מח., סג.; ע"ז יט:) מחלוקת האם "שכירות משתלמת מתחילה ועד סוף" או שמא "אינה לשכירות אלא לבסוף". כלומר, האם חיוב השכר נוצר תוך כדי העבודה או רק בסיומה. נפקא מינה, האם ניתן לקדש אישה בשכר פעולה, והאם שכר פועל הבונה בית ע"ז נאסר בהנאה.

מנגד, מצאנו בגמרא (ב"מ סה.) דילפינן מקרא ד"שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", דהיינו, מועד פירעון השכר הוא בסיום העבודה. והתוס' (שם ד"ה שכירות) העירו דכלל זה נכון לשני הצדדים במחלוקת דלעיל.

יש לעיין, במה חלוקות שתי הדעות, הלא לכו"ע זמן התשלום הוא בסיום העבודה?

יש לומר, לאור מה שהקדמנו, שהחיוב לפועל הוא לשלם את שכרו, אלא שהשכר משתלם בכסף. לכולי עלמא, כל פעולה מחייבת מיידית בשכר, כמו כן, אין חולק בכך שהשכר ישולם, בסופו של דבר, בכסף. אלא שלמאן דאמר "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", חיוב השכר נוצר כחוב כספי<sup>11</sup>, לעומת זאת, למאן דאמר "אינה לשכירות אלא לבסוף", חייב המעביד בשכר הפועל, אלא שרק לבסוף חיוב התמורה הופך לחוב כספי.

<sup>10</sup> ועיין שם, למה לא הוי אתנן, אף שחייב לתת לה טלה.

<sup>11</sup> בספר "ארץ הצבי" עמד על כך שרש"י מדגיש למ"ד "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", שיחידת החיוב היא פרוטה, ולא פחות. משם הביא סיוע לשיטתו, ששכירות פועלים הוא חיוב התורה לדברינו, הסיבה היא ששכירות משתלמת בכסף דווקא ולא בשווה כסף, והמינימום של כסף הוא פרוטה. על פי דברינו אפשר להסביר את כוונת רש"י (קידושין מח. ד"ה אלא במקדש) שלמאן דאמר "ישנה לשכירות ועד סוף", "הוא לא מלוה למפרע (=לשון רש"י שם)". כוונתו, שאף למאן דאמר זה, התמורה נהפכת רק בסוף לחוב כספי. אלא שאז היא מתגלמת בחוב, שמשמעותו היא מלוה, ואי אפשר לקדש בו.

הקשו קצוה"ח (סימן שלב ס"ק ד) ובמחנ"א (שכירות סימן יד), מדוע הגמרא (ע"ז סג.) נימקה את העובדה שלא קנתה את האתנן בשכרה "משום דמחסרה משיכה". הלא, למאן דאמר "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", אין צורך לטעם זה. שהרי, אין כלל כסף לקנות את הטלה, כיון ששכרה נזקף במלווה, וא"א לקנות במלווה? ! והיאך הגמי' בע"ז התעלמה מהמחלוקת "האם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" או "שאינה אלא לבסוף"?

ויש לתרץ על פי מה שהקדמנו, שכל המחלוקת היא מתי הופך השכר לכסף. הלכך, יש לומר, שמחלוקת זו מתעוררת כאשר אני שואל שאלות חיצוניות לעצם תשלום השכירות כגון: האם תשלום השכירות עונה על הקריטריונים של כסף קדושין? והאם הכסף נאסר בהנאה? או יש מקום לדון מתי הופך שכר השכירות לכסף.

הסוגיא בע"ז אינה עוסקת בשאלות חיצוניות לשכירות, אלא בהגדרת תשלום השכירות. דהיינו, בשאלה, האם ניתן להגדיר כשכר חפץ מסוים, טרם הפיכת השכר לחוב כספי. הרי ברור, שגם למאן דאמר "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", חייב המעביד לשלם עבור העבודה, ועל כן מתעוררת השאלה האם ניתן לקבוע כשכר חפץ מסוים. ותשובת הגמרא: לכולי עלמא לא ניתין, משום דמחסרא משיכה!<sup>12</sup>

מתבאר איפוא, מדברינו, שהמחלוקת בעניין "ישנה לשכירות..." , שייכת רק בשכירות פועלים, שם התמורה היא שכר, המשולם בכסף, ולא בשכירות כלים, שם השכר הוא תשלום ככל מקח וממכר. ואכן, בגמרא מצאנו מחלוקת זו רק בשכירות פועלים, וכך כתוב להדיא ב"קונטרס הספקות" (כלל ז פרק ה). אלא שלהבנתו, בשכירות מיטלטלין לכולי עלמא השוכר מתחייב לשלם הכל מראש, ד"שכירות ממכר ליומיה הוא" (ב"מ נו:). אמנם, ניתן לומר בדיוק להפך, בשכירות מיטלטלין, לכולי עלמא, כל יום מחייב את התשלום עליו.<sup>13</sup>

### סיכום

בניגוד לתפיסה הרואה את שכירות הפועלים כמקח, בו עובד הפועל ומקבל תשלום עבור העבודה. תפיסה שעל פיה, יש מוקד אחד לעסקה והוא עבודת הפועל, שמחייב תשלום ככל

<sup>12</sup> נראה לי שזו כוונתו של המחנ"א בתירוצו, שכתב 'ועוד איכא לפלוגי, דאפילו שוכר את הפועל לעשות לו מלאכה מרובה, דהוי ודאי "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" ואין אשה מתקדשת, קידושין שאני, דאין אשה מתקדשת לחצאין, ונמצא שאין הקדושין חלין עד שיגמור מלאכתו, ואז נעשית מלווה. אבל באומר לפועל עשה עמי מלאכה ואתן לך כור חטים, כל פרוטה ופרוטה דעביד קנה שכרו וקנה כנגדו שויה של חטין אלא שלא סיים המחנ"א להסביר על פי דבריו את הסוגיא דע"ז (יט:).

<sup>13</sup> עיין עוד ש"ך (סימן שלד ס"ק ב).

בקובץ הערות (סוף סימן נג) ובאבני מילואים (סימן כח ס"ק מו) חלקו על דברי קונטרס הספקות. אלא שלאור התיקון שהצענו חלק מהקושיות נופלות. אפשר שהראשונים כתבו שגם בשכירות נכסים "ישנה לשכירות...", כמשל בעלמא, כעין זה כתב החזו"א (ח"מ ליקוטים סימן ט ס"ק ב).

מקח. הצבנו תפיסה הרואה את השכירות כחליפין, דהיינו, עסקה בעלת שני מוקדים, האחד, התחייבות הפועל לעבוד, והשני, חיוב בעל הבית לשלם שכר. נפקא מינה של תפיסה זו:

1. אין צורך במעשה קנין, והתחלת המלאכה היא הקנין.

2. אין מושג של פועל בחינם, ולכן בדבר האבד יכול לחזור בו לגמרי.

3. שומר חינם אינו מוגדר פועל ולכן אינו יכול לחזור בו תוך זמנו.

בעקבות כך, טענו, שהשכר אינו תשלום רגיל אלא מושג עצמאי, והגדרתו היא, שהפועל צריך לקבל מה שהוא רוצה בשכרו, כשלמעשה התשלום מתבצע בכסף. נפקא מינה של תפיסה זו:

1. לא חל הכלל "שווה כסף ככסף" ובעל הבית צריך אפילו למכור נכסיו כדי לשלם את השכר.

2. מתוך כך הסברנו את מחלוקת רש"י והר"ן האם התחייבות לשלם לפועל בחפץ מסויים תקפה.

הרב דניאל כ"ץ

## אכילת פועל ובהמה

מבוא

מצוות רבות נוגעות לענייני ממון או תלויות בהוצאה ממונית, עיון במצוות אלו מראה שישנם הבדלים ברמת חיוב הממון שיוצרות המצוות השונות. הגר"ש שקופ זצ"ל בספרו "שערי יושר"<sup>1</sup> חילק אותן לשלשה סוגים:

מצוות שנשארות בתחום האיסור והשפעתן על החיוב הממוני נעשית באופן עקיף.

מצוות שההוצאה הממונית הופכת להיות חוב שמוטל על האדם לשלמו.

מצוות שיוצרות הקנאה של נכסי האדם לצורכן, לעתים הקנאה גמורה ולעתים שעבוד שהוא הקנאה חלקית כאשר מדובר בחפץ שאינו מבורר.

כמובן שהמבחן הראשוני שמצוה תהפוך על ידה להיות חוב ממוני הוא שיש חוב כספי שאינו מותנה במילוי המצוה, לדוגמא בהענקה נוצר חוב שאינו תלוי דוקא בזמן שחרור העבד אלא הוא נוצר בעקבות שחרור העבד, ומסתיים בתשלום החוב.

הגרש"ש מעלה כמה נפק"מ בין הסוגים השונים:

1. ירידה לנכסים.

2. העברת החוב בירושה.

3. מחילת הממון.

בתרו"מ, בבכור, בפדה"ב, בהשבת גזל, בהשבת משכון, פריעת בע"ח ובנויקין בית הדין יכול לרדת לנכסי המצווה, והחוב מוטל על נכסיו גם כשעברו ליורשיו. ע"כ מגדיר הגרש"ש שבהן "הקנתה תורה דבר ההוא לזוכה או זכות שעבוד".

לעומת זאת, לגבי אדם שנשבע לתת ממון או שנטל ריבית, אנו פוסקים שאין יורדים לנכסיו ואין גובים מיורשיו. כמו כן, בצדקה נחלקו הפוסקים<sup>2</sup> האם יורדים לנכסים או גובים מיורשים.

<sup>1</sup> שער ה' במיוחד בפרק ב'. רוב הדברים הובאו משם ולכן לא ציינו מקורות. יש לציין שחלוקה זו מפורשת בריטב"א (כ"מ סא. ד"ה "שכן") והבאנו את הדברים בשם הגרש"ש שביאר את הדברים בצורה יותר מפורשת.  
<sup>2</sup> עיין בקצוה"ח (סימן רצ ס"ק ג) וכן בחוות דעת (יו"ד סימן קס ס"ק ט) שטען שבצדקה ובמתנות כהונה אין הקנה של הממון לעניים ולכהנים.

דין זה מוכיח, שאלו מצוות שאין בהם הקנאת הממון מכח התורה. לגבי הענקה יש דיון באחרונים האם יורדים לנכסיו, יתכן שהספק הוא בהגדרת המצוה<sup>3</sup>.

מחילת הממון מעידה שהיסוד של המצוה הוא חוב ממוני. מצוות שלא ניתן למחול עליהם כמו בהחזרת ריבית שיש דעות שא"א למחול, דבר המעיד שיסוד המצוה הוא איסור שמכחו נוצר חוב ממוני אבל המצוה במהותה היא איסורית<sup>4</sup>.

בעת שאנו באים לעסוק באכילת פועל והבהמה קיימות בפנינו שלושת האפשרויות<sup>5</sup>:

א. התורה שיעבדה מהתבואה את הכמות שנדרשת לצורכי הפועל או לבהמה. באכילתם הם מממשים זכות שיש להם בשדה, ואינם נוטלים ממון של בעל הבית, שכן מכח המצוה מופקעת התבואה זו מבעלותו.

ב. התורה יצרה חוב ממוני כלפיהם, בעל הבית מחויב לתת להם את כמות האוכל שהם נזקקים לה מממונו.

ג. מצווה על בעה"ב לאפשר להם לאכול. כשהם אוכלים מממונו של בעה"ב אין להם איסור גזל, כיון שהתורה התירה כלפיהם את איסור גזל שיש בדרך כלל על מי שאוכל משדה חברו.

ברצוננו לבדוק את האפשרויות מתוך הסוגיות והראשונים שקשורים לשאלות אלו, ראשי המדברים בשאלה זו בדורות האחרונים, הם הגר"ח מבריסק בחידושיו על הרמב"ם והחזון איש בספריו, נביא בעז"ה גם את דבריהם ונדרון בהם.

<sup>3</sup> עיין "תרועת מלך" על ר"ה סימן ב' שהביא משנה למלך שהסתפק בזה, והוא עצמו מכריע שיורדים לנכסיו.

<sup>4</sup> יתכן שתהיה נפק"מ נוספת בין סוגי המצוות השונים. כשאדם אחר מעונין לשלם את הסכום הנדרש לצורך המצוה, אולי רק במצוות שמוגדרות כחוב יועיל פירעון זה, וצ"ע.

<sup>5</sup> ב"איילת השחר" להגרא"ל שטיינמן על ב"מ תחילת פרק שביעי האריך בדיון על האפשרויות הללו. ז"ל בהגדרת צדדי הספק: "האם התחלת הדין הוא מחמת מצוה דרמיה עליה דבעה"ב ליתן לפועליו שאם ירצו לאכול לא ימנע מהם, או שזה מזכותי הפועל ויש לו בזה זכות ממון, או דזה רק דין היתר לפועל לאכול משל בעה"ב." כמדומה שעי" החלוקה של הגרש"ש ניתן למקם את שלושת האפשרויות בתוך המערכת הכללית של מצוות התורה, ונדמה שהספק הוא מה מקומן של מצוות אלו בתוך המערכת הזו.

## פתיחה

התורה יצרה מערכת של מצוות שמסדירה את אכילת הפועל והבהמה בזמן עבודתם, נסקור את המצוות הקיימות בתחום זה.

## אכילת פועל

בתורה (דברים פרק כג, כה-כו) נאמר:

”כי תבא בכרם רעך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן: כי תבא בקמת רעך וקטפת מלילת בידך וחרמש לא תניף על קמת רעך.”

פסוקים אלו עוסקים באדם שבא לשדה רעהו, הגמרא (ב"מ פז: ) מעמידה שמדובר בפועל שיכול לאכול מפירות השדה שעובד בה,<sup>6</sup> והגבילה התורה את זכותו שאינו יכול ליתן אל כליו או להניף חרמש על הקמה לצרכו.

נמצא שיש לדעת רוב הראשונים, מצות עשה אחת שמוטלת על בעל הבית ששוכר את הפועלים, להניח להם לאכול ממלאכתם.

אמנם הבה"ג ורס"ג לא מנו במניין המצוות שלהם מצוה זו, כנראה הם סברו כדברי הרשב"ץ בספרו זוהר הרקיע (אות עב) שהשיג על הרמב"ם שמנה מצוה זו:

”ודבר קשה הוא שאין הכתוב מדבר אלא בפועל שהוא מותר ואין זה משום גזילו של בעל הבית.”<sup>7</sup>

הרשב"ץ מעלה בצורה ברורה את הגישה הרואה באכילת הפועל היתר גזל בלבד, הגאונים כנראה הבינו את המצוה כמוהו וע"כ לא מנו אותה במנין המצוות. הרמב"ם שמנה מצוה זו כנראה רואה בה חובה מעבר להיתר הגזל.

כמו כן, ישנן שתי מצוות לא תעשה שמוטלות על הפועלים:

א. ”ואל כליך לא תתן” - שלא יטול יותר מאכילתו ויתן לאחרים או יקח לעצמו.

<sup>6</sup> בניגוד למגילת סתרים של איסי בן יהודה (דף צב.) ש"בביאת כל אדם הכתוב מדבר" ועליו אמר רב ש"לא שבק איסי חיי לכל בריה".

<sup>7</sup> ראיתו מהגמרא [עפ"י גירסת הריטב"א] שהדרשה "רעך ולא נכרי" נוחה דוקא למ"ד גזל נכרי אסור, ואילו למ"ד גזל נכרי מותר אי"צ למעט נכרי כיון שבלא"ה הוא מותר בגזל. ולכאורה אם המצוה היא להניח לו שיאכל ולא היתר, יש צורך למעט גוי מהמצוה גם למ"ד שגזלו מותר. יש לדון בדבריו שהרי הגוי לא מצווה בכ"מ, גם למ"ד גזל גוי אסור, ומדוע צריך למעט מהמצוה. ואם תשיב מהו הצורך למעט את הגוי למ"ד גזל גוי אסור, אפשר לאמר שכמו שהתורה חידשה לאו מיוחד לפועל שלא יטול לכליו, גם כאן "אחשביה רחמנא כגזל כיון דאיהו לאו בר מצוה איהו" כלשון הריטב"א, כדי לחזק את האיסור. עיין גם בדברי הרי"פ בכיאוורו לסה"צ לרס"ג ל"ת רסז' שהאריך בדיון בשיטת הרשב"ץ.



ב. "וחרמש לא תניף" - שבו נחלקו הראשונים, דעת הרמב"ם (שכירות פרק יב הל' ג) שאיסור זה נאמר על:

"המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה... מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה."

וכן דעת ספר החינוך. הראב"ד (שם) השיג:

"דברים הללו אין להם שורש ובספרי דרשו וקטפת מלילות בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו."

וכן דעת הרמב"ן<sup>8</sup>, הרשב"א, הריטב"א, הר"ן והיראים.

ההגדרה של אכילת הפועל, כמצוה המוטלת על בעל הבית להניח לו לאכול, פשוטה היא בראשונים, למרות שהפוסקים בתורה מדברים אל הפועל. יש מקום לשאול מה הביא את הראשונים להעביר את המצוה אל בעל הבית? נעסוק בשאלה זו בהמשך, בעז"ה.

#### לא תחסום

בעבודת הבהמה נאמר (דברים כה, ד) "לא תחסם שור בדישו". כלפי מי איסור זה אמור? הגישה המקובלת שעולה מדברי הפוסקים היא, שהאדם שדש בבהמה כשהיא חסומה עובר על האיסור. וכך נאמר בגמרא (ב"מ צ:)<sup>9</sup>:

"תנו רבנן: החוסם את הפרה והמזווג בכלאים - פטור, ואינו לוקה אלא דש ומנהיג בלכד."

ופירש רש"י:

"החוסם את הפרה - ולא העבירה על הדישה, וחבירו דש בה."

וכך משמע מדברי הרמב"ם (שכירות פרק יג הל' ב):

"אתד החוסם אותה בשעת מלאכה ואתד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה אפילו חסמה בקול לוקה, שכר בהמה וחסמה ודש בה

<sup>8</sup> דברי שאר הראשונים מופיעים בקיצור בהערה א על מצוה תקע"ח בספר החינוך.

<sup>9</sup> ראיה זו הובאה ע"י הרי"ד נגד הרי"ד, שטען שהחוסם חייב אף אם מישוהו אחר דש. המהדיר על תוספות רי"ד ביאר [בהערה 23] שלדעת הרי"ד באה הברייתא לחדש שהחוסם עובר רק אם נעשתה דישה בבהמה אפילו נעשתה בידי אחר, לפיכך טען שהרי"ד לא גרס בגמרא "ואינו לוקה אלא" ובמקום זה גרס כלשון התוספתא וכג"כ כ"פ "לא אסרה תורה אלא הדש וכו' " שמדובר באותו אדם. וזכה לכוון המהדיר לגירסת הרי"ד כפי שנדפסה בפסקיו בהוצאת "מכון התלמוד הישראלי" בשלמות!

לוקה ומשלם לבעלים ארבעת קבין לפרה ושלושת קבין לחמור שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה ואינו חייב מלקות עד שידוש בה חסומה.”

וכן בטור (סימן שלח) כתב במפורש שאין לחוסם איסור:

”חסמה אחד ובא אחר ודש בה אין לוקין אלא הדש ולא החוסם.”

אמנם לא נתבררה אחריותו של בעל השדה, או של בעל הפרה במקרה שהשכירה לאחרים, לענין לאו זה. מקור חשוב לבירור שאלה זו היא הסוגיא של נכרי בלא תחסום, שנדון בה בעז”ה בהמשך, כאן נביא רק את הנצרך לשאלה זו.

הרמב”ם (שכירות פרק יג הלכה ג) פוסק:

”ישראל הדש בפרתו של עכו”ם עובר משום כל תחסום, והעכו”ם הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום כל תחסום, אמר לעכו”ם חסום פרתי ודוש בה, כל זה וכיוצא בו אסור ואינו לוקה.”

נראה מדבריו שאין אחריות לבעל הפרה. והוסיף עליו הטור (סימן שלח):

”ישראל הדש בפרתו של עכו”ם אפילו אם הדישה של עכו”ם עובר משום לא תחסום. עכו”ם הדש בבהמת ישראל מעצמו שלא אמר לו הישראל כלום אין בו איסור אפי’ הדישה של ישראל אם הוא שלא בפניו. ואם אמר לו הישראל חסום פרתי ודוש בה מבעיא אם איכא איסורא אי לא, ופי’ הראב”ד דלא איפשיטא ולקולא, וא”א ז”ל כתב דאיכא איסורא. ופרש”י שהבעיא היא באומר לו חסום פרתי ודוש בה אפי’ אמר דוש בה תבואה שלך דאפילו בזה איכא איסורא.”

למדנו מדבריו שהאיסור תלוי אך ורק בדש, לבעל הפרה ישנו איסור מספק רק כשהוא אומר במפורש לחסום, וצ”ע מהו האיסור. אין שום אחריות לבעל השדה במקרה של חסימה.

לעומתם הרי”ד בפסקיו (ב”מ דף צ. ד”ה איבעיא וכן בתוס’ רי”ד שם ד”ה מהו) חולק וסובר שהמצוה היא רק על בעל הגורן שלא ימנע גרנו מלהאכיל לבהמה הדשה. לכן, אם יאמר לפועל ישראל לדוש בחסימה, כיון שהפועל לא מחויב בדבר, הוא יכול להיות שליח לדבר עבירה והמשלח יעבור על האיסור. סברתו שהמצוה על בעל השדה פשוטה:

”דמה כח יש לפועל להאכיל בדבר שאינו שלו?”

כלומר הוא רואה את אכילת הבהמה כמימוש של זכות ממונית שבעל הבית מחויב לשעבד לצורך המצוה.

בפועל גוי, שאינו בר שליחות, מתדש הרי”ד שאם חסם בעל הגורן את הבהמה והגוי דש בה

בשדה הישראלי חייב בעל הגורן מלקות, בנימוק הבא:

"בשני ענינים מתחייב בין אם יחסום אחר והוא דש בה ... ובין אם חסם הוא ואחר דש בה חייב משום שחסמה כדילפינן לקמן מחסמה בקול ואע"פ שלא היה דש בה".

בכך הרי"ד חולק על פירוש רש"י שבאמר לגוי לדוש בשדה הגוי בחסימה אסור.<sup>10</sup>

דבריו היו לפני נכדו הרי"ז שהשיב עליו (קונטרס הראיות על ב"מ פרק ז ראייה ד):

"דרחמנא אמר לא תחסום שור בדישו כל דיש שהשור דש בו ובכריתא נמי לא הוצרך התנא לומר אלא גוי הדש בפרת ישראל... אבל בדיש לא איכפת ליה אם הוא של ישראל או של גוי, ואפשר דלא משתמיט שום תנא או אמורא בשום מקום לחלק בין דיש לדיש".

כלומר, הוא טוען שאין מקור לדבריו של הרי"ד. אמנם שאלתו של הרי"ד מה כח הפועל להאכיל בדבר שאינו שלו, דורשת תשובה שאינה נמצאת בדברי הרי"ז ושאר הראשונים.

יתכן שראשונים אלו אינם רואים באכילת הבהמה חוב או זכות ממון שמוטל על בעל השדה וע"כ שאלת הרי"ד אינה קשה להם.

איסור או ממון?

כפי שראינו עד עכשיו, מצוות אלו נמצאות בגבול שבין איסור והיתר לבין הדינים הממוניים שבתורה. מצד אחד, מוצאים אנו שיש לפועל או לבהמה אפשרות ליהנות מממונו של מעסיקם, דבר שמקשר אותנו למערכות של מקח וממכר. מצד שני, אנו רואים שישנן מגבלות חמורות על דרך האכילה, ואף מלקות על מניעת האכילה ששייכות לתחום של איסור והיתר.

הכיוונים האפשריים שהעלינו לעיל בשאלה זו הם

א. שיסוד המצוות הללו הוא שעבוד ממוני גמור "זכות ממון" שנוצר כח המצוה לצורך המצוה.

ב. חיוב ממוני, שאינו יוצר שעבוד ממוני, אלא הוא מצוה שמוטלת על האדם, ומכוחה הוא מחויב להוציא ממנו. אבל אין הממון משועבד למצוה, אלא הוא ניתן על ידי המצוה ברצונו לצורך המצוה, ורק אז הוא יוצא מרשותו.

<sup>10</sup> המהדיר על הרי"ד מחדש שגם הרמב"ם שהשמיט את התוספת של הטור שמדובר גם על דישה בשדה עכו"ם סובר שהאיסור ישנו רק בשדה ששייך לאדם שדש.

ג. מצוות אלו הן חלק ממערכת האיסור והיתר שבתורה, כשלפועל מותר לאכול, או לבהמה, הרי שהופקע איסור גזל מהפועל, או מבעל הבהמה שנותן לבהמה לאכול בשדה חברו. אבל אין המצוה מחייבת את האדם לתת מממונו, או משעבדת את הממון לצורכה.

יתכן שיהיה כמובן הברל בין פועל לבהמה בהגדרת המצוות.

מתוך הדברים שראינו כבר ניתן ללמוד, שלדעת הרשב"ץ אכילת הפועל היא רק היתר איסור גזל.

באכילת הבהמה ראינו שיש מחלוקת, האם האיסור חל על בעל השדה, או על הפועל. סברת הרי"ד היא שבעל השדה הוא האחראי להאכלת הבהמה, ויתכן שזו גם כן דעת הרמב"ם, כשמדברי הרי"ד רואים בכירור, שהוא ראה באכילת הבהמה מימוש של זכות ממונית.

לעומת זאת, מהראשונים שמטילים את האחריות רק על הפועל, אף שעובד בשדה גוי, ואין הגוי מצווה בלאו זה, ניתן לראות שאכילה זו היא רק היתר איסור בעלמא, שמשפיע על הממון שקשור אליו, אבל אין בה שיעבוד ממוני.

אחת הטענות המרכזיות של הגר"ח והחזו"א שלדעתם מכריחה את התפיסה שאכילת בהמה אינה אלא היתר של איסור גזל. היא שמכך שהאיסור מוטל על הדש גם כשהוא עובד עם הבהמה שלו, ובודאי לא יתכן שהוא משועבד לבהמתו שהרי אין לה ישות ממונית עצמאית. אמנם כפי שראינו מדברי הרי"ד וכן נראה מעוד ראשונים בהמשך שישנו שעבוד ממוני למצוה זו. נראה שיתכן מושג של שעבוד ממוני לצורך מצוה אף שאין ישות בעלת זכויות שזוכה בשעבוד זה. כפי שלשיטות שיש שעבוד במתנות כהונה אנו נזקקים למושג ערטילאי של שבט הכהונה וכדומה.

#### אכילת איסור

מצאנו בגמרא בכמה מקומות התייחסות למקרה שהעבודה נעשית בדברים שאסורים באכילה או בהנאה, ברצוננו לבדוק מהם המקורות לדינים אלו, וכן נדון בשאלה הבסיסית האם יש צורך במקורות מפסוקים למקרים אלו, או שמספיקה סברא.

מתוך המקורות שנביא בעז"ה נוכל לראות שישנן שלש גישות בראשונים.

רש"י ותוספות מסתמכים באופן עקבי על לימוד מפורש מפסוק שמפקיע את מצות אכילת הפועל והבהמה במקרה של איסורים או הקדש.

הרמב"ם בעקבות ר"ח מפריד בין הקדש לשאר איסורים, בהקדש הוא זקוק למיעוט ואילו בשאר איסורים הוא מסתמך על סברא.

הריטב"א ועוד ראשונים אינם נדרשים לפסוק כלל אלא מסתפקים בסברא, והם מוצאים הסברים מיוחדים ללימוד שנמצא בגמרא לגבי הקדש.

בסיום הדברים נבאר בעז"ה את המחלוקת ונראה שהיא תלויה בצדדים שהעלינו בפרק הקודם.

בהמה בתרומה ובמעשר

בברייתא (ב"מ דף צ.): נאמר:

"ת"ר והדשות בתרומה ומעשר - אינו עובר משום כל תחסום"

ופירש רש"י (שם ד"ה והדשות):

"דסתם דייש לאו בתרומה ומעשר משתעי קרא, דאין תרומה ומעשר סתם אלא מן המירוח ואילך כדכתיב כדגן מן הגורן."

התוספות (שם ד"ה והדשות) חולק:

"ונראה דטעמא משום דכתיב 'דישו', דמשמע הראוי לו. ומעשר ממון גבוה הוא ותרומה נמי לישראל אסור ליתן לפני בהמתו. ואפילו כהן דוקא כרשינין שהוא מאכל בהמה מותר להאכיל, ולא חטין משום הפסד תרומה, וכן דריש בהדיא במעילה מ'דישו' גבי הא דתנן וכן פרה לא תאכל כרשיני הקדש."

כלומר לדעת רש"י ותוספות נוכל ללמוד מהפסוקים שמותר לחסום בתרומה ובמעשר.

אמנם הריטב"א פירש שאסור להאכילה מהתורה "דהיתרא זכי ליה רחמנא ולא איסורא" ואפילו לכהן אסור משום לא פלוג, כלומר אין צורך בכלל בלימוד מפסוק.

פועלים ובהמה בהקדש

בגמרא (ב"מ פז:) מופיעה ברייתא שדורשת "רעך ולא הקדש" וממעטת פועל מאכילה בשדה הקדש<sup>11</sup>.

במשנה במעילה (דף יג.) נאמר:

"הפועלים לא יאכלו מן גרוגרות הקדש, וכן פרה מכרשיני הקדש."

בגמרא (שם):

"מאי טעמא? אמר רב אחדבוי בר אמי: דאמר קרא לא תחסום שור בדישו דישו

- שלך, ולא דישו של הקדש."

נמצא שלגבי איסור אכילה מהקדש בבהמה, מפורש המיעוט "דישו ולא של הקדש".

<sup>11</sup> וכן מופיעה דרשה זו בספרי בלשון "פרט לגבוה".

בנוגע לפועל, לדעת רש"י (ד"ה הפועלין), מסתמכת הגמרא על דרשת "רעך ולא של הקדש", ולדעת תוספות (ד"ה מאי טעמא), אין צורך בדרשה זו מכיון שיש היקש לשור.

הרמב"ם (מעילה פרק ח הל' א-ב) כתב:

"הפועלים שהן עושין בהקדש אף על פי שפסקו עמהן מזונות לא יאכלו מגרוגרות של הקדש ואם אכלו מעלו, אלא ההקדש נותן להם דמי מזונות. הדין כרשיני הקדש הרי זה חוסם את הפרה, שנאמר לא תחסום שור בדישו דיש הראוי לו."

הרמב"ם מביא את המקור של הגמרא לגבי בהמה בסיום ההלכה, ולא מציין שישנו היקש מבהמה לאדם. נראה מדבריו, שהמקור שהביא, נועד רק לבאר את ההיתר לחסום את הפרה. אלא שצריך להבין, מדוע הרמב"ם אינו מביא מקור לפועל.

נראה שהרמב"ם הסתמך על הפסוק שהביא בהלכות שכירות "אין הפועלים אוכלין בשל הקדש שנאמר בכרם רעך". אמנם המהר"י קורקוס ביאר שהרמב"ם סבר שאין צורך בפסוק לפועל<sup>12</sup>. ועל פי פירושו המובא בהערה עולה, שיש הבדל בין דין הפועלים שמקורו מסברא, לדין הפרה שנלמד מפסוק. אלא שלכאורה נעלם מהמהר"י קורקוס שהרמב"ם עצמו מביא את הפסוק שממעט פועלים בהלכות שכירות.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> הוא מפרש שלרמב"ם היה ברור שפועלים לא יאכלו בהקדש כיון שהוא אסור באכילה. לכן הוא העמיד את דין הפועלים שבמשנה בפסוק להם מזונות, ומכאן פסיקה זו יתנו להם מעות מכיון שאסור להם לתת מפירות ההקדש. המהר"י קורקוס הוכיח את פירושו מהתוספתא (מעילה א' בא') "פועלין שעושין בהקדש לא יאכלו מגרוגרות של הקדש אבל אחרים מתגדבין להן וכן פרה שהיתה עושה בהקדש לא תאכל מכרשני הקדש אבל אחרים מתגדבין להן": ומשמע לו מהתוספתא שהוצרכה לפרש שאחרים מפרנסים שזה נובע מכך שפסקו להם מזונות ואינם יכולים לאכול מפירות השדה. יש להעיר על דבריו ששם נאמר דין אחרים מתגדבים גם על פרה, ואילו עפ"י דבריו הרי דין הפרה שונה מדין הפועלים. יתכן שהרמב"ם סבר שהתוספתא והמשנה חולקות שהרי עפ"י הרמב"ם בפרק ג' הלכה יב' מהלכות מעילה דין "אחרים מתגדבים" קיים במקום שישנו איסור להשתמש בהקדש לצורך החזקת רכושו בדברים ששייכים להקדש ולא התחללו, לכן צריכים לספק חלב חולין לולדות הקדש ואינן יכולים לינוק מאמם שחלבה קדוש. זהו הדין הראשון באותה המשנה ועליו כתבה המשנה "אחרים מתגדבים" אמנם על הדין של פועלים ובהמה ניתן למצוא פתרון של פדיון הקדש לצורך שכרם ואין צורך שאחרים יתנו להם שכר, לכן הרמב"ם לא כתב את הדין של התוספתא. אפשר גם לומר שהתוספתא אינה חולקת על המשנה אלא מציעה מידת חסידות וכך משמע בגרסא שהביא המהר"י קורקוס "עשירים מתגדבים כן". ויתכן שהרמב"ם למד שבתוספתא מדובר בפועלים שלא פסקו להם מזונות, לכן אחרים צריכים להתגדב להם.

<sup>13</sup> על מנת ליישב את הקושי מדוע הרמב"ם מדוע הגמרא ובעקבותיה הרמב"ם הביאו את הפסוקים של בהמה ופועל במקומות שונים. נראה שניתן להציע שדעת הרמב"ם, בהלכות מעילה, הייתה לרוב באותם עניינים שנוגעים למעילה. בענין פועל שאינו אוכל בהקדש, חידש הרמב"ם שאין חילול לפירות שיאכלו שמגיעים להם במקרה שפסקו להם מזונות. בענין הפרה עלתה שאלה אחרת, האם הפועל מחויב לחסום את הפרה, ופוסק הרמב"ם שמכיון שאין איסור לחסום, הוא חייב לחסום כלשון הרמב"ם "הרי זה חוסם את הפרה" כלומר מוטל עליו חיוב לחסום את הפרה, כדי שלא יאכל ההקדש בידי הבהמה.

פועלים בנטע רבעי ובטבל

במשנה (ב"מ צג.) נאמר:

"השוכר את הפועלים לעשות בנטע רבעי שלו - הרי אלו לא יאכלו, אם לא הודיען - פודה ומאכילן. נתפרסו עגוליו, נתפתחו חביותיו - הרי אלו לא יאכלו, אם לא הודיען - מעשר ומאכילן."

כלומר, אין לפועלים זכות לאכול מנטע רבעי ומטבל.

הגמרא (ב"מ צב:) הסתפקה האם פועל אוכל "משלו", דהיינו שהדברים שהוא אוכל שייכים לו או "משל שמים". דהיינו, יש לו רק זכות אכילה ואין לו בעלות על הפירות שהוא אוכל. דיון שנרחיב בו בהמשך בעז"ה. הגמרא מקשה על האפשרות ש"פועל משל שמים הוא אוכל" מהמשנה של פועלים בנטע רבעי ש"לא יאכלו, ואם לא הודיען פודה ומאכילן". ישנן שתי גירסאות בגמרא שמהן עולות פרשנויות שונות בשאלה זו, נביא את הפרשנויות בלא לפרט את ההבדלים בגירסאות.

ר"ח (מובא בתוספות ד"ה הכי) מבאר שהשאלה היא מדוע פודה ומאכילן יאכלו בלא פדיון<sup>14</sup>. לפי האפשרות שפועל "משלו הוא אוכל", מובן שהתורה לא הקנתה לו דברים אסורים. אבל לאפשרות ש"משל שמים", משמע, שזוהי אכילה מיוחדת מהתורה. תשובת הגמרא היא "איסורא לא זכי ליה רחמנא". צריך לברר מהו היחס בין הסברה הזאת ללימוד שהגמרא הביאה בענין ההקדש.

ישנן שתי אפשרויות לפרש את המסקנה עפ"י גירסה זו:

- א. סברא פשוטה היא שבאיסורא התורה לא זיכתה לפועל. על פי זה צריך לאמר, שבהקדש היה בכל אופן מקום לומר מסברא שיהיה חייב לתת, אלמלא מיעוט מיוחד מהכתוב.
- ב. איסורא לא זיכתה תורה בגלל לימוד שאינו מופיע כאן והוא אחד מהלימודים הידועים לנו מקודם דהיינו המיעוט של הקדש.

על פי פירושונו, הרמב"ם הביא את העניינים שנוגעים להלכות מעילה, ולשאלת חילול הקדש. ומובן מדוע לא היה צריך להביא את הלימוד של "רעך", שהרי ממנו לומדים שאין היתר לאכול בפירות הקדש. ואילו הרמב"ם בא ללמד את החידוש, שאף כשכבר מההקדש אינם יכולים לקבל מפירות ההקדש עצמם. דין זה לא נלמד מ"רעך" אלא הוא חלק מדיני ההקדש.

לגבי אכילת בהמה כוונתו לפסוק שחייב לחסום אותה, לכן הוצרך להביא את הלימוד של "דישו הראוי לו". כמו כן, מובן מדוע גם הגמרא עצמה לא הביאה אלא את הפסוק של בהמה, שהרי המשנה התכונה לדון רק לענין מעילה וכפי שבארנו ברמב"ם. לפיכך, אין צריך להידחק, כרש"י, שהגמרא הסתמכה על הברייתא בב"מ.<sup>14</sup> ומה שלא שאלה מהרישא למה לא יאכלו נראה משום שהיה אפשר לפרש שלא יאכלו ללא פדיון, אלא פודה ומאכילן אבל מהסיפא מוכרח שאין להם זכות כלל וצריך אפילו לפדות, ורק במקרה שלא הודיע.

הקושי בהבנה ב' הוא שלא נוכל להבין את סברת המקשן, אלא אם כן, נאמר שהמקשן לא ידע את הדרשה או לא רצה לדרוש אותה, ומשום מה שינה את דעתו בעקבות התירון, ואז חסר עיקר התירון מהספר. על כן נראה, שההבנה הראשונה מסתברת יותר.

עולה לשיטה זו, שישנם להקדש מקורות שונים מהמקורות של שאר האיסורים. ניתן להוכיח זאת, גם מכך שהגמרא לא מוכיחה מהמשנה במעילה לגבי הקדש ש"משלו הוא אוכל" ! נראה שישנו חילוק מהותי בין הקדש לשאר איסורים.

שאר הראשונים ביארו שהשאלה היא, מדוע כאשר לא הודיען צריך לפדות, והרי "איסורא לא זכי ליה רחמנא", ואין בעיה של מקח טעות. ועונה הגמרא, שאף על פי כן נראה כמיקח טעות. על פי דבריהם, לא ניתן לדעת מדוע "לא זכי" האם מסברא או מפסוק. רק בתוס' רא"ש (ב"מ צב: ד"ה "ואי אמרת"), כתב במפורש:

"וא"ת והא לעיל צריך קרא למיעוטי הקדש, הא לאו קרא הוא אכיל, אע"ג דלאחר איכא מעילה והכא איכא מיעוטא? וי"ל דהכא נמי ממעט מ"רעך".

כלומר, לדעת התוספות רא"ש הלימוד שמצאנו בהקדש מהוה מקור לכל האיסורים.

מדברי הריטב"א, שהבאנו לגבי בהמה בתרומה ומעשרות, נראה שלמד שהסברא "באיסורא לא זכי ליה" היא גם המקור לכך שאין לפועל זכויות ממוניות בתרומה ומעשר.

הרמב"ם כתב (שכירות פרק יב הל' ו-ז):

"נתפרסו עגוליו ונתפתחו חביותיו [ונחתכו דלועיו] ושכרן לעשות בהן הרי אלו לא יאכלו שהרי נגמרו מלאכתן ונקבעו למעשר והרי הן טבל, ואם לא הודיען מעשר ומאכילן, אין הפועלים אוכלין בשל הקדש שנאמר בכרם רעך. שכר פועלין לעשות בנטע רבעי שלו הרי אלו לא יאכלו, ואם לא הודיעם פודה ומאכילן."

הרמב"ם לא כתב מקור לכך שלא מאכילם טבל ונטע רבעי.<sup>15</sup>

לכאורה, גם מסתימת דברי הרמב"ם עולה, שיש חילוק בין הקדש לבין שאר איסורים, בהקדש נדרשים אנו לפסוק ואילו בשאר איסורים מספיקה סברא.

<sup>15</sup> יש מקום להעיר על סדר דבריו מדוע הפך את סדר הגמרא והכניס את דין ההקדש באמצע, וכן מדוע לא כתב באופן כללי על כל שלושת המקרים שאם לא הודיען פודה ומאכילן. וצ"ע. אמנם נראה שהשאלה האחרונה מיושבת לפי דברינו שיש איסור לאכול פירות הקדש אף ע"י פדייתם אלא הפועלים מקבלים דמי הפירות כמבואר לעיל בדברי הרמב"ם בהלכות מעילה, או ניתן לתרץ שהפועלים שעובדים בשדה הקדש, הם בדר"כ פועלים של גזבר ההקדש, ע"כ קשה למצוא מקרה שלא יודיעם שהרי הגזבר שוכר אותם לצורך ההקדש.



הצורך בלימוד שימנע אכילת פועלים בהקדש.

בגמרא (ב"מ פז:) מופיעה ברייתא שדורשת "רעך ולא הקדש".

הראשונים דנו בצורך במיעוט זה והעלו כמה אפשרויות:

א. התוספות (ד"ה רעך) כתב:

"דס"ד כי היכי דשרי רחמנא איסור גזל שאוכל משל חבירו הכי נמי הוה אמינא דשרי בשל הקדש."

ובתוספות רא"ש (ד"ה רעך) הוסיף ביאור באותה הדרך:

"דסלקא דעתך אמינא דפועל אוכל בו, אף על גב דלשאר בני אדם איכא מעילה, כמו בשל חבירו דאיכא גזל לשאר בני אדם כשאוכל שלא מדעת בעל הבית."

כלומר היה מקום להתיר את כל האיסורים כשם שהותר איסור גזל, אלמלא הגביל הפסוק את האכילה לדברים המותרים בלבד.

ב. כשיטמ"ק (שם ד"ה כתוב בתוס') מובא רבינו יהונתן שסובר שהייתה הוה אמינא שיצטרך הגזבר לפדות קצת מן הענבים כדי שיאכל הפועל כדי שבעו.

ג. הריטב"א העמיד במקרה שהתנה שלא יחול הקדש אלא בדמיו.

על פי שני התירוצים האחרונים אין צורך ללמוד למעט איסורים אחרים, הם כנראה נלמדים מסברת "איסורא לא זכי ליה", כפי שאכן מבואר בשיטת הריטב"א שהבאנו לעיל, גם ללא מיעוט מיוחד. אמנם התוספות למד ש"רעך" ממעט את כל האיסורים וכפי שכבר הבאנו את דבריו בענין תרומה ומעשר, וכן היא כנראה שיטת רש"י ולכן הוצרך לסברה שיש בה פתרון לכל האיסורים.

הרמב"ם הביא את הלימוד בהקדש ללא אוקימתא. נראה שהרמב"ם לא נזקק לתירוצו של הריטב"א. אמנם יתכן שדעתו כרבינו יהונתן או כתוספות, אלא שבניגוד לתוספות מדברי הרמב"ם שאין לימוד לשאר איסורים.

בנוגע ללימוד בבהמה שאין לא תחסום בהקדש, שהובא לעיל, לא מצאנו שהראשונים מקשים מה הוה אמינא להתיר לה לאכול. על כן, נראה שהראשונים שביארו את הצורך בלימוד באדם, סברו שאותם תירוצים יפתרו את הבעיה גם בבהמה ולכן לא כפלו את הדברים<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> ה"קן אורה" (מעילה ג.) הקשה קושיה זאת ותירץ שהייתה הוה אמינא להתיר לה לאכול משום צער בע"ח.

## סיכום

הפועלים והבהמה אינם זכאים לאכול מאיסורים או מהקדש. יש מחלוקת לגבי מקור הדין, השאלה היא האם הלימוד בענין ההקדש, שמפורש בב"מ לגבי פועל, ובמעילה לגבי בהמה, כולל גם לימוד לשאר איסורים. דעת רש"י, תוספות בב"מ ותוספות רא"ש שכל האיסורים נלמדים מפסוק זה. מדברי הרמב"ם נראה שרק לגבי הקדש יש צורך בפסוק וכן משמע מדברי ר"ח. מתירוצייהם של רבינו יהונתן והריטב"א נראה שיש ייחודיות בהקדש, כיון שהיה מקום לראותו את ההקדש כבעה"ב שיש עליו חיוב, ולכן היה צורך למעטו.

אם ננסה לבדוק את שיטות הראשונים ביחס לאפשרויות שהעלינו בתחילה, נראה שנוכל לחלק אותם לשלש קבוצות.

שיטת רש"י ותוספות שסוברים שיש לימודים בפועל ביחס לכל האיסורים, וכנראה הם תופסים את המצוה כחיתר אכילה, שבשאר איסורים היה קיים אלמלא המיעוט. הדבר יהיה נכון גם ביחס לבהמה, שהתורה התירה שלא למנוע אותה מלאכול, אף בדברים שאמורים לשמור עליהם ממנה. אף שיתכן שאחרי הלימוד שממעט איסורים משתנה אופייה של המצוה ומתמקד כחובה ממונית, אין לנו סיבה לחשוב שאכן התרחש שינוי כזה.

שיטת רבינו יהונתן שמציע הוה אמינא אחרת מדוע נצרך מיעוט לפועל, וכן שיטת הריטב"א. מדבריהם למדנו, שמבחינת האיסור שבדבר, אין צורך בפסוק ללמדנו שאין לפועל ולבהמה אפשרות לאכול, ואנו יודעים זאת מסברא. מטרת הפסוק ללמדנו, שכשבעל הבית הוא הקדש אינו מחויב להניח להם לאכול בורכים אחרות, כלומר אין עליו חוב להאכילם.

נראה שלשיטות אלו הלימודים של פועל ובהמה שווים במהותם, וכנראה שתיהן מצוות ממוניות, כאפשרות השניה שהצענו, שבעה"ב חייב לפועלים או לצורכי הבהמה. לכן באיסורים אין משמעות לחוב כיון שהתבואה אינה ראויה לאכילה. לעומת זאת, בהקדש היה מקום לדרוש שההקדש, כבעל המון, יהיה מחויב להאכיל את הפועלים בהיתר, כיון שיש אפשרות למצוא דרכים להתיר את התבואה, ואת זה מיעטה התורה מפסוק.

שיטת הרמב"ם, והר"ח היא שישנו הבדל מהותי בין הקדש, שנלמד מפסוק, לבין שאר איסורים, שנלמדים מסברא. הוכחנו את ההבדל הזה בשיטת ר"ח, לגבי אכילת פועל, וכן בדברי הרמב"ם בענין פועל. לא מצאנו בדבריהם את החשבונות של רבינו יהונתן והריטב"א, שהעמידו את המיעוטים למקרים מיוחדים, אלא נראה שלמדו את המיעוט כפשוטו.

אפשר לומר שהם תפסו שיסודה של מעילה שונה משאר איסורים, והוא כגזל. כדברי הגר"ח המובאים להלן, הם כנראה למדו שהאכלת הפועל יוצרת שעבוד ממוני. ההנחה היא, שהיחס אל ההקדש הוא כאל בעל ממון, שנטילת הממון ממנו הוא גזל רגיל. לפיכך, באותם מקומות שבהם הממון מופקע אצל אדם רגיל מכח מצות התורה, גם בהקדש היה מקום להפקיע אותו. לכן יש צורך בפסוק שימעט את ההקדש. לעומת זאת, בשאר איסורים, שהבעלות עליהם לא משתנה, אין צורך בפסוק ממעט.

אם היינו מסבירים את אכילת הפועל והבהמה רק כחוב, היינו נזקקים לאוקימתות של הריטב"א ורבינו יהונתן, כיצד ניתן לפועל ולבהמה לאכול מהקדש. אבל כשמצוות אלו מפקיעות את הבעלות על הממון, ממילא נעלם איסור אכילת ההקדש, ואין צורך לאוקימתא כדי להתיר אכילת הקדש. בשיטת הרמב"ם לגבי אכילת בהמה, לא מצאנו שהרמב"ם מציין מקור אלא להקדש<sup>17</sup>, ויתכן שאין הבדל בין בהמה לפועל לענין זה.

הצורך בלימודים שונים לפועל ולבהמה

התוספות (ב"מ פז: ד"ה רעך)<sup>18</sup> הקשו:

"תימה, דתניא: 'הפועלים לא יאכלו גרוגרות הקדש וכן פרה לא תאכל כרשיני הקדש'. ומפיק לה בגמרא מדכתיב: 'לא תחסום שור בדישו' - דישו שלך, ולא דישו של הקדש. ואף אפועלים יליף ליה, דהכי נמי לענין גמר מלאכה דמעשר לא גמרינן בפועל אלא מדיש. ואם כן, רעך למה לי למעוטי הקדש?"

כלומר, מדוע לא לומדים מהמעוט שקיים בבהמה למעט גם פועל מהקדש.

בשיטת"ק (שם) הובאו על כך תירוצי הראשונים:

- א. הרא"ש תירץ, שלא היו לומדים דישו הראוי לו, ללא המיעוט של רעך שמפורש בפועל.
- ב. הר"מ תירץ, שנכתב פסוק מיותר כדי ללמד שחסימה אסורה לא רק במאכל אדם, כי אם גם במאכל בהמה.

שיטת הגר"ח ודיון בה

הגר"ח על הרמב"ם (מעילה פרק ח ה' א)<sup>19</sup> תירץ את שאלת התוספות, על ידי כך שטען שישנו חילוק מהותי בין אכילת הפועל לחסימת הבהמה:

"דפועל עיקר חיובו מיקרי דבר שממון וזכות"

ואילו בשור:

"לא הוי הך לא תחסום רק איסור ולא, ולא דין ממון"

לכן מיושבת קושיית התוספות, שהרי יש חילוק מהותי בין הלימוד בפועל, "רעך ולא הקדש", שממעט את ההקדש מדין הממון של אכילת פועל. לבין הלימוד של "דישו הראוי לו" בבהמה,

<sup>17</sup> ישנה אפשרות שכונת הרמב"ם ללמד שמחויב לחסום את הבהמה בזמן שעובדת בהקדש, הדברים מתבארים היטב עפ"י הסבר הגר"ח שישנו איסור בחפצא של ההקדש שלא יאכל לבהמה.

<sup>18</sup> וכן הקשו תוס' שאנץ בשיטת"ק (צ. ד"ה "והא").

<sup>19</sup> וכן בשיעורי רבינו חיים הלוי על ב"מ במקום.

שאינו בא אלא להגדיר שאין איסור חסימה בדברים שאינם ראויים, ולא בדוקא על הקדש. לא ניתן ללמוד את האחד מהשני, כיון שאחד עוסק בתחום הזכויות הממוניות, והשני בתחום האיסורים.

על פי זה הוא מבאר את המשך דברי התוספות, ששאל מדוע הוצרכו למיעוט להקדש, הרי הוא אסור בלאו הכי מדין מעילה. ותירצו שהייתה הוה אמינא שהקדש יהיה מותר, כמו שהותר איסור גזל לפועל.

מבאר הגר"ח, כשתוספות משווה דין הקדש לגזל, אין כוונתו למצוא איסור שהתורה התירה, ולטעון שכל האיסורים צריכים להיות מותרים בעקבות איסור גזל. בפרט, שאין כאן היתר של איסור גזל, שהרי הפועל לוקח מה שמגיע לו מדין תורה. אלא כוונת התוספות, שגם מעילה בהקדש היא סוג של גזל. כיון שהותר לפועל ליטול מממונו של בעה"ב, הייתה הוה אמינא שגם מבעלות ההקדש הותר לו.

כמו כן, מיושבת קושיה נוספת של התוספות (צ. ד"ה כאן)<sup>20</sup>, ששאל, מדוע נאסרה אכילת בהמה בפירות מעשר שני מחוץ לחומה, הרי מעשר שני הוא כממון הבעלים, ולא מתמעט מ'דעך', ואם כן, מותר כמו גזל? על פי הגר"ח, ישנו חילוק מהותי בין הקדש למעשר שני, והצורך בלימוד להקדש אינו גורר אחריו מיעוטים דומים לשאר האיסורים.

נוכל לסכם את דברי הגר"ח כך: אכילת פועל היא זכות ממונית, דהיינו, כאפשרות הראשונה שהצענו בפתיחה<sup>21</sup>, ומשמעותה היא שיש לפועל חלק בתבואה כשיעור אכילתו. לעומת זאת, בבהמה יש רק היתר גזל לפועל שדש בה, שאינו צריך לחסום אותה, כאפשרות השלישית שהצענו שם.

בענין מה שביאר הגר"ח את דימוי התוספות בין איסור מעילה לאיסור גזל, וטען שהוא דימוי מהותי. יש להעיר מדברי התוספות רא"ש שהבאנו לעיל, שביאר את התרת איסור הגזל כפשוטו שלאנשים אחרים במצב כזה היה איסור גזל, נראה שהרא"ש אינו מפרש את התוספות כביאורו של הגר"ח.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> שהבאנו לגבי פרות הדשות בתרו"מ והגר"ח כתב ששם מדובר בדין פועל וצ"ע.

<sup>21</sup> הסברנו את זכות הממון שהגר"ח מדבר עליה כאפשרות הראשונה בדוקא, בה מדובר על הפקעת הממון מבעלותו של המצווה. סיבה נוספת לכך היא שהדבר מתיישב יותר בביאור דברי הרמב"ם, כפי שביארנו למעלה. וכן מדברים המובאים בחידושי הגר"ח על הש"ס (סימן קכח), ששאל גדול אחד, מדוע למאן דאמר 'פריעת בע"ח מצוה' אין הגבלת בזבז חומש על המצוה כמו בלולב ועוד. והשיב לו הגר"ח, שבפריעת בע"ח אמרינן שהחזיר ממון חברו, ולא בזבז מממונו כמו בלולב. על כן, לא שייך למנוע בזבזו חומש מממונו בפריעת חוב, שהרי אינו ממון שלו. נדמה שדברים אלו זהים לגדר אכילת פועל, לאור התפיסה שהבאנו, שישנן מצוות שהממון של המצווה מופקע מבעלותו על ידי המצווה.

<sup>22</sup> הגר"ח בחידושו מעיר שרש"י שגורס במעילה 'דישו שלך ולא של הקדש', לומד בודאי שלא כרמב"ם, שגורס 'דישו הראוי לו'. שהרי על פי גרסת הרמב"ם אין זה מיעוט מיוחד להקדש, הגר"ח מסייג את חילוקו לשיטת הרמב"ם בלבד.

## הסבר החזו"א

החזו"א<sup>23</sup> מבאר באופן אחר את דימוי התוספות, של איסור הקדש להיתר הגזל בפועל. קיימא לן, שהקדש מתחלל על המלאכה, כלומר, שכר פועל של ההקדש, שניתן מן ההקדש - חולין. החזו"א רואה באכילת הפועל כעין תוצאה, או שכר, של המלאכה. אשר על כן, הפירות אמורים להתחלל לצורך אכילת הפועל, אלמלא המיעוט מהפסוק.

על פי דבריו הוא מתקשה, מהו הצורך בפסוק לבהמה העובדת בהקדש, שהרי אין לבהמה יחסי פועל ובעה"ב - "ואיך יצא התבואה לחולין?"

החזו"א מיישב בשני כיוונים:

א. אכילת בהמה - דמי שכירות

"נהי דשורש המצוה לא משעבדא לבעל הבית, אבל אחר שנאמרה המצוה, יש כאן חוב מן שוכר למשכיר מדין שעבוד מזונות". כלומר, כמקרה של בהמה שכורה, הופכת המצוה לחוב כלפי בעל הבהמה, המשכיר. החזו"א מביא ראייה מדין התשלום לבעל הפרה במקרה של חסימה. אם כן, בהקדש ששוכר פרה, אילו היה 'לא תחסום', הוא היה יוצר חיוב כלפי בעל הפרה<sup>24</sup>, וממילא הפירות היו מתחללים. פיתרון זה מועיל לכל מקרה בו יש משכיר שהבהמה שייכת לו ונוצר כלפיו חוב.

ב. אכילת בהמה - כילוי טבעי

תוספות הקשה לגבי מעשר שני, מדוע אסור להאכילו לבהמה, הרי אין מיעוט למעשר שני? לכאורה קשה לשיטת החזו"א, מה שייך היתר לאיסור זה? אמנם, היה צורך לאסור גזל ומעילה, כיון שהם מקרים מיוחדים שהתורה נתנה זכות לפועל, שבעקבותיה מותר לו לאכול משדה חברו, ופירות ההקדש מתחללים כתוצאה מזכות זו, אבל מעשר שני הוא איסור בעלמא.

על כן, מבאר החזו"א שיתכן ואכילת הבהמה תהיה מוגדרת כחלק מהכילוי הטבעי של התבואה בזמן המלאכה. לכאורה, בעל הבית אינו אחראי להישמר מפני כילוי כזה, "כיון שהתורה אסרה חסימה". תירוץ התוספות הוא, שאין היתר לא לחסום, ועל כן, יש צורך לשמור על התבואה מהבהמות. כמובן שהכילוי הטבעי מותר בכל האיסורים ועל כן היה צורך לפסוק גם במעשר שני.

על פי זה, מציע החזו"א שזו גם ההוה אמינא שיהיה מותר לפועל לאכול בהקדש. מכיון שגם בשדה הקדש אכילת הבהמה היא יכולה להיחשב ככילוי טבעי של השדה, אלמלא הפסוק שמיעט אכילת הקדש.

<sup>23</sup> בהערותיו על הגר"ח ובח"מ סי' כ' על תור"ה "רעך".

<sup>24</sup> אפשר גם לומר בהבנת דבריו שאכילת פועל היא מצוה איסורית, שמכח הסכם עם הפועל הופכת להיות שכרו. כשם שהסביר באכילת הבהמה, אם כי, יש לדון בפועלים בחינם, שאין להם הסכם שכר.

החזו"א מוסיף, שלא ניתן לפרש שכונת התוספות שהיה מקום להתיר לאיסורים כמו שהותר איסור גזל. מכיון שמצאנו שניזיר אינו אוכל בגפן גם בשעה שהוא עובד בכרם ללא מקור מפורש מפסוק. אם כי הוא דוחה ראייה זו שיש לחלק בין איסור ניזיר שהוא גבור לאיסורי חפצא. וכן הוא מביא את סברת הגמרא ש"איסורא לא זכי ליה רחמנא" ומסיים: "וסברא הוא דלא התירה התורה גזל אלא זיכתה לו התורה ממון זה".<sup>25</sup>

לסיכום, מדברי החזו"א עולה, שיש להתייחס לאכילת הפועל כמצוה ממונית, אשר יוצרת חילול להקדש כשכר פועלים. את אכילת הבהמה יש לראות כאיסור בעלמא, שיש לו השפעה על הממון באופן ישיר כשבעל השדה נפסד ממון זה, כלומר, האיסור לחסום מאלץ את בעל השדה לאפשר לבהמה לאכול. יתכן גם, שהאיסור יהפוך להיות חלק ממערכת חיובים בין שוכר למשכיר, או כחלק ממערכת טבעית של כילוי חלק מהתבואה במהלך עיבודה.

נראה שדברי החזו"א אינם רחוקים בהרבה מדברי הגר"ח, בהבנת היסודות של מצוות אלו. הוא נאלץ לחדש את הגדרת אכילת הפועל כשכר המלאכה, ולהרחיב בזה את ההגדרה של הזכות הממונית. זאת, על מנת להימנע מלקשר את ההקדש לגזל, כמו שעשה הגר"ח. אולם, למרות ההבדלים, שניהם רואים בזה מצוה ממונית. החזו"א מבאר את האכילה של הבהמה כאיסור כמו הגר"ח, אלא שהוא מחדש שיש חוב כלפי בעל הבהמה בשכירות.

נוכל לסכם שהגר"ח והחזו"א הלכו בדרך אחת, שיש לחלק באופן מהותי בין אכילת בהמה, שהיא מצוה איסורית בלבד, לבין אכילת פועל, שהיא זכות ממון, כפי הנראה כאפשרות הראשונה שהצענו.

<sup>25</sup> על ביאורו של החזו"א בדברי התוספות בענין מעשר שני, יש להעיר: המהלך הפשוט בדברי התוספות נראה כדין על הבעלות על המעשר שני. כאשר תוספות מקשה: "הכי נמי, אית לך למימר דשרי חוץ לחומה, דהא לר"י ממונו הוא ויכול לקדש בו את האישה ... וי"ל דאפילו הכי קרינן ביה דישו ולא של רעך ..."

זו הסיבה שתוספות הקשה קושיה זו רק על מעשר שני ולא על שאר האיסורים, אותם הוא מיעט מדישו, כמו שכתב בתוספות לפני כן (צ. ד"ה והדשות), שממעטים מעשר מ"דישו, דמשמע הראוי לו, ומעשר ממון גבוה הוא...". במעשר שני התקשה בגלל שהוא ממונו, ותירץ, שאעפ"כ מתמעט. בכך התוספות ממשיך את שיטתו שכל האיסורים מתמעטים מפסוקים, והדברים מפורשים יותר גם בתוספות הרא"ש שם, גם הוא לשיטתו שהוכחה לעיל. לגבי מה שהוכיח החזו"א מדברי הגמרא ש"איסורא לא זכי ליה", כבר הערנו, שיתכן שיש מקור לכך שלא זכי ליה. ולא הסברא הזו מהוה את המקור. מה שטען החזו"א בסברא זוהי זכות ממון, מה נעשה כנגד דברי הראשונים שהבאנו, שכנראה רואים בזה היתר איסור גזל בלבד.

## אכילה בשדה של נכרי

## המקור והדין

הגמרא (ב"מ פז:) דנה באכילה בשדה נכרי:

"בכרם רעך - ולא בכרם נכרי. הניחא למאן דאמר גזל נכרי אסור - היינו דאיצטריך קרא למישרי פועל. אלא למאן דאמר גזל נכרי מותר - השתא גזילה מותר, פועל מיבעיא? מוקים לה: בכרם רעך - ולא של הקדש."

מצאנו בגמרא זו שתי גירסאות ובעקבותיהן שתי פרשנויות מרכזיות.

רש"י (ד"ה כרם רעך) פירש, שלמאן דאמר גזל נכרי אסור, התורה התיירה לפועל בשדה נכרי מעבר למה שמותר לו בשדה ישראל: "כרם רעך - ואל כליך לא תתן אבל כרם נכרי תתן." דהיינו, בכרם נכרי מותר לפועל גם לתת לכליו, אף שבכרם ישראל נאמר: "ואל כליך לא תתן". ואילו למאן דאמר גזל נכרי מותר, אין צורך בפסוק מיוחד בשביל להתיר נתינה לכלים, על כן, הביאה הגמרא דרשה נוספת מהפסוק. לא נתברר על פי רש"י האם יש לפועל ישראל בכרם נכרי גם היתר ליטול שלא בשעת גמר מלאכה.

נראה לומר, שההיתר על פי שיטת רש"י הוא בדיני גזל, שמופקע בשדה נכרי, ואין משמעותו שיש דיני פועל בשדה הנכרי. על פי ביאור זה ברש"י, מותר ליטול משדה הנכרי ללא קשר לדיני פועל בשדה ישראל, דהיינו גם שלא בשעת גמר מלאכה.

יש מקום לשאול, מה הביא את רש"י לפרש שכוונת התורה להוסיף ולהרחיב את ההיתר של אכילת פועל בשדה נכרי מעבר למותר לו בשדה ישראל, כשלא ידוע לנו בכלל היתר לפועל לאכול בשדה נכרי כמו בשדה ישראל? לכאורה, היה צריך קודם למצוא מקור להיתר הבסיסי ורק לאחר מכן להרחיבו?

אפשר ליישב זאת על פי מה שהצענו קודם בשיטת רש"י, שאכילת הפועל מותרת מכח היתר איסור גזל. על כן, מסתבר שהיתר זה קיים גם בשדה גוי, ולא באה התורה במילה "רעך" אלא להרחיב את ההיתר הזה מעבר למה שהוא אצל ישראל. נמצא שהיתר אכילת פועל ישראל בשדה גוי מתחלק לשנים, החלק הראשון, נובע מהמצוה של אכילת פועל, והחלק השני, הוא הרחבתה על ידי לימוד מיוחד. בהמשך נראה השלכה מעניינת לחילוק זה.

הריטב"א (ד"ה הניחא) גרס בגמרא "הניחא למ"ד גזל גוי אסור אלא למ"ד גזל גוי מותר מאי איכא למימר". הוא משמיט מהגמרא את המשפטים "היינו דאיצטריך..." ו"השתא גזילה מותר...". הריטב"א מבאר על פי גירסתו, שלמאן דאמר גזל גוי אסור, "דאחשביה רחמנא כגזל, כיון דאיהו לאו בר מצוה". ולמאן דאמר גזל גוי מותר, מותר לפועל ליטול כרצונו. הסבר זה מתאים לשיטתו של הריטב"א שאכילת פועל היא מצוה שיוצרת חוב ממוני על המצווה ועל כן אינה שייכת בגוי שאינו מצווה.

הנפקא מינה בין השיטות תהיה למאן דאמר גזל גוי אסור, לרש"י, יש היתר מיוחד לפועל ישראל בשדה נכרי, ולריטב"א, יש איסור לפועל ישראל בשדה נכרי אפילו בשעת מלאכה.

הרמב"ם בהלכות שכירות מביא רק את ההלכה של אכילה בשדה הקדש, שאסורה, ואינו מביא את הלימוד לשדה נכרי, אף שהוא פוסק כמאן דאמר גזל גוי אסור. אין ללמוד מכך שהוא סובר כריטב"א שאין חידוש מיוחד בלימוד הזה, והוא רק הרחבת איסור הגזל שידוע גם ללא הלימוד, ואין צורך לכפול אותו. כיון שאם יש היתר מיוחד ליטול מגוי, כרש"י, הוא שייך לתחום של גזל גוי ואין מקומו כאן אלא בהלכות מלכים, על כן, עלינו לפנות לבירור שיטתו שם.

### אכילת פועל נכרי

בגמרא (סנהדרין נז.) איתא:

"תניא: על הגזל, גנב וגזל, וכן יפת תואר, וכן כיוצא בהן - נכרי בנכרי ונכרי בישראל - אסור, וישראל בנכרי - מותר...  
כיוצא בו בגזל מאי היא? - אמר רב אחא בר יעקב: לא נצרכה אלא לפועל בכרם. פועל בכרם אימת? אי בשעת גמר מלאכה - התירא הוא, אי לאו בשעת גמר מלאכה - גזל מעליא הוא!"

רש"י (שם) מבאר:

"התירא הוא - ואפילו ישראל בישראל... ובריייתא קתני ישראל בנכרי מותר, הא ישראל בישראל אסור, ותו: בנכרי היכי אסור ליה, מי איכא מידי דישראל בישראל שרי ולנכרי אסור?"<sup>26</sup>

עולה מרש"י, שמותר לפועל נכרי ליטול משדה ישראל בשעת גמר מלאכה, כיון שלא גרע מישראל, ואילו שלא בשעת גמר מלאכה אסור לו. אף שלשיטת רש"י מותר לפועל ישראל ליטול משדה גוי, לכאורה, אף שלא בשעת גמר מלאכה. הרי שזהו היתר מיוחד ואין ללמוד ממנו לפועל גוי, כשם שאין מתירים לגוי לגזול גוי, אפילו למאן דאמר גזל גוי מותר, כיון שהוא היתר מיוחד לישראל.<sup>27</sup>

גם כאן תהיה נפקא מינה בין רש"י לריטב"א. לרש"י, שמתיר לפועל ישראל ליטול משדה נכרי כחלק ממצות אכילת הפועל, גם לגוי יהיה מותר לאכול בשדה גוי מכת "מי איכא מידי...". אמנם, רק בשעת גמר מלאכה, ולא מעבר לזה, אף שלפועל ישראל מותר, מחמת הלימוד

<sup>26</sup> יש מקום להסתפק בדעת רש"י האם התכוון להתיר אף נכרי שעובד בשדה של ישראל או רק להתיר נכרי בנכרי ולא להתיר לנכרי בשדה ישראל וצ"ע.

<sup>27</sup> מלבד זאת הסוגיא היא עפ"י מ"ד גזל גוי מותר כפי שנאמר בבריייתא "ישראל בנכרי מותר", לפי מ"ד זה לא נאמר היתר מיוחד בשדה נכרי כפי שראינו בסוגיא בב"מ.



המיוחד, וכפי שביארנו לעיל, עליו לא חל ה"מי איכא מידי". לעומת זאת, לריטב"א, שאוסר על ישראל ליטול משדה נכרי, יהיה אסור גם לפועל נכרי ליטול משדה נכרי.

הרמב"ם (מלכים פרק ט הל' ט) כתב:

"בן נח חייב על הגזל, בין שגזל עכו"ם בין שגזל ישראל, ואחד הגזול או הגונב ממון או גונב נפש, או הכובש שכר שכיר וכיוצא בו, אפילו פועל שאכל שלא בשעת מלאכה, על הכל הוא חייב, והרי הוא בכלל גזלן, מה שאין כן בישראל".

כלומר, לדעת הרמב"ם פועל נכרי חייב כגזלן על אכילה שלא בשעת מלאכה, אולם, בשעת גמר מלאכה מותר לו לאכול, הן בשדה נכרי והן בשדה ישראל. אפשר לפרש, שהרמב"ם למד מקביעת הגמרא "היתרא הוא", שפועל נכרי בשעת גמר מלאכה, מותר גם בשדה ישראל מכח "מי איכא מידי", כפי שביאר רש"י.

שיטת הרמב"ם בפועל ישראל

לגבי פועל ישראל כתב הרמב"ם "מה שאין כן ישראל", נראה שכוונתו, שפועל ישראל מותר בשדה עכו"ם, אפילו שלא בשעת גמר מלאכה.

אמנם הכסף משנה (שם) פירש ש"מה שאין כן בישראל" מתייחס לכל הקטע הקודם, ובכלל זה לפועל העובד אצל ישראל. לדבריו, כוונת הרמב"ם היא, שאמנם ישנו איסור על פועל ישראל בשדה ישראל ונכרי, אולם, אינו עובר על איסור גזל. במילים אחרות, לפועל ישראל שעובד אצל עכו"ם אסור ליטול שלא בשעת גמר מלאכה.<sup>28</sup>

על פי הביאור הראשון, הרמב"ם למד את הסוגיא בב"מ כגירסת רש"י, ומתיר לפועל ישראל ליטול בשדה נכרי, מכח גזירת הכתוב, אף שלא בשעת גמר מלאכה. לכאורה, נראה להוכיח שהרמב"ם סובר כרש"י, שהרי הוא פוסק שגזל גוי אסור.<sup>29</sup> אם הרמב"ם סבר כגירסת הריטב"א, שישראל בנכרי אסור אפילו בשעת גמר מלאכה, כל שכן, שלנכרי בנכרי אסור בשעת גמר מלאכה, ומדוע הגדיר רק את הפועל שלא בשעת מלאכה כגזל. על כן, מסתבר לומר שהרמב"ם סובר כרש"י, שהתורה חידשה שמותר לישראל ליטול משדה נכרי, אפילו שלא בשעת מלאכה. אף על פי כן, נכרי בנכרי אסור שלא בשעת גמר מלאכה, כפי שביארנו בשיטת רש"י לעיל.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> יעויין ב"משפט מלוכה" לגר"י גרשוני זצ"ל שהקשה על פירושו של הכס"מ ופירש כאפשרות הראשונה שהצענו.  
<sup>29</sup> יעויין בספר "סוכה וארבעת המינים" סימן יא' אותיות ה'ז' שסיכם את השיטות בדעת הרמב"ם והביא את דברי הרמב"ם מפירוש המשניות שסובר שהאיסור מהתורה וכן דעת רוב הפוסקים.

<sup>30</sup> אמנם עיין ב"שרידי אש" ח"ג סי' עג' עד' שלמד בדעת הרמב"ם שסובר כריטב"א ע"מ ליישב את הרמב"ם שהביא את הלימוד שממעט הקדש למרות שפוסק שגזל גוי אסור, ומהסוגיה משמע לגירסת רש"י שלא ניתן ללמוד את שניהם ביחד, ובסו"ד מביא את הרמב"ם בהלכות מלכים שמתיר לפועל עכו"ם לאכול בשעת מלאכה משדה עכו"ם ואינו מיישב את הסתירה לדבריו מרמב"ם זה, ובתוך דבריו העלה אפשרות שגם לרש"י ניתן ללמוד מאותו פסוק את הלימודים למסקנה, אם נקבל אפשרות זו לא יהיה צורך ללמוד שהרמב"ם הוא כריטב"א.

עולה מהרמב"ם שלגוי מותר לאכול בשדה גוי בשעת מלאכה וכן בשדה ישראל. לדעת הריטב"א פועל גוי אינו יכול לאכול משדה גוי. לפועל ישראל לדעת רש"י מותר לאכול בשדה גוי אף שלא בשעת גמר מלאכה, ויתכן לפרש כך בדעת הרמב"ם.

#### ראיית הגר"ח ודחיית החזו"א

נראה מדברי הראשונים שהבאנו, שלרש"י שהוא לדעתנו מאלו הרואים באכילת פועל היתר גזל, יש יותר מקום להתיר אכילת גוי בשדה גוי כיון שגם בו הותר הגזל. ואילו לשיטת הריטב"א, שרואה לדעתנו במצוה חוב ממוני, אין מקום למצוה זו בשדה גוי שאינו חייב במצוות ועל כן לא נוצר אצלו חוב.

שיטת הרמב"ם אינה ברורה, מצד אחד, נטינו לפרש שהוא רואה באכילת פועל זכות ממונית, ואז, לכאורה, לא נמצא זכות כזו בשדה גוי שאינו מחויב במצוות. מצד שני, הוא אכן מתיר, כמו רש"י, אכילת פועלים בשדה גוי אף לפועל גוי, שגזירת הכתוב אינה חלה עליו.

הגר"ח דוקא הוכיח מכך שיש דין אכילת פועל גוי בשדה גוי, שזו "זכות ממון" שהרי אין איסורים בגוי, אבל אם זה דין ממוני הוא נובע מדינים או מגזל, שהם בכלל ז' מצוות בני נח.<sup>31</sup>

החזו"א דחה את ראיית הגר"ח, וכתב שיתכן שאין היתר לפועל נכרי לאכול בשדה נכרי, אלא שאם אכל אינו נהרג. זאת מטעם שאפילו לישראל בשדה ישראל יש זכות לאכול בזמן המלאכה. כמו כן העיר, שעל פי דברי הגר"ח, בעה"ב גוי שימנע מגוי לאכול בשדה בשעת מלאכה, ייהרג משום עושק!

דבריו של החזו"א יכולים לפתור את הבעייתיות בשיטת הרמב"ם שהעלינו בתחילת הדברים. נראה, שגם אם בדרך כלל האכילה היא זכות ממון, יש מקום שלא לאסור אכילה בשדה גוי, אף שאין לפועל זכות ממון במקרה זה. שהרי לישראל בשדה גוי מותר לאכול לכתחילה. מסתבר גם לומר, שזהו הפירוש בדברי הרמב"ם, וראיה לכך, שהוא בחר להביא את ההלכות הנוגעות לאכילה בשדה גוי בהלכות מלכים, במסגרת הדיון בז' מצוות בני נח, ולא בהלכות שכירות יחד עם שאר דיני האכילה.

<sup>31</sup> ב"שרידי אש" כתב על דברי הגר"ח שיש לפועל נכרי זכות ממון ש"עיקר סברתו... תמוהה דהא זכות זו היא רק מטעם מצוות התורה" ומאריך שם לרחות, שלא מסתבר שיהיה זה בכלל גזל או דינים, החלים גם על נכרי. נראה שהגר"ח למד שהגדרת המצוה כ"זכות ממון", משמעותה, שעיקר החיוב לקיים את המצוה הוא מכח השבת הזכות לבעליה. לפיכך, ניתן לומר שהתורה מגלה את הזכות שקיימת בנכסי השני. רצ"ע.

חסימה בשדה נכרי

הגמרא (ב"מ צ.) מביאה ברייתא:

"נכרי הדש בפרתו של ישראל - אינו עובר משום בל תחסום, וישראל הדש בפרתו של נכרי - עובר משום בל תחסום."

לאחר מכן, מסתפקת הגמרא:

"איבעיא להו: מהו שיאמר אדם לנכרי חסום פרתי ודוש בה?"

כלומר, האם יש איסור אמירה לנכרי באיסורי לאו.

רש"י פירש "נכרי הדש בפרתו של ישראל":

"אינן עוברים הבעלים שאמרו לו חסום פרתי ודוש בה תבואה שלך - אין עליהם עבירת לא תחסום."

משמע מדבריו, שכשבעל השדה גוי, אין באמירת בעל הפרה שום משמעות. אולם, כאשר בעל השדה ישראל לא נתברר ברש"י מה יהיה דינו. כמו כן, צריך להבין בשיטת רש"י, מדוע לא צייר את המקרה הפשוט, של נכרי שדש בלא אמירה מצד הישראל. יותר מזה יש לשאול, מנין לו שאינו עובר גם במקרה שהייתה אמירה, אולי רק בדישה בלא אמירה אינו עובר?

נראה שרש"י לשיטתו, ש"לא תחסום" אינו אלא איסור, ובודאי שאינו שייך בגוי שאינו מצווה. על כן, הוכרח לומר שהחידוש בברייתא הוא, שאין אחריות על בעל הפרה, אף כשהחסימה נעשית מכח אמירתו. גם בבעיית הגמרא, האם יש איסור אמירה, הדגיש רש"י שהבעיה היא ב"דישה שלך" דהיינו בשדהו של הגוי, ולא נתבאר מה יהיה באמירה לגוי בשדה ישראל.

צריך לברר בדעת רש"י, האם ישראל שעובר בלא תחסום, כשהוא דש בפרתו של גוי, עובר גם בדישה בשדה הגוי. לכאורה נראה שעובר, שהרי הרישא של הברייתא מדברת לדעת רש"י על שדה גוי. יתכן, שכפי שאמרנו לגבי פועל בשדה גוי, שהתורה התירה את איסור הגזל באכילת הפועל, כך ניתן לומר גם לגבי בהמה. כלומר, התורה התירה איסור גזל לגבי מה שהבהמה אוכלת, ואין הישראל מחוייב למנוע אותה מלאכול. ממילא, אם הפועל הישראל ימנע אותה מלאכול בדבר שאין איסור בכך שיאפשר לה לאכול, הוא עובר על לא תחסום אף בשדה הגוי. ואילו הגוי, אינו עובר על האיסור בין בשדה ישראל ובין בשדהו.

התוספות (צ. ד"ה חסום) השיגו על רש"י:

"פירוש ודוש בתבואתי, דמרויח באמירה לנכרי. דבתבואת נכרי פשיטא דשרי, כיון שאין ישראל נשכר בחסימה, אלא אדרבה מפסיד. כמו שפשיטא שמותר לומר לנכרי אכול נבלה, ומהאי טעמא נמי מותר לומר לנכרי בשבת הילך בשר ובשל לצרכך, כשאין מוטל עליו לזונן דאין מרויח באותה אמירה כלום.

ומיהו אמר ר"י דלא דמי לאומר לנכרי אכול נבלה, דלא שייך התם אמירה לנכרי, שהישראל עצמו יכול ליתן נבלה בפיו. אבל הכא, אותו דבר שאומר לנכרי לעשות, הוא אינו יכול לעשות, כמו לבשל או לחסום."

כלומר, התוספות אינו רואה חילוק עקרוני בין שדה ישראל לשדה עכו"ם לגבי ישראל שעובד עם הבהמה, מצד דיני לא תחסום. אלא דן רק מצד דיני אמירה לנכרי, ששייך לאסור רק לצורך ישראל, וכמו אכול נבלות שמותר, וכפי שציינו ששיטתם העקרונית כרש"י. מתירוצו של ר"י ניתן להוכיח גם את מה שטענו בשיטת רש"י שחסימה אסורה לישראל גם בשדה נכרי. וכן מפורש בריטב"א (צ. ד"ה איבעיא) בשם התוספות: "שאסור לישראל לדוש דישה של גוי בחסימה".

הריטב"א מביא את שיטת הרמב"ן שאמירה אסורה לצורך ישראל בלבד, ועל כן, הוא מעמיד בדישה בשדה ישראל. לעיל ביארנו בשיטת הריטב"א, ש"לא תחסום" היא מצוה בממונו של המצווה. לאור זאת, הריטב"א אמור להתיר למסקנה חסימת בהמה בשדה הנכרי, אלא אם כן תימצא סיבה נוספת לאסור חסימה.

אכן רבינו יהונתן (שיטמ"ק צ. ד"ה וישראל), שאותו ראינו כשותפו של הריטב"א בענין אכילת איסור, כותב כאן:

"ישראל הדש בפרתו של גוי עובר משום כל תחסום דסבירא לן דצער בעלי חיים דאורייתא"

כלומר, אסור לחסום במקרה זה, בגלל צער בעלי חיים. ולכאורה צריך עיון, הרי הגמרא מסתפקת בעמוד זה, האם לא תחסום הוא משום צער או משום "דמעלי לה", ומגיעה למסקנה שמשום דמעלי לה! נראה שרבינו יהונתן מדבר בשדהו של גוי, ולכן הוא נזקק לטעם של צער בעלי חיים דאורייתא, אבל מעיקר הדין אין לא תחסום בשדה גוי, כפי שביארנו בשיטת הריטב"א<sup>32</sup>.

בפתיחה הבאנו את שיטתו המיוחדת של הרי"ד בסוגיא זו שלומד שהמצוה מוטלת על בעל הגורן בלבד. על שיטתו של רש"י בסוגיא זו, שמעמיד בשדה גוי, מגיב הרי"ד, שפירוש כזה בודאי אינו אפשרי לשיטתו, במילים אלו:

"ואינו נראה לי, דאי בגורן דגוי מיירי מה איסור יש כאן, וכי בגרנו של גוי דיברה תורה לא תחסום, כי אם בגרנו של ישראל..."

שיטתו של הרי"ד היא שיש שעבוד ממוני על נכסי בעל הגורן, לכן הוא חייב לפרש שהמצוה שייכת אך ורק בגורן של ישראל.

<sup>32</sup> בשו"ע הרב (הו"מ הלכות עובדי דרכים וצער בע"ח סעיף ג) כתב שלא נאמר דין בצער בע"ח אלא להטריח גופו אבל לא להפסיד ממונו, על פי זה שייך לחייבו משום צער בעלי חיים רק בשדה גוי ולא בשדה ישראל.

ראוי להזכיר, שעל פי שיטת הרי"ד, כשהגוי דש, אין לבעל הגורן מלקות מכיון שהגוי אינו בר שליחות. מה שאין כן כשישראל דש, כיון שיש לו שליחות, הוא מחייב את שולחו. מתוך כך, אנו מוצאים חבר לרי"ד והוא הראב"ד (שיטה מקובצת ד"ה וז"ל הראב"ד גוי הדש):

"גוי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום כל תחסום, כגון שאמר לו ישראל חסום פרתי ודוש בה תבואתי. ואינו עובר הישראל, דגוי אדעתא דנפשיה עביד ולא שליחותיה עביד."<sup>33</sup>

משמע מדבריו, שישראל, שיש בו דיני שליחות, יגרום איסור לבעל הגורן, וכשיטת הרי"ד. ואכן, הרשב"א (שיטמ"ק צ. ד"ה אבל הרשב"א) מעמיד את המקרה של אמירה לגוי שלא כרש"י:

"הכי קאמר חסום פרתי ודוש בה דישתי וכן פירש הראב"ד וכן עיקר."

בהמשך נראה, שכנראה, הרשב"א אכן מקבל את גישתם העקרונית של הרי"ד והראב"ד. הבאנו בפתיחה גם את שיטת הטור שמקבל את רש"י, ואת דברי הרמב"ם שאינו מפרט את המקרה ויש שדייקו שסובר כשיטת הרי"ד.

לסיכום, דעת רש"י ותוספות שיש לא תחסום גם בשדה הגוי כיון שיסודה של המצוה היתר איסור גזל ואם הותר בישראל ודאי שהותר גם בגוי. דעת הריטב"א שמדובר שהאיסור קיים רק בשדה ישראל וכמוהו סברו הרמב"ם, הראב"ד והרי"ד דבר שנובע מתפיסתם את המצוה של לא תחסום כמצוה ממונית ששייכת רק באדם שמצווה עליה ולא בנכרי. הראינו שרבינו יהונתן הוסיף את האיסור לחסום גם בשדה גוי מהנימוק של צער בעלי חיים, ולא מכח המצוה הרגילה.

<sup>33</sup> וישראל נמי דאמר לו לגוי חסום פרתי ודוש בה תבואתי עובר בלא תחסום דאיהו קעביד איסורא, שלא אמרה תורה לא תחסום שורך בדישו. " ברור שנפלה טעות בדברי הראב"ד שפוטר את הישראל מחסימת הגוי בתחילת דבריו מכיון שאינו בר שליחות, ומסיים שאם אמר לגוי לחסום עובר על חסימתו וגם הנימוק שלא נאמר ל"ת שורך בדישו אינו שייך, נראה לתקן את בשתי דרכים או לכתוב בסוף "וישראל... ודוש בה תבואתך אינו עובר ... " דהיינו אין לישראל אחריות על דישו של הגוי ואז קשה מה שכתב "ואיהו קעביד איסורא" שהרי לכאור' גוי אינו מצווה, ויש ליישב שזהו לשון מליצה שהאיסור מוטל עליו. או לתקן "וגוי... דאמר לו לישראל... " וזהו ההמשך של הגמרא "ישראל הדש בפרתו של גוי" דהיינו כשהגוי שולח אותו הוא עובר על האיסור מכיון שאתה חוסם את השור של הגוי בדישו והרי לא נאמר שאסור לחסום את שורך בדישו, אמנם זה לכאורא סותר את תחילת הדברים כיון שהאיסור לכאורא מוטל על בעל הגורן, לכן נראית האפשרות הראשונה.

ראיית הגר"ח

כתב הגר"ח:

"חזינן דבן נח אינו מוזהר על חסימת בהמה וכמבואר (דף צ) נכרי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום בל תחסום" וביאר ש"היינו משום דלא הוי רק איסורא על הבעלים, ועל כן לא שייך זאת גבי בן נח".

כלומר הגר"ח למד מכאן ראייה לשיטתו שלא תחסום הוא איסור, ולכן, גוי אינו שייך בו.

השיב החזו"א:

"התם איירי בתבואה של ישראל, והא דקתני 'אינו עובר', היינו, בעל הבית אינו עובר".

כונתו של הגר"ח, כנראה, להוכיח מכך שגוי אינו מצווה בלא תחסום שאין זה דין ממוני, והחזון איש דוחה את ראייתו מהגמרא שדנה בישראל. גם מסברא דעת החזון איש שבכל מקרה לא היה נחשב לא תחסום כ"דינים" כפי שלדעתו לא נחשבת אכילת הפועל כדינים אף שהיא בודאי זכות ממונית.

ניתן לסכם שהראשונים נאמנים לשיטתם הכללית בהבנת האכילה של הפועל והבהמה.

רש"י ותוספות שרואים באכילה היתר איסור גזל מתירים מכח זה אכילת פועל ואף אוסרים לחסום בהמה בשדה גוי. הראינו גם בפרשנות הגמרא השלכות לשיטתם.

הריטב"א השאר הראשונים שרואים באכילה חוב או זכות ממונית, נוטים בדרך כלל לשייך את המצוות האלו לשדה ישראל בלבד. לעיתים עולים שיקולים נוספים שמאפשרים את קיומם של המצוות האלו גם בשדה גוי, כמו שיטת הרמב"ם בפועל שנובעת כנראה מהיתר מיוחד של גזל, וכן סברת רבינו יהונתן בבהמה שיש בה צער בע"ח.

הגר"ח והחזו"א דנים גם הם בסוגיות אלו. הגר"ח מעלה רעיון חדש שמצות אכילת פועל היא חלק ממצות דינים ועל כן היא שייכת בבני נח, ודחאו החזו"א. כמו כן הם ממשיכים בתפיסה שאכילת הבהמה היא איסור בלבד.

### השלכות נוספות להגדרת המצוה

פועל אוכל משל מי?

הגמרא (ב"מ צב.) מסתפקת:

"איבעיא להו: פועל, משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל? - למאי נפקא מינה? - דאמר: תנו לאשתי ובני. אי אמרת משלו הוא אוכל - יהבינן להו, אלא אי אמרת משל שמים הוא אוכל - לדידיה זכי ליה רחמנא, לאשתו ובניו - לא זכי להו רחמנא."

ומבאר רש"י:

"משלו הוא אוכל - תוספת שכר הוא שהוסיפה לו תורה. או משל שמים - במתנת גמילות חסדים, כשאר מתנות עניים."

נפקא מינה אחת של הספק היא, האם האוכל שהוא זוכה בו ניתן לו לצורך אכילתו בלבד - "משל שמים", או שהוא יכול לתיתו לאחרים - "משלו". נפקא מינה נוספת עולה מסוף הסוגיא היא, האם ניתן למנוע מעבדיו הקטנים לאכול, על ידי כך שיקבל הבעלים שלהם תשלום בשביל אכילתם. אם "משל שמים" - אין לבעלים יכולת לזכות באכילת העבדים הקטנים, ואם "משלו" - הזכות של העבדים שייכת לאדון, והוא יכול למכור אותה למעסיק. המשותף לשתי הנפקא מינות הוא, האם הזכות לאכול ניתנת להעברה או לא.

יש להקשות על ספק הגמרא מלאו מפורש בתורה - "ואל כליך לא תתן", שאוסר נטילת פירות לצרכיו מהשדה! התשובה היא כמובן שהגמרא דנה באותו שיעור פירות שראוי הוא לאכול, והלאו נאמר על שיעור הפירות שמעבר לזה. אלא שלצד שאין הפועל יכול לקחת מהפירות ולתת לאשתו ובניו, מסתבר, שהלאו יכול את כל הפירות שיקח מעבר לאכילתו.

אמנם, דבר זה תלוי במחלוקת ראשונים, דעת רש"י (ד"ה לדידיה) והריטב"א (ד"ה אלא אי) שלאחר שזוכה במשהו לצורך אכילתו יכול לתיתו גם למ"ד "משל שמים", והתוספות (ד"ה אי) חולק, וסובר שאין לו אלא זכות אכילה בפירות.

לכאורה, ספק הגמרא הוא נושא מאמרנו - האם הזכיה של הפועל היא זכיה ממונית "שלו הוא נוטל", או היתר איסור גזל "משל שמים". אמנם, אין הכרח לומר כן, שהרי יתכן שאיסור גזל הותר בשיעור האכילה, ויכול לקחת לביתו וכן לתת לאחרים. כמו כן, יתכן שיש לו זכיה ממונית במה שהוא צריך לאכול, וכפי שמפורש בשיטת רש"י. אין הכרח לומר שהתוספות חולק עליו, באופן מהותי בגדר המצוה. ועוד, שהרי לפי מה שביארנו לעיל שניהם סוברים שהיסוד של האכילה הוא היתר איסור גזל, אם כן, אי אפשר לומר שתוספות חולק. וכך כותב הגר"ח במפורש, לשיטתו, שאין הבדל בין צדדי הספק, ואף למ"ד "משל שמים" ניתן לראות באכילה זכות ממונית.<sup>34</sup>

קציצה באכילת פועל

המשנה (ב"מ צג.) כותבת:

"קוצץ אדם על ידי עצמו, על ידי בנו ובתו הגדולים, על ידי עבדו ושפחתו הגדולים, על ידי אשתו - מפני שיש בהן דעת. אבל אינו קוצץ על ידי בנו ובתו

<sup>34</sup> ויעיין בשרידי אש (חלק ג סי' עד) שטען שלמ"ד 'משל שמים', יש זכות לגוי לאכול, מה שאין כן למ"ד "משלו". ובזה רצה ליישב את הרמב"ם, שסובר שיש זכות אכילה לגוי, וצ"ע.

הקטנים, ולא על ידי עבדו ושפחתו הקטנים, ולא על ידי בהמתו - מפני שאין בהן דעת."

מבאר רש"י (שם): "קוצץ - ליטול מעות ולא יאכל."

המקור לדין זה עפ"י רש"י מופיע לעיל (ב"מ פח:):

"דתניא: כנפשך, מה נפשך אם חסמת פטור, אף פועל, אם חסמת - פטור."

ומבאר רש"י (שם):

"אם חסמת - קצצת דמים שלא לאכול, או בחזקה.<sup>35</sup> פטור - מלאו דלא תחסום

ולא תילף מינה לחיובא מקל וחומר כדלקמן."

כלומר, ללא לימוד מפסוק, היינו מחייבים את בעה"ב להניח לפועל לאכול, מכח איסור לא תחסום. כיון שהיינו לומדים ממנו בקל וחומר לאדם, שאסור לחוסמו, אף אם שילם לו מראש על הפירות. ואם חסם היה לוקה, כיון שעבר על הלאו.

לכאורה צריך עיון, מה ההוה אמינא של הגמרא, ומה בכך שנלמד מ"לא תחסום", הרי אין עונשין מן הדין? ואם כוונת הגמרא ש"לא תחסום" יכול לאדם מכח הקל וחומר. איך לימוד ממצוה אחרת יכול למעט אדם ב"לא תחסום". אכן, הספרי (פיסקא רפז) דורש מיעוט לאדם מאיסור "לא תחסום", לאחר שמרבה שאר חיה ועוף:

"א"כ למה נאמר שור, שור אי אתה חוסם, חוסם אתה את האדם."

נראה ליישב את דברי רש"י, על פי מה שביארנו בשיטת רש"י שמהותה של המצוה היא איסורית. על כן, צריך ללמדנו מפסוק שיש אפשרות למחול עליה. הקל וחומר מבהמה, היה אמור ללמד אותנו שכשם שבבהמה מבחינה מהותית לא ניתן להפקיע את האיסור כל שכן, שבאדם אי אפשר יהיה להפקיע. אבל גם לולי הקל וחומר היינו יכולים לומר סברא זו, הנובעת מאופי המצווה.

לאחר הלימוד מהפסוק, יודעים אנו שניתן להפקיע את המצוה, אם הפועל מוחל על צערו. רש"י משתמש בביטוי "למחול" בהמשך הדברים (צב: ד"ה מפני), כשהוא מסביר שהגדולים יש להם דעת ויכולים למחול. נראה שכוונתו למחילת צער הגוף שיש לאדם באי האכילה. ממילא, כיון שגילתה התורה שניתן לשלם ולהסתפק במחילה<sup>36</sup>, חוזר איסור גזל למקומו, ואסור לפועלים לאכול.

נראה אם כן, שדעת רש"י שאכילת פועל היא מצוה איסורית, יש כאן מחילת צער הגוף והיתר מיוחד לקצוץ על כך שנלמד מפסוק.

<sup>35</sup> יש מקום להעיר על רש"י שכך חסימה שמוותרת לכתחילה "קוצץ אדם" לחסימה בחזקה שהחוסם עובר בעשה.

בריב"א שהביא את רש"י חסרות המילים "או בחזקה".

<sup>36</sup> צריך עיון האם אפשר לחזור ממחילה זו.



הריטב"א (פח: ד"ה ופרכינן) מוסיף על פירוש רש"י:

"ויש לפרש עוד, אם חסמת פטור - אף על פי שלא קצץ. ולומר שהוא פטור ממלקות, אלא שחייב לשלם מה שהיה אוכל. וכדאמרינן בחוסם את הפרה שמשלם ד' קבין לפרה. והכא, דכולי עלמא חייב לשלם כבדיני אדם, כיון שאינו לוקה."

החידוש בפסוק על פי הריטב"א הוא בתחום הפטור ממלקות<sup>37</sup>. אמנם, כשחוסם חייב בתשלום, על פי שיטת הריטב"א, שהמצוה היא חוב ממוני, כפי שביארנו לעיל. הריטב"א גם אינו צריך לחידוש של אפשרות המחילה, שכן בדיני ממונות מחילה מועילה.

המנחת חינוך (מצוה תקעו אות ט)<sup>38</sup> דייק מדברי הרמב"ם, שהמחילה היא המאפשרת לקצוץ. והקשה, איך תועיל מחילה, הרי זה דבר שלא בא לעולם, וכן הוא דבר שאינו קצוב. קושיה זו לא תהיה קשה להבנתנו בשיטת רש"י שבמחילת צער הגוף אנו עוסקים.

המאירי (צב: ד"ה קוצץ) אכן כתב, שקוצץ מועיל מדין מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון, שתנאו קיים. ובכך מיושבת הערת המנחת חינוך, כיון שאין אנו עוסקים במחילה. אבל צריך עיון, שהרי הגמרא על המשנה בסוף הפרק (צד.), מנסה להוכיח את דעת המשנה ביחס לתנאי בדבר שבממון. על פי דברי המאירי היה על הגמרא להקדים ולברר זאת על משנתנו.

לראשונים שסוברים שיש זכות ממונית לפועל, שהמנחת חינוך כנראה הבין כמותם, והתקשה כיצד ניתן למחול על הזכות הזו. ניתן לתרץ בשתי דרכים:

א. יש אפשרות למחול על הזכות הזו שמתחילה מיד בשעת המשיכה.

ב. יש אפשרות להסכים לא לממש את הזכות הממונית תמורת תשלום מראש, ללא התוקף המשפטי של מחילה. השימוש במילה "קוצץ", שאינו שגור, מוכיח שאין כאן מחילה רגילה ומסייע להבנה השניה שהצענו.

תשלומים במקרה של חסימת בהמה

נאמר בגמרא (ב"מ צא.):

"תנו רבנן: החוסם את הפרה ודש בה - לוקה, ומשלם ארבעה קבין לפרה, ושלשה קבין לחמור. והא אינו לוקה ומת, ואינו לוקה ומשלם! אמר אביי: הא מני - רבי מאיר היא, דאמר לוקה ומשלם. רבא אמר: אתנן אסרה תורה ואפילו

<sup>37</sup> אולי למעט את הלאו דחסימה שלא ייאמר באדם, יתכן שסבר שהתלמוד חולק על הספרי וצ"ע.

<sup>38</sup> יעויין בשיעורי רבינו חיים הלוי (ב"מ צב) שהאריך בשאלה זו.

בא על אמו. רב פפא אמר: משעת משיכה איחייב לה במזונותיה, ומילקא לא לקי עד שעת חסימה."

עולה מהגמרא שישנו חיוב תשלומים במקרה של חסימה ויחד עם התשלום יש גם חיוב מלקות על הלאו שהחוסם את הבהמה עבר עליו.

הגמרא מציעה כמה אפשרויות מדוע לוקה ומשלם:

א. אביי מעמיד את הברייתא כשיטת רבי מאיר שאפשר ללקות ולשלם על אותה עבירה.

ב. רבא מעמיד שחיוב התשלומים הוא כדי לצאת ידי שמים.

ג. רב פפא מבאר שהחיובים נוצרים בזמנים שונים. חיוב התשלומים בשעת המשיכה וחיוב המלקות בשעת הדישה.

אין אנו יודעים מדוע מיאנו אביי ורבא לקבל את תירוצו של רב פפא, וכנראה סברו שחיוב המזונות מתחיל בשעת הדישה.

יסודו של חיוב התשלומים אינו ברור, מתוך הדברים שראינו עד עכשיו, היינו מצפים שלתפיסות ש"לא תחסום" הוא איסור בלבד, לא יהיה חיוב תשלומים. אכן, כבר ראינו בדברי החזון איש שבעקבות החובה האיסורית נוצר חיוב תשלומים לבעל הפרה, כחלק מתנאי העבודה של הפרה.

הראב"ד (שיטמ"ק צא. ד"ה וז"ל הראב"ד) כותב במפורש, שחיוב התשלומים בחסימה אינו נובע מההתנאה של בעל הפרה, "דהא איהו לא אתני ליה ולא מידי" אלא מחיוב התורה. דברים אלו מביאים אותנו למחשבה שאכן יש חוב ממוני ב"לא תחסום", והדברים מבוארים ברשב"א (שיטה מקובצת סוף צב: ד"ה וז"ל הרשב"א)

"ולענין פסק הלכה אסיקנא, דמשל שמים הוא אוכל, והלכך, אם אמר תנו לאשתי ולבני אין שומעין לו. וקשיא לי, דאם כן, היכי קתני בברייתא החוסם את הפרה ודש בה משלם ארבעה קבין לפרה ושלושה קבים לחמור, דהא לגבי פרה וחמור מאי דהוה הוה. דכי זכי להו רחמנא לאכול אינהו בשעת מלאכה, וכיון דלא אכלי איסורא דעבד עבד, ומאי משלם לבעלים, דהא לא גזל משל בעלים כלום? וליתא, דודאי בדכותה בעבדו ושפתו אם הסמן בעל כרחו משלם הוא להם, וכל שמשלם הוא להם, תשלומין דבעלים נינהו, ואפילו למ"ד משל שמים הוא אוכל, שהרי לא אכל והוא הדין והוא הטעם בבהמתו."

נמצא, שהראב"ד והרשב"א, שלפני כן למדנו בדבריהם שאכילת הפועל והבהמה היא זכות ממונית בנכסי בעל הבית, ממשיכים בעיקרון זה וסוברים שבמקרה שנמנע מהפועל ומהבהמה לאכול יש צורך להשיב להם כעין השבת גזל!

הריטב"א (צא. ד"ה רב פפא) כתב:

"כיון ששכרה לרוש בדבר שראויה לאכול, משעת משיכה נתחייב לה באכילה  
ההיא. שהיה לה לאכול בדישה כל היום, כשם שנתחייב בשכרה, וכיון שחסמה  
משלם הכל."

דברים אלו מתאימים לשיטתו, שהחיוב הוא כעין חוב ממוני, והוא מתחיל ברגע שמתחילה  
העבודה.

הרמב"ם (שכירות פרק יג הל' ב) הכריע כרב פפא:

"שכר בהמה וחסמה ודש בה לוקה ומשלם לבעלים ארבעת קבין לפרה ושלשת  
קבין לחמור, שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה. ואינו חייב מלקות עד שידוש  
בה חסומה."

לכאורה נראה, שתפיסתו היא שזהו חוב ממוני. אם כי ניתן לפרש גם כדברי החזו"א שזוהי  
התחייבות ממונית שהיא תוצאה של האיסור.

תשלומים לפועל במקום אכילה

בגמרא לא נתפרש מה יהיה הדין במקרה שחסם את הפועל, וכן ברמב"ם לא נכתב מה יהיה  
הדין במצב כזה. ישנו ויכוח באחרונים מה סובר הרמב"ם, אלא שאין ראיות לאף אחד  
מהדוברים בענין.

בראשונים מצאנו, שהריטב"א (פח: ד"ה ופרכינן) והרשב"א (שיטמ"ק צב: ד"ה וז"ל הרשב"א)  
כתבו במפורש שיש חובה לשלם, וכן הרמ"ה (מובא בטור חו"מ שלז, א) מחייב מלשלם. דעת  
הריטב"א והרשב"א מובנות היטב על פי מה שהוכחנו בשיטתם, שיש חוב ממוני במצוות אלו.

ספיקות

בגמרא<sup>39</sup> מובאים כמה ספיקות לגבי פעולות שונות האם יש בהם איסור "לא תחסום", הכרעת  
הפוסקים בספיקות אלו לחומרא. כלומר, אסור לעשותם, מכיון ש"איסורא דאורייתא הוא"  
כלשון הריטב"א (צ: ד"ה דתניא), וכן דעת כל הפוסקים. נמצא שבודאי שורשו של איסור  
החסמה נטוע באיסור, אף אם בסופו נמצא זכות ממונית.

<sup>39</sup> דף צ: "בעי רמי בר חמא...". לגבי פועל, (ב"מ צא:): "איבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר...". וכן  
(ב"מ פט.) "איבעיא להו פועל מהו שיהבהב באור ויאכל".

אמנם אם חסם, במקרה שיש ספק האם מותר לחסום, אינו לוקה. הריטב"א כתב שגם אינו משלם שהמוציא מחבירו עליו הראיה. אמנם מהב"ח, הסמ"ע והש"ך (סימן שלח סע' ו) משמע שחייב לשלם מכיון ש"משעת משיכה נתחייב במזונותיה".

בספר "אולם המשפט" ביאר דבריהם:

"אף על גב דלענין איסור ספק הוא, מכל מקום, לענין תשלומים כל זמן שבגרמתו לא אכלה חייב, דאפילו לא עביד איסור, מכל מקום, מנע ממנה זכות ממון"

וציין לדברי הריטב"א שסובר שפטור מלשלם. וסיים שכנראה האחרונים האמורים לא ראו את הרטב"א, ועל כן, חלקו עליו.

אמנם על פי מה שראינו, שיש הרבה ראשונים שרואים בחסימה זכות ממון, יתכן שכיון שלמי שבא לעבוד בשדה יש בודאי חלק בזכות זו, גם כשיש ספק האם מגיעה לו זכות זו לגבי הממון הוא מוחזק בזכות ובעל השדה אינו יכול להוציא ממנו מה שמגיע לו מכח ספק. כנראה שהב"ח, סמ"ע והש"ך סוברים כמותם. ואילו הריטב"א לשיטתו, שהמצוה היא כעין חוב, ובספק חוב אין מוציאים מידו<sup>40</sup>.

#### לימודים

הגמרא (ב"מ פז:), תוך כדי בירור המקורות של אכילת פועל בסוגי הפירות השונים<sup>41</sup>, העלתה פירכות מלימוד מקמה, משום שחייבת בחלה, ומכרם, שחייב בעוללות. בביאורן של פירכות אלו נחלקו הראשונים. רש"י (ד"ה אתיא קמה) כתב שהפירכה היא כפשוטה:

"אימא דלא אשתעי קרא אלא בחייבת בחלה".

אמנם, ר"ח (שיטמ"ק פז: ד"ה וכן כתב ר"ח) מפרש:

"וכשם שנתחייב בעל הכרם להניח עוללות לעניים כך חייב להניח הפועל לאכול מן הענבים".

<sup>40</sup> בפועל גם ישנם כמה ספקות בגמרא ונפסק שאין הפועל יכול לאכול במקרים המסופקים. במקרה שהפועל תפס, הרמב"ם (שכירות פרק יב הל' י) אינו כותב מה יהיה דינו. הרא"ש (ב"מ פרק ז סי' י) כתב שאין מוציאין מידו. האחרונים הקשו על הרמב"ם, שלא כתב שאין מוציאין, כדרכו בספקות, ועל הרא"ש, שבדרך כלל סובר שמוציאים, וצ"ע.

כמו כן העירו האחרונים שהרא"ש כתב שאין מוציאין בידו רק בספק השני בסימן י', ובסימן ב' רק כתב ש"לא יבהבו" ועין בלח"מ מה שתירץ, ונראה לאמר בפשטות שהאיסור הוא על אופי האכילה מתוך חשש שיאכל יותר ולא שייך לאמר שמה שאכל באופן כזה הוא ספק גדל.

<sup>41</sup> למקור זה התעוררתי מדברי "אילת השחר".

והריטב"א (פז: ד"ה מה לכרם) במהלך דומה:

"מה להני שכן יש בהם קולא לממונו של בעל הבית, שחייבו הכתוב לתת  
לאחרים חלה ועוללות וכשם שזיכה לאחרים בכך, זיכה בו לפועל."

כמדומה, שדברי ר"ח והריטב"א מבוססים על תפיסתם, שיש חוב או זכות ממונית לפועל,  
ואילו רש"י מסביר את הפירכה כפשוטה, מכח תפיסתו את אכילת הפועל כזכות איסורית.

ירושלמי

בתלמוד ירושלמי (מעשרות פרק ב הל' ז) כתוב:

"תני רבי שמעון בן יוחי אומר עד איכן דיקדקה התורה בגזל, שצריכה לדרון בין  
אדם לחבירו עד כדי הנפת מגל, בתוך כן גדולה מלאכה, שלא חרב דור המבול  
אלא עד מפני הגזל, ופועל עושה במלאכתו ואוכל ופטור מן הגזל."

מלשונו של רש"י "פטור מן הגזל" יש מקום להבין שיסודה של אכילת פועל הוא היתר גזל.

#### סיכום

בתחילת המאמר הצגנו שלש אפשרויות להבנת אכילת הפועל והבהמה. ננסה לסדר את  
הראשונים על פי האפשרויות הללו ואת ההשלכות של תפיסתם.

#### מצווה ואיסור

רש"י ותוספות רואים במצוות אלו מצוות איסוריות שאין חוב או זכות ממונית כרוכה בהן.

על כן הם נזקקים ללימוד מפורש שימנע מהפועל והבהמה לאכול מפירות של איסור או הקדש,  
ולולא לימודים אלה היינו מתירים את כל האיסורים כמו שהיתרנו איסור גזל.

רש"י נדחק להתיר אכילת פועל ישראל בשדה נכרי מעבר למה שמותר לו לאכול בשדה ישראל  
מכיון שהיה ברור לו גם ללא לימוד שמותרת אכילת פועל ישראל בשדה גוי שהרי ודאי שיותר  
איסור גזל בשדה נכרי לפחות כמו בשדה ישראל.

רש"י מתיר לפועל גוי לאכול בשדה ישראל ובשדה גוי מכיון שמדובר בהיתר איסור גזל בלבד  
ולא יתכן שיהיה אסור לגוי מה שהותר לישראל.

מאותה סיבה רש"י ותוספות אוסרים לחסום בשדה נכרי שהרי לא יתכן שיהיה אסור להאכיל  
את הבהמה בשדה נכרי מה שמותר להאכיל אותה בשדה ישראל.

רש"י גם נצרך ללימוד מיוחד שניתן להפקיע את המצווה בהסכמת הפועל כי הרי זו מצווה  
איסורית.

מצאנו חיוב תשלומים בבהמה שנחסמה, על פי שיטת רש"י ותוספות נצטרך להזדקק להסברו של החזון איש שבעקבות האיסור נוצר חיוב ממוני כחלק מתנאי השכר של הפועל או של הבהמה. לזה התכוון רב פפא שמשעת משיכה התחייב במזונותיה ואין הכרח שהאמוראים האחרים חולקים עליו.

במקרה של ספק האם מותר לחסום אסור כמובן לחסום שהרי זהו איסור ואם חסם לא ישלם. גם מהביאור של רש"י בפירכת הגמרא וכן מפשט לשון הירושלמי נראה שיסודה של אכילה זו בהיתר איסור גזל.

#### מצוות ממוניות

שאר הראשונים רואים במצות אלו מצוות ממוניות כשיש חלוקה פנימית בין אלו הרואים במצוה חוב ממוני לבין הרואים בה זכות ממונית.

לגבי הצורך בלימודים לאיסורים שלא יאכלו בהם הפועל והבהמה, דעת רוב הראשונים שמספיקה סברא שהרי ממון אינו משפיע על איסור.

הרמב"ם ור"ח סברו שבהקדש שהוא סוג של בעל ממון צריך לימוד למנוע אכילת פועל ובהמה, דבר המעיד על שיטתם שיש זכות ממון במצוה ועל כן היה מקום לחייב גם את ההקדש שאינו חייב במצוות לתת לפועל ולבהמה לאכול.

הריטב"א ורבינו יהונתן העמידו את הלימוד בהקדש במקרים מיוחדים מכיון שהם סוברים שזהו רק חוב ממוני וההקדש אינו מצווה ואינו נהיה בעל חוב.

הריטב"א אסר על פועל ישראל לאכול בשדה נכרי וזאת על פי שיטתו שהנכרי אינו מצווה ואינו נהיה בעל חוב. כמו כן אין איסור לחסום בהמה בשדה גוי מאותה סיבה. לדבריו הסכימו הראב"ד, הרשב"א והרי"ד שכולם נקטו שזו חובה הנובעת מהמצוה והנכרי אינו מצווה. הרי"ד אף בנה כאן את שיטתו המיוחדת שהמצוה היא רק על בעל השדה דבר שבודאי נובע מכך שזו מצוה ממונית.

רבינו יהונתן אסר חסימה בשדה נכרי, אבל משום צער בעלי חיים ולא מכח המצוה.

הרמב"ם חרג לכאורה משיטתו ונקט כשיטת רש"י, וביארנו שהשיקול של "מי איכא מידי" משפיע לדעת הרמב"ם גם במצוה ממונית.

הריטב"א סבר שאין צורך בלימוד לכך שאפשר למחול על האכילה, מכיון שזהו חוב ממוני וברור שניתן למחול עליו.

חיוב התשלומים במקרה של חסימה נובע לדעת הריטב"א מהמצוה עצמה שיוצרת חוב ממוני. הדברים מפורשים במיוחד ברשב"א ובראב"ד. וכך גם נראה פשט דברי הרמב"ם.

גם במקרה של חסימת פועל נקטו הרמ"ה, הרשב"א והריטב"א שחייבים לשלם לו.

במקרה של ספק אם חסם המעביד למרות שאסור לו לחסום, כותב הריטב"א שהוא פטור מלשלם מכיון שזהו ספק חוב. לדעת אלו הסוברים שזו זכות ממונית נראה שיהיה חייב לשלם וכך נקטו הפוסקים האחרונים.  
גם בדרך הלימוד שונה הריטב"א מרש"י.

הבחנה בין פועל ובהמה

הגר"ח והחזו"א חילקו בין הפועל שאכילתו היא זכות ממון לבין הבהמה שיש כלפיה איסור בלבד.

הרב שמואל נחושתן

## בגדר דין אחריו לפלוני<sup>1</sup>

פתיחה

מצאנו בכמה סוגיות את דין הנותן מתנה ואומר לו 'אחריו לפלוני'.

המקור הראשוני לדין זה הוא בכרייתא (קכט:):

"תא שמע: נכסי לך, ואחריו יירש פלוני, ואחרי אחריו יירש פלוני - מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי, ואם מת שני בחיי ראשון - יחזרו נכסים ליורשי ראשון."

בהקשר לדין זה נחלקו התנאים (דף קלו.):

"...תנאי היא; דתניא: נכסי לך ואחריו לפלוני, וירד ראשון ומכר ואכל - השני מוציא מיד הלוקחות, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון."

ממקורות אלו עולה שישנה אפשרות לתת לאדם מתנה באופן שהיא תעבור אחר מות המקבל לאדם אחר.

מקרה נוסף, שבו דנו הראשונים באריכות הוא המעשה של ההיא סבתא (קכה):

"דההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתאי..."

א"ר אלעזר, דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים: כל האומר אחריו, כאומר מעכשיו דמי. אמר רבה: מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני."

סוגיא זו אף היא מביאה את דין נתינת מתנה באופן של 'אחריו לפלוני', ומחדשת לנו ביחס לדין זה ש'כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי'.

יש לבאר ביחס לדין אחריו כמה נקודות:

1. מה היקף הזכויות שיש לראשון במתנה שקיבל, קודם שהיא עוברת לשני?
2. "כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי". מה המנגנון הקנייני המסתתר מאחורי קביעה זו? ומהו המנגנון במקרה יהיה שהאומר אחריו לאו כאומר מעכשיו דמי?
3. כיצד השני זוכה במתנה לאחר מות הראשון?

<sup>1</sup> כל המקורות הם ממסכת בבא בתרא, אלא אם כן מצוין אחרת.



על מנת להקל על הדיון יוגדרו המונחים הבאים:

מקבל המתנה הראשון, יקרא להלן "הראשון".

מקבל המתנה אחרי הראשון, יקרא להלן "השני".

#### גדר מתנה שאינה מוחלטת

באופן פשוט, כאשר אדם מקבל מתנה ומצווה ליתנה אחר כך לאחר, זהו מצב של מתנה לא מוחלטת. במתנה רגילה האדם נותן את המתנה לחבירו, ומאותו רגע החפץ קנוי לשני לחלוטין, והוא יכול לעשות בו ככל העולה על רוחו. מה שאין כן בנותן מתנה ואחריה לפלוני שאין הנתינה לראשון מוחלטת. השאלה היא, מהו בדיוק החסרון שיש במתנה - האם זוהי גריעה של אחת הזכויות, או שמא כל הזכויות ניתנו תוך הגבלת הזמן? יש לבחון את דין אחריה ביחס למצבים אחרים שבהם יש נתינה שאינה מוחלטת.

אפשר לראות בפרק "יש נוחלין" עוד כמה מצבים של מתנה או בעלות שאינן מוחלטות:

1. הנותן מתנה למטרה מסוימת.

2. הנותן מתנה על מנת להחזיר.

3. קנין פירות וקנין הגוף.

נרון בהם, כבסיס להבנת דין "אחריה".

#### מתנה למטרה מסוימת

בגמרא' (קלג - קלד.) מובא:

"ת"ר: מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה, עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל? מכר שלישי, והקדיש שלישי, והחזיר לבניו שלישי. אמר: הטיח עלי בן עוזיאל! הטיח עלי בן עוזיאל! מעיקרא מאי סבר? משום מעשה דבית חורון; דתנן: מעשה בבית חורון באחד שהיה אביו מודר הימנו הנאה, והיה משיא בנו, ואמר לחבירו: הרי חצר וסעודה נתונין לך במתנה, ואינן לפניך [אלא כדי] שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר לו: אם שלי הן - הרי הן מוקדשין לשמים. אמר לו: לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים. אמר לו: לא נתתי לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומרצין זה לזה, ויהא עון תלוי בראשו. אמרו חכמים: כל מתנה שאינה שאם הקדישה מוקדשת - אינה מתנה."

מסקנת הגמרא היא ש"כל מתנה שאינה שאם הקדישה מוקדשת אינה מתנה".

תוספות (קלד. ד"ה כל מתנה) הקשו: מהו ההבדל בין דין נותן מתנה למטרה מסוימת שלא

חשיבה מתנה, לבין מתנה על מנת להחזיר שכן חשיבה מתנה? ומתוצים התוספות שני תירווצים:

1. במתנה על מנת להחזיר יש למקבל בעלות מוחלטת באותו זמן ולכן הוא יכול גם להקדיש. ואילו במעשה דבית חורון, אין לו זכות שימוש מוחלטת אלא המתנה היא רק למטרה מסוימת, ולכן אין המקבל מוגדר כבעלים.

2. ר"י מתרץ שאין הדבר תלוי ביכולת ההקדשה, אלא שבמעשה דבית חורון המקבל לא זכה בכל השימושים אלא רק בשימוש מסויים, ובכהאי גוונא, לא חשיב מתנה.

#### מתנה על מנת להחזיר

בגמרא (קידושין ו:): מבואר שמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, ורק לענין קידושין יש דין מיוחד שלא יכול לקדש אשה משום חליפין. הרא"ש (סוכה פרק ג סי' ל) וכן הריטב"א (קידושין ו: ד"ה בכולהו) כתבו: "מיהו מתנה ע"מ להחזיר הקנאה גמורה היא וממון שלו".

ביחס למתנה על מנת להחזיר, נחלקו הראשונים, האם כדי להחזיר את המתנה צריך קניין או שהמתנה חוזרת מאליה. לפי הרא"ש (שם) צריך קניין כדי להחזיר את המתנה, ולפי רבינו אביגדור (מובא בשו"ת הרא"ש כלל לה סי' ב) אין צריך קניין, אלא המתנה חוזרת מאליה.

נראה לבאר, שהמתחלוקת היא כיצד להבין את גדר מתנה על מנת להחזיר. ניתן להבין שמתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר, אלא שיש תנאי שהיא תוחזר לנוותן בחזרה. משמעות הדבר היא שזו מתנה על תנאי, ואם התנאי יקוים המתנה קיימת, ואם התנאי לא יקוים אין המתנה קיימת. בשעה שהמקבל מחזיק בחפץ הוא בעלים גמור על החפץ בתנאי שיחזיר את החפץ, אם יקוים התנאי- הבעלות באותו זמן היא בעלות גמורה. החזרת החפץ איננה בגלל היסרון בבעלות, אלא כדי לקיים את התנאי. לאחר החזרת החפץ התברר שבזמן שהמקבל החזיק בחפץ הוא היה בעלים גמור. על פי הבנה זו מובנים דברי הרא"ש והריטב"א, שמצריכים קניין חדש בשעת החזרה. כיון שהמקבל הוא בעלים גמור, צריך לעשות קניין כדי להעביר את הבעלות ממקבל המתנה בחזרה אל הנותן. ללא קניין לא יכולה הבעלות לעבור.

מאידך, ניתן להבין את דין מתנה על מנת להחזיר באופן שזוהי בעלות לזמן. כלומר למקבל יש בעלות הכוללת את כל הזכויות, אלא שהיא מוגבלת לזמן מסוים. במקרה של מתנה על מנת להחזיר הבעלות מוגבלת לזמן החזרה, ברגע שהמקבל מחזיר את המתנה לבעלים מתברר שהבעלות היתה עד לאותו רגע. ברגע החזרה הבעלות נפסקה, שהרי הוא לא קיבל את הבעלות באופן מוחלטת אלא רק באופן זמני, ולכן עליו להחזיר את המתנה. נראה, שזו דעתו של רבי אביגדור הנ"ל.

קצוה"ח (סימן רמא ס"ק ד) מבאר, שאפשר להבין את דין מתנה על מנת להחזיר בשתי אפשרויות:

1. ניתן להבין שמתנה ע"מ להחזיר כוללת את כל הזכויות עד זמן מסוים.
  2. ניתן להבין שמתנה ע"מ להחזיר היא כמו השאלה, כלומר, למקבל יש זכות שימוש, אך אין לו בעלות.
- על פי ההבנה שמתנה ע"מ להחזיר היא קנין גמור לזמן, משווה קצוה"ח בין מתנה ע"מ להחזיר לבין זכות הראשון, שאף לו, על פי הבנת קצוה"ח, יש בעלות גמורה לזמן.

#### קנין פרות וקנין הגוף

נחלקו האמוראים (קל"ו:): האם קנין פרות קנין הגוף דמי או לא<sup>2</sup>. הגמרא מנסה להוכיח, שקנין פרות קנין הגוף דמי, מדברי הברייתא של דין אחריו. כיון שהנכסים חוזרים ליורשי ראשון, סימן שקנין פירות קנין הגוף דמי. דוחה הגמ' "אחריו שאני".

בפשטות נראה, וכך הסביר הרשב"ם (ד"ה אחריו שאני), שהגמרא מתרצת שאין להוכיח ביחס לקנין פירות מדין אחריו, מכיון שבמקרה של אחריו הקנין הוא יותר מקנין פירות. כלומר, גם אם נאמר שקנין פירות אינו קנין הגוף, ואדם שיש לו רק קנין פירות אינו בעלים מוחלט, במקרה של אחריו לראשון יש בעלות ברמה יותר גבוהה, ולכן אין להוכיח מדין אחריו לדין קנין פירות.

#### הבעלות של הראשון

ניתן לראות את בעלות של הראשון בשני אופנים:

1. בעלות לזמן.
2. בעלות עם שיור בקנין.

נדרן בשתי האפשרויות.

#### בעלות לזמן

ניתן להבין, שדין אחריו משמעותו היא שהראשון זכה בחפץ לחלוטין, לפיכך, יש לראשון אפשרות לעשות בו ככל העולה על רוחו. אלא שלאחר הזמן כבר אין לו בעלות, והזמן בו מפסיקה בעלותו הוא רגע אחד לפני מיתה או עם המיתה. לכן, במקרה שהראשון שכיב מרע,

<sup>2</sup> ניתן להאריך בגדר קנין פירות וקנין הגוף, אולם אנו רק ננסה להסיק מהסוגיא זו את העולה ביחס לסוגיא 'אחריו לפלוני', ולא נאריך בגדר קנין פירות קנין הגוף.

ונתן לאחר - אין מתנתו מתנה, כיון שבזמן חלות המתנה החפץ כבר אינו של הראשון. על פי קצוה"ח גם מתנה ע"מ להחזיר היא מתנה לזמן, אם כן יש זהות בין מתנה ע"מ להחזיר ובין זכות הראשון.

מהו אם כן ההבדל שבין זכותו של הראשון, שרשאי למכור, לבין זכותו של המקבל ע"מ להחזיר, שאם לא החזיר אין מתנה? מבאר קצוה"ח (שם ד"ה אמנם), ב"אחריו", התנאי הוא, שאם יהיה שיוור- השיוור יהיה לשני, אך אין הכרח שיהיה שיוור. במתנה ע"מ להחזיר, הנותן אומר מראש שהוא רוצה שיהיה שיוור והנכס יוכל לחזור אליו, לכן אין למקבל את האפשרות לפעול באופן שלא יהיה שיוור, ולכן אינו יכול למכור. בנקודה זו, מבאר הקצות, נחלקו רבי ורשב"ג. רבי הבין שכאשר הנותן נותן לראשון, כוונתו היא שיהיה שיוור, רשב"ג סובר שאין כוונתו שבהכרח יהיה שיוור.

הסבר קצוה"ח מעלה שאלה, כיצד ייתכן שהראשון יוכל לתת לקונה ממנו זכות שאין לו. כלומר, אם זכות הראשון מוגבלת בזמן, כיצד זכות הקונה מהראשון אינה מוגבלת בזמן?

ייתכן שניתן למצוא תשובה לכך בדברי הגר"ש רוזבסקי (שיעורי ר"ש ב"ב ח"ב עמ' קפד). הגר"ש מבאר שעד הרגע שבו מפסיקה בעלותו יש לראשון בעלות מוחלטת, הכוללת את הזכות להעביר את הבעלות. אולם, הנותן אמר שיתכן שהוא יפסיק את הבעלות ברגע מסוים. יכולתו היא רק להפסיק את בעלותו של הראשון, ולא את בעלותו של הקונה ממנו. לכן אם הראשון מכר, כיון שעשה זאת בשעה שהיתה לו בעלות מוחלטת, הנותן לא יכול להפסיק את הבעלות של הקונה מהראשון.

על פי זה מובנת לשון הגמרא (קכט:), ביחס לנותן לבנו ואחריו לפלוגי, שאין לשני כלום משום ש"ירושה אין לה הפסק". רק כאשר אדם נתן מתנה יש לו את הזכות להפסיקה לאחר זמן ולהעביר לאחר, אולם, ביחס לירושה אין לאדם יכולת להפסיק ירושה, כיון שהיא מן התורה. לכן, אם שכיב מרע נתן לראוי ליורשו מסתבר שהראשון קיבל בתורת ירושה, ואדם שמוריש אין לו יכולת להפסיק את הירושה. לפיכך, אם בריא נתן לראוי ליורשו הוא יכול להעביר מהראשון לשני, כיון שהראשון קיבל בתורת מתנה ולא בתורת ירושה.

לאור האמור עד כה, יש לברר האם במוכר לזמן כתב מי מהראשונים שזכותו של המקבל מקבילה לזכויות של הראשון? לכאורה, מהרמב"ם (מכירה פרק כג הל' ו) משמע כך:

"ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם."

הרמב"ם, בהבנה פשוטה, מבדיל בין קנין פירות לקנין זמן. בעוד שקנין פירות הוא רק זכות בפירות לאותו הזמן, לקונה לזמן יש בעלות מוחלטת לאותו זמן, והוא יכול לנהוג בו כבשלו ממש.

המחנה-אפרים (הל' זכיה ומתנה סי' יח) הבין את הרמב"ם כדברי, שכל המקבל מתנה גוף ופירות לזמן רשאי למכור ולתת ואין לראשון כלום. הוא יכול גם כן להרוס את השרה, כפי שכתב הרמב"ם שבונה והורס כמו קונה לעולם. וכן נראה שהבין הקצות בדברי הרמב"ם<sup>3</sup> (סימן שמו ס"ק ה).

הרמב"ן (קלז. ד"ה הא דאמרינן, הובא בקצות סימן רמח ס"ק ח) כתב שגם המקבל לעשר שנים יכול למכור כמו הראשון. הרמב"ן הבין, שגם מתנה שהיא לזמן היא מתנה מוחלטת, ולכן יש לו את הרשות למכור לאחר. על פי ההסבר שהבאנו לעיל בשם הגר"ש רוזובסקי הדברים יבוארו יפה, שהמתנה היא מתנה גמורה עם יכולת ההפסקה.

### שיור בקנין

הראב"ד תמה על הרמב"ם שהובא לעיל, וכתב:

"איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ויהרוס, אלא באומר נכסוך לך ואחריו לפלוני ודבר זה אינו מיושב עלי במכר"

הראב"ד אינו מסכים שיכולה להיות בעלות מוחלטת לזמן, באופן שהוא יכול לבנות ולהרוס, חוץ מהמקרה של "אחריו", ולכן חלק הראב"ד על הרמב"ם ביחס לקונה לזמן.

ה"חזון-איש" (אבה"ע סי' עד ס"ק טו) הבין את הרמב"ם באופן אחר, וכתב שודאי בקנין לזמן הרי זה כקנין פירות ואינו יכול למכור. מה שכתב הרמב"ם שהמקבל בונה והורס, כוונתו, דוקא בתוך הזמן שהשרה בבעלותו, אך לאחר הזמן עליו להתזיר את השרה כפי שקיבל, ולתקן את מה שקלקל. החזון"א דייק את דבריו מלשון הרמב"ם שכתב: "ובונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב". החזון"א הסביר שכוונת הרמב"ם, שהמקבל רשאי לבנות ולהרוס רק ביחס לזמנו הקצוב ולא מעבר לזה.

הטור (סי' רמח סע' ה) הבחין גם כן בין דין הראשון למקבל לזמן:

"ומיהו אם אמר לו נכסי לך לעשר שנים ואחריו לפלוני ומכר הראשון, השני מוציא מיד הלקוחות, כיון שלא נתנם לו לכל ימי חייו לאו למתנה גמורה נתכוין".

הטור הבין, שישנו הבדל בין מתנה גמורה למתנה לזמן. מתנה לזמן איננה מתנה גמורה, שהרי יש לה הפסק לאחר עשר שנים.

<sup>3</sup> הרמב"ם (זכיה ומתנה פרק יבהל' ט) עצמו כתב כך:

"ואם עבר הראשון ומכר ונתן במתנה, אין השני מוציא מיד הלקוחות שאין לשני לא מן הגוף ולא מן

הפירות אלא הנשאר..."

כלומר, הרמב"ם עצמו כתב שלשני אין כלום, קודם למות הראשון.

אם כן, מדוע דין הראשון שונה ממקבל לזמן?<sup>4</sup>

חלק מהראשונים הבינו, שכל קנין שמוגבל לזמן איננו קנין הגוף. קנין שאינו קנין לעולם הוא לא קנין מוחלט, וכדברי הר"ן (נדריים כט. ד"ה א"ל אביי):

”דכל קנין שאינו עולמית, קנין הפירות בלחוד מיקרי”

הר"ן מבסס את דבריו על הגמרא (גיטין מח:) בה כתוב שהמוכר את שדהו בזמן שהיובל נוהג אינו מביא ביכורים.

לאור זאת, אולי, יש מקום לנסות להבין את בעלותו של מקבל מתנה ואחריו לפלוני באופן אחר. לראשון אין בעלות מוחלטת, כיון שאין לו את הזכות להוריש את המתנה. הראשון קיבל את כל הזכויות בחפץ חוץ מזכות אחת, והיא הזכות להוריש לאחריו. החפץ הוא שלו עד השלב בו הוא צריך להורישו לאחרים, כיון שזכות זו לא נתנה לו, אלא נשארה אצל הנותן. על פי זה מובן גם דין ראשון שנתן במתנת שכיב מרע שאינה מתנה, כיון שמתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן, ולראשון אין זכות להוריש.

בעלות מעין זו ניתן לראות בגמרא (ב"מ קג.) בה נאמר: ”שואל אדם בטובו לעולם”. כלומר, אדם יכול לשאול חפץ לשימושו כל עוד החפץ טוב, ואחר כך הוא מחזיר את השברים לבעלים. לפי חלק מהראשונים (נמוק"י שם ועוד), זכותו של השואל היא רחבה מאוד, עד כדי כך, שהוא יכול למנוע מהבעלים להשתמש בחפץ גם בזמן שהוא לא משתמש. משמעות הדבר שבעצם כרגע הוא הפך לבעלים, אלא שאין לו את הזכות לאחר זמן השימוש, זכות זו דומה מאוד לזכות ההורשה.

ומה שמחתי כמוצא שלל רב כראותי שכבר קדמני בביאור זה הגר"ש שקאפ (מערכת הקניינים סי' ח) וז"ל:

”אלא ודאי דענין אחריו הוא שמגביל זכות הראשון שלא יהיה לו הזכות להשאיר אחריו ולהוריש לבניו, ולא נתן לו בהחלט, ולשני זיכה כל זכות ותשמיש החפץ מה שישתייר מן הראשון”.

על פי הסבר זה ברור למה כששכיב מרע נתן למי שראוי ליורשו אין לשני כלום. כל יכולת הגבלת הבעלות היא רק למקבל מתנה, או ניתן להגדיר מה נותנים ולכמה זמן נותנים. אולם, אי

<sup>4</sup> ניתן להסביר את ההבדל גם באחד האופנים הבאים:

1. במקרה של אחריו, כיון שכלפי הראשון המתנה לא מוגבלת בזמן היא מוגדרת כמתנה גמורה.
2. אפשר להסביר בדיעת הטור, שכאשר אדם נותן מתנה לראשון לכל ימי חייו, אכן נתן לו בעין יפה, ולכן אנו אומרים, שנתן לו גם את הזכות למכור. אלא שאם ישאר זה נתון לשני, אולם כאשר נתן רק לעשר שנים אין זו נתינה בעין יפה, ולכן אין לו את הזכות למכור לאחרים.
3. אם נסביר שנתניה לזמן אינה נתינה גמורה, אפשר להסביר שהסיבה שאינה נתינה גמורה כי לא נתן בצורה גמורה כלפי המקבל. אף על פי שבכל מצב של אחריו אין זו נתינה גמורה שהרי אמר לו אחריו לפלוני, מכל מקום, כלפי מקבל המתנה זו נתינה גמורה, שהרי יכול להשתמש בו כל ימי חייו כפי רצונו ואפילו למכור.

אפשר להגביל יורש שמקבל מכח ירושה. לעומת זאת, בריא שנתן לראוי ליורש יכול לצמצם את זכותו של הראשון כיון שהראשון מקבל רק בתורת מתנה.

### הבעלות של השני

על מנת לעמוד על גדר בעלותו של השני יש להבדיל בין שני מצבים, מצב ראשון הוא דין "אחריו" רגיל ומצב שני הוא נתינה לשני "מעכשיו".

ביחס לשכיב מרע, ברור מדוע הוא יכול לתת מתנה לפלוני, ואחריו לאלמוני, כיון שלשכיב מרע יש כוח להוריש, שהרי "מתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן". לכן הוא יכול לתת מתנה לשני בני אדם, כאשר לשניהם הוא נותן ככל מתנת שכיב מרע. אלא שביחס לבריא יש לשאול כיצד יכול לתת מתנה שתהיה לאחר זמן, וכיצד היא נקנית?

### השני זוכה לאחר מות הראשון

במעשה דההיא סבתא אומרת הגמרא (קכה.):

מאי סבתא? דההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתאי, הויא ליה ברתא דהוה נסיבא, שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא, בתר דשכיבא סבתא אתא בעל קא תבע. אמר רב הונא: לירתי - ואפי' לירתי ירתי, ורב ענן אמר: לירתי - ולא לירתי ירתי. שלחו מתם: הלכתא כוותיה דרב ענן ולא מטעמיה, הלכתא כוותיה דרב ענן - דבעל לא ירית, ולא מטעמיה - דאילו רב ענן סבר: אע"ג דהוה לי' ברא לברתיה לא ירית, ולא היא, דאילו הוה ליה ברא לברתיה ודאי ירית, ובעל היינו טעמא דלא ירית, משום דהוה ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק.

מכלל דרב הונא סבר: בעל נוטל בראוי כבמוחזק?!

א"ר אלעזר, דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים: כל האומר אחריו, כאומר מעכשיו דמי.

אמר רבה: מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני.

כלומר, כיון ש"אמר ר"א כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי", אין המתנה מוגדרת "ראוי" ביחס לבעל של השניה, כיון שכבר בשעת נתינה הם היו שייכים לאישה, וכשמתה - ירשה הבעל. האם הבנה זו בגדר האומר אחריו עולה בקנה אחד עם דברי בני מערבא שאמרו "דאי קדים ומכרה סבתא זביני זביני"?!

הרשב"ם (ב"ב קכה: ד"ה מסתברא)

"מסתברא טעמייהו דבני מערבא - דחשבי להו ראוי לגבי בת ולא מוחזק דליכא למימר כאומר מעכשיו דמי דהא אם קדמה הזקנה בחייה ומכרה לאחרים זבינה זביני וכשתמות הזקנה אפי' אם תהיה הבת קיימת לא תטול כלום..."

כלומר, יכולת הראשון למכור אינה מתיישבת עם ההבנה ש"מעכשיו דמי", לדבריו, יש כאן מחלוקת האם כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי או לא. במילים אחרות, היכולת למכור מבוססת על ש"לאו כאומר מעכשיו דמי".

טענת הרשב"ם, שהשני אינו זוכה מעכשיו, ניתנת להסבר פשוט במתנת שכ"מ, כשם שכל מתנת שכ"מ עוברת לאחר מיתת הנותן, כך מתנת שכ"מ לשני עוברת מעצמה, לאחר מות הראשון. אולם, לדבריו יש לשאול, במתנת בריא, אם השני אינו זוכה מעכשיו, כיצד הוא זוכה לאחר מות הראשון?

גם הרמב"ם לא הזכיר את הכלל "כל האומר אחריו - כאומר מעכשיו דמי". בכך הרמב"ם לשיטתו, שבעלות הראשון היא בעלות מלאה לזמן, ולשני אין שום זכות קודם למות הראשון. אולם, הרמב"ם (זכיה ומתנה פרק יב הל' ה) פסק שדין אחריו קיים גם בבריא:

"אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה וכתב לזה נכסי לך ואחריו לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון בין שהיה הראשון ראוי ליורשו בין שלא היה ראוי ליורשו."

אם כן, הקושיה על הרשב"ם, קיימת גם ברמב"ם.

נתיה"מ (סימן רמח ס"ק ד) כתב, שגם בבריא שייך דין אחריו, אלא שצריך שהשני ונותן המתנה יהיו בחיים בשעת מותו של המקבל הראשון, וכן שיהיה מעשה קניין לאחר מות הראשון. ברגע בו ימות הראשון יקנה הנותן את המתנה לשני. אולם, אם אין שניהם בחיים אין המתנה יכולה לחול, שהרי אין קניין לאחר מיתה, אלא אם כן, ינתן לשני מעכשיו. כלומר, לדעת נתיה"מ לשני אין שום זכות קודם למותו של הראשון..

סיכום הדברים מעלה, שהרמב"ם, הסובר שלראשון יש בעלות מלאה לזמן, הוא הסובר שלשני אין כל זכות עד מותו של הראשון. סברא זו חייבה את נתיה"מ להעמיד את דין אחריו בבריא רק במקרה בו הנותן והמקבל בחיים לאחר מות הראשון. כמו כן, יש צורך במעשה קניין לאחר מות הראשון.

עדיין יש לשאול מדוע כאשר הראשון ראוי לירש את הנותן, אין השני זוכה? על כך - לקמן.

#### השני זוכה מיד

ר' יונה, בעל-המאור, הרשב"א (קכה: ד"ה אמר רבה) ועוד חלקו על הבנה זו והסבירו, שאפשר להבין שכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, ואף על פי כן יכולה הסבתא למכור. לשיטתם יש לשאול מהי המשמעות של הכלל "כל האומר אחריו כאומר מעכשיו"?

וז"ל ר' יונה (קכה: ד"ה אמר רבה):

"הרי נתברר לך דלרבה יורשי הבת שאינם יורשי הסבתא יורשין הנכסים. וטעמא דמילתא, משום שאומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, וכבר זכתה בהם הבת



להורישן, אלא דבעל לא ירית משום דהוי ליה ראוי כיון די ש ביד הסבתא להפקיע זכות הבת על ידי המכירה".

נראה מדברי ר' יונה, שכבר עכשיו יש לבת את הזכות לירש אחרי הסבתא, ובכל זאת, אין הכוונה שכבר משעת הנתינה הנכס של הבת. אלא הכוונה, שמשעת נתינה יש לבת את הזכות לירש אחרי הסבתא, אולם, כיון שהנכס אינו של הבת יכולה הסבתא למכור. החולקים על רבה סוברים ש"לאו כאומר מעכשיו דמי", כלומר, שאין לבת מעכשיו זכות זו, ולכן בעלה לא יורש אותה.

הגר"ש שקאפ (מערכת הקניינים סי' ז) מגדיר את הדבר כך:

"שכבר מעכשיו נגמר הקנין שלאחר זה, ואז מהני אף אם מת המקנה כיון שנגמר הקנין מעכשיו".

נראה לבאר את דבריו כך, בעלות לעולמים על חפץ היא בעלות שמורכבת מבעלויות רבות לזמן, לכן יש אפשרות למכור כבר היום את הבעלות על זמן עתידי. כבר מהיום ניתן למכור את הבעלות העתידית על החפץ, ומכר זה חל כבר מהיום. וכלשון של הגר"ש שקאפ (שם):

"אבל הנותן מקנה לו כבר מעכשיו שיזכה כשיבוא זמנו דהיינו מיתת הראשון".

והדברים מפורשים בהמשך דבריו וז"ל (שם סי' ח):

"וע"פ הקדמות הנ"ל, הדבר מוכרח שאפשר ליתן זכות לחבירו בשדה שיזכה לאחר עשר שנים בהשדה. דכמו שאפשר לזכות מעכשיו זכות זו בשדה שתהיה שלו לפרט זה... כמו כן, אפשר לזכות זכות זו שיהיה לאחר זמן שלו"

ובהמשך דבריו כתב:

"דיש לומר, דכולי עלמא (=רבי ורשב"ג) סברי האומר אחרין כאומר מעכשיו, היינו זמן כל ימי חייו של ראשון הוא נותן לראשון, והזמן של אחר מיתת הראשון הוא נותן מעכשיו לשני".

החזו"א (אבה"ע סי' עד אות יז) כתב:

"אלא עיקר קנינו של שני מעכשיו הוא, אלא שאין קונה הגוף מעכשיו, אלא קונה הגוף וזמן אחרון מאחריו של ראשון ולעולם".

יתכן שגם החזו"א בדבריו התכוון לדברי הגר"ש שקאפ, שכבר מעכשיו הנותן מקנה לשני את הבעלות העתידית.

החזו"א (אבה"ע סימן עד אות יז) חלק על הנתיבות לגבי מתנת בריא, וכתב שגם בלי שיאמר מעכשיו משכת מתנת בריא באחרין. ולכאורה הדברים לא ברורים, שהרי סברת הנתיבות שאין קנין לאחר מיתה לכאורה מוסכמת לכולי עלמא, וא"כ מדוע המתנה יכולה להקנות לאחר מיתה לפי החזו"א? יתכן להגדיר שכוונתו שכבר מעכשיו יש לו את הזכות לקבל את מה שישתייר,

ולכן מוגדר זוכה כבר מעכשיו.

על פי ההסבר שביארנו לעיל, שדין מאחריו היינו שרק אין לו את הזכות להוריש הדבר מובן ביותר. כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, וכבר מעכשיו יש לשני את הזכות לירש את הראשון לאחר מותו של המקבל הראשון, ולכן מועיל גם במת המקנה, שהרי הוא קנה זכות זה עוד בחייו.

מדברי הגר"ש והחזו"א עולה, שלשני יש זכות בנכסים מיד משעה שהראשון זכה. בכך הם לשיטתם, שהראשון לא קיבל את זכויות הירושה, על בסיס זכות זו, שנשארה בידי הנותן, זוכה השני במקביל לראשון.

#### ראשון ראוי ליורשו

אלא שאם זו היא ההבנה בדין "האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי", מדוע כששכיב מרע נתן לראשון הראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק, הרי כבר עכשיו זכה השני בבעלות של הזמן שאחרי חייו הראשון? כאמור לעיל, שאלה זו תקפה גם ביחס לשיטה השנייה.

ניתן להסביר, שאם הראשון ראוי ליורשו חשיב כזוכה בדבר בתור ירושה כבר מעכשיו, והדבר מתבאר לאור הבנת גדר ירושה. ניתן להבין שכל ירושה משמעותה היא המשכיות של המת, בכך שהיורש מקבל את הירושה הוא ממשיך את חייו של המת. דבר זה בולט מאוד ביחס לבן שיורש את אביו, שהרי ביחס לבן אנו אומרים: "ברא כרעא דאבוה"<sup>5</sup>. כלומר, הבן הוא הממשיך של האב, והם ממש כגוף אחד.

על פי התבוננות זו בגדר ירושה ניתן לומר, שכבר בחיים יש ליורש זכות לירש את נכסי האב. במקרה שהאב נתן מתנה לאחר אין לבן מה לירש, כיון שבכוחו של האב לעשות בנכסיו כרצונו. אולם, במקרה שהאב נותן את הנכסים לבנו, אף על פי שהאב בחיים, כיון שיש לבן את הפוטנציאל לירש את אביו, נתינה זו הופכת לירושה וירושה אין לה הפסק. לכן, אף על פי שהשני זכה כבר מעכשיו, מדין "כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי", מכל מקום, הוא זוכה במשהו שהנותן לא יכול לתת לו, כיון שהיורש (=הראשון) כבר זכה בדבר בתורת ירושה.

#### סיכום

מאמרנו זה, עסק בהבנת בעלותו של מקבל מתנה ואמר לו הנותן "אחריו לפלוני". ראינו, על פי הדעות השונות, שניתן להבין את בעלות הראשון והשני בשתי גישות עקרוניות: ניתן להבין שיש לראשון בעלות מוחלטת וגמורה, אלא שהיא מוגבלת לזמן, כלומר, עד מיתתו.

<sup>5</sup> תוספות (ב"ק צו. ד"ה) תלה בכך את גביית בעל חוב את השבח מירשי לווח, אף שמאשר מקבלי מתנה בעל חוב לא גובה את השבח.

לשיטה זו, לשני, אין שום זכות עד מות הראשון.  
החולקים על גישה זו סברו, שאין בעלות מוחלטת לזמן. וביארו, שבעלותו היא בעלות לא  
גמורה, שהיה שיוור בקנין שצמצם את כוחו לענין מסיים - הזכות להוריש. כלומר, יש לו את כל  
הזכויות במתנה חוץ מהיכולת להורישה אחריו. לשיטה זו, לשני יש זכות במקביל לראשון.

הרב ישראל גליקמן

## הארות בעניין מסחר וקניין באינטרנט

### • הקדמה

דרכי המסחר המודרניות מחייבות את המוכרים לעמוד בתחרות השיווקית של השוק המקומי, הארצי, והבינלאומי. גם הקונים המקומיים הפוטנציאליים לא יממשו את זכות הקניה שלהם בחנות הקרובה, בטרם בדקו היטב האם ניתן לקנות במקום אחר מוצר טוב יותר במחיר זול יותר.

נוצרה שיטה חדשה לסגור עסקות בצורה מהירה ומידית באתרי האינטרנט. כאשר הקונה גולש לתוך אתר מכירה, ובלחיצת העכבר מאשר את רצונו לקנות את החפץ המוצע שם למכירה.

בגלישה לאתר המכירה מתחילה העסקה שבין המוכר לקונה, המשך העסקה כרוך בהעברת מספרי חשבון הבנק או מספר כרטיס האשראי של הקונה למוכר. בסוף ההתקשרות מתבקש הקונה לאשר סופית את רצונו לקנות. מיד לאחר מכן, חברת האשראי מעבירה את הכסף לתוך חשבון הבנק של המוכר, והחפץ הנקנה נשלח לבית הקונה. הקונה יעביר מאוחר יותר אותו סכום כסף חזרה לחברת האשראי. בחלק מהעסקאות יש זכות חזרה מהקניה עד 14 יום מזמן הגעת החפץ לבית הקונה.

יש להקדים שבמאה שנים האחרונות גבר השימוש בשיק בנקאי, לעומת השימוש בכסף מזומן, ובעשרות השנים האחרונות, גבר השימוש בכרטיסי אשראי.

רוב התשלומים מתבצעים כיום באמצעות כרטיס אשראי. דרכי המסחר השתפרו, וההיקף גדל. השימוש בכרטיס אשראי נוח יותר מבכסף מזומן, ניתן לשלם במועד מאוחר יותר ולעקוב אחר ההוצאות וההכנסות בקלות רבה יותר. הבדיקה הממוחשבת של הכרטיס בזמן הקניה מסלקת חששות של חוסר כיסוי הקיימים בשיק בנקאי. הקניה מתבצעת בין מוכר לקונה, כאשר המשלם הוא חברת האשראי, על פי הסכם בין הקונה לביתה. לדוגמא: כל קניה שהתבצעה בחודש אדר תשולם ע"י החברה מיד או בסמוך למועד הקניה אך הקונה ישלם לחברה רק בחודש ניסן.

יש הסכם בין המוכר, לבין חברת האשראי, הקובע את מועד התשלום של החברה למוכר על פי היקף העסקאות או סכום הכסף של המוכר. החברה גם מנכה סכום מסוים כעמלה, גם סכום זה נקבע בחוזה שבין הצדדים. יש הסכם נוסף בין הבנקים לחברת אשראי, להעברת הכספים מחשבונות המוכר לחברת האשראי, ומחברת האשראי למוכר.

• מהותו של מעשה הקניין

הקניין הוא מעשה שביצע אחד הצדדים על חפץ מוכר או קונה, הקובע סופית שיש לעשות כפי שהוחלט ללא יכולת חזרה, יותר מכך הקניין עצמו מעביר את הבעלות על החפץ מראובן לשמעון.

האחרונים<sup>1</sup> דנו האם מעשה הקניין הוא עצמו המעביר בעלות או מעשה הקניין מהווה סימן לכך שיש כאן גמירות הדעת ואשר על כן נגמרה העסקה ואין אפשרות חזרה.

המקור העיקרי לכך, שעיקר הקניין הוא גמירות הדעת, הוא בגמרא (כתובות קב:):

”אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך, כך וכך, כמה אתה נותן לבתך, כך וכך, עמדו וקדשו קנו. הן הן הדברים הנקנים באמירה”

דוגמא נוספת לכך ניתן לראות בדברי הגמרא במסכת בבא מציעא (י ע"א) שם מדובר באדם שראה מציאה ברחוב, ורצה לקחת אותה לעצמו והחליט ליפול עליה ועל ידי כך לקנותה לעצמו, ובינתיים הגיע אחר וחטפה ממנו, זכה החוטף. הגמרא מסבירה את טעם הדין בכך ש:

”כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני”

הנה לפנינו מצב שיש בו שתי אפשרויות למעשה קניין, וכוונה לקנות בדרך אחת. הראשון שראה את המציאה עמד בסמוך לה בתוך ד' אמותיו, ויכל לקנותה בכך, הרי שנוצר מצב שאדם רוצה באופן כללי לקנות את החפץ ועשה מעשה המועיל ובכל זאת לא קנה אלא החוטף זוכה במציאה. מפני שהקונה אמנם רצה לקנות אלא שהוא לא רצה לקנות על ידי קניין ד' אמות, ועדין לא הספיק לקנות במשיכה, ובנתיים זכה החוטף במציאה.

הנה מתבאר שלמרות שמעשה קניין היה כאן, עדין לא קנה הראשון משום שלא גמר בדעתו, ומכאן ניתן להסיק שהדבר הקובע בקניין הוא רק גמירות הדעת, ולא מעשה הקניין.

אומנם ניתן לומר שזהו דווקא בקניין ד' אמות של אדם שהוא מדרבנן מה שאין כן בקנייני תורה, היינו אומרים שהמעשה הוא העיקר.

בהמשך הדברים נעלה נקודות על מנת לבחון האם לחיצת העכבר יש לראות בה כמעשה קניין או כמעשה המצביע על גמירות הדעת המועילים לביצוע הקניין, כאשר באות בחשבון שלוש אפשרויות:

א. ללחיצה על העכבר אין כל משמעות משפטית, ורק במשיכת החפץ לאחר זמן התבצע הקניין.

<sup>1</sup> עיין דבר אברהם סימן א.

- ב. הלחיצה על העכבר היא תחילתה של העברת בעלות, המתמשכת עד הגעת החפץ לבית הקונה, לפיכך, יכול הקונה או המוכר לחזור בו מהעסקה, עד ההספקה.
- ג. הלחיצה עצמה מעבירה את הבעלות, וכל המשך התהליך בלתי נמנע מרגע זה.

• קניין באמצעות חברת אשראי – מדין עבד כנעני

קניה באינטרנט, היא למעשה קניה באשראי, שמשמעותה היא שכסף עובר מחברת האשראי אל חשבון הבנק של המוכר, ולא באופן ישיר מן הקונה. נברר את הדין בקניה כאשר משלם אחר ולא הקונה.

הנה הגמרא במסכת קידושין<sup>2</sup> דנה במצב דומה: האם אפשר לקדש אישה על ידי כך שאדם אחר ולא הבעל יתן את כסף הקידושין לאישה?

הגמרא הסיקה שקניין זה מועיל, וראיה לכך שעבד כנעני יוצא לחופש, או יותר נכון קונה את החופש שלו על ידי שאחרים משלמים כסף לאדון שלו.

מסקנת הגמרא היא: האישה אכן מתקדשת בקניין כזה, כמו שעבד כנעני משתחרר בו.

רבא, שם בגמרא מחדש ואומר "וכן לעניין ממונא" ונחלקו בראשונים בכוונת דבריו.

שיטת הרמב"ם ורי"ף היא קניין מדין ערב מועיל לקידושי אישה וכן לקניין עסקי להעברת בעלות על מטלטלים ונכסי דלא נידוי. אבל לא נכללו בדבריו של רבא קניין כדוגמת עבד-כנעני. שמועיל רק בקידושי אישה ולא בקניינים עסקיים.

שיטת רש"י היא שדבריו של רבא מוסבים גם לגבי 'דין עבד', ואופן זה מועיל אף לקנייני ממון.

החילוק בין קנייני קידושין לקנייני מסחר:

הגאון ר' שמעון שקופ<sup>3</sup> מבאר את החילוק בין קידושי אישה לקניינים המסחריים בכך, כאשר אדם מקדש אישה הוא אינו זוכה בבעלות על גופה, אין קניין הקידושין קונה "זפצא" אלא הקניין על ההתחייבות ההדדית שכן אין האישה ממונו של בעל, ואין העבד כנעני שמשתחרר קונה מהאדון משהוא מעצמותו שלו שנמצא אצל האדון וכאילו צריך לקנות את זה ממנו כדי להשתחרר, אלא די בכך שהאדון משחררו מהקניינים שהיו לו עלוי בהם התחייב לעבוד עבורו ועד שימושים.

<sup>2</sup> מסכת קידושין דף ז.

<sup>3</sup> ר' שמעון שקופ (קידושין סימן ט). אמרי בינה (קניינים סימן ד). המקנה קידושין ז.

ר' שמעון הסביר בכך מדוע האישה מתגרשת בעל כורחה, שאין צריך את רצונה בגירושין שנאמר שהיא קונה דבר מעצמותה שהיה אצל בעלה אלא הגירושין הם רק סילוק בעלות הבעל עליה וממלא היא חופשיה לעצמה. וכן הסכימו המקנה והאימרי בינה.

אומנם הפני יהושע ביאר שאין הברל בניהם ולמעשה מועילים הקניינים אף למסחר ובאר בדעת הרמב"ם שהשמיטם מפני שסמך על הדין הכללי בממונות "זכין לאדם שלא בפניו".

#### • זיכוי חשבונו של המוכר, האם דינו כנתינת כסף?

ניתן לסכם ולומר שתמורת החפץ הנקנה בלחיצת העכבר משולמת על ידי חברת האשראי לחשבון הבנק של המוכר. יש לבחון האם מצב זה נחשב כנתינת כסף, שהרי למעשה לא קיבל המוכר כסף בעבור העסקה, אלא רק חשבונו בבנק תפח. דהיינו, כעת הבנק חייב לו יותר כסף.

קשה להגדיר את חשבון הבנק כפקדון, למרות שבארץ כל הבנקים חתומים על היתר עסקה, כדי לא לעבור על איסור ריבית, דבר המגדיר את הכסף כחצי פקדון וחצי מלווה. קצוה"ח (סימן קא ס"ק ד) כתב:

"כיון דעיקרו אינו אלא להפקיע איסור ריבית, אם כן, דינו כשאר חוב".

נראה שחוב באשראי שמיד נחקק בזכרון המחשב, דינו כשווה כסף. שהרי, לפי "דף חשבון" כזה יש ידיעה ברורה על הכסף שבבעלותו, ואף אם ברגע זה אינו כסף בעין, הרי על כל פנים שווה כסף הוא, לפי אחוזים ביחס למועד הגביה. ועדיף ממוכרת כתובתה, שכאן אין חשש שאין לכסף כיסוי, שהרי חברת האשראי אישרה את ביצועה העיסקה, כלומר היא אחראית לשלם למוכר ואחר כך היא תתבע את הקונה.

#### • קניין כסף בלא משיכה

הנה כאשר הקונה נותן את כרטיס האשראי, או לוחץ על העכבר הרי שבאותו רגע<sup>4</sup> הוא מזרים כסף למוכר. וקונה מדין קניין כסף לשיטות שמועיל קניין זה.

<sup>4</sup> בקניית חפץ באשראי יתכנו מספר אופציות:

א. הכסף זורם מיד אל המוכר.

ב. הכסף ישלח למוכר בתאריך מסוים.

ג. הכסף ינתן למוכר בתנאי שיביא את תלושי האשראי. או כשיש אישור טלפוני.

יש לדון אם נקנה הדבר מדיני שליחות, ברגע שחברת האשראי ישלמו למוכר, או מדין זכין. כמו כן, יש להעיר, שאין שליחות לגוי, אם החברה של גויים ועוד את מי מינה המשלח לכך.

חכמים ביטלו את קניין כסף של התורה<sup>5</sup> ולכן הקונה שלנו עדין לא זכה בחפץ ואין אחריותו עליו. אלא שיש לדון בטעם גזרתם במקרה שיש אחריות של החברות לעסקה במקרה שישרף או יזקף החפץ, שאז יש לומר שהכסף קונה. והוא מחלוקת באחרונים. גם כשהכסף לא קונה עדיין חל הדין של מי שפרע. לומר שהצדדים חייבים לבצע את העסקה.

#### • קניין מנהג הסוחרים

הגמרא בבא מציעא (דף עד/א) קובעת אפשרות קניינית חדשה המתבססת על מנהג הסוחרים<sup>6</sup>:

”אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטמתא קניא למאי הלכתא רב חביבא אמר למקניא ממש רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע והלכתא לקבולי עליה מי שפרע ובאתרא דנהיגו למקני ממש קנו”

העסקה נגמרת בקלות ומהירות מבלי שיצטרכו המוכר והקונה לעמוד בצד הסחורה או החנות וכדומה אלא בלחיצת היד או בכל מעשה סימלי שיקבע, למשל: מסירת מטבע<sup>7</sup>, תתממש העסקה.

האחרונים חלקו בהגדרת טיב העסקה:

נתיבות המשפט (סימן רא ס"ק א) קובע שקניין זה לא עדיף משאר קנייני חז"ל, ואשר על כן מועיל רק מדרבנן. וכמו שאמה שאנסוהו חכמים בתקנתם גדרו רק כקניין דרבנן אף הסוחרים כוחם ליצור רק קניין מדרבנן.

החתם סופר טוען שיש להבדיל בין דרכי קניין שייצרו חכמים, אשר אכן מועילות רק מדרבנן ולא מדאורייתא, לבין קניין שנוצר מתוך מנהג של סוחרים השוק אשר לו תוקף מן התורה. לדעתו, גמירות הדעת יכולה להיקבע באחת משלוש דרכים:

א. התורה קבע שמעשה זה מוכיח על גמירות הדעת ומועיל להעביר בעלות.

ב. חכמים תיקנו בעת הצורך שמעשה מסוים יועיל כנ"ל.

ג. אנשי השוק בעצמם רוצים כך לסגור עסקאות, ומעתה אין לך גמירות דעת טובה יותר.

<sup>5</sup> בבא מציעא פרק הזהב נו ביטלו קניין הכסף שמה יאמר לו נשרפו חיטך בעליה. כתב התוספות (דף נח) היינו שאין הלוקח קונה החפץ אבל המוכר כבר קנה הכסף והתחייב לעסקה ויש מי שפרע.

<sup>6</sup> כן נפסק בשולחן ערוך (סימן רא) להלכה.

<sup>7</sup> רא"ש (ב"מ שם) הביא דוגמא זו. ובכסף בקודשים (חו"מ סימן רא) כתב שאם שילם בכסף ולא נתן את שווי המקח אלא רק דמי קדימה וכדומה, ליכא גזירה שמה יאמר לו נשרפו חיטך העליה כיוון שעדין בהול על שאר כספו.



נפקא -מינה בין שיטתם תהיה אם קניין סיטומתא מועיל לדבר בו נדרשת בעלות מהתורה. לדוגמא, האם לולב הנקנה עבור היום הראשון של סוכות בקניין מנהג הסוחרים נחשב "שלו" מהתורה או לא.

בדומה, נחלקו האחרונים בבעיה הבאה:

אם ישראל שרצה לעשות שותפות עם גוי כדי להיפטר מחיוב פטר-חמור, האם צריך לעשות גם כסף וגם משיכה, כדי להיות בטוח שהקניין מועיל מהתורה או סגי רק בקניין מנהג הסוחרים ודי בכך.

#### • התחייבות לעומת קניין

יש לרון האם העסקה באינטרנט היא התחייבות או יותר מזה היא קניין והעברת בעלות בחפץ. פעמים רבות הצדדים רק מתחייבים למכור וכנגד מתחייבים לקנות.

אם נתיחס למהות העסקה כהתחייבות לקנות בלבד, יש לרון האם על פי ההלכה יש תוקף להתחייבות כזו, והאם חיוב זה הוא עילה לתבוע אותו אח"כ או שמא יש כאן רק התחייבות לתת אשר אינה תקפה, שכן אין קנין בחפץ עצמו.

נה"מ (סימן רג סע' ז) סובר שקיימת הבחנה בין שלושה מושגים:

קניין - פירושו העברת זכות ובעלות בחפץ.

שעבוד - כמו חוב פירושו שיש לפלוני זיקה בנכסי אחר שהשתעבד לו ממונית.

הבטחה אישית - פירושה שה"אני" ערב לכך שאתן ולא יותר מכך.

לדעתו אין אפשרות ליצור חיוב כזה, מפני שאין כאן חיוב של אחד לשני רק הבטחה מילולית ותו לא.

קצות חושן<sup>8</sup> סובר: שההתחייבות תועיל כאשר המתחייב משעבד את עצמו אבל בלשון התחייבות לבד אינו מועיל.

לדעת נה"מ<sup>9</sup> קניין שבא לחזק את ההבטחה, הרי זה כאילו אמר "מעכשיו" – בגלל קניין הסודר דבריו משתנים. הקניין עכשיו הוא אם אחריות של המבטיח ולכן מועיל, אומנם לקצוה"ח הקניין לא מוסיף שעבוד לקניין אלא הוא חוב אישי בלבד.

<sup>8</sup> קצות החושן (סימן רמה ס"א) מסיק כך מהרשב"א שמובא במגיד משנה (מכירה פרק ט) - המתחייב בלשון "אתן", שהוא אישית חייב בדבר, הוא מחלוקת הראשונים, המובא ברמ"א שם. ומהרי"ו פסק כסברה ראשונה, נמצא שאינו מחוייב.

יש לדון אם סיטומתא הוא כקנין סודר בענין זה. נראה שיש להוכיח מתשובות הרמב"ן<sup>10</sup> שכל שיש קניין בסוף, הרי שהקניין בא לחזק או לתקן את לשון השטר, הרי שכאן ביצוע קניין סיטומתא מחזק את לשונו. עוד ראייה מהגהות מורדכי<sup>11</sup> שמועיל סיטומתא להתחייבות.

### • קניין בדבר שלא בא לעולם

בחלק מהעסקות באינטרנט, החפץ הנמכר אינו בעולם, או שאינו ברשות המוכר, ויש לדון האם עובדה זו פוגעת בחלות העסקה על פי ההלכה.

ידוע שביסוד מעשה קניין עומדת ההסכמה לביצוע העניין, גמירות הדעת. אולם במקרה והחפץ המדובר עדיין לא נמצא בעולם הרי לא יכולה בכלל להתרחש כאן הסכמה שיש בה גמירות דעת מפני שבלב הצדדים הספק אם אכן העסקה תצא אל הפועל.

ניקח כדוגמא<sup>12</sup> אדם המחפש מוהל למול את בנו שעדיין לא יצא לאויר העולם. מהם התחייבו זה לזה שביום הברית יבוא המוהל מרחוק כדי למול את בנו. אלא שכעת התינוק, הבן, אינו בעולם. ביום הברית הזמין אבי הבן מוהל אחר לעשות את הברית, וטען המוהל הראשון שזכותו בלבד למול. הרב פסק באותו מקרה שאין לראשון על מה לקבול או להתלונן. האחרונים פסקו שוראי מדין נזיקין יש לו תביעה עליו.

דעת החתם סופר בתשובה (תו"מ סימן סו) היא שקניין סיטומתא מועיל אפילו בדבר שלא בא לעולם, מפני שהגמירות הדעת כל כך חזקה בעסקה כזו, שהרי מועילה אפילו שאין החפצים בפנינו, כמו כן, תועיל גם כשאינם בעולם.

אלא שלענ"ד יש מה לדון בעניין, מכיון שרבו מקרים שלקוחות מבטלים את העסקה קודם שהגיע החפץ לביתם, בדרך כלל ללא התנגדות המוכר. נעשה הדבר כהבטחה לקנות בתנאי שלא ימצא במקום אחר מחיר יותר טוב, ולא גרע הדבר מקונים שיכולים לחזור בהם אפילו מדבר שכבר הגביהו, קודם ששלמו, מכיוון שזה מקובל לחזור גם אז<sup>13</sup>.

נראה שיש מקום לומר שהעסקה נגמרת רק כאשר מגיע החפץ לידי של הקונה וכל ההקדמות כדי למשוך את הלקוחות. אומנם תשלומי נזק בגין ביטול הקניה ודאי יוטלו על החוזר. על כל

<sup>9</sup> נה"מ (סימן רמה ס"ק ב)

<sup>10</sup> תשובת הרמב"ן נפסקה בשו"ע (סימן ריב)

<sup>11</sup> שו"ע (יו"ד סימן רסד סע' א), ושם בפתחי תשובה עיין בחת"ס.

<sup>12</sup> ברמ"א (שם). בפתחי תשובה (ס"ק יא). פסק החת"ס: רק כשמצא מוהל יותר טוב ממנו, מבטל את העסקה

שהוא כמו תרי תרעי, שבכהאי גוונא אין מי שפרע.

<sup>13</sup> ואם כן, ניתן לראות קניין זה כסיטומתא במקום שנוהגים רק לקבל מי שפרע.

פנים, נראה שיש להסכים באופן שעדין לא ירד הכסף מחשבון חברת האשראי לידי המוכר וכל הקונה לחזור בו לומר קים לי.

### • דינא דמלכותא

שמואל קובע שדינא דמלכותא דינא, מה שהמלכות קובעת בהפקעת אדמות לטובת המלך דינא דין. כן נפסק בשו"ע חו"מ (סימן שפט).

על מנת לראות האם ניתן לטעון שהעסקה חלה מכח 'דינא דמכותא', יש לברר מהם גדרי הדין: כמה יש למלך את הזכות והסמכות לקבוע ובמה אין לו,

הריב"ש בתשובותיו דן בעניין זה עם בנו של התשב"ץ, האם יש למלכות את הכוח לקבוע שפסקי דין של חכם יהודי אחד יקבעו לכל היהודים שבמדינתו. מסקנתו היא שאין זה בגדר חוקי המלך ולכן אין לו זכות לקבוע, הוא הסתמך על לשון התוספות: "דינא דמלכותא דינא ולא דינא דמלכתא דינא".

כלומר, חוקי המלכות לדידו כתובים בפרשיית המלך, ששמואל הנביא הזהיר את העם והתריע בהם שלא לדרוש מלך, ושם פרט את זכויותיו לקחת מבנותינו לנשים בנינו לעבדים וכו'... אבל לא נאמר שיכול להתערב לקבוע מי הוא החכם של המדינה.

אם נלך לפי הפרשנות המצומצמת של חוקי המלך הרי שזכותו רק לגבות מסים וארנונה, להעניש, להפקיע שטחים ועוד. אבל אין בסמכותו לקבוע צורות מסחר חדשות. אמנם יש בסמכות המלך לקבוע דיני עונשים וקנסות על העובר על הכללים, אבל יש לדון אם יש לו זכות בהגדרת כללי המסחר.

שו"ת מנחת יצחק קובע שלשיק בנקאי יש תוקף הלכתי מכות דינא דמלכותא, כיון שאם אדם לא פורע אותו הוא צפוי לעונש פלילי. (אומנם לדברינו יש להתישב בדבר).

יש להוסיף דעת הר"ן (נדרים כט:) שרק למלכי האמות אמרו שדינא דמלכותא דינא אבל לא למלכי ישראל מפני שאין למלך זכות לגרש שום אדם מארץ ישראל. אשר על כן נראה לדעתו שאין דין זה נוהג בארץ.

יש לדון במצב שיש סתירה בדבר בין דין התורה הקדושה לדין המלכות. למשל, המוצא אבידה שעל פי דיני תורה יכול לקחת לעצמו, והמלך ציוה לתת אותה לקופה של העיר. אכן מבואר בכה"ג ברמ"א (חו"מ סימן רסב) שיתן לקופה של עיר.

הש"ך באר את הדין, שלמעשה גם לדין תורה לפנים משורת הדין כן הוא. משמע שאם דין המלכות יסתור לתורה אין דינו תופס.

## סיכום

לגבי קניין באינטרנט, עסקנו במספר נקודות:

- א. העברת הכסף על ידי חברת האשראי למוכר כמוה כקניין מדין עבד כנעני. בשאלה האם קניין זה מועיל לממונות כמו לקידושי אישה נחלקו ראשונים ואחרונים. לר' שמעון שקופ בשיטת הרמב"ם אינו קניין ממוני, ולכן אינו מועיל. לדעת הפני יהושע ועד הסוברים שחל כאן דין קניין כסף אפילו לדעת הרמב"ם.
- ב. בגדר התקנה שקניין כסף אינו מועיל במטלטלין, יש לרון אם ביטלוהו ולא גזרו במצב זה שיש חברות ביטוח שמבטיחות את החפץ במקרה שינוק.
- ג. קניין מנהג הסוחרים מועיל ויש לרון אם רק מדרבנן או אפילו מדאורייתא. ואשר על כן לעניינים שחובם מהתורה יש מקום להחמיר ולא להסתמך על אחרונים שסוברים שקניין דרבנן מועיל לדאורייתא.<sup>14</sup>
- ד. חזרה מעסקה שבוצעה באינטרנט – כשהחפץ אינו במציאות קיים. יש לרון על פי האמור למעלה, האם יכול הקונה לחזור בו מהעסקה, כיון שלרוב הדעות אין בה אלא מנהג המדינה (לכולי עלמא, ולמיעוט, אף קניין כסף) ובאופן שהעסקה רק הבטחה לקנות בעתיד, שלמעשה באנו למחלוקת אחרונים אם חלה ההתחייבות ולא בטוח שדין המדינה שכאן יכול לחזק את הקניין הרעוע.
- ה. בתרי תרעי יכול לחזור בו ואין מי שפרע. אשר על כן אם חל קניין רק למי שפרע עדין יוכל לחזור (עיין בהערה 16).

<sup>14</sup> קצות החושן (סימן קלד), בעניין מכירת חמץ בפסח, הביא את הדעה להלכה שמועיל קניין דרבנן לדאורייתא. עוד יש להעיר, שדין מנהג הסוחרים בקרקעות, נתון במחלוקת הפוסקים. עיין ש"ך (סימן רא ס"ק א).



שער

תנ"ך



הרב יוסף כרמל שליט"א

ראש הכולל

### "ועם האמהות אשר אמרת עמם אכבדה"

פתיחה

סופו הטרגי של הויכוח בין מיכל ודוד (שמו"ב ו, כג): "ולמיכל בת שאול לא היה ילד עד יום מותה"<sup>1</sup> - מחייב אותנו לנסות ולהבין מה הסתתר מאחורי הויכוח הנוקב בין דוד ומיכל. באחד מרגעי השיא של מלכות דוד, ביום בו הפכה ירושלים להיות לא רק בירתו הפוליטית של עם ישראל, אלא גם בירתו הרוחנית<sup>2</sup>, חושף הנביא בפנינו מערכת יחסים בעייתית, ורגשות שלילים עזים, השוררים בתוך ביתו של דוד פנימה. כך מתוארים הדברים בנביא (שמו"ב ו, טו-כג):

"ודוד וכל בית ישראל מעלים את ארון ידוד בתרועה ובקול שופר: והיה ארון ידוד בא עיר דוד ומיכל בת שאול נשקפה בעד החלון ותרא את המלך דוד מפוז ומכרכר לפני ידוד ותבו לו בלבה: ויבאו את ארון ידוד ויצגו אתו במקומו בתוך האהל אשר נטה לו דוד ויעל דוד עלות לפני ידוד ושלמים: ויכל דוד מהעלות העולה והשלמים ויברך את העם בשם ידוד צבאות: ויחלק לכל העם לכל המון ישראל למאיש ועד אשה לאיש חלת לחם אחת ואשפר אחד ואשישה אחת וילך כל העם איש לכיתו: וישב דוד לברך את ביתו ותצא מיכל בת שאול לקראת דוד ותאמר מה נכבד היום מלך ישראל אשר נגלה היום לעיני אמהות עבדיו כהגלות נגלות אחד הרקים: ויאמר דוד אל מיכל לפני ידוד אשר בחר בי מאביך ומכל ביתו לצות אתי נגיד על עם ידוד על ישראל ושחקתי לפני ידוד: ונקלתי עוד

<sup>1</sup> ביטוי זה, שמשמעותו, לפי הפשט, נתק ביחסים בין דוד ומיכל (עיין ברלב"ג), נדרש ומתפרש על ידי חז"ל בכמה דרכים שבהמשך נפרטם. בין כך ובין כך יש בפשט הדברים גם ביקורת ואולי גם רמז לעונש.

<sup>2</sup> שהרי העלאת הארון לירושלים היא הצעד המעשי הראשון בהכרזת ירושלים לדורי דורות כמרכז הרוחני האחד והיחיד של עם ישראל, מציאות רוחנית חדשה ואחת המהפכות של דוד, אם לא החשובה ביותר. צעד זה משמעותי ביותר גם מבחינת בנין המקדש (עיין ברד"ק).

כך גם ניתן להבין את הפסוק (שם, יד): "ודוד מכרכר בכל עז לפני ידוד ודוד חגור אפור בד", כמלך-כהן בונה מקדש, בכיוון דברי הרמב"ם (כלי המקדש פרק י ה"י ג):

"...אפור זה היו חוגרים אותו בני הנביאים ומי שהוא ראוי שתשרה עליו רוח הקדש להודיע כי הגיע זה

למעלת כהן גדול שמדבר על פי האפור והחשן ברוח הקדש."

דלא כרש"י (שמו"ב ו, יד) ואכמ"ל.



מזאת והייתי שפל בעיני ועם האמהות אשר אמרת עמם אכבדה: ולמיכל בת שאול לא היה לה ילד עד יום מותה:"

רוממות הרוח המתוארת בפסוק הראשון<sup>3</sup>, מתחלפת מיד לאחריו, בשלשה רמזים המבטאים משבר עמוק:

א. מיכל איננה משתתפת בחגיגה כמוכח מהשתקפותה בעד החלון, אף על פי שנשים השתתפו בה<sup>4</sup>.

ב. הכתוב משתמש בביטוי השלילי "נשקפה בעד"<sup>5</sup>.

ג. הכתוב משתמש בביטוי השלילי "ותבו"<sup>6</sup>.

קשיים ודגשים בפרשה

עיון בפרשיה מעלה שני קשיים:

א. על פי הפשט נראה שהויכוח בין מיכל לדוד הוא בדיני "מורא מלכות", על פי הדרש, הויכוח הוא בהלכות צניעות<sup>7</sup>. בין כך ובין כך, צריך ביאור מדוע נזקק דוד להשוואה הפוגעת לבית שאול חמיו - "אשר בחר בי מאביך ומכל ביתו", קשה עוד יותר התוצאה הנוראית<sup>8</sup>: "ולמיכל בת שאול לא היה לה ילד עד יום מותה"<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> השווה: תהילים מז, ו; ובהקבלה: עמוס ב, ב.

<sup>4</sup> כפי שרמזו בפס' טו "בית ישראל" ועיין לקמן, וכמוכח בפס' יט "למאיש ועד אשה" ושוב מוכח בהשתתפותן של האמהות (פס' כ, כב).

<sup>5</sup> המופיע בהקשרים שלילים בלבד. השווה:

"בעד החלון נשקפה ותיבב אם סיסרא בעד האשנב מדוע בשש רכבו לבוא מדוע אחרו פעמי מרכבותיו" (שופטים ה' כח).

"ויבוא יהוא יזרעאלה ואיזבל שמעה ותשם בפוץ עיניה ותיטב את ראשה ותשקף בעד החלון" (מל"ב, ט, ל).

ועוד עיין ירמיהו ו, א. ועיין רש"י (בראשית יח, טז):

"וישקיפו על פני סדום - כל השקפה שבמקרא לרעה חוץ מהשקיפה ממעון קדשך (דברים כו טו), שגדול כח מתנות עניים שהופך מדת רוגז לרחמים".

<sup>6</sup> ביטוי זה מופיע אך ורק בשתי ההופעות הבאות בלשון זכר:

"ויעקב נתן לעשו לחם ונזיד עדשים ויאכל וישת ויקם וילך ויבז עשו את הבכרה" (בראשית כה' לד).

"ויבז בעיניו לשלח יד במרדכי לבדו כי הגידו לו את עם מרדכי" (אסתר ג, ו).

<sup>7</sup> כמבואר במדרש (במדבר רבה (וילנא) פרשה ד ד"ה ופקדת אלעזר):

"וכך אמרה לו מיכל של בית אבי היו צנועין כל כך ואת עומד ומגלה לבושך כאחד הריקים

כיון שגמרה דבריה אמר לה: וכי לפני מלך ב"ו שחקתי ולא לפני מלך המלכים שחקתי "

<sup>8</sup> ניתן לפרש את הפסוק כמתאר עונש משמיים או כתוצאה של פרישת דוד ממיכל.

ב. חז"ל התלבטו מאוד במשמעות עונשה של מיכל<sup>10</sup>. במקרא יש קשר עקבי בין הולדת בן, או יכולת ההולדה, לבין שאלת המלכות וההנהגה<sup>11</sup>, נשאלת השאלה האם עיקרון זה מומש גם כאן?

מספר עובדות בולטות לעין המעיין בפרשיה :

א. נושא הזוגיות והמשפחה מודגש מאוד בפרשיה. הדבר בא לידי ביטוי בשתי צורות :

1. ישנה הדגשה כי חלוקת המתנות היא " למאיש ועד אשה"<sup>12</sup>.

2. הביטוי "ביתו" בהחלט יכול להיחשב כמילה המנחה של הפרשיה, הוא מופיע שלש פעמים<sup>13</sup>, ככולם במשמעות של משפחה. מילה זו קושרת את הפרשיה שלנו עם הפרשיה הבאה<sup>14</sup>, שם ללא כל ספק המילה "בית" היא המילה המנחה.

ב. דוד מדגיש את העובדה שהוא איננו רואה עצמו כממשיכה של משפחת שאול, לכאורה זו עובדה מיותרת, בין אם הויכוח הוא על דיני מורא וכבוד מלכות, ובין אם הוא על עניני צניעות.

ג. ההשוואה ל"אמהות" מודגש גם בדברי מיכל וגם בדברי דוד.

<sup>9</sup> חז"ל במדרש המובא לעיל (הערה 7), ניסו להסביר את הקשר בין החלפת שאול כדוד ובין ויכוח זה, אולם, אין בכך תשובה לפשוטו של מקרא. מה גם שבדבריהם אין הסבר לחומרת העונש, שהרי גם בטענת מיכל יש מן הצדק. <sup>10</sup> הגמרא (סנהדרין כא.) מעמתת את פסוקנו עם הזיהוי של מיכל עם עגלה (שמו"ב ג, ה). לדעת רב חסדא, ביום מותה היה לה ילד, ובזה היא צועדת בעקבות "סבתה" - רחל. זו גם דעת המדרש (בראשית רבה ויילנא) פרשה פב ד"ה ויסעו מבית). זו גם דעת מדרשים נוספים (במדבר רבה ויילנא) פרשה ד ד"ה כ ופקדת אלעזר; מדרש שמואל (בובר) פרשה יא ד"ה [ג] וכלתו אשת, בשם ר' יודה בר ר' סימון).

בהמשך דברי הגמרא נדחים דברי רב חסדא, מכיון שבגנה של עגלה, יתרעם, נולד בחברון, וביום מותה של מיכל משפחת דוד גרה בירושלים. עיין לקמן הצעתנו לתירוץ הקושיא.

מסקנת הסוגיא: "עד אותו מעשה - היה לה, מכאן ואילך - לא היה לה". לפי דעה זו, יתרעם נולד אכן בחברון כמה שנים קודם למשבר.

<sup>11</sup> כדוגמת הדיון בגמרא (סוטה יא.) בשאלת בניו של אבשלום, בדברי ירמיהו (ירמיהו כב, כח-ל) אודות גורלו של יהויכין, וממילא הכרעתו בשאלת יורשו הלגיטימי של יאשיהו. עיין עוד: סנהדרין כא. בעניין עונשו של אמנון, ושם קא: בעניין נבט ואחיתופל.

<sup>12</sup> ביטוי זה הינו יחידאי במקרא.

<sup>13</sup> בפסוק יט, במשמעות שכל העם חזר אל משפחותיו; בפסוק כ, ככינוי למשפחת דוד; ובפס' כא, ככינוי למשפחת שאול.

<sup>14</sup> שם העצם "בית" מופיע בפרק ז' 14 פעמים. המילה "ביתו" מופיעה כבר בפסוק הראשון, וקושרת בין שתי הפרשיות. עיין לקמן בהסבר הקשר ובהערה 42 לקמן.

## פרידת מיכל מדוד והשלכותיה

מיכל, אשתו הראשונה של דוד, ראתה עצמה מאז נישואיה, כמי שראויה לשאת בתואר הנכבד "אמה של מלכות". כלומר, היא, ורק היא, תשא בתואר הנכסף "אשת דוד"<sup>15</sup>. היא ורק היא, תזכה לבנות את ביתו של דוד, ובנה הוא שישא בתואר "יורש העצר". למעמד זה זכאית מיכל בזכות ולא בחסד, שהרי :

א. בזכותה רשאי דוד לשאת את התואר "חתן המלך"<sup>16</sup>, מה שמעניק לו את האפשרות לזכות במלכות כדורש<sup>17</sup>.

ב. מיכל היא שהצילה את חיו של דוד, גם במחיר חרון אפו של אביה, שעלול היה לגרום לתוצאות חמורות ביותר<sup>18</sup>.

תוך כדי רדיפת דוד, נוקט שאול בפעולה חסרת תקדים בחריפותה כנגד דוד, שאול נותן "את מיכל בתו אשת דוד לפלטי בן ליש אשר מגלים"<sup>19</sup>.

חז"ל ניסו להסביר פעולה זו בשתי דרכים :

א. שאול, שביטל בעבר את קידושי מירב לדוד, בטענה שהמקדש במלוה אינה מקודשת, ביטל גם את נישואי מיכל לדוד, בטענה, כי גם המקדש במלוה ופרוטה - אינה מקודשת, מכיון ש"דעתיה אמלוה"<sup>20</sup>. לשיטה זו פלטי לא נגע<sup>21</sup> במיכל כל אותה תקופה, וממילא, מיכל יכלה לחזור לדוד כיון שלא נאסרה עליו.

<sup>15</sup> ואכן מיכל היא היחידה שכונתה בכינוי זה עיין שמו"ב ג, ה.

<sup>16</sup> יש לציין, כי במידה מסוימת מיכל היא היוזמת את חתונתה עם דוד (שמו"א יח, כ), היא האשה היחידה שהנביא מציין שאהבה את בעלה ועוברה זו מצוינת פעמיים עיין גם שם כח.

<sup>17</sup> במקרה שאין בנים או במקרה שהבנים יוותרו על זכותם. יתכן שכך צריך להבין את בקשת דוד מאבנר להשיב את מיכל אליו (שמו"ב ג, ג). ואת הדרישה שדווקא איש בושת, יורשו של שאול, הוא זה שיחזיר את מיכל לדוד ובכך יחזיר את דוד למעמדו כדורש של שאול (שם יד) ועיין עוד לקמן.

<sup>18</sup> עיין שמו"א יט, יז והשווה לשמו"א כ, ל-לג.

<sup>19</sup> שמו"א כה, מד.

<sup>20</sup> סנהדרין יט: דעת רב פפא ודעה נוספת באותו כיוון, שגם קידושיה של מיכל היו רק במלוה, כיוון שלדעת שאול גם מאתים ערלות אינן שוות פרוטה. להלכה נפסק דלא כשאול ובית דינו, עיין שו"ע (אבה"ע סימן כח סע' יד). עיין לעיל הערה 10 והערה 17.

<sup>21</sup> בגמרא (סנהדרין יט):

"כתיב פלטי וכתוב פלטיאל אמר רבי יוחנן: פלטי שמו, ולמה נקרא שמו פלטיאל - שפלטו אל מן העבירה, מה עשה? נעץ חרב בינו לבינה, אמר: כל העוסק בדבר זה ידקר בחרב זה".  
ועיין עוד שם בניסיונה של הסוגיא להביא ראיות ורמזים מן הפסוקים ולדחוק בפסוקים הקשים. וכן במדרש (ילקוט שמעוני שמואל א רמז)

"ואת עלית על כלנה זה פלטי בן ליש. וא"ר שמואל בר נחמני א"ר יונתן מאי דכתיב שקר החן והבל היופי, שקר החן זה יוסף. והבל היופי זה בועז. אשה יראת ה' היא תתהלל זה פלטי בן ליש"

- ב. שאול נתן את מיכל לפלטי בטענה כי דוד חשוב כמת, מפני שהוא מורד במלכות. אמנם הדבר מנוגד להלכה<sup>22</sup>, על כן, נישואיהם היו בעבירה<sup>23</sup>. מיכל חזרה אל דוד כיון שטעותו של שאול, מבחינתה, היא אונס, ו"אשת ישראל שנאנסה מותרת היא לבעלה"<sup>24</sup>.
- במאמר זה נבחר בדרך השנייה, כיון שעל הדרך הראשונה ישנן קושיות חמורות ביותר:
- א. כינויו של פלטי "אישה" של מיכל (שמו"ב ג, טז).
- ב. בכיוו של פלטי בזמן הפרידה ממיכל (שם).
- ג. פקודת הפירוד שניתנה על ידי אבנר (שם יז).
- ד. הקושייה החמורה מכולן: כיצד חזרה מיכל לדוד אחרי מגוריה עם פלטי במשך תקופה ארוכה בבית אחד? שהרי הודאת שניהם אינה מספקת כדי להתירה<sup>25</sup>!!!
- עם נתינתה של מיכל לפלטי בן ליש, הכרותו של דוד כמת מקבלת משמעות של "כי לקח אותו האלהים"<sup>26</sup>.

נראה שהמדרש מסתמך על כינויו של פלטי (שמו"ב ג, טז) "וילך אתה אישה", ובכך מנסה לענות על אחת הקושיות החמורות ביותר על שיטה זו.

<sup>22</sup> עיין הסבר מעיין זה בעניין דוד ואביגיל בשו"ת רדב"ז (חלק ז סימן כט ד"ה תשובה)

"ולעיקר השאלה היה אפשר לומר דסבירא ליה לדוד, דכיון שנגמר דינו דנבל להריגה מפני שמרד במלכות, הרי אשתו למלך כשאר נכסים. וכי היכי דשאר נכסים מחיים שרו למלך הוא הדין לאשתו, דגברא קטילא הוא. וטועה היה בזה, דבשלמא שאר נכסים מותרים מטעם הפקר, אבל איסור אשת איש אינו נפקע אלא בגט או במיתה. ואפשר, דהיה סובר כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעו רבנן לקידושין מיניה, וכן אמרו כל המורד במלכות ויגמר דינו למיתה יהיו קידושין למפרע מתנה, ודוד טועה היה לא מזיד ח"ו".

לפי שיטה זו יתכן שנתנת מיכל לפלטי נעשתה כתגובה ללקיחת אביגיל על ידי דוד, ויש לעיין.

<sup>23</sup> זו דעת רבי יוסי בגמרא (סנהדרין יט:) וכן מפורש בתוספתא (סוטה פרק יא הל' יז). כך גם משמע שדעת הרשב"א (שו"ת חלק א סימן י) עיי"ש.

<sup>24</sup> לשון הרשב"א בשו"ת חלק א סימן י.

<sup>25</sup> אמנם אם הכתוב היה מעיד על כך במפורש, לנו הלומדים, לא היה כל ספק בכך, וישנן עדויות לדורות מסוג זה בכתוב, עיין כדוגמא במדרש קהלת רבה (וילנא) פרשה י ד"ה אי). המדרשים מתלכטים בשאלה זו, ואחת ההצעות, על דרך הדרש, מופיעה במדרש (ויקרא רבה (מרגליות) פרשה כג ד"ה שלשה הן):

"קרי ליה פלטי וקרי ליה פלטיאל, מי נסי פלטי ומי יהב פלטיאל, אלא אל מעיד עליו שלא נגע באשת

דוד".

השאלה הנשאלת היא, כיצד פסק בית הדין של אותו הדור על פי זה והרי "לא בשמים היא". הרשב"א (בתשובה הנוכרת לעיל) מתחבט בכך, ומציע, שנביא העיד על כך. גם לרשב"א התירוץ אינו נראה, מפני שאין לכך רמז בכתובים, והוא מנוגד לכלל "לא בשמים היא". לאור זאת הרשב"א מעדיף את ההסבר שהובא בשמו בגוף דבריניו.

<sup>26</sup> בראשית ה, כד

כך ניתן להסביר את סדר הפסוקים הבא (שמו"א כה, מב-מג):

"ותמהר ותקם אביגיל ותרכב על החמור וחמש נערתייה ההלכות לרגלה ותלך אחרי מלאכי דוד ותהי לו לאשה: ואת אחינעם לקח דוד מיזרעאל ותהיין גם שתיהן לו לנשים: ס ושאל נתן את מיכל בתו אשת דוד לפלטי בן ליש אשר מגלים:"

בתחילה מציין הכתוב כי דוד נשא את אביגיל, אשת נבל הכרמלי, לאשה. בהמשך מציין הכתוב כי דוד נשא לאשה את אחינעם היזרעאלית. ובפרשיה חדשה, המחוברת לקודמתה בוו החיבור, וסגנונה הוא עבר עברי (past perfect), מציין הכתוב, כי שאל כבר נתן את מיכל לפלטי. אם כך, נשיאתן של שתי הנשים החדשות על ידי דוד, משמעותה, התרסה כלפי שאל "אני עוד חי". זאת ועוד, אני נושא שתי נשים כמנהגם של מלכים הנושאים נשים ופלגשים<sup>27</sup>, ולא אשה אחת כמנהגם של הדיוטות. טענה זו מקבלת חיזוק ותמיכה מפרשנותו של הירושלמי (סנהדרין פרק ב הל' ג) למעשה דוד ונבל כמאבק על המלכות בכלל ועל ירושת מלכות שאל בפרט.

מיכל, חוזרת, כביכול, לביתה ומעמדה, אבל הדברים אינם פשוטים. המצב בביתו של דוד, לפחות מבחינתה, הופך להיות מסובך. לפחות שתי צרות<sup>28</sup>, תרתי משמע, מחכות לה - אביגיל ואחינעם<sup>29</sup>, ומסתבר שלא בכיליון עיניים.

ניתן להניח כי גם מערכת היחסים עם דוד עברה משבר קשה. כל פרידה ארוכה מחייבת שיקום, קל וחומר, פרידה טראומתית מעין זו. כשמוסיפים למשבר ההפרדה מאונס, גם את ההשפעה של מערכת היחסים שהתפתחה עם פלטי, המסקנה המתבקשת היא, שיש צורך במאמץ עילאי לשיקום המשפחה, שיפוץ הבית ושיקום הזוגיות...

בנין בית נאמן בישראל, בנין עדי עד, מחייב עבורה יום יומית והשקעה גם במצב רגיל, קל וחומר לאחר צרה מסוג זה. קל וחומר בן בנו של קל וחומר, במצב לא רצוי<sup>30</sup>, כשהצרות שותפות מלאות בבית זה, ולהן ולבניהן שאיפות משלהם<sup>31</sup>.

<sup>27</sup>רמב"ם (מלכים פרק ד הל' ד) "וכן לוקח מכל גבול ישראל נשים ופלגשים... אבל ההדיוט אסור בפילגש".

<sup>28</sup> ואולי אפילו חמש צרות (שמו"ב ג).

<sup>29</sup> ניתן להוסיף כי יתכן שחתונתו של דוד עם אחינעם, שהיתה מאוחרת לחתונתו עם אביגיל, יש בה גם בחינת "שוט מרדות" כלפי הדרך בה השיגה אביגיל את נישואיה עם דוד. עיין בביקורתם הנוקבת של חז"ל (מגילה יד): ובעיקר במסקנת הדברים שם:

"כי הוות מיפטרט מיניה אמרה ליה והטיב ה' לאדני וזכרת את אמתך, אמר רב נחמן: היינו דאמרי

אינשי: איתתא בהדי שותא פילכא. איכא דאמרי: שפיל ואזיל בר אווזא ועיננהי מיטייפי".

ביקורת זו הנה המשך ישיר לביקורת הכתוב, המכנה אותה באופן עקבי "אשת נבל" גם אחרי נישואיה לדוד. גם הירושלמי והילקוט שמעוני (שמואל א רמז קלד) דורשים את השמטת ה"י" משמה כרמז בכיוון זה:

"א"ר יצחק פסוק זה הזכיר פגם של אביגיל אביגל חסר יו"ד מפני שנתנה בו עיניה כשהיא אשת איש".

יתכן וזו גם הסיבה לכך שאמנון נולד קודם לכלאב, אף על פי שנישואי אמו קדמו.

בעיה מסוג זה לא תמיד פתירה כשמדובר בבית פרטי, והמצב קשה שבעתיים, כאשר מדובר בבית מלכות. בחצר המלכות נוספות גם שאלת ה"גבירה"<sup>32</sup>, "אמה של מלכות", וממילא גם שאלת מעמד הבנים, וההכרעה בעניין יורש העצר. המאבק על מקומה ומעמדה של מיכל איננו קל.

בין בית דוד לבית ה'

דוד שקיבל אור ירוק<sup>33</sup> לבניין "בית" ד' פותח בהכנות מעשיות שהראשונה שבהן היא העלאת הארון לירושלים. הארון, והכרוכים שעליו, הם הסמל ל"זכו שכינה ביניהם"<sup>34</sup> "במובן הלאומי". כנראה זו הסיבה, שהכתוב מדגיש כל כך את עניין הזוגיות, ומציין במפורש כי בטקס השתתפו "למאיש ועד אשה". ברגע זה, שאלת מעמדה של מיכל, ושאלת הקשר בינה לדוד, עולה על הפרק בכל חריפותה. השאלה מי היא הגבירה-האמא ומי הן השפחות – האמהות, אמורה להתברר<sup>36</sup>.

מיכל, מסיבותיה שלה, מחליטה להישאר ב"בית". מן החלון היא משקיפה על דוד וצרותיה המשתתפים בחגיגה. כאשר דוד חוזר לברך את "ביתו"<sup>37</sup>, מיכל מוכיחה את דוד, כביכול על עיני צניעות, אבל זהו רק תירוץ, וצפונותיה נגלים בביטויים בהם היא מחליטה להשתמש, במודע או שלא במודע.

<sup>30</sup> הלכתית, ריבוי נשים נאסר בחלק מקהילות ישראל בחרם קדמון, שחוזק על ידי מה שמכונה חרם דרבנו גרשום, עיין ברמ"א אהע"ז סימן א סע' י' ובנושאי הכלים שם. אמנם יש להדגיש כי במקורות החל מן התנ"ך ועד אחרוני האחרונים לא מצינו תוצאות חיוביות למציאות של לקיחת יותר מאשה אחת לאיש אחד. בכל ההופעות של התופעה, המציאות היא בדיעבד, או שתוצאותיה היו הרות אסון.

<sup>31</sup> אמנון בנה של אחינועם נחשב כיוורש העצר, ואף נהג ככזה. שאיפותיה של אביגיל נרמזו לעיל בהערה 29, אבשלום בן מעכה ואדוניה בן חגית ניסו גם הם לממש את שאיפותיהם ואכמ"ל.

<sup>32</sup> שאלה שהוכרעה רק בסוף ימי דוד. עיין עוד מל"א יא, יט; שם טו, יג; מל"ב י, יג; ירמיהו יג, יח; ושם כט, ב. ועוד השווה ללשון הגמרא (סנהדרין צט:): וללשון הרמב"ן (בראשית כד, טו ד"ה אשר).

<sup>33</sup> ניתן להציע, כי תחילת פרק ז' קודמת לויכוח בין דוד ומיכל, ואף קודמת לכל פרק ו'. תוצאות הויכוח הן אשר גרמו לפי זה את דחיית המשך הבניין כמוסבר לקמן. זה מסביר מדוע משתנה הכיוון לפתע ללא כל הסבר.  
<sup>34</sup> סוטה יז.

<sup>35</sup> ב"ב צט.

<sup>36</sup> השווה למתרחש בביתם של האבות, בעיקר אברהם ויעקב, וממילא, השפעת הדברים על היחס בין הבנים. עוד עיין בשאלת מעמד הגבירה בביתו של יאשיהו, והמאבק בין הנשים שם על מעמד בניהן, ואכמ"ל.

<sup>37</sup> אולי דווקא את מיכל, היחידה המכונה "אשת דוד" ו"אין ביתו אלא אשתו" עיין שבת ק"ח: בשם ר' יוסי עיין לעיל הערה 15.

היא בוחרת להדגיש את הביטוי "אמהות". מיכל רואה את עצמה, ורק את עצמה, כגבירה בביתו של דוד, האחרות הן רק "אמהות". החלטתה של מיכל להישאר בבית, היא, למרבה האירוניה, מה שחזיק ברגע זה את מעמדן, ותגובתה של מיכל אינה מתמהמהת.

ההשוואה למנהגיו של שאול, מטרתה להזכיר לדוד, כי הוא זכה למעמדו מתוקף היותו חתן המלך, ממילא ברור, גם מעמדה של מיכל ומעמד שאר נשותיו, האמהות.

דוד משיב באותה מטבע ובצורה נחרצת: "לפני ד' אשר בחר בי מאביך ומכל ביתו", רוצה לומר: "מעמדי איננו נובע מהקשר בינינו, וממילא מותר לי לבנות את ביתי עם 'האמהות אשר אמרת עמם אכבדה'. אחת מנשותי האחרות תזכה ללדת את בני אשר ישב על כסאי<sup>38</sup> וממילא היא זו שתזכה לכסא אם המלך<sup>39</sup>".

התוצאה הישירה היא: "ולמיכל בת שאול לא היה לה ילד עד יום מותה". תוצאה נוראה מבחינת מיכל, אבל לא פחות משמעותית מבחינת דוד. התנאי לבניין בית המקדש הוא היות הבונה מלך בן מלך. אילולי האירוע היה דוד, שכל חייו הוקדשו לבניין בית המקדש<sup>40</sup>, בגדר מלך בן מלך – בנו של שאול. כעת, הוא איננו יכול לבנותו, שהרי הוא איננו מלך בן מלך, ורק בנו אשר יצא ממעיו אחריו<sup>41</sup>, הוא זה שיבנה בית לשם ד'<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> והוא יהיה הראשון בתולדות עם ישראל שיזכה לתואר החיובי "אבימלך", שמשמעותו, אבי היה מלך, ואני אהיה אביו של המלך הבא.

<sup>39</sup> עיין לעיל הערה 31.

<sup>40</sup> עיין כדוגמא תהילים קלב.

<sup>41</sup> עיין שמו"ב ז, יב.

<sup>42</sup> עיקרון זה, שרק מלך בן מלך רשאי לבנות את בית המקדש, הוסבר באריכות במאמרי "מלכות בית דוד", בפרק "ובית יבנה לך ד'", בתוך "ספר חגי", ספר הזיכרון לתלמידי ישיבת ניר קרית ארבע שנרצחו בחברון, בהוצאת הישיבה תשמ"ה. הטענה העיקרית היא שנתן, בדבר ד', איננו מונע מדוד את בנין הבית בגלל בעיית הדמים הרבים, מה שאינו מוזכר כלל ברוב המקומות שהכתוב דן בהן בשאלה זו, ואינו מוזכר אף ברמז בשמו"ב ז. התשובה שפרק זה נותן, ובעקבותיו רוב המקורות בתנ"ך, היא שדוד הוא הראשון שהקב"ה יבנה לו בית מלכות, כלומר, שושלת מלכותית, מה שלא זכה לו אף מנהיג לפניו. רק לאחר שזה יקרה, ניתן יהיה לבנות לד' בית. כך גם נקבע לדורות בנוסח ברכת המזון:

"רחם נא ד' אלקינו על (1) ישראל עמך (2) ירושלים עירך ועל ציון משכן כבודך (3) ועל מלכות בית דוד משיחך (4) ועל הבית הגדול והקדוש שנקרא שמך עליו".

לע"נ

חמותי כאם לי

הרבנית כת שבע ישראלית בת הרב אהרן ע"ה

נולדה בסימן "בזאת יבוא אהרן אל הקדש"

תרע"ז

עלתה לארץ חיים בשנת תרצ"ח

נאספה לגנוזי מרומים בא' לסדר "בהר ה' יראה"

תשס"א

תורתה חסד וחייה אמונה.

הרב ישראל שריר

## הורני ה' דרכך

עיון במזמור כז בתהלים

מנהג ישראל - על שום מה?

מזמור כז בתהלים, "לדוד ה' אורי וישעי...", יחד עם תקיעת השופר של תחילת חודש אלול, מבשרים עבור רוב מתפללי בתי הכנסיות את תחילתו של חודש הסליחות והרחמים ואת הימים הנוראים שלאחריו (יש קהילות בהן נוהגים לאומרו כל ימות השנה). אך דוקא הרגילות במזמור והשגרה שבאמירתו גורמות לעתים להכחית הקשיים שיש בהבנתו, ובהבנת הסיבות שהביאו לקביעתו בסדר התפילה. ננסה בעיון זה לתהות על משמעותו של המזמור, ועל הלמוד שבו לימים אליו.

א' לדוד ה' אורי וישעי ממי אירא ה' מעוז חיי ממי אפחד:

בקרב עלי מרעים לאכל את בשרי צרי ואיבי לי המה כשלו ונפלו:

אם תחנה עלי מחנה לא יירא לבי אם תקום עלי מלחמה בזאת אני בוטח:

אחת שאלתי מאת ה' אותה אבקש שבתי בבית ה' כל ימי חיי לחזות בנעם ה' ולבקר בהיכלו:

ה' כי יצפנני בסכה ביום רעה יסתרני בסתר אהלו בצור ירוממני:

ועתה ירום ראשי על איבי סביבותי ואזכחה באהלו זבחי תרועה אשירה ואזמרה לה':

שמע ה' קולי אקרא וחנני וענני:



לך אמר לבי בקשו פני את פניך ה' אבקש:

אל תסתר פניך ממני אל תט באף עבדך עזרתי היית אל תטשני ואל תעזבני אלקי ישעי:

כי אבי ואמי עזבוני וה' יאספני:

הורני ה' דרכך ונחני בארח מישור למען שוררי:

אל תחנני בנפש צרי כי קמו בי עדי שקר ויפח חמס:

לולא האמנתי לראות בטוב ה' בארץ חיים:

קוה אל ה' חזק ויאמץ לבך וקוה אל ה':

מספר קשיים מתעוררים בהבנת המזמור עם העיון בו:

א. מספר מוטיבים מנוגדים מעורבים במזמור, ובאופן שהוא לכאורה חסר הגיון פנימי - בטחון בעזרת ה' לנצחון על אויבים מחד (פס' א-ג, ו), ולעומתו חשש מפני מפלה (יב); בקשה לקרבה לה' והרגשה כי אכן הושגה (ד-ה), ולעומתה חשש עמוק וקיומי מלהיות נטוש ומבודד (ט-י). נוסיף ונשאל, מה באמת המקור לבטחונו של המשורר בחלקו הראשון של המזמור, "בזאת אני בוטח" - במה? ולעומתו, מה הסיבה לחששו העמוק בחלקו השני;

ב. קשה גם שאלת סדר הרברים - דוקא פסוקי הבטחון המוחלט והקרבה לה הם הראשונים (א-ו), בעוד הפסוקים המתארים את היתמות ואת הפגיעות מובאים אחריהם לאחר פתיחה מאד דרמטית ונגודית - "ואזבחה באהלו זבחי תרועה אשירה ואזמרה לה", ומיד לאחריו "שמע ה' קולי אקרא וחנני וענני". רגילים אנו במזמורי תהלים הפותחים בתיאור חשש וצרה ומסיימים בישועה (צד, קטז, קיח ועוד), אך במזמורנו הסדר הוא הפוך!

ג. מתוסף לקושי זה סיומו של המזמור. בלשונו מספר פעלים המבטאים רצון וצפיה להתממשותו של דבר - קוה, יחל, צפה, שבר. דוקא לשון 'תקוה' שבסיום מזמורנו משמשת כאשר אין זה ברור כי הצפיה תתממש (מלכ"ם). כך גם הבינו חז"ל את סיומו של המזמור, אם כי מנמוק אחר (ברכות ד). המזמור פותח איפה בודאות, ממשיך בחשש כבד, ומסתיים בספק. אתמהה!

ד. הסדר החריג במזמור וסיומו המסופק מקשים גם על הבנת הקשר שלו לימים הנוראים ולימי אלול המקדימים אותם. מנהג אמירת המזמור בימים אלו הוא מנהג מאוחר, והוא מבוסס כנראה על מדרש חז"ל (ויק"ר כא): "אורי' - בראש השנה, וישעי' - ביום הכפורים"

(קצשו"ע סימן ככח סע' ב)<sup>1</sup>. חז"ל במדרש זה ודאי שלא התיחסו רק לכותרתו של המזמור, אלא ודאי רמזו לתוכנו. עם זאת, הרי סדר הימים הנוראים הפוך לסדר המזמור - תחילתם בדין של ר"ה, שהוא מטבעו חמור, ושיאם בכפרה ("ישעי") שביוה"כ. מה איפה ראו חז"ל במזמור זה דוקא רמז לימים אלו דוקא?

ה. (המנהגים בקהילות האשכנזים באשר לסיום זמן אמירתו של המזמור חלוקים (משנ"ב סימן תקפא סע' א): יש המסיימים ביוה"כ, אך המנהג המקובל הוא להמשיך באמירת המזמור עד שמיני עצרת. בחז"ל מצאנו רק את הדרשה הקושרת אותו לר"ה ויוה"כ, ונעמוד על הדברים בהמשך);

ו. חז"ל הוסיפו קשר נוסף בין המזמור לימים הנוראים, שגם עליו יש לעמוד (ויק"ר שם): "אם תחנה עלי מחנה... לא ירא לבי [...] בזאת אני בוטח], שהבטחתי: 'בזאת יבוא אהרן אל הקדש'" - עבודת כהן גדול ביוה"כ. ודאי שלא רק משחק מלים לפנינו, ויש לעמוד גם על תוכנה של דרשה זו;

ז. חז"ל והמפרשים גם תמחו על הרקע ההיסטורי של המזמור, והציעו לו הצעות שונות, ובהתאם פרשו את תוכנו. הכרת הרקע ודאי תבהיר את תוכנו גם לדורות, ונסה לעמוד גם עליו.

#### מבנה המזמור

כמו במזמורים רבים אחרים, המפתח להבנתו גם של מזמור זה הוא בחלוקתו הפנימית הנכונה. דרך טובה להכרת חלוקה זאת היא על ידי עיון במאפייניו הסגנוניים (והרחבתי בנושא זה במקום אחר).

היו ('דעת מקרא', כנראה בעקבות הרד"ק ועוד), שחלקו את המזמור לשלושה חלקים: שלושה פסוקי בטחון, שלושה פסוקי בקשה כללית, ושמונה פסוקי בקשה מפורטת. מבנה זה אינו מסייע במענה על השאלות לעיל, ואיננו מתייחס לסגנונות השונים בו.

עיון בלשון המזמור ובמבנהו הסגנוני מצביע על חלוקה שונה - ששה פסוקים, ששה פסוקים ושני פסוקים:

א. בששת הפסוקים הראשונים הפניה אל הקב"ה היא בגוף שלישי, בששת הפסוקים הבאים הפניה היא בגוף ראשון, ובשני הפסוקים האחרונים שוב בגוף שלישי.

<sup>1</sup> המנהג מוזכר לראשונה ('נתיב בינה' לרב יעקובסון) בסדורו של ר' שבתי מראשקוב, 'סדר התפילה מכל ימות השנה עם כוונות האר"י', תקמ"ח. הטעם המובא שם הוא אחר לחלוטין: "מזמור זה יש בו י"ג שמות הוי"ה, ולכך אומרים אותו מר"ח אלול, שאז נפתחים י"ג מכילין של רחמים".

ב. מתברר, כי קיימת הקבלה מספרית מעניינית בין ששת הפסוקים הראשונים (חלק א') לששת הפסוקים שאחריהם (חלק ב'):

• חלק א' פותח בשלושה כנויים לקב"ה (אורי, ישעי, מעוז חיי), חלק ב' פותח בשלוש פניות אליו (שמע, חנני, וענני);

• בשני החלקים יש בקשה אחת מרכזית ("אחת שאלתי... אותה אבקש" בראשון, "את פניך... אבקש" בשני), ובשניהם פרוט של בקשה זאת בשבעה אופנים. בחלק הראשון שבעה לשונות של שהיה בבית ה' (שבתי בבית, לחזות בנעם<sup>2</sup>, לבקר בהיכלו, יצפנני בסכה<sup>3</sup>, יסתרני באהלו, בצור ירוממני<sup>4</sup>, אזבחה באהלו), ובחלק השני שבעה לשונות של בקשת קרבה ומחסה (אל תסתר, אל תט באף, אל תטשני, אל תעזבני, הורני דרך, נחני, אל תתנני).

ג. ניתן גם להבחין במבנה 'סוגר במה שפתח' (כיאסטי) בין שני חלקים אלו: שלושה כינויים לאויבים בפתיחתו של החלק הראשון (מרעים, צרי, אויבי), ושלושה כינויים לאויבים בסופו של החלק השני (שוררי, צרי, עדי שקר). לשון דבור בסופו של החלק הראשון (אשירה ואזמרה), ולשון דבור בתחילת החלק השני (קולי אקרא)<sup>5</sup>.

המבנה הסגנוני הזה מסתדר יפה גם עם תכני המזמור עליהם עמדנו לעיל:

• החלק הראשון - ששה פסוקי בטחון (ממי אירא, ממי אפחד) ובקשה על "שבתי בבית ה'...";

• החלק השני - ששה פסוקי תפילה ותחינה על כי ה' לא יעזוב את המשורר, יחד עם בטוי של חשש לגורלו;

• שני פסוקי תקוה, אם כי אין בהם בטחון מוחלט למענה.

סה"כ י"ג אזכרות במזמור (ראה הערה 1 לעיל).

<sup>2</sup> "ויהי נעם ה' אלקינו עלינו" (תהלים צ, יז) - יהי רצון שתשרה שכינה במעשה ידיכם - נאמר על מעשה המשכן (ספרי בלק קמג).

<sup>3</sup> "ויהי בשלם סכה" (תהלים עו, ג) - זה בית המקדש (שו"ט שם).

<sup>4</sup> "לבוא בהר ה' אל צור ישראל" (ישעיה ל, כט).

<sup>5</sup> שני הפסוקים האחרונים במזמור נראים כמקושרים יותר לחלק השני. המזמור פותח בפסוק עם שתי אזכרות, ומסיים בפסוק עם שתי אזכרות. החלק הראשון מסיים עם פסוק עם אזכרה אחת, והחלק השני פותח בפסוק עם אזכרה אחת.

נכון אם כן להציג את המזמור כדלהלן:

א' לדוד ה' אורי וישעי ממי אירא ה' מעוד חיי ממי אפחד:

בקרב עלי מרעים לאכל את בשרי צרי ואיבי לי המה כשלו ונפלו:

אם תחנה עלי מחנה לא יירא לבי אם תקום עלי מלחמה בזאת אני בוטח:

אחת שאלתי מאת ה' אותה אבקש שבתי בבית ה' כל ימי חיי לחזות בנעם ה' ולבקר בהיכלו:

ה' כי יצפנני בסכה ביום רעה יסתרני בסתר אהלו בצור ירוממני:

ועתה ירום ראשי על איבי סביבותי ואזבחה באהלו זבחי תרועה אשירה ואזמרה לה':

שמע ה' קולי אקרא וחנני וענני:

לך אמר לבי בקשו פני את פניך ה' אבקש:

אל תסתר פניך ממני אל תט באף עבדך עזרתי היית אל תטשני ואל תעזבני אלקי ישעי:

י' כי אבי ואמי עזבוני וה' יאספני:

הורני ה' דרכך ונחני בארץ מישור למען שוררי:

אל תתנני בנפש צרי כי קמו כי עדי שקר ויפח חמס:

לולא האמנתי לראות בטוב ה' בארץ חיים:

קוה אל ה' חזק ויאמץ לבך וקוה אל ה':

אך, כאמור, עדיין יש להבין את הקשר הרעיוני בין החלקים השונים, וכיניהם ובין עצמם.

בזאת אני בוטח

כאמור, הקושי העיקרי בהבנת חלקו הראשון של המזמור הוא מה באמת מקור הביטחון

המוחלט של המשורר בה', ומה הקשר שבין בטחון זה (פס' א-ג) והבקשה על ישיבה בבית ה'

(ד-ה). המפתח נראה טמון בביטוי המקשר בין שני אלה: "בזאת אני בוטח". אך למה הכוונה

במילה 'זאת'?

• שלוש דעות מצאנו בחז"ל המפרשות, כי הכוונה להבטחתו של ה' על ישועה. אך הן

חלוקות באשר לארוע עליו נסוב המזמור (ויק"ר שם): "ר"א פתר בים (=סוף)" (ועיין שם

איך למדו כיצד כל המזמור מרמז למעמד זה), "רבי שמואל בר נחמן פתר בפלשתים (=גלית)", רבי יהושע בן לוי פתר בעמלקים (=בצקלג)". ובהמשך, כאמור, דעה אחרת שם: "רבנן פתרינן בר"ה ויוה"כ... שהבטחתיני 'בזאת יבוא אהרן אל הקדש'" - לעבודת יוה"כ. אך, לכאורה, קשים הדברים לישוב עם פשט הפסוקים;

• רש"י לעומתם (ובעקבותיו גם הרד"ק) פרש: "במה שאמרו למעלה - 'מעוז חיי'" - בעצם האמונה. אך אין, לכאורה, בפרוש זה תשובה לשאלותינו<sup>6</sup>;

• למלבי"ם (וכן לפרוש השני בראב"ע) דרך אחרת: "בזאת" - במפורט בפסוקים בהמשך. "אחר ששאלתי היא מאת ה' שאשב בביתו... אם כן בזאת אני בוטח 'כי יצפני בסכה...'...", וכתוצאה גם 'ירום ראשי... ואזכחה... זבחי תרועה'. (כך גם מבאר המלבי"ם יפה את המלה "כי" באמצע רשימת הכינויים לבית ה').

הבנה זאת של המלבי"ם היא בהמשך להבנתו את המזמור כולו (ראה באורו על פס' א):

"במזמור זה יבאר, כי ההשגחה נמשכת אחר הדבקות בה', והדבק בו תדבק בו ההשגחה התמידית ותשמרהו מכל פגעים, ועל כן סמוך לבו, לא ירא משום דבר רע, רק ברגע אשר הפסיק חוט הדבקות".

רעיון זה חוזר מספר פעמים בתהלים. את 'שיר של פגעים' (תהלים צא) מסביר הרמב"ם (מור"נ חלק ג פרק נא), אליו מפנה המלבי"ם, באופן דומה: "כי הוא יצילך מכל רע..." מכיון "כי בי חשק - ואפלטו, אשגבהו - כי ידע שמיי". כך גם מצאנו: "גם כי אלך בגיא צלמות לא אירא רע - כי אתה עמדי" (שם כג, ד), ועוד. הדבקות בה' היא הערובה להצלחתו של האדם כנגד אויביו<sup>7</sup>. מקום הדבקות הגדולה ביותר בה' הוא במקום בו שורה השכינה - בבית ה'. לכן "לא ירא לבי... כי יצפני בסכה".

אל תסתר פניך ממני

מעתה מתבהר גם תוכנו של החלק השני של המזמור. אין כאן בקשה ישירה להצלה מאויבים. זאת מוזכרת רק אחרי שש בקשות ותחינות על הקרבה לה', על מאור פניו. הקרבה לה' היא המבטיחה את הניצחון על כל אויב, והבקשה על קרבה זו היא תוכנו של החלק השני.

<sup>6</sup> אפשר להגיד, כי למרות השוני שבהבנת פשט הפסוק, אין לפנינו מחלוקת תוכנית. הישועות בים, במלחמה עם גלית, ובצקלג באו בעקבות האמונה. בים - "לא נגאלו ישראל ממצרים אלא בשכר האמונה, שנאמר: 'זיאמן העם'" (מכילתא בשלח ו), במלחמת גלית - 'ה' אשר הצלני... הוא יצילני מיד הפלשתי הזה" (שמו"א יז, לו), ובצקלג - 'ויתחזק דוד בה' אלויו" (שמו"א ל, ו). ההצהרה שבראש המזמור, אליה כוון רש"י, היא האמונה.

<sup>7</sup> זאת הסיבה אולי, כי המשורר מדגיש את ההצפנה "בסכה" וב"אהל", שאין בהם בכדי לספק הגנה פיזית, ולא במבצר, ואפילו לא בית או היכל.

מצאנו בתהלים שימוש במושג "פני ה'" להבעת רעיון זה במקומות נוספים: "כי לא בחרבם ירשו ארץ וזרועם לא הושיעה למו, כי ימינך וזרועך ואור פניך כי רציתם" (תהלים מד, ד), וכן: "ה' ברצונך העמדת להררי עוז הסתרת פניך הייתי נבהל" (שם ל, ח) ועוד.

סגנון הפסוקים במזמורנו מזכיר את המקום בתורה (דברים לא, יז) בו מפורש הקשר שבין הסתר פנים לצרות:

"וחרה אפי ( - 'אל תט באף') ביום ההוא ועזבתים ( - 'אל תעזבני') והסתרת פני מהם ( - 'אל תסתר פניך ממני') והיה לאפל ( - 'לאכל את בשרי') ומצארהו רעות רבות וצרות ( - 'צרי') ואמר ביום ההוא הלא על כי אין אלקי בקרבי מצאוני הרעות האלה"<sup>8</sup>.

על ההיפך - הישועה שבעקבות מאור פני ה' גם מצאנו בתורה (במדבר ו, כד-כו), בברכת כהנים: "יברכך ה' וישמרך. יאר ה' פניו אליך ויחנך. ישא ה' פניו אליך וישם לך שלום". הפסוקים במזמורנו מרמזים אולי למקום נוסף, בקשת משה לאחר חטא העגל (שמות לג, יג-יד): "הודעני נא את דרכך..." ( - 'הורני ה' דרכך'), ותשובת ה': "פני ילכו והנחותי לך" ( - 'ונחני בארח מישור').

הדמוי הכללי של המשורר בחלק זה של המזמור הוא של בן אבוד שננטש על ידי הוריו ומחפש את דרכו חזרה אל ביתו, "כי אבי ואמי עזבוני...". הבטוי "וה' יאספני" מזכיר את "ואספתו אל תוך ביתך" (דברים כב, ב) האמור באבידה שבעליה רחוק ממנה. זאת כנראה הרגשת המשורר. הוא מבקש שה' יראה לו את דרכו חזרה אל בית ה': "הורני ה' דרכך ונחני באורח מישור...".

גם מצבו של עם ישראל לאחר חטא העגל היה מאד דומה. העם נוף אחרי שחטא וירד מגדולתו, כמעט והושמד על ידי ה' (ראה עוד בהמשך על הרקע למזמורנו), המסע אל ביתו המובטח, אל ארץ ישראל, כפי שהיה עד עתה בהנחית ה' הופסק ("כי לא אעלה בקרבך" (שם, ג)), ומשה מבקש על מאור פני ה' להנחותם הדרך אליו. כך, שהרמיזה לחורב מתאימה ביותר למצבו של המשורר.

לך אמר לבי

פסוק אחד בחלק זה הוא קשה להבנה ומחייב עיון מיוחד. בין שלושת הפניות שבחלק זה לשבעת הבקשות בו אומר המשורר: "לך אמר לבי, בקשו פני, את פניך ה' אבקש". תחבירו של הפסוק תמוה - פתיחה בפניה ליחיד "לך", ומיד שנוי לפניה לרבים: "בקשו". ומי בכלל המושאים השונים בפסוק? פרושים שונים נאמרו בו (נביא רק מקצתם), ודרשות רבות נדרשו עליו:

<sup>8</sup> וראה כמו"ג שם, שמביא פסוק זה כמקור בתורה לתלות בין הרבקות בה' והשגחתו.

• רש"י (והמצודות): "לך" - בשליחותך - אומר לבי: בקשו, ישראל, פני הקב"ה; ואני, דוד, שומע לו". הקשיים בפרוש זה ברורים - הצורך ב'השתלת' "ישראל" לפסוק, והעלמת הקשר בין השליחות ליתר המזמור.

• הספורנו פרש בדרך אחרת (ובדומה לו גם הרד"ק): "לך" - לרצון לפניך, 'בקשו פני' - אמר וצוה [לבי] את פני [פני המשורר] שיבקשו וידרשו אותך". לב המשורר מצווה את פניו לבקש את ה'.

• בדרך זו גם פרש המלבי"ם: "לך אמר לבי, כי עיקר בקשתי היא [לכן היא מהלב] שפני יבקשו פניך". השמוש במושג "פנים" הוא איפה בהשאלה מקשרי בני אדם, בבחינת "כמים פנים אל פנים" - 'פני' מול 'פניך'.

אך עדיין תחילתו של הפסוק מוקשה. יותר מסתבר, כי המילה "לך" איננה פניה, אלא צווי מלשון הליכה. ו"לך" משמעו "לכה". מצאנו כתיב זה בתנ"ך במובן זה בשלושה מקומות<sup>9</sup>. לפי זה, בנוי הפסוק על מטבע הלשון 'ללכת ולבקש'<sup>10</sup>, ומשמעו: לבי (הקול הפנימי שלי) פונה אלי ואומר לי: "לך!", ואל פני: "בקשו!". - "את פניך ה'".

לפי הבנה זאת, אין כאן רק בקשה פסיבית, אלא יש בפסוק קריאה לפעילות, לחיפוש יזום של הדרך אל בית ה', אל פני ה'. 'השתדלות' שעליה המשורר מבקש סיוע. "כי הענין האלוקי אינו חל על אדם, כי אם לפי הכנת האדם - אם מעט מעט אם הרבה הרבה" (כוזרי, מאמר ב, כד).

הבנה זאת של המילה, כלשון הליכה, מתיישבת יפה עם הפסוקים בהמשך המזמור, בהם מפרט המשורר את הבקשה על הסיוע באותו חיפוש של הדרך בה ילך אל בית ה': "הורני ה' דרכך ונחני...". יש כאן גם מעין הקבלה לחלקו הראשון של המזמור. שם - פסוק של משאלה כללית בלשון בקשה: "אחת שאלתי מאת ה' אותה אבקש - שבת בבית ה'", ולאחריה פרוט של 'ישיבה' זו. כאן - משאלה כללית בלשון בקשה: "לך אמר לבי, בקשו פני, את פניך ה' אבקש", ולאחריה פרוט של ה'הליכה לבקש' - הן של הרצון לאור פני ה', והן של הבקשה על העזרה למציאת הדרך לבית ה'. מתיישבים הדברים יפה עם מבנהו הסגנוני של המזמור, עליו עמדנו לעיל.

מעתה ברור ההגיון שמאחרי סדר החלקים במזמור, ונאה להם הסימטריה ביניהם (במספר הפסוקים, במבנה הפנימי שלהם):

א. החלק הראשון הוא מעין 'הצהרה של אמונה' של המשורר, כי אם ידבק בה, "שבת בבית ה'..." הרי מובטח לו גם הנצחון על אויביו. אין הוא מתאר את מצבו של דוד, אלא את אמונתו (היה זה אולי גם מצבו בעבר). לכן הפניה אל ה' בו היא בגוף שלישי;

<sup>9</sup> "לך נא אתי אל מקום אחר" (במדבר כג, יג); "לך ונקרבה באחד המקומות" (שופטים יט, יג); "לך נטראה פנים" (דהי"ב כה, יז).

<sup>10</sup> "האתונות אשר הלכת לבקש" (שמו"א י, ב); "וילך שאול ואנשיו לבקש" את דוד (שמו"א כג, כה) ועוד.

ב. החלק השני נובע ממצבו העכשוי של המשורר, שהוא מרוחק, ולכן הוא מחפש דרך לחזור ולהאסף אל בית ה', והוא שוטח את בקשתו לזכות למאור פני ה', שיראה לו גם את הדרך חזרה. הפניה היא בגוף ראשון.

את החלק הראשון פתח המשורר בבטחון שהישיבה בבית ה' מעניקה, וסיים בחלקו השני בבקשה לחזור אל בית ה', וכך גם לחזור ולהנות מבטחון זה.

### בארץ חיים

החלק השלישי והאחרון של המזמור פותח בפסוק מקוטע, "לולא האמנתי לראות בטוב ה' בארץ חיים..." כוונתו, כנראה, כי האמונה לראות בטוב ה' בארץ חיים היא הנותנת למשורר את הכח להמשיך ולחפש, להמשיך ולבקש על החזרה לבית ה'. חז"ל (ברכות ד.) אמנם הסבו את כוונת הבטוי 'ארץ חיים' לעולם הבא, אך הבנה זאת קשה בהקשרו הכללי של המזמור - וכי למה יחשוש המשורר מאויביו בעוה"ז, אם מעיניו בעוה"ב<sup>11</sup>.

בעקבות זאת, פרשוהו רוב המפרשים על העולם הזה ככלל (מצודות), ועל ארץ ישראל בפרט (ספורנו, מלבי"ם), תוך הסתמכות על מובן זה של הבטוי במקומות אחרים בתנ"ך. חיפוש הדרך אל בית ה' אינו איפה משהו רוחני בלבד, אלא גם חיפוש מעשי, המרמז כי דוד נמצא מחוץ לגבולות הארץ בעת חברו המזמור.

כמסקנה הבינו המפרשים (ספורנו, מלבי"ם), כי דוד אמר את המזמור בעת בריחתו מעם שאול. אך הדגש במזמור על "עדי שקר - ויפת חמס", הריחוק מבית ה', והאזירה המסופקת בסופו של המזמור אינם מתאימים לבריחה זאת. שאול הרי לא רדף את דוד כתוצאה של לשון הרע, בתקופה זאת לא היה 'בית ה'' מכיון שהארון היה בקרית יערים, ודוד לא היה מסופק בנצחוננו הסופי, הרי הכרתו של שמואל הבטיחה אותו. נשים גם לב, כי אין כאן בקשה לנצחון על האויב (כבמזמור י"ח למשל, שנאמר על הנצחון על שאול), אלא רק כי לא יפול לידיו.

יתכן, והכוונה לגלות אחרת של דוד - בעת מרד אבשלום. תאור המרד בספר שמואל מתאים עם המרומז במזמורנו. אבשלום הכין את המרד ע"י: "ויגנב אבשלום את לב אנשי ישראל" (שמו"ב, ט"ו, ו'), ע"י שחזר ואמר לעם: "... ושומע אין לך מאת המלך" (שם ג). הווי אומר: "כי קמו בי עדי שקר ויפת חמס"<sup>12</sup>.

בעת יציאתו של דוד לגלות עקב המרד מתוארת באופן מפורש פרידתו מארון ה', שעד אז היה באוהל אשר נטה לו דוד בירושלים: "השב את ארון ברית האלקים העיר" (שם, כ"ה). האזירה היא קשה "וכל הארץ בוכים קול גדול" (שם כ"ג), ודוד עצמו מביע ספק באשר לעצם חזרתו לבית ה': "אם אמצא חן בעיני ה' והשיבני והראני אתו ואת נוהו" (שם כ"ה). כל אלה גם יחד

<sup>11</sup> בכדי לענות על קושי זה הסב המלבי"ם, בהסבירו את דעת חז"ל, אויבים אלו לאויבים רוחניים פנימיים. עיין שם.

<sup>12</sup> גם במזמור העוקב למזמורנו, מזמור כח, שהוא מעין משלים למזמור זה: "דוברי שלום עם רעיהם ורעה בלבכם".



מתאימים למצב המתואר במזמורנו - גלות, הסתר פנים, ריחוק מבית ה', חשש מ"עדי שקר", וספק באשר לחזרה לנוה ה'. מתאים לארוע זה, כי דוד לא מבקש את נצחוננו על אויבו, אלא רק כי לא יפול לידי (ל"אט לי לנער, לאבשלום" (שמו"ב יח, ה) אמר דוד ליוצאים לקרב בו).

אוירת הנכאים של דוד כמרד אבשלום מוסברת, אם נניח כי דוד ראה כמרד עונש על מעשה בת שבע ("הנני מקים עליך רעה מביתך ולקחתי את נשיך לעיניך ונתתי לרעיך ושכב עם נשיך לעיני השמש הזאת" (שמו"ב יב, יא), כפי שאכן עשה אבשלום, ר'עו מביתו' (שם טו, כב)).

שם אולי נמצא גם את המקור לאמונה "לראות בטוב ה' בארץ חיים" שבמזמורנו, שהיא כאמור, הכוח המניע את דוד במאמציו לחזור. שם, לאחר תוכחת נתן, באה התשובה המיידית של דוד: "ויאמר דוד אל נתן חטאתי לה'". על כך עונה לו הנביא: "ויאמר נתן אל דוד גם ה' העביר חטאתך לא תמות" (שמו"ב יב, יג). הווה אומר: "לולא האמנתי לראות בטוב ה' בארץ חיים". הבטחתה של התשובה היא הנותנת את הכוח והמניע להמשיך לקוות.

החטא גרם לדוד הסתר פנים - ולעונש הבא עליו כעת כמרד אבשלום, תשובתו המיידית אז הביאה להבטחה כי לא ימות. אך האם תתקבל תשובתו באופן מלא, האם יזכה למצוא חן בעיני ה' ולשוב לראות את נוהו? זאת אין הוא יודע. על כן הוא מזרו ומחזק את עצמו "קוה אל ה', חזק ואמץ לבך וקוה אל ה'". כדברי הגמרא (ברכות לב:):

"אמר רבי חמא ברבי חנינא: אם ראה אדם שהתפלל ולא נענה, יחזור ויתפלל, שנאמר: 'קוה אל ה', חזק ואמץ לבך, וקוה אל ה'."

שעור הפסוקים הוא איפה "לולא האמנתי לראות בטוב ה'..." לא הייתי מתאמץ, כי לא היתה לי תקוה. אך כעת, שמובטחת לי קבלת התשובה "בארץ חיים", הריני מתאמץ עליה: "קוה אל ה', חזק ואמץ לבך וקוה אל ה'".

נראה, כי גם בחז"ל יש דעה המסבירה את הרקע למזמור כמרד אבשלום (במד"ר יא):

"עד שלא חטא דוד באותו מעשה: 'ה' אורי וישעי ממי אירא...', כיון שבא אותו מעשה: 'אבוא עליו והוא יגע ורפה ידים...'"

הפסוק האחרון הוא הרי תיאורו, המדויק, של אחיתופל את מצבו של דוד אחר בריחתו מפני אבשלום.

החטא מרחיק, נפשית - הסתר פנים, וגם פיזית - גלות, והתשובה מקרבת, נפשית - "לראות בטוב ה'", ופיזית - "בארץ חיים". כך בדוד, כך למדנו כבר בתורה על עם ישראל ככלל: "ואמרו על אשר עזבו את ברית ה' אלקי אבותם... ויתשם ה' מעל אדמתם... וישליכם אל ארץ אחרת כיום הזה..." ולעומתו: "ושבת עד ה' אלקיך ושמעת בקולו... ושב ה' אלקיך את שבותך ורחמך ושב וקבצך מכל העמים אשר הפיצך ה' אלקיך שמה" (דברים כט-ל). כך בתורה, כך במזמורנו.

אם אכן הרקע למזמור הוא מרדו של אבשלום, הרי יש בו השלמה למסופר בספר שמואל. שם מובא התיאור המעשי, החיצוני, של בריחתו של דוד ומאמציו לחזור לירושלים. דוד בורח למחניים, מארגן את צבאו וחוזר ככובש לירושלים לאחר מפלת המורדים ומות אבשלום. בתהלים מתגלים לנו מסתרי לבו, המאבק הרוחני הפנימי שמאחורי המאבק הצבאי הגלוי.

### בזאת יבוא אהרן אל הקודש

עתה מתבאר הקשרו של המזמור לימי הרחמים והסליחות בכלל, ולר"ה ויוה"כ בפרט, ובמספר רבדים.

בשבעה עשר בתמוז שבר משה את הלוחות הראשונים לאחר חטא העגל והתחילו ארבעים יום של הסתר פנים. בראש חודש אלול עלה משה בשניה אל הר סיני לקבל את הלוחות השניים. סופם של ארבעים הימים על ההר היתה בכפרה לעם על חטאו ובנתינתם של הלוחות השניים, ביום שלדורות נקבע לכפרה - יום הכפורים.

תחילתם של ימי התשובה של אלול היתה בבקשתו של משה: "ועתה אם נא מצאתי חן בעיניך הודיענו נא את דרכך ואדעך למען אמצא חן בעיניך... ויאמר פני ילכו והנחותי לך" (שמות ל"ג, י"ג-י"ד). ראינו לעיל כיצד לשון מזמורנו (והלשון בספר שמואל) מרמזת לפסוקים אלו במיוחד. אז היו ימים אלו ימי הבקשה והתחינה של משה לחזור והתקרב ולחזות בנעם אור פני ה' ולקבל הלוחות בשניה. זאת הבקשה גם במזמורנו, לחזור ולחזות בנעם ה' בביתו, שם בארון מונחות אותן הלוחות. זאת גם מהות העבודה של הימים מראש חודש אלול עד ליום הכפורים, הבקשה על הכפרה למען השיג הקרבה. "אני לדודי ודודי לי" דרשו דורשי רשומות ראשי תבות: אלול, בלשון מזמורנו: "בקשו פני את פניך ה' אבקשו".

בהמשך פסוקים אלו בספר שמות מובאות י"ג המידות. עפ"י סידורו של רבי שבתי מראשקוב, בו מופיע לראשונה המנהג לאמירת מזמורנו מר"ח אלול<sup>13</sup>, הטעם לאמירת מזמורנו בימים אלו הוא מכיון שיש בו י"ג אזכרות כנגד י"ג מידות של רחמים, "שמראש חודש אלול נפתחים י"ג מכילין של רחמים" (שם). עוד רמז לקשר שבין בקשת המשורר לחזור לבית ה' לבין ארבעים ימי התחנונים על הסליחה והכפרה בחורב, וארבעים ימי ההכנה ליום הכפורים.

לדורות נצטוונו ביום הכפורים לסדר עבודה מפורט במיוחד, סדר של הכנה לכניסה של הכהן הגדול לקודש הקדשים: "בזאת יבוא אהרן אל הקדש..." (ויקרא טז, ג). רק ביום הזה מותר היה לו להכנס ולהתקרב למקום גלוי שכינה - למען הכפרה שבה. ביום הזה היה הכהן הגדול כבן בית במקדש (רש"י יומא מג: ד"ה והיום), אולי כבן שחזר אל ביתו מהריחוק של כל ימות השנה.

<sup>13</sup> ראה הערה 1, לעיל.

אולי לכך כווננו חז"ל במדרש שציטטנו לעיל: "אם תחנה עלי מחנה... לא ירא לבי, שהבטחתני: 'בזאת יבוא אהרן אל הקדש'" (ויק"ר כא). אין הכוונה במאמרם לכוונת פסוק זה בלבד, אלא לתוכנו של המזמור כולו. הביטחון שבאפשרות הכפרה, ההבטחה על אי הסתר פנים לאורך זמן, על האפשרות לחזור ולהיכנס לבית ה', "כי ביום הזה יכפר עליכם מכל חטאתיכם לפני ה' תטהרו", הוא הכוח המניע לעבודת ההכנה של הימים הללו, עבודה של חיפוש הדרך חזרה, שיבה לבית ה'.

גם כאשר אין עבודה ביום זה עצמו מכפר. אז הדבקות והקרבה המרביים של כלל ישראל לקב"ה הם נפשיים בלבד, ובעבודת התפילה מלווים אנו את הכהן הגדול בעבודתו ובכניסתו בחזונו. כבני בית קוראים אנו "ברוך שם כבוד מלכותו" קול רם. גם בזמן כזה לא משתנית מהותם של הימים שקודמים ליום הכפורים, היא ההכנה להתקרבות הזאת, מחפשים אנחנו את דרכנו, ומבקשים הארה לה. זאת גם קריאתו של המזמור: "אל תסתר... הורני ה' דרכך...".

דורות מאוחר יותר חרבו העיר והבית בראשונה ובשניה בימי הסתר הפנים שבין שבעה עשר בתמוז לסוף חודש אב, אלו הימים בהם יצא ישראל לגלות. הרצון להתקרבות של חודש אלול ועשרת ימי התשובה שלאחריו קבלו מימד חדש, נורא ורחב הרבה יותר - לא רק הכנה לקראת הכניסה פנימה של כהן גדול לקודש הקדשים, אלא גם ביטוי של השאיפה לחזרה מגלות העמים אל ארץ חיים, שהיא תנאי לחידוש העבודה ולהמלכתו יתברך על כל יושבי תבל, עליהם אנחנו מבקשים בתפילות הימים הנוראים.

אך הרי הבקשה על החזרה מגלות היא היא הבקשה של מזמורנו, במיוחד אם נבין שדוד אומר אותו במחניים כאשר הוא מבקש לחזור לירושלים. הריחוק הנפשי שגרם החטא, גרם גם לריחוק הפיזי - לגלות. השיבה עליה אנחנו מבקשים במזמור היא משניהם כאחד.

כך, שלא רק רמזותיו הלשוניות של המזמור, או מספר האזכרות שבו מרמזים לימי הסליחות והרחמים הקודמים ליום הכניסה אל הקודש, אלא כל תוכנו נסב סביב העבודה בימים אלו<sup>14</sup>.

ראינו את משמעותו של המזמור לארבעים היום שלפני יום הכפורים, אך מה מקומו של ראש השנה בדרך הזאת שמתחילה בראש חודש אלול, במה מהווה יום זה "אורי" המאיר את הדרך ל"ישעי" כלשון המדרש? על כך למד מו"ח זצ"ל (דרשות לימים הנוראים לרב שאול ישראלי זצ"ל, שבת שובה תש"ד):

"בר"ה הננו מתרוממים מעל לעצמנו, הננו מדברים על מלכות שמים, על רשעה כולה שכלה בעשן, על פחד אלקים הניתן על כל המעשים. ואמירה זו חודרת אלינו לתוך התוך, הננו חשים את זה וחיים עם זה - "אמרו לפני מלכויות". ורק

<sup>14</sup> כאמור, חלוקים המנהגים באשר לאמירתו של המזמור. המנהג לסיימו ביוה"כ מובן עפ"י המבואר לעיל. הסיוס "כי יצפנני בסכה" - רמז לסכות" המופיע בקצו"ע איננו מופיע במדרש. יתכן ונהגו להמשיך לאמרו עד הושענא רבה, יום החותם הגדול, סוף הדין. לחליפין, יתכן ורצו לאמרו בסכות, שהוא הוא חגו של המקדש, "שבתי בבית ה'", ובו נחנך בראשונה ובשניה. אך במדרשים יש קשר בין מזמור זה לר"ה וליוה"כ בלבד.

אחרי זה הננו חוזרים מן הכלל אל הפרט, אל חיי החולין שלנו, בודקים אותם לאור שנתגלה לנו בזה השאיפה האידאלית. ורק אז הננו רואים כי אכן טעינו. כאותו הברק המבריק על דרך התועה בתוהו לא דרך, ורק ע"י אור זה, המתגלה עלינו, הננו מתאזרים על ידי זה להגיע לידי הישע - 'שתמליכוני עליכם - ביוה"כ'."

ר"ה קודם ליוה"כ, ה'אור' קודם ל'ישע', תמרור בדרך אליו. גם במזמורנו - הצגת המצב האידאלי, ה'אור', בחלקו הראשון קודמת לבקשה על הישע' בחלקו השני. כותרת המזמור מקפלת איפה בתוכה את תכניו ואת תוכניתו, ואף מתאימה לסדר הימים הנוראים.

שלוש פעמים מופיעה המילה 'לב' במזמור:

- "לא ירא לבי" בחלקו הראשון, על ה'אור' והבטחון שבמצב האידאלי בסתר בית ה';
- "לך אמר לבי בקשו פני" בחלקו השני, על הבקשה על הישע', החיפוש אחר הדרך לבית ה'.
- "חזק ויאמץ לבך" בחלקו השלישי, על האופן בו צריך לחפש את הדרך בימי הסליחות והרחמים: "אמר רבי חמא ברבי חנינא: אם ראה אדם שהתפלל ולא נענה, יחזור ויתפלל, שנאמר: 'קוה אל ה', חזק ויאמץ לבך, וקוה אל ה'" (ברכות ל"ב, ב). אולי מכיון ש"ארבעה צריכין חיזוק: ...תפילה מנין? שנאמר: 'קוה אל ה', חזק ויאמץ לבך וקוה אל ה'" (ברכות ד', א').

יאה איפה המזמור לימי ההכנה לקראת הכניסה אל הקודש. מתאים הוא בתכניו, ברמזיו, בצורתו, ואף במספר אזכרותיו. מלמד הוא אותנו על מהות העבודה של חודש אלול ועשרת ימי התשובה.

"הורני ה' דרך, ונחני בארץ מישור... חזק ויאמץ לבך וקוה אל ה'."

דהיינו, ר' בחיי טוען שהבכורות היו אמורים להקריב קורבנות אולם נדחו בעקבות חטא העגל והלויים החליפו אותם.

לכאורה, צריך לפרש את דבריו ולומר ש"הלויים" אינם כוללים רק את הלויים אלא גם ובעיקר את הכהנים שהם מקריבי הקרבנות. כאמור, הקדשת הכהנים כתובה בתורה קודם לחטא העגל, אם כן, לשיטת הרמב"ן שיש מוקדם ומאוחר בתורה, פירושו של ר' בחיי בלתי אפשרי. לפיכך, ננסה להבין את מהלך העניינים מתוך ההנחה שיש מוקדם ומאוחר בתורה.

### הלויים והבכורות

מספר קשיים מתעוררים בעקבות הטענה שהלויים החליפו את הבכורות בתפקידם במשכן:

א. קדושת הבכורות מוזכרת לראשונה בפרשת בא (שמות יג, ב) - "קדש לי כל בכור פטר כל רחם בכני ישראל באדם ובבהמה לי הוא". בהמשך (שם יג, יג) מובאת המשמעות המעשית של הקדושה - "וכל פטר חמור תפדה בשה ואם לא תפדה וערפתו וכל בכור אדם בבניך תפדה". כלומר, הבכורות אמנם הוקדשו לה', אולם לצד הקדשתם נצטוו הבכורות "להשתחרר" מקדושה זו ולהפוך לישראלים רגילים. כיון שכך, קשה להניח שבגלל קדושה זמנית זו הבכורות היו אמורים להיות עובדי המשכן, שהרי לאחר פדיונם הם חוזרים להיות ישראלים רגילים.

ב. אם נניח שהלויים החליפו את הבכורות ומעתה הלויים הם הקדושים הרי שסביר היה להניח שלא תהיה חובת פדיון בכורות מכאן ואילך. בפועל הדבר אינו כך, בפרשת קרח (במדבר יח, טו) נאמר - "...אך פדה תפדה את בכור האדם ואת בכור הבהמה הטמאה תפדה". כלומר, מעמדם של הבכורות לא הושפע כלל מהקדשת הלויים.

ג. במשנה (זבחים יד, ד) כתוב: "עד שלא הוקם המשכן היו הבמות מותרות ועבודה בבכורות. משהוקם המשכן נאסרו הבמות ועבודה בכהנים..." מתוך המשנה ברור שהכהנים הם אלו שהחליפו את הבכורות ולא הלויים. אם כן, יש צורך להבין כיצד ישבו חכמים את הפסוקים.

ניתן להציע שהחלפת הלויים בבכורות היתה מעשה חד-פעמי, כלומר הלויים לא ירשו את תפקידם של הבכורות אלא הכהנים. הלויים רק קיבלו את קדושתם מהבכורות המסוימים שהיו באותו דור. לתהליך זה היו שתי מטרות:

א. יצירת מנגנון נתינה של הלויים לכהנים על ידי בני ישראל. בפרשת ההקדשה נאמר (במדבר ג, ט): "ונתת את הלויים לאהרן ולבניו, נתונים נתונים המה לו מאת בני ישראל". כלומר הלויים ניתנים לכהנים מאת בני ישראל. כיצד יכול הדבר להתבצע הרי הלויים אינם שייכים לבני ישראל, וא"כ כיצד יכולים בני ישראל לתת אותם? לשם כך נעשה שלב מקדים, העברת קדושת הבכורות ללויים. העברת הקדושה - הפדיון, נעשה ע"י בני ישראל וברגע

שהתקדשו הלויים הם ממילא הפכו להיות שייכים לה' שנתנם לכהנים. כלומר, המרת הבכורות בלויים נעשתה כדי שהלויים ינתנו ע"י עם ישראל לכהנים.

ב. החלת קדושה על הלויים. פדיון בטבעו כולל העברת קדושה, במקרה זה מאדם לאדם. הבכורות היו מועמדים טבעיים להיות מקור לקדושה. ראשית הם היו בני אדם (ולא חפצים או בעלי חיים). שנית הם היו מיועדים מראש לפדיון. אלו הן סיבות טכניות במהותן, השאלה שנשארת פתוחה היא מה המשמעות התוכנית של היות קדושת הלויים במקורה קדושת בכורות.

#### הכהנים והבכורות

כאמור מהמשנה בזבחים עולה שהכהנים הם יורשי הבכורות. עד כה הוסבר מדוע הפסוק המתאר דוקא את הלויים כיורשי הבכורות אינו סותר את המשנה, כיון שהלויים לא קיבלו את תפקידם של הבכורות אלא רק את קדושתם. כעת יש לבדוק פסוקים הסותרים טענה זאת וכן יש לבדוק האם ישנן ראיות המוכיחות טענה זאת על פי פשט הכתובים.

הגמרא (זבחים קטו): מביאה מחלוקת תנאים:

”דתניא: וגם הכהנים הניגשים אל ה' יתקדשו. ר' יהושע בן קרחה אומר: זו פרישות בכורות. רבי אומר: זו פרישות נדב ואביהוא”.

מחלוקת התנאים מתמודדת עם המופעים היחידים של המילה כהנים לפני הציווי על הקדשתם. בפרשת יתרו (שמות יט, כב-כד) אומר ה' למשה להקפיד על כך שגם הכהנים לא יתקרבו להר סיני. ציווי זה מקדים בהרבה את הקדשת הכהנים עליה צווה משה רק בפרשת תצוה בהיותו בהר. המסקנה הודאית היא שהיתה קבוצה בעם שנקראה כהנים ושהיתה ממונה על עבודת ה' לגבי זהותה נחלקו התנאים האמורים. מסתבר שהתנא שסבר שהכהנים החליפו את הבכורות סבר כר' יהושע בן קרחה ופירש שאותם כהנים עלומים היו הבכורות. אולם עדיין יש לבסס את דעת ר' יהושע בן קרחה בפשט.

נראה שר' יהושע חיפש מי היו הכהנים וכיון שלא הוזכרה בחירה של אנשים מסוימים לתפקיד הכהונה היה זה סביר לשער שהם היו קבוצה מוגדרת באופן טבעי בעלת מכה משותף שגרם דוקא לה להיבחר לתפקיד. הרמז השני לזהות אותה קבוצה נמצא בפרשת משפטים (שמות כד, ה):

”וישלח את נערי בני ישראל ויעלו עולות, ויזבחו זבחים שלמים לה' פרים”.

המונח "נערי בני ישראל" קשה כשלעצמו. נער הוראתו אדם צעיר או זוט<sup>6</sup>, ואם כן מיהם אותם נערים שנבחרו מכל העדה לעבודת ה' מדוע לא נבחרו מבוגרים ואנשי מעלה? אולי לאור קושי זה הבין ר' יהושע שאותם כהנים-נערים היו הבכורות. כיון שהבכורות הוקדשו עוד בפרשת בא היה זה סביר שדוקא הם - הצעירים - היו קבוצה יעד טבעית לכהונה. ההגיון בבחירת הבכורות היה שבשלב זה הם עדיין לא נפרד<sup>7</sup> והיו שייכים לה' כלשון הפסוק (שמות יג, ב):

"קדש לי כל בכור...לי הוא".

לאחר שהוצג ביסוס לטענה שהבכורות קדמו לכהנים בעבודת הקרבנות, חשוב להעיר שהחלפתם בכהנים לא היתה שקולה. כלומר קדושת הבכורות היתה פחותה מקדושת הכהנים שהרי הלוויים שהתקדשו בקדושת הבכורות אינם במעמד של הכהנים אלא למטה מהם. טענה זו מחויבת שהרי אילו היו הכהנים במעמד הבכורות היו הם מחליפים את הבכורות ולא הלוויים. מכאן שעם הציווי על המשכן הוסיף ה' וקידש את עם ישראל בקדושה נוספת, היא קדושת הכהנים.

#### מעמד הכהנים

כבר הוזכר שבחירת הכהנים לא נומקה, זאת ועוד, לפי המהלך שהוצג עד כה היו הכהנים מעמד חדש לחלוטין בעם ישראל. ניתן להוכיח שמעמד הכהנים הוא כאוכלי שולחן גבוה. כלומר הכהנים שייכים לה' במלא מובן המילה ולכן ככל חובת אדון לעבדו ישנה כביכול על ה' אחריות לפרנסתם. מכאן שכל מתנות הכהנים הם בעצם "רכושו" של ה' שניתן לכהנים. לטענה זו הוכחות רבות:

א. קרבן מנחה. בפרשת צו (ויקרא ו, ט-י) מוזכרת מתנת הכהונה הראשונה: "והנותרת ממנה יאכלו אהרן ובניו...חלקם נתתי אותה מאשי...". כלומר מה שהכהנים אוכלים הוא חלק מאישי ה'.<sup>8</sup>

ב. חזה התנופה ושוק התרומה. בהמשך אותה פרשה (שם ז, לד) נאמר כך: "כי את חזה התנופה ואת שוק התרומה לקחתי מאת בני ישראל מזבחי שלמיהם, ואתן אותם לאהרן הכהן...". כלומר גם בפסוק זה מודגש שכביכול ה' לקח את החזה והשוק לעצמו ומשלו נתן

<sup>6</sup> המקורות לכך רבים לדוגמא: בראשית כב, ג-ה.

<sup>7</sup> כך טוען הרמב"ן (במדבר ד, מה) ונימוקו עימו - עד כה לא נאמר למי ינתנו דמי הפדיון וא"כ אי אפשר היה לפרות את הבכורות עד כה.

<sup>8</sup> וכן לגבי לחם הפנים, ויקרא כד, ט.

לכהנים. הדבר חוזר שוב בפסוק הבא המסכם את מתנות הכהונה מהקרבנות: "זאת משחת אהרן ומשחת בניו מאשי ה'..."<sup>9</sup>

ג. כהנים בעלי מומים. בפרשת אמר נאמר: "לחם אלהיו... יאכל", דהיינו אפילו בעלי מומים מותרים באכילת לחם ה' שניתן לכהנים.<sup>10</sup>

#### מעמד הלויים

בניגוד לכהנים, נבחרו הלויים בעקבות אירוע מסוים (חטא העגל) ומעמדם היה זהה למעמד הבכורות קודם פדיונם. בנוסף לכך מרכיב מרכזי בהקדשתם היתה נתינתם ע"י בני ישראל. ניתן להציע שהלויים ניתנו ע"י העם ככפרה לחטא העגל, הצעה זו תסביר את העיתוי של בחירתם, את הצורך בנתינת בני ישראל ואת העובדה שהלויים קיבלו את קדושת ישראל כפי שהיא מתגלית בבכורות ("בני בכורי ישראל") לאחר האכזבה מחטאו של העם בעגל.

תפקידם של הלויים כ"שומרי משמרת הקדש" מחזק את הטענה הנוכרת, חלק בכפרה היה הצורך בבניית מחיצה, שכבת ביניים בין החול (העם) לבין הקדש (המשכן) לאחר טשטוש הגבולות בחטא העגל. לפי הצעה זו הקדשת הלויים היא כפרה על חטאו של עם ישראל בעגל וניסיון למנוע הישנות חטא כזה. לפיכך מסתבר שהאחריות ללויים לא תהיה מוטלת על ה' אלא על שולחיהם, דהיינו, עם ישראל.

אכן אין שום איזכור למתנת לויים עד פרשת קרת. האזכור היחיד<sup>11</sup> לזכויות מיוחדות של הלויים נמצא בסוף ספר ויקרא (ויקרא כה, לב):

"וערי הלויים... גאולת עולם תהיה ללויים".

אולם מיד מוסבר שאין זו זכות-יתר אלא שיוויון זכויות במצבים שונים. וכך נאמר (שם כה, לג):

"... כי בתי ערי הלויים היא אחוזתם בתוך בני ישראל".

כלומר, כיון שהלויים נושלו מנחלה בארץ, לעריהם יש את דין נחלת השדה של כלל ישראל ולפיכך כפי שכל ישראל גואלים את שדותיהם גם לאחר י"ב חודש כך דינם של הלויים בבתי עריהם.

<sup>9</sup> וכן ויקרא י, יד-טו.

<sup>10</sup> וכן ויקרא כ, טו-טז.

<sup>11</sup> התייחסות למעשר ראשון ראה להלן



## איחוד המשפחות

פרשת קרח היתה ללא ספק זעזוע גדול בעם ישראל שהרי היא כללה ערעור על סמכותם של אהרן (כהן) ומשה (מנהיג). לאחר סיום האירועים ישנו רצף ציוויים העוסק בזכויותיהם של הכהנים והלויים כאשר חלקם כבר ידועים (פדיון הבן, שמירת המקדש ועוד). מעבר לכך שהיה מקום לצפות לשינוי כלשהו במערך עובדי ה' בעקבות הערעור החריף על מעמדם אין זה סביר שתהיה חזרה על מצוות הידועות כבר ללא חידוש. כיון שכך עלינו לבדוק מה התחדש לאחר פרשת קרח והאם ניתן ללמוד מחידושים אלה על שינוי במעמדם של הכהנים והלויים.

החידושים לאחר פרשת קרח הם:

א. מינוי אהרן לנשיא שבט לוי (במדבר יז, יח): "ואת שם אהרן תכתוב על מטה לוי כי מטה אחד לראש בית אבותם". אמנם ניתן לפרש שאהרן תמיד היה נשיא שבט הלוי אולם הדגשת עובדה זו בפסוק מוכיחה שיש בדבר חידוש.

ב. הידוק הקשר בין הכהנים ללויים. כאשר ניתנו הלויים לכהנים מערכת היחסים ביניהם הוצגה כך (במדבר ג, ה): "הקרב את מטה לוי והעמדת אותו לפני אהרן הכהן ושרתו אותו". כלומר, אהרן עובד במשכן והלויים, שאינם עובדים במשכן, משרתים אותו. לעומת זאת לאחר פרשת קרח הדברים מוצגים לאהרן בצורה אחרת (שם יח, ב): "וגם את אחיך מטה לוי שבט אביך הקרב אתך...". דהיינו, כעת כל שבט לוי מיועד לעבודת המשכן, אולם בתוך השבט ישנה חלוקת משנה לכהנים ולויים.

ג. נתינת "מעשר ראשון" ללויים - "כי את מעשר בני ישראל אשר ירימו לה' תרומה נתתי ללויים לנחלה על כן אמרתי להם בתוך בני ישראל לא ינחלו נחלה". לכאורה יש כאן חידוש שהרי הלויים לא זכו עד כה במתנה כלשהי. נראה להוסיף שהחידוש הוא כפול שהרי הלויים זכו לקבל "תרומה", מושג שהוזכר עד כה רק בקשר למתנות כהונה. אולי הדבר מרמז להסבה שעבר אותו מעשר מהכהנים ללויים והשריד למעמדו הקדום של המעשר-תרומה הוא תרומת המעשר המנקזת אליה את הקדושה המקורית של המעשר ומתירתו לאכילת לויים.

המשותף לשלושת החידושים במעמדם-זכויותיהם של הלויים הוא חיזוק הקשר בינם לבין הכהנים. אם עד לפרשת קרח היו מעמד הכהנים והלויים נפרדים והדבר התבטא גם בכך שהלויים לא זכו לשום מתנה, הרי שכעת המצב השתנה. לאחר פרשת קרח הפכו הכהנים והלויים לשבט אחד המיועד כיתידה אחת לעבודת ה' והמפוצל בחלוקת משנה. במילים אחרות השתנה מעמדם של הלויים למעין-כהנים וממילא הם זכו מאותו רגע לאכול משולחנו של ה'.

חשוב להדגיש שההבדל בין הכהנים ללויים נשאר משמעותי מאד, הלויים אינם מותרים באכילת דברים האסורים על ישראלים שהרי מקור קדושתם, הבכורים, היא קדושת ישראל.

הלויים אינם מותרים להיכנס למשכן למקומות האסורים על ישראלים. אפילו ביחס למתנתם היחידה, המעשר הראשון, בניסוח שכתורה מודגש (במדבר יח, כו):

”...כי תקחו מאת בני ישראל את המעשר אשר נתתי לכם מאתם...”

בפסוק ישנם מונחים סותרים: “נתתי לכם” - מאת ה' ו"מאתם" - מאת ישראל. כלומר, למרות שזוהי מתנה מאת ה' היא עדיין אינה מ"שלחן גבוה" אלא מאת בני ישראל. אבל למרות זאת הלויים נחשבים כיחידה אחת עם הכהנים, שינוי זה פותר קושיה גדולה.

#### הכהנים בספר דברים

אחת הקושיות המטרידות בספר דברים היא כינויים של הכהנים בכל מקום בשם לויים. להלן כמה דוגמאות:

”בעת ההיא הבדיל ה' את שבט הלוי לשאת את ארון ברית ה'...ולברך בשמו עד היום הזה” (דברים י, ח). כיון שרק הכהנים נצטוו לברך את ישראל מתמיה מדוע כל שבט הלוי הוזכר בהקשר זה. ואכן במדרש ההלכה למדו חכמים מ”כל שבט לוי” שגם כהנים בעלי מומים כשרים לברכה. אולם הקושיה במקומה עומדת, מדוע נאמר “שבט לוי” ולא “כהנים”. זאת ועוד הרי דוקא הלויים ולא הכהנים נבחרו בעקבות הטא העגל ומדוע כאן התהפכו היוצרות? הרמב”ם קיבל את פרשנות מדרש ההלכה לחלוטין והסיק מפסוק זה שגם נשיאת הארון היא עבודתם של הכהנים (מצוות עשה לד).

”ובאת אל הכהנים-הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם...” (שם יז, ט) בהמשך התורה מבהירה למי הכוונה - “והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמע אל הכהן...” (שם יז, יב). כלומר גם כאשר מוזכרים הכהנים במפורש הם נקראים הכהנים-הלויים<sup>12</sup>, והדבר אומר דרשני.

לאור הדברים שהוצגו עד כה הדבר מובן יותר, לאחר פרשת קרח אוחדו הכהנים והלויים לשבט אחד המיועד לעבודת ה', כיון שכך, גם כאשר מוזכר בתורה דין העוסק רק בכהנים הם מכונים לעיתים רק בשם לויים או בשמם ובנוסף בשם שבטם - כהנים-לויים. עירוב המשפחות עמוק כל כך עד שאין יותר הבחנה בין הכהנים ללויים בשום עניין, לא הלכתי ולא הסטורי<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> הביטוי “כהנים-לויים” חוזר על עצמו פעמים רבות בספר דברים -

<sup>13</sup> הר"מ סכתו במאמרו (מגדים ב') ראה בפסוק “בעת ההיא הבדיל ה' את שבט הלוי...” פסוק המצרף את בחינת הבחירה הלא-מוסברת (סגולה) ואת בחינת הבחירה בעקבות מעשה. הוא ראה בכך איחוד בין תפיסת רש"י שהכהנים נבחרו בעקבות הלויים לבין תפיסת רמב"ן ההפוכה. לפי דברי לא היה שום קשר בין הבחירות, הקשר נוצר רק בפרשת קרח, יתכן שמחלוקת הראשונים משקפת את הבנתם את אופי הסינטיזה בין הכהנים והלויים.

בהקשר זה ראוי לציין את דברי הרמב"ם (כלי המקדש פרק ד הל' א):

אם כדברי כן הוא, הרי שאם ימצא איזכור של כהנים ולויים תחת השם לויים עוד בשלהי ספר במדבר הרי שהדבר יחזק את הטענה שכבר לאחר פרשת קרח אוחדו המשפחות. יתכן שאיזכור כזה קיים בציווי על ערי הלויים. בפרשת מסעי (במדבר לה, ב) נאמר:

”צו את בני ישראל ונתנו ללויים מנחלת אחוזתם ערים לשבת...”.

ניתן להוכיח שהכוונה הן לכהנים והן ללויים ממה שנאמר הן לכהנים והן ללויים לאחר פרשת קרח. לכהנים נאמר (במדבר יח, כ):

”ויאמר ה' אל אהרן בארצם לא תנחל...”

וללויים נאמר (שם יח, כג):

”...ובתוך בני ישראל לא ינחלו נחלה...”.

כלומר מהפרשיה עולה שמעמדם של הכהנים והלויים שווה לעניין זה של נישולם מנחלה בתוך בני ישראל. אמנם כבר צוין שהלויים נושלו מנחלה כבר בסוף ספר ויקרא אבל נישולם של הכהנים מוזכר במפורש רק לאחר פרשת קרח. מכאן סביר לטעון שהציווי על ערי הלויים כולל גם את הכהנים למרות שנאמר רק לויים.

אם מהלך ההוכחה נכון אפשר לקבוע שלאחר פרשת קרח החלה התייחסות לכהנים והלויים כיחידה אחת, לאור זאת כינויים של הכהנים בשם המשפחה שלהם - “לויים”, אינו תמוה. למרות כל זאת, יש להודות שבשונה מספר דברים בו הכהנים אף פעם אינם מוזכרים ללא שם שבטם בסוף ספר במדבר תופעה זו קיימת (בפרשת חקת) וא”כ עדיין ישנו הבדל ברור בין צורת הניסוח בספר במדבר לבין זו של ספר דברים.

השאלה המרכזית שעדיין לא נידונה היא מה אופיו של שבט לוי המאוחד משתי המשפחות. האם זהו בעצם שבט כהנים ועוזריהם או שמא גם הלויים תרמו משהו לאופיו של השבט המאוחד. לשאלה זו לא מצאתי תשובה חד משמעית, אולם באופן כללי נראה שהשבט הפך להיות יותר קרוב לכהנים והראיה המרכזית לכך היא שאהרן הוא נשיא השבט והלויים מצטרפים אליו<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> “הכהנים הובדלו מכלל הלויים לעבודת הקורבנות שנאמר (דהיי”א כג/ג): ‘ויבדל אהרן להקדישו קדש

קדשים’...”.

לכאורה משמע מדבריו שבחירת הלויים קדמה לבחירת הכהנים, אולם, יתכן והרמב”ם אינו מתאר את התהליך אלא את התוצאה. הדברים אמורים במיוחד לאור טענת איחוד המשפחות.

<sup>14</sup> ה”שפת אמת” טוען בפרשת קרח שהתשובה לטענת קרח שהמעמד הרוחני צריך להיקבע ע”פ ההשגים, כפי שהלויים נבחרו ע”פ מעשיהם, היתה שגם הלויים נבחרו בתוספת. לכאורה גם מדבריו אפשר להסיק שפרשת קרח גרמה לשינוי בעיקר במעמדם של הלויים. אולם, יש לבחון את מעמד הכהנים לאור מעשה פנחס שזכה, לכאורה, לכהונה רק בגלל מעשיו. שהרי הוא לא התכהן קודם לכן (ראה רמב”ן לשמות כח, א).

## סיכום

זהותם ומעמדם של עובדי מקדש ה' עברה תהפוכות רבות בתורה. בתחילה התקדשו הבכורות ואף הקריבו את קרבנות הברית של מעמד הר סיני. לאחר מכן ציווה ה' את משה על הקדשת אהרן ובניו לעבודת המשכן. מינויים של הלויים היה תוצאה של חטא העגל ואת קדושתם, קדושת ישראל, הם קיבלו ע"י פדיון הבכורות.

מעמד הכהנים כ"שלוחי רחמנא" גרר את התרם בקודשי ה' ואת אכילתם משולחן גבוה. לעומתם, הלויים כשליחי ישראל מותרים בקדשי ישראל בלבד ואינם מאוכלי לחם ה'.

לסיום, הועלתה האפשרות שבעקבות פרשת קרח אוחדו שתי המשפחות ובכך הוסבר מדוע נקראים הכהנים בספר דברים - לויים. ניתן לסכם את התהליך כך:

