שו"ת

באהלה של תורה

מאמרים ותשובות

בענייני

יורה דעה

אבן העזר

חושן משפט

הלכות מדינה

מאת

הרב יעקב אריאל

רמת גן

בהוצאת

מכון התורה והארץ

כפר דרום

תשרי תשנ"ח

עריכה: הרב יעקב אפשטיין
הרב עזריאל אריאל

הספר יצא לאור
בסיוע המשרד לענייני דתות
אגף לארגונים ומוסדות
המחלקה לישיבות

©
כל הזכויות שמורות

דפוס חמד בע"מ, ירושלים

סדר ועימוד:
"מיזם ופיתוח קטיף" בע"מ - כפר דרום
"עטרת" - ירושלים

אהלי שודד וכל מיתרי ניתקו
בני יצאוני ואינם
ואין נוטה עוד אהלי ומקים יריעותי

לזכר כל משפחת אמי ע״ה,
שהועלתה על המוקד בשואה הנוראה שפקדה את עמנו באירופה:
סבי, ר׳ **שמואל שמחה** קורץ-לנדוי
סבתי, **צירל** (לבית לאופר)
דודי ודודתי ומשפחותיהם:
אברהם-דוד והדסה
חיים-שמואל ורבקה
רחל, טובה, בלהה, שלום וישראל

לזכר משפחות הקדושים מצד אבא שליט״א,
המתייחסים לבית ר׳ יעקב ליבר מטורקא - גליציה, אבי סבתי שעל שמו אני נקרא:
ר׳ גדליה מנדל, אשתו גיטל וצאצאיהם
ר׳ מנדל בלייך, אשתו חנה וצאצאיהם
ר׳ מרדכי באנר, אשתו גולדה וצאצאיהם
ר׳ שמואל ליבר, אשתו מאנטשה וצאצאיהם

לזכר משפחות הקדושים קרובי חמי וחמותי
משה יהושע גארבאש ואשתו ינטה וילדיהם
צבי גארבאש ואשתו הניה וילדיהם
שמואל בר מנדלסון ואשתו ליב רייזל וילדיהם
משה מנדלסון

ה׳ יקום דמם

ארץ, אל תכסי דמם, ואל יהי מקום לזעקתם

לזכר אמי מורתי, **אסתר** ע״ה,
אוד מוצל מאש,
עלתה ארצה לפני השואה,
וזכתה להקים בית נאמן בישראל
עם אמו״ר יבלחי״א, ר׳ משה שטיגליץ-אריאל הי״ו,
עלתה לגנוז מרומים בערב היום הקדוש, תשנ״ג.
ת.נ.צ.ב.ה.

לזכרון עולם יהיה צדיק לעילוי נשמת:
האיש החסיד הכשר והעניו
משה בן ארי זצ"ל
בן דוד ובדרה ע"ה
נלב"ע כ"ט ניסן התשע"ד
תנצב"ה
הוקדש ע"י רעייתו אריאלה ה"ו

לזיכרון עולם יהיה צדיק
לעילוי נשמת אבי מורי
אשר אנשל בן אברהם יעקב
נלב"ע בתאריך כ"א תמוז תש"ס

לזיכרון עולם יהיה צדיק
לעילוי נשמת אבינו
ר' יגאל דוד גרינן
נלב"ע ב' בניסן תשנ"א
ולהצלחת ילדיו ונכדיו ממשיכי דרכו

לזיכרון עולם לפני ה' תמיד
לעילוי נשמת
חיה בת כמונה
ה' סיוון התשנ"ב

הרב אברהם שפירא
[הרב הראשי לישראל]
ראש ישיבת מרכז הרב

בס"ד

ב' מנחם אב תשנ"ז

<u>מכתב ברכה</u>

הובאו לפני גליונות מספרו של כבוד ידידי המפורסם לשו"ת הגאון מוהר"ר יעקב אריאל שליט"א, הרב הראשי לרמת גן, והוא חיבור שלם בשאלות ותשובות שהועלה על שולחן מלכים,. וראיתי אותו כי טוב הוא, ושקיל וטרי כדת תורה איבעית גמרא ואיבעית סברה מרבותינו הראשונים והאחרונים דבר דבור על אופניו. ואמנם מחמת מצוקות הזמן בעסקי בעניני הישיבה וצרכי ציבור, לא נתפניתי לעיין בספר כל צרכי, אבל במעט עיוני בכמה סימנים ראיתי כוחו יפה במלחמתה של תורה וסמכתי על הכרותי אותו משנים קודמות, ויודעני גדולתו זה עשרות בשנים מעת הסתופפו בביהמ"ד של ישיבתנו המרכזית מרכז הרב בירושלים עיה"ק. ועלה ונתעלה בתורה והינו היום מחשובי הרבנים פה בארצינו הק', המפיץ תורה ברבים, ונושא בעול הציבור שנים רבות, וכבר פקיע שמיה, ולא באתי אלא לברכו בברכת התורה שיזכה לברך על המוגמר ולהוציא לאור עולם את תשובותיו וחידושיו להגדיל תורה ולהאדירה.

הכו"ח לכבוד התורה ועמליה

הרב אברהם שפירא

□אל נא רפא נא לה□

לרפואת

אביה בת מלכה

יהיה רצון שישלח לה הקב□ה רפואה שלימה בתוך שאר חולי ישראל אמ□□

□והעלה ארוכה ומרפא□

לרפואת **עליזה בת שולמית**

להצלחת **משפחת אדרי**

להצלחת **משפחת דגני**

□והעלה ארוכה ומרפא□

מלכה בת ציפורה

רפואה שלימה ובריאות איתנה

לאורך ימים ושנים טובות

□עץ חיים היא למחזיקים בה ותומכיה מאושר□

ברכת □ לזכות **חנה בת שרה** יהי רצון שתעבורך מפי עליון

בפרנסה בשפע□ בריאות□ נחת מהילדים□ הצלחה□ יראת שמים וזיווג

אליהו בן גיזלה □ פרנסה□ בריאות□ הצלחה□ אושר וזיווג

תוכן העניינים

הקדמה

מאמרים

פתיחה — מצוות תלמוד תורה 1

סימן א — לא תסור מכל אשר יורוך 16

סימן ב — המשפט הציבורי במושב הדתי 28

סימן ג — חיי ההלכה בקיבוץ 45

סימן ד — מאבק ימית בראי ההלכה 75

סימן ה — הפרת פקודה משום מצוה 84

סימן ו — עזיבת הארץ מחשש סכנה במלחמת המפרץ 91

סימן ז — נטישת העיר רמת-גן בימי מלחמת המפרץ 97

סימן ח — הגנה עצמית (ה"אינתיפאדה" בהלכה) 103

סימן ט — איסור ערכאות 115

סימן י — התנדבות לקצונה בניגוד לרצון ההורים 122

יורה דעה

סימן יא — תנור ותבניות שצלו בהם כבד 131

סימן יב — מלח שנמצאו בו תולעים 132

סימן יג — בליעת טעם חלבי בכיור בשרי 135

סימן יד — "בלנדר" בשרי שריסקו בו גבינה 139

סימן טו — השוקולד המריר ב"עלית" סתמי או חלבי? 142

סימן טז — כלים שנטרפו ונתערבו 148

סימן יז — סופגניות - האם יש בהן בישולי עכו"ם? 149

סימן יח — תבנית סתמית שנתערבה בתבניות חלביות 152

סימן יט — חיוב אורח בטבילת כלים 153

סימן כ — כלי שלל שלא נטבלו 157

סימן כא — תרופה אסורה לחולת עוד 164

סימן כב — הבאת אם נכרית לא"י ע"י בתה 169

סימן כג — עמידה בשעת הצפירה ביום הזיכרון 174

סימן כד — פטריה מדממת באשה שיש לה התקן תוך רחמי 178

סימן כה — כתם בתחבושת הגיינית 181

סימן כו — נישואי אשה שלא ספרה שבעה נקיים לדם חימוד 183

סימן כז — דם חימוד בחתונה שנדחתה 192

סימן כח	– טבעת שלא ניתן להסירה	193
סימן כט	– אשה שמצאה מזון בפה לאחר הטבילה	196
סימן ל	– אם האוסרת על בנה להפגש עם אביה	197
סימן לא	– קדיש על הסב בחיי האב	199
סימן לב	– שינוי זמני בייעוד מעשר כספים	204
סימן לג	– נוכחות האב במילת בנו	207
סימן לד	– מילה בזמנה ומילה שלא בזמנה, איזו להקדים?	210
סימן לה	– מילה בעייתית בשבת	214
סימן לו	– טבילת גיורת בזמן נידתה	216
סימן לז	– ברכה על טבילת גר קטן	220
סימן לח	– החזרת ספר-תורה שנתרם לבית הכנסת	226
סימן לט	– כתיבת השם "אלוקים"	230
סימן מ	– ב"ה או בס"ד, מה עדיף?	231
סימן מא	– ביזוי כתב אשורי	233
סימן מב	– תליון שיש עליו פסוק	237
סימן מג	– קדושת שם ה' בספרי כפירה מודפסים	241
סימן מד	– חיוב מזוזה בחממה	246
סימן מה	– מקלט האם חייב במזוזה?	254
סימן מו	– חיוב מזוזה במאהל צבאי	260
סימן מז	– חיוב מזוזה בבית-מדרש זמני	266
סימן מח	– חדר כביסה שרוחבו פחות מד' אמות	269
סימן מט	– מזוזה בחדר החיצון של המקוה	270
סימן נ	– מזוזה בשער שאינו משמש למעבר	272
סימן נא	– מזוזה בפשפש שבתוך דלת גדולה	274
סימן נב	– מזוזה בפרוזדור צר	276
סימן נג	– פדיון הבן בליל שלושים ואחד	279
סימן נד	– בכורות שנולדו בעדר כבשים	281
סימן נה	– אחריותו של רופא שטעה	284
סימן נו	– קטיעת רגלים לחולה מסוכן	290
סימן נז	– ניתוח נפל למניעת הפלה בלידה הבאה	296
סימן נח	– מחקר בתרבית של תאים סרטניים הלקוחים ממת	299
סימן נט	– אבילות על חייל שנקבר במעוז	302
סימן ס	– קדיש ואבילות על אב גוי	311
סימן סא	– שיפוץ בית בזמן אבילות	313
סימן סב	– נישואין בתוך תקופת האבילות	315

סימן סג — נישואין לאבילה תוך י״ב חודש 317
סימן סד — איסור ״בל-תשחית״ בקריעה לאחר זמנה 321
סימן סה — הפרשי שעות באבלות על ליקוט עצמות 324

אבן העזר

סימן סו — מניעת הריון בשעת דחק גדולה 327
סימן סז — חובת האשה במצוות פריה ורביה 335
סימן סח — מניעת הריון בתקופת ההנקה 339
סימן סט — הוצאת זרע לשם הפריה מלאכותית 341
סימן ע — האימהות בפונדקאות 348
סימן עא — נאמנות על ייחוס העובר בהפריית מבחנה 356
סימן עב — פצוע דכא ע״י ניתוח 359
סימן עג — נישואי בעלת תשובה לכהן 363
סימן עד — גיורת שנישאה לכהן 366
סימן עה — חיי אישות ללא קידושין במהלך חזרה בתשובה 368
סימן עו — דבר מכוער באשת איש 372
סימן עז — עד אחד על אשת איש שהתייחדה 375
סימן עח — אשה שהודתה בעבירה 377
סימן עט — עדות של עובד סוציאלי על אשת איש שנטמאה 383
סימן פ — המתנת ג׳ חודשים לאחר גירושין מנישואין ריפורמיים 393
סימן פא — חתונה בעד פסול 397
סימן פב — מגורי זוג גרוש בקיבוץ 405

חושן משפט

סימן פג — מסירת מידע רפואי לשם מניעת נזק 408
סימן פד — ביטול שיק שניתן בקניית שתילים 411
סימן פה — פירעון נדר מיורשים 420
סימן פו — חזקה לבניית סוכה בחצר משותפת 423
סימן פז — מניעת כניסה של גבר לדירת רווקות 426
סימן פח — הרחקת נזקי חולדות בחצר 428
סימן פט — עקירת פרדס שיש בו מחלה ממארת 432
סימן צ — אחריות לנזק בכריתת ענף הנוטה לחצר הזולת 435
סימן צא — הקמת גן משחקים באיזור מגורים 443
סימן צב — תחרות עסקית בסיורי ג׳יפים 446
סימן צג — חזקת ממון בחוזה בניה 450

סימן צד	– תוספת בניה בבתים משותפים	452
סימן צה	– חיוב מיסים במשק חכור	460
סימן צו	– תורנות שמירה לתלמיד-חכם	462
סימן צז	– תוקפה של רכישת זכויות לול במושב	471
סימן צח	– קנין בשכירת דירה לנופש	476
סימן צט	– דרכי הקנין במחסן המושב	479
סימן ק	– מכירת איברים להשתלה	483
סימן קא	– פשיעה בגביית חוב במושב	490
סימן קב	– קיזוז בתשלומי נזיקין	494
סימן קג	– שואל שמסר כדור לשואל אחר	500
סימן קד	– נזק שנגרם בהשבת פיקדון שלא למקומו	501
סימן קה	– ביטול הופעה של נגן	503
סימן קו	– חוזה בין חייל לצה"ל	505
סימן קז	– חזרת פועל בעונת שפל	508
סימן קח	– מכת מדינה בשכיר לשיווק ירקות	511
סימן קט	– ביטול הסכם הדדי להחזקת משק	513
סימן קי	– שואל מכונית שלא מדעת הבעלים	518
סימן קיא	– קניית שטרי גורל	522
סימן קיב	– לקיחת נחיל דבורים שיצא מן הכוורת	526
סימן קיג	– קנין הנכרי בארץ ישראל	530
סימן קיד	– חיוב מעקה במרפסת נמוכה	540
סימן קטו	– איסור הפלת עובר	543
סימן קטז	– הפלת עובר פגוע ראש	548
מפתח נושאים		551
מפתח סוגיות		571

בפתח האוהל

מה טובו אהליך יעקב, משכנותיך ישראל.

האוהלים מיוחסים ליעקב, המשכנות - לישראל. יעקב הוא הדרגה הנמוכה יחסית; ישראל הוא הדרגה הגבוהה. "לא יעקב יקרא עוד שמך כי אם ישראל". האוהל הארעי, הרופף, מתאר את יעקב. המשכן, הקבוע, היציב, מתאר את ישראל.

המצב האידיאלי הוא משכן קבוע ולא אוהל ארעי. אך יש גם יתרון ידוע לאוהל: הוא קל לניידות. ניתן לטלטלו ממקום למקום. הוא צמוד לאדם בכל מקום, בכל זמן ובכל תנאי. גם בתקופות קשות של עמנו - של טלטלה, של עקירה ושל הגירה, של נדודים ושל בריחה - נתקיים בנו הכתוב "לא ימוש מתוך האוהל". כל מקום שגלו ישראל, גלתה תורה עמהם. והיא סוד קיומו הנצחי והמופלא של עם ישראל.

עוד מעלה יש לאוהל. הוא אמנם עראי, מתנודד, מתלבט ומסתפק. הוא מתאר את השואל בטרם הגיעו לתשובה ברורה. לעומתו, המשכן, מתאר את המסקנה הסופית, הקבועה והבלתי מעורערת. המשכן הוא המטרה; האוהל - האמצעי. ואעפ"כ יש יתרון מסוים לאוהל על המשכן: אי אפשר להגיע למשכן בלי להימצא באוהל תחילה. אין תשובה ללא שאלה, ואין משיבים ללא שואלים. מרובים השואלים מן המשיבים, ומרובות השאלות מן התשובות. התשובה הסופית, הברורה והחד-משמעית, היא תוצאה של התלבטות ודיון, שקלא וטריא וחילוקי דעות. התשובה היא בהכרח נדירה יותר; השאלה - תדירה יותר. השאלה היא מיידית; התשובה, בדרך הטבע, מתמהמהת. היא דורשת מתינות, עיכול ואורך רוח. גדלותה של ההלכה היא בשאלות שהיא מעוררת - לא פחות, ואולי יותר - מאשר בתשובות.

השאלות מבטאות את הרצינות, את האיכפתיות ואת ההתעניינות, את הצורך הבלתי פוסק בהדרכה תורנית. הקשר שבינינו לבין התורה מתבטא דווקא באוהל, שאליו אנו צמודים בכל עת ובכל שעה, גם בטרם הגיענו אל המנוחה ואל הנחלה של המשכן, שבו נמצאת התשובה הסופית, המביאה למנוחת הנפש.

סערת הנפש המונחת בשאלה, חשובה לא פחות, אם לא יותר, מאשר מנוחת הנפש שבתשובה. כי בשאלה באות לידי ביטוי: הצפיה, הכמיהה, השאיפה, ועמהן גם החשיבה, ההעמקה והחתירה, שבלעדיהן אין חיפוש אמת, וממילא אין גם השגת אמת. "יגעת ומצאת – תאמין". היגיעה משמשת תפקיד חשוב בידיעה הסופית. "שאלת חכם – חצי תשובה". ומשום כך בליל הסדר, בו מצווים אנו לספר ביציאת מצרים, יש להקדים שאלה לתשובה. כי רק מי ששואל ומתעניין יגיע גם לתשובה. וזה ההבדל שבין החכם לבין הרשע. החכם - **שואל**; הרשע - **אומר**. "והיה כי **יאמרו** אליכם בניכם". שאלתו היא שאלה ריטורית. אין הוא מצפה לתשובה; כי אינו מעוניין בה. הוא בעצם חושש מפניה... היהדות אינה חוששת מפני "בעלי שאלה" אמיתיים, המתעניינים בכנות בתשובות לשאלותיהם. היא חוששת מפני אותם

"בעלי תשובה", שתשובתם כבר מוכנה, שאדישותם מונעת מהם את הצורך לשאול, לבקש ולדרוש. לכן - "אילו היה שם לא היה נגאל". מי שלא מצפה לישועה, לא זוכה לה. הצפיה לישועה היא תנאי הכרחי לתהליך הגאולה. "כי ירושלים אמנם תיבנה משייכספו לה בני ישראל תכלית הכוסף..." (סוף הכוזרי).

וכן בנין המקדש מותנה בדרישה. "לשכנו תדרשו ובאת שמה". שתלכו מארץ מרחקים ותשאלו איה דרך בית ה' (רמב"ן דברים י"ד ה'). לכן היה הכרח להקים קודם אוהל, ורק אח"כ לבנות מקדש של קבע.

המקדש הוא מרכז ההוראה, עמוד התורה. "לכו ונעלה אל הר ה'... ויורנו מדרכיו ונלכה באורחותיו; כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים". ומשום כך גם דרכה של תורה היא קודם אוהל ואח"כ משכן, דרישה - ורק אח"כ תשובה. "ציון – הלא תשאלי...". כי רק מי ששואל ומתעניין יגיע גם לתשובה.

ספר זה הוא בבחינת "אוהל" ולא בבחינת "משכן". הוא בעצם יותר שאלות מאשר תשובות. בירורי ההלכה שבו הם רק הצעה לקראת הכרעה סופית ע"י גדולי הפוסקים. אולם גם לפני שניתנת התשובה הסופית, אין אנו בני חורין מלשאול, מלדרוש ומלחפש דרך; וגם כאשר המענה הוא חלקי וארעי, ואף אינו מדוייק - יש לו ערך משלו. כי יש נושאים בהם מתחילין מן הצד, והגדולים מצפים שקטנים מהם יביעו את דעתם לפני שהם יכריעו את הכרעתם הסופית.

"אין אדם עומד על דברי תורה אא"כ נכשל בהם". המכשלה היא הכרחית לכל תינוק העומד ומועד עד שלומד לעמוד על רגליו כהלכה. נראה היה שעדיף שהשואלים ייכשלו בדבר הלכה, מתוך הנחה שפעלו כהלכה ועפ"י ההלכה, משיפעלו מתוך תפיסה מוטעית שלפיה האדם רשאי לפעול על דעת עצמו ללא הדרכה וללא הכוונה הלכתית. טעותם של הראשונים ניתנת לתיקון. דרכם של האחרונים - אין לה תקנה... הראשונים טועים בדבר מצוה. האחרונים - תועים בדבר עבירה... (עי' דרשות הר"ן, דרוש י"א).

ספר זה אינו מיועד אפוא להורות הלכה למעשה, אלא להציע כיווני חשיבה אפשריים, פרי לימוד לעצמי ולאחרים. תקוותי - שלא נכשלתי ולא הכשלתי בדבר הלכה, ותפילתי - שלא אכשל ושלא אכשיל בדבר הלכה.

בעמדי בפתח האוהל, ובהיותי מודה לה' שזיכני להוציאו לאור, הנני חש חובה להביע שלמי תודה למכון התורה והארץ, ששימש כיתד לאוהל זה: - לעומדים בראשו, ובמיוחד למנהלו הנמרץ, ולחברי המכון, השוקדים על לימודן ויישומן של המצוות התלויות בארץ בכפר דרום. יתקע ה' את אהלם בכפר דרום, יחסו בסתר כנפיו ויהיו נווה שאנן, אוהל בל יצען.

בעיקר ברצוני להודות לשנים מחברי המכון שטרחו ועמלו על כתב היד - שלא תמיד היה ערוך ומסודר ומוכן לדפוס, הלוא הם הרב יעקב אפשטיין הי"ו ובני הרב עזריאל הי"ו.

הערותיהם החשובות משוקעות בתוך התשובות, פעמים ברמז פעמים בגלוי. ישלם ה' פעלם ויזכו לעלות במעלות התורה.

ברכותי לרעייתי נחמה הי"ו, מנשים באוהל תבורך, בת ר' יעקב ורבקה מנדלסון, ממייסדי כפר הרא"ה, שניצבה לימיני ואיפשרה לי ללמוד מתוך הרחבת הדעת, יתן לה ה' לראות נחת מכל צאצאנו, עוסקים בתורה ולומדיה לשמה.

וברכות לאמו"ר, ר' משה שטיגליץ שליט"א, אוהב תורה ומוקיר רבנן, יאריך ה' את חייו מתוך בריות גופא ונהורא מעליא, ויזכה לראות את בניו, נכדיו וניניו, דור ישרים יבורך, הולכים באורה של תורה.

ויעקב איש תם, יושב אוהלים.

תודות לאוהלי התורה בהם למדתי: ישיבת בני-עקיבא בכפר הרא"ה, מדרשיית נעם בפרדס-חנה, וישיבת מרכז הרב ומכון הרי פישל (אריאל) בירושלים.

וברכה לאוהלים בהם ישבתי ובהם נשאלתי את השאלות הנידונות בספר זה: המושב כפר מימון שבנגב, ולידו הקיבוצים סעד ועלומים, והעיר רמת-גן. חלק מהדברים לובנו בדיבוק חברים ובפלפול התלמידים בישיבות בהן לימדתי: ישיבת בית-יהודה שבכפר מימון, וישיבת ימית, שראשיתה בעיר ימית, ולאחר עקירתה ונטיעתה מחדש - בנוה דקלים שבחבל עזה.

וברוך ה' אשר לא הסיר חסדו מעמי וזיכני להשתתף בתקיעת אוהלי תורה ברמת-גן: הישיבה הגבוהה והישיבה התיכונית, ירחיב ה' את מקומן, יאריך את מיתריהן ויחזק את יתדותיהן יחד עם אוהלי התורה האחרים בעיר: הכולל לבנים והמדרשה לבנות שליד אוניברסיטת בר-אילן, ויתר הכוללים, שיעורי התורה והחוגים הרבים שבעיר. יהי רצון שימין ושמאל יפרוצו, וירבו אורה של תורה בעיר רמת-גן.

ברכות שלוחות לאוהלי התורה הרבים שה' קשרני אליהם, ובעיקר: כולל "רצון יהודה" שבפתח-תקוה, הישיבה הגבוהה בתל-אביב, מכללת "אורות" שבאלקנה ובית המדרש לתורה שבמכללת "תלפיות". יברך ה' חילם ופעל ידם ירצה להגדיל תורה ולהאדיר.

ובצאתי, אחת שאלתי מאת ה', אותה אבקש:

אגורה באהלך עולמים, אחסה בסתר כנפיך – סלה.

פתיחה

מצוות תלמוד תורה

מה יעשה אדם ויחיה? - ימית עצמו
באהלי תורה (עפ"י תמיד ל"ב ע"א).

ראשי פרקים

א. הסתירות בדעותיהם של ר' ישמעאל ורשב"י
ב. תירוץ שר"ע הגר"ז
ג. דעת הרמב"ם
ד. גדרי המצוה לדעת הרמב"ם
ה. תלמוד תורה, בהרהור או בדיבור?
ו. ישששכר וזבולון
ז. חלוקת הכשרונות בישראל
ח. יישוב הסתירות בדעת ר' ישמעאל ורשב"י
ט. יישוב פסקי הרמב"ם
י. הכרעת הפוסקים
יא. אמצעי ותכלית בלימוד התורה
יב. ערך הפרט בלימוד התורה
יג. נוסח ברכת התורה
יד. שייכותה של אשה לתורה
טו. שותפות האשה בלימוד של בעלה
סיכום
טז. תלמוד ומעשה (א) - תלמוד תורה וכיבוד אב ואם
יז. תלמוד ומעשה (ב) - תלמוד תורה וקריאת מגילה

א. הסתירות בדעותיהם של ר' ישמעאל ורשב"י

נאמר במסכת מנחות (צ"ט ע"ב):

> אמר רבי אמי: מדבריו של ר' יוסי נלמוד, אפילו לא שנה אדם אלא פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית - קיים מצוות "לא ימוש ספר התורה הזה מפיך". אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יוחאי: אפילו לא קרא אדם אלא קריית שמע שחרית וערבית, קיים "לא ימוש". ודבר זה אסור לאומרו בפני עמי-הארץ. ורבא אמר, מצוה לאומרו בפני עמי-הארץ.
> שאל בן דמה, בן אחותו של ר' ישמעאל, את ר' ישמעאל: כגון אני, שלמדתי כל התורה כולה, מהו ללמוד חכמת יוונית? קרא עליו המקרא הזה: "לא ימוש ספר התורה הזה מפיך והגית בו יומם ולילה" - צא ובדוק שעה שאינה לא מן היום ולא מן הלילה ולמוד בה חכמת יוונית.

מצינו איפוא מחלוקת עקרונית בין ר' יוסי ורשב"י מכאן, הסוברים שאדם יוצא ידי חובתו במצוות תלמוד תורה ע"י לימוד של פרק אחד בשחרית ופרק אחד ובערבית, לבין ר' ישמעאל מכאן, הסובר שמצוות תלמוד תורה אין לה הפסק יומם ולילה.

וכבר הקשו הראשונים (ע"י ר' יהודה החסיד בתוספותיו לברכות ל"ה ע"ב), שר' ישמעאל ורשב"י סותרים למשנתם בברכות (ל"ה ע"ב), שם נאמר:

> ת"ר: "ואספת דגנך". מה תלמוד לומר? לפי שנאמר "לא ימוש ספר התורה הזה מפיך", יכול

דברים ככתבן? ת"ל: "ואספת דגנך" - הנהג בהם מנהג דרך ארץ, דברי ר' ישמעאל. רשב"י אומר, אפשר אדם חורש בשעת חרישה וזורע בשעת זריעה... תורה מה תהא עליה? אלא בזמן שישראל עושין רצונו של מקום, מלאכתן נעשית בידי אחרים...

ר' ישמעאל סובר איפוא שמצוות תלמוד תורה אינה נוהגת יומם ולילה, ומותר לדחותה מפני צרכי פרנסה; ורשב"י סובר שמצוות תלמוד תורה אין לה הפסק, ואסור לדחותה מפני שום צורך שבעולם. דעותיהם הפוכות איפוא מן הקצה אל הקצה ממה שאמרו בסוגיא במנחות! ומתרץ ר' יהודה החסיד (ברכות שם):

לאו משום דס"ל לר"ש שהיא חובה... אלא מצוה בעלמא הוא דקאמר, מפני ביטול תורה.

ודבריו טעונים הסבר: אם אין חובת לימוד תורה כל הזמן, מדוע יש כאן עבירת ביטול תורה? וצ"ע.

ובברכת שמואל (קידושין סי' כ"ז בסופו) **כתב ששני גדרים הם: מצוות תלמוד תורה ואיסור ביטול תורה. מי שעוסק בדברים אחרים המסיחים את דעתו מן התורה, כגון שלומד להנאתו דברים אחרים, נחשב למבטל תורה. אך מי שאינו לומד תורה משום שעוסק בדבר נחוץ, אמנם לא מקיים מצוות תלמוד תורה, אך גם לא נחשב למבטל תורה. אך נראה שאי אפשר לפרש כך את דברי ר' יהודה החסיד, שהרי לדעתו, אליבא דרשב"י, גם כאשר עוסק בפרנסתו נחשב למבטל תורה.**

ב. תירוץ שו"ע הגר"ז

הגר"ז (בשו"ע שלו, הל' תלמוד תורה פרק ג', קונטרס אחרון אות א') **חילק בין מצוות ידיעת התורה בתחילת לימודו של אדם, שחייב ללמוד את כל הנחוץ לו לאדם מישראל בפירוש תרי"ג המצוות, לבין מצוות לימוד תורה בהמשך לימודו לשם הרחבת ידיעותיו והעמקתן. בתקופה הראשונה אסור לו להפסיק מלימודו, לדעת רשב"י, אפילו לצורך פרנסה. ורק לאחר מכן, כשכבר למד את כל הנחוץ לו לאדם בפירוש תרי"ג המצוות, מותר לו לעסוק לפרנסתו. ובזה מיושבת הסתירה שבדברי רשב"י: בסוגיא בברכות הוא מתייחס לאדם צעיר שעדיין לא הספיק ללמוד את החלק הבסיסי שבתורה, ובסוגיא במנחות הוא עוסק במי שכבר למד את החלק הבסיסי שבתורה, שאז הוא רשאי להסתפק בקריאת שמע שחרית וערבית, וביתר הזמן לעסוק בפרנסתו. אלא שהסתירה בדברי ר' ישמעאל לא מיושבת עדיין.**

וע"ש (סעי' ד'), שכתב שהמינימום ההכרחי לאדם שלא ייקרא בור הוא החלק המעשי שבתורה, כגון החלק בשו"ע הנחוץ לו לאדם לקיום המצוות מבלי שיזדקק לשאלת חכם. ולענ"ד לזה התכוון מחבר ה"קיצור שלחן ערוך" בספרו. אולם כדי שאכן יוכל להיות שואל כהלכה, בפרט בשאלות המתחדשות יום-יום, אי אפשר להסתפק בקיצור שו"ע אלא יש צורך בהכרה בסיסית של יסודות ההלכה, ובהבנה מינימאלית של משא ומתן הלכתי, מושגים ומבנה של סוגיות בש"ס.

ברוח זו כתב גם מו"ר הגר"י אריאלי (עינים למשפט ב"ב ז' ע"ב ציון ט' בסופו) **עפ"י דברי רבנו ישעיה** (מובא בשטמ"ק ב"ק י"ז ע"א ד"ה וז"ל), **שהלימוד בצעירותו של האדם עדיף ממעשה.**

אלא שמדברי שניהם עולה לכאורה שתלמיד צעיר פטור אפילו ממצוה שאי אפשר לה להיעשות ע"י אחרים. והדברים תמוהים: וכי תלמיד צעיר העוסק בתורה פטור מכל המצוות שבתורה? ומסתבר שתלמיד צעיר פטור רק ממצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים, וזאת משום שעליו להקדים את העיסוק בתורה, ואין לו לדחות תלמוד תורה מפני שום מצוה. אך מצוה שאי אפשר לקיימה ע"י אחרים, ודאי שגם צעיר חייב לבטל תורה כדי לקיימה.

והמעיין בדברי הגר"ז יראה שהוא מתייחס בעיקר למצוות פריה ורביה וקבורת מתים, שהן מצוות שאפשר לקיימן לאחר זמן. ומצוות פריה ורביה עלולה לשכח את כל תלמודו של האדם. (בענין פריה ורביה ותלמוד תורה, עי' בהרחבה לקמן סי' ס"ו אות א'-ז').

לכן נראה לענ"ד שיש לתרץ את הסתירות ע"י הבנת דעתו של הרמב"ם במצוה זו (כדלקמן).

ג. דעת הרמב"ם

הגר"ח מבריסק (מובא בברכת שמואל קידושין סי' כ"ז) **הסיק שהרמב"ם פסק כדברי רשב"י במסכת ברכות, שמצוות תלמוד תורה דוחה אפילו צרכי פרנסה. והוכיח את דבריו ממה שכתב הרמב"ם בסוף הל' שמיטה ויובל** (פי"ג ה"ג):

ולא שבט לוי בלבד, אלא כל איש ואיש מכל באי העולם, אשר נדבה רוחו אותו והבינו מדעו להיבדל לעמוד לפני ה'... ופרק מעל צווארו עול החשבונות הרבים אשר ביקשו בני האדם - הרי זה נתקדש קודש קודשים, ויהי ה' חלקו ונחלתו לעולם ולעולמי עולמים, ויזכה לו בעולם הזה דבר המספיק לו כמו שזכה לכהנים וללווים.

מיהו נראה לדייק להיפך ממה שכתב הרמב"ם: "אשר נדבה רוחו אותו", **כלומר, אין זו חובה על כל איש ואיש, אלא רשות.**

ואכן מו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל (עיינים למשפט ברכות ל"ה ע"ב ד"ה רשב"י) **הסיק להיפך, שהרמב"ם פסק כר' ישמעאל בברכות, והוכיח זאת ממה שכתב הרמב"ם בהל' תלמוד תורה** (פ"ג ה"ז)**:**

...אלא עשה תורתך קבע ומלאכתך עראי.

ומכאן משמע שרשאי לעסוק גם במלאכתו, ולא לסמוך על כך שמלאכתו תיעשה ע"י אחרים.

ונראה לענ"ד להביא ראיה לכאורה לכך שמצוות תלמוד תורה ללא הפסק יומם ולילה אינה חובה על כל אחד ואחד אלא רשות, מדברי הרמב"ם במקום אחר (הל' תלמוד תורה פ"ג ה"ו)**:**

מי שנשאו לבו לקיים מצוה זו כראוי ולהיות מוכתר בכתר תורה, לא יסיח דעתו לדברים אחרים...

והדברים מקבילים למה שכתב בהל' שמיטה ויובל (שם)**:** "אשר נדבה רוחו אותו".

והדברים עדיין צריכים עיון ממה שכתב הרמב"ם בהל' תלמוד תורה (שם)**:** "מי שנשאו ליבו לקיים מצוה זו כראוי" **ומכאן משמע שאין זו מידת חסידות בעלמא, אלא שרק כך יוצא אדם ידי חובת המצוה כראוי וא"כ מדוע נתן פתח להבין שהמצוה נתונה לרצונו החופשי של כל אחד ואחד? ועוד, הרי הרמב"ם עצמו כתב בהמשך** (הל' תלמוד תורה פ"ג ה"ג)**:**

וכן כל שאפשר לו לעסוק בתורה ואינו עוסק, או שקרא ושנה ופרש להבלי עולם והניח תלמודו וזנחו - הרי זה בכלל בוזה ה'.

וכן הפליגו חז"ל בגנותו של ביטול תורה ואמרו (אבות פ"ג מ"ז)**:**

המהלך בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר, מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה - מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו.

וכן אמרו (חגיגה י"ב ע"ב)**:**

כל הפוסק מדברי תורה ועוסק בדברי שיחה, מאכילין אותו גחלי רתמים.

וכבר פתח דוד המלך את ספרו בפסוק (תהלים א' א')**:**

אשרי האיש... ובמושב לצים לא ישב.

ופירשו רבותינו (ע"ז י"ח ע"ב)**:**

ההולך לאיצטדינין ולכרכום... - הרי זה מושב לצים... הא למדת שדברים הללו מביאין את האדם לידי ביטול תורה.

ומשמע שאסור לבטל תורה אפילו לרגע. אמנם אפשר לפרש שכל אלו הדברים נאמרו כלפי המסיח דעתו מן התורה לדברים בטלים, וכמו שכתב הברכת שמואל (קידושין סי' כ"ז)**; אך מי שעוסק בדברים נחוצים אינו נחשב למבטל תורה בידים, מיהו אינו מקיים מצוות תלמוד תורה כראוי. אלא שהדבר קשה: אם אין חובת תלמוד תורה על כל אחד, מדוע כה חמור ביטול תורה?**

ד. גדרי המצוה לדעת הרמב"ם

בספר המצוות (מ"ע י"א) **כתב הרמב"ם:**

שציוונו ללמוד תורה וללמדה... והוא אומרו (דברים ו' ז'): "ושננתם לבניך". וכתוב בספרי (שם): "לבניך - אלו התלמידים, שהתלמידים קרויים בנים...".

לפי גירסה זו המצוה ללמוד קודמת למצוה ללמד אחרים. אולם הר"י קפאח, במהדורתו, עפ"י המקור הערבי, גורס אחרת:

שציוונו ללמד חכמת התורה וללומדה.

כלומר, המצוה ללמד אחרים קודמת למצוה ללמוד לעצמו.

כגירסה זו מוכח מהרמב"ם עצמו בספר היד (הל' תלמוד תורה פרק א'): **תחילה פתח הרמב"ם במצוות האב ללמד את בנו** (הל' א') **ומכאן חובת הסב ללמד את נכדיו, והחכם - את תלמידיו** (הל' ב'). **ורק אח"כ כתב שהאדם חייב ללמד את עצמו** (הל' ג'). **ודוק בלשונו שכתב** (שם):

> מי שלא לימדו אביו - חייב **ללמד את עצמו** כשיכיר, שנאמר (דברים ה' א'): "ולמדתם אותם ושמרתם לעשותם".

כלומר, אין מצוה ללמוד תורה לעצמו, אך יש מצוה ללמד. ועוד כתב שם (הל' ד') **שכשם שמצוה עליו ללמד את בנו, כך הוא מצווה ללמד עצמו.**

וכן מוכח מהמקור של המצוה בתורה (דברים ו' ז'): "ושננתם לבניך", **כלומר שהמצוה היא ללמד את הבנים והתלמידים; אלא שהוא עצמו אינו גרוע מהם. ולכן כשהוא בעל כישרון גדול יותר מבנו, הוא קודם לבנו** (עי' קידושין כ"ט ע"ב).

אמנם מפסוק זה עצמו למדו בגמרא (קידושין ל' ע"א) **דבר אחר:**

> "ושננתם לבניך" - שיהיו דברי תורה מחודדים בפיך. שאם ישאלך אדם דבר, אל תגמגם ותאמר לו.

אך יש לומר שאין מקרא יוצא מידי פשוטו[1].

ועוד, שזה גופא, שאדם לא יגמגם אלא יענה מיד דברים ברורים, הוא בגלל חובתו ללמד אחרים. ולכן יש צורך שדברי התורה יהיו מחודדים בפיו. וא"כ המשך דברי הגמ' שם, "שאם ישאלך אדם אל תגמגם" **- אין הם סימן בלבד לשינון, אלא סיבה לכך. אדם חייב לשנן לעצמו כדי שיוכל לשנן לאחרים.**

וכן מצאנו במסכת סנהדרין (צ"ט ע"א):

> תניא: היה ר' מאיר אומר, הלומד תורה ואינו מלמדה, זה הוא "דבר ה' בזה" (במדבר ט"ו ל"א).

וכתב המהרש"א (בח"א, ד"ה כי, כל) **שר' מאיר למד זאת מהמילים "דבר ה'" - שאדם חייב לדבר. וזהו רק כשמלמד לאחרים; אך כשלומד לעצמו אינו צריך לדבר, אלא יכול גם להרהר בלבו.**

וכן נאמר במשנה (אבות פ"ד מ"ה):

> ר' ישמעאל אומר: הלומד על מנת ללמד, מספיקין בידו ללמוד וללמד. והלומד על מנת לעשות, מספיקין בידו ללמוד וללמד, לשמור ולעשות.

אולם ללמוד סתם לעצמו, ללא שום מטרה, אע"פ שאין לך לימוד "לשמה" גדול מזה - אין מספיקין בידו, כי עיקר מצוות תלמוד תורה הוא ללמד: או לאחרים, או לעצמו כדי שיוכל לשמור ולעשות.

וכן נאמר בגמרא (קידושין מ"ט ע"ב, סנהדרין כ"ד ע"א):

> עניות דתורה... - זו עילם, שזכתה ללמוד ולא זכתה ללמד...

ה. תלמוד תורה בהרהור או בדיבור?

ובזה יש להעיר על מה שנחלקו הפוסקים, מרן המחבר (שו"ע או"ח סי' מ"ז סעי' ד') **והגר"א** (בביאורו שם ד"ה המהרהר, וה"ה) **אם מותר להרהר בדברי תורה לפני ברכת התורה: אם עיקר המצוה הוא ללמד אחרים, ואף הוא עצמו בכלל - א"כ עיקר המצוה הוא בדיבור דווקא, כי רק כך האדם מלמד מישהו, ולפחות את עצמו. אך אם עיקר המצוה הוא ללמוד - יש לומר שיוצא ידי חובה גם בהרהור. ובזה סרה תלונת הגר"א** (שם) **על דברי השו"ע, והוכיח מהמילה "והגית" שפירושה הרהור, מלשון "הגיון לבי". אך השו"ע סובר שלא יתכן לומר כן, שהרי עיקר מצוות תלמוד תורה הוא בדיבור דווקא. מיהו גם הגר"א, יתכן שמודה לעיקרון זה, אלא שסובר שגם כאשר אדם מכין את עצמו בהרהור כדי ללמד אח"כ - יוצא בזה ידי חובת תלמוד תורה.**

---

1. כעין זה עי' מנ"ח (מצוה רל"ב ס"ק ד') בענין "לפני עיור לא תתן מכשול". וכן מצינו בענין "לא יומתו אבות על בנים". עי' סנהדרין (כ"ח ע"א), שלמדו מכאן פסולי עדות בקרובים. ובמלכים ב' (י"ד ו') נאמר: "ואת בני המכים לא המית, ככתוב בספר תורת משה... לא יומתו אבות על בנים".

וכן כתב בשו"ת רעק"א (ח"א סי' כ"ט ד"ה אמנם) בשם שו"ת "שב יעקב" (או"ח סי' מ"ח) שדן בדברי הט"ז (או"ח סי' מ"ז ס"ק ב') הט"ז עמד על כך שדברי השו"ע סותרים זה את זה: בהלכה אחת (סעי' ג') פסק השו"ע **שהכותב** דברי תורה, **אע"פ שאינו קורא** - צריך לברך. ובהלכה שאחריה (סעי' ד') פסק **שהמהרהר** דברי תורה - אינו צריך לברך. והקשה הט"ז: והרי גם כותב אינו מדבר אלא מהרהר בלבד? ותירץ השב-יעקב (שם) שבהרהור אינו יכול ללמד אחרים, ולכן אינו צריך לברך; אך הכותב יכול ללמד בכך גם אחרים שיקראו את דבריו, ולכן יוצא בכך יד חובת תלמוד תורה, וחייב לברך.
(ועי' מה שכתב בזה מחותני וידידי הרב אליעזר ולדמן, "שמעתין" תשרי תש"ל).

ו. ישששכר וזבולון

העולה מדברינו הוא שעיקר מצוות תלמוד תורה הוא ללמד אחרים, שתרבה תורה בישראל במידה גדולה ככל האפשר. וא"כ זהו חיוב **חפצא**, שהתורה **תילמד** בהמון רב, ולא רק חיוב **גברא** על כל אחד ללמוד תורה לעצמו. וממילא ניתן להסיק מכאן שמי שאינו יכול ללמד תורה, כגון שאינו יודע תורה או שאין לו כשרון הסברה וסבלנות - יכול לצאת ידי חובתו בכך שתרבה תורה בישראל גם ע"י מה שישלם לשם כך בממונו. ואכן מצאנו באב שאינו יכול ללמד את בנו תורה, שחייב לשכור לו מלמד שילמדנו תורה. והוא הדין לכל מי שה' חננו בכישרון לעשות חיל ולהתעשר ולא חננו ביכולת ללמוד וללמד, שיכול לקיים את המצוה שהתורה תילמד בישראל ע"י שיתמוך בכך בהונו.

ובזה נבין את ההלכה שנפסקה בשו"ע (יו"ד סי' רמ"ו סעי' א'):

> ומי שאי אפשר לו ללמוד, מפני שאינו יודע כלל ללמוד או מפני הטרדות שיש לו - יספיק לאחרים הלומדים.

ומוסיף הרמ"א:

> ותיחשב לו כאילו לומד בעצמו. ויכול אדם להתנות עם חבירו שהוא יעסוק בתורה והוא ימציא לו פרנסה ויחלוק עמו בשכר...

והגר"א (ס"ק ז') הביא את המקור לכך מהפסוק (דברים ל"ג י"ח) "שמח זבולון בצאתך וישששכר באהלך". והדבר תמוה לכאורה. היכן מצינו אפשרות לעיסקה במצוות, שהאחד יקיים מצוה עבור חבירו, וחבירו יממן אותו, הרי אין שליחות במצוות שבגופו (עי' קצוה"ח סי' קפ"ב ס"ק א')? והברכת שמואל (קידושין סי' כ"ז) ירש שכל אחד מישראל חייב לעסוק אך ורק בתורה; אלא שאם אינו יכול ללמוד בעצמו, רשאי לנהוג כישששכר וזבולון. והדברים אינם מובנים: אם המצוה חלה על כל איש ואיש, כיצד אפשר לעשות עיסקה כזו? ועי' שו"ת חתם סופר, חו"מ סי' קס"ד. וגם דבריו טעונים הסבר. ועי' להלן אות ז', מה שכתבנו בשם האו"ש).

אך לדברינו הדבר מיושב. למצוה זו יש שני חלקים: חלק אחד **אישי**, שכל אחד יקבע עתים לתורה בכל יום; וחלק אחר **ציבורי** שהתורה תילמד בישראל. החיוב השני הוא חיוב "חפצא". וחלק זה, כיון שאינו מוטל על כל אחד ואחד, אפשר לקיימו ע"י שותפות.

דוגמא מתאימה לכך היא קרבנות ציבור. מצוות ההקרבה מוטלת על הציבור, והתורה מינתה את הכהנים כ"שלוחי דידן" לקיום מצוות הקרבנות. וכל ישראל יוצאים ידי חובתם ע"י התשלום של מחצית השקל. ואכן הכהנים והלוויים שימשו גם כמרביצי תורה בישראל, שנא' (דברים ל"ג י'): "יורו משפטיך ליעקב ותורתך לישראל", ולשם כך ניזונו מהציבור.

ואכן מדברי הרמב"ם (בפיה"מ, פאה פ"א מ"א ד"ה וענין) משמע שמצוות תלמוד תורה היא גם מצוה שבין אדם לחבירו. ולפי מה שכתבנו לעיל, הדברים מבוארים.

ז. חלוקת הכשרונות בישראל

האור-שמח (הל' תלמוד תורה פ"א ה"ב ד"ה ביומא) ביאר שהתורה לא נתנה שיעור אחד שווה לכולם במצוות תלמוד תורה. שהרי הקב"ה לא חילק את הכשרונות לכולם בצורה שווה: יש חלושי המזג שאינם מסוגלים ללמוד הרבה ויש בעלי שכל זך וטוהר נפש המסוגלים ללמוד בשקידה ובהתמדה. לכן מצוות תלמוד תורה מתחלקת לפי האפשרויות: מי שיכול ללמוד רק פרק אחד ערבית ופרק

אחד שחרית - זהו חיובו, ומי שיכול ללמוד יומם ולילה ללא הפוגה - זהו חיובו. ועפ"י זה ביאר האו"ש (שם ד"ה ובזה) מדוע מבטלין תורה לצורך קיום מצוות אחרות; שהרי המצוות חלות על כל אחד ואחד באופן שווה, בעוד שתלמוד תורה אינו שווה בכולם. לכן חייב אדם לבטל מתלמודו, שהוא מצוה שאינה שווה לכל, לצורך מצוה השווה בכל.

גם בשו"ע הגר"ז (הל' תלמוד תורה פרק ג' סעי' ד') הבחין בשתי דרגות אלו בתלמוד תורה. אלא שהוא כתב שם שהמינימום הנדרש מכל אדם בישראל הוא שידע לפחות את ההלכה למעשה, כגון פסקי הרא"ש או הב"י על ענייני או"ח. ונראה לענ"ד שגם רמה זו אינה מתאימה לכל אחד. ולא כל מוחא סביל לימוד הרא"ש או הב"י. ויש אנשים שבקושי מסוגלים ללמוד "משנה ברורה" או אפילו רק "קיצור שולחן ערוך" (ועי"ש עמ' תתמ"ד) ולכן נראה לומר שכל אחד, לפום שיעורא דיליה, חייב ללמוד כל יום לפחות פרק אחד, פסוק אחד, הלכה אחת או משנה אחת וכדו'. אך מי שיכול ללמוד בבקיאות את כל הש"ס ובעיון את כל הפוסקים - זוהי חובתו.

ועפ"י זה יש להבין את דברי הגמ' בשבועות (ל"ה ע"ב):

"האלף לך שלמה" (שיר השירים ח' י"ב). שלמה - לדידיה; "ומאתים לנוטרים את פריו" (שם) - רבנן.

ולפי האור-שמח יש לומר שהקב"ה הועיד, לפי הכשרונות שחילק, כ-200 תלמידי חכמים על כל 1,000 בעלי-בתים. אך גם בעלי-הבתים אינם עמי-ארצות חלילה, אלא כאלו שתורתם אינה אומנותם. וגם בהם נאמר שעשו תורתם קבע לפי אפשרויותיהם, ואילו מלאכתם - עראי[2].

ואפשר איפוא לבאר בשתי דרכים:

א. מצוות תלמוד תורה חלה על כל אחד ואחד לפי יכולתו.

ב. למצוות תלמוד תורה יש שתי רמות: רמה אישית, בה כל אחד ואחד חייב ללמוד לפחות פרק אחד בשחרית ופרק אחד בערבית; ורמה ציבורית, שיהיו תלמידי חכמים בישראל שחובתם ללמוד יומם ולילה ללא הפוגה.

ולפי ההסבר השני יש להבין את המושג "ביטול תורה" במשמעות חדשה: שמי שמסוגל ללמוד תורה בהתמדה, מוטלת עליו אחריות ציבורית לכך שהתורה תילמד בישראל. כשאדם כזה מבטל מלימודו, הוא מבטל תורה מישראל; כי באותה שעה נלמדת התורה פחות, וגם יכולתו ללמד אח"כ אחרים עלולה להיפגם ע"י כך. ונמצא שע"י ביטול התורה שלו מתמעטת התורה חלילה בישראל, וזהו ביטול קדושתם של ישראל. כי "אורייתא וישראל חד הוא", ו"אין אומתנו אומה אלא בתורותיה".

ח. יישוב הסתירות בדעת ר' ישמעאל ורשב"י

ובזה נבוא ליישב את הסתירות שבדברי ר' ישמעאל ור' שמעון בר יוחאי. שניהם מודים להנחה שהנחנו, שמצוות השקידה וההתמדה בתורה היא מצוה ציבורית, ומשמעותה היא שהתורה תילמד בישראל ללא הפסק ע"י גדולי ישראל, שיירבו ככל האפשר; אך אין זו חובה אישית. האדם יכול לצאת ידי חובתו האישית גם ע"י לימוד בחלק מהיום, וא"כ הוא יכול לעסוק בפרנסתו ולאסוף את דגנו במועדו. ואין בכך משום ביטול תורה, כי זהו גדר המצוה: ללמוד בכל זמן פנוי שיש לו, לפי יכולתו. מיהו דבר שאינו הכרחי, כגון חכמת יוונית, אסור משום ביטול תורה[3].

2. ועי' חזו"א (חו"מ ב"ב סי' ה' ס"ק י"ח) שכתב שאין בני העיר חייבים לסלק את המס המוטל על תלמידי חכמים ביותר מחומש נכסיהם, כמו בשאר המצוות. ומעניינת ההתאמה שבין ה"חומש" במספר תלמידי החכמים לעומת אחרים, לבין ה"חומש" שבעה"ב צריכים לשלם מס עבור תלמידי החכמים שבעירם. ועי' לקמן (סי' צ"ו אות ה').

3. זכמה יוונית, לפי רוב הראשונים, אינה לשון ומדעים נחוצים, אלא מיני רמיזות: עי' רש"י (מנחות ס"ד ע"ב ד"ה חכמת יוונית), שטמ"ק (ב"ק פ"ג ע"א ד"ה חכמת) בשם גאון, רמב"ם (בפיה"מ, סוטה פ"ט מי"ד). ועי' מהר"ל (נתיבות עולם, נתיב התורה פרק י"ד ד"ה וידבר).

ועפ"י זה מיושבת הסתירה בדברי ר' ישמעאל: בסוגיא בברכות הוא עוסק בפרנסה נחוצה, ובסוגיא במנחות - בדבר שאינו נחוץ.

גם רשב"י מודה בעיקרון לר' ישמעאל, שלא כל אדם צריך ללמוד תורה במשך כל היום וכל הלילה, ובמה שאמר שאדם צריך להקדיש את כל זמנו לתורה, כוונתו היא למי שמסוגל להתמסר ללימוד תורה, ולכן מוטלת עליו האחריות הציבורית לכך שהתורה תילמד כל הזמן. אמנם כשהוא עסוק בפרנסתו אין זה ביטול תורה מצידו; אך מבחינת הציבור יש כאן ביטול תורה, כי סוף-סוף התורה לא נלמדת באותה שעה. וידוע ש"אונס רחמנא פטריה", היינו את האדם האנוס; אך "אונסא כמאן דעביד" - לא אמרינן. ובמקום שצריך תועלת לאחרים - סוף-סוף התועלת לא הושגה. ועי' אתוון דאורייתא כלל י"ג).

וא"כ בזה נחלקו רשב"י ור' ישמעאל: רשב"י סובר שהעיסוק בפרנסה הוא לכל היותר בגדר "דחויה", ולכן מן הראוי שלא להתעסק בפרנסה, ולסמוך על הנס. אך ר' ישמעאל סובר, שמכיון שהתורה לא חייבה גם תלמיד-חכם שתורתו אומנותו להימנע מעיסוק בפרנסתו, עיסוק זה הוא בגדר "הותרה", ומותר לו לכתחילה לאסוף את דגנו במועדו. ואולי לזה נתכוון ר' יהודה החסיד בתירוצו השני (הובא לעיל אות א') יעו"ש. מיהו גם רשב"י מודה שמי שאינו בר-הכי פטור מאחריות זו, ודי לו בקריאת שמע שחרית וערבית, כפי שאמר במסכת מנחות.

ט. יישוב פסקי הרמב"ם

עפ"י זה נראה אולי ליישב סתירה שיש לכאורה בדברי הרמב"ם. לעיל (אות ג') הבאנו את דברי מו"ר הגר"י אריאלי (ב"עינים למשפט") הוא דייק מלשון הרמב"ם שהמצוה לעשות תורתו קבע ומלאכתו עראי כדעת ר' יוסי בסוגיא במנחות (צ"ט ע"ב) ומהגמ' שם משמע שר' יוסי דורש את המילה "תמיד" האמורה בלחם הפנים, שאין משמעותה: ללא הפסק כלל; אלא אפילו סילק את הישנה שחרית וסידר את החדשה ערבית, אין בכך כלום. ואילו הרמב"ם פסק בהל' תמידין ומוספין (פ"ה ה"ד) שלא כר' יוסי. ואלו דבריו:

> אלו מושכין ואלו מניחין, וטפחו של זה בתוך טפחו של זה, שנאמר: "לפני תמיד".

ונמצא שדברי הרמב"ם סותרים את עצמם! אך לפי הנאמר לעיל הדבר מבואר. אכן החלק הציבורי של המצוה, אין לו הפסק יומם ולילה, וכמו שכתב הרמב"ם בהל' תלמוד תורה (פ"ג ה"ו). וזוהי כוונת הפסוק ביהושע (א' ח') "והגית בו יומם ולילה". ליהושע - זה שקיבל תורה ממשה והיה אחראי למסור אותה הלאה לזקנים - היתה חובה להגות בתורה יומם ולילה. ור' אמי - שאמר במנחות (שם):

> מדבריו של ר' יוסי נלמוד: אפילו לא שנה אדם אלא פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית - קיים מצוות "לא ימוש ספר התורה הזה מפיך".

- אין כוונתו לומר שרבנן חולקים בהכרח על ר' יוסי. הוא רק אמר שמדברי ר' יוסי ניתן ללמוד את הדבר במפורש; אך גם רבנן מודים לו שאפשר לפרש את הפסוק הזה על לימוד של פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית למי שאינו יכול יותר. אמנם ליהושע בוודאי כוונת הפסוק היא ללימוד יומם ולילה ללא הפסק, עד כמה שיכולתו מגעת (עי' מגילה ג' ע"א, שם נאמר שהמלאך בא להורגו על כך שביטלו תורה בלילה בזמן המלחמה ביריחו); אך כאשר מדובר במי שאינו בר-הכי, הפסוק מתכוון גם למינימום של שחרית וערבית, והדברים עדיין צ"ע.

י. הכרעת הפוסקים

נאמר במסכת נדרים (ח' ע"א):

> אמר רב גידל אמר רב: האומר, אשכים ואשנה פרק זה... - נדר גדול נדר לא-להי ישראל. והלא מושבע ועומד מהר סיני הוא, ואין שבועה חלה על שבועה! ...הא קמ"ל, כיון דאי בעי פטר נפשיה בקריאת שמע שחרית וערבית, משום הכי חייל שבועה עליה.

וכתב הר"ן (ד"ה הא):

מסתברא לי דלאו דווקא דבהכי מיפטר, שהרי חייב כל אדם ללמוד תמיד, יום ולילה כפי כוחו, ואמרינן בפ"ק דקידושין (ל' ע"א): "ת"ר, ושננתם - שיהו דברי תורה מחודדין בפיך"... אלא מכאן נראה לי ראיה למה שכתבתי בפרק שבועות שתים בתרא (לרי"ף שם דף י' ע"א ד"ה מלקין, ושם דף י"א ע"א בגמ' ד"ה אביא, ובחידושיו לשבועות כ"ג ע"ב ד"ה דמוקים) דכל מידי דאתא מדרשא - אע"פ שהוא מן התורה, כיון דליתיה מפורש בקרא בהדיא - שבועה חלה עליו.

הר"ן חולק כנראה על מה שכתבנו. ואין לומר שהוא מפרש את הסוגיה בתלמיד חכם שתורתו אומנותו, שהוא אסור בביטול תורה. שזאת מנין לגמרא לומר כן ולהקשות "הלא מושבע ועומד מהר סיני", הרי יתכן שרב גידל אמר רב אמר את דבריו לאדם פשוט שאינו מסוגל ללמוד תורה בהתמדה, ומה הקושיא? ומכאן שגם אדם פשוט חייב ללמוד תורה ללא הפסקה. אלא שחיוב זה אינו מפורש בתורה אלא נלמד מדרשה.

אך מדברי התוס' (ד"ה האומר) והרא"ש (ד"ה והלא) משמע שאין חובה ללמוד תורה יותר מאשר קריאת שמע שחרית וערבית, וכל תוספת לימוד היא רשות, ולכן שבועה חלה עליו.

וכתב הרמ"א (יו"ד סי' רמ"ו סעי' א' בהג"ה):

ובשעת הדחק, אפילו לא קרא רק קריאת שמע שחרית וערבית - "לא ימושו מפיך" קרינן ביה.

וכתב הגר"א (ס"ק ו'):

כר' יוחנן שם (מנחות צ"ט ע"ב) ובנדרים (ח' ע"א). ואין דעת הר"ן כן שם. ונ"ל דס"ל דסוגיין הוא כר' יוסי במתניתין, כמו שנאמר שם (מנחות צ"ט ע"ב): "מדבריו" וכו'.

והנראה לענ"ד בכוונת דבריו, שאמנם מהסוגיא בנדרים אין ראיה לכך שאדם יוצא ידי חובתו בקריאת שמע שחרית וערבית. שהרי אפשר לפרשה כדעת הר"ן, שהסיבה ששבועה לא חלה היא בגלל שאין הדבר מפורש בתורה. אך מהסוגיא במנחות יש להוכיח כן; שהרי מר' יוסי למדו שאדם יוצא ידי חובתו בקריאת שמע שחרית וערבית. אלא שקשה: הרי הרמב"ם (בהלכות תמידין ומוספין) פסק שלא כר' יוסי אלא כרבנן. ואולי כוונתו לומר כנ"ל, שמר' יוסי נלמד גם לרבנן, ועל הדרך שכתבנו לעיל, שרק מי שאינו מסוגל ללמוד כל היום יוצא ידי חובתו בקריאת שמע בשחרית ובערבית, אך מי שמסוגל חייב ללמוד תמיד ללא הפסק.

נמצא שהר"ן מפרש שר' יוסי ורבנן נחלקו בשאלה זו, והלכה כרבנן. אך פוסקים אחרים - הרמב"ם, התוס' והרא"ש בנדרים, וכן הרמ"א (לדעת הגר"א) - סוברים שאין מחלוקת בדבר בין ר' יוסי לרבנן, כי המצוה מתחלקת לשני חלקים: החלק האישי ניתן לקיום בקריאת שמע שחרית וערבית; אך החלק הציבורי מחייב שהתורה תילמד בישראל יומם ולילה, ללא הפוגות, ו"אם לא בריתי יומם ולילה חוקות שמים וארץ לא שמתי" (ירמיהו ל"ג נ"ה). ועיין נפש החיים (שער ד' פרק י'-י"א).

יא. אמצעי ותכלית בלימוד התורה

לעיל (אות ו') הסברנו את האפשרות לשותפות כדוגמת יששכר וזבולון. לאור הבנה זו נראה לומר שגם באדם עצמו יש עתים שהוא בחינת "יששכר" ויש עתים שהוא בחינת "זבולון". כאשר אדם עוסק למשל בצרכי גופו ובפרנסתו - הוא בבחינת "זבולון"; וכשהוא עוסק בתורה - הוא בבחינת "יששכר". וכשם שזבולון, המפרנס את יששכר, יש לו חלק בתורתו של אחיו, כי הוא זה שאיפשר לו אח"כ ללמוד, כך גם באדם עצמו, העיסוק בצרכו גופו ופרנסתו הוא זה שאיפשר לו אח"כ ללמוד תורה; ונמצא שהעיסוק ההוא, אף הוא תורה.

ומצינו דוגמא לכך, שהעיסוק בהכשר מצוה נחשב למצוה, כאשר המצוה היא בחפצא ולא בגברא. בתוס' רי"ד (קידושין כ"ט ע"א, ד"ה איהי) נקשר למצוות מילה. הראשונים הקשו שם, מדוע הגמ' מביאה פסוק מיוחד לפטור אשה מלמול את בנה, הרי בלאו הכי היא פטורה משום שזו מצוות עשה שהזמן גרמא (שהרי מצוותה רק ביום ולא בלילה)? ותירץ הרי"ד:

דקבוע הזמן, לבן הנימול, אבל האב, שציווהו הבורא להתעסק במילת בנו - העסק ההוא אין לו זמן, שבין ביום ובין בלילה יטרח ויכין צרכי מילת בנו.

ועי"ש בריטב"א (ד"ה ואיהי) **שתירץ שהמצוה היא על הבן שיהיה נימול ולא על האב שימול. ונראה שהרי"ד בונה את יסודו על בסיס הנחת הריטב"א** (ועיין מקנה, שייחס את תירוצו של הרי"ד לרמב"ן ולריטב"א).

ובזה תובן היטב סברת התוס' (ברכות י"א ע"ב ד"ה שכבר), **שהקשו:**

ונשאל להרב ר' יצחק: כגון אנו, שאין אנו לומדין מיד לאחר תפילת השחר, שאנו טרודין והולכים כך בלא לימוד עד אמצע היום או יותר, אמאי אין אנו מברכין ברכת התורה פעם אחרת כשאנו מתחזילין ללמוד?

ותירצו בין היתר:

וי"ל דשאני תורה, שאינו מייאש דעתו, דכל שעה אדם מחוייב ללמוד, דכתיב "והגית בו יומם ולילה", והוי כמו יושב (ולומד) כל היום בלא הפסק.

והדברים תמוהים לכאורה: מה בכך שהוא מחוייב ללמוד תורה כל היום, סוף-סוף הוא לא למד אלא עסק בדברים אחרים? ומאי שנא מאדם המעוניין לשבת בסוכה כל היום, אך נאלץ לצאת ממנה לצרכים שונים? האם כשחוזר אינו מברך שוב על הסוכה? אך לדברינו הדברים מאירים; תורה שאני, שגם ההכנות ללימוד תורה, חלק מהתורה הן, ובלי הכנות אלו לא יכלה התורה להילמד. ומכיון שהתורה חייבה את האדם ללמוד כל היום, והניחה מראש שאם לא תימצא לו פרנסה יצטרך לעסוק בפרנסתו, א"כ הא גופא הוא חלק מהמצוה. ולא דמי למילה, שהאב מברך רק בשעת המילה ולא בשעת ההכנות. במילה לא תמיד יש בהכרח הכנות למצוה. אם הכל מוכן למילה, האב חייב למול את בנו מיד כשהגיע זמנו. מה שאין כן בתורה, לא יימלט מצב שבו האדם לא יעסוק בהכנות. ואפילו רשב"י היה צריך לאכול פירות מעץ החרוב, לשתות מים מן המעיין ולישון קימעא. שהרי כך יצר ה' את האדם, ועל דעת כן נתן לו את התורה וחייבו ללמוד יומם ולילה, כשההכנות לתורה הן חלק מהתורה.

וידידי הרב משה שלזינגר הראה לי מה שכתב בזה מרן החפץ חיים (שם עולם פרק ה') **בשם התולדות יהושע. החפץ חיים מתייחס שם לדברי המשנה** (אבות פ"ד מ"י):

ואם בטלת מן התורה יש לך בטלים הרבה כנגדך.

ועל כך כתב החפץ חיים, שאם עסקת בתורה בשעות הפנאי, יש לך שכר גם על הפעולות האחרות שעשית, ובהן היית בטל מתורה. וזאת משום שהתברר שכל מה שעשית היה לשם לימוד התורה. אך אם ביטלת תורה בשעות הפנאי שלך, התברר למפרע שטרדותיך לא היו לשם תורה, ואז ידונו אותך כמבטל תורה באותם זמנים. וזוהי כוונת המשנה: אם ביטלת מן התורה (בשעות הפנאי) **- יש לך בטלים הרבה כנגדך** (פורעים ממך גם את יתר הזמן שביטלת מן התורה). **ודברי פי חכם חן.**

יב. ערך הפרט בלימוד התורה

והנה, לעומת האמור עד כה, שמצוות ההתמדה והשקידה בתורה נובעת מהחיוב הציבורי במצוה, מצינו שיש ערך אישי למצוה לגדול בתורה. וכך נאמר בגמרא (פסחים ס"ח ע"ב):

רב ששת, כל תלתין יומין מהדר ליה תלמודיה ותלי וקאי בעיברא דשא ואמר: חדאי נפשאי; לך קראי, לך תנאי.

והקשתה הגמ' מדברי ר' אלעזר, שאמר: "אלמלא תורה לא נתקיימו שמים וארץ" (ור"ל שהמצוה אינה לצורך האדם אלא לצורך העולם)**! ותירצה:**

מעיקרא, כי עביד איניש אדעתיה דנפשיה קא עביד.

ופירש הר"ח:

עיקר מיהת כי עביד איניש, לנפשיה עביד.

וא"כ משמע שאע"פ שיש תועלת לציבור ולעולם בלימוד התורה של היחיד, עיקר הלימוד הוא לצורך היחיד ולא לצורך הציבור.

כמו כן יש להוכיח את זכותו של היחיד על התורה שלמד, מהגמרא בקידושין (ל"ב ע"א-ע"ב):

אפילו הרב שמחל על כבודו - כבודו מחול... דכתיב : "(כי אם בתורת ה' חפצו) ובתורתו יהגה יומם ולילה".

ומכאן ש"תורה דיליה היא" והנראה לענ"ד לומר בזה, שהאמת היא כמו שהוכחנו לעיל שההתגדלות בתורה היא צורך הכלל. אלא שכל פרט ופרט נתברך בכישרון מיוחד שבאמצעותו תתגלה התורה בפן אישי המיוחד רק לו. וזהו צורך הציבור, שהתורה תתגלה בדרכים שונות ומגוונות עפ"י דרכו ואישיותו של כל תלמיד-חכם. ואל יאמר אדם: יש כבר די תלמידי חכמים בישראל, ואין צורך שגם אני אגדל בתורה. לא היא. כי לא רק גידול כמותי של תלמידי חכמים בישראל מעלה את הרמה הרוחנית, אלא גם הרב-גוניות של הכשרונות השונים, שכל אחד מגלה פנים אחרות בתורה בסגנונו הוא. ונמצא שאכן כל אחד לומד למענו כביכול, בהתאם לכישוריו ונטייתו. רק כך הוא מרגיש מחוייבות אישית ושייכות אישית משלו להתמסר לתורה ולגדול בה. אולם הא גופא: הסגנון האישי - בו נתברך כל אחד ואחד - לשם כך נוצר, כדי שהתורה תתגלה במספר גדול ככל האפשר של גוונים וצורות. א"כ הצורך הפרטי הוא בסופו של דבר צורך הכלל. ולזה התכוון רב ששת באומרו: "לך קראי לך תנאי", שהוא לומד לעצמו, לשם התפתחותו האישית, והא גופא הוא לשם קיום השמים והארץ.

לכן התורה היא קניינו האישי של כל תלמיד חכם. כי אכן דרך הלימוד, ההבנה והסגנון הם אישיים ואופייניים לו בלבד, ולכן זכותו היא למחול על כבודו.

ועיין תניא (פרק ל"ה-ל"ו) שכתב שמצד אחד התורה בטלה לעומת ה', ומאידך - טל תורה מחייהו, את האדם, שלא יתבטל במציאותו לפני ה'. יש א"כ שני כוחות המנוגדים לכאורה זה לזה. מצד אחד לימוד התורה מבטל את עצמיותו הפרטית של האדם; ומאידך, טל התורה שומר על עצמיותו של כל אחד ואחד. ועל זה אנו מתפללים: "ותן חלקנו בתורתך" - שלכל אחד מאתנו יהיה חלק משלו בתורה.

יג. נוסח ברכת התורה

נחלקו הפוסקים בנוסח ברכת התורה: נוסחת הרי"ף (ברכות ה' ע"ב), הרמב"ם (הל' תפילה פ"ז ה"י) והשו"ע (או"ח סי' מ"ז סעי' ה') היא: "על דברי תורה". אך נוסח אשכנז (מובא בראש ברכות פ"א סי' י"ג) הוא: "לעסוק בדברי תורה".

וייתכן לומר שבזה נחלקו: הרמב"ם (הל' ברכות פ' א' ה"א) פסק שכל מצוה המתקיימת ע"י אחרים מברכים ב"על" המצוה, וכשמקיימה בעצמו מברך "לעשות" את המצוה. ולפי שמצוות תלמוד תורה אינה מצוה פרטית אלא מצוה ציבורית הנעשית בשליחות כלל ישראל, לכן סובר הרמב"ם שמברכים ב"על". ואילו האשכנזים מברכים "לעסוק", כי לשיטתם המצוה היא אישית ולא ציבורית.

מיהו יש לומר שגם האשכנזים מודים בעיקרון לרמב"ם שהמצוה היא ציבורית, אך כאמור לעיל (אות י"ב) יש לכל אחד יחס אישי לתורתו, והוא לומד ומבין אותה לפי נטייתו האישית ולפי יוזמתו האישית. לכן לדעתם יש לברך "לעסוק". אך הרמב"ם סובר שמכיון שסוף סוף מטרת המצוה היא ציבורית, לכן יש לברך ב"על".

עוד יש לומר, שהרמב"ם הולך לשיטתו, כמו שכתבנו, שכל מצוה שאדם מקיימה לאחרים מברך ב"על". והרי מצוות תלמוד תורה, עיקרה לאחרים; וכמו שהוכחנו לעיל (אות ד') מלשון הרמב"ם בתחילת הל' תלמוד תורה (פ"א ה"א-ה"ב) שהמצוה היא ללמד תורה לאחרים, ואף הוא עצמו בכלל המצוה ללמד תורה.

וכן מצינו לרמב"ם (הל' מגילה פ"א ה"ג) שכתב שמברכים בקריאת המגילה "על מקרא מגילה" אע"פ שכל אחד מחוייב לשמוע מגילה, אך לכתחילה המצוה בפרסומי ניסא דווקא. וכ"כ המגדל עוז (הל' ברכות פ"א הט"ו) לענין ברכת אכילת פסח, מצה ומרור, שמברכים "על", כיון שלכתחילה המצוה היא בחבורה דווקא.

והרא"ש (ברכות פ"א סי' י"ג), זסובר שברכת התורה היא "לעסוק" - הולך ג"כ לשיטתו, שהרי כתב בפסחים (פ"א סי' י') בשם ר"ת שעל מצוה שיש לה שיהוי מברכין ב--ל' ועל מצוה שאין לה שיהוי מברכין ב"על". ולכן על טבילה, נטילת ידים, מגילה, מצה ותרו"מ מברכין "על", שמשמעותו לשעבר, כי המצוה מתקיימת בשעת מעשה ללא שיהוי והמשך לזמן נוסף. אך על תפילין, סוכה, ציצית,

חנוכה ושופר מברכין ב-ל', כי מצוות אלו נמשכות גם לאחר קיומן. ולפי זה יש לומר שלדעת הרא"ש מצוות תלמוד תורה מתקיימת לאורך זמן, ונמשכת והולכת כל היום וכל הלילה, ולכן מברכין "לעסוק".

יד. שייכותה של אשה לתורה

בשו"ע (או"ח סי' מ"ז סעי' י"ד) נפסק להלכה שאשה מברכת ברכת התורה. והקשה הגר"א (ד"ה נשים): הרי נשים פטורות מתלמוד תורה, שנאמר "ולמדתם אותם את בניכם" - ולא את בנותיכם (קידושין כ"ט ע"ב) וכיצד יכולה לברך "וציונו"? ותשובתו היא, שאשה יכולה לברך גם על מצוות עשה שהזמן גרמן, שאינה חייבת בהן. אולם הדבר תמוה, שהרי לדעת מרן המחבר (או"ח סי' תקפ"ט סעי' ו') אשה אינה רשאית לברך על מצוות עשה שהזמן גרמא, ואילו כאן הוא עצמו פסק שאשה מברכת ברכת התורה!

המג"א (סי' מ"ז ס"ק י"ד) **זירץ** שאשה חייבת ללמוד את הדינים שהיא מקיימת, והיא מברכת על לימוד זה. וקשה: שהרי באשה, שאינה חייבת במצוות תלמוד תורה, לימוד ההלכות אינו מצוה אלא **הכשר מצוה** בלבד, ועל הכשר מצוה אין מברכין! ועין שו"ת בית הלוי (ח"א סי' ו' אות א') שהוכיח מכמה מקומות בש"ס שאשה אינה נחשבת כמי שמקיימת מצוות תלמוד תורה. ומשמע מדבריו שהדברים אמורים אפילו באותן הלכות שהיא צריכה לדעת, כי זו לא מצוה אלא הכשר מצוה.

והגרי"ז (הל' ברכות) כתב בשם אביו הגר"ח מבריסק, שאמנם נשים פטורות ממצוות תלמוד תורה, אך אינן מופקעות מעצם ה"חפצא" של תלמוד תורה. ולכן לימודן הוא בכלל מצוות תלמוד תורה. וברכת התורה, לדעתו, אינה על מצוות הלימוד על עצם ה"חפצא" של לימוד התורה. והדברים סתומים וחתומים לכאורה.

ולפי דברינו הדברים מיושבים היטב. אמנם אשה פטורה מחיוב אישי ללמוד תורה מצד מצוות ה"גברא" שבדבר. אך בהיותה חלק מהציבור אין היא פטורה מחובת ה"חפצא" שהתורה תילמד בישראל. וכשהיא מסייעת ללימוד התורה בישראל, היא מקיימת את המצוה הציבורית, כמו זבולון המסייע לישששכר. ולזה נתכוון רבינא (סוטה כ"א ע"א) כאשר הוא בא לתרץ את קושיית הגמרא שם, שמכיון שנשים פטורות מתלמוד תורה, כיצד יכולה זכות התורה לעכב לה את הפורענות. ותירוצו של רבינא הוא:

> נהי דפקודי לא מיפקדא, באגרא דמקריין ומתניין בנייהו, ונטרן להו לגבריהו עד דאתו מבי מדרשא, מי לא פלגאן בהדייהו?!

וכך נפסק להלכה (רמב"ם הל' סוטה פ"ג ה"כ), שיש לאשה זכות של תורה. נמצא איפוא שהסיוע, שהאשה מסייעת לבעלה ובניה ללמוד תורה, מזכה אותה במצוות תלמוד תורה, כי היא שותפה לכך שהתורה תילמד בישראל. ולכן היא מברכת את ברכת התורה. ואולי לזה התכוון הגרי"ז בשם הגר"ח.

אלא שהדבר תלוי בנוסח הברכה: לפי נוסח המחבר, "על דברי תורה" - ניחא, שאף שהאשה אינה מצווה בעצמה, היא מברכת על דברי התורה הנלמדים בישראל. אך לפי נוסח אשכנז, "לעסוק בדברי תורה" - קשה, שהרי אשה אינה מצווה לעסוק בתורה בעצמה. אולם הדברים מתבארים כמין "חומר": לשיטת המחבר, שאשה אינה יכולה לברך על מצוה שאינה חייבת בה, כגון מצוה שהזמן גרמא, היא מברכת "על דברי תורה", על ה"חפצא" של התורה, ולא על חיובה האישי. ולנוסח אשכנז, שהיא מברכת "לעסוק" - אכן שיטת הרמ"א (או"ח סי' תקפ"ט סעי' י' בהג"ה) היא, שאשה יכולה לברך גם על מצוה שאינה חייבת בה.

המג"א (סי' קפ"ז ס"ק ג') הוכיח שנשים שייכות ללימוד תורה מהפסוק (שמות י"ט ג') "כה תאמר לבית יעקב" - אלו הנשים (עי' רש"י שם). ועמד על כך שאעפ"כ, נשים אינן חייבות להזכיר תורה בברכת המזון, והן חייבות בברכת המזון רק מספק. ולכאורה יש סתירה בין הדברים! ולפי הנאמר לעיל הדבר מיושב: אמנם הקב"ה, כשבא לתת תורה לישראל, פנה קודם אל הנשים, כדי שהן תסייענה ללימוד התורה בישראל. אולם הן לא נתחייבו באופן אישי ללמוד תורה, ולכן אינן חייבות להזכיר

תורה בברכת המזון, שהרי שם נאמר "על תורתך **שלימדתנו**", כלומר, התורה שאנו לומדים באופן אישי.

נמצא איפוא שאשה, כחלק מהציבור, חייבת לסייע ללימוד התורה בישראל, אולם אינה מחויבת אישית בלימוד, ואף לא באותה מצוה רשותית של ההתגדלות בתורה למען הציבור. חיובה הוא בחלק הציבורי מבחינת ה"חפצא" שבו, שירבו תלמידי חכמים בישראל, ולא מבחינת חובת ה"גברא", לגדול בעצמה בתורה למען הציבור. ולכן נאמר (חגיגה ג' ע"א) ביחס למצוות "הקהל":

> אמר ר' אלעזר בן עזריה: אם אנשים באים ללמוד, נשים - לשמוע.

כלומר, שהנשים באות להשתתף עם הציבור בלימוד התורה, אך לא כחובה אישית ללמוד בעצמן.

טו. שותפות האשה בלימוד של בעלה

במסכת כתובות (ס"ב ע"א) חלקו רב ור' יוחנן בשאלה, כמה זמן יכול תלמיד חכם לפרוש מאשתו כדי ללמוד תורה:

> אמר רב: חודש כאן (בבית המדרש) וחודש בבית, שנאמר (דברי הימים א' כ"ז א', בעבודות לצרכי מלכות דוד): "לכל דבר המחלקות הבאה והיוצאת, חודש בחודש לכל חודשי השנה". ור' יוחנן אמר: חודש כאן (בבית המדרש) ושנים בביתו, שנאמר (מלכים א', ה' כ"ח, בקשר לבנין בית המקדש ע"י שלמה): "חודש יהיו בלבנון, שנים חודשים בביתו"...
>
> ור' יוחנן, מאי טעמא לא אמר מההיא (דרב)? - שאני התם דאית ליה הרווחה.

ופירש רש"י (ד"ה שאני התם):

> שהיו נהנים מבית המלך, ואיכא רווח ביתא. ולפיכך מקבלת עליה שיהיה בבית המלך חודש אחד משני חודשים. שכיון שיש לו שכר, יש לה מזונות מרווחין ותכשיטין. אבל תלמוד תורה - מצוה דיליה היא.

כלומר, שאין לאשה תועלת מלימודו של בעלה כמו שיש לה מעבודתו בבית המלך. ולפי מה שכתבנו לעיל, קשה: הרי גם לאשה יש חלק בתורתו של בעלה, ויש לה שכר על כך, כמו שהוכחנו מסוטה. וכן נאמר בכתובות (שם):

> אלו נשותיהן של תלמידי חכמים, שמנדדות שינה מעיניהן בעוה"ז ובאות לחיי העוה"ב.

א"כ איך ניתן להבין את דברי ר' יוחנן? (אמנם אפשר לחלק בין תועלת ממונית לתועלת רוחנית. ודוחק). והנראה לומר בזה, שרש"י, לשיטתו, פירש שם (ד"ה אורחא) שהמדובר במי שאינו יוצא בעידודה וברצונה הגמור של אשתו. שהרי בהסכמתה, נאמר שם בגמרא שיכול לצאת לזמן רב יותר, אפילו שתים עשרה שנה, כר' עקיבא ואחרים. אלא המדובר במי שמפתה את אשתו שתסכים לכך (עי"ש בתוד"ה אלא) וכשהאשה אינה מדרבנת את בעלה מיוזמתה אלא רק מסכימה לדרישתו, יש לחלק בין יציאה לבית המלך לבין יציאה לבית המדרש. שכשם שהבעל עצמו אינו חייב מצד עצמו להיות תלמיד חכם גדול, אא"כ נדבה אותו רוחו, ויש לו אחריות ציבורית לכלל ישראל; כך גם אשתו, רק אם נדבה אותה רוחה לסייע לבעלה לגדול בתורה יש לה זכות, אך אין היא חייבת בכך. וזו לשון הרמב"ם בהל' תלמוד תורה (פ"ג ה"ו): "מי שנשאו לבו לקיים מצוה זו כראוי ולהיות מוכתר בכתר תורה" ומכיון שהמדובר שם באשה שהסכימה רק בדיעבד ללימודו של בעלה, לכן תורתו דיליה ולא דילה.

ויפה למד ר' יוחנן ממצוות בניין בית המקדש. גם שם המצוה היא ציבורית ולא אישית, והיא מבוססת על התנדבות של כל אחד ואחד ככל אשר ידבנו ליבו. וגם שם, בעל שהתנדב לבנין בית המקדש ללא רצונה הגמור של אשתו - מצוותו דיליה ולא דילה. אלא שאם יש לה תועלת ממונית, היא מסכימה בדיעבד לכך, אך לא נוח לה במצוותו של בעלה אלא בתועלתה שלה.

סיכום

נמצינו למדים איפוא שמצוות תלמוד תורה יש לה שני חלקים: חלק אישי, אותו ניתן לקיים בקריאת שמע שחרית וערבית; וחלק ציבורי, שהתורה תילמד בישראל ויהיו בהם תלמידי חכמים

גדולים ורבים ככל האפשר. חלק זה - אין לו שיעור, וכל רגע ורגע שאדם לומד, הוא מקיים בכך את עם ישראל ואת העולם כולו.

והדרגות שבינתיים, אין להן שיעור. כל אחד מישראל שיכול לנצל את זמנו ללימוד תורה, חייב להיות חלק מעם ישראל הגדל בתורה, ואינו יכול לומר: די לי בקריאת שמע שחרית וערבית. אלא כשם שהוא חייב לדאוג שתילמד תורה בישראל, כך הוא חייב לקיים זאת ראשית כל בעצמו. וככל שהתורה נלמדת בהמון רב יותר, כך מתגדל שמו של ה' בעמו ומתקדש בעולמו.

טז. תלמוד ומעשה (א) - תלמוד תורה וכיבוד אב ואם

נאמר במסכת מגילה (ט"ז ע"ב):

> אמר רבה, אמר ר' שמואל בר מרתא: גדול תלמוד תורה יותר מכיבוד אב ואם. שכל אותן שנים שהיה יעקב אבינו בבית עבר, לא נענש.

וקשה, הרי מצוות תלמוד תורה נדחית מפני כל מצוה שאי אפשר לקיימה על ידי אחרים, כמבואר במסכת מו"ק (ט' ע"ב)!

ויש לומר שגם מצוות כיבוד אב ואם נדחית מפני כל מצוה שאי אפשר לקיימה על ידי אחרים (עיין קידושין ל"ב ע"א) ודוחה רק מצוה שאפשר לקיימה על ידי אחרים. והטעם לכך הוא מפני שגם האב וגם הבן חייבים בכבודו יתברך.

ונמצא ששתי מצוות אלו שקולות הן לכאורה. שתיהן נדחות מפני כל מצוה שאי אפשר לקיימה בידי אחרים, ורק מצוה שאפשר לקיימה בידי אחרים נדחית מפניהן. והשאלה היא איזו מהן דוחה את חברתה. ועל זה חידשה הגמרא במגילה שמצוות תלמוד תורה דוחה כיבוד אב ואם. וכן פסק הרמב"ם (הל' ממרים פ"ו ה"ג). ועיין מאירי (מו"ק שם ד"ה אעפ"י) שהביא שתי דעות בענין:

א. דעת הראב"ד (מובאת במאירי שם) היא שתלמוד תורה אינו עדיף מכיבוד אב ואם. אדרבא, כיבוד אב ואם עדיף, שהרי כל מטרתה של מצוות תלמוד תורה היא קיום המצוות. והחידוש הוא בכך שלמרות קולתה היחסית של מצוות תלמוד תורה, היא דוחה מצוה שאפשר לקיימה בידי אחרים.

ולדבריו צריך ליישב את דברי הגמרא במגילה, האומרת שתלמוד תורה גדול מכיבוד אב ואם; וכוונת הגמ' לומר שיעקב אבינו לא ביטל מצוות כיבוד אב ואם באופן ישיר בגלל תלמוד תורה, אלא שבגלל היותו בבית שם ועבר י"ד שנה, לא יכול היה לקיים את מצוות כיבוד אב ואם, ורק באופן כזה עדיפה מצוות תלמוד תורה מכיבוד אב ואם.

ב. דעת "גדולי הדורות" (מובאת במאירי שם) היא, שמצוות תלמוד תורה עדיפה מכיבוד אב ואם, אלא שמצוות כיבוד אב ואם היא מצוה עוברת. והחידוש בתלמוד תורה הוא להיפך, שלמרות חומרתה של מצוות תלמוד תורה, היא נדחית מפני מצוה שאי אפשר לקיימה בידי אחרים. ונמצא לפי "גדולי הדורות", שאם אביו צריך אותו מיד, עליו לבטל תלמוד תורה בשבילו; אך אם אינו צריך אותו מיד, אינו צריך לבטל תלמוד תורה בשבילו, ובזה תלמוד תורה עדיף מכבוד אב ואם. אמנם שבדרך כלל "גדולי הדורות" במאירי הוא הרמב"ן, אך כאן אי אפשר לומר כן, משום שהרמב"ן עצמו, בחידושיו לקידושין, דף ל"ב ע"א ד"ה הא, סובר כהראב"ד).

וצריך עיון, אם לדעת הראב"ד חייב לשמוע בקול אביו, אם אומר לו: אל תלך ללמוד במקום פלוני. ונראה שאינו צריך לשמוע לו כמבואר בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' כ"ה), משום שאין זה כיבוד. כי אביו לא אומר לו "כבדני", אלא מצוה עליו שלא ללכת. אין כאן סתירה למצוות כיבוד אב ואם אלא למוראם. ובזה יתכן שגם הראב"ד יודה שאין הבן חייב לשמוע בקול אביו, משום "שאתה והוא חייבים בכבודי".

נמצא שאין נפק"מ בין דעת הראב"ד לבין דעת "גדולי הדורות", אלא בגדר מצוות תלמוד תורה: שלדעת הראב"ד, מצוות תלמוד תורה - מכיון שהיא נדחית מפני מצוה מעשית, משום שבלי קיום אין ערך ללימוד - היא גם נדחית מפני מצוות כיבוד אב ואם שאפשר לקיימה ע"י אחרים. ולדעת

"גדולי הדורות", מכיון שמצד עצמותה היא נעלה מכל מצוה אחרת שיש מי שיקיימה או שיש זמן אחר לקיימה, ובכל רגע ורגע שלומד - הרי הוא מקיים מצוה - לכן היא עדיפה על מצוות כיבוד אב ואם שאפשר לקיימה בידי אחרים. וכך הם דברי הגר"א (שנו"א פאה פ"א מ"א, פירוש הארוך ד"ה ותלמוד).

ועיין מהר"ל (אור חדש בסופו), שמה שנאמר שם "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות" - אינו דין מוחלט, שהרי הצלת נפשות חשובה, ומשום כך באמת מרדכי היה רצוי לרוב אחיו, יעוי"ש. (ועי' לקמן סי' צ"ו אות ו') וא"כ הוא הדין לגבי כיבוד אב ואם, יתכן שאין זה דין מוחלט.

עוד יש לומר שהראב"ד ו"גדולי הדורות" נחלקו בהבדל שבין כיבוד אב ואם לתלמוד תורה. לשניהם היה קשה, שלכאורה גם בכיבוד אב ואם וגם בתלמוד תורה יש אותו דין, שמצוה שאפשר לקיימה בידי אחרים נדחית מפניהם, ומצוה שאי אפשר לקיימה בידי אחרים, דוחה אותם. אך מדוע נאמר דין זה רק בתלמוד תורה (עי' מו"ק ט' ע"ב), הרי גם בכיבוד אב ואם שייך דין זה? ובזה נחלקו: הראב"ד סובר שבתלמוד תורה, החידוש הוא בכך, שאם יש מצוה שאפשר לקיימה בידי אחרים, היא נדחית מפני תלמוד תורה, למרות **קולתה** היחסית של מצוות תלמוד תורה לעומת מצוה מעשית. ו"גדולי הדורות" סוברים שהחידוש הוא בכך שמצוה שאי אפשר לקיימה בידי אחרים, דוחה תלמוד תורה למרות **חומרתה** היחסית.

אך לדעת שניהם מצוות תלמוד תורה נדחית מפני כיבוד אב ואם מפני שאי אפשר לקיימה בידי אחרים. וע"כ מה שנאמר במסכת מגילה "גדול תלמוד תורה יותר מכיבוד אב ואם", שאני, שכן שם מדובר בדחייה **עקיפה** של המצוה, ע"י כך שיעקב לא היה בבית הוריו אלא בישיבתם של שם ועבר, ונמנעה ממנו ההזדמנות לקיים את מצוות כיבוד אב ואם כהלכתה. ועי' לקמן (סי' ה' אות א'-ב').

יז. תלמוד ומעשה (ב) - תלמוד תורה וקריאת מגילה

כתב הרמב"ם (הל' מגילה פ"א ה"א):

> וכן מבטלים תלמוד תורה לשמוע מקרא מגילה. קל וחומר לשאר מצוות של תורה, שכולן נדחין מפני קריאת מגילה.

והדברים מוקשים: הרי אדרבה, מצוות תלמוד תורה קלה יותר מכל המצוות שבתורה, שהרי היא נדחית בפני כל מצוה אחרת. ומהו הקל וחומר שלמד הרמב"ם מביטול תורה לביטול מצוות אחרות?

והנה לשון דומה נקט הרמב"ם בהלכות אישות (פט"ו ה"ב):

> ואם היה עוסק בתורה וטרוד בה, והיה מתירא מלישא אשה כדי שלא יטרח במזונות ויבטל מן התורה - הרי זה מותר להתאחר; שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וכל שכן בתלמוד תורה.

ואף כאן קשה, מהו ה"כל שכן", אדרבא מבטלין תורה כדי לקיים מצוה ואין מבטלין מצוה כדי לקיים מצוה אחרת; שכן העוסק במצוה פטור מן המצוה, אך העוסק בתורה אינו פטור מן המצוה?

ויש ליישב עפ"י הגמ' במסכת מועד-קטן (ט' ע"א):

> כתיב: "פלס מעגל רגלך כי כל דרכיך יכונו", וכתיב: "אורח חיים פן תפלס"! - לא קשיא, כאן במצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים, כאן במצוה שאי אפשר לעשותה ע"י אחרים.

וכן פסק הרמב"ם בהל' תלמוד תורה (פ"ג ה"ד):

> היה לפניו עשיית מצוה ותלמוד תורה, אם אפשר למצוה להעשות ע"י אחרים - לא יפסיק תלמודו, ואם לאו - יעשה המצוה ויחזור לתלמודו.

וע"כ צריך לומר שהרמב"ם סובר כשיטת התוס' והר"ן שרק **מקדימים** את מצוות קריאת המגילה למצוות אחרות, אפילו אם הן מהתורה. אך כאשר הבחירה היא קיום מצוה מהתורה או קריאת מגילה - מצוה מהתורה מבטלת קריאת מגילה שהיא מדרבנן או מדברי קבלה. וכן דייק הרא"מ מלשון הרמב"ם בהל' מגילה שכתב לענין מת מצוה "שהפוגע בו קוברו תחילה ואח"כ קורא". משמע שאם אין אפשרות לקרוא את המגילה אחרי קבורת המת, מקרא מגילה קודם, כי קבורת המת לא

תתבטל לגמרי אלא תידחה לזמן אחר. וא"כ מוכח שהרמב"ם נקט בכוונה לשון דחיה, שמצוות התורה נדחות בפני מקרא מגילה, אך לא מתבטלות מפניה (עי' ט"ז סי' תרפ"ז ס"ק ב', מג"א שם ס"ק ד').

ולפי זה נמצא שבאמת מצוות תלמוד תורה אינה נופלת בערכה לעומת מצוות אחרות. אדרבה, "תלמוד תורה כנגד כולם" אלא שזהו גדר מצוות תלמוד תורה, שהלומדה חייב גם לקיימה; ואם אינו מקיימה, אין זו תורה. וכן אמרו חז"ל (יבמות ק"ט ע"ב): "האומר אין לי אלא תורה... אפילו תורה אין לו".

ולכן כשיש לו מצוה שניתן לקיימה ע"י אחרים, או שניתן לקיימה בזמן אחר, אינו חייב להיבטל מלימודו הרגיל. כי העוסק במצוה פטור מן המצוה, וק"ו למצוות לימוד תורה שהיא עולה על כל המצוות. וזהו הק"ו שלמד הרמב"ם בהל' אישות, שאם מותר לדחות נישואין לזמן אחר בגלל עיסוק במצוה, ק"ו שמותר לדחותן בגלל לימוד תורה. ובהל' מגילה הק"ו הוא הפוך: אם מותר לבטל תורה בגלל קריאת מגילה, למרות שיש זמן לקרוא מגילה כל היום, ובכל זאת מקדימין מגילה לתלמוד תורה, ק"ו שמקדימין מגילה למצוות אחרות (ועי' לקמן סי' ה' אות א').

סימן א

לא תסור מכל אשר יורוך *

ראשי פרקים

הקדמה

א. מחלוקת חז"ל כלפי איזה ב"ד קיימת חובת הציות

ב. שיטת הרמב"ם

1. חובת הציות חלה כלפי ב"ד שבכל דור
2. חובת הציות היא מדין אחרי רבים להטות
3. יש איסור לא תסור מהוראת ב"ד שקיבל סמכות מרוב ישראל

ג. שיטת החינוך: מצות לא תסור חלה בכל זמן

ד. שיטת הר"ן: חובת הציות היא מדין אחרי רבים להטות

ה. איך מכריעים על פי רוב כשכל אחד דן לעצמו?

ו. חובת ציות לבתי דין שסמכותם נובעת מביה"ד הגדול שבירושלים

ז. חובת הציות כשבית הדין טועה

1. החובה היא משום החשש לפיצול התורה והסיוע הא-להי לביה"ד
2. החובה היא רק לאחר מו"מ משותף עם ביה"ד
3. החובה היא רק לגבי הוראה לרבים

ח. התחומים שבהם חייבים לציית לביה"ד

1. מחלוקת במציאות
2. מחלוקת השקפתית

מסקנות

הקדמה

שאלת הסמכות התורנית בימינו טעונה בירור. האם יש בכלל כיום מצוה לשמוע לחכמי הדור? ואם כן, האם חובה זו היא מהתורה או מדרבנן? למי מחכמי הדור עלינו לשמוע? במה עלינו לשמוע? האם יש עדיפות למוסד מרכזי עליון?

א. מחלוקת חז"ל כלפי איזה ב"ד קיימת חובת הציות

שתי מצוות מפורשות בתורה, עשה ולא תעשה:

> על פי התורה אשר יורוך... תעשה (דברים י"ז י"א).
>
> לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל (שם).

התורה מדגישה שם, שהמדובר בבית הדין הגדול שבלשכת הגזית, שנאמר: "וקמת ועלית אל המקום" - מכאן שהמקום גורם אך לחכמים אחרים אין מצוה לשמוע. אולם הספרי (שם) דורש: "ובאת" - לרבות בי"ד שביבנה למרות שבסמוך הוא דורש שאין זקן ממרא חייב מיתה אלא אם עבר על הוראת ביה"ד הגדול **שבירושלים**. ועל כרחך צריך להבחין בין חובת הציות לכתחילה, החלה גם כלפי בי"ד שביבנה, לבין דינו של זקן ממרא שעבר והמרה, שאינו חייב אלא אם המרה את פיו של ביה"ד הגדול שבירושלים.

אולם גם לפי הספרי אין לנו חובת ציות אלא לביה"ד שביבנה, שאף הוא היה ב"ד גדול, וחסרונו היחיד היה שלא היה במקומו הקבוע, בלשכת הגזית. אך ב"ד רגיל שבכל דור ודור, אין לו מעמד כזה (אא"כ נאמר שב"ד שביבנה לאו דווקא).

* למעמדה של הרבנות הראשית לישראל במלאות לה 70 שנה. נדפס ב"תחומין" (כרך י"א).

לעומת זאת מצינו בשאילתות (בשאילתא הנוספת לפר' משפטים, סי' נ"ח):

אמר משה לפני הקב"ה: רבש"ע, כתבת בתורתך "וקמת ועלית" - הרי בזמן שביהמ"ק קיים. ובזמן שאין ביהמ"ק קיים, מי ישפוט בין עמך ישראל? א"ל: בעלי תורה, דהכי כתיב: "על פי התורה אשר יורוך".

כלומר, שבעלי תורה בכל דור ודור הם המורים תורה, ואליהם יש לשמוע.

ב. שיטת הרמב"ם

1. חובת הציות חלה כלפי בי"ד שבכל דור

כתב הרמב"ם (הל' ממרים פ"א ה"א-ה"ב):

בית הדין הגדול בירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה... כל מי שאינו עושה כהוראתן עובר בלא-תעשה, שנאמר "לא תסור..." ואין לוקין על לאו זה, מפני שניתן לאזהרת מיתת בית דין; שכל חכם שמורה על דבריהם מיתתו בחנק.

משמע מדבריו שהחיוב חל על כל אדם ולא רק על זקן הראוי להוראה. אלא שזקן חייב מיתה על הוראתו, והדיוט פטור אפילו ממלקות. אולם החכמים שיש חיוב לשמוע לדבריהם הם ביה"ד הגדול שבירושלים בלבד.

עוד כתב בהל' ממרים (פ"ב ה"א):

בית דין גדול (ובכס"מ הגירסא: בי"ד **הגדול**, וכן ברדב"ז) שדרשו באחת מן המידות... ועמד אחריהם ב"ד אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו, הרי זה סותר...

אם אכן הגירסא הנכונה היא כמו שלפנינו - בי"ד "גדול" ולא "הגדול" בה"א הידיעה - יתכן שכוונת הרמב"ם היא שאמנם מותר לסתור פסק-דין של כל בי"ד גדול, אבל אסור לסתור את דינו של ביה"ד הגדול היושב בלשכת הגזית. אך לגירסת הכס"מ והרדב"ז מותר לסתור אפילו פסק דין של ביה"ד הגדול בלשכת הגזית.

מיהו, באשר לגזרות ותקנות ומנהגות, ההלכה היא שאין בי"ד יכול לבטל דברי בי"ד חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין. והלכה זו מתייחסת לכל בי"ד, גם לא ביה"ד הגדול. הדבר מוכח מלשון הרמב"ם (הל' ב' שם):

בי"ד שגזרו גזירה או תיקנו תקנה... ועמד בי"ד אחר וביקש לבטל דברים הראשונים... אינו יכול, עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין.

כאן נקט הרמב"ם בנוסח של "בית דין" סתם, אפילו שאינו גדול. וכן מוכח מהמפרשים שציינו את מקור דברי הרמב"ם מהגמרא בגיטין (דף ל"ו ע"ב) **ששמואל אמר על תקנת הפרוזבול של הלל:** "אי איישר חילי (כלומר, אילו הייתי גדול ממנו בחכמה ובמנין) - אבטלינהו". **וכן מהגמרא בע"ז** (דף ל"ו ע"א), **שר' יהודה נשיאה התיר שמן** (של גויים שלא פשט איסורו בכל ישראל) **משמע שגם בתי דין שלאחר החורבן נקראו בי"ד לענין זה שאין בי"ד אחר יכול לבטל את דבריהם. ואפילו שמואל, שהיה אמורא שאינו סמוך, ראה את עצמו מוסמך לבטל דברי בי"ד חבירו, ומסתבר שבסמכותו גם לתקן תקנות ולגזור גזרות המחייבות את כלל ישראל.**

ואין הכרח לומר שכוונת הרמב"ם במונח "בית דין" היא רק לבי"ד גדול במשמעות של ביה"ד שביבנה, שהיה ביה"ד הגדול שבישראל אלא שלא ישב בלשכת הגזית; שכן בהמשך אותו פרק הוא עוסק בבית דין סתם, ומשמע בבי"ד שבכל דור ודור. כגון שם (בהל' ד'): ויש לבי"ד לעקור אף דברים אלו לפי שעה והרי דין זה של הוראת שעה קיים בכל בי"ד שבכל דור ודור, כמבואר בשו"ע (חו"מ סי' ב'): כל בי"ד, אפילו אינם סמוכים בא"י... דנים בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש. **אלא שבהמשך הדברים שם בשו"ע נאמרה הגבלה:** ודווקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחום בי"ד עליהם. **וייתכן איפוא שגם לדעת הרמב"ם המדובר הוא דווקא בבי"ד חשוב או בבי"ד שהמחום הציבור עליהם[1].**

1 וצ"ע אם הסכמת הציבור נחוצה לכל דיני הוראת שעה, גם בענייני איסור והיתר, או רק בדיני ממונות.

עוד כתב הרמב"ם (שם בפ"ג ה"ז):

> מצאן חוץ למקומן והמרה עליהן, פטור... וכל אלו וכיוצא בהן, שהן פטורין מן המיתה, יש לבי"ד הגדול לנדותן ולהפרישן ולהכותן ולמונען מלמד, כפי מה שיֵראה להן שהדבר צריך לכך.

וע"כ הוא משום שהאיסור להמרות את פי ביה"ד הגדול חל תמיד, לא רק על זקן ממרא, ולא רק כשביה"ד בלשכת הגזית. אלא האיסור הוא כללי, ורק העונש הוגבל למקרה מיוחד. ומה שנקט הרמב"ם שביה"ד הגדול הוא שיכול לנדותן ולהפרישן ולהכותן, צריך לומר שהוא לאו דווקא, אלא מכיון שבתחילת דבריו הזכיר את מי שהמרה על ביה"ד הגדול חוץ למקומן, ייחס גם את הענישה לביה"ד הגדול. אולם הוא הדין לכל מי שממרה על כל בי"ד שבכל דור ודור, שיש לבי"ד שכזה סמכות לנדות ולהכות וכדו'. וכך נהגו כל בתי הדין שבכל דור ודור בכל אתר ואתר.

לכאורה יש ראיה לכך שאיסור "לא תסור" חל על כל אדם בכל דור, ממה שאמרו במסכת שבת (כ"ג ע"א): והיכן ציונו? רב אויא אמר: מלא תסור. **אמנם מדברי רב נחמיה שם, שלמד מהפסוק** שאל אביך ויגדך, זקניך ויאמרו לך, **יתכן ללמוד שחולק על רב אויא, וסובר שאיסור "לא תסור" לא חל על כל אדם, אלא על זקן ממרא בלבד. אולם מדברי הגמ' במסכת ברכות** (י"ט ע"א) - כל מילי דרבנן אסמכו חכמים על לאו דלא תסור - **משמע כרב אויא. ומשום כך פסק הרמב"ם** (ברכות פי"א ה"ג, ובכס"מ) **כרב איויא. ואע"פ שהרמב"ן** (סהמ"צ, שורש א') **מוכיח מגמ' זו להיפך, שרק אסמכוהו חכמים על לאו "דלא תסור", אך לא עוברים ממש על איסור זה מדאורייתא; מכל מקום הרמב"ם מפרש ש"אסמכוהו" אינו אסמכתא בעלמא, אלא סמיכה שיש בה ממש, שפסוק זה הוא המקור לכל גזרות חז"ל.**

וגם הרמב"ן, החולק על הרמב"ם שם וסובר שגזרות דרבנן אין להן מקור בתורה, מודה לרמב"ם שסמכותם של חכמי ישראל שבכל דור ודור לפרש דברי התורה, מקורה ב"לא תסור". ולמשל, אם מתעוררת שאלה חדשה בהלכות שבת בדורנו, וחכמים קובעים שמלאכה מסוימת היא תולדה של אחת מל"ט אבות מלאכות - החולק על דבריהם ייחשב כמחלל שבת מהתורה, ובנוסף לכך עובר על "לא תסור". מחלוקתם של הרמב"ם והרמב"ן היא רק בסייגים ובגזרות חדשות[2].

2. חובת הציות היא מדין "אחרי רבים להטות"

אלא שבספר המצוות (סוף מצוות עשה) **מנה הרמב"ם את כל המצוות הנהוגות תדיר בכל אדם גם בזה"ז, ובתוכן לא מנה את המצוה לשמוע בקול ביה"ד הגדול** (מ"ע קע"ד). **ומכאן שמצוה זו נוהגת רק בביה"ד הגדול שבירושלים** (וייתכן שהוא הדין לביה"ד שביבנה, שהיה גדול בחכמה, וכל חסרונו היה שלא היה במקום. ולכן מהתורה מצוה לשמוע לו, וכמו שמשמע מהספרי). **אך בי"ד רגיל שבימינו אינו בכלל המצוה. וייתכן שהמצוה לשמוע לו היא רק מדרבנן.**

מיהו יש לומר שהרמב"ם סובר כדעת הר"ן, כפי שיתבאר להלן באריכות, שכשאין בי"ד גדול, מצוה לשמוע לחכמים מדין רוב, שנאמר אחרי רבים להטות. **ואכן מצוה זו** (שהיא מ"ע קע"ה במניינו של הרמב"ם) **נמנתה בין המצוות הנוהגות תדיר.**

3. יש איסור "לא תסור" מהוראת בי"ד שקיבל סמכות מרוב ישראל

אולם מדברי הרמב"ם (בהקדמתו לספר היד) **לא משמע כן, וז"ל:**

> גם יתבאר מהם (ר"ל משני התלמודים, הבבלי והירושלמי) דברים שגזרו החכמים ונביאים שבכל דור ודור לעשות סייג לתורה... וכן יתבאר מהם התקנות והמנהגות שהתקינו או שנהגו בכל דור ודור כמו שראו בי"ד של אותו הדור, לפי שאסור לסור מהם, שנאמר "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"... הכל חיבר רב אשי בגמרא מימות משה ועד ימיו.

2. ועי' משך חכמה (פרשת שופטים ד"ה לא תסור) שתירץ את קושיות הרמב"ן על הרמב"ם, שכתב שמקור הסמכות של חכמים הוא מהתורה, אך הפרטים עצמם אינם מהתורה.

והשווה מהר"ץ חיות (תורת הנביאים מאמר ל"א).

מבואר איפוא בדברי הרמב"ם, שכל ההלכות שנאמרו בגמרא עד ימות רב אשי הרי הן בכלל "לא תסור". ואין הדבר תלוי בבי"ד הגדול בלבד, אלא בכל בי"ד בעולם. ובהמשך דבריו (שם):

> ואחר בי"ד של רב אשי... נתפזרו ישראל בכל הארצות פיזור יתר... ונתמעט לימוד התורה, ולא נכנסו ישראל ללמוד בישיבותיהם אלפים ורבבות כמו שהיו מקודם, אלא מתקבצים יחידים, השרידים אשר ה' קורא... וכל בי"ד שעמד אחר הגמרא בכל מדינה ומדינה וגזר והתקין או הנהיג לבני מדינתו או לבני מדינות רבות, לא פשטו מעשיו בכל ישראל מפני ריחוק מושבותיהם ושיבוש הדרכים והיות בי"ד של אותה מדינה יחידים, ובי"ד הגדול של שבעים ואחד בטל מכמה שנים קודם חיבור הגמרא. לפיכך אין כופין אנשי מדינה זו לנהוג כמנהג מדינה אחרת.

משמע מדבריו שבי"ד הגדול בירושלים היה בי"ד לכלל ישראל, והכל היו חייבים לשמוע לו. וכן בתי הדין בזמן המשנה והגמרא, אע"פ שלא חייבו את כל עם ישראל, מכל מקום מכיון שהם שימשו מרכזים לכל עם ישראל, עם ישראל קיבל את מרותם, וממילא כל החולק על דין מהגמ' עובר על "לא תסור". אך אחרי הגמ' אין בי"ד לכלל ישראל אלא רק ליחידים, ולכן אין הוא מחייב את הכל.

יתכן לומר, שהרמב"ם לשיטתו (הל' סנהדרין פ"ד ה"א; פיה"מ סנהדרין פ"א מ"ג ובכורות פ"ד מ"ד), **שכלל ישראל יכול לחדש את הסמיכה. זוהי גם שיטתו לענין קידוש החודש** (עי' סהמ"צ מ"ע קנ"ג; הל' קידוש החודש פ"ד ה"ג) **שכשאין בי"ד, כלל ישראל שבארץ ישראל מקדש חודשים במקום בית הדין** (ועיין מאמרו של הרז"נ קורן בספר "בירורים בהלכות הראיה"). **וייתכן שהוא הדין ביחס ל"לא תסור". ואע"פ שמצוה זו נאמרה בעיקרה כלפי ביה"ד הגדול, מכל מקום, כל בי"ד גדול ומרכזי שעיני כל ישראל נשואות אליו - יש לו מעמד דומה, ואיסור "לא תסור" חל גם כלפיו, אע"פ שאינו סמוך ואינו בירושלים. וזה היה מעמד בתי הדין בישראל עד ימות רב אשי.**

נמצא איפוא ששני דינים הם:

א. ביה"ד הגדול, המחייב את הרוב מצד עצמו.

ב. כל בי"ד שרוב העם מכיר בסמכותו.

בדין הראשון הסמכות נובעת מביה"ד, ומחייבת את הרוב. בדין השני הסמכות נובעת מהרוב, ומעניקה אותו לביה"ד. אולם סמכות זו, הנובעת מהרוב, תלויה ברוב העם. למיעוט מהעם אין סמכות לתת לבי"ד מעמד כזה, שהרי "אחרי רבים להטות". מכיון שהרוב מחייב את המיעוט, יוצא שרוב המכיר בסמכות בי"ד מחייב ממילא את המיעוט להישמע לביה"ד מדין "לא תסור". ובזה יש הבדל בין סמיכה וקידוש החודש לבין נידון דידן: בסמיכה וקידוש החודש הדבר תלוי בחכמי א"י דווקא ואילו דין זה תלוי ברוב ישראל די בכל אתר ואתר[3].

ג. שיטת החינוך: מצוות "לא תסור" חלה בכל זמן

כתב בספר החינוך (מצוה תצ"ו):

> ונוהגת מצוה זו (לא תסור מן הדבר אשר יורו לך ימין ושמאל) לענין זקן ממרא בזמן הבית. ולענין החיוב, עלינו לשמוע לדברי חכמינו הקדמונים ואל גדולינו בחכמת התורה ושופטינו שבדורנו... נוהגת בכל מקום ובכל זמן, בזכרים ובנקבות.

משמע מדבריו שיש שני גדרים במצוה זו:

א. דין זקן ממרא, הנוהג רק בביה"ד הגדול שבלשכת הגזית.

ב. חובה אישית על כל אחד מישראל לשמוע בקול חכמים. דין זה נוהג בכל מקום ובכל זמן.

3. ועי' ב"ב (מ"ח ע"ב): "מצוה לשמוע דברי חכמים". ועי' רמב"ם (הל' גירושין פ"ב ה"כ), שכתב שמדין תורה הגט חל אפילו כשבית הדין הורה בטעות. כלומר, שהמצוה לשמוע היא לאותו בי"ד ולא רק לביה"ד הגדול שתיקן את התקנה. ועי' רש"י (ב"מ צ"ו ע"ב ד"ה נמעלו בי"ד).

וצ"ע אם הדין השני, המוטל על כל אדם, הוא מהתורה או מדרבנן. ואע"פ שהיה מקום להוכיח משרשי המצוה שהאיסור הוא חמור ביותר, כי הסברה נותנת שהוא נוהג בכל הדורות, מ"מ אין אנו דורשים טעמא דקרא, ואין מקום ללמוד מטעמי המצוה הלכה למעשה.

מיהו, מכמה דברים שנכללו בשרשי המצוה יש ללמוד שהאיסור הוא מהתורה בכל הדורות, שאלו דברי החינוך שם:

> שאילו תהיה כוונת כתובי התורה מסורה בידי כל אחד ואחד מבני אדם, איש איש כפי שכלו - יפרש כל אחד מהם דברי תורה כפי סברתו, וירבה המחלוקת בישראל במשמעות המצוות, ותיעשה התורה ככמה תורות, וכענין שכתבתי במצוות "אחרי רבים להטות". ע"כ א-להינו, שהוא אדון כל החכמות, השלים תורתנו תורת אמת עם המצוה הזאת, שציונו להתנהג עפ"י הפירוש האמיתי המקובל לחכמינו הקדמונים ע"ה; ובכל דור ודור ג"כ שנשמע אל החכמים הנמצאים שקיבלו דבריהם, ישקו מים מספריהם, ויגעו כמה יגיעות בימים ובלילות להבין עומק מיליהם ופליאות דעותיהם. ועם ההסכמה הזאת נכוון אל דרך האמת בידיעת התורה...

חזרתו על חובת קיומה של המצוה בכל דור ודור, והשוואתו למצוות "אחרי רבים להטות", שאף היא נוהגת לכולי עלמא לדורות - צירוף הנימוק המשכנע, שהמצוה נועדה למנוע את פיצול התורה, חלילה, לתורות תורות - כל אלו מטין את הדעה שהמצוה נוהגת לדורות מהתורה. וכן לשונו בהמשך:

> מדיני המצוה: מה שאמרו ז"ל, שאע"פ שהעובר על מה שפירשו חכמים בדברי תורה עובר על לאו זה דלא תסור, מ"מ אין לו לאדם דין זקן ממרא הידוע בגמ', שהוא חייב מיתה, עד שיהא חולק על בי"ד הגדול, ושיהיה הוא חכם שהגיע להוראה...

כלומר: האיסור כולל כל אדם, אולם חיוב המיתה חל רק על זקן ממרא. ואע"פ שיש מקום לומר שעונשו של הדיוט צריך להיות חמור יותר מעונשו של זקן ממרא - דעת התורה היא שאדרבה, זקן ממרא, בהיותו ראוי להוראה, והורה למעשה בניגוד לביה"ד, מסוכן יותר מאשר הדיוט החולק על רבותיו. עכ"פ האיסור הכללי, החל על כל אדם, נוהג בכל מקום ובכל זמן.

וכן מוכח מראייתו של ספר החינוך בהמשך דבריו ממחלוקתם של ר' אליעזר ור' יהושע בתנורו של עכנאי [ואפשר להוסיף לכך גם את מחלוקתם של ר' יהושע ורבן גמליאל בזמן יוהכ"פ, ועוד], שהיתה אחרי החורבן. מוכח איפוא שחיוב קבלת מרות ביה"ד היא מצוה המוטלת על כל אדם, בכל מקום ובכל זמן.

ועיין תוס' (ע"ז ל"ו ע"א ד"ה אשר), שהביאו מהירושלמי:

> רבי יצחק בר שמואל בר מרתא נחת לנציבין. אשכח לר' שמלאי הדרומי יתיב ודריש: רבי ובית דינו התירו את השמן. שמואל קיבל עליו, ואכל; רב לא אכל. א"ל שמואל לרב: אכול! או אנא כתיב עלך זקן ממרא.

משמע שגם אחרי החורבן יש חובה על כל אדם לקבל את מרות ביה"ד, גם אם אינו חבר ביה"ד. ומי שאינו מקבל מרות נקרא זקן ממרא. ואע"פ שבוודאי אין לו כל דיני זקן ממרא, לחיוב מיתה וכדו', אך איסור יש. מיהו יתכן שאיסור זה הוא מדרבנן, ולא מהתורה, וצ"ע. ועי' שו"ת הרא"ש (כלל כ"א סי' ט') וחיי-אדם (כלל קכ"ז סעי' א') שכתבו שאיסור "לא תסור" חל מהתורה גם על תקנות הגאונים בזמננו.

ד. שיטת הר"ן: חובת הציות היא מדין "אחרי רבים להטות"

בדרשות הר"ן (סי' י"ב) שאל: מאחר שההכרעה לא נמסרה אלא לביה"ד הגדול היושב בלשכת הגזית, מנין לנו שנתחייב לשמוע בקולם של חכמי הדורות שאינם יושבים בלשכת הגזית? הנחתו היא שלא יתכן שהתורה תאפשר מצב מופקר, בו אין סמכות כלל. לדעתו, הצורך בסמכות קובעת הוא "שורש התורה ויסודה", כי בלעדיה עלולה התורה להעשות כשתי תורות, חלילה.

תשובתו היא, שסמכותם של חכמי הדורות נובעת, מהפסוק "אחרי רבים להטות", שהוא אזהרה כוללת שאינה תלויה לא בזמן ולא במקום. וא"כ היא מצוות עשה מהתורה.

לדעת הר"ן יש איפוא הבדל בין סמכותו של ביה"ד הגדול, הנובעת מהפסוק "לא תסור", לבין סמכותם של חכמי הדורות, הנובעת מהפסוק "אחרי רבים להטות". על כן סמכות ביה"ד הגדול היא גם לתקן תקנות, לגדור גדרים ולקבוע סייגים, בעוד שלחכמי הדורות יש סמכות רק לפרש את דיני התורה (כלומר: ליישם את ההלכה בחיים המתחדשים עפ"י כללי הפרשנות המקובלים בידי החכמים מדור לדור). ומסתבר שכוח הוראת שעה, שיש לכל בי"ד בכל דור, מאפשר לכל בי"ד לתקן תקנות בתור הוראת שעה.

מדברי הר"ן משמע, שאמנם בביה"ד הגדול עצמו יש שני גדרים, וכמו שכתבנו בדעת הרמב"ם והחינוך:

א. מצוה לשמוע לביה"ד הגדול, וזו מצוה המוטלת על כל אדם.

ב. דין זקן ממרא.

אך כשאין ביה"ד הגדול, אין מצוה לשמוע מדין ביה"ד, אלא מדין רוב. לביה"ד הגדול חייבים לציית אף אם אין הוא כולל בתוכו את רוב חכמי ישראל. ביה"ד הגדול מנה רק שבעים ואחד חכמים, אם כי החשובים והגדולים שבדור, אך יתכן שהיו ת"ח גדולים וחשובים רבים מהם מחוץ לביה"ד; ובכל זאת החובה היא לשמוע לביה"ד הגדול בלבד. מה שאין כן בזמן שאין בי"ד גדול, אז החובה היא לשמוע לרוב חכמי הדור די בכל אתר ואתר. כאמור לעיל, יתכן שגם הרמב"ם סובר כן. ואכן מצוות "אחרי רבים להטות" (שהיא מ"ע קע"ה במנין המצוות שלו) נמנתה בסוף מצוות העשה כמצוות עשה הנוהגת תדיר לכל אדם. ומכאן משמע שאינה מצוה הנוהגת בדייני ביה"ד בלבד, אלא כל אדם מישראל מצווה לשמוע לרוב חכמי הדור. (ועיין "זוהר הרקיע", להרשב"ץ, מ"ע אות נ"ב, שלדעתו אין זו מצוה, אלא אחד מפרטי הלכות ביה"ד).

וכן כתב ספר החינוך (מצוה ע"ח), שמצוות "אחרי רבים להטות" נוהגת בכל מקום ובכל זמן, בזכרים ובנקבות; ועונשו גדול מאד, שהוא העמוד שהתורה נסמכה. משמע, שאינה מצוה התלויה בבי"ד בלבד. וכן מבואר בשרשי המצוה שם: אבל עכשיו בפירוש הצטווינו לקבל בה דעת רוב החכמים. יש תורה אחת לכולנו, והיא קיומנו הגדול בה. ואין לנו לזוז מדעתם...

ואין לומר שמה שכתבו הרמב"ם והחינוך שמצוה זו מוטלת על כל אדם מישראל תדיר, הוא בגלל שממצוה זו למדים הלכות גדולות לכל חלקי התורה הנוהגים בחיי יום יום, כגון: הליכה אחר הרוב בתערובת של איסור והיתר, ביטול ברוב, וכן בחיי הקהילה ועוד - כי כל אלו אינם מחלקי המצוה, אלא סברה הנלמדת ממצוה זו: שכשם שבבי"ד הולכין אחר הרוב, הוא הדין בתערובות ובחיי הציבור. אולם המצוה עצמה מתייחסת להוראותיהם של חכמים, שיש ללכת בהן אחרי הרוב, וזו מצוה המוטלת על כל אחד ואחד.

נמצא, שלדעת החינוך החיוב המוטל עלינו כיום לשמוע בקול חכמים כפול הוא - הן ממצות "ועשית ככל אשר יורוך", והן ממצות "אחרי רבים להטות". ולדעת הרמב"ם והר"ן יש רק מצוה אחת - "אחרי רבים להטות". אך לכולי עלמא החיוב הוא מהתורה. ועי' קונטרס הספיקות (כלל ו' סי' ג') שנחלק עם המהר"ם בן חביב, אם יש חובה למיעוט לקבל את דעת הרוב בבי"ד רגיל או רק בבי"ד הגדול. (ועי' קובץ הערות יבמות סי' ט"ז. ועיין להלן סי' ב' הע' 22).

ה. איך מכריעים על פי רוב כשכל אחד דן לעצמו?

הקושי הוא: כיצד אפשר היה ללכת אחרי הרוב בתקופת הגלות, בה היינו מפוזרים ומפורדים בין העמים ורחוקים זה מזה כרחוק מזרח ממערב? והלא ידועה תשובת הרשב"א (ח"ה סי' רפ"ט, מובאת בב"י חו"מ סי' י"ג) שאין רוב מועיל אלא כשכולם דנים פנים אל פנים, ושמעו כל אחד את טענות זולתו, כנהוג בבי"ד. אך כשכל אחד דן לעצמו ואינו שומע את דברי חבירו, אין כאן רוב. ומן התימה איפוא, כיצד פסקו הפוסקים הלכה כרוב?

כך, למשל, הב"י הכריע עפ"י שנים מתוך שלושה: הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש - והרי שלושתם לא ראו זה את זה כלל? וכן דרך הפסיקה של גדולי הפוסקים עד ימינו, כגון ב"משנה ברורה", שהם מכריעים עפ"י רוב פוסקים שלא ראו זה את זה, ולא דנו זה כנגד זה כלל? אמנם מדברי הרמב"ם בהקדמתו לספר הי"ד משמע באמת שמאז חתימת התלמוד אין סמכות הלכתית בישראל, אך בודאי גם הוא יודה שגם אחרי התלמוד המשיכה הלכה להיות נפסקת בישראל.

ה"תומים" ("קיצור תקפו כהן" סי' קכ"ג) הקשה עוד: הרי אין אנו יודעים כלל כמי הרוב! דרך משל, מדוע נאמר שהרי"ף והרמב"ם מהווים רוב כנגד הרא"ש? מי יודע כמה חכמים היו בימי הרי"ף והרמב"ם, שחלקו עליהם עד שבטלה דעתם של הרי"ף והרמב"ם במיעוט? מי יודע כמה חכמים לא הצליחו לכתוב את דבריהם ולהפיצם בקהל מחמת צרות ושיעבוד וכובד הגלות? וכן היו רבים שספריהם נשרפו ואבדו, וכאלו שעדיין ספונים ולא יצאו לאור העולם. אלא על כרחך אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות, ולא דיברה התורה למלאכי השרת. ולכן עלינו לומר, שזאת חוקת התורה: חובתנו לשמור את מצוות התורה גורמת לנו להכריע עפ"י ראות עינינו. ולכן לקח לו מרן הב"י את גדולי הפוסקים, והכריע על פיהם [ואכן הרמ"א סבר שיש פוסקים אחרים אשר בית ישראל באשכנז נסמכים עליהם, ולא הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש בלבד] וכן נתקבלו להלכה בישראל ספרי הלכה, כגון השו"ע וכדו', מכוח רובא דעלמא. (ועי' בהרחבה לקמן סי' ב' אות א').

לפי זה - כשזכינו ב"ה לשיבת עם ישראל לארצו ולריכוז רוב גדולי התורה שבעם ישראל בארץ ישראל ולפיתוח אמצעי תקשורת משוכללים, הן בתחבורה והן בהעברת אינפורמציה - חובה עלינו ליצור מסגרת מרכזית, שתוכל להתכנס לעתים מזומנות ולהחליף מידע זה עם זה, כדי להגיע להכרעה ע"י רוב באופן אמיתי יותר, ולא תיעשה התורה כשתי תורות, חלילה. יתכן שחובה זו, מצוותה מדאורייתא, שכן היא "שורש התורה ויסודה".

גם כשאין מסגרת מרכזית כזו, ועלינו להסתפק בחילופי אינפורמציה בכתב וע"י ספרים הנדפסים, נראה לענ"ד, שהרוב הוא אמיתי יותר ככל שהקשרים הדוקים יותר, וספריו של תלמיד-חכם זה נלמדים ע"י תלמיד-חכם אחר. אולם אם יש תלמידי חכמים שספריהם אינם נלמדים ע"י תלמידי חכמים אחרים מסיבות שונות, נגרע כוחו של הרוב. מסתבר, שיש אז להתחשב יותר בדעתם של תלמידי חכמים שאינם מונעים עצמם מלעיין בספריהם של תלמידי חכמים אחרים, מאשר בדעת אלו הנמנעים מכך. ואע"פ שהאחרונים גדולים בחכמה ובמנין, ודעתם דעת תורה; מכל מקום, כשבאים למנין דעות, יש להתחשב יותר בראשונים, שראו גם את דברי תלמידי החכמים האחרים ונשארו בדעתם.

ו. חובת ציות לבתי דין שסמכותם נובעת מביה"ד הגדול שבירושלים

יתכן שמחלוקת הר"ן והחינוך תלויה במחלוקת שבין הספרי לבין הברייתא שבשאילתות (הובאה לעיל אות א').לדעת הספרי, כשאין בי"ד גדול בירושלים, ביה"ד ביבנה נחשב בי"ד גדול, אך לא בי"ד אחר. ולדעת הברייתא שבשאילתות, כל בי"ד של בעלי תורה בכל דור ודור נחשב לבי"ד. הר"ן סובר כספרי, והחינוך - כהשאילתות.

הסברה לחלק בין בי"ד שביבנה לכל בי"ד אחר היא עפ"י מה שכתב הגר"ח מבריסק (בשיכפול, בהוצאה החדשה סי' מ"ו). הוא הביא את קושיית הרמב"ן על הרמב"ם (מ"ע קנ"ג): לדעת הרמב"ם רק בי"ד הגדול יכול לקדש חודשים ולעבר שנים. ועל כך הקשה הרמב"ן: כיצד קידשו חודשים ועיברו שנים אחרי החורבן, כגון ביבנה? ומדוע ר' יהושע קיבל את מרותו של רבן גמליאל ביוהכ"פ עפ"י חשבונו של רבן גמליאל, הרי הדבר היה ביבנה ולא בירושלים? ותירץ הגר"ח, שבי"ד הגדול נקרא כך בכל מקום, ולא רק בירושלים. ונשיא ביה"ד, וכן חברי ביה"ד, מקבלים מינוי מצד הגברא שלהם כחברי ביה"ד הגדול, למרות שאינם בירושלים.

הגר"ח הביא שתי ראיות לכך:

א. **מהוריות** (י"א ע"ב): בעי מיניה רבי מר' חייא: כגון אני, מהו בשעיר? - **והרי רבי היה בטבריה ולא בירושלים; ואם אין בי"ד גדול אין גם נשיא, כי לא יתכן ראש בלי גוף? אלא ע"כ רבי היה ראש ביה"ד הגדול מצד תואר הגברא שלו.**

ב. **מסוטה** (מ"ד ע"ב): שלושה מבי"ד הגדול שבירושלים היו יוצאין (למדוד לצורך עגלה ערופה). **והם צריכים להיות "מיוחדין שבשופטיך". וקשה, הרי אין כאן מנין של שבעים ואחד, ולא בירושלים, וא"כ פקע מהם שם בי"ד הגדול? אלא ע"כ המינוי שקיבלו בתור "מיוחדין שבשופטיך" לא פקע מהם, בכל מקום שיהיו ובכל מספר שיהיו.**

אמנם את הראיה האחרונה יש לדחות, לכאורה, שגזירת הכתוב היא שביה"ד הגדול ישלחו מחבריהם למדוד לעגלה ערופה. ומכיון שבשליחות ביה"ד הגדול הם יוצאים, שם בי"ד הגדול עליהם. אך יש לומר שמכאן נלמד ששליחות מועילה. וא"כ יש לומר, שגם לאחר שבי"ד הגדול גלה מלשכת הגזית, יכול היה למנות את חבריו שבכל מקום אחר כשליחיו לעניינים שונים, חוץ מאשר לענין זקן ממרא.

ולכן, כל עוד היתה סמיכה והיו תלמידי חכמים הראויים להיות חברי ביה"ד הגדול, היו הם שלוחי ביה"ד הגדול ויכולים היו להיקרא בי"ד הגדול. אך משפקעה הסמיכה ולא היו עוד תלמידי חכמים הראויים להיות חברי ביה"ד הגדול, בטלה השליחות. זוהי איפוא כוונת הספרי, שגם ביה"ד שביבנה נחשב לביה"ד הגדול לענין הוראה, וזוהי גם דעת הר"ן.

לפי זה, מה שכתב הרמב"ם ברישׁ הלכות ממרים (פ"א ה"א) - ביה"ד הגדול שבירושלים הם עיקר התורה שבע"פ והם עמודי ההוראה - **כוונתו לא רק לביה"ד הגדול כאשר הוא יושב בירושלים, אלא גם לביה"ד שביבנה, שהוא המשכו ומיופה כוחו של ביה"ד הגדול שבירושלים. וזה לאפוקי בתי דין אחרים בישראל, שאין להם תוקף זה, אך יש לשמוע בקולם מדין "אחרי רבים להטות", כפי שכתבנו לעיל.**

ז. חובת הציות כשבית הדין טועה

1. החובה היא משום החשש לפיצול התורה והסיוע האלוקי לביה"ד

מה הם הנושאים והגבולות שבהם חלה חובת השמיעה לדברי חכמים?

אומר הרמב"ן בפירושו על הפסוק "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים י"ז י"א):

> "אפילו אם אומר לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין" - לשון רש"י. ועניינו: אפילו תחשוב בלבך שהם טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימינך לשמאלך - תעשה כמצוותם. ואל תאמר: איך אוכל את הַחֵלב הגמור הזה, או אהרוג את האיש הנקי הזה? אבל תאמר: כך ציוה אותי האדון המצווה על המצוות, שאעשה בכל מצוותיו ככל אשר יורוני העומדים לפניו במקדש אשר יבחר, ועל משמעות דעתם נתן לי התורה, אפילו יטעו...

לכאורה עולה מדבריו, שהתורה דורשת מהאדם ציות מוחלט לחכמים, גם כשהם טועים, כי על דעת כן ניתנה התורה. אלא שמדבריו משמע, שחובת ציות עליונה זו קיימת רק כלפי ביה"ד הגדול שבלשכת הגזית, שהרי הוא מדגיש פעמיים את חשיבותו של <u>המקום</u>, המקום גורם, כמו שביאר **בסוף דבריו:** כי רוח ה' על משרתי מקדשו, ולא יעזוב את חסידיו, לעולם נשמרו. **ר"ל: במקום הקדוש שורה על החכמים רוח ה', השומרת אותם מטעות; אך במקום אחר אין רוח ה' שורה.**

אלא שא"כ קשה מה שהביא כדוגמא לחובת הציות את המעשה בר' יהושע ורבן גמליאל ביום הכיפורים. והרי מעשה זה היה <u>ביבנה</u> ולא בירושלים? ויש ליישב עפ"י שיטתו של הרמב"ן, שקידוש החודש אינו תלוי בביה"ד הגדול דווקא, אלא בכל בי"ד סמוך (עי' השגותיו לסהמ"צ להרמב"ם, מ"ע קנ"ג), **ובקידוש החודש נאמר** "אתם" - אפילו מוטעין. **וא"כ יש לומר, שכשם שבקידוש החודש יש חובה לשמוע לבי"ד אפילו כשהוא טועה, כך חובה לשמוע לביה"ד הגדול בכל נושא. רצונו לומר: התורה נתנה בענין קידוש החודש לכל בי"ד מעמד דומה לזה של ביה"ד הגדול בירושלים. לפי זה, כיום לא חל דין זה של** אפילו אומר לך על שמאל שהוא ימין.

מיהו, הנימוק בו משתמש הרמב"ן לחשיבותה של הלכה זו הוא:

וידוע הוא שלא ישתוו הדעות בכל הדברים הנולדים, והנה ירבו המחלוקות, ותיעשה התורה כמה תורות. וחתך לנו הכתוב הדין, שנשמע לבי"ד הגדול.

ולפי נימוק זה חובת הציות צריכה להיות בכל דור ודור. יתכן, שרק צירוף שני הנימוקים יחד - החשש מפני פיצול התורה לכמה תורות, והסיוע הא-להי המובטח לביה"ד הגדול - מצדיקים את חובת הציות מהתורה. אך נימוק אחד בלבד - החשש מפני פיצול התורה, כשלעצמו - אינו מצדיק עדיין חובה כה גדולה של ציות, מהתורה, אלא מדרבנן. ולפי זה, קידוש החודש, בגלל היותו כלל-ישראלי - בזמן - על כן הוא זוכה לסיוע א-להי, כמו מקום כלל-ישראלי כלשכת הגזית. וייתכן איפוא, שגם כיום יש חובת ציות כזו, מדרבנן, וצ"ע.

ועיין ברכות (ס"ג ע"א-ע"ב) **במעשה בחנינא בן אחי ר' יהושע, שהיה מעבר שנים בחו"ל, שאמרו לו:** אחיה יבנה מזבח, חנניה ינגן בכינור, ויכפרו כולם ויאמרו אין להם חלק בא-להי ישראל. מיד געו כל העם בבכיה ואמרו: חס ושלום, יש לנו חלק בא-להי ישראל. **משמע שקידוש החודש ועיבור השנה חמורים יותר מכל מחלוקת אחרת. ומסתבר שזאת בגלל שהם נוגעים להנהגת כלל ישראל. ואולי גם הרמב"ן התכוון בהשוואתו את קידוש החודש לעניינים כלל-ישראליים, וצ"ע.**

2. החובה היא רק לאחר מו"מ משותף עם ביה"ד

אולם דברי הרמב"ן עומדים לכאורה בסתירה עם תלמוד מפורש במסכת הוריות (ב' ע"א)**:**

הורו בי"ד, וידע אחד מהן שטעו, או תלמיד והוא ראוי להוראה, והלך ועשה על פיהן... הרי זה חייב, מפני שלא תלה בבי"ד.

ובגמ' (שם ע"ב)**:**

הורו בי"ד שֶׁחֵלֶב מותר, ונודע לאחד מהן שטעו, או תלמיד יושב לפניהן וראוי להוראה, כגון שמעון בן עזאי, יכול יהא פטור? - ת"ל "בעשותה"... כגון דידע דאסור, וקטני במצוה לשמוע דברי חכמים.

כלומר, מי שיודע שבי"ד טועה והתיר חֵלֶב אסור, אסור לו לשמוע בקולם ולהתיר את האסור, אלא עליו להימנע מאכילת אותו חֵלֶב. ואם טעה ואכל, חייב קרבן חטאת, כי הוא שגג במצוות השמיעה לדברי חכמים. ובירושלמי שם:

מה אנן קיימין? אם ביודע כל התורה כולה, ואינו יודע אותו דבר - אין זה שמעון בן עזאי?... אלא שהוא כטועה לומר: "אחריהם" - "אחריהם". ואם בטועה לאמור התורה אמרה "אחריהם" - "אחריהם" - אין זה שמעון בן עזאי! כהדא דתני: יכול אם יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין תשמע להם? ת"ל "ללכת ימין ושמאל" - שיאמרו לך על ימין שהוא ימין, ועל שמאל שהוא שמאל.

נמצא שהירושלמי חולק על הספרי ודורש הפוך ממנו, ולדעתו מי שטועה בהלכה זו, וסובר שצריך לשמוע לביה"ד כשהוא טועה, אינו נחשב תלמיד. כיצד הסתמך הרמב"ן על הספרי?

כבר עמד על כך הרמב"ן עצמו בסהמ"צ (שורש א')**, ותירץ:**

שאם היה בזמן הסנהדרין חכם וראוי להוראה, והורו בי"ד הגדול בדבר אחד להיתר, והוא סבור שטעו בהוראתם, אין עליו לשמוע דברי החכמים, ואינו רשאי להתיר לעצמו הדבר האסור לו. אבל ינהג חומר לעצמו. וכל שכן אם היה מכלל הסנהדרין, יושב עמהם בבי"ד הגדול. ויש עליו לבוא לפניהם ולומר טענותיו, והם ישאו ויתנו עמו. ואם הסכימו כולם בביטול הדעת ההיא שאמר, ושיבשו עליו סברותיו, יחזור וינהג בדעתם.

וכן כתב החינוך (מצוה תצ"ו. ועי' חידושי מהר"ץ חיות ורש"ש להוריות שם)**.**

נמצא לפי זה, שתלמיד היודע שבי"ד טועה, אינו צריך לשמוע בקולם, אא"כ נשאו ונתנו עמו, ועמדו למנין, וביטלו את דעתו מפני דעתם. לדעת הירושלמי כל מי שמומחה לאותו ענין, נחשב תלמיד, אע"פ שאינו מומחה בכל התורה כולה. וצ"ע לפי זה, כיצד א"כ היתה חובה לקבל דעת הרוב שלא במנין, הרי כל אחד יוכל לומר שהוא מבין יותר, ואחרים טועים חלילה?

וצריך לומר, שאכן תלמיד-חכם גדול, שיראתו קודמת לחכמתו, חזקה עליו שלא יחלוק על רבים וגדולים ממנו, אא"כ הוא סבור שהוא צודק. ואין הוא חייב לקבל את מרותם, אא"כ עמדו למנין וביטלו את דעתו. אך אחר, שאינו בר סמכא כמוהו, כשהוא רואה שדעתו דעת מיעוט, חייב לנהוג עפ"י הרוב, אע"פ שלא עמדו למנין, על דרך מה שאמרו אני שמעתי מפי המרובין, אתה שמעת מפי היחיד[4].

3. החובה היא רק לגבי הוראה לרבים

אלמלא דברי הרמב"ן היה מקום ליישב את הסתירה בין דרשת הספרי לבין המשנה בהוריות, ששני עניינים נפרדים הם זה מזה: הספרי מדבר בזקן ממרא, המורה הלכה **לרבים**. לכן אסור לו לחלוק על ביה"ד, כדי שלא תיעשה התורה כשתי תורות. אך המשנה בהוריות מדברת בתלמיד המורה **לעצמו**, והוא חולק על הוראת ביה"ד שהתירו את האסור לדעתו. הוא אינו חייב ללכת אחרי הוראתם, ואדרבה, עליו לחוש לחומרא.

אמנם הירושלמי, הדורש מהפסוק האמור בזקן ממרא, שאינו צריך לומר על שמאל שהוא ימין, משמע שלדעתו גם בזקן ממרא מותר לו לחלוק על ביה"ד כל עוד לא עמדו למנין, וכפי שכתב הרמב"ן. אך הבבלי, הדורש מהפסוק האמור בחטאת, יש לומר שסובר כמו שכתבנו. ולפי זה נחלקו הבבלי והירושלמי בשני ההסברים שכתבנו: הירושלמי מחלק עפ"י דרכו של הרמב"ן, בין שעת הדיון לבין אחרי המנין; והבבלי מחלק עפ"י הדרך שכתבנו, בין תלמיד המורה לעצמו לבין זקן ממרא המורה לאחרים (ועיין "עמודי ירושלים" לירושלמי ריש הוריות).

ח. התחומים שבהם חייבים לציית לביה"ד

1. מחלוקת במציאות

מיגבלה אחרת באשר לקבלת מרות ביה"ד מצינו במסכת יבמות (צ"ב ע"א): הורו בי"ד ששקעה חמה, ולבסוף זרחה חמה - אין זו הוראה אלא טעות אמנם בגמ' נחלקו זעירא ורב נחמן, אך הרמב"ם (הל' שגגות פ"ד ה"ג) פסק כן. כלומר: החובה לשמוע לביה"ד מתייחסת רק לשאלות הלכתיות, ולא לעובדות מציאותיות, למרות שיש להן השלכה הלכתית.

אם ניישם הלכה זו בנושא אקטואלי, נוכל לומר, למשל, שאם פוסק אומר שהשארת הסטטוס-קוו המדיני היא מסוכנת, כי היא עלולה לגרום לכך שתפרוץ מלחמה; ולכן, משום פיקוח נפש, יש לרדת מן הארץ, או לוותר על בעלותנו עליה[5] - אין מצוה לשמוע לו, אם יש מקום לתחזית הפוכה, הטוענת שאדרבה דווקא הירידה והנסיגה הן שעלולות לסכן את קיומו של עם ישראל[6].

באופן עקרוני יש אמת בטענה, שכשם שבעניינים רפואיים קובע הרופא ולא הפוסק, כך בעניני פיקו"נ כלליים המומחים הם היודעים את המציאות. אולם יש להבחין הבחנה ברורה בין קביעת **עובדות** לבין **הערכות** עתידיות. כשמומחה לדבר מוסר אינפורמציה עובדתית, יש לסמוך עליו, אם הוא אדם נאמן. אין זו שאלה הלכתית כלל ועיקר. אולם כשהוא מנבא את העתידות על סמך הערכות והשערות, פקעה מומחיותו, והרי הוא ככל האדם. פוסק הלכה אינו פחות מומחה בהערכות והשערות מאדם אחר, אם לא יותר ממנו.

4. אמנם בשעת הדחק אפשר לסמוך על יחיד כנגד מרובים, כמבואר בש"ך (סי' יו"ד רמ"ב, קיצור בהנהגת הוראות איסור והיתר).
5. דבר שהוא עצמו נוגד הלכות מפורשות של מלחמת מצוה, הן לפי הגדרת הרמב"ם, שהיא מלחמת ישראל מיד צר, והן לפי הרמב"ן, שהיא מלחמת כיבוש הארץ, ואכ"מ לדון בכך.
6. ועי' מש"כ הפת"ש (אה"ע סי' ע"ה ס"ק ו') בשם תשובת "מעיל צדקה".

ומכיון שכך, יש לפוסק סמכות להוסיף שיקול הלכתי, או רעיוני, שיש בו כדי להכריע לצד זה או אחר. שיקול הלכתי כזה יכול להיות, למשל, החיוב של מצוות יישוב הארץ, שיש בו כדי להטות את הכף לצד אחד; וכן הגדרת המצב כמלחמת מצוה, שיש בו כדי לסלק את החשש מפני פיקו"נ של יחידים לטובת הכלל. כן יכולה לשמש כשיקול מכריע ההנחה שתקופתנו אינה עוד תקופת הגלות, בה היינו צריכים להימנע מכל נקיטת עמדה העלולה להרגיז את הגויים שבצילם חיינו, אלא ב"ה החלה התנוצצות אור הגאולה, וביכולתנו וחובתנו להיות ריבוניים לעצמנו. שיקולים אלו אמנם אינם באים במקום עובדות ריאליות או נגדן; אלא כגורמים מכריעים במקום שהעובדות מאפשרות הכרעה שקולה, או כשחכמי התורה מוסיפים שיקולים ערכיים, שלדעתם יש להתחשב בהם.

2. מחלוקת השקפתית

הזכרנו בין היתר גם שיקולים רעיוניים, כגון היחס לתקופתנו. נושא זה, שאינו הלכתי פשוט, נתון לתפיסת עולם השקפתית. היא מבוססת אמנם על מקורות חז"ל, אולם מכיון שהמקורות אינם מצויים בפסיקה ההלכתית הרגילה, יש בלימודם והכרעתם צורך במומחיות מיוחדת. האם גם בנושאים השקפתיים יש סמכות תורנית, והאם יש חובה לשמוע לה?

אמנם בירושלמי (סנהדרין פ"א ה"ג) נאמר במפורש, ש"דבר" האמור בזקן ממרא - "זו אגדה". אלא שהרמב"ם לא הביא דרשה זו להלכה. יתכן שפירש דרשה זו כמראה הפנים שם, שאגדה זו הלכה למשה מסיני הנמסרת ע"י מגידים מדור לדור, או שהבבלי חולק, וסובר "זו הלכה", והרמב"ם פוסק כהבבלי[7].

עם זאת מצינו שהרמב"ם פוסק בהלכות דעות, וכל "ספר המדע" שלו יוכיח. כמו כן הוא קבע את י"ג העיקרים להלכה (עי' הלכות תשובה פ"ג ה"ו), שהכופר באחד מעיקרים אלו חייב כרת. בספרו "מורה נבוכים" הוא כותב לא אחת על רעיון מסויים אם הוא נכון או לא. וכן גדולי התורה שבכל הדורות היו קובעים להלכה אלו אמונות הן אמת, ואלו לא[8].

א"כ גם בנושא זה של אמונות ודעות יש סמכות קובעת, וחובה להישמע לה. מסתבר שגם כאן הרוב קובע, אולם בתנאי ששמעו אלו את אלו, או ראו אלו את דברי אלו. אך מי שאינו מתייחס לדברי זולתו, לא נכלל בכלל רוב זה.

אלא שבשאלות אמונה שאלת הסמכות מורכבת יותר. תחום האמונה רחב מאד, וכולל לא רק את הש"ס והמדרשים, אלא גם זוהר וקבלה, מוסר וחסידות, פילוסופיה יהודית וספרי דרוש, ולצערנו לא רבים הם המתמצאים בים גדול ורחב זה. אחד ומיוחד ויחיד בדורותיו היה מרן הרב קוק זצ"ל, מייסד הרבנות הראשית לישראל, אשר בבקיאותו הגדולה **בכל** חלקי התורה: ההלכה והאגדה - עלה על כולנה. ולכן הסומך על דעתו, יש לו על מה שיסמוך יותר מאשר על אחרים.

7. עי' מש"כ מרן הרא"ה קוק זצ"ל (אגרות הרא"ה ח"א עמ' קכ"ד, ח"ג עמ' ס"ז-ס"ח) בדבר מחלוקת הבבלי והירושלמי בענין זה. - הערת עורך "תחומין" (א. ד.).
8. ב"שנה בשנה" (תש"נ) הארכתי להוכיח, שזו דעת התורה בישראל מימי הגאונים ועד ימינו.

מסקנות

א. החובה לשמוע בקול חכמים נוהגת בכל דור, אם ממצוות "לא תסור", ואם ממצוות "אחרי רבים להטות".
ב. כשאין בי"ד גדול, חובה לשמוע לרוב חכמי הדור, או לבי"ד שהרוב נסמכים עליו.
ג. לכן מן הראוי שיהיה מוסד מרכזי, שבו יתרכזו לבירור הלכה רוב חכמי הדור, ושעליו יסמכו רוב העם.
ד. רוב נקבע ע"י משא ומתן ישיר, ולפחות ע"י חליפת ספרים ואגרות. ואם יש חוג שאינו מוכן להכיר ולהתחשב בחוגים אחרים, גרע עצמו מהרוב.
ה. תלמיד חכם מובהק רשאי לחלוק על חבריו כל עוד לא עמדו למנין. אולם אחרי שעמדו למנין, גם בזה"ז, עליו להימנע מעשיית התורה כשתי תורות. בפרט חמורים הדברים בנושאים הנוגעים לכלל ישראל, כגון לוח השנה.
ו. בעניינים עובדתיים אין לתלמיד חכם סמכות יותר מכל בקי אחר בעובדות אלו. אך בהערכות עתידיות, אם יש בהן שיקול תורני, יש לשמוע לתלמיד-חכם.
ז. גם בשאלות אמונה יש לשמוע לתלמיד-חכם, אם הוא אכן בר-סמכא בנושאים עמוקים אלו, או שהוא מסתמך על בני סמכא כאלו.

סימן ב

המשפט הציבורי במושב הדתי *

ראשי פרקים

הקדמה
א. אסיפת החברים
ב. דין הנמנעים
ג. הצבעה בקלפי
ד. התפטרותו של חבר מהוועד
ה. חרטה מהסכמה להתפטר
ו. מיסים
ז. הוצאות לתלמוד תורה
ח. פרישה מן הציבור
ט. קנסות
י. קנס פיגורים

הקדמה

חולמי חלום שיבת ציון לא ראו בה אקט מדיני גרידא, אלא כרכו עמה תחיה תרבותית ורוחנית של עם ישראל. אחד מסימני ההיכר האופייניים לתחיה זו הוא פיתוחה וביסוסה של מערכת משפט עברית מקורית בחברה הנבנית מחדש בארץ ישראל. כשם שהובן שלא תיתכן תרבות לאומית עצמאית ללא חידוש השפה העברית, כך חייב להיות מובן שלא תיתכן עצמאות תרבותית של מדינת ישראל ללא שימוש בשפה המקורית, בה המדינה מדברת עם אזרחיה, הלוא היא המשפט העברי[1].

כבר הרמב"ם, בתארו את מדינת ישראל המשיחית, ראה בהשבת מעמדו וסמכותו של המשפט את אחד השלבים המכריעים וההכרחיים לכינונה של מדינה זו[2]. המקור המקראי העיקרי, עליו הוא סומך, הוא הפסוק בישעיהו[3]: ואשיבה שופטיך כבראשונה ויועציך כבתחילה, אחרי כן יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה.

---

* נדפס בספר "דיני ישראל" (כרך י" תשל"ה). הוקדש לתלמידי ורעי, מנשרים קלו ומאריות גברו, שעלו בסערה השמימה במלחמת יום הכיפורים, ה' יקום דמם!

1. גם גאולת עמנו בעבר היתה קשורה בהעמדת המשפט על תילו. מיד עם יציאת מצרים נאמר במרה "שם שם לו חוק ומשפט ושם נסהו" (שמות ט"ו כ"ו), פעולתו הראשונה של משה בסיני היתה "לשפוט את העם" (שם י"ח י"ג). וכן בתוכחתו בספר דברים הוא פותח בהקמת המערכת המשפטית ועובר משם לכניסה ארצה (חטא המרגלים וכיבוש סיחון ועוג) ורק לאחר מכן הוא עובר למתן תורה (פרשת ואתחנן), ועי' מה שכתבנו בספר "מאהלי תורה" (סי' פ"ה-פ"ו).
על יהושע מסופר, לאחר כיבוש הארץ: "וישם לו חוק ומשפט בשכם" (יהושע כ"ד כ"ה). וחכמינו מנו עשר תקנות משפטיות, ששימשו כתנאים לחלוקת הארץ ע"י יהושע (בבא קמא פ"א ע"א). גם עזרא תיקן, בתחילת בית שני, תקנות חשובות בסדרי המשפט (ב"ק פ"ב ע"א), ונאמר עליו שלימד בישראל חוק ומשפט (עזרא ז' י').
2. רמב"ם (הל' מלכים פ"א ה"א): "וחוזרין כל המשפטים בימיו כשהיו מקודם". ועי' פירוש המשניות (סנהדרין פ"א מ"ד) על האפשרות של חידוש הסמיכה, וכן בהלכות סנהדרין (פ"ד ה"א).
3. ישעיהו (א' כ"ו), פירוש המשניות להרמב"ם (סנהדרין שם).

רבים כואבים את עובדת השפעתו המועטת של המשפט העברי על מערכת המשפט במדינתנו המתחדשת[4]. אין ספק שהדרך היעילה ביותר לשמירת חיוניותו ולהגברת השפעתו של המשפט העברי היא הפעלתו למעשה במדת האפשר. הבאת בעיות משפטיות בפני הכרעה הלכתית, היא איפוא חובה לאומית ממדרגה ראשונה[5].

למושב הדתי נועד תפקיד מרכזי בשמירת רציפותו של המשפט העברי. ההתיישבות הדתית בכללה אינה רק מסגרת חברתית ואירגון כלכלי של אנשים דתיים, אלא תנועה אידיאליסטית, השואפת לכך שכל מערכת חייה - הפרטית והציבורית, החברתית והמשקית - תפעל ברוח התורה. אולם ייחודו של המושב הדתי הוא באחריותו למשפט העברי. כי במסגרת חייו קיימת מצד אחד הבחנה בין הפרט והכלל, עובדה הגורמת בהכרח להתעוררותן של בעיות משפטיות שונות, ומאידך גיסא מחייבת המסגרת החברתית להזדקק לפיתרון הלכתי של בעיות אלו.

ייעודו של המושב הדתי הוא ליצור תאים אוטונומיים של מדינת ישראל האידיאלית, שלא רק מסגרתה החיצונית היא ישראלית, אלא שכל תכניה ישראליים הם. הפעלתו של המשפט העברי בחיי המושב ממחישה בעליל את כוחה של ההלכה לפתור כל בעיה חדשה העולה על הפרק, ומדגימה את יכולתה של חברה דמוקרטית בימינו לארגן את חייה על פי התורה.

מאמר זה מתמקד רק בפתרונן של בעיות ציבוריות במושב עפ"י המשפט העברי, כגון: סדרי הצבעה, בחירת מוסדות וסמכותם (מיסים, קנסות וכו'). אינני מתיימר לטעון שבדוגמאות שהובאו במאמר זה נמצא פיתרון שלם ואמיתי לכל הבעיות. היעדרם של ידע וניסיון במדה מספקת עמדו לא אחת בעוכרי הרצון הכן לפתור את הבעיות שהתעוררו עפ"י המקורות ההלכתיים. אולם דומה שעצם הרצון והניסיון להתמודד עם המציאות המתחדשת ולהחיל עליה את עקרונות המשפט העברי, יש בהם תרומה כלשהי לקידום המטרה הנכספת, להשבת מעמדו של המשפט העברי כבראשונה.

א. אסיפת החברים

המוסד בעל הסמכות העליונה במושב הוא אסיפת החברים, המתקיימת אחת לכמה שבועות. טרדותיהם המרובות של חברי המושב מונעות לפעמים מחלק מסוים של החברים מלהשתתף באסיפה. לפי ההלכה, האסיפה סוברנית להחליט בכל מספר משתתפים שהוא (אלא אם כן יתקבל תקנון הקובע אחרת). החתם סופר[6] מנמק זאת בכך, שמי שלא הופיע לאסיפה ויתר על זכות הבעת דעתו, ומסרה לאחרים. ראייתו היא מהגמרא במסכת כתובות[7], לפיה, שני שותפין שאחד מהם ירד לדין ונמצא חייב, אין השותף האחר יכול לטעון: אילו הייתי בבית הדין הייתי טוען טענות אחרות ומחייב את בעל דיני; שהרי אומר לו, למה לא באת לתבוע גם אתה?! אף כאן, מי שלא בא לאסיפה סמך על שיפוטם של חבריו ואינו יכול לערער על החלטתם.

נימוק נוסף יש להביא להלכה זו על סמך ההנחה שחבר שלא השתתף באסיפת החברים כאילו נמנע בכך מלהביע דעה, ומצינו בבי"ד "שזה שאומר איני יודע הרי הוא כמי שאינו"[8]. לשיטת הראב"ד, אחרי שאמר "איני יודע" אינו יכול להצטרף למנין חברי ביה"ד ולהביע דעה, לא בדיני

4. עיין "התורה והמדינה" (כרך ז'-ח' עמ' י', ושם עמ' ע"ד ואילך, וכן עמ' ע"ו-ע"ח בהערה); משואה לדור (עמ' ק"ד). ועי' לקמן (סי' ט').
5. ראה מאמרנו "ואשיבה שופטיך" ("עמודים", בטאון הקבוץ הדתי, שבט תשכ"ו). ועי' לקמן (סי' ט').
6. שו"ת חתם סופר (חושן משפט סי' קט"ז).
7. צ"ד ע"א. וכן פסק הרמב"ם (הל' שותפין פ"ג ה"ג). וכן יש להביא ראיה מהגמ' בבבא בתרא (קמ"ה ע"ב): "הוה במתא, איבעי ליה למיתא...". ועי' עינים למשפט (שם ד"ה הוה).
8. רמב"ם (סנהדרין פ"ט ה"ב).

ממונות ולא בדיני נפשות[9]. הדמיון שבין סמכות אסיפת החברים לסמכות בית הדין הוזכר בפוסקים[10], והודגש לאחרונה ע"י רבה האחרון של קובנה, הרב אברהם שפירא, ש"בית דין" אינו רק מוסד שיפוטי, אלא גם מוסד שלטוני, המייצג את הציבור והמוסמך להתקין לו תקנות לפי הצורך[11].

נימוקים אלה כוחם יפה רק לחברים שנמנעו מלהשתתף באסיפת חברים מרצונם, אולם אין ביכולתם להצדיק את החלטות האסיפה בהעדרם של חברים אשר נבצר מהם להשתתף מסיבות שאינן תלויות בהם, כגון מחלה, מילואים, וכדו'[12]. במקרים אלה עלינו לקבוע שהסכמת הציבור, המשתקפת בנוהג קבוע[13], היא לא להתחשב בהעדרויות של חברים מן האסיפה, ולו גם תהיינה מוצדקות ביותר, שאם לא כן אין לדבר סוף, וכמעט מן הנמנעות הוא שכל החברים יוכלו להשתתף באסיפה. לטובת הציבור וסדרי הנהגתו התקינים, על כורחנו לומר, שהוסכם לוותר על הצורך לאפשר לכל החברים להשתתף באסיפה.

ב. דין הנמנעים

על פי ההלכה שהוזכרה לעיל[8], שנמנע נחשב כמי שאינו קיים כלל, הכרענו בעיה אחרת שהתעוררה. לפי הנוהג, קבלת חבר חדש למושב טעונה רוב של שני שליש מהחברים. אירע פעם שמספר החברים שהצביע בעד קבלת המועמד החדש היה ביחס של שני שליש לעומת המתנגדים לקבלתו, אולם היה מספר ניכר של נמנעים. הועלתה הטענה שהחבר לא יוכל להתקבל למושב אלא כששני שליש מכל חברי המושב הצביעו בעדו. ובמקרה האמור, לא היה רוב של שני שליש מכלל החברים, אלא רק ביחס למתנגדים. לפי ההלכה הנ"ל נראה שהנמנעים אינם מובאים כלל בחשבון חברי הכפר לענין זה.

דברים אלו אמורים רק במקום בו קיימת החלטה סתמית, או מנהג, לקבל החלטות מסוימות ברוב של שני שלישים. אולם אם בנוסח התקנה נאמר במפורש שהחלטה מסוימת תלויה ברוב של שני שליש מחברי גוף ידוע, מסתבר שכוונת מתקני התקנה היתה להדגיש בצורה מפורשת, שאין ההחלטה בת תוקף אלא כששני שליש ממספרם המוחלט של חברי אותו גוף יצביעו בעדה, ואם יהיה רוב של שני שליש רק ביחס למתנגדים, אך לא מכל חברי אותו הגוף, כגון שיש נמנעים או נעדרים, אין ההחלטה תקפה[14].

9. בהשגה (סנהדרין פ"ח ה"ב). ואף לשיטת הרמב"ם (שם) - שבדיני ממונות הוא רשאי לחזור ולהביע דעה, וכן בדיני נפשות הוא רשאי לחזור וללמד זכות - רשות זו נתונה לו רק כאחד מן התלמידים (עיין לח"מ שם), ולא כחבר ביה"ד מן המנין. (מיהו לפי הכס"מ, שם פ"ט ה"ב, משמע שאין דינו כאחד מן התלמידים אלא כחבר בית הדין. אולם גם לדעתו, רשאי הנמנע לחזור בו רק לפני פסק הדין, אך לא לאחר פסק הדין). וצ"ע, כי נראה שהדבר תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד ובין הסמ"ע והב"ח (עי' חו"מ סי' י"ח, סמ"ע ס"ק ט' וחי' רעק"א שם). מיהו עי' אבן האזל (הל' עדות פ"ב ה"ג), שכתב שבדיני ממונות גם לרמב"ם "איני יודע" כמאן דליכא דמי. וכן יש לחלק בין דיין, שהימנעותו תורמת לדיון לדעת הרמב"ם, לבין הצבעה בקלפי, שם ההימנעות לא תורמת דבר, ולכן הרי היא כמי שאינה.

10. רמ"א (חו"מ סי' ב' סעי' א' בהג"ה): "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול, ומכין ועונשין והפקרן הפקר...".

11. שו"ת דבר אברהם (ח"א סי' א' ענף ב'), ושם הוא מזהה את המושגים "הפקר בית דין הפקר" ו"דינא דמלכותא דינא", שכוחו של ב"ד בענין זה הוא מטעם שררה. ויש להסמיך לדבריו את דרשת הר"ן (דרוש י"א) הקובע, שבהעדר מלך מסורה סמכותו, במידה מסוימת, לבית הדין. ועיין שו"ע (חו"מ סי' רנ"ט סעי' ז' בהג"ה), שכנראה מזהה או מדמה את שני המושגים הנ"ל.

12. ראה להלן (אות ג'), שרוב נחשב לחוקי רק כשנשמעה דעתו ונשקלה ע"י כל הציבור.

13. לפי ההלכה, מנהג שנהג שלוש פעמים נחשב כמוסכם ע"י הציבור ומחייב אותו (שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעי' ג' בהג"ה).

14. מפסקי בית הדין העליון של המפד"ל בשנת תשל"א, בשבתו כוועדה לפירוש החוקה. (פסקי הדין מצויים בארכיב בית התנועה). שאלה דומה התעוררה בקיץ תשנ"ו עם בחירת ראש הממשלה ברוב של 51% לעומת המתמודד שכנגד. אך לא ביחס לכלל הקולות, שביניהם היו גם נמנעים וקולות פסולים.

ג. הצבעה בקלפי

מכיון שלא כל החברים משתתפים באסיפת החברים הכללית, הועלתה הצעה שהחלטות חשובות במיוחד תוכרענה ע"י הצבעה בקלפי נייד העובר בבתי החברים. בדרך זו ישותפו כל החברים בהצבעה והחלטות חשובות לא תוכרענה רק ע"י חלק של הציבור. מהי עמדת ההלכה לצורת הצבעה זו?

עקרונית, רשאי הציבור לבחור לו כל תקנון הצבעה הנוח לו[15]. בכל זאת, כשהציבור מתלבט בקביעת תקנה חדשה, יהיה מן התבונה להתחשב בעמדת ההלכה בענין זה, המשקפת היגיון משפטי עמוק, מנוסה ובר סמכא. ואם יעדיף הציבור תקנה חדשה המנוגדת לעמדת ההלכה בצורה שרירותית ללא סיבה משכנעת, אולי יתבטל תוקפה.

הרשב"א פסק בתשובותיו[16], שאין הולכים אחרי הרוב, אלא כשכל המשתתפים בדיון ישבו יחד ודנו זה עם זה פנים בפנים. רק כשנתמלא תנאי זה, סביר להניח שהובאו בשיקול כל הטענות של הצדדים השונים וההכרעה משקפת את הדעה הקרובה יותר לאמת. אך כשכל אחד מביע את דעתו מבלי לשמוע את דעת חבירו ומבלי להתחשב בה, לא נשקלו טענות הצדדים כראוי, לפיכך אין רוב כזה יכול להכריע. לדעתו זו של הרשב"א הסכימו פוסקים רבים[17]. בין השאר השתמש הרלב"ח בטענה זו כנגד המהר"י בי-רב וחכמי צפת בפולמוס הסמיכה הידוע[18].

רוב חכמי ארץ ישראל התרכז אז בצפת והסכים לחדש את הסמיכה, אולם מכיון שלא התייעץ עם חכמי ירושלים, סבר הרלב"ח שאין הרוב בר תוקף כלל במקרה זה. לעומת זאת, רגילים אנו בפסיקת ההלכה להסתמך על דעת רוב הפוסקים, המובאת בספרות ההלכתית הענפה, למרות שלא היה משא ומתן ישיר בין הפוסקים השונים, מה גם שלא כולם חיו בתקופה אחת[19]. (האמת היא שרוב כזה אינו מוחלט, ואכן בשעת הדחק מותר לסמוך על דעת יחיד נגד רבים)[20]. מהי איפוא סמכותו של רוב ללא מו"מ ישיר בין פרטיו?

ר' יהונתן אייבשיץ[21] מעלה בעיה נוספת, בענין פסיקת ההלכה המקובלת עפ"י ספרי הפוסקים. כידוע, הרבה כתבי יד אבדו ונשרפו ורק כמות מזערית ביחס של הספרות ההלכתית הגיעה לידינו. כיצד יכולים אנו לסמוך על רוב הפוסקים המצויים בידינו, אשר אינו משקף את הרוב האמיתי של הפוסקים? תשובתו היא, שאמנם אין אנו יודעים מה עמדת רוב הפוסקים; אך סוף סוף שומה עלינו להורות לעם את הדרך אשר ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון. בדלית ברירה נאלצים אנו להסתמך על הרוב הידוע לנו, שכן עדיף לכתחילה להסתמך עליו מאשר על דעת המיעוט. אך בשעת הדחק, בפרט בצירוף הוכחה משכנעת, מותר להסתמך על דעת המיעוט.

בהסברו של ר' יהונתן אייבשיץ מוצאים אנו מענה אף לשאלתנו. הסתמכותנו על רוב הפוסקים אינה כהליכה אחרי הרוב בבית דין. ההכרח להורות את ההלכה למעשה מאלץ אותנו להעדיף לכתחילה את דעת הרוב המובאת בספרות ההלכתית. אך בשעת הדחק אפשר לסמוך על המיעוט, בפרט כשיש ראיות חזקות לדעת המיעוט. כי הליכה אחר הרוב פירושה הכרעת הספק באופן

15. עי' ב"ב (ח' ע"ב): "רשאין בני העיר להתנות על המדות... ולהסיע על קיצתן".
16. ח"ה (סי' רפ"ט, מובאת בב"י חו"מ סוף סי' י"ג).
17. ביניהם: המהרי"ק (שורש קפ"א), המהרשד"ם (סי' שצ"ט) ו"גט פשוט" (כללים סי' א' וע"ש סי' י'). רשימה מלאה יותר של הפוסקים הסוברים כן מובאת בכנה"ג (חו"מ סי' י"ג, כ"ב ע"א) ובשדי חמד (כללים אות י' סי' ל"ה). וראה "משפט ההוראה" (למהר"ץ חיות, פ"ג-פ"ז).
18. "קונטרס הסמיכה" (להרלב"ח, דף רע"ח ע"ג).
19. ראה למשל הקדמתו של מרן ר' יוסף קארו ל"בית יוסף", בה הוא קובע את הכלל, שיש להכריע את ההלכה על סמך שנים מתוך השלושה: הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש.
20. תשובת הרשב"א (סי' רנ"ג). ועיין ש"ך (יו"ד סוף סי' רמ"ב) שחלק על הב"ח בשאלה אם אפשר לסמוך על דעת יחיד רק באיסור דרבנן, או אפילו באיסור דאורייתא.
21. אורים ותומים (קיצור תקפו כהן סי' קכ"ג). ועיין "שבת הארץ" (להרב קוק, מבוא פרק י' עמ' מ"ג).

מסתבר, שמכיון שהרוב סובר כן, מסתמא דעתו קרובה יותר אל האמת. אך כשיש ראיות משכנעות לטובת המיעוט, אין אנו יכולים לומר שהרוב קרוב יותר לאמת מאשר המיעוט[22].

המורם מכל הנ"ל הוא, שרוב ללא מו"מ ישיר בין כל הצדדים אינו רוב אמיתי וצודק, והצבעה בקלפי אינה יכולה לשמש תחליף לאסיפת חברים. רק לאחר שנערך דיון באסיפה אפשר להצביע בקלפי. (זוהי ההצדקה לבחירות לכנסת ולמועצות המקומיות באמצעות קלפי, שכן ההצבעה נערכת לאחר מערכת בחירות תפשית בה הוצגו כל הדעות בפני כל האזרחים באמצעות אסיפות, מודעות וכלי התקשורת השונים). הצבעה בקלפי ללא ויכוח הוגן לפניה הינה בלתי מחייבת[23].

ובאמת הנוהג הוא לקיים הצבעה בקלפי רק בקבלת חברים למושב. במקרה זה אין צורך כלל לערוך דיון מוקדם, כי המועמד שהה בכפר תקופה מספקת בכדי להכירו היטב, ואין צורך בהצבעה אלא כדי לקבוע אם רוב החברים מסכים לקבלו כחבר קבוע[24].

ד. התפטרותו של חבר מהוועד

תופעה מצויה ומקובלת בחיי הציבור היא התפטרותו של נציג ציבור מהמוסד אליו נבחר. אולם אירע פעם שנזקקנו לעיין בתוקפה ההלכתי של התפטרות זו. המדובר היה בחבר שהביע את רצונו להתפטר מן הוועד כדי לפנות את מקומו למועמד הבא אחריו. באותה תקופה סערו הרוחות במושב על רקע בעיה חמורה, ושני החברים האמורים ייצגו דעות מנוגדות בנושא. הועלתה הטענה, שאין חבר הוועד יכול להפנות עורף לבוחריו, שמינוהו לתפקידו על מנת שייצג את השקפתם, ולגרום ע"י התפטרותו למינויו של חבר המייצג דעה אחרת, שמספר תומכיה באסיפת החברים היה קטן יותר. (בחיים המדיניים מקובל שבמקומו של נציג שמתפטר בא נציג אחר של אותה מפלגה. אולם במושב לא קיימת ב"ה התגודדות מפלגתית, והמינוי שהחבר מקבל אינו מינוי סיעתי אלא אישי).

אם נרצה לנסח את הטענה במונחים הלכתיים, נוכל להשתמש אולי במושג הידוע: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי"[25], שלפיו אין השליח רשאי לשנות מדעת משלחו; ואם עשה כן, מעשיו בטלים[26]. מסתבר, שהיה אולי מקום לטענה זו, אילו היה השליח **משנה** מדעת שולחיו, אך לא כשהוא מתפטר לגמרי משליחותו. שכן שליח אינו גרוע מפועל שיכול לחזור בו אפילו באמצע היום[27], שנאמר, "עבדי הם" - ולא עבדים לעבדים[28].

22. אך תפקידו של הרוב בב"ד הוא לא רק לקבוע איזו דעה נכונה יותר, אלא גם לפסוק את הדין, והמיעוט בטל כלפי הרוב (עיין ירושלמי סנהדרין פ"ג ה"ט; תוס' ב"ק כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל, והגהות מהר"ץ חיות שם; שערי יושר, שער ג' פרק ג'; חידושי ר' חיים מבריסק בשיכפול, עמ' קכ"ז; וראה תורה שלמה פרשת משפטים. מיהו אין המיעוט מבטל את **דעתו**: עי' סנהדרין ל' ע"א, ומשמע שהוא רק מקבל את מרות הרוב למעשה).

23. ועי' מאמרו של הרה"ג עובדיה הדאיה "רוב דעת במו"מ בכתב" ("התורה והמדינה" ט'-י' עמ' מ"ה-מ"ח, "בצומת התורה והמדינה" כרך א' עמ' 243 ואילך).

24. יתכן שהמהר"י בירב וחכמי צפת, שחידשו את הסמיכה מבלי להיוועץ עם חכמי ירושלים, סברו שאין צורך בדיון בין כל חכמי א"י אם לחדש את הסמיכה, אלא רק בהסכמתו של הרוב למעשה; ומכיון שחכמי צפת הסכימו, סברו שדי בכך.

25. קידושין (מ"ב ע"ב) ובסוגיות המקבילות.

26. שו"ע (חו"מ סי' קפ"ב סעי' ב'). להלן נראה שטענה זו אינה תופסת בשליח ציבור.

27. בבא מציעא (י' ע"א): ועיין נתיה"מ (סי' קפ"ג ס"ק א'), שכתב ששליח בחינם דינו כפועל לענין זה. ועיין שו"ע (חו"מ סי' ר"צ סעי' כ"ג), שם נאמר שאפוטרופוס אינו יכול לחזור בו, ובקידושין (מ"ב ע"א) השוו מנהיג ציבורי לאפוטרופוס. ועיין קצוה"ח (שם ס"ק ח', סי' של"ג ס"ק ז'). וצ"ע אם חבר ועד ייחשב לעבד ה', כאפוטרופוס, שאינו יכול לחזור בו.

28. ועי' מאמרו של מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל "נכרי חבר כנסת וחבר עיריה" (קובץ "תורה שבעל פה" כרך ט"ז ; חוות בנימין ח"א סי' י"ב עמ' צ"ב), שכתב שנבחרי ציבור דינם כשליחים, ונפק"מ - שאין זו שררה ומותר למנות נוכרים (וכן אשה). אולם אם נותנים לו מינוי לפעול עפ"י שיקול דעתו, אולי יש כאן מעין שררה, וכמו שנכתוב להלן. וצ"ע.

נראה שיותר משיש לדמות נציג ציבור לשליח, יש לדמותו אולי לשומר, המופקד על משמרת ענייני הציבור, והנושא באחריות לשמירת טובתם[29]. ומצינו מחלוקת בין הראשונים אם שומר דינו כפועל, והוא יכול לחזור בו באמצע היום, או לא. דעת הראב"ד היא ששומר אינו יכול לחזור בו[30], ונפסקה הלכה כמותו[31].

מה ההבדל בין שומר לפועל? לדעת קצוה"ח[32], שומר קיבל על עצמו אחריות, ומכוחה נשתעבד לשפות את המפקיד מכל נזק שייגרם לו כתוצאה מפשיעתו (בשומר חינם, ובשומר שכר אפילו מגניבה ואבידה). פועל, לעומתו, לא קיבל על עצמו כל אחריות ושיעבוד ממוני. נמצא שאדם יכול לחזור בו רק מעבודתו, אך לא מאחריותו ושיעבודו הממוניים. לכן שומר לא יכול לחזור בו. לדעה זו, נציג ציבור לא השתעבד שיעבוד ממוני כלשהו לציבור, אלא קיבל מינוי לפעול למען הציבור ותו לא, הילכך נראה שדינו כפועל שיכול לחזור בו.

לדעת ערוה"ש[33], פועל עושה מעשה, לכן הוא יכול לחזור בו, כדי שלא ייקרא עבד; אך שומר, שתפקידו הוא פסיבי בלבד ואינו עושה כל מעשה, אין לראות בתפקידו "עבדות", הילכך אינו יכול לחזור בו. גם לדעה זו נראה ששליח ציבור יכול לחזור בו, שכן אמרו: "שררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם!"[34].

והנה דווקא מתוך השוואתנו את שליח הציבור לפועל נמצא שאינו יכול לחזור בו[35]. א"כ גם בנידון דידן, לכאורה, שליח ציבור אינו יכול להתפטר בגלל הנזק שגורם למשלחיו.

אולם נראה שיש לדמות שליח ציבור **לאפוטרופוס**. אמנם אפוטרופוס הוא גם שומר[36] וגם שליח[37], אך יש לו כנראה מעמד מיוחד. ואכן הגמרא (קידושין מ"ב ע"א) דחתה את הלימוד לשליחות מהמקור של "נשיא אחד ממטה"[38] על סמך דברי רבא בר רב הונא: "יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שב"ד מעמידין להם אפוטרופוס..." משמע שאפוטרופוס שונה משליח, ומעמדו חזק וברור

29. ועי' מחנ"א (שומרים סי' מ"א), שכתב ששומר שייך רק כשהחפץ ברשותו, ובזמן שהחפץ ברשות בעה"ב אין לו דין שומר. אמנם י"ל שכיון שהציבור מוסר את כל האחריות לנציגיו, והוא עצמו אינו שומר ודואג לרכושו ועסקיו, הם נחשבים שומרים, עיש"ה. ועיין מש"כ בשטמ"ק (ב"ק כ"ז ע"א ד"ה וכן) בשם הריב"א שכל העוסק לטובת חבירו, דין שומר יש לו וצ"ע.
30. מובא בחידושי הרשב"א (קידושין י"ג ע"א ד"ה סברה).
31. שו"ע (חו"מ סי' רצ"ג סעי' א'); ש"ך (שם סי' ע"ד ס"ק ט"ז). כדעת הראב"ד סובר המג"מ (הל' שאלה ופיקדון פ"ז ה"א), אך הרמב"ן, הרשב"א, והמאירי חולקים (ועיין משל"מ הל' שאלה ופיקדון שם). ועיי' חי' הגר"ח הלוי (הל' נזק"מ פרק ד') שפירש את דעת ר' יוחנן ששומר שמסר לשומר חייב (ב"מ ל"ו ע"א), וכתב שהוא משום ששומר אינו יכול להסתלק משמירתו, וכך הלכה וביאר בזה את דעת הרמב"ם שם. ונמצא שגם הרמב"ם סובר ששומר אינו יכול להסתלק משמירתו, וכהראב"ד. ומעניין שהראב"ד חולק שם על הרמב"ם, אך כנראה מטעם אחר.
32. סי' ע"ד (ס"ק א'). וכעין זו כתב בחידושי חמדת שלמה (קידושין י"ג), אלא שלדעתו אין זו סברת הראב"ד, אלא דווקא סברת החולקים עליו וסוברים ששומר יכול לחזור בו מהתחייבויותיו הממוניות, והשו"ע לא פסק כהראב"ד. ועי' בספרים שצויינו באוצר מפרשי התלמוד (ב"מ פ"א ע"א עמ' 37-36).
33. חו"מ סי' רצ"א (סעי' י"ט). ואמנם קדמו כבר המחנ"א (הל' שומרים סי' י"ח) בסברה זו, אלא שהמחנ"א חילק בין שומר חינם לשומר שכר וערוה"ש חולק עליו. ועי' תומים (שם). ועי' תוס' (ב"מ מ"א ע"ב ד"ה קרנא) שכתבו שבדרך כלל שומר חינם הוא ללא טורח, ואילו שומר שכר הוא בטורח.
34. הוריות (י' ע"א).
35. ב"מ (ע"ו ע"ב); שו"ע (חו"מ סי' רצ"ג סעי' ה').
36. עיין ב"ק (ל"ט ע"א - מ' ע"א).
37. עיין שיטה מקובצת (ב"ק ח' ע"ב ד"ה מכאן).
38. במדבר (ל"ד י"ח).

יותר. ואכן הרא"ש[39] כתב בשם רבנו חננאל שאפוטרופוס יכול לתפוס חוב בעוד ששליח אינו רשאי לתפוס חוב מהלווה עבור המלוה.

ובתוס'[40] כתבו שאפוטרופוס יכול להפריש תרו"מ מפירותיהם של יתומים אע"פ שאינם שלו, משום שבי"ד הפקירו את פירותיהם של היתומים המיועדים לאכילה לאפוטרופוס. אולם הרשב"א[41] סובר בתירוצו השני שמעיקר הדין, מהתורה גם אפוטרופוס יכול להפריש תרו"מ, ורק מדרבנן גזרו שלא יפריש, אך לצורך אכילת היתומים העמידו את הדין על מקורו מהתורה ואיפשרו לאפוטרופוס להפריש. נמצא שלדעת התוס' (וכן דעת הרי"ד, הריטב"א, רבנו קרשקש, וכן הרשב"א בתירוצו הראשון) אפוטרופוס הוא נציג בית הדין, ולכן הפקרם הפקר. בעוד שלדעת הרשב"א בתירוצו השני האפוטרופוס הוא נציג היתומים, כלומר דינו כשליח.

ובשו"ת הרשב"א[42] כתב שנאמני הקהל דינם כאפוטרופוס, לענין חיובם בגניבה ואבידה, אלא שהוא מדרג אותם כאפוטרופוס שמונה ע"י האב ולא כאפוטרופוס שמונה ע"י ביה"ד. וזאת משום שביה"ד אינו ממנה אפוטרופוס אלא לאחר בדיקה מדוקדקת, ואילו האב אינו בודק כל כך. והציבור מדקדק במינוי נאמניו עוד פחות מהאב, ולפעמים הנאמנים הם המחזרים אחרי הציבור שימנה אותם. ולכן אין חשש שיימנעו מלקבל על עצמם תפקיד זה, ומשום כך אין לפוטרם מגניבה ואבידה[43].

עכ"פ מצינו שדינם של נבחרי הציבור כדין אפוטרופסים. וזאת משום שכשם שביה"ד מאציל מסמכותו על האפוטרופוס, כך הציבור מאציל מסמכותו על נבחריו. וכבר ראינו שסמכות בי"ד והציבור שוותלענין הפקעת ממון[44].

והנה אפוטרופוס שרוצה לחזור בו מתפקידו, אינו יכול[45]. אמנם נאמר[46] שפועל יכול לחזור בו באמצע היום, כדי שלא ייחשב לעבד, שנאמר "עבדי הם ולא עבדים לעבדים"; והיה מקום לחלק ולומר שהמשועבד לציבור אינו "עבד לעבדים" ולכן אינו יכול לחזור בו. אך כבר הסביר הקצות[47] שהטעם לכך הוא אחר. כי השתעבדותו של האפוטרופוס ליתומים היא לצורך מצוה. וא"כ הוא לא משתעבד לבשר ודם אלא לה', ולכן אינו יכול לחזור בו. אך נאמני ציבור, אף כי חלק מתפקידם הוא צרכי מצוה, כגון תלמוד תורה, צדקה,מקוה ובית הכנסת, עיקר תפקידם הוא לעסוק בנכסי הציבור. ולכן אין לראות בכך מצוה, ומשום כך נראה שנבחר ציבור יכול לחזור בו, כדי שלא ייחשב משועבד לציבור.

ועוד יש לומר לפי סברת הרשב"א (בתשובתו הנ"ל) שנבחרי הציבור מחזרים אחרי שררתן, שאין מקום לטעון שלא יימצאו אחרים שיסכימו לעסוק בצרכי ציבור. ועוד, מכיון שהמנהג המקובל הוא שנבחרי ציבור מתפטרים - על דעת כן נתמנו, שיוכלו להתפטר כל אימת שירצו[48].

39. בפסקיו לב"מ (פ"א סי' כ"ז).
40. גיטין (מ' ע"ב ד"ה וכתב).
41. בחידושיו לגיטין (נ"ב ע"ב ד"ה הא) ובחידושיו לקידושין (מ"א ע"ב ד"ה אתם).
42. מובא בשו"ע (חו"מ סי' ע"ב סעי' ה', סמ"ע ס"ק כ"ה, ש"ך ס"ק ל"ד).
43. ועי' מה שכתב בפת"ש (שם ס"ק י') בשם שיבת ציון (סי' צ"ט), ועי' פת"ש (חו"מ סי' צ"א ס"ק ד').
44. לעיל (אות א' והע' 11).
45. שו"ע (חו"מ סי' ר"צ סעי' כ"ג).
46. ב"מ (י' ע"א).
47. סי' ר"צ (ס"ק ה'). ועי' לקמן (סי' ק"ו אות ד').
48. בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"א סי' קל"ח) פסק בענין שביתה חלקית של מורים, שאע"פ שלא כדין עשו, אין לפטרם, מכיון שכך הוא מנהג המדינה, ועל דעת כן נתרצו לקבלם לעבודה. ועיין בתשובותיו (חו"מ סי' נ"ט), שכתב שאסור למורים ללימודי קדש לשבות. וא"כ קשה, כיצד פסק לסמוך על מנהג זה, שהינו פסול לדעתו (עיין תוס' ב"ב ב' ע"א ד"ה בגויל, שכתבו שאין לסמוך על "מנהג הדיוט", ועיין ביאור הגר"א חו"מ סי' קס"ג ס"ק נ"ו)? אך בענין שלפנינו נראה שמנהג כשר הוא כמו שכתבנו, שטובת הציבור דורשת לכבד את רצונם של נציגי הציבור לפרוש מתפקידם, כדי לעודד את הפעילות הציבורית, הנעשית בהתנדבות שלא על מנת לקבל פרס.

במה דברים אמורים? בהחלטה של הציבור, אך במקרה שלפנינו אין לראות בהבעת רצון זו של חבר הוועד התחייבות ציבורית, בשם הציבור ועל דעתו, אלא התחייבות אישית בלבד, אשר כל כללי ההלכה המקובלים חוזרים וחלים עליה, וללא מעשה קנין אין התחייבותו בת תוקף משפטי.

ה. חרטה מהסכמה להתפטר

בהמשכה של הפרשה הקודמת, שוכנע לבסוף אותו חבר ועד שהביע את רצונו להתפטר, שטובת הציבור ושלומו מחייבים את הישארותו על משמרתו כחבר ועד. האם רשאי הוא לחזור בו מרצונו להתפטר? (לשם הבהרה ייאמר, שאותו חבר לא התפטר רשמית, ע"י הודעה לוועד כמקובל, אלא רק הביע את רצונו להתפטר).

בדרך כלל, הבעת רצון מילולית בלבד, ללא מעשה קנין[49], אין לה תוקף משפטי. אך ענייני ציבור נגמרים, על פי ההלכה, גם ללא מעשה קנין, אלא בהסכמה מילולית בלבד[50]. הבעיה שלנו אינה משפטית פורמלית, אלא מוסרית. שיקול זה אופייני למשפט העברי. שומה עלינו לברר, מה תוקפה המוסרי של התחייבות זו?

בגמ'[51] נחלקו רב ור' יוחנן, מה תוקפה המוסרי של הבטחה מילולית? ההלכה נפסקה כר' יוחנן ש"דברים יש בהם משום חסרון אמנה"[52]. כלומר, חרטה מהבטחה מילולית יש בה משום הפרת אמון. אולם גם ר' יוחנן לא אמר כך אלא ב"מתנה מועטת", שדעתו של המקבל סמכה עליה, שהחוזר בה נחשב כמפר אמון[53], אך לא במתנה מרובה.

שיקול הדעת נוטה לומר, שוויתור על חברות בוועד למען הזולת נחשב כ"מתנה מרובה", שהמבטיח רשאי לחזור בו מהבטחתו.

נימוק נוסף ניצב לפנינו במקרה זה. לטענתו, הבטחתו להתפטר נבעה משיקול דעת מוטעה. הוא סבר לתומו שהתפטרותו תביא תועלת לציבור, ולבסוף התברר לו שלא תביא אלא נזק. מסתבר שלא אסרו על אדם לחזור בו מהבטחתו במקום שההבטחה ניתנה בטעות, כמו שמצינו שמקח טעות בטל.

גם אם ירצה חבר הוועד לקיים את דבריו ממידת חסידות[54], נראה שאינו חייב בכך, ויתכן שאפילו ייאסר עליו הדבר. שכן מידת חסידות היא מידה שאדם רשאי להחמיר עם עצמו בלבד, אך לא על חשבון זולתו. ומכיון שכפי שנראים לו הדברים עתה, טובת הציבור דורשת שיחזור בו, אינו רשאי לנהוג עם עצמו במידת חסידות ולגרום נזק לציבור.

49. ברור שבמקרה שלפנינו אין למעשה הקנין על מה לחול. אין כאן אלא "קנין דברים" (ב"ב ג' ע"א), ואין להתחייבות להתפטר תוקף חוקי, אלא להתפטרות בפועל ממש (פסק ביה"ד העליון של המפד"ל, בשבתו כבי"ד לערעורים, תשל"ב).
50. תשובת הרא"ש (כלל ו' סי' י"ט, הובאה להלכה ע"י הרמ"א, חו"מ סוף סי' קס"ג, ועי' בביאור הגר"א ס"ק ק"ג). ועי' לקמן (סי' צ"ז אות ג').
51. ב"מ (מ"ט ע"א).
52. שו"ע (חו"מ סי' ר"ד סעי' ז').
53. נראה להוכיח שאמנם אינו עובר במתנה מרובה על עשה שבתורה "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק", שכן המקבל לא סמך על ההבטחה, וחסרון האמנה הוא רק סובייקטיבי, מצדו של הנותן ולא מצדו של המקבל; אך רוח חכמים אינה נוחה ממנו, שהרי סוף סוף מצדו יש כאן שקר. וזוהי כוונת הר"ש (בפירושו למשנה סוף שביעית), שכתב על המשנה: "כל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה הימנו", שאין בזה איסור משום חסרון אמנה, וכוונתו למתנה מרובה, שבה מודה ר' יוחנן לרב. (ובזה מיושבת קושיית האחרונים על הר"ש, שהביא כביכול את דעת רב, בעוד שהלכה כר' יוחנן, עיין "משנת יוסף" להרב יוסף ליברמן, כרך ד').
54. ראה מכות (כ"ד ע"א): "ודובר אמת בלבבו" - כגון רב ספרא. ולדעת הר"ש (בהערה הקודמת), יתכן שיש בזה איסור דרבנן. וב"לחם שמים" (על המשנה בסוף שביעית) העיר שמקור החיוב הוא מהפסוק: "מדבר שקר תרחק".

ו. מיסים

הטלת מס מהווה אחד הדברים הנפוצים והרגישים ביותר בתחום המשפט הציבורי בכלל, ובמושב בפרט. נדגים כאן בעיה אחת שהתעוררה בקשר להטלת מס, וממנה בנין אב לבעיות רבות מסוגה.

עם ריבוי מספר הילדים בכפר הועלה הצורך לפתוח גן נוסף לגילאים צעירים יותר. הוצאות הגן הנוסף חייבו העלאה של המיסים. באותה תקופה היה עדיין מספר ניכר של רווקים בין חברי המושב. הללו טענו, שמאחר שאין להם ילדים הזקוקים לגנון, אין לחייבם במס נוסף.

בהלכה מצאנו תקדימים לבעיה זו. הרמ"א הביא להלכה שני פסקים הנראים לכאורה סותרים זה את זה. הראשון, בשם מהר"י מינץ:

> כל צרכי העיר, אע"פ שמקצתן אינן צריכים, כגון בית חתנות או מקוה וכדו', אפילו הכי צריכים ליתן חלקם[55].

כמקור להלכה זו, ציין הגר"א[56], את התוספתא[57]:

> מי שיש לו חצר בעיר אחרת, משעבדין אותו בני העיר לחפור עמהן בורות, שיחין ומערות לתקן את המקוואות ואמת המים; ושאר כל הדברים אין משעבדים אותו.

כלומר, למרות שאדם זה אינו זקוק לשירותים הללו, שהרי עיקר מקום מגוריו בעיר אחרת, חייב הוא לשאת בעול עם יתר בני העיר. "שאר כל הדברים", שאין משעבדין אותו, לא פורטו בתוספתא. לדעת המרדכי[58] הכוונה למיסי מלכות, אותם חייב האדם לשלם מרווחי פרנסתו, ומאחר שעיסוקי פרנסתו אינם בעיר הזאת, פטור הוא מלפרוע מיסים אלו.

מקור אחר להלכה זו, מביא המרדכי ממשנה במסכת שקלים[59], האומרת: "חומת העיר ומגדלותיה באים משירי הלשכה". ואילו תושבי ירושלים עצמה לא נתחייבו לבנות את חומת עירם ומגדלותיה מכיסם. מדוע? משום שירושלים לא נתחלקה לשבטים[60]. יש לכל ישראל חלק ונחלה בעיר, הלכך חייב כלל ישראל לשאת בהוצאות בנין החומות והמגדלים של ירושלים[61].

הפסק השני הובא ע"י הרמ"א[62] בשם הרא"ש[63]:

> אם הוצרכו להוציא הוצאות, שיעזור להם השר עם שטרי חובותיהם, אותם שאינם נושאים ונותנים בשטרות אין חייבים ליתן לזה.

הרמ"א עצמו ציין להשוות בין שני פסקיו אלו, אך לא פירש מה החילוק ביניהם. שתי דעות מצאנו בהסבר ההבחנה בין שני הפסקים:

ו. שיטת הסמ"ע

הסמ"ע[64] מבחין בין צורך כללי, שבעצם כל אדם זקוק לו, ורק במקרה מישהו אינו זקוק לו כרגע, מחמת זקנה או מטעם אחר (כגון מקוה), לבין דבר שמצד עצמו אינו צורך הכלל, אלא מעיקרו רק חלק מהציבור זקוק לו (כגון עיסקת השטרות).

בפתחי תשובה[65] העיר, שלדעה זו, אפילו אם רוב אנשי העיר עוסקים בשטרות, אין המיעוט, שאינו עוסק בהם, חייב לסייע בהוצאותיהם העסקיות של המרובים, כיון שעסק זה אינו ענין כללי הנוהג בכל קהילות ישראל.

55. שו"ע (חו"מ סי' קס"ג, בסוף ההג"ה).
56. ביאור הגר"א (שם ס"ק פ"א).
57. בבא מציעא (פ"א ה"ט), עפ"י גירסת הרי"ף (ב"ב דף ה' ע"א) והרא"ש (שם פ"א סי' כ"ג).
58. ב"ב (פרק א' סי' תע"ה).
59. פ"ד מ"ו.
60. יומא (י"ב ע"א).
61. ועי' לקמן (סי' צ"ו אות א').
62. חו"מ (סי' קס"ג סעי' ו', קרוב לסוף ההג"ה).
63. שו"ת הרא"ש (כלל ו' סי' ט').
64. חו"מ סי' קס"ג (ס"ק ל"ב).

ולמרות שההלכה היא שהרוב יכול לכפות את המיעוט גם בתקנה חדשה שיש בה רווח לזה והפסד לזה[66], נראה שאין בכוחו של הרוב לכוף את המיעוט בדבר שלא תצמח ממנו, גם לדעתו, כל תועלת למיעוט[67].

לשיטת הסמ"ע, עלינו להבהיר הלכה, שהובאה ע"י הרמ"א בשו"ע אורח חיים[68] בשם תשובת המהרי"ל[69]. לפי הלכה זו, אשה פטורה מלממן הוצאות קניית אתרוג לקהל לצורך סוכות. האתרוג הוא אמנם צורך כללי ומקובל, אך מכיון שהנשים פטורות מנטילתו אין לראותו כצורך כללי לגמרי, שהרי מחצית הציבור לפחות אינה זקוקה לו. (ואכן לפי מנהגנו שנשים נוטלות אתרוג יש לחייב גם את האשה במימון רכישתו[70]. ולעומת זאת, מי שאינו נוהג לסמוך על צורת הפתח, בכ"ז חייב לממן את הוצאות הקמתה, מכיון שרוב הציבור סומך על היתר זה[71]).

לשיטה זו עלינו לדון, איפוא, אם אמנם גנון לגילאי שלוש הוא שירות נחוץ, המקובל בדרך כלל, או לא.

2. שיטת החתם סופר

החתם סופר[72] חולק על הגדרת הסמ"ע, וזאת בהסתמך על דברי המהר"י מינץ עצמם[55]. לדעתו, החיוב לשאת בהוצאות המקוה ובית החתנות נובע מכך שאין לך אדם שאינו עשוי להזדקק אי פעם לשירותים חיוניים אלו. גם נשים זקנות נזקקות למקוה בערב יום הכיפורים, וגם מי שהשיא את בניו זקוק לבית חתנות, בכדי להשיא בו את נכדיו וניניו.

ההבדל בין הסמ"ע לבין החת"ס הוא בדבר שהוא בדרך כלל צורך כללי, אך במקרה זה אין לאדם שום צורך בו ולא נראה שיהיה לו אי פעם צורך בדבר, כגון תשובת מהר"ם אלשיך (להלן) בענין תלמידי חכמים. לדעת הסמ"ע, גם תלמיד-חכם יצטרך להשתתף במימון הרב ולדעת החת"ס הוא פטור מכך. ולענייננו משפחה מבוגרת שאין סיכוי שיהיו לה ילדים בגנון, לדעת הסמ"ע היא חייבת ולדעת החת"ס - פטורה.

אסמכתא נוספת הוא מביא מהמהר"ם אלשיך[73] שפסק, שתלמיד-חכם, המורה הוראות לעצמו, פטור מלהשתתף עם הציבור בהחזקת רב מורה הוראה בעיר, למרות שהרב הוא צורך כללי ומקובל. ועל כרחך טעם הפטור הוא משום שאין סיכוי שאדם זה יזדקק אי פעם לשירותו של הרב.

לעומת זאת פסק בכנסת הגדולה[74], שמי שיש לו אתרוג חייב בכל זאת לשאת בהוצאות רכישתו של אתרוג לקהל, כי יתכן שאתרוגו ייפסל ואזי גם הוא יזדקק לאתרוג הכללי.

מקור נוסף, עליו מסתמך החת"ס, הוא פסק הרמ"א[75], שדן בדבר שנים שהיו שותפים במרחץ ואחד מהם לא יכול היה להשתמש בו תקופה ארוכה. וכתב שם שאינו יכול לטעון כלפי שותפו, שניצל את זכות שימושו במרחץ בכל אותה תקופה, שתינתן לו זכות שימוש בלעדית במרחץ במשך

65. חו"מ סי' קס"ג (ס"ק כ"ח).
66. רמ"א (חו"מ סי' ב', כדעת הראב"ה במרדכי ב"ב פרק א'). וכתב בשבות יעקב (ח"ב סי' קמ"ג) שכן היא דעת רוב גדולי עולם. והחתם סופר (בתשובותיו, חו"מ סי' קט"ז-ק"ז) כתב, שאפילו לדעת ר"ת, החולק על הראב"ה, המנהג הוא ללכת אחרי הרוב. (ועי' "התורה והמדינה" כרך ב' עמ' מ"א-נ"ד).
67. עי' חזו"א (ב"ב סי' ד' ס"ק ט"ו).
68. סי' תרנ"ח (סעי' ט').
69. סי' קי"ד.
70. ט"ז (או"ח סי' תרנ"ח ס"ק ו'), ועי"ש בביכורי יעקב.
71. ערוה"ש (חו"מ סי' קס"ב סעי' א').
72. בתשובותיו (או"ח סי' קצ"ג). נידון שאלתו היה חיובם במיסי קהילה של תושבי הכפרים בסביבות העיר, שאינם זקוקים לשירותי הקהילה אלא בימים נוראים. מסקנתו שיש לחייבם בתשלום מיסים, משום שיש סיכוי סביר שאי פעם יזדקקו לשירות כלשהו מהקהילה המרכזית.
73. שו"ת מהר"ם אלשיך (סי' נ"ב).
74. חו"מ (סי' קס"ג).
75. חו"מ (סי' קע"א סעי' ו' בהג"ה).

תקופה מקבילה. שכן השותף יכול לטעון לו: "קח לך עבדים וירחצו בבית המרחץ"[76]. כלומר, איש לא מנע ממך מלהשתמש במרחץ בכל אותה תקופה. הוא הדין לכל שירות ציבורי, שהעובדה שיש במקרה אנשים שאינם זקוקים לאותו שירות, אינה פוטרת אותם מלהשתתף בהוצאותיו.

לשיטתו של החתם סופר, יש לחייב את הרווקים בתשלום עבור הגנון, שכן עקרונית עומד שירות זה לשימושם ויש סיכוי סביר שיזדקקו לו בעתיד.

היה אמנם מקום להבחין בין בניית גנון, לבין הוצאות החזקתו השוטפות; שכן בניית הגנון תביא תועלת לרווקים בעתיד, אך הוצאות החזקתו כרגע אין בהן תועלת לעתיד. אולם אין לקבל הבחנה זו, שכן טבען של הוצאות החזקה אלו שרק בשיתוף ציבורי ניתן לעמוד בהן, וכשם שעתה נושא כל הציבור בעול ההחזקה, כן יישא בהוצאות אלו בעתיד. ונמצא שקיומו של המוסד מותנה תמיד במימון הציבורי. הדעה נוטה איפוא, לחייב את כל הציבור בהחזקת הגנון[77].

ז. הוצאות לתלמוד תורה

נראה שיש לבסס את חובת השתתפותו של כל הציבור בהחזקת הגנון גם על סמך ההנחה שבגנון ניתן בין השאר חינוך ראשוני בקיום מצוות ומסורת היהדות, כגון: תפילה, ברכות, יחסים בין אדם לחבירו, מועדי ישראל וסיפורים על אבות האומה וגדולי ישראל. החזקת מסגרת זו, יש בה משום מצוה, וכופין את הציבור להשתתף במימונה.

הרמ"א[78] פסק בשם רבנו ירוחם[79] שבמקום שבני העיר מושיבין ביניהם מלמד תינוקות, ואין אביהן של תינוקות יכול לשכור לבניו ויצטרכו הקהל ליתן השכר, גובין לפי ממון. ופירש הגר"א[80] שחיוב זה נובע מחיובם של בני העיר להשתתף בצרכי מצוה. עקרון זה שנוי בתוספתא[81] ומובא להלכה[82], שכופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית כנסת ולקנות ספר תורה, נביאים וכתובים. וכמו כן מצינו שכופין על הצדקה[83].

אמנם לענין תלמוד תורה לא מצינו כפיית מס אלא החל מגיל שש, לאחר תקנתו של ר' יהושע בן גמלא[84]. אך מסתבר שתקנתו של ר' יהושע בן גמלא נועדה לייפות את כוחו של המיעוט לכפות על הרוב מימון הוצאות תלמוד תורה, משום שהחל מגיל שש, או שבע, הלימוד הוא חובה על הכל[85]. אולם כשהרוב מעונין בהקדמת גיל החינוך, אף שעדיין אינם לומדים תורה ממש, יש בו צד מצוה. ואסמכתא למצוה זו יש לראות בהלכה האומרת:

> מאימתי מתחיל ללמד לבנו? משיתחיל לדבר, מתחיל ללמדו "תורה ציוה לנו משה" ופסוק ראשון מקריאת שמע, ואח"כ מלמדו מעט מעט עד שיהא כבן שש או שבע[86].

76. בבא בתרא (קע"ב ע"א).
77. ועי' ויק"ר (פר' כ"ז סי' ב'): "מי הקדימני ואשלם - זה רווק הדר במדינה ונותן שכר סופרים ומליצים" וכו'. ואפשר לפרש: (א) שנתן ממידת חסידות. (ב) שהיה חייב ליתן, אלא שחיוב זה שחויב הקדים את צרכיו הוא ולכן מגיע לו שכר כי שילם מיסיו ללא תועלת אישית. והדבר צריך הכרעה, והסברה נוטה יותר לפירוש הראשון.
78. חו"מ סי' קס"ג (סעי' ג' בסוף ההג"ה).
79. תולדות אדם וחוה (נתיב כ"ט ח"ג).
80. באור הגר"א (חו"מ סי' קס"ג ס"ק פ').
81. ב"מ (פי"א הי"ב).
82. שו"ע (חו"מ סי' קס"ג סעי' א').
83. ב"ב (ח' ע"א); רמב"ם (הל' מתנות עניים פ"ט הל' א' -ג').
84. ב"ב (כ"א ע"א) ועי' יד רמ"ה, שכתב שכוונת תקנתו היתה לחייב את כל בני העיר לשכור מלמד.
85. עיין רמ"א (חו"מ סי' קס"ג סעי' א' בהג"ה) שכתב שלדברים חיוניים ביותר ולצורך מצוה, אפילו מיעוט כופה את הרוב. ולפי זה יש להעיר למה הוצרך ר' יהושע בן גמלא לתקנתו, והלוא אין לך מצוה גדולה מתלמוד תורה, ולצורך מצוה מיעוט כופה את הרוב? ויש לומר שלפני תקנת ר' יהושע בן גמלא היו נוהגים להעביר את התינוקות מעיר לעיר, כדי לחסוך בהוצאות, וע"י תקנתו נמנעה העברה זו, שהיה בה סיכון ובוודאי גם ביטול תורה בהזדמנויות שונות (עיין רש"י שם ד"ה מתקנת, לח"מ הל' תלמוד תורה פ"ב ה"ו).

אמנם מצוה זו מוטלת על האב וניתן לקיימה גם במסגרת ביתית, אולם יש עדיפות לקיום מצוה זו ע"י גננת היודעת את מלאכתה והפנויה לחינוך הילדים.

לאור הנ"ל נראה שהגנון אינו רק צורך, אלא גם ערך; ולכן מצטרף מניע זה להצדיק את זכותו של הרוב לכוף את המיעוט לשאת בהוצאות. אולם בכדי למנוע מתיחות חברתית לא רצויה, אפשר להטיל על ההורים לשאת בחלק גדול יותר של ההוצאות מאשר יתר החברים, ושני שליש מההוצאות יחולקו בין כל החברים, ואילו השליש השלישי ימומן כתוספת תשלום ע"י ההורים[87].

ח. פרישה מן הציבור

עם גידולו של המושב, בעיקר בברכת הבנים (כן יבו), הורגש צורך לבנות בית כנסת חדש, גדול, נאה ומרווח. משימה זו היתה כרוכה בהעלאה ניכרת של המיסים. מספר מצומצם של חברים העלה את הטענה, שמאחר שיש לו אפשרות להתפלל במנין מצומצם, נפרד מן הציבור, אין לחייבו להשתתף במימון בית הכנסת המרכזי. (הטענה הועלתה רק תיאורטית, אך לא הגיעה לבסוף לידי ביטוי מעשי, והדיון המובא כאן לא הוצרך למעשה).

לכאורה תלויה שאלה זו במחלוקת הסמ"ע והחתם סופר שהובאה לעיל[88]. לדעת הסמ"ע, עצם קיומו של בית הכנסת הוא אמנם צורך כללי, אך אין הכרח בבית כנסת גדול ומרכזי דווקא. רשאי אדם להתפלל במנין פרטי, וא"כ אין בית הכנסת הגדול נחשב לצורך כללי. לדעת החתם סופר, במנין מצומצם יש חשש שלא תמיד יוכל לקיים את עצמו, בפרט בחגים, וכן בעונות אחרות בשנה שבהן מרבים אנשים לנסוע לקרובים. ומכיון שיש אפשרות סבירה שאי פעם יזדקקו מתפללי המנין הנפרד להתפלל בבית הכנסת הגדול, יש לחייבם להשתתף בבניינו.

אולם נראה שיש לדון בשאלה זו מנקודת ראות אחרת, שלפיה אין להכיר כלל בזכות הפרישה ממוסדות הקהילה הציבוריים.

במקורות מצויה מחלוקת בשאלה זו, אם רשאי חלק מן הציבור לפרוש מן הכלל ולהקים מנין פרטי. ראש המדברים בענין זה הוא הריב"ש[89], המצדד בזכות הפרישה. ולא זו בלבד, אלא שהוא רואה במנסים למנוע אותה כמי שחייבים נידוי, משום שהם מעכבים את הרבים מלעשות מצוה[90]. הסיטואציה בה עוסק פסק דינו של הריב"ש היתה בית כנסת קיים שמספר המתפללים בו התרבה ומשום כך גדלה בו הצפיפות[91], וחלק מהציבור רצה להתפלל במקום אחר. (האפשרות לבנות בית כנסת חדש וגדול שיכיל את כולם לא הוזכרה כלל)[92]. הפוסקים הבאים אחריו חלקו ברובם על פסק דינו, או הגבילו את תחולתו לסיטואציה המתוארת בלבד.

הפרישה נחשבת לבלתי חוקית מכמה סיבות:

86. שו"ע (יו"ד סי' רמ"ה סעי' ה'). ומקורו במסכת סוכה (סוף פרק ג'). ובביאור הגר"א (ס"ק י') הביא מהספרי: "כשתינוק מתחיל לדבר, אביו מדבר אתו לשון הקודש". הוראת הלשון העברית המדויקת לתינוקות, אף היא יש בה משום מצוה לפי זה.

87. כדין פשרה הקרובה לדין: עיין שו"ת מהרי"ט (סי' קמ"ה, מובא בפת"ש חו"מ סי' י"ב ס"ק ג').

88. אות ו' (סעי' 2-1).

89. שו"ת הריב"ש (סי' רנ"ג). הרמ"א הביאו להלכה בשו"ע (חו"מ סי' קס"ב סעי' ז' בהג"ה). ועי' שע"ת (או"ח סי' ק"נ ס"ק א'), מג"א (סי' קנ"ד ס"ק כ"ג בסופו).

90. עפ"י ירושלמי (מו"ק פ"ג ה"א).

91. בשו"ת משאת בנימין (סי' ד') משיג על עצם טענת הצפיפות. לדעתו, אדרבא, הצפיפות אינה חיסרון אלא מעלה. "אגרא דכלה דוחקא" (ברכות ו' ע"ב). אך כנגד טענה זו יש לטעון: "לא הן ולא שכרן" (שם). ועיין שו"ת הב"ח (סי' ו'). וכן יש לחלק בין דרשה חד פעמית לתפילה קבועה.

92. עיין שו"ת צמח צדק (סי' צ"ד, מובא בפת"ש חו"מ סי' קס"ב ס"ק ה'), הכותב שהריב"ש לא העלה אפשרות זאת, משום שהיו עוד מקומות בביהכנ"ס, אלא שבעל המקומות רצה למוכרם ביוקר. ולפי"ז תמוהים דברי ערוה"ש (או"ח סי' ק"נ סעי' א') שכתב שאם ביהכנ"ס צר מהכיל את כולם, אין יכולת לכופם לבנות ביהכנ"ס חדש.

א. פרישה של חלק מהציבור גורמת להתמעטות ההכנסות ולנזקים אחרים לכלל הציבור[93].

ב. בפרט חמורה הפרישה שכתוצאה ממנה עלול להתבטל המנין בבית הכנסת הישן, ואז היא אסורה מדין "הסגת גבול"[94].

ג. בית כנסת נקרא "מקדש מעט"[95] וחלים עליו במידת מה הלכות בית המקדש, שביניהן, החובה לבנותו גבוה, נאה ומהודר[96]. חובה זו מוטלת על כל הציבור, ככל צורך מצוה[97].

ד. אולם בעיקר חמורה הפרישה מבחינה רעיונית. "ברוב עם הדרת מלך"[98], "אינו דומה מועטין העושים את התורה למרובים העושים את התורה"[99], ועוד מימרות רבות מביעות את הרעיון על חשיבות ערכו של ציבור גדול, המלוכד בקיום המצוות, ומגנות את הפירוד, הפלגנות והכיתתיות, שיש בהן גם פגם באמונת הייחוד[100]. אמנם בדיעבד, כשהציבור כבר מפולג ומסוכסך, הכירו הפוסקים בצדקת הפרישה, כרע במיעוטו, מתוך רצון למעט את המחלוקת בתוך בית הכנסת; אולם לכתחילה נאסרה הפרישה. ולפיכך נפסקה ההלכה, שאם נפרד חלק מהקהל, כתוצאה מחילוקי דעות, מבית הכנסת המרכזי, אין לחלק הפורש זכות בנכסי בית הכנסת[101].

מבין הפוסקים האחרונים בולט הנצי"ב מוולוז'ין בהתנגדותו החריפה לפרישה מן הציבור ורואה בה דבר קשה "כחרבות לגוף האומה וקיומה"[102].

ט. קנסות

אחת מסמכויותיו של הציבור, המעוגנות בהלכה, היא הזכות להטיל קנסות על עבריינים, בין קנסות המוזכרים בהלכה, ובין סוגי קנסות חדשים[103]. זכות זו מתממשת לא אחת במושב. במסגרת נושא זה נעסוק בכמה דיני קנסות שהתעוררה בהם בעיה מיוחדת.

באחד המושבים בארץ ארע מקרה מצער. במשך תקופה ממושכת נמצאו מים מהולים בחלב ששווק במרוכז לחברה ידועה. כתוצאה מכך שילמה החברה למושב סכום נמוך מן המקובל. בהפסד

93. שו"ת הרדב"ז (ח"ב סי' תתק"י-תע"ב), ואפילו כשהנזק נגרם רק לצדקה לעניים רשאים בני העיר להסיע על קיצתן (ב"ב ח' ע"ב); מג"א (סי' קנ"ד ס"ק כ"ג בסופו) בשם כנה"ג; שדי חמד (אסיפת דינים, מערכת ביהכנ"ס אות כ"ג) בשם שו"ת "יד ימין" (או"ח סי' ב').
ומה שכתב המעיר בהערה לרדב"ז שם, שאם נפרדו קצתן ונעשו קהילה נפרדת אין בכוחו של הציבור להסיע על קיצתן של אלו - הדבר תמוה, שא"כ בכל פעם שמיעוט לא ירצה לקבל את דעת הרוב הוא יפרוש מן הקהילה! ועיין תשובת המהר"ם (הובאה בדרכי משה חו"מ סי' קס"ג ס"ק י'), ובתשובת מהריב"ל (ח"ב סי' מ', הובאה בש"ך שם ס"ק י"ח), שאין הפרישה מותרת במקום שהיא גורמת נזק לשאר. וצ"ע אם יש לדמות זאת לחלוקת שותפות, שכשההפסד הוא פחות מחומש החלוקה מותרת (שו"ע חו"מ, סי' קע"א סעי' ה' בהג"ה). ועדיין סוגיה זו טעונה ליבון.

94. "פחד יצחק" (ערך "בית הכנסת"), והביא תשובות רבות בנידון; פת"ש (חו"מ סי' קס"ב ס"ק ו') בשם שו"ת באר יצחק (או"ח סי' כ"ד); שו"ת אבני נזר (או"ח סי' ל"ו); שו"ת אגרות משה (חו"מ סי' ל"ח).

95. יחזקאל (י"א ט"ז); מגילה (כ"ט ע"א).

96. רמב"ם (הלכות בית הבחירה פ"א ה"א, הלכות תפילה פ"א ה"ב). בשני המקומות הוא מסתמך על הפסוק "לרומם את בית א-להינו" (עזרא ט' י').

97. עיין לעיל (אות ז' בתחילתה, והע' 82-81).

98. משלי (י"ד כ"ח).

99. רש"י (ויקרא כ"ו ה'); רמב"ן (בראשית י"ח כ"ד).

100. עי' מאמרנו בספר "מאהלי תורה" (סי' צ"א).

101. שו"ת הרא"ם (ח"א סי' נ"ג); שו"ת הרדב"ז (ח"ב סי' תתק"י, תע"ב); שו"ת באר יצחק (או"ח סי' כ"ד); "פחד יצחק" (ערך "בית הכנסת").

102. שו"ת משיב דבר (או"ח סי' מ"ו סי' מ"ד). כידוע התנגדו פוסקי גרמניה המובהקים, הר"י עטלינגר והרי"ד במברגר, להצעתו של רש"ר הירש להפרדת הקהילות. ועיין שו"ת חכם צבי (סי' ל"ב) שהתיר את הפרישה מביכנ"ס רק במקרה קיצוני של אי אפשרות להתפלל כהלכה עם מחללי שבתות בפרהסיא. ועי' מאמרנו "לאחדותה של הקהילה בנוסח התפילה" ("תחומין" ט' עמ' 196 ואילך).

103. ב"ב (ח' ע"ב), ועי' להלן (הע' 109).

נשאו כל הרפתנים במושב באופן שווה. בביקורת פתע שערכה החברה ברפתות החברים נתפסו רפתנים מספר כשהחלב שלהם מהול במים. ועד המושב החליט לחייב למפרע את הרפתנים שנתפסו באונאה בכל ההפסדים שנגרמו למושב. הרפתנים האמורים טענו שלא הוכח כלל שהם האשמים במהילת המים בחלב במשך כל התקופה, כי יתכן שבאותה עת גם רפתנים אחרים מהלו מים בחלב, ולכן אין לקונסם בכל ההפסד שנגרם למושב שלא בעטיים.

הבעיה הועברה לבירור הלכתי.

במידה מסוימת הצדק עם טענת הרפתנים. לכל אדם חזקת כשרות, וגם כשהורעה חזקתו, כגון שעבר עבירה, אין לפוסלו אלא מכאן ולהבא ולא למפרע. וכן מצינו במי ששחט ואח"כ נעשה מומר באותו יום, ששחיטתו כשרה[104]. ואין לומר שמכיון שהחלב היה מהול במים תקופה ארוכה יש לתלות מהילה זו בהם, שכן ההלכה היא בשור שהיה רועה על גבי הנהר ונמצא שור הרוג בצידו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרים בידוע שזה נשכו וזה נגחו[105].

אולם יש לכאורה מקום לחייבם עפ"י הלכה אחרת שנפסקה בשלחן ערוך[106], שהמוכר פירות לחבירו ונמצאה בהם פסולת, מעבר לשיעור המקובל, חייב המוכר לנפות את כל הפסולת, גם את זו המקובלת בדרך כלל, או לתת ללוקח פירות אחרים במקומה. כלומר, קונסים את המוכר לפצות את הלוקח, לא רק בניפוי הפסולת שנוספה באיסור, אלא גם בניפויה של זו המותרת[107]. ובנידון דידן, יש מקום לקנוס את הרפתנים לא רק על המים שהוסיפו בודאי, אלא גם על המים שיתכן שלא הוסיפו כלל. (מסתבר שיש לראות בחלב המשווק במשך תקופה מסוימת כיחידת קנין אחת לענין זה, במקביל לתשלום המתקבל עבור החלב מתקופה לתקופה).

אלא שאין הנידון דומה לגמרי לראיה. פסק השו"ע עוסק במי שנמצאה פסולת מיותרת בפירותיו שלו, אך כאן נמצאו המים המהולים בחלב המעורב של כל המושב, שרפתנים אלו אינם אלא שותפים בחלק ממנו. יש לדון אותם רק כספק, שמא בחלקם היו המים, ומספק אין לקונסם. אולם אם הציבור מוחזק במקרה בכספם של הרפתנים האלו (תופעה המצויה במושב, שפדיון התוצרת של החברים עובר דרך ועד המושב), יהיה הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם תפיסה מועילה בספק קנס[108].

104. ש"ך (יו"ד סי' א' ס"ק ח'), בשם התוספתא. ואף שהכסף בידי הוועד, אין כאן "תרתי לריעותא", כלומר שחזקת הממון ופסולם עכשיו עדיפים מחזקת כשרותם; שהרי אין לנו ספק מתי נפסלו, אלא ידוע לנו בוודאי מתי נפסלו ואין כאן "תרתי לריעותא". ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד ס"ק ה'), שכתב שאין אנו אומרים שמכיון שעכשיו עבר עבירה, גם אתמול עבר אותה.

105. ב"ב (צ"ג ע"א); רי"ף (ב"ק דף כ' ע"ב); רמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ח ה"ד).

106. חו"מ (סי' רכ"ט סעי' א') עפ"י ב"ב (צ"ד ע"א).

107. בגמרא נאמרו שני הסברים לחיובו של המוכר: האחד - מדין קנס; והשני - מצד הדין, שמכיון שהמוכר חייב כבר לטרוח ולנפות את יתרת הפסולת, מגלגלים עליו בהזדמנות זאת לנפות את כולה. לפי ההסבר האחרון, אין אפשרות במקרה שלפנינו להפריד בין המים לחלב, וא"כ יש לפטור את הרפתנים מלשלם את הנזק שנגרם. אולם הרא"ש (שם) פסק כהסבר הראשון, שהוא מדין קנס. וגם לפי ההסבר השני, המקרה שלפנינו חמור יותר, שכן הרפתנים נתפסו בעירוב הפסולת בידים לכתחילה, ולכן לכל הדעות יש לקונסם. (ע"ש, מיהו התוס', צ"ד ע"א ד"ה דשני, חולקים כנראה על הרא"ש וסוברים, שגם במקום שהמוכר עירב את הפסולת בידים, נחלקו שתי הלשונות בגמ' אם דינא הוא או קנסא).

והנה הנמוק"י כתב, שלמ"ד משום קנסא אין דין זה נוהג בזה"ז (עיין שו"ע חו"מ סי' א' סעי' א'), ובכל זאת הלכה זו הובאה להלכה בשו"ע מבלי לציין שאין הדין בר-תוקף אלא כשהלקוח תופס משל המוכר (עיין שו"ע שם סעי' ה'). והרי דעת השו"ע היא שגם קנסות שהם מדין התלמוד, ואין מקורם בתורה, אין דנים בזה"ז (יו"ד סי' רס"ז סעי' פ', שלא כדעת הטור שם). וא"כ יש להוכיח מכאן שדעתו לפסוק שהלכה זו נאמרה מצד הדין הוא ולא מטעם קנס. אולם יש לדחות ראיה זו, שמכיון שקנס זה חופף את הנזק שנגרם, אין דינו כשאר קנסות, שאינם משתלמים בראש, ולכן דנים אותו גם בזה"ז (עיין מאירי, גיטין נ"ב ע"ב ד"ה אמר, בענין היזק שאינו ניכר).

108. רמב"ם (הל' גניבה פ"ב ה"ב). דעת הראב"ד (השגה שם) היא שאין תפיסה מועילה בספק קנס. אך בקונטרס הספיקות

אסמכתא מוצקה יותר לחיובם של הרפתנים היא ההלכה בדבר סמכותם של בני העיר "להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן" (לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה: רש"י)[109] - נמצינו למדים שבני העיר רשאים לקנוס קנסות גם שלא מדין תורה, בפרט למי שהונה במידות ובשערים. וכן נפסק להלכה, שאפילו קנסות שאין ב"ד מוסמך לדון בהם בזמן הזה דנים אותם עפ"י שבעת טובי העיר[110], בהסכמת החכם שבעיר[111].

במקרה שלפנינו יש סיבה נוספת להחמיר עונשם של הרפתנים, כי "חייבים בי"ד להעמיד ממונים שיהיו מחזרים על החנויות וכל מי שנמצאת אצלו מידה חסרה רשאים להכותו ולקונסו כאשר יראה לבי"ד"[112].

מוסדותיו של המושב הדתי אחראים איפוא לרמתם המוסרית של חבריו, וחובתם להשתמש בכל אמצעי ההרתעה הנראים להם בכדי למנוע תופעות של שחיתות ואונאה הגורמים לחילול ה' ולהכתמת שמו של ציבור החברים במושב.

י. קנס פיגורים

בעיה אחרת בדיני קנסות במושב התעוררה בקשר לצרכניה. הצרכניה מספקת מצרכי מזון ומצרכים שימושיים אחרים לחברי המושב. היא רוכשת מצרכים אלו באשראי יקר הנושא ריבית גבוהה ומוכרת אותם לחברים במחיר השוק. ארע פעם שהחברים הרבו לקנות בהקפה ולא הזדרזו לפרוע את חובותיהם וגרמו לגרעון כספי כבד למאזן של הצרכניה. בכדי לזרז את החברים לפרוע את הקפותיהם הוצע להטיל קנס פיגורים על כל חבר שלזז פרע את הקפותיו מדי חדש בחדשו. ההצעה היתה, שגובה הקנס יהיה מקביל לגובה הריבית הנהוגה בבנקים, כי זהו בעצם שיעור הנזק שהחבר גרם בעיכוב תשלומיו לצרכניה.

היש לראות בהטלת קנס זה איסור ריבית[113]? הפוסקים קבעו להלכה, שרק ריבית המצטברת במקביל לזמן ההלוואה נחשבת לריבית האסורה מן התורה[114], שכן רק אז יש בה משום "אגר נטר"[115]. כי רק תשלום על עיכוב מעותיו של המלוה נ"ז הלווה נאסר ע"י התורה. אך תשלום שאינו צמוד לזמן ההלוואה, אלא משתלם באופן חד פעמי ברגע אחד, אינו תשלום על עיכוב ממון המלווה בידי הלווה, אלא קנס, ואין זו ריבית[116]. במקרה של הלוואה אסרו הפוסקים אפילו צורת התחייבות זו, הנעשית בבת אחת והנחשבת לקנס, משום "הערמת ריבית"[117]. אבל במכר, שאין בו איסור ריבית מן התורה, הותרה התחייבות חד-פעמית[117], מפני שאין כאן כל דמיון לריבית, אלא לקנס[118].

(כלל ד' סי' ח') פירש בדעתו שבקנסות דרבנן, שאין צריך בהן ב"ד מוסמך, מועילה תפיסה מספק. וכן במקום שאינו משלם יותר ממה שהזיק, מועילה תפיסה בספק קנס. מאידך גיסא יש להעיר, שאפילו הרמב"ם, הסובר שתפיסה מועילה בספק קנס - במקרה שלפנינו יודה להראב"ד, משום ששם הספק הוא בדין, אם חייב קנס, ואילו כאן הספק הוא במציאות, אם בכלל עשה מעשה המחייבו קנס. וצ"ע.

109. ב"ב (ח' ע"ב); שו"ע (חו"מ סי' רל"א סעי' כ"ז-כ"ח, סי' ב' סעי' א' בהג"ה): "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, ומכין ועונשין והפקרן הפקר".
110. סמ"ע (חו"מ סי' א' ס"ק כ') בשם המרדכי (גיטין פ"ד סי' שפ"ד).
111. נתיבות המשפט (סי' א', חידושים ס"ק ט"ו). ועי' לקמן (סי' ק"י, בתשובה).
112. שו"ע (חו"מ סי' רל"א סעי' ב'), ומוכח מכאן שקנס זה נוהג אף בזה"ז.
113. עיין בחוברתו של הרב רקובר, "מחקרים במשפט העברי" (חוברת נ"ב).
114. שו"ע (יו"ד סי' קע"ז סעי' י"ד).
115. ב"מ (ס"ג ע"ב).
116. ט"ז (יו"ד סי' קע"ז ס"ק כ"ג); ש"ך (ס"ק ל"ו); ביאור הגר"א (ס"ק ל"ה).
117. ב"מ (ס"ב ע"ב).
118. שו"ת הריב"ש (סי' של"ה, הובא להלכה בשו"ע יו"ד סי' קע"ז סעי' י"ד בהג"ה, ושם סעי' י"ח).

אמנם במקרה שלפנינו המדובר הוא במכר ולא בהלוואה, אך צורת התשלום דומה יותר לריבית מאשר לקנס. שכן לא דובר על תשלום חד פעמי, אלא על ריבית מצטברת, העולה בהמשך הזמן בו מעכב החבר את פרעון הקפותיו, ומדרבנן אסרו ריבית אפילו במכר[119].

הטלת קנס פיגורים נהוגה ע"י הממשלה והרשויות המקומיות במקרים של פיגור בתשלומי מיסים ופרעון אגרות שונות. אחד מגדולי הפוסקים בדורנו, הגרש"ז אויערבך זצ"ל, התיר קנס זה, ונימוקו עמו: "כיון שזה דרך קנס והתשלום לציבור ולא לאישים מסוימים, הרי זה מותר"[120]. אלא שהמדובר שם הוא כנראה בצורה של קנס חד-פעמי[121].

גם נימוקו - שתשלום לציבור אינו ריבית - חל כנראה רק על מדינה או עיריה, שאוכלוסייתן מורכבת גם מיתומים ונתמכי סעד, ולכן יש להחשיב חלק מהוצאותיהן כצרכי צדקה, ומצינו שהתירו תשלום של ריבית דרבנן לצרכי צדקה[122]. אך מסתבר שאין להכליל צרכניה של מושב בקטגוריה זו.

בספרות הפוסקים הובאו מקרים בהם נידון יהודי בערכאות של גויים על תביעות כספיות שונות (לא הלוואות), וכשנמצא חייב בדין חויב לשלם לחבירו גם ריבית למפרע משעת הגשת התביעה. יש מהפוסקים שהתיר נטילת ריבית זו, משום שראו בה גרם נזק, שנגרם לו כתוצאה מעיכוב כספו שלא כדין, ולא ריבית[123]. יתכן שיש לראות בעיכוב התשלומים לצרכניה גם כן גרם נזק, ולמרות שלפי ההלכה גרמא בנזקין פטור[124], יש בסמכותו של ציבור לתקן תקנה שלפיה גם גרם נזק מחייב תשלום[125].

לדעת מו"ר, הרה"ג שאול ישראלי זצ"ל, סמכותו של הציבור אינה אלא ביטוי להסכמתם של כל חלקי הציבור להתחייב התחייבויות מסוימות[126]. אך בריבית הסכמה אינה מועילה, שהרי התורה אסרה את הריבית, למרות שהלווה מסכים לשלם אותה (גם בריבית דרבנן הדין כך, כי רבנן תיקנוה כעין דאורייתא). ולדעתו, אין תועלת במקרה שלפנינו בהחלטת הציבור לראות את הפיגור בתשלומים כגרם נזק המחייב תשלום, משום שאין כאן בעצם אלא הסכמה ציבורית לשלם ריבית, דבר שהוא אסור[127].

119. ב"מ (ס' ע"ב).
120. "שנה בשנה" (שנתון היכל שלמה, תשכ"ו, עמ' 162).
121. בנוסח השאלה של ד. רוזן (שם עמ' 161) הדבר לא ברור די צרכו. הגרש"ז בתשובתו רומז לתשובת ר"א מזרחי (סי' נ"ג, הובאה בפת"ש יר"ד סי' קע"ז ס"ק ד'), שבה הותר להלוות מעות של יתומים בדרך זו, שהלווה יתחייב לשלם סכום ידוע על כל שבוע שיעכב את הממון בידו. לדעתו, צורת ריבית זו מותרת מן התורה ואסורה רק מדרבנן (אולם מהש"ך, יר"ד סי' קע"ז ס"ק ל"ג, משמע שיש חולקים וסוברים שהיא ריבית מן התורה).
122. שו"ע (יר"ד סי' ק"ס סעי' ח').
אם היינו מקבלים את ההגדרה המקובלת במשפט המודרני, שאגודה שיתופית מהוה אישיות בפני עצמה, היתה הבעיה נפתרת, משום שאין איסור ליצור משפטי, שאינו יהודי בשר ודם, להלוות בריבית. ההלכה מסויגת ביחסה לתפיסה משפטית זו, עיין מאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ" (לקמן סי' ג' אות ד'-י"א). ביבליוגרפיה נוספת: פסקי הלכות צבא (להגר"ש גורן עמ' 12, 110); שו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' ס"א); פסקי דין רבניים (כרך ו' עמ' 322); "מועדים וזמנים" (השלם, ח"ג סי' רס"ט בהג"ה); ספר "שמן למאור" (להרב קושלבסקי אב"ד בבאר שבע), ועוד.
123. שו"ת שואל ומשיב (תנינא, ח"ד סי' קכ"ג מובא בדרכ"ת יו"ד סי' קס"א ס"ק י'). וטעמו, משום מבטל כיסו של חבירו, שחייב מרגע התביעה: עיין שו"ע (חו"מ סי' רצ"ב סעי' ז' בהג"ה). ועי' ש"ך (ס"ק ט"ו) שפוסק כמהרש"ל החולק על דין זה, ולדעתו דינו ככל גרמא בנזקין שפטור. ועי' שו"ת אבני נזר (יו"ד סי' קל"ג), שו"ת חתם סופר (חו"מ, סי' מ"ח). ועיין שו"ע (חו"מ סי' י"ד סעי' ה') בענין הוצאות משפט. ועיין פסקי דין רבניים (כרך ג' עמ' 39-18).
124. עיין ב"ב (כ"ב ע"ב) ובתוס' (ד"ה זאת), וכן שו"ע (חו"מ סי' שפ"ו סעי' ג' בהג"ה) ובהערה הקודמת.
125. מדין "מסיעין על קיצתן", ראה לעיל (אות ט' ובהערות 111-109). ברור שלהלוואה רגילה אין הציבור רשאי להתייחס כאל גרם נזק, שהרי זהו עיקר ציוויה של התורה בריבית. ויתכן שגם בריבית דרבנן, כגון בקנין בהקפה, אין בכוחו של הציבור לעקוף את תקנת החכמים ע"י הגדרת ריבית כתשלומי נזיקין. וצ"ע.
126. "עמוד הימיני" (עמ' נ"ט, ע"ט).
127. בתשובתו אלי בענין זה.

אמנם יש להעיר על דבריו מפסק מפורש של הרמ"א[128], שלפיו, דינא דמלכותא מפקיע איסור ריבית, והוא הדין להפקר בית דין[129]. שכן איסור ריבית קיים רק כשהלווה משלם אותה למלוה, אך כשמישהו אחר מפקיע מהלווה את ממונו ומעבירו למלוה, אין כאן תשלום ריבית. המלכות, או ביה"ד, וכן הציבור, רשאים להפקיע ממון מאחד ולהעבירו לאחר. מוכח מכאן שכוחו של ביה"ד אינו רק ביטוי להסכמה, אלא סמכות עליונה שבכוחה להפקיע את ממונו של הפרט מבעלותו.

מסתבר שאין להפריז בשימוש בכללים אלו, של דינא דמלכותא והפקר בי"ד, בהלכות ריבית. שאם לא כן, ניתן להפקיע חלילה את כל איסור הריבית מן התורה, ע"י חוק המלכות או תקנת ביה"ד[130]. אין ספק שלמעשה אין אפשרות להפעיל כללים אלו אלא בדברים בהם הסכמתו של האדם לשלם מועילה, שהתורה לא באה אלא להגן על זכויות האדם, אך לא אסרה עליו לוותר עליהן. הילכך יש לציבור, לביה"ד, או למלכות, סמכות לתקן בדברים אלו תקנות שונות לפי צרכי השעה והדור. אולם איסור ריבית, שאינו תלוי בהסכמתו של הלווה, אין בכוחה של תקנה לעוקרו מן התורה. ואכן לא הוזכרה ההלכה בדבר דינא דמלכותא בריבית אלא בייסוף המטבע, שהחוק דרש להשתמש במטבע חדש ויקר יותר במקום המטבע הישן. שאלת הריבית התעוררה כאן רק בעקיפין, כתוצאה מייסוף המטבע; ומכיון שבכל שטחי המסחר התקנה תקפה והמטבע החדש נחשב כשווה ערך לקודמו, אין כאן איסור ריבית[131].

ולפי זה יש להסתפק אם תקנת הציבור, לראות בפיגור גרם נזק החייב בתשלום, היא תקנה תקפה, אשר רק בעקיפין מסירה את בעיית הריבית, או שמכיון שלא נתקנה תקנה כללית על כל גורמי הנזק האפשריים - שהם חייבים בתשלום, אלא רק למקרה ספציפי זה של הריבית - יש לראות בה תקנה הבאה לעקור ישירות את איסור הריבית במקרה זה והיא אינה תקפה. שיקול הדעת נוטה לצד השני.

הדרך היחידה לפתרון הבעיה היא לקנוס את המפגרים בקנס חד-פעמי ולא בתשלום ריבית מצטברת[132], ולחדשו מדי פעם במידה והפיגור יימשך.

128. יו"ד (סי' קס"ה בהג"ה).
129. על ההקבלה שבין המושגים "דינא דמלכותא דינא" ו"הפקר בי"ד הפקר", ראה לעיל (הע' 11).
130. עי' תוס' (גיטין ל"ו ע"א ד"ה מי) שכתבו שהלל לא יכול היה לעקור שמיטת כספים מהתורה ע"י הפקר בי"ד בלבד.
131. עיין בית לחם יהודה (יו"ד סי' קס"ה ד"ה ואם).
132. ראה חוברתו של פרופ' נ. רקובר "מחקרים במשפט העברי (חוברת נ"ב), וכן בקובץ "תורה שבעל פה" (כרך י"ט). ועי' ספר תורת ריבית (להגר"מ הרשלר זצ"ל, פרק ו').

סימן ג

חיי ההלכה בקיבוץ

ראשי פרקים

הקדמה

א. הסתירה בין העיקרון הקיבוצי והעיקרון התורני

ב. יסוד החסד שבחיי הקיבוץ

ג. יסוד הצדקה שבחיי הקיבוץ

ד. הגדרת השותפות בקיבוץ

ה. ראיותיו של הגאון הרוגאצ'ובי

ו. דחיית ראיותיו של הרוגאצ'ובי

ז. ראיותיו של הרוגאצ'ובי מהלכות נדרים

ח. ראיות אחרות של הרוגאצ'ובי

ט. ראיותיו של ר' יוסף ענגיל

י. הגדרה חדשה של הציבור

יא. ההכרעה למעשה

יב. הכרת ההלכה בנוהגים מקובלים

יג. נדר של חבר קיבוץ (א)

יד. נדרו של חבר קיבוץ (ב)

טו. ראשית הגז בקיבוץ

טז. אבילות בקיבוץ

יז. סעודת הבראה בקיבוץ

יח. חובת התוכחה בקיבוץ

יט. האכלת תרומה לבהמות בקיבוץ

כ. הכתובה בקיבוץ

כא. הפקדת ממון בקיבוץ

כב. מרעה מחוץ לתחום שבת

כג. הדלקת נר חנוכה בקיבוץ

סיכום

הקדמה[1]

"תורת ה' תמימה משיבת נפש" - תמימותה של התורה מתבטאת בעיקר בהקיפה את כל צורות החיים השונות, ובהחילה את מצוותיה על כל התמורות המתחוללות בעולם. כל צורה חדשה, כל מצב מיוחד, כל שינוי שנוצר, מפרים את המחשבה ההלכתית, בבואה להתמודד עם התנאים המשתנים ומגלים את עומק הגיונה ואוצר גנזיה העשיר. צורת החיים השיתופית, שהגיעה לשיכלול

1. יסודו של מאמר זה הונח במאמר בשם "הקיבוץ בהלכה" שהודפס בקובץ "זכור זאת ליעקב" לזכרו של יעקב פיירברגר (יקי) הי"ד, חבר קב' עלומים שבנגב, שנפל בבקעת הירדן ב"ב אייר תש"ל. פרקי היסוד של המאמר לובנו בדיבוק חברים במסגרת שיעורים תורניים בקב' עלומים, בהם השתתף באופן קבוע המנוח הי"ד. מאז הודפס המאמר הנ"ל התעוררו בעיות חדשות ולובנו פרקים נוספים. כל אלה צורפו יחד למאמר שהודפס בספר "הקיבוץ בהלכה", בהוצאת קיבוץ שעלבים, תשמ"ד. בהוצאה זו נוספו עוד דברים.

רב בחיי הקיבוץ, זכתה אף היא להעשיר את שדה החקירה התורנית בגידולים רבים חדשים, אשר שורשיהם יונקים ממקורותיה הנצחיים של ההלכה.

א. הסתירה בין העיקרון הקיבוצי והעיקרון התורני

המכנה המשותף לבעיות המתעוררות בחיי הקיבוץ הוא עקרון **השיתוף** המונח ביסוד חיים אלו, בעוד שהלכות רבות תלויות בבעלותו של האדם על רכושו הפרטי. בולטת היא, למשל, מצוות ארבעת המינים בראשון של סוכות, שקיומה מותנה בבעלותו הפרטית של האדם על מינים אלו. כיצד תתקיים, איפוא, מצוה זו בקיבוץ? ניתן להציע פיתרון לבעיה ע"י השימוש בעיקרון של "מתנה על מנת להחזיר", דהיינו: שכל חבר קיבוץ מקבל את הלולב במתנה גמורה לזמן נטילתו, על-מנת להחזירו אח"כ לרשות הקבוצה בחזרה[2]. דרך זו מאפשרת הכרה ברכוש הפרטי **להלכה**, לצורך יציאת ידי חובת המצוה בלבד, אולם לא **למעשה**[3]. העיקרון ההלכתי יצא נשכר, בעוד, שלעומתו - זה הקיבוצי לא יצא נפסד.

דרך אחרת היא, שתקנון הקיבוץ יכלול סעיף, שלצורך קיום המצוה מוכרת הבעלות הפרטית. בדרך זאת מוותר הקיבוץ על אחד מעקרונותיו, לשם קיום מצוות התורה. אולם שתי הדרכים כאחת יוצאות מנקודת הנחה שהתורה אינה יכולה לוותר על עקרון רכוש הפרט במצוות מסוימות.

האם יש להסיק מכאן שהתורה מתנגדת לעצם הרעיון הקיבוצי?

ב. יסוד החסד שבחיי הקיבוץ

מן הראוי שנקדים בירור לשאלת יחסה של התורה לשותפנות. מפורסמת היא המשנה "שלי שלך ושלך שלי - עם הארץ"[4], שממנה אפשר להסיק, לכאורה, על יחסה השלילי של התורה לשותפנות. אולם עיון נוסף במשנה יעמידנו על הטעות שבמסקנה זו. יש להבחין בין אדם **המוותר** על רכושו הפרטי למען הזולת (הוא הנקרא חסיד באותה משנה: "שלי שלך ושלך שלך - חסיד"), לבין אדם **המחליף** את רכושו ברכוש חבירו[5] כשתועלתו האישית ניצבת לנגד עיניו.

מן הראוי להעיר שמפרשי המשנה אינם רואים בכינוי "עם הארץ" המוזכר כאן כינוי גנאי, כבמקורות אחרים בש"ס, אלא כינוי לאדם המיישב את הארץ[6].

לפי הבחנה זו יש להסיק שהרעיון הקיבוצי חיובי הוא כשלעצמו, ואין הדבר תלוי אלא **בנושאי** הרעיון. חבר המצטרף לקבוצה מסיבות של נוחיות ותועלת אישית הוא בבחינת "שלי שלך ושלך שלי". אולם המצטרף למסגרת זו מסיבות אידיאליסטיות טהורות, הוא בבחינת "שלי שלך ושלך שלך".

לדעת התורה, השותפנות אינה **מטרה** כשלעצמה, אלא **אמצעי** לפיתוח מידת החסד. משום כך נראה שלא **ביטול** הרכוש הפרטי חשוב בעיני התורה, אלא **ויתור** הרכוש הפרטי. לכן אין מקום כלל לסתירה בין עקרון הרכוש הפרטי, במצוות מסוימות, לבין מידת החסד שבוויתור עליו. יתכן שאדרבה, מי שיש לו רכוש פרטי והוא מוותר עליו למען זולתו, נחשב חסיד יותר ממי שאין לו רכוש פרטי כלל. עכ"פ אם רעיון הקבוצה הדתית רואה את עצמו יונק מרוח התורה, ושאיפתו היא להביא את האדם אל השלמות הדתית - אין מקום כלל לסתירה בין השתיים, שכן אותה שאיפה לשלמות דורשת לעתים את קיומו של הרכוש הפרטי, כשם שהיא דורשת את הוויתור עליו.

2. סוכה (מ"א ע"ב).
3. מתנה ע"מ להחזיר לא נחשבת למתנה גמורה במקום שיש צורך בהנאה ממשית, לדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"ב הל' כ"ד). ולפי"ז בטבעת קידושין לא יועיל פיתרון זה, ע"ש.
4. אבות (פ"ה מ"ו).
5. רבנו יונה, רע"ב, תוס' יו"ט ועוד.
6. המפרשים הנ"ל.

יתכן שגנוז כאן רעיון עמוק. התורה מטילה את מלוא האחריות המוסרית על האישיות הפרטית, ורואה כמסוכנת את הגישה הפוטרת את הפרט מכל אחריות ומטילה אותה על הכלל בלבד. על אף חשיבותו העצומה של **הציבור** בתפיסת התורה, אסור לו שייהפך ל"קידרא דבי שותפי" מבחינה מוסרית; ורמתו של הציבור מותנית במידת גילוי אחריות **אישית** של כל אחד ואחד מבני החברה לעצמו ולכלל כולו. להגדרה זו יש השלכות רבות על תפיסתה של ההלכה את האחריות הקיבוצית בקיום מצוות התורה.

ג. יסוד הצדקה שבחיי הקיבוץ

יש המוצאים אסמכתא הלכתית אחרת בהלכה לצורת החיים השותפנית שמקורה ברמב"ם, וזו לשונו:

> שמונה מעלות יש בצדקה, זו למעלה מזו. מעלה גדולה שאין למעלה ממנה - זה המחזיק ביד ישראל שמך, ונותן לו מתנה או הלוואה, או עושה עמו שותפות, או ממציא לו מלאכה, כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר "והחזקת בו גר ותושב וחי עמך"[7], כלומר, החזק בו עד שלא יפול ויצטרך[8].

מסגרת הקיבוץ, לדעה זו, היא המעלה הגדולה ביותר של מצוות הצדקה, ומשום כך ייפטר הקיבוץ מן הצורך לקיים מצוות צדקה.

אלא שמן הראוי להעיר שדברי הרמב"ם מתייחסים רק למי שתומך באדם **עני** ע"י שיתופו ברכושו או בעסקיו. אך מי שפרנסתו יכולה להימצא גם ללא הזדקקות לשותפות זו, מסתבר שאין מקיימים בשיתוף עמו מצוות צדקה כלל. יתר על כן, צורת החיים הקיבוצית מושתתת על התאמה חברתית **מלאה** בין כל חברי הקיבוץ, ומעצם טבעה אין היא יכולה לקלוט בתוכה דווקא את אותם רבדים חברתיים הזקוקים באמת לשותפות זו לצורך פרנסתם. ניתן לומר שהקואופרציה היא המסגרת ההולמת יותר את רעיונו של הרמב"ם, מאשר הקבוצה.

מדברי הרמב"ם אנו למדים, שגם העסקת שכירים, שיש בה משום הגשת סיוע כלכלי לנצרכים (אם אמנם אין המטרה לנצלם), נחשבת למעלה גדולה בצדקה, לא פחותה מהשותפות[9], בעוד שדבר זה עומד בניגוד לעקרונות הקיבוץ הקיימים (נכון לזמן כתיבת המאמר, ראה לעיל הע' 1).

מסתבר איפוא שאין לפטור את הקיבוץ מחובת הצדקה[10].

וידועים הדברים בשם מרן הרב קוק זצ"ל[11], שמטרתה האידיאלית של התורה היא חיים ללא רכוש פרטי. מגמה זו משתקפת בעיקר במצוות השמיטה והיובל. ואולי אפשר להביא ראיה לרעיון זה ממסכת יומא (י"א ע"ב):

> בית השותפין חייב במזוזה. פשיטא? מהו דתימא "ביתך" ולא בתיהם - קא משמע לן. ואימא הכי נמי? אמר קרא "למען ירבו ימיכם וימי בניכם". הני בעו חיי, והני לא בעו חיי?!

כלומר, מאחר שגם שותפין זכאים לריבוי חיים, חלה עליהם מצוות מזוזה. והקשה שם הגאון ר' עקיבא אייגר: הרי לא פטרנו כל אחד ואחד מהשותפין ממצוות מזוזה כשיהיה לו בית פרטי משלו. פטרנו רק את המקרה המיוחד של בית השותפין, שבית כזה אינו חייב במזוזה; אך מי מונע כל אחד ואחד מהשותפין לדור בבית פרטי משלו, להתחייב בו במזוזה ולהאריך בכך את חייו? אך לאור מה שכתבנו לעיל, הדברים מיושבים. הרי שאיפת התורה היא ביטול הרכוש הפרטי, ואיך יתכן שמצוות

7. ויקרא (כ"ה ל"ה), וע"ש בספרא.
8. רמב"ם (הל' מתנות עניים פ"י הל' ז').
9. עיין משפטי עוזיאל (חו"מ סי' מ"ד), שהסיק מכך את החובה להעדיף העסקת פועל עברי על העסקת נוכרי, גם אם שכרו של הפועל העברי גבוה יותר. וע' ס' "התורה והארץ" (ח"ג עמ' 191).
10. עיין מאמרו של הרב ש. אבינר על הלכות כספים בקיבוץ (תחומין" א' עמ' 404 ואילך).
11. ע' מאמר הרב שלמה אבינר ("שנה בשנה" תשמ"ח). וע' עין א"ה (שביעית פ"י מ"ט).

מזוזה לא תוכל להתקיים אלא בבית פרטי בלבד? ואין הדבר דומה לאותן מצוות בהן יש צורך בבעלות פרטית. שהרי אתרוג למשל, או טבעת קידושין, אין הכרח שיהיו פרטיים אלא רגע אחד בלבד, בשעת קיום המצוה, אך בית החייב במזוזה צריך שיהיה שלו **כל הזמן**, וזאת התורה לא חייבה. (מיהו יש לומר שגם בקיבוץ הבית הוא בשימושו הפרטי של החבר, וכך אכן ראוי להיות. וא"כ יש מקום לחייבו במזוזה לפחות כמו אכסנאי לאחר ל' יום, וצ"ע).

ד. הגדרת השותפות בקיבוץ

דוגמא לבעיות מסוג אחר המתעוררות בחיי הקיבוץ, מהווה החמץ בפסח. כידוע, אין האדם עובר על איסור השהיית חמץ בפסח אא"כ החמץ הוא **שלו**, שנאמר "לא יראה לך חמץ"[12]. שותפים בחמץ עוברים אף הם על האיסור, שהרי לכל אחד מהם יש חלק בחמץ. לכאורה, מהווה הקיבוץ אף הוא שותפות כזאת, וכל אחד מחברי הקבוצה אחראי באופן אישי לחלקו בחמץ השייך לקבוצה. (אא"כ נפטור אותו **כאנוס**, במקרה שיש ממונה האחראי לבער את החמץ, שכל חברי הקיבוץ סמכו עליו).

אולם בחיי הכלכלה המודרניים אנו מכירים מושג חדש של שותפות, שהוא **החברה בע"מ**. המשפט המודרני מבחין בין מושג זה לשותפות רגילה, בכך שאין הוא רואה את השותפים אחראים **אישית** לחלקם בשותפות, אלא רואה את החברה בע"מ **כאישיות משפטית** העומדת בפני עצמה, שאחריותם האישית של המתאגדים בה הינה מוגבלת מיסודה. לפי המקובל, מסווג גם הקיבוץ לקטגוריה זו.

לשם המחשת הבעיה ישמש לנו מקרה קיצוני של קיבוץ שהתפרק, חבריו נטשוהו והותירו אחריהם נושים, התובעים ממנו חובות רבים. חברי הקיבוץ לשעבר אינם אחראים אישית לפרעון חובות אלו, למרות שנהנו מהם; והתביעה יכולה להתייחס אל המושג **המופשט** של החברה בע"מ בלבד, אשר במקרה זה שבק חיים.

אם נקבל את ההגדרה המשפטית החדישה גם ביחס לקיבוץ, נמצא שאין החמץ נמצא ברשותם ובאחריותם של חברי הקיבוץ, אלא ברשות האישיות המשפטית המופשטת של החברה. מסתבר שאישיות משפטית זו אינה עוברת על "בל יראה ובל ימצא", שכן התורה לא הטילה את מצוותיה אלא על **בני אדם חיים** ולא על יצורים פיקטיביים.

דוגמא מאלפת זו משמשת לנו בנין אב לבעיות רבות אחרות מסוגה, כגון **בכור בהמה**. אם נניח שהבהמה המבכרת אינה רכושו של יהודי מסוים אלא של איזו חברה המוכרת כאישיות משפטית בפני עצמה, שאינה בת מצוות, אין הבכור הנולד מתקדש כלל, ודינו כבכור הנולד לבהמה המכורה לגוי[13]. ואין צורך איפוא שהקיבוצים ימכרו את מבכירותיהם לנוכרים כדי לפוטרם מבעיית קידוש בכורותיהם.

והוא הדין ביחס **לשמיטה**. הקרקעות של הקיבוץ אינן נחשבות כעומדות ברשות יהודי בר מצוות והן מופקעות בכך ממצוות שמיטת קרקעות[14]. לפי זה לא יזדקק הקיבוץ להיתר המקובל של מכירת הקרקעות לנכרי, כדי לעבדן בשביעית.

12. **שמות** (י"ג ז').
13. אמנם יש להבחין בין מבכרת המכורה לגוי לבין רכוש החברה בע"מ, שאם כי אינה בת מצוה, אך גם כגוי אינה להפקיע בהמה מקדושתה, והדבר דומה לבהמת הפקר. דעת האחרונים - שהיא פטורה מבכורה (עיין מהרי"ט אלגאזי ריש הלכות בכורות, ו'באר יצחק', לר' יצחק אלחנן מקובנא, יו"ד סי' כ"ג - הפוטרים. לעומתם ה"טורי אבן", ר"ה י"ג ע"א ד"ה קצירכם, מחייב).
14. אף כאן קיימת הבעיה, כדלעיל בהערה הקודמת, מה דינה של קרקע הפקר בשמיטה. שכן קרקע קיבוצית אינה כשל יהודי ואינה כשל גוי. (ועיין שו"ת "משיב דבר", לנצי"ב מוולוז'ין, סי' נ', שקרקע של הפקר פטורה משביעית, ועיין "התורה והמדינה" כרך ג' במאמרים הרבים שדנו בבעיה זו). ועיין "ארץ חמדה" (במהדורה החדשה מעמ' ק"א ואילך). וראה בספר השמיטה (לר"מ טוקצ'ינסקי זצ"ל, פרק י"א: אדמת הלאום - לדין שביעית).

אותה בעיה תתעורר ביחס להלכות רבות, כפי שיתבאר בהמשך הדברים. הבעיה העקרונית הניצבת בפנינו היא, האם ההלכה מכירה בעצם קיומו של המוסד המשפטי המיוחד של החברה בע"מ? בעיה זו אמנם אינה מיוחדת לקיבוץ דווקא, משותפת היא לכל החברות והאגודות מסוג זה הפועלות בחיי הכלכלה[15]. אולם שונה הוא הקיבוץ מיתר החברות, הן בכמות הבעיות המתעוררות בו והן באיכותן, שכן מסגרתו הערכית של הקיבוץ מקנה לבעיה מימד מיוחד, כפי שיוסבר להלן.

ה. ראיותיו של הגאון הרוגאצ'ובי

אחד מראשי המדברים בנושא זה בהלכה הוא הגאון ר' יוסף רוזין, הידוע בכינויו: הרוגאצ'ובי. בבקיאותו העצומה העלה מקורות ממקומות שונים בים התלמוד, שיש בהם בכדי להאיר את בעייתנו. נביא בזה מספר מובאות מספריו[16]:

א. במסכת ברכות[17] נחלקו ר' עקיבא ור' יוסי הגלילי בנוסח ברכת הזימון. לדעת ר' יוסי הגלילי, במאה מברך "נברך ה' א-להינו", **באלף** - "ה' א-להינו א-להי ישראל", **בריבוא** - "ה' א-להינו א-להי ישראל א-להי צב-אות יושב הכרובים"; ואילו ר' עקיבא סובר, שאחד עשרה ואחד עשרה ריבוא, מברך "א-להינו" ותו לא. ר' עקיבא סובר שמנין אנשים מהווה **ציבור**, וההבדל שבינם לבין יחידים הוא לא רק הבדל **כמותי**, אלא הבדל **איכותי**; ולכן אין בכוחה של תוספת **כמותית** כל שהיא לשנות את התואר **האיכותי** של הציבור. ומשום כך אין הבדל בין עשרה לעשרה ריבוא. אך ר' יוסי הגלילי סובר שההבדל בין ציבור ליחיד הוא הבדל **כמותי** בלבד, ומשום כך ככל שגדלה הכמות כן משתנית הברכה. ההלכה נפסקה כר' עקיבא[18].

ציבור הוא איפוא מושג **איכותי** שאינו מותנה בכל כמות שהיא, ולענייננו - החברה בע"מ אינה כשותפות, אלא **כציבור**, המוגדר כאישיות משפטית עצמאית. (אמנם יש להעיר שאין מכאן ראיה אלא להבחנה **הרעיונית** שבין ציבור לשותפין, אך לא להבחנה **הקניינית-המשפטית**).

ב. הרמב"ם[19] פוסק שאחד מן השותפין שהמיר, או מי שהמיר בקרבן מקרבנות הציבור, הואיל ויש לו בהן שותפות - הרי זה לוקה. משמע מדבריו שקרבן ציבור כמוהו כקרבן השותפין, שלכל יחיד יש חלק בו. ואין הציבור מהווה מושג בפני עצמו המנותק ממרכיביו הפרטיים.

לעומת זאת סוברים בעלי התוס'[20] שבקרבן תמיד של ערב פסח בין הערביים, שאסור לשוחטו על החמץ, אין השוחט חייב אם אחד מישראל השאיר חמץ בביתו, אע"פ שכל הציבור הוא בעליו של הקרבן. וע"כ הוא משום שאין הקרבן נחשב של כל אחד ואחד מהציבור, אלא של הציבור כאישיות משפטית עצמאית, ואין החמץ הנמצא בביתו הפרטי של אחד מישראל מחייב את השוחט.

ג. כלל הוא בחטאת, שאם מתו בעליה, מתה אף היא, משום שהמתכפר לא קיים עוד. אך בחטאת ציבור שמתו בעליה אומרת הגמרא[21] שאין החטאת מתה, אלא קריבה על המזבח, משום ש"אין

15. בכתיבת הדברים הבאים הסתייעתי במאמרו של ידידי הרב שמחה מירון "מעמד החברה בע"מ במשפט העברי" (נדפס ב"סיני" כרך נ"ט, אב-אלול תשכ"ו).
16. המובאות מספריו של הרוגאצ'ובי נלקחו מספרו של הגאון הרב מ' מ' כשר זצ"ל, "מפענח צפונות" (פרק ד'). כידוע, לשונו של הרוגאצ'ובי תמציתית היא ביותר, ואחריות פיענוח דבריו נופלת איפוא על כותב דברים אלו בלבד.
17. דף מ"ט-נ'.
18. שו"ע (או"ח סי' קצ"ב סעי' א'). אולם יש להעיר ממסכת מגילה (כ"ז ע"ב): "אין מוכרין (ביכ"ס) של רבים ליחיד מפני שמורידין אותו מקדושתו, דברי ר"מ. אמרו לו, א"כ אף לא מעיר גדולה לעיר קטנה". משמע שלדעת ר' מאיר ציבור הוא מושג איכותי, ולרבנן הוא מושג כמותי.
19. הל' תמורה (פ"א ה"א).
20. מנחות (פ"ח ע"ב ד"ה או לאחד).
21. הוריות (ו' ע"ב); תמורה (ט"ו ע"ב - ט"ז ע"א)..

הציבור מתים". כלומר, ציבור אינו רק כמות של פרטים מסוימים שעם מותם הוא חדל מלהתקיים, אלא ציבור הוא מושג מופשט העומד בפני עצמו, ללא זיקה לפרטים מסוימים. לפיכך אין הציבור מת, אף שהפרטים מתו.

ד. נאמר במסכת שקלים (פ"א מ"ד):

> אמר ר' יהודה: העיד בן בוכרי ביבנה, כל כהן ששוקל אינו חוטא. אמר לו רבן יוחנן בן זכאי: לא כי, אלא כל כהן שאינו שוקל חוטא; אלא שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן - "וכל מנחת כהן כליל תהיה לא תאכל", והואיל ועומר ושתי הלחם שלנו הם, היאך נאכלים?!

הרי לפנינו ויכוח מפורש בשאלה האמורה. הכהנים סברו שציבור דינו כשותפין, ולכל אחד ואחד מהכהנים יש חלק בעומר ובשתי הלחם, אילו היו חייבים בשקלים. ולדעת רבן יוחנן בן זכאי הציבור הוא אישיות משפטית עצמאית, ולכן אין לכהנים חלק ממשי בעומר ובשתי הלחם. מסתבר שר' יהודה, שסבר שהכהנים רק **רשאים** לשקול, אך אינם **חייבים**, אמר כך משום שהצדיק את דעת הכהנים שלכל פרט יש חלק ממשי בקרבן, ואין חוששים שמא לא ימסרו לציבור יפה יפה[22].

ההלכה נפסקה כרבן יוחנן בן זכאי, שהכהנים חייבים בשקלים[23], כלומר שהציבור הוא אישיות משפטית עצמאית. ועיין רש"י[24], שפירש באופן אחר: אבל במנחת ציבור זיל בתר רובא. ולדבריו נפלה הראיה מסוגיא זו[25].

ה. אחד הדברים הפוסלים בקרבן הוא שינוי בעלים, דהיינו כוונת המקריב לשם מי שאינם בעלי הקרבן. קרבן ציבור, אומרת הגמרא בזבחים (ד' ע"א), אין אפשרות לפסול ע"י שינוי בעלים, "שהרי הכל בעליו". כלומר, הציבור אינו מהווה אישיות אחרת מהפרטים שמהם הוא מורכב.

ו. דחיית ראיותיו של הרוגאצ'ובי

ראייתו האחרונה של הרוגאצ'ובי משינוי בעלים תשמש לנו יסוד להבנה מחודשת של הנושא. ניתן לדחות ראיה זו בחילוק מסתבר. קרבן נפסל בשינוי בעלים רק מבעלים מוחשיים לאנשים אחרים, אף הם מוחשיים כמותו, שאינם בעלי הקרבן. אך קרבן ציבור, שאינו שייך לאיש או לאישים מסויימים ומוחשיים, אלא לגוף משפטי מופשט, שהוא הציבור - אין שינוי בעלים, מבעלות זו לבעלים אחרים העומדים במישור שונה, פוסל את הקרבן.

וכעין זה אמרו בגמרא[26] "דמינה מחריב בה, דלאו מינה לא מחריב בה". ולכן חטאת ששחטה על מי שמחויב חטאת, ואינו בעלי החטאת הראשונה - פסולה, משום ששניהם ניצבים על אותו המישור; אך השוחט חטאת על מי שמחויב עולה - כשרה, משום ששני מישורים נפרדים הם.

22. ב"מ (קי"ח ע"א). ועיין משפט כהן (למרן הרב קוק זצ"ל, סי' קכ"ד), שביאר את סברת החוששים שמא לא ימסרם יפה יפה, וכתב שלדעתם ציבור עומד מעל לגדרי שותפות רגילה, ומסירה לציבור אינה כקנין רגיל שאפילו שכלם של פעוטות די לו; אלא יש בו מסירה לציבור כמושג מופשט העומד מעל לפרטים, וצריך שכל רוחני כדי לציירו. ע"כ חיישינן שמא לא יתפוס את הענין ולא ימסרם יפה יפה. ולסברה זו נדרשים הדברים כמין חומר, שר' יהודה, הסובר שהציבור דינו כשותפים פרטיים ואינו מהות מופשטת בפני עצמה - הוא הסובר, לשיטתו, שהכהנים רשאים לשקול, ואינו חושש שמא לא ימסרו לציבור כל כך יפה, שכן אין מסירה זו דורשת הבנה משפטית כה עמוקה כלריב"ז. ועי' לקמן (אות ט' ראיה ב').

23. רמב"ם (הל' שקלים פ"א ה"ג), וא"כ תיווצר סתירה ברמב"ם, (עיין לעיל הע' 19). אך יש ליישב אם נאמר שהרמב"ם סובר כרש"י. וראה לקמן סי' מ"ז (אות ב'), סי' צ"ו (אות ב').

24. ערכין (ד' ע"א ד"ה שלנו הוא).

25. ועיין משל"מ (הל' מעילה פ"ז ה"ו) ר'אור הישר" (ערכין שם). ואולי י"ל דגזה"כ היא שמנחה שאין רובה של כהן אינה נשרפת, ומסיבה זו י"ל שקטן שוקל. עיין משל"מ (שם) ואבנ"מ (סי' כ"ח ס"ק ל"ג). ועיין פסחים (ס"ג ע"ב), שר"מ סובר שהשוחט את התמיד על החמץ לוקה, והרי קרבן התמיד הוא קרבן ציבור, והחמץ נמצא אצל היחיד אפילו אם הוא השוחט.

26. זבחים (ג' ע"א).

הרוגאצ'ובי עצמו קובע כלל אחר, שלא אמרו פסול שינוי בעלים אלא בבעלות מוחשית ומוגדרת; אך בקרבן ציבור, שבעלותו **מופשטת**, לא נאמר כלל פסול שינוי בעלים, אפילו כשהשינוי הוא באותו מישור, דהיינו מבעלות ציבורית מופשטת אחת, לבעלות ציבורית מופשטת אחרת. הא כיצד? לדעה הסוברת שקרבן העלם דבר של ציבור הוא חובה על כל שבט ושבט[27], אם ישחטו קרבן של שבט ראובן לשם קרבן של שבט שמעון, הרי יש כאן שינוי בעלים, ומדוע אמרה הגמרא[28] שאין שינוי בעלים בקרבן ציבור? אלא על כרחך, בבעלות מופשטת אין כלל דין שינוי בעלים.

ניתן להסיק מכאן רק שהבעלות הציבורית על הקרבן שונה במהותה מהבעלות הפרטית. אולם יש להבחין בין בעלות **קניינית** לבין בעלות **כפרתית**. לא תמיד המקדיש, שהוא הבעלים הממוניים על הקרבן, הוא גם המתכפר. ולמשל, אם אדם הקדיש קרבן לכפרת חבירו, המקדיש מוסיף חומש והמתכפר עושה תמורה[29]. ואפשר אולי לומר שיש להפריד בקרבנות ציבור בין הבעלות הממונית, שהיא שייכת לכל אחד ואחד מהציבור, משום שאין התורה מכירה אלא בבעלים אנושיים לממון, לבין המתכפר, שהוא באמת מושג מופשט ומנותק מהאישים הפרטיים המרכיבים אותו. וכמו שאמרו "אין הציבור מתים", ולכן רק חטאת יחיד שמתו בעליה מתה, ואילו חטאת ציבור שמתו חלק מבעליה קריבה[30].

ומשום כך יש לומר שגם מי שלא שקל שקלים הוא חלק מהציבור, והקרבן מתייחס אליו (כגון מי ששקל ואבד שקלו[31], או נשים הפטורות משקלים ובכל זאת הן חלק מהציבור בכפרת הקרבן[32]).

עוד יש לומר, שיש להבחין בין ציבור **כלל ישראל**, לבין ציבור מקרי או מקומי. כלל ישראל הוא מהות רוחנית בפני עצמה, שאינה תלויה כלל בפרטים. **כלל ישראל** הוא אידיאה נצחית וקבועה שהיתה קיימת עוד לפני היות **בני ישראל** בעולם, ואין היא מותנית בהתנהגותם המקרית של בני ישראל בתקופות השונות[33]. מה שאין כן התאגדות ציבורית מקרית והסכמית, אין לה קיום ריאלי עצמי משלה, ואין היא אלא פיקציה יורידית שנוצרה ע"י בני אדם לשם נוחיות כלכלית.

27. ר' יהודה (הוריות ד' ע"ב - ה' ע"א).
28. זבחים (ד' ע"א).
29. יומא (נ' ע"ב).
30. הוריות (ו' ע"ב). מיהו ביומא (נ"א ע"ב) אומרת הגמרא: "שאני בי גזא דאהרן דאפקריה רחמנא גבי אחיו הכהנים, דאי לאו דקנו בגויה היכי מכפר להו"? ולכאורה משמע מכאן שהמתכפר צריך להיות בעליו הממוניים של הקרבן, ואם לא כן אינו יכול להתכפר. והלא מצינו בכל מקום, שאחד מקדיש ואחר מתכפר! ולכן יש לומר, שמדיוק הגמרא משמע שהתורה רק הפקירה את האיל לאחיו הכהנים, אך לא הקנתה להם אותו באופן חיובי. ואכן כל המקדיש קרבן כדי שאחר יתכפר בו צריך להסכים לכך, ובכך הוא מוותר על בעלותו הבלעדית על הקרבן ומאפשר לחבירו להתכפר בו, אך לא מקנה אותו. ובסברתנו זו ניתן אולי לישב את הקושיה המפורסמת, שכל סוטה תפגל את המנחה והמים לא יוכלו לבודקה (עיין ספר "גבורות שמונים" להגר"י ענגיל)! ולדברינו י"ל שמכיון שהבעלות הממונית על הקרבן נשארת בידי הבעל, והאשה אינה אלא מתכפרת ברשות הבעל, לכן אין ביכולתה לפגל את הקרבן (עיין בספר הנ"ל תירוץ ט"ו ותירוץ נ"ב).
ועיין תוס' (יומא ג' ע"א ד"ה אלא). ועי' קצוה"ח (סי' ת"ו ס"ק ב') שכתב שאפי' לדעת ר' יוסי הגלילי, הסובר שקדשים קלים יש להם בעלים ויכול למכור אותם, ר"ל רק לבשרם, אך הכפרה מתייחסת לבעלים הראשונים, מפני שכפרה לא ניתנת למכירה. ועי"ש ב"טבעת החושן". וע"ע ב"קהילות יעקב" (ב"ק סי' כ"ב). וגם ללא דבריו, בהכרח זוהי הכוונה שם (דף ע"ו ע"א), שמבחינה ממונית הבעלות עוברת להקדש, אך מבחינה כפרתית השור נשאר שלו, ועיין שבועות (י"ד ע"א), חולין (מ' ע"ב - מ"א ע"א, ותוד"ה כיון).
31. "תורמין על הגבוי ועל האבוד": כתובות (ק"ח ע"א), ברש"י ובתוס'.
32. ובזאת מיושבת הערת הגרעק"א (בתשובותיו, סי' ט'), כיצד רשאיות נשים להתפלל תפילת המוספין, והרי אינן שוקלות? ולדברינו י"ל שאע"פ שאינן שוקלות הן נחשבות לחלק מהציבור לענין זה.
33. עיין משפט כהן (למרן הרב קוק זצ"ל, סי' קכ"ד, ובסי' קמ"ג) על מהותם של הפרט והכלל בישראל. דבריו מיוסדים כנראה על דברי המהר"ל מפראג (גבורות ה' פרק כ"ד, נצח ישראל פרק י"א ועוד). ועיין "משך חכמה" (הפטרת דברים על הפסוק "לא תוסיפו הביא מנחת שוא"; ופרשת ויקהל, על הפסוק "ראו קרא ה'" ד"ה ובגמרא פרק הרואה). ועיין בספר "על התשובה" (להגר"ד סולובייצ'יק, עמ' 80-74).

בשני הסברים אלו, בהם הסברנו את המיוחד בקרבנות ציבור, נראה שנחלקו רש"י והרמב"ן בפירושם על התורה[34]. לדעת רש"י, אם כלל ישראל כולו יתנדב להביא קרבן, דינו כקרבן **השותפין** (השווה בדינו לקרבן **יחיד**, ונפקא מינה לחיוב סמיכה). רק קרבן המוקרב **מתרומת הלשכה** (כלומר, משקלי הציבור) דינו כקרבן ציבור. רצונו לומר, לא כל קרבן הנרכש ע"י **הרבים** הוא קרבן **ציבור**, אלא רק קרבן שהתורה קבעה אותו בתור שכזה, וכהסברנו הראשון.

הרמב"ן חולק עליו וסובר שגם רוב ישראל שהתנדב להביא קרבן, דין קרבן ציבור יש לו ולא קרבן השותפין. אך המשתמע מדבריו הוא, שלא כל כמות מרובה של יחידים זוכה להגדרה של "ציבור", אלא אך ורק **רובו של עם ישראל**; שמכיון ש"רובו ככולו", לכלל ישראל יש הגדרה משפטית מיוחדת, וכהסברנו השני[35].

ז. ראיותיו של הרוגאצ'ובי מהלכות נדרים

חלק ניכר מראיותיו של הרוגאצ'ובי לקוח מהלכות נדרים. ריכזנו אותן במסגרת נפרדת, משום שלדעתנו הלכות אלו עקורות הן ביחס לנושאים אחרים בתורה, כפי שיבואר להלן. ואלו ראיותיו:

א. דעת הר"ן[36] היא שאם אדם נדר הנאה מאנשי עיר מסוימת, ולאחר הנדר הצטרף לאנשי העיר תושב חדש, אף הוא בכלל הנדר. כלומר, הנדר לא חל על **אנשי** העיר הפרטיים, אלא על **העיר** כמושג בפני עצמו, ולכן כל המצטרף אל העיר בכלל הנדר הוא. הריטב"א[37], לעומתו, סבור שרק מי שדר בעיר **לפני** הנדר, הנדר חל עליו, אך מי שהצטרף לעיר אחרי הנדר אין הנדר חל עליו.

לכשתמצי לומר, הר"ן מכיר באישיות המשפטית הנפרדת של הציבור והריטב"א כופר בה.

ב. שני אנשים תושבי עיר אחת שהדירו הנאה זה את זה, אסורים בדברים השייכים לכל אנשי העיר, שכן יש לכל אחד מהם חלק באותם דברים והוא יכול לאסור את חלקו על חבירו. ואיזהו דבר של אותה העיר? כגון: הרחבה והמרחץ ובית הכנסת והתיבה והספרים[38].

ונחלקו ראשונים בפירושם של "ספרים": רש"י והר"ן פירשו: "ספרי תורה **לקרות** בהם". הרא"ש והתוספות פירשו: "ספרים **ללמוד** בהם".

בפילוסופיה הכללית ידועות שתי אסכולות: האחת, הנומינליסטית, טוענת שההגדרות הכלליות אינן אלא כינויים לשוניים ואין להם שום אחיזה ממשית במציאות: האחרת, הריאליסטית, סבורה שההגדרות הכלליות יש להן קיום ממשי וריאלי משלהן. לדברינו יש להבחין בין הגדרות כלליות מקריות-אנושיות, להגדרות כלליות עצמיות-א-להיות, כמו כנסת ישראל וכדו'.

34. ויקרא (א' ב' ד"ה תקריבו).

35. ועיין בחי' הגרמ"ז (להגר"מ זמבא, סי' ל"ח), שהאריך בהסבר המחלוקת בין רש"י והרמב"ן. ועיין תורה שלמה (מילואים לפרשת ויקרא). ועיין רמב"ן (מלחמות ה', לר"ף ברכות י"ג ע"א), המצדיק את הר"ף הסובר שציבור אינו יכול להתפלל תפילת נדבה, משום שאין קרבן ציבור בא בנדבה, שלא כשיטתו בנימוקיו למקראות; וע"כ צריך לומר שלא פירש אלא את דעת הר"ף, ואין זו דעתו האישית.

וייתכן לומר, שלשיטת הרמב"ן בפירושו לתורה לא רק כלל ישראל נחשב למושג מופשט העומד מעל לאישים שממנו הוא מורכב, אלא גם לכל שבט יש מעמד דומה (חוץ משבט לוי, עיין יומא נ' סוף ע"א וברש"י שם שרק מי שנוחל קרקע נקרא קהל. ועיין מיכה ב' ה'), כי גם שבט איקרי "קהל" (הוריות ו' ע"א) וקי"ל דלא כלה שבטא (ב"ב קט"ו ע"ב). ועפ"י רעיון זה, שכלל ישראל הוא מושג מופשט שאינו קשור לפרטים, ולכן קיומו הנצחי מובטח מק"ו דלא כליא שיבטא, יש להבין את אמונתו של הרמב"ם (סהמ"צ מ"ע קנ"ג) שלא יתכן שבני ישראל ייעדרו ראש חודש אחד מא"י, כי "חלילה לאל מעשות זאת כי הוא הבטיח שלא ימחה אותות האומה מכל וכל", כי הציבור בא"י נקרא קהל (הוריות ג' א'), וקהל לא כלה. וכ"כ בצפנת פענח (הל' קידוש החודש פ"ה ה"ג).

ועיין שו"ת ציץ אליעזר (ח"י סי' א' פרק ב') שכתב ששישים ריבוא נחשבים ככלל ישראל. ע"ש ובס' "התקופה הגדולה" (עמ' תמ"ב).

36. ר"ן (נדרים פ"ד ע"א ד"ה ואני) בפירוש הגמ' בב"ב (ח' ע"ב). וכן משמע מלשון הרמב"ם (הל' נדרים פ"ז ה"ז).

37. ריטב"א לר"ף (הל' נדרים דף י"א ע"א ד"ה תניא, בפי' הגמ' הנ"ל).

38. נדרים (מ"ז ע"ב - מ"ח ע"א).

הרוגאצ'ובי רואה הבדל גדול בין ספרי תורה לקריאה לבין ספרי לימוד. ספרי לימוד נועדו לשימוש **פרטי**; ספרי תורה נועדו לשימוש **ציבורי**. לדעת רש"י והר"ן יש לכל אחד מבני העיר חלק בספרי התורה הציבוריים, ולכן יכול כל אחד מהם לאסור את חלקו על חבירו. אך הרא"ש והתוס' סוברים שספרי התורה הציבוריים אינם כרכוש השותפין, ואין לאף אחד מבני העיר חלק **אישי** בהם; ולכן אין אחד יכול לאסור על חבירו ספרי תורה, אלא רק ספרי לימוד המיועדים לשימוש פרטי. דעה זו סוברת איפוא, שלציבור יש מעמד מיוחד המהווה אישיות משפטית בפני עצמה ללא זיקה לאישים הפרטיים. (אמנם יש להעיר שאחד מגדולי דורנו, מו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל[39], תולה את מחלוקתם של המפרשים בשאלה אחרת: לדעתו, הרא"ש שמפרש ללמוד בהם, הולך לשיטתו[40], שספרי תורה נועדו בעיקר **ללימוד**, שנאמר[41], "ועתה כתבו לכם את השירה הזאת **ולמדה** את בני ישראל". ומשום כך לדעתו מתקיימת היום המצוה גם בספרי לימוד מודפסים[42]. רש"י והר"ן חולקים עליו וסוברים שספרי תורה לא נועדו בעיקרם ללימוד דווקא).

האמת ניתנה להאמר שמהלכות נדרים אין להביא כלל ראיה לענייננו, שכן כלל גדול אמרו: "בנדרים הלך אחר לשון בן אדם"[43]. בלשון בני אדם רגילים להשתמש במושגים מופשטים, ולכן מכנים בשם "עיר" לא את הפרטים המוחשיים, אלא את הכלל כשלעצמו. הנודר מן העיר מתכוון איפוא לכלול בדבריו גם את העתידים לדור בעיר אחר כך. וכן בספרי תורה, מכיון שהשימוש בהם הוא ציבורי, אין המדיר את חבירו הנאה מנכסיו מתכוון לכלול באיסור זה גם את ספרי התורה, מה שאין כן בהלכות אחרות בתורה.

ח. ראיות אחרות של הרוגאצ'ובי

לעומת הראיות הקודמות, הראיות שיובאו להלן קרובות יותר לנושא דיוננו, הנושא **הקנייני-המשפטי** של הציבור.

א. במסכת חולין[44] רצו לפטור את בית השותפין ממעקה, משום שנאמר "ועשית מעקה לגגך"[45] בלשון **יחיד**. אולם דחו זאת משום שנאמר שם "כי יפול הנופל ממנו" - משמע כל בית שראוי ליפול ממנו, כולל בית השותפין. ושאלו בגמ', א"כ למה בכל זאת נאמר "גגך" בלשון יחיד? ותירצו: למעט בתי כנסיות ובתי מדרשות (ופירש רש"י בפירושו הראשון: שאין חלק לאחד מהן בו, שאף לבני עבר הים הוא). משמע שבתי כנסיות ובתי מדרשות אינן כרכוש השותפין, אלא רכוש **הציבור** הם, הנחשב כאישיות משפטית בפני עצמה, שהתורה פטרה אותה מחיוב מעקה.

אלא שלפי זה תימצא לנו סתירה מהגמ' בנדרים[46], שהנודר הנאה מחבירו אסור בבית הכנסת משום שכרכוש השותפין הוא[47].

ועוד, את דברי רש"י ניתן לפרש על פי פירושו במסכת יומא[48], שם מחלקת הגמרא, לענין טומאת נגעים וחיוב מזוזה, בין בית כנסת של כפרים לבית כנסת של כרכים; ופירש רש"י שבית כנסת של כרכים "הוא מקום שמתקבצים שם הרבה, והיא עשויה לכל הבא להתפלל ואין לה

39. בספרו "עינים למשפט" הארוך (נדרים מ"ח ע"א ד"ה רא"ש).
40. מובא בטור (יו"ד סי' ר"ע).
41. דברים (ל"א י"ט).
42. עיין "שאגת אריה" (סי' ל"ו) ובנושאי הכלים לשו"ע (יו"ד סי' ר"ע). ועי' לקמן סי' ל"ח (אות א'-ב').
43. נדרים (מ"ט ע"א), ר"ה (י"ב ע"ב), ועוד במקומות רבים.
44. דף קל"ו ע"א.
45. דברים (כ"ב ח').
46. נדרים (מ"ח ע"א), ועיין לעיל (אות ז' ראיה ב').
47. והרוגאצ'ובי השתמש במקור זה כדי להוכיח את ההבדל שבין שותפין לציבור, לעיל אות ז' (ליישוב סתירה זו - עיין להלן אות י').
48. י"ב ע"א (ד"ה כרכים), והשווה גם פירושו למגילה (כ"ו ע"א ד"ה אבל של כרכין).

בעלים מיוחדים", מה שאין כן בית כנסת של כפרים "כל בעליו ניכרים והרי הוא כבית השותפין". משמע מדבריו שיש להבחין בין שותפין **מסוימים ומוגדרים**, לבין שותפים סתמיים, כוללים ובלתי מוגדרים. במקרה האחרון אין על מי להטיל את האחריות למעקה ולמזוזה[49].

הזיקה שבין פירוש רש"י בחולין לפירושו ביומא מוכחת מפירושו השני בחולין "ועוד שאינו בית דירה", המוסבר לנו עפ"י הגמ' ביומא, המחייבת במזוזה רק כשיש בבית הכנסת בית דירה לחזן, ופוטרת כשאין בו בית דירה. כלומר, שני פירושי רש"י בחולין מכוונים כנגד שני תירוצי הגמ' ביומא[50].

ב. נאמר במסכת בבא מציעא (צ"ז ע"א):

> מקרי דרדקי (מלמד תינוקות), שתלא (נוטע כרמים), טבחא (שוחט), אומנא (מקיז דם), ספר מתא (העושה תספורת לאנשי העיר) - כולהון בעידן עבידתייהו כשאילה בבעלים דמו.

כלומר, השואל מהם בהמה, ומתה - פטור, כדין "בעליו עמו במלאכתו", משום שאנשים אלו שכירי כל העיר הם. ונחלקו ראשונים בפירוש הלכה זו: לדעת הראב"ד[51], כל אחד מבני העיר ששאל מהם בהמה - הרי הוא פטור. אך לדעת רש"י (ד"ה כשאלה) רק אותו אדם שאצלו הם עובדים בשעה זו פטור, אך אדם אחר מבני העיר ששאל מהם בהמה, חייב. הראב"ד סובר שכל בני העיר שותפים הם בשכירת אנשים אלו למלאכתם, ולכן כל אחד מבני העיר ששאל מהם, פטור. אך לדעת רש"י בני העיר אינם שותפים, שלכל אחד מהם יש חלק בשכירות זו, אלא העיר היא מושג משפטי העומד בפני עצמו, ולכן רק אותו אדם שאצלו עובדים בשעה זו פטור אם שאל מהם שאלה[52].

לסיכום, נראה שאין בכוחן של ראיות אלו להכריע את השאלה הנידונה. מצינו במקורות שהובאו סתירות רבות ודעות חלוקות בין תנאים, אמוראים, ומפרשים; והמסקנה המתבקשת היא, שאין הוכחה מכרעת לשאלה: האם ההלכה מכירה במושג המשפטי החדש של החברה בעירבון מוגבל[53].

ט. ראיותיו של ר' יוסף ענגיל

לעומת הרוגאצו'בי, הנוטה להכיר במעמד המשפטי הנפרד של הציבור, סובר הגאון ר' יוסף ענגיל שההלכה שוללת דעה זו[54]. ואלו חלק מראיותיו:

א. במסכת מנחות (צ"ב ע"א) הקשה ר' שמעון לר' יהודה: כיצד סומך הכהן הגדול על שעיר המשתלח ביוהכ"פ, והלא אין סמיכה אלא בבעלים, והכהן הגדול אינו בעליו של שעיר זה, שהוא קרבן הציבור כולו? השיב לו ר' יהודה, שאף זה, אהרון ובניו מתכפרים בו (עם הציבור, וסמיכה בבעלים הוא - רש"י). מתשובתו של ר' יהודה אנו למדים שהציבור אינו אישיות משפטית בפני עצמה, אלא שלכל פרט יש חלק בקרבן הציבור, ולכן נחשב הכהן הגדול כבעליו של השעיר לסמיכה.

49. ואף מדין "כל ישראל ערבים זה בזה" אין לחייב את מתפללי ביהכנ"ס לעשות מעקה במקום בעליו של ביהכנ"ס, מכיון שהבעלים אינם מוגדרים ומוכרים, שאפשר להטיל עליהם את החיוב בפועל, ולכן גם אין ערבות כלפיהם.

50. וכן מצאתי בשו"ת הר-צבי (או"ח סי' י"ז ע"א). ולשיטת הרי"ף והרמב"ם בהלכות מזוזה (פ"ו ה"ו) ההבדל בין ביכנ"ס של כרכים לזה של כפרים הוא שביכנ"ס של כפרים האורחים דרין בו והרי הוא כבית דירה וחייב במזוזה. וכן לענין מעקה כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"א ה"ב) שביכנ"ס פטור מפני שאינו עשוי לדירה. ולשיטתם אין ראיה מכאן להבחנה בין ציבור לשותפים. ועיין שו"ת הר-צבי (שם) ר"נר למאור" (לרב קושלבסקי, עמ' מ"ב-מ"ג). ועי' לקמן סי' מ"ז (אות א').

51. מובא בראי"ש (ב"מ פ"ח סי' ו').

52. ואכן רש"י לשיטתו לעיל לענין מזוזה ומעקה בביכנ"ס של כרכים, שהציבור מהווה מושג בפני עצמו. מיהו יש להבחין בין ביכנ"ס, השייך לכל עם ישראל, לבין עיר, שמן הסתם אינה שייכת אלא לתושביה בלבד.

53. עיין מאמרו של משה שפירא על "המושג ציבור במשפט העברי" ("דיני ישראל" תש"ל).

54. המובאות לקוחות מספרו "גבורות שמונים" (אות ל"ו).

(ראיה זו ניתן לדחות בסברה שהכה"ג ביוהכ"פ אינו נחשב **כפרט**, אלא הוא נציגו של **הציבור כולו**, ובו תלויה כפרת העם, וא"כ הוא הוא הציבור)[55].

ב. הכהנים רצו לפטור את עצמם מלשקול שקלים בטענה שמכיון ש"כל מנחת כהן כליל תהיה, לא תאכל" (ויקרא ו' ט"ז), א"כ כיצד אפשר לאכול ממנחת העומר, שתי הלחם, ולחם הפנים - הרי גם לכהנים יש חלק בהן, וא"כ הן טעונות שריפה? אלא ע"כ הכהנים פטורים משקלים ואין להם חלק בקרבנות הציבור (מנחות כ"א ע"א). משמע שגם בקרבנות ציבור יש לכל פרט חלק, ואין הציבור מהווה אישיות משפטית עצמאית. (אמנם היתה זו טענת הכהנים, אך לא כן דעת ההלכה)[56].

ג. בעלי התוס' (פסחים נ' ע"א ד"ה מקום) מביאים בשם הירושלמי, שאלמלא האמור בתורה[57] "ואספת דגנך" היה מקום לאסור מלאכה על כל ישראל, בכל יום ויום, בגלל קרבן התמיד המוקרב בוקר וערב; כי הדין הוא שביום שבו מוקרב קרבנו של אדם נאסר זה במלאכה. משמע שהקרבן מתייחס אישית לכל פרט ופרט מישראל, ואינו מתייחס אל הציבור כאל מושג בעל מעמד עצמאי משלו[58].

י. הגדרה חדשה של הציבור

במסכת סוכה (כ"ז ע"ב) מחדש לנו רש"י (ד"ה כל האזרח) חידוש גדול. מן הפסוק "כל האזרח בישראל ישבו בסוכות"[59] למדו בגמרא: מלמד שכל ישראל ראויין לישב בסוכה אחת. ופירש רש"י, שאי אפשר שיהא לכולן, שהרי אין לכל אחד חלק בסוכה זו, השווה פרוטה, אלא רק ע"י שאלה מחבירו, ומכאן שאדם יוצא ידי חובתו בסוכה שאולה.

וכבר תמהו האחרונים על דעה זו, וכי אין לאדם בעלות על רכוש השווה פחות מפרוטה? האם רכוש כזה יחשב, למשל, להפקר, ויהיה מותר לכל אחד לגוזלו? וחילקו בין בעלות פרטית לבין שותפות. רק בשותפות יש צורך שלכל אחד מהשותפין יהיה חלק השווה פרוטה. וצ"ע מה דינה של שותפות זו, בה אין לכל אחד מהשותפין חלק השווה פרוטה, כאותה סוכה של כלל ישראל? מסתבר שאינה הפקר, אך א"כ מיהם בעליה?

אולי היה מקום להוכיח מכאן את אפשרות קיומה של האישיות המשפטית של החברה. אולם לאחר ששללנו אפשרות זו נראה להסביר באופן אחר[60]: יש סוג של שותפות, בה חלקו של כל שותף הוא כה קטן, עד שכל פרט כשלעצמו אינו יכול להחשב כבעלים באופן **אישי**, ורק הכלל כולו **ביחד** מהווה בעלות. במקרה כזה האחריות על הרכוש אינה מוטלת על הפרט, אלא היא קולקטיבית של הכלל כולו[61].

55. ובסברה זו נחלקו ר"מ ורבנן בתמורה (י"ד ע"א), יעו"ש. ומאחר שסתם בר פלוגתיה של ר"מ הוא ר' יהודה, נמצא שר' יהודה הולך לשיטתו, שקרבנו של כה"ג ביוה"כ הוא קרבן ציבור, כי ביוהכ"פ הציבור מתלכד כביכול לאישיות אחת בדמותו של הכה"ג. ועיין פי' הר"ח (יומא נ"ב ע"א), שכתב שמשום כך לא היה צורך ברימונים ביוהכ"פ כדי לבשר את בואו של הכה"ג; משום שחביבין ישראל ואינם צריכים באותו יום לשליח. ועי"ש (נ"א ע"ב) שפרו של כה"ג אפקריה רחמנא גבי אחיו הכהנים. כלומר שהכה"ג אינו אישיות פרטית. ובזה יש ליישב את קושיית המנ"ח (מצוה שס"ד) כיצד מועיל וידויו של הכה"ג עבור כל העם, והרי "מילי לא מימסרן לשליח" (ר"ל שוידוי הוא מצוה שבגוף, וכיצד מועילה בו שליחות)? ולפי הנ"ל מבואר שהכה"ג אינו שליח אלא כלל ישראל בעצמו. ובדומה לזה מצינו בש"ץ המוציא את העם שבשדות אע"פ שאינם שומעים אותו (ר"ה ל"ה ע"א). ועיין קצוה"ח (סי' קכ"ג ס"ק ד') שהביא את ראיית תרוה"ד מנשיאי ישראל בימי יהושע, שיש שליחות בשבועה. והוא הקשה עליו מדברי התוס' (נזיר י"א ע"א) והירושלמי (סנהדרין פ"ב ה"א). ולפי הנ"ל הדבר מיושב, שכן השבועה היא שבועת הציבור והנשיאים הם הם כלל ישראל.

56. עיין לעיל (אות ה' ראיה ד').

57. דברים (י"א י"ד).

58. עיין פסחים (ס"ג ע"ב).

59. ויקרא (כ"ג מ"ב).

60. ועיין שע"ת (או"ח סי' תפ"ב) שפי' את רש"י באופן אחר שאינו נוגע כלל לענייננו.

61. עי' חי' הגרמ"ז (ל"ח י"ב) שחילק בין "שלו" לבין "ברשותו", שרק לענין רשותו כתב רש"י שאין בעלות לכל אחד.

והוא הדין לכל אותם דברים שבעצם חיובם או הגדרתם אינם יכולים להיות פרטיים אלא ציבוריים, כגון קרבנות ציבור, שרק התאגדות ציבורית כללית יכולה ליצור אותם. במקרים כאלו, ברור שבעלותו של הפרט מוגבלת היא, משום שאין כאן שותפות בין פרטים שכל אחד מהם ראוי להיות בעלים לעצמו (שותפות כזאת אינה אלא מסגרת רחבה יותר של הבעלות הפרטית). יש כאן שותפות שאינה מורכבת מפרטים, אלא היא יצור אורגני ושלם, שע"י חלוקתה לפרטים תאבד כל משמעותה.

בשותפות כזאת הבעלות של כל אחד ואחד מהשותפים היא מוגבלת במידה ידועה. למשל, אין אחד מהשותפים יכול לכפות את חבריו לחלוק או לפחות לתבוע מהם דין "גוד או איגוד"[62]. השותפות הציבורית היא שותפות עולמית ומוחלטת. נראה שהשותפות הקיבוצית דומה לשותפות זו[63].

צורה אחרת של שותפות מצינו בהלכה, והיא "תפוסת הבית". לדעת רש"י[64] נוהגת שותפות זו רק באחים היורשים את אביהם לפני חלוקת הירושה. הרכוש המשותף במקרה זה לא נחשב כרכושם הפרטי של האחים אלא כרכושו של ה"בית" כמושג מופשט, כאילו אביהם קיים עדיין. הנפקא מינה מהגדרה זו היא לענין מעשר בהמה. בעוד ששותפים רגילים פטורים ממעשר בהמה (אם אין לפי החשבון לכל אחד ואחד מהשותפים עשרה ולדות שנולדו השנה - עי' רש"י שם) - אחים שלא חלקו נחשבים לאדם אחד וחייבים במעשר בהמה. וכן לענין קלבון (תוספת דמי עמלה שחייב להוסיף כל הנותן מחצית השקל), בעוד ששותפים רגילים הנותנים מחצית השקל מרכושם המשותף חייבים בקלבון עבור כל אחד ואחד - אחים לפני חלוקה נחשבים לאדם אחד ואינם חייבים בקלבון.

לעומתו סובר הרמב"ם[65] שדין תפוסת הבית נוהג בכל שותפים, כשהרכוש אינו עוד הרכוש הפרטי שהכניס כל אחד מהם לשותפות, אלא הוא הרווח שהרוויחו כולם יחד. מסתבר שלדעתו דין מיוחד הוא שחידשה התורה במעשר בהמה ובקלבון, אך אין לראות **בכל** שותפות אישיות משפטית נפרדת[66].

גם לדעת רש"י אין אפשרות להגדיר את השותפות הקיבוצית כ"תפוסת הבית", שכן לא נאמרה הגדרה זו אלא ביורשים לפני חלוקה. אולם נראה שחברי הקיבוץ שואפים להידמות עד כמה שאפשר למושג זה, לפחות מבחינה רעיונית, ולהשוות אליו את מעמדם המשפטי. ולהלן (אות י"ב) נעמוד על סמכותו של ציבור לחדש קניינים ובעלויות.

עוד נראה שהדור השני בקיבוץ, שירש את אבותיו ולא חילק את הרכוש, יש לו דין "תפוסת הבית" לדעת רש"י. וייתכן לומר שמכיון שהתקנון הקיבוצי מבטל את הירושה הפרטית, כבר הדור הראשון בקיבוץ נחשב לתפוסת הבית.

ועוד צורה של שותפות מצינו:

62. ב"ב (י"ג ע"א).
63. יתכן שלזה התכוין גם הרב ישראל בארי ("התורה והמדינה" י"א-י"ג עמ' תס"ה). ועיין "אבן האזל" (הל' שכנים פ"ב ה"י ד"ה איברא) שחילק בין עיר לבין שותפים. וכתב שבעיר אין נפק"מ אם לאחד מבני העיר יש בנים יותר מאשר לחבירו, ואין זכויותיהם של בניו נופלות בשל כך משל הבנים המעטים, משום שהעיר שייכת לבני העיר **ככלל**, ולכן סילוק של אחד מבני העיר אינו מצריך הקנאה. עכת"ד. ובכל זאת המדיר את חבירו הנאה אסור בדברים שהם בשותפות כל אנשי העיר, כגון רחבה, מרחץ וביכ"ס (רמב"ם הל' נדרים פ"ז ה"ב) אע"פ שאין בהם חלוקה, משום שלנדר אין צורך בבעלות גמורה אלא דיינו בדבר שהוא שלו אע"פ שאינו ברשותו. (ועיין לעיל הע' 61).
64. ביצה (ל"ט ע"ב), בכורות (נ"ו ע"ב).
65. הל' שקלים (פ"ג הל' ד'-ה').
66. ועיין שר"ת חתם סופר (חו"מ סי' מ"ז) שכתב ששותפות רגילה עדיפה מתפוסת הבית. בתפוסת הבית, המוצא מציאה הרי היא שלו, ואילו בשותפין - הם השתעבדו זה לזה, והמציאה שייכת לכולם. וכ"כ ב"חושן אהרן" (סי' כ"ב).

נאמר במסכת ב"ק (קי"ג ע"ב):

> אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע, דקסטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו. א"ל אביי: ודילמא משום דאייאוש להו מינייהו? א"ל: אי לאו דדינא דמלכותא דינא, היכי מייאש?

רש"י מפרש: "כלומר, מי הוי יאוש, הא ייאוש כדי הוי, דאין כאן שינוי רשות, שברה"ר הן?". מבואר מדבריו שרשות הרבים אינה מושג בפני עצמו, שאם כן היה כאן ייאוש ושינוי רשות, מהבעלות הפרטית של הנגזל לבעלותו של הציבור. אולם בעלי התוס' שם פירשו: מדוע הנגזלים מתייאשים, הרי מצד הדין הגשרים הם שלהם, והיו צריכים למנוע את המעבר עליהם בלי רשותם? אלא ע"כ דינא דמלכותא דינא. וכנראה הם חולקים על רש"י, וסוברים שרשות הרבים בעלות בפני עצמה היא, ואילו היה כאן ייאוש, היה הציבור קונה את הגזילה בשינוי רשות.

ולדברינו אין צורך לומר שרשות הרבים היא בעלות ממונית עצמאית, אלא שרשות זו אינה שייכת ליחיד ואין הוא רשאי לדרוש ממנה את חלקו; ולענין גזילה אין צורך בשינוי רשות חיובי, שהגזילה תיכנס לרשות אחרת, אלא דיינו בהוצאה מרשותו של הנגזל. ולפי זה גזלן שהפקיר את הגזילה לאחר ייאוש הרי היא של מוצאה. (עי' קובץ שיעורים, לר"א וסרמן, ב"ב אות ש"ח).

ונראה לענ"ד שמה שמצינו שרשות הרבים נחשבת כהפקר[67] - אין הכוונה להפקר ממש, שהרי אין אדם רשאי לזכות בקרקע של רה"ר כמי שזוכה מן ההפקר, אלא הכוונה היא שמאחר שאין לה בעלים מוגדרים, והבעלות היא של כל הציבור ככלל, מבלי שיהיה לכל פרט ופרט חלק כמו בשותפות רגילה, הרי זה כעין הפקר[68].

מצינו אפוא בעלות ציבורית שאינה שותפות רגילה של פרטים. וא"כ אפשר לדמות את הקיבוץ לבעלות זו. אלא שהדבר עדיין צ"ע אם לא היתה כאן תקנה מיוחדת, ולא כל קבוצת אנשים יכולה להגדיר את עצמה עפ"י תקנה זו. וצ"ע.

יא. ההכרעה למעשה

שאלת החברה בע"מ הועלתה לראשונה ע"י הפוסקים בקשר לחמץ בפסח. מה דינה של חברת מניות שעיסוקה בחמץ, והיא ממשיכה להשתמש בחמץ ולהרוויח ממנו גם בימי הפסח? האם מותר ליהודי להחזיק בידו מניה כזאת, והאם רשאי הוא ליהנות מרווחי החברה? הפוסקים: רי"א הלוי[69], הרד"צ הופמן[70] ור' עזריאל הילדסהיימר[71] - הורו להיתר. הם לא הכריעו בשאלה העקרונית של מעמדה המשפטי של החברה בע"מ, אלא קבעו שמאחר שאין לבעל המניה שליטה ממשית על החמץ של החברה ואין לו זכות להתערב בשיקוליהם העסקיים של מנהליה, הריהו כחמץ שאין לו אחריות עליו.

כתוספת לדבריהם יש להעיר, שלדעת הגאונים והרמב"ן[72], חמץ שאינו ברשותו אינו עובר עליו. ואף לדעת החולקים[73], יש לומר שטעמם הוא משום שבמפקיד חמץ בידי שומר נחשב השומר לידו

67. ביצה (ל"ט ע"א): "בור של עולי בבל", ועי"ש בבירור הלכה.
68. עיין שר"ת דבר אברהם (ח"א סי' א' ענף ו').
וכעין זה מצינו בביצה (ל"ט ע"א) הבחנה בין בור של עיר לבור של עולי בבל. ושם נחלקו ר"נ ור"ש אם עולי בבל הפקירוהו לכל ישראל או שנתנו אותו לישראל שיהיו שותפין בו. והלכה כדעה הראשונה. וכן חילקה המשנה בנדרים (מ"ז ע"ב). וע"כ אין זה הפקר רגיל, שהרי בור זה הופקר רק לישראל ולא לנכרים, והפקר שאינו לכלל אינו הפקר. וכן הושוו לכך הבית והעזרות, שבוודאי אינם הפקר לכל העולם (הערת הרב יעקב אפשטיין).
69. שר"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סי' קכ"ד).
70. שר"ת מלמד להועיל (או"ח סי' צ"א).
71. עיין ספר "יד שאול" לזכרו של הרב שאול ויינגורט.
72. בפירושו לתורה (שמות י"ב י"ט) ובחידושיו לפסחים (ו' ע"ב ד"ה וראיתי, כנראה).
73. רא"ש (פסחים פ"א סי' י"ד).

של המפקיד, והחמץ נמצא בעצם ברשותו של המפקיד; אך בחברת מניות, שאין לבעל המניה שום רשות להתערב בנעשה בחברה, ואין מנהלי החברה רואים את עצמם כידו של בעל המניה, ואינם מכירים בזכויותיו הממוניות המוכרות לו עפ"י התורה כשותף, יש מקום לדמות אותם ל"גזלנים" (אם כי ברשותו של הנגזל...), שאין החמץ ברשותו של הנגזל, ומשום כך אינו עובר עליו לדעת חלק מהפוסקים[74], או שעובר עליו רק מדרבנן[75].

אולם לא כן המצב בקיבוץ. כל החברים בוודאי רואים את עצמם אחראים זה לזה ושלוחים זה לזה, ערבים איש לרעהו ומתערבים איש בפעילות רעהו; וכל דבר נעשה על דעת כל חברי הקיבוץ. אי אפשר איפוא לטעון שהחמץ הנמצא במחסן אינו ברשותם של יתר החברים. אין ספק שהוא ברשותם, והם עוברים עליו.

רוב הפוסקים בני דורנו סבורים שאין ההלכה מכירה אלא **באדם** כנושא המשפט, אולם לא בשום גוף אחר, יצור טבעי או פיקטיבי. את החברה בע"מ יש לראות איפוא כשותפות רגילה בה יש לכל אחד מהשותפים חלק ברכישה ובפעולותיה[76].

אמנם ביחס לאיסור **ריבית**, יש המתירים לחברה בע"מ ללוות בריבית, משום שלפי תקנותיה המוסכמות ע"י הציבור בכלל, והנושים בפרט, אם לא יהיה לחברה ממה לפרוע את חובותיה, לא יהיו בעלי המניות אחראים **אישית** לפרעונם של אלו, נמצא שאין כאן ריבית קצוצה מן התורה (דהיינו ריבית **שבוודאי** תיגבה, שהרי יתכן שהחוב, ועמו הריבית, לא יבואו לידי גביה לעולם)[77].

מן המקורות שהבאנו אין להביא ראיה ברורה לעצם השאלה. ונראה שמכלל ספק לא יצאנו, ועלינו להחמיר בכל שאלה הלכתית ולראות את החברה בע"מ, לפחות מספק, כשותפות רגילה, על כל האחריות הנובעת מכך על כל חבריה.

בייחוד אמורים הדברים בקבוצה הדתית. בזאת שונה המסגרת הקיבוצית הדתית מכל חברה בע"מ. כי בעוד שמטרתה של כל חברה בע"מ היא **כלכלית** בלבד, ייעודה של הקבוצה הדתית הוא יצירת מסגרת **ערכית**, שבה ייושמו מצוות התורה לא רק בחיי **הפרט**, כי אם גם בחיי **החברה** כולה. ייעוד זה לא יוכל להתקיים אם תוגדר הקבוצה כאישיות משפטית עצמאית, כי בתור שכזאת אין אישיות זו **ישראלית**, שכן לא נולדה לאב ואם ישראליים, וכל כולה אינה אלא יצירה פיקטיבית-יורידית, שגם נוכרית אולי איננה, אך בוודאי גם ישראלית איננה, וחוקי התורה אינם חלים עליה.

בעוד נקודה נבדל הקיבוץ מן החברה בע"מ. בחברת מניות, זכויותיו וחובותיו של בעל המניה הינן מוגבלות ביותר. מלבד רכישת המניה, על סיכוניה וסיכוייה, אין לו יד בנעשה בחברה, והוא אינו רשאי כמעט להתערב בפעולותיה. לא כן בקיבוץ, המהווה מסגרת חברתית-ערכית. שם זכותו של כל חבר וחובתו להביע את דעתו, להתערב ולכוון בכל דבר את דרכו של הקיבוץ, עד כמה

74. רמב"ן (פסחים ל"א ע"ב ד"ה ה"ג).

75. עיין שו"ע הגר"ז (סי' ת"מ, קונ"א ס"ק ב'). ועי' מאמרנו: "תיקון פירות שלו שאינם בשליטתו" ("התורה והארץ" ח"ג עמ' 363-372): הערת עורך (ע.א).

76. שו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' א'); הרב ישראל בארי ("התורה והמדינה" י"א-י"ג עמ' קס"ד); הרב משה שטרנבוך ("מועדים וזמנים" השלם ח"ג עמ' רס"ט בהערה); הרב יצחק וסרמן ("נועם" ג' עמ' קצ"ו); הגרש"ז אויערבך (בספר "טבילת כלים" להרב צבי כהן, פרק ב' הע' א', ועי"ש במקורות הרבים שציין); פסקי הלכות צבא (להגר"ש גורן, עמ' 105, לענין ראשית הגז בעדר השייך למדינה, אך יעוי"ש עמ' 112 לענין גבינה של נוכרים שמשמע שם להיפך, וצ"ע). ועיין עוד במה שכתב הרב כ. פ. טכורש ("התורה והמדינה" שם עמ' תמ"ח-תנ"ג), המתיר מעיקר הדין לרכוש מניה בחברה מחללת שבת, אלמלא הסיוע לדבר עבירה. ועי' פסקי דין רבניים (כרך ו' עמ' 322, ח"י עמ' 273); ספר "נר למאור" (לרב קושלבסקי, עמ' מ"ב-מ"ג); מאמרו של הרב אריה קרלין ("סיני" תרצ"ט); "הקיבוץ בהלכה" (עמ' 156, 180, 190; שו"ת שבט הלוי ח"ה סי' קע"ב). ועי' אוצר המשפט (ערך: אישיות משפטית).

77. הרב רפאל קצנלבויגן ("נועם" תשי"ט עמ' שכ"ב) ויש פוטרים חברה בע"מ מריבית דאורייתא, משום שאין זו "אחיך". ועין תורת ריבית (פרק י"ז סעי' נ"ב-נ"ג). ועי' לעיל סי' ב' (אות י').

שדעתו נשמעת ומתקבלת על דעת חבריו. מבחינה דתית נופלת האחריות בכל בעיה הלכתית המתעוררת בקיבוץ על כל חבר וחבר בו, ולכן נראה שגם הפוטרים חברת מניות מאיסור חמץ, לא יפטרו את חברי הקיבוץ מאיסור זה.

יב. הכרת ההלכה בנוהגים מקובלים

נותרה לנו עוד נקודה אחת לבירור בשאלת מעמדה של האגודה השיתופית בהלכה. גם לאחר שהסקנו שהמקורות ההלכתיים אינם מכירים במעמדה המיוחד של האגודה השיתופית כאישיות משפטית נפרדת, מכל מקום מצינו פעולות בחיי הכלכלה שאין להן מקור בתורה, ובכל זאת ההלכה מכירה בהן, בתוקף היותן נוהגים מוסכמים המקובלים בחברה. הדוגמא המפורסמת ביותר היא קנין ה"**סיטומתא**", המשמש בנין אב לכל הקניינים הנהוגים בחיי המסחר. ה"סיטומתא" היא מנהג הסוחרים הקונים חביות יין ע"י הטבעת חותמת על החבית. אע"פ שאין מקור לצורת קנין זו בתורה, בכל זאת, מאחר שצורה זו נהוגה בעולם המסחר, היא מועילה לדעת רבים מן הפוסקים **מן התורה**, משום שהתורה קבעה שכל צורת קנין שתהיה נהוגה בציבור - תועיל[78]. לפי זה יש מקום לומר גם ביחס לאגודה השיתופית, שמכיון שצורת התאגדות זו מקובלת כיום בעולם, יתכן שגם ההלכה מכירה בה.

אולם האמת היא שיש הבדל גדול בין קנין סיטומתא לנידון דידן. עמד על ההבדל הזה רבה האחרון של קובנה, הגאון ר' אברהם שפירא[79], ביחס לבעיה העקרונית, האם קניינים שהונהגו ע"י חז"ל יש להם תוקף מן **התורה** (נפקא מינה למכירת חמץ, בכור וכד'). בגמרא מצינו סתירות ביחס לבעיה זו, שהוא פותרן בדרך זו: יש לדעתו להבדיל בין **צורות** קנין שהונהגו ע"י חז"ל, שהן תקפות מן התורה, לבין **דיני** הקנאה שתוקנו על ידם, שאינם תקפים מן התורה. קנין משיכה, לדוגמא, הוא מדרבנן; אך בכל זאת הוא מועיל מן התורה, מכיון שהתורה עצמה קבעה שצורות הקנין תהיינה תלויות במנהג הסוחרים. אך לעומת זאת קטן קונה מתקנת חז"ל, אך אין קניינו מועיל מן התורה. חז"ל אינם יכולים להפוך את מי שאינו בר קנין מן התורה לבר קנין, כי התורה אינה מכירה כלל בקונה שאינו בר דעת. וכן "מעמד שלשתן" בפיקדון (זוהי צורה של מכירת הפיקדון מן המפקיד לאדם אחר, הנעשה במעמד שלושתן: המפקיד, הקונה והשומר), צורה זו נתחדשה ע"י חכמים והיא מועילה מן התורה. אך לעומת זאת קנין שטרות, שאף הוא מדרבנן, לא יועיל מן התורה, משום שהתקנה כאן אינה בצורת הקנין אלא **בדבר הנקנה**, ושטרות אינם בני הקנאה מן התורה. והוא הדין לקנין דבר שלא בא לעולם, תקנת חכמים כאן לא תועיל להפוך קנין זה למועיל מן התורה, משום שאין כאן תקנה בצורת הקנין אלא בדבר הנקנה.

לאור זאת יש לומר גם ביחס למעמדה של האגודה השיתופית, שמנהג הסוחרים וחוק המדינה אינם יכולים לתת לה תוקף מדין תורה, משום שאין המדובר כאן **בצורת** קנין חדשה, אלא ביצירת **מעמד משפטי** חדש, שאינו קיים כלל במציאות, ושהתורה אינה מכירה בו. מעמד זה גרוע יותר מקנין של קטן או מדבר שלא בא לעולם. אמנם מצינו כוח מיוחד הניתן לבני העיר "להסיע על

78. עיין ספר החינוך (מצוה של"ו): "ואין ספק שאלו הקניות כולן מתקנת חכמים הן, וחכמתן היקרה היתה רמוזה וגנוזה בתוך הכתובים". ועיין אבנ"מ (סי' כ"ח ס"ק ל"ג); שו"ת חת"ס (יו"ד סי' ש"ד); שו"ת דבר אברהם (ח"א סי' א).

79. שו"ת דבר אברהם (ח"א סי' א' אות ט"ז). וכבר קדמו בהבחנה זו - קצוה"ח (סי' קכ"ו ס"ק ג' וסי' ר"א ס"ק א'). לעומתו סובר החתם סופר (בתשובה, חו"מ סי' ס"ו אות ה' ד"ה ומ"ש), שקנין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם. וכן פסקו: שו"ת שואל ומשיב (ח"א מהדו"ב סי' ב'); שו"ת מהרשד"ם (ח"ב, חו"מ סי' ש"פ); פת"ש (חו"מ סי' ר"א ס"ק ב'). וייתכן לחלק בין דבר שלא בא לעולם לבין דברים אחרים שאינם בני קנין, כגון מלוה וקטן, כי יש מקום לומר שדבר שלא בא לעולם הוא בר קנין מצד עצמו, וכל חסרונו אינו אלא משום סמיכות דעת. ובפסקי דין רבניים (ח"ד עמ' 316-317) כתבו שהוא ספיקא דדינא. ועיין מאמרו של הרב דוב כץ ("מורשה" א') על קנין הסיטומתא. ועי' מה שכתבנו לקמן סי' פ"ד (אות ב') בענין מכירת שטרות, ובהערה (שם) המבארת את שיטת הנתיבות.

קיצתן"[80], שלפיו יכולה החברה לקבל על עצמה חיובים שונים שאינם כתובים בתורה, ולפי זה גם החברה הקיבוצית יכולה לקבל על עצמה הגדרות חדשות שאינן מוכרות בהלכה; אולם מסתבר שגם מושג זה, של כוח בני העיר, אינו טוב יותר מכוחם של חכמים או של המלכות; ואין בכוחו לשנות את מעמדה העצמי של הבעלות הממונית, אלא לחייב את בני העיר להתייחס אל תקנות בני העיר כמחייבות אותם, ולהתנהג בהתאם להן, ותו לא[81].

יג. נדר של חבר קיבוץ (א)

את תוקפו המחייב של התקנון הקיבוצי נבדוק עפ"י בעיה מעשית: האם יכול חבר קיבוץ לנדור נדר בניגוד לתקנון הקיבוצי?

אדגים את הבעיה ע"י שתי דוגמאות שהובאו לידיעתי. וזו הראשונה:

חבר קיבוץ ירש ירושה מאביו, ונדר את הירושה לצדקה. עפ"י התקנון הירושה שייכת לקיבוץ, אלא שהיא עומדת לרשותו של החבר בשעת עזיבתו את הקיבוץ. האם הנדר תופס? השאלה הראשונה שיש לשאול היא, האם הירושה שייכת אוטומטית לקיבוץ ולא היתה מעולם שייכת לחבר ואין נדרו חל עליה, או שמא הירושה היתה אמנם רכושו של החבר, אלא שהוא חייב להעבירה לרשות הקיבוץ? גם לצד האחרון של הספק יש עדיין מקום לשאול, האם השיעבוד של החבר להעביר את הירושה לקיבוץ מפקיע את הנדר, או שמא להיפך - הנדר מפקיע את השיעבוד?

באשר לשאלה הראשונה, לכאורה אין בכוחו של התקנון הקיבוצי להפקיע את זכות הירושה הטבעית של החבר, ולהפוך את הקיבוץ ליורש במקומו של החבר. וזאת משום שבהסכמת החבר לתקנון הקיבוצי בשעת קבלתו כחבר לקיבוץ אין בכוחו לוותר על הירושה, וכדברי התוספתא[82]: מה שאירש מאבא מכור לך, לא אמר כלום; והטעם הוא משום שאין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם. אלא שנחלקו בדבר הרמב"ם והראב"ד[83]. לדעת הרמב"ם:

> האומנין שנשתתפו באומנות, אע"פ שקנו מידם, אינן שותפין; כיצד? שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה חה במלאכתו יהיה ביניהן בשווה - אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן ותופרין אותן ומוכרין... ונשתתפו במעות שלוקחין בו - הרי אלו שותפין, וכל מה שירוויחו בשכר מלאכתן ובמשאן ובמתנן הרי אלו לאמצע.

כלומר לדעת הרמב"ם אין בכלל אפשרות לכאורה ליצור שותפות על בסיס אישי, אלא רק על בסיס ממוני; ולפי זה אין למסגרת הקיבוצית בסיס הלכתי מחייב. אולם כותב הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם:

> ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן.

ולדעתו יכול חבר קיבוץ להתחייב בזמן קבלתו כחבר לקיבוץ שכל רכוש שיגיע לידו הרי הוא קנוי לקיבוץ.

80. ב"ב (ט' ע"ב).

81. עיין רשב"ם (ב"ב נ"ד ע"ב ד"ה והאמר שמואל) שפירש ש"דינא דמלכותא דינא" הוא משום שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם את חוקי המלך ומשפטיו, כלומר, שגם מושג זה יסודו בעצם בכוחם של בני העיר (ועיין "דבר אברהם" ח"א סי' א'). ועיין חזו"א (חו"מ ליקוטים סי' ט"ז) שכתב שאין בכוחו של דינא דמלכותא לשנות דין תורה, ולכן מכירת קרקע ללא רישום בטאבו לאו שמה מכירה. וכן האריך בזה הגרש"ז אויערבך זצ"ל (בספרו "מעדני ארץ", שביעית, סי' י"ח-כ'). ומסתבר לומר שאין בכוחו של הציבור לעקור דין תורה אלא לקבל עליו סייגים וקנסות לפנים משורת הדין, ולכן בחיי הכלכלה והמסחר יש תוקף להסכמת הציבור להכיר באישיות המשפטית הנפרדת של החברה, אך לא בדיני התורה. ועי' לקמן (סי' צ"ט אות ד').

82. נדרים (פ"ו ה"ז, מובאת בגמ' ב"מ ט"ז ע"א).

83. הל' שלוחין ושותפין (פ"ד ה"ב).

אלא שגם לדעת הראב"ד, שדין שותפין כדין עבדים זה לזה, בוודאי אין כוונתו לדמות שותפין לעבד כנעני, אלא לעבד עברי, שדינו דומה יותר לפועל. ואכן הרמב"ן[84], בהביאו את דינו של הראב"ד, מנמק אותו כך: שנעשו **שכירין** זה לזה, כדאמרינן בפועל ששכרו ללקט מציאות, ולכן אם רוצה יכול לחזור בו ככל פועל החוזר בו אפילו באמצע היום[85]. ואפילו אם היינו מדמים שותפים לעבד כנעני, יש הסוברים שעבד כנעני נחשב לאישיות עצמאית, אלא שהוא משועבד לתת לרבו כל מה שרוכש[86]; ק"ו לעבד עברי שידו אינה כיד רבו, ורק משום שהוא משועבד לעבוד את רבו, גם המציאה שמוצא שייכת לרבו. ואמנם הרמב"ן מחלק בין שותפין שהשתעבדו לחלק ביניהם את רווחיהם מאותה אומנות בה השתתפו - לבין שותפין שהשתעבדו לחלק ביניהם כל רווח שיגיע לידי אחד מהם, שבמקרה האחרון אינם יכולים להשתעבד. וזאת משום שאין ביכולתם להשתעבד אלא במסגרת עבודתם זה לזה, אך לא השתעבדות כללית, הכוללת אף דברים שאינם במסגרת עבודתם[87].

אולם גם הרמב"ן מודה שבני העיר, או כל האומנים העוסקים באותה אומנות, יכולים להתנות ביניהם שכל רווח שיגיע לידי אחד מהם יתחלק בין כולם. ומקורו בדברי התוספתא[88]: ורשאין הצמרין והצבעין לומר: כל מקח שיבוא לעיר, נהא כולנו שותפים בו. ועל כרחנו צריכים אנו לחלק בין שותפים מקריים - לבין ציבור **המחליט** לחיות בשותפות. כי בעצם כל ציבור מחייב שותפות מסויימת בין חלקיו, ואין היחיד יכול להיפטר למשל מלשאת בעול הציבור, במיסים וכדומה, בטענה שאיננו זקוק לצרכי הציבור. וכנראה נתנה התורה כוח מיוחד לציבור שלא ניתן ליחידים. כוח זה בא לידי ביטוי בדיני מלכות, ב"דינא דמלכותא דינא", וב"הפקר בי"ד הפקר"[89]. ומשום כך ציבור יכול לקבל את החלטותיו גם ללא קנין[90]. ומובנת איפוא היטב הסברה שאם ציבור החליט על שותפות מלאה של נכסי כל חלקיו, חלה ההחלטה גם על נכסים שלא באו לעולם, משום שרק במקום שצריך קנין אין קנין חל על דבר שלא בא לעולם; אך במקום שאין צורך בקנין, אין גם חיסרון של דבר שלא בא לעולם.

לקיבוץ יש איפוא דין של ציבור, שכוחו יפה לתקן תקנות בכל הנוגע לממון חבריו, בין לממון הנמצא כבר בעין, ובין לממון שעדיין לא נמצא בעין. אלא שייתכן לומר שיש הבדל בין שני סוגי ממון אלו: ממון הנמצא כבר בעין נחשב לרכוש הקיבוץ כולו, ואין לחברים הבודדים שום בעלות עליו, וכמבואר בשולחן ערוך[91] שהקהל נחשבים למוחזקים לגבי היחיד. אך ממון שעדיין אינו בבעלותו המלאה של החבר, כגון ירושה לפני חלוקה, ספק אם הוא נחשב כבר לרכוש הקיבוץ, והחבר רק חייב להעבירו לרשות הקיבוץ.

84. בחידושיו לב"ב (ט' ע"א ד"ה הא). אמנם אין הרמב"ן מזכיר את הראב"ד בשמו, אך נראים הדברים שכוונתו לסברת הראב"ד.
85. כוונת הראב"ד בהשוואתו את השותפים לעבדים היא כמו שפירש בקצוה"ח (סי' של"ד ס"ק ה') עפ"י המהרי"ק (שורש קפ"א) שכל פועל נחשב כקנוי קנין הגוף לצורך עבודתו כעבד עברי, יעו"ש. ולשם הדיוק יש לומר שכל פועל רק משתעבד לצורך עבודתו בדומה לעבד עברי, ולכן דין פועל נוהג גם כשאין היובל נוהג (עיין חזו"א ב"ק סי' כ"ג; אבן האזל שכירות פ"ה ה"ט). ועי' מאמרנו "הפרשת תרו"מ ע"י פועל" ("התורה והארץ" ג' עמ' 245-243).
86. עיין חי' הרשב"א (קידושין כ"ג ע"ב ד"ה דאמר, ולענין) בשם הראב"ד.
87. מיהו הרשב"א בחידושיו לב"ב (ט' ע"א ד"ה ואני) חולק על הרמב"ן, וסובר שדין הפועל ודין השותפין אחד הוא, כגון שנשתתפו בין במה שיקנו או שירוויחו או במציאותיהם. ועי' קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ב').
88. ב"מ (פ"א הל' י"ב), ויעויין בביאור הגר"א (חו"מ סי' קס"ג ס"ק ט').
89. עיין שו"ת דבר אברהם (ח"א סי' א').
90. שו"ע (חו"מ סי' קס"ג סעי' ו' בסוף ההג"ה); ביאור הגר"א (שם ס"ק ק"ג).
91. חו"מ (סי' ד' בהג"ה).

ועדיין יש מקום לברר, האם יכול החבר להקדיש את חלקו בירושה לצדקה, כשהוא משועבד להעבירו לרשות הקיבוץ, שכן שיעבוד מפקיע בעלות? אולם מאידך מצינו שהקדש מפקיע מידי שיעבוד[92], וצדקה דינה כהקדש מכמה בחינות[93]. וייתכן א"כ שאותו חבר יכול היה להקדיש את חלקו בירושה לצדקה. אך מאחר שלהלכה נוקטים אנו שצדקה אינה כהקדש לכל דבר, ועיקרה אינו אלא התחייבות אישית של הנודר לתת סכום או דבר לעניים או למטרה חשובה אחרת[94], אין ביכולתו של אותו חבר להקדיש את חלקו בירושה לצדקה, ונדרו אינו יכול לחול כלל, בגלל היותו משועבד לקיבוץ.

יד. נדרו של חבר קיבוץ (ב)

דוגמא נוספת של נדר בקיבוץ, במישור שונה, היתה בחבר שנדר בשעת מצוקה של מחלת קרוב משפחה שילמד מספר שנים בישיבה. המצב הכלכלי בקיבוץ לא איפשר את יציאתו ללימודים באותה עת, והחבר נתבקש לדחות את קיום נדרו לכשירחיב. האם החבר עובר על "בל תאחר", והאם בכלל יכול נדרו לחול ללא הסכמת הקיבוץ?

נראה שיש לדמות זאת לאשה שנדרה נדר שלא תעשה את חובותיה לבעלה. ושנינו במשנה (נדרים פ"ה ע"א):

> קונם שאיני עושה על פיך - אינו צריך להפר; ר' עקיבא אומר: יפר, שמא תעדיף עליו; ר' יחנן בן נורי אומר: יפר, שמא יגרשנה ותהי אסורה עליו.

מיהו בעיקרון כולם מודים שאין אשה יכולה לנדור נדר שיש בו כדי להפקיע את חובותיה לבעלה. ואע"פ שהקדש מפקיע מידי שיעבוד - האלימו חכמים את כוחו של הבעל, ואין האשה יכולה להפקיע עצמה משיעבודה לבעלה[95], והוא הדין לבעל חוב[96]. ויש לעיין, האם גם השותפות הקיבוצית דומה לבעל ולבעל חוב, ואין החבר יכול להפקיע את שיעבודו לחברה ע"י נדר? מיהו, בנידון דידן לא היה הנדר כקונמות, שדינם כהקדש הגוף או כהקדש דמים; אלא נדר מצוה, שדינו כשבועה[97] המוטלת על גופו של הנשבע; ומכיון שהוא משועבד כבר לקיבוץ - לא יכול היה להישבע בניגוד למחויבותו זאת, ודינו כלווה שנשבע שלא יפרע את חובו לבעל חובו, שאין שבועתו חלה[98]. וכן נאמר בגמרא[99] שאין עבד יכול לנדור דבר שיש בו לרעת רבו. אולם שם משמע שרק עבד כנעני לא יכול לנדור. אך עבד עברי, או פועל, יכולים לנדור, וצ"ע.

92. גיטין (מ' ע"ב) ועוד. לרש"י רק קדושת הגוף מפקיעה מידי שיעבוד, ולר"ת גם קדושת דמים מפקיעה, וכן היא שיטת הרמב"ם (ערכין פ"ז ה"ד, כפי שהוכיח בקצה"ח סי' ק"ז ס"ק א'). מאידך מצינו שבכמה דברים האלימו רבנן את כוחו של המשעבד שלא יוכל המשועבד להפקיע את זכותו ע"י הקדש (עיין גיטין שם ובתוד"ה הקדש).
93. נדרים (ז' ע"א), כיון דאיתקש לקרבנות דכתיב "בפיך". ועיין רי"ף (ב"ק דף י"ח ע"ב).
94. שו"ע (חו"מ סי' צ"ה סעי' א'), קצוה"ח (סי' קצ"ט ס"ק ג'); משנ"ב (סי' ש"ו ס"ק כ"ז) שלא כהרמ"א (חו"מ סי' קצ"ט סעי' ד' בהג"ה). ועי' ערוה"ש (סעי' ט') שביאר את דברי הרמ"א.
95. מסקנת הסוגיא בכתובות (נ"ט ע"ב). ועיין ר"ן (נדרים פ"ו ע"ב ד"ה ועוד), שגם מסקנת הסוגיא בנדרים שם עולה בקנה אחד עם הסוגיא בכתובות.
96. תוס' (כתובות נ"ט ע"ב ד"ה קונמות).
97. עי' פי' הרא"ש (נדרים ח' ע"א ד"ה נדר גדול נדר); שו"ע (יו"ד סי' ר"ג סעי' ב'). ועי"ש בביאור הגר"א (ס"ק ז') ובברכ"י (ס"ק ב').
98. שו"ע (חו"מ סי' ע"ג סעי' ה'). ועיין בה"ט (אה"ע סי' ע' ס"ק א'). אך יש להסתפק שמא חבר קיבוץ שונה מבעל חוב, משום שהרשות בידו לעזוב את הקיבוץ כל אימת שירצה. וצ"ע.
99. נזיר (ס"ב ע"ב).

טו. ראשית הגז בקיבוץ

לאחר שהגענו למסקנה מסוימת ביחס לבעיה העקרונית על מעמדו המשפטי של הקיבוץ בהלכה, נפתחה בפנינו הדרך לדיון בשאלות מעשיות אחרות המתעוררות עקב חיי השיתוף הקיבוציים. אחת מהן תהיה שאלת ראשית הגז.

מאחר שהסקנו שאין אנו מכירים בקיבוץ כאישיות משפטית עצמאית, אין מקום לפטור אותו ממצוות בנתינה של ראשית הגז מסיבה זו (בטענה שאין הצאן שייך ליהודי בר מצוות, אלא לגוף משפטי מלאכותי הפטור ממצוות). אולם עלינו לדון, מה דינה של שותפות במצוה זו?

שנינו בברייתא (חולין קל"ה ע"א): בהמת השותפין חייבת בראשית הגז, ור' אלעאי פוטר. והגמרא מסבירה את מחלוקתם כך: ר' אלעאי מדייק מן המלה "צאנך" שרק יחיד חייב ולא שותפים, וחכמים סוברים שמלה זו באה למעט רק עכו"ם ולא שותפים.

הרמב"ם[100] פוסק ששותפין חייבים בראשית הגז, אולם בתנאי שיהיה לכל אחד כשיעור חמישה צאן. (לדוגמא, בקיבוץ המונה 100 חברים, חייב העדר למנות לפחות 500 ראש כדי להתחייב בראשית הגז). לכאורה פוסק הרמב"ם כחכמים, ששותפים חייבים בראשית הגז. אולם קשה, מנין לקח הרמב"ם את התנאי, שלכל שותף יהיה שיעור של חמישה צאן?

ה"כסף משנה" מתרץ שהרמב"ם למד זאת מהפרשת חלה; שם הדין הוא ששותפות גוי בעיסה פוטרת את כל העיסה מחלה, אך אם יש לכל אחד מהשותפין חלק בעיסה כשיעור חלה - העיסה חייבת בחלה[101].

תירוץ זה מוקשה: אין דמיון כלל בין ההלכה בחלה להלכה בראשית הגז. בחלה, כשהשותפים כולם **ישראליים**, העיסה חייבת בחלה אפילו כשאין לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חלה, ואילו בראשית הגז, גם כשכל השותפים ישראליים מצריך הרמב"ם שיהיה לכל אחד מהם כשיעור של חמישה צאן! ועוד, מדוע לא הביא הרמב"ם כלל את הדין של שותפות עכו"ם, והרי לפי פירוש הגמרא פטור שותפות עכו"ם לחכמים הוא תוצאה הכרחית של דעתם בחיוב שותפות ישראליים?

שנים מן האחרונים כוונו לתירוץ אחד: ה"מנחת חינוך"[102] וה"אור שמח"[103]. ושניהם כתבו שהרמב"ם פוסק בעצם כר' אלעאי, ששותפות פטורה ממצוות ראשית הגז. אלא שהרמב"ם למד מחלה, שבמקום ששותפות פוטרת, התנאי הוא שאין לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חיוב, אך כשיש לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חיוב אין השותפות פוטרת. ולכן יפה דימה הרמב"ם שותפים ישראליים בראשית הגז לשותפים נוכריים בחלה.

בכך גם מתורצת השאלה מדוע לא הזכיר הרמב"ם את הדין בשותפות עכו"ם בראשית הגז. שהרי ממה נפשך, כשאין לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חיוב - גם שותפין ישראליים פטורים, וכשיש לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חיוב - גם שותפות גוי תהיה חייבת, כחלה.

ויש נפקא מינה גדולה להלכה בין תירוצו של הכס"מ לתירוצם של המנ"ח והאו"ש. לראשון, שותפות ישראליים חייבת רק כשיש לכל אחד מהם חלק כשיעור חיוב, ואילו שותפות גוי פטורה אפילו במקרה זה. והוא הדין לשותפות כהן, שהרי גם כהן פטור מראשית הגז כגוי (להבדיל!)[104]; וכל שותפות שיש בה כהן תהיה פטורה ממצוה זו בכל כמות שהיא. מה שאין כן לאחרונים, שותפות גוי וכהן פוטרת רק כשאין לכל אחד מהשותפין חלק כשיעור חיוב, אולם כשיש לכל אחד מהם חלק כזה, גם אם בין השותפין נמצא גוי או כהן, יהיו השותפים חייבים במצוה זו.

100. הל' ביכורים (פ"י ה"ד).
101. רמב"ם (הל' ביכורים פ"ו ה"ט).
102. מצוה תק"ח (ס"ק א').
103. הל' ביכורים (פ"י ה"א).
104. עיין מנ"ח (שם).

מכיון שקיבוץ בדרך כלל מכיל כהן בין חבריו, תהיה מצוות ראשית הגז תלויה במחלוקת: לדעת הכס"מ, גם בעדר גדול - הקיבוץ ייפטר, ואילו לדעת המנ"ח והאו"ש - יתחייב. (אגב, מסתבר שבחישוב ראשי הצאן לכל חבר בקיבוץ אין להביא בחשבון את החברות הנשואות, שכן "מה שקנתה אשה קנה בעלה", וכל זוג נשוי מהווה איפוא יחידה אחת)[105].

רבים מהאחרונים מפרשים כדעת הכס"מ, הלא הם: הרדב"ז[106], הגר"א[107], ערוך השולחן[108] והחזון איש[109]. ואף שהוכחנו שדעתם של המנ"ח והאו"ש מסתברת, מהשמטת הרמב"ם את דין שותפות העכו"ם, מכל מקום קשה להכריע להלכה כדעתם, בניגוד לדעת רוב האחרונים, הפוטרים שותפות כהן מכל וכל. ומאחר שבלאו הכי דעת הפוסקים שאין מברכים על מצוה זו[110] - אין שום מניעה לקיים את המצוה מספק ללא ברכה.

טז. אבילות בקיבוץ

בשולחן ערוך (יו"ד סי' ש"פ סעי' כ"א) נפסק להלכה ששני שותפים שאירע אבל לאחד מהם, שניהם נועלים את חנותם, כדי שלא יעשה השותף מלאכה בפרהסיא. לפי הלכה זו במקרה שחבר או חברה בקיבוץ אבלים, יאסר כל הקיבוץ במלאכה (חוץ מדבר האבד)[111]. וכיצד נמצא את ידינו ורגלינו בקיומו של המשק בקיבוץ?

אמנם אם היינו מגדירים את הקיבוץ לא כשותפות רגילה אלא כאישיות משפטית עצמאית, לא היתה חובה כזאת קיימת על כל הקיבוץ, שכן אין האבל שותף ליתר חברי הקיבוץ באותו רכוש, אלא הרכוש הוא רכוש הקיבוץ כולו, כמוסד בפני עצמו. אך לאחר שהסקנו לעיל (אות י"א), שעלינו לדון את הקיבוץ כשותפות רגילה, ננעל בפנינו פתח היתר זה.

נימוקה של הלכה זו הוא **מראית העין**, שאם חנותם של השותפין תישאר פתוחה כשאחד מהם אבל, ייראה הדבר כאילו עסקו של האבל ממשיך לפעול גם בתקופת אבילותו, ולהכניס לו רווחים. ראיה לסברה זו יש להביא מהגמרא[112] האומרת שאם אחד מהשותפין שהוא אבל הינו אדם חשוב, יש להחמיר ושותפו אסור לו לעסוק במלאכה אפילו בצנעה[113]. וכן משמע מדברי הפוסקים, שפסקו במקרה של חלוקת שותפות או פירוקה, שרק אם הדבר מפורסם בציבור מותר לשותפין לשעבר לעסוק במלאכתם[114], ואם אין הדבר ידוע בציבור - אסור, משום מראית העין[115].

ולפיכך נראה שקיבוץ שונה משותפות של שנים בחנות. בחנות, העסק נקרא על שם שני השותפין. ומכיון ששמו של כל אחד מהם נקרא על העסק, אסור לעסק זה לפעול בתקופת אבילותו

105. אלא אם כן נניח שהתקנון הקיבוצי מפקיע את התחייבותו של הבעל לאשתו הנשואה. ועיין להלן (אות כ') על הכתובה בקיבוץ.
106. לרמב"ם ביכורים (פ"י ה"ד).
107. ביאור הגר"א (יו"ד סי' של"ג ס"ק י"ד), אך נשאר בתמיהה על הכס"מ.
108. יו"ד סי' של"ג (סעי'ו')
109. יו"ד (סי' ר"ד ס"ק ב').
110. עיין פאת השולחן (סי' ג' ס"ק ל"ט), וכן הכריע הגרי"מ טוקצ'ינסקי (ספר "ארץ ישראל" עמ' קנ"ו סעי' י"ג, עמ' קנ"ז סעי' ו'). אלא שאם נגדיר מצוה זו כפירעון חוב לכהן בלבד, ולכן אין מברכים עליה, יש מקום לפטור גם מעצם הנתינה, שהרי ספיקא דממונא לקולא. ועיין מנ"ח (מצוה תק"ח ס"ק א'), שהוכיח מכוי שגם ספק חייב בראשית הגז אע"פ שהוא חיוב ממון גרידא. ואולי יש ריבוי מיוחד לרבות ספק בראשית הגז כמו שמצינו לענין זרוע, לחיים וקיבה (חולין קל"ב ע"א) ולענין ספק לקט (שם קל"ד ע"א). וצ"ע.
111. עי"ש (סעי' ה'). מיהו דעתו של ערוך השלחן (סעי' כ"ז) היא שגם בדבר האבד יש לאסור בנידון דידן.
112. מועד קטן (י"א ע"ב).
113. כך תירץ הראב"ד (מובא בראש מור"ק פ"ב סי' ה') את הסתירה בין הבבלי (שם) והירושלמי (פ"ג ה"ה), וכך נקטו להלכה רוב הפוסקים. (עי' שו"ע יו"ד סי' ש"פ סעי' כ"א).
114. תשובת "שב יעקב" (יו"ד סי' ס"ג, מובא בגליון מהרש"א סי' ש"פ סעי' כ"א ד"ה שני).
115. תשובות ראנ"ח (ח"ב סי' צ"ג, מובא בפת"ש ס"ק ו').

משום מראית העין, כאמור. אך בקיבוץ אין הרכוש נקרא על שמו של חבר או חברים **מסוימים**, ואע"פ שמבחינה הלכתית הרכוש שייך לכל החברים - אין הוא נקרא על שמם של החברים באופן פרטי אלא על שם החברה כולה. ומכיון שלפי המוסכם בציבור ובחיי הכלכלה, אין מייחסים את רכוש הקבוצה לחבריה הפרטיים, אין כאן כלל מראית העין, ולכן מותר ליתר חברי הקיבוץ לעסוק במלאכתם. ועוד נראה שדבר אבד כה חמור, שכל הקיבוץ חייב לשבות בגלל אבילות של כל אחד ואחד, הוא דבר שאינו מאפשר לקיבוץ להתקיים. ולכן גם ערוך השולחן[116], האוסר דבר האבד בפרהסיא, יודה במקרה זה.

יז. סעודת הבראה בקיבוץ

הסעודה הראשונה של האבל אחרי הלוויה נקראת בשם סעודת הבראה, ואסור לאבל לאוכלה משלו, אלא משל אחרים. מה דינו של אבל בקיבוץ? הרי אם יאכל מהמזון המובא מחדר האוכל המשותף - הרי יש לו חלק בו, ומשלו הוא אוכל! (אא"כ נקבל את ההגדרה הקובעת שהקיבוץ הוא מהות עצמאית המנותקת מחבריו, אך כבר ביררנו שאין ההלכה מכירה כנראה במושג זה).

הרא"ש (מו"ק פ"ג סי' פ"ד) פוסק שאשה אינה יכולה לאכול סעודת הבראה משל בעלה. מכיון שבעלה חייב במזונותיה, וכן משום שאוכלת עמו תדיר, לא ניכר הדבר שאוכלת משל אחרים. והוא הדין לשכיר האוכל אצל בעה"ב כתנאי מוסכם ביניהם. ולפי זה שותפים שהתנו זה עם זה שיאכילו איש את רעהו - אינם יכולים להאכיל זה את זה בשעת אבלם. וכן קיבוץ אינו יכול להאכיל את חבריו האבלים בסעודת הבראה, ועל קיבוץ סמוך לעשות זאת.

פסק זה של הרא"ש מוסבר יותר לדעת האור-זרוע[117] והלבוש[118], המנמקים תקנה זו בכך שע"י שמראים לאבל שדואגים לו ומאכילים אותו - מנחמים אותו. ולפי זה מובן מדוע אין אפשרות להאכיל ע"י אדם שחייב להאכיל את האבל בלאו הכי, כגון בעל את אשתו ושותף שהתחייב לזון את שותפו.

ואע"פ שרבנו ירוחם[119] כתב בטעם סעודת הבראה, שהוא משום שהאבל טרוד בצערו ואינו מסוגל לאכול משלו, ולכן תיקנו שאחרים יאכילוהו - ולפי זה שותפים יכולים להאכיל זה את זה בסעודת הבראה - יש לומר שהתקנה היתה **כללית**, שאבלים לא יאכלו משלהם כלל. ואפילו כשהמאכיל לא טרוד באבל, אם הוא חייב להאכיל את האבל מצד הדין, גם אלמלא האבלות, כגון בעל את אשתו ומעביד את שכירו, אין הוא יכול להאכילו בשעת אבלו.

אולם יש לומר שאם יש לחברי הקיבוץ מזון אישי בחדרם, יכולים הם להאכיל ממנו את האבל, כי מזון זה הוא רכושו הפרטי של אותו חבר ואין הוא חייב להאכיל ממנו חבר אחר מצד הדין, לכן ראוי הוא אותו מזון לשמש כסעודת הבראה לאבל. ואע"פ שאם ירצה המחזיק במזון פרטי למכור מזון זה לאנשים זרים - לא יראו זאת חבריו בעין יפה, יש לומר שאין כאן עיכוב משפטי, אלא עיכוב מוסרי בלבד, אך מעיקר הדין מזון זה שלו הוא[120].

לסיכום: אין להאכיל חבר קיבוץ אבל בסעודת הבראה ממזון הלקוח מחדר האוכל, או מרכוש אחר של הקיבוץ, אלא ממזון פרטי הנמצא **בחדרי החברים**. (ומאחר שמנהג הוא להאכיל בסעודת הבראה ביצים מגולגלות, מצרך שבדרך כלל אינו רכוש פרטי בקיבוץ, יש צורך שהקיבוץ יקנה את הביצים לחבר המאכיל את

116. סי' ש"פ (סעי' כ"ח).
117. הל' אבילות (ח"ב סי' ת"ל).
118. יו"ד סי' שמ"ח (סעי' א').
119. נתיב כ"ח (חלק ב', מובא בב"י יו"ד סי' שע"ח ד"ה כתב רבינו ירוחם) בשם הרא"ש.
120. ועי' מאמרו של הרב נ. בר אילן "בעלות על תקציב אישי" ("הקיבוץ בהלכה" עמ' 273-274). אך יש להעיר שכל ההנחות המונחות ביסודו של דין זה נכונות לזמן כתיבת המאמר. (עיין לעיל הע' 1).

האבל, כדי שהוא יאכילם משלו. ומן הראוי שהחבר יבשל אותן בחדרו ולא יקבלן מבושלות, כי ע"י הבישול יש כאן "אומן הקונה בשבח כלי". וכל זאת בתנאי שאין הדבר נעשה בזמן ובמסגרת עבודתו הקבועה של אותו חבר בקיבוץ)[121].

יח. חובת התוכחה בקיבוץ

השאלה העקרונית בדבר מהותה של השותפות הקיבוצית באה לידי ביטוי גם בחובת התוכחה בקיבוץ.

נמחיש זאת במעשה שאירע.

באחד הקיבוצים החליטה אסיפת החברים ברוב קולות שהבריכה תהיה נפרדת לגברים ולנשים. המיעוט לא קיבל את הכרעת הרוב, וטען שמייסדי הקיבוץ באו אליו כדי לחיות בו לפי הנורמה שהיתה מקובלת בשעתו בקיבוצים רבים, שלא היו אז חדורים בתודעת הצניעות עד כדי הפרדת המינים בבריכה. הרוב שהחליט על ההפרדה השתנה בדעותיו, לדעת המיעוט, ברבות הימים, ולדעתו יש בכך "סטיה" מהנורמה שהיתה מקובלת עם ייסוד הקיבוץ, ואי לכך אין היא יכולה לחייב את כל החברים.

נוצר עימות חברתי חריף בין חברי הקיבוץ שאיים להחריב חלילה את הקיבוץ. השאלה היתה, האם רשאי הרוב להסכים לכך שהמיעוט ישתמש בבריכה במעורב, או שמא אין הרוב רשאי להסכים לכך משום "לפני עיוור לא תתן מכשול"? (לצורך דיוננו כאן העוסק בבעיות הקיבוץ לא נוכל לדון בחומרת האיסור של הרחצה המשותפת של שני המינים, ואת השלכותיה המסוכנות בעיקר על הדור הצעיר)[122].

אם היינו מגדירים את השותפות הקיבוצית כאישיות משפטית עצמאית, היתה הבריכה שייכת לגוף החוקי האמור, והמוסדות המייצגים את הרוב היו מנועים מלהסכים לאפשר למיעוט להשתמש ברכוש הקיבוץ בכדי לעבור עבירה משום "לפני עיוור לא תתן מכשול" מדאורייתא, כאדם המושיט כוס יין לנזיר כששניהם נמצאים משני עברי הנהר[123].

אך אם נגדיר את הקיבוץ כשותפות רגילה, בה כל חבר נחשב לבעלים אישיים על חלקו, יש מקום לראות את המיעוט כבעלים על חלקו בבריכה. וסמכותו של הרוב למנוע מהמיעוט את השימוש האסור בבריכה אינה שוללת את הבעלות הממונית של המיעוט על הבריכה, אלא מונעת ממנו לעבור על איסור, מדין "הוכח תוכח את עמיתך"[124].

121. בשו"ע חו"מ (סי' ש"ו סעי' ב', סי' של"ט סעי' ו') נפסקה ההלכה כשיטת הרי"ף והרמב"ם שאין אומן קונה בשבח כלי. אך באה"ע (סי' כ"ח סעי' ט"ו) וביו"ד (סי' ק"כ סעי' י') הובאה גם דעת הרא"ש שאומן קונה בשבח כלי. וייתכן לומר שלא הובאה דעת הרא"ש אלא לחומרא לענין קידושין וטבילת כלים; אך בסעודת הבראה, שאינה אלא מדרבנן, יש מקום אולי לומר שספיקא דרבנן לקולא, ואפשר לסמוך על הרא"ש בעניינו. אולם גם בלאו הכי יש לומר שגם למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, לענין סעודת הבראה דיינו בעצם הטירחה שמישהו אחר טרח באוכל והכינו לצורך האבל, אע"פ שאינו קניינו של המאכיל; והדבר עולה לשני ההסברים לסעודת הבראה, של האו"ז ושל רבנו ירוחם. ועיין קצוה"ח (סי' ש"ו ס"ק ד'), שכתב שאין האומן קונה את כל הכלי ע"י שבחו. ועוד יש להעיר שמכיון שהמאכיל אף הוא חבר קיבוץ, אינו קונה את השבח לעצמו.

122. עיין במקורות שהביא הרב שמואל כ"ץ בספרו "קדושים תהיו" (פרק ה', ובנספחים שבסוף הספר).

123. ע"ז (ו' ע"ב), ועיין שו"ע (או"ח סי' קס"ג סעי' ב' בהג"ה), שם נאמר שאסור להאכיל למי שלא נטל ידיו, משום "לפני עיוור", ובמג"א (ס"ק ב') כתב שהדברים אמורים דווקא כשנותן לו משלו, אבל אם הפרוסה שייכת לאוכל, אלא שהוא מושיט אותה לו - שרי, דהא אם לא היה מושיט לו נוטלו ממילא, אא"כ קאי בתרי עברי דנהרא. ובפמ"ג (א"א שם) הביא את דברי הרמב"ם (הל' מעשר פ"י ה"ג): "רופא שהיה מאכיל לחולה עם הארץ מפירות (דמאי) של עם הארץ - נותן לתוך ידו, אבל לא לתוך פיו; ואם היה הדמאי של רופא - אפילו לתוך ידו לא יתן. וכן אם ידע שהוא טבל ודאי, אפילו לתוך ידו אסור". וצ"ע אם גם בנד"ד הבעלות הממונית של הרוב היא הגורמת לכך שיש כאן איסור לפנ"ע מדאורייתא כדין תרי עברי נהרא, שהרי גם בלא לקבל את רשות הרוב יכול המיעוט להשתמש בבריכה כרצונו; וכן להיפך, אפילו אם נאמר שלכל אחד מחברי הקיבוץ יש בעלות ממונית על חלקו בבריכה - מאחר שכל סדרי החיים בקיבוץ צריכים להתנהל עפ"י המוסדות ורוב החברים, הסכמת הרוב לאפשר למיעוט לעבור עבירה יש בה אולי משום לפני עיוור דאורייתא כדין תרי עברי נהרא.

124. התוס' (שבת ג' ע"א ד"ה בבא) והרא"ש (פרק א' סי' א') כתבו ש"אפרושי מאיסורא" אינו אלא מדרבנן; אך המהר"ץ

מצוה זו אינה חלה במקום בו יש חשש אלימות[125] או נזק כלכלי כבד[126]. וייתכן שהחשש להתפוררות הקיבוץ, או אפילו לעזיבת חלק ניכר של חברים, דיין כדי לפטור את הרוב ממצוות תוכחה. יתכן גם שאם הרוב לא יתן את הסכמתו המפורשת לאיסור אלא יעלים עין מהתנהגותו של המיעוט, אשר ישתמש בבריכה מחוץ לשעות המקובלות וללא אחריותו של הקיבוץ, לא יהיה בכך משום "לפני עיוור" אלא ביטול מצות תוכחה בלבד, ויחולו אז גדרי מצוות תוכחה על כל פרטיהם האמורים.

אלא שמסתבר שגדרי תוכחה בקיבוץ שונים מגדרי תוכחה בכל חברה אחרת. מצוות תוכחה, יסודה בערבות הישראלית ההדדית שכל ישראל ערבין זה בזה[127]. ערבות זו חמורה יותר בקיבוץ, שכל חבריו הצטרפו אליו לשם יצירה חברתית ערכית, מאשר בחברה פתוחה, שהערבות ההדדית בין חבריה נובעת מהערבות הכללית הסתמית בלבד. מה גם שבחברה מגובשת וסגורה כמו זו הקיבוצית, ההשפעה השלילית של תופעה אסורה מזיקה פי כמה מאשר בחברה פתוחה. ואם כן חובת התוכחה צריכה להיות גדולה יותר. ואע"פ שלא מצינו חובת תוכחה מפורשת לחברה הקיבוצית, שהיא תופעה צעירה, רמז לדבר שאדם שחש אחריות מיוחדת כלפי חבירו חייב להוכיחו יותר מאחרים, מצאנו אצל מנהיגי ישראל המדיניים[128] והרוחניים[129], וכן באחריות המיוחדת שבין איש לאשתו[130].

חיות (שם ד"ה תוס') הביא מסהמ"צ להרמב"ם (עשין, מצוה ר"ה), שיש כאן חיוב תוכחה מדאורייתא. ועיין מש"כ בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("עמוד הימיני" עמ' פ"ח).

על עצם הנחתנו שהחלטת הרוב אינה שוללת את הבעלות הממונית של המיעוט, יש להעיר מהתוס' (ב"ק כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל) שהמיעוט נחשב כמי שאינו. מיהו יש לומר שלא אמרו כן אלא בב"ד, ואע"פ שהכרעה דמוקרטית ע"י הרוב הוקשתה לבי"ד (הגהת הרמ"א, חו"מ סי' ב' סעי' א', ומקורו במרדכי פרק י' סי' קע"ו, קע"ט, ב"ב פרק א' סי' ת"פ, תפ"א; לעיל סי' ב' אות א'-ג') - ממון אינו בטל ברוב (ביצה ל"ח ע"ב). ובמקרה הפוך, בו הרוב בקיבוץ מחליט, חלילה, שהבריכה תהיה מעורבת, פסק הרב א. בר-שאול שיש כאן גזילה ממש, של המיעוט שאינו יכול להשתמש אף הוא בבריכה ("קדושים תהיו" לרב שמואל כ"ץ, עמ' 234), וכנראה אף הוא סבר שהבעלות הממונית שייכת לכל אחד ואחד מחברי הקיבוץ. וגם בב"ד אין המיעוט מבטל את דעתו, אלא עליו לקבל את הכרעת הרוב בפועל.

125. ערכין (ט"ז ע"ב): "רב אמר עד הכאה". וכן פסק הרמב"ם (הל' דעות פ"ו ה"ז). אך ההגה"מ (שם אות ה') הביא בשם הסמ"ג שפסק כר' יוחנן, שאמר עד כדי נזיפה. ועיין שו"ע (או"ח סי' תר"ח סעי' ב' ובשעה"צ ס"ק י"ג).

126. רמ"א (או"ח סי' תרנ"ו בהג"ה), וכתב שהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש אפילו במצוה עוברת. וייתכן שמצוות מחאה קלה יותר, שהרי אפילו נזיפה פוטרתו לר' יוחנן. (מיהו יש לדחות שר"י לא פטרו אלא משום שאחרי נזיפה אין עוד תועלת במחאתו). ועיין רמב"ן (על התורה, ויקרא י"ט י"ז) בהקשר הפסוקים "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא", שכתב: שיהיה עליך אשם כאשר יחטא ולא הוכחת אותו, ולזה יטה לשון אונקלוס (שם). ובפת"ש (יו"ד סי' קנ"ז ס"ק ה') כתב בשם "תיבת גומא" שמכיון שמצוות תוכחה היא מטעם ערבות, אין דינה כמצוות עשה רגילה אלא כדין העבירה שעליה באה המחאה, כי הערבות עושה את המיחה כאילו עובר את העבירה בעצמו, ואם היא לאו, חייב לבזבז עליה את כל ממונו.

ועיין שו"ע (יו"ד סי' של"ד סעי' מ"ח), שלדעת המחבר חייבים להיכנס לספק עונש כדי לקיים את מצוות מחאה; ולדעת הרמ"א (הג"ה שם) אין אדם חייב להוציא ממונו על זה, וכנראה סובר שמחאה אינה מטעם ערבות (ועיין ביאור הגר"א יו"ד סי' קנ"ז ס"ק ה'), והרמ"א העיד שכן גם המנהג.

127. גם לדעת הרמ"א (שהבאנו בהערה הקודמת) - הסובר שאין חובה להוציא הוצאות כספיות על מצוות תוכחה, משום שאין הערבות הופכת את המוכיח למי שעובר את העבירה במו ידיו - נראה שגם הוא יודה שהערבות מחייבת לפחות את מצוות המחאה, וככל שהערבות גדולה יותר, כך גם חובת המחאה חמורה יותר. ואכן נאמר שהמסגרת הקיבוצית ההדוקה מחייבת גם ערבות הדדית רבה יותר בקיום המצוות, יתכן שגם הרמ"א יצדיק הפסד כספי לשם קיום מצוות תוכחה.

128. עיין רמב"ן (על התורה דברים כ"ז כ"ו) על הפסוק "ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת". ועיין מאמרו של הרב ש. אבינר (בספר "הקיבוץ בהלכה" עמ' 65) שלקיבוץ יש מעמד מיוחד, משום שעבירה הנעשית באופן רשמי ע"י הציבור חמורה יותר מעבירתו של יחיד. ועי"ש שהביא את דברי הירושלמי (סוטה פ"ז ה"ד): "היה סיפק בידו להחזיק ולא החזיק, הרי זה בכלל ארור", וכן בבבלי (שבת נ"ד ע"ב) כל מי שאפשר למחות לאנשי ביתו ולא מיחה, נתפס על אנשי ביתו.

מאידך גיסא יש לומר שדווקא הדימוי של החברה הקיבוצית לאיש ואשתו מפנה היבט חדש לבעייתנו. ניקח לדוגמא זוג שהכיר זה את זו בחברה בה היה מקובל על שניהם לרחוץ במעורב, או שהאשה אינה נוהגת לכסות את ראשה. ברבות הימים עמד הבעל על משמעותם ההלכתית של דיני הצניעות, הפסיק לרחוץ במעורב והחל לדרוש מאשתו שתקפיד אף היא על הלכות אלו. מעיקר הדין רשאי האיש להוציא את אשתו שאינה מקפידה על הלכות הצניעות ללא כתובה[131]. האם גם בנידון דידן, בו נשא האיש את אשתו אדעתא שאינה מקפדת על הלכות אלו, חייב האיש או רשאי להוציא את אשתו ללא כתובה? התשובה היא, שאינו יכול להפסידה כתובה[132]. אף בקיבוץ יש לומר, שיש לשקול היטב את התנאים החברתיים והרוחניים, ואם יש סיכוי שע"י הנהגה רוחנית מתאימה וחינוך תורני לדור הצעיר ישתנה המצב בעתיד - יש אולי מקום להצדיק ירידה לצורך עליה. אולם אם אין סיכוי כזה - אין מנוס מהחלטות אחרות.

יט. האכלת תרומה לבהמות בקיבוץ

האם מותר להאכיל את הבהמות בקיבוץ בפירות תרומה?

שנינו בסוף מסכת תרומות (פ"א מ"י):

מדליקין שמן שריפה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ובמבואות האפלים ועל גבי החולים, ברשות כהן.

לדעת הר"ש והרמב"ם[133] אין צורך שהכהן ייהנה אישית מהתרומה, אלא די בהסכמתו לכך שאחרים ייהנו מהתרומה כדי להתיר את השימוש בתרומה לזרים. ובמצוה דרבים, כגון בית הכנסת, בית מדרש ומבואות אפלים, אין צורך אפילו בהסכמתו המפורשת של הכהן, משום "דניחא ליה לאיניש דליעביד מצוה בממוניה"[134]. ואולי סוברים הרמב"ם והר"ש שהנאת כילוי מתרומה טמאה אינה אסורה מהתורה, אלא מדרבנן, ולכן התירו להשתמש בתרומה לצורך מצוה דרבים[135].

אך לדעת הרא"ש, ההיתר להשתמש בתרומה לזרים הוא רק כשהכהן נהנה אישית מהתרומה, ולכן מותר להדליק שמן שריפה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ובמבואות אפלים משום ש"נר לאחד

129. הגה"מ (הל' דעות פ"ו ה"ז) בשם התנחומא (פרשת תזריע): היה להם להתבזות על קידוש שמך ולקבל על עצמן הכאות מישראל כשם שהיו הנביאים סובלין, שהרי ירמיה וישעיה כמה צרות סבלו מישראל, כדכתיב: "גֵּווי נתתי למכים".

130. שבת (ל"ב ע"ב): "בעוון נדרים (של הבעל) מתה אשתו של אדם". ועיין הגהות אשר"י (ב"ק פ"ח סי' ט' ד"ה ועבד) שכתב שאשה שחבלה, בעלה מכה אותה מכת מרדות שלא תהא רגילה לעשות כן. ולפי"ז גם האמור בב"ק (כ"ח ע"א) בעבד שכלו לו שָׁניו, הוא דין מיוחד בעבד. ועי' יש"ש (ב"ק פ"ח סי' כ"ז). ואם נגדיר את השותפות הקיבוצית כהשתעבדות זה לזה מדין עבדות, האחריות ההדדית מחייבת כדין אדון לעבדו ובעל לאשתו. מיהו לפי מש"כ הישי"ש (ב"ק פ"ג סי' ט') אין זה דין מיוחד בעבדו או באשתו, אלא בכל בר ישראל, אלא שעבד ואשה נמצאים תחת ידו. ועכ"פ במה שתחת ידו הוא אחראי יותר.

131. כתובות (ע"ב ע"א), גיטין (צ' ע"א); שו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ד').

132. עיין שו"ת אגרות משה (אה"ע סי' ק"ד), שכתב לגבי חיוב גירושיה, שבימינו אין מגרשין את האשה בעל כָּרחה, וממילא חייב בכתובתה; אלא שגם בלא"ה חייב בכתובתה, דידע ונתרצה. ונראה לומר, שגם לפני חדר"ג לא חייב לגרשה בנד"ד אא"כ מכשילתו. וצ"ע אם נד"ד דומה להכשלת האיש ע"י האשה. אע"פ שאין ספק שבריכה מעורבת מכשלה היא גדולה בקיבוץ, ובפרט לחינוך הדור הצעיר; אולם אין זו מכשלה ישירה כאשה המאכילה את בעלה דבר איסור או שאינה טובלת. וצ"ע. ועיין שו"ת חתם סופר (יו"ד סי' קמ"ט) שכתב שבעל שנעשה ת"ח אחרי הנישואין וקיבל על עצמו חומרות בהלכות אישות שלא נהג בהן בראשית ימי נישואין, שאין אשתו יכולה לעכב עליו. שעל דעת כן נישאה לו, שילמד תורה. ואולי בימינו המציאות שונה, ואשה הנישאת לבעל אינה מעוניינת בהכרח שילמד תורה, וצ"ע.

133. למשנה תרומות שם.

134. מלאכת שלמה (שם) בשם הרש"ס. ולהסבר זה צ"ל שהדלקת נר חנוכה, המותרת אף היא בשמן שריפה, נחשבת למצוה דרבים משום פרסומי ניסא, וייתכן שתהיה אסורה למדליקים בפנים.

135. עיין ר"ש (שם משנה ט'); משל"מ (הל' תרומות פ"ב ה"ד).

- נר למאה", וסביר להניח שגם הכהן ייהנה אישית מהנר הדולק. ועל גבי החולים מותר רק ברשות הכהן, דהיינו כשהוא נוכח שם, שאז גם הוא יוכל ליהנות מהנר.

ושאלתנו תהיה תלויה איפוא במחלוקת שבין הרמב"ם והרא"ש. לשיטת הרמב"ם די בהסכמת הכהנים חברי הקיבוץ כדי להתיר את האכלת התרומה לבהמות של הקיבוץ. אך לשיטת הרא"ש לא די בהסכמה, אלא יש צורך שהכהן ייהנה אישית מהתרומה. ואין לומר גם בהאכלת בהמות "נר לאחד - נר למאה", כי בכל בהמה ובהמה יש חלק לכהן ויתר החלקים שייכים לישראלים, ונמצא איפוא שחלק מהתרומה אמנם נאכל ע"י חלקו של הכהן, אך יתר חלקי התרומה נאכלים ע"י חלקיהם של הישראלים. ואין לומר, שמאחר שאי אפשר לחלק את הבהמה, דומה הדבר למה שאמרו בגמרא[136] ש"אי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה", ולכן מותר לשחוט ביר"ט בהמה משותפת לישראל ולגוי. כי שם מעשה השחיטה אחד הוא, ואילו היה הישראל שוחט בהמה שכולה שלו, היה צריך לעשות את אותו מעשה שחיטה. אולם כאן, אילו היה הכהן מאכיל את חלקו בלבד, היה יכול להסתפק בשיעור קטן יותר של התרומה, ונמצא שיתר התרומה משמשת להאכלת בהמות אחרות.

סיבה נוספת להחמיר בענין האכלת תרומה לבהמה שיש בה חלק לישראל היא דעת ר' משה ב"ר אברהם, המובאת בר"ש[137], שבהאכלת בהמת ישראל בתרומה יש איסור נוסף, שנאמר "וכהן כי יקנה נפש קנין כספו", ואף נפש בהמה במשמע; אך בהמת ישראל אינה בכלל "קנין כספו", ואסור להאכילה בתרומה, אפילו כשיש לכהן חלק בה, בגלל חלקו של הישראל. וכן מצינו שעבד של שני שותפים, ישראל וכהן, אינו אוכל בתרומה[138].

אולם יש פוסקים המתירים להאכיל בהמה של שותפים בתרומה, ונימוקם עימם, שעבד יש לו ייחוס עצמי משלו והכרה עצמית משלו; ומשום כך אם אינו עבד כהן בלבד, אינו רשאי לאכול בתרומה. לא כן בהמה, שאין לה לא ייחוס ולא הכרה, אכילתה בתרומה אינה מצד עצמה, אלא בגלל שהכהן נהנה מכך; וכל שהכהן נהנה, הדבר מותר[139].

סיבה נוספת להתיר היא ע"י "ברירה", כלומר, שכל חלק וחלק של הבהמות הנהנות מהתרומה אנו רואים בו כאילו הוברר הדבר למפרע שזהו חלקו של הכהן, ורק הכהן נהנה מהתרומה ולא אחר[140], אלא שנחלקו הפוסקים אם יש ברירה או אין ברירה בתרומה בזה"ז. ואע"פ שבדרבנן יש ברירה, בתרומה יש שהחמירו כאילו היתה מהתורה[141].

136. ביצה (כ"א ע"א).
137. עי' תרומות (פ"א מ"ט).
138. תרומות (פ"א מ"ט); תר"י (יבמות ס"ו ע"ב ד"ה הואיל); רמב"ם (הל' תרומות פ"ז ה"ז).
139. ספר ארץ ישראל (להגר"מ טוקצ'ינסקי, עמ' קמ"ד) עפ"י התוס' (יבמות ס"ו ע"ב ד"ה לא, פסחים ל"ד ע"א ד"ה מחמין), שכתבו שאין בהאכלה לבהמת ישראל אלא איסור הנאה של כילוי, ועפ"י המשנה ראשונה (תרומות פ"א מ"ט) שכתב שבהמה משותפת לישראל ולכהן אוכלת בתרומה, שהרי הכהן נהנה מכילויה.
ועי' "כרם ציון השלם" (הלכות פסוקות תרומות עמ' קצ"ו) שם נאמר שהגרצ"פ פראנק אוסר, ובספר "המעשר והתרומה" (עמ' קט"ז, בבית האוצר) הביא את המנ"ח (מצוה ר"פ) שהוכיח שהרמב"ם אף הוא מפרש כר' משה שאיסור האכלת בהמת ישראל בתרומה הוא משום שאינה נפש כהן, וא"כ גם שותפות אסורה, וכן כתב האו"ש (פ"ט ה"י). ועי' כרם ציון השלם (תרומות עמ' תקי"א).
140. ועיין ביצה (ל"ז ע"ב) שבהמה אסורה אפילו למ"ד יש ברירה, משום דתחומין ינקי אהדדי. ועי"ש בראי"ש (ביצה פ"ה סי' ז'), מחלוקת ראשונים אם הלכה כסברה זו. ועי' בחוברת "הפרשת תרו"מ במערכת הציבורית" (פרק ט"ו סעי' 1-2).
141. משל"מ (הל' תרומות פ"ז ה"ז). ועי' חזו"א (דמאי סי' ט"ז ס"ק י'-י"א) שכתב שבדגן, תירוש ויצהר, שעיקרם מהתורה, אין "ברירה". לעומת זאת חולק מרן הרב קוק זצ"ל על המשל"מ (מבוא ל"שבת הארץ" סי' ט'). ובספר "שמירת שבת כהלכתה" (פרק י"א הע' פ"ט) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל שנוהגים למעשה לסמוך על הפרשה ע"י "ברירה", בפרט בתרי דרבנן. ועי' מה שכתבנו בס' "התורה והארץ" (ח"ב עמ' 141 ואילך).

ואף למקילים יש צורך בהתחשבנות מדויקת; כגון, בקיבוץ המונה 100 חברים ויש 2 כהנים, כדי שיהיה מותר להאכיל את הבהמות בתרומה יש צורך לחשב את אחוז התרומה בתוך החולין המואכלים לבהמות שלא יגיע אלא ל-2% בלבד, כאחוז הכהנים בקיבוץ. אם כי יש מקום לומר שהשקפת הקיבוץ היא שאין מקום להתחשבנות כזאת כלל ועיקר, משום שאין הקיבוץ שותפות כלכלית, אלא מסגרת חברתית-ערכית שבה כל חבר אינו עושה שיקול פרטי אלא שיקול חברתי בלבד, והנאתו האישית צריכה להיות מהנאתה של החברה כולה, גם כשתרומתו לכך היתה מעבר לפרופורציה של חלקו בחברה.

למעשה, נחלקו הפוסקים בדורנו בהיתר האכלת תרומה לבהמת השותפים, אך יש למקילים על מה שיסמוכו, בפרט בצירוף סניפים נוספים, כגון, בגרמא, כשאין מגישים את התרומה ישירות לבהמות, אלא מניחים אותה במקום שהבהמות תאכלנה אותה בעצמן, בתרומת ירק שהיא מדרבנן ובאיזורים שיש ספק בחיוב התרומה בהם, ועל סמך "ברירה" כנ"ל. ויש שנהגו להקנות לכהנים שבקיבוץ את כל הבהמות[142].

כ. הכתובה בקיבוץ

בעיות שונות מתעוררות סביב נושא הכתובה בקיבוץ[143]. הראשונה שבהן היא: מיהו הנושא באחריות לפרעון הכתובה, החבר או הקיבוץ? אחת ממטרות הכתובה היא כדי שלא יקל בעיני הבעל לגרש את אשתו; ואם הקיבוץ יפרע את הכתובה ולא החבר, יימנע אפקט חשוב זה מהכתובה. יתירה מזאת, עמד על כך חבר קב' סעד, ר' ידידיה כהן ז"ל: מאחר שהקיבוץ נחשב לפחות ערב-קבלן לפרעון הכתובה, אם לא יותר מזה, אסור לחבר קיבוץ להתייחד עם אשתו, כדין אדם שלא כתב לאשתו כתובה[144]. ואם נטיל על החבר עצמו את כל האחריות לפרעון הכתובה, מהיכן יהיה לו לשלם סכום זה? ועל כרחנו ייאלץ הקיבוץ לפרוע את הכתובה, ואם כן מה הועילו חכמים בתקנתם?

הפיתרון הנראה לי הוא שהאחריות על עיקר הכתובה, בשיעור של מאתיים זוז, חייבת להיות מוטלת על החבר, כדי שלא יקל בעיניו לגרשה. באם יתקשה החבר לפרוע את הכתובה בעצמו, יסייע לו הקיבוץ באיזון תקציבו האישי, אולם לא כערב קבלן האחראי לפרוע את החוב למלוה. הנפקא מינה למעשה תהיה, שבכל מקרה, לפחות חלק מפרעון הכתובה יהיה על חשבונו האישי של החבר, ואם יש לו רכוש פרטי (כגון ירושה, פיצויים וכדו' אשר לפי התקנון הקיים בהרבה קיבוצים עומד רכוש זה לזכותו של החבר במקרה של עזיבה) ישולם מלוא הסכום מחשבונו הפרטי.

הצעה זו טעונה אישור תקנוני ע"י הקיבוצים.

בעיה אחרת היא סכום ההתחייבות בכתובה. כאמור, גם לפי הצעתי, תוספת הכתובה עדיין תהיה באחריותו של הקיבוץ. לא יתכן איפוא שחבר יחתום על תוספת גבוהה ויחייב את הקיבוץ בפירעונה. מסתבר שהתחייבותו של החבר מחייבת את מוסדות הקיבוץ רק בסכום סביר, המקובל על חברי אותו קיבוץ, וכל התחייבות מעבר לסכום זה אינה מחייבת את הקיבוץ. הדבר דומה לאמור במסכת קידושין[145] שהשולח שליח לקנות עבורו והשליח טעה אפילו בפחות משתות - בטל המקח, משום ש"לתקוני שדרתיך ולא לעוותי".

142. ועי' מאמרנו "אבטיחים של תרומה לבהמות בקיבוץ" (ס' תרומת שמעון", לזכר הרב שמעון בירן הי"ד, עמ' 195-207). ועי' בחוברת "הפרשת תרו"מ במערכת הציבוריות" (פרק י"ג סעי' 4): הערת עורך (ע. א).

143. עי' מאמרו של הרב נ. בר אילן "הכתובה בקיבוץ" (בספר "הקיבוץ בהלכה", עמ' 275-278).

144. שו"ע (אה"ע סי' ס"ו סעי' א' בהגהת הרמ"א). מאמרו של ר' ידידיה כהן ז"ל נדפס ב"עמודים" (ניסן תשל"ז עמ' 242).

145. קידושין (מ"ב ע"ב). בסכום הכתובה שייקבע ע"י התקנון יש להביא בחשבון שבמקרה של גירושין צריכה האשה לעזוב את הקיבוץ, כי אסור לשניהם לדור יחד בחצר אחת (כתובות כ"ח ע"א, שו"ע אה"ע סי' ק"ט סעי' ז'); ומסתבר שקיבוץ נחשב לחצר אחת, בעיקר בגלל חדר האוכל המשותף. אולם דעת מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל היא שיש להתיר. וראה לקמן (אות י"ח).

בעיה אחרת נוגעת לחיוב המזונות שבכתובה, והזכרנוה כבר לעיל בענין חישוב ראשי הצאן לכל חבר בקיבוץ לצורך מצוות ראשית הגז: האם הבעל והאשה נחשבים גם בקיבוץ ליחידה כלכלית אחת, והבעל הוא החייב במזונות אשתו, וממילא היא גם חייבת לו את מעשי ידיה, או שמא אין להתחייבות בכתובה שום משמעות לזוג בקיבוץ? נראים הדברים שאין בכוחה של המסגרת הקיבוצית לסתור את זו המשפחתית, גם מבחינה ממונית, והדבר דומה למצב שהיה מקובל בעבר שבו זוג חי על חשבון הוריו שנים מספר אחרי הנישואין, ובכל זאת ההתחייבות העקרונית של הכתובה לא פקעה ממקומה, וברגע שההורים לא יכלו לעמוד בהתחייבותם חלה התחייבותו של הבעל בכתובה לפרנס את אשתו. וכן מעשה ידיה היו שלו גם כאשר ההורים פרנסו את הזוג[146]. ואף בקיבוץ, אם הקיבוץ משום מה לא יוכל או לא ירצה לפרנס את האשה, תחול כל האחריות למזונותיה על הבעל.

ומעשה שהיה בנכה צה"ל, שהיה חבר קיבוץ, והקיבוץ קיבל עבורו גימלאות ממשרד הביטחון בגלל אי יכולתו לעבוד ולפרנס את משפחתו. לימים עזבה אשתו את הקיבוץ ועברה לגור בנפרד מבעלה במקום אחר. הקיבוץ סירב להעביר לה את חלקה בגימלאות, בטענה שאין היא גרה בקיבוץ ולכן אינו חייב לפרנסה. פסק דין שחייב את הקיבוץ להעביר לאשה את חלקה הסתמך מן הסתם על כך שהבעל הוא שחייב לפרנס את האשה גם אם הוא חבר קיבוץ, אפילו כשהקיבוץ אינו רוצה לפרנס אותה.

כא. הפקדת ממון בקיבוץ

מערכת היחסים הממוניים שבין החבר והקיבוץ טעונה הבהרה. האם יש לראותה כיחסים שבין שני בני אדם זרים, או שמא יש לראותה בהיבט שונה עקב יחסי החברות המיוחדים למסגרת הקיבוצית?

כדוגמא ניקח הפקדה שהפקיד חבר בידי הקיבוץ. עפ"י התקנון, הפקדה זו עומדת לרשותו של החבר אם יעזוב את הקיבוץ בתנאי הצמדה וריבית ידועים. מה דינה של הפקדה זו, האם היא נשמטת בשביעית, וכן האם יש בה משום איסור ריבית מהתורה או מדרבנן?

השאלה היא, האם לראות הפקדה זו ככל הלוואה מסחרית, שהקיבוץ לווה מאנשים וגופים שונים, או שמא אינה אלא פיקדון שהפקיד החבר בידי הקיבוץ? שמיטה משמטת רק הלוואות ולא פקדונות[147], וכן ריבית אינה אסורה אלא בהלוואות ולא בפקדונות[148].

קנה המידה להגדרת הלוואה הוא האחריות המוטלת על הלווה, וממילא זו הנשארת על המלוה. בהלוואה כל האחריות מוטלת על הלווה בלבד, וממילא כל הרווחים שלו וכל ההפסדים שלו; למלוה אין כל חלק ברווחים או בהפסדים. בפיקדון, לעומת זאת, האחריות נשארת בחלקה על המפקיד, ולכן יש לו זכות ברווחים וחובה בהפסדים. ההפקדה האמורה היא הלוואה גמורה, לכאורה, שכן אין לחבר כל אחריות על הממון שהפקיד, וחל עליו איסור ריבית ודין שמיטה.

לעצם הדיון בנושא - ראוי להוסיף, כי בהצעות התיקון של הקבה"ד לתקנון הקבוצה הקיים (ער"ה תשמ"ג - סעיף 69), נוספה פיסקה המגדירה את מחוייבות הקבוצה ביחס להתחייבות החבר בכתובה, ובתנאי שגובה הסכום הנקוב יתואם עם הקבוצה. - (הערת עורך ס' "הקיבוץ בהלכה").

146. עיין פת"ש (אה"ע סי' פ' ס"ק א').

147. שו"ע (חו"מ סי' ס"ז סעי' ו'), ועי' שם (סעי' ד'): "מי שהיה שותף עם חבירו והיו מתעסקים בסחורות ובשטרות ונשאר ביד אחד מהשותפים - אין שביעית משמטתו, שאין השביעית משמטת אלא מלוה".

148. עי' שו"ע (יו"ד סי' קס"ז).

אמנם יש לומר שהדבר דומה להיתר עיסקא הידוע, שחציו מלוה וחציו פיקדון, שמן הראוי היה שהמשקיע ישא במחצית ההפסדים בקירוב ובמחצית הרווחים בקירוב[149], אולם לנוחיותם של המלוה והלווה גם יחד מוסכם על שניהם שהמלוה יקבל אחוז קבוע במקום חלקו בהפסדים וברווחים. אף כאן היה אולי מקום לומר שבאמת הפקדה זו של החבר אינה הלוואה אלא פיקדון, אלא שבמקום להתחשבן על גובה ההפסדים והרווחים מוסכם ביניהם שהחבר יקבל ריבית ידועה והצמדה. אולם קשה לומר כן, כי שלא כבהיתר עיסקא, לא הותנו הדברים במפורש שהריבית באה במקום חלוקת הרווחים וההפסדים, אלא אנו רוצים לשער שמן הסתם חבר אינו מתייחס אל הקיבוץ ביחסי מסחר של מלוה ולווה אלא ביחסי ריעות של מפקיד ונפקד; וזאת מנין לנו, אולי תנאי הפיקדון, שהם כשל משקיע ומקבל, הם מסחריים יותר וחברתיים פחות מהלוואה פשוטה? זאת ועוד: אם נגדיר הפקדה זו כפיקדון, צריך הקיבוץ להיות פטור מאחריות לפי הדין אפילו במקרה של פשיעה, כדין פשיעה בבעלים[150], ולא היה על הקיבוץ להסכים לריבית כמקובל, אם לפי הדין הוא פטור לגמרי מכל אחריות; אלא ע"כ הלוואה רגילה היא ואסורה בריבית ונשמטת בשביעית.

מיהו יש לומר, שאם בסוף שנת השמיטה היה החבר עדיין חבר קיבוץ ולא הודיע על עזיבה, אין כאן עדיין הלוואה כלל, אלא מענק, ורק לכשיעזוב ייהפך המענק להלוואה למפרע; אך בינתיים אין כאן נגישה מצידו. וכל מקום שאין המלוה עובר ב"לא תגוש" - אין השביעית משמטת[151].

אולם באשר לריבית הדבר תלוי בשאלה אם "צד אחד בריבית" אסור מהתורה או מדרבנן[152], שהרי בשעת ההפקדה לא ידוע עדיין אם תהיה זו הלוואה בכלל. ומן הראוי להפקיד את הממון ע"י היתר עיסקא[153].

כב. מרעה מחוץ לתחום בשבת

האם מותר לצאת עם העדר מחוץ לתחום בשבת ע"י עירוב תחומין של הרועה?

שנינו במסכת ביצה (ל"ז ע"א):

הבהמה והכלים - כרגלי הבעלים. המוסר בהמתו לבנו או לרועה - הרי אלו כרגלי הבעלים.

ומאחר שהעדר שייך לכל הקיבוץ, שלא עירב לאותה הרוח שבה עירב הרועה, אין הרועה יכול להוציא את העדר לרוח שבה הוא יכול ללכת בעצמו, אלא עליו להישאר בתחום המצומצם של אלפיים אמה מהקיבוץ. לא תמיד יש מרעה בשפע באיזור זה, ולא תמיד אפשר להשתלט על העדר שלא יצא מחוץ לתחום המצומצם. כמו כן עלולה להתעורר בעיה קשה כשהרועים מעוניינים לרעות ברוח מסוימת ואחד מחברי הקיבוץ עירב לעצמו ברוח נגדית, שאין אז אפשרות להוציא את העדר למרעה כל השבת.

במשנה שהובאה לעיל נאמר: המוסר בהמתו לבנו או לרועה - הרי אלו כרגלי הבעלים. המדובר בנוהג שהיה מקובל, שבכל עיר היו הבהמות יוצאות למרעה ע"י רועה ידוע, שהיה שכירם של בני העיר. ולדעת המשנה, המוסר בהמתו ביו"ט לרועה זה, אין הרועה יכול להוליך את הבהמות אלא

149. מהי צורת העיסקא המותרת במדויק - יעוין בשו"ע (יו"ד סי' קע"ז).
150. ב"מ (צ"ה ע"א) ושו"ע (חו"מ סי' שמ"ו סעי' א').
151. עיין מכות (ג' ע"א): אמר רב יהודה אמר שמואל, המלוה את חבירו לעשר שנים, שביעית משמטתו. ואע"ג דהשתא לא קרינן ביה "לא יגוש" סוף אתי לידי לא יגוש... איכא דאמרי, המלוה את חבירו לעשר שנים אין שביעית משמטתו, ואע"ג דאתי לידי "לא יגוש", השתא מיהא לא קרינן ביה "לא יגוש". ונפסקה ההלכה כלישנא בתרא (שו"ע חו"מ סי' ס"ז סעי' י'). אולם גם ללישנא קמא נראה שבנידון דידן אין שביעית משמטתו, משום שבשעת ההפקדה עדיין לא היתה כאן אפשרות ודאית של נגישה, כי מי אמר שהפקדה זו תיהפך להלוואה?
152. עיין ט"ז וש"ך (יו"ד סי' קע"ד ס"ק א').
153. ועי' בספר "הקיבוץ בהלכה" (מאמר הרב נ. בר אילן עמ' 252-251 ומאמר הרב ש. אבינר, עמ' 238-235).

כרגלי הבעלים. לעומת זאת סובר ר' דוסא שהבהמה כרגלי הרועה. הגמרא מעמידה את המשנה בשני רועים, שאין ידוע בערב יו"ט מי מהם ירעה ביו"ט, ואת ר' דוסא ברועה אחד, שידוע מי הרועה.

לדעת הרא"ש[154], אב שמסר את בהמותיו לבנו לרעותם מערב יו"ט הרי הם כרגלי הבן, כי רק כשמסרם לו ביו"ט עצמו - הבהמות כרגלי האב, משום שבכניסת החג לא היה ידוע מיהו הרועה, אך כשמסרם לו מערב יו"ט ידוע שהבן הוא הרועה. לדעת הרמב"ם[155] המשנה עוסקת בערב יו"ט; ואעפ"כ, אם מסרם לשני רועים, אין אחד מהם יכול להוליך את הבהמות כרגליו, כי לא היה ידוע מי מהם יהיה הרועה למחרת; אך אם מסרם לבנו, אפילו מערב יו"ט, הרי הם כרגלי האב. וכנראה, מחלק הרמב"ם בין רועה לבן. רועה הוא אדם זר המקבל אחריות על הבהמות, ולכן הן כרגליו, אם היה ידוע מערב יו"ט. אך בן הוא אחד מהמשפחה, ואין האב רואה במסירת הבהמות לבן הוצאה מרשותו לרשות אחרת, ומשום כך הבהמות נשארות כרגלי האב[156].

יישוב שיתופי דומה בזאת למשפחה. הרועה אינו אדם זר אלא חבר המשמש כתורן מרעה בשבת בשליחות חבריו, ועל אחריותם; והוא עצמו אינו נושא בשום אחריות אישית. לדעת הרמב"ם אין הרועה רשאי להוציא את הבהמות למרעה אלא כרגלי הבעלים, ואם אחד מחברי הישוב עירב לכיוון אחר - אין אפשרות להוציא את הבהמות למרעה. אולם לדעת הרא"ש, אם בערב שבת כבר היה ידוע מי התורן - יכול התורן להוציא את העדר למרעה כרגליו, ואף לערב עירוב תחומין לרוח הרצויה לו.

אמנם השו"ע[157] פסק כדעת הרמב"ם, אך רוב הפוסקים[158] סוברים כרא"ש, ואפשר לסמוך עליהם, בפרט בתחומין דרבנן.

כג. הדלקת נר חנוכה בקיבוץ

"מצות חנוכה - נר איש וביתו"[159], המצוה היא להדליק את הנר על פתח **הבית**. אצל חבר קיבוץ מתעוררת הבעיה היכן הוא ביתו, שהרי שונה מסגרת החיים הקיבוצית מזו הפרטית, בכך שביתו של האדם אינו מתרכז אך ורק בחדרו, אלא במקומות שונים, כגון חדר האוכל וכד'. היכן חייב חבר הקיבוץ להדליק את נר החנוכה, בחדרו - או שמא במקום אחר?

מצב דומה מצאנו באכסנאי, הלן במקום אחד ואוכל במקום אחר. וכתבו הפוסקים שבזמן הזה, שמדליקים **בתוך** הבית, מקום האכילה הוא העיקר[160]. ולפי זה מצוות ההדלקה צריכה להתקיים בחדר האוכל.

והנה במסכת עירובין (ע"ג ע"א) מצינו בעיה דומה ביחס לעירוב תחומין, שמי שמקום שביתתו בזמן כניסת השבת היה במקום מסוים - רשאי ללכת מאותו מקום אלפיים אמה לכל רוח. ונחלקו בדבר רב ושמואל, רב אמר ש"מקום פיתא" גרים (דהיינו מקום אכילתו) ושמואל אמר, "מקום לינה". והקשתה הגמרא על רב, "הרועים והקייצים (שומרי התאנים) והבורגנין (שומרי פרדסים) ושומרי פירות,

154. ביצה (פ"ה סי' ד').
155. הל' יו"ט (פ"ה הי"א).
156. רמז לדבר מה שאמרו (ב"מ מ"ב ע"ב) "כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", ולכן רשאי השומר למסור את הפיקדון לבנו, משמע שהוא ובנו דבר אחד הוא, והפיקדון לא יצא מרשותו. והרא"ש יסבור שיש לחלק בין פיקדון של אחרים לבין בהמתו של האב, שהוא מוסרה לבנו.
157. או"ח (סי' י' שצ"ז סעי' ה').
158. רש"י, הרשב"א ובעה"מ, ובדעת הר"ף יש פירושים שונים. לכן פסק המשנ"ב (שם ס"ק י"ב) כדעת רש"י והרא"ש. ואלמלא כן היה אפשר לתקן תקנה שלפיה כל תורן בשבת יישא באחריות מסוימת, אפילו סמלית, לגניבה ואבידה, וק"ו לפשיעה; וע"כ ייחשב הוא כשומר גמור, ואם הדבר היה ידוע מערב שבת, הבהמות הן כרגליו בלבד.
159. שבת (כ"א ע"ב).
160. שו"ע (או"ח סי' תרע"ז סעי' א').

בזמן שדרכם ללין בעיר - הרי הן כאנשי העיר; בזמן שדרכן ללין בשדה - יש להם אלפיים אמה לכל רוח" (ממקומם בשדה, אע"פ שאוכלים בעיר); משמע שמקום לינה הוא הקובע ולא מקום פיתא! ומתרצת הגמרא, שאנו מניחים שאע"פ שאותם שומרים אוכלים בעיר, מכיון שעיקר עיסוקם הוא בשדה, הם היו מעדיפים לאכול בשדה, אם הדבר היה מתאפשר להם.

בהמשך הסוגיא מובאת דוגמא אחרת. תלמידי הישיבה היו רגילים לאכול במקום אחד וללון בבית המדרש. תחום אלפיים אמה נמדד להם מבית המדרש ולא ממקום אכילתם. ושאלו בגמרא, מדוע שונה דינם מכל אדם הלן בביתו ומניח עירוב מחוץ לעיר, שמודד לו אלפיים אמה ממקום עירובו (דהיינו המקום בו הניח את סעודתו)? ותירצו שאדם המניח עירוב, היה מעדיף ללון במקום עירובו, אילו היה יכול. אך בני הישיבה היו מעדיפים לאכול בבית המדרש אילו יכלו, לכן מקום לינתם הוא העיקר.

נמצאנו למדים שלא מקום האכילה או השינה בלבד קובעים, אלא כיצד מתייחס אליהם האדם, איזה מהם מקומו העיקרי ואיזהו טפל. מסתבר שאכסנאי רואה את מקומו העיקרי במקום אכילתו, כי שם מיסב הוא עם מארחיו, משוחח עמהם ומבלה עמהם. לא כן מקום לינתו, שבו הוא ישן, ואין לו אז שיח ושיג עם מארחיו. (לפי זה, מי שמתארח במקום מסוים ואוכל במסעדה, וודאי שהמסעדה לא תחשב כמקומו העיקרי, אלא מקום לינתו).

שומה עלינו לברר מה מקומו של חדר האוכל בתודעתו של חבר הקיבוץ.

נראה שיש להבחין בין תקופות שונות בתולדות התנועה הקיבוצית. בתחילה שימש חדר האוכל כמרכז החיים של הקבוצה: בו התפללו, למדו, התכנסו, שרו, רקדו, התבדרו וניהלו את כל חיי הקבוצה. כיום הוסט חדר האוכל ממרכזיותו, ומרכז הכובד של חיי הפרט הועבר אל החדר, בעוד שחיי החברה מתנהלים גם במרכזים אחרים. וידועים גם מקרים של אינדיבידואליסטים מבין חברי הקיבוץ המעדיפים לאכול את ארוחותיהם המשפחתיות בחדרם.

משום כך נראה להסיק שאין להקיש מאכסנאי על חבר הקיבוץ. אצל אכסנאי מקום אכילתו הוא העיקר, כאמור; בעוד שחבר קיבוץ צריך להדליק בחדרו. ומן הראוי להדליק גם בחדר האוכל, בלא ברכה (משום פרסומי ניסא). וכן הורה הגרש"ז אויערבך זצ"ל.

סיכום

במאמר זה הובאו רק **דוגמאות** לבעיות ההלכתיות שנוצרו ע"י צורת החיים בקיבוץ, והדרך לפתרונן. צורת חיים זו ראויה וחייבת לתפוס מקום מכובד יותר במחקר ההלכתי. אולם זה יוכל להעשות רק כשיתרבו לומדי התורה, בני ישיבה ופוסקי הלכה, מתוך חברי הקיבוץ עצמם, להגדיל תורה ולהאדירה. (ועי' לקמן, סי' ל"ח, בענין קיום המצוה לכתוב ספר תורה בקיבוץ, וסי' פ"ב, בענין מגורי זוג גרוש בקיבוץ).

סימן ד

מאבק ימית בראי ההלכה

ראשי פרקים

הקדמה
א. מצוות יישוב הארץ - מחלוקת הרמב"ן והרמב"ם
ב. מצוות יישוב הארץ - פרטית או ציבורית?
ג. הוכחה שמצוות יישוב הארץ מוטלת על הפרט
ד. מצוות היחיד - מצוה קיומית או מצוות מחאה
ה. התנגדות אלימה אסורה
ו. כפיית הרוב את המיעוט בנושא של סכנת נפשות

הקדמה

במשך חודשים מספר התחולל מאבק ציבורי במגמה למנוע את הנסיגה מסיני. הנאבקים, שמנו אלפי איש שהתחלפו בחלקם במשך המאבק, כללו בין היתר תלמידי חכמים רבים, ראשי ישיבות ורבנים, ר"מים ותלמידי ישיבות. בקרב ציבור זה נידון המאבק מתוך ראייה תורנית, והדברים באו לידי ביטוי בשיעורים הרבים שהתקיימו בעיר.

בפרקים הבאים תבוא לידי ביטוי ההשקפה ההלכתית שהובעה בישיבת ימית, בה לא פסק קול התורה יומם ולילה כל אותה העת.

בכ"ט ניסן תשמ"ב נדם קול התורה בימית והישיבה הועברה למקום סמוך, בחוף עזה, לאחר מצור ממושך רצוף מאבק קשה, שמיקד אליו את תשומת הלב של כל תושבי הארץ והעולם כולו.

ימית נהרסה כליל. אולם חיי התורה שפיכו בה בעיקר בחודשים האחרונים יישמרו לעד בזכות ארבע אמות של הלכה שהתחדשו בה.

א. מצוות יישוב הארץ - מחלוקת הרמב"ן והרמב"ם

הבסיס לכל דיון הלכתי ביחס למסירת חבלים מארץ ישראל לנוכרים היא המחלוקת בין הרמב"ם והרמב"ן במצוות ישיבת הארץ. הרמב"ם לא מנה את המצוה במנין המצוות, אם כי גם לדעתו המצוה נוהגת בזה"ז, ועולה בחשיבותה על מצוות אחרות (הל' מלכים פ"ה ה"ט-ה"ב). הרמב"ן (סהמ"צ, נוספות ד') לעומתו, מונה את המצוה בין תרי"ג המצוות ומגדיר על פיה את המושג "מלחמת מצוה" ככוללת את כיבושה של א"י, שלא נעזבה ביד זולתנו מן האומות... ולא נניח ממנה מקום.

הרמב"ן מצדיק איפוא נטילת סיכון מסויים, ההכרחי לכל מלחמה (עי' מנ"ח מצוה תר"ד ועוד), לשם החלת הריבונות הישראלית במלוא רוחב ארצנו. לדעת הרמב"ם אין הצדקה לסיכון כזה אלא אם כן יש סכנה שהאויבים יבואו עלינו.

הרמב"ן מדגיש את חובת **ה"חפצא"** שהארץ כולה תהיה ברשותנו, הרמב"ם מדגיש בעיקר את חובת **ה"גברא"**, שכל אחד ידור בארץ (אם כי אף הוא אינו פוטר אותנו מחובת ה"חפצא", שהארץ תהיה ברשותנו, כפי שיתבאר).

---

* מאמר זה נדפס ב"תחומין" (כרך ג'), ונדפס כאן מחדש עם הוספות ותיקונים.
מספר נושאים שבמאמר זה לובנו עם מו"ר, ראש ישיבת מרכז הרב, הגרא"א שפירא שליט"א, בביקורו בימית; אולם האחריות לסיכום הדברים, ליבונם וניסוחם, מוטלת על הכותב.

הסכם השלום שנחתם בין ישראל למצרים, ואשר לפיו יימסר חלק מארץ ישראל לריבונות מצרית, ואף יהודי לא יהיה רשאי להתגורר בו (למרות שלפחות עד וואדי אל עריש לכו"ע הוא עדיין בגבולה של א"י), עורר התנגדות משתי סיבות:

א. אין הצדקה למסירת חלק מא"י למצרים, גם אם ע"י כך תימנע מלחמה בטווח הקרוב, שהרי לפי הרמב"ן מלחמה כזו היא מלחמת מצוה. (ההנחה היא שמלחמה נוספת לא תעלה בחומרתה על המלחמות שהיו בין ישראל ומצרים עד כה).

ב. אין הצדקה לקרב את המצרים לריכוזי האוכלוסיה בישראל; שהרי ע"י כך יש חשש שאם תפרוץ מלחמה חלילה, הסיכון יהיה גדול פי כמה וכמה; ולדעת הרמב"ם מניעת סכנה זו היא מלחמת מצוה. ההנחה היא שהסכם השלום אינו בטוח ואמין דיו, הנחה שאינה מקובלת על רבים מאזרחי המדינה).

ובקיצור, לדעת הרמב"ן מועלה הטיעון **היישובי**, ולדעת הרמב"ם הטיעון **הבטחוני**, כשהטיעון השני שנוי במחלוקת.

מן הראוי להעיר שהרמב"ן, שהתיישב בארץ והעלה את חשיבותה של א"י למעלה רבה ביותר בפירושיו לתורה, נחשב בעיני הציבור התורני-לאומי, מעין "מרא דאתרא" בענין מצוות יישוב הארץ, משום שלהתעוררות לעליה ארצה וליישובה, היתה לו השפעה מכרעת גם בכתביו וגם בדוגמתו האישית. ולכן טבעי הדבר שהציבור התורני שנהר לימית הסתמך בעיקר עליו. לעומת זאת, כלפי חוץ, הושמע יותר הנימוק הבטחוני, המוצדק יותר לדעת הרמב"ם; ומכיון שהנחתו העובדתית לא היתה מוסכמת על כל הציבור גרמה התנועה לעצירת הנסיגה למחלוקת קשה ולחשש לעימות אלים בין חיילי צה"ל לבין אוהדי התנועה בימית.

ב"ה נמנעה ברגע האחרון שפיכות דמים והובטח ראשית כל השלום בתוך העם, שחשיבותו רבה לא פחות מהשלום החיצוני. לבעיה זו, של האלימות שנמנעה, יוקדשו בעיקר הפרקים הבאים.

ב. מצוות יישוב הארץ - פרטית או ציבורית?[1]

שאלת המפתח לעצם זכותו של המאבק בחבל ימית, לאחר הסכם השלום, היתה, האם יש בכלל מצוות יישוב הארץ בחבל ארץ בו רוב הציבור, לפחות עפ"י החלטת מוסדותיו הנבחרים, אינו רוצה להחזיק? האם המצוה מתקיימת רק **בציבור**, או שמא היא חלה על **כל יחיד ויחיד**, גם בניגוד לדעת הציבור?

ההבחנה בין יחיד לציבור במצוות יישוב הארץ מקורה בדברי הרמב"ן הנודעים (בהוספותיו לספר המצוות, מ"ע ד'):

> ולא נעזבה ביד זולתינו מן האומות או לשממה. והוא אומרו להם: "והורשתם את הארץ וישבתם בה..." וזו היא שהחכמים קורין אותה מלחמת מצוה...
> ואומר אני כי המצוה שהחכמים מפליגין בה, והיא דירת ארץ ישראל... - הכל הוא ממצוות עשה הזה... א"כ היא מצוות עשה לדורות, מתחייב בה כל יחיד ממנו, ואפילו בזמן גלות...

הרמב"ן פותח בכיבוש הארץ כמצוה ציבורית, המצדיקה אפילו מלחמה, שהרי לא תיתכן מלחמה ע"י יחידים אלא בציבור, ומסיים בדירת הארץ ע"י כל אחד ואחד, החייב בה אפילו בזמן הגלות, כשאין ציבור המסוגל לכבוש את הארץ במלחמה.

וכך הוסברו הדברים ע"י הרשב"ש (סי' ב'), שבזמן הגלות נמנע מאתנו לקיים את החלק הציבורי של המצוה, ואעפ"כ לא נפקעה ממנו חובת החלק האישי המוטל על כל אחד ואחד לדור בארץ.

אמנם בשו"ת "ישועות מלכו" (יו"ד סי' ס"ו) נכתב:

> ...גם לפי דעת הרמב"ן בעיקר המצוה אינו אלא הירושה והישיבה כאדם העושה בתוך שלו, לכבוש א"י שתהיה תחת ירושתנו, לא על ביאה ריקנית של עתה. וכבר המשילו האחרונים למצוות עשה של אכילת מצה, כי עיקר המצוה היא האכילה, ולקיחת החיטים לשם מצוה

1. ראה עוד מאמרו של הרב י. שביב ("תחומין" ב' עמ' 412); הערת עורך "תחומין". ועיין בחוברת "ארץ צבי", להרב חיים שטיינר והרב איסר קלונסקי.

והלישה והאפיה אינם גמר מצוה... ומ"מ בוודאי מצוה גדולה היא... כי הקיבוץ הוא אתחלתא דגאולה...

יש שרצו להסיק ממנו שכל מצוות ישיבת הארץ אינה אלא בריבונות מדינית, ואילו דירת הארץ שלא ע"י ריבונות מדינית, אינה מצוה, אלא הכשר מצוה (עיין מאמרו של הרב יהושע צוקרמן, "נקודה" 43, אייר תשמ"ב) אלא שמסקנה זו אינה מוכרחת. הישועות מלכו אינו מזכיר כלל את ההבחנה בין יחיד לציבור, אלא בין "ביאה ריקנית" לבין "אדם העושה בתוך שלו". וייתכן מצב שבו מדינה ריבונית תהיה מוגבלת במדיניותה ע"י מעצמות זרות ולא תוכל לעשות כעולה על רוחה (כגון: ריבונותנו על הר הבית...) ומאידך יתכן מצב שבו יחיד עושה בנחלתו כבתוך שלו ואיש לא יאמר לו מה תעשה, כגון בימי בית שני. מסתבר שהישועות מלכו התכוון לסיטואציה מסוימת בימיו, בימי השלטון התורכי, בתנאי השפלה והגבלות חמורות על בניה וקניה, שהביאה נחשבה ל"ביאה ריקנית", ואין להסיק מדבריו מסקנות לסיטואציות אחרות. ועוד נוכיח להלן שההבחנה בין יחיד לציבור מוקשית מאוד, ואין להעמיס הבחנה זו בדבריו. אם כי אין ספק שלמדינה ריבונית יש הרבה יותר סמכות, ולכן מצוות יישוב הארץ מתקיימת בה ביתר הידור. ועוד, הישועות-מלכו מחדש שאם אי אפשר לקיים מצוה בשלמותה, יש מצוה לקיים כל מה שאפשר, אפילו הכשר מצוה, ועל זה נאמר "גומל לאיש חסד כמפעלו" ונאמר "אשרי תמימי דרך", שגם הדרך למצוה יש בה שלמות מסוימת. ע"ש.

אלא שמצינו לאחרון אחר המגדיר **במפורש** את מצוות ישיבת הארץ כמצוה ציבורית בלבד ולא כמצוה אישית, והוא ה"גדול" ממינסק (בעל ה"אור גדול", דבריו נתפרסמו ב"סיני" כרך ו', עמ' ר"י-רכ"א, ובספרו של הרב ישראל שצפינסקי "א"י בספרות התשובות" כרך ג' עמ' ס'). לדעתו, אין המצוה מוטלת אלא על כלל האומה. נימוקו הוא, כדי שלא כולם יעלו ללא חוק וסדר, כי אז תתרבה העזובה והעניות, וכדי שלא לעורר את זעמן של אומות העולם. ומשום כך הושבעו ישראל שלא יעלו בחומה. ולכן רק האומה בכללה רשאית להחליט כיצד וע"י מי ומתי תיושב הארץ, וללא החלטה ציבורית כזאת אין הפרט מחויב במצוה[2].

המעיין בדבריו יראה שלדעתו זוהי כוונת הרמב"ם בהשמיטו את מצוות ישיבת הארץ ממנין המצוות שבתורה. כי היחיד אינו חייב במצוה כלל. ואין להקשות, הרי לדעתו הציבור חייב במצוה, ומדוע לא ימנה הרמב"ם את המצוה כמצוה ציבורית, כשם שמנה מינוי מלך, בנין ביהמ"ק, מחיית עמלק, מינוי סנהדרין, קידוש החודש ועוד? ויש לומר שהיא הנותנת, מצוות ישיבת הארץ אינה מצוה עצמית. היא כלולה בכלל יתר המצוות הציבוריות הנ"ל, התלויות בארץ, וכדי שהציבור יוכל לקיימן עליו לדור בארץ.

אך בדעת הרמב"ן אי אפשר לומר שהפרט פטור מהמצוה, וכמו שכתב הרשב"ש[3]. מה עוד, שהגדול ממינסק מסתמך כפי הנראה על ענין שלש השבועות הידועות, ומאחר שמקובלנו שבדורות האחרונים "סר פחד השבועות" (כלשונו של ה"אור שמח") או שפג תוקפן ע"י הסכמת האומות (אבני נזר סי' תנ"ב; ארץ חמדה, למו"ר הגר"ש ישראלי, עמ' ל"א-ל"ב), אין מקום לטענה זו כיום.

ועוד, שבימית, המיעוט שמחה התכוון לשכנע בכך את הרוב שיסכים עמו.

ג. הוכחה שמצוות יישוב הארץ מוטלת על הפרט

והנה יש להוכיח שמצוות יישוב הארץ מוטלת על הפרט, גם בהעדרה של ריבונות ציבורית, מהדין האמור בגמרא (גיטין ח' ע"ב) שהקונה שדה בא"י כותב עליו אונו ואפילו בשבת משום יישוב א"י,

2. והנראה לענ"ד בהסבר דבריו שמצוה זו, לדור בארץ, בהכרח אינה רק מצוה אישית. מכיון שהיא מוטלת על כל יהודי ויהודי לשבת בא"י, ו"תשבו כעין תדורו", ולכן מן הראוי להסדיר את סדרי הישיבה. ולכן עשר תקנות תיקן יהושע בן נון עם כניסתן לארץ כדי שיוכלו לדור בה בשלום ובמישור. וממילא הדבר מחייב התארגנות ציבורית, ובגולה אי אפשר להתארגן, כי זוהי עליה בחומה - נמצא **שלמעשה** אי אפשר היה לקיים את המצוה בזמן הגלות. ואה"נ, כשהחלה ההתעוררות לציון בדורות האחרונים, נוצרה אפשרות להתארגן להתיישבות.
3. עיין ארץ חמדה, למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל (עמ' י"ג ועמ' קמ"א).

ופירש רש"י: לגרש עובדי כוכבים וליישב ישראל בה. מבואר איפוא שכל יחיד ויחיד הקונה קרקע בא"י, ואפילו בזמן הגלות, מקיים את מצוות יישוב הארץ, שמרוב חשיבותה הקלו בה לענין שבת יותר מכל מצוה אחרת.

אמנם הרי"ף לא הביא את הדין הזה להלכה. ויכול הטוען לטעון שנימוקו הוא משום שלדעתו המצוה היא ציבורית, ובזמן הגלות היו הפרטים פטורים ממנה. ואכן בספר "יש סדר למשנה" (חלה פ"ד מ"א) כתב שבזמן שזרים משלו בנו, ובידיהם לגרש את ישראל מכל מקום שהם יושבים, פקעה המצוה; ולכן השמיט הרי"ף הלכה זו. אלא שגם הוא לא הצריך ריבונות ממש, אלא שלקניה תהיה תועלת. אולם כשאין בה תועלת, שאפילו אם יקנה קרקע יקחוה מידו, אין סברה שנחייב לקנות קרקעות לריק (וייתכן שלכעין זה התכוון ה"ישועות מלכו" בביטויו "ביאה ריקניתי").

ובלאו הכי, אם ריבונות פירושה ריבונות מוחלטת, כאדם העושה בתוך שלו, ורק אז יש מצוה בקניית קרקעות, קניה זו לשם מה? ממה נפשך, אם השלטון הישראלי רשאי להפקיע קרקעות מכל גוי ולעשות בהן כבשלו, לשם מה מצוות הקניה ע"י הפרטים? ואם השלטון מוגבל, וא"כ אינו עושה כבתוך שלו, מה התועלת בקניית קרקעות ע"י אנשים פרטיים, הרי במקרה כזה פקעה המצוה, שהרי עיקר המצוה הוא רק במסגרת ריבונית?

ובר מן דין יש לומר בדעת הרי"ף שלא הביא הלכה זו, כי כידוע אין הרי"ף מביא הלכות שלא נהגו בימיו בגולה. ומכיון שהלכה זו נוגעת רק לא"י, לא הביאה הרי"ף, כשם שלא הביא את הלכות תרו"מ ושביעית.

לעומת זאת, הרמב"ם (הל' שבת פ"ו ה"א) פסק במפורש הלכה זו, שהלוקח בית בא"י מן הגוי מותר לו לומר לגוי לכתוב לו שטר בשבת. ואף הוא לא הבחין בין מצב שיש בו ריבונות ישראלית למצב אחר, אלא הדין נוהג בכל עת ובכל שעה; ומשמע שחיוב זה מוטל על כל פרט ופרט, תמיד.

אמנם אפשר לומר שבאמת מצוות יישוב הארץ היא ציבורית, אלא שכל יחיד חייב בקניית קרקעות **כשליח ציבור** וכל עוד אין התנגדות של הציבור, מן הסתם ניחא ליה לציבור שכל אחד ואחד ירכוש קרקעות בא"י; אך כשהציבור מתנגד, פקעה חובתו של כל אחד ואחד לרכוש קרקעות.

אולם הסבר זה לא נראה. כי מצינו להרמב"ם במקום אחר הסובר שיחיד הקונה קרקע בא"י אינו עושה זאת כשליח ציבור, אלא כאדם פרטי. וזו לשון **הרמב"ם** (הל' תרומות פ"א ה"י):

> גוי שקנה קרקע בא"י, לא הפקיעה מן המצוות, אלא הרי היא בקדושתה. לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו, אינה ככיבוש יחיד.

כלומר, מאחר שאין הלוקח הישראלי מקדש את הקרקע לראשונה, אלא רק **מחזיר** אותה לקדושת ישראל, אין זה ככיבוש יחיד, כי אין קנין לגוי להפקיע את הארץ מקדושתה; אך יחיד הקונה קרקע בא"י **לראשונה** ורוצה לקדשה בכך, אינה מקודשת, משום שכיבוש יחיד לאו שמיה כיבוש. וכן משמע מלשון הרמב"ם (שם הל' ב'):

> ומפני זה חלק יהושע ובית דינו כל א"י לשבטים, אע"פ שלא נכבשה, כדי שלא יהיה כיבוש יחיד כשיעלה כל שבט ויכבוש חלקו.

משמע שרק ע"י החלוקה מינה יהושע את השבטים כשלוחי העם לכבוש את נחלתם, בשם ולשם כל ישראל. אך סתם יחיד הקונה קרקע בא"י עושה זאת בשם עצמו, וללא מינוי מפורש אינו נחשב כשליח ציבור כלל. וא"כ חזרנו להוכחתנו הראשונה שהמצוה היא על כל יחיד ויחיד גם אליבא דהרמב"ם. ואע"פ שהרמב"ם לא מונה את מצוות יישוב הארץ כמצוה פרטית המוטלת על כל אחד ואחד, ולדעתו אין המצוה מוטלת על ה"חפצא", שכל פיסת קרקע תיושב ע"י ישראל, אולם על כרחך צריך לומר שגם הוא סובר שיש מצוה לגאול את אדמת הארץ. ומצוה זו כללית היא, ולכן אין היא חלה לדעתו אלא כשיד ישראל תקיפה על עצמן (ובמקום אחר כתבנו שמקור המצוה היא לדעתו הפסוק "ולא ישבו בארצך").

ודוחק לומר שכל זה אינו אלא **הכשר מצוה**, שאם כן מדוע החשיבו חכמים הכשר מצוה זו יותר **מגופי**מצוה אחרים והתירו אמירה לגוי בשבת? אלא ע"כ גם לדעת הרמב"ם המצוה מוטלת על כל

יחיד לקנות קרקעות בא"י וליישבן ע"י יהודים. ודברי הגדול ממינסק, שהמצוה היא ציבורית, צריכים הסבר ע"כ. וייתכן שכוונתו כנ"ל, שלמעשה רק ציבור מסוגל לארגן התיישבות, אך גם יחיד הקונה קרקע - ואולי הוא יכול לעשות זאת דווקא משום שהוא יחיד - מקיים בכך את המצוה. אך בדעת הרמב"ן אין לנו אלא דברי הרשב"ש, ששני חלקים למצוה, ואין הם תלויים זה בזה; וגם כשאין אפשרות לקיים את החלק הציבורי, חובה לקיים את החלק הפרטי. (ועי' אג"ט, מלאכת "טוחן" ס"ק ל"ח אות ו').

ד. מצוות היחיד - מצוה קיומית או מצוות מחאה

והיה אפשר ליישב את הערתנו מהקונה שדה בא"י שכותב עליו אונו ואפילו בשבת, שמצוה זו אינה חיובית אלא **קיומית**, שלא מצינו שכל אחד ואחד **חייב** לחפש קרקעות בא"י ולגאלן מידי הנוכרי. אלא שאם **הזדמנה** לידו קנייה כזו, אל יחמיצנה, ואפילו בשבת. ואע"פ שהיא מצוה קיומית היא גדולה מכל מצוה חיובית אחרת. אפשר להסביר זאת ע"י הערך הציבורי שבדבר. שאף כי כל פרט ופרט אינו חייב לרכוש כל קרקע בארץ ישראל, ע"י עידוד הקניה הפרטית נמצא הציבור כולו נשכר, שא"י מיושבת ע"י ישראל ולא ע"י נוכרים.

וסברה כעין זו מצאתי בעמוד הימיני (למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, סי' י"ד) בענין מלחמת מצוה, שמצוה המוטלת על הכלל, אף כי כל יחיד ויחיד חייב בה, מכיון שחובתו אינה אישית, אלא כחלק מהכלל, ויש אחרים השותפים לו כמצוה, אין אחריותו לקיום המצוה אישית כמו מצוה פרטית, ולכן סובר ר' יהודה שמלחמה כזו אין בה דין של עוסק במצוה פטור מן המצוה[4].

אלא שגם לפי הגדרה זו לא מצינו שרק הציבור מחליט אימתי לרכוש קרקעות בא"י והיכן. אלא כל יחיד מישראל המזדמנת לו קרקע בא"י אל יחמיץ את הקניה ויקנה מיד, כדי שהכלל יצא נשכר, כי אין בכלל אלא מה שבפרט, וכל פרט ופרט חייב לראות את עצמו כחלק מהכלל במצוה זו, וזהו כלל הצריך לפרט. כך נראה לענ"ד גדר המצוה.

ועיין שו"ת הריב"ש (סי' ק"א, מבא בספר "ארץ ישראל בספרות התשובות", לר' ישראל שציפאנסקי, ח"א עמ' קכ"א) שמצוות קניית קרקעות גדולה מהעליה משום שהיא מתקיימת **לעולם** ותועלת בה **לכלל ישראל**. ע"ש. וא"כ יש לומר שהמצוה היא לתועלת כלל ישראל שבכל הדורות, ולא לכלל ישראל שבאותו דור בלבד, ודו"ק.

ונראה לענ"ד שיש להבהיר את הדברים עפ"י הירושלמי במסכת מו"ק (פ"ב ה"ד) בהסבר הלכה זו של קניית שדות מנוכרים בא"י בשבת, "שכן מצינו שלא נכבשה יריחו אלא בשבת" (ועיין אג"ט, מלאכת טוחן ס"ק ל"ח אות ו').

ונראה לומר בזה ששני חלקים יש למצוות יישוב הארץ: חלק פרטי, המוטל על כל אחד ואחד, וחלק כללי המוטל על הציבור. ועיין היטב בדברי הרמב"ן, בהשמטות לספר המצוות, מ"ע ד', שפתח במצוה הציבורית ליישב את הארץ, וכמסתעף ממנה הגדיר את המצוה האישית לשבת בארץ. ועיין ארץ חמדה, למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, מהדורה ראשונה עמ' י"ג) וכשהתורה ציוותה ליישב את הארץ גם בדרך של כיבוש מלחמה, על כרחך קבעה שמצוה זו ניתנת לקיום גם בדרך ציבורית. כי יחיד אינו יכול ואינו חייב לצאת למלחמה. אדרבה, לא מצינו שיחיד חייב לסכן את עצמו לשם מצוות יישוב א"י. רק כאשר המצוה מתקיימת גם בדרך ציבורית יש מקום להתיר סיכונם של יחידים למען הכלל.

4. ועוד יש להעיר, שהנה עיקר קיום מצוות ישיבת א"י הוא בגבול עו"ב, לדעת התוס' (גיטין ב' ע"א ד"ה ואשקלון), ואילו בגבול עו"מ החובה האישית קטנה יותר. לעומת זאת מבחינת המצוה הציבורית יש חשיבות להרחיב את הגבול גם מעבר לתחום עו"ב. א"כ יחיד הגר בגבול עו"מ עיקר מצוותו היא מכוח היותו שליח הציבור. וכשהציבור אינו מעוניין שישב שם, פקעה מצוותו, ועדיף שישב בתחום עו"ב. מיהו לכפות עליו לצאת מתחום עו"מ לתחום עו"ב אי אפשר, כי גם שם יש צד מצוה לגור (עי' אבני נזר יו"ד סי' תנ"ד אות ל"ז).

והבחנה זו מצינו בספר החינוך לענין מצוות "החרם תחרימם" (מצוה תכ"ה), שם כתב שיחיד אינו חייב להסתכן כדי לקיים את מצוות החרמת הכנענים ובכל זאת הציבור יוצא למלחמה. ויש בכך סיכון, כמו שכתב המנ"ח שם (ס"ק א' בסופו. ועי' מה שכתב מו"ר הגר"ש ישראלי בארץ חמדה שם). וגם לדעת הרמב"ם, אמנם אין מצוות כיבוש הארץ, אך יש מצוות "החרם תחרימם" והיא נוהגת בדרך של מלחמה רק בארץ, ולא מצינו מצוות מלחמה נגד כנענים בחו"ל. אדרבה, באחת הפרוזדוגמאות ששלח יהושע לארץ נאמר שהרוצה לפנות יפנה, והגרגשי פנה והלך לו (ירושלמי שביעית פ"ו ה"א). ומסתבר שמצוות "החרם תחרימם" האישית לא פקעה בכך, אך מצוות מלחמה הציבורית אינה מחוייבת אלא בארץ. שהרי ע"כ הרמב"ם לא יחלוק על הירושלמי הנ"ל שלומדים קניית שדות בשבת מכיבוש יריחו. אדרבה, הוא עצמו הביא בהלכות שבת (פ"ב הכ"ה) את דברי הירושלמי, שלא נכבשה יריחו אלא בשבת.

והנה, זה שמלחמה דוחה שבת, זהו רק כאשר המצוה מתקיימת בדרך ציבורית ע"י מלחמה. כי במלחמה התורה לא רצתה להגביל את מפקדי הצבא בשיקוליהם; ואם נראה להם ששעת הכושר הנוחה יותר היא בשבת, מותר להם להילחם אפילו בשבת (עיין רדב"ז הל' מלכים פ"ח ה"א שקישר בין מלחמה בשבת לבין היתר מאכלות אסורות לחלוצי צבא; ושניהם מדין פיקו"נ בציבור, וכמו שכתבו הגאונים, שבת מ"ב ע"א, שבציבור השיקול של פיקו"נ רחב יותר. ועי' במאמר "מלחמות שבת", למו"ר הגרמ"צ נריה זצ"ל).

אולם הא גופא, שהתורה ציוותה על כיבוש הארץ גם במסגרת מלחמה וע"י כך התירה גם חשש של סיכון וגם חילול שבת, ע"כ הוא משום שמצוה זו נראית חשובה ביותר בעיניה. שהרי לא על כל מצוה התירה התורה לצאת למלחמה. ומכאן למד הירושלמי שגם החלק האישי של כל אחד ואחד חשוב ביותר. ואע"פ שיחיד אינו חייב להסתכן ולחלל שבת מדאורייתא, חשיבות המצוה מתירה לו לעבור על שבות מדרבנן.

נמצא שמצוה זו, שני חלקים לה: חובה אישית, המוטלת על כל אחד ואחד, ומצוה ציבורית, להתלכד יחד כציבור ולכבוש את הארץ גם במלחמה. וא"כ יחיד שקנה קרקע, אסור לו למוכרה לנוכרים, ואין בכוחו של הציבור לבטל ממנו מצוה זו אלא במסגרת של טקטיקה צבאית, כדרכם של הלוחמים שנוטשים מקום אחד כדי לכבוש מקום אחר. אך ציבור המחליט שהוא עוקר את עצמו מחלקים מא"י, אין בסמכותו לבטל גם את היחיד מהמצוה המוטלת עליו.

וצ"ע מדוע יחיד המוכר קרקע לגוי עובר רק על "לא תחנם" (ע"ז כ"א), ולא נחשב למבטל עשה של יישוב הארץ? ויש לומר דאה"נ, אלא חז"ל נקטו את החמור יותר, דהיינו עבירה על לאו, יותר מאשר ביטול עשה. ועוד יש לומר שמצוות "לא תחנם" היא המשך לנאמר למעלה (דברים ז' א'-ב') ונשל גויים רבים מפניך... ונתנם ה' א-להיך לפניך והכיתם. החרם תחרים אותם, לא תכרות להם ברית ולא תחנם. כלומר זו מצוה נמשכת ממצוות המלחמה.

והעולה מזה הוא שיש להבחין בצורת ההתנגדות בין שני הסוגים האמורים. המתיישבים הקבועים רשאים להתנגד לעקירתם כדין כל המקיים מצוה ומבטלים אותה ממנו, ועוד, שהם בעלים גמורים על הקרקע שלהם, ואין סמכות לציבור להפקיעם ממנה (עי' ר"ן נדרים כ"ח ע"א ד"ה במוכר) ואילו המתיישבים הארעיים נפטרים מחובת מחאה ע"י נזיפה או הכאה, שאם ידוע להם שיכו אותם הם בוודאי פטורים ממחאה, ואם ינזפו בהם בלבד (וכבר נזפו בהם באותה עת), לדעת הסמ"ג הם פטורים, ולדעת הרמב"ם הם חייבים (עי' רמב"ם הל' דעות פ"ו ה"ז והגהות מיימוניות שם אות ה'). אלא **שממידת חסידות** רשאים הם למחות גם כשהם פטורים, בתנאי אחד: שיוכלו לעמוד **בייסורים, כדברי הנביא:** גֻּוִי נתתי למכים ולחיי למורטים פני לא הסתרתי מכלימות ורוק (ישעיהו נ' ו') **מבלי להגיב. אך אם הם מכירים בעצמם שלא יוכלו לעמוד בייסורים כאבן דומם, אלא הם עלולים להגיב ולהכות את מכיהם ולחרף את חורפיהם, יצא שכרם בהפסדם. מה גם שבמחאתם ישיגו מטרה הפוכה, שבמקום להשפיע על הציבור שיזדהה עמהם, הם עלולים לגרום לציבור שיסתייג לא רק מהם אלא גם מהרעיון שבשמו הם באים, ונמצא נזקם גדול מתועלתם.**

ה. התנגדות אלימה אסורה

וצ"ע מה גבול התנגדותם של התושבים הקבועים? האם, למשל, רשאים הם לחבול בחיילים ובשוטרים הבאים לגרשם מבתיהם?

לפי מה שכתבנו לעיל, אין כאן ביטול של מצוות עשה חיובית, שהרי לא מגרשים אותם לחו"ל חלילה, אלא יש כאן ביטול של מצוות עשה קיומית, שהם באו להשתקע במקום זה, רכשו בו דירות ועיבדו שדות, ועתה רוצים לנשלם משדותיהם ובתיהם כדי למוסרם לנוכרים, מה דינם?

ומסתבר שאדם רשאי להתנגד בכוח כדי שלא יבטלו ממנו מצוות עשה. ואע"פ שאין ראיה מפורשת לדבר, זכר לדבר יש מהגמ' במס' ב"ק (כ"ח ע"א):

> מנין לנרצע שכלו לו ימיו, ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל "לא תקחו כופר לשוב".

והדברים ק"ו, ומה שם, שרואה אחר העובר עבירה והכהו - פטור; הוא עצמ, שאילצו אותו לעבור עבירה, והיכה כדי שלא לעבור, לא כל שכן? ואין לומר ששם העבד עובר בלא תעשה, ולכן מותר לאדון להכותו, בעוד שאצלנו הוא מבטל עשה בלבד. שהרי גם שם אין האדון עובר על לא תעשה **בידים** ולכל היותר יש להחשיבו כעובר על לא תעשה, בגלל הערבות שיש לו כלפי העבד, **בשב ואל-תעשה**, ובכל זאת רשאי להכותו; וא"כ אין לעבירה כזו עדיפות על ביטול עשה, שאף הוא בשב ואל-תעשה. וא"כ בנד"ד, כשמבטלין ממנו מצוות עשה, היה מקום לומר שהוא רשאי להכות את מי שבא לבטל ממנו את מצוותו. אלא שה"מנחת חינוך" (מצוה ח' ס"ק ד') כתב שלא מצינו שם **היתר** להכות, אלא **פטור** גרידא, שאם היכה פטור מלשלם ותו לא.

וכן נאמר במסכת קדושין (כ"ג ע"א): והצנועין מושכין את ידיהן. ולמד מזה המגן אברהם (סי' נ"ג ס"ק כ"ו) שאסור להתקוטט כדי לקיים מצוה.

אך באמת אין דמיון כלל לנידון דידן. שם השאלה היא מי יקיים את מצוות אכילת לחם הפנים, כהן זה או כהן אחר, שם אין היתר להתקוטט עבור מצוה המתקיימת ע"י אחרים. משא"כ בנידון דידן כשהבעיה היא, שאם לא יקיים הוא את המצוה תתבטל המצוה במקום זה מכל וכל. ולדעת הרמב"ן המצוה היא על **ה"חפצא"**, שלא נניח ממנה מקום. ועיין משנה ברורה (סי' נ"ג ס"ק ס"ה) שחלק כנ"ל, שבמצוה שאינה מתקיימת בלעדיו מותר להתקוטט כדי לקיימה.

והנה נחלקו האחרונים, אם באכילת קדשים המצוה היא שהקרבן **ייאכל**, אע"פ שכל אחד מהאוכלים אינו אוכל כזית (עיין שו"ת בית הלוי ח"א סי' ב'), או שמא המצוה שהכהנים **יאכלו**, ואז יש צורך שלפחות כהן אחד יאכל כזית עיין שו"ת חת"ס או"ח סי' מ"ט, שכתב שכיון שהכה"ג נוטל חלק בראש מתקיימת המצוה על ידו) וא"כ יש להוכיח משניהם שרק במקום שהמצוה לא תתבטל לגמרי הצנועין מושכין את ידיהן ולא מתקוטטים על המצוה, אך במקום שהמצוה תתבטל לגמרי רשאי להתקוטט.

ועיין רש"י קידושין (נ"ג ע"א ד"ה והצנועין) שכתב שהצנועין מושכין ידיהן ממנו "דלא מהני להו מידי". ומשמע שאם היה הדבר מועיל, היו מתקוטטין, אע"פ שהמצוה אינה אישית על כל אחד מהם, לפחות אחרי שהכהן הגדול אכל כזית, או לאחר שכל אחד שבע מפול. וא"כ הוא הדין למצוות יישוב הארץ, שכאמור אינה אישית, ובמקום שהקטטה לא תועיל, הצנועין מושכין את ידיהן. ועיין חולין (קל"ג ע"א) שם נאמר שאביי נמנע מליטול מתנות כהונה מדין צנועין, אע"פ שיכול היה לקיים המצוה.

ולענייננו, אם היה סיכוי למנוע הנסיגה, היה מקום לומר שההתנגדות מותרת. אך יש לחלק בין קטטה לבין אלימות, שהרי היתר להכות במקרה זה לא מצינו. ואף כי מסתבר שאין המתיישבים צריכים לקום וללכת **מרצונם הטוב** מביתם ושדותיהם, אולם להתקוטט במקרה כזה אסור להם. אלא עליהם להימנע מללכת בשב ואל-תעשה ולחכות שיקחום מהמקום, או לצפות לציבור גדול של רבבות איש שיבואו לעזרה ובעצם נוכחותם אולי ימנעו גירוש בכוח של התושבים מהמקום.

ובנידון דידן יש להוסיף נקודה נוספת. החיילים והשוטרים הבאים לגרש את המתיישבים מבתיהם, סבורים שכדין הם עושים, כי הם פועלים בשם הציבור וממשלתו הנבחרת.

ואם כן לא דומה הדבר לקטטה עם אנשים חוטאים במזיד, שעליהם נאמר: משנאיך ה' אשנא ומתקוממיך אתקוטט (עיין משנ"ב סי' א' ס"ק ה', בה"ל סעי' א' ד"ה ולא יתבייש). **פה מדובר באנשים הבאים בשם רוב העם, שהחליט לסגת מסיני, והקטטה עם שליחי הרוב, הממלאים את שליחותם, אינה מוצדקת.**

ו. כפיית הרוב את המיעוט בנושא של סכנת נפשות

הנחתנו האחרונה, שהגירוש מימית נעשה על סמך החלטות הרוב, אינה מבוססת דיה. כי כידוע: קשר רשעים אינו מן המנין(עי' סנהדרין כ"ו ע"א, שם נאמר ששבנא וסיעתו, שמנתה שלשה עשר ריבוא, השלימו עם סנחריב והיו מוכנים למסור בידיו את ירושלים; ואילו חזקיה וסיעתו, שמנתה רק אחד עשר ריבוא, לא השלימו). **ואם** נניח שהנסיגה מסיני אסורה על פי הדין, אין הרוב שהחליט עליה נחשב לרוב חוקי בעיני התורה ואין מקום להתחשב בו.

מיהו, כל זה רק אם נניח שהרוב פעל בניגוד לדין התורה באופן **מוחלט**. אך אם יש מקום לומר שהרוב יכול להסתמך, ביודעין או שלא ביודעין, על פוסקים שהתירו את הנסיגה, אין כאן קשר רשעים, ויש לרוב תוקף. ואכן נשמעו דעות רבנים שהתירו את הנסיגה, אם משום שהסתמכו על הנחה שמלחמה נוספת מסכנת את **כלל ישראל**, ואז גם לפי הרמב"ן אין מצוה להילחם בתנאים כאלו, וכן משום שהאיזור הנמצא דרומית-מערבית לאשקלון אינו מעיקרה של ארץ ישראל המקודשת למצוותיה ולכן סברו שמותר לסגת ממנו, או שנטו יותר אחרי דעת הרמב"ם והניחו שהסכנה מקירוב הצבא המצרי למרכזי האוכלוסיה בישראל אינה מוחשית כל כך).

אלא שמאחר שגם הרוב וגם המיעוט מבססים את טיעוניהם על שיקולים של פיקו"נ - אלה סוברים שהנסיגה תמנע סכנת נפשות, ואלה סוברים שהנסיגה תגרום לסכנת נפשות - יש מקום גם למיעוט לטעון שאין עליו לקבל את מרות הרוב בדבר הנוגע, לדעתו, לנפשו; ומשום פיקו"נ לדעתו, מותר לו ואף **חובה** עליו, להיאבק אפילו מאבק אלים, כנגד הבאים לסכן את חייו, ואת חיי הציבור כולו, לדעתו. וא"כ צ"ע מה הדין כשגם רוב וגם מיעוט באים בטענת פיקו"נ או בטענת מצוה?

בעניין זה יש לעיין בשו"ע (חו"מ סי' קס"ג סעי' א') שם נפסק:

> כופין בני העיר, אפילו מיעוט כופין את המרובין, לעשות חומה, דלתיים ובריח לעיר, ולבנות להם בית הכנסת.

והטעם לכך שבהלכה זו המיעוט כופה את הרוב, אע"פ שבדרך כלל הדין הוא: "אחרי רבים להטות", הוא משום שרוב המתנגד למצוה אינו רוב, כי "קשר רשעים אינו מן המנין". וכשם שהרוב אינו יכול להתנגד למצוות בניית בית כנסת; ואדרבה, הוא עצמו חייב בבנייתו, כך אין הרוב רשאי להתנגד לבניית חומה, דלתיים ובריח, אדרבה הוא עצמו מצווה על כך משום "וחי בהם".

אלא שיש לחלק ולומר, שבענין בניית חומה דלתיים ובריח הרוב מודה עקרונית למיעוט שיש צורך בבניית החומה, אלא שהוא אינו רוצה להוציא הוצאות עבורה. עדיף לו להשקיע את כספו בדברים אחרים, ולסמוך על הנס. לכן המיעוט כופה את הרוב. ועוד, הרוב אינו טוען שבניית החומה תסכן את חייו. אך בנידון דידן שגם הרוב טוען בשם סכנת נפשות, לדעתו, אין המיעוט כופה את הרוב.

אך מסתבר שגם הרוב לא יכול לכפות את המיעוט, במקרה כזה שהמיעוט חושש לסכנת נפשות וביטול מצוה לדעתו, וא"כ לא תהיה הכרעה בדבר. האם נצדיק במקרה כזה אנרכיה? והרי זה ברור, שאם תשרור אנרכיה, התוצאה תהיה ש"גם לי גם לך לא יהיה": לא יתקיימו, לא מדינה, לא רוב ולא מיעוט, וגם לא יישובה של ארץ ישראל!

לכן מסתבר שהרוב, מכיון שהכוח אתו, רשאי לדעתו לכפות את המיעוט; והמיעוט - אע"פ שבדרך כלל חייב לבטל את דעתו מפני הרוב (עיין תוס' ב"ק כ"ז ע"א ד"ה קמ"ל; ובקונטרס הספקות כלל ו' סי' ב' בשם "גט פשוט". ועי' סנהדרין ל' ע"א: "לשלומי איהו מנתא בהדייהו", ובצ"פ שם. ור"ל שאמנם אין המיעוט חייב לחזור בו מדעתו, וכמו שכתב קונטרס הספיקות, ולא כהגט פשוט, אך מאידך גיסא אין המיעוט יכול לעמוד על דעתו,

אלא עליו לקבל את הערעת הרוב למעשה) - כאן, כשלדעתו החלטת הרוב מסכנת את חייו ומבטלת את מצוותיו, אינו חייב לבטל את דעתו מפני הרוב. אך גם להתנגד בכוח אינו רשאי, כי הרוב, שהכוח עמו, יוצא מנקודת הנחה שהצדק עמו, והוא רשאי לדעתו לכפות את רצונו על המיעוט, וכמו שדרשו חז"ל על הפסוק "שופטים ושוטרים תתן לך" (דברים ט"ז י"ח), השוטרים - הרודין את העם במקל וברצועה (עי' רש"י שם). :מצא איפוא שהמיעוט לא חייב לבצע בעצמו את החלטת הרוב, אך גם אינו רשאי להתנגד לה בכוח, אלא להתנגד באופן פסיבי בלבד.

והנה, השוטרים והחיילים, שבסמכותם גם להכות, אינם עוברים בהכאה זו על "לא יוסיף", שהרי עושים זאת ברשות, כרב שמכה את תלמידו, אדון את עבדו, ואב את בנו. ואע"פ ששליח ב"ד שהוסיף רצועה אחת, בגלל טעותו של הדיין, ומת - גולה (ב"ק ל"ב ע"ב), וע"כ משום שלא דנים לפי דעתו אלא לפי דעתנו, וא"כ גם שוטר המכה עפ"י הרוב, אם הרוב טועה, עובר ב"לא יוסיף"?

ויש לומר דלא דמי. שם שליח ביה"ד היה צריך לשים לב למספר ולא ללכת אחרי הדיין כסומא בארובה, מפני שדבר זה מסור לכל ובזאת מיושבת קושיית הקצות, סי' שמ"ח ס"ק ד' בסופו, ע"ש), מה שאין כן בבעיה כמו שלנו, שהדעות חלוקות, ואין לדרוש משוטר וחייל שישקלו שיקול דעת מאליהם, ואין להם אלא הפקודה שניתנה להם, ולכן אינם עוברים ב"לא יוסיף". (אמנם חייל החולק **בהכרה** על נותני הפקודה יהיה אולי צריך להימנע מלבצע אותה, ועיין מה שכתבנו לקמן סי' ה', ואכמ"ל בענין עקרוני זה).

ולפי זה המוכים, אם יחזירו מכה למכיהם, יעברו ב"לא יוסיף", כי להם אין סמכות לכפות את דעתם על הרוב. ואע"פ שמצינו שמוכה שהחזיר מכה אחת אפיים למכהו פטור, כי חם לבבו ואינו נתפס על צערו (ישׁ"ש ב"ק פ"ג סי' כ"ו, פ"ח סי' מ"ב), ולשם הגנה על עצמו ממכות נוספות מותר לו להכות אפילו **לכתחילה** (רא"ש ב"ק ס"ג סי' י"ג); כאן, מכיון שלמכה יש סמכות להכות, ואינו עובר על "לא יוסיף", ממילא למוכה אין רשות להתגונן או להגיב, ואם חושש שמא לא יוכל לעמוד בייצרו עליו להתפנות מרצונו ולא להכניס את עצמו לאונס.

המסקנה המתבקשת איפוא היא, שתושבים הסבורים שאסור להם לנטוש את נחלתם אינם חייבים לבצע בעצמם את החלטת הרוב, ומותר להם להתנגד התנגדות פסיבית בלבד. אך אסור להם להתנגד בכוח ולהכניס את עצמם למצב בו יאלצו להגיב בכוח. אך מאידך גיסא אין הם חייבים, ולדעתם, אפילו אין הם רשאים, לעזוב את המקום אלא כשיאלצו אותם לכך.

ודוגמא לכך יש להביא ממצוות סוכה. שאם ירדו גשמים פטור מן הסוכה, אך אין אדם עוזב את סוכתו כשהחזאי רק מודיע שיתכנו גשמים, וכן אינו עוזב כשהשמים מתקדרים בעבים, ואפילו לא כשמתחיל הגשם לטפטף, אלא רק כשתסרח המקפה. וגם אז אינו מבעט בסוכתו אלא יוצא כעבד נכנע שמזג כוס לרבו ושפך לו קיתון על פניו (עי' או"ח סי' תרל"ט סעי' ז', עפ"י סוכה כ"ח ע"ב).

והנה בשנת תשנ"ד התעוררה שוב השאלה בדבר צורת ההתנגדות לפינוי אפשרי מיישובים ביהודה ושומרון לאחר הסכם אוסלו. ויש שרצו לדמות זאת לפרשת ימית בשנת תשמ"ב. אך יש להבחין הבחנה יסודית בין המקרים:

א. בשנת תשנ"ד הממשלה לא נשענה על רוב יהודי. רוב העם התנגד להחלטה אפשרית על פינוי.

ב. אנשי הצבא טענו שפינוי יישובים יהודים יסכן את המדינה.

ג. הרקע הרוחני למחשבה על פינוי היה ניכור נורא לתורת ישראל, ארץ ישראל ועם ישראל, כשחלק ממצדדי המסיגה מדבר על מדינת ישראל כמדינה השייכת לכל אזרחיה, כולל לא יהודים, ולא כמדינתו של העם היהודי.

אעפ"כ יש להימנע מכל שימוש אלימות, וההתנגדות, אם יהיה בה צורך, חייבת להיות פסיבית.

הרחמן הוא יקים לנו את סוכת דוד הנופלת. ונזכה לראות בשלם סוכו ומעונתו בציון.

סימן ה

הפרת פקודה משום מצוה *

ראשי פרקים

הצגת השאלות

א. ביטול גזירת מלך משום מצוה

1. גזירת מלך לבטל מצוה

2. השוואה בין גזירת מלך לכיבוד אב - שיטת ה"חכם צבי"

ב. ביטול תורה מפני גזירת המלך וכיבוד אב

1. הבחנה בין כיבוד אב לבין מורא אב ומורא מלך

2. האיסור לשמוע למלך בביטול מצוה - מצדו או מצדנו

ג. שיטת הנצי"ב בהפרת פקודה

המסקנה למעשה

הצגת השאלות

לאחרונה הועלתה בכמה הזדמנויות השאלה: האם מותר להפר פקודה לצורך מצוה? אזכיר חלק מהן:

א. המצור על היישובים בסיני (חבל ימית) הוטל בשבת פרשת "תרומה" (ד' אדר תשמ"ב). האם חיילים שחששו לחלל את השבת היו רשאים לסרב למלא את הפקודה?

ב. חיילים שלא השלימו עם הריסת חבל ימית ועם גירוש תושביו היהודיים האם היו רשאים להפר את הפקודה?

ג. חיילים שלא השלימו עם הכניסה למערב ביירות, מחשש של פגיעה באוכלוסיה אזרחית וסיכונם המיותר של חיילי צה"ל לדעתם, האם היו רשאים להפר פקודה?

ד. חיילים ששירתו ביהודה ושומרון ונצטוו להעניש עונש קבוצתי אוכלוסיה שהיתה מעורבת במהומות, עונש שנראה להם כבלתי מוסרי, האם היו רשאים להפר פקודה? (במקרה האחרון פסק ביה"ד הצבאי שאסורהיה לחיילים למלא פקודה בלתי סבירה. פסק דין דומה ניתן גם במשפט כפר קאסם הידוע).

בכל המקרים הללו עמד השיקול של ערכים שונים אשר לשיקולים ההלכתיים אין להם אלא הגדרה אחת בלבד והיא: "**צורך מצוה**") צורך הפקודה הצבאית. למותר לציין מה רבה חשיבותה של המשמעת בצבא, בלעדיה אין הצבא יכול לתפקד. והשאלה הנשאלת האם יש היתר, או אף חובה, להפר פקודה כשהיא נוגדת מצוה? ואם כן האם המושג מצוה חייב להיות מוגדר בצורה אובייקטיבית, או שמא די לו לחייל לחשוב, באופן סובייקטיבי, שהפקודה נוגדת מצוה, כדי להפר אותה?

א. ביטול גזירת מלך משום מצוה

1. גזירת מלך לבטל מצוה

דמיון מסוים לפקודה צבאית מצינו בגזירת המלך. וזו לשון הרמב"ם (הלכות מלכים פ"ג ה"ט):

> המבטל גזירת המלך בשביל שנתעסק במצוות, אפילו במצוה קלה - הרי זה פטור; דברי הרב ודברי העבד - דברי הרב קודמין. ואין צריך לומר, אם גזר המלך לבטל מצוה, שאין שומעין לו.

* מאמר זה נדפס ב"תחומין" (כרך ד'), ונדפס כאן מחדש עם תיקונים והוספות.

מקור דברי הרמב"ם הוא במסכת סנהדרין (מ"ט ע"א), שם מתפרשים הפסוקים בשמואל ב' (כ' ד'-ה') באופן זה:

"ויאמר המלך אל עמשא, הזעק לי את איש יהודה שלשת ימים... וילך עמשא להזעיק את יהודה, ויוחר...". עמשא אכין ורקין דרש. אשכחינהו דפתיח.... להו במסכתא. (מצאן שהיו עסוקים במסכת ולא רצה לבטלם מתורה). אמר, כתיב: "כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצוונו, יומת" (יהושע א' י"ח). יכול אפילו לדברי תורה? תלמוד לומר: "רק חזק ואמץ". "רק" בא למעט שאם בא המלך לבטל דברי תורה, אין שומעין לו).

בבואנו להשוות בין לשון הרמב"ם לבין דברי הגמרא אנו מוצאים שהרמב"ם מכנה את מצוות תלמוד תורה כ"מצוה קלה" ולומד ממנה בק"ו גם מצוות אחרות. "קלותה" של מצוות תלמוד תורה מתבטאת בכך שהיא נדחית מפני כל מצוה אחרת (ראה במאמר הפתיחה לספר זה, אות י"ז). והיה מקום איפוא לדחותה גם מפני מצוות "שום תשים עליך מלך". אולם מהפסוק ביהושע למדנו שאדרבה, גזירת המלך נדחית מפני מצוות תלמוד תורה. ואולי רמז לכך הוא שהמלים "רק חזק ואמץ" מתייחסות לפסוק "והגית בו יומם ולילה", ובדברינו אלה מיושבת הערת הכסף-משנה, יעו"ש).

2. השוואה בין גזירת מלך לכיבוד אב - שיטת ה"חכם צבי"

בשו"ת חכם-צבי (סי' ל"ח) זשווה את גזירת המלך למצוות כיבוד אב ואם, שגם בה אין חובה לשמוע לאב לבטל מצוה. ומשמע שאפילו מצוות תלמוד תורה דוחה מצות כיבוד אב ואם. ואכן מבואר הדבר במסכת מגילה (ט"ז ע"א) - גדול תלמוד תורה יותר מכיבוד אב ואם, שכל אותן שנים שהיה יעקב אבינו בבית עבר, לא נענש ובטעם ההשוואה שבין מצוות כיבוד אב ואם לבין גזירת מלך כתב החכ"צ שכל מצוה שהיא בידי האדם, אפילו מצוה קלה של דבריהם, אינה נדחית מפניה. וכן מצינו באונס, שיש בו עשה מפורש "ולו תהיה לאשה", ושנינו שאם לא היתה האנוסה ראויה לבוא בקהל, אינו רשאי לקיימה. והקשתה הגמרא (כתובות מ' ע"א), שיבוא עשה וידחה לא תעשה? ותירצה הגמרא: דאי אמרה לא בעינא, ליתא לעשה כלל. והחכ"צ רוצה כנראה להשוות גזירת מלך וכיבוד אב ואם לאנוסה. שכשם שבאנוסה - מכיון שהדבר תלוי בה, ואם היא אומרת לא בעינא ליתא לעשה כלל - אין העשה דוחה לא תעשה, הוא הדין לכל מצוה התלויה ברצונו של בשר ודם, כגון מלך ואב ואם, שאין עשה כזה מבטל מצוה מהתורה או מדרבנן.

ויש להעיר על דבריו מקושיית התוספות ישנים בכתובות שם (תוד"ה כגון):

הקשה הר"ר עזרא: אמאי איצטריך קרא בפ"ק דיבמות (ה' ע"ב) דאין עשה דכיבוד (אב ואם) דוחה שבת, הא ליכא עשה, דאי אמר לא בעינא לכיבוד, מי איתא לעשה כלל?!

וע"ש מה שתירצו (וכן בשטמ"ק, ב"מ ל"ב ע"א, ובתוס' הרא"ש שם). אך מדברי כולם עולה שלא כדברי החכ"צ, אלא יש לחלק בין כיבוד אב ואם לבין אנוסה. ולכן יש פסוק מפורש במצוות כיבוד אב ואם ללמדנו שאין מצוות כיבוד אב ואם דוחה מצוה. וכן יש להעיר על דבריו מהגמ' בסנהדרין הנ"ל, שלמדה מפסוק שאין גזירת מלך דוחה מצוה. ולשיטת החכ"צ, שדין זה דומה לאנוסה, אין צורך בפסוק, וצ"ע.

ומצאתי בביאור הגר"א לשו"ע (יו"ד סי' ר"מ ס"ק כ"ו) שהביא ממדרש רבה (פרשת נשא פר' י"ד) שהשווה בין כיבוד אב ואם לגזירת מלך. וכתב על זה הגר"א שק"ו הוא: ומה מלך, שחייבים מיתה על המראתו, אין לשמוע בקולו לצורך מצוה, כיבוד אב ואם, שאינו אלא בעשה, לא כל שכן!

ב. ביטול תורה מפני גזירת המלך וכיבוד אב

החכם-צבי הניח כדבר מוסכם שאסור לבטל תורה מפני גזירת המלך. ואע"פ שמבטלים תורה לצורך כל מצוה, גזירת המלך שאני, שהיא מצוה התלויה ברצונו של בשר ודם. ומכיון שיש להשוות בין מצוות כיבוד אב ואם למצוות המלך, יש לומר גם על המלך "שאתה והוא חייבים בכבודי". ולפי זה גם בכיבוד אב ואם אין לבטל תורה כדי לקיים מצות כיבוד אב ואם. אולם מצינו סתירה לדבר זה מהגמ' במסכת קידושין (ל"א ע"ב) שר' אבהו ביקש מים מבנו אבימי; ולמרות שהיו לו לאבימי חמשה

בנים סמוכים, הלך אבימי בעצמו להשקותו מים, וכשחזר מצאו לר' אבהו מנמנם, גחן עליו והמתין עד שהתעורר. אסתייעא מילתא, ובאותו זמן דרש אבימי על "מזמור לאסף". משמע שללא סייעתא מיוחדת היה אבימי בטל מתורה.

וכבר הקשה שם המקנה: כיצד ביטל אבימי תורה משום מצוות כיבוד אב ואם, והרי "גדול תלמוד תורה יותר מכיבוד אב ואם" (כמבואר במגילה ט"ז ע"ב)?

וכן כתבו הר"ן והמאירי (מו"ק ט' ע"א) בשם הראב"ד, שמצוה שאי אפשר לקיימה ע"י אחרים, **כגון כיבוד אב ואם** דוחה תלמוד תורה. וגם עליהם יש להקשות מהגמ' במגילה הנ"ל, ומהשוואת מצוות כיבוד אב ואם למצוות המלך יש ג"כ להקשות, שהרי מצוות תלמוד תורה דחתה את גזירת המלך, וא"כ ק"ו לכיבוד אב ואם שיידחה מפני תלמוד תורה? ועיין מאירי (קידושין ל"ב ע"א) בהסבר הגמ' במגילה, שתלמוד תורה מיהא, כל שביטל כיבוד אב ואם בשבילה, אין בידו עבירה. ולשון זו דומה ללשון הרמב"ם בענין מלך להלן.

אמנם המאירי (סנהדרין מ"ט ע"א) כתב:

> וכל שבאה מצוות המלכות לבטל תלמוד תורה דרבים ולא עשו - אין זה בדין מורד כלל. כלומר, רק ביטול תורה דרבים לא נדחה מפני גזירת המלך, אך ביטול תורה דיחיד נדחה מפני גזירת המלך, והוא הדין שביטול תורה דיחיד יידחה מפני כיבוד אב ואם.

ולפי זה אפשר ליישב בדוחק את הגמ' במגילה ולומר שלימודו של יעקב בבית מדרשו של עבר נחשב לתלמוד תורה דרבים, שהרי יעקב היה אז כמעט כל כלל ישראל באותו הדור. ורק תלמוד תורה דרבים גדול יותר מכיבוד אב ואם.

אך המאירי עצמו הוסיף על דבריו וכתב: וגדולי המחברים (דהיינו הרמב"ם) כתבו כן אפילו בביטול גזירת מלך בשביל שמתעסק במצוה קלה.

ומצאתי בפת"ש (יו"ד סי' ר"מ ס"ק ח') שכתב בשם ליקוטי הפר"ח שמה שתלמוד תורה גדול מכיבוד אב ואם, היינו דווקא אם צריך לילך חוץ לעיר (וכמו שנפסק שם סעי' כ"ה); אבל אם הוא בעיר, צריך לשרת את האב ולחזור לתורתו. והעיר על זה בעל הפת"ש: ובזה מיושבת קושיית המקנה (קידושין ל"א ע"ב ד"ה אסתייעא מילתא). ועיין היטב בשאילתות (פר' תולדות, שאילתא י"ט), שמשמע מדבריו שדברי הגמ' במגילה עולים רק על הגולה למקום תורה, עיש"ה (ועי' לעיל במאמר הפתיחה, אות ט"ז, ולקמן סי' י' אותיות ג'-ה').

1. הבחנה בין כיבוד אב לבין מורא אב ומורא מלך

לקמן (סי' י' אות ה' סעי' ו) נתבנו להבין את השיטה הזאת עפ"י ההבחנה שבין כיבוד לבין מורא: שכשהאב מבקש מהבן להשקותו מים, למשל, הבן חייב מדין **כיבוד** אפילו לבטל תורה; אך כשהאב רק מעוניין שהבן ילמד תורה בעירו והבן מעוניין ללמוד תורה במקום אחר ואין האב זקוק למשהו **מסוים** מהבן, אין כאן מצוות כיבוד אלא מורא; ובמורא אין הבן חייב בכבוד אביו כשכוונתו לשם מצוה. שאע"פ שאם היה הבן נשאר ללמוד במקום לא היה עובר על ביטול תורה, משום שעשה זאת מפני כבוד אביו, מ"מ אם חשקה נפשו בתורה ללמוד במקום אחר, אין בכך משום זלזול באביו. כי רק כשמזלזל באביו לשם נוחיות עצמו יש כאן זלזול באביו; אך כשעושה זאת **לשם שמים**, אין כאן זלזול באב, שהרי גם האב מחוייב בכבוד שמים, ולכן אינו נחשב כמבטל מצוות מורא.

ולפי זה מלך, שאין בו מצוות כיבוד אלא מצוות מורא בלבד, שנאמר "שום תשים עליך מלך" שתהא אימתו עליך (סנהדרין כ"ב ע"א), אם אינו מקיים את גזירתו משום שכוונתו לשם שמים - אינו מזלזל בכבודו בכך, שהרי גם המלך חייב בכבוד שמים (ועל זה נצטווה לכתוב לו את משנה התורה).

ונמצא איפוא שמצוות תלמוד תורה שונה מכל מצוה אחרת. אם אדם מבטל תורה כדי לקיים מצוה, גם מצוות גזירת המלך, אינו עובר עבירה. אך מאידך גם להיפך, אם אינו מקיים את גזירת המלך כדי ללמוד תורה, אינו מזלזל בכך במלך, ופטור. ודוק היטב בלשון הרמב"ם שכתב: המבטל גזירת המלך בשביל שנתעסק במצוות, אפילו במצוה קלה - הרי זה פטור. אין כאן היתר לכתחילה אלא פטור בדיעבד (כפי שכתבנו לעיל בשם המאירי). לעומת זאת בהמשך דבריו הוא כותב: ואין צריך

לומר אם גזר המלך לבטל מצוה, שאין שומעין לו. במצוה גמורה נקט הרמב"ם לשון אחרת, לא של פטור בדיעבד, אלא של איסור לשמוע **לכתחילה** (ועיין מש"כ בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, עמוד הימיני עמ' רל"ט).

עמשא יכול היה לבטל תורה מישראל כדי להציל את דוד משבע בן בכרי כי הצלה זו היתה מצוה עוברת; מאידך, עמשא הרשה לעצמו להימנע מביטול תורה מישראל, ולא ראה בכך שום מרידה במלכות, כי כוונתו היתה לשם שמים. ואע"פ שהסכנה היתה גדולה שמא תתבטל מלכות בית דוד, יתכן שעמשא לא העריך כראוי את הסכנה, ואכן דוד דן אותו לכף זכות, כי כאמור היתה כוונתו לשם שמים. ועוד, שכל ערכה של מלכות בית דוד, לעומת מלכות אחרת, היא שמלכות בית דוד תגדיל תורה בישראל יותר ממלכות אחרת, ואין הדבר שווה בנזק של ביטול תורה ציבורי, לפחות לדעתו של עמשא.

העולה מדברינו הוא, שביטול גזירת מלך, הנעשה מתוך כוונה סובייקטיבית לשם שמים, אין בה משום מרידה במלכות.

2. האיסור לשמוע למלך בביטול מצוה - מצדו או מצדנו?

ויש לחקור, האם האיסור לשמוע למלך כשהוא מצווה לעבור על מצוה מהתורה הוא מצדנו או מצדו? כלומר, האם משום שאנו מצווים לקיים מצוות אין לו סמכות להפקיע חיוב זה מאתנו, ופקיעת הסמכות היא בגללנו, בגלל חובתנו לקיים מצוות; או שמכיון שהוא נתן הוראה המנוגדת להלכה הופקעה סמכותו מצדו, ואין הוראתו הוראה כלל?

ומצינו ספק כזה בכיבוד אב ואם. האם אב המצווה לבנו לעבור על דבר מהתורה הוא מופקע מדין אב, או שהבן מחויב במצוה ולכן הוא לא חייב לשמוע לאביו?

עיין הגה"מ (הל' ממרים פ"ו אות ח'), ששאל למה לי פסוק לפטור את הבן מלשמוע לאביו במקרה שמצוה נגד התורה, תיפוק ליה שהאב רשע? עי"ש. ובדרו"ח להגרעק"א (ב"מ ל' ע"א ד"ה תוד"ה הא) תירץ שהיתה הו"א לומר שמצוות כיבוד אב ואם תדחה את כל המצוות שבתורה, ולכן צריך פסוק לפטור את הבן. ולפי הגרעק"א מסתבר יותר לומר שהתורה הפקיעה את סמכות האב מצידו, ולא פטרה את הבן מצדו. וצ"ע.

והנפק"מ תהיה כאשר האב שוגג ואינו יודע שמצוה לעבור על דין מהתורה. יתכן שסמכותו לא מופקעת אז, והבן חייב (עיין אוצר מפרשי התלמוד ב"מ ל"ב ע"א הע' 78, ויש לפלפל בדבריהם); או במקרה שיש מחלוקת בין הפוסקים, והאב סובר כפוסק אחד והבן כפוסק אחר, שאז הבן חייב לשמוע לאביו.

ואם נניח שמצוות מלך דומה למצוות כיבוד אב ואם, יש לומר כנ"ל שבמחלוקת פוסקים יש לציית להוראת המלך; והוא הדין למנהיג הציבור, לדעת הנצי"ב (שתידון לקמן).

ג. שיטת הנצי"ב בהפרת פקודה

עד כה התייחסנו להפרת פקודה כאל ביטול גזירת המלך. למותר להעיר שלשם כך יש להניח שיש כיום דין מלכות, גם לענין זה של מורא מלכות וכבוד מלכות, דבר הטעון בירור ולא כאן מקומו. כמו כן עלינו להניח שכל הפרת פקודה, גם בדרגות נמוכות, כמוה כפגיעה בסמכות הממלכתית. אף דבר זה טעון בירור, ויש להטיל בו ספק.

לעומת זאת מחדש הנצי"ב שכל הפרת פקודה במערכת הצבאית יש בה משום פיקוח נפש וסיכון הכלל, עד שהמפר פקודה דין "רודף" לו! וזו לשונו בספרו "העמק שאלה" (פרשת ואתחנן שאילתא קמ"ב):

> וזה ענין מה שאמרו בני גד ובני ראובן ליהושע "כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצוונו יומת, רק חזק ואמץ". לכאורה, אמאי הוא חייב מיתה, הרי לא היה יהושע מלך אלא שופט? וכן, מה זה ענין דבר מלוכה לבני גד ובני ראובן, האם זה תלוי בדעת כל ישראל? אלא כל זה היה שייך לדבר המלחמה באשר הוא היה המצביא את הכל למלחמה... ואילו היה מי ממרה את פיו באשר ישלחנו, ירף לבב יהושע. ואין לך כושל

לכלל ישראל במלחמתם עם הכנענים יותר מזה; ונמצא הוא רודף וחייב מיתה. וזהו שסיימו את דבריהם: "רק חזק ואמץ", דמשום הכי ימיתוהו רק כדי שיתחזק לבו. ובשביל שהמה היו החלוץ למלחמה להם היה נאה ומוכרח לומר כן.

ומעשה דיבש גלעד שהשביעו תחילה מי שלא יבוא למלחמה עם בנימין מות יומת, הרי זה בעיקר מלחמת פילגש בגבעה, וקשה, מי נתן להם רשות להרוג את שבט בנימין בשביל שהעיזו פנים ולא רצו למסור את החוטאים בפילגש זו?... ויותר ראוי לומר דזה ברור דתקנת כלל ישראל בין עובדי כוכבים במלחמותיהם היה כאשר היה אגודתם על הארץ ביסוד חזק לעזור זה את זה, וכיון שחלק ליבם של שבט אחד לצאת מן הכלל, היה קרוב הדבר שיחזיקו ידי עכו"ם ויפתחו שערי ארץ ישראל, ואין לך סכנת נפשות יותר מזה... דמרידה בכלל ישראל היה חייב עונש מצד רודף.

אמנם את הוכחותיו אפשר לדחות, ולומר שליהושע היה דין מלך, וכמו שכתב הרמב"ם. ואפילו אם תמצא לומר שיהושע לא היה מלך אלא שופט, לענין זה של מרידה דין מלך היה לו (עיין הקדמת האברבנאל לספר שופטים, השיתוף הרביעי) וענין פילגש בגבעה היה מדין הוראת שעה, וכמו שהביא (בפרשת וירא) שם הרמב"ם. מיהו עצם סברתו מסתברת מאד, שהפרת פקודה בשעה שעם ישראל מוקף אויבים עלולה לסכן את כל קיומו של העם.

אלא שיש להקשות על דבריו מסוגיית הגמרא בסנהדרין (מ"ט ע"א), שלמדו מיהושע שאין מצוה לציית לפקודה כשזו נוגדת דברי תורה, והרי פיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה? ואם הפרת פקודה מסכנת את קיומו של העם, מן הדין שתדחה גם מצוה?

אולם הנצי"ב עצמו עמד על כך והסביר לשיטתו, מדוע נענש עכן על מעילה בחרם, ומדוע רצה שאול להרוג את יונתן על טעימת הדבש, למרות שאין עבירה על החרם מחייבת מיתה? (ואין הנצי"ב מקבל את הסברו של הרמב"ן, ויקרא כ"ז כ"ט, במשפט החרם אשר לו). משום שעבירה על דין מדיני התורה בשעת חירום מסכנת את כלל ישראל. צא וראה מה גרמה מעילתו של עכן לישראל במלחמת העי הראשונה. וכן ביהונתן, מבואר בתנחומא (פרשת וישב) ששאול ראה שהיו פלישתים מתגברים על ישראל והבין שמעלו בחרם. ומטעם זה הרג יואב את רבו (לדעה אחת בב"ב כ"א ע"ב) שלימדו בטעות שרק את הזכרים יש למחות בעמלק, משום שאין לך רודף גדול מזה, שגורם לישראל שייכשלו במצוה במלחמה.

ולפי זה יוצא שכשם שהפרת פקודה מסכנת את שלום הציבור, כך גם פקודה הנוגדת את דין התורה מסכנת את שלום הציבור. אולם מסתבר שלא די בכך שמקבל הפקודה סבור לפי דעתו **הסובייקטיבית** שהפקודה אכן מנוגדת לדין התורה, אלא עליו לשקול את הדבר גם מבחינה **אובייקטיבית** עד כמה שידו מגעת. ואם אין הוא יכול לעשות זאת בעצמו עליו להיוועץ עם אישיות תורנית אובייקטיבית, שתשקול אם אמנם הפקודה נוגדת את דין התורה באופן מוחלט, או שהיא נוגדת את דין התורה רק לפי דעתו של מקבל הפקודה. ובדבר השנוי במחלוקת, יש מקום להכריע שהסכנה שבהפרת פקודה גדולה יותר מספק ביטול הדין.

המסקנה למעשה

ננסה ליישם את מסקנתנו על הבעיות שהצגנו בתחילת דברינו.

א. המצור על סיני בשבת- לכל הדעות לא היה מוצדק. לא היה כל נימוק של פיקוח נפש שלא סבל דיחוי. אפשר היה להטיל את המצור גם ביום אחר. וחייל שקיבל פקודה בעצם יום השבת, לחללה, על מנת להטיל מצור על יישובי ישראל בסיני, ידע שאין כאן כל חשש מוצדק של פיקו"נ והיה עליו לסרב למלא את הפקודה. וגם אם היה עלול לעמוד לדין ולהיענש על כך, היה חייב לסרב, כי לא מצינו היתר לעבור על לאו מהתורה, וק"ו לחלל שבת, כדי להינצל מעונש.

לעומת זאת, אם ניתנת פקודה לחלל שבת בתנאים אחרים, כשהחייל אינו יודע אם יש הכרח אובייקטיבי לחלל את השבת, מותר לו למלא את הפקודה, אולם מן הראוי להמיר את המלאכות במלאכות דרבנן שהרי מצבנו הבטחוני אינו טוב יותר מחולה שאין בו סכנה לפחות).

בשעת חירום, כוננות גבוהה, או ספק רציני למצבים כאלו, יש לחלל את השבת ללא כל היסוס או פקפוק.

ב. חיילים שלא השלימו עם החלטת הממשלה להרוס את חבל ימית ולגרש את תושביו היהודיים, היו רשאים למלא את הפקודה. וזאת משום שגם לדעתם הממשלה לכל היותר טעתה בשיקוליה, אולם לא התכוונה לעבור עבירה, אלא סברה שבכך היא מביאה תועלת לעם ישראל ולארץ ישראל. היא גם לא ידעה מה הם גבולות הארץ עפ"י התורה, וחשבה לתומה שמותר לעקור ישובים ישראליים מחבל ימית לטובת הסכם השלום. אמנם הממשלה לא שקלה, לצערנו, את צעדיה מתוך שיקולים של תורה, אך עובדה היא שהיו רבנים שהתירו את הדבר. (הגדרה זו של עמדת הממשלה שמעתי מפי מו"ר הגרא"א שפירא שליט"א, לשעבר הרב הראשי לישראל, בביקורו בימית בשעת המצור, למרות שדעתו האישית היתה שמסירת סיני למצרים היא עבירה מהתורה. ועי' שו"ת אדרות משה, אה"ע ח"ב סי' כ').

עם זאת היה ידוע שחייל שביקש להשתחרר מהשתתפות בעקירת ישובי סיני מטעמי מצפון נענה בחיוב, בדרך כלל.

ג. חיילים שלא השלימו עם הכניסה למערב ביירות, היו חייבים למלא פקודה. סירוב פקודה בשעת מלחמה הוא דבר **חמור ביותר,** וכמו שהסביר הנצי"ב את דברי בני גד ובני ראובן ליהושע. אי אפשר לטעון שמבחינה **אובייקטיבית** במלחמה אינה מוצדקת. הדבר תלוי בתפיסת העולם הפוליטית. מי שסבור היה שהפיתרון לבעיית המחבלים הוא מיגורם המוחלט והסופי, הצדיק גם את סיכונם של חיילי צה"ל וגם את סיכונה של האוכלוסיה האזרחית בביירות. אי אפשר היה לטעון כלפיו שהוא בלתי מוסרי לפי הנחתו הפוליטית. לעומתו, מי שסבור היה שאין סיכוי לפתור את בעיית המחבלים בדרך צבאית, או שהוא רואה את בעייתם כחלק מהבעיה הכללית של יחסי ישראל והערבים, ולדעתו לא היה סיכוי ואין תועלת בפתרונה הצבאי, ראה ממילא את המלחמה כמיותרת ובלתי מוסרית, ולדעתו היה בה סיכון של חיילים ואזרחים ללא הצדקה. הבעיה אינה הלכתית ביסודה אלא פוליטית. ולא יתכן שחייל ישקול עפ"י דעתו הפוליטית האישית אם למלא פקודה או לסרב. עליו לקבל את מרות הממשלה.

אולם אם ייווצרו תנאים אחרים, בהם גם מבחינה **אובייקטיבית** לא תהיה הצדקה למלחמה, אסור יהיה למלא פקודה בתנאים אלו. (ועי' בספר "ערכים במבחן מלחמה", מאמר הד"ר י. סילמן).

ד. חיילים שנצטוו להעניש אוכלוסיה אזרחית ביהודה ושומרון בעונש קבוצתי, היו רשאים לסרב למלא את הפקודה, אם אמנם הפקודה היתה לא צודקת. אכן אם היינו מגדירים את היחסים בינינו לבין הערבים **שבתוכנו** כיחסי מלחמה בין **שני עמים**, היה המצב דומה לכניסה לביירות שהיה היתר לפגוע באוכלוסיה אזרחית, וגם אז רק **אגב** מלחמה במחבלים. אולם הערבים הנמצאים בשליטתנו לא הוגדרו **כעם** הלוחם נגדנו, להוציא את אותם **בודדים** המתנכלים לחיינו ולשלומנו. העונש הקבוצתי, ללא דין וללא דיין, אינו מוצדק, הן משום שהוא מנוגד ל"דרכי שלום" שאנו מצווים עליהם (עיין גיטין ס"א ע"א, וברמב"ם הל' מלכים פ"י ה"ב), והן משום שאסור לצער אף בעלי חיים, וכל שכן בני אדם (רשימה של ספרים העוסקים בנושא מנויה באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ ל"ב ע"ב הע' 6) וזאת להוציא מקרים חריגים הנעשים ע"י שיקול קר ומפוכח של הדרג הבכיר. אך למעט מקרה זה, לא היה על החיילים למלא את הפקודה, הבלתי סבירה, מבחינת ההלכה.

במהומות תשמ"ח (האינתיפאדה) נועלה הנושא מחדש. נטען אז שחיילים המכים אזרחים חפים מפשע אינם חייבים למלא הוראות משום שהן פקודה בלתי חוקית בעליל. והנה אין ספק שאזרחים החפים בעליל מכל פשע, אין מקום להעניש. אך הפקודה היתה בדרך כלל להעניש חשודים, שותפים, מחפים וכדו', כדי למנוע הפרת סדר ופגיעות חמורות. ואכן כל עוד ההוראות במסגרת זו הן ללא התעללות, הפקודה חוקית; אולם מעבר לצורך הנדרש הפקודה היא בלתי חוקית.

נוסף לכך, במהומות תשמ"ח היה זה מרי אזרחי, סוג מלחמה של כל האוכלוסיה, כולל נשים וילדים. לכן הדיכוי של המהומות היה מוצדק, כי המצב היה של מלחמה כוללת ממש (עי' לקמן סי' ח' אות ו') ואעפ"כ נראה שלא היה מקום להכות בכוונה נשים וילדים.

ה. בשנת תשנ"ד העלה את הנושא מחדש הגר"ש גורן, שהורה לחיילים לסרב **לפנות התנחלויות ומתנחלים מרחבי ארץ ישראל.** וכן הורו הרבנים הגאונים הגר"ש ישראלי, והגרא"א שפירא יבלח"א. התנאים שם היו שונים מימית. לא היה ספק לכולם, שהמדובר בלב ארץ ישראל. ובאשר לשיקולי פיקו"נ, הממשלה הודתה שהיא לוקחת על עצמה סיכונים בגלל הסיכוי לשלום. (בעיקרון, ההלכה אוסרת להיכנס לספק פיקו"נ על מנת למנוע ספק פיקו"נ אחר, ד"מאי חזית"). אך צריך לשקול בכובד ראש ובאחריות את ההשלכות לסירוב פקודה, וההוראה לסירוב פקודה ניתנה בעיקר באשר לפינוי יישובים וכדו'.

ויהי רצון שה' ישפות שלום אמת בארצנו ונוכל למלא את פקודותיו של ה' יתברך כפי שציוונו בתורתו.

סימן ו

עזיבת הארץ מחשש סכנה במלחמת המפרץ

ראשי פרקים

שאלה

א. האם פיקוח נפש דוחה את ישיבת הארץ?

ב. מצוות כיבוד אב ואם

ג. מצוות ישיבת הארץ בשעת חירום

ד. "לא תערוץ מפניהם"

ה. תורה מגנא ומצלא

מסקנות

שאלה

בימי מלחמת המפרץ (חורף תנש"א) כאשר ריחפה סכנת הטילים על ישראל, נקרא תלמיד ישיבה, בן חו"ל הלומד בארץ, ע"י הוריו לחזור מיד לביתו. האם מותר לו לשמוע בקולם?

א. האם פיקוח נפש דוחה את ישיבת הארץ?

ראשית יש לדון בדבר גם ללא דרישת ההורים - האם חייב תלמיד הישיבה להישאר בארץ כשסכנה מרחפת עליה?

כידוע, כל המצוות שבתורה נדחות מפני פיקוח נפש, חוץ משלוש העבירות החמורות: עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים. מצוות ישיבת הארץ לא נכללה בכלל אלו, ודינה, לכאורה, ככל המצוות שבתורה. ואע"פ ש"כל הדר בחו"ל דומה כמי שאין לו א-לוה", ואין לראות במימרא זו דברי אגדה ודרוש אלא פסק הלכה, שהרי הרמב"ם הביאם להלכה (הל' מלכים פ"ה ה"ב; לא בסוף הספר, כדרכו לסיים ספרים רבים במשנה תורה בדברי אגדה, אלא באמצעיתם של דברי הלכה). אך מ"מ בוודאי אין לראות בישראל הגר בחו"ל עובד עבודה זרה לכל הלכותיו החמורות (ועי' מהרש"א, חידושי אגדות כתובות ק"י ע"ב ד"ה דומה) אלא שמאחר שבארץ ישראל עיני ה' א-להינו בה, והשכינה שכנה לה - כל העוזב מקור מים חיים של קדושה ואמונה, לחצוב לו בורות נשברים בחוץ לארץ, מראה בעצמו כאילו הוא מואס בקרבת ה' חלילה[1]. אך איסור זה הותר משום פיקו"נ.

והדברים ק"ו - אם לסחורה מותר לצאת לחו"ל, ק"ו שמחשש פיקו"נ. ואפילו לשכון דרך קבע בחו"ל מותר, כשחזק הרעב בארץ, עד שנעשה שוה דינר חיטין בשני דינרין (כמבואר ברמב"ם הל' מלכים פ"ה ה"ט) ועל כרחך הטעם הוא משום פיקו"נ. וכן כתב בשו"ת מעיל צדקה, ובאו דבריו בפתחי תשובה (אה"ע סי' ע"ה ס"ק ו'):

---

* נדפס ב"תחומין" (כרך י"ב).

1. יתכן שהרמב"ם רואה במימרא זו הלכה ממש, כדי לנמק בכך מדוע לא מנה את ישיבת א"י במנין המצוות, ולדעתו כלולה מצוה זו במצוות אמונה ויראת שמים, ואכמ"ל. (ואעפ"כ מצינו באיגרת השמד של הרמב"ם הנחיה המחייבת בחירת מקום טוב מבחינת התנהגות חברתית, מוסרית ואמונית של תושביו, אפילו תוך כדי כניסה לסכנה: "אבל אם היה המקום מן הגויים, ישראל העומד שם על אחת כמה וכמה שהוא חייב לצאת מאותו מקום וללכת למקום טוב. וישתדל לעשות **אע"פ שמפיל עצמו בסכנה** עד שיינצל מן המקום הרע שאינו יכול להעמיד דתו כראוי". אם כך לגבי הליכה למקום טוב, ק"ו לגבי יציאה ממקום טוב, אלא אם כן נדמה שהוא מסוכן יותר: **הערת עורך "תחומין"** (י. ש.).

וגם מה שכתבו התוס' שם (כתובות ק"י ע"ב ד"ה הוא) שאינו נוהג בזמן הזה, דאיכא סכנת דרכים - הא ודאי דאף בזמן הבית כל שהיה בו משום סכנה גלויה לא נאמר לכוף לעלות, וזה משתנה לפי הזמן. וכבר כתב המבי"ט (ח"ב סי' רי"ו) הכלל בזה, כשכל הסוחרים אינם נמנעים, יכולים לכוף...

א"כ בנידון דידן, כשכל התיירים והסוחרים נמנעו מלהגיע לא"י בתקופה זו, ואף אלו שהיו כאן עזבוה בבהלה מפחד הטילים, מותר גם לבחור הישיבה לעזוב את הארץ עד יעבור זעם.

השאלה שצריכה להישאל היא, איפוא: האם מותר לו להישאר בארץ למרות הסכנה? ואם כן - האם מותר לו להמרות את פי הוריו?

ב. מצוות כיבוד אב ואם

יש להבחין במקרה שלפנינו, מהי כוונת ההורים - האם את טובת בנם הם דורשים, משום שחוששים לשלומו? או שהם דורשים את טובת עצמם, מרוב דאגתם וחרדתם?

בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' כ"ה בהג"ה) **כתב הרמ"א בשם המהרי"ק** (שורש קס"ז):

וכן אם האב מוחה בבן לישא איזו אשה שיחפוץ בה, הבן אינו צריך לשמוע אל האב.

וכתב הגר"א (ס"ק ל"ו):

שלא אמרו אלא מאכילו ומשקהו, דשייך ביה אבוה.

כלומר, כיבוד אב ואם שייך רק **בצרכיהם**, ולא בצרכי הבן. וכן מוכח מהתוס' (קידושין ל"ב ע"א ד"ה רב יהודה), שאם האב אומר לבן שיתן לו ממונו, לרב יהודה (שהחיוב הוא משל הבן) **חייב הבן לקיים את מצוות אביו. אך אם לאב אין שום קורת רוח מעצם ממונו של הבן, אלא שהבן צריך להפסיד את ממונו כדי לעסוק בכיבוד אביו, הוא פטור. וק"ו שכן הדבר לפי ההלכה, שכיבוד אב משל אב. וכן הביא הגר"א מהרמב"ן ומהרשב"א** (יבמות ו' ע"א) שסוברים כן. הם חולקים שם על רש"י, ומפרשים כפירוש הר"ח, שאב שאמר לבנו להביא לו דבר בשבת והבן חימר כדי להביא - או שאביו אמר לו להביא דבר, והבן נטמא כדי להביא - אין העשה של כיבוד אב דוחה איסורים אלו, משום שהם הכשר מצוה ואינם מצוה עצמה. המצוה היא רק ההנאה שהאב נהנה מהתוצאות של מעשי הבן, ולא ממעשי הבן עצמם. כלומר, בכיבוד אב אין המצוה לציית לדברי האב, אלא להנאותו, וכל שאינו לתועלת האב אין בו מצוות כיבוד אב. ונמצא שזוהי דעת רוב הראשונים, וכך היא גם ההלכה (מיהו עיין עמוד הימיני סי' כ"ד. ועי' לקמן סי' י').

וכל זאת גם אם היה המדובר בארץ אחרת, ולא בארץ ישראל. אך כשהמדובר במצוות ישיבת הארץ, גם אם לדעת ההורים יש בכך צד סכנה, מכיון שהבן מוכן להישאר בארץ למרות החששות, יש כאן צד מצוה, ובמקום מצוה אין עליו לשמוע להוריו כלל, שהרי "כולכם חייבים בכבודי" (יבמות ו' ע"א; ב"מ ל"ב ע"א), **ואפילו מצוה של דבריהם דוחה כיבוד אב ואם** (שו"ע יו"ד סי' ר"מ סעי' ט"ו).

ב"מעיל צדקה" (מובא בפת"ש שם) **דן בשאלה קרובה לנידוננו - בית הדין אסר על אדם לקחת עמו את ילדיו הקטנים ולהפליג אתם לא"י, בגלל חשש סכנה - וכתב שם:**

ואם לחוש שלא להמרות את ביה"ד מפני הכבוד, כבר כתב המבי"ט (סי' קל"ט) דאין לחוש בזה לכבוד אב ואם החמור, מכל שכן לכבוד ביה"ד. וכבר אישתמיט ר' זירא מדב יהודה רביה דבעי למיסק לא"י.

אמנם הפת"ש העיר משו"ת התשב"ץ (ח"ג סי' רפ"ח), שלא כתב כן, וכן הוכיח ממסכת קידושין (ל"א ע"ב). אך גם התשב"ץ לא **חייב** לצאת לחו"ל משום כיבוד אב ואם, אלא רק **התיר**. ואכן ודאי שיש להתיר לאדם לצאת לחו"ל כדי לראות את פני הוריו ולכבדם, ק"ו מסחורה. ואפילו כדי לראות את פני חבירו מותר (משנה ברורה סי' תקל"א ס"ק י"ד), ופני אביו לא כל שכן. אולם **חיוב** לציית להוריו ולצאת מן הארץ, בזמן שהוא סבור שחובתו להיות כאן, לא מצינו.

ועיין פאת השלחן (סי' ב' ס"ק כ"ח), שהאריך מאד בביאור הסוגיא בקידושין (ל"א ע"ב), ומסקנתו היא (סעי' כ"א):

מי שיש לו אב ואם בחו"ל, ומוחין בידו לצאת ממקומם לא"י, אינו מחוייב לשמוע להם בזה.

וק"ו לצאת מהארץ לחו"ל. נמצא איפוא, שאם ההורים חוששים **לשלומו**, אינו חייב לשמוע להם. אך אם הם מודאגים מאד, ושנתם נודדת בלילות מרוב חרדה, והיציאה היא **למענם** - מותר לו לצאת לחו"ל. מיהו חיוב גמור אין כאן, אע"פ שיש כאן מצוות כיבוד אב ואם, שהרי כנגדה עומדת מצוות ישיבת הארץ. על זה נאמר פלס מעגל רגלך שעל האדם לשקול בפלס את צעדיו, איזו מצוה להעדיף. ואם בריאות ההורים לקויה, יש בכך כדי להכריע את הכף[2].

ג. מצוות ישיבת הארץ בשעת חירום

כל דיוננו עד כה נסב סביב הציר **האישי** של הבן והוריו. אולם אי אפשר לנתק את הדיון מהמצב בו נתון **כל** העם היושב בציון, ואת ההשלכות המוראליות החמורות שיש ליציאתו של כל אחד מישראל מהארץ בשעה זו, ובן ישיבה בפרט. שהרי אם נאמר שבשעת סכנה הרשות נתונה לצאת לחו"ל, עלולים **כל** ישראל השוכנים בארץ לנוטשה, חלילה; הייתכן?!

לדעת הרמב"ן (בהשגותיו לסהמ"צ, מצוה ד'), יש למצוות יישוב א"י שני חלקים: מצוה ציבורית, לכבוש את הארץ; ומצוה אישית לדור בארץ. החלק הראשון כולל בתוכו גם חשש לסיכון אישי, וכמו שכתב במנחת חינוך (מצוה ר"ד) שעל דעת כן חייבה התורה במלחמת מצוה, למרות שיש בה סיכון אישי לחלק מהלוחמים[3].

לכן בשעת חירום לאומית אסור לפרט לחשוב רק על עצמו, אלא עליו לשקול שיקולים ציבוריים, מה התועלת ומה הנזק שעלולים מעשיו לגרום לכלל.

גם הרמב"ם, שאינו מונה את מלחמת כיבוש הארץ במנין המצוות, רואה במלחמת ישראל מיד צר מלחמת מצוה; וא"כ אחריותו של הפרט לציבור, לדעת הרמב"ם, דינה כמו לדעת הרמב"ן. אין זה רק בשעת מלחמה, אלא גם בשעת רעב, כאשר לפי הדין מותר לצאת לחו"ל, שהרי בזה פסק הרמב"ם (הל' מלכים פ"ה ה"ט):

> ואע"פ שמותר לצאת, אינה מידת חסידות, שהרי מחלון וכליון שני גדולי הדור היו, ומפני צרה גדולה יצאו, ונתחייבו כליה למקום.

ומשמע שהישארותם בארץ כללה סיכון ידוע. ואע"פ שסכנתא חמירא מאיסורא, בכל זאת אסור היה להם לצאת, כי גדולי הדור חייבים לגלות אחריות ציבורית יתירה. כיון שלא יתכן שכל עם ישראל יעזוב את א"י בגלל הרעב, לכן חייבים גדולי הדור להימצא עם הכלל כולו בצרתו ובסיכונו.

בני הישיבות, גם הצעירים שבהם, נחשבים, יחסית לכלל הציבור, לגדולי הדור, מבחינת אחריותם ומעמדם. גם מחלון וכליון צעירים היו כשירדו מן הארץ, שהרי עדיין לא נשאו נשים. אך מכיון שהיו בניו של אלימלך הם הנושאים באחריות אפילו יותר מאביהם, שהרי הם מוזכרים ע"י חז"ל והרמב"ם, ולא אביהם.

ד. לא תערוץ מפניהם

במנין המצוות שבפתיחתו להל' מלכים ומלחמותיהם (סי' כ') כתב הרמב"ם: שלא לערוץ ולחזור אחור בשעת המלחמה נמצא, שמי שעוזב את החזית בשעת מלחמה עובר בלא-תעשה. וקשה, היכן מצינו בתורה איסור על עריקה מהחזית? התורה לא אסרה אלא את הפחד, ולא את העריקה. אמנם בכלל מאתיים מנה - אם הפחד עצמו אסור, העריקה מפניו לא כל שכן! אך עדיין קשה, מה ראה הרמב"ם להוסיף על דברי התורה? (וכן כתב בספר החינוך, מצוה תקכ"ה: "ושלא נברח מפניהם").

2. ועי' מקנה (קידושין דף ל"א ד"ה ת"ח), שכתב שמצוות מורא מחייבת לשמוע להורים גם כשהדבר לתועלת הבן. ונראה שבמקום מצוה, ואפילו הידור מצוה, אין מצוות מורא. ועיין עוד מה שכתבו בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("עמוד הימיני" סי' כ"ב) והרה"ג עובדיה יוסף שליט"א (יחוה דעת ח"ג סי' ס"ט). ועי' לקמן (אות ג'-ד').

3. ועיין "עמוד הימיני" (סי' י"ד) ו"ארץ חמדה" (מהדורה קמא עמ' מ"ו), למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, שמאחר שמלחמה היא מצוה ציבורית, החלה על הכלל כולו, סיכונו של הפרט אינו מובא בחשבון ביחס לכלל. ועי' מאמרנו "חרבות ואתים" ("תחומין" ד' עמ' 192-189) ובמאמרו של הרב י' שביב ("תחומין" ב' עמ' 420-412) "יחיד וציבור במצוות יישוב ארץ ישראל".

יתכן לומר, שהנחתו של הרמב"ם היא שלא יתכן לאסור על אינסטינקטים טבעיים, שהקב"ה עצמו טבע בנפש האדם, ואין לאדם שליטה עליהם. לכן האיסור הוא לא על עצם תחושת הפחד הטבעית, אלא על המסקנות המעשיות שהאדם מסיק מהן. על אלו יש לאדם שליטה. וכן היא שיטתו באיסור "לא תחמוד" (הל' גזילה פ"א ה"ט) - האיסור אינו בחמדת הלב, אלא בלקיחת הדבר לרשותו בפועל[4]. וכן באהבת הרע אמר הלל "מאן דעלך סני לחברך לא תעביד", ולא פירש את המצוה כרגש ערטילאי בלבד, משום שדבר זה אינו ברשותו של האדם.

ואעפ"כ מצינו לרמב"ם, שיש ביכולתו של האדם לחנך את עצמו ולהגיע למצב שבו ישתנו הרגשותיו. עיין למשל בהל' יסודי התורה (פ"ב ה"ב):

> והיאך היא הדרך לאהבתו ויראתו? בשעה שיתבונן האדם במעשיו וברואיו הנפלאים והגדולים...

ובסוף הל' איסורי ביאה (פכ"ב הכ"א):

> לפיכך ראוי לו לאדם לכוף את יצרו בדבר זה, ולהרגיל עצמו בקדושה ובטהרה יתירה ובמחשבה טהורה... וכן ינהוג להתרחק מן השחוק ומן השכרות ומדברי עגבים... וירחיב דעתו בחכמה, שאין מחשבת עריות מתגברת אלא בלב פנוי מן החכמה...

ובנידון דידן בהל' מלכים (פ"ז הט"ו):

> ולא יחשוב לא באשתו ולא בבניו, אלא ימחה זכרונם מלבו... וכל המתחיל לחשוב ולהרהר במלחמה ומבהיל את עצמו, עובר בלא תעשה.

מבואר איפוא שניתן לדרוש מאדם לחנך את עצמו, ולהגיע למצב בו הוא יוכל לשלוט ברגשותיו הטבעיים. אלא שא"כ, מדוע כתב הרמב"ם שהאיסור הוא לחזור אחור בשעת המלחמה?

נראה אולי לומר, שהרמב"ם למד מהכתוב עצמו שהאיסור הוא לא הפחד כשלעצמו, אלא השלכותיו על הציבור כולו - ולא ימס את לב אחיו (דברים כ' ח'), ולכן הכרח לומר שהתורה לא אסרה את הפחד בינו לבין עצמו, כל עוד אינו גורם נזק לאחרים. רק כשנגרם נזק לציבור, אז עובר הירא באיסור: וזה כשהוא חוזר לאחור, וגורם לכך שהציבור יפול ברוחו. ויותר פשוט לומר שהרמב"ם והחינוך פירשו את "אל תחפזו" כמנוסה ובריחה, כמו שפירשו רש"י והראב"ע.

ואם יטען הטוען, שאיסור זה חל רק על החייל החייב במלחמה, כשהוא מפיל את רוחם של חבריו הלוחמים; אך מי שאינו תושב קבוע כאן, ובא רק ללמוד ותפסתהו המלחמה, מה לו ולנו? - לפי מה שכתבנו, שהאיסור הוא בגלל המורך שהוא מביא על האחרים, מסתבר שכל מי שמביא מורך על זולתו עובר באיסור זה, ואפילו אינו חייל או אינו תושב הארץ. אלא שבספר החינוך (מצוה תכ"ה) כתב: ונוהגת מצוה זו בזכרים, כי להם להילחם. משמע שהאיסור חל רק על לוחמים ולא על אזרחים.

מיהו הא גופא קשיא, אם תפרוץ חלילה מלחמה, שבה יגוייסו כל הגברים, וגם העורף יגוייס כולו למאמץ המלחמתי וכידוע, כפסע היה בין המצב בו שהינו בחדרים האטומים לבין מלחמה יזומה שלנו, ורק בניסי ניסים זכינו שרוב רובם של הטילים לא פגעו בנפש, והממשלה יכלה להמשיך ולשמור על איפוק מרבי) - מי יפטור אזרח-חוץ מגיוס, לפחות לספק מים ומזון ללוחמים? יתכן שלפי החוק הקַיים במדינה אזרח-חוץ משוחרר מגיוס, אך לפי דין תורה מי פטר אותו? ועל זה נאמר: האחיכם יבאו למלחמה ואתם תשבו פה?! [במדבר ל"ב ו' - ואולי אפשר בנידון דידן להמליץ בנוסח שונה: ואתם תשבו **שם**?!]

נמצא, שמאחר שלפי דין התורה חובת הגיוס חלה על כל אדם מישראל, את אשר ישנו פה ואת אשר איננו פה, הרי דינו כחייל בכוח, ואיסור "לא תערוץ" מפניה חל גם עליו, ואסור לו לברוח. (ועי' לקמן סי' ז' אות א', שם דנו בגדר האיסור, ועל מי הוא חל).

4. מיהו שם כתב הרמב"ם שאינו לוקה משום שאין בו מעשה - משמע שכשלוקח את החפץ בפועל עובר למפרע על חמדת הלב שהיתה מעיקרא, והוא הוא שורש האיסור. מ"מ אין האיסור נגמר אלא בהוצאתו אל הפועל. וכל זה שלא כשיטת הראב"ע (בפירושו לתורה, שמות כ' י"ד). אך יש לעיין ברמב"ם עצמו (שם ה"י,) שעובר ב"לא תתאווה" בחמדת הלב לבדה.

ה. תורה מגנא ומצלא

כיון שהמדובר הוא בתלמיד ישיבה, שבלאו הכי פטור מגיוס לצבא, האם גם עליו חל האיסור לברוח מן הארץ?

פשיטא כביעתא בכותחא, שאיסור "לא תערוץ" חל על בן תורה יותר מאשר על חייל. וכי תעלה על דעתך שהלוחמים יילחמו, ובני התורה יבהילו ויפחידו אותם? אדרבה, בלימודם עליהם לחזק יותר את לב הלוחמים, וזהו תפקידם ואחריותם בשעת חירום כזו. והרי בשעת מלחמה ממש, כשכל הציבור כולו מגוייס, מנער ועד זקן, ועזרתו של כל אחד ואחד נחוצה משום פיקוח נפש, מסתבר שגם לומדי התורה חייבים להטות שכם. ממה נפשך, או שגם הם יחלצו חושים להציל נפשות; או שהם יהיו אלה שיחזיקו את לימוד התורה בארץ, ולימודם הוא שיגן על הנתונים בסכנה.

כידוע, הפוטרים תלמידי חכמים משירות צבאי מסתמכים בין היתר על דברי הרמב"ם בסוף הל' שמיטה ויובל (פי"ג ה"ג):

> ולא שבט לוי בלבד, אלא כל איש ואיש מכל באי העולם אשר נדבה רוחו אותו... הרי זה נתקדש קודש קדשים, ויהיה ה' חלקו ונחלתו לעולם ולעולמי עולמים... כמו שזיכה לכהנים וללווים.

כלומר, מי שמתמסר ללימוד תורה הושווה לשבט לוי, ובשבט לוי כתב הרמב"ם (שם ה"ב):

> לא עורכין מלחמה כשאר ישראל... אלא הם חיל ה', שנאמר: "ברך ה' חילו".

ולכאורה דברי הרמב"ם עומדים בסתירה למה שכתב בעצמו שם (הל' י"א): אבל שאר ארצות... הרי הכהנים והלווים באותן ארצות ובביזתן ככל ישראל - ואם אינם לוחמים, ביזה מנין להם? ועל כרחך צריך לומר שחולקים בביזה כדין יושבים על הכלים. משמע שיש ללויים דין לוחמים, אע"פ שאינם משתתפים בפועל במלחמה. וזאת, משום שתפקידם הרוחני חשוב להצלחת המלחמה. וכן כתב המהר"ל ב"גור אריה" (במדבר ל"א ד' ד"ה לרבות) בענין אלף למטה, שי"ב אלפים חלוצי הצבא כללו בתוכם גם את שבט לוי, שיצאו עם הארון, כדי שזכותם תגן על כלל ישראל, אלא שלא לחמו בפועל ולכן לא נמנו במנין הלוחמים[5]. וכתוב מפורש בספר דברים (כ' ב'): "והיה כקרבכם אל המלחמה, וניגש הכהן ודיבר אל העם (ועי' סוטה מ"ד ע"א).

עכ"פ מצינו ששבט לוי נחשב כחלק מהמערך הצבאי. ובזה יתורץ מה שמצינו שכהן שנשא גרושה וחלוצה אינו חוזר מעורכי המלחמה (רמב"ם הל' מלכים פ"ז ה"ה), וכן זה שכהן מותר ביפת תואר (שם פ"ח ה"ד). 'כיצד חלים עליו דינים אלו אם אינו יוצא כלל למלחמה? אלא ע"כ גם כהן יוצא למלחמה, ונחשב כלוחם לענייניים אלו. אמנם תפקידו במלחמה אינו קרבי, אלא רוחני. וזה שאינו נוטל חלק בביזה לדעת הרמב"ם בא"י, ולדעת הראב"ד בכל מקום בעולם), אע"פ שמצד הדין מגיעה לו ביזה, לפחות מדין יושב על הכלים אם לא למעלה מזה - יש לומר שהיא הנותנת, מאחר שתפקידו במלחמה הוא רוחני, כפיו צריכות להיות נקיות מכל נגיעה ממונית. ועל דרך זו מצינו שיריחו, שנכבשה בשבת, הוחרם כל רכושה, משום שמלחמה בשבת מותרת בתנאי שהיא נעשית לשם שמים בלבד, ללא שום תועלת אישית. ואם השלל היה מותר, היתה מתערבת במלחמה בשבת גם נגיעה ממונית, הפוגמת בטוהר המלחמה בשבת. ללויים יש כעין שבת בכל ימות השבוע.

ומכאן למדנו שאין מקום לטעון שהעוזב את הארץ יוכל ללמוד גם בחו"ל, ולהגן בתורתו שבחו"ל על העם השוכן בציון והנתון בסכנה. שהרי שבט לוי, לדעת המהר"ל, היה עם הארון בתוך המחנה, וזכותו הגנה על הלוחמים דווקא בהיותו סמוך ונראה עמם, ולא בהיותו רחוק מהם.

5. אפשר היה לתרץ, שאף כי כהנים ובני לוי פטורים מלצאת למערכה, מכל מקום רשאים הם להתנדב: **הערת עורך "תחומין"** (י. ש.).

תשובת המחבר: 'כבר תירץ כן בברכי יוסף (אה"ע סי' נ' ס"ק ו'). אלא שלפי זה קשה מכהן שאירס גרושה, שאינו חוזר מעורכי המלחמה; הרי יצא בתורת רשות! (ועיין מנ"ח, סוף מצוה תקכ"ז, שהסתפק אם מי שאירס אשה רשאי להילחם. וא"כ למאי נפק"מ אמרו שאינו חוזר?). ועיין מה שכתב הרב קוק זצ"ל ב"שבת הארץ" השלם (לרמב"ם שם), וחידש שבכיבוש הארץ שבט לוי משתתף במלחמה, ורק בחו"ל הוא פטור.

מה גם שאין תורה כתורת א"י. והרי כל בואם של בני חו"ל ללמוד תורה בארץ הוא משום שאין מקומם מקום תורה בכלל, או שאין רמת התורה בחו"ל, כמותה ואיכותה, כתורת א"י. ועל דעתא דהכי באו ללמוד תורה בארץ. וכיצד יעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים דווקא בשעה שיש צורך להגביר את לימוד התורה ולהרבות בזכויות להגנת ישראל הנתונים בצרה?

אחד מן הדברים שהתורה נקנית בהם הוא נושא בעול עם חבריו (פרק קנין תורה), וחילול ה' כנגד כולם. מאז קום המדינה טוענות הישיבות, ובצדק, שלימוד התורה יש לו ערך הגנתי, ותורה מגנא ומצלא (כמבואר בב"ב ח' ע"א)[6] וכשם שעם ישראל זקוק לצבא לשם הגנתו, כך הוא זקוק לא פחות, לתורה, אם לא יותר. והנה דווקא בשעה שעם ישראל זקוק יותר מכל זמן אחר לסייעתא דשמיא ולזכותה של תורה שתגן עליו, דווקא בשעה זו קמים בני ישיבה ונוטשים את ישיבותיהם מפחד לחייהם, וללא כל אחריות לכלל ישראל. האם יש חילול ה' גדול מזה? כיצד ישאו מעתה הישיבות את פניהן, וכיצד יטענו שתורה מגנא ומצלא, כשברגליהם הודיעו בני הישיבות לעיני כל שההיפך, חלילה, הוא הנכון?

מסקנות

א. מעיקר הדין מותר לאדם לעזוב את ארץ ישראל בזמן סכנה, אם גם סוחרים ותיירים נמנעים מלבוא אליה מחמת אותה סכנה; אבל מן הראוי שלא לנטוש את הארץ במצב כזה.

ב. אדם הרוצה להשאר בארץ בזמן סכנה, והוריו דורשים ממנו לרדת לחו"ל מחשש לשלומו - אינו צריך לשמוע להם. אבל אם הם מבקשים זאת ממנו מחשש לשלומם - ומצבם מחייב זאת - עליו לשמוע להם.

ג. על בני תורה מוטלת אחריות מיוחדת שלא לעזוב את הארץ בשעת חירום, כדי שלא לפגוע במורל של הנשארים.

6. אם כי יעויין ב"דברות משה" שם ובחזו"א שם, שיש מגבלות לדבר זה, ואכמ"ל. ועי' לקמן סי' צ"ו, העוסק בחיוב תלמידי חכמים לשמור ביישובי ספר.

סימן ז

נטישת רמת-גן בימי מלחמת המפרץ *

ראשי פרקים

שאלה

א. נטישת העיר - על מי חל האיסור "לא תערוץ מפניהם"?

1. לא רק על הלוחמים בחזית
2. הגבלת המצוה לזכרים ולא לנקבות
3. הגבלת המצוה לזכרים אינה דין אלא תיאור מציאות

ב. ולא ימס את לבב אחיו

ג. היתר להישאר במקום חשש סכנה

ד. "קביעא היזקא" נקבע בהתאם לנסיבות

מסקנות

שאלה

בגלל התקפות הטילים על העיר רמת-גן נשאלה השאלה: האם מותר, אסור, או שמא צריך, לעזוב את העיר עד יעבור זעם? שאלה זו נשאלה בעיקר ע"י נשים וזקנים, שהימצאותם בעיר לא היתה הכרחית. אולם גם גברים, ששהו בעיר בשעות היום, שאלו, האם מותר להם לנטוש את העיר בשעות החשיכה, שבהן התגברה סכנת הטילים?

יסודה של השאלה הוא האיסור "לא תערוץ מפניהם", החל בעיקר על חיילים הנמצאים בחזית; אך גם על אזרחים (כפי שביררנו לעיל סי' ו' אות ד').

א. על מי חל האיסור "לא תערוץ מפניהם"?

1. לא רק על הלוחמים בחזית

נתמקד ראשית כל בבעיית הנשים - האם איסור "לא תערוץ מפניהם" חל גם עליהן? - ולאחר מכן בשאלה אם בכלל חל האיסור בנידון דידן. שאף שכל הארץ היתה חזית, ורמת גן בפרט, בכל זאת היתה זו מלחמה פסיבית; וייתכן שאין האיסור חל כלל בנידון דידן.

כתב בספר החינוך (מצוה תקכ"ה):

> שנמנע שלא לערוץ ולפחוד מן האויבים בעת מלחמה, ושלא נברח מפניהם. אבל החובה עלינו להתגבר כנגדם... ונוהגת מצוה זו בזכרים, כי להם המלחמה.

וכן משמע מדברי הרמב"ם (הל' מלכים פ"ז הט"ו). המקשר בין חזרת הירא ורך הלבב מעורכי המלחמה לבין איסור "לא תערצו מפניהם", ושניהם חלים על חיילים לוחמים בלבד.

מו"ר, הרב הראשי לישראל לשעבר, הרב אברהם שפירא שליט"א (בביקורו ברמת גן בתקופת המלחמה) דייק מלשון הרמב"ם, שלא כהחינוך. בספר המצוות (ל"ת נ"ח) כתב הרמב"ם:

> שהזהירנו מלירא מן הכופרים בעת המלחמה ושלא נברח מפניהם... וכל מי שייסוג אחור כבר עבר על לא תעשה. והוא אמרו ית' "לא תערוץ מפניהם". ונכפלה האזהרה, ואמר: "לא תיראום".

הפסוקים המשמשים מקור למצוה זו לדעת הרמב"ם הם הפסוקים בדברים (ז' כ"א, ג' כ"ב). המעיין במקור שבתורה ימצא שאין מדובר שם בלוחמים בשעת מלחמה, אלא בכל העם בהיותו במדבר,

* נדפס ב"תחומין" (כרך י"ב) כחלק מן התשובה הקודמת (סי' ו').

שלא יחשוש מלהיכנס לארץ ישראל למרות הבעיות והסיכונים. ועל כרחך גם נשים וזקנים בכלל, שהרי אם אלו היו רשאים לפחד ולהימנע מהיכנס לא"י, איך היו הגברים מסוגלים לקיים את המצוה לבדם? וא"כ מוכח שהמצוה חלה גם על אוכלוסיה אזרחית, שאסור לה לפחד ולברוח ממקומה בשעת מלחמה.

2. הגבלת המצוה לזכרים ולא לנקבות

אלא שיש להקשות על דיוק זה. החינוך - שהבאנו דבריו לעיל, שלדעתו המצוה חלה רק על גברים - מסתמך אף הוא על אותו פסוק שעליו מסתמך הרמב"ם - "לא תיראום" - המתייחס לכל העם, כולל נשים וזקנים. וכן קשה על הרמב"ם, שבספר "היד" הביא פסוקים אחרים מאלו שבספר המצוות - את דברי הכהן במלחמת הרשות: אל ירך לבבכם, אל תיראו, אל תחפזו ואל תערצו מפניהם - ולא הביא כלל את הפסוקים שהביא בספר המצוות (ועי' סהמ"צ מהדורת ר"ח הלר הע' 10). ועוד קשה על ספר החינוך, שפטר נשים ממצוה זו משום שאינן לוחמות, והרי במצוה להרוג ז' עממין (מצוה תכ"ה) - כתב: ונוהגת בזכרים ונקבות מצינו איפוא מלחמה שגם נשים משתתפות בה, וא"כ איסור "לא תערוץ" חל על נשים המשתתפות באותה מלחמה, ומדוע פטר נשים מכל וכל מאיסור זה?

אמנם דברי החינוך הנ"ל, המחייב נשים במלחמת ז' עממין, מוקשים מדבריו במקום אחר (מצוה תר"ג) - לזכור מה שעשה עמלק לישראל - שכתב: ונוהגת מצוה זו... בזכרים, כי להם לעשות המלחמה וכבר עמדו רבים על סתירה זו, ויישבוה בהבחנה שבין מצוות מלחמה ציבורית לבין חובת הריגה אישית. מלחמת עמלק היא מצוה **ציבורית**, המוטלת על המלך, ורק כשהוא מוציא את העם למלחמה חייב כל יחיד להשתתף במלחמה. ומאחר שנשים אינן מגוייסות לצבא, אין המצוה יכולה לחול עליהן. מה שאין כן מצוות הריגת שבעת עממין, המוטלת גם על כל יחיד ויחיד, שלא במסגרת צבאית כללית, ולכן גם נשים חייבות במצוה זו. ודוגמא לכך - יעל, שנאמר בה: תבורך מנשים יעל. ולכן כתב החינוך במצוה העוסקת בהריגת ז' עממין (מצוה תכ"ה): ועובר על זה, ובא לידו אחד מהן, ויכול להורגו מבלי שיסתכן בדבר, ולא הרגו - ביטל עשה זה. ותמה במנחת חינוך: הרי בכל מלחמה יש גם סיכון, וכזה וכזה תאכל החרב, ואדעתא דהכי חייבה התורה מצוה זו, ומה טעם התנה החינוך את חיובה של המצוה בכך שלא יסתכן? ולפי זה הדבר מיושב, כי המצוה חלה על כל יחיד ויחיד גם שלא במסגרת מלחמה כוללת[1].

וא"כ יש לומר שנשים פטורות מאיסור "לא תערוץ", מאחר שאינן משתתפות במלחמה כלוחמות רגילות, אלא רק באופן אישי, כדוגמת יעל; ואילו היתה יעל חוששת ובורחת מפני סיסרא, לא היתה עוברת עבירה. ומה ששיבחוה, הוא משום שעשתה לפנים משורת הדין, כשם ששכיבתה עם סיסרא בוודאי שלא היתה חובה אלא רשות. מיהו לסוברים שנשים חייבות לספק מים ומזון (רדב"ז, הל' מלכים פ"ז ה"ד) מסתבר שאיסור הבריחה מהמערכה חל גם על נשים; שאם הן תברחנה, מי יספק מים ומזון ללוחמים? אלא שבדרך כלל החשש לפחד ולבריחה קיים יותר בחזית, ששם מצויים יותר קולות של צהלת סוסים וצחצוח חרבות, ושל קרנות וצווחות. אך אם קולות המערכה מגיעים למרחקים, ומבהילים גם את מספקות המים והמזון שבעורף, מסתבר שהאיסור לא לערוץ חל גם עליהן. הדברים מקבלים משמעות מוחשית בלוחמה מודרנית, שבה לפעמים הסכנה מצויה דווקא באוכלוסיה האזרחית בעורף יותר מאשר בחיילים הקרביים המצויים בחזית, כפי שנוכחנו לראות במלחמת המפרץ. וא"כ הקושי על ספר החינוך, שפטר נשים ממצוה זו, במקומו עומד.

1. עי' "בצומת התורה והמדינה" (כרך ג' עמ' 223, עמ' 226 הע' 3, ועמ' 233), ובס' "הגיון לבי" (להרי"ל בוגאץ').

3. הגבלת המצוה לזכרים אינה דין אלא תיאור מציאות

לכן נראה לענ"ד ליישב את כל הסתירות ברמב"ם ובחינוך, שאין הכי נמי, האיסור כולל את כל חלקי הציבור - חיילים ואזרחים, גברים ונשים. בשעת מלחמה כל אחד עלול להמיס את לבב אחיו, גם אם אינו לוחם (פוק חזי כמה משקיעים כיום בצד המוראלי הפסיכולוגי של המלחמה, ובעיקר בתקשורת לסוגיה) ומאידך גיסא, יכול כל אחד, אפילו אשה, להפיח רוח של עידוד ואמונה, כדבורה בשעתה. אלא שמטבע הדברים, ברוב המלחמות עיקר הפחד מצוי בחזית, בין הלוחמים, ולכן התייחסו הרמב"ם והחינוך בעיקר ללוחמים. הרמב"ם הביא את דברי הכהן משוח המלחמה בפני עורכי המלחמה, כדי להמחיש את הסכנה שעלול המתיירא להביא על כל העם - וכדבריו, שכל דמי ישראל תלויים בצווארו. אולם לא כאן הוא המקור לאיסור, אלא בפסוקים שהביא בספר המצוות, הכוללים את כל המצבים ואת כל האפשרויות. גם ספר החינוך, שכתב שמצוה זו נוהגת בגברים, התכוון למציאות ולא לדין, משום שבמציאות רוב הסיכויים שגברים הם שיצטרכו לקיימה ולא נשים.

כבר מצינו לאחד מהגדולים, שפירש שספר החינוך משתמש בביטוי דומה וכוונתו למציאות ולא לדין. הגרי"ל דיסקין (הובאו דבריו ב"מקראי קודש" להגרצ"פ פראנק, פורים עמ' פ"א) - סובר שמה שכתב החינוך (מצוה תר"ג) שנשים פטורות ממלחמת עמלק, אינו מצד הדין, שהרי כתב (מצוה תכ"ה) שנשים חייבות במלחמה (עיין לעיל שהבאנו יישובים אחרים לקושיא זו). אלא מצד המציאות, שמעת שישראל נתיישבו בארץ, הנשים ספונות יותר בבתיהן וכל כבודה בת מלך פנימה; ומשום דרכי נועם אין זה מן הראוי לדרוש מאשה שתצא למלחמה. יעו"ש.

ומצינו במקומות רבים בספר החינוך שמצוות מסויימות נוהגות רק בא"י כשישראל על אדמתם, אע"פ שמצד ההלכה הן נוהגות גם בחו"ל, כגון דיני נפשות (מצוה מ"ז, נ"ב ועוד) ודיני קנסות (מצוה נ"א). אלא שמן הסתם בדרך כלל לא היה בי"ד שדן דינים אלו מצוי בחו"ל. וכן מה שכתב בענין בנין בית המקדש (מצוה צ"ה) שנוהגת מצוה זו בזמן שרוב ישראל על אדמתן - וקשה, שהרי בבית שני לא היו רוב ישראל על אדמתם, וכפי שכתב הרמב"ם (הל' תרומות סוף פ"א הכ"ד), והביאו החינוך עצמו (מצוה ת"ט) אלא כוונתו לומר, שבדרך כלל לא יתכן שישראל יבנו את ביהמ"ק אלא כשרובם על אדמתם. ומה שבנו בבית שני את הבית גם כשעדיין לא היו רוב, הוא משום שקיבלו רשות מכורש, ולא רצו להחמיץ את ההזדמנות. וגם סברו כנראה שרוב העם יעלה לארץ ישראל בקרוב, ועל דעת כן בנו את בית המקדש, למרות שהיו מיעוט. ובעיקר י"ל שהנביאים שעלו עמהם הורו להם לעשות כן, כמבואר בגמ' (שבועות ט"ו ע"ב) אולם לדורות עצה טובה קמ"ל, שלא יבנו אא"כ יהיו רוב בארץ. עכ"פ העיכוב בדבר זה אינו הלכתי. וא"כ יש לומר שהוא הדין ביחס לחיוב נשים באיסור "לא תערוץ".

ב. ולא ימס את לבב אחיו

כאמור, עיקר האיסור הוא המסת הלב של יתר הלוחמים, ולכן יש לומר, שלא כל נסיגה תיחשב לבריחה האסורה, אלא א"כ כשנעשתה מתוך מוג לב, ומבלי להביא בחשבון את ההשלכות המוראליות על יתר הלוחמים. למשל, כשמפקד המוסמך לכך מחליט על נסיגה מנקודה מסוימת בגלל חשש למספר אבידות גדול, האם הוא מוג לב, חלילה? והאם הוא ממיס את לב אחיו בכך? או שמא להיפך - איבוד לדעת ללא צורך ונפילת קרבנות מיותרים, הם הם העלולים להמיס את לבב הלוחמים? האם חיילים הנמצאים בשוחות ספיגה, או אפילו כאלו הנמלטים אליהן כשמוכרזת כוננות על התקפה ארטילרית או אווירית העלולה לבוא, האם ייחשבו חיילים כאלו לעוברי עבירה חלילה, או שמא להיפך - חייל שאינו נשמע להוראות הזהירות והבטיחות הוא הוא הגורם להמסת הלב בקרבן מיותר, ובהעסקת כוחות לפינויו ללא צורך?

בקיצור - זהירות, גם בשעת מלחמה, אינה פחדנות, אלא חלק משמירת הכוחות הנחוצים ללחימה עצמה (ועי' שמונה פרקים להרמב"ם, פרק ד'). בדרך כלל, ההחלטה כיצד לנהוג נתונה בידי

המפקד האחראי במקום, ויש לסמוך על שיקוליו והחלטותיו (עי' מה שכתבנו לעיל, סי' ה' אות ג', עפ"י הנצי"ב) אולם בהעדר החלטה כזו, מסורה ההכרעה בידי כל אחד ואחד.

לענ"ד, במצב שהיה ברמת גן בשעת המלחמה לא היה מקום לאסור על נשים וילדים ואזרחים אחרים, שאין הכרח שיישארו בעיר, לנטוש אותה זמנית עד יעבור זעם. לו חלילה היתה קורית פגיעה המונית, המסת הלב היתה עלולה להיות חמורה פי כמה וכמה מזו שנגרמה כתוצאה מנטישתם של אותם אזרחים את העיר. וב"ה שהפגיעות היו קלות יחסית. ואף השיקול של פיקוח נפש קיים פה - אע"פ שבמלחמה אין שיקול זה תקף, כמו שכתב המנחת חינוך (מצוה תר"ד), אין כוונתו שבמלחמה הותרה שפיכות דמים חלילה ללא הגבלה. ההכרח של הלחימה מצדיק סיכון סביר של הלוחמים (וכן הריגה סבירה והכרחית של האויב) אך כל מה שאינו הכרחי למלחמה, חוזר לכלל הגדול שפיקו"נ דוחה את כל התורה כולה, וכפי שהדגמנו לעיל בכוננות ספיגה, שהיא מצוה גם, ואולי ביתר שאת, בשעת מלחמה, שבה הסכנות מצויות יותר.

ואין הדבר דומה למה שכתבנו לעיל (סי' ו' אות א') לענין ירידה, ואפילו זמנית, מן הארץ. כי הירידה כשלעצמה אסורה גם בעיתות שלום, ולא ייתכן שעם ישראל יטוש כולו חלילה את נחלתו, וכמו שכתב הרמב"ן (בהשגותיו לסהמ"צ, מ"ע ד'): ואם רצו שבטינו לעזבה... אינם רשאים, שנצטווינו בכיבושה וכידוע, כיבוש כולל גם סיכון ידוע, וכמו שכתבנו בשם המנ"ח. לכן אין כל הצדקה ליחידים לנטוש את הארץ בגלל חשש סכנה, בה נתונים כולנו כעם, בשל קיומה של מצוה זו. אולם יציאה זמנית ממקום למקום בתוך א"י, כדי למנוע סיכון מיותר, וכדי שנוכל להמשיך את קיום מצוות התנחלותנו בא"י ביתר שאת וביתר עוז, אין שום נידנוד איסור בכך.

ג. היתר להישאר במקום חשש סכנה

אלא שמדברינו עלולה להשתמע מסקנה מרחיקת לכת, שכאילו **אסור** היה להישאר ברמת גן, משום חשש סכנה. ולפי זה, כל הנשאר בעיר עובר כביכול על "ונשמרתם מאד לנפשותיכם". ולא היא - יש להבחין בין מי שנשאר בעיר לצורך, לבין מי שנשאר שלא לצורך. צורך נחשב דבר שיש בו צד מצוה, כגון: ללמד תורה, לגמול חסד - ובכלל זה סיפוק צרכי העיר, לא רק הבטחוניים והרפואיים, אלא גם שירותים חיוניים (הספקת מזון, למשל), וכן צרכי פרנסה, יש בהם צד מצוה (עיין שו"ע או"ח סי' רמ"ח סעי' ד' בהג"ה) ובפרט בעל משפחה, החייב לפרנס את אשתו וילדיו, שיש בכך משום צורך מצוות פריעת בעל חוב וצורך מצוות צדקה. ואע"פ שאינו אלא הכשר מצוה, יש לומר כשם שמצינו באותו ענין שהבאנו מהשו"ע (או"ח סי' ס' רמ"ח) לגבי היתר ההפלגה בספינה לפני שבת לצורך מצוה - שהרי תישאל השאלה לעצם ההפלגה בספינה אפילו בימות החול: הרי יש בכך סיכון ידוע, ומה ההיתר להיכנס לחשש סכנה? אלא ע"כ צורך הפרנסה, שהוא הכשר מצוה, מתיר את עצם ההפלגה בספינה, למרות הסיכון. ולכן מותר להפליג גם בערב שבת - וכדרשת חז"ל (ב"מ קי"ב א') על הפסוק "ואליו הוא נושא את נפשו": מפני מה עלה זה בכבש ונתלה באילן ומסר את עצמו למיתה, לא על שכרו?!

אלא שיש לחלק בין היכא דקביעא היזק לבין היכא דלא קביעא היזקא, וכמבואר במסכת פסחים (ח' ע"ב) והלכה כפלימו שם, שכל עצמו אינו בודק מפני הסכנה (שו"ע או"ח סי' תל"ג סעי' ז'). אלא שהא גופא - המושג "קביעא היזקא" או "שכיחא היזקא" - מה גדרו? אימתי נחשב חשש סכנה ל"קביעא היזקא" ואימתי לא? ועי' בקובץ שיעורים (פסחים ס"ק ל"ב), שכתב שמיעוט נחשב כלא שכיח לענין של מצוה. אך לא ברור איזה מיעוט. מצינו לחז"ל שקבעו שיש חשש סכנה שמותר להיכנס אליו משום "שומר פתאים ה'" (יבמות י"ב ע"ב). כן כתבו לענין עיבורה של אשה, שהרי כל לידה כרוכה בסכנה, ומחללין שבת על יולדת. ובכל זאת אין אשה בעולם שלא תרצה ללדת, אלא א"כ נשקפת

2. עי' משך חכמה (פרשת נח, על הפסוק "פרו ורבו"), שכתב שייתכן שבגלל חשש הסכנה שבדבר לא חייבה התורה את האשה במצוה זו, משום ש"דרכיה דרכי נועם". ועי' לקמן סי' ס"ז (אות ב').

לה סכנה מיוחדת. ואע"פ שהתורה לא ציוותה את האשה במצוות פרו ורבו[2], מ"מ לא אסרה עליה את הדבר. ולדעת הר"ן (קידושין דף ט"ז ע"ב סד"ה גמ'), נחשבת האשה לשותפה בקיום המצוה, ולכן גם היא חייבת להתקדש בעצמה ולא ע"י שלוחה.

בשו"ת "משכנות יעקב" (סי' ט"ו) כתב ש-10% נחשבים למיעוט המצוי, כדי לחייב בדיקה לענין חשש טריפות. הגרש"ז אויערבך זצ"ל אמר לי, שיתכן שלענין סכנתא, שהיא חמירא מאיסורא, יש לחוש ל-5% של מתים ממחלה מסוימת, כדי להתייחס לכך כאל חשש סכנה. אך בנידון דידן כיצד נוכל לשער אם הימצאות במקום מסויים היא מסוכנת? כיצד נמדוד את אחוז הסיכון? ובפרט כשזכינו ב"ה לניסים גלויים, ורק אדם אחד (!) נהרג באופן ישיר מפגיעת הטילים, והרוב יצא ללא פגע מתחת להריסות. כיצד נוכל אפוא להעריך את שיעור הסיכון, והרי לסמוך על הנס לכתחילה אסור לנו? ואולי יש לומר שמאחר שמצינו שיולדת נחשבת מסוכנת לענין חילול שבת, ובחברות פרימיטיביות מספר הנשים המתות מלידה הוא 6.4 לאלף באפריקה, ו-4.2 לאלף באסיה, אולי יש לראות באחוז זה קנה מידה לספק סכנה).

ד. "קביעא היזקא" נקבע בהתאם לנסיבות

ונראה לומר, שההבחנה בין "קביעא היזקא" לבין לא "קביעא היזקא" היא יחסית, הן לסיכון והן לחשיבות המצוה. רמת הסיכון נקבעת לפי התנהגותם הטבעית של רוב בני האדם. למשל: הפועל העולה בכבש ונתלה באילן, עושה כן משום שזו דרך רוב בני האדם הרוצים להתפרנס. אך הרוצה לטפס להנאתו, ולא לצורך פרנסה - חייב להיזהר יותר, כי אין לו הכרח בדבר, כמו הפועל. וכן הפועל עצמו, ככל שאמצעי הבטיחות בעולם משתכללים ב"ה יותר ויותר, כך הוא חייב להיזהר יותר ולהסתכן פחות. בימינו לא יתכן שפועל יעלה בכבש ויטפס על אילן ללא אמצעי בטיחות, שלא היו בעבר. גם במלחמה יש דרגות סיכון המקובלות אצל רוב בני האדם. בחזית ממש, או במקום בו מתנהלות קרבות רחוב, פשיטא שאסור לאדם להסתכן ולהוציא את אפו מביתו אם אינו חייל המשתתף בקרב. לעומת זאת, במלחמת המפרץ שהיינו מעורבים בה, רמת הסיכון לא היתה כה גבוהה. ואף שהסכנה היתה מוחשית ביותר, בעיקר ברמת גן, שמשום מה היתה מטרה לטיליו של הרשע מבגדד, אולם לא באותה מידה כמו במקרה הקודם. ולכן יש מקום לומר שככל שהנחיצות להימצא בעיר גבוהה יותר, כך ההיתר רחב יותר, והמושג "קביעא היזקא" הוא יחסי לצורך.

דבר זה למדנו ממה שמצינו בכמה מקומות בש"ס, שסמכו על הנס. כגון ר' חנינא בן דוסא (ברכות ל"ג ע"א) שנתן את עקבו על חורו של הערוד. וכן המעשה בחסיד שהיה מתפלל בדרך, ולא החזיר שלום לשר (שם ל"ב ע"ב); ואביי שהלין את רב אחא בר יעקב במקום מסוכן (קידושין כ"ט ע"ב). ועל כרחך, בכל אלו המצוה בה עסקו נראתה להם חשובה ביותר, המצדיקה סיכון ידוע. ר' חנינא בן דוסא ואביי רצו להציל את הרבים מנזק, ולכן הרשו לעצמם את הסיכון (עיין אנציקלופדיה תלמודית כרך א', ערך: אין סומכין על הנס) וכן אותו חסיד סבר, שיחסית לסיכון שיש באי אמירת שלום לשר, מצוות התפילה שלו חשובה יותר. ומסתבר שאם היה אדם פשוט שואל את אותו חסיד אם להסתכן, אולי היה מייעץ לו שלא יסתכן. משום שתפילתו של אדם פשוט אינה ברמה כזו המצדיקה נטילת סיכון כזה. ויתכן שאף הוא עצמו, אילו היה עומד בפני סכנה ודאית יותר, לא היה נוטל על עצמו סיכון כה חמור, אפילו לצורך מצוה, משום שאין סומכין על הנס. כלומר, הכל תלוי בחומרת הסכנה מחד גיסא ובחשיבות המצוה מאידך גיסא, וביחסיות שביניהם. והדבר מסור ללבו של כל אדם וליראת השמים שלו, כי רק הלב יודע את רמתה של המצוה בעיניו, כוונתה וקיומה המדוקדק.

ובזה נראה לענ"ד ליישב קושיא על הרמב"ם מהסוגיא בפסחים (ח' ע"ב). הגמ' לומדת שאין סומכין על הנס אפילו במקום מצוה במקום של "קביעא היזקא", משמואל שחשש מפני שאול. והנה הרמב"ם (שמונה פרקים, פרק ז') במחיצה ועניינה, הביא את פחדו של שמואל כדוגמא לפחיתות המידות. וקשה, הרי שמואל עשה כהלכה, וממנו למדנו שאין סומכין על הנס במקום של "קביעא היזקא"? ויש לומר, שאכן משמואל יש ללמוד **להדיוטות** כמונו, שאין לסמוך על הנס. אולם הא

גופא, ששמואל מדד את **עצמו** בקנה מידה של הדיוטות, הוא החיסרון. כי שמואל הרואה, בשליחות כה חשובה - למשוח את דוד מלך ישראל - היה חייב לקחת על עצמו סיכון כזה, ולא לחשוש[3].

זהו מושג הביטחון שעליו דיברו כל בעלי המוסר - שאם אדם מרגיש חובה לקיים מצוה חשובה בכוונה הראויה ובצורה הנאותה, למרות הסכנה - מובטח לו שלא ייפגע. ולא נאמרו הדברים בניגוד להלכה בגמ' פסחים הנ"ל, ולא בכל אדם, ולא בכל מצוה, ולא בכל סכנה. אלא כל אחד ואחד לפום שיעורא דיליה, יחסית לגודל הסכנה בה הוא נמצא, ולגודל המצוה אותה הוא מקיים.

לדוגמא: היו ששאלו בתקופת המלחמה אם ללכת להתפלל במנין, או עדיף להתפלל בבית. התשובה היתה שעדיף להתפלל במנין. לא תיגרע מצוה שלנו מהצורך למשל, ללכת למכולת לרכוש מצרכי מזון (לא בשעת התקפה עצמה, כמובן) ולכן יש בני אדם שתפילה בציבור עבורם היא לא פחותה ממזון חיוני. לרמתם הרוחנית הזאת הסכנה אינה נראית חמורה כל כך. אולם יש כאלו שאין התפילה בציבור עומדת אצלם ברמה כזאת; ועבורם הסכנה נראית, יחסית לזווית ראייתם, חמורה יותר.

ואולי בגלל יחסיותם של הדברים השמיט הרמב"ם את האמור במסכת פסחים (ח' ע"א), שאין מחייבין אותו להכניס ידו לחורין ולסדקין לבדוק את החמץ, מפני סכנת עקרב. יש אומרים שהרמב"ם לא הביא להלכה גם את הדין של חור בינו לבין עכו"ם, שאינו בודק מפני סכנת כשפים (עי' מגיד משנה בהל' חמץ ומצה פ"ב ה"ה ורבנו מנוח שם). ועיין בירור הלכה על מסכת פסחים (ח' ע"ב) שהבינו בדעת הריא"ז, שהלכה זו תלויה בדעתו האישית של הבודק. ואפשר א"כ לפרש כך גם בדעת הרמב"ם.

העולה מדברינו הוא, שמי שחש בצורך להישאר בעיר - לשם פרנסה, תורה, עזרה לזולת וכדו' - רשאי להישאר בעיר, ודינו כדין שליח מצוה שאינו ניזוק. ומן הראוי שיתכוין בלבו לשם שמים, כי ככל שכוונתו טהורה יותר כך זכויותיו רבות יותר, וכדברי הפסוק "כי בי חשק ואפלטהו" (עי' מורה נבוכים ח"ג פרק נ"א בפירושו של פסוק זה).

ולפי זה, גם הנלווים עליהם, והנשארים בעיר כדי לעודד את אלו החייבים להישאר בה כדי שלא יפלו ברוחם, בראותם עיר רפאים ריקה מתושביה - אף להם דין שלוחי מצוה שאינם ניזוקין, ומותר אף להם להיכנס לחשש סכנה, בתנאים שהיו בשעת המלחמה (מובן שכל שינוי בתנאים, לקולא או לחומרא, מחייב התייחסות שונה).

מסקנות

א. כל מי שחש שאינו חייב להישאר ברמת גן, והישארותו יש בה סיכון לעצמו ונטל לזולתו, רשאי לנטוש את העיר עד יעבור זעם.

ב. מי שהישארותו בעיר נחוצה לציבור או למשפחתו, חייב להישאר בעיר ולא לנטוש אותה.

ג. מי שחש שבהישארותו בעיר הוא תורם לנשארים בה, ומסייע בידם גם בעצם נוכחותו, רשאי להישאר בה.

ומי שזיכנו לראות בנפלאותיו וחסדיו הרבים במלחמת המפרץ, הוא יראנו גם נפלאות בתורתו, ויושיע בחסדיו את עמו ונחלתו בביאת גואל צדק במהרה בימינו, אמן.

3. ויש אולי להטעים את הדברים, שהרמב"ם הולך לשיטתו במורה נבוכים (ח"ג פרק ט"ז ופרק נ"א), שככל שרמתו הרוחנית של האדם גבוהה יותר, כך גם ההשגחה עליו גדולה יותר. וזוהי כוונת הגמ' - באומרה שלוחי מצוה אינם ניזוקין - שמי שפועל בשליחותה של מצוה, נמצא ברמה רוחנית גבוהה יותר, ולכן הוא מחוסן יותר מפגעים. ועי"ש שפגעי טבע חמורים ביותר, כגון סערה בים, גם אדם בעל רמה רוחנית גבוהה אינו מובטח מהם כל כך. וזהו "קביעא היזקא". וכאמור, הכל יחסי לרמתו האישית של האדם ולחומרתה של הסכנה.

סימן ח

הגנה עצמית (ה"אינתיפאדה" בהלכה) *

ראשי פרקים

הקדמה

א. הורג רודף כשניתן להציל באחד מאבריו

1. נחשב כצדיק
2. צדיק בדיני אדם בלבד
3. דעת הראב"ד: חייב בדיני אדם

ב. ההורג רודף שניתן להצילו באבריו פטור בדיני אדם

1. העדר התראה
2. הרודף הפקיר עצמו למיתה
3. הקושי בהערכת המצב
4. הרודף הוא "בר קטלא" מידי מי שאינו יכול להציל באברים

ג. חובתו של הנרדף לדקדק באופן הצלתו

ד. פגיעה ברודף לאחר הפיגוע

1. תגובה מיידית ותגובה מאוחרת
2. עוצמת התגובה

ה. פגיעה ברודף כדי להעמידו לדין

ו. מצב מלחמה

1. אופיה הציבורי של מלחמה
2. מלכות הנוהגת "איפה ואיפה"

ז. התנהגות הפרט בוואקום שלטוני

מסקנות

הקדמה

זה כשנתיים *משתוללות מהומות ברחבי ארצנו. רבבות (!) פיגועים של אבנים ובקבוקי תבערה, שהושלכו בעיקר על כלי רכב אזרחיים וצבאיים הנעים בכבישים, גרמו בחלק מהמקרים לאסונות נוראים, כגון אשה שנשרפה חיים על שלושת אפרוחיה. רק בחסדי ה' יתברך מספר האסונות הוא קטן יחסית למספר הפיגועים.

מצד אחד עומד הצבא בגבורה של התאפקות ומסירות נפש על משמר הביטחון. אולם ראשיו מודים שאין הם מסוגלים להשליט חוק וסדר בכל מקום. הוראות הפתיחה באש מוגבלות למקרים קיצוניים בלבד. אזרחים הנקלעים למצבים קשים ומסוכנים אינם יודעים תמיד כיצד לנהוג.

מאמר זה נועד לברר את עמדת ההלכה בנושא זה, ובפינו תפילה שלא תצא תקלה מתחת ידינו.

א. הורג רודף כשניתן להציל באחד מאבריו

1. נחשב כצדיק

כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"א ה"ג):

> כל היכול להציל באבר מאבריו ולא טרח בכך, אלא הציל בנפשו של רודף והרגו - הרי זה שופך דמים, וחייב מיתה; אבל אין בי"ד ממיתין אותו.

* נדפס ב"תחומין" (כרך י'), תשמ"ט.

הוא חוזר על הלכה זו אגב הלכות בני נוח (הל' מלכים פ"ט ה"ד):

וכן אם הרג רודף שיכול להצילו באחד מאבריו, נהרג עליו, מה שאין כן בישראל.

כאן השיג עליו הראב"ד: קשיא ליה אבנר. כוונתו להקשות מהסוגיא בסנהדרין (מ"ט ע"א), שם נאמר ששלמה דן את יואב למיתה על הריגת אבנר. יואב טען שהוא היה גואל הדם של אחיו עשהאל, שנהרג ע"י אבנר. עפ"י המסופר בתנ"ך, עשהאל רדף אחרי אבנר, ואבנר הכהו אל החומש. היתה לאבנר אפשרות להינצל ע"י פגיעה באחד מאבריו של עשהאל. אם אבנר נחשב לרוצח - יואב פטור. ואם אבנר עשה כדין - יואב חייב. בסוף המו"מ בין יואב לשלמה אמר שלמה ליואב: "ניזיל אבנר". הראב"ד מפרש את הגמ' כרש"י, שכתב: "דינו של אבנר, פטור אתה עליו". כלומר, אבנר נחשב כרוצח, וחייב מיתה. ולכן קשה על הרמב"ם, שפטר אותו ממיתה בידי אדם.

יש שתירצו (עי' משנה למלך) שיואב היה גואל הדם, ולגואל הדם יש היתר להרוג רוצח שחייב מיתה בידי שמים, כמו שהרמב"ם עצמו פסק בהל' רוצח (ס"ו ה"ה). הכס"מ תירץ, שהרמב"ם אינו מפרש את הגמ' כרש"י, שיואב נפטר מהריגת אבנר. "ניזיל אבנר" פירושו: לא נדון בדבר זה, כי היו לשלמה טענות נוספות כנגד יואב, על הריגת עמשא ועל מרידתו במלכות. ראיה מביא לכך הכס"מ מהפסוק עצמו (מלכים א', ב' ל"ב): והשיב ה' את דמו על ראשו אשר פגע בשני אנשים צדיקים... את אבנר בן נר... משמע שאבנר נחשב לצדיק בעיני שלמה, אע"פ שיכול היה להינצל ע"י פגיעה באחד מאבריו על עשהאל.

דברי הכס"מ תמוהים, שהרי הרמב"ם מכנה את מי שהרג רודף שאפשר היה להצילו באחד מאבריו כ"שופך דמים" שחייב מיתה לשמים, וכיצד יתכן לכנותו "צדיק"? אמנם אפשר היה לחלק בין הנרדף עצמו לאדם אחר, וכמו שכתב המשל"מ (בסוף הל' חובל ומזיק סי' תע"ג) בשם הריב"ש[1], וא"כ אבנר, שהיה הנרדף, כדין עשה כשהרג את עשהאל. אולם הכס"מ עצמו אינו סובר כהמשל"מ והריב"ש, שאם היה סובר כמותם היה יכול להסביר את הרמב"ם כמו שפירשו הר"ר שלמה איגר (שדבריו יובאו להלן) שההורג רודף פטור, משום שהנרדף היה רשאי בלאו הכי להורגו.

2. צדיק בדיני אדם בלבד

יתכן לומר ש"צדיקים" האמור כאן, אין פירושו באופן מוחלט, הנקיים מכל אשמה, אלא צדיקים באופן יחסי, ליואב. הלא כך אומרת הגמ' בסנהדרין שם, שיואב מורד במלכות היה, ומה שעשה היה נגוע בשיקולים אישיים ולא נבע מכוונות טהורות ושיקולים ממלכתיים לטובת המלכות, כפי שטען - עיין היטב במקראות - וא"כ, אין הוא צדיק יותר מאבנר, שהרג את עשהאל בשעת רדיפה.

וכן בעמשא - יואב הרגו, משום שדוד מינה אותו לאחראי על דיכוי מרד שבע בן בכרי. יואב חשש שהדבר ייחשב כהדחתו מתפקידו כשר הצבא, לאחר שהרג את אבשלום. טענתו, שעמשא איחר ולא מילא את הוראת דוד, באה לכסות על כוונות אחרות. לא טובת המלכות בלבד עמדה לנגד עיניו, אלא עמדתו האישית. יתכן שגם בהריגת אבנר חשש יואב ממינויו לשר צבא. סופו של יואב העיד, אפוא, על תחילתו. נטייתו אחרי אדוניה, כשנדמה היה לו שלחלוחיתו של דוד כבר אינה קיימת עוד, הוכיחה על מעשיו הראשונים למפרע, שגם בהריגת אבנר ועמשא חתר תחת סמכותו של דוד; ולכן אין להחשיבו כצדיק בהריגתם, אלא אדרבה, הם היו צדיקים יותר ממנו.

ראיה לכך - שהרי דוד לא האשימו בהריגת אבשלום, אע"פ שגם בהריגת אבשלום פעל יואב בניגוד להוראותיו המפורשות של דוד. על כרחך, שבהריגת אבשלום לא פעל יואב משיקולים אישיים, אלא סבר שלטובת המלכות ולחיזוק מעמדה יש להרוג את אבשלום.

1. אין הכוונה חלילה למדוד את יואב בקנה מידה אנושי שלנו. אלא יחסית לנדרש מצדיק שכמותו, עפ"י אמות המידה של התנ"ך.

ואע"פ שבהריגת אבנר היה יואב גואל דמו של עשהאל אחיו, ולגואל הדם ניתנה סמכות מקבילה לדין המלכות, שגם הוא רשאי להרוג מי שהרג בלא התראה - כמבואר ברמב"ם (הל' רוצח פ"ו ה"ה; והראב"ד כנראה מסכים עמו בנקודה זו - ע' אור שמח שם) - מ"מ דוד היה מעונין בכריתת ברית עם אבנר, כדי לצרף גם את שבט בנימין ובית שאול לתומכיו. על כן היתה הריגת אבנר בניגוד לטובת המלכות, ואין לגואל הדם, הפועל מכוח מקביל לסמכות המלך, לפעול בניגוד גמור לטובת המלכות. היה זה מניע אישי ולא ממלכתי, ולכן נופל יואב בצדקותו מאבנר. ודוק בלשון הכתוב: אשר פגע בשני אנשים צדיקים וטובים ממנו.

3. דעת הראב"ד: חייב בדיני אדם

לפי זה גם הראב"ד יוכל ליישב את קושית הכס"מ עליו, שאבנר אינו "צדיק" אלא ביחס ליואב. הכס"מ הקשה עליו, משום שלדעת הראב"ד אבנר היה חייב מיתה בידי אדם, והוא רוצח גמור, ולכן דוחק להחשיבו ל"צדיק", למרות שכוונתו היתה לחזק את מלכות בית דוד. לרוצח אין כפרה גם במחיר מלכות בית דוד. אך לדעת הכס"מ, המחזק את דברי הרמב"ם שאבנר רק חייב מיתה לשמים, יתכן שבדיני שמים היו מצדיקים אותו. לכן יש להחשיבו כצדיק לעומת יואב. לצורך הצדקתו יש מקום להביא בחשבון את סברת הריב"ש והמשל"מ שהנרדף עצמו רשאי להרוג את הרודף. אמנם הכס"מ אינו סובר כמותם, אך מ"מ, לדעת הרמב"ם אין ביכולת בשר ודם לדון את מי שהציל נרדף מיד רודפו, כי סוף-סוף כוונתו היתה להציל את הנרדף, אלא שלא טרח לדקדק בדרכי הצלתו. אולם דינו מסור לשמים, כיון שרק במקום הצדק המוחלט יוכלו לקבוע את מידת אשמתו. ק"ו שהנרדף עצמו, שהוא בהול על הצלתו, ודאי שאין ביכולת בשר ודם לדון אותו, ויש עוד יותר מקום לצדד בזכותו, ולהחזיקו בחזקת כשרות. לכן סובר הכס"מ, שלדעתו יש מקום להחשיב את אבנר לצדיק. אך לשיטת הראב"ד, שאינו מתחשב בשיקולים הנ"ל, אין כל כך מקום להחשיבו לצדיק.

נחלקו המפרשים אם בהלכה למעשה חולק הראב"ד על הרמב"ם, או (וכך סובר הרדב"ז) שהוא רק מקשה עליו, אך למעשה מסכים עמו.

ב. ההורג רודף שניתן להצילו באבריו פטור בדיני אדם

פשרתו זו של הרמב"ם - שההורג רודף שהיה אפשר להצילו באחד מאבריו, חייב מיתה רק בדיני שמים ופטור מדיני אדם - התמיהה את כל המפרשים. ממה נפשך: אם נחשב לרוצח - שיתחייב אף בדיני אדם; ואם אינו רוצח - מדוע חייב בדיני שמים? לתירוציהם השונים יש השלכות לדיוננו.

1. העדר התראה

הכס"מ ביאר שמאחר שלא נתכוון אלא להציל, לא היתה שייכת התראה. בספרו בדק הבית (על טור חו"מ סי' תכ"ה) נוסחו הדברים אחרת: דלית ביה התראה כשיקבל עליו התראה, מאחר שאינו מתכוון אלא להציל.

כבר כתב עליו המשל"מ שדבריו צריכים תלמוד. יתכן שכוונת הכס"מ היא, שההורג במקרה זה אינו יכול לקבל עליו התראה, שכן אין כוונתו להרוג את הרודף אלא רק להציל את הנרדף. על כן אין הוא רואה את עצמו עובר על איסור "לא תרצח"; וכשמתרין בו שעובר עבירה, אינו מקבל על עצמו את ההתראה, כיון שלדעתו, אדרבה, הוא עושה מצוה. מכיון שהדבר מסור ללב, אם כוונתו אכן רק להציל או שמא כוונתו גם להרוג ממש, דינו מסור לשמים, ואין יכולת לדונו בדיני אדם.

ערוה"ש (סי' תכ"ה סעי' ו') בא גם הוא מצד ההתראה. ההתראה במקרה זה לא שכיחה. ממה נפשך: אם העדים עמדו שם בשעת מעשה, גם הם היו חייבים להציל, ולא לבדוק את המציל אם יכול להציל באחד מאבריו או לא; ואם לא היו שם, כיצד יכלו להתרות? פירוש זה דחוק, דמאי פסקת שכל מציל נרדף אין לו עדים שיכלו להתרות בו?

2. הרודף הפקיר עצמו למיתה

כתב הרדב"ז (הל' מלכים פ"ט ה"ד):

> דכיון שהוא רודף, הפקיר את עצמו למיתה, שהרי יודע הוא שהנרדף יעמוד על נפשו. ומ"מ, כיון שהיה יכול להצילו באחד מאבריו של רודף ולא עשה כן, חייב הוא לשמים כאילו הורג את הנפש.

כלומר, מצד הרודף דמו מותר, ואין חייבים עליו מיתה; אך מצד המציל היה אסור לו להורגו. ולכן חייב מיתה לשמים.

צ"ע מהי כוונת הרדב"ז באומרו "הפקיר את עצמו למיתה", וכי אדם יכול להפקיר את עצמו למיתה? והרי הרדב"ז עצמו כתב (הל' סנהדרין פי"ח ה"ו) שאין האדם בעלים על עצמו, שנאמר "הנפשות לי הנה", אלא הוא קניינו של הקב"ה, ואין אדם יכול להפקיר דבר שאינו שלו!

כבר עמדו אחרונים על סתירה זו. הגרש"י זווין פירש בספרו לאור ההלכה (עמ' של"ה) עפ"י הר"ש איגר (בדרוש וחידוש לרעק"א, כתובות ל"ג ע"ב) שמכיון שהנרדף יכול להרוג את הרודף אפילו כשיכול להצילו באחד מאבריו, דמו הותר, ולכן גם אחר שהרגו פטור. לפי זה הלשון "הפקיר את עצמו" לאו דוקא, אלא רצונו לומר: מכיון שע"י רדיפתו הותר דמו לנרדף לגמרי, לכן גם אחר שהרגו פטור. מו"ר הר"ש ישראלי זצ"ל (עמוד הימיני עמ' קצ"ב) השיג עליו, ופירש, שיש באדם שתי בעלויות, שלו ושל הקב"ה. על חלקו יכול האדם לוותר, אך לא על חלקו של הקב"ה. לכן, בדיני אדם, שדנים מצד בין אדם לחבירו, פטור, כיון שוויתר על חלקו; אך על חלקו של הקב"ה אינו יכול לוותר, ולכן חייב בדיני שמים. ועיין לקמן (סי' ק').

לענ"ד יש לפרש את דברי הרדב"ז עפ"י דברי הגרי"ז מבריסק, שנביא להלן, שעל הרודף יש חיוב מיתה מצד עצמו, והותר לכל להציל את הנרדף בנפשו של הרודף. בעצם רדיפתו חל עליו דין מוות, והריהו כ"גברא קטילא". זוהי כוונת הרדב"ז באומרו: "שהפקיר את עצמו למיתה", דהיינו: החיל עליו דין מיתה. אמנם זהו דין התורה, ולא מדין הפקרה פרטית שלו. כיון שהחיל על עצמו את דין התורה שהפקירה את דמו, לכן אין נענשים עליו בדיני אדם. מאידך גיסא, מציל אינו רשאי להורגו, מכיון שהיו לפניו דרכי הצלה אחרות, ולכן חיובו הוא רק מדיני שמים.

3. הקושי בהערכת המצב

עוד יש לומר שאין אפשרות מעשית להעריך, אם אכן אפשר היה להסתפק בפגיעה באחד מאבריו, או שהיה הכרח להורגו. לדקויות שכאלו אין ביכולתו של בשר ודם להיכנס. רק הקב"ה יכול לדון כאן דין אמת (עיינים למשפט סנהדרין ע"ג ע"א).

ניתן להוסיף לכך אספקט נוסף: אי אפשר לדרוש מהנרדף וממציליו שישקלו שיקולים כה מורכבים. עליהם לפעול אינסטינקטיבית, ולא להסס יתר על המידה[2]. בית הדין, היושב בקור רוח רחוק ממקום המעשה ומנותק מאווירת האירוע, נטול סמכות לדון דיני נפשות במצב כזה. רק

2. עי' רמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ח ה"ד), שכתב שמטעם זה פטרו את המציל מתשלום עבור כלים ששבר בדרכו בעת ההצלה, "ולא מן הדין, אלא תקנה היא שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף". ואפשר שזו כוונת הרמב"ם בהל' רוצח (פ"א ה"ג) "הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין ב"ד מחייבין אותו"; ולא כתב שחייב מיתה בידי שמים, אלא רצונו לומר: מדאורייתא הוא חייב מיתה בידי אדם, אלא שתקנת חכמים (שלא יתמהמה) היא שאין ב"ד ממיתין אותו. ולפי זה אפשר שלא קשה כלל קושיית הראב"ד מאבנר: זה שאבנר התחייב מיתה, היינו משום שאז עדיין לא ניתקנה תקנת חכמים לפטור את הורג הרודף ממיתה אם היה יכול להצילו באבריו. ועוד אפשר היה לתרץ, שתקנת חכמים שייכת דווקא באדם אחר שמציל את הנרדף מיד הרודף, אבל בנרדף עצמו לא עשו תקנה (וכמו שכתב הרמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ח ה"ג) שהנרדף חייב אם שבר כלים של אחרים, בעוד שעל אותם כלים אדם אחר המציל, פטור); שהרי אצלו אין חשש שיתמהמה. ועל כן היה חייב אבנר בהריגת עשהאל. משא"כ אילו אדם זר היה הורג את עשהאל בראותו אותו רודף אחר אבנר. ועי' מה שנכתב על כך ב"אפיקי נחלים" (ח"ב, תשכ"ט, עמ' 51 ואילך): **הערת עורך "תחומין" (א. ד.).**

הקב"ה יכול לדון את ההורג, ואם אכן ימצא אשם, יתחייב בדיני שמים. ועי' אחיעזר (ח"א סי' י"ט אות א', ג') שכתב שהנרדף נחשב לאנוס, אך לא האחרים.

ועוד אפשר לומר, שאילו היה ההורג את הרודף מצילו באחד מאבריו, יתכן שהפגיעה היתה באיבר חיוני ובצורה קשה, שכתוצאה ממנה היה הרודף מת לבסוף מפצעיו. מכיון שהפגיעה באבריו מותרת ללא ספק, אין אנו יכולים לדונו בדיני אדם אם הרגו, כי יתכן שהיה מת גם כתוצאה מהפגיעה באבריו, שהיא הרי מותרת. לכן אין ב"ד יכול לדונו בדיני אדם. אך בשמים יודעים להעריך במדויק אם אכן היה עלול למות מהפציעה האפשרית או לא, ולכן דינו מסור לשמים (הגרי"פ, סהמ"צ לרס"ג ח"ג פרשה ל"ג).

4. הרודף הוא "בר קטלא" מידי הנרדף

הר' שלמה אייגר (בדרוש וחידוש לאביו הר' עקיבא אייגר, כתובות ל"ג ע"א) ביאר את הרמב"ם עפ"י מה שכתב המשל"מ (בהל' חובל ומזיק פ"ח ה"ה) בשם הריב"ש (סי' רל"ח וסי' תע"ג), שהנרדף עצמו אינו צריך להתרות ברודף, כי הוא בהול להציל את נפשו. כיוצא בזה אין הנרדף צריך לדקדק אם יכול הוא להינצל ע"י פגיעה באחד מאבריו של הרודף בלבד, ומותר לו להרוג את רודפו בכל מקרה. מכיון שהנרדף רשאי להרוג את הרודף, נמצא שהרודף אינו חסוי מפני הריגתו, לפחות מצד הנרדף. ומכיון שהותר דמו לאחד, הוא בר מיתה, וגם אם אחר הרגו, פטור הוא מדיני אדם (ע"ש, שהביא ראיה מרוצח שיצא מעיר מקלטו) אולם בדיני שמים יש לחייבו, כי היה אסור לו להרוג את הרודף.

דברי הריב"ש והמשל"מ עומדים לכאורה בסתירה לגמ' במסכת סנהדרין (מ"ט ע"א) בענין אבנר. הרי לדבריהם יפה עשה אבנר שלא דקדק להציל עצמו באחד מאבריו של עשהאל, ומה מקום אפוא לטענתו של יואב, שאבנר היה צריך להציל את עצמו באחד מאבריו של עשהאל? יתכן לומר, שבזה גופא נחלקו יואב ושלמה. יואב סבר שאין לנרדף מעמד מועדף לעומת כל מציל אחר, והיה אסור לאבנר להרוג את עשהאל, ולכן הרג את אבנר. ושלמה, לעומתו, סבר כדעת המשל"מ, שיש לנרדף מעמד מועדף, ומותר היה לאבנר להרוג את עשהאל, ולכן היה אסור ליואב להרוג את אבנר, ומשום כך הענישו שלמה. ומכיון שהלכה כשלמה, פסק המשל"מ כמותו. אך בדעת הרמב"ם אין לומר כן, לפחות לפירושו של הכס"מ, שהרי הכס"מ פירש, שהרמב"ם סובר שהריגת עשהאל ע"י אבנר היתה מותרת; משום שכל מציל, ולא רק הנרדף עצמו, אינו נידון בדיני אדם על הריגת הרודף במקום שיכול היה להציל באחד מאבריו. אבל לדברי הר"ש אייגר היה זה היתר מיוחד לאבנר בלבד (שהיה הנרדף) 'לא לכל אדם, וכהריב"ש והמשל"מ הנ"ל. ודווקא לדעתם מתורץ הרמב"ם הנ"ל (פ"א הי"ג), שההורג את הרודף אינו נידון ע"י בית דין, אע"פ שיכול היה להצילו באבריו, משום שהנרדף היה רשאי להורגו.

ואכן הכס"מ תירץ את הרמב"ם באופן אחר, וכנ"ל (אות ב/1), ולא כהר"ש אייגר. במידה ידועה הצדק עם הר"ש אייגר, שהרי לפי הרמב"ם ההורג שיכול היה להציל באחד מאבריו הוא שופך דמים וחייב מיתה לשמים, וא"כ אבנר היה שופך דמים וכיצד מכנה אותו הפסוק, לדעת הכס"מ, "צדיק"? יואב הרי היה גואל דמו של אחיו, והיה רשאי להרוג את אבנר שחייב מיתה לשמים (כדעת הרמב"ם עצמו, הל' רוצח פ"ו ה"י) וכיצד איפוא מכנה הכס"מ את אבנר כצדיק שהיה אסור להורגו, עד כדי כך שיואב נהרג בגלל מעשה זה? וצ"ע, אלא ע"כ נאמר שהכוונה היא לצדיק יחסי, וכנ"ל.

נמצא שלדעת הר"ש אייגר הרמב"ם סובר כהמשל"מ והריב"ש, שלנרדף מותר להרוג את הרודף גם כשיכול להציל באחד מאבריו. אך לדעת הכס"מ בהסבר דברי הרמב"ם אין לחלק בין הנרדף לבין אדם אחר. גם סתימת דברי הרמב"ם מוכיחה כן. וכן דעת רש"י (סנהדרין ע"ד ע"א), שלא כהמשל"מ והריב"ש (עיין משפט כהן סי' קל"ט, וחי' הגרי"ז הל' רוצח)[3].

3. בנידון זה, וכן לגבי האמור להלן (אות ג'), ראה מאמרו של הרב ישראל רוזן ("תחומין" י' עמ' 76 ואילך). ועי' שם (אות י"ג), שיש לצדד שדברי הרמב"ם מתאימים לדברי המשל"מ. - הערת מערכת "תחומין".

5. הרודף הוא "בר קטלא" מידי מי שאינו יכול להציל באברים

הגרי"ז מבריסק (בחידושיו על הרמב"ם, הל' רוצח שם) **חילק בין שני דינים:**

1. **היתר להרוג את הרודף מדין הצלת הנרדף.**

2. **חלות דין בגופו של הרודף, שהוא נחשב לגברא קטילא, ולכן כל ההורגו פטור.**

הדין השני קיים בכל רודף, גם כשאפשר להצילו באחד מאבריו, כי סוף-סוף רודף הוא. אך הדין הראשון תלוי בצרכי ההצלה. כשאין הכרח להרוג את הרודף כדי להציל את הנרדף, אסור להורגו. אך מי שהרגו פטור מדיני אדם, כי סוף סוף הוא הרג גברא קטילא שאין לו דמים.

לחיזוק דבריו הוסיף הגרי"ז: הגע בעצמך, הרי שיש אחד בסוף העולם שלא יוכל להציל את הנרדף אלא ע"י הריגת הרודף, הלא מותר לו להורגו, וא"כ נמצא שהרודף מצד עצמו עומד להריגה, לפחות כלפי אותו מציל. ולכן, אע"פ שיתר המצילים אסורים להורגו, לרודף עצמו אין דמים בגלל האפשרות הרחוקה שיש מציל אחד שיתכן שיאלץ להורגו (עי' משפט כהן סי' קל"ט שכתב סברה זו).

ניתן לחזק דברים אלו בדברי רש"י (סנהדרין ע"ב ע"ב ד"ה לפקח), **שהבא במחתרת בשבת ונפל עליו גל - אין מפקחין אותו, כי הוא גברא קטילא. והקשה החלקת יואב** (ב"קבא דקשיתא"), **הרי הוא כבר לא רודף, מאחר שנפל עליו הגל? וצריך לומר, שמשמיא קא רדפו ליה. הרודף נחשב לגברא קטילא, לא רק משום שייתכן שלא יהיה מציל בעולם שיוכל להציל את הנרדף אלא בהריגת רודפו, אלא משום שמהשמים דנים אותו לרודף שדמו הותר. וכשנפל עליו הגל, משמים הרגוהו, ואסור להצילו בשבת.**

ג. חובתו של הנרדף לדקדק באופן הצלתו

נמצינו למדים, שלדעת הרמב"ם אין לדון הורג רודף במידת הדין הרגילה - אם משום שהרודף אינו ראוי לכך שנאשים את הורגו ברציחה רגילה, שהרי לא רצח אדם פשוט, אלא רודף הראוי למיתה, ואם משום שאין לדרוש מהורגי רודף שיקולים כה מדוקדקים וזהירים כפי שנדרשים מאנשים הנמצאים במצב נורמלי. הם נמצאים במצב שונה, חובתם להציל, וייתכן שטעו והזדרזו להרוג אדם שאפשר היה להצילו בצורה שונה. אך אין ביכולת בשר ודם לדון דין במקרה כזה.

עם זאת, אם אכן המצילים הרגו את הרודף בכוונת זדון, כשדעתם היתה צלולה ויכולים היו להימנע משפיכות דמים מיותרת, שופכי דמים הם. לדעת אבן האזל (הל' רוצח פ"א הי"ג) **הם חייבים מיתה בידי אדם** (ועי' מרה"פ לירושלמי סנהדרין פ"ח ה"ט ד"ה רודף). **ולדעת אחרים דמם מסור לשמים; וגם אם הרודף היה ראוי לעונש, אין הדבר בסמכותם. גם לדעת המקילים בעונשם, מסתבר שבהוראת שעה או בדיני מלכות יש מקום לדון אותם בכללי שפיטה מיוחדים. וגם אז אין להחמיר בעונשם כרוצחים ממש, כיון שמידת הדין עלולה לגרום לעידוד הרודפים יותר מאשר להרתעת הנרדפים.**

לנרדף עצמו יש, לדעת חלק מהפוסקים, מעמד אחר. יש המתירים לו להרוג את רודפו לכתחילה, גם אם יכול להינצל באחד מאבריו. אולם כפי שראינו, לדעת הרמב"ם ורש"י אין מקום כלל להבחנה כזו. נראה לי שגם הראב"ד חולק על דעה זו.

הראב"ד הקשה על הרמב"ם מאבנר. הוא פירש אפוא כרש"י, ששלמה פטר את יואב בדינו של אבנר, כי אבנר רוצח היה. והרי לדעת הריב"ש והמשל"מ אי אפשר לומר שאבנר רוצח היה, אלא אדרבה כדין עשה, שהיה נרדף. וע"כ הם פירשו את הסוגיא כהכס"מ, ששלמה לא פטר את יואב בדינו של אבנר, אלא רק עבר לדיון בנושא אחר (ואעפ"כ אין הכס"מ סובר להלכה כמותם וכמו שהוכחנו לעיל) **ולכן לדעתם יש מקום לומר שאבנר אינו נחשב לרוצח, ומשום כך יואב אשם בהריגתו. אך הראב"ד, שכאמור, מפרש כרש"י שיואב נפטר בדינו של אבנר, מוכח שאינו סובר כהריב"ש והמשל"מ. ואכן רש"י, שפירש בסוגיא שאבנר רוצח היה, אזיל לשיטתו** (דף ע"ד ע"א) **שגם נרדף אסור לו להרוג את רודפו כשיכול להינצל באחד מאבריו[4].**

4. אמנם יש לומר שאבנר שאני, שכל ההבדל בין נרדף לאחרים הוא שנרדף בהול, ואילו אבנר הרי הכהו בדופן חמישי, וא"כ לא היה בהול, ודינו ככל מציל אובייקטיבי. זוהי הרי טענת יואב, ועכ"פ לפי הכס"מ שלמה לא קיבלה.

ד. פגיעה ברודף לאחר הפיגוע

1. תגובה מיידית ותגובה מאוחרת

כתב הרא"ש (ב"ק פרק ג' סי' י"ג):

"שני שוורים תמין שחבלו זה בזה, משלמין במותר חצי נזק". ונראה לי, דמיירי שהתחילו בבת אחת, או חבל גם השני בראשון לאחר זמן. אבל אם האחד התחיל, המתחיל משלם הנזק והשני פטור... וכן שני אנשים נמי מיירי שהתחילו כאחת או אחר זמן. אבל אם התחיל האחד, השני פטור. והכי נמי אוקימנא לעיל (כ"ח ע"א), "וקצותה את כפה", ביכולה להציל ע"י דבר אחר. אבל אם אין יכולה, פטורה, כיון שהתחיל להכות את בעלה; כל שכן שהמוכה עצמו פטור. ומיהו צריך לומר, דאם היה יכול להציל את עצמו בחבלה מועטת, וחבל בו הרבה - חייב, מידי דהוה איכול להציל את עצמו באחד מאבריו והרגו (סנהדרין ע"ד ע"א).

ב"ים של שלמה (ב"ק פ"ג סי' כ"ו) **העיר על דבריו:**

מה טוב ומה נעים דבריו, וכעין זה פסק מהר"ם בפרק הגוזל בתרא. מ"מ דברים אלו צריכים ביאור, דפשיטא מה שחבל בו יותר מן הראוי, כגון אחר שנשמט כבר המוכה ממנו, שהציל את עצמו מחמת שכבר היכה אותו, וחזר עוד המוכה וחבל בו יותר ממה שצריך להציל את עצמו, אע"פ שאין בו דין רשע, דהוי קצת אונס; דאין אדם נתפס על צערו, ויצרו אגבריה. ועוד, דאדרבה, הראשון הרשיע והתחיל ונעשה רשע, מ"מ מדין תשלומין לא מתפטר השני... שאין זה אונס לפוטרו מתשלומין, דסוף-סוף בדעת ובכוונה הוא דאזקיה. אבל אם היכה הראשון, המתחיל, בשני מכת לחי, וזה חזר והיכה אותו והפציע ראשו, אין נראה לי שישלם לו המותר... דמי יכול לשער להציל את עצמו בקו המידה, למשול ברוחו ולצמצם כחוט השערה שלא יוסיף? וגם היה מתיירא שלא יחזרו עליו להכותו עוד. ואינו דומה למי שיכול להציל באחד מאבריו, דבוודאי לענין מיתה אמרינן כה"ג שהיה לו לדקדק שלא להמיתו כלל. ולכן אפילו אם חזר השני והיכה למתחיל הראשון ומת, אפילו במכה אחת, מ"מ חייב מיתה[5]. אבל בחבלות ונזקין אין לו לשער ולדקדק כל כך.

היש"ש מבחין איפוא בשתי הבחנות:

א. בין מיתה לבין חבלה גופנית. שפיכות דמים חמורה יותר, ומחייבת זהירות מירבית שלא להרוג אדם שלא לצורך. אך בחבלה גופנית אין צורך לדקדק שהמוכה, או מצילו, יכו רק בשיעור מדוייק.

ב. בין תגובה מיידית לבין תגובה לאחר זמן. אמנם בשתיהן התגובה שלאחר מעשה אסורה, אולם בתגובה מיידית יש להתחשב במצבו הנפשי של המוכה שהגיב ספונטנית, ואין מקום להענישו על כך.

בדומה לזה כתב היש"ש גם במקום אחר (ב"ק פ"ח החובל סי' מ"ב):

אם אחד היכה את חבירו, ושני חירף אותו בשם רע... אף שיהיה זה הבושת של שם רע הרבה יותר מן בושת של החבלה, אפילו הכי פטור. כי אין אדם עומד על צערו, שנאמר "כי יחם לבבו". ואפילו הלך לערכאות של גויים והפסידו ממון הרבה, מ"מ אין לו דין "מוסר", רק שישלם לו היזקו. כי דם מירתח רתח, ואין אדם עומד על נפשו... ונראה שהוא הדין איפכא: אם אחד חירף את חבירו בשם רע, וחזר זה והיכהו, אף שעבר בלאו ד"לא יוסיף" "פן יוסיף", וצריך כפרה - מ"מ אין עליו דין "רשע" כלל, אלא אמרינן, ליביה רתח, ואין אדם עומד על צערו, שהרי יש בוטה כמדקרות חרב... ואין משלם אלא נזק, צער, ריפוי ושבת (ולא בושת, שהרי הראשון שהוציא שם רע ביישו יותר ממה שביישו השני בהכותו, ועוד שלא נתכוון לבייש, ע"ש).

5. ולא כהרמב"ם הפוטר ממיתה.

2. עוצמת התגובה

הדברים טעונים עדיין ליבון: אם אמנם נכונה ההבחנה בין תגובה מיידית לבין תגובה מאוחרת, מדוע איפוא המוכה שהלך ומסר את חבירו לערכאות אינו נחשב למוסר, והרי התביעה בערכאות בוודאי לא יכולה להיעשות מיד? מאידך גיסא, אם ההליכה לערכאות נחשבת לתגובה מיידית, מדוע בכל זאת הוא חייב לפצות את המכה? וכן צ"ע במקרה ההפוך: מי שחרפוהו והגיב בהכאה, שאינו נחשב לרשע משום שלא יכול היה להבליג, מדוע בכל זאת חייב לשלם?

ונראה שיש להבחין בין דרגות שונות של עצמת התגובה ותכיפותה: המוכה, שתבע את מכהו בערכאות, היה עדיין תחת רושם ההכאה, ולכן לגבי עצם הגשת התביעה אינו נחשב למוסר. אך אין כל הצדקה שיתעשר ויגבה ממון שאינו שלו. מאידך גיסא, מי שהגיב על חרפות בהכאות, אף כי אינו נחשב לרשע, שכן הגיב ספונטנית, אך בכל זאת עוצמת התגובה היתה ללא כל פרופורציה לפרובוקציה.

נמצא איפוא שיש תגובה מאוחרת הנחשבת עדיין לספונטנית, כי היא תגובה סבירה של אדם פגוע; ויש תגובה מיידית שעונשה בצידה, משום שעברה את גבול הפרופורציה הסבירה. הדבר דומה למה שמצינו לעיל, שהריגת רודף שלא לצורך אסורה, אע"פ שהכאה גדולה יותר מותרת, כי שפיכות דמים חמורה יותר מחבלה.

נראה לי להביא ראיה לסברתם של הפוסקים - שתגובה מיידית לפרובוקציה, אפילו לאחר שחלפה הסכנה, פטורה מעונש - מהמשנה בבכורות (ל"ה ע"א):

היה בכור רודפו, ובעטו ועשה בו מום - הרי זה שוחטין עליו (רש"י: לפי שלהצלתו נתכוון).

ולכן אינו נחשב להטיל בו מום בכוונה. ובגמ':

אמר רב פפא: לא תימא בשעת רדיפה אין, שלא בשעת רדיפה לא, אלא אפילו לאחר רדיפה נמי. מאי טעמא? צעריה הוא דאדכר.

וכך נפסק להלכה ברמב"ם (הל' בכורות פ"ב ה"ב) ובשו"ע (יו"ד סי' שי"ג סעי' ד').

העולה מדברינו הוא, שהמתגונן מפני סכנה צריך להימנע משפיכות דמים, אם הדבר ניתן. אולם אינו צריך להימנע מחבלה גופנית, ואינו צריך לדקדק בין חבלה גופנית קלה לבין חבלה חמורה. אולם לאחר מעשה, כשהסכנה חלפה, אין היתר לנרדף, או למציליו, להעניש את התוקף. אלא שאם הם פעלו תחת לחץ האירוע, והגיבו תגובה סבירה, פרופורציונלית לתקיפה, יש לפוטרם מכל עונש. אם הגיבו תגובה חמורה יותר, יש מקום לתובעם לדין. אולם גם אז אין להתייחס אליהם כאל פושעים רגילים, אלא יש להתחשב בנסיבות.

ה. פגיעה ברודף כדי להעמידו לדין

עפ"י האמור לעיל, מי שזרק אבן וברח, אין לכאורה הצדקה לנפגע לרדוף אחריו ולהענישו; כי הסכנה כבר חלפה, ואין למותקף סמכות ענישה. אלא שצ"ע, האם רדיפה כדי לתפוס את התוקף על מנת להעמידו לדין מותרת? וכן, האם פגיעה באבריו לשם כך אף היא מותרת? ואע"פ שאין אדם פרטי, גם אם הוא מותקף, יכול לשים את עצמו לשוטר, ללא מינוי לכך, מ"מ במקום שאין שוטר, צ"ע, האם מסורה הסמכות לכל אדם?

מצינו במסכת ב"ק (כ"ז ע"ב) מחלוקת בין רב נחמן ורב יהודה האם עביד אינש דינא לנפשיה; וההלכה נפסקה כרב נחמן, שעביד אינש דינא לנפשיה. אמנם שם מדובר במי שפוגעים בו, מפסידים או מזיקים אותו, שהוא רשאי לעשות דין לעצמו, כגון ליטול חפץ שנגזל ממנו מידי הגזלן. אולם בנידון דידן, מה לו להתעבר על ריב לא לו? אולם באמת, הסברה הפוכה. אפילו רב יהודה, הסובר שלא עביד אינש דינא לנפשיה, יודה בנידון דידן. יעויין שם (ב"ק כ"ח ע"א), שהגמ' הקשתה על רב יהודה מברייתא:

מנין לנרצע שכלו לו ימיו, ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל "לא תקחו כופר לשוב" - לא תקחו כופר לשב.

מוכח מברייתא זו שעביד אינש דינא לנפשיה. והגמ' מתרצת:

בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית - עד האידנא היתרא, והשתא איסורא.

ופירש רש"י (ד"ה והשתא):

שהוא בן חורין: איסורא - ורשאי להלקותו ולהפרישו, דהאי דינא לאו לנפשיה הוא.

כלומר, אפילו רב יהודה, הסובר שלא עביד דינא לנפשיה, זהו רק בדבר הנוגע לעצמו, שאין אדם יכול לדון דין לעצמו; אך דבר שאינו נוגע לו אלא כלפי שמים, אפילו רב יהודה מודה, שעביד איניש דינא לנפשיה.

אמנם שם מדובר בהפרשה מאיסור, וודאי שלא מצינו היתר לאדם פרטי להעניש את חבירו על דעת עצמו. ענישה אינה מסורה אלא לבי"ד בלבד. אולם גם בנידון דידן אין המדובר בענישה, אלא בתפיסת עבריין כדי להעמידו לדין. וודאי שיש כאן גם אפרושי מאיסורא, שכל עוד הוא מתהלך חופשי, הוא עלול לעבור עבירות נוספות, ואין יכולת לבי"ד לדונו. ונראה שעפ"י תפיסת ההלכה, במקום שאין שוטר, כל אדם יכול להשים עצמו שוטר, ולסייע לזרוע הצדק להשיג את העבריין ולהשליט צדק במדינה. וכשם ששוטר רשאי לפגוע באברי העבריין הנמלט כדי להשיגו[6], כך יתכן שעפ"י ההלכה כל אדם רשאי לעשות כן, בתנאי שלא יעשה דבר יותר ממה שמותר לשוטר לעשות, דהיינו לתפוס את העבריין בכל אמצעי הכרחי לכך, ותו לא[7].

6. **הערת עורך "תחומין" (א. ד.):** "בר זה צריך לפנים. לכאורה פשוט שגם שוטר, שמקצועו בכך, אינו רשאי לפגוע בעבריין נמלט על מנת לתופסו באופן שלצורך תפיסתו הוא ייפגע יותר מאשר בעונש הצפוי לו על עבירתו. ולמשל, במדינה שבה אין עונשין גנב בכריתת יד, אין היגיון בכך שעל מנת לתפוס את הגנב מותר יהיה לפגוע באחד מאבריו. גם לצורך "עביד אינש דינא לנפשיה" אין אדם רשאי לנקוט באמצעים שהם חמורים מאילו היה הדבר נידון בבי"ד. יתר על כן: אדם רשאי ליטול את שלו בלבד מיד הגזלן, אבל לא לגבות את המגיע לו מנכסים אחרים של הגזלן (רמ"א בשו"ע חו"מ סי' ד' בשם המרדכי). הסברה היא, דחיישינן שמא יגבה יתר על המידה. ונראה שכמו כן כדי לתפוס אדם ולהעמידו לדין אין אדם רשאי לנקוט באמצעים חמורים יותר מאשר העונש שהיה נענש חבירו אילו כבר עבר את העבירה.

ואם יתמה אדם ממה שבי"ד מכים את המסרב לקיים מצוות עשה עד שתצא נפשו - מכה שהיא לכאורה חמורה מן העונש שהיה מקבל לאחר שכבר אינו יכול לקיים את המצוה - תשובתך: "עד שתצא נפשו" אין הכוונה למיתה ממש, אלא כמו שכתבו תלמידי רבנו יונה (בשטמ"ק כתובות פ"ו ע"א) שאין בזה שיעור ידוע, אלא "שיחלש כוחו". ואם כן עדיין יתכן שאמצעים אלו קלים מהעונש הסופי. כמו כן יתכן שרשות-חובה זו להכות את העבריין עד שתצא נפשו נתונה דווקא לבי"ד, ולא לכל אדם; ודווקא כדי למנוע אדם מראש שלא יעבור על איסור, ולא כדי להעמידו לדין לאחר שעבר (ראה מחלוקת נתיה"מ, קצוה"ח ו"משובב נתיבות" בחו"מ סי' ג'). יש היגיון בכך, שכדי שלא יעבור אדם איסור אפשר לנקוט באמצעים החמורים יותר מאשר העונש שיקבל לאחר עוברו על אותו איסור - שכן "כל ישראל ערבים זה לזה" שלא להזדהם בעבירה. אולם לאחר שעבר אדם עבירה, וכבר נכתם בה, ויש צורך להעמידו לדין - אז אין סברה שאפשר יהיה לנקוט באמצעים שיגרמו לו לעונש חמור יותר מאשר אילו היה עומד לדין.

גם אם נאמר שההתחמקות מעמידה לדין אף היא בגדר עבירה בפני עצמה, שכל הרואה אותה חייב למונעה ככל אפרושי מאיסורא (ראה מאמרו של עמיתי למערכת הנזכר להלן בהערה 7), מ"מ חובה זו היא להביא לידי כך שהעבריין ייענש, ולא יתכן שכדי לקיים חובה זו יגיע העבריין לידי עונש חמור עוד יותר.

עוד יתכן, שמה שמותר לשוטר מקצועי, שלמד לכלכל את מעשיו ולמדוד היטב את פעולותיו, אסור להדיוט, שעלול לפגוע בעבריין נמלט יתר על המידה.

תשובת המחבר:

א. על ביטול מצוות עשה אין עונש כלל, ובכל זאת מותר להכותו עד שתצא נפשו.

ב. העמדת אדם לדין - יש בה משום ערבות, למען ישמעו ויראו, וכשהוא בורח הוא מתיר את עצמו לפגיעה והאחריות עליו. זכר לדבר, רוצח שיצא מעיר מקלטו, ע"ש.

ג. שוטרים הם המכים ברצועה. לא מצינו שאסור להם להכות כשהמדובר בעבירה קלה, כגון עבירה ממונית, כשהנתבעים מסרבים לבוא לדין, או מונעים משליח ב"ד למשכן וכדו'. ועיין במסכת מכות (ח' ע"א) "יצא שליח ב"ד". ועי' רמב"ם שכתב שהכוונה לשליח ב"ד המכה את מי שנמנע לבוא לדין, וע"ש בראב"ד (כרש"י בסוגיא).

7. נראה שיש מקום להבחין בין תפיסת עבריין שעלול לחזור על מעשיו, ובין תפיסת עבריין חד-פעמי. הבחנה זו היא בעקבות דברי הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ח ה"א) בענין מוסר: "עשה המוסר אשר זמם, ומסר - יראה חי, שאסור להרגו, אלא אם כן הוחזק למסור, הרי זה ייענש שמא ימסור אחרים". אשר לתפיסת עבריין לצורך העמדתו לדין, זוהי

ו. מצב מלחמה

1. אופיה הציבורי של מלחמה

אלא שעדיין יש מקום לדון בבעייתנו עפ"י דיני המלחמה. במלחמה נוהגים כללים אחרים מאשר בחיים האזרחיים. במלחמה, גם אם הרודף הפסיק את רדיפתו ונסוג, מסתבר שמותר למותקפים לרדוף אחריו ולהורגו, ואינם חייבים להביאו לדין. וכך הוא הנוהג בכל המלחמות בעולם, וגם בישראל. המטרה המוצהרת של מלחמה היא: ניצחון מוחלט - ארדפה אויבי ואשיגם, ולא אשוב עד כלותם (שמואל ב' כ"ב, ל"ח)[8] הטעם לכך הוא, שמלחמה שונה מסכסוך אישי. היא עימות בין עם לעם (גור אריה בראשית ל"ד י"ג), ואין בית דין שיכול לדון בין העמים. רק על מלך המשיח נאמר: ושפט בין הגויים (ישעיהו ב' ד') אולם עד אז אין לעמים אפשרות אחרת להגן על עצמם מפני תוקפיהם אלא על ידי השבת מלחמה שערה עד הניצחון הסופי. ולכן יש לפגוע בתוקף גם אחרי בריחתו.

אלא שמלחמה, דווקא משום שהיא נושאת אופי ציבורי, חייבת להתנהל ע"י המלכות, או ע"י סמכות ציבורית מרכזית אחת, ולא ע"י אנשים פרטיים. יתירה מזאת, הצלחתה של המלחמה מותנית ראשית כל במשמעת הפרט למסגרת הכללית. פריקת המסגרת הציבורית מסכנת את הכלל ואת הפרט גם יחד. הנצי"ב (העמק שאלה סי' קמ"ב) האריך להסביר עפ"י הנחה זו הלכות רבות הנוגעות לשעת חירום. ולדעתו, המפר משמעת בשעת חירום נחשב לרודף, וחייב מיתה (בענין זה עי' לעיל סי' ה' אות ג').

אולם היא הנותנת. אם אמנם השעה היא שעת מלחמה, אין לראות כל יוזמה פרטית אזרחית כפוגעת במסגרת הכללית. בהחלט תיתכן אפשרות שאזרח פרטי ייתקל בשעת מלחמה באויב מסוכן, ויפגע בו ללא פקודה וללא משפט, אולם במעשה זה הציל את העם כולו. האמנם נדון אותו כפושע חלילה? וכי מי נתן פקודה ליעל להרוג את סיסרא? האם חלילה היא רוצחת פשוטה, או שמא מושיעת ישראל? והפסוק עצמו אומר: תבורך מנשים יעל! ועי' מה שכתב מרן הרב זצ"ל (משפט כהן סי' קמ"ג) שיעל התירה לעצמה לעבור על גילוי עריות מדין הוראת שעה למיגדר מילתא. אולם על הריגת סיסרא בכלל לא הסתפק. ועל כרחך ההסבר לכך הוא כנזכר לעיל. (הריגת כנענים היא גם חיוב אישי, לא רק במסגרת מלחמתית, לדעת החינוך מצוה תכ"ה).

א"כ, השיקול אם פעולה פרטית מועילה או מזיקה חייב להינתן בידי אנשי הביטחון מבלי שיעמדו בפני תביעה משפטית. ודאי שאסור לאדם פרטי לנקוט, בדרך כלל, יוזמה אישית משלו. אולם בדיעבד, כשכבר נקט יוזמה, לא תמיד זו עבירה.

2. מלכות הנוהגת "איפה ואיפה"

המצב הנתון כיום הוא בעייתי. הפורעים משליכים אבנים, ואין פותחים נגדם בהליכים משטרתיים רגילים. הם כבר מבינים שהרקע לכך הוא מדיני, ושהגישה כלפיהם מתבססת על הנחה מלחמתית מסוימת, שאין כאן פשיעה אזרחית רגילה, אלא פיגוע מלחמתי. מתוך אותה הנחה עורכים שלטונות הביטחון מעצרים, וכן הורסים בתי משפחות, שלא לפי כללי הפרוצדורה המשפטית הרגילה. מאידך גיסא אין ממשלת ישראל מכריזה על מצב מלחמה מלא, וכלפי המותקפים,

בעצם חובתו של כל הציבור כולו, ולאו דוקא חובתם של שוטרים ודיינים. ראה על כך מה שכתבתי במאמרי "עד קרבן במבט ההלכה" (ספר היובל לכבוד הגרי"ד סולובייצ'יק, ירושלים תשמ"ד, עמ' רנ"ד-רנ"ה): **הערת עורך "תחומין"** (א. ו.).

תשובת המחבר במקום שיש תופעה ציבורית, השיקול חייב להיות כללי, לא רק על העבריין הנוכחי, אלא יש להביא בחשבון את הרקע של עבריינים אחרים.

8. ועי' תוס' בשם הירושלמי ש"כשר שבגויים הרוג" היינו בשעת מלחמה.

המגיבים, מתייחסת פרקליטות המדינה בפרוצדורה משפטית רגילה, ודנה אותם עפ"י סעיפי חוק מקובלים.

השאלה היא, האם אין זה בבחינת מוכס שאין לו קיצבה (נדרים כ"ח ע"א ועוד), שאז פוקע דינא דמלכותא? דין שאינו חל בשווה על הכל, אינו דין. וכאן נוהגים כלפי אלו בדין אחד, וכלפי אחרים בדין אחר: למתקיפים מתייחסים כאל לוחמים, ולמותקפים - כאל אזרחים.

ונראה לענ"ד, שאע"פ שהמצב הוא באמת מוזר, מ"מ עדיין יש כאן דינא דמלכותא. "מוכס שאין לו קיצבה" פירושו כלשון הרמב"ם (הל' גזילה פ"ה ה"א):

> במה דברים אמורים שהמוכס כליסטים... מוכס העובד מטעם המלך ואין לו קיצבה, אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה.

כלומר, רק כשהמוכס נוהג בשרירות לא הגיונית אין דינו דין. אך בנידון דידן יש לשלטון היגיון מסוים משלו: כלפי אזרחי המדינה הוא מתייחס כאל אזרחים הכפופים לחוק הרגיל; כלפי תושבים שאינם אזרחים - היחס שונה. נכון שנוצר עיוות מסוים לכל צד כתוצאה מעצם ההבחנה, אולם אין זו שרירות לב בעלמא. ולכן דינא דמלכותא כאן - דינא.

ז. התנהגות הפרט בוואקום שלטוני

ברור הוא, שלמרות שהמצב הוא מצב מלחמה, מסיבות שונות, שאינן מובנות לציבור הרחב, נמנעים השלטונות מלהגדיר את המצב בשמו הנכון, ונמנעים מלנקוט באמצעים נחוצים המסוגלים להחזיר את השקט אל כנו, ולהשליט חוק וסדר בכל מקום. נציגים בכירים ביותר של הצבא והממשלה אכן הודו בכך, שאין ביכולתם להשליט חוק וסדר בכל אתר ואתר. מה הדין במצב של ואקום כזה? האם רשאים אזרחים הנתונים לסכנה באיזורים מסוימים להשליט בעצמם חוק וסדר?

נראה לענ"ד, שאע"פ שאין ראיה לדבר, אולי זכר לדבר יש מפרשת דוד ונבל הכרמלי (עי' "תחומין" י"ב עמ' 246-247 על לימוד דומה מפרשת קעילה). בזכות מה תבע דוד מנבל תשלום, מעין "דמי חסות"? ומשום מה דן אותו דוד למיתה לאחר שסירב? חז"ל (מגילה י"ד ע"ב, סנהדרין ל"ו ע"א) ראו את דוד כמלך, ואת נבל כמורד במלכות. אולם אם משיחתו למלך ע"י שמואל היא שעשאתו מלך, הרי אין די בכך, שכן עדיין היה צורך במינוי מטעם העם ונציגיו (הסנהדרין), כדברי אביגיל: עדיין שאול קיים, ולא יצא טבעך בעולם[9] (מגילה שם). ואמנם דוד מודה לאביגיל ואומר לה: ברוך טעמך, וברוכה את, אשר כליתיני היום הזה מבוא בדמים (שמואל א', כ"ה ל"ג). ובכל זאת הוא מקבל ממנה את אשר הביאה לו, מאתיים לחם ושנים נבלי יין וכו'. וכיצד היה מותר לו לקחת מידה מתנה כה חשובה, והרי אין לוקחין מן הנשים דבר מרובה שלא מדעת בעליהן (ב"ק ק"ט ע"א; ועי' נוב"י, מהד"ת, יו"ד סי' קנ"ז). ודוחק לומר, שהיו אלו דברים שלה, שלא היה לבעלה רשות בהן. ואם דוד אכן לא היה מלך, כדברי אביגיל, כיצד לקח ממנה דבר שלא כדין?

וצריך לומר כנראה, שהאיזור היה מופקר ופרוץ לשודדים וגנבים. דוד עצמו קיבץ אליו כל איש מצוק וכל איש אשר לו נושא וכל איש מר נפש (שם כ"ב ב'). משמע שאנשים כאלו שוטטו באיזור, והיוו מן הסתם סכנה למתיישביו. השלטון שם היה רופף, כי שאול היה עסוק ראשו ורובו במלחמות נגד הפלשתים באיזור אחר, וכלשון הכתוב (שמואל א', כ"ג כ"ז): ומלאך בא אל שאול לאמר, מהרה ולכה, כי פשטו פלשתים על הארץ, וישב שאול מרדוף אחרי דוד וילך לקראת פלשתים. דוד מילא את החלל החסר, ושמר על תושבי האיזור, וכדברי נערו של נבל: חומה היו עלינו גם לילה גם

9. "טבעך" מלשון מטבע, וכמו שכתב הרמב"ם (הל' גזילה פ"ה ה"ח): "במה דברים אמורים? במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ, וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים. אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זרוע, וכמו חבורת ליסטים המזויינין". ועיי' ביאור הגר"א (חו"מ סי' שס"ט ס"ק ט'), שהביא מקור לדברי הרמב"ם מגמ' זו במסכת מגילה. ועיין "עמוד הימיני" (עמ' ס').

יומם (שם כ"ה ט"ז) לכן היתה לו זכות לגבות מיסים מתושבי האיזור כדין, ומשום כך קיבל מיד אביגיל את המגיע לו. אלא שבתחילה הוא סבר שהוא המלך באיזור זה, ורשאי לענוש את המורדים בו כדין המורדים במלכות. כנגד זה טענה לו אביגיל, שלא יצא טבעו בעולם, ואין לו עדיין דין מלך. ההבחנה א"כ ברורה: לדוד היתה סמכות לשמור על התושבים ועדריהם מפני אויבים המתנכלים להם, ולשם כך היתה לו זכות לגבות מיסים, שיאפשרו לו את המשך קיומו של הגדוד שהוא עמד בראשו. אולם לא היתה לו כל סמכות להעניש את המורדים בו. סמכות זו מסורה אך ורק למלך, דהיינו לשלטון המרכזי המטביע את המטבעות במדינה כולה, ושהציבור כולו מכיר בו.

מיהו אין להקיש בכל את מצבנו למצבו של דוד המלך ע"ה:

א. דוד נמשח בשמן המשחה ע"י שמואל. ואע"פ שהמשיחה לא הועילה עדיין להמליכו למלך, מ"מ מלך בכוח היה, ולכן יכול היה לפעול במקום שלא היה מלך (ועי' שו"ת אבני נזר יו"ד סי' שי"ב אות כ"ה-כ"ז).

ב. עוד תחת שלטונו של שאול היה כבר דוד המוציא והמביא, וכדברי אחימלך לשאול: ומי בכל עבדיך כדוד נאמן וחתן המלך ופנה אל משמעתך ונכבד בביתך? היום החילותי לשאול לו באלקים?! (שמואל א', כ"ב י"ד; ועי' פרשת דרכים דרוש י"א-י"ב).

ג. שאול, שהשקיע את רוב מאמציו במלחמה נגד פלשתים לא התייחס לאיזור המדבר, ולא התנגד לכך שמנהיג מקומי ישליט שם סדר. את דוד הוא רדף מסיבות אחרות לגמרי, כידוע. אצלנו המצב שונה: אמנם השלטון אינו מפעיל את כל מלוא סמכותו להשליט חוק וסדר באיזורים שונים של הארץ; אולם הוא אינו מפקיר אותם לגמרי, ואינו מוכן שמישהו אחר ימלא את תפקידו באותם איזורים. לכן נראה לענ"ד שמעבר להגנה עצמית הכרחית אין רשות לשום אזרח לפעול על דעת עצמו, וכל העושה כך - הריהו כשופך דמים שלא לצורך.

מסקנות

א. מותר ומצוה לאדם להציל את עצמו או את אחרים ע"י פגיעה בתוקף המסכן את חייהם.

ב. לכתחילה פגיעה זו צריכה להיות מכוונת לאברי התוקף. יש להיזהר ולהימנע מלהורגו, במידת האפשר.

ג. אחרי התקיפה - אם התוקף ברח, נפצע וכדו', אסור לפגוע בו יותר. סמכות הענישה מסורה לבית דין בלבד.

ד. מותר לאדם פרטי לרדוף אחרי תוקף כדי לתופסו על מנת להביאו לדין. לשם כך מותר לו גם לפגוע באחד מאבריו, אולם אסור לו להורגו.

ה. בדיעבד, אם תוקף נהרג תוך כדי הצלה או מירדף אחריו, יש להבחין: אם ההורג התכוון להורגו במזיד - יש להעמידו לדין (אלא שאין לדון אותו כרוצח רגיל). אולם אם לא היתה כוונה זדונית, אלא חוסר זהירות וכדו' - אין להעמידו לדין.

ו. במצב מלחמה יש מקום לתת בידי המתגונן מרחב פעולה גדול יותר, ולהתיר לו את הריגת התוקף גם אחרי בריחתו, כדי למנוע ממנו ומחבריו אפשרות לתקיפה נוספת.

ז. מלחמה מוכרזת רק ע"י הציבור, ועל הפרט לקבל את מרות הציבור כדי להבטיח הצלחה מרבית במלחמה. לכן אסור לאדם פרטי להפר את משמעת הכלל, להוציא הגנה עצמית.

ח. כשהשלטון אינו ממלא את תפקידו להשליט חוק וסדר, ואינו מסכים לכך שאחר ימלא את החלל שנוצר - אין לאזרח פרטי, או לקבוצת אזרחים, סמכות שלטונית להעניש. אולם יש להם רשות להגן על עצמם.

סימן ט

איסור ערכאות *

ראשי פרקים

א. ערכאות של הדיוטות - "קבלה" והיחס בין הדיוטות ונכרים

ב. היסוד הרעיוני של איסור ערכאות

ג. גדר האיסור - כפירה בתורה ובחכמיה

ד. דין ערכאות בזמן הזה

ה. חיזוק סמכותו של השיפוט התורני

א. ערכאות של הדיוטות - "קבלה" והיחס בין הדיוטות ונכרים

מקורו של איסור השיפוט בפני ערכאות הוא דרשת הפסוק:

"ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" - לפניהם, ולא לפני עכו"ם; לפניהם - ולא לפני הדיוטות (גיטין פ"ח ע"ב).

האיסור כולל איפוא גם שיפוטם של יהודים שאינם יודעים ואינם שופטים עפ"י דין תורה.

לעומת זאת מצינו בתלמוד הכרה, ואף היתר, של שיפוט בפני ערכאות של הדיוטות ישראליים, ב"ערכאות שבסוריא" (סנהדרין כ"ג ע"א) שהוכשרו משום שהמחום רבים עליהם, ואע"פ שדנו עפ"י נימוסים וחוקים שאינם מדיני התורה (מאירי שם). מה נשתנה איפוא דינם של הערכאות של ההדיוטות במדינת ישראל כיום מהערכאות שבסוריא, בימי התלמוד?

הר"ן בחידושיו לסנהדרין (כ"ג ע"א) פירש ש"ערכאות שבסוריא" הם דיינים שאינם יודעים לדון עפ"י דין תורה, אלא שהם ממונים באותם המקומות שאינם בני תורה, והם דנים כפי אומד דעתם. ולדעת רבנן דינם דין, ואין אחד מהצדדים יכול לפוסלם בטענה שאינם יודעים לדון לפי דין תורה, משום שהרבים המחום עליהם. והקשה הר"ן: כיצד דינם דין, הרי דיין שאינו יודע לדון פסול? ומה שהכשירו שלושה הדיוטות (סנהדרין ג' ע"א) הוא משום שלפחות אחד מהם גמיר וסביר, אך כשכולם הדיוטות ודאי שאין דינם דין. ועוד, כיצד סמכו רבנן על מה שהרבים המחו ערכאות אלו עליהם, הרי זה "קשר רשעים" שאינו מן המנין[1]? ותירץ הר"ן, שהמדובר הוא במקומות שאינן בני תורה, לכן מועילה קבלתם של בני העיר למנות ערכאות עליהם (וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' ח' סעי' א' בהג"ה).

ודבריו תמוהים לכאורה, וכן קשים דברים נוספים בסוגיה זו של ערכאות:

א. הרי משנה מפורשת היא להלן (כ"ד ע"ב): נאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך, נאמנים עלי שלשה רועי בקר - חכמים אומרים: אינו יכול לחזור בו. מה החילוק בין קבלת שלושה רועי בקר ע"י בעלי הדין כדי לדון להם, אפילו במקום שיש בני תורה ויש בי"ד מוסמך, לבין קבלתם של כל בני העיר? ומדוע רק כשאין בני תורה, מועילה קבלתם של הערכאות?

ב. מה הסברה להתיר איסור מן התורה, כשאין במקום בני תורה? וכי פיקוח נפש הוא, הדוחה איסור מהתורה? ומדוע שלא יטריחו את עצמם לבית הוועד הרחוק להתדיין שם?

ג. מסוגיית הגמ' בסנהדרין (כ"ג ע"א) מוכח שבסוריא היו בני תורה בנמצא. שהרי ר' מאיר אומר, זה פוסל דיינו של זה וזה פוסל דיינו של זה. ומקשה הגמ': כל כמיניה דפסיל דייניה? ומתרץ ר' יוחנן: בערכאות שבסוריא שנו משמע שלדעת ר' מאיר רשאי הנידון לפסול את הערכאות הדנין אותו,

---

* נדפס ב"תחומין" (כרך א'), ומובא כאן לאחר שינויים. ועי' בתגובות למאמר זה ("תחומין" ב' עמ' 523-528).

1. כמבואר להלן (שם כ"ו ע"א)שרוב הציבור שקיבל הכרעה מדינית בניגוד להוראת הנביא אינו נחשב לרוב חוקי, משום שהכרעתו מנוגדת לדין התורה. והוא הדין לרוב הציבור שקיבל עליו את סמכותם של דיינים הדיוטות בניגוד לדין התורה, שאין קבלתו קבלה.

ועל כרחך - משום שהוא רוצה להתדיין בפני דיינים אחרים, הראויים לדון יותר מאלו הדנים אותו; שאם לא כן, כיצד הוא פוסל את אלו, ומה עדיפותם של דיינים אחרים על אלו?

ד. הר"ן עצמו בחידושיו לסנהדרין (ב' ע"ב) כותב שאין קבלת בעלי הדין מועילה לדיינים הדיוטות, וזו לשונו:

שאמרה תורה שאסור לבוא לפני הדיוטות, ואע"פ שקיבלו עליהם בעלי הדין את דינם, כדרך שאסור לבוא לפני הכותים, אע"פ שקיבלו עליהם בעלי הדין את דינם. ואע"פ שבשניהם הדין אינו כלום מן התורה, אפילו הכי, כדי שלא יבואו בערכותיהם שהוא עילוי יראתם, או כדי שלא ישתמשו ההדיוטות בכתר המומחין, אסרה התורה שלא לבוא לפני ההדיוטות[2].

ה. את דבריו לעיל (דף ב' ע"ב, הובאו לעיל בשאלה ד') כותב הר"ן בשם הרמב"ן. ואילו הרמב"ן עצמו בפירושו לתורה (שמות כ"א ע"א) כותב:

ואע"פ שהזכירו חכמים שתי כיתות האלה (גויים והדיוטות) כאחת - יש הפרש ביניהם; שאם רצו שני בעלי הדין לבוא לפני ההדיוט שבישראל, מותר הוי; ובדקבליה עילוויהו, דינו דין. אבל לפני הכנענים אסורים הם לבוא לפניו שידון להם דיניהם לעולם.

נמצא שגם הרמב"ן סותר את משנתו. בפירושו לתורה סובר הוא שקבלת בעלי הדין להתדיין בפני הדיוטות **מועילה**. ואילו בחידושיו לסנהדרין, כפי שמוסרם הר"ן בשמו (ועיין בחידושי הרמב"ן לסנהדרין כ"ג ע"א), דעתו היא **שאין** מועילה קבלת בעלי הדין להתדיין בפני הדיוטות[3]?

ו. קשה, כיצד למדו חז"ל ממילה **אחת**, "לפניהם", **שני** דינים, גם איסור נוכרים וגם איסור הדיוטות, בפרט לפי הבחנתו של הרמב"ן (שאלה ה') שהבחין ביניהם, שבנוכרים אין קבלה מועילה, ובהדיוטות היא מועילה, משמע ששני איסורים שונים הם[4]?

ז. גם יש לשאול על פסק השו"ע (חו"מ סי' כ"ו סעי' א'), שהשמיט בכלל את דין ההדיוטות וכתב:

אסור לדון בפני דייני עכו"ם ובערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים בדיני ישראל. ואפילו נתרצו שני בעלי הדין לדון לפניהם - אסור, וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו ע"ה.

ולעומתו הרמב"ם (בסוף הלכות סנהדרין) הזכיר את שניהם, גם גויים וגם הדיוטות; אלא שהזכירם בצורה תמוהה, שפתח רק בגויים וסיים גם בהדיוטות, וזו לשונו:

כל הדן בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם, אע"פ שהיו דיניהם כדין ישראל - הרי זה רשע וכאילו חרף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" לפניהם - ולא לפני עכו"ם, לפניהם - ולא לפני ההדיוטות.

וקשה, למה לא הזכיר את ההדיוטות כבר בראשית דבריו יחד עם העכו"ם[5]?

ח. אף אחד ממוני המצוות לא מנה איסור זה של ערכאות כמצוות עשה מיוחדת מן התורה. והרי יש כאן לאו הבא מכלל עשה[6]?

ט. מלשון הרמב"ם (שאלה ז') נשמע שעיקר האיסור לא נלמד מהפסוק "לפניהם", אלא עיקרו של האיסור הוא משום חילול ה' והרמת יד בתורת משה רבנו ע"ה, ומ"לפניהם" לא למדנו אלא מי הם הדיינים הראויים לדון עפ"י תורת משה, וממילא מי שאינו דן לפניהם נחשב למרים בה יד ולמחרף ומגדף.

הדבר בולט יותר בדברי השו"ע (בשאלה ז'), שלא הזכיר את הפסוק "ואלה המשפטים..." שהובא ברמב"ם, ומאידך הביא רק את הנימוק ש"כאילו חרף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו ע"ה".

2. עיין חידושי הרי"מ (חו"מ סי' ח').
3. עיין שו"ת הר"ן (סי' ע"ג).
4. עיין העמק שאלה (שאילתא נ"ח סק' א').
5. ועיין דיוקו של הרמב"ן מלשון דומה במדרש (לעיל שאלה ה').
6. עיין סהמ"צ לרס"ג בפי' הרי"ף (ח"ב, ל"ת רס"ד-רס"ה עמ' שי"ט ואילך). ומש"כ שם שאין איסור ערכאות בהדיוטות הוא נגד הר"ן ברישׂ סנהדרין.

והדבר צריך גם עיון מצד עצמו, מה נשתנה איסור זה של ערכאות מכל איסור אחר בתורה שיוגדר באופן כה חמור כחירוף וגידוף והרמת יד בתורה?

ב. היסוד הרעיוני של איסור ערכאות

מן הראוי להקדים הקדמה רעיונית לבירור איסור זה של ערכאות, שלפיה יובן היטב שכל יסודו של איסור זה של ערכאות, הוא **אך ורק הכפירה** בתורה ובה' ואינו איסור בפני עצמו.

מקור הדברים הוא במדרש תנחומא (פרשת משפטים) שדרש:

> שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני דייני כותים - כפר בקב"ה תחילה ואח"כ כפר בתורה, שנאמר: "כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים".

מפסוק זה למדים אנו שיש חומרה יתירה בהעדפת משפט נוכרי על פני משפט ישראלי. קיימת זהות מסוימת בין המשפט לבין א-להי המשפט בישראל, ולהבדיל, בין המשפט הלאומי של כל עם ועם לבין יראתו של אותו עם. וכפירושו של רש"י (תחילת משפטים): כשאויבינו פלילים זה עדות לעילוי יראתם. לכשתמצי לומר מקופל הרעיון בעצם המלה **א-להים**, שהיא דו משמעית. במשמעות קודש פירושה מדת הדין של ה', ובמשמעות חול פירושה שופט ודיין (עיין סנהדרין ב' ע"ב - ג' ע"ב), והא בהא תליא. השופט האנושי יונק את ערכיו המוסריים, הגיונו המשפטי וסמכותו הדיינית - משופט כל הארץ, בורא העולם ויוצר האדם בצלמו לשם חיים של צדק ואמת. מכאן חשיבותם של חיי חברה תקינים לפי התורה, שר' עקיבא אומר: "ואהבת לרעך כמוך" - זה כלל גדול בתורה (ספרא, קדושים). והלל הסכים לגייר את אותו גר על רגל אחת באומרו לו: מאי דעלך סני לחברך לא תעביד - זו כל התורה כולה, ואידך פירוש, זיל גמור (שבת ל"א ע"א) ולא פתחה התורה את מצוותיה מיד אחרי עשרת הדברות אלא ב"ואלה המשפטים" (בתוספת ו"ו) - להדגיש ולומר: מה עליונים מסיני אף תחתונים מסיני (מכילתא, תחילת משפטים) וכל זאת להוציא מלבם של תועים, האומרים שהמשפט מקורו בשכל האנושי גרידא, ותפקידו להסדיר את נוחיות החיים החברתיים ויעילותם בלבד, ולא היא. לחיי חברה ישראליים **יש ייעוד א-להי וסדר א-להי.** מידת הצדק הא-להית היא המשערת בשיעור חכמתה העליון את הגבול של זכויותיו, חובותיו ובעלותו הממונית של כל אדם ואדם, ואת צורת הענישה לחורגים ופוגעים בגבול זה. כל סטיה משיעורה המדויק של חכמת הא-ל יתברך, יש בה משום גזל וחמס, המסכנים את קיומה של החברה. ולא נחתם דינם אלא על הגזל (סנהדרין ק"ח ע"א, רש"י בראשית ו' י"ג), ובצעם בראש כולם (עמוס ט' א'). ולכן אמרו במשנה (אבות פ"א מ"ח) שהדין הוא אחד מהעמודים עליהם העולם מתקיים. וכל הדן דין אמת לאמיתו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית (שבת י' ע"א) שהרי לא נברא העולם אלא לשם חיי צדק ואמת, והדיין, המכוון לדעת הקב"ה ומיישם את הצדק הא-להי בחיי המעשה, נעשה לו שותף ממש כביכול. והדברים ארוכים ונוקבים עד השיתין[7].

ואף כי בוודאי מועילה הסכמתם ומחילתם של בני האדם בדיני ממונותיהם, אולם לא יתכן למסור את **כל** ערכת הצדק והחוק באופן עקרוני אך ורק להסכמה אנושית. זו משתנית בהתאם לאופנות חשיבה שונות ומתחלפות ואין ביכולתה להקיף את **כל** האישים **וכל** הדורות. מדת הצדק שלה היא בהכרח יחסית וחלקית. הצודק **המוחלט** חייב להיות על-אנושי ועל-זמני, ורק בזכותו יכול להתקיים גם הצדק הזמני והיחסי, הנחוץ לפעמים בתור הוראת שעה מיוחדת. בפרט מוטלת חובת זהירות כפולה ומכופלת על הריבונות הממלכתית הישראלית, לא לסטות יתר על המידה ממידת הצדק התורנית המוחלטת (עיין דרשות הר"ן דרשה י"א).

זאת ועוד; דיני ממונות - מקצוע גדול בתורה הן, והרוצה להחכים בחוכמת התורה, שהיא חוכמתו של ה' יתברך, יעסוק בהן (ב"ב קע"ה ע"ב), וכי תעלה על דעתך, שמקצוע גדול זה, התופס חלק כה הגון בתורה, נכתב ונלמד לבטלה, חלילה?! (והרי תורה ללא קיום אינה תורה כלל, "כל האומר אין לי

7. עי' מה שכתבנו בספר "מאהלי תורה" (סי' ל"ח וסי' פ"ו).

אלא תורה, אפילו תורה אין לו" - עיין יבמות ק"ט ע"ב). **וכבר הרשב"א עומד וצווח** (הדברים לקוחים מהב"י, חו"מ סי' כ"ו בסופו):

> הסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה - מפיל חומות התורה ועוקר שורש וענף, והתורה מידו תבקש. ואומר אני, שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא, טועה וגזלן הוא... ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה. ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחיברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי? ילמדו את בניהם דיני העכו"ם ויבנו להם במות טלואות בבית מדרשי העכו"ם! חלילה, לא תהא כזאת בישראל, שמא תחגור התורה שק עליהם.

ג. גדר האיסור - כפירה בתורה ובחכמיה

דבריו המזעזעים של הרשב"א אינם נימוק נוסף לאיסור ערכאות, אלא הם מקורו וגידרו של האיסור החמור. ולכן לא נמנה איסור זה כמצוה עצמה, בין תרי"ג המצוות, שכן הוא כלול באיסור חילול ה' ובמצוות האמונה בה' כנותן התורה (עיין ספר החינוך מצוה כ"ה) **וכבורא האדם בצלמו** (ותורצה בזה שאלה ח').

הדרשה של "לפניהם" ולא לפני עכו"ם והדיוטות אינה מקור האיסור של ערכאות, ואין בה אלא דרישה למסור את הסמכות השיפוטית למומחים בחכמת המשפט הא-להית, שרק הם מוסמכים לפרשה וליישמה. וכל המעדיף דיינים אחרים, גויים או הדיוטות, שאינם מוסמכים בעצם לדון בדיני התורה, אע"פ שבמקרה אולי כיוונו לדין אחד או לסברה אחת מדיני התורה, כסומא בארובה, נעשה ממילא ככופר בתורה ובחכמיה (ותורצה בכך שאלה ט').

ומובן גם מדוע מיעטו במילה אחת שני איסורים, גם עכו"ם וגם הדיוטות. משום שבאמת אין כאן שני מיעוטים, אלא רק מיעוט אחד, שהדיינים חייבים להיות מומחים בחכמת התורה. כל מי שאינו כזה פסול לדון. ואם יש הבדל מסוים בין גויים לבין הדיוטות, להלן יוסבר שהבדל זה מתחייב מעצם ההגדרה שהגדרנו את איסור הערכאות (ויושבה בכך שאלה ו').

לאור הנחתנו, שאיסור ערכאות אינו אלא פגיעה בסמכות השיפוט התורנית, יימצא הבדל בין העדפת דיין גוי על פני דיין ישראלי מתוך הכרה עקרונית בסמכות שיפוטו של הגוי, לבין קבלה מקרית וארעית של גוי כדיין, כמו קבלת שלושה רועי בקר. שהכרה עקרונית תהיה אסורה, וקבלה מקרית - מותרת. ויסוד הדברים נמצא בש"ך (חו"מ סי' כ"ב ס"ק ט"ו), **וזו לשונו:**

> נראה לומר דדווקא התם, דמיירי להדיא שקנו מידו **סתם** לדון בדייני עכו"ם; מה שאין כן בהך דהמרדכי, שקנו על עכו"ם אחד בפירוש, הרי שעכו"ם זה נאמן בעיניהם וסמכו עליו, דמהני כמו קיבלו קרוב או פסול. **וחילוק זה נכון מאד**[8].

ודמיון לזה מצינו בשו"ע (או"ח סי' ר"א סעי' ב'):

> לא יקדים חכם ישראל לכהן עם הארץ לברך לפניו דרך חוק ומשפט; אבל לתת לו החכם רשות שיברך, אין בכך כלום.

ומסתבר שהוא הדין בהדיוטות. אם ממנים הדיוטות לדיינים קבועים במקום דיינים מומחים, הדבר אסור משום כפירה והרמת יד בתורת מרע"ה. אך אם בוררים הדיוטות בדרך מקרה לשמש להם כבוררים, אין בדבר כפירה והרמת יד בתורת מרע"ה. ובזה יש ליישב את הסתירות שבדברי הר"ן. שמצד אחד כתב שקבלת הדיוטות לא מועילה אלא במקום שאין בני תורה, כי שם המדובר בערכאות קבועים, ומאידך כתב שקבלת הדיוטות מועילה, וע"כ המדובר שם בקבלה מקרית וארעית, כשלושה רועי בקר (ותורצה בזה שאלה ד').

8. את דברי הש"ך אפשר להסביר באופן אחר: שאם הקנה לדון בדיני עכו"ם, לא מהנו; אך גוי שאינו דן בדיני עכו"ם, יש כאן רק פסול ולא איסור חמור כל כך שאין קנין חל עליו.

ובזאת מובנת הבחנתו של הר"ן בין מקום שיש בו בני תורה, שהערכאות של הדיוטות אסורות בו, לבין מקום שאין בו בני תורה, כגון סוריא, שהערכאות הותרו בו. שרק מי **שמעדיף** במכוון הדיוטות על דיינים מומחין נחשב לכופר בתורה. אך כשאין במקום בני תורה, **ומחוסר ברירה** נאלצים למנות ערכאות, כדי להבטיח את סדרי החברה התקינים ואת שלום הבריות כדי לנעול דלת בפני עושי עוולה, אע"פ שהם הדיוטות, אין בכך משום כפירה בתורה. והדבר מדויק בלשון התנחומא:

שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני דייני עכו"ם כפר בקב"ה תחילה ואח"כ כפר בתורה.

(ותורצה בזה שאלה ב').

ומטבע הדברים, במקום שאין דיינים מומחים וממנים הדיוטות לערכאות, בוחרים באלו שידיעותיהם ונסיונם גדולים יחסית משל אחרים. וזוהי המחלוקת בין ר' מאיר ורבנן (סנהדרין כ"ג ע"א): "ר' מאיר סובר שלמרות שהרבים הימחו הדיוטות אלו עליהם בערכאות, מכיון שיש הדיוטות אחרים שלא הימחום, שאין ידיעותיהם פחותות בהרבה משל אלו שנתמנו - יכול כל אחד מהצדדים לפסול דיינו של חבירו ולבקש להתדיין בפני הדיוט אחר, דמאי חזית דהאי עדיף מהאי? ורבנן סוברים שהיא הנותנת, מכיון שכולם הדיוטות, ואין כל קנה מידה למנות מישהו מהם לדיין יותר מחבירו, הרוב הוא הקובע. וכל שהמחום הרבים, הרי הוא כאביר שבאבירים, ורק הם יכולים לדון **ולא אחרים** (ויושבה שאלה ג').

ואולי יש לומר שר' מאיר ורבנן הולכים לשיטתם (גיטין ב' ע"ב): שר' מאיר ,שחושש למיעוט, אינו מקבל את מרות הרוב באופן מוחלט, ורבנן שאינם חוששים למיעוט מקבלים את החלטת הרוב ללא אפשרות של ערעור, והערה זו עדיין צ"ע, ואכמ"ל.

ובזה יש ליישב את הסתירה בדברי הרמב"ן (שאלה ה'), בפירושו לתורה עוסק הוא בקבלה של דיינים קבועים במקום **שאין בני תורה** כגון ערכאות שבסוריא, שדבר זה מותר בישראל ואסור בגוי. אך קבלה **מקרית וארעית** של גוי כבורר - מותרת, וכמו שכתב הש"ך. ובחידושיו לסנהדרין עוסק הוא בקבלה של הדיוטות במקום **שיש בני תורה**, שאז קבלה קבועה אסורה.

ד. דין ערכאות בזמן הזה

ויש להסתפק, מה דין ערכאות בזמן הזה?

כי יש מקום להבחין בין התקופה שהיתה סמיכה רצופה בישראל, איש מפי איש עד מרע"ה, שאז נחשבו הערכאות למרידה גמורה בתורת מרע"ה, לבין התקופה שבה אין יותר סמיכה וכולנו כהדיוטות, שאין בערכאות מרידה גמורה בתורת מרע"ה. ואולי יש לתלות ספק זה במחלוקת הראשונים אם מצוות מינוי שופטים נוהגת בזה"ז. לדעת הרמב"ן בפירושו לתורה (תחילת פרשת שופטים), "זה"ז, שבטלה הסמיכה - כל המשפטים בטלים מן התורה, שנאמר "לפניהם" ולא לפני הדיוטות, ואנחנו כולנו הדיוטות כיום. ואין בתי הדין פועלים כיום בעם ישראל אלא מכוח שליחותייהו דקמאי (גיטין פ"ח ע"ב); 'אין זו אלא תקנת חכמים, אך מהתורה אין מצוות מינוי שופטים נוהגת בזה"ז. וכן פסק הטור (חו"מ סי' א').

לעומתם דעת החינוך (מצוה ל"ה) "היא שאמנם מצוות "שופטים ושוטרים" אינה נוהגת מן התורה בזה"ז, כשאין סמיכה, אך מצוות "בצדק תשפוט עמיתך", שלפיה דיין אחד כשר גם כשאינו סמוך (עיין סנהדרין ג' ע"א), "והגת גם בזה"ז. ומחלוקתם תלויה כנראה במחלוקת האמוראים בתחילת סנהדרין (ב' ע"ב - ג' ע"א), אם מן התורה צריכים שלושה דיינים סמוכים (ר' אבהו ורבא) או שאחד ג"כ כשר (רב אחא בריה דרב איקא) וכנראה גם דעת הרמב"ם היא כספר החינוך, שכן פסק כרב אחא בריה דרב איקא (הל' סנהדרין פ"ב ה"י). וכוונת דבריו: "אע"פ שאין בי"ד פחות משלושה מותר לאחד לדון מן התורה היא, שאם כי אין מצוה להעמיד בי"ד אלא בי"ד של סמוכים כשהסמיכה נוהגת - אחד שדן דינו דין; ועל דרך שכתב הרמב"ן בתחילת פרשת שופטים בהבדל שבין א"י לבין חו"ל, שמצוות העמדת שופטים נוהגת רק בארץ, אך בחו"ל, שאין בה סמיכה, אין מצוה להעמיד בי"ד קבוע, ורק

כאשר יצעק המעוות יעמדו עליו הראויים לשופטו וישפטוהו. ומשמע שזוהי גם דעת הרמב"ם (עיין רמב"ן שם; וכן מה שכתב בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ב"עמוד הימיני" סי' ב', ומו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל "עינים למשפט", מכות ז' ע"א).

ויש לעיין לפי זה, האם איסור ערכאות נוהג בזה"ז מהתורה. ולכאורה יש לומר שלשיטת הרמב"ן והחינוך - שמצוות "בצדק תשפוט עמיתך" נוהגת גם בזה"ז - הוא הדין לאיסור ערכאות, שאף הוא נוהג בזה"ז. ולשיטת הרמב"ן והטור, שאין מצוות שיפוט היום כלל מהתורה, גם איסור ערכאות אינו מן התורה. אולם הדבר אינו מוכרח. כי אפשר לומר שאפילו לשיטת הרמב"ם והחינוך, מכיון שאין ב"ד מוסמכים איש מפי איש עד מרע"ה, אין בהליכה לערכאות משום כפירה בתורת מרע"ה. ומאידך יש לומר שאפילו לשיטת הרמב"ן והטור יש איסור ערכאות מהתורה אפילו בזה"ז, משום שסוף סוף עדיין יש ב"ה דיינים לפי התורה בישראל, וכל המעדיף דין אחר על פני דייני התורה נחשב ככופר בתורה, וצ"ע.

ומסתבר לומר בזה, שאיסור ערכאות הוא איסור **יחסי**, התלוי ביחס שבין דייני התורה לבין הערכאות. כשההבדל ביניהם הוא רק **כמותי**, האיסור אינו מן התורה. אך כשההבדל ביניהם הוא **מהותי**, האיסור הוא מן **התורה**. ולפי זה יתכנו שלשה מצבים לפחות:

א. **דיינים סמוכים וערכאות הדיוטות** - כאן ההבדל הוא **מהותי**. הראשונים בלבד הם דיינים המצווים לדון עפ"י התורה ואילו האחרונים פסולים לגמרי. והאיסור יהיה **מן התורה** (כמבואר במסכת גיטין פ"ח ע"א).

ב. **דיינים שאינם סמוכים וערכאות הדיוטות** - כגון בזה"ז, שההבדל הוא **כמותי** שאלו יודעים ואלו אינם יודעים - האיסור הוא רק **מדרבנן**.

ג. **דיינים שאינם סמוכים וערכאות גויים** - כאן שוב ההבדל הוא **מהותי**. אמנם הדיינים אינם סמוכים. אך לעומתם הערכאות הם גויים, ולכן מסתבר שגם כאן האיסור יהיה **מן התורה**.

ובזה יושבו דברי הרמב"ם (שאלה ז') שפתח באיסור ערכאות של גויים וסיים בתוספת ערכאות של הדיוטות. ובזה בא לרמוז שאיסור ערכאות של גויים הוא איסור תמידי ומוחלט הנוהג מן התורה בין כשיש סמיכה ובין בזה"ז. אך איסור ערכאות של הדיוטות, אע"פ שאף הוא נלמד מאותו מקור - שונה, והוא תלוי בדרגתם של הדיינים: בזמן שיש דיינים סמוכים, האיסור הוא מהתורה. אך בזה"ז האיסור הוא מדרבנן. וכן מתורץ בזה פסק השו"ע (שאלה ז') שהשמיט לגמרי את איסור ההדיוטות; כי כידוע השו"ע, בניגוד לרמב"ם, מביא רק הלכות הנוגעות לזה"ז. ובימינו, כשאין סמיכה, עיקר האיסור מן התורה הוא רק בערכאות של גויים; אך בערכאות של הדיוטות, שאיסורם רק מדרבנן, הדבר תלוי בתנאים ובנסיבות בקהילות השונות: במקום שיש בני תורה היכולים לדון עפ"י התורה, יש איסור בהדיוטות לפחות מדרבנן; אך במקום שאין בני תורה, הערכאות של הדיוטות מותרות לכתחילה, וכפי שנפסק בשו"ע (חו"מ סי' ח').

העולה מדברינו הוא, שמכיון שאיסור ערכאות אינו אלא איסור הכפירה בתורה, תלוי האיסור בהבדל שבין דייני התורה לבין הערכאות. והדעת נותנת שכשהערכאות של הדיוטות, כוונתם לשם שמים ולטובת הציבור, ורק משום שאין במקום בני תורה, או שהפער בינם לבין בני התורה אינו משמעותי והדבר תלוי אז במחילתם של בני התורה - עיין "כלי חמדה" ריש משפטים), יש מקום להתיר או להקל בחומרת האיסור[9].

9. עיין חזון איש (חו"מ סי' ט"ו ס"ק ד'), שכתב שהמדובר בערכאות שאינם דנים לפי חוקים זרים אלא לפי סברת ליבם. אמנם המאירי (סנהדרין כ"ג ע"א) הזכיר "חוקים ונימוסים", אך מסתבר שאין כוונתו להעדפת חוקים ונימוסים נוכריים על פני דין תורה, אלא שאותם הדיוטות אימצו לעצמם כללי דיון ושפיטה שהם דנים לפיהם, אך לא מתוך מגמה להתנכר לדיני התורה, חלילה.

ומכאן נסיק אפשרות רביעית, שאף בה האיסור הוא **מהתורה**: כשמדובר **בהדיוטות המתנכרים לתורה באופן שיטתי** ׳מעדיפים במוצהר דין נוכרי על פני דין תורה - איסור השפיטה בפניהם יהיה מן התורה. יתכן שהם עצמם, משום שהם תינוקות שנשבו, ולא גילו מעולם את המאור שבתורה, ולא יודעים כלל על קיומו של משפט התורה - אין כוונתם למרוד בתורה בזדון. אך יהודי דתי, היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין - ובכל זאת הוא מעדיף להישפט בפני הדיוטות אלו, שמחמת אונסם כופרים בתורה - נחשב למחרף ומגדף ולמרים יד בתורת משה, ואיסורו איסור חילול ה׳ **מדאורייתא**, ודינו כהולך לערכאות של **נכרים**.

ה. חיזוק סמכותו של השיפוט התורני

יש הסבורים שניתן להקליש את חומרת האיסור ע״י לקיחת סעיפים הלקוחים מהשולחן הערוך, והכנסתם לתוך מסגרת החוקים המתקבלת ע״י הכנסת. ואומנם מסתבר שכל סעיף מהשו״ע ממעט במדה ידועה את ההעזה של **הכפירה בכל** המתנכרת למשפט התורה מכל וכל, והופכת אותה לפחות **למודה במקצת** אולם מן הראוי להדגיש שרושמו של תיקון זה הוא רק בתחילתו, כשעדיין זוכר מי שזוכר את מקורם של אותם סעיפים. אולם ברבות הימים, לאחר יישומו של החוק בחיי המעשה, נקנים גם סעיפים אלו בשינוי ע״י משפטנים הדיוטות, המפרשים אותם עפ״י הרגלי חשיבתם ועולם מושגיהם השאול ברובו מאומות העולם; ונמצא שגם סעיפים אלו עוטים לבסוף לבוש אחר, מתבטלים ברוב, ודין מודה במקצת חוזר להיות כופר בכל.

אין דרך אחרת למניעת חילול ה׳ וחשש עקירתו של המשפט התורני מנוף חיינו חלילה, אלא ע״י חיזוק סמכותו של השיפוט התורני, והשוואת מעמדו לזה של המשפט החילוני. דבר זה חייב להיעשות בשני מישורים: **במישור התחוקתי**, שהחוק יעניק לבתי הדין הרבניים, ולרבנים בכל אתר ואתר, מעמד שווה לבתי המשפט החילוניים, בכוח הוצאה לפועל ובהכרה ממלכתית מלאה. **ובמישור הציבורי** שכל מי שכבוד ה׳, כבוד התורה וכבוד עם ישראל יקרים בעיניו, יפנה במידת האפשר לרב או לביה״ד הרבני בכל בעיה ממונית משפטית המתעוררת וכך יקויים בנו הכתוב (ישעיהו א׳ כ״ו-כ״ז):

ואשיבה שופטיך כבראשונה ויועציך כבתחילה
אחרי כן יקרא לך עיר הצדק, קריה נאמנה
ציון במשפט תיפדה ושביה בצדקה.

סימן י

התנדבות לקצונה בניגוד לרצון ההורים *

ראשי פרקים

שאלה

א. ההתנדבות כשלעצמה מותרת

ב. הידור מצוה וכיבוד אב ואם

1. אף מצוה קלה דוחה מצוות כיבוד אב ואם
2. מידת חסידות אינה דוחה מצוות כיבוד אב ואם
3. מנהג אמירת קדיש - האם דוחה מצוות כיבוד אב ואם

ג. כיבוד ומורא - האם רק להנאת ההורים

ד. מצוות מורא נדחית מפני מנהג חסידות

ה. מצוות תלמוד תורה וכיבוד אב ואם

1. מצוות תלמוד תורה דוחה מצוות מורא אב ואם
2. רמב"ם: תלמוד תורה דוחה כיבוד אב ואם עתידי
3. מחלוקת הפוסקים אם מצוות כיבוד אב ואם היא הציות להם או הנאתם

מסקנה

שאלה

חייל מצטיין מעונין להתנדב לקצונה, אולם ההורים חוששים, בגלל הסיכון שבתפקיד זה, ומתנגדים לכך. האם החייל חייב לשמוע בקול הוריו, או לא?

א. ההתנדבות כשלעצמה מותרת

הנחת היסוד לדיוננו זה היא, שאלמלא התנגדותם של ההורים לא היתה השאלה מתעוררת. זהו דבר פשוט ומוסכם, שלמרות הסיכון שבדבר, ההתנדבות כשלעצמה מותרת. אמנם בדרך כלל אסור לאדם להסתכן, אולם מלחמה שאני, וכמו שכתב במנחת חינוך (מצוה תכ"ה), שכל מלחמה יש בה סיכונים, ואעפ"כ התורה ציוותה עליה - במלחמת מצוה, והתירה אותה - במלחמת רשות. ואע"פ שהחינוך כתב שם, שמצוות מחיית ז' עממין היא רק אם בא לידו אחד מהם ויכול להורגו מבלי שיסתכן בדבר - כוונתו היא למקרה שכנעני הזדמן לידו של אדם מישראל באופן אישי, שלא במסגרת צבאית. אך בשעת המלחמה ודאי שמותר להסתכן.

מצבנו הבטחוני כיום בוודאי מוגדר כשעת מלחמת מצוה - או משום מלחמת ישראל מיד צר, דבר המוסכם גם על הרמב"ם; או גם משום מלחמת ירושתה של א"י, לדעת הרמב"ן.

ההסבר להלכה זו, שבמלחמה מותר להסתכן, הוא כפי שמבאר מרן הרב קוק זצ"ל (משפט כהן עמ' שט"ו, צד ב'):

> דע"כ ענייני הכלל דמלחמות יוצאים הם מכלל זה ד"וחי בהם"... ואולי הוא בכלל משפטי המלוכה... שהם אינם עפ"י גדרי התורה של הלכות יחיד... ומהם ג"כ דיני המלחמה... ואין ללמוד מזה למקום אחר.

לדעתו יש למוסדות הציבור סמכות ממלכתית לענין זה. לפי זה יש לחלק בין **יחיד** המסכן את עצמו למען **יחיד** אחר, לבין יחיד המסכן את עצמו למען **הכלל**. לשם יחיד אחר אין על אדם להכניס את עצמו אפילו לספק סכנה כדי להציל את חבירו מסכנה ודאית[1]. אך במלחמה מותר לאדם להכניס

* נדפס ב"תחומין" (כרך י"ג).

את עצמו אפילו לסכנה ודאית לשם הצלחת המלחמה, כי טובת הכלל דוחה את פיקוח נפשו של היחיד. עיין "ארץ חמדה", למו"ר הגר"ש ישראלי, תלמיד הרב זצ"ל, עמ' נ', וכן במאמרנו "המוסר המלחמתי בתורה" בספר "ערכים במבחן מלחמה").

השאלה היא כשההורים מתנגדים, האם מצוות כיבוד אב ואם מחייבת את החייל להימנע מלהתנדב, או לא?

ב. הידור מצוה וכיבוד אב ואם

1. אף מצוה קלה דוחה מצוות כיבוד אב ואם

לענ"ד הבעיה מתמקדת בשאלה זו: האם לצורך הידור מצוה מותר לאדם לדחות כיבוד אב ואם או לא? כי עקרונית יכול אדם לצאת ידי חובתו במלחמת המצוה גם כטוראי פשוט. רצונו להתנדב לקצונה הוא איפוא הידור מצוה. והשאלה היא, האם גם לצורך הידור מצוה מותר לאדם לעבור על רצון הוריו?

בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' ט"ו) נפסק להלכה:

> אמר לו אביו לעבור על דברי תורה - בין מצוות עשה בין מצוות לא תעשה, ואפילו מצוה של דבריהם - לא ישמע לו.

מקור הלכה זו הוא במסכת ב"מ (ל"ב ע"א) - "משום שאתה והוא חייבים בכבודי" - ואם גם מצוה דרבנן יש בה כבוד שמים ודוחה כיבוד אב ואם, מסתבר שהוא הדין למידת חסידות והידור מצוה, שהרי עושה כן לשם שמים, כמו שיבואר.

ועיין ביאור הגר"א (יו"ד שם ס"ק כ"ו) שהביא ממדרש רבה (נשא פי"ד) שהשווה דין כיבוד אב ואם לדין כבוד מלך. במלך מצינו (סנהדרין מ"ט ע"א) שעמשא לא מילא אחר הוראות דוד, משום שמצא את החכמים שפתחו בלימוד מסכת, ולא רצה להשביתם מלימודם. והרי מצוות תלמוד תורה נדחית מפני כל מצוה עוברת, ומסתבר שהעוסק במצוות המלך פטור מתלמוד תורה. אלא שעמשא רצה להדר בתלמוד תורה, ודחה מפניה את מצוות המלך. ומשמע שגם הידור מצוה דוחה את המצוה לשמוע בקול המלך. והוא הדין לכבוד אב ואם.

ונראה לענ"ד שמכאן דייק הרמב"ם (הל' מלכים פ"ג ה"ט):

> המבטל גזירת המלך בשביל שנתעסק במצוות, אפילו במצוה קלה, הרי זה פטור - דברי הרב ודברי העבד דברי הרב קודם.

וע"כ למד הרמב"ם דין "מצוה קלה" מתלמוד תורה, שהרי מצוה זו נדחית בדרך כלל מפני כל מצוה עוברת. אך המצוה לשמוע בקול המלך שונה, כי אין זו פגיעה בכבוד בשר ודם, כשאדם דוחה את כבודו מפני כבודו של ה'. וזאת גם במצוה **שאינו חייב** בה, אלא רק מעונין להדר ולקיימה[2].

2. מידת חסידות אינה דוחה מצוות כיבוד אב ואם

ב"בית לחם יהודה" (לשו"ע יו"ד סי' ר"מ) הביא בשם ספר חסידים (סי' ש"מ), שבן היודע שאביו ואמו מצטערים על שהוא מתענה, לא יתענה תענית שאינה חובה. משמע מדבריו שעקרונית מותר לאדם להתענות תענית רשות, ואינו נחשב לחוטא בכך (שלא כר"א בן הקפר - עיין ב"ק צ"א ע"ב - כהטור, או"ח סי' תקע"א, ולא כהרמב"ם, הל' דעות פ"ג ה"א); רק משום שאביו ואמו מתנגדים לכך לא יתענה, כדי לא לצערם. מבואר איפוא שמידת חסידות אינה דוחה מצוות כיבוד אב ואם, ולא כמו שהוכחנו לעיל שמידת חסידות דוחה גזירת מלך, והוא הדין לכיבוד אב ואם (ועי' לעיל סי' ה' אות א'-ב').

1. עיין סמ"ע (חו"מ סי' תכ"ו ס"ק ב') ופתחי תשובה (ס"ק ב') בשם הרדב"ז (ח"ג סי' תרכ"ז). ועי' מה שכתב שם בשם "אגודת אזוב", שאין לדקדק בדבר יותר מדי.
2. עי' מאירי (סנהדרין שם), שכתב שרק בתלמוד תורה דרבים פטור ממצוות המלך. אך מהרמב"ם לא משמע כן.

3. מנהג אמירת קדיש - האם דוחה מצוות כיבוד אב ואם?

הב"י (יו"ד סי' שע"ו ד"ה כתב הכלבו) כתב בשם המהר"ם מרוטנבורג, שאסור לבן לומר קדיש על אמו שמתה, כשאביו מתנגד לכך. אך בסוף טור יו"ד (סי' ת"ג ד"ה תניא) כתב בשם התשב"ץ (סי' תכ"ה), שמותר לומר קדיש על אם, בניגוד לרצון האב, וסיים ש"כן מנהג העולם". משמע שאמנם נחלקו הפוסקים בדבר - התשב"ץ והמהר"ם - אך להלכה נוהגים אנו שמנהג דוחה את מצוות כיבוד אב ואם שהרי אמירת קדיש אינה מצוה, לא מהתורה ולא מדרבנן, אלא מנהג טוב בלבד).

יתכן שגם המהר"ם מודה בעקרון לתשב"ץ, שיש מצוה לגמול חסד עם המת. אלא שמכיון שהמדובר בקדיש על **האם** והאב מתנגד, יתכן שלדעתו האשה משועבדת לבעלה גם אחרי מותה. ומצינו סברה כזאת בשו"ת נודע ביהודה (מהד"ת אה"ע סי' מ"ה), לדעתו של השואל שם (ר' שמואל ממנהיים) בעל נוב"י דחה סברה זו, ולדעתו אין האשה משועבדת לבעלה אחרי מותה. והוכיח כן מרש"י (קידושין ל"א ע"א ד"ה שבן) "ולא צריך אתה למעשה" - כלומר, שמאחר שמבין ריסי עיניו ניכר שהוא בן אלמנה, אין מקום לשאלתו, כבוד מי קודם, כבוד אביו או כבוד אמו. ואם נאמר שהאם משועבדת לבעלה גם אחרי מותו, הרי יש נפק"מ למעשה כשאביו ציווהו לפני מותו לעשות לו דבר אחרי מותו, ואמו מצווה אותו להיפך, שיש מקום לשאלה, למי עליו לשמוע. אלא ע"כ אין האם משועבדת לבעלה אחרי מותו, ופשוט שעליו לשמוע לאם ולא לאב.

אולם בשו"ת רעק"א (סי' ס"ח) הוכיח להיפך, שהרי יש נפק"מ למעשה כשאמו ציוותה אותו לעשות דבר לפני מותה, ואביו מתנגד לכך, שקיימת אז השאלה כבוד מי קודם. אלא ע"כ במקרה כזה כבוד האב קודם. ולא משום שהוא חי; אלא אפילו אם האב מת, האם משועבדת לאב ועליו לשמוע בקול האב. בעוד שבנוב"י הסיק מרש"י שכבוד האם קודם, הסיק רעק"א להיפך, שכבוד האב קודם.

לכאורה הצדק עם הגרעק"א, ולא עם הנוב"י - שהרי שניהם מדייקים מרש"י, ושיטת רש"י (יבמות ו' ע"א ד"ה היטמא) היא, שמצוות כיבוד אב ואם היא **עצם הציות** לדבריהם, ולא **התועלת** שיש להם ממעשיו. ובשאלה זו תלויה הבעיה, האם יש מצוות כיבוד אב ואם אחרי מותם - אם עצם הציות לדבריהם הוא המצוה, יש לציית לדבריהם גם אחרי מותם; אך אם התועלת המגיעה להם היא המצוה, אחרי מותם אין להם שום תועלת, ואין מצוה לכבדם[3]. א"כ רש"י **לשיטתו** בוודאי סובר שמצוות כיבוד אב ואם חלה גם לאחר מותם. א"כ גם אשה חייבת בכבוד בעלה לאחר מותו. וכשיש סתירה בין ציווי האב והאם, חייב הבן לציית לאב.

וכדמות ראיה יש אולי להביא גם ממסכת כתובות (נ"ד ע"א), שאלמנה המוכנה עקרונית להינשא לאחר, אלא שלא מצאה הגון לה, מפסידה את מזונותיה, משום שרצונה להינשא מגלה שאין היא מעוניינת עוד לכבד את זכר בעלה. משמע, שאשה חייבת בכבוד בעלה גם אחרי מותו. מיהו משם יש להוכיח להיפך. שהרי אם אלמנה היתה משועבדת לגמרי לבעלה גם אחרי מותו, היה **אסור** לה להינשא לאחר - ועיין נוב"י שם - אלא ע"כ אין היא משועבדת עוד לבעלה; ומה שאין לה מזונות, זהו מתנאי הכתובה, שאין הבעל חייב לפרנסה מרכושו, אם אין היא שומרת על כבודו.

וא"כ, אין מענין הקדיש ראיה לענייננו, ששם השאלה היא, האם האם משועבדת לאב גם אחרי מותו או לא. אך יתכן שבמקום אחר מנהג אינו דוחה מצוות כיבוד אב ואם. (ועי' בהרחבה לקמן סי' ל"א אות ד').

3. ומה שנאמר בקידושין (ל"א ע"ב) "מכבדו בחייו ומכבדו **במותו**" - יתכן שזהו רק מדרבנן; או רק כבוד זכרו, כגון לומר "אבא מארי" וכדו'. עי"ש בשו"ת רעק"א, שדן בהרחבה בגדרי המצוה.

ג. כבוד ומורא - האם רק להנאת ההורים?

ולכן נראה שיש לפשוט את בעייתנו מעיון בהגדרתה של המצוה. הרשב"א (יבמות ו' ע"א ד"ה מה) כתב: וכבוד כזה (שאין בו הנאה לאב) אין בו עשה של תורה, שידחה אפילו לאו גרידא. כלומר, אמנם עיקר מצוות כיבוד אב ואם הוא רק כאשר יש לאב הנאה; אולם גם כאשר אין לאב הנאה, לא בטלה המצוה לגמרי, אלא שאין בכוחה לדחות לאו. ואע"פ שכיבוד אב ואם אינו דוחה שום מצוה מן התורה, אולם דבר זה נלמד מפסוק "איש אמו ואביו תיראו" - כולכם חייבים בכבודי. ואלמלא פסוק זה היתה מצוות כיבוד אב ואם דוחה לאו מהתורה. ועל זה כתב הרשב"א, שרק מצוות כיבוד אב ואם שיש בה הנאה לאב דוחה לאו; אך כשאין בה הנאה לאב, לא היתה הוא אמינא כלל שתדחה לאו.

וצ"ע, ממה נפשך - או שהמצוה היא רק כאשר יש הנאה לאב, ורק אז היא דוחה לאו; או שהמצוה היא גם כאשר אין הנאה לאב, וגם אז היא דוחה לאו. אולם הפשרה של הרשב"א - שכאשר יש בה הנאה היא דוחה לאו; וכאשר אין בה הנאה, אע"פ שהיא מצוה, אינה דוחה לאו - אינה מובנת לכאורה[4].

נראה ליישב את דברי הרשב"א עפ"י דברי המקנה (קידושין ל"א ע"ב ד"ה ת"ר איזהו מורא) והגרעק"א (בשו"ת סי' ס"ח הנ"ל) שיש להבחין בין מצוות כיבוד לבין מצוות מורא. מצוות כיבוד היא רק כאשר נגרמת הנאה לאב ולאם. אך מצוות מורא כוללת גם שלא יסתור את דבריו, ואין לך סתירה גדולה מזו שהאב מצווהו לעשות דבר והוא מסרב. ולפי זה יש לומר, שכל כיבוד יש בו גם מורא, כיבוד - מצד ההנאה שיש לאב, ומורא - מצד עצם הציות לדברי האב. אלא שתהיה נפק"מ כאשר יש התנגשות בין מצוות האב לבין מצוה אחרת. בכיבוד - גם אם הבן יעדיף מצוה אחרת על פני כיבוד האב, מבחינת האב התועלת לא הושגה; ומכיון שעיקר המצוה בכיבוד היא התועלת לאב, אע"פ שהבן נמנע מלכבדו בגלל מצוה אחרת, ללא פסוק מפורש, היה על הבן להעדיף את כיבוד האב. אך במורא - מכיון שעיקר המצוה היא חובת הציות של הבן לאביו, כשהבן נמנע מלציית לאביו בגלל מצוה אחרת, מותר היה לו לעשות כן. כי כשם שהוא מצווה במורא אביו, כך - ויותר מכך - הוא מצווה במורא שמים. כי עיקר המורא הוא למנוע זלזול בכבוד האב; וכשהדבר נעשה לצורך מצוה אחרת, אין כאן זלזול בכיבוד האב.

ולפי זה יתפרשו דברי הרשב"א כמין חומר: כאשר יש הנאה לאב, הרי זו מצוות **כיבוד**, ולכן היתה הו"א שתדחה לאו. אך כאשר אין הנאה לאב, הרי זו מצוות **מורא** גרידא, ולא היתה הו"א שתדחה לאו[5].

ד. מצוות מורא נדחית מפני מנהג חסידות

עפ"י ההבחנה הנ"ל, בין מורא לבין כיבוד, יש לומר שמצוות מורא נדחית לא רק מפני עשה או לא תעשה **מהתורה** אלא אפילו מפני מנהג חסידות. שהרי, כאמור, כל מצוות מורא פירושה להימנע מלפגוע בכבוד האב, ע"י מעשה הסותר זאת (כגון: הסותר את דבריו וכדו'). ולכן, רק כאשר הוא **מתכוון** לזלזל בכבוד אביו, אז הוא עובר על מורא. אולם כאשר כוונתו לשם שמים - אין הוא עושה זאת מתוך זלזול באביו, אלא מתוך רצון לעשות את רצון אביו שבשמים, שגם אביו חייב בכבודו ולכן אין בכך משום ביטול מצוות מורא.

4. ועיין "ברכת שמואל" (שם סי' ג' אות ב'), ולא ירדתי לסוף דעתו.
5. ומה שנסתפק במנחת חינוך (מצוה ל"ג) אם מצוות כבוד אב ואם היא מצוה שבין אדם למקום או בין אדם לחבירו - י"ל שמצוות כיבוד היא בין אדם לחבירו, ומצוות מורא היא בין אדם למקום.

דוגמא לכך מצינו במסכת סנהדרין (ע' ע"ב) בבן סורר ומורה שאכל דבר שהוא מצוה או דבר שהוא עבירה, שאינו נעשה בן סורר ומורה. ופירשה הגמ': "דבר מצוה - תנחומי אבלים, דבר עבירה - תענית ציבור" הטעם לכך שאינו נעשה בן סורר ומורה הוא מפני שנאמר: "איננו שומע בקולנו" - ולא בקולו של מקום. והרי סעודת תנחומי אבלים אינה מהתורה, ואף לא מדרבנן, ואינה אלא מנהג בעלמא[6]. ובכל זאת נחשב כמי ששומע בקולו **של מקום**. וע"כ - משום שאינו עובר על קולם של הוריו, ואין מטרתו לזלזל בכבודם - אלא המניע שלו הוא רצונו לקיים מצוה, לשמוע בקולו של מקום. ואע"פ שאינה מצוה ממש, מ"מ אינו פגיעה בקולם של הוריו. ועיין קובץ הערות (יבמות סי' מ"ח ס"ק י"א) שהביא דוגמא נוספת לכך ממסכת מנחות (ע"ב ע"א) שהקוצר לצורך בית האבל מותר לפני הפסח, משום שאין זה "קצירך"; ואע"פ שאינה מצוה מהתורה, מ"מ אין כוונתו לצורך עצמו.

ולפי זה כאשר אב ואם דורשים מבנם להימנע מלקיים דבר הנחשב בעיניו להידור מצוה, כגון בנידון דידן - התנדבות לקצונה - עלינו לבדוק את שני מרכיבי המצוה: מצד מורא אין כאן, שהרי אין כוונתו לזלזל בכבודם, אלא הרצון לשרת את העם וללחום את מלחמות ה' הוא הגורם לכך שהוא נאלץ לא לציית להם. ומצד כיבוד גם אין כאן, שהרי מצוות כיבוד היא מצד התועלת שיש להורים, ואילו כאן ההורים חוששים לשלומו של **הבן**, והתועלת היא **עבורו** ולא עבורם, ואין כאן מצוות כיבוד. הדין יהיה שונה כמובן, אם ההורים עושים זאת לתועלת **עצמם** - דהיינו, שהם זקוקים לו מאוד, שישרתם ויסעדם, ולכן רוצים שישרת שירות קצר יותר וקרוב לבית. אם אכן זוהי מטרתם, יש כאן מצוות כיבוד. ואעפ"כ עדיין יש לדון בדבר כפי שיבואר להלן. (וכמו כן כאשר הם מודאגים מאד משירותו המסוכן, יש מקום להסתפק אם יש כאן מצוות כיבוד בגלל התועלת שיש להם בכך).

ה. מצוות תלמוד תורה וכבוד אב ואם

1. מצוות תלמוד תורה דוחה מצוות מורא אב ואם

עפ"י האמור ייפתח לנו פתח ליישב את קושיית המקנה (קידושין ל"א ע"ב ד"ה אסתייעא מילתא) על אבימי, שביטל תורה כדי לקיים את מצוות אביו, ר' אבהו - והרי גדול תלמוד תורה מכבוד אב ואם? והרי יעקב אבינו לא נענש על ששימש י"ד שנה בבית שם ועבר (מגילה ט"ז ע"ב), ולא היה על ר' אבימי לבטל תורה כדי לכבד את אביו?

ועוד יש להקשות על מה שכתבו הראשונים (הר"ן והמאירי מו"ק ט' ע"א) בשם הראב"ד, שבמצוות תלמוד תורה אין אנו נוקטים את הכלל הידוע, שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, משום שעיקר התלמוד הוא כדי להביא לידי מעשה, ומשום כך כל מצוה שאי אפשר לקיימה ע"י אחרים, כגון **כיבוד אב ואם** מבטלים תורה בשבילה. וקשה מהגמ' במגילה, שתלמוד תורה עדיף מכבוד אב ואם?

והנראה לומר בזה, שהנחה פשוטה היא, שמי שיושב ועוסק בתורה, ואביו מבקשו שיאכילהו וישקהו, עליו להפסיק מלימודו, כדי לקיים את מצוות אביו, שהרי זו מצוה עוברת, המוטלת עליו בלבד, ודינה ככל המצוות שבתורה, שמבטלין תלמוד תורה כדי לקיימן. גדר מצוות תלמוד תורה הוא שהתורה חייבתו ללמוד בכל עת ובכל שעה שהן **פנויות** אצלו; וכשאדם מקיים מצוה שהתורה חייבתו, אין שעתו פנויה כרגע, ופטור באותה שעה מתלמוד תורה. שהרי אפילו אכילה ושתיה וצרכי פרנסה הכרחיים אינם נחשבים לביטול תורה, וק"ו מצוות התורה[7]. אולם זה רק באשר למצוות **כיבוד** אב ואם, מה שאין כן לענין מצוות **מורא**. כאמור, כשאדם עסוק במורא שמים, ומחמתו אינו מציית למצוות אביו, אינו עובר בכך על מורא אביו, כי אין כוונתו לזלזל בו, אלא שמעדיף עליו את מורא השמים, שגם אביו חייב בו. ולכן מי שלומד תורה, פטור ממצוות מורא, ודומה הדבר לכבוד מלך, שעמשא לא קיים את מצוות דוד כדי לעסוק בתורה.

6. ואע"פ שלדעת הרמב"ם (הל' ממרים פ"ז ה"ב) זוהי "מצוה מדבריהם", עובדה היא שלא הכל נוהגים כן, כאחינו האשכנזים למשל, ולדעתם כנראה אינה אלא מנהג טוב.
7. ועיין מה שכתב בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("עמוד הימיני" עמ' רל"ח).

והנפקא מינה היא כאשר יש מורא ללא כיבוד, כגון שאביו דורש ממנו דבר שאין לאב תועלת ממנו, וכל חיובו של הבן הוא רק כדי שלא לסתור את דברי אביו, דהיינו מורא ללא כיבוד, באופן כזה אין הבן חייב לבטל תורה כדי לקיים מצוות כבוד אב ואם.

ולפי זה, ההולך ללמוד תורה בעיר אחרת בניגוד לרצון הוריו, ההלכה היא שהדבר מותר לו (שו"ע יו"ד סי' ר"מ סעי' כ"ה, עפ"י תרומת הדשן ח"א סי' מ'), כי אין כאן מצוות כיבוד אב ואם. ההורים רוצים את טובת **בנם** לדעתם, ולא את טובת עצמם, ואין להם הנאה ישירה מכך שילמד כאן ולא במקום אחר. ולפי זה צ"ע, מה יהיה הדין, כאשר ההורים זקוקים לבן שיאכילם וישקם, ולכן דורשים ממנו שילמד תורה במקומם ולא ילך למקום אחר. לכאורה זו מצוות כיבוד, והבן חייב לוותר על רצונו ללמוד תורה במקום אחר כדי לכבד את הוריו. מיהו יש לומר, שמאחר שברגע שהם מצווים אותו אינם צריכים לשירותיו - אלא שהם רוצים **שבאופן כללי** יישאר במקומם, כדי שיוכל לשרתם **בשעת הצורך**- יש מקום להסתפק, שמא כרגע מותר לבן ללכת למקום אחר, ואח"כ יהיה אנוס ולא יוכל לכבדם. אמנם בדרך כלל אסור לאדם להיכנס למצב שיגרום לכך שייפטר ממצוה; אולם זה, שנפשו חשקה בתורה במקום אחר דווקא, ואין אדם למד אלא במקום שליבו חפץ, אין רצונו להתחמק מהמצוה, אלא לקיים מצוה אחרת. לכן הדבר צ"ע, וצריך לשקול היטב בפלס את הדבר, הן עפ"י צורך ההורים והן עפ"י הבדלי הלימוד בין המקומות[8].

ובזה מיושבות הקושיות שהקשינו:

א. זו של המקנה - ר' אבימי נתבקש ע"י אביו להשקותו מים, ומצוות כיבוד זו דוחה תלמוד תורה. ומכיון שעשה כדין, זיכהו הקב"ה שגם באותה שעה שנאלץ לבטל מלימודו, חידש פירוש חדש **בפסוק** (ועיין פת"ש שם ס"ק ח', שכתב כן).

ב. וכן מיושבת הקושיה על הראב"ד מהגמ' במגילה, שגדול תלמוד תורה מכיבוד אב ואם - כוונת הגמרא היא לחלק **המורא** שבמצוה, ולא לחלק הכיבוד. ואע"פ שהגמ' נקטה לשון "**כיבוד** אב ואם", מ"מ המצוה כולה נקראת ע"ש הכיבוד, גם חלק המורא שבה, אך הכוונה שם לחלק המורא של המצוה. והראב"ד, שכתב שמצוות **כיבוד** אב ואם דוחה תלמוד תורה, כוונתו לכיבוד ממש, כגון שמצווהו להאכילו ולהשקותו, שחייב לבטל תורה לשם כך[9].

ועי' **לעיל** (סי' ה' אות א'-ב').

ואולי יש ללמוד זאת מסמיכות המימרות שם במס' מגילה - גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות, וכן גדול תלמוד תורה יותר מבניין בית המקדש. לענין הצלת נפשות לא מסתבר כלל לומר שמי שלומד תורה ומישהו מסתכן בנפשו לידו, שיהיה פטור מלהצילו; שהרי הוא עובר על "לא תעמוד על דם רעך". אלא הכוונה היא למצב דומה למה שמביאה שם הגמ' ראיה ממרדכי, שנשאר משנה למלך, כדי שאם יהיה צורך יוכל למנוע גזירה נוספת מישראל. אין כאן הצלת נפשות ברורה. והוא הדין לנד"ד, למי שהולך ללמוד בעיר אחרת, שאינו יכול לכבד את הוריו כמי שנמצא לידם. אך לא מדובר במי שאביו מבקשו להאכילו ולהשקותו[10].

8. ועיין מש"כ בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("עמוד הימיני" סי' כ"ב).

9. צ"ע בדברי הרמב"ם (הל' ממרים פ"ו ה"ז), שכלל בכלל כיבוד, זה שאינו מוחה באביו שנוטל ממנו ממונו או קורע את כסותו, אע"ג שהוא שייך לחלק המורא שבמצוה, וצ"ע.

10. ועיין "אור חדש" למהר"ל, בסופו, שכתב שלמרות דברי חז"ל על עדיפות תלמוד תורה, היה מרדכי רצוי לרוב אחיו, דהיינו רובה של סנהדרין. וייתכן שדבר כזה תלוי בשיקול הדעת - מרדכי סבר שעדיין יש צורך לבטל תורה, כדי למנוע חשש גזירה חדשה. וכך סברו רוב הסנהדרין. המיעוט סבר שהסכנה חלפה, והיה עליו לחזור לתלמודו. הוויכוח היה רק על הכבוד שהיה צריך לחלוק למרדכי, אך לא על עצם המעשה, שהוא סבר שצריך לעשותו.

וכן לענין בית המקדש - מכיון שהמצוה היא ציבורית, ויש אחרים שיקיימוה, אין צורך לבטל תורה עבורה. אך אם יש הכרח לבטל תורה, ואלמלא כן לא ייבנה המקדש, מותר לבטל תורה. והראיה ממה שנאמר במסכת שבת (קי"ט ע"ב) שאין מבטלין תינוקות של בית רבן אפילו לבנין בית המקדש - דהיינו, צעירים בשנות לימודיהם העיקריות, וכמו שכתבו הראשונים (ב"ק י"ז ע"א), לענין תלמוד ומעשה, לחלק בין תחילת לימודו של האדם לבין המשך לימודו. אך מבוגר הלומד תורה, ויש צורך שדווקא הוא יבטל תורה כדי לבנות את בית המקדש, מסתבר שיהיה מחוייב לבטל תורה לשם כך. ועל דרך זו יש אולי גם לחלק בכיבוד אב ואם, בין תלמיד צעיר לבין תלמיד ותיק, וצ"ע[11].

(ועי' בהרחבה לעיל, מאמר הפתיחה אות ט"ז, ולקמן סי' צ"ו אות ו').

2. רמב"ם: תלמוד תורה דוחה כיבוד אב ואם עתידי

וכן יש לומר בדעת הרמב"ם, אע"פ שלכאורה נראה שהוא חולק על הראב"ד (שהבאנו לעיל), הסובר שבתלמוד תורה אין אנו אומרים העוסק במצוה פטור מן המצוה. דעת הרמב"ם היא שגם הלומד תורה נחשב כעוסק במצוה, ופטור ממצוה שאפשר לקיימה על ידי אחרים, או שהיא אינה עוברת. כך כתב בהל' אישות (פט"ו ה"ב):

> ואם היה עוסק בתורה וטרוד בה, והיה מתיירא מלישא אשה... הרי זה מותר להתאחר, שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וכל שכן בתלמוד תורה.

ור"ל, שהרי תלמוד תורה כנגד כולם, ואם במצוה רגילה אמרנו העוסק במצוה פטור מן המצוה, ק"ו העוסק בתורה. ואע"פ שהלומד תורה אינו פטור מלקיים כל מצוה העוברת, דעת הרמב"ם היא, שנישואין הם מצוה שאינה עוברת, שהרי אפשר לקיימה גם לאחר זמן (ועי' בהרחבה לקמן סי' ס"ו אות ד'-ה'). ובהל' ממרים (פ"ו ה"ג) כתב:

> אמר לו אביו השקני מים, ויש בידו לעשות מצוה - אם אפשר למצוה שתיעשה ע"י אחרים, תיעשה, ויתעסק בכבוד אביו, שאין מבטלין מצוה מפני מצוה; ואם אין שם אחרים, יתעסק במצוה ויניח כבוד אביו... ותלמוד תורה גדול מכיבוד אב ואם.

ולכאורה מכאן מוכח, שהרמב"ם חולק על הראב"ד, וסובר שמצוות תלמוד תורה דוחה כבוד אב ואם. אך כבר הוכיח מו"ר הר"ש ישראלי (עמוד הימיני סי' כ"ב) שגם הרמב"ם מודה בעיקרון שמצוות תלמוד תורה נדחית מפני כל מצוה מעשית אחרת, שכן כתב בהל' תלמוד תורה (פ"ז ה"ד): שאם א"א למצוה שתיעשה ע"י אחרים, יעשה המצוה ויחזור לתלמודו.

אמנם אפשר לומר שמצוות כיבוד אב ואם שונה, משום שהיא עצמה נדחית מפני כל מצוה עוברת. וכבר ראינו לעיל שהגר"א (וכן חכם צבי בסי' מ') השוו כבוד אב ואם לכבוד מלך; ובכבוד מלך פסק הרמב"ם במפורש, שהמבטל גזירת מלך בשביל שנתעסק במצוות, אפילו במצוה קלה, הרי זה פטור - וכוונתו גם למצוות תלמוד תורה, (כמבואר בסנהדרין מ"ט ע"א). אך מאחר שמצינו שאבימי ביטל תורה מפני כבוד אב ואם, ע"כ גם בדעת הרמב"ם צריך לומר, שרק כאשר מצוות כיבוד אב ואם נחוצה מיד, כגון "השקני מים", שיש לאב תועלת מיידית - אז חייב לבטל תורה כדי להשקותו, וכאותו מקרה של אבימי. אך כאשר הבן רוצה ללמוד תורה במקום אחר, תלמוד תורה קודם, כמו שמצינו אצל יעקב. ואם כל כוונת ההורים היא רק לטובת הבן, אין כאן כיבוד (ועיין "עמוד הימיני" שם).

3. מחלוקת הפוסקים אם מצוות כיבוד אב ואם היא הציות להם או הנאתם

בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ בסופו) הובא בשם המהרי"ק (שורש קס"ז) שאם האב מוחה בבנו שלא יישא אשה שהבן חפץ בה, אין הבן צריך לשמוע בקול אביו. ופירש הגר"א (ס"ק ל"ו) שמצוות כיבוד אב ואם אינה עצם הציות לדבריהם, אלא התועלת שהם מפיקים מכך, כגון: המאכילם והמשקם - לא הכנת

11. ואולי יש לומר, שבנין ביהמ"ק הוא מצוה שאינה עוברת: אין לה זמן קבוע, ולכל היותר יש בו מצוות זריזות הנוהגת בכל המצוות, ולכן אין היא דוחה תלמוד תורה. ועי' לקמן סי' ס"ו (אות ד', ו').

האוכל והבאתו היא המצוה, אלא העובדה שהאב והאם אוכלים אותו, זוהי המצוה. ומקור דבריו במסכת יבמות (ו' ע"א) אלא ששם משמע שנחלקו בדבר רש"י ותוס' - לשיטת רש"י עצם הציות היא המצוה, ולשיטת התוס' התוצאות שהאב נהנה ממעשי בנו הן המצוה. גם דעת הרשב"א והרמב"ן שם היא כדעת התוספות.

ואולי יש לומר שהרמב"ן הולך לשיטתו (בתחילת שורש ב' בסהמ"צ להרמב"ם), שמצוות כיבוד אחיו הגדול לא נוהגת אחרי מות אביו. וסברתו היא, כנראה, שמצוות כיבוד אב ואם היא התועלת המגיעה לאב; וכשמכבדים את בנו הגדול, יש גם לאב הנאה מכך, כי הוא ראשית אונו. אך לאחר מות האב אין לאב עוד הנאה מכיבוד בנו הגדול, ולכן אין האחים הצעירים מחוייבים עוד לכבד את אחיהם הגדול. אלא שלפי הסבר זה יוצא שלרמב"ם - החולק על הרמב"ן, וסובר שיש חיוב לכבד את האח הגדול גם אחרי מות האב - המצוה היא עצם הציות לדבר האב, וכרש"י. ומכיון שהאב בחייו מעונין היה שיכבדו את בנו הגדול, נשארת המצוה גם אחרי מותו[12].

ולדברינו אלו יוצא, שהשאלה אם יש מצוה לכבד אב גם אחרי מותו תלויה במחלוקת הראשונים הנ"ל. אולם השו"ע, המהרי"ק והגר"א פסקו כתוס', כרמב"ן וכרשב"א, ולא כרש"י והרמב"ם.

מסקנה

העולה מדברינו הוא, שגם עבור מצוה כמו תלמוד תורה, הנדחית מפני כל המצוות, מותר לדחות מצוות מורא אב ואם, והוא הדין לכל מידת חסידות ומנהג טוב. ולכן מסתבר, **שגם התנדבות לקצונה דוחה מורא אב ואם** אך אם ההורים זקוקים מאד לעזרתו של בנם, בגלל היותם זקנים וחולים, ולכן הם רוצים שישרת שירות קצר יותר וקרוב לבית - הדבר צריך שיקול דעת אם מותר לו להתנדב לקצונה, וכמו שהסתפקנו לעיל לענין בן שרוצה ללמוד תורה בעיר אחרת, ואביו ואמו צריכים אותו כאן.

בנידון דידן יש להביא שיקול נוסף, והוא: **מצוה דרבים**, ובפרט מצוה שיש בה הצלת נפשות לכלל ישראל. אם כל הורה יתנגד להתנדבות בנו לקצונה, לא נוכל לקיים צבא ולהגן על ההורים עצמם. אלא שאם מדובר במקרים חריגים של הורים חולים וזקנים, אין מקום לטענה שכל ההורים ימנעו מבניהם להתנדב, וחזר הספק הקודם למקומו. אך הורים בריאים, שכל חששם הוא טובת בנם - לדעתם - אין צורך להתחשב בדעתם. והרי זה כמו שאמדוהו לאכול גרוגרת בשבת, ורצו עשרה בני אדם והביאו לו עשר גרוגרות, כולם פטורין (מנחות ס"ד ע"ב); וכל הקודם להציל הרי זה משובח, ואינו צריך ליטול רשות מבי"ד (יומא פ"ד ע"ב, רמב"ם הל' שבת פ"ב ה"ז). והוא הדין שאינו צריך ליטול רשות מהוריו.

מיהו ראוי שיעשה כן בדרכי נועם, בהבנה למניעיהם, מתוך אהבה וכבוד. ובדרך כלל, כשאדם מבין את הוריו ומכבדם כראוי, גם הם מבינים אותו ומתחשבים ברצונו. והפורש סוכת שלום יפרוש שלום עלינו ועל כל ישראל.

12. ועיין "עמוד הימיני" (שם), שהוכיח שהרמב"ם חולק על הרמב"ן והרשב"א.

סימן יא

תנור ותבניות שצלו בהם כבד

ראשי פרקים

שאלה
א. צליית כבד בתנור חשמלי
ב. "ריחא מילתא"
ג. דינן של התבניות
ד. תבנית שנתערבה
תשובה

שאלה *

במוסד חינוכי אירעה טעות, וצלו כבד על גבי שיפודים בתוך תנור חשמלי. תחת השיפודים הניחו תבנית, ובתוכה נייר עיתון, והדם נטף לתוכה. מה דינם של הכבד ושל התבנית?

א. צליית כבד בתנור חשמלי

לדעת רוב הפוסקים מותר לצלות כבד בתנור חשמלי אפילו לכתחילה, משום שחשמל הוא חום של אש. ואין הבדל בין גחלים של עץ לגחלים של מתכת לענין זה. דזיל בתר טעמא, דנורא מישאב שאיב, והעיקר הוא החום ולא האש. עי' דרכ"ת (סי' ע"ג ס"ק ג') שהביא מהרבה אחרונים שכתבו שחום צולה גם בלי אש (וכל הבעיות שם הן רק בחום שהולך ומתקרר, או כשהכבד נמצא במקום שבו אין לדם היכן לזוב). וגם הצל"ח (פסחים ע"ד ע"א), שהסתפק אם מותר לצלות כבד בחום התנור, חשש בעיקר לכך שאין לדם היכן לזוב, עיש"ה. וגם לחשש שהעלה לעצם הצליה בחום התנור ללא אש (דבר שהוא לא הכריע בו) העיר בציץ אליעזר (חי"א סי' נ"ג) שתנור חשמלי, המפיק חום כל הזמן, עדיף מחום התנור ללא אש; וגם הצל"ח יודה שתנור כזה כשר לצליית כבד. (אם כי המליץ שהשפוד לא יסתובב. ובשו"ת ישועת משה, ח"א סי' מ"ז, פסל כבד שנצלה על שפוד מסתובב, יעויש"ה).

ב. "ריחא מילתא"

הדם היורד לתוך התבנית – יש לו דין של דם איסור, ואם הוא נאפה בתנור אחד עם הכבד, יש לומר שהכבד נאסר משום "ריחא מילתא" (עי' שו"ע יו"ד סי' ק"ח). ומה שמצינו שצלו בשר בתנור ולא חששו לדם (עי' צל"ח שם), יש לומר שהדם נשרף בהגיעו לגחלים שבתחתית התנור; מה שאין כן כאן, שהדם לא נשרף מיד אלא מתבשל. ואולי יש לומר דאיידי דטריד למיפלט לא בלע גם מצד הריח. וכמו שאנו אומרים זאת לעצם הצליה של בשר, שהרי בזמן פליטתו אין הדם אוסר את הבשר (עי' שו"ע סי' ע"ו סעי' א'). וקל וחומר לענין הריח, שיש מחלוקת אם ריחא מילתא או לאו מילתא (שו"ע סי' ק"ח). מאידך יש לומר שפליטה בצלי ובליעה בריח – שני סוגים הם; ולמרות שפולט דם, בולע ריח. וכן יש לחוש לבליעת זיעה.

מיהו בלאו הכי, הא פסקינן (שם סעי' א') דבדיעבד ריחא לאו מילתא אפילו בתנור קטן וסתום. אך לכתחילה יתכן שאסור לעשות כך משום "ריחא מילתא". לכן נראה שאם התנור פתוח אין לחשוש לריח, גם לכתחילה (כמבואר בשו"ע סי' ק"ח סעי' א').

* מרחשוון תשכ"ט.

ג. דינן של התבניות

התבנית עצמה בוודאי נאסרה בגלל הדם שנטף עליה. ולא דמי לשיפוד שיש מתירים אותו (שו"ע סי' ע"ו סעי' ד'); שכן שיפוד הותר משום שכל זמן שהוא אצל האש, אמרינן דכבולעו כך פולטו. אך כאן התבנית אינה פולטת כלל.

וצ"ע אם איסורה הוא כדין דבר יבש או דבר לח, ונפק"מ אם צריכה הגעלה או ליבון. ומסתבר שהדם דבר לח הוא. ואע"ג דמתייבש מהר, מכיון שכל זמן הצליה ממשיך הדם לזוב, ובכל רגע נוסף דם לח – מיקרי הכל דבר לח. ובפרט כשכאן היה נייר עיתון חוצץ בין הדם והתבנית, ורק לחלוחית של הדם נגעה בתבנית – מקרי לח ולא יבש, וסגי בהגעלה או בליבון קל, ולא בעי ליבון חמור.

ד. תבנית שנתערבה

והנה התבנית הנאסרת התערבה בתבניות אחרות, ודינה כדין יבש ביבש מין במינו, שבטל ברוב (שו"ע יו"ד סי' ק"ט סעי' א'). ואע"פ שכלי הוא דבר חשוב או דבר שבמנין – הרי הוא בטל ברוב, משום שאין איסורו מחמת עצמו, וכמש"כ הפמ"ג (מש"ז סי' ק"ב ס"ק ח'). אך יש לאסור הכל מדין "דבר שיש לו מתירין". ואע"פ שבשו"ע (סי' ק"ב סעי' ג') נפסק שכלי בטל ברוב ולא הוי דבר שיש לו מתירין, משום שיש הוצאות להגעילו – הרי בנד"ד אין הוצאות גדולות. וליבון קל הוא טירחה קלה, כי בסך־הכל יש כאן שש תבניות.

ולדעת הפוסקים האחרונים יש להחמיר להשהות את הכלים מעת לעת (ש"ך ס"ק ח') או להכשיר אותם (ט"ז ס"ק ח'). ונראה לי להעדיף הכשרה של הכלים, כי ע"י זה שיעשו מעשה גדול, יזכרו וייזהרו שלא לעשות כן להבא. וכן משום שייתכן שלכתחילה אסור לקחת בשר שלא הוכשר ולאפות בתנור, משום חשש זיעה (אא"כ הוא תנור גדול או פתוח).

וכמו כן לגבי התנור, אין להשתמש בו לאחר צליית הכבד במשך זמן של מעת לעת, ובנוסף לכך יש ללבן אותו ליבון קל.

תשובה

יש להכשיר את התנור ואת כל התבניות שנתערבו, אך די בליבון קל.

סימן יב

מלח שנמצאו בו תולעים

ראשי פרקים

שאלה

א. האם מחזיקים איסור ממקום למקום?

ב. האם תולעים אלו נחשבות ל"פירשו"?

ג. האם התולעים נימוחו ע"י הבישול?

תשובה

שאלה *

בעלת בית הכינה את כל תבשיליה לחג השבועות ולשבת, ואח"כ מצאה 4־5 תולעים בכלי המלח שבו השתמשה. מה דינם של כל התבשילים שבישלה?

א. האם מחזיקים איסור ממקום למקום?

נאמר בשו"ע (או"ח סי' תס"ז סעי' י"א):

אם נמצאת חיטה בקועה בעיסה או במצה אפויה – יסיר ממנה כדי נטילת מקום, והשאר מותר. ויש מי שאוסר כל העיסה או אותה מצה...

* ערב שבועות תשמ"ח. תשובה זו נדפסה בחוברת "אמונת עתיך" (גליון 10 עמ' 19 – 14), ונדפסה כאן מחדש לאחר תיקונים והוספות.

וכתב הרמ"א (הג"ה שם):

וכן נוהגין תוך הפסח לאסור אותה מצה שנמצא בה החיטה, ומתירים את האחרות... ואמרינן "כאן נמצאת כאן היתה". ואם נמצאת בעיסה, אוסרין כל העיסה.

ועיין מג"א (ס"ק ט"ז) שכתב, שאף שאין מחזיקין ממקום למקום – מחזיקים איסור מזמן לזמן. וכתב שלכן מי שהיתה בידו עיסה, וחתך ממנה כמה חתיכות, ובמצה אחת נמצאה חיטה – כל המצות מאותה עיסה אסורות, דאמרינן שמא היתה באותה עיסה קודם שחתכה לחתיכות. (עיין שעה"צ ס"ק פ"ח ודו"ק. מיהו בחיטה שנמצאה בעיסה כל אותה עיסה אסורה; מה שאין כן כאן, אף אם נאמר שהתולעים היו בכל המלח, לא נאסר כל המלח, אלא רק התולעים; ואם יכולנו לבדוק את המלח, לא היה המלח הבדוק נאסר. וצ"ע). והב"ח (ד"ה ומ"ש ולא נהירא, מובא במשנ"ב ס"ק מ"ט) חולק על המג"א, ומתיר משום ספק ספיקא: ספק שמא עתה נפלה. ואת"ל נפלה מקודם – שמא לא נתחמצה.

אך בנד"ד לא שייך לומר ספק ספיקא כזה, שהרי אם היו תולעים במלח הן אסורות בוודאות. וא"כ לכאורה יש לאסור את התבשיל מחמת שמוחזק בתולעים. מיהו אין כאן ודאות גמורה אלא רק ספק.

ועי' ט"ז (יו"ד סי' פ"ד ס"ק י"ז):

מנשה בחג השבועות שנשר הנשים כמעט של כל העיר לחמים... עם ראזינק"ש (צימוקים). ואשה אחת בדקה רוזינ"ר שלה, ונמצאו בה מילבי"ן (תולעים). וכולן קנו ממקום אחד...

והט"ז התיר את הלחמים של יתר בני העיר מכוח ספק ספיקא: ספק אם היו תולעים גם בלחמים האחרים; ואת"ל היו – ספק אם נימוחו באפיה ונתבטלו.

והש"ך (נקה"כ שם) חלק עליו משום שאין כאן ספק שקול, כי צימוקים הם דבר שדרכו להתליע, ואינו ספק. ויש לומר בדעתו שהכלל "כאן נמצא כאן היה" ו"אין מחזיקין איסור ממקום למקום" הוא רק בדבר לא מצוי, כמו גרגיר חיטה בפסח; אך בדבר המצוי – חוששין ומחזיקין ממקום למקום. ואם היו כנים דברינו, היה אפשר להקל בנד"ד, משום שהמלח אינו מוחזק בתולעים בדרך כלל, וזו תופעה נדירה.

מיהו הפוסקים חילקו באופן אחר: עיין פת"ש (יו"ד סי' פ"ד ס"ק ז') שכתב בשם החוות יאיר (סי' ק"ט) שיש לחלק בין חיטה, שנפלה מבחוץ, לבין תולעים, שנוצרו מבפנים. ובתולעים לא שייך לומר "כאן נמצאו כאן היו". ולדבריו גם בנד"ד, שהתולעים נמצאו במלח, יש לומר שלא אמרינן "כאן נמצאו כאן היו", ויש לחוש שמא התולעים נפלו גם לתוך התבשיל.

מיהו יש לומר, שמכיון שדבר נדיר הוא שתולעים נוצרות במלח, מסתבר לומר שלא נוצרו מן המלח, אלא היו בכלי; והדבר דומה יותר לחיטה שנפלה לתבשיל. אלא שמקרה זה אינו דומה לגמרי לחיטה שנפלה מבחוץ. שכן גם אם נאמר שהתולעים היו בכלי המלא במלח, בכל זאת היו בפנים ולא נפלו מבחוץ. וצ"ע.

עכ"פ נראה שלפחות ספק יש כאן, וחזי לאצטרופי. בפרט שגם דעת הט"ז לא נדחתה לגמרי, למרות שרוב הפוסקים חלקו עליו. ואכן הפרי תואר (ס"ק כ"א) נקט להלכה כדברי הט"ז, וכן הדרכ"ת (ס"ק קל"ה) הביא כמה אחרונים שפסקו כדעת הט"ז. והביא את דברי החתם סופר (בהגהותיו ליו"ד, מהדורא בתרא) שצירף את דעתו כסניף לקולא.

אלא שעדיין יש לומר שמה שאין מחזיקין איסור ממקום למקום הוא רק במקרה שנמצא גרגר חיטה במצה או בתבשיל, שאז אין אנו מחזיקים את כל העיסה ואת כל הקדרה בחמץ, כי אין מחזיקין ממקום למקום ו"כאן נמצא כאן היה". אך אם החיטה נמצאה בעיסה או בקדרה, יש לחוש שמא התבשיל או המצה נלקחו מהעיסה והקדרה לאחר שכבר נתחמצו, אא"כ יש לתלות שהגרגר נפל למצה או לתבשיל לאחר זמן. ובנד"ד התולעים נמצאו במלח, א"כ יש לחוש שמא כל התבשיל מכיל תולעים.

אולם יש להניח שהתולעים אינן נמצאות [illegible] עצמו, כי בדרך הטבע מלח אינו מתליע,

והחשש הוא רק שהתולעים היו **בכלי**. וא"כ אין הכרח שבעלת הבית לקחה עמה תולעים, וייתכן שהמלח שנטלה היה ללא תולעים; ואין מחזיקין תולעים מהכלי למלח, אעפ"י שהמלח נמצא בתוך הכלי. אמנם מצאנו שחששו בחמץ, שאם נמצאה חיטה במים שמלגו בהם את העופות כל העופות אסורים (שו"ע או"ח סי' תס"ז סעי' י"ב). אך שם החיטה נתנה טעם בכל המים, מה שאין כן כאן, שאין הכרח לומר שהיו תולעים במלח עצמו.

ב. האם תולעים אלו נחשבות ל"פירשו"?

הנה תולעים הנמצאות בתוך כלי נחשבות לתולעים שלא פירשו, ומותרות (שו"ע יו"ד סי' פ"ד סעי' א'). וצ"ע אם לקיחת המלח מתוך הכלי בכפית או ביד ושפיכתו לתוך התבשיל נחשבת לפרישה. ועי' ש"ך (ס"ק ד') שכתב שגם מכלי לכלי נחשב שעדיין לא פירש אבל מבור לכלי נחשב פירש. וצ"ע מה דין לקיחת המלח מהכלי לכפית. ומסתבר שהעברה מהכלי לכפית דומה להעברה מכלי לכלי; אך בהעברה מהכלי ליד, צ"ע.

ועוד צ"ע אם דין זה נאמר גם במלח. דבשלמא מים, היינו רבייתייהו. שכיון דדרך מים לכונסם בכלים, א"כ כל מה שבתוך הכלי היינו רבייתייהו. אך מלח, שאפשר להחזיקו גם על האדמה ללא כלי, יתכן שבכלי לאו היינו רבייתייהו.

ועיין ערוה"ש (סי' פ"ד סעי' מ"ג) שהכריע כדעת המחמירים בקמח, שאמרו שבדופן הכלי מבפנים לא אמרינן דהיינו רבייתייהו.

אלא שלפי מה שהנחנו (לעיל אות א'), שהתולעים לא היו במלח עצמו אלא בדפנות הכלי, יש לחוש לחומרא לכך שהתולעים פרשו לדפנות הכלי ונאסרו משום שפרשו. והנחה זו הפוכה ממה שכתבנו כאן להקל שמא התולעים לא פרשו לדופני הכלי ואינן אסורות, כלומר שהמלח הוא מקום רבייתייהו.

ויש לומר שאכן כל טעם עומד בפני עצמו. ומה נפשך: אם התולעים נוצרו במלח עצמו, יש לומר שלא פרשו לדופני הכלי. ואם התולעים אכן היו על דפנות הכלי, יש לומר שלא נפלו לתוך המלח בזמן שנטלו ממנו לתבשיל.

על כך העירני הרב יגאל הדאיה שליט"א (בתגובה שכתב בחוברת "אמונת עתיך" גליון 14 עמ' 34), וכתב שבתחילת הבישול פרשו התולעים מהמלח לתבשיל. ולענ"ד יש להניח שעם תחילת הבישול הן מתו, ולא הספיקו לפרוש מהמלח בעודן חיות, אלא לאחר מיתה. ומספק יש להחזיק שאכן כך היה שהם נשארו במקומן במלח עד מותן ורק אז פרשו ממנו.

מיהו יש עדיין מקום להסתפק, ועל כן יש לצרף ספק נוסף.

ג. האם התולעים נימוחו ע"י הבישול?

הט"ז, במעשה דחג השבועות (שהובא לעיל אות א'), צירף עוד סניף להקל, שמא התולעים נימוחו באפיה. וחלקו עליו הפר"ח (ס"ק ל"ג) והש"ך (נקה"כ שם).

ועיין בינת אדם (כלל ל"ח ס"ק נ"ב) שכתב שייתכן שהתולעים נשרפות באש שבתנור, אך כשהן בתוך הלחם – לא. ובתבשיל יש לומר שק"ו הוא שאינן נשרפות. ועינינו הרואות שמוצאים תולעים גם בתבשיל שנתבשל. (וראה בחוברת "אמונת עתיך" גליון 11 עמ' 46, גליון 12 עמ' 34, שם מובאות תוצאות של ניסויים שנעשו במעבדה כדי לבדוק את התופעה הזאת).

מיהו יתכן שיש תולעים הנימוחות בתבשיל. ועיין דרכ"ת (ס"ק קל"א) שהביא מחלוקת פוסקים אם אפשר לצרף את הספק שמא נימוחו כסניף לספקות אחרים.

תשובה

נראה לענ"ד שהסברה הראשונה היא העיקר, שמכיון שמלח אינו מוחזק בדרך כלל בתולעים, כנראה התולעים באו מהכלי; וא"כ אפשר לומר שכשלקחו מלח לא נטלו בהכרח גם תולעים, ו"כאן נמצאו כאן היו", ו"אין מחזיקין ממקום למקום". וכסניף נוסף יש להביא את הספק השני

שעוררנו, שמא מצב זה לא נחשב ל"פירש". וגם הסניף השלישי, שמא נימוח, אע"פ שהוא קלוש, אך על בסיס הסברה הראשונה ניתן להוסיף גם אותו.

ולכן יבדקו את התבשיל עד כמה שידם מגעת, אם יש בו תולעים. ואם אין – כנראה שלא היו או שנימוחו. ובגלל הפסד וצורך שמחת יו"ט נראה שיש להקל. וה' יצילנו משגיאות.

סימן יג

בליעת טעם חלבי בכיור בשרי

ראשי פרקים

שאלה
א. עירוי כלי ראשון
ב. האם הבליעה מתפשטת בכל הכיור
ג. הכשרת כלי חרסינה
ד. סיבות נוספות להקל
ה. הכשרה ע"י עירוי שלוש פעמים
תשובה
מסקנות

שאלה *

ביצה שטוגנה במרגרינה חלבית נשפכה בטעות מן המחבת לתוך כיור בשרי. מה דינו של הכיור? האם הוא טעון הכשרה? וא"כ, כיצד ניתן להכשיר אותו?

א. עירוי כלי ראשון

קיי"ל דעירוי מכלי ראשון מבשל כדי קליפה (שו"ע או"ח סי' שי"ח סעי' י' ומשנ"ב ס"ק ע"ד; יו"ד סי' צ"ב סעי' ז' בהג"ה). אמנם בגוש יש לחוש לשיטת המהרש"ל (יש"ש חולין פ"ז סי' מ"ד), הסובר שדינו ככלי ראשון (עי' ש"ך סי' ק"ה ס"ק ח', ט"ז סי' צ"ד ס"ק י"ד). אך בנד"ד הביצה עצמה אינה חלבית, וא"כ הגוש אינו חלבי, ורק השומן הנוזלי הוא חלבי, ודינו ככל עירוי. ואף שהביצה קיבלה טעם מהמרגרינה החלבית, בוודאי טעם זה בטל בשישים. שהרי המרגרינה החלבית עצמה היא רק תערובת של מרגרינה וחלב. ואפילו אם החלב הנמצא שם הוא יותר מאשר אחד בשישים, הרי בביצה נכנס רק טעם מתערובת זו, ויחד עם הביצה בוודאי הוא בטל בשישים. וא"כ הגוש הוא לא חלבי, והשומן הנוזל ממנו אוסר רק כדי קליפה.

ב. האם הבליעה מתפשטת בכל הכיור

אלא שצ"ע לפי זה, מהו דינו של הכיור? אם נאמר שהשומן מפעפע בכולו, ודאי שהוא בטל בשישים, והכיור אינו צריך הכשרה; אך אם השומן אינו מפעפע בכולו, יוצא שרק מקום הנגיעה נאסר, ואז אותו מקום צריך הכשרה.

אמנם בשו"ע (יו"ד סי' ק"ה סעי' ו') מבואר להדיא, שאם נפל מאכל חם על דבר קר, לא שייך בו פעפוע בכולו, והוא אוסר רק כדי קליפה. ובפרט לפי מה שכתב המג"א (או"ח סי' תנ"א ס"ק ל"ז ד"ה כתוב בתשובת), ששמן הבלוע בכלי אינו מפעפע בכולו. אמנם הדגמ"ר (שם) העיר מהש"ך (יו"ד סי' ק"ה ס"ק כ"ג) שחולק וסובר שמפעפע בכולו, אך המשנ"ב (סי' תנ"א, שעה"צ ס"ק קל"ו) כתב שגם הפר"ח (שם), החוק־יעקב (ס"ק נ"ד) והפמ"ג

* כסלו תשכ"ה.

(א"א ס"ק ל"ז) חולקים על הש"ך; והש"ך רק הסתפק בדבר. וא"כ אין ספיקו של הש"ך מוציא מידי ודאם של רוב האחרונים.

כמו כן לא שייך לומר כאן "חם מקצתו חם כולו", מפני שזה שייך רק בכלי מתכת (שו"ע יו"ד סי' קכ"א סעי' ו'); וגם שם קי"ל שאינו מוליך בליעתו בכולו (ש"ך ס"ק י"ז). וכך נאמר בשו"ע (שם):

כלי מתכות, אע"פ שיש אומרים שאם נשתמש בו איסור במקצתו נאסר כולו משום ד"חם מקצתו חם כולו", אבל לענין הכשרו לא עלה לו הכשר עד שיכשיר את כולו...

ועל כך כתב הרמ"א:

ודווקא אם נשתמש (איסור) בכולו. אבל אם ידוע שלא נשתמש רק בקצתו – כבולענו כך פולטו.

אך הש"ך (ס"ק ט"ז) כתב שהמחבר יודה לרמ"א ב"היתירא בלע", ואזי לכו"ע אין צורך להכשיר את כולו. מיהו בהמשך (ס"ק י"ח) כתב הש"ך שלכתחילה צריך להכשיר את כולו, ורק בדיעבד די בהכשר מקצתו. ומשמע שהאיסור לכתחילה אמור אפילו אם היתירא בלע, כמו בחמץ לפני פסח, לסוברים שהוא "היתרא בלע". אך השו"ע (שם) כתב שדין זה, של "חם מקצתו חם כולו", נאמר בכלי מתכות בלבד. והמשנ"ב (סי' תנ"א ס"ק ס"ח) כתב שבכלי חרס לא שייך לומר שמוליך בליעה בכולו, אפילו לענין הגעלה לכתחילה, יעוי"ש.

מיהו מקום הבליעה נאסר, ולפחות אותו מקום חייב הכשרה.

ג. הכשרת כלי חרסינה

לאור מה שכתבנו, שהכיור טעון הכשרה, יש לשאול: כיצד ניתן להכשיר את אותו כיור, העשוי חרסינה?

ואולי אפשר לומר שאמנם כלי חרס אינו יוצא מדי דופיו לעולם (שו"ע או"ח סי' תנ"א סעי' א'); אבל בכה"ג, שנאסר רק כדי קליפה (כלדעיל אות א'), אולי יוצא ע"י עירוי, שהוא בכדי קליפה (עי' שו"ע שם סעי' ה'-ו'). שכן יש לומר שרק כשנבלע האיסור בגוף החרס כולו אינו יוצא מדי דופיו, אך כשנאסר רק כדי קליפה – יוצא. וחילא דידי מהא דמהני הגעלה לכלי חרס שנתנו בהם שיכר שעורים (שם סעי' כ"א), אע"ג דכבוש כמבושל, יעוי"ש. אך יעויין בדברי הרמ"א (יו"ד סי' צ"א סעי' ה' בהג"ה השלישית) שכתב שאם ציר שיצא מבשר שנמלח (שדינו כרותח) נפל על כלי חרס, הכלי חייב שבירה, אע"פ שגם ציר מלוח אינו אוסר אלא כדי קליפה (עי"ש ובש"ך ס"ק י"ח, וכן בשו"ע סי' ס"ט סעי' ט"ז וש"ך ס"ק ס"ג), וצ"ע.

ועוד יש לומר, שחרסינה שלנו היא כלי חרס המצופה בהיתוך זכוכית. אמנם דינה הוא ככלי חרס (עי' פסחים ל' ע"ב), והטעם הוא משום שהאיסור נבלע בכולה ככלי חרס, ואינו יוצא ממנה. אך בנד"ד, שאסור רק כדי קליפה, א"כ לכאורה רק ציפוי הזכוכית נאסר, וכלי החרס גופו לא בלע כלום. ולכן אולי אין להחמיר כאן חומרת כלי חרס. אך מדברי הרא"ש (שם) עולה שהציפוי נחשב לחלק מהכלי; וכשם שכלי החרס בולע, כך גם הציפוי בולע.

ונראה שיש גם לעמוד על הבדלי הלשון בדעת ר"ת, בין הרא"ש (פסחים פ"ב סי' ח') לבין מה שמובא בשמו בתוס' במסכת ע"ז (ל"ג ע"ב ד"ה קוניא). וזו לשונו של הרא"ש:

ואנ"ג דכלי זכוכית שלם לא בלע, כיון דמחופה על החרס ונצרף עמו בכבשן – **בלע טפי**.

וכך היא לשון ר"ת (בתוס', כתובות ק"ז ע"ב ד"ה הני):

"אבל קוניא לא נתבשל כל כך, ובלע טפי". אך לשון ר"ת בע"ז היא:

ואנ"ג דכלי זכוכית שלם לא בלע, הכא, כיון דאין בו אלא חיפוי על החרס – **בלע**.

וכבר עמד המשנ"ב (סי' תנ"א סעי' כ"ג, בה"ל ד"ה בהיתוך) על הבדלי הלשון שביניהם לענין ציפוי הזכוכית בנפרד, ללא צריפה עם כלי החרס. שלדעת הרא"ש לא בלע, ולדעת התוס' בע"ז, בלע.

ולענ"ד יש לעמוד על הבדל לשוני נוסף: הרא"ש כתב "**בלע טפי**", ואילו התוס' בע"ז כתבו רק "**בלע**". ונראה לענ"ד שלדעת הרא"ש, מכיון

שע"י הצריפה של הציפוי עם החרס נעשה גם הציפוי כחרס – הרי הוא בולע כחרס. ולכן אם עירו על הציפוי דבר רותח, הוא לא נאסר בכדי קליפה בלבד, אלא כל הכלי נאסר. כי כל הכלי, כולל הציפוי, נעשה כלי חרס אחד. מה שאין כן לדעת התוס', הסוברים שהציפוי עומד כדבר בפני עצמו, אלא שמכיון שהוא רק ציפוי, הוא בולע. ולא דמי לכלי זכוכית, שמכיון שכולו זכוכית אינו בולע כלל. מה שאין כן ציפוי בלבד – אכן הוא בולע. וא"כ בעירוי, המבשל רק כדי קליפה, רק הציפוי בולע ולא הכלי. ומכיון שהציפוי עשוי זכוכית, בליעתו ניתנת להגעלה, ואין דינו ככלי חרס שאינו יוצא מדי דפיו לעולם. כן היה נראה לכאורה.

אלא שיש להסתפק אם לסמוך על שיטת ר"ת כפי שהיא מובאת בתוס' בע"ז. כי גם הרא"ש כתב את דבריו בשם ר"ת, וגם התוס' בכתובות מביאים את דברי ר"ת כדברי הרא"ש. וא"כ קשה לסמוך על דיוק לשונם של התוס' במסכת ע"ז לעומת הרא"ש והתוס' בכתובות, שכתבו במפורש אחרת בשם ר"ת.

וכתב הרמב"ם (הל' מאכלות אסורות פ"ו הכ"א):

> קנרה שמלח בה בשר, אפילו היתה שרוייה באבר – אסור לאכול בה רותח לעולם, שכבר נבלע הדם בחרסיה.

והיד־אברהם (יו"ד סי' ס"ט סעי' ט"ז ד"ה ואם) **דייק** מלשון הרמב"ם שאין תקנה לכלי כזה בקליפה. ואע"פ שמליח אינו אוסר אלא כדי קליפה, וא"כ היה מקום להתיר את הכלי בקליפת האבר או בהגעלתו; שהרי רק האבר נאסר, לכאורה, ולא החרס עצמו. אבל מזה שהרמב"ם אוסר את הכלי **לעולם**, משמע שסובר כמו שכתב הרא"ש בשם ר"ת, שבכלי חרס המצופה באבר גם האבר הופך להיות כלי חרס.

מיהו גם לדעת הרמב"ם יתכן שכיור שאני. שכן הרמב"ם לא אסר את השימוש בכלי המצופה אלא **ברותח**. אך בכיור, **שהשימוש בו הוא בכלי שני בלבד, והעירוי של המים החמים מהברז אולי אינו נחשב כעירוי מכלי ראשון ממש**, בגלל המרחק הרב שבין הדוד לבין הברז, יש מקום להקל. ועי' שמירת שבת כהלכתה (פרק א' סעי' מ"ב והע' קמ"ב), **שם נאמר שיש לחשוש ולומר שהמים הבאים מן הצנרת, דינם ככלי ראשון**. אך גם הוא לא כתב כן אלא מספק. ואכן לענין הגעלה לא היינו סומכים על מים הבאים מן הצנרת, לומר ששפיכתם נחשבת כעירוי מכלי ראשון ממש. ועי' שו"ת שואל ומשיב (מהדורה ג' ח"ג סי' קכ"ה) **שכתב** שבכגון זה לא יצאנו מידי ספיקא. ועי' מה שכתב בשד"ח (ח"ח עמ' 248 אות י"ב) בשם יוסף דעת. אמנם במקום אחר (ח"ז עמ' 374 אות כ"ד) נטה השד"ח להקל בכה"ג לענין הגעלת כלים, אולם שם לא מדובר במים אלא בקיטור, שהוא עצמו אולי נחשב כעין אש. עיש"ה.

ועי' ס' "הגעלת כלים" (להרב צבי כהן, פרק ה' הע' ע"ג), שהביא בשם היריעות שלמה להחמיר בהגעלה מתוך הצנרת, והביא לאידך גיסא את דברי השמירת שבת כהלכתה הנ"ל. ועי' בהערות שבסוף הספר. ועי' מעדני שמואל (סי' קט"ז אות ל"ט); דעת תורה (למהרש"ם, סי' תנ"א סעי' ג').

ד. סיבות נוספות להקל

ונראה שבנד"ד יש להקל עוד, משום שמסתמא הקילוח נפסק לפני שהביצה נגעה בכיור, והוי ככלי שני, שאינו צריך אלא גרידה בעלמא (עי' שו"ע יו"ד סי' צ"ב סעי' ז' בהג"ה, ובדברי המחבר בסעי' ח'). **מיהו צ"ע אם בכלי חרס מועילה גרידה. אך יש לומר, שכיון שהגוש הוא חם ככלי ראשון, הוא מחמם גם את הנוזל. ולא דמי לנפסק הקילוח, שהרי הגוש שומר על חום הנוזל עד שמגיע לקערה, וצ"ע. אך בהפסד מרובה מקילים** שלא כדעת המהרש"ל (עי' ט"ז סי' ק"ה ס"ק ד' בסופו).

עוד יש לומר בנד"ד, שטעם הבשר הבלוע בכיור הוא מנ"ט בר נ"ט, דהיינו: הכלים נתנו טעם במים, והמים – בכיור (עי' שו"ע יו"ד סי' צ"ד סעי' ה'). **אך זה אינו, שכן הרבה פעמים נדבק שומן על הכיור, ומסירים אותו ע"י עירוי של מים רותחים מכלי ראשון בלא הפסק של**

הקילוח. אך בליעה זו של השומן בכיור **בוודאי היא בגדר של נותן טעם לפגם.** שהרי אפילו השומן עצמו יתכן שהוא נטל"פ (כדלקמן סי' י"ד אות א'). וק"ו לאחר שטיפתו בחומרים פוגמים ובליעתו ע"י הכיור, וכבר עברו עליו יותר מכ"ד שעות. וא"כ יש לומר עפ"י מה שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' צ"ה סעי' ג' בהג"ה), שאם אחד מן הכלים אינו בן־יומו, כל הכלים מותרים. וא"כ בנד"ד יש לומר שטעם הבשר הבלוע בכיור לא נאסר ע"י החלב שנבלע בו כדין בשר בחלב; שהרי הבשר הוא נטל"פ, והחלב נבלע בו בהיתר.

ה. הכשרה ע"י עירוי שלוש פעמים

עוד יש לומר, שאף שהגעלה רגילה אינה מועילה בכלי חרס, בנד"ד יש להקל בהגעלה שלוש פעמים בזו אחר זו.

היסוד להיתר של הגעלת כלי חרס שלוש פעמים הוא בירושלמי (תרומות פי"א ה"ד):

> תני ר' חלפתא בר שאולה: קדירה שבישל בה תרומה, מגעילה בחמין ג' פעמים, ודיו. אמר ר' בא: ואין למדין ממנה לענין נבילה... כמ"ד מאליהן קבלו עליהן את המעשרות (מדרבנן).

ולכן כתבו הרמב"ן (ב"ב פ"ז ע"א ד"ה ומצאתי) והנמוק"י (לרי"ף ב"ב מ"ד ע"ב ד"ה במידת סרסור) שזהו דין מיוחד **בתרומה דרבנן.** (אך כתבו שאין ללמוד מתרומה לשאר איסורי דרבנן. ולכן יש מקום לסמוך על קולא זו רק בצירוף סניפים נוספים, כמו בנד"ד, שהמדובר בעירוי, בציפוי זכוכית ובכלי שאינו בן יומו).

ומצינו גם בבבלי כעין זה, במסכת ע"ז (ל"ג ע"א). וכן נהגו להכשיר כלי זכוכית לפסח ע"י השריה ג' ימים. ואע"פ שבבבלי שם מדובר בצונן – כדי שלא לעשות מחלוקת בין הבבלי לירושלמי, יש לומר שיסוד ההיתר משותף לשניהם. אלא שהבבלי לא הביא היתר זה אלא לענין יין־נסך קר בלבד; אולם גם הוא מודה לירושלמי שבצירוף סניפים נוספים, ובאיסור בדרבנן, יש לסמוך על כך גם בחם.

וכן כתב בעל העיטור (דפוס וילנא, עמ' 28):

> לולא דמיסתפינא הייתי מכשיר כלי חרס שאינו בן יומו בהגעלה ג' פעמים.

ועי' **בספר "הגעלת כלים"** (להרב צבי כהן, פרק י"ג הע' צ"ב). אמנם להלכה אין לסמוך על כך אלא באיסור דרבנן שאין לו עיקר בתורה. אך בצירוף סניפים נוספים, ובשעת הדחק, נהגו הפוסקים להקל לפעמים להגעיל כלי חרס ע"י הגעלה ג' פעמים. וכן כתב שם (הע' ק"ה) בשם שו"ת קנה בושם (סי' נ"ז), שכלי חרסינה שבלעו בעירוי, יש לערות עליהם ג' פעמים, וניתן להכשירם בכך.

תשובה

ניתן להכשיר את הכיור ע"י עירוי של מים רותחים מכלי ראשון. (ועי' שד"ח, אסיפת דינים, מערכת ה־ה' סוף סי' ל"ה, עמ' 381, שהקל בעירוי בדיעבד, ואולי אפשר לצרף את דבריו כסניף לנד"ד).

ומאחר שאין לכיור זה תקנה אחרת, והוי שעת הדחק, וכדיעבד דמי – לכן נראה שיש להכשיר את הכיור כנ"ל (אות ה') ע"י עירוי ג' פעמים על המקום שעליו נשפכה הביצה.

מסקנות

א. שומן חלבי הבלוע במאכל סתמי – אינו אוסר כלי בשרי אלא כדי קליפה, ואף לסוברים שדבר גוש הוא ככלי ראשון ממש.

ב. שמן חם שנפל לכלי קר – אוסר רק את מקום מגעו, ואינו מפעפע בכולו.

ג. כלי חרסינה בולע כמו כלי חרס, מפני שגם הציפוי הופך להיות חלק בלתי נפרד מהחרס. ולדעת רוב הראשונים הבליעה היא בכל הכלי ולא רק בכדי קליפה.

ד. לכתחילה חוששים לדעת המהרש"ל, הסובר שכל דבר גוש הוא ככלי ראשון, אך מקילים בהפסד מרובה או בצירוף של סניפים נוספים.

ה. באיסור דרבנן שאין לו עיקר בתורה, ניתן להכשיר כלי חרס ע"י הגעלה שלוש פעמים.

סימן יד

"בלנדר" בשרי שריסקו בו גבינה

ראשי פרקים

שאלה

א. האם יש נטל"פ בשמנונית בעין

ב. "דוחקא דסכינא" במאכל קר

ג. בישול בשר בחלב בשטיפת הכלי

תשובה

מסקנות

שאלה *

עקרת בית לקחה "בלנדר" המשמש לבשר, והשתמשה בו לעירבול של גבינה רכה עם מיץ תפוזים קר. המאכל עצמו כבר נאכל בטעות. ונשאלה השאלה לגבי דינו של ה"בלנדר". האם הוא חייב הכשרה? ואם כן, כיצד ניתן להכשיר אותו?

כאן מתעוררות מספר שאלות:

א. האם "דוחקא דסכינא" מבליע את הגבינה בסכין, שהרי הגבינה היא רכה ולא קשה?

ב. האם "דוחקא דסכינא" מבליע בדבר קר שאינו חריף?

ג. את הסכין של ה"בלנדר" לא ניתן להגעיל, מפני שלא ניתן לנקות אותו היטב, ואף לא ניתן לנעוץ אותו בקרקע. כיצד אפשר בכל זאת להכשיר את ה"בלנדר", כשאין אפשרות להכשיר אותו בדרכים אלו?

ד. אם אין אפשרות להכשיר את ה"בלנדר", האם מותר להמשיך להשתמש בו?

ה. האם מותר לשטוף את ה"בלנדר" במים רותחים או שיש בזה משום בישול בשר בחלב?

א. האם יש נטל"פ בשמנונית בעין

נאמר במסכת חולין (ח' ע"ב):

איתמר: השוחט בסכין של עובדי כוכבים – רב אמר, קולף (רש"י: קולף בית השחיטה, מפני שבלעה שמנונית הסכין); ורבה בר בר חנה אמר, מדיח (רש"י: במים).

ולפי הלשון השניה נאמר שם:

איכא דאמרי: דכו"ע בית השחיטה צונן (רש"י: אין חום בית השחיטה חזק לבלוע). מ"ד מדיח – שפיר. מ"ד קולף – אגב דוחקא דסכינא, בלע.

ופסק רש"י (ד"ה דוחקא) **דאזלינן לחומרא מפני שזהו ספיקא דאורייתא. ועפ"י זה נפסק להלכה בשו"ע** (יו"ד סי' י' סעי' א'):

סכין של עובד כוכבים... אם שחט בו בלא שום הכשר – מדיח בית השחיטה. ואם קלף – הרי זה מטבח. (הגהת הרמ"א: ועל כן יש לקלפו).

וכתבו בתוס' (ד"ה השוחט):

צריך להעמיד ביודעין בה שהיא בת יומא. דאי לאו הכי, אמאי קולף לרב, הא סתם כלים של עובדי כוכבים אינן בני יומן?

אך רש"י (ד"ה קולף, צונן) **כתב דאיירי שיש שמנונית של איסור על הסכין. דאם לא כן, אמאי מדיח לדעת רבה בר בר חנה, הא אפילו הדחה לא בעי בצונן? ולפי דעתו יש לומר שמכיון שיש שם שמנונית בעין, לא הוי נטל"פ למרות שאינו בן יומו. ואילו התוס' סוברים שאפילו בשמנונית בעין שייך נטל"פ. וכן היא שיטת הרא"ש** (פ"א סי' ט'). **אך שיטת רש"י** (שם) **והגהת אשר"י** (ד"ה ואם) **היא ששמנונית בעין לא הויא נטל"פ. וגם בתוס' במסכת ע"ז** (ס"ט ע"א ד"ה אמר) **יש מחלוקת בדבר.**

(עיין כל זה בביאור הגר"א יו"ד סי' ק"ג ס"ק י"ט).

בשו"ע (סי' ק"ג סעי' ה') **הובאו להלכה שתי הדעות:**

כל קדרה שאינה בת יומה חשיבה טעמה לפגם... והוא שתהיה מודחת שלא יהיה שומן על פניה. שאם לא הדיחה – אוסר, והרי היא כחתיכת איסור

* שבט תשכ"ה.

שלא נפגמה. ויש מתירין אפילו בישל בה קודם שהדיחה.

וכן כתב כאן הש"ך (ס"ק ט"ו), ששמנונית בעין לא הויא נטל"פ (וכ"כ בבה"ט, ס"ק י"ג). וכדעה זו, המחמירה, פסק השו"ע עצמו (סי' קכ"ב סעי' ג').

אמנם היה מקום להקל בנד"ד, ולסמוך על כך שה"בלנדר" נקי משמנונית. אבל כבר כתב רש"י (חולין קי"ב ע"א ד"ה קישות) שאף שסתם כלים מקונחים הם, סתם סכין אינו מקונח. ובפרט כאן, שאי אפשר לקנח את הסכין היטב, משום שהסכין נמצא בתחתית ה"בלנדר", וקשה להגיע אליו ביד.

מיהו יש לומר שבימינו יש חומרים ממיסי שומנים שבהם רוחצים את הכלים, וא"כ יתכן שבימינו כל סכין הוא בחזקת מקונח היטב. וצ"ע, שהרי עינינו הרואות שה"בלנדר" צובר במשך הזמן לכלוך שאינו יורד ע"י חומרים רגילים. מיהו ייתכן שמי שמקפיד מאד על הנקיון יכול למנוע זאת, וצ"ע.

ב. "דוחקא דסכינא" במאכל קר

מיהו, כאן מדובר בגבינה צוננת. ולפי מה שכתבו התוס' (חולין ח' ע"ב ד"ה אגב דוחקא), אפילו למ"ד "קולף" משום דוחקא דסכינא, זה רק בבית השחיטה, שהוא חם קצת; אך דבר שהוא קר לגמרי – אין בו דוחקא דסכינא. והביאו ראיה ממה שנאמר בגמרא (חולין קי"א ע"ב) שרק צנון, שהוא חריף, שחתכו בסכין של בשר, אסור לאוכלו בכותח (שיש בו חלב), ולא דבר אחר.

ויש להסתפק אם התוס' אמרו דבר זה רק לשיטתם, שסוברים שאפילו בסכין מקונח היטב מיירי הכא, וא"כ רק חום או חריפות מסייעים לדוחקא דסכינא; אך לרש"י, הסובר שהמדובר בסכין שיש בה שמנונית, א"כ לא החום מבליע אלא הדוחקא דסכינא לבד מבליע, אף בלי חום. אך נראה שאין לומר כך; שהרי דוחקא דסכינא לבד, בלא חום או חריפות, לא מבליע עמוק בבשר אלא רק מטיח את השמנונית על פני הבשר, ובהדחה בעלמא סגי. וע"כ מ"ד "קולף" סובר שהחום הוא שמבליע את השמנונית בעומק הבשר עם ה"דוחקא דסכינא". ולכן יש לומר שגם לשיטת רש"י אין להחמיר במאכל צונן שאינו חריף. ואף בנד"ד יש לומר שהסכין לא בלע מהגבינה, שכן אין כאן חום, ואף אין דוחקא דסכינא. וכן נראה מדברי רש"י בהמשך הסוגיא. וכך נאמר שם בגמרא:

סכין טריפה (רש"י: ששחט בה טריפה), פליגי בה רב אחא ורבינא: חד אמר, בחמין (רש"י: צריך להגעילה לסכין מפני שבלעה שמנונית הטריפה); וחד אמר, בצונן. והלכתא – אפילו בצונן.

ופירש רש"י (ד"ה והלכתא):

וגבי סכין של היתר (אלא ששחט בו טריפה) הוא דפסק הלכתא להיתרא, דלא איתסר בבליעה זו, וקשה הוא לבלוע אלא ע"י רתיחה; אבל סכין של עובדי כוכבים, בפלוגתא דלעיל, לא פסק (להיתרא), מפני שהסכין אסורה והבשר רך לבלוע.

וא"כ בנד"ד, שהסכין הבשרי נגע בחלב, לא נאסר בבליעה זו. וק"ו הוא: ומה שם, ששחט באותה סכין, ובית השחיטה חם קצת, לא בלע הסכין טעם של טריפה; כאן, שהסכין של ה"בלנדר" קר – על אחת כמה וכמה שאינו בולע מהגבינה.

ובתוס' (ד"ה והלכתא) הקשו ממה שנאמר בסוף מסכת ע"ז (ע"ו ע"ב) שסכין של עובדי כוכבים צריך נעיצה י' פעמים בקרקע כדי שיהיה מותר להשתמש בו בצונן. ותירצו, ששם מדובר בסכין שהשתמשו בו לאיסור בקביעות, ואילו כאן הסכין נאסרה באקראי בעלמא. ולפיכך נראה שיש להקל גם בנד"ד, שכן ריסוק הגבינה היה מקרה חד־פעמי.

ולכאורה התוס' אינם סוברים כרש"י. שכן לרש"י החילוק בין המקרים הוא פשוט: כאן, בטריפה, הסכין לא בלע, דהוא קשה לבלוע שלא ע"י רתיחה. ואילו בגמרא בע"ז ע"כ מדובר בכה"ג שהסכין בלע ע"י רתיחה. (וזה מתאים למה שכתבו התוס' אח"כ בשם ר"ת, אך לא לתירוצם הראשון). ועפ"י זה יש לבאר את שיטת רש"י (חולין קי"א ע"ב). וכך נאמר שם בגמרא:

אמר רב נחמן, אמר שמואל: סכין ששחט בה, אסור לחתוך בה רותח. (ואם רוצה לחתוך בה) צונן – אמרי לה בעי הדחה, ואמרי לה לא בעי הדחה.

ופירש רש"י (ד"ה בעי הדחה) ש"הדחה" קאי אבשר צונן שנחתך באותו סכין ולא אסכין עצמו. ודלא כהתוס' בסוגיין (ח' ע"ב ד"ה והלכתא), הסוברים ד"הדחה" קאי אסכין. וצריך לומר שרש"י הולך לשיטתו, שסובר שאין הסכין בולע בשחיטה; ואם חתך בו דבר אחר, כל הבעיה היא רק מצד הדם שעל פני הסכין ולא מצד בליעת הסכין. (אך יעויין בראש, פ"א סי' י', שהביא באותו מהלך גם את רש"י וגם את התירוץ הראשון בתוס', ומשמע דלא פליגי. וצ"ע).

וגם לפי מה שכתבנו בדעת רש"י צריך לומר שאע"פ דבית השחיטה אינו רותח ממש, גם צונן לגמרי אינו. והיכי דרגיל לשחוט בה טריפות, בלעה. וא"כ בנד"ד, שריסוק הגבינה ב"בלנדר" הבשרי היה אירוע חד פעמי, ובצונן – יש לומר שהסכין לא בלע את טעם הגבינה, והרי הוא כשר לשימוש.

ג. בישול בשר בחלב בשטיפת הכלי

אך גם אם נאמר שאין בעיה של בליעה, עדיין צ"ע לענ"ד מצד השמנונית שעל הסכין. אמנם הסכין אינו בולע, משום שהוא קשה, אך בענין השמנונית הטוחה על פניו, בזה אין חילוק בין קר לחם ובין רך לקשה. ולפי זה בנד"ד, שהשמנונית שהיתה בסכין היא בשרית, ועתה נמרח עליה חלב – א"כ הוי שמנונית מעורבת. אמנם תערובת זו אינה אסורה עדיין, משום שתערובת קרה היא, אך אסור לאוכלה או לערב אותה במאכל אחר. וכמו כן אסור לערות עליה דבר רותח, כי כשיגע בה דבר חם ויבשל אותה, יהיה בזה משום בישול בשר בחלב. אמנם יתכן שלא יעבור על איסור תורה בעירוי מכלי ראשון (עיין פר"ח סי' פ"ז ס"ק ב', מובא בחידושי רעק"א סעי' א' ד"ה אלא), מפני שרק בעירוי של צונן לתוך חם עובר מהתורה משום דתתאה גבר; אך חם לתוך צונן אינו עובר מהתורה. ואע"פ שמבשל כדי קליפה, לא מיקרי בישול בכך. אך מדרבנן ודאי שהעירוי אסור. ועיין יד אברהם (שם ד"ה שאינו) שהוכיח שבעירוי חם לתוך צונן, שמבשל רק כדי קליפה, אינו אסור מהתורה אלא מדרבנן.

וא"כ יש להזהיר שלא יערו מים רותחים על הסכינים. ולכאורה יש להחמיר ולאסור את השימוש בסכינים ממה נפשך: אם לא יערו מים רותחים על ה"בלנדר", הוא לא יתנקה היטב, ואז הוא יהיה אסור בשימוש גם בצונן, בגלל תערובת בשר בחלב שיש בו. ואם יערו עליו מים רותחים כדי לנקותו, יבשלו את הבשר עם החלב ויעברו בעצם העירוי על איסור בישול בשר בחלב.

ויש לעיין בדברי הרמ"א (סעי' ג' בהג"ה) שכתב שעירוי על כלים של בשר וכלים של חלב ששומן דבוק בהם – שרי, מפני שאין כוח בעירוי להפליט מזה ולהבליע בזה. (ועי' ש"ך ס"ק כ'). ולכאורה יש לאסור זאת מצד איסור בישול: שאף אם נאמר שאין כוח בעירוי להבליע בכלי, מפני שהוא קשה, אך בישול של השמנונית מיהא איכא, והרי יש כאן בשר וחלב ביחד!

וייתכן שמותר לערות מים רותחים עם תמיסה סבונית חזקה הפוגמת את המים, כדאיתא בשו"ע (יו"ד סי' צ"ה סעי' ד'). ועיין בט"ז (ס"ק ט"ו), בש"ך (נקה"כ לט"ז שם) ובאחרונים (שם) שהסתפקו אם הדבר מותר בכה"ג. ועי' פמ"ג (בפתיחה להלכות בשר בחלב, ד"ה ודע דאף) שכתב שבשר שנסרח מאכילת אדם, אין איסור לבשלו בחלב, משום שאין זו דרך בישול. מיהו, אמנם אין כאן בישול של בשר בחלב, אך הכלי נשאר באיסורו, כמו שכתב הש"ך (שם).

ולכן נראה לענ"ד שיערה מכלי שני בכמות גדולה בבת אחת. ואע"פ שגם בכלי שני יש איסור מדרבנן, דלא גרע מחמי טבריה, מ"מ בעירוי מכלי שני על צונן אין איסור, שהרי גם בשבת לא גזרו על כך (משנ"ב סי' שי"ח ס"ק ל"ה. ועי' ירושלמי, שבת פ"ג ה"ה, שהשוו שם בישול בשר בחלב לבישול בשבת). ובפרט כשמערה בבת אחת כמות גדולה יותר מפי שישים מהשמנונית הנמצאת

על הסכינים, אין בכך בישול כלל, ואז אפילו מכלי ראשון היה מותר.

ואין לומר שיש בכך משום מבטל איסור לכתחילה, מכמה סיבות:

א. אין כוונתו לבטל אלא להכשיר את הכלי, וכמו שאמרו לענין הגעלה (וע' לקמן סי' ט"ו אות ד').

ב. אין כאן ביטול איסור, שהרי השמנונית היא כרגע קרה, ואינה אסורה עדיין, שהרי לא התבשלה כלל. וכשמערה כמות גדולה מפי שישים, לא נוצר איסור כלל, ואין כאן ביטול.

תשובה

למעשה נראה שיש להקל ולהשתמש ב"בלנדר" לאחר הכנסת סבון לתוכו ושטיפה במים חמים. השטיפה תהיה במים שהתחממו ע"י דוד־שמש. היתר זה מבוסס על צירוף השיקולים הבאים:

א. עירוי מכלי שני אמנם מנקה, אבל אינו מבשל (שו"ע יו"ד סי' צ"ה סעי' ג' בהג"ה).

ב. יש סברה להקל במים שהתחממו ע"י דוד־שמש, שהם "חמי חמה" (ע' פמ"ג, סי' פ"ז מש"ז ס"ק א' ד"ה והנה, בענין חמי טבריה).

ג. יש להסתמך על כך שהכלי כבר נוקה פעם, וא"כ אצלנו סתם סכין מקונח יותר מאשר בימיהם. ואע"פ שלא קינחו בשפשוף בידים, החומרים שלנו ממיסים שומנים ומנקים היטב אף בלא קינוח ושפשוף.

ד. הבשר שנטחן בדרך כלל באותו "בלנדר" הוא בשר עוף, שאיסורו מדרבנן (שו"ע יו"ד סי' פ"ז סעי' ג').

ה. "סתם כלים אינם בני יומם" (שו"ע יו"ד סי' קכ"ב סעי' ז'). וא"כ יש להניח שה"בלנדר" לא היה בשרי בן־יומו בזמן שריסקו בו את הגבינה, וגם השימוש הבא היה לאחר שעברו עליו כ"ד שעות בלי שימוש.

ו. יש להסתמך על שיטת הפוסקים שאפילו שמנונית בעין הויא נטל"פ לאחר כ"ד שעות (כדלעיל אות א').

בצירוף כל הסניפים הללו נראה שאפשר להתיר את הכלי לאחר רחיצה ושטיפה טובה במים חמים מדוד שמש ובדטרגנטים יעילים.

סימן טו

השוקולד המריר ב"עלית" – סתמי או חלבי?

ראשי פרקים

שאלה
א. ביטול היתר בהיתר לכתחילה
ב. ביטול איסור בזמן שהוא מותר
ג. כלי שמשתמשים בו בשפע
ד. הדין כשאין כוונה לבטל
ה. דין כלי שאינו מקונח
ו. הגעלה ע"י שוקולד
תשובה
מסקנות

שאלה *

רוב השוקולד בעולם הוא חלבי. הסיבה לכך היא מרירותו הרבה של הקקאו. רק חלב (ליתר דיוק: אבקת חלב) בכמות גדולה יכול להמתיק את מרירותו של הקקאו. אולם יש אניני טעם שדווקא השוקולד המריר, ללא חלב, טעים להם יותר. מן הראוי לציין שלא כל שוקולד הנקרא "מריר" – הוא אכן נקי מחלב. יש "מריר" שאחוז החלב שלו קטן יותר, כדי להדגיש את המרירות, אך עדיין יש בו חלב. אולם יש שוקולד

* נדפס בחוברת "מהדרין" (גליון ג'), שבט תשנ"ג.

מריר שלא מערבים בו שום חלב. בשוקולד מריר זה נעסוק, ולשם כך עלינו להבהיר את תהליך הייצור במפעל השוקולד של "עלית" ברמת גן:

א. השוקולד מיוצר בבית החרושת בחום של כ־60 מעלות. בדרגת חום זו השוקולד יכול לזרום בצינורות וניתן לעירבוב ולעיבוד. אין הוא מוצק במצב זה, אולם גם אינו נוזל ממש, אלא במצב של עיסה סמיכה מאוד.

ב. אין אפשרות לנקות את הצינורות, בהם זורם השוקולד, במים או חומרים אחרים. הניקוי נעשה ע"י השוקולד עצמו, וליתר דיוק, ע"י חמאת הקקאו. העברת כמות ידועה של חמאת קקאו מנקה את המערכת.

ג. אי אפשר איפוא להבטיח ניקוי מוחלט של המערכת בין ייצור של שוקולד חלבי לבין ייצור של שוקולד מריר. מאידך, בגמר ייצורו של השוקולד החלבי, נשארת כמות קטנה מאוד של שוקולד כזה בדפנות המערכת, ובמדידות מעבדה שנעשו התברר שאחוז החלב בשוקולד המריר מגיע לחלקי פרומיל!

הבעיה היא, א"כ, האם להתייחס לשוקולד מריר כאל שוקולד חלבי או כאל שוקולד סתמי?

לשאלה זו יש מספר נפק"מ:

א. האם מותר לבשל את השוקולד הנ"ל עם בשר?

ב. האם מותר לאכול אותו בארוחה בשרית או אחריה?

א. ביטול היתר בהיתר לכתחילה

השאלה הראשונה שעלינו לדון בה היא, גם אם נניח שאחוז החלב בשוקולד הוא מזערי ובטל בשישים, האם מותר לבטל אותו לכתחילה? מכיון שהמדובר בעירוב של חלב בשוקולד סתמי, הבעיה אינה של ביטול איסור לכתחילה, אלא של ביטול היתר בהיתר.

על כך כתב הרמ"א (שו"ע יו"ד סי' צ"ט סעי' ו' בהג"ה):

כזית חלב שנפל למים ונתבטל בשישים, ואח"כ נפל מן המים לקדירה של בשר – מותר, אע"פ שאין בבשר שישים נגד החלב, שהרי נתבטל במים...

והש"ך (ס"ק כ"ב) כתב בשם הרמ"א עצמו בתורת חטאת (כלל פ"ה סעי' י"א) שמותר ליתן את המים המעורבים בחלב אפילו לכתחילה בתוך קדרה של בשר, כיון שכבר נתבטל. אך בגליון מהרש"א (ד"ה אעפ"י) הביא את דברי הצמח צדק (סי' פ') שכתב שדווקא ליתן את התערובת בקדרה של בשר מותר לכתחילה, אולם אסור לערב לכתחילה חלב במים על מנת לבטל אותו בתוכם. והביא ראיה מהגמרא בחולין (קי"ב ע"א), האומרת שאסור להניח כד מלח ליד כמכא (כותח העשוי מחלב), שמא יפול משהו מן הכותח במלח, ואח"כ ימלחו במלח בשר. ואם מותר לכתחילה לערב חלב במלח ולבטלו שם, מדוע אסור להניח את המלח ליד הכותח? מה החשש? אלא ע"כ אין היתר לערב חלב במים לכתחילה.

מיהו, שם החשש הוא שמא ימלחו בשר במלח, כי לכך עומד המלח. אך בנד"ד אין חשש שיערבו את השוקולד בבשר ממש. ואכן הפמ"ג (סי' צ"ט, שפ"ד ס"ק כ"ב) הביא אף הוא את הדברים הנ"ל של הצמח צדק, שאסור לערב חלב במים על מנת לערב אותם אח"כ בבשר. ומבואר איפוא שאם אין כוונתו לערבם אח"כ בבשר, מותר לערב חלב לכתחילה במים. והוא הדין בנד"ד. ולפיכך, גם אם יחליט מישהו לערב את השוקולד בבשר, לית לן בה, שכן לא לכך נתכוונו במפעל. ואע"פ שהמפעל מייצר על דעתם של הלקוחות, מ"מ רוב רובם של הלקוחות אינם מערבים שוקולד בבשר עצמו, אלא אוכלים אותו לבד. לכן נראה שגם אם יהיה מישהו יוצא מן הכלל שיערב את השוקולד בבשר עצמו, לא יהיה בכך מכשול, כי החלב בטל ברוב מבלי שהיתה כוונה לבטל אותו.

ב. ביטול איסור בזמן שהוא מותר

בשאלה דומה, של ביטול היתר בהיתר, כבר דנו הפוסקים בהלכות סוכה. נאמר בשו"ע (או"ח סי' תרכ"ו סעי' א'), שהעושה סוכתו תחת האילן, צריך

שישפיל את הענפים ויערבם עם הסכך. והקשו על כך הט"ז (ס"ק ב') והמג"א (ס"ק ג'): הרי אין מבטלין איסור לכתחילה! ותירצו בשם הב"ח (ד"ה כתב המרדכי) שהסכך הפסול אינו מוגדר כ"איסור" לפני יו"ט, ולכן מותר לבטל אותו גם לכתחילה. והט"ז למד מזה לתערובת חמץ קודם פסח, שאם היא לח בלח ואין שם שישים, יכול להרבות היתר על החמץ אפילו לכתחילה.

והדברים ק"ו: סכך פסול הוא רק מחוסר זמן, וכשיגיע סוכות יאסר מאליו, ואעפ"כ מותר לערב סכך פסול לכתחילה בסכך כשר לפני סוכות. א"כ עירוב חלב במאכל סתמי כשאין שום חשש שיבואו לערב אותו בבשר ממש, ולכל היותר החשש הוא שיאכלנו אחרי בשר, ק"ו הוא שמותר לכתחילה.

ובמשנ"ב (סי' תנ"ג ס"ק כ') הביא את דברי הט"ז שמותר לבטל חמץ לפני פסח; אלא שהביא כנגדם את דעת רוב הפוסקים האוסרים לערב חמץ ע"מ לאוכלו בפסח (עי"ש בשעה"צ, ס"ק ל'). ומ"מ הסיק שבשעת הדחק אפשר שיש לסמוך על המקילין. (ועי' מג"א סי' תמ"ז ס"ק מ"ח, משנ"ב שם ס"ק ק"ב, שעה"צ ס"ק קס"ד-קס"ח).

מיהו, לולא דברי הט"ז היה מקום לומר שסכך פסול אינו "חפצא" של איסור. המצוה היא לשבת בסוכה שיש בה סכך כשר. והראיה, שגם אם הסכך הפסול ניכר לעין ואפשר להסירו, מותר לבטל אותו; כמו ענפים מחוברים, שאפשר להוציאם מהסכך. וע"כ אינם "חפצא" של איסור, ולכן מותר לבטלם.

ובנד"ד, לא זו בלבד שזוהי שעת הדחק לבעלי המפעל, שהרי אין אפשרות לנקות את המערכת ניקיון מוחלט, אלא שבכלל אין כוונתם לערב אח"כ עם בשר, כי שוקולד אינו מיועד לכך, ורק יש שאוכלים אותו אחרי בשר. ולכן נראה שגם האוסרים בחמץ יתירו בנד"ד.

ג. כלי שמשתמשים בו בשפע

בנוסף לכך נפסק בשו"ע (יו"ד סי' צ"ט סעי' ז'):

> אם נבלע איסור מועט לתוך כלי בשר: אם דרכו של אותו כלי להשתמש בו בשפע היתר – מותר להשתמש בו לכתחילה, כיון שהאיסור מועט ואי אפשר שיבוא לידי נתינת טעם.

וא"כ יש לומר שגם בנד"ד, מאחר שבמערכת עוברת כמות עצומה של שוקולד – שהרי מדובר בתעשיה מתקדמת ביותר (ובמפעל של "עלית" ברמת־גן מייצרים את השוקולד הבסיסי לכל בתי החרושת של "עלית" ברחבי הארץ) – ואילו כמות השוקולד החלבי שנשתיירה במערכת היא מזערית ביחס לשוקולד המריר, יש אולי מקום להתיר את הדבר עפ"י ההלכה הנ"ל.

ואמנם היה מקום לחלק בין הנושאים ולומר שהשו"ע מדבר באיסור בלוע, ואילו אנו מדברים בשוקולד חלבי בעין. אך בביאור הגר"א (יו"ד שם ס"ק י"ז בליקוט, ובעיקר בסי' קכ"ב ס"ק ט"ו) הוכיח שהרשב"א (ב"ב פ"ז ע"א ד"ה ורמינהי, ועי' שו"ת הרשב"א ח"א סי' רכ"ב) לא מחלק בין איסור בלוע לאיסור בעין. והוכיח את דבריו מהמשנה בתרומות (פי"א מ"ר-מ"ז):

> מגורה שפינה ממנה חיטי תרומה... וכן חבית של שמן שנשפכה – אין מחייבין אותו להיות יושב ומטפח, אלא נוהג בה כדרך שהוא נוהג בחולין.

ועי"ש שהגר"א מאריך להוכיח שלא רק בתרומה דרבנן, אלא אפילו באיסור תורה התירו בדבר שמשתמש בו בשפע.

מיהו הפרי־תואר (סי' קכ"ב ס"ק ה' ד"ה וכל זה) כתב שאיסור בעין, אפילו אם הוא פגום, אין מבטלין אותו לכתחילה. וגם הט"ז (סי' צ"ט ס"ק ט"ו) והש"ך (סי' קכ"ב ס"ק ג') חולקים על מה שפסק בשו"ע (שם) עפ"י הרשב"א, וסוברים שאסור להשתמש גם בכלי שדרכו להשתמש בו בשפע. אלא שגם הם, למרות שאוסרים באיסור שלא נפגם, מתירים באיסור פגום. ונראה שק"ו הוא לביטול של היתר בהיתר – כגון כאן, שמערב חלב בסתמי – שמותר, ואין כאן משום ביטול איסור לכתחילה. (ועיין פמ"ג, סי' צ"ט, שפ"ד ס"ק כ"ג, שאוסר אפילו באיסור פגום, אך בנד"ד יתכן שיודה).

הדרכ"ת (ס"ק ק"ו) הביא בשם מהר"ן יפה (יו"ד סי' ז') שבביטול של טעם היתר שווים כל הפוסקים להתיר. ושם הביא הדרכ"ת את דברי

הבית־מאיר, שהכריע בין הפוסקים האוסרים לבין המתירים, וכתב שרק בקדירה של חרס, כיון שאין לה תקנה והוי בדיעבד, יש לסמוך על המקילים. וא"כ בנד"ד, מכיון שאין אפשרות לנקות את המערכת ניקיון מוחלט – הרי זה כדיעבד, ומותר.

ד. הדין כשאין כוונה לבטל

עד כה יצאנו מנקודת הנחה שהמדובר בביטול לכתחילה. אולם האמת שאין כאן כלל כוונה לבטל לכתחילה, שהרי במערכת מסוג זה נעשה ניקיון עד כמה שניתן; אלא שלאחר מכן רוצים להשתמש במערכת כדי לייצר בה שוקולד סתמי; ומאחר שאין מערכת ייצור חלופית, משתמשים באותה מערכת, ואז נמצא שכמות מזערית של חלב מתערבת בסתמי. אולם אין כאן כל כוונה לערב את החלב לכתחילה בסתמי. והדבר דומה למובא בשו"ע (יו"ד סי' פ"ד סעי' י"ג):

> דבש שנפלו בו נמלים, יחממנו עד שיהא נימוח, ויסננו.

וכתב הב"י (ד"ה כתב בא"ח), שאין כאן משום מבטל איסור לכתחילה, כי אין כוונתו לבטל את הנמלים אלא לחמם את הדבש בלבד. וכן נאמר בשו"ע (שם סעי' י"ד):

> חיטים מתולעות – מותר לטחנן, והוא שירקד את הקמח לאור היום.

אלא ששם כתבו הט"ז (ס"ק י"ט) והש"ך (ס"ק ל"ט) עפ"י תרוה"ד (סי' קע"א), שההיתר הוא משום שהתולעים בורחות בשעת הטחינה. ועי' ש"ך (ס"ק מ') שכתב שאם אפשר לטחון בריחיים גדולות שהתולעים יכולות לברוח מהן, עדיף לטחון בריחיים כאלו; אך כשאין לו אבני ריחיים אחרות, מותר לטחון גם בריחיים קטנות. ומותר אע"פ שאין לתולעים לאן לברוח, כי אין כוונתו לבטל אותן לכתחילה. ואולי יש להטעים את דברי הש"ך ולומר שבעצם העובדה שיש לו אפשרות לטחון בריחיים שבהן אין בעיה של ביטול איסור לכתחילה, והוא מעדיף את הטחינה בריחיים אחרים – בעצם העדפה זו הוא כמבטל איסור לכתחילה. אך כשאין לו ברירה, אין כאן ביטול איסור לכתחילה.

ולפי זה גם בנד"ד, אם אפשר למצוא תחליף אחר, יש צורך להשתמש בו ולא להשתמש במערכת הקיימת, שיש בה שוקולד חלבי. וצ"ע במקרה שבו הדבר מחייב הוצאות גדולות או כשהדבר בא על חשבון איכותו של המוצר, אם הדבר נחשב כלכתחילה או כדיעבד.

הרמ"א (או"ח סי' תנ"ג ס"ק ד') כתב שחיטים מצומחות המעורבות בחיטים אחרות, מותר לטחון אותן לצורך מצות לפסח. והפר"ח (או"ח סי' תנ"ג ס"ק ד') כתב בטעם הדבר משום שאין כוונתו לבטל איסור לכתחילה (וכך מובא בט"ז ס"ק ב'). הפר"ח הביא ראיה מהגעלה. שהרי בכל הגעלה יש ביטול ברוב של האיסור הבלוע במים; ובכל זאת מותר להגעיל, כי כוונתו להפליט את האיסור, אלא שהוא מתערב ממילא ומתבטל. וכמו כן הביא ראיה מהמשנה בתרומות (פ"ד מ"ח):

> ר' יהושע אומר: תאנים שחורות מעלות את הלבנות, לבנות מעלות את השחורות.

כלומר, שכולן מצטרפות לבטל את התרומה; וזאת משום שאם היה רוצה, היה דורכן ומערבן יחד. וכתב התוי"ט (שם) שאין כאן ביטול איסור לכתחילה. שכיון שאין כוונתו לבטל אלא לדרוס ולשנות את האיסור מכמות שהיה, מגרוגרות לדבילה – מותר. ומשמע שגם פעולה הנעשית לשם שיפור האיכות של המוצר או למניעה של הוצאה כספית כלשהי – מחשיבה את המאכל כדבר שאין כוונה לבטל אותו לכתחילה, ומותר.

וכן פסק המשנ"ב (סי' תס"ז ס"ק י"ז) שמותר לטחון חיטים אלו, ואין זה כמבטל איסור לכתחילה מכיון שאין כוונתו לכך.

ה. דין כלי שאינו מקונח

ובר מכל דין עומד לפנינו פסק הש"ך (יו"ד סי' פ"ט ס"ק י"ט), שהתיר לאכול חלב אחרי תבשיל שנתבשל בכלי בשרי שאינו מקונח, ואע"פ שאסור לאוכלו עם חלב ממש. ורצונו לומר

שבכה"ג לא גזרו. אמנם אפשר היה לומר שטעמו של הש"ך הוא משום ביטול ברוב. אלא שא"כ הוא היה צריך להבחין בין דבר שטעמו מורגש, ואינו בטל ברוב, לבין דבר שאין טעמו מורגש. ומדבריו משמע שאפילו כשטעמו מורגש – מותר. וק"ו כאשר טעמו אינו מורגש כלל. וע"כ צריך לומר שמלכתחילה לא גזרו לחייב המתנה באכילת חלב אחרי תבשיל שנתבשל בכלי בשרי שאינו מקונח. ולכאורה אין נפק"מ בין מקרה שהתבשיל היה בכלי בשרי שאינו מקונח ואחריו אוכלים חלב, לבין מקרה שהתבשיל הוא בכלי חלבי שאינו מקונח, ואוכלים אותו אחרי בשר.

אמנם הפמ"ג (או"ח סי' תצ"ד, א"א ס"ק ו') כתב שלאחר אכילת בשר אין לאכול צנון שנחתך בסכין חלבית. אך בדרכ"ת (סי' פ"ט ס"ק מ"א) הביא בשם "מור ואהלות" שכמדומה שנהגו העולם להקל גם אם בשלו דבר חריף בקדירת בשר, לאכול אחריו גבינה תיכף, וכן להיפך. ועד שם הביא בשם שו"ת טוב־טעם־ודעת, שכן עמא דבר, שמותר לאכול תבשיל שנתבשל בקדירה חלבית לאחר בשר, ולית מאן דחש לחומרות אלו. ובשם משמרת־שלום כתב שהפמ"ג לא החמיר אלא בצנון חריף. וא"כ בנד"ד מותר לאכול שוקולד זה לאחר בשר.

ולפי טעם זה שכתבנו עתה, שבהמתנת חלב אחרי בשר לא גזרו כלל במאכל שנתבשל בכלי שאינו מקונח, אין צורך בכל הדיון שהבאנו לעיל בדיני ביטול ברוב. שכן בשוקולד, שכל החשש הוא שיאכלו אותו אחרי בשר, אין בעיה כלל ועיקר. ולכל היותר יש שאלה בשוקולד המיועד לבישול, אם מותר לבשל אותו עם בשר. (ואכן השוקולד לבישול מיוצר ב"עלית" בפס ייצור נפרד שבו אין חלב כלל ועיקר).

ו. הגעלה ע"י שוקולד

וראיתי מהדרין המחמירים שלא להשתמש בשוקולד המריר המיוצר אחרי השוקולד החלבי בתור מאכל סתמי, אלא רק לאחר שמעבירים כמות ידועה של שוקולד מריר במערכת. את הכמות הראשונה הם מגדירים כ"חלבי", ורק לשוקולד שהועבר במערכת לאחר מכן הם מתייחסים כאל סתמי. לדעתם, העברת שוקולד חם במערכת נחשבת להגעלה.

ולענ"ד נראה שאין בדבר זה תועלת, מכמה סיבות:

א. הגעלה טעונה ניקוי יסודי לפניה. וכאמור, כאן אין אפשרות לנקות את המערכת במים וחומר ניקוי, אלא רק בשוקולד. ואע"פ שנעשה כאן ניקיון ידוע, אי אפשר להחשיב אותו לניקיון מוחלט כפי שנצרך לצורך הגעלה.

ב. הגעלה צריכה להיעשות במים דווקא, ולא בשאר משקין. וכן כתב הרמ"א (או"ח סי' תנ"ב סעי' ה' בהג"ה):

> ואין מגעילין בשום משקה, רק במים. מיהו בדיעבד מהני הגעלה בכל משקה.

ובמשנ"ב (ס"ק כ"ו) כתב בשם הפמ"ג (א"א ס"ק י') שאם הוא קודם הפסח יראה להגעילו פעם שניה במים לבד, ורק כשכבר הגיע פסח מותר להשתמש לכתחילה בהגעלה זו. כלומר, שגם בדיעבד אין סומכין על ההגעלה בשאר משקין אא"כ אין אפשרות אחרת. אמנם בנד"ד אין אפשרות אחרת, ולכן אולי אפשר לסמוך על הגעלה זו.

ג. צריך עיון אם אפשר להגדיר עיסה זו של השוקולד כ"משקה", שהרי היא סמיכה ביותר ואינה נזילה כמשקה. ועיין במסכת נזיר (נ"ב ע"ב):

> בעי רמי בר חמא: יש ניצוק לאוכלין או אין ניצוק לאוכלין? מי אמרינן משום דאית בהו רירי... (כלומר, דבש סמיך נחשב לאוכל ואין בו ניצוק, אלא הוא מחבר את הטומאה למטה עם הטהרה למעלה, משום שהרירין שלו סולדים כלפי מעלה, כשמפסיקין את שפיכתו, אך דייסת אוכלין אין בה רירין). או דילמא משום דסמיכין?

כלומר, הגמרא מסתפקת שמא דייסה של אוכלין, אע"פ שאין בה רירין, נחשבת לאוכל ולא למשקה. אמנם הרמב"ם (הל' טומאת אוכלין

פ"ז ה"ד) פסק שגם באוכלין אין הניצוק שלהם חיבור, ודינם לענין טומאה כדין משקין; אך אין להקיש הגעלה לטומאה: בטומאה כל שאינו מוצק אחד אינו חיבור, אך בהגעלה הדבר תלוי בבליעה ופליטה, ומשקה נבלע בכלי בעוד שהאוכל אינו נבלע בכלי. והסברה נותנת שדייסה כה סמיכה אינה נבלעת בכלי כמשקה נוזלי. ומאחר שעצם ההגעלה במשקין אחרים (חוץ ממים) לא הותרה אלא בשעת הדחק, הבו דלא להוסיף עליה, ואין מקום להגעיל בשוקולד עצמו.

תשובה

המסקנה העולה היא, שהשוקולד המריר המיוצר במפעלי "עלית" הוא סתמי, ומותר לאוכלו אחרי בשר. ונראה שגם אין תועלת בהגעלה ע"י השוקולד המוזרם במערכת; ואף אין בה צורך, כי כאמור ללא הגעלה החלב בטל ברוב, ולא אסרו על אכילת שוקולד מריר לאחר ארוחה בשרית. השוקולד המריר הוא איפוא סתמי לכל הדעות, גם למהדרין.

בשוקולד לבישול יש להקפיד יותר, כי שוקולד כזה עלול להתבשל בכלי בשרי, וייתכן שלא יהיה מקונח או שיהיה בן יומו. אלא שאז נצטרך להסתמך על מה שכתבנו לעיל (אות א'-ג') שאפשר להקל בשאלה זו עפ"י גדרי ביטול ברוב.

ובשוקולד המיועד במפורש לבישול נראה שיש איסור של ביטול לכתחילה כמו שכתבנו לעיל.

מסקנות

א. מותר לערב חלב במאכל סתמי באופן בו הוא בטל בשישים, שלא על מנת להשתמש בתערובת למאכל עם בשר. אבל אם הוכנה תערובת כזאת, מותר להשתמש בה גם לבישול עם בשר.

ב. ביטול סכך פסול בסכך כשר מותר לפני חג הסוכות, מפני שעדיין לא הגיע זמן איסורו. והוא הדין לביטול של היתר גמור.

ג. כלי שרגילים להשתמש בו בשפע ובלע מעט איסור, מותר להשתמש בו רק אם האיסור כבר נפגם. אבל אם השתמשו בו לחלב, המאכל שיתבשל בו אח"כ נשאר סתמי גם אם החלב בעין ולא נפגם.

ד. מותר לבטל איסור לכתחילה כאשר הדבר נעשה שלא מתוך כוונה לבטל את האיסור אלא כדי לשפר את איכותו של המוצר או בגלל אילוצים כלכליים.

ה. אם מעט חלב התערב במאכל סתמי והתבטל בו, חכמים לא גזרו עליו חובת המתנה אחרי בשר, כמו שאין חובת המתנה לאחר אכילת מאכל סתמי שבושל בכלי בשרי שאינו מקונח.

ו. הגעלה במשקה שאינו מים, מועילה בדיעבד; אבל עיסה סמיכה אינה מוגדרת כ"משקה" לענין זה, אלא כמאכל.

סימן טז

כלים שנטרפו ונתערבו

ראשי פרקים

שאלה

א. דינן של הצלחות

ב. האם יש להקל מטעם ביטול ברוב?

תשובה

שאלה *

כבד שלא נצלה נתבשל בטעות עם בשר, והניחו אותו בצלחות לאכילה. בשעת הסעודה הרגישו בטעם הכבד, ושכחו ועירבו את הכלים שנטרפו בכלים אחרים כשרים. הסכו"ם שהשתמשו בו עשוי מתכת; ואילו הצלחות עשויות מחרסינה, ואי אפשר להגעילן. הסיר שבו נתבשלו הבשר והכבד הוא בוודאי טרף (אם לא היה בו פי שישים מהכבד), וטעון הגעלה, כמבואר בשו"ע (יו"ד סי' ע"ג סעי' א'). אך יש לשאול, מה דינם של הסכו"ם והצלחות, האם ניתן להשתמש בהם ללא הגעלה?

א. דינן של הצלחות

והנה צלחות אלו אסורות כדי קליפה, שהרי עירו לתוכן מכלי ראשון. ואפילו אם עירו ע"י מצקת, אם השהו אותה בכלי ראשון זמן רב יש לה דין כלי ראשון (עי' ט"ז יו"ד סי' צ"ב ס"ק ל' ד"ה כתוב). וכשעירו ממנה לצלחת, אסרו אותה כדי קליפה. וגם אם נניח שהמצקת לא היתה כלי ראשון, הרי הבשר והכבד הם דבר גוש חם.

לשיטת המהרש"ל (יש"ש חולין פ"ז סי' מ"ד), דבר גוש לעולם דינו ככלי ראשון (עי' ש"ך סי' ק"ה ס"ק ח', ט"ז סי' צ"ד ס"ק י"ד). ואף שלגבי הצלחת יש לומר "תתאה גבר" (עי' שו"ע סי' ק"ה סעי' ג'), ולכן האיסור אינו נבלע בה; מיהו הצלחת נאסרת בכדי קליפה (שו"ע שם), וכלי חרסינה אי אפשר לקולפם.

אך מסקנת הט"ז (סי' צ"ד ס"ק י"ד) היא לחלק בין היכא דאיכא דוחקא דסכינא להיכא דליכא דוחקא דסכינא. וכתב דלא נקטינן כמהרש"ל, המחמיר בגוש חם הנמצא בכלי שני, אלא היכא דאיכא דוחקא דסכינא. וא"כ יש לומר שלגבי הסכינים שהשתמשו בהם יש לאסור משום דוחקא דסכינא, והם טעונים הגעלה, אך את הצלחות יש להתיר. אך המג"א (סי' תמ"ז ס"ק ט') סתם שכתבו הפוסקים ביו"ד (סי' צ"ד) שדבר גוש לעולם הוא ככלי ראשון (ולא רק כשיש דוחקא דסכינא). מיהו יש לומר, שבהפסד מרובה סומכים להקל על הפוסקים החולקים על המהרש"ל (עי' ט"ז סי' ק"ה ס"ק ד' בסופו).

אך אם נחוש לכך שהמצקת היתה כלי ראשון יש לאסור את הצלחות. ואפילו הרמ"א, החולק על המהרש"ל, יודה שגוש חם לא גרע מעירוי ומבשל את הצלחת כדי קליפה (ועי' סי' צ"ד סעי' ז' בהג"ה). וא"כ הצלחות אסורות לכו"ע.

ב. האם יש להקל מטעם ביטול ברוב?

והנה יש מקום להתיר משום שהצלחות והסכו"ם התערבו ברוב, והוי מין במינו יבש ביבש – שבטל. ולענין הסכו"ם יש להחמיר, שכן ניתן **בקלות** להגעיל את כולו, וא"כ הוי דבר שיש לו מתירין, ואינו בטל ברוב (עי' שו"ע יו"ד סי' ק"ב סעי' ג').

אך יש לדון לגבי הצלחות, שכן אי אפשר להגעילן, ויש לומר שהצלחת הטריפה בטילה ברוב. ואף שצלחת היא דבר חשוב, יש לומר שמכיון שאין איסורה מצד עצמה אלא מצד הבלוע בה – הרי היא בטלה ברוב (עי' סי' ק"א סעי' ב'). מיהו בענין חתיכות שנתערבו יבש ביבש כתב השו"ע (סי' ק"ט סעי' א'):

ומותר לאוכלן אדם אחד כל אחת בפני עצמה.

* טבת תשל"ב.

אבל לא יאכל שלושתם יחד. ויש מי שאוסר לאוכלם אדם אחד אפילו זה אחר זה.

והרמ"א (הג"ה שם) פסק לכתחילה כדעה המחמירה.

והנה בנד"ד אין לחוש שאדם אחד יאכל בשתי צלחות בבת אחת. אך יש לחוש שיאכל בשתי צלחות בזו אחר זו. ועוד יש לחוש אפילו לדעה הראשונה, האוסרת רק לאכול את שלושתן יחד, שאם בעה"ב מאכיל לכמה בני אדם ביחד, הרי ממה נפשך אחד מהם אוכל בצלחת האסורה, וא"כ בעה"ב עובר לכאורה ב"לפני עיוור". ולא היא, שמאחר שלאורחים מותר לאכול, אינו עובר משום לפנ"ע, ופשוט הוא.

תשובה

כאמור, הסיר חייב הגעלה. וכן כל הסכו"ם חייב הגעלה, ואין לסמוך בו על הרוב. אך לגבי הצלחות יש לומר שהן בטלות ברוב (ובפרט שהאיסור בכבד מבושל הוא משום דם שבישלו, שהוא מדרבנן: עי' מנחות כ"א ע"א; פמ"ג יו"ד סי' ס"ו בפתיחה, ד"ה העיקר הא').

מיהו ליתר הידור נראה לי שיש להגעיל את כל הצלחות ג' פעמים (אם מדובר בכמות קטנה של צלחות שאפשר לעמוד בכך), כי יש אומרים שכלי חרסינה ניתנים להכשרה ע"י הגעלה ג' פעמים (עי' לעיל סי' י"ג אות ה'). ואע"פ שרוב הפוסקים חולקים עליהם, כאן מן הראוי לכתחילה להחמיר כמותם.

סימן יז

סופגניות – האם יש בהן בישולי עכו"ם?

ראשי פרקים

שאלה
א. "בישולי עכו"ם" בטיגון
ב. השוואה לחיוב סופגניות בחלה
ג. השוואה לחיוב סופגניות בברכת המזון
תשובה
מסקנות

שאלה *

ברבות מן הקונדיטוריות עובדים גויים בבישול ובאפיה, והם אלה שעוסקים בהכנת סופגניות למכירה בחנוכה. הסופגניות עשויות מבצק סמיך, דומה לזה של לחם, אלא שמטגנים אותן בשמן עמוק. האם מותר לגוי להניח אותן במחבת, כשאת האש מדליק ישראל?

כידוע, **פת** עכו"ם מותרת ע"י שגירת תנור, דהיינו, שישראל מדליק את האש (שו"ע יו"ד סי' קי"ג סעי' ז'). אך **בישולי** עכו"ם לא הותרו באופן כזה אלא לשיטת הרמ"א (הג"ה שם), ואילו הנוהגים כהב"י – אוסרים (שו"ע שם). וא"כ השאלה היא לדעת הנוהגים כהב"י, מה דין הסופגניות? האם דינן כדין פת, שהיא מותרת, או כדין תבשיל, שהוא אסור?

א. בישולי עכו"ם בטיגון

נאמר בשו"ע (יו"ד סי' קי"ב סעי' ו'):

במקום שנהגו היתר בפת של פלטר, אפילו הוא נלוש בביצים... – מותר. אבל אינפנד"ה (פשטידה) שאפאה עובד כוכבים, אסור לאכול מהפת שלה.

ההבדל בין פת שנילושה בביצים לאינפנד"ה הוא שבפת הביצים נבלעות ונבללות בתוכה, ולכן יש לה דין פת ולא דין תבשיל; מה שאין כן באינפנד"ה, שהשומן שניטגנה בו התבשל לפני כן, והוא ניכר על פני הפת. ומכיון שהשומן אסור משום בישולי עכו"ם, הפת אסורה. ולכאורה סופגניה דומה לאינפנד"ה. שהרי השמן התבשל

* חנוכה תשנ"ד.

לפני הסופגניה, וחל עליו דין של בישולי עכו"ם. מיהו יש לומר שהרי שמן ראוי לאכילה כמות שהוא חי, וגם אינו עולה כשלעצמו על שולחן מלכים, וא"כ השמן לא נאסר בבישולו.

והאינפנד"ה שנאסרה, מבואר בפוסקים (סי' קי"ג סעי' ג') שהיא מטוגנת **בשומן**, והשומן הותך ע"י עכו"ם ונאסר. והשומן כנראה נחשב למאכל העולה על שולחן מלכים. אך שמן, או שיש להחשיבו כדבר שנאכל כמות שהוא חי, בגלל שמערבין אותו בסלט וכדו', או שאין הוא נחשב כראוי לעלות על שולחן מלכים כשהוא לעצמו. ולכן אין לאסור שמן שטוגן ע"י נוכרים.

בנוסף לכך יש לומר שהשמן נספג כולו בסופגניה; ולא דמי לאינפנד"ה, שהשומן טוח על גבה.

מיהו יש להעיר, שגם ללא השמן, הסופגניה עצמה אינה נחשבת ל"פת" אלא לתבשיל, משום שהיא לא נאפית אלא מיטגנת; וטיגון – אולי כבישול דמי. ובדינו של טיגון נחלקו רש"י ותוס' (סנהדרין ד' ע"ב): **לדעת רש"י** (ד"ה דרך) **טיגון אינו נחשב כבישול. ואילו מדברי התוס'** (ד"ה דרך), שהביאו פירוש אחר בשם "יש מפרשים", משמע שחולקים עליו. וכן הוא במאירי (חולין ק"ח ע"ב ד"ה הטיגון). **ועי' פר"ח** (יו"ד סי' פ"ז ס"ק ב') **שסובר שטיגון נחשב כבישול. ועי' פרי־תואר** (ס"ק ג' ד"ה ונראה), **פת"ש** (ס"ק ג') **ודרכ"ת** (ס"ק י"ח), **שהביאו דעות שטיגון אינו כבישול. וא"כ יש להסתפק אם טיגון נחשב כבישול או כאפיה, וממילא יש להסתפק אם סופגניה היא פת או תבשיל, דהא בהא תליא; וצ"ע.** (ובשמירת שבת כהלכתה פרק א' סעיף ס"א הכריע שטיגון כבישול).

ב. חיוב סופגנין בחלה

בענין הפרשת חלה נפסק בשו"ע (יו"ד סי' שכ"ט סעי' ג'):

> עיסה שבלילתה עבה, וגלגלה על דעת לעשותה סופגנין – פטורה.

אך הש"ך (ס"ק ד') **כתב שהרבה פוסקים חולקים; והיכא דבלילתה עבה, אפילו אם גלגלה על דעת לבשלה – חייבת בחלה, דמיד נתחייבה משעת גלגול. ולכן יש להחמיר ולהפריש בלא ברכה.**

למדנו מכאן שאמנם טיגון הוא כבישול; אך בחלה אזלינן בתר לישה, כי חיוב חלה חל בזמן הגלגול, אלא שבעינן דין "לחם". ולחומרא יש כאן דין "לחם", כי בתר גלגול אזלינן. אך לענין פת עכו"ם יש לומר להיפך, שלחומרא בתר בישול אזלינן. ואע"פ שבישולי עכו"ם אסורים מדרבנן, ויש להקל בספק – כאן אין זה ספק. כי הרבה יותר מסתבר לומר שזהו תבשיל, ורק לענין חלה אזלינן בתר גלגול, משום שנאמר: "ראשית **עריסותיכם**". ומה שהקלו בפת עכו"ם יותר מאשר בתבשיל, הוא משום חיי נפש (עי' ש"ך סי' קי"ג ס"ק ו'). וכן כתב הידי־אפרים (לשו"ע יו"ד סי' קי"ב סעי' ו' בהג"ה, ד"ה או) בשם התשב"ץ (ח"ג סי' י"א) שיש לאסור את הסופגנין משום בישולי עכו"ם.

ועיין מה שכתב הפר"ח (סי' קי"ב ס"ק י"ז בסופו) בשם הריב"ש (בתשובה, סי' כ"ח בסופו):

> לכן"נ, כל שבלילתו רכה ונאפה ע"י משקה, כגון הני סופגנין דידן – לאו נהמא הם, ואסורין משום בישולי עכו"ם.

וכן פסק הרמב"ם (הל' מאכלות אסורות פי"ז הי"ח). אלא שהרמב"ם אסר זאת משום גיעולי עכו"ם. וא"כ אדרבה, יש להוכיח מדבריו שסופגנין שאין בהן חשש גיעולי עכו"ם – מותרים, ואין בהם משום בישולי גויים, וצ"ע. ומדיוק דברי הריב"ש עולה שהוא לא אסר אלא בסופגנין שבלילתן רכה, משום שהם תבשיל. אך אם נעשו בבלילה עבה, כמו הסופגניות שלנו, יש להן דין "לחם" אע"פ שניטגנו. ואולי הוא סובר שטיגון כאפיה דמי ולא כבישול. וא"כ מהרמב"ם ומהריב"ש עולה דווקא היתר לסופגניות שלנו. וצ"ע.

ג. חיוב סופגניות בברכת המזון

עוד פסק הפר"ח (יו"ד סי' קי"ב ס"ק י"ז), שכל דבר שאם קובע עליו סעודה חייב בברכת המזון, דין פת יש לו. וכן כתבו התוס' (ביצה ט"ז ע"ב ד"ה

קמ"ל), יעוי"ש. ולפי"ז צ"ע בסופגנין שקבעו עליהם סעודה, אם חייבים בברכת המזון.

ועיין שו"ע (או"ח סי' קס"ח סעי' י"ג), שם מובאת מחלוקת: לדעה הראשונה שם, דבר שבלילתו עבה וטיגנה אין מברכין עליה המוציא. ובמשנ"ב (ס"ק ע') כתב שהדברים אמורים אפילו אם קבע עליהם את סעודתו. ולדעה השניה, כל שתחילת העיסה עבה, אפילו בישלה או טיגנה אח"כ – מברך עליה המוציא. ולמעשה כתב המחבר שירא שמים לא יאכל עד שיברך על לחם, והרמ"א כתב שנהגו להקל.

וא"כ לפי הרמ"א יש להחמיר בנד"ד ולהתייחס אל הסופגניות כאל תבשיל. ועיין משנ"ב (ס"ק ע"ה) שכתב בדעת הרמ"א, שאפילו אם אכל כדי שביעה, אם דעתו היתה מלכתחילה לטגן את העיסה – אין מברכין ברכת המזון על הסופגנין. ולענין בישולי עכו"ם יש לומר בדעתו שיהיה אסור משום שהוא תבשיל; ואילו לשיטת המחבר נראה שיש ספק בדבר. (ועיין יחוה דעת ח"ה סי' נ"ג שמקל בסופגניות).

תשובה

מכיון שכל הדיון שלנו הוא אליבא דהמחבר, והמחבר מסופק מה דין סופגנין, צ"ע אם יש להקל בספיקא דרבנן. וכידוע, אע"פ שספיקא דרבנן לקולא; לכתחילה אין עושים ספק, ורק בדיעבד, כשנוצר ספק, יש להקל.

ולכתחילה נראה שהנוהגים כדעת מרן המחבר צריכים להחמיר בסופגניות שניטגנו ע"י פועל גוי, אף אם ישראל הדליק את האש.

מסקנות

א. יש מחלוקת בין הפוסקים אם טיגון נחשב כבישול, ונטיית הפוסקים היא לומר שטיגון כבישול.

ב. לדעת הרמב"ם והריב"ש, עיסה שבלילתה עבה וניטגנה יש לה דין של "לחם" לחיוב חלה (ללא ברכה) ולבישולי עכו"ם.

ג. הגדרת "לחם" בדין בישולי עכו"ם תלויה בהגדרת "לחם" בדיני ברכות. וכל מאפה שמברכים עליו "המוציא" וברכת המזון אם קבעו עליו סעודה, מוגדר כ"לחם" לענין בישולי עכו"ם.

ד. בדין עיסה עבה שניטגנה, יש מחלוקת בין הפוסקים אם מברכים עליה "המוציא" וברכת המזון במקרה שקבעו עליה סעודה.

סימן יח

תבנית סתמית שנתערבה בתבניות חלביות

ראשי פרקים

שאלה
א. חלב – "היתרא בלע" או "איסורא בלע"?
ב. ביטול כלי ברוב
ג. הגעלה מחלב לבשר
תשובה
מסקנות

שאלה *

מי שנתערבה לו תבנית אפיה חלבית בשתי תבניות סתמיות, מה יעשה? אם נניח שניתן להכשיר תבנית אפיה רק ע"י ליבון, יש חשש שתבניות אלו לא יעמדו בכך, ויתקלקלו. לאור זה, האם ניתן לסמוך על ביטול ברוב?

א. חלב – "היתרא בלע" או "איסורא בלע"?

לכאורה חלב נקרא "היתרא בלע", ולכן תבנית חלבית אינה צריכה ליבון, ודי לה בהגעלה (עי' ע"ז ע"ו ע"א; שו"ע או"ח סי' תנ"א סעי' ד', מג"א ס"ק י"א, ט"ז ס"ק ח'). אך הפר"ח (יו"ד סי' צ"ג ס"ק ד' בסופו) כתב שמבשר לחלב מקרי "איסורא בלע". ועיין שד"ח (חלק ז' עמ' 355-350, אסיפת דינים מערכת ה' סי' י"ז) שהאריך בענין זה, והביא מערכה מול מערכה: הרבה פוסקים סוברים דבשר או חלב מיקרי "היתרא בלע", והרבה סוברים דמיקרי "איסורא בלע". ושם (עמ' 353) מסיק בעל השד"ח:

> נראה דהעיקר להלכה ולמעשה, דמבשר לחלב מקרי "היתרא בלע".

וכן הכריע הגרעק"א (בחידושיו ליו"ד, סי' קכ"א ד"ה אלא) שבשר וחלב נחשבים ל"היתרא בלע", יעוי"ש. וא"כ אפשר להקל ולהכשיר את התבניות בהגעלה. אלא שתבניות הן מלוכלכות בדרך כלל; וכדי שתועיל להן הגעלה, יצטרכו לשפשף אותן היטב, ויש חשש שלא יצליחו לנקותן כראוי. ולכן יהיה הכרח ללבן אותן לפחות ליבון קל (עי' שו"ע או"ח סי' תנ"א סעי' ד'), ותבניות ביתיות לא תמיד עומדות בכך. וא"כ חזרה השאלה אם ניתן לסמוך על הרוב.

ב. ביטול כלי ברוב

אלא שיש לספק זה נפק"מ לחומרא: שאכן רק אם נאמר שתבניות אלו צריכות ליבון חמור ואי אפשר ללבן אותן מבלי שיתקלקלו – א"כ לא הוי דבר שיש לו מתירין, והתבנית האסורה בטלה ברוב, כדין יבש ביבש במין במינו. אך אם נאמר שתבניות אלו, די להן בהגעלה מעיקר הדין, והליבון הוא רק לצורך הסילוק של הלכלוך, ובזהירות רבה אולי אפשר ללבנן ליבון קל – א"כ תבנית זו היא "דבר שיש לו מתירין", ואינה בטלה ברוב, וכולן צריכות הגעלה.

וא"כ, גם אם יש חשש שההגעלה לא תועיל משום שלא ניתן לנקות היטב את התבניות, למעשה הגעלה תועיל להן ממה נפשך: אם הן צריכות הגעלה – הרי הגעלנו אותן; ואם ההגעלה לא הועילה להן, הרי יש כאן ביטול ברוב.

אולם יש להקשות על דברינו. כי נראה לומר שאדרבה, כיון שיכול להשתמש בכלי זה לחלב בלבד, א"כ הוי דבר שיש לו מתירין; וכמו שכתב הרי"ף (חולין דף ל"ב ע"ב), שדבר שיש לו מתירין **עכשיו** לאוכלו בלי בשר, חמיר טפי מדבר שיש לו מתירין לאחר זמן; ואפילו בשאינו מינו לא בטיל, וכמו שהר"ן (נדרים נ"ב ע"א ד"ה וקשיא) ביאר את דבריו.

וא"כ על כרחנו צריכים אנו לומר שאי אפשר לסמוך כאן על ביטול ברוב, אלא יש צורך להגעיל את התבניות. ובהגעלה סגי, בתנאי

* ניסן תשכ"ט.

שיהיו נקיות היטב. ולחילופין אפשר ללבן את התבניות ליבון קל בזהירות, כך שכל השומן יישרף, אך הכלי יישאר שלם.

ג. הגעלה מחלב לבשר

אך בהגעלה ישנה בעיה נוספת: המג"א (או"ח סי' תק"ט ס"ק י"א ד"ה ומכאן) כתב שאין להגעיל מחלב לבשר. אך למעשה יש לומר שמחלבי לסתמי מותר (וכ"כ בדרכ"ת סי' קכ"א ס"ק נ"ט). ורק כלי שהשתמשו בו לכתחילה לחלב או לבשר, הוא שאסור בהגעלה מזה לזה; אך כשהדבר אירע במקרה, מותר (וכ"כ בדרכ"ת שם).

תשובה

למעשה נראה שיש לנקות היטב את שלוש התבניות ולהגעיל או ללבן אותן ליבון קל, ואז כולן נעשות סתמיות.

מסקנות

א. לדעת רוב הפוסקים, חלב ובשר מוגדרים כ"היתרא בלע", ולכן אינם חייבים ליבון אלא הגעלה.

ב. כלי שאינו סתמי, יש לו דין של "דבר שיש לו מתירין", ואין לסמוך בו על ביטול ברוב.

ג. אמנם לכתחילה אין להכשיר כלי חלבי לשם שימוש לבשר, אבל אם הכלי נעשה חלבי באקראי, וכן אם מטרת ההכשרה היא לשימוש סתמי – מותר.

סימן יט

חיוב אורח בטבילת כלים

ראשי פרקים

שאלה
א. האיסור להשתמש בכלים שאינם טבולים
ב. שיטת ה"איסור והיתר" ומהר"ח אור־זרוע
ג. איסור טבילת כלים בשבת וביו"ט
ד. טבילת כלים באורח
ה. אנוס בטבילת כלים
תשובה
מסקנות

שאלה *

מי שמתארח בביתו של אדם שלא הטביל את כליו, האם מותר לו לאכול שם?

א. האיסור להשתמש בכלים שאינם טבולים

נראה לענ"ד שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים, אם יש איסור מהתורה להשתמש בכלים שאינם טבולים: לדעת ה"איסור והיתר" (כלל נ"ח סעי' פ"ה) ועוד ראשונים (עי' אנציקלופדיה תלמודית ערך טבילת כלים הע' 37), אסור להשתמש בכלים שאינם טבולים. וכן פסק הרמ"א (יו"ד סי' ק"כ סעי' ח' בהג"ה). ובאו"ז (פסקי ע"ז סי' רצ"ג) כתב שזהו איסור תורה הנלמד מגזירת הכתוב. אך לדעת הסוברים שאין איסור להשתמש בכלי לפני טבילה (הגה"מ הל' מאכלות אסורות פי"ז אות ח'), או אם נניח שהאיסור הוא רק מדרבנן (כדלקמן אות ב־ג'), יש לומר שזו גזירה על בעה"ב שלא ישתמש ללא טבילה, בגלל חשש שמא ישכח ולא יטבול. א"כ אין כאן איסור "חפצא", על הכלי, אלא חיוב "גברא", על בעה"ב. וכשבעה"ב לא טבל, האורח אנוס הוא. ומצינו שבמקום אונס, כשאין אדם יכול לקיים מצוה, אינו אסור בשימוש באותו דבר.

* ניסן תש"ן.

ועיין שו"ע (או"ח סי' י"ג סעי' ג') שהביא את דברי הגמרא (מנחות ל"ז ע"ב) שמי שנפסקו הציציות בטליתו בשבת, יכול ללבוש את הטלית משום כבוד הבריות, משום שאינו יכול להטיל ציצית בשבת. והטעם לכך נאמר במרדכי (הל' ציצית סי' תתקמ"ד), שהוא משום שאין איסור "חפצא" על לבישת טלית לא מצוייצת, אלא חיוב "גברא" להטיל ציצית. ובשבת, שאינו יכול לקיים את המצוה – הרי הא פטור. ומכיון שהאיסור ללכת בציצית פסולה בכרמלית בשבת הוא רק מדרבנן, אומרת הגמרא שמשום כבוד הבריות לא גזרו; אך אין איסור תורה בלבישת בגד ללא ציצית. (ונראה שאפשר לדמות זאת לכך שלא אסרו להיכנס לבית ללא מזוזה). ועי"ש במג"א (ס"ק ח') שכתב שמשום כבוד הבריות אפשר להתיר ללכת בציצית פסולה גם ביום חול. אך העיקרון שלימדנו המרדכי הוא שבמקום שהחיוב מוטל רק על הגברא, והוא אנוס – אין איסור להשתמש בדבר, כגון טלית לענין ציצית ובית לענין מזוזה. ונראה שהוא הדין בכלים לענין טבילה, אם נניח כאמור, שטבילת כלים היא חובת גברא, כמו ציצית.

ב. שיטת ה"איסור והיתר" ומהר"ח אור־זרוע

מקורה של סברה זו, להשוות טבילת כלים להטלת ציצית בבגד, הוא בשו"ת אבני־נזר (או"ח סי' תי"ח). אלא שלאבני־נזר פשיטא שאין איסור שימוש בכלי לפני טבילה, אלא רק ביטול מצוה, כפי שכתב בהגה"מ (הובא לעיל אות א'); ולא הביא את דעת החולקים. יתר על כן, הוא דייק מהאו"ה שאין איסור "חפצא" על הכלי אלא רק חובת "גברא", על האדם. והוכיח זאת ממה שכתב האו"ה (כלל נ"ה סעי' צ"א) שכלי שיש לישראל שותפות בו עם גוי, פטור מטבילה. ובטעם הדבר כתב האבני־נזר שהרי אי אפשר לטובלו, כי חלקו של הגוי נשאר בטומאתו. והקשה בבית מאיר (סי' ק"כ סעי' י"א), א"כ איך ישתמש בו בלא טבילה? וע"כ צריך לומר שבמקום שהוא אנוס רשאי להשתמש בו גם בלא טבילה. וקשה: הרי האו"ה הוא מקור דברי הרמ"א (סי' ק"כ סעי' ח') שכתב שאסור להשתמש בכלי לפני טבילה, ואלו דבריו:

> אסור להשתמש בו לצרכי סעודה אפילו דרך עראי בלא טבילה, אע"פ שלקחו לצורך קלפים.

כלומר, שיש על הכלי איסור "חפצא". א"כ כיצד נתיר לדעתו להשתמש במקום אונס? ומדברי הרמ"א משמע שאכן למד זאת מדברי האו"ה (כלל נ"ח סעי' פ"ה), שכתב:

> סכין קטן של סופרים שחותכין בהן קלפים – אסור לאכול בהן עראי אם לא טבלן.

אלא שבדעתם אפשר לומר שהאיסור הוא רק מדרבנן, ורק על הבעלים. שמכיון שהם חייבים במצוות טבילה, גזרו עליהם שלא ישתמשו בכלי לפני טבילה. אך אורח רשאי להשתמש בכלי ללא טבילה.

מיהו כתב בשו"ת מהר"ח אור־זרוע (סי' ס"ג):

> איני יודע שום חילוק בין בעל הכלי לאחד השואלו ממנו: אם אסור להשתמש ממנו קודם הטבילה, גם השואל אסור; ואם יתר (אצ"ל: יותר) השואל – אף הבעלים מותרים... ואין לנו אלא לשון הברייתא: "וכולן שנשתמש בהן עד שלא יטביל" (ר"ל שנשתמש בהן בדיעבד, אך לא לכתחילה), ובקרא איתקש לגיעולי נוכרים: "וטהר" – הוסיף לך הכתוב טהרה אחרת.

רצונו לומר שהתורה הקישה טבילה להגעלה. וכשם שהגעלה מכשירה את הכלי מאיסור להיתר, כך גם הטבילה מעלה מאיסור להיתר. ומשמע שלפני טבילה היה הכלי אסור בשימוש. וגם האו"ה (כלל נ"ח ס"ק א') כתב שטבילה, להכשירו מן האיסור היא. מיהו דיוק זה בדברי האו"ה אינו מוכרח כל כך. שכן אפשר לומר שהבעלים מצווים לטבול את הכלי, ובכל רגע שהם משתמשים בכלי ללא טבילה, הרי הם מבטלים עשה, וא"כ יש כאן כעין איסור; אך האיסור אינו איסור "חפצא" אלא חובת "גברא". אך בדעת המהר"ח או"ז, שכתב שאין חילוק בין המשאיל לבין השואל, ע"כ צריך לומר שהאיסור הוא איסור "חפצא".

ועיין מעדני־ארץ (להגרש"ז אויערבך זצ"ל, שביעית, סי' ט"ז ס"ק י'), שפשיטא ליה שאיסור השימוש בכלי לפני הטבילה הוא רק מדרבנן. וצ"ע, שמהאו"ז משמע שהוא מהתורה. וכמו כן יש להעיר מהביה"ל (או"ח סי' שכ"ג סעי' ז' ד"ה מותר), שכתב שהאיסור הוא מדרבנן. (ועי' תשובתו של הגרש"ז אויערבך זצ"ל להרב צבי כהן, בספר "טבילת כלים" עמ' רי"ד־רט"ו).

ג. איסור טבילת כלים בשבת וביו"ט

והנה נאמר במשנה במסכת ביצה (י"ז ע"ב) שאין מטבילין כלים לטהרם מטומאתם בשבת. ובגמ' (דף י"ח ע"א) נאמרו ארבעה טעמים לאיסור זה:

א. רבה – גזרה שמא יעביר את הכלי ד' אמות ברשות הרבים כדי להטבילו.

ב. רב יוסף – גזרה משום כלים שיש בהם סחיטה.

ג. רב ביבי – שמא ישהה את הכלי עד שבת כדי להטבילו, ובינתיים ייכשלו וישתמשו בו לתרומה.

ד. רבא – מפני שהמטביל נראה כמתקן כלי.

הרי"ף (דף י' ע"א) הביא רק את טעמם של רב יוסף, שאסור משום סחיטה, ושל רב ביבי, שמא ישהה. והרא"ש (פ"ב סי' י"ב) תמה עליו, והבין ממנו שלדעתו מותר להטביל ביו"ט כלים חדשים שנקנו מן הגוי, כי הנימוקים של רב יוסף ושל רב ביבי אינם שייכים לטבילת כלים של גויים. שהרי כלי מתכת אינם בני סחיטה; וגם אין לגזור שמא ישהה, כי אין כאן חשש של איסור תורה (עי' קרבן נתנאל שם אות כ').

ולכאורה יש להוכיח מכאן שלדעת הרי"ף אין איסור מהתורה להשתמש בכלי לפני טבילתו. שהרי אם היה איסור כזה מהתורה, היה מקום לגזור גם בכלים חדשים שמא ישהה את הכלי וישתמש בו באיסור.

מאידך גיסא, הרי"ף לא הביא את טעמו של רבה, שמא יטלטל את הכלי ברשות הרבים, ושל רבא, משום מתקן. ומדברי הקרבן־נתנאל (אות ל') עולה שהרי"ף פסק שלא כרבא. כלומר: אמנם לרבא יש איסור מתקן הן בכלי טמא והן בכלי הנקנה מגוי; אך הרי"ף פסק שלא כמותו, כי לדעתו אין בטהרת כלי משום תיקון כלל; כי הכלי לא היה מקולקל קלקול פיזי ותוקן, אלא שהיה טמא או אסור, והוכשר. והנה, לולא דברי הקרבן־נתנאל היינו אומרים שהרי"ף לא הביא את דברי רבא, משום שאין כיום נפק"מ למעשה לשיטת רבא. וזאת משום שכלי הנקנה מגוי בלאו הכי אינו אסור מצד ה"חפצא", ולא שייך בו תיקון כלל, אפילו לרבא. וא"כ אפילו לדעתו של רבא, שאוסר להטביל כלי טמא משום תיקון, אין איסור להטביל כלי הנקנה מגוי, מאחר שאינו אסור בעצם. אך הקרבן־נתנאל סובר שלרבא גם בכלי הנקנה מגוי יש משום תיקון, כי הכלי אסור כנראה מצד ה"חפצא"; והרי"ף פסק שלא כרבא, גם בכלי טמא וגם בכלי הנקנה מגוי, כי לדעתו אין זה תיקון, וכנ"ל.

ועל הסבר זה יש להעיר, שזה שהרי"ף לא הביא את רבה, אי אפשר לומר שהוא משום שאין חשש טלטול בכלי הנקנה מהגוי, אלא ע"כ אין הלכה כרבה בטבילת כלים. ואע"פ שאנו נוקטים להלכה כרבה בשופר ולולב, לא קיי"ל כוותיה בטבילת כלים, וכמו שכתב הר"ן (לרי"ף ר"ה ח' ע"א ד"ה גמ') בענין מילה. וא"כ יש לומר שכמו כן אין הלכה כרבא, ולא חיישינן ל"מיחזי כמתקן". אך באמת לרבא יש בטבילת כלים של גוי משום תיקון בחפצא, אלא שהרי"ף לא פסק כמותו.

אלא שא"כ יש לכאורה סתירה בדברי הרי"ף: לעיל הוכחנו מהדיוק של הרא"ש בדעת הרי"ף שאין איסור מהתורה להשתמש בכלי לפני טבילתו. וא"כ אין תיקון בטבילת הכלי, כי רק אם נניח שיש איסור שימוש בכלי לפני טבילה נמצאת הטבילה מתקנת אותו. ולכן לא גזרו על טבילת כלים חדשים מחשש שמא ישהה. ואילו מכאן מוכח שיש תיקון בטבילת כלים. אלא שתיקון זה הוא רק משום "מיחזי כמתקן", שהרי אינו תיקון פיסי של הכלי אלא סילוק האיסור ממנו, ובזה אין הלכה כרבא שסובר שיש איסור

"מיחזי כמתקן". ונמצא שדברי הרי"ף נאחזים בסבך!

אמנם יש לומר שלענין החשש שמא ישהה סובר הרי"ף שאין כאן חשש לאיסור חמור, אלא רק לקיום מצוות עשה, ולכן בכלי הנקנה מגוי אין חשש שמא ישהה. מה שאין כן לענין תיקון כלי במקום שיש בו רק קיום **עשה**, שאין זה תיקון; ורק במקום שיש איסור **בלא־תעשה** (כגון: איסור אכילת קדשים בכלי טמא וכדו'), נחשב סילוק האיסור כתיקון הכלי.

ולמעשה, הרא"ש (שם) פסק כרבה וכרבא, ולשיטתם אסור להטביל ביו"ט כלים שנקנו מגוי. ולרבא האיסור הוא משום מתקן. וע"כ צריך לומר בדעתו שאסור להשתמש בכלי לפני טבילתו; שאם לא נאמר כן, אין כאן תיקון. אך לא ברור אם איסור השימוש בכלי הוא מהתורה או מדרבנן.

הרמב"ם (עי' הל' מאכלות אסורות פי"ז ה"ה) כתב שכל חיוב הטבילה הוא רק מדברי סופרים. מיהו בערוה"ש (יו"ד סי' ש"כ סעי' ב־ד) כתב שהכוונה היא לאיסור מהתורה, אלא שאינו כתוב במפורש בתורה. והרמב"ם הולך לשיטתו בכמה מקומות, שדבר שאינו מפורש בתורה נקרא "מדברי סופרים". (אלא שגם לפירוש זה, במקום ספק יש אולי מקום להקל כספיקא דרבנן, עי' הל' שחיטה פ"ה ה"ג, ועיש"ה).

וא"כ יש מקום להקל לפחות בכלי זכוכית, שחיוב טבילתם הוא רק מדרבנן, משום שלכו"ע אין איסור מהתורה להשתמש באותו כלי; ובאורח, שהמצוה לא חלה עליו, יתכן שבכלל לא גזרו, או שמכיון שהוא אנוס הוא פטור מן המצוה, וא"כ בחיוב דרבנן יש מקום להקל.

ד. טבילת כלים באורח

ועיין בספר טבילת כלים (לידידי הרב צבי כהן, פרק ג' סוף הע' י"ט) שכתב בשם שו"ת בית אבי (להרא"א ליעבעס) שנוטה להקל באורח, משום שאורח אינו שואל ואינו שוכר, ואין לו כל אחריות על הכלי. וכנראה שדעתו היא שרק הבעלים, או מי שיש לו איזושהי בעלות או אחריות, הם שאסורים בשימוש בכלים שאינם טבולים. אך אורח, שאין לו שום צד של בעלות או אחריות, פטור.

וסברה זו ראויה להאמר רק אם נניח שאיסור השימוש הוא **מדרבנן**, משום גזירה שמא ישהה; ומי שאין לו אחריות אינו בכלל הגזירה. אך מדברי האו"ז (מובא לעיל אות ב'), שלמד את איסור השימוש בכלי מהיקש להגעלה, משמע שהאיסור הוא **מהתורה**, והוא איסור "חפצא" ממש. ולדעתו אין מקום לחלק בין אורח לשואל.

והנראה לענ"ד הוא, שגם לדברי האו"ז לא מסתבר לומר שכלי לפני טבילה כמוהו ככלי לפני הגעלה. שהרי אותו כלי, בזמן שהוא אצל הגוי, מותר בשימוש לישראל, בעוד שכלי שהשתמש בו גוי אסור בשימוש לישראל. וא"כ ע"כ אין כאן איסור "חפצא" על הכלי, אלא שגזירת הכתוב היא שכאשר יהודי קונה כלי מגוי וחייב בטבילה, נוצר איסור "חפצא" על הכלי. כלומר, חיוב ה"גברא" לטבול את הכלי יוצר במקביל גם איסור "חפצא" על אותו כלי. וממילא, כאשר אין חיוב "גברא", אין גם איסור "חפצא". (והדבר דומה קצת לנדר, שרק מי שנדר ומצווה לקיים את דברו, עבורו הדבר הנדור הוא איסור "חפצא", אך לא לאחרים). ולכן אורח, שאינו מצווה להטביל את הכלי, והוא אנוס, עבורו לא חל איסור ה"חפצא" של השימוש.

ה. אנוס בטבילת כלים

וייתכן שהדבר תלוי בחקירה בגדר אנוס: האם אנוס חייב בעצם אלא שאינו יכול לקיים את מצוותו, או שע"י האונס הוא נחשב כפטור לגמרי? שאם נאמר כהצד השני, א"כ אין איסור על הכלי. אך אם נאמר כהצד הראשון, יתכן שיש איסור על הכלי. חקירה זו ידועה, וכבר דשו בה רבים (עיין למשל מאמרו של מו"ר הרמ"צ נריה זצ"ל, "בן נח שרצח באונס": "התורה והמדינה" כרך י"א־י"ג, "ענבי פתחיה" עמ' 257).

ובספר "טבילת כלים" (הנ"ל, פרק ג' סעי' י"ז) כתב בשם המהרי"ל דיסקין (בשו"ת, קונ"א סי' ה'

אות קל"ו) שהשואל כלי מקטן, אינו חייב להטבילו, כיון שלא נתחייב אצל הקטן. משמע מדבריו שהאיסור להשתמש לא חל על השואל מצד עצמו אלא רק מכוח בעה"ב. וכיון שבעה"ב פטור, גם הוא פטור. ושני דברים למדנו מדבריו:

א. שרק בעה"ב חייב בטבילה ולא הבא מכוחו, כגון שואל, וק"ו אורח. (ולכאורה דבריו אינם עולים בקנה אחד עם דברי האור זרוע).

ב. שקטן פטור מטבילה. וכידוע, הסתפקו האחרונים בגדר קטן, אם הוא פטור בעצם, או שמא הוא רק נחשב לאנוס (עיין למשל חלקת יואב או"ח סי' א'). ובשלמא אם נאמר שקטן פטור בעצם, ניחא, שהשואל ממנו פטור מטבילה. אך אם נניח שהקטן אינו פטור בעצם, אלא נחשב לאנוס, ונניח גם שאנוס אינו פטור בעצם, מדוע השואל ממנו פטור? וע"כ צריך לומר בדעתו אחת מהשתיים: או שקטן פטור בעצם, או שאנוס נחשב לפטור בעצם. ומ"מ מדברי המהרי"ל דיסקין עולה שלא פסק להלכה כהאו"ז, או שלדעתו גם להאו"ז אין זה חיוב "חפצא" רגיל, אלא חיוב "חפצא" הנובע מחיוב ה"גברא" של הבעלים החייבים בטבילה. ולכן קטן, שאינו חייב מצד ה"גברא" כליו פטורים מצד ה"חפצא".

תשובה

למעשה נראה לומר שהאורח אינו חייב בטבילת הכלי מצד עצמו. ולכן, כשהוא אנוס, בשעת הדחק, הוא יכול לסמוך על הסוברים שאינו חייב בטבילת הכלי, והוא רשאי להשתמש בו.

מסקנות

א. הלובש בגד ללא ציצית אינו עובר איסור תורה בעצם הלבישה, למרות שלא קיים את המצוה להטיל ציצית בבגד. ולדעת רוב הפוסקים זהו גם הדין של כלים שלא נטבלו כדין, מפני שלדעתם חיוב טבילת כלים הוא חובת "גברא" ולא חובת "חפצא".

ב. יש מחלוקת בין הפוסקים אם מותר לטבול כלים חדשים בשבת וביו"ט. לדעה המתירה, חובת הטבילה אינה חובת "חפצא", משום שאם כך היה בזה משום "מיחזי כמתקן".

ג. חובת הטבילה חלה על מי שקונה, שואל או שוכר את הכלים; אבל לא על אורח, משום שאין לו צד בעלות או אחריות עליהם; וכן משום שהוא אנוס.

סימן כ

כלי שלל שלא נטבלו

ראשי פרקים

שאלה
א. גדרי הקנין בשלל מלחמה
ב. מיהו הקונה בכיבוש מלחמה?
ג. האם הקנין הוא לזמן או לעולם?
ד. דינו של קנין מלחמה לזמן
ה. חיוב שואל בטבילת כלים
ו. מיהם הבעלים?
ז. כלי סחורה
תשובה
מסקנות

שאלה *

לאחר מלחמת יום הכיפורים שהו חיילים רבים באיזור שממערב לתעלת סואץ, שנקרא אז "ארץ גושן". בהיותי שם, נשאלתי ע"י חיילים השוהים

* כסלו תשל"ד.

שם: מה דינם של כלי אויב שהם משתמשים בהם כל עוד הם נמצאים באיזור, האם הם חייבים בטבילה?

הבעיה נובעת מכך שאמנם כלים שישראל קונה מגוי חייבים טבילה, אבל כלים שהוא שואל ממנו אינם חייבים טבילה (שו"ע יו"ד סי' ש"כ סעי' ח'). והשאלה לענ"ד היא: האם הבעלים של הכלים הם ישראל? ולאור זה, האם החיילים חייבים לטבול את הכלים הללו לפני השימוש?

א. גדרי הקנין בשלל מלחמה

במסכת גיטין (ל"ח ע"א) נחלקו רש"י ותוס' בגדר הקנין בכיבוש מלחמה ע"י גויים: לדעת רש"י (ד"ה בחזקה) גוי קונה בכיבוש מלחמה רק מדין ייאוש וחזקה: המלחמה גורמת לייאוש, ואח"כ מועיל קנין החזקה של הכובש הנעשה לאחר הייאוש. לשיטת ר"ת (מובא בתוס' ד"ה אבל) הכיבוש קונה מצד עצמו. וצ"ע בדעת רש"י: מה הדין בישראל, האם גם ישראל קונים רק בקנין חזקה לאחר ייאוש, כמו גוי, או שבישראל חידשה התורה קנין כיבוש בפני עצמו, גם לרש"י, וכשיטת ר"ת לגבי גוי?

ועיין רש"י (סנהדרין נ"ט ע"א ד"ה לאו בני כיבוש), שכתב:

לא ניתנה ארץ לכבוש אלא לישראל.

ונראה לענ"ד שרצונו לומר שלא חידשה התורה דין קנין כיבוש ללא קנין אחר אלא לישראל. ונפק"מ לאשת יפת תואר: שאצל גוי, שכל קניינו הוא רק לאחר ייאוש, באשה לא שייך ייאוש. כי ייאוש שייך רק בממון, אך לא באשה. וממה נפשך: אם אשה זו החליטה לנטוש את בעלה, ממילא אינה אשתו (בנכרי); ואם לא החליטה לנטוש אותו, אינו מתייאש ממנה, ודו"ק היטב.

אך בישראל מהני קנין כיבוש מלחמה גם ללא ייאוש. וכן כתב בשו"ת דבר־אברהם (ח"א סי' י' ס"ק י"ז), שבישראל מודה רש"י שכיבוש מלחמה כשלעצמו – קונה. והוכיח זאת מכך שכיבוש מקדש את הארץ למצוות התלויות בה, עי"ש. (ועי"ש, ס"ק ו', שהביא ראיה להיפך מקידושין כ"ו ע"א, ודחה אותה. מיהו, מה שכתב שם שכדי לזכות בכל הקרקע מהפקר צריך דעת מקנה, יש לומר שכאן יש דעת מקנה, שהרי הקב"ה הוא בעה"ב על ארץ ישראל, והוא המקנה אותה לעם ישראל).

ובזה נראה לענ"ד לדחות מה שהביא בשו"ת הר־צבי (יו"ד סי' ק"ט) בשם הגאון מצ'כנוב, שאם היו הכלים הפקר לפני שנפלו לידי ישראל, אינם חייבים בטבילה, למרות שהיו קודם של גוי. והוכיח את דבריו מכך שבמלחמת סיחון ועוג לא נתחייבו בטבילת כלים (עי' רמב"ן במדבר ל"א כ"ג שעמד על כך). וע"כ ההסבר לכך הוא משום ששם הרגו כל נפש, והכלים נשארו הפקר. אך במדין, שהרגו רק כל זכר, הכלים לא נעשו הפקר, ולכן נתחייבו בטבילה. ולדברינו, שהכיבוש עצמו קונה, אין ראיה לחילוק זה. וגם במלחמת סיחון ועוג, מיד עם הכיבוש עברו הכלים לידי ישראל מבלי שהופקרו ע"י בעליהם. ועי"ש בהר־צבי, שדחה את ראייתו באופן אחר, אלא שהוא רצה ללמוד מדבריו לכלים שנפלו שלל במלחמה, שייפטרו מטבילה, משום שהיו הפקר לפני נפילתם לידי ישראל.

ולענ"ד, גם לפי הנחתו, במלחמה אין דין הפקר אלא דין ייאוש, כמו שכתב רש"י (גיטין ל"ח ע"א). ובייאוש כתבו האחרונים (קצוה"ח סי' ת"ו ס"ק א', נתיה"מ סי' רס"ב ס"ק ג', נחלת דוד ב"ק כ' ע"ב ועוד) שאין החפץ יוצא מידי בעליו עד שיגיע לידי המוצא. ואין לחלק בין ייאוש רגיל לייאוש במלחמה, שהוא אבוד ממנו ומכל אדם, שהרי נתיה"מ (שם) הביא ראיה מרב ספרא שהפקיר את חמורו לארי (ב"ק קט"ז ע"ב), ולעומת זאת במציל מפי הארי ומפי הדוב נאמר בגמרא (ב"מ כ"ד ע"א) שדינו כמציל מזוטו של ים, שאבוד ממנו ומכל אדם, ובכל זאת הוא ייאוש ולא הפקר. וא"כ נראה שהוא הדין במלחמה. וצ"ע בדברי הגרצ"פ פראנק.

וא"כ אין מקום להקל בנד"ד בטענה שהכלים באו לידי ישראל מן ההפקר. ועיין בדברי הגרצ"פ פראנק (כרם ציון השלם, אוצר השביעית, הר צבי סי' ז'; שו"ת הר צבי זרעים ח"א סי' י"ח אות א') בגדר שלל

מלחמה, שמביא מדברי הגר"ד פרידמן (פסקי הלכות ח"ב, דף ל"ח ע"א) ג"כ שהכיבוש עצמו קונה.

והנה יש כמה נפק"מ לבעיה זו:

א. מיהו הקונה בכיבוש מלחמה? האם כל חייל הזוכה בשלל או הצבא כולו?

ב. האם הקנין הוא לעולם, או שהוא קנין לזמן?

ב. מיהו הקונה בכיבוש מלחמה?

אם נאמר שהכיבוש עצמו קונה, הרי מכיון שהכיבוש נעשה ע"י ציבור – הציבור הוא הזוכה, והוא הבעלים, ולא כל אחד ואחד באופן פרטי. וא"כ חובת הטבילה מוטלת על הבעלים, דהיינו: המוסדות המוסמכים של הצבא, ולא על כל אחד ואחד. ואם כל אחד ואחד קונה, יוצא שחיוב הטבילה הוא על כל אחד ואחד שזוכה בכלי. ועי' מקנה (קידושין כ"ו ע"א ד"ה שם ובחזקה) שכתב שהכיבוש קונה לציבור כולו, ואח"כ יש צורך בחלוקה ליחידים. ועי' דבר אברהם (סי' י' אות י"ב-י"ד).

והנה מצינו ששלל מלחמה אינו שייך לכל אחד ואחד, אלא שייך לכולם וצריכים לחלוק בשווה, "כחלק היורד במלחמה וחלק היושב על הכלים, יחדיו יחלוקו" (שמואל א' ל' כ"ד). וגם היורדים למלחמה, מסתבר שצריכים לחלוק ביניהם בשווה. ולכן גם חצי מהשלל שייך למלך (רמב"ם הל' מלכים פ"ד ה"ט).

אמנם ממלך אין ראיה כל כך. שכן אע"פ שכל אחד ואחד זוכה לעצמו, המלך יכול להפקיע ממנו; כמו שנאמר במשפט המלוכה (שמואל א' ח' ט"ו), "וזרעיכם וכרמיכם יעשור ונתן לסריסיו ולעבדיו", וככל דין מיסים. אולם עיין תוס' (סנהדרין כ' ע"ב ד"ה מלך) שכתבו שממשפט המלוכה יכול המלך רק ליקח וליתן לעבדיו, וכן כתב הרמב"ם (הל' מלכים פ"ד ה"ו); בעוד שבשלל הוא רשאי ליטול לעצמו. וא"כ ע"כ צריך לומר שמלכתחילה נקנה השלל חציו למלך וחציו לעם. וצ"ע.

וכן יש להביא ראיה שהשלל שייך לציבור, מדברי רש"י (במדבר ל"א י"א) שכתב שבני ישראל לא נחשדו על הגזל, לשלוח ידם בביזה שלא ברשות. ומשמע שהשלל אינו הפקר לכל אלא שייך לציבור. (ולפי מה שכתב בשו"ת אגרות משה, מובא להלן, מלחמה בחו"ל שאני, שהשלל שייך לציבור).

וכן מוכח מיהושע, שהחרים את יריחו. ומשמע שהשלל היה שייך לו. שאם היה הפקר, היאך יכול היה להחרים דבר שאינו שלו? והרי נאמר במסכת נדרים (ל"ד ע"ב):

אמר רבא: היתה לפניו ככר של הפקר, ואמר: כיכר זו הקדש; נטלה לאוכלה – מעל לפי כולה.

ועי"ש ברש"י (ד"ה נטלה) שכתב שהמדובר דווקא בשנטלה. ולדעת הר"ן (ד"ה אמר רבא) מדובר רק כשהיה בד' אמותיה של הכיכר. והרמב"ם (הל' מעילה פ"ד ה"ט) פירש שהמדובר בקונמות ולא בהקדש. וא"כ אין צורך שיזכה בו! ואולי גם ביהושע החרם היה קונם ציבורי. (ועי' שו"ת הרא"ם, סי' נ"ז, שפירש בדעת הרמב"ם בתשובה, שנדר ציבורי חל על כל הציבור. ומיהו לפי מה שנוכיח להלן, שבניצחון ניסי השלל הוא הפקר לכל, א"כ בירושו כו"ע יודו שהשלל היה הפקר לכל. וע"כ צריך לומר שהיה כאן נדר ציבורי).

וכן יש להביא ראיה ממסכת סנהדרין (צ"ד ע"ב), שבני דורו של חזקיהו שאלו את הנביא על שלל סנחריב: "לבזוז או לחלוק"? והנביא ענה להם: "כאוסף החסיל – מה אוסף החסיל כל אחד ואחד לעצמו, אף שללכם, כל אחד ואחד לעצמו". ומכאן משמע שלשלל סנחריב היה דין מיוחד, משום שהוא לא נוצח במלחמה, אלא במגפה. ולכן נסתפקו כיצד חולקים את שללו; ונענו שהשלל הוא הפקר לכל. ומכאן משמע שבמלחמה רגילה השלל אינו הפקר אלא רכוש הציבור כולו. וכנראה – משום שהציבור הוא העורך את המלחמה, ולא כל יחיד ויחיד. וכן כתב הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' ט').

ועיין מה שכתב הגר"מ פיינשטיין (דברות־משה ב"מ סי' כ"ה ענף א'), שלדעתו הרמב"ם חולק על הרא"ש וסובר שבכיבוש א"י הביזה שייכת לנוטל. והוכיח זאת ממה שכתב הרמב"ם (הל' שמיטה ויובל פי"ג ה"י), שבן לוי שנטל מהשלל, לוקה. ומשם משמע שכל אדם אחר יכול ליטול מהשלל. אך במלחמת חו"ל השלל מתחלק חציו

למלך וחציו לאנשי הצבא, כלומר, שהשלל שייך בעיקרון למלך. ובנד"ד, שהמלחמה היתה בחו"ל, השלל שייך לציבור.

ונראה לענ"ד לחזק את דברי הדברות־משה. שהנה הרדב"ז (הל' שמיטה ויובל שם) הקשה על הרמב"ם: מדוע בן לוי שנטל חלק בביזה לוקה, הרי הדבר ניתן להישבון? וע"כ צריך לומר דאה"נ, השלל היה הפקר לכל, ובכל זאת התורה אסרה על בן לוי ליטול ממנו. ולכן אין השלל ניתן להישבון. כי למי ישיב? הרי גם אם יפקיר את מה שלקח, אין זה נקרא הישבון, כי לא נטל ממישהו. אך אם נאמר שהוא נטל מהציבור, הרי יכול עדיין להחזיר לציבור. אך זוהי כאמור רק דעת הרמב"ם.

עכ"פ דעת הרא"ש היא שהשלל שייך לציבור. ולדעת הרמב"ם, בחו"ל הדבר ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי. (מיהו עי' שו"ת אגר"מ, יו"ד ח"א סי' רט"ז בסופו, שכתב שבזמן שאין מלך, השלל הפקר. וצ"ע). ולדעת רש"י השלל, לפחות בחו"ל, שייך לציבור. ובדעת רש"י הוכחנו שבישראל הכיבוש כשלעצמו מועיל.

וא"כ נראה שהשלל שייך לציבור כולו, ואינו כהפקר שכל הקודם זכה בו. ומשום כך יכול הצבא לאסור את הביזה על החיילים; שהכל הוא רכוש הכלל ולא זכות הפרט. וא"כ לדעת רש"י והרא"ש השלל שייך לכלל. וגם הרמב"ם, יתכן שסובר כן בחו"ל. ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ג. האם הקנין הוא לזמן או לעולם

נראה שהקנין באותם כלים הוא קנין לזמן, כמו שכתב הדבר־אברהם (סי' י"א אות ח'). והביא ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם (הל' בית הבחירה פ"ו הט"ז), בהבחנה בין קדושה ראשונה, שהיתה ע"י כיבוש, לבין קדושה שניה, שהיתה ע"י חזקה. ואמנם אם קנין כיבוש הוא קנין רגיל לאחר ייאוש, הרי זה קנין גמור. אך לפי מה שהסקנו (לעיל אות א') שקנין שעל ידי כיבוש מלחמה הוא דין קנין מיוחד, הוא מועיל רק כל עוד הכיבוש קיים.

והרב שמריה אריאלי (בספר "משפט המלחמה" עמ' קס"ד) הביא ראיה ממסכת ב"ב (כ"ח ע"ב), שם מביאה הגמ' את הפסוק (ירמיהו ל"ב מ"ד): "שדות בכסף יקנו...", ומבארת שהנביא מזהירם שישמרו את שטרותיהם, כי לא יחזיקו במקח ג' שנים, ולכן יצטרכו לשטר שיעיד על מקנתם. ומשמע שאף שקניינם נפסק ע"י הכיבוש הבבלי, השדה חוזר לבעליו לאחר גמר הכיבוש. אך לענ"ד אין ראיה מא"י, שאינה נקנית עולמית אלא לישראל, שהובטחה להם מאבותיהם ודו"ק (ועי' לקמן סי' קי"ג).

אמנם היה מקום לחלק בין קנין מקרקעין, שהוא קיים רק כל זמן שהכיבוש קיים, לבין קנין מטלטלין, שהכובש יכול לקחת אותם אתו גם לאחר סיום הכיבוש. אבל למעשה נראה שהכל תלוי ברצונו של הכובש. ואה"נ, אם הכובש רוצה ליטול את המטלטלין לעצמו לחלוטין – רשאי. אך אם אינו מתכוון ליטול אותם לצמיתות אלא להשתמש בהם כל זמן שהוא שולט במקום, אין לו בהם קנין הגוף. ומסתבר שכלים אלו, אין להם ערך אלא לצורך שימושם במקומם ובזמנם. לכן לא היתה כוונה לקנותם לחלוטין בקנין הגוף. ולשיטת רש"י, שקנין כיבוש הוא קנין חזקה לאחר ייאוש, יוצא שכשאין לכובש כוונה לקנות, אינו קונה. אך גם לשיטת התוס', שהתורה חידשה קנין של כיבוש, מסתבר שאם אין כוונה לקנות, אינו קונה.

ועיין שו"ע (יו"ד סי' ק"כ סעי' י"א בהג"ה), שם כתב הרמ"א שישראל שגנבו ממנו כליו ומצאם, אינו צריך טבילה; אך אם שר ומושל אנסוהו ולקחו ממנו את כליו – הרי הם צריכים טבילה כשיוחזרו, משום שכבר נשתקעו ביד הגוי. ונראה שהוא הדין להיפך: שר ומושל מישראל שאנסו גוי, כליו חייבים טבילה. ועיין במפרשים (לשו"ע שם). ובביאור הגר"א (ס"ק ל"ב) משמע שחיוב הטבילה הוא רק מדרבנן משום מראית העין, וצ"ע בנד"ד.

ד. דינו של קנין מלחמה לזמן

ולאור מה שאמרנו, יש לעיין: האם נאמר שהקנין הוא לזמן, ואין גוף הכלים נקנה

לישראל, אלא הוי כעין השאלה, שאינה צריכה טבילה, או שהקנין הוא כעין קנין הגוף?

עיין קצוה"ח (סי' רמ"א ס"ק ד') שלדעתו קנין לזמן הוי כקנין הגוף (וכ"כ בקצוה"ח סי' רנ"ז ס"ק ג'; וכן באבנ"מ סי' כ"ח ס"ק נ"ג). והיא שיטת הר"ר אביגדור כ"ץ (מובא בתשובת הרא"ש כלל ל"ב סי' ב' הראשון), אבל הרא"ש (בתשובה שם) חולק עליו. וכידוע, היתר המכירה בשביעית, שהוא מכירה של הקרקעות לזמן מוגבל, מבוסס על שיטת קצוה"ח. ועיין מעדני־ארץ (להגרש"ז אויערבך זצ"ל, סי' ט"ו אות ב') שמסיק שגם לדעת הסוברים שקנין לזמן הוי קנין פירות, אם יש לקונה בתוך הזמן זכות אכילה ויכולת מכירה – מודו כו"ע דהוי קנין גמור. וא"כ בנד"ד, בקנין כיבוש מלחמה, אף שהוא קנין רק לזמן הכיבוש – אינו דומה לקנין לזמן, משום שתוך הזמן יש לישראל בעלות גמורה, ואם היה רוצה לקנותם לחלוטין היה יכול. וכן הזמן אינו מוגבל, שכן יתכן שהכיבוש יהיה קבוע. (ומי יודע את רצון ה' המופלא המתגלה אלינו קמעה קמעה במהלך גאולתנו זו, והיה מקום לחשוב שצה"ל לא ייסוג מארץ גושן). וא"כ לכו"ע יש לקונה בעלות גמורה; ורק כשהכיבוש ייפסק, יפקע הקנין. כי קנין זה אינו בהכנסה לרשותו ע"י מעשה הקנין, אלא בעצם ההימצאות ברשותו, ודו"ק.

ואכן מצינו במלחמת מדין (ע"ז ע"ה ע"ב), שקנו מדין כיבוש מלחמה ונתחייבו בטבילה. אלא ששם מיירי לאחר שהכלים חולקו ונמסרו לידי בעלים פרטיים, וא"כ נעשה גם קנין משיכה והגבהה ע"י כל אחד ואחד. אך בנד"ד, שהכלים לא הגיעו לידים פרטיות, והחיילים המשתמשים בהם אינם מתכוונים לזכות בהם ולקנותם, וגם הוראות הצבא אוסרות לחלוטין כל לקיחת שלל – א"כ אין להם בעלים מסויימים.

והגרצ"פ פראנק (כרם ציון השלם, אוצר השביעית, הר צבי עמ' מ"ו; שו"ת הר צבי זרעים ח"א סי' י"ח) כתב שנכסים הנמצאים בידי האפוטרופוס על נכסי הנפקדים, אף שדעת הממשלה היא להחזירם לערבים – מועיל בהם הקנין של כיבוש מלחמה. וע"כ רצונו לומר שכיבוש מלחמה אינו נחשב קנין כדרכי הקנינים, שהעיקר בהם הוא רצון הצדדים, והקנין אינו אלא גילוי דעתם. שהרי כיבוש מלחמה קונה גם שלא ברצונו של בעל החפץ. וע"כ כיבוש מלחמה הוא קנין מסוג אחר: מכיון שע"י הכיבוש נמצא החפץ תחת רשותו של הכובש במציאות – הרי הוא שלו, אע"פ שאינו רוצה לזכות בו.

והגרצ"פ פראנק כתב שם (כרם ציון עמ' מ"ט סי' ט'; הר צבי שם אות ג' בסופה) דברים נוקבים:

> דמה שהממשלה מצביע עליהם שהם רכוש האויב, רושם זה אינו משמש כלום להתיש כוחו של קנין הכיבוש, משום דמנעשה מוציא מיד דיבור... ושם זה שיש על הכלים, שהם רכוש האויב, אינו אלא סמיות עיניים ופטומי מילי. ובאמת כבר נעשו רכוש יהודי, ויש לחייבם בטבילה.

אמנם סברתו נכונה רק לשיטת התוס' (גיטין ל"ח ע"א ד"ה אבל), הסוברים שיש קנין מחודש ע"י קנין מלחמה. אך כפי שכתבנו, גם רש"י (שם ד"ה בחזקה) מודה שבישראל הכובש גוי יש לישראל קנין כיבוש מחודש כמו לדעת התוס'.

ה. חיוב שואל בטבילת כלים

ומאחר שהסקנו שהכלים הם בבעלות ישראל, הרי הם חייבים טבילה. אלא שכאמור חיוב טבילה הוא על הבעלים, והבעלים כאן הם צה"ל או הממשלה, ולא החיילים; כי החיילים לא מתכוונים, וגם אסור להם, לזכות בכלים לעצמם.

והנה נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' ק"כ סעי' ח'):

> אם ישראל קנה כלי מהעובד כוכבים והשאילו לחבירו – טעון טבילה, שכבר נתחייב ביד הראשון.

ומשמע שאסור לשואל להשתמש בכלים בלא טבילה, אף שהוא אינו בעל הכלים. ונראה שיש שתי אפשרויות להסביר את חיובו של השואל בטבילה:

א. משום שכל ישראל ערבים זה בזה. וכיון שהראשון לא הטביל, חובת הטבילה חלה על מי שהכלי בידו; שגם הוא חייב בהטבלה מדין

ערבות. (ולפי הסבר זה נראה לענ"ד שסתם החזקה של השני בכלי אינה מחייבת אותו בטבילה, אלא רק בעלות, או אחריות, חלקית לפחות, כשאלה ושכירות).

ב. יש חיוב "חפצא" על הכלי, ואסור לישראל להשתמש בו ללא טבילה. ולנימוק זה יש לומר שכאשר המשתמש אנוס, הוא פטור מלטבול (עי' לעיל סי' י"ט אותיות: א', ד', ה' שם הארכנו בנקודה זו).

והנה הנפק"מ בין שני ההסברים היא בסוג הבעלות המחייבת טבילה. לפי הנימוק הראשון, שהוא מדין ערבות, מסתבר שרק אם הכלי נמצא כרגע באחריותו, אז חלה עליו הערבות. אך אורח, למשל, אין לו דין ערבות. שהרי לא מסתבר שאדם חייב להטביל את כלי חבירו שלא מדעתו; ורק כאשר הכלים באו לרשותו חלה עליו האחריות. ולעומת זאת לנימוק השני, גם אורח אסור לו לאכול בכלי שאינו טבול.

ולפי זה צ"ע. אולי החיילים המשתמשים בכלים אלו אינם אלא כאורחים, ואפי' שואלים אינם, ואין עליהם שום חיוב טבילה; וכל החיוב הוא על הגופים האחראים. ומסתבר לומר שרק שואל, כיון שיש לו קצת בעלות על הכלים, חייב להטבילם אף שאינו בעליהם העיקריים; אך מי שאפילו שואל אינו, לא אסרו עליו להשתמש בהם בלא טבילה. (וכן כתב בשו"ת "בית אבי", להרא"א ליעבעס, סי' קט"ז, מובא בס' "טבילת כלים" פרק ג' סוף הע' י"ט).

ו. מיהם הבעלים?

אלא שהדבר תלוי בחקירה גדולה: מי הם שלטונות צה"ל, הלא אינם גוף פרטי שיש לו חיובים כלשהם? הלא שלטונות צה"ל מייצגים את העם כולו, וגם לחיילים חלק בכלים אלו, וכולם שותפים בהם. וא"כ חובת הטבילה חלה על כל שותף ושותף. וכבר עמדנו במקום אחר על חקירה זו: האם לגוף ציבורי יש מעמד משפטי מיוחד, וא"כ החיילים אינם שותפים בכלים אלא שואלים או אורחים; או שאין מושג כזה בהלכה, אלא כולם שותפים בכלים. ונטינו לומר שאולי לכלל ישראל יש מעמד משפטי מיוחד ואין לו דין שותפין; אלא שמכלל ספק לא יצאנו ועיין מאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ" (לעיל סי' ג' אות ו').

אך אם נאמר שמדינת ישראל מוגדרת עפ"י ההלכה כשותפות ולא כיישות משפטית עצמאית, אולי יש מקום לפטור את הכלי מטבילה. שהרי במדינת ישראל יש גם אזרחים גויים, וא"כ דין הכלי כדין כלי שיש בו שותפות לגוי ולישראל, שהוא פטור מטבילה (שו"ע יו"ד סי' ק"כ סעי' י"א בהג"ה).

מיהו נראה שגם אם נאמר שהכלים שייכים לכל האזרחים, וביניהם גם נוכרים, אין שותפותם של הנוכרים פוטרת את הטבילה, מכמה סיבות:

א. חלקם של הנכרים בטל ברוב (עי' אבני־מילואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג שכתב כך לענין שקליהם של קטנים, שאינם יכולים להקנותם. דיון זה יובא בהרחבה לקמן, סי' צ"ו י"ד אות ג').

ב. גם אם נאמר שאזרחים נוכרים שותפים ברכוש של המדינה, לא כן הצבא. הצבא נועד להגן על עם **ישראל**, וכשמו כן הוא: צבא ההגנה **לישראל**. ולכן אין לנוכרים שותפות ברכוש הצבא.

ג. גם ביחס למדינה כולה תפיסתנו היא שמדינת ישראל שייכת לעם ישראל ולא לאזרחיה, על אף היות המיעוטים אזרחים שווי זכויות ברמה הפרטית. והדברים ארוכים ואין כאן מקומם.

ד. אמנם הרמ"א פסק שישראל וגוי שקנו כלי בשותפות אינם צריכים טבילה. אולם הש"ך (ס"ק כ"ו) כתב שאם הישראל חזר וקנה את חלקו של הגוי, צריך טבילה. וכאן, ברגע שהכלי נמצא בשימושו הבלעדי של ישראל, יש לו קנין בכלי מדין "ברירה" בשותפין (עי' ר"ן נדרים מ"ה ע"ב ד"ה השותפין), והוא חייב להטבילו. ורק כאשר הכלי אינו עובר משותף לשותף, אז יש לפוטרו, כי הוא נשאר בבעלות שניהם, הגוי והישראל. אך כאשר הכלי נשאר

בשימושו הבלעדי של השותף הישראלי, ולא יגיע לעולם לידי השותף הנוכרי, חלה חובת הטבילה על השותף הישראלי. וא"כ האחריות לטבילת הכלים נופלת על הצד הישראלי בשותפות, כי הכלים בבעלותו וברשותו. ונמצא איפוא שחובת הטבילה מוטלת על הבעלות הישראלית.

ז. כלי סחורה

עוד נראה לומר, שיש לדמות את הכלים הללו לכלי סחורה, שאינם טעונים טבילה. ועיין דרכ"ת (סי' ק"כ ס"ק ע') שהביא את מה שדן בשו"ת שבט סופר (יו"ד סי' ס"ז ד"ה אלא) בענין חיוב טבילה בבקבוקי סודה שנקנו מגויים. וסברתו דומה למה שכתב בערוה"ש (סי' ק"כ סעי' מ"ד-מ"ה), שחנוונוי הקונה כלים מן הגוי כדי לסחור בהם, לא מתחייב בטבילה, ולכן השואל ממנו פטור. (ולדבריהם בקיוסקים וכדו' מותר לשתות, אך המתארח אצל בעה"ב שחשוד על הטבילה, אסור לו לשתות בכליו.)

ואפשר היה לומר בעקבות סברתו של השבט־סופר, שמכיון ששלטונות צה"ל, שהם בעלי הכלים מדין כיבוש, אינם משתמשים בכלים אלו לעצמם, ורק מאפשרים לחיילים להשתמש בהם – דמי ממש לחנוונים או למוכרי סודה, שאין עליהם חיוב טבילה.

תשובה

לכתחילה יש לחייב את החיילים להטביל את הכלים. גם אם אין הם בעלים על הכלים, סוף־סוף הכלים נמצאים בשימושם ובאחריותם, ואסור להם להשתמש בכלים אלו ללא טבילה, וכמו שפסק הגרצ"פ פראנק (הובאו לעיל אותיות א', ד'). אולם כאשר השעה היא שעת הדחק, כשאין מקוה מים סמוך למקום, או כשיש סכנה בהגעה לשם, יש מקום להתיר את השימוש בכלים ללא טבילה (אך לאחר הגעלה!), מכמה סיבות:

א. כלים אלו דומים לכלי סחורה, שפטורים מטבילה (לעיל אות ז').

ב. החיילים אינם בעליהם של הכלים, והאחריות לטבילתם אינה מוטלת עליהם אלא על השלטונות. ולכן דינם כאורחים, שאם הם אנוסים הם פטורים מטבילה (עי' מסקנתנו לעיל סי' י"ט).

מסקנות

א. שלל שישראל לוקחים במלחמה מגויים נקנה להם ע"י כיבוש המלחמה. אך בשלל שגויים לוקחים אלו מאלו יש מחלוקת אם הוא נקנה בייאוש או ע"י עצם הכיבוש.

ב. כלי שלל הנלקחים ע"י ישראל במלחמה נחשבים ככלים שנקנו מגויים ולא ככלים שנלקחו מן ההפקר.

ג. הקנין בכיבוש המלחמה הוא קנין של הציבור ולא של היחידים (ובפרט במלחמה בחו"ל).

ד. באופן עקרוני, קנין שע"י כיבוש מלחמה הוא קנין לזמן, והוא בתוקפו רק כל זמן שהכיבוש נמשך. אבל בפועל, קנין של כיבוש מלחמה במטלטלין נחשב כקנין גמור. ולכן כלי שלל חייבים טבילה.

ה. השואל כלי מישראל שנתחייב בטבילת כלים, חייב לטבול את אותו כלי; אבל השואל כלי מישראל שקנה אותו מגוי רק לשם סחורה – פטור מטבילה. לכן מותר לאכול ולשתות במסעדות או בקיוסקים למרות שהכלים לא נטבלו.

ו. אורח, שהוא אנוס ואינו יכול להטביל את הכלים, מותר לו לאכול ולשתות בכליו של בעה"ב אף אם לא נטבלו.

ז. חיילים המשתמשים בכלי שלל – יש להם דין של אורחים לגבי אותם כלים, וכשהם אנוסים מותר להם להשתמש בהם אף אם לא נטבלו. אולם בהזדמנות הראשונה עליהם להטביל את הכלים.

סימן כא

תרופה אסורה לחולת עור

ראשי פרקים

שאלה

א. האיסור בבליעה של מאכלות אסורות

ב. אכילת דבר שאינו ראוי למאכל אדם

ג. איסור שלא כדרך הנאתו בחולה שאין בו סכנה

ד. איסורי אכילה לחולה שאין בו סכנה

תשובה

שאלה *

אשה סובלת זמן רב מפריחה קשה בעור. ניסו עליה תרופות שונות, והן לא הועילו. לבסוף הציע לה רופא תרופה תוצרת חוץ העשויה שרשי צמח (נר הלילה). החולה ניסתה תרופה זו במשך למעלה מחודש, ואכן היא הועילה. אלא שלפתע היא גילתה שעל התווית מצויין שהכמוסה מכילה ג'לטין (מהסוג הלא כשר) וגליצרין, שכידוע עשויים מבעלי חיים אשר רובם טריפות ונבילות. לתרופה זו אין שום טעם. מה דינה של התרופה?

כדי לענות על שאלה זו, יש לעיין בכמה נקודות:

א. האם יש איסור בבליעה של מאכלות אסורות מבלי ללעוס אותן בפה?

ב. האם יש איסור באכילת מאכל שאינו ראוי לאכילת אדם?

ג. האם בדין זה יש הבדל בין תרופה למאכל אחר?

ד. האם יש להחשיב את המקרה הזה לחולה שאין בו סכנה, או שהוא בכלל "מיחושים בעלמא"?

ה. האם חולה שאין בו סכנה מותר בבליעה של תרופה אסורה?

* מנחם־אב תשמ"ח.

א. האיסור בבליעה של מאכלות אסורות

תרופה זו אינה נאכלת בדרך הרגילה, אלא נבלעת ללא לעיסה בפה. ומסתבר שבליעה אינה "דרך אכילה". ועיין במסכת פסחים (כ"ד ע"ב):

> אמר ר' אבהו, אמר ר' יוחנן: כל איסורין שבתורה, אין לוקין עליהם אלא דרך אכילתן. למעוטי מאי? אמר רב שימי בר אשי: למעוטי שאם אכל חלב חי, שפטור.

ועיין בירור הלכה (שם ציון ד'), שם מבואר שרוב הראשונים סוברים שיש לפחות איסור דרבנן באכילת איסורין שלא כדרך הנאתן. ולדעת הראבי"ה (סי' תנ"ו) מותר אפילו לכתחילה. אלא שכנגד זה כתב המשל"מ (הל' יסודי התורה פ"ה ה"ח ד"ה אך) בדעת הרמב"ם (שם) שיש בזה איסור מהתורה למרות שאינו לוקה על כך. וא"כ נראה שהדעה הממוצעת, הסוברת שיש בזה איסור דרבנן, היא העיקרית. ומכיון שבליעה אינה מוגדרת כ"דרך אכילה", יוצא שאין איסור תורה בבליעה של איסור מבלי ללעוס אותו.

אך יש להקשות על הנחתנו זו מהגמרא בפסחים (קט"ו ע"ב), שם נאמר:

> אמר רבא: בלע מצה – יצא; בלע מרור – לא יצא.

ופירש רש"י (ד"ה בלע מצה), שהמדובר במי שבלע מצה מבלי ללעוס אותה. ומבואר איפוא שבליעה נחשבת לאכילה! וצ"ע אם יש ללמוד איסור ממצוה. ועיין משל"מ (שם ד"ה יש לחקור) שכתב דלא שנא; דכי היכי דבמצוות לא־תעשה, דרחמנא אמר "לא תאכלו" – אמרינן דאם אכלו שלא כדרך הנאתו, פטור, משום דלא מקרי אכילה – הוא הדין במצוות עשה, דרחמנא אמר "תאכל", שאם אכלו שלא כדרך הנאתו – לא יצא ידי חובתו.

ולפי זה אם נאמר כדברי המשל"מ, שאכילת

איסור שלא כדרך הנאתו אסורה מהתורה, אלא שאין לוקין עליה – במצוה כה"ג יתכן שיוצאים ידי חובה. וא"כ אפשר ללמוד מבליעת מצה לבליעת איסור, שאמנם אין לוקין עליה, אך איסור מהתורה יש בה. וצ"ע.

ובתורת חיים (חולין דף ק"כ ע"א) **הוכיח להיפך** מבליעה של מצה, וכתב שאע"פ שבליעה אינה דרך אכילה, יצא ידי חובת מצה, משום שמצוות לאו ליהנות ניתנו; אבל באיסורי אכילה, שהנאתן היא איסורן, פטור. והקשה עליו בנוב"י (מהד"ק יו"ד סי' ל"ה), דמה בכך שמצוות לאו ליהנות ניתנו, אכילה מיהא בעינן, ובליעה לא אכילה היא? ומכוח זה הסיק הנוב"י דע"כ גם בליעה היא בכלל אכילה. ועי"ש בנוב"י שהביא את דברי התוס' (חולין ק"כ ע"א ד"ה לחם), ומדבריהם משמע שלכאורה יש להתיר לחולה שאין בו סכנה לבלוע דבר איסור כשאינו דרך אכילה אלא דרך שתיה. אולם הנוב"י דחה זאת עפ"י המשל"מ (שם), שרק דבר שמצד ה"חפצא" אינו ראוי לאכילה – הוא שמותר לחולה שאין בו סכנה; אך דבר שמצד ה"חפצא" הוא ראוי, ורק ה"גברא" אוכלו שלא כדרך אכילה – אסור. ולבסוף הוכיח מחולין (ק"ג ע"ב), שם נאמר שלדעת ר"ל אין אדם לוקה על אכילת אבר מן החי אלא כשאכל "גרומיתא זעירתא" (עצם קטן שעל כף הירך) שבולעה כאחת. ומכאן מוכח שבליעה היא דרך אכילה.

ועיין סהמ"צ להרמב"ם (מהדורת ר"ח הלר ומהדורת פרנקל, ל"ת קפ"ז), **שכתב:**

> אם פתח פיו ובלע דבר מן האיסורים **או אכלו** והוא חם עד שישרוף גרונו... – הוא פטור.

וזאת לעומת גירסת הדפוסים, שם נאמר:

> ובלע דבר מן האיסורים והוא חם...

כלומר, לפי המהדורות המדוייקות, בליעה לבד פוטרת. אך לפי המהדורות המקובלות בליעה לבד אינה פוטרת. ורק צירוף של אוכל חם, השורף את גרונו, ובליעה ללא אכילה – הם הפוטרים. **ועיין בית־האוצר** (למהר"י ענגיל, ערך "אכילה", כלל קנ"ג), **שעמד על כך. ור"ח הלר העיר מדברי הרמב"ם בספר היד** (הל' מאכלות אסורות פי"ד הי"א), **שכתב:**

> הרי שהמחה את החלב וגמאו כשהוא חם עד שנכווה גרונו... – פטור.

ומשמע שבליעה לבד אינה פוטרת. וגם הנוב"י דייק מלשון הרמב"ם שבליעה אסורה מהתורה. וכנראה, דבריו במשנה תורה הם משנה אחרונה; ובפרט כאשר יש סתירה בגירסאות בסהמ"צ.

אך דומה שהחוש מעיד שבליעה אינה כל כך דרך אכילה. שכן דרגות יש באכילה: יש לועס לאט ובולע לאט; יש לועס מהר ובולע לאט; ויש בולע מהר כל כך עד שמסתפק בהנאת מעיו לחוד, ודי לו בבליעה. ומכיון שר"ל סובר שהנאת מעיו היא העיקר באיסורי אכילה (חולין שם), צריך לומר בדעתו שבולע יצא אע"פ שלא התכוון ליהנות בבליעה; כי לא הבליעה קובעת אלא הנאת מעיו היא הקובעת, ושם הרי נהנה. אך לדעת ר' יוחנן (שם) יתכן שבולע לא יצא; כי לדעתו הוא צריך ליהנות בבליעה; וכיון שלא התכוון ליהנות בבליעה, לא יצא ידי חובתו בבליעה כזו. אלא שקשה מדברי רבא (פסחים קט"ו ע"ב), הסובר שהבולע מצה יצא ידי חובה. ואין לומר שרבא סובר כר"ל, שהרי להלכה קי"ל בפסחים כרבא (שו"ע או"ח סי' תע"ה סעי' ג'), ובחולין קי"ל כר' יוחנן (רמב"ם הל' מאכלות אסורות פי"ד ה"ג)! * וכן כתב בחלקת־יואב (יו"ד סי' ט') שהבולע חייב, והוכיח זאת מבולע מצה, שיצא.

והנראה לענ"ד לומר כנ"ל, שמכיון שהגדרת האכילה תלויה בדעת בני אדם, א"כ הדבר תלוי בכוונתו של האוכל: מי שמתכוון ליהנות בבליעתו, מחשיב את הבליעה לאכילה, וחייב; ומי שאינו מתכוון ליהנות בבליעה, אינו מחשיב בליעה לאכילה, ופטור.

* ועוד יש להעיר לסוברים שגם ר"ל מודה דבעינן גם הנאת גרונו, ע"כ יש בבליעה גם קצת הנאת גרונו: עי' מנ"ח (מצוה שי"ג ס"ק ב').

וכן רבא (פסחים קט"ו ע"ב) מדבר במי שמתכוון לצאת ידי חובת מצה. אמנם היה מקום להקשות על כך מדברי רבא עצמו (ראש השנה כ"ח ע"ב), שם הוא סובר שמצוות אינן צריכות כוונה; ולדברינו נמצא שמה שאמר רבא שהבולע מצה, גם ללא כוונה, יצא ידי חובה. והרי לדברינו, כשלא התכוון ליהנות בבליעתו, לא יצא ידי חובתו! וצריך לומר שזה שהבולע מצה יצא ידי חובה, היינו כשמתכוון. ועוד, לדעת רבא אין צורך בכוונה לצאת ידי חובה, אך צריך כוונה **לאכול**, ודו"ק. וכן יש הכרח לומר בפירוש דברי הגמרא בכתובות (ל' ע"ב), האומרת שהתוחב לחבירו חלב בבית הבליעה ובלעו – חייב. והקשה בהפלאה (שם ד"ה ובזה): הרי לא עשה מעשה, ומדוע חייב? ותירץ שכוונתו ליהנות נחשבת למעשה. (וכמו שמצינו בתוס', ב"ק ל"ב ע"א ד"ה איהו. מיהו משם אין ראיה, שכן יש לומר שבחלבים ועריות חייב על ההנאה, ולא על מעשה האכילה).

וא"כ תרופה זו, שאין כוונה ליהנות בבליעתה, יש לומר שהיא מותרת.

ובדברינו מיושבת קושיית החלקת יואב (שם) על הכס"מ (הל' תרומות פ"י ה"ג), שכתב בשם מהר"י קורקוס שבתחיבה של מאכל לתוך בית הבליעה אין "הנאת גרונו". והחלקת יואב הקשה על כך מהגמרא בכתובות (ל' ע"ב), האומרת שיש "הנאת גרונו" בתחיבה של חלב לתוך בית הבליעה. ולדברינו יש לומר שבסוגיא בכתובות מדובר במקרה שהוא מעוניין לאכול את החלב, ולכן ע"כ יש לו הנאה בכך. ועיין ס' "הורה גבר" (הוריות דף י', דף קמ"ח, בהוצאת אוצר הפירושים גנחובסקי).

מיהו אין לסמוך על סברה זו בלבד כדי להתיר בליעת תרופה אסורה, כי אין הוכחה ברורה לכך בש"ס ובפוסקים.

ב. אכילת דבר שאינו ראוי למאכל אדם

והנה בנד"ד התרופה הזו אינה ראויה לאכילת אדם, שכן אין לה שום טעם. וצ"ע אם יש בה איסור. ויש לחלק בין אכילת מאכל שלא כדרך אכילתו לבין אכילת דבר שאינו ראוי לאכילה. ומסתבר שדבר שאינו ראוי לאכילה מצד עצמו קל יותר מאכילה שלא כדרך אכילתו (כמבואר בחוות דעת, סי' ק"ג ס"ק א').

בדינם של איסורי אכילה שאינם ראויים למאכל אדם נאמר במסכת עבודה זרה (ס"ז ע"ב):

> והתניא: אחד נותן טעם לפגם ואחד נותן טעם לשבח – אסור, דברי ר' מאיר. ר' שמעון אומר: לשבח – אסור, ולפגם – מותר...
>
> ור' שמעון, מאי טעמא? דתניא: "לא תאכלו כל נבלה, לגר אשר בשעריך..." – כל הראויה לגר קרויה נבילה; שאין ראויה לגר – אינה קרויה נבילה. ור' מאיר – ההוא למעוטי סרוחה מעיקרא. ור' שמעון – סרוחה מעיקרא לא צריכה מיעוטא; עפרא בעלמא הוא.

וכתבו הרשב"א (תורת הבית בית ד' שער א') והרא"ש (ע"ז פ"ב סי' ל"ד), וכן הטור והב"י (סי' ק"ג), שהלכה כר' שמעון. ומדברי הרא"ש (שם) משמע שהיתר זה, של נותן טעם לפגם, הוא מוחלט, ואפילו מדרבנן אין לאסור. וכדעת הרא"ה (בבדק הבית, בית ד' שער א', וכ"כ בספר החינוך, מצוה תע"ב. וצ"ע אם הרא"ה הוא גם מחבר ספר החינוך, כידוע. ובדעת הראבי"ה עיין טור, או"ח סי' תרי"ב).

ועיין שאגא"א (סי' ע"ה) שכתב בדעת הרא"ש (פסחים פ"ב סי' א') שאם אדם מתכוון לאכול נבילה שאינה ראויה לגר, אסור לו לאכלה משום ד"אחשביה". ולפי זה אין ראיה מדברי הרא"ש בענין נטל"פ, שהרי שם מדובר בתערובת ובטעם בלבד, כשאינו מתכוון לאכול ממשות של איסור, ולכן שם פסק הרא"ש להיתר.

ובשאגא"א (שם) עמד על סתירה בדברי הטור: בהלכות פסח (סי' תמ"ב) הביא הטור בשם אביו הרא"ש (פסחים שם) שחמץ שחרכו קודם זמנו אסור אע"פ שאינו ראוי לאכילת כלב, שכיון שאכלו – הרי "אחשביה". ואילו בהלכות יום הכיפורים (סי' תרי"ב) הביא את דעת הראבי"ה (סי' תתס"א) שדבר שאינו ראוי לאכילה מותר אף לכתחילה! ונראה שיש ליישב עפ"י קושיית הב"ח (שם ד"ה ומ"ש) על הראבי"ה: הב"ח הקשה

מסיכה, שאסורה ביום כיפור אפילו כשהיא באה רק להעביר את הזוהמה ואינה לתענוג; ולא הותרה אלא לחולה, אע"פ שאין בו סכנה, או להעברת חטטין. ומכאן הוכיח הב"ח שע"כ גם הראבי"ה לא התיר אלא לצורך אחר, כגון ללחלח את גרונו ולפלוט; אך אם אכל ושתה כדי לבטל ממנו את הרעב והצמא, א"כ לדידיה הויא אכילה ושתיה גמורה, ואסור לכתחילה.

ולפי זה יש לומר שאע"פ שהב"י (שם ד"ה אכל) הביא את דברי הרמב"ם (הל' שביתת עשור פ"ב ה"ה), החולק על הראבי"ה, וסובר שאוכל מאכלים שאינם ראויים לוקה מכת מרדות – יש לומר שהרמב"ם מדבר במי שאוכל לשם אכילה; אך במי שאכל לשם רפואה – גם הוא מודה לראבי"ה שמותר; ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

ועי' שאג"א (סי' ע"ד ד"ה ועתה) שכתב שהלכה כדעת הרמב"ם (שם) האוסר לאכול ביוהכ"פ דבר שאינו ראוי לאכילה. והוכיח מהראשונים בקידושין (נ"ו ע"ב) שעמדו על דברי המשנה האומרת שהמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת. והקשו הראשונים (תוס', רשב"א וריטב"א שם ד"ה המקדש, מאירי ד"ה זה, ועוד), הרי איסורי הנאה ראויים לשימוש שלא כדרך הנאתן, וא"כ הם שווים פרוטה! ותירצו הריטב"א (שם) והר"ן (לרי"ף דף כ"ג ע"א ד"ה מתני') שהדבר אסור מדרבנן, והיינו כדברי הרמב"ם. אך מהתוס' (שם), שלא תירצו כן, משמע שאפילו מדרבנן מותר.

ואם הסברה לאסור היא משום "אחשביה", יש לומר שבתערובת מותר, כמו שמצינו בדעת ר' שמעון בענין חצי שיעור, שאמנם לוקה משום ש"אחשביה"; אך בתערובת אינו לוקה, משום שרק כשהאוכל בעינו החשיבו, אך בתערובת לא החשיבו (תוס' ע"ז ס"ח ע"א בשם רבנו יקר מקינון, עפ"י החתם סופר, בחידושיו לע"ז שם, והחוו"ד, קונט' "בית הספק" בסופו, ד"ה לכבוד). והש"ך (יו"ד סי' קי"ד ס"ק כ"א) התיר כרכום שנתערב בו בשר טריפה יבש (אלא שלא כתב במפורש שהטעם להיתר אמור רק בתערובת).

ובפת"ש (יו"ד סי' פ"ז ס"ק כ"א) הביא מחלוקת בדינם של איסורי אכילה שאינם ראויים לאכילה: הפמ"ג (שפ"ד ס"ק ל"ג) אוסר עור קיבת נבלה יבש שהתרכך (ועיין גם פמ"ג יו"ד סי' ק"ג, שפ"ד ס"ק ב'). והנוב"י (מהד"ק יו"ד סי' כ"ו בתחילתו, ד"ה ואומר) מתיר בשר שהתייבש לגמרי רק באיסור בשר בחלב; שכיון שהבשר אינו ראוי לאכילה, לא נאסר משום בשר בחלב, והוה ליה כסרוח מעיקרא (ופסק כדעת ר' מאיר בע"ז). אך הפת"ש מעיר שמדברי הש"ך (שהבאנו לעיל) משמע שחולק על הנוב"י ומתיר בשר יבש גם באיסור טריפה. וכן כתב התפארת־צבי (יו"ד סי' ע"ג), עי"ש. ועיין יד אפרים (שם ד"ה לפעמים. וע"ע: חוו"ד סי' ק"ג ס"ק א'; חלקת־יואב יו"ד סי' י"א; הר־צבי יו"ד סי' פ"ג; אחיעזר ח"ב סי' י"א, ח"ג סי' ל"ג אות ה'; תשובת הגר"י אברמסקי, מובאת בשו"ת ציץ אליעזר ח"ד בהתחלה; ועי' הערות הרב ולדנברג שם).

ומכאן עולה שמאכל שאינו ראוי למאכל אדם – מותר באכילה, לפחות כאשר אין כוונתו לאכילה אלא לתרופה, וק"ו כשהוא בתערובת. ובנד"ד, שהתרופה אינה ראויה אף לכלב, ודאי שמותר.

ועיין חזו"א (או"ח סי' קט"ז ס"ק ח' ד"ה טבלאות) שהתיר תרופת חמץ שאינה ראויה לאכילה בפסח. בגלל שהעיקר הם חמרי התרופה ולא החמץ, ולכן אין "אחשביה" ביחס לחמץ. אך אם חמרי הרפואה עצמם הם איסורי אכילה וכוונתו לבלוע אותם, א"כ "אחשביה" לאיסור. מיהו אעפ"כ נראה לומר שאין כוונתו לאוכלם. ויש לצרף לכך את שיטת הר"י מקינון (הובאה לעיל) כפי שנתפרשה ע"י החת"ס והחוו"ד (שם), ולפיה בכל תערובת אין "אחשביה", כי אין בדעתו לאכול את האיסור. (ועיין פירוש הרגמ"ה לבכורות ז' ע"ב).

ג. איסור שלא כדרך הנאתו בחולה שאין בו סכנה

וצ"ע אם להקל מדין חולה שאין בו סכנה. שכן נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' קנ"ה סעי' ג'):

> בשאר איסורים (חוץ מע"ז) מתרפאים במקום סכנה... ושלא במקום סכנה – כדרך הנאתן, אסור; שלא כדרך הנאתן, מותר...

ומוסיף הרמ"א (הג"ה שם):

יש אומרים דכל איסורי הנאה מדרבנן מותר להתרפאות בהן, אפילו חולה שאין בו סכנה...

ומהו גדר חולה שאין בו סכנה? בשו"ע (או"ח סי' שכ"ח סעי' י"ז) פסק המחבר שחולה שנפל מחמת חוליו למשכב, ואין בו סכנה, נחשב לחולה שאין בו סכנה. והרמ"א (הג"ה שם) הוסיף: "או שיש לו מיחוש שמצטער וחלה ממנו כל גופו...". וא"כ יש לדון בנד"ד מצד זה שהפריחה היא בעור, ואין בה סכנה, ואינה מחייבת שכיבה, א"כ אינה אלא כמיחוש בעלמא. אך מכיון שהיא דבר כרוני הנמשך זמן רב ומפריע לחיים התקינים של האדם – כמוה כחולה שאין בו סכנה.

ועוד נראה לענ"ד שסכנת עור כמוה כסכנת אבר, שיש לה דין חולה שאין בו סכנה (עי' שו"ע או"ח סי' שכ"ח סעי' י"ז), וצ"ע.

ד. איסורי אכילה לחולה שאין בו סכנה

אלא שהלכה זו, המתירה לחולה איסורים שלא כדרך הנאתן, נאמרה בהנאה מאיסורי הנאה ולא באכילה של איסורי אכילה. ואולי יש ללמוד להיתר ממה שמצינו במסכת יומא (ע"ז ע"ב):

ת"ר: ...אסור לסוך ...ואם היה חולה או שהיו לו חטטין בראשו – סך כדרכו ואינו חושש.

וקשה, שהרי סיכה כשתיה (שם ע"ו ע"ב), ובכל זאת הותרה כאן! וע"כ יש לומר שכיון שסיכה זו באה לצורך רפואה, אין בה איסור סיכה. שכן רק סיכה לשם הנאה נאסרה, וזו לא באה לשם הנאה. והיא מותרת כשם שרחצה הותרה שלא לצורך הנאה (שם ע"ז ע"ב).

אמנם יעויין בר"ן (לרי"ף יומא דף א' ע"א ד"ה יום) שהקשה: היאך התירו רחיצה וסיכה בכל המקרים הנ"ל? ותירץ שסיכה ורחצה אינם אסורים מהתורה במפורש, אלא מסרן הכתוב לחכמים, והם פירשו שבכה"ג מותר. וק"ו למ"ד שאיסורים אלו הם מדרבנן. וא"כ יש להביא מכאן ראיה גם לאיסורים אחרים האסורים מדרבנן, שלא גזרו עליהם בחולה שאין בו סכנה.

אלא שכתב הר"ן (לרי"ף פסחים דף ו' ע"ב ד"ה וראיתי) שאע"פ שהתירו איסור דרבנן לצורך חולה ומצטער, לא התירו איסורי אכילה. וא"כ כיצד התירו סיכה, הרי סיכה כשתיה? מיהו יש לומר דלא דמי לשתיה ממש, ואין דינה כדין שתיה לכל דבר, וצ"ע. (ועיין ביאור הגר"א יו"ד סי' קנ"ה ס"ק י"ז, או"ח סי' שכ"ו ס"ק י"ט, ובמקורות המובאים בברכת אליהו שם). ואם אכן יש לחלק בין סיכה לבין שתיה ממש, ע"כ צריך לומר שבשתיה ואכילה לא התירו איסור דרבנן לחולה שאין בו סכנה.

ומכיון שהרמ"א (יו"ד סי' קנ"ה סעי' ג') פסק כדעת הר"ן, א"כ יש לאסור בנד"ד. אולם כבר כתבנו לעיל (אות ב') שיש לומר שאיסורי אכילה שנאסרו – זהו רק כש"אחשביה" לאכילה, ולכן יש לאסור, אך כשלא אחשביה – מותר. וא"כ יש לומר שגם מי שאינו מתיר לבריא לקחת איסור שאינו ראוי לאדם, יודה שהדבר מותר לחולה שאין בו סכנה. שמכיון שהאיסור הוא רק מדרבנן, ולחולה שאין בו סכנה התירו בעיקרון איסורי דרבנן, ורק איסורי אכילה אסרו – א"כ כשהאיסור אינו ראוי לאכילת אדם, לאו שמיה אכילה, כי בעצם אין על דבר כזה שם אכילה, ורק משום דאחשביה לאכילה חל על זה שם מאכל. ולכן כשבולע את האיסור רק לשם רפואה, ותרופה זו אין לה טעם וריח ואינה ראויה לאכילה כלל – אין כאן "אחשביה", ומותר. וכן משמע מהנוב"י (מהד"ק יו"ד סי' ל"ה) שדבר שלא כדרך אכילתו מותר לחולה שאין בו סכנה.

עוד נראה אולי לומר שבאכילה יש גנאי גדול יותר, שאדם נהנה בגופו בדבר האסור הנבלע באבריו, והוא חי וניזון ממנו. וכמו שכתבו התוס' (חולין ה' ע"ב ד"ה צדיקים, גיטין ז' ע"א ד"ה השתא) שמה שאין הקב"ה מביא תקלה על ידם של צדיקים, המדובר הוא רק באיסורי אכילה, שיש בהם גנאי גדול. ועי"ש שחילקו בין איסורי "חפצא" לבין איסורי "גברא", כגון צום ביוהכ"פ או אכילה לפני הבדלה, שבהם אין הגנאי כל כך גדול, משום שאין שם "חפצא" של איסור בתוך מעיו.

(אלא שלפי זה נפלה הראיה שהבאנו לעיל ממה שהתירו סיכת חטטין ביוה"כ, וצ"ע).

ועיין שו"ת רעק"א (סי' ה') שהסתפק במוקצה בשבת, אם מותר להאכיל אותו לחולה שאין בו סכנה. וצריך לומר שזהו ספקו של הגרעק"א: האם איסור האכילה הוא משום גנאי או משום "אחשביה". שאם הוא משום "אחשביה" – גם במוקצה, שהוא איסור "גברא", כשאוכל אותו הרי הוא מחשיב אותו, וכמו שמצינו באיסור אכילה ביוהכ"פ. אולם אם נאמר שאיסור זה הוא משום גנאי – אין באיסור "גברא" משום גנאי. אלא שהגרעק"א לא הכריע בשאלה זו.

ואם נניח שהאיסור הוא משום גנאי, א"כ גם בבליעה יש גנאי, שהרי במעיו נמצא דבר איסור. אך יתכן לומר שבאכילה יש **הנאה** גדולה יותר, וזהו הגנאי. וכשהדבר אינו אסור מצד עצמו, כגון באכילה לפני הבדלה או ביוהכ"פ, שאינו נהנה מ"חפצא" של איסור, אין הגנאי גדול כל כך. ולפי זה יש לומר שכל דבר שאינו ראוי לאכילה מצד עצמו, והאוכל אינו נהנה ממנו – אינו גנאי כל כך, ולא גזרו בו, וצ"ע.

תשובה

למעשה נראה שאפשר להקל בנד"ד, בצירוף של השיקולים הבאים:

א. יתכן שבליעת איסור אינה אסורה אלא מדרבנן, ולדעת הראבי"ה אף מותר לכתחילה, ואפילו לבריא (עי' לעיל אות א').

ב. דבר שאינו ראוי לאכילה, אין בו איסור מהתורה.

ג. ולפי מה שכתבנו (לעיל אות א'), גם האוסרים – במקום שאינו מחשיבו לאוכל – יתכן שיתירו.

ד. בנד"ד התרופה אינה ראויה אפילו לאכילת כלב.

ה. אשה זו, הסובלת ממחלת עור כרונית, מוגדרת כחולה שאין בו סכנה, וייתכן שיש בה אף סכנת אבר. ובחולה שאין בו סכנה התירו איסורי דרבנן, וייתכן שהתירו גם לאכול דבר שאינו ראוי לאכילת אדם, אם כוונתו לתרופה.

ולכן נראה שיש להתיר לה את בליעת התרופה.

סימן כב

הבאת אם נכרית לא"י ע"י בתה

ראשי פרקים

שאלה
א. ריפוי גוי משום "איבה"
ב. "דרכי שלום"
ג. הכרת טובה כלפי גוי
ד. ישיבת הארץ בגוי שאינו עובד עבודה זרה
תשובה
מסקנות

שאלה *

גיורת צדק, הגרה בארץ, פנתה בשאלה. אמה הגויה חלתה בחו"ל, ואין לה שם קרוב משפחה אחר. האם ביקשה מבתה להביאה ארצה, כדי שתהיה סמוכה אליה ותוכל לטפל בה. האם אינה אדוקה בדתה, אלא גויה רגילה. האם הדבר מותר, או שיש בו איסור משום "לא ישבו בארצך" ומשום "לא תחנם"?

* אייר תשמ"ט.

מהתורה אין הגיורת חייבת לכבד את אמה, שהרי "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי" (יבמות כ"ב ע"א), ואמה הביולוגית אינה נחשבת עוד לאמה מבחינה הלכתית. מיהו כתב הרמב"ם (הל' ממרים פ"ה הי"א):

הגר אסור לקלל אביו העכו"ם ולהכותו, ולא יבזהו, כדי שלא יאמרו באו מקדושה חמורה לקדושה קלה, שהרי זה מבזה אביו; אלא נוהג בו מקצת כבוד.

וצ"ע מהו "מקצת כבוד"? שהרי אם אביו עכו"ם, אסור לו לרחם עליו ולתת לו מתנת חינם, ואסור לו לרפאותו אפילו בשכר אלא משום "איבה". וכך כתב הרמב"ם (הל' עבודת כוכבים פ"י ה"א־ה"ב):

אין כורתין ברית לשבעה עממין... ואסור לרחם עליהם, שנאמר "ולא תחנם".

מכאן אתה למד שאסור לרפאות עכו"ם אפילו בשכר. ואם היה מתיירא מהן, או שהיה חושש משום איבה – מרפא בשכר, אבל בחינם – אסור. וגר תושב, הואיל ואתה מצווה להחיותו, מרפאין אותו בחינם.

בעיה נוספת שצריך לעמוד עליה היא אם מותר להביא גויה ארצה.

א. ריפוי גוי משום "איבה"

מצאנו שמשום איבה מותר לרפאות גוי, אך לדעת הרמב"ם (הל' עבודת כוכבים פ"י ה"ב) הדברים אמורים בשכר ולא בחינם. אמנם הרמב"ן (בתורת האדם, מובא בב"י יו"ד סי' קנ"ח ד"ה ומ"ש לפיכך) סובר שמותר אפילו בחינם; אך מהגר"א (סי' קנ"ח ס"ק ד') משמע שהכריע כדעת הרמב"ם. אלא שכתב: "הכל לפי הענין". ומסתבר שבנד"ד יש איבה. שאם הבת לא תסייע לאמה יולדתה תהיה כאן איבה חמורה. ומסתבר שבנד"ד יהיה מותר לרפאותה גם בחינם. כי כל החילוק בין חינם לשכר, הוא משום שהרופא יכול להתחמק מהחולה ולומר שאינו חייב לרפאותו בחינם. אך בת אינה יכולה לומר לאמה שאינה יכולה לרפאותה; שכן אם לא היא, מי יסייע לה?

ואולי זהו ההסבר להלכה שנאמרה במסכת גיטין (ס"א ע"א):

ת"ר: מפרנסים עניי עכו"ם עם עניי ישראל... מפני דרכי שלום.

וכך פסקו הרמב"ם (הל' עבודת כוכבים פ"י ה"ה) והשו"ע (יו"ד סי' קנ"א סעי' י"ב). וקשה, הרי אסור לתת לגוי מתנת חינם (רמב"ם שם הל' ד'), ואפילו במקום איבה. וא"כ מדוע מותר לתת להם צדקה מפני דרכי שלום, והרי אפילו מפני איבה לא התירו אלא בשכר ולא בחינם? וע"כ צריך לומר שבמקום שנמצאים עניי עכו"ם יחד עם עניי ישראל, אי אפשר להתחמק מהם ולתת רק לעניי ישראל ולא לעניי עכו"ם, כי תהיה כאן איבה חמורה; ובמקום שאי אפשר, מותר לתת אפילו מתנת חינם.

ואע"פ שלא מצינו שהתירו איסורי תורה במקום איבה, נראה שאיסור "לא תחנם" שאני, שכן הוא אמור רק במתנת חינם. אך כאשר יש שיקול תועלתי או ערכי, אין זו מתנת חינם. ועי' ר"ן (לרי"ף גיטין דף כ' ע"ב, ד"ה כל), שכתב לענין שחרור עבד לצורך קיום מצוות עשה:

וכיון דאיכא מצוה, לא משום חנינה דידהו קעביד אלא לצורך עצמו.

ועי' דברי־חיים (ח"ב, או"ח סי' כ"ה), שבמקרה מיוחד התיר חילול שבת דאורייתא משום איבה.

ובהלכות מלכים (פ"י הי"ב) כתב הרמב"ם:

אפילו העכו"ם, ציוו חכמים לבקר חוליהם, ולקבור מתיהם עם מתי ישראל, ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל, מפני דרכי שלום. הרי נאמר "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו", ונאמר "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום".

והנה מתוך דבריו עולה שלבקר חוליהם מותר גם כשהם לבד, ואינם נמצאים בין חולי ישראל. שכן רק בקבורת המת ובפרנסת עניים כתב "עם מתי ישראל" ו"בכלל עניי ישראל", ולא בביקור חולים. משמע שביקור חולים נעשה כלפי חולי עכו"ם גם כשהם לבדם. ועיין בראשונים שם: רשב"א (ד"ה הא דתניא), ר"ן (ד"ה וקוברין) וריטב"א (ד"ה והא. בהוצאת מוסד הרב קוק הדברים מיוחסים לרבנו

קרשקש), שכתבו שגם בקבורה ופרנסה עושים כן אפילו כאשר הגויים לבדם, בלא ישראלים. וכן כתבו הט"ז (יו"ד סי' קנ"א ס"ק ט') והש"ך (ס"ק י"ט). וצ"ע א"כ, מאי שנא ביקור חולים וכדו' מריפוי, שאסור בחינם?

והנראה אולי לומר שהמדובר בחולה מוכר לו, שאם לא יבקרנו, תהיה לו איבה. ומכיון שעל ביקור חולים לא נוטלים שכר, עליו לבקרו בחינם. והדבר מותר משום דרכי שלום. וצ"ע. *

והנה יש לחלק בין "איבה" לבין "דרכי שלום". דרכי שלום מותרים גם כאשר אין "איבה", כלומר: כשאין חשש שהגויים יפגעו בישראלים בגלל התנהגותו של אדם מישראל. וא"כ צ"ע, מדוע אסור לרפאות בחינם, אמנם אין כאן איבה, אך יש בזה משום דרכי שלום? **

ב. "דרכי שלום"

והנה הרמב"ם סיים הלכה זו בפסוק: "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו". וקשה: הרי ההיתר הוא משום דרכי שלום, ואלמלא כן היה אסור לקבור מתיהם, לפרנסם ולבקרם, וזאת למרות הפסוק. וע"כ הפסוק לא מתייחס לעכו"ם אלא לאנשים אחרים? ועיין שיירי קרבן (לירושלמי גיטין פ"ה ה"ט ד"ה וקוברי) שהוכיח מזה שהרמב"ם הביא את הפסוק הנ"ל, שאף הוא סובר כשיטת הרשב"א, הר"ן והריטב"א, שבכל המקרים האמורים מסייעים לנוכרים גם כשהם לבדם, כי התורה ציוותה לרחם עליהם. וקשה, הרי התורה אסרה לרחם עליהם, שנאמר "לא תחנם"!

והנראה לומר בזה שמצד עיקר הדין נאמר "ורחמיו על כל מעשיו", וזה כולל גם עכו"ם, ואולי אף את שבעת העממין. וזה שהתורה אסרה לרחם עליהם הוא כאשר אנו נלחמים בהם. והא גופא, התורה ציוותה עלינו להילחם בהם, משום שאינם מקיימים את שבע מצוות בני נח, ולכן אינם ראויים לרחמים. כי מי שרוצח, גונב, אוכל אבר מן החי וכו', אין מקום לרחם עליו. נמצא איפוא שמצד עצמו היה ראוי לרחם גם עליו, אך מצד הנהגתו הרעה, חסרת הרחמים, אין מקום לרחם עליו. אך כאשר אין אנו נלחמים נגדו, אם משום שאין ידינו תקיפה, ואם מסיבות אחרות – חוזר המצב לדינו המקורי שיש לרחם עליו. וכשעושים זאת לשם קיום מידת הרחמים שלנו, אין זו מתנת חינם.

אמנם יש לעיין בדברי רש"י (סנהדרין ע"ו ע"ב ד"ה והמחזיר) שכתב בטעם ההלכה שהשבת אבידה לגוי אסורה:

> השורה וחזיבר גוי לישראל, ומראה שהשבת אבידה אינה חשובה לו מצוות בוראו, שאף לכותי הוא עושה כן, שלא נצטווה עליהן.

אך יתכן שאין בהשבת אבידה ענין של רחמים על המאבד. וא"כ במקום שיש בו משום רחמים על הגוי, יתכן שגם לדעת רש"י יהיה מותר לגמול אתו חסד. והרמב"ם הולך לשיטתו (הל' גזילה ואבידה פי"א ה"ג) שהאיסור להחזיר אבידה אמור רק בגוי רשע, אך לגוי כשר מותר להחזיר אבידה (ועי' סמ"ע, חו"מ סי' רס"ו ס"ק ב'). וכן כשיש ענין של קידוש השם ראוי להחזיר אבידה לגוי, כי בכך הוא לא עושה טובה אישית לאותו גוי, אלא לשמו של הקב"ה.

* עוד נראה לענ"ד לומר, שיש לחלק בין הצלת נפשות לבין רווחה: הצלת נפשו של גוי העובד ע"ז – אסורה, מפני שבכך אנו מסייעים לו להמשיך את חטאיו. לעומת זאת, בביקור חולים והלוויית המת אין סיוע כזה, מפני שגוי זה כבר מת בין כך ובין כך או שהוא יחיה בין כך ובין כך. גם אין כאן שאלה של "לא תחנם", מפני שאין פה נתינה של שום דבר ממשי, שיכול להיחשב כ"מתנת חינם". ומכיון שאין שום בעיה בגמילות חסד זו, חוזר העיקרון הבסיסי של "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו". ובאשר לצדקה, כבר נכתב לעיל שייתכן שאין בזה משום "מתנת חינם", משום שהדבר נעשה למעננו ולא למעננו.

** ונראה לענ"ד שזהו החילוק בין "איבה" לבין "דרכי שלום" לדעת הרמב"ם: "איבה" זה שיקול תועלתי של חשש מפגיעה ביהודים, וזהו נימוק שעל פיו התירו איסורי דרבנן במקרים שבהם היה מקום לאסור. "דרכי שלום", לעומת זאת, הוא ערך מוסרי. הוא לא שיקול מקומי של חשש מפגיעה, אלא שיקול עקרוני, שבגללו חז"ל לא גזרו כלל במקומות שבהם האיסורים שחשבו לגזור מתנגשים עם עיקרון זה. (**הערת עורך:** ע. א.).

וא"כ בנד"ד יש להתיר את הדבר הן משום דרכי שלום והן משום איבה. כי בסתם גוי המכירו יש רק דרכי שלום. אך באמה יולדתה הדבר חמור שבעתיים, ויש כאן איבה.

כל זה אמור גם אם האם היתה אדוקה בעבודה זרה. אך מאחר שאינה אדוקה בעבודה זרה, והיא מקיימת את שבע מצוות בני נח, יש לה דין של "**חכמי** אומות העולם" (רמב"ם הל' מלכים פ"ח הי"א). ובגויים כאלו בוודאי אפשר להקל, הן באיסור מתנת חינם והן באיסור הריפוי. ואע"פ שאינה **מחסידי** אומות העולם, דהיינו: שאינה שומרת את שבע המצוות מתוך אמונה בדבר ה' למשה בסיני.

והנה הגירסה בדברי הרמב"ם (שם) בדפוסים היא כדלקמן:

> אבל אם נעשאן מפני הכרע הדעת – אין זה גר־תושב, ואינו מחסידי אומות העולם **ולא** מחכמיהם.

אך בדפוסים מדוייקים יותר הגירסא היא "**אלא** מחכמיהם". וגירסא זו מובנת יותר, כי גם גוי שאינו גר־תושב ואינו מקבל על עצמו את שבע מצוות בני נח משום שניתנו למשה מסיני – יש בו צד חכמה (ועי' לקמן אות ד').

ונראה שדברינו אלה עולים בקנה אחד עם שיטת הריטב"א (מכות ט' ע"א ד"ה ובן נח) והמאירי (ע"ז כ"ו ע"א ד"ה הרבה, מובא להלכה בבאר הגולה, חו"מ סי' תכ"ה אות ש'), שכתבו שגוי שאינו עובד ע"ז, אע"פ שאינו גר תושב, הרי הוא במעמד של "בן נח", ואין לו דין של עכו"ם גמור.

ג. הכרת טובה כלפי גוי

וכאן, שלא מדובר בגמילות חסד לסתם גוי אלא באמה של אותה גיורת, יש שיקול נוסף לומר שאין בזה משום "לא תחנם". וזאת בגלל חובת הכרת הטובה המוטלת על אותה אשה ביחס לאמה יולדתה.

וכן מצינו גם בשבעת העממין, אם מישהו מהם עשה לנו טובה – אסור לנו להיות כפויי טובה כלפיו, ומותר לנו לסייע לו, ואין בכך משום "לא תחנם". ואפשר אולי לומר שמכיון שאנו גומלים עמו חסד תמורת החסד שהוא עשה עמנו, אין אנו עושים זאת רק בשבילו, אלא גם בשבילנו, בגלל החוב שאנו חייבים לו, וא"כ אין זו מתנת חינם.

ומצאנו שני מקומות בהם הכירו טובה לגויים משבעת העממין: כך נהגו ברחב, שהצילה את המרגלים בירִיחו (יהושע פרק ב'), ולכן עשו עם בית אביה חסד והחיו אותם (שם ו' י"ג). וכך נהגו באיש בבית אל שהראה להם את מבוא העיר ועשו עמו חסד (שופטים א' כ"ד־כ"ו). ובשלמא ברחב יש לומר שקיבלה על עצמה עול מלכות שמים, וכמו שאמרה, "כי ה' א־להיכם הוא א־להים בשמים ממעל ועל הארץ מתחת" (יהושע ב' י"א). וחז"ל אף אמרו שנתגיירה (עיין מגילה י"ד ע"ב; ילק"ש יהושע פרק ב' סי' ט' עפ"י המכילתא). מיהו על בני ביתה לא ידוע לנו אם נתגיירו. וכן האיש מבית אל, לא אמרו עליו שהתגייר. ואדרבה, מזה שנאמר עליו: "ואת האיש ואת כל משפחתו שילחו. וילך האיש ארץ החיתים..." (שופטים שם) – משמע שלא התגייר. שהרי אם התגייר, אפילו גיור של גר תושב, יכול היה להישאר עמהם ולא היו צריכים לשלחו.

מיהו, על מה שאמרנו, שיש חובה של הכרת טובה גם כלפי גוי משבעת העממין, יש להקשות מדברי המדרש (ילק"ש יהושע פרק ו' סי' ט"ו בסופו, עפ"י הפסיקתא על הפטרת "דברי ירמיהו"):

> אמר הקב"ה: אני אמרתי, "ואם לא תורישו את תושבי הארץ והיה אשר תותירו מהם לשיכים בעיניכם ולצנינים בצידיכם...". "כי החרם תחרימם...". והם לא עשו כן, אלא: "ואת רחב הזונה ואת אביה ואת אמה החיה יהושע". הרי ירמיהו – מבני בניה של רחב, ועושה להם לישראל דברים של שיכים בעיניהם, שנאמר "דברי ירמיהו".

משמע שבני ישראל עשו שלא כהוגן בכך שעשו חסד עם רחב!

ויש לומר שמדרשים חלוקים הם: שלפי המכילתא (המובאת בילק"ש שם) האומרת שרחב התגיירה – כהוגן עשו, ללא כל פקפוק. ואילו בהסבר הפסיקתא יש לומר שרחב לא התגיירה,

ולכן עשו שלא כהוגן בכך שהשאירו אותה בחיים.

אך גם אם נאמר שאין כאן מחלוקת, יש לומר שאין הכוונה לרחב עצמה אלא לבני משפחתה. עי"ש בילקוט שמעוני שהביא סמוך לזה מדרש אחר (עפ"י מדרש רות רבה פר' ב' פי' א'):

מה ת"ל "ואת כל משפחותיה" (יהושע ו' כ"ג)? תני רשב"י אומר: שאם היו במשפחתה מאתים אנשים, והלכו ונדבקו במאתים משפחות אחרות – כולם ניצלו בזכותה.

ומסתבר שעל זה היתה הקפידא, שהצילו גם כאלו שלא היו ראויים להצלה, לא מצד החסד ולא מצד עצמם. ודוק בלשון הכתוב: "ואת **כל** משפחותיה". לא רק משפחתה המצומצמת. מיהו בקוהלת רבה (פרק ה' פי' ד') נאמר שכל בני משפחתה התגיירו. אולם יתכן שמדרש זה סובר שכהוגן עשו, וצ"ע.

מסתבר איפוא שלגמול חסד לגוי שעשה עמנו חסד – אין בכך איסור. אדרבה, כך מנהג ישראל, שהם רחמנים וגומלי חסדים.

ועיין רמב"ן על התורה (בראשית י"ט י"ב ד"ה חתניו) שכתב:

כי דרך מוסר לשלוחים להציל בעל ביתם וכל אשר לו, כאשר עשו שלוחי יהושע, שהצילו גם את משפחות בעלת ביתם.

מיהו עיין רמב"ן (דברים כ"ג ט"ז ד"ה וטעם לא תסגיר עבד אל אדוניו), שמשמע מדבריו שההיתר להציל את רחב ואת האיש מבית־אל היה משיקולים מעשיים־תועלתיים, כדי שעם ישראל יוכל להסתייע במשתפי פעולה לצורך כיבוש הארץ, ולא מהטעם שכתב בבראשית, שהוא מדרך המוסר. וצ"ע.

ד. ישיבת הארץ בגוי שאינו עובד עבודה זרה

אלא שנותרה עדיין השאלה אם מותר להביאה ארצה.

לדעת הרמב"ם (הל' ע"ז פ"י ה"ו), אין לתת לגוי אפילו ישיבת ארעי בא"י עד שיהיה גר תושב בזמן שהיובל נוהג; אך כשאין היובל נוהג – אין מקבלין גרים תושבים. ולדעתו אסור אולי להביאה ארצה, שנאמר: "לא ישבו בארצך". אך הראב"ד כתב: "איני משווה לו בישיבת הארץ", ולדעתו הדבר מותר. וכתב הכס"מ שהרמב"ם מודה לראב"ד בשאלה זו. ואכן מדיוק לשון הרמב"ם משמע שמי שקיבל שבע מצוות יכול לגור בארצנו, אלא שאין לו גדר של גר־תושב אלא בזמן היובל. והדבר תואם את שיטתו בהל' מלכים (פ"ח הי"א, לפי הדפוסים המדוייקים) שמי שאינו גר־תושב נחשב כאחד מחכמי אומות העולם (ועי' לעיל אות ב').

וכנראה כן היא גם דעת הריטב"א (מכות ט' ע"א ד"ה ובן נח), הסובר שיש גוי שאינו עכו"ם ואינו גר תושב. וייתכן שהוא סובר כראב"ד, שגוי המקיים את שבע מצוות בני נח, מותר לו לדור בארץ, אלא שאינו כגר תושב לעניין המצוה להחיותו.

ועי' הערת מו"ר הגרצי"ה קוק זצ"ל (משפט כהן, עמ' שס"ג־שס"ד), שהאריך להוכיח כסברא זו, שיש דרגה ממוצעת בין גר־תושב לבין עכו"ם. ועי' עמוד הימיני (למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, סי' י"ב), שחולק עליו. ועי' מאירי (ב"ק ל"ח ע"א, מובא בשולי דף הגמרא שם) ובבאר הגולה (לשו"ע חו"מ סי' תכ"ה אות ש'), שכנראה גם הם סוברים כדעת הריטב"א.

תשובה

למעשה נראה שמותר לאותה גיורת להביא את אמה לארץ ולטפל בה, בהסתמך על שיטת הראב"ד, המתיר את ישיבת הארץ לגוי המקיים את שבע מצוות בני נח. ואף אם נאמר שלדעת הרמב"ם אסור לתת לגוי לעבור בארצנו, הרי יש להקל משום "איבה". ובנד"ד האיבה היא ברורה. שכן האם הרתה, ילדה וגידלה את בתה והיה לה צער גידול בנים ממנה. ועתה, כשזקנה וזקוקה לה כחוטרא לידא, פשוטו כמשמעו, היעלה על הדעת שהיא תזנח אותה משום שאסור לה להביאה ארצה? אין לך איבה גדולה מזו. ולכן נראה לענ"ד שמותר לה להביאה ארצה.

מסקנות

א. מותר ליהודי לרפא גוי המכירו, אף בחינם, משום "איבה".

ב. גוי שאינו עובד ע"ז, ומקיים את שבע מצוות בני נח – מותר להחיותו, ומותר גם לתת לו לגור בארץ.

ג. נתינה לגוי שיש כלפיו חובה של הכרת טובה, אינה מוגדרת כ"מתנת חינם", ואין בה משום "לא תחנם".

סימן כג

עמידה בשעת הצפירה ביום הזיכרון

ראשי פרקים

שאלה
א. איסור ההליכה בחוקות הגויים
ב. טעם המנהג לעמוד לכבוד הנופלים
ג. חובת העמידה בצפירה מדין "איבה"
תשובה
מסקנות

שאלה *

ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל וביום הזיכרון לשואה ולגבורה מקובל להשמיע צפירה ממושכת, וכל הציבור נדרש לעמוד אז דום כדי לכבד את זכר הנופלים והנספים. היו שערערו על מנהג זה בטענה שיש בו משום הליכה בחוקות הגויים. יש לשאול א"כ, האם יש לעמוד בשעת הצפירה באותם ימים או עדיף להימנע מכך?

א. איסור ההליכה בחוקות הגויים

בשו"ע (יו"ד סי' קע"ח סעי' א') **כתב הרמ"א בשם המהרי"ק** (שורש פ"ח):

וכל זה אינו אסור אלא בדבר שנהגו בו העובדי כוכבים לשם פריצות... או בדבר שנהגו למנהג ולחוק ואין טעם בדבר... ושיש בו שמץ עבודת כוכבים מאבותיהם. אבל דבר שנהגו לתועלת, כגון שדרכן שכל מי שהוא רופא מומחה יש לו מלבוש מיוחד... מותר ללובשו. וכן שעושין משום כבוד או טעם אחר, מותר.

והרמ"א הוסיף בשם הר"ן (לרי"ף ע"ז דף ב' ע"ב ד"ה שורפין):

ולכן אמרו, שורפין על המלכים אין בו משום דרכי האמורי.

ובביאור הגר"א (ס"ק ז') **כתב שהר"ן הוכיח כן מהסוגיא בע"ז** (י"א ע"א) **הדנה באיסור משום חוקות הגויים שיש בשריפה הנעשית לכבודם של מלכים שמתו:**

...דרבנן סברי שריפה חוקה היא. והא תניא: שורפין על המלכים ולא מדרכי האמורי! ואי חוקה היא, אנן היכי שרפינן, והכתיב "ובחוקותיהם לא תלכו"? אלא דכו"ע שריפה לאו חוקה היא אלא חשיבותא היא.

ופירש הר"ן (שם), **שכוונת הגמרא לומר שיש טעם בדבר, שבגלל כבוד המלך שורפין עליו את כל חפציו האישיים ולא ישתמש בהם אחר. והגר"א הקשה עליו מהגמ' בסנהדרין** (נ"ב ע"ב), **שם משמע להיפך. וכך נאמר שם במשנה:**

מצוות הנהרגין, היו מתיזין את ראשו בסייף, כדרך שהמלכות עושה. ר' יהודה אומר: ניוול הוא לו, אלא מניחין את ראשו על הסדן וקוצץ בקופיץ. אמרו לו: אין מיתה מנוולת מזו.

ועל כך נאמר בגמרא:

תניא: אמר להן ר' יהודה לחכמים: אף אני יודע שמיתה מנוולת היא, אבל מה אעשה, שהרי אמרה

* מוצאי שבועות תנש"א.

תורה "ובחוקותיהם לא תלכו". ורבנן – כיון דכתיב סייף באורייתא, לא מינייהו קא גמרינן.

והקשה הגר"א: הרי טעם גדול יש בדבר שהורגים בסייף ולא בקופין, כי סייף פחות מנוול את הנהרג מאשר קופין, וא"כ למה לן פסוק? וכן נאמר בהמשך הגמרא (סנהדרין שם):

דאי לא תימא הכי, הא דתניא שורפין על המלכים... והכתיב "ובחוקותיהם לא תלכו"? אלא כיון דכתיב שריפה באורייתא... לאו מינייהו קגמרינן.

וקשה, הרי לדעת הר"ן, כיון שיש טעם בדבר, ששורפין על המלכים משום כבודם, הדבר צריך להיות פשוט שמותר, ולמה לי פסוק? ואכן מכוח קושיות אלו הוכיחו התוס' (סנהדרין שם ד"ה אלא; ע"ז שם ד"ה ואי) שיש שני סוגים של חוקות הגויים:

א. חוק לע"ז – אסור אפילו כשיש פסוק להתירו. וכמו מצבה שהיתה אהובה בזמן האבות ונאסרה לאחר מכן (עי' רש"י דברים י"ז כ"ב).

ב. חוק של הבל ושטות – מותר רק אם התורה התירה אותו במפורש.

ולפי זה סובר הגר"א כתוס' (ע"ז י"א ע"א ד"ה ואי) ששריפה על המלכים מותרת בגלל חשיבותה. ואין כוונתו לומר כמו הר"ן שהדבר מותר בגלל כבודו של המלך, וא"כ יש טעם בדבר, אלא שאין כאן כוונה לע"ז; וכמו שהגמ' במסכת ע"ז (מ' ע"ב) מחלקת בין אנדרטא לכבוד המלך לבין פסל העשוי לאלוה. כי דרכם של המלכים בימי קדם היתה להחשיב את עצמם לאלוה, ולכן שריפה עליהם יכולה להיות פולחן לע"ז. ומשום כך צריכה היתה הגמ' לומר שהדבר נעשה לכבודם כמלכים ולא כפולחן לע"ז. אך לא זו הסיבה להתיר, אלא הפסוק. וא"כ התוס' חולקים על הר"ן והמהרי"ק, ומהש"ס מוכח כדבריהם.

והגר"א עצמו ניסה לתרץ את דברי המהרי"ק, וכתב שלדעתו באמת אין טעם להריגה דווקא בסייף, ולכן צריכים פסוק להתירו. ואם לא היה כתוב סייף בתורה, לא היו הורגים כלל בסייף. וצ"ע במה היו הורגים, הרי התזת הראש לא כתובה בתורה, וע"כ היו הורגים בסייף גם ללא הפסוק. זוהי כנראה קושיית הגר"א.

ולענ"ד נראה לומר שאם לא היה כתוב סייף בתורה היה הנידון נהרג בכל מיתה אחרת. ואע"פ שהמלכות נוהגת בסייף, והיא מיתה הנחשבת טובה לענין זה בעיניהם; אנו לא היינו עושים כן, כי אין זו המיתה הטובה ביותר בעולם. והרי הרבה מיתות ישנן, ואין טעם והיגיון דווקא למיתה זו. אמנם יחסית לקופין זוהי מיתה פחות מנוולת, אך הרעלה למשל היא מיתה פחות מנוולת מסייף. (מיהו עדיין קשה שמאחר שהמלכות עושה כן מטעם כלשהו, אין איסור בדבר, ויש לומר שאכן אין לה טעם וכדלעיל). א"כ אין להקשות מדוע צריך פסוק בסייף.

אך קשה א"כ, מדוע צריך פסוק לדין "שורפין על המלכים"? ויש לומר שגם לר"ן היתה הו"א לומר שאין בשריפה על המלכים רק כבוד. שהרי באמת הדבר תמוה, אמנם כבוד המלכות הוא שלא ישתמש הדיוט בשרביטו של מלך; אך מלך אחר, מה בכך? אדרבה, זה כבוד המלכות (עי' רמב"ם הל' מלכים פ"ב ה"א)! ותפיסה זו, שהכל שייך למלך אישי מסויים ועם מותו הכל נשרף, אינה הגיונית עפ"י תפיסתנו, ולכן צריך פסוק להתיר זאת. (וייתכן שיש כאן שמץ האלהה של המלך). ומה שהגמ' במסכת ע"ז (שהובאה לעיל) כתבה שזהו לכבודם, אמנם כן הוא, אך עדיין צריכים אנו לפסוק שיגדיר לנו אם כבוד כזה הוא אכן כבוד; שהרי אפשר לכבד דווקא ע"י **שמירת** החפצים האישיים.

ולמעשה כתבו הגר"ע יוסף (שו"ת יביע אומר ח"ג סי' כ"ד) והגר"ב ז'ולטי ("נועם" ח"ב עמ' קס"א-ק"ע), שמחלוקת סוגיות היא: והר"ן והמהרי"ק פסקו כסוגיה בע"ז. ולדעתם זוהי דעת רוב הראשונים. אלא שהגר"ב ז'ולטי כתב שאעפ"כ ראוי לחוש לדעת הגר"א.

מיהו הגר"א עצמו (בליקוט שם) התייחס לסברת התוס' שכתבו שגם במקום שיש טעם הגיוני למנהג יש לאסור משום חוקות הגויים,

והוסיף שרק ללמוד מהם אסור; אך דבר שהיינו עושים זולתם – מותר; וכן במלבושים. וכנראה רצונו לומר שאם גם בלעדיהם היינו עושים את אותו לבוש – מותר. ורק מלבושים המיוחדים להם אסורים. ובכוונתו נראה לענ"ד לומר שכל דבר שהשכל האנושי או הטעם האנושי היה מקובל עלינו גם בלעדיהם, אין בו משום "חוקותיהם". כי אין כאן חיקוי, אלא שימוש בדבר שהשכל האנושי וחוש היופי האנושי משותפים בו לכולנו.

ואכן מצינו שסברה אנושית שווה לגזה"כ, שכן הגמ' שואלת בכל מקום: "למה לי קרא, סברא הוא"? וכן נאמר "חכמה בגויים תאמין". ולכן נראה לענ"ד שגם לדעת התוס' והגר"א אין איסור בדבר הגיוני, שגם אלמלא הגויים היינו עושים אותו מסברא שלנו. (ועי' שו"ת "בני בנים" ח"ב סי' ל').

ב. טעם המנהג לעמוד לכבוד הנופלים

לאור מה שאמרנו, שכל מנהג שאף אנו מסכימים להיגיון שיש בו, אין בו משום חוקות הגויים, צ"ע מה הדין בצפירה הנשמעת ביום הזיכרון. שכן יתכן שאף אנחנו היינו מגיעים לדבר זה גם בלעדיהם. אמנם אין ספק שמאחר שיש לנו מנהגי אבילות משלנו, מסתמא לא היינו נזקקים לדבר אחר, והיינו מסתפקים בלימוד משניות, אמירת קדיש ואזכרה כמקובל. ואדרבה, יש טעם לפגם בכך שאין אנו מסתפקים במנהגי ישראל המקובלים מדור דור, ויוצרים לנו מנהגים חדשים אשר לא שערום אבותינו. ומ"מ גם אנחנו – אם היינו רוצים לשתף במעמד ציבורי את **כל** הציבור, כולל את אלו בתוכו שאינם מסוגלים להתפלל וללמוד, כגון הדיוטות וילדים, ואלו שלא למדו ואינם מסוגלים ללמוד – יתכן שבעצמנו היינו מגיעים לרעיון שעמידה בזמן הצפירה לכבוד הנופלים היא הדרך הנאותה. ומה בכך שלמדנו את הדרך הזאת מהגויים? הרי עמידה לכבוד אינה דבר מיוחד לגויים, היא יחס אנושי כללי! וגם אנחנו היינו נוהגים כך במצב בו אנו נתונים בבואנו לחפש דרך הולמת לכבד את הנופלים, שתהיה מקובלת על כל הציבור! (ובפרט שיש בכך רושם גדול, שכל המדינה נעצרת לכמה דקות דומיה בעצם היום לזכרם של הקדושים הי"ד).

ואין לומר דהא גופא, שהציבור אינו מסוגל ללמוד משניות ולומר קדיש, זהו עצמו משום שהוא הולך בחוקות הגויים. אמנם נכון: הגורם למצב זה היה חיקוי לגויים; אך כרגע הדבר נעשה מתוך הרגל ולא מתוך חיקוי לגויים. ורוב רובו של הציבור תינוק שנשבה הוא.

ואף במקורותינו מצינו עמידה לכבוד. נאמר בתורה (ויקרא י"ט ל"ב) "מפני שיבה תקום". ובמשנה (ביכורים פ"ג מ"ג) נאמר שהאומנין שהיו בירושלים היו עומדים לכבוד מביאי הביכורים. וכן כתב הט"ז (יו"ד סי' שס"א ס"ק ב') שיש לעמוד בפני כל העושה מצוה. והט"ז שם הקשה על כך ממה שנאמר במסכת מועד־קטן (כ"ה ע"א), שם משמע שמן הראוי לעמוד גם בפני תלמידי־חכמים שמתו. מיהו הש"ך (נקה"כ שם) דחה את ראייתו. וגם הט"ז עצמו דחה ואמר שהמדובר במת תלמיד־חכם דווקא. אך מפשט לשון השו"ע (שם, סעי' ד') עולה קצת כדברי הט"ז בקושייתו. ואלו דבריו:

> אפילו במקום שאינו צריך ללוות את המת, צריך לעמוד **מפניו**.

משמע שמפני המת עומד, ולא רק מפני המתעסקים בו. אמנם המדובר שם כשהמת לפנינו, ולא בעמידה **לזכרו** של המת. עכ"פ מצינו שם עמידה לכבוד אדם שמת. וא"כ העמידה כשלעצמה לכבוד המת אינה מאפיינת מנהג גויים דווקא.

והנה ברמב"ם (הל' ע"ז פי"א ה"א) הנוסחה המקורית (בהוצאת מוסד הרב קוק) היא: "אין הולכין בחוקות **העובדי כוכבים**" ולא "**גויים**". משמע שאין איסור ללכת בחוקות גויים סתם, אלא רק בחוקות עובדי עבודה זרה. אולם הרמב"ם עצמו סובר שהנוצרים עובדי ע"ז הם. וא"כ, אם נניח שמנהג זה נלמד מהמדינות הנוצריות, נראה

שיש לאסור. מיהו כיום שרוב העולם אינו אדוק בדתו, אין הגויים עובדי ע"ז אלא גויים סתם, ואין איסור לעשות כמעשיהם.

והיעב"ץ (ח"ב סי' ט"ו ד"ה ומש"ע) כתב שרק בקום ועשה אסור ללכת אחריהם, אך בשב ואל־תעשה – מותר. וא"כ ההולך ברחוב ושומע צפירה ונעצר, אינו עובר עבירה, גם אם נחוש לדעה האוסרת. אך מי שיושב בביתו ורוצה לקום, יתכן שיש להחשיבו כעושה מעשה, וצ"ע.

ומסרו לי אנשים שעלו מחו"ל שהם אינם מכירים מנהג כזה בחו"ל. וא"כ זוהי המצאה ישראלית מקורית, ואין בה שאלה של הליכה בחוקות הגויים. מיהו דבר זה טעון בדיקה, אם באמת אין כאן חיקוי של הנכרים.

ג. חובת העמידה בצפירה מדין "איבה"

והנה, גם אם נניח שיש כאן איסור של הליכה בחוקות הגויים, יש לדון בנושא זה מצד "איבה". שזה פשיטא שאם יהודי היה חי בין הגויים, וביום הזיכרון לחלליהם היו עומדים – היה חייב גם הוא לעמוד; ואם לא היה עומד, היה גורם לאיבה בינו לבינם. ומצינו שהתירו לפעמים אפילו איסורי תורה משום "איבה" (עי' שו"ת דברי־חיים ח"ב, או"ח סי' כ"ה). ומדוע לא נחוש לאיבה בינינו לבין יתר עם ישראל?

ואין לומר שדין "איבה" נאמר רק על היחסים שבין ישראל לאומות העולם. שהרי מצינו "איבה" גם בין חברים לבין עמי הארץ (עי' חגיגה כ"ב ע"א).

ועוד, אמנם כולנו בני איש אחד נחנו. אבל המצב הנוכחי, בו חלק מהעם משרת בצבא ומקריב קרבנות יוצר מתיחות בינו לבין חלקים אחרים בעם. אמנם יש הצדקה לדחיית גיוסם של בני ישיבות שתורתם אומנותם (עי' לקמן סי' צ"ו בתשובה), אך הציבור הרחב אינו מבין בכמה עמל התורה נקנית. וכתוצאה מכך נוצר מצב מוזר, שבו רוב הציבור אינו מבין מדוע רק הוא מסכן את עצמו למען הכלל; והמינימום שהוא מצפה לו הוא יחס של כבוד לנופלים. ואם הצד השני לא יגלה יחס של כבוד, האיבה עלולה להגיע לסכנת נפשות ממש, וד"ל.

אמנם נימוק זה תקף יותר ביחס ליום הזיכרון לחללי צה"ל; אך גם ביום השואה, העובדה שחלק מהציבור אינו עומד בשעת הצפירה נתפסת בהגיונם של האחרים כפרישה מן הכלל, ויש כאן חשש גדול לאיבה.

תשובה

יש לעמוד בזמן הצפירה בימי הזיכרון לחללי צה"ל ולחללי השואה, ואין לחשוש לאיסור מצד חוקות הגויים. וזאת מפני שמנהג זה אינו מנהג של עכו"ם, ואף יש לו טעם הגיוני. ויש פוסקים רבים שאפשר לסמוך עליהם להקל בשאלה זו. ובגלל המצב העדין בו עם ישראל נמצא, יש לחוש גם לאיבה, ולכן יש לעמוד בשעת הצפירה.

(ומן הראוי לומר בשעת העמידה את תפילת "יזכור" או "אב הרחמים" וכדומה).

מסקנות

א. לדעת רוב הפוסקים, איסור "ובחוקותיהם לא תלכו" אינו אמור במנהג שיש לו טעם הגיוני, ואין חשש שיש בו סרך עבודה זרה.

ב. גם לדעה המחמירה, איסור זה אינו אמור במנהג שגם אילו הגויים לא היו נוהגים כמותו היינו מנהיגים אותו מכוח ההיגיון שלנו.

ג. יש לחוש ל"איבה" לא רק ביחסים שבין יהודים לגויים אלא גם ביחסים שבין יהודים ליהודים אחרים.

סימן כד

פטריה מדממת באשה שיש לה התקן תוך רחמי

ראשי פרקים

שאלה

א. תליה בדם מכה

ב. דימום מחמת התקן, האם נחשב לווסת?

ג. "אין ספק מוציא מידי ודאי"

תשובה

שאלה *

לאשה יש התקן תוך רחמי, שלפעמים הוא עלול לדמם. דימום זה בא מן המקור, ומן הסתם יש לומר שהוא מטמא. עתה מצאו אצלה פטריה מדממת בנרתיק, וכתוצאה מכך אינה יכולה ליטהר. מה דינה?

א. תליה בדם מכה

הפטריה אינה נמצאת במקור, והדימום היוצא ממנה אינו דם נידה אלא דם מכה. ובאשה שיש לה פצע יש שלוש דעות בפוסקים (עי' ב"י סי' קפ"ז ד"ה אבל):

א. **שיטת הרשב"א** (תורת הבית, בית ז' שער ד' דף כ"ג ע"א): האשה טהורה אפילו אם אינה יודעת בוודאות שמכתה מוציאה דם, ואפילו בשעת ווסתה.

ב. **שיטת המרדכי** (מסכת שבועות, הל' נידה סי' תשל"ב): האשה טהורה רק כשהיא יודעת שמכתה מוציאה דם, ורק כשיש לה ווסת קבוע ושלא בשעת ווסתה.

ג. **שיטת הרמ"א** (יו"ד סי' קפ"ז סעי' ה'): אם יודעת שמכתה מוציאה דם – טהורה אפילו אם אין לה ווסת קבוע; ואם אינה יודעת שמכתה מוציאה דם ויש לה ווסת קבוע – טהורה שלא בשעת ווסתה. ואם אינה יודעת בוודאות שמכתה מוציאה דם, וגם אין לה ווסת קבוע, אך יש ספק אם הדם מהמקור או מהצדדים – מותרת מכוח ספק ספיקא. (ועי' ערוה"ש, סעי' נ"ח, שכתב שהרמ"א הכריע מדעתו בין הראשונים).

ואע"פ שהט"ז (ס"ק י') והש"ך (ס"ק כ"ב) חלקו על הרמ"א, הרבה פוסקים סוברים כמותו (עי' פת"ש ס"ק כ"ח, דרכ"ת ס"ק ס"ג). וכתבו שהרמ"א סמך בעיקר על הרשב"א; אלא שחלק עליו בנקודה אחת: שכן הרשב"א מטהר אפילו בשעת ווסתה. ועל כך הקשו הראשונים: וכי לעולם לא תיטמא?! ולכן הרמ"א לא קיבל את דעתו בנוגע לשעת ווסתה.

והנה בנד"ד, שיש לה התקן שגורם לדימום גם שלא בשעת ווסתה, א"כ זהו ווסתה של אשה זו: שהיא מדממת יותר מאשה רגילה. ואם נתלה את הדימום בפטריה, א"כ לעולם לא תיטמא בגלל ההתקן (אם כי בווסת עצמה היא יודעת להבחין בין דם ווסתה לדם אחר, בגלל הרגשותיה המיוחדות, אך לדימום מההתקן אין הרגשה מיוחדת).

ב. דימום מחמת התקן, האם נחשב לווסת?

מיהו יש לומר שגם אשה זו, שיש לה התקן, לא ראתה דם כל הזמן אלא מדי פעם בפעם, ועכ"פ הרבה פחות מאשר עכשיו, שיש לה פטריה. וא"כ רוב הדימום שלא בשעת ווסתה הוא מהפטריה ולא מההתקן. וא"כ אפשר ללכת אחרי הרוב, אע"פ שייתכן שגם ההתקן **עלול** לגרום לדימום.

אמנם זהו רק לדעת הרשב"א שסובר שהולכים אחר הרוב, דהיינו: שתולים במכתה שהיא מדממת רוב הזמן, ולא בדם המקור, שהוא

* כסלו תשנ"ב.

מדמם רק בשעת ווסתה. אך לדעת הראשונים החולקים עליו, ובנקודה זו גם הרמ"א פוסק כמותם, אין תולין במכה בשעת ווסתה; וא"כ אין לתלות במכת הפטריה בשעה שההתקן גורם דימום.

ואעפ"כ נראה לענ"ד שהתקן אינו דומה לווסת. התקן רק **עלול** לדמם, ואינו מדמם בוודאות. ואע"פ שהוחזקה בכך, אין **הכרח** שתמיד הוא יגרום לדימום. משא"כ בווסת – "חזקה אורח בזמנו בא", ולכן לא שייך להקל בשעת ווסתה.

ובכלל מסופקני אם דימום הנובע מהתקן יכול לקבוע ווסת. כי יש כאן גורם חיצוני שעלול לגרום לדימום, ולכן צ"ע אם הוא קובע. ולא מצאתי מקור לסברה מחודשת זו. ולא דמי לווסת המקרים או לווסת האונס (שו"ע סי' קפ"ט סעי' י"ז). שהרי כאן ההתקן קבוע בגופה, ואנו רואים שמחממתו היא מדממת יותר מאשר בלעדיו, ובכל זאת לא כל הזמן היא מדממת. וא"כ מוכח שעצם הימצאותו של ההתקן בגופה אינו גורם בהכרח לדימום, אלא שלעתים רחוקות היא מדממת מחממתו; אולם רוב הזמן אינה מדממת. לכן לא דמי לווסת האונס. ומה גם שווסת האונס אינו קובע אלא בהרכבה עם יום מסויים (עי' שו"ע שם), ופה אין לומר כן.

ג. "אין ספק מוציא מידי ודאי"

והנה, מכיון שהפטריה מדממת בוודאות, ואילו המקור, ספק הוא אם מוציא דם – א"כ יש להקל משום שאין ספק מוציא מידי ודאי. ונראה שיש להביא ראיה ממסכת חולין (ט' ע"א), שם נאמר:

כדבעא מיניה ר' אבא מרב הונא: בא זאב ונטל בני מעיים... והחזירן כשהן נקובין, מהו? ...א"ל: אין חוששין שמא במקום נקב נקב.

ומכאן שהולכים אחר הרוב להקל. אמנם יש לדחות את הראיה, מפני שבני מעיים אינם צריכים בדיקה משום שאין בהם טריפות שכיחות. אך עדיין יש להביא ראיה מריאה שיש בה מיעוט מצוי של טריפות (עי' שו"ע יו"ד סי' ל"ט סעי' ב'), ומצינו במסכת חולין (מ"ט ע"א):

אינקבה ריאה היכא דממשמשא ידא דטבחא, תלינן או לא תלינן? ...והלכתא: תלינן.

וכן נפסק להלכה בשו"ע (סי' ל"ו סעי' ה'). ומכאן שתולים להקל בדבר המצוי. וכן נפסק בשו"ע (סי' נ"ה סעי' י"ג), שאם העצם של הרגל נמצאה שבורה, ואינו יודע אם השבירה נעשתה מחיים או לאחר מיתה, ויש במה לתלות – תולין להקל.

וכן יש אולי לדמות זה להא דאיתא בחולין (י' ע"א):

איתמר: השוחט בסכין ונמצאת פגומה, אמר רב הונא: אפילו שיבר בה עצמות כל היום – פסולה, חיישינן שמא בעור (הבהמה) נפגמה (רש"י: ונמצא שלא נשחטו הסימנים אלא נקרעו). * ורב חיסדא אמר: כשרה, שמא בעצם נפגמה... אלא דרב חיסדא מאי טעמא? אמר לך: עצם – ודאי פוגם; עור – ספק פוגם; הוי ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי...

והילכתא כוותיה דרב חיסדא כששיבר בה עצם.

וכן יש להביא ראיה מדיני חציצה; שכן פסק בשו"ע (יו"ד סי' קצ"ח סעי' כ"ו):

אם לא בדקה קודם טבילה בין שיניה ולא בית הסתרים שלה, ואחר טבילה נמי לא בדקה עד שנתעסקה בכתמים ובתבשילין, ואחר כך בדקה ומצאה עצם בין שיניה – תלינן לקולא, ואמרינן דבתר טבילתה עיילי בה.

וכן פסק להלן (סי' קצ"ט סעי' י"ב). אולם הש"ך (סי' קצ"ח ס"ק ל"ג) כתב בשם הרוקח (סי' שי"ט) להחמיר. והרוקח הביא ראיה משפחתו של רבי, שטבלה ונמצא לה עצם בין שיניה, שהצריכה רבי טבילה אחרת (קידושין כ"ה ע"א).

ולכאורה ראייתו של הרוקח צ"ע. שהרי שם מדובר במקרה שלא התעסקה אח"כ בתבשילין,

* ולכאורה קשה על רב הונא, שלעיל (דף ט' ע"א) תלה בזאב וכאן אינו תולה בעצם! ואולי בבני מעיים אין חשש כלל, מה שאין כן בסכין, שאולי נפגם בעור.

ולכן לא היה במה לתלות, ואילו כאן מיירי שנתעסקה בתבשילין ואפשר לתלות בהם. וייתכן שפירש את הגמרא שם שהמדובר כשהתעסקה בדבר החוצץ.

מיהו גם המקילים לא הקלו אלא בדרבנן, מפני שחציצה בבית הסתרים פוסלת לדעתם רק מדרבנן.

ואכן דעת הרמב"ן (קידושין כ"ה ע"א ד"ה נהי) והריטב"א (ד"ה מקום) היא שחציצת בית הסתרים פוסלת מדרבנן (אך המהדיר, בהוצאת מוסד הרב קוק, הע' 250, מעיר מדברי הריטב"א בחולין, דף פ"ג ע"ב ד"ה כרבי, שסובר שחציצה בבית הסתרים פוסלת מדאורייתא. ומביא שהאחרונים אכן נקטו בדעת הריטב"א שהוא מדרבנן על סמך דבריו בקידושין). ועי' רשב"א (ד"ה הא).

ובעינים למשפט (ציון ל"מ) כתב בשם הטור שבית הסתרים אינו צריך לביאת מים. והטור (סי' קצ"ט בסופו) כתב כן בשם הראב"ד (בעלי הנפש, שער הטבילה, דיני חציצה עמ' ע"ז). וכך כתב הב"י (סי' קצ"ח דף פ"ח ד"ה כתב הראב"ד) בשם הראב"ד (שם) שהקלו בשפחתו של רבי משום שבית הסתרים אינו ראוי לביאת מים. וא"כ זוהי שיטת רוב הפוסקים. וכנראה זוהי סברת הרמב"ן והריטב"א בקידושין, שחציצה בבית הסתרים אינה פוסלת מהתורה. ועי' ט"ז (סי' קצ"ב ס"ק כ').

וא"כ בדימום המטמא מדאורייתא לא ניתן לסמוך על סברה זו. אך נראה שאף לדעת הסוברים שחציצה זו פוסלת מן התורה, מצינו שהקלו בדבר שאינו מפורש בתורה (עי' רמב"ם הל' שחיטה פ"ה ה"ג). ולפי זה רק בדרבנן או בדבר שאינו מפורש בתורה הקלו לומר שאין ספק מוציא מידי ודאי ולא בדאורייתא ממש. אולם לעיל הבאנו מריאה שניקבה ע"י זאבים שהקלו גם בדאורייתא. (אמנם בדוחק יש לומר שנקב בריאה אינו אלא הלכה למשה מסיני, וכבר כתבנו לעיל שלדעת הרמב"ם בספק טריפות שהן הלכה למשה מסיני יש להקל. ודוחק לומר כן, שלא מצינו לפוסקים שאמרו סברה זו, ומה גם שרוב הראשונים חולקים על הרמב"ם).

והנה נאמר בשו"ע (סי' קצ"ט סעי' י'-י"א):

חפפה ועיינה וטבלה, ובעלייתה נמצא עליה דבר חוצץ, אם בתוך עונה שחפפה טבלה אינה צריכה טבילה אחרת... במה דברים אמורים? כשלא נתעסקה באותו המין אחר הטבילה; אבל אם נתעסקה בו בין טבילה לבדיקה – אינה צריכה טבילה אחרת, שאני תולה אותו במין שנתעסקה בו.

כלומר, אע"פ שיש ספק שמא החציצה היתה עליה לפני הטבילה, אנו תולים בכך שבוודאי החציצה נוצרה אחרי הטבילה. כי אין ספק מוציא מידי ודאי.

מיהו הש"ך (ס"ק ט"ז) חולק על פסק זה, ומביא בשם הב"ח (ד"ה חפפה ועיינה) שאין תולין להקל אלא כאשר היא אומרת ברי לי שלא היה עלי בשעת טבילה. וכתב הש"ך, שגם לפסק השו"ע המדובר כשחפפה, אלא שהחפיפה היתה בעונה אחת והטבילה בעונה אחרת, ולא היה ביניהן הפסק של עונה שלמה (עי' ט"ז ס"ק י"ב), שאז תולין במצוי יותר. אך כאשר הפרש הזמן בין החפיפה לטבילה היה יותר מעונה אחת, אין תולין במין שעסקה בו אחרי הטבילה. משמע שלא בכל מקום אומרים שאין ספק מוציא מידי ודאי, אלא רק בספק רחוק ובוודאות גמורה. אלא שצ"ע, מאי שנא מריאה שניקבה ע"י הבודק, הרי בריאה הטריפות מצויות ולכן יש חובה לבודקה?

ונראה לענ"ד שאע"פ שבריאה יש מיעוט המצוי של טריפות, הכוונה היא לסירכות ובועות וכדו' (ש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'); משא"כ בנקבים, שאינם מצויים כלל, ולכן תולין במישוש של הבודק; אך ספק המצוי אין תולין בבודק.

תשובה

ולפי זה בנד"ד צריך לברר את המציאות: אם הדימומים מההתקן הם נדירים, ולעומת זאת הדימום מהפטריה הוא תדיר – יש מקום לתלות את הדימום בוודאי, דהיינו בפטריה, ולא בספק, דהיינו בהתקן. אך אם הדימום הנגרם מההתקן הוא תדיר יותר, או שהדימום הבא

מהפטריה אינו תדיר כל כך – אי אפשר לתלות את הדימום בפטריה.

וכסניף להיתר יש להוסיף שההתקן עצמו הוא ספק. לא ברור שהוא דם נידה. אין הסבר מדויק לפעולתו של ההתקן, ובלשון רופא: זהו ספק גירוד, ספק גירוי. ואם זהו גירוד, הרי דינו כמכה, והוא טהור. אמנם בדרך כלל אנו חוששים לדם הבא מחמת ההתקן, מספק. אך כאן, כאשר יש סבירות גבוהה יותר לתלות בפטריה, יש לצרף גם ספק זה כסניף להיתר.

ולכן נראה שאם הפטריה עלולה לדמם הרבה, ולעומתה ההתקן אינו עלול לגרום לדימום אלא לעתים רחוקות – יש לומר שאין ספק מוציא מידי ודאי, והאשה טהורה גם כשהיא מדממת. ואינה נטמאת אלא כאשר ברור שהדימום הוא הווסת. והדבר יכול להתברר ע"י כמות הדם או ע"י סימנים ותחושות המלווים את הווסת.

סימן כה

כתם בתחבושת הגיינית

ראשי פרקים

שאלה
א. גודל בגד שאינו צמר ופשתן
ב. דינם של נייר, צמר־גפן ופלסטיק
ג. דינו של כלי חד־פעמי
תשובה

שאלה *

יש תחבושות הגייניות חדשות, תחתוניות, שגדלן פחות מג' על ג' טפחים, והן בנויות שלוש שכבות: השכבה הפנימית עשויה מנייר סופג; תחתיה יש ריפוד של צמר גפן; ומבחוץ – שכבה פלסטית אוטמת. מצויים שני סוגים של תחבושות כאלו: האחת היא דקה, והאחרת – עבה, המסוגלת להכיל כמות גדולה של דם.

מה דינה של אשה שמצאה כתם על תחבושת כזו?

א. גודל בגד שאינו צמר ופשתן

דין טומאת כתמים אמור רק כשהם נמצאים על דבר המקבל טומאה (שו"ע יו"ד סי' ק"צ סעי' י'), כגון: בגד או כלי.

בתחבושת הדקה אין ג' על ג' טפחים. וצ"ע אם היא מקבלת טומאה. אמנם בצמר ופשתים די בגודל של ג' על ג' אצבעות כדי לקבל טומאה; אך ביתר המינים בעינן ג' על ג' טפחים (רמב"ם הל' כלים פכ"ב ה"א). והשאלה היא: האם "בגד" בנד"ד כולל את יתר המינים או שהוא רק צמר ופשתים.

שאלה זו היא מחלוקת בין תנא דבי ר' ישמעאל לבין ר' שמעון בן אלעזר (שבת כ"ו ע"ב – כ"ז ע"ב). ובהלכות ציצית (או"ח סי' ט' סעי' א') נחלקו בדבר המחבר והרמ"א: לדעת המחבר רק צמר ופשתים הם "בגד" מדאורייתא, וא"כ לדעתו, בגד מחומר אחר, צריך שיהיו בו ג' על ג' טפחים. אך לדברי הרמ"א, שם "בגד" כולל מדאורייתא הן צמר ופשתים והן שאר מינים. וא"כ בכל המינים די בג' אצבעות, ולא בעינן ג' טפחים.

ומצאתי להגר"ע יוסף שליט"א (טהרת הבית סי' ב' סעי' ט', משמרת הטהרה עמ' ת"א), שכתב שגם לדעת הרמ"א דין זה אמור רק בציצית. אך

* טבת תש"ן.

בכתמים, שכל איסורם הוא מדרבנן, אף הוא מודה שבגד ממין אחר אינו כצמר ופשתים, ואינו מקבל טומאה אלא בג' על ג' טפחים.

ב. דינם של נייר, צמר־גפן ופלסטיק

והנה השכבה הפנימית כאן היא נייר, וידועים דברי הפוסקים האחרונים שדנו אם נייר מקבל טומאה: הנודע ביהודה (מהד"ת יו"ד סי' ק"ה, מובא בפת"ש סי' ק"צ ס"ק י"ח) כתב שנייר שלנו מקבל טומאה. אולם האחרונים הקלו (עיין דעת תורה למהרש"ם על הלכות נדה סי' ק"ד. וכן פסק הגר"ע יוסף בספרו טהרת הבית, סי' ב' סעי' י').

כן יש לעיין בדינה של שכבת צמר הגפן. הגר"ע יוסף (טהרת הבית עמ' ת"ה) כתב בשם הגרש"ה ואזנר (שיעורי שבט הלוי עמ' קע"ד ס"ק ג' בסופו) שצמר גפן אינו מקבל טומאה. אך צמר גפן מרופד בשכבה מסודרת בין הנייר לבין הפלסטיק, צ"ע מה גדרו? ואולי יש לדמותו ל"לבד", שהוא מקבל טומאה (רמב"ם הל' כלים פ"א הי"א). ונראה לי ש"לבד" הוא מהודק היטב שאינו מתפורר, אך שכבת הצמר גפן הנ"ל אינה לבודה, אלא היא רפויה מאד ומתפוררת בכל מגע יד, ולכן אין לה דין "לבד".

שכבת הפלסטיק אין לה שם של בגד, כי היא אינה כלי מן החי, ולא מן הצומח (עמ' טהרת הבית סי' ח' סעי' י', ובמשמרת הטהרה עמ' ת"ח־ת"ט), והרי היא ככלי גללים וככלי אבנים שאינם מקבלים טומאה (רמב"ם כלים פ"א ה"ו).

וא"כ נמצא שמכל הבחינות אין כאן דבר המקבל טומאה, ותחבושת זו אינה מיטמאת בכתם.

ג. דינו של כלי חד־פעמי

אולם יש לעיין בדינה של תחבושת מהסוג השני, שאע"פ שאינה בגד, יש לומר שמכיון ששכבת צמר הגפן שם עבה מאוד ויכולה לספוג הרבה, אולי יש לה דין של "כלי". ואף שאינה כלי קיבול ממש, אולי קרוב הדבר להיחשב ככלי קיבול. שהרי החילוק בין פשוטי כלים לכלים הוא כושר הקיבול שלהם (עי' רמב"ם הל' כלים פ"א ה"ח־ה"י). אמנם פשוטי כלי מתכות מקבלים טומאה גם כשאינם כלי קיבול; אך כלי עץ, עור ועצם נלמדו משק, שמקבל טומאה מפני שיש לו בית קיבול. מיהו, כלי קיבול, פירושו, שיש לו דפנות; ואילו תחבושת זו, אין לה דפנות אלא כושר ספיגה. וכן צ"ע, מהו שיעורו של כלי קיבול, ומהו גדרו של כלי קיבול.

מיהו, אפילו אם נאמר שתחבושת זו ככלי היא, יש לומר שאינה אלא כלי ליום אחד. וכלי כזה אינו מקבל טומאה. ועי' רמב"ם (הל' טומאת כלים פ"ב ה"א) שכתב שכלי של לפת ואתרוג אינו מקבל טומאה. ובהמשך (פ"ה ה"ז) כתב הרמב"ם שחותל של הוצין, אם אינו יכול ליטול מה שבתוכו עד שיתירנו – הרי הוא טהור. יעויין שם.

פוסקי דורנו דנו בענין כוס של ברכת המזון ושל קידוש (וכן לנטילת ידיים בכלי חד־פעמי), אם כוס חד־פעמית כשרה בתור כוס. והגר"מ פיינשטיין (שו"ת אגרות משה או"ח ח"ג סי' ל"ט) פסל אותה לקידוש (ועי' שמירת שבת כהלכתה ח"ב פרק מ"ז סעי' י"א והע' נ"ה).

אך נראה שיש לחלק בין המקרים: בקידוש לא בעינן כלי המקבל טומאה אלא כלי המכיל את המים או היין, ולכל היותר אפשר לפוסלו מדין "הקריבהו נא לפחתך". והראיה – שכלי פלסטי קבוע, אף על פי שאינו מקבל טומאה, לכו"ע כשר לקידוש. אך בנד"ד, שהגדר הוא כלי המקבל טומאה, יש לומר שבגד חד־פעמי אינו מקבל טומאה, וכתם על דבר כזה אינו מטמא.

תשובה

התחבושות משני הסוגים אינן מקבלות טומאה, מכמה נימוקים:

א. גודלן הוא פחות משלושה על שלושה טפחים.

ב. החומרים מהם הן עשויות (נייר, צמר־גפן ויריעת פלסטיק) אינם מקבלים טומאה.

ג. גם אם התחבושת היא "כלי", כלי חד־פעמי אינו מקבל טומאה.

ומכיון שכך, כתם על תחבושות אלו אין לו דין של כתם, והאשה טהורה לבעלה.

סימן כו

נישואי אשה שלא ספרה שבעה נקיים לדם חימוד

ראשי פרקים

שאלה
א. ספירת שבעה נקיים מחשש לדם חימוד
ב. שמירת שבעה נקיים ללא כוונה
ג. דם חימוד בזוג שחי ביחד לפני הנישואין
ד. חופת נידה מחמת חשש לדם חימוד
ה. חופת נידה שאינה ראויה לביאה מחמת מחלה
ו. שיטת הרמב"ם בחופת נידה
ז. יישוב שיטת הרמב"ם
ח. הסבר פסקי הרמב"ם
תשובה
מסקנות

שאלה *

אשה בהריון קבעה לעצמה תאריך נישואין, ובאה להירשם לנישואין ברבנות ששה ימים לפני היום שקבעה. לדבריה, מנתה שבעה נקיים ללא דימום, ורוצה לטבול ערב חתונתה. האם אפשר להתיר לה להינשא ביום שקבעה או שעליה לספור שבעה נקיים מחשש ל"דם חימוד"?

יש להעיר שאשה זו נמצאת בשמירת הריון, ואסורה בתשמיש עם בעלה.

השאלות שיש לברר הן:

א. האם יש לחשוש לדם חימוד במעוברת?

ב. האם קביעת תאריך נישואין ללא רישום ברבנות מספיקה לענין דם חימוד?

ג. אם נניח שאסור לה לטבול לפני הנישואין, האם מותר להשיאה כאשר היא אסורה על בעלה?

ד. האם העובדה שהיא בשמירת הריון היא סיבה להקל ולהשיא אותה כשהיא אסורה, משום שבלאו הכי אין חשש שבעלה יבוא עליה?

ה. האם מאחר שהאשה חולה ואינה ראויה לתשמיש, הרי זו חופה שאינה ראויה לביאה?

א. ספירת שבעה נקיים מחשש לדם חימוד

נפסק בשו"ע (יו"ד סי' קצ"ב סעי' א'):

> תבעוה לינשא ונתפייסה, צריכה לישב שבעה נקיים, בין גדולה בין קטנה... שמא מחמת חימוד ראתה טיפת דם כחרדל ולא הרגישה בו. ומונה שבעה נקיים ממחרת יום התביעה...

ובפת"ש (ס"ק ב') **כתב בשם תשובת "גבעת שאול"** (סי' ס"ה) **שאף אם היא זקנה ומסולקת דמים – צריכה להמתין שבעה נקיים. והוסיף הפת"ש בשם תשובת "מקום שמואל"** (סי' ל"ג) **שהוא הדין במעוברת, וק"ו הוא מקטנה. ועי' דרכ"ת** (ס"ק ל"ט, מ"ב), **ומשמע שהדעה נוטה לחוש לדם חימוד גם במעוברת. וא"כ אשה זו**

* אדר תשנ"ג.

צריכה למנות שבעה נקיים ממחרת יום הקביעה של הנישואין.

אלא שבנד"ד צ"ע אם החלטתה להינשא ביום מסויים היא הקובעת, או שמא הרישום לנישואין ברבנות הוא הקובע. ועיין שו"ע (סעי' ב'):

> שבעת הימים הללו מונים אותם משעה שהיא סומכת בדעתה ומכינה עצמה לחופה.

ועי' ט"ז (ס"ק ג') שכתב:

> משעה שמכינה השיכר לצורך החופה, או משעה שמודיעין לה.

וא"כ יש לומר שהזמנת מקום לחופה תיחשב כסמיכות דעת. מיהו נראה שמכיון שיש צורך ברישום ברבנות, ובלא זה לא יתכן שיהיו קידושין – א"כ לא די בהזמנת מקום לנישואין בלבד. כי בלא רישום ברבנות אין כאן סמיכות דעת. וצ"ע, שאולי האשה סברה שברבנות לא יהיה שום עיכוב, ויסכימו לזמן שקבעה, ולכן סמכה דעתה על התאריך שקבעה. והראיה, ששילמה עבור הזמנת המקום ושאר ההכנות לחתונה.

ב. שמירת שבעה נקיים ללא כוונה

אלא שאף אם נאמר שספירת שבעת הנקיים התחילה מאז שהזמינה את המקום לחתונה, צ"ע אם היתה בכלל ספירה כזאת. שכן יש לומר, שמכיון שלא הדריכו אותה לפני כן כיצד לספור את שבעת הנקיים, אין כאן ספירה כלל. אמנם נפסק בשו"ע (שם) שכלה הסופרת מחשש לדם חימוד אינה צריכה הפסק טהרה, מיהו גם לדעה זו, לכתחילה צריכה בדיקה בכל יום, ובדיעבד די בשתי בדיקות: האחת ביום הראשון והשניה ביום השביעי (הג"ה שם). אמנם יש מן הפוסקים שכתבו שבבדיקה אחת סגי, או בתחילה או בסוף, וכמו שכתב בשו"ע (סי' קצ"ו סעי' ד', בדעה הראשונה, ועי' ערוה"ש סעי' כ"ג); ואף יש אומרים שבדם חימוד די בבדיקה אחת (עי' סי' קצ"ב סעי' א' בהג"ה) – מ"מ מי שהיתה נידה צריכה הפסק טהרה ושבעה נקיים (עי' דרכ"ת ס"ק ה', ט', ועיין להלן). וכאן אולי לא היתה אף בדיקה. ואף אם לא נצריך בדיקה, האשה צריכה לפחות לשים לב אם רואה דם; שאם לא כן, אין כאן שבעה נקיים ספורים לפנינו כלל. ואשה זו – הרי לא ידעה כלל שצריכה לדקדק בכך. ועיין תורת השלמים (סי' קצ"ב ס"ק ג') שכתב שמי שכבר היתה טמאה מחמת נידה צריכה הפסק טהרה לכו"ע, ורק קטנה פטורה. מיהו במעוברת יתכן שיודה שאינה צריכה הפסק טהרה, אף שהיתה נידה לפני עיבורה; שהרי מיום שנתעברה הרי היא בחזקת מסולקת דמים. ועי' דרכ"ת (ס"ק י"ב) שכתב שדברי השו"ע אמורים בזקנה וטהורה. וצ"ע בכוונתו, אם זקנה מיירי שטבלה פעם לפני שהפסיקה לראות לגמרי, או שהיא כרגע בחזקת שאינה רואה, ובדיעבד גם בלא הפסק טהרה שרי. וצ"ע.

אך כאמור צריכים שבעה נקיים ספורים לפנינו. ומכיון שאולי לא ספרה, יש לומר שאינה יכולה להינשא.

ג. דם חימוד בזוג שחי ביחד לפני הנישואין

וצ"ע בזוג כזה, שחי חיים משותפים כל הזמן, אם צריכה בכלל לחוש לדם חימוד. שהרי מקרה זה אינו דומה לכלה כשרה וצנועה, שההתרגשות לקראת נישואיה היא כה גדולה עד שהיא עלולה לראות דם מחמת חימוד; מה שאין כן בכלה כזו, שעבורה הנישואין אינם אלא אקט פורמלי. ואף כי בוודאי היא מייחסת חשיבות לאקט הזה, כדי שתהיה נשואה כדת וכדין, מ"מ אין כאן חימוד.

בס' טהרת ישראל (סי' קצ"ב סעי' א' אות ט') כתב בשם המהרש"ם, שאם אדם קידש אשה וחי עמה חיי אישות ללא נישואין, ואח"כ עשה תשובה ונשאה כדין – אינה צריכה שבעה נקיים. ואע"פ שהדבר אינו דומה לגמרי לנד"ד, שכן שם היו לפחות קידושין, וכאן אפילו קידושין לא היו, מ"מ נראה שיש מקום לדמות.

ועיין חוו"ד (שם ס"ק א') שכתב שלביאה של זנות אין חימוד, והדבר דומה לביאה רגילה של כל אשה ואשה, שאין אנו חוששים בה לחימוד. ותדע, שפילגש אינה צריכה לחוש לדם חימוד

בכל ביאה וביאה (ועיין דרכ"ת, ס"ק א', שהביא את דברי החוו"ד, וציין לס' מנחת פתים שפלפל בזה ונשאר בצ"ע). ואפשר להסיק מדבריו שזונה אינה מתרגשת מביאה, ולכן אינה חוששת לדם חימוד, אך מנישואין אולי היא מתרגשת.

והחתם סופר (אה"ע סי' קכ"ג) כתב לענין שבעת ימי המשתה, שביאה כשלעצמה וחופה כשלעצמה, כל אחת מהן לבדה גורמת שמחה. אך אולי יש לחלק בין שמחה לחימוד. ומלבד זאת הנוב"י (מהד"ת אה"ע סי' פ"ב) חולק על כך. ואכן נחלקו בשאלה זו גדולי המורים: החקרי־לב (אה"ע סי' ל"ב) כתב שנוהג רק יום אחד. ואילו השמש־צדקה (אה"ע סי' ה', מובא בחקרי־לב שם) כתב שנוהג שבעה ימים (ועי' גינת־ורדים, אה"ע כלל א' סי' י"ז). וצ"ע אם נחלקו גם לענין דם חימוד. והברכ"י (סי' קצ"ב ס"ק ז') הביא מתשובת הרדב"ז (ח"ג סי' תכ"ג) ומתשובת "מקום שמואל" (סי' ל"ג) שכתבו שאשה שנתעברה מאיש והכריחוהו לקחתה לו לאשה, צריכה לספור שבעה נקיים.

מיהו נראה שנד"ד אינו דומה למעוברת עצמו. כי יתכן ששם בא עליה ופרש ממנה, ואח"כ הכריחו אותו להינשא; ונוצר מצב חדש, שקודם לא רצה לשאתה, ועתה מסכים לשאתה, ויש כאן התרגשות חדשה וחימוד. מה שאין כן בנד"ד, שהם חיים כל הזמן כאיש ואשה, ורק רוצים להינשא כדין, יתכן שאין כאן התרגשות המביאה לדם חימוד. (ועי' טהרת הבית, להגר"ע יוסף, ח"א עמ' תע"ח, שלדעתו בזוג שחי ביחד לפני הנישואין צריכה האשה לספור דם חימוד, ורק במעוברת יש מי שמקל. ולדעת הגרש"ה ואזנר, שיעורי שבט הלוי הל' נידה עמ' רל"ב, זוג כזה אינו חושש כלל לדם חימוד).

ד. חופת נידה מחמת חשש לדם חימוד

לפי ההנחה שיש לחוש בנד"ד לדם חימוד, יש לשאול: אם לא עשתה הפסק טהרה ולא בדקה כדין, מה דין חופתה?

ושאלה זו, אם אשה שלא ספרה שבעה נקיים משום דם חימוד יכולה להינשא, תלויה בדינה של חופת נידה, שנחלקו בה הפוסקים. לדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ב) חופת נידה אינה קונה. ואילו לדעת הרא"ש (כתובות פ"ה סי' ו') חופת נידה קונה. ובשו"ע (אה"ע סי' ס"א סעי' א') הביא להלכה את שתי הדעות.

ועיין שער המלך (קונט' "חופת חתנים" סעי' ו') שדן בשאלה אם גם במקום שיש לחוש לדם חימוד נחשבת החופה לחופת נידה ואינה קונה. ומשמע מדבריו שאכן אינה קונה. אמנם המעיין היטב בדבריו יראה שדן בנידה גמורה שלא ספרה שבעה נקיים. אך באנציקלופדיה תלמודית (ערך "חופה" אות ה') הבינו שהמדובר גם באשה שלא ספרה שבעה נקיים מחמת דם חימוד. ועי' שער המלך (שם) שהוכיח שגם מי שאסורה רק מדרבנן חופתה אינה חופה, כי חופה היא חיבת ביאה בפועל, וא"כ הוא הדין לנד"ד. ומאחר שלכתחילה אנו משתדלים לחוש לדעת הרמב"ם (שם ה"ו), הסובר שאין לעשות חופת נידה, אף כאן יש לדחות את החופה כדי שתהיה חופה כהלכה לכל הדעות.

ה. חופת נידה שאינה ראויה לביאה מחמת מחלה

והנה אף אם נאמר שאשה זו חייבת לחוש לדם חימוד, צ"ע בחולה, שבלאו הכי אינה ראויה לביאה, אם יש מקום להתיר. והסיבה לכך היא משום שבלאו הכי אשה זו אינה ראויה לביאה מצד מחלתה, ולדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ט) אין חופתה קונה. ואם בכל זאת אנו משיאים אותה בזמן מחלתה ולא דוחים את הנישואין, זה ע"כ משום שאין אנו חוששים לדעת הרמב"ם במקרה זה, כי דחיית נישואין לזמן ממושך קשה להם. וע"כ, או שאנו סומכים על דעת רוב הפוסקים שחולקים על הרמב"ם (רא"ש, ר"ן ועוד ראשונים: מובאים בשו"ע אה"ע סי' ס"א סעי' א'), או שגם לדעת הרמב"ם החופה קונה לדברים מסויימים למרות שהחופה אינה ראויה לביאה, כפי שיתבאר להלן (אות ז'־ח'). וא"כ לא איכפת לנו שהיא אסורה גם מחמת נידה.

ולבירור הענין עלינו להבין את הסוגיא בכתובות (ב' ע"א), העוסקת בחיובו של הבעל

להעלות מזונות לאשה אם הגיע הזמן שנקבע לנישואין, ועדיין לא נשאה. ושם נאמר:

חלתה היא (ואינה יכולה להינשא). מהו (האם חייב לזון אותה)? מצי אמר לה: אנא, הא קאימנא; או דילמא מציא אמרה ליה: נסתחפה שדהו? ואם תמצי לומר אמרה ליה נסתחפה שדהו; פירסה נידה, מהו?

וצ"ע מה החילוק בין חלתה לבין פירסה נידה, שהרי בשניהם אינה ראויה לביאה! ויש להסביר זאת לרמב"ם ולרא"ש, לכל אחד לפי שיטתו. שיטת הרא"ש (כתובות פ"ה סי' ו') היא שחופה קונה גם כשאינה ראויה לביאה, אלא שהבעל יכול לסרב לכונסה לחופה משום שהכל יודעים למה כלה נכנסת לחופה; ומכיון שאינה ראויה לביאה, אינו רוצה לכונסה. וא"כ הוא הדין באשה שחלתה, טענתו טענה. וצריך לומר עפ"י מה שכתב החלקת־מחוקק (סי' ס"א ס"ק ד') בשם הרא"ש בתשובה (כלל נ"ד סי' ב'), שחולה ראויה להעראה, ואילו נידה, אסור אפילו לגעת בה באצבע קטנה (אך יש להעיר שמדברי הרא"ש שם משמע להיפך, וצ"ע). לפי זה צריך לומר שזוהי בעיית הגמ'. לאחר שהניחה שבחלתה נסתחפה שדהו, ואע"פ שראויה לנגיעה ולהעראה, אם בכל זאת אינו רוצה לכונסה – נסתחפה שדהו, וחייב לה מזונות. אך אם פירסה נידה, שאינה ראויה כלל, אפילו ליגע בה – יכול לטעון שאינו חייב לה מזונות. דבשלמא כאשר היא ראויה קצת אלא שהוא אינו רוצה לכונסה, חייב לה מזונות; אך כאשר אינה ראויה כלל, אינו חייב לה.

ולדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ב), הסובר שחופה שאינה ראויה לביאה אינה קונה, יש לומר שהחילוק הוא בין מניעה מציאותית למניעה דינית. חולה מנועה מביאה מבחינה מציאותית, אך נידה מנועה מביאה מבחינה דינית. לכן יש לומר שבנידה אין זו מניעה מהותית, אלא "פומא הוא דכאיב לה". ובעצם היא ראויה לביאה מצד עצמה, ורק האיסור החל עליה מונעו מלבוא עליה. ולכן היתה הו"א לומר בפירסה נידה, שחופתה אינה חופה, אולם לא נסתחפה שדהו כל כך עד שיתחייב לזון אותה. ולפי זה לדעת הרמב"ם חופת נידה פסולה בגלל האיסור החל עליה, וק"ו חולה, שאינה בת ביאה כלל בעצם.

ומצאתי בשדי־חמד (מערכת חתן וכלה סי' כ') שכתב בשם שו"ת בית־יהודה (אה"ע סי' י"א) שגם למ"ד חופת נידה אינה חופה, חופת חולה שמה חופה. כי חופת נידה פסולה משום אריא דרביעא עליה, מה שאין כן בחופת חולה, שאם תרצה לחבול בעצמה ולאפשר לבעלה לבוא עליה – הרי היא רשאית. ומכיון שאין דבר עצמי המונע את בעלה מלבוא עליה, "חופה הראויה לביאה" מיקרי. וכתב עליו השד"ח שהסברה הפוכה. ודבר שאינו ראוי מצד המציאות נחשב יותר אינו ראוי מדבר שאינו ראוי מצד הדין. והביא ראיה לזה ממה שכתב הט"ז (או"ח סי' ל"ב ס"ק י"ח) בשם הב"ח (ד"ה ומ"ש בגרידה), שספר־תורה שנמצאה בו אות פסולה מחמת טיפת דיו שנפלה עליו וצריך לגוררה בשבת – כשר, ואין צריך להוציא ספר־תורה אחר. וזאת משום ד"כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו". שהרי מעיקר הדין יש לספר התורה הזה תקנה, ורק איסור שבת רביע עליה. וכעין זה כתב בשאג"א (סי' ו'). ועי' נשמת אברהם (אה"ע סי' ס"א).

ולענ"ד יש להעיר על סברת הבית־יהודה, שכן יש לומר שחולה אינה ראויה לביאה מצד עצמה, ולא רק בגלל סכנתה, אלא משום שאינה מסוגלת לכך, ולאונסה אסור, לכן אינה ראויה לביאה.

וא"כ חזרנו לסברתנו שחופת נידה יתכן שקונה, אפילו אם נאמר שחופת חולה אינה קונה (שהרי כך משמע מהגמ' לדעת הרמב"ם), מכיון שאינה פסולה בעצם – הוא יכול לומר לה: אנא הא קאימנא, והייתי מוכן לשאתך, ובעצם את ראויה מצד עצמך לנשואין; וזה שיש איסור המעכב את הנישואין, אין בכך בכדי לחייבני במזונות.

מיהו כל זה אינו אלא לפי ההו"א. אולם למסקנת הגמרא בין נידה בין חולה אינה בת

נישואין. ולרמב"ם החופה אינה קונה עד שתבריא.

העולה מזה – שחולה דינה כנידה. ולכן לדעת הרמב"ם אין החופה קונה, ולדעת הרא"ש החופה קונה. וא"כ בנד"ד, אם אנו חוששים לדעת הרמב"ם, הרי בלאו הכי אין החופה קונה, בגלל מחלתה, וא"כ נידתה אינה מעלה ואינה מורידה. ואפילו אם נדחה את הנישואין בכמה ימים, בלאו הכי הנישואין לא יתפסו, מדוע איפוא נעכב אותה מלהינשא מיד?

אולם בחלקת־מחוקק (ס"ק ד') כתב שחולה עדיפה מנידה, שהרי היא ראויה להעראה. ולכן חופת חולה קונה. וא"כ שפיר יש לומר שאם נדחה את החופה ביום או יומיים, והכלה תיטהר, החופה תקנה למרות שהיא חולה; מה שאין כן אם נעשה אותה בתוך שבעת הנקיים, שאז אינה ראויה כלל אפילו להעראה – אינה חופה.

ו. שיטת הרמב"ם בחופת נידה

והנה צריך עיון בשיטת הרמב"ם, הסובר שחופה היא ייחוד: האם חופה שאינה ראויה לביאה אינה קונה כלל, או שמא היא קונה לכמה דברים?

כתב הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"א):

וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה, והוא הנקרא נישואין בכל מקום.

על כך יש להקשות ממה שכתב הרמב"ם (הל' אישות פכ"ב ה"א):

הבעל קודם לכל אדם בירושת אשתו. ומאימתי יזכה בירושתה? משתצא מרשות אביה. ואע"פ שנעדיין לא נכנסה לחופה, הואיל ונעשית ברשות בעלה – יירשנה.

ולשיטתו, שחופה היא ייחוד, כיצד היא נחשבת לאשתו ע"י מסירה לשלוחי הבעל בלי ייחוד? ומקור דבריו הוא הדיון במסכת כתובות (מ"ח ע"ב) על דברי המשנה:

מסר האב לשלוחי הבעל – הרי היא ברשות הבעל.

ועל כך נאמר בגמרא:

אמר רב: מסירתה לכל (רש"י: ליורשה וליטמא לה ולמעשה ידיה ולכל דבר איש באשה קיימא מסירת שלוחים במקום חופה), חוץ מתרומה.

ולדעה זו בודאי חופה אינה ייחוד, שהרי מסירה לשלוחים מועילה במקום חופה. וע"כ חופה אינה ייחוד.

בהמשך מובאת הדעה החולקת, שהתקבלה להלכה:

ושמואל אמר: לירושתה.

ומפרש רש"י (ד"ה שמואל):

שאם מתה בדרך, בעל יורש נדונייתה... אחולי אחיל אב מהשתא, מחמת קירוב נישואין. אבל לתרומה, ולהפרת נדריה שלא בשותפות, ולמציאתה, דאינה אלא משום איבה – לא מהניא מסירה כי חופה.

אך התוס' (ד"ה ושמואל) מפרשים ששמואל אמר אף לירושתה; וק"ו למיתה בחנק (דילפינן מקרא "לזנות בית אביה"), להפרת נדרים (כדדרש תנא דבי ר' ישמעאל) ולטומאה.

וא"כ בדעת שמואל אפשר לומר שחופה אינה ייחוד; והרמב"ם פסק כשמואל, דהלכה כוותיה בממונא, והרי הדבר נוגע לירושתה. וכן כתב בשער־המלך (חופת חתנים סעי' ד', ט').

וכן פסק הרמב"ם בהל' נדרים (פי"א הכ"ב):

מסר האב לשלוחי הבעל... – אין האב יכול להפר, שהרי יצאת מרשותו, ולא הבעל יכול להפר, שאין הבעל מפר בקודמין.

לדעת הטור (יו"ד סי' רל"ד) גם הבעל אינו יכול להפר בנדרים שהיא נודרת מכאן ועד שתגיע לביתו. אך מדברי הרמב"ם משמע שרק בקודמין אין אפשרות להפר, אך בנדרים שנדרה ביני ביני, יכול להפר. כלומר, לדעת הרמב"ם היא נשואה גמורה לענין נדרים. ולדעת הטור היא לא ארוסה ולא נשואה.

מיהו עי' בית־שמואל (אה"ע סי' נ"ז ס"ק א') שכתב בדעת הרמב"ם (שם) והר"ן (לרי"ף כתובות י"ז ע"א סד"ה גמ') שהבעל אינו מפר נדריה. אך לענ"ד אין הדבר מוכרח, לא בדעת הרמב"ם ולא בדעת הר"ן, אלא כמו שכתבנו. ועי' מקנה (קונ"א סי' נ"ז סעי' א') שנוטה יותר לדברינו.

וכן פסק הרמב"ם בהל' איסורי ביאה (פ"ג ה"ד):

אפילו מסרה האב לשלוחי הבעל, וזינתה בדרך – הרי זו בחנק.

מדבריו משמע שמסירה לשלוחי הבעל היא חופה מן התורה. ומכאן שחופה אינה ייחוד. (וכן מוכח ממה שנאמר בגמרא, כתובות מ"ה ע"א: "ונכנסה לחופה ולא נבעלה – בחנק". ואם נתייחדה עם בעלה, מנין לנו שלא נבעלה? ואם יש עדים שלא נבעלה, אין זה ייחוד).

ז. יישוב שיטת הרמב"ם

מכל זה מוכח שהרמב"ם פסק כשמואל, וכפירוש התוס', שחופה אינה ייחוד. וצ"ע מהו הגדר? מדוע יש דברים שלגביהם חופה היא ייחוד, ויש דברים שלגביהם די במסירה לשלוחי הבעל?

ועלינו לברר את השאלה: האם חופה עושה נישואין או מסירה לשלוחי הבעל עושה נישואין? (ועי' ברית־יעקב, שחילק בין מסירתה של **נערה** ע"י אביה לבין **בוגרת**, ועי' מקנה, קונ"א סי' נ"ז סעי' א', שחילק בין איסורא לממונא).

ונראה להסביר זאת עפ"י מה שכתב הר"ן (לרי"ף כתובות י"ז ע"ב סד"ה גמ'):

ומיהו דווקא לרשות הבעל הוא דלא נכנסה אלא לירושתה. אבל לענין התרת נדרים יצאה מרשות האב. והך ברייתא לא קתני אלא מה שנכנסה בו לרשות הבעל.

כלומר, הר"ן מבחין בין ירושה להפרת נדרים: ירושה נחשבת **כניסה לרשות הבעל, באופן חיובי**. הפרת נדרים נחשבת **יציאה מרשות האב, באופן שלילי**.

ונראה לענ"ד לבאר בעקבות הר"ן, אך באופן קצת שונה: בעצם, עם האירוסין האשה נחשבת לאשתו החוקית של בעלה, אלא שעדיין רשות אביה עליה, והיא מעוכבת מלהיכנס לרשות בעלה **בפועל**. לכן בהפרת נדרים הדין הוא ששניהם מפירים: אביה ובעלה. וכשהיא יוצאת מרשות אביה, פקעה ממנו רשותו, ואין צורך עוד בהפרתו. ולכן אין צורך שתיכנס בפועל לרשות בעלה, אלא די בכך שתצא מרשות אביה. וכן כשהיא ברשות אביה חייבה אותה התורה סקילה, וכשפקעה רשות אביה פקע ממנה חיוב הסקילה. וכן לענין ירושתה, היא ברשות בעלה מאז האירוסין, אלא שרשות אביה מעכבת. וכשיצאה מרשות אביה פקעה זכות אביה, **וממילא** בעלה יורשה. והוא הדין לטומאה לדעת התוס' (שם), שהיא מדין קירבה, כירושה. אך חיובי שאר, כסות ועונה ומעשה ידיה – כל אלו מתחילים רק משעת **החופה**, כאשר היא נכנסת לרשות בעלה באופן חיובי.

ועפ"י דברינו אלו נראה לענ"ד ליישב את הקושיות על הרמב"ם בענין ייחוד הראוי לביאה. הר"ן (לרי"ף כתובות דף א' ע"א ד"ה או) הקשה שתי קושיות על שיטת הרמב"ם:

א. במסכת יבמות (נ"ז ע"ב) נאמר שיש חופה לפסולות, ובת כהן שנישאה בחופה לפסול לה, נאסרה באכילת תרומה (וכך פסק הרמב"ם עצמו בהל' תרומות פ"ז הכ"א). ומכאן שגם ייחוד שאינו ראוי לביאה עושה חופה.

ב. במסכת כתובות (י"ב ע"א) נאמר בענין אלמנה מן הנשואין, שאין לה אלא מנה, אע"פ שעדים מעידים עליה שלא נסתרה. ומכאן שחופה קונה אף בלא ייחוד.

ויש ליישב את קושיותיו ולומר שאכן חופה היא ייחוד הראוי לביאה, ונידה אינה יכולה להינשא בחופה. אולם במה דברים אמורים? לקנותה בחופה באופן **חיובי**, שתהיה אשתו לכל דבר. אך להוציאה מבית אביה, באופן **שלילי** – לזה חופת נידה אכן קונה. אם כי חופת נידה לא תהיה ע"י ייחוד אלא ע"י הבאה לביתו ללא ייחוד, או כעין חופה שלנו, שאין בה ייחוד. והסברה נותנת, שייחוד הראוי לביאה עושה אותה לנשואה גמורה, והיא אשתו לכל דבר; אך חופה ללא ייחוד אינה עושה אותה להיות כאשתו הגמורה, והרי היא כמסירה לשלוחי הבעל, שאין בה אלא הוצאה מרשות אביה. ולכן יש חופה לפסולות, אעפ"י שאינה נקנית לו לגמרי. ורק לענין הוצאתה מרשות אביה, חופה כזו קונה; ולכן בת כהן שנישאה לפסול לה, יצאה בכך מבית אביה, ואינה רשאית לאכול בתרומה. כי זכותה לאכול בתרומה היא רק

מכוח בית אביה, כדכתיב בקרא, ולא מכוח עצמה.

ועי' מה שכתב הלח"מ (הל' אישות פ"י ה"ב ד"ה אבל) בתירוצו השני לקושיית הר"ן. ועפ"י דבריו יש לומר שלא רק שאין מכאן קושיא על הרמב"ם, אלא ראיה. דבשלמא אם נאמר שחופה היא ייחוד הראוי לביאה – הנושא פסולה ללא קידושין, מדרבנן חל עליה שם בעולה לפסול לה, ונפסלת מתרומה. אך אם חופה אינה ייחוד, מאחר שחופה ללא קידושין אינה קונה, אין בה שום שמץ פסול.

וכן יש לומר בענין מנה ומאתיים באלמנה (כתובות י"ב ע"א): מכיון שנכנסה לחופה, אע"פ שעדיין לא התייחדה – יצאה בכך מכלל ארוסה, ואינה זכאית עוד לכתובה של מאתיים. כי רק בתולה גמורה זכאית למאתיים, אך זו שנמסרה לנישואין, אע"פ שעדיין לא נגמרו נשואיה, יצאה מכלל בתולה.

ואעפ"י שמבחינה מציאותית בתוליה קיימין, מבחינה דינית כבר אין לה שם "בתולה". ואע"פ שגם שם "בעולה" עדיין לא חל עליה, מ"מ מכלל בתולה דינית יצאה ולכלל בעולה דינית עוד לא נכנסה, כי שם זה חל עליה רק לאחר ייחוד הראוי לביאה (וכעין זה כתב בס' דברי־יחזקאל).

ח. הסבר פסקי הרמב"ם

עפ"י מה שאמרנו יש ליישב את לשון הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ב), שכתב:

> אבל אם היתה נידה, אע"פ שנכנסה לחופה ונתייחד עמה – **לא גמרו** הנישואין, והרי היא כארוסה עדיין.

לשון זו תמוהה. הרי הנישואין **לא התחילו** כלל, לא רק שלא נגמרו! וכן קשה מה שכתב הרמב"ם בהמשך (הל' ו'):

> ולא תינשא נידה עד שתיטהר. ואין מברכין לה ברכת חתנים עד שתיטהר. ואם עבר ונשא וברך – אינו חוזר ומברך.

ואם חופת נידה אינה חופה כלל, הרי צריך לחזור ולברך, וברכתו הראשונה היתה ברכה לבטלה!

ומכל זה מוכח שגם חופת נידה קונה קנין חלקי; ולכן הברכה אינה לבטלה, ואינו צריך לחזור ולברך. ולכן גם הנישואין רק **לא נגמרו**, אם כי התחילו כבר. וע"כ יש לבאר כנ"ל, שלענין הוצאתה מדין ארוסה בבית אביה גם חופת נידה מועילה, דלא גרעה ממסירה לשלוחי הבעל; ורק לקנין **גמור**, להיות כאשתו **לכל דבר**, לזה חופת נידה אינה מועילה. ולכשתיטהר יחול עליה דין נשואה גמורה לכל דבר.

אמנם את הקושיא על הפטור מברכה יש ליישב באופן אחר, לפי מה שכתב המג"מ (שם), שמקור דברי הרמב"ם הוא ממה שנאמר במסכת כתובות (נ"ו ע"א):

> בעי רב אשי: נכנסה לחופה ופירסה נידה, מהו? אם תמצי לומר "חיבת חופה קונה" – חופה דחזיא לביאה, אבל חופה דלא חזיא לביאה לא, או דילמא לא שנא? – תיקו.

ומכיון שתוקפה של החופה תלוי בבעיא דלא איפשטא, יש לומר שמספק אין לברך עוד פעם. אולם דוחק לומר כן, שהרי הרמב"ם לא הזכיר אף פעם בדבריו שחופת נידה עושה אותה ספק נשואה. מיהו יתכן שמה שמספקא ליה לרב אשי, פשיטא לה לגמ' במקומות אחרים. ולכן לא פסק הרמב"ם כמותו. וא"כ חזרנו לסברתנו הקודמת, שחופת נידה היא רק להוציאה מהיותה ארוסה בבית אביה, אך לא קונה אותה לגמרי.

והקשה הגרעק"א (מובא בהוצאת פרנקל הל' אישות פ"י ה"ב): איך אחיה הכהן נטמא לה? אולי היא נשואה!

ואולי יש לומר ביישוב קושיית הגרעק"א, שלדעת הרמב"ם רב אשי לא הסתפק מעולם בחופת נידה, אם היא קונה מבחינה חיובית. זה היה ברור לו, שחופה שאינה ראויה לביאה אינה יכולה לקנות באופן חיובי ולעשות את האשה לנשואה לגמרי. והספק הוא רק לגבי הצד השלילי, האם חופת נידה מועילה להוציאה מכלל ארוסה. ולכן אחיה יכול להיטמא לה.

ובזה מיושבת קושיית הרא"ש (כתובות פ"ה סי' ו'): למה הגמ' הסתפקה בשאלה זו דווקא כאן (כתובות נ"ו ע"א), ולא במקומות אחרים שבהם

הוזכרה חופה, כגון שאוכלת בתרומה? * כי הספק של רב אשי, גם לדעת הרמב"ם, הוא בשאלה אם מגיעה לה תוספת כתובה, אלא שהדיון לדעתו הפוך משל הרא"ש: לדעת הרא"ש פשיטא לרב אשי שחופת נידה קונה. וכל השאלה היא רק לתוספת כתובה בגלל חיבת ביאה, דשמא בעינן חופה הראויה לביאה. אך לפי הרמב"ם הדיון הוא הפוך: פשיטא ליה לרב אשי שחופת נידה אינה קונה. ובכל זאת לענין תוספת כתובה היה מקום להסתפק אם לומר שמכיון שיצאה מכלל ארוסה והכניסה לחופה – דעתו להוסיף לה על כתובתה; או שמא תוספת זו תלויה בביאה, וכשאינו יכול לבוא עליה, אין דעתו להוסיף לה על כתובתה.

והשתא יש לומר שגם לענין טומאת אחיה הכהן, כל עוד לא נישאה נישואין גמורין, עדיין אחיה הוא ונטמא לה. ומכיון שפשיטא ליה לרב אשי שחופת נידה אינה קונה, פשיטא ליה שאחיה מיטמא לה.

ולא דמי לטומאת בעלה הכהן, למ"ד שאינו מיטמא לה. כדי שיותר לו ליטמא לה, היא צריכה להיות אשתו בוודאי. ובחופת נידה ע"כ אינה אשתו לגמרי. אך באחיה הכהן הגדר הוא הפוך: כדי שלא ייטמא לה, צריך שתהיה נשואה לגמרי. ודו"ק.

אלא שהסבר זה בסוגיא מוקשה ממה שנאמר לפני כן באותה סוגיא:

בעי רבין: נכנסה לחופה ולא נבעלה, מהו? חיבת חופת קונה, או חיבת ביאה קונה?

כלומר, לרבין יתכן שאפילו חופה עצמה לא תקנה לענין תוספת כתובה אלא ביאה שלאחר החופה. ואחרי שהוכרע שחופה עצמה מחייבת אותו בתוספת כתובה, הסתפק רב אשי בדינה של חופת הנידה שאינה ראויה לביאה.

אך לפי הסבר הסוגיא שכתבנו בדעת הרמב"ם, בעיית רב אשי הפוכה לגמרי מבעייתו של רבין. לרבין יתכן שאפילו חופה לבד לא תועיל, אא"כ מצטרפת אליה הביאה. ולרב אשי יתכן שאפילו חופה פסולה תועיל לענין תוספת כתובה, למרות שאינה מועילה לקנותה לענין שאר, כסות ועונה. ויש לומר שרבין הרי הסתפק, אם החופה היא הקובעת לענין תוספת כתובה, או שהביאה היא הקובעת. והמסקנה היתה שדי בחופה הראויה לביאה. והטעם הוא משום שעכשיו היא אשתו לכל דבר, ולא יתכן שלא תקבל תוספת כתובה. ובא רב אשי והסתפק בהכניסה לחופה, אפילו כשאינה ראויה לביאה, אם תועיל לענין כתובתה. כי כאמור, חופת נידה מועילה לחלק מהדברים, כגון לנדריה ולירושתה. ולכן סובר רב אשי, שאחרי שהסקנו שהחופה לבד מועילה לתוספת גם ללא ביאה, אולי יש לומר שגם מקצת חופה מועילה, אע"פ שאינה ראויה לביאה.

עוד יש לעיין בדברי הרמב"ם בהל' אבל (פ"ו ה"ה):

ומי שמתה אשתו... אבל מי שלא קיים מצוות פריה ורביה... – הרי זה מותר לארשה ולכנוס מיד (אחר ז'), ואסור לו לבוא עליה עד (אחרי) שלושים יום.

וקשה: כיצד יכול לכנוס, הרי זו חופה שאינה ראויה לביאה? ויש לומר, שמכיון שהוא רק איסור דרבנן, אין הדבר פוסל את החופה מהתורה, והדבר תלוי איפוא בחקירה המפורסמת אם אינו ראוי מדרבנן נחשב לאינו ראוי לדין תורה.

מיהו מבחינת הסברה היה מקום לומר להיפך: שבחופה הדבר תלוי בקירוב דעת; וכשאינה ראויה לביאה בפועל, אע"פ שאינה אסורה אלא מדרבנן – אין קירוב הדעת, ואינו מתכוון לקנותה בכך. וצע"ג.

ועיין שיעורי הגרנ"ט לכתובות (סי' י"ט), וכן מצאתי שקרוב לזה כתב האבני־נזר (אה"ע ח"ב סי' שצ"ו). ואע"פ שבכלל דבריהם דברי, מ"מ משנה לא זזה ממקומה, בזכות דברים שנתחדשו בה.

* אמנם קצת תימה על הרא"ש בשאלה זו: הרי נידה אסורה לאכול תרומה! ואף לאחר שתיטהר, אם לא נישאה בינתיים בשנית, אסורה לאכול התרומה.

תשובה

מכל האמור יוצא שלדעת הרמב"ם, שחופה היא ייחוד, לחלק מהדברים קונה גם ייחוד שאינו ראוי לביאה. ואכן מנהג העולם הוא שגם כאשר הכלה פרסה נידה אין מבטלין את החתונה, גם לנוהגים כדעת הרמב"ם, ומברכין שבע ברכות ומשמחין את החתן ואת הכלה, ורק שומרים שלא יתייחדו עד שתיטהר.

ובספר טהרת ישראל (סי' קצ"ב אות ל"ח) הביא מנהג שנידה שנישאת, מקדשים אותה פעם נוספת בצינעה בפני שני עדים לאחר שטבלה, כדי לצאת ידי חובה גם לדעת הרמב"ם. והוא מנהג מוזר, שהרי הקידושין תופסים בנידה לכו"ע. ואכן כתב שם בשם היכל התשובה שנכון לבטל את המנהג, אלא שהוא כתב שלא לערער עליו. ואנו לא שמענו ממנהג זה.

וא"כ בנד"ד, שהיא חולה, ונצטרך לדחות את החתונה לזמן ארוך, למה נדחה אותה? ולדעת החולקים על הרמב"ם, וסוברים שחופה אינה ייחוד, ודאי שהחופה קונה גם כשהכלה נידה וחולה, ואעפ"י שאינה ראויה לביאה. וא"כ לדעתם אין טעם לדחות את החתונה. מה גם שייתכן שכלל אין כאן ייחוד שאינו ראוי לביאה: הן משום שהם חיים חיים משותפים זה עידן ועידנים, והעובדה שהיא אסורה אינה מעלה עבורם ואינה מורידה לצערנו, והן בגלל שהיא מעוברת. וא"כ במקרה זה יש מקום להתיר את הנישואין באופן יוצא מן הכלל, ולדרוש מהכלה לטבול לפני הנישואין, וגם לספור שבעה ימים מיום הפסק טהרתה, כדין.

ולמעשה נראה שאמנם בשעת הדחק אפשר לערוך חופה וקידושין באשה שהיא חולה או נידה, ובמיוחד בנד"ד, שהיא נידה רק מדרבנן. מיהו כל זה בזוג שומר מצוות, שאפשר לערוך לו חופת נידה, ולהזהיר אותם שלא יתייחדו עד שתיטהר. אולם בזוג שאינו שומר תורה ומצוות, נראה שיש להימנע מלהשיא אותם. ואף כי אינה ראויה כרגע לביאה, מ"מ יש לחוש לקירוב של חיבה, ולהעראה, שדינה כביאה מן התורה. אמנם אשה זו כבר בהריון, והם חיים כבר חיים משותפים שלא כדת משה ישראל, ואין אנו מכשילים אותם, ואף לא מסייעים להם בדבר עבירה. מיהו לערוך לכתחילה חופה וקידושין כאשר האשה בבירור אינה טהורה, הנוהג הוא להימנע מכך: או משום פריצת גדר, או משום ששמירת המסגרת מביאה זוגות רבים לשמור על הלכות הטהרה.

אמנם לא מצינו שמעכבים נישואין של זוג שאינו שומר מצוות כשהאשה פירסה נידה. וע"כ נוהגים כך משום שאין אנו מחמירים עליהם יותר מאשר על זוג שומר מצוות. ואע"פ שידוע לנו שהם עתידים להתייחד, אנו סומכים על הסברה שלא אנו המכשילים אותם, ואף לא המסייעים לכך. אך במקום שהכלה באה להירשם במצב שבו ידוע לנו שחופתה אינה טהורה, אין לערוך לה חופה כזו לכתחילה.

ולכן חובתנו לדרוש ממנה שתספור שבעה נקיים כדין מיום קביעת החופה ומהרגע שקיבלה תידרוך ממדריכת הכלות. והיא תוכל להינשא רק לאחר שתספור שבעה נקיים ותטבול כדין. וה' יזרוק עלינו מים טהורים לטהרנו.

מסקנות

א. קביעת תאריך לחתונה והזמנת האולם וצרכי החתונה הם המחייבים ספירת שבעה נקיים מחשש לדם חימוד, ולאו דווקא הרישום לנישואין ברבנות.

ב. אשה שלא בדקה את עצמה כדין, ואף לא דאגה לשים לב לכך שהיא נקיה – לא נחשבת בשום אופן כמי שספרה שבעה נקיים.

ג. המנהג המקובל הוא לערוך חופה גם אם פירסה נידה.

ד. לסוברים שחופת נידה פסולה, אין לערוך חופה גם למי שלא טבלה משום "דם חימוד".

ה. זוג שחי כבעל ואשה ללא חופה וקידושין, יש להסתפק אם יש אצלו חשש לדם חימוד.

ו. לסוברים שחופת נידה פסולה, הוא הדין לחופה שאינה ראויה לביאה מחמת מחלה.

ז. לדעת הרמב"ם, חופת נידה קונה רק באופן חלקי, לענין זה שהאשה יוצאת מרשות אביה באופן שלילי; אך המשמעויות החיוביות של הנישואין לא חלות. לכן חופת נידה מוגדרת כ"תחילת חופה" בלבד.

ח. הנוהג הוא להקפיד לכתחילה על כך שהחופה לא תהיה חופת נידה, גם כאשר מדובר בזוגות שאינם שומרים מצוות.

סימן כז

דם חימוד בחתונה שנדחתה

ראשי פרקים

שאלה
א. חשש לדם חימוד בנישואין שנדחו
ב. דחיה נוספת של הנישואין
תשובה
מסקנות

שאלה *

חתן שאביו נפטר ביקש לערוך את החתונה מיד לאחר שקם מה"שבעה", משום שהכלה היתה כבר בהריון. הרבנות, שבה נרשם הזוג לנישואין, דרשה לדחות את הנישואין עד תום ימי ה"שלושים". (שאלה זו נידונה לקמן סי' ס"ב). מאחר שהודיעו לכלה שלא תוכל להינשא עד לאחר ל' יום, היא סמכה על הודעה זו לענין הטבילה לפני החתונה במועד החדש. האם אפשר לסמוך על הספירה והטבילה שעשתה במועד הראשון, או שמא צריכה היא לספור שבעה נקיים ולטבול מחדש?

א. חשש לדם חימוד בנישואין שנדחו

כבר בתשובה הקודמת (סי' כ"ו אות א') עמדנו על כך שהחובה לספור שבעה נקיים ולטבול מחשש לדם חימוד קיימת גם בזקנה, וק"ו במעוברת. אך כאן, מכיון שהכלה כבר ספרה וטבלה לקראת מועד הנישואין שתכננה, יש לדון אם צריכה לספור ולטבול מחדש.

בקשר לשאלה דומה נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' קצ"ב סעי' ג'):

> אם דחו הנישואין מחמת איזה סיבה, אע"פ שישבה שבעה נקיים – צריכה לחזור ולישב שבעה נקיים (ולטבול) כשיתפשרו לעשות הנישואין.

ועי' ש"ך (ס"ק ו') שכתב בשם הב"ח (ד"ה וכתב הרשב"א) שרק כאשר דחו סתם ולא קבעו זמן חדש, אז צריכה לחשוש לדם חימוד חדש. אך אם מיד קבעו זמן אחר, אין כאן חשש לדם חימוד.

אמנם בכלה רגילה, כעבור ל' יום היה מקום לחוש לווסת ולחייב אותה בספירה וטבילה מחדש. אך כאן מדובר במעוברת, שהיא בחזקת מסולקת דמים. ולכן יש לומר שמכיון שהפסיקה בטהרה לתאריך הקודם, ועתה קבעו זמן אחר, אין לחוש לא לחימוד ולא לווסת. ואע"פ שגם במעוברת חששו לדם חימוד (עיין פת"ש שם ס"ק ב' שכתב כן בשם תשובת "מקום שמואל", סי' ל"ג, שלמד בק"ו מקטנה), כאן אין לחוש לחימוד חדש. מה גם שהיא אומרת שבדקה את עצמה כל הזמן. ואע"פ שהרמ"א (סעי' ג' בהג"ה) כתב בשם המרדכי (מסכת שבועות, הל' נידה סי' תש"ם) והמהרי"ק (שורש קנ"ט), שאפילו בבודקת את עצמה חוששין לחימוד חדש, כבר כתב הש"ך (ס"ק ז') בשם המשאת בנימין (סי' מ"ב) שאין לחוש לכך. אמנם

* טבת תשנ"א.

המשאת בנימין כתב להחמיר כדעת המהרי"ק, אך למעשה כתב הש"ך שבצירוף סניפים נוספים אין להחמיר, עי"ש.

ב. דחיה נוספת של הנישואין

אולם בנד"ד החופה לא נקבעה מיד לאחר תום ימי ה"שלושים" אלא כעבור כמה ימים. ומכיון שלא דחו את הנישואין לתאריך הראשון שהיה מותר להם אלא לזמן מאוחר יותר, צ"ע אם יש לדמות זאת לדחיית הנישואין בסתם או לדחיה לזמן מוגדר. ונראה שאע"פ שלא קבעו להינשא מיד לאחר תום שלושים ימי האבל, מאחר שכל הזמן היתה דעתם להינשא בהקדם, ולא נתייאשו מהנישואין – אין צורך בספירת שבעה נקיים מחדש.

תשובה

למעשה נראה לענ"ד שיש להקל במקרה זה מכמה שיקולים:

א. במעוברת ניתן לסמוך על הטבילה שנעשתה לקראת התאריך שנקבע קודם.

ב. בזוג שחי כבר חיי משפחה ללא חופה וקידושין, לא ברור שיש צורך בספירה של דם חימוד (עי' לעיל סי' כ"ו אות ד').

סימן כח

טבעת שלא ניתן להסירה

ראשי פרקים

שאלה
א. טבעת שמקובל להסירה בזמן לישה
ב. טבעת באשה שאינה לשה
ג. המקור לדעה המקילה
תשובה
מסקנות

שאלה *

אשה הגרה ביישוב מרוחק – הגיע זמן טבילתה. אך היא לא יכולה להסיר את טבעתה מעל ידה, ואף אינה יכולה לגלגל אותה סביב האצבע כדי לאפשר למים לחדור תחתיה. בגלל המרחק מהעיר אין היא יכולה להגיע מיד לצורף שיחתוך לה את הטבעת. האם היא יכולה לטבול עם הטבעת במצב זה, שהוא שעת הדחק, או שהטבעת מהווה חציצה?

* מנחם־אב תש"ל.

א. טבעת שמקובל להסירה בזמן לישה

נאמר בשו"ע (יו"ד סי' קצ"ח סעי' כ"ג):

השיריים והנזמים והטבעות והקטבלאות; אם הם רפויים – אינם חוצצים, ואם הם מהודקים – חוצצים.

וכתבו הפוסקים (עי' ט"ז ס"ק כ"ג) **שהטבעת חוצצת לפי שהאשה מקפדת להסירה בשעת לישה. ובפת"ש** (ס"ק א') **כתב בשם שו"ת זכרון יוסף** (יו"ד סי' י') **ש"מיעוט המקפיד", שחוצץ, הוא** דווקא כשמקפדת עליו לעתים מזומנות, כמו טבעת, שהאשה מסירה אותה בשעת לישה; אבל אם אינה מקפדת עליה אלא לעתים רחוקות – אינה חוצצת. וא"כ יש מקום לחלק בין ימיהם לימינו: בימיהם הנשים היו לשות בכל יום, ואפילו כמה פעמים ביום, ואז האשה היתה מקפדת על הטבעת. אך בימינו, שאשה אופה לכל היותר פעם בשבוע, ויש לה מיקסר, היא לא לשה בידיים אלא לעתים נדירות ביותר; ולכן יש

לומר שאינה מקפדת על הטבעת, והיא אינה חוצצת. וצ"ע.

ב. טבעת באשה שאינה לשה

והנה כתבו הפוסקים באשה כבודה שאינה לשה בעצמה, שמותר לה לטבול עם הטבעת (כ"כ הפת"ש בס"ק י"ד, בשם הסד"ט בס"ק מ"ד, שלמד כן מספר "גן־המלך", סי' קכ"ג. אלא שהסד"ט כתב שאין לנהוג כן לכתחילה, מכיון שהשו"ע כאן החמיר בכל טבעת מהודקת ולא חילק, אבל הוסיף שבדיעבד שרי). ועי' ערוה"ש (סעי' נ"ב) שקבל על כך שהסד"ט הביא את דעת גן־המלך להלכה, וכתב שחלילה להקל בזה.

ולענ"ד יש להקשות על היתר זה ממה שנאמר בשו"ע (סי' קצ"ח סעי' א'):

> אם דרך בני אדם לפענמים להקפיד עליו – חוצץ. אפילו אם אינה מקפדת עליו עתה, או אפילו אינה מקפדת עליו לעולם. כיון שדרך רוב בני אדם להקפיד עליו – חוצץ.

ולדברי גן־המלך, מה בכך שהיא מכובדת ואינה מקפדת, הרי דרכם של רוב בני אדם להקפיד על הטבעת?

והנה הגר"א (ס"ק ג') עמד על המקור לסברה זו של השו"ע, וכתב שהוא מהמשנה במקוואות (פ"ט מ"א־מ"ג):

> אלו חוצצין באדם – ...קלקי (שער שהסתבך) הלב (החזה באיש) והזקן (באיש) ובית הסתרים באשה. ואלו שאין חוצצין – קלקי הראש ובית השחי ובית הסתרים באיש.
>
> ר' אליעזר אומר: אחד האיש ואחד האשה, כל המקפיד עליו – חוצץ, ושאין מקפיד עליו – אין חוצץ.

ומכלל דברי ר' אליעזר למדנו שלדעת ת"ק אין חילוק בין מקפיד ללא מקפיד, ואפילו בלא מקפיד – חוצץ באשה; וע"כ הוא משום שרוב הנשים מקפידות. אך ר' אליעזר סובר שהכל תלוי בקפידא שלה על עצמה. ומכיון שהלכה כת"ק, שלא תלוי בקפידא שלה אלא בקפידא של רוב הנשים, א"כ קשה: אמאי כתב בגן־המלך שאשה כבודה שאני?

ועיין תוס' (נידה ס"ז ע"א ד"ה פתחה, השני), שהקשו:

> דלעיל (בתחילת הדברים) אמרינן דבית הסתרים לא בעניא ביאת מים, ובפ"ט ממסכת מקוואות (מ"ב) גבי "ואלו חוצצין באדם" ומחשב בית הסתרים שבאשה; אלמא בעניא ביאת מים.

ומתוך כך חילקו בין טבילה לבעלה לבין טבילה לטהרות. שלבעלה לא בעינן ביאת מים, ולטהרות בעינן ביאת מים.

ודבריהם צ"ע לכאורה. דהא אפילו אי לא בעינן ביאת מים, ראוי לביאת מים בעינן, ולכן הם חוצצין. ויש לומר שהתוס' סוברים כשיטת הראב"ד בבעלי הנפש, שער הטבילה, דיני חציצה עמ' ע"ז, שבבית הסתרים הקלו יותר, משום שאינו ראוי לביאת מים. וכנראה סוברים כמו שכתבו הרמב"ן (קידושין כ"ה ע"א ד"ה נהי) והריטב"א (שם ד"ה מקום), שחציצה בבית הסתרים פוסלת רק מדרבנן. ולבעלה הקלו יותר מאשר לטהרות, כמו שמצינו בעין זה בתחילת מסכת נידה (ג' ע"ב).

ובסוף הדברים כתבו התוס' לתרץ:

> ונראה שיש בית הסתרים שהאשה מקפדת ולא האיש. ובזה קא מפליג בין איש ובין אשה.

וצ"ע אם התוס' מסכימים לפירוש המובא ע"י הגר"א, או חולקים עליו וסוברים שהדבר תלוי בקפידתה של אותה אשה. ואפשר לומר שהם מסכימים לפירושו של הגר"א; שאם לא כן, כיצד יפרשו את מחלוקת ר' אליעזר ות"ק? ומה שכתבו שיש בית הסתרים שהאשה מקפדת עליו ולא האיש, אפשר לומר כהגר"א, ורצונם לומר שבית הסתרים באשה רוב נשים מקפידות, וצ"ע. אך אם נאמר שהתוס' חולקים על דברי הרשב"א (תורת הבית, בית ז' שער ז' דף ל"ב ע"ב) שהביא הגר"א, יש לומר שאשה כבודה שאני. וכן בית הסתרים, שנשים מסויימות מקפידות עליו.

וידידי הרב יעקב אפשטיין הביא ראיה מהמשנה במקוואות (פ"ט מ"ה), המחלקת בדין חציצה בין כלי של עני לכלי של בעל הבית, וכן

בין זקקין (נושאי נאדות) לשאר בני אדם. וכן בהמשך (משנה ו') יש הבדל בדיני חציצה בין תלמיד־חכם לבין בור. וכן יש לומר לגבי אשה כבודה, שאין לראות בה אשה בודדת היוצאת מכלל הנשים ובטלה דעתה, אלא שהיא חלק מקבוצה מוגדרת של נשים, שהן שונות משאר הנשים, ויש להן דין שונה.

אך נראה שיש לחלק בין קבוצות מוגדרות, כגון עשירים ועניים, או תלמידי חכמים ובורים, לבין נשים כבודות ושאינן כבודות. וכעין זה מצינו במסכת שבת (צ"ה ע"ב) גבי אנשי הוצל, שבטלה דעתם, ועיין בתוס' שם (ד"ה ואת"ל). ולדבריהם יוצא שאילו היה לכל הנשים כסף כמו לכבודות, גם הן לא היו מקפידות. וצ"ע.

בדורנו יש לומר שלענין זה כל הנשים נחשבות כנשים כבודות. וכפי שכתבנו לעיל, שהיום נשים לא נוהגות ללוש בצק לעיתים תכופות; וגם כשהן לשות, הן עושות זאת בדרך כלל ע"י מכונה אוטומטית. וא"כ אינן מקפידות על הטבעת שעל ידן.

ג. המקור לדעה המקילה

ומצאתי סברה אחרת להתיר, עפ"י מה שנאמר בשו"ע (סי' קצ"ח סעי' ו' בהג"ה):

ואותן שיש להן כמין קליעות שערות דבוקות זו בזו, ונעשית בלילה ע"י שד, וסכנה להסירם – לא חייצי.

וכתב הגר"א (ס"ק י"ג) שכיון שאי אפשר להסירן, א"כ "היינו רביתיה", כדאמר ביבמות (ע"ח ע"א) שגיורת הטובלת בהיותה מעוברת, טבילתה מועילה אף לעובר, מפני שגופה של אמו אינו חוצץ בעדו. ואע"פ שיש לחלק בין עובר במעי אמו, שהוא גידול טבעי, לבין שערות שנדבקו ע"י שד, שזוהי תופעה חריגה. (וכמו שהגמ' ביבמות שם אומרת "היינו רביתייהו"). לכן הביא הגר"א ראיה נוספת ממסכת מקוואות (פ"י מ"א), שכל ידות הכלים שהכניסן כדרכן אפשר להטבילן, שכן זוהי דרכן. ולדעתו יש לחלק בין שיער סבוך, שניתן להפרדה, לבין שיער דבוק, שלא ניתן להפרדה. ומכיון שאין לאנשים אלו ברירה, אין חוששים להקפדתם.

וכן יש ללמוד מהלכה נוספת שהובאה בשו"ע שם (סעי' מ"ז):

מין כינים שדבוקים בבשר ונושכים בעור במקום שיער, ונדבקים בחוזק בבשר – צריך להסירן ע"י חמין ולגורדן בציפורן. ואם אינו יכול להסירן – אינו חוצץ.

וביאר הגר"א (ס"ק נ"ג):

כיון דרביתיה הוא, ואינה מקפדת.

א"כ רואים מכאן שאנו הולכים אחרי קפידתה של אותה אשה ולא אחר קפידתן של כל הנשים. ולכאורה יש סתירה לזה ממה שהבאנו לעיל, שהולכים אחרי קפידתן של יתר הנשים ולא רק אחר קפידתה שלה. וע"כ צריך לומר שבמקום שלא ניתן להסיר את החציצה – נחתינן דרגה, ומתחשבים בה ולא ביתר הנשים. ומכיון שהיא אינה יכולה להסיר את החציצה, היא אינה מקפדת, ומותר לה לטבול. וא"כ יש לומר דהוא הדין לטבעת שאי אפשר להסירה, שלא גרע מכינים שאי אפשר להסירן, דהיינו רביתייהו.

וייתכן שזו היתה כוונת הפוסקים שהביאו את סברת גן־המלך, שניתן לצרף אותה להיתר בשעת הדחק כשאין אפשרות להסיר את הטבעת.

תשובה

למעשה יש לומר שמכיון שאי אפשר להסיר את הטבעת, יש להקל בזה"ז, שהנשים אינן מקפידות על כך שהטבעת מונחת עליהן ללא הפסקה. וכן מצאתי בספר "טהרת ישראל" (סי' קצ"ח אות פ') שאף הוא מתיר בשעת הדחק.

ועוד יש לומר, שכיון שהפוסקים מתירים בדיעבד, יש לומר דשעת הדחק כדיעבד דמי.

ולכתחילה יש להורות שאם ניתן לסובב קצת את הטבעת, שתסובב אותה בתוך המים ותטבול כאשר מים נכנסים אל מתחת לטבעת. ואם טבלה עם טבעת, שלא תמהר להסירה ע"י צורף מיד לאחר הטבילה, כדי שיהיה לטבעת זו דין של קביעות לפחות שלושים יום.

סימן כט

אשה שמצאה מזון בפה לאחר הטבילה

ראשי פרקים

שאלה
א. "כאן נמצא כאן היה"
ב. חציצה בבית הסתרים
תשובה

שאלה *

אשה חפפה כראוי, ניקרה בין שיניה וטבלה. כחצי שעה אחרי הטבילה היא גיהקה, ולאחר מכן מצאה שיירי אוכל על הלשון. האם היא צריכה לחזור ולטבול?

יש לברר, היכן היה המזון הזה בזמן הטבילה. האם היה בין השיניים, במקום אחר בפה, או שהיה בתוך הוושט ויצא משם עם הגיהוק? והנה הדבר המצוי ביותר הוא שהמזון יימצא בין השיניים. וא"כ אפילו בדיעבד הטבילה פסולה. אך כנגד זה יש חזקה שהאשה ניקרה היטב בין השינים כדין, וא"כ יש לתלות שהמזון היה במקום אחר. ואכן אם היה ברור לנו שהמאכל היה במקום אחר בפה, בוודאי הטבילה כשרה, שכן אין המאכל חוצץ בפני המים אלא כשהוא נתון בין השיניים, כי שם הוא נמצא בדוחק, ואז המקום לא ראוי לביאת מים. מה שאין כן אם המזון נמצא בחלל הפה, אינו חוצץ, שכן אילו היו מים בפה היה המזון צף עמהם.

אך כנגד זה יש לטעון שאילו המזון היה בפה היה נשטף בזמן ניקור השיניים ושטיפת הפה. ולכן יש לתלות שהמזון אולי היה בוושט, אף שדבר זה אינו מצוי. אך גם בפה ובשיניים לא מצוי שיישאר מזון לאחר הניקוי.

א. "כאן נמצא כאן היה"

והנראה לענ"ד הוא לדון בזה מדין "כאן נמצא כאן היה", כמבואר במסכת כתובות (ע"ה ע"א). ועיין שו"ע (או"ח סי' תס"ז סעי' י"א), שם נאמר:

> אם נמצאת חיטה בקוֹרה בעיסה או במצה אפויה – יסיר ממנה כדי נטילת מקום, והשאר מותר. ויש מי שאוסר כל העיסה או אותה מצה...

וכתב הרמ"א (הג"ה שם):

> וכן נוהגין תוך הפסח לאסור אותה מצה שנמצא בה החיטה, ומתירים את האחרות... ואמרינן "כאן נמצאת כאן היתה". ואם נמצאת בעיסה, אוסרין כל העיסה.

א"כ יש לומר שהוא הדין כאן, דאמרינן "כאן נמצא כאן היה", דהיינו שהמזון היה בפה ולא בין השיניים. ואע"ג דאיתרע חזקת המקום, שהרי אילו היה מזון זה על הלשון, היתה מרגישה בו לפני כן, והרוק היה שוטף ופולט אותו. אך מ"מ יש להחזיק שהיה בחלל הפה ולא בין השיניים.

ואע"ג דבין השיניים מצוי יותר שיישאר שם מזון, מיהו אחרי ניקור נראה שאין לחשוש בהם כנגד חזקה. ואילו בחלל הפה אין חזקה כזאת.

ועוד יש לומר, שכיון שגיהקה, יש לתלות גם בזה. ואע"פ שזה אינו מצוי שמחמת גיהוק יצא אוכל מן הוושט, יש לצרף זאת כסניף.

ב. חציצה בבית הסתרים

עוד יש לומר שחציצה בחלל הפה נחשבת לחציצה בבית הסתרים. ולאור האמור לעיל (סי' כ"ד אות ג'), חציצת בית הסתרים אינה מהתורה, לדעת פוסקים רבים. וייתכן איפוא שיש כאן ספיקא דרבנן בלבד.

תשובה

למעשה יש לסמוך על הפוסקים המקילים

* שבט תשל"ב.

בחציצה בבית הסתרים במקום ספק. ובמיוחד כאן, שיש חזקה שניקרה את שיניה היטב, וא"כ מסתבר ששיירי המאכל היו במקום בו אינם חוצצים, וגם יש לומר "כאן נמצא כאן היה". ולכן נראה שיש להתיר אותה.

סימן ל

אם האוסרת על בנה להיפגש עם אביה

ראשי פרקים

שאלה

א. כבוד אבי אביו וכבוד אבי אמו

ב. מצוות "ואהבת לרעך כמוך"

תשובה

שאלה

אמו של אדם אוסרת עליו להיפגש עם הוריה, שהם סבו וסבתו. האם הוא חייב לשמוע בקולה?

א. כבוד אבי אביו וכבוד אבי אמו

נפסק בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' כ"ד בהג"ה):

יש אומרים דאין אדם חייב בכבוד אבי אביו (מהרי"ק שורש מ"ד). ואינו נראה לי, אלא דחייב בכבוד אביו יותר מכבוד אבי אביו.

כל הפוסקים שפסקו שאין אדם חייב בכבוד אבי אביו הביאו ראיה מרש"י (מכות י"ב ע"א) שאינו מוזהר על כבוד אבי אביו. וכך נאמר בגמרא (שם):

תני חדא: אב שהרג, בנו נעשה לו גואל הדם. ותניא אידך – אין בנו נעשה לו גואל הדם... לא קשיא: הא בבנו, הא בבן בנו.

ומפרש רש"י (ד"ה ה"ג):

...והא דתניא בנו נעשה לו גואל הדם, בבנו של הרוג קאמר, שהוא בן בנו של רוצח, ואינו מוזהר על כבודו.

מאידך מביא הרמ"א ראיה להיפך, מהמדרש (ב"ר פר' צ"ד פי' ה') המובא בפירוש רש"י בפרשת ויגש (בראשית מ"ו א' ד"ה לא-להי):

"ויזבח זבחים לא-להי אביו יצחק" – שחייב בכבוד אביו יותר מבכבוד זקנו. לפיכך תלה ביצחק ולא באברהם.

ומכאן משמע שאדם חייב גם בכבוד אבי אביו.

בספר לוית חן (פר' ויגש, מובא בקיצור בשו"ת רעק"א סי' ס"ח) דחה ראיה זו. שהרי שם אביו נהרג ע"י סבו, ולכן אינו חייב בכבוד סבו. שכן רק כשאביו חי הוא חייב בכבוד סבו, ולא כשאביו מת.

ובעינים למשפט (מכות שם ציון ס') כתב שמדברי רש"י במכות אין ראיה. שכן שם מדובר במקרה שהנכד גואל את דם אביו מאבי אביו. וא"כ זה שהוא הורג את אבי אביו הוא רק משום כבוד אביו, ולכן הוא פטור שם מכבוד אבי אביו. אבל במקום שבו אין התנגשות בין כבוד האב לכבוד הסב – האדם חייב בכבוד סבו ג"כ. עוד יש לומר שדווקא שם אין הבן חייב בכבוד אבי אביו, שכן אבי אביו רוצח הוא, שהרג את אביו, ורשע – אינו חייב בכבודו (שו"ע שם סעי' י"ח בהג"ה).

בביאור הגר"א (יו"ד סי' ר"מ ס"ק ל"ד) הביא ראיה לכך שאין הנכד חייב בכבוד סבו, מהגמרא בסוטה (מ"ט ע"א), שם נאמר:

רב אחא בר יעקב איטפל ביה ברב יעקב בר ברתיה, כי גדל, אמר ליה: אשקיין מיא. אמר לו: לאו בריך אנא. והיינו דאמרי אינשי: רבי, רבי (רש"י: גדל גדל אותי), בר ברתך אנא (רש"י: ואין עלי לכבדך כבן).

והביא הגר"א מכאן ראיה שלפחות בני בנות אינם חייבים בכבוד אבי אמם, אע"פ שבני בנים יתכן שחייבים. וכתב שבני בנים הם כבנים, אך

בני בנות אינם כבנות. הגר"א מביא לכך עוד ראיה, מהמדרש (ב"ר פר' צ"ד פי' ו'):

"בניו ובני בניו" – אמר ר' יהודה בר אלעי: בני בנים, הרי הם כבנים; ובני בנות אינן כבנים.

ועפ"י זה הכריע הגר"א כדעת המהרי"ק, ולא כרמ"א.

ובשו"ת שבות יעקב (ח"ב סי' צ"ד) הוכיח מהסוגיא בסוטה ומפירוש רש"י שם שבן הבת חייב בקצת כבוד כלפי סבו. וכפי שכתב הש"ך (ס"ק כ') בענין כבוד חמיו. שכן רש"י לא כתב שאין עליו לכבדו כלל אלא שאין עליו לכבדו **כבן**. ומסתבר שכבוד הסב הוא מכוח כבוד בתו, שהיא אמו של הנכד. ומכיון שחייב בכבוד אמו, חייב במקצת בכבוד אבי אמו. ומכאן שאם אמו מתנגדת, אין עליו מצוה לכבד את אבי אמו.

ב. מצוות "ואהבת לרעך כמוך"

אך אפילו אם נאמר שבן הבת אינו חייב בכבוד סבו; אם הסב רוצה לראות את נכדו – ודאי שיש מצוה למלא את בקשתו משום "ואהבת לרעך כמוך". והרי התירו לערב עירוב תחומין ולצאת לחו"ל כדי לראות את פני חבירו (עירובין ל"ז ע"א, שו"ע או"ח סי' תט"ו סעי' א', משנ"ב סי' תקל"א ס"ק י"ד). וק"ו שיש חשיבות גדולה בכך שהנכד יראה את פני סבו.

ולפי זה צ"ע מה יהיה הדין כשאם אוסרת על בנה לראות פני אדם שאינו קרובו, המעוניין לראותו. ונראה שאם הבן מקיים בכך מצוה, אין אמו יכולה למנוע זאת ממנו. שהרי אפילו אם אמר לו אביו שלא יקיים מצוה מדבריהם, הדין הוא שלא ישמע לו. וק"ו כאשר מקיים בכך מצוות "ואהבת לרעך כמוך", שהיא מהתורה.

אמנם היה מקום לומר שאין אדם מצווה לגמול חסד עם ראובן במקום שהדבר גורם נזק לשמעון. ואף כאן, אם עשיית נחת רוח לסב גורמת מורת רוח לאם, מדוע שתהיה בכך מצוה משום "ואהבת לרעך כמוך"? מאי חזית דדמא דידיה סומק מדידה? ואף שייתכן שהיא לא נוהגת כשורה בכך שהיא במריבה עם אביה, סוף סוף המצב הזה הוא עובדה קיימת, ועל הבן להתחשב ברגשותיה כשם שהוא מתחשב ברגשותיו של סבו.

אבל יש לומר שאם הסב אינו אדם רשע, הרי הסירוב של האם לכך שבנה ייפגש עמו הוא לא מוצדק. וא"כ בהחלט יש לומר דדמא דההוא גברא סומק טפי מדידה לענין זה. צא וראה מה עלתה לנו בגלל קמצא ובר־קמצא, שהחריבו את היכלנו והגלו אותנו לבין האומות. וק"ו כשמדובר בכבוד סבו, שהרי אמו עצמה חייבת בכבוד אביה. וכיצד יכולה לאסור על בנה לראות את אביה ולכבדו? ועי' שו"ת הרא"ש (כלל ט"ו סי' ה', מובא בערוה"ש סי' ר"מ סעי' ל"ה) שאב שציוה את בנו שלא לדבר עם פלוני ושלא ימחל לו על מה שעשה לו, והבן רצה להתפייס עם אותו פלוני – אין לו לחוש לצוואתו של אביו, שהרי אסור לשנוא אדם מישראל אא"כ ראהו עובר עבירה, שאז רשאי לשנאו (עי' פסחים קי"ג ע"ב). ומכיון שבהוראה זו אין האב "עושה מעשה עמך", אין חובה לכבדו בכך.

תשובה

למעשה נראה שהדין תלוי בסיבה לכך שהאם שונאת את אביה כל כך: אם אביה נהג ברשעות עד כדי כך שהיא פטורה מלכבדו (עיין שו"ע יו"ד סי' ר"מ סעי' י"ח בהג"ה) – א"כ גם הנכד פטור מלכבדו, ואזי הוא חייב לשמוע בקול אמו. אך אם הסיבה אינה מוצדקת כל כך, אלא שהיחסים ביניהם הורעו בגלל דברים שהיו ביניהם – נראה שהדין שונה: אמנם כבוד האם גדול מכבוד הסב, והנכד חייב להעדיף את אמו על סבו. אך מכיון שגם היא חייבת בכבוד אביה, ורצונו של הסב הוא לראות את נכדו, ויש בכך מצוות "ואהבת לרעך כמוך" – מסתבר שאין האם רשאית למנוע מבנה מלראות את סבו.

ואעפ"כ העצה הראויה היא שהבן לא יפגע באמו ולא ירגיז אותה, אלא יפגוש את סבו בסתר ובאקראי, כך שאמו לא תדע על מידת הקשר שביניהם.

סימן לא

קדיש על הסב בחיי האב

ראשי פרקים

שאלה
א. חובת הנכד לומר קדיש על סבו
ב. מחוייבות ההורים של אומר הקדיש
ג. חובת הנכד והחתן בכבוד הסב
ד. קדיש על האם כשהאב מתנגד
ה. ניגוד בין כבוד האב לכבוד הסב
ו. עדיפויות בגמילות חסדים
תשובה

שאלה *

אדם נפטר ובנים לא היו לו, כי אם בנות. חתניו – הוריהם בחיים. ולפי ההלכה (או"ח סי' קל"ב סעי' ב' בהג"ה), אם ההורים מקפידים, אסור לבן לומר קדיש בחייהם. א"כ מי עדיף שיאמר קדיש, הנכד או החתן? וכן יש לשאול, אם נניח שאכן עדיף שהנכד יאמר קדיש, מה הדין אם האם, בתו של הנפטר, רוצה שבנה יאמר קדיש, אך החתן אינו רוצה שבנו יאמר קדיש על סבו, האם הוא יכול לעכב בעדו?

א. חובת הנכד לומר קדיש על סבו

הפת"ש (סי' שע"ו ס"ק ז') הביא בשם שו"ת הרמ"א (סי' קי"ח) שגם בן הבת אומר קדיש על סבו כשאין לסב בנים אחרים. אך בשו"ת קרית־חנה (סי' ל"ב) כתב בשם בעל הכנס"י, שלדעתו אין בן הבת חייב לומר קדיש. שכיון שהבת אינה אומרת קדיש, גם בן הבת אינו אומר. וא"כ לדעת הרמ"א אין האב יכול למחות על כך שהבן אומר קדיש על סבו, אך לדעת הכנס"י האב יכול למחות.

מיהו המעיין בשו"ת הרמ"א עצמו יראה שבמהדורה הראשונה נוספו הדברים הבאים בסוגריים:

> ובלבד שתתרצה בתו לזה, ולא תקפיד שבנה יגיד קדיש בחייה. כי יותר חייב בכבוד אביו ואמו מבכבוד אבי אביו.

ואין לדעת אם תוספת זו היא משל הרמ"א עצמו, שהרי היא בתוך סוגריים. עכ"פ גם לדעה זו מן הראוי שהבת תתרצה לכך שבנה יגיד קדיש על אביה.

ואולי יש לדמות מקרה זה לירושת שררה; שבן הבת יורש שררה, אף שהבת עצמה אינה ראויה לשררה. ולכן מצינו שהנשיא בא"י ירש את נשיאותו מדוד ע"י הנקבות (עי' שו"ת אבני־נזר יו"ד סי' שי"ב אות ס"ה). ולפי זה יש חיוב על בן הבת לומר קדיש.

ומתוך כך נראה שהנכד קרוב יותר לסבו מאשר אביו. שכן אביו, אם יגרש את אשתו, פסקה קירבתו. אך הנכד אינו יכול להפסיק את קרבתו לעולמי עולמים.

ועוד, הנכד יורש את סבו מעיקר הדין, ואילו אביו אינו יורש את חמיו אלא דרך אשתו, וירושת הבעל אינה מן התורה (רמב"ם הל' נחלות פ"א ה"ח). וזכר לדבר שירושה ועדות מוכיחות זו על זו, עיין במסכת סנהדרין (כ"ז ע"ב), שם נאמר במשנה הראשונה שכל הראוי ליורשו פסול לעדות. וא"כ מסתבר שגם לענייננו הירושה מעידה על הקירבה.

נמצא איפוא שהנכד חייב לומר קדיש על סבו, בפרט כאשר אמו אינה מתנגדת לכך.

ב. מחוייבות ההורים של אומר הקדיש

ישנו עוד שיקול להעדיף את הנכד. שכן אמו של הנכד, שהיא בת הנפטר, יכולה למחול לבנה

* סיון תש"ל, טבת תשל"ו.

שיאמר קדיש משום כבוד אביה, וכן בעלה יכול למחול משום כבוד חמיו. לכן מן הראוי שימחלו על כבודם משום כבוד הנפטר. ואע"פ שאין הורים חייבים למחול לבנם שיאמר קדיש בחייהם – בנד"ד, שאין מי שיאמר קדיש על הסב – מן הראוי שימחלו לבנם שיאמר קדיש.

לעומת זאת, הוריו של החתן אינם חייבים למחול על כך. שהם הרי אינם חייבים בכבוד מחותנם, דלא הוו לגביו אלא כ"אכלא לדנא" (סנהדרין כ"ח ע"ב. ופירש רש"י: "דלא דמו להדדי אלא כמגופה, שאינה דומה לחבית". ולכן מחותנים אינם פסולים להעיד אלו על אלו).

וא"כ, מאחר שהורי החתן אינם מחוייבים למחול כדי שבנם יוכל לומר קדיש על חותנו, ואילו החתן עצמו, וכן אשתו, שהיא בת הנפטר, מן הראוי שימחלו כדי שבנם יוכל לומר קדיש על סבו – א"כ עדיף שהנכד יגיד קדיש מאשר שהחתן יעשה זאת. וא"כ רצוי שאביו, חתן הנפטר, ימחל כדי שבנו יוכל לומר קדיש על הסב.

ג. חובת הנכד והחתן בכבוד הסב

ועוד, הנכד חייב בכבוד סבו יותר מאשר אביו חייב בכבוד חמיו.

בענין כבוד חמיו נפסק בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' כ"ד):

> חייב אדם לכבד חמיו.

וכתב הש"ך (ס"ק כ"ב) בשם הב"ח (ד"ה כתב הרמב"ם, בסופו), שחיובו של החתן בכבוד חמיו הוא רק ככל שאר זקנים חשובים. ובפת"ש (ס"ק כ') הביא ראיה לזה ממה שנאמר בשו"ע (סעי' י"ז) שאשה נשואה פטורה מכבוד אביה משום שהיא משועבדת לבעלה. ואם בעלה היה חייב ג"כ בכבוד חמיו, הרי גם הוא משועבד לו, ומדוע אשתו פטורה מכיבוד?

בענין כבוד סבו נאמר בשו"ע (סעי' כ"ד בהג"ה):

> יש אומרים דאין חייב בכבוד אבי אביו. ואינו נראה לי, אלא דחייב בכבוד אביו יותר מכבוד אבי אביו.

הדעה הראשונה, הסוברת שאדם אינו חייב בכבוד סבו, היא דעת המהרי"ק (שורש מ"ד). ואילו הדעה השניה, הסוברת שאדם חייב בכבוד סבו, היא דעת הרמ"א עצמו. והגר"א (ס"ק ל"ד) העיר ממסכת סוטה (מ"ט ע"א), שבן הבת אינו חייב בכבוד אבי אמו. וכתב להכריע בין המהרי"ק והרמ"א עפ"י המדרש (ב"ר פר' צ"ד פי' ו') שבני בנות אינן כבנים, ורק בני בנים הם כבנים. (ועי' בהרחבה לעיל סי' ל' אות א').

ויוצא מכאן שבן הבן חייב בכבוד סבו, ובן הבת פטור. ובנד"ד, שהוא בן הבת, הוא פטור מכבוד סבו.

אולם אעפ"כ מסתבר שזה פשיטא, שאין אביו, חתן סבו, חייב בכבוד חמיו יותר ממנו. אדרבה, אם אביו החתן חייב בכבוד חמיו מדין שאר זקנים, הנכד – על אחת כמה וכמה.

ועוד, הרי הנכד חייב בכבוד אמו יותר משאביו חייב בכבוד אשתו. וכבוד אמו מחייב שיכבד את זכר אביה יותר מאשר כבוד זה מחייב את אביו לכבד את זכר חמיו. וא"כ מדין כבוד אמו הנכד חייב בקדיש יותר מאביו.

ד. קדיש על האם כשהאב מתנגד

אך עדיין יש לשאול, מה הדין אם האב־החתן מקפיד על בנו שלא יאמר קדיש על סבו בחייו. לגבי שאלה דומה נפסק בשו"ע (יו"ד סי' שע"ו סעי' ה' בהג"ה):

> ונהגו לומר קדיש על האם, אע"פ שהאב חי עדיין; אינו בידו למחות לבנו שלא יאמר קדיש על אמו.

ומזה למדו האחרונים שאם שניהם חיים, לא יאמר קדיש יתום על אדם אחר (פת"ש ס"ק ד' בשם תשובת אבן־שהם סי' כ'). ובהסבר ענין זה מבואר בפת"ש (סי' ר"מ ס"ק י"ד) שאין האב יכול לעכב על בנו מלומר קדיש על אמו, משום שאם אמר לו אביו לעבור על מצוה מדרבנן, לא ישמע לו (שו"ע שם סעי' ט"ו).

מקורה של הלכה זו הוא בב"י (סי' שע"ו ד"ה כתב הכלבו) שכתב בשם המהר"ם מרוטנבורג:

ומצוה לומר קדיש על אמו בחיי אביו. ואם אביו מקפיד... כבוד האב קודם לכבוד האם.

דיון זה חוזר גם במקום אחר (סי' ת"ג ד"ה תניא). ושם מביא הב"י את התשב"ץ (סי' תכ"ה), הסובר שאדם אומר קדיש על אמו בחיי אביו, וכן את דברי המהר"ם, החולק וסובר שאינו אומר. ובתשב"ץ שם מובאת הגה"ה האומרת שנהגו העולם לומר קדיש על האם אפילו בחיי האב. וכן כתבו הרמ"א (ד"מ סי' שע"ו ס"ק ט') והיש"ש (קידושין פרק א' סי' ס"ג). וצ"ע א"כ, במה נחלקו המהר"ם והתשב"ץ?

הנוב"י (מהד"ת אה"ע סי' מ"ה ד"ה ומה שרצה) מביא את דעת השואל (ר' שמואל ממנהיים), שהאם חייבת בכבוד אביו גם לאחר מותו. וא"כ יש לומר שגם אחרי מותה כבוד אביו קודם. וא"כ יתכן לומר שבזה נחלקו המהר"ם והתשב"ץ: המהר"ם סובר שכבוד החי וכבוד המת שווים. ומכיון שגם בחיים האם חייבת בכבוד בעלה, מסתבר שגם לאחר מותה לא שנא (ואע"פ ש"במתים חפשי", והיא פטורה עתה מלכבד את בעלה, לא יתכן שיש חובה לכבדה לאחר מותה יותר מאשר בחייה). ואילו התשב"ץ סובר שאין האם חייבת בכבוד האב בדבר זה. כי האשה חייבת בכבודו של בעלה רק בדברים שהשתעבדה לו בהם, ולא בדברים אחרים. ולכן בהשקיית מים, שגם האשה חייבת בזה בכבוד בעלה (עי' שו"ע אה"ע סי' פ' סעי' ד') — האב קודם (שו"ע יו"ד סי' ר"מ סעי' י"ד), וכך נאמר שם:

> אביו אומר לו "השקני מים" ואמו אומרת "השקני מים" – מניח אמו, ועוסק בכבוד אביו. ואם היא מגרשת מאביו – שניהם שווים, ולאיזה מהם שירצה יקדים.

אך באמירת קדיש אין לאם מחוייבות לבעלה, ולכן אין לאב עדיפות על האם. ולכאורה היה צריך לומר "שב ואל־תעשה עדיף", שהרי שניהם שווים. ומקרה זה דומה למקרה השני שנידון באותה הלכה, במי שאביו ואמו התגרשו, ושניהם אומרים לו "השקני מים", שמכיון שאין אחד מהם משועבד לחבירו, יכול להקדים איזה מהם שירצה. ולפי זה יש לומר לענין אמירת קדיש – שיש בה פדיון והצלה לנפטר (עי' שו"ע יו"ד סי' שע"ו סעי' ד' בהג"ה) – שיש מצוה לשמוע לאם ולפדותה מדין גיהינום, ולא לשמוע לאב שמתנגד לכך.

הנוב"י עצמו חולק שם על השואל, ואומר שאין סברא לומר שאשה חייבת בכבוד בעלה לאחר מותו. וסברת המהר"ם היא שכבוד החי עדיף מכבוד המת. הנוב"י מביא שם כמה ראיות לעיקרון זה. ובכל זאת נהגו העולם שבן אומר קדיש על אמו גם בניגוד לרצון אביו. וע"כ צריך לומר שאין האם משועבדת לבעלה בכגון זה.

הגרעק"א (סי' ס"ח ד"ה אמנם) חולק על הנוב"י וסובר שכבוד האב קודם לכבוד האם, ולא משום שהאב חי והאם מתה. וע"כ הוא סובר שהאם משועבדת לבעלה גם בנושא כגון זה של אמירת קדיש. וא"כ צ"ע ממנהג העולם, שנהגו שלא להתחשב בדעת האב. ודוק בדבריו, שביסס את דבריו על דעת המהר"ם. אך לדעת התשב"ץ, שהמנהג כמותו, ע"כ צריך לומר שהאם אינה משועבדת לבעלה. ולפי זה יש לבסס את מה שכתב בפת"ש (סי' ר"מ ס"ק ט'), שאם אמר לו אביו לעשות לו מלאכה מסוג שאין האשה חייבת לעשות לבעלה, וגם אמו אמרה לו לעשות דבר אחר – שניהם שקולים. ואע"פ שהפת"ש סיים שהדבר צריך בירור, לפי הנ"ל יש לומר שאכן כך הוכרעה ההלכה, שבמקום שבו אין האשה משועבדת לבעלה, שניהם שקולים. (ועיין בהרחבה לעיל סי' י' אות ב').

ובגוף המחלוקת שבין הנוב"י והגרעק"א, עיין עינים למשפט (קידושין ל"א ע"א ציון ד"ה) שדייק מלשון הכל־בו שכתב בשם מהר"ם מרוטנבורג (מובא בב"י סי' שע"ו ד"ה כתב הכלבו) שנוקט כדעת הגרעק"א, והראיה – שכתב בטעם הדין: "כבוד **האב** קודם". ואילו מלשון היש"ש (קידושין פרק א' סי' ס"ג) דייק שנוקט כדעת הנוב"י, שכן כתב שכבוד **החי** קודם. וזו לשונו של היש"ש:

> מצאתי כתוב שאם האב מוחה בבנו שלא יאמר קדיש על אמו, כי מקפיד עליו **מאחר שהוא חי** –

כבודו קודם. ולי נראה דאין לשמוע לו. מאחר שנהגו אבותינו הקדושים לומר קדיש יתום – מעובדא דר' עקיבא (מסכת כלה רבתי פ"ב מכ"ה), שמורה ממנו שהוא זכות ונייח נפש לשוכני עפר לומר קדיש – הוי כאילו אומר לו שלא יעשה דבר שהוא מדברי סופרים... ובפרט מאחר שמצינו שתקנו לומר שמחוייב לומר תוך שנה ראשונה "הריני כפרת משכבך" (שו"ע שם סעי' ט'), כל שכן לומר קדיש. ועוד, אביו שמחזה בדבר עבר על "ואהבת לרעך כמוך", ואסור לשמוע בענין זה. אכן מה שנהגו אבלים ללבוש שחורים לכבוד המת, שאין זה כלל מן החיוב, פשיטא שיכול למחות בו.

ה. ניגוד בין כבוד האב לכבוד הסב

לאור האמור לעיל, שהמנהג הוא שהבן אומר קדיש על אמו גם בניגוד לרצון אביו, יש לדון בנד"ד אם הנכד רשאי לומר קדיש על אבי אמו בניגוד לרצון אביו.

ולכאורה יש לומר שכשם שהבן יכול לומר קדיש על אמו, הוא הדין שיכול הוא לומר קדיש על סבו; שהרי הוא חייב בכבוד סבו, כאמור לעיל (אות ג'). אם כי יש לחלק: בשלמא קדיש על אמו, מכיון שכבוד אמו שקול לכבודו של אביו, אכן אין הוא חייב לכבד את אביו כאשר עליו לכבד את אמו. אך כבוד סבו אינו שקול כמו כבוד אביו. ולכן עליו לכבד את אביו יותר מאשר את סבו. מיהו, מאחר שאמו מעוניינת שיאמר קדיש על אביה – זהו כבודה; וכבודה וכבוד אביו שקולים בכה"ג. ואדרבה, הרי האם חיה, וכבודה של אם חיה בוודאי עדיף על כבוד אם שמתה. ואם במי שמתה אמו נהגו שאומר עליה קדיש גם בניגוד לרצון אביו, משום כבודה, ק"ו הוא למי שאמו חיה ומבקשת ממנו שיאמר קדיש על אביה.

ועוד, לפי דברי היש"ש שהבאנו לעיל (אות ד'), יש באמירת הקדיש משום "ואהבת לרעך כמוך". ובכך אין הבדל בין אמו שמתה לסבו שמת. (ועי' לעיל סי' ל' אות ב').

עוד יש לומר שייתכן שהאב עובר על "ואהבת לרעך כמוך" גם כלפי אשתו, שהיא רוצה לכבד את אביה, והוא מונע זאת ממנה. ואע"פ שאשה נשואה פטורה מכיבוד אב ואם, זה משום שהיא משועבדת לבעלה (שו"ע שם סעי' י"ז). אך כאן אין סיבה אובייקטיבית שתפריע לבעלה בכך, אלא שהוא חושש מפני עין הרע, שבנו יאמר קדיש בחייו (לבוש סי' קל"ג סעי' א'). ויש לשאול א"כ, אם אשתו משועבדת לו גם לחשש זה, או שמא משום כבוד חמיו ואשתו אין לו לחוש לזה, ולכן אינה משועבדת לו בדבר זה, וצ"ע.

והנה יש לחקור מפני מה האשה משועבדת לבעלה בכיבוד אב ואם. שאם נאמר שהיא משועבדת לבעלה למלאכה, למעשה ידיה ולעבודות הבית – יש לומר שכל כיבוד שאינו כרוך בטירחה, אינו מופקע כלל ע"י הנישואין. אך אם נאמר שהיא פטורה מכיבוד אב ואם משום שהיא נכנסת תחת סמכותו של הבעל – יש מקום לסמכות זו גם בדברים שאין בהם טירחה.

ולעיל הבאנו את דברי הפת"ש (יו"ד סי' ר"מ ס"ק ט') שהסתפק במקרה שהאב ציווהו לעשות דבר שאמו אינה חייבת לו, בזמן שהאם ציוותה אותו על משהו אחר. כי רק ב"השקני מים" אמרה הגמרא שישמע בקול אביו, כי גם אמו חייבת להשקות את אביו. והפת"ש נשאר ב"צריך בירור". ולענ"ד זוהי בדיוק השאלה כאן.

ולפי האמור לעיל, אין אמו משועבדת לבעלה בדבר זה. ואפילו אם נאמר שהדבר מסופק אם אמו משועבדת בזה לאביו, כמו שהעלה הפת"ש, הרי לפחות בענין אמירת קדיש המנהג הוא שאין מתחשבים באב. וא"כ לכאורה אין האב יכול לעכב בידו.

מיהו יש לומר שכנגד מצוות "ואהבת לרעך כמוך" שיש כלפי הסב שנפטר, יש גם מצוה כזאת כלפי האב החי, שאמירת הקדיש גורמת לו צער. ולכאורה אביו החי עדיף מסבו המת. אלא שגם על הישי"ש יש להעיר כן, שאם אביו מצטער באמירת הקדיש ע"י הבן, יש כלפיו מצוה משום

אהבת הריע, ואעפ"כ היש"ש לא התחשב בכך. וצ"ע מדוע.

ואכן הברכי־יוסף (סי' ר"מ ס"ק ח') **חולק על היש"ש מטעם זה, ואלו דבריו:**

ולי ההדיוט יש לפקפק בזה, אם אמירת קדיש נחשב כמצוה של דבריהם, כיון דהוא מנהגא בעלמא. ואף כי יסודתו בהררי קודש, מדרשי חז"ל, יש לדון שאינו בסוג מצוה של דבריהם. ועוד יש לדון, כיון דאביו יש לו צער שיאמר קדיש, שהוא מאיניי הדעת, ולא מסמנא ליה מילתא, ובאמירת קדיש מכבד לאמו – אפשר דדיינינן ליה כאיש אשר אמו מגורשת ואומרת לו השקני, דפסק מרן לעיל (סעי' י"ד) באיזה שירצה יקדים.

מיהו לולא דברי הברכי־יוסף היה מקום לחלק בין דין "השקני מים" לבין קדיש: ב"השקני מים" לא יתכן לומר שבגלל המחלוקת בין אביו לבין אמו לא ישקה אף אחד מהם. שהרי עכ"פ חובה עליו להשקות לפחות אחד מהם. ולכן נאמר שאיזה מהם שירצה יקדים. אך בקדיש יש מקום לומר שבמחלוקת זו, שבין אביו לבין אמו, אכן "שב ואל־תעשה עדיף". וצ"ע.

עוד יש לומר בנד"ד, שבעצם האם, שהיא בתו של הסב, היא שהיתה צריכה לומר קדיש בעצמה, וכמו שכתב **הפת"ש** (סי' שע"ו ס"ק ג') **בשם שו"ת חוות־יאיר** (סי' רכ"ב), **שאם האב** ציווה לבתו לומר קדיש, באופן עקרוני חובה עליה לומר עליו קדיש. ורק מטעמי צניעות לא נהגו כן, שאשה תאמר קדיש בפני גברים. אך מעיקר הדין היא היתה צריכה לומר את הקדיש. ואין לומר שרק שם היא חייבת, משום שאביה ציווה זאת עליה במפורש. כי זה פשוט, שאם היה מצווה אשה אחרת, לא היתה חייבת. ורק משום שהיא בתו היא מזכה אותו בקדיש. ולכן יש לומר בנד"ד – שבנה של אותה אשה בא מכוחה – שהחיוב שלה עובר אליו, והוא אומר קדיש במקומה. ולו אין מניעה לומר קדיש מטעמי צניעות.

ו. עדיפויות בגמילות חסדים

אלא שיש לדון מצד אחר. שהרי החסד שעושה הנכד לאביו בכך שיימנע מאמירת הקדיש הוא לאדם **חי**, ואילו החסד שעושה לסבו באמירת הקדיש הוא לאדם **מת**. וצ"ע איזה מהם עדיף (אם נניח שאין כאן משום כיבוד אב, וכנ"ל). ומצוות "ואהבת לרעך כמוך" אולי היא רק לחי ולא למת. אך מאידך מצינו שמצוות גמילות־חסד שבגופו היא גם למתים. ואדרבה, זוהי גמילות־חסד של אמת, שהיא עדיפא. (וכן משמע מהרמב"ם, הל' אבלות פי"ד ה"א, שאין חילוק). וא"כ איזה מהם עדיף?

ואולי היה מקום ללמוד ממה שמצינו (ב"מ ל"ב ע"ב) שמצוה לטעון את החמור בשונא יותר מאשר לפרוק אותו באוהב, כדי לכוף את יצרו. ועל דרך זו יש לומר גם כאן. שהרי אדם נוטה בדרך כלל להעדיף חסד עם החיים על חסד עם המתים. ולכן נקרא החסד עם המתים בשם "חסד של אמת" (עי' רש"י, בראשית מ"ז כ"ט, שכתב שהעושה חסד עם המתים אינו מצפה לגמול; מה שאין כן בחסד עם החיים, שיש בו גמול מסויים). ומכיון שנטיית היצר היא להעדיף חסד עם החיים, יש לומר שאדרבה, כדי לכוף את יצרו עדיף שיעשה חסד עם המתים.

מיהו יש לדחות לימוד זה מדין פריקה וטעינה. שם אין לו אלא שתי אפשרויות: או לפרוק או לטעון; ואם לא יעשה כלום, ייבטל מקיומה של המצוה. מה שאין כן בנד"ד, שבאמירת קדיש הוא פוגע באביו בקום ועשה, יש לומר "שב ואל־תעשה עדיף", ובכך יקיים את מצוות כיבוד אב.

אך יותר נראה להביא ראיה הפוכה, מהסוגיא **במסכת כתובות** (י"ז ע"א), **שם נאמר:**

ת"ר: מעבירין את המת מלפני כלה, וזה וזה מלפני מלך ישראל.

ובטעם הדבר מבואר במסכת שמחות (פרק י"א), שכבוד החי קודם לכבוד המת. ועיין בדברי **הרמב"ן** (מובא בשטמ"ק כתובות שם, ד"ה וכתב

הרמב"ן), שמשום כך כאשר מדובר על אבל מול כלה, ששניהם חיים, האבל קודם. וצריך לומר שהאבל קודם ולא הכלה, אע"פ ששניהם שווים לכאורה, משום שנאמר (קוהלת ז' ב'): "טוב ללכת אל בית אבל מלכת אל בית משתה... והחי יתן אל לבו". כלומר, שהחסד עם האבל, יש בו גם תועלת מוסרית בכך שהאדם יזכור את יום המיתה.

וא"כ העולה מדברינו הוא שכבוד אביו החי קודם לכבוד הסב המת. אלא שאם האם רוצה שבנה יאמר קדיש, והאב מתנגד – יש כאן גם כבוד לאמו החיה. אך במקום שהם שקולים, אמרינן "שב ואל־תעשה עדיף".

תשובה

לפי מה שהבאנו לעיל (אות ד'), הדבר תלוי במחלוקת שבין הנוב"י לבין הגרעק"א; ובעצם, הדבר תלוי במחלוקת בין המהר"ם לבין היש"ש: לפי היש"ש כבוד החי עדיף מכבוד המת, ולכן על הבן לכבד את אביו ולהימנע מלומר קדיש על סבו; ואילו לפי המהר"ם אין כבוד החי עדיף מכבוד המת, ולכן על הנכד לומר קדיש על סבו, גם בניגוד לכבוד אביו. ומכיון שהדבר ספק, יש לומר "שב ואל־תעשה עדיף".

אך כשהאב מסכים, מן הראוי שהנכד יאמר קדיש, ואז אדרבה, טוב שהנכד הוא שיאמר את הקדיש על סבו מאשר שאביו, חתנו של הנפטר, יאמר את הקדיש על חותנו. כי הנכד מצווה על כבוד סבו יותר משאביו מצווה על כבוד חותנו. ומה גם שבני בנים הרי הם כבנים, והוא יזכה את סבו באמירת הקדיש. וא"כ מן הראוי שהאב, חתנו של הנפטר, יסכים שבנו יאמר קדיש. ובפרט כאשר הוריו של החתן חיים, והם מקפידים על כך שבנם יאמר קדיש. ויש להם זכות להתנגד לכך שבנם יאמר קדיש, שהרי הם אינם חייבים בכבוד מחותנם. אך בנם, חתנו של הנפטר, מחוייב קצת בכבוד חותנו; ולכן עליו למחול ולאפשר לנכד לומר קדיש על סבו. ומכיון ש"שומר מצוה לא ידע דבר רע", אין לחוש שמא הנכד, באומרו קדיש, פותח פה לשטן (ע' לבוש, או"ח סי' קל"ג סעי' א').

סימן לב

שינוי זמני בייעוד מעשר כספים

ראשי פרקים

שאלה
א. הלוואת גמ"ח מול החזקת לומדי תורה
ב. האם יש דין "מכרי תלמיד־חכם"?
ג. מחוייבות לעני המצפה לעזרה
תשובה

שאלה (מכתב) *

עד עכשיו נהגנו לתת מדי חודש מעשר כספים לת"ח נזקקים. לפני מספר ימים נודע לנו שחבר, שהוריו אינם בארץ, נמצא במאזן שלילי גבוה בחשבון הבנק שלו והוא זקוק לעזרה כספית. החבר אינו מעוניין בקבלת הכספים לגמרי אלא בתורת הלוואה; וכאשר ירווח לו – יחזירם.

שאלותינו א"כ הן:

א. האם במקום לתת את מעשר הכספים לצדקה ממש (שניתנת לגמרי ולא מחזירים אותה) מותר לתת אותו בהלוואה לאדם שמאוד נזקק לה; ורק אחרי שיחזיר את סכום ההלוואה, יינתן הכסף לצדקה ממש (ע"י שניתן לו סכום כסף מסויים כנגד מעשר כספים שמצטבר

* אדר א' תשנ"ה.

ממספר חודשים, ובחודשים אלו לא ניתן מעשר כספים, ואחרי שיחזיר את ההלוואה ניתן את הכסף לצדקה)? או במילים אחרות: האם מותר לנו לשנות ממנהגנו לתת צדקה כל חודש, וניתן רק אחרי מספר חודשים צדקה עבור חודשים אלו בגלל הנסיבות הנ"ל, או שכסף שחשבנו לתתו לצדקה אסור לתת אותו בינתיים כהלוואה, ולתת אותו לצדקה רק אחרי השבת ההלוואה?

ב. אם הדבר מותר, האם יש צורך לעשות התרת נדרים מצד השינוי של ייעוד הצדקה (כי סוף־סוף הסכום שאנו מפרישים יינתן בסוף לצדקה אלא שלא בזמן הקבוע בכל חודש)?

ג. אם צריך לעשות התרת נדרים, כיצד עושים זאת? האם יש אפשרות להתיר נדרים בלי לפרוט את הנדר (המנהג) שאותו מתירים, או שצריך לפורטו לכל הפחות?

א. הלוואת גמ"ח מול החזקת לומדי תורה

הלוואת גמ"ח נחשבת לגדולה שבמעלות הצדקה, כפי שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' רמ"ט סעי' א'). מאידך נאמר (פאה פ"א מ"א): "ותלמוד תורה כנגד כולם". וכתב ה"חפץ חיים" (אהבת חסד ח"ב פרק י"ט) שהנוהגים לתת חומש ממונם לצדקה, ראוי שיתנו מעשר כספים אחד לבעלי תורה ומעשר כספים שני לשאר צרכי צדקה. ולכן יפה נהגתם עד כה שנתתם את המעשר לתלמידי חכמים נזקקים.

ובשו"ע (יו"ד סי' רנ"א סעי' ט' בהג"ה) כתב שאפילו אם תלמיד־חכם צריך לכסות, ועם־הארץ להחיות – תלמיד־חכם קודם, אא"כ אותו עם־הארץ נמצא במצב של פיקוח נפש, שאז יש להעדיף את עם־הארץ על פני התלמיד־חכם (עי"ש סעי' י"א). במקרה שלכם אין מדובר בפיקוח נפש, ולכן תלמיד־חכם עדיף, לכאורה. אמנם הש"ך (ס"ק ט"ז) כתב שבזה"ז אין דין תלמיד־חכם לענין זה, אך בתשובת יד אליהו (סי' מ"ג, מובא בפת"ש ס"ק ז') חולק עליו, וסובר שגם בזה"ז תלמיד־חכם קודם. ובאהבת חסד (פרק ו' הל' ו') פסק כהיד אליהו. וכן מסתבר, שרק לענין כבוד אין דין תלמיד־חכם בימינו. אך הצורך לקיים תלמידי חכמים שיגדלו בתורה, גדול כיום לא פחות מבעבר, אם לא יותר; שכן "אם לא בריתי יומם ולילה, חוקות שמים וארץ לא שמתי".

אלא שבמקרה שלכם המדובר רק בהעברה זמנית של הכספים לצורך הלוואת גמ"ח. ולענ"ד, הלוואת גמ"ח, שהיא הגדולה במעלות הצדקה (סי' רמ"ט סעי' ו'), ובה "עולם חסד יבנה", דוחה לזמן ידוע את המצוה להחזיק לומדי תורה, ואח"כ תוכלו להחזיר לתלמידי חכמים את הכספים שהלוויתם, לכשיוחזרו לכם. אולם אם תלמידי החכמים תלויים בכם, ואין להם פרנסה אחרת, ומתוך כך הם עלולים להגיע לרעב – צ"ע אם הלוואת גמ"ח עדיפה במקרה כזה. (על ההבחנה בין גמ"ח קבועה לזמנית למדנו באהבת חסד, ח"ב פרק י"ח; וכך מובא בדרך אמונה, להגר"ח קנייבסקי, פרק ז' ס"ק כ"ז).

ב. האם יש דין "מכרי תלמיד־חכם"?

אם תלמידי החכמים שאתם תומכים בהם הם קבועים, יש כאן דמיון לדין "מכרי כהונה" (עי' גיטין ל' ע"א). בירושלמי (גיטין פ"ג ה"ז) נאמר שאין מכר לעני. אך הרמב"ם (הל' מעשר פ"ז ה"ה) פסק שעני דינו ככהן, ומי שרגיל לתת לעני חייב להמשיך ולתת לו. (וכך פסק הש"ך, יו"ד סי' רנ"ז סעי' י"ג). ועיין תוס' (ב"ב קכ"ג ע"ב ד"ה הכא) שכתב שאסור להעביר תרו"מ מכהן שרגילים לתת לו לכהן אחר. וא"כ הוא הדין בגמ"ח. אלא שצ"ע מה האיסור להעביר מכהן לכהן?

ועיין היטב בתוס' (ב"ב שם) שהאיסור הוא מדין "מחוסר אמנה". מקורה של הלכה זו הוא במסכת ב"מ (מ"ט ע"א), שם נאמר שמי שהתחייב לתת לחבירו מתנה מועטת – אסור לו לשנות מדבריו. ואף מכרי כהונה דינם דומה למחוסר אמנה לדעת התוס'. ומשמע שאין כאן נדר כלפי שמיא אלא רק חסרון אמנה בין אדם לחבירו. והעירני הרב יעקב אפשטיין שע"י הודעה

מוקדמת יכול להפסיק מלתת את המתנות לכהן אחר, ואין כאן משום חסרון אמנה. ורק כל עוד לא עשה כן אסור לו להפסיק מלתת את המתנות לכהן שהיה רגיל לתת לו, ולכן הכהן נחשב למוחזק; ויפה העיר.

ובני ר' עזריאל שיחי' העיר משיטת רש"י (גיטין ל' ע"א ד"ה במכרי) שדין "מכרי כהונה" נובע מזה שהאחרים מתייאשים מלקבל את המתנות, וממילא המכר זוכה. אולם זה נכון במעשר ראשון ובתרומה, שהמתנות שייכות לכל השבט. ואז, כאשר השבט מתייאש, נשארה זכותו של המוכר. ואכן ביחס למעשר עני שואל הירושלמי (גיטין פ"ג ה"ז): "וכי יש מכר לעני?!".

ג. מחוייבות לעני המצפה לעזרה

עם זאת נראה שמכיון שאותו תלמיד־חכם עני הורגל עד כה לקבל מכם צדקה, יש בעיה בהפסקת התמיכה לאותו עני. ואכן מצינו שהתלות של העני במי שנותן לו צדקה יוצרת מעין חיוב על מי שרגיל לתת לו. וכך נאמר במסכת ר"ה (ו' ע"א):

> אמר רבא: וצדקה מחייב עלה לאלתר (לענין "בל תאחר", שבצדקה אין להמתין ג' רגלים). מאי טעמא? דהא קיימי עניים.

כלומר, מציאותם של עניים הזקוקים לצדקה יוצרת חיוב מיידי של הנותנים להימנע מלעכב את הצדקה, ועוברים מיד על "בל תאחר".

וכן מצינו שיורדין לנכסי שוטה וגובין מהם צדקה (כתובות מ"ח ע"א). וקשה, הרי שוטה פטור מכל המצוות! ועי' קצוה"ח (סי' ר"צ ס"ק ג') שהסביר זאת משום שיעבוד נכסים, שנכסיו של השוטה משועבדין לצדקה. ודבריו טעונים הסבר. נהי דנכסי דאיניש אינון ערבין ליה, ושיעבוד נכסים הוא מדין ערבות לחובו של הבעלים; אך כשהבעלים הם שוטים, ופטורים מן הצדקה, אין מקום לחייב את הערב – דהיינו את הנכסים – בחוב שהבעלים פטורים ממנו. אולם יש לומר שמאחר שיש עניים לפנינו, נוצר חוב על הנכסים. ובפרט בבניו ובנותיו, שהם מוטלים עליו לפרנסם, אי אפשר לפוטרו; שהרי הנכסים קיימים כאן, והעניים זקוקים להם. ומציאות זו יוצרת חוב על הנכסים, למרות שהוא אישית פטור בגלל שהוא שוטה. כלומר, במקום שהעניים תלויים באדם מסויים, נוצר על נכסיו חוב לפרנסתם.

ועיין חידושי הרשב"א (שבועות כ"ה ע"א ד"ה אילימא צדקה לעני מושבע ועומד מהר סיני הוא), שכתב:

> יש מגדולי רבותינו הצרפתים ז"ל שאמרו דדווקא כשעני שואל ממנו צדקה השתא, מושבע ועומד ליתן לו. הא לעני דעלמא, שבועה חלה עליו, דאינו חייב לפרנס עניים במידי.

מבואר איפוא שכשהעני מצפה ממנו שיתן לו, יש עליו חיוב מיוחד. וזוהי כוונת הגמרא בר"ה שאמרה: "דהא קיימי עניים".

ולכאורה יש להביא ראיה הפוכה ממה שנאמר במסכת קידושין (ח' ע"ב):

> התקדשי לי בכיכר. תנהו לעני – אינה מקודשת, אפילו עני הסמוך עלה. מאי טעמא? אמרה ליה, כי היכי דמחייבנא ביה אנא, הכי מחייבת ביה את.

פירוש הדבר, שמכיון שגם המקדש מצווה כמוה לפרנס את אותו עני, אין לה שום הנאה בכך שהוא נותן את הכיכר לעני עפ"י בקשתה. ואין לומר שהוא עשה במקומה את החובה המוטלת דווקא עליה, שהרי את חובתו שלו הוא ממלא, ולא את חובתה; ולכן אינה מקודשת. ובמחנה־אפרים (הל' צדקה סי' א') הוכיח מכאן שאם יש עני קרוב לה, אע"פ שנאמר "מבשרך אל תתעלם" – אין המקדש פטור מלפרנסו, שלא כדעת המרדכי (ב"ב פ"א סי' תצ"ד).

אולם יש לומר שהמדובר בעני שאמנם היא רגילה לתת לו, אלא שעתה הוא זקוק במיוחד לעזרה. ונהי שהיא חייבת לתת לו, אך מכיון שהוא זקוק לצדקה כרגע, והוא מצפה לעזרה גם ממנו – אין המקדש יכול להיפטר ממנו, וגם הוא חייב לתת לו. וא"כ לא רק שאין סתירה מהגמ' בקידושין לדברי הרשב"א, אלא אדרבה, עפ"י הרשב"א מוסברת הגמרא גם לשיטת המרדכי. שאמנם בדרך כלל הקרובים חייבים

יותר מאחרים, ולכן האחרים פטורים מלפרנס את העני; אך בנד"ד, שהעני משליך גם עליו את יהבו, הוא חייב לפרנסו כמו הקרובים.

תשובה

אמנם נכון הוא שאדם הרגיל לתת למישהו צדקה יכול להודיע לו שמכאן ואילך יתן לאחר; אך מ"מ יש עליו חיוב מיוחד לתת לו לפני אחרים. והשאלה א"כ במקומה, האם יש חובה להעדיף החזקת לומדי תורה קבועים על פני הלוואה לחבר עני? מיהו נראה לענ"ד שבמעביר מתלמיד־חכם להלוואת גמ"ח, אם נאמר שהלוואת גמ"ח זמנית חשובה יותר מהחזקת לומדי תורה, אין כאן משום חסרון אמנה. שהרי לא התחייבתם לתת לאותו תלמיד־חכם גם אם תזדמן לכם מצוה גדולה יותר המעלה בקודש, ומבחינה זו מותר לשנות. ואף כי ההרגל יוצר תלות, וממילא גם חיוב מיוחד להעדיף אותו על אחר, מ"מ ע"י הודעה מוקדמת שבמשך זמן ידוע לא יוכל לפרנסו, הוא מונע ממנו את התלות הזאת, וממילא הוא מפקיע בכך מעצמו את החיוב המיוחד. אלא שצ"ע כנ"ל (אות א'), אם הלוואת גמ"ח גדולה יותר מאשר החזקת לומדי תורה. ולפי מה שפירשנו לעיל, העברה זמנית למטרות גמ"ח אין בה הפקעה של המצוה להחזיק תלמוד תורה.

לכן לענ"ד, הינכם רשאים להשתמש במעשר באופן זמני להלוואת גמ"ח, ולהחזירו אח"כ לתלמיד־חכם. ואין לכם צורך בהתרת נדרים, כי בכל מקרה אתם נותנים צדקה, ורק היעד משתנה. אלא שעליכם להודיע על כך לאותם עניים במועד סביר לפני הזמן הקבוע שבו הייתם רגילים להעביר להם את תמיכתכם.

סימן לג

נוכחות האב במילת בנו

ראשי פרקים

שאלה
א. משמעות הנוסח של ברכת המילה
ב. גדר השליחות במצוות מילה
תשובה
מסקנות

שאלה *

שאלני הרב משה לווינגר: פנויה ילדה בן מחוץ לנישואין. כדרכם של מקרים כאלו, היא ניתקה את קשריה עם אבי הבן. ועתה, כשילדה את הבן, לא הודיעה לאביו על הלידה, וגם אינה רוצה שישתתף במילת בנו. האם כדין היא עושה, או שמכיון שחובת המילה מוטלת על האב, יש להזמין אותו לברית המילה של בנו?

השאלה היא א"כ, האם אפשר למול בן ללא דעת אביו?

א. משמעות הנוסח של ברכת המילה

הגמרא במסכת פסחים (ז' ע"ב) דנה בנוסח ברכת המצוות, מתי מברכין ב־ל' ומתי ב"על". בתוך הדיון מקשה הגמרא על הסובר שיש לברך "לבער את החמץ":

מיתיבי: ברוך... על המילה! התם, היכי נימא? נימא

* סיון תשמ"ח.

"למול", לא סגיא דלאו איהו מהילי?! (כלומר, היאך יכול המוהל לברך "למול", והלא לא עליו מוטלת המצוה, אלא על האב?).

אבי הבן, מאי איכא למימר? אין הכי נמי. (כלומר, באמת כשאבי הבן מל, מברך "למול" כי המצוה מוטלת עליו).

וכן פסק הרמב"ם (הל' מילה פ"ג ה"א):

המל – מברך "...אשר קדשנו במצוותיו וציונו על המילה", אם מל בן חבירו. ואם מל את בנו – מברך "וציונו למול את הבן".

אך רש"י (פסחים שם ד"ה והלכתא) **פסק שגם מילה נמי, לא שנא אבי הבן מאיניש דעלמא, ומברך "על המילה"** (ועי' שו"ע יו"ד סי' רס"ה סעי' א'). **ועי' ר"ן** (לרי"ף דף ד' ע"א ד"ה ואיכא), **שכתב:**

ואיכא למידק תו מדתניא בתוספתא דברכות (פ"ו הי"ט): "היה מהלך להפריש תרומה ומעשרות, מברך: אשר קדשנו במצוותיו וציונו להפריש תרומות ומעשרות". והא הכא, שאפשר להתקיים ע"י שליח, ואפילו הכי לא מברכין ב"על"! יש לומר שכיון שהשליח אינו נכנס לתרום אלא מדעת בעלים... וכיון שכן, הוא אינו יכול להיפטר ממנה אלא ע"י עצמו. ולא דמי לביעור (חמץ) ומילה, שאחר יכול לפוטרו מהם שלא מדעתו.

א"כ מפורש יוצא מפיו של הר"ן, שבמילה יכול אדם אחר לפטור את האב שלא מדעתו. מיהו יש לומר שבמילה יש שתי מצוות: שהאב ימול, ושהבן יהיה נימול. וכשהאב לא מל – חייבים בי"ד למולו. וא"כ יש לומר שכוונת הר"ן לומר שהבן נחשב כנימול גם ללא דעת אביו, אך מצוות האב למול באמת לא התקיימה אם הבן נימול שלא מדעתו.

ואין כאן מצוה הבאה בעבירה. שכן גם אם נניח שהיה חל שם "גזל" ואיסור "לא תגזול" על גזילת מצוה, מ"מ אין הגזל פוסל את המצוה, כי סוף־סוף הבן מהול, ויישאר מהול גם לאחר גמר העבירה. וכן כתב בחידושי ר' עזריאל ראש הברזל (סי' ב'). ומשמע שגם מצוות האב היא שהבן יהיה נימול, אלא שהאב מקיים אותה ע"י המעשה, והגוזל ממנו את מעשה המצוה לא יכול לבטל את התוצאה.

וכתב הרמב"ם (הל' מילה פ"ג ה"א):

ואבי הבן מברך ברכה אחרת: "ברוך אתה ה', א־להינו מלך העולם, אשר קדשנו במצוותיו, וציוונו להכניסו בבריתו של אברהם אבינו". מצוה על האב למול את בנו, יתר על מצוה שמצוותין ישראל שימולו כל ערל שביניהן. לפיכך אם אין שם אביו – אין מברכין אחריה ברכה זו.

כלומר, ברכת "על המילה", אינה הברכה על מצוותו המיוחדת של האב, אלא על מצוות המילה באופן כללי. ובכל זאת, כשהאב מל – מברך "למול", וכשאחר מל – מברך "על המילה". ואם נאמר שהר"ן מסכים להבחנה זו – שהברכה הראשונה אינה ברכת האב, אלא ברכה כללית על עצם המצוה, ולכן ברכה זו יכולה להתברך גם כשהמוהל מל ללא הסכמת האב – אין מכאן ראיה שהמוהל מוציא את האב ידי חובתו במצוותו האישית. ולפי דברינו האב לא קיים מצוה במילה הנעשית ע"י המוהל; ורק משום שניתן לחטוף את המצוה מהאב שלא מדעתו ולקיים את המצוה המוטלת על הכלל, יש מקום לברכה מצד המוהל; אולם אין זו מצוותו של האב.

נמצא איפוא, שגם לדעת הר"ן, אם הבן נימול שלא מדעת האב, אע"פ שהבן נעשה מהול ע"י כך, לא האב קיים את מצוות המילה, אלא אחר. ולכן לכתחילה אסור לו לאדם לקחת מצוה זו מן האב. אלא שמאחר שהאב מן הסתם לא יודע למול בעצמו, ובלאו הכי היה מוסר את המצוה למוהל מומחה – פקעה מצוותו, וממילא אם אדם אחר חטף ממנו את המצוה, פטור.

סברא זו, כבר כתבה הרא"ש (חולין פ"ו סי' ח'), **ואלו דבריו:**

דאע"פ שאמר האב למוהל אחד למול את בנו, לא זכה באותה המצוה לחייב אחר אם קדם ועשאה... וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו, וקדם אחר – חייב. אבל אם אין האב רוצה למולו – כל ישראל חייבים למולו. ובדיבור שאמר האב למוהל, לא זכה למצוה לחייב לאחר אם קדמו.

ועי' קצוה"ח (סי' שפ"ב ס"ק ב') **שהוכיח מדברים אלו של הרא"ש, שאם האב לא מל בעצמו –**

פקעה סמכותו למנות שליח, ושלוחו אינו כמותו, ולכן אם אדם אחר מל את הבן, פטור. אך התבואות שור סובר שגם במילה אמרינן "שלוחו של אדם כמותו", והחוטף מן השליח חייב לשלם.

ב. גדר השליחות במצוות מילה

ונראה לענ"ד, שהבעיה העקרונית שנחלקו בה הקצות והתבואות שור (בשאלה אם אדם שיודע למול בעצמו רשאי למסור את בנו למוהל אחר) היא בגדר "שלוחו של אדם כמותו": אם הוא ממש כמותו, כאילו הוא עצמו ממש, או שרק מעשה השליח מתייחס לשולח. שאם נאמר ששלוחו של אדם הוא ממש כמותו, רשאי האב למנות שליח למול את בנו, ואסור לאחר לקחת ממנו את המצוה, והחוטף מהשליח כאילו חוטף ממנו עצמו. אך אם שלוחו של אדם אינו כמותו ממש, בלאו הכי האב לא מקיים את המצוה בעצמו, ולכן אם אחר חטף משלוחו את המצוה, פטור.

ואולי יש לומר שבזה נחלקו רש"י והרמב"ם (לעיל אות א'), אם יש שינוי נוסח בין ברכת האב לברכת השליח, או ששניהם מברכים באותו נוסח. לדעת הרמב"ם, אם האב מל בעצמו מברך "למול", ואם השליח מל – "על המילה". ולדעתו אין השליח עומד ממש במקומו של האב, ולכן הנוסח שונה. אך לדעת רש"י, הסובר שהנוסח זהה, יש לומר שהשליח עומד במקום האב, ולכן הוא מברך אותה ברכה. וזה שמברכים שניהם "על המילה" ולא "למול", הוא מפני שכל מצוה שניתן לקיימה ע"י שליח, משמע שאינה מוטלת על גופו של האדם ממש, אלא על ה"חפצא" שבו מתקיימת המצוה (עיין חידושי ר' עזריאל ראש הברזל, סי' ב'). אא"כ נאמר שרש"י סובר כר"ן, שמאחר שאם אחר יחטוף את המצוה מהאב שלא מדעתו, גם הוא מקיים מצוה זו, המוטלת על כלל ישראל, לכן מלכתחילה הברכה לכולם, גם לאב, היא "על המילה".

ועי' חידושי רעק"א (ע"ז כ"ז ע"א ד"ה ואם כן), שלדעתו אין צורך כלל בשליחות למצוות מילה, כי המצוה היא שהבן יהיה נימול.

אמנם בשו"ע (יו"ד סי' רס"ה סעי' ט') נפסק שאבי הבן עומד על המוהל להודיעו שהוא שלוחו. אך בטור מבואר שהוא דוגמת קרבן, ולפי זה אין זו שליחות ממש, שאפילו למ"ד "כהנים שלוחי דידן", הם אינם ממש שלוחינו, שהרי אנו פסולים להקריב.

תשובה

העולה מדברינו הוא שלכל הדעות יש העדפה למילה הנעשית ע"י האב: או משום שהמצוה המוטלת על האב היא העיקרית, וע"י שליח מתקיים רק חלק ממנה, או משום שמצוה בו יותר מבשלוחו. וכן נפסק בשו"ע (יו"ד סי' רס"א סעי' א' בהג"ה):

> אין מלין בנו של אדם אלא מדעתו.

ועיין ביאור הגר"א שהוכיח כן מהסוגיא בפסחים (ז' ע"ב) מנוסח הברכה שהבאנו.

אלא שבנד"ד, שהאם אינה רוצה להודיע לאב שנולד לו בן, יש לומר שהצדק עמה. ואע"פ שגם היא היתה שותפה לדבר עבירה, מאחר שניתקה את הקשר שהיה מלכתחילה בבחינת "קשר רשעים" – אכן פירוד זה הוא בבחינת "הנאה לה והנאה לעולם". אמנם היה רצוי, למען הילד המשותף, שיבנו את חייהם במשותף בקדושה ובטהרה. אך אם האב אינו רוצה בכך, טוב היא עושה שאינה רוצה להודיעו. ואע"פ שלכתחילה הוא המצווה למול את בנו, אין חובה זו דוחה את עגמת הנפש, הצער והכתמת הברית בזכר העבירה שנעשתה. כי סוף־סוף המילה תיעשה. ואף שלא תיעשה ע"י האב, אין כאן ביטול מצוות עשה. ובפרט לפי סברת הרא"ש (לעיל אות א'), ויותר מכך לפי סברת הגרעק"א (לעיל אות ב'), האומרים שכאשר האב לא מל בעצמו, אין שום מצוה בשלוחו דווקא, וגם אם אחר מל המצוה מתקיימת. אמנם לעיל (אות ב') תלינו שאלה זו במחלוקת, אולם כסניף ניתן לצרף סברה זו.

ועוד נראה לומר, שבכך שאין אנו מודיעים לו,

אין אנו מקפחים אותו כל כך. שהרי בלאו הכי אין הוא אדם המעוניין כל כך לקיים מצוות. אמנם אע"פ שהוא חשוד על העריות אינו חשוד על המילה, שהיא מצוה שאפילו הרחוקים שבישראל מקיימים אותה; אך מאידך אין כאן פגיעה כל כך חמורה אם לא יקיים את המצוה בעצמו. ומן הסתם אין הוא אדם הרודף אחר המצוות...

ואין לומר שאין זה מעניינו, ואנו חייבים להודיעו כדי שיקיים את המצוה, ואין בסמכותנו להפקיעו ממצוה ללא הסכמתו. כי כנגד ספק זה יש גם השיקול שהאשה אינה מעוניינת שהוא יבוא לברית ויזכיר לה את עוונה, והופעתו היא בגדר הלבנת פנים וצער בשבילה. לכן מסתבר שהיא אינה חייבת להודיעו כדי לזכותו במצוה במקום צער. ומכיון שהוא לא ידע ולא יהיה נוכח בברית, המצוה חלה על אחרים והם ימולו בלעדיו.

מסקנות

א. יש מצוה מיוחדת על האב במילת בנו. מצוה זו אינה מתקיימת כאשר אדם אחר מל שלא בשליחותו. ויש אומרים שמצוה זו אינה יכולה להתקיים אפילו ע"י שליח.

ב. יש מחלוקת בגידרה של שליחות למצוות מילה, אם השליח הוא ממש כמותו של האב או שהוא מקיים רק את האחריות הציבורית הכללית שיש במצוות המילה אך לא את מצוותו של האב.

ג. אדם שאינו מקיים מצוות אינו רואה זכות לקיים מצוות בעצמו, ובמקום שיש בו צער לאחרים, אין חובה לזכות אותו במצוה.

סימן לד

מילה בזמנה ומילה שלא בזמנה, איזו להקדים?

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת ה"דבר־אברהם"
ב. המצוה "למול" או "שיהיה מהול"
ג. דעת המשנה־ברורה
תשובה
מסקנות

שאלה *

בכפר מימון נערכו שתי בריתות, של ילדים לאבות שונים, במקום אחד ובזמן אחד, ע"י שני מוהלים. המילה האחת היתה בזמנה. ואילו השניה היתה שלא בזמנה (משום שהתינוק נולד פג והמתינו שיגיע למשקל הראוי). איזו מהן קודמת?

א. שיטת ה "דבר־אברהם"

בשו"ת דבר־אברהם (ח"א סי' ל"ג) פסק שמילה שלא בזמנה קודמת, משום שבמילה שלא בזמנה, מאחר שהגיע היום הראוי למילה, האב עובר בכל רגע ורגע בעשה; ואילו מילה בזמנה, זמנה כל היום, אלא שזריזין מקדימין למצוות (שו"ע יו"ד סי' רס"ב סעי' א'). לכן מילה שלא בזמנה קודמת.

הדבר־אברהם הוכיח את דבריו ממילה שלא בזמנה, שדוחה את האיסור לקצוץ בהרת של צרעת (שו"ע סי' רס"ו סעי' א'). וע"כ הוא משום שיש עבירה בדחיית המילה. ובח"ב מספרו (סי' א־ד') ענה למשיגים עליו, ודייק מלשון הרמב"ם (בפיה"מ, שבת פי"ט מ"ו) שלאחר שמונה ימים האב עובר בכל שעה ושעה בעשה.

* לרגל הכנסתו של בני איתיאל נ"י בבריתו של אאע"ה, כסלו תשל"ב.

מיהו הביא שם את דעת המשנ"ב (סי' תמ"ד ס"ק כ"ט, ובשעה"צ ס"ק כ"ד) שמצוות "תשביתו", שנאמרה בחמץ בערב פסח, עדיפה ממילה שלא בזמנה. משום שמצוות "תשביתו", אם יבטל אותה יום אחד, שוב לא יוכל לתקן את המעוות; מה שאין כן בברית שלא בזמנה, שיוכל לתקנה אח"כ. כלומר, שאינו עובר בעשה בכל יום.

מאידך הביא הדבר־אברהם שהגר"ח מבריסק סובר כמותו (אך בכתביו מסיק להיפך, כפי שיבואר להלן). ושם (ח"ב סי' ב') דן עם משיגיו בשאלה, מדוע חיוב מילה שלא בזמנה אינו מתחיל מעלות השחר של יום המילה, הרי הוא עובר בכל רגע ורגע! ובהמשך (סי' ג') הוא דן בשאלה מדוע לא נאמר שמילה בזמנה נחשבת כדבר מקודש יותר, שהרי היא דוחה את השבת; ולכן היא קודמת למילה שלא בזמנה. ואח"כ (סי' ד' אות י"ג) מביא את מה שהקשו עליו לדעה הסוברת שביו"ט יש לא־תעשה גרידא, מדוע לא תדחה מילה שלא בזמנה לאיסור מלאכה ביו"ט? עי"ש שהאריך, ובסוף התשובה כתב שהלכה זו רופפת בידו.

והנה בשו"ת זכר־יצחק (לר' איצל'ה מפוניבז', סי' א') כתב לחלוק על הדבר־אברהם: שלדעת הדבר־אברהם מצוות מילה היא כדי שלא יהיה ערל, ולכן עובר בכל רגע ורגע; אך לדעת הזכר־יצחק הדברים נכונים רק בגדול שלא נימול, שהוא אכן עובר בכל רגע על כך שאינו מהול, מפני שאצלו המצוה היא שלא יהיה ערל; אך האב אינו עובר בכל רגע ורגע על כך שלא מל את בנו, מפני שמצוותו היא רק מעשה המילה בבנו. והראיה, שביום השמיני אינו עובר מיד בבוקר אלא יש לו זמן כל היום (מיהו יש לומר שהתורה נתנה לו את כל היום). אמנם מהרמב"ם (בפיה"מ שם) משמע שאב וגדול שווים בחיובם (וצ"ע אם הרמב"ם בספר היד חזר בו מפירושו). עי"ש שהסיק שמילה בזמנה קודמת למילה שלא בזמנה.

ובחידושי הגר"ח מבריסק (בשיכפול, עמ' ח') הביא משו"ת "ברית־אברהם" (סי' י"ד) שמילה בזמנה קודמת. והגר"ח עצמו בתחילה חלק עליו, משום שמילה שלא בזמנה עובר עליה בכל שעה ושעה. אולם אח"כ חזר בו, וחילק בין חיוב הבן, שעובר בכל שעה ושעה, משום שהמצוה היא שיהיה נימול, לבין חיוב האב, שאינו אלא לעשות מעשה מילה, ואינו עובר בכל שעה ושעה. והקשה על עצמו מדעת הרמב"ם ביו"ט שני (הל' מילה פ"א הט"ו, ועי' כס"מ שם), שמילה שלא בזמנה דוחה אותו! ואם מילה שלא בזמנה אינו עובר עליה בכל יום ויום, מדוע שתדחה יו"ט שני? אלא ע"כ אינו עובר בכל יום ויום. ותירץ הגר"ח שהבן עובר בכל שעה ושעה, וחיוב האב נובע מחיוב הבן. אלא שהחיוב של האב עצמו הוא רק לעשות את מעשה המילה, והוא עצמו אינו עובר בכל יום ויום. ומכיון שכך, אמנם האב אינו עובר בכל שעה ושעה, אך מ"מ המילה דוחה יו"ט שני משום מצוותו של הבן. ולפי זה לא החיוב דוחה יו"ט שני אלא המצוה דוחה אותו.

ולדבריו גם אשה תוכל למול. ואע"פ שהיא אינה חייבת למול את בנה, מ"מ הרי מתקיימת בכך מצוות מילה (עי' ע"ז כ"ז ע"א). ואם נאמר שמצוות ה"חפצא" של הבן דוחה יו"ט שני, תוכל גם אשה למולו ביו"ט שני. והוא הדין לשנים. וגם לסוברים ששנים לא ימולו בשבת (שו"ע יו"ד סי' רס"ו סעי' י"ד), זאת משום שאינם מקיימים מצוות מילה בשלימות, אלא כל אחד מקיים רק חצי מצוה. אך סוף־סוף מצד ה"חפצא" של התינוק, הוא נימול. וא"כ גם בשבת נאמר כן, שמצד ה"חפצא" תדחה מצוות מילה את שבתם של השנים אם אין שם מוהל אחד היודע לעשות הכל לבדו (עי' "מפענח צפונות" עמ' 161); וצ"ע.

ועי"ש שמסיק בסוף דבריו שהמילה בזמנה קודמת למילה שלא בזמנה, כי האב עצמו אינו עובר במילה שלא בזמנה בכל שעה ושעה, ולא כפי שמסר הדבר־אברהם בשמו.

ב. המצוה "למול" או "שיהיה מהול"?

והנה גוף החקירה אם המצוה היא למול או

שיהיה נימול, כבר דן בה בשו"ת מהר"ח אור־זרוע (סי' ח'). והוא הוכיח שהמצוה היא שיהיה נימול, ולכן לא הויא מצוות עשה שהזמן גרמא. ולכן דוד, כשראה את המילה, נתיישבה דעתו (מנחות מ"ג ע"ב). ולהגר"ח מבריסק יש לומר שזהו רק מצד הבן ולא מצד האב.

וייתכן שהדבר תלוי בהסברים הראשונים של המפרשים במסכת קידושין (כ"ט ע"א), מדוע יש צורך בפסוק מיוחד לפטור אשה מלמול את בנה, ואינה פטורה מטעם מצוות עשה שהזמן גרמא: מדברי התוס' רי"ד משמע שהמצוה היא שהבן יהיה נימול. וא"כ יתר המפרשים, החולקים עליו, סוברים שהמצוה היא שהאב ימול. אך לפי הגר"ח שני הצדדים נכונים, והשאלה היא רק מה קובע את גדר המצוה, החיוב של הבן להיות נימול, או החיוב של האב למול?

ועי' שו"ת בית הלוי (ח"ב סי' מ"ז) שכתב שהרמב"ם (הל' מילה פ"ב ה"ד) סובר שהמצוה היא למול, ולכן כשפירש אינו חוזר על ציצין שאין מעכבין את המילה. ואילו הטור (יו"ד סי' רס"ד), הסובר שבחול צריך לחזור גם על ציצין שאינן מעכבין את המילה, הוא משום שסובר שהמצוה היא שיהיה נימול. ובסוף התשובה כתב דאפשר לומר דפליגי אם חיוב האב הוא משום הבן או משום עצמו, עי"ש.

ועי' שו"ת "פרי יצחק" (ח"ב סי' ל'), "מפענח צפונות" (עמ' 131), "נועם" (כרך י"ב, מאמר הגר"ע יוסף שליט"א).

ג. דעת המשנה־ברורה

והנה לעיל (אות א') הובאה דעתו של המשנ"ב (סי' תמ"ד) שכאילו סובר שעל מילה שלא בזמנה אינו עובר בכל יום ויום. והמעיין בדברי המשנ"ב ימצא שאין הדברים מדוייקים. ואלו דברי המשנ"ב שם (שעה"צ ס"ק כ"ד):

> שבמילה, אף שחיובה ביום השמיני, מ"מ זמנה כל היום. אלא שזריזין מקדימין... וגם במילה שלא בזמנה, שחיובה **בכל רגע ורגע**, מ"מ לא דמי לעשה ד"תשביתו"... דכשמבטל יום אחד שוב אי אפשר לתקן **אותו יום**, מה שאין כן במילה, סוף־סוף ימול אותו, ולא חיסר אלא מה שהשהה מלקיים.

מלשונו אכן משמע לכאורה שבמילה אינו עובר על ביטול עשה בכל יום ויום. אולם במקום אחר (סי' רמ"ט ס"ק י"ב) כתב המשנ"ב:

> ברית מילה, אפילו אם אינה בשמיני ללידתו... מ"מ מקרי זמנה קבוע, דכל שעתא ושעתא זמניה הוא, דאסור להניחו ערל **אפילו יום אחד**.

ולכאורה דבריו סותרים זה את זה!

ונראה לענ"ד בהסבר דבריו, שכוונתו לחלק בין חיוב המילה **באותו יום** לבין ביעור חמץ. וכמו שכתב לענין מילה בזמנה, שכל היום זמנה, אלא שזריזין מקדימין; כך גם במילה שלא בזמנה, עובר בכל יום ויום על ביטול המצוה. אך באותו היום אינו עובר בכל רגע ורגע, אלא שמדין "זריזין" עליו להקדים ולמול בבוקר; ואם מל אחה"צ לא ביטל מצוה. מה שאין כן במצוות "תשביתו", שעובר עליה בכל רגע ורגע ממש.

והדברים מוכחים מיניה וביה, שכתב (בסי' תמ"ד):

> מה שאין כן במילה, סוף־סוף ימול אותו, ולא חיסר אלא מה שהשהה מלקיים.

והרי לפני כן כתב שחיובה "בכל רגע ורגע", וא"כ בע"כ חיסר את כל הרגעים שלא מל בהם! אלא ע"כ אין כוונתו לומר שמילה שלא בזמנה חמורה יותר ממילה בזמנה, אלא שבמילה שלא בזמנה, **אם לא מל** – נמצא שעבר על כל רגע ורגע, אך לכתחילה באותו יום שבו הוא מל יש לו את כל אותו היום, כמו ביום השמיני למילה בזמנה.

וכן משמע מלשונו של מחצית־השקל (סי' תמ"ד ס"ק י"א), שכתב:

> הא גם מילה, **אפילו** שלא בזמנה, כל שעתא עובר.

משמע שמילה שלא בזמנה אינה חמורה ממילה בזמנה.

אמנם מלשון המשנ"ב – שכתב שבמצוות "תשביתו", שכיון שביטל יום אחד שוב אי אפשר לתקן **אותו יום**, מה שאין כן במילה – לכאורה משמע שגם את אותו היום שלא מל יכול לתקן אח"כ. מיהו זה לא יתכן להיאמר, כמו שהוכחנו

מלשונו שם. וגם לצורך חילוקו אין הוא זקוק כלל לחלק בין **הימים** אלא בין **השעות**! שהרי השאלה היא אם להקדים בערב פסח מילה או ביעור חמץ, א"כ ע"כ צריך לחלק: שב"תשביתו" עובר בכל שעה ושעה, ובמילה אינו עובר בכל שעה ושעה. אך הימים אינם ענין לכאן. ואפילו אם נאמר שע"י שיקיים מצוות ביעור חמץ ידחה מצוות מילה ליום אחר, הרי לפני כן כתב במילה בזמנה, שלכו"ע צריכה להיות ביום השמיני, שאם בגלל ביעור חמץ דחה את המילה ליום אחר, **לית לן בה**, כלומר, אונס רחמנא פטריה. א"כ ה"ה כאן לענין מילה שלא בזמנה. ואע"פ שהלשון דחוקה קצת, הענין מוכיח מצד עצמו שכוונתו לומר כמו שכתבנו.

תשובה

למעשה נראה שבגוף הענין אי אפשר להכריע, כי רבות ההוכחות לכאן ולכאן. אך נראה לענ"ד שבנד"ד יש כמה סברות להכריע שאין חובה להקדים דווקא את המילה המתקיימת שלא בזמנה.

א. הבנים הם של שני אבות, וגם המוהלים הם שנים. וא"כ לא שייך כלל שתהיה כאן העדפה, שהרי כל אחד עושה בזמן הנראה לו. וא"כ אין נפק"מ איזה מהם יימול קודם.

ב. הילד שנולד שלא בזמנו היה פג וחולה, והבריא לפני שבעה ימים; ומאז ספרו לו שבעה ימים, כמבואר בגמ' (שבת קל"ז ע"ב) ובשו"ע (סי' רס"ב סעי' ב'). ונראה לענ"ד שביום השביעי כל היום הוא שלו, ודמי ליום השמיני של תינוק הנולד בזמנו. ומכיון שעד עתה לא יכלו למול אותו, הרי הוא כאילו נולד עתה, וחיובו בא באותו יום. וכן נאמר בגמ' (שבת קל"ז ע"א, יבמות ע"א ע"א): "יום הבראתו כיום לידתו". ולא נחלקו האחרונים (לעיל אות א') אלא כשהשהו תינוק אחד מלמולו בזמנו, וכבר עוברים עליו בעשה; אך בנד"ד נראה שאין עוברים עליו, וכאילו היום זמנו, ושניהם שווים. (ואולי הדבר תלוי מהו גדר "אנוס", אם הוא חייב בעצם אלא שאינו יכול, או שהוא פטור בעצם? אך נראה שבמילה נתנו לחולה דין של פטור לגמרי, ומונין לו שבעה ימים מחדש. כך נראה לענ"ד). וא"כ אפילו לדעה הסוברת שבמילה שלא בזמנה עובר בכל שעה ושעה – בחולה שחלצתו חמה, יומו השביעי הוא כמילה בזמנה; וכל היום זמנו, כמו ביום השמיני.

ג. עי' גליון מהרש"א (יו"ד סי' ר"ס ד"ה למול) שכתב בשם תשובת "יד אליהו" (סי' מ"א) שזה שבזמנו קודם, משום "חביבה מצוה בשעתה". ומו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל אמר לי שכבר מוסכם בין הפוסקים שלא לחוש לסברת הדבר־אברהם. וכן דעת הברית־אברהם, הזכר־יצחק והגר"ח מבריסק (הובאו לעיל אות א'). וגם דעת המשנ"ב, כפי שהוכחנו (לעיל אות ג'), היא שביום המילה עצמו אין הבדל בין מילה בזמנה למילה שלא בזמנה. וא"כ אין חובה להעדיף ולהקדים את המילה שלא בזמנה.

סימן לה

מילה בעייתית בשבת

ראשי פרקים

שאלה
א. הצגת הבעיה
ב. התחלת מילה בשבת
ג. התחלת מילה בשבת סמוך לשקיעה
תשובה
מסקנות

שאלה

תינוק נולד בשבת עם מום בשופכה. הרופאים יצטרכו לנתח אותו ניתוח פלסטי בגיל מבוגר יותר, ולשם כך זקוקים הם לעור הערלה. לדעתם, מומלץ לדחות את המילה, ולעשות אותה עם הניתוח הפלסטי. והנה רופא שהוא גם מוהל מוכן למול את התינוק בזמנו ע"י שישאיר חלק מעור הערלה מחובר. דבר זה יאפשר להשתמש אח"כ בעור הערלה לניתוח הפלסטי, אך כרגע ניתן יהיה לקיים בכך את מצוות המילה.

א. הצגת הבעיה

לפנינו שתי אפשרויות:

א. לדחות את הברית עד שיתאפשר הניתוח הפלסטי. ההיתר לבטל עשה כדי להציל אבר מבוסס על תשובת האבני־נזר (יו"ד סי' שכ"א).

ב. לקיים כרגע ברית חלקית, ולהשאיר חלק מעור הערלה מחובר. היתר זה מבוסס על תשובת הדברי־חיים (ח"ב יו"ד סי' קי"ד־קי"ח).

אם היה מדובר על יום חול, היה מקום לומר שאולי יש להעדיף את האפשרות השניה, ולקיים את הברית בזמנה, למרות שאין היא ברית מהודרת.

ולכאורה השאלה כאן היא מה עדיף? מצוה בזמנה, אע"פ שאינה בהידור, או מצוה בהידור, אע"פ שאינה בזמנה. המג"א (סי' כ"ה ס"ק ב') הוכיח מהגמ' (יבמות ל"ט ע"א) שמצוה בזמנה עדיפה. אך יש חולקים עליו וסוברים שהידור מצוה עדיף, אע"פ שהמצוה אינה בזמנה: עי' חיי־אדם (כלל ס"ח סעי' א' ונשמת אדם שם ס"ק א'. מיהו בסעי' ו' פסק כדעת המג"א, וצ"ע). ועי' שד"ח (כרך ד' עמ' 149, כללים, ערך "זריזין מקדימין" אות א'), שהביא פוסקים רבים החולקים על המג"א. (ובתרוה"ד, סי' ל"ה, הביא את הראיה ממסכת יבמות; אולם כתב שרק כאשר יש חשש שהמצוה תתבטל לגמרי, אזי זריזין מקדימין). ועוד עי' בשד"ח (כרך ד' עמ' 114) שכתב שמצוה בזמנה עדיפה. (ועי' נשמת אברהם, יו"ד סי' רס"ב סעי' ב').

והנה, אם נקבל את דעת המג"א, הסובר ששיהויי מצוה לא משהינן, ויש למול מילה בזמנה גם אם אינה בהידור, צ"ע אם לעשות כן בשבת. ואע"פ שחביבה מצוה בשעתה אפילו כדי לדחות את השבת (עי' פסחים ס"ח ע"ב); במה דברים אמורים? כאשר המצוה מתקיימת גם בשבת ללא פגם. אך בנד"ד ייתכן שהמצוה שתתקיים בשבת לא תהיה שלמה אלא חלקית, וצ"ע אם לקיים מצוה כזו בשבת. ובשלמא בחול אין לנו מה להפסיד, שהרי גם אם אולי לא קיימנו את המילה בשלמותה, לפחות קיימנו אותה באופן חלקי. וייתכן שגם יצאנו ידי חובה במילה זו, לדעת הדברי־חיים. וא"כ ממה נפשך עדיף לקיים את המצוה בשעתה: כי אולי יצאנו ידי חובה. ואף אם לא יצאנו ידי חובה, לא הפסדנו שום דבר, ונוכל להשלים את המילה לאחר זמן. (ואולי יש לדמות מילה חלקית לחצי שיעור, שייתכן שיש מצוה גם בחצי שיעור. ויש לחלק, ואכמ"ל). אך כאשר המילה החלקית נעשית בשבת, אם זו לא מילה – הרי חיללנו שבת, ויצא שכרנו בהפסדנו.

והשאלה העקרונית היא אם הציצין הנותרים מעכבין את המילה (עי' שו"ע יו"ד סי' רס"ד סעי' ה'). וייתכן שאם העטרה תיגלה כולה, אע"פ שנשאר קצת מעור הערלה מחובר לגוף, יש כאן מילה ופריעה. מאידך יש לומר שאין כאן קיום מלא של המצוה. ומספק עדיף לעשות מילה בזמנה, אע"פ שאינה מושלמת, מאשר לדחותה לזמן אחר. (עיין "נשמת אברהם", יו"ד סי' רס"ב סעי' ב' עמ' קס"ח, שהביא מחלוקת פוסקים בענין זה, ולדעת רבים מהם יש לסמוך על הדברי־חיים, ולמול לכתחילה באופן כזה).

ב. התחלת מילה בשבת

ולכאורה הדבר תלוי בשאלה אם מותר לשני בני אדם לחלק ביניהם את המילה בשבת, כאשר הראשון מל והשני פורע. שאלה זו נידונה בשו"ע (יו"ד סי' רס"ו סעי' י"ד):

> יש ליזהר שלא ימולו שני מוהלים מילה אחת בשבת, שזה ימול וזה יפרע; אלא המל עצמו הוא יפרע.

ועל כך כתב הרמ"א:

> ולא מצאתי ראיה לדבריו. ואדרבה, נראה לי דשרי. דהא מילה דחיא שבת כמו עבודה במקדש, שכמה כהנים היו עובדים... וע"כ טוב להחמיר לכתחילה, אעפ"י שמדינא נראה לי מה שכתבתי.

ולדעת הרמ"א, אע"פ שהמל אינו גומר את המילה, כל חלק וחלק של המילה הוא מצוה בפני עצמה ודוחה שבת. אולם גם לפי הרמ"א, שהתיר, יש לומר שרק כאשר ידוע שהשני יסיים את המילה כהלכה, אז מותר לראשון להתחיל בה. אך כאשר ידוע לראשון מראש שהמילה לא תסתיים בשבת, יתכן שלא הותר לו להתחיל ולמול כלל ועיקר. ואכן מסתבר שהדבר אסור, שכן משמע מהגמ' בשבת (קל"ג ע"ב), שם נאמר:

> ת"ר: מהלקטין (רש"י: בציצין המעכבין) את המילה, ואם לא הילקט, ענוש כרת.

כלומר, שאם לא מל מילה גמורה בשבת, אסור היה לו למול מעיקרא. ורק כאשר שנים מלים, מותר לראשון למול על מנת שהשני יסיים.

מיהו יש מקום לומר שרק כאשר מל ולא הילקט **בפשיעה**, הוא שחייב כרת אם עשה כן בשבת, כי לא קיים את המילה כהלכתה. אך כאשר אינו יכול לסיים, כי התינוק זקוק לחלק מעור הערלה, הרי המוהל דומה **לאנוס**. שהרי התורה היא שחייבה אותו למול בזמנו, ואפילו בשבת, ואע"פ שהמילה אינה גמורה; והוא, הרי עשה את כל המוטל עליו, וא"כ יתכן שאינו חייב כרת. הא למה הדבר דומה? למי שמל על מנת שאחר יפרע, והשני לא פרע. האם הראשון יתחייב כרת על המילה שעשה? או ליתר דמיון, מי שיודע רק למול ואינו יודע לפרוע, האם מותר לו למול בשבת? וצ"ע.

ג. התחלת מילה בשבת סמוך לשקיעה

והנה מבואר בגמ' (שבת קל"ג ע"ב), שאם מל לפני בין השמשות של מוצאי־שבת, והזהירוהו שלא ימול, והוא מל מתוך הנחה שיספיק לגמור את המילה לפני צאת השבת ולא הספיק – חייב כרת על חילול שבת. ואינו חייב סקילה, כי סוף־סוף הוא סבר שלא יחלל שבת, ולא קיבל עליו התראה. ומסתבר שהמוהל שסבר שיספיק למול למרות שהתרו בו שלא יעשה כן, סבר שזהו הדין; שמכיון שהתורה ציוותה אותו למול ביום השמיני, ולא נותר זמן, עליו לעשות ככל שיספיק. וסבר שאע"פ שלא יגמור בשבת, חייב לפחות להתחיל במצוה, כי זוהי חובתו, לעשות מה שניתן לעשות. ודמי למי שאפשר למול רק חצי מילתו, שחובה עלינו למול את חצי מילתו, כי זהו מה שציוותה אותנו התורה. וזוהי טעותו, כי התורה ציוותה, לפחות בשבת, רק על מילה שלמה, ולא על חצי מילה; כי חצי מילה אינה דוחה שבת. וכמו ששם חייב כרת, הוא הדין בנד"ד.

מיהו יש לחלק. שם החיוב הוא למול מילה שלמה אלא שאין **זמן** למול את כולה, ולכן חצי מילה אסורה וחייב כרת. אך כשאי אפשר למול אלא חצי מילה, זוהי חובתו, ומילה כזו דוחה שבת.

תשובה

למעשה נראה שמחמת הספק יש לאסור את קיום המילה הזאת בשבת. (וכן נראה שאין לברך על מילה זו, שיש ספק אם היא מועילה).

מסקנות

א. מותר לדחות ברית של תינוק שצריך לשמור חלק מעור הערלה שלו לצורך ניתוח פלסטי שייערך באותו מקום בגיל מבוגר יותר.

ב. יש ערך לעשיית מילה חלקית ביום חול, למרות שיש ספק אם יוצאים בה ידי חובה; אולם לא בשבת.

ג. מי שהתחיל למול בשבת, אך מחמת אונס לא סיים את המילה, אינו נחשב כמחלל שבת.

סימן לו

טבילת גיורת בזמן נידתה

ראשי פרקים

שאלה
א. טומאה בקבלת התורה בהר סיני
ב. "גר שנתגייר כקטן שנולד" במתן תורה
ג. "גר שנתגייר כקטן שנולד" לענין טומאת זיבה
ד. משמעות מחלוקת הרמב"ם והר"ש למעמד הר סיני
ה. גיור בטומאה
ו. האם דם נידה מהווה חציצה?
תשובה
מסקנות

שאלה *

האם מותר לגיורת לטבול את טבילתה ליהדות כשהיא בנידתה?

יש לדון בשאלה זו בשני מצבים:

א. האם העובדה שהיא נידה מונעת את טבילתה לגירות?

ב. כשהיא עדיין רואה דם, האם הדם מהווה חציצה?

א. טומאה בקבלת התורה בהר סיני

המקור לטבילת גר הוא גיור אבותינו בהר סיני (יבמות מ"ו ע"ב). התורה אסרה לגשת אל אשה שלושה ימים לפני מעמד הר סיני (שמות י"ט ט"ו). וחז"ל למדו מכאן לפולטת שכבת זרע תוך ג' ימים, שהיא טמאה (שבת פ"ו ע"ב). ומשמע שהטומאה עיכבה את טבילת הגירות. אולם לא מסתבר לומר כן, דא"כ מי שהיתה נידה, האם לא יכלה לקבל את התורה? וזאת לא מצינו שהיה מישהו מישראל שלא היה במעמד הר סיני! ובכלל, לגויים אין טומאה אלא מדרבנן!

ועוד, במסכת הוריות (י' ע"א) מבואר שאין זב מטמא אלא מן הדיבור (בהר סיני) ואילך; ומי שהיה זב לפני כן, אין זיבתו מטמאת אלא מלאחר הדיבור ואילך. וא"כ זו, הפולטת שכבת זרע שהיתה בה לפני הדיבור, אינה מטמאת. וא"כ מדוע הקפידה התורה על כך שלא יגשו אל אשה ג' ימים? וע"כ צריך לומר לומר שהקב"ה רצה שיהיו טהורים **לפני** מתן תורה.

ב. "גר שנתגייר כקטן שנולד" במתן תורה

אלא שעדיין יש להקשות: הרי בני ישראל התגיירו ע"י הטבילה שלפני מתן תורה. וכך מבואר במסכת יבמות (מ"ו ע"ב), שהגמרא רצתה לומר בהו"א שטבילה בגר נלמדת מהפסוק "וכבסו שמלותם" (שמות י"ט י"ד), והרמב"ם (הל' איסורי ביאה פי"ג ה"א) אכן למד טבילת גר מפסוק זה (עי' תורה שלמה פרשת יתרו פרק י"ט אות קמ"ח-קמ"ט). ומסתבר שגוי זב שהתגייר, אין זיבתו

* אדר א' תשל"ו.

שלפני גיורו מטמאת אותו, כשם שמצורע שהתגייר אין צרעתו מטמאת אותו (עי' תו"כ ויקרא י"ג ב' אות ל"ו, ושם הקישו דם למצורע). וא"כ מה היתה הבעיה באשה שפלטה שכבת זרע לפני מתן תורה?

מיהו אם נניח שהברייתא בתו"כ (שם), שטיהרה מצורע שנתגייר, עוסקת רק בגר, שדינו כנולד מחדש (עי"ש בתו"כ, שכללו בחדא מחתא גר שנתגייר עם קטן שנולד), יהיה דיוננו תלוי בשאלה אם במתן תורה חל על בני ישראל שהתגיירו דין "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי". ואכן כתב המהר"ל (גור־אריה בראשית מ"ו י' ד"ה בן הכנענית) שהגיור של מתן תורה לא עשה את בני ישראל כקטנים שנולדו. וזאת משום שהגיור לא היה מרצונם הגמור אלא היו **חייבים** לקבל את התורה; ולכן לא נחשבו כמי שנולדו מחדש, ומשום כך היו אסורים בעריות מבני משפחותיהם. ועל זה היה העם בוכה למשפחותיו (עי' רש"י במדבר י"א י'). ועי' שב־שמעתתא (הקדמה אות ט').

ובספר חוסן יוסף (למהר"י ענגיל) כתב טעמים אחרים לכך שבמתן תורה לא נחשבו ישראל כמי שנולדו מחדש: בטעם הראשון (אות י"ב) כתב שרק יחיד המצטרף לכלל נחשב כנולד מחדש, ולא כאשר כל הכלל כולו התגייר ביחד. ובהמשך (אות ס') כתב הסבר אחר, שהגיור לא נעשה בבת־אחת, אלא בהדרגה, שכל פעם הצטוו במצוות נוספות. ועי' כלי חמדה (פרשת ויגש אות א'), ענבי פתחיה (למו"ר הרב מ.צ. נריה זצ"ל, "קהל גרים", עמ' 166־143).

ג. "גר שנתגייר כקטן שנולד" לענין טומאת זיבה

אלא שאפילו אם נניח שגם במתן תורה בני ישראל שהתגיירו נחשבו לקטנים שנולדו לענין זה, ייתכן שבענין פולטת שכבת זרע יהיה הדין שונה: שכן נאמר במשנה (זבים פ"ב מ"ג):

הרואה קרי – אינו מטמא בזיבה מעת לעת... (רע"ב: דהאי זיבה מחמת חולשא דקרי הוא. ובראיה שניה איירי, דהראשון מטמא באונס).

עכו"ם שראה קרי ונתגייר, מיד הוא מטמא בזיבה (רע"ב: דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי. ואע"פ שראה זיבות כשהוא כנעני, מטמא בזיבה בהך שניה... דנעשית לו כראיה ראשונה, שמטמא באונס).

ונחלקו הראשונים אם להתחשב בקרי שראה לפני הגיור לענין הזיבה שראה אח"כ (כפי שיתבאר להלן).

יסודה של הלכה זו מבואר במשנה שלפניה (זבים פ"ב מ"ב, וכן בנזיר ס"ה ע"ב):

בשבעה דרכים בודקים את הזב עד שלא נזקק לטומאה (רש"י: עד שלא ראה שתי ראיות)... משנזקק לזיבה – אין בודקין אותו; אונסו וספיקו ושכבת זרעו – טמאין, שרגליים לדבר (רש"י: שלא בא מחמת אונסו אלא מחמת זיבה ממש).

וליתר פירוט: זב שראה זוב פעם אחת – אינו נעשה זב. ראה פעם שניה – מטמא רק אם נבדק והתברר שהזיבה לא באה כתוצאה מאונס כלשהו, וחלה עליו טומאת זבים. ראה פעם שלישית – לא תולים באונס, והוא מתחייב קרבן (עפ"י רמב"ם הל' מחוסרי כפרה פ"ב ה"ו).

על דברי המשנה אומרת הגמרא (נזיר ס"ו ע"א):

"שכבת זרעו (של זב) – טמאה"... – אמר רב אדא בר אהבה: לומר שאין תולין בה.

ופירש רש"י (ד"ה אלא):

דלאחר שנזקק לטומאה, אם ראה קרי וחזר וראה זיבה, אין אותה זיבה כקרי, כי ההיא דתנן במסכת זבין...

ושם בגמרא:

סבר רב פפא קמיה דרבא למימר: איידי חולשא הוא דחזי.

ופירשו התוס' (ד"ה סבר) שיש להניח שאדם זה נחלש מחמת הקרי שראה, ולכן הזיבה שראה אח"כ נחשבת לראיה מחמת אונסו. ומכיון שכך, אם זו ראיה שניה, היא לא תטמא, כי ראיה שניה של זב לא מטמאת לאונסו. (וכן פירש הר"ש במסכת זבים שם, בפירושו הראשון). וממשיכה הגמרא (עפ"י גירסת התוס', ד"ה אמר, והר"ש, בפירושו הראשון):

אמר ליה רבא: והתנן (זבים שם): "גר שנתגייר

מטמא מיד בזיבה"! ואמאי, הא אין לך חולי גדול מזה?

ופירש ר"י (שם בתוס') שגוי שראה קרי ונתגייר וראה זיבה (פעם שניה) – מטמא בזיבה, ואין הקרי פוטר אותו מטומאת הזיבה. ולפיכך קושייתו של רבא היא, שאם קרי פוטר מטומאת זיבה בגלל החולשה שהוא גורם, מה לי ישראל ומה לי נוכרי, הרי שניהם ראו את הזיבה מאותה סיבה?

מסקנת הגמרא היא: "אלא תנאי היא". ומסבירים התוס' (ד"ה אלא, וכן הר"ש, זבים שם) שהטעם לכך שבעל קרי אינו נטמא בזיבה הוא לא משום חולשתו, כדעת רב פפא, אלא מכוח גזירת הכתוב שהקרי פוטר זיבה הבאה אחריו. והסיקו שלכן בגוי שראה קרי ונתגייר, אמרינן "כקטן שנולד דמי", והקרי שנראה בנוכריותו לא מובא כלל בחשבון. אבל אילו הפטור היה נובע מכך שזיבה הבאה לאחר קרי שונה בטבעה מזיבה אחרת, באמת לא היה מקום להחמיר בגר שנתגייר.

אך הרמב"ם (בפיה"מ זבים שם) פירש כך:

> הרבה פעמים יצא מן הגיד זרע נימוק שאינו מבושל אחר יציאת השכבת זרע... על כן מי שראה קרי ואח"כ ראה זוב, לא יטמא בזיבה כל הכ"ד שעות; אבל נאמר כי הזוב הזה הוא מחמת שכבת זרע הקודמת.
>
> והעיקר אצלנו, גר שנתגייר כקטן שנולד, אין משגיחין לדבר בענייניו הקודמות. וע"כ אין אנו חוששין לקרי שראה ושהוא עכו"ם.

כלומר, הקרי שראה בנוכריותו אינו קרי מצד טבעו, ולכן הזיבה שיראה לאחר גיורו תהיה זיבה, אע"פ שבמציאות היא המשך של הקרי שראה בנוכריותו.

ד. משמעות מחלוקת הרמב"ם והר"ש למעמד הר סיני

ולכאורה נראה שיש לתלות את שאלתנו אודות גיורת שפולטת שכבת זרע, אם שכבת הזרע מטמאת אותה, במחלוקת הר"ש והרמב"ם: לשיטת הר"ש (אליבא דרבא, שזוהי מסקנת הסוגיא בנזיר שם), בדברים מציאותיים אין אומרים "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי"; ואילו היה הקרי נמשך לאחר הגיור, היינו מגדירים את הזיבה כהמשך של הקרי ולא דנים אותה כזיבה. ולשיטתו יוצא שהפולטת שכבת זרע לאחר שנתגיירה, דנים אותה ככל פולטת שכבת זרע, והיא טמאה. אך לשיטת הרמב"ם – הסובר שגם בקרי שנמשך אחרי הגיור אנו אומרים "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", ודנים את הזיבה שלאחר הגיור כזיבה ולא כקרי – הוא הדין בפולטת שכבת זרע, שהיה לנו לטהר את הגיורת, ולא לדון אותה כפולטת שכבת זרע.

מיהו יתכן לומר שגם לדעת הרמב"ם, שהגיור מבטל את הקרי שראה הזב, זה משום שע"י הגיור הוא כאילו נולד מחדש, והקרי שראה לפני גיורו אינו מתייחס אליו כלל. אלא אנו אומרים שהגוי הוא שראה את הקרי ולא הישראל, שדינו כמי נולד מחדש, ושני אנשים שונים הם. אך בפולטת שכבת זרע, למי נייחס את שכבת הזרע שנפלטה? אם תמצי לומר שנייחס אותה לאשה, הרי שכבת הזרע אינה שלה, וגיורה מטהר אותה אך לא את שכבת הזרע, שאינה שלה. ואם תמצי לומר שנייחס אותה לבועלה, הרי שכבת הזרע כבר אינה אצלו אלא אצלה, והיא מטמאת מכוח עצמה. ואפילו אם הבועל התגייר בינתיים, שכבת הזרע לא נטהרה, והיא ממשיכה לטמא את האשה.

מיהו אי אפשר לומר בפשיטות ששכבת הזרע עצמה מטמאת את האשה, שהרי היא טומאת בית הסתרים, ואינה מטמאת מעיקר הדין, אלא גזירת הכתוב היא שהמשמשת נטמאת (עי' נידה מ"א ע"ב). וא"כ גם היא הגורמת לטומאה. ולכן יש לומר שכשהיא מתגיירת, לא היא ששימשה, ולכן אינה מטמאת עוד אפילו אם תפלוט שכבת זרע.

וא"כ חזרנו למחלוקת שבין הרמב"ם והר"ש: לפי הר"ש, בדבר מציאותי כגון זה לא אמרינן "גר שנתגייר כקטן שנולד". ולפי הרמב"ם

אמרינן שהוא כקטן שנולד, וא"כ גם אותן נשים היו טהורות בזמן מעמד הר סיני.

ה. גיור בטומאה

לאור מה שאמרנו לעיל, יוצא שלא הגיור היה הסיבה לכך שבני ישראל נדרשו להיטהר לפני מעמד הר סיני, אם משום שהגיור עצמו מפקיע את הטומאה (אות ב'-ד'), ואם משום שהטומאה אינה מעכבת את הגיור (אות א').

אלא ע"כ זה שהפולטת שכבת זרע לא יכלה לעמוד במעמד הר סיני, הוא לא מדין טומאה, אלא כהא דשנינו במסכת ברכות (כ"ב ע"א):

"והודעתם לבניך ולבני בניך, יום אשר עמדת לפני ה' א־להיך בחורב" – מה להלן באימה ויראה וברתת ובזיע, אף כאן באימה וביראה, ברתת ובזיע. מכאן אמרו: הזבים והמצורעים ובאין על נידות מותרים לקרות בתורה ובנביאים ובכתובים, לשנות במשנה ובתלמוד ובהלכות ובאגדות; אבל בעלי קריין – אסורים.

ומשמע שם (כ"א ע"ב) שטומאתה של הפולטת שכבת זרע היא מדין בעל קרי. וא"כ יש לומר שמה שהתורה אסרה להם את נשותיהם שלושה ימים קודם מתן תורה הוא משום אימה ויראה ורתת וזיע, ולא משום טהרה; והפולטת שכבת זרע, כל עוד היא טמאה מדין פולטת, אין שם אימה ויראה ורתת וזיע. אך עצם הטומאה אינה מעכבת את הטבילה לצורך גיור. וא"כ בגיורת ג"כ אין מניעה להטבילה בנידתה. (ועי' תורה שלמה, פרשת יתרו פרק י"ט אות קל"ט, שהביא הרבה ראיות לכך שלא מדין טומאה אסרה התורה פולטת שכבת זרע אלא מדין קדושה, כדי שיקבלו תורה בקדושה. עיש"ה).

ויש להביא ראיה ממסכת נידה (מ"ג ע"א-ע"ב):

בעי רבא: עובדת כוכבים זבה שנטבלה מהו? וירדה וטבלה, מהו?

והגמ' מבארת שהשאלה היא אם הולכים בגויה אחר שעת העקירה, שאז היא מטמאת מדרבנן, או אחר שעת היציאה, שאז היתה טהורה. וכל הבעיה שם היא רק לגבי טומאה. כי אם יש ספק על חלות הגירות, הספק הוא ספיקא דרבנן; שהרי גויה זבה אינה טמאה אלא מדרבנן, ואם הגיור לא חל, הרי טומאתה היא רק מדרבנן. ומהגמרא משמע שאחרי הגיור טומאתה היא מדאורייתא. וכן כתב הרמב"ם (הל' מטמאי משכב ומושב פ"ב ה"ט):

זבה שנטבלה מימי רגליה בסוף שבעת ימי הספירה, וירדה וטבלה והטילה מים אחר הטבילה – הרי הן ספק אם אחר עקירה הולכין, וזבה היתה, או אחר היציאה, שהיא טהורה.

וכן עכו"ם שנעקרו מימי רגליה, ונתגיירה, וטבלה, והטילה מים אחר שטבלה – הרי זה ספק אם אחר עקירה הולכין, והרי הן כמי רגלי העכו"ם, הטמאים, או אחר יציאה, והרי הם כמימי רגלי ישראל, הטהורים.

מבואר איפוא בדבריו שהגיור מועיל באשה גם בימי זיבתה.

וכן משמע מדברי רש"י (יבמות מ"ז ע"ב ד"ה שם גר), שכתב בענין טבילת גר:

ואע"פ שאין טבילתו משום טומאה וטהרה כשאר טבילות.

מבואר איפוא ששני דינים נפרדים הם: טבילה מטומאה לטהרה וטבילה מנכריות ליהדות, ואין אחת מעכבת את השניה.

ו. האם דם נידה מהווה חציצה?

אלא שעדיין יש לשאול, האם דם הנידה לא מהווה חציצה בטבילה. על שאלה זו נאמר במסכת מנחות (כ"א ע"א):

אמר רב גידל אמר זעירי: דם, בין לח בין יבש – חוצץ. מיתיבי, הדם והדיו והדבש והחלב – יבשין, חוצצין; לחין, אין חוצצין! לא קשיא: הא דסריך, הא דלא סריך.

ופירש רש"י (ד"ה דסריך):

סריך – כשמתחיל להתייבש ולהידבק קצת, חוצץ.

והנה דבר ידוע הוא ברפואה, שדם נידה שונה מדם רגיל בכך שאינו מכיל חומר הקרישה, משום שבדם רגיל עשה ה' שיוכל הדם להקריש כדי שהפצע יגליד. אך בדם נידה המטרה היא הפוכה בדיוק, שהדם ייפלט החוצה ולא יגליד כשהוא

במקור. "מה גדלו מעשיך ה'", "רופא כל בשר ומפליא לעשות"! וא"כ דם נידה, כשהוא בפנים, אינו סריך; וא"כ אין בו חציצה (ואלמלא כן היה מקום לפסול את הטבילה; דאע"ג דבית הסתרים אינו צריך למגע מים, מיהו בעינן ראוי לביאת מים, כמבואר במסכת קידושין כ"ה ע"א).

ומסתבר, שאם היא כרגע אינה שופעת דם, טבילתה מטהרת אותה. ואע"פ שגזרו על גויה שהיא מטמאת כנידה, זהו רק כאשר היא גויה. אך כשהיא מתגיירת, לא גזרו עליה לספור שבעה נקיים.

תשובה

גיורת יכולה לטבול גם בנידתה, והטומאה אינה מעכבת את הטבילה הנעשית לשם גירות. ואף אין בזיבת הדם משום חציצה.

והעיר לי הרב ז. גוטהולד, שלמעשה לא רצוי שגיורת תטבול לגירותה בזמן זיבת דמה כדי שלא תלכלך את המים; ואם תשים מוך באותו מקום, יהיה בזה משום חציצה. ולכן עדיף להמתין עם טבילתה עד עבור ימי זובה. אך תוך ז' נקיים בוודאי שרי, דטבילת גר שונה מטבילת נידה: זו טבילה המטהרת מטומאה וזו טבילה המכניסה לקדושת ישראל.

מיהו טבילה זו כנראה עולה לה גם לטהרה. שאע"פ שגזרו טומאה על הגויים, וזבה נכריה מטמאת מדרבנן כזבה ישראלית, מכיון שטבלה – "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", וכל עוד לא ראתה דם אחרי טבילתה, טהורה היא. וגם אם היתה שופעת דם, כאמור אין הדם חוצץ. ואע"פ שמיד לאחר טבילתה לגיור היא נטמאת משום ששופעת דם. אך טבילתה עולה לה לגיור.

מסקנות

א. ישראל שעמדו בהר סיני נדרשו להיטהר, לא מפני שטמא אינו יכול לקבל תורה, אלא משום שנדרשו לקבל את התורה ביראה.

ב. הגיור של עם ישראל לפני מעמד הר סיני לא החשיב אותם כקטנים שנולדו.

ג. לדעת הרמב"ם המושג "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי" מבטל גם מציאות טבעית שהיתה בו לפני שהתגייר, ואילו לדעת הר"ש – רק מציאות דינית.

סימן לז

ברכה על טבילת גר קטן

ראשי פרקים

א. ברכה בטבילת גר קטן
ב. שיטת מרן הרב קוק זצ"ל
ג. הדין בגיור ע"י הורים מאמצים
ד. זמן הברכה בטבילת גר
ה. מיהו המברך?
תשובה
מסקנות

שאלה *

תינוקת אומצה בברזיל ע"י משפחה שומרת מצוות, ועתה עומדים להטביל אותה ליהדות. מתוך כך נשאלו מספר שאלות:

א. האם יש לברך על הטבילה?

ב. אם כן, מתי לברך על כך?

ג. מה לברך על הטבילה?

ד. מיהו המברך?

* סיון תשנ"א.

א. ברכה בטבילת גר קטן

והנה צ"ע אם בגר קטן מברכין כלל ועיקר על הטבילה. שהרי נאמר בגמרא (כתובות י"א ע"א):

אמר רב הונא: גר קטן, מטבילין אותו על דעת בית דין...

אמר רב יוסף: הגדילו – יכולין למחות... כיון שהגדילה שנה אחת ולא מיחתה – שוב אינה יכולה למחות.

וא"כ אולי אין לברך בגר קטן, שהרי עדיין אינו גר בוודאות אלא מספק, וספק ברכות להקל.

אלא שהרי"ף (יבמות דף ט"ז ע"ב) לא הביא הלכה זו של "הגדילו יכולין למחות". ולדבריו אין הגר הקטן יכול למחות לכשיגדיל. וא"כ אפשר לברך על טבילתו. הרמב"ם אמנם הביא את ההלכה הזאת, אולם רק בהל' מלכים (פ"י ה"ג); ושם כתב שאם הגדיל יכול למחות והרי הוא כגר־תושב, אך אינו חוזר להיות גוי גמור. וצריך לומר בדעת הרמב"ם שהלכה זו, של "הגדילו יכולין למחות", אינה נוהגת אלא בזמן שגר־תושב היה נוהג, שע"י המחאה הוא מבטל את גיורו כיהודי ומקבל על עצמו להיות גר־תושב. אך לעקור את גירותו לגמרי, אינו יכול. מה שאין כן בזה"ז, שאין הוא יכול למחות, וא"כ גירותו היא ודאית, ואפשר לברך עליה.

ובהסבר דעת הרמב"ם נראה לומר עפ"י ההנחות הבאות:

א. ישנם שני מיני גיור: (1) גר צדק. (2) גר־תושב. גר צדק הוא בהכרח גם גר־תושב. אלא שיש להסתפק אם גירותו של גר צדק מורכבת משני חלקים, גר־תושב וגר צדק, או שגר צדק הוא מהות בפני עצמה שבה כלולה ממילא גם גירות תושב. אולם זו האחרונה בטלה במהות החדשה (עי' "אורות", למרן הרב קוק זצ"ל, עמ' קנ"ה סעי' ח'. ועי' חלקת יואב, או"ח סי' א', שכתב שכל אחד מישראל חייב גם בשבע מצוות בני נח, אלא שנוספו עליהן תרי"ג מצות עי"ש).

ב. גר צדק חייב להתגייר מרצונו המלא, ואין אנו כופין גירות זו על אף גוי בעולם. אדרבה, משתדלים אנו לדחות אותו. לעומת זאת כופין על גירות תושב, כמו שכתב הרמב"ם (הל' מלכים פ"ח ה"י):

וכן ציוה משה רבינו מפי הגבורה לכוף את כל באי עולם לקבל מצוות שנצטוו בני נח, וכל מי שלא יקבל – ייהרג. והמקבל אותן הוא נקרא גר־תושב בכל מקום. וצריך לקבל עליו בפני שלושה חברים.

ג. אין גר־תושב נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג. לכן בזה"ז, שאין היובל נוהג, אין מקבלים גרים תושבים. ולכן יש להסתפק מהו גדרו של גר צדק בזה"ז, לאור האמור לעיל (סעי' א'): האם גם בימינו גירות צדק כוללת גם את גירות התושב, או שמא בימינו גר צדק שונה בגדרו מאשר בזמן היובל, וגירותו כיום אינה כוללת את גירות התושב.

ד. נראה לענ"ד שאכן שונה הגירות בימינו מאשר בזמן היובל: בזמן היובל, בית הדין שקיבל את הגר ישב בתפקיד כפול: כבי"ד המקבל גר־תושב וכבי"ד המקבל גר צדק. ונמצא שהגירות היתה מורכבת משני חלקים נפרדים (כהצד הראשון, לעיל סעי' א'). אך לאחר שבטל היובל אין לבית הדין סמכות לקבל גר־תושב, והוא מקבל את הגר רק כגר צדק. אולם תרי"ג המצוות כוללות בהכרח גם את שבע מצוות בני נוח. וע"כ צריך לומר שגירות הצדק מכילה בתוכה את גירות התושב, אולם כמהות חדשה (וכהצד השני, לעיל סעי' א'). כל זה כלול בזכות שניתנה לבית הדין לקבל גרים בזה"ז, משום שנאמר "לדורותיכם" (עי' תוס' קידושין ס"ב ע"ב ד"ה גר). וכשם שבימינו מקבלים גרים גם ללא בית דין מומחין וללא הרצאת דמים על גבי המזבח, כך אנו מקבלים גר צדק גם מבלי לקבל אותו כגר־תושב בפני עצמו, אלא כחלק בלתי נפרד מגירות הצדק שבו.

ה. לפיכך יהיה הבדל בין גר קטן בזמן היובל לבין גר קטן בימינו: בזמן היובל, גר קטן שמחה הפקיע מעצמו את גיור הצדק, אולם נשאר גר־תושב. וגירות זו אינו יכול להפקיע ממנו, שהרי כופין אותו להיות גר־תושב. מה

שאין כן בזה"ז, כששני הגיורים מהווים גיור אחד, אם הגר הקטן במחאתו ירצה להפקיע מעליו את גירות הצדק, נמצא שהוא מפקיע בכך גם את גירות התושב שבו, והרי את זה אינו יכול להפקיע מעליו, שכן בעל כרחו הוא גר־תושב. ומכיון שאין גירות לחצאין, הרי הוא גר צדק בעל כרחו. ולכן הרמב"ם הביא את דין מחאה רק בהל' מלכים (פ"י ה"ג), בין ההלכות שאינן נוהגות בזה"ז. (ואולי לזה כיוון האור שמח, הל' איסורי ביאה פי"ב ה"י; אלא שקיצר מאד, כדרכו).

ובזה מיושבת גם דעת הרי"ף, שלא הביא להלכה את הדין שיכול למחות, כי בזה"ז אין דין זה נוהג.

וכי תימא: מה תועלת יש בקבלת קטן בלי שהוא רוצה לקיים מצוות לכשיגדל? יש לומר שהגיור אינו תלוי בגילוי רצונו החיובי בגדלותו; אלא שמחאתו השלילית בבגרותו יכולה להפקיע את גיורו. וצריך לומר שאין מחאתו מגלה **למפרע** שמעיקרא לא היה ניחא ליה, אלא שרק **מכאן ואילך** אין הוא מעוניין לקיים תורה ומצוות, ולכן התורה נתנה לו רשות לבטל את גיורו. אולם כאשר אין אפשרות להפקיע את הגיור, הרי שהגיור חל. כי אנו משערים שמסתמא כשהיה קטן היה ניחא ליה לנהוג כפי שאביו נוהג, ורק לאחר שגדל החליט להפסיק את שייכותו לתורה ולמצוות מכאן ולהבא. ומכיון שמעולם לא בא לידי גילוי ברור שהוא מעוניין לקיים תורה ומצוות בדעת גמורה, איפשרה לו התורה לחזור בו ולבטל את גיורו. (ומצינו גירות מסופקת כעין זו ברמב"ם הל' איסורי ביאה פי"ג הט"ו, עי"ש).

ומכאן נפק"מ לענין הברכה. שאם נאמר שגיורו תלוי, ובינתיים אינו גיור – אינו יכול לברך. אך אם נאמר להיפך, שמחאתו יכולה רק להפקיע את גיורו, ובינתיים גיורו גיור – אפשר לברך על כך. וא"כ גם לפי הרמב"ם אפשר לברך על הטבילה, בין בזה"ז ובין בזמן שהיובל נוהג; כי אי אפשר לעקור את הגירות לגמרי.

ואפילו לפי פסק השו"ע (יו"ד סי' רס"ח סעי' ז'), שכתב שגר קטן יכול למחות משיגדיל והריהו כעכו"ם – הרי לכתחילה אין אנו מטבילין אותו אלא מתוך הנחה שיקבל עליו מצוות בגדלותו. שאם לא כן, כיצד מועילה הטבילה כלל, הרי אין לו דעת כלל ועיקר, והטבילה היא רק משום שזכין לאדם שלא בפניו? וכמו שכתבו התוס' (כתובות י"א ע"א ד"ה מטבילין), שהטבילה מועילה מדין זכיה שמטעם שליחות. ורצונם לומר שמסתמא ניחא ליה בקבלת מצוות. שכן אם היינו מסופקים אם ניחא ליה בהכי, לא היינו מתאמצים כלל לגייר אותו. ואכן אין אנו מטבילים גר קטן אלא אם משפחתו, הטבעית או המאמצת, שומרת מצוות, ויש סבירות שיחנכו אותו עפ"י התורה והמצוה כדת משה וישראל. ואע"פ שאם הגדיל יוכל למחות, הרי הוא בחזקת שלא ימחה. וכן כתבו התוס' (גיטין ל"ג ע"א ד"ה אפקעינהו). ועי' שב־שמעתתא (שמעתא א' פרק כ"ב) שכתב שיש חזקה גם במקום שהספק הוא על החזקה גופא, ולא הביא את הוכחות התוס', שהן שרירות וקיימות (ועי' אנציקלופדיה תלמודית כרך י"ג עמ' תקס"ג).

ואח"כ מצאתי בפת"ש (יו"ד סי' רס"ח ס"ק ח') שכתב בשם החתם סופר (יו"ד סי' רנ"ג) שמברכין גם על טבילה של גר קטן, למרות שמחאתו יכולה לעקור את הגירות למפרע.

ב. שיטת מרן הרב קוק זצ"ל

בדעת כהן (למרן הרב זצ"ל, סי' קנ"א) חקר בשאלה אם מחאת הגר לאחר שגדל עוקרת את הגירות למפרע או רק מכאן ולהבא (ועיין בס' "בירורי הלכה" עמ' 307 ואילך).

ואולי יש לתלות בספיקו של מרן הרב זצ"ל את שאלתנו, אם גר קטן שהגדיל צריך שימחה כדי לעקור את גירותו, או צריך לקבל עליו מצוות כדי שתחול עליו הגירות למפרע: שאם נאמר שצריך לעקור את הגירות בקום ועשה, אפשר לברך, כי הוא בחזקתו הקיימת. אך אם צריך לקבל עליו מצוות לכשיגדל, ובלא לקבל, גם בשב ואל־תעשה, הגירות נעקרת מאליה –

נמצא שצריך מעשה אקטיבי כדי שהגירות תחול, ולכן המגייר אינו יכול לברך.

שאלה עקרונית זו נידונה בהרחבה בדברי השטמ"ק (כתובות י"א ע"א), שכתב בשם הריטב"א לבאר את דברי הגמ' "כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה":

> דהכי קאמר: כיון שהגדילה שעה אחת – לשם יהודית קאמר, כגון שעשתה מעשה יהודית... ולשון הגמ' אינו נוח לפירוש זה. אבל יש לומר דמיירי במוחה והולכת מתוך קטנות לאחר גדלות, שלא גדלה שעה אחת בלא מחאה.

ומשמע שבזה נחלקו שתי לשונותיו של הריטב"א: לפי הלישנא קמא, על הגר לקיים בפועל מנהג יהדות כדי לאפשר את גיורו. ואילו לפי הלישנא בתרא אין צורך בכך, אלא כאשר הוא נוהג מנהג גויות הוא עוקר למפרע את גיורו. וכן הביא השטמ"ק שתי לשונות בשם הרשב"א, עי"ש. וכתב שהתוס' והרא"ש סוברים שצריכה לקבל על עצמה מנהג **יהודית**. אך התוס' ישנים (על הדף, בהערה לתוד"ה מטבילין) כתבו שהתחילה מנהג **גיות** יום לפני גדלותה. (ועי' "דרכי הקניינים", להרמ"א עמיאל, שמעתא ד' פרק י"א).

ואולי תהיה נפק"מ מכאן למי שנתגייר בילדותו, וכשגדל לא מחה, אך גם לא קיבל עליו מצוות, אלא נהג כיהודי מסורתי בלבד. כלומר, שיש מצוות שהוא מקיים ויש שאינו מקיים, ובעיקרון הוא רואה את עצמו כיהודי, כמרבית היהודים כיום, לצערנו, אך אינו מעונין לקיים יותר. האם גירותו נעקרת? שאם נאמר שהוא צריך לקבל עליו עול מצוות, אי אפשר לומר שבנד"ד הוא קיבל עליו; אך אם נאמר שאינו צריך לקבל עליו, אלא צריך למחות כדי לעקור, הוא לא עקר.

אך נראה שאדם המתגייר עם אמו, והאם לא היתה מקיימת מצוות – גיורה לא היה גיור, וממילא כל גיורו מעיקרא לא היה גיור כהלכה, והרי הוא בחזקת גוי. ורק אם האם קיימה מצוות, והוא לא קיים מצוות לאחר שגדל, אך גם לא מחה במפורש ואמר שרוצה להיות גוי – יש להסתפק בדינו.

והנה הקשה מרן הרב קוק זצ"ל (דעת כהן שם), מדוע לא השמיעה לנו הגמרא שאין לברך על מילת גר קטן, כיון שיכול למחות? אלא ע"כ גם כשמוחה אינו עוקר את הגירות למפרע, אלא רק מיגז גייז מכאן ולהבא. ונפק"מ, שאם יחזור בו וירצה לקיים מצוות – לא יצטרכו להטיף ממנו דם ברית, כי המילה היתה מעיקרה לשם גירות.

והרב זצ"ל דחה ראיה זו, וכתב שהגמ' לא התייחסה כלל למילה, משום שבמילה אין לקטן זכות, כי יש לו צער גדול. ואם מלו אותו ללא בי"ד, אין בכך עיכוב לגירות, לכן הגמ' לא התייחסה גם לברכת **המילה**. ומשמע שאה"נ, אין לברך על מילת גר קטן. אלא שעדיין השאלה במקומה עומדת לענין ברכת **הטבילה**, מדוע הגמ' לא התייחסה לשאלה זו.

ואולי יש לומר שגם לדעת מרן הרב קוק, הסובר שאין מברכין על המילה – על הטבילה אכן מברכים, כי ביה"ד מברך על התעסקותו במצוות גיור. ומבחינה זו ביה"ד קיים מצוה, גם אם אח"כ הקטן יגדל וימחה ויעקור את הגיור למפרע. והוא התקשה רק בענין **ברכת המילה**, כי במילה הברכה היא על **מצוות המילה** ולא על מעשה הגיור. אלא שתנאי לגיור הוא שיקיים מצוות מילה, ובכך ייכנס לבריתו של אברהם אבינו; וכשימחה ויעקור את הגיור למפרע, נמצא שלא היתה מצוה במילה, והברכה היתה לבטלה. אך בטבילה – המצוה אינה הטבילה, אלא **הגיור** שנעשה באמצעותה, וביה"ד, כשברך – כדין ברך על חובתו לקבל גרים. וזה שאח"כ הגר הפקיע את גרותו למפרע, אין בכך משום הטלת דופי על ביה"ד שדן בזמנו כדין, ו"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות", וצ"ע. (ועי' מה שכתבנו להלן בשאלה אם המצוה היא על ביה"ד לגייר או על הגר להתגייר).

ובהערות לדעת כהן העיר מו"ר הגרצ"י קוק זצ"ל על מה שכתב אביו שאין לברך על מילת גר קטן. והביא ראיה מתרומה, שמברכין על

הפרשתה אע"פ שאפשר להישאל עליה. וחילק, שבמילת גר, אם נאמר שהמל מברך, הרי הגר עלול למחות ולהפקיע את גירותו, ונמצא שהדבר תלוי באחרים ולא במברך עצמו. מה שאין כן בתרומה, שהמפריש עצמו הוא שעלול להישאל אח"כ על ההפרשה, וא"כ הדבר תלוי בו. ואין הברכה לבטלה, כי בשעה שברך לא התכוון להישאל אח"כ.

ולענ"ד חילוק זה אינו מוכרח. שהרי גם בתרומה, הכהן האוכל מברך על אכילת התרומה; ואם המפריש יישאל, נמצאת ברכתו של הכהן לבטלה, והדבר תלוי בידי אחרים! וכן אחר האוכל מן הכרי, כיצד אוכל, והרי יש חשש שהבעלים יישאלו על ההפרשה, ונמצא זה אוכל טבלים למפרע?

מיהו אי אפשר להישאל על התרומה אחרי אכילתה (עיין נדרים נ"ט ע"א): לדעת הרא"מ (מובא ברא"ש ד"ה בתרומה) אפשר להישאל על התרומה לאחר נתינתה לכהן.

ואפשר לומר כמו שכתבו התוס' (גיטין ל"ג ע"א ד"ה ואפקעינהו) שמחזיקין את הדבר בחזקתו. ולכן נזיר ששתה יין לוקה אע"פ שייתכן שיישאל על נזירותו, וכדו'. וכן בגר קטן אנו מגיירים אותו משום שזכין לאדם שלא בפניו, כלומר: אנו מניחים שמן הסתם ניחא ליה בהכי, וחזקה שגם לכשיגדל לא ימחה. וכ"כ בשו"ת חתם סופר (יו"ד סי' רנ"ג).

עכ"פ, לדברי מו"ר הגרצ"י קוק זצ"ל – המחלק בין אם הדבר תלוי במברך, שאז יכול לברך, לבין אם אין הדבר תלוי בו עצמו, שלא יברך – בנד"ד שליח בית הדין לא יכול לברך, כיון שאין הדבר תלוי בו אלא בבת המאומצת, שיכולה למחות לכשתתגייר. אך לפי מה שכתבנו אין הכרח לחלק באופן זה; וגם כשהדבר תלוי באחר, מעמידים דבר על חזקתו. ומכיון שהמדובר בתינוקת שנמסרה לאב שומר מצוות, חזקה עליו שיחנך את הבת כדת משה ויהודית. וגם בדעת הרב זצ"ל נראה שלא הסתפק אלא במילה ולא בטבילה, כמו שכתבנו. ולכן נראה שניתן לברך על טבילתה.

ג. הדין בגיור ע"י הורים מאמצים

ובנד"ד יש לצרף כסניף את העובדה שעתה יש לה הורים מאמצים, ועל דעת הוריה החדשים היא מתגיירת, ויש אומרים שבמצב זה היא לא יכולה למחות (עי' שטמ"ק כתובות י"א ע"א ד"ה הגדילו).

אמנם העיקרון, שגר שנתגייר עם הוריו אינו יכול למחות, מבואר בפת"ש (סי' רס"ח ס"ק ח') עפ"י החת"ס. והחת"ס אכן הביא ראיה מהשטמ"ק. אך המעיין בשטמ"ק עצמו יראה שהביא חבל ראשונים האומרים שדין זה, של "יכולין למחות" נאמר גם במי שנתגייר עם הוריו הטבעיים, וא"כ ק"ו למי שנמסר להורים מאמצים. ולא הבאנו את דברי החתם סופר אלא כסניף בלבד.

ד. זמן הברכה בטבילת גר

ומאחר שהסקנו שניתן לברך על טבילה של גר קטן, יש לברר א"כ מתי יש לברך על טבילה זו.

וכך נאמר במסכת פסחים (ז' ע"ב):

> אמר רב יהודה אמר שמואל: כל המצוות מברך עליהן עובר לעשייתן... בי רב אמרי: חוץ מן הטבילה.

ומבואר בגמ' שאין מברכין קודם הטבילה משום דגברא לא חזי. ופירשו בתוס' (ד"ה על):

> אומר ר"ח בשם הגאון, דווקא בטבילת גר, דלא חזי קודם טבילה, דלא מצי למימר "וציונו", דאכתי נכרי הוא... אע"כ אומר ר"י דאין לגעור בנשים שמברכות אחר הטבילה. כיון דאיכא טבילת גר, דלא מצי לברך, לא חיילקו.

ובשו"ע (יו"ד סי' ר' סעי' א') פסק המחבר בענין טבילת נידה:

> כשעומדת בחלוקה תברך "אשר קדשנו במצוותיו וציונו על הטבילה", ותפשוט חלוקה ותטבול. ואם לא בירכה אז, תברך לאחר שתיכנס עד צוארה במים.

וא"כ מפורש שתברך לפני הטבילה. ועל כך כתב הרמ"א:

ויש אומרים שלא תברך עד אחר הטבילה, וכן נוהגים...

וזו לא שיטת התוס' הנ"ל. כי לשיטת התוס' זהו רק **בדיעבד** ולא לכתחילה. ואילו הרמ"א פסק **שלכתחילה** תברך אחר הטבילה, כדעת הטור. והגר"א (ס"ק ד') הביא ראיה לשיטתו מנטילת ידים, שלכתחילה מברכין אחרי הנטילה (עי' שו"ע או"ח סי' קנ"ח סעי' י"א). מיהו אין לומר שבכל טבילה בעולם מברכים אחריה, לדעת הרמ"א. ונראה שלא אמרו כן אלא בטבילת **אדם**; שכן יש טבילות באדם דגברא לא חזי, ולכן תיקנו בכל טבילות האדם לברך אחרי הטבילה. אך בטבילת **כלים** מצינו במפורש שמברכין לפני הטבילה. ועיין חי' רעק"א (יו"ד סי' ק"כ סעי' ג' ד"ה יברך), שהסתפק במי שלא בירך קודם טבילת הכלים, אם יכול לברך אח"כ. וציין את דברי הפמ"ג (או"ח סי' שכ"ג, אשל אברהם ס"ק י"ג) שהביא את הדברים הללו של התוס' בפסחים, שמדבריהם עולה שרק באדם תיקנו לברך אחרי הטבילה ולא בכלי.

ועיין אנציקלופדיה תלמודית (ערך "טבילת כלים" אות ז', כרך י"ח עמ' תק"מ) שהביאו חבל ראשונים האומרים שמברכין בכלים עובר לעשייתן, והם: הפרדס, האורה, סידור רש"י, המחזור ויטרי, הראבי"ה, הרוקח, האו"ז, המרדכי, הריטב"א והאו"ה. ורק ראשון אחד – הרשב"ם – הוא הסובר שגם בכלים מברך אחרי הטבילה. ופוק חזי מאי עמא דבר, שנוהגין לברך בכלים עובר לטבילתן.

והנה גר קטן – ובפרט תינוקת שאינה יודעת לדבר – אינו מברך בעצמו, אלא המטביל אותו הוא המברך; ודינו איפוא כדין כלי, ולא כדין גר הטובל בעצמו. וא"כ מסתבר שצריך לברך לפני הטבילה.

ה. מיהו המברך?

אך עדיין יש לשאול, מי יברך? בשלמא גר גדול – מברך בעצמו, כי לכאורה עליו מוטלת המצוה לטבול לגירותו; אך גר קטן, שאינו בר דעת, אינו מצווה בעצמו על הטבילה. ואם תאמר שאחרים מצווים על כך, צ"ע, מהי מצוותם להטבילו? והנה **כתב התשב"ץ** (זוהר הרקיע מצוה מ') שהמצוה לקבל גרים היא חלק מהמצוה לאהוב את הגר. והוכיח את דבריו מהגמרא ביבמות (מ"ז ע"ב) ששהויי מצוה לא משהינן בגיור גר. כלומר, המצוה **עלינו** לקבל את הגר.

ומדבריו למדנו שהמצוה היא על כולנו. שהרי המצוה לאהוב את הגר חלה על כל אחד מישראל, אלא שלא כל אחד מוסמך לקבל את הגר לכלל ישראל, רק בית דין בלבד. וא"כ ביה"ד עושה זאת בשליחות עם ישראל כולו, ונמצא שכל מי שעוסק במילתו ובטבילתו של הגר מקיים מצוה, ולא רק חברי ביה"ד עצמם.

אלא שא"כ גם בגר גדול **אנחנו** צריכים לברך ולא הוא! ונראה לענ"ד שגר גדול, מיד כשהתגייר וקיבל על עצמו את עול המצוות, נעשה שותף לנו למצוות קבלת גרים, ולכן הוא מברך בעצמו על היותו גר. אך בגר קטן אי אפשר לומר כן, אלא המצוה עלינו ולא עליו.

ונראה שאמנם עיקר המצוה חלה על בית הדין, שהוא המקבל את הגר בשם כולנו. אלא שאם שליח בית הדין נכנס למקוה עם התינוקת, הוא מברך ממה נפשך: אם הוא שליח של בית הדין, הרי בכל מצוה השליח מברך; ואם אינו שליח – מכיון שהמצוה לאהוב את הגר חלה על כולנו, וביה"ד הוא רק המוסמך לאשר את קבלת הגר לעם ישראל, אך מעשה הגיור עצמו חל על כל כלל ישראל, וביה"ד אינו אלא שליח כלל ישראל – לכן יכול המטביל לברך.

ועוד יש לומר שיש מצוות שקיומן הוא מצד ה"חפצא" ולא מצד ה"גברא". כל מי שעושה את המצוה, מברך. למשל, מי שמפריש תרו"מ משלו על של חבירו – אמנם הוא אינו חייב אישית בהפרשה, אך סוף־סוף הפירות חייבים, והוא מקיים את מצוות ה"חפצא", ולכן הוא מברך.

ונראה להביא ראיה לכך ממה שנאמר במסכת שבת (קל"ז ע"ב):

המל את הגרים, אומר: "ברוך... אשר קדשנו במצוותיו וציוונו על המילה". והמברך אומר

"ברוך... אשר קדשנו במצוותיו וציוונו למול את הגרים ולהטיף מהם דם־ברית... ברוך אתה ה', כורת הברית".

וא"כ כשם שבמילה סבירא לן שהמל מברך עליה אע"פ שהוא אינו מצווה למול, שהרי הנימול הוא גוי, ובכל זאת המל מברך על עצם מעשה המצוה – כך גם במטביל תינוקת יש לומר שהמטביל מברך על מעשה המצוה, דלא גרע משלית. וכשם שמצינו בטבילת כלים, וכי יש מצוה לקנות כלים ולהטבילם? אלא כיון שהדין הוא שכלי טעון טבילה אם רוצים להשתמש בו, נראה לענ"ד שהוא הדין בתינוקת זו, שהיא טעונה טבילה, ולכן הטובל מברך.

תשובה

לאור מה שכתבנו נראה למעשה שיש לברך על טבילתה של התינוקת, ואין לחשוש לכך שיש באפשרותה למחות ולבטל את הגיור.

ומן הראוי שאביה מאמצה ייכנס עמה למקוה ויברך עובר לטבילה, והוא שיטביל אותה. ומכיון שהוא עושה את המעשה, הוא המברך.

מסקנות

א. אמנם הברכה על טבילת גר צריכה להיות לאחר הטבילה; אבל בטבילת גר קטן, שהמטביל הוא המברך, הדין הוא כטבילת כלים שמברכים עליה לפני הטבילה.

ב. יש להסתפק בדינו של גר קטן שגדל עם אב יהודי שאינו שומר מצוות, אם גיורו תקף מפני שרצונו להיות יהודי או שהתנהגותו חשובה כמחאה על הגיור. אך אם אמו היא גיורת, ואף היא אינה שומרת מצוות, נראה שגיורו אינו תקף.

ג. בדעת הרב קוק זצ"ל, הסובר שאין לברך על מילת גר קטן, נראה לומר שמברכים על הטבילה בלי ספק, מפני שעצם מעשה הטבילה הוא מצוה גם אם הגר ימחה כשיגדל.

ד. בטבילת גר, מצוות הטבילה מוטלת על כלל ישראל, והמטביל מקיים את המצוה בשליחות בית הדין, שהוא פועל מכוח העם כולו. מסיבה זו המטביל הוא המברך על טבילת גר קטן.

סימן לח

החזרת ספר־תורה שנתרם לבית הכנסת

ראשי פרקים

שאלה
א. תרומת ספר־תורה, מתנה או השאלה?
ב. מצוות כתיבת ספר־תורה בספר שנתרם לציבור
ג. פריעת חוב בספר־תורה
תשובה
מסקנות

שאלה *

אדם מסר ספר־תורה לבית הכנסת בקיבוץ עלומים. באותה עת היה בנו חבר בקיבוץ. לימים, עזב הבן את הקיבוץ והאב בא לקחת את הספר על מנת להעבירו לבית הכנסת בו הוא מתפלל. כשבאו לקחת את ספר התורה מבית הכנסת, הוא לא נמצא שם. חברי הקיבוץ משערים שהספר ניתן ליישוב אחר, שהיה זקוק לספר. תורם הספר טוען שייתכן שאחד הספרים הנמצא בעלומים הוא הספר שלו, והוא דורש אותו, משום שלטענתו הוא הספר המקורי, ואם לא – שיהווה לפחות פיצוי במקום הספר שאבד. מה הדין? האם יש לתת לו את ספר התורה שהוא דורש?

* טבת תשמ"ו.

א. תרומת ספר־תורה, מתנה או השאלה?

עפ"י טענות הצדדים התברר שאדם זה לא התנה במפורש שהספר מושאל לקיבוץ. אין לו מסמך או עדים המעידים על כך שהתנה תנאי כלשהו. איש לא זוכר אם היה תנאי כזה, כולל המשאיל עצמו. אלא שלטענתו, סתמא דמילתא היא שספר־תורה ניתן בהשאלה ולא במתנה.

והנה מובא בשו"ע (או"ח סי' קנ"ג סעי' י"ח):

יש מי שאומר שכלי הקודש של כסף שנהגו להביא תמיד לבית הכנסת בחגים, אין יכולים להוציאם לחולין ולמוכרם, והקהל יכולין לתופסם שיישארו בחזקת הקדש אחר מיתת המקדיש.

וכוונת הדברים היא שסתמא דמילתא מביאים אותם בתורת מתנה ולא בתורת שאלה. ועי' מג"א (ס"ק מ"ג) שכתב ש"עכשיו המנהג פשוט שנשארים ברשות בעליהם". וכתב המשנ"ב (ס"ק צ"ה) שמ"מ טוב יותר להתנות עליהם במפורש שהם בתורת שאלה.

בשו"ע שם (סעי' כ') נאמר לגבי ספר־תורה:

יש מי שאומר שספר־תורה שהוחזק שהיה של אבותיו של ראובן, אין הציבור יכול להחזיק בו.

ומבואר שספר־תורה אינו דומה לכלי הקודש, משום שכך המנהג בספר־תורה, שאדם מניחו בבית הכנסת על מנת שיקראו בו רבים, אך הוא משאיר לעצמו את הזכות לקחת אותו חזרה.

והמשנ"ב (ס"ק צ"ט) כתב שיש חולקים על השו"ע, וסוברים שגם ספר־תורה שהניחו סתם בבית הכנסת, הוקדש לחלוטין, כמו כלי הקודש. ומסקנתו היא שאם מישהו הקדיש ספר־תורה, והגבאים מכרוהו – אין להחמיר בדיעבד, והמכירה חלה. וכן כתב בערוה"ש (סעי' מ"ג) שספר התורה הוא בחזקת הציבור, ועל המוציא להביא ראיה. כלומר עליו להביא ראיה שהמנהג הוא להשאיל ולא לתת; ואם הנוהג הוא שלא מוסרים לחלוטין, זכותו של המקדיש לקבל את ספרו חזרה; ואם לא מצאו את הספר, חייבים לתת לו אחר במקומו. (אך אין מנהג ברור בדבר זה. עיין פד"ר כרך ד' עמ' קפ"ג).

ב. מצוות כתיבת ספר־תורה בספר שנתרם לציבור

בטעם הדבר שסתם נתינה של ספר־תורה לבית הכנסת היא השאלה ולא מתנה, העירו הפוסקים שהדבר נובע מגדרי מצוות כתיבת ספר־תורה. שהרי מי שכתב ספר־תורה יצא ידי חובתו במצוה זו; ואם ימסור אותו לרבים, פקעה מצוותו. כי המצוה היא לא שיכתוב ספר־תורה אלא שיהיה לו ספר. והטעם – משום סיפיה דקרא: "למדה את בני ישראל, שימה בפיהם". דהיינו: עיקר המטרה בכתיבת ספר־תורה היא הלימוד בו. והראיה, ממה שהכריעו האחרונים שגם מי שקונה ספר־תורה, אף שהוא נחשב כאילו חטף מצוה מן השוק ואינה מצוה מעולה, מכל מקום יצא ידי חובתו (עי' ט"ז יו"ד סי' ע"ר ס"ק א'; וכן הכריעו הגר"א, ס"ק ג', וערוה"ש, סעי' ב־ג'; שלא כדברי הרמ"א, סעי' א' בהג"ה). ולעומת זאת, מה שנפסק בשו"ע (סעי' א') שיורש לא יוצא ידי חובה, זה משום שלא עשה כל מעשה כדי שספר התורה יגיע לרשותו, אלא ירש אותו ממילא; ואין אדם יוצא ידי חובה במצוה ממילא ללא כל מעשה מצידו. אך הקונה ספר־תורה, עשה מעשה. ומכיון שהנותן ספר־תורה לציבור במתנה גמורה מפקיע מעצמו את המצוה שקיים, מסתבר שלא היתה כוונתו של התורם להפקיע מעצמו את המצוה, ולא התכוון לתת את הספר במתנה גמורה.

הפרדס־דוד (על התורה, פר' כי תצא, מובא בפת"ש ס"ק ג') הביא בשם התורת־חיים (סנהדרין כ"א) שיחיד הכותב ספר־תורה לעצמו ומוכרו לבית הכנסת, לא שפיר קעביד, כיון שעתה אין לו מצוה זו. והביא ראיה מהרמב"ם (הלכות מלכים פ"ג ה"א) שכתב בדינו של המלך, שאם ספר התורה שלו אבד – כותב שני ספרי תורה. וא"כ הוא הדין להדיוט שספר התורה שלו נמכר או אבד. והפרדס־דוד חולק עליו ומוכיח להיפך: שמכיון שהרמב"ם כתב כן רק לגבי מלך, משמע שהדיוט שאיבד יצא ידי חובה, ולכן מותר לו למכור את ספר התורה לבית הכנסת.

אפשר לומר בדעת הרמב"ם, שמצוות המלך

היא שיהיו לו **שני** ספרי תורה, שנאמר (דברים י"ז י"ח): "וכתב לו את **משנה** התורה הזאת". וכדי שיהיו לו שני ספרי תורה, הוא צריך לעשות מעשה ולכתוב לפחות **אחד**. וכשכותב אפילו **אחד** מהם, נמצא שיש לו **שני** ספרי תורה. ולפי זה, אם אבד אחד מהם, אין לו **שני** ספרי תורה, וצריך לכתוב מחדש. אך הדיוט – שחייב לכתוב רק ספר־תורה אחד, אם אבד לו, יתכן שאינו צריך לכתוב לו אחר במקומו.

ועיין פת"ש (יו"ד סי' ע"ר ס"ק ג') שכתב שמנהג העולם הוא, שאם אחד איבד ספר־תורה, שאינו כותב. ולענ"ד, יתכן שמנהג העולם הוא משום שבלאו הכי כיום לא מקיימים את המצוה בכתיבת ספר־תורה דווקא, ומסתפקים בקניית חומשים. ומאחר שזה טרח וכתב פעם אחת ספר־תורה, לא נהגו לטרוח שנית. אך אין הכוונה לומר שיוצאים ידי חובה בכתיבה חד־פעמית, אלא המצוה היא שיהיה לו ספר־תורה.

ומ"מ, מכיון ששאלה זו שנויה במחלוקת בין האחרונים, לא יצאנו מכלל ספק אם ספר־תורה זה הושאל לציבור או ניתן לו במתנה.

ג. פריעת חוב בספר־תורה

אף אם נאמר שהקיבוץ חייב להשיב לתורם את ספר התורה, יש לשאול אם אפשר לתת לו את הספר שהוא דורש, שהרי יתכן שאין זה ספר התורה המקורי. ומכיון שכל שואל חייב לשלם, ומוטל עליו חוב דמים, יוצא שאם הקיבוץ יתן לו ספר־תורה אחר, יימצאו הם פורעים את חובם בספר־תורה. ומה שהוא טוען שייתכן שספר־תורה מסויים הוא שלו, איו זו טענה מבוררת, שהרי הוא עצמו אומר "בדדמי".

ואף שהם מודים שספר־תורה אחד שייך לו, אין הם יכולים לזהות בוודאות איזה ספר־תורה אכן שייך לו. אלא שמוטל עליהם חוב להחזיר ספר־תורה, אבל אסור להם לפרוע חוב זה באחד מספרי התורה הקיימים.

עוד נאמר במסכת ב"מ (ל"ז ע"ב):

> הכל מודים בשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהן ומסתלק.

ומיירי כשהפקידו בעדרו שלא מדעתו. אך כשהפקידו מדעתו – חייב. וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' ש' סעי' ד'):

> וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה, ומתה אחת מהן, ואינו יודע של מי היתה – ישלם לשניהם.

ואף כאן הם יודעים שמגיע לו ספר־תורה אחד שהפקיד בידם. וכאן המצב חמור יותר: שם הבהמה מתה; ואילו פה ספר התורה נעלם, ויש כאן פשיעה, שהיו צריכים לשים לב ולמנוע את העברתו של אותו ספר למקום אחר (עי' שו"ע שם סעי' א', שכתב שהרועה פשע, שהיה לו לכתוב שם כל אחד).

ומכיון שאין ראיה על כך שזהו ספר התורה המקורי, וייתכן שהספר ההוא אבד, א"כ אין עליהם אלא חוב ממון. וכמו שאסור למכור ספר־תורה (עי' שו"ע יו"ד סי' ע"ר סעי' א'), כן אסור לפרוע חובו בספר־תורה. וכ"כ בשו"ת מהראנ"ח (מים עמוקים ח"ב סי' ס"ד) שהאריך להוכיח מהסוגיא בגיטין (מ"ד ע"א) שפרעון חוב כמוהו כמכר, ואסור לפרוע חובו בספר־תורה.

מיהו בסוף דבריו כתב הראנ"ח שרק איש אסור לו למכור ספר־תורה, משום שהוא מצווה על כתיבתו, אך אשה מותרת במכירה. ולפי זה צ"ע בדינו של ציבור, האם הוא כאיש או כאשה? והשאלה העקרונית היא: האם ציבור מקיים את מצוות כתיבת ספר־תורה בשותפות? שאם נאמר שאכן הציבור יוצא בשותפות, אסור לו למכור. אך אם אינו יוצא ידי חובה בשותפות, א"כ בלאו הכי אין הצבור מקיים מצוה בספר־תורה זה; וא"כ מותר לו למכור את הספר. והנה גם שאלה זו נידונה בפרדס־דוד (הנ"ל, אות ב'), ודעתו נוטה לומר שהשותפין יוצאים ידי חובה. אך גם לדבריו, מסתבר שרק כאשר התורם הוא אחד מהמתפללים בבית הכנסת לכן הוא שותף בספר התורה. אך כאשר הוא אינו בין מתפללי בית הכנסת, אינו שותף; וע"כ לא התכוון לתת את

ספר התורה במתנה אלא להשאיל אותו. וא"כ עליהם להחזיר לו את ספר התורה או את דמיו. אלא שייתכן שהספר שהוא דורש אינו שלו, וא"כ פריעתם את חובם בו כמוה כמכירה.

ואם נאמר ששותפין מקיימים את המצוה בשותפות, אסור להם לתת את הספר, כי אסור להם למכור ספר תורה שמקיימים בו מצוה.

מיהו צ"ע בדינו של קיבוץ, שהרי גם הנשים שותפות בכל נכסי הקיבוץ, ובספר התורה בכלל, והן פטורות מכתיבת ספר־תורה. ואולי מותר לנשים לפרוע את החוב הציבורי בספר־תורה זה. וצ"ע כיצד לנהוג כאן, בשותפות שבה יש גם לגברים וגם לנשים חלקים שווים. ונראה שאין האשה יכולה לפרוע את חובה בספר התורה, כי בכך נמצא שגם האיש פורע בו את חובו, ולו הדבר אסור.

אך בשו"ת באר־יצחק (יו"ד סי' י"ט) כתב שהאיסור למכור ספר־תורה אינו משום שיש בזה ביטול מצוות עשה של כתיבת ספר־תורה; שהרי גם מי שיש לו כמה ספרי תורה אסור לו למכור אחד מהם. ועל כרחך זוהי תקנה משום כבוד התורה. (וכ"כ בערוה"ש, סעי' י"ד). ולדבריו יוצא שגם אם נאמר ששותפים אינם יוצאים ידי חובה בכתיבת ספר־תורה (כשיטת ערוה"ש, סעי' י"א), אסור להם למכור את הספר. ולפי זה גם אשה אסורה במכירת ספר־תורה, והוא הדין שאסור לה לפרוע בו את חובה.

וכן יש לומר לדברינו הנ"ל (אות א־ב), שכל הנותן ספר־תורה לבית הכנסת הוא רק משאיל אותו לציבור – אם אכן כך הוא הדין – אין להם רשות לתת ספר־תורה של מישהו אחר במקום ספר־תורה זה שנלקח, שהרי עוברים בכך על דעת התורם שהשאיל להם את ספר התורה השני. וממה נפשך: אם התורם ספר־תורה נותן אותו לחלוטין, הרי אין חברי הקיבוץ חייבים לתורם שום דבר. ואם התורם נידון כמשאיל, הרי אין ברשותם ספר־תורה אחר שהם רשאים לתת לו תמורת הספר שאבד.

תשובה

אמנם התובע לא תבע פיצוי כספי, וזאת משום שאין לו ענין בכסף אלא בספר־תורה דווקא. אך נראה שיש מקום לפצות אותו בכסף, כדי שיוכל לקנות במקומו ספר־תורה אחר. וכאמור, אין אפשרות להוציא ממון מחזקתו מספק, כאשר לא ברור אם הנוהג המקובל הוא לתת ספר־תורה בהשאלה או במתנה. ומאחר שהדעת נוטה יותר לומר שסתם מקדיש ספר־תורה מתכוון רק להשאיל אותו, יש מקום לפשר ביניהם, שהתורם יקנה ספר־תורה חדש, והקיבוץ ישתתף בחלק מן ההוצאות.

מסקנות

א. מי שכתב לעצמו ספר־תורה ונתן אותו אח"כ לציבור, אינו יוצא בכך ידי חובתו במצוות כתיבת ספר־תורה.

ב. האיסור למכור ספר־תורה אינו משום שמפקיע בכך את מצוות כתיבת ספר־תורה, אלא משום כבוד התורה.

ג. כשם שאסור למכור ספר־תורה כך אסור לפרוע בו חוב.

סימן לט

כתיבת השם "אלוקים"

שאלה *

הכותב את השם "אלוקים" (ב־ק'). האם קידש את השם? מצד שם א־להים ברור שלא חלה כאן קדושה, כי הכותב החליף את הה"א בקו"ף. אבל במילה "אלוקים" ישנו גם הצירוף "א־ל", ולכאורה שם זה נתקדש. אלא שהוא כתבו לא לשם זה אלא לשם המילה "אלוקים", ואותה הוא התכוון במפורש שלא לקדש. אולם שם א־ל הוא שם של קודש (שו"ע יו"ד סי' רע"ו סעי' ט')! וא"כ, האם מי שכתב שם "אלוקים" צריך לגנוז את מה שכתב?

תשובה

לכאורה נראה שהדבר דומה למי שכתב "שם" מ"שמעון", שחייב על כתיבת המילה "שם" (שבת ק"ג ע"ב). מיהו יש לחלק: שם נתכוון לכתוב "שמעון", ולכן הוא חייב גם על "שם". אך כאן הכותב לא התכוון לקדש את השם "אלוקים", וודאי שלא רצה לקדש גם חלק ממנו. ואכן אם היה מתכוון לכתוב את השם "א־להים" כולו כדינו, ולקדשו, וכתב רק "א־ל" מ"א־להים", היתה המילה א־ל מתקדשת (וכך פסק בשו"ע, יו"ד סי' רע"ו סעי' י'). אך כשלא נתכוון לקדש את השם המלא, וכוונתו היתה לכתוב רק "אלוקים", על אחת כמה וכמה שהביטוי "א־ל" אינו מתקדש!

ולפי זה נִרְאֶה, שאע"פ שלהלכה נפסק שהכותב "א־ל" מ"א־להים", קידש (עיין רמב"ם הל' יסודי התורה פ"ו ה"ד); זהו רק כשנתכוון לכתוב שם מלא ולקדשו; ולכן גם חלק ממנו מתקדש, וכמו שהבאנו ראיה מהכותב "שם" מ"שמעון" בשבת. (ועי' לקמן סי' מ' אות א'). אך כשלא נתכוון לקדש את השם המלא אלא לכתוב "אלוקים" (בקוף), ק"ו שלא נתקדש חלק ממנו.

ונראה להביא ראיה נוספת מדברי הרמ"א (יו"ד סי' רע"ו סעי' ב' בהג"ה), שהכותב את המילים "אלהים אחרים" והתכוון לקדש את המילה "אלהים" – לא קידש, מפני שההקשר מורה על כך שאינו קדוש, והוי כמו מקדיש בעלי מומין למזבח. וכן יש לומר כאן, שאם היה כותב רק א־ל – היה מקדש; אבל מכיון שכתב "אלוקים" – ההקשר מוכיח שאין זה שם קודש.

לכן נראה לענ"ד שאין כל קדושה במילה "אלוקים".

* ניסן תש"ן.

סימן מ

ב"ה או בס"ד, מה עדיף?

ראשי פרקים

שאלה

א. האם יש קדושה בסימן "ב"ה"?

ב. מחיקת השם ללא כוונה

ג. שיטות האחרונים

תשובה

שאלה *

מנהג ישראל לפתוח כל מכתב בהזכרת שם שמים, ע"י ציון ראשי התיבות "ב"ה" או "בס"ד" וכדו'. יש שערערו על המנהג לכתוב "ב"ה", מחשש שיש קדושה בראשי תיבות אלו, והדבר מחייב לגנוז את אותם דפים. ולדעתם עדיף לכתוב "בס"ד", כי אין בו כלל הזכרת שם שמים, בעוד ש"ב"ה", יש בו הזכרת שם שמים. מה הדין?

א. האם יש קדושה בסימן "ב"ה"?

בתרוה"ד (פסקים וכתבים סי' קע"א) נשאל אם מותר למחוק את האותיות "י־י" הנמצאות בסידורים. וכתב בשם התוס' (שבועות ל"ה ע"א ד"ה בפר"ח) שהאותיות "א־ד" משם אדנות אסורות במחיקה (ועי' שו"ע, יו"ד סי' רע"ו סעי' י' בהג"ה). ואע"פ שאין זה שם מלא, יש בו מאותיות השם, וכוונת כותבו לכתוב אותיות אלו לשם השם. לכן אסור למחוק את האותיות "א־ד" (וכוונתו לומר שאיסור זה הוא מדרבנן. ועי' לעיל סי' ל"ט). אך הסימן "י־י" אינו דומה ל"אד". ולכן לדעתו מותר למחוק אותו. מיהו כתב שם שיש להתיר רק לצורך גדול (וכך פסק הרמ"א, יו"ד סי' רע"ו סעי' י' בהג"ה).

ומבואר בטעמו שהאות י' לקוחה משם הוי"ה ככינוי לשם ה' (ועי"ש שנהגו לכתוב שני יו"דין ווי"ו על גביהן, משום שזוהי גימטריה של שם הוי"ה), ולכן יש מקום לחוש ולהחמיר שלא למחוק לכתחילה. אך "ב"ה" הוא קיצור של "ברוך השם" או "בעזרת השם", והאות ה"א אינה אות מיוחדת מהשמות שאינם נמחקים, אלא היא ה"א הידיעה של המילה "השם". א"כ אין פה שום שמץ של קדושה, ואין כל חשש למוחקה.

ב. מחיקת השם ללא כוונה

ואפילו אם היה מקום להחמיר ולמוחקה לכתחילה, הרי כשאדם כותב במכתבים "ב"ה", אינו מתכוון למחוק; אלא יש חשש שמא ימחק. ומן הסתם מחיקה זו תהיה בלי כוונה. ובמחיקת השם האיסור הוא רק כשמתכוון למחוק.

וכן מוכח מעיר הנידחת (סנהדרין ע"א ע"א), שם נאמר:

> כמאן אזלא הא דתניא: עיר הנידחת לא היתה ולא עתידה להיות... כמאן? כר' אליעזר. דתניא: ר' אליעזר אומר, כל עיר שיש בה אפילו מזוזה אחת – אינה נעשית עיר הנידחת. מאי טעמא? אמר קרא: "ואת **כל** שללה תקבוץ... ושרפת באש". וכיון דאיכא מזוזה, לא אפשר, דכתיב: "לא תעשון כן לה' א־להיכם".

דעת רבנן מובאת במשנה (סנהדרין קי"א ע"ב):

> "שללה" – ולא שלל שמים. מכאן אמרו: ...וכתבי הקודש ייגנזו.

וכך פסק הרמב"ם (הל' ע"ז פ"ד הט"ו). וצ"ע, מדוע לרבנן מותר לשרוף את העיר ואין חשש שמא יישרפו גם מזוזות שלא הצליחו לגנוז אותן? וע"כ הוא משום שלדעתם אין לשורפים כוונה לשרוף גם מזוזות. ודעת ר' אליעזר, שאמר שעיר הנידחת לא היתה ולא נבראה, היא משום ששם יש מצוה למחות את העיר מעל פני האדמה. א"כ הכוונה היא למחוק **הכל**, כולל ה"שמות". נמצא שלדעת רבנן הכוונה היא רק כללית, ואילו לדעת

* אלול תש"ן.

ר' אליעזר הכוונה הכללית נחשבת גם לכוונה פרטית למזוזות עצמן.

מיהו אפשר לומר שבדבר אחר נחלקו: שלרבנן ההיתר לשרוף את העיר עם המזוזות שאולי נותרו בה הוא משום שעשה דוחה לא־תעשה. ומ"מ יש לומר כנ"ל, דהתם יש לאו בשריפת המזוזות משום שכוונתו למחוק הכל, ולכן עובר בלא־תעשה; אלא שבעיר הנידחת העשה דוחה אותו. מה שאין כן בנד"ד, שאין כוונה כזו, ולכן אינו עובר בלא־תעשה.

אולם לעצם הסברא שלרבנן ההיתר בעיר הנידחת הוא משום "עשה דוחה לא־תעשה", יש להקשות, שהרי העשה מתקיים עוד לפני שעובר על הלא־תעשה, וא"כ לא הוי בעידנא. ואע"פ שלדעת הנמוק"י (לרי"ף ב"ק דף י' ע"א ד"א אשו) הגדר של "אשו משום חציו" הוא שהכל נחשב כנדלק מהרגע הראשון – זהו רק לדינא ולא בפועל. והראיה – ממה שנאמר במסכת כתובות (ל"א ע"א), שהזורק חץ מתחילת ארבע לסוף ארבע וקרע שיראין בהליכתו, פטור רק משום שאי אפשר לעקירה בלא הנחה, ולא משום שנחשב כאילו הכל נעשה ברגע אחד. (וכן מוכח משבת ק"ב ע"א, ומזריקת הדם כשנשברה תחתית הכלי לפני שהדם נח: עיין אבני־נזר, או"ח סי' מ"ח, קהילות יעקב כתובות סי' כ"ו אות ד', ועוד).

אלא ע"כ חזרנו לסברתנו הראשונה, שלרבנן ההיתר לשרוף את העיר עם המזוזות שבה הוא משום שאינו מתכוון למחוק את השם, שהרי הוא מתכוון לשרוף את העיר ולא את המזוזות שנותרו בה. ואף אם נאמר דהוי פסיק רישא, הוי פסיק רישא דלא ניחא ליה, שאינו אסור מן התורה (עי' שו"ע או"ח סי' ש"כ סעי' י"ח).

ואף לדעת הרא"ש (שבת פי"ד סי' ט') – הסובר שפסיק רישא דלא ניחא ליה אסור בשאר איסורין, ולא הותר אלא בשבת (ועי' מה שהקשה עליו בקרבן־נתנאל, אות מ', בשם המהר"ל) – יש לומר דהכא שאני, שהאיסור הוא משום "לא תעשון כן", דהיינו: מה שחויבנו לעשות לעבודה זרה אסור לעשות לה'. ושם המצוה היא לאבד עבודה זרה בכוונה, ובלי כוונה אינה מצוה למ"ד מצוות צריכות כוונה. ואפילו למ"ד מצוות אינן צריכות כוונה, זהו רק בדיעבד, ולכן מסתבר שהאיסור לעשות כן לה' הוא רק בכוונה.

וכך גם הסברא נותנת, שרק כאשר מתכוון למחוק את שם ה', הרי הוא עובר בלא־תעשה. אך כשאינו מתכוון למחוק את שם ה' – אינו נחשב לעובר עבירה.

ויש להביא ראיה ממה שנאמר במסכת שבת (ק"כ ע"ב) בענין מי שיש לו שם על בשרו, שטובל, למרות שמוחק בכך את השם. מיהו שם יש צירוף של גרמא. וידועה סברת המהר"ל (גור־אריה, שבת ע"ג ע"ב) שפסיק רישא, כשהתוצאה אינה מיידית – מותר לכתחילה. וכן כתב במנחת שלמה (סי' י' אות ו'). ועי' שדי־חמד, (כרך ו' עמ' 45־43, קונט' "באר בשדי", תשובת הגר"א גורדון).

ג. שיטות האחרונים

בספר פסקי־תשובה (סי' רצ"ג) מובאת תשובתו של הרוגאצ'ובי. ושם הוא מביא הוכחה מהירושלמי (סוטה פ"ב ה"ד ופ"ג ה"ג), שנחלקו בית־שמאי ובית־הלל במחיקת אות אחת שנכתבה משם ה'. ולכן כתב שלא לכתוב ב"ה, עי"ש. אך לפי מה שכתבנו, האות ה' מן הצירוף "ב"ה" אינה משם ה' עצמו אלא מן המילה "השם", ואין בה קדושה. ואולי הדבר תלוי בכוונה: מי שמתכוון לאות ה' משם "הוי"ה" – אסור לו למחוק אותה; אך מי שמתכוון ל־ה' הידיעה – מותר לו למחוק.

וכן בהסכמה של הספר פסקי־תשובה (ח"ג) חלק האדמו"ר מגור, רא"מ אלטר, על הרוגאצ'ובי, והביא שגדולי ישראל נהגו לכתוב "ב"ה".

תשובה

לענ"ד נראה שהמתכוון ל־ה' הידיעה, רשאי לכתוב את הצירוף ב"ה, שאינו קיצור של שם ה' אלא של המילה "השם". ואף אילו היה מקום

לחשוש שיש קדושה בביטוי זה, הרי אין חשש שאדם יבוא למחוק אותו בכוונה, ולא ברור שיש איסור תורה במחיקת שם ה' ללא כוונה.

ומכיון שכך, עדיף לכתוב בעברית מאשר בארמית. כי המטרה היא להזכיר שם שמים. ומה התועלת להזכיר שם שמים למי שאינו מבין במה המדובר? והרי רוב הציבור מבין בעיקר עברית. ולכן נראה שעדיף לכתוב ב"ה, ויהי ה' בעזרנו.

סימן מא

ביזוי כתב אשורי

ראשי פרקים

שאלה
א. הקדושה בכתב אשורי
ב. מנהג העולם
ג. גט בכתב אשורי
ד. יישוב מנהג העולם
תשובה

שאלה *

בזמננו מקובל להדפיס ספרי חול בכתב אשורי (כתב עברי מרובע). **יש לשאול א"כ, האם יש קדושה בכתב זה? האם ספרים שנדפסו בו מותרים בקריאה בבית הכסא? האם הם חייבים גניזה?**

א. הקדושה בכתב אשורי

הפוסקים כתבו שיש להתייחס בקדושה לכתב האשורי (כתב עברי מרובע). **ומצאנו לכך מספר דוגמאות, כדלקמן.**

בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ד סעי' ב' בהג"ה) **כתב הרמ"א בשם רבנו ירוחם** (נתיב ב' ח"א)**:**

ויש אומרים שאין לכתוב דברי חול בכתב אשורית שכותבין בו התורה.

דברי רבנו ירוחם לקוחים (בלשון אחרת) **מתשובת הרמב"ם** (סי' רס"ח)**, ואלו דבריו:**

ומה שחייבים אתם לדעת, כי זה הכתב, ר"ל כתב אשורית – הוא"ל ובו ניתנה תורה, כמו שנתברר, ובו נכתבו לוחות הברית – מגונה מאד להשתמש בו חוץ מאשר כתבי הקודש. ולא פסקו ישראל מלהישמר בזה, והיו איגרותיהם וחיבורי חכמותיהם וכתבי חול שלהם בכתב עברי (קדום) לבד. לכן תמצא חרות תמיד על שקלי הקודש דברים של חול בכתב עברי; ולא נמצא מעולם אות אחת מזה בכתב אשורי בדבר משאריות ישראל, לא בחריתת מטבע ולא בחריתת אבן, אלא הכל בכתב עברי. וע"כ שינו הספרדיים כתבם ונתנו לאותיות צורות אחרות, עד שנעשה כאילו כתב אחר, כדי שיהיה מותר להשתמש בו בדברי חול.

וגינה רבנו יוסף הלוי ז"ל לכתוב הגט בכתבנו זה, שאותיותיו מחוברות מאוד... וכתבו הסופרים אותו, ר"ל הגט, בכתב שאותיותיו מופרדות, ר"ל בכתב אשורי כספר תורה. וגינה זאת גם כן. ואמר: כיצד נשתמש במכתב א־להים זה ויבוא לידי זלזול. אלא יכתוב בזה האופן של הכתב (שאותיותיו מחוברות במקצת, אך עדיין ברורות במידה מספיקה).

ועיין במסכת סנהדרין (כ"א ע"ב)**, שם נאמר:**

בתחילה ניתנה תורה לישראל בכתב עברי ולשון הקודש, חזרה וניתנה להם בימי עזרא בכתב אשורית ולשון ארמי. בירדו להן לישראל כתב אשורית ולשון הקודש...

ובהמשך (דף כ"ב ע"א) **נאמר שכתב זה לא נשתנה כל עיקר. ומבואר ששני כתבים הם בעברית: כתב אשורי וכתב "ליבונאה", או "דעץ", שהוא**

* אלול תשל"א.

גם כתב הכותים (עי' מרגליות־הים אות ד'. ועד היום ספר התורה אצל השומרונים כתוב בכתב זה).

ועי' מרגליות־הים (דף כ"א ע"ב אות ל"ח) **שהביא את תשובת הרמב"ם הזאת, שלפיה מובנים היטב דברי הגמרא. ומשמע מדבריו ששתיים רעות יש בשימוש באותיות אשוריות:**

א. עצם השימוש בהן לדברי חול.

ב. החשש לבזיון האותיות.

וכדבריו מצינו גם ברדב"ז. עיין פת"ש (יו"ד סי' רפ"ג ס"ק ג') **שכתב בשם הרדב"ז** (ח"ד סי' א'קי"ח – מ"ה) **שאסור לרקום בזהב דברי חול בכתב אשורי על הטלית: הן משום החשש לביזיון והן בגלל עצם השימוש באותיות אשוריות לצרכי חולין. ועי"ש בפת"ש, שהביא משו"ת דברי יוסף** (סי' מ"א) **שאפילו במצבה היה מי שהחמיר שלא לכתוב עליה באותיות אשוריות.**

לעומת זאת הביא הפת"ש (סי' רע"א ס"ק כ') **משו"ת חוות־יאיר** (סי' ק"ט), **שכתב:**

> וכן הנדפסים בכתב אשורית והענין חול, כגון ספרי אוקלידס... – ראוי למנוע מלנהוג בהם ביזיון, לקנח בהם ולזורקן לארץ או למקום אבדון.

ומדבריו משמע שעצם ההדפסה של דברי חול באותיות אשוריות, מותרת; ורק אסור אח"כ לזורקן לארץ וכדו' (מיהו יכול להיות דמיירי שהודפסו בדיעבד).

עוד נאמר בשו"ע (יו"ד סי' רל"ז סעי' ו' בהג"ה):

> אבל אם נטל בידו כתב אשורית, אפילו אינו רק חכמה חיצונית או א"ב שאין בו רק אותיות, אם נשבע בהן והן בידו – הרי שבועה.

מיהו כתב בשו"ת חוות יאיר (סי' ק"ט) **שלא נאמרו הדברים הללו אלא כשישראל כתבם מתוך כוונה לצייר את האותיות עפ"י תמונתן המיוחדת; אך בדפוס, שבו אין למדפיס שום כוונה מיוחדת, אין לאותיות אשוריות קדושה; אם כי לכתחילה ראוי למנוע מהן ביזיון, כגון לקנח בהן או לזורקן למקום אבדון** (עי' פת"ש יו"ד סי' רל"ז ס"ק ב').

ב. מנהג העולם

ופוק חזי מאי עמא דבר, דאין פוצה פה ומצפצף על הדפסת עיתונים ודברי חול באותיות אשוריות, ואף אין מוחה על השימוש בהן לכל מיני צרכי חולין. ואדרבה, התהפכו היוצרות, שהכתב הנקרא בשם "כתב רש"י", שהוא שהיה מיועד לצרכי חולין (כמו שכתב בבאר הגולה, סי' רפ"ד ס"ק ג'), **ולו התכוון הרמב"ם בתשובתו** (הובאה לעיל אות א', בדבריו על הכתב הספרדי), **משמש עתה כמעט רק לספרי קודש; ואף יש מהדרין שספר קודש יידפס דוקא באותיות רש"י.** (וכנראה משום שרוצים להדגיש שדבריהם אינם התורה עצמה, אלא רק פירוש לפירושה). **אולם יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא! וצ"ע על מנהג העולם מטענת הפוסקים הנ"ל.**

ובערוה"ש (סי' רפ"ג סעי' י"ד) **כתב להמליץ על מנהג העולם ממה שאמרו חז"ל** (שבת מ' ע"ב) **"דברים של חול מותר לאומרם בלשון הקודש". וא"כ הוא הדין שמותר לכתוב אותם בכתב אשורי. ודבריו צ"ע, דא"כ מה יענו כל הפוסקים שהבאנו לעיל** (אות א') **לטענה זו? וע"כ צריך לומר דסברי שיש לחלק בין כתיבה לדיבור: שלדבר דברי חול בלשון הקודש, מותר, שהרי אי אפשר בלאו הכי, שכן מצוה לדבר בלשון הקודש** (עי' רמב"ם בפיה"מ, אבות פ"ב מ"א). **אמנם דברי ליצנות וחשק אסור לדבר בלשון הקודש גם לדעתו, אך משמע שעצם הדיבור בלשון הקודש יש לו ערך.** (ועי' רמב"ן על התורה, שמות ל' י"ג, שכתב שיש קדושה עצמית ללשון הקודש). **ומכיון שמותר גם לדבר דברי חול, כדכתיב "ואספת דגנך"** (עי' ברכות ל"ה ע"א), **בהכרח התורה התירה לדבר זאת בלשון הקודש. ואדרבה עדיף לדבר דברי חול בלשון הקודש מאשר בלשון לעז. אך אותיות אשוריות, שבהן נכתבה התורה, קדושה יש בהן. והרוצה לכתוב דברי חול יכתוב באותיות אחרות.** (וכ"כ אף בערוה"ש, סי רפ"ד סעי' ה', לשיטת המחמירים).

ג. גט בכתב אשורי

בתשובת הרמב"ם (סי' רס"ח, מובאת לעיל אות א') נאמר שר' יוסף הלוי (הוא הר"י מיגאש, כנראה) מנע לכתוב הגט בכתב אשורי, משום שהוא תשמיש של חולין, ויבוא לידי זלזול; והורה לכתבו בכתב בינוני, שהוא בין הכתב האשורי לכתב הספרדי.

והנה מנהגנו הוא לכתוב גט בכתב אשורי דווקא, ואין מכשירין בכתב אחר אלא במקום עיגון ושעת הדחק (שו"ע אה"ע סי' קכ"ו סעי' א' ובהג"ה שם). ויש להקשות על כך מטענת הר"י הלוי, שהורה שאין כותבים גט, שהוא תשמיש של חולין, בכתב אשורי. והלא הרמ"א עצמו, שהחמיר וכתב שאין להתיר כתב אחר בגט אלא במקום עיגון ושעת הדחק, פסק בהל' ספר תורה (יו"ד סי' רפ"ד סעי' ב' בהג"ה) שאסור לכתוב דברי חולין בכתב אשורי!

ומה שנראה לענ"ד בזה הוא עפ"י מה שנכתב בשו"ע (אה"ע סי' קכ"ה סעי' ז'), שאם יש מי שרוצה לתייג את האותיות, מוחין בידו. וא"כ מאחר שהאותיות בגט הן ללא תגין, אינן כאותיות של ספר תורה, שיש בהן תגין. ולכן מותר לכתוב גט באותיות אשוריות לכתחילה. ודעת הרמב"ם היא שבסת"מ, אם כתב בלא תגין, כשר בדיעבד (הל' ספר תורה פ"ז ה"ח־ה"ט; וכן פסק בשו"ע, או"ח סי' ל"ו סעי' ג'). וא"כ לדבריו כתב אשורי, הכשר לכתבי הקודש, הוא אפילו בלא תגין. ולכן לכתחילה אסור לכתוב אותו בגט, שהוא תשמיש חול. וכן היא דעת הר"י מיגאש, רבו של הרמב"ם, שאין לכתוב גט אלא בכתב בינוני (כדלעיל). אך יש סוברים שבסת"מ, בלא תגין, האותיות פסולות. וא"כ לדעתם כתב אשורי הכשר לכתבי הקודש הוא רק כתב מתוייג. וא"כ גט, שכותבין אותו בלא תגין, מותר לכתוב לכתחילה בכתב אשורי.

אלא שהסבר זה מוקשה:

א. השו"ע בהל' תפילין (או"ח סי' ל"ו סעי' ג') פסק שבלא תגין כשר בדיעבד; והוא עצמו פסק בהל' גירושין (אה"ע סי' קכ"ו סעי' א') שנהגו לכתוב לכתחילה כתב אשורי.

ב. המרדכי (גיטין פ"א סי' שט"ז) כתב בשם הריב"א ובשם הר"ב ממגנצא שאותיות הגט צריכות להיות מתוייגות; שאם לא כן, לא הוי כתב. ולדברי הר"י מיגש, אדרבה, אסור להשתמש באותיות אלו לגט. (מיהו יש לומר שכיון שבלאו הכי לא הוי כתב, על כרחך צריך אתה לומר שכשהתורה אמרה "וכתב לה", היא התירה לכתוב גט באותיות אשוריות).

והמסתבר הוא שגט לא מקרי חולין, אלא צורך מצוה הוא. שמכיון שאין אדם יכול לגרש את אשתו אלא בצורה זו שהתורה דרשה, מיקרי צורך מצוה (אף שבוודאי הגירושין עצמן לא תמיד הם מצוה); ולכן נהגו לכתוב בכתב אשורי. ועיין מג"א (או"ח סי' מ"ב ס"ק ו') שכתב עפ"י הב"ח:

וגט לא מקרי דבר שבקדושה. מיהו אם התחיל לכתוב על הקלף או על הניירי, אסור לכתוב אח"כ עליו דברי חול.

ד. יישוב מנהג העולם

ונראה ליישב את מנהג העולם, שמדפיסים דברי חול באותיות אשוריות, בכמה דרכים:

א. כשם שהתירו לדבר דברי חול בלשון הקודש, הוא הדין שהתירו להדפיס דברי חול בלשון הקודש ובאותיות של קודש. שהרי לא מסתבר לומר שהתורה דורשת מאיתנו שנשתמש בשפה לועזית. (מיהו יש לחלק בין דיבור לכתיבה. שכן בדיבור אין דרך אחרת מאשר להשתמש במילים של לשון הקודש; אך בכתיבה והדפסה אפשר להשתמש באותיות רש"י, שאין בהן קדושה).

ב. לעיל (אות א') הבאנו משו"ת חוות־יאיר (סי' ק"ט) שכתב שספרי אוקלידס ואבן סינא המודפסים בכתב אשורית, **מן הראוי** שלא לזורקם לאשפה. כלומר, שיש בהם רק קצת קדושה. ומן הסתם כוונתו לאותיות דפוס ולאו דווקא לאותיות סת"ם; ורק לאותיות רש"י אין קדושה כלל ועיקר. (ולפי זה יש להימנע מכניסה למקומות שאינם צנועים בדבר שיש בו אותיות מרובעות).

ומשמע מדבריו שאין לאותיות האשוריות קדושה עצמית, אך עם זאת אסור לבזותן. כלומר, מכיון שמשתמשים באותיות אלו לשם קדושת ספרי תורה, תפילין ומזוזות, מן הראוי שלא לבזותן. אולם אין להן קדושה ממש. וא"כ גם לדעת הרמב"ם והרדב"ז, שאוסרים שימוש של חול באותיות אשוריות, אין זה מעיקר הדין. שהרי לא מצינו קדושה אלא ב"שמות" ובפסוקים, ולא באותיות. אלא הוא הידור מצוה. וא"כ יש מקום לומר שכאשר השימוש באותיות עבריות היה נדיר, ניתן היה להדר בכך. אך כיום, כשזכינו ב"ה לשימוש באותיות עבריות בכל תחומי החיים, אי אפשר להדר בכך. ואולי מצב זה הוא ההידור. ואכן מן הראוי להדר ולא להדפיס לשון הרע ודברי נבלה באותיות אשוריות.

ג. נראה לענ"ד לומר, שהנה גם הכתב הנקרא בשם כתב רש"י (והוא הנקרא "פרובינציאל", בשו"ע אה"ע סי' קכ"ו סעי' א') דומה באותיות רבות שלו לכתב אשורי (כגון: ב', ג', ה', ו', ט', י', כ', ל', מ', נ', ע', פ', ק', ר', ת'). וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם להשתמש בכתב זה לצורך חולין? אלא ע"כ, כיון שהוא שונה במקצת מכתב אשורי, ופסול לספר־תורה, מותר להשתמש בו לצורך חולין. ויש לומר שהוא הדין גם ביחס לכתב אשורי שלנו, המשמש לצורך חולין. שמכיון שיש שינויים רבים בינו לבין כתב אשורי של סת"מ, נהי דהתגין אינם מעכבים, וגם בלעדיהם הוי כתב אשורי הכשר לסת"מ – מ"מ יש שינויים רבים אחרים בצורת האותיות הפוסלות אותן לספר־תורה (למשל: ה־ר' בדפוסים שלנו היא ה־ד' שבספרי התורה, ה־כ' היא ב', ועוד). ולכן מותר להשתמש בהן לצורך חולין.

(מיהו צ"ע, שהרי מן הסתם גם ספרי חול שהודפסו בימי החוות־יאיר לא היו בכתב אשורי ממש, אלא ככל אותיות דפוס שלנו, ובכל זאת אסר לבזותן).

תשובה

אמנם החוות־יאיר אוסר להשתמש תשמיש של גנאי וביזיון באותיות אשוריות. אך בכל זאת, פוק חזי מאי עמא דבר, דלית אתר פנוי מאותיות עבריות, אפילו בשירותים: שמות בתי חרושת, תמרוקים ותכשירים שונים – הכל כתוב באותיות מרובעות, ואין שירותים שאין בהם אותיות אלו. ורק בקינוח יש להדר שלא לקנח באותיות מרובעות במקום שאפשר; אך בכניסה למקום שאינו נקי ואינו צנוע באותיות מרובעות, יתכן שגם החו"י היה מודה בימינו. כי מדבריו משמע שאין האיסור מעיקר הדין אלא הידור מצוה לכתחילה.

ואם בימי החו"י היה אפשר להימנע מהשלכת אותיות מרובעות לאשפה או להכניס אותן למקום שאינו צנוע, היום אין אפשרות כזאת; דלא שבקת חיי לכל בריה. וגם מהחו"י עצמו משמע שלדעתו בימי הבית נהגו לכתוב שטרות באותיות מרובעות. והביא ראיה לזה מקפל וספל (ב"ב קס"ו ע"ב). ובכל זאת לא מצינו שעשו יו"ט על ביטול **האותיות** המרובעות בשטרות, אלא על ביטול **הזכרת השם** בשטרות (עי' ר"ה י"ח ע"ב). ומשמע שבזמן שהעברית היתה שפה שימושית, קשה היה להימנע משימוש של חול באותיות עבריות. וא"כ הוא הדין בימינו. שהרי לא יעלה על הדעת שנשתמש בשפת לעז לצורכי חול. והרי דווקא המהדרין גזרו שלא ללמוד שפות זרות. (אמנם כאשר היה הכתב העברי הקדום בשימוש, היתה אפשרות להשתמש בכתב עברי זה לצורך חול, ובכתב אשורי – לצורך קודש. אולם כיום כתב זה אינו ידוע לציבור, ולכן אין ברירה אחרת, אלא להשתמש בכתב האשורי המקובל לצרכי חול).

וכסניף נוסף להיתר יש להסתמך על כך שהאותיות שלנו כיום אינן כשרות לסת"ם. אמנם יש גם בכתב שלנו אותיות שבמקרה הן כשרות עפ"י הלכות סת"ם; אך מ"מ נראה לענ"ד שאם אין מדקדקים לכתוב את האותיות דווקא כהלכתן, אין להחמיר, גם אם יש שם כמה

אותיות שמבלי משים הן כשרות. אולם כתב סת"ם מדוייק, (כפי שמקובל בהדפסת הכתובה), מן הראוי להיזהר בו.

וכאן יש להעיר שמן הראוי להימנע מלצייר אותיות סת"ם בכתובות וכרזות שונות, שאלו ענייני חול הן. וכן נראה להעיר על שטרי כתובה המודפסים בכתב אשורי ובתגין כמו בספר־תורה. והלא כתובה היא תשמיש של חולין! ואע"פ שהיא לצורך מצוה, מסתבר שכתובה אינה טובה מגט. ואדרבה, הגט, יש בו מעשה מצוה, שמגרש בגט כדת משה וישראל ולא בדבר אחר. מה שאין כן בכתובה, שעיקרה הוא הסכם ממוני בין בני הזוג. ולכן היה נראה לענ"ד שיש להמליץ על שינוי הכתב המקובל בשטרי הכתובה. אך אח"כ מצאתי בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ג סי' ק"כ) שמתיר להדפיס שטרי כתובה בכתב אשורי (ועי"ש שזכיתי לכוון לחלק מסברותיו). ובספר "משפט הכתובה" (להגרא"ח בר־שלום, ח"א עמ' קי"ח־קי"ט) כתב שמכיון שכתובה אינה נזרקת, והיא משמשת לצורך מצוה – מותר לכתוב אותה באותיות אשוריות. אך בכרזות של חול, המושלכות לאשפה בסופו של דבר, ודאי שיש להימנע מלהשתמש בהן בכתב אשורי.

סימן מב

תליון שיש עליו פסוק

ראשי פרקים

שאלה
א. כתיבת שתים או שלוש מילים מפסוק אחד
ב. כתיבת פסוקים בסוכה ובבית הכנסת
ג. כתיבת פסוק באיגרת
ד. דינן של שתי מילים המחוברות במקף
ה. פסוקים בכתב שאינו אשורי
ו. כתיבה ללא כוונה לקדושה
ז. כתב דפוס וכתב אשורי
תשובה
מסקנות

שאלה *

בעל ביקש לקנות לאשתו תליון שעליו כתוב הפסוק: "ואת עלית על כולנה" (משלי ל"א כ"ט). האם יהיה מותר לה לענוד אותו ולהיכנס עמו למקומות שאינם צנועים? והשאלה היא, האם יש במילים אלו קדושה? (ועי' שו"ע, יו"ד סי' רפ"ד סעי' א' בהג"ה, שאין הבדל בין כתיבה לבין חריטה).

* מנחם־אב תשמ"ט.

א. כתיבת שתים או שלוש מילים מפסוק אחד

נפסק בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ג סעי' ד') שאסור לרקום פסוקים בטלית. מקורה של הלכה זו הוא בתשובת הרמב"ם (סי' רס"ח, מובאת בב"י שם ד"ה וכתב). ואלו דבריו:

> בדבר טלית, אשר בחר אותה בן אדם לציצית... וכתב בשוליה פסוק... זה המעשה הוא חטא, ואינו מותר בשום פנים. ואסור לדעתנו משני טעמים: האחד מהם, שאין לכתוב מן התורה פסוקים פסוקים, אלא יכתוב שלוש תיבות לבד ולא יותר. ואפילו מי שהתיר לכתוב פרשה לתינוק להתלמד בה – לא התיר זאת אלא בכלל הכרח הלימוד. – לפי שלא ניתנה תורה להיכתב פרשיות פרשיות. וכל שכן פסוק פסוק... ופה במצרים ראינום לוקחים לוחות זהב או כסף, וחורתים בהם שיר של פגעים, ותולים אותם בצווארי הנערים, ומחזינן בידם על זה תכלית המחאה.
>
> והטעם השני... הוא שמפקיר פסוקי התורה לידי זלזול.

ועי' שו"ע (יו"ד סי' רפ"ג סעי' ג'), ט"ז (ס"ק ג').

הש"ך (ס"ק ו') כתב שהתפשט המנהג שלא לחוש לטעם הראשון של הרמב"ם, שכתב שאסור לכתוב פסוק מן התורה אלא לצורך לימוד. וייתכן שהטעם לכך הוא עפ"י מה שכתב המהרי"ט (מובא לקמן).

והנה שיעור "פסוק" לדעת הרמב"ם (בתשובה שם, וכן בהל' ספר תורה פ"ז הי"ד) הוא יותר משלוש מילים. אך שלוש מילים מותר לכתוב, מפני שאין זה פסוק. ומקור דבריו הוא כנראה הסוגיא בגיטין (ו' ע"ב) העוסקת בענין שרטוט, ושם נחלקו בדבר:

...בלא שרטוט. ואמר ר' יצחק: שתים כותבין, שלוש אין כותבין. במתניתא תנא שלוש כותבין, ארבע אין כותבין.

והרמב"ם (שם הט"ז) פסק לענין שרטוט כמתניתא (וכן נפסק בשו"ע, יו"ד סי' רפ"ד סעי' ב'). וכן מסתבר, שהלכה כתנא ולא כאמורא. והסברא נותנת שכל הדינים הללו: דין שרטוט, דין קדושת כתבי הקודש ואיסור כתיבת התורה מגילות מגילות – כולם בחדא מחתא מחתינהו. שאם זהו חלק מכתבי הקודש, יש להם קדושה; ולכן אסור לכתוב בלי שרטוט, ואסור לזלזל בהם. וכך כתב הגר"א (סי' רפ"ג ס"ק ד').

אך כבר העיר בהגהות מיימוניות (הל' ס"ת פ"ז אות נ') על סתירה בפסקי הרמב"ם; שכן בהלכות ייבום (פ"ד הל' ל"ה) כתב שאסור לכתוב ג' תיבות בלא שרטוט. וכתב הב"י (סי' רפ"ד ד"ה אסור) בשם התשב"ץ (ח"א סי' ב' ד"ה נמצא) שעל דבריו בהלכות ייבום יש לסמוך, להתיר רק כתיבת שתי מילים. אך בתשובת הרמב"ם (סי' רס"ח) פסק במפורש ששלוש מילים מותר. מיהו התשב"ץ (שם) כתב בשם רבנו מימון, אביו של הרמב"ם, שאסר בג' תיבות. גם הטור כתב בשם בה"ג (מובא בתוס' גיטין ו' ע"ב ד"ה א"ר, ובעוד ראשונים) והרא"ש (מגילה פ"ב סי' ב') להחמיר בשלוש תיבות, ולהצריך בהן שרטוט. וכן הסיק למעשה בערוה"ש (סי' רפ"ד סעי' א').

ב. כתיבת פסוקים בסוכה ובבית הכנסת

המשנ"ב (סי' תרל"ח ס"ק כ"ד) כתב שאסור לכתוב פסוקים בסוכה. וכן כתב בערוה"ש (סי' רפ"ג סעי' י"ג) שאסור לכתוב פסוקים על קירות בתי הכנסת. אך העולם נוהג לכתוב פסוקים בסוכה ובבתי הכנסת, כגון: "מה טובו אוהליך יעקב", "שויתי ה' לנגדי תמיד" וכדו'. ופוק חזי מאי עמא דבר. וכנראה התירו כתיבת פסוקים לצורך דבר שבקדושה, כגון בבית הכנסת ובסוכה, כמו שהתירו לצורך לימוד תינוקות. אבל שימוש בפסוקים לצרכים אסטטיים גרידא – אין מקום להתיר. וגם בשו"ת מהרי"ט (ח"ב או"ח סי' ג') כתב שהעולם נהגו לכתוב פסוקים. ואולי רבותיהם הורו להם לקולא בהסתמך על הבנתם בדעת הרי"ף (גיטין כ"ח ע"א, בדפוסים שלנו) שלא כתב במפורש איסור בכתיבת מגילות שלא לצורך לימוד.

ונראה שמה שכתב הש"ך (סי' רפ"ו ס"ק ב') שהמנהג להתיר כתיבת פסוקים גם שלא לצורך לימוד, הוא עפ"י סברת המהרי"ט, שכתב שנהגו לסמוך על הרי"ף. וייתכן לומר עוד, ששימוש בפסוקים לצורך הגברת יראת שמים, כמו שכתב המהרי"ט שם על המנהג לכתוב פסוקים בבית הכנסת, אף הוא מעין צורך לימוד.

וקצת תימה על המשנ"ב וערוה"ש, שאסרו לכתוב פסוקים בסוכה ועל קירות בית הכנסת, בניגוד למנהג להקל בדבר, וכמו שכתבו המהרי"ט והש"ך. ונראה לענ"ד לומר שסוכה וקירות חיצונים של בית הכנסת חמורים יותר, שכן הם חשופים לגשמים ועלולים להתבזות. ובפרט ניירות שכותבים עליהם פסוקים בסוכה, יש בהם חשש לביזיון. ונימוק זה תקף גם לדעת הרי"ף. אך אם שומרים על הפסוקים בכבוד, כגון שהם חקוקים על קיר בית הכנסת בחקיקה קבועה ועמידה, וכן פסוקים בסוכה, אם שומרים או גונזים אותם – אין לאסור, וכן המנהג.

אולם בתליון האמור – אין להתיר, כי אי אפשר למנוע ממנו בזיון.

ג. כתיבת פסוק באיגרת

אך עדיין קשה: שהרי מדברי הרמב"ם והשו"ע (לעיל אות א') משמע שע"י שרטוט מותר לכתוב אפילו יותר מארבע וחמש מילים, אע"פ שזו איגרת בעלמא. והרי אסור לכתוב פסוקים בודדים משום שאסור לכתוב את התורה מגילות מגילות, וכן משום החשש מזלזול בכתבי הקודש! ואין לומר שלצורך לימוד מותר משום "עת לעשות לה'" וכו'. שכן היתר זה אמור רק בחומשים, אך באיגרת אין צורך לעשות לה'. ואפילו לצורך לימוד, כתב הרמב"ם בתשובה (שם):

> ואם צריכים אנו להביא ראיה מפסוק, משנים אנו הכתב ונותנים לו צורה אחרת, או כותבים מכל תיבה אות אחת או שתיים...

וכך גם מבואר במסכת גיטין (ס' ע"א). אך קשה מכל הספרים שבידינו, וביניהם הש"ס, ואף הרמב"ם עצמו. הרי כל ספריו מלאים פסוקים, וכן אגרותיו מכילות פסוקים לרוב!

ועיין פת"ש (יו"ד סי' רפ"ד ס"ק ב') שכתב בשם התשב"ץ (ח"א סי' ב' ד"ה עוד) שר' מימון אבי הרמב"ם כתב שמותר לכתוב פסוקים ע"י ניקוד עליהם. וכתב התשב"ץ שכן נהגו אנשי ארצות ישמעאל, אלא שאינו יודע טעם לדבר. ובתשב"ץ שם מובאת דוגמא לניקוד, ואין זה הניקוד שלנו אלא גרשיים בין האותיות האחרונות בכל מילה. עכ"פ יתכן שבכתב ידו של הרמב"ם, כתיבת הפסוקים היתה מנוקדת כנ"ל. והרמב"ם עצמו (בתשובה רס"ת, הובאה לעיל אות א') כתב שנהגו לכתוב פסוקים בשינוי בלבד, וייתכן שגם שינוי זה בכלל, וצ"ע. ואולי צריך לומר שכל זה בכלל "עת לעשות לה'" או לצורך לימוד; שהרי איך יכולנו ללמוד אם לא היו הפסוקים כתובים בש"ס וברמב"ם, ודווקא כסדרן! ואולי ההיתר ניתן רק לאיגרת של דברי תורה ולא לאיגרת שלומים בעלמא. וצ"ע.

ואולי משום כך נהג הרמב"ם לכתוב פסוקים בכתיב מלא, כדי שהדבר לא ייראה ככתיבת פסוקים מהתנ"ך עצמו. ועי' מה שכתב בתשובתו (שם).

ד. דינן של שתי מילים המחוברות במקף

והנה גם לפי דעת הרמב"ם בהל' ספר תורה (פ"ז הי"ד), שמותר לכתוב **שלוש** מילים – בנד"ד, שהיא כתיבת **ארבע** מילים, לכו"ע אסור. מיהו המעיין בפסוק יראה שהמילים "על־כולנה" נכתבו במקף. וא"כ יש מקום להסתפק, אולי דינן של מילים אלו כאילו הן מילה אחת. ואם היינו סומכים על דברי הרמב"ם בהל' ספר תורה, היה מקום להתיר. ואין לומר שמאחר שבאותו תליון כתובות מילים אלו בלא מקף – הרי יש כאן ארבע מילים. יש לומר ממה נפשך: אם הצורף כתב אותן לשם חול, אפילו בארבע מילים אין קדושה. ואם נאמר שהוא מסתמך על הפסוק, וכוונתו למקור שבתנ"ך – הרי במקור אין אלו אלא שלוש מילים. וא"כ צ"ע אם אמנם מקף מחבר את שתי המילים למילה אחת.

יתירה מזאת, צ"ע אפילו **בשתי** מילים, שמותר לכתוב, אם מצויין **במפורש** שהכוונה לפסוק, הרי הכוונה היא לכתבי הקודש. ומה בכך שיש כאן רק שתי מילים, הרי סוף־סוף כוונתו לכתבי הקודש? ועי' שו"ת הרשב"ש (סי' תפ"ב, מובא בפת"ש סי' רפ"ד ס"ק א'), שכתב שהכל תלוי בהבנת המשמעות, אם היא של חול או שהיא של קודש. ולכן יתכן מקרה שבו גם שתי מילים ייאסרו, אם משמעותן היא קודש. מיהו לשיטת ר"ת (תוס' גיטין ו' ע"א ד"ה א"ר), באיגרת שלומים, כשאין כוונתו לפסוק עצמו אלא למליצה בעלמא, מותר לכתוב יותר משלוש מילים, וכן מובא להלכה בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ד סעי' ב'). ומשמע, שאם כוונתו לפסוק עצמו, אזי רק שלוש או ארבע מילים אסור (לכל מ"ד כדאית ליה), אך שתי מילים מותר לכו"ע; וכך מסתבר.

וכאן בנד"ד, שיש ארבע מילים וצויין במפורש

שהכוונה היא לפסוק במשלי, לכו"ע אסור להיכנס בהן לבית הכסא.

ה. פסוקים בכתב שאינו אשורי

והנה הרמב"ן (גיטין ו' ע"ב ד"ה והורו) כתב שרק בכתב אשורי צריך שרטוט, אך בכתב אחר אין צורך בשרטוט. וכן הביאו בשמו הרשב"א (ד"ה ואמר) והר"ן (לרי"ף מגילה ו' ע"א ד"ה גרסי'). ואולי אפשר ללמוד מכאן היתר גם לכתיבת פסוקים בכתב שאינו אשורי והכנסתם למקום שאינו צנוע. ונראה לענ"ד שרק לענין שרטוט אומר זאת. כי יש הלכה בכתיבת ספרים שיהיו באותיות אשוריות ובשרטוט. וממילא גם חלק מספר אסור, ואפילו ג' וד' מלים. אך לגבי קדושת הפסוקים אין הדבר תלוי כלל בצורת האות אלא בתוכן הדברים.

ו. כתיבה ללא כוונה לקדושה

והנה לעיל (סי' ל"ט) נידונה השאלה בשם שנכתב ללא כוונה לקדשו, אם מותר למחקו. אם נניח שאין בו קדושה, מותר להיכנס אתו למקום שאינו צנוע ואינו נקי. ואם יש בו קדושה, אסור לעשות כן. והדבר תלוי א"כ בצורף. אם הצורף התכוון לפסוק מהתנ"ך, יש בו קדושה; אך אם לא התכוון לכך, אין בו קדושה. ויש להניח שסתם צורף מן הרוב הוא, ואינו מתכוון לפסוק מהתנ"ך; ודעת הצורף קובעת ולא דעת המזמין (עי' שו"ת יביע אומר ח"ד יו"ד סי' כ"א).

וא"כ יש כאן מקום להקל מחמת הספק אם כתיבת פסוק ללא כוונה אכן מקדשת. ויש לצרף שבנד"ד לא מדובר על שמות אלא על פסוק בלבד, וקדושת פסוקים אינה חמורה כל כך כקדושת השם. ועי' רמב"ם (הל' יסודי התורה פ"ו ה"ח), שכתב:

> כתבי הקודש כולן אסור לשורפם או לאבדם ביד. והמאבדן – מכין אותו מכת מרדות...

ומדבריו משמע שקדושת כתבי הקודש אינה מהתורה (כשאין בהם "שמות").

ז. כתב דפוס וכתב אשורי

ישנה עוד סיבה לצדד לקולא, שהכתב שלנו אינו כתב אשורי, ולכן יש להקל בו. כי יש להבחין בין האותיות האשוריות שכותבים בהן סת"מ, שכל קוץ של יו"ד וכל תג נעשים עפ"י ההלכה, ויש להן כוונות מיוחדות, לבין האותיות המרובעות הקרויות אותיות דפוס, שאינן אותיות של סת"ם ממש (עי' לעיל סי' מ"א בתשובה).

תשובה

ההיתר לענוד את התליון הוא רק כאשר הצורף אינו יודע שהמדובר בפסוק, וכן שאם לא יוזכר המקור בתנ"ך "משלי ל"א", והאותיות תהיינה רגילות ולא אותיות סת"ם. אך לכתחילה לא מומלץ לקנות תליון כזה.

מסקנות

א. אין לכתוב שלוש מילים מפסוק אחד שלא בספר תורה ושלא לצורך לימוד תורה.

ב. ההיתר לכתוב יותר מילים בתוך איגרת אמור רק באיגרת שמטרתה לימוד תורה. ואילו באיגרת שלום שבין אדם לחבירו מותר להשתמש בחלקי פסוקים רק לצורך צחות הלשון ולא לשם ציטוט של פסוק.

סימן מג

קדושת שם ה' בספרי כפירה מודפסים

ראשי פרקים

שאלה
א. ספר־תורה שכתבו מין
ב. שיטת הרמב"ם בגדר "מין" ו"אפיקורוס"
ג. שיטת הרמב"ם בספר־תורה שכתבו מין
ד. שיטת המחנה אפרים
ה. שיטת הרמב"ם בהלכות תפילין
ו. ספר־תורה שכתבו מין – סיכום
ז. גדרו של דפוס
תשובה
מסקנות

שאלה *

נחלקו הפוסקים באשר לספרים הנדפסים ומכילים אזכרות, אם יש להם קדושה או לא. כי פועלי הדפוס אינם מתכוונים לקדש את השם. ובפרט בשיטת ההדפסה המשוכללת הנהוגה כיום, שהיא אוטומטית, אין לייחס את מעשה ההדפסה לפועלים (כפי שיובא להלן).

לדעת השבות־יעקב (ח"א סי' ט"ו, מובא בשע"ת או"ח סי' של"ד ס"ק ט"ז; וכן בגליון מהרש"א יו"ד סי' רע"א סעי' ז', לט"ז ס"ק ח', ד"ה ולי נראה) יש קדושה בספרים הנדפסים ע"י גויים. לעומתו סובר בעל הלכות־קטנות (סי' ט"ו) שאין בהם קדושה. אם כי יש להעיר שהם מתייחסים לשיטת ההדפסה בימיהם, שהיתה ידנית. אך בשיטה המודרנית החשמלית, יתכן שגם השבות־יעקב יודה שאין בהם קדושה. ואכן כתבו ערוה"ש (יו"ד סי' רע"א סעי' ל"ט) והחזו"א (יו"ד סי' קס"ד ס"ק ג') וכן בספר "החשמל לאור ההלכה" (סי' ג' סעי' ט'), שאין קדושה בספרים הנדפסים (אם כי אין להתיר איבוד בידיים של אזכרות גמורות).

ויש לעיין לפי זה בדינם של ספרי מינים ואפיקורסים, שלפי הדין יש לשורפם, אם גם בספרים הנדפסים חל דין זה. או שמא יש לומר שמאחר שאין לפועלי הדפוס שום כוונה, וההדפסה היא אוטומטית, לא יחול על ספרים אלו הדין האמור.

א. ספר־תורה שכתבו מין

נאמר במסכת גיטין (מ"ה ע"ב):

אמר רב נחמן: נקטינן, ספר תורה שכתבו מין – יישרף; כתבו עובד כוכבים – ייגנז...

תני רב המנונא בריה דרבא מפשרוניא: ספר־תורה, תפילין ומזוזות שכתבן (מין ו)מסור, עובד כוכבים ועבד ואשה וקטן וכותי וישראל מומר – פסולין.

ויש שאינם גורסים "מין" בברייתא דרב המנונא. ופירש רש"י בתחילת הסוגיא (ד"ה מין):

מין – האדוק בעבודת כוכבים, כגון: כומר.

וכן פירש רש"י בעוד מקומות (שבת קט"ז ע"א ד"ה ספרי מינין, עבודה זרה כ"ו ע"ב ד"ה מינין, חולין י"ג ע"ב ד"ה מין). ועיין גליון מהרש"א (לשו"ע יו"ד סי' רפ"א סעי' א' ד"ה אפיקורוס, וכן בגיטין שם ד"ה רש"י) שהביא גירסה אחרת ברש"י, ולפיה "מין" הוא מי שאינו מאמין בדברי חז"ל. ודבריו תמוהים, הרי בהמשך הגמרא נאמר שאם עובד כוכבים, מומר, כותי וגוי כתבו ס"ת – ייגנז, הייתכן שמי שאינו מאמין בדברי חז"ל יהיה חמור מהם? ועיין מהר"ץ חיות (ד"ה רש"י) שכתב שלפי גירסה זו

* ניסן תש"ל.

רש"י לא פירש כך את דברי רב נחמן, אלא להלן, בברייתא דרב המנונא, לפי הדפוסים שגורסים שם גם "מין". (עיין כס"מ, הל' תפילין פ"א הי"ג, שהביא גירסה זו. מיהו צ"ע אם בדברי הכס"מ לא נפלו שיבושים ע"י הצנזורה). ובמשנ"ב (סי' ל"ט סעי' ד', בה"ל ד"ה שכתבם) כתב על גירסת הגליון מהרש"א שטעות היא ברש"י. והסיק שרק מי שאדוק בעבודה זרה שכתב ספר־תורה – יישרף; אך אם כתבו מומר, אפילו מומר להכעיס – ייגנז.

ולפיכך החילוק שבין מין לבין גוי, מומר וכותי – לדעת רש"י – הוא זה: מין – מחשבתו רק לעבודה זרה (עי' רש"י גיטין שם ד"ה ישרף), וא"כ לא רק קדושה אין בספר־תורה זה אלא טומאה יש בו. כל אזכרותיו, לא רק שלא נכתבו לשם שמים אלא נכתבו לשם עבודה זרה. לכן גנאי הוא לספר־תורה זה שיישאר כך, ומצוה לשורפו. מה שאין כן בספר־תורה שנכתב ע"י גוי, כותי ומומר, שסתם מחשבתם אינה לעבודה זרה. ואף אם אין בספר־תורה זה קדושה, גם טומאה אין בו; ולכן הדין הוא שייגנז ולא יישרף.

ובמסכת שבת (קט"ז ע"א) נאמר:

> הגליונים וספרי מינין – ר' יוסי אומר, בחול קודר את האזכרות שבהן וגונזן, והשאר שורף.
>
> אמר ר' טרפון: אקפח את בני, שאם יבוא לידי, שאני אשרוף אותם ואת האזכרות שבהן... שאפילו אדם רודף אחריו להורגו ונחש רץ להכישו – נכנס לבית ע"ז ואין נכנס לבתיהן של אלו; שהללו מכירין וכופרין, והללו אין מכירין וכופרין...
>
> אמר ר' ישמעאל, קל וחומר: ומה לעשות שלום בין איש לאשתו אמרה תורה, שמי שנכתב בקדושה יימחה על המים. הללו שמטילין קנאה ואיבה ותחרות בין ישראל לאביהן שבשמים, על אחת כמה וכמה!

והתוס' (ד"ה ספרי) כתבו שמחלוקת התנאים היא בספר־תורה שנמצא אצל מין. שכן בספר־תורה שכתבו מין, סוגיא פשוטה היא בגיטין שיישרף, ולא מסתבר שסוגיא זו היא כר' טרפון ולא כר' יוסי. משמע דלא ניחא להו להתוס' לפסוק הלכה כר' טרפון.

לעומת זאת כתב הרמב"ם (הל' יסודי התורה פ"ו ה"ח):

> אבל **אפיקורוס** ישראל שכתב ספר־תורה – שורפין אותו עם האזכרות שבו, מפני שאינו מאמין בקדושת השם, ולא כתבו לשמו... ומצוה לשורפו, כדי לא להניח שם לאפיקורסים, ולא למעשיהם. אבל עובד כוכבים שכתב את השם – גונזין אותו.

ב. שיטת הרמב"ם בגדר "מין" ו"אפיקורוס"

דברי הרמב"ם טעונים בירור. שכן בהל' תשובה (פ"ג ה"ח) כתב הרמב"ם שאפיקורוס הוא הכופר בנבואה, בנבואת משה או בהשגחה פרטית. וקשה, למה ייגרע אפיקורוס מעובד עבודה זרה? ואולי יש לחלק בין מי שעובר עבירות **מעשיות** לבין מי שעובר עבירות **השקפתיות**. שכן האחרונות חמורות יותר לענין זה. אך הדבר דחוק. שהרי סתם עובד עבודה זרה גם **מאמין** בעבודה זרה. וכן מומר לשבת, סתמו אינו מאמין בה' בורא שמים וארץ (עי' רש"י חולין ה' ע"א ד"ה אלא).

ועיין לח"מ (הל' תשובה פ"ג ה"ז ד"ה חמישה, ונראה) שכתב שאפיקורוס לפעמים הוא שם מושאל; וגם מי שמביא לאפיקורסות (כגון המבזה תלמיד חכם), ייקרא אפיקורוס. ולפי זה יש לומר שכוונת הרמב"ם במונח "אפיקורוס" היא כרש"י, דהיינו: מין, והוא מומר האדוק בעבודה זרה. אולם זה דוחק קצת. שהרי עד כאן לא אמר הלח"מ אלא שמי **שמביא** לאפיקורסות אף הוא **נקרא** אפיקורוס; אולם כומר האדוק לעבודה זרה, שהוא חמור יותר מאפיקורוס, קשה לכנותו בשם "אפיקורוס".

ועוד, מלשון הרמב"ם משמע שהחילוק בין אפיקורוס לבין גוי, מומר וכותי, אינו כמו שפירשנו בדעת רש"י, הסובר שלא זו בלבד שאין קדושה בספר־תורה שכתבו מין, אלא יש בו טומאה. שהרי הרמב"ם כותב במפורש שהטעם הוא משום שאין כוונתו לשם שמים. וקשה, שהרי גם גוי, מומר וכותי, סתמן לא לשם שמים נתכוונו!

ואכן בהוצאה המדעית המדוייקת של הרמב"ם (הוצאת מוסד הרב קוק, וכן בהוצאת הרב קאפח ובמחנ"א) הגירסא היא "**מין**" ולא "אפיקורוס". ועליו נאמר שיש לשרוף את ספר־התורה שכתב. אלא שעדיין קשה: שכן הרמב"ם כתב בהל' תשובה (פ"ג ה"ז) שחמישה הם הנקראים מינים, והם: הכופרים – במציאותו של ה', בייחודו, באי היותו גוף ובהיותו ראשון, וכן העובד ליישות אמצעית בינו לבין ה'. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא. מדוע גרע "מין" כזה מגוי ומישראל מומר לעבודה זרה?

והנראה לומר בזה הוא, שהנה הרמב"ם נימק את מצוות השריפה בספר־תורה שכתבו מין (לאור מה שהוכחנו, שהגירסה הנכונה ברמב"ם היא "מין", נשתמש מכאן ולהבא במונח המדוייק "מין" במקום "אפיקורוס"), שהיא כדי לא לעשות זכר לרשעים ולמעשיהם, ומקורו בוודאי הוא דברי ר' טרפון ור' ישמעאל (שבת קט"ז ע"א). הרמב"ם חולק על התוס' (לעיל אות א'), וסובר שר' טרפון ור' יוסי נחלקו בספר־תורה **שכתבו** מין, והוא פסק להלכה כר' טרפון בענין זה (משום שר' ישמעאל סבר כמותו). ושם אמר ר' טרפון, "הללו מכירין וכופרין והללו אין מכירין וכופרין". וא"כ "מין" הוא המכיר וכופר, מה שאין כן בגוי, מומר לתיאבון וכותי, שאינם עושים כן משום שמכירין וכופרין, אלא מנהג אבותיהם בידיהם (עי' חולין י"ג ע"ב). ולדעת ר' ישמעאל החילוק הוא בין מי שמטיל איבה בין הקב"ה לישראל, דהיינו משפיע על הציבור ומסית, לבין מי שהוא רשע בינו לבין עצמו ואין לו השפעה מסוכנת על הציבור. ולשון הרמב"ם נוטה יותר לדברי ר' ישמעאל, שכן מה שכתב "שלא להניח שם לאפיקורסים" (וליתר דיוק: "למינים") היינו כדי שמעשיהם לא ישפיעו לרעה על הציבור. וא"כ יש לחלק בין כת מגובשת, שהיא בעלת השפעה והסתה, לבין יחידים, שהם עוברים בינם לבין עצמם ואינם מסיתים ומשפיעים.

ולפי זה צ"ע אם כת הריפורמים, למשל, שייכת לסוג זה לדעת הרמב"ם; שהרי הם כת קבועה שיש לה אידיאולוגיה, והיא שואפת להשפיע ולהסית את הציבור אחריה.

ג. שיטת הרמב"ם בספר־תורה שכתבו מין

ולפי מה שאמרנו יוצא א"כ, שמצוות השריפה של ספר־תורה שכתבו מין היא לשם חיזוק התורה והקשר שבין הקב"ה לבין עם ישראל. וכל איסור "לא תעשון כן לה' א־להיכם" הוא רק במה שנעשה דרך **השחתה** (עי' רמב"ם הל' יסודי התורה פ"ו ה"ז). מה שאין כן כאן, ששריפה זו היא לצורך תיקון; ואינה פגם בכבוד שמים, אלא להיפך, להרבות קדושה והכרת שם שמים בעולם (ועי' ש"ך, יו"ד סי' רע"ו ס"ק י"ב. ודמי למגילת סוטה, שמוטב שיימחה שמו של ה' על המים כדי להביא שלום בין איש לאשתו, וק"ו כדי להביא שלום בין ישראל לאביהם שבשמים: עי' סוכה נ"ג ע"ב). אלא שלפי הסבר זה, למה לרמב"ם לומר "מפני שאינו מאמין בקדושת השם ולא כתבו לשמו", הרי אפילו אם היתה כוונתו לשם שמים, היה מותר לשרוף מן הטעם האמור? ונראה שכוונת הרמב"ם היא לומר **שהיתר** השריפה תלוי במה שאין כוונתו לשם שמים; ורק **מצוות** השריפה היא כדי שלא להשאיר זכר לרשעים.

אלא שלפי דברינו ע"כ צריך לומר שמותר להשחית שם שנכתב שלא לשם שמים. ואכן השד"ח (כרך ו', קונט' "באר בשדי") מביא שיש הסוברים כך. ושם הביא השד"ח סברא לחלק בין כותב סתם, שהשם מתקדש בדיעבד, לבין הכותב ומכוון שלא לקדושה, שאכן השם אינו מתקדש.

ואולי זה החילוק גם לדעת הרמב"ם בין מין לבין שאר הכותבים שנפסלו: שמין מכוון שלא לקדושה, וגוי אינו מכוון אלא כותב סתם. ועיין כס"מ (הל' גירושין פ"ג הט"ו), שכתב שגוי פעמים מתכוון לשם שמים. אך לפי מה שכתבנו לעיל – שמין לדעת הרמב"ם אינו כמו מין לדעת רש"י, אלא כת בעלת השפעה מזיקה – ע"כ צריך לומר שלא די בכך שמין יכוון שלא לקדושה כדי שתהיה מצוה לשרוף את האזכרות שכתב; אלא כמו שכתבנו, שמכיון שהוא מטיל איבה בין

ישראל לבין הקב"ה, מצוה לשרוף את שם ה' שכתב.

ד. שיטת הרמב"ם בהלכות תפילין

לפי מה שכתבנו לעיל (אות ב'), לחלק בין מין לבין אפיקורוס, נראה שיש להגיה גם בדברי הרמב"ם בהל' תפילין (פ"א ה"ג) כפי דבריו בהל' יסודי התורה:

ספרי תורה, תפילין ומזוזות שכתבן **מין** (ולא "אפיקורוס") – יישרפו.

כתבן **גוי** (ולא "כותי". וכן מוכח מהמשך הדברים שם, שהרי כותיים סתמן עובדי עבודה זרה הם, עי' חולין ה' ע"ב) או ישראל מומר (והכוונה היא למי שמומר להנחת תפילין) או מוסר ביד אנס (דחזקתו מומר הוא) או עבד או אשה או קטן – הרי אלו פסולין, וייגנזו.

ונראה שהחילוק ביניהם לדעת הרמב"ם הוא כזה: מין – הוא הכופר בה' ועובד עבודה זרה, וא"כ אין כוונתו כלל לה'. מה שאין כן בגוי, מוסר, מומר לתפילין וכדו', שאינו בהכרח כופר במציאותו של ה' וייחודו; ואף שאין כוונתו לקדש את השם, וספרו ותפיליו פסולים, מיהו סוף־סוף כשכתב את ה' האמין במציאותו, ולכן אסור לשורפו.

ולפי גירסא זו מיושבת הקושיא שהביא בספר קובץ (הל' יסודי התורה פ"ו ה"ח) מספר "בני חייא" (יו"ד דף ס"ג) על דברי הרמב"ם (הל' ספר־תורה פ"י ה"א) שפסק ספר־תורה שכתבו אפיקורוס כשר ללמד בו תינוקות.

ולדברינו אין סתירה כלל. שכן יש לחלק בין ספר־תורה שכתבו מין לספר־תורה שכתבו אפיקורוס (מיהו במהדורת הרב קאפח, הגירסא כאן היא: "ספר־תורה שכתבו גוי", וצ"ע).

ולדברינו הגמ' והרמב"ם (בהל' יסודי התורה ובהל' תפילין) נקטו בדקדוק דווקא **מין**, ולא אפיקורוס וכופר, שכן אפיקורוס מאמין בה', אלא שהוא כופר בנבואה והשגחה. וכן הכופר הוא מי שכופר בתורה מן השמים ובגאולה העתידה (רמב"ם הל' תשובה פ"ג ה"ח). ומאחר שאינם כופרים במציאותו של ה', אין היתר לשרוף את אזכרותיהם. אך מין, שהוא כופר בה' ועובד ע"ז – ספרו יישרף. ודווקא גוי שאינו עובד עבודה זרה, ספר־תורה שלו ייגנז; מה שאין כן בגוי העובד עבודה זרה – לא גרע ממין. ועל דרך זו כתב הרמב"ם בתשובה (מהדורת בלאו סי' רס"ג) לחלק בין הקראים, הכופרים בתורה שבע"פ, לבין המינים שהם כופרים בתורה מן השמים (וכן חילק שם בסי' תמ"ט).

ה. שיטת המחנה אפרים

המחנה־אפרים (בסוף הספר, בהגהותיו ליו"ד, הל' ספר־תורה) דן בביאור דברי הרמב"ם הנ"ל (בהל' יסודי התורה), וכתב שם מספר תשובות:

בתשובה הראשונה הוא מבאר את דברי הרמב"ם, ואומר שאין קדושה בשם שנכתב ללא כוונה, ומותר למחקו. ומטעם זה יש לשרוף ספר־תורה שנכתב ע"י מין. ולעומת זאת ספר־תורה שנכתב ע"י גוי ייגנז, משום שבשעה שהוא כותב את השם, הוא יודע שזהו שמו של ה', והוא מאמין בו, ולכן השם מתקדש. ורק לענין כשרות ספר־התורה אין הדבר מועיל, והוא פסול לקריאה; ומשום כך ייגנז (ועי"ש שהסתפק בדבר, וייתכן שזו תשובה אחרת).

ובתשובה נוספת שם כתב שספר־תורה שכתבו מין יישרף משום שהשם לא נכתב בכוונה, כי סתם מין אינו מתכוון לשם שמים. לעומת זאת, בגוי שכתב ספר־תורה – הדין הוא שייגנז; ואע"פ שסתם גוי אינו מתכוון לשם שמים, אסור לשרוף את השם, מדרבנן. ובמין תיקנו שריפה כדי שלא להשאיר זכר למינים.

בהמשך דבריו שם נראה שחזר בו, ולבסוף הוא משאיר את הדבר בספק, אם יש קדושה בשם ה' שנכתב ללא כוונה. ומסקנתו היא שגוי שכותב, סתמו כותב שלא לשמה, והשם אינו קדוש. אך ישראל, שסתמו כותב לשמה, יש להסתפק אם צריך כוונה מפורשת כדי לקדש את השם או שדי בכוונה סתמית (ועל הדרך שהסתפק בתשובתו הראשונה).

וא"כ לענייננו יש לומר כמו שכתבנו, שסתם מין אין כוונתו לשם ה', ולכן אין השם קדוש, ומותר למוחקו. ומכיון שאסור להשאיר זכר לרשעים, מצוה לשורפו. ולעומת זאת, בגוי שכתב ספר־תורה – הספר ייגנז, אם משום שייתכן שגוי מתכוון גם לשם ה' (כמו שכתבנו לעיל, אות ג', בשם הכס"מ), או שהוא קדוש מדרבנן (כמו שכתב המחנ"א).

ועי' תוס' (מנחות מ"ב ע"א ד"ה ואל) שהקשו, למה פסלו ספר־תורה שכתב גוי מכוח דרשת הפסוק "וקשרתם וכתבתם – כל שישנו בקשירה ישנו בכתיבה" (גיטין מ"ה ע"ב, מנחות שם), תיפוק ליה שאין כוונתו של הגוי לשמה? ותירצו שלושה תירוצים:

א. הדרשה נחוצה לפסול אשה, צדוקי, קטן וכדו', ולא גוי.

ב. השם פסול רק אם נכתב בכוונה הפוכה, שלא לשם שמים; אך בסתם, אין השם פסול.

ג. הדרשה נחוצה למי שכתב פסוקים בתורה שאין בהם אזכרות.

נמצא שלתירוצים הראשון והשלישי, שם שנכתב ללא כוונה אינו קדוש. ולתירוצים אלו ע"כ צריך לומר שספר־תורה שכתבו גוי ייגנז מדרבנן, וכמו שכתב המחנ"א בתירוצו השני. והתירוץ השני של התוס' סובר כתירוץ הראשון של המחנ"א (עי"ש בדבריו שרמז לתוס' הנ"ל, וייתכן שהתכוון למה שכתבנו).

ו. ספר־תורה שכתבו מין – סיכום

וא"כ למעשה לדעת רש"י, וכמו שהכריע המשנ"ב (סי' ל"ט סעי' ד' בה"ל ד"ה שכתבם), יש לשרוף רק שמות שנכתבו ע"י מי שאדוק בעבודה זרה. ולדעת הרמב"ם יש בהם כמה דרגות:

א. כופר שיש לו השפעה מזיקה, **מן הראוי** לשרוף את מה שכתב.

ב. מי שאינו מאמין בה' ובתורתו, נחשב למין, **ומותר** לשרוף את מה שכתב.

ג. מי שאינו כופר גמור, כגון גוי, אין לשרוף את מה שכתב אלא לגנוז (ולדעת המחנ"א חיוב גניזה הוא מדרבנן).

תשובה

מספק יש להתייחס בקדושה אל גליונות דפוס שתוכנם פסול ומכילים אזכרות, ואף יש לגנוז אותם. אולם הגניזה לא תהיה בבית הגניזה עם כתבי קודש אחרים. (וכעין זה מצינו לענין קבורה, שאין קוברים רשע אצל צדיק: עי' סנהדרין מ"ז ע"א). ויכול אדם לחפור בור בחצירו ולגנוז אותם שם. ונראה שגם אם כתבים אלו מכילים דברי הסתה כנגד ה' ועיקרי האמונה, שייתכן שמותר גם לשרוף אותם, מסתבר שגם בגניזה כזו יוצאים ידי חובה.

ובאשר לחיוב שריפה בספרים שכוונתם להסית ולהדיח, אע"פ שהם מודפסים ואין לייחס לפועלים שום כוונה בהדפסת ה"שמות" שבהם – מ"מ זיל בתר טעמא. שהרי חיוב שריפה הוא בגלל החשש להשפעה מזיקה של הספרים על קוראיהם. ונימוק זה תופס גם בספרים הנדפסים, כי סוף־סוף ההשפעה המזיקה קיימת בין אם הפועלים התכוונו לכך ובין אם לאו. ולכן נראה שספרי מיסיון וכדו', שמטרתם להסית ולהדיח אנשים מאמונתם, יש לשורפם גם אם נדפסו (ועי' שו"ת אגרות משה יו"ד ח"א סי' קע"ב).

מיהו, מכיון שיוצאים ידי חובה גם בגניזה, נראה לענ"ד שעדיף לגנוז אותם (אם כי, כאמור, לא בגניזה הרגילה המיועדת לשמות הקדושים).

מסקנות

א. דעת רש"י היא ש"מין" הוא אדם האדוק בעבודה זרה; והספר שכתב יישרף מפני שמחשבתו של הכותב היא לעבודה זרה, ולכן אין בו קדושה אלא טומאה.

ב. לדעת הרמב"ם, "מין" בדרך כלל הוא הכופר בה' או מי שעובד עבודה זרה.

ג. לדעת הרמב"ם (בגירסאות המדוייקות), רק ספר־

תורה שנכתב ע"י מין – החבר בכת כופרים פעילה ומגובשת שיש לה השפעה שלילית ניכרת על הציבור – חייב שריפה, ולא ספר־תורה שנכתב ע"י אפיקורוס. וטעם חובת השריפה הוא כדי שלא יהיו לרשעים אלו שם והשפעה.

ד. לדעת המחנה־אפרים אין קדושה בשם שנכתב שלא בכוונה לשם שמים. ולכן היתה אפשרות לתקן שספר תורה שכתבו מין יישרף.

ה. למעשה, מין שכתב דברים שבקדושה – לא חלה עליהם קדושה, ומעיקר הדין אינם חייבים גניזה. אולם בספרים הנדפסים, שאין לייחס כל כוונה לפועל שהדפיס אותם, מן הראוי לגנוז גם ספרי מינות. אולם הדבר לא ייעשה בגניזה הכללית של כתבי הקודש.

ו. ספר כפירה מודפס, שנועד להשפיע על הציבור לרעה, יש לשורפו. אך אפשר גם לגנוז אותו, אם כי לא בגניזה הרגילה עם השמות הקדושים.

סימן מד

חיוב מזוזה בחממה

ראשי פרקים

שאלה
א. מזוזה בבנין שאינו עומד למגורים
ב. גדר בנין עראי
ג. שיטת הרמב"ם בדין סוכת היוצרים
ד. שיטת רש"י והראב"ד
ה. הסברים אחרים במחלוקת ר' יוסי ור' יהודה
ו. חממה – "בית" או "שדה"?
ז. מבנה שאינו ראוי לדירה
תשובה
מסקנות

שאלה *

בדור האחרון התפתחה מאד שיטת הגידול בחממות. החממה עשויה קונסטרוקציה קבועה של צינורות מתכת, ועליה פרושות יריעות ניילון. יריעות אלו (בתקופה בה נשאלה השאלה) מחזיקות מעמד במשך מספר חודשים עד שהן נקרעות. אך בשנים האחרונות החלו להשתמש ביריעות חזקות יותר, שהן מחזיקות מעמד במשך שנה, ולקראת החורף מחליפים אותן בחדשות. והשאלה הנשאלת היא: האם חממה היא מבנה החייב במזוזה?

א. מזוזה בבנין שאינו עומד למגורים

פסק השו"ע (סי' רפ"ו סעי' ב'):

> אלו המקומות שחייבים במזוזה: ...בית התבן, בית העצים ובית הבקר – חייבים.

ומקור דבריו הוא שיטת הרי"ף (הל' מזוזה דף ו' ע"ב) והרא"ש (הל' מזוזה סי' ט"ו). אך לדעת הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ז) – מבנים אלו פטורים ממצוות מזוזה.

ולכאורה נראה שגם דינה של החממה הוא כמו מבנים אלו. וא"כ לפי השו"ע היא תהיה חייבת במזוזה. אמנם כתב בערוה"ש (סעי' ט"ז) שלדעתו יש לקבוע מזוזה בלא ברכה, אלא שהעולם נהגו לברך. אך הפת"ש (ס"ק ט"ז) כתב בשם שו"ת רעק"א (ח"א סי' ס"ו ד"ה אמנם) דלית דחש ליה להרמב"ם.

ומ"מ אע"פ שהשו"ע (יו"ד סי' רפ"ו סעי' ב') פסק שבית התבן, בית העצים ובית הבקר חייבים במזוזה, פוק חזי מאי עמא דבר; ורובא דאינשי נהיגי שאינם קובעים מזוזה בלולים, רפתות וכיו"ב, אע"ג דלא נפיש זוהמייהו (עי' פת"ש ס"ק

* שבט תשל"ה.

ב', ערוה"ש סעי' ו'). אך ניתן ליישב את מנהג העולם עפ"י דברי ערוה"ש (סעי' ח"-ט') שגרס ברי"ף (הל' מזוזה דף ו' ע"ב) כשיטת הרמב"ם (שהרי כידוע בדרך כלל הרמב"ם הולך בעקבות הרי"ף), שבית התבן ובית הבקר פטורין מהמזוזה. וייתכן שהעולם סומך על דעה זו להלכה. ובספר יד־הקטנה כתב בטעם המנהג, שהוא משום דנפיש זוהמייהו. ולפי זה במקום שאינו מלוכלך כל כך יש לחייב במזוזה. ואכן כך נכתב בספר מעשה־רב להגר"א (אות צ"ט), שיש לקבוע מזוזה ברפת בקר. וכן ראוי לנהוג לכתחילה.

עוד נפסק בשו"ע שם (סעי' י"א):

> סוכת החג בחג, והבית שבספינה, והחנויות שבשווקים – פטורים.

מצינו איפוא שבית שאינו משמש למגורים פטור מן המזוזה. וא"כ הוא הדין לנד"ד. והנה תמהו המפרשים: מאי שנא חנויות שבשווקים מבית הבקר ובית התבן? ובערוה"ש (סעי' כ"ו) תמה על השו"ע, שנגרר כאן אחרי לשון הרמב"ם, אע"פ שפסק (שם סעי' ב') שלא כמותו. אך נראה יותר כמו שכתב הפת"ש (ס"ק י') בשם ספר יד־הקטנה, שהכוונה היא לחנויות עראיות ("באסטות") שעושים בירידים ואח"כ מפרקים אותן, שהן דומות לסוכת החג בחג. וממילא חנויות קבועות, אעפ"י שאינן משמשות לדירה – חייבות; דלא גרע מבית העצים ובית התבן. וא"כ גם חממות, לכאורה דינן כבית התבן והעצים, וחייבות במזוזה.

ב. גדר בנין עראי

וצ"ע, כמה זמן צריך בנין לעמוד כדי שייקרא בנין קבע, ובכמה זמן הוא נקרא ארעי (עי' ט"ז ס"ק י').

ומצינו במי ששוכר בית בחו"ל, וכן הדר בפונדק בא"י, שלאחר ל' יום הם חייבים במזוזה (שו"ע שם סעי' כ"ב). וא"כ אולי גם לענין קביעותו של הבית יש לומר שבית שקבוע יותר מל' יום נקרא קבוע, ובפחות מכך נקרא עראי. אלא שדבר זה תלוי במחלוקת בין בעלי התוס' (מנחות מ"ד ע"א ד"ה טלית) בגדר חיובו של השוכר במזוזה: לפי הפירוש הראשון בתוס', השוכר חייב במזוזה מן התורה, אלא שעד ל' יום דירתו אינה נחשבת למגורי קבע; וכמו שהביאו ראיה מחיוב מיסים (ב"ב ח' ע"א). ולפי התירוץ השני בתוס', חיובו של השוכר במזוזה, גם לאחר ל' יום, הוא מדרבנן בלבד. ולדעה זו, מן התורה שוכר פטור לעולם, אלא שרבנן גזרו אחרי ל' יום. ואילו בארץ ישראל גזרו מיד.

ולכאורה הוא הדין לענין הבית עצמו: לפי התירוץ הראשון, זמן פחות מל' יום נחשב עראי. ולפי התירוץ השני, גם זמן שהוא יותר מל' יום נחשב עראי. וא"כ צ"ע לדעה זו, כמה זמן נחוץ כדי שהמבנה ייחשב מבנה קבוע.

מיהו הדיון שם הוא בקביעותם או עראיותם של **הדרים בבית**, ואילו כאן אנו דנים בקביעותו או ארעיותו של **הבית עצמו**.

והנה התוס', בפירושם הראשון, הביאו ראיה ממסכת ב"ב (ח' ע"א) שם נאמר לגבי חיוב מיסים, שחובה זו חלה רק על מי שגם בעיר י"ב חודש. והגמ' (ב"ב שם) עמדה על סתירה בין דין זה לבין דין עיר הנידחת, שם שיעור הזמן הקובע את שייכותם של התושבים לעירם הוא ל' יום. ומתוך כך חילקה הגמ' בין "אנשי העיר", לענין מיסים, לבין "יושבי העיר", לענין עיר הנידחת. ומ"מ משם משמע שקביעות גמורה היא רק אחר י"ב חודש. בעלי התוס', דימו דין מזוזה לדין **אנשי** העיר לענין מיסים, ולא השוו לדין **יושבי** העיר, שנאמר בעיר הנידחת. ולעומת זאת, לענין בית קבוע להלן נוכיח שבית העומד רק ל' יום לאו בית הוא, ורק בית העומד י"ב חודש נקרא בית. מוכח מכאן שלבעלי התוס' היה פשוט שגדר מגורי קבע לענין חובת הדר במזוזה אינו דומה לגדר מבנה קבע לענין הגדרתו כבית. והגדרת מבנה כבית טעונה זמן ארוך יותר מאשר הגדרה של דירת אדם בבית.

ג. שיטת הרמב"ם בדין סוכת היוצרים

ונראה שיש לדון בהשוואה של חממה ל"סוכת היוצרים", שנידונה במסכת מעשרות (פ"ג מ"ז):

> הצריפין והבורגנין והאלקטיות – פטורין. סוכת גינוסר, אנ"פ שיש בו ריחיים ותרנגולים – פטורה. **סוכת היוצרים** הפנימית – חייבת... ר' יוסי אומר: כל שאינה דירת החמה ודירת הגשמים – פטורה.

ופירש הרע"ב (ד"ה סוכת גינוסר):

> ...ויושביו עושים סוכות ודרים שם כל זמן הפירות.

ובהמשך (ד"ה כל) **פירש הרע"ב את דעת ר' יוסי:**

> וסוכה פנימית, אין היוצר דר בה בימות הגשמים; הלכך פטורה. ואין הלכה כר' יוסי.

ודבריו סותרים לכאורה זה את זה: סוכת גינוסר, המשמשת רק לימי הפירות, דהיינו בקיץ – פטורה. ואילו סוכת היוצרים, שגם היא משמשת רק לימות החמה, חייבת לדעת ת"ק, והלכה כמותו!

וכתב הרמב"ם (הל' מעשר פ"ד ה"ד):

> הצריפין והבורגנין ובתי הקיץ, והוא ארבעה עמודים ותקרה על גביהן, שנמצא בלא כתלים; וכן סוכות שעושים בני הכרמים ובני הגנות בימי הקיץ, אע"פ שדרין בהן כל ימי הקיץ ויש בהם ריחיים ותרנגולין – אין קובעין למעשר... שכל אלו אין דירתם קבע.

ומשמע מדבריו שסוכות בני הכרמים, אמנם יש להן כתלים, אך אינן קובעות למעשר, משום שאינן "דירת קבע". והדבר קשה: מאי שנא מסוכת היוצרים הפנימית, שהיא קובעת למעשרות למרות שאינה דירת החמה ודירת הגשמים?

ונראה לענ"ד לומר שסוכות גינוסר והאלקטיות, **מצד עצמן** אינן ראויות לשימוש בכל ימות השנה אלא לימות הקיץ בלבד. וכן משמע מדברי הריבמ"ץ (ד"ה אלקטיות) שכתב שהן "**בתים של קש**". ובדומה לכך פירש התפא"י (אות מ"ג): "אלקטיות – דפנותיו דקין, מדהם עשויים רק מערבי נחל". ומכיון שכך הן נופלות כשמגיע החורף. מה שאין כן בסוכת היוצרים, שמצד עצמה סוכה קבועה היא, אלא שמכיון שהרוח והגשם חודרים לתוכה **אינה ראויה לדירה** בימות הגשמים.

בירושלמי (מעשרות פ"ג ה"ג) **נאמר שדין קביעות למעשר שווה לדין מזוזה. וכן הוא בבבלי** (סוכה ג' ע"א). **וא"כ חממה, אם מצד עצמה אינה ראויה להחזיק מעמד שנה שלמה, אלא רק חודשים ספורים – פטורה ממזוזה. אך אם היא חזקה כל כך שיכולה להחזיק מעמד במשך כל השנה – היא תתחייב במזוזה מצד זה.**

אך יש לעיין עוד בדברי הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ט):

> שתי סוכות של יוצרים, זו לפנים מזו – החיצונה פטורה מן המזוזה, לפי שאינה קבועה.

ומשמע שהסוכה הפנימית חייבת משום שהיא קבועה. והדבר קשה: הרי בפירוש משמע מהמשנה במעשרות שאף הפנימית אינה קבועה אלא לימות החמה ולא לימות הגשמים! ואולי זוהי כוונת הראב"ד (בהשגתו על הרמב"ם הנ"ל):

> אף הפנימית אין לה קבע.

והכס"מ (ד"ה שתי) **פירש כך את כוונת הראב"ד בהשגתו: מכיון שהסוכה החיצונית פטורה רק משום שאינה קבועה, א"כ הפנימית, שגם היא אינה קבועה, תיפטר ג"כ! אלא ע"כ צריך לומר ששתיהן אינן קבועות, אלא שהחיצונה יש בה תרתי לריעותא: שגם אינה קבועה וגם היא רק כבית־שער לחברתה.**

ונראה לומר בדעת הרמב"ם עפ"י מה שכתבנו, שבאמת סוכת היוצרים מצד **עצמה** היא קבועה, ואינה עומדת לפירוק כל שנה ושנה מחדש, אלא **שאין היא ראויה לדירה** בימות הגשמים. מכיון שכך הסוכה הפנימית חייבת במזוזה, מפני שהיא קבועה מצד עצמה; אך החיצונה – מכיון שיש בה תרתי לריעותא: גם אינה ראויה לדירה בימות הגשמים, וגם בימות החמה אינה קבועה לדירה אלא לבית־שער – מכיון ששימושה אינו מצד עצמה, אין היא נחשבת לקבועה. וזוהי כוונת הרמב"ם, מכיון שהיא רק בית־שער – הרי היא פטורה מן המזוזה. ואע"פ שכל בית־שער חייב, היינו בית־

שער לבית קבוע, אך לא בית־שער לבית ששימושו אינו קבוע.

ד. שיטת רש"י והראב"ד

ולפי דברינו אדרבה, יש להקשות על הראב"ד: שהרי ע"כ הוא צריך לחלק בין סוכת היוצרים הפנימית, שחייבת במזוזה וקובעת למעשרות, לבין סוכת גינוסר, שפטורה. וע"כ החילוק הוא כנ"ל, שסוכת היוצרים מצד עצמה היא קבועה, ורק מבחינת שימושה אינה קבועה; ואילו סוכת גינוסר, גם מצד עצמה אינה קבועה. וא"כ הסוכה הפנימית נקראת קבועה, כמו שכתב הרמב"ם. ומהי השגתו עליו?

הכס"מ כתב בדעת הראב"ד שפירש כדעת רש"י במסכת סוכה (ח' ע"ב). וכך נאמר שם בגמרא:

> אמר ר' לוי משום ר' מאיר: שתי סוכות של יוצרים, זו לפנים מזו; הפנימית – אינה סוכה, וחייבת במזוזה. והחיצונה – סוכה, ופטורה מן המזוזה.

ופירש רש"י (ד"ה פנימית אינה סוכה):

> דלא מינכרא מילתא דלשם סוכה הוא דר בו; דהא כל ימות השנה דייר התם, ורוב תשמישו וסעודתו ושינתו שם.

בהמשך מבארת הגמ' את ההבדל שבין שתי הסוכות הללו לענין חיובן במזוזה. ועל כך כתב רש"י (ד"ה משום):

> לא זו ולא זו דבר קבוע.

ומבואר מדבריו, שאע"פ שהסוכה הפנימית אינה קבועה, בכל זאת היא חייבת במזוזה, משום שעכ"פ היא עשויה לדירה. וע"כ מה שכתב לפני כן על הסוכה הפנימית, "דהא כל ימות השנה דייר התם", אין כוונתו לכל ימות השנה ממש, שהרי אח"כ פירש שגם סוכה זו אינה קבועה, והרי אין לך קבע גדול מזה שדר שם כל ימות השנה. אלא ע"כ כוונתו לומר שהסוכה הזאת עשויה למגורים במשך **רוב** ימות השנה, הן בימות החמה והן בימות הגשמים, כאשר לא יורד גשם ממש.

והדברים מתפרשים מכוחה של הברייתא הסמוכה (שם):

> ת"ר: גנב"ך – סוכת גויים, סוכת נשים, סוכת בהמה וסוכת כותים – ...כשרה.

ופירש רש"י (ד"ה סוכת גויים):

> שנעשויה לדור בה בימות החמה.

כלומר, ההבדל שבין בית קבע לסוכת עראי הוא לא **חוזקו** של המבנה, כשם שביארנו בדעת הרמב"ם, אלא **ייעודו** של הבית. סוכה – מיועדת רק לימות החמה; ואילו בית מיועד גם לימות הגשמים. וכן בברייתא האחרת (שם):

> דת"ר: סוכת רקב"ש – סוכת רועים, סוכת קייצים, סוכת בורגנין, סוכת שומרי פירות – ...כשרה.

וגם סוכות אלו מיועדות לימות החמה בלבד, ולכן הן כשרות לחג ופטורות מן המזוזה; בניגוד לסוכת היוצרים הפנימית, שהיא מיועדת גם לחלק מימות הגשמים.

וההכרח לומר כך נובע ממה שיש להקשות על שיטת רש"י מן המשנה במסכת מעשרות (פ"ג מ"ז, הובאה לעיל אות ג'). שהרי רש"י (סוכה שם) כתב על סוכת היוצרים הפנימית, שהוא דר בה כל ימות השנה. ואילו במשנה במעשרות מפורש שאין דרים בסוכת היוצרים אלא בימות החמה בלבד! ועי' ערוך־לנר (סוכה שם ד"ה ברש"י) שתירץ שכוונת רש"י היא לא **לכל** ימות השנה, אלא לומר שדרים בה יותר מאשר בשבעת ימי חג הסוכות. (ומה שכתב רש"י על סוכה זו "דהא **כל** ימות השנה דייר התם" – לאו דווקא, אלא בא לאפוקי מסוכת החג ששימושה רק שבעה ימים בשנה). ודבריו דחוקים, שהרי סוכת גנב"ך וסוכת רקב"ש עשויות לכל ימות החמה ולא רק לחג הסוכות, ובכל זאת הן כשרות למצוות סוכה, ומשמע שאף פטורות מן המזוזה, כמו סוכות גינוסר. וא"כ מדוע סוכת היוצרים הפנימית תהיה חייבת במזוזה?

וע"כ יש לחלק בין סוכה העשויה למגורים ברוב ימות השנה, אלא שדרים בה בימות החמה בלבד ולא בכל ימות השנה, לבין סוכה שמעיקרה אינה עשויה אלא לזמן קצר בלבד. סוכת היוצרים היא קבועה ומיועדת לדירה בכל

ימות השנה, אלא שלמעשה אין דרים בה בימות הגשמים; מה שאין כן בסוכת גינוסר, וכן בסוכות גנב"ך ורקב"ש, שאינן עשויות אלא לימות החמה בלבד, ואח"כ מפרקים אותן או שהן נופלות בסופות החורף. וע"כ רש"י לכך התכוון באומרו שהוא **דר** שם כל ימות השנה, דהיינו: שהוא דר שם כל זמן שהוא יכול, עד שהגשם והקור מאלצים אותו לצאת משם; אך הסוכה עצמה ממשיכה להתקיים כל ימות השנה, וממשיכה להיות ראויה לדירה גם בימי החורף שאינם ימי גשם ממש. אלא שהדבר תלוי רק בצורת המגורים של האדם. וההבדל בין שיטת הרמב"ם לשיטת רש"י והראב"ד הוא, שלדעת הרמב"ם המבנה **כשלעצמו** הוא הקובע, ואילו לדעת רש"י וראב"ד **המגורים** במבנה הם הקובעים. אולם לדעתם, רק מגורים לכל השנה נותנים למבנה שם של "בית".

וא"כ רש"י והראב"ד פירשו את דברי ר' יוסי במעשרות – שאמר "כל שאינה דירת החמה ודירת הגשמים פטורה" – שאין הכוונה **לימות** החמה ו**ימות** הגשמים; ודוק בלשונו של ר' יוסי, שנקט "חמה" ו"גשמים" גרידא; אלא כוונתו לומר שכל בית שאינו עומד בפני הגשמים, אינו **בית**. (וזכר לדבר – מה שכתבו התוס', סוכה ב' ע"א ד"ה כי, שאם קבע את הסכך במסמרים עד כדי כך שלא ירדו גשמים בסוכה, הרי זה "בית" ולא סוכה). ואילו ת"ק (מעשרות שם) **סבר שאעפ"כ מיקרי בית, כיון שכל ימות השנה נמצאים בו, ואפילו בימות הגשמים, חוץ משעה שהגשמים יורדים ממש.**

מדברי רש"י במקום אחר (סוכה י"ד ע"א ד"ה ר' מאיר) משמע שסובר כדעת התוס' שהבאנו, שכתבו, שסוכה הראויה לכל ימות השנה, דהיינו שאף הגשם אינו חודר אליה – "בית" מיקרי, ולא סוכה. וא"כ רש"י לשיטתו.

ולפי זה יש להבין את החילוק שבין סוכת היוצרים הפנימית לבין סוכת גינוסר: סוכת גינוסר מיועדת רק **לימות החמה**, ואילו סוכת היוצרים היא **לכל השנה**, אלא שבזמן שהגשם יורד אין היא ראויה לשימוש.

ולכאורה היה מקום להקשות ולומר, שאף שבזמן שהגשמים יורדים ובני אדם עוזבים אותה, עדיין נשארים בה מסתמא כלים ודברים אחרים, וא"כ היא צריכה להתחייב במזוזה מטעם זה! אך יש לומר שהרי הראב"ד מסכים לשיטת הרמב"ם (לעיל אות א'), שרק דירת אדם חייבת במזוזה, ואילו בית הבקר ובית התבן פטורים. וא"כ הוא הדין לדירה זו, שבזמן הגשם אינה דירת אדם, ולכן היא פטורה.

ולפי זה, הפוסקים הסוברים שגם בית הבקר ובית התבן חייבים במזוזה, אינם יכולים לפרש כדעת הראב"ד; אלא עליהם לפרש כהרמב"ם, שהפנימית אינה נחשבת קבועה משום שכל ימות הגשמים אין משתמשים בה.

עכ"פ לדעת רש"י והראב"ד אין צורך לחלק כפי שחילקנו בדעת הרמב"ם (לעיל אות ג'), בין אם הבית קבוע מצד עצמו לכל השנה אלא שמצד שימושו אינו קבוע, לבין אם הבית מצד עצמו אינו קבוע. אלא אפילו אם הבית מצד עצמו קבוע לכל השנה, אלא ששימושו הוא רק **חלק** מהשנה – הרי הוא פטור; והוא יהיה חייב במזוזה רק אם שימושו הוא **כל** השנה חוץ מזמן ירידת הגשמים ממש. ולפי זה, אפילו חממה העומדת כל השנה, אלא שאין משתמשים בה בכל ימות השנה – דינה כסוכת גינוסר, ופטורה.

ונמצא א"כ שדין החממה תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד: לדעת הרמב"ם, הכל תלוי בקביעות **המבנה**. (ובחממה הדבר תלוי בשאלה: מה קובע, המסגרת או היריעות? שהרי המסגרת שלה היא קבועה, ואילו היריעות מתחלפות. ומסתבר שהיריעות הן עיקר המבנה; שהרי הן המגינות מרוח ומטר. ומכיון שהן ארעיות, המבנה נחשב למבנה ארעי). **ולדעת הראב"ד**, הכל תלוי בקביעות **השימוש**, והחממה ראויה לשימוש רק במשך חלק מימות השנה; ולכן היא נחשבת למבנה ארעי, ופטורה מן המזוזה. מיהו גם לדעת הרמב"ם יש לפטור את החממה ממזוזה, גם אם נאמר שהקונסטרוקציה היא העיקר, שהרי לשיטתו רק דירה הראויה לאדם חייבת, ואילו בית הבקר והעצים פטור. וא"כ

הוא הדין לחממה, שהיא דירת צמחים ולא דירת אדם. אמנם הפוסקים לא פסקו כמותו בשאלה זו. אך אולי דעתו יכולה להכריע מספק.

ה. הסברים אחרים במחלוקת ר' יוסי ור' יהודה

עוד נראה לבאר את דעת רש"י והראב"ד עפ"י דברי רבינו יהוסף אשכנזי (מובא במלאכת־שלמה מעשרות פ"ג מ"ז ד"ה כל), שהביא גירסא אחרת בדברי ר' יוסי:

ס"א: "כל שאינה דירת החמה **או** דירת הגשמים".

וס"א: "כל שאינה **לא** דירת החמה **ולא** דירת הגשמים".

ולפי שתי הגירסאות הללו משמע, שכל שהיא דירת חמה בלבד או גשמים בלבד – מיקרי דירה. וא"כ קשה, מהי המחלוקת בין ת"ק ור' יוסי בענין סוכת היוצרים? אלא ע"כ צריך לומר שר' יוסי אינו חולק על הסיפא של המשנה אלא על הרישא, בענין סוכת גינוסר והאלקטיות. ת"ק סובר שאינן קובעות למעשרות משום שאינן אלא דירת קיץ. ואילו ר' יוסי סובר שרק סוכה שאינה לא דירת חמה ולא דירת גשמים היא הפטורה; אך אם יש בה אחד מתנאים אלו – הרי היא **חייבת** (ולא כפי שפירש הרע"ב, ד"ה כל, שר' יוסי חולק בענין סוכת היוצרים). וא"כ אפשר לומר שסוכת היוצרים ראויה גם לימות החמה וגם לימות הגשמים, וזה החילוק בינה לבין סוכת גינוסר לת"ק. וזה שהחיצונה פטורה, ע"כ הוא משום שאין קביעותה קביעות גמורה, שכן מפנים אותה בשעה שיורדים גשמים, וכנ"ל.

אך למעשה אין הבדל עקרוני בין פירוש זה לפירושנו הקודם, אלא בדעת ר' יוסי. ולהלכה – דקי"ל כת"ק – אין נפק"מ ביניהם.

ומצאתי ב"ראשון לציון" (לבעל אור־החיים, על מסכת סוכה דף ח' ע"ב, ד"ה ואמאי) שעמד על המחלוקת שבין הרמב"ם לבין רש"י והראב"ד בהבדל שבין שתי הסוכות, הפנימית והחיצונה. ומתוך כך פירש בצורה חדשה:

שורש מחלוקתם של הראשונים הוא חיובו של בית־שער במזוזה. לדעת הרמב"ם בית־שער חייב במזוזה מן התורה. ואילו לדעת רש"י והראב"ד חיובו הוא רק מדרבנן. ומכיון שלשתי הסוכות אין קביעות, סוברים רש"י והראב"ד שהפנימית חייבת, אע"פ שאינה קבועה כל כך. אך החיצונה, מכיון שהיא בית־שער לפנימית, וכל חיובו של בית־שער אינו אלא מדרבנן – לא גזרו במקום שאינו קבוע. אך הרמב"ם, שאינו מבחין בין בית־שער לבין הבית עצמו, סובר שמכיון שהסוכה החיצונית עומדת להיסתר כשאין בה צורך, לא חל עליה חיוב מזוזה כלל ועיקר.

נמצא שלדעת ה"ראשון לציון" בשני דברים נחלקו הרמב"ם והראב"ד אם חייבים במזוזה:

א. במבנה העומד להיסתר: לדעת הרמב"ם הוא פטור, ולדעת הראב"ד יתכן שחייב.

ב. בדירה שאינה קבועה: לדעת הראב"ד היא חייבת, ולדעת הרמב"ם יתכן שפטורה.

וא"כ בנד"ד, בחממה, שהיריעות שלה עומדות להחלפה אחרי חודשים מספר – לדעת הרמב"ם היא פטורה ממזוזה, ואילו לדעת הראב"ד יתכן שהיא חייבת. ובאשר לכך שאין אדם קובע את דירתו בחממה, נראה לומר שאפילו לדעת הראב"ד, הסובר שהסוכה הפנימית חייבת אע"פ שאינה עומדת למגורי קבע – מ"מ בימות החמה היא ראויה למגורים, ואולי גם בחלק מימות הגשמים, וכמו שכתבנו לעיל – מה שאין כן בחממה, שאינה ראויה כלל למגורי אדם, ללא קשר לעונות השנה. וא"כ גם בדעת הראב"ד מסתבר יותר לומר שחממה פטורה ממזוזה.

ו. חממה – "בית" או "שדה"?

והנה יש לדון שחממה לא תהיה חייבת במזוזה, משום שהיא "שדה" ולא בית.

ומו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל כתב אלי בתשובה, שיש לדמות את שאלת חיובה של החממה במזוזה לדיני עירובין. וכמו שמצינו שם שזרעים מבטלים שם דירה מקרפף ששטחו הוא יותר מבית סאתיים (שו"ע או"ח סי' שנ"ח סעי' ט'),

כך מבטלים הם שם של "בית" מהחממה לענין מזוזה. וחממה של זרעים אינה חייבת במזוזה, משום שע"י הזרעים מתבטל ממנה שם בית.

וסברתו צ"ע לענ"ד:

א. לדבריו יצא שאסור לטלטל בשבת בתוך חממה, משום שאין כאן שם של דירה (עיין פמ"ג, או"ח סי' שנ"ח, א"א ומש"ז ס"ק א'. ויש כיום חממות שיש בהן יותר מבית סאתיים. ויש לומר דאה"נ, אסור לטלטל בשבת בחממה, וצ"ע. שאלה זו תידון בהרחבה בחלק או"ח).

ב. בחממות רבות מקובל לגדל וורדים, שיש להם דין אילנות ולא זרעים. וא"כ שם יהיה הדין שונה, והחממה תתחייב במזוזה, שהרי אילנות לא מבטלים שם היקף לדירה. ולא מסתבר לומר שחממת וורדים תתחייב במזוזה, ואילו חממת ציפורנים, למשל, תהיה פטורה.

ג. הגר"ש ישראלי עצמו כתב בספרו ארץ־חמדה (מהדורה ראשונה עמ' קצ"א, עפ"י הגמ' בעירובין, צ"ג ע"א) לחלק בין מעשרות, שאינם נוהגים בבית מן התורה, לבין כלאי הכרם, האסורים בבית מן התורה. וכתב בטעם הדבר, ששם "בית" מבטל שם "שדה", אך אינו מבטל שם "כרם". וא"כ יש לומר שהוא הדין שאין "בית" מבטל שם של גינת וורדים. שהרי וורדים הם עצים כמו גפנים. וכשם ששם "כרם" לא בטל ע"י הבית, הוא הדין לשם "גינת וורדים", שאינו בטל על ידו.

ד. מסתבר שזרעים מבטלים שם "דירה" רק בקרפף שהוקף לדירה; אך בבית ממש, שיש לו גג ומחיצות גמורות, לכאורה אינם מבטלים. (ועיין להלן בשם החזו"א).

ה. אם זרעים מבטלים שם "בית" מהמבנה שבו הם גדלים, איך אפשר להבין את ספיקם של הפוסקים (והגר"ש ישראלי עצמו ביניהם) בענין שביעית בזרעים הזרועים בתוך בית, הרי ע"י הזריעה בטל ממנו שם "בית", ומיקרי "שדה"? (אמנם בירושלמי, ערלה פ"א ה"ב, הספק הוא על אילן הנטוע בתוך הבית, אולם הפוסקים לא הבדילו בין זרעים לאילנות).

ואה"נ מוסרים בשם הגרי"ש אלישיב שליט"א (משפטי ארץ עמ' 234-230) שלדעתו חממה נחשבת כיום כ"שדה" באותם גידולים שמקובל לגדל אותם בחממה. אך הגר"ש ישראלי זצ"ל בעצמו אינו סובר כן. ולדעתו חממה איננה "שדה", כי רוב הגידולים אינם גדלים בחממה אלא בשדות פתוחים. וא"כ לדבריו חממה היא "בית" ולא "שדה" (עי' מאמרו בספר "זכרון יקותיאל" עמ' צ"א־צ"ו, וכן בספר "התורה והארץ" ח"ג עמ' 97, 167). וגם לדעת הגרי"ש אלישיב, בגידולים שאין דרך לגדל אותם בחממה, שם "בית" עליהם. וא"כ אלו יתחייבו במזוזה. ודוחק לומר ששם "בית" לענין מזוזה יהיה תלוי בסוג הגידול הגדל בו.

אך באמת המשנ"ב (סי' שס"ב סעי' א', בה"ל ד"ה או) הסתפק בדינו של בנין העשוי להכניס אליו תבואה וסחורות, והוא גדול יותר מבית סאתיים, אם דינו כקרפף שאינו עשוי לדירה או שמותר לטלטל בו. והחזו"א (או"ח סי' פ"ט [כ"ה] ס"ק ה') נוטה לומר שגם שטח מקורה, אם הוא גדול יותר מבית סאתיים, נחשב קרפף, ואסור לטלטל בו. ולפי זה גם חממה שמגדלים בה פרחים חד־שנתיים, אם היא גדולה מבית סאתיים, תיאסר בטלטול.

אך לענין מזוזה לא מצינו חילוק בבית העצים ובבית הבקר בין פחות מסאתיים ליותר מסאתיים, וכולם חייבים במזוזה. וא"כ מבנה יכול להיות בית לענין מזוזה ולא יהיה בית לענין טלטול בשבת, וצ"ע איפוא בנד"ד.

ועיין במסכת מנחות (ל"ג ע"ב), שם יש דיון בבית־שער הפתוח לגינה ולקיטונית. ושם משמע שגינה אינה כחצר, וקיטון אינו **כבית** (עי' שטמ"ק אות ה'). ואע"פ שסתם גינה מוקפת כתלים, ולשיטת הרא"ש (הל' מזוזה סי' י"א) חצר כזאת חייבת במזוזה מצד עצמה, כיון שמיוחדת לשימושה (ועי' ט"ז סי' קס"ט ס"ק ד', חזו"א יו"ד סי' קס"ח סעי' ד"ה'), וא"כ ק"ו לגינה שתתחייב! אלא ע"כ הוא מפני

שגינה מופקעת משם "בית", משום שבית ראוי לכל התשמישים, וגינה ראויה רק לגידול.

לאחר מכן חזרתי ושאלתי את מו"ר הגר"ש ישראלי, והסביר לי שמכיון שהחממה נועדה לשמירת הגידולים הגדלים בשדה, לאו שם "בית" עליה אלא שם "שדה". ולא דמי לבית הבקר ובית התבן; שרק בית שנועד לשם שמירת בעלי חיים או חפצים המשמשים את האדם, שם בית עליו, אך לא בית שנועד לגידולים חקלאיים.

ולכאורה צ"ע, דמה נפשך: אם שם "בית" עליה – שתתחייב במזוזה, ואם שם "שדה" עליה – תתחייב בשביעית?

וצריך לומר בדעתו שחממה אמנם יצאה מכלל "שדה", אך לכלל "בית" לא הגיעה. לענין שביעית היא פטורה מכיון שאינה "שדה". אך לענין מזוזה בעינן **בית** דווקא. (ומכאן נפק"מ גם לשביעית, שאין צורך בבית גמור דווקא כדי לפטור, אלא רק בהפקעת שם "שדה"; וגדר "שדה" הוא מקום הגידול הטבעי של הצמחים, ובית אינו מקום טבעי. וכל שינוי ממשי מצורת הגידול הטבעית מפקיע ממנו שם "שדה". ולכן חממה, שאינה צורת גידול טבעית, אעפ"י שאינה לרועץ לצמחים, יצאה מכלל "שדה" לדיני שביעית. ועי' מאמרינו על חממות בשמיטה, "המעיין" שבט תשמ"ו, "הליכות שדה" 78 עמ' 19).

ז. מבנה שאינו ראוי לדירה

ואולי יש לומר עוד עפ"י מה שכתב בשו"ת אבני־נזר (או"ח סי' ש"ב אות ב') שבית התבן חייב במזוזה רק כשהוא ראוי לדירה, אך כשאינו ראוי לדירה – פטור. ועפ"י זה נראה לענ"ד שיש לפטור חדר קירור ממזוזה, כיון שאי אפשר לדור בו כשהוא סגור מחמת חוסר אוויר. וייתכן שהוא הדין בחממה: בזמן שהיא סגורה כתיקנה, אין היא ראויה לדירה – ביום בגלל החום, ובלילה בגלל הקור. ואפילו כשיש בה איוורור וחימום, קשה מאד לדור בה; כי החום והלחות שבה מותאמים לצמחים ולא לבני אדם.

וכנראה, כן היא דעת הנוב"י (מהד"ת או"ח סי' מ"ז), שכתב שקרפף של חיות פטור ממזוזה. וא"כ הוא הדין חממה – שהיא מבנה שאינו מיועד כלל לאדם, ואין אדם יכול לדור בה, אלא נועדה לפרחים בלבד – דלאו שמה דירה, והיא פטורה מחובת מזוזה.

ואולי מסיבה זו נהגו לפטור לולים ורפתות ממזוזה. משום שאין בני אדם מסוגלים לחיות שם. (עי' ב"ב צ"ח ע"ב: "ר' ישמעאל אומר: רפת בקר היא זו", ולא בית הראוי למגורים). מיהו כיום יש מכוני חליבה משוכללים שאלמלא הם משמשים לבקר, היו בני אדם יכולים לדור בהם בשופי. וא"כ יש לחייב אותם במזוזה.

תשובה

למעשה נראה לפטור חממה ממזוזה בגלל צירוף הסיבות דלהלן:

א. היא מבנה ארעי מצד עצמה.

ב. השימוש בה הוא ארעי.

ג. היא מבנה שאינו ראוי לדירת אדם אלא לגידול חקלאי, ואף אינו משמש לדירת אדם אלא לגידול חקלאי.

ומכל זה עולה שאינה חייבת במזוזה.

מסקנות

א. לדעת הרמב"ם, הסובר שבית התבן ובית הבקר פטורים ממזוזה, אין ספק שחממה פטורה ממזוזה, שהרי אינה משמשת כלל למגורי אדם. אך דעת הרמב"ם נדחתה מן ההלכה.

ב. יש ספק אם להגדיר חממה כ"בנין עראי", מפני שדעתו של החקלאי לקיים אותה זמן ממושך ככל שיוכל, וזמן זה הוא הרבה יותר מאשר ל' יום. והדבר תלוי גם בשאלה מה קובע את הגדרת הקביעות של המבנה, המסגרות או היריעות.

ג. לדעת הרמב"ם, סוכת היוצרים הפנימית יכולה להחזיק מעמד זמן רב, ולכן היא חייבת במזוזה; אך מבנים שאינם מחזיקים מעמד שנה שלמה פטורים ממזוזה.

ד. לדעת הרמב"ם, סוכת היוצרים הפנימית חייבת במזוזה מפני שהיא מבנה קבוע שמשתמשים בו חלק גדול מימות השנה; ואילו הסוכה החיצונית פטורה מן המזוזה משום שיש בה "תרתי

לרייעותא": לא משתמשים בה בכל ימות השנה והיא רק בית־שער לפנימית.

ה. לדעת רש"י והראב"ד, בית קבוע ששימושו אינו קבוע בכל עונות השנה – פטור מן המזוזה; אבל אם משתמשים בו תמיד, ורק יוצאים ממנו בשעה שיורד גשם – הרי הוא חייב במזוזה.

ו. לדעת ה"ראשון לציון" סוכת היוצרים הפנימית חייבת במזוזה לדעת הרמב"ם משום שהיא מבנה קבוע, והחיצונה פטורה משום שהיא עראי; ואילו לדעת הראב"ד הסוכה הפנימית חייבת אע"פ שאינה קבועה, והחיצונה פטורה משום שהיא בית־שער לפנימית.

ז. לדעת הגר"ש ישראלי זצ"ל, אמנם חממה היא "בית" לענין שמיטה בגלל שיש לה גג ומחיצות, אבל לענין עירובין ומזוזה אינה נחשבת "בית", משום שאינה עשויה לשמירת בעלי־חיים או חפצים המשמשים את האדם אלא לשמירת גידולים חקלאיים.

ח. מבנה שאינו ראוי כלל למגורי אדם, אינו חייב במזוזה. ולכן גם מבני הרפתות ולולי התרנגולות, שאינם ראויים למגורי אדם, פטורים ממזוזה.

סימן מה

חיוב מזוזה במקלט

ראשי פרקים

שאלה
א. חיוב מזוזה בלשכת פרהדרין
ב. חיוב מזוזה בבית האסורים
ג. האם מקלט הוא דירת כבוד?
ד. דירת עראי
ה. מבנה שאינו משמש לכלום
ו. מזוזה לשם שמירה
תשובה
מסקנות

שאלה *

לאחר מלחמת ששת הימים, בה היה מחסור חמור במקלטים לאוכלוסיה האזרחית, הוחל בבניית מקלטים בכל היישובים בארץ, שישמשו להגנת התושבים בשעת חירום. מקלטים אלו מיועדים לשימוש רק בשעת מלחמה ח"ו. האם הם חייבים במזוזה?

* אלול תשכ"ח.

א. חיוב מזוזה בלשכת פרהדרין

ראשית יש לברר, מה הדין בדירה שאדם דר בה בעל כרחו. שהרי התושבים לא באים לגור במקלט מרצונם, אלא בעל כרחם, מחשש שמא ייפגעו בהפגזה.

יסודה של שאלה זו נידון עפ"י מה שנאמר במסכת יומא (י' ע"א):

ת"ר: כל הלשכות שהיו במקדש – לא היו להן מזוזה, חוץ מלשכת פרהדרין, שהיה בה בית דירה לכהן גדול. אמר ר' יהודה: והלא כמה לשכות היו במקדש שהיה להן בית דירה (רש"י: לשומרי הבית), ולא היה להן מזוזה! אלא לשכת פרהדרין – גזירה היתה.

והרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ו) פסק כרבנן, שלשכת פרהדרין היתה חייבת במזוזה.

ובמסקנת הסוגיא (שם י' ע"ב) נאמר:

רבנן סברי, דירה בעל כרחה שמה דירה. ור' יהודה סבר, דירה בעל כרחה לא שמה דירה; ומדרבנן הוא דתקינו לה, שלא יאמרו: כהן־גדול חבוש בבית האסורין.

והנה יש להקשות, מה השיבו רבנן לר' יהודה על טענתו שכמה לשכות היו במקדש שהיה להן בית דירה לשומרים ולא היה להן מזוזה? ונראה שיש לחלק בין שומרים לכהן־גדול. לשומרים לא היתה אפשרות אחרת, בעל כרחם מינו אותם להיות שומרים. כל כהן ולוי במשמרתם היו צריכים להיות גם שומרים. וא"כ דירה זו – היא ממש דירה בעל כרחו. מה שאין כן בכהן־גדול, הרי נתמנה **מרצונו**, וכשנתמנה ידע שעיקר עבודתו תהיה ביום הכפורים ויצטרך לפרוש מביתו ללשכת פרהדרין שבעת ימים קודם יום הכיפורים. וכן יכול היה להתפטר מתפקידו קודם יום הכיפורים, או לגרש את אשתו ולא לשאת אשה אחרת במקומה וכדו'. וכן יכולים להורידו מתפקידו (עי' תוס' יומא י"ב ע"ב ד"ה כהן־גדול, שכהן־גדול מתמנה בפה ומסתלק בפה). ובכלל, מי יאמר לו מה יעשה? הרי הכהן הגדול יכול לצאת מלשכת פרהדרין כל אימת שירצה, אלא שאינו רוצה לצאת, כי הוא מצווה להישאר שם. ואין זה דומה כלל לבית האסורים, שגם אם ירצה אינו יכול לצאת משם.

נמצא א"כ, שבעצם גם רבנן מודים לר' יהודה שדירה בעל כרחו לא שמה דירה; אלא שלדעתם דירת כהן־גדול בעל כרחו שמה דירה. וזאת משום שאין זה בעל כרחו לגמרי. ואילו ר' יהודה סבר שמכיון שבאותם שבעת ימים אין הכהן הגדול יכול לצאת מהמקדש, הרי זו דירה בעל כרחו ממש, ולא שמה דירה.

אך יש להקשות על דעת ר' יהודה מסוכה. הרי הוא עצמו סובר שם (יומא י' ע"א) שסוכה היא דירת קבע וחייבת במזוזה. והרי בחג הסוכות חייב אדם לעשות את כל צרכיו בסוכה, ודמי ממש ללשכת פרהדרין. ומדוע סוכה חייבת במזוזה, ואינה נחשבת כדירה שבעל כרחו?

ועיין תוס' (ד"ה וכי) שהקשו להיפך, על שיטתם של רבנן; שכן הם פטרו סוכה ממזוזה אפילו מדרבנן, ואילו בלשכת פרהדרין חייבו במזוזה מהתורה! ותירצו בתוס':

דשאני סוכה, דדירת עראי היא, דבקל יכול להיות שהוא יוצא ממנה, כגון אם הוא מצטער או ירדו גשמים, וכהנה רבות. אבל לשכת פרהדרין, שהיה בתוכה בקביעות, מחייבי.

וא"כ קשה עוד יותר על ר' יהודה, מדוע חייב סוכה במזוזה?

ויש לומר שרבנן סוברים שדירת כהן־גדול שמה דירה, מפני שמסתכלים רק על הקביעות, וקביעות כהן־גדול בלשכת פרהדרין שמה קביעות. מה שאין כן קביעות האדם בסוכתו, שאינה קביעות, וכמו שכתבו התוס' שבקל האדם נפטר מהסוכה ויוצא ממנה. אך לר' יהודה הסברא הפוכה: לדעתו דירת כהן־גדול בעל כרחו לא שמה דירה. ואדרבה, הקביעות הזאת, שאינו יכול לצאת ממקומו שבעת ימים, שלרבנן היא המחייבת אותו במזוזה, לר' יהודה היא היא הפוטרת אותו, כי זוהי דירה בעל כרחו. מה שאין כן בסוכה, שאין בה קביעות כל כך גדולה; שהרי יכול לצאת מסוכה לסוכה, וכן יכול לצאת לצורך מצוה, לפרנסתו וכדו'. ומשום כך אין כאן מצב של "בעל כרחו", והרי היא דומה לבית רגיל – "תשבו כעין תדורו", וכמדיירי אינשי. (וכן נאמר במסכת ר"ה, ט' ע"ב: "אמר ר' יהודה: מה לשון דרור? כמדייר בי דיירא ומוביל סחורה בכל מדינה". כלומר, "מי שהוא ברשותו, לדור בכל מקום שירצה").

נמצא א"כ שמחלוקתם של ר' יהודה ורבנן היא בשאלה זו: האם דירה של אדם במקום מסויים בגלל מצוה נחשבת לדירה מרצונו של האדם? שהרי אפשר לומר שרצונו החופשי של האדם הוא רק מה שעושה לצרכיו ולתועלתו, ולא לשם מצוה. ולפי דברי התוס' יש לומר בדעת רבנן הסבר אחר מדוע שומרים פטורים ממזוזה, דהיינו משום שדירתם דירת עראי, ובקל יוצאו ממנה. וכמו שבסוכה כל דבר קל פוטרו מהסוכה, הוא הדין בשומרים, שבקלות יכולים להחליף אותם ולשנות את מקומם. (ובעצם סברא זו תלויה במה שכתבנו קודם שדירת שומרים היא דירה בעל כרחו לכו"ע, והא בהא תליא: דירה בעל כרחו – פירושה, דירה שאינה תלויה כלל באדם עצמו, אלא באחרים; ולכן זוהי גם דירת עראי, ואינה דירה כלל.

מה שאין כן בכהן־גדול, שמרצונו נתמנה ומרצונו נכנס ללשכת פרהדרין, וכשנכנס – איש לא יכול להוציאו ממקומו, ואין הוא תלוי בשום גורם אחר; ולכן דירתו היא דירת קבע ודירת רצון, ודו"ק).

ב. חיוב מזוזה בבית האסורים

הברכ"י (יו"ד סי' רפ"ו ס"ק ג') הביא בשם הבית־הלל (יו"ד סי' רפ"ו סעי' ד') שבית האסורים פטור ממזוזה משום שאינו דירה של כבוד. הבית־הלל הביא ראיה מר' יהודה בסוגיא ביומא, שבית האסורים פטור. והברכ"י הקשה עליו שתי קושיות:

א. בית האסורים אינו דומה לבית כסא ולרפת בקר, שיש בהם ריח וכדו', ולכן יש לומר שהוא דירה של כבוד.

ב. רבנן חולקים על ר' יהודה, וסוברים שבית האסורים חייב במזוזה.

אך לפי מה שכתבנו, גם רבנן מודים לר' יהודה שבית האסורים פטור ממזוזה, והראיה – מלשכות אחרות במקדש שיש בהן שומרים. אלא שבאמת קשה על הבית־הלל: מדוע כתב לפטור את בית האסורים מטעם שאינו דירת כבוד, תיפוק ליה משום שהוא דירה בעל כרחו? והיה אפשר לומר שלרבנן זה החילוק בין כהן־גדול לבין אסיר בבית האסורים, שכן כהן־גדול דר אמנם בעל כרחו בלשכת פרהדרין, אך זוהי דירת כבוד, מה שאין כן בבית האסורים, שאינו דירה של כבוד. (ומה שתירץ הברכ"י שבית האסורין עדיף מבית הכסא ורפת של בקר, אמנם מבחינה חיצונית הדבר אכן כך; אך מבחינת המהות בוודאי בית הכסא ורפת של בקר עדיפים פי כמה וכמה מבית הסוהר; ומי שהיה חבוש בבית הסוהר, אין לך גנאי גדול מזה, והרי זה כתם לכל החיים. וכי יש להשוות זאת לרפת של בקר, שהיא עבודה המכבדת את בעליה?) אך מה יענה הבית הלל על לשכות אחרות שבהן היתה דירה לשומרים, הרי זו דירה של כבוד, ובכל זאת פטורה מן המזוזה? וע"כ צריך לומר כמו שכתבנו, לחלק בין שומרים, שהם בעל כרחם, ודירתם תלויה כולה באחרים ולא בעצמם, לבין כהן־גדול – שאע"פ שכרגע אינו יכול לצאת משם מכיון שהדירה שם היא חלק מתפקידו – דירתו שם היא מרצונו, ואין הוא תלוי באף אדם בעולם, רק בקב"ה בלבד.

אך לגופו של ענין, עפ"י מה שכתבנו יוצא שהצדק עם הבית־הלל, שבית הסוהר פטור ממזוזה. וכוונתו במה שאמר "שאינה דירה של כבוד" היא לא כפי שהבין הברכ"י את דבריו, שהוא כמו בית הכסא ורפת בקר. אלא כוונתו לומר שדירה בעל כרחו – שאינה לכבודו – אינה דירה; בעוד שדירה שאדם דר בה בעל כרחו לכבודו – שמה דירה. וזוהי סברת רבנן החולקים על ר' יהודה. ובכך תורצו שתי הקושיות של הברכ"י על הבית הלל.

אלא שלפי זה יוצא שמחנה של עצורים פוליטיים נחשב כדירת כבוד... וצ"ע. ועיין בשו"ת "שאלי־ציון" (להגר"ד אליעזרוב שליט"א, סי' ט־י') שדן בדבר באריכות בענין מזוזה במחנה עצורים, ודעתו נוטה לפטור.

ועיין ערוה"ש (או"ח סי' שנ"ח סעי' ט', יו"ד סי' רפ"ו סעי' ד') שכתב שבית הסוהר חייב במזוזה. ועי' קונטרס המזוזה (להגרי"ב זילבר, בסוף "בית ברוך" על חיי אדם, ח"ב סי' רפ"ו ס"ק ס"ט) שהביא דעות רבות, אך לא הכריע למעשה.

ג. האם מקלט הוא דירת כבוד?

לפי הגדרה זו, שאמרנו בדעת הבית־הלל, שדווקא דירה שהיא לגמרי בעל כרחו של האדם, ואינה לכבודו, היא הפטורה ממזוזה – יוצא שמקלט, שאינו בית נוח ומכובד, אך גם מקום בזוי אינו, אין לפוטרו מטעם זה. אך מ"מ לא דמי ללשכת פרהדרין. שם – מקום כבוד הוא לו, ואע"פ שבעל כרחו הוא נכנס לשם, דירה מיקרי; משום שברגע שהתמנה לכהן־גדול, ידע שסדר העבודה מחייב כניסה ללישכת פרהדרין. ואע"פ שדירתו שם היא בעל כרחו, סוף סוף הוא התמנה מרצונו לתפקיד זה. אבל מקלט, כיון שנכנס בעל כרחו, אין לו כל הנאה מכניסתו לשם, אלא אדרבה צער יש לו. ונהי דגנאי ליכא, דירה לא מיקרי. וצ"ע. מיהו מקלט אינו דומה לבית האסורים, שהוא נכנס אליו בעל כרחו לגמרי; מה שאין כן במקלט, שמרצונו הוא נכנס

לשם, ואין אדם המצווה אותה לנהוג כך, אלא שהוא מעדיף שלא להסתכן. (ועי' אור־שמח, הל' יסודי התורה פ"ה ה"ו, וכן בקובץ שיעורים לר' אלחנן וסרמן, ב"ב ז' ע"ב, שכתבו שחולה מסוכן הזקוק לאכול דבר איסור ואכלו כדי להתרפא – לא נקרא אנוס, כיון שרוצה להתרפא באכילה זו). ובנד"ד אמנם הוא לא אנוס, אך גם רצון גמור אין כאן. ובמזוזה בעינן דירה שבה אדם דר מרצונו. ומקלט אינו נחשב לדירה מרצונו, וצ"ע.

ד. דירת עראי

ונראה שיש לפטור את המקלט ממזוזה משום שהוא דירת עראי. שהרי נכנסים לשם רק בשעת הפגזה ח"ו, ובכל רגע עומדים לצאת ממנו, אלא שפעמים עלולים להישאר שם יומיים או שלושה. ומ"מ אין חשש שיצטרכו להישאר שם 30 יום ברציפות. ולכן נראה שהמקלט מוגדר כדירת עראי. (אם כי בעמק בית־שאן, בתקופת מלחמת ההתשה, הלינו את הילדים במקלטים דרך קבע בכל הלילות. ואכן יתכן ששם היה הדין שונה, והם היו חייבים במזוזה). וכן כתב הב"י (יו"ד סי' רפ"ו בסופו, ד"ה וכתב) בשם הר"ר מנוח, שבפחות מל' יום הוא גדר עראי. וכאן לא שייך לומר שבארץ ישראל אפילו דירה בת יום אחד מחייבת במזוזה (שו"ע שם סעי' כ"ב). שכן שם זוהי גזירה משום יישוב ארץ ישראל, וטעם זה לא שייך כאן.

אמנם יש לעיין בדעת כהן (למרן הרב קוק זצ"ל, סי' קע"ט ד"ה ואגב), שכתב:

> מיגו דהוי ישיבה לענין יישוב א"י, הוי ישיבה ודירה לענין מזוזה.

וא"כ משום ישיבת א"י מיקרי דירת קבע. אך נראה שבנד"ד, שכל מהותו של המקלט היא דירת עראי, הוי עראי אפילו בא"י. אמנם היה מקום לומר שמכיון שגם היושב במקלט מקיים את מצוות יישוב א"י, יש לומר שהמקלט נחשב לו כדירת קבע עפ"י סברתו של הרב זצ"ל. אך נראה שהרב לא התכוון למקלט, שאדם לא מסוגל לדור בו דרך קבע. ולא כתב אלא על אדם שגר יום אחד במקום שמצד עצמו הוא ראוי למגורים בשופי, שם שייך לומר "מיגו"; מה שאין כן במקלט, שמצד עצמו אינו ראוי למגורים בשופי, הרי זה כעין "מיגו במקום עדים", שאינו מיגו. וראיה לכך יש להביא מסוכה בארץ ישראל, שהיא פטורה ממזוזה. וקשה: הרי בארץ ישראל, הדר בבית אפילו יום אחד חייב במזוזה! ואין לומר שהסוכה מצד עצמה אינה בית קבוע. שהרי יש סוכות הבנויות דרך קבע. אלא ע"כ הוא משום שהתורה רואה את ישיבת הסוכה כישיבת עראי, ולכן היושב בה פטור ממזוזה אפילו בארץ ישראל. וא"כ הוא הדין בנד"ד, שמקלט מצד מהותו הוא עראי אפילו בארץ ישראל.

ועוד יש לומר שהרב כתב כך רק לפלפולא דאורייתא, לולא דברי הפוסקים שכתבו אחרת. ולכן נראה שבכל אופן אין מכך נפק"מ למעשה.

ונראה לדמות את זה לבתים שבספינה (שו"ע סי' רפ"ו סעי' י"א), שהם פטורים מן המזוזה משום שאינם עשויים לדירת קבע. שהרי כל עשייתם של בתים אלו אינה אלא לדירת עראי, ואין אדם דר בהם אלא באופן עראי בלבד. ואע"פ שהנסיעה נמשכת יותר מל' יום, אין דרך בני אדם לדור קבע בבתים שבספינה, ושם ארעי עליהם לעולם. וא"כ הוא הדין במקלט. מיהו, לפוסקים הסוברים שספינות המיועדות לנסיעה ממושכת חייבות במזוזה (עי' ערוה"ש סי' רס"ו ס"ק כ"ו; פסקי עוזיאל סי' ל'; מקראי קודש, להגרצ"פ פראנק, חנוכה סי' י"ח; מנחת יצחק ח"ד סי' נ"ה, צ', צ"ג), נפלה הראיה (ועי' בהרחבה לקמן סי' מ"ו אות ג').

ונראה שיש לדמות את דינם של היושבים במקלט לשאלה שנידונה בשד"ח (ח"ה עמ' 62-63, מערכת המ"ם כלל קי"ח):

> הוה עובדא שאחר השריפה הגדולה שהיתה בעיר איזמיר, ונשרפו רוב בתי הישראלים, ומטעם הממשלה יר"ה נעשו חסד, ונתנו להם לדור ב"קישלה" (הוא מקום המיוחד לדירת אנשי חיל הקיר"ה) על כל זמן של שלא יצטרך המקום להממשלה. וכן נתנו להם לדור בההאספיטל (בית החולים) המיוחד לחולים גויים. ואחר שישבו שם

יותר משלושים יום שאלו מהרב אם צריכים ליתן מזוזות בהחדרים, או לא, לפי שבכל רגע יש ספק שיוציאום משם (אם יבואו האנשי־חיל או חולים).

והשד"ח הביא שם את דברי הברכ"י (סי' רפ"ו ס"ק ג'), שכתב:

...יש לצדד לפיטורא... בלאזאריט"ו (בידוד, כנראה), שיושבין מ' יום, ולפעמים שני חודשים, אף במקום שיישאר בבית ההוא כל אותו הזמן, וליכא שום סכנה ולא ביזוי; מטעם דמקומות אלו עיקרן לדירת עראי ולא לדירת קבע; והו"ל כבתים שבספינה ודכוותייהו, דפטורים. ולא דמי לפונדק, דשם עשוי גם לדירת קבע, ודו"ק.

וכן כתב השד"ח (שם) בשם ספר פתח־עיניים.

ומאידך הביא הברכ"י (ס"ק ט') את ה"חזון־נחום", שכתב:

כשבורחים בכפר מדבר באופל, ושוכרים בתי עכו"ם – אחר שלושים יניח מזוזה ולא יברך.

וכן כתב השד"ח (שם) בשם ספר חיים־ביד, שהם חייבים במזוזה, מפני ששואל דינו כשוכר, וחייב במזוזה, כמו שכתב הרמ"א (סי' רפ"ו סעי' כ"ב בהג"ה).

אך לפי מה שכתבנו שאנשים הנמצאים בלאזאריט"ו פטורים, משום שאין זה ביתם, אלא המלך הושיבם שם כדי לבודדם, וכמו"כ מחליפים את מקומם על פי הצורך – לכן פטורים. והשד"ח עצמו הביא ראיה מהתוס' הנ"ל (אות א') שסוכה אינה נחשבת לדירה משום שבקל יוצא ממנה. וכמו שכתבנו לענין שומרים.

ולענ"ד, דעת הפתח־עיניים מסתברת יותר, ולא כהחיים־ביד. ואין זה דומה לשוכר ושואל. שכירות לימים הויא קנין, וכן שאלה; והשואל בית ליום אחד, קנה אותו לאותו יום, ואי אפשר להוציאו משם. מה שאין כן בפליט שקיבל שיכון זמני במחנה צבאי או בבית חולים, שאין לו שום קנין ושום זכות. וכשם שהושיבוהו שם, כך יכולים להוציאו משם, ואין לו שום בעלות, ולכן הוא פטור ממזוזה כמו אסיר בבית האסורים. וכן מסתבר.

ונראה שהוא הדין למקלט; שהרי אינו נכנס למקלט מרצונו, אלא בעל כרחו. והמקלט גרוע יותר ממחנות הצבא שדיברו בהם הברכ"י והשד"ח. שכן מחנות אלו היו בתים רגילים, אלא שאינם מיועדים לדירת קבע לאותם אנשים, והדרים בהם אינם קובעים שם את דירתם. מה שאין כן במקלטים, שאינם מיועדים לדירה כלל ועיקר, אלא כשמם כן הם: מקלטים לשעת הגנה הפגזה והפצצה, ותו לא. ולכן יש לראותם כדירת עראי גמורה, והם פטורים מן המזוזה.

ה. מבנה שאינו משמש לכלום

ועוד נראה לענ"ד לפטור את המקלטים מן המזוזה מסיבה נוספת. שכן מדובר במקלטים הנבנים במקומות שאין בהם עכשיו מלחמה, אלא שחוששים פן תקרינה מלחמה, ועתה אין משתמשים בהם כלל; וא"כ אין חייבים עתה כלל במזוזה. ואף שבשעת מלחמה ישתמשו בהם, ואז יהיו בהולים ואנוסים ולא יוכלו לקבוע מזוזה – מה בכך, הרי זה חשש רחוק? אמנם אנו עושים את כל ההשתדלות וההכנה הנחוצה למקרה של מלחמה; אבל באמת אין אנו חפצים בה, וכולנו מקווים שלא תהיה. וא"כ בונים מקלטים על־מנת **שלא** להשתמש בהם, ולכן נראה שאין הם חייבים עתה במזוזה. מצב זה אינו דומה למי שמכניס את עצמו למצב שבו יהיה אנוס. שכן זה שייך רק כשוודאי יהיה אנוס, והוא מכניס את עצמו למצב כזה ביודעין. אך כאן יש לפטור משלוש סיבות:

א. אין וודאות שתהיה מלחמה ויהיה צורך להשתמש במקלט.

ב. האדם אינו מכניס את עצמו בידיים למצב של אונס.

ג. כל עוד הוא לא דר במקלט, אין כלל חיוב.

אך באמת באותם מקומות שמשתמשים במקלטים יום יום ומניחים בהם מצרכי מזון ותרופות וכדו' (כמו בעמק בית שאן בתקופת מלחמת ההתשה), לא גרע מבית התבן ואוצרות שמן, שחייבים במזוזה (שו"ע סי' רפ"ו סעי' ב'). ואע"פ

שגם הכנסת הציוד למקלטים נעשית בסופו של דבר בעל כרחם ולא מרצונם. מ"מ לא גרע מקלט מבית התבן.

מיהו כתב בנשמת־אברהם (יו"ד סי' רפ"ו סעי' א') בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל, שבית חולים פטור ממזוזה למרות שיש בו ציוד הנמצא שם דרך קבע, מכיון שהוא מיועד לשימוש עבור חולים הנמצאים שם רק בעל כרחם ודרך עראי, א"כ גם הציוד פטור ממזוזה, והוא הדין למקלטים.

ומאחר שאין דרים באותם מקלטים עתה, הרי הם פטורים מן המזוזה. ורק השימוש בפועל מחייב במזוזה. אמנם רבינו יהונתן (מובא בשטמ"ק ב"מ ק"א ע"ב ד"ה הא) סובר שמי שיש לו בתים שאינו משתמש בהם, חייב לשים מזוזה בכולם. אך הרא"ש והריטב"א (שטמ"ק שם ד"ה חובת) חולקים וסוברים שפטור. וכן דעת התוס' (פסחים ד' ע"א ד"ה על). וכן פסק בשו"ת רעק"א (סי' ט' בסופו).

ועיין בית־ברוך (על "חיי אדם", ח"ב עמ' ל"ח־מ', בקונט' המזוזה). והוסיף שם (אות קפ"א) שפתח חירום פטור ממזוזה, וא"כ פשוט שמקלט פטור ממזוזה בזמן שלום, מפני שלא דרים בו.

ו. מזוזה לשם שמירה

ולכאורה היה מקום לומר שאף אם המקלט פטור ממזוזה, יש מקום להדר ולקבוע בו מזוזה. שהרי דווקא בשעת מלחמה יש צורך במזוזה כדי לשמור ולהגן. בכלל חשוב להרבות בזכויות בשעת חירום, ובפרט במצוות מזוזה, שבה מתבטאת האמונה ש"אם ה' לא ישמור עיר שוא שקד שומר". ולכן מן הראוי שיקבעו מזוזה בכל מקלט ומקלט. וכן מצינו במסכת מנחות (ל"ב ע"ב):

> אמר רב יהודה אמר שמואל: תלאה במקל (רש"י: תלאה למזוזה על הפתח במקל) – פסולה... תניא נמי הכי: תלאה במקל... – כשרה (רש"י: מן המזיקים, שאין הבית משתמר בה עד שיקבענה בצורת הפתח כהלכתה). ואין בה מצוה.

של בית מונבז המלך היו עושין בפונדקאותיהן כן. זכר למזוזה.

ומסתבר שקבעום ללא ברכה. אך מ"מ למדנו מכאן שיש מקום לקבוע מזוזה גם במקום שאינו חייב בה, לשם שמירה.

אמנם מדברי הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו הי"ג) משמע שלא המזוזה היא השמירה אלא המצוות הן המלאכים המצילים את האדם מלחטוא. וא"כ, כשם שאין משמעות לחוטי ציצית שלא במקום מצוה, הוא הדין במזוזה שלא במקום מצוה. ואם לפי ההלכה אין צורך במזוזה, אין בה הגנה. מיהו מבית מונבז למדנו שיש מקום לכך. (ועי' לקמן סי' מ"ו אות ח').

ונראה שהדבר יהיה תלוי בסיבה לפטור מקלט ממזוזה, אם הוא פטור "חפצא" או פטור "גברא": שאם נאמר שהוא פטור "חפצא", דהיינו: שבית כזה אין שם דירה עליו מצד ה"חפצא" שבו – אין מקום לקבוע בו מזוזה אפילו לחומרא, כשם שלא יתכן שאדם יתלה ציצית בבגד של ג' כנפות; ואין כאן אפילו הידור מצוה. אבל אם הפטור הוא בגלל ה"גברא" – שאדם אינו דר במקלט אלא בשעת מלחמה, וגם אז רק בעל כרחו ובאופן ארעי, ולכן יש לומר שייתכן שרק הוא פטור כרגע, בגלל שיש לו בית נוח יותר ואינו מתכוון לדור במקלט, אך המקלט מצד עצמו נחשב לבית החייב במזוזה – יש לומר שלחומרא יש מקום לקבוע שם מזוזה. (עי' שנו"א, ברכות פ"א מ"ג, שעמד על ההבדל בין ר' טרפון שהיטה בק"ש כבית שמאי, לבין המברך שחזר לברך במקומו למרות שהוא פטור מכך בדיעבד. ועי' דעת־תורה, סי' תקנ"א סעי' ט').

ונראה לומר בזה שהמקלט מצד עצמו ראוי בדוחק לדירה. והראיה – שאם יימצאו אנשים שאין להם היכן לדור, ידורו גם במרתפים ובמקלטים. וא"כ הפטור הוא מצד ה"גברא" ולא מצד ה"חפצא". ולכן יכול להדר ולקבוע מזוזה, אם כי בלא ברכה. (וראה לקמן סי' מ"ו אות ה"ר', שם נידונה שאלת החיוב במבנים השייכים לציבור).

ומכיון שבלאו הכי צריך לצייד את המקלט

בדברים הנחוצים לשעת חירום, יש מקום לחייב אותו במזוזה כבר עתה, כדין מחסן, אם כי ללא ברכה.

תשובה

מעיקר הדין, נראה שמקלט פטור ממזוזה מפני שבזמן שלום הוא אינו משמש לכלום, ואילו בשעת מלחמה הוא דירת עראי. ולכן הוא פטור מן המזוזה למרות שהוא "דירת כבוד" ואינו נחשב כדירה שבעל כרחו. ומן הראוי לקבוע שם מזוזה ללא ברכה. אך אם המקלט משמש כמועדון וכדו' גם בימי שלום, הרי הוא חייב במזוזה בברכה.

מסקנות

א. לשכת פרהדרין חייבת במזוזה, אף שהכהן הגדול דר שם בעל כרחו, מפני שסוף־סוף איש לא מחייב אותו להיות כהן־גדול. אבל לשכותיהם של שומרי המקדש פטורות מן המזוזה, מפני שאין להם אפשרות לבחור בתפקיד אחר.

ב. לדעת התוס', לשכת פרהדרין חייבת במזוזה מפני שהיא דירת קבע, שהרי יש לכהן הגדול קביעות שם במשך שבעה ימים. אבל לשכותיהם של שומרי המקדש פטורות מן המזוזה, מפני שאין לאותם שומרים קביעות באותו מקום, ובכל רגע יכול הממונה להעביר אותם למקום אחר.

ג. בית האסורים פטור מן המזוזה, מפני שהוא דירה בעל כרחו שאינה לכבודו של הדר בה.

ד. מקום שאדם דר בו באופן זמני בגלל אילוץ, ובכל רגע הוא עשוי לעבור משם, אינו מוגדר כדירת קבע, ואינו חייב במזוזה.

ה. מבנה שאינו משמש לכלום, אינו חייב במזוזה, למרות שהוא מיועד לשימוש בשעת חירום.

ו. יש מקום לקבוע מזוזה לשם שמירה, במקום שפטורים ממנה, רק אם הפטור הוא פטור "גברא" ולא פטור "חפצא".

סימן מו

חיוב מזוזה במאהל צבאי

ראשי פרקים

שאלה
א. צורתו של הפתח
ב. חיוב מזוזה בדירת עראי
ג. קביעותם של החיילים באוהלים
ד. דירה בעל כרחו
ה. חיובם של הבעלים
ו. חיובם של שלטונות המדינה
ז. חובת הבית מצד ה"חפצא"
ח. מזוזה לשם שמירה
תשובה
מסקנות

שאלה *

בהיאחזות הנח"ל בכפר דרום נבנו אוהלים גדולים (אוהל 11) למגורי החיילים. האוהל מוקף יריעות המשתלשלות ארצה מכל צדדיו, ובחזיתו יש פתח העשוי לכניסה וליציאה. משני צידי הפתח יש יריעות. אין שם משקוף ומזוזות, אלא פתח באמצע היריעה. אוהל זה עשוי לעמוד במקומו כמה חודשים. החיילים אמורים לשרת באותו מקום גם־כן מספר חודשים. אם כי בצבא לעולם אין לדעת מה ילד יום, וייתכן שיעבירו אותם למקום אחר, לפי הצורך. האם החיילים, הגרים באוהל כזה, חייבים לקבוע בו מזוזה?

* כסלו תשל"א, סיון תשמ"ט.

א. צורתו של הפתח

אוהל זה, אין לו מזוזות ומשקוף, אך יש לו פתח. ויש לברר א"כ, אם פתח כזה אכן חייב במזוזה; שכן יש חיוב מזוזה רק בפתח שיש לו משקוף ושתי מזוזות (שו"ע יו"ד סי' רפ"ז סעי' א'). אמנם הריטב"א (עירובין י"א ע"ב ד"ה אשכחינהו) כתב שיש צורך במזוזות ומשקוף מיוחדים, הבולטים מהכותל, אולם הטור (סי' רפ"ז) כתב שכל מקום שהכותל כלה בו – יש לו דין "מזוזה" לענין זה; וכן פסק הט"ז (סי' רפ"ז ס"ק א'). וא"כ אין הלכה כריטב"א (ועי' חזו"א, יו"ד סי' קע"ב ס"ק ב' ד"ה אולם). וא"כ גם בנד"ד, הקצוות של היריעות, הנמצאות משני צידי הפתח, דינם ככתלים הכלים שם ומהווים מזוזות. אלא שהדבר תלוי בכך אם הן נעות ברוח מצויה או שהן קבועות במקומן: שכן אם היריעות הללו נעות ונדות ברוח, אין להן דין של מזוזות, והפתח פטור ממצוות מזוזה. אך אם הן מתוחות וקשורות היטב, יש להן דין של מזוזות, והפתח אכן חייב במזוזה. אולם הבעיות באשר לחיוב מזוזה באוהלי צבא תלויות בבירור שיהיה הפרקים הבאים.

ב. חיוב מזוזה בדירת עראי

ראשית יש לברר אם אוהל זה נחשב כדירת עראי לחיילים הגרים בו. שאלת הגדרתה של דירת עראי נידונה בהרחבה לעיל (סי' מ"ד אות ב"ד"), ושם הסקנו שאם המבנה עומד על עמדו בכל ימות השנה, והוא ראוי למגורים בכל עונות השנה – יש לו דין של דירת קבע; ואף אם ישנם ימים סועים וקרים בחורף, בהם אין הוא ראוי למגורים. והדוגמא לכך היא סוכת היוצרים הפנימית (מעשרות פ"ג מ"ז, סוכה ח' ע"ב), שקובעת למעשרות וחייבת במזוזה.

ולפי זה אוהל, שעשוי גם לימות החמה וגם לימות הגשמים, חייב במזוזה.

ג. קביעותם של החיילים באוהלים

אוהלים אלו, אמנם הם קבועים במקומם זמן רב, אך החיילים הגרים בהם אינם נמצאים באותו מקום בקביעות. גם אם תוכנית האימונים או התעסוקה המבצעית מיועדת לכמה חודשים, הרי הצבא מיועד למשימות שונות ולהעברות פתאומיות של החיילים ממקום למקום עפ"י צרכי הביטחון, וא"כ החיילים אינם נחשבים לדיירי קבע. גם בתוך האוהלים אפשר לנייד חייל מאוהל לאוהל לפי הצורך, וא"כ אין לו דין של דייר קבוע.

ולכאורה יש לתלות שאלה זו במחלוקת האחרונים בענין בתים שבספינה. בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ו סעי' י"א) נפסק שבתים שבספינה פטורים מן המזוזה. והטעם לכך מובא ברמב"ם (מזוזה פ"ו ה"ט), לפי שאינם עשויים לדירת קבע. ולכאורה קשה: הרי הבתים הללו עומדים שנים רבות, וגם הנוסעים בהם עשויים להמצא שם שבועות ואף חודשים! וכן הקשה הגרעק"א (לשו"ע או"ח סי' שס"ו סעי' ב'), מדוע בתים שבספינה צריכים עירוב ופטורים ממזוזה?

החזון־יחזקאל (שבת פי"א ה"י בהשמטות) תירץ שמזוזה היא חובת הדר; ולכן, אע"פ שבתים אלו הם קבועים מצד עצמם, האדם הדר בהם אינו דר בהם דרך קבע, אלא רק לצורך נסיעתו בים. לעומת זאת, מדברי פוסקים אחרים (חמדת־שאול; מור ואהלות, אוהל ברכות והודאות; מרכבת המשנה, שולחן גבוה ועוד: עי' קונטרס המזוזה להגרי"ב זילבר, בסוף "בית ברוך" סי' רפ"ו ס"ק קמ"ד) עולה חילוק אחר. מדבריהם משמע שאמנם הבית הוא קבוע, אולם הוא חלק מהספינה, והוא נע עמה ביחד; ולכן אין זו דירה כלל.

אם נשים לב להבחנה בין שני ההסברים נראה שהחזון־יחזקאל מעמיד את הדגש על ה"גברא", שהוא אינו דר דירת קבע בספינה; ואילו הפוסקים האחרים מעמידים את הדגש על ה"חפצא", שהספינה אינה ראויה לדירת קבע מצד עצמה.

ובנד"ד, האוהל אכן ראוי לדירה מצד עצמו. אמנם אין זו דירה אידיאלית, אך בשעת הדחק ראוי הוא לדירה. אבל אם נדון על ה"גברא", הרי

הדרים בו אינם רואים את עצמם קבועים במקום, אלא אורחים לרגע. וגם אם אותו "רגע" מתמשך זמן רב, אין הם דיירים אלא אורחים. וא"כ, לפי החזון־יחזקאל יושבי האוהל פטורים ממזוזה, ולפי הפוסקים האחרים יתכן שהם חייבים. ועיין מה שכתב החיד"א (שו"ת חיים־שאל ח"ב סי' כ"ב ד"ה איברא), ודימה אדם הבורח מהמגיפה למי שדר בבתים שבספינה, וזהו כהחזון־יחזקאל.

אמנם יש פוסקים הנוקטים שספינה חייבת במזוזה כאשר מדובר באניות נוסעים של היום, שדירתן קבע, והם: ערוה"ש (סעי' כ"ו); פסקי עוזיאל (סי' ל'), שו"ת מנחת יצחק (ח"ד סי' נ"ה, צ', צ"ג), מקראי קודש (להגרצ"פ פראנק, חנוכה סי' י"ח). אולם גם הם מדברים בספינות טיול, שאדם יורד כדי לדור בהן תקופת מה. וא"כ שם ביתו. מה שאין כן בימי קדם, שאדם רצה רק לעבור את הים, ולשם כך נאלץ לשהות בספינה, ולכן אין זה בית. וא"כ חייל דומה יותר לספינה בימי קדם, שהרי הוא נאלץ לגור באוהל בתקופת שירותו, ולולא כן לא היה דר שם. וכן צ"ע אם כוונתם של הפוסקים לרב החובל ולמלחים, שזהו ביתם, או גם לנוסעים, שרק לצורך ההפלגה הם דרים בבתים אלו. ואם נניח שהנוסעים פטורים, יתכן לומר שהוא הדין בחיילים, שרק לצורך תפקידם הם חיים באוהלים.

ד. דירה בעל כרחו

מיהו, מסתבר שגם לדעת הסוברים שספינה פטורה ממזוזה רק בגלל שהיא נעה ונדה, החיילים פטורים ממזוזה, ואינם דומים לנוסעים בספינה. נוסעי הספינה נכנסו מרצונם הטוב לבתים אלו שבספינה כדי להפליג בה למחוז חפצם. ולכן, אם הספינה היתה קבועה במקומה, היו חייבים בה במזוזה. אך החיילים, לעומת זאת, אינם רשאים לבחור את מקום דירתם.

ונראה שיש לדמות את דינם של החיילים לשאלה שנידונה בשד"ח (ח"ה עמ' 62־63, מערכת המ"ם כלל קי"ח, הובאה לעיל סי' מ"ה אות ד'), בענין אנשים שברחו מבתיהם עקב שריפה או מגיפה, ושוכנו באופן זמני במחנות צבא – שהם פטורים מן המזוזה. מיהו יש לחלק בין אותם בורחים לבין חיילים: הבורחים, עליהם דיברו הפוסקים, ברחו בעל כרחם מפני השריפה או המחלה. אך חיילים משרתים בצבא מכוח המצוה להגן על העם והארץ. אמנם התפקיד לא תמיד נוח ונעים, אך אינו בעל כרחו של החייל; בפרט כאשר מדובר בחיילים קרביים, ובחיילי הנח"ל אשר כולם מתנדבים לשרת ביחידות הקרביות ובהאחזויות הנח"ל.

ונראה שיש לדמות קצת את החיילים המשרתים בצה"ל לכהן־גדול בלשכת פרהדרין, שאע"פ שאינו רשאי לצאת משם מרצונו, מ"מ כבוד הוא לו להיות שם, וחייב במזוזה (יומא י' ע"א־ע"ב, ועי' לעיל סי' מ"ה אות א־ג'). גם חייל – כבוד הוא לו לשרת בצה"ל. ואף כי יש לחלק בין הנושאים. הרי כהן־גדול מתמנה מרצונו החופשי לגמרי; וכשמתמנה יודע הוא שכפרת ישראל ביום־הכיפורים תלויה בו, ועליו לדור בלשכת פרהדרין שבעה ימים, ועל דעת כן הסכים להתמנות, ואף לא ניצל את זכותו להתפטר לפני יום־הכיפורים. מה שאין כן בחייל – שהוא נתון למרותם של מפקדיו, ואינו יודע היכן יימצא במשך שירותו, אולי אפשר לראותו ככפוי במידה מסויימת. אך מ"מ ודאי שאין לדמות חייל לחולה שברח מביתו, והוא קרוב יותר לכהן־גדול מאשר לחולה, וצ"ע.

ואעפ"כ נראה שיש לחלק בין כהן־גדול בלשכת פרהדרין לבין חייל בבסיס בו הוא משרת: שהרי כהן־גדול חייב להימצא במקום אחד שבעה ימים, ואילו חייל אינו בטוח אפילו ביום אחד, ובכל רגע יכולים להעביר אותו למקום אחר, עקב כוננות וכדו'. ומכיון שכך נראה שיש לדמות את החיילים לכהנים ולוויים השומרים במקדש, שהלשכות שלהם היו פטורות מן המזוזה (יומא שם). גם אלה וגם אלה, ביתם אינו שלהם, ואינם נמצאים כלל ברשות

עצמם. ובכל רגע יכולים להוציאם ממקומם ולהעבירם למקום אחר, לכן פטורים ממזוזה (ועי' בהרחבה לעיל סי' מ"ה אות ב"-ד').

ונראה לענ"ד שבני־ישראל במדבר, אכן היו פטורים ממצוות מזוזה מטעם זה. והוא הדין לחיילים. (ואולי משום כך הסמיכה התורה למצוות מזוזה את הפסוק "למען ירבו ימיכם וימי בניכם **על האדמה** אשר נשבע ה' לאבותיכם...", כי במדבר היו פטורים מן המזוזה, משום שלא גרו במקום קבוע. מה שאין כן בדורות היושבים על האדמה אשר נשבע ה' לאבותיהם ונתנה להם, שיש להם קביעות, ולכן רק שם מובטח להם שכר מצוה זו).

ה. חיובם של הבעלים

לאור מה שכתבנו, יוצא שחיילים פטורים מן המזוזה משום שאינם דיירי קבע. אך לכאורה יש לומר, שגם אם נניח שהחיילים פטורים ממזוזה, מ"מ שלטונות הצבא חייבים לקבוע מזוזות באוהלים.

ולכאורה יש לדמות את האוהלים הללו למה שנפסק בשו"ע (סי' רפ"ו סעי' ב'), שבית הבקר ובית התבן חייבים במזוזה. וכשם שבעלי מחסנים חייבים במזוזה למרות שהחפצים המונחים שם אינם בני חיובא, ואף יתכן שהם מונחים שם רק באופן זמני – כך גם שלטונות צה"ל חייבים במזוזה במקומות שבהם הם משכנים את החיילים, למרות שהחיילים עצמם אינם חייבים במזוזה. וכי חיילים גרועים מתבן או מבקר (להבדיל)? ואכן כך כתב הגרב"צ עוזיאל (מובא בשו"ת שאלי־ציון שם).

אך יש לומר שיש הבדל ביניהם גם לענין זה. הבהמה או התבן אינם בני חיובא מצד עצמם, וכל החיוב במזוזה חל רק על בעליו של המבנה, מצד השימוש שהוא משתמש בכך במבנה. חיובו של בית האוצר במזוזה נובע מכך ששם "בית" עליו לשם אוצר. וזוהי דרכו של אוצר, שאין לו חיוב מצד עצמו, וחיובו מוטל רק על בעל הבית. מה שאין כן בחיילים, שהם בני אדם, הרי חובת מזוזה היא חובת הדר, והחיוב חל עליהם. ולבן אדם אין דירה כזו קרויה בית, כי בית לבני אדם הוא רק מקום קבוע, או אפילו זמני, עפ"י צורכי האדם עצמו, עפ"י הבנתו החופשית. אך דירה שאין לאדם שום זכות לקבוע האם ישהה בה וכמה זמן ישהה בה – אין שם דירה חל עליה כלל, ולכן גם בעלי הדירה פטורים. כי במקום שהחובה חלה על הדר, אין היא חלה על בעל הבית, ולכן גם כאשר הדר פטור, אין מקום לחייב את בעל הבית.

וכן יש לומר שמחנות צבא, מצד עצמם דירתם אינה דירה. שהרי כל תפקידם וייעודם של החיילים מכוון עפ"י צרכי הצבא, והצבא חייב להיערך בכל פעם מחדש עפ"י צרכי הביטחון. ומחנות אלו אינם מיועדים לדירה כלל ועיקר, אלא אך ורק למגורים זמניים של החיילים, על פי התפקידים הנחוצים המוטלים עליהם. ולכן גם המלכות פטורה ממזוזה, כי אין שם דירה על מקום שכזה. (אם כי יתכן שמכיון שבנד"ד מדובר בהיאחזות נח"ל, שיש לה גם תפקיד התיישבותי לטווח ארוך, יהיה הדין כאן שונה מאשר במחנות של חיילים אחרים).

והראיה – מלשכת פרהדרין, לדעת ר' יהודה, שלא רק הכהן הגדול היה פטור ממנה מן התורה, אלא גם כלל ישראל, שהוא בעל הבית, היה פטור. וע"כ יש לומר בטעם הדבר, שמכיון שלכהן הגדול אין זו דירה מצד עצמו, גם לבעלי הבית אין זו דירה, והם פטורים מן המזוזה. וכן יש לומר לדעת כו"ע בלשכות שהכהנים והלווים היו שומרים בהן, שמכיון שהשומרים לא נתחייבו במזוזה, גם כלל ישראל לא מחוייב לקבוע שם מזוזה.

מיהו בשו"ת שאלי־ציון (להגר"ד אליעזרוב, סי' ט"י) הביא בשם הגרב"צ עוזיאל שהשלטונות חייבים במזוזה. ועי' בקונטרס המזוזה (להגרי"ב זילבר, בסוף "בית ברוך" על החיי"א, סי' רפ"ו סעי' א' ס"ק ע"ב), שלדעתו יש לחייב לכל היותר מספק. ובשו"ת שבט־הלוי (להגרש"ה ואזנר, ח"ב סי' קנ"ו) כתב שבית חולים בבעלות ישראלית חייב במזוזה מצד הבעלות, אע"פ שהחולים עצמם פטורים. ובספר נשמת־אברהם (יו"ד סי' רפ"ו סעי'

א') הביא בשם הגרי"י נויבירט שליט"א, שמכיון שמזוזה היא חובת הדר, אין הבעלים חייבים במזוזה, אם כי יש לחייב אותם בגלל הציוד הנמצא בבית החולים. אך באוהל צבאי, שגם הציוד שבו צמוד לחיילים ועובר אתם ממקום למקום, אין לחייב את שלטונות הצבא במזוזה.

ו. חיובם של שלטונות המדינה

והנה, גם לסוברים שהבעלים חייבים במזוזה, יש לעיין בחיובו של ציבור במזוזה עפ"י מה שכתב רש"י (יומא י"ב ע"א ד"ה דכרכים) בהסבר ההבדל שבין בתי כנסת של כפרים, שחייבים במזוזה, לבין בתי כנסת של כרכים, הפטורים מן המזוזה. ואלו דבריו:

> דכרכים – שהוא מקום שווקים, ומתקבצים שם ממקומות הרבה, והיא עשויה לכל הבא להתפלל, ואין לה בעלים מיוחדים.
>
> דכפרים – כל בעליו ניכרים, והרי הוא כבית השותפין.

וכוונתו של רש"י היא לומר שציבור פטור מן המזוזה משום שבעלותו היא בעלות מופשטת (ועי' לקמן סי' מ"ז אות א').

וא"כ יש לומר שגם במקדש הציבור פטור, משום שציבור אינו "בעל בית" מוגדר. ולדעתו, נדחתה הראיה שהבאנו מכך שהציבור לא נתחייב בקביעת מזוזה בלשכות השומרים ובלשכת פהרדרין. אלא שקשה עליו, א"כ מדוע נאמר בגמ' (יומא י"א ע"ב) שהר הבית והלשכות פטורים מן המזוזה משום שהם **קודש**, תיפוק ליה שציבור פטור? ובלאו הכי קשה על הגמ' שם ממה שנאמר לפני כן (י' ע"א) במחלוקת ר' יהודה ורבנן בלשכת פרהדרין: על מה נחלקו, הרי הלשכות קודש הן? וצריך לומר כמו שכתב החת"ם סופר (יו"ד סי' רפ"א), ש"קודש" פירושו דווקא מקום שאינו מיועד לדירת אדם. אך כשהמקום מיועד לדירת אדם, הרי הוא חייב אע"פ שהוא קודש. ולכן כתב רש"י בטעם פטור הלשכות, שהוא משום שאין להם בעלים פרטיים; כי ציבור אינו בעלים פרטי. ולדבריו מדינה פטורה מלקבוע מזוזה בבתיה משום שאינה בעלים פרטיים. (ולבירור שיטת רש"י בבעלות של ישות מופשטת, עי' לעיל סי' ג' אות ח' ראיה א', וכן לקמן סי' צ"ו אות ב'). וצ"ע להלכה.

והרמב"ם כתב (הל' מזוזה פ"ו ה"ח):

> הר הבית והלשכות והעזרות ובתי כנסיות ובתי מדרשות שאין בהם בית דירה – פטורים, לפי שהן קודש. בית הכנסת של כפרים, שהאורחים דרים בו – חייב במזוזה.

מבואר מדבריו שאינו פוטר בעלות ציבורית ממזוזה, כרש"י, אלא כאשר אין בו שימוש של חולין; אך כאשר יש שימוש של חולין, גם ציבור חייב. ומשמע שהלשכות פטורות רק משום שהן קודש. אך אילו היו חולין, היו חייבות. ולפי זה גם משרדי ממשלה צריכים להיות פטורים ממזוזה. ועינינו הרואות שקבעו בהם מזוזות! ובמפורש נאמר בגמרא (יומא י"א ע"א) על "שערי מדינות", שהם חייבים במזוזה. מיהו "מדינה" שם היא **עיר** שלנו ולא במשמעות המקובלת כיום. (אם כי מצינו עיר של אדם פרטי, עי' ב"ב ס"ח ע"א. ואולי לזה התכוונה ההלכה בשערי מדינות). אלא שלכאורה גם עיר כירושלים חייבת במזוזה, אע"פ שירושלים שייכת לכלל ישראל, לסוברים שירושלים לא נתחלקה לשבטים.

אך כשנעיין בדבר נמצא שהתורה לא פטרה בתי כנסת של כרכים ממזוזה בגלל הבעלות, שאין להם בעלים מוגדרים, אלא משום שזה לא "ביתך". דהיינו: שבית כנסת אינו בית המיועד לשימוש של יחידים, אלא לשימוש הכלל; וכל אחד יכול לבוא ולהתפלל שם. ואיש לא יכול למנוע זאת ממנו, כי בית הכנסת שייך לכלל ישראל. אך לא כן מגורי החיילים, שהם מיועדים לשימוש מוגדר של חיילים מסויימים מיחידות מסויימות, ולא כל מי שרוצה יכול להיכנס ולגור שם.

ולפי זה באמת לא מצינו שציבור פטור מחיוב מזוזה. ומשום כך כל מבנה ציבור חייב במזוזה; ורק בית כנסת של כרכים פטור, מפני שהוא לא מיועד לשימוש פרטי. מיהו כל זה לדעה

המחייבת את הבעלים במזוזה (לעיל אות ה'). אך לדעה הפוטרת את הבעלים מן המזוזה, כי זו חובת הדר, והדר פטור – א"כ אין לחייב את אוהלי החיילים במזוזה.

ז. חובת הבית מצד ה"חפצא"

ונראה לענ"ד להוסיף, שאע"פ שמזוזה היא "חובת הדר", אין זו רק חובת "גברא" של הדר, אלא גם חובת "חפצא" על הבית. ומכיון שהדר בבית הוא המשתמש בפועל, חלה עליו האחריות לכך. אך כשהוא פטור, החיוב באמת חל על הבעלים.

ולסברא זו יש כמה ראיות:

א. יש הסוברים שאם גוי או קטן קבעו מזוזה, יוצאים בכך ידי חובה למרות שהם פטורים ממצוות מזוזה (עי' שד"ח, כרך ה' עמ' 67), כי החיוב הוא גם על הדירה, שתהיה בה מזוזה. מיהו קשה על כך, מדוע מברכים "לקבוע מזוזה" ולא "על מצוות מזוזה", ככל מצוה המוטלת על ה"חפצא"? ויש לומר שלכתחילה המצוה היא על הדר כחובת "גברא", ורק בדיעבד, כשגוי קבע, פטר את ה"חפצא". מיהו על כך קשה ממצוות כיסוי הדם, שגידרה דומה, וגם שם מברכים עליה "על כיסוי הדם בעפר" (עי' שו"ע יו"ד סי' כ"ח סעי' א').

ב. בזה מתורצת הקושיא המובאת בשו"ת רעק"א (סי' ט' בסופו, ד"ה ונ"ל), מדוע הנכנס לביתו אינו מברך על המזוזה בכל פעם מחדש. כי כאמור, החיוב במזוזה הוא גם על ה"חפצא", ובחיוב זה לא היה שום הפסק.

ג. פונדק בבעלות של יהודי, שהאורחים מתחלפים בו כל הזמן – חייב במזוזה (עי' קונטרס המזוזה סי' רפ"ו סעי' א' ס"ק ע"ה; ועי' ס"ק ל"ו, שם הוא מכריע שגם שותפין חייבים, וכן עמא דבר). וזאת אע"פ שהאורחים פטורים. וע"כ הוא משום שהחיוב חל גם על ה"חפצא", וכשהדר פטור, חוזר החיוב אל הבעלים. והדבר אינו דומה לבית חולים, שיש שפטרו אותו מן המזוזה מצד זה, מפני שהשם "בית חולים" מעיד על כך שהמבנה אינו מיועד למגורים אלא לאישפוז, הנעשה בעל כרחו של האדם הנכנס אליו. ואעפ"כ יש המחייבים אותו במזוזה (עי' לעיל אות ה', מחלוקת הגרש"ה ואזנר והגרי"י נויבירט).

ולכן נראה שגם במחנה צבא יש לחייב את המדינה ושלטונות הצבא במזוזה.

ח. מזוזה לשם שמירה

לעיל (סי' מ"ה אות ו') כתבנו שיש מקום לקבוע מזוזה במקום שיש בו סכנה; אלא שאם אין שום מצוה בקביעת המזוזה שם, אין מקום לכך, ו"כל הפטור מדבר ועושהו נקרא הדיוט". אך אעפ"כ למדנו ממונבז המלך שקבע מזוזה אף בדירת עראי (מנחות ל"ב ע"ב). ומכאן שאף שאין מצוה, יש מקום לקיים זכר למצוה. ונראה שאדם יכול להמשיך חיוב בדירה כזו שכל הפטור שלה הוא רק משום שאינה קבועה, כי קביעות היא ענין יחסי. ולפעמים יתכן שחיילים יחנו במקום אחד הרבה זמן. ולכן יש מקום להחמיר ולחייב, אך לא מעיקר הדין, ובלי ברכה.

והגר"ש גורן (בספר פסקי הלכות צבא, בשיכפול) חייב לקבוע מזוזה במקום שחיילים נמצאים בו יותר משלושים יום. והביא ראיה ממונבז. אך נראה שאדרבא, ממונבז יש להביא ראיה להיפך, שכן היה זה רק **זכר** למזוזה (ולא ראינו חילוק בין אם גרו במקום ל' יום או פחות).

תשובה

למעשה נראה איפוא שמן הראוי שצה"ל יקבע מזוזות באהלי החיילים כדי להרבות בזכויות, ובפרט במצוות מזוזה.

וא"כ באוהלים, אם יש להם צורת פתח (כמו שכתבנו לעיל אות א'), והיריעות אינן נעות ברוח מצויה, יש לקבוע בהם מזוזה. אך אם היריעות נעות ברוח מצויה, אין לפתח כזה חיוב כלל, ופטורים גם מלעשות זכר למזוזה. (כי יש מקום להדר במצוה רק כאשר ה"גברא" פטור אך המקום מצד עצמו חייב, אך כאשר הפטור הוא ב"חפצא", אין מקום להידור מצוה כזה).

מסקנות

א. באופן עקרוני, אוהל המשמש למגורי קבע, הן בימות החמה והן בימות הגשמים – חייב במזוזה.

ב. פתח של אוהל, שיש המשך של יריעות משני צדדיו, ויריעות אלו קשורות היטב ואינן מתנועעות ברוח – חייב במזוזה.

ג. חייל אינו נחשב כדייר קבע במקום שבו יחידתו נמצאת.

ד. בית שבספינה פטור ממזוזה משום שאף אדם אינו רואה בה את ביתו הקבוע; אולם ספינת טיולים, יתכן שחייבת.

ה. אדם שגר במקום מסויים רק בגלל אילוץ שאינו מאפשר לו לחזור לביתו, אך הוא מצפה לשוב לביתו הקבוע בכל יום – פטור ממזוזה.

ו. מי שיש לו בית החייב במזוזה, אך הדר בו פטור ממזוזה מפני שהוא דייר עראי – חייב בעל הבית לשים בו מזוזה.

סימן מז

חיוב מזוזה בבית־מדרש זמני

ראשי פרקים

שאלה
א. מזוזה בבתי כנסיות ובתי מדרשות
ב. קדושה בבית־מדרש ארעי
ג. מזוזה בבית־מדרש ארעי
ד. מצבים שונים בקדושה לזמן
תשובה
מסקנות

שאלה *

בישיבה בכפר מימון משמש צריף ישן כבית מדרש באופן זמני, עד לסיום בנייתו של בית המדרש החדש. האם יש חיוב לקבוע בו מזוזה? ואם כן, האם יש לברך על קביעתה?

א. מזוזה בבתי כנסיות ובתי מדרשות

נאמר במסכת יומא (י"א ע"ב):

תניא: בית־הכנסת שיש בה בית דירה לחזן הכנסת – זייב במזוזה, ושאין בה בית דירה – ר' מאיר מחייב, וחכמים פוטרין.

וכתבו התוס' (ד"ה שאין):

משמע מכאן דבית־כנסת ובית־מדרש שאין בו בית דירה, דלא בעי מזוזה, דמסתמא הילכתא כרבנן.

ובסוף דבריהם הביאו מהירושלמי (מגילה פ"ד ה"ב), **שבית־מדרש חייב במזוזה. ודחו, דהתם מיירי בבית־מדרש שאינו של רבים. ומדבריהם משמע שכל הפטור של בית־המדרש ממזוזה נובע מכך שהוא של רבים ולא של יחיד. וכן משמע מפירוש רש"י** (שם י"ב ע"א ד"ה דכרכים), **שחילק בין בית־כנסת של כרכים לבית־כנסת של כפרים, וכתב:**

דכרכים – שהוא מקום שווקים, ומתקבצים שם ממקומות הרבה, והיא עשויה לכל הבא להתפלל, ואין לה בעלים מיוחדים.

דכפרים – כל בעליו ניכרים, והרי הוא כבית השותפין.

וכן משמע ממה שדימתה הגמ' (שם י"א ע"ב) **דין מזוזה לדין נגעים. ובנגעים נאמר במפורש:**

תניא: יכול יהיו בתי כנסיות ובתי מדרשות מטמאין בנגעים? ת"ל: "ובא אשר לו הבית" – מי שמיוחד לו. יצאו אלו שאין מיוחדין לו.

וא"כ בית־מדרש שיש לו בעלים מיוחדים – חייב במזוזה, לשיטת רש"י והתוס'. (ומיהו צ"ע אם אגודה ציבורית דינה כבעלים מיוחדים. ועי' לעיל, סי' ג'

* אלול תשל"ב.

אות י"א, שם כתבנו שכנראה אין ההלכה מכירה במושגים מופשטים, אלא האחראים למעשה נחשבים בעלים, לפחות מספק. ולביאור שיטת רש"י עי' שם אות ח' ראיה א').

אולם הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ו) **חולק על שיטה זו, וכותב:**

ובתי כנסיות ובתי מדרשות שאין בהן בית דירה – פטורין, לפי שהן קודש. בית־הכנסת של כפרים, שהאורחין דרין בו, חייב במזוזה.

ומשמע מדברי הרמב"ם שהוא חולק על רש"י, וסובר שבית־כנסת פטור, לא משום שאין לו בעלים, אלא משום שהוא קודש. וזו כוונת הגמ' ביומא, שאמרה "יצאו אלו שאינן מיוחדין לו". כלומר, שבתי־כנסת ובתי מדרש אינם מיוחדים לתשמיש חולין של הדיוט, אלא לתשמיש קודש. ולשיטתו ההבדל בין בית־כנסת של כפרים לשל כרכים אינו כרש"י, הסובר שלאלו יש בעלים מיוחדים ולאלו לא, אלא שסתם בית־כנסת של כפרים יש בו דירה, וא"כ הוא בית המיוחד גם לתשמיש של הדיוט; מה שאין כן בבית־כנסת של כרכים, שסתמו אין בו דירה. (וכ"כ הנמוק"י, הל' מזוזה דף ו' ע"ב ד"ה בית הכנסת, בדעת הרי"ף. ועיין מה שכתב בשו"ת הר־צבי, או"ח ח"א סי' י"ז ד"ה והנה, להסביר את המחלוקת בין רש"י והרמב"ם). *

ולפירוש זה, בית־מדרש שלנו, אף שיש לו בעלים מיוחדים, כיון שאין בו תשמיש של הדיוט – פטור ממזוזה.

והנה שיטת המרדכי (מנחות סי' תתקס"א בסופו, מובא בב"י יו"ד סי' רפ"ו ד"ה בית המדרש) **היא שבית־מדרש חייב במזוזה, ומקור דבריו הוא דברי הירושלמי במגילה** (שהובא בתוס' ביומא). **והוא חולק על הרמב"ם והתוס' שהשוו את בית־המדרש לבית־הכנסת לענין מזוזה. ובטעמו כתבו הב"ח** (ד"ה בית) **והש"ך** (ס"ק י"ט), **שהוא משום שבית־מדרש לומדים בו כל היום, והרי זו דירה.**

ונראה לענ"ד שהרמב"ם השווה את דין בית־המדרש לבית־הכנסת, משום שלשיטתו הדבר תלוי בקדושה. ואע"פ שבית־מדרש שוהים בו כל היום, אך סוף־סוף שהייה זו צורך גבוה היא. שהרי אפילו אכילה, שתיה ושינה מותרות בו רק משום ביטול תורה, והכל הוא צורך גבוה; וא"כ שימושו הוא לצורך קודש ולא לצורך הדיוט, ולכן הוא פטור מן המזוזה.

עכ"פ, לשיטת רש"י ותוס', בנד"ד בית־המדרש חייב במזוזה, משום שיש לו בעלים מיוחדים. ולשיטת המרדכי כל בית־מדרש חייב במזוזה. אך לשיטת הרמב"ם גם בית־מדרש זה פטור מן המזוזה.

ב. קדושה בבית־מדרש ארעי

ונראה לכאורה שבנד"ד גם הרמב"ם יודה שבית־מדרש זה חייב במזוזה. כי בית־מדרש זה אינו אלא זמני, והותנה בפירוש שאינו מוקדש לשם בית־מדרש קבוע, אלא שכרגע לומדים בו עד שייבנה אי"ה בית־המדרש הקבוע. ומכיון שכך אין בו קדושה, ומותר להשתמש בו תשמיש של חולין. וא"כ גם לשיטת הרמב"ם הוא חייב במזוזה. וכל נימוקו של הרמב"ם לפטור בית־מדרש ממזוזה הוא רק משום קדושתו, מפני שאינו מיועד לשימוש הדיוט אלא לשימוש קודש, וכמו שכתבנו לעיל (אות א'). **אך בנד"ד, שבית־המדרש לא הוקדש, נראה שגם לשיטת הרמב"ם הוא חייב במזוזה. וא"כ לכל הפוסקים יש לקבוע בו מזוזה בברכה.**

אך הדבר צריך עדיין עיון, עפ"י מה שנאמר בשו"ע שו"ע (או"ח סי' קנ"ד סעי' ב'):

השוכרים בית ומתפללין בו – אין לו דין בית־הכנסת.

ועיין משנ"ב (ס"ק ד') **שכתב בשם הלבוש** (סעי' ב')

* על הרמב"ם יש להקשות, מדוע רצו לפטור את לשכת הפרהדרין משום דירה בעל כרחו, תיפוק ליה דהוי קודש? ואע"פ שיש שם בית־דירה לכהן הגדול, לא גרע מבית מדרש, שג"כ מותר לאכול ולישון שם לצורך הלימוד, וא"כ הוא הדין בלשכת פרהדרין! ויש לומר דאה"נ, רק בהו"א אמרו כן; אבל לפי המסקנה הסיבה האמיתית לפטור את לשכת הפרהדרין ממזוזה היא משום שהיא קודש. והמאירי (י"א ע"ב ד"ה ואי קשיא) תירץ שלשכת הפרהדרין היתה פתוחה לחול, ולכן לא היתה קודש. (עיין לעיל סימן מ"ה אות א').

שהטעם לכך הוא משום שמכיון שאינו אלא ארעי, אין בו קדושה. אך בבה"ל (ד"ה השוכרים) הביא בשם ה"עולת־תמיד" שיש קדושה בבית־כנסת ארעי, ונשאר בספק. וכתב שיש להחמיר בשאלה זו.

ג. מזוזה בבית־מדרש ארעי

והשתא נחזי אנן: אם אין קדושה בבית־כנסת ארעי, כנים דברינו שאין קדושה בבית־מדרש זה, ומותר להשתמש בו תשמיש של חולין; ולכן הוא חייב בקביעת מזוזה בברכה. אך אם יש קדושה בבית־כנסת ארעי, ואסור להשתמש בו תשמיש של חולין – הרי הוא פטור ממזוזה. ומכיון שהדבר נשאר בספק, א"כ אין לברך על קביעת המזוזה.

ולמעשה היה מקום לומר שיש כאן ספק ספיקא: ספק אם בית־מדרש חייב במזוזה; ואפילו את"ל דפטור, ספק אם יש קדושה בבית־מדרש זמני. ולכן יש לחייבו במזוזה בברכה. (ובמקום שיש בו ספק ספיקא לחומרא, אין אומרים "ספק ברכות להקל". והפוסקים שהחמירו שלא לברך בכגון זה (עיין שו"ת יחוה דעת סי' כ"א בהערה), סוברים שברכה לבטלה היא איסור תורה). אולם זה אינו. מכיון שאת הספק השני יש לפשוט לחומרא, כמו שכתב המשנ"ב שיש קדושה בבית־כנסת ארעי, ואסור להשתמש בו תשמיש של חולין; וא"כ יוצא **שלמעשה** אסור להשתמש בו תשמיש של חולין. ומכיון שכן הדר דינא, שלענין מזוזה הוא בוודאי פטור (בבית־כנסת לכל הדעות, ובבית־מדרש לדעת הרמב"ם). שהרי לענין חיוב מזוזה קובע השימוש **בפועל**, ומכיון שבפועל חייבים להשתמש בו רק תשמיש קודש ולא חול, הרי הוא פטור ממזוזה.

ועוד יש לומר, שמה שכתבנו בדעת הרמב"ם שהפטור מן המזוזה תלוי בקדושה, אינו מוכרח. שכן אפשר לומר דלאו בקדושה תליא מילתא, אלא בשימוש, שמכיון שבית־מדרש משתמשים בו תשמיש של קודש, לא מקרי "ביתך". ואע"פ שמשתמשים בו גם תשמיש של חול, הכל צורך קודש הוא, וכמו שכתבנו למעלה. וא"כ גם לדעת הלבוש, הסובר שאין קדושה בבית־מדרש ארעי, בכל זאת יש לפטור אותו מן המזוזה לשיטת הרמב"ם, משום שמשתמשים בו רק תשמיש של קודש. וא"כ הדרינן לספיקא קמא, אי בית־מדרש חייב במזוזה; וא"כ אסור לברך על קביעת המזוזה, ואין כאן ספק ספיקא.

אולם אפשר לומר שכיון שבית־מדרש ארעי מותר להשתמש בו תשמיש של חולין אחרי שיגמרו להשתמש בו כבית־מדרש, א"כ מה שמתחילים להשתמש בו עתה זוהי כבר התחלה של השימוש העתידי והקבוע שלו. אמנם עתה תשמישו הוא תשמיש קודש, אך זה רק באופן זמני, ובסופו של דבר הוא מיועד לתשמיש חול, וכיון שחייבים לקבוע בו מזוזה כבר עתה מספק, יכולים גם לברך על כך מיד, וצ"ע בזה.

ד. מצבים שונים בקדושה לזמן

ועי' שו"ת חתם סופר (יו"ד ח"ב סי' רכ"ה) שדן בבית מושכר, וכתב שאפשר להקדיש אותו לבית־כנסת. אמנם קדושת הגוף לא חלה עליו, אבל חלה עליו קדושת פירות. (וצ"ע מדוע מועילה קדושת פירות לבית־כנסת. ויתכן שהדבר תלוי בגדר קדושת בית־כנסת, אם משום שהוא תשמיש מצוה, או משום שהוא דומה לבית־המקדש. דאי דמי לבית־המקדש, לכאורה בעינן קדושת הגוף). ועי"ש שחילק עפ"י דברי המהר"י בן חביב (מובא בב"י, או"ח סי' קנ"ד ד"ה וכתב מהרי"ן), וכתב שאם באמת הוא זמני, לא חלה עליו קדושה; ורק אם בונים דרך קבע, אלא שייתכן שיהיה זמני, כגון שעלולים להוציאם משם – אז חלה עליו קדושה.

ונראה לענ"ד שיש לחלק בין הדברים: אם מדובר במקום מושכר או במצב דומה התלוי בידי אדם אחר – הרי המתפללים מצידם הקדישו את כל מה שהיה ברשותם, ואילו יכלו היו מקדישים לחלוטין, ורק משום שאינם יכולים אינם מקדישים לגמרי, מכיון שהכל תלוי באחרים; ולכן יש לומר שבית־הכנסת קדוש. אך אם מלכתחילה אדם אינו רוצה להקדיש מקום לחלוטין לצורך בית־כנסת, כגון שבכוונתו לבנות

בית־כנסת קבוע, ורק בינתיים הוא מתפלל במקום זה – אין בו קדושה (ודמי קצת למה שנאמר במסכת גיטין, מ"ג ע"א, שאם שייר בקניינו, אינה מקודשת). ואעפ"כ נראה שכל עוד הוא משמש לתפילה וללימוד תורה, אין זה מן הראוי שישתמשו בו תשמיש של חולין, משום כבוד.(ובשו"ת מהרי"ט, ח"ב יו"ד סי' ד', כתב שבית כנסת זמני אסור בתשמיש חולין).

תשובה

למעשה נראה שכל עוד המקום הוקדש לבית־מדרש, גם אם הוקדש זמנית, אין לעשות בו בינתיים תשמיש של חולין. ולכן לדעת הרמב"ם הוא פטור ממזוזה. אך לדעת רש"י, שהכל תלוי בבעלות, יש לומר שמכיון שיש לבית־המדרש הזה בעלים ידועים – הרי הוא חייב במזוזה. ולכן יש לקבוע מזוזה מספק, אולם בלי ברכה.

סימן מח

חדר כביסה שרוחבו פחות מד' אמות

ראשי פרקים

שאלה
א. מחלוקות הרא"ש והרמב"ם
ב. מקום המשמש לכביסת בגדי קטנים
תשובה
מסקנות

שאלה

בבית מגורים יש חדר כביסה. רוחבו של החדר הוא פחות מאשר ד' אמות, אך אורכו הוא יותר מד' אמות, ויש בו כדי לרבע ד' אמות על ד' אמות. האם חדר זה חייב במזוזה?

א. מחלוקות הרא"ש והרמב"ם

ישנה מחלוקת בין הראשונים בשאלת חיוב מזוזה ברפת בקר, לולין ואוצרות יין ושמן: לדעת הרא"ש (הל' מזוזה סי' ט"ו) הם חייבים במזוזה. ולדעת הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ז) – פטורים.

עוד נחלקו הרמב"ם והרא"ש בבית שאין ברחבו ד' אמות, אך יש בו בכדי לרבע ד' אמות על ד' אמות בדיוק: לדעת הרמב"ם (שם ה"ב) חייב במזוזה, ולדעת הרא"ש (שם סי' ט"ז) – פטור.

וא"כ בנד"ד יש לומר שממה נפשך חדר זה פטור ממזוזה: לדעת הרמב"ם הוא פטור משום שאינו בית דירה לאדם. ואילו לדעת הרא"ש הוא פטור משום שאין ברחבו ד' אמות.

אמנם בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ו סעי' א') פסק כדעת הרא"ש, שרפת ואוצרות חייבים במזוזה, ואילו בהמשך (סעי' י"ג) פסק כדעת הרמב"ם, שכל שיש בו בכדי לרבע ד' אמות על ד' אמות, אע"פ שאינו רחב ד' אמות, חייב. ויש לומר שפסק כאן לחומרא וכאן לחומרא; אך במקום ששתי הקולות קיימות בו: גם חדר כביסה, שהוא כרפת ואוצר, וגם שאין בו רוחב ד' אמות – יש לומר שממה נפשך הוא יהיה פטור. כן נראה לענ"ד (וכן כתב הגרי"ב זילבר, בית־ברוך סי' רפ"ו סעי' א' אות כ"ד, בשם ס' "ערך־שי", ועי' שם במ"מ, ס"ק קנ"ז).

ולסניף נוסף יש להעיר שהט"ז (סי' תרל"ד ס"ק ב' ד"ה והנה) סובר שגם הרמב"ם לא אמר מעולם שחייב גם אם אין ברוחבו ד' אמות, אם יש בו כדי לרבע ד' על ד'; ובמקרה זה גם הרמב"ם סובר כהרא"ש שפטור. (וגם החזו"א, או"ח ק"י [ב'] ס"ק כ"ח ד"ה כ' המ"א, הכריע כדברי הט"ז, שגם הרמב"ם סובר שצריך שיהיה ברחבו ד'. ועי' בית־ברוך, סי' רפ"ו סעי' י"ג אות קמ"ט).

ב. מקום המשמש לכביסת בגדי קטנים

עוד יש לומר שחדר כביסה פטור לגמרי מחובת מזוזה, עפ"י מה שנפסק בשו"ע (סי' רפ"ו סעי' ב'):

בית התבן... אם הנשים רוחצות בהם... אין כבוד שמים להיות שם מזוזה.

והוסיף הרמ"א:

ודווקא אלו; אבל חדר ממש, אפילו מקום שאיש ואשה ישנים שם – חייב.

ונראה לומר שחדר כביסה, כיון שאינו חדר ממש אלא רק כבית תבן, ומיועד לדברי טינופת, כגון כביסה של תינוקות וכדו' – הרי הוא פטור ממזוזה.

אמנם יש לומר שכיון שרוב הכביסה אינה של תינוקות, אלא **שבמקרה** יש שם גם כביסה כזאת, אין הוא דומה למקום שהנשים רוחצות שם בקביעות. אך מאידך יש לומר שלא הכמות קובעת, אלא מכיון שחדר זה משמש לכביסה, בהכרח הוא מיועד גם לכביסה שאינה מכובדת, וחלק **קבוע** של הכביסה הוא חיתולים מלוכלכים (בתקופה שבה נהגו לחתל את הקטנים בחיתולי בד).

ועיין פת"ש (ס"ק ז') שכתב בשם יד־הקטנה (הל' מזוזה פ"ג הי"ג):

...אבל חלילה לעשות שם בקביעות שום דבר ביזיון, ולסמוך על הכיסוי, כגון לכבס לפניה תמיד טינופת של בגדי קטנים... ועל זה נאמר "כי דבר ה' בזה", וענשו גדול.

וצ"ע בנד"ד, שבגדי הקטנים מועטים ביחס לבגדי הגדולים, אם גם שימוש זה בחדר הכביסה אכן נקרא דבר קבוע, או שהוא דבר מקרי. ונראה לענ"ד שאם תמיד יש שם גם בגדי קטנים, הדבר נחשב לקביעות, גם אם דבר זה אינו רוב שימושו. אך במשפחה שאין בה ילדים קטנים, כגון זוג צעיר או משפחה מבוגרת, וכן כיום, שמקובל להשתמש בחיתולים חד־פעמיים, ורק לעיתים רחוקות יש צואה על הבגדים המתכבסים, מסתבר שאין לסמוך על סברא זו ולפטור ממזוזה.

תשובה

למעשה עיקר ההסתמכות היא על הסברא הראשונה, שאין חיוב מזוזה בחדר שאין ברחבו ד' אמות. והסברא האחרונה, לפטור מצד הלכלוך שיש שם, הובאה רק כסניף נוסף להיתר העיקרי. ומכיון שמכוח הסברא השניה יש מקום גם **לאסור** על קביעת מזוזה באותו מקום, ודאי שאין לחייב את חדר הכביסה במזוזה, אף לא לחומרא. אבל מקום שבו לא מכבסים שם בגדי קטנים המלוכלכים בצואה בדרך קבע, **יש** לקבוע שם מזוזה, אך ללא ברכה, ולכסותה בשני כיסויים.

סימן מט

מזוזה בחדר החיצון של המקוה

ראשי פרקים

שאלה
א. מזוזה בבית הטבילה
ב. כבוד שמים במרחץ
ג. שיטות הפוסקים
תשובה

שאלה *

במקוואות רבים ישנו חדר כניסה המשמש לצרכים שונים. בדרך כלל, האנשים הנמצאים בו הם לבושים. האם חדר זה חייב במזוזה?

א. מזוזה בבית הטבילה

נפסק בשו"ע (סי' רפ"ו סעי' ד'):

בית הכסא ובית המרחץ ובית הבורסקי ובית הטבילה – פטורים, לפי שאינם עשויים לדירת כבוד.

ומקורו במסכת יומא (דף י"א ע"ב). ומתוך כך יש

* תמוז תשל"א.

שתי דרכים לבאר את דינו של חדר הכניסה לבית הטבילה:

א. המדובר בגמ' ובשו"ע הוא דווקא בחדר הטבילה עצמו, שמכיון שהולכים בו ערומים הוא אינו עשוי לכבוד ופטור ממזוזה. ולפי זה הכניסה המוליכה לפרוזדור ולחדר הראשון בו עומדים לבושים, עשויה לכבוד וחייבת במזוזה.

ב. גם חדר הכניסה הוא חלק מ"בית הטבילה", הפטור מן המזוזה.

והנה למעלה (סעי' ב') נפסק בשו"ע:

> בית התבן... אם הנשים רוחצות בהם, כיון שעומדות שם ערומות, אין כבוד שמים להיות שם מזוזה.

ומשתי הלכות אלו למדנו שיש שתי סיבות לפטור ממזוזה:

א. משום כבוד המזוזה (סעי' ב').

ב. משום שאינו דירה של כבוד (סעי' ד').

ולפי זה יש להקשות: מדוע כתב השו"ע שהטעם לפטור בבית המרחץ ובבית הטבילה הוא משום שאינם דירה של כבוד, תיפוק ליה משום שאין כבוד שמים להיות שם מזוזה, כפי שנקט בבית התבן שהנשים רוחצות בו? ולכאורה יש לומר שבית המרחץ פטור ממזוזה גם במקום שאין בו משום פגיעה בכבוד המזוזה, כגון החדר שעומדים בו לבושים; אלא שכל הבית נקרא דירה שאינה עשויה לדירת כבוד, ולכן כל הבית פטור ממזוזה. מיהו מסתבר לומר שהחילוק הוא בין מקום המיועד רק לרחצה, שהוא פטור מצד עצמו, לבין מקום שמשתמשים בו לפעמים גם לרחצה, שהוא חייב בעצם במזוזה, אלא שיש לכסותה באותו זמן.

ב. כבוד שמים במרחץ

וראיתי להגרי"ב זילבר (בספרו "בית־ברוך" על החיי"א, כלל ג' ס"ק צ"ב) שבמקוה שלנו נשים מברכות. וע"כ הוא משום שמקוה שלנו נחשב למקום מכובד.

ואולי יש לחלק בין הזכרת שם שמים לבין חיוב מזוזה. שהרי בבית הסוהר, למשל, מותר לברך, ובכל זאת פסק הבית־הלל שאינו חייב במזוזה משום שאינו דירת כבוד (עי' בהרחבה לעיל סי' מ"ה אות ב'). ועיין במסכת קידושין (ל"ג ע"א) שמחלקים כן בבית המרחץ בין בתי גוואי לבתי בראי לענין קימה בפני תלמיד־חכם, משום דבבתי גוואי עומדים ערומים, ובבתי בראי עומדים לבושים. ונאמר שם (ל"ב ע"ב):

> יכול יעמוד מפניו מבית הכסא ומבית המרחץ? ת"ל: "תקום והדרת", לא אמרתי קימה אלא במקום שיש הידור.

משמע, איפוא, שבתי גוואי אין בהם כבוד, אך בתי בראי יש בהן כבוד. וא"כ לטעם זה יש לקבוע מזוזה בבית החיצון, שהרי הוא דירה של כבוד.

מיהו אין משם ראיה, אלא שקימה במקום כזה אינה קימה של ביזיון אלא של כבוד, ולכן גם ברכה מותרת משום שהברכה נעשית בכבוד. אך במזוזה צריכים אנו **דירה** של כבוד, וזה גם בבית החיצון ליתא. וצ"ע.

ג. שיטות הפוסקים

המשנ"ב (סי' פ"ד ס"ק ז' בסופו) הביא בשם הפמ"ג (מש"ז ס"ק ב') שבית הפנימי והאמצעי במרחץ פטורים ממזוזה. ומדבריהם משמע שהבית החיצון **חייב**. אלא שצ"ע בהבנת דבריהם הקדושים, שכנראה נפלו בהם שיבושים.

הראשל"צ, הרה"ג אליהו בקשי דורון שליט"א (שו"ת בנין אב ח"א סי' מ"ד) דן גם הוא בשאלה זו. והביא שם את דעת השרידי אש (ח"ב סי' קי"ב) שחייב בנד"ד במזוזה, ולעומתו הביא את דעת המנחת יצחק (ח"ד סי' פ"ט) שכתב בשם ה"טהרת יום־טוב": "ומעולם לא ראינו כזאת שהניחו מזוזה בפתחי המקואות". ועי"ש שהביא ראיות משלו.

תשובה

מעיקר הדין נראה שאין לשים מזוזה בחדר החיצוני של המקוה, מפני שהמבנה בכללותו

אינו "דירת כבוד". אמנם ייתכן שבימינו נשתנו הדברים, והמקוואות ב"ה מטופחים מאד, וחדר הכניסה הוא מכובד ומפואר. אך למעשה נראה לענ"ד שאעפ"כ שם "מרחץ" מונח על כל המבנה, כולל חדר הכניסה. ולכל היותר יש מקום לקבוע מזוזה בלא ברכה.

סימן נ

מזוזה בשער שאינו משמש למעבר

ראשי פרקים

שאלה

א. שער ללא בית

ב. שיטות הראשונים

תשובה

שאלה *

בבית ישנו חדר שבאמצעיתו מצוי קיר. הקיר אינו חוצה את כל החדר, והפרוץ מרובה על העומד. בקיר זה יש גם דלת (ראה תרשים). האם הפתח הזה חייב במזוזה?

א. שער ללא בית

נראה לענ"ד שהשאלה העקרונית העומדת לפנינו היא זאת: הנחתנו היא שהחדר הוא חדר **אחד**, שהרי הקיר שבאמצעו אינו חוצה אותו לשני חדרים, כי נשאר חלק גדול פרוץ המקשר בין שני חלקי החדר. אך סוף־סוף יש כאן שער.

האם השער מחייב במזוזה למרות שהחדר הוא חדר אחד? (וע' חזו"א, יו"ד סי' קס"ט ס"ק ו', שכתב בענין חדר ד' על ד' שחילקו לשנים, שרק כאשר הפרוץ מרובה על העומד נחשב החדר לחדר אחד; אך אם העומד מרובה על הפרוץ, הרי אלו שני חדרים. ובנד"ד הפרוץ מרובה על העומד). וא"כ, יש לפנינו שתי אפשרויות:

א. שהדלת כשלעצמה מחייבת את הפתח במזוזה.

ב. שהבית הוא החייב, ולכן רק דלת המשמשת ככניסה לחדר היא החייבת במזוזה; ובנד"ד, שהדלת נמצאת באמצע המחיצה ואינה משמשת כניסה לחדר אחר, שהרי זהו חדר אחד, יש מקום לומר שהיא פטורה מן המזוזה.

והנה בתורה כתוב "וכתבתם על מזוזות ביתך **ובשעריך**". ונראה שיש כאן מקום לחקירה בין שתי אפשרויות בהבנת הפסוק:

א. עיקר החיוב הוא על ה"ביתך"; וה"בשעריך" אינו אלא פירוט המקום המדוייק בבית, שהוא החייב במזוזה (והו"ו שם היא ו"ו החיבור).

ב. הכוונה היא לחייב את שניהם: גם את הבית וגם את השער; ושער לחוד, אף שאינו משמש כניסה לבית – חייב במזוזה (והו"ו היא ו"ו ה"או" כמו המשנה המפורסמת, יבמות נ' ע"ב: "חלץ, ועשה בה מאמר, ונתן גט, ובעל").

ולכאורה יש לפשוט את החקירה הזאת עפ"י הגמרא (יומא י"א ע"א):

* ניסן תשל"ב.

ת"ר: "בשעריך" – אחד שערי בתים ואחד שערי חצירות ואחד שערי מדינות ואחד שערי עיירות. יש בהן חובת מצוה למקום.

והנה מפורש כאן שחז"ל ריבו מכוח הדרשה גם שערים שאינם שערי בתים אלא שערי מדינות, עיירות וחצרות. ומשמע שהם מפרשים כמו הצד השני בחקירתנו, שהשער כשלעצמו חייב במזוזה, אף שאינו שער לבית.

אולם מאידך גיסא מצינו שם בגמ' תנאים מיוחדים לבית, והרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"א) מונה עשרה תנאים, כגון: דירה של כבוד, ד' אמות על ד' אמות, גובה י' טפחים, דירה של חולין, ועוד; וכן פטרו שם בית־שער, אכסדרה ומרפסת שאינם מיוחדים לדירה. ולפי הנאמר לעיל, קשה: מה בכך שהבית אינו מיוחד לדירה והדירה אין בה כל עשרת התנאים, הרי השער כשלעצמו חייב במזוזה, גם כשאינו משמש כלל שער לבית? וכי גרע זה שחסר בו תנאי מסוים מזה שאינו בית כלל?

ואולי יש להשוות בעיה זו לאמור בשו"ע (יו"ד סי' רפ"ו סעי' י"ח בהג"ה), שאם יש שני פתחים למרתף, האחד גדול והאחד קטן, והקטן תדיר יותר – הוא החייב במזוזה, והשער הגדול פטור. וא"כ, אם הבית הוא החייב, אין צורך בשתי מזוזות; אך אם הפתח הוא החייב, יש מקום לחייב כל פתח ופתח במזוזה, וצ"ע (ועי' לקמן סי' נ"א אות א').

ב. שיטות הראשונים

בראשונים מצינו שרמזו לשני הצדדים שבחקירתנו: שיטת הרא"ש (הל' מזוזה סי' ט"ו) היא שבאמת גם שער שאינו של דירה חייב במזוזה, כגון: שער חצר וגינה וכדו'. ואף שחצר אינה בית – זהו דרך שימושה, בלא תקרה ובלא מחיצות ובלא כל התנאים האמורים בהם. אך כאשר מדובר בחיובו של שער הבית – הבית חייב להיות בית לכל תנאיו; ואם אינו כן – אינו בית, ופטור. ואילו שיטת הרי"ף (הל' מזוזה דף ה' ע"ב) היא ששער חצר חייב, משום שהחצר פתוחה לבית. כלומר, החיוב חל על הבית, ולא על השער.

וההבדל ביניהם הוא בשער של חצר אחורית, שאינה משמשת כניסה לבית: לדעת הרא"ש הוא חייב במזוזה, מפני שזוהי דרך שימושה של החצר, ואילו לדעת הרי"ף הוא יהיה פטור, מפני שלא נכנסים דרכו אל הבית.

נפק"מ נוספת תהיה ביניהם גם בסוגיא אחרת: התוס' (יומא י"א ע"א ד"ה יכול) עומדים על סתירה בין סוגיות הגמרא בדינם של בית־שער, אכסדרה ומרפסת. בסוגיא ביומא מובאת דרשת הפסוקים, ממנה משמע שהם פטורים מן המזוזה, ואילו בסוגיא במנחות (ל"ג ע"ב) נאמר שחייבים. התוס' הביאו את תירוצו של הרי"ף (הל' מזוזה שם), לחלק בין חצר הפתוחה לבית לבין חצר שאינה פתוחה לבית. וחלקו עליו בתירוצם הראשון, שהוא העיקרי, ותירצו שחיובם של מקומות אלו אינו אלא מדרבנן. ונראה שזוהי גם שיטת הרא"ש. ויוצא שבתירוצם הראשון הם סוברים כדעת הרא"ש, ואילו בתירוצם השני – כדעת הרי"ף.

ועל דעת הרא"ש יש להקשות: אמאי אמרו ביומא שבית־שער, אכסדרה ומרפסת פטורים, הלא זה הוא דרך שימושם? ואולי יש לומר שכיון שאין שימושם לעצמם, אין זה נחשב כשימוש, ופטורים; ואה"נ, אם יש להם שימוש עצמי – הרי הם חייבים כחצר וגינה.

בשו"ע (סי' רפ"ו סעי' ז') נפסק להלכה כדעת הרי"ף. ומשמע שכך סוברים רוב הראשונים: הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ז), הראב"ד (השגה שם) ורבנו מנוח (מובא בב"י סי' רפ"ו. ועי' שו"ת יביע אומר, ח"ד סי' כ"ג אות א', ובספר "בית ברוך" על "חיי אדם" ח"ב בסופו, שמנו את כל הראשונים הסוברים כן, והכריעו כמותם).

תשובה

מכיון שאין הפתח משמש כניסה לחדר נפרד – הרי הוא פטור מן המזוזה לשיטת רוב הראשונים. (ואם נבוא לחוש לשיטת הרא"ש ודעימיה, ניתן לקבוע בלא ברכה).

אך לגבי המעבר הפרוץ, שבו אין דלת, יש לומר שמכיון שהתקרה היא אחת, ואין כאן צורת הפתח, פטור אפילו לדעת הרא"ש (עיין "בית ברוך" שם). ולכן נראה שהוא פטור לגמרי.

סימן נא

מזוזה בפשפש שבתוך דלת גדולה

ראשי פרקים

שאלה

א. מרתף שיש לו שני פתחים

ב. פתח בקיר נייד

תשובה

שאלה *

במפעל תעשיה גדול יש דלתות גדולות, הנפתחות רק כשבאות משאיות לפרוק או להעמיס. בתוך אותן דלתות גדולות יש פשפש קטן המשמש לכניסה וליציאה יום־יום, לפועלים ולאנשים אחרים. היכן יש לקבוע את המזוזה?

ונראה שיש להסתפק אם להתייחס לדלתות הגדולות כאל קירות ביחס לפשפש, וא"כ הפשפש חייב במזוזה, או שמא הדלתות הגדולות אינן נחשבות לקירות אלא לדלתות, והן חייבות ולא הפשפש.

ויש גם להסתפק אם גם הדלתות הגדולות וגם הפשפש חייבים במזוזה, שאז נמצא שיש לבית אחד שתי מזוזות. ועי' לעיל (סי' נ'), שם כתבנו שעיקר החיוב תלוי בבית ולא בשער. אם כן, לא נותר לנו אלא לברר היכן חל עיקר החיוב, בשער הגדול או בפשפש הקטן.

א. מרתף שיש לו שני פתחים

נאמר במסכת מנחות (ל"ג ע"ב):

פתח שאחורי הדלת, אם יש שם טפח – צריך מזוזה אחרת.

ופירש רש"י (ד"ה בפתח, בפירושו השני):

שדרך עשירים לעשות פתח אצל שער הגדול. שאין פותחין שער הגדול תמיד, ופתח הקטן פתוח תמיד. והכי קאמר: ...אם יש בין פתח לפתח טפח – הרי שניהם חשובין, וצריך מזוזה אחרת לקטן.

משמע שאם אין טפח בין פתח לפתח, אזי הפתח הקטן בטל לפתח הגדול, אע"פ שהפתח הקטן פתוח תדיר יותר מהגדול. וא"כ ק"ו לפתח קטן הנמצא **בתוך** פתח גדול, שהפתח הגדול הוא הפתח העיקרי, והפתח הקטן פטור.

מיהו כל זה כאשר אין טפח בין הפתחים. אך אם יש טפח בין הפתחים, שני פתחים נפרדים הם, וכל אחד מהם חייב. ואז אדרבה, יתכן מצב שבו הפתח הקטן יתחייב והפתח הגדול ייפטר.

ובזה יובנו דברי הרמ"א (סי' רפ"ו סעי' י"ח בהג"ה):

מרתף שיש לו פתח מן הרחוב, שמכניסין בו יין בחביות גדולות, ויש לו פתח קטן מן הבית, שנכנסין ויוצאין בו תמיד; אם הפתח הקטן ראוי למזוזה – היא חייבת, והגדולה פטורה. ואם אין הקטן ראוי למזוזה, הגדולה חייבת והקטן פטור.

ודברי הרמ"א תמוהים לכאורה. שכן מה בכך שעיקר הכניסה והיציאה היא דרך הפתח הקטן, הרי סוף־סוף גם הפתח הגדול ראוי לכניסה וליציאה, ומדוע ייפטר ממזוזה?

ולכאורה יש להביא ראיה לקושייתנו ממה שנאמר בהלכה שלפני כן (סעי' י"ז):

אם יש בבית הרבה פתחים... ונעשו כולם לכניסה ויציאת בני הבית – כולן חייבים, אפילו נתמעטו הדיירים ואין רגילין עתה לצאת ולבוא אלא באחד מהם.

ולפי זה, מדוע לא חייב הרמ"א גם את הפתח הגדול במזוזה? ויש לומר שכשיש שני פתחים למקום אחד, והשימוש באחד מהם תדיר יותר – הוא הפתח, והשני אינו פתח. ושניהם חייבים במזוזה רק אם בתקופה כלשהי שניהם שימשו באותה מידה.

ועי' ש"ך (ס"ק כ"ו) **שכתב:**

והגדול פטור משום שאין תשמישו שם בכניסה

* מרחשון תשמ"ח.

ויציאה אלא לפעמים, כשצריך להכניס בו היין בחביות, ואין זה תשמיש קבוע.

וע"כ יש לחלק בין פתחים שנעשו לכניסה ויציאה של בני אדם ונתמעטו בהם הדיירים, לבין פתח שמעיקרא נעשה רק להכנסת חביות.

ונראה לענ"ד לחזק את סברת הש"ך עפ"י האמור במסכת מנחות (ל"ד ע"א): "ביתך – דרך ביאתך". ומסתבר שדרך ביאה היא כדרכם של בני אדם הבאים לביתם; מה שאין כן בהכנסת חביות, שאין זו דרך ביאה רגילה, אלא ביאה מיוחדת ומשונה. וא"כ ק"ו לנד"ד, שהפתח הגדול אינו עשוי אלא לכניסה של מכוניות, שאין זו "דרך ביאתך".

מיהו כל זה כאשר יש שני פתחים נפרדים, והאחד עיקרי והשני אינו משמש לכניסה רגילה, שאז הראשון פטור והשני חייב. אך פתח בתוך פתח, כגון בנד"ד – הגדול חייב, אע"פ שהקטן תדיר יותר.

ב. פתח בקיר נייד

עוד נראה לומר שלא ניתן לחייב את הפשפש הקטן במזוזה. מאחר שהפשפש עשוי בתוך השער הגדול, אם נחייב אותו במזוזה, כי ביחס אליו נחשב השער הגדול לקיר – הרי כשיפתחו את השער הגדול למשאיות, יימצא הקיר בטל עם הפתח הקטן שבתוכו. ולאחר שיחזרו ויסגרו אותו – תימצא המזוזה שבפשפש נעשית מאליה, ותיפסל מדין "תעשה ולא מן העשוי" (עי' שו"ע סי' רפ"ט סעי' ה'). וא"כ, אין השער הקטן ראוי למזוזה, אלא השער הגדול, והוא החייב.

ואם כנים דברינו, שהמזוזה בפשפש תיפסל תמיד מדין "תעשה ולא מן העשוי", נראה לענ"ד דדמי לפתח שאין לו שיעור, דלא מיקרי אלא חור בעלמא, וכמו שכתב הש"ך (ס"ק כ"ו) לענין הפתח הקטן שבמרתף, במקרה שאין לו שיעור.

אך יש לעיין בדברי הגרעק"א (סי' רפ"ט סעי' ה' ד"ה פסולה) שהביא מחלוקת בדין זה: לדעת מהר"א ששון (סי' רל"ב, דפוס ונציה עמ' ר"ז), אם אדם קבע מזוזה בפתח ואח"כ הסיר את כל הפתח בשלמותו וקבע אותו בכותל מחדש – קביעת המזוזה פסולה, משום "תעשה ולא מן העשוי". ואילו מדברי המג"א בהלכות ציצית (או"ח סי' ט"ו ס"ק ג') יש לדייק שאם חזר וקבע במקומו הראשון – כשר, ואין לפסול אלא כשקבעו בבית אחר.

ראייתו של מהר"א ששון היא מציצית, שאם הכנף נקרעה לגמרי וחזר ותפר אותה בבגד – פסולה, מדין "תעשה ולא מן העשוי" (שו"ע או"ח סי' ט"ו סעי' ב'). ולפי זה יתכן לומר שכאן יהיה הדין שונה. שכן ההלכה בציצית היא שאם הכנף לא נקרעה לגמרי, יכול לתפור אותה מחדש, והיא כשרה (שם סעי' ד'). וא"כ כאן, שהדלת הגדולה קבועה על מסילות ואינה נעקרת לגמרי ממקומה, לא יהיה בכך משום "תעשה ולא מן העשוי".

אך יש לומר שלמעשה גם המג"א יודה שכאן אין לחייב את הפשפש במזוזה. שכן יש לומר, שכיון שהשער הגדול נפתח כל אימת שבאה מכונית, גם אם אין זו "דרך ביאתך" ולאו שם שער עליו – גם שם קיר אין עליו; דאין זה קיר. ועיין בגמרא (ב"ב י"ב ע"א), שם נאמר שרק כשניטלו הפצימים השער הופך להיות קיר. ומסתבר שקיר ארעי לאו קיר הוא, ולכן הדלת הגדולה לא יכולה להיחשב כקיר של הפשפש שבתוכה.

ועי' קונטרס המזוזה (להגרי"ב זילבר, בסוף "בית ברוך" על חיי"א, ח"ב, סי' רפ"ו ס"ק קפ"ח), שחילק בין שלושה מצבים:

א. כאשר השער הגדול נפתח כל יום – רק הוא חייב.

ב. כאשר השער הגדול נפתח פחות מאשר הפתח הקטן, אך לשער הגדול יש משקוף – גם כן רק הוא חייב.

ג. כאשר השער הגדול נפתח רק לעיתים רחוקות – רק הפתח הקטן חייב.

תשובה

למעשה נראה שמכיון שהפשפש אינו פתח הנמצא בקיר קבוע, יש לחייב במזוזה את הפתח הגדול, ואילו הפשפט פטור מן המזוזה. (וכ"כ בשערים המצויינים בהלכה, והביא פוסקים שפסקו לקבוע בדלת הגדולה ולא בדלת הקטנה, אולם לא כתב מה הסיבה לכך).

סימן נב

מזוזה בפרוזדור צר

ראשי פרקים

שאלה

א. חדר צר ופתח שיש לו מזוזה אחת

ב. חדר המחולק לשני מפלסים

ג. לול ובית שער שאין בהם ד' אמות

ד. קביעת שתי מזוזות מספק

תשובה

שאלה *

בבית אחד יש פרוזדור צר וארוך. אורכו של הפרוזדור הוא כחמישה מטרים, ורוחבו – כמטר אחד. הוא מחולק לשני מפלסים ע"י ארבע מדרגות. בכניסה לפרוזדור אין צורת הפתח, אך יש שם בליטה של עמוד מצד ימין. האם פרוזדור זה חייב במזוזה?

א. חדר צר ופתח שיש לו מזוזה אחת

הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"ב) והשו"ע (יו"ד סי' רפ"ו סעי' י"ג) פסקו שבית שיש בו בכדי לרבע ד' אמות על ד' אמות, אע"פ שאין ברוחבו ד' אמות – חייב במזוזה. וא"כ פרוזדור מסוג זה חייב לדעתם. ולעומת זאת דעת הרא"ש (הל' מזוזה סי' ט"ז) והטור (סי' רפ"ו) היא, שכל שאין ברחבו ד' אמות, אף שיש בו כדי לרבע ד' אמות על ד' אמות – אינו בית, ופטור ממזוזה.

ועי' חזו"א (או"ח ק"י [ב] ס"ק כ"ח ד"ה כ' המ"א) שהכריע כדעת הרא"ש, וכדברי הט"ז (או"ח סי' תרל"ד ס"ק ב' ד"ה והנה) בדעת הרמב"ם, שבעינן ד' על ד' אמות מרובעות.

ומצינו מחלוקת נוספת בין הרמב"ם והרא"ש בהל' מזוזה: לדעת הרמב"ם (הל' מזוזה פ"ו ה"א) רק פתח שיש לו שתי מזוזות ומשקוף חייב במזוזה. ואילו לדעת הרא"ש (סי' י"ד) והטור (סי' רפ"ז), די במזוזה אחת כדי להתחייב במזוזה, אם היא בצד ימין של הנכנס בפתח זה. גם בשאלה זו נפסק בשו"ע (סי' רפ"ז סעי' א') כרמב"ם. אך הש"ך (ס"ק א') כתב לחוש לדעת הרא"ש, ולכן יש לקבוע מזוזה במצב כזה ללא ברכה.

והנה בנד"ד יש לפטור את הפרוזדור מן המזוזה ממה נפשך: לדעת הרמב"ם הוא פטור, משום שאין לו שתי מזוזות; ולדעת הרא"ש והטור הוא פטור, משום שאין בו כדי לרבע ד' אמות על ד' אמות. (ואף אם נאמר שאין לעשות חשבון כזה בשתי מחלוקות שאינן תלויות זו בזו, יש לומר שיש כאן לפחות ספק ספיקא, ולקולא).

אלא שיש להסתפק אם לא לחייב במזוזה מדין אחר. הפת"ש (סי' רפ"ו ס"ק י"א) כתב בשם ס' חמודי־דניאל, שבית־שער ומרפסת חייבים במזוזה אפילו כשאין בהם ד' אמות על ד' אמות. וטעמו, כנראה, הוא משום שיש להם שימוש בפני עצמם. וא"כ גם בנד"ד יתחייב הפרוזדור במזוזה מטעם זה. אך בשו"ת יביע־אומר (ח"ד יו"ד סי' כ"ג אות ד') הביא הרבה אחרונים החולקים על החמודי־דניאל, עיש"ה. (וכן נוטה דעת הגרי"ב זילבר, "בית־ברוך", קונטרס המזוזה סי' רפ"ו ס"ק קנ"ג, שלא כהחמודי־דניאל, יעוי"ש).

ב. חדר המחולק לשני מפלסים

והנה יש להסתפק עוד, מכיון שהפרוזדור מחולק לשני מפלסים הגורמים לפצל את החדר לשנים, נמצא שבכל חלק וחלק בנפרד אין אפילו כדי לרבע ד' אמות על ד' אמות. האם הפרוזדור יהיה חייב במזוזה בכה"ג? והסברה נותנת שכל דין ד' אמות שאמרו הוא משום שכך הוא ראוי לשימושו של אדם, וכל שהוא פחות מזה אינו ראוי לשימוש, וממילא אינו בית. ולפי זה בית שיש בו ד' אמות על ד' אמות, אך אי אפשר

* אלול תשל"ג.

להשתמש בהן בפני עצמן משום שכל ד' אמות נמצאות במפלס אחר, אינו נחשב לבית. אך לא מצינו ראיה מפורשת לכך.

ומצינו בפוסקים שחדר המחולק ע"י מחיצה הגבוהה עשרה טפחים, נחשב לשני חדרים (עי' קונטרס המזוזה, להגרי"ב זילבר, סי' רפ"ו ס"ק קנ"ט). אך כאן גובה המדרגות אינו מגיע לעשרה טפחים. וא"כ יש להסתפק, אולי רק חדר הנמצא על מישור אחד צריך להיות מחולק ע"י מחיצה עשרה טפחים כדי שייחשב כשני חדרים; אך חדר המחולק לשני מפלסים שונים, כל שהאחד גבוה מחברו שלושה טפחים כבר נחשב לשני חדרים נפרדים. ומכיון שאי אפשר להשתמש בכל חלק וחלק לבדו, משום שאין בו ד' על ד' – פטור. וצ"ע.

ואולי יש לפשוט את הספק הזה ממה שנאמר במסכת עירובין (צ"ג ע"ב):

> והילכתא: גידוד חמישה (רש"י: חצר שקרקעה גבוה חמישה טפחים) ומחיצה חמישה – מצטרפין (ליצור מחיצה שלמה של עשרה טפחים).

ואם נאמר ששני חלקים הנמצאים בשני מפלסים נחשבים כשנים למרות שאין ביניהם עשרה טפחים, א"כ מדוע נזקקת הגמרא שם לצרף את המחיצה כדי להשלים לעשרה טפחים, הרי די בגידוד חמישה?

וצ"ע אם ניתן ללמוד מזוזה מעירובין. שכן אולי יש לומר שבמזוזה בעינן דווקא בית הראוי לתשמיש, ובנד"ד, בגלל הפרשי הגובה, אין הבית ראוי לתשמיש; מה שאין כן בעירובין, צריך שם "בית" ולא בית הראוי לשימוש דווקא. מיהו במסכת סוכה (ג' ע"א-ע"ב) משמע שהגמרא משווה את הלכות מזוזה להלכות עירובין; עי"ש, וצ"ע.

ג. לול ובית־שער שאין בהם ד' אמות

והנה יש לעיין במה שנאמר במסכת מנחות (ל"ד ע"א):

> לול פתוח מן הבית לעליה. אמר רב הונא: אם יש לו פתח אחד, חייב במזוזה אחת; אם יש לו שני פתחין, חייב בשתי מזוזות.

וכן נפסק בשו"ע (סי' רפ"ו סעי' י"ט).

וצ"ע, מדוע לול זה חייב? שהרי "לול" הוא מדרגות לולייניות, שבדרך כלל שטחן צר מאד, כדי מדרך כף רגל ותו לא. וא"כ אין כאן ד' אמות במקום אחד, ומדוע חייב? ודוחק לומר שבצירוף השטח של כל המדרגות ביחד יש כאן ד' אמות. שהרי אין כאן ד' אמות במקום אחד, ואין אדם יכול להשתמש במקום זה. ובפרט קשה לשיטת הרא"ש, הסובר שצריך רוחב ד' אמות, ובלול מן הסתם אין רוחב ד' אמות.

ואפשר ליישב בשני אופנים:

א. לשיטת החמודי־דניאל (מובא בפת"ש סי' רפ"ו ס"ק י"א), בית שער ומרפסת חייבים במזוזה אפילו אם אין בהם ד' אמות על ד' אמות, מכיון שיש להם שימוש בפני עצמם. וגם לול זה יש לו שם בפני עצמו ושימוש בפני עצמו. אמנם שימוש זה הוא רק למעבר, אולם זה שיש לו שם ומקום בפני עצמו אולי מקנה לו חשיבות ומחייב אותו במזוזה.

ב. לשיטת הגרעק"א (סי' רפ"ו סעי' י"ג ד"ה ד"א), אמנם מקום שאין בו ד' אמות על ד' אמות פטור מצד עצמו, אך בכניסה ממנו לחדר גדול הוא חייב. וא"כ גם כאן יש מקום לחייב את הלול בכניסה ממנו לעליה ובכניסה ממנו לבית.

אלא שצ"ע אם אכן בנד"ד הפרוזדור מתחייב במזוזה לדעת החמודי־דניאל. כי יש לומר שרק בית־שער חייב במזוזה אע"פ שאין בו ד' אמות על ד' אמות, כיון שיש לו שימוש בפני עצמו ושם בפני עצמו. מה שאין כן בפרוזדור, שהוא רק מעבר לטרקלין; ואין לו שימוש בפני עצמו ושם בפני עצמו; ואינו דומה ללול שיש לו שם בפני עצמו, בעוד שפרוזדור הוא מעבר בלבד. (וע' רש"י, ב"ב ז' ע"ב במשנה ד"ה כופין: "...בית־שער – להיות שומר הפתח יושב שם בצל". ומבואר איפוא שבית־שער שימש תשמיש מיוחד לעצמו).

אך גם אם נניח שלדעת החמודי־דניאל הוא חייב בנד"ד, הרי הגרעק"א חולק ואומר שמקום שאין בו ד' אמות על ד' אמות, גם אם הוא חשוב

בפני עצמו, אינו חייב מצד עצמו אלא ביציאה ממנו לחדר הגדול (וכך כתב בס' "אפרקסתא־דעניא", סי' ק"ב, שהחמודי־דניאל והגרעק"א חולקים זה על זה). וא"כ יש כאן ספק, היכן יקבע את המזוזה; בכניסה לפרוזדור, כהחמודי־דניאל, או ביציאה ממנו, כהגרעק"א? (וכבר הבאנו לעיל, אות א', שרוב האחרונים חולקים על החמודי־דניאל).

וממה שבלול חייבים בשתי מזוזות אין ראיה לאף אחת מהשיטות. כי יתכן שהמזוזות היו ביציאות מהלול, כדעת הגרעק"א, וייתכן שהיו בכניסות אליו, כדעת החמודי־דניאל. ולענייננו, מכיון שהדעת נוטה לפסוק כדעת הגרעק"א, חיוב המזוזה הוא רק בכניסה מהפרוזדור לחדרים, אך הפרוזדור עצמו פטור מן המזוזה.

ד. קביעת שתי מזוזות מספק

ולכאורה אפשר היה להציע לקבוע מספק שתי מזוזות, משני צדי הפרוזדור: מצד ימין, בכניסה אליו, ומצד שמאל, ביציאה ממנו. אך נראה שאי אפשר לנהוג כך, שכן יש כאן איסור "בל תוסיף". ולא דמי לתפילין, שיכול להניח שני זוגות: של רש"י ושל ר"ת. כי שם זוג אחד כשר וזוג אחד פסול. מה שאין כן כאן, ששתי המזוזות כשרות. וגם אם מכוון במפורש שלא לצאת ידי חובה במצוה המיותרת, אין בכך כדי לפטור אותו מאיסור "בל תוסיף", לפחות מדרבנן (עי' תוס' סנהדרין פ"ח ע"ב ד"ה אי סבירא, ט"ז סי' ל"ד ס"ק ב'). אמנם כאן הוא מקיים מצוה רק במזוזה אחת, וא"כ אין כאן הוספה. אך נראה שגם זה אסור, ופוק חזי מאי עמא דבר, שלא קובעים שתי מזוזות במצב של ספק.

ומאידך גיסא, אם נאמר שלא לקבוע מזוזה כלל, הרי יש כאן ביטול מצוות עשה.

ויש לעיין בשאלה דומה שנידונה במסכת ראש השנה (כ"ח ע"ב):

> הניתנין במתנה אחת שנתערבו בניתנין מתנה אחת – יינתנו מתנה אחת... מתן ד' במתן אחת – ר' אלינזר אומר: יינתנו במתן ד'. ר' יהושע אומר: יינתנו במתן אחת. א"ל ר' אלינזר: הרי הוא עובר על "בל תגרע"! א"ל ר' יהושע: הרי הוא עובר על "בל תוסיף"! ועוד אמר ר' יהושע: כשלא נתת, עברת על "בל תגרע" ולא עשית מעשה בידך; כשנתת, עברת על "בל תוסיף" ועשית מעשה בידך.

והרמב"ם (הל' פסולי המוקדשין פ"ב הי"א) פסק להלכה כר' יהושע, ששב ואל תעשה עדיף. ונראה לענ"ד שהוא הדין כאן.

תשובה

למעשה נראה שאין לקבוע מזוזה בפרוזדור זה, מן השיקולים הבאים:

א. יש ספק אם פרוזדור זה חייב בכלל במזוזה, בגלל הממדים שלו ובגלל הצורה המיוחדת של הפתח.

ב. גם אם הוא חייב במזוזה, יש ספק איזה צד חייב במזוזה.

ומכיון שמול החשש של "בל תגרע" עומד איסור "בל תוסיף" – נראה שאין לקבוע מזוזה כלל בכניסה לפרוזדור זה.

ושמועה שמעתי שהגרח"ע סבר שאין "בל תוסיף" במזוזה, והוא עצמו קבע שתי מזוזות בפתח אחד מספק. ובהיותי בווילנא ביקרתי בביתו של הגרח"ע ולא ראיתי סימן לשתי מזוזות. ואולי נמחקו העקבות מרוב השנים או שהדבר היה בדלת פנימית שאינה ניכרת כל כך.

סימן נג

פדיון הבן בליל שלושים ואחד

ראשי פרקים

שאלה

א. המנהג שלא לפדות בליל ל"א
ב. המנהג כשיום ל"א חל בתענית ציבור
ג. הסוברים שדי בל' יום שלמים
ד. הסוברים שצריך גם ל' יום וגם כ"ט, י"ב ותשצ"ג

תשובה

שאלה *

בן בכור נולד בכ"ט מנחם־אב. תאריך הפדיון חל בכ"ט באלול, ערב ראש־השנה. המשפחה מבקשת להקדים את הפדיון לליל כ"ט באלול, שהוא מוצאי שבת, מפני שקשה לבני המשפחה להתכנס בערב החג. האם אפשר להקדים את הפדיון?

א. המנהג שלא לפדות בליל ל"א

הנה המנהג המקובל הוא לפדות את הבכור ביום הל"א ללידתו (שו"ע יו"ד סי' ש"ה סעי' י"א).

אמנם היה מקום להעדיף את ליל ל"א, שהוא מיד לאחר ששלמו ל' יום, מדין "זריזין מקדימין". אך כתב הגרעק"א (שם ד"ה ולעשות), שהוא משום שלפעמים בליל ל"א לא שלמו כ"ט ימים, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים (כגון: שהבכור נולד זמן קצר לפני השקיעה). ומכיון שלא כתוב בתורה "שלושים יום" אלא "חודש", וזהו שיעור "חודש" (רמב"ם הל' קידוש החודש פ"ח ה"א) — זהו שיעור הזמן הנדרש לחיוב פדיון הבן (ב"ח סי' ש"ה ד"ה אין; ש"ך ס"ק י"ב, י"ט). ולכן נהגו לפדות ביום ל"א, שזה בוודאי לאחר י"ב שעות (מיהו בימי הקיץ, שהלילות קצרים, יש להקפיד יותר. ואולי משום כך נהגו לפדות בשעות אחה"צ ולא בשעות שלפני הצהרים, משום ימי הקיץ, מפני שבבוקר לא תמיד נשלמו כ"ט, י"ב ותשצ"ג).

אך במשנ"ב (סי' רמ"ח ס"ק י"ג) כתב שאפשר לפדות בבוקר. ואולי לא אמר זאת אלא כשחל פדיון הבן ביום ששי, שיש להקדים את הסעודה לבוקר; אך ביום אחר אכן יש לפדות אחה"צ.

ב. המנהג כשיום ל"א חל בתענית ציבור

והנה הבכור הזה נולד **בליל** כ"ט באב, ובליל כ"ט אלול נשלמו לו יותר מכ"ט ימים, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים; ולכן אין לחוש למה שכתבנו לעיל. ואם נאמר שאין להקדים את הפדיון משום המנהג שנהגו לפדות ביום ולא בלילה — כאן מדובר בשעת הדחק; שהרי יום ל"א הוא ערב ראש השנה, ואנשים טרודים בגוף (משום ערב יו"ט) וברוח (משום ערב יום הדין). מה גם שלפי המנהג יש להתענות בערב ראש השנה. ואף שלא רבים נוהגים להתענות, מ"מ אין לקבוע סעודה באותו היום בניגוד לפסק מפורש בשו"ע (או"ח סי' תקפ"א סעי' ב'), כשאפשר לעשותה בערב הקודם.

ועי' משנ"ב (סי' תקס"ח ס"ק כ') שכתב בשם הגהת חת"ם סופר (שם סעי' ב' ד"ה במג"א) שאם חל יום ל"א בתענית ציבור, יש להקדים ולעשות את הפדיון והסעודה בליל ל"א, ובתנאי שעד אז עברו כ"ט יום, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים (עי"ש בשעה"צ ס"ק כ"ד. ועיין בדבריו בסי' של"ט, משם משמע דבעינן ל' יום שלמים, ואין לפדות את הבן ביום ל', אף אם עברו עליו כ"ט, י"ב ותשצ"ג. וצ"ע אם כתב כן רק לכתחילה, אך בשעת הדחק מותר להקדים אפילו ליום ל'. וצ"ע. מיהו בכף החיים, סי' של"ט אות נ"ה, מביא שעדיף לדחות).

ג. הסוברים שדי בל' יום שלמים

אך הבסיס העיקרי להתיר את הקדמת הפדיון לליל ל"א הוא שיטת המג"א (או"ח סי' של"ט ס"ק

* אלול תשכ"ה.

ח'). המג"א דן באיסור לפדות את הבן בשבת. וכתב שאפילו אם כלו כ"ט יום, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים בערב שבת – אין פודין בערב שבת ולא בשבת, אלא ביום א' (ויותר נראה לומר שיפדו במוצאי שבת משום "זריזין מקדימין למצוות", אך לפי המנהג שלא לפדות בלילה, יתכן שמותר לדחות ליום א'), דבעינן **ל' ימים שלמים**. ולפי זה אם נולד תינוק לפני השקיעה, כששקעה השמש נחשב לו ליום שלם; וכששלמו לו ל' יום לפי חשבון זה, פודין אותו מיד בליל ל"א, אף אם לא עברו עליו כ"ט, י"ב ותשצ"ג.

ולפי זה, המנהג לדחות את הפדיון ליום, לכאורה אינו טוב. מפני שהמנהג סומך על דעת הש"ך והב"ח (שהבאנו לעיל) דבעינן כ"ט, י"ב ותשצ"ג; ומשום כך נהגו לפדות ביום ל"א, כמו שכתב הגרעק"א כנ"ל. אך לדעת המג"א, ושאר הפוסקים (עי' משנ"ב סי' של"ט, שעה"צ ס"ק כ"ח) שהוכרעה הלכה כמותם (עי' משנ"ב סי' של"ט ס"ק כ"ז), יוצא שיש לפדות מיד בליל ל"א משום "זריזים מקדימין למצוות". אך נראה שמנהג העולם הוא רק לחוש לכתחילה לדעת הש"ך והב"ח. וא"כ בשעת הדחק, כנ"ל, עדיף להקדים את הפדיון לליל ל"א.

ומה גם במקום חדש, שבו אין מנהג קבוע, היה נראה לומר שמן הראוי לנהוג בו לפדות תמיד בליל ל"א, כפסק ההלכה של המשנ"ב, משום "זריזין מקדימין למצוות". (ועיין ערוה"ש, יו"ד סי' ש"ה סעי' מ"מ"ג, שגם הוא מסיק כך. ועיין שו"ת אגרות משה, יו"ד ח"א סי' קצ"ו, שמתיר בכה"ג, אך הורה כך למעשה רק משום כבוד הבריות. וייתכן שמסיבה אחרת לא היה מתיר לעבור על המנהג. אולם נראה לענ"ד שגם נד"ד נחשב לשעת הדחק, ומותר להקדים את פדיון הבן ללילה שלפני כן).

ד. הסוברים שצריך גם ל' יום וגם כ"ט, י"ב ותשצ"ג

שיטה נוספת היא דעת שו"ת עונג יו"ט (סי' ק"ג). הוא מסיק שמה שהצריכו בבכור ל' יום הוא משום חשש נפל. ואפילו היכא דקיי"ל דכלו לו חדשיו, גזרה התורה לפדות לאחר ל' יום. ואם עברו פחות מכ"ט יום, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים, עדיין בחזקת נפל הוא. משום כך גזירת הכתוב היא למנות ל' יום תמימים מעת לעת כדי לאפוקי נפשין מספיקא. ולפי זה מי שנולד מעט לפני השקיעה יוכל להיפדות רק בסוף יום ל"א, ולא לפני כן.

אמנם לפי העונג יו"ט מיושב מנהג העולם. שנהגו שלא להזדרז ולפדות בליל ל"א, ואפילו לא ביום ל"א בבוקר. אך לא ראינו שחששו לדעתו ולחכות למי שנולד לפני השקיעה עד סוף יום ל"א. ואדרבה, לפי הנחתו, שאין מונים שעות לחודשים, וכן לא מונים כ"ט, י"ב ותשצ"ג לבכור, היה צריך לומר שאף לא מונים לו מעת לעת. ולפיכך, כששלמו ל' יום – הוי חודש, אפילו אם זה פחות מאשר כ"ט, י"ב ותשצ"ג. שכך הם כל שיעורי התורה, בין בפחות בין ביותר. (עי' למשל ר"ה ט"ו ע"א, שם נאמר שראש השנה לאילנות נקבע ע"י שבט דחדשים ולא ע"י שבט דתקופה; וכן ר"ה י"ג ע"א, לענין שיעור "שליש"; וכן בב"י, חו"מ סי' קנ"ד דף ק"ו ע"ב ד"ה אחין, אות ל"ג מחודש כ"ג, בשם הרשב"א ח"ג סי' קנ"ו; וכן לשיעור קליטה, עי"ש שלא חילקו בין אם נטע בלילה לבין אם נטע ביום).

ונראה שאף המשנ"ב סובר קצת כהעונג יו"ט. מצד אחד הוא סובר (סי' תקס"ח, שעה"צ ס"ק כ"ד) שאין לפדות קודם שיעברו כ"ט יום, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים, אפילו אם שלמו ל' יום; ומאידך כתב (סי' של"ט ס"ק כ"ז) שאין לפדות אחר כ"ט, י"ב ותשצ"ג אם עוד לא מלאו ל' יום. ולדעתו בעינן תרווייהו: גם ל' יום וגם כ"ט, י"ב ותשצ"ג; אך לא בעינן ל' יום מעת לעת, כדעת העונג יו"ט. ובכך מיושב מנהג העולם. אך בנד"ד, דיש תרווייהו, גם ל' יום וגם כ"ט, י"ב ותשצ"ג – יש מקום להתיר לקיים את פדיון הבן בליל ל"א.

תשובה

למעשה נראה שמכיון שעברו גם ל' יום וגם כ"ט יום, י"ב שעות ותשצ"ג חלקים, והמדובר בשעת

הדחק – ניתן לקיים את פדיון הבן בלילה, שהוא ליל ערב ראש־השנה.

וליתר הידור מומלץ שהמעות ישארו אצל הכהן עד סוף יום ל"א (שלא יוציא אותן מתחת ידו), והאב יתנה אתו לפני הפדיון שאם הפדיון לא יחול מעתה יחול למחר (עפ"י שו"ע יו"ד סי' ש"ה סעי' י"ג בהג"ה). ובכך יוצאים ידי חובה לכל הדעות. ומכיון שמעיקר הדין אפשר לפדות בלילה, ורק נהגו להחמיר ולפדות ביום – אין כאן חשש ברכה לבטלה. וכדי לחוש למנהג, מן הראוי שהמטבעות יישארו בידי הכהן עד למחרת. וכעין זה מצינו לענין תרו"מ (עי' מנחת שלמה סי' נ"ה). ועי' בספר "אוצר פדיון הבן" (פרק ט"ו).

וכן יש לנהוג כשחל יום ל"א בערב שבת, בפרט בימי שישי הקצרים, להקדים ולפדות בליל ו', אם מלאו גם ל' יום וגם כ"ט, י"ב ותשצ"ג.

סימן נד

בכורות שנולדו בעדר כבשים

ראשי פרקים

שאלה
א. מום שהוטל שלא בכוונה
ב. הוראה להטיל מום בשוגג
ג. הרבעה טבעית בבכור
ד. דינם של הוולדות
תשובה

שאלה *

מעשה באחד שקנה כבשים מבכירות. מכיון שלא ידע שחייבים למוכרן לגוי, לא ביצע את המכירה, והכבשים המליטו ארבעה טלאים: שני זכרים ושתי נקבות. לאחר שהתבררה לו בעיית הבכורות, הוא ביצע את המכירה של יתר המבכירות לגוי. אך נותרה הבעיה של שני הטלאים הזכרים שהומלטו לפני המכירה, שהם בכורות.

בעדרי צאן מקובל למספר את הטלאים ע"י נקיבת תנוך האוזן. בדרך כלל הדבר נעשה ע"י נקיבת התנוך הפנימי של האוזן, שייתכן שהוא מום המתיר את הבכור (שו"ע יו"ד סי' ש"ט סעי' ב'. ועיין שד"ח, ח"ו עמ' ק"פ־קפ"א, מערכת בכור בהמה סי' ב'.

* טבת תשמ"ו.

ועי' בהרחבה במאמרו של הרב יגאל הדאיה, "אמונת עתיך" 5 עמ' 15־21).

לאור זאת יש לברר מספר שאלות:

א. מתוך הנחה שמום כזה יותר ע"י שלושה תלמידי חכמים, האם מותר לכתחילה לומר לו למספר את הוולדות, כאשר הוא אינו יודע שאסור להטיל מום בבכור?

ב. האם יש חובה לתת את הבכורות לכהן?

ג. האם מותר להשאיר את הבכורות בעדר כדי שיפרו את הנקבות?

ד. מה דינם של הוולדות שייוולדו מהרבעת הבכורות על הנקבות שבעדר?

א. מום שהוטל שלא בכוונה

נאמר במשנה במסכת בכורות (ל"ה ע"א):

היה בכור רודפו; בעטו ועשה בו מום – הרי זה שרחטין עליו.

ומבארת הגמרא בלישנא בתרא שם, שאפילו אם בעטו לאחר רדיפה – מותר, משום "דצעריה הוא דמדכר". וכן נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' שי"ג סעי' ד'). ואף כאן יש לומר שמכיון שבעל העדר אינו יודע כלל שהמיספור יכול להתיר את הבכור, הוא סבור לתומו שהמיספור הוא רק כדי

שנזהה את הבכור ונדע מי הם בעליו, והרי זה ממש כבועט בבכור כדי למנוע רדיפה, שאין כוונתו להתירו בכך, ולכן הוא מותר.

אך יש להקשות על כך ממה שנאמר במשנה לפני כן (ל"ג ע"ב):

> בכור שאחזו דם... וחכמים אומרים: יקיז, ובלבד שלא יעשה בו מום. ואם עשה בו מום – הרי זה לא ישחט עליו. ר' שמעון אומר: יקיז, אע"פ שהוא עושה בו מום.

ומכאן למדנו שאם הבעלים הטילו מום בבכור, אפילו בטעות, אין הדבר מתיר את הבכור. אמנם מדברי ר' שמעון משמע שמתיר לשחוט את הבכור. אך בסוגיית בכור שרדפו, שהבאנו לעיל, לא הוזכר שהיא רק אליבא דר' שמעון ולא אליבא דרבנן. ובפרט יש מקום לקושיא זו לשיטת הרא"ש (בכורות פרק ה'): שבהקזה (סי' ד') – פסק כרבנן, שאם הקיז במקום העושה מום, לא ישחט עליו. ולעומת זאת, ברדיפה (סי' ו') – פסק שבכור שרדפו ועשה בו מום – מותר לשחטו. ולכאורה מה ההבדל ביניהם? הרי שניהם לא כוונו למום, אלא להצלה: פה להצלת האדם ופה להצלת הבכור! ואם נאמר שפעולה להצלת הבכור חמורה יותר מפעולה הנעשית להצלת האדם, א"כ מי שממספר את הבכור כדי שידעו מי הם בעליו, צ"ע אם זה נחשב למעשה הנעשה בשביל הבכור או בשביל בעליו. ומסתבר שהדבר נעשה עבור הבעלים ולא עבור הבכור.

אמנם היה מקום לומר שמי שמקיז דם לבכור לא עושה זאת משום צער בעלי חיים אלא כדי שבעליו לא יפסיד את רכושו, וא"כ גם זה לצורך האדם. ובהכרח יש לחלק בין שמירת גופו של האדם לבין שמירתו מהיזק כספי בלבד. וא"כ יש להחמיר בנד"ד. אך יותר נראה לומר שהמקיז דם לבכור, אמנם בטווח הארוך כוונתו לצורך הבעלים, אך בטווח הקצר המטרה היא רפואתו של הבכור עצמו. מה שאין כן במי שממספר את הבכור, שלבכור עצמו אין שום תועלת במיספור, וכל מטרתה, אף בטווח הקצר, אינה אלא לשם בעליו.

מיהו מסתבר שלא זה החילוק בין שני המקרים, אלא החילוק הוא אחר: בהקזת דם הסביר הט"ז (סי' שי"ג ס"ק ח') את דעת רבנן, הסוברים שאין להתיר בכור עפ"י מום שנעשה ע"י ההקזה. וכתב שהטעם לרבנן הוא משום גזירה, שמא לא יצטרך להקיז במקום שעושה מום, ויש לחוש שיתכוון להתיר את הבכור ע"י שיעשה בו מום. ועפ"י זה יש לבאר את הדין בבכור שרדפו, שהוא מותר משום שאין לאדם כוונה לבעוט בו במקום מסויים. שהרי מתוך כעס הוא בועט בו, ואינו מכוון לכלום. ולכן נחשב המום כאילו נעשה מאליו, ומותר.

ואם כן, בנד"ד יש לומר גם כן שהבכור מותר. מאחר שהנוהג הוא למספר בהמות באזניהם, ובעל העדר לא יודע כלל שעל ידי כך עושה בו מום, הוא בוחר במקום זה בתום לב ולא בכוונה, וכוונתו היא רק לסמן את הבכור כדי שידעו מי בעליו. ואין מקום לגזור שמא יעשה זאת בכוונה, שהרי כל מה שעושה הוא משום שאינו יודע מהי קדושת בכור, והרי הוא עושה זאת בלי כוונה. ובלאו הכי, בשו"ע (סי' שי"ג סעי' ו') נפסק להלכה כר' שמעון, שאפילו אם נעשה מום ע"י ההקזה, בכל זאת מותר לשחוט עליו, ולא גזרו שמא יעשה בו מום במזיד. וקל וחומר שאין לגזור במקום שלא גזרו בו חכמים.

> ועי' חידושי הגר"ח הלוי מבריסק (לרמב"ם שבת פ"י הי"ז), שכתב שפעולת הצלה מנחש אינה צידה כלל, אפילו לדעה הסוברת שהעושה מלאכה שאינה צריכה לגופה בשבת – חייב. וזאת משום שהוא כלל לא מתכוון לצוד, אלא להינצל מן הנחש. וא"כ יש לומר שהוא הדין כאן, כשמתכוון להינצל מן הבכור הרודף אחריו, אין לו שום כוונה להטיל מום בבכור, אלא להינצל. וצ"ע.

ב. הוראה להטיל מום בשוגג

נותר לנו לברר אם מותר לומר לו שיעשה כן לכתחילה. כי האומר יודע מה משמעות המעשה, גם אם נניח שהבעלים אינם מודעים לכך שבמעשיהם הם מתירים את הבכור.

נאמר במסכת בכורות (ל"ה ע"א):

מעשה בזכר של רחלים, זקן ושערו מדולדל (רש"י: לפי שלא היה נגזז מעולם), וראהו קסטור אחד ואמר: מה טיבו של זה? ואמרו לו: בכור הוא ואינו נשחט אלא אם כן היה בו מום. נטל פיגום וצרם אזנו. בא מעשה לפני חכמים והתירו.

על כך נאמר בגמרא:

אמר רב חסדא, אמר רב קטינא: לא שנו אלא דאמרו לו (לנכרי שהטיל בו מום, שהבכור לא נשחט עד כה) "אא"כ **היה** בו מום"; אבל אם אמרו לו: "אם **נעשה** בו מום" (ע"י אדם) – כמאן דאמרו לי "דיל עביד בי מומא דמי" (ואסור)...

ומסתבר דהא בהא תליא. אם אמרו לו בלשון שאין בה הוראה או בקשה לעשות בו מום, לא קנסו אותם בדיעבד. כי מעיקרא לא התכוונו לכך שיעשה בו מום, רק אמרו לו דרך סיפור שאסור היה להם לשוחטו מכיון שלא היה בו מום. אך אם אמרו בלשון בקשה או הוראה, או אפילו בדרך רמז, שהם מעוניינים שיעשה בו מום – קנסו אותם בדיעבד. וזאת משום שאיסור הטלת מום בקדשים הוא לא רק בידים אלא גם בגרמא, ואפילו ע"י אמירה לגוי. וגם למ"ד שבזה"ז אין איסור להטיל מום בקדשים מהתורה (עי' רש"י ע"ז י"ג ע"ב ד"ה בזמן שבהמ"ק), **אסור לגרום לכך שיעשה מום בבכור אפילו ע"י אמירה לגוי. וכנראה החמירו בגלל חומרא דקדשים** (עי' רא"ש ב"מ פ"ז סי' ו', ערוה"ש סי' שי"ג סעי' א'-ג').

וכך עולה גם מדברי הגרעק"א בתוספותיו למשניות (בכורות פ"ה מ"ג אות י"ח). הוא הקשה על הצריכותא של הגמ' שם, שיכלה לתרץ שאמירה לנכרי היא רק איסור מדרבנן, בעוד שקטנים המשחקים בבכור ועושין בו מום עוברים על איסור תורה. וכן מוכח מהרא"ש (ב"מ שם), שהקשה על הראב"ד, הסובר שאמירה לנכרי ביתר איסורי התורה מותרת, מהסוגיא בבכורות שקנסו בגוי שהטיל מום עפ"י רמז של ישראל. ומשמע דהא בהא תליא, הקנס תלוי באיסור האמירה.

ולכן אין לרמוז לבעל העדר שיעשה מום בבכורות בשוגג.

ג. הרבעה טבעית בבכור

אך עדיין יש לשאול: האם מותר להשאיר את הבכורות בתוך העדר כדי שיפרו את הנקבות ויגדילו את העדר?

הבעיה מתבססת על מה שפסק הרמב"ם (הלכות מעילה פ"א ה"ט):

ואסור להרביע בבכור או בפסולי המוקדשין.

הכס"מ כתב שמקורו של הרמב"ם הוא במסכת מכות (כ"ב ע"א). אולם כבר העיר עליו המשל"מ, וכתב ששם מדובר דווקא בשור פסולי המוקדשים, שהאיסור להרביע אותו הוא מדין כלאיים. אך האיסור להרביע בכור תמים, שאינו כלאיים, מקורו הוא במסכת מו"ק (י"ב ע"א). הטעם לכך הוא משום "לא תעבוד בכור שורך". ואיסורו אינו אלא מדרבנן, משום שהמרביע אינו עובד בבהמה עצמה אלא רק מרביע עליה. ודבריו תמוהים, שהרי בכור הוא זכר. ואם הוא מרביע את הזכר על הנקבה, הוא עושה עבודה בבהמת קדשים עצמה, והדבר צריך להיות אסור מן התורה!

ועיין בשו"ת חת"ם סופר (יו"ד סי' ש"ה) שכתב שאמנם אסור להרביע בכור בידיים; אך לתת לו לרעות בעדר כדי שירביע מעצמו, מותר לגמרי.

ד. דינם של הוולדות

מיהו, יש כאן עדיין בעיה מצד שהבכור הוא רכוש כהן. וכן צ"ע, מה דין הוולדות?

והנה בענין הוולדות, מסתבר שהם מותרים מדין "זה וזה גורם", ואינם קדושים. והוא הדין שאינם רכוש כהן, שכן לא מצינו שוולדות של זכר שייכים לבעל הזכר. השאלה היא רק שב"זה וזה גורם" הרי אסור לכתחילה, וכאן הוא משאיר את הבכורות לכתחילה כדי להרבות מהם את העדר, והוי "זה וזה גורם" לכתחילה!

אך עפ"י דברי החת"ם סופר, הסובר שההרבעה בידים אסורה ורק הרעייה בעדר

מותרת, יש לומר שזה לא הוי "זה וזה גורם" לכתחילה, והדבר נחשב כדיעבד. ולכן נראה שרק הרבעה בידים נחשבת להנאה האסורה ב"זה וזה גורם", אך הנחת בכור בעדר, כשההרבעה נעשית ממילא – אין זו הנאה האסורה, אלא כדיעבד דמי, וב"זה וזה גורם" היא מותרת.

מיהו נראה לענ"ד שצריך לתת את הבכור עצמו לכהן, ואם הכהן ירצה להשאירו בידי ישראל, הרשות בידו. אך את מצוות הנתינה לכהן חייבים לקיים, או לפחות נטילת רשות מהכהן.

תשובה

לאור האמור, ההוראה לבעל העדר היא כדלהלן:

א. לכתחילה אין להורות לו למספר את הוולדות ע"י נקיבת חור באזניהם; אך אם הדבר נעשה בטעות, הבכורות מותרים. (אם אין המום נעשה במקום הנכון והותר ע"י בי"ד של ג', עיין יו"ד סי' ש"ט).

ב. בכל מקרה צריך לתת את הבכורות לכהן.

ג. מותר להשאיר את הבכורות בעדר כדי שיפרו את הנקבות, אבל אסור להרביע בידיים.

ד. הוולדות שייוולדו מן הבכורות, אינם רכוש כהן, ואין בהם קדושת בכור.

סימן נה

אחריותו של רופא שטעה

ראשי פרקים

שאלה
א. דינו של אומן שטעה
ב. רופא שטעה והזיק
ג. הפטור משום תיקון העולם
ד. מסקנת הדיון ברופא שהזיק
ה. חולה שמת בגלל טעות רופא
ו. סתירת המשניות בשליח בי"ד שהרג
ז. ההבדל בין שליח בי"ד לרופא
מסקנות

שאלה *

שאלת אחריותו של רופא לנזק או מוות שנגרם כתוצאה מטעות או "רשלנות רפואית" עולה מידי פעם לדיון ציבורי, הן מן ההיבט המשפטי־ממוני, והן מן ההיבט הפלילי והמוסרי. מהי עמדת ההלכה בשאלה זו?

א. דינו של אומן שטעה

לכאורה יש ללמוד את הדין בטעותו של רופא מטעותו של כל אומן אחר. במסכת ב"ק (צ"ט ע"ב) מובאת דוגמא לטעות באיבחון מטבע, ושם מחלקת הגמרא בין מספר מקרים:

א. אם החלפן אינו מומחה – חייב לפצות את הניזק בכל מקרה.

ב. אם הוא מומחה וביצע את הבדיקה בחינם – פטור, אך אם ביצע אותה בשכר – חייב.

ושני הסברים נאמרו לכך בין הראשונים:

א. **לדעת התוס'** (ב"ק כ"ז ע"ב סד"ה ושמואל, סנהדרין ע"ז ע"א סד"ה רוצח, וכן בעוד מקומות), **ההסבר** לכך שחלפן מומחה פטור כשביצע את הבדיקה בחינם, הוא משום שאותו חלפן נחשב כאנוס במידה מסויימת. אונס זה אינו אונס גמור אלא הוא כעין גניבה. וגניבה היא אונס יחסי שבו שומר חינם פטור. לעומת זאת אם האונס הוא כעין אבידה – החלפן חייב, כי יש בו רשלנות מסויימת. ואע"פ ששומר חינם פטור באונס כזה, מזיק חייב. ובאונס כעין גניבה, אם הבדיקה נעשתה בשכר – החלפן חייב, כי התשלום מחייב

* מעובד עפ"י הרצאה שניתנה במסגרת הבמה לרפואה, משפט והלכה – פתח־תקוה, שבט תשנ"ג.

אחריות יתר. ואם שומר שכר חייב בגניבה, ק"ו מזיק. אך באונס מוחלט, גם בשכר פטור, כשם ששומר שכר פטור באונס גמור.

ב. לדעת הרמב"ן (ב"מ פ"ב ע"ב ד"ה ואתא) גם באונס גמור חייב באדם המזיק. ולדעה זו יש להבחין בין העושה ברשות למי שאינו עושה ברשות (עי' מחנ"א הל' נזקי ממון סי' ה'): אומן מומחה פועל ברשות, ולכן הוא פטור מלשלם. ולעומתו, מי שאינו עושה ברשות, כגון חלפן שאינו מומחה – חייב גם באונס. ובכל זאת, גם העושה ברשות, אם עשה זאת בשכר – חייב. (ובטעם הדבר יתכן לומר שנתינת הרשות מצד הניזק פירושה הסכמת הניזק לפעילותו של האומן, כולל מחילה על נזק שייגרם לו באונס. מאידך, אין האומן נוטל על עצמו אחריות לאונסין, שהרי הוא עושה טובה לניזק, ועל דעת כן עושה עמו טובה, שלא ישא באחריות נזיקין. אך כאשר המזיק מקבל שכר, הוא בעל נגיעה אישית בענין לא פחות מהניזק. ואין כאן הסכמה, ולא מחילה מצד הניזק. ומאידך, מכיון שהאומן מקבל שכר, הוא לא עושה טובה לניזק אלא לעצמו; ולכן הוא נוטל על עצמו את האחריות לאונסין).

ב. רופא שטעה והזיק

מהי ההשלכה הנובעת מכאן לדינו של רופא?

לפי התוס', רופא המרפא בשכר, וטעה – חייב, אם יכול היה למנוע את הטעות (כגון: כאשר יכול היה להתייעץ עם מומחה גדול ממנו, או שהיתה לו אפשרות לבצע בדיקה נוספת, צילום או שימוש במכשיר נוסף). אם לא היתה אפשרות כזאת, והרופא עשה כל אשר יכול היה לעשות, וטעה – הוא אנוס גמור, ופטור.

מקובל בין הרופאים שגם הימנעות מהתייעצות עם חבר שווה ערך, היא רשלנות, וה־Second Opinion הוא חובה רפואית בסיסית כאשר יש אפשרות לכך (כך שמעתי מפי פרופ' יונתן הלוי, מנהל ביה"ח שערי־צדק). על כך אמרו (קידושין פ"ב ע"א) "טוב שברופאים לגיהנום".

כלומר, מי שהוא סבור שהוא הטוב ביותר ואינו מתייעץ עם זולתו (עיי"ש במהרש"א).

וכך מוכח ממה שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' של"ו סעי' א'):

> ומיהו לא יתעסק ברפואה אא"כ הוא בקי ולא היה שם גדול ממנו.

כלומר, אם יש גדול ממנו, עליו להיוועץ בו. ולפיכך מסתבר שמקצוע הרפואה שונה ממקצוע אחר, בכך שחובת הרופא היא להתייעץ עם רופא גדול ממנו; ואם לא התייעץ – נחשב לפושע. והדבר דומה לאונס כעין אבידה ולא לאונס כעין גניבה, וגם לדעת התוס' הוא יהיה חייב. וזאת מפני שאם יש רופא מומחה יותר, והוא לא נועץ בו – אין זה אונס, אלא רשלנות.

כל זאת לדעת התוס'. אך לדעת הרמב"ן, רופא המרפא בשכר חייב בכל אונס שהוא, גם באונס גמור.

ג. הפטור משום תיקון העולם

עוד נאמר בשו"ע (שם):

> ואם ריפא ברשות בי"ד וטעה והזיק – פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.

המקור לכך הוא כנראה בתוספתא (גיטין פ"ג הי"ג), שם נאמר:

> רופא אומן שריפא ברשות בי"ד והזיק, בשוגג – פטור, במזיד – חייב מפני תיקון העולם.

וזאת כדי שרופא לא יירתע מלרפא מחשש שייענש על טעויותיו.

ומתוספתא זו יש להקשות, הן על שיטת התוס' והן על שיטת הרמב"ן.

על התוס' קשה: אם הוא אנוס, הרי בלאו הכי הוא פטור מלשלם. וא"כ לשם מה יש צורך לתקן תקנה משום תיקון העולם? ואם הוא פושע, מסתבר שתיקון העולם לא יפטור אותו.

גם לפי הרמב"ן קשה, שהרי משמע שהמדובר ברופא המרפא **בחינם**, שכן נפסק להלכה (שו"ע סי' של"ו סעי' ב') שאסור לרופא ליטול שכר על רפואתו. וא"כ הוא פטור לגמרי, גם ללא התקנה משום תיקון העולם.

ואולי הטעם משום תיקון העולם נצרך לרופא בשכר. אע"פ שבשכר יש מקום לומר שאין צורך בתקנה משום תיקון העולם; כי בין כך ובין כך הרופא לא יירתע מלעסוק ברפואה, בגלל השכר המשתלם לו. אך נראה שהשכר המשתלם לרופאים אינו גבוה עד כדי כך שאפשר לוותר על תקנה משום תיקון העולם (להוציא רופאים מומחים בייחוד, בשיא הקריירה שלהם), וצ"ע.

תירוץ אחר יש לבעל חזון־יחזקאל (לתוספתא ב"ק פ"ט ה"ג בחידושים). הוא מחלק בין טעות הנעשית אגב הריפוי לבין טעות שבאה **בעצם** הריפוי. במקרה האחרון אין לפוטרו משום שעוסק ברשות, כי טעה בעצם הריפוי. לכן יש צורך בתקנה משום תיקון העולם. וכן כתב ב"ישועות־ישראל" (חו"מ סי' כ"ה, הביאו הרה"ג יצחק זילברשטיין ב"עמק הלכה" עמ' 125), עי"ש.

ד. מסקנת הדיון ברופא שהזיק

ייתכן לומר בעוד כמה אופנים: טעות באיבחון, למשל, חמורה יותר. וזאת משום שאולי החולה אינו חולה כלל באותה מחלה; וכל הטיפול, לא רק שלא הועיל אלא אולי אף הזיק. אולם לא מסתבר לומר כן. החולה הוא שמעוניין בריפוי (וכנ"ל בחינם זהו ענין בלעדי שלו). ועל דעת כן החולה בא אל הרופא, למרות שהוא עלול לטעות; וגם ללא סברת תיקון העולם, הרופא פטור.

ולכן נראה שאם נוצרה טעות שאינה קשורה לריפוי עצמו, אלא שתוך כדי ריפוי פגע הרופא באיבר אחר, היה צריך להיות חייב; אך מכיון שהיה טרוד במלאכתו, יש להקל בעונשו מפני תיקון העולם. (ועיין שו"ת חת"ם סופר, או"ח סי' קע"ז).

אך יתכן גם לומר שבכל זאת מדובר ברופא שנטל שכר (בשו"ע, יו"ד סי' רכ"א סעי' ד', מבואר שיש מצב כזה, למרות שהוא אינו רצוי). ולדעת התוס', אונס כעין אבידה, שבדרך כלל חייב, כאן ייפטר. וכן לדעת הרמב"ן הרופא ייפטר בכל אונס. וכל זה רק משום תיקון העולם, כי בלא זה היה חייב.

למסקנה נראה איפוא שרופא שטעה בשוגג פטור מלשלם פיצויים לנפגע. בחלק מהמקרים הדברים אמורים מצד הדין, ובחלק מהמקרים – משום תיקון העולם. אולם אם הזיד או התרשל בפשיעה – מסתבר שלא יהיה פטור מתשלום.

ה. חולה שמת בגלל טעות רופא

בענין חולה שמת נאמר בשו"ע (יו"ד סי' של"ו סעי' א'):

> ואם המית, ונודע לו ששגג – גולה על ידו.

ואע"פ שאין גלות בזה"ז, הוא צריך כפרה חמורה כעין גלות. כאן תיקון העולם אינו פוטר את הרופא. כי משום תיקון העולם אפשר רק לוותר על תשלום נזיקין, משום שממון ניתן למחילה בידי אדם; אך במקרה של מוות, העונש הוא כפרה כלפי שמים, ואין בסמכותה של החברה למחול על כך.

אולם הדבר עומד בסתירה לכאורה לאמור במסכת מכות (ח' ע"א):

> אבא שאול אומר: מה חטבת עצים – רשות, אף כל – רשות. יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו, ושליח בי"ד (שהרגו בשוגג, שהם פטורים מגלות).

ובגמ' שם נאמר בטעם הדבר, שהוא משום שעוסקים במצוה. ולכן אינם דומים לאדם החוטב עצים ביער, שהוא רשות. ולפי זה יש לשאול: מדוע רופא שהרג חייב גלות, הרי גם רופא עושה מצוה?

ואכן בתוספתא (מכות, השמטות לפרק ב', הל' ה') הושווה רופא לשליח בי"ד. וכך נאמר שם:

> שליח בי"ד שהכה ברשות בי"ד – הרי זה גולה.
> רופא אומן שריפא ברשות בי"ד – הרי זה גולה.

השוואה זו היא לחומרא, ולדעת התוספתא שניהם גולים. ואולי יש להסביר את התוספתא עפ"י המשנה (מכות ח' ע"א), ממנה משמע שלרבנן, כל מי שהרג בשוגג – גולה, גם אם היה שליח מצוה. אך לדעת אבא שאול שליח מצוה פטור, כגון אב הרודה את בנו ושליח בי"ד.

וא"כ יש לומר שהתוספתא סוברת כרבנן, החולקים על אבא שאול במשנה. ולפי זה, לדעת

אבא שאול, החולק ופוטר שליח בי"ד, הוא הדין לרופא.

אך הרמב"ן (תורת האדם, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' מ"א-מ"ב) מחלק בין רופא לשליח בי"ד. וצ"ע, מה הסברא לחלק ביניהם?

ועפ"י סברת התשב"ץ (ח"ג סי' פ"ב) אפשר לחלק בין רופא חיצוני לרופא פנימי. רופא חיצוני רואה את הפצע, ולכן אינו אנוס, וגולה. אך רופא פנימי אינו רואה את הנעשה בתוך הגוף, ומרפא כסומא בארובה, לכן הוא מוגדר כאנוס.

בימינו אמנם ההגדרות השתנו, וניתן לדעת גם מה שנסתר בתוך הגוף. אך עדיין יש להבחין בין רופא שטעה ברשלנות, לבין רופא שטעה בלי רשלנות. וכך הכריע ערוה"ש (סעי' ב'), וכן מסתבר. ונראה שרשלנות פירושה שיכול להתייעץ עם גדול ממנו ולא עשה כן, או באחד המקרים שיתבארו להלן.

ובשו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' ק"ד) כתב לחלק בין רופא שהרג בידים לבין רופא שהרג בגרמא.

ו. סתירת המשניות בשליח בית דין שהרג

נראה שדינו של רופא שהרג בטעות יהיה תלוי בתירוצים השונים שניתנו לסתירה שבין שתי משניות במסכת מכות:

במשנה הראשונה (ח' ע"א) שנינו:

...יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בי"ד.

ואילו במשנה השניה (כ"ב ע"ב) שנינו:

הוסיף לו עוד רצועה אחת, ומת – הרי זה גולה על ידו.

והסתירה מבוארת: שליח בי"ד – פעם גולה, ופעם אינו גולה. וביישוב הסתירה נאמרו כמה פירושים:

א. כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"ה ה"ו):

...שליח בי"ד שהיכה את בעל הדין הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה – פטור מן הגלות.

והחילוק מבואר. שליח בי"ד שהיכה את הנמנע מלבוא לדין, לא הכהו מכה **נוספת** מעבר למנין מוגדר וידוע. מה שאין כן בשליח בי"ד שהוסיף על המנין הקבוע, שהוא עבר עבירה בבירור ולא קיים מצוה בכך. (חילוק זה דומה קצת להבדל שבין טועה בשיקול הדעת לבין טועה בדבר משנה. עי' סנהדרין ו' ע"א).

ולפי זה רופא שטעה בהערכה, בדיאגנוזה, בקביעת המינון התרופתי וכדו' – ייפטר. אך אם המינון ידוע והוא טעה והוסיף על המינון הידוע, או ששכח והשאיר מספריים בתוך בטנו של המנותח, או חתך איבר שלא היה צריך לחתוך – הרי זה שוגג ברשלנות, וחייב גלות.

ב. הראב"ד השיג על אתר וכתב:

זו לא שמענו מעולם, אלא שליח בי"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו בי"ד, ומת תחת ידו.

המשנה הראשונה (ח' ע"א) עוסקת גם כן במלקות. וכך פירש גם רש"י (שם ד"ה ושליח):

ושליח בי"ד – המלקה ארבעים, לחייב מלקות.

אלא שלפי זה לא ברור ההבדל בין שתי המשניות. שהרי בשתיהן מדובר בשליח בי"ד שהוסיף על מנין המלקות.

ג. יש שחילקו בין לוקה שאמדוהו למספר מלקות פחות מל"ט, שאם השליח הוסיף עליהן, הרי זה בכלל המנין ואינו גולה, כי בכלל המצוה הוא (וזו המשנה הראשונה), לבין הוסיף יותר מל"ט, שאינו מן המנין, ואין כאן מצוה כלל, ולכן גולה ("אמרי הצבי" ועוד).

חילוק זה ניתן לומר רק בדעת הראב"ד. בדעת רש"י אין לומר כן, מפני שהוא עצמו פירש כנ"ל, ששליח בי"ד המלקה **ארבעים**, אינו גולה. עכ"פ לדעת הראב"ד ניתן גם לחלק כנ"ל בין טעות הנובעת מעצם הצורך לרפא, לבין טעות מעבר לריפוי, וכל הדוגמאות שהבאנו לעיל יכולות להתאים גם לשיטת הראב"ד.

ד. בדעת רש"י צריך לומר להיפך: במשנה הראשונה, אם הוסיף על הל"ט מלקות, אינו

גולה, משום שאמדוהו שיכול לעמוד בכל מספר מלקות שהוא. אולם במשנה השניה מדובר במקרה שאמדוהו למספר קטן יותר. כי ידוע שהוא חולה ואינו יכול לעמוד במנין גדול יותר. ולכן השליח גולה.

אם ניישם את ההגדרה הזאת ברופא, נוכל לומר שבחולה מסוכן, שידוע לרופא שיש להיזהר אצלו במינון הרפואי וכדו', אם הרופא טעה – חייב גלות. אך בחולה רגיל, שלא היה מקום להעלות על הדעת שיש להיזהר בו באופן מיוחד, והטיפול בו היה שגרתי כמקובל, ומת – הרופא פטור מגלות. ולפי זה כל חריגה מהשיגרה מחייבת גלות.

כל הדוגמאות שהבאנו לעיל מתאימות גם להסבר זה. כלומר: הוספה על המינון, שיכחת מספריים, חיתוך אבר אחר בטעות וכדו' – מחייבים גלות. לעומת זאת, בטעות באבחנה, בעצם קביעת המינון וכדו', אם הסימנים לא הראו שיש צורך בזהירות מיוחדת, הרופא פטור. אך אם היו סימנים למצב חריג והרופא לא התייחס בהתאם, הוא חייב גלות.

ה. אפשר לומר חילוק אחר: במשנה הראשונה מדובר במקרה ששליח ביה"ד לא הוסיף על המלקות, ו"ארבעים" שכתב רש"י, לאו דווקא; אלא כוונתו למונח המקובל בכל הש"ס, שהמלקות נקראות על שם המנין שלהם בתורה: "סופג ארבעים". הטעות היתה של שליח ביה"ד שלא שם לב לכך שהמוכה אינו מסוגל לעמוד במלקות. אע"פ שאמדוהו למלקות ארבעים, הוא הראה סימנים שאינו מסוגל לעמוד בכך, ושליח ביה"ד לא שם לב לכך, או שלא פירש נכון את האומדן, וסבר שלאחר שאמדוהו אפשר לתת לו ארבעים. במקרה כזה טעותו בכלל מצוה ופטור. משא"כ במוסיף על המלקות, שזו טעות שאינה מצוה כלל, ולכן גולה.

ובאשר לרופא, יש לחלק בין העדר תשומת לב מספקת של הרופא באיבחון המחלה או לקביעת התרופה וכדו', לבין רופא שפועל לפי כל הכללים המקובלים, אך לא חש בכך שהחולה המסויים מחייב שינוי בגישה, בשיטות הריפוי, וכדומה. במקרה הראשון הרופא חייב גלות, ואילו במקרה השני הוא פטור.

ו. מהסוגיא בב"ק (ל"ב ע"ב) עולה תירוץ אחר. הגמ' הקשתה שם על המשנה השניה במכות – העוסקת בשליח בי"ד שהוסיף לנידון מכה אחת, ומת – ואומרת: "והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא...!" והתירוץ הסופי הוא: "דטעה דיינא". כלומר, שהדיין מנה בטעות, והשליח לא שם לב לכך ונגרר אחרי הדיין, ומתוך כך הכה מכה מיותרת. לכן השליח גולה, שכן היה עליו לשים לב לטעות. ואעפ"כ אינו נחשב קרוב למזיד, אלא לשוגג. ולפי זה ע"כ המשנה הראשונה מדברת בטעות אחרת: או שהשליח לא שם לב שהמוכה עומד למות (וכנ"ל סעי' ד'), או שלפי הגמ' בב"ק המשנה במכות מדברת בשליח בי"ד שהכה בעל דין שנמנע מלבוא לדין, וכדעת הרמב"ם (הובאה לעיל סעי' א'. ועי' שו"ת חתם סופר, או"ח סי' קע"ז, וצ"ע בכוונתו).

הרמב"ם לא מביא להלכה את תירוץ הגמרא בב"ק, שהמדובר במקרה שהדיין טעה. ועי' אור שמח (הל' רוצח פ"ה ה"ו) ו"ליקוטי הלכות" (מכות ט"ז ע"א), שכתבו שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא. ומכאן יוצא שגם כאשר היה צריך להעלות על דעתו שהחולה ימות, הוא נחשב לשוגג. ולפי זה גם כאשר הוסיף מדעתו, הוא נחשב לשוגג, וגולה. וא"כ הרמב"ם לשיטתו חילק בין שתי המשניות הנ"ל: במשנה הראשונה מדובר בשליח בי"ד שהיכה את מי שנמנע מלבוא לדין. ואילו במשנה השניה מדובר בשליח בי"ד שהכה ל"ט מלקות והוסיף לו בטעות מכה נוספת. וא"כ חזרנו לחילוק הראשון (לעיל סעי' א').

ונראה שחילוק זה, האחרון, הוא הקובע להלכה. ולפיכך נראה שיש לחלק בין שני סוגי טעויות:

א. אם היתה זו טעות באיבחון, במתן תרופה, במינון וכדו', כשהכל נעשה מתוך שיקול דעת ואחריות נדרשים, ובהתייעצות עם רופאים אחרים טובים יותר – במקום שיש מקום לספק ולשיקול דעת נוסף – במקרים כאלו הרופא פטור.

ב. במקרים של מתן תרופה לא נכונה, שלא היתה צריכה להינתן כלל, או מעבר למינון הנדרש, או חיתוך איבר מיותר, או שיכחת חפץ כלשהו בתוך גופו של החולה וכדו' – בכל אלו הרופא חייב גלות. (אם כי צריך שיקול דעת בכל מקרה לגופו, כגון לבדוק אם הרופא לא היה בהול בגלל אילוצים שונים (עיין ב"ק ל"ב א') וכדו'). ובימינו, שאין גלות, הרופא צריך כפרה אחרת.

ז. ההבדל בין שליח בי"ד לרופא

אך יש פוסקים הסבורים שאין להשוות בין הנושאים, ולדעתם שליח בי"ד שונה מרופא. הי"ד־אברהם (יו"ד סי' של"ו סע' א' ד"ה ואם) מחלק בין שליח בי"ד, שעשה מצוה בהכאתו, לרופא, שלא עשה מצוה כאשר החולה מת, כי מטרתו לרפא את החולה ולא להמיתו. חילוק זה אינו ברור. גם שליח בי"ד תפקידו להשאיר את הנאשם חי, אף במלקות נאמר: "ונקלה אחיך" – לאחר שנקלה הרי הוא כאחיך. וכן "כי לא אחפוץ במות המת". מאידך, גם ברופא, עצם ההתעסקות היא המצוה, ולא רק התוצאה שהוא יבריא. וכמו שכתב הר"ן בחידושיו (ב"מ ל' ע"א ד"ה נמצאת) בענין השבת אבידה ע"י כהן בבית הקברות. וכתב הר"ן שהיה מקום לומר שם שעשה היה דוחה לא־תעשה, למרות שהמצוה לא נגמרת עד ההשבה לבעלים, משום שכל מהלך ההתעסקות בהשבת האבידה, משעת מציאתה ואילך, כולו הוא חלק מהמצוה. ולכן העשה חל באותו זמן שבו חל גם הלא־תעשה. וכאשר מדובר ברפואה, יש לומר שהשבת גופו כמוה כהשבת ממונו, שנאמר ו"השבותו לו" – כולל אבידת גופו (סנהדרין ע"ג ע"א).

לכן הכרח לומר כדברי התשב"ץ (מובא לעיל אות ה'), שכתב שיש לחלק בין שוגג גמור לבין שוגג הקרוב למזיד: שוגג גמור נחשב לעוסק במצוה; אך קרוב למזיד אינו מוגדר כעוסק במצוה.

ואולי יש לומר כמו שכתבנו לעיל (אות ו'), לחלק בין טעות באיבחון ובטיפול עצמו, לבין טעות באיבר אחר שלא היה צריך טיפול כלל. סטייה זו מהנקודה המטופלת היתה מיותרת ולא מותרת, ומשום כך אינה נחשבת לעיסוק במצוה, ולכן הרופא חייב גלות. (אך בכל זאת אינו נחשב כמזיד, כי טעה תוך כדי עבודתו). ואינו דומה לשליח בי"ד שהכה את הנאשם עצמו, אלא שטעה במכה נוספת. ואכן רופא שטעה במינון כמוהו כשליח בי"ד שהכה יותר. אולם סטיה מהמקום, ניתוח באיבר אחר וכדו', זוהי שגגה חמורה יותר, והוא הדין לרופא שלא התייעץ עם אחרים.

ואם יש מקום לחלק, נראה שזה החילוק בין שליח בי"ד לרופא: שליח בי"ד סומך על ביה"ד בלבד; ואם טעה, עשה זאת בשליחותו של ביה"ד (עי' ערוך־לנר, מכות ח' ע"א ד"ה שם ברש"י, שעסק בשאלה זו). אמנם אינו אנוס, מפני שהיה צריך לשים לב; אך גם אינו רשלן, כי סמך על ביה"ד. רופא, אסור לו לסמוך על ידיעותיו ונסיונו בלבד. עליו לשאול אחרים. וכמו שהקדים השו"ע (שם), וכמו שכתבנו לעיל (אות ב'). לכן אי התייעצות עם אחרים היא רשלנות. אמנם מזיד אין כאן, אך גם לא אונס, אלא שוגג שטעון כפרה.

מסקנות

א. לדעת התוס', רופא מומחה שריפא בחינם והזיק לחולה; אם היה אונס גמור כעין גניבה – פטור, כעין אבידה – חייב. ואילו רופא מומחה שריפא בשכר – חייב. וייתכן שמפני תיקון העולם הוא פטור.

ב. לדעת הרמב"ן, אם פעל ברשות – פטור. שלא ברשות – חייב. ואם טעה בעצם הריפוי – חייב מעיקר הדין, ופטור משום תיקון העולם.

ג. רופא שגרם למותו של חולה בטעות: אם שכח דבר, פגע בטעות באבר אחר, לא התייעץ עם רופאים אחרים במקום שהיה צורך בכך וכדו' – טעון כפרה. אך בטעות אנוש שקשה היה למונעה – הוא פטור גם בדיני שמים, ואינו צריך כפרה.

סימן נו

קטיעת רגלים לחולה מסוכן

ראשי פרקים

שאלה

א. "ניתנה רשות לרופא לרפאות"

ב. חולה שאינו רוצה להירפא

ג. איבוד לדעת מחמת ייסורים

ד. רציחה ומניעת הצלה

ה. משמעותה הנפשית של קטיעת רגלים

תשובה

שאלה *

בבית החולים נמצא חולה מסוכן שחייבים לקטוע את שתי רגליו. ללא ניתוח זה, הוא עלול למות. הוא מתנגד לכך בכל תוקף, ומעדיף למות מאשר להיות קיטע. הרופאים מוכנים לקטוע את רגליו גם ללא רשותו, אולם הם מתלבטים שמא למרות הקטיעה, הצער שיגרם לו וההתנגדות העזה שהוא מגלה, יגרמו לכך שיאבד את הרצון לחיות והוא עלול למות בכל זאת. אלא שאם ישאר במצבו הנוכחי, ימות תוך שבועיים לפי הערכתם, ואם יקטעו את רגליו, הוא ימות תוך זמן ארוך יותר, אך לא יחיה זמן רב. מה הדין?

ואלה הן הבעיות שיש לדון בהן:

א. האם מותר לנתח אדם בעל כרחו?

ב. אדם הרוצה למות, האם מותר לאפשר לו למות?

ג. בעל ייסורים, האם יש מצוה להאריך את ימיו?

א. "ניתנה רשות לרופא לרפאות"

ממצוות "לא תעמוד על דם רעך" ומצוות "והשבותו לו" אנו למדים שחייבים להציל כל אדם מסכנה (סנהדרין ע"ג ע"א). ולפי זה רופא הרואה אדם הנתון בסכנה, חייב להצילו גם מבלי לשאול את רשותו.

מאידך מצינו שרפואה אינה כשאר הצלה. נאמר "ורפוא ירפא" (שמות כ"א י"ט), וחז"ל אמרו על כך: "מכאן שניתנה **רשות** לרופא לרפאות" (ב"ק פ"ה ע"א). אך בכך לא ניתנה **חובה לחולה** להתרפאות, וכמו שהאריך הרמב"ן בפירושו לתורה (ויקרא כ"ז י"א סד"ה ונתתי); וכתב שאדרבה, מה ליראי ה' בבית הרופא? ואסא נענש על ששאל ברופאים (דברי הימים ב', ט"ז י"ב). ואם אדם אינו מעוניין ברפואה ע"י רופא אלא סומך על "רופא כל בשר", מי יכול לאלץ אותו להתרפא ע"י רופאים?

אמנם יש לחלק בין חולה מסוכן בוודאי, או שריפויו ברור ע"י מדע הרפואה, לבין חולה שאינו מסוכן בוודאי, או שריפויו אינו ברור כל כך במדע. ייתכן שהרמב"ן דיבר על רפואה בימים ההם, כאשר הידיעה של הרופאים היתה קלושה, וייתכן שנזקה של הרפואה אז היה מרובה מתועלתה. ולכן מי שמאמין בה' צריך לסמוך על ה' יותר מאשר על הרופאים. ואעפ"כ, מי שבכל זאת דורש ברופאים (ואנשים כאלו הם רוב העולם), מותר לרופא לרפא אותו, למרות שאינו בטוח שהריפוי יועיל. אך בדבר שרפואתו ודאית, גם החולה מצווה להציל את עצמו. וקיום מצוה זו היא אמונתו בה'. (כך עולה מתשובת אביו של האבני־נזר, המובאת בשו"ת אבני־נזר, חו"מ סי' קצ"ג, עי"ש היטב. ועי' נשמת אברהם, יו"ד סי' של"ו ס"ק ג', וכן במה שכתב הרב משה רזיאל, "תחומין" ב' עמ' 329). וגם כיום, באותם תחומים שמדע הרפואה מגשש בהם באפילה, הצדק עם הרמב"ן. אך בתחומים בהם מדע הרפואה התקדם, והצלתו של החולה

* מנחם־אב תשמ"ח.

בטוחה או קרובה לוודאי – הרופאים הם שלוחי דרחמנא לרפא את האדם.

והראיה לכך היא מדברי הראב"ע (שמות כ"א י"ט ד"ה ורפוא) מהם למדנו שגם הקדמונים הבחינו בין רפואה חיצונית לרפואה פנימית. כלומר, הם הבחינו בין דבר ידוע לדבר נעלם. ובימינו, בהרבה מקרים, בעיות פנימיות נחשבות כמו בעיות חיצוניות בימיהם, ורפואתן ודאית. (ועיין פירוש המשניות לרמב"ם פסחים פ"ד מ"ט).

ב. חולה שאינו רוצה להירפא

ויש לעיין בדינו של חולה המפקיר את חייו ואינו רוצה להירפא. האם חובה עלינו להצילו? אמנם ידועים דברי הגרש"י זווין (במאמרו "משפט שיילוק לאור ההלכה", בספר "לאור ההלכה" עמ' שי"ח), שאין האדם בעלים על גופו. ועי' לקמן (סי' ק' אות א"ג). וכן מצינו בפוסקים שאדם המסרב להתרפא, מרפאים אותו בעל כרחו (עי' שו"ת הרדב"ז ח"ד סי' ס"ו־ס"ז, א'קל"ח־א'קל"ט; מג"א סי' שכ"ח ס"ק ו'; בה"ט שם ס"ק א' בשם כנה"ג; פת"ש יו"ד סי' קנ"ה ס"ק ד'; מור וקציעה סי' שכ"ח ד"ה כתב מג"א). וכל חבל נביאים אלו מתנבא בסגנון אחד, שאסור לאדם לאבד את עצמו לדעת וחייב להתרפא בעזרת הרופא, עד שאפילו כופין אותו בעל כרחו (והכתב־סופר כתב שאסור לאדם לברך על מה שאוכל בניגוד לדעת הרופאים). מיהו המנ"ח (קומץ המנחה מצוה רל"ז) כתב שהמאבד עצמו לדעת, אין חובה להצילו. והוא לומד זאת ממאבד ממונו לדעת, שאין כלפיו מצוות השבה. ואף כאן, כשמאבד את גופו לדעת, אין בו מצוות "והשבותו". ולכאורה דבריו סותרים את כל דעת הפוסקים הנ"ל. ותימה על גאון כמותו שהתעלם מכל הנ"ל! ואולי סובר המנ"ח שהמאבד עצמו לדעת בידיים, אע"פ שאינו בעלים על גופו, לא גרע מאבידה ממונית מדעת, שאע"פ שאינו מפקיר אותה, מ"מ הוי כייאוש, שאין מצוה להחזיר לו; שכן אין אנו מצווים לדאוג על ממונו יותר ממנו. וכידוע ייאוש אינו הוצאת הממון מרשותו (קצוה"ח סי' ת"ו ס"ק ב', נתיה"מ סי' רס"ב ס"ק ג'), אלא מצב נפשי של השלמה עם האבידה.

וא"כ, יתכן שהוא הדין באבידת גופו. שאע"פ שאינו רשאי להפקיר את גופו, משום שאינו בעליו, מ"מ הוא האחראי על השבת גופו יותר מאתנו. ואין אנו חייבים להחזיר לו את גופו יותר משהוא עצמו שומר עליו. ומצוות "לא תעמוד על דם רעך" היא בכלל המצוות שבין אדם לחבירו, וכשחבירו אינו מעוניין בהצלה, פקעה המצוה. (ואע"פ שהדוגמא שהבאנו מממון איננה דומה, שהרי שם גם בשב ואל־תעשה נחשבת האבידה לאבידה מדעת, כגון בב"מ כ"א ע"א, במכנשתא דבי דרא, ואילו כאן היא אבידה רק בקום ועשה, יש לומר ששם, כשהממון נמצא במקום האבד, גם בלא מעשה מצידו הוא אבוד. ומכיון שהוא עצמו אינו טורח לשומרו, אין אנו עדיפים ממנו. אך כאשר מדובר בסכנה לגופו, הרי הוא נמצא תמיד ליד גופו. ואע"פ שכרגע אינו שומר עליו, לא דמי לאבידה מדעת, משום שאין ללמוד מהרגע הזה על הרגע הבא. וכידוע, כוח החיים של האדם חזק מאד, וחזקה על אדם שהוא רוצה לחיות, אע"פ שכרגע נראה כאילו התייאש מעצמו. אך כשמאבד את עצמו בידיים, אין אנו חייבים בהצלתו יותר ממנו).

ואולי בזה יש ליישב את הקושיא שהקשה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל (עי' "לאור ההלכה" עמ' של"ד, תוספת דברים למשפט שיילוק) על הגרש"י זווין. קושייתו היא מרודף, שמותר להורגו משום שהתיר את עצמו למיתה (סנהדרין ע"ב ע"ב). ולפי הגרש"י זווין, הסובר שאדם אינו בעלים על גופו, איך יכול אדם להתיר את עצמו למיתה, הרי גופו לא נמצא ברשותו? ולפי מה שכתבנו יש לומר שכאשר אדם רודף אחר אדם אחר – ובכך עושה מעשה בידיים כדי להסתכן, שהרי ברור לו שהנרדף עלול להורגו כדי להינצל מידו – אין אנו חייבים להחיותו יותר ממנו עצמו. והנחה זו מסתברת, שהרודף אינו עדיף מהנרדף; והרודף אחר חבירו להורגו לקח על עצמו את האחריות, שכשם שמותר לו להרוג את הנרדף לטענתו, כך הנרדף רשאי להורגו. ובכך התיר את עצמו למיתה, לפחות כלפי הנרדף. ועיין מה שכתב

הגרש"י זווין (שם עמ' של"ה) בתשובתו לגר"ש ישראלי, שע"י שהנרדף רשאי להורגו, רשאים גם אחרים להורגו (עפ"י הגר"ש אייגר בדרוש וחידוש לאביו הגרעק"א, כתובות ל"ג ע"ב, יעוי"ש). ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (ח"ד, דפוס פראג, סי' ל"ט) כתב שדבר פשוט הוא שאפילו אם החולה צווח ואומר "אל תצילוני" – אין שומעין לו. ולדברינו אתי שפיר, שהרי שם מדובר בטובע בנהר, ולא במטביע עצמו בנהר בידיים.

וייתכן לומר עוד, שהמאבד עצמו לדעת, אם ידוע לנו שהגיע למצב כזה שגם אם נציל אותו הוא ינסה להתאבד שוב – אין עוד תועלת בהצלתו; שהרי גם אם נציל אותו, הרי הוא איננו חפץ חיים, והוא ינסה לאבד את עצמו לדעת פעם נוספת; ולכן פקעה מאתנו החובה להצילו. וכל זה רק במאבד את עצמו לדעת בידיים. אך מי שמאבד את עצמו בשב ואל־תעשה – חייבים אנו להצילו. שהרי אין חשש שיאבד את עצמו בידים עוד פעם; כי אחרי שנציל אותו ויתרפא, הוא יישאר בחיים גם אם לא יעשה דבר נוסף להצלתו, ודו"ק.

ולפי זה בנידון דידן, אם גם ע"י שנציל אותו, מצב רוחו יהיה כה שפוף עד שיאבד את כוח רצונו לחיות, וימות, אלא שמיתתו תהיה איטית יותר – אין אנו מחוייבים כבר להצילו, וצ"ע.

ג. איבוד לדעת מחמת ייסורים

והנה מצינו מחלוקת גדולה בין הפוסקים אם מותר לבעל ייסורים לאבד את עצמו לדעת. יש שהוכיחו משאול המלך שהדבר מותר, וכמו שכתבו התוס' בגיטין (נ"ז ע"ב ד"ה קפצו). ויש שדחו את הראיה עפ"י התוס' בע"ז (י"ח ע"א ד"ה ואל) שכתבו שהתירו רק מחשש שמא יעבור עבירות מחמת יסורין, אולם בשביל להימנע מייסורים בעלמא אסור לו לאבד את עצמו לדעת. ואולי זוהי גם כוונתם של התוס' בגיטין, וכך סוגיא דעלמא נוטה.

ומו"ר הגר"ש ישראלי (עמוד הימיני סי' ל"ב אות ב') כתב לחלק בין האדם עצמו לבין אחרים. האדם עצמו, אסור לו להתאבד אפילו כאשר הוא מתייסר בייסורים. אך לאחרים יש מקום לומר שמשום "ואהבת לרעך כמוך" מותר להם לקרב את מיתתו. והביא ראיה ממסכת ע"ז (שם) שר' חנינא בן תרדיון לא רצה לפתוח את פיו כדי שלא לקרב מיתתו, אך התיר לקלצנטורי ליטול את הספוגים מעל ליבו כדי שיישרף במהרה, והבטיח לו חיי עולם הבא. וכ"כ המשל"מ (פרשת דרכים דרוש י"ג) בענין שאול המלך.

אלא שמר' חנינא בן תרדיון אין ראיה. וזאת לפי מה שחילקו הפוסקים בין קירוב מיתה בידים, לבין סילוק דבר המעכב את המיתה (עיין שו"ע יו"ד סי' של"ט סעי' א' בהג"ה). ולפי זה יש לומר ששאיפת העשן ע"י הפה מקרבת את המיתה בידים, בעוד שסילוק הספוגין רק מונע את עיכוב המיתה.

וכן יש מחלקים חילוק אחר, שהקלצנטורי היה התליין שתפקידו להוציא לפועל את גזר הדין על ר' חנינא בן תרדיון; ולכן מותר היה לבקש ממנו שיהרוג מהר ולא ע"י יסורים. אך ר' חנינא בן תרדיון עצמו, אסור היה לו לקצר את חייו, וכן הדין לכל אדם אחר (עיין מאמרו של הרב לוי יצחק הלפרין, "הלכה ורפואה" ב' עמ' קנ"ה־קנ"ו, ובמאמרו של הר"מ הרשלר שם).

ומדברי בעלי התוספות (עה"ת, בראשית ט' ה') משמע שיש לחלק בין איבוד עצמו בידים לבין "שב ואל תעשה". שכל האיסור לאבד את עצמו בידיים, ואפילו במקום ייסורים, הוא רק משום שנוטל את נפשו בקום ועשה. אך אינו חייב להציל את עצמו כדי להתייסר. וא"כ לדבריהם אין חובה לקטוע את רגליו של החולה בניגוד לרצונו, אם הוא חושש מייסורים.

ד. רציחה ומניעת הצלה

השאלה העקרונית שעלינו לברר היא זאת: האם מניעת הצלה חמורה כמו רציחה, וא"כ אין להתחשב בשום שיקול, לא של טובת החולה, של רצונו, של סיכוייו לחיות ועוד; או שמניעת הצלה אינה כרציחה אלא היא מצוה בפני עצמה,

שככל מצוה ניתן לשקול אם קיומה אפשרי. וא"כ במקום צער גדול וסבל נורא יתכן שאפשר לפטור את האדם מלקיימה.

ולכאורה, גם אם נניח שהצלה אינה חמורה כרציחה, מ"מ היא מצוה חמורה יותר מכל המצוות, שהרי פיקוח־נפש דוחה את כל התורה כולה חוץ משלוש העבירות החמורות. ומצוה זו דוחה בידיים אפילו חילול שבת, שהיא החמורה שבעבירות, שעונשה סקילה, והמחלל שבת כעובד ע"ז. וא"כ איך אפשר לומר שסבל וצער ידחו את מצוות ההצלה?

מאידך, גם אם נניח שמצוות הצלה נובעת מהחובה להימנע מלרצוח, היכן מצינו שלאו ידחה לאו? שהרי אפילו איסור "לא תרצח" קל יותר מחילול שבת, וכיצד נאמר שהוא ידחה שבת? אלא ע"כ פיקוח־נפש אינו מצוה בפני עצמה הדוחה לאו, אלא שמעיקרה מצוות שבת לא נאמרה במקום פיקוח־נפש. וכלשון הרמב"ם (הל' שבת פ"ב ה"ג):

> הא למדת שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלום בעולם. ואלו המינים, שאומרים שזה חילול שבת ואסור, עליהם הכתוב אומר: "וגם אני נתתי להם חוקים לא טובים ומשפטים לא יחיו בהם".

ורצונו לומר שמלכתחילה ניתנו לנו חוקי התורה כחוקים טובים של רחמים וחסד ושלום, על מנת שנחיה בהם כרצון התורה ולא על מנת שנמות בהם. וייתכן לומר לפי זה, שכל מצוה נדחית מפני "וחי בהם", אך לא במקום שיש ייסורים קשים. אך בפוסקים לא מצאנו חילוק בין חול לשבת לענין הצלת חולה בעל ייסורים קשים. וצ"ע.

וא"כ חזרנו לשאלתנו הבסיסית: האם מניעת הצלה יש בה צד של רציחה או לא? (ועיין שיעורי הר"מים בישיבת פוניבז', פסחים, שיעור מהגר"ש רוזובסקי, עמ' ע"ו).

והנה בחידושי הגר"ח הלוי מבריסק (הל' יסודי התורה פ"ב ה"א) עמד בתירוצו השני על ההבחנה בין רציחה למניעת הצלה. ושם עמד על דברי ר' עקיבא שבא ולימד: "וחי אחיך עמך – חייך קודמין לחיי חברך" (ב"מ ס"ב ע"א). ודייק מדבריו שרק בהצלה אנו אומרים "חייך קודמין לחיי חברך"; אך ברציחה, כשאדם רוצח בשב ואל־תעשה, כגון שאומרים לו הנח לנו ונפיל אותך על תינוק על מנת שיתמעך – אסור לו להסכים לכך, וייהרג ואל יעבור. מיהו כל זה לדעת הרמב"ם (שם), עפ"י הסברו של הגר"ח מבריסק, שהנותן להשליך את עצמו על תינוק עובר על "לא תרצח". אך לדעת הגה"מ (שם אות ז') והמנ"ח (מצוה רצ"ו ס"ק א') – שלא פירשו כך את הרמב"ם, אלא כשיטת התוס' (סנהדרין ע"ד ע"ב ד"ה והא, יומא פ"ב ע"א ד"ה מה), הסוברים "שב ואל־תעשה עדיף", ויעבור ואל ייהרג, משום שאינו עושה מעשה – יתכן לומר שבעצם מניעת הצלה היא כרציחה. אלא שכאשר אינו עושה מעשה, אמרה התורה "חייך קודמין לחיי חברך". ולפי זה לא היה צריך פסוק ללמדנו "חייך קודמין לחיי חברך" (עי' ב"מ ס"ב ע"א), אלא הכלל הוא, הן ברציחה והן בעריות, "שב ואל־תעשה עדיף", ומשמע – גם בלא פסוק. וא"כ לשם מה הוצרך ר' עקיבא ללמוד זאת מן הפסוק "וחי אחיך עמך", הרי בלאו הכי "שב ואל־תעשה עדיף", ואינו חייב למסור את המים לחבירו? וצ"ע. ואולי יש לומר שהא גופא, ששב ואל־תעשה עדיף במניעת הצלה שהיא כרציחה, נלמד מ"חייך קודמין".

ועיין מנ"ח (מצוה רצ"ו ס"ק א', הוצאת מכון ירושלים אות כ"ג), שאף הוא דייק כדיוקו של הגר"ח מדברי ר' עקיבא. אלא שהמנ"ח לא חילק כלל בין מניעת הצלה לבין רציחה, ולדעתו מניעת הצלה כרציחה דמי. ולדעתו גם הרמב"ם סובר כדעת התוס' שאין צריך למסור את נפשו בשב ואל־תעשה, משום שהלכה כר' עקיבא, שאמר "חייך קודמין". (ועי' אור־גדול, סי' א' דף ט' ע"ב). ונמצא ששאלתנו תלויה במחלוקת הגר"ח והמנ"ח בדעת הרמב"ם, או בין שני תירוצי הגר"ח.

ועיין שו"ת אחיעזר (ח"ב יו"ד סי' ט"ז אות ה'), שאף הוא סובר כהמנ"ח שמניעת הצלה כרציחה

דמי. מיהו עי"ש, שפירש את המחלוקת שבין בן פטורא לר' עקיבא, שבאופן עקרוני איסור גזל נדחה מפני פיקוח נפש, אלא שצריך לשלם. אך לבעל הקיתון זכות עדיפה על השני; ואם השני ישתה מהקיתון, הרי הוא גורם מיתה **בקום ועשה**, ומביא בכך למותו של חבירו. לכן לדעת בן פטורא הדין הוא "ישתו שניהם ואל יראה האחד במיתתו של חבירו", ולר' עקיבא – "חייך קודמין". א"כ לדעתו מי ששותה את המים של חבירו הרי הוא כרוצח את חבירו. ואין ללמוד מכאן לכל מניעת הצלה.

ולדבריו יתכן לומר שבזה נחלקו הרמב"ם והתוס':

התוס' סוברים שאין ללמוד מר' עקיבא למי שאמרו לו הנח לנו ונשליך אותך על התינוק, כי בקיתון של מים כל השותה נחשב כגורם למותו של חבירו בקום ועשה. ולכן סובר בן פטורא שלאף אחד מהם אסור לגרום למותו של חבירו; ואילו לר' עקיבא, הפסוק שממנו למדנו "חייך קודמין", בא ללמדנו שמי שהקיתון נמצא אצלו רשאי לשתות את המים, גם אם הוא גורם בכך למות חבירו בקום ועשה. אך כאשר מדובר ברציחה בשב ואל־תעשה, כגון בתינוק – לכו"ע אינו צריך למסור את נפשו כדי למנוע את הריגת התינוק, משום שהוא בשב ואל־תעשה.

אך הרמב"ם יסבור שאין כאן קום ועשה. שהרי השותה מקיתונו, את מימיו שלו הוא שותה. ואף אם נאמר שמותר לשני לחטוף ממנו את המים על־מנת לשלם, הרי שכל עוד לא חטף אותם, המים נמצאים בבעלותם של בעליהם. וכשבעלי המים שותה את המים שלו, אין הוא נחשב בכך כנוטל את חייו של חבירו ואין כאן קום ועשה; וממילא אין כאן רציחה אלא מניעת הצלה. ואולי זה גופא בא הפסוק ללמדנו, שחייך קודמין. אך ברציחה בשב ואל־תעשה, כגון בתינוק, אכן ייהרג ואל יעבור.

נמצא שרק בשנים שהיו מהלכים במדבר נחלקו הרמב"ם והתוס' אם זוהי מניעת הצלה או רציחה. אך במניעת הצלה אחרת, כגון בנד"ד, גם התוס' יודו שאין כאן אפילו אביזרייהו דרציחה, אלא מניעת הצלה בלבד.

אמנם מגלינונות החזו"א לחי' הגר"ח הלוי עולה שהוא מדמה מניעת הצלה לרציחה, אולם בספרי החזו"א עצמו (ב"מ, ליקוטים סי' כ' ד"ה ס"ב; יו"ד סי' ס"ט ס"ק ב') לא נאמר דבר זה. ובספר "רפואה והלכה" (ח"ב עמ' כ"ט, ל"ב, ל"ז) חוזר הגר"מ הרשלר כמה פעמים על כך שמניעת הצלה היא בגדר שפיכות דמים ומייחס זאת לגר"ח. אולם המעיין בגר"ח רואה שהדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והתוס' או בין שני תירוציו.

ונראה לענ"ד להביא ראיה לכך שמניעת הצלה אינה אסורה משום רציחה – מדברי הט"ז (יו"ד סי' קנ"ח ס"ק א'), שפירש את דין "אין מורידין ואין מעלין", **שאסור** להורידם לבור, **ואסור** להעלותם אם נפלו לשם. ואם מניעת הצלה היא כרציחה, למה אסור להעלות? והגר"מ הרשלר (שם עמ' קנ"ג) מביא שם את דברי הגרז"נ גולדברג, שמניח כהנחה פשוטה שאין במניעת אוכל, למשל, איסור רציחה, אלא רק מניעת הצלה. והקשה מדברי הר"ן (לרי"ף שבועות י"א ע"א ד"ה אביא) שכתב שהנשבע שלא לאכול עובר על איסור הנלמד מדרשה **מהתורה**, וע"כ כוונתו לפסוק "אך דמכם לנפשותיכם אדרוש", ומדבריו משמע שיש כאן רציחה! ותירץ, שאין כוונת הר"ן לרציחה אלא לאיסור "לא תעמוד על דם רעך", שהרי גם הוא עצמו מצווה בהצלת עצמו. עי"ש דיון בין הגרז"נ גולדברג והגרל"י הלפרין.

ולענ"ד שורשו של הדיון נעוץ בדברי האחיעזר שהבאנו לעיל, ובמחלוקת שיש בין הרמב"ם והתוס' לדעתו. ולכן רק כאשר יש מזון לפני שניהם ואחד נוטל אותו וגורם למות חבירו, יתכן שיש כאן ספק רציחה. אך בנד"ד, שהמדובר בקטיעת רגלי החולה, אין במניעת הצלה זו סרך רציחה כלל ועיקר.

והעולה מדברינו הוא שמניעת הצלה אסורה משום "לא תעמוד על דם רעך", ולא משום "לא תרצח", ואין לה את כל החומרות של איסור רציחה. ולכן במקום צער גדול מאוד וייסורים

קשים, שאז אין איסור משום "לא תעמוד על דם רעך", אין מצוה להצילו.

ויש להביא ראיה לכך ממסכת כתובות (ק"ד ע"א), ששפחתו של רבי ביקשה שיפסיקו להתפלל עליו. וכן כתב הר"ן (נדרים מ' ע"א ד"ה אין) שמותר להתפלל על חולה בעל ייסורים שימות. ומכאן שאין מצוה בהארכת חיים של סבל וייסורים. שהרי לא יתכן שיהיה מותר להתפלל על חולה שימות, בניגוד לרצון ה' המתבטא בהלכה. אלא ע"כ אין מצוה להאריך חיים של סבל וייסורים קשים, אדרבה, מותר להתפלל לה' שחיים כאלה יקוצרו.

ה. משמעותה הנפשית של קטיעת רגלים

מיהו יש לומר שקטיעת רגלים לחולה, עם כל חומרתה, אי אפשר לומר שהיא גורמת לייסורים כאלה עד שחייו של החולה אינם חיים. מצינו הרבה קטועי רגלים שחייהם חיים. אמנם יתכן שהמצב הזה קיים בעיקר בקטועי רגלים צעירים, שע"י פרוטזות ופיזיוטרפיה הסתגלו למצבם החדש והתגברו על הקטיעה. אך זקן זה אינו מסוגל לכך. ובכל זאת מצינו גם זקנים שהמשיכו לחיות כשהם קטועי רגלים, וחייהם חיים, ב"ה.

אך מסתבר שאין הדבר נתון רק לשיקול אובייקטיבי שלנו, אלא גם לשיקול סובייקטיבי של החולה. אם בעיני החולה חייו אינם חיים, מה לנו לקבוע עבורו אם חייו חיים? אין הדבר תלוי אלא בו, ו"לב יודע מרת נפשו".

ואמנם, אם נראה לנו שיש סיכויים שיתגבר על בעייתו ויתפקד, יש לומר שמצוה לקטוע את רגליו. אך אם לפי מראית העין אין סיכוי שיתגבר על הקטיעה, והוא עומד לשקוע במרה שחורה, וחייו לא יהיו חיים, מה לנו להתערב בכך? וצ"ע. וכאן יש שיקול נוסף, שבלאו הכי חולה זה לא יחיה הרבה זמן (דהיינו, פחות מי"ב חודש).

אמנם הארכת חיים אף היא מצוה, ומחללין את השבת על חיי שעה. אך במקום שהחולה אינו מעוניין בחיי שעה אלו, והוא מתנגד לכך שייעשה מעשה כדי להאריך את חייו – אין אנו מצווים לקטוע את רגליו בניגוד לרצונו. ומצינו שבחיי שעה יש גם לחולה זכות להביע את דעתו. עי' תשובת הגר"מ פיינשטיין ("הלכה ורפואה" ח"א עמ' קל"ז) שהוכיח כן ממסכת ע"ז (כ"ז ע"ב), שם למדו מגיחזי ובניו, שהלכו ליפול בשבי ארם משום שבין כך ובין כך לא היו להם אלא חיי שעה. וכי מהם לומדים הלכה?! אלא ע"כ משום שזוהי דרכו של עולם, ובחיי שעה אנו הולכים לפי דרכו של עולם. עי"ש.

ולכן, אמנם לכתחילה צריך לשכנע אותו שיסכים לקטיעה ולהסביר לו את חשיבותם של חיי השעה; אך אם לא ניתן לשכנע אותו, שב ואל־תעשה עדיף.

תשובה

למעשה נראה שאמנם חובה להציל אדם גם אם אינו רוצה לחיות. אך מ"מ מניעת הצלה איננה רציחה אלא עבירה על "לא תעמוד על דם רעך". וכאשר מדובר בחיי שעה של אדם הסובל ייסורים וקץ בחייו, אין מצוה זאת נוהגת. אך צריך לעשות מה שאפשר כדי לשכנע את החולה שירצה לחיות ויסכים לסבול לשם כך.

סימן נז

ניתוח נפל למניעת הפלה בלידה הבאה

ראשי פרקים

שאלה

א. נתיחה משום פיקוח נפש עתידי

ב. האם ולד זה הוא נפל

ג. איסור נתיחת נפלים

תשובה

שאלה *

אשה התקשתה בלידתה, ולבסוף ילדה ילד גוסס שמת כעבור כמה שעות. הרופאים מבקשים לעשות בילד בדיקה פתולוגית כדי לברר את סיבת המוות. לדעתם, ניתן ללמוד מגילוי סיבת המוות את הגורם להפלת ולד מת, וע"י כך אפשר יהיה למנוע לידת ילד מת בעתיד. האם הנתיחה מותרת?

א. נתיחה משום פיקוח נפש עתידי

הנוב"י (מהד"ת יו"ד סי' ר"י) התיר נתיחת מת לצורך פיקוח נפש רק כאשר החולה נמצא לפנינו, ולא כאשר יש רק חשש בעלמא שמא יימצא עוד חולה כזה בעולם. והנה כאן סיבת הבדיקה נמצאת לפנינו, שהרי ראינו שהילד מת, ויש חשש שגם אחיו אולי ייוולד מת. אלא שאח זה טרם בא לעולם, ואין כאן פיקוח נפש של אדם הנמצא בסכנה. ומבחינה זו אין הצדקה לנתיחה.

והנה אם נניח שאין חובת הצלה בעובר, יש ללמוד זאת מקל וחומר: ומה עובר אינו בחיוב הצלה, מי שלא נולד על אחת כמה וכמה!

ועיין תוס' (ב"מ קי"ד ע"ב ד"ה אמר):

תימה לר"י: היאך החזיה (אליהו) בנה של האלמנה, כיון שכהן היה, דכתיב (מלכים א', י"ז כ"א) "ויתמודד על הילד"? ויש לומר שהיה ברור לו שיחזייהו. לכך היה מותר משום פיקוח נפש.

והקשה הנצי"ב בספרו העמק־שאלה (שאילתא קס"ז ס"ק י"ז): מדוע היה צריך להיות "**ברור** לו" שיחייהו, הרי גם ספק פיקוח נפש דוחה איסור? ותירץ ששם לא מדובר בהצלת אדם חי הנמצא בסכנה, שם היה מדובר במת, ואין מצוה להחיות מתים מדין פיקוח נפש. יש כאן דין אחר, מוטב שיחלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה. ולשם כך לא די בספק, אלא יש צורך בוודאות. ושם דן הנצי"ב באריכות בסברת הבה"ג (הל' יום הכיפורים), שכתב שמותר לחלל שבת על עובר. ולמרות שלדעתו עובר עדיין אינו "נפש", ואין מצוה להצילו מצד עצמו, מ"מ חלה עליו חובת הצלה, משום "חלל עליו שבת אחת...". וא"כ ק"ו הוא: אפילו לדעת הבה"ג, הסובר שמחללים שבת על עובר, אולם לא משום חובת הצלה אלא מדין "חלל עליו...", ק"ו הוא בנד"ד, יש לומר שמכיון שהילד שעתיד להיוולד עוד טרם נוצר כלל, אין עדיין מצות הצלה, ולכן היתר לבצע את הנתיחה של הילד שמת עבור ילד שטרם נוצר. (וראה לקמן סי' קט"ז אות א').

מיהו במקום **שברור** שללא הנתיחה לא יוכל הילד הבא להיוולד, יש מקום לדון, אולי יש להתיר לעבור עבירה קלה כדי לקיים מצוות הולדת ילד. וגם אם מדובר בהורים שקיימו כבר פריה ורביה, מ"מ ודאי שיש מצוה בכל ילד נוסף שייוולד. אולם זהו רק אם נניח שהניתוח הכרחי לשם כך, ובלעדיו לא ייוולד ילד נוסף; ורק אם נניח שהניתוח הוא איסור קל. וכידוע ניתוח מת, יש בו כמה וכמה איסורים. אולם כאן אי אפשר להגדיר את הצורך בנתיחה כצורך כה ודאי.

אלא שיש מקום לומר שבנד"ד, מאחר שהילד

* תשרי תשל"ח.

מת תוך כמה שעות, מעיקרא נפל היה. ובנפל יש מקום להקל בנתיחה, כפי שיבואר לקמן.

ב. האם ולד זה הוא נפל

בהגדרת "נפל" נאמר במסכת שבת (קל"ה ע"ב):

תניא, רשב"ג אומר: כל ששהה ל' יום באדם – אינו נפל, שנאמר: "ופדויו מבן חדש תפדה"... הא לא שהה – ספיקא הוי.

בהמשך הסוגיא (שם קל"ו ע"א) מסיקה הגמרא שרבנן חולקים על רשב"ג. ועל כך נאמר שם:

אמר אביי: נפל מן הגג או אכלו ארי – דברי הכל חי הוא. כי פליגי – שפיהק ומת: מר סבר (רבנן), חי הוא; ומר סבר (רשב"ג), מת הוא (כלומר, ספק מת). אלא כשפיהק ומת – דברי הכל מת הוא. כי פליגי – בנפל מן הגג ואכלו ארי: מר סבר (רשב"ג), מת הוא; ומר סבר (רבנן), חי הוא.

וכתב הרמב"ם (הל' ייבום וחליצה פ"א ה"ח):

ואם מת בתוך השלושים... בין שמת מחולי, בין שנפל מן הגג או אכלו ארי – הרי זה ספק נפל ספק בן קיימא; וצריכה חליצה מדברי סופרים, אבל לא תתייבם.

מבואר מדבריו שמהתורה הוא נחשב כחי; ורק מדרבנן אמו צריכה חליצה, שמא הוא נפל. וכן כתב בהמשך (פ"ב הכ"א), שאם הלכה ונתקדשה לאחר קודם חליצה – חולץ לה יבמה, ותשב עם בעלה. ואם נתקדשה לכהן, שהוא אסור בחלוצה – היבם אינו חולץ לה, שאין אוסרים על זה את אשתו מספק. ומשמע שמהתורה אינה צריכה חליצה, כי הילד שנולד הוא בחזקת בר־קיימא, ואינו נפל כלל.

ובשו"ת רעק"א (ח"א סי' פ"ט ד"ה ובזה) עמד על לשון הטור (אה"ע סי' קנ"ו) שלא כתב שחולצת "מדברי סופרים" אלא סתם "חולצת ולא מתייבמת". והגרעק"א דייק מדבריו שהיא צריכה חליצה מהתורה. שמאחר שהילד מת תוך שלושים יום, הרי הוא בחזקת נפל. אמנם במהדורת הרב פרנקל (הל' ייבום וחליצה פ"א ה"ח, בשינויי נוסחאות) הביא מכת"י רומי שגם ברמב"ם לא מופיעות המילים "מדברי סופרים". אולם כפי שהראינו, מדבריו בהמשך (פ"ב הכ"א) עולה שלדעתו אין הוולד בחזקת נפל מן התורה.

והנה לשיטת הטור (אה"ע סי' קנ"ו) יש לומר שבנד"ד הוולד שנולד הוא בחזקת נפל. אך לשיטת הרמב"ם אי אפשר לומר כן. וא"כ לשיטת הטור יש מקום להקל בנתיחת הילד המת, אם נניח שניתוח נפל קל יותר; ואילו לשיטת הרמב"ם אין מקום להקל כלל בנתיחתו, שכן אינו נפל, אלא ולד בר קיימא.

ועיין בדברי בעל־המאור (לרי"ף שבת דף נ"ה ע"א ד"ה והא), שכתב שהלכה כאביי שאמר בפיהק ומת דברי הכל נפל הוא; אבל אם מת מתוך חולי, דינו כמי שנפל מהגג או אכלו ארי. והרמב"ן (מלחמות שם) חולק עליו ואומר שדין נפל אמור לא רק בפיהק אלא בכל חולי שחלה תוך ל', שאם מת ממנו, הרי הוא כפיהק ומת.

הרשב"א (שבת קל"ז ע"א ד"ה הא) והר"ן (לרי"ף שם, ד"ה גרסינן) עמדו על סוגיית הגמרא ביבמות (יבמות ל"ו ע"ב), שם נאמר:

איתמר: מת בתוך ל' ועמדה ונתקדשה – רבינא משמיה דרבא אמר: אם אשת ישראל היא – חולצת, ואם אשת כהן היא – אינה חולצת.

ומכאן שהוולד שמת בתוך ל' הוא בחזקת בר קיימא, כרבנן. ועפ"י זה נדחו דברי אביי לגמרי. ואפילו בפיהק ומת סוברים רבנן שהוא בר־קיימא. הרשב"א והר"ן לא מחלקים בין הסוגיות ואומרים שרבא ביבמות מדבר בחלה ומת, מפני שהם סוברים כרמב"ן, שחלה דינו כפיהק. ורק הרז"ה, הסובר שחלה שונה מפיהק, יכול להסביר שאין מחלוקת בין הסוגיות.

גם מדברי רש"י (מובא בתוס' יבמות שם ד"ה מת) משמע שאין מחלוקת בין הסוגיות, שכן עפ"י גירסתו בגמרא שם, רבא מדבר במת ביום שלושים עצמו, ולדעת רש"י יום שלושים שונה מהימים שלפניו. אך בעלי התוס' (שם) חולקים עליו, ולפי גירסתם אכן רבא חולק על אביי, והלכה כרבא. וכן משמע מדברי הרמב"ם (הל' ייבום וחליצה פ"א ה"ח), שחילק בין חלה לבין אכלו

ארי. ומשמע שרוב הראשונים חולקים על שיטת רש"י ובעל־המאור.

וא"כ לשיטת רש"י ובעל המאור בנד"ד גם רבנן מודים לרשב"ג שאינו בר קיימא אלא נפל. ואפילו לראשונים שחולקים עליהם, מ"מ יש לומר שבנד"ד, שהוולד נולד כשהוא כבר גוסס, יתכן שכו"ע מודים דאיגלאי מילתא למפרע שנפל היה.

ובספר נשמת אברהם (יו"ד סי' שמ"ט סעי' א' 4) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל שבילד שנפטר תוך שלושים ללידתו, אפשר לצרף את הסברה שהוא ספק נפל ולהקל במקום צורך ולהתיר את נתיחתו כדי למנוע מאמו לידת נפלים נוספים. ונראה לומר בכוונתו שצירף את מחלוקות הראשונים הנ"ל כסניף לסברא שילד כזה הוא נפל, וניתוח נפל חמור פחות מניתוח של ולד בר־קיימא.

ג. איסור נתיחת נפלים

ואחרי שהנחנו שהמדובר בנפל, יש לעיין אם יש איסור נתיחה בנפלים. שאלה זו נידונה במאמרו של הרה"ג יהודה גרשוני שליט"א ("ברקאי" ג' עמ' 45-53), שסיכם את השיטות השונות בענין קבורת נפלים:

ההגה"מ (הל' מילה פ"א אות י') כתב שאין מצוה לקבור נפלים. כפי שמשמע מכמה מקומות בש"ס, שנפלים היו מטילין לבור ולא קוברים אותם. וכן נפסק בשו"ע (או"ח סי' תקכ"ו סעי' י'), שאין קוברים נפלים ביו"ט. וע"כ הוא משום שאין מצוה בקבורתם.

אמנם לדעת המג"א (ס"ק כ') נפל חייב בקבורה. אך ערוה"ש (סעי' י"ז) סובר שמצוות קבורתו היא רק מדרבנן. ובשו"ת חתם סופר (או"ח סי' קמ"ד) כתב שבנפל אין מצוות קבורה מצד כפרה, אך יש בו משום בזיון המת. והוא מסביר שלכן השלכתו לבור היא קבורתו, כי בכך נפתרת בעיית הביזיון. ולפי זה יש מקום לומר שנפל מת מותר בהנאה, כי אין בו אותו חיוב קבורה שממנו לומדים איסור הנאה מהמת. כי מקור האיסור הוא במסכת ע"ז (כ"ט ע"ב) שלומדים "שם" "שם" בגזרה שווה: במרים נאמר "ותקבר **שם** מרים", ובעגלה ערופה נאמר "וערפו **שם** את העגלה בנחל". ובמקום שאין קבורה, אין ללמוד ממרים, שנאמר בה "ותקבר". אלא שהחתם סופר דחה ראיה זו, וכתב שאפשר ללמוד מ"ותמת שם" ולא מ"ותקבר שם". וא"כ גם במקום שאין מצוות קבורה יש איסור הנאה מן המת.

ובשו"ת בנין ציון (סי' ק"ג) חלק על המג"א, וכתב שנפל לא צריך קבורה. ובתשובה אחרת (סי' קי"ט) הסתפק אם מותר לשמור נפל בפורמלין לשם לימוד. וכתב שיש כאן שלוש מסקנות עיקריות:

א. נפל אינו חייב בקבורה.

ב. השאלה אם נפל אסור בהנאה תלויה בשאלה אם מת גוי אסור בהנאה (עי' משל"מ הל' אבל פי"ד הכ"א).

ג. נפל מטמא. ואסור להשהותו, כדי שלא לטמא כהנים.

זוהי תמצית סיכומו של הגר"י גרשוני. (ועי"ש, שהביא גם מהסדרי טהרה, אהלות פרק ט"ז, פ"ה דף רי"ח, והישועות יעקב, סי' תקט"ו, שפלפלו בהלכה זו).

תשובה

העולה מכל זה הוא שיש מקום להקל בניתוח של נפל. וזאת משום שייתכן שאינו חייב בקבורה, וכן יתכן שאינו אסור בהנאה.

ואפילו אם נאמר שנפל חייב בקבורה מדרבנן, הרי גם איסור הנאה הוא רק מדרבנן. ומכיון שיש צורך בנתיחה לשם קיום מצוות פריה ורביה, יש מקום להקל באיסור דרבנן לצורך קיום מצוה מדאורייתא. ובפרט שבנפל מצינו שהקלו באבילות דרבנן ופטרו מאבילות כי מחזיקים אותו כמת ממעי אמו (עי' שבת קל"ו ע"א; שו"ע יו"ד סי' שע"ד סעי' ח'). וא"כ יש לומר, שכמו שהקלו באבילות דרבנן, כך יתכן לומר שהקלו באיסור נתיחה, שהוא בנפל רק מדרבנן.

סימן נח

מחקר בתרבית של תאים סרטניים הלקוחים ממת

ראשי פרקים

שאלה
א. "זה וזה גורם" בתאים סרטניים
ב. אפרוח ביצת טריפה
ג. דין ה"מוסק"
ד. שמן של נס
תשובה
מסקנות

שאלה *

סטודנט באוניברסיטה קיבל תאים סרטניים שנלקחו מאדם שנפטר. המטרה היתה לרבות אותם לצורך מחקר. האם מותר לו לעסוק במחקר זה?

בתשובתנו זו לא נדון בשאלות העקרוניות של ניתוח מתים ואיסור הנאה מהמת (בענין זה עי' שו"ע יו"ד סי' שמ"ט), אלא רק בשאלה אם התרבית שנוצרה מתאים סרטניים יש לה בכלל דין בשר מן המת. שאם לא, המחקר בהם מותר לכולי עלמא, כי אין זה בשר מן המת כלל.

א. "זה וזה גורם" בתאים סרטניים

יש לדון בתאים אלו מדין "זה וזה גורם" (כלומר שהאיסור עצמו לא קיים עוד, אלא רק התוצאה שהוא גרם לה בצירוף גורם אחר), שמותר. כי תאים אלו מתפתחים ומתרבים ע"י התחלקות, וא"כ יש לדמות אותם לגידולי איסור שזרען כלה. ואין לומר שמכיון שהתאים מתחלקים הם נחשבים לדבר שאין זרעו כלה. כי בהלכה אנו מבחינים בין בצל לבין דגן (עי' נדרים נ"ח-נ"ט): בצל נחשב לדבר שאין זרעו כלה, ודגן נחשב לדבר שזרעו כלה. והסברה נותנת שתאים סרטניים שמתחלקים, ובכך הם מתרבים, דומים יותר לדגן מאשר לבצל. וכמו שבדגן הגרעין הראשון נעלם, ובמקומו צמחה שיבולת; כך גם כאן, התאים הראשונים נעלמו ע"י התחלקותם והתרבותם, ותאים חדשים באו במקומם. ועיין בתוס' (ע"ז מ"ט ע"א ד"ה שאם) שכתבו שאם נטע אגוז של ערלה, האילן אסור בהנאה. ומסבירים התוס':

> דאין נקרא "זה וזה גורם" אלא כששניהן מענין אחד, כמו הברכת איסור באילן היתר, ששניהם אילן, וכמו זבל נבייה (עלים הנושרים מהאילן) וקרקע... אבל אגוז וקרקע – שני עניינים הם.

ומבואר מדבריהם שאע"פ שהאגוז כלה, בכל זאת האילן אסור בהנאה, מפני שסוף־סוף האדם נהנה מדבר האסור בהנאה. וא"כ יש לומר שהוא הדין בתאים אלו, אף שהם מתרבים ובטלים ברוב, סוף־סוף התלמיד נהנה מדבר האסור בהנאה. ואף שיש כאן, בנוסף לתאים הסרטניים, חומרים אחרים המסייעים בידם להתרבות, לא הוי "זה וזה גורם". שהרי הם שני עניינים, ולא אמרינן בהו "זה וזה גורם".

אך רוב הראשונים חלקו על התוס'. הלא הם: רש"י (ד"ה והבריך), הרמב"ם (מע"ש ונט"ר פ"י ה"כ), הרמב"ן (שם מ"ח ע"ב ד"ה הא דתניא), הר"ן (לרי"ף דף כ"א ע"א ד"ה גמ') והריטב"א (שם ד"ה מודה), הסוברים שאם נטע אגוז של ערלה – האילן מותר, ולא קיי"ל כהתוס'.

אך גם למתירים, זהו רק בדיעבד ולא לכתחילה. עיין בשו"ע (יו"ד סי' רצ"ד סעי' י"ב), שם נפסק שלכתחילה אסור לטעת פרי של ערלה, משום ש"זה וזה גורם" אסור לכתחילה, ומותר רק בדיעבד. וא"כ גם בנד"ד אסור לכתחילה להשתמש בתאים הסרטניים ליצירת תרבית, אף שלאחר יצירת התרבית נראה שהיא מותרת בשימוש.

* ניסן תשל"א.

ב. אפרוח ביצת טריפה

ואולי ניתן לפשוט את בעייתנו מהסוגיה בתמורה. וכך נאמר שם במשנה (ל' ע"ב):

ר' אלינעזר אמר: ולד טריפה לא יקרב על גבי המזבח.

ועל כך נאמר בגמרא (ל"א ע"א):

אמר רב הונא: מודים חכמים לר' אלינעזר באפרוח ביצת טריפה – שאסור (בהקרבה על המזבח, ולדעת התוס', ד"ה רבי, גם אסור באכילה)...

א"ל רבא לרב הונא, תנא דמסייע לך: מלוא תרוד רימה הבאה מאדם חי (רש"י: ואח"כ מת) – ר' אלינעזר מטמא, וחכמים מטהרין. עד כאן לא פליגי רבנן עליה (דר' אליעזר) אלא ברימה, דפירשא בעלמא היא; אבל ביצה, דמגופה דתרנגולת הוא, אפילו רבנן מודו (שהאפרוח שיצא ממנה טמא).

ולדברי רבא – להלכה, דקיי"ל כרבנן – יש לומר שתאים סרטניים דומים יותר לאפרוח שיצא מביצת טריפה – שהרי ריבויים הוא מעצמם, ע"י התחלקות, ואינם דומים לרימה שהיא "פירשא בעלמא" – ולכן יש לאסור אותם גם לאחר יצירת התרבית.

אולם אביי חולק. וכן נאמר שם:

א"ל אביי: אדרבה, איפכא מיסתברא. עד כאן לא פליג ר' אלינעזר עלייהו דרבנן, אלא ברימה, דאיקרי אדם... דכתיב: "ותקות אנוש רימה, ובן אדם תולעה"; אבל גבי ביצה (ואפרוח שבתוכה) – אפילו ר' אלינעזר מודה.

ועוד תניא בהדיא: מודה ר' אלינעזר לחכמים באפרוח ביצת טריפה שמותר.

וא"כ לאביי, אע"פ שאפרוח מתרבה מגוף הביצה – הרי הוא מותר, ורק ברימה ר' אליעזר אוסר בגלל גזירת הכתוב. וכן נפסק להלכה ברמב"ם (הל' מאכלות אסורות פ"ג ה"א) ובשו"ע (יו"ד סי' פ"ו סעי' ז').

אמנם הרמ"א (הג"ה שם) כתב: "וי"א דלא נוהגין כן, ולכתחילה יזהר". אך הש"ך (ס"ק כ"א) כתב שאין מקום לחומרא זו בדבר שנמצא מפורש להיתר בש"ס ובכל הפוסקים.

וא"כ גם ריבוי תאים סרטניים דומה לאפרוח, ויש להתיר. ואע"פ שבגמ' (שם) מובא טעם נוסף להתיר אפרוח, והוא משום שהביצה מסרחת (וכן הביא הש"ך שם, ס"ק כ'); מהסוגיא מוכח שאין צורך בטעם זה, וכן כתבו התוס' (שם ד"ה אלא).

ג. דין ה"מוסק"

אלא שיש לעיין להלכה, דקיי"ל כאביי, מהו באמת טעמו של אביי שהתיר אפרוח מביצת טריפה, הרי רבא טוען שהאפרוח התרבה מגוף ביצה האסורה באיסור טריפה? וצריך לומר שאביי סובר כסברת רבנו יונה (לרי"ף ברכות ל"א ע"ב ד"ה חוץ, מובאת בראש ברכות פ"ו סי' ל"ה), ש"מוסק" (שנוצר מדם של חיה) מותר באכילה, אע"פ שבתחילה היה דם, משום דאזלינן בתר השתא, ופנים חדשות באו לכאן. ורבא יסבור כסברת הרמ"ה (מובא ברבנו יונה שם, ד"ה ורבינו; וכן בראש שם, בשם הרז"ה), שאוסר. ואכן רוב הפוסקים סוברים כרבנו יונה (עיין משנ"ב סי' רט"ז ס"ק ז'). וע"כ משום שהלכה כאביי.

והמג"א (סי' רט"ז ס"ק ב') הקשה על רבנו יונה מסוגיא זו בתמורה: מדוע היתה הגמ' צריכה להתיר אפרוח משום שהביצה הסריחה, תיפוק ליה משום שאזלינן בתר השתא? ואכן לדעת התוס' (ד"ה אלא) לא הוצרכה הגמ' לטעם זה אלא לרווחא דמילתא. וכן בהגהות הב"ח (אות א') לא גרס נימוק זה. ובדפוסים שלנו נימוק זה נמצא בסוגריים, וציין במסורת הש"ס שזוהי גירסת הרש"ק (ר' שמואל קודינובר, בעל "ברכת הזבח"; וכך משמע מדברי הש"ך, יו"ד סי' פ"ו ס"ק כ'). וייתכן שעפ"י גירסה זו מיושבת שיטת הרמ"ה, החולק על רבנו יונה וסובר שה"מוסק" אסור. ולדבריו גם אפרוח היה צריך להיות אסור, ולכן חילקה הגמ' ואמרה שהביצה מסרחת ולכן האפרוח מותר.

אך תאים סרטניים, אין בהם שינוי בצורת התאים, וההתרבות שלהם היא כמותית ולא איכותית; וכן הם לא הסריחו. ולכן גם לרבא וגם לאביי, גם לרבנו יונה וגם לרמ"ה, יש לאסור את השימוש בהם.

ד. שמן של נס

ב"כלי־חמדה" (פרשת ויקהל אות ה') דן בשאלה הידועה, כיצד הותר לחשמונאים להשתמש במקדש בחנוכה בשמן של נס, הרי שמן זה אינו שמן זית כלל. והביא ראיה לקושיא זו ממה שכתב הרד"ק (מלכים ב', ד' ז') בשם המדרש, שהשמן שהתרבה ע"י אלישע בשביל האלמנה היה פטור מתרומות ומעשרות.

ותירץ ה"כלי־חמדה", שהשמן שנתרבה, הן בחנוכה במקדש והן ע"י אלישע, הוא מאותו שמן שהיה מקודם, וחל עליו הדין של השמן הישן, ולא נתווסף עליו שמן נס מבחוץ. לכן, מכיון שהשמן של אלישע היה שמן של חולין, לאחר שהפרישו ממנו תרו"מ, א"כ מה שנתרבה ממנו אח"כ חל עליו אותו דין, של שמן חולין. וכן במקדש – השמן בפך שנמצא היה שמן זית טהור, ולכן גם השמן שנתרבה ע"י נס חל עליו אותו הדין של השמן שהיה בפך, דהיינו שמן זית טהור. וכן הדין במי שבא למוד את גורנו וביקש שהברכה תשרה באסמיו; שם מדובר בטבל, והריבוי אף הוא טבל, ויכול להפריש מיניה וביה. ודבריו הם קילורין לעיניים.

ולפי מה שהוכחנו מהסוגיא בתמורה (ל"א ע"א), אכן כאשר ההתרבות היא כמותית, מיניה וביה, חל על הריבוי הדין של העיקר, ולכן כל התרבית תהיה אסורה בהנאה כמו המת עצמו.

ואין הדבר דומה לדגן של איסור שזרעו כלה ופנים חדשות באו לכאן. כי השיבולת אינה אותו זרע שנזרע. אך כאן, שאותם התאים התחלקו והתרבו, אע"פ שהתאים הראשונים אולי כבר אינם נראים בעינם – מ"מ אין כאן פנים חדשות, וכמו שמצינו בשמן שהתרבה מעצמו.

תשובה

למעשה נראה שתרבית זו אסורה בהנאה כמו בשר המת עצמו. ומאחר שחל על התרבית דין בשר מן המת – חלות עליו כל השאלות הידועות: האם מחקר מדעי הנועד ללימוד נחשב להנאה אסורה? (בענין זה עי' מאמרנו "ניסויים בכלאים", בחוברת "אמונת עתיך" גליון 2 עמ' 15, וכן בתשובות בענייני זרעים). וכן, האם מחקר בסרטן, שהוא מחלה מצויה ל"ע, מותר משום פיקוח נפש? וכבר דנו בשאלות אלו פוסקי דורנו, הלוא בספריהם.

מסקנות

א. דבר שזרעו כלה, שנזרע וצמח – חל עליו דין "זה וזה גורם", שאסור לכתחילה ומותר בדיעבד.

ב. אפרוח שנולד מביצה של תרנגולת טריפה מותר באכילה ובהקרבה ע"ג המזבח.

ג. ה"מוסק", שהוא תוצר של דם חיה, מותר באכילה משום ש"פנים חדשות באו לכאן", כדין אפרוח שבא מביצת טריפה.

ד. בדבר שהכמות שלו גדלה, בדרך טבע או בדרך נס, דין התוספת כדין הכמות המקורית. כך הדין לענין שמן זית למנורה, לתרומות ומעשרות, וכן לאיסור הנאה מן המת.

סימן נט

אבילות על חייל שנקבר במעוז

ראשי פרקים

שאלה
א. מת שנתייאשו מלקוברו
ב. ייאוש – של הקוברים או של הקרובים?
ג. אבילות – לאחר המיתה או לאחר הקבורה?
ד. משמעותה של הגדרת האוננות כתחילת אבילות
ה. הקשיים שיש בהגדרה זו
ו. קבורה ללא כוונה
ז. כוונה במצוות שבין אדם לחבירו
ח. כוונת הקרובים וכוונת הקוברים
ט. קבורה זמנית
תשובה
מסקנות

שאלה *

במלחמת יום הכיפורים, באחד המעוזים של צה"ל בגיזרת תעלת סואץ, נפגעו מספר חיילים ונהרגו. חבריהם הניחו אותם באחת השוחות וכיסו אותם בחול. לאחר מכן נפל המעוז בידי המצרים, וכל החיילים שנותרו בחיים נלקחו בשבי. עם שובם של החיילים השבויים ארצה, כעבור חודש וחצי, נודע למשפחות החללים על נפילת יקיריהן במערכה. לאחר מאמצים מרובים, כעבור חודשים רבים, ניאותו המצרים לאפשר את העברת גוויותיהם של החללים לקבורה בישראל.

מקרה זה עורר מספר שאלות:

א. מה הם דיני האבילות החלים על הקרובים?
ב. מתי חלים עליהם דיני האבילות?
ג. האם הקרובים נחשבים כאוננים במשך כל התקופה שעד הקבורה?

* טבת תשל"ד. תשובה לד"ר גבריאל וייל, ששאל בענין נפילת אחיו דניאל הי"ד במלחמת יום הכיפורים. נדפס ב"שבילין", תשל"ד, ומובא כאן מחדש עם תיקונים והוספות רבות.

א. מת שנתייאשו מלקוברו

נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' שע"ה סעי' ה'):

הרוגי מלכות שאין מניחים אותם ליקבר, מאימתי מתחילין להתאבל עליהם? ...משנתייאשו לשאול למלך לקברן.

וא"כ בנד"ד, מכיון שהקרובים לא התייאשו מלקוברם (שהרי המו"מ עם המצרים על פינוי החללים נמשך ללא הרף במשך חודשים ארוכים), **עדיין לא חלה עליהם אבילות. ורק כשהובאו החללים לקבורה סופית, אז מתחילים שבעת ימי האבילות.**

אך מאידך יש לומר אחרת, עפ"י מה שנפסק שם בשו"ע (סעי' ד'):

אם נתנו המת בארון ונתנוהו בבית אחר, לפי שהיתה העיר במצור – מונים לו מיד שבעה ושלושים, אעפ"י שדעתם לקוברו בבית הקברות אחר המצור. וסתימת הארון הוי כקבורה, וחל עליהם אבילות מיד.

וא"כ יתכן שגם במקרה שלפנינו, מכיון שטמנו את החללים בחול, אע"פ שלא התכוונו לקוברם בכך קבורה סופית ולא נהגו בהם כדרך שנוהגים במתים – דומה הדבר לנתינת המת בארון, והאבילות חלה על הקרובים מיד. וכך עולה מדברי הש"ך (ס"ק ה'), **שכתב:**

אבל במצור, מיד שנתנוהו בבית אחר וסתמו הארון, הוי כנתייאשו מלקוברו... מ"מ השתא במצור הויא להו קבורה מעליותא לדידהו; שהרי אם תילכד העיר לא יקברוהו בענין אחר.

בערוה"ש (סעי' ד') **העיר על פסק זה של הש"ע; וכתב שאפילו לשיטת ר"ת, הסובר שסתימת הגולל אינה סתימת הארון, אלא הכיסוי באבן או בעפר** (עי' כתובות ד' ע"ב תוס' ד"ה עד), **וא"כ הנחת המת בארון אינה קבורה עדיין לשיטה זו**

– מ"מ לענין תחילת חלות האבילות יש לראות בה, בתנאי המצור, כייאוש מלקוברו, והאבילות חלה מיד. ואף כאן יש לומר שאע"פ שאין זו דרך קבורה רגילה, מ"מ הרי זו כנתינת המת בארון מתוך ייאוש מלקוברו, ולכן מתחילים את האבילות מיד.

ויש להוסיף לדבריו, שהנה השו"ע עצמו (סי' שס"ב סעי' א') **פסק**:

הנותן מתו בארון ולא קברו בקרקע – עובר משום מלין את המת.

וא"כ השו"ע עצמו בוודאי אינו רואה את הנחת המת בארון כקבורה, אלא כייאוש מלקוברו, ובכל זאת האבילות חלה מיד על הקרובים.

ומסתבר שכיסוי המת בחול עדיף מהנחתו בארון; שהרי ע"י כך יוצאים ידי חובת קבורה גם לדעת ר"ת (שהובאה לעיל). וא"כ חובת האבילות צריכה לחול על הקרובים מיד עם הטמנת ההרוגים בחול. ומכיון שדבר הנפילה והקבורה לא נודע לקרובים אלא בשוב השבויים ממצרים, כעבור חודש וחצי, שהם יותר מאשר ל' יום – הרי זו שמועה רחוקה, ואין הקרובים חייבים באבילות אלא שעה אחת בלבד (עי' שו"ע סי' ת"ב סעי' א').

והבעיה הניצבת לפנינו היא: האם לראות בהטמנת החללים בחול דין של קבורה או דין של ייאוש, כפי שיתברר להלן; או לא זה ולא זה, וא"כ אין כאן שמועה רחוקה, ועליהם לשבת שבעה ימי אבילות.

ב. ייאוש – של הקוברים או של הקרובים?

אחת האפשרויות שהעלינו (לעיל אות א') היא שהטמנת החללים בחול תיחשב לייאוש מלקוברם. וזאת משום שאעפ"י שבוודאי דעתם של המטמינים היתה לפנותם לכשיתאפשר הדבר – בתנאי המצור בו נמצאו לא ידעו מתי וכיצד יתאפשר הפינוי; ולכל המאוחר עם נפילתם בשבי, התייאשו מלפנותם עוד. אך גם אם נאמר כך, יש לומר שכדי שיחול כאן דין ייאוש, הייאוש צריך להיות של **הקרובים**, החייבים באבילות, ולא די בייאוש של המטמינים. ומכיון שהקרובים לא ידעו דבר בשעת מעשה, דומה הדבר לייאוש שלא מדעת. ושם נאמר שאע"פ שאילו המאבד היה יודע היה מתייאש מיד – מכיון שלא ידע, לא הוי ייאוש לדעת אביי, דהלכתא כוותיה ביע"ל קג"ם (ב"מ כ"ב ע"ב).

מיהו כתב הש"ך (חו"מ סי' שנ"ח ס"ק א'), שרק באבידה אמרינן דייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש, משום שאם הבעלים היו יודעים היכן האבידה, לא היו מתייאשים, וכן תרומה והכשר זרעים צריכים ידיעה גמורה. ולפי זה יש לומר שבנד"ד – שגם הקרובים, אילו היו יודעים, היו מתייאשים – יתכן שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש.

ואכן מסתבר שלא די לנו בייאוש של **הקוברים**, אלא זקוקים אנו לייאושם של **הקרובים**. וכדי לעמוד על ענין זה צריך להבין יותר לעומק את ההלכה התולה את האבילות בייאוש מקבורת המת. ומשמע שהקבורה (והוא הדין לייאוש ממנה) היא הקובעת את חלות האבילות. וצ"ע, מדוע לא חלה האבילות מיד עם המיתה. כי לכאורה המיתה היא שצריכה לקבוע את הצער ואת האבילות, ולא הקבורה.

ג. אבילות – לאחר המיתה או לאחר הקבורה?

שאלה זו, מתי בעצם חלה האבילות על הקרובים, תלויה במחלוקת שבין הראשונים: לדעת הרמב"ם (הל' אבל פ"א ה"ב), דיני אבילות חלים על האבל רק לאחר שנסתם הגולל, ולפני כן הכל מותר. אך לדעת הרמב"ן (תורת האדם, ענין מי שמתו מוטל לפניו, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' ע"ג, מובא בטור סי' שמ"א), גם לפני סתימת הגולל חלים על האבל חלק מדיני האבילות. ורק אותם דינים שאינם מאפשרים לו לטפל בקבורת המת, הם שאינם חלים עליו. וכדעת הרמב"ן נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' שמ"א סעי' ה').

ועי' גשר־החיים (ח"ב פרק ט"ו אות א') שעמד על סתירות רבות שנמצאו בענין אנינות ואבילות. ונעמוד רק על אחת מהן:

מהתורה אסור לאונן לאכול קדשים; ומשמע

שאנינות היא אבילות. אך למעשה, הלכות אבילות (כגון: חליצת נעליים וישיבה על הקרקע) לא חלות עליו אלא לאחר הקבורה. וקשה: הרי מהתורה הוא אבל מיד עם המיתה, ומדוע אינו חייב באבילות מיד?

ולענ"ד יש לומר שלדעת הגאונים (מובאת בטור סי' שצ"ח), הסוברים שאבילות היום הראשון היא מדאורייתא, האנינות היא האבילות מן התורה, והיא מתחילה מיד עם המיתה, ונוהגת מן התורה יום אחד בלבד. ומן התורה אין הדרכה מסויימת כיצד לנהוג אבילות, ולא הוזכרו בה דיני אבילות אלא לעניין אכילת קדשים. ומכיון שלפני הקבורה האבל טרוד במצוות קבורה, קבעו חז"ל שדיני האבילות המפורטים בקבלה (יחזקאל כ"ד) יחולו רק לאחר הקבורה, ויימשכו שבעה ימים. וליום המיתה, וכן לתקופה שבין המיתה לקבורה, קראו חז"ל: אנינות. אך לשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד. (ועי' תוס' מו"ק כ"ג ע"ב ד"ה ואינו; "דברי יחזקאל" סי' י"ז, בעיקר אות ו').

ולפי זה יתכן לומר שבאמת עיקר האבילות היה צריך לחול מיד עם המיתה; שהרי האבלים מתאבלים על המיתה ולא על דבר אחר. אך מאחר שחלה עליהם המצוה לקבור את המת, ואסור להם להלין אותו – חל עליהם דין אונן, הפוטר אותם מכל המצוות, ובכלל זה בטלה גם מצוות אבילות. וכל זה כדי שיוכלו להתפנות למלא את חובתם, שהיא קבורת המת.

ולכאורה היה מקום לומר שהדבר תלוי במחלוקת שבין רש"י ותוס' (ברכות י"ז ע"ב): לדעת רש"י (ד"ה מי) אונן פטור ממצוות משום שטרוד במצוות הקבורה. ולדעת התוס' (ד"ה ואינו) אונן פטור משום כבודו של מת. ודברינו מתאימים יותר לכאורה לדעת רש"י. אך נראה שאין קשר בין הדברים, כי נראה ששניהם לדבר אחד נתכוונו, להטיל על האונן את האחריות לקבורת המת. ולא נחלקו אלא אם אחריות זו היא בבחינת "הותרה" לגבי כל המצוות (תוס'), או רק "דחויה" לגביהן (רש"י). וצריך עיון בדברי השו"ע (סי' שמ"א סעי' ב') לענין תשלומין בתפילה, שם נאמר שפטור מתשלומין. וא"כ הפטור הוא בבחינת "הותרה". ולדברינו יש להסתפק אם יש לתלות הלכה זו במחלוקת שבין רש"י ותוס'.

כמו כן היה מקום לומר שהדבר תלוי במחלוקת ר"ת והרא"ש (ברכות י"ח ע"א), בדינו של קרוב שאינו מטפל בקבורה: לדעת ר"ת (סד"ה ואינו), אין הוא חייב באנינות. וכך נהג ר"ת עצמו כשמתה אחותו, ובעלה עסק בקבורתה. ואילו לדעת הרא"ש (ברכות פ"ג סי' ג') הוא חייב באנינות. אך למסקנה נראה שאין קשר בין הדברים, כמו שכתב הטור (יו"ד סי' שמ"א) שטעמו של הרא"ש הוא משום דלא פלוג. וא"כ אין זו מחלוקת עקרונית בגדר אנינות.

ד. משמעותה של הגדרת האנינות כתחילת אבילות

לאור מה שאמרנו – שהאנינות היא תחילת אבילות, אלא שפטרו את האונן מכל מה שעלול להפריע לו בטיפול בקבורת המת – מסתבר שפטרו את האונן רק ממצוות העשה של האבילות (כגון: קריעה, נעילת הסנדל וישיבה על הקרקע); אך במצוות הלא־תעשה של האבילות (כגון: תלמוד תורה ודברים שבצינעה) – הרי הוא חייב. וכן כתב בשו"ת חכם־צבי (סי' א' ד"ה וראיתי), שהאונן פטור רק ממצוות עשה, אך חייב במצוות לא־תעשה (ולכן יש עליו זיקת ייבום, למשל). וכתב בטעם הדבר שרק עיסוק במצוות עשה עלול להסיח את דעתו של האונן מחובתו לקבור את המת, אך הימנעות ממצוות לא־תעשה אינה עלולה לגרום להסחת דעתו. ורק בשר ויין אסרו עליו, משום שאלה מעוררים שמחה, ועלולים להסיח את דעתו מחובתו.

משום כך, אם קרובי המת נמצאים במאסר, אין אנינות חלה עליהם (שו"ע יו"ד סי' שמ"א סעי' ד'). וזאת משום שאינם יכולים לעסוק בקבורת המת, ואין טעם לפטור אותם מקיום מצוות. וצ"ע אם קרובים הנמצאים במאסר יתחייבו באבילות מיד. שהרי לפי מה שכתבנו, כל העיכוב בחלות האבילות הוא מדין אנינות; וא"כ כשאין אנינות, יש אבילות, וצ"ע. ושמא יש לומר שאעפ"י שלא חל עליהם דין אונן, מ"מ גם דין אבילות עדיין לא יחול עליהם. וזאת מכיון שיש קרובים אחרים שעדיין לא חלה

עליהם האבילות, משום שאינם בתפיסה ויכולים לעסוק בקבורת המת. וכמו שמסתבר שלדעת ר"ת – הסובר שאם הקרוב אינו במקום המת או שיש קרוב אחר המטפל במת, לא חלה עליו חובת אנינות – גם אבילות לא תחול עליו עד שתחול על כל הקרובים.

וכן כתב הרמב"ן (תורת האדם, ענין מי שמתו מוטל לפניו, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' ע"ד), שהאונן אינו חולץ מנעל ואינו חייב בעטיפת הראש וכפיית המטה. וכתב בטעם הדבר, שאם אתה מחייבו בכך, אף עסקי המת נפסדין בכך. וכן כתב הרמב"ן בחידושיו (מו"ק כ' ע"א ד"ה והני) שעיקר האבילות מתחיל עם המיתה. אך לדעת הרשב"א (מובא בשטמ"ק כתובות ד' ע"א ד"ה ובועל), חיוב האבילות חל רק לאחר קבורה.

ה. הקשיים שיש בהגדרה זו

ויש להקשות על דברינו – שהאנינות היא תחילת האבילות – ממה שנפסק בשו"ע (סי' שמ"א סעי' ג') שהאנינות נפסקת מרגע שהמת נמסר לכתפים (המופקדים על סדרי הקבורה), ואעפ"כ האבילות לא חלה אלא מרגע הקבורה (סי' שע"ה סעי' א').

וכן יש להקשות ממה שנפסק בשו"ע (סי' שע"ה סעי' ו'), שם נאמר שאם מתחילה היתה דעתם לפנותו משם תוך שבעה ימים, אין מתחילין למנות את שבעת ימי האבילות עד שייקבר בקבר השני, אע"פ שבינתיים אין להם דין אונן. ולפי מה שיתבאר להלן (אות ט'), יש לומר שעדיין לא התחילה הקבורה, כיון שדעתם לפנותו; ולא תקנו אבילות אלא לאחר הקבורה, וצ"ע.

וייתכן שכך תיקנו חכמים, שהאבילות תתחיל רק מרגע הקבורה. כי בדרך כלל האנינות נמשכת עד אותו רגע, חוץ ממקרה מיוחד זה. וכן כתב בשו"ת משיב־דבר (ח"ב סי' ע"ב), שאע"פ שאינו אונן, גם אבילות עדיין לא חלה עליו. אך החולקים עליו (עי' שו"ת יביע־אומר ח"ד סי' כ"ח אות א') יסברו שחיוב האבילות מתחיל מיד לאחר המסירה לכתפים.

ומשום כך נפסק להלכה בשו"ע (סי' שע"ה סעי' ב'):

> מי שדרכן לשלוח המת למדינה אחרת לקוברו, ואינם יודעים מתי ייקבר – מעת שיחזירו פניהם מלווות, מתחילים למנות שבעה ושלושים, ומתחילין להתאבל. וההולכים עמו מונים משייקבר.

וזאת משום שאלה ההולכים עם המת עדיין טרודים בקבורתו ואינם יכולים להתפנות ולקיים את מצוות האבילות; אך אלו שהחזירו פניהם ואינם טרודים יותר בקבורה, מיד חלה עליהם חובת האבילות.

אלא שצ"ע, מדוע לא נאמר כאן כדלעיל (אות ד'), שחובת האבילות לא חלה על חלק מהקרובים עד שתחול על כל הקרובים? ואולי מכיון שאינם במקום אחד, חילקו את דינם של אלו משל אלו. ואולי גם ר"ת (מובא לעיל אות ג'), שהיה בעיר אחרת, ובכל זאת סבר שאינו אונן, החל באבילות מיד! אך באמת חלקו עליו הראשונים.

ויש להקשות על הסבר זה: מדוע אבל אסור בתפילין גם ביום הראשון לקבורה, הרי עיקר אבילותו היא היום הראשון **למיתה**, ורק בגלל אנינותו נדחו הלכות אבילות לאחר הקבורה? ולכאורה יש לתלות את תשובת שאלה זו במחלוקת הפוסקים מתי האבל פטור מתפילין: לדעת המהריט"ץ (בחידושיו, מובא בפת"ש סי' שפ"ח ס"ק א') הוא פטור ביום הראשון רק אם מת ונקבר באותו היום. ואילו האחרונים האחרים (מובאים בפת"ש שם) פוטרים מהנחת תפילין ביום הקבורה אף אם אינו יום המיתה. ולפי דברינו יש לומר שלדעת המהריט"ץ עיקר האבילות מתחיל עם המיתה, ולכן זהו היום הראשון. ולדעה החולקת האבילות מתחילה רק עם הקבורה, משום שרק ע"י קבורת המת בעפר מורגש מותו בעליל ומתחילה האבילות. ובגשר החיים (ח"ב פרק ט"ו אות ב') כתב שלמעשה יש לפסוק שפטור גם ביום המיתה וגם ביום הקבורה. ולדברינו יום המיתה הוא היום

העיקרי, ולא יום הקבורה! ויש לומר שלכו"ע האבילות מתחילה במיתה, אלא שהקבורה היא כשעת חימום נוספת. וכמו שמצינו בגמ' (מו"ק כ"א ע"א) שאבל חולץ תפילין כשבאו פנים חדשות. וזהו דין מיוחד בתפילין, שתלו אותן בחימום, ולכן לא רק יום המיתה קובע אלא גם יום הקבורה. וכן פנים חדשות.

ועל דברינו – שהאבילות שהיתה צריכה לחול עם המיתה נדחית עד הקבורה – היה מקום להקשות מדברי הרא"ש (מו"ק פ"ג סי' צ"ו). לדעתו, מי שהיה קטן בזמן התחלת האבילות והגדיל תוך ל' – פטור מלשבת "שבעה" לאחר שהגדיל, דכיון דאידחי אידחי. וא"כ גם בנוגע לאבילות נאמר דכיון דאידחי משעת המיתה עד אחר הקבורה אידחי לגמרי! אך יש לומר שכך נתקנה האבילות לכתחילה, שתחול בעיקר עם הקבורה. ועוד יש לומר, שהרי דברים מסויימים נוהגים גם באונן, כגון דברים שבצינעה, רחיצה, שאילת שלום ותספורת, וכן לישב או לישן על מיטה (אם כי אין זה לכו"ע: עי' שו"ע סי' שמ"א סעי' ה'), וא"כ אין כאן דיחוי לגמרי. וכעין זה מצינו בחול המועד, שהוא עולה למנין שלושים משום שנוהגים בו קצת מנהגי אבילות (כגון: כיבוס, תספורת ודברים שבצינעה). ועוד, אונן דומה לרגל, לפי מה שכתב שם הרא"ש, שלא אומרים במי שמת לו מת ברגל כיון דאידחי אידחי, שהרי אין כאן דחיה כמו בקטן שאינו בר חיובא כלל, אלא דיומא קא גרים. והוא הדין באונן: אמנם הוא בר חיובא, אלא שמצוות הקבורה גרמה לו לדחות את אבילותו.

ולפי זה יש לומר שרק הטירדה בקבורת המת דוחה את האבילות; וברגע שהתייאש ואינו טרוד עוד בקבורת המת, מיד חלה האבילות.

וא"כ בנד"ד, הרי הקרובים לא ידעו כלל ועיקר מנפילתו של החייל, ולא שייך לומר שהתייאשו מלקוברו. וכפי שכתבנו לעיל (אות ב'), שבכה"ג ייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש. ואפילו לדעת הש"ך, הסובר שבכגון זה הוי ייאוש, כאן אי אפשר לומר כן; שהרי מיד כשנודע להם, לא התייאשו, והחלו במו"מ על פינוי החללים. וא"כ לא חלה עליהם האבילות כל עוד הם טרודים בהבאת החלל לקבורה. ואין כאן שמועה רחוקה, כי דין אבילות יחול עליהם רק מרגע הקבורה הסופית. וזאת משום שכפי שביארנו (שם), עיקר דין הייאוש תלוי בקרובים, שהם החייבים באבילות, ולא בקוברים. ולפי זה יתחייבו בשבעת ימי אבילות מיום הבאת החלל לקבורה סופית בקבר ישראל.

ו. קבורה ללא כוונה

אלא שיש לדון בבעיה זו מנקודת ראות אחרת:

כשנודע לקרובים על נפילתו של קרובם, ושהוא טמון בחול בשוחה שבמעוז, אמנם רצונם היה להעביר את הגופה לבית קברות מסודר, משום שזהו כבודו; אך סוף־סוף יש לומר שמן התורה יצאו ידי חובתם בקבורה זו, שנעשתה ע"י חבריו. ואין להחשיב אותם כאוננים שמתם מוטל עליהם לקוברו; שהרי מעיקר הדין מת מצוה קנה מקומו, ורק משום שחוששים לכבודם של החללים, שלא יישכח מקום קבורתם, מפנים אותם לבתי קברות קבועים (עי' גשר החיים ח"א פרק כ"ו אות א'); אך אם ישאירו אותם במקומם לא יבטלו מצוות קבורה בהם. וא"כ אין הקרובים חייבים במצוות קבורה, ואין להחשיב אותם כאוננים בשביל כך, ומצוות אבילות חלה עליהם מרגע הקבורה הראשונה, שהיתה במעוז. ומכיון שעברו למעלה משלושים יום – הרי זו שמועה רחוקה, ואינם חייבים באבילות אלא שעה אחת.

ואף אם נאמר שהקוברים לא התכוונו בהטמנתם בחול לשם קיום מצוות קבורה, ועשו זאת רק כדי למנוע את ביזיונם של המתים ושל החיים גם יחד – כוונה זו גופא היא היא מצוות קבורה לצד אחד של הבעיה במסכת סנהדרין (מ"ו ע"ב):

> איבעיא להו, קבורה משום בזיונא הוא (רש"י: שלא יתבזה לעין כל שיראוהו מת ונרקב ונבקע), או משום כפרה הוא? למאי נפקא מינה? דאמר לא בעינא

דליקבריה להההוא גברא. אי אמרת משום בזיונא הוא, לאו כל כמיניה.

וכתב הרמב"ן (תורת האדם, ענין הקבורה ד"ה איבעיא, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' קי"ח) **שמאחר שבעיה זו לא נפשטה – ספק איסורא לחומרא. כלומר, שמספק חוששים אנו לדעה זו שקבורה משום בזיונא.** (וייתכן שזו גם כוונת הרמב"ם, הל' אבל פ"ב ה"א, עי' להלן).

ולכאורה יש לתלות את השאלה הזאת במחלוקת האחרונים בענין קבורת נפל: המג"א (סי' תקכ"ו ס"ק כ') כתב שנפל צריך קבורה. ומה שמסופר בגמרא (פסחים ט' ע"א) מעשה בשפחתו של מציק אחד ברימון שזרקה נפל לבור – היא היא קבורתו. אך הגר"א (סעי' י' ד"ה ואסור) כתב להיפך, שמשם מוכח שנפל אינו צריך קבורה. ולהלכה נחלקו הדעות ביחס למצוות קבורה בנפל (עי' לעיל סי' נ"ז אות ג'). והנה, לסוברים שנפל חייב בקבורה, אכן יש להוכיח משפחתו של המציק, שגם השלכה לבור שמה קבורה. אך גם לדעת הגר"א – שהוכיח מאותו מקרה שנפל אינו חייב קבורה, שהרי השליכה אותו לבור ולא הביאה אותו לקבורה – יש לומר שזריקה לבור ללא כיסוי, אמנם אינה קבורה, אך כיסוי בחול שמיה קבורה; והכוונה לא מעכבת. וצ"ע. עכ"פ לדעת המג"א בוודאי הויא קבורה.

והנה כתב הרמב"ם (הל' אבל פ"ב ה"א):

אם ציוה שלא ייקבר – אין שומעין לו; שהקבורה מצוה, שנאמר "כי קבור תקברנו".

גם הוא הכריע את בעיית הגמ' בסנהדרין לחומרא, אך טעמו לא ברור. הכס"מ והרדב"ז כתבו שפסק לחומרא בספיקא דאורייתא. והמאירי (סנהדרין שם ד"ה כבר) **כתב שיש גם ביזיון לקרוביו של הנפטר, ולכן אין שומעין לו למחול על קבורתו. אך הלח"מ פירש שבעיית הגמ' הסתמכה על ההנחה שקבורה מדרבנן, ולכן הסתפקה אם היא משום ביזיון או משום כפרה. אך הרמב"ם פסק שזו מצוה מן התורה, ולכן אין מקום להסתפק כלל. ואכן לשונו של הרמב"ם היא: "שהקבורה מצוה". ולכאורה מכיון שמצוות הקבורה היא מן התורה, יוצא שנדרשת כוונה לשם קיום המצוה, וללא כוונה כזו, לא התקיימה בו מצוות קבורה. ומכאן יוצא שחובת האבילות חלה על הקרובים רק עתה; וצ"ע.**

אולם עדיין יש מקום לשאול: מה בכך שמצוות קבורה היא מצוות עשה מן התורה? הרי אם זו מצוה שבין אדם לחבירו, אפשר למחול עליה כמו כל מצוה שבין אדם לחבירו (כגון: פריעת חוב, תשלומי נזיקין וכדו'). **וא"כ מדוע אם ציוה שלא ייקבר, אין שומעין לו? ואולי לזה התכוון המאירי באמרו שהביזיון אינו רק שלו אלא גם של קרוביו. והייתי מוסיף שזה ביזיון למין האנושי בכללו. ולכן, אע"פ שזו מצוה שבין אדם לחבירו, אין שומעין לו, כי היא מצוה הנוגעת לציבור כולו ולא רק לאותו אדם.**

ואכן מהרמב"ם עצמו משמע שזוהי מצוה שבין אדם לחבירו, שהרי כתב (הל' אבל פי"ד ה"א):

מצוות עשה של דבריהם... ולהתעסק בכל צרכי הקבורה... ואלו הן גמילות חסדים שבגופו, שאין לה שיעור. אע"פ שכל מצוות אלו מדבריהם, הרי הן בכלל "ואהבת לרעך כמוך"...

וכן כתב בספר המצוות (שורש א'). **והקשה עליו הרמב"ן** (שם) **ממה שכתב הוא עצמו בספר המצוות** (מ"ע רל"א):

שציוונו לקבור הרוגי בית דין... והוא אומרו יתעלה "כי קבור תקברנו ביום ההוא". והוא הדין בשאר מתים, כלומר, שייקבר כל מת מישראל ביום מותו.

והסתירה גלויה: בספר המצוות (וכן בהל' אבל פי"ב ה"א) **פסק הרמב"ם שקבורה היא מן התורה, ואילו כאן הוא כותב שהמצוה אינה אלא מדבריהם! ותירצו נושאי הכלים** (בסהמ"צ, שורש א') **שאמנם המצוה היא מן התורה, אולם היא חלק ממצוות גמילות חסד. ואולי יש להוסיף לדבריהם, שהתורה סתמה ולא פירשה אם מצוה זו היא בין אדם לחבירו או בין אדם למקום** (כי כל איסור "לא תלין נבלתו על העץ" הוא משום "כי קללת א-להים תלוי", כלומר: שהפגיעה היא בה' שברא את האדם בצלמו, ולא באדם). **ובאו חז"ל ואמרו שיש כאן גם קיום של מצוות "ואהבת לרעך כמוך"** (אלא שלא ניתן למחול עליה, וכנ"ל). **אך לשון הרמב"ם "מדבריהם" קשה קצת.**

עכ"פ מצוות קבורה היא גם מצוה שבין אדם לחבירו. והנפק"מ – שאינה צריכה כוונה, כמו שיתבאר להלן (אות ז').

ומו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל (עיניים למשפט סנהדרין מ"ו ע"ב ציון ב') תירץ שהמצוה מהתורה חלה רק על הקרובים, ואינה חלה על כל אדם אלא במת מצוה. ורק מדרבנן יש חובה על כל אדם לסייע לקרובים לקבור את המת המוטל לפניהם. ולפי זה אפשר לומר שמצוות "ואהבת לרעך כמוך" כאן מתייחסת לקרוב, המצווה לקבור את המת המוטל לפניו; וכל מי שמסייע לו מקיים כלפיו את מצוות אהבת הריע. אך אפשר לומר שהכוונה היא למת עצמו, שהמסייע בקבורתו מקיים כלפיו את מצוות אהבת הריע. אלא שמהתורה מצוה זו מוטלת על הקרוב, ומדרבנן – גם על אחרים. אך כולם מקיימים בכך מצוה שבין אדם לחבירו.

מיהו האחרים, ובנד"ד החיילים שהיו במעוז, וודאי שהמצוה שקיימו היא מצוה שבין אדם לחבירו. ומהגדרה זו יש נפק"מ למשמעותה של הכוונה בקבורה, כפי שיתבאר.

ז. כוונה במצוות שבין אדם לחבירו

לאחר שהנחנו שמצוות קבורה היא גם מצוה שבין אדם לחבירו (לעיל אות ו'), יש מקום לומר שבמצוות שבין אדם לחבירו אין הכוונה מעכבת, גם לסוברים שמצוות צריכות כוונה. והדבר מוכח ממה שנאמר בגמרא (ר"ה ד' ע"א):

האומר, סלע זו לצדקה בשביל שיחיה בני – הרי זה צדיק גמור.

וקשה, הרי לא נתכוון לשם מצוה (ולמ"ד מצוות צריכות כוונה לא קיים מצוה)! אלא ע"כ במצוות שבין אדם לחבירו ניתן לצאת ידי חובה גם בלא כוונה. וזאת משום שעיקר מטרתן היא לא עצם המעשה, אלא **התוצאות** שיש מהן לזולת; ולגבי התוצאות אין הכוונה מוסיפה ולא העדר הכוונה גורע.

וכן כתב בספר "זרע־אברהם" (להר"א לופטביר, אות ס"ב). והוכיח את הדבר מקושיית הגמרא (קידושין ל"ט ע"ב) בענין מי שאמר לו אביו הבא גוזלות ועלה לבירה ומת. והגמרא מקשה ממקרה זה על הבטחת התורה לאריכות ימים על קיום מצוות אלו. ומתוך כך מסיק ר' יעקב שאין שכר מצוה בעוה"ז. על כך מקשה הזרע־אברהם: מדוע לא תירצה הגמרא שהבן מת מפני שלא כיוון לשם מצוה? וע"כ יש להוכיח מכאן שמצוות שבין אדם לחבירו אינן צריכות כוונה.

אמנם יש להעיר שייתכן שמצוות כיבוד אב ואם נחשבת למצוה שבין אדם למקום (עי' מנ"ח מצוה ל"ג ס"ק א' בסופו). וצריך לומר שאף אם כיבוד אב ואם הוא מצוה שבין אדם למקום, סוף־סוף עיקר המצוה הוא התוצאה, שההורים יכובדו; ולכן אין צורך בכוונה לשם מצוה.

וכן יש להוכיח ממצוות לקט ושיכחה, שאדם מקיים אותן דווקא ללא כוונה. וכן ממה שלמדה הגמ' במסכת ב"ב (ט' ע"א) מן הפסוק "ונוגשייך צדקה", שגם מה שהגויים לוקחים מאיתנו בזרוע (כנראה שמדובר למטרות צדקה) נחשב לנו לצדקה. והיינו משום שהולכים אחר התוצאה. כמו כן נאמר שם שמי שנותן צדקה לעניים שאינם מהוגנים (בפשטות משמע שהמדובר ברמאים) אינו מקבל שכר. אך יש להעיר ממה שכתב הרמב"ם בפיה"מ לאבות (פ"ג מט"ו), וכן פסק החפץ־חיים (אהבת חסד פרק י"ג), שעדיף לתת סכום קטן להרבה אנשים מאשר סכום גדול לאדם אחד, למרות שיש יותר תועלת בסכום הגדול לאדם האחד. ומכאן שהולכים אחר העושה ולא אחר התוצאה של המעשה. מאידך, המהר"ל (נתיב הצדקה פרק ד' ד"ה אמר; חידושי אגדות ח"ג עמ' ס"א) חולק על הרמב"ם וסובר שממצוות הצדקה עדיף לתת סכום גדול לעני אחד מאשר לחלק אותו לעניים רבים. וצ"ע.

וכן אפשר להוכיח ממה שנאמר במסכת מגילה (ז' ע"א־ע"ב, לפי גירסת הר"ח והירושלמי):

ר' יהודה נשיאה שדר ליה לר' אושעיא... שלח ליה: קיימת בנו רבנו "ומתנות לאביונים".

ואע"פ שכוונתו של ר' יהודה נשיאה היתה

למשלוח מנות ולא למתנות לאביונים, כיון שר' אושעיא היה עני – קיים בו מתנות לאביונים.

וכן כתב בכלי־חמדה (סוף פר' ויחי) שבעבירות שבין אדם לחבירו, אם התכוון לרעת חבירו ויצאה מזה טובה לחבירו – אינו נענש (והסביר בזה את דעת אור־החיים, בראשית נ' כ' ד"ה ואתם, יעו"ש. ועי' מה שכתבנו בספר "מאהלי תורה" סי' כ"ה).

מיהו הגר"א וסרמן (קובץ שיעורים פסחים ח' ע"א אות ל"א) הוכיח מהגמרא (שם) ששליח מצוה, אם התכוון להנאת עצמו, אינו נחשב שליח מצוה. והדברים אמורים אפילו במקום שהכוונה אינה מעכבת בו, כגון: באומר "סלע זה לצדקה על־מנת שיחיה בני". אולם נראה שבאמת מהלך הסוגיא הפוך מדבריו. והרי שם אמר רב אשי, שאם מתכוון לחפש מחט תוך כדי בדיקת חמץ, אינו נחשב שליח מצוה. והגמ' שואלת עליו מהאומר סלע זו לצדקה על־מנת שיחיה בני, ולומדת מכאן שגם בלא כוונה הוא נחשב שליח מצוה. והגמ' תירצה שהחשש הוא שמא אחר שיבדוק את החמץ יחפש גם את המחט, ואז יסתכן. מבואר איפוא שגם בלא כוונה נחשב הוא לשליח מצוה. ונראה לענ"ד שגם בבדיקת חמץ אין צורך בכוונה, כי העיקר הוא התוצאה, שהבית יהיה נקי מחמץ. ובמקום שהתוצאה עיקר – אין צורך בכך שהמעשה ייעשה מתוך כוונה. ואכן הגמרא שם (ח' ע"ב) רומזת לכך שעליה לרגל צריכה להיות לשמה, ולכן לא היו פירות גינוסר וחמי טבריא בירושלים. וצריך להבין, מה החילוק בין בדיקת חמץ, בה הבודק מקיים מצוה גם כאשר כוונתו לחפש מחט, לבין עליה לרגל כאשר כוונת העולה היא לאכול פירות גינוסר? ויש לומר שבעליה לרגל, עצם העליה היא המצוה, ולא התוצאה. ולכן מן הראוי שהעליה תהיה לשמה.

ח. כוונת הקרובים וכוונת הקוברים

ולפי מה שכתבנו יוצא, שמכיון שבשעת נפילתם של החללים לא נמצאו הקרובים במקום, והחיילים קברום; אף שלא התכוונו לקיים בזה מצוות קבורה – מצוותם, שהיא מצוה שבין אדם לחבירו, אינה צריכה כוונה. ונמצא שנתקיימה בחללים מצוות קבורה; ואין הקרובים מחוייבים עוד במצוה מעיקר הדין, ואינם אוננים, אלא חייבים באבילות מרגע הקבורה, והרי זו שמועה רחוקה.

ואפילו אם נאמר שקבורה אינה מצוה שבין אדם לחבירו, בכל זאת מסתבר ללכת לפי ההגדרה שהגדרנו לעיל (אות ז'), שכל מצוה שעיקרה אינו המעשה אלא התוצאה – אינה צריכה כוונה. שמכיון שהתוצאה היא העיקר, הרי היא הושגה גם בלא כוונה. וכן כתב בשו"ת בית הלוי (ח"ג סי' נ"א אות ג'), שאם המצוה בקרבן היא שייאכל – הכוונה אינה מעכבת.

ובשד"ח (כללים, מערכת המ"ם כלל ס"ז, ח"ד עמ' 305) הובאה סברא שמילה אינה צריכה כוונה, משום שסוף־סוף הערלה הוסרה. ובזה רצה להסביר את ההלכה שבמצוות שיש בהן הנאה, הכוונה אינה מעכבת (ר"ה כ"ט ע"א). וא"כ הוא הדין כאן, שהתוצאה – שהמת קבור – קיימת.

ומסתבר איפוא שהעיקר הוא שהמת יהיה קבור. ונפק"מ – שאפילו לאחר שקברוהו, אם נתגלה – חייבים לקוברו שוב. וא"כ אין מצוות קבורה צריכה כוונה. ולכן גם הקרובים יצאו ידי חובת קבורה בכך שסוף־סוף המת קבור, ואינם חייבים מעיקר הדין לפנותו ולקוברו במקום אחר. (ועיין מה שכתב בשו"ת "הר צבי", לטור אה"ע סי' א', בענין מצוות פריה ורביה, ויש לומר שהוא הדין כאן. עי' לקמן סי' ס"ו אות ט').

ולכן גם בנד"ד יש ללכת אחר התוצאה, שהמת נקבר בפועל. וכן כתב בקובץ שיעורים (ביצה ו' ע"א אות כ"ה), והוכיח את דבריו מההלכה שקוברים מת ביו"ט ע"י גוי (שו"ע או"ח סי' תקכ"ו סעי' א'). ומשמע שיוצאים ידי חובת קבורה בגוי (וההסבר לכך – שהמצוה היא שהמת ייקבר ולא לקבור את המת, כדלעיל אות ז').

ט. קבורה זמנית

אלא שעל הנחתנו זו, שגם המצוה המוטלת על הקרובים אינה צריכה כוונה, יש להקשות מן ההלכה שנפסקה בשו"ע (סי' שע"ה סעי' ג'):

אם מפנין את המת ממקום למקום... אם בתחילה

קברוהו על דעת לפנותו כשיזדמן להם – מתחילין אבילות מיד. ואם פינוהו תוך ז', חוזרין ומונין משייקבר שנית. ואם לא פינוהו עד לאחר ז', כבר עברה אבילותם, ואין מתאבלים עליו פעם אחרת.

ואם מצוות קבורה אינה צריכה כוונה – אפילו כשהתכוונו לפנותו, הרי כבר הוא קבור ועומד, ונתקיימה מצוותן, וחלה עליהם אבילות. וא"כ מה בכך שפינו אותו בתוך שבעת ימי האבילות? אולם בלאו הכי יש להקשות קושיא אחרת: מאי שנא תוך ז' מלאחר ז'?

ואולי יש לומר שכל שבעת ימי האבילות הם זמן אחד (ואפילו לדעה הסוברת שהם תשלומין זה לזה), **וכל שכוונתם לפנותו תוך ז', לא מיקרי עדיין סתימת הגולל, דסתימה העומדת ליפתח תוך ז' לאו סתימה היא.**

ועוד יש לומר, שחלות האבילות תלויה גם בהחלטתם של האבלים לראות את המת כמי שנקבר קבורה גמורה; וכל עוד כוונתם לפנותו, עדיין טרודים הם בקבורתו, ולא חלה עליהם אבילות. אך אם כוונתם לפנותו אחרי ז' או שפינוהו אחרי ז' – בטלה כוונתם, וחלה עליהם האבילות.

בין שני ההסברים הללו היתה יכולה להיות נפק"מ למעשה, אילו בנד"ד היה נודע דבר הנפילה לקרובים תוך ז', והתכוונו לפנותו תוך ז', ואילו הקוברים לא התכוונו לפנותו תוך ז': לפי הטעם הראשון, שהכל תלוי בכוונת הקוברים, חלה עליהם אבילות מיד. ואילו לפי הטעם השני, שהכל תלוי בכוונת הקרובים, לא חלה עליהם האבילות מיד.

אך מאחר שבנד"ד נודע לקרובים כעבור זמן רב, וגם אז לא התכוונו לפנות את החללים מיד – חלה עליהם אבילות למפרע מרגע הקבורה.

תשובה

למעשה נראה שקבורת הנופל במעוז היא קבורה עפ"י ההלכה, ולכן חובת האבילות חלה על הקרובים מיד. ומכיון שהיתה זו שמועה רחוקה, אינם חייבים לשבת אלא שעה אחת בלבד.

ובספר דרכי־חסד (להרב אברהם אבידן שליט"א, עמ' קנ"ב־קנ"ג) מביא דיון בנושא הנ"ל, וגם הוא כתב כדברינו בחלק מהדברים. ולעומת זאת הביא דעה חולקת, של הרב שריה דבליצקי שליט"א. ולבסוף כתב שהסכים עמו הגרי"ש אלישיב שליט"א.

מסקנות

א. הטמנת חללים בחול בזמן שבו אין דרך אחרת לקוברם, יש לה דין של קבורה, ולא של ייאוש מלקבור.

ב. דין "נתייאשו מלקוברו" קיים דווקא כאשר האבלים מתייאשים, ולא די בכך שאנשים אחרים מתייאשים מהקבורה כאשר האבלים אינם יודעים על כך דבר.

ג. האבילות מדאורייתא חלה בעצם ביום המיתה, אלא שעד הקבורה האונן פטור מרוב מצוות האבילות (בעיקר ממצוות העשה שבה), משום שהוא צריך להיות פנוי לעסוק בקבורת המת.

ד. האבל פטור מתפילין ביום הקבורה, למרות שאינו יום המיתה ואין אבילות נוהגת בו מן התורה, מפני שהקבורה היא שעת חימום נוספת.

ה. ייאוש מלקבור מפסיק את האנינות ומחייב באבילות מפני שהחל מאותו רגע האבלים אינם טרודים בקבורה.

ו. קבורה בפועל, גם ללא כוונה לקיים בכך את מצוות הקבורה – יש לה דין קבורה לכל דבר.

ז. הסיוע לקבורה, מצד אנשים שאינם קרובי משפחתו של הנפטר, אינה אלא מדרבנן.

ח. גם לסוברים שמצוות צריכות כוונה, במצוות שבין אדם לחבירו הכוונה אינה מעכבת, מפני שהעיקר הוא התוצאה.

ט. גם מצוות שבין אדם למקום, אם העיקר בהן הוא התוצאה, כגון: מילה, אכילת קדשים או כיבוד הורים, מסתבר שהכוונה אינה מעכבת בהן.

י. מצוות הקבורה איננה מעשה הקבורה אלא שהמת

יהיה קבור; ולכן אם המת נקבר ע"י אחרים, הקרובים יצאו ידי חובה.

יא. אמנם קבורה זמנית (למשך פחות משבעה ימים) אינה קבורה לענין אבילות. אבל קבורה לזמן שעולה על שבעה ימים, וק"ו קבורה לזמן שאינו קצוב – דינה כקבורה גמורה.

סימן ס

קדיש ואבילות על אב גוי

ראשי פרקים

שאלה
א. אבילות על מי שחינך לתורה
ב. אמירת "קדיש" על גוי
מסקנות

שאלה *

בשואה האיומה, שפקדה את עמנו באירופה, נמלטה אשה יהודיה ומצאה מחסה בבית נוצרי. בתום המלחמה נישאה האשה לאחד מבני הבית. נולד להם בן, והיא גידלה אותו כיהודי. גם האב הגוי סייע בחינוכו של הבן כיהודי, ואף הסיע אותו פעמיים בשבוע ללימודי יהדות (כשרבים מילדי הקהילה היהודית היו משתתפים בשיעורים אלה רק פעם אחת בשבוע). הקהילה היהודית שם היא ברמה נמוכה מאוד. האב נפטר והקהילה קברה אותו בבית הקברות היהודי. לבני המשפחה הורו לנהוג "שבעה". הבן, שעלה בינתיים ארצה והינו יהודי שומר תורה ומצוות כהלכה, נסע ללוויה, ושאלתו היא האם עליו לנהוג "שבעה" כיתר בני המשפחה, וכן האם עליו לומר "קדיש"; כי אותו בן מעריך מאד את אביו שבזכותו הוא כיום יהודי שומר מצוות.

א. אבילות על מי שחינך לתורה

מבחינת ההלכה אין הבן חייב לשבת "שבעה" על אביו הגוי, על אף שהוא חייב לנהוג בו "מקצת כבוד" (רמב"ם הל' ממרים פ"ה הי"א). מיהו יש לדון אם יש לאב זה מעמד דומה קצת לרבו, שהרי בזכותו הגיע לקיים תורה ומצוות. ואם כן, משום כבודו, הבן רשאי לנהוג מנהגי אבילות, כגון קריעה וכל דיני אבילות במשך מקצת יום המיתה, כמבואר בשו"ע (יו"ד סי' רמ"ב סעי' כ"ה). ואף כי בוודאי יש לחלק בין רבו, שהוא מישראל, לבין אב גוי – מ"מ יש ללמוד מרבו, שגם מי שהביאו לחיי העולם הבא ראוי להערכה. ולכן, עם כל ההבדלה בין ישראל לעמים, גם אביו הגוי ראוי להערכה במידה ידועה.

וצ"ע אם דינים אלו נאמרו רק על תלמיד־חכם, משום כבוד תורתו של החכם, או שיש להתאבל גם על מי שאינו תלמיד־חכם, אלא שהוא חש שבזכותו למד תורה. ועיין פת"ש (סי' רמ"ב ס"ק ט"ו) שכתב בשם שו"ת שער אפרים (סי' צ"א) שגם מי שגייר גרים והכניסן תחת כנפי השכינה, חייבים הם לקרוע עליו. משמע שאין זה משום כבודו של החכם עצמו, אלא בגלל הרגשתו של הגר שבזכות אותו אדם זכה להיכנס תחת כנפי השכינה. וכמדומני שכך גם נוהגים לומר בבן מאומץ, שנוהג קצת מנהגי אבילות על אביו מאמצו אע"פ שאינו תלמיד־חכם, משום שבזכותו התחנך והתגדל לתורה ומצוות.

אמנם הגר"ע יוסף (ילקוט יוסף ח"ז סי' ח' סעי' ח') הורה לבן מאומץ שלא יקרע על אביו מאמצו משום "בל תשחית". והביא ראיה ממנהג ישראל שאדם לא מתאבל

* אייר תשנ"ב.

על חמיו וחמותו, למרות שחייב בכבודם. אלא שהעיר שמ"מ אם לאב המאמץ אין בנים, מן הראוי שהבן המאומץ יאמר עליו קדיש. אך לא נראה לענ"ד להורות כן, שלא יקרע על אביו מאמצו. ואדרבה, ראוי שבן זה יביע צער על מי שגידלו לתורה, ולא גרע משמועה רעה. (ועי' לקמן סי' ס"ד).

בברכ"י (סי' רמ"ב ס"ק ל') הסתפק במי שהיה לו רב שלימדו א"ב ומקרא, כי לא ידע יותר, אם חייב לנהוג בו דין אבילות של תלמיד רב. והביא בשם הרדב"ז (סי' ב' אלפים ק"נ) שפסק שלא חייב לנהוג בו כבוד. והברכ"י הסיק שאעפ"כ ראוי לנהוג בו איזה כבוד.

נמצא שבן זה אינו חייב באבילות, אך מן הראוי שיביע אלו־שהם מנהגי אבילות וצער. וקריעה אינה דין באבילות דווקא, אלא על כל שמועה רעה. אך "שבעה" ממש אינו צריך, ודיו שינהג במקצת היום כמה מנהגי אבילות. ולפחות אותה הבעת צער שגויים נוהגים על מתיהם, אם אין בה משום "חוקות הגויים", מן הראוי שיעשה.

ב. אמירת "קדיש" על גוי

ובאשר לקדיש, טעם אמירת ה"קדיש" הוא כדי להעלות את נשמת הנפטר בגן עדן (עפ"י מסכת כלה רבתי פ"ב מכ"ה). ומסתבר שגוי זה, שאינו אדוק בדת הנוצרית, יש לו חלק לעוה"ב כדין חסידי אומות העולם (רמב"ם הל' מלכים פ"ח הי"א), ולכן יש מקום לומר קדיש גם עליו. ואע"פ שהאב הזה חי עם אשה יהודיה בעבירה, העבירה היא שלה ולא שלו. שהרי גוי אינו מוזהר ב"לפני עיוור", ומבחינתו אין שום איסור לחיות חיי אישות עם אשה יהודיה. וא"כ הבן יכול לומר עליו קדיש, אם כי אין חיוב על כך. אך מן הראוי שלא יאמר קדיש כמו על יהודי, כדי להבדיל בין יהודי לגוי.

וכדמות ראיה לכך שאפשר לומר קדיש על גוי, ניתן להביא מן הפסוק שממנו נלמד נוסח הקדיש. המקור לכך הוא הפסוק "והתגדלתי והתקדשתי, ונודעתי לעיני גויים רבים" (יחזקאל ל"ח כ"ג). משמע שגם ע"י גויים מתגדל ומתקדש שמו של ה'. ואע"פ ששם מדובר בהריגת אנשי גוג ומגוג, ק"ו הוא בגוי שנהג כהלכה וגרם ליהודי שיקיים מצוות, שיש לו זכות שה' מתגדל ומתקדש על ידו.

ולכן נראה לענ"ד שיאמר עליו קדיש רק אחרי "עלינו לשבח" כדי שלא יראה כיתום רגיל. וב"עלינו" דווקא, כי שם אנו מתפללים על תיקון העולם במלכות ש־די, ש"יכירו וידעו כל יושבי תבל כי לך תכרע כל ברך תישבע כל לשון". (ואח"כ מצאתי בשו"ת יחוה דעת, ח"ו סי' ס', שהאריך להוכיח שמותר לומר קדיש על אב גוי, עיש"ה).

מסקנות

א. יש מקום לכך שאדם ינהג מקצת מנהגי אבילות לא רק על רבו אלא על כל אדם שבזכותו הגיע ללימוד תורה ולקיום מצוות. ואף מותר לקרוע על אדם כזה.

ב. ה"קדיש" הוא ביטוי לקידוש ה' לעיני כל העולם, ולכן יש מקום לומר "קדיש" על גוי שמסתבר שיש לו חלק לעולם הבא.

סימן סא

שיפוץ בית בזמן אבילות

ראשי פרקים

שאלה
א. בנין של שמחה באבילות דיחיד
ב. בנין ונטיעה שאינם של שמחה
תשובה
מסקנות

שאלה *

אדם שהוא אבל על אביו ואמו, נמצא באמצע שיפוץ בית, אליו הוא היה אמור לעבור בקרוב. האם מותר לו להמשיך בשיפוץ, לסיים את הצביעה והסיוד ולעבור לבית החדש בתוך י"ב חודש?

א. בנין של שמחה באבילות דיחיד

ראשית כל יש לשאול: האם אבל מותר בבנין של שמחה?

נאמר במשנה במסכת תענית (כ"ו ע"א):

שבת שחל תשעה באב בתוכה – אסור לספר ולכבס...

על כך נאמר בגמרא (יבמות מ"ג ע"א):

ותניא: קודם הזמן הזה, העם ממעטין בעסקיהם מלישא ומליתן, מלבנות ולנטוע, ומארסין אבל לא כונסין, ואין עושין סעודת אירוסין.

ושם רצה רב חסדא ללמוד מזה בק"ו, שמותר לאלמנה להתארס בתוך ל' יום לפטירתו של בעלה, ואמר:

ומה במקום שאסור לכבס, מותר ליארס; מקום שמותר לכבס, אינו דין שמותר ליארס!

ופירש רש"י (ד"ה מקום) **שבתוך ל' מותר בכיבוס. וא"כ מצינו שימי ה"שלושים" קלים יותר מאשר ימי האבל של חודש אב. ומסקנת הגמרא** (שם ע"ב) **היא:**

אלא אמר רב אשי: שאני אבילות חדשה מאבילות ישנה, ושאני אבילות דרבים מאבילות דיחיד.

ופירש רש"י (ד"ה אלא):

דתשעה באב הוי אבילות ישנה ואבילות דרבים, הילכך קילא.

ולכן מותר לארס בתשעה באב, ואסור באבילות דיחיד. ולפי זה בנין ונטיעה, שאסורים בשבוע שחל בו תשעה באב, אסורים באבילות דיחיד מק"ו. אלא שעדיין קשה מכיבוס, מדוע אסור בתשעה באב ומותר באבילות דיחיד?

ובתוס' (ד"ה שאני) **הקשו כן על רש"י. ור"ת חולק על רש"י ומחלק בין אירוסין לבין משא ומתן, ואלו דבריו:**

שאני בין אבילות חדשה, שאסרו ליארס, לפי שבחדשה יש להחמיר מבישנה. משא"כ באבילות ישנה, ובאבילות דרבים יש להחמיר טפי לענין משא ומתן מאבילות דיחיד. דמשא ומתן, שהוא דבר של פרהסיא, אם יעסקו בפרקמטיא כל היום, יבואו ויאמרו שאין חוששין להתאבל על ירושלים. ולא דמי לאירוסין, שאין אלא שעה אחת...

וא"כ הוא הדין בבנין ונטיעה – שהם בפרהסיא – יש לומר שדינם כמשא ומתן, שהחמירו בו באבילות דרבים והקלו באבילות דיחיד.

נמצא איפוא, שבעיה זו שהעלינו תלויה במחלוקת רש"י ור"ת: לר"ת מותר לבנות ולנטוע באבילות דיחיד, ולרש"י אולי אסור.

ב. בנין ונטיעה שאינם של שמחה

והנה התוס' (יבמות מ"ג ע"א ד"ה מלישא) **פירשו שבאיסור בנין ונטיעה הכוונה היא לבניינים של שמחה, כגון בית חתנות ואבורנקי של מלכים. ועיין ביאור הגר"א** (או"ח סי' תקנ"א סעי' ב' ד"ה או בנין) **שכתב שיש בדבר מחלוקת בין הר"ן והרא"ש: לדעת הר"ן** (לרי"ף תענית ה' ע"ב ד"ה

* אדר ב' תש"ל.

אבורנק׳) לאו דווקא בנין ונטיעה של שמחה, אלא כל דבר שהוא לנוי, אסור. וכן כל בנין שאין צריך לו, רק להרווחה בעלמא – אסור. ומקורו מהירושלמי (תענית פ״ד ה״ט), שם נאמר:

אמר ר׳ יהושע בן לוי: הדא דאת אמר, בבנין של שמחה; אבל אם היה כותלו גוהה, סותרו ובונהו.

כלומר, כל שכותלו אינו גוהה – בנין של שמחה הוא, ואסור. ומשמע שרק דבר שהוא נחוץ מאד מותר, וכל שאינו נחוץ כל כך – אסור. אך הרא״ש (תענית פ״א סי׳ כ״א) פירש שאפילו בנין של שמחה, אם היה גוהה – מותר. אך בנין רגיל, אע״פ שאינו גוהה – מותר. ומשמע שלדעתו רק בנין של שמחה אסור, ולהרווחה שרי. וכך פסק בשו״ע (או״ח סי׳ תקנ״א סעי׳ ב׳).

תשובה

יש כאן איפוא כמה שיטות:

א. לדעת ר״ת מותר לגמרי אפילו בנין של שמחה ממש.

ב. ייתכן שגם לדעת רש״י בנין מותר.

ג. הלכה כדעת הרא״ש, שדווקא בנין של שמחה אסור, אך לא כל בנין של הרווחה.

ולכן נראה לענ״ד להתיר את המשך הבניה, וכן צביעה וסיוד הכרחיים, אך לא לצבוע צביעה מבריקה, ולא להגזים בקישוטים וכדו׳. ואע״פ שאין ראיה לדבר – זכר לדבר ממה שפסקו הרמב״ם (הל׳ תעניות פ״ה הי״ב) והשו״ע (סי׳ תק״ס סעי׳ א׳) שאין בונים בנין מסוייד ומכוייר כבנייני המלכים. אמנם להלכה קיי״ל שאם משאיר אמה על אמה מותר, אך לאבל יש להמליץ שיעשה כדעת הרמב״ם והשו״ע. וזה מותר אפילו בתוך ה״שלושים״. אולם באשר לעבור לגור שם, יש לכאורה ללמוד ק״ו מבגד חדש, שאסור ללבוש במשך כל השנה הראשונה (שו״ע יו״ד סי׳ שפ״ט סעי׳ ג׳ בהג״ה). וא״כ ק״ו לבית חדש, שאסור. מיהו יש סברא לומר שבגד שעל גופו חמור יותר. שכן השמחה על לבוש חדש גדולה יותר, ואולי משום שהלבוש צמוד לגופו. ואכן לא מצינו איסור מפורש לאבל להיכנס לבית חדש. וכנראה לא גזרו אלא בבגד.

ואפילו אם תמצי לומר שבית דינו כבגד, יש לומר שאשתו ובניו לא צריכים לחוש לכך, והם רשאים לעבור ולהשתמש בבית במשך מספר ימים. ומכיון שאז הבית לא יהיה חדש, יהיה מותר גם לו לעבור. וצ״ע.

וכעין זה מצינו לענין בגד חדש, שאם לבש אותו אדם אחר במשך כמה ימים – מותר אח״כ לאבל ללובשו. (כך כתב בבאר הגולה, סי׳ שפ״ט אות י״ז, בשם הכל־בו). ויש לומר שהוא הדין בבית חדש, שאם אחרים ישתמשו בבית זמן מסויים, יהיה מותר לאבל להיכנס לבית. אמנם הכל־בו מצריך שנים או שלושה ימים, ולא די במשך זמן סימלי של מספר דקות. ואכן בבגד, לאחר שנלבש מספר ימים, מסתיימת תחושת ההתחדשות. וזאת מפני שהוא כבר מתלכלך, מתכבס ונפגם. מה שאין כן בבית, שהוא חדש גם לאחר זמן ארוך יותר. ולכאורה יהיה צריך להמתין לפחות מספר שבועות, עד שהקירות יתלכלכו או יישרטו קצת, ויורגש שהבית משומש. אולם מאחר שלא מצינו שגזרו על בית חדש, אין אנו יכולים לחדש גזירות חדשות מדעתנו. ורק בגלל תחושת השמחה שיש לאדם בבית חדש, אנו **ממליצים** שלא ייכנס ראשון לבית, אלא שקודם ייכנסו לשם בני ביתו, ורק לאחר יומיים־שלושה ייכנס הוא.

סימן סב

נישואין בתוך תקופת האבילות

ראשי פרקים

שאלה
א. נישואין באבילות
ב. נישואין בזוג שחי כבר כמשפחה
תשובה

שאלה *

חתן שאביו נפטר מעוניין להינשא מיד אחרי ה"שבעה". הוא נימק את בקשתו בכך שהכלה המיועדת היא כבר בחודש החמישי להריונה (ותאומים בבטנה), והם אינם מעוניינים לדחות את הנישואין, לבל יורגש הדבר יותר מדי. הזוג מוכן לקיים את הנישואין ללא סעודה וללא תזמורת. האם יש לאפשר להם את הדבר?

א. נישואין באבילות

בתוס' (כתובות ד' ע"א ד"ה אבל) מובאת מחלוקת בענין נישואין בתוך ימי האבל: לדעת ר"י, אבל אסור לישא אשה בתוך ימי ה"שלושים", אפילו אם לא קיים פריה ורביה. ורק אם יש לו ילדים קטנים בבית, מותר לישא מיד לאחר ה"שבעה"; אך אסור לו לבעול עד לאחר ל'. ואילו לדעת ר"ת, מי שלא קיים פריה ורביה מותר לו לישא ולבעול מיד לאחר ה"שבעה", למרות שזה בתוך ה"שלושים". והר"ר יוסף מסתפק בשאלה זו.

גם הר"ן (לרי"ף כתובות דף א' ע"ב ד"ה ודוקא) הסתפק בדבר, ונוטה יותר לומר שבאבילות על אביו ואמו מותר מיד לאחר ז', ובאבילות על אשתו החמירו. מיהו ההיתר הוא רק למי שלא קיים פריה ורביה או שיש לו ילדים קטנים בבית.

בשאלה זו כתב הרמב"ם (הל' אבל פ"ו ה"ב):

ואלו דברים שהאבל אסור בהן כל ל' יום: אסור בתספורת ובגיהוץ ובנישואין ובשמחות מרעות...

ובהמשך (הל' ה') **כתב הרמב"ם:**

בנישואין כיצד? אסור לישא אשה כל ל' יום... ומי שמתה אשתו, אם כבר קיים מצות פריה ורביה ויש לו מי שישמשנו ואין לו בנים קטנים – הרי זה אסור לישא אשה אחרת, עד שיעברו עליו ג' רגלים. אבל מי שלא קיים מצוות פריה ורביה, או שקיים ויש לו בנים קטנים, או שאין לו מי שישמשנו – הרי זה מותר לארסה ולכנוס מיד, ואסור לו לבוא עליה עד ל' יום.

וצ"ע במה שכתב הרמב"ם, שמי שלא קיים פריה ורביה מותר לו לכנוס מיד, ואסור לו לבוא עליה עד שיעברו ל' יום. שא"כ מה התועלת בכניסה מיד, הרי לא יקיים מצוות פריה ורביה? ועל כך כתב הב"ח (סי' שצ"ב ד"ה תניא) שמותר, משום שעצם הנישואין הם מצוה רבה, משום שנועדו לצורך פריה ורביה.

ולפי זה היה מקום לומר בדעת הרמב"ם, שנישואין לבד, שהם רק ענין דיני, אינם שמחה כל כך גדולה, ולכן התירו אותם גם בתוך ל'. מה שאין כן בביאה ראשונה, שהיא שמחה גדולה יותר, ואותה לא התירו באבל. וא"כ בנד"ד, שכבר היתה ביאה לפני הנישואין, ורק הנישואין עצמם עוד לא נעשו, אין איסור לערוך נישואין במקרה כזה בתוך ל'. מיהו לפי ההסבר של הב"ח יש לומר שרק נישואין לפני ביאה התירו משום צורך פריה ורביה, ולא לאחר שהכלה כבר בהריון.

ועוד יש להעיר על הרמב"ם, שהרי לדעתו נישואין הם ייחוד הראוי לביאה, וכאן, שאין הייחוד ראוי לביאה – שהרי אסורה עליו כל ל'

* שבט תשנ"א. הדיון ההלכתי בשאלה שנוצרה אגב דחיית הנישואין, מופיע לעיל (סי' כ"ז).

– אין כאן נישואין כלל! וגם איסור דרבנן מעכב בחופה (עמ' רמב"ם הל' אישות פ"י ה"ז). ועי' ר"ן (לרי"ף כתובות דף א' ע"א ד"ה או) וביאור הגר"א (אה"ע סי' ס"א ס"ק ב'). ולפי מה שכתבנו לעיל (סי' כ"ו אות ז'-ח'), שחופת נידה קונה לדעת הרמב"ם לדברים מסויימים, א"כ יש לומר שמקיים מצוות נישואין בכך. ועדיין צ"ע, מדוע בחופת נידה כתב הרמב"ם שלא תינשא עד שתיטהר, הרי יש מקום לומר שתינשא מיד כדי שיקיים מצוות נישואין, כמו שפסק באבל? ואפשר לומר ששם מדובר במי שקיים כבר מצוות פריה ורביה, ולכן אין מצוות נישואין בחופת נידה. ודוחק. ואולי יש לחלק בין חופת נידה, שהיא מחוסרת טבילה, לבין חופת אבילה, שהיא מחוסרת זמן בלבד, וזמן ממילא קא אתי. ובזה מיושבת גם קושיית שער המלך (חופת חתנים סעי' ד') מנישואין של כהן גדול ביום הכיפורים.

להלכה נפסק בשו"ע (יו"ד סי' שצ"ב סעי' ב'):

> ואם לא קיים מצוות פריה ורביה, או שיש לו בנים קטנים, או שאין לו מי שישמשנו – מותר לקדש מיד ולכנוס אחר שבעה, ולא יבוא עליה עד לאחר ל' יום; אא"כ לא קיים מצוות פריה ורביה, שאז מותר לו לבוא עליה אחר ז'.

וא"כ מסקנת ההלכה היא כשיטת ר"ת, הסובר שלצורך פריה ורביה מותר לישא מיד לאחר ז'. ומכיון שבנד"ד האשה כבר בהריון, אין הצדקה לישא תוך ל'.

ב. נישואין בזוג שחי כבר כמשפחה

מיהו יש לומר שהיא הנותנת, מכיון שחתן זה כבר חי חיי אישות עם הכלה בדרך הפקר, והנישואין אצלו אינם שמחה גדולה כל כך, כי אינה חדשה אצלו – אולי יש להתיר. ויש לומר שדבר זה דומה למחזיר גרושתו. ועל כך כתב הפמ"ג (או"ח סי' תקנ"א, א"א ס"ק ח', מובא במשנ"ב ס"ק ט"ו) שהדעת נוטה להתיר בימי האבילות של חודש אב.

אך נראה שהדבר תלוי במחלוקת שבין מרן המחבר לבין הרמ"א. שכן נכתב בשו"ע (יו"ד סי' שצ"ב סעי' א'):

> אסור לישא אשה כל ל' יום, אפילו בלא סעודה.

ומכאן שלארס מותר. וכן מצינו בהל' תשעה באב (או"ח סי' תקנ"א סעי' ב'), שמותר לארס ואסור לישא, משום שאבילות חדשה (על מת) שווה לאבילות ישנה (על החורבן). אך בהגהת הרמ"א (יו"ד שם) הוסיף:

> וי"א דגם לארס אסור כל ל' יום. וכן עיקר.

וא"כ, מה שכתבנו שיש מקום להקל, אמנם נכון לדעת מרן המחבר. אך לדעת הרמ"א, שאוסר אפילו אירוסין, יתכן שגם להחזיר את גרושתו יהיה אסור. ואף שאין לדמות אבילות חדשה לאבילות ישנה, כי זו האחרונה חמורה יותר לדעת ר"ת (מובא בתוס' יבמות מ"ג ע"א ד"ה שאני). אך לדעת רש"י (ד"ה אלא) אבילות זו קלה יותר (ועי' לעיל סי' ס"א אות א'). ועל כן יש לומר שאף אם נדמה את המקרה הנדון למחזיר גרושתו, אין להוכיח שגם כאן יהיה מותר; כי יתכן שבאבילות חדשה אסור לאדם להחזיר את גרושתו.

ועי' פת"ש (אה"ע סי' ס"ב ס"ק ט') שכתב שלדעת הנוב"י (תנינא, אה"ע סי' פ"ב) הנושא את בעולתו אין לו ז' ימי משתה, ולדעת החתם סופר (אה"ע סי' קכ"ג) יש לו שבעת ימי משתה. וצ"ע אם לדמות את נד"ד לשם.

תשובה

למעשה נראה, שמכיון שהדבר תלוי במחלוקת שבין המחבר לבין הרמ"א, יוצא שאם החתן היה ספרדי, היה מקום להתיר לו נישואין בלא סעודה ותזמורת. אך מכיון שהמדובר כאן בחתן אשכנזי, נראה שיש לאסור. ואף אם החתן אומר שאינו מקיים תורה ומצוות, ומצדו אין מניעה לשאת אשה גם בתוך ל' – אסור לנו להשיאו, משום "לפני עיוור לא תתן מכשול".

מיהו יש לעיין אם אין מקום להתיר להם איסור דרבנן של נישואין באבילות, ובכך למנוע מהם איסור תורה של ביאת קדשה לדעת

הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"ד). **אלא שיש לומר שכל איסור הנישואין בנד"ד הוא דווקא לדעת הרמ"א. והרמ"א עצמו** (אה"ע סי' כ"ו סעי' א' בהג"ה) **הביא גם את דעת הראב"ד** (השגה לרמב"ם שם), **שאין כאן איסור קדשה.** (ועי"ש ברמ"א, שהקדים שם את דעת הראב"ד לרמב"ם. ויש להסתפק אם ניתן ללמוד משהו מהקדמה זו. עכ"פ יש כאן כנראה ספיקא דאורייתא, וצ"ע אם להתיר איסור דרבנן מפני ספיקא דאורייתא). **ולמעשה אין אנו מתירים אפילו מנהג בגלל חשש שיעברו על איסור קדשה, כגון בימי הספירה וכדו'. וא"כ גם כאן אין להתיר לו להינשא בתוך ל'.**

סימן סג

נישואין לאבילה תוך י"ב חודש

ראשי פרקים

שאלה
א. נישואי אשה אבילה בתוך ל'
ב. הסבר שיטת ר"ת
ג. גדר איסור הנישואין בשנת האבל
ד. מצוות האשה להינשא
ה. מכירת ספר־תורה לצורך נישואי אשה
תשובה

שאלה *

אשה שמת אביה ורצתה לקבוע מועד לנישואיה בתוך שנת האבל. האם מותר לה להינשא במועד שבחרה?

א. נישואי אשה אבילה בתוך ל'

נאמר בתוס' (יבמות מ"ג ע"ב ד"ה שאני):

> ונראה לר"ת, דאע"ג דאסרינן באביו ובאמו בית השמחה עד י"ב חודש, מ"מ מותר לישא אחר שלושים משום מצוות פריה ורביה, ד"כל ל' יום לנישואין", סתמא קתני, אפילו באביו ובאמו, דלא מפליג אלא באשתו. ואע"ג דקיים פריה ורביה – שרי, דהלכה כר' יהושע (שם ס"ב ע"ב), שנאמר "בבוקר זרע את זרעך"...

היתר זה אמור משום מצוות פריה ורביה. ולפי זה יש לעיין בדינה של אשה, שאינה מצווה על פריה ורביה. האם מותר לה להינשא לאחר ל' יום?

עוד נפסק בשו"ע (סי' שצ"ב סעי' ג') **עפ"י התוס'** (שם):

> מי שלא קיים מצוות פריה ורביה ושידך אשה, ואחר שהכין צרכי חופה מת אחי המשרדכת – מותר לכונסה ולבוא עליה אחר שבעה.

והט"ז (ס"ק ה') **כתב בדעת ר"ת** (שהיא המובאת בתוס' שם), **שאע"פ שהאשה אינה מצווה על פריה ורביה, מכיון שהוא חייב במצוה זו – המצוה שלו דוחה את האבילות שלה. והט"ז דייק ממה שכתב הטור** (סי' שצ"ב) **בדעת הרא"ש** (יבמות פ"ה סי' כ"ז) **שלא סבר כר"ת. וטעמו, שאם כן, היכן מצינו שמצוה שלו תדחה איסור של אחר? ולכן כתב הרא"ש בטעם ההיתר, שהוא משום הפסד מרובה, מכיון ששידך כבר והכין צורכי חופה; אך היכא דלא שידך ולא הכין את צורכי החופה מקודם – אסור לישא.**

ומכיון שהשו"ע הביא להלכה את דברי הרא"ש, יש לומר שאין הלכה כר"ת, ולא התירו לאדם לישא אשה אבילה בתוך ל', אא"כ יש הפסד של הסעודה, ולא במקרה אחר. וא"כ בנד"ד, שעדיין לא הכינו את צרכי החופה, אין להתיר להם את הנישואין.

אך נראה לענ"ד שיש להקל בשאלה זו. אמנם השו"ע (סי' שצ"ב סעי' ג') **כתב שרק במקום הפסד**

* אייר תש"ל.

מותר למי שלא קיים מצוות פריה ורביה לשאת אשה אבילה תוך ל'. אך דעת הרבה פוסקים היא לחלוק על פסק השו"ע, והם סוברים שהלכה כר"ת, שהדבר מותר אף בלא הפסד. וכן כתב השד"ח (כרך ו' עמ' 176, מערכת אבילות סי' נ"ו) בשם ספר משנת ר' אליעזר שהעלה להתיר באבילות שלה אפילו אם לא הכין צרכי חופה, וכן נהגו רבני דורו למעשה. וכן הביא השד"ח (שם) מספר "זכרנו לחיים", שהרב מוהר"א צבי עשה מעשה כמה פעמים להתיר נישואין למי שלא קיים פריה ורביה, אף שלא הכין צרכי חופה, דלא כמרן. וכן כתב בערוה"ש (סעי' י"א) שבשעת הדחק סומכים על שיטת ר"ת, דלא כפסק השו"ע.

ב. הסבר שיטת ר"ת

וכדי ליישב את התמיהה שתמהו על ר"ת, כיצד דוחה מצוה שלו את האיסור שלה, נראה לבאר שהדבר תלוי במחלוקת אם יש מצוות ייבום על היבמה. והנה הגמרא במסכת יבמות (כ' ע"א) מקשה בענין ייבום של אלמנה ע"י כהן גדול, שמכיון שאיסור זה הוא לא־תעשה גרידא, א"כ יבוא עשה (דייבום) וידחה את לא־תעשה (של אלמנה לכה"ג).

אך על כך יש להקשות: היאך תעבור היא על לא־תעשה, הרי היא אינה מצווה על הייבום? אך אם נאמר כדעת הסוברים שגם האשה מצווה על הייבום (עי' פנ"י כתובות מ' ע"א ד"ה בגמרא אבל) – אתי שפיר. אך לדעה הסוברת שהאשה אינה מצווה על הייבום (כן היא דעת החינוך, מצוה תקצ"ח. וכן היא דעת הרשב"א בתשובה, ח"א סי' י"ח), ע"כ למדנו מכאן שמותר לאשה לעבור על איסור לא־תעשה החל עליה, משום העשה של האיש. ומהר"ם בן חביב (תוספת יוהכ"פ דף פ"ו ע"א ד"ה אמר ר"י) הביא מכאן ראיה שעשה של האחד דוחה לא־תעשה של חבירו, וכן סוברים רבים. (ועי' הגהת רעק"א על תוספת יום הכיפורים, שהשיג עליו). ועי' שד"ח (מערכת חליצה סי' א', כרך ח' עמ' 55, וכן מערכת ה־ע' כלל ע"ג, כרך ה' עמ' 246) שהביא מחלוקת אחרונים בשאלה זו. ומסקנת דבריו שם היא שכל מצוה שאי אפשר לקיימה אלא בצירוף חבירו – ויש בה לא־תעשה, ועל הלא־תעשה מצווה חבירו בעוד שרק הוא מצווה על העשה – אף בזה אמרינן דעשה דוחה לא־תעשה. וא"כ גם כאן יש לומר שכיון שאי אפשר לקיים מצוות פריה ורביה אלא בצירוף האשה, אף שהאשה עוברת בלא־תעשה – כיון שהאיש מקיים מצוות עשה – דוחה מצוות העשה שלו את מצוות הלא־תעשה שלה.

וכן נראה שבדבר זה נחלקו גם שני תירוצי התוס' ישנים (כתובות מ' ע"א ד"ה אי). וא"כ סברתו של ר"ת לא נפלאת היא, ויש מקום לומר שגם בכה"ג אמרינן עשה דוחה לא־תעשה. (ועי' "מוריה", תש"ל ה־ו', שם נכתב שיש לחלק בין ייבום לנישואין, עי"ש).

מיהו המנ"ח כתב (מצוה א' ס"ק א', הוצאת מכון ירושלים אות ט"ו) שאמנם איסור אלמנה לכהן גדול חל על האשה, אך האיסור שלה אינו איסור עצמי אלא מסתעף מן האיסור שלו, כמבואר במסכת יבמות (פ"ד ע"ב) שאשה הוקשתה לאיש. ולכן מצוות העשה של ייבום, המוטלת על האיש, דוחה גם את איסור הנישואין שחל עליה; שמכיון שאצלו האיסור נדחה, ממילא נדחה גם איסורה. וא"כ כאן שאני, שהרי האיסור שלה להינשא בימי אבילותה אינו מסתעף מהאיסור שלו. וא"כ אי אפשר לומר כאן שעשה דוחה לא תעשה. אך מדברי המהר"ם בן חביב (תוספת יום הכיפורים שם) לא משמע שסובר כסברת המנ"ח, אלא שכל שהאיש מקיים מצוה מותר לאשתו לעבור עבירה כדי לסייע לו לקיים את מצוותו. ואע"פ שכאן היא עדיין לא אשתו, יתכן לומר שנישואיה וסיועה למצוה באים כאחד.

ג. גדר איסור הנישואין בשנת האבל

עוד יתכן לומר, שאין כאן איסור, בנישואין תוך י"ב חודש לאחר פטירתו של האב. שכן יש לומר שכל מה שנחלקו הראשונים, זה רק תוך ל'; אך

לאחר ל' ובתוך י"ב חודש, גם לדעת הרא"ש מותר, אפילו בלא הפסד מרובה. וצ"ע. אמנם אסור לאבל להיכנס לבית המשתה, אולם להינשא בעצמו – יתכן שמותר לו, משום צורך מצוה.

ועוד יש לצדד להקל עפ"י מה שכתב הש"ך (סי' שמ"ד ס"ק ט'), שאם האב או האם ציוו את בנם שלא לנהוג בהם אבילות י"ב חודש, כיון שאבילות זו אינה שייכת בשאר מתים, אלא באב ואם – מצוה לקיים את דבריהם ולא לנהוג אבילות. ומבואר מזה שדין י"ב חודש אינו מדין אבילות כדין אבילות ל', אלא מדין כיבוד אב ואם. וכדמות ראיה יש להביא מכך שלמדו את דין שלושים ימי האבל מן הפסוק (דברים כ"א י"ג) "ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים" (עי' מסכת שמחות פרק ז'). ומשמע שגם על אביו ואמו הצער הוא שלושים יום. וא"כ האבילות במשך י"ב חודש אינה משום צער אלא משום כבוד. מיהו שם הם גויים ואין משם ראיה. ועי' שדי־חמד (מערכת אבילות, כרך ו' דף פ"ג ע"א) שכתב שהאם יכולה למחול לבנה שלא יקיים אבילות כל י"ב חודש אלא רק ל'. ומשמע שאבילות י"ב חודש היא רק משום כבודה. וא"כ בנד"ד אין אצל הכלה לא־תעשה, אלא מצוות עשה של כיבוד אב ואם, או תקנת חכמים משום כיבוד אב ואם. והרי אין מצוות כיבוד אב ואם חלה כלל כשיש מצוה (עי' שו"ע יו"ד סי' ר"מ סעי' ט"ו), אף שאינה מצוה גמורה. ובפרט בכיבוד אב אחרי מותו, שנראה שאינו מעיקר מצוות כיבוד אב ואם מן התורה. (ועיין שד"ח מערכת ה־ע' סי' ע"ג, כרך ה' עמ' 246. ועי' לעיל סי' ל"א אות ד').

וכן יש לשקול אם האב מוחל כאן על כבודו. ומסתבר שהאב מוחל על כבודו כדי לראות את בתו נכנסת לחופה בשעטו"מ.

ד. מצוות האשה להינשא

בעלי התוס' (כתובות ד' ע"א ד"ה אבל) כתבו שאפילו אם יש לאיש בנים, מותר לו לישא אשה תוך י"ב חודש על אביו ואמו, משום "בבוקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידך". והנה פסוק זה הוא מדברי קבלה (קוהלת י"א ו'). ומכאן למדנו שגם מצוה מדברי קבלה דוחה אבילות זו, של י"ב חודש. וא"כ יש לומר באשה, שאף כי אינה מצווה על פריה ורביה, אך מ"מ היא מצווה במצוות "לא תוהו בראה לשבת יצרה", שהיא מדברי קבלה (ישעיהו מ"ה י"ח, גיטין מ"א ע"ב. ועי' לקמן סי' ס"ז אות א'). וא"כ יש לומר שהאבילות נדחית מפני מצוות "שבת" המוטלת עליה.

ועי' תוס' (ב"ב י"ג ע"א ד"ה שנאמר), שם נחלקו ר"י ור"י בר מרדכי: לדעת ר"י בר מרדכי יש מצוות "שבת" גם בעבד ואשה, אע"פ שהם פטורים מפריה ורביה. ואילו לדעת ר"י אין בהם מצוות "שבת", אלא שמצוות פריה ורביה היא מצוה רבה משום שיש בה יישוב העולם. אך מי שלא מקיים פריה ורביה, גם "שבת" אין לו. (ועי' לקמן סי' ס"ט אות ד').

ועיין תוס' (חגיגה ב' ע"ב ד"ה לא) שנקטו כדעת הר"י בר מרדכי, והביאו ראיה מהירושלמי במו"ק (פ"א ה"ז). ובמקום אחר (גיטין מ"א ע"ב תוד"ה לא) הביאו ראיה להר"י בר מרדכי מהירושלמי שם (וכן מהירושלמי גיטין פ"ד ה"ה).

וא"כ לדעת הר"י בר מרדכי, שהאשה מצווה ב"שבת", יש ללמוד שהיא מותרת להינשא בתוך י"ב חודש, ק"ו ממצוות "בבוקר זרע את זרעך", שכתבו התוס' שדוחה אבילות. מיהו לשיטת הר"י, החולק וסובר שאין מצוות "שבת" באשה, אי אפשר להתיר לאשה להינשא בזמן אבילותה. ואכן הבית־שמואל (אה"ע סי' א' ס"ק ב') פסק כדעת הר"י, שאשה פטורה מ"שבת". אך הט"ז (ס"ק ב') חולק וסובר שגם אשה חייבת ב"שבת", ולפי דעתו יוצא שמותר לה להינשא בתוך י"ב חודש.

ונראה לענ"ד להכריע כך: הנה הר"ן (לרי"ף קידושין ט"ז ע"ב סד"ה גמ') הקשה: מדוע אומרת הגמ' שם (מ"א ע"א) לענין קידושין, שמצוה בה יותר מבשלוחה, הרי היא לא מצווה על הקידושין? ותירץ שמכיון שהיא מסייעת לבעלה בקיום המצוה, גם לה יש צד מצוה, מפני שבלעדיה אי אפשר לקיים את המצוה. ובקרבן־

נתנאל (לרא"ש קידושין פ"ב סי' א' אות א') תמה עליו, שהרי היא מצווה ב"שבת", כמו שכתבו התוס' (שהבאנו לעיל). ויש לתמוה על הקרבן־נתנאל: מהי קושייתו על הר"ן, הרי בתוס' (בב"ב ובגיטין) מבואר שהר"י חולק על הר"י בר מרדכי, וא"כ הר"ן סובר בפשיטות כדעת הר"י? (ועי' תורה תמימה בראשית א' כ"ח אות ס"ה, ולנימוקו השני אתי נמי שפיר בנד"ד).

עכ"פ ממה נפשך האשה מקיימת מצוה: אם משום "שבת", לדעת הר"י בר מרדכי; אם משום שמסייעת לבעל לקיים את מצוותו, כדעת הר"י והר"ן (ולפי הט"ז, גם לר"י חייבת ב"שבת").

ובחידושי אנשי־שם (לרי"ף קידושין ט"ז ע"ב אות א') הקשה מהגמ' (יבמות ס"ה ע"ב), שם נאמר שאשה יכולה לתבוע להתגרש מבעלה כשאינו יכול להוליד, ואף לקבל כתובה, בטענה דבעיא חוטרא לידה ומרא לקבורה. והקשה בחידושי אנשי־שם: מדוע לא אמרה הגמ' שם שטענתה היא שרוצה ילדים משום שרוצה לקיים את המצוה המוטלת עליה, שהרי היא מצווה לסייע למצוות פריה ורביה? וכן יש להקשות לדעת הראשונים הסוברים שיש מצוות "שבת" באשה, מדוע לא אמרה הגמרא שרצונה לקיים מצוות "שבת"? אלא שאת קושיית החידושי אנשי־שם על הר"ן לא זכיתי להבין, הרי שם היא תובעת להוציאה בכתובה, וזה שייך רק אם באה בטענה; וזו אינה טענה, שרוצה לסייע לדבר מצוה, שכיון שאין זו מצוה ממש אלא רק **סיוע** לקיום מצוה, אין זו טענה מספיקה לתבוע כתובה. וכן יש לומר לגבי מצוות "שבת", שאינה טענה חזקה דיה כדי לתבוע כתובה. מיהו בזה אפשר לומר שמצוות "שבת" היא חמורה, שהרי כופין את הרב לשחרר את עבדו בגללה. מיהו שם יש לומר שהעבד יקיים מצוות פריה ורביה לכשישתחרר.

ועוד יש להקשות על החידושי אנשי־שם: הרי כל טענתה היא שרוצה לסייע לבעלה בקיום המצוה. אך הוא, הרי אינו יכול לקיים את המצוה. א"כ איזו טענה יש לה, הרי בכלל אין לה למי לסייע? וצ"ע. (ובענין "שבת" עיין העמק־שאלה שאילתא קס"ה אות ב'. ועי' יד־אברהם, לשו"ע יו"ד סי' קפ"ד סעי' ב' ד"ה בשעת).

עוד יש לומר עפ"י הב"ח (סי' שצ"ב ד"ה תניא) שהביא את דעת הרמב"ם (הל' אבל פ"ו ה"ח), שמי שלא קיים מצוות פריה ורביה ומתה אשתו – מותר לישא תוך ל', ולא יבוא עליה עד לאחר ל'. והקשה הב"ח: א"כ לשם מה נשאה? ותירץ שהחופה עצמה, שהיא הכנה לקיום מצוות פריה ורביה, מצוה גדולה היא. וא"כ יש לומר שהכנה לפריה ורביה יש לדמותה לסיוע לפריה ורביה; ויש להתיר לאשה לסייע במצות פריה ורביה כשהיא אבילה. (מיהו יש לחלק: שהרי חופה, אף שהיא רק הכנה, התורה החשיבה אותה כמצוה בפני עצמה, מה שאין כן במצוות האשה בנישואין).

ה. מכירת ספר־תורה לצורך נישואי אשה

ועוד נראה לומר שבעייתנו תלויה במחלוקת האחרונים בענין מכירת ספר־תורה כדי להשיא יתומה: לדעת הבית־שמואל (אה"ע סי' א' ס"ק ב'), הט"ז (ס"ק ב') והמג"א (או"ח סי' קנ"ג ס"ק ט'), מוכרין ספר־תורה כדי להשיא יתומה. כלומר, שמצוות נישואין – גם של האשה – מצוה רבה היא, ומתירה איסור מכירת ספר־תורה. ומסתבר שמצוות מכירת ספר־תורה חמורה יותר מאבילות; כי מכירת ספר־תורה היא פגיעה בכבוד ה', ואילו אבילות י"ב חודש על אביו ואמו היא כבוד בשר ודם. ונראה שלדעתם יהיה מותר ג"כ לדחות אבילות כדי להשיא אשה. אך לדעת החלקת־מחוקק (אה"ע שם ס"ק א') אסור למכור ספר־תורה לשם כך. ולדעתו יתכן שאסור לדחות אבילות משום נישואי אשה.

ולמעשה, גדולי הפוסקים הכריעו כדעת המג"א וסיעתו (עי' משנ"ב סי' קנ"ג ס"ק כ"ד, ערוה"ש סעי' ט"ו).

תשובה

למעשה נראה שיש להתיר לאשה זו להינשא, בצירוף השיקולים הבאים:

א. מצינו שהרבה פוסקים סוברים כר"ת, שאפילו בלא הפסד מותר לשאת אבילה תוך ל'.

ב. כאן מדובר לאחר ל', אך תוך י"ב חודש; ומקרה זה קל יותר.

ג. כל החיוב באבילות י"ב חודש הוא רק משום כיבוד אב ואם, ומסתבר שאביה של הכלה היה מוחל לה על כך.

ד. אף אם האב לא היה מוחל, ספק אם היא חייבת לשמוע בקולו בנד"ד, שיש בו צד מצוה.

ה. יש לומר שגם אשה חייבת להינשא. ומכיון שיש לה צד מצוה בדבר, המצוה דוחה את האבילות, כפי שמצוות "ולערב אל תנח ידך" דוחה את אבילותו של האיש.

ו. מצינו שמותר למכור ספר־תורה לשם נישואי יתומה, והוא הדין לנד"ד.

ז. מצב זה הוא שעת הדחק, שאם לא יקיימו את החתונה עכשיו, ידחו אותה בכחצי שנה, ועלולים לבוא לידי איסורים שונים; וא"כ יש כאן צד של "לאפרושי מאיסורא".

לכן נראה שעדיף לקיים את החתונה במועד המתוכנן, ותהיה זו נחת רוח לאב הנפטר.

סימן סד

איסור "בל־תשחית" בקריעה לאחר זמנה

ראשי פרקים

שאלה
א. השחתה לצורך סובייקטיבי
ב. קריעה על רבו ממידת חסידות
ג. ראיות נוספות
ד. פסק ה"אור זרוע"
תשובה

שאלה *

במשפחה אחת מת ילד. מרוב טרדה בזמן הלוויה והקבורה, שכחו לקרוע; ועתה נזכרו, אחרי השבעה. ההורים השכולים רוצים מאוד לקרוע, כי חוששים להתחייב מיתה בידי שמים (עי' מו"ק כ"ד ע"א). והשאלה היא, האם מותר לקרוע לאחר ימי השבעה, או שמא יש בזה משום "בל־תשחית" (עי' שו"ע יו"ד סי' ת"ב סעי' ד')?

א. השחתה לצורך סובייקטיבי

חיוב קריעה על בן מסתיים כתום השבעה, כמבואר בשו"ע (יו"ד סי' שצ"ו סעי' א'). מיהו לגבי היתר הקריעה, נראה לומר שאין בזה משום "בל־תשחית", משום שקורע לצורך, לפי דעתו. ואע"ג שאינו מחוייב בדבר, מ"מ אינו קורע לשם השחתה, ולכן נראה שאינו עובר ב"בל־תשחית".

וכן משמע מלשון הרמב"ם (הל' מלכים פ"ו ה"ח), שכתב:

...כל הקוצץ אילן מאכל **דרך השחתה** – לוקה, אבל קוצצין אותו אם היה מזיק אילנות אחרים... לא אסרה תורה אלא דרך השחתה.

ובנד"ד, אף שההורים השכולים טועים במה שסוברים שיש עוד חיוב קריעה אחרי ה"שבעה" – ובוודאי לא יתחייבו עונש, שהרי אין לך אונס גדול מזה שטרודים היו באבלם על יקירם שנלקח מהם – מ"מ לפי טעותם אין כאן "בל־תשחית". ומכיון שאינם עושים דרך השחתה, אלא דרך מצוה לפי דעתם, אין צריך למנוע זאת מהם.

ולא תהיה קריעה זו חמורה יותר משריפה על המלכים (עי' ע"ז י"א ע"א) וכדו'. שאף שאין כל

* שבט תש"ל.

חיוב בדבר, כיון שעושים כך לכבוד המת (או לפי שסבורים שהוא כבוד המת) — **אין בכך משום "בל־תשחית". והוא הדין כאן.** (מיהו בכל זאת יש לחלק. דהתם, כיון שנהגו כך, הוי כעין חיוב לעשות כן למת. מה שאין כן הכא, שאין מנהג כלל לקרוע אחרי ז'). **אך הנה במסכת חולין** (ז' ע"ב) **מובא ויכוח בין ר' פינחס בן יאיר לבין רבנו הקדוש בענין פרדותיו של רבי, ושם נאמר:**

שמע רבי, נפק לאפיה, אמר ליה: ...עקרנא להו (לפרדות) – איכא צער בעלי חיים! קטילנא להו – איכא "בל־תשחית"!

והרי שם היה צורך בדבר כדי למנוע את הנזק שהפרדות היו עלולות לגרום! וע"כ יש לומר שכיון שרבי סבר שאין צורך להורגן, והריגתן אינה אלא מידת חסידות בעלמא, וגם ר' פינחס בן יאיר הודה לו בעיקר הדין, אלא שהחמיר על עצמו — א"כ היה אסור לו להשחית אותן! (וכן כתב בתרוה"ד, פסקים וכתבים סי' ק"ה). **ורואים מזה שכדי שהמצוה תתיר את איסור "בל־תשחית", צריכה מצוה זו להיות חיוב לכו"ע, ולא מדת חסידות לאיש אחד בלבד. ואולי שם, מכיון שרבי לא רצה להורגן אלא כדי להפיס את דעתו של ר' פינחס בן יאיר, אמר לו ר' פינחס בן יאיר שלשיטתו של רבי הרי יש בזה משום "בל־תשחית", שכן רבי לא היה הורגן לצורך לפי דעתו. אבל אה"נ, אילו היו לו לר' פינחס בן יאיר עצמו פרדות משלו, היה מותר לו להורגן לפי דעתו.**

וכך מוכרחים ליישב לדעת ספר חסידים (סי' תתע"ט), שכתב שמשום "זה א־לי ואנווהו" מותר להשחית דבר שאינו נאה כדי לעשות דבר יותר נאה, ואין בו משום "בל־תשחית". ומוכח מדבריו שאין הכרח במצוה ממש כדי שלא לעבור על איסור "בל־תשחית", ודי בצורך כלשהו. ומסתבר שהוא הדין למידת חסידות (ועי"ש סי' תרס"ז).

ב. קריעה על רבו ממידת חסידות

והנה, כעין זכר לדבר, מצינו היתר קריעה שלא בחיוב, במסכת ברכות (מ"ב ע"ב – מ"ג ע"א), **שם נאמר:**

כי נח נפשיה דרב, אזלו תלמידיו בתריה (רש"י: דקברוהו בעיר אחרת) ...קם רב אדא בר אהבה, אהדר קרניה לאחוריה וקרע קריעה אחרינא. אמר, נח נפשיה דרב...

ומכאן משמע שמותר לקרוע קריעה נוספת אפילו שלא בשעת חימום, ואין בזה משום "בל־תשחית". (ואע"פ שיכול להיות ששם היה הדבר בתוך שבעת ימי האבילות; אלא שבכל זאת יש לומר שלאחר שכבר קרע פעם אחת, כלאחר ז' דמי, וצ"ע).

מיהו מו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל (עיינים למשפט שם מ"ג ע"א ד"ה אהדר) **הביא את דברי הפר"ח** (חידושי מים חיים על הרמב"ם, הל' ת"ת פ"ה) **שהוכיח מכאן כדעת הרמב"ם** (הל' אבל פ"ט ה"ב־ה"ג), **שעל רבו חייב לקרוע את כל בגדיו עד שמגלה את לבו, ולכן רב אדא קרע כאן קריעה נוספת. כי בקריעה הראשונה לא קרע את כל בגדיו. אלא שעל כך יש להקשות, א"כ מדוע לא קרע כהלכה כבר בקריעה ראשונה, ומדוע המתין עד כאן? וצ"ע. עכ"פ לדעה החולקת על הרמב"ם** (דעת הרמב"ן, הראב"ד והרא"ש. שתי הדעות מובאות בשו"ע סי' ש"מ סעי' ח'), **בוודאי יש הוכחה מספקת לכך שקריעה נוספת אין בה משום "בל־תשחית".**

אך באמת אין מכאן ראיה, מפני שבמסכת מו"ק (כ"ד ע"א) **נאמר:**

...אמרו ליה לשמואל, נח נפשיה דרב. קרע עליה תליסר מני... שאני רבנן, דכיון דכל שעתא מדכרי שמעתייהו, כשעת חימום דמי.

והתוס' (ד"ה וכל) **מסיקים בזו הלשון:**

ולי נראה דבכל שעה שיוכל להתחמם על מתו, אפילו לזמן מרובה אחר מיתתו – קרוי שפיר בשעת חימום; כמו שאמרו ברבנן משום דמדכרי שמעתייהו, ה"ה נמי בכל מת...

והריטב"א (ד"ה שם א"ר) **כתב:**

והא דאמר שמואל, כל קרע שאינו בשעת חימום אינו קרע – פירש ר"י ז"ל שזהו למי שקרע כבר, שאין לו לחזור ולקרוע, ואיכא משום "בל־תשחית". הא למי שלא קרע בשעת חימום, מודה הוא דהוי קרע...

(אך מדבריו משמע שהתיר רק בתוך ז' ולא אח"כ). **וכן**

כתב המאירי (ד"ה כל), שיש בכך משום "בל־תשחית".

וכך נאמר במסכת בבא קמא (צ"א ע"ב):

אמר ר' אלעזר: שמעתי, שהמקרע על המת יותר מדאי, עובר משום "בל־תשחית".

ומדברי הריטב"א נראה שיש לחלק בין הקורע יותר מדי, לאחר שכבר קיים את מצוות הקריעה כמאמרה, לבין מי שלא קרע כלל עד כה. ומי שעדיין לא קרע כלל, יתכן שאינו עובר משום "בל־תשחית", אף שאינו מחוייב בקריעה, מ"מ כשעת חימום דמי, ושרי. ומה שכתבו התוס' (מו"ק כ"ד ע"א ד"ה וכל) סברה הפוכה, שמי קרע כבר יש יותר מקום לחייבו בקריעה נוספת ממי שלא קרע כלל, עי' במהרש"א (ד"ה בד"ה וכל) שהקשה עליהם. ועכ"פ התוס' בתירוץ האחרון חולקים על כך, וסוברים שכל שעה שיכול להתחמם על מתו, אפילו לזמן מרובה אחר מיתתו, קרויה שפיר שעת חימום.

ועיין שד"ח (כללים, מערכת ה־ב' סי' מ"ז, ח"א עמ' 435־440) שחקר בגדרי "בל־תשחית", והקשה: היאך התירו חכמים קריעה? והתשובה הפשוטה היא, שכל קריעה לצורך אינה בכלל "בל־תשחית". יתירה מזאת כתבו התוס' (קידושין ל"ב ע"א ד"ה רב), שהזורק ארנקי לים כדי להטיל אימה על אנשי ביתו, אינו עובר משום "בל־תשחית", כיון שיש בדבר צורך לדעתו.

העולה מזה הוא שכל דבר שיש לאדם צורך בו, אינו בכלל "בל־תשחית". וגם קריעה על מתו אחרי זמנו, כל שיש בו חימום – לצורך תיחשב, והיא מותרת.

ג. ראיות נוספות

נאמר במשנה במסכת שבת (ק"ה ע"ב):

הקורע בחמתו ועל מתו (שאינו חייב בו) וכל המקלקלין – פטורין.

ואם לדעתו של הקורע יש צורך בקריעה, הרי יש בו תיקון! שכן לפי מה שכתבנו לעיל (אות ב') לענין "בל־תשחית" יש כאן תיקון, ומיגו דהוי תיקון לענין "בל־תשחית", הוי תיקון אף לענין שבת! וממה שנאמר שאינו חייב בשבת, ע"כ צריך לומר שיש כאן השחתה. וצ"ע. ואולי יש לחלק ביניהם, שלענין שבת צריך תיקון חיובי, אך לענין "בל־תשחית" די לנו שאין השחתה באופן שלילי. אך בתוס' (חולין ח' ע"א ד"ה מותר) מבואר להיפך, שבשבת תיקון כלשהו מספיק כדי שייקרא מלאכת מחשבת. וצ"ע.

ועיין היטב בתוס' (ד"ה הא), מדבריהם משמע שיש חילוק בין הקורע בחמתו כדי להטיל אימה על אנשי ביתו, שנחשב לתיקון, לבין הקורע על מת שאינו חייב בו, שנחשב לקלקול. ונראה שאין התוס' מתחשבים רק בדעתו שלו אלא גם בדעתנו, ולנו נראה שקריעה כדי להטיל אימה, נראית כתיקון; ואילו קריעה על מת שאינו שלו נחשבת קלקול. אך לשיטת רש"י (ד"ה הא ר' יהודה), חילוק זה אינו מוכרח. (ועי"ש במהרש"א, ד"ה תוס'). ומשמע שאין איסור "בל־תשחית" בקריעה שאינה מצוה.

ואולי יש להביא ראיה מקטן, שאינו חייב בקריעה, ובכל זאת קורעים לו משום עגמת נפש (מו"ק כ"ו ע"ב).

אך ניתן לדחות ולומר שאין ראיה מקטן, מפני שבעצם הוא בר־חיובא, אלא שבגלל גילו לא התחייב עדיין. אלא שהדבר תלוי בגדר פטורו של קטן ממצוות, אם אינו בר־חיובא כלל ועיקר, או שבעצם הוא בר־חיובא, ורק משום שעדיין אינו בר מצוה, הרי הוא פטור. ועי' חלקת יואב (או"ח סי' א'). מיהו לענין קריעה יש לומר שהדבר תלוי בדעת; וקטן, שאינו בר דעת, אינו בר חיובא כלל בקריעה; ובכל זאת קורעין לו משום עגמת הנפש שלנו. ומוכח כנ"ל שגם קריעה שאינה חובה – מותרת.

ועיין שד"ח (מערכת א"י אות ו', ח"ו עמ' 139) שהביא את פקפוקי הפוסקים ביחס לשריפת בגדים יקרים בהילולא דרשב"י בל"ג בעומר במירון. ועי' מה שכתב הגרש"י זווין ("המועדים בהלכה" עמ' ש"ב־ש"ג) בשם שו"ת ר' שמואל העליר (בקונטרס "כבוד מלכים") שהתיר, משום שאינו עושה דרך השחתה. ולדעתו איסור "בל־תשחית"

קיים רק כשאין לו שום טעם והנאה, אלא גוף ההשחתה. וא"כ אע"פ ששריפת בגדים יקרים על קברו של רשב"י אינה מצוה, לא מן התורה ולא מדרבנן, אלא שכן נהגו לכבוד התנא, ולכן אין בזה משום "בל־תשחית"; הוא הדין לקריעה זו, אף שאין בה מצוה, אך הוא לדעתו סובר שחייב לעשותה, שק"ו הוא שאין בה "בל־תשחית". (ועיין ס' "ראשית ביכורים", על מס' בכורות עמ' 50־49, בענין "בל־תשחית" בדבר שחיובו מספק).

ד. פסק ה"אור זרוע"

והנה העולה מכל האמור הוא, שאם אדם סובר שעושה דבר לצורך – אין בו משום בל־תשחית, גם אם אינו נחשב כצורך לכל העולם. דעתו הסובייקטיבית של העושה היא הקובעת. וקשה איפוא ממה שהבאנו בתחילת דברינו מפסק הרמ"א (סי' ת"ב סעי' ד') בשם האור־זרוע, שבמקום שאין לו לקרוע אסור להחמיר על עצמו ולקרוע. אמנם אנו סוברים שקריעה זו מיותרת; אולם הוא הרי סבור שקורע לצורך מצוה, ומדוע אסור לו לקרוע?

ולכן נראה לענ"ד לומר שלכתחילה עלינו להורות לאדם כזה שלא יקרע, ואם יקרע, הרי הוא עובר על בל־תשחית. ואע"פ שהוא רוצה להחמיר על עצמו, אין הוא אלא הדיוט, ואסור לו לקרוע. אך אם בכל זאת הוא חש צורך אישי לקרוע – אה"נ, אין אנו יכולים לאסור עליו את הקריעה. כי "לב יודע מרת נפשו"; ואם הוא מרגיש צורך לקרוע למרות שהדבר מיותר עפ"י ההלכה – בדיעבד קריעה זו אינה השחתה, והיא מותרת.

תשובה

למעשה נראה שבנד"ד אמנם הם פטורים מלקרוע, ומן הראוי לכתחילה למונעם מלקרוע. אך אם אי אפשר למנוע אותם מכך, משום שמרגישים צורך לקרוע – אין בכך משום "בל־תשחית".

סימן סה

הפרשי שעות באבילות על ליקוט עצמות

ראשי פרקים

שאלה
א. הפרשי שעות בקביעת יום השנה
ב. הפרשי שעות בביעור חמץ
ג. גדר האבילות בליקוט עצמות
תשובה
מסקנות

שאלה *

לתושב ישראל נודע שביום מסויים מלקטים את עצמות אביו שנקבר בארה"ב, כדי לקוברן בארץ. ביום ליקוט העצמות, הבן חייב לנהוג מנהגי אבילות. והאבילות על ליקוט העצמות מתחילה מרגע התחלת הליקוט ומסתיימת בערב (שו"ע יו"ד סי' ת"ג סעי' א', ולענין שמועה עי' סעי'

* מרחשוון תשל"ז.

ה'). הבן שואל, עד מתי נמשכת האבילות? הבעיה כאן היא, האם האבילות מסתיימת בערב של מקום הליקוט, שהוא בארה"ב, או בערב של המקום שבו הבן נמצא, דהיינו בארץ? מצב כזה מתרחש כאשר הליקוט נעשה בבוקר בארה"ב, שהיא שעת אחה"צ כאן בארץ. ומאחר ששעת השקיעה בארה"ב היא כבר יום חדש בארץ, אולי יש צורך להמתין עם סיום האבילות עד הערב שלמחרת (בארץ).

א. הפרשי שעות בקביעת יום השנה

מצאתי בס' "שערים המצוינים בהלכה" (ח"ד סי' רכ"א ס"ק ד') שדן לענין יום השנה (יאר־צייט). ושאלתו היא במי שנפטר בצד זה של העולם, והיה לו בן בצד אחר – אימתי הבן ינהג את יום השנה, לפי מקומו של הנפטר או לפי מקומו של הבן? וכתב שם שאם יהיו לו שני בנים, האחד כאן והשני שם, ושניהם ייפגשו, וכל אחד ישמור את יום השנה ביום אחר, הוי כחוכא ואיטלולא. ומתוך כך הסיק שיש לקבוע את יום השנה לפי מקומו של הנפטר.

אך נראה שיש לחלק בין מקרה זה לנד"ד. שם יום השנה הוא תאריך ידוע. וכיצד יתכן שבן אחד שומר תאריך זה ובן אחר תאריך אחר? אך בנד"ד אין תאריך מסויים, אלא מצוה לנהוג אבילות עד הערב; והשאלה היא, עד איזה ערב. מסתבר לומר שכל אחד יתאבל לפי הערב שלו. וכמו בכל חג ושבת, שכל מקום הולך אחר שקיעת השמש אצלו, הוא הדין כאן, ואין כאן חוכא ואיטלולא.

ובר מן דין, בנד"ד אין אפשרות ששני האחים ייפגשו במקום אחד. ולא דמי ליום השנה, שייתכן ששני האחרים יזדמנו בשנה אחת למקום אחד, וכל אחד מהם ישמור יום אחר. מה שאין כן בנד"ד, שכרגע כל אח נמצא במקום אחר, ואין להם יכולת להיפגש **היום** במקום אחד. מיהו יתכן מצב של סתירה גם בנד"ד, כגון שליקטו את העצמות בארה"ב ביום א' בצהרים, שהוא יום ב' בארץ ישראל, והאח הנמצא בא"י יטוס לארה"ב בליל ב', ויגיע לשם ביום ב', לאחר שהאח הנמצא בארה"ב גמר את אבילותו אתמול, בעוד שהאח מא"י ינהג אותה היום. וצ"ע. (ועי' גשר־החיים, ח"א עמ' שמ"ר־שמ"ז שחילק בין יום השנה לבין אבילות).

ב. הפרשי שעות בביעור חמץ

כעין זה נשאל ה"עונג יו"ט" (סי' ל"ו) ביחס לחמץ: מי שגר כאן והחמץ שלו נמצא באמריקה, מתי הוא עובר על "בל יראה" ו"בל יימצא", כשמגיע זמן האיסור במקום שבו נמצא ה"גברא" או במקומו של ה"חפצא"? עי"ש שהסיק שהולכים אחר מקומו של ה"חפצא". ובס' "מועדים וזמנים" (ח"ג בסופו, עמ' קס"א־קס"ד) כתב להיפך, שהולכים אחר ה"גברא". אלא שכל זה בחמץ, ובחמץ יש מקום לומר שהאיסור הוא איסור "חפצא"; שהרי גם חמץ של הפקר נאסר בהנאה כשמגיע זמן איסורו. ולכן יש מקום לומר כדברי ה"עונג יו"ט", שגם ה"גברא" אינו עובר אלא כשה"חפצא" נאסר. ומאידך יש לומר שאיסור בל־יראה ובל־יימצא חל על ה"גברא", והראיה, שנאמר "ולא יראה **לך** חמץ". לכן יש מקום להסתפק בשאלה זו.

ועי' שו"ת ארץ־צבי (סי' פ"ג). ובהגהות (מכת"י המחבר) הביא ראיה מהמשנה במסכת מעשר־שני (פ"ד מ"א), שם נאמר:

> המוליך פירות מעשר־שני ממקום היוקר למקום הזול, או ממקום הזול למקום היוקר – פודהו כשער מקומו.

ומכאן, שאם הבעלים במקום אחד והפירות במקום אחר הולכים אחר מקום הפרי. והטעם שם הוא שפודה כשער מקומו, ומשום שאין לך בהקדש אלא מקומו ושעתו (ע' ערכין כ"ד ע"א). ועי' רא"ש (קידושין פ"א סי' י"ז) שהקשה מהגמ' בערכין על הדין שנאמר בקידושין (י"ב ע"א), שהמקדש בתמרה שאינה שווה פרוטה – חוששין לקידושין, שמא שווה פרוטה במדי. ושם הרי מדובר כשהאיש והאשה, ואף התמרה עצמה, נמצאים כולם כאן, ולא במדי! ולכן כתב

הרא"ש שחשש זה, שנאמר במקדש בפרוטה, אינו אלא מדרבנן. ומתוך דיון זה יוצא שכאשר הפרי במקום אחד והבעלים במקום אחר, אכן הולכים לפי מקום הפרי.

ועפ"י זה כתב בארץ־צבי שהוא הדין בחמץ, שהולכים אחר מקומו של החמץ ולא אחר מקומם של הבעלים.

אך יש לדחות. שהרי גם אדם אחר יכול לפדות מע"ש, וא"כ זהו דין ב"חפצא". אמנם הבעלים מוסיפים חומש, אך בכך לא מופקע חיוב ה"חפצא" מהפרי (ועי' אתוון דאורייתא סי' ג' דף ט' ע"ב. ועי' כובע ישועה, מובא באוצר מפרשי התלמוד ב"ק ס"ח ע"ב הע' 81); אך החמץ, יתכן שהוא חיוב "גברא".

וכן אבילות של ליקוט עצמות, יתכן שהיא דין ב"גברא" ולא דין ב"חפצא". שהרי הבן הוא החייב להתאבל כשמלקטים את עצמות אביו, ולכן הזמן נקבע לפי המתאבל ולא לפי העצמות.

ובשו"ת "אבני זכרון" (ח"ב סי' פ"ז) דן לענין יום שמועה, אי אזלינן בתר מקום השומע או מקום הנפטר, ודימה זאת לחמץ (ועי' "שערים המצויינים בהלכה" סי' קי"ג ס"ק א', סי' ר"ו ס"ק ב').

ולענין חמץ, אם הוא איסור "גברא" או "חפצא", עי' חלקת יואב (מהד"ת סי' כ') וצפנת פענח (הל' חמץ ומצה פ"א ה"ו), שתלו את השאלה במחלוקת שבין ר' שמעון ור' יהודה, אם חמץ שעבר עליו הפסח אסור מהתורה. ולפי זה להלכה, דקיי"ל כר' שמעון, הסובר שחמץ שעבר עליו הפסח מותר מהתורה, האיסור הוא איסור "גברא". אך בחלקת יואב שם הסיק שבכל זאת חמץ של ישראל הוא איסור "חפצא". וייתכן לתלות את השאלה במחלוקת הראשונים אם חמץ שמו עליו, ואיסורא בלע, או היתרא בלע (עי' ב"י או"ח סי' תנ"א ד"ה כלים). מיהו יש להבחין בין איסור בל־יראה ובל־יימצא לבין איסור הנאה מחמץ. (ועי' מחלוקת הראשונים בפסחים, תחילת פרק ג'). וא"כ יתכן שאחד מהם הוא איסור "חפצא", והשני – איסור "גברא". והדברים צ"ע, ואכמ"ל.

ג. גדר האבילות בליקוט עצמות

וא"כ יש לחקור בגידרה של האבילות בליקוט עצמות. ונראה שיש שתי דרכים לומר בענין זה:

א. זוהי חובת האבל; שע"י ליקוט העצמות של קרובו, הרי הוא כמי שהמת נפטר עבורו פעם נוספת.

ב. חובה זו נובעת מן העצמות של המת; שכיון שמלקטים אותן, לא יתכן שהדבר לא יעורר כל רושם ויישאר ללא תגובה מצד הקרובים.

מדברי הנמוק"י (לרי"ף מו"ק ט"ו ע"ב ד"ה מתאבל) משמע כצד הראשון. שכן הנמוק"י כתב בטעמה של אבילות זו:

משום שרואה את אביו נעשה כעפר ואפר, חם ליבו בקרבו ודואג עליו.

אמנם מאידך יש קצת ראיה לצד השני, ממה שכתב הב"י (יו"ד סי' ת"ג ד"ה היה) בהסבר הברייתא (שמחות פרק י"ב, עפ"י גירסת הטור), שם נאמר:

ליקוט עצמות אינו אלא יום אחד בלבד. לפיכך אינו מלקטן עם חשיכה.

ועל כך כתב הב"י:

כלומר, כדי שלא יהא נמצא שלא התאבל על ליקוט עצמות אביו.

וכוונתו לומר שהוא דין בעצמות, שכן לא יתכן שהעצמות יילקטו והבן לא יתאבל עליהן. ולכן אסור ללקוט סמוך לחשיכה, משום שאז נמצא שגמר הליקוט נעשה מבלי להתאבל.

מיהו יש לדחות זאת ולומר שהוא דין ב"גברא"; וכוונת הב"י היא אחרת, ובאמת כל עצם ועצם מחייבת אותו להתאבל, משום שרואה את אביו נעשה כעפר; ובכל עצם הוא רואה זאת יותר ויותר, ומתווספת חובה על אבילותו. ולכן אם מלקטים את העצמות סמוך לחשיכה, נמצא שלא התאבל על העצמות שנלקטו אחר חשיכה. ומשום כך אסור ללקט סמוך לחשיכה.

ואולי משם יש להוכיח. שכן יש לשאול, מדוע באמת לא יתאבל גם ביום השני על המשך הליקוט? אלא ע"כ החיוב הוא חיוב "גברא", וכיון שהתאבל בתחילה – יצא; אלא שפגם יש בדבר, שממשיך ללקט ואינו מתאבל. ולכן ראוי לכתחילה לסיים את כל הליקוט ביום אחד. אך אם ליקט את העצמות במשך יומיים, האבילות של היום הראשון פוטרת אותו. ויותר מסתבר איפוא לומר שהוא חיוב "גברא". וכן כתב בערוה"ש (סעי' ב').

ועפ"י זה יש לפשוט את חקירתנו ולומר שהחיוב הוא חיוב "גברא", ולכן עליו להתאבל ביום הראשון למניינו כאן בארץ בלבד.

תשובה

למעשה נראה שמי ששמע שמלקטים את עצמותיו של אביו בחו"ל, צריך לנהוג אבילות משעת ליקוט העצמות עד לשקיעת החמה במקום שבו הוא נמצא, דהיינו בארץ.

מסקנות

א. שני אחים הגרים בארצות שונות חייבים לנהוג את מנהגי יום השנה ביום אחד, והוא יום הפטירה במקום שבו היה הנפטר.

ב. אדם הנמצא במקום אחד, והחמץ שלו נמצא במקום אחר, כאשר יש הפרש שעות ביניהם – יש מחלוקת אם זמן איסור בל־יראה ובל־יימצא נקבע אצלו לפי המקום שבו נמצא החמץ או לפי המקום בו נמצאים הבעלים. ומספק עליו להחמיר כשתי השיטות.

ג. המצוה להתאבל ביום ליקוט העצמות היא חובת "גברא", הנובעת מההתייחסות של הקרוב אל הנפטר, ולא חובת "חפצא" מצד הנפטר עצמו.

סימן סו

מניעת הריון בשעת דחק גדולה

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת הרמב"ם בחיוב פריה ורביה
ב. הקשיים בשיטת הרמב"ם
ג. שיטת ה"תורה תמימה"
ד. פריה ורביה – מצוה שאינה עוברת
ה. יישוב פסקי הרמב"ם
ו. "זריזין מקדימין" בנישואין
ז. פריה ורביה – אינה ביד האדם
ח. דחיית נישואין ומניעת הריון
ט. מצוות פריה ורביה ומצוות עונה
תשובה
מסקנות

שאלה *

מקובלנו שמי שעדיין לא הוליד בן ובת, אסור לו למנוע הריון, עד שיקיים מצוות פריה ורביה. וגם מי שכבר קיים מצוות פריה ורביה, עדיין מצווה להוסיף ולהוליד מדין "לבוקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידיך" (רמב"ם הל' אישות פט"ו הט"ז). אך ישנם מקרים רבים של שעת הדחק, שבהם יש לדון אם להתיר מניעת הריון, לפחות לזמן מוגבל.

וכאן נדון בשאלה אחת בהקשר זה: אשה שילדה מספר רב של בנים או של בנות בלידות תכופות, ובעלה עדיין לא קיים מצוות פריה ורביה. האם ניתן להתיר לה מניעת הריון?

* החלק הראשון של התשובה פורסם ב"אסיא" (כרך ד' עמ' 187־184).

א. שיטת הרמב"ם בחיוב פריה ורביה

מכיון שמקור הדברים הוא הרמב"ם, מן הראוי לעיין היטב בדבריו (הל' אישות פרק ט"ו):

(הל' א'): האשה שהרשת את בעלה אחר הנישואין שימנע עונתה, הרי זה מותר. במה דברים אמורים? בשהיו לו בנים, שכבר קיים מצוות פריה ורביה, אבל אם לא קיים, חייב לבעול בכל עונה עד שיהיו לו בנים...

(הל' ב'): האיש מצווה על פריה ורביה אבל לא האשה. ומאימתי האיש נתחייב במצוה זו? מבן שבע עשרה. וכיון שעברו עשרים שנה ולא נשא אשה, הרי זה עובר ומבטל מצוות עשה. ואם היה עוסק בתורה וטרוד בה והיה מתיירא מלישא אשה כדי שלא יטרח במזונות ויבטל מן התורה – הרי זה מותר להתאחר, שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וכל שכן בתלמוד תורה.

(הל' ג'): מי שחשקה נפשו בתורה תמיד ושגה בה כבן עזאי ונדבק בה כל ימיו ולא נשא אשה, אין בידו עוון, והוא שלא יהיה יצרו מתגבר עליו. אבל אם היה יצרו מתגבר עליו חייב לישא אשה...

(הל' ד'): כמה בנים יהיו לאיש ותתקיים מצוה זו בידו? זכר ונקבה...

ב. הקשיים בשיטת הרמב"ם

פסקים אלו של הרמב"ם מעוררים מספר תמיהות:

א. מדוע מתחייב האיש במצוה זו רק בגיל שבע־עשרה ולא בגיל שלוש־עשרה ככל המצוות שבתורה? יתירה מזו, גם גיל שבע־עשרה אינו הגיל המחייב אלא בעיקר גיל עשרים. וכן מבואר ברמב"ם, שרק בגיל זה הוא נחשב למבטל מצוות עשה. והיכן מצינו הפרדה כזו בין חיוב המצוה לבין איסור ביטולה?

ב. אמנם החלקת־מחוקק (אה"ע סי' א' ס"ק ב') העיר כבר שאע"פ שאת כל המצוות חייב לקיים מיד כשנעשה בן י"ג, מ"מ לגבי מצוה זו קיבלו חז"ל שבן י"ח לחופה. וזאת מאחר שצריך ללמוד קודם שישא אשה, והתחלת לימוד התלמוד היא מבן ט"ו ואילך. אולם גם דברים אלו מוקשים: וכי היכן מצינו היתר לבטל מצוות עשה בגלל לימוד תורה? וכבר דרשו חז"ל (מו"ק ט' ע"ב):

כתיב, "יקרה היא מפנינים וכל חפציך לא ישוו בה" – הא חפצי שמים ישוו בה. וכתיב, "וכל חפצים לא ישוו בה", דאפילו חפצי שמים לא ישוו בה! – כאן במצוה שאי אפשר לעשותה ע"י אחרים, כאן במצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים.

ואפילו רשב"י סבר שחייבים להפסיק מתלמוד תורה כדי לעשות סוכה ולולב, ורק תפילה נדחית לדעתו מפני תלמוד תורה, כמו שכתבו התוס' (ד"ה כאן, בשם הירושלמי שבת פ"א ה"ב). וכן פסק הרמב"ם (הל' ת"ת פ"ג ה"ד). וא"כ תמוה: כיצד מותר לדחות מצוות פריה ורביה מפני תלמוד תורה, והרי מצוות פריה ורביה היא מצוה שאי אפשר לקיימה ע"י אחרים?

ג. גם דברי הרמב"ם (הל' ב') תמוהים באומרו "שהעוסק במצוה פטור מן המצוה וכל שכן בתלמוד תורה". והרי אדרבה, מצוות תלמוד תורה קלה יותר מכל המצוות, שהרי היא נדחית ע"י כל מצוות עשה שאי אפשר לקיימה ע"י אחרים?

ד. ואכן המעיין היטב בלשון הרמב"ם ימצא שלא התיר לבטל לכתחילה את מצוות פריה ורביה בגלל לימוד תורה. אלא שמי שחשקה נפשו בתורה כבן עזאי ולא נשא אשה – בדיעבד – אין עוון בידו. ומשמע שלכתחילה מותר רק לדחות את המצוה, אך לא לבטלה לגמרי. וצ"ע, זאת מנין לו, ומה הסברה לחלק ביניהם? ועי' רא"ש (קידושין פ"א סי' מ"ד) שהקשה:

וקיצבה לאותו לימוד לא ידענא, שלא יתכן שיתבטל מפריה ורביה כל ימיו...

ה. בשו"ת הרשב"א (ח"ד סי' צ"א) פסק שמי שנשבע שלא לישא אשה עד זמן ידוע, שבועתו חלה, ואינו נחשב לנשבע לבטל את המצוה. וזאת משום שאין זמנה בהול, ורק

משום "זריזין מקדימין למצוות" ראוי לישא אשה בהקדם; אך אין בדחיית המצוה משום ביטול מצוה.

ואף כאן נשאלת השאלה: מדוע אינו עובר עבירה בכל רגע ורגע שלא קיים מצוות פריה ורביה?

ובשו"ת חכם־צבי (סי' מ"א ד"ה וראיתי) הביא את דברי המהרי"ט (יו"ד ח"ב סי' מ"ז ד"ה איברא) שכתב בהו"א כסברת הרשב"א. ובספר "חמדת ישראל" (קונטרס "נר מצוה" מ"ע רי"ב) הוכיח מדברים אלו של הרשב"א כסברת המהרי"ט. אולם החכם־צבי עצמו חלק על כך. וגם המהרי"ט עצמו דחה את סברת הרשב"א, וכתב שהנשבע שלא ישא אשה זמן ידוע, שבועתו בטלה. אך גם מדבריו משמע שהמדובר במי שרוצה לישא אשה, אלא שנשבע שלא ישא אשה עד זמן ידוע, שאין שבועתו חלה, שהרי הוא רוצה וחייב לישא אשה; אך מי שאינו יכול כרגע לקיים פריה ורביה בגלל אילוצים הכרחיים, כגון לימוד תורה וכדו', לא משמע שעובר עבירה בדחיית המצוה.

ועי' ב"ק (פ' ע"א): "מי שנדר... וליקח אשה בא"י, אין מחייבין אותו ליקח מיד, עד שימצא את ההוגנת לו". ומשמע ג"כ שמצוות נישואין ניתנת לדחייה. מיהו יש לדחות ראיה זו, שהרי שם לא מצא אשה הוגנת לו, והתורה לא חייבה אותו בנישואין אלא כשמצא אשה הוגנת לו, כדי שלא יעבור על "ואהבת לרעך כמוך", כמבואר בקידושין (מ"א ע"א).

מכל הנ"ל מוכח שמצוות פריה ורביה שונה מכל מצוה אחרת שבתורה, וניתן לדחותה; אלא שצ"ע מדוע.

ג. שיטת ה"תורה תמימה"

ומצאתי ב"תורה תמימה" (בראשית א' כ"ח אות ס"ה) שכתב ליישב ענין זה. הוא מסתמך על הגמ' ביבמות (ס"ה ע"ב), שם נאמר שאשה פטורה מפריה ורביה, משום שדרכו של איש לכבוש ואין דרכה של אשה לכבוש. ומכיון שמצוה זו תלויה בכיבוש, ומצוות כיבוש חלה רק בגיל עשרים – כמבואר בפרשת במדבר (א' ג'), וכדברי המשנה (אבות פ"ה מכ"א) "בן עשרים לרדוף" – הרי שאין מצוות פריה ורביה מחוייבת אלא בגיל עשרים. ואין בדבריו ליישב את כל הערותינו. אך גם מה שכתב לגבי גיל עשרים יש להעיר:

א. הרמב"ן בפירושו לתורה (בראשית א' כ"ח) מפרש את המילה "לכבוש", לא במשמעות של כיבוש מלחמה אלא במשמעות של רידוי ועבודה. וא"כ אין קשר בין מצוות מלחמה לבין מצוות פריה ורביה.

ב. הרמב"ן על התורה (במדבר א' ב') כתב שאין מקור לכך שרק בן עשרים חייב לצאת למלחמה. ולפי זה, מה שנאמר בתורה שבן עשרים בא לצבוא צבא, הכוונה היא למנין הפקודים. ומה שנאמר במשנה "בן עשרים לרדוף", אין הכרח לפרש לענין מלחמה, אלא אפשר לפרש לענין רדיפה אחר הפרנסה – שמאחר ונשא אשה, חייב לפרנסה – כמו שפירש הרע"ב בפירושו הראשון, או שהכוונה היא לרדיפת עונג מן השמים, כמו שפירש הרע"ב בפירושו השני.

ג. יש דעות בגמ' (קידושין ל' ע"א) שאפשר לאחר את מועד הנישואין עד גיל עשרים ושתים או עשרים וארבע. לדעות אלו אי אפשר לומר שגיל הנישואין תלוי במלחמה. וע"כ גם מי שסובר שחיוב הנישואין הוא בגיל עשרים אינו תולה זאת במלחמה.

ד. מדוע נקבע במשנה (אבות שם) שלכתחילה "בן שמונה־עשרה לחופה" (ולדעת הרמב"ם הכוונה היא תחילת גיל שמונה־עשרה, דהיינו גיל שבע עשרה)? מה ענין גיל שמונה־עשרה אצל צבא לדעתו?

ד. פריה ורביה – מצוה שאינה עוברת

אלא ע"כ יש לפרש כדעת החלקת־מחוקק (שהבאנו לעיל, אות א'), שגיל הנישואין נקבע בגלל לימוד התורה. וא"כ הדרא קושיין לדוכתה: מה ההיתר לדחות נישואין בגלל לימוד תורה, איפכא מסתברא?

והכרח לומר איפוא שאכן מצוות פריה ורביה

אינה תלויה בזמן ידוע וקבוע. וכשם שיש מצוות שזמנן כל היום, למשל, וכל חיובן בבוקר הוא רק משום "זריזין מקדימין למצוות" – כך גם מצוות פריה ורביה, זמנה הוא במשך כל החיים. אמנם מצוה להזדרז ולקיימה מוקדם ככל האפשר, אך אין זו חובה מיידית. לכן, אם קיימת סיבה מוצדקת – מותר לדחות את הנישואין, ועמם את מצוות פריה ורביה לזמן אחר. וכל שכן כשהסיבה לכך היא לימוד תורה, השקולה כנגד כולם. וכמו שמצינו במצוה שאפשר לקיימה ע"י אחרים, שמותר לדחותה בגלל לימוד תורה; הוא הדין למצוה שאינה עוברת, שמותר לדחותה לזמן אחר בגלל לימוד תורה.

וראיה לזה – ממה שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סעי' י"ב בהג"ה בשם רבנו ירוחם) שמצוות כיבוד אב ואם קודמת למצוה שאינה עוברת. וביאר שם הגר"א (ס"ק כ"ד) שדין זה נלמד בק"ו מהדין שמצוות כיבוד אב ואם קודמת למצוה שאפשר לקיימה ע"י אחרים: ומה מצוה שחובה לקיימה עתה, אינה דוחה כיבוד אב ואם בזמן שיש אחרים שיקיימוה; מצוה שהוא עצמו יוכל לקיים כעבור זמן, ק"ו שאינה דוחה כיבוד אב ואם. ולפי זה אף אנו נאמר שאם מצוה שאפשר לקיימה ע"י אחרים אינה דוחה תלמוד תורה, ק"ו מצוה שאינה עוברת. וכן מצאתי ב"העמק שאלה" (שאילתא ה' ס"ק ד') שהביא הוכחה זו.

ועיין יבמות (ס"ג ע"ב), שם מובא שבן עזאי אמר שאפשר לקיים פריה ורביה ע"י אחרים, ולא נקט משום שהיא מצוה עוברת. ונראה מלשונו שאמר "אפשר לעולם שיתקיים ע"י אחרים", שמצוות "שבת" בלבד היא שיכולה להתקיים ע"י אחרים. אך מצוות פריה ורביה צריכה להתקיים על ידו באופן אישי, אולם היא יכולה להתקיים בזמן אחר. וחדא מתרי טעמי נקט.

ה. יישוב פסקי הרמב"ם

ובזה מיושבות כל הערותינו על פסקי הרמב"ם במצוה זו:

מאחר שמצוה זו אינה עוברת, וניתנת לקיום במשך כל החיים – אינה דוחה את מצוות לימוד תורה. ולפי זה מובן היטב מדוע אין חיוב לשאת אשה מיד בהגיע האדם למצוות בגיל שלוש עשרה, כמו שכתב החלקת־מחוקק, משום ש"בן חמש־עשרה לגמרא". ויש להוסיף עוד, שהרי בניית בית ונטיעת כרם, דהיינו מציאת פרנסה, קודמות לנשיאת אשה, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות דעות (פ"ה הי"א). והדבר מבואר בתורה, לפי דרשת חז"ל (סוטה מ"ד ע"א). וא"כ התורה עצמה העידה על מצוה זו, שהיא ניתנת לדחייה בגלל עיכובים שונים; ואין אדם מחוייב להוליד ילדים לפני שהכין להם בסיס לפרנסתם. ומה שאומרים העולם "מאן דיהיב חיי, יהיב מזוני" (ואין מימרה כזו בש"ס) – הכוונה היא לכך שאסור לאדם להגזים בחששותיו לגבי פרנסת ילדיו. אולם לכו"ע, נער צעיר, שאין לו שום אפשרות לפרנס את עצמו, אין לחייבו לקיים מצוות פריה ורביה. וקים להו לחז"ל שרק מבן שמונה־עשרה מסוגל אדם לעמוד ברשות עצמו מבחינה רוחנית וכלכלית ולהתחייב במצוה זו; ורק מבן עשרים הוא נחשב למבטל את המצוה, אם אינו רוצה לשאת אשה.

לעומת זאת, אם חשקה נפשו בתורה, הוא רשאי לדחות את נישואיו, כאמור, משום שמצוה זו אינה עוברת. ואכן אם יבוא אדם ויאמר שאינו רוצה לשאת אשה כל ימי חייו, משום שנפשו חשקה בתורה – יעבור על ביטול המצוה, והרי הוא בכלל "הלומד שלא על־מנת לקיים". ולכן יפה דייק הרמב"ם בלשונו על בן עזאי, וכתב שאם "חשקה נפשו בתורה... ולא נשא אשה" – **בדיעבד** – "אין בידו עוון"; משום שלדעתו בן עזאי לא ביטל את המצוה, אלא רק דחה אותה לזמן מאוחר יותר, עד שנטרפה השעה ולא יכול היה עוד לקיימה. ולכן אין עוון בידו. ויש להוסיף עוד את מה שנאמר במס' חגיגה (י"ד ע"ב): "ארבעה נכנסו לפרדס... בן עזאי הציץ ומת". ומשמע שמת בטרם עת ולא הספיק לישא אשה.

וכן מצאתי להג"ר אלחנן וסרמן בקובץ הערות (סוף יבמות). ועי' ערוה"ש (אה"ע סי' א' סעי' י"ד) שתירץ

שמותר היה לו לדחות, משום שאצלו ביטול התורה היה פיקוח נפש, ודוחק. ולפלא שלא כתב כמו שתירצנו, למרות שהוא עצמו (שם סעי' י"ג) כתב כדברינו, שמצוות פריה ורביה אינה מצוה עוברת.

ו. "זריזין מקדימין" בנישואין

ולפי דברינו יוצא שהחובה לישא אשה בגיל שמונה־עשרה היא מדין "זריזין מקדימין למצוות". וכן מצאתי בשו"ת אבני־נזר (יו"ד סי' שצ"ה אות ו') שכתב שכל מצוה שאין לה זמן מוגדר, אין בה משום איסור העברה על המצוות, אלא רק ביטול דין "זריזין מקדימין למצוות". וכתב שלכן מותר לדחות את קיום מצוות פדיון הבן בשעת הצורך. והוסיף שלא מצינו שמי שנעשה בר־מצוה יתחייב מיד בזכירת עמלק או בכתיבת ספר תורה.

ויש להביא ראיה לדבריו ממה שנאמר בקידושין (כ"ט ע"ב) שמצוות פדיון הבן נחשבת למצוה שאינה עוברת, לעומת עליה לרגל, שהיא מצוה עוברת. ואם נאמר שבכל רגע שאינו פודה את בנו מבטל עשה, יצא שמצוות פדיון הבן צריכה להיות חמורה יותר מעליה לרגל. שהרי בפדיון הבן, בכל רגע ורגע שאינו פודה, הרי הוא מבטל מצוה; מה שאין כן בעליה לרגל, שעובר עליה רק פעם אחת ותו לא.

מיהו במילה מצינו מחלוקת בין הרמב"ם (הל' מילה פ"א ה"ב) לבין הראב"ד (השגה שם): לדעת הרמב"ם אינו חייב כרת עד שימות והוא ערל במזיד, ולדעת הראב"ד כל יום עומד באיסור כרת. ונמצא שלדעת הראב"ד אדם זה מבטל בכל יום ויום מצוות מילה. ולכאורה הוא הדין לפדיון הבן ומצוות אחרות. ואולי מילה שאני, שהיא מתחדשת בכל יום ויום, כי בלילה אין מלין. ודברים אלו של הראב"ד הם בניגוד לשיטת הטורי־אבן (חגיגה ט"ז ע"ב סד"ה בני) שכתב שאין המצוה מתחדשת בכל יום ויום מחדש, אלא זוהי מצוה אחת שאי אפשר לקיים אותה בלילה. ונפק"מ – שאינה מוגדרת כמצוות עשה שהזמן גרמה. אך התוס' (קידושין כ"ט ע"א ד"ה אותו) סוברים שמילה היא מצוות עשה שהזמן גרמה, וע"כ שזה משום שהמצוה מתחדשת בכל יום ויום מחדש; ובכל יום שאינו מקיים אותה, הרי הוא מבטל עשה. וייתכן שגם הרמב"ם לא אמר כן אלא בכרת, שאינו נענש עד שימות, ולא בעשה עצמו; שהרי כתב (שם): "וכל יום ויום שיעבור עליו משגדל ולא ימול את עצמו – הרי הוא מבטל עשה".

אך יש אחרונים שחילקו בין הבן עצמו, שחייב משהגדיל על כל רגע ורגע שאינו מהול, לבין האב, שלגביו דחיית המילה כשלעצמה אינה ביטול מצוה, וא"כ אין ללמוד ממילת עצמו לא למילת בנו ולא למצוות אחרות (עי' דבר אברהם ח"א סי' ל"ג, ח"ב סי' א'; חי' הגר"ח מבריסק, בשיכפול, עמ' נ"ב; זכר יצחק סי' א').

עפ"י דברים אלו של האבני נזר יש להוסיף שכמו כן לא מצינו שיתחייב מיד בנשיאת אשה, ואין בדחיית הנישואין אלא משום "זריזין מקדימין למצוות".

אלא שעדיין צ"ע, מדוע נדחית מצוות זריזות למצוות מפני תלמוד תורה? לא מיבעיא לסוברים שדין "זריזין מקדימין למצוות" הוא מדאורייתא (עי' גליוני הש"ס למהר"י ענגיל, פסחים ד' ע"א ד"ה דכתיב בדעתו, שלמד זאת מאברהם אבינו). אלא אפילו אם נאמר שהיא מדרבנן (עיין שדי־חמד, פאת השדה, כללים ז־ח'), היכן מצינו שמצוה דרבנן נדחית מפני לימוד תורה, אדרבה, הלומד תורה צריך להדר יותר בקיום המצוות, אפילו אלו שמדרבנן?

והמסתבר לומר בזה הוא עפ"י מה שכתב בשד"ח (שם) שמותר לדחות מצוה ולא להזדרז לקיימה כשיש איזו סיבה לכך, כגון הידור מצוה וכדו'.

ואע"פ שביבמות (ל"ט ע"א) מבואר ששיהוי מצוה לא משהינן, ולכן עדיף ייבום ע"י קטן הנצא כאן מייבום של גדול הנמצא במדינת הים. ועי' מג"א (סי' כ"ה ס"ק ב'). מיהו התם יש לחוש שמא הגדול לא יבוא כלל. ולכן רבו החולקים על המג"א ופסקו שרק כאשר יש חשש שמא המצוה תתבטל לגמרי, אז "שיהוי מצוה לא משהינן". אך אם יש בכוונתו לקיים את המצוה ביתר הידור, מותר

להשהות את המצוה. (עיין דעת תורה להמהרש"ם, או"ח סי' ל"ט סעי' א').

ובטעם הדבר יש לומר שהחיוב להקדים את קיום המצוה הוא משום שחיבת המצוה מחייבת זריזות בקיומה; וא"כ המתעצל בקיום המצוות, יש חשש שמא הוא מואס בהן. ולכן מסתבר שאם עסוק במלאכת שמים, אין כאן חשש מאיסה במצוה; וחיבת מצוות לימוד התורה, שהיא שקולה כנגד כל המצוות, אינה עומדת בסתירה לחיבת המצוות והזריזות בהן. ולכן מותר לעוסק בתורה לדחות מצוות שלא קבוע להן זמן. ועפ"י זה נראה לומר שיש להקל גם במי שדוחה את קיומה כשיש אילוצים אחרים. ולכן אפילו אם החיוב להיות זריז בקיום מצוות הוא מן התורה, הכוונה היא רק למצב שבו אין סיבה חיצונית המעכבת אותו מקיומה של המצוה, אלא עצלות. אך כאשר יש סיבה מוצדקת, יש להשהות מצוה. וכמו שמותר לדחות ברית מילה לסוף היום משום צורך, כך מותר לדחות פריה ורביה.

וזוהי כוונת הרמב"ם (הל' אישות שם) שכתב "שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וכל שכן בתלמוד תורה". וקשה לכאורה, הרי העוסק בלימוד תורה לא נפטר מקיום מצוה אחרת, וכמו שכתבנו לעיל! אלא כוונתו לומר שהיתר זה אמור לענין מצוות "פרו ורבו", שאין קבוע לה זמן, ורק מדין "זריזין" צריך להקדימה, ואסור לדחותה משום חיבת המצוה. ולכן, כשדוחה אותה בגלל שעסוק במצוה אחרת, אין זו הוכחה שאינו מחבב את המצוה. וק"ו הוא למצוות תלמוד תורה, שהיא כנגד כולן וחיבתה גדולה מחיבת כל המצוות, ולכן השוגה באהבת התורה אינו נחשב כאילו אינו אוהב את יתר המצוות חלילה. (ועי' שו"ת משיב־דבר ח"ב סי' נ"ג, והנראה לענ"ד כתבתי).

ואע"פ שהרמב"ם כתב (שם) "וכיון שעברו עשרים שנה ולא נשא אשה הרי זה **עובר, ומבטל** מצוות עשה" – כוונתו היא למי שאינו טרוד במצוה אחרת, והוא דוחה את מצוות הנישואין משיקולים אחרים, שאין בהם יחס של חשיבות לתורה ומצוותיה. ועליו יש לומר שהרי זה כאילו עובר ומבטל את המצוה.

ובספר חמדת־ישראל (קונטרס נר מצוה, מצוות עשה רי"ב) כתב שאם נאמר שמצוות "פרו ורבו" היא הווית הבנים, א"כ לדעה הסוברת (יבמות ס"ב ע"א) שאם מתו בניו לא קיים המצוה, וכל רגע ורגע שהבנים קיימים מקיים מצוה, יוצא שבכל רגע ורגע שאין לו בנים הרי הוא מבטל מצוה. ולפי זה מצוה זו היא מצוה עוברת. אך נראה שלא מסתבר לומר כך. שהרי אפילו לדעה זו, לא הווית הבנים היא המצוה, אלא שאם מתו לא יצא עדיין ידי חובה. וכמו שדייק החמדת ישראל עצמו (שם) מדברי הרמב"ם, יעוי"ש. (ובין אם נאמר שהביאה היא המצוה, ובין אם נאמר שהווית הבנים היא המצוה – הכוונה היא שהאדם חייב שיהיו לו בנים, אך העדר הבנים אינו ביטול המצוה. ועי' לקמן סי' ס"ט אות א').

ולפי הסבר זה, שמצוות פריה ורביה היא מצוה שאין לה זמן מוגדר, יש לומר שמה שהשתבחו האמוראים בכך שנישאו בגיל מוקדם, זה היה רק כדי שיצרם לא יתגבר עליהם, אך לא משום "זריזין מקדימין" למצוות פריה ורביה.

ז. פריה ורביה – אינה ביד האדם

אלא שלא די בכל זה. שכן יש להעיר עוד ממה שאומרת הגמ' (יבמות ס"ב ע"ב) שאע"פ שיש לו בן ובת, מקיים מצוה בכל בן נוסף, שנאמר "בבוקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידיך". וא"כ מי שדוחה את מצוות "פרו ורבו" בגלל תלמוד תורה, בהכרח ממעט את האפשרות שיהיו לו יותר בנים, ואינו יכול לקיים את מצוות "לערב" כהלכתה. ובין אם נאמר שהיא מצוה מדברי קבלה ובין אם נאמר שהיא מצוה מדרבנן (עי' מנ"ח, מצוה א' ס"ק ג' שהסתפק בזה) או שהיא מצוה קיומית – הרי לא מצינו שהלומד תורה נפטר ממצוות כאלו!

לכן יש לבסס עוד את סברתנו שמצוות פריה

ורביה אינה מצוה עוברת. ואף כי הזכרנו (לעיל אות ה') שהתורה עצמה העידה על מצוה זו, באומרה שנטיעת כרם ובניית בית קודמות – אין בזה טעם מספיק לדחייה בלתי מוגבלת של המצוה, כמו שמצינו אצל בן עזאי.

ונראה שיש לומר בזה טעם נוסף: שהנה מצוה זו שונה מכל מצוה אחרת בכך שאין קיומה תלוי בידי האדם, אלא בידי שמים. שהרי מפתח חיה הוא אחד המפתחות שאינם בידי אדם אלא בידי שמים (תענית ב' ע"א). ויכול אדם לשאת אשה ולא להיבנות ממנה: או שלא ייוולדו ילדים כלל, או שייוולדו לו רק בנים או רק בנות, או שייוולדו וימותו רח"ל. יציאתו ידי חובה תלויה גם בכך שבנו ובתו יולידו בן ובת, והדבר איננו בידו כלל. ובלי סייעתא דשמיא אין אדם יכול לקיים מצוה זו *. מה שאין כן ביתר המצוות, שהן תלויות כולן בידו: כשהוא מל את בנו, יהיה בנו מהול; כשיניח תפילין ויקשור ציצית ויקבע מזוזה, יהיו תפילין בראשו וציצית בבגדו ומזוזה על פתחו. אך בפריה ורביה, גם אם יעשה את כל ההשתדלויות, עדיין ספק אם יצא ידי חובה, והדבר אינו תלוי רק בידו. לכן מסתבר לומר ששונה מצוה זו מכל המצוות וכל מהותה היא לעשות את מירב ההשתדלות שיהיו לו ילדים, אך אי אפשר לומר שכל עוד אין לו ילדים, עובר עבירה. ולכן התירה לו התורה גם לדחות את קיום המצוה עד שתהיה לו פרנסה ועד שימצא אשה הוגנת. אמנם ודאי הוא שלעולם יהא אדם ירא־שמים וישתדל לקיים את המצוה בזריזות ככל האפשר ולא יתלה בכל מיני אמתלאות, אך כשיש סיבות מוצדקות לדחיית המצוה, אין זה ביטול המצוה עצמה.

ומצאתי בס' חמדת־ישראל (קונטרס "נר מצוה" על מצוות עשה להרמב"ם, מצוה רי"ב) שדייק מלשון הרמב"ם (סהמ"צ שם) שמצוות פריה ורביה תלויה בכוונתו לקיום המין. והסביר דבר זה בכך שלא די בביאה כשלעצמה כדי להבטיח את קיום המצוה, וכמו שכתבנו. ולכן רק הכוונה שביאה זו אכן תביא להולדת בן או בת הופכת אותה למצוה, כאדם האומר: אני עשיתי את מה שגזרת עלי לעשות, אף אתה עשה את מה שעליך לעשות.

ומובן איפוא היטב מדוע שונה מצוה זו מכל המצוות, שכן אינה תלויה רק באדם העושה. ומעצם טבעה של המצוה הוא שאינה יכולה להתקיים בזמן ידוע וקבוע. וכי מה יעשה אדם שלא הצליח לקיים את המצוה? לכן גידרה של המצוה הוא שאדם יעשה את כל ההשתדלות המוטלת עליו כדי לקיימה, ואם לא הצליח לקיימה עתה, עדיין יוכל לקיימה בזמן אחר, כי המצוה אינה עוברת. ואמנם מי שמונע את עצמו מלעשות את כל ההשתדלות לקיים את המצוה ללא סיבה מוצדקת והכרחית – הרי הוא בכלל "את דבר ה' בזה". אך אם יש סיבה הכרחית המונעת אותו מלקיים את המצוה, אינו נחשב למבטל מצוה בכך.

ונראה לענ"ד שזוהי כוונת השאילתות (פרשת אמור סי' ק"ג, מובא בתוס' ע"ז י"ג ע"א ד"ה ללמוד) שכתב שנשיאת אשה היא מצוה קלה מכל המצוות. ובמה קלותה של המצוה? וע"כ יש לומר כמו שכתבנו: שמכיון שאינה תלויה כולה בידי האדם, מותר לדחותה מפני הצורך. והוא הדין במצוות תלמוד תורה, אע"פ שהיא כנגד כולן – מכיון שמותר לדחותה מפני כל מצוה אחרת, מבחינה זו היא נחשבת לקלה יותר. ואף לדעת התוס' (שם) שחלקו וסברו שנשיאת אשה חמורה מכל המצוות, הרי גם תלמוד תורה חמור, ובכל זאת ניתן לדחותה מפני מצוה אחרת, והוא הדין לנשיאת אשה.

אלא שהתוס' מחשיבים את חומרתה של המצוה מצד **עצמה**, ובוודאי נשיאת אשה נחשבת מצד עצמה חמורה מכל המצוות (כמבואר בב"ב י"ג ע"א ובחגיגה ב' ע"ב) משום "לא תוהו בראה לשבת יצרה". והוא הדין בתלמוד תורה, ש"אם לא בריתי יומם ולילה, חוקות שמים וארץ

* ועי' "בית אהרן" (גיטין מ"ב ע"א) שמכוח הערות אלו הוכיח שאין המצוה בהוויית הבנים אלא בביאה בלבד. וכבר האריכו האחרונים בענין זה. (עי' מנ"ח, מצוה א', ולקמן, סי' ס"ט אות א').

לא שמתי". ואילו השאילתות מחשיב את חומרתה של המצוה מצד קיומה. ומבחינה זאת, מצוות "פרו ורבו" נחשבת קלה מכל המצוות.

ח. דחיית נישואין ומניעת הריון

והנה כל מה שכתבנו שייך לרווק הדוחה את נישואיו. אך אפשר לומר שאדם נשוי הרוצה לדחות פריה ורביה אינו רשאי. והסברה לחלק בין דחיית נישואין לבין דחיית פריה ורביה היא, שמצוות פריה ורביה היא לחיות עם אשה כדרך כל הארץ כדי לפרות ולרבות. ולכן כל עוד אין לו אשה התורה לא חייבתו לשאת אשה לפני זמנו ויכולתו. אך ברגע שנשא אשה, חייב לחיות עמה כדרך כל הארץ עד שיפרה וירבה, ואינו רשאי לדחות את קיומה של מצוות פריה ורביה.

עוד נראה לחלק בין נישואין לפריה ורביה. שהרי בהימנעות מנישואין ביטול פריה ורביה הוא **בשב ואל־תעשה**, אך בנישואין ומניעת פריה וריבה ע"י אמצעי מניעה, הרי זה ביטול **בקום ועשה**, וצ"ע.

ט. מצוות פריה ורביה ומצוות עונה

והנה מצינו לרמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"א) שכתב שהאשה יכולה למחול לבעלה על עונתה, אע"פ שעדיין לא קיים את מצוות "ולערב אל תנח ידך" (המחייבת אותו להמשיך ולהביא ילדים לעולם למרות שכבר קיים פריה ורביה). וכן פסק בשו"ע (אה"ע סי' ע"ו סעי' ו'):

> האשה שהורשת (שהרשתה) את בעלה אחר שנשאת שימנע עונתה – הרי זה מותר. במה דברים אמורים? שקיים מצוות פריה ורביה; אבל אם לא קיים, חייב לבעול **בכל עונה** עד שיקיים.

וכמו כן מצינו (רמב"ם שם פי"ד ה"ב; שו"ע שם סעי' ה') שמותר לאדם לפרוש מאשתו כדי ללמוד תורה. ולכאורה משמע משם שהדברים אמורים גם כשלא קיים מצוות פריה ורביה. וכן מצינו היתר זה (שם) לצרכי פרנסה, שמותר לאדם לנסוע למדינת הים בהסכמתה של אשתו. ולכאורה משמע שהיתר זה אמור גם במי שלא קיים פריה ורביה. וכבר תמהו על כך: מה ענין עונה אצל פריה ורביה? עונה היא חובתו לאשתו, ופריה ורביה היא מצוה שבין אדם למקום!

וצריך לומר שהא בהא תליא. מצוות פריה ורביה תלויה במצוות עונה. מי שעונתו למשל אחת לל' יום, אינו צריך לשנות את פרנסתו כדי לקיים עונה תדירה יותר, כדי שיוכל לקיים פריה ורביה. כגון גמל, שעונתו אחת לל' יום, אינו חייב לשנות את אומנותו ולהיות חמר, כדי שיוכל לקיים עונה אחת לשבוע, אע"פ שבוודאי סיכוייו של החמר לקיים מצוות פריה ורביה בהקדם גדולים מסיכוייו של הגמל. ולכן צריך לומר שחיוב פריה ורביה אצל כל אדם הוא לפי עונתו, כי גם זו דרך כל הארץ. וכן להיפך, מותר לאדם להיות גמל או ספן, ברשות אשתו, אע"פ שידחה את מצוות פריה ורביה כתוצאה מכך, כי התורה לא חייבה אותו במצוות פריה ורביה כמצוה בפני עצמה, אלא חייבתו לשאת אשה ולחיות עמה כדרך כל הארץ עד שיפרה וירבה. ודרך כל הארץ היא שאדם משנה את פרנסתו לפי יכולתו וצרכיו וצרכי ביתו, ובהסכמת אשתו. ולכן כל מה שעושה כדרך שאדם נשוי עושה בדרך הטבע, יוצא בכך ידי חובתו במצוות פריה ורביה. ואפילו בפריה ורביה עצמה מדאורייתא, לא מצינו שספן, שעונתו פעם בחצי שנה, חייב לשנות את פרנסתו כדי לקיימה; אלא דיו בעונתו. ודו"ק. ומכאן משמע שלא חייבו אותו אלא כפי עונתו, אך לא יותר מזה, ומשמע שדין "זריזין" אינו מחייב את שינוי הפרנסה. (ומצאתי שעמד על כך בשו"ת אגרות משה, אה"ע ח"ג סי' כ"ח ד"ה והנה מפורש).

וב"ה שמצאתי סברה זו, שמצוות פריה ורביה תלויה בגדרי עונה, ב"העמק שאלה" (פרשת ברכה שאילתא קס"ה ס"ק א'). ועי"ש, שתלה בזאת את מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, אם יש מצוה בעצם הקידושין. לדעת הרא"ש (כתובות פ"א סי' י"ב) יכול אדם לקיים פריה ורביה גם בפילגש, וא"כ אין

שום מצוה בעצם הקידושין. ולכן ברכת האירוסין היא ברכת השבח ולא ברכת המצוות. אך הרמב"ם (סהמ"צ, מ"ע רי"ג; הל' אישות פ"א ה"ב) סובר שיש מצוה בעצם הקידושין. וזאת משום שלדעתו רק ע"י קידושין יכול אדם לקיים את מצוות פריה ורביה, ולא ע"י פילגש.

אמנם אם הוליד ילדים ע"י פילגש קיים מצוות פריה ורביה, אך לכתחילה המצוה היא רק ע"י אישות. ויש להטעים זאת יותר עפ"י דברי הגרצ"פ פראנק (הר־צבי לטור אה"ע, סי' א'), שכתב שגר שנתגייר לא קיים מצוות פריה ורביה בגויותו, אך מאחר שיש לו בן ובת, אינו מחוייב במצוה. ואף כאן יש לומר כן.

וא"כ הרמב"ם לשיטתו, שמצוות פריה ורביה ודיני האישות (קידושין ועונה) הם כעין מצוה אחת.

ומזה יש לענ"ד להסיק מסקנה מעשית: לדעת הרמב"ם, וכן לפי מה שנפסק בשו"ע, מי שאינו מצליח להוליד בדרך הטבע אינו מצווה לעשות מעשים שלא כדרך הטבע כדי לקיים מצוות פריה ורביה. ולכן הפריה מלאכותית, וק"ו ילד מבחנה – אינם מצוה. (וכבר הארכנו בזה לקמן סי' ס"ט אות ג').

תשובה

מכל האמור עולה שבשעת דחק גדולה מותר למנוע הריון לזמן מוגבל גם אם הבעל עדיין לא קיים פריה ורביה. אך ההחלטה המעשית צריכה להיות בהתייעצות עם תלמיד חכם מוסמך, שיורה אם אכן המצב מצדיק דחייה של קיום המצוה. (ועי' אנציקלופדיה רפואית, ערך: מניעת הריון, הע' 132).

מסקנות

א. מצוות פריה ורביה היא מצוה שאינה עוברת, וזמנה הוא כל החיים. לכן מותר לדחותה לשם לימוד תורה.

ב. החובה להקדים את קיום המצוה הוא מדין "זריזין מקדימין למצוות". ובדחיית המצוה לצורך גדול אין עוברים על דין זה.

ג. מצוות פריה ורביה תלויה בגדרים של מצוות עונה. ומי שפטור מעונה פטור גם מפריה ורביה באותו זמן.

ד. אין חובת פריה ורביה במי שאינו יכול לקיימה בדרך הטבע. ולכן אין חובה להביא ילדים לעולם באמצעות מבחנה או הזרעה מלאכותית.

סימן סז

חובת האשה במצוות פריה ורביה

ראשי פרקים

שאלה
א. חובת האשה במקום צער
ב. חובת האשה במצוה זו
ג. האם הפסד לימודים פוטר את האשה מחובתה
תשובה
מסקנות

שאלה *

אשה צעירה נישאה בגיל שמונה עשרה, וכעבור שנה נולד לה ילד. באותה תקופה היא היתה תלמידה בסמינר, והיו לפניה עוד שנתיים עד לסיום לימודיה. ברור לה שאם תהרה ותלד עוד, תיאלץ להפסיק את לימודיה ולהפסיד את ההלוואות המותנות שקיבלה. האם מותר לה ליטול גלולות כדי להימנע מהריון עד לסיום הלימודים?

* שבט תשל"ז.

א. חובת האשה במקום צער

נפסק להלכה בשו"ע (אה"ע סי' ה' סעי' י"ב):

אשה מותרת לשתות עיקרין כדי לסרסה עד שלא תלד.

ובבית־שמואל (ס"ק י"ד) כתב שמותר לה לסרס את עצמה ע"י עיקרין אפילו בלא צער לידה, אך סירוס ע"י מעשה – אסור. וכן כתב החלקת־מחוקק (ס"ק ו'), ששתיית עיקרין מותרת אפילו בלא צער לידה.

על כך יש להקשות, שגם אם אינה עוברת על איסור סירוס, כיצד מותר לה למנוע מבעלה קיום מצוות פריה ורביה? ואפילו אם בעלה קיים כבר פריה ורביה, הרי עדיין הוא מצווה משום "בבוקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידך", ובכל ילד נוסף הוא מקיים מצוה נוספת? ודוחק להעמיד את ההלכה הזאת באשה שניה, שאין בה מניעת מצוות פריה ורביה אלא איסור סירוס; אך כשיש לה בעל שחייב לקיים מצוות פריה ורביה אסור לה לשתות כוס של עיקרין. ואולי במקום צער לידה לא אסרו עליה לשתות כוס של עיקרין. וזאת משום שאמנם בעלה חייב במצוות פריה ורביה, אך היא אינה מחוייבת להצטער בשביל קיום המצוה שלו.

ובשו"ת חתם סופר (אה"ע סי' כ' ד"ה נחזור) פסק שאשה שקיימה "שבת" ואין לה צער גדול בלידה – מותר לה לשתות כוס של עיקרין רק אם בעלה מסכים לכך. אך אם יש לה צער גדול בלידה, מותר לה לשתות כוס של עיקרין גם אם בעלה מתנגד לכך, ואינה מחוייבת לצער את עצמה מפני השיעבוד שמשועבדת לבעלה. ומידת הצער צריכה להתברר לפי ראות עיני המורה. (ועי' משך חכמה, פרשת נח ד"ה פרו ורבו, שכתב בהסבר פטור אשה מפריה ורביה, שהתורה לא חייבה אותה במקום צער וסכנה).

ויש לעיין בדבריו. איך הדבר יכול להיות תלוי בהסכמת הבעל? הלא הבעל מצווה ועומד על "ולערב אל תנח ידיך", וכי הוא יכול לוותר בגלל אשתו על קיום מצווה שהוא מחוייב בה?! וכן יש להקשות על מה שמשמע מדבריו שהבעיה שיש בשתיית כוס עיקרין היא רק משום השיעבוד לבעל. והלא יותר מכך יש כאן חובה אישית של סיוע למצוה (כפי שהבאנו לקמן, אות ב' בשם הר"ן)?

וצריך לומר, שהרי מסתבר שאפילו הבעל פטור ממצוות פריה ורביה כשמצטער מאוד, דלא גרע מהפסד ממון של חומש נכסיו (עי' שו"ע או"ח סי' תרנ"ו סעי' א' ברמ"א), וק"ו שהיא אינה חייבת להיכנס לצער גדול עבור מצוה שלו. ובתשובה אחרת (בחלק או"ח, בענין חולה שאינו יכול לקיים מצוות סוכה) הארכנו לבאר, שמי שנעשה חולה ע"י קיום המצוה, פטור מן המצוה. ומכיון שהמדובר בצער גדול מאד, שדינה כחולה – מסתבר שהאשה פטורה. וצ"ע. ובמיוחד כאן, שהאשה אינה חייבת במצוות פריה ורביה מכוח עצמה אלא מתוך שיעבוד לבעל שחובה עליה לסייע לו בקיום המצוה שלו (כדלקמן אות ב'), וכשקשה לה לסייע לו, יש לומר שאינו עובר עבירה, שהרי יש כאן גם חיוב מצידו לסייע לאשתו ולמנוע ממנה צער. ולפי מה שכתבנו לעיל (סי' ס"ו אות ו'), שהאיסור לדחות את קיום מצוות פריה ורביה הוא מדין "זריזין", מסתבר שבכה"ג, שיש לה צער גדול בקיום המצוה בזמנה, מותר לו לדחותה.

ועכ"פ מסתבר שאין האשה חייבת להצטער צער גדול מאד כדי שבעלה יקיים מצוה.

ב. חובת האשה במצוה זו

עד כה עסקנו בחובת האשה מצד שיעבודה לבעלה. אך עדיין יש לדון בחלק שלה במצוה זו.

מסתבר לומר ששיעבודה של האשה לקיום מצוותו של הבעל אינו מכוח שיעבוד ממון, אלא משום שהמצוה חלה בעיקר על הבעל, אך במידה מסויימת על שניהם. שהרי האיש אינו יכול לקיים את המצוה ללא האשה; אלא שרק עם הנישואין מתברר שהיא היא השותפה לו בקיום המצוה, ועליה חל השיעבוד האמור בתורה. ועי' ר"ן (לרי"ף קידושין ט"ז ע"ב סד"ה גמ') שהוכיח מזה שגם באשה, כשהיא מתקדשת, נאמר הדין ש"מצוה בה יותר מבשלוחה". שאמנם האשה עצמה אינה חייבת בפריה ורביה,

אלא שהיא מסייעת לבעלה בקיום המצוה. וא"כ גם לה יש צד מצוה, מפני שבלעדיה אי אפשר לקיים את המצוה.

וכן מצאנו בגמרא (סוכה כ"ח ע"ב) בדיני ישיבת סוכה. לפי ההו"א שם, גם נשים חייבות בסוכה, שנאמר: "תשבו" – כעין תדורו, איש וביתו. משמע שבכל מצב שבו המצוה מתקיימת בשותפות, האשה חייבת כמו האיש. ויש לומר שגם שם, לפי ההו"א, חיובה של האשה הוא רק מצד השותפות עם בעלה. שמאחר שדרך העולם לדור איש ואשתו, יצא שאם האשה לא תשב בסוכה, גם בעלה לא יוכל לשבת כדרך העולם, ואין כאן "כעין תדורו". וא"כ חובת האשה בישיבה בסוכה לפי ההו"א היא מכוח בעלה ולא מעיקר הדין; ולפי המסקנה באה התורה לפוטרה אפילו מזה.

וצ"ע אם יש לאשה חובת ערבות כלפי האיש. שהרי כתבו הפוסקים שאין לאשה ערבות במצוות שאין היא חייבת בהן. (עי' מג"א, דגמ"ר ורעק"א, או"ח סי' רע"א סעי' ב', בענין קידוש. ועי' שעה"צ שם ס"ק ט'). ואילו במצוות שהאשה חייבת בהן יש לה דין ערבות לדעת הגרעק"א (שו"ת רעק"א סי' ז'). וכן אפשר לבאר לענ"ד בדברי הרא"ש בפסקיו (ברכות פ"ג סי' י"ג), שכתב שאשה בברהמ"ז אינה בכלל הערבות, אם נניח שאינה חייבת בברכת המזון מן התורה. ובתוס' הרא"ש (נידה י"ג ע"ב ד"ה קשים) פירש שגם גרים ערבים לנו ואנו ערבים להם, אע"פ שלא נמנו במנין שישים ריבוא, משום שלא היה מניינם ידוע (עי' סוטה ל"ז ע"ב, שם נאמר שרק השישים ריבוא היו בכלל הערבות). וא"כ גם נשים בכלל הערבות; ומה שלא נמנו במנין השישים ריבוא, זה משום ששם נמנו רק הזכרים. וממילא רק בברכת המזון, אם נניח שאשה פטורה ממנה מן התורה, אין היא בכלל ערבות. אך במצוות שהיא חייבת בהן, הרי היא בכלל הערבות. ולפי זה במצוות פריה ורביה, שאשה אינה חייבת בה באופן אישי, ורק משום שהיא מסייעת לבעלה יש גם לה חלק במצוה, צ"ע אם יש דין ערבות במצב כזה.

ואולי במקום שהמצוה אינה יכולה להתקיים אלא בשותפות, האשה חייבת מדין ערבות למרות שאינה חייבת במצוה מכוח עצמה.

מיהו מסתבר שיש חובת תוכחה במי שמבטל מצוות עשה. ולפיכך מצאנו מקור נוסף לחיובה של האשה; שאף אם בעלה מוחל לה על קיום המצוה, היא חייבת איפוא למחות בו על שאינו רוצה לקיים מצוות פריה ורביה. וודאי שחובה עליה לסייע לו כשהוא מעוניין בקיומה של המצוה.

ויש לתלות את הדבר בשאלה אם התוכחה תלויה בערבות או הערבות בתוכחה. וכך כתב מרן הרב קוק זצ"ל בהסכמתו לחוברת "מטה שמעון", מאת הרב שמעון הלפרין (הסכמות הראי"ה סי' נ"ז), ותלה זאת במחלוקת הרמב"ם (כלאים פ"י הכ"ט) והרא"ש (הל' כלאים פ"ט סי' ח') בענין רואה כלאים אצל חבירו.

ג. האם הפסד לימודים פוטר את האשה מחובתה בפריה ורביה

ועפ"י ההנחות שהנחנו עד כה, יש לשאול: מה דינה של אשה שלידה נוספת תאלץ אותה להפסיק את הלימודים שהתחילה בהם?

ולאמור, האשה עצמה אינה חייבת במצוה זו, אלא שהיא מסייעת לבעלה בקיום המצוה. ולכאורה כשעומדת בפניה שאלה של סיום לימודיה או הפסקתם בגלל הריון נוסף, יש לומר שהדבר נחשב בעיניה כהפסד רכושה, ואין היא חייבת להפסיד את רכושה כדי לקיים מצוה זו. שהרי אמרו (שו"ע או"ח סי' תרנ"ו סעי' א' בהג"ה): "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש". אמנם יש מקום לומר שאין זה הפסד רכוש ממש אלא מניעת רווח; אך גם המצוה שהיא חייבת בה אינה מצוה ממש, אלא רק חיוב לסייע לבעלה. וא"כ יש מקום להסתפק במצוה כזו, אם רק הפסד גמור פוטר ממנה כמו מצוות אחרות, או שמא מניעת רווח דיה כדי לדחות מצוה זו.

מיהו נראה שהפסקת הלימודים היא הפסד ממש. כי עליה להחזיר את ההלוואות המותנות שקיבלה, שאם היתה מסיימת את לימודיה

היתה פטורה מלהחזירן. ועוד יש מקום לומר שאם לא תשלים את לימודיה נמצא שכל מה שלמדה אין לה שימוש למעשה, ונמצא שמפסידה את כל לימודיה שלמדה עד כה. ולכן לא הוי כמניעת רווח אלא כהפסד. ואע"פ שכל ידיעה שאדם רוכש יש לה ערך עצמי, ובפרט בתורה – ואע"פ שאשה פטורה מתלמוד תורה, היא שייכת לתורה, ולכן היא מברכת ברכת התורה (עי' מאמר פתיחה, אות י"ד) – אולם לתואר המקצועי שאדם רוכש בלימודיו יש כיום ערך לא פחות מרכוש. כי בלי תואר רשמי אין אדם יכול לעבוד בשום עבודה מכניסה. ולכן מסתבר לומר שהפסד התואר אינו פחות מהפסד של רכוש. ואותה אשה דומה למי שמפסידה ממון לצורך מצוות עשה שבעצם אינה חייבת בה אלא מכוח השותפות עם הבעל. ועוד, אף אם תרצה להשלים אח"כ את הלימודים, תשכח עד אז את מה שלמדה עתה, ויהיה בזה הפסד. (ולענין חוה"מ מצינו שכתיבה מותרת במקום שכחה, דהוי דבר האבד. וצ"ע אם יש להשוות בין המקרים).

אך אף אם נאמר שהפסד הלימודים פוטר את האשה מחובתה שלה בפריה ורביה, עדיין יש לדון מצד חובתה לבעלה (כדלעיל אות א'). שהרי בזמן נישואיה היא השתעבדה לבעלה, ואין היא יכולה להיפטר משיעבוד זה בגלל לימודיה. מיהו יש מקום להסתפק במקרה שבעלה מעוניין אף הוא שתסיים את לימודיה (משיקולים של מעמד חברתי או כלכלי), ועל דעת זה היא נישאה לו. וא"כ אין היא משועבדת לו בכך. אך מצד שני יש לומר שמכיון שהוא עצמו משועבד למצוה זו, אין בסמכותו לפרוק מעליו שיעבוד זה, ומחילתו כלפיה אינה מועילה. וצ"ע אם שיעבודה של האשה לבעלה שייך גם כשבעלה אינו דורש ממנה שיעבוד זה ומוחל לה עליו, או שמכיון שהוא אינו רשאי למחול על כך, השיעבוד קיים מכל מקום. (והדבר תלוי במה שכתבנו לעיל, אות ב', בגדרי השיעבוד, התוכחה והערבות במצוה זו).

אך יש להסתפק אם הבעל עצמו חייב בפריה ורביה כשהדבר עלול לקפח את מקור הכנסתה וסיפוקה של אשתו. והרי אילו לא היתה נישאת לו כשהיא כל כך צעירה, הוא לא היה יכול לקיים מצוות פריה ורביה ממנה (וייתכן שהדבר לא היה עולה בידו כלל). האם משום שנישאת לו כשהיא צעירה, תתחייב במצוה? וכי היה עדיף שימתינו עד שתסיים את לימודיה, הרי גם אם היו נוהגים כך לא היה מקיים פריה ורביה?

ודבר זה תלוי במה שהסתפקנו לעיל (סי' ס"ו אות ד"ז), שמצד אחד יש לומר שאין איסור בדחיית פריה ורביה אלא מדין "זריזין", ובמקום צורך גדול אינו עובר על כך; ומאידך גיסא יתכן לומר שאין היתר לעשות מעשה ולמנוע פריה ורביה ע"י אמצעי מלאכותי.

תשובה

למעשה נראה, שכיון שלא הוא נוטל את הגלולות אלא היא, והיא הרי פטורה ממצוות פריה ורביה – אין הוא מבטל את המצוה בקום ועשה. אמנם לפי הר"ן (שהבאנו לעיל אות ב') גם לה יש צד מצוה, מפני שהוא לא יכול לקיים את המצוה בלעדיה, וא"כ גם לה יש צד במצוות "זריזין מקדימין", ואסור לה לעשות מעשה; אולם יש לומר שמכיון שאינה עוקרת את המצוה עצמה בידים, אלא היא נוטלת את הגלולות לפני כן והמצוה נדחית מאליה – נראה שמותר במקום צורך והכרח גדול. ההיתר למנוע הריון באמצעות גלולות מבוסס על ההיתר לשתות "כוס של עיקרין" (לעיל אות א'). ונראה שדינן של הגלולות קל משתיית כוס של עיקרין, מפני שאין בהן סירוס גמור אלא מניעה זמנית של האפשרות להיכנס להריון.

כדי להבטיח את האובייקטיביות של ההכרח המונע את האדם מלקיים את המצוה, עליהם להתייעץ בדבר עם פוסק הלכה מוסמך, ורק הוא יכול לקבוע אם אכן יש הצדקה לדחיית המצוה.

ונראה לענ"ד שהדיון בשאלה זו יכול להתעורר רק כאשר החלו לקיים מצוות פריה ורביה, וקשה לאשה להמשיך בקיום המצוה כל זמן שעדיין לא סיימה את לימודיה. אולם אין

כל מקום להימנע לגמרי מלידת ילדים בתחילת חיי הנישואין בגלל שיקולים אלו.

מסקנות

א. אשה פטורה ממצוות פריה ורביה; אך יש לה שיעבוד, שותפות ואחריות לקיום המצוה של בעלה.

ב. במקום צער, אשה אינה מחוייבת לסייע לבעלה בקיום מצוות "ולערב אל תנח ידך". ובמקום צער והפסד גדולים ביותר היא פטורה גם ממצוות פריה ורביה.

סימן סח

מניעת הריון בתקופת ההנקה

ראשי פרקים

שאלה

א. תשמיש במוך

ב. הליכה אחר הרוב בסכנות ובאיסורים

תשובה

שאלה *

אשה שילדה שלושה בנים זכרים בזה אחר זה, והיא עתה מניקה, מרגישה חולשה וקושי להיכנס להריון נוסף בתקופה הקרובה ללידת הבן האחרון. שאלתה היא, אם מותר לה למנוע את ההריון למשך תקופה מסויימת. האם הדבר מותר לה?

א. תשמיש במוך

מאחר שבעלה של אותה אשה לא קיים עדיין מצוות פריה ורביה, יש מקום לשאול אם יש מקום להקל ולמנוע הריון בתקופת ההנקה שאחר הלידה הקודמת.

בשאלה זו דן ה"עזר מקודש" (אה"ע סי' ע"ו ד"ה עוד מצאתי). וכתב שכיון שרוב מניקות אינן יולדות, יתכן שאין מצוות פריה ורביה נוהגת באותה תקופה. וכידוע, במניעת הריון יש שני איסורים: איסור השחתת זרע וביטול מצוות פריה ורביה. וא"כ בתקופת ההנקה, שאין מצוות פריה ורביה נוהגת בה, אין איסור במניעת ההריון מצד זה.

ויש להביא ראיה מהגמרא בכתובות (ל"ט ע"א), שם נאמר:

שלוש נשים משמשות במוך, אלו הן: קטנה ומעוברת ומניקה... מניקה – שמא תגמול את בנה.

ופירש רש"י (ד"ה משמשות):

מותר להן לשמש במוך, ואינן כמשחיתות זרע.

ומשמע שליתר הנשים אסור לשמש במוך. והר"י (בתוס' שם, ד"ה שלש) ביאר את דבריו שתשמיש במוך הוא כמשמש על העצים ועל האבנים, ולכן יש בו משום השחתת זרע. ומדבריו משמע שבאותן שלוש נשים התירו משום פקוח נפש.

אך לדעת רבינו תם (שם) אין זה היתר אלא עצה טובה, שנשים אלו חייבות לשמש במוך. וליתר הנשים מותר, אך אינן חייבות. וכדעתו כתבו הרשב"א והריטב"א (יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלש) שעצם התשמיש במוך מותר במינקת, מפני שבין כך ובין כך אינה ראויה להתעבר, ובלאו הכי נחשב בועלה כמשמש על עצים ואבנים, אלא שהדבר הותר משום מצוות עונה (עמ' מש"כ בשטמ"ק, כתובות שם ד"ה וז"ל הרא"ה, בשם הרא"ה). וא"כ אין כל כך איסור להשתמש באמצעי מניעה למינקת (ועי' שו"ת משיב דבר ח"א סי' פ"ד).

* מרחשוון תשל"ז.

ב. הליכה אחר הרוב בסכנות ובאיסורים

אלא שצ"ע, א"כ, מדוע אסור לאדם לשאת את מינקת חבירו (שו"ע אה"ע סי' י"ג סעי' י"א)? ומדוע לא נסמוך על כך שעפ"י רוב מינקת אינה מתעברת? ואולי יש לומר שכמו שאין הולכין בממון אחר הרוב – א"כ אף כאן, בדבר שהוא זכותו של הבן, שהיא דומה לזכות ממונית שלו – אין הולכין אחר הרוב, וצ"ע. ועוד יש לומר, שמכיון שיש סכנה לתינוק, לא הולכים אחר הרוב, כי אין הולכים אחר הרוב בפיקוח נפש.

ועי' פת"ש (אה"ע סי' י"ג ס"ק י"ח) שהביא את דברי הבית־מאיר (בשו"ת, סי' ה'), שהשווה את הפרת זכות התינוק ביניקה להסגת גבול. ובשו"ת חתם סופר (אה"ע סי' ל"ג) קילס סברה זו. והוסיף (בסי' ל"ב) שזכות התינוק היא מדיני ממונות, וקרובה לדיני נפשות.

עוד יש להעיר, ממה נפשך: אם אשה זו סומכת על כך שרוב המניקות אינן מתעברות, א"כ מדוע היא מבקשת להשתמש באמצעי מניעה? ובקשתה זו מלמדת שאכן אינה סומכת על הרוב. וא"כ כיצד תוכל לתפוס את החבל בשני הקצוות? איך נתיר לה להימנע מהריון בגלל אותו רוב, כשבעצם המעשה שהיא עושה היא מראה שאינה סומכת עליו? על כך יש לומר שרוב מועיל משתי בחינות: מבחינת המציאות ומבחינת הדין. וכאן, מבחינת הדין הולכים אחר הרוב, ומתירים לה להשתמש באמצעי מניעה מפני שעפ"י רוב מינקת אינה מתעברת. ואילו מבחינת המציאות האשה יכולה לחשוש ולא לסמוך על אותו רוב. וכך מובא בשטמ"ק (ב"מ ו' ע"ב ד"ה אזלת) בשם הרא"ש, שרוב אינו וודאות אלא ספק, והתורה היא שאמרה ללכת אחר הרוב; אך במציאות אכן נשאר ספק. ולכן בענין זה לא אזלינן בתר רובא. (וכעין זה כתב המהר"ל, גור־אריה בראשית מ"ד כ' ד"ה מפני).

וכך יש לומר בין לשיטת רש"י ובין לשיטת ר"ת (כתובות שם), שנחלקו בשאלה אם השימוש במוך לאותן ג' נשים הוא רשות או חובה, ואע"פ שרוב נשים כאלו אינן מתעברות. זוהי אכן סברתם של חכמים שם שאמרו שתשמש כדרכה ומן השמים ירחמו. ואילו ר' מאיר חושש למיעוט ואומר שתשמש במוך. וצריך לומר שמסיבה זו, לרש"י – מותר לשמש במוך, ולר"ת – חייבת לנהוג כך, מפני שבפיקוח נפש לא אזלינן בתר רובא.

ועי' תוס' (פסחים קט"ו ע"ב ד"ה קפא) שכתבו שאע"פ שהולכין אחר הרוב באיסור אכילת התולעת, אין הולכים אחר הרוב בחשש סכנה. ומשמע שם שאף מותר להרוג ספק תולעת ביו"ט, כי מצד הרוב יש להתייחס אל התולעת כאילו איננה קיימת, ובכל זאת יש להתייחס אליה כאילו היא קיימת.

תשובה

למעשה נראה שיש להקל ולהתיר לאותה אשה מניעת הריון בתקופת ההנקה, מהנימוקים הבאים:

א. במצב זה יש צער גדול לאשה. ובמקרה כזה מסתבר שאינה חייבת לסייע לבעלה בקיום מצוות פריה ורביה. (וכבר עמדנו על כך לעיל סי' ס"ז).

ב. בתקופת ההנקה יש מקום להקל יותר במניעת הריון גם במי שלא קיים עדיין פריה ורביה.

הגרי"א הענקין (מובא בשו"ת בני בנים סי' ל־ל"א) כתב שמותר להימנע מהריון במשך שנתיים ויותר לאחר הלידה, מפני שזוהי תקופת ההנקה שקבעו חז"ל (כתובות ס' ע"א). ועי' נשמת אברהם (אה"ע סי' ה' עמ' ס').

סימן סט

הוצאת זרע לשם הפריה מלאכותית

ראשי פרקים

שאלה
א. מצוות פריה ורביה ללא ביאה
ב. פריה ורביה באשה שנתעברה באמבטי
ג. פריה ורביה ע"י מעשה מלאכותי
ד. מצוות "שבת" בהפריה מלאכותית
ה. הוצאת זרע שלא לבטלה
ו. הקשר בין איסור השחתת זרע למצוות פריה ורביה
ז. הוצאת זרע לשם פריה ורביה
ח. הוצאת זרע מרווק לשם הקפאה עד שיינשא
מסקנה
סיכום

שאלה *

באופן עקרוני יש איסור בהוצאת זרע לבטלה, שלא בדרך של ביאה (שו"ע אה"ע סי' כ"ג סעי' א'). במצבים שונים מתעורר צורך להוציא תאי זרע מן הגבר כדי להפרות את האשה בצורה מלאכותית. צורך זה מתעורר במקרים שונים, כגון:

א. צעיר חולה סרטן חייב לעבור הקרנות. ההקרנות עלולות לפגוע בכושר ההולדה שלו. האם מותר לו לשמור את זרעו בהקפאה כדי שאפשר יהיה להשתמש בו להפריה מלאכותית?

ב. כאשר לתאי הזרע אין כושר תנועה, ויש צורך בביצוע ההזרעה בצורה מלאכותית, בגופה של האשה או במבחנה.

השאלות המתעוררות הן:

א. האם מותר להוציא זרע לשם הפריה מלאכותית, או שיש בכך משום הוצאת זרע לבטלה?

ב. האם האיש יוצא בכך ידי חובת פריה ורביה או מצוות "לא תוהו בראה לשבת יצרה"?

ג. אם האיש אינו יוצא בכך ידי חובת פריה ורביה או "שבת", האם מותר לעשות כך לצורך הבאת ילדים לעולם גם כשאין בכך מצוה?

ד. אם נאמר שבנשוי הדבר מותר, האם גם ברווק מותר לעשות כך כשיש חשש שלא יוכל להוליד מאוחר יותר? האם הוא מצווה על פריה ורביה עוד לפני נישואיו?

נושא זה נידון בהרחבה בין פוסקי דורנו. בדברים הבאים מוצגת הגישה המקובלת על רוב הפוסקים, אלא שאין בית המדרש בלא חידוש.

א. מצוות פריה ורביה ללא ביאה

תחילה עלינו לברר אם ניתן לקיים מצוות פריה ורביה בהפריה מלאכותית. ולכאורה נראה שהדבר תלוי בשאלה, כיצד מתקיימת מצוות פריה ורביה, בביאה או בהולדה? שאם נאמר שהמצוה מתקיימת ע"י הביאה, כאן לא היתה ביאה, וא"כ לא קיימו מצוות פריה ורביה. אך אם נאמר שהמצוה מתקיימת בעצם ההולדה – הרי היתה כאן הולדה, והמצוה נתקיימה (ועי' מנ"ח מצוה א' ס"ק ב').

ניתן לפשוט את החקירה הזאת עפ"י התירוץ הראשון בתוס' (ב"ב י"ג ע"א ד"ה כופין) שדן במי שחציו עבד וחציו בן חורין, שכופין את רבו לשחררו כדי שיוכל לקיים פריה ורביה, וכתב:

וא"ת: אמאי כופין, ליתי עשה ד"פרו ורבו" וידחה לא תעשה ד"לא יהיה קדש". ואומר רבינו יצחק, חדא – דבעידנא דמיענקר לאו לא מיקיים עשה, דמשעת הנראה קא עקר ללאו, ועשה ד"פרו ורבו" לא מקיים עד גמר ביאה.

* טבת תשנ"ג.

והמנ"ח (מצוה א' ס"ק ב') הקשה על כך, שהרי המצוה מתקיימת רק בלידת הבנים! והביא ראיה לדבריו מגר שנתגייר והיו לו בנים, שפטור ממצוות "פרו ורבו", אעפ"י שקיים את המצוה בשעה שהיה פטור ממנה (אה"ע סי' א' סעי' ז'). ומכאן שהעובדה שיש בנים חיים היא המצוה. וכן יש להוכיח ממי שהוליד בן ממזר, שקיים מצוות פרו ורבו (שם סעי' ו' בהג"ה); ולכאורה זוהי מצוה הבאה בעבירה, ולא קיים מצוה! וכן אם בניו מתו, לא קיים את המצוה. ומשמע שהווית הבנים היא המצוה, ולא מעשה הביאה. אך מדברי התוס' שהבאנו מוכח שמעשה הביאה הוא המצוה ולא הולדת הבנים. ועיין הר־צבי (על טור אה"ע, סי' א') שדחה את ראיות המנ"ח, וסבר שאמנם המצוה היא הביאה, אולם אם נולדו לו ילדים, פטור מלקיים את המצוה, שהרי סוף־סוף יש לו ילדים. ועי' להלן (אות ב', וכן לעיל סי' ס"ו אות ז', ט').

ועיין "בית אהרן" (גיטין מ"ב ע"א) שהוכיח להיפך, שאין המצוה בהווית הבנים אלא בביאה בלבד, מזה שהרי"ף, הרמב"ם והרא"ש השמיטו את דברי הירושלמי (יבמות פ"ב ה"ו) האומר שאדם יוצא ידי חובתו בבן ממזר. וע"כ צריך לומר שלדעתם המצוה מתקיימת בשעת הביאה, ומשום שזו מצוה הבאה בעבירה לא יצא ידי חובתו. אולם השו"ע (אה"ע סי' א' סעי' ו' בהג"ה) הביא להלכה את הירושלמי הנ"ל. וכן מוכח משיטת הר"י (בתוס' הנ"ל בב"ב) שהוא חולק על המנ"ח, וסובר שהביאה היא המצוה. ועי' שו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ב סי' י"ח בסופו), ואף הוא חולק על המנ"ח.

ב. פריה ורביה באשה שנתעברה באמבטי

שאלה דומה לזו נידונה בין האחרונים (אה"ע סי' א'): החלקת־מחוקק (ס"ק ח') הסתפק באשה שנתעברה באמבטי, אם האב קיים בכך מצוות פריה ורביה. ובבית־שמואל (ס"ק י') הוכיח ממה שכתב הב"ח (יו"ד סי' קצ"ה ד"ה ולא ישב) בשם הגהת סמ"ק, שאשה צריכה להיזהר שלא לשכב על סדין ששכב עליו איש זר, שמא תתעבר ממנו יישא אחותו מאביו. ומשם משמע שוולד זה הוא בנו לכל דבר.

אולם נראה שמזה עדיין אין להוכיח שהאב מקיים בכך מצוות פריה ורביה. שכן יש להבחין בין העובדה שוולד זה הוא בנו לבין קיום המצוה. ואכן כתב הגרצ"פ פראנק (הר־צבי לטור אה"ע סי' א') שגם לדעת הט"ז (ס"ק ח'), הסובר שבנתעברה באמבטי האב לא מקיים מצוות פריה ורביה, מ"מ זרע זה פוטר אותו מלהביא ילדים נוספים לעולם. ודינם כמו מי שהוליד ממזר, שאע"פ שנולד ע"י מצוה הבאה בעבירה, האב פטור מלהוליד בן אחר, או גר, שנולדו לו בנים בהיותו גוי, שאינו חייב להוליד ילדים נוספים. ואע"פ שלא קיים מצוות פריה ורביה, מאחר שיש לו ילדים, פטור מלהוליד אחרים. עי"ש.

ויש להביא דוגמא לכך ממצוות כיסוי הדם (חולין פ"ז ע"א). שם נאמר שאם הרוח כיסתה את הדם, אמנם השוחט פטור מלכסות, אך לא קיים בכך את מצוות הכיסוי. ונפק"מ, שאם חזר הדם ונתגלה, חייב לכסות. והסברה נותנת שלא יתכן שאדם יצא חובת מצוה מבלי לעשות מעשה. ועי' פנ"י (פסחים כ"ה ע"ב ד"ה איתמר) שכתב שאין אדם עובר עבירה בלא מעשה, ומסתבר שכמו כן אינו מקיים מצוה בלא מעשה.

ומכאן יוצא שאמנם אינו מקיים את מצוות פריה ורביה בהפריה מלאכותית, אולם אדם כזה גם לא יצטרך להוליד ילדים אחרים, אלא יצא ידי חובתו באלו. אך גם מדברי הט"ז משמע שכל החיסרון בנתעברה באמבטי הוא רק משום שלא עשה מעשה; ואם עשה מעשה, קיים מצוות פריה ורביה. (ובדומה לזה כתב בערוה"ש, אה"ע סי' א' סעי' י"ט. ועי' אוצר הפוסקים, אה"ע סי' א'). ולפי זה יש לחלק בין נתעברה באמבטי, שהכל נעשה ממילא, ולכן הסתפק החלקת־מחוקק אם יצא ידי חובת פריה ורביה, לבין נד"ד, שעושה מעשה להוליד. ואע"פ שאינו מעשה טבעי, מכל מקום עשה מעשה. ואפילו אם נאמר שאינו מקיים מצוות פריה ורביה בהולדה זו, מאחר שע"י

הולדת ילדים בדרך זו נפטר ממצוות פריה ורביה, יש כאן צד מצוה, ולכן אין כאן הוצאת זרע לבטלה.

ובספר ברכת־שמעון (ב"ב סי' ט') כתב באופן אחר מהמנ"ח, שאת מצוות "שבת" הוא מקיים בהולדת הבנים, ואילו מצוות פריה ורביה מתקיימת בביאה. ולכן גם מי שלא קיים את המצוה בביאה, יוצא ידי חובת "שבת" בהולדה. וא"כ מצד מצוות "שבת" אין כאן הוצאת זרע לבטלה. אלא שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם מצוות "שבת" היא מצוה בפני עצמה או שהיא הרחבה של מצוות פריה ורביה (עי' להלן אות ד').

ג. פריה ורביה ע"י מעשה מלאכותי

אך יתכן שהתורה דורשת דווקא מעשה טבעי, ואילו מעשה מלאכותי אין בו משום מצוה כלל (למרות שהעושה נפטר ע"י כך מחיובו באותה מצוה). וסיבות רבות לדבר:

א. במעשה מלאכותי אין ודאות מוחלטת שזהו בנו, ורק באב טבעי יש לומר שהוא בנו מצד חזקה. בהפריה מלאכותית אין חזקה זו. וזקוקים אנו לנאמנות של הרופאים בענין (עי' לקמן סי' ע"א). ומכיון שהדבר תלוי בדעת אחרים, בטלה החזקה המוחלטת.

ב. יש צורך בהתקשרות נפשית בין אב לבנו, ורק בהולדה טבעית יש סיכויים רבים לכך שתיווצר התקשרות נפשית עמוקה ביניהם. בדרך מלאכותית יש חשש שלא יווצר קשר כזה.

ג. מצינו בהלכות רבות שהתורה התחשבה בצורת קיומן הטבעית ולא בצורה מלאכותית. עי' למשל בשו"ת ארץ־צבי (סי' י"ב אות ב') שכתב שאין צורך לרבע את התפילין ע"י מכשיר מדוייק ביותר (קליבר). וכמו כן כתב בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סי' קמ"ו ד"ה ואגב) שאין צורך להשתמש במיקרוסקופ כדי לבדוק את הריבוע של התפילין. וכל הפוסקים הסתפקו במדידת הריבוע בתפילין עפ"י הכלל הקבוע בש"ס: "כל אמתא בריבוע, אמתא ותרי חומשי באלכסונא", אע"פ שכידוע החשבון המתמטי מדוייק יותר (עי' ערוה"ש סי' ל"ב סעי' ע"ה, וב"תחומין" ט' עמ' 421-419). ואף במצוות פריה ורביה התורה לא מכירה אלא בהפריה טבעית ולא בהפריה מלאכותית.

ד. לעיל (סי' ס"ו אות ט') כתבנו שכל גידרה של מצוות פריה ורביה הוא רק עפ"י דרך החיים הטבעית. והוכחנו זאת מכך שהחיוב במצוות פריה ורביה הוא עפ"י הגדרים של חובת עונה.

וכ"כ בשו"ת דברי מלכיאל (ח"ד סי' ק"ז, מובא באוצר הפוסקים סי' כ"ג עמ' פ"ט), שלא ציוותה התורה על פריה ורביה אלא בדרך טבעית כדרך כל הארץ.

ומן האמור עולה שמי שמביא ילדים לעולם ע"י הפריה מלאכותית, אינו מקיים בכך את מצוות פריה ורביה, אף שבדיעבד נפטר בכך ממצוות פריה ורביה, ואינו חייב להוליד ילדים אחרים.

ד. מצוות "שבת" בהפריה מלאכותית

גם אם נאמר שאינו מקיים מצוות "פרו ורבו" בהפריה המלאכותית, יש לדון אם מקיים בזה מצוה משום "לא תוהו בראה לשבת יצרה" (גיטין מ"א ע"ב). והשאלה היא מה הזיקה בין מצוות "שבת" לבין מצוות פריה ורביה. האם מצוות "שבת" מחזקת את מצוות "פרו ורבו" והופכת אותה למצוה חשובה יותר, עד שבגללה יש מקום לשחרר עבד או למכור ספר תורה, אך מצד עצמה היא חופפת למצוות פרו ורבו; או שמא מצוות "שבת" היא מצוה בפני עצמה, וקיימת גם במקום שמצוות "פרו ורבו" אינה נוהגת?

ונראה שזוהי המחלוקת בין ר"י בר מרדכי לבין ר"י, המובאת בתוס' (ב"ב י"ג ע"א ד"ה שנאמר לא תוהו בראה), ואלו דבריהם:

הא דלא מייתי קרא ד"פרו ורבו" – אומר ר"י בר

מרדכי, משום ד"לשבת יצרה" שייך אפילו בצד עבדות...

ור"י מפרש... ולכך נקט קרא "לא תוהו בראה" משום שהיא מצוה רבה, ומשום הכי כפינן...

הנה ראינו שלדעת ר"י ב"ר מרדכי גם עבד חייב במצוות "שבת" אע"פ שפטור לדעתו ממצוות "פרו ורבו"; ואילו לדעת ר"י, "שבת" אינו מצוה בפני עצמה אלא פסוק נוסף המחזק את מצוות "פרו ורבו".

ועיין מג"א (או"ח סי' קנ"ג ס"ק ט') שכתב שיש חיוב "שבת" באשה. אך הבית־שמואל (אה"ע סי' א' ס"ק ב') כתב שמסוף הסימן (סעי' י"ג) משמע שאשה פטורה מ"שבת". ולפי הנ"ל זוהי המחלוקת שבין ר"י לריב"ם.

ולדעה זו, של ר"י בר מרדכי, בהפריה מלאכותית מקיימים מצוות "שבת" בק"ו מעבד: אם עבד, שאין לו חייס (ייחוס בנים) כלל, בכל זאת חייב ב"שבת", ק"ו לבן חורין המקיים "שבת" בהפריה מלאכותית, שבה יתכן לומר שבנו אכן מתייחס אחריו.

וגם בדעת ר"י כתב מהר"י ענגיל (אתוון דאורייתא סי' י"ג) שאותו עבד, אע"פ שפטור מפריה ורביה משום שהוא אנוס, לא נפטר ממצוות "שבת" מחמת שהוא אנוס; וזאת משום שמצוות "שבת" היא מצוות "חפצא", שיהיו בעולם ילדים. ובזה אונס לא פוטר. וא"כ יש לומר גם בנד"ד, במי שאינו יכול להוליד בדרך הטבע, שאע"פ שפטור ממצוות "פרו ורבו" מכיון שהוא אנוס, הוא לא פטור מכך שיהיו בעולם עוד ילדים, וצ"ע.

ועי' חידושי "פורת יוסף" (גיטין מ"ב) שכתב שמצוות "שבת" מתקיימת גם בלידה של ילד אחד. ומדבריו משמע שאין חפיפה בין "שבת" לפריה ורביה, וצ"ע. ועי' עיניים למשפט (ב"ב י"ג ע"א ציון ד').

ולמעשה מסתבר שגם אם אין אדם יוצא ידי חובתו בקיום מצוות פריה ורביה ע"י הפריה מלאכותית, יוצא ידי חובתו לפחות במצוות "שבת", שעיקרה היא התוצאה שיהיו לו ילדים ושהעולם יהיה מיושב. ולפי דברי הברכת־שמעון (שהבאנו לעיל אות ב') יוצא שגם מי שלא קיים מצוה בשעת הביאה, מקיים מצוות "שבת" בהולדה. וא"כ הוא הדין בהפריה מלאכותית: גם אם נאמר שלא קיים מצוות פריה ורביה בהפריה, קיים מצוות "שבת" בהולדה.

ה. הוצאת זרע שלא לבטלה

יש מהאחרונים שכתבו שהאיסור של השחתת זרע הוא רק בהוצאתו לבטלה ממש; וכל שעושה כן לצורך, אין זה לבטלה. ולמדו זאת מהמושג השחתה שמצינו כדוגמתו באיסור "בל תשחית", וכן בשורף עצי הקדש דרך השחתה (עי' בהרחבה באוצר הפוסקים סי' כ"ג ס"ק א' אות י', עמ' 172־173). כלומר, יתכן שגם לדעת רש"י (יבמות י"ב ע"ב ד"ה משמשות) ור"ת (בתוס' שם ד"ה שלש), האיסור הוא רק בהוצאת זרע לבטלה ממש, כגון ע"י מוך; אבל כאשר הזרע אינו לבטלה, מותר. ובמקום סכנה מותר לשמש במוך לדעת רש"י. וע"כ הוא משום מצוות עונה, ולכן אין זה לבטלה אלא לצורך. וכבר נהגו לסמוך על דעת רוב הפוסקים בדורנו להתיר בדיקת זרע באיש לצורך פריה ורביה. ואע"פ שהאשה אינה מתעברת מאותה בדיקה, והזרע המסויים הזה הוא לבטלה, כיון שיוכל להביא אולי אח"כ לפריה ורביה – מותר. וזאת על דרך מה שנאמר במסכת יומא (פ"ה ע"ב): "חלל עליו שבת אחת כדי שיקיים שבתות הרבה", ונמצא שאין זה חילול שבת, אלא אדרבה, קיום שבת (מיהו הדבר תלוי במחלוקת אם פיקוח נפש שהותר בשבת הוא "הותרה" או "דחויה").

וכנראה, גם לר"ת ביבמות הדבר מותר כשאינו לבטלה גמורה. ולא דמי לתשמיש במוך, ששם הזרע הולך לבטלה ממש, אלא שהתשמיש הוא לצורך עונה; מה שאין כן כאן, שהזרע עצמו אינו לבטלה אלא להשתמש בו לצורך הבדיקה.

מיהו כל זה כאשר יש סיכוי שבסוף יקיים מצוות פריה ורביה, אך אם יתברר אח"כ שלא

קיים פריה ורביה ע"י זה, צ"ע אם לא יתברר שאכן עבר על האיסור.

ונראה שניתן לדמות זאת להשחתת עץ מאכל או עצי הקדש. איסור "בל־תשחית" חל על השחתת העץ רק כשהדבר נעשה לשם השחתה; אך כל שהוא לצורך חשוב, אין זו השחתה (ועי' לעיל סי' נ"ט). והוא הדין לעצי הקדש, שם האיסור הוא להשחית את עצי ההקדש לשם סילוקם מן העולם, שנאמר "לא תעשון כן" – דרך השחתה גמורה. ולכן כל שיש תועלת בדבר, אין זו השחתה. ולכן מותר למחוק את שם ה' לשם עשיית שלום בין איש לאשתו ולשרוף מזוזה כדי לקיים את מצוות שריפת עיר הנידחת וכל כיוצ"ב. (אלא אם נאמר שהמצוה היא בהשחתת עיר הנידחת שלא יישאר ממנה כל זכר). ומכיון שההשחתה היא מטרת המצוה, אי אפשר להגדירה כתיקון, ובזה נחלקו ר' אליעזר ורבנן (סנהדרין קי"ג ע"א).

ואף כאן, גם אם נאמר שלא יוכל לקיים מצוות פריה ורביה בהפריה המלאכותית, יש מקום לומר שהוצאת הזרע מותרת.

ו. הקשר בין איסור השחתת זרע למצוות פריה ורביה

ונראה ששאלה זו תלויה אולי בחקירה אם איסור השחתת זרע תלוי במצוות פריה ורביה. שאם נאמר שמי שמצווה בפריה ורביה הוא שאסור לו להוציא זרע לבטלה, מסתבר שיש מקום להתיר רק לצורך קיום מצוות פריה ורביה. אך אם נאמר שאיסור השחתת זרע אינו תלוי במצוות פריה ורביה, אלא הוא איסור בפני עצמו, א"כ יש לומר שרק הוצאה לבטלה אסורה, וכל שהוא לצורך – מותר, גם כאשר אינו מקיים בכך את מצוות פריה ורביה. (ועי' לקמן סי' קט"ו אות ב').

ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת בין הראשונים: לדעת ר"ת (מובא בתוס' יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלש), נשים, שאינן מצוות בפריה ורביה, מותרות בהשחתת זרע. ומכאן שלדעתו איסור השחתת זרע תלוי במצוות פריה ורביה. ואילו הרמב"ן (מובא בשטמ"ק כתובות ל"ט ע"א ד"ה וז"ל הרמב"ן), הרשב"א (כתובות שם ד"ה שלש) והריטב"א (ד"ה והא) חולקים וסוברים שגם נשים אסורות. ולדעתם איסור השחתת זרע הוא איסור בפני עצמו ואינו תלוי בפריה ורביה. אלא שלדברינו יהיה קשה בדעת ר"ת, כיצד מותר לבוא על איילונית וזקנה, הרי אינו מקיים מצוות פריה ורביה? וע"כ יש לומר שהתורה התירה כל ביאה לצורך, גם לצורך מצוות עונה. והאיסור הוא רק כשעושה מעשה שלא כדרך כל הארץ, אך כל שעושה כדרך כל הארץ – מותר, שאז אין זה השחתה כלל. וכשמשחית, גדר האיסור הוא משום פריה ורביה.

מיהו מכאן עולה שהוצאת זרע בצורה לא טבעית, אסורה, ואף אם עושה לצורך קיום מצוה. שהרי לדעת ר"ת, גם במי שמסתכנת בלידה, הרי הביאה היא לצורך קיום מצוות עונה, ובכל זאת אסור לשמש במוך, משום שזוהי דרך השחתה. ואולי משום שסובר שיש דרך עדיפה יותר מבחינה הלכתית, והיא לשים את המוך אחרי התשמיש, לכן אסור לה לשים את המוך לפני התשמיש. אך אם אין דרך אחרת אלא לשים את המוך לפני התשמיש, גם ר"ת יודה שאין זה לבטלה אלא לצורך, ומותר, וצ"ע. עכ"פ לדעת רוב הראשונים, לצורך מצוות עונה מותר לשמש במוך. וא"כ הוא הדין לצורך הולדת ילדים, גם אם אין מקיימים בכך את מצוות פריה ורביה.

ולכאורה יש להביא ראיה לכך שמותר להוציא זרע כשיש צורך בדבר, מן הגמרא ביבמות (ע"ו ע"א) שמציעה דרך לבדוק אם אדם הוא כרות שופכה:

מייתינן נהמא חמימא דשערי ומנחינן ליה אבי פוקרי (נקב בית הרעי) ומקרי (ורואה קרי) ואזינן ליה.

ומכאן שהוצאת זרע מותרת כדי לבדוק כרות שופכה. אמנם אפשר לדחוק ולומר ששם הוצאת הזרע נעשית בגרמא ולא במעשה, אך כבר הוכיחו רבים שבהוצאת זרע לבטלה גרמא

נחשבת כמעשה. שהרי עצם הגירוי לכך ע"י הקישוי לדעת הוא האסור. ויש שדחו ראיה זו, ואמרו ששם הוא אולי פטור מפריה ורביה כי הרי הוא כרות שופכה, ולכן הוא מותר בהשחתת זרע לדעת ר"ת, הסובר שאיסור זה תלוי בחובת פריה ורביה (עי' מש"כ הרי"צ הורוויץ בס' היובל להר"י רוזנהיים, מובא באוצר הפוסקים סי' כ"ג עמ' פ"ט). ועוד יש לומר ששם מטרת הבדיקה של כרות השופכה היא שיוכל לשאת אשה כדת משה וישראל ולקיים פריה ורביה כהלכה. והנה גם בנד"ד המטרה היא לקיים פריה ורביה. וגם כאשר מדובר ברווק, שלא בא לקיים בזה מיד פריה ורביה, מ"מ המטרה היא ג"כ שיוכל לשאת אשה. אך לקיים מצוות פריה ורביה יתכן שאינו מצווה בכך עתה (עי' להלן אות ח').

וא"כ נד"ד תלוי לכאורה במחלוקת שבין ר"ת והרמב"ן: לדעת ר"ת, מכיון שאינו מקיים מצוות פריה ורביה בכך, אסור משום השחתת זרע. ולדעת הרמב"ן, מכיון שיש צורך בדבר, מותר. ומכיון שרוב הראשונים סוברים כדעת הרמב"ן, יש להתיר את הדבר.

ז. הוצאת זרע לשם פריה ורביה

לדעת המהרש"ם (ח"ג סי' רס"ח) יש לדמות הוצאת זרע לבטלה למחיקת שם ה' או לנתיצת אבן מהמקדש, שאם המטרה אינה קלקול אלא בנין, אין כאן השחתה והדבר מותר (עי' או"ח סי' קנ"ב בהג"ה).

ולענ"ד נראה שיש לעיין בענין זה מהסוגיא בבבא בתרא (ג' ע"ב):

> לא ליסתור איניש בי כנישתא עד דבני בי כנישתא אחריתי. איכא דאמרי משום פשיעותא, ואיכא דאמרי משום צלויי.

ופירשו הרמב"ם (הל' תפילה פי"א הי"ב) והשו"ע (או"ח סי' קנ"ב) ש"משום פשיעותא" הוא שמא יארע להם אונס ולא יבנו אחרת. ופירש מו"ר הגר"י אריאלי (עינים למשפט שם, ציון ג"ד) שטעם האיסור לדעתם הוא שהסתירה עצמה אסורה משום "לא תעשון כן לה' א־להיכם". ורק כשברור שיבנו אחר במקומו, אין כאן קלקול אלא בניה. אך כשיש חשש שמא לא יבנו, נמצא שסתרו שלא על מנת לבנות, ועברו על "לא תעשון כן". א"כ, אף בהוצאת זרע לבטלה יש לחוש שמא לא ישתמשו בו לצורך, אם משום שלא יצליחו ואם משום שלא יהיה צורך בכל תאי הזרע.

אולם בהמשך הגמרא שם, בדיון על בנין הורדוס, אומרת הגמרא שני הסברים לכך שהתירו לסתור את בית המקדש ולבנותו מחדש, ומשמע שאין בכך איסור השחתה. ושני התירוצים הם:

א. תיוהא חזא ביה.

ב. מלכותא שאני, דלא הדרא ביה.

ואף כאן יש לומר כך. הרי מדובר באדם חשוך בנים, בבחינת "תיוהא חזא ביה", שבלאו הכי אינו מוליד. וא"כ, כל סיכוי שיהיה לו זרע של קיימא הוא תיקון לעומת מצבו הנוכחי. (ואכן אנו צריכים להיות משוכנעים שאין כל אפשרות שיוליד כדרך כל הארץ. והמהרש"ם כתב שם שמותר רק לאחר שעברו עליו עשר שנים מזמן נישואיו. ונראה שכאשר כל שהרופאים מתייאשים מכך שיוליד כדרך כל הארץ, יש מקום להתיר).

וכן לנימוק השני, ש"מלכותא שאני": אם המדובר ברופאים אמינים שיעשו כל השתדלות לקחת את הזרע רק כאשר יש הכרח בדבר ורק לצורך, יש מקום להתיר; אך כשהרופאים חשודים שישתמשו בזרע גם למטרות אחרות, בלאו הכי אסור להתרפא אצלם בגלל חשש לתקלה שאח יישא את אחותו. ועל זה אמרה התורה (ויקרא י"ט כ"ט) "ומלאה הארץ זימה — זו מה היא" (נדרים נ"א ע"א, ועי' יבמות ל"ז ע"ב). ומשום כך יש צורך שכל הפעולות ייעשו תחת השגחה קפדנית שלא תהיה שום תקלה. (ולענין זה עי' לקמן סי' ע"א).

ומה שאין משתמשים בכל כמות הזרע, זה לא אוסר. כי גם בדרך הטבע, רק זרעון אחד מפרה והיתר הולכים כביכול "לאיבוד"; ואף כאן אי

אפשר לצמצם לקחת רק זרעון אחד ולהפרות רק באמצעותו.

אך יתכן שכל ההיתר של המהרש"ם נאמר רק לצורך מצוות פריה ורביה, כשם שמותר לסתור בית כנסת רק לשם בניית בית כנסת אחר ולא לשם מצוה אחרת. מיהו נראה שגם לצורך מצוות "שבת", או כדי לפטור את האדם מלהוליד ילדים, זהו דבר הנחשב לצורך מצוה, ואין כאן הוצאת זרע לבטלה, ולא תהיה מצוה זו גרועה ממצוות עונה.

ח. הוצאת זרע מרווק לשם הקפאה עד שיינשא

עד עתה עסקנו בעיקר באדם נשוי. אך ברווק יש לברר אם יש עליו עתה חיוב פריה ורביה.

ולפי מה שכתבנו לעיל (אות ה'), לא המצוה מתירה, אלא בכל מקרה שהוצאת הזרע מיועדת לכך שייוולדו מזה ילדים, אין זה לבטלה. מיהו בכל זאת יש לומר שלרווק עדיין אין אחריות על הולדת ילדים, שהרי לא יוליד ילדים בלי אשה. וא"כ בינתיים הכל היה לבטלה, ורק כשיישא אשה יהיה לזרע שימוש.

והנה הראשל"צ, הגר"א בקשי־דורון (בספרו "בנין אב", ח"ב סי' ס') כתב לתלות זאת בחקירה שהבאנו לעיל (אות א') בשם המנ"ח (מצוה א') בגדר מצוות פריה ורביה: שאם המצוה היא להוליד בנים – רווק פטור; אך אם המצוה היא שיהיו לו בנים – גם רווק חייב.

ולענ"ד גם אם נניח שהוצאת זרע מותרת כדי שיהיו לו בנים, לא נראה לומר כדברי הראשל"צ שליט"א. שכן נראה לומר שרווק פטור גם מהמצוה שיהיו לו בנים. וכמו שכתבנו לעיל (אות ג'), שהמצוה שיהיו לו בנים היא רק בביאה כדרך כל הארץ, ורק ע"י נישואין, ולכן רווק פטור. מיהו לאידך גיסא יש לומר שהמצוה בכוח מוטלת גם על רווק. שהרי הוא מצווה לשאת אשה כדי לפרות ולרבות ממנה. וא"כ אין נפק"מ לענייננו מחקירת המנ"ח: מהוויית הבנים יתכן שגם רווק פטור, ואילו בהולדת הבנים יתכן שגם רווק חייב. שהרי חובתו היא לחפש לו אשה, ולשם כך עליו להכין לו בית וכרם. וא"כ יש לומר שבין היתר הוא מצווה גם על כך שיהיה מסוגל להוליד ילדים. ולכן גם הכנות אלו הן חלק מכל ההכנות לנישואין.

ונראה שהדבר תלוי בחקירה שהבאנו לעיל (סי' ס"ו אות ט') בגידרה של מצוות הנישואין, אם היא מצוה כשלעצמה או חלק ממצוות פריה ורביה: שאם מצוות הנישואין היא חלק ממצוות פריה ורביה, יוצא שמי שלא יכול לקיים את המצוה, גם פטור מנישואין. וא"כ אין עליו שום חובה להכין דבר כלשהו לצורך הבאת הבנים לעולם. אך אם נאמר שחיוב נישואין הוא עצמי, וכדי שיוכל לשאת אשה עליו להקפיא זרע, שאם לא כן לא יוכל למצוא אשה שתסכים להינשא לו – הרי הוא מצווה גם על ההכנה הזאת. והדבר תלוי במחלוקת שבין הרא"ש והרמב"ם (שהבאנו שם). לדעת הרא"ש (כתובות פ"א סי' י"ב) אפשר לקיים את מצוות פריה ורביה גם ללא נישואין, ונמצא שהנישואין הם מצוה בפני עצמה. אך לדעת הרמב"ם (סהמ"צ, מ"ע רי"ג; הל' אישות פ"א ה"ב) מצוות פריה ורביה היא רק בנישואין. אך גם הרמב"ם מודה שמצוות נישואין היא גם ללא פריה ורביה, כגון בזקן הנושא זקנה. (וכן הרא"ש מודה שעיקר מצוות פריה ורביה הוא דווקא בנישואין). וא"כ יש ערך לכך שאדם יבנה לו בית, וחובה זו חלה עליו כבר עתה. ומכיון שכך, אף אם נאמר שההיתר להוציא זרע באדם נשוי הוא רק לשם מצוות פריה ורביה, נראה שגם רווק חייב במצוה זו, ומותר להוציא ממנו זרע ולהקפיא אותו לשם כך, כדי שיוכל להקים בית בישראל.

מיהו נראה שגם אם נניח שמצוות הנישואין היא חלק ממצוות פריה ורביה, כשם שכופין על מי שיש לו עבד שחציו עבד וחציו בן חורין שיוציא אותו לחירות כדי שיוכל לקיים את מצוות "לא תוהו בראה, לשבת יצרה" – הוא הדין לרווק שאינו מסוגל להוליד, ורק ע"י תחבולה זו יוכל להוליד ילדים. ומן הסתם חייב לעשות כל טצדקי דאפשר כדי שיוכל לקיים את מצוות "לא תוהו בראה, לשבת יצרה". ובפרט

לפי סברת הר"ן (לרי"ף גיטין כ' ע"ב ד"ה כל) – שלצורך מצוה מותר לעבור על איסור "לעולם בהם תעבודו", כי אין כאן מתנת חינם, שהרי לצורך מצוה עושה זאת – הוא הדין שאין כאן הוצאת זרע "לבטלה", שהרי לצורך מצוה הוא עושה, ולא לבטלה. וכמו ששם, אע"פ שאינו מקיים את המצוה ברגע השחרור, הכשר מצוה הוי כמצוה לענין זה, הוא הדין כאן.

וודאי שכן הוא הדין לפי מה שהסקנו לעיל (אות ה') שהוצאת זרע מותרת גם שלא לשם קיום מצוות פריה ורביה, ובלבד שתהיה לצורך הבאת ילדים לעולם, אף אם הדבר יעשה בדרך מלאכותית.

ונראה שהוצאת הזרע לשם הקפאה עדיפה אף מבדיקת זרע. שם הזרע יוצא לבטלה, וע"י הבדיקה אולי יוכלו לרפאו כדי שיוכל להוליד מזרע אחר. אבל כאן הזרע עצמו לא ילך לבטלה, אלא יולידו ממנו ילדים. ואע"פ שלא יקיים בזה מצוה, אך לבטלה בוודאי שאין כאן, ומותר להקפיא את הזרע.

אלא שברווק יש שאלה על צורת ההוצאה. שכן בנשוי יש אפשרות להוציא את הזרע ע"י כיס בשעת תשמיש, אך לרווק הדבר לא ניתן. ויש לברר א"כ אם מותר לו להוציא את זרעו בידים או בגרמא. ואכמ"ל.

תשובה

למעשה נראה שמותר להוציא זרע מאדם כדי שיהיה אפשר להשתמש בו להפריה מלאכותית של אשתו, ואין בזה משום הוצאת זרע לבטלה.

מסקנות

א. אין מקיימים מצוות פריה ורביה בהפריה מלאכותית, שלא בדרך הטבעית.

ב. אעפ"כ, מי שהביא לעולם בן ובת בהפריה מלאכותית פטור מלהביא ילדים נוספים לעולם.

ג. מצוות "שבת" מתקיימת גם בהפריה מלאכותית.

ד. הוצאת זרע מותרת לצורך הבאת ילדים לעולם, גם אם אינו מקיים בכך מצוות פריה ורביה.

ה. ברווק הוצאת זרע מותרת לשם הקפאה, אם יש חשש שלא יוכל להוליד אחר כך.

סימן ע

האימהות בפונדקאות

ראשי פרקים

שאלה
א. ראייתו של הגרז"נ גולדברג
ב. הבחנה בין עיבור טבעי להפריה מלאכותית
ג. ראייתו של הרב א. י. כלאב
ד. ראיה לכך שהולכים אחר בעלת הביצית
ה. דחיית ראיות נוספות לכך שהולכים אחר היולדת
ו. השוואה לדיני ערלה
ז. ראיה מהלכות "חדש"
ח. ראיה מדיני חללות
תשובה

שאלה *

ישנם זוגות חשוכי ילדים, שהסיבה לכך אצלם היא העדר מוחלט של ביוץ אצל האשה, או שיש לאשה ביציות אלא שרחמה אינו יכול לקלוט את העובר. הפיתרון לשתי הבעיות הוא: "אם פונדקאית". את ההפריה מבצעים במבחנה (על בעיית הוצאת הזרע מהבעל, ראה לעיל סי' ס"ט אות ה"-ז'). במקרה הראשון משתמשים בביצית של אשה אחרת ומשתילים את העובר ברחמה של האשה העקרה; ובמקרה השני משתמשים בביצית של האשה העקרה ומשתילים את העובר ברחמה

* כסלו תשנ"א. נדפס ב"תחומין" (כרך ט"ז), ומובא כאן עם תוספות. שאלה זו נידונה בהרחבה ב"תחומין" (כרך ה') ע"י

של אשה אחרת, שהיא יולדת אותו בשביל אותו זוג חשוך ילדים.

פיתרון זה, של פונדקאות, מעורר שאלות הלכתיות רבות, ולא נעמוד כאן על כולן. אחת השאלות החשובות היא: מי היא אמו של אותו עובר? האם בעלת הביצית או בעלת הרחם? לשאלה זו השלכות רבות: לאיסורי עריות, לגדרי יוחסין, לחיוב בכיבוד אם, למצוות פדיון הבן, לדיני ירושה ועוד.

א. ראייתו של הגרז"נ גולדברג

לדעת הגרז"נ גולדברג ("תחומין" ה' עמ' 248 ואילך), היולדת היא אמו של הוולד ולא בעלת הביצית. ושם (עמ' 254) הוכיח את דבריו מהסוגיא העוסקת בגר קטן (כתובות י"א ע"א), שמטבילין אותו על דעת בית דין. והתוס' (ד"ה מטבילין) כתבו שלסוברים שאין לגר קטן זכיה מהתורה יש רק אפשרות אחת לגר קטן מהתורה:

> משכחת לה גר קטן מן התורה במעוברת שנתגיירה כדאמרינן בפרק הערל (יבמות ע"ח ע"א): "עובדת כוכבים מעוברת שנתגיירה – בנה אין צריך טבילה". והוי גר מן התורה, דישראל גמור הוא...

ועל כך הקשה הגרעק"א (בחידושיו לכתובות שם, ד"ה והתוס'), שהרי להלכה קיי"ל "עובר לאו ירך אמו". אמנם טבילתו טבילה משום ש"מין במינו אינו חוצץ", אך הוא צריך להתגייר בעצמו, וכיצד יכלה אמו לגיירו? ותירץ הגרעק"א, דאמרינן בכה"ג "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה"; ומתוך שהגיור מועיל לאם לעצמה, הוא מועיל גם לעוברה. *

מדברים אלו עולה, שמכיון שקיי"ל "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", יוצא שהעובר כאילו נולד מחדש, וליתר דיוק, כאילו התעבר מחדש. ואם נאמר שהעיבור הוא הקובע את התייחסות הבן לאמו, אין הוא בנה יותר.

אך יש להעיר שהנחתו זו של הגרעק"א, שלהלכה קי"ל "עובר לאו ירך אמו", אינה מוסכמת. עי' לח"מ (הל' עבדים פ"ז ה"ה) ובמקורות וציונים לרמב"ם (הוצאת פרנקל, הל' נזק"מ פי"א הי"ב). ועי' מש"כ בזה מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל (חוות בנימין ח"ב סי' ס"ח).

והנה, לעומת זאת נאמר בגמרא (יבמות צ"ז ע"ב):

> שני אחים תאומים גרים... היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה – ...חייבים משום אשת אח.

וקשה: הרי "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", ולפי ההסבר של הגרעק"א יוצא שאין ביניהם שום זיקת אחוה!

מכאן הוכיח הגרז"נ גולדברג (שם עמ' 252) שהלידה בקדושה עושה את שניהם לאחים מן האם. ועפ"י זה הסיק שהולכים אחר היולדת, והיא אמו של הרך הנולד.

אלא שיש לדחות ראיה זו. שהרי הגרנ"ט (בחידושיו לכתובות, סי' כ"ח, מובא ב"תחומין" שם) תירץ את קושיית הגרעק"א עפ"י יסוד חדש. ולדעתו יש שני דינים בגיור:

א. כניסה לכלל ישראל.

ב. קבלת תורה ומצוות.

ולדעת הגרנ"ט, עובר שנתגייר נכנס לכלל ישראל אגב אמו; אלא שעדיין חסרה לו קבלת תורה ומצוות, ולכן אין לו דין של "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי". וזאת כשם שישראל לפני מתן תורה היו ביחד כלל ישראל, ולכן כשקיבלו את התורה בסיני לא נחשבו לגרים לענין זה שכאילו נולדו מחדש.

גם מהר"י ענגיל ("חוסן יוסף" אות י"ב) עמד על

הרה"ג זלמן נחמיה גולדברג והרב אברהם יצחק כלאב. כמו כן עסק בשאלה זו מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל (חוות בנימין ח"ב סי' ס"ח). תשובה זו מתייחסת במידה רבה למה שנכתב שם.

* ואע"פ שבשני חפצים לא אמרינן "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה", כפי שהוכיח חכם אחד מקידושין מ"ב ע"א, שם נאמר שלא אומרים שנשיא לגדולים יכול לשמש גם נשיא לקטנים מדין "מיגו דזכי לנפשיה"; אלא לומדים מכאן דין זכיה. וע"כ משום שבשני חפצים לא אומרים דמיגו דזכי בחפץ זה זכי נמי בחפץ אחר. ולכן צ"ל שגירות זו אינה כשני חפצים, אלא מעשה גיור אחד עבור שניהם, וצ"ע.

ההבחנה בין הצטרפות לכלל ישראל לבין קבלת תורה ומצוות. וכתב שרק אדם פרטי שמצטרף לכלל ישראל נהפך לאדם חדש, אך כשכל כלל ישראל קיבל תורה ומצוות, אין כאן צירוף פרט לכלל. וכמו כן יש לומר שמי שכבר השתייך לכלל ישראל ומקבל עתה תורה ומצוות, אינו מצטרף לכלל ישראל כפרט, והוא כבר חלק מכלל ישראל. (ועי' לעיל סי' ל"ו אות ב'). *

הגרז"נ גולדברג פירש בדעת הגרנ"ט **שהלידה** היא שעושה אותו לחלק מכלל ישראל. ולענ"ד לא זו כוונת הגרנ"ט, אלא כוונתו לומר **שגיור האם** מועיל גם לבנה להיות חלק מכלל ישראל. ואע"פ שעובר לאו ירך אמו, היינו לענין גיורו הגמור, לקבל תורה ומצוות; אך לענין הצטרפות לכלל ישראל, עצם היותו ברחמה של יהודיה גורם לכך שהוא חלק מעם ישראל, אע"פ שאינו גר גמור. וכשהיא מתגיירת ומצטרפת לכלל ישראל, גם העובר מצטרף עמה. ואע"פ שאינו נחשב להיות "ירך אמו", סוף־סוף הוא חלק ממנה לענין זה. וא"כ יש לומר שאכן לא הלידה קובעת אלא עצם היותו ברחם של אשה ישראלית. מיהו עדיין אין נפק"מ בין ההגדרות, ונוכל ללמוד מגיורת לכל אשה שתרמה ביצית, שהעובר יתייחס אחרי אמו הפונדקאית. ואז יהיה הדין שווה, ובין בביצית של נכרית ובין בביצית של ישראלית האם הפונדקאית היא שקובעת. וא"כ אין נפק"מ אם נגדיר את הלידה כקובעת את הגיור כהצטרפות לכלל ישראל; סוף־סוף האם הפונדקאית היא הקובעת את ייחוסו של העובר.

אלא שלענ"ד אין הדברים דומים זה לזה: ייחוס לחוד ושייכות לכלל ישראל לחוד. העובר של הגיורת הוא חלק מכלל ישראל למרות שאין לו ייחוס לאמו הפרטית, וזהו חידושו של הגרנ"ט. וא"כ דין זה שייך רק בביצית של נכרית ברחם של ישראלית. ולכל היותר אפשר להסיק מכאן שאם גויה תרמה ביצית, ואותה ביצית הושתלה ברחם של ישראלית – הוולד יהיה שייך לכלל ישראל. אמנם הוא יצטרך גיור כדי לקבל תורה ומצוות, אך הוא לא יתייחס אחרי האם הפרטית שילדה אותו. אבל אין להסיק מכאן שגם בביצית של **ישראלית** ברחם של **ישראלית** ייקבע **הייחוס** לפי האם הפונדקאית.

ב. הבחנה בין עיבור טבעי להפריה מלאכותית

גם עצם הראיה ממעוברת שנתגיירה, אינה הכרחית. ולענ"ד יש לחלק בין עובר טבעי לבין עובר שנולד מהשתלת ביצית. וכאמור לעיל, גם למ"ד "עובר לאו ירך אמו", העובר הוא חלק מאמו, ואין להכחיש את המוחש. אלא שלדעה זו, מה שמחייב את אמו אינו מחייב אותו, כי יש לו מעמד עצמאי. לכן כשהיא מתגיירת, הוא אמנם עדיין אינו מתגייר, אך מכיון שהוא בנה, הוא מצטרף בכך לכלל ישראל. (עי' קהילות יעקב, כתובות סי' י', שכתב שגם אם עובר לאו ירך אמו, יש דברים שהוא כאמו. ועי' "ברכת כהן" עמ' נ"א־נ"ב). אולם הדברים אמורים רק לגבי בנה **הטבעי**, ולא לגבי מי שהושתל ברחמה באופן **מלאכותי**. וגם למ"ד "עובר ירך אמו" יש לומר שאם הושתל ברחמה באופן מלאכותי דינו יהיה שונה מדינו של עובר טבעי.

וחילא דידי מההלכה שנפסקה בהלכות פריה ורביה (אה"ע סי' א' סעי' ז'):

> היו לו בנים בהיותו ערכ"ם, ונתגייר הוא והם – הרי זה קיים מצוה זו.

והדברים אמורים אע"פ שהבנים אינם נחשבים לבניו, שהרי "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי" (עי' יבמות ס"ב ע"א). וידוע מה שהוכיח המנ"ח (מצוה א' ס"ק ב') מכאן שהמצוה היא שיהיו לו בנים ולא

* ועפ"י הגרנ"ט יש להבין מדוע משומד לא נחשב ליהודי לכמה הלכות, כגון: לירושה, לייבום (לדעת הגאונים), לריבית, לנחלה בארץ, לערבות, לטבילת כלים ולעוד דברים (לדעת האבני־נזר, יו"ד ח"א סי' ק"ט, קכ"ו). וייתכן לומר שאמנם הוא עדיין חייב במצוות מצד היותו בן לעם ישראל; אך בהשתמדותו הוציא את עצמו מכלל ישראל. ועי' "זכר יצחק" (להגר"י מפוניבז', סי' ל'). והאבני נזר (שם סי' ק"ט) כתב שהוא ישראל מצד תולדתו וגוי מצד מעשיו.

שיוליד בנים (וכבר עמדנו על כך לעיל, סי' ס"ט אות א'). אולם עדיין קשה: שהרי אין לו בנים כלל, כי הוא נולד מחדש והם נולדו מחדש, ולכאורה אין שום זיקה ביניהם! אלא מכיון שאת המוחש אין להכחיש, שאלו ילדיו – לענין פריה ורביה הם נחשבים לילדיו, כמו שלענין חובותיו הממוניים למשל לא אמרינן "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי" (עי' ב"מ ע"ב ע"א). וכן יש לומר באשה מעוברת שנתגיירה, שגם היא לא ניתקה לגמרי מבנה ע"י גיורה; ואין כאן התחלה חדשה, אלא מבחינה ביולוגית הוא עדיין בנה. והוא הדין למ"ד "עובר לאו ירך אמו". ולכן גם הוא נכנס לכלל ישראל. אולם כל זאת רק בבן טבעי, מה שאין כן בבן מושתל, שאין הכרח לומר שהוא בנה.

ג. ראייתו של הרב א. י. כלאב

ידידי הרב אברהם יצחק כלאב ("תחומין" ה' עמ' 260 ואילך) הביא אף הוא ראיה מהסוגיא ביבמות (צ"ז ע"ב, שהבאנו לעיל), ששני אחים תאומים שהורתם שלא בקדושה ולידתן בקדושה חייבין משום אשת אח. והוכיח מכאן שהלידה היא הקובעת את האימהות. וכמו כן הביא את הראיה מדברי התוס' (כתובות י"א ע"א ד"ה מטבילין, שהבאנו לעיל) שבן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה יורש את אמו מהתורה. ומשמע שהיא אמו, למרות שאינו מתייחס אחריה אלא מלידתו ולא משעת יצירתו.

והרב כלאב הקשה מהא דקיי"ל "עובר לאו ירך אמו", ונפק"מ שאם לא התכוונו לגייר את העובר במעי אמו הגויה בשעה שהיא מתגיירת, אין הוא גר למרות שנולד לאם יהודיה. ומשמע שהלידה אינה קובעת! ותירץ שיש לחלק בין שני מקרים: אם העובר יהודי – באמת חל על יולדתו שם אמהות; אך אם העובר גוי – לא חל על לידתו שם יהדות, וממילא אין על יולדתו שם אמהות.

והסיק מכאן (עמ' 262) שאם בעלת הביצית היא גויה – הוולד יהיה גוי גם אם היולדת היא יהודיה; אך אם בעלת הביצית היא יהודיה וגם היולדת היא יהודיה – יתייחס העובר לאם היולדת.

ולענ"ד תמוה הדבר. אם שם אמהות חל בלידה, מה לי וולד יהודי מה לי וולד גוי? אמנם יש לומר שבוולד גוי, כיון שאינו מתייחס אחרי אמו, שם אמהות לא יכול לחול עליו. אך מסתבר יותר לומר ששם אמהות הוא מושג טבעי ואינו תלוי כלל בייחוס, כמו ששם "אב" הוא מושג טבעי ולא תלוי בייחוס. כגון גר קטן, שאביו יהודי ואמו גויה, האם יכול אביו לגיירו מדין "זכין"? מסתבר שכן. אע"פ שאינו אביו מצד ייחוסו, סוף־סוף הוא אביו עפ"י הטבע (עי' דעת כהן סי' קמ"ז). וכן הבאנו לעיל (אות ב') לענין פריה ורביה, שהלכה כר' יוחנן, שמי שהוליד בן ובת בגויותו והתגייר – יצא ידי חובת פריה ורביה, אע"פ שאין הבנים מתייחסים אחריו.

ולכן נראה (כמו שכתבנו לעיל, אות א') שאין ראיה משני אחים תאומים, משום ששם הבנים הם בניה הטבעיים של האם. אמנם "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", אולם הגיור אינו מפקיע לגמרי את הייחוס הטבעי, ולכן הוא נחשב עדיין לבנה. אלא שאם אינם יהודים אי אפשר להתחשב רק במצב הטבעי; אולם ברגע שהם מתגיירים חוזר וניעור היחס הטבעי שבינם לבינה, והם נחשבים לבניה.

ואולי נראה שיש לחלק בין דיני בני נוח לדיני ישראל. וכבר כתבנו בתשובה אחרת (בחלק או"ח, ועי' מאמרנו בספר "בירורים בהלכות הראי"ה"), שבדיני בני נוח קובע הטבע ובדיני ישראל קובעת ההלכה. ולפיכך יוצא שגוי שנמצא ברחם של אשה אחרת, מכיון שאינה אמו הטבעית – אין הלידה קובעת את מעמדו, שהרי אין זו אמהות טבעית אלא רק אמהות מצד ההלכה. מה שאין כן ביהודי, שבו קובעת ההלכה ולא הטבע. לכן הלידה אצלו, אע"פ שאינה של אמו הטבעית, היא הקובעת את ההלכה. וצ"ע.

והנה לשאלה איך להתייחס לרחם של אם אחרת תהיה אולי השלכה לאינקובטור, אם לראות בו רחם לכל דבר או

לא. שאם נתייחס לרחם של אשה אחרת כאל רחם טבעי, נוכל לומר שאינקובטור ג"כ נחשב לרחם, ונפל שנולד לפני הזמן והוכנס לאינקובטור לאינקובטור לא נחשב כילוד מרגע לידתו הטבעית. משא"כ אם נאמר שרחם של אשה אחרת אינו כרחם טבעי, יצא שהוא נחשב כילוד מרגע יציאתו מרחם אמו, והאינקובטור אינו אלא תרופה בעלמא. ועי' במקורות שציין בספר "נשמת אברהם" (יו"ד סי' ש"ה הע' 19).

ד. ראיה לכך שהולכים אחר בעלת הביצית

ולענ"ד אדרבה, יש להביא ראיה הפוכה מאותה סוגיא ביבמות (צ"ז ע"ב – צ"ח ע"א) עליה התבססו הגרז"נ גולדברג והרא"י כלאב. ואלו דברי הברייתא שם:

(ברישא:) שני אחים תאומים גרים... – לא חולצין ולא מייבמין ואין חייבין משום אשת אח.

(בסיפא:) היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה – לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח.

על כך נאמר בגמ':

אמר רבא: הא דאמור רבנן אין אב למצרי... אלא אפילו דידיע נמי לא חיישינן. דהא שני אחין תאומים, דטיפה אחת היה ונחלקה לשתים, וקתני סיפא "לא חולצין ולא מייבמין". ש"מ אפקורי אפקריה רחמנא לזרעיה, דכתיב: "בשר חמורים בשרם וזרמת סוסים זרמתם".

ופירש רש"י (ד"ה ה"ג):

ומסיפא יליף טעמא. דאי מרישא – לא מצי למילף; דאפילו שאר האם אין לו, דטעמא לאו משום דזרמת סוסים זרמתם הוא, אלא משום דכקטן שנולד דמי.

וקשה על פירושו: הרי גם בסיפא יש לומר שכקטן שנולד דמי, שהרי התגיירו עם אמם וכולם נולדו מחדש. וא"כ יש לומר שבאמת גויים מתייחסים אחר אביהם, אלא שכאן, ע"י הגיור, כאילו נולדו מחדש. ומהיכן לומדת הגמ' שהטעם כאן הוא משום דרחמנא אפקריה לזרעיה? אלא ע"כ צריך לומר שבמעוברת המתגיירת אין הבנים נחשבים כנולדים מחדש. ולא זו בלבד שאין לומר ביחס אליה שנחשבת כאילו התעברה מחדש כפונדקאית שקבלה עוברים מאשה אחרת; אלא גם ביחס לאב אנו אומרים שהם מתייחסים אליו; אלא שלאב אין ייחוס, משום שהתורה קבעה ש"זרמת סוסים זרמתם".

וע"כ צריך לומר כמו שכתבנו, שאע"פ ש"גר שנתגייר כקטן שנולד דמי" מבחינת הדין, מכיון שאי אפשר להכחיש את המוחש שאביו ואמו הם שיצרו את העיבור, הוא מתייחס אחריהם לדברים מסויימים. ולכן לדין אחים מן האם הם נחשבים לאחים, ואשת האחד אסורה לשני. ומהרישא של הברייתא לא יכולנו ללמוד שאע"פ שהם מאותו אב ואם אינם נחשבים אחים לשום דבר, לא לייבום וחליצה ולא לאיסור אשת אח. וע"כ משום שע"י לידתם מחדש אין להם לא אב ולא אם. אך בסיפא, שאת ייחוסם לאמם אי אפשר להכחיש, משום שיצאו ביחד ממעי אמם, גם את ייחוסם לאביהם אי אפשר להכחיש, כי הם אותם שנתעברו מאותו אב. וע"כ רק משום "זרמת סוסים זרמתם" אין הם מתייחסים לאביהם.

נמצא איפוא שמעוברת שנתגיירה אינה דומה לפונדקאית אלא היא אותה האם שעיברה אותם מאותו אב. וגם אין לחלק בין האב לבין האם. וא"כ נפלה הראיה שרצו להביא מסוגיא זו. (וזכורני ששמעתי דיוק כעין זה מהדיין הגר"י חנוך ארנטרוי מלונדון).

ה. דחיית ראיות נוספות לכך שהולכים אחר היולדת

וראיתי מביאים ראיה מהגמ' במגילה (י"ג ע"א), הדורשת את פסוקי המגילה על אסתר ואומרת:

התעברה – מת אביה. נולדה – מתה אמה.

ומשמע מכאן שאמה היא רק משעת לידה. ואינו מוכרח, שהרי אם היתה אמה מתה לפני כן היא לא היתה יכולה להיוולד, לכן שם "אם" חל עליה במשך כל זמן העיבור עד הלידה, אולם הלידה לבד לא קובעת.

עוד מביאים ראיה מדינה, שע"י תפילת לאה הוחלפה ביוסף. ומכאן משמע שהלידה קובעת. והנה צ"ע אם יש ללמוד מדברי אגדה אלו. מה גם שאפשר לומר שהחילופין היו במין, שדינה הפכה ברחם רחל ליוסף ויוסף ברחם לאה – לדינה. ואף אם נאמר שהעוברים עצמם הוחלפו, יש לומר שמי שאמר לשמן שידלק יאמר לחומץ וידלק. והכוונה היא שהעיבור החל מתחילתו, כלומר: שהם חזרו למצב ההתחלתי כפי שהיה בתחילת ההריון.

עוד יש להביא ראיה מהגמרא בחולין (ע' ע"א) העוסקת בדיני "פטר רחם":

הדביק שני רחמים ונכנס מזה לזה, מהו? דידיה פטר, דלאו דידיה לא פטר, או דלמא דלאו דידיה נמי פטר – תיקו.

מסוגיא זו עולה שהגמ' מסתפקת בשאלה מהו הקובע את מעמדו של העובר, יצירתו או לידתו, והגמ' נשארת בתיקו. ולכאורה זהו הספק בו אנו מסתפקים.

ונראה לענ"ד שאין כלל ראיה מסוגיא זו. שם דנים לענין בכור. בבכור מה שקובע הוא "פטר רחם", והראיה – שיוצא דופן אינו נחשב לבכור. והמעיין בכל הסוגיא בחולין (שם) יראה, שהנחת היסוד לכל הבעיות שם היא שבבכור, הלידה הטבעית – שבה העובר נוגע ברחם אמו – היא הקובעת. ולכן הספק של הגמ' הוא בבכור שפטר את הרחם, אך הוא אינו העובר הטבעי של אמו, אם הוא נחשב לפוטר רחם לענין בכורה או לא. אך כשאנו דנים לגבי ייחוס, אין משם ראיה כלל.

ואדרבה, משם ראיה שביוחסין היצירה קובעת. שהרי הגמ' מסופקת אם לגבי פטירת רחם דינו כעובר למרות שאינו העובר הטבעי, או שמא דווקא העובר הטבעי יכול לפטור את הרחם. ולכאורה, אם נניח שלענין יוחסין הלידה היא שקובעת, מה מקום יש לספק זה? הרי ק"ו הוא שגם לענין פטירת רחם צריך להיות פשוט וברור לגמ' שגם עובר לא טבעי יכול לפטור רחם! אלא ע"כ לענין יוחסין פשוט לגמ' שרק מי שנוצר מאמו הטבעית יכול להיות מיוחס אחריה; ורק לענין בכורה הסתפקה הגמ' שמא פטירת הרחם היא הקובעת. מיהו יש לדחות ולומר שהגמ' לא יכלה ללמוד בק"ו מיוחסין. דשאני נד"ד, שהעובר גדל גם ברחמה של האשה השניה, ולכן יש לומר שהיא נחשבת לאמו; מה שאין כן שם, במדביק שני רחמים, העובר רק שהה ברחם של השניה ולא גדל בו. (ועי' מה שכתב הגרז"נ גולדברג שליט"א בסוגיא זו, שם עמ' 253, והנראה לענ"ד כתבתי). ועוד, מדוע לא פשטה הגמ' את בעיתה מנוכרית שהתגיירה כשהיא מעוברת, שבנה חייב בפדיון (בכורות מ"ו ע"א), הרי היא כשני רחמים? אלא ע"כ אין לדמות הריון טבעי לפונדקאות.

ו. השוואה לדיני ערלה

נאמר במסכת סוטה (מ"ג ע"ב) בנוגע להרכבת ייחור שנלקח מעץ ערלה על אילן מבוגר:

ילדה שסיבכה בזקנה – בטלה ילדה בזקנה.

כלומר, שמאחר שחתכנו את הייחור מעץ הערלה שבו הוא גדל והרכבנו אותו על האילן הזקן – הוא מקבל את דינו של האילן החדש, ופטור מערלה. וא"כ יש לומר שהוא הדין לביצית שהופרתה והושתלה ברחם של אשה אחרת, שיש לדמות אותה ל"ילדה שסיבכה בזקנה", ודינה כדין האם הפונדקאית.

אך נראה שיש לחלק בין המקרים: הגמ' בסוטה מדברת על ילדה המסתבכת בזקנה לעולם, ולכן מסתבר שהילדה מתבטלת בזקנה. אבל עובר הנמצא ברחם אמו אינו משתרש שם לעולם, אלא סופו לצאת משם, ולכן אין הוא מתבטל כלפיה, ודינו יכול להיקבע עפ"י בעלת הביצית שבא ממנה. וזהו הטעם למ"ד "עובר לאו ירך אמו". וכן נחלקו הבה"ג (בהל' יום הכיפורים) והרמב"ן (תורת האדם, ענין הסכנה ד"ה ובהלכות, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' כ"ט) אם עובר הוא יצור בפני עצמו לענין פיקוח נפש. (ועי' העמק שאלה, שאילתא קס"ז ס"ק י"ז שביאר את מחלוקתם. ועי' לקמן סי' קט"ו אות א', סי' קט"ז אות א').

אך לענ"ד אין צורך בכל זה. שהנה, גם אם נאמר שילדה בטלה בזקנה לענין מנין שנות ערלה, לענין קביעת המין לכלאים קובע מין הילדה ולא מין הזקנה. ומי שמרכיב למשל תפוז על חושחש, הפרי הוא תפוז ולא חושחש, ומי שמרכיב על התפוז (המורכב על החושחש) אשכולית למשל, עובר על איסור כלאים, למרות שמותר להרכיב אשכולית על חושחש (לסוברים כן, שייתכן שאשכולית וחושחש הם בגדר "ספק מינו", אך תפוז ואשכולית הם שני מינים. עי' חזו"א כלאים סי' ב' ס"ק ט' ד"ה ונראה).

ז. ראיה מהלכות "חדש"

הרב פרופ' זאב לב הביא ראיה ממה שנאמר במסכת מנחות (ס"ט ע"ב):

> בעי ר' שמעון בן פזי: שיבולת שהביאה שליש קודם לעומר ועקרה, ושתלה לאחר העומר והוסיפה, מהו? בתר עיקר אזלינן ושרייה עומר, או דילמא בתר תוספת אזלינן, ועד שיבוא עומר הבא? ...– תיקו.

וכך פסק הרמב"ם (הל' מאכלות אסורות פ"י ה"ה), ששאלה זו תלויה בספק. ומכאן יש להוכיח שאף עובר שהוצא מרחם אמו והושתל ברחמה של אם פונדקאית, דינו מסופק.

אך נראה שיש להעיר על ראיה זו. בעומר – ההשרשה היא הקובעת, כמבואר בסוגיא במנחות (שם). והבעיה בשיבולת שהביאה שליש ועקרה ושתלה אחרי העומר היא אם להתייחס להשרשה הראשונה או להשרשה השניה. וזוהי כוונת הגמ' בשאלתה "מהו, בתר עיקר אזלינן, ושרייה עומר או דילמא בתר תוספת אזלינן": האם ללכת אחר העיקר, ולהתייחס רק להשרשה הראשונה, או ללכת אחר התוספת ולהתייחס להשרשה השניה, שכן התוספת היא המעידה על כך שההשרשה השניה הועילה ג"כ. אך לא התוספת כשלעצמה היא הקובעת, אלא ההשרשה; והתוספת אינה אלא סימן לכך שאכן היתה כאן השרשה.

ויש להוכיח את דברינו ממה שנאמר עוד במסכת מנחות (ס"ט ע"א):

> בעי רמי בר חמא: שתי הלחם, הנצה שריין או חנטה שריין? ...אלא הנצה דעלה וחנטה דעלה, מי הוי כי השרשה או לא? – תיקו.

כלומר, גם כאשר אנו משווים את דין "חדש" בפרי האילן לתבואה, נקודת המוצא היא ההשרשה. וכן משמע בהמשך (ע' ע"א):

> אמר ליה ר' חנינא בר מניומי לאביי: עציץ שאינו נקוב, מהו? ...חזר ונקבו קא אמרת. (רש"י: עציץ שאינו נקוב, וגדלה התבואה במקצת ואחר כך נקבו, מהו לעשורי מיניה וביה?) – הכא חדא זריעה היא. איחבורי הוא דקא מיחברא ועולה. (רש"י: ועכשיו כשנקבה היא מתחלת להשריש).

ולמרות שלהלכות שבת למשל יתכן שזו זריעה, לענין עובר אולי אין כאן זריעה חדשה, אלא המשך של הזריעה הקודמת. ולפיכך אין בכך כדי לדחות או להוכיח בנד"ד, של השתלת עובר. לדעה הסוברת שבעובר הלידה היא הקובעת, השתילה אינה מעלה ואינה מורידה. ואין דמיון כלל לדעתם בין איסור "חדש" לבין ייחוס, כי לדעתם הלידה קובעת. וכמו שבפטר רחם פטירת הרחם היא הקובעת את הבכורה, כך לדעתם יהיה הדין בשאלת ייחוסו של העובר.

לעומת זאת, לדעת הסוברים שהאם הטבעית היא הקובעת את הייחוס, ההשתלה ברחם אחרת לא תשנה קביעה זו. וגם אם נקבע שבאיסור "חדש" השתילה השניה היא הקובעת, אין משם הוכחה כלל לייחוס, שבו האם הטבעית היא הקובעת. סוף דבר, המקרים שונים זה מזה בהגדרותיהם ההלכתיות, ואין להקיש מאחד לשני. וכמו שראינו – הלכות פטר חמור לחוד, הלכות שבת לחוד, הלכות חדש לחוד והלכות ייחוס לחוד.

ח. ראיה מדיני חללות

עוד יש להביא ראיה ממה שנפסק להלכה (רמב"ם הל' איסורי ביאה פי"ט ה"ז; שו"ע אה"ע סי' ז' סעי' י"ח):

כהן שנשא גרושה מעוברת, בין ממנו (שנתעברה ממנו לפני שגירשה) בין מאחר, וילדה כשהיא חללה – הוולד כשר, שהרי לא בא מטיפת עבירה.

מקורה של הלכה זו הוא הגמרא בקידושין (ע"ז ע"א), האומרת שחלל יצירתו בעבירה. ולכן בכל מקום שבו הוולד נוצר מביאה של היתר, אינו נחשב לחלל למרות שאמו נתחללה בתקופת עיבורה. ומכאן מוכח שהיצירה היא הקובעת ולא הלידה. אך יש לומר שחלל, דינו שונה. ועיין חי' הגר"ח הלוי (הל' איסורי ביאה פי"ז ה"ב), שכתב שיש שני דינים בפסול חלל:

א. דין משפחה של חללות.

ב. דין פגם ופסלות של חללות.

מצד משפחה של חללות, רק האב קובע, שנא' "למשפחותם לבית אבותם" ולכן נאמר בגמרא (שם) "בני ישראל מקוה טהרה לחללות", כלומר, שרק האב הוא הפוסל ולא האם. וא"כ בזה שנולד לאם חללה אין שום נפק"מ, ולכן רק שם הביאה קובעת. ומכיון שבא מטיפת היתר – יש לומר שהוא כשר. מה שאין כן מי שנולד לאם יהודיה ואביו גוי או להיפך, שאז הדיון הוא לא בגדרי משפחה אלא בגדרי פגם ופסלות אישיים של העובר, יתכן לומר שהלידה קובעת, ועדיין צ"ע.

תשובה

בנשמת אברהם (ח"ד אה"ע סי' ה' עמ' ט"ז) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל, שילד שנולד לאם פונדקאית דינו מסופק, ויש להטיל עליו את החומרות שיש בשתי האמהות, אמו הורתו ואמו יולדתו. (ונראה שגם מבחינת התחושות הטבעיות, לשתי האימהות יש תחושה אימהית כלפי העובר. וההלכה, המייחסת את העובר לשתיהן, תואמת גם את תחושותיהן). אך הרב פרופ' זאב לב מסר לי ששוחח לאחר מכן עם הגרש"ז אויערבך זצ"ל, והגרש"ז הורה לו שהאם הטבעית (דהיינו: בעלת הביצית) היא הקובעת את ייחוס העובר.

למעשה מסתבר יותר לומר שהייחוס תלוי בביצית של האם הטבעית ולא ברחם של האם היולדת. ולכן יש אולי להעדיף ביצית של אשה נכרית, וע"י כך הילד שייוולד יהיה גר. ומכיון שבלאו הכי ההפריה היא מלאכותית, יש להעדיף בן זכר על בת נקבה, כדי שלא תהיה בעיה להשיא אותה לכהונה. ואם הבעל כהן, עליו להחליף את שם משפחתו ולהודיע לבנו שאינו כהן. ואולי יש להעדיף תורמת ביצית מאחותה, שאז החשש שמא ישא אח את אחותו לא קיים; כי הכל נעשה בתוך המשפחה המצומצמת, והדבר ידוע כולם. וצ"ע.

סימן עא

נאמנות על ייחוס העובר בהפריית מבחנה

ראשי פרקים

שאלה
א. נאמנות עד אחד ביוחסין
ב. האם יוחסין הם "דבר שבערוה"
ג. נאמנות עד אחד על הפריה מלאכותית
ד. הסבר שיטת הר"ן והגר"א
ה. אופן העדות על ההפריה
תשובה
מסקנות

שאלה *

הפריות המבחנה נעשות במעבדות של בית החולים. מכיון שההפריה לא נעשית כדרך הטבע, נדרש לוודא שאכן הזרע, הביצית והעובר שייכים לאותו זוג שביקש את ההפריה. לאור זאת יש לשאול, האם אנו צריכים שני עדים שיפקחו על שלבי ההפריה או שניתן לסמוך על עדות של אדם אחד שישגיח על כך?

א. נאמנות עד אחד ביוחסין

נאמנות של עד אחד על ייחוסו של תינוק שנולד, נידונה בגמרא (קידושין ע"ג ע"ב):

> נאמנת חיה לומר: זה כהן וזה לוי, זה נתין וזה ממזר...

וכן פסק הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ו הל' ל"ב), והוסיף:

> מפני שלא הוחזק, ואין אנו יודעים ייחוסן.

ונראה שהיה קשה לו, למה חיה נאמנת, הרי קיי"ל ש"אין דבר שבערוה פחות משנים" (גיטין ב' ע"ב)? ולכן תירץ שהחיה נאמנת מכיון שאין כאן שום חזקה מוקדמת, ואין החיה מוציאה מידי חזקה. וזהו כדעת הסוברים שעד אחד נאמן בדבר שבערוה כשלא איתחזק איסורא. וכן כתב המהרי"ק (שורש ע"ב). וכך הסיק בשב־שמעתתא (שמעתא ו' פרק ג').

אך מדברי הגר"א (בביאורו לשו"ע, חו"מ סי' ל"ה ס"ק כ"ח) משמע שאין עד אחד נאמן בדבר שבערוה אף אם אין חזקת איסור. דברי הגר"א נכתבו בהתייחס לפסק הרמ"א (שם סעי' י"ד בהג"ה):

> יש אומרים דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילין להיות, כגון בבית הכסא של נשים... – נשים נאמנות.

ועל כך כתב הגר"א (שם):

> ויש סמך (לזה) בפרק ד' דקידושין (ע"ג ע"ב): "חיה נאמנת לומר וכו'", והטעם – לפי שאין אנשים שם.

ומשמע מדבריו שזוהי תקנת חכמים להאמין לחיה. אך במקום אחר בדבר שבערוה – אין עד אחד נאמן, ובעינן שנים. ומקורו בדברי הר"ן (לרי"ף קידושין דף ל"א ע"א ד"ה נאמנת).

וכן היא דעת הרמב"ן (גיטין ב' ע"ב ד"ה אבל) והר"ן (בחידושיו שם, ד"ה הוי) שפירשו בדברי הגמ' (שם) שעד אחד לא נאמן בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק איסורא. ואילו בדעת התוס' (ד"ה הוי) והרשב"א (ד"ה והא, ועי' מש"כ המהדיר בהוצאת מוסד הרב קוק, הע' 66), שלא פירשו כהרמב"ן והר"ן, יש לומר שסוברים שבדבר שבערוה, היכא דלא איתחזק איסורא, עד אחד נאמן. וכן משמע מדברי המג"מ (הל' איסורי ביאה פט"ו הי"א ד"ה ומה) שחיה נאמנת מעיקר הדין, מן התורה, ולא מתקנת חכמים. (ועי' בית הלוי, ח"ב סי' ל"ז אות ח"ט, שכתב שכאשר לדברי העד אין ספק בכלל, נאמן לכו"ע).

ב. האם יוחסין הם "דבר שבערוה"

אלא שצריך לברר אם יוחסין הם בכלל "דבר שבערוה". שהנה מצינו בגמרא (קידושין ס"ו ע"ב)

* כסלו תשנ"א. נדפס ב"תחומין" (כרך ט"ז) בהמשך לתשובה הקודמת (סי' ע').

שלהעיד על אדם שהוא בן גרושה או בן חלוצה הוא "דבר שבערוה", וצריך שני עדים לשם כך. וכן משמע ממה שנאמר במסכת מכות (ב' ע"א): "מעידין אנו בפלוני שהוא בן גרושה או בן חלוצה", שאם לא היה צורך בשני עדים, ודי היה בעד אחד כמו באיסורים, לא היה כאן דין הזמה. ומאידך הוכיח בשב־שמעתתא (שמעתא ו' פרק ט"ו) מדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פט"ז ה"ו) שלהעיד על אשה שהיא גרושה ופסולה לכהונה גם עד אחד נאמן. וכתב שעל כן יש לחלק בין עדות על מקרה שאירע לאשה לבין עדות על עצם ייחוסו של האדם משעת לידתו: שבאופן האחרון נדרשים דווקא שני עדים, ואילו כאשר מדובר על פסול הנובע ממקרה שאירע לאשה במהלך חייה – די בעד אחד (ועי' אור־שמח הל' סנהדרין פט"ז ה"ו).

ולפי מה שכתבנו לעיל בדעת הרמב"ם בענין נאמנותה של החיה, יוצא שאמנם כדי להעיד על ייחוסו של אדם צריכים שנים; אולם הדבר נכון רק כשבאים להוציא מחזקתו הקיימת, כגון שהוא מוחזק לכהן כשר והם מעידים עליו שהוא חלל. אך להעיד על אדם לפני לידתו – אין צורך בשני עדים. וכן משמע מהמחנה־אפרים (הל' עדות סי' י"ג, יעוי"ש), שרק להוציא כהן מוחזק מחזקתו ולעשותו בן גרושה ובן חלוצה אין עד אחד נאמן. אך במקום שאין חזקה כזאת – אכן עד אחד נאמן.

ג. נאמנות עד אחד על הפריה מלאכותית

והנה בנד"ד, בשאלת הנאמנות על הפריית המבחנה, הדבר תלוי לכאורה במחלוקת שבין הרמב"ם לבין הר"ן והגר"א (שהבאנו לעיל, אות א'): לדעת הרמב"ם, בכל מקרה שאין חזקה – עד אחד נאמן, ולכן גם בנד"ד עד אחד יהיה נאמן. אך לשיטת הר"ן והגר"א זוהי קולא מיוחדת שהקלו בחיה, משום שאין שם אנשים אחרים שיכולים להעיד, ואין לך בו אלא חידושו. אך בנד"ד אין להקל, כי אפשר לדאוג לכך שיימצאו גם עדים כשרים.

והנה מדברי הרמ"א (הנ"ל, חו"מ סי' ל"ה סעי' י"ד) עולה שאין זה חידוש מיוחד בחיה, אלא שבכל מקום שאין מצויין בו עדים כשרים – הקלו חכמים בעדות, והאמינו גם פסולים, ואין זה דין מיוחד בחיה דווקא. וא"כ גם בנד"ד, מכיון שאי אפשר שיהיו עדים כשרים על כל שלבי ההפריה (כגון: הוצאת הזרע, שאינה יכולה להיעשות בפני עדים כי יש בכך פגם חמור בצניעות, ולכן כתבו הפוסקים שישמש כדרכו ע"י כיס ויביא את הכיס לרופא: עי' שו"ת אגרות משה אה"ע ח"א סי' ע'), ולכן יש מקום להקל ולסמוך על עד אחד.

ד. הסבר שיטת הר"ן והגר"א

מיהו יש לעיין בסברת הר"ן והגר"א. בשלמא בממון הקלו כשאין עדים כשרים מצויים, כי הפקר בי"ד הפקר, ויש בסמכותו לתקן תקנות בדיני נאמנות. אך בחיה, אם מדאורייתא צריכים שני עדים כשרים, ובלעדיהם הוולד פסול, כיצד יכלו חכמים להתירו עפ"י עדות של עד אחד? ובשלמא כאשר מדובר על נאמנות החיה על ספק ממזר, יש לומר שניתן לסמוך עליה משום שמדאורייתא ספק ממזר לקולא. אבל שם הרי מדובר גם בעדות על בן של כהן, שיהיה מותר לו לאכול תרומה עפ"י עדותה של החיה. ובמקרה זה יש לומר שלא נסמוך עליה מכיון שספיקא דאורייתא לחומרא מן התורה. וזוהי שיטת הר"ן עצמו (לרי"ף קידושין דף ט"ו ע"ב ד"ה גרסינן). וקשה א"כ, מדוע הקלו חכמים בחיה?

ואם נאמר שחכמים באו לעקור דבר מן התורה בקום ועשה באופן כזה, א"כ אין לך בו אלא חידושו, ואיך למד הרמ"א מכאן לנושאים אחרים? מיהו יתכן שאע"פ שספיקא דאורייתא לחומרא מן התורה, מ"מ ספק אינו כוודאי, ועד אחד יהיה נאמן מן התורה לפשוט אותו. אלא שא"כ למה היה צריך הר"ן לומר בטעם נאמנותה של החיה, שהוא משום שאין שם עדים כשרים, הרי אפילו אילו היו שם עדים כשרים ניתן היה לסמוך על עד אחד?

וע"כ צריך לומר שגם הר"ן והגר"א מודים שבמקום שבו אין חזקה או אם נאמר שעדות מסוג זה אינה מוגדרת כ"דבר שבערוה" – עד אחד יהיה נאמן מן התורה; אלא שמדרבנן היה מקום להצריך שני עדים כדי להעיד על הוולד שהוא כהן, כי סוף־סוף זוהי עדות נגד מי שנחשב לישראל ואינו מוכר בתור כהן. ובחיה, בגלל שאין עדים כשרים, העמידו חז"ל את ההלכה על עיקר הדין, ודי בעד אחד. ועדיין צ"ע בסברה זו. (ועי' שו"ת רעק"א סי' קכ"ד; שו"ת רעק"א כת"י סי' צ').

ה. אופן העדות על ההפריה

בנשמת אברהם (אה"ע סי' א' עמ' י"א) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל, שמן הראוי להקפיד על כך שהזרעה מלאכותית תיעשה בפני שנים.

והנה האפשרויות המעשיות להעיד על הפריה מלאכותית תלויות בסוג ההפריה. שכן קיימות ארבע שיטות בהפריה מלאכותית:

א. הזרעה תוך רחמית I.V.I.
ב. הזרעה חצוצרתית G.I.F.T.
ג. הפריה חוץ גופית I.V.F.
ד. מיקרומניפולציה I.C.S.I.

בשתי השיטות הראשונות יכולים העדים לראות את ההפריה בראייה טבעית. אולם לענ"ד יש כאן פגם חמור בצניעות, ולא רצוי שעדים יהיו נוכחים במצב זה. בשתי השיטות האחרונות ההפריה נעשית בעזרת מיקרוסקופים משוכללים, ובפרט האחרונה זקוקה למיקרוסקופ אלקטרוני סורק (Sem), המסוגל להגדיל אפילו פי 40,000. אמנם יש אפשרות שהעדים יראו את ההפריה, אולם לא בעיניהם הטבעיות. והשאלה היא, אם זו ראיית עדות.

ומצאתי בצפנת פענח (הל' קידוש החודש פ"א ה"א) שכתב שבעדות החודש העדים אינם רואים את הלבנה האמיתית, אלא שגזרת הכתוב היא שאם יראו כך וכך יעידו בבי"ד ויוכלו לקדש על פיהם. עי"ש שתירץ כמה קושיות עפ"י הסבר זה (ועיין בספר "אישים ושיטות" להגרש"י זווין, עמ' 111).

ומשמע שראייה לא טבעית אינה ראיית עדות בדרך כלל. (אלא שלא זכיתי להבין, מדוע ראיית הלבנה אינה ראייה טבעית? הרי העדים רואים בעיניהם את הלבנה בחידושה! וצ"ע. אמנם משה רבינו ראה בראייה נבואית, עי' רמב"ם הל' קידוש החודש פ"א ה"א; ועי' "מועדים וזמנים", להגר"מ שטרנבוך, ראש השנה סי' י"ט, בהסבר הדבר; אך שאלה היא אם ניתן ללמוד אפשר משאי אפשר).

והנה בנד"ד יש מקום לומר שדי לנו בעדות ידיעה, ואין צורך בראייה ישירה. עי' שו"ע (אה"ע סי' מ"ב סעי' ד' בהג"ה) שכתב בשם הרשב"א שהעדים צריכים לראות את הנתינה ממש, אבל אם לא ראו ממש את הנתינה לידה, אע"פ ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח"כ יצא מתחת ידם, אינם קידושין. אך הבית־שמואל (ס"ק י"ב) הביא בשם המרדכי (קידושין פ"ג סי' תקל"ב), שאפילו אם לא ראו את הנתינה, אם ראו דבר המוכיח – יכולים להעיד כאילו ראו את גוף המעשה, דהא אמרינן "הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה". והמהר"ם בן ברוך (כך הגיה הגרעק"א) חילק בין קידושין לביאה. בביאה בלאו הכי אי אפשר לראות כמכחול בשפופרת. לכן די לנו בייחוד. ועוד שהוא כאש בנעורת. ולכן הרואה ייחוד כאילו רואה ביאה. מה שאין כן בקידושין, שאפשר לראות נתינת טבעת לידה ממש, ולכן אין אפשרות להסתפק בעדות ידיעה במקום עדות ראייה. א"כ יש לומר שהוא הדין בנד"ד, שבעצם היינו צריכים עדות על ביאה. אלא שהפריה מלאכותית באה במקום ביאה טבעית. ולכן יש לומר שכמו שבביאה טבעית דיינו בעדות ידיעה, הוא הדין בהפריה מלאכותית, דיינו בעדות ידיעה. וא"כ עדות זו כשרה היא.

יתירה מזאת. יתכן לומר שעדות באמצעות מכשירי ראייה עדיפה מעדות ידיעה. בעדות ידיעה אין ראייה אלא רק השערה, אם כי קרובה לוודאי; שמכיון ששמע אותו אומר "הרי את...", ורואה טבעת בידה – הסבירות אומרת שהוא נתן לה את הטבעת. מה שאין כן בראייה דרך

מיקרוסקופ הוא עוקב אחרי המעשה עצמו, אלא שזה נעשה באמצעות כלי. אמנם אין זו ראייה טבעית, אך זוהי ראייה. ולענין עדות יתכן שדי בראייה כזו. כי סוף־סוף לא הראייה היא המטרה אלא העדות, והראייה אינה אלא אמצעי לעדות אמת. א"כ יתכן שגם ראייה באמצעות מיקרוסקופ שמה ראייה לצורך עדות.

תשובה

נראה לענ"ד להעיר שבלאו הכי אין אפשרות מעשית להעיד על הוצאת הזרע מהבעל, בגלל בעיית הצניעות שבדבר. ועל זה נסמית עינו של בלעם הרשע.

ואכן מלשונו של הגרש"ז אויערבך זצ"ל יש לדייק שרק "מן הראוי" להקפיד על כך, אך אין זה תנאי בלעדי. וכך מסתבר, שהרי אי אפשר שיהיו שני עדים בזמן הוצאת הזרע. לכן אין טעם בעדות על ההפריה כשאין לנו עדות לא על זרעו של הבעל ולא על החדרת הביצית לאשה. ועל כרחנו צריכים אנו לסמוך על הבעל או על אשתו המביאים את הזרע למעבדה.

ולכן נראה שדי לנו בהשגחה טובה של לבורנטית יראת שמים.

מסקנות

א. מיילדת נאמנת להעיד על ייחוסו של הנולד. ונחלקו הראשונים אם נאמנות זו היא מעיקר הדין או מתקנת חכמים.

ב. נאמנות כעין זאת קיימת בכל מצב שבו באופן קבוע לא מצויים עדים כשרים.

ג. לדעת הרמב"ם, עד אחד נאמן ביוחסין בכל מקרה שבו אין חזקה קודמת.

ד. יוחסין מוגדרים כ"דבר שבערוה", אלא שיש להסתפק אם הגדרה זו היא מן התורה או מדרבנן.

ה. לדעת הר"ן, עד אחד אמנם נאמן ביוחסין מן התורה, אלא שמדרבנן הצריכו שני עדים בכל מצב שבו הדבר אפשרי.

ו. בהפריה אין אפשרות מעשית להעמיד עדים על כל שלבי ההפריה, בעיקר בגלל בעיות צניעות. לכן די בלבורנטית יראת שמים שתפקח על ההפריה.

סימן עב

פצוע דכא ע"י ניתוח

ראשי פרקים

שאלה
א. פצוע דכא ע"י כלב
ב. מחלוקת רש"י והרמב"ם בפצוע דכא מחמת מחלה
ג. פצוע דכא מחמת טיפול רפואי נחוץ
ד. מי שנעשה פצוע דכא מחמת פיקוח נפש
ה. דעת הגרש"ז אויערבך
תשובה

שאלה *

פצוע דכא פסול לבוא בקהל, שנאמר (דברים כ"ג ב'): "לא יבוא פצוע דכה... בקהל ה'". (הגדרת "פצוע דכא", עי' רמב"ם הל' איסורי ביאה פט"ז ה"ג־ה"ח). ונשאלת השאלה, מה דינו של אדם שעבר ניתוח באותו מקום ונעשה פצוע דכא, האם הוא מותר באשתו או שאסור לו לבוא בקהל?

* שבט תשנ"ג.

א. פצוע דכא ע"י כלב

נאמר במסכת יבמות (ע"ה ע"ב):

אמר רב יהודה אמר שמואל: פצוע דכא בידי שמים, כשר.

אמר רבא: היינו דקרינן "פצוע" ולא הפצוע (רש"י: הפצוע מעיקרו, כגון ממעי אמו).

במתניתא תנא, נאמר: "לא יבוא פצוע", ונאמר: "לא יבוא ממזר". מה להלן בידי אדם, אף כאן בידי אדם.

וכתב הערוך לנר (שם ד"ה בגמרא) **שיש נפק"מ בין דרשתו של רבא לבין המתניתא לענין מי שנעשה פצוע דכא ע"י נשיכת כלב: לפי המתניתא, הסוברת שלומדים מממזר, יוצא שרק מי שנפצע בידי אדם פסול לבוא בקהל, ואם נפצע ע"י כלב – כשר. אך לרבא, הלומד זאת מדרשת הפסוק "פצוע, ולא ממעי אמו" – יוצא שכל שאינו פצוע ממעי אמו, פסול. והוא הדין למי שנפצע ע"י כלב, שהוא פסול. וכן פסק הרמב"ם** (הל' איסורי ביאה פט"ז ה"ט. אך הסמ"ג, לאוין ק"ח-ק"ט, השמיט את הדין בנפצע ע"י כלב). **ולדעת היש"ש** (יבמות פ"ח סי' ט'), **רבא בא להוסיף פצוע מחמת חולי, שכשר לבוא בקהל** (עיין להלן אות ג').

ב. מחלוקת רש"י והרמב"ם בפצוע דכא מחמת מחלה

ואלו דברי הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ז ה"ט):

כל פסול שאמרנו בענין זה, כשלא היו בידי שמים, כגון שכרתו אדם או כלב או הכהו קוץ וכיוצא בדברים אלו. אבל אם נולד... פצוע דכא... או שחלה מחמת גופו, ובטלו ממנו אברים אלו או שנולד בהם שחין והמסה אותן או כרתן – הרי זה כשר לבוא בקהל, שכל אלו בידי שמים.

אך רש"י (יבמות ע"ה ע"ב ד"ה בידי שמים) **פירש:**

ע"י רעמים וברד, או ממעי אמו.

והאחרונים (היש"ש שם ועוד) **דייקו מדבריו שמי שנעשה פצוע דכא ע"י חולי, לא נקרא "בידי שמים", ופסול לבוא בקהל. אולם רש"י עצמו** (דף כ' ע"ב ד"ה סריס) **פירש אחרת, וכתב ש"סריס אדם" הוא:**

שסירסו אדם, ולא מחמת חולי נסתרס מאליו.

ומשמע שחולי נחשב כמכה שבידי שמים. (וכן כתב בדף ע"ה ע"א ד"ה סריס חמה).

ליישוב הסתירה בדברי רש"י, נראה שאפשר לחלק בכמה אופנים:

א. **בצמח צדק** (מליובביץ', אה"ע סי' ט"ז ס"ק ב') **חילק בין חולי פנימי, שנסתרס ואברי ההולדה קיימים, שזה נחשב "בידי שמים", לבין חולי באברי ההולדה עצמם, שכיון שלא נולד כך ממעי אמו, פסול.**

ב. **אולי יש לומר שרש"י לא פירש בדף ע"ה שפצוע דכא מחמת מחלה פסול לבוא בקהל אלא אליבא דרבא, הלומד מ"פצוע – הפצוע", שכל שלא נולד כן ממעי אמו – פסול. אך לדעת המתניתא, כיון שלא נעשה ע"י אדם, כשר. ובדף כ' זוהי תוספתא, שגם היא ברייתא כמו המתניתא.** (אולם על תירוץ זה יש להעיר שרבא עצמו הוא שמקשה שם מהתוספתא, ואין חולק עליה. וצ"ע).

ג. **עוד יש לומר עפ"י התבואות שור, שמכיון ש"צינים פחים בדרך עיקש", רוב החוליים באים בגרימת האדם, ולכן גם חולה נחשב כסריס בידי אדם. אך חולי שאינו באשמת האדם הוי כבידי שמים.**

ד. **הגריעב"ץ** (באגרת ביקורת, דף ח' ע"ב) **כתב לחלק, שחולי של כל הגוף נחשב בידי שמים, אך חולי מקומי של אברי ההולדה בלבד נחשב כדבר הבא בידי אדם. ולדעתו, גם הרמב"ם, שכתב שפצוע דכא מחמת חולי כשר, כוונתו לחולי של כל הגוף, אך בחולי מקומי הוא מודה שפסול.** (ולכאורה חילוק זה דומה למה שכתב הצמח צדק, אך יש הבדל ביניהם, ודו"ק).

להלכה פסק הרא"ש (יבמות פ"ח סי' ב') **כרש"י, וכן נוטה דעת השו"ע** (אה"ע סי' ה' סעי' י'). **אך הב"ח** (ד"ה ומ"ש רבינו) **כתב שמשם אינו מוכרח שרש"י התכוון לכך, ולהלכה הכריע הב"ח כדעת הרמב"ם, לקולא.**

ג. פצוע דכא מחמת טיפול רפואי נחוץ

לפי שיטת הרמב"ם, המכשיר פצוע דכא הבא מחמת מחלה, יש לעיין בדינו של מי שחלה, והרופאים עשו אותו פצוע דכא במהלך הניתוח, האם הוא נחשב לפצוע בידי אדם או לפצוע בידי שמים?

והנה אם אותו מקום נתמסמס או התייבש וכדו' ע"י המחלה עוד לפני הניתוח, הרי לאו שם אבר עליו, והרופא לא עשה דבר אלא נטל דבר שכבר בטל ממנו שם חיותו. אך אם האבר היה בריא, אולי זה נחשב לפצוע דכא בידי אדם. (עיין שו"ת חתם סופר אה"ע סי' י"ז, י"ט).

והבית מאיר (סי' ה' סעי' י' ד"ה וה"ה) כתב שאם סופו של האבר להינטל, "כל העומד להינטל כנטול דמי". וקשה שהרי כלל זה נכון רק לדעת ר' שמעון (ב"ק ע"ו ע"ב; מנחות ק"ב ע"ב; ועוד), אך לא קיי"ל כמותו. והחתם סופר (יו"ד סי' רנ"ו ד"ה אך) כתב בענין דיו העומד להאדים, שבדבר העומד להיעשות מאליו מודים רבנן לר"ש, ואומרים שנידון על שם סופו; ולא נחלקו אלא כשעומד להיעשות בידי אדם.

אך היש"ש (יבמות פ"ח סי' ט') דייק מל' הרמב"ם (שם) והסמ"ג (לאוין קי"ח-קי"ט) שכל שנעשה ע"י רופאים לרפואה נחשב בידי שמים ולא בידי אדם. ואלו דברי הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ז ה"ט):

...או שחלה מחמת גופו ובטלו ממנו אברים אלו. או שנולד בהם שחין והמסה אותן או **כרתן** – הרי זה כשר לבוא בקהל, שכל אלו בידי שמים.

ודייק היש"ש (שם) שהכוונה היא לכריתה הנעשית **בשביל האדם וע"י האדם**, ולזה התכוון רבא בהוסיפו על הברייתא. שלדעת הברייתא ההיקש מממזר הוא שרק פצוע בידי אדם פסול, אך אם בא מחמת חולי כשר; שהרי אם הפסוק בא ללמדנו שרק ע"י רעמים כשר, סגי בדרשה: "פצוע ולא הפצוע", שכל שבא מאליו כמו שנולד כך ממעי אמו, והוא הדין לחולה מעיקרו. אך מממזר לומדים שאפילו חולה במקרה, נקרא "בידי שמים".

אלא שדבריו צריכים עיון. אמנם חולי מיקרי "בידי שמים", אך כשרופאים כרתו בידים מחמת חולי, מדוע ייחשב בידי שמים ולא בידי אדם? וע"כ צריך לומר בדעתו, שכל שהרופא עושה מכורח המחלה, לאו "בידי אדם" הוא. וזוהי כוונת הסמ"ג (שם, עפ"י גירסת הדפוסים) באומרו: **בפשיעתו** – ולא מחמת **הכרח**.

אך באוצה"פ (סי' ה' ס"ק נ"ו) כתב הגרא"ז מלצר שבכת"י איתא: "או בפשיעתו". ובהוצאה החדשה שההדיר הרב פרבר הגירסה היא: "בידי אדם או ע"י פשיעתו. כלומר, שכל שנעשה ע"י אדם, אפילו שלא בפשיעה, פסול מלבוא בקהל.

ד. מי שנעשה פצוע דכא מחמת פיקוח נפש

בשו"ת חלקת־יואב (אה"ע סי' ג') חידש שאם נאלצו הרופאים לסרס אדם משום פיקוח נפש – הרי הוא כשר לבוא בקהל. ולמד זאת מממזר: ממזר – יצירתו בעבירה, והוא הדין לפצוע דכא שבא ע"י איסור סירוס (עי' אה"ע סי' ה' סעי' י"א). אך אם המעשה נעשה בהיתר, אינו דומה לממזר, ולכן הוא כשר. ולכאורה הדבר תלוי בשאלה אם פיקו"נ הוא בבחינת "הותרה" או שהוא בבחינת "דחויה": שאם נאמר "הותרה" – א"כ המעשה נעשה בהיתר, ולכן האדם צריך להיות מותר. אך אם נאמר "דחויה" – אי אפשר לקרוא לכך מעשה מותר, ולדעה זו צריך לומר שאדם זה יהיה פסול מלבוא בקהל.

ועצם הנחתו של החלקת־יואב שממזר הוא רק מי שנולד כתוצאה מעבירה, תמוהה לכאורה. שכן מה יהיה הדין כאשר אדם יבוא על ערוה באונס? ואע"פ שחייב למסור את נפשו על כך, מ"מ אם לא מסר את נפשו, לא עבר על איסור ערוה אלא על קידוש השם, ולכאורה לפי זה הבן לא יהיה ממזר (עי' תוס' יבמות נ"ג ע"ב ד"ה אין)!

ואכן בשו"ת עונג־יו"ט (סי' קכ"א) נסתפק בשאלה זו בזמן ששניהם אנוסים ושניהם לא עשו מעשה, שאז אינם מצווים למסור את עצמם, אם הוולד יהיה ממזר. והביא ראיה

מהעובד עבודה זרה באונס, דלא מקרי "נעבד" (ע"ז נ"ד ע"א). וא"כ הוא הדין לממזר. עוד הביא ראיה מכהן הבא על גרושה בהיתר, כגון בזמן שעשה דוחה לא־תעשה, שהבן לא יהיה חלל (יבמות כ' ע"ב). אך דחה את הראיה, מפני ששם התורה אמרה שבמקום עשה אין לא־תעשה כלל, כלומר שהוא בבחינת "הותרה" ולא "דחויה". ועי"ש שלא הכריע.

ועיין חי' ר' ראובן (ב"ב סי' י"ד) שכתב שאם עגונה נישאה לאחד מעדיה ואח"כ בא הבעל – הוולד כשר, כיון שלדבריה ולדבריו לא היתה כאן עבירה. ולכן הוולד כשר גם לדידן. ועי"ש שהוכיח גם להיפך.

ולענ"ד יתכן לומר, בעקבות סברת החלקת יואב, שגם כאשר הניתוח נעשה בגלל סכנת אבר, המנותח לא יהיה פסול משום פצוע דכא. כי גם בסכנת אבר הרופא מצווה לנתח מכוח מצוות השבת אבידת גופו, הנלמדת מ"והשבותו". ומצוה זו תדחה לא־תעשה של איסור סירוס. כמו שהגמ' (ב"מ ל' ע"א) סברה לומר שעשה של השבת־אבידה ידחה לא־תעשה של כהן בבית הקברות, אלא שדחתה זאת מפני שיש כאן עשה ולא־תעשה, ומשום שממונא לא דחי איסורא. וכאן אין עשה אלא לא־תעשה בלבד, של "ובארצכם לא תעשו". (מיהו צ"ע אם "משחתם בם" אינו איסור עשה, לפי מה שכתב הגר"א, אה"ע סי' ה' ס"ק כ"ה, שבנקבה עובר על "משחתם בם", וצ"ע).

וכן מה שנאמר שם ש"ממונא לא דחי איסורא" יש לומר שהדברים אמורים דווקא בממון, שניתן למחילה; אך סכנת אבר לא ניתנת למחילה, אם נאמר שאין גופו של האדם ברשותו, והרופא מצווה לנתחו גם כאשר החולה צווח ואומר לא בעינא. ולכן נראה לומר שסכנת אבר אינה ממונא אלא איסורא, ומצוות "והשבותו" של האבר דוחה את איסור הסירוס.

ה. דעת הגרש"ז אויערבך

מיהו, בנשמת אברהם (אה"ע סי' ה' עמ' מ"ו) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל שהוא חולק על ה"חלקת יואב", ואומר שגם מי שנעשה פצוע דכא ע"י טיפול רפואי שהיה הכרחי לפיקוח נפש, הרי הוא פסול לבוא בקהל. והגרשז"א הוכיח את דבריו מהתוס' (יבמות ט"ז ע"ב ד"ה קסבר) שכתבו שממזר הוא גם מי שנולד מאשה שנבעלה בהיתר מאדם הפסול לה, כגון גוי שבא על אשה ישראלית בצינעא, שכל איסורה אינו אלא משום בית דינו של שם, והוולד ממזר למרות שמן התורה ביאת היתר היא (למ"ד שבגוי הבא על ישראלית הוולד ממזר).

אך אפשר אולי לדחות את הראיה. אמנם לדעה הסוברת שגוי הבא על ישראלית הוולד ממזר יש הכרח לומר כן; אך להלכה, דקיי"ל שבכה"ג אין הוולד ממזר, אין הכרח לכך. ודוחק.

מיהו נראה לקיים את דברי הגרש"ז אויערבך זצ"ל. וזאת עפ"י מה שהביא החלקת יואב עצמו (שם) מהגמרא בברכות (נ"ג ע"א), שנר שהודלק ע"י גוי בשבת נחשב כנר שלא שבת, ואי אפשר לברך עליו במוצ"ש, מפני שהוא נר של עבירה. ואילו נר שהודלק לצורך יולדת או חולה נחשב כ"נר ששבת" ומברכים עליו ברכת "בורא מאורי האש", מפני שהדלקה זו היא של היתר. (ומכאן ראיה שאונס של פיקו"נ הוא היתר גמור, ולא דמי לאנוס שאנסוהו לעבוד ע"ז). וא"כ גוי שבא על בת ישראל בצינעא, דבר שאין בו איסור תורה לכתחילה (והאיסור הוא רק מדרבנן) – עדיף טפי מאונס. ואם בכל זאת הוולד ממזר, ק"ו באונס. וא"כ הוא הדין בפצוע דכא.

וצריך לומר בדעת החלקת יואב, שגוי ובת ישראל בצינעא דינם כמו אשת־איש שזינתה באונס. בשניהם יש **שם** עבירה, אע"פ שאין כאן עבירה מפורשת. והוא הדין בפצוע דכא בידי אדם, שם עבירה יש על זה. כאשר הרופאים נאלצים לסרס אדם בגלל פיקוח נפש, אין שם עבירה כלל. אדרבה, הם **מצווים** לעשות כן. מה שאין כן באונס של עריות וגוי הבא על בת ישראל, שהדבר מכוער גם אם הוא לא מוגדר כאיסור מפורש.

עוד יש להביא סברה להתיר, מחידושי הגר"ש שקופ (כתובות סי' ד'). הוא מביא שם את דברי הירושלמי (שבת פי"ג ה"ו):

היה מפקח בגל, ונתכוון להעלות צרור של זהובים עמו – מותר.

והפוסקים התירו אע"פ שמתכוון גם להעלות את הזהובים. וכתב הגר"ש שקופ, שהטעם להיתר הוא משום שפיקו"נ הוא מצוה שהאדם חייב לעשותה, ולכן חשבינן מה שנעשה אגב מעשה ההצלה כדבר הבא **ממילא**, ואינו מחוייב להסיר את התועלת שבאה לו אגב כך, עי"ש.

ולפי מה שכתבנו, שבסכנת אבר מותר לנתח אע"פ שמסרס, משום שבמקרה זה מצוות "והשבותו" דוחה לא־תעשה, יש לומר שבעשה דוחה לא־תעשה כבר מצינו במקום אחר שהעבירה כאילו לא נעברה כלל. וכך נאמר (יבמות כ' ע"ב) לענין אלמנה לכהן גדול וגרושה וחלוצה לכהן הדיוט, שעשה דוחה לא־תעשה, והוולד כשר.

לכן נראה לענ"ד, שכל שיש הכרח בניתוח, אין זה פצוע דכא בידי אדם, והוא מותר באשתו.

תשובה

למעשה נראה שיש לחלק בין שני סוגים של פצוע דכא שנגרם ע"י ניתוח: אם הניתוח היה הכרחי משום פיקוח נפש או משום סכנת אבר – אדם זה נחשב כפצוע דכא בידי שמים או כפצוע דכא בהיתר, והוא מותר לבוא בקהל. והוא הדין אם האבר עצמו נפגע קשה ע"י המחלה, והניתוח רק הרחיקו מן הגוף. אך אם אף אחד מהתנאים הללו לא התקיים, יש לאדם זה דין של פצוע דכא.

סימן עג

נישואי בעלת תשובה לכהן

ראשי פרקים

שאלה
א. מחלוקת התנאים בהגדרת "זונה"
ב. שיטת הסמ"ג
ג. שיטת הרמב"ם והראב"ד בפנוי הבא על הפנויה
ד. הקשר בין ביאת איסור לדין "זונה"
ה. החשש שמא נבעלה לפסול
תשובה
מסקנות

שאלה *

כהן בן תורה הכיר בחורה יראת שמים ורצינית. כשעמדו להחליט להינשא, הודתה בפניו הבחורה, שתקופה מסויימת, בהיותה חילונית, חיתה חיי אישות עם בחור יהודי, אולם אח"כ התחרטה על מעשיה וחזרה בתשובה, ועתה היא רוצה לבנות בית של תורה. אותו בחור ידוע כיהודי כשר לבוא בקהל. האם מותר לאותו כהן לשאת הבחורה הזאת לאשה?

א. מחלוקת התנאים בהגדרת "זונה"

הגמרא (יבמות ס"א ע"ב) מביאה ברייתא הדנה בהגדרת "זונה" האסורה לכהן:

"זונה" – זונה כשמה, דברי ר' אליעזר.
ר' עקיבא אומר: זונה – זו מופקרת.
ר' מתיא בן חרש אומר: אפילו הלך בעלה להשקותה ובא עליה בדרך, עשאה זונה.
ר' יהודה אומר: זונה – זו איילונית.
וחכמים אומרים: אין זונה אלא גיורת ומשוחררת ושנבעלה בעילת זנות.
ר' אלעזר אומר: פנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות, עשאה זונה.

* מרחשון שדמ"ת.

וכתבו בתוס' ישנים (שם ד"ה פנוי):

איכא בין ר' עקיבא לר' אלעזר, דר' עקיבא אומר, זונה זו מופקרת, רגילה בזנות כמה פעמים, אבל בביאה ראשונה לא עשאה זונה. ולר' אלעזר – עשאה זונה בפעם אחת.

ומדבריהם משמע שאפילו זינתה עם אדם אחד; כיון שזינתה פעמים הרבה, הוי קביעות ולא מקרה, ולכן אסורה.

ב. שיטת הסמ"ג

במסקנה אומרת הגמרא (שם):

אמר רב עמרם: אין הלכה כר' אלעזר.

עפ"י זה כתב המהרש"ל (יש"ש יבמות פ"ו סי' כ"ו) **בשם הסמ"ג** (לאוין קכ"א), **שמכיון שהגמרא נקטה רק "אין הלכה כר' אלעזר", משמע שראוי להחמיר כדברי כל שאר התנאים. וא"כ מן הראוי להחמיר כר' עקיבא, הסובר שהמופקרת אסורה. והבית־שמואל** (אה"ע סי' ז' ס"ק י"ט) **הביא להלכה את דברי המהרש"ל.**

לפי מה שכתבו התוס' ישנים, מופקרת, לדעת ר' עקיבא, היא מי שזינתה כמה וכמה פעמים. ולפי הגדרה זו, אמנם פנויה שזינתה פעם אחת בלבד עם יהודי כשר – כשרה לכהונה, משום שאין הלכה כר' אלעזר. אך מי שזינתה כמה וכמה פעמים, מן הראוי להחמיר בה, כדעת ר' עקיבא.

ובמשל"מ (הל' איסורי ביאה פי"ח ה"א, בסוף דבריו הארוכים, ד"ה ויש לחקור) **חקר בדברי ר' אלעזר, הסובר שפנוי הבא על הפנויה עשאה זונה, אם הדברים אמורים דווקא כשבא עליה בדרך הפקרות, או שהיא נעשית זונה גם אם ייחדה לעצמו לשם פילגש, אך לא העלה דבר ברור. וא"כ יש להסתפק גם אליבא דר' עקיבא, אם דווקא במופקרת לכל אדם אסר ר' עקיבא, או אפילו במיוחדת לאדם אחד, אך ללא חופה וקידושין.**

ג. שיטת הרמב"ם והראב"ד בפנוי הבא על הפנויה

נראה שניתן לענות על שאלה זו, מתוך עיון בשיטת הרמב"ם והראב"ד בסוגיא זו (עי' בהרחבה לקמן סי' ע"ה אות ב"ה). **וכך כתב הרמב"ם** (הל' אישות פ"א ה"ד):

...כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין – לוקה מן התורה, מפני שבעל קדשה.

על כך כתב הראב"ד (השגה שם):

אין קדשה אלא מזומנת, והיא המופקרת לכל אדם. אבל המייחדת עצמה לאיש אחד – אין בה לא מלקות ולא איסור לאו...

ועיין מג"מ (שם) **שהביא ראיה לדעת הרמב"ם מר' אלעזר, הסובר שפנוי הבא על הפנויה עשאה זונה. שכן אם אין איסור כלל בביאה זו, היאך עשאה זונה?** (והנחתו היא שרק מי שעוברת עבירה נעשית זונה, ולא יתכן שאשה תיעשה זונה בביאת היתר. ועיין להלן אות ד').

אך יש להעיר על דבריו ממה שכתב הרמב"ם בהל' נערה בתולה (פ"ב ה"ז):

שזה שחייבה התורה לאונס ומפתה ממון, לא מלקות, בשאירע הדבר מקרה, שלא מדעת אביה, ולא הכינה עצמה לכך; שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי. אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה, גורם שתימלא הארץ זימה... והמכין בתו לכך, הרי היא קדשה, ולוקה הבועל והנבעלת משום "לא תהיה קדשה"...

עי"ש ובראב"ד (השגה שם). **נמצינו למדים מדברי הרמב"ם, שביאה מקרית אינה אסורה באיסור לאו, אא"כ האשה הכינה את עצמה לכך. ומכאן יוצא שבביאה אחת אינה נעשית זונה אף לר' אלעזר. וא"כ מאי איכא בין ר' אלעזר לר' עקיבא? ובדעת הרמב"ם אי אפשר לומר מה שכתבו התוס' ישנים** (לעיל אות א'), **שלר' אלעזר די בביאה אחת, ולר' עקיבא צריך ביאות הרבה.**

והכרח לומר בהסבר שיטת הרמב"ם, שלדעת ר' אלעזר האשה נחשבת לזונה רק אם הכינה עצמה לכך, ואפילו אם נבעלה רק לאדם אחד;

ואילו לדעת ר' עקיבא היא נחשבת לזונה רק אם הפקירה את עצמה לכל. ור' אלעזר ור' עקיבא נחלקו בגדר "קדשה", אם קדשה היא המופקרת לאדם אחד או המופקרת לכל.

ונראה שזוהי המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד בדינו של מי שבא על הפנויה: שהרמב"ם סובר שההגדרה של קדשה היא כר' אלעזר, והראב"ד – כר' עקיבא. (ולכן לדעת הרמב"ם, הל' איסורי ביאה פי"ח ה"א־ה"ב – מכיון שאין הלכה כר' אלעזר לענין איסורה לכהן, הוא הדין שאין הלכה כשאר התנאים בברייתא שם, ולא כהסמ"ג). ואילו הסמ"ג, הסובר שלאוסרה לכהן יש לחוש לדעת ר' עקיבא ולא לדעת ר' אלעזר, כנראה סובר כדעת הראב"ד, שרק מופקרת לכל אסורה, אך מופקרת לאדם אחד אין בה איסור, וממילא אין גם לאוסרה לכהן.

ואולי גם התוס' ישנים התכוונו לחלק בין אשה שזינתה עם אדם אחד לבין מי שזינתה עם הרבה בני אדם: שאם זינתה עם אדם אחד, אינה נחשבת לזונה לפי דעת ר' עקיבא, ואילו לדעת ר' אלעזר, אף אם זינתה פעם אחת עם אדם אחד נחשבת לזונה, כיון שהכינה את עצמה לכך.

ומכאן יוצא שלדעת כל הראשונים בהסבר דעת ר' עקיבא, אין אשה נאסרת לכהן בביאה של אדם אחד, אלא כשהיא מופקרת לכל.

ד. הקשר בין ביאת איסור לדין "זונה"

מה שכתבנו עד כה הוא עפ"י שיטת המג"מ (שם), הסובר שאיסור "זונה" לכהן תלוי באיסור שעברה. אך האור־שמח (הל' אישות פ"א ה"א ד"ה הרב) הקשה עליו מכך שמצינו בהלכה אשה האסורה משום "זונה" למרות שלא עברה עבירה. וכך כתב הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פי"ח ה"ה):

> הא למדת, שאין היותה זונה תולה בבעילה של איסור. שהרי הבא על הנידה ועל הקדשה והנתבעת לבהמה, נבעלה באיסור ולא נעשית זונה; ומי שנישאת לחלל ונבעלה בהיתר, נעשית זונה. ואין הדבר תלוי אלא בפגימה. ומפי השמועה למדו שאינה פגומה אלא מאדם האסור לה או מחלל.

אולם בהמשך דבריו (ד"ה אולם) מצדיק האור־שמח את דברי המג"מ, עפ"י הגמ' בסנהדרין (נ"א ע"א):

> "ובת איש כהן (כי תחל לזנות)"... יכול אפילו פנויה? הא "לזנות" כתיב! – כדר' אלעזר, דאמר: פנוי הבא על הפנויה שלא לשום אישות, עשאה זונה...

וע"כ יש איסור בפנוי הבא על הפנויה. ולכן סברה הגמ' בהו"א שיש חיוב מיתה בבת כהן שזינתה בהיותה פנויה, שכן אם אין איסור, על מה ימיתו אותה?

ולפי זה צריך לומר, שאמנם לשיטת הרמב"ם אשה נעשית זונה גם ללא איסור, כגון בחלל הבא על בת ישראל, אף אם הוא פנוי הבא על הפנויה, כיון שפגום הוא. אך פנוי הבא על הפנויה אינו פגום, ולמה יעשה אותה זונה? אלא ע"כ יש איסור בדבר ולכן היא נעשית זונה לדעת ר' אלעזר במקרה זה.

ועי"ש בהמשך דברי האור־שמח (ד"ה ואחרי), שלדעתו אינו עובר בלאו אלא במופקרת לכל; אך אם היא מיוחדת לאיש אחד, אין בזה אלא איסור עשה שמבטל מצוות קידושין, ולא איסור לאו של "לא תהיה קדשה". (עי' בהרחבה לקמן סי' ע"ה אות ו', סי' פ"ב אות א'). ולפי זה, אפילו לר' אלעזר אינה נעשית זונה אלא כשאינה מיוחדת לאיש אחד, אך במיוחדת לאיש אחד אינה נעשית זונה.

אלא שצ"ע לפי זה, מה בין ר' אלעזר לר' עקיבא? וצריך לומר כדברי התוס' ישנים, שלר' אלעזר נעשית זונה בביאה אחת, אע"ג שייתכן שהדבר היה במקרה; ואילו לר' עקיבא היא נעשית זונה רק בכמה ביאות, שאין הדבר במקרה, אלא הוחזקה בזנות. אך לשניהם הדברים אמורים דווקא במופקרת לכל ולא במיוחדת לאדם אחד.

והנה כשנבוא לסכם, נמצא שאף אם נחשוש לדעת הסמ"ג, הסובר שיש לחוש לכתחילה

לדעת ר' עקיבא, אין הדברים אמורים אלא במופקרת, אבל במיוחדת לא פסל ר' עקיבא. ולפיכך היא מותרת לכהן אפילו לדעת הרמב"ם הסובר שיש איסור לאו בפנוי הבא על הפנויה. וק"ו שהיא מותרת לדעת הראב"ד, שלדעתו אין זונה אלא מופקרת, ואין אשה נעשית זונה אלא כשעברה על לאו (עיין השגות הראב"ד: הל' איסורי ביאה פי"ח ה"א, הל' אישות פ"א ה"ד).

ה. החשש שמא נבעלה לפסול

מיהו יש לחוש שמא נבעלה גם לאנשים אחרים כשם שנבעלה לאותו בחור שסיפרה עליו. אך נראה שהיא נאמנת לומר שלא נבעלה לפסולים. ואפילו אם נאמר שאין אשה נאמנת אלא בתרי רובי (עי' כתובות ט"ו ע"א), גם כאן יש לה תרי רובי: רוב הנמצאים באותו מקום שגרה בו, ורוב המדינה, שסוף־סוף רובם יהודים כשרים.

ועוד, הרי יש לה מיגו של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". שהרי היא שגילתה לו שאינה בתולה, והיא שאמרה שנבעלה ע"י יהודי כשר. ואין לומר שכאן אין "הפה שאסר" בגלל שסופה להיבעל לאותו כהן והוא היה מגלה שאינה בתולה, שהרי יכולה להערים עליו בדם ציפור וכדו'. ואף אם לא תערים עליו, סתם בחור כשר אינו בקי בפתח פתוח. (ועיין שושנת העמקים להפמ"ג, כלל ד' ד"ה שאלה פנויה).

תשובה

אם אותו כהן היה בא לכתחילה להתייעץ עמנו אם להכיר בחורה כזאת, אולי היינו ממליצים לו שלא יכירנה. אך לאחר שהכיר אותה ומצאה כשרה וצנועה וראויה לבנות עמה בית של תורה, מה' יצא הדבר, ומן הסתם הזיווג יעלה יפה.

מסקנות

א. "זונה" היא מי שנבעלה בעילת איסור. ויש חוששים לדעת ר' עקיבא, הסובר ש"זונה" היא מופקרת.

ב. לדעת ר' עקיבא "זונה" היא דווקא אשה המופקרת לכל.

ג. אשה המודה שנבעלה לאדם כשר, נאמנת, ואין חוששים שנבעלה לפסולים.

סימן עד

גיורת שנישאה לכהן

ראשי פרקים

שאלה
א. טעם איסור גיורת לכהן
ב. הדין ללא קידושין
ג. גיור לשם נישואין לכהן
תשובה

שאלה *

כהן, שהיה חילוני ונעשה בעל תשובה, נשא גיורת בעודו חילוני, ולא ידע כלל שיש איסור בדבר, ועתה נודע לו שהדבר אסור. לאותו כהן יש בנים ממנה הלומדים בתלמוד־תורה חרדי. הוא לא נקרא בשם כהן ולא עלה לדוכן ואף לא לתורה ככהן. איש אינו יודע שהוא כהן, ורק אביו מסר לו בערוב ימיו שהוא כהן.

יש גם ספק על התוקף של נישואיו. הוא נשא את אשתו בנישואין אזרחיים כשהיתה גויה, ואח"כ התגיירה ולא נישאה לו כהלכה כדת משה וישראל. קשה עליו פרידתו מאשתו. הדבר עלול גם לפגוע בילדיו שכרגע מתחנכים לתורה

* מרחשוון תשנ"ג.

ומצוות, והריסת הבית עלולה לפגוע בחינוכם. מה עליו לעשות?

א. טעם איסור גיורת לכהן

גיורת אסורה לכהן מכמה סיבות (עי' בית־שמואל אה"ע סי' ו' ס"ק כ'):

א. לדעת רש"י (יבמות ע"ו ע"א ד"ה כהן, ס"א ע"א ד"ה אלא הגיורת) היא אסורה רק כאשר נבעלה לגוי. ומכיון שגיורת היתה גויה לפני כן, והיא בחזקת שנבעלה – יש לה דין "זונה".

ב. לדעת הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פי"ח ה"א־ה"ג, עפ"י הבנת המג"מ שם והב"ש אה"ע סי' ו' ס"ק כ'), התוס' (יבמות ס"א ע"א ד"ה אין) והרא"ש (יבמות פ"ו סי' ו') – גיורת אסורה משום שבאה מעכו"ם השטופים בזימה, ולכן היא נחשבת ל"זונה".

ג. לדעת הראב"ד (השגה לרמב"ם שם ה"ג) היא אסורה מכוח הפסוק ביחזקאל (מ"ד כ"ב): "...כי אם בתולות מזרע בית ישראל".

עכ"פ לכו"ע לא מפורש בתורה שגיורת היא "זונה" (עי' בית־שמואל אה"ע סי' ו' ס"ק כ') ולכן הקלו בפצוע דכא כהן, והתירו לו לישא גיורת (שו"ע אה"ע סי' ה' סעי' א'). אך איסור יש, ויתכן שהוא מהתורה, אלא שאינו מפורש בתורה.

ב. הדין ללא קידושין

והנה בנד"ד, שהיא לא נשואה לו כדת משה וישראל, לדעת הרמב"ם יש בזה צד קולא, משום שלדעתו כהן אינו עובר על איסור "זונה" אלא כשהיא מקודשת לו (הל' איסורי ביאה פי"ז ה"ב). מאידך גיסא, לדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"ד) עובר אז באיסור "קדשה". (ועי' בהרחבה לקמן סי' ע"ה אות ב־ג'). ואילו לדעת הראב"ד (בהשגה הל' אישות שם) אינו עובר אז על איסור "קדשה", אך עובר באיסור "זונה". ודעת רוב הפוסקים היא כדעת הראב"ד, שאינו עובר באיסור "קדשה" (עי' בית־שמואל אה"ע סי' כ"ו ס"ק ב'). וכ"כ הרמב"ן (בתשובה, הובאה בכס"מ הל' אישות פ"א ה"ד, וצויינה בסי' רפ"ד), הרא"ש (כתובות פ"א סי' י"ב) ועוד.

וייתכן לומר, שמכיון שהוא נשוי לה בנישואין אזרחיים, אע"פ שאין אלו נישואין כדת משה וישראל, מיהו "קדשה" לא הויא, שהרי אינה מופקרת (והדבר דומה למה שכתב הרמב"ם בהיתר פילגש למלך ולאמה העבריה לאחר ייעוד, ועי' לקמן סי' ע"ה אות ב', ד', וצ"ע).

עוד יש לומר, שכיון שעתה הוא שומר מצוות, יש לו חזקה שאינו עושה בעילתו בעילת זנות, וא"כ הרי היא כמקודשת לו (עי' שו"ע אה"ע סי' קמ"ט סעי' ב'). אך מאידך יש לומר שאילו היה יודע שהיא אסורה לו, לא היה מוכן לגרום לכך שהיא תהיה נשואה לו, וא"כ יש להסתפק אם היא מקודשת לו מצד חזקה זו.

וא"כ אדם זה נמצא באיסור ממה נפשך: אם היא לא נחשבת נשואה לו כדת משה וישראל, יש כאן חשש "קדשה" לדעת הרמב"ם. ואם היא נחשבת נשואה לו כדת משה וישראל, יש כאן איסור "זונה" לכהן, לדעתו. ולדעת פוסקים אחרים המצב הפוך. ואף אם נמצא פוסק האומר שאין כאן לא איסור קדשה ולא איסור זונה, בוודאי יש כאן איסור דרבנן לכל הפחות (עי' לקמן סי' ע"ה אות ו'). ואיך נתיר לו להישאר עם אשה זו?

ג. גיור לשם נישואין לכהן

והנה השאלה נשאלה רק באשר להיתר גיורת לכהן. אך יש לעורר שאלה חמורה יותר; שהרי יש כאן ספק על עצם הגיור. היא התגיירה על־מנת להינשא לבעלה הכהן. כלומר, שהיא התגיירה על־מנת שלא לקיים הלכה זו. וגר שבא לקבל עליו דברי תורה חוץ מדבר אחד – אין מקבלין אותו (בכורות ל' ע"ב)! ומלבד זה – היא התגיירה על־מנת להינשא ליהודי; ואשה שהתגיירה לשום אישות, אינה גיורת (יבמות כ"ד ע"ב)!

והנה זה שאין מגיירים לשום אישות, זהו לכתחילה. אך בדיעבד הגיור חל, כמבואר במסכת יבמות (שם) שהלכה כדברי האומר כולם גרים. ועוד, גם לכתחילה יש לומר שבימינו אין

אשה צריכה להתגייר כדי שיתירו לה להינשא לישראל. שהרי הם חיים ביחד חיים משותפים בנישואין אזרחיים. וא"כ גיורה לא נעשה לשם אישות, שהרי יש לה את אותו איש גם ללא הגיור. ומכאן מוכח שכוונתה היתה באמת להתגייר. וכבר עמד על כך בשו"ת אחיעזר (ח"ג סי' כ"ו בסופו).

ובאשר לכך שהתגיירה על־מנת שלא לקיים את האיסור להינשא לכהן, כתב בשו"ת אחיעזר (שם) שזהו רק כאשר הגר מתגייר על־מנת שלא יחול עליו איסור כלשהו – אז אין גיורו גיור. אך כאשר כוונתו היא לעבור לתיאבון על איסור אחד – גיורו גיור. אף כאן יש לומר שכוונתה היתה לעבור לתיאבון על איסור נישואי גיורת, ולכן מותר היה לגייר אותה.

ויותר נראה שהם בכלל לא ידעו על האיסור. ומי שלימד אותה לא העמיד אותה על כך. וייתכן שאם היה מעמידה על כך לא היתה מתגיירת. ואעפ"כ גיורה גיור, וכנ"ל.

ועי' בשו"ת אחיעזר (שם) שהביא את תשובת הרמב"ם (סי' ר"א) שהתיר למי שנטען על השפחה ונשתחררה – לשאתה, מפני תקנת השבים, ומשום "עת לעשות לה' הפרו תורתך". והאחיעזר התיר עפ"י זה גם את הגיור, משום תקנת השבים; וא"כ הוא הדין בנד"ד.

תשובה

למעשה נראה שאם השאלה מתייחסת רק אליו, אין עצה ואין תבונה נגד ה', ועליו לגרשה. אך אם השאלה מתייחסת לילדים, שאם נחריב עליהם את בית הוריהם הם עלולים לצאת לתרבות רעה, יש מקום לשקול את הדבר עפי תשובת הרמב"ם (סי' ר"א) שהתיר למי שנטען על השפחה ונשתחררה, לשאתה מפני תקנת השבים ומשום "עת לעשות לה' הפרו תורתך".

אמנם שם המדובר הוא במי שנטען על השפחה, שהוא אסור רק מדרבנן (רמב"ם הל' גירושין פ"י ה"ד), ואילו כאן יש איסור תורה לדעת חלק מהפוסקים. מאידך, איסור גיורת לכהן אינו מפורש בתורה, וכאן יש חשש שמא הבנים יצאו לתרבות רעה, לכן נראה שיש מקום להימנע מלגרשה. ועדיין צ"ע למעשה.

סימן עה

חיי אישות ללא קידושין במהלך חזרה בתשובה

ראשי פרקים

שאלה
א. בעיית איסורי נידה
ב. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין פילגש
ג. מקור דין פילגש
ד. קידושין, איסור או קנין?
ה. הגדרת איסור "קדשה"
ו. משמעותם של נישואין אזרחיים לענין זה
תשובה
מסקנות

שאלה

אשה יהודיה נישאה לבעל יהודי בנישואין אזרחיים בחו"ל. לאחרונה החליטה לחזור בתשובה, עלתה ארצה בגפה ורוצה להשפיע על בעלה לחזור בתשובה כמותה. האם מותר להם לדור ביחד כזוג נשוי עד שיעלה בידה לשכנעו לקדשה בקידושי תורה כדת משה וישראל?

א. בעיית איסורי נידה

ראשית, צריך להיות ברור שאין מדובר כאן על

איסור נידה. וכל היתר צריך להיות מותנה בכך שלא יקלו, לא באיסור כרת ולא באביזרייהו דיליה, גם אם הם איסורי דרבנן. וכל השאלה היא רק לגבי היתר הנישואין האזרחיים. (וראיתי להגר"ע יוסף שהביא בספר טהרת־הבית, ח"א עמ' ל"ב, בשם שו"ת בית־אבי, שהתיר לבעלי תשובה לקיים רק דיני דאורייתא. ועיין במסקנה).

ב. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין פילגש

ובאשר להיתר החיים המשותפים ביניהם, הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (הל' אישות פ"א ה"ד, הובאה לעיל סי' ע"ג אות ג'). לדעת הראב"ד, אין כאן איסור לאו מהתורה. ולדעת הרמב"ם לכאורה זוהי הפילגש האסורה לדעתו מהתורה. ולדעת הראב"ד (השגה שם) הפילגש מותרת מן התורה (ומדברי רוב הפוסקים משמע שסוברים כראב"ד: עי' בית־שמואל אה"ע סי' כ"ו ס"ק ב').

אך גם בדעת הרמב"ם יש מקום לדון. וכך כתב בהלכות מלכים (פ"ד ה"ד):

> וכן לוקח מכל גבול ישראל נשים ופילגשים: נשים בכתובה וקידושין ופילגשים בלא כתובה ובלא קידושין, אלא בייחוד לבד קונה אותה ומותרת לו. אבל הדיוט אסור בפילגש, אלא באמה העבריה בלבד אחר ייעוד.

ועיין לעיל (סי' ע"ג אות ג').

דברי הרמב"ם צריכים עיון: מנין לו היתר זה של פילגש לאחר ייעוד, ומה הסברה לומר שהתורה התירה למלך ולמי שקנה אמה עבריה דבר האסור לכל ישראל? אמנם מצינו שמלך פורץ גדר, אבל זהו ענין ממוני, וסמכותו של המלך היא מדין הפקר בית־דין (עי' שו"ת דבר אברהם סי' א' שקושר בין הדברים). אך מנין לנו להתיר לו איסור? ואם במלך מצינו כמה היתרים, מנין לנו להתיר זאת גם למי שקנה אמה עבריה?

ג. מקור דין פילגש

ונראה לענ"ד שהרמב"ם למד שאמה העבריה נחשבת לפילגש מהתנ"ך עצמו.

בספר שופטים (ח' ל"א) נאמר:

> **ופילגשו** אשר בשכם ילדה לו גם היא בן, וישם את שמו אבימלך.

ומאידך נאמר שם (ט' י"ח):

> ...ותמליכו את אבימלך **בן אמתו** על בעלי שכם...

נמצא שאבימלך היה בנה של פילגש אביו גדעון, וגם בן אמתו. ומכאן שפילגש היא אמה עבריה לאחר ייעוד. ולאחר שגדעון נשא את אמתו, ילדה לו את אבימלך.

והרמב"ם, לשיטתו (הל' אישות פ"א ה"ד), שפילגש אסורה מהתורה, היה צריך לתת הסבר לכך שפילגש מותרת. ומאחר שמצינו בתנ"ך פילגשים אצל המלכים, למד הרמב"ם זה מזה; וכשם שמלך רשאי בפילגש, הוא הדין לאמה עבריה לאחר ייעוד. והמשותף לשניהם הוא שגם מלך רשאי לקחת לעצמו עבדים ושפחות ולעשותם לרקחות וטבחות, ולכן מסתבר לו שהוא הדין שמותר לו לייחד אותן לשם אישות.

ונמצא שיש שתי דרכים להוויית האישות: דרך אחת – ע"י חופה וקידושין כדת משה וישראל, ודרך אחרת – ע"י קנין ממוני. ולא מצינו קנין ממוני באשה מישראל אלא במלך ובאמה העבריה. ואשה כזאת אינה קדשה, ומותרת לבעלה. והטעם לכך הוא שאשה קנויה אינה מופקרת לכל, שהרי משועבדת היא לאדוניה ולכן אינה "קדשה".

ד. קידושין, איסור או קנין?

וידועה החקירה הישיבתית אם קידושין הם איסור או קנין (עי' חידושי ר' איצל'ה מפוניבז', קידושין ו' ע"ב):

האבנ"מ (סי מ"ב ס"ק א') הוכיח מהרשב"א (קידושין ו' ע"ב ד"ה אילימא) שאין באשה קנין ממוני. לעומת זאת בתשובותיו (שם סי' י"ז) הסתמך האבנ"מ על דרשת הפסוק "קנין כספו" – כדי להוכיח שהאשה קנויה לבעלה קנין ממוני. (ולענ"ד אין הכרח לכך, שהרי גם אלמנת כהן שיש לה בן ממנו אוכלת בתרומה, וע"כ זה משום שהיא אשת כהן, כלומר מעין "כהנת" בזכות עצמה).

הנצי"ב מוואלוז'ין (שו"ת משיב דבר ח"ד סי' ל"ה) הוכיח שאין קנין ממוני באשה, וכן כתב בשו"ת חלקת־יואב (אה"ע סי' ו'. ועי' ספר "ברכת כהן" לר' קופל כהנא). לדברינו, אכן בדרך כלל אין האשה קנויה קנין ממוני לבעלה, חוץ מפילגש, שקניינה הוא קנין ממוני. ומכיוון שהיא ברשות אדוניה, אינה "קדשה", ואין בעילתה בעילת זנות.

ובכך מתורצות כמה קושיות בענין ייעוד של אמה עבריה:

א. לפי מה שנפסק להלכה, שמעות ראשונות לקידושין ניתנו (רמב"ם הל' עבדים פ"ד ה"ז) — הרי אין עדים, ולא נאמר ע"י הקונה שום דבר באשר לקידושין!

ב. אמה עבריה נקנית גם בשטר שהאב כותבו (רמב"ם הל' עבדים פ"ד ה"ג) ואין זה שטר קידושין כלל!

ג. מכיון שהאב יכול לייעד את האמה לבנו (רמב"ם הל' עבדים פ"ד ה"ז), נמצא שבזמן קנייתה לאמה עדיין לא היה ידוע למי תיועד, לאב או לבן. ולכאורה הדבר תלוי ב"ברירה" (עי' שו"ע או"ח סי' תי"ג סעי' א' וביאור הגר"א שם), ואם "אין ברירה", אין כאן קידושין כלל!

ד. להלכה, שמעות ראשונות לקידושין ניתנו, איך לומדים מכאן שאומר אדם לבתו קטנה "צאי וקבלי קידושייך", הרי הוא קידש אותה בעצם מכירתה?

ה. הרמב"ם (הל' עבדים פ"ג ה"ג) פסק שאדם מוכר את בתו לשפחות לאחר ייעוד. וקשה, הרי אין אדם מוכר את בתו לשפחות אחר אישות. וא"כ כיצד מוכר אותה לאחר ייעוד? אלא ע"כ ייעוד אינו אישות אלא חלק מהשפחות.

ו. להלכה, שמעות ראשונות לקידושין ניתנו, היה צריך להיות שאם האמה זנתה, תתחייב משום אשת איש. אולם לא מצינו זאת (אבן האזל הל' עבדים פ"ד ה"ז).

ז. מדוע לא נלמד מייעוד ש"הילך מנה והתקדשי לפלוני" מקודשת (שם)?

ולפי הנ"ל הדברים מבוארים: הקנין בתחילתו הוא קנין עבדות לכל דבר, אלא שהתורה איפשרה לייעדו לבסוף לאישות. ואין צורך בקנין נוסף לאישות, אלא הקנין הראשון מתייחד לאישות. (עיין כל זה: משאת משה, קידושין סי' מ"ב; תורה שלמה, פרשת משפטים, מילואים אות ה', בשם שאילת יעב"ץ ח"ב סי' ט"ו ועוד מפרשים; חזון יחזקאל, לתוספתא קידושין פ"א ה"ג; וכן בטבעת החושן ח"ג, קונט' משפטי התנאים עמ' י"ז ואילך).

ה. הגדרת איסור "קדשה"

העולה מדברינו הוא שאם האשה הפנויה קשורה בקשר מסוים לאיש הזה, אע"פ שאינה נשואה לו כדת משה וישראל, אך אין אפשרות לאף אדם אחר לשאתה — אין היא "קדשה" אף לדעת הרמב"ם. כי "קדשה" היא רק זו המופקרת, דהיינו, שכשם שמפקירה עצמה לזה כך מפקירה עצמה גם לאחרים. אך כשהיא מייחדת את עצמה לאדם אחד, ואסורה לאחרים, אפילו כשהאיסור לאחרים הוא רק מהלכות עבדות או מדיני המלך, שאסור להדיוט להשתמש בשום חפץ שלו, אין היא נחשבת כמופקרת. וזוהי הסיבה לכך שהפילגש מותרת למלך, וכן לאדון לאחר ייעוד, לדעת הרמב"ם. (מיהו צריך לומר שלאחר ייעוד התורה מכירה בה כאשתו לכל דבר. ולכן אמרה: "שארה, כסותה ועונתה לא יגרע". והוא הדין לפילגש של המלך).

ו. משמעותם של נישואין אזרחיים לענין זה

אמנם אין לדמות נישואין אזרחיים לפילגש, אך יתכן לומר שאיסור קדשה גמור אין בה. ובנד"ד, אשה זו נישאה לו בנישואין אזרחיים. ולצערנו, גם בארץ מכיר עדיין החוק החילוני בנישואין אלו, אם נעשו בחו"ל.

למעשה, חוק המדינה לא יכיר בנישואיה לאדם אחר, וגם ההלכה לא תתיר לה להינשא לאחר אלא לאחר שתיפרד מבעלה הנוכחי פירוד גמור (לצאת מספק כגון זה של הרוגאצ'וב, מובא ב"תחומין" ב' עמ' 257 שבנישואין אזרחיים יש משום

נישואין של בני נוח); וא"כ למעשה היא אסורה להינשא לאחרים. ולכן, לאור האמור לעיל, יתכן לומר שאין היא "קדשה", והיא מותרת לבעלה. מיהו אין כאן קיום מצוות עשה של קידושין, כי התורה אינה מכירה בנישואין אלו, אלא הדבר דומה לייעוד ולפילגש של מלך, שהתורה הכירה בדרך זו של קנין לאישות. אך לפחות אין כאן עבירה בקום ועשה, אלא רק ביטול עשה. (עיין ביאור הגר"א אה"ע סי' כ"ו סס"ק ח') וכמו כן יש כאן איסור מדרבנן בחיי אישות ללא כתובה (רמב"ם הל' אישות פ"י ה"ד-ה"י). וכבר עמדנו על כך בתשובה אחרת (לקמן סי' פ"ב אות א').

ולענין ביטול מצוות עשה כאשר הדבר נעשה כדי למנוע את היפרדה מבעלה: אם נפשה קשורה בנפשו מאוד יש מקום לדון אם מותר לדחות כרגע את קיום מצוות הקידושין. ומצינו שאין חובת קיום מצוות עשה במקום הפסד של יותר מחומש מרכושו (שו"ע או"ח סי' תרנ"ו בהג"ה), ובן זוג נחשב לא פחות מרכוש. ומצינו כעין זה לענין קיום מצוות פריה ורביה, שאין חובה לבעל לגרש את אשתו כשלא נבנה ממנה, אם הוא קשור בה מאוד (עי' פת"ש אה"ע סי' קנ"ד סעי' כ"ז).

תשובה

לדעת הראב"ד והרבה ראשונים, האיסורים שהזוג הזה עובר הם רק בביטול עשה ואיסור מדרבנן. וייתכן שגם לדעת הרמב"ם אינם עוברים על איסור מהתורה. ואשה זו עוברת על איסורים אלו באופן זמני עד שישובו בתשובה מלאה. ומצינו שהחוזר בתשובה אינו צריך לחזור בבת אחת, אלא קמעא קמעא (עי' ב"ק פ' ע"א). ולכך נראה לענ"ד להתיר לה לגור עמו למשך שנה אחת לכל היותר, ואז נצטרך לבדוק אם יש התקדמות בהתנהגותו של בעלה וביחסו לתורה ומצוותיה. כי אם הבעל לעולם לא יקיים מצוות כהלכה, עליה לשקול את צעדיה, כיצד תוכל להמשיך ולחיות איתו.

מסקנות

א. קידושין, לדעת רוב האחרונים, אינם קנין ממון אלא קנין אישות בלבד. ורק אמה עבריה לאחר ייעוד יוצאת מכלל זה.

ב. אשה האסורה לכל העולם שלא מכוח קידושין, אינה נחשבת כ"קדשה" לדעת הרמב"ם, ואין נפק"מ לשאלה מכוח מה בא איסור זה.

ג. פילגש, לדעת הרמב"ם, היא אשה שאמנם לא נתקדשה לבעלה, אך אינה מופקרת לכל: אם משום שהיא קנויה לו קנין ממון (אמה עבריה לאחר ייעוד), ואם משום שהוא מלך, שפילגשו אסורה לכל אדם מהלכות המלוכה.

ד. לדעת הרמב"ם, הסובר שיש איסור לאו בפנוי הבא על הפנויה, האיסור אמור דווקא באשה שהכינה את עצמה לכך. ואף לדעת הראב"ד יש בכך איסור עשה של ביטול מצוות קידושין.

סימן עו

דבר מכוער באשת איש

ראשי פרקים

שאלה

א. איסור אשה לבעלה בגלל ייחוד

ב. האם היא "עוברת על דת"?

ג. הבחנה בין אופנים שונים של ייחוד

תשובה

מסקנות

שאלה *

אשת איש יצאה לביקור אצל אחותה בחו"ל. היחסים ביניהן היו מעורערים, והפגישה ביניהן לא עלתה יפה, עד שהאורחת נאלצה לעזוב את בית אחותה. היא עברה לגור בבית בנה של אחותה, רווק מבוגר שהיתה לו דירה משלו. בביתו היא גרה מספר שבועות עד שובה ארצה (כחודש). הדבר נודע לבעל בארץ, ונפשו בשאלתו: האם היא מותרת לו או אסורה?

א. איסור אשה לבעלה בגלל ייחוד

נאמר במסכת קידושין (פ"א ע"א):

> אמר רב: מלקין על הייחוד, ואין אוסרין על הייחוד.

ופירש רש"י (ד"ה ואין):

> שאין אוסרין אשת איש על בעלה.

והתוס' (ד"ה מלקין) **פירשו שהמדובר בפנויה, ונפק"מ לאוסרה לכהן. אולם מסתבר שגם הם מודים שאין אוסרים אשת איש על בעלה בגלל ייחוד בלבד. וכן יש להוכיח מהמשך דברי הגמ'** (שם) **ביחס למלקות:**

> אמר רב אשי: לא אמרן (שמלקים על הייחוד) אלא בייחוד פנויה, אבל בייחוד דאשת איש – לא, שלא תהא מוציא לעז על בניה.

וק"ו הוא: ומה מלקות, שבפנויה מחמירין, באשת איש מקילין; איסור, שגם בפנויה הקלו, באשת איש לא כל שכן! ולכן נראה שלכל הדעות אין לחייב את הבעל לגרש את אשתו בגלל הייחוד.

ב. האם היא "עוברת על דת"?

לעיל (אות א') **הוכחנו שאין מחייבים את הבעל לגרש את אשתו על כך שהתייחדה עם אדם זר. אולם עדיין יש לשאול: האם בכל זאת יש עליו מצוה לגרשה?**

על שאלה דומה דנה הגמרא במסכת סוטה (כ"ה ע"א) **לגבי אשה שהיא "עוברת על דת יהודית"** (דהיינו, שמתנהגת בחוסר צניעות):

> איבעיא להו: עוברת על דת ורצה בעל לקיימה, מקיימה או אינו מקיימה?

ונפסקה ההלכה בשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ד'), **שמותר לבעל לקיימה, אלא שמ"מ מצוה עליו לגרשה. והרי שם בגמרא המדובר הוא בעוברת על דת, שהרי ראינו שנסתרה עם אנשים.**

ועיין משל"מ (הל' סוטה פ"ב ה"א) **שכתב שהעוברת על איסור ייחוד מוגדרת כ"עוברת על דת משה", שהרי ייחוד אסור מהתורה** (קידושין פ' ע"ב). **ואע"פ שלא כל העוברת עבירה מהתורה נחשבת לעוברת על דת משה, אא"כ מכשילה את בעלה, כגון ששימשתו נידה והאכילתהו שאינו מעושר; מיהו איסורי פריצות אף הן בכלל זה, שכן יש חשש שתכשיל אותו באיסור טומאה. וכן כתב בתרוה"ד** (סי' רמ"ב). **ועיין בית־שמואל** (אה"ע סי' קט"ו ס"ק א') **שכתב שיש חשש שמא תזנה תחתיו** (ועי' בית־מאיר, מובא בפת"ש ס"ק י"א). **ועפ"י סברה זו יש ליישב את קושיית המשל"מ** (שם), **מה הועילו המים בסוטה, הרי סוף־סוף נסתרה ועברה על דת? ולפי הנאמר לעיל יש לומר שהייחוד אוסר רק**

* אדר א' תשמ"ו.

משום שאנו חוששים שמא זינתה; וממילא חיישינן שמא תזנה תחתיו, ודינה ככל עוברת על דת משה, שיש חשש שמא תכשילנו בעתיד. אך לאחר שהתברר שלא זינתה, אין גם חשש שמא תכשיל אותו להבא בזנות.

ולפי זה, כל עוד לא התברר הדבר, יש לאוסרה משום "עוברת על דת". וא"כ יש להקשות על כך מדברי הגמרא (סוטה שם), שרצתה לפשוט את הספק מברייתא:

ת"ש: ואלו שבית דין מקנין להן: מי שנתחרש בעלה או שנשתטה או שהיה חבוש בבית האסורין. ואי אמרת, רצה בעל לקיימה, מקיימה – עבדי בי"ד מידי דדילמא לא ניחא ליה לבעל?!

והגמ' דוחה את הראיה ואומרת:

סתמא דמילתא, כיון דעוברת על דת היא, מינח ניחא ליה (שיקנו לה).

ויש להקשות: אם מצוה שיוציאנה, למה לא תירצו בפשיטות שיש עליו מצוה שיוציאנה? ואולי זה כלול בדחיית הגמרא, ודוחק.

ובתחילת המסכת (דף ג' ע"א) נאמר שלדעת ר' ישמעאל מותר לקנא. וקשה: למה לא אמרו שמצוה לקנא, שהרי נסתרה?

ועוד, איכא למאן דאמר התם שאסור לקנא. ומדוע אסור לקנא, הרי האשה עוברת על דת? וגם על ר' עקיבא, הסובר שמצוה לקנא, קשה: שהרי תיקנו שלא להוציאה כדי שלא להוציא לעז על בניה, א"כ מה התועלת בקינוי? הרי אם יתברר שזינתה יצא בע"כ לעז על בניה? וכן קשה ממה שהבעל יכול למחול על קינויו (סוטה כ"ה ע"א), והרי מדובר כשנסתרה, דהיינו נתייחדה, ומצוה לגרשה; ומדוע מותר לו למחול על קינויו? וכמו כן יש להקשות מגיטין (צ' ע"א):

זוהי מידת אדם רע, שרואה את אשתו יוצאה וראשה פרוע וטווה בשוק ופרומה משני צדדיה ורוחצת עם בני אדם... זו מצוה מן התורה לגרשה.

וא"כ הוא הדין למי שמתייחדת עם אחרים. וק"ו הוא, שהרי ייחוד אשת איש אסור מן התורה, וא"כ מצוה לגרשה.

וכן נפסק בשו"ע (סי' קט"ו סעי' ד' בסוף ההג"ה), שאשה הרגילה להתייחד עם כותים נקראת "עוברת על דת". ומקורו בתרוה"ד (סי' רמ"ב). ודייק זאת מרש"י (סוטה כ"ה ע"א ד"ה לאפסודי כתובתה), שכתב:

...וזו עוברת על דת היא, שנסתרה עם אנשים.

משמע שייחוד נחשב לה כ"עוברת על דת". אלא שתרוה"ד עצמו מחלק שם בין ייחוד מקרי לבין ייחוד קבוע, כגון שאישה רגילה להתייחד עם נוכרים. ולפי זה יש לומר שעל ייחוד מקרי נאמר "אין אוסרין על הייחוד"; אך בייחוד מורגל וקבוע – אוסרין על הייחוד, ומצוה לגרשה. וסוטה שנסתרה, יש לומר שהמדובר במקרים בודדים ולא בדרך קבע, ולכן אינה נחשבת כ"עוברת על דת". ולפי זה הביטוי "עוברת על דת" במסכת סוטה (כ"ה ע"א) אינו במשמעותו הרגילה במסכת כתובות (ע"ב ע"א) שמצוה לגרשה, אלא שמכיון שנסתרה פעם, יש חשד שעברה על דת. ומסתמא הבעל אינו מעוניין שתמשיך להיסתר ותגיע לכלל איסור, ולכן זכותו לקנא לה.

וכן יש להוכיח מסוגיית הירושלמי (סוטה פ"א ה"א, מובא בתוס' סוטה ג' ע"א ד"ה רבי), שם נאמר:

ר' יהושע אמר בשם ר' ליעזר, חובה (לקנא). ר' יהושע אומר, רשות...

אתיא דר' ליעזר כבית שמאי ודר' יהושע כבית הלל. דר' ליעזר כבית שמאי – דבית שמאי אומרים, לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה דבר ערוה. מצא בה דברים כאורין – לגרשה אינו יכול... לקיימה אינו יכול... לפום כן הוא אומר חובה... ודר' יהושע כבית הלל – דבית הלל אמרי, אפילו הקדיחה תבשילו; לפום כן הוא אומר, רשות.

כלומר, לדעת בית שמאי, מכיון שנסתרה, הרי זה דבר מכוער, ועליו לברר ע"י הקינוי אם יכול לגרשה או לא. אך לדעת בית הלל, בלאו הכי יכול לגרשה, גם מבלי לברר אם אכן זינתה. ומשום כך אין עליו חובה לקנא לה אלא הדבר הוא רשות. ולפי זה יוצא שעל סתירה חד־פעמית אינו חייב לגרשה.

ובשיירי קרבן (סוטה שם ד"ה ודר"י) הקשה: הא

ר' יהושע יכול לסבור כבית שמאי, שמכיון שאין לך דבר מכוער יותר מסתירה אחר הקינוי, וא"כ גם לבית שמאי יכול לגרשה, ואין צורך לברר אם זינתה או לא. וא"כ הקינוי הוא רשות ולא חובה!

ולא זכיתי להבין את קושייתו. הרי הקינוי נעשה לאחר סתירה אחת בלבד! וסתירה אחת עדיין איננה אוסרת אותה על בעלה, ולא חייב לגרשה. ואף הוא עצמו הניח בקושייתו שהסתירה השניה, זו **שלאחר הקינוי**, היא מכוערת ביותר, ויכול לגרשה. אך הסתירה הראשונה , זו שלפני הקינוי, אף שהיא דבר מכוער, עדיין אינה בגדר "דבר שבערוה", שיכול לגרשה עקב כך. ולכן צריך לברר לבית שמאי אם אסורה עליו או לא. ולכן חובה לקנא. ועכ"פ למדנו מכאן שייחוד חד־פעמי אינו מחייב לגרש את האשה.

אך בנד"ד הייחוד היה קבוע, שנמשך כמה שבועות, ולכאורה יש לאוסרה!

ג. הבחנה בין אופנים שונים של ייחוד

והנה בשו"ע (אה"ע סי' י"א סעי' א') נאמר שאם הגיפו דלתות (במנעול) וכיוצא בדברים הללו, הרי זה "דבר מכוער". ומקורו בירושלמי (כתובות פ"ז ה"ו), והביאו הרמב"ם (הל' אישות פכ"ד הט"ו). אלא שלדעת הרמב"ם אין מוציאין אותה מבעלה בדבר מכוער. ומבואר בשו"ע (שם בהג"ה) שייחוד הוא "דבר מכוער", ומוציאין עליו לדעת הרמ"א. ולכאורה הדבר סותר את ההלכה שאין מלקין על הייחוד! ואין לומר ששם היה ייחוד בדרך קבע. שהרי משמע שגם באופן חד־פעמי הוי "דבר מכוער" וחייב להוציאה!

ובשו"ת רעק"א (סי' צ"ט) עמד על כך, וחילק בין ייחוד מקרי, כגון שאחד מהם שהה שם קודם לצורך ענייניו, והשני בא לאותו מקום ונוצר ייחוד ביניהם, לבין ייחוד שבא כתוצאה מעצת זימה מתוכננת בין שניהם. הגפת הדלתות פירושה שהם התייחדו לשם זימה. ועי"ש (סי' ק"ק"ה) שדנו בדבר גדולי הפוסקים, ובעיקרון הסכימו לחילוקו של הגרעק"א. ולפי זה יש לומר שגם בייחוד בדרך קבע – אם לא היתה עצת זימה ביניהם – לא נאסרת.

אך מתרוה"ד (שהבאנו לעיל) לא משמע כן; אלא בכל ייחוד קבוע, אפילו שלא ע"י עצת זימה – אסורה. ודוחק לומר שייחוד קבוע, גם ללא עצת זימה, חמור כמו ייחוד בעצת זימה, גם אם הוא חד־פעמי.

וכדי שלא לעשות מחלוקת בין תרוה"ד לבין הגרעק"א נראה שיש להבחין בין שלושה מצבים:

א. עצת זימה – גם בייחוד חד־פעמי אסורה (הגפת דלתות).

ב. אין עצת זימה אך אין גם הוכחה הפוכה – בייחוד חד־פעמי לא נאסרת, אך כשהיא מורגלת בכך יש לאסור (תרוה"ד).

ג. יש הוכחה **הפוכה**, שאין כוונתה כלל לזימה, אלא נאלצת להתייחד מחוסר ברירה – אע"פ שלכתחילה גם זה ייחוד האסור – ייחוד כזה אינו אוסר אותה על בעלה. והדברים מבוארים בתרוה"ד (שם), שכתב:

> שאם יש לה אמתלא מפני מה היא מתייחדת עם הנוכרים – כיון דאינה מסורה בידם – מאן דשרי לה בדיעבד... לא מחינן בידיה.

אלא שמהמשך דבריו שם משמע שבכך נחשבת לעוברת על דת. ומ"מ משמע מדבריו שיש לאסור רק אם מתייחדת עמם מרצונה, או שגרמה לעצמה להימסר בידיהם, שמכיוון שידוע לה שתימסר בידיהם, הרי זה כאילו נעשה מרצונה. משא"כ במקום שהייחוד אינו מרצונה, אלא בגלל מצב שנוצר לה מחוסר ברירה.

מיהו יש לכאורה לחלק בין ייחוד מקרי לבין שהות ממושכת של כמה שבועות בביתו של אדם. ומצינו ביבמות (קי"א ע"ב) במשנה:

> היבמה שאמרה בתוך שלושים יום לא נבעלתי – כופין אותו שיחזלוץ לה; לאחר שלושים יום – מבקשין הימנו שיחזלוץ לה.

והטעם מבואר שם בגמ', "דעד ל' יום מוקי

איניש אנפשיה", טפי – לא מוקים. ולכן לאחר שלושים יום לא נאמנת לומר שלא נבעלה, דמסתמא בא עליה.

וא"כ גם בנד"ד, אם התייחדו יותר מל' יום – אין זה ייחוד בעלמא, אלא לכאורה יש כאן חזקה שנבעלה (עיין תוס' ב"ב ה' ע"ב סוד"ה מי, שהקשה מגמ' זו על מאן דאמר בב"ב שם דאמרינן מיגו במקום חזקה). ונראה שיש לחלק בין יבם שהתייחד עם יבימתו לשם ביאה, לבין אשה זו, שמחוסר ברירה באה לגור בביתו של קרוב משפחתה. שהרי אין לנו שום הוכחה שזינתה, חוץ מהייחוד; והייחוד כשלעצמו אינו אוסר, כפי שנאמר לעיל.

מיהו מצינו שגם במקום שלא חששו לייחוד, בייחוד קבוע חששו: עיין חלקת־מחוקק (אה"ע סי' כ"ב ס"ק א') שכתב שהתירו לאדם ייחוד עראי עם אחותו. ומשמע שבייחוד שיש בו קביעות, אסרו; כי ייחוד בקביעות חמור מייחוד ארעי. מיהו נראה שזהו רק איסור לכתחילה; אך בדיעבד, להוציאה מבעלה בגלל חשד, נראה שגם בייחוד קבוע אין להוציאה מבעלה, כשהרגליים מוכיחות שלא התייחדה לשם עבירה אלא מחוסר ברירה.

תשובה

מכיון שייחוד זה נעשה מתוך אילוץ ולא מתוך בחירה שמלכתחילה, אין בכך כדי לחשוד באשה זו; והיא מותרת לבעלה למרות שעברה עבירה בעצם הייחוד הממושך עם אדם זר, כי יש להעמידה בחזקת כשרות.

מסקנות

א. אשת איש שהתייחדה עם גבר זר, לא מחייבים את בעלה לגרשה. ונחלקו הפוסקים אם יש עליו מצוה לגרשה. ומן הראוי להחמיר.

ב. לכל הדעות מצוה לגרש אשה המתנהגת בפריצות יתירה.

ג. אשה שהתייחדה עם איש זר בנסיבות של הכרח, שאינן מעידות על כוונה לעבור עבירה – אין מקום לגרשה אפילו ממידת חסידות.

סימן עז

עד אחד על אשת איש שהתייחדה

ראשי פרקים

שאלה
א. עדות של עד אחד על עבירה
ב. עד אחד לאפרושי מאיסורא
תשובה
מסקנות

שאלה *

עד אחד ראה, תוך כדי נסיעתו, אשת איש שיצאה מן הפרדס עם גבר זר, ופרסם את הדבר בציבור. השמועה הגיעה לאזני הבעל וכמו כן לאזני הרבנים. האם העד מחוייב או רשאי להעיד בפני הרבנים על מה שראה?

* אלול תשמ"ט.

א. עד אחד על עבירה

נאמר במסכת פסחים (קי"ג ע"ב):

> שלושה הקב"ה שונאן... והרואה דבר ערוה בחבירו ומעיד בו יחידי.
>
> כי הא דטוביה חטא, ואתא זיגוד לחודיה ואסהיד ביה קמיה דרב פפא. נגדיה לזיגוד. א"ל: טוביה חטא וזיגוד מינגד?! אמר ליה: אין, דכתיב "לא יקום עד אחד באיש", ואת לחודך אסהדת ביה. שם רע בעלמא קא מפקת ביה.

וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' כ"ח סעי' א' ברמ"א):

> ועד אחד לא יעיד אלא בדבר ממון שמביא אותו... לידי שבועה, או בדבר איסור ואפרושי מאיסורא. אבל אם כבר נעשה האיסור, לא יעיד, דאינו אלא כמוציא שם רע על חבירו.

ב. עד אחד לאפרושי מאיסורא

והנה מה שכתב הרמ"א: "או בדבר איסור ואפרושי מאיסורא", מקורו בהגה"מ (הל' עדות פ"ה אות א'), **שהוכיח כן מהגמרא בקידושין** (ס"ו ע"א):

> דההוא סמיא דהוה מסדר מתניתא קמיה דמר שמואל... כי אתא שליח, אמר: אשתו זינתה, אתא לקמיה דמר שמואל. א"ל: אי מהימן לך, זיל אפקה, ואי לא – לא תפיק.

ומכאן הוכיח בהגה"מ שלאפרושי מאיסורא מותר לעד אחד להעיד, שאם לא כן כיצד קיבל בכלל מר שמואל את העד, ומדוע לא גער בו ולא הלקהו כפי שעשה רב פפא לזיגוד (פסחים שם)**? אלא ע"כ, לאפרושי מאיסורא שאני.** (ועי' לקמן סי' ע"ט אות א"-ב').

ולפיכך קשה באמת על רב פפא (פסחים שם)**: מדוע הלקה את זיגוד, הרי יתכן שהוא בא לאפרושי מאיסורא** (והרי בימי רב פפא לא היו דיני נפשות, ולא היתה יכולה להיות לו מטרה אחרת)**, וייתכן שהבעל היה מאמין לו ומגרש את אשתו? ואולי דבר הערוה המדובר שם הוא לא איסור אשת איש, אלא איסור אחר שלא היה בו מקום לומר שהבעל היה חושש לעדותו. אלא שא"כ קשה: מדוע באמת בא זיגוד להעיד לפני רב פפא על עבירה זו, אם אין בכך נפק"מ לבעל, הרי בזה"ז אין דנין דיני נפשות, ואף לא מלקות, אלא בהוראת שעה, ובהוראת שעה הרי אפשר לדון גם עפ"י עד אחד? אלא ע"כ הוא בא להעיד על איסור אשת איש, וייתכן שהבעל היה מאמין לו והוי אפרושי מאיסורא. וא"כ מדוע הלקה אותו רב פפא?**

ואפשר לומר שזיגוד לא העיד על דבר שבערוה אלא על עבירה אחרת שלא היה בה אפרושי מאיסורא, ולכן הלקה אותו רב פפא (כך העיר לי ר' אביגדור לוינגר הי"ו). **אך מהקשר הדברים נראה לכאורה שגם זיגוד בא להעיד על דבר ערוה.**

ויש לומר עפ"י מה שכתב הנוב"י (מהדו"ק או"ח סי' ל"ה), **שאם העד כבר הודיע לבעל וראה שאינו מאמינו, א"כ אין בהגדתו בפני בי"ד שום תועלת לאפרושי מאיסורא. ולכן אינו אלא כמוציא שם רע, ואסור לו להעיד, ואם יעיד – ילקה. וא"כ יש לומר שבגמ' בפסחים מדובר כשזיגוד הודיע לבעל והבעל לא האמינו, ולכן הלקהו רב פפא. אם כי לאמור אין הכרח לכך, אך הסברה ניתנת להיאמר גם אם אין לה הוכחה בגמרא.**

תשובה

בנד"ד, מכיון שהקול כבר נשמע זמן רב, וגם הבעל שמע על כך ועד היום טרם חשש לאיסור – משמע שאינו מאמין לשמועות ואינו חושד באשתו הכשרה בעיניו, ואם כן אסור לעד להעיד במצב כזה. ואם יעיד, ראוי לו שילקה.

והנה בר מן דין, כל עדותו של העד היא על ייחוד בלבד, ואין מגרשין על הייחוד, ומה גם ייחוד חד־פעמי (עי' לעיל סי' ע"ו). **וגם לא ברור מי היה האדם שאתו התייחדה, לדברי העד. אולי היה זה קרוב משפחה שרצה לדבר איתה בענין מסוים ונפגשו במקום ידוע. ולכן אסור לעד להעיד על דבר שאין איסורו ברור. ואדרבה, יש בכך משום הוצאת שם רע. וכמו כן אסור לו לדבר על כך בפני שום אדם, שאם לא כן הוא עובר על "לא תלך רכיל בעמך".**

מסקנות

א. אסור לעד אחד להעיד על אדם שעבר עבירה, מפני שזוהי הוצאת שם רע ללא כל תועלת.

ב. מותר לעד אחד להעיד עדות שיש בה לאפרושי מאיסורא. אך אם הוא מעריך שהאדם הנוגע בדבר לא יאמין לו, אסור לו למסור את העדות.

ג. אשה אינה נאסרת על בעלה בייחוד גרידא, כל זמן שאין בו חשד מבוסס לדבר עבירה.

סימן עח

אשה שהודתה בעבירה

ראשי פרקים

שאלה
א. האומרת טמאה אני לך
ב. הדין כשמברר או מאמין בלבו
ג. האם בעל יר"ש צריך לחוש לדבריה
ד. האם לאסור משום "רגלים לדבר"
ה. "אין אדם משים עצמו רשע" ו"שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא"
ו. גדר "אין אדם משים עצמו רשע"
תשובה
מסקנות

שאלה *

זוג ולו שלשה ילדים נמצא במצב קשה זה למעלה משנה. האשה מזניחה את הבית והילדים, ומקדישה זמן רב לפעילות ציבורית מחוץ לביתה. הבעל הוא ירא־שמים ומדקדק במצוות, והאשה אינה מקפידה כמותו. בין היתר היא סוברת שאין התאמה ביניהם בתחום קיום המצוות. לדעתה בעלה מקפיד יותר מידי, והיא רוצה להקל יותר ממנו. היא רצתה ללמוד ציור בבית־ספר לציור. הבעל התנגד בגלל האווירה הקיימת באותו בית־ספר, ובגלל הצורך לצייר ציורי עירום ולהיעזר בציורים של כנסיות. למרות זאת, האשה הלכה ללמוד בבי"ס זה, והיו לכך השלכות על דעותיה והתנהגותה, אולם לא נמצאה בה שום עבירה מפורשת על דת משה ויהודית.

לאחרונה הודתה האשה בפני בעלה שבטיול של ביה"ס לציור בצפת התהוללה וחייתה עם גבר זר. כמו כן הודתה שפעמים העלימה ממנו שלא טבלה במקוה והכשילה אותו בדבר עבירה. והבעל מסופק אם אומרת אמת או שמא היא משקרת משום שרוצה להרגיז אותו, ואולי גם להתגרש.

שאלת הבעל היא: האם הוא חייב לפרוש ממנה ולגרשה, או שמא אינו חייב להאמין לה?

א. האומרת טמאה אני לך

נאמר במסכת נדרים (צ' ע"ב):

בראשונה היו אומרים, שלוש נשים יוצאות ונוטלות כתובה: האומרת טמאה אני לך... חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה. האומרת טמאה אני לך, תביא ראיה לדבריה.

והקשה הר"ן (ד"ה ואיכא): כיצד רבנן התירו איסור תורה (שנאמר באשה שזינתה תחת בעלה)

* אדר תשל"ט.

בקום ועשה? והר"ן מביא מספר תירוצים לקושיא זו:

א. בתירוץ הראשון כתב הר"ן ד"אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", ונמצא שזינתה בהיותה פנויה.

ב. בשם "ואחרים תירצו" כתב הר"ן שמעיקר הדין לא היתה אשה נאמנת לומר "טמאה אני לך". מכיון שהיא משועבדת לבעלה, לאו כל כמינה לאסור עצמה עליו. ורק משום ששיערו רבנן שמסתמא אין אשה מזלזלת בעצמה לומר כן, האמינו לה. וכשראו שיש לחשוש שמא עיניה נתנה באחר, ביטלו את נאמנותה והחזירו את הדין לעיקרו.

ג. בשם התוס' כתב הר"ן שיש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה משום מיגדר מילתא. וכ"כ התוס' (ד"ה חזרו) והוסיפו לומר:

> ומיהו נראה, דאף למשנה אחרונה, אם אומרת אשה "טמאה אני לך", ואמר הבעל שמאמינה – דאסורה לו, דאיהו שויא לנפשיה חתיכה דאיסורא, ואפי' תחזור בה האשה ותאמר באונס היה.
>
> ויש אומרים שמשמתינא ליה על שגרם שתיאסר אשתו עליו ועובר על חרם תקנת רבנו גרשום.

להלכה כתב השו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ו') כדברי התוס':

> אין עדים שזינתה, אלא שהיא אומרת שזינתה – אין חוששין לדבר זה לאוסרה, דשמא עיניה נתנה באחר... ואם היה מאמינה, ודעתו סומכת על דבריה – הרי זה חייב להוציאה.

ואילו הרמ"א (אה"ע סי' קע"ח סעי' ט' בהג"ה) נקט כדעת ה"יש אומרים" בתוס':

> ויש אומרים דבזה"ז, שיש חרם רבנו גרשום שלא לגרש אשה בעל כרחה – אינו נאמן לומר שמאמינה... דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת, ואומר שמאמינה, אע"פ שאינו מאמין. ומנדין אותו על שאומר שמאמינה וגרם לבטל חרם רבנו גרשום... ויש אומרים דכופין אותו ומשמש עמה...

אבל יש חולקים וס"ל דאף בזה"ז נאמן.

ב. הדין כשמברר או מאמין בלבו

והנה כל זה מצד הדין, שהוא אינו צריך להאמינה, וייתכן שאף אסור לו להאמינה. אך אם הוא יכול לברר אם באמת נטמאה לו, יתכן שהוא חייב לברר זאת, ואין כאן ביטול חדר"ג. שרק כשסומך על דבריה ומאמינה הוא מבטל את חדר"ג; אך כשמברר את האמת שטמאה לו, אין כאן ביטול חדר"ג, שהרי חדר"ג לא בא לעקור את האיסור של טומאת אשה לבעלה.

מיהו לפי התירוץ הראשון בר"ן, האומר "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", אינו צריך אפי' לברר, שהרי הקידושין הופקעו. אך ייתכן לומר שחז"ל הפקיעו מהם את הקידושין רק כשסומכים על דבריה; אך כשהוא מברר את טומאתה, בטלו דבריה, והקידושין לא הופקעו. וצ"ע.

ובשו"ת נודע ביהודה (מהד"ת אה"ע סי' י"ב) כתב, שאפילו כשרה שבנשים, אם הבעל רוצה לגרשה וליתן כתובתה, שוב אינו עובר באיסור "ועונתה לא יגרע" כמבואר בשו"ע (אה"ע סי' ע"ז סעי' א'). ומשמע שהלכה זו נוהגת גם בזה"ז, לאחר שהתקבל חדר"ג. ולפיכך, גם אם לא נתיר לו לישא אשה אחרת עליה, עכ"פ, מאחר ש"שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא", אי אפשר לכפות עליו לחיות עמה באיסור. ובפרט כאשר אמרה "טמאה אני לך", אם הוא מאמין לה, אין כאן מקום לחדר"ג, והוא חייב לגרשה. ומה שכתב הרמ"א (אה"ע סי' קע"ח סעי' ט' בהג"ה) שכופין אותו לשמש עמה, זהו כאשר האמין לה **לאחר** שחזרה בה; אך אם האמין לה **קודם** שחזרה בה, כיון שהאמין לה בהיתר – אינו מחוייב לחזור בו, והיא נשארת באיסורה. ואע"פ שיכול לחזור ולהימנע מלהאמין לה, אינו מחוייב לחזור בו.

העולה מדבריו, שהדבר תלוי בבעל: ברצותו מאמין לה וברצותו אינו מאמין לה.

ג. האם בעל יר"ש צריך לחוש לדבריה

אך יש לברר, כיצד צריך לנהוג בעל יראת־שמים, האם עליו להאמין לה או לא? האם לפחות מספק הוא חייב לחוש לדבריה, או שרשאי לא לחוש לדבריה, משום שלום בית?

והנה נאמר בתחילת מסכת כתובות (דף ב' ע"א) שבתולה נישאת ביום הרביעי, משום שאנו חוששים שמא תתקרר דעתו ולא יבוא לבי"ד לטעון טענת בתולים. ומכאן משמע שאנו מעודדים את הבעל שיבוא לבי"ד לברר אם אשתו אסורה לו, ומשום כך אנו חוששים שמא תתקרר דעתו. ואין לומר שאחרי שהתקבל חרם דרגמ"ה השתנתה ההלכה, ואדרבה, אנו אוסרים עליו לברר אם אשתו זינתה. שהרי חרם דרגמ"ה בא רק להשוות את האשה לאיש לעניין גירושין בעל כרחה, אך לא בא להתיר לבעל לחיות עם אשתו הטמאה, כמו שטען הנודע ביהודה (לעיל אות ב'). אלא שהמקרה הנדון בסוגיא בכתובות אינו דומה לנד"ד. שהרי שם הוא זה שלא מצא לה בתולים, וא"כ הוא יודע מכוח עצמו שיש חשש שמא זינתה תחתיו. אך כאן, שהוא צריך לסמוך על דבריה וחכמים הפקיעו את נאמנותה, ולאחר חרם דרגמ"ה השוו אותו אליה וגם הפקיעו את נאמנותו, הספק במקומו עומד, אם בעל יראת־שמים חייב להאמין לאשתו.

ובשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"ב סי' קי"א) משמע שחולק על דברי הנוב"י הנ"ל. ולדעתו, לאחר חרם דרגמ"ה, אפילו אם האשה אמרה "טמאה אני לך", אין הבעל יכול להאמין לה ולהפקיע את תקנת רגמ"ה, ועי"ש שהוא מחלק בין שני מצבים:

א. אם היא רוצה להתגרש – תקנת רגמ"ה לא חלה, ואז הוא יכול להאמין לה שזינתה.

ב. אם אמרה "טמאה אני לך" אך אינה מעוניינת להתגרש – אינו יכול להאמינה ולגרשה בעל כורחה.

ומדבריו יוצא שכל עוד יש סיכוי לשלום בית, אין הבעל יכול להאמינה, וממילא גם אינו רשאי להאמינה.

ובשו"ת מהרי"ק (שורש ק"י) דייק מלשון התוס' (בסוף נדרים, הובא לעיל אות א') שאחרי שנתקבל חרם דרגמ"ה אין הבעל נאמן לומר שהוא מאמין לה, אפילו כאשר טוען שהוא רוצה לצאת ידי שמים. והוכיח זאת ממה שכתבו התוס' (שם) שמשמתין אותו. ואם כוונתו של הבעל לשם שמים, מדוע משמתין אותו? אלא ע"כ הוא אינו רשאי להאמין לה, אפילו כאשר כוונתו לשם שמים.

אמנם התוס' כתבו זאת לשיטתם, שהטעם שלא מאמינים לה הוא משום שחכמים עקרו את דבריה מכל וכל. אולם סברה זו נכונה גם להסברים האחרים שכתב הר"ן: שחז"ל הפקיעו את הקידושין, או שאין האשה יכולה להפקיע את שיעבודה לבעלה.

מיהו, יש להעיר לנימוק השני שכתב הר"ן, שהאשה אינה נאמנת משום שמשועבדת לו. שהרי מכאן יוצא שלאחר שנתקבל חרם דרגמ"ה גם הוא משועבד לה, וא"כ אף הוא אינו רשאי להאמינה. על כך יש לומר, שאימתי הוא משועבד לה? רק כשהיא אינה רוצה להתגרש, אולם כאשר היא רוצה להתגרש, אינו משועבד לה. אולם כבר כתבנו שבנד"ד האשה לא הביעה את רצונה להתגרש, ועדיין יש סיכוי לשלום בית ביניהם.

וכתב בשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סי' ע"ח ד"ה ויען):

> ולא פליג רבנן בין צדקת וחסודה – מ"מ חשר חז"ל (ר"ל: שמא עיניה נתנה באחר), ואין הבעל צריך לחוש. אם אינו רוצה להאמינה, אין אנו אומרים לו: אתה ידעת צדקת אשתך ואהבתה לך, ואיך תאמר לא אאמין? מ"מ אין צריך להאמין, כי עמדו חז"ל על קלות דעת הנשים... ואין הבעל צריך לחוש אם לא שמאמין באמת. ובכ"ז יש סוברים בזה"ז, דאיכא חרם רגמ"ה שלא לגרש בעל כרחה, מנדין אותו על שמאמין, פי': שהיה לו להאמין יותר לדברי חז"ל שאפילו כשרה

שבנשים אין להאמין בענין זה, והרי אפילו בתרומה מותרת לרב ששת...
הרי קמן כמה חשו חז"ל לנתינת עיניה באחר. ולמה לא יחוש בעל על אשתו מה שחשו לה חכמים?

ועל זה אמר קוהלת: "אל תצדק הרבה".

ד. האם לאסור משום "רגלים לדבר"

אלא שלכאורה יש קצת רגלים לדבר, מאחר שהתנהגותה הכללית רופפת לאחרונה, יש אולי מקום להאמין לה שזינתה, וכך נפסק בשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ב' בהג"ה), שכשיש רגלים לדבר, חוששין לדבריה. (ועי' לקמן סי' ע"ט אות ה').

מיהו הפוסקים כתבו שצריך חשש חמור לשם כך. (עי' פד"ר כרך ב' עמ' 209 שכתבו בשם שו"ת צמח צדק החדשות מליובביץ', סי' ק"מ, שצריך רגלים חזקות לדבר). ובנד"ד, אמנם חלה התרופפות כללית במצבה הרוחני, אולם לחשוד בה בחשד כה חמור, שאפילו מי שאינו שומר מצוות נזהר בדרך כלל מלעשותו, נראה שאין לחוש. ואם יש סיכוי לשלום בית, אין לו לחשוד בה, והרי היא בחזקת כשרותה. אמנם מצוי בהלכה שגם כאשר יש חזקת כשרות מן הראוי לברר. וכך כתב המג"א (סי' ח' ס"ק י"א) בענין החובה לבדוק את הציציות. אולם שם מבואר שבשעת הדחק מותר לסמוך על החזקה, ואינו צריך לברר. ובנד"ד, שיש אפשרות לשלום בית, ובפרט כאשר יש ילדים רכים במשפחה – אין חובה לברר, ויכול לסמוך על החזקה.

ה. "אין אדם משים עצמו רשע" ו"שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא"

ובאשר לדבריה שהכשילה אותו פעמיים בכך שלא טבלה ושמשה עמו בהיותה נידה, נחלקו בדבר הראב"ד והרשב"א (כתובות ע"ב ע"א). וכך נאמר שם במשנה:

ואלו יוצאות שלא בכתובה... ומשמשתו נידה...

ונחלקו הראשונים במקרה שהבעל יודע את הדבר רק עפ"י הודאתה, אם היא מפסידה את כתובתה: לדעת הראב"ד (מובא בר"ן לרי"ף דף ל"ב ע"ב ד"ה ואי לא ידע) אינה נאמנת להפסיד את כתובתה, משום ש"אין אדם משים עצמו רשע". ולדעה המובאת במאירי (שם ד"ה אמר המאירי) בשם "גדולי הדורות" נאמנת להפסיד את כתובתה, משום ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי", ופלגינן דיבורא (ובדעת הראב"ד צריך לומר שהפסד הכתובה הוא רק תוצאה מאי נאמנותה; ואם לא מאמינים לה, גם לא מפסידה את כתובתה. וכעין זה כתבו הפנ"י, ד"ה שם, וההפלאה, ד"ה שם בגמרא, יעוי"ש).

עכ"פ לכו"ע אינה נאמנת על עצם ההכשלה.

והפת"ש (אה"ע סי' קט"ו ס"ק כ"א) כתב בשם שו"ת פנים מאירות (ח"ב סי' ב') לחלק בין שני מקרים: האומרת "טמאה אני לך" – אינה נאמנת, משום שחוששים שמא עיניה נתנה באחר. לעומת זאת, אם האשה מודה שהכשילה את בעלה בדבר עבירה – אינו חייב לגרשה, ולכן לא שייך לומר שחוששים שמא עיניה נתנה באחר, והיא נאמנת (וכ"כ בשם שו"ת מהר"י הלוי). וצריך לומר, שאע"פ שהיה מקום שלא להאמין לה, משום שאין אדם משים עצמו רשע, מ"מ, מכיון שכאן שויא אנפשה חתיכא דאיסורא – נאמנת יותר. ולא דמי לאומרת "טמאה אני לך", שאינה נאמנת; שהרי שם, ע"י דיבורה היא מפקיעה את עצמה ממנו, ולכן לא האמינוה חכמים. אך כשבדיבורה אינה מפקיעה את עצמה, שכן בעלה אינו חייב לגרשה אלא שבזה איבדה את נאמנותה – נאמנת לכך. וצ"ע אם אמנם כנים דברינו לומר שחל דין "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא" בכה"ג, שאין איסור חל עליה עתה, שהרי בינתיים גדלה; אלא שהיא גרמה לכך שלא יוכל להאמינה יותר. ויותר מסתבר שאין כאן דין "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא". (ועי' בדברי התוס', נדרים צ' ע"ב ד"ה חזרו, שכתבו בענין אשת כהן, שהיא אינה מוזהרת אלא הוא, ולכן אינה נאמנת, שהרי אינה אוסרת את עצמה. וא"כ ק"ו כאן).

ונראה לומר באופן אחר, שאע"פ שאין אדם

משים עצמו רשע, אנו לא חייבים להענישו או לפוסלו משום כך, אך סוף־סוף חוששים אנו למה שאומר, ולמיחש בעי. ולכן אינו יכול יותר להאמינה להבא, מחשש שמא תשמשנו נידה. וזה עיקר החילוק בין המקרים: האומרת "טמאה אני לך" – אינה נאמנת, משום שזהו **לשעבר**, וחל עליה איסור מוחלט **לעולם**, ובכך היא מפקיעה עצמה מבעלה, ולכן אינה נאמנת. לא כן הודאתה בכך שהכשילה אותו, שכל חששותינו הן רק **להבא**, שמא תכשילנו בעתיד; ואכן אם תימצא דרך להאמינה בעתיד, אינו חייב לגרשה. ולמעשה אין היא פוסלת את עצמה עליו **במוחלט**. ולכן כל עוד לא נסתלק החשש שמא תכשילנו, למיחש בעי, אע"פ שאינו מאמין לגמרי למה שהיא אומרת. וצ"ע.

ו. גדר "אין אדם משים עצמו רשע"

ונראה שיש לחקור בגדר "אין אדם משים עצמו רשע", אם הוא משום חסרון נאמנות או משום פסול עדות. שאם נאמר שהוא משום חסרון נאמנות, שאין אדם נאמן כלל לעשות את עצמו רשע – אין הבעל צריך להאמין כלל לדבריה, ואין לו לחשוש כלל למה שאמרה. אך אם כלל זה הוא משום פסול עדות, אמנם אין אדם יכול לפסול את עצמו ולהטיל על עצמו דינים של "רשע", אך נאמנות יש לו, ולמיחש בעי. וכך משמע מלשון הגמ' (סנהדרין ט' ע"א, יבמות כ"ה ע"ב):

> אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע.

ומכאן משמע שהסיבה לכך שאינו נאמן להרשיע את עצמו היא משום דין קירבה. ולגבי דין קירבה מצאנו בפירוש שאין זה משום חסרון נאמנות אלא משום פסול עדות. וכך נאמר בגמרא (בבא בתרא קנ"ט ע"א): "אפי' משה ואהרון לא מהימני". מיהו, זה מסביר לנו רק מדוע אינו נאמן לפסול את עצמו לעדות, או מדוע אינו נאמן לחייב עצמו מלקות או מיתה; אך בעדות באיסורין, כגון נד"ד, שאשה פוסלת את עצמה מלהיות נאמנה לבעלה, מדוע שלא תהיה נאמנת?

אך **הרמב"ם** (הל' סנהדרין פי"ח ה"ו בסופה) **לא נימק את דין "אין אדם משים עצמו רשע" בטעם קירבה, שמטעם זה יש לומר שאינו נאמן כלל ועיקר, וכתב:**

> גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין, ולא מלקין את האדם בהודאת פיו, אלא על פי שנים עדים. וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי בהודאת פיהם, הודאת שעה היתה או דין מלכות היה. אבל הסנהדרין, אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי הנפש הוא המחכים למוות, שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות. שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהרג. וכללו של דבר, גזירת מלך היא.

ובאמת, מן התימה על הרמב"ם שעזב את הטעם האמור בגמרא ואמר טעם אחר. וכנראה רצה לרמוז לנו למקרים שבהם טעם הגמרא אינו מספיק. ועיין ספר החינוך (מצוה כ"ו)[7] **שכתב שבן נוח נהרג עפ"י עדות של עד אחד או קרוב ונהרג גם עפ"י עצמו.**

ובמנ"ח (ס"ק ה') העיר שלדעת הראב"ד (מובא ברא"ש מכות פ"א סי' י"ג), הסובר שאדם על עצמו אינו עד כלל, גם בן נוח היה צריך להיות פסול. והחינוך סובר כדעת רש"י (סנהדרין ט' ע"א ד"ה רבא אמר) שאדם על עצמו אינו גרוע יותר מקרוב אחר). ולכן הוא סובר שבן נוח, שיכול להעיד על קרובו, יכול להעיד גם על עצמו. וצריך לומר שהרמב"ם (הל' סנהדרין שם) חולק, שהרי הגר העמלקי נהרג לדעתו בהוראת שעה, ולא מצד הדין. וא"כ בזה נחלקו: שלדעת החינוך דין "אין אדם משים עצמו רשע" הוא משום פסול קורבה, ולהרמב"ם הוא חסרון נאמנות. (ועי' מה שכתבנו במאמרנו "גדרי הודאת בעל דין", בקובץ "זכור זאת ליעקב" עמ' קס"ב־קס"ו). ועי' שו"ת "קול מבשר" (סי' מ"ב).

והש"ך (חו"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ז, סי' צ"ב ס"ק ה') **כתב שאין אדם נפסל בעבירה עפ"י עצמו, שכן אין אדם משים עצמו רשע, ומ"מ אין עושין אותו עד לכתחילה. ומדבריו משמע לכאורה שהכוונה היא לומר, שאמנם אינו נפסל עפ"י עצמו, כי**

כדי להיפסל צריך שני עדים שאינם קרובים; אך נאמנות על המעשה יש לו, ולכן למיחש בעי; ומשום כך אין עושין אותו עד לכתחילה.

אך מביאור הגר"א (סי' ל"ד ס"ק נ"ד) משמע שבעדות יש שני גדרים: מה שהוא מעיד ומה שאנו מקבלים את עדותו. ולכן כשפוסל את עצמו, אע"פ שאין אנחנו מקבלים את עדותו על עצמו, וכשהוא מעיד עדות אחרת אנו יכולים לקבל את עדותו כשל עד כשר – אעפ"כ הוא עצמו לא יכול להעיד, שהרי הוא יודע את האמת שהוא פסול. והביא ראיה ממסכת כריתות (י"ב ע"א), שם נאמר שאדם נאמן על עצמו, ורק אינו נאמן לחוב אחרים, כמבואר במסכת יבמות (מ"ז ע"א), שם אמרו לגר שהודה שהתגייר שלא כדין: "נאמן אתה לפסול את עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך". *

אך מהש"ך (שם), שכתב שאם יודע עדות מעיד, וכן מלשון השו"ע (סי' צ"ב סעי' ה'), שכתב שרק אין ראוי לעשותו עד לכתחילה, אך בדיעבד הוא עד כשר – משמע יותר שהוא רק חשש ולא פסול, אפילו לא מבחינת עצמו. וצ"ע.

עכ"פ בנד"ד, שהשאלה נוגעת רק לבעל, השואל אם אשתו נאמנת עליו, יש לומר שאינה נאמנת לומר שהכשילתו, שכן "אין אדם משים עצמו רשע". וקצת ראיה לזה ממה שהראשונים בסוף נדרים (צ' ע"ב, הובאו לעיל אות א') העירו שהאומרת "טמאה אני לך" צריכה להיות נאמנת רק משום "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא", ולא מצד שיש לחוש לאמת שבדבריה, ואע"פ שאין הדבר נוגע לפסול עדות אלא לאיסור.

תשובה

מכל האמור עולה, שאמנם יש כאן חשש להכשלה נוספת באיסורי כרת. אך מאידך גיסא יש כאן גם ענין של שלום בית ושלושה ילדים קטנים. ואם יש סיכוי לשלום בית, מן הראוי למצוא לה דרך תשובה ולהחזיר את האמון של בעלה בה. ואם לא תרצה לעשות תשובה, זו עצמה ההוכחה שאינה רוצה יותר בשלום בית, ואז מוטב שייפרדו.

מסקנות

א. אשה אינה נאמנת לומר שזינתה תחת בעלה. ויש מחלוקת בין הפוסקים אם מותר לבעל להאמין לה, מאחר שהוא משועבד לה מכוח חרם דרבנו גרשום.

ב. יש להסתפק אם יש חובה על הבעל לבדוק ולברר אם היא אומרת אמת.

ג. יש מחלוקת בין האחרונים אם הבעל רשאי להאמין לאשתו בזמן שאינה חוזרת בה מהודאתה. אך אם היא אומרת שרוצה להתגרש, לכו"ע מותר לו להאמין לה. ואז, אם נראה לו שהיא אומרת אמת, מן הראוי שיחשוש לדבריה כדי לצאת ידי שמים.

ד. כשיש רגלים לדבר שהאשה זינתה, מאמינים להודאתה. אבל אין להתבסס על התרופפות כללית בצניעותה אא"כ יש רגלים חזקות לכך שעברה עבירה.

ה. יש מחלוקת בין הראשונים אם אשה נאמנת להפסיד את כתובתה כשמודה שהכשילה את בעלה באיסורי נידה. ויש להסתפק אם הבעל צריך להאמין לה לענין זה שיחשוש ולא יסמוך יותר על עדותה ביחס לאיסורים אלה.

ו. השאלה אם דין "אין אדם משים עצמו רשע" הוא חיסרון בנאמנות או דין של פסולי עדות, תלויה במחלוקת שבין הראשונים. ונראה יותר לומר שזהו גם חיסרון בנאמנות.

* ועי' פת"ש (יו"ד סי' א' ס"ק כ"כ"א). ובדרכ"ת (שם ס"ק רמ"ו) שם משמע שאומרים אדם משים עצמו רשע רק דרך אמתלא, וידוי והתנצלות, אך שלא בדרך אמתלא, וידוי או התנצלות – אינו נאמן. מיהו, אם בלבו מאמין לו, הוא צריך לחשוש לאיסור. (ועי' במה שכתבו שם בשם שו"ת שבו"י, ח"א סי' מ"ד, וביד אפרים על גליון השו"ע שם, סעי' י"ג). ועיין שו"ע (יו"ד סי' קכ"ז סעי' א' בהג"ה) שכתב שאדם אינו חייב להאמין לעד שאמר על יינו שנתנסך. מיהו יש לחלק בין יין נסך לשאר איסורים, יעוי"ש.

סימן עט

עדות של עובד סוציאלי על אשת איש שנטמאה

ראשי פרקים

שאלה
א. החיוב להעיד לאפרושי מאיסורא
ב. עדות לאפרושי מאיסורא בעד אחד
ג. החיוב להעיד מול הפסד ממון
ד. משמעות ההתחייבות שלא לגלות
ה. נאמנות אשה האומרת נטמאתי
ו. האם העדות מועילה לאסור אותה על הבועל
ז. נאמנות בדרך וידוי
ח. הודאה בפני עד אחד בדבר שבערוה
ט. הודאה בפני עובד סוציאלי
תשובה
מסקנות

שאלה *

לפי כללי האתיקה המקצועית, אסור לעובד סוציאלי למסור לאחרים פרטים שנודעו לו תוך כדי עבודתו. אשה שהיתה בטיפול משפחתי אצל עובד סוציאלי, הודתה בפניו שבגדה בבעלה וזינתה עם מישהו אחר. משפחה זו נמצאת כבר בהליכי גירושין. האם מותר לו להימנע ממסירת עדותו לביה"ד, כדי שלא יאסור אותה על הבעל ועל הבועל וידון בכתובתה כפי המגיע לה (עי' שו"ע אה"ע סי' קט"ו סעי' ז' ובנו"כ שם לענין שבועה)?

א. החיוב להעיד לאפרושי מאיסורא

כתב הרמב"ם (הל' עדות פ"א ה"א):

> הנעד מצווה להעיד בבי"ד בכל עדות שיודע... והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות.

ופירש הכס"מ, שכוונת הרמב"ם היא לשני עדים; אבל עד אחד אינו חייב להעיד מן התורה. עוד דייק הכס"מ מלשון הרמב"ם, שרק בדיני ממונות צריך שיתבענו, אבל בדיני נפשות חייב להעיד גם בלא תביעה, משום שהעדים חייבים להינקם מהעבריין. והביא ראיה לדבר מהרא"ש (מכות פ"א סי' י"א) שכתב שהרואה דבר ערוה חייב להעיד כדי לקיים מה שנאמר "ובערת הרע מקרבך". וצ"ע אם גם בעדות איסורים, שצריך להפריש מאיסורא, חייב להעיד אפילו בלא תביעה, או לא. (ולענין ההיתר להעיד, עי' לעיל סי' ע"ז אות ב'). ואם נאמר שחייב, מדוע א"כ בדיני ממונות אינו חייב אלא כשתבעו, וכי אין "אפרושי מאיסורא" בגזל, בפריעת חוב ובכל דיני ממונות?

ואולי יש לומר שהחיוב לאפרושי מאיסורא הוא רק מדרבנן, וכמו שכתב הרא"ש (שבת פ"א סי' א'). ולכן גם בדיני ממונות וגם באיסורים אין חובת עדות מן התורה מדין "אפרושי מאיסורא"; אך בדיני נפשות ועריות, שנאמר בהם "ובערת הרע מקרבך", המצוה מוטלת על כל אחד ואחד, היודע עדות שתסייע לביעור הרע, ולכן חייב להעיד מהתורה. אך באמת מדרבנן יש חיוב הגדת עדות גם במישורים אחרים מדין "אפרושי מאיסורא", ואין סברא לחלק, לא בין ממונא לאיסורא ולא בין מקרה שתבעו לבין אם לא. והרמב"ם (כאן) מיירי בחיוב דאורייתא ולא בדרבנן. ודוחק, מפני שבדיני ממונות יש סברא לחייב גם מהתורה מדין השבת אבידה ואיסור "לא תעמוד על דם רעך" (שהרמב"ם פירש בספר המצוות, ל"ת רצ"ז, גם בממון; עיין להלן). וצריך לומר שכאן מדבר הרמב"ם רק מדיני הגדת עדות, שאינו חייב אלא כשתובעו; אך מצד אחר, מצד אפרושי מאיסורא והשבת אבידה, חייב גם כשאינו תובעו. אלא שלפי זה יקשה: מדוע חילק הרמב"ם בין דיני ממונות לדיני נפשות, הרי גם בדיני נפשות מצוות

* טבת תשל"ה.

"ובערת הרע מקרבך" אינה מדיני הגדת עדות? ויש לומר שבדיני נפשות אין רק תביעת בשר ודם, אלא גם הקב"ה תובעו. וזה מה שנאמר "ובערת הרע **מקרבך**" – ר"ל שמצוה זו היא המחייבת את כולנו להעיד. (ואולי יש לומר שפסוק זה מדבר על ב"ד וכל השותפים למעשה הדין, דהיינו עדים). אך בהשבת אבידה לחבירו, כל עוד אין תביעה לעדות – הרי הוא פטור מלהעיד. וצ"ע.

והנה שם (הל' ב') כותב הרמב"ם:

> היה העד חכם גדול, יש לו להימנע. במה דברים אמורים – בעדות ממון; אבל בעדות שמפריש בה מן האיסור, הולך ומעיד.

ואם היה חיוב עדות בהפרשת איסור רק מדרבנן, היה פטור מלהעיד גם באפרושי מאיסורא, משום כבוד הבריות הדוחה לאו ד"לא תסור", כמבואר בברכות (י"ט ע"ב – כ' ע"א). אלא ע"כ חיוב העדות לאפרושי מאיסורא הוא מהתורה. והרי אין כאן תביעת אדם, ומדוע חייב מהתורה? אלא ע"כ צריך לומר אחת מהשתים: או שלדעת הרמב"ם אפרושי מאיסורא הוא חיוב מהתורה; או שאע"פ שחיוב זה הוא מדרבנן, סוף־סוף יש כאן תביעה להעיד, ומאי שנא תביעת אדם מתביעת חכמים? וגם כשחכמים תובעים ממנו להעיד, הוא חייב להעיד מהתורה.

וייתכן לומר שמה שכתב הרמב"ם שבממון בעינן תביעה להעיד, אין כוונתו לממון שיש בו אפרושי מאיסורא, כגון גזל או פריעת חוב במקום שחייב באופן ברור; אלא כדרכם של דיני ממונות, שיש בהם טוען ונטען, והוא עד לתועלת צד אחד, או שראה עובדה, ואין הוא דיין להחליט מי צודק. וא"כ מצד אפרושי מאיסורא אינו חייב להעיד, שמא באמת הצדק עם האחר. ולכן מצד הגדת עדות חייב רק כשנתבע להעיד. אך באפרושי מאיסורא, כשברור לו שבעדותו יכול להפריש מאיסור – הרי הוא חייב להעיד, מפני שחובה זו עצמה, בין אם היא מהתורה ובין אם היא מדרבנן, הרי היא כתביעה. וכ"כ בספר החינוך (מצוה קכ"ב) שבדיני נפשות ובשאר איסורין של התורה חייב לבוא ולהעיד מעצמו (והכס"מ, הל' עדות פ"א ה"א, כתב שרק בדיני נפשות חייב להעיד מעצמו, מדין נקמה). ואולי יש לומר, שאם לא ברור לו שעדותו תמנע איסור – אינו חייב להעיד מדין הגדת עדות, אך יתכן שחייב להעיד מדין "הוכח תוכיח" ו"אפרושי מאיסורא" (עי' נוב"י מהד"ק או"ח סי' ל"ה). ועי' לקמן (אות ב').

ובדברינו מיושבת קושיית המשכנות־יעקב (סי' י"ב, מובא בפת"ש חו"מ סי' כ"ח ס"ק ד') על דברי הרמב"ם בסהמ"צ: שבמצוות "לא תעמוד על דם רעך" (ל"ת רצ"ז) כלל בכלל זה גם הפסד ממון, ואילו בהלכות עדות (פ"א ה"א) כתב שאינו חייב להעיד אלא כאשר הוא נתבע. והקשה המשכנות יעקב: הרי בכובש עדותו יש גם איסור "לא תעמוד על דם רעך", ומדוע לא כתב הרמב"ם שחייב להעיד מטעם זה? (ועי"ש בפת"ש שכתב שכעין זה הקשה גם בספר שער המשפט).

ולדברינו יש לומר, שבדיני ממונות, מכיון שלא ברור שבעל הדין צודק בדינו, אין חובה להעיד כל זמן שלא תבעו. ומכאן עולה, שבאיסורים, אם ברור שהעדות תביא לאפרושי מאיסורא, יש חובה להעיד גם ללא כל תביעה. ואולי זוהי גם סברתו של שער המשפט (שם).

אך הדברים שכתבנו לעיל אמורים בשני עדים, ואילו השאלה בנד"ד היא בעד אחד. לכן יש לשאול: האם גם עד אחד חייב להעיד לאפרושי מאיסורא? (בענין זה עי' עוד לעיל סי' ע"ז אות ב').

ב. עדות לאפרושי מאיסורא בעד אחד

נאמר במסכת בבא קמא (נ"ה ע"ב):

> ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו.

על כך אומרת הגמרא (נ"ו ע"א):

> במאי עסקינן, אילימא בבי תרי? פשיטא, דאודייתא הוא, "אם לא יגיד ונשא עוונו"! אלא בחד.

כלומר, שלמרות שעד אחד אינו עובר ב"אם לא יגיד", חייב הוא בדיני שמים אם גרם לחבירו נזק בכך שנמנע מלהעיד. (ועיין קצוה"ח סי' כ"ח ס"ק ג', שחייב להעיד מדין השבת אבידה). ובתוס' (ד"ה פשיטא) כתבו שלמרות שהתורה מדברת על "ושמעה קול אלה", למעשה עובר ב"אם לא יגיד" גם בלא שבועה. ועי' רש"י (ד"ה אם לא יגיד, בהסברו השני) שכתב:

> כל מקום שנאמר בו "עד" – הרי כאן שנים, עד שיפרט לך הכתוב: אחד.

כלומר, שהחובה להעיד נאמרה רק בשני עדים, ולכן הוצרך התנא לחדש שגם עד אחד חייב בדיני שמים. (וכ"כ הכס"מ, הל' עדות פ"א ה"א. ועי' הגהות אמרי ברוך, ריש סי' כ"ח. ודעת הלבוש, סי' כ"ח, היא, שעד אחד מצווה להעיד). והגרעק"א (בגליון הש"ס שם) הקשה על דברי רש"י: הרי מבואר בגמרא (שבועות ל"ב ע"א) שעד אחד שראה סוטה בקלקולה, שהוא נאמן, חייב קרבן שבועה אם הושבע שיבוא להעיד ולא בא. ומכאן שכל עד אחד המועיל בעדותו – חייב קרבן שבועה אם הושבע ולא בא להעיד! ורצונו לומר שמסיבה זו גם עד אחד יעבור ב"אם לא יגיד", שלא כדברי רש"י, שלפיהם פסוק זה מדבר דווקא בשנים!

וביישוב שיטת רש"י נראה לומר שהרי עד אחד בסוטה דינו כשנים ממש (עי' סוטה ל"א ע"ב), ולכן חייב קרבן שבועה. וכן כתב במנ"ח (מצוה קכ"ב ס"ק א') שבמקום שעד אחד מועיל, הוא חייב להעיד מהתורה, עי"ש. אלא שעדיין קשה, דא"כ גם עד אחד לשבועה ייחשב כשנים, כמבואר בסוטה שם, ואמאי אינו חייב להעיד? ויש לומר שחיוב עדות הוא רק כשיש ממנה תועלת, כמבואר בשו"ע (חו"מ סי' כ"ח סעי' א'). ובעד אחד בשבועה לא ברור שיש ממנה תועלת, וכמו שרמז לכך רש"י (ב"ק שם ד"ה אלא בחד), באומרו שבדיני שמים חייב משום "דילמא לא הוה משתבע בשיקרא ומשלם". ומכאן משמע שפטור מדיני אדם מסיבה זו, דדילמא היה נשבע לשקר ולא משלם, ולא היתה לבעל הדין כל תועלת בעדותו של העד. (מיהו רש"י עצמו, בשבועות ל"ב ע"א ד"ה והאמר אביי, כתב דרוב בני אדם אינם משקרים בשבועתם).

ולפי זה יוצא, שבעדות באיסורין, שעד אחד מועיל בעדותו – חייב מהתורה להעיד. (ולפי זה אין נפק"מ למעשה למחלוקת אם עד אחד חייב להעיד).

מיהו נד"ד הוא דבר שבערוה, דבעינן שנים. ורק אם הבעל יאמין לו יהיה דינו כשנים. ואף שיש להניח שעובד סוציאלי נאמן לבעל כשנים, הרי אינו מעיד מפי עצמו אלא מפיה, ומי אומר שהבעל יאמין לה? ועיין להלן (סוף אות ו'. והשווה לעיל סי' ע"ח אות ב'-ג'). ועי' בחידושי רעק"א (ריש סי' כ"ח) שכתב שאם אין עדותו פועלת שום דבר אלא רק גורמת ליירא את הצד שכנגד, אינו חייב להעיד. *

ונאמר במסכת פסחים (קי"ג ע"ב):

> שלושה הקב"ה שונאן... והרואה דבר ערוה בחבירו ומעיד בו יחידי.

(ועי"ש בענין "טוביה חטא וזיגוד מינגיד"). ומדוע לא נאמר שחייב להעיד שמא הבעל יאמין לו? וייתכן ששם מדובר בדבר ערוה שאינו איסור אשת איש, באיסור אחר. (ועי' לעיל סי' ע"ז אות ב').

ג. החיוב להעיד מול הפסד ממון

והנה אם תמצי לומר שהעובד הסוציאלי חייב להעיד, יש לעיין בדינו של מי שעלול לקפח את פרנסתו אם יעיד עדות. וכמו בנד"ד, שאם העובד הסוציאלי יעיד על מה ששמע, יעבור בכך על כללי האתיקה המקצועית, ועקב כך הוא עלול להיות מפוטר ממשרתו.

* ועדיין יש להקשות, שהרי נאמר במשנה (שבועות ל"א ע"ב): "כפר אחד והודה אחד – הכופר חייב". ולדברינו אמאי חייב, הא בעינן שנים דווקא, וכאן אין לומר שאחד דינו כשנים? וצ"ע. ועיין מאמר הרנ"צ פרידמן "בירורים בחובת הגדת עדות" ("התורה והמדינה" י"א-י"ג עמ' נ"א; "בצומת התורה והמדינה" ח"א עמ' 53) שם הוא מחלק בין עד אחד שמחייב בעדותו ממון, כגון נסכא דר' אבא, לבין עד אחד שאינו מחייב ממון מצד עדותו, אלא שגורם בעדותו שבזה"ז ישלמו ממון, עי"ש.

שאלה זו, של קיום מצוה במקום של הפסד ממון גדול, נידונה בשו"ע (יו"ד סי' קנ"ז סעי' א' בהג"ה):

> ואם יוכל להציל את עצמו בכל אשר לו – צריך ליתן הכל ולא יעבור לא תעשה.

וא"כ צ"ע אם מצוה זו, של הגדת עדות, היא מצוות עשה או לא־תעשה. שהרי במצוות עשה אינו צריך לבזבז את כל ממונו אלא חומש (שו"ע או"ח סי' תרנ"ו סעי' א' בהג"ה). ועיין רדב"ז (הל' עדות פ"א ה"א) שמשמע מדבריו שהגדת עדות היא מצוות עשה. וכן משמע מספר החינוך (מצוה קכ"ב). והרמב"ם מנה את המצוה הזאת במפורש בין העשין (מ"ע קע"ח), ועי"ש שכתב בין המטרות של העדות: "או הצלתו או הפסד ממונו או הריסתו". וצ"ע אם כוונתו גם להצלה רוחנית. (ויש לעיין במה שכתב המנ"ח, מצוה רל"ט ס"ק ד', בענין השבה של אבידה רוחנית).

ועיין פת"ש (יו"ד שם ס"ק ד') שהסתפק מה הדין באיסור מדרבנן. אולי מצוות עשה מדרבנן דינה כלא־תעשה מן התורה, שהרי חיובה הוא משום "לא תסור". (עי' השגת הרמב"ן לסהמ"צ, שורש א'; ועיין במה שכתב המהר"ל, גבורות ה' פרק מ"ח, בענין חיוב נשים במצוות עשה מדרבנן שהזמן גרמא). מיהו מסתבר שבנד"ד לא תהיה מצוות עשה מדרבנן של "אפרושי מאיסורא" חמורה יותר ממצוות עשה של תורה.

ועי"ש בפת"ש, שכתב שהפוסקים חילקו בין קום ועשה לשב ואל־תעשה, שבשב ואל־תעשה אינו צריך לבזבז את כל ממונו. וא"כ אפילו אם נאמר שהגדת עדות היא מצוות לא־תעשה, מכיון שעובר עליה בשב ואל־תעשה – אינו חייב לבזבז עליה את כל ממונו. ואיבוד פרנסתו דומה להפסד כל ממונו, ועכ"פ הוא יותר מחומש. ולכן אינו חייב לקפח את פרנסתו משום כך. וצע"ג בזה (ועי' לקמן סי' פ"ג אות ד').

ועיין קובץ פסקי דין רבניים (כרך ה' עמ' קל"ב ואילך) שהביאו משו"ת אבקת רוכל (סי' קצ"ה) פסק דין של ביה"ד בצפת; ולפיו יוצא, שאם יש לעד הפסד בעדותו – פטור מלהעיד. (מיהו שם מדובר בעדות ממון, שהשוו זה לדין אבידה, שאבידתו קודמת לאבידת חבירו. אך באפרושי מאיסורא יתכן שחייב להעיד, ועי"ש בקובץ פד"ר שכתבו שאסור לדקדק יתר על המידה בנזק שעלול להיגרם לחברה כתוצאה מאי שמירת הסודיות, כאשר מולו עומד צורך ברור של הזולת).

ד. משמעות ההתחייבות שלא לגלות

בנד"ד ישנה בעיה נוספת, שכן העובד הסוציאלי מחוייב בתוקף תפקידו לשמור סודיות ולא לגלות את תוכן השיחות שבינו לבין אותה אשה. (וזאת מעבר לבעיה של איסורי לשון הרע ורכילות, שנידונה לקמן סי' פ"ג). על שאלה דומה כתב הרמ"א (דרכי משה חו"מ סי' כ"ח ס"ק א'):

> כתב מהרי"ו (סי' מ"ב) דאם שום עד אמר שאינו רשאי להגיד עדות מזמת שקיבל עליו בסוד שלא לגלות הדבר – אז בעלי דינים יתירו לאותו עד לגלות הדבר.

כלומר, אותו בעל דין שאמר לו בסוד שלא לגלות הוא עצמו יתיר להעיד (עי' סמ"ע ס"ק א'). וצ"ע, מדוע הוא צריך התרה מצד בעל הדין, הרי הוא מצווה ועומד להעיד מדין תורה, ו"דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים"? וכבר הקשה כן הט"ז (שם). ותירץ ה"תומים" (שם ס"ק א'), שבאמת באמירה בעלמא לאו כל כמיניה לכבוש את עדותו, ורק אם נשבע בכולל, או שהוא רק עד אחד ואינו חייב מהתורה להעיד, חלה שבועתו וצריך התרה. אך מלשון מהרי"ו שהביא הרמ"א (ד"מ שם) משמע שאין כאן שאלה של שבועה, אלא התרה של התחייבות, וצ"ע. ומשמע מהתומים שגם בלא שבועה, לרווחא דמילתא צריך לבקש התרה ממי שאמר לו שלא לגלות. וצריך לומר שהדבר נדרש משום שההבטחה שלא לגלות היא כדברים שיש בהם משום חסרון אמנה, וכתיב "מדבר שקר תרחק".

והנה בשלמא כשמדובר בהתחייבות פרטית, יש לומר שמצוות עדות דוחה התחייבות פרטית. אך כאן מדובר בהתחייבות ציבורית, המחייבת את כלל העובדים הסוציאליים. וצ"ע אם התחייבות זו נחשבת כעין "עשה דרבים" שידחה

עשה דהגדת עדות. עיין ברכות (מ"ז ע"ב), שם נאמר "מצוה דרבים שאני". ועי' תוס' (שבת ד' ע"א ד"ה וכי; פסחים פ"ח ע"ב ד"ה כופין), שפירשו עפ"י זה את ההיתר לשחרר עבד משום מצוות שבת שהיא "מצוה רבה", וכן משום תפילה בציבור שהיא "מצוה דרבים". והוא הדין כאן, יש לדמות את שתיקתו של העובד הסוציאלי לדבר שיש בו תועלת לרבים; כי עדותו עלולה לפגוע לא רק בו אלא בכל הסקטור כולו: במעמדו, באמינותו ובתיפקודו. ובפרט שכאן יש תועלת לרבים, שאנשים המשמשים בתפקיד אחראי כזה ייוודעו בציבור כאנשים נאמנים ושומרי סוד, כדי שיוכלו למלא את תפקידם באמונה. ולפי זה מסתבר, שאם נודע להם דבר שיש להעלמתו נזק **ציבורי** – יתכן שיהיו חייבים לגלותו.

והנה אע"פ שדבר פשוט הוא שאדם חייב להיות נאמן, ונאמר "ודובר אמת בלבבו" (עי' רש"י מכות כ"ד ע"א ד"ה רב ספרא), מכל מקום לא מצינו **מצוה מפורשת** מהתורה לשמור על נאמנות. אמנם נאמר בגמרא (ב"מ מ"ט ע"א):

"הין צדק"... – שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק.

ועיין רש"י (כתובות פ"ו ע"א ד"ה פריעת), שלמד מכאן את מצוות פריעת בעל חוב. אך השטמ"ק (כתובות שם ד"ה לדידך) הביא הרבה ראשונים החולקים על כך וסוברים שעובר על איסור זה רק כשאומר אחת בפה ואחת בלב.

ועוד יש לומר שגם לדעת רש"י יתכן שאין זו מצוה מהתורה (אם כי בגמרא בכתובות שם קוראים לה מצוות עשה). וכן כתבו המנ"ח (מצוה רנ"ט ס"ק א' בסופו) והנצי"ב (העמק שאלה שאילתא ק"ב אות א') בדעת הרמב"ם (הל' דעות פ"ה הי"ג), שדרשה זו היא אסמכתא. ולעומת זאת כתב הרשב"א (ב"מ מ"ט ע"א ד"ה הא דמותבינן) בשם הראב"ד, שהיא מצוה מהתורה, שלא ידבר אחת בפה ואחת בלב. ועיין תוי"ט (שביעית פ"י מ"ט ד"ה וכל). אך ודאי שרוח התורה אינה נוחה ממי שאינו עומד בדיבורו (עי' רמב"ם הל' מכירה פ"ז ה"ח, ועיין להלן).

א"כ לשיטת רש"י, הסובר שהחובה לקיים הבטחה היא מצוה גמורה, יש לומר שמצוות עשה דרבים דוחה לעשה של הגדת עדות. וכל שכן לשיטת הראשונים החולקים על רש"י, וסוברים שאין בנד"ד משום "לאו שלך לאו והן שלך הן".

וכן מהפסוק "מדבר שקר תרחק" אין אנו לומדים שחייב להיות נאמן. ועי' שבועות (ל' ע"ב – ל"א ע"ב), שם רואים שכל הלימודים המובאים שם מהפסוק "מדבר שקר תרחק" עוסקים רק בסדרי ביה"ד, הטענות והעדויות. ומוני המצוות, כגון החינוך והרמב"ם, לא מנו כלל מצוה זו במנין המצוות. אם כי התשב"ץ (זוהר הרקיע אות נ"ט) למד מפסוק זה את האיסור לשקר. (ועי' אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הן צדק". ועי' קונטרס ארוך בענין "מדבר שקר תרחק" בסוף ספר ברכת אליהו, חו"מ כרך ג').

ומ"מ נראה שהחיוב להיות נאמן להתחייבותו נלמד מהמצוה ללכת בדרכי ה', שהרמב"ם מנאה בין המצוות (מ"ע ח'). וכן פסק בהל' דעות (פ"א ה"ה־ה"ו) שאדם חייב להנהיג את עצמו בדרכי ה' הטובים והישרים. ומידת האמת היא מהחשובות שבדרכי ה', שכן "חותמו של הקב"ה אמת" (שבת נ"ה ע"א). וכן כל המידות הטובות לא הוגדרו כמצוות פרטיות אלא חיובן הוא מדין "דרך ארץ" שקדמה לתורה.

אך נראה לענ"ד שאין דברינו עומדים בפני הביקורת. שאם נאמר שיש חובה מהתורה לקיים הבטחה מכוח המצוה להידבק במידותיו של הקב"ה, מדוע כשהתחייב לשמור סוד כתבו הפוסקים (הט"ז והתומים שהבאנו לעיל) שחייב להעיד, ומדוע לא נאמר שב ואל־תעשה עדיף כמו כל עשה העומד כנגד עשה? (עי' כס"מ הל' אבל פ"א ה"א; ועי' שדי חמד, כרך ה' בהוצאת ב"ב, עמ' 246, שהביא מכמה מקומות שאין עשה דוחה עשה, דמאי אולמיה האי מהאי, ולכן שב ואל־תעשה עדיף). אלא ע"כ גם הגדת עדות היא גילוי של מידת האמת, שהרי על ידה ניתן להוציא את האמת לאור, וכבישת עדות היא הסתרת האמת. ומאי חזית למימר שההתחייבות שלו לאדם פרטי, או אפילו

לאנשים רבים, שלא לגלות סוד, עדיפה מהתחייבות כלפי שמיא לגלות ולספר את האמת?

מיהו גם כלפי שמיא מצינו בגמרא (סנהדרין מ"ג ע"ב) שהקב"ה אמר ליהושע, וכי דילטור אני? וקשה: למה נמנע הקב"ה מלגלות את האמת? אמנם הקב"ה לא חייב במצוות, אבל מידת האמת היכן היא? והרי אחת ממידותיו היא האמת? (ואיסור לשון הרע אין כאן, שהרי מותר היה לספר ליהושע מי אשם במפלה).

והנה מצינו שמצוה זו, של הגדת האמת, יש לה גדרים מיוחדים, כגון: שמותר לשנות מפני דרכי שלום (ב"מ פ"ז ע"א), וכן מה שנחלקו בית הלל ובית שמאי (כתובות י"ז ע"א) אם לומר "כלה כמות שהיא" או "כלה נאה וחסודה". ומכאן שמותר לשנות כאשר יש תועלת מיוחדת (ועי' ב"מ כ"ג ע"ב, יבמות ס"ה ע"ב). ואולי משום כך לא הוגדר איסור השקר כמצוה מפורשת אלא כמידה טובה, שאע"פ שהיא אולי עדיפה ממצוה פרטית, אך משום שלא הוגדרה במפורש כמצוה, איפשרה בה התורה גמישות מסויימת במקום שיש צורך גדול מאד, כגון משום דרכי שלום.

וא"כ הוא הדין להגדת עדות בנד"ד: אמנם יש בה מצוה ותועלת, אך מאידך גיסא הדבר עלול להביא נזק לכל העבודה הסוציאלית בארץ. וייתכן לומר שכשם שהתירו לשנות מפני דרכי שלום, אולי יתירו גם להסתיר את האמת ולהימנע מלהעיד כדי לגרום לנזקקים לתת אמון בעובדים הסוציאליים. ולפי זה, כל שהסתרת הדבר מביאה נזק לציבור, שוב חוזר החיוב למקומו.

מיהו הגדת עדות הוגדרה כמצוה מפורשת בתורה, בעוד שנאמנות לא הוגדרה כך. וא"כ תדחה מצוות הגדת עדות את חובת הנאמנות. ומאידך גיסא, יש לומר שחובת הנאמנות היא מעין "מצוה דרבים", ואם העובדים הסוציאליים לא יהיו נאמנים בעיני הציבור לא יוכלו למלא את תפקידם, כי איש לא יתן בהם אמון. ואולי יש לומר שמאחר שיש כאן ספק שקול – שב ואל־תעשה עדיף. וצע"ג. (ולקמן, סי' פ"ג, כתבנו שרופא היודע על מחלתו של אדם העלולה לגרום סכנת נפשות, כגון אם הוא חייל נושא נשק או בעל רשיון נהיגה וכדו' – הסכנה הוודאית דוחה ספק של פגיעה באמון הציבור ברופאים, ומצוות פיקו"נ דוחה נאמנות).

ה. נאמנות אשה האומרת נטמאתי

אך יש לעיין אם בכלל יש תועלת בעדותו של העובד הסוציאלי במקרה זה. שכן נאמר בגמרא (נדרים צ' ע"ב):

> האומרת טמאה אני לך... שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה: האומרת טמאה אני לך, תביא ראיה לדבריה.

וכן נפסק להלכה בשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ו'):

> אין עדים שזינתה, אלא שהיא אומרת שזינתה – אין חוששין לדבר זה לאוסרה, דשמא עיניה נתנה באחר...

והוסיף הרמ"א (הג"ה שם):

> ודווקא שאין רגלים לדבר; אבל אם יש רגלים לדבר – נאמנת.

וא"כ בנד"ד, שהיא כבר בהליכי גירושין מבעלה, אולי יש רגלים לדבר שמאסה בו. מיהו יתכן שבכך לא די, אלא יש צורך ברגלים לדבר שיש לה קשר הדוק עם מישהו אחר.

והנה מקור הדין שברגלים לדבר נאמנת לומר שזינתה, הוא מהתוס' (כתובות ס"ג ע"ב ד"ה אבל). ושם פירשו את אותם מקרים שהובאו בסוף נדרים, שרבא הורה שהאשה מותרת לבעלה למרות שנמצא בה דבר מכוער, דווקא בשלא אמרה "טמאה אני לך". דאי אמרה כך – נאמנת, משום דהוי רגלים לדבר. ושם היה בה דבר כיעור ביותר, ולכן נאמנת כשיש רגלים לדבר שזינתה עם אותו איש שעליו נחשדה. אך בנד"ד יש לנו רק רגלים לדבר שבעלה מאוס עליה, אך לא שנטמאה לבועל.

ואדרבה, יש מקום שלא להאמין לה בנד"ד, משום שרואים בחוש שבעלה כבר מאוס עליה, וא"כ יש לחוש שאומרת כן כדי להיפטר ממנו. אם כי לא אמרה זאת לבעל, אלא לעובד

הסוציאלי, אך מ"מ יש לומר עליה שעיניה נתנה באחר כדי להתגרש מבעלה בתהליך מזורז, ולשם כך היא רוצה להסתייע בעובד הסוציאלי. ולכן יש לומר שאינה נאמנת.

וצ"ע אם ה"רגלים לדבר" צריכות להוכיח שעיניה נתנה במישהו מסוים או דיינו בכך שהן יוכיחו שמאסה בבעלה. עיין פת"ש (אה"ע סי' קט"ו ס"ק כ"ד) שכתב שנחלקו בדבר ה"ברית אברהם" (יו"ד סי' ס"ח) ושער המלך (הל' אישות פ"ט הט"ו). ובנד"ד אין רגלים לדבר שנתנה עיניה באחר אלא רק שמאסה בבעלה. ובהמשך (ס"ק כ"ו) הביא הפת"ש מתשובת מהר"י באסאן (סי' פ"ו בסופו, ד"ה אמנם) שייחוד אינו "רגלים לדבר". ומשמע שיש צורך בחשד גדול לכך שזינתה כדי להאמין לה, ולא די בחשש קטטה בלבד.

לכן נראה לענ"ד שאין כאן "רגלים לדבר" כדי להאמין לה, כי לכל היותר יש כאן ראיה לקטטה בינה לבין בעלה, אך לא מעשה המחשיד אותה בכך שזינתה עם פלוני. וא"כ בנד"ד אין תועלת בעדותו של העובד הסוציאלי. שכן כל מה שהוא יודע זה ממה שסיפרה לו האשה, והיא הרי אינה נאמנת לאסור את עצמה על בעלה.

ו. האם העדות מועילה לאסור אותה על הבועל

ויש להעיר, שאף שהאשה אינה יכולה לאסור את עצמה על בעלה בעדותה, מ"מ יש ביכולתה לאסור את עצמה על הבועל, וא"כ יש תועלת בעדותו של אותו עובד סוציאלי! אלא שדבר זה צ"ע, אם האיסור על הבועל נמשך מהאיסור החל על הבעל או שהוא איסור עצמי. ואם נאמר שאיסור הבועל נמשך מהאיסור על הבעל, יוצא שכאן, שהבעל לא נאסר בהודאתה, גם הבועל לא יאסר בה. ועיין בית־שמואל (אה"ע סי' י"א ס"ק ג'), שתלה שאלה זו בשני תירוצי הגמרא (כתובות ט' ע"א) לשאלה מדוע לא נאסרה בת שבע לדוד. ולדעתו התוס' (שבת נ"ו ע"א ד"ה ליקוחין) פסקו כתירוץ הראשון, שביאה זו היתה באונס לגביה משום שהיתה קטנה, ולפיו אם האשה לא נאסרה לבועל, לא נאסרה גם לבעל. ועי' חי' רעק"א (אה"ע שם) שכתב שגם הריטב"א (יבמות כ"ד ע"ב ד"ה מיתיבי) והנמוק"י (לרי"ף יבמות ו' ע"א ד"ה גמ' בשאין לה בנים) סוברים כן. אך בשם הירושלמי (סוטה פ"ה ה"א) כתב הר"ש (שם) שהתירוץ השני עיקר, ולפיו הבועל נאסר גם כאשר הבעל מותר.

ועיין בה"ט (אה"ע סי' י"א ס"ק ד') שהביא פוסקים האומרים שמי שזינתה עם שני אנשים, אסורה גם על הבועל השני (ועי"ש בפת"ש, ס"ק ד'). ועיין חלקת יואב (אה"ע סי' א') שהביא את ספיקו של המהרא"ש (סי' קצ"ו) באשה שזינתה עם שני אנשים, אם נאסרת לבועל השני; והביא ראיה מאונס, שמותרת לבועל (כתובות ט' ע"א). ומשמע שהאיסור החל על הבועל אינו איסור עצמי אלא רק מחמת האיסור לבעל. מיהו יש לומר דשאני הכא, דלדבריה היא באמת נאסרה על בעלה, אלא שאנו לא מאמינים לה ואין מחייבים את הבעל להאמין לה. אך מכיון שסוף־סוף לדבריה היא אסורה על הבעל, היא נאסרת גם על הבועל. ועיין חלקת יואב (שם) שניסה לומר סברה כעין זו לגבי מי שזינתה עם שני אנשים, שבפעם השניה ג"כ נאסרה על הבעל, אלא שאין נפק"מ לאיסורה. אך הוא דחה זאת בטענה שהפעם השניה לא נקראת טומאה כלל. וא"כ בנד"ד, אע"פ שלמעשה הבעל לא נאסר, לדבריה בעלה אסור עליה, וממילא גם הבועל, ופלגינן דיבורא על בעלה, שאינה נאמנת לגביו; אך על הבועל היא אכן נאסרת.

ועיין ברמב"ם (הל' אישות פכ"ד הי"ח) ובשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ו') שכתבו שאשה האומרת "טמאה אני לך", נאמנת להפסיד את כתובתה, דפלגינן דיבורא (ועי' מה שכתנו על כך לעיל סי' ע"ח אות ה'), וייתכן שכמו כן נאמנת לגבי הבועל.

ועיין אוצר הפוסקים (סי' י"א דף ל"ד), שם משמע שאם הבועל יודע שבעל, אע"פ שהבעל לא נאסר, האשה אסורה עליו. ועי"ש בסוף הספר, מאמרו של הגר"ר כ"ץ, ראב"ד דפתח־תקוה, שפירש את דברי הרמ"א (בשו"ע סי' י"א סעי' א'), שאם האשה אמרה טמאה אני לך, אע"פ שהבעל לא נאסר על ידה, הבועל נאסר. מיהו מהפוסקים שלא פירשו

כן את דברי הרמ"א יש אולי להוכיח להיפך.

ואולי הדבר תלוי בשני פירושי הר"ן בסוגיא זו, של "האומרת טמאה אני לך" (נדרים צ' ע"ב ד"ה ואיכא), **ואלו דבריו:**

ואיכא למידק אמתני': כיון דמדינא דאמרה "טמאה אני לך" מיתסרא אבעלה, כמשנה ראשונה; משום שלא תהא נותנת עיניה באחר, היאך היתירוה? וכי איסור שבה להיכן הלך?...

ולדידי לא קשיא לי, דכי היכי דאמרינן בכמה דוכתי דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקדושי מיניה – ה"נ הכא: כל שאמרה לבעלה טמאה אני, אפקעינהו רבנן לקידושי מעיקרא...

ואחרים תרצו דמשנה ראשונה לא דינא קתני. דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר "טמאה אני לך", להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו. אלא משום דהא מילתא ד"טמאה אני לך" כסיפא לה – תקינו במשנה ראשונה להאמינה, דאי לאו דקושטא קאמרה – לא הוות מזלזלה נפשה למימר הכי. ומכי חזר רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עין באחר – אוקמוה אדינא.

לפי הפירוש האחרון, שמהתורה אין האשה נאמנת, א"כ הבעל לא נאסר כלל, לא מהתורה ולא מדרבנן, ולכן גם הבועל לא נאסר. אך לפי ההסבר הראשון, שמהתורה הבעל נאסר, ורק רבנן תיקנו שלא ייאסר ולשם כך הפקיעו את הקידושין, יתכן לומר שמכיון שבעצם הבעל נאסר כשהבועל עשה את האיסור, אלא שרבנן הפקיעו את הקידושין והתירוהו – יש לומר שהבועל נשאר באיסורו, כי לגביו לא הפקיעו את הקידושין כדי שלא יהיה חוטא נשכר. אך דוחק לומר כן, שהפקיעו את הקידושין למחצה.

ועיין בשיטת ר"ת (מובא בתוס' יבמות כ"ד ע"ב ד"ה אמר), **שדן במי שנטען על אשת איש והוציאוה מתחת ידי בעלה, שאסורה לבועל. וכתב ר"ת שהאיסור הוא רק על הבועל ולא על הבעל** (וכ"כ ר"ת בכתובות ס"ג ע"ב, תוד"ה אבל. ור"ת לשיטתו בדף ג' ע"ב תוד"ה ולידריש, עי"ש). **כלומר, היה מקום לאסור גם על הבעל, אלא שעל הבעל לא אסרו, ונשאר האיסור על הבועל בלבד. ומכאן משמע שהאיסור על הבועל אינו תלוי באיסור על הבעל. מיהו יתכן ששם האיסור לבועל אינו משום טומאה, שהרי לא היתה שם הוכחה מפורשת אלא מעשה מכוער בלבד. ולא רצו לאוסרה על בעלה, כדי שלא להוציא לעז על בניה שהם ממזרים, כפי שמצינו** (קידושין פ"א ע"א) **ש"מלקין על הייחוד ואין אוסרין על הייחוד". ולכן לא חייבו את הבעל להוציאה, אך אם הבעל הוציאה גזרו על בועל ש"לא יחרוך רמיה צידו". וא"כ הוא קנס שקנסו רק את הבועל בלבד. אך אין האיסור על הבועל מדין טומאה, שהרי אין הוכחה ודאית שנטמאה. ובגלל כיעור בלבד לא רצו לגזור טומאה – לא על הבעל, וממילא גם לא על הבועל. וא"כ אין מכאן הוכחה שהאיסור על הבועל, בטומאה, תלוי באיסור על הבעל. כי כאן זה קנס ולא טומאה.**

אך עוד יש להסתפק, שמא העובד הסוציאלי יהיה חייב להעיד אף אם נאמר שאין הבועל נאסר ללא הבעל. שכן אם יעיד בבי"ד ויוודע לבעל שאשתו אמרה שזינתה תחתיו, אולי יאמין לה ותיאסר עליו, ואז בוודאי תיאסר גם לבועל. וכפי שנפסק בשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ו'), **שאם הבעל מאמינה וסומך על דבריה שאמרה שנטמאה, חייב להוציאה. מיהו כתב הרמ"א** (סי' קע"ח סעי' ט' בהג"ה) **שבזה"ז, לאחר שנתקבל חרם דרבנו גרשום, גם הבעל משועבד לאשתו ואסור לו להאמינה, א"כ העובד הסוציאלי לא חייב למסור את העדות בהנחה שהבעל יאמין לו, דאדרבה אסור לו להאמין, וצ"ע.** (ועי' בהרחבה לעיל סי' ע"ח אות א'-ג'. מיהו אם הזוג הוא מעדות המזרח, שלא קבלו עליהם את חרם דרבנו גרשום, אין הבעל משועבד לאשתו, והוא יכול להאמין לה).

ועוד, הרי כתב הרמ"א (אה"ע סי' קע"ח סעי' ט' בהג"ה):

ואם היה לו קטטה עמה – אינו נאמן לומר שמאמין לדברי העד, דוודאי מחמת שנאה אומר כן.

וא"כ אין לחוש מחמת זה שבעלה עלול להאמין

לה, שכן אינו נאמן להאמין לה, וממילא גם הבועל לא ייאסר ע"י כך.

ז. נאמנות בדרך וידוי

ויש להסתפק אם האשה, בהודאתה בנד"ד, תהיה נאמנת בכל זאת משום שהודאה זו נעשתה דרך וידוי. ועיין שו"ת חוות יאיר (סי' ע"ב, מובא בפת"ש יו"ד סי' קט"ו ס"ק כ"ה בסופו) שכתב שאשה שאמרה דרך וידוי שזינתה, נאמנת.

ואולי יש לתלות בעיה זו בשני פירושי הר"ן (שהבאנו לעיל, אות ו'): שלפי הפירוש הראשון, מהתורה היא נאמנת, אלא שלמשנה אחרונה רבנן תיקנו שלא להאמין לה, שמא עיניה נתנה באחר. ולפירוש זה, אם אומרת דרך וידוי, יש להאמינה. אך לפי ההסבר השני שכתב הר"ן, מהתורה אינה נאמנת להפקיע את עצמה מתחת בעלה, אלא שלמשנה ראשונה האמינוה מדרבנן שמא אמרה אמת; ולמשנה אחרונה, שראו שעיניה נתנה באחר, ביטלו וחזרו לתקנתם הראשונה. וא"כ בנד"ד, אף אם נאמר שאמרה אמת – אין להאמינה, שהרי קי"ל כמשנה אחרונה שביטלה את תקנת המשנה הראשונה. וכ"כ בנוב"י (מהד"ק אה"ע סי' ע'), ועי"ש (סי' ל"א) שכתב שאף בשעת מחלתה אין אשה נאמנת.

והנה דבר זה, אם אדם משים עצמו רשע דרך וידוי, תלוי במחלוקת גדולה בין הפוסקים, המובאת בפת"ש (שם, וכן ביו"ד סי' א' ס"ק כ"א). ושם (ס"ק ו') מביא הפת"ש בשם החוות יאיר (סי' ע"ב בסופו) שאדם נאמן לשים עצמו רשע בדרך וידוי. והפת"ש הביא ראיה לדבריו מהתוס' (ב"מ ג' ע"ב סד"ה מה). אך בקונטרס הסמיכה להרלב"ח פירש את דברי התוס', וכתב שרק כשרוצה להימנע מעשיית איסור נאמן להשים עצמו רשע, אך לא כל דרך וידוי. (ועי' אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ שם הע' 202). ובנד"ד אין זה וידוי כלל; שהרי לא עשתה כן דרך תשובה, אלא רק כמשיח לפי תומו; וזה לא דומה לווידוי הנאמר בדרך של חזרה בתשובה, וא"כ אינה נאמנת, וצ"ע.

ואפי' אם נניח שווידוי זה דרך תשובה הוא, ומהני אפילו כשאדם משים עצמו רשע, הכא שאני, דתליא במחלוקת הפירושים הנ"ל בר"ן. ומכיון שיש כאן כמה ספקי ספיקות, מסתבר שאין להאמינה בווידוי זה.

ח. הודאה בפני עד אחד בדבר שבערוה

והנה צ"ע מהו תוקף הודאתה בפני עד אחד. האם יכולה לטעון אח"כ "משטה הייתי בו"; או שהיא תוכל להכחישו, וא"כ הוי עד אחד בהכחשה, שהרי הוא כמי שאינו? ועוד יש להסתפק, מה תהיה התועלת בעדותו כעד אחד בדבר שבערוה?

והנה נאמר בשו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ו' בהג"ה):

> ואם היא הודית לפני אחד שנטמאת, הנחשד מצטרף עם האחד לאוסרה על בעלה.

ופירש החלקת־מחוקק (ס"ק כ"ו) דהיינו היכא דאיכא רגלים לדבר, שאז נאמנת בהודאתה, אלא שהיא יכולה להכחיש את העד. וע"כ מצטרף הנחשד עם העד להיות כתרי (ועד מפי עד אין כאן, דהודאתה בפניו נחשבת כאילו ראה את הזנות בעצמו).

ובשו"ת רעק"א (סי' פ"ח) מפרש דלא בעינן רגלים לדבר, אלא כיון שיש עוד עד אחד שמעיד שזינתה, לא גזרו רבנן שלא להאמינה, ולכן נאמנת לומר "טמאה אני לך".

וא"כ יש להסתפק אם בנד"ד יש רגלים לדבר או לא. דאם יש רגלים לדבר, הרי היא נאמנת לדעת החלקת־מחוקק (שם) והבית־שמואל (ס"ק כ"ט). אך אם אין רגלים לדבר, לכו"ע אינה נאמנת, דהא אין כאן עוד עד אחד. וכבר הסתפקנו בזה לעיל (אות ה') אי הוי הכא רגלים לדבר, ונטינו לומר שאין כאן רגלים לדבר. וא"כ יש כאן עוד ספק אם להאמינה.

ועיין שו"ע (חו"מ סי' פ"א סעי' י'), שם נאמר שהודאה בפני עד אחד הויא הודאה בין לישבע בין לפרוע. אולם אם טען טענת השטאה (דהיינו: "משטה הייתי בך"), מסתבר שאין הודאתו בפני עד

אחד הודאה; אלא שכל עוד שלא טען טענת השטאה, הודאתו בחזקת הודאה.

אולם כאן הוי דבר שבערוה, ואין עדותו של עד אחד מועילה כלל, אלא מדין הודאתה כשיש רגלים לדבר, או כשיש עוד עד אחד. אך אם יש עד אחד בלבד, בלא רגלים לדבר – אין כאן עדות כלל.

ט. הודאה בפני עובד סוציאלי

אלא שיש מקום לומר שהודאה בפני עובד סוציאלי אינה כהודאה בפני עד אחד, ואינה יכולה לטעון טענת השטאה. ונאמן א"כ לומר שהודתה בפניו שזינתה.

עיין פת"ש (יו"ד סי' א' ס"ק כ"א) שהביא את דברי שו"ת שיבת־ציון (סי' כ"ג) שדן במי שהודה בפני הרב שעבר עבירות ואח"כ חזר בו ואמר שלא הודה בפני הרב. וכתב השיבת־ציון שאינו נאמן, משום שהרב שנתמנה ע"י הקהל להשגיח על כל דבר איסור והיתר, ובייחוד על השוחט, פשיטא דנאמן. אמנם עובד סוציאלי אינו כרב, אך גם כהדיוט אינו. והרי הוא כמי שנתמנה ע"י הציבור לתפקיד אחראי, שיש לו נאמנות בדרך כלל בכל הנוגע לתחום אחריותו. לכן יש לומר שהוא בחזקת נאמנות יותר מן האשה, והיא לא תוכל להכחישו. והדבר אינו דומה לסתם עד אחד.

אך מכיון שבדבר שבערוה נדרשת עדות של שנים דווקא, א"כ העובד הסוציאלי עם כל חשיבותו עדיין אינו שקול כשנים. ובשלמא רב בענייני איסור והיתר שקול יותר מאחד, ואין השוחט יכול להכחישו; דלא בעינן התם עדות גמורה של שנים דווקא, אלא נאמנות; ונאמנות הרב חזקה משל השוחט. אך בדבר שבערוה, דלא סגי בנאמנות אלא בעדות דווקא, לא מסתבר לומר שיש כאן עדות.

ואין לומר שנחייב את הבעל להאמין לעובד הסוציאלי מכוח נאמנותו המיוחדת כבעל תפקיד, כמו שמצינו במסכת קידושין (ס"ו ע"א), שם נאמר שהבעל חייב להאמין לעד אחד שהוא נאמן עליו כבי תרי. אמנם כתבנו לעיל שעובד סוציאלי נאמן בדרך כלל, אולם כדי שהאשה תיאסר על בעלה צריך הבעל להאמין לו כבי תרי, ואין הוא חייב לתת בו אמון כזה. ועי' שו"ע (אה"ע סי' קט"ו סעי' ז' בהג"ה), שכתב שהעד צריך להיות נאמן עליו גם בשאר דברים. ואפילו את"ל שמכיון שייתכן שהוא נאמן עליו, עליו להעיד בגלל הספק – הרי לפי מה שכתבנו לעיל (אות ו') שאחרי שנתקן חרם דרבנו גרשום אין לבעל רשות להאמין לעד אחד כדי להפקיע את חיובי האישות שבינו לבין אשתו, א"כ אין תועלת בעדותו של אותו עד אחד.

תשובה

אשה המתוודה לפני עובד סוציאלי שזינתה, אינה נאמנת להיאסר על בעלה, ואין לבעל להאמין לו. וממילא אין על העובד הסוציאלי חובה להעיד בבי"ד על וידויה של האשה. ומתוך כך הדבר אף אסור משום הוצאת שם רע.

ואפילו אילו היה מקום להתיר את עצם הגדת העדות משום שיש בה ספק תועלת – אינו חייב להעיד, משום שכללי האתיקה המקצועית מונעים ממנו להעיד. אמנם אם היתה תועלת ודאית בעדותו, היה אולי מקום לחייבו להעיד כדי לאפרושי מאיסורא; אך מכיון שהדבר ספק, אינו חייב להעיד על כך בבי"ד.

מסקנות

א. עד אינו חייב להעיד בדיני ממונות אם בעל הדין לא ביקש ממנו שיבוא להעיד. אבל בדיני נפשות או באפרושי מאיסורא – חייב להעיד גם אם לא נתבקש. והוא הדין לדיני ממונות שבהם התועלת שבעדות היא וודאית, והצדק שבדברי בעל הדין ברור.

ב. עד אחד חייב להעיד מהתורה בכל מקום שבו הוא נאמן בעדותו, כגון לאפרושי מאיסורא. אבל אם עדותו מועילה רק לחיוב שבועה, אינו חייב להעיד מהתורה. ואעפ"כ מתחייב בדיני שמים.

ג. יש מקום להסתפק אם עד אחד חייב להעיד במקום שלא ברור שתהיה תועלת בעדותו.

ד. הגדת עדות היא מצוה שעוברים עליה בשב ואל־תעשה. ולכן אדם אינו חייב להעיד במקום הפסד ממון גדול או כשיש חשש לאיבוד מקור הפרנסה.

ה. יש מחלוקת בין הפוסקים בדינו של אדם שהבטיח לחבירו שלא יעיד על מה ששמע ממנו, אם עליו לקבל את רשותו כדי להעיד. ולמעשה נראה שחייב להעיד אף אם לא קיבל רשות.

ו. יש מחלוקת בין הראשונים ביחס לדרשת חז"ל "שיהיה הן שלך צדק ולאו שלך צדק", אם היא מצוה מדרבנן או מדאורייתא. ולדעת רוב הראשונים היא לא כוללת חובה לקיים כל הבטחה, אלא שלא יאמר אחת בפה ואחת בלב.

ז. החובה לקיים הבטחה ולהימנע מאמירת שקר היא חלק מהחובה הכללית להידבק במידותיו של הקב"ה, שאחת מהן היא מידת האמת.

ח. החובה להידבק במידת האמת נדחית מפני נזק גדול לציבור או מפני דברים אחרים שיש בהם משום הוצאת האמת לאור.

ט. אשה נאמנת לומר "נטמאתי" רק בזמן שיש רגלים חזקות לדבר שאכן נטמאה.

י. אשה האומרת "נטמאתי" באופן שאינה נאסרת לבעלה, יש להסתפק אם נאסרת לבועל.

י. לאחר תקנת חרם דרבנו גרשום, גם הבעל אינו נאמן לומר שמאמין לדברי אשתו שנטמאה.

יא. יש להסתפק אם אשה נאמנת כשאומרת "נטמאתי" בדרך וידוי וחזרה בתשובה.

יב. הודאה של אשה בפני עד אחד, אין לה תוקף של הודאה גם במקרים בהם היא נאמנת להודות שנטמאה.

יג. לעובד סוציאלי, כבעל תפקיד ציבורי, יש נאמנות בזמן שמישהו מכחיש אותו.

סימן פ

המתנת ג' חודשים לאחר גירושין מנישואין ריפורמיים

ראשי פרקים

שאלה
א. האם נישואין אזרחיים צריכים הבחנה
ב. הבחנה בגט שניתן מחמת קול
ג. הבחנה בגט ישן
ד. תוקפם של נישואין אזרחיים או ריפורמיים
ה. המתנה בגט שניתן לפנויה לחומרא
תשובה
מסקנות

שאלה

אשה נישאה ע"י יהודים ריפורמים בארה"ב והתגרשה בגירושין אזרחיים לפני שלוש שנים. ומכיון שהחליטה להינשא לאדם אחר כאן בארץ, התגרשה בגירושין לחומרא בפני בי"ד רבני כדת משה וישראל, לפני כשבועיים. האם היא יכולה להינשא מיד, או שמא צריכה להמתין שלושה חדשי הבחנה?

מקרה דומה אירע באשה שנישאה בנישואין אזרחיים והתגרשה. וגם שם נשאלה השאלה: האם צריכה להמתין שלושה חודשים מיום מתן הגט עד שיותר לה להינשא?

א. האם נישואין אזרחיים צריכים הבחנה

נאמר בשו"ע (אה"ע סי' י"ג סעי' ז'):

פילגש מיוחדת לאיש, שרוצה לינשא לאחר – צריכה להמתין.

ומקורו בשו"ת הריב"ש (סי' רי"ז) שכתב שאע"פ שמזנה מתהפכת (כדי שלא תתעבר), ולכן אינה

צריכה המתנה – פילגש אינה מתהפכת. ואדרבה, כיון שרואה עצמה נשואה, רוצה ללדת כדרך העולם. ובבאר הגולה (ס"ק צ') **הביא ראיה מיבמות** (ל"ג ע"ב):

שנים שקידשו... והחליפו... מפרישין אותן ג' חודשים, שמא מעוברות הן.

וא"כ ברור שבנישואין אזרחיים ג"כ צריכה להמתין ג' חודשי הבחנה מזמן שהפסיקו בפועל לחיות יחדיו כבעל ואשה. אך עדיין יש לשאול אם צריכה להמתין מזמן נתינת הגט.

ב. הבחנה בגט שניתן מחמת קול

נאמר בגמרא (גיטין פ"ט ע"ב):

יצא עליה קול מזה ומזה (שנתקדשה לשני אנשים), מהו? אמר רב פפא: אף זו מגרש ראשון ונושא שני (רש"י: ולא יגרש שני וישא ראשון... חיישינן דלא לימרו גירש ראשון תחילה וקידשה שני, ועכשיו חוזרת לראשון גרושה שנתארסה). אמימר אמר: מותרת לשניהם. והלכתא – מותרת לשניהם.

ועל כך כתבו בעלי התוס' (שם צ' ע"א ד"ה והלכתא):

ומעשה בא לפני ר"ת, שיצא על גט אחד קול פסול, ונתנו גט שני מפני הלעז; ולא הצריכה ר"ת להמתין ג' חודשים מזמן גט שני, כיון שהראשון היה כשר ולא היה גט שני אלא חששא דלעז. והביא ראיה מכאן, דאמרינן הכא דמותרת לשניהם אע"ג דדמי למחזיר גרושתו מן האירוסין, כיון שאין כאן אלא קול בעלמא, לא החמירו. ואומר ר"י דאין ראיה, דשאני הכא דהוי קול מזה ומזה... אבל בקול אחר יש להחמיר.

ובשו"ע (אה"ע סי' י"ג סעי' ט') **הביא להלכה את שתי הדעות:**

אשה שנתגרשה ויצא קול פיסול על הגט והצריכוה גט אחר מפני הלעז, י"א שצריכה להמתין ג' חודשים מהגט השני. וי"א שאינה צריכה למנות אלא מהגט הראשון.

ועל כך כתב הרמ"א (הג"ה שם):

ויש לחוש לסברא הראשונה (שהיא סברת הר"י בתוס').

והוסיף הרמ"א:

וכן אם נתגרשה מחמת קול קידושין בעלמא, צריכה להמתין.

ולכאורה נד"ד דומה לאשה שנתגרשה מחמת קול קידושין בעלמא, וצריכה להמתין. אלא שצ"ע אם חתונה ריפורמית יש לה דין של "קול קידושין בעלמא", או שאפילו ריח קידושין אין בה, ומה שמצריכין גט הוא לחומרא בעלמא וגרע מקול בעלמא.

ג. הבחנה בגט ישן

מחלוקת דומה מצאנו במסכת גיטין (י"ח ע"א):

איתמר: מאימתי מונין לגט (רש"י: ג' חודשים שהאשה צריכה להמתין)? רב אמר, משעת נתינה. ושמואל אמר, משעת כתיבה... והלכתא משעת כתיבה.

הרי"ף (דף ח' ע"ב) **פסק כשמואל, שמונים משעת הכתיבה. ואילו הרא"ש** (גיטין פ"ב סי' ו') **פסק כרב, שהולכים אחר שעת הנתינה. והקרבן נתנאל** (אות א') **ציין שהרא"ש הולך לשיטתו בפרק ט'** (סי' י"ד), **שם הוא פוסק כר"י, שבגט שני הניתן לחומרא צריכה להמתין מזמן נתינת הגט השני. וא"כ שתי המחלוקות תלויות זו בזו: שמואל, האומר "משעת כתיבה", די לו בפירוד בפועל ביניהם כדי למנות ימי הבחנה, כי משעת כתיבה היא אסורה לו. וק"ו למי שנתגרשה ממש ורק מחמת קול נותנים לה גט נוסף לחומרא. אך לרב, הסובר "משעת נתינה", צריך לומר שרק משנפרדו כדין מתחילים למנות להם ימי הבחנה. ולדעתו, גם מי שנתגרשה והגט נפסל, מונים מרגע הגט השני.**

והנה הרי"ף פסק כשמואל, והרא"ש פסק כרב. ולכן יתכן לומר שגם ר"י ור"ת נחלקו במחלוקת הרי"ף והרא"ש אם לפסוק כרב או כשמואל. ויש לומר שבזה נחלקו גם המחבר והרמ"א: המחבר (אה"ע סי' י"ג סעי' א') **פסק כשמואל, שמונים את חודשי ההבחנה משעת כתיבה. והרמ"א** (הג"ה שם) **פסק כרב, שהולכים אחר שעת הנתינה. ובהמשך** (סעי' ט') **הביא המחבר שתי דעות לענין יצא קול, והוא נוטה**

לקולא (כי הדעה המקילה היא שהובאה שם שניה); ואילו הרמ"א מחמיר כדעת הר"י.

אלא שצ"ע מדוע בדין גט שני (סעי' ט') הביא המחבר את שתי הדעות, ואילו בדין גט שניתן זמן רב לאחר הכתיבה (סעי' א') הביא רק את הדעה המקילה. וצריך לומר שאפילו אם נפסוק כשמואל, שהולכים אחר שעת כתיבה, עדיין יש לומר שביצא קול פסול על הגט הראשון יש להחמיר ולמנות מזמן הגט השני. ולכאורה נראה שהסברה הפוכה, כי כתיבת גט אינה פירוד גמור כמו נתינה של גט פסול. שהרי אחרי כתיבת גט היא עדיין אגידא ביה, ואם יחזור בו לא יצטרך קידושין מחדש; מה שאין כן אם יחזור בו לאחר נתינת גט שיצא עליו קול, יצטרך קידושין מחדש. ובדוחק יש לומר שאדרבה, כשיצא עליו קול הספק הוא על עצם כתיבת הגט אם נכתב בכלל, ולכן יש מקום אולי, להחמיר יותר. וצ"ע.

ועיין מרחשת (ח"ב סי' ב'), שנטה לפסוק לקולא כהמחבר, משום שיש להוכיח שהלכה כשמואל שמונין משעת כתיבה. כי אם מונין משעת נתינה, איך נותנים לה את הגט שהזמן שכתוב בו מוקדם, והרי תטרוף פירות מזמן הכתיבה שלא כדין?

עוד עיין במרחשת (ח"ב סי' ב') שדן בחשש שנאמר בגיטין (י"ח ע"א) אליבא דרב "שלא יאמרו שתי נשים בחצר אחת, זו מותרת וזו אסורה". ופירש רש"י (ד"ה ב' נשים בחצר אחת):

> של **אדם אחד**, שפירש לים ומסר שני גיטין לשתי נשיו בו ביום, אלא שזה קדם לזה כתיבתו חודש. ולשמואל, זו תינשא לסוף ב' חודשים וזו תינשא לסוף ג' חודשים, יתמהו בני אדם שראו שנתגרשו ביום אחד.

וחידש המרחשת שחשש זה לא קיים בזה"ז, אחרי שנתקן חרם דרבנו גרשום. שהרי כיום אין חשש לנישואי שתי נשים לאדם אחד. וא"כ אין עוד מקום לגזור שמא יאמרו שתי נשים מתגרשות וזו מותרת וזו אסורה, כי אין מציאות של שתי נשים הנשואות לאיש אחד. עכ"פ מזה למדנו שאין הכרח לתלות את המחלוקות זו בזו. מיהו הרא"ש כנראה תולה את הדברים זה בזה, ולכן פסק בגט שני כר' יוחנן, ובגט ישן – כרב. ולענייננו, שלא היה כאן כלל גט, אין מקום לסמוך על המרחשת שהכריע כשמואל. עכ"פ ראינו שאמנם יש מחלוקת בין הפוסקים אם מונים את חודשי ההבחנה משעת הפירוד בפועל או משעת נתינת הגט. אך בנישואין אזרחיים, שמעיקרא לא היו קידושין אלא לחומרא, יש יותר סברה להקל.

ד. תוקפם של נישואין אזרחיים או ריפורמיים

והנה, קידושין ריפורמיים, לדעת רוב הפוסקים (עי' בהרחבה בשו"ת ציץ אליעזר חט"ו סי' נ"ב אות ב') אינם קידושין, וגם אין לומר "חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" בקידושין אלו. שהרי ברגע שהלך להינשא בפניהם, הראה שאין לו שום ענין בקידושין של תורה. ואפילו אם היה תינוק שנשבה, גם אז ודאי שלא התכוון להתנהג עפ"י דין התורה, ואין לו חזקה כזאת כלל ועיקר.

ועי' שו"ת יביע־אומר (ח"ו, אה"ע סי' א' בסופו) שדן בהלכה דומה. נושא הדיון שלו הוא אשה שנישאה בנישואין אזרחיים. אותה אשה התגרשה כדת משה וישראל, נישאה לאדם אחר כדין תורה, ושוב התגרשה ממנו. ועתה היא רוצה לחזור לבעלה הראשון. והגר"ע יוסף שליט"א התיר לה את הדבר, אע"פ שקיבלה גט לחומרא מבעלה הראשון.

ולדברינו, גט לחומרא מחמת קול חמור יותר מנישואין אזרחיים. ולכן, אף שבקול כתבו הפוסקים שצריכה להמתין, כאן אינה צריכה להמתין ג' חודשים.

ועי"ש שהביא בשם שו"ת היכל יצחק (להגריא"ה הרצוג, ח"ב סי' ל"ג) שכתב שצריכה ג' חודשי הבחנה דהוה כעין "דבר שיש לו מתירין". והגר"ע יוסף חולק וסובר דבכה"ג לא הוי כעין "דבר שיש לו מתירין" (ומקור דבריו בשו"ת נודע ביהודה, מהד"ת, אה"ע סי' ל"ב, שכתב שמי שהיתה לו

חזקת היתר, ונולד בו ספק לחומרא, אין אוסרים אותו מטעם "דבר שיש לו מתירין". ואף כאן אשה זו בחזקת היתר עומדת, ונישואיה האזרחיים, שלכל היותר הם ספק נישואין, אינם מוציאים אותה מחזקתה, ולכן אין לאוסרה).

והנה יש אומרים שבנישואין אזרחיים אין מקום לתת גט אפילו לחומרא. דאדרבה, הוי חומרא דאתי לידי קולא, שיש לחוש שמא תקבל קידושין מאחר טרם שיגרשנה זה, ואתי למימר שקידושין אלו אינן תופסין, ולא היא (ועיין מש"כ ביביע־אומר שם בשם שו"ת אבן יקרה, תנינא סי' ל"ט).

ועי"ש ביביע־אומר, שכתב שרוב רובם של הפוסקים סוברין שנישואין אזרחיים אינם נישואין כלל, אלא שיש שנהגו להחמיר ולהצריך גט שלא במקום עיגון. ומתוך כך כתב לגבי זוג שהיה נשוי בנישואין אזרחיים ונתגרשו בגט כדת משה וישראל ונישאו לאחרים, שמותר להם לחזור ולהינשא זה לזו.

ה. המתנה בגט שניתן לפנויה לחומרא

לפי מה שכתבנו יוצא שאשה שנישאה בנישואין אזרחיים או ריפורמיים הרי היא כפנויה, ומה שהיא מקבלת גט אינו אלא לחומרא. ואכן מצאנו בפוסקים (עי' אוצה"פ סי' כ"ז) שגט שניתן לפנויה אינו גט המחייב להמתין ג' חודשי הבחנה. ועיין אוצר הפוסקים (סי' י"ג אות מ"ב/ב'), שכתבו בשם ספר "דברי יששכר" שדן באשה שאמרו לה שמת בעלה, והסכים הרב מקינצק להתירה, אלא שלא סמך על עצמו עד שיצטרף אליו רב אחר. ובתוך כך נזכרו שהבעל שלחם לפני מותו לגרש את אשתו, וציוו ביה"ד שתתגרש ע"י שליח, וכתב להתיר לה להינשא מיד משום שבעצם אינה צריכה גט כלל; אע"פ שהיה שם גט, אלא שניתן בטעות.

תשובה

למעשה נראה לענ"ד שיש מקום להקל ולוותר על ג' חודשי הבחנה באשה שהתגרשה מנישואין ריפורמיים או אזרחיים, ודי למנות את חודשי ההבחנה מאז שנפרדה בפועל מבן זוגה.

מסקנות

א. בדינה של אשה שקיבלה גט שני מחמת קול שיצא על הגט הראשון, יש מחלוקת אם צריכה להמתין מזמן נתינת הגט השני.

ב. יש מחלוקת בדינה של אשה שקיבלה גט ישן, שעבר זמן בין כתיבתו לנתינתו, אם מונים משעת הכתיבה או משעת הנתינה. לדעת הרא"ש מחלוקות אלו תלויות זו בזו, ושתיהן תלויות בשאלה אם הולכים אחר שעת הפירוד בפועל או אחר החלות הסופית של הגירושין. אך אין הכרח בתליה זו.

ג. נישואין אזרחיים, לדעת רוב הפוסקים אין להם תוקף, והוא הדין לנישואין ריפורמיים; ורק מצריכים גט לחומרא במקום שאינו מקום עיגון.

ד. פנויה שקיבלה גט לחומרא, אינה צריכה להמתין ג' חודשי הבחנה.

סימן פא

חתונה בעד פסול

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת ה"חוות יאיר"
ב. קידושין בעד אחד
ג. עדות של יהודי שאינו שומר מצוות
ד. שיטת החת"ם סופר
ה. תוקפה של הכתובה מכוח חתימת החתן
ו. דינה של הכתובה כשטר מוקדם
ז. עריכת חופה שניה
ח. האם חופה צריכה עדים?
ט. האם מועילה חופה לפני קידושין
י. ברכות ומנין עשרה בנישואין השניים
יא. צורתה של החופה השניה
יב. שיטת מהר"י וויל
תשובה
מסקנות

שאלה *

במקום חילוני נערכה חופה. בהעדר אנשים דתיים, שימש מסדר הקידושין כעד, וביקש מאדם דתי אחר שהשתתף בשמחה לשמש כעד נוסף. לאחר מכן התברר שהעד השני הוא בן דודה של הכלה. האם הקידושין תופסים? ואם לא, האם צריך לעשות חופה שניה ולכתוב כתובה חדשה?

א. שיטת ה"חוות יאיר"

שאלה דומה נשאל החוות־יאיר (סי' י"ט), ודעתו נוטה לומר שבאותו מקרה הקידושין אכן תפסו; ואלו עיקרי תשובתו:

א. קרובי האם פסולים מהתורה לדעת רוב הפוסקים (עי' ש"ך חו"מ סי' ל"ג ס"ק א' בסופו), חוץ מאשר לדעת הרמב"ם (הל' עדות פי"ג ה"א, מובא בשו"ע חו"מ שם סעי' א' בהג"ה); וגם לדעתו יתכן שיש לפוסלם כדין פסולים מהתורה (עי' ש"ך שם).

ב. כיון שהיו שם אנשים נוספים, כולם משמשים כעדים.

ג. אע"פ שלא כולם שמו לב לקידושין – עדי שמיעה, כגון אלו, עדים גמורים הם.

ד. הרב עצמו, מסדר הקידושין, בוודאי שם לב לקידושין, והוא משמש כעד ומצטרף לעד הכשר.

ה. לשיטת התוס' (מכות ו' ע"א ד"ה שמואל) והרא"ש (מכות פ"א סי' י"א), אע"פ שייחדו עדים ואחד מהם נפסל – אין עדות כולם נפסלת מדין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול", מפני שרק עדי הגדה נפסלים ע"י צירוף (וכך מובא בשו"ע חו"מ סי' ל"ו סעי' א' בשם "יש אומרים", ועי' ש"ך ס"ק ח' שדחה שיטה זו מההלכה).

ו. לשיטת הרי"ף (מכות ב' ע"ב), אם העד הכשר לא ידע מפסולו של הקרוב, העד השני אינו נפסל. (דעה זו מובאת בשו"ע, חו"מ סי' ל"ו סעי' ב', כ"יש אומרים" ראשון).

ז. אם אותם עדי קידושין חתמו על הכתובה, הכתובה פסולה.

ואלו דברי החו"י במסקנתו:

> והכי דעת תורה ודעת נוטה, שאם יש עוד אחד עם המסדר קידושין ששמע וראה – אינו צריך קידושין אחרים.

ב. קידושין בעד אחד

והנה בנד"ד, כל יתר המשתתפים היו יהודים שאינם שומרי מצוות, והם פסולים לעדות; והיו כאן רק מסדר הקידושין והעד הפסול, ואם כן אין כאן עדות כלל.

* טבת שדמ"ת.

אם נניח שיש כאן רק עד אחד, הרי לדעת רב פפא (קידושין ס"ה ע"ב), במקדש בעד אחד, חוששין לקידושין. והרמ"א (אה"ע סי' מ"ב סעי' ד' בהג"ה) כתב שיש מחמירים וחוששים לקידושין אם מקדש בפני עד אחד. וא"כ לחומרא יש לחוש כאן לקידושין, ואינו צריך לברך שנית על הקידושין. ואע"פ שעד אחד הצטרף כאן עם פסול, אין אנו אומרים שאף הוא נפסל, כמבואר ברמ"א (שם, ועי' בית־שמואל ס"ק ח' וחלקת־מחוקק ס"ק ו').

ג. עדות של יהודי שאינו שומר מצוות

אמנם יש לחשוש לכך שאע"פ שכל המשתתפים בחתונה היו יהודים שאינם שומרי מצוות, בדיעבד יתכן שאין לפוסלם מכל וכל. שהרי רובם ככולם נחשבים כתינוקות שנשבו (עי' רמב"ם הל' ממרים פ"ב ה"ג), ולכן אין לפוסלם לעדות. ואע"פ שלכתחילה ודאי שאין לסמוך על עדים כאלו, בדיעבד אי אפשר לומר בוודאות שהקידושין בטלין לגמרי. וגם אם נאמר שלהלכה תינוק שנשבה אינו כאנוס גמור (שהרי חייב להביא חטאת אחת: רמב"ם הל' שגגות פ"ז ה"ב), הרי בעדות מצינו הגדרה מיוחדת. וכמו שכתב הרמב"ם (הל' עדות פי"ב ה"א):

> כל הנפסל בעבירה, אם העידו עליו שני עדים שנעשה עבירה פלונית... הרי זה פסול לעדות. במה דברים אמורים? כשעבר על דברים שפשט בישראל שהן עבירה. אבל אם ראוהו עדים עובר על דבר שקרוב הענשה להיות שוגג, צריכין להזהירו ואחר כך ייפסל.
>
> כיצד? ראוהו קושר או מתיר בשבת, צריכין להודיעו... וכן אם ראוהו עושה מלאכה בשבת או ביום טוב, צריכין להודיעו שהיום שבת, שמא שוכח הוא... וכן המשחק בקוביה... צריכין העדים להודיעו שהעושה דבר זה פסול לעדות, שרוב העם אינן יודעים דברים אלו, וכן כל כיוצא בזה.

ומאחר שלצערנו אנשים אלו, שאינם שומרי תורה, אינם יודעים שבת מהי ולא מצוות אחרות, אין לפוסלם לעדות, לפחות בדיעבד.

ועי' שו"ת רעק"א (סי' צ"ו) שהכשיר עדות קידושין של יהודי המגלח בתער, משום שאינו יודע את חומר האיסור. ועי' אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל (עמ' קל"ה) שהכשירו לעדות מחללי שבת בימינו.

ואע"פ שהמומרין והאפיקורסים לא הוצרכו חכמים למנותן בכלל פסולי עדות, כמו שכתב הרמב"ם (הל' עדות פי"א ה"י), מכל מקום כבר ידועים דברי החזון־איש (יו"ד סי' ב' ס"ק ט"ז) שבימינו אין דנים דין מומרין ואפיקורסים. (ואע"פ שהוא כתב זאת לענין "מורידין ואין מעלין", מ"מ מן הנימוק שם, שכיום אין ההשגחה גלויה, משמע שאין היום בכלל דין אפיקורסים).

אולם אע"פ שאנשים אלו הם תינוקות שנשבו ואינם מומרים ואפיקורסים, מיהו את המוחש אין להכחיש. שהרי רבים מהם אינם מכירים למעשה בחופה וקידושין כדת משה וישראל, והם נזקקים להם אלא משום שחוק המדינה מכיר אך ורק בקידושין על פי דיני ישראל. ואין הם גם מתחילים את חייהם המשותפים לצערנו ללא חופה וקידושין כדין. ואם כן איך אפשר להחשיבם כעדים כשרים לקידושין? וגם אם נאמר שאינם אלא מומרים לתיאבון ואינם מוגדרים כמומרים לכל התורה כולה, מכל מקום הרי הם כמומרים לקידושין, ופסולים להעיד על קידושין. כלומר, אע"פ שאולי אין להם דין פסול עדות לכל התורה כולה, יש להם דין חשוד לאותו דבר, ולכן הם פסולין לפחות לקידושין. (ועי' סנהדרין כ"ה ע"ב, ביחס לפסול לעדות אשה. ועי' פת"ש אה"ע סי' י"ז ס"ק מ', ט"ז חו"מ סי' ל"ד סעי' כ"ה).

ואף אם יש ביניהם כאלו הכשרים להעיד, מנין לנו לדעת שגם בנישואין אלו היו עדים כשרים? (מיהו יש לומר שאע"פ שרובם ככולם מזלזלים באיסור פנויה, בכל זאת רובם לא חשודים על אשת איש, ואיסור פנויה לרוב הדעות אינו איסור לאו, עי' לעיל סי' ע"ד אות ב', סי' ע"ה אות ו').

אך מ"מ על מצוות עשה של קידושין הם חשודים. ולכן נראה לענ"ד שצ"ע אם אפשר

להאמינם לעדות על קידושין. (ויש לחקור, על מה מעידים עדי הקידושין, על איסור הערוית שנוצר פה, או על הקנין. שאם נאמר כהצד הראשון יתכן שהם נאמנים, כי לא כל אחד חשוד על איסור אשת איש; אך אם נאמר כהצד השני, אינם נאמנים. וצ"ע בכל זה).

ד. שיטת החת"ם סופר

והנה בשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סי' ק') דן בשאלה דומה, שהרב צירף עמו את השמש לסידור קידושין, ואחר כך התברר שהשמש היה קרוב לכלה בדרגה של "שני בשני". ודעתו של החתם סופר היא להכשיר את הקידושין מדין "אנן סהדי". ועי"ש בתשובה הסמוכה (סי' ק"א), שכתב שכל הנוכחים שם, גם אם לא ראו את נתינת הטבעת ממש מידו לידה, ידעו שהיו שם קידושין. ואע"פ שהשמש יוחד כעד והוא פסול, אין הוא פוסל עדותם של ה"אנן סהדי", משום שבכל עדות שהיא ע"י "אנן סהדי", אין צריך להקפיד על כל דיני עדות, והיא לא נפסלת ע"י קרוב או פסול. ולפי זה יש לומר שהוא הדין בנד"ד, כיון שכל הנוכחים שם מהווים "אנן סהדי" שהזוג נישא כדת משה וישראל. ואפילו אם נאמר שכולם עדים פסולים, גדר "אנן סהדי" אינו כגדר עדות רגילה, ואין עדות כזו נפסלת ע"י עדים פסולים.

אלא שהחתם סופר עצמו כתב שם ש"מהיות טוב" על האיש לקדש את אשתו שנית. "ומה הפסד וזלזול יש אם בלאט ובסתר בפני שני עדים כשרים יקדש שנית?". (אולם לענ"ד יש לו לקדשה בלי ברכה).

מיהו, סברת החתם סופר, שידיעה ללא ראיה מועילה, שהיא גם סברת האבנ"מ (סי' מ"ב ס"ק ו' ד"ה ולפ"ז), אינה מקובלת על חלק מהאחרונים. עי' שערי יושר (שער ז' פרקים א'-ד'), קהילות יעקב (גיטין סי' ד', קידושין סי' מ"ג) ובעוד אחרונים.

ה. תוקפה של הכתובה מכוח חתימת החתן

ויש לעיין בדינה של הכתובה שנחתמה ע"י עד פסול, ואח"כ חתם החתן עצמו שהוא מאשר את הכתובה. וצ"ע אם היא כשרה או לא. ומקור הספק הוא המשנה בסנהדרין (כ"ד ע"א):

> נאמן עלי אבא, נאמר עלי אביך, נאמנים עלי שלושה רועי בקר – ...אינו יכול לחזור בו.

ומכאן שהחתן, שהוא המתחייב בכתובה, יכול לקבל עליו גם עדים פסולים.

אלא שא"כ כוחה של הכתובה הוא לא מכוח העדים אלא מכוח חתימת החתן. והרי היא ככל שטר־חוב שהלווה התחייב עליו בחתימת ידו, שאמנם הוא כשר, אך המלוה גובה רק מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים (עי' ב"ב קע"ה ע"ב; שו"ע חו"מ סי' ס"ט סעי' א'). ובכתובה נכסים משועבדים בעינן, שיהיו אחראין לכתובתה. ואע"פ שעיקר האחריות צריך להיות מנכסיו שלו, אך מה שמוכר לאחרים לכאורה לא איכפת לו, וקלה בעיניו להוציאה.

ובכל זאת לא נראה לומר כן, משתי סיבות:

א. גם כשהאשה גובה את כתובתה מאחרים הם חוזרים עליו. ואפילו כשמכר שלא באחריות, יש להם תרעומת עליו.

ב. אשה אינה סומכת על נכסים שאינם משועבדים. ולכן כתובה צריכה לכלול שיעבוד נכסים, ובלעדיהם היא פסולה. ועי' רש"י (כתובות ז' ע"א ד"ה אתפסוה מטלטלין) שכתב: "בשיעבוד קרקעות". (ועי' "משפט הכתובה", להר"א בן שלום, שער י"ג פרק ג').

ועי' גיטין (מ"א ע"א): "העושה שדהו אפותיקי לבעל חובו... רשב"ג אומר: בעל־חוב גובה משאר נכסים; אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזר על בתי דינין".

והקשה בהגהות חכמת שלמה (על שו"ע אה"ע סי' ס"ו סעי' א'): הרי כל התקנה של הכתובה היתה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ולכן אמרו שצריך לשעבד לה את כל נכסיו, ואסור לו לייחד לה מטלטלין או מעות לכתובתה. וא"כ אדרבה, אין מקום להתחשב בכך שהאשה תצטרך לחזר על בתי דינים, שהרי המגמה היא שלבעל לא יהיה קל להוציאה, ע"י שיתן לה את כתובתה משדה אחת! ותירץ החכמת שלמה, שרשב"ג סובר כר' יהודה (כתובות

נ"א ע"א), שלדעתו אכן לא אכפת לנו שתהיה קלה בעיניו להוציאה. וכתבו התוס' (ד"ה מני) שמשום כך אין צורך לומר שכל נכסיו יהיו אחראין לכתובתה. עי"ש.

וייתכן לומר שאכן רשב"ג הולך גם אליבא דר' מאיר, הסובר שאסור לייחד לה מטלטלין, אלא שרק בנכסיו של הבעל עצמו אסור שהכתובה תהיה מזומנת. אך כאשר מדובר בנכסים שנמכרו לאחרים אין לו נפק"מ במה שגובה מאחרים, אלא תרעומת אם מכר בלא אחריות, ואם מכר באחריות חייב לתת לקונה קרקע אחרת, אך אין לו נפק"מ אם גבתה מזה או מאחר. ולכן אין טעם להטריחה לחזר אחר בתי דינים, שהרי בכל אופן לא תהיה קלה יותר בעיניו להוציאה. ולכן לדעת רשב"ג, באפותיקי אין האשה גובה משאר נכסים אלא מהאפותיקי. עכ"פ שיעבוד נכסים בעינן, שאם לא כן, לא סמכא דעתה, והכתובה פסולה.

והנה בשו"ת התשב"ץ (חוט המשולש, טור ג' סי' א') דן בכתובה שחתמו עליה קרובים והחתן חתם אף הוא. ובתחילה דימה זאת לדברי הרשב"א והתשב"ץ שכתבו שאם גם החתן חותם על הכתובה, אין לאשה צורך לקיימה, והבעל לא יכול לטעון אח"כ "פרעתי". (אך יש להעיר שתשובות אלו לא נמצאו בשו"ת הרשב"א ובשו"ת התשב"ץ עצמו). וכתב בחוט המשולש שהוא הדין כשהחתן מאשר ומקבל על עצמו את העדים הפסולים. אולם אח"כ חזר בו וכתב שיש לחלק בין קיום העדים לקבלת עדים פסולים.

אך בהמשך התשובה כתב עצה לכתובה זו, שחתמו עליה הקרובים, והיא: שיבואו הלווים והחתנים ויקבלו עליהם בקנין את עדות הקרובים. ולדברינו יש להקשות על דבריו, שהרי בקנין זה לא ישתעבדו הנכסים! וצ"ע. (וראיתי בס' "משפט הכתובה", להרא"ח בן שלום, ח"ב שער י"ג פרק ג', שהביא בשם ס' "נאמן שמואל", סי' ע"ז, שכתובה שחתמו עליה עדים פסולים, לא מהני להכשירה במה שהחתן חותם ומקבל אותם עליו.)

אך יש לומר שבכתובה, מכיון שיצא קול שנישאה, הנכסים משתעבדים אע"פ שהעדים פסולים. ובדומה לזה נפסק בשו"ע (חו"מ סי' מ' סעי' ב'), שאם חתם על השטר בכתב ידו ומסרו בפני עדי מסירה – המלוה גובה מנכסים משועבדים. ובנישואין הרי יש קול ע"י כל הבאים לשמח את החתן והכלה. ואע"פ שרבים מהבאים הם פסולי עדות, מכיון שיש ביניהם גם עדים כשרים והקול יוצא – גובה מנכסים משועבדין.

מיהו המעיין בתשב"ץ שם יראה שהמדובר באישור הכתובה לאחר זמן, ולכן כתב שצריך לכתוב את הזמן החדש שבו אושרה הכתובה. ומשמע שגובה מנכסים משועבדים רק מיום שהחתן חתם על הכתובה. וצ"ע היאך מועילה חתימת החתן לשעבד את הנכסים? ואולי יש לומר דאה"נ, הקול יוצא מיום הנישואין, אלא שמכיון שהכתובה היתה פסולה, אי אפשר היה לגבות בשטר זה; וברגע שהחתן מאשר את עדי הכתובה, אמנם אישורו מועיל רק מכאן ולהבא, אך הקול יצא כבר ברגע הנישואין. ולכן נראה שכתובה זו כשרה אעפ"י שנחתמה ע"י עד פסול, ואין צורך לכתוב כתובה חדשה.

ו. דינה של הכתובה כשטר מוקדם

ועדיין צ"ע: אף אם נניח שהכתובה אכן כשרה, סוף־סוף היא נכתבה זמן רב לפני הקידושין האמיתיים שנעשו אח"כ. והספק הוא משום שהכתובה משעבדת נכסים, ותאריך כתיבתה הוא יום הנישואין. ומאחר שהנישואין היו שלא כהלכה, ונעשו כהלכה רק לאחר זמן, נמצא שהכתובה נכתבה בתאריך מוקדם. והרי שטר מוקדם פסול, משום שמשעבד נכסים לפני שחל החיוב ובא לגבות מלקוחות שלא כדין (עי' חו"מ סי' מ"ג סעי' ז').

מיהו בנד"ד אמנם הקידושין כהלכה נעשו מאוחר יותר. אך למרות זאת יתכן שהנישואין חלו למפרע מיום הנישואין הראשונים, אם נניח שחופה לפני קידושין מועילה, כאשר אחריה היו קידושין כהלכה (כמו שכתבנו לקמן אות ט'). ואפילו אם נאמר שחופה לפני קידושין אינה קונה (כדלקמן), הרי הוא התחייב לה בקנין ביום הנישואין לפרוע את כתובתה. ומצידו ההתחייבות היתה תקפה מכוח עצמה, ורק בגלל

שפסלנו לו את הקידושין חזר ועשה קידושין שניים. אולם הקנין הראשון וההתחייבות הראשונה במקומם עומדים, ולכן הכתובה אינה שטר מוקדם אלא התחייבות שנעשתה בזמנה.

ועי' ב"מ (י"ג ע"א), שם נאמר שבשטרי הקנאה (שיש בהם שיעבוד נכסים בקנין) כותבין שטר בניסן אע"פ שלא לווה עד תשרי. ולדעת אביי (שם), גם שטרות שאינם שטרי הקנאה כשרים באופן זה, שכן "עדיו בחתומיו זכין לו" ומשעבדים את נכסיו מיום הכתיבה. (ועי' שו"ע חו"מ סי' ל"ט סעי' י"ג).

מיהו יש לומר שנד"ד אינו דומה למה שנאמר שם. שם, בשעה שכתב את השטר, גמר להקנות ולהשתעבד מיום הכתיבה למרות שההלוואה היתה מאוחר יותר. אבל כאן היה זה קנין בטעות, ואם היה רוצה, היה יכול לחזור בו מהתחייבותו לאחר שנודע לו שהקידושין לא חלו. ונמצא א"כ שהתחייבותו לא נכנסה לתוקף אלא מרגע הקידושין השניים. אלא שאעפ"כ יש לומר שכיון שלא חזר בו ולא רצה לחזור בו, הרי הקנין הראשון במקומו עומד, וכאילו התחייב מרגע הנישואין הראשונים. והרי גם שם בב"מ (י"ג ע"א), כשכתב ללוות ולבסוף לא לווה – כשלווה לבסוף אנו אומרים שהקנין חל למפרע.

עוד נאמר בגמרא (גיטין י"ח ע"א):

> כתובתיה דר' חייא בר רב איכתוב ביום ואיזחתום בלילה. הוה רב התם ולא אמר להו ולא מידי...
>
> עסוקין באותו ענין הוו (רש"י: מכתיבה עד חתימה, ואפי' בשאר שטרות כשר).

ושם בכתיבת הכתובה אין שום חיוב, רק בחתימה. ובכל זאת, כיון שיצא הקול מרגע הכתיבה, אין זה שטר מוקדם. והוא הדין כאן: כיון שיצא הקול מרגע הנישואין הראשונים, אין זה שטר מוקדם. אמנם שם היה זה מיד, שנכתב ביום ונחתם בלילה, ואילו כאן עברו כמה ימים מיום הכתיבה עד הקידושין השניים. אך אעפ"כ נראה שהקול יצא ביום הנישואין הראשונים, והכתובה כשרה.

ובשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סי' פ"ו) מובאת דעת השואל, שפסל קידושין שנעשו ע"י טבעת השייכת לאשה, והצריך קידושין שניים בפני שני עדים במקום חופה. והחתם סופר עצמו העיר לו שלדבריו הכתובה פסולה, שכן נכתבה זמן רב לפני הקידושין האמיתיים. אמנם החתם סופר הכשיר למעשה את הכתובה, אך זאת משום שלענין ממונא יש לסמוך על דעת רוב הפוסקים, שהאשה התכוונה להקנות לבעל את הטבעת בקנין גמור כדי שיוכל לקדשה; ורק לענין איסור יש להחמיר ולהצריך קידושין שניים. אך במקום שהקידושין הראשונים היו פסולים לכל הדעות, באמת אי אפשר להכשיר את הכתובה, כשהקידושין הכשרים נעשו זמן רב אחרי הכתובה.

אלא שהחתם סופר עצמו בתשובה אחרת (אה"ע סי' ק') כתב לחזור ולקדש בפני שני עדים בצינעה, ולא הצריך כתובה חדשה. אך נראה שדיוק זה אינו מוכרח כל כך, וייתכן שהחת"ס התכוון גם לכתיבת כתובה חדשה אע"פ שלא כתב כך במפורש. וכן מסתבר, שהרי החת"ס שם הולך לשיטתו שמעיקר הדין הקידושין כשרים מכוח "אנן סהדי" לענין סכומי הכתובה וכל תנאיה.

ולסיכום, יתכן שיש צורך בכתובה חדשה, וצ"ע.

ז. עריכת חופה שניה

וצ"ע אם צריך חופה חדשה במנין עשרה ובשבע ברכות, או לא. וכמה ספיקות יש לברר כאן:

א. האם חופה בלא עדים מועילה?

ב. האם חופה לפני אירוסין מועילה?

ג. האם העובדה שהם חיים יחד בחדר משפחה אחד נחשבת לחופה?

ד. האם חופה ללא מנין וללא ברכה מועילה?

והנה ראשית כל, יש להעיר שבתשובות הנ"ל של החוות יאיר ושל החתם סופר לא מצינו שהצריכו חופה נוספת. והחת"ס אף כתב בפירוש שיכול לעשות קידושין בצינעה בפני שני עדים, ובכך סגי; ולא הצריך גם חופה

נוספת. וע"כ החופה תופסת למרות שהקידושין הראשונים היו פסולים; וצ"ע מאיזה טעם. ולהלן נתייחס לשאלות אלו אחת לאחת.

ח. האם חופה צריכה עדים?

בשאלה זו הסתפק האור־שמח (הל' אישות פ"י ה"ב). וכתב שאמנם בקידושין צריך שני עדים, ולא די בהודאת בעל־דין, מפני שהוא חב לאחרים שלא יוכלו עוד לקדשה. אבל בחופה אינו חב לאחריני, שהרי נמסרה לו כבר מרגע האירוסין, ולכן יתכן שאין צורך בעדים בחופה. ורצה לתלות שאלה זו בשאלה אם יש נישואין לקטנה, כגון אב שקידש את בתו ומת, אם יכולה להנשא מהתורה. והוכיח שנישואי קטנה הם רק מדרבנן ולא מהתורה, ולדעתו הוא משום שנישואין צריכים עדים, ואין עדות על מעשה קטן. ולמעשה לא הכריע אלא נשאר בספק.

ומאי דמספקא ליה להאור־שמח, מיפשט פשיטא ליה להחלקת־יואב (אה"ע סי' ו'), שכתב שחופה אינה צריכה עדים. והוכיח כן מדברי הרא"ש (ב"ב פ"ט סי' ט"ז) בעובדה דתותרינית. ועיין במאמרו של הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל "מה דודך מדוד" (בהערה), שכתב שחופה אינה צריכה דעת, ולכן אינה צריכה עדים.

ובאנציקלופדיה תלמודית (ערך חופה, כרך ט"ז עמ' תכ"ט) הביאו מתוס' ר"י הזקן (קידושין י' ע"ב ד"ה חופה) שחופה צריכה עדים. וכן כתבו האבנ"מ (סי' ל"ח ס"ק י"ז) וה"יד דוד" (פרק ג' הל' ה'). ולעומתם – האבני־נזר (אה"ע סי' שצ"ה), המרחשת (ח"ב סי' א' אות ז'), החלקת־יואב (אה"ע סי' ו') וערוה"ש (סי' נ"ה סעי' ה') כתבו שחופה אינה צריכה עדים. ובספר שולחן העזר (סי' י' בסופו) כתב שלא נהגו לייחד עדים לחופה. ומכאן שחופה אינה צריכה עדים. ואם המנהג כדבריו, אם כן גדול המנהג. אולם עינינו הרואות שהמנהג הוא לייחד עדים לחדר הייחוד, שהוא החופה לדעת הרמב"ם. אמנם הספרדים נהגו שלא לייחד את החתן והכלה בחדר הייחוד, אע"פ שדווקא הם אמורים היו לפסוק כהרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"א) ומרן המחבר בשו"ע (סי' נ"ה סעי' א'), הסוברים שחופה היא ייחוד. אלא ע"כ דעתם היא שכניסת בני הזוג לביתם והתייחדותם שם אחר החתונה היא היא החופה, וזו אינה צריכה עדים, או שב"אנן סהדי" סגי להו (עי' לעיל אות ד').

ט. האם מועילה חופה לפני קידושין

ואם נניח שהחופה הועילה משום שאינה צריכה עדים – צ"ע, שהרי אם הקידושין ייערכו שנית, נמצא שהחופה היתה לפני הקידושין. האם היא מועילה?

בשאלה זו חקר המשל"מ (הל' אישות פ"י ה"ב). והביא בשם המשאת בנימין (סי' צ' ד"ה יש) שאין חופה מועילה לפני קידושין. לעומת זאת הביא ראיה מהרמב"ן בקידושין י' ע"א), וכך נאמר שם בגמרא:

> איבעיא להו: תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה? נפק"מ לכהן גדול דקא קני בתולה בביאה (רש"י: ואם סוף ביאה קונה, נמצאת בעולה משעת העראה...).

והקשו הרמב"ן (יבמות נ"ט ע"א ד"ה ואסיקנא) והריטב"א (קידושין שם ד"ה איבעיא), שאם תחילת ביאה קונה, כהן גדול אינו יכול לכונסה, דבתר נישואין אזלינן (כמבואר ביבמות נ"ט ע"א)! ותירצו שכנסה בחופה לפני הקידושין ועתה בא עליה וקידשה בביאה. אולם בשער המלך (חופת חתנים סעי' ח') דחה את ראייתו, וכתב שמאחר שבשעת הביאה היא כמסורה לחופה, יש כאן חופה בשעת הקידושין. ויש לומר שהרמב"ן מתכוון לומר שהכניסה לחופה (או לביתו, למ"ד זוהי חופה) ושם בא עליה, ונמצא שאירוסין ונישואין באו כאחד. ובאמת חופה גרידא לפני קידושין אינה מועילה. (ואח"כ מצאתי שכך כתב הקרן אורה, יבמות נ"ז ע"ב. ועיין "מים חיים", להפר"ח, על הרמב"ם שם). וכן משמע מדברי המג"א (או"ח סי' ר"ו ס"ק ג'), שכתב בשם שו"ת הרא"ם (ח"א סי' ד') שאם בירך ברכת חתנים לפני הקידושין, יחזור ויברך למרות שהחתן והכלה עמדו אז תחת החופה, והרא"ם

כתב בטעם הדבר שחופה לפני קידושין אינה מועילה.

מאידך גיסא, מדברי המרדכי (כתובות פ"א סי' קל"ב) משמע שחופה מועילה לפני קידושין, שכן כתב שהחופה היא שמוסרה לחתן, בשחרית, וזה נעשה לפני הקידושין; וכתב שמשום כך גם נוסח הברכה הוא "...ע"י **חופה** וקידושין".

ונראה שבזה נחלקו שתי השיטות: לכו"ע אין החופה חלה אלא אחרי קידושין, מפני שלהלכה קיי"ל שחופה לחוד לא קונה, והנישואין הם שלב נוסף על האירוסין. אך השאלה היא: האם הנישואין הם רק שלב נוסף אחרי הקידושין, ואין שום אפשרות שהם ייערכו לפני הקידושין; או שהם קנין בפני עצמו, אלא שאינם יכולים לחול אלא אם כן האשה כבר מקודשת? ולשיטה זו, הנישואין שלפני האירוסין תלויים ועומדים עד שהאשה תתארס, ואז הם יכולים לחול.

עכ"פ הדבר תלוי במחלוקת ראשונים, ומספק יש צורך לערוך נישואין נוספים אחר הקידושין השניים.

ועיין גליוני הש"ס (למהר"י ענגיל, סנהדרין י"ט ע"ב) שכתב בשם מהר"י ווייל (סי' קל"ח) שחופה אחרי קידושי טעות אינה מועילה. שכשם שקדושי טעות אינם קידושין – הוא הדין חופת טעות. אך אם עושים חופה ואח"כ קידושין כשרים – יתכן שאפשר לצרף את קנין החופה שיחול, דחופה כל דהו סגי.

י. ברכות ומנין עשרה בנישואין השניים

מאחר שהסקנו שיש לערוך חופה נוספת, יש לעיין איך לעשותה.

ולמעשה נראה שמכיון שהדבר נעשה מספק – אין לברך ברכת חתנים, וכמו שכתב הרמ"א (אה"ע סי' ס"א סעי' ב' בהג"ה) שאין הברכות מעכבות. אמנם הבית־שמואל (ס"ק ה') כתב שם שלדעת כמה פוסקים, מה שנאמר (תחילת מסכת כלה) "כלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנידה", היינו שהברכות מעכבות. אך במקום אחר (סי' נ"ה ס"ק א') הכריע הבית־שמואל שאין הברכות מעכבות.

והוא הדין למנין עשרה. אע"פ שלדעת הב"י (אה"ע סי' ס"ב ד"ה ומ"ש גדולים), אם אין עשרה לא תינשא כלל, מ"מ לדעת הרמ"א (ד"מ שם ס"ק ח') אין צריך עשרה.

ונראה לענ"ד שאם אין ברכות אין צריך לעשות את החופה בעשרה. ואולי הדבר תלוי בשני המקורות שהובאו בכתובות (ז' ע"ב) לצורך בנוכחות עשרה אנשים בחופה:

> אמר רב נחמן: אמר לי הונא בר נתן, תנא: מנין לברכת חתנים בעשרה? שנאמר: "ויקח עשרה אנשים מזקני העיר...". ור' אבהו אמר, מהכא: "במקהלות ברכו א־להים, ה' ממקור ישראל".

לדעת הונא בר נתן, הלומד מבועז, יש לומר שהמנין הוא לעצם החופה ולא לברכות. אך לדעת ר' אבהו, הלומד מהפסוק "במקהלות ברכו א־להים", המנין נזקק לצורך הברכות, וכשאין ברכות אינו צריך עשרה. מיהו מהלשון "ברכת חתנים בעשרה" משמע, שלכו"ע, גם להונא בר נתן שלמד מבועז, המנין הוא לצורך הברכות דווקא.

עכ"פ יש כאן ספק ספיקא: ספק אם בכלל מנין מעכב; ואפילו את"ל שמנין מעכב – יתכן שהוא נדרש רק לענין הברכות, וכאשר אין ברכות, אין צורך במנין. ולכן נראה שניתן לקיים את החופה השניה ללא מנין.

יא. צורתה של החופה השניה

נראה שמאחר שלא צריך לא ברכות ולא מנין – יש מקום לסמוך על כך שהעובדה שהם חיים יחד כאיש ואשתו בחדר משותף היא כחופה, ואין לך חופה גדולה מזו. לא מיבעיא לשיטת הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"א) האומר שחופה היא ייחוד בביתו; אלא אפילו לדעת החולקים וסוברים שהם מעשים שונים, כגון: פריסת סודר, כלונסאות וכדו' (עי' שו"ע סי' נ"ה סעי' א' בהג"ה) – בוודאי כו"ע יודו שאם הכניסה לביתו – אין לך חופה גדולה מזו. שהרי כל המעשים

שעושים לכלה לצורך חופה הרי הם כאילו הכניסה לרשותו. וק"ו כשהכניסה לביתו בפועל ממש. וא"כ גם אם נניח שהחופה הראשונה לא תפסה, תתפוס עכשיו העובדה שהם חיים עתה ביחד.

וכבר הוכחנו (לעיל אות ח') שיש ספק אם יש צורך בעדים על החופה. ואפילו אם יש צורך בעדים, הרי לדעת החתם סופר (לעיל אות ד') יש "אנן סהדי" שהם חיים ביחד כאיש ואשתו, ולכן כתב החת"ס שאין צורך בחופה. ולשיטתו אזיל, ש"אנן סהדי" הוי כעדי קיום. ואפילו לדעת חולקים על החת"ס בדין קידושין, יתכן שיודו בחופה שאין צורך בעדים כלל.

ואם מסדר הקידושין ועוד עד כשר יבואו לביתם ויסדרו את הקידושין שנית בביתם, הם משמשים לא רק כעדי קידושין אלא גם כעדי נישואין, שהרי יראו את בני הזוג בביתם, וכשיצאו מביתם יהיה גם ייחוד, והקנין יהיה גמור כדת משה וישראל. אולם זה רק ליתר הידור.

ועי' שו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סי' פ"ו) שדן לגבי קידושין פסולים. והשואל פסק שצריך לחזור על הקידושין בפני שני עדים ולייחד את הבעל והאשה בפניהם, כדי שתהיה שם גם חופה. והחת"ס לא התייחס לכך כלל אלא לכשרותה של הכתובה. ומכאן משמע שהסכים שיש צורך לעשות חופה שנית. אך דיוק זה אינו מוכרח. שכן יתכן שמאחר שהשואל הצריך ייחוד לשם חופה לחומרא, לא העיר לו על כך החת"ס. וא"כ יתכן שהחת"ס עצמו אינו סובר כן.

ולפי זה נראה שאף כאן יש לחזור על מעשה הקידושין בצינעה ע"י שני עדים שיבואו לביתם של בני הזוג, וזה עצמו ישמש גם חופה. ועיין אוצר הפוסקים (סי' ל"ד), שם נכתב שדעת רוב הפוסקים היא שאינו צריך חופה בשנית מכיון שהיא כבר בבית בעלה. ועיין בספר "הנישואין כהלכתם" (פרק ט' סעי' ג') שהביא בשם פסקי הלכות יד־דוד (ח"ג עמ' ו־ח') כמו שכתבנו, שאם הם גרים ביחד הרי זו חופה ואינם צריכים חופה נוספת.

יב. שיטת מהר"י ווייל

ומצאתי בשו"ת מהר"י ווייל (סי' ז') שדן בקידושין שנעשו בפני עדים פסולים. ופסק שאם הזמין את העדים הללו להיות עדיו והוציא את האחרים מכלל העדות – הקידושין פסולים, מכיון שהעדים פסולים. אך הוסיף שאם נתייחד עמה אח"כ, אין צריך לקדשה פעם אחרת. וזאת משום "חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" ו"הן הן עדי ייחוד, הן הן עדי ביאה" (גיטין פ"א ע"ב). אך אם לא נתייחד עמה אח"כ, צריך לחזור ולקדשה, אולם בלא ברכה, לא על האירוסין ולא על הנישואין. שמכיון שכבר ברך בשעת הקידושין הראשונים, יצא ידי חובת הברכה.

והוסיף המהרי"ו שכמו כן אינו צריך לכתוב כתובה חדשה. שמכיון שבזמן הקידושין הראשונים הכוונה היתה להתחייב בכתובה ולהשתעבד, הנישואין מתחילים מאותו רגע.

תשובה

למעשה נראה שיש לפסוק כמהר"י ווייל, וכמה הלכות גדולות יש ללמוד מדבריו לענייננו:

א. בנד"ד, שבני הזוג אינם שומרי מצוות, אין לומר שכיון שהתייחדו יש חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכמו שכתב הרדב"ז (ח"א סי' מ"ח). ולכן כאן צריך לקדשה פעם נוספת למרות שהתייחדו לאחר מכן.

ב. מכיון שהכוונה בנישואין הראשונים היתה לנישואין כהלכה, הברכה לא היתה לבטלה, למרות שהקידושין נפסלים! וע"כ צריך לומר בטעם הדבר, שהמהרי"ו סובר שהנישואין מתחילים מאותו רגע אע"פ שהקידושין נערכו אח"כ. וא"כ בנד"ד אין צורך לברך על הקידושין השניים.

ג. מאותה סיבה גם הכתובה הראשונה תקפה,

כי השיעבוד מתחיל מרגע הנישואין הראשונים, ואין צורך לכתוב כתובה חדשה.

ד. כדי לצאת מכל ספק ביחס לנישואין, יש לערוך את הקידושין השניים בביתם של בני הזוג, ואז יהיה לכך גם תוקף של חופה.

מסקנות

א. קידושין שנעשו בפני עד אחד כשר, יש ספק אם הם תקפים.

ב. אדם בדורנו שאינו שומר מצוות, יש להסתפק אם הוא כשר לעדות.

ג. אדם החשוד על חיי אישות ללא חופה וקידושין פסול לעדות קידושין.

ד. יש אומרים שקידושין שנעשו בפני עדים כשרים – יש להם תוקף מכוח עדותם של שאר הנוכחים, גם אם הם פסולים, מכוח "אנן סהדי".

ה. כתובה שנחתמה ע"י עדים פסולים – פסולה, אך יש לה תוקף מכוח חתימתו של החתן עליה. ואם יוצא קול על החתימה, היא מועילה גם לשעבד את הנכסים.

ו. יש מחלוקת בין הפוסקים אם חופה צריכה עדים. ולמעשה נראה שדי ב"אנן סהדי", שכולם יודעים שהם חיים בבית אחד.

ז. יש מחלוקת בין הראשונים אם יש תוקף לחופה הנעשית לפני הקידושין. אך גם לסוברים שיש לה תוקף, היא חלה למעשה רק לאחר הקידושין.

ח. ברכות אינן מעכבות בחופה. ובכל מקום שיש ספק, עושים את החופה ללא ברכות.

ט. יש להסתפק אם המנין נדרש לעצם החופה או לצורך הברכות. ולמעשה, חופה הנעשית ללא ברכות אינה צריכה מנין עשרה.

סימן פב

מגורי זוג גרוש בקיבוץ

ראשי פרקים

שאלה
א. מגורי זוג גרוש בחצר ובשכונה
ב. דינו של קיבוץ לענין זה
ג. האם יש להקל לצורך חינוך הילדים?
תשובה

שאלה

זוג התגרש בקיבוץ. שלושת הילדים נמצאים עם האם, אך האב מעונין להמשיך ולהשפיע עליהם ולחנכם. (הוא בן־תורה, ואשתו לא כל כך). האם מותר לו להישאר בקיבוץ אחד יחד עם האם?

א. מגורי זוג גרוש בחצר ובשכונה

הגמרא במסכת כתובות (דף כ"ז ע"ב) דנה בכהן ששתו נאסרה עליו מפני שנשבתה:

תנא: ואעפ"כ, ייחד לה (ר' זכריה בן הקצב, ששתו נשבתה והיה אסור להתייחד עמה) בית בחצרו; וכשהיא יוצאה, יוצאה בראש בניה; וכשהיא נכנסת, נכנסת בסוף בניה.

בעי אביי: מהו לעשות כן בגרושה? התם הוא דבשבויה הקילו, אבל הכא לא, או דילמא לא שנא?

ת"ש, דתניא: המגרש את אשתו, לא תינשא בשכונתו; ואם היה כהן, לא תדור עמו במבוי. אם היה כפר קטן... נידון כשכונה (הגהת הב"ח: כמבוי).

ופירש רש"י (ד"ה בגרושה) שהבעיה של אביי היא בכהן שגירש את אשתו, ומשמע מדבריו שבגרושה של ישראל יש להקל. אך הברייתא שהובאה שם מדברת ברישא בישראל שגירש את אשתו, שלא תינשא בשכונתו, אולם כל זמן שהיא עדיין פנויה – מותר להם לגור באותה שכונה.

ומשמע מרש"י, שחצר, שכונה ומבוי שווים. שהרי בעיית אביי היתה בחצר. הברייתא מדברת ברישא בשכונה, ובסיפא במבוי. ועיין הפלאה (ד"ה פירש"י) שפירש בדעת רש"י שמבוי גדול משכונה. והברייתא סוברת שגרושת כהן פנויה מותרת לגור עמו בשכונה, וגרושת ישראל שנישאה אסורה בשכונה. עכ"פ מרש"י עולה שמותר לגרוש (שאינו כהן) לדור יחד עם גרושתו באותה שכונה, כל עוד לא נישאת. וייתכן שמותר אפילו באותה חצר, דהיינו הך.

אך התוס' (כ"ח ע"א ד"ה ואם) פירשו שמבוי גדול יותר משכונה (שהיא שלושה בתים בלבד). וכתבו שבגרושת כהן פנויה החמירו יותר מאשת ישראל נשואה: שאשת ישראל נשואה אסורה רק בשכונה, אך מותרת במבוי; ואילו גרושת כהן פנויה אסורה אפילו במבוי, משום דקילא ליה.

ויש להקשות על דבריהם מהגמ', שם משמע שבשבויה, דקילא ליה, הקלו שאפילו בחצר מותר לקיימה; ואילו אשת כהן גרושה חמורה יותר ואסרו בחצר. ומשמע שככל שחומרת האיסור גדולה יותר, כך נדרשת הרחקה גדולה יותר. ולדעת התוס', אדרבה, יש להחמיר יותר בשבויה, שכן איסורה רק מדרבנן! וצ"ע.

ושיטת הרא"ש (כתובות פ"ב סי' ל"ב) היא ששכונה גדולה ממבוי. ובאשת איש החמירו יותר מאשר בגרושה, שהיא רק בלאו. וכן אשתו שנישאת ונתאלמנה או נתגרשה, דינה כגרושת כהן, שאסורה בלאו. ומשמע מדבריו שמותר לאדם לדור באותו מבוי עם גרושתו כל זמן שהיא פנויה.

מיהו הר"ן (לר"ף דף י"ב ע"א ד"ה מי) כתב שאסור לגרושת ישראל פנויה לדור עמו בחצר, אלא שדינה כשבויה, שאם יש אנשים נוספים שגרים שם, מותר. וכן היא שיטת הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פכ"א הכ"ז), שבגרושתו הפנויה גזרו שלא ידורו באותה בחצר שמא יבואו לידי זנות. וגירסתו בברייתא שבגמרא היא:

המגרש את אשתו, לא תדור בחצרו; ואם היה כהן, לא תדור עמו במבוי.

והולך לשיטתו (הל' אישות פ"א ה"ד), שאיסור פנויה הוא איסור תורה, ולכן גזרו על פנויה בחצר. ובגרושת כהן, אע"פ שלא נאסרה עליו אלא בביאה שע"י קידושין, מסתבר שגם בביאה לחוד יש איסור, אלא שאינו לוקה עליו.

ואפילו אם נאמר שאסורה רק מדרבנן, מכיון שבלאו הכי איסור פנויה הוא מהתורה ויש להרחיקה ממנו, כשנוסף גם איסור גרושה לכהן, נוספה גם הרחקה יתירה, ואסורה אפילו במבוי. (ועיין תשובת הריב"ש סי' ש"ס, הובאה במשל"מ הל' איסורי ביאה פכ"א הכ"ז ד"ה הריב"ש).

והרא"ש, שפירש שבגרושת ישראל פנויה לא גזרו, יתכן שהולך לשיטתו (כתובות פ"א סי' י"ב), שברכת האירוסין אינה כברכת המצוות, משום שלא האירוסין ולא הנישואין הם המצוה אלא הפריה והרביה; ואפשר לקיים מצוה זו גם ללא נישואין, בפילגש. ואכן שיטת הרמב"ם היא שברכת האירוסין היא ברכת המצוות, וכמו שכתב (הל' אישות פ"ג הכ"ג) שמברך עובר לעשייתה כדרך שמברכין על כל המצוות. והולך לשיטתו שפילגש אסורה, לכן אסר לגרושה פנויה לדור עמו בחצר. (וכבר עמדנו על כך בהרחבה לעיל סי' ע"ה אות ב').

וצ"ע על דברי הראב"ד (השגה אישות פ"א ה"ד), שהוא חולק על הרמב"ם בענין הפילגש וסובר שהיא מותרת, אך לא חלק עליו כאן כשאסר לאדם לגור עם גרושתו הפנויה באותה חצר. ואפשר לומר בדעת הראב"ד, שגם באיסור דרבנן גזרו רבנן הרחקה (עי' שו"ת הריב"ש סי' ש"ס), או שלדעתו, אע"פ שפנויה אינה אסורה בלאו דקדשה, יש בה ביטול עשה של קידושין. וכן

מוכח ממה שהשיג על הרמב"ם (הל' אישות פ"ג הכ"ג) וכתב שמקדש ואח"כ מברך, שמא האשה תחזור בה. ואם היה סובר שאין בקידושין מצוות עשה כלל, הרי בלאו הכי אין צורך לברך לפני הקידושין, שהרי לדעתו אין זו ברכת המצוות אלא ברכת השבח. וע"כ גם הראב"ד מודה שיש מצוות עשה בקידושי אשה, וביטול עשה בחיים עם אשה ללא קידושין. (וזה שלא כמש"כ הגרצ"פ פראנק בקונט' "מילי דברכות" המובא בהר צבי סוף חלק או"ח, סי' ב' סוף אות י"ז). מיהו הגר"א (סי' כ"ו ס"ק ח' בסופו) כתב בדעת הרמב"ם שמבטל עשה, ומשמע שלדעת הראב"ד אפילו עשה ליכא. וצ"ע. (ועי' לעיל סי' ע"ה אות ו').

ובזה מיושב גם מה שקשה על הר"ן (לרי"ף כתובות ב' ע"א ד"ה ואסר), הסובר שברכת האירוסין היתה צריכה להיות ברכת המצוות, ורק בגלל שהקידושין אינם גמר המצוה דינה כברכת השבח. והרי הוא עצמו (בפירושו לרי"ף קידושין ט"ז ע"ב סד"ה גמ') כתב שהאשה שותפה לאיש במצוות פריה ורביה. ומדבריו שם משמע שהאירוסין אינם אלא הכשר למצוות פריה ורביה ואינם מצוה בפני עצמה! ובנוסף לכך כתב הר"ן (בפירושו לרי"ף כתובות דף י"ב ע"א ד"ה רב) שבפנויה אין מלקות, ודין ההרחקה ממנה הוא כמו בשבויה, שאסורה מדרבנן. ומכאן משמע שאין מצוה מהתורה לקדש אשה. ולכן נראה לומר בדעתו, שאמנם פילגש אינה אסורה מהתורה באיסור "קדשה", אך מ"מ יש בכך ביטול מצוות עשה של קידושין, שהתורה ציוותה לפרות ולרבות ע"י קידושין כדת משה וישראל. ובכל זאת התירו לגרושתו לגור עמו בחצר אחת כדי שיחזור ויישאנה, וכשיטת הגאונים.

ועיין במשל"מ הנ"ל (ד"ה אבל), שהביא את דעת הריטב"א (כתובות כ"ז ע"א ד"ה מהו) והסמ"ג (ל"ת קכ"ז ד"ה וכן) שבגרושת ישראל פנויה לא גזרו כלל שלא תגור עמו בחצר. ובשטמ"ק (ד"ה אבל) כתב בשם ליקוטי הגאונים שאדרבה, בגרושת ישראל פנויה צריך להתיר שיגורו בחצר אחת, כדי שיישאנה מחדש. והר"ן (לרי"ף כתובות דף י"ב ע"א סוף ד"ה רב) הביא מחלוקת בדבר בין הבבלי והירושלמי. ולשיטת הירושלמי (גיטין פ"ח ה"ט) מותר לגרושת ישראל פנויה לדור עמו בחצר.

אם נעמוד למנין, נמצא שלדעת: ליקוטי הגאונים, רש"י, הרא"ש, הריטב"א והסמ"ג – מותר לפנויה גרושה לדור עמו בחצר; ואילו לדעת הרמב"ם הדבר אסור. והר"ן מסתפק, אך מתיר כשיש אנשים נוספים הגרים עמם באותה חצר.

בשו"ע (אה"ע סי' קי"ט סעי' ז') נפסק כדעת הרמב"ם, שאסר על גרוש וגרושה לגור יחד בחצר גם כשהיא עדיין פנויה. אלא שהחלקת־מחוקק כתב שם (ס"ק י"ז) שאין איסור בפנויה יותר מאשר בשבויה, ואם נזהרים שיהיו עמהם אחרים בחצר – מותר, כדעת הר"ן. והבית־שמואל (ס"ק י"ד) חלק עליו, וכתב שהשו"ע הולך בעקבות הרמב"ם, האוסר לגמרי, ולא בעקבות הר"ן.

ועיין ערוה"ש (סי' קי"ט סעי' כ"ז) שכתב דקיי"ל שאסור לגרושת ישראל פנויה לדור עמו בחצר.

ב. דינו של קיבוץ לענין זה

וצריך עיון מהו גדר קיבוץ, האם הוא דומה לחצר, למבוי, או לשכונה? הנה במבוי כתבו הפוסקים דדווקא במבוי סתום אסרו להם לגור, אבל במבוי מפולש – מותר (עי' ערוה"ש סי' קי"ט סעי' כ"ז). קיבוץ בוודאי אינו כמבוי סתום, וא"כ יש להקל.

אך מאידך יש לומר שקיבוץ דינו כחצר, שהרי כולם חיים בו כמשפחה אחת: יש בו חדר־אוכל משותף, והחיים משותפים. ועיין מה שכתב בספר גט פשוט (ס"ק מ"ו) בשם הראנ"ח (סי' צ') ששכונה קטנה היא כמבוי סתום. וא"כ קיבוץ, בגלל אופיו המיוחד, יש לדון אותו כשכונה קטנה.

ומצינו עוד שאסור שיהיה לגרוש עסק עם גרושתו (שו"ע אה"ע סי' קי"ט סעי' ח' בהג"ה). ובהיותם חברי קיבוץ אחד, הרי יש לו עסק

עמה. אמנם העסק הוא עם כולם ביחד, ואין חוששים לייחוד; מיהו שותפות זו יש בה כדי להחמיר.

ג. האם יש להקל לצורך חינוך הילדים?

אך כנגד זה עומד החיוב לחנך את ילדיו, בפרט שהוא בן־תורה וגרושתו לא, ואין הוא סומך על גרושתו שתחנך את ילדיו כרצונו. וא"כ יש הכרח להיכנס לפירצה דחוקה כדי להתיר.

ונראה לומר שיש כאן ספק ספיקא להקל: שהרי רוב הראשונים מתירים לדור עמה בחצר, וגם להרמב"ם רק בחצר אסור אך במבוי שרי; ובקיבוץ יש ספק אם הוא חצר או מבוי.

אולם כל זה רק כשבאמת אין דרך אחרת לחנך את הילדים. כי בלאו הכי, אם היא תינשא לאחר, יאסר על שניהם לגור בקיבוץ אחד (עי' שו"ע שם סעי' ז' בהג"ה). ואז ממה נפשך: אם היא תעזוב עם הילדים למקום אחר, לא יוכל לחנך את ילדיו כרצונו. ואם היא תישאר והוא יעזוב (אע"פ שלפי הדין אינו חייב לעשות כך, אך אם הוא מוותר הוא רשאי לעשות כן) — ג"כ לא יוכל לחנך את ילדיו. מיהו דיה לבעיה זו בשעתה.

אולם נראה לענ"ד שהדבר טעון בדיקה. רק אם השפעתו על ילדיו גדולה, ויש לו זמן, אפשרות ונטיה נפשית לחנכם ולהשפיע עליהם — מותר לו להישאר בקיבוץ, ובתנאי שלא ייכנס לביתה אלא כשהילדים נמצאים שם.

ובר מן דין, עליו להתנות עם גרושתו שאם היא תינשא למישהו אחר או תעזוב את הקיבוץ, שהילדים יישארו בקיבוץ כילדי חוץ. שהרי החובה לחנך את ילדיו חלה עליו גם לאחר הגירושין.

תשובה

יש להתיר להם לחיות באותו קיבוץ, למרות שייתכן שדינו כשכונה, כל זמן שהאשה לא תינשא לאחר. וזאת בגלל השיקול של חינוך הילדים.

ומו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל השיב לי, שכל שיש שם מאה ועשרים איש, עיר מיקרי, ולא שכונה ולא מבוי ולא כפר (עי' סנהדרין י"ז ע"ב). ובזה שהם משותפים בהרבה דברים יש גם סברא לקולא, שאין חשש ייחוד, ולכן דעתו להקל גם בלי השיקול של חינוך הילדים.

סימן פג

מסירת מידע רפואי לשם מניעת נזק

ראשי פרקים

שאלה
א. אמירת לשון הרע לשם מניעת נזק
ב. מצוות הגדת עדות
ג. תוקפה של "שבועת הרופאים"
ד. מניעת גילוי משיקולים של טובת הציבור
תשובה
מסקנות

שאלה *

כל רופא מחוייב בשמירת סודיות רפואית, המחייבת להימנע ממסירת מידע על מצבו הרפואי של אדם שטופל אצלו. חובת השמירה על סודיות זו כלולה ב"שבועת הרופאים" שכל רופא חותם עליה לפני כניסתו לתפקידו.

לפעמים קורה שהרופא נדרש למסור מידע על חולה המטופל אצלו בשביל למנוע נזק

* טבת תשנ"ג. חלק מהעקרונות עליהם מתבססת תשובה זו התבררו בהרחבה לעיל (סי' ע"ט). ועי' מה שכתבנו בספר "מאהלי תורה" (סי' נ').

מאדם אחר. ויש לשאול א"כ:

א. האם מותר לו להעיד במצב כזה, ולעבור בכך על התחייבותו?

ב. האם הוא חייב להעיד במצב כזה אף שהוא מסתכן באיבוד מקור פרנסתו?

א. אמירת לשון הרע לשם מניעת נזק

ראשית כל יש לברר אם מותר בכלל למסור מידע כזה, שכן יש כאן איסור לשון הרע. ואכן הדבר אסור אא"כ יש צורך חיוני במידע הזה למישהו אחר. החפץ־חיים (הל' רכילות כלל ט', ציור ג' סע' י') כתב שמותר, ואף חובה, למסור מידע רפואי לכלה על חתנה, וכן להיפך; אולם בכמה תנאים (ע' בגוף הסימן שם סע' ב', ובהל' לשון הרע כלל י' סע' ב'):

א. רק מידע מוסמך (וברופא המידע הוא מוסמך).

ב. רק חולי שיש לו משמעות חשובה לתיפקוד חיי המשפחה.

ג. האינפורמציה חייבת להיות מדוייקת ללא פרשנות.

ד. רק מי שאין לו אינטרס להשמיץ את זולתו.

חובת ההגדה היא משום "לא תעמוד על דם רעך" (חפץ חיים הל' רכילות סי' ט' ס"ק א'). וכן כתב בספר "שערי תשובה" (לר' ישראל איסר מווילנא, סי' קנ"ו, מובא בשו"ת יחוה דעת ח"ד סי' ס'), שכשם שיש להיזהר מאוד מאיסורי רכילות ולשון הרע, כך יש להיזהר מאיסור "לא תעמוד על דם רעך", ולכן יש למסור את המידע הדרוש כדי למנוע נזק מאדם אחר.

ב. מצוות הגדת עדות

בנוסף לכך יש כאן מצוות הגדת עדות (עיין בהרחבה לעיל סי' ע"ט אות א'). אמנם למצוה זו יש תנאים מיוחדים: רק בעדות כשרה, בבי"ד, ועפ"י בקשת הנידון. לעדות רפואית אין גדרי עדות רגילים. זו עדות של בעל מקצוע שחזקה עליו שאינו מרע את נאמנותו. עדותו מתקבלת מדין אינפורמציה נאמנה, ולא מדין עדות. שהרי הוא רק עד אחד, ייתכן שהוא אשה, וייתכן שאינו מקיים מצוות. נאמנותו איפוא אינה מדין עדות. ואם מדובר בערכאות משפטיות שאינן כפופות לדין תורה, אין כאן בית־דין, והדרישה להעיד היא לפעמים מצד ביה"ד ולא מצד התובע.

אעפ"כ, מצוות הגדת עדות קשורה במצוות "לא תעמוד על דם רעך", כפי שכתב הרמב"ם (סהמ"צ, ל"ת רצ"ז). וגם אם אין כאן מצוות הגדת עדות מהתורה, יש כאן מצוות "לא תעמוד על דם רעך", שפירושה הוא להציל את האדם הן מהפסד גופו והן מהפסד ממונו. ולכן מוטל על הרופא להעיד על מנת להציל את מי שעומד להינזק (וכדלעיל אות א').

ג. תוקפה של "שבועת הרופאים"

שבועת הרופא נעשית ע"י חתימה. אין היא איפוא שבועה בהגדרותיה ההלכתיות. ואף אם היה הרופא מנסח במו ידיו את נוסח השבועה וכותב אותה, ספק אם יש תוקף לשבועה זו (עי' שו"ת רעק"א סי' כ"ט־ל'. ועי' שבת הארץ, מבוא פרק ח' אות ו'). ובשו"ת ציץ אליעזר (חי"ג סי' פ"א; חט"ו סי' י"ג) כתב שמן הסתם אין בדעתו של רופא ירא־שמים להתחייב על דבר המנוגד להלכה, וא"כ אפילו אם היתה השבועה בע"פ, לא היתה חלה באופן כזה.

ועיין שו"ע (חו"מ סי' כ"ח סע' א'), שם דנו האחרונים במי שהתחייב לשמור סוד וצריך להגיד עדות, אם המחייב צריך להתיר לו את גילוי הסוד. והש"ך והסמ"ע (ס"ק א') כתבו עפ"י המהרי"ו (סי' מ"ב) שלא יעיד אם לא קיבל רשות מהמחייב. ואם כן, גם כאן חייבים המשביעים להתיר לו את הסוד. והתומים (ס"ק א') כתב שרק אם נשבע בכולל חלה שבועתו; אך אם נשבע במפורש שלא להעיד, לא חלה שבועתו. ואף כאן יש לומר שהשבועה כוללת גם לצורך רשות וגם לצורך מצוה, וא"כ צריך התרה. אך כאמור עפ"י ההלכה אין לזה תוקף של שבועה כלל. (ועי' בהרחבה לעיל סי' ע"ט אות ד').

ד. מניעת גילוי משיקולים של טובת הציבור

השאלה העיקרית נובעת מכך שהחולה נותן אמון ברופא, ואדעתא דהכי בא אליו. אמון זה הוא חלק מהרפואה, שכן אם החולה יחשוש שמא מחלתו תתגלה לאחרים, הוא עלול להסתיר חלק מהדברים מהרופא, או להימנע מלבוא אליו כלל. ולכן יש מקום לפטור את הרופא מחובת העדות. והדברים חמורים יותר ברפואת הנפש. ואף ייתכן שהדבר יעלה במעמדו, פרנסתו וקידומו של הרופא (ואף במעמדה של הרפואה בכלל).

והנה, אם פרנסתו של הרופא תלויה בכך שלא יגלה, צריך לשקול את הנזק לעומת ההפסד, ומאחר שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" דינה כהשבת אבידה (סנהדרין ע"ג ע"א), ובהשבת אבידה מצינו ששלו קודם לכל אדם (ב"מ ל' ע"ב), וכן זקן ואינה לפי כבודו רשאי להתעלם (שם ע"א). לכן יש לומר שהרופא פטור מלגלות אם העדות דרושה למניעת נזק ממוני (ועי' בהרחבה לעיל סי' ע"ט אות ג').

ואם העדות דרושה כדי למנוע בעיות משפחתיות (כגון: יכולת להינשא או צורך להתגרש וכדו'), יש לומר שטובת הציבור, האומרת לרופא שלא יגלה, שווה לתועלת שיש בעדותו לאדם הפרטי; וצריך לשקול את הדבר בכל מקרה לגופו. ואף כאן יש מקום לפטור את הרופא מחובת העדות.

אך אם המדובר בפיקוח נפש (כגון: לגלות לצבא או למשרד הרישוי על חולה נפש וכדו'), יש לומר שמכיון שהסכנה היא קרובה, ואילו החשש למניעת ריפוי של אנשים אחרים בעתיד הוא ספק רחוק, אין ספק רחוק מוציא מידי חשש קרוב.

תשובה

נראה לענ"ד, שבחשש קרוב של פיקוח נפש חובה על הרופא להעיד, למרות שבועתו להימנע מלגלות סודות רפואיים. כי התחייבות זו לא תופסת מעיקרה במקום פיקוח נפש. ואילו כאשר מדובר בעדות הדרושה למנוע נזק כלכלי, הרופא אינו חייב להעיד. ובמקום שבו העדות נחוצה למניעה של נזק נפשי, יש לדון בכל מקרה ומקרה לגופו.

מסקנות

א. מצוה על כל אדם היודע דבר הדרוש למנוע נזק מהזולת, לספר לו על כך כדי להציל אותו מהנזק. ובלבד שיעמוד בכל התנאים שקבע ה"חפץ חיים" בהלכות לשון הרע.

ב. מצוות הגדת עדות קיימת רק בבית דין הדן עפ"י התורה ולא במסגרות אחרות.

ג. שבועה הנעשית בכתב, אין לה תוקף הלכתי של שבועה.

ד. ל"שבועת הרופאים" אין תוקף במקום שהיא עומדת בניגוד להלכה, וודאי שאין לה תוקף כאשר היא עומדת מול סכנה של פיקוח נפש.

ה. שמירת סודיות רפואית מתחייבת גם ללא שבועה, משום שהיא דבר חיוני לציבור, כדי שאנשים לא יימנעו מלבקש טיפול רפואי.

ו. אדם אינו חייב לעשות פעולה להצלת חבירו מנזק ממוני כאשר הדבר עלול לגרום לו נזק ממוני.

סימן פד

ביטול שיק שניתן בקניית שתילים

ראשי פרקים

שאלה

א. האם המחזיק שטר נחשב מוחזק?

ב. גדרו של שיק

ג. האם המחזיק שיק נחשב כמוחזק

ד. בירור נוסף בגדרו של שיק

ה. האם יש לסמוך על המקובל?

ו. הצטרפות רוב לחזקת שטר

ז. רוב או חזקה

ח. ההבדלים בין רוב בטבע לרוב מקרי

ט. רוב וחזקה בהתנהגות בני אדם

י. מסירת השיק להוצאה לפועל

תשובה

שאלה *

אדם אחד מכר 14,000 שתילי ארטישוק תמורת 4,000 ל"י. הקונה שילם ב־4 שיקים דחויים. כשהגיע זמן פרעונו של השיק האחרון לא היה לו כיסוי. טענת הקונה היא שלא קיבל את כל השתילים. לדבריו סוכם ביניהם שלאחר השתילה יספרו את השתילים שנשתלו בשדהו, ועפ"י ספירה זו ישלם. ואילו המוכר טוען: להד"ם, ומה שהותנה ביניהם היה כמקובל, לספור את השתילים בזמן המכירה; כי הרבה שתילים אובדים תוך כדי שתילה או שאינם נקלטים. עפ"י עדותו של מגדל ארטישוק, אכן מקובל בדרך כלל לספור את השתילים במשתלה, ולא בשדה לאחר השתילה.

ואלו הנקודות שיש לברר:

א. האם יש לסמוך כאן על המקובל לספור שתילים במשתלה ולהוציא ממון עפ"י זה?

ב. אם לא ניתן להוציא ממון במקרה כזה, האם מספק יש למוכר דין "מוחזק", מכיון שהשיק בידו?

ג. האם יש לתובע זכות מיוחדת מכוח זה שבידו למסור את השיק לידי ההוצאה לפועל, וזו תגבה אותו בתוספת קנס?

א. האם המחזיק שטר נחשב מוחזק?

ראשית יש לברר מיהו המוחזק בנד"ד: האם המוכר, המחזיק בשיק, או הקונה, המחזיק בכסף ובשתילים? ולבירור השאלה אם מחזיק שטר נחשב כמוחזק, יש לעיין במסכת סוטה (כ"ד ע"א):

> מתו בעליהן (של הסוטות) עד שלא שתו – בית שמאי אומרים: נוטלות כתובה ולא שותות. ובית הלל אומרים: או שותות או לא נוטלות כתובתן.

ומבארת הגמרא (שם כ"ה ע"א־ע"ב):

> במאי קמיפלגי? בית שמאי סברי: שטר (כתובה) העומד ליגבות – כגבוי דמי. ובית הלל סברי: שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי.

כלומר, בספק, לדעת בית שמאי, מי שמוחזק בשטר הכתובה נחשב מוחזק, ואילו לדעת בית הלל לא הוי כמוחזק.

לעומת זאת, בענין "מיגו להוציא" כתבו התוס' (ב"ב ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא) שהמוחזק בשטר לא נחשב כמוציא אלא כמחזיק. וכתב השב־שמעתתא (שמעתא א' פרק כ"ד), שגם לדעת בית־הלל, המחזיק בשטר אינו מוציא לגמרי, אלא יש בו קצת חזקה, ובצירוף מיגו יכול להחזיק את הממון אצלו. וכך נכתב בתשובות הרשב"א

* טבת תשל"ו.

המיוחסות לרמב"ן (סי' ק', מובא בש"ך סי' פ"ב ס"ק כ"ח), שהמוחזק בשטר אינו נחשב למוציא.

וכן פסקו: סמ"ע (ס"ק מ"ה); קצוה"ח (ס"ק י'; בקצה"ח שם כתב בדעת הרמב"ן ששטר הוא כמוחזק רק כשיש בו שיעבוד נכסים. ולפ"ז צ"ע בשיקים של היום, שאין בהם שיעבוד נכסים אף כשמגיעים להוצאה לפועל); נתיה"מ (כללי מיגו סעי' ב'). ועי' מאמרו של ידידי הרב צבי יהודה בן יעקב, דיין בבית דיננו ברמת־גן ("תחומין" כרך י"ב עמ' 211).

ב. גדרו של שיק

והנה שיק הינו שטר שהקונה התחייב לשלם למוכר מחשבונו אשר בבנק, וכאילו הילווה לבנק ועכשיו מוסר את הלוואתו למוכר. וקיי"ל שאותיות אינן נקנות במסירה גרידא (שו"ע סי' ס"ו סעי' א'). אולם המנהג הוא שחתימה על שיק מחייבת, והויא ככתיבה ומסירה, שקונה (עי' שו"ע שם). ובפרט יש לומר שפנקס השיקים, שניתן ע"י הבנק לכל מפקיד כסף, הוא כשטרות שהבנק מתחייב לשלם את תמורתם לכל מי שהשיק יוסב על שמו. וזה דומה למה שנאמר בשו"ע (סי' ס"ו סעי' א' בהג"ה):

שטר שכתוב בו: אני משעבד לך ולכל מי שמוציאו – נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה.

והכריעו האחרונים (תומים ס"ק ח'; נתיה"מ, חידושים ס"ק י'; ערוה"ש סעי' ה'), שאע"פ שנכתב שמו של המלוה בשטר, כיון שהלווה השתעבד לכל מי שיוציא את השטר – אינו צריך כתיבה, ודי במסירה (עי' שו"ת מנחת יצחק ח"ה סי' קי"ט. ועי' מאמרו של הרב צבי יהודה בן יעקב על השיקים בהלכה, "תחומין" כרך י"ג עמ' 465־466). וראה להלן (אות ד').

ועוד יש לומר שמכיון שמנהג המדינה וחוק המדינה מכירים בצורת מסירה זו של שיקים, יש לראות את מסירת השיק כ"סיטומתא", שמועילה. ואף שלדעת קצוה"ח (סי' ר"א ס"ק א') ונתיה"מ (ביאורים ס"ק א') * לא מועילה "סיטומתא" בשטר־חוב, הרי לדעת החתם סופר (בתשובה, חו"מ סי' ס"ו אות ב' ד"ה ומ"ש) ועוד אחרונים, מועילה "סיטומתא" גם בשטר־חוב (כן כתב הפת"ש, סי' ר"א ס"ק ב'. ועי' מאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ", לעיל סי' ג' אות י"ב והע' 79). ובפד"ר (ח"ד עמ' 316־317) כתבו שהוא ספיקא דדינא. ועי' מאמ.'ו של הרב אברהם שדמי ("התורה והמדינה" כרן ב' עמ' כ"ה־כ"ז), שדן במכירת שטרות בימינו.

מצינו איפוא שלושה הסברים בגדרו של השיק:

א. התחייבות מראש של הבנק לפרוע את השיק לכל המוכ"ז.

ב. מדין "סיטומתא".

ג. מדינא דמלכותא.

לכשתמצי לומר, הגדר הראשון מועיל מן התורה, והשני – מדרבנן. ויש לכך נפק"מ לענ"ד לדין מוחזק, כפי שיבואר לקמן (אות ג').

ג. האם המחזיק שיק נחשב כמוחזק

וצ"ע בנד"ד, אם המוכר, המוחזק בשיק, נחשב "מוחזק", והקונה חייב לשלם לו. ונראה לענ"ד שהדבר תלוי בשאלה אם שיק מועיל מן התורה או מדרבנן.

ויש להסתפק אולי בכה"ג תועיל מסירת השיק **מן התורה**, גם לדעה הסוברת שמכירת שטרות היא רק מדרבנן. מכיון שהלווה השתעבד מראש לכל מי שיוציא את השטר, שיעבוד זה מועיל מן התורה. ולענ"ד יש נפק"מ לשאלה זו בנד"ד: שכן אפילו אם נניח שהמוחזק בשטר נחשב כמוחזק בממון עצמו – זהו רק בשטר שלו ממש, כגון שהלווה כתב למלוה, והמלוה מחזיק כרגע בשטר. אך כאן בשיק

* ה"מקור חיים" (סי' ת"נ, ביאורים ס"ק ח') כתב כדעת החת"ס. אך הדבר קשה, שכן ה"מקור חיים" על הל' פסח הוא הוא בעל ה"נתיבות" על חו"מ. ומכיון שבנתיה"מ נקט כדעת הקצות, יש לתרץ את דבריו. והנה בשני המקומות הוא מזכיר שקנין ה"אוראנדי" מועיל לא רק מכוח "סיטומתא" אלא גם מכוח דינא דמלכותא. הדברים מודגשים יותר בנתיבות, אך נמצאים גם במקו"ח. ועל כן נראה לי שבעלמא אין להסתמך על הנתיבות בענין הסיטומתא. אך בנד"ד, מכיון ששיק קונה ומחייב מכוח דינא דמלכותא, יש לומר שמועיל מטעם זה: הערת עורך: (ע. א.).

מדובר בשטר שקיבל ממישהו אחר; שהשטר הוא של הקונה, שהוא בעל הפיקדון, והוא מסר אותו למוכר עפ"י הסכמת הלווה, שהוא הבנק. ואם נאמר שמכירת שטר כזה אינה מועילה מהתורה אלא מדרבנן – יתכן שאין כאן מוחזק. שכן זה שמכירת שטרות דרבנן – לסוברים כן – הוא משום שאין גופן ממון, ואי אפשר למכור דבר שאין גופו ממון, אלא שרבנן תקנו שניתן למכור דבר זה; אולם כוונתם היתה שיכול למכור רק את זכות הגביה ולא את עצם החוב, ולכן מועילה מחילה גם לאחר המכירה. ומכיון שגוף השטר עצמו לא ניתן למכירה, אלא זכות הגביה, א"כ אין כאן מוחזק. וצ"ע.

ונמצא שהדבר תלוי בשאלה, מדוע השיק נחשב שלו. אם נאמר ששיק מועיל משום שהמנהג הוא שחתימה על שיק הויא כמכירה, ומדין "סיטומתא" – אולי אין לזה תוקף יותר מאשר לקנין דרבנן. ואע"פ ששאר קניינים שתקנו חכמים, יתכן שהם מועילים לקנות מן התורה; זהו משום **שצורת** הקנין – שהיא מדרבנן או מדין "סיטומתא" – היא המוכיחה על גמירות דעת מדין תורה. אך במכירת שטרות, שאינה מכירה של דבר ממשי אלא של חוב בעלמא, תמיד תישאר המכירה רק מדרבנן. אך אם נאמר באופן אחר: שהבנק מתחייב כלפי מפקידיו להשתעבד לכל מוסב שייראה בעיניהם ע"י חתימתם על השיק – הרי זו השתעבדות מראש לכל המוסבים, והשתעבדות זו תועיל מן התורה.

אלא שהדבר תלוי בשאלה גדולה, אם אין כאן "ברירה". שכן הלווה, דהיינו הבנק, משתעבד מראש לאדם שהלקוח יבחר אח"כ. ורק מילוי הפרטים על גבי השיק מברר כלפי מי חלה ההתחייבות הקודמת של הבנק. ואם נאמר שמקרה זה שייך לדין "ברירה" – הרי לכל היותר רק מספק הרי זה אולי שלו, ולא יתכן לצרף רוב לשיק זה כדי להוציא ממון. (אמנם אם "אין ברירה", ההתחייבות לא חלה כלל; אך יש מפרשים שמה שאנו פוסקים ש"אין ברירה" בדאורייתא זה רק מספק, ולכן חוזרים אנו לכללי ספיקא דאורייתא לחומרא וספק ממון לקולא: עי' ר"ן לרי"ף גיטין דף י"ב ע"ב סד"ה וכולם, שער המלך הל' גירושין פ"ג ה"ד).

ודנו בדבר קצוה"ח (סי' ס"א ס"ק ג') ונתיה"מ (ביאורים ס"ק ד'). הקצות הביא מהרמב"ן (גיטין י"ג ע"ב ד"ה אמר) שכתב בענין "משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך" שהדבר לא מועיל מן התורה, מפני שהוא "ברירה". ומהר"ן (בחידושיו לגיטין, דף י"ג ע"ב ד"ה ואיכא) הביא שהוא מועיל מן התורה; ואין בו משום "ברירה", שהרי כאן אפשר לו להשתעבד בזה אחרי זה לכל העולם. ומדברי הרשב"א (בס' תולדות אדם) הוכיח בקצוה"ח שבמקום שמקנה, ממנה, או משתעבד להרבה אנשים – אין כאן "ברירה", ורק כשמשתעבד, מקנה או ממנה למישהו מסויים, אלא שהוא עדיין אינו מבורר – אז מיקרי "ברירה". ובנתיה"מ כתב שעיקר הטעם של הרא"ש (בתשובה, כלל ס"ח סי' ח') הוא ש"ברירה" היא דווקא כשאנו צריכים לתלות הדבר מעכשיו; אך במקום שתליית הדבר יכולה להיות לכשיתברר, אף שגמר מעכשיו – לא הויא "ברירה". ולכן במשתעבד לכל מאן דאתי מחמתך לא מיקרי "ברירה". נמצא שלדעת רוב הראשונים והאחרונים (חוץ מהרמב"ן), בנד"ד ההלכה היא שאין כאן בעיה של "ברירה", וא"כ קנין השטר מועיל **מן התורה**, וכאילו הלווה השתעבד ישירות למחזיק השטר. וא"כ המחזיק בשטר הוא מוחזק לכל דבר. אך זה רק להסבר הראשון, שהשיק מועיל מצד התחייבותו של הבנק. אך לפי ההסבר השני, ששיק מועיל מדין "סיטומתא", יתכן שאין לו דין "מוחזק". וכן לדעה ששיק מועיל מדינא דמלכותא, יתכן לומר שאין לו דין "מוחזק", משום שזיכו לו רק זכות גביה ולא בעלות על עצם השטר. וצ"ע.

עוד יש להביא ראיה ממה שנפסק בשו"ע (אה"ע סי' נ"ב סעי' ד' בהג"ה), שם מביא הרמ"א מחלוקת בין הראשונים במי שפסק מעות לחתנו לפני החתונה, והבת מתה מיד לאחר הנישואין, לפני שהאב הספיק לתת את המעות שהתחייב לחתנו: לדעת רש"י (כתובות מ"ז ע"א ד"ה ומתה)

וסיעתו, החתן זכה במעות, ועל האב לתת לו אותם, למרות שבתו מתה. ואילו ר"ת (מובא בתוס' ד"ה כתב) וסיעתו סוברים שהחתן לא זכה במעות, שהרי האב לא התחייב אלא על דעת כך שבתו תיהנה מהן; ומאחר שבתו מתה, לא היתה דעתו של האב לתת אותם לחתנו.

הרמ"א פוסק שמספק אין מוציאין את הכסף מידי הבעל. וכתב על כך הט"ז (ס"ק ה') שאם האב נתן לחתנו שטרות "ממרני" (דהיינו: שטר פתוח לכל המוכ"ז), שיוכל לגבות את הכסף מידי האב – הרי החתן מוחזק בכסף, ואי אפשר להוציאו מידו. לענ"ד, השיק בימינו דומה מאוד לשטר "ממרני", שהיה נהוג בימיהם. כי השיק ניתן להעברה גם לאחרים, ונותן השיק התחייב לפרוע את הסכום הנקוב בו לכל המוכ"ז. וא"כ יש לומר שהמחזיק בשיק נקרא "מוחזק".

ד. בירור נוסף בגדרו של שיק

ידידי, הדיין המצויין בבית הדין בעירנו רמת־גן, הרה"ג צבי יהודה בן יעקב, כתב בירור הלכה מקיף בענין השיקים – תוקפם והליכותם ("תחומין" י"ג עמ' 422 ואילך), וזה תורף דבריו:

בהגדרת השיק יש כמה דרכים:

א. **המחאה:** הבנק הוא שלוחו של המפקיד לשלם למוטב.

ב. **"ממרני":** הבנק התחייב מראש לפרוע לכל המוכ"ז.

ג. **"סיטומתא":** כלומר, מנהג הסוחרים לקבל שיק כפירעון.

ד. **מעמד שלושתן:** כלומר, הבנק מסר למפקיד פנקס שיקים, וע"י כך כאילו הוא נמצא במעמד שלושתן: הבנק (הלווה), המושך (המלוה) והמוטב (המקבל).

להגדרות אלו של השיק תהיה נפק"מ לענין "מוחזק":

לפי שתי הדעות הראשונות, הסוברות שהשיק הוא רק התחייבות לפרוע את הסכום הנקוב בו, אך אין כאן עדיין תשלום בפועל – מחזיק השיק אינו נחשב למוחזק בממון. יש לו רק זכות לגבות את השיק, אך החוב אינו שלו, והממון אינו בידו בפועל.

לעומת זאת, לפי ההסבר האחרון, האומר שהשיק תקף מדין מעמד שלושתן – במעמד שלושתן החוב הועבר כולו לידי המקבל, ואין עוד בין המלוה והלווה שום זיקה. והראיה – שלדעת התוס' (ב"מ כ' ע"א ד"ה ש"מ, קידושין מ"ח ע"א ד"ה כי), במעמד שלושתן אין המלוה יכול למחול את החוב ללווה. אמנם לדעת החולקים על התוס' (עי' רמב"ן ב"ב קמ"ד ע"א ד"ה מנה) וסוברים שגם במעמד שלושתן יכול המלוה למחול על החוב, נמצא שהחוב לא נמסר כולו למקבל, אלא עדיין יש זיקה בין המלוה ללווה; וא"כ אין המקבל נחשב למוחזק בחוב.

ועי' ש"ך (חו"מ סי' ס"ו ס"ק צ"ז) שחילק בין מסירת חוב בע"פ, שהיא כסילוק גמור, לבין מסירת שטר, שאינה כסילוק גמור. וא"כ בנד"ד, שיש כאן מסירת שטר, אין סילוק גמור של המושך מהבנק. מיהו יתכן שמאחר שעפ"י חוקי המדינה אין אפשרות למחול על שיק אלא לבטל אותו (וגם זה אסור עפ"י החוק) – ולכן מחילה לא שייכת כלל בין הלקוחות לבין הבנקים, וברגע שהשיק נמסר לידי המקבל, המושך מסתלק לגמרי מכל זיקה בינו לבין הבנק (וא"כ אין לו כיסוי, שאז יש כאן מקח טעות) – יתכן שגם לדעת הש"ך מקבל השיק ייחשב כמוחזק. וצ"ע.

אך לפי ההסבר השלישי, שהשיק תקף מדין "סיטומתא", לדעת הרב בן־יעקב (שם עמ' 446) קנין "סיטומתא" הוא קנין גמור, והחוב נמצא עתה כולו בידי המקבל, והרי הוא מוחזק בו. אך לענ"ד יש לפקפק בכך, כי קנין "סיטומתא" אינו עדיף מקנין דרבנן. ואפילו לדעה הסוברת שקנין דרבנן מועיל מהתורה – וא"כ הוא הדין בקנין "סיטומתא" – הרי כבר כתבנו לעיל (אות ב') שזה רק לענין צורת הקנין. אך בדבר שאינו בר קנין מצד עצמו, אין הקנין מועיל מן התורה. וא"כ גם קנין "סיטומתא", אע"פ שהוא מועיל, לדעת החתם סופר ועוד פוסקים, גם בדבר שאינו בר קנין (ראה שם) – אין הכוונה שיש

למנהג הסוחרים כוח יותר מאשר לתורה עצמה. וא"כ אין להם אפשרות להפוך דבר שאינו בר קנין מהתורה לדבר הנקנה, אלא שמנהג הסוחרים מתייחס לקנין כזה **כמחייב** את הסוחרים. כי בלי אמון אין אפשרות לנהל חיי מסחר. ולכן נהגו הסוחרים לראות גם דבר שאינו בר קנין כדבר מחייב שאין חזרה ממנו. אולם מוחזק אין כאן.

וא"כ למסקנה, מכיון שגדרו של השיק לא ברור, נראה שספק הוא אם המחזיק בו נחשב למוחזק; ומספק אין חזקה. (ועי' שו"ת אבני נזר, חו"מ סי' מ"ד, מחודש ו', שכתב שהמחזיק בשטר הוי מוחזק כאשר יש שיעבוד נכסים. ומסתמא שיק אין בו שיעבוד נכסים. מיהו, ניתן למסור אותו להוצאה לפועל. וצ"ע).

ה. האם יש לסמוך על המקובל?

עוד יש לדון בטענת התובע שמנהג העולם הוא לספור את השתילים במשתלה, והדבר מכחיש את טענת הנתבע. ואכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' רט"ו סעי' ח'):

> אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך – הרי זה מכור, וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין. וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן: הולכין אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג.

ולפי זה אם נהגו לספור את השתילים במשתלה ולא בשדה אחרי השתילה, הולכים אחר המנהג. מיהו יש לומר שאימתי הולכים אחר המנהג? כשמכרו וקנו סתם, דמסתמא אדעתא דמנהגא קנו. אך כאן הלוקח טוען שהתנה במפורש שהספירה תיעשה בשדה אחרי השתילה. ולדבריו הסכים עמו המוכר בזמן המכירה לתנאי זה. וא"כ כיצד נלך אחר המנהג?

ולפי מה שכתבנו, הסברה מחייבת לומר שאכן מנהג הסוחרים הוא לספור בזמן הקניה, וזה אולי עדיף מרוב רגיל. ואע"פ שהקונה אומר שסוכם אחרת, מכיון שהמוכר טוען להיפך והמנהג כדבריו – הצדק עמו. אלא שהדין הוא שאין הולכין בממון אחר הרוב. וצ"ע מה הדין בנד"ד, כאשר החזקה של התובע בשיק מצטרפת לרוב.

ו. הצטרפות רוב לחזקת שטר

השב־שמעתתא (שמעתא א' פרק כ"ד) חידש שבמקום שהרוב מסייע לשטר, יש לומר שמוציאין ממון, מפני שחזקת השטר מצטרפת לרוב. וא"כ בנד"ד יתכן לומר שמכיון שיש כאן רוב שמוכרים וסופרים בזמן השתילה, נלך אחר הרוב. אמנם בדרך כלל אין הולכין בממון אחר הרוב (ב"ב צ"ב ע"ב). אבל במקום שיש לו שטר בידו, הולכים אחר הרוב. *

אמנם היה מקום לדחות את דברינו עפ"י ראייתו של השב־שמעתתא (שם ד"ה ונראה) מן הגמרא בכתובות (ט"ז ע"א), שבספק אם נשאה בתולה או אלמנה – אע"פ שרוב נשים נישאות בתולות, מכיון שיש כאן ספק אם אשה זו נישאה בתולה או אלמנה – אין הכתובה מצטרפת לרוב להוציא ממון, שכן מעולם לא הוחזקה כתובה זו ככתובה של בתולה. ולכאורה הוא הדין כאן: אמנם זה שהשיק בידו טוען שמגיע לו תשלום עבור 14,000 שתילים; אך הקונה טוען שנתן לו את השיק הזה מתוך כוונה שלא לפורעו, משום שאינו חייב לו עבור כל השתילים; וא"כ אין כאן חזקת שטר ברורה. אלא שבכל זאת נראה שנד"ד אינו דומה לאשה

* ומה שנאמר במסכת ב"מ (ז' ע"א): "שנים אדוקין בשטר... במקויים דברי הכל יחלוקו", והיינו מפני חזקת השטר אפשר להוציא ממון – זה אינו ענין לכאן. שם הוא ככל מלוה המחזיק שטר, שפשוט שהלווה חייב לו; שהרי עצם החזקת השטר בידיו מהווה הוכחה לכך שעדיין לא פרע לו, שכן שטרא בידיה מאי בעי. אך כאן, אם נקבל את טענתו של הקונה, הוויכוח לא נעוץ בשאלה אם פרע או לא; שזה ודאי שעדיין לא פרע, אלא שהוא טוען שכתב כך רק מספק, ובכתיבת השיק לא התכוון להתחייב לשלם 1,000 ל"י, אלא לפי מספר השתילים לאחר ספירתם, ורק לרווחא דמילתא כתב בשיק האחרון 1,000 ל"י כמו ביתר השיקים וא"כ טוען שבכלל לא התחייב לו בשטר זה.

שיש ספק אם נישאה בתולה או אלמנה. שהרי שם אין לה שטר כתובה, אלא שהיא באה לגבות מכוח מעשה בי״ד, שהוא **כמו** שטר; והספק הוא הא גופא, אם יש לה מעשה בי״ד של אלמנה או של בתולה. אך בנד״ד, שיש לו ביד שטר ברור על סך של 1,000 ל״י, בצירוף רוב – הרי הוא מוחזק.

אמנם נראה שלא אמר השב־שמעתתא ששטר בצירוף רוב מוציא ממון, אלא כשהשטר הוא שלו לגמרי, ואז הוי כגבוי לענין זה. אך כשהשטר שבידו אינו שלו אלא קנוי לו בקנין דרבנן – יש לומר שאינו נחשב כגבוי.

ואפשר להטעים זאת עפ״י הידוע אצלנו שחכמים אינם קובעים דין בעצם, כחיוב ״חפצא״, אלא מחייבים את האדם לשמוע בקולם, כחיוב ״גברא״, ולכן מועילה מחילה במכירת שטרות. וזהו ההסבר גם לכך שאדם יכול להתנות על נחלה הבאה לו ממקום אחר מכוח תקנת חכמים, שלא יירשנה, בטענת: ״לא ניחא לי בתקנתא דרבנן״ (עי׳ כתובות פ״ג ע״א).

ומ״מ נראה שאכן מחזיק השיק, כאשר יש רוב, נחשב כמוחזק בממון במידה מסויימת, ויוכל לגבות אותו.

ז. רוב או חזקה

בענין ההסתמכות על כך שרוב בני אדם סופרים את השתילים בשעת השתילה, יש לעיין אם אין כאן יותר מרוב. שכן סתם רוב, שאין הולכין אחריו בממון, הוא רוב מקרי, כגון שרוב בני אדם קונים שוורים לחרישה ומיעוטם לשחיטה (ב״ב צ״ב ע״א), או שרוב בני המקום קוראים לכד ״כד״ ולחבית ״חבית״, ומיעוט קוראים גם לחבית ״כד״ (ב״ק כ״ז ע״א). אך בנד״ד הרוב הוא רוב בטבע; כלומר, שזה שרוב המוכרים שתילים סופרים במשתלה, במקום המכירה, ולא בשדה, במקום השתילה, זה לא רוב מקרי, אלא שכך מחייבים ההיגיון והטבע האנושי; שכן חזקה על אדם שלא ימכור שתילים ויספור אותם בשטח של חבירו, אחרי השתילה. שהרי ידוע הוא שחלק מהשתילים יאבד וחלק לא ייקלט; ואולי גם הלוקח ימכור חלק לאחר. ומי פתי ינהג כך?

ומסתבר שבנד״ד זוהי חזקה ולא רוב; שכן חזקה היא שהספירה נעשית במשתלה בזמן המכירה. וכמו שהחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו מוציאה ממון (ב״ב ה׳ ע״ב), הוא הדין לחזקה כזו. וכן יש לומר שם, שזה שרוב האנשים לא נוהגים כך, שכן הוא הטבע האנושי – עדיף מרוב רגיל, ולכן מוציאים ממון עפ״י זה. אמנם חידוש הוא לחדש חזקה שאינה מוזכרת בש״ס, אך בצירוף מוחזק יש לומר כן. ואע״פ שאין כאן מוחזק ודאי, כמו שכתבנו לעיל (אות ד׳), מיהו אין כל מחלוקת על כך שהמוכר מחזיק בפועל בשיק. (ועי׳ להלן אות י׳).

ח. ההבדלים בין רוב בטבע לרוב מקרי

על הנחה זו שהנחנו, שרוב שאינו תלוי במקרה אלא תלוי בטבע, עדיף גם להוצאת ממון, הקשה בשב־שמעתתא (שמעתא ד׳ פרקים ו׳־ז׳). עי״ש שהביא זאת בשם הרמב״ן במלחמות (לרי״ף קידושין דף כ״א ע״ב ד״ה ועוד). וכן כתבו הר״ן (לרי״ף קידושין דף כ״ב ע״א ד״ה חיישינן) והריטב״א (דף נ׳ ע״ב ד״ה אמר) בענין איסורין, ש״רוב מסבלי והדר מקדשי״ אינו רוב בטבע, ולכן חוששים בו למיעוט. אך רוב טבעי, משמע שמוציא ממון. ולענ״ד יש לומר שכל החילוק שם אינו מן התורה אלא מדרבנן. ובענייני ממונות, דהוי רווחא להאי ופסידא להאי, לא גזרו רבנן גזירות (וכמו שכתב המהרש״א, כתובות כ״ו ע״ב ד״ה בד״ה אנן, בענין תרי ותרי, עי״ש).

ועי״ש, שהביא ראיה לזה מקושיית התוס׳ (כתובות ט״ז ע״א ד״ה כיון), שכתבו בענין ״רוב נשים בתולות נישואות״, שדברי הגמ׳ הם רק אליבא דרב, הסובר, שהולכים בממון אחר הרוב; ואילו לדעת שמואל, הסובר, שאין הולכין בממון אחר הרוב, אין מקום לדברי הגמרא! ועל כך תירצו הראשונים (עי׳ תוס׳ ישנים שם, ד״ה אפשר, ובעל המאור לרי״ף שם דף ה׳ ע״ב, ד״ה וכיון), שכאן הולכים

אחר הרוב אף לדעת שמואל, משום שהוא רוב בצירוף שטר. והרי לפי מה שכתבנו, רוב זה שונה מרוב אחר בכך שהוא רוב בטבע, שכן טבע העולם הוא שרוב הנישואין יהיו בבתולות! ואם נחוש לכך שרוב הנישואין אינם בבתולות – כלומר, שעלינו להניח שרובא דאינשי מקדשים בנישואין שניים – **זה נוגד את הטבע** האנושי ואת הנוהג המקובל. וא"כ רוב זה הוא רוב בטבע, ובכל זאת לא מוציאים ממון על פיו. ויש לדחות.

וכן הוכיח השב־שמעתתא מסוגיית הגמ' בב"ב (צ"ב ע"ב – צ"ג ע"א), שם מקשה הגמ' לשמואל, הסובר שאין הולכין בממון אחר הרוב, מכך שהולכים אחר רוב נשים בתולות נישואות, ואחר רוב עבדים ליסטים. וכן מקשה הגמ' שם לרב, הסובר שהולכים בממון אחר הרוב, משור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה, שרוב פרות מתעברות ויולדות (ומפרש הרשב"ם, שם צ"ג ע"א ד"ה ורביע, שהקושיא היא לרב, ואילו לשמואל ניחא). ורוב זה של בתולות נישאות ופרות מתעברות ויולדות (להבדיל) הוא רוב בטבע; ובכל זאת נחלקו בהם רב ושמואל. וא"כ לשמואל לא הולכין אחר הרוב אפילו ברוב טבעי. ולענ"ד יש לומר שלמסקנת הגמרא, הרוב שם אינו רוב גמור, ולכן אין ראיה משם. ואע"פ שלפי ההו"א משמע שאין חילוק בין רוב בטבע לרוב מקרי, למסקנה אפשר לומר שיש חילוק כזה.

ולפי מסקנת השב־שמעתתא (שמעתא ד' פרק ח' ד"ה איברא), נחלקו בדבר התוס' בסנהדרין (ג' ע"ב ד"ה דיני) והתוס' בב"ק (כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל). וכן כתב בקונטרס הספיקות (כלל ו' פרק ג').

ט. רוב וחזקה בהתנהגות בני אדם

ולסוברים שגם רוב טבעי אינו מוציא ממון, יש להקשות ממה שנאמר במסכת ב"ב (ה' ע"ב) בענין החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, שמוציאין ממון על פיה. וכן יש להקשות משאר חזקות מסוג זה. ויש לומר ששם אין זה מנהג **רוב** בני אדם, אלא מנהג **כל** בני אדם. וכן נאמר בב"ב (צ"ג ע"א) ביישוב הקושיא לשמואל, שעבדים – כולם ליסטים (או עבריינים מסוג אחר). כלומר, בנישואין הרי ידוע לנו שייתכן ששאה נישאת בעולה. וכי אין אלמנות, גרושות ואנוסות בעולם? וא"כ המיעוט אף הוא טבעי בעולם. וכן בלידה של פרות: וכי לא ידוע לנו על הפלות? כלומר, גם הפלות הינן מיעוט בטבע. אולם חזקה זו, שאין אדם פורע תוך זמנו, השכל האנושי מחייב **שאף אדם** לא יפרע תוך זמנו; ולכן רוב זה הוא כ"כל".

וא"כ יש מקום לומר שבכל רוב התלוי בטבע האנושי – שהוא טבע **כל** בני האדם, ולא ידוע לנו על מיעוט שנוהג אחרת; וגם אם יש מיעוט כזה, הוא מנוגד לטבע, ובטלה דעתו אצל שאר בני אדם; דמסתמא כך נוהג כל בר דעת – אין לזה גדר של רוב אלא של חזקה.

ועי' פנ"י (קידושין ע"ט ע"ב ד"ה ושמואל), שבפירוש הראשון כתב שמוציאים ממון בהסתמכות על כך שרוב בני האדם הם בריאים (כנראה משום שהוא רוב בטבע). ובפירושו השני כתב שהתם שאני שהוא עצמו מוכר לנו כבריא (כלומר יש לו חזקת בריא ויש כאן רוב וחזקה).

אך אפשר לומר שחזקה נקבעת לא עפ"י טבע אלא עפ"י "רובא דרובא", שהוא רוב גדול במיוחד. וכך נאמר במסכת ב"מ (י"ז ע"א):

> א"ר אסי א"ר יוחנן: המוצא שטר־חוב בשוק, וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום – יחזירו לבעלים... אי משום פירעון – לפריעה בת יומא לא חיישינן... דלא שכיחי אינשי דפרעי ביומיה...

ואע"פ שיש אנשים הפורעים באותו יום, מיהו לא שכיחי. ומוציאין ממון עפ"י רוב זה, משום שהוא רוב מוחלט. אך רב כהנא חולק שם ואומר שלא אמר ר' יוחנן שמחזירין את השטר לבעלים, אלא כשהחייב מודה. וא"כ לכאורה יש מכאן ראיה לכך שאין הולכים אחר הרוב אפילו ברובא דרובא. מיהו שם איתרע השטר בנפילה, ולכן יש צורך בהודאת הלווה.

לעומת זאת כתב בשו"ת חוות יאיר (סי' ק"ו, מובא בפת"ש חו"מ סי' של"א ס"ק א') שאם משרתת שברה דבר קטן שרוב הנשים אינן מקפידות

עליו, פטורה. אמנם קיי"ל שאין הולכין בממון אחר הרוב, מיהו זה דווקא אם יש כמה נשים מקפידות, מה שאין כן אם לא נמצאו מקפידות אלא אחת ושתים בעיר, נראה שבטלה דעתן, ולא נקרא מיעוטא, רק מיעוטא דמיעוטא. *

ועיין שו"ע (אה"ע סי' י"ז סעי' ל"ה), שם נאמר שאם אדם נפל למים שאין להם סוף, אף שאשתו אסורה להינשא מדרבנן מחשש שמא לא מת – מ"מ גובה את כתובתה בהסתמך על הרוב. וכן פסק הגר"א (ס"ק קט"ז), שברובא דשכיח הולכים אחר הרוב גם בממון. וכתב שזה בניגוד לדעת התוס' (כתובות ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר). ועי' הפלאה (שם ד"ה "תוס' ד"ה לא צריכה"). ולדידן ניחא, דהוי רוב מוחלט.

ועיין "גידולי־שמואל" (ב"ב ה' ע"ב) שדן בגדר החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. והביא מחלוקת בין הגרעק"א לבין השב־שמעתתא: לדעת הגרעק"א חזקה זו מועילה רק בצירוף חזקת חיוב, ולדעת השב־שמעתתא (שמעתא ו' פרק כ"ב) חזקה זו בעצמה מוציאה ממון, עי"ש בגידרה. ואין הספר תחת ידי, אך מצאתי שבשו"ת רעק"א (סי' קל"ו ד"ה ומה"ט) כתב שחזקה זו היא כמו "אנן סהדי". וצ"ע.

בתרוה"ד (סי' ר"ז) הביא את תשובת רבינו שמחה (או"ז ח"א סי' תש"ס) שחילק בין "חזקה הפוסקת" ל"חזקה שאינה פוסקת". וכתב רבינו שמחה שחזקה זו, שאינה פוסקת (כגון חזקה אין אדם פורע תוך זמנו), עדיפה מרוב. ובשו"ת מהרי"ק (שורש ע"ב, דף ל"ח ע"א) הסביר שחזקה זו אמיתית היא, משום שהיא באה מכוח טעם וסברה, ולכן היא עדיפה מחזקת ממון. (ועיין במקורות שצויינו באנציקלופדיה תלמודית ערך חזקה [ג'], כרך י"ג עמ' תרצ"ד הע' 8).

וא"כ גם בנד"ד השכל מחייב שספירת השתילים תיעשה במשתלת המוכר ולא בשטח, וכולם אומרים שכך הוא המנהג; ומהיכי תיתי לומר שיש מיעוט שנוהג אחרת? ואפילו אם יש בני אדם כאלה, יש לומר שבטלה דעתם אצל שאר בני אדם. והוא ק"ו מחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. שכן בחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, שאמרנו שהמיעוט הוא כמי שאינו ובטלה דעתו – הוא קצת דוחק: וכי למה נאמר שאם יש זריזין מקדימין לקיים מצוות פריעת בע"ח, בטלה דעתם אצל אלו שאמרו עליהם הלוואי ויפרעו בזמנם? ואע"פ שזהו המצוי, הרי לא זהו הרצוי לדעתם הישרה. אם כי יש לומר שבמצוה כגון זו, של פריעת בע"ח, אין הידור בזריזות; מכיון שחבירו נתן לו זמן, והוא לפחות שלושים יום, קודם שלושים יום אין כל מצוה, ואין טעם בזריזות אפילו לפנים משורת הדין. מיהו עדיין יש אנשים האומרים "איעול ואיפרעיה כי היכי דלא ליטרדן". ומכיון שאביי ורבא סוברים כך, כל מי שסובר כמותם בטלה דעתו אצל שאר בני אדם?! ועל אף קושיא זו ראינו שהולכים אחר החזקה! וא"כ יש לומר שק"ו הוא בנד"ד, שמסתבר שכך דרך בני אדם למכור, ויש להוציא ממון עפ"י זה. (ונראה שבזה נחלקו אביי ורבא עם ריש לקיש: ריש לקיש סובר שהשכל מחייב שאדם יפרע רק בזמנו. ולכן זהו רוב בטבע ומוציא ממון; ואילו אביי ורבא סוברים שאין השכל גוזר כן, ואין זה רוב בטבע).

י. מסירת השיק להוצאה לפועל

בנוסף לכל האמור, הרי התובע טוען שבידו למסור את השיק להוצאה לפועל. ואכן הר"ן (לרי"ף קידושין כ"ח ע"א סד"ה גרסינן) כתב שגדר "בידו" עדיף ממיגו. מיהו נראה שכאן מסירת השיק להוצאה לפועל היא חוקית רק אם נוכיח שאכן זכותו היא לגבות את השיק; אך אם לא – המסירה להוצאה לפועל היא בלתי חוקית עפ"י ההלכה, וא"כ מסתבר שאין כאן טענת "בידו". אך במסכת סנהדרין (ל"א ע"א) משמע

* ועי' פנ"י (גיטין י"ז ע"א על תוס' ד"ה משום) שכתב בסוף דבריו שחזקת כשרות היא מדין רוב. ולדברינו ע"כ צריך לומר שיש חזקות שהן יותר מרוב. ועי' שערי־יושר (שער ג' פרק ג') שכתב עפ"י התוס' (סנהדרין ג' ע"ב ד"ה דיני) שחזקה היא רוב גמור ומוסכם בשכל. וקרוב לזה כתב בבית־אהרן (גיטין ל"ז ע"ב ד"ה ואין).

שגם האפשרות לשרוף את השטר נותנת למחזיק בו נאמנות מטעם "בידו".

עוד צ"ע אם יש במסירת שיק להוצאה לפועל משום איסור ערכאות. כי יש לומר שאין להוצאה לפועל כאן תפקיד שיפוטי אלא תפקיד מינהלי־טכני, לסייע בידי המחזיק בשטר לגבות את חובו, או ליתר דיוק, למנוע מעשי מרמה וזיוף מצד מושכי שיקים, ולבצע את התקנה ששיק דינו כמזומן. ומי שמוסר שיק ומבטל אותו כמוהו כמזייף מטבעות ולא צריך בי"ד לדון אותו. ועוד, שאם חוק המדינה אומר שביטול שיק הוא עבירה, יתכן שתקנה זו חוקית גם מדין תורה.

ועי' נתיה"מ (סי' ס"ו, ביאורים ס"ק א' וס"ק י"ב) שכתב שהקונה שטר־חוב, הנייר שלו לגמרי לא רק לצור עפ"י צלוחיתו, ואינו חייב להחזירו ללווה; אלא יכול להשתמש בו גם לצרכי גביית החוב. וא"כ יש לומר שזכותו של הקונה היא לעשות בנייר שבידו ככל העולה על רוחו, בתנאי שלא יגזול באמצעותו דבר שאינו שלו. ובנד"ד, מכיון שהוא רשאי למסור את השיק להוצאה לפועל – ואין כאן גזל, כי זהו החוק (וכאמור, גם ההלכה מסכימה לחוק זה, שבא למנוע זיופים והונאות, והוא תקנת השוק) – לכן נראה לענ"ד שהמוכר מוחזק בשיק, ועל הלוקח להביא ראיה.

ולכן נראה שטענה זו, שבידו למסור את השיק להוצאה לפועל – טענה אלימתא היא, וראויה להצטרף לכל האמור לעיל.

תשובה

למעשה נראה שהצדק עם המחזיק בשיק, מן השיקולים הבאים:

א. למסקנה נראה שהחזקה, שאין אדם קונה דבר אא"כ סופר אותו, היא חזקה אלימתא, מפני שהיא מבטאת את הטבע הפשוט של בני האדם; ואין לראות בה רוב מקרי בלבד. ולכן טענת הנתבע, שהוסכם לספור את השתילים לאחר שתילתם, אינה מתקבלת.

ב. החזקה בשטר מצטרפת לרוב כדי להוציא ממון, ובכגון זה הולכים בממון אחר הרוב.

ג. מסירת שיק נחשבת כמכירת שטר חוב, וכן מכוח "סיטומתא" ומכוח דינא דמלכותא; ויתכן שהיא מועילה אפילו מדאורייתא, מפני שמראש היתה דעתו של הבנק להשתעבד לכל מי שיציג את השיק. לכן המחזיק בשיק נחשב כמוחזק בממון כמו מי שמחזיק שטר.

ד. מה שהנתבע טוען שלא התכוון להתחייב בחתימתו על אותם 1,000 ל"י שבשיק האחרון, זוהי הכחשה של עצם השיק (ומה גם שהוא מודה שחלק מסכום זה הוא חייב). ואין בכוחו לעקור בהבל פה את עיקר התחייבותו שנעשתה בחתימת ידו.

ה. לפי החוק אסור היה לנתבע לבטל את השיק. תקנה זו מקובלת גם על חכמי התורה, כי היא נועלת דלת בפני רמאים; שלא יתכן שכל אחד יתן שיק ואח"כ יבטל אותו מאחרי גבו של המקבל. ובפרט אם השיק ניתן להעברה לאחרים, ודאי שביטולו חמור יותר, כי בביטולו הוא גורם נזק למחזיק בשיק; ולכן מסתבר שעלינו למנוע תופעה זו.

ו. בכוחו של התובע למסור את השיק להוצאה לפועל, ועל כן יש לו מוחזקות נוספת בחוב זה.

סימן פה

פירעון נדר מיורשים

ראשי פרקים

שאלה

א. גביית חוב מיורשים

ב. נדרי צדקה לאחר מיתה

ג. הסבר שיטת הרמ"א

תשובה

שאלה *

אדם ביקר בכפר בשבת ובזמן עלייתו לתורה נדר תרומה לבית הכנסת. לאחר כמה ימים נפטר אותו אדם, לפני שהספיק לשלם את נדרו. האם היורשים מצווים לפרוע את נדרו?

א. גביית חוב מיורשים

בשו"ע (חו"מ סי' ק"ז סעי' א') נפסק להלכה:

> מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, וכופים אותם בכך... במה דברים אמורים? – כשהניח קרקעות. אבל אם לא הניח אלא מטלטלים, **אין כופין** אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל **מצוה** עליהם לפרוע חוב אביהם מהם.

וביאר הגר"א (ס"ק א') שאמנם המצוה במטלטלין היא משום כיבוד אב ואם, אבל הכפיה במקרקעין היא משום ששיעבודא דאורייתא, שכן מלוה על פה גובה מן היורשים (קידושין י"ג י"ב). ולפי זה במטלטלין, שלא תקנו שיגבו מהיורשים (שכיון דלית להו קלא, לא סמך המלוה עילווייהו) – אין כופין אותם; מפני שכאן אין שיעבוד, ואין כופין על מצוות כיבוד אב ואם (תוס' כתובות פ"ו ע"א ד"ה פריעת).

אך נראה שכל זה שייך רק במלוה, שהמלוה אינו סומך על המטלטלין. אך בנדר לביהכ"נ, שאין כאן מי שיסמוך על דעת הנודר אלא הוא עצמו בלבד – גובים אפילו מן המטלטלין. ובר מן דין, לפי תקנת הגאונים גובים גם ממטלטלין (שו"ע שם).

ב. נדרי צדקה לאחר מיתה

ולכאורה נראה שיש לפטור את היורשים מלשלם, עפ"י מה שפסק הרמ"א (חו"מ סי' רנ"ב סעי' ב' בהג"ה):

> מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך, ומת ולא נתן – יורשיו פטורין, ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת.

והנה בענין "מצוה לקיים דברי המת" יש שתי דעות בין הראשונים (עי' ב"י ד"ה קיי"ל, כתב המרדכי): לדעת ר"ת (ספר הישר סי' ק"ח, מובא בתוס' גיטין י"ג ע"א ד"ה והא), רק בממון שהופקד ביד שליש אמרינן "מצוה לקיים דברי המת". ואילו לדעת הרמב"ן (ד"ה לעולם) לאו דווקא בשליש, והוא הדין כשמצווה לבניו או למי שסיפק בידו לעשות.

וא"כ בנודר או נשבע, שלא ציווה לא את היורשים ולא את מי שהממון בידו – לכו"ע לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת. (ועיין מהרי"ט חו"מ סי' נ' סד"ה ולא).

אלא שיש להקשות על דברי הרמ"א: מדוע לא יתחייבו היורשים מדין "שיעבודא דאורייתא" או מדין מצוות כיבוד אב ואם? וכן הקשה בשו"ת רעק"א (סי' קמ"ו ד"ה הנה) על פסק הרמ"א הנ"ל ממשנה במסכת קינין (פ"ב מ"ה), שם נאמר:

> האשה (יולדת, החייבת בשני תורים או בני יונה: לעולה ולחטאת), שהביאה חטאתה ומתה, יביאו יורשים עולתה. – עולתה ומתה, לא יביאו יורשים חטאתה.

ומכאן למדנו שבעיקרון יש אחריות על היורשים לכבד את ההתחייבות של המוריש להקדש!

* שבט תשל"ד. השאלה נשאלה ע"י משפחת בר־חי לאחר פטירת אביהם, ר' שלמה בר־חי ז"ל.

ותירץ הגרעק"א שהרמ"א מירי באחד שנדר וקבע שחלות הנדר תהיה לאחר מותו, או לאחר זמן, ומת בינתיים. ואילו המשנה מדברת במקרה שחלות הנדר היתה בחייו של הנודר. והרמ"א הולך לשיטתו בהל' נדרים (יו"ד סי' רנ"ח סעי' ז'), שפסק כדעה המובאת ברי"ף (ב"ק י"ח ע"ב) וכדעת הרשב"א (מובא ברעק"א שם), שצדקה אין לה דין הקדש לומר שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ולא הוי כאילו נתחייב בקנין; אלא כמו חיוב לקיים שבועתו, שאין היורשים חייבים בו. מה שאין כן בחיוב להקריב עולה, שחיוב זה כבר חל על נכסיו.

והנה בשו"ע (חו"מ סי' רי"ב סעי' ז') מובאת מחלוקת בין הראשונים בדין מי שהקדיש דבר שלא בא לעולם: לדעת הרמב"ם (הל' מכירה פכ"ב הט"ו־הט"ז) ההקדש חל. ולדעת המרדכי (ב"ב פ"ט סי' תרכ"ד־תרכ"ה) ההקדש אינו חל, וחיובו הוא רק מטעם נדר; ואם מת לפני בוא הדבר לעולם, היורשים פטורים, משום שהנדר חל רק אחרי מיתה. והרמ"א הכריע שם כדעת המרדכי.

הכס"מ (וכן בב"י, ד"ה וכתב עוד) עמד על כך שהרמב"ם עצמו (הל' ערכין פ"ו הכ"ו והל' ל"א־ל"ג) מחלק בין אדם שהקדיש את החפץ שלא בא לעולם לבין מי שאמר "הרי עלי", ורק באפשרות השניה הוא מתחייב מטעם נדר. ועפ"י זה הסביר את הרמב"ם בהל' מכירה. ומתוך כך חלק על הבנת הטור, שהסתמך רק על הרמב"ם בהל' מכירה, ועפ"י זה כתב שיש מחלוקת בינו לבין הרא"ש. והוסיף הכס"מ שמה שכתב הרמב"ם בענין שכיב־מרע שנדר, שהנדר חל גם לאחר מיתה – הדבר מחייב רק מטעם שהיורשים היו נוכחים בשעת הנדר, וסברו וקיבלו; וכאילו הם עצמם נדרו. ולכן מה שנכתב בשו"ע חייב להתפרש כך. מאידך גיסא, נראה מדברי הרמ"א שאכן יש מחלוקת בענין זה, כהבנת הטור.

ועכ"פ בנד"ד, שהנדר חל מיד – משמע שגם לדעת המרדכי, שהרמ"א פסק כמותו, היורשים חייבים. וכן כתב בפת"ש (ס"ק ט'). אלא שהביא שם את תשובת הרמ"א (סי' מ"ח, שאלה ג'), שם נחלקו בענין זה הב"י והרמ"א: לדעת הב"י (מובא בשו"ת הרמ"א סי' מ"ז) היורשים חייבים לשלם את נדרו של אביהם; ולדעת הרמ"א הם פטורים מלשלם. ולפי זה, הרמ"א, בהגהתו לשו"ע, מתכוון גם לנדר שחל עליו מחיים. וע"כ צריך לחלק לדעת הרמ"א בין חיוב עולה, שחל על הנכסים, לבין חיוב צדקה, שלא חל על הנכסים אלא על האדם, ואין אדם מוריש את חיובו לבניו.

ועי' קצוה"ח (סי' ר"צ ס"ק ג' ד"ה אמנם) שחילק בין נדר לשבועה. וכתב שבנדרי צדקה, כיון שהתורה ציוותה אותו בכך, כדכתיב (ר"ה ו' ע"א): "בפיך – זו צדקה" – חל שיעבודא דאורייתא על הנכסים (והצדיק בזה את דעת הב"י הנ"ל); אך בשבועה, שאינו אלא משום "בל יחל" – נכסיו לא משתעבדים, ולכן היורשים פטורים. וצ"ע מדוע בשבועה לא ישתעבדו נכסיו לקיים שבועתו?

בהמשך הדברים עמד הקצות על כך שהב"י סותר את עצמו: בהל' מקח וממכר (סי' רי"ב ד"ה וכתב עוד) הוא מביא את דברי הרמב"ם (הל' מכירה פכ"ב הט"ז) שכתב בשכיב מרע שאמר פירות דקל לעניים, ומת – שהיורשים צריכים לקיים את דבריו. והקשה הב"י: הרי הוא דבר שלא בא לעולם, ואין כאן קנין אלא נדר, וכיון שמת אין היורשים חייבים לקיים נדרו! והקשה הקצות: הרי הב"י עצמו כתב בתשובה (המובאת בשו"ת הרמ"א) שהיורשים חייבים לקיים נדר שנדר אביהם! ותירץ, שבנודר על דבר שלא בא לעולם, לא חל החיוב על הנכסים, אלא אקרקפתא דגברא; וכיון שמת, פקע חיובו. ואילו הנודר סתם ומת, נשתעבדו נכסיו מחיים. אך צ"ע, מה בכך שהחיוב הוא אקרקפתא דגברא? ומדוע לא נאמר שהשתעבדו נכסיו לחיובו זה? אלא ע"כ צריך לומר שעל חיוב גברא לבד לא חל שיעבוד נכסים אלא כאשר החיוב הוא גם על הנכסים.

ובשם המהרי"ט (חו"מ סי' נ' ד"ה לא) הביא הקצות שדימה נדר לחיובו של המלוה בריבית

להשיב את הריבית שגבה, שאין בו שיעבוד נכסים (רמב"ם הל' מלוה ולווה פ"ד ה"ג). והקצות דחה את ראייתו, משום שבריבית יש מצוות עשה מיוחדת – "וחי אחיך עמך" – ולו לדידיה אזהר רחמנא ולא לבריה; אך נדר, דינו כשאר מלוה הכתובה בתורה. אך לפי האמור לעיל יש לומר שבריבית החיוב הוא רק על האדם ולא על הנכסים, והוא הדין לנדר; וזוהי כוונת המהרי"ט.

ג. הסבר שיטת הרמ"א

ולפי זה נראה שיש לומר אחרת בהסבר דעת הרמ"א, המהרי"ט ויתר הפוסקים הסוברים שאין שיעבוד נכסים בנדרי צדקה: ונראה שלדעתם צדקה דינה כהשבת ריבית, שאין בה חיוב משפטי, אלא מצוה אישית גרידא. ואינה דומה לכל מלוה הכתובה בתורה, שהתורה רואה אותה כחוב משפטי, דהיינו: כיון שהוא לא רק **מצווה** לקיים את המצוה אלא שהוא **חייב** לקיים את המצוה בין בגופו בין בממונו, כגון פדיון הבן, הקרבת קרבן וכדו'.

ויש לעיין במשנה במסכת ערכין (כ' ע"א):

> האומר... דמי עלי, ומת – לא יתנו היורשים, שאין דמים למתים.

ופירש רש"י (ד"ה שאין), שהוא משום שכיון שמת קודם ששמו אותו, ובזמן השומא אין דמיו ידועים – לכן הם פטורים. (ובתוי"ט, פ"ה מ"ב ד"ה שאין, כתב שהוא משום שמת אסור בהנאה, עי"ש). אך בסתם נודר, שחיובו חל מחיים, היורשים חייבים. וכן נאמר במפורש במשנה (שם):

> האומר... דמיו של פלוני עלי, ומת הנודר – יתנו היורשים.

ועל כך נאמר בגמ' (שם):

> אמר ערכי עלי ומת, יתנו היורשין – ש"מ מלוה על־פה גובה מן היורשים! (ודוחה הגמ') – שאני הבא דמלוה הכתובה בתורה היא, דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. (ומסקינן) – הבא במאי עסקינן? – כשעמד בדין (רש"י: וחייבוהו קודם מותו, דהו"ל כמלוה בשטר).

אך בהשבת ריבית (לעיל אות ב') אין חוב משפטי כלל אלא מצוה אישית להחזיר ריבית. שהרי מבחינה ממונית, הריבית שלקח – בדין לקח, ואין כאן גזל, כמו שכתבו המפרשים (עי' ריטב"א ב"מ ס"א ע"ב ד"ה מה להנך, משל"מ הל' מלוה ולווה פ"ד ה"ג); אלא שהתורה אסרה זאת וציוותה עליו להחזיר. והוא הדין בצדקה, כיון שכל חיובו הוא משום "בל יחל" – א"כ אינו חיוב עצמי לתת צדקה; אלא שאם לא יתן, הוא גורם להחטיא את לשונו במה שנדר ולא קיים (ונדרי צדקה אינם כקונמות, שהם איסורי "חפצא", אלא דינם כנדרי מצוה, שהם איסורי "גברא" כשבועה. עי' ר"ן נדרים ח' ע"א ד"ה והלא). ועי' שערי יושר (שער ה' פרק ב').

ועיין קצוה"ח (סי' רנ"ה ס"ק ב' בסופו) שכתב שנדרי צדקה אין בהם קנין אלא חובה בעלמא. ובשו"ת מהרי"ט (חו"מ סי' נ') כתב שמי שנדר ומת – מצוה לקיים דברי המת. ואע"פ שלא הושלש ביד שליש, מכיון שהאב היה מצווה לקיים את נדרו – דומה הדבר להושלש ביד שליש, והיורשים חייבים לקיים את נדרו.

ובדעת הקצות, הסובר שגם בצדקה יש חיוב "חפצא", יש לומר שהוא הולך לשיטתו (סי' ר"צ ס"ק ג' ד"ה ב"ד), שיש שיעבוד נכסים בצדקה. ועי' בדבריו שהביא ראיה משוטה, שיורדין לנכסיו. וראייתו תמוהה: שהרי שוטה פטור מן המצוות, ומדוע נכסיו יהיו משועבדים, הרי נכסוהי דאינישׁ אינון ערבין ליה, וכשהשוטה פטור, גם הערב פטור? אלא ע"כ צריך לומר שהמדובר במיסים של צדקה, וכגון במקום שהיתומים חייבים, וכך יתכן שגם שוטה חייב. עכ"פ אין מכאן ראיה לכך שנכסים משתעבדים לצדקה.

וא"כ יש להקשות על פירושו של הגרעק"א בדברי הרמ"א, שהוא בניגוד לדעת הרמ"א עצמו. שהרי לפי הגרעק"א, הרמ"א בשו"ע (סי' רנ"ב) מיירי בהקדיש לאחר מותו, אך אם הקדיש בחייו, היורשים חייבים. ומתשובתו אנו למדים שאפילו אם הנדר חל בחייו, היורשים פטורים. מיהו נראה לענ"ד שגם הרמ"א לא פטר אלא יורשים סתם; אך בן, שחייב בכבוד אביו,

מסתבר שמשום מצוות כיבוד אב ואם הוא חייב לשלם את נדרו של אביו, אלא דלא נחתינן לנכסיה, כמו מלוה על־פה (וכפי שכתבנו לעיל אות א').

תשובה

לסיכום, שיטת הב"י היא שיש שיעבוד נכסים בנודר לצדקה, ועל כן היורשים חייבים לשלם את נדרו של אביהם. ואפילו לשיטת הרמ"א, הסובר שאין שיעבוד נכסים, מסתבר שבבנו של הנודר לא אמר שפטור מלשלם, אלא חייב משום כיבוד אב ואם, וכמו שמצינו בפריעת חוב (עי' רמב"ם הל' מלוה ולווה פי"א ה"ו, שו"ע חו"מ סי' ק"ז סעי' א', שכתבו שחייבים, אך אין כופין אותן. עי"ש). ולכן נראה לענ"ד שהם חייבים לכו"ע.

וכן משמע מדברי המהרי"ט (ח"ב, חו"מ סי' נ' ד"ה ולא תימא), שאע"פ שאין שיעבוד נכסים בנדר, מ"מ היורשים חייבים לפרוע את נדרו מכוח המצוה לקיים את דברי המת. ואע"פ שלא השליש ביד שליש, מכיון שאינו יכול לחזור בו – כמשליש דמי, וחייבים לפרוע את נדרו.

ואף שאין כופין על היורשים ואין יורדים לנכסיהם כדי לקיים את נדרו של אביהם – הם חייבים לפרוע את נדרו של אביהם משום שמצוה לקיים את דברי המת. (ועי' שו"ת חתם סופר חו"מ סי' קי"ד־קט"ו).

סימן פו

חזקה לבניית סוכה בחצר משותפת

ראשי פרקים

שאלה
א. כיצד נוצרת חזקת תשמישין
ב. חזקה שאינה רצופה
ג. חזקה בסוכת החג
תשובה
מסקנות

שאלה

לכבוד מר ...
שלום וברכה

שאלת על חצר משותפת, שבמשך 26 שנה נהגת לבנות שם סוכה לחג הסוכות, ומשום כך אתה טוען לחזקה על המקום למטרה זו. ועתה בא שכן שקנה את הדירה מאדם אחר, ומערער על החזקה. ושאלתך היא, האם הוא יכול למנוע ממך להמשיך לבנות את סוכתך באותו מקום.

א. כיצד נוצרת חזקת תשמישין

חזקה זו היא חזקת תשמישין. כי אתה טוען שזכותך היא להשתמש במקום בכל ימי חג הסוכות לצורך קיום מצוות סוכה. אינך טוען בעלות **מוחלטת** על המקום, אלא רק על הזכות **להשתמש** בו שימוש זמני. נושא זה נידון **במסכת ב"ב** (ו' ע"א־ע"ב). **ובשו"ע** (חו"מ סי' קנ"ג סעי' ט"ז בהג"ה) **כתב הרמ"א:**

ובחזקת סולם ונעיצת קורות, י"א דבעינן חזקה ג' שנים וטענה, ויש חולקין בכל חזקות אלו. (כלומר, לדעת החולקים אין צורך בג' שנים ובטענה).

אך אין הכרעה בין שתי הדעות. **ובמקום אחר** (סי' קנ"ה סעי' ל"ה) **כתב המחבר:**

כל הרחזקות שאמרנו, אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק – הרי זה מחל, ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק.

ועל כך כתב הרמ"א:

וכן ראוי להורות, אע"ג די"א דבעינן חזקה שלוש

שנים וטענה. (כלומר, כאן הכריע הרמ"א חד־משמעית כדעה השניה שבסי' קנ"ג).

ונחלקו בדבר הסמ"ע והט"ז:

הסמ"ע (סי' קנ"ג ס"ק ל"ב) כתב שהרמ"א מחלק בין תשמישין שאדם עושה בחצרו לבין תשמישין שאדם עושה בחצר חבירו: בסי' קנ"ה מדובר בהרחקת נזיקין, שאדם מצווה להרחיקם גם **בחצרו** שלו כדי שלא יזיקו לחבירו. ובמקרה זה הכריע הרמ"א שחזקה זו אינה צריכה שלוש שנים וטענה, אלא אם אדם לא הרחיק את נזקיו וחבירו לא מחה, הרי זו מחילה וחזקתו חזקה. אך בסי' קנ"ג מדובר בקורות שאדם נועץ בקיר השייך **לחבירו**, בינו לבין חבירו. ובמקרה זה יש צורך בחזקת שלוש שנים ובטענה. וכן היא כנראה דעת הש"ך (ס"ק י"א).

הט"ז (סי' קנ"ה סעי' ל"ה ד"ה בהג"ה) חולק על הסמ"ע, וסובר שהרמ"א הכריע בכל התשמישין כדעה השניה, שאין צורך בג' שנים ובטענה. וגם הגר"א (ס"ק צ"ט) הכריע כדעת הט"ז.

בערוה"ש (סי' קנ"ג סעי' ג') כתב שבמקום שהנתבע מוחזק בו, אין צורך בחזקה, כגון בהרחקת נזיקין. אך במקום ששניהם שווים בחזקתם, יש ספיקא דדינא; ומכיון שאין בדבר הכרעה, יש לומר "כל דאלים גבר" (דהיינו: צריך לבדוק מי צודק יותר בהבאת טענותיו: עי' רא"ש ב"מ פ"א סי' א', שכתב ש"כל דאלים גבר" הוא לא רק בכוח אלא גם בטענות. וכמו כן יש כאן מקום לפשרה).

וא"כ נד"ד תלוי במחלוקת אם צריך חזקת ג' שנים וטענה. ומכיון שהמדובר בחצר משותפת, ששני הצדדים מוחזקים בה, אין הכרעה ברורה בשאלה זו. ולכן יש להכריע עפ"י שיקולים נוספים, כדלקמן.

ב. חזקה שאינה רצופה

והנה גם אם נניח שיש צורך בחזקת ג' שנים – בנידון זה, של סוכה שהחזקת בה כבר 26 שנה – יש כאן יותר מג' שנים. אולם הדבר תלוי במחלוקת אחרת, המובאת בשו"ע (סי' ק"מ סעי' י"ד):

> יש אומרים דבענין שהחזיק בהן שש שנים ביום (והטעם לכך הוא כנ"ל, משום שבלילות לא החזיק, ויש צורך בשלוש שנים מלאות).
>
> ויש מחלקים, דאם היתה כבר חנות, סגי בחזקת ג' שנים (מפני שזוהי דרך שימושה של החנות – רק ביום); אבל אם היה כבר בית, והוא עשה ממנה חנות – צריך שיחזיק בה שש שנים ביום. וכסברה זו נראה לי להורות.

וכאן הרי חזקתך בסוכה היתה רק שבעה ימים בשנה, ובמשך 26 שנים לא החזקת שלוש שנים מלאות. אולם לפי הכרעת הרמ"א יש לך חזקה, כי חצר אינה מיועדת לשימוש קבוע ע"י שכן אחד יומם ולילה, אלא כל אחד משתמש בה זמן ידוע. ומכיון שהחזקת במשך שלוש שנים בכל חג סוכות להקים סוכה במקום, הרי זו חזקת שלוש שנים.

מיהו אין לך טענה. כי טענה פירושה שעליך לטעון **שקנית** את הזכות להקים סוכה. אך הרי אינך טוען שקנית את הזכות להקים סוכה, אלא שבנית סוכה ואף אחד מהשכנים לא מחה. ואין זו טענה לחזקת קרקעות; ורק לדעה הסוברת שבחזקת תשמישין אין צורך בטענה, מועילה טענת מחילה מסוג זה של הסכמה שבשתיקה. ורק אם ביקשת רשות מהשכנים, והם הסכימו לכך – הרי זו טענה, וחזקתך חזקה.

כל זאת נכון גם כאשר מדובר באדם שהיתה לו חזקה לבנות סוכה בחצר חבירו. אך בנד"ד, שהמדובר בחצר השותפין, יש פוסקים הסבורים שאין צורך כלל בחזקת שלוש שנים ובטענה, אלא בהעמדה גרידא אנו אומרים שמכיון ששתק מסתמא מחל; וא"כ לאלתר הרי זו חזקה. וכן כתב הסמ"ע (סי' ק"מ ס"ק כ"ב) עפ"י החנויות של תגרים וכיוצא בהם, שאין דרים בהם אלא ביום, כיון שדר בהם ג' שנים ביום – הרי זה חזקה.

כלומר, אע"פ שבפועל לא היו כאן שלוש שנים מלאות, שהרי בלילות לא דר בהן, ואין כאן אלא שנה וחצי בסך הכל, מכיון שהחזיק שלוש שנים בימים – הרי זו חזקה. ועל כך כתב הרמ"א:

> ויש אומרים דבענין שהחזיק בהן שש שנים ביום (והטעם לכך הוא כנ"ל, משום שבלילות לא החזיק, ויש צורך בשלוש שנים מלאות).
>
> ויש מחלקים, דאם היתה כבר חנות, סגי בחזקת ג' שנים (מפני שזוהי דרך שימושה של החנות – רק ביום); אבל אם היה כבר בית, והוא עשה ממנה חנות – צריך שיחזיק בה שש שנים ביום. וכסברה זו נראה לי להורות.

הר"י מיגאש (ב"ב נ"ז ע"א ד"ה משנה) והרמב"ם (הל' שכנים פ"ה ה"ה). אלא שהרמ"א (סעי' ט"ו בהג"ה) סובר כנראה כדעת הריב"ש (סי' רמ"ח), שגם בחצר השותפין יש צורך בחזקה. ולכן יש להתייחס למקרה שלך כאילו היה חצר של זולתך.

ולפי זה בנד"ד, אמנם יש לך חזקת ג' שנים, אך יש להסתפק אם נדרשת טענה. ומכיון שאינך טוען שקיבלת רשות מפורשת מן השכנים, הדין נותר בספק.

ג. חזקה בסוכת החג

ומצינו מקרה דומה לשלך במסכת ב"ב (ו' ע"ב), שם נאמר:

> אמר רבינא: האי כשורא דמטללתא – עד תלתין יומין, לא הוי חזקה; בתר תלתין יומין, הוי חזקה. ואי סוכה דמצוה היא – עד שבעה יומין, לא הוי חזקה; בתר שבעה יומין, הוי חזקה...

ולכאורה מבואר שם שסוכת החג, אם אינה נשארת אלא עד שבעה ימים – אינה חזקה. ורק אם נשארת לאחר שבעה ימים, הרי זו חזקה. אך יש לחלק בין המקרים, כי שם מדובר במי שמחזיק **כל השנה** בסוכה שהחל בה בסוכות, ורוצה להסתמך על שתיקת השכנים במשך חג הסוכות. ומשתיקתם במשך חג הסוכות אין ראיה כלל להסכמתם אחרי סוכות, ולכן אין חזקתו חזקה. אך לחג הסוכות בלבד בשנים הבאות יש לומר שחזקתו חזקה, אם כי הדבר אינו מפורש בגמרא.

תשובה

למעשה נראה שיש לך חזקת שלוש שנים, אך יש כמה מחלוקות בשאלה אם נדרשת גם טענה. ומכיון שהמדובר בחצר משותפת, שאף אתה מוחזק בה כמו שכנין, יתכן שיש לך חזקה לבנות סוכה באותו גודל ובאותו מקום בכל חגי הסוכות הבעל"ט. כלומר, מספק אין לשכנים רשות למנוע ממך להקים סוכה לחג, ובפרט כאשר רק שכן אחד מוחה על כך, והיתר שותקים. מיהו כדי לצאת ידי חובת סוכה כהלכה, מומלץ לך לפייס את השכן המוחה בדרך כלשהי, כגון שתרכוש משהו לצרכי הבית המשותף.

מסקנות

א. חזקת תשמישין בחצר משותפת, יש ספק אם צריכה חזקת ג' שנים וטענה, ולמעשה יש להכריע בה עפ"י טענות הצדדים וצירוף של שיקולים נוספים.

ב. חזקה שאינה רצופה, אם היא מתקיימת במקום שמקובל להשתמש בו שלא ברציפות – נוצרת לאחר שעבר משך זמן של שלוש שנים, אף אם אין שימוש של שלוש שנים בחשבון מצטבר; אבל חזקה זו צריכה טענה (גם בחצר השותפין).

סימן פז

מניעת כניסה של גבר לדירת רווקות

ראשי פרקים

שאלה
א. עיכוב מצד דיני ייחוד וצניעות
ב. עיכוב מצד מידת חסידות
ג. עיכוב מצד ריבוי הנכנסים
תשובה
מסקנות

שאלה *

שתי מורות גרות בבית אחד עם מורות אחרות. המורות האחרות מאפשרות לאחד המורים להיכנס לבית בדרך קבע על מנת לשוחח עמן בענייני עבודתן. השתים הראשונות מתנגדות לכך. האם הן יכולות למנוע מחברותיהן להכניס את אותו מורה לדירתן?

א. עיכוב מצד דיני ייחוד וצניעות

ראשית יש לברר אם יש איסור בכניסת אותו מורה לביתן של המורות. ולכאורה יש בזה איסור משום ייחוד, אם יש בבית רק שתי מורות. אך אם הבית פתוח וחלונותיו פתוחים, וכל עובר רואה את הנעשה בבית, או שיש בבית יותר משתי מורות – אין בזה משום איסור ייחוד (שו"ע אה"ע סי' כ"ב סעי' ט'); ואין השואלות יכולות לעכב על האחרות.

אך יש לומר, שאמנם אין כאן איסור, אך ממידת הצניעות בוודאי מן הראוי הוא שאותו מורה לא ייכנס; ולפחות מידת חסידות יש כאן שלא ייכנס, אם לא יותר מזה. והשאלה הנשאלת היא: האם הן יכולות למנוע מן האחרות לשוחח עם אותו מורה, למרות שאיסור זה הוא רק מצד מידת חסידות?

ב. עיכוב מצד מידת חסידות

והנה מצינו במשנה במסכת ב"ב (ז' ע"ב):

כופין אותו לבנות בית־שער ודלת לחצר (רש"י: כופין אותו – את בן החצר שאינו רוצה לסייע את בני החצר לבנות להן בית־שער, להיות שומר הפתח יושב שם בצל ומרחיק את בני רשות הרבים מלהציץ בחצר).

ועל כך נאמר בגמרא (שם):

למימרא דבית־שער מעליותא היא. והא ההוא חסידא, דהוה רגיל אליהו דהוה משתעי בהדיה, עבד בית שער, ותו לא משתעי בהדיה (רש"י: לפי שמפסיק בעניים הצועקין, ואין קולן נשמע).

והקשה החזו"א (ב"ב סי' ד' ס"ק ז' ד"ה שם והא), מדוע הקשתה הגמ' מההוא חסידא ולא כתבה בפשיטות שאסור לעשות כן מפני העניים? ותירץ החזו"א, שאע"פ שרק מידת חסידות היא שלא לבנות בית־שער, ורק ההוא חסידא, שזכה לגילוי אליהו, היה מחוייב להימנע מלבנות בית־שער, בכל זאת אין אחד מהשכנים יכול לכפות את זולתו לבנות בית־שער. וזאת משום שהשני יכול לטעון: מידת חסידות היא שלא לבנות, ואיני רוצה לבנות. וא"כ לכאורה האחד יכול לעכב את האחרים מכוח מידת חסידות. והוא הדין לנד"ד, שהמורות יכולות למנוע מחברותיהן להכניס את הבחור לביתן, למרות שהקפדה זו היא רק ממידת חסידות.

אך יש לומר שהמקרים אינם דומים זה לזה. שם באמת אין הוא יכול למנוע משכניו לבנות בית־שער. אמנם יכול הוא להיפטר מלהשתתף בהוצאות לבנות בית־שער, אך אינו יכול לעכב

* אלול תשכ"ה, תשובה לבנות שירות לאומי.

על האחרים, שאינם רוצים להיות חסידים כמותו, לבנות בית־שער. והוא הדין בנד"ד, שאין הללו יכולות לעכב על חברותיהן להכניס את אותו מורה.

ועדיין יש לטעון ולומר שדווקא שם אין השכן יכול לעכב על חבריו מלבנות בית־שער; שהרי אם הם יבנו, הוא יהיה אנוס, ופטור לגמרי. אבל כאן אותן מורות מוצאות את עצמן אנוסות בדבר הנראה חמור בעיניהן. ולא שייך להקל בזה בטענת אונס, ואף שאולי דבר זה אינו כל כך מעיקר הדין, עכ"פ זוהי חומרא רצויה. והמחמירות בזה יכולות להחמיר על עצמן ולומר שאפילו באונס אינן רוצות לדור באופן כזה, שלפי דעתן גורם להן נזק מוסרי ונפשי, ואולי גם שם רע. ולכן נראה לומר שיכולות לעכב.

ואולי מקרה זה דומה יותר למה שנפסק בשו"ע (חו"מ סי' קס"ב סעי' א'): "בני מבוי כופין זה את זה לעשות לחי וקורה למבוי (לצורך טלטול בשבת). אבל אם באו להעמיד לו דלתות, אפילו אחד מהם יכול לעכב ולומר: אני רוצה להיכנס בחבילתי עד פתחי" (והדלת מפריעה לי). והוא הדין כאן, שהאחת יכולה לעכב, בטענה שרוצה להתלבש בלבוש נוח לה, ובגלל כניסתו של אותו מורה, עליה להימנע מללבוש בגדים המיוחדים לבית. וטענה זו עדיפה יותר מטענה המבוססת על מידת חסידות, שכן שם השכנים יכולים לבנות את בית השער בעל כרחו של המתנגד. אך כאן אין המורות האחרות יכולות לדרוש מהמורות המקפידות יותר על צניעותן, שתתלבשנה בבגדים שאינם נוחים להן.

ג. עיכוב מצד ריבוי הנכנסים

מעבר לכל זה, יכולות הן לעכב מצד ריבוי הנכנסים. ודבר זה למדנו ממה כתב הרמ"א (ד"מ חו"מ סי' קנ"ד ס"ק ג'):

עוד כתב המרדכי (ב"ב פ"ג סי' תקנ"ח) בשם מוהר"ם (מרוטנבורג) על הרבה שותפין בבית אחד, והאחד מרשה לאחרים רבים להשתמש בחלקו – חבריו יכולין לעכב עליו. ואע"ג דאמרינן בנדרים (מ"ז ע"א) לגבי מודר הנאה, דיכול לומר: של חברך אני נכנס – ה"מ בחצר, אבל בבית ודאי קפדי אינשי.

וכך פסק הרמ"א להלכה (סעי' ב' בהג"ה). ויש ללמוד מכאן ק"ו לגבר הנכנס לבית של רווקות צעירות וצנועות, שהן מתביישות מפניו מלעשות הרבה דברים צנועים (כגון: ללבוש בגדים המיוחדים לבית, ועוד), ויש מקום לקפידתן.

אע"פ שאין בדירה זו רוב של מתנגדות, הדבר דומה קצת למה שנאמר במסכת פאה (פ"ד מ"א):

אפילו תשעים ותשעה אומרים לחלוק, ואחד אומר לבוז – לזה שומעין, שאמר כהלכה.

ואף כאן, אע"פ שזוהי רק חומרא – מ"מ חומרא רצויה היא, ולכן שומעין לאלו שאמרו כהלכה.

ומה שכתב הד"מ "והאחד מרשה לאחרים רבים להשתמש בחלקו", לאו דווקא רבים, והוא הדין לאחד. וכן כתב הט"ז (סי' קנ"ד סעי' ב' בהג"ה, ד"ה שנים). והאיסור בבית הוא אפילו בתשמיש עראי, כבנד"ד; שהרי בתשמיש קבוע גם בחצר אסור, וכמו שכתב שם הסמ"ע (ס"ק ז"ח').

תשובה

למעשה נראה שמעיקר הדין צודקות אותן מורות המבקשות לאסור על חברותיהן להכניס את המורה העובד אתן ולשוחח עמו בדירה המשותפת. אך בכל זאת נראה לומר שאע"פ שהדין עמן, לא תבואנה מכוח פסק דין זה, אלא תנהגנה בדרכי נועם; ותמנענה את כניסת הבחור לביתן מבלי לפגוע בו או בחברותיהן.

מסקנות

א. מן הראוי להימנע מלהכניס גבר לדירה של רווקות, גם אם השיחה ביניהם מותרת מצד תוכנה ומטרתה.

ב. אדם אינו יכול לחייב את שכנו להשתתף עמו בהוצאות לצורך דבר שעשייתו אינה ראויה מטעם מדת חסידות; אבל אינו רשאי למנוע ממנו לעשות את הדבר הזה על חשבונו.

ג. אסור לאדם להכניס אורח או דייר נוסף לדירה המשותפת לו ולאדם אחר, אם הדבר גורם הפרעה לאורח החיים התקין של שותפו.

סימן פח

הרחקת נזקי חולדות בחצר

ראשי פרקים

שאלה

א. חיוב הרחקה בגרמא בנזיקין
ב. "גיריה דיליה" במשיכת בעלי חיים למקום
ג. ספק בחיוב הרחקת נזיקין
ד. חיוב הרחקה בבעלי־חיים
ה. חיוב מצד נזקי ממונו

תשובה

מסקנות

שאלה *

אחד מחברי הכפר הניח בחצרו חבילות חציר, ובתוכן מצאו להן מחסה – חולדות. החולדות גורמות נזקים ללולים שמסביב ומתרוצצות בחצרות השכנות, ונוכחותן גורמת לבהלה ונזקים. אחד השכנים התלונן על חבירו. ודרישתו היא שהלה יסלק את החציר מחצרו, כדי שהחולדות ייעלמו מהמקום.

א. חיוב הרחקה בגרמא בנזיקין

נאמר במסכת ב"ב (כ"ב ע"ב – כ"ג ע"א):

רב יוסף הוו ליה הנהו תאלי, דהוו אתו אומני ויתבי תותייהו; ואתו עורבין, אכלי דמא וסלקי ויתבי בתאלי, ומפסדי תמרי. אמר להו רב יוסף: אפיקו לי קורקור (עורבים) מהכא.

א"ל אביי: והא גרמא הוא! א"ל: הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת, גרמא בניזקין אסור.

והנה יש לדמות את המקרה הנדון לאותם עורבים שבאו בגלל מקיזי הדם. אך למעלה (דף כ"ב ע"ב) **מבואר שלדעת ר' יוסי, דקיי"ל כוותיה, אין אדם חייב להרחיק את נזקיו מרשותו אא"כ מדובר ב"גירי דיליה", כגון שהנמיה קופצת מיד עם הנחת הסולם. וכמו שפירש רש"י** (ד"ה דבהדי):

"בעוד שאוחז בסולם". ע"כ באותם עורבים ג"כ צריך לומר שהוא "גירי דיליה". וכמו שכתב בעליות רבינו יונה (דף כ"ג ע"א ד"ה הא): "דכי הוו אתי לעורבים, הוו האומנין מפריחים אותם". וא"כ בנד"ד, שאין בעל החציר גורם שהחולדות יזיקו ב"גירי דיליה", אין לחייב אותו בהרחקת נזקיו. וכלל גדול הוא בהרחקת נזקין, שכל שאין ההיזק קורה בשעת המעשה של האדם הגורם לו – הרי הוא פטור מלהרחיק (עי' שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סעי' ל"א־ל"ב). ומכיון שסוגיא זו צריכה עיון, עלינו לפרשה כשמלה.

ב. "גיריה דיליה" במשיכת בעלי חיים למקום

נאמר במשנה (ב"ב כ"ב ע"ב):

מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמיה.

ועל כך נאמר בגמ':

לימא מתניתין דלא כר' יוסי. דאי ר' יוסי, הא אמר (שם כ"ה ע"א) "זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו".

אפילו תימא ר' יוסי. הא אמר רב אשי: כי הוינן בי רב כהנא, הא אמר: מודי ר' יוסי בגירי דידיה... ה"נ זימנין דבהדי דמנח ליה יתבא (נמיה) בחור וקפצה (רש"י: בעוד שאחז בסולם – קפצה).

וכן פסקו הרמב"ם (שכנים פ"ט ה"ז) **והשו"ע** (סי' קנ"ה סעי' ט"ז). **ואלו דברי השו"ע:**

מרחיקין את הסולם מהשובך של חבירו ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמיה בעת שמניח הסולם ותעלה לשובך ותאכל את הגוזלות.

ובהמשך הגמרא (שם):

רב יוסף הוו ליה הנהו תאלי, דהוו אתו אומני ויתבי תותייהו; ואתו עורבין, אכלי דמא וסלקי ויתבי בתאלי, ומפסדי תמרי. אמר להו רב יוסף: אפיקו לי קורקור מהכא.

* תמוז תשל"ג.

וקשה, הרי שם העורבים נמשכים לדם, והדם מסתמא נמצא שפוך על הארץ, והעורבים נמשכים לשם לא רק בשעה שהאדם מקיז דם. ובדרך כלל העורבים חוששים מבני אדם, וכשאדם מקיז דם הם אינם מעיזים להפריע לו; ורק אח"כ, כשהאדם הולך והדם נשאר, אז באים העורבים; וא"כ אין כאן "גיריה דיליה"!

ותירץ רבינו יונה (עליות דר"י, דף כ"ג ע"א ד"ה הא) שכאשר העורבים מגיעים, האדם מפריח אותם ממנו, והם פורחים מאותו עץ ומזיקים. וא"כ זהו "גיריה דיליה" ממש.

אלא שהרמב"ם והשו"ע לא הזכירו שהאדם מפריח אותם, וכנראה הם סוברים כשיטת התוס' המובאת לקמן. וצ"ע.

את אותו עיקרון ניתן לראות בסוגיא נוספת (דף כ"ו ע"א):

> רבה בר רב חנן הוו ליה הנהו דיקלי אמיצרא דפרדיסא דרב יוסף. הוו אתי צפורי, יתבי בדיקלי, ונחתי בפרדיסא ומפסדי ליה. א"ל רב יוסף: זיל קוץ...

ועל כך כתב הרא"ש (פ"ב סי' כ"ח):

> ואע"ג דקיי"ל הלכה כר' יוסי – הא אמרינן: מודה ר' יוסי בגיריה דיליה. הכא נמי גיריה דיליה היא, דכשרואה בעל האילן עופות יושבין על האילן, מפריחן והולכין ויושבין בגפן...

וכתב הב"י (סי' קנ"ה, דף קי"ג סד"ה היו) שלדעת הרא"ש אין הפרש בין נוטע אילנות גדולים לבין זורע זרעי אילנות. כי לא נטיעת האילנות כשלעצמה היא המזיקה, אלא זה שבעל האילנות מפריח מהם את העופות, ולכן הוא הדין בזורע.

אולם התוס' (ד"ה אבל בגפנים) **כתבו:**

> והוא כשנטע דקלים כשהם גבוהים. אבל אם נטע גרעין – לא; דממילא קא גדל, ולא גיריה דיליה הוא.

ולדבריהם צריך לומר שבאילנות גדולים הבעיה קיימת רק אם ברגע שנוטע אותם העופות עפים מהאילנות לדקלים. וכמו שמצינו בסולם ונמיה, שרק אם הנזק בא ברגע שמניח את הסולם והנמיה קופצת זהו "גיריה דיליה"; אך אם הנמיה קופצת אח"כ, אין זה "גיריה דיליה".

הרמ"א (סי' קנ"ה סעי' כ"ה בהג"ה) **הביא את שתי השיטות:**

> ויש אומרים דבין גפנים לאילנות בנינן להרחיק כפי אומד הדעת שלא יפריחו העופות מן האילנות אל הגפנים בשיטה אחת.

דעה זו היא שיטת הרא"ש בפסקיו. ועי' ביאור הגר"א (ס"ק ע"ד) שציין לדברי הרמ"א לעיל (סעי' ז' בהג"ה, עפ"י תשובת הרא"ש כלל ק' סעי' ד'; וכן סעי' כ' בהג"ה, עפ"י תשובת הרא"ש כלל ק"ח סי' י'). **והטור** (דף ק"א ע"ב) **הביא את תשובת הרא"ש** (כלל ק"ח שם) שהגדרת "גירי דיליה" תלויה לפי ראות עיני הדיינים. ולא צריך שהנזק יבוא מיד; אלא אם הוא נזק תמידי וקשה והמזיק יכול למונעו בקלות, והניזק אינו יכול להרחיק את עצמו ממנו – הרי זה בכלל "גיריה דיליה". ולכן סובר הרא"ש שאם העופות יכולים להגיע ישר מהאילנות אל הגפנים – הרי זה "גיריה דיליה", ועל המזיק להרחיק את נזקו. ומוסיף הרמ"א (סעי' כ"ה בהג"ה):

> יש אומרים דווקא בנוטע אילנות; אבל נוטע גרעין והאילן ממילא גדל – אין צריך להרחיק.

דעה זו היא שיטת התוס' שהובאה לעיל (ע"י"ש).

ובשטמ"ק (ד"ה מהני) **כתב בשם "שיטה לא נודעה למי", שהרי"ף** (דף י"ג ע"ב) **לא הביא הלכה זו בענין הרחקה בין גפנים לאילנות, משום שאין כאן "גיריה דיליה".**

נמצינו למדים שנחלקו הפוסקים בנזק קבוע כגון זה, שבעלי חיים נמשכים למקום וגורמים נזק לשכן, אם זהו "גיריה דיליה": לדעת הרא"ש זהו "גיריה דיליה", ולדעת התוס' אין זה "גיריה דיליה". אמנם בשו"ע הובאו שתי הדעות, אך בשני מקומות (סעי' ז' וסעי' כ') **כתב הרמ"א** (בהג"ה) שהכל תלוי לפי ראות עיני הדיינים.

ג. ספק בחיוב הרחקת נזיקין

בנדון דידן קשה להעריך אם אכן הנזק הזה נחשב ל"גיריה דיליה". וצריך עיון, מה הדין

כשיש ספק אם זהו "גירי דיליה"? עי' שו"ת רעק"א (סי' קנ"א בסופו, ד"ה אמנם) שכתב שבמקום שיש ספק בשורש הנזק אם הוא "גיריה דיליה" או לא – הרי המזיק הוא המוחזק, ואינו צריך לבטל את שימושו בחצירו מספק; ועל הניזק להביא ראיה.

והגר"א (סי' קנ"ה ס"ק ח') כתב לענין ספק בהרחקת נזיקין, שהדבר תלוי במחלוקת בין הרמב"ם (הל' שכנים פ"ט ה"ג) והרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ה'). ולדעתו, הרמב"ם הולך לשיטתו (הל' בכורות פ"ה ה"ג), ש"תקפו כהן אין מוציאין מידו". כלומר, לדעת הרמב"ם הניזק מוחזק ברכושו להשתמש בו ללא הגבלה, ולכן המזיק אינו רשאי לכתחילה להניח את הנזק ולהגביל בכך את הניזק בשימושו המקובל ברכושו. אך בדיעבד, אם הניח את הנזק, דינו כ"תקפו כהן", ו"אין מוציאין מידו". ולדעת הרא"ש יכול היה להניח את הנזק לכתחילה, כי הניזק אינו יכול למנוע את הנחת הנזק רק משום שהוא מוחזק ברכוש, כי ספיקא דממונא לקולא. (ועי"ש שתלה בכך גם את המחלוקת בספק אבידה – עי' סי' ס"ב, בהגר"א ס"ק כ"ב, ובספק ממון עניים – עי' יומא ט' ע"א. והדברים צריכים תלמוד, ואכמ"ל). וא"כ בנד"ד, שהמזיק כבר הניח את הנזק, והשאלה היא אם עליו להרחיקו או לא – גם הרמב"ם יודה שאינו חייב להרחיק את הנזק, אא"כ לכתחילה אפשר למנוע את הדבר, אך בדיעבד אין לבטל חזקתו מספק (ועי' לקמן סי' צ' אות ג').

ד. חיוב הרחקה בבעלי־חיים

והנה מצינו שבבעלי־חיים יש חובת הרחקה, אע"פ שאינו גורם להם שיזיקו ב"גירי דיליה", כגון מה שנאמר במשנה (ב"ב כ"ג ע"א):

> מרחיקין את השובך מן העיר חמישים אמה. ולא יעשה אדם שובך בתוך שלו, אא"כ יש לו חמישים אמה לכל רוח.

וכן נאמר בתוספתא (פ"א ה"ז):

> וכן היה ר' יוסי אומר: מרחיקין את הדבורים מן העיר חמישים אמה, כדי שלא ינטשו את בני אדם.
>
> ר' נתן אומר: מגדל דבורים כמגדל כלבים.

וכך נפסק להלכה בשו"ע (סי' קנ"ה סעי' כ"ג). אך נראה שיש לחלק בין הדברים: שהרי בדבורים וביונים בעלי החיים עצמם הם גוף המזיק שהונח על ידו. וא"כ יש כאן "גירי דיליה", משום שהוא הניח את בעלי החיים הללו, שהם הולכים ומזיקים. אך בסולם, שעצם הסולם אינו מזיק, אלא שעל ידו באה הנמיה אל השובך, בעינן שהנמיה תבוא מכוחו ממש, וכן בעורבים. ולפי זה בנד"ד, שהחולדות אינן באות מכוחו ומזיקות – אינו חייב להרחיק.

ה. חיוב מצד נזקי ממונו

והנה נראה לענ"ד לחייב את בעל החציר בהרחקה מסיבה אחרת. שמכיון שעכשיו החולדות מקננות בחצרו, הרי שהוא אחראי עליהן מדין נזקי ממונו. וכשם שאסור לאדם לגדל כלב בתוך חצרו, אם אינו קשור כראוי (עי' ב"ק ע"ט ע"ב, וכן בדף ט"ו ע"ב), הוא הדין שאסור לגדל חולדה בחצרו. ואע"פ שמצינו (ב"ק פ' ע"א) שמותר לדעת ר' ישמעאל לגדל חולדות משום שהן עשויות לנקר את הבית מן העכברים, ת"ק כנראה חולק עליו; והרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ה ה"ב) פסק כת"ק. ואף לראשונים הפוסקים כר' ישמעאל (הריא"ז, הרי"ד והמאירי), הלא נימוקם עמם, שהמדובר בסוג חולדות מסויים, האוכלות עכברים, אך לא בחולדות מזיקות, כבנד"ד. ומכלב למדנו שלא רק חייב על נזקיו, אלא חייב גם בהרחקת נזקיו. ואינו דומה לנמיה ולעורבים, שבמקום שאינם בכלל "גירי דיליה", הרי הוא פטור. שהרי שם הנמיה והעורבים אינם גדלים בחצרו, אלא נמשכים ובאים בגלל הסולם או הקזת הדם. אך אותן חולדות – הרי הן גדלות בחצרו, וחייב בנזקיהן, וממילא חייב גם בהרחקת נזקיהן.

ואפשר לומר שיש לחלק בין כלב, שהאדם מגדל אותו והוא בעליו, לבין אותן חולדות, שאין הוא מגדל אותן ואין הוא בעליהן;

ואדרבה, גם הוא היה שמח להיפטר מהן, אלא שהן מקננות בחצרו למורת רוחו. והדבר תלוי בדיוק דברי הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"א ה"א):

כל נפש חזיה שהיא **ברשותו** של אדם, שהזיקה – הבעלים חייבים לשלם, שהרי **ממונם** הזיק, שנאמר: "כי יגוף שור איש את שור רעהו".

וכתב על כך האור־שמח (תחילת הל' נזקי ממון, ד"ה אולי) שאולי כוונת הרמב"ם היא להוציא דבורים, שאינן ברשותו של אדם, ואינן "ממונו", כיון שאין בהן קנין. ומסיבה זו הוזכרו הדבורים רק לגבי חיוב ההרחקה לכתחילה, כמו שהבאנו לעיל מהתוספתא. וא"כ בנד"ד יש לומר שחולדות אלו אינן דומות לדבורים: דבורים, כיון שהוא מגדל אותן באותו מקום, מיקרי "גירי דיליה", וכמו שכתבנו לעיל (אות ד'). אך חולדות, שבאו לבד ואין הוא מגדל אותן – דין הרחקה אין כאן, משום שאין כאן "גיריה דיליה"; ואף דין נזקי ממון אין כאן, משום שאין לו בעלות עליהן. אך הנמוק"י (לרי"ף דף י"ב ע"א, ד"ה גמ') כתב במפורש שאדם חייב על נזקיהן של יוני שובך ויוני עליה. מיהו שם יש לומר שכיון שיש בהן איסור גזל מפני דרכי שלום (ב"מ ק"א ע"א, ועי' סמ"ע סי' ש"ע ס"ק א'), הרי הוא כבעליהם לענין נזקיהם. אך חולדות אלו אינן אסורות כלל משום גזל. ועי' אבן האזל (הל' נז"מ פ"א ה"א) שדייק להיפך מלשון הרמב"ם, שכתב "ברשותו של אדם", דהיינו כל מה שבאחריותו, עיש"ה. (והרמב"ן כתב במלחמות, דף ט' ע"ב למטה, שאין אדם חייב על נזקי דבורים בכוורתו, משום שאינן שלו מן התורה אלא משום דרכי שלום).

מיהו נראה לענ"ד שיש לפטור את בעל החציר. אפילו לפי מה שכתב הישו"ש (ב"ק פ"ו סי' ב') בדעת הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ד ה"ג), שגזלן שהכיש בהמה על מנת לאבדה, חייב בנזקיה; וטעמו הוא, שכיון שגזלה ומכיש בה, הרי היא ברשותו ברגע זה. אך נראה שבאותן חולדות, שאפילו ברשותו אינן, לכן הוא פטור. וכי יעלה על הדעת שאם הניחו לאדם דבר בחצרו בעל כרחו, שהדבר נהיה ברשותו ובאחריותו?! פשיטא שאינו שלו ואינו ברשותו! (וצ"ע, שמאחר שיודע שהחציר מושך חולדות, הדבר דומה לפסיק רישיה. אך לפי מה שהסיק הישו"ש, שאם הכיש בה על מנת לאבדה הרי הוא פטור – ק"ו הוא בנד"ד, שהחציר שלו מושך את החולדות אליו בלי רצונו, שפטור).

והנה בנתיה"מ (סי' קנ"ה, ביאורים ס"ק י"ח) הקשה על חובת ההרחקה של הדבורים מהחרדל ושל היונים מן העיר, מדוע לא יתחייבו הבעלים מדין שור שהזיק בנזקי שן? והביא את תירוצו של הרמב"ן (במלחמות, לרי"ף דף ט' ע"ב) שהטעם הוא משום שלא קנה אותן אלא מפני דרכי שלום. והנתיבות כתב על תירוץ זה שהוא דוחק. ומתוך כך קבע כלל גדול בהלכות נזיקין, והוא: שלא שייך לחייב על ארבעה אבות נזיקין אלא כשבעליהם יכול להניחם ברשותו ולשמור עליהם שלא יזיקו. אך אם המזיק אינו יכול לשמור עליהם כלל ברשותו, ואילו הניזק יכול להרחיק את עצמו כדי שלא יוזק – לא חלה על המזיק החובה להרחיק את נזקיו ולשלם עליהם; מפני שאין מקום למנוע מאדם כל שימוש סביר שהוא מעוניין להשתמש בו ברשותו, כל זמן שחבירו יכול למנוע מעצמו את הנזק. (ועי' לקמן סי' צ' אות ח', וייתכן שהרמב"ן, החולק שם על הרי"ף והרמב"ם, הולך אף כאן לשיטתו).

וא"כ לפי הרמב"ן יש לומר שבנד"ד, מכיון שאפילו מדרבנן לא קנה את החולדות – הרי הוא פטור. אך לפי נתיה"מ יתכן לומר שכיון שבעל החציר יכול למנוע את התרבותן של החולדות, ע"י פעולות נמרצות, מבלי שהדבר יגביל את שימושו בחצרו, בעוד שלניזק קשה יותר למנוע את נזקן של החולדות – לכן יש מקום לחייב אותו למנוע את החולדות למרות שאינן שלו. ובפרט לדעה הסוברת שבנזקי ממון יש גם איסור (עי' טור סי' שפ"ט בתחילתו); וספק איסורא לחומרא, דלא גרע מגרמא בנזקין, שאסור (ב"ב כ"ב ע"ב).**תשובה**

על בעל החציר למנוע את התרבות החולדות, או

לחלופין לסלק את החציר. וזאת משני טעמים:
א. לדעת הרא"ש בתשובה, כל נזק קבוע וקשה שניתן למונעו הרי הוא בכלל "גיריה דיליה", ועל המזיק להרחיק אותו.
ב. לפי הנתיבות, כיון שהוא יכול למנוע את התרבות החולדות מבלי שהדבר יגביל את השימוש בחצרו – חלה עליו חובת השמירה למנוע את הנזק, גם אם לא מן הדין, לפחות לפנים משורת הדין.

מסקנות

א. הנחת דבר שמושך בעלי חיים הנכנסים ומזיקים ברשותו של הזולת לאורך זמן ממושך, יש ספק אם היא בכלל "גירי דיליה". ולדעת הרא"ש, אם לפי ראות עיני הדיינים הנזק קבוע וקשה ונגרם ע"י המזיק – הרי זה בכלל "גיריה דיליה", ועליו להרחיקו.
ב. בכל ספק ב"גירי דיליה", אם המזיק כבר החזיק בנזק, אין לחייב אותו להרחיק.
ג. אדם חייב על ממונו שהזיק מפני שהוא ממונו ולא משום שיצא מרשותו. ולכן אין אדם חייב לשלם על נזקים שביצעו בעלי חיים שאינם שלו, שהתרבו ברשותו והזיקו ברשות הזולת. אולם גם במקרה כזה הוא עובר על האיסור להזיק לזולת.

סימן פט

עקירת פרדס שיש בו מחלה ממארת

ראשי פרקים

שאלה
א. חיוב מדין אש
ב. אש הדולקת בחצרו מאליה
ג. חיוב מצד נזקי שכנים
ד. חיוב מצד נזקי רבים
תשובה
מסקנות

שאלה *

בפרדס לימונים של חבר אחד התגלתה מחלה ממארת וחשוכת מרפא, שעלולה להתפשט ולפגוע גם בפרדסים אחרים. מוסדות הכפר דורשים ממנו לעקור את העצים לפני שיגרמו נזקים לציבור כולו. אולם הלה דורש פיצויים מהציבור על עקירת העצים. האם הציבור יכול לדרוש ממנו את עקירת הפרדס? ואם כן, האם הציבור חייב לפצות אותו על כך?

* ניסן תשל"ה.

א. חיוב מדין אש

לכאורה נראה שאין מקום לחייב אותו לעקור את העצים, שהרי אין כאן "גירי דיליה", ולא הוא שהביא את המזיק לכאן ע"י מעשיו (עי' לעיל סי' פ"ח).

אלא שצ"ע אולי יש להגדיר את המחלה ההולכת ומתפשטת כ"אש". וכיון ש"אשו משום חציו" (ב"ק כ"ב ע"א), יש לראות בה "גירי דיליה". ולכן חובה עליו לעקור את העצים הנגועים, כמו שעליו לכבות אש שעלולה להתפשט מחצרו, אע"פ שלא הוא הדליק אותה. ובשלמא באש נתנו שיעורים להרחקה, אולם מחלה זו, אין שיעור להרחקתה. גם באש תדירה לא מועיל השיעור לפטור מנזקין, אלא רק לחיוב הרחקה לכתחילה (עי' רי"ף ב"ק דף כ"ה ע"ב, קצוה"ח סי' קנ"ה ס"ק א').

וא"כ צ"ע אם בנד"ד החשש להתפשטות המחלה הוא חשש סביר, שיש מקום לתקן בו דין הרחקה; או שהוא חשש רחוק, שאין מקום

לתקן בו דין הרחקה, אלא רק לחייבו בתשלומין לכשיזיק.

ב. אש הדולקת בחצרו מאליה

אלא שהנחתנו, שאדם חייב גם על אש שלא הוא הדליק אותה, שנויה במחלוקת גדולה בין הראשונים. מפשט לשונה של הגמ' בב"ק (כ"ג ע"א), "כגון שנפלה דליקה לאותה חצר", משמע שגם בדליקה שנפלה מאליה בעל החצר חייב על נזקיה. וכלשון זו נקט גם הרמב"ם (הל' נזקי ממון פי"ד ה"ד), וכתב:

> נפלה דליקה בחצרו... אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו – חייב.

וכן דייק באבן האזל (לרמב"ם שם).

אך מלשונו של רבנו חננאל (ב"ק שם) משמע שחולק, ואלו דבריו:

> כגון **שהצית אש** בחצר, ונפלה גדר שלא מחמת הדליקה, והלכה האש והזיקה בחצר אחרת, דכלו חציו...

ולדעתו, כוונת הגמ' לומר שבמקרה כזה פטרה אותו התורה מטמון, אך על הגלוי הוא חייב, כדין כל נזקי אש. ומשמע מדבריו שאם נפלה הדליקה מאליה, הרי הוא פטור אף על הגלוי. *

ולכאורה יש לפשוט בעיה זו ממה שנאמר בסוגיא אחרת במסכת ב"ק (ס' ע"א):

> ת"ר: ליבה וליבתה הרוח; אם יש בליבויו כדי ללבותה – חייב, ואם לאו – פטור...
>
> רבא אמר: כגון שליבה ברוח מצויה, וליבתו הרוח ברוח שאינה מצויה.

ולכאורה, מה ההבדל בין דליקה שנפלה בחצר לבין ליבתה אותו רוח שאינה מצויה, ומדוע בליבתו רוח שאינה מצויה הרי הוא פטור? אלא ע"כ יש לומר שאדם אינו חייב על אש שלא הוא הצית אותה.

ובשו"ת הריב"ש (סי' תקי"ז) כתב שמי גשם היורדים מהעליה לבית אינם באחריותו של בעל העליה; משום שלא הוא שפך את המים, אלא הגשם הוא שהביא אותם לכאן. ולדעתו אין זה דומה לאבנו, סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו והזיקו, שחייב (ב"ק ג' ע"ב); שכן שם חייב משום שהוא זה שהעלה אותם לגג. ומשמע לכאורה מדבריו שדליקה שנפלה מאליה בחצרו – הרי הוא פטור עליה. וע"כ הוא מפרש כדעת הר"ח ולא כפשט דברי הגמ'.

מיהו יתכן שיש לחלק בין המקרים: בגשם שוטף שיורד לעליה ומשם לבית – אין באפשרותו של בעל העליה למנוע את הנזק. אך בדליקה שנפלה בחצירו, מדובר כשיכול היה לכבותה או לעצור אותה, והוא לא עשה כן.

ובברכת שמואל (ב"ק סי' י' ס"ק ד', סי' י"ז ס"ק ו') כתב שבאש החיוב הוא על מעשה ההדלקה. ואם ההדלקה נעשתה באונס, אינו חייב על כך שלא כיבה. וכתב שאין זה דומה לבור ברשותו, שגם אם נחפר באונס הרי הוא חייב על כך שלא כיסהו. וצע"ג בכל זה.

וא"כ יש להסתפק אם ניתן לחייב אדם על דליקה שנפלה בחצרו והתפשטה לחצר חבירו, גם אם יכול היה לכבותה. ולענין חיוב ההרחקה, הדבר אולי תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם והרא"ש במצב של ספק בחיוב הרחקת נזיקין, אם הולכים בו לחומרא או לקולא (עי' לעיל סי' פ"ח אות ג').

ג. חיוב מצד נזקי שכנים

הרמ"א (חו"מ סי' קנ"ה סעי' ד' בהג"ה) כתב בשם הריב"ש (סי' תקי"ז), שאם ירדו גשמים על העליה וירדו למטה אל הבית, על הניזק לתקן את הגג כדי שלא יוזק. והקשה הש"ך (ס"ק ג'), הרי בכל

* ובתוס' (ב"ק כ"ב ע"א ד"ה אשו) כתבו: "אשו משום ממונו... ולא שיהא האש שלו, דאפילו הדליק באש של אחר – חייב, כדאשכחן בהכונס" (ב"ק נ"ו ע"א, יעוי"ש). ומדוע לא הביאו ראיה מהסוגיא הסמוכה, שאמרה: "כגון שנפלה דליקה באותה חצר", משם משמע שחייב גם על אש שאינה שלו? ומוכח מכאן אחת מהשתים: (א) שהתוס' מפרשים כדעת הר"ח, שהמדובר כשהוא הדליק את האש, וא"כ זוהי אש שלו לכל דבר. (ב) לדעת התוס' אש כזאת נחשבת כשלו, גם אם לא הדליק אותה בעצמו.

צרכי הגג הדין הוא שעל בעל העליה לתקן (עי' שו"ע סי' קס"ד סעי' א' בהג"ה)! והגר"א (ס"ק י"א) הביא את תירוצו של הב"ח (דף ק"ח ע"ב, ד"ה ואם), שהמדובר במקרה שהגשמים באו שלא בפשיעת בעל העליה, כגון גשם שוטף.

וא"כ יש לומר שנד"ד דומה לגשם שוטף, שהרי המזיק בא שלא בפשיעת בעל הפרדס, ולכן על הניזק להרחיק את עצמו.

והחתם סופר (בחידושיו לשו"ע, סי' קנ"ה סעי' ד' ד"ה ש"ך) כתב ששתי טענות הן: טענת נזק מהגשם וטענת תיקון הגג. אמנם בעל העליה חייב לתקן את הגג, אך כל עוד לא תיקן וירדו גשמים, אין בעל העליה אשם בנזקי הגשמים. וא"כ גם בנד"ד, אם תתפשט המגיפה, אין השכנים יכולים לבוא אליו בתביעות לפיצויים על הנזק שנגרם לפרדסים שלהם; דלא הוי "גירי דיליה", ואנוס הוא. אך אפשר לבוא אליו בתביעה שיעקור את הפרדס. ולכאורה יש לומר שחייב לעקור.

מיהו יש לומר שמקרה זה אינו דומה לגג. שם בעל העליה משועבד לבעל הבית לתקן את גגו כדי שלא ירדו גשמים לבית. אך בנד"ד אין בעל הפרדס הזה משועבד ליתר חברי הכפר, למנוע מהם נזקים שיבואו אליהם מן הפרדס שלו. (אם כי המושב מבוסס על עזרה הדדית ואחריות הדדית. ויש לבדוק בתקנון המושב, עד היכן אחריות הדדית זו מגעת).

והמסתבר יותר הוא לומר, שמקרה זה דומה למי שהיה לו אילן בתוך שדהו, קרוב לבור חבירו, שאין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו: הרי שרשי האילן שלך נכנסים לבור שלי ומפסידין אותי; שכן זה נזק הבא מאליו לאחר זמן (שו"ע סי' קנ"ה סעי' ל"ב; ועי' מש"כ הרמ"א, סעי' ל"א בהג"ה, שכן הדין בכל כיוצ"ב). ולפיכך יוצא שאין לחייב את בעל הפרדס הנגוע לעקור את העצים.

מיהו, לפי מה שכתבנו לעיל (סי' פ"ח אות ה') עפ"י נתיה"מ (סי' קנ"ה, ביאורים ס"ק י"ח), שרק כאשר שמירת נזקיו מונעת ממנו את עצם השימוש הסביר ברשותו אין הוא חייב בתשלום על נזקיו ובשמירתם, מה שאין כן כאשר בלאו הכי הוא מוגבל בשימוש ברשותו, שהרי פרדסו נגוע במחלה גם בלי שהוא מזיק לאחרים – יתכן שיש מקום לחייב אותו להסיר את הנזק מרשותו.

ד. חיוב מצד נזקי רבים

אך יש לחלק בין נזקי יחיד לנזקי רבים. ומכיון שכאן התובעים הם כל חברי הכפר, החוששים שהמגיפה תכלה את כל הפרדסים שלהם, הדין שונה. והנה נאמר במשנה (ב"ב כ"ד ע"ב):

> מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה... ואם העיר קדמה, קוצץ ואינו נותן דמים; ואם אילן קדם, קוצץ ונותן דמים.

ועפ"י זה פסק בשו"ע (סי' קנ"ה סעי' כ"ב בהג"ה) בענין גורן, שאם הגורן קדם לעיר – עליו להרחיק אותו, ובני העיר נותנים לו דמיו. ולעומת זאת, לענין אילן ובור נאמר במשנה (דף כ"ה ע"ב):

> מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה... אם הבור קדמה, קוצץ ונותן דמים; ואם אילן קדם, לא יקוץ.

וכבר עמדה הגמ' (דף כ"ד ע"ב) על הסתירה שבין שתי ההלכות ואמרה:

> דילמא שאני היזקא דרבים מהיזקא דיחידי!

ומשמע שתירוץ זה עולה לא רק על ההבדל שבין שתי המשניות בענין חובת התשלומין, אלא גם על ההבדל בענין עצם חובת ההרחקה: שאם האילן קדם לעיר, קוצץ; בעוד שבבור ואילן, אם קדם האילן, לא יקוץ כלל.

ולפי זה יש לומר גם בנד"ד. אמנם בעל הפרדס אינו אשם בנזק; אך מכיון שעכשיו יש נזק לרבים מן הפרדס שלו, עליו להרחיק את הנזק. אלא שחברי הכפר יצטרכו לשלם לו את דמי הפרדס.

אלא שדבר זה צ"ע, אם בנזק הנגרם לרבים יש חובת הרחקה גם בנזק שאינו "גירי דיליה". והנה בנתיה"מ (ביאורים ס"ק י"ג) כתב בדעת הרי"ף (דף י"ג ע"ב), שהסומך בהיתר לא הוי "גירי דיליה". ומצינו בענין היזקא דרבים (כגון בגורן),

שאף שסמך בהיתר, צריך להרחיק. וא"כ הוא הדין בנד"ד, שאע"פ שאין זה "גירי דיליה", כיון שהוא היזקא דרבים – בעי הרחקה.

תשובה

על בעל הפרדס מוטלת החובה לעקור את העצים הנגועים במחלה. מכיון שהפרדס עומד בסופו של דבר לעקירה, ומכיון שהציבור יהיה חייב לפצות אותו על ההפסד שייגרם לו בעקירה המיידית של הפרדס – כל כגון זה כופין על מידת סדום, ועליו לעקור את הפרדס מיד. ומכיון שחייבים לשלם לו את ההפסד, מן הראוי להגיע אתו להסדר כספי קודם לכן.

וכאן נראה לענ"ד שקודם צריכים לשלם לו, ורק אח"כ יקצוץ את הפרדס. שאין חשש ל"קידרא דבי שותפי" כשיש לכפר מזכיר אחראי המנהל את הכספים, ואי אפשר לדרוש מאדם לעקור את הפרדס שלו לפני שמגיעים אתו להסדר כספי. מיהו צ"ע איזה תשלום יש כאן, שהרי אותו פרדס כבר נפגע, והוא עומד לעקירה בין כך ובין כך, ואין לו ערך כלכלי. וכבר כתב הסמ"ע (ס"ק נ') עפ"י ההגהות מרדכי (קידושין סי' תקס"א־תקס"ב) והדרכי־משה (ס"ק ו') שלא יוכל לטעון "תמות נפשי עם פלישתים". אלא שאם היה הדבר תלוי רק בו, היה דוחה את עקירת הפרדס עד לאחר סיום עונת הגידול של הפירות, ואולי אף לשנה אחרת. וא"כ יש לפצותו על הפסד עונת גידול בגלל הקדמת העקירה.

מסקנות

א. מחלה מידבקת שיש סבירות גבוהה לכך שתתפשט אל רשותו של הזולת, מוגדרת כ"גירי דיליה", ויש חובה על המזיק להרחיק את עצמו.

ב. אדם שפרצה אש בחצרו מאליה, יש ספק אם הוא חייב באחריותה.

ג. אדם אינו אחראי על נזק הבא מתוך רשותו מאליו לאחר זמן.

ד. בהיזקא דרבים יש חובת הרחקה גם במקרים שבהם אין חובה כזאת כלפי יחיד, כגון: כשסמך בהיתר או כשאינו "גירי דיליה".

סימן צ

אחריות לנזק בכריתת ענף הנוטה לחצר הזולת

ראשי פרקים

שאלה
א. האחריות לנזקי המרפסת
ב. האחריות לנזקי האזבסט
ג. על מי מוטל לקצוץ את הענף?
ד. שיטת הרמב"ן בדינא דגרמי
ה. האם דין ענפים כדין שורשים?
ו. ספק בנזקי שכנים
ז. האחריות לקציצת הענף
ח. שיטת הרי"ף בהרחקת נזקין
ט. סיכום השיטות להלכה
תשובה
מסקנות

שאלה *

בחצרו של ראובן גדל עץ שנופו נטה לחצרו של שמעון. התקרב חג הסוכות, ושמעון רצה לבנות סוכה בחצרו; אלא שנוף העץ, הנוטה על חצרו, הפריע לו בכך. שמעון ביקש מראובן לקצוץ את הענף, והציע שהקציצה תיעשה על ידיו או ע"י ראובן. ראובן הציע שהוא זה שיקצוץ את הענף, משום שהיה לו מסור חשמלי. ראובן טיפס על העץ בחצרו וניסר את הענף, כאשר שמעון עמד למטה והשגיח שהילדים הסקרנים שהתאספו לא יינזקו. הענף נפל על האזבסט במרפסת של שמעון, ושבר חלק ממנו.

שמעון תבע את ראובן לקנות לו אזבסט

* מרחשוון תשמ"ח.

חדש, אך ראובן טען שזו אינה חובתו. עבר חג הסוכות, החלו גשמים לרדת, שמעון לא החזיר את האזבסט השבור למקומו, וראובן לא קנה אזבסט חדש. חפצים שהיו במרפסת נרטבו וניזוקו, וכן המרפסת עצמה. שמעון תובע את ראובן לשלם לו פיצויים עבור נזקים אלו. מה הדין?

א. האחריות לנזקי המרפסת

נראה שאף אם נסיק שראובן חייב לתקן את האזבסט שנשבר, אינו חייב על הנזק שנגרם למרפסת ולמה שהיה בה. ויש ללמוד את הדבר בקל וחומר ממה שנאמר בתורה (שמות כ"א ל"ד):

בעל הבור ישלם, כסף ישיב לבעליו, והמת יהיה לו.

ופירשו חז"ל (מכילתא שם, מובאת ברש"י):

"לו" – לניזק. או אינו אלא למזיק? אמרת: אילו כן, מה תלמוד לומר "והמת יהיה לו"? אלא מגיד ששמין דמי נבילתו ומנכה לו דמי נזקו.

וכן נאמר שם בתורה (פס' ל"ו):

...שלם ישלם שור תחת השור, והמת יהיה לו.

וגם שם פירשו חז"ל (במכילתא, וכן מובא ברש"י): "לניזק". וכן נאמר במסכת ב"ק (י' ע"ב):

"ונשלומי נזק" – מלמד שהבעלים מטפלים בנבילה.

וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' ת"ג סעי' א').

הסבר הדברים עולה מתוך הסוגיא שם, שהמזיק אינו קונה את הנבילה, שהרי לא עשה בה שום מעשה קנין ולא התכוון לקנותה. ואינו דומה לגנב, שעשה מעשה קנין והתכוון לקנות, ולכן הגנב קונה את הנבילה וחייב להחזיר לבעלים בהמה חדשה במקום זו שנגנבה. בנזק, הבהמה שניזוקה נשארת ברשותו של הניזק. ולא זו בלבד, אלא אפילו אם הנבילה נפחתה מערכה בגלל שהניזק לא יכול היה למכור אותה בזמן – הפחת הוא כולו של הניזק.

ומכאן יש ללמוד קל וחומר לפטור את המזיק מלשלם על הדברים האחרים שניזוקו כתוצאה מכך שהניזק לא דאג להחזיר את האזבסט שלו למקומו, כדי למנוע את נזקי הגשמים.

אמנם היה מקום להקשות על דברינו ממה שנאמר במסכת ב"ק (כ"ז ע"א):

ואמר רבה: הניח לו גחלת על לבו ומת – פטור (רש"י: שהיה לו לסלקה). על בגדו ונשרף – חייב (רש"י: דהא דלא סילקה, סבר אתבעיניה ליה בדינא ויפרע לי).

אולם שם המזיק לא יכול לבוא בטענות אל הניזק, שהיה לו לסלק את הגחלת כדי למנוע את הנזק. האחריות הזו אינה מוטלת על הניזק, אלא על המזיק. ואמנם כאן, אילו המזיק היה אחראי על נזקי הגשמים, היה צריך לשלם את כל הנזק, ולא יכול היה לטעון לניזק מדוע לא הגן על חפציו מפני הגשם. אך כשהמזיק פטור על נזקי הגשמים, והניזק הפקיר את חפציו לגשם מתוך כוונה לתבוע את הניזק – האחריות נופלת על הניזק, והמזיק פטור.

עוד יש לומר שהמזיק פטור בנד"ד מפני שנזקי הגשמים הם גרמא. ואפילו לשיטת הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ד ה"ב), שפסק שהפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה חייב בדיני אדם – שם מדובר במזיק שפרץ גדר **בכוונה** כדי שהבהמה תצא ותזיק; אך כאן הניזק הוא שנמנע מלתקן את האזבסט, מתוך כוונה שהגשמים יזיקו למרפסת. ועוד, בשעה שהמזיק שבר את הגג, עדיין לא היו גשמים. ולכן מקרה זה אינו דומה לבהמה שמסוגרת בדיר ומחכה לכל פירצה כדי לצאת החוצה. ועוד, הראב"ד (השגה שם) חולק על הרמב"ם בענין זה, וסובר שאינו חייב אלא בדיני שמים. וכן נחלקו בדבר המחבר והרמ"א (סי' שצ"ו סעי' ג'). ובדיני שמים צ"ע אם חייב. שכן גם בלי כוונה חייב בגרמא מדיני שמים, כגון: נשברה כדו ברה"ר ולא סילקה (ב"ק כ"ח ע"ב). אך לפי האמור לעיל יש כאן שיקולים נוספים שמחמתם יש לפטרו גם בדיני שמים.

ב. האחריות לנזקי האזבסט

כאמור, לשאלת האחריות לנזקי המרפסת קודמת שאלת עצם האחריות על נזקי האזבסט.

על השאלה הזאת יש לענות מתוך עיון במסכת ב"ק (צ"ט ע"ב):

> הנותן בהמה לטבח, וניבלה: אומן – פטור, הדיוט – חייב. ואם נותן שכר, בין הדיוט בין אומן – חייב.

ואף כאן יש לחייב את ראובן כדין הדיוט העושה בחינם (עי' בהרחבה לעיל סי' נ"ה אות א'). אמנם שם מדובר במקרה שהבהמה עצמה שנשחטה היא שנתנבלה, אך נראה לומר שגם קוצץ ענפים צריך לדאוג שלא יזיק דברים אחרים, ואם אינו אומן – חייב. ואם נחשיב את ראובן כמי שאינו אומן בקציצת ענפים – הרי הוא חייב לשלם את הנזק, אע"פ שעשה זאת בחינם. מיהו צ"ע אם דבר כזה טעון מומחיות גדולה, או שמא כל אדם נחשב מומחה לענין זה. ועוד, כאן שמעון עמד למטה והשגיח על הילדים ויכול היה לכוון את ראובן שהענף לא יפול על האזבסט. ונמצא שגם שמעון, הניזק, נושא באחריות מסויימת לנזק, ואינו יכול להטיל את כל האחריות רק על ראובן, המזיק. ומסתבר איפוא שראובן, שכרת את הענף, פטור.

וכן נאמר עוד במסכת ב"ק (מ"ז ע"א):

> הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות... נגח הוא שורו של בעה"ב – חייב. ואם הכניס ברשות – בעל החצר חייב.

כלומר, שבדבר שנעשה ברשותו של בעל החצר – האחריות נופלת על בעל החצר. ואע"פ שנחלקו שם רבי ורבנן אם כדי שבעה"ב ייחשב שומר די בקבלת רשות או צריך התחייבות מפורשת גם לשמור, זהו רק ביחס לשורו של בעל החצר שהזיק לשורו של האורח; אבל אם שורו של האורח הזיק לשורו של בעל החצר – לכו"ע, אם בעליו הכניס אותו ברשות – פטור. (עי' סמ"ע סי' שצ"ג ס"ק ג' שחלק על הרמ"א שם בהג"ה, שתלה אף דין זה במחלוקת רבי ורבנן. ועי' באר הגולה, אות ב', שכתב על הג"ה זו שהיא שייכת למקום אחר).

אמנם כאן העץ עומד בחצרו של ראובן והוא עלה על העץ בחצרו שלו כדי לכרות את הענף שם, אך לא מסתבר לחלק בין נכנס לחצרו של חבירו או מתיז מחצרו לחצר חבירו. וכל שעשה זאת ברשותו – הרי הוא פטור.

ג. על מי מוטל לקצוץ את הענף?

אך נראה שההלכה בנד"ד תלויה בשאלה אחרת, והיא: על מי מוטל מעיקר הדין לכרות את הענף?

אם נאמר שהדבר מוטל על שמעון, שהענף נטה לחצרו – א"כ יש לומר שכאשר ביקש מבעל העץ לכרות את הענף, נתן לו רשות גם על צד זה שיזיק. ואין לטעון שראובן חייב מפני שגרם לנזק בפשיעה. שכן יש לומר שמכיון שכריתת ענף גדול עלולה להזיק (כפי שבאמת אירע בנד"ד), הנותן לו רשות לכרות היה צריך להביא בחשבון גם אפשרות של נזק. ואינו דומה למי שעושה ברשות בי"ד, שחייב (ב"ק ל' ע"א). שכן שם זוהי רשות כללית להוציא תבן וקש לרה"ר, מה שאין כן כאן, שהניזק עצמו נתן לו רשות מיוחדת לכרות ענף בחצרו במקרה הפרטי הזה. ואדעתא דהכי נתן לו. ואין זו פשיעה גמורה, המחייבת את מי שכרת את העץ. ולכן הוא פטור. ועוד יש לומר שהדבר דומה קצת ל"בעליו עמו" בשומרים, שפטורים בכה"ג גם בפשיעה.

אך אם נאמר שחובת הכריתה מוטלת על ראובן, שהוא בעלי העץ – יש לטעון שהוא היה חייב לכרות את הענף גם ללא בקשה מפורשת מבעל החצר; וא"כ יש לומר שאין הוא בא בשליחותו של בעל החצר, וכל האחריות נופלת עליו. ולכן הרשות שנתן לו בעל החצר אינה רשות להזיק, אלא הסכמה לעיתוי שבו בחר לעשות את המוטל עליו בלאו הכי.

ד. שיטת הרמב"ן בדינא דגרמי

והנה אם היה בעל החצר דורש מבעל העץ לעקור את כל העץ – בעל העץ לא היה חייב לעשות כן. וכך משמע מדברי הרמב"ם (הל' שכנים פ"י ה"ח) והשו"ע (סי' קנ"ה סעי' ל"א), שכתבו שעל הניזק להרחיק את עצמו, ובעל העץ אינו חייב

לעקור את עצו. וכן יש לומר אודות הענף שחדר לתוך חצרו של בעל החצר ומפריע לו לעשות סוכה, שאין חובה על בעל העץ לכרות אותו. זוהי זכותו של בעל החצר. ודוק בלשון הרמב"ם (הל' שכנים פ"י ה"ז):

מי שהיה לו בור בתוך שדהו ובא חבירו ונטע אילן בתוך שדהו... אין בעל הבור יכול לעכב עליו... שזה נזק הבא מאליו הוא לאחר זמן. ובעת שנטע אינו מזיקו.

וכן ראובן שחפר בור וירד ומצא שרשי אילן של שמעון – קוצץ וחופר והעצים שלו.

ולא מצינו ששמעון חייב לקצוץ את השרשים שחדרו לבורו של ראובן, אלא לראובן יש רשות לקצוץ את השורשים, והם שלו.

והדברים מפורשים בדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (קרוב לסוף, מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם עמ' קמ"ב), **שכתב:**

ואכתי איכא למידק, ואי אזלי שורשין ומזקי ליה לבור, מאי טעמא פטור מלשלם, הא שורו (הוא), והוה ליה לטפויי באפייהו? לא קשיא, דכיון דלאו גופיה דאילן קא מזיק, אלא שורשים הוא דמזקי, ושורשין **ממילא** קאתו – פטור, אע"ג דממונו הוא. ומ"מ יש **לזה** (היינו: לניזק) רשות לקוץ השורשים. וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצרורות; דשאני התם, דכוחו דשור הוא, וכנגיחה דידיה דמי, והתורה חייבתיה; אבל הכא נולד הוא, ופטור. שאין שמירתן עליו ואינו כוחו של אילן הנטוע. וליכא לדמויה לאש שהוא הולך ומזיק, כיון שליבה את האש, עיקר השלהבת הוא שמזיק והולך... אבל הנך נולד הוא...

א"נ, כיון דשורשין הוא דמזקי ולא חזי להו – ליתי ליה לטפויי באנפייהו, דדמי למי שנפרצה בלילה שהוא פטור... והדברים עמוקים, והחילוקים דקים כחוט השערה.

ונמצא שהדבר תלוי בשני תירוציו של הרמב"ן: לפי התירוץ הראשון, הניזק הוא שצריך לקצוץ את הענפים, וכמו שכתב, שהטעם לפוטרו מדין מזיק הוא משום שהשורשים ממילא קאתו ולנולד דמו; ולכן הניזק הוא שצריך לחותכם. והוא הדין בענפים, שהחובה היא על הניזק. אך לפי התירוץ השני – הפטור בשורשים הוא מפני שאינם נראים; וא"כ בענפים הנראים חובת הכריתה חלה על המזיק, כי הוא נחשב מזיק לכל דבר, כאשו ושורו.

הרמב"ן דן בנושא זה גם בחידושיו (ב"ב ב' ע"א ד"ה נפרצה). **ושם הכריע כתירוץ הראשון בקונטרס דינא דגרמי. הרמב"ן בחידושיו שם עמד על דברי הגמרא** (ב"ב ב' ע"א-ע"ב):

תניא: מחיצת הכרם (שבינו לבין שדה תבואה) שנפרצה (ויש בזה משום כלאיים) – אומר לו (בעל השדה לבעל הכרם): גדור. חזרה ונפרצה – אומר לו: גדור. נתייאש ממנה ולא גדרה – הרי זה קידש, וחייב באחריותה.

ועל כך הקשה הרמב"ן: מדוע בעל הכרם חייב לשלם את נזקי התבואה, הרי קיי"ל כר' יוסי, שאמר "על הניזק להרחיק את עצמו"? ותירץ שני תירוצים:

א. כיון שיש איסור בדבר מחמת כלאיים, מחייבין אותו לגדור; שהרי המקיים את הכלאיים הוא שבא לתחום חבירו, ואין חבירו נכנס בתחומו.

ב. ברייתא זו לא אתיא כר' יוסי אלא כרבנן.

נמצא שלפי התירוץ הראשון החיוב על הנזק הוא רק בגלל אחריותו למנוע איסור כלאיים, אך כשאין איסור כלאיים אין המזיק חייב לשלם את הנזקים שגרם. וזהו כתירוץ הראשון בקונטרס דינא דגרמי, שאינו חייב על השורשים, והוא הדין שאינו חייב על ענפי הגפן. והתירוץ השני סובר שאין לחייב בנזקי ממון בגלל איסור כלאיים, ולכן הוא פטור. אך גם הוא מודה בעיקרון לתירוץ הראשון, שאין לחייב על התפשטות הענפים.

ולפי תירוצו השני של הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, מיושב מה שהקשה לפני כן מדין מחיצת הכרם שנפרצה, שחייב לשלם (ב"ב ב' ע"א), שהרי לר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו! ולפי תירוצו השני (שם) יש לומר שכאן המזיק עצמו נכנס לתוך חצרו של הניזק, וחובתו למנוע את התפשטות ענפיו. ועי' עינים למשפט (ב"ב ב' ע"ב ד"ה

וחייב) שכתב שהרמב"ם השמיט את החיוב של בעל הכרם לשלם לבעל השדה את הנזק שאירע לו כתוצאה מקידוש התבואה ע"י הגפנים, משום שפוסק כר' יוסי, שעל הניזק להרחיק את עצמו; ולכן הוא פטור, דהיינו כתירוץ הראשון של הרמב"ן (שם). *

וא"כ גם לדעת הרמב"ן בחידושיו לב"ב המזיק פטור על הנזקים של הענפים, ואם נתחשב בתירוץ השני שלו בקונטרס דינא דגרמי, הוא חייב, וא"כ יש כאן לכל היותר ספק, ופטור.

ה. האם דין ענפים כדין שורשים?

והנה כתב הרמב"ם (הל' ביכורים פ"ב הי"א):

ואם היה האילן סמוך למצר חבירו או נוטה לשדה חבירו, אע"פ שחייב להרחיק – הרי זה מביא ממנו וקורא, שנאל־מנת כן הנחיל יהושע את הארץ.

ודבריו מוקשים לכאורה. שהרי קי"ל כר' יוסי, שעל הניזק להרחיק את עצמו, וכמו שכתב הרמב"ם עצמו (הל' שכנים פ"י ה"ז). ומדוע כתב כאן שחייב להרחיק? ואולי יש לומר שהרמב"ם מחלק בין שורשים לבין ענפים, וכמו שחילק הרמב"ן. וא"כ יש לומר שמכיון שהשורשים באים מתחת לפני הקרקע, אין הוא יכול למנוע את צמיחתם. ומכיון שמותר לו לנטוע בתוך שלו – אע"פ שהשורשים חודרים לתוך של חבירו – אין האחריות לקציצת השורשים מוטלת עליו אלא על הניזק. מה שאין כן בענפים, הרי הוא רואה אותם ויכול לכרות אותם ולמנוע את חדירתם לרשות חבירו. וע"כ לא התיר ר' יוסי לנטוע בתוך שלו על־מנת **שענפיו** יחדרו לתוך של חבירו. ולכן חובת הקציצה של הענפים מוטלת על בעל העץ. וא"כ שפיר נקט הרמב"ם "אע"פ שחייב להרחיק", וכוונתו לאילן **הנוטה** לשדה חבירו, דהיינו לענפים.

בעינים למשפט (ב"ב כ"ז ע"ב ציון ג') הביא פירוש זה שפירשנו בדעת הרמב"ם, ודחה אותו משתי סיבות:

א. פשטות הלשון מורה שהרמב"ם מתייחס בדבריו "אע"פ שחייב להרחיק" גם אל השורשים (ואינו מוכרח לענ"ד).

ב. טעם ההרחקה בענפים הוא מטעם קלקול הזרעים ולא מטעם היניקה, וזה לא שייך לתקנת יהושע בן נון.

ולענ"ד נראה לומר שכשם שיניקת שורשים משל חבירו יש בה גזל (או שהגידולים אינם מ"אדמתו"), הוא הדין ליניקת ענפים. שהרי גם לענפים יש יניקה (עי' משל"מ ביכורים פ"ב ה"ט שדן בעציץ שעליו יוצאים החוצה, ועי' בהרחבה בספר "התורה והארץ" ח"א עמ' 216־215); ולכן בעל העץ צריך לקבל רשות ממי שהענפים נוטים לחצרו כדי שיתחייב בביכורים. (אמנם יש לחלק בין יניקה ממשית של מים ומזון ע"י השורשים לבין יניקת אוויר ע"י הענפים; אך אע"פ שגזל אין כאן, מ"מ לא מקרי "אדמתך". ועי' נתיה"מ סי' קס"ז, ביאורים ס"ק א'). **

אמנם לא מצינו במשנה בעיה זו של ענפים אלא רק של יניקת שורשים. אך מזה שהגמ' נקטה כאן "אחד אילן הסמוך למצר, ואחד אילן הנוטה", משמע שהגמ' רואה בכך בעיה אחת. אך מכלל ספק לא יצאנו, שהרי לרמב"ן יש גם

* ונראה ששני התירוצים בב"ב נחלקו בשאלה מהו גדרם של נזקי ממון: האם סיבת חיובם היא הזזולת, ולכן כל חיובם הוא רק כלפי הזזולת, או שיש חיוב גם כלפי שמים שלא להזיק. התירוץ הראשון סובר שיש חיוב גם כלפי שמים, ולכן כשהוא מוזהר על איסור כלאיים, הוא מוזהר ממילא גם על הנזק, וכשהזיק – חייב. אך התירוץ השני סובר שאיסור כלאיים, שהוא כלפי שמים, אינו נוגע כלל לנזקי ממון, שהם כלפי האדם.

ואע"פ שמצינו במסכת סנהדרין (כ"ז ע"א), שכל רע לבריות הוא גם רע לשמים, יש עדיין מקום לחקור אם מה שרע לבריות גורם לכך שגם השמים רואים בזה חיוב כלפיהם, אך זהו חיוב בפני עצמו, מדין רע לשמים; או שהשמים באים בתביעה לאדם שלא לפגוע בזולתו, והרע לשמים הוא הוא הרע לבריות, ואינו חיוב בפני עצמו. וצ"ע.

** ועי' מעשרות (פ"ג מ"י): "ובערי מקלט הכל הולך אחר הנוף; ובירושלים הכל הולך אחר הנוף". ועפ"י זה נראה לומר שאמנם הנוף אינו יונק מהארץ אלא דרך העיקר, אלא שדינו נקבע עפ"י הקרקע שתחתיו. (הערת עורך: ע. א.).

פירוש אחר, ובפרט שכל קושייתו (של הרמב"ן) אינה קושיא לדעת הרי"ף, כפי שיתבאר לקמן (אות ח', עי"ש).

וצ"ע היטב בתוס' (ב"מ ק"ז ע"א ד"ה אילן). ועי' שו"ת אגרות משה (חו"מ סי' מ"ג) שהוכיח מדברים אלו של התוס', שהולכים אחר **השורשים**. אולם שם מדובר לגבי זכות הפירות, שהיא שייכת לבעל השורשים. ומסתבר שהוא הדין לגבי זכותו על הענפים, שהיא שייכת לבעל השורשים. אך גם הוא יודה שאם הענפים מפריעים לשכן או לרבים, מותר להם לקצוץ עד גובה גמל ורוכבו.

ו. ספק בנזקי שכנים

השאלה, אם המזיק היה חייב לקצוץ את הענפים הנוטים לחצרו של השכן, נשארה איפוא פתוחה, ומתוך כך נשארה פתוחה גם שאלת אחריותו על הנזק שנגרם כתוצאה מקציצת הענף. וכיון שהדבר מסופק, יש צורך לעיין בדין מזיק בנזקי שכנים: האם זהו דין ממונא, שהולכים בו לקולא, או דין איסורא, שהולכים בו לחומרא.

עיין רמב"ם (הל' שכנים פ"ט ה"א והי"ג) שפסק שבמקום ספק בחיוב הרחקת נזיקין הולכים לחומרא. ואילו הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ה') פסק שהולכים לקולא. ועי' ביאור הגר"א (סי' קנ"ה ס"ק ח', ועי' סי' רס"א ס"ק כ"ב) שכתב שמחלוקתם היא אם הרחקת נזיקין היא ספק ממון או ספק איסור, וכפי שנחלקו בספק אבידה (עי' לעיל סי' פ"ח אות ג').

וצ"ע כיצד לפסוק, שכן בשאלה זו נחלקו גם בעלי השו"ע: המחבר (סי' קנ"ה סעי' ג') פוסק כדעת הרמב"ם, והרמ"א (סעי' י"ח) הביא גם את דעת הרא"ש. ומכיון שאנו יוצאים ביד רמ"א – **ספיקא לקולא**. *

ז. האחריות לקציצת הענף

והנה כאן צ"ע אם עצם העובדה שהענף של ראובן חדר לחצרו של שמעון גורמת לכך שהאחריות תהיה מוטלת על ראובן, וממילא גם כל תוצאות הנזק מוטלות עליו. שהרי קיי"ל כר' יוסי, הסובר שעל הניזק להרחיק את עצמו, חוץ מנזקים ישירים שהמזיק עושה אותם ב"גיריה דיליה".

נפסק בשו"ע (סי' קנ"ה סעי' ל"ג):

סמך באחד מאלו שהיה לו להרחיק וגרם היזק לחבירו – יש מי שפוטר מלשלם, ויש מי שמחייב.

הדעה הפוטרת היא דעת הראב"ד (מובא בטור סי' קנ"ה דף קי"ד ע"ב, ועי' שטמ"ק ב"ב כ"ו ע"א ד"ה וז"ל הראב"ד), ואילו הדעה המחייבת היא דעת בעל העיטור (אות מ', מחאה, סי' נ"ג, מובא בטור שם ובבאר הגולה אות צ'). ומהסמ"ע (ס"ק ע"ו) משמע לכאורה שנחלקו בדינא דגרמי: הראב"ד סובר שגרם בנזקין פטור, ואילו בהע"ט סובר שחייב, כדעת הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ז ה"ד-הי"א) שהובאה בש"ך (סי' תי"ח ס"ק ד'). אלא שהש"ך עצמו הקשה שם מכך שהרמב"ם (הל' שכנים פי"א ה"א-ה"ב) פוטר בנזק הבא מנעורת של פשתן שעפה ברוח. והש"ך חילק בין שני מקרים: בגץ, מכיון שהוא עף בכיוון שהמזיק רצה – הרי הוא חייב. ואילו בנעורת של פשתן, שהיא עפה בכיוון ההפוך – הרי הוא פטור.

אך נראה שהחילוק הוא רחב יותר: הרי גם הרמב"ם מודה שגרמא בנזקין פטור (הל' נזקי ממון פ"ד ה"א, הל' שכנים פי"א ה"ב). אלא שהחילוק בין גרמי לגרמא לדעתו הוא החילוק שבין נזק בכוונה לנזק בלי כוונה. כשמתכוון להזיק בגרמא (כגון: השורף שטרותיו של חבירו) – הרי הוא חייב, אך כשאינו מתכוון להזיק – הרי הוא פטור. והדברים מבוארים בתשובתו של הרמב"ם לחכמי לוני"ל (מובאת במגדל עוז הל' נזק"מ פ"ד ה"ב). וכך כתב המאירי (ב"ק נ"ו ע"א ד"ה וחכמי) בדעתו.

אמנם המאירי אינו מסתפק בהגדרה זו,

* ואפילו בן עדות המזרח, הנוהג כפסק השו"ע, יוכל לכאורה לטעון "קים לי" כדעת הרא"ש. אך יש לומר שמכיון שהמדובר בספק איסור לדעת הרמב"ם, לא שייך לטעון "קים לי". (הערת עורך: ע. א.).

ומוסיף עוד תנאי, המסביר את כל אותם מקרים שמנתה הגמרא בפרק הכונס (ב"ק נ"ו ע"א) – כגון: הכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה, הנותן סם המוות בפני בהמת חבירו וכדו' – שמתכוון להזיק בגרמא, ואעפ"כ פטור מדיני אדם, ואינו חייב אלא בדיני שמים. וכל זאת – משום שלא עשה זאת בעצמו אלא כוח אחר מעורב בו, ואכמ"ל. ועי' כס"מ (הל' נזק"מ פי"ד ה"ז ד"ה ליבה).

ובזה מיושב מה שהקשה הש"ך (סי' קנ"ה ס"ק י"ד) על הסמ"ע (ס"ק ע"ו), והעיר שהרמב"ם מחייב גם בגרמא, ועל כן אי אפשר להסביר על פיו את הדעה הפוטרת. ולפי האמור, הרמב"ם מחלק בין גרמא בכוונה לבין גרמא שאינה בכוונה. ובכל הרחקת נזיקין הנדרשת בנזקי שכנים אין כוונה להזיק, ולכן פטור בגרמא גם לדעת הרמב"ם.

אך סברת בהע"ט, שמחייב תשלומין בנזקי שכנים, אינה מובנת. האם כל הרחקות הנזיקין הן בגדר גרמי, שחייב עליהן?

ומסתבר לומר שסברת בהע"ט היא כקושיית הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (הובאה לעיל אות ד'). הרמב"ן הקשה, שבכל הרחקות הנזיקין יש לחייב בתשלומין כדין שור, בור ואש; וחילק חילוקים דקים. ובנתיה"מ (סי' קנ"ה ס"ק י"ח) כתב חילוק מסתבר בין נזקי ממון להרחקת נזיקין: שמאחר שקיי"ל כר' יוסי, שעל הניזק להרחיק את עצמו, יצא שאם נחייב את המזיק על נזקי ממונו במקרים אלו, נמנע ממנו את השימוש בחצרו. והתורה לא התכוונה לכך שהאדם יימנע מלהשתמש בחצרו כדרך שבני אדם משתמשים בתוך שלהם. ולכן גם פטרה אותו מנזקי ממונו במקרים אלו. ואין הדבר דומה לאש, בור או שן ורגל – שהולכים ומזיקים, והמזיק יכול למנוע את היזקם מבלי שתיפגע זכותו הבסיסית להשתמש בביתו כדרך העולם. ובהע"ט חולק על תירוץ זה, של הרמב"ן והנתיבות, וסובר שחייב בתשלומין, כדין כל נזקי ממון.

ח. שיטת הרי"ף בהרחקת נזקין

ונראה לענ"ד שסברת הנתיבות היא סברת הרי"ף (ב"ק דף א' ע"ב), שכתב:

ושן ורגל ברשות הרבים פטורין, משום דאורחייהו בהכי.

ורצונו לומר, שזוהי זכותו הטבעית של כל אדם, ללכת עם בהמותיו ברה"ר. ואם תחייב אותו בנזקיהן – מנעת ממנו לממש את הזכות האלמנטרית הזאת. ולכן המזיק פטור מלשלם, ועל הניזק מוטל להיזהר.

אמנם היה מקום לחלק ולומר שבשן ורגל המדובר הוא ברשות הרבים, שהיא מקום השייך לכולם, ואי אפשר למנוע את השימוש ברה"ר מבעלי הבהמות ההולכות לתומן; בעוד שכאן מדובר בשורשים החודרים לרשות הניזק. אולם מ"מ יש לומר שהסברה דומה: שאי אפשר למנוע מאדם לטעת עצים בחצרו למרות שידוע לו שהשורשים מתפשטים גם לחצר חבירו, וזו גם הסיבה לתקנת יהושע בן־נון שלא יקפידו על השורשים המתפשטים מחצר לחצר (אלא שתקנת יהושע בן־נון נצרכה לאפשר הבאת ביכורים).

אלא שעל כך יש להקשות מדברי הרי"ף עצמו (ב"ק דף כ"ה ע"ב) בענין אש. שם עמד הרי"ף על סתירה בין שתי הלכות בדין הרחקת אש: במסכת ב"ק (ס"א ע"ב) נאמר שלדעת רבנן, אם הדליקה עברה את שיעור ההרחקה הנדרש, המזיק פטור מלשלם. ולעומת זאת נאמר במסכת ב"ב (כ' ע"ב) בענין תנור, שאם הרחיק כשיעור והזיק – משלם מה שהזיק. ותירץ הרי"ף:

לא תיקשי לך: הכא, דלפי צורך שעה קא מדליק, וקא מרחיק כשיעורא וקא עברה הדליקה יתירא משיעורא וקא מזקה – אנוס הוא, דמאי הוה ליה למעבד? הלכך מכה בידי שמים היא. ולפיכך פטור, דלא יכול לאהדורה. והתם גבי תנור, כיון דתדיר הוא מדליק, איבעי ליה לעיוני: אי איכא היזקא לחבירו, נסליק היזקא. וכיון דלא עביד הכי – פושע הוא; ולפיכך חייב...

ולפי מה שכתבנו, הרי סברת הרי"ף לפטור שן ורגל היא משום "אורחייהו", וא"כ הוא הדין בתנור, שהרי אורחיה בהכי. ומדוע חייב? ויש לומר דאש שאני, שהיא משום חציו, והוי כמזיק בידים (ב"ק כ"א ע"א-ע"ב). אלא שהתירו לו להדליק תנור כדרכו בתנאי שישמור עליו; וכיון שלא שמר, הרי הוא פושע, וחייב. (ועי' נתיה"מ סי' קנ"ה, ביאורים ס"ק א'). וזאת היא גם דעת הרמב"ם (עי' הל' נזקי ממון פ"א ה"ח).

ולפי זה, מה שכתבנו לעיל (אות ה') שהרמב"ם בהל' ביכורים (פ"ב הי"א) פוסק כדעת הרמב"ן בתירוץ הראשון – אינו מוכרח. אדרבה, אפשר לומר שהרמב"ם הולך לשיטתו, שסובר כדעת הרי"ף, ששן ורגל פטורות ברה"ר משום דאורחייהו בהכי. ולכן גם בהרחקות נזקי שכנים הוא פוטר בכה"ג, וצ"ע.

ואכן הרמב"ן (בהמשך הדברים בקונטרס דינא דגרמי, עמ' קמ"ג) מביא את דעת הראב"ד (שהבאנו לעיל), הסובר שבכל הרחקות הנזיקין המזיק חייב לשלם. (אם כי הרמב"ן, שם עמ' קמ"ד, מביא בשם הראב"ד שסובר שפטור. ואין הראב"ד מחייב כי אם בקושיא שהביא הרמב"ן בשמו בעמ' קמ"ג). אך הרי"ף (ב"ק דף כ"ה ע"ב), וכן הרמב"ם (הל' שכנים פי"א ה"א-ה"ב) הסובר כמוהו – יחלקו עליו ויפטרו מהטעם הנ"ל (עי' עינים למשפט ב"ב כ"ב ע"ב ציון כ').

ט. סיכום השיטות להלכה

נמצא איפוא שראובן פטור מלשלם את נזקי האזבסט: לדעת הרי"ף והרמב"ם, שכתבו ששן ורגל פטורים משום דאורחייהו בהכי, הוא פטור משום שהיה פטור מלכתחילה מלכרות את הענף, מפני שדרכו של הענף לגדול כך. ולכן בדיעבד הוא לא אחראי לנזק שאירע ע"י הכריתה. ואילו לדעת ר' יצחק ב"ר שמואל (מובא בראש"ש ב"ק פ"א סי' א'), החולק על הרי"ף בהסבר הפטור של שן ורגל ברה"ר, הרי יש כאן ספק אם הוא נחשב מזיק, וכמו שהסתפק הרמב"ן. והרי לשיטת הרא"ש (ב"ב פ"ב אות ה'), בכל ספק בחיוב הרחקת נזיקין הולכים לקולא. וא"כ יש להקל בנד"ד ולומר שהמזיק לא היה חייב להרחיק את עצמו ולמנוע את חדירת הענף לחצר חבירו, וממילא גם לא היה עליו חיוב לכרות את הענף המדובר. וא"כ כריתת הענף נעשתה בשליחותו של בעל החצר, ולכן הוא פטור.

תשובה

לענין הריהוט והמרפסת שניזוקו, נראה לענ"ד שהמזיק פטור מלשלם אף מדיני שמים. ואינו נחשב כגורם בנזקין, שהרי אינו חייב להתקין לו אזבסט חדש, אלא לשלם לו עבור הפחת שבשבירה. וא"כ כשם שבכל שנה אחרי סוכות שמעון היה מחזיר את האזבסט למקומו כדי למנוע את נזקי הגשם, כך היה צריך לעשות גם הפעם; וזה שהוא לא החזיר – הטעות היא שלו, ואין המזיק אשם בזה כלל ועיקר.

ולגבי האזבסט עצמו נראה לענ"ד שיש מקום לפשר ביניהם, שהמזיק ישלם שליש מנזקי האזבסט. וזאת משום שמעיקר הדין אי אפשר להוציא ממנו את השלמת הנזק, שהרי לא ברור שהוא נחשב למזיק, כי יתכן שעשה ברשות; והמוציא מחבירו עליו הראיה.

מסקנות

א. המזיק אינו חייב לשלם נזק שנגרם לחפץ הניזוק במשך הזמן שאחר מעשה הנזק, וקל וחומר שאינו אחראי על נזק שנגרם כתוצאה מכך לחפצים אחרים; אך יש להסתפק אם חייב בדיני שמים.

ב. אדם שכרת ענפים, כטובה לחבירו בחינם – פטור על נזק שנגרם כתוצאה מכך.

ג. אדם שחייב עפ"י דין לסלק נזק מחצר חבירו, חייב לשלם את הנזק שנגרם כתוצאה ממעשה הסילוק; אך אם אינו חייב לסלק את הנזק, הרי הוא כשלוחו של בעל החצר, ודינו כאומן שבא לתקן בחינם ונמצא מקלקל.

ד. בדעת הרמב"ן יש ספק בחיוב הרחקת נזקי ענפים: לפי תירוצו הראשון – פטור, ולפי תירוצו השני יש ספק בדבר.

ה. לדעת הרמב"ם אדם חייב לכרות ענפים היוצאים מאילן שלו לחצר חבירו, משום שהוא רואה אותם ויכול לכרתם; אבל אעפ"כ יכול הוא להביא ביכורים מאותו עץ ולקרוא עליהם.

ו. ליוצאי אשכנז ההלכה היא שספק בהרחקת נזקין הוא ספק ממון, שהולכים בו לקולא.

ז. לדעת הרמב"ם כל גרמא בנזקין חייב אם כוונתו היתה להזיק, אא"כ כוח אחר מעורב בו; ולכן בכל נזקי השכנים, שאין כוונתו להזיק, הרי הוא פטור.

ח. לדעת בהע"ט אדם חייב בתשלומין על נזקי שכנים, כדין שורו, אשו ובורו שהזיקו; ולדעת הראב"ד אדם פטור משום שלא יתכן למנוע מן האדם את זכותו להשתמש בחצרו כדרך העולם.

ט. לדעת הרי"ף והרמב"ם, שן ורגל פטורות ברשות הרבים, משום שזכותו הבסיסית של כל אדם היא להשתמש ברשות הרבים בדרך נורמלית ומקובלת.

סימן צא

הקמת גן משחקים באיזור מגורים

ראשי פרקים

שאלה
א. רעש בחצר משותפת
ב. רעש הנגרם ע"י ציבור
ג. זכויותיו של הפרט
תשובה
נספח: מיהו המחליט בשאלות ציבוריות הנוגעות לכל?

שאלה *

ביישוב אחד תוכננו ארבע פינות ירק למטרות ציבוריות שונות. הוועד מעוניין להפוך את אחת הפינות לגן משחקים לילדים. אולם בכל אחת מהפינות המוצעות השכנים מתנגדים, בגלל הרעש שהילדים עלולים להקים, בעיקר בשעות המנוחה בצהרים, ובשבת בפרט. מה הדין?

א. רעש בחצר משותפת

נפסק בשו"ע (חו"מ סי' קנ"ו סעי' א'):

אחד מבני מבוי... שביקש ליעשות רופא או אומן או גרדי או סופר שטרות או מלמד תינוקות, לימוד שאינו של תורה – בני המבוי מעכבין עליו, מפני שמרבה עליהם הנכנסים והיוצאים. ואפילו נתרצו לו כולם חוץ מאחד – אותו אחד מעכב עליו.

ובהמשך (סעי' ב'):

חנות שבחצר – יכולים השכנים למחות בידו ולומר לו: אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים; אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר לשוק. אבל אינם יכולים למחות בידו ולומר: אין אנו יכולים לישן מקול הפטיש או מקול הריחיים, מאחר שכבר החזיק לעשות כן ולא מיחו בידו.

ובהגהת הרמ"א (שם):

וי"א דכל מה שעושה בחנותו ובביתו, אפילו לכתחילה אינן יכולים למחות.

ובטעם החילוק שבין רעש הנעשה בתוך ביתו של אדם לבין רעש הנגרם ע"י הנכנסין והיוצאין כתב הסמ"ע (ס"ק י'), **שכיון שמכה בפטיש בביתו, אין השכנים יכולים לעכב על מה שאדם עושה בתוך ביתו; אך הם יכולים למחות על הרעש שנגרם להם בחצר המשותפת כתוצאה מעיסוקו של המלמד.**

ב. רעש הנגרם ע"י ציבור

והנה צ"ע בנד"ד. לכאורה הרעש הוא בחצר המשותפת, והשכנים יכולים למחות. אולם מיהו

* תמוז תש"ן.

הגורם לרעש? אין זה אדם פרטי, אלא הציבור כולו; שהרי הפינות הללו שייכות לכולם, והציבור משתמש בהן לטובת כולם. והדבר דומה יותר למי שעושה רעש **בביתו**, שאין השכנים יכולים למחות. ואף כאן, הציבור, שהשטח המיועד שייך לו, גורם לכך שהילדים שלו יבואו לשחק באותו מקום. משל למה הדבר דומה? למשפחה ברוכת ילדים שהילדים שלה משחקים בביתה וגורמים רעש. האם השכנים יכולים להתנגד לכך?

אמנם יש לומר שכאן המקום משותף גם לשכנים המתנגדים לכך, והרעש נעשה בחצרם המשותפת, ולכן הם יכולים להתנגד. מאידך יש לומר שביחס לציבור כולו אין להם טענת בעלות. ולא מבעיא לשיטה הסוברת שציבור הוא אישיות משפטית עצמאית (עי' בהרחבה במאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ", לעיל סי' ג' אות ד"-י"א), וא"כ השטח הציבורי שייך לציבור, ואין לפרטים חלק בו. אלא אפילו אם נתפוס את הציבור כשותפין (עי' שם אות ט"-י"א), תביעת הפרטים כנגד הציבור מוציאה אותם מן הכלל לענין זה, וצ"ע אם יש מקום לתביעה פרטית כנגד הציבור כולו.

ונראה שמקרה זה אינו דומה למה שנפסק בשו"ע (סעי' א') שאפילו אדם אחד יכול להתנגד, אע"פ שהרוב הסכים. כי יש לומר ששם מדובר במלמד פרטי הגורם לרעש, ולרוב הציבור לא איכפת, ואחד מתנגד. לכן אומרים אנו שהאחד המתנגד צודק יותר מהציבור שלא איכפת לו, וכמו שנאמר במשנה (עי' פאה פ"ד מ"א): "לזה שומעין, שאמר כהלכה". אך כשיחיד מתנגד לזכותו של הכלל להשתמש בחצר המשותפת לכולם למשחקי ילדיהם, מסתבר שהכלל צודק יותר מהיחיד.

ג. זכויותיו של הפרט

מיהו לא יתכן שהכלל יראה רק את צרכיו ולא יתחשב כלל בצרכי הפרט. גם במקרים שהציבור רואה את החצר כשלו ומשתמש בה כבביתו, הרי יש רעשים שיחיד בביתו אינו יכול לעשות אם הדבר פוגע בשכנו, כגון ריחיים סמוכים מדי לכותל (שו"ע סי' קנ"ה סעי' ז'). וכבר עמד על כך הסמ"ע (סי' קנ"ו ס"ק ט'), שמה שמותר לבעל החנות להכות בפטיש ולהשתמש בריחיים בחנותו, מדובר בקול סביר שאינו מנדנד את הכותל, שהוא היזק גדול.

וצ"ע מה דינו של קול מצהלות ילדים. אע"פ שאין הכותל מתנדנד, מ"מ אין ספק שאם הדבר סמוך לבית – בפרט בקיץ, כשהחלונות פתוחים, ובשעת מנוחת הצהרים בשבת – הדבר עלול להיות בלתי נסבל. ועוד יש לומר שהנה גם מה שאדם עושה בחנותו, שאין השכנים יכולים לעכב בעדו, לדעת המחבר (סעי' ב') הוא רק כשהחזיק, שבתחילה שתקו לו, ורק אח"כ מיחו. אך אם מעיקרא מיחו – אינו יכול לפתוח חנות שיקום רעש בתוכה. ולפי זה יוצא שהשכנים יכולים למנוע את הקמת גן המשחקים. אך הרמ"א (הג"ה שם) מביא בשם "יש אומרים", שמותר גם לפתוח עסק כזה לכתחילה. וא"כ בציבור המעורב מאנשים שונים, הנוהגים כמרן וכהרמ"א – וכל אחד יכול לטעון "קים לי" כאחד מהם – אי אפשר להכריע, והדבר נשאר בספק.

תשובה

לאור מה שכתבנו עולה שאמנם כוחו של הציבור גדול מכוחו של היחיד; אך במקרה זה הדין תלוי בספק, וצ"ע כיצד להכריע. והנה מצינו שציבור נחשב למוחזק לעומת היחיד לענין מיסים (עי' שו"ע חו"מ סי' ד' סעי' א' בהג"ה, ועי' בהגר"א ס"ק י"ח שהביא את המקור לכך מב"ב נ"ה ע"א). והטעם לכך הוא משום "דינא דמלכותא", ולדעת התוס' (עי' ר"ן נדרים כ"ח ע"א ד"ה במוכס) הקרקע שייכת למלך. וא"כ הוא הדין כאן, יש לומר שהקרקע נחשבת במידה מסויימת כאילו שייכת לציבור, והציבור הוא המקנה זכות ליחיד

לגור במקום עפ"י תנאיו של הציבור. וא"כ יש לציבור יותר זכות מאשר ליחיד. *

ולכן נראה שהציבור רשאי להקים גן משחקים במקום המתאים לו, גם אם הדבר מפריע לשכנים. מיהו, כאמור, אם הרעש בלתי נסבל – חייב הציבור להתחשב ביחיד ולהרחיק את המגרש ככל האפשר מבית מגורים.

וכפשרה נראה לענ"ד שכדאי לבחור מכל ארבע האפשרויות את המגרש שבו ניתן למקם את הגן במרחק הגדול ביותר מבית המגורים הסמוך.

נספח: מיהו המחליט בשאלות ציבוריות הנוגעות לכל?

לאחר מכן נשאלה שאלה נוספת: מיהו הפורום המוסמך להחליט בנושא זה, הוועד או אסיפת החברים? מצד אחד יש לומר שאסיפת החברים היא מקור סמכותו של הוועד, ועדיף שהיא תחליט. מאידך יש לומר שמאחר שהוועד נבחר ע"י הציבור, ניתנה לו הסמכות להחליט בכל ענייני הציבור. ומסתבר שאם אחוז גבוה מהציבור דורש שהדבר יידון באסיפה – הצדק עמו. (ומקובל במקום שמחצית מהציבור מוסמכת לדרוש אסיפת חברים).

ועיין מכתבו של הגר"א וולדינברג שליט"א לשר ד. צ. פנקס ז"ל ("התורה והמדינה" ח"ו עמ' רפ"ט-רצ"ה) שנציגים עדיפים. עי"ש. מאידך מצינו במכירת בית הכנסת, שז' טובי העיר ימכרו במעמד אנשי העיר (עי' שו"ע או"ח סי' קנ"ג סעי' ז'). ומבואר איפוא שלא בכל נושא יש לוועד סמכות מוחלטת, ויש דברים שצריך ורצוי להביאם לפני הציבור כולו.

אלא שבנד"ד נראה לענ"ד שעדיף שהוועד יחליט. הטעם לכך הוא שמכיון שבאסיפה משתתפים כל הנוגעים בדבר, טבעי הדבר שכל אחד יצביע עפ"י נגיעותיו האישיות. וכל אחד מעוניין להרחיק את הגן מביתו מבלי להתחשב בזולתו.

והנה הכוח שניתן לרוב לכפות מיעוט הוא מדין "אחרי רבים להטות", שבעיקרו נאמר בבי"ד, אלא שחז"ל למדו ממנו לכל התורה כולה: לדיני איסור והיתר, לבעיות ציבוריות וכו' (עי' שו"ת דבר-אברהם ח"א סי' א' ענף ב'). ומסתבר שכשם שבבי"ד הרוב קובע רק כשאין לו נגיעה

* **הערת העורך** (ע. א.): נראה לענ"ד שאכן מקורה של סברה זו הוא בדברי הר"ן, המסביר כך את "דינא דמלכותא" בחו"ל. ומסתבר שכלל זה נכון בהתיישבות העובדת, בעיקר בקיבוצים, ואף במושבים, שם הציבור הוא הבעלים העיקריים. והראיה – שאדם אינו יכול למכור את המשק שלו למי שירצה, אלא למי שוועד היישוב יתיר לו. אבל בהתיישבות הקהילתית נראה לענ"ד שנכונים יותר דברי הר"ן שבא"י אין דינא דמלכותא. שם בעלותו של היחיד על ביתו היא כמעט מוחלטת, ואין שום זכות משפטית לוועד היישוב להגביל את בעלותו. ולמשל, אם תושב ביישוב קהילתי שומר מצוות ירצה למכור או להשכיר את ביתו לאדם שאינו שומר מצוות, אין שום בסיס חוקי לתבוע ממנו שלא יעשה כך.

תשובת הכותב: נכון שהגר"א (שם) למד זאת מדינא דמלכותא, וכן המרדכי (ב"ב סי' תקכ"ב). אולם עי"ש במרדכי, שהסמיך זאת על המשנה שם "אם האילן קדם – קוצץ ונותן לו דמים", וקוצץ ברישא כי הציבור מוחזק. והמשנה הרי מדברת בארץ ישראל. וכמו כן הביא המרדכי שם דוגמא לכוח הציבור ממצר שהחזיקו בו רבים (ב"ב ק ע"א). והראיות שהביאו המרדכי והגר"א הן מהגמ' בב"ב (נ"ד ע"ב) ובב"מ (ע"ג ע"ב), שאמנם עוסקות במלך, אך גם החולקים על סברת התוס' המובאת בר"ן בנדרים יודו להן. וכוונת הדברים היא לשיטת הרשב"ם (ב"ב נ"ד ע"ב ד"ה והאמר שמואל) והרמב"ם (הל' גזילה פ"ה הי"א), הסוברים ש"דינא דמלכותא דינא" הוא לא משום שהארץ שלו אלא בגלל הסכמת הציבור. וא"כ המלך עצמו יונק את סמכותו מהציבור, ונמצא שכוח הציבור גדול יותר משל היחיד. ולכן למרות שבא"י יש לכל אחד נחלה משלו – אעפ"כ יש לציבור סמכות מעל ליחיד. והדבר מוסבר לא רק משום שארץ ישראל נכבשה ע"י רבים ורק כיבוש רבים שמיה כיבוש (רמב"ם הל' תרומות פ"א ה"ב), אלא משום שהתורה מכירה בסמכותו של הציבור לתקן תקנון ולקבוע סדרים; שאם לא כן, איש הישר בעיניו יעשה. ועי' קובץ שיעורים (ב"ב אות מ'), שהקשה על המשנה (ב"ב ז' ע"ב) האומרת "כופין אותו לבנות בית שער". ושאלתו היא: מדוע כופין את היחיד לסלק היזק שאינו ממנו? וצריך לומר שזהו מגדרי דרך ארץ שקדמה לתורה, שהיחיד יראה את עצמו חלק מהציבור, ישא בעול הציבור ולא יפרוש מהציבור. והרמב"ם קבע במו"נ (ח"ג פרק כ"ז ופרק מ'): "האדם מדיני בטבע"!

בענין – הוא הדין בחיי ציבור. ואכן הפוסקים דרשו שכל חברי הקהילה המשתתפים בדיון כלשהו יחרימו שמתכוונים רק לשם שמים (עי' שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעי' א' בהג"ה בשם המהר"ם, וכן בהגר"א שם ס"ק ט', שהשווה ציבור לבית דין. ועי' לקמן סי' צ"ג אות ג').

אולם מכיון שלא ניתנה תורה למלאכי השרת, אי אפשר למנוע בדרך כלל נגיעות אישיות, ואי אפשר להשאיר את החיים הציבורים מופקרים לאנרכיה. ולכן נאלצים אנו לקבל החלטת רוב גם שאין הרוב נקי מפניות. ומשום תיקון העולם נאלצים אנו להשתמש ברוב דחוק כזה. אך במקום שיש אפשרות לקבל החלטות בצורה עניינית ואובייקטיבית, יש להעדיף זאת על פני רוב של אינטרסנטים.

ולכן נראה לענ"ד שבמקרה כזה הוועד עדיף מהאסיפה. מפני שהוועד יהיה אובייקטיבי יותר וישקול מה טוב יותר לציבור. וזאת בתנאי שבוועד אין שכנים הגרים בסמוך לאחד המקומות המוצעים כמגרש משחקים.

סימן צב

תחרות עסקית בסיורי ג'יפים

ראשי פרקים

שאלה
א. פתיחת עסק מתחרה ומגבלותיו
ב. עני המהפך בחררה
ג. ירידה לאומנות חבירו כשיש ביניהם פער מחירים
תשובה
מסקנות

שאלה *

אדם אחד קנה מספר ג'יפים לטיולים בחולות. הוא התקשר עם חברה המפעילה את האכסניה הפועלת באיזור, כדי שהיא תספק לו מטיילים הבאים להינפש שם. החברה מצידה אף היא היתה מעוניינת בטיולים אלו, המגבירים את המשיכה לאיזור, אולם התנתה זאת בקביעת מחיר הולם. בשנה שעברה הוסעו המטיילים במחיר שנקבע ע"י בעל הג'יפים, מתוך הנחה שייחתם אתו חוזה קבוע. ולשם כך קנה 20 ג'יפים, שכר נהגים ונכנס להוצאות רבות. החברה ניהלה אתו מו"מ להורדת המחיר. לבסוף בא מישהו אחר והציע מחיר נמוך יותר, והחברה העדיפה אותו. הראשון טוען שהשני יורד לאומנותו ומסיג את גבולו. הצדק עם מי?

א. פתיחת עסק מתחרה ומגבלותיו

נאמר במסכת ב"ב (כ"א ע"ב):

אמר רב הונא: האי בר מבואה דאוקי ריחיא, ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה – דינא הוא דמעכב עילויה, דאמר ליה: קא פסקת ליה לחיותי.

אולם רב הונא בריה דרב יהושע חולק ואומר:

פשיטא לי: בר מתא אבר מתא אחריתי – מצי מעכב. ואי שייך בכרגא דהכא – לא מצי מעכב... בר מבואה אבר מבואה דנפשיה – לא מצי מעכב.

ופסקו הפוסקים כרב הונא בריה דרב יהושע, משום שנחלקו בדבר גם רבנן ורשב"ג, והלכה כרבנן שאמרו "ולשכנו אינו כופהו", ועוד דבתרא הוא. (עי' תוס' ד"ה פשיטא; שו"ע חו"מ סי' קנ"ו סעי' ה').

המרדכי (ב"ב פ"ב סי' תקט"ז) הביא את דעת האביאסף, שבמבוי הסתום משלוש רוחות וראובן גר בקצה הסגור של המבוי – אין שמעון רשאי לפתוח עסק בצד הפתוח, כי הוא

* סיון תשמ"ז.

מונע לגמרי מהקונים להגיע לראובן. אמנם הב"י (סי' קנ"ו, דף קי"ח ע"א ד"ה כתב המרדכי) דחה את דעת האביאסף, כי לדעתו פוסק הוא כרב הונא, ואין הלכה כמותו. אולם הרמ"א (ד"מ ס"ק ד') הביא את דבריו להלכה. כי גם לרב הונא בריה דרב יהושע, כאשר הנפגע טוען "פסקת לחיותי לגמרי", אין השני יכול לקפח את פרנסתו של הראשון.

בשו"ע (סי' קנ"ו סעי' ה') לא הובאו דברי האביאסף, ובשו"ת בית־אפרים (חו"מ סי' כ"ו) כתב ששיטתו דחויה היא וכך עמא דבר. ועיין פת"ש (סי' קנ"ו ס"ק ג') שכתב בשם הרמ"א (ד"מ שם, שו"ת הרמ"א סי' י' ד"ה היסוד הפשוט) והמשאת בנימין (סי' כ"ז), שאם מנשל אותו מפרנסתו בוודאות – לכו"ע אסור, אפילו לרב הונא בריה דרב יהושע. ולפי זה אפילו החולקים על האביאסף יודו במקרה שמנשל אותו לגמרי. יעוי"ש. והבית אפרים מיירי רק במי שבונה חנות במקום מפורסם ובולט, שאינו מקפח לגמרי את הראשון. אך כשמקפח אותו לגמרי גם הוא מודה. (וכ"כ בשו"ת אבני־נזר, חו"מ סי' כ"ד. ועי' שו"ת חת"ם סופר חו"מ סי' ס"א, קי"ח).

ובפסקי דין רבניים (כרך ד' עמ' 23) נכתב שמה שאמרו שאין ההלכה כהאביאסף הוא רק כאשר המתחרה עושה בתוך שלו; אך כשנכנס לתחומו של חבירו ופסק לחיותיה, יתכן שהלכה כהאביאסף. ואף בנד"ד המתחרים באו לאותו מקום שבו הקים הראשון את התחנה ופתחו לידו תחנה מתחרה, אם כי המקום לא שייך לאף אחד אלא הוא הפקר לכל, וצ"ע.

ונראה לענ"ד שנד"ד אינו דומה למקרים המובאים בגמ'. במקרים המובאים בגמ' מדובר באדם שפתח עסק ובא אחר ופתח עסק מתחרה, שמותר לשני לעשות כן. אך בנד"ד הדיון אינו ישיר בין שני המתחרים, אלא בין המתחרה הראשון לבין **החברה**, שעמדה אתו במו"מ, ועתה העדיפה את המתחרה השני. וגם החברה לא חתמה אתו על חוזה, אלא התמקחה על המחיר. ועתה, כשבא מישהו אחר והציע מחיר נמוך יותר – החברה העדיפה את השני. מהי זכותו של הראשון לעכב את החברה מלהעדיף את השני שהציע מחיר זול יותר? ואכן הרמ"א (סי' קנ"ו סעי' ג' בהג"ה) פסק כדעת ר"י הלוי, שמתיר למתחרה למכור את סחורתו במחיר יותר זול מאשר המוכרים הקיימים בעיר.

ב. עני המהפך בחררה

אלא שאנו נוגעים ע"י כך בסוגיא אחרת (קדושין נ"ט ע"א), שם נאמר:

> עני מהפך בחררה – ובא אחר ונטלה הימנו... – נקרא רשע (רש"י: שיורד לחיי חבירו).

ונחלקו בדבר רש"י ותוס': לדעת רש"י (ד"ה עני) מדובר אף בחררה של הפקר. ולדעת התוס' (ד"ה עני) מדובר דווקא במכר או שכירות; אך בהפקר אין דין "עני המהפך בחררה", משום שהשני טוען שהזדמנות כזו לא תזדמן לידיו, ולכן הוא רשאי להקדים ולתפוס. והתוס' הביאו ראיה לשיטתם מנפל על המציאה, שאין השני הקונה נקרא רשע (ב"מ י' ע"א).

בשו"ע (סי' רל"ז סעי' א') הובאו שתי הדעות ללא הכרעה. אך הרמ"א (הג"ה שם) כתב שדעת ר"ת היא העיקר; ובנתיה"מ (ביאורים ס"ק ב') הוכיח שגם המחבר סובר כר"ת. ולכו"ע יוצא שבעל הג'יפים הראשון צודק בתביעתו.

וכן נראה ממה שנפסק בשו"ע (סי' קצ"ד סעי' ב'):

> מאחר שעכו"ם אינו קונה קרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר, ישראל שקנה שדה מהעכו"ם ונתן דמים, וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הגר – זכה אחרון... ונותן לראשון את הדמים.

והוסיף הרמ"א שנקרא רשע, כשיטת הרשב"ם (ב"ב נ"ד ע"ב ד"ה הרי הן כמדבר), ולא כשיטת ר"ת (שם כ"א ע"ב ד"ה מרחיקין), הסובר שזה דמי להפקר, שלא יוכל להשיג דבר במקום אחר. ובעיניים למשפט (קידושין נ"ט ע"א ציון ג') תירץ דשאני התם, שהראשון שילם לגוי כסף, ולכן השני נקרא רשע.

וא"כ הוא הדין בנד"ד, הן לדעת ר"ת והן

לדעת הרשב"ם, כיון שהראשון הוציא הוצאות, נקרא השני רשע. אלא שהוא רק נקרא רשע, ואין מוציאין מידו. וצ"ע אם בנד"ד נחשבים האחרים כמי שכבר ירדו לעבודתם, שאי אפשר להוציאם, או שמא עדיין לא התחילה העונה ואפשר למנוע מהם להתחיל בעבודתם. (ויש לציין שהם קנו כ־20 ג'יפים ואף להם היו הוצאות).

בנוסף לכך, הרי כתב הפת"ש (סי' קנ"ו ס"ק ג' בסופו) בשם המהרש"ל (יש"ש קידושין פ"ג סי' ב' בסופו) והחתם סופר (סי' ע"ט) שאם הראשון טרח, השני נחשב לגזלן מדבריהם. ואם פסק לחיותיה, דינו חמור יותר (וכהאביאסף הנ"ל). אך יש להעיר שגם במהרש"ל ובחתם סופר לא מדובר על הוצאות אלא על טירחה. המהרש"ל אף מדגיש שיש ללמוד מהמחזיק בשדה הגוי שאין מתחשבים בהוצאות. והחתם סופר מדגיש את המשמעות של הטירחה רק במקרה שבו הטירחה של הראשון היא זו שיצרה את מקור הרווח, כגון מי שקנה שדה מן הגוי, שאלמלא השתדלותו לא היתה השדה מופקרת כלל. והשווה זאת לעני המנקף בראש הזית, שהוא מצב ביניים: לא הוא זה שייצר את הזיתים, אך הוא טרח בהם. ולפי דרכו של החתם סופר יש לומר שאם עבודתו של הראשון בעונה הקודמת היא שיצרה את הפירסום למקום, וכתוצאה ממנה מגיעים השנה יותר נופשים, ויותר אנשים ישתתפו בסיורי הג'יפים – א"כ יש כאן טירחה שייצרה את מקור הרווח, ובכה"ג אסור לשני להסיג את גבולו. אך המציאות בנד"ד אינה דומה לזאת, שכן גם החברה המפעילה את האכסניה טרחה בפרסום הענין. ועכ"פ, מאחר שהחברה פתחה את המכרז בשנה זו גם לאחרים, והאחרים טרחו והוציאו הוצאות רבות – גם להם יש זכויות.

ואכן יש לעיין במקרה שבו גם השני הוציא הוצאות. האם הוא נחשב לרשע ומה שהוציא הוציא באיסור, או שמא עתה לאחר שכבר הוציא הוצאות נמצא שהראשון גורם לו הפסד אם ייאלץ לסגור את העסק שפתח כבר? וצ"ע.

עוד יש לומר עפ"י פסקי דין רבניים (כרך ח' עמ' 227). שם מובא דיון בערעור לפני ביה"ד הגדול בענין מוהלים בבית־חולים, שהיתה להם תורנות; ובא מוהל נוסף, ובגללו הרחיבו את מעגל התורנות ונגרם הפסד למוהלים הראשונים. וכתבו שם, שאפילו לדעת ר"ת, המתיר לאחר לזכות מן ההפקר, זהו רק כשפותח חנות; אבל אם חבירו עוסק באומנות מסויימת, והוא נכנס לתוך אומנותו של חבירו, דינו כעני המהפך בחררה. וצ"ע מ"נפל על המציאה", ששם השני לוקח מידיו של המוצא, ובכל זאת אינו נקרא רשע. ומדוע הנכנס לאומנותו של חבירו נקרא רשע? מיהו כוונתם כנראה רק למי **שמוחזק** באומנות מסויימת וזה נכנס לתוך אומנותו, ולכן הוא נקרא רשע. מה שאין כן במוצא מציאה, שזהו מקרה שאירע לו. וצ"ע אם בנד"ד הראשון נחשב בעל אומנות. ויש לומר שמאחר שהוציא הוצאות וקנה ג'יפים, והשני נכנס לתוך אומנותו ממש וגורם לו נזקים ישירים – יתכן שנקרא רשע. ואע"פ שיכול למכור את הג'יפים, הפסד מיהא אית ליה.

ג. ירידה לאומנות חבירו כשיש ביניהם פער מחירים

אלא שטענת האחרים היא שהם הציעו הצעה זולה יותר, והחברה העדיפה אותם. ומדוע החברה צריכה להפסיד בגלל שהראשון רוצה להרוויח יותר? וכי הצדק מחייב שיהיה מונופול רק לאחד כדי שיוכל להפריז במחיר?

והשאלה היא האם הראשון הפריז במחיר, או שמא השני הוזיל מתחת לסף הרווחים? והנה בבדיקת החשבונות נמצא שהראשון לא הפריז במחיר, אלא שקנה ג'יפים במחיר יקר יותר, הוא משלם משכורות גדולות יותר לנהגים, ומוציא הוצאות ביטוח. האחרים קנו ג'יפים בזול, משלמים לנהגים משכורת נמוכה יותר ואינם מבטחים ביטוח מקיף. והנה, באשר לג'יפים, כיון שהראשון כבר קנה והוציא עליהם הוצאות –

לאו כל כמינייהו של האחרים לקנות ג'יפים זולים יותר. ובאשר לביטוח, דרך העולם היא לבטח ביטוח מקיף; והאחרים, שוויתרו על ביטוח מקיף, מסכנים את רכושם. אמנם הם רשאים לנהוג כך, אך יש כאן הורדה של המחיר מתחת לסף המחיר המינימלי, וע"כ לא יתכן לקפח את הראשון בגלל זה. וכן פסק בערוה"ש (סי' קנ"ו סעי' י"א) שאסור למתחרה להוזיל את המחיר מתחת לשער הסביר, ובכך "לשבור את השוק". וכן פסק בשו"ת מהריא"ז ענזיל (סוף סי' מ"ו). ועי' שו"ת פנים מאירות (סי' ע"ח). אלא שצ"ע אם אכן יש כאן "שבירת שוק".

בנוסף לכך יש לדון על ההפרש במחיר הנובע מהשכר שהאחרים משלמים לנהגים, שהוא נמוך יותר מאשר הראשונים. ולכאורה הנהגים צריכים להיות צד בדיון, שהנהגים של הראשון צריכים להתלונן על הנהגים של האחרים על קיפוח פרנסתם. וצ"ע אם יש להפריד בדיון בין הנהגים לבין בעלי הג'יפים. עכ"פ הנהגים לא באו לפנינו לדין, וע"כ אינם צד בו.

והנה המבי"ט (ח"א סי' קצ"ד) דן במלך שמכר עופרת לשמעון ואח"כ בא לוי והוסיף על המחיר וזכה בעופרת. וכתב המבי"ט שלוי אינו נקרא רשע, כי המלך הודיע מראש שאינו מוכר לצמיתות ומעדיף את המרבה במחיר. אלא שקשה על המבי"ט ממה שכתבו התוס' (קידושין נ"ט ע"א ד"ה עני) בענין מלמד: שאם אדם מציע את עצמו כמלמד כאשר בעה"ב כבר שכר אדם אחר ללמד את בנו, יש כאן דין "עני המהפך בחררה"! וכתבו בפסק הדין של ביה"ד הגדול שם, שדברי המבי"ט אמורים רק משום שכך הוא חוק מלכות, ולכן אין בו דין "עני המהפך בחררה"; אך אין ללמוד משם למקרים אחרים.

תשובה

בנד"ד החברה עדיין לא חתמה עם הראשון על חוזה; וכוונתה היתה ברורה – להוריד את המחיר. שהרי כל מטרתה היתה למשוך תיירים ע"י מחיר זול יותר, ופשיטא שהיא תעדיף את הזול ביותר. א"כ אין כאן דין "עני המהפך בחררה", אא"כ נאמר שהאחרים ירדו מתחת לסף הרווחים המינימליים כדי להתחרות. ואם עשו כך, הרי זו תחרות שאינה הוגנת, והם נקראים רשעים. אך כפי שעולה מבדיקת חשבונותיהם, הם אמנם מסתכנים בכך שלא עשו ביטוח מקיף, ולקחו נהגים זולים יותר וג'יפים זולים יותר; אך אי אפשר לומר בוודאות שתחרות כזו אינה הוגנת. ואולי יש לומר שאם הראשון יסכים למחיר זול יותר, על החברה להעדיף אותו.

ולמעשה נראה שכל הדיון היה במקומו אילו הצדדים היו באים לדין לפני שהחברה כבר חתמה על חוזה עם אחד מהם. אך כאן הרי החברה כבר סיכמה עם האחרים. ויש לומר שהם אינם נחשבים רשעים, משום שהיה להם מקום לסמוך עליו, שהרי סברו שמותר להם להתחרות; וגם מבחינת ההלכה אין אנו יכולים להגדיר בוודאות שהדבר היה אסור, ולכל היותר היה כאן גרם נזק לראשונים שהשקיעו מכספם. ולכן נראה לומר שהם זכו במיכרז; אלא שעליהם לצאת ידי שמים ולקנות את הג'יפים של הראשון, אע"פ שקנה אותם ביוקר, מכיון שגרמו לו נזק.

לאחר שנמסר פסק הדין לצדדים, הם הגיעו לפשרה וכולם התאחדו לחברה אחת. ועל זה נאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם".

מסקנות

א. מותר לאדם להתחרות בחבירו אם אינו מקפח את פרנסתו לגמרי; אבל אם הוא מקפח את פרנסתו לגמרי – אסור לו להתחרות.

ב. אדם שנזדמנה לו עיסקה והתחיל לטרוח בשבילה – אסור לחבירו להקדים ולזכות בה לעצמו, כדין "עני המהפך בחררה".

ג. מותר לאדם להתחרות בחבירו אם הוא מספק מוצר או שירות זולים יותר; אך הדבר מותנה בכך שהמחיר שהשני מציע הוא מחיר סביר ולא מקובל כמחיר הפסד שבא לשבור את השוק.

סימן צג

חזקת ממון בחוזה בניה

ראשי פרקים

שאלה

א. הכרעה בחוזה שיש בו סתירה

ב. מחלוקת הב"ח והקצות

תשובה

שאלה *

אדם שכר אומן לעשות לו סככה בגודל של שישה על ארבעה מטר. ההזמנה נרשמה בכתב, אך בע"פ נאמר שצריכים לשם כך 12 פלטות אזבסט, ושני הצדדים מודים בזה. ועתה התברר שצריכים 14 פלטות. המזמין דורש מהקבלן לשים לו 14 פלטות ללא תוספת תשלום, ואילו הקבלן דורש תשלום על שתי הפלטות הנוספות. הדין עם מי?

א. הכרעה בחוזה שיש בו סתירה

שאלה זו, של הסכם שיש בו סתירה בין חלקו האחד לחלקו האחר, נראה שהיא תלויה במה שנאמר במשנה במסכת ב"מ (ק"ב ע"א-ע"ב):

> המשכיר בית לחבירו לשנה; נתעברה השנה – נתעברה לשוכר...
>
> מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה, מדינר זהב לחודש, ובא מעשה לפני רשב"ג ולפני ר' יוסי ואמרו: יחלוקו את חודש העיבור.

ובגמ' (ק"ב ע"ב) פסק רב נחמן ש"קרקע בחזקת בעליה קיימת", ולכן אפילו אם המשכיר בא לתבוע את דמי השכירות של החודש הנוסף רק בסוף אותו חודש – הרי הבית בחזקת המשכיר הוא, והשוכר חייב לשלם בעד חודש העיבור.

וא"כ הוא הדין כאן, כשיש ספק כיצד להתייחס להסכם שביניהם, יש לומר שהממון בחזקתו, ו"המוציא מחבירו עליו הראיה". ומשמעות הדבר היא שהשוכר את האומן פטור מלשלם את דמי הפלטות הנוספות, מספק. ובפרט כאן, שעל האומן היה מוטל יותר לדקדק ולהעריך נכונה את הכמויות הנדרשות, שהרי זה מקצועו, והוא צריך לדעת כמה פלטות צריך. ולא דמי לשנה מעוברת, ששניהם שווים הם בידיעה או באי ידיעה של הדבר. בנוסף לכך יש להעיר שבהזמנה בכתב לא הוזכר כלל מספר הפלטות אלא גודל הסככה, ולכן מסתבר לומר שההזמנה בכתב מחייבת יותר מאשר הדיבור בע"פ.

מאידך יש לומר שמכיון שההערכה מראש היתה שאין צורך ביותר מ־12 פלטות – אדעתא דהכי הסכימו ביניהם. ועתה, שנולד ספק אם יש לשלם יותר, והאומן בא להוציא מידי המזמין – יש כאן ספק, ורק משום שהמוציא מחבירו עליו הראיה, אין המזמין יכול לדרוש תשלום נוסף.

אך כל זה נכון רק אם האומן כבר השלים את מלאכתו, והשוכר לא שילם עדיין. אך אם הקבלן עוד לא השלים את מלאכתו, יתכן שהדין יהיה שונה. שכן אם הקבלן יניח רק 12 פלטות ויתבע את שכרו, והשוכר יטען שעדיין לא השלים את מלאכתו, ואילו הקבלן יטען שהשלים אותה כבר – א"כ כל אחד מהם בא להוציא מחבירו: זה בא להוציא ממון, וזה בא להוציא מלאכה. א"כ כל אחד מוחזק בשלו, וייתכן שבהכרח יחלוקו. וצ"ע.

ב. מחלוקת הב"ח והקצות

אמנם יתכן שגם לאחר שנשלמה המלאכה, לא פשוט לומר שמזמין העבודה הוא המוחזק. כי נראה שהדין יהיה תלוי במחלוקת שבין הב"ח

* אדר א' תשכ"ה.

והקצות (חו"מ סי' קנ"ז), בענין כותל שנבנה ע"י אחד השכנים על הגבול שבינו לבין חבירו: לדעת הב"ח (דף קכ"ב ע"א סד"ה ואם), מי שבנה את הכותל הוא המוחזק, ואם אחד השכנים רוצה להשתמש בו – הרי הוא בא להוציא מחבירו, ועליו חובת ההוכחה ששילם את חלקו בהוצאות הבניה. ובקצוה"ח (ס"ק ט') חלק עליו, וכתב שמכיון שחציו של הכותל עומד בחצירו של הרוצה להשתמש, קנאו הנתבע בקנין חצר, ורק תביעת ממון יש ביניהם; וא"כ זה שבנה את הכותל הוא המוציא, והרוצה להשתמש בו הוא המוחזק. וא"כ בנד"ד, לדעת הב"ח הקבלן הוא המוחזק, מפני שהוא שבנה את הסככה מן החומרים שלו; ואילו לדעת הקצות, מזמין העבודה הוא המוחזק, מפני שהסככה עומדת ברשותו.

אך יש לחלק ולומר ששם, כיון שהרוצה להשתמש בכותל הסכים לשלם, קנה את הכותל מיד בקנין חצר; ובשעה שפרצה המחלוקת אם שילם או לאו, הוא כבר היה מוחזק. מה שאין כן כאן, שהנתבע הסכים לשלם עבור 12 פלטות, ועל שתי הפלטות היתרות אינו רוצה לשלם – א"כ לא קנה אותן, אלא בחזקת האומן הן, למרות שהן מונחות ברשותו של המזמין; ולכן המזמין הוא המוציא מחבירו, ועליו הראיה.

אלא שנראה שהקצות הולך לשיטתו (שם ס"ק ה'), שמסביר שהמקום עליו נבנה הכותל בין שני השותפין – חציו לזה וחציו לזה. ובסוף הדברים הביא את דברי הירושלמי (ב"מ פ"י ה"ז):

> כותל שבין שתי מחיצות (חצרות) שנפרץ – (נחלקו) רב ושמואל: חד אמר, מחצה לזה ומחצה לזה; וחד אמר, כולו לזה וכולו לזה.
>
> מה מפקה מביניהון? – מצא מציאה: מ"ד מחצה לזה ומחצה לזה – מחציו והילך לזה, ומחציו והילך לזה. מ"ד כולו לזה וכולו לזה – המוצא זכה.

המחלוקת בין רב ושמואל בירושלמי לא הוכרעה. בשו"ע (סי' קנ"ז סעי' ט') מובאות שתי הדעות, ללא הכרעה (אך הגר"א, ס"ק מ"א, כתב שלעיל, סי' קנ"ד סעי' כ"ו, הכריע השו"ע כדעה השניה, הסוברת "כולו לזה וכולו לזה"). ואכן הב"ח פירש שהמחלוקת בין שתי הדעות בשו"ע היא המחלוקת בירושלמי אם יש לכל אחד מהם חזקה במחצית או ששניהם שותפים בכל. (וההלכה למעשה היא ששניהם שותפים בכל). אך הקצות חולק על פירוש זה, וסובר שלכו"ע, לכל אחד מהם יש מחצית בכל הכותל, ומכיון שמחצית המקום שעליו בנוי הכותל שייכת לכל אחד מהם, יוצא שכל אחד מהם מכיר את מקומו. עי"ש. וא"כ המחלוקת ביניהם היא מי מוחזק: הקצות הולך לשיטתו, שכל אחד מכיר את מקומו, וסובר שכל אחד מהם מוחזק במחצית; ואילו הב"ח סובר שמכיון שעל שניהם לבנות יחד, אין כאן מוחזק.

ומסתבר א"כ שמה שכתב הב"ח שהבונה את הכותל הוא המוחזק בו, זהו כמ"ד "כולו לזה וכולו לזה". שאם היה סובר כמ"ד "חציו לזה וחציו לזה" – אין הוא מוחזק אלא בחצי הכותל. וטענת הקצות – שמכיון שהדיון ביניהם הוא רק על התשלום ולא על הכותל, הכותל הוא בחזקת בעל המקום בו הוא נמצא. וא"כ המחלוקת ביניהם היא רק בחצר של שניהם; אך בחצר של אחד מהם לא נחלקו. ולפי זה גם הב"ח יודה שהבונה כותל בחצר חבירו, בעל החצר הוא המוחזק ולא הבונה.

ועוד יש לומר דלא גרע מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות, שאינו יכול לומר "עצי אני נוטל", והוא הדין ביורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות במקום העשוי לבנות (שו"ע חו"מ סי' שע"ה סעי' ז'). וכאן אף אחד מהם אינו רוצה שפלטות יינטלו מכאן, אלא דנים על התשלום. וא"כ בעל החצר מוחזק בפלטות, והאומן הוא הבא להוציא ממנו את התשלום.

תשובה

למעשה נראה, שמכיון שהסככה נמצאת ברשותו של המזמין, יש לומר שהמזמין הוא המוחזק, והקבלן נחשב למוציא מחבירו, ועליו

הראיה. וכדי לפשר ביניהם, ישלם המזמין לקבלן שליש ממחירן של אותן שתי פלטות.
אך אילו הקבלן לא היה משלים את העבודה עד שבאו לדין, היה המזמין משלם מחצית ממחירן של אותן פלטות.

סימן צד

תוספת בניה בבתים משותפים

ראשי פרקים

שאלה
א. שיעבוד בעל הבית לבעל העליה
ב. השיעבוד ההדדי בבית משותף
ג. צורך כללי או צורך אישי?
ד. מניעת אור ואוויר
ה. נזק אישי או ממוני?
ו. יורד לשדה חבירו
תשובה
מסקנות

שאלה *

בבנין רב קומתי ברמת־גן גרים כ־50 דיירים. באסיפת דיירים הוחלט על דעת רוב הדיירים להרחיב את הבנין. שישה דיירים מתנגדים לבניה, והסיבות לכך הן:

א. אין להם כסף להרחבה.

ב. אין להם צורך בהרחבה.

ג. במשך הבניה רב הלכלוך והרעש, ואין הצר שווה להם בנזק הזיהום והרעש, מאחר שאינם צריכים את ההרחבה לעצמם.

ד. בהרחבת בנין רב קומתי יש הכרח לבנות לפחות את השלד לכל גובה הבנין, כולל השלד של הדירות בהן גרים הדיירים המתנגדים לבניה. הרחבת הבית ע"י יתר הדיירים תסתום להם את האור והאוויר.

שני הצדדים תובעים זה את זה:

הרוב תובע מהמיעוט שישתתף בבניה, כי סוף סוף גם המיעוט נהנה מהתוספת, ולכשירחיב לו הוא ירחיב את דירתו. גם ערך דירתו של המיעוט עולה. ומי שאין לו כסף, הרוב מוכן לסייע לו בהלוואות נוחות ובעזרה אחרת.

המיעוט תובע מהרוב להימנע מלבנות, כי הבניה מלכלכת ומרעישה. בנוסף לכך, בניית השלד של מעטפת הבית תסתיר את האור ותחסום את האוויר בדירותיהם; כי כרגע יש להם צד אחד הפונה אל השמש, אולם ברגע שייבנה השלד של מעטפת הבנין, לא תוכל השמש לחדור לדירותיהם; וגם האור והאוויר יתמעטו מאוד. המיעוט אינו מעוניין להתחייב לשום הלוואה שהיא, והוא מסתפק במה שיש לו.

א. שיעבוד בעל הבית לבעל העליה

נאמר במסכת ב"ב (ו' ע"ב – ז' ע"א):

הנהו בי תרי דהוו דיירי, חד הוה דייר עילאי וחד הוה דייר תתאי. איתבר תתאי (רש"י: נטבעו הכתלים התחתונים בארץ, עד ששפלה תקרת העליה, ואין התחתון יכול ליכנס בתוכו אא"כ שוחה). אמר ליה תתאי לעילאי: תא ונבניה. אמר ליה: אנא שפיר קא דאירנא...

אמר רב חמא: בדינא קא מעכב.

והני מילי, דלא אתנו גבי הדדי; אבל אתנו גבי הדדי – סתרי ובנו. וכי אתנו בהדי הדדי, עד כמה? אמרי רבנן קמיה דרבה... משמיה דרב נחמן: ...כדדיירי אינשי. וכמה? א"ר הונא בריה דרב

* מעובד מהרצאה שניתנה במכון "הליכות עם ישראל", תשנ"א.

יהושע כי היכי דעיילי איסורייתא דמחזוא (רש"י: קנים ארוכים) והדד.

וכן פסק הרמב"ם (הל' שכנים פ"ד ה"ר"ח"ז):

נתדלדלו קורות הבית וירדו לאוויר הבית: אם הגיעו לתוך עשרה טפחים – סותר ובונה... התנו ביניהם דבר זה; אם נשאר בגובה הבית כדי שיקח אדם חבילה בינונית על ראשו... – אינו סותר.

וצ"ע אם השיעבוד של הדיירים זה לזה הוא רק בגובה הבית, או גם ברוחב, כגון בנד"ד, שכדי להרחיב יש צורך בסיוע של כולם זה לזה.

המג"מ (הל' ז') פירש שהדברים אמורים "בשהתנו **סתם**". ורצונו לומר שאם היה ביניהם תנאי **מפורש**, היו צריכים לקיים את התנאי כלשונו. אך כשהתנו סתם, כוונתם לומר שרק כאשר יהיה צר לאחד מהם ולא יוכל לדור עוד, יוכל הוא לכפות את חבירו לסתור ולבנות מחדש; אך כל עוד יוכל לדור באופן סביר, אין בעל העליה משועבד לבעל הבית לאפשר לו להטרידו כדי לבנות את ביתו מחדש.

ולכן נראה שאפילו אם נניח שכל הדיירים משועבדים זה לזה גם באשר לרוחב הדירות – מסתבר שנד"ד הוא כהתנו סתם, לדיור במצב סביר; אך לתוספת הרווחה לא השתעבדו זה לזה. יתרה מזאת: השיעבוד ההדדי קיים רק במצב שבו הבית התקלקל ממה שהיה לפני כן (כגון: שנוצרה דליפה חמורה בצנרת, ויש צורך לפתוח את הקירות בהרבה דירות כדי למנוע רטיבות אצל אחד הדיירים); אבל לתוספת בניה לא נשתעבדו זה לזה כלל.

ב. השיעבוד ההדדי בבית משותף

ויש לעיין בשאלה נוספת: האם בית משותף בימינו דומה לבית ועליה של ימי חז"ל?

על שאלה זו ניתן לענות מתוך עיון בדברי המשנה (ב"מ קט"ז ע"ב):

הבית והעליה; נפחתה העליה ואין בעל הבית רוצה לתקן – הרי בעל העליה יורד ודר למטה, עד שיתקן את העליה.

והתוס' (ד"ה הבית) **חילקו בין אחים שחלקו, שאז אין בעל הבית משועבד לבעל העליה, לבין בעל בית ועליה שהשכיר את העליה לאדם אחר, שהוא משועבד למי ששכר ממנו את העליה.**

ובעקבותיהם פסק הרמ"א (שו"ע חו"מ סי' קס"ד סעי' א' בהג"ה):

וכל צרכי הגג חייב בעל העליה לתקן גם כן. ודווקא בשני שותפין; אבל בשוכר ומשכיר – על התחתון לתקן התקרה.

כלומר, שאם בעל הבית השכיר את העליה לאחר, אחריותו גדולה יותר מאשר בסתם שכנים שזה גר בבית וזה בעליה.

ומשמע שם בגמ' (דף קי"ז ע"ב) **שבבית של אחד ועליה של השני, הקרקע אינה משותפת לשניהם, אלא היא של בעל הבית; אלא שבעל הבית משועבד לבעל העליה בשליש הקרקע** (או ברבע הקרקע, לדעת אחרים). **ואם שניהם שותפים שווים בקרקע, מדוע יקבל בעל העליה רק שליש** (או רבע) **מן השטח? אלא ע"כ מדובר במקרה בו האחים חלקו ביניהם את הירושה, והאחד נטל את הבית והשני את העליה, עפ"י שוויים, ולא התנו ביניהם דבר על הקרקע. ולכן בעל הבית משועבד לבעל העליה בשליש או ברבע, ובעל העליה משועבד לבעל הבית בשני שליש או בשלושה רבעים. אבל בימינו, שבית משותף בנוי על קרקע משותפת, ולכולם חלק שווה בקרקע – הדין שונה. כולם משועבדים זה לזה באופן שווה, ואין מי שמשועבד יותר מחבירו. לכן אף אחד מהם אינו יכול לכוף את חבירו שיסכים לדרישותיו. והוויכוח הוא בשאלה אחרת: האם מותר לרוב לבנות על המגרש השייך גם למיעוט? או להיפך, האם המיעוט יכול למנוע מהרוב לבנות על המגרש שלו?**

ונראה שיש ללמוד זאת מהאמור ברמב"ם (הל' שכנים פ"ה ה"א):

חצר השותפין – כל אחד מהן כופה את חבירו לעשות בה בית־שער ודלת, וכן כל הדברים שהחצר צריכה להם **צורך גדול** או דברים שנהגו

בני המדינה לענשותם. אבל שאר הדברים, כגון ציור וכיור וכיוצא בו, אינו כופהו.

וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' קס"א סעי' א'). **ומסתבר שבדברים אלו הולכים אחר דעת רוב הדיירים, כמבואר בשו"ע** (חו"מ סי' קס"ג סעי' א' בהג"ה):

כל צרכי ציבור שאינן יכולים להשוות עצמן – יש להושיב כל בעלי הבתים הנותנים מס, ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב.

ומשמע שהוא הדין לחצר השותפין (עיין ביאור הגר"א ס"ק ט'). **וודאי שבית משותף שבו גרים 50 דיירים הוא ציבור לא פחות מאשר תושבי עיר או כפר בימי קדם** (ועי' לעיל סי' ב' אות א').

ג. צורך כללי או צורך אישי?

ועלינו להתבונן בתנאי שהוסיף הרמ"א: "ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים". ורצונו לומר שכל אחד טוען שדעתו היא טובת **הציבור**. (ונראה שמקור דברי הרמ"א הוא הפסוק בתורה "אחרי רבים להטות". פסוק זה נאמר בבית דין, שם כל הדיינים הם אובייקטיביים, ואינם נוגעים בדבר. והוא הדין בעיר ובחצר). **אך כאן הבעיה היא אישית, וכל אחד תובע את הצריך לו עפ"י האינטרס הפרטי שלו – אלו להרחבת דירותיהם, ואלו למניעת הוצאות וסתימת אור ואוויר. ואין כאן ענין ציבורי הנוגע לטובת הכלל, שהדעות בו חלוקות, כגון בית־שער. בית־שער הוא צורך כללי, אלא שיש הסבורים שאפשר לוותר עליו ויש שאינם מוותרים עליו. מה שאין כן בנד"ד, שכל אחד דואג לעצמו ובא מכוח האינטרס הפרטי שלו, מבלי לטעון שדעתו נובעת משיקולים של טובת הציבור כולו; אם כי ההבדל הוא דק מאד** (ועיין לעיל סי' צ"א בנספח).

ועוד, גם הרחבת הדירות בנד"ד אינה נחשבת כ"צורך גדול". היא נועדה בעיקר להרחבת הדעת, למרות שאין להשוות אותה לציור וכיור, שהם מותרות גמורים. לכן, גם אם הרוב אומר למיעוט שדבר זה יביא לו תועלת, לא נראה **שהרוב יכול להחליט גם עבור המיעוט. ולכן לא מסתבר שרוב יוכל לכפות מיעוט בדבר זה.**

ולכאורה יש לתלות את השאלה במחלוקת שבין ר"ת והראבי"ה (מובאת בשו"ע חו"מ סי' ב' סעי' א' בהג"ה, ובאנציקלופדיה תלמודית, ערך "בני העיר", ח"ג עמ' שע"ז): **לדעת ר"ת** (ספר הישר, מובא במרדכי ב"ב פ"א סי' ת"פ־תפ"ב) **אין רוב יכול לכפות מיעוט בדבר שהוא רווחא להאי ופסידא להאי, אא"כ היתה תקנה קדומה המוסכמת על הכל. ואילו לדעת הראבי"ה** (מובא שם סי' תפ"ב), **הולכים אחרי הרוב גם בדבר שיש בו רווחא להאי ופסידא להאי. בשו"ע** (שם) **נפסק להלכה שהדבר תלוי במנהג. וכמדומה שמנהג העולם כיום הוא כדעת הראבי"ה** (עי' רמ"א שם; אנציקלופדיה תלמודית שם; "הקיבוץ בהלכה" עמ' 113־111).

החזו"א (ב"ב סי' ד' ס"ק ט"ו ד"ה ואם) **כתב שאפילו לדעת הראבי"ה, אם הרוב אומרים דבר שהוא לטובתם ולהפסד למיעוט – דעתם בטלה, ואין לרוב כוח לתקן תקנות אלא באופן שהרווח וההפסד שווה לכולם. מיהו באותו מקום** (ד"ה במהרי"ק) **הביא את דברי המהרי"ק** (שורש א') **שדן בדברי המרדכי שהבאנו, וכתב שהולכים אחר הרוב משום "מיגדר מילתא". ועל כך כתב החזו"א:**

דעניין שאי אפשר להכריע בו עפ"י תורה ותרבה מחלוקת בעיר – הוא בכלל "מיגדר מילתא" במילי דשמיא, דהרי מחלוקת שנאוי ביותר לפני המקום ב"ה... ובמושב בני העיר ילכו אחר הרוב.

וכן כתב בשו"ת מהר"ם אלשיך (סי' נ"ט עמ' קכ"ג; ועי' חזו"א ב"ב סי' ה' ס"ק ד' ד"ה ובענייני). **ולכן נראה שאף בנד"ד יש ללכת אחר הרוב; מה גם שבעניינו הרחבת הבנין כולו מעלה את ערך הנכס לכולם; וגם המיעוט, שכרגע** אינו מעוניין בהרחבה, יודה, שאם היו דרים בדירתם דיירים אחרים שהיו מעוניינים בהרחבה, היתה להם תועלת גדולה מכך. אמנם כרגע, המיעוט, עפ"י צרכיו, אינו רואה תועלת בהרחבה; אך מבחינה אובייקטיבית יש מקום לראות את העלאת ערך

הנכס לטווח רחוק יותר. לכן נראה שיש מקום בכל זאת להתחשב יותר ברוב מאשר במיעוט.

ואולי יש לכלול זאת במה שאמרה הגמ' (סנהדרין ל"ב ע"ב):

"צדק צדק תרדוף" – אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה; אם עוברות שתיהן – שתיהן טובעות, בזה אחר זה – שתיהן עוברות... הא כיצד? טענה ושאינה טענה – תידחה שאינה טענה מפני טענה...

ואף כאן, אם נבנה – יסבול המיעוט; אם לא נבנה – יסבול הרוב. ומוטב שיסבול המיעוט ולא יסבול הרוב. ובכגון זה הולכין אחר הרוב, לא משום שהוא צודק יותר, אלא משום שיש להתחשב בצרכי הרוב יותר מאשר בצרכי המיעוט במקום שהצדק שקול.

אחרי שנכתב בירור הלכה זה פורסם חוק חדש, הקובע שרק 75% של הדיירים יכולים לכפות את המיעוט בכה"ג. והדבר אינו מתקבל כ"כ. אמנם מסתבר שצריך רוב מיוחס של 2/3, אך 75% מנא לן? ואכן אם זוהי הסכמת הציבור, יש מקום לקבלה, אם גם חכם הסכים לה, ואכמ"ל.

ד. מניעת אור ואוויר

ונראה שיש להשוות את בעייתנו למקרה שנידון שם במסכת ב"ב (ז' ע"א):

ההוא גברא דהוה בני אשיתא (כותל) אחורי כווי (חלונות) דחבריה. אמר ליה: קמאפלת עלי... אמר ליה (הניזק): לא טרחנא (איני רוצה לטרוח כדי לאפשר לך לבנות את הכותל). אמר רב חמא: בדין קא מעכב.

ובמעשה שאחר זה נאמר:

הנהו בי תרי אזי דפלגי בהדי הדדי. חד מטייה אספלידא (טרקלין), וחד מטייה תרביצא (גינה). אזל ההוא דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא (כותל) אפומא דאספלידא. א"ל: קמאפלת עלי. א"ל: בדידי קא בנינא. אמר רב חמא: בדין קאמר ליה...

אמר ליה רבינא לרב אשי: ...הכא מאי? דלא עלו להדדי (האם כאן לא חישבו ביניהם את ערך הטרקלין מול הגינה)?... – נהי דעלו להדדי דמי ליבני, כשורי והודרי (חומרי הבניה); דמי אווירא (ערך השיעבוד של הגינה לאוויר הטרקלין) לא עלו אהדדי.

מדברי רש"י (ד"ה בנפשאי) **מבואר שטענתו של בעל הטרקלין היא שהטרקלין נשאר כ"אידרונא"** (חדר חשוך) **ללא אור ואוויר. וכן פסקו הרמב"ם** (הל' שכנים פ"ז ה"י) **והשו"ע** (חו"מ סי' קנ"ד סעי' כ"ז):

שני אחין שחלקו חצר מדעתן, ושמו הבנין והעצים זה כנגד זה ולא השגיחו על שומת האוויר... אם רצה בעל החצר לבנות כותל בסוף חלקו – בונה בפני האכסדרה, ואע"פ שמאפיל עליו, שהרי לא שמו האוויר.

אך התוס' (ד"ה א"ל) **חלקו על רש"י והרמב"ם, וכתבו:**

ומפרש ר"ת, שמאספלידא היה יכול לראות לשדותיו דרך התרביצא. ודקאמרת "מאפלת עילוי" – היינו שהיה מעכבו שלא היה יכול לראות שדותיו... וקרי ליה נמי "אידרונא", שלא היה יכול להביט למרחוק...

ונראה לר"י דוודאי היה מאפיל עליו האורה; שלא היה בו אורה גדולה כאשר צריך לאכסדרה. אבל עדיין היה בו אור גדול... "שלא יאפיל" – היינו שלא יאפיל לגמרי עד שלא יהא ראוי להשתמש בו יפה. ומשום הכי קרי ליה "אידרונא".

נמצא שבין לר"ת ובין לר"י אין מדובר בהאפלה גמורה, אלא בהסתרה או בהחשכה חלקית; ואם לא העלו בשומא גם את הפרט הזה, יכול בעל החצר לבנות ולהסתיר או להאפיל על בעל הבית. אך אם העלו בשומא את כל ערכו של הבית, אין בעל החצר יכול להוריד את הבית מערכו ע"י בניה בפני חלונותיו.

המג"מ (שם) **כתב על דברי הרמב"ם:**

אבל אם העלו סתם כמה שווה חלק זה על חלק זה – הכל בכלל הנילוי, ואפילו האוויר.

והגר"א (סי' קנ"ד ס"ק ק"ד) **כתב שדברי הרמב"ם והשו"ע אמורים דווקא אם חלקו מדעתן; אך אילו חלקו עפ"י בי"ד, ע"כ בי"ד העלו בשומא**

כהוגן ושמו גם את השיעבוד של בעל הגינה לאוויר של בעל הטרקלין.

ומסתבר שנד"ד בבית משותף, כשקנו את הבית, וכל אחד שילם לפי ערך דירתו – הרי זו כעין שומא מפורשת, או שומא של בי"ד, ששמו בה גם את האוויר, ואין רשות לאחד לגרוע מערכו של חבירו. מיהו אם דנים מצד ערך הבית, יש לומר שאדרבה, בניית השלד, המאפשרת אופציה של הרחבה **לכל** דירה, מעלה את ערך הנכס. ואע"פ שהאור והאוויר התמעטו בחלק הישן, בסך הכל ערך הדירה עלה. וצ"ע אם יכול לטעון טענת אור ואוויר בכגון זה, כשבסיכומו של דבר אין לו הפסד, אלא רווח.

ה. נזק אישי או ממוני?

וצ"ע, האם טענת חסימת אור ואוויר היא טענה **אישית**, כמו ריח רע, עשן ורעש, המזיקים **לגופו** של האדם, או שמא היא טענה **ממונית**, שערך הדירה יורד? כי מהגמ' כאן משמע שהטענה היא ממונית בלבד, ולכן כאשר העלו את המחוייבות ההדדית בשומא אינו יכול להאפיל. ומדוע אין הוא יכול לטעון שהלה "חונק" אותו, כמו בעשן למשל? ובשלמא לדעת ר"ת ור"י (בתוס' שהבאנו לעיל) יש לומר דאה"נ: כשהוא מסתיר ממנו את שדותיו או ממעט לו את האורה, אין לו זכות לטעון שהפגיעה האישית בו חמורה כל כך, ואין לדמות הסתרה מועטה זו לעשן. אך לדעת רש"י והרמב"ם, שמדבריהם משמע שמאפיל עליו לגמרי, מאי שנא מעשן? אמנם יש לומר שעשן הוא נזק אקטיבי בעוד שהאפלה היא נזק פסיבי. אך עדיין קשה: מדוע יכול להאפיל עליו לגמרי, הרי משנה מפורשת היא (להלן כ"ב ע"ב): "החלונות – בין מלמעלן, בין מלמטן, בין מכנגדן – ארבע אמות"! וא"כ צריך להרחיק את הכותל מן האיספלידא לפחות ארבע אמות? ועוד קשה, שכאן מבואר שהדבר תלוי בעילוי בדמים, ולא מצינו עילוי בדמים בנזקי שכנים אחרים, להלן בפרק שני?

ויש לעיין בחידושי הרשב"א (ב"ב י"ז ע"ב ד"ה דכל), ואלו דבריו:

> תמיהה לי, לאביי דאמר סומך... מכל מקום הא משעבד קרקע של חבירו במה שהוא עושה, לכשיבוא חבירו לחפור יצטרך להרחיק ששה! ...והא למה הדבר דומה? לפותח חלון העשוי לאורה וליכא היזק ראיה על חצר חבירו, דמהשתא לא מזיק ליה. התאמר שאין בעל החצר יכול לעכב עליו, כיון שאינו מזיקו עכשיו; ולכשיבוא מחר לסמוך לו כותל מרחיק ממנו ד' אמות, כדי שלא יאפילו! ולקתה מדת הדין בכך. ואפילו למ"ד על הניזק להרחיק את עצמו... ה"מ בנזקין, אבל בבא לשעבד קרקעו של חבירו – לא... ויש לומר דאינה דומה לזו. דגבי חלון, משל חבירו הוא נוטל, דהיינו אוויר חצירו שמועיל לו. ולפיכך יכול לומר לו: אינך פותח ונוטל אוויר חצרי ומשעבד קרקעי לכך. אבל גבי בור אינו כן: שזה חופר בתוך שלו, ומים משלו הן נובעין; ויכול הוא לומר: כשסמכתי, ברשות סמכתי, שאיני מזיקך באותה שעה...

ומדברי הרשב"א עולה שיש שלוש דרגות בנזקי שכנים:

א. נזק הפולש לחצר השכן בגיריה דיליה, כגון: ריח, עשן, רעש וכדו'.

ב. מניעת שימוש באור ובאוויר.

ג. מניעת אפשרות מהזולת לעשות בשלו ככל העולה על רוחו, כגון: לחפור בור.

ובמניעת שימוש באור ואוויר כתב הרשב"א, שהפותח חלון על חצר חבירו כאילו נוטל ממנו את אוויר חצרו המועיל לו, ולכן יכול לומר לו שאינו מוכן לשעבד את חצרו לכך. ובביאור דבריו הקדושים נראה לענ"ד לומר שבוודאי לא שייך לטעון שהפותח חלון לחצר חבירו נוטל את אוויר החצר, שהרי האוויר שייך לכולם. אלא כוונתו לומר כמו שמפרש אח"כ, שפתיחת החלון **משעבדת** את אוויר החצר לחלון, ובעל החצר אינו מוכן לשיעבוד זה; ולכן הוא יכול למנוע ממנו את פתיחת החלון. ולמרות זאת בבור אינו יכול למנוע ממנו את שיעבוד החצר

לכך שלא יחפור בור בחצרו, כי את הבור חופר הראשון **בתוך** רשותו, מה שאין כן בחלון, שהוא פותח על **הגבול** שבינו לבין חבירו; ואילו בריח, עשן ורעש הוא פולש **לתוך** רשותו של חבירו.

וא"כ הוא הדין באיספלידא הבנויה על הגבול של התרביצא, שבעל התרביצא אינו מוכן לשעבד את גינתו לכך שלא יבנה כותל בתוך ארבע אמות לאיספלידא; שאם כן נמצא שבעל האיספלידא כאילו נוטל מבעל התרביצא את אוויר חצרו.

ובטעם הדברים נראה ששיעבוד זה, שבעל האיספלידא רוצה לשעבד את בעל התרביצא, אינו מדין נזקי גופו; שהרי הוא לא מזיק לו בגופו, כמו נזק שע"י רעש, ריח ועשן, והוא רק מפחית את ערך ממונו בכך שמשעבד את חצרו של חברו לצורך האור של הטרקלין שלו. הגע בעצמך, מי שיש לו חנות של צבעין מתחת לאוצרו של חבירו, ואם יהפוך בעל האוצר את אוצרו לחנות של צבעין ירוויח יותר, או אם ימכור את חצרו לצבעי יקבל עליו הון רב, האם הצבע יוכל לטעון: "מה הזקתיך? הרי לא הפסדתי לך כלום!"? זה אינו, משום שטענתו של בעל האוצר היא הנזק הישיר שגורם לאוצרו, ולא הנזק העקיף הנגרם לערך הנכס של המקום. אך בשיעבוד החצר לאורה אין טענה של נזק ישיר לגופו או לרכושו של השכן, אלא רק טענה של הורדת ערך הנכס.

ולכן יהיה הבדל בין שני שכנים המשועבדים זה לזה לערך נכסיהם לבין שני שכנים שאינם משועבדים לערך נכסיהם. ומשום כך מי שיש לו כבר חלון פתוח לחצר חבירו, בעל החצר משועבד לבעל החלון לכך שביתו לא ירד מערכו כיום, ולכן אינו יכול לבנות כותל בתוך ד' אמות לחלון ביתו. אך באחים שחלקו ולא העלו ביניהם את ערך האיספלידא בתור שכזה, אלא רק את עלות הקורות והלבנים, אין בעל התרביצא משועבד לערכה של האיספלידא, ולכן יכול הוא לבנות כותל בתוך ד' אמות ולהאפיל את האיספלידא לגמרי.

ולפי זה בנד"ד, שערך הדירה **יעלה** כתוצאה מהבניה הנוספת, לכאורה אין לניזקים טענה על הסתרת אור ואוויר מצד הבונים.

אמנם נכון הוא שערך הדירה ירד באשר לשימוש **העכשווי**, כשהחלונות מוסתרים ע"י המעטפת החדשה של הבנין, (כגון: למי שרוצה להשכיר אותה לשימוש מיידי). אך **בסך־הכל** ערך הדירה יעלה, למי שיקנה אותה על מנת להשתמש באופציה של ההרחבה ולהרחיב את דירתו. וא"כ אין כאן נזק ממוני גמור. (ודוגמא לשיקלול נזק, כשמצד שני יש גם רווח ידוע, עיין ב"ק מ"ט ע"א: "וכי אשה משבחת קודם שתלד יותר מלאחר שתלד"?)

ולפי זה בנד"ד, הרי החלון אינו פונה לעבר מגרש של אחרים שלא ברשות. אדרבה, כשנבנה הבנין, החלונות הופנו למגרש הריק המשותף, הנמצא ליד הבית ושייך לכולם, על־מנת כן שכל החלונות ייהנו מזיו החמה ומהאוויר הפתוח. ועתה, כאשר חלק מהדיירים רוצה לבנות תוספת ולהפוך את הטרקלין של האחרים לאידרונא – אין הדבר בידם.

אם כי יש להעיר שהדיירים שיבנו את התוספת, יהיו להם חלונות בחלק החדש, ודרכם יהיה להם אור ואוויר כמו לפני כן. ורק הדיירים שיסרבו להרחיב את דירותיהם יישארו עם החלונות הישנים כשהם מואפלים ע"י התוספת. וא"כ לדעת המרחיבים אין כאן כוונה להאפיל כלל. אך למעשה התוצאה היא האפלה לחלקם של המתנגדים.

ו. יורד לשדה חבירו

ולכן נראה לענ"ד שיש לדון בעניינו מדין "היורד לשדה חבירו שלא ברשות". וכך נאמר במסכת ב"מ (ק"א ע"א):

> איתמר: היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות – אמר רב: שמין לו, וידו על התחתונה. ושמואל אמר: אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. אמר רב פפא: ולא פליגי: כאן בשדה העשויה ליטע, כאן בשדה שאינה עשויה ליטע.

ואפילו אם נאמר שבנין זה הוא כשדה שאינה עשויה ליטע, הרי הדין הוא ששמין לו וידו על התחתונה. ועכ"פ צריכים המתנגדים לשלם לבונים את דמי הנאתם, לפחות כדמי "נטירא בר זוזא" (עי' ב"ב ד' ע"ב ובתוס' ד"ה דמי, וכן פסק בשו"ע סי' שע"ה סעי' א').

מיהו כתב בערוה"ש (סי' שע"ה סעי' י"ב), שמסתבר שאם הנהנה צווח ואומר שאינו רוצה שיהנוהו, הרי הוא פטור מלשלם ליורד לשדהו אף אם היא עשויה ליטע. וא"כ אף אם נגדיר את הבנין הזה כ"שדה העשויה ליטע" – הרי הדיירים המתנגדים פטורים מלשלם. ויש להביא ראיה לדבריו מדברי הריטב"א (ב"מ ק"א ע"א ד"ה ושמואל) והנמוק"י (לרי"ף ב"ב ב' ע"ב ד"ה מתני'; ועי' רמב"ן, ב"ב ד' ע"ב ד"ה מתני', שהסתפק בשאלה זו).

לעומת זאת כתב החזו"א (ב"ב סי' ב' ס"ק ו' ד"ה נראה), שאם אינו אומר לו עתה "טול נטיעותיך", או אם ידענו שניחא ליה בנטיעה – מחאתו לא מועילה לו להיפטר מן התשלום. וכתב שהדבר אינו דומה למה שכתב הטור (סי' קנ"ח) בדין מקיף וניקף, שאם הניקף אמר למקיף מראש שלא ישלם לו כלום – אינו משלם אלא דמי נטירותא. וטעם החילוק, משום שכאן התועלת לבעל השדה היא ברורה ומוכחת. וא"כ בנד"ד, שעתה אין למתנגדים תועלת בבניה – יש לקבל את מחאתם, הנאמרת עוד לפני הבניה, ולפטור אותם מלשלם.

עוד יש לדון, האם בנין זה דומה לשדה העשויה ליטע או שהוא דומה לשדה שאינה עשויה ליטע? אם נאמר שהולכים אחר העליה בערך הנכס מבחינה אובייקטיבית – בנין זה הוא כשדה העשויה ליטע. אך אם נאמר שהולכים אחר התועלת הסובייקטיבית שיש לדייר הגר בו – בהחלט ישנם אנשים שאין להם תועלת בבניה. החזו"א (ב"ב סי' ב' ס"ק ג') כותב בתחילת דבריו שהולכים אחר דעת בעל השדה. אך בהמשך כתב שמדברי הראשונים שדנו בטענת "טול עציך" משמע שהולכים אחר העליה בערכה של השדה מבחינה אובייקטיבית.

אך החזו"א מבאר שמה שכתבו הראשונים שאינו יכול לומר "טול עציך" היינו כאשר טענה זו היא שרירותית ("להכעיס"), ומטרתה היא להשיג עוד רווחים על חשבונו של הנוטע. אבל אם בעל השדה מסביר מדוע העצים מפריעים לו, יכול לטעון "טול עציך", מפני שבכך רואים אנו את השדה כשדה שאינה עשויה ליטע לאדם זה.

ובדומה לכך כתב בערוה"ש (סעי' י"א):

> במקום שבי"ד רואים שהכרח לבעה"ב לבנות במקום זה לפי מצבו ומצב העיר, ובעצמו היה בונה כן, וזה שבנה בנה כהוגן, באופן אשר הבעלים בעצמם לא היו בונים טוב מזה – בזה שפיר פסק (הרמ"א, סעי' ו' בהג"ה) דהבעלים אין יכולים לומר: טול עציך ואבניך...

וא"כ הולכים אחר התועלת הסובייקטיבית שיש לאותו אדם, ולא עפ"י הערכה של עליית ערך הנכס; אלא שאין מתחשבים בטיעונים שרירותיים שאין מאחריהם נימוק של ממש.

ומכל האמור עולה שבנד"ד, שהמתנגדים טוענים בכנות שאינם מעוניינים בבניה ושאין להם תועלת בה, אין לחייבם מדין "יורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות", כל זמן שאינם נהנים ממנה בפועל.

אלא שהבעיה תתעורר כשאדם מן המיעוט ירצה כעבור זמן לנצל את השלד להרחבת דירתו, או כשיבוא למכור את דירתו, אם ידרוש מחיר גבוה יותר כתוצאה מהשלד המורחב; האם יוכל לבוא בטענה של "זה נהנה וזה לא חסר", שהרי הרוב היה צריך לבנות את כל השלד בלאו הכי? (אם כי הרוב יכול לטעון: "את גרמת לי הקיפא יתירא", ובגללך השלד היה צריך להיות גבוה יותר, עי' ב"ק כ' ע"ב).

ולכאורה דומה הדבר למקיף וניקף (ב"ב ד' ע"ב):

> המקיף את חבירו משלוש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית – אין מחייבין אותו. ר' יוסי אומר: אם עמד וגדר את הרביעית – מגלגלין עליו את הכל.

ועל כך נאמר בגמ':

אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כר' יוסי – דאמר, "אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל" – לא שנא עמד ניקף לא שנא עמד מקיף.

וכן נפסק להלכה ברמב"ם (הל' שכנים פ"ג ה"ג) ובשו"ע (סי' קנ"ח סעי' ו'):

מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו, ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושניה ושלישית... אין מחייבין אותו ליתן לו מההוצאה כלום... לפיכך אם גדר לו (המקיף) רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר – מגלגלין עליו את הכל, ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות...

ואע"פ שהנמוק"י (לרי"ף ב"ב ג' ע"א ד"ה מתני') כתב שגילוי דעת מחייב רק כאשר הנתבע קונה את חלקו – יש לומר שגם כאן, מכיון שהקרקע משותפת והשלד משותף – א"כ מיד כאשר המיעוט יסכים לקנות את חלקו, יהיה אותו חלק קנוי לו, ויהיה לו חלק בשותפות.

ולפי זה יוצא שבעיקרון המיעוט חייב לשאת בהוצאות ההרחבה רק כשיש לו הנאה מכך. ומאחר שהוא מתנגד להרחבה, יש מקום לפוטרו, אך בתנאי שלעולם לא ייהנה מההרחבה.

ואם כן, מאחר שהמדובר בקרקע משותפת לכל הדיירים, אמנם אין הרוב יכול לכפות את המיעוט שיבנה אף הוא; אולם מאידך, אין המיעוט יכול למנוע מהרוב מלבנות בקרקע המשותפת. ובזה בוודאי כוחו של הרוב גדול מכוחו של המיעוט, ולכן יש בכוחו של הרוב להחליט לפחות עבור עצמו לבנות בחלקו, למרות מחאותיו של המיעוט. וכל טענת המיעוט יכולה להיות רק על הרעש והזוהמה, או על צמצום האור והאוויר.

תשובה

למעשה נראה שמחד גיסא אין הרוב יכול לכפות על המיעוט השתתפות בבניה. מאידך גיסא, אין המיעוט יכול למנוע מהרוב את הרחבת דירותיו. ומן הראוי להביא את הצדדים לפשרה שתוסכם על כולם.

הבסיס לחישוב הפשרה צריך להיות זה: יש לחשב את עליית ערך הנכס ע"י תוספת הבניה. וכל דייר ידע מראש, שגם אם אינו בונה כרגע, ברגע שירצה לבנות או למכור את דירתו בערך גבוה יותר, יחוייב לשלם ליתר דיירי הבית את חלקו היחסי בהוצאות הבניה של השלד. אך מתשלום זה יש לנכות את הירידה הזמנית בערכו השימושי של הנכס, כתוצאה מהסתרת האור והאוויר בדירה הנוכחית. הניכוי ייעשה לפי חישוב שנתי של דירה במצב זה העומדת להשכרה.

כאמור, החישוב הנ"ל יהווה בסיס לפשרה הוגנת, הקרובה לדין, שתאפשר לרוב לבנות ולמיעוט – להשלים עם המצב; וכך יוכלו כולם להמשיך לחיות יחד בשלום, באחווה וברעות.

מסקנות

א. בעל בית ובעל עליה משועבדים זה לזה (אם לא התנו ביניהם דברים מפורשים) רק למצבים קיצוניים, בהם חלקו של אחד מהם אינו ראוי למגורים, ורק לקלקולים שנוצרו בבנין במשך הזמן ולא לתוספות חדשות.

ב. דיירי בית משותף משועבדים זה לזה לדברים שהם צורך גדול.

ג. הולכים עפ"י דעת הרוב, גם אם עמדתו נקבעת עפ"י אינטרסים אישיים; ובתנאי שלא יהיה בכך משום עוול למיעוט.

ד. שותפין שחלקו ולא התנו ביניהם דבר, מותר לאחד מהם לבנות בתוך שלו, למרות שהוא סותם את האור והאוויר לחלקו של חבירו.

ה. דיירי בית משותף דומים לשותפים שחלקו עפ"י בית דין, שכל אחד מהם משועבד לחבירו, ואין לו רשות להאפיל על חלונותיו של חבירו.

ו. האפלה ומניעת אוויר, הן נזק שאינו נגרם באופן אקטיבי, יש לראות בהן פגיעה בערכו של הנכס.

ז. בבניית שלד בבית קומות, המתנגד לבניה אינו

יכול להשתמש בשלד בטענת "זה נהנה וזה לא חסר"; אך לא ניתן לחייב אותו בתשלום כל זמן שאינו נהנה בפועל מן הבניה.

ח. היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות; אם בעל השדה מתנגד באמת לנטיעה – הנוטע חייב ליטול את עציו. אך אם למעשה הוא מעוניין בנטיעה, ורק מראה את עצמו כאילו הוא מתנגד – עליו לשלם לנוטע את הוצאותיו.

סימן צה

חיוב מיסים במשק חכור

ראשי פרקים

שאלה

א. חלוקת מיסים לפי ממון

ב. מס רכוש המוטל על עיסקא

ג. חיוב מיסים בבעלות משותפת

תשובה

שאלה *

כמה מצעירי המושב, הגרים בתחום הכפר אך אינם חברים בו, קיבלו את נחלותיהם של בעלי חובות בכפר, והם מעבדים אותן במשך 10 שנים. מזכירות המושב גובה סכום אחיד של מס על כל יחידת משק. סכום זה, כשהוא מצטרף למקורות הכנסה נוספים של הכפר, משמש הן להחזקת המערכת המשקית של הכפר (מרכז משק, הנהלת חשבונות וכדו') והן להחזקת המערכת המוניציפלית (חינוך, תרבות, בית־כנסת וכדו'); אך אין הפרדה בגביית המיסים בין המטרות השונות.

השאלה הנשאלת היא א"כ, על מי מוטל החוב לשלם מיסים על המשקים המוחכרים, האם על בעלי המשקים המקוריים, שממשיכים לגור בכפר, ואף עתידים לקבל את המשקים לידיהם בעוד 10 שנים, או על הצעירים השוכרים את המשקים?

א. חלוקת מיסים לפי ממון

הרמ"א (חו"מ סי' קס"ג סעי' ג' בהג"ה) **דן בדרך חלוקת התשלום בקהילה שהמלך הטיל עליה מס, וכתב:**

וכשגובין לפי ממון, אין חילוק בין ממון שלו או ממון אחרים שעוסק בהן... ויש חולקין וסבירא להו דאין צריך ליתן מממון אחרים... והמנהג כסברא הראשונה.

ומי שיש לו בידו עיסקא מאחרים, יתן המקבל מפלגא והנותן פלגא.

הגר"א (ס"ק מ"ג) **הביא מקור לדין זה, שחולקים לפי ממון, ממסכת ב"ק** (קט"ז ע"ב), **שם נאמר:**

ת"ר: ספינה שהיתה מהלכת בים. עמד עליה נחשול לטובענה והקילו ממשאה – מחשבין לפי משאוי (רש"י: אם השליך זה מאה ליטרין זהב, ישליך זה מאה ליטרין ברזל), ואין מחשבין לפי ממון...

עפ"י זה כתב הגר"א:

מחשבין לפי משאוי – אע"ג דהמשא הרב אין בו ממון כל כך; לפי שמזיק הרבה לספינה. הוא הדין כאן, אע"ג שיש לו ממון מועט בתוכו כיון שעושה (מראית) עין הרבה.

כלומר החישוב אינו עפ"י השווי הממוני אלא עפ"י הכמות. מי שמחזיק בפועל כמות גדולה יותר, משלם יותר, כי הוא גורם לכך שהמלך דורש מיסים גבוהים יותר בגלל כמות העסק שהוא רואה לנגד עיניו. ולפי זה בנד"ד החוכרים צריכים לשלם מיסים מהמשקים שהם מחזיקים.

מיהו יש לחלק בין מיסים לצורך המלך – שם מראית העין של פקידי המלך היתה קובעת

* אלול תשמ"ט.

את גובה המס שהוטל על הקהילה, ולכן המשתמש בפועל, שהוא הגורם לאותה מראית עין, הוא החייב בתשלום המס – לבין מיסים בימינו, שהם לצורך שירותים של החברה. מיהו גם כאן יש לומר שהשירותים ניתנים לפי השימוש בפועל. ומי שמשתמש בנחלות נזקק לשירותי המוסדות יותר מאשר הבעלים בכוח.

ב. מס רכוש המוטל על עיסקא

בהמשך (ס"ק מ"ט) כתב הגר"א לענין מס המוטל על ממון המונח בעיסקא (שחציה הלוואה וחציה פיקדון), שהנותן משלם מחצי הפיקדון והמקבל משלם מחצי המילוה. והגר"א הביא מקור לכך ממסכת סנהדרין (קי"ב ע"א):

> אמר רב חסדא: פקדונות של אנשי עיר הנידחת – מותרין. היכי דמי? ...לעולם דעיר אחרת דמפקדי בתוכה. והכא במאי עסקינן? כגון דקביל עליה אחריות. מהו דתימא, כיון דקביל עליה אחריות כדידיה דמי? – קמ"ל.

ועל כך כתב הגר"א:

> פקדונות שבה ייפלטו – דלא מקרי "שללה"; ומיסין שווה לעיר הנדחת.

והנה מה שכתב שמיסים שווים לעיר הנידחת, זהו רק לענין הזמן שאדם דר בעיר ונחשב כחלק ממנה, ל' יום או י"ב חודש (כמבואר בב"ב ח' ע"א). אולם לגבי עצם החיוב, מה ענין זה לזה?

וע"כ סובר הגר"א שאילו הפיקדון היה נחשב לחלק מהעיר, היה צריך להישרף בה; אך מכיון שאינו חלק מהעיר, אינו נשרף. וא"כ הוא הדין לענין מיסים, שחלק הפיקדון אינו חלק מהעיר. אולם חלק המילוה – אע"פ שאינו שלו (דלא דמי מילוה בעיסקא למילוה רגיל, שהרי אינו יכול להשתמש בו כאוות נפשו, אלא המילוה כולו משועבד לעסק, כמבואר בב"מ ק"ה ע"א) – בכל זאת משלם ממנו מיסים. נמצא שלצורך תשלום מיסים לא הבעלות **בכוח** קובעת אלא השימוש **בפועל**.

ג. חיוב מיסים בבעלות משותפת

במסכת ב"מ (ק"י ע"א) נאמר שבעלי קרקע ממושכנת משלמים מיסים רק מדרבנן. אך מעיקר הדין המלוה משלם. עי"ש. ולענייננו, מעיקר הדין המחכיר משלם מיסים; אך כשם שמצינו שרבנן תיקנו שבמשכנתא משלם המחזיק, כך יש לומר שז' טובי העיר יכולים לתקן שגם בקרקע חכורה המחזיק הוא שישלם.

ועיין שו"ת הרשב"א (ח"א סי' תשפ"ח) שכתב שמי שדר כאן וממונו בעיר אחרת – משלם טסקא בעיר שבה הממון נמצא, מפני שטסקא הוא חיוב על הממון ולא אקרקפתא דגברא, וכן כתב המרדכי (ב"ב פ"א סי' תע"ה).

וצ"ע אם תהיה לחוכרים זכות הצבעה באסיפות חברים הדנות בנושאים משקיים. ויש ללמוד שיש להם זכות הצבעה ממה שכתב הרמ"א (סי' קס"ג סעי' א' בהג"ה), שרק מי שמשלם מיסים יש לו זכות לקבוע מה ייעשה בממונו. ועיין משל"מ (הל' גזילה ואבידה פי"ב הי"א). ולפי זה היה מקום לומר שלחוכרים יש זכות הצבעה, ואילו לבעלים המקוריים לא תהיה זכות הצבעה. והדבר לא יתכן: יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא?! אך לפי מה שנסיק להלן, שגם הבעלים המקוריים ישלמו חלק מן המיסים, יש לומר שלשניהם תהיה זכות הצבעה. ואין לומר שמכיון שהם חוכרים את הקרקע באופן זמני בלבד, אינם כחברים מן המנין. כי מאחר שהם צריכים לשלם מיסים, כי סוף־סוף הם נהנים משירותי המושב, כך דינם לענין הצבעה ככל חבר מן המנין.

תשובה

עפ"י האמור נראה לענ"ד שיש לפשר בין בעלי הנחלות לבין החוכרים. מאחר שגם מחכירי הנחלות גרים במושב ונהנים משירותיו, לא ייתכן שייפטרו לגמרי מתשלום מיסים. מיהו מכיון שמשקם אינו פעיל אלא נמסר לאחרים – אין מקום לחייב אותם במיסים על הפעילות המשקית, ויש לחייב בהם את החוכרים. ומכיון שקשה לחלק בין התקציבים השונים (המזכירות למשל משרתת גם את הצד המשקי וגם את הצד המוניציפלי), ומאחר שבשירותים המוניציפלים גם החוכרים וגם המחכירים משתמשים בשווה ואילו בחלק המשקי החוכרים הם המשתמשים העיקריים ולא הבעלים – לכן החוכרים ישלמו

מיסים, אם כי בניכוי מסויים. ובגלל שהמשק אינו שלהם, הסכום ייקבע ע"י המזכירות או ע"י בורר אובייקטיבי המכיר את בעיות התקציב המושבי. מאידך גיסא, מכיון שהבעלים עומדים לחזור לנחלותיהם אחר עשר שנים, ומן הראוי שישלמו מס כלשהו גם על הצד המשקי – יש להטיל עליהם את אותו חלק שנוכה מהחוכרים.

לדוגמא, אפשר לחלק את המס לשניים: חציו מוניציפלי וחציו משקי, ואת החלק המשקי לחלק לשלושה חלקים: שני שליש ממנו ישלמו החוכרים ושליש ישלמו המחכירים. (אולם אם בתקציב הכללי היחס בין הצד המשקי לצד המוניציפלי שונה, יש לחשב את גובה המס באופן יחסי לחלקים השונים.)

סימן צו

תורנות שמירה לתלמיד־חכם

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת החתם סופר
ב. זכות השוקלים להבעת דעה על השימוש בשיירי הלשכה
ג. זכותו של המיעוט להביע דעה על שיירי הלשכה
ד. סיכום שיטת החתם סופר
ה. פטור תלמידי חכמים משמירה מדין צדקה
ו. "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות"
ז. "תורתו אומנותו" לעניין פטור משמירה
תשובה
מסקנות

שאלה *

עקב המצב הבטחוני השורר בארץ, נדרשת שמירה ביישובים רבים, לשם הגנה על חיי התושבים. השמירה נעשית בתורנות בין כל יוצאי הצבא המתגוררים במקום. נשאלת השאלה: האם גם תלמידי חכמים הגרים במקום צריכים להשתתף בשמירה, או שיש לפטור אותם מכך כדי שלא ייבטלו מלימודם?

* מרחשון תשמ"ט.

א. שיטת החתם סופר

נאמר במשנה (ב"ב ז' ע"ב):

כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתיים ובריח.

ובגמ':

ר' יהודה נשיאה רמא דשורא (הוצאות בניית החומה) אדרבנן. אמר ליה ר"ל: רבנן לא צריכי נטירותא.

ובחידושי חתם סופר (דף ח' ע"א ד"ה מנדה) **כתב, ואלו דבריו:**

וק"ל: דעד כאן לא קפטרו רבנן אלא ממס וחומה, שהם מצד גלות ישראל וכדמשמע מקרא, "כל קדושיו בידיך". אבל שמירה כדרך שמלכות נשמרים ממלכויות אחרות – גם תלמיד־חכם חייב, כדמוכח ממרדכי (ב"ב פ"א סי' תע"ה) דמייתי מירושלמי (אולי צ"ל: מירושלים) ושיירי לשכה. עי"ש. וקשה, הרי תלמידי חכמים נותנים מחצית השקל! אלא ע"כ חומות העיר ממלחמת מלכויות גם תלמידי חכמים חייבים...

וצ"ע בדבריו, שלמד מהמרדכי שהביא ראיה מירושלים, שבנו את חומותיה משיירי הלשכה, דהיינו ממחצית השקל (שקלים פ"ד מ"ב); **ומכאן שגם מי שלא גר בעיר, כיון שיש לו חלק בעיר,**

צריך לסייע בבניית החומות. ומזה למד החת"ס, שמכיון שתלמידי חכמים ג"כ נתנו מחצית השקל, יש להוכיח מכאן שגם הם חייבים בשמירה ממלכויות.

ולענ"ד לכאורה לא קרב זה אל זה. שהרי מחצית השקל היא מצוה מהתורה על כל אחד ואחד מישראל, "העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט". אלא שבלשכה נותרו שיריים ובנו מהם את חומות ירושלים. א"כ מה הראיה שגם מי שאינו תושב העיר חייב בחומות, הרי אי אפשר בלאו הכי! וכי מי שלא גר בירושלים יכול היה לשלם פחות ממחצית השקל שקבעה התורה?! וייתכן לומר שמי שלא גר בירושלים יכול היה לטעון, שמאחר שנותרו שיריים בלשכה, סימן הוא שאין צורך להוסיף על מחצית השקל, ואפשר להסתפק במחצית השקל בלבד, ואז לא יישארו שיריים; ואת חומות ירושלים יבנו תושבי ירושלים ולא אחרים.

ומצינו שמותר להוסיף על מחצית השקל מהכתוב בנחמיה (י' ל"ג):

> והעמדנו עלינו מצוות, לתת עלינו שלישית השקל בשנה לעבודת בית א־להינו.

ועי"ש במפרשים, שהכוונה היא לנתינת שלישית השקל **נוסף** על מחצית השקל. אמנם התוס' (ב"ב ט' ע"א ד"ה שנאמר) פירשו שהכוונה היא לבדק הבית. אך פשוטו של פסוק עוסק גם בעבודת הקרבנות. ועי' רמב"ן (על התורה, שמות ל' ב'). במסכת שקלים (פ"ב מ"ד) נחלקו ר' שמעון ור' יהודה: ר' שמעון סובר שמחצית השקל היתה קצובה לדורות, מימי משה רבנו, לא פחות ולא יותר. (ולדעתו צריך לומר שאם לא הספיקו השקלים, גבו פעם נוספת; ואולי פעמים נוספות. ואעפ"י שמבואר שם בירושלמי, הל' ג', שאין מטריחין על הציבור יותר מג' פעמים בשנה – יתכן שלדעת ר' שמעון הטריחו יותר, או שרק הגביה הראשונה היתה כשיעורה של תורה ויתר הגביות היו בשיעור אחר, לפי הצורך. בדומה לכך עי' מש"כ התוס', שבועות י"ד ע"א ד"ה דלא). ולדעת ר' יהודה שינו את המטבע בכל דור לפי הצורך, ובכל פעם גבו מחצית מהמטבע שנקבעה. לדעת הרמב"ם (הל' שקלים פ"א ה"ו) החובה היתה לתת מחצית מהמטבע היוצא בכל דור. ולדעת הראב"ד (השגה שם) מחצית השקל היא בערך קבוע, אך אם היה צורך ביותר – העלו את הסכום לפי הצורך.

ולדעת כולם הסכום הוא קצוב לכולם בשווה, "העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט". אך יתכן שהמטבע שנקבעה היתה יותר ממחצית השקל, או שחייבו להוסיף על מחצית השקל.

וא"כ יש לומר בדעת המרדכי, שהרחוקים מירושלים יכלו לדרוש שיורידו את הסכום הקצוב, כדי שמחצית השקל תכסה את צרכי העבודה **בלבד**, ואילו את חומות ירושלים יממנו תושבי ירושלים מכיסם. ומכיון שלא מצינו שיכלו לעשות כן, מכאן הוכיח המרדכי שגם הרחוקים חייבים לשאת בעול עם תושבי ירושלים בבנין החומות. וזאת מכיון שירושלים לא נתחלקה לשבטים, ולכל ישראל יש חלק בירושלים.

וכן החתם סופר רצה להוכיח מהעובדה שגם תלמידי החכמים נצטוו לתת את מחצית השקל במלואה, שאף הם נשאו בעול בניית החומות. ונראה שראייתו היא עפ"י שיטת הראב"ד, הסובר שיכלו להעלות את הסכום, ולכן נותרו שיריים לבניית החומות; וע"כ גם תלמידי חכמים חייבים בחומות. אך לשיטת הרמב"ם, הסובר שהיו חייבים להשתמש במטבע היוצא, אין ראיה, כי לא יכלו לפחות ממטבע היוצא. וייתכן שכוונתו לומר דאה"נ: מכיון שתלמידי החכמים טוענים שהם לא צריכים נטירותא ולכן אינם חייבים לשאת בעול הבניה של החומות, ומכיון שאי אפשר לחלק במחצית השקל בין תלמיד־חכם לבין עם־הארץ – לא יבנו כלל את חומות ירושלים מכספי מחצית השקל, ויועידו את סכום מחצית השקל לעבודות המקדש בלבד. ואם יישארו שיריים, יעשו בהם דברים אחרים ולא חומות לעיר. ומאחר שלא מצינו שתלמידי החכמים יכלו לעכב בדבר, משמע שהם חייבים בבניית החומות.

וקשה, נהי דרבנן לא בעי נטירותא, וכי תעלה

על דעתך שתלמידי החכמים לא איכפת להם מכך ש"העיר ירושלים והמחוזות היו לחרפה ולביזות"? היכן כבוד ירושלים וכבוד המקדש? הרי כבודם מחייב שיהיו להם חומות כמו כל עיר הבנויה על תילה! וכי תלמידי חכמים פטורים ממצוה זו של כבוד ירושלים?!

ויש לומר דאה"נ, תלמידי החכמים היו סוברים ש"פרזות תשב ירושלים", ככתוב בזכריה (ב' ח'). וזהו כבודה של ירושלים, שתשב פרזות ללא חומות, וה' יהיה לה למגן; ועצם העובדה שיש להם חלק בירושלים, יש בו בכדי להגן על ירושלים, ואין צורך בחומות. ולכן אי אפשר לבנות את חומות ירושלים משיירי הלשכה שיש להם חלק בהם, אלא יש להשאיר את הסכום הקצוב, לפחות לדעת הראב"ד, ולבנות את חומות ירושלים מכספים אחרים. ומכאן הוכיח החתם סופר שבשמירה כמו שהמלכות עושה, גם תלמידי חכמים חייבים.

ב. זכות השוקלים להבעת דעה על השימוש בשיירי הלשכה

עוד נראה לענ"ד לומר, שלדעתם של המרדכי והחתם סופר, שיירי הלשכה שייכים לשוקלים. אמנם אי אפשר להחזיר להם את הכסף, אך מכיון שהשוקלים עשו כן רק כדי שיהיה להם חלק בקרבנות הציבור, יוצא שלגבי כל מה שאין בו צורך לקרבנות, יש להתחשב בדעתם של השוקלים שיאמרו מה ייעשה בתרומתם. ואע"פ שהכסף שנותר הוא קדוש, בדרך כלל יש לתורם זכות לחללו מבלי להוסיף חומש, ולכן יש לו גם זכות במחצית השקל, לפחות להביע דעה מה ייעשה בכספו. ולכן אם אמנם תלמידי חכמים פטורים מבניית החומות, הם יוכלו לדרוש ששיירי הלשכה לא ישמשו לבנין החומות אלא למטרות אחרות הנראות לדעתם.

ואע"פ שהנותן צדקה לגבאים, רשאים הם לשנות לכל מה שירצו, יתכן שלדעת המרדכי אין הם רשאים לשנות לדברים שאין התורמים מחוייבים בהם כלל. מיהו לדעת ר"ת (מובא בתוס' ב"ב ח' ע"ב ד"ה ולשנות), הסובר שמותר לשנות קופה של צדקה אפילו לדבר הרשות, א"כ ודאי שמותר לבנות את החומה משיירי הלשכה. והתוס' (שם) כתבו בפירוש שר"ת היה נוהג לתת מעות קופה לגמ"ח העיר, ומשמע שמותר לשנות גם ממה שנגבה מתלמידי חכמים, ואפילו למטרות שאינם חייבים בהן. ואולי סובר המרדכי כהר"י מיגש (ב"ב ח' ע"ב, מובא בטור יו"ד סי' רנ"ו), שרק לדבר מצוה מותר לשנות ולא לדבר הרשות, ומי שאינו מחוייב בדבר, מיקרי עבורו דבר הרשות ולא דבר מצוה. אלא שרוב הפוסקים סוברים כר"ת ולא כהר"י מיגש (עי' ב"י יו"ד סי' רנ"ו ד"ה ומ"ש בשם, ש"ך שם ס"ק ז'. ועי' בהגר"א, ס"ק ז', שדחה את ראיות ר"ת). ועוד יש לומר, שגם אם אינם חייבים לתת למטרה מסוימת, סוף־סוף מצוה יש בכך.

מיהו עיין בש"ך (שם) שכתב שמה שמותר לשנות הוא דווקא בקופה קבועה, שאם יחסר להם יגבו פעם אחרת; אך במגבית חד־פעמית לא ישנו מצדקה לצדקה. והדבר מבואר בב"י (ד"ה ומ"ש בשם). אך בנד"ד י"ל שמחצית השקל אינה דומה לקופה קבועה, שהרי הסכום קצוב: מחצית השקל, "העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט". ואע"פ שאם יחסר יגבו עוד, מ"מ בדרך כלל אין צורך לגבות כל פעם מחדש, ולכן אין לשנותה לדבר הרשות. וא"כ, גם לר"ת אסור לבנות חומה משיירי הלשכה אא"כ כל התורמים חייבים בה. נמצא איפוא שיש לשוקלים זכות הבעת דעה מה ייעשה בשיריים שנותרו מתרומותיהם. ואע"פ שאינם בעלים גמורים על מה שתרמו, יש להם זכות של בעלים למנוע שימוש בשיריים בניגוד לדעתם. ומאחר שמצינו שהשתמשו בשיריים לבניית חומות העיר ומגדליה, מוכח שאינם יכולים להתנגד לכך.

מיהו עדיין יש לשאול, שהרי לאחר שתרמו, אין לתלמידי החכמים שום זכות, לכאורה, להביע דעה כלשהי בענין השימוש בשיריים. כי הזיקה בין השקלים לבין הציבור נותקה לחלוטין. שהרי בזה נחלקו לכאורה הכהנים ובן

בוכרי עם רבן יוחנן בן זכאי במסכת שקלים (פ"א מ"ד):

> אמר רבי יהודה: העיד בן בוכרי ביבנה, כל כהן ששוקל, אינו חוטא. אמר לו רבן יוחנן בן זכאי: לא כי, אלא כל כהן שאינו שוקל – חוטא. אלא שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן (ויקרא ו' ט"ז): "כל מנחת כהן כליל תהיה, לא תאכל". הואיל ועומר ושתי הלחם ולחם הפנים שלנו, האיך נאכלים?

ומצינו א"כ שהכהנים דרשו שהדין שכל מנחת כהן כליל תוקטר חל גם על מנחת העומר ושתי הלחם, כי יש להם חלק במנחות אלו, וחלק זה טעון שריפה; לכן סברו שעדיף שלא יתרמו. ולדעת ריב"ז הם חייבים לתרום, שנאמר (שמות ל' י"א): "כל העובר על הפקודים". ופירש הרוגאצ'ובי (עי' מפענח צפונות פרק ה') שהמחלוקת נעוצה בחקירה מהו גדר הציבור? האם דינו כשותפין שיש לכל אחד ואחד חלק ברכוש המשותף, או שהציבור הוא מהות בפני עצמה, ואין ליחידים שום חלק ברכוש הציבור (זוהי אישיות משפטית עצמאית, בלשון המשפטנים)? ועיין בהרחבה במאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ" (לעיל סי' ג' אות ה' ראיה ד', וכן סי' מ"ז אות ב').

ונמצא שלהלכה – דקיי"ל שהכהנים שוקלים מחצית השקל, ולא חיישינן לחיוב שחל על המנחה לשורפה – המנחה שייכת לציבור ולא ליחידים, ואין לכהנים שום חלק אישי במנחת העומר ושתי הלחם. וא"כ הוא הדין בנד"ד, אין לתלמידי החכמים שום חלק אישי בשיריים. וא"כ הם עצמם אמנם פטורים מלבנות את החומות. והחומות נבנו מכספי הציבור ולא מכספם האישי.

לאור האמור יש מקום לחלק בין המרדכי לחתם סופר. וע"כ צריך לומר שהן המרדכי והן החתם סופר אינם סוברים כהרוגאצ'ובי אלא כשיטת רש"י (ערכין ד' ע"א ד"ה שלנו), שפירש שלדעת ריב"ז חלקם של הכהנים במנחות בטל ברוב, ולכן אין המנחה טעונה שריפה. ואילו הכהנים חששו למיעוט ולא הלכו אחרי הרוב; ולכן טענו שאם יתנו את השקלים, יצטרכו לשרוף את המנחות הללו. אך בענין בניית החומות, מכיון שרוב בני העם גרים מחוץ לירושלים, היה עלינו להתחשב בהם ולהימנע מלבנות את חומות העיר מהשיריים. אלא ע"כ גם הם חייבים להשתתף בבנין החומות. אך לדעת החת"ס, שנראה מדבריו שלמד מכך שלכאורה צריך היה להתחשב בדעתם של תלמידי החכמים בקביעת ייעודם של שיירי הלשכה – קשה: הרי תלמידי החכמים מהווים מיעוט בעם, ואין להתחשב בדעתם, כשם שאין אנו מתחשבים בדעת הכהנים. וא"כ כיצד הביא החת"ס ראיה מהמרדכי?

ג. זכותו של המיעוט להביע דעה על שיירי הלשכה

ונראה לענ"ד ליישב את שיטת החת"ס, הסובר שיש להתחשב גם בדעת מיעוט של הציבור, עפ"י האבנ"מ (סי' כ"ח ס"ק ל"ג). המשנה (שקלים פ"א מ"ג) מדברת על קטן המביא שקלים למקדש. והרע"ב (ד"ה וקטנים) מבאר שהכוונה לקטן שאמנם הגיע לגיל בר־מצוה אך עוד לא הגיע לגיל עשרים. ולדעתו אין אפשרות לקבל שקלים מקטן ממש, מפני שאינו יכול להקנות את השקלים. לעומת זאת, הרמב"ם (בפיה"מ שם) כתב שהכוונה היא לקטן שלא הגיע לגיל בר־מצוה.

על כך הקשה בשער־המלך (הל' שקלים פ"א ה"א): הרי מהתורה קטנים אינם יכולים להקנות, ונמצא שהקרבנות שקונים מכספם אינם שייכים לציבור, והקרבנות פסולים? ותירץ, שממונם של הקטנים בטל ברוב. ואע"פ שמטבע הוא חשוב ואינו בטל, זהו רק מדרבנן. והקשה עליו האבנ"מ, שמה שממון אינו בטל ברוב, הוא מהתורה, כמבואר במסכת ביצה (ל"ח ע"ב): "וכי יאכל הלה וחדי?!". כלומר, שלא יתכן שממונו של האחד יתרבה על חשבון ממון זולתו. אמנם המטבע עצמה בטלה ברוב, אך ערכה לא בטל. ועי"ש שחילק בין הדין שכהנים שוקלים לבין קטן, שלדעתו אינו יכול לשקול. כי בכהנים השאלה היא איסורית, אם המנחה טעונה

שריפה. ואע"פ ששורש הבעיה הוא ממוני, השאלה העומדת לפנינו היא איסורית, כמבואר בביצה (שם) שלענין איסורין, כגון: תחומין – הולכים אחר הרוב. מה שאין כן בשאלת בעלותם של הקטנים על הקרבנות, שהיא שאלה ממונית. ומכיון שחלק מהקרבנות שייך לקטנים, שאינם בני הקנאה – הקרבן הוא קרבן יחיד ולא קרבן ציבור, ובזה לא הולכים אחר הרוב. וא"כ הוא הדין בנד"ד, השאלה היא ממונית. תלמידי החכמים טוענים שיש להם עדיין זכות להביע דעה בענין השקלים ששקלו ונשתיירו, ובזה אין הולכין אחר הרוב. ואם בכל זאת בונים את החומה משקליהם, מוכח שגם הם חייבים בבנין החומה.

ד. סיכום שיטת החתם סופר

בסיכום, לדעת החת"ס אין תלמידי חכמים פטורים מדבר שיש בו מניעת סכנה לציבור ולהם, ורק מן המס והחומה שהם מצד הגלות הם פטורים (כנראה, משום שהגלות היא עונש על ביטול תורה, כמבואר שם, ח' ע"א, דכתיב: "גם כי יתנו בגויים עתה אקבצם ויחלו מעט ממשא מלך ושרים"). וריש לקיש, שאסר על ר' יהודה נשיאה להטיל מס חומה על תלמידי חכמים (ב"ב ז' ע"ב), זה משום שהשלטון בארץ היה בידי הרומאים. אך כשהשלטון הוא בידי ישראל, והשמירה היא על מקום השייך למלכות ישראל – גם תלמידי חכמים חייבים.

אלא שהדברים עדיין צ"ע, שהרי גם לסכנות האורבות למלכות ישראל יש גורמים רוחניים פנימיים, ותלמידי חכמים העוסקים בתורה מונעים זאת בתורתם. "וחובל עול מפני שמן" (ישעיה כ"ז י'), נאמר על חזקיה מלך יהודה (סנהדרין צ"ד ע"ב). וא"כ גם במלכות ישראל יש לפטור את תלמידי החכמים מבנין החומות. והראיה שהביא החת"ס מחומות ירושלים אינה ראיה כ"כ, כי שם מדובר על **כבוד** ירושלים, וכמאמר הכתוב (תהילים מ"ח י"ג-י"ד): "סובו ציון והקיפוה, ספרו מגדליה, שיתו לבכם לחילה...". אמנם לעתיד לבוא נאמר (זכריה ב' ח') "פרזות תשב ירושלים"; אך בינתיים חומותיה ומגדליה הם כבודה. ובכבודה של ירושלים גם תלמידי חכמים חייבים.

ה. פטור תלמידי חכמים משמירה מדין צדקה

גם החזו"א (חו"מ ב"ב סי' ה' ס"ק י"ח) התקשה בדברי הגמ' האומרת שרבנן לא צריכי נטירותא, ושאל: הרי אין סומכין על הנס! ותירץ החזו"א שתלמידי חכמים פטורים משמירה כשם שפטרו אותם ממיסים, משום שאינם טורחים אלא לפרנסתם בלבד ולא להרוויח ממון, בגלל עסקם בתורה. ואע"פ שלא פטרו אותם ממיסים לצורך באר מים ותיקון דרכים, משום שגם הם זקוקים למים ולדרכים – חומה שאני, שמאחר שבאמת התורה מגנת עליהם יותר מאשר על יתר בני אדם, לכן ראוי לפוטרם ממס זה.

העולה מדבריו הוא שאין זה פטור בעצם, אלא כעין צדקה, שהציבור נוטל על עצמו את עול המסים של תלמידי חכמים; משום שאין להם עודף ממון וזמנם מוקדש כולו לתורה, והתורה באמת גם מגינה עליהם יותר. ועי' שם שכתב שבעיר שכולם תלמידי חכמים כולם צריכים לסייע בבנין החומות. וכשיש הרבה תלמידי חכמים, אין בני העיר חייבים להוסיף על המס לבנין החומות ביותר מחומש מנכסיהם, והכל מדין צדקה. וכדברי החזו"א כתב גם בדברות משה (על ב"ב, פרק א' הע' ל"ח). יעוי"ש. ועי' מאמרנו "מצוות תלמוד תורה" (לעיל, פתיחה, אות ז').

ולאור דברי החזו"א, צ"ע אם יש מצוות צדקה גם בדבר הכרוך בטירחת הגוף. אמנם מצינו גמילות חסד שבגופו, המקבילה לצדקה שאדם עושה בממונו. אולם לגבי סיוע לתלמידי חכמים, אמנם מצינו שפטרום מתשלומי ממון כדי שלא ייטרדו בפרנסתם; אך חובה מיוחדת של גמילות חסד בגופו לסייע תלמידי חכמים, מנין לנו? ובאמת מצינו בגמרא (ב"ב ח' ע"א):

הכל לכריא פתיא (רש"י: חפירת בור לשתות מים).

אפילו מרבנן. ולא אמרן אלא דלא נפקי באכלוזא (רש"י: שאין הם עצמם יוצאין בהכרזה לחפור אלא שוכרים פועלים). אבל נפקי באכלוזא, רבנן לאו בני מיפק באכלוזא נינהו.

ובמצב זה הציבור חופר את בורות המים עבור תלמידי החכמים. וא"כ מצינו גם חובה של גמילות חסד שבגופו לפטור תלמידי חכמים מטירחה שאינה הולמתם. וכן מצאנו בגמרא, על הערך של מי שעושה פרקמטיה לתלמיד־חכם, שזוהי גמ"ח שבגופו. וא"כ הוא הדין לתורנות שמירה, שמן הראוי שאחרים ישמרו במקומם.

אלא שיש לחלק בין המקרים: "כריא פתיא" היא חפירת באר, ויש בה טירחה קשה ומלוכלכת בעפר ובבוץ, שאין תלמידי חכמים רגילים לה, והיא ביזיון עבורם. ואכן מבואר ברמב"ם (הל' תלמוד תורה פ"ו ה"י) שהבעיה בכריא פתיא אינה מצד הטירחה וביטול הזמן אלא מצד ההתבזות בפני עמי הארץ. ומכאן שאילו היתה אפשרות לבצע את החפירה בצינעא, היו גם תלמידי החכמים חייבים בה. וא"כ חיוב זה המוטל על עמי הארץ אינו מצד גמילות חסד שבגופו כלפי תלמידי חכמים, ואף לא מצד החזקת התורה בישראל, אלא מכוח האיסור לבזות תלמידי חכמים. לעומת זאת, שמירה, אין בה טירחה וביזיון אלא נשיאת נשק, שגם תלמידי חכמים יכולים לעשותה. וא"כ אין לפוטרם מתורנות שמירה. (ועי' שבת ס"ג ע"א, שלר' אליעזר כלי נשק תכשיט הוא לו. ואף לרבנן, הסוברים שגנאי הוא לו, אין זה ביזיון כמו כריא פתיא, ורק לענין שבת אמרו כן שאינו מלבוש המותר במשא.)

אך נראה שיש מקום לחלק בין צורות שונות של שמירה: שמירה בשער של יישוב, שיש בה פתיחה ידנית של השער לכל מי שנכנס ויוצא – יש בה ביזיון מסוים, מפני שזהו כמין שירות לכל אחד מהנכנסים. לעומת זאת, נסיעה בג'יפ ביטחון או איוש של עמדת שמירה אחרת, אין בה ביזיון, ואין מניעה שגם תלמיד־חכם יבצע אותה.

ו. "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות"

יש שרצו ללמוד מהאמור במגילה (ט"ז ע"ב):

"כי מרדכי היהודי משנה למלך אחשורוש, וגדול ליהודים, ורצוי לרוב אחיו" (אסתר י' ג'). לרוב אחיו – ולא לכל אחיו. מלמד שפירשו ממנו ממקצת סנהדרין. (רש"י: לפי שבטל מדברי תורה ונכנס לשררה). אמר רב יוסף: גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות. דמעיקרא חשיב ליה למרדכי בתר ארבעה (זקנים) ולבסוף בתר חמישה...

ורצו להוכיח ממימרא זו שהעוסק בתורה פטור מלהציל אדם הנמצא בסכנה (עי' בהרחבה במאמרו של הרב אברהם שרמן שליט"א: "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות", "תחומין" ז' עמ' 337-336). ודבר זה מוקשה: הרי כל המצוות דוחות תלמוד תורה (רמב"ם הל' תלמוד תורה פ"ג ה"ד), וק"ו פיקוח נפש! אלא ע"כ כוונת חז"ל היא לא להצלת נפשות ממש, אלא להצלה מחשש **רחוק** של סכנה, כפי שנוכיח לקמן, או כאשר יש אחרים שיכולים להציל.

וכתב המהר"ל (אור חדש, בסוף הספר) שרק מיעוט מהסנהדרין פרש ממנו, אך הרוב נשאר נאמן למרדכי, משום שסוף־סוף עסק בהצלת נפשות. ומשמע שמה שתלמוד תורה גדול מהצלת נפשות הוא רק לענין המעלה, שיש לחלוק כבוד לתלמידי חכמים יותר מאשר למציל נפשות; ולכן בתחילה נמנה מרדכי אחרי ארבעה זקנים ולבסוף אחרי חמישה זקנים. אך מצד החיוב, אין ספק שחובת הצלת נפשות דוחה תלמוד תורה, עי"ש. וכן מסתבר, שלא מצאנו מצוה הנדחית מפני תלמוד תורה, וקל וחומר פיקוח נפש הדוחה את כל המצוות שבתורה.

ובהמשך המאמר ("תחומין" שם עמ' 346-343) רצה לפרש דברי גמרא זו על פי שו"ע הגר"ז (הלכות תלמוד תורה פרק ג' בקונטרס אחרון) שחילק בין מצוות ידיעת התורה למצוות תלמוד תורה, וכתב שרק מצוות תלמוד תורה נדחית מפני קיום מצוות אחרות, אבל מצוות ידיעת התורה

דוחה את קיום כל המצוות. ועל זה אמרו שגדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות. כלומר, שמצוות ידיעת התורה של תלמיד־חכם בשנות צעירותו, שכולו עסוק בידיעת התורה, פוטרת אותו מהצלת נפשות. (וכ"כ בעינים למשפט, ב"ב ז' ע"ב ציון ט' בסופו).

ודבריו מוקשים מאד. וכי מי שעוסק במצוות ידיעת התורה פטור מתפילה וברכת המזון, מלולב, מסוכה ומגילה וכדו'? וקל וחומר למצוות הצלת נפשות, הדוחה את כל המצוות שבתורה. וגם הגר"ז (בשו"ע שלו) לא כתב כן אלא לגבי מצוות "פרו ורבו", שאין לה זמן קבוע (עי' לעיל סי' ס"ו אות ד"ה ה'). וכן הדין לענין קבורת מת, שאינה מצוה המוטלת על אדם מסויים. אך אילו היה מדובר במתו של אותו תלמיד־חכם, ודאי שהיה מחויב לבטל תורה כדי לקיים את מצוות קבורת מת.

ועוד, מרדכי היהודי, מן הסתם, היה כבר במצב של יודע תורה, שהרי היה אחד מהסנהדרין, ולשם כך היה חייב להיות בקי בכל התורה כולה. וכל חיובו באותה שעה היה רק מצוות תלמוד תורה, וא"כ היה רשאי לבטל מצוה זו מפני הצלת נפשות, ומדוע פירשו ממנו אפילו מקצת מהסנהדרין?

אלא בוודאי הכרח לפרש מימרא זו באופן אחר, שבאופן עקרוני מעלתה של מצוות תלמוד תורה עדיפה מהצלת נפשות, ולכן כבודו של תלמיד־חכם גדול ממציל נפשות, וכמו שכתבנו לעיל. אך למעשה מרדכי היה רשאי לבטל תורה. (והמקצת שפירשו ממנו, אכן שלא כדין עשו, או שסברו שכבר אין יותר סכנה ואין צורך בהמשך תפקידו של מרדכי או משום שלא רצו לחלוק כבוד לעסקן ציבורי יותר מאשר לתלמיד־חכם, ומכיון שמרדכי הפך להיות משנה למלך, לא רצו לכבדו מדין זה, ולכן פירשו ממנו).

ומה שמצינו שאין מבטלין תינוקות של בית רבן אפילו לבנין בית המקדש (שבת קי"ט ע"ב), מסתבר שהדברים אמורים דווקא על בנין בית המקדש, שהיא מצוה שאינה מוטלת על מישהו מסוים, אלא על הציבור כולו, וגם אין לה זמן מסוים. אך מצוה אישית, שזמנה עובר (כגון תפילה וברכת המזון וכדו'), בוודאי גם תינוקות של בית רבן חייבים בה, ומבטלים תלמוד תורה בשבילה.

והנה המימרא הסמוכה לזו במגילה (ט"ז ע"ב) היא "גדול תלמוד תורה יותר מבנין בית המקדש". ולפי הנאמר לעיל הדברים מבוארים, שרק מצוות בנין בית המקדש נדחית מפני תלמוד תורה של תינוקות של בית רבן, ולא מצוה אחרת.

וכן יש לומר בענין המימרא הסמוכה במסכת מגילה (ט"ז ע"ב):

> אמר רבה, אמר ר' שמואל בר מרתא: גדול תלמוד תורה יותר מכיבוד אב ואם. שכל אותן שנים שהיה יעקב אבינו בבית עבר, לא נענש.

ויש לומר שמצוות כיבוד אב ואם שונה משאר המצוות, שכן אף אביו חייב בכבוד ה', ולכן תלמוד תורה גדול ממנה. ואעפ"כ מצאנו בקידושין (ל"א ע"ב) באבימי שביטל תורה כדי לכבד את אביו. וכך הדין, שאם אדם עוסק בתורה, ואביו רוצה ממנו מים – חייב הבן לבטל תורה כדי להשקות את אביו מים. ושאני יעקב אבינו, שהיה בבית המדרש של שם ועבר, ואביו ואמו לא יכלו לבקשו שיכבדם. וא"כ אין כאן ביטול ישיר של מצוות כבוד אב ואם, אלא הימנעות מהאפשרות לקיים את המצוה; ורק זה נדחה מפני תלמוד תורה. וכך נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' ר"מ סע' י"ג). ועי' לעיל, מאמר פתיחה (אות ט"ז).

העולה מכל זה, שגם לענין הצלת נפשות, לא מדובר שם בגמרא על הצלה ישירה. שהרי המדובר הוא לאחר תליית המן והריגת כל שונאי ישראל. ומרדכי התמנה למשנה למלך רק כדי למנוע חשש של סכנות נוספות. דבר זה נדחה מפני תלמוד תורה לדעת המיעוט בסנהדרין, אך לא הצלת נפשות ישירה, ודו"ק. ועיין עיניים למשפט (ברכות י' ע"ב סוף ד"ה קצץ דלתות היכל).

אמנם יש לומר שתורנות שמירה אינה דומה להצלת נפשות שאינה יכולה להתקיים ע"י

אחרים. שהרי תורנות שמירה, כשמה כן היא, שיש גם אחרים היכולים לעשותה, ואכן הם מקיימים אותה בזמנים אחרים. ומצוה שיכולה להתקיים ע"י אחרים אינה מבטלת תלמוד תורה (עי' מו"ק ט' ע"ב). אלא שהדבר תלוי במספר השומרים במקום. אם הם רבים, אין בהימנעותו של תלמיד־חכם משמירה משום פגיעה באחרים. אך אם הם מעטים, הימנעותו של תלמיד־חכם מלהשתתף בתורנות השמירה מטילה עומס יתר על אחרים. וצ"ע אם דבר זה נחשב כמצוה היכולה להתקיים ע"י אחרים. לבירור השאלה מהו הגבול בין מעטים לרבים, עיין להלן במסקנה.

ז. "תורתו אומנותו" לעניין פטור משמירה

בגדר תלמיד־חכם שתורתו אומנותו יש לעיין בהערתו של מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("בצומת התורה והמדינה" ח"ב עמ' 329 הע' 12). הוא מתייחס שם לדברי הרמב"ן (מובא בשטמ"ק ב"ב ח' ע"ב ד"ה מצאתי), ולדעתו הם אינם סותרים את מה שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' רמ"ג סעי' ב'), שאם יש לו מעט אומנות או מעט מו"מ – נקרא "תורתו אומנותו". והרמב"ן לא התכוון אלא למי שמתפרנס מהלימוד עצמו בדרך המותרת, כגון שכר שימור או שכר פיסוק טעמים.

ולכאורה לפי זה תלמידי חכמים רבים בדורנו אין להם גדר של "תלמיד־חכם" לענין זה. והכוונה היא לרמי"ם, דיינים, רבנים וכדו', שאינם מקבלים שכר בטלה מצומצם בלבד אלא מקבלים משכורת לפי שעות עבודה וכדו'. מה גם ששכרם אינו כה מצומצם.

אעפ"כ נראה, שכשם שלענין עצם המושג "תלמיד־חכם" קבעו הפוסקים שלדין הפטור מתשלום עבור שמירת העיר ההגדרה היא יחסית, ויש לפטור כל מי שהוא תלמיד־חכם ביחס לאחרים (עיין ש"ך יו"ד סי' רמ"ג ס"ק ח'), הוא הדין לענין פרנסתו. אם המדובר בתלמיד־חכם העוסק לפרנסתו ואינו מחפש לו פרנסות נוספות, כי הוא מקדיש כל זמנו הפנוי ללימוד – הרי הוא בגדר של "תורתו אומנותו". למשל, ר"מ שיש לו משרה בהיקף מקובל לצורך התמסרותו לכתה או לשיעור, ואינו מוסיף לו שעות נוספות מעבר לכיתתו, שיעורו וישיבתו, אלא מקדיש את כל יתרת זמנו לתורה – הרי הוא תלמיד־חכם שתורתו אומנותו. וכן דיין, שבלאו הכי אסור לו לעסוק בפרנסות אחרות, או רב, אם פרנסתו מובטחת לו מצד רבנותו, ואין הוא עוסק בפרנסות נוספות שאינן קשורות לעבודתו (כגון: עריכת חתונות במקום אחר, שיעורים והשגחת כשרות במקומות אחרים וכדו') – הרי הוא בכלל "תורתו אומנותו". (וזאת בתנאי שמשכורתו כרב מספקת לפרנסתו, כי יש רבני בתי כנסת או שכונות שאין משכורתם מספקת, והם צריכים להשלים את פרנסתם ממקומות אחרים. ואם הם לא עושים דבר נוסף מעבר להשלמת הכנסתם – הרי שתורתם אומנותם.)

ומכיון שתלמיד־חכם הוא מי שבכל רגע פנוי שלו הוא עוסק בתורה (עיין שו"ע יו"ד סי' רמ"ג סעי' ה'), יוצא שכשם שאנו פוטרים אותו ממיסים כדי שלא יטרח בפרנסתו יותר מהרגלו – הוא הדין לענין שמירה, שעלינו לפוטרו משמירה כדי שיקדיש את כל זמנו לתורה. וכן מצינו (ב"ב כ"ב ע"א), שנתנו לרב דימי מנהרדעא למכור את סחורתו לפני כולם, כדי שלא ייטרד זמן רב מדי בפרנסתו ויוכל להקדיש את כל זמנו לתורה. וכן הוא בענין "שרי בתיגרא" (שבועות ל' ע"א).

ואעפ"כ, לצורך דברים שגם תלמיד־חכם זקוק להם, הדבר יהיה תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם לבין רוב הראשונים: לדעת הרמב"ם, כשם שתלמיד־חכם טורח למזונותיו, כי בלעדיהם אינו יכול לחיות – כמו כן צריך הוא לטרוח לצורך שמירתו. ולדעתו אין הציבור צריך לפרנס תלמידי חכמים על חשבונו. והרמב"ם אף אוסר על תלמיד־חכם להטיל את עצמו על הציבור (וכמו שהאריך בפיה"מ, אבות פ"ד מ"ז). אולם רוב הפוסקים חולקים עליו וסוברים שמותר לתלמיד־חכם להתפרנס מן הציבור (שו"ע יו"ד סי' רמ"ו סעי' כ"א בהג"ה). אך לכו"ע הציבור אינו חייב לפרנס תלמידי חכמים אלא מדין צדקה בממונו,

ואילו בגופו לא מצינו חיוב כזה. ורק הקלו מעליו דברים שאין הוא זקוק להם אישית כגון חומה. אך לצורך שמירת גופו, שגם הוא זקוק לה – יתכן שגם הוא חייב לשמור כאחרים.

ועיין בשו"ת הרדב"ז (ח"ב סי' תשנ"ב) שחידש שרק כאשר המלך מחייב את העיר להעמיד שומרים, אז תלמידי החכמים פטורים מלשלם מס זה או לצאת לשמירה. אך כאשר תלמידי החכמים תובעים מבעלי הבתים שיעמידו שומרים לעיר ופוטרים את עצמם מלשמור – לוקה מידת הדין. ולכן אם תלמיד־חכם סבור שהמקום זקוק לשמירה, כלומר שאינו סומך על כך שתורתו בלבד מגנא ומצלא עליו, מן הראוי שייכנס לתורנות השמירה וישמור כיתר בני המקום.

תשובה

למעשה נראה שהדין תלוי בגודל היישוב. ביישוב גדול אפשר לפטור תלמיד־חכם משמירה. אך ביישוב קטן, שעול השמירה כבד בו מאד, קשה לדרוש זאת מהציבור, וגם תלמיד־חכם יישא בעול עם הציבור וינצל את זמן השמירה לחזרה על לימודו. אולם צ"ע מה השיעור של יישוב גדול ומהו של יישוב קטן?

ולדוגמא, יישוב של שלושים תושבים, שבו כל אחד מהתושבים שומר משמרת אחת בלילה, נקרא יישוב קטן. וכן אם שני שומרים בכל לילה ביישוב של שישים משפחות, זה נקרא יישוב קטן. כי לכל אחד יוצא לשמור אחת לשלושים יום, וזה נקרא זמן תכוף. אך יישוב שיש בו תושבים רבים, והתור לכל אחד הוא יותר מאשר פעם בחודש, נקרא יישוב גדול, כי אין תכיפות לשמירה, ואין הדבר מורגש כל כך.

ובכל זאת מן הראוי שאלו שזמנם אינו כה יקר כמו זמנם של תלמידי חכמים, וזמנם הפנוי אינו מיועד ללימוד תורה, יפרישו מזמנם לתלמיד־חכם. שכן זמנו יקר לו; ובעצם זמן זה יקר גם להם, שהרי לימוד התורה אינו רק ענין פרטי של אותו תלמיד־חכם אלא בכך הוא קובע את הרמה הרוחנית של הציבור כולו ובכך תורתו מגינה על הישוב כולו. ולכן מן הראוי שהם יקבלו עליהם את עול שמירתו, למענם, שילמד תורה, ותורתו תשמור עליהם. שהרי "נטורי קרתא" האמיתיים הם לומדי התורה. אך דבר זה צריך להיעשות מתוך הבנה ורצון טוב.

וכלל זה ראוי רק ליישוב שכולו מעריך תורה ורוצה לנהוג לפי דרכה של תורה, ובא לקבל עצה כיצד לנהוג. אך במקום שאין הערכה מספקת לתורה, אין לו לתלמיד־חכם להטיל את עצמו ביוזמתו על הציבור, ועיניו צריכות להיות בראשו כיצד למנוע לזות שפתים. ובמקום כזה, אדרבה, עליו להראות דוגמא אישית לאחרים ע"י כך שימלא את שמירתו באחריות.

אך אין להקיש מדברים אלו לתלמידי ישיבות צעירים, אשר כידוע, אם לא יקדישו את זמנם לתורה בגיל צעיר, לא יוכלו להתפתח ולהיות תלמידי חכמים, והסכנה האורבת לעם ישראל היא לא רק סכנה פיסית אלא גם סכנה רוחנית. ועינינו הרואות שללא תורה עלולה להתרופף הזיקה לעם ישראל ולארץ ישראל. שכן "אין אומתנו אומה אלא בתורותיה". ו"ארץ ישראל בלי תורה היא כגוף בלא נשמה". מאידך גיסא, עדיין סכנת מלחמה מרחפת עלינו; ובשעת חירום קשה זקוקים לכל חייל. לכן יש לפתור סוגיא זו בהבנה בין ראשי הישיבות לבין האחראים על הביטחון.

מסקנות

א. לדעת המרדכי, גם מי שלא גר בעיר חייב להשתתף בהוצאות בניית החומות, כשם שמה שנשאר ממחצית השקל שימש לבניית חומותיה של ירושלים.

ב. לדעת החתם סופר, אמנם תלמידי חכמים פטורים משמירה בזמן הגלות, אבל הם חייבים להשתתף בשמירה על מלכות ישראל.

ג. יש מחלוקת בין התנאים ובין הפוסקים אם מחצית השקל הוא ערך קבוע אלא שמוסיפים עליו לפי הצורך או שהוא ערך שיכול להשתנות לפי המטבע היוצאת.

ד. באופן עקרוני, יש לציבור זכות הבעת דעה מה לעשות במה שנשאר מכספי מחצית השקל, ואין לעשות בכסף זה דברים שהציבור אינו מעוניין ואינו מחוייב בהם.

ה. יש מחלוקת בין המפרשים בגידרה של הבעלות על כספי מחצית השקל לאחר גבייתם, אם הם שייכים לציבור בתור שותפים, ואז יש לשקלים זיקה אל התורמים (דעת רש"י, המרדכי והחתם סופר), או שהם שייכים לציבור כמושג מופשט, ואין לתורמים שום זיקה וזכות הבעת דעה על מה שיעשה בהם (דעת הרוגאצ'ובי).

ו. לדעת החתם סופר, אין הרוב יכול לכפות את דעתו על המיעוט להשתמש בכספי מחצית השקל להוצאות שאינו חייב בהן.

ז. לדעת החזו"א, אמנם תלמידי חכמים זקוקים לשמירה, אלא שהציבור מחוייב לשמור במקומם מדין צדקה. אך הדברים אינם אמורים אלא בממון ולא בטירחת הגוף, מפני שהחיוב להחזיק תלמידי חכמים הוא דווקא בממון ולא בטירחת הגוף.

ח. משמעות הכלל "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות" היא שהמעלה של תלמוד תורה גדולה יותר, אבל ודאי שאדם חייב לבטל תורה לצורך הצלת נפשות שאינה יכולה להיעשות ע"י אחרים.

ט. מצוות בנין בית המקדש נדחית מפני לימוד תורה מפני שזוהי מצוה שיכולה להיעשות ע"י אחרים.

י. בזמן שההימנעות של תלמיד־חכם משמירה תגרום להטלת נטל קשה על אחרים, מסתבר שהשמירה תהיה מוגדרת כמצוה שאינה יכולה להיעשות ע"י אחרים.

יא. תלמיד־חכם חייב בשמירה כאשר גם הוא מודה שהוא זקוק לה.

סימן צז

תוקפה של רכישת זכויות לול במושב

ראשי פרקים

שאלה
א. פרשנות החוזה
ב. מכירת זכויות שלא באו לעולם
ג. הקנאת ציבור בדבר שלא בא לעולם
ד. מכירת משק או מכירת זכויות
ה. הקניית כפל לשומר שלא דרך המפקיד
ו. הקניית זכויות דרך המוכר בלבד
ז. ההבדל בין כפל וקנס לזכויות לול
תשובה
מסקנות

שאלה *

המושב היה מבוסס על עקרון הערבות ההדדית. כשמשק היה שוקע בחובות, כולם היו נעשים ערבים לחוב. לכן חשוב מאד היה לחברים לחלץ משק מחובותיו, מלבד המצוה שבדבר, כדי שהמשק לא יפול לעול על כולם. חלוקת אמצעי הייצור גם היא נעשית דרך מוסדות הכפר, בעיקר המזכירות. לפי התכנון רשאי כל משק לגדל כמה מאות עופות בלבד. אולם במציאות לא כל חבר מגדל מספר כה מועט של עופות, מפני שאין הדבר משתלם. לכן נוצר מצב שבו

* תשרי תשמ"ו.

מספר קטן של חברים מגדל מספר גדול של עופות. במילים אחרות, מגדלי העופות קיבלו את מיכסותיהם של יתר חברי הכפר, כאשר בתמורה חברים אחרים מתמסרים לענפים אחרים.

בנידון שלפנינו משקו של אחד החברים התמוטט ל״ע. סוכם עמו שחבר אחר יחכור את משקו למשך 10 שנים ויפרע את חובותיו. למחכיר לא היה לול, והוא כלל לא גידל עופות, אך לחוכר היה לול גדול. בהסכם החכירה, שנערך ע״י המזכירות, נכלל סעיף שבו זוכה החוכר גם במיכסת העופות של המחכיר.

נתגלעה מחלוקת בין החוכר לבין יתר החברים בפירושו של סעיף זה. טענת החוכר היתה שהוא אמור לזכות בפועל במיכסה נוספת של עופות, כשיעורה של המיכסה המיועדת לכל חבר, כולל המחכיר. המזכירות מצדה טוענת שמאחר שבפועל אין למחכיר מיכסת עופות משלו, אין לחוכר זכות למיכסה זו, וכוונת הסעיף היתה תיאורטית, להעברה של כל הזכויות, כולל מיכסת עופות; כי יתכן שבעתיד ישתנה המצב, והמיכסות יגדלו ויחזרו בפועל לכל החברים. בנוסף לכך טענה המזכירות שהקצאת מיכסה נוספת לחוכר פירושה הורדת המיכסה מיתר המגדלים, דבר שאינו מוצדק, ומשום כך אינו בסמכותה של המזכירות.

עוד טענה המזכירות, שגם לטענתו אין לחוכר רשות לגדל עופות ממיכסת חבירו בחצרו שלו, אלא בחצר המחכיר בלבד; כי הוא בעל הזכויות, ורק בחצרו הוא רשאי לגדלן. ולכאורה במה הוא שונה מיתר החברים שהעבירו את זכויותיהם לאחרים? שם הם **ויתרו** על זכיותיהם, וממילא אחרים מגדלים במקומם. אך כאן המחכיר אינו מוותר על זכויותיו לדברי החוכר אלא מעביר את זכויותיו לחוכר. ולפי התקנון אין הוא רשאי לעשות זאת.

ולכל היותר המחכיר רשאי לגדל עופות בחצירו; וזכות זו אולי הוא יכול להעביר לחוכר, ותו לא.

טענת החוכר היתה שהוא לקח על עצמו משימה כבדה, של חכירת משק שקוע בחובות כבדים; והוא מציל בכך את כל החברים מערבות לחובותיו של משק זה. ומכיון שהחוכר מוכר וידוע כמי שמגדל עופות, על דעת כן החכירו לו את המשק, על־מנת שיעסוק בענף בו התמחה. מה הדין?

א. פרשנות החוזה

בחוזה מנוסח הדבר בבירור, שיש לקונה זכות לול. הפירוש שהציעה המזכירות – שזכויות לול אלו אינן זכויות עכשוויות אלא זכויות חדשות שתהיינה בעתיד – דחוק בלשון החוזה, ואינו מתקבל על הדעת.

הטענה שהמזכירות הינה חסרת סמכות להעביר זכות לול, מוקשה גם כן. שא״כ מדוע נכתבו זכויות אלו בחוזה? הרי המזכירות היא הגוף המוסמך לנהל את ענייני הכפר; ואם אכן קניית המשק היתה מותנית בזכויות לול, כפי שטוען הקונה, היתה המזכירות מוסמכת לחתום על העיסקה לטובת הכפר, אא״כ האסיפה היתה מבטלת את זכותה של המזכירות לעשות כן. וכשם שעצם העיסקה לקניית הזכויות המשקיות אינה מעשה מקובל, ובכל זאת איש לא ערער על כך, בגלל הבנת ההכרח שבעיסקה, כך יש לומר ביחס לזכויות הלול שבעיסקה.

ב. מכירת זכויות שלא באו לעולם

השאלה הראשונה שיש לשאול היא, האם בכלל יכול אדם למכור זכויות שתבואנה לו. כלומר, האם בכלל יכול היה המחכיר למכור לחוכר את זכויות הלול שבפועל לא היו בידיו.

אמנם מצינו שאדם מוכר לחבירו כל זכות שתבוא לידו (ב״ק ח׳ ע״ב). אולם שם מדובר באדם שקנה שלוש שדות מחבירו, ולקח את העידית באחרונה. ומסקנת הגמרא היא שלמרות שלקח את העידית באחרונה, יכול הוא לומר לבעלי החובות שיגבו מן הבינונית והזיבורית. ואף

שמצד הדין עבר השיעבוד לעידית בשעה שקנה את הבינונית והזיבורית, יכול הוא לומר: "לא ניחא לי בתקנתא דרבנן", שבאה בעצם לטובתי. וממשיכה הגמרא ודנה באדם שני שקנה את העידית מן הקונה הראשון והותיר בידיו את הבינונית והזיבורית. וכאשר בעלי החובות של המוכר הראשון יבואו לגבות מהשדות שביד הקונה השני, יכול הוא לומר: לא נוח לי בתקנה זו, אלא טרפו אתם בעלי החובות מהבינונית והזיבורית; כשם שזו היתה זכותו של הקונה הראשון, לדחות אתכם לבינונית או לזיבורית.

אולם שם לא מדובר בזכויות ערטילאיות, אלא בקרקע הנושאת עימה זכויות. ואילו כאן מדובר בזכויות ערטילאיות, שהרי החצר נשארה בבעלות המוכר, ורק הזכויות המופשטות להקמת הלול נקנו ע"י הלוקח. וא"כ נכונה הטענה השניה שטוענת המזכירות, שרק אם יבנה לול בחצר המוכר יוכל לקבל את הזכויות, אך אם הקונה רוצה להעביר את זכויות הלול לחצרו שלו, איך הוא קונה זכויות אלו? הרי הן מוגדרות כדבר שלא בא לעולם, ואין הוא יכול לקנותן! והרי זה דומה לשובך שנתמלא אח"כ יונים, דלא עבידי דאתו, שאי אפשר להקנותן (עי' ב"ב ע"ט ע"א-ע"ב).

ג. הקנאת ציבור בדבר שלא בא לעולם

והנה, אילו ההסכם היה רק בין המוכר לקונה, היה מקום לטעון טענת "דבר שלא בא לעולם". אך בהסכם דידן מהווה מזכירות הכפר צד בחוזה, והיא המעבירה לקונה את זכויותיו של המוכר. ומכיון שהמזכירות מייצגת את הציבור, צ"ע אם ציבור יכול למכור גם דבר שלא בא לעולם.

והנה הרמ"א (חו"מ סי' קס"ג סעי' ו' בהג"ה) הביא את דעת הרא"ש בתשובה (כלל ו' סי' י"ט) שקהל לא צריך קנין. וא"כ יש לומר שכל החיסרון של דבר שלא בא לעולם הוא משום שלא היה כאן קנין; אך קהל, כיון שאינו צריך קנין, יכול גם להקנות דבר שלא בא לעולם. אולם הדבר צ"ע, שהרי יש הסבר אחר לכך שאין אדם קונה דבר שלא בא לעולם, והוא חיסרון של סמיכות דעת. וא"כ גם קהל, אף אם הסכים על דבר שלא בא לעולם, אין לו גמירות דעת, ולא הקנה. *

ולכאורה יש להביא ראיה לדבר משכיב־מרע, שאף שדבריו ככתובין ומסורין דמו, בכל זאת אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם (ב"ב קמ"ז ע"ב). וע"כ יש להסיק מכאן שגם במקום שאין צורך בקנין בעינן גמירות דעת; ובדבר שלא בא לעולם חסרה גמירות דעת. מיהו משם אין ראיה, משום שדברי שכיב־מרע בעצם צריכים קנין, אלא שדבריו ככתובין ומסורין דמו. וכוונת הדברים היא שדיבורו הוא הוא הקנין, וקנין לא חל על דבר שלא בא לעולם; אך קהל לא צריך קנין כלל, ודיבורו אינו כקנין, אלא שאין צורך בקנין כלל ועיקר. ולכן יש מקום לומר שהחלטתם מחייבת גם בדבר שלא בא לעולם.

ועיין הגהת הגרעק"א (לשו"ע סי' קס"ג סעי' ו') שהביא את דברי הראנ"ח (סי' מ"ט) בדבר קהל שפטרו אדם ממיסים. והראנ"ח דן בשאלה זו מצד דבר שלא בא לעולם, שאין הקהל יכול לפטור מדבר שלא בא לעולם. ומשמע שגם ציבור אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם.

מיהו מכסות לול אינן דבר שלא בא לעולם. הן קיימות ועומדות כל הזמן, אלא שהמזכירות מחלקת אותן מדי שנה בשנה למגדלים. אמנם המוכר, שלא היו לו עד כה זכויות לול ממשיות, לא יכול היה למוכרן באופן ערטילאי. אך המזכירות יכולה היתה למכור זכויות אלו, שהן היו בידיה כל הזמן. מיהו יתכן שאין הדבר כן, כי המכסות עלולות להשתנות בכל שנה ושנה בגלל מדיניות הממשלה. וצ"ע.

* עוד יש להעיר שבמקום אחר (שם סי' ה') מתייחס הרא"ש להבטחה של הקהל לאדם מסויים, ומדבריו משמע שאין לה תוקף ללא קנין. ואם כנים דברינו, יש לומר שהוא הדין כאן, כיון שאין זו תקנה כללית אלא הבטחה פרטית – אין לה תוקף ללא קנין כמקובל.

ועוד יש לומר שאין למזכירות דבר ממשי ביד, אלא אחת לשנה עליה לחלק את זכויות הלול בין החברים. וא"כ באותה שעה לא היה בידי המזכירות מה למכור, ולכן אין הקנין חל.

ד. מכירת משק או מכירת זכויות

הנחתנו היא שהקונה קנה את כל זכויות משקו של המוכר והעבירן אליו. אולם היא גופא צ"ע. אולי המשק נשאר בבעלותו של המוכר, והקונה רק משתמש בזכויותיו של המוכר; וא"כ הקונה אינו יכול להעביר את זכות הלול של המוכר לחצרו שלו.

אולם נראה לענ"ד שלא זו היא רוח החוזה. המוכר מכר את כל משקו לקונה, ולא נשארו לו אלא ביתו וחצרו. ומכאן ואילך אין הוא חקלאי יותר, ואינו חבר מושב רגיל, אלא כעין תושב. והקונה הוא הוא בעל המשק. ואע"פ שלא שללו מהמוכר זכויות הצבעה וכדו', זהו אולי משום כבודו, או משום שסופו לחזור למשקו כעבור 10 שנים. אך באמת אינו עוד חבר רגיל באגודה. וע"כ משקו של המוכר, עם כל זכויותיו, הוא בבעלות הקונה; ולכן אין להגדיר את הקונה כמשתמש בעלמא.

אך מכלל ספק הדבר לא יצא, ואפשר לפרש את החוזה כך שהקונה קנה רק את זכויות המשק ולא את המשק עצמו. ובפרט כשהמדובר בחכירה לזמן מוגבל של 10 שנים. ונמצא שהמוכר נשאר בעל גוף המשק, אלא שזכויותיו עברו לקונה. וא"כ כל זכות שתבוא לידו צריכה לעבור דרכו. וע"כ זכויות לול, שהן צמודות לקרקע של בעל המשק, חייבות להיות ברשותו של המוכר, ואינו רשאי להעביר אותן לקונה. ואפילו אם נאמר שהמוכר מכר את משקו לקונה ל־10 שנים – הרי בקנין לזמן יש אומרים שאינו אלא קנין פירות (עי' חזו"א, חו"מ, ליקוטים סי' י"ג ס"ק ט"ו).

ה. הקניית כפל לשומר שלא דרך המפקיד

והשאלה העקרונית העומדת לפנינו היא: האם זכויות הלול שקנה הקונה הן ישירות שלו, או שהן באו אליו בעקיפין דרך המוכר?

אם נאמר שהוא התכוון לקנות את זכויות הלול ישירות, הוא לא היה יכול לקנות אותן, כי אין למחכיר זכות למכור את מכסות הלול שלו לאחרים. אך אם נאמר שהוא התכוון לקנות אותן דרך המחכיר – המחכיר נשאר בעלים על זכויות הלול שלו, והוא רק מרשה לחוכר להשתמש בזכויות שלו. ואע"פ שגם זה אינו תואם את התקנון – מ"מ, בהתחשב במצב המיוחד שבו החוכר נחלץ לעזרת המחכיר, יש לומר שעל דעת כן עשה זאת, שיקבל את זכויות הלול. אלא שנשאלת השאלה, אם בכלל יכול היה לקנות את הזכויות. ואם נניח שהזכויות הן של המוכר, והוא רק מעביר אותן לחוכר, ניתן היה למכור אותן בצורה זו.

ונראה לענ"ד שיש מקום לדמות את נד"ד לסוגיא במסכת ב"מ (ל"ג ע"ב), וכך נאמר שם במשנה:

> המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים לשמור ונגנבו... שילם ולא רצה לישבע... – נמצא הגנב, משלם כפל... למי משלם? למי שהפיקדון אצלו (כלומר: לשומר).

ומבארת הגמרא שהוא נחשב כאילו קנה את זכויות הכפל שיהיו בבהמה לכשייתפס הגנב. ובגמ' שאלו: כיצד קנה השומר דבר שלא בא לעולם? ומתרצת הגמ' (שם ל"ד ע"א) שהשומר קונה את גוף הבהמה למפרע, משעת ההפקדה, חוץ מגיזותיה וולדותיה.

אולם הרמב"ם (הל' שאלה ופיקדון פ"ח ה"א) פסק שאם הבהמה עצמה הוחזרה, חוזרים לבעליה היא וגיזותיה וולדותיה. כלומר, לדעת הרמב"ם השומר לא קנה את גוף הבהמה אלא את זכויות הכפל שבה. וצריכים אנו לומר שקנה בעלות בגופה של הבהמה לענין תשלומי הכפל. וכן הוכיח הגר"ח הלוי מבריסק (הל' מכירה פכ"ג ה"ג) שלא כדעת הש"ך (סי' רצ"ה ס"ק י"א; ועי' אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ שם הע' 35, שם מובא שרוב האחרונים חולקים על הש"ך).

והנה הגר"ח (שם) עמד על סתירה בדברי הרמב"ם: מחד גיסא כתב הרמב"ם בהל' מכירה (שם):

מכר עבדו לקנס, שאם יוגח וימות יהיה קנס של לוקח – הרי זה ספק. לפיכך לא קנה...

ואילו בספק שנוצר במוכר בהמתו לתשלומי כפל, כתב הרמב"ם (הל' שאלה ופיקדון פ"ח ה"ה):

– כל אלו ספק, והרי הכפל מוטל בספק, ואינו תחת יד אחד מהן. לפיכך חולקין הכפל או השבח בין בעל הפיקדון ובין השומר...

והסתירה גלויה: מוכר עבדו לקנס – הרי זה ספק, **ולא קנה**; ואילו במוכר בהמה לכפילא, **קנה** השומר את הכפל.

ותירץ הגר"ח עפ"י מה שכתבנו, שבמוכר בהמתו לתשלומי כפל, הלוקח הוא הבעלים לענין כפל, משום שהכפל הוא חיוב ממוני המתייחס לבעלי הממון הנגנב; וכשהגנב נתפס ומשלם כפל, הוא משלם ישירות לשומר הלוקח, ואין לבעלים שום בעלות בגוף הבהמה לענין זה. ולכן כשיש ספק מיהו בעל הבהמה לענין זה, אין אף אחד מהם מוחזק, ויחלוקו. מה שאין כן במוכר עבדו לקנס – שהוא מעין כפרה, ואין זה חיוב ממוני רגיל, אלא יסודו בכפרה כלפי שמיא – חיובו חל **אישית** כלפי המוכר, והמוכר חייב להעבירו ללוקח; ומכיון שהוא ספק, הרי המוכר הוא המוחזק, ואינו חייב להעביר ללוקח את הקנס.

אלא שצ"ע מדוע לא נאמר שספק כפרה הוא ספיקא דאיסורא ולא ספיקא דממונא. ועי' ב"ק (מ' ע"א), בענין שור של שני שותפין; שהרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"י ה"ה) פסק שספק כפרה לחומרא. וצריך לומר שאמנם יסוד החיוב הוא בכפרה, אולם למעשה הטילה התורה קנס, שהוא דין ממון.

תבנא לדידן. הנה מצינו שיש מקום לומר שהמוכר את משקו מכר את המשך כולו ללוקח, ומעתה ואילך הזכויות מגיעות ישירות ללוקח ולא דרך המוכר. ונמצא שהקונה עכשיו הוא בעל זכויות הלול באופן עצמאי, ורשאי לגדל עופות בחצרו שלו. ומסתבר שזכויות לול דומות יותר לתשלומי כפל, שהם קנסות ממון, מאשר לקנס של עבד, שהוא כפרה; ולכן החיוב שלהם הוא אולי לבעלים המקוריים של העבד.

ו. הקניית זכויות דרך המוכר בלבד

מיהו בהסברו השני מחלק הגר"ח חילוק אחר, הפוך מקודמו: לפי ההסבר השני, הבעלים המקוריים הם תמיד הבעלים האמיתיים, והכל עובר דרכם, והם המוחזקים. אלא שבשלושים של עבד התשלום הוא במקום דמי העבד, ולכן זכות זו מגיעה קודם למוכר, והוא המוחזק; אך כפל אינו דמי הגניבה, אלא תוספת חדשה, ואין לבעלים הראשונים זכות בה. ולכן כפל זה מגיע לקונה באופן ישיר שלא באמצעות המוכר.

לפי חילוק זה, זכויות הלול דומות יותר לשלושים של עבד מאשר לתשלומי כפל. וא"כ זכויות אלו צריכות לעבור דרך המוכר, ולהיות בחצרו, ולא בחצר של הקונה. ועוד, התוס' (ב"מ ל"ג ע"ב ד"ה כגון) חולקים על הרמב"ם וסוברים ששלושים של עבד וכפל שווים זה לזה. והנה בספק כפל פסק הרמב"ם שיחלוקו. ואף כאן יש לומר – שכיון שהדבר מסופק אם לסבור כמו התירוץ הראשון של הגר"ח, או כמו התירוץ השני שלו – הדין הוא שיחלוקו, כמו שכתב הרמב"ם.

כמובן, יש לחלק בין זכויות לול לבין כפל וקנס, ולא באנו אלא להראות שיש מקום לדמות בין הדברים וללמוד מהם לענייננו; ולמעשה הספק בעינו עומד.

תשובה

מכל האמור עולה שיש ספק אם המזכירות חייבת להעמיד לרשות הקונה את זכויות הלול של המוכר. ומעיקר הדין היינו צריכים לומר שהמוציא מחבירו עליו הראיה. אך מכיון שכבורר רשאי אני לדון גם דין פשרה, הריני קובע בזאת שיש לקונה זכות למחצית מיכסה.

מסקנות

א. במכירת נכס, יכול אדם למכור את כל זכויות הממון הכלולות בו, ואין בכך משום דבר שלא בא לעולם; מה שאין כן במכירת זכויות ללא מכירה של הקרקע עצמה.

ב. ציבור אינו צריך קנין, ומתוך כך יש ספק אם ציבור יכול להקנות גם דבר שלא בא לעולם.

ג. מיכסות ייצור הן זכויות ערטילאיות, ומכירתן היא מכירת דבר שלא בא לעולם.

סימן צח

קנין בשכירת דירה לנופש

ראשי פרקים

שאלה
א. הצעת מצעות כקנין שכירות
ב. קנין ע"י פתיחת הדלת ונעילתה
ג. קניה שלא היה בה צורך
תשובה
מסקנות

שאלה *

מפעיל מרכז נופש ביקש מאחד מתושבי המקום את דירתו לצורך השכרתה לנופשים בפסח, תמורת תשלום. הנופשים סירבו להשתמש בדירה בגלל המרחק שבינה לבין שאר שירותי הנופש, ולכן מרכז הנופש לא השתמש בדירה. המפעיל הכין אותה לשימוש ע"י הבאת כלי מיטה לשם; אך הוא לא הציע את המיטות ולא עשה שם שום דבר נוסף.

האם המפעיל נחשב לשוכר הדירה, וחייב לשלם למשכיר את דמי השכירות? והשאלה הנשאלת היא: האם נעשה כאן מעשה קנין על השכירות?

א. הצעת מצעות כקנין שכירות

שכירות של מקרקעין נקנית בכסף, בשטר ובחזקה (ב"ק ע"ט ע"א), וחזקה היא צורה של שימוש.

במסכת ב"ב (נ"ג ע"ב) נאמר שהמציע מצעות בנכסי הגר שמת ואין לו יורשים – קנה. ועל כך כתבו בתוס' (ב"ב שם ד"ה המציע):

> ודווקא הציע, אבל הלך בבית או שכב – לא קנה... דחזקה חשובה בעינן.

ואפילו הצעת מצעות, שקונה בנכסי הגר – נחלקו הפוסקים בדינה לשאר קניינים: בשו"ע (חו"מ סי' קצ"ב סעי' ט') נפסק שהוא הדין לכל קנין, לא רק לנכסי הגר. והסביר בב"י (ד"ה ואם) שהדבר מועיל מקל וחומר, שהרי בנכסי הגר אין דעת מקנה. אך הגר"א (ס"ק י"א) מסביר שהרמב"ם (הל' מכירה פרק א') והטור (סי' קצ"ב) השמיטו את הדין הזה, כי יש לחלק בין נכסי הגר לסתם קנין (וכך משמע מדברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה, פ"ב ה"ג-ה"ד); ובקנין רגיל הצעת מצעות לא תקנה. ומסיק הגר"א שדברי הב"י אינם מוכרחים.

וצ"ע למה לדמות קנין שכירות, לקנין בנכסי הגר או לקנין רגיל? כי יש מקום לומר שקנין בנכסי הגר הוא פעולה חלשה במיוחד, מפני שבקנין רגיל יש שתי פעולות: הוצאה מידי המוכר, והכנסה לידי הקונה; בעוד שבזכיה בנכסי הגר יש רק הכנסה. שכירות, אין בה הוצאה גמורה מידי המקנה, ואף לא הכנסה גמורה לידי הקונה. ולכן יש מקום להסתפק איזה סוג קנין נחוץ לשכירות; כי גם בשכירות אין הוצאה גמורה מרשות הבעלים ולא הכנסה

* סיון תשמ"ו.

גמורה לרשות השוכרים. אך בכל זאת יש הכנסה והוצאה. מיהו לדידן אין נפק"מ, כי בלאו הכי לא היתה כאן הצעת מצעות.

ב. קנין ע"י פתיחת הדלת ונעילתה

אך יש לומר שהיה כאן קנין ע"י פתיחת הדלת ונעילתה, והרי זה בכלל "נעל, גדר ופרץ".

במסכת גיטין (ע"ז ע"ב) משמע שפתיחת דלת ונעילתה קונה במקרקעין. וכן כתבו התוס' (ב"ב נ"ג ע"א סד"ה נעל), שנעילת דלת קונה. וחלקו על הרשב"ם (שם ד"ה והשתא), הסובר שרק קביעת מנעול קונה.

כדעת התוס' נפסק להלכה בשו"ע (חו"מ סי' קצ"ב סעי' ג'):

> נעל כיצד? מכר או נתן לו בית או חצר, והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו – קנה.

מדברי השו"ע משמע שדווקא שהיה הפתח פתוח, שאז ע"י סגירתו הוא מראה שהוא בעה"ב, ומתקן את הבית שלא יהיה פרוץ. אך מי שמקבל בית נעול ומפתח לפותחו, והוא פותח וסוגר אותו, מי אמר שהנעילה תחשב לתיקון ולהוכחת בעלות? ובפרט כשהמדובר בבית מרוהט בריהוט של המשכיר, הרי מפעיל מרכז הנופש היה חייב לנעול את הבית כדי לשמור על הריהוט שבו שלא יינזק. וא"כ סגירת הבית לא היתה לשם בעלות כלל אלא לשם שמירת הריהוט, והיא דומה למבריח ארי, שלא קונה (ב"ב נ"ג ע"א); ובמיוחד כשהנעילה נעשתה בשליחותו של בעל הבית, כדי לשמור על רכושו (עי' ב"י ד"ה וי"א).

עוד יש להעיר, שהסמ"ע (ס"ק ה') הביא את קושיית המפרשים על פסק השו"ע (שמקורו ברמב"ם הל' מכירה פ"א ה"ח), שצריך לנעול את הדלת ולפותחה, מדוע צריך לפותחה? והסמ"ע מביא את תירוצו של הב"י (ד"ה וי"א) שהדבר נדרש כדי שהחזקה תהיה ניכרת שנעשתה לשם קנין; ואילו במי שנועל ופותח לצורך כניסה בעלמא – אין כאן הוכחה שהחזיק לשם קנין.

וא"כ בנד"ד, לפוסקים הסוברים שקונה בנעילה לבד גם בלא פתיחה – קנה, כיון שנהג כבעלים, אע"פ שלא עשה מעשה המוכח שהחזיק לשם קנין. אך לשיטת הרמב"ם והשו"ע, שבעינן מעשה המוכיח בעלות – צ"ע אם כאן היה מעשה כזה. ומסתבר יותר לומר שלא היה כאן מעשה קנין.

מיהו יתכן שמסירת המפתח נחשבת לקנין: לדעת הרשב"ם (ב"ב נ"ג ע"א ד"ה והשתא), מסירת המפתח נחשבת לקנין. ולדעת הר"י (מובא בתוס' ב"ק נ"ב ע"א ד"ה כיון) אינה נחשבת קנין. והיא כנראה מחלוקת בין הבבלי (ב"ק נ"א ע"ב) והירושלמי (קידושין פ"א ה"ד, ועי' ב"ח חו"מ סי' קצ"ב ד"ה ורשב"ם).

ואע"פ שלהלכה נפסק בשו"ע (סי' קצ"ב סעי' ב') שמסירת מפתח אינה קונה, דומה שמנהג העולם הוא להתייחס למסירת מפתח כקנין. וא"כ מדין "סיטומתא" יש לומר שמסירת מפתח קונה, וצ"ע. וא"כ יש כאן ספק אם נעשה מעשה קנין.

ג. קניה שלא היה בה צורך

עוד יש לומר שאף אילו היה כאן קנין ודאי, הוא לא היה חל. ויש להוכיח זאת ממה שנאמר במסכת כתובות (צ"ז ע"א):

> והלכתא: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי – הדרי זביני.

וכן יש להוכיח ממסכת קידושין (מ"ט ע"ב) שאם אדם אמר בשעת המכר שהוא מוכר את שדהו רק משום שהוא רוצה לעלות לארץ ישראל – הדין הוא שאם לא יכול היה לעלות, המכר בטל (ועי' תוס' ד"ה דברים). וכך נפסק להלכה (שו"ע סי' ר"ז סעי' ג'):

> מי שמכר חצרו או שדהו, ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חיטים בדמיו – הרי זה כמוכר על תנאי. לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר או באו חטים והוזלו או נמנע הדרך לעלות לאותה הארץ... – הרי זה מחזיר לו הדמים ומחזיר לו

הקרקע; שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני, והרי לא נעשה. וכן כל כיוצא בזה.

וכאן הרי היה ברור למשכיר שהדירה נשכרה רק על־מנת להכניס אליה נופשים. וא"כ אף אם היה קנין – הדין הוא ש"הדרי זביני".

ולכן, אף אם נאמר שמסירת המפתח נחשבת כקנין מצד מנהג העולם, כ"סיטומתא" – כאן הדין שונה, מפני שהיה ידוע שמרכז הנופש שכר את הדירה רק כדי לשכן בה נופשים, והם לא רצו לבוא; ולכן השכירות בטלה.

תשובה

מכל האמור עולה שיש לכל היותר ספק אם היה כאן קנין שכירות, ולכן יש לומר שהשכירות עוד לא התחילה, ומפעיל מרכז הנופש פטור מלשלם.

אמנם היה מקום לחייב את מרכז הנופש מדיני שמים, מדין "מבטל כיסו של חבירו" (עי' שו"ע סי' שס"ג סעי' ו', מחנ"א גזילה סי' י"א). אבל בתקופה זו של השנה הדירות ביישוב אינן עומדות להשכרה, ועל כן לא נגרם לשוכר שום נזק כספי כתוצאה מהעיסקה שבוטלה.

ומשום חסרון אמנה (עי' ב"מ מ"ט ע"א), מעיקר הדין אין לחייב את מפעיל מרכז הנופש. שהרי הוא שכר את המקום על דעת כן שיבואו אורחים, והם לא באו. וחסרון אמנה בדברים הוא רק כאשר מדבר אחת בפה ואחת בלב; אך כשחוזר בו בגלל סיבה שנולדה אח"כ – יכול לחזור בו (עי' תוס' ב"מ מ"ט ע"א ד"ה מודה, שכתבו שיכול לחזור בו ביוקר וזול). ועי' ערוה"ש (סי' ר"צ סעי' ח') שכתב שממידת חסידות לכו"ע מן הראוי שלא יחזור בו. וא"כ הוא הדין בנד"ד, שלא היה צריך לדירה, מצד הדין יכול היה לחזור בו, אך ממידת חסידות מן הראוי שלא יחזור בו, ויפצה את המשכיר בסכום כלשהו.

ואף שמפעיל מרכז הנופש אינו אדם פרטי אלא שכיר המייצג חברה ציבורית, אין בכך כדי לפטרו ממידת חסידות. אדרבה, ברבים יש לחייב יותר, מפני שברבים הקנין נגמר אפילו בדברים בלבד (עי' שו"ע סי' ר"ד סעי' ט' ובהגר"א ס"ק י"א. ועי' לעיל סי' צ"ז אות ג').

ולמסקנה יש לומר איפוא, שהמפעיל יפצה את המשכיר בסכום כלשהו.

מסקנות

א. הצעת מצעות אינה קונה בית אלא בנכסי הגר שמת ואין לו יורשים.

ב. פתיחת דלת ונעילתה קונות רק באופן שמבטא בעלות, ולא כאשר הדבר נעשה רק לשם כניסה ויציאה בעלמא.

ג. מסירת מפתח, מעיקר הדין אינה קונה. אך יש להסתפק אם היא קונה כיום מדין "סיטומתא".

סימן צט

דרכי הקנין במחסן המושב

ראשי פרקים

שאלה
א. קנין מעות ו"מי שפרע"
ב. מהות הקנין בחלוקת שותפות
ג. קניה ע"י שותף בחברה בע"מ
ד. קנין כסף במקרים מיוחדים
תשובה
מסקנות

שאלה *

חבר קנה דשן כימי במחסן הכפר וחתם על הטופס המיועד לכך. כשבא ליטול את הדשן לביתו, היה כבר המחסן סגור מחמת השבת הקרבה. באותו ערב שבת אחה"צ הודיע שר האוצר בשידור למדינה על מהפך כלכלי. כתוצאה מכך עלה מחיר הדשן בהרבה. למחרת השבת, כשנפתח המחסן, בא חבר אחר וקנה את כל הדשן במחיר החדש, מבלי שידע שחלק מהדשן נמכר כבר, ומשך אותו ולקח אותו לביתו. החבר הראשון טוען שהדשן הוא שלו, וקנה אותו במחיר הישן, ועל החבר השני להחזיר אותו אליו. מיהו הצודק?

א. קנין מעות ו"מי שפרע"

נפסק בשו"ע (חו"מ סי' קצ"ח סעי' א'):

> דבר תורה – מעות קונות. אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים אלא בהגבהה, או במשיכה, דבר שאין דרכו להגביה.

וא"כ לפי זה, אף אם נאמר שחתימתו של הקונה על טופס המכירה כמוה כתשלום ממון, שהרי בכך מתחייב הוא בכרטיס שבמזכירות לשלם את מחיר הדשן – מ"מ הרי לא משך, ולא קנה עדיין.

אולם במקרה כזה המוכר חייב ב"מי שפרע" אם הוא מבטל את המקח. וכך נפסק בשו"ע (חו"מ סי' ר"ד סעי' א'):

> מי שנתן דמים ולא משך המטלטלין, אע"פ שלא נקנו לו המטלטלין... – כל החוזר בו... לא עשה מעשה ישראל, וחייב לקבל "מי שפרע"...

וכתב הרמב"ם (הל' מכירה פ"ז ה"ב):

> וכיצד מקבל "מי שפרע"? אומרין אותו בבית דין ואומרין: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו.

ואע"פ שלא שילם בכסף מזומן אלא בחיוב חשבונו – אדרבא, הרי זה דומה למה שנאמר במסכת קידושין (כ"ח ע"ב), שהמחליף דמי שור בפרה – קנה; וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' קצ"ט סעי' ב'). אלא ששם הטעם הוא משום שאינו שכיח, ובימינו קנין כזה נעשה שכיח. וצ"ע אם חזר דינו להיות כמי שקונה במלוה. ואולי יהיה הדבר תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם ושאר הראשונים אם מלוה קונה מהתורה (עי' שו"ע סי' קצ"ט סעי' ב', סי' ר"ד סעי' י'). אך כבר נהגו הסוחרים להתייחס לחיוב כזה כאל תשלום וקנין גמור, כפי שהתבאר לעיל (סי' פ"ד אות ב').

אלא שקבלת "מי שפרע" אינה יכולה לבטל את המכירה שמכר המחסן לחבר השני, ואת הנעשה אין להשיב. ורק אם הקונה השני רוצה להציל את המוכר מאיסור "מי שפרע", יכול הוא להחזיר את המקח מרצונו הטוב; אך אין לחייב אותו לנהוג כך, אלא לבקש ממנו שיעשה כך ממידת חסידות; שהרי הלוקח השני לא ידע כלל ששקי דשן אלו נקנו כבר ע"י הלוקח הראשון.

אלא שצ"ע אם מחסנאי המושב, שאין הסחורה בבעלותו הפרטית, עובר על "מי שפרע". כי אולי רק מי שחוטא להנאתו עובר על

* מרחשוון תשל"ה.

"מי שפרע", אך מי שחוטא ולא לו אינו בכלל זה. אדרבה, מכיון שיש לו אחריות כלפי משלחו, הוא אינו רוצה להפסידו, ולכן הוא חוזר בו. ומצינו ששליח שקנה וחזר בו אינו עובר משום "מי שפרע" (עי' ב"מ ע"ד ע"ב ובראשונים שם, וכן בט"ז יו"ד סי' קע"ה ס"ק י'). ואכן נפסק בשו"ע (יו"ד סי' קע"ה סעי' ז') שאם שליח קנה במעות ללא משיכה, והמשלח ביטל את המקח בטענת "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" – שניהם פטורים מלקבל "מי שפרע" (וכן בחו"מ סי' קפ"ב סעי' ז'). ועי' ביאור הגר"א (יו"ד שם ס"ק י"א).

אך כאן יש לומר, שמכיון שהמשלח (דהיינו: מוסדות הכפר) נותן למחסנאי גיבוי לפעול במחסן באופן חופשי כאדם העושה בתוך שלו, אולי הוא עובר ב"מי שפרע".

וכעין זה נשאלתי בענין מחסנאית בקיבוץ שקבעה מחיר לסדין ונתברר שטעתה והוזילה פחות משתות, ורצתה לחזור בה. וצ"ע, אולי היא רשאית לחזור בה, ואין כאן איסור משום "מי שפרע" ולא איסור משום "דובר אמת בלבבו" (עי' רש"י, מכות כ"ד ע"א ד"ה רב ספרא), משום שהסדין אינו שלה. ומ"מ נראה שגם ציבור צריך לעמוד בדיבורו, וכפי שכתבנו לעיל (סי' צ"ט, בתשובה).

ב. קנין כסף במקרים מיוחדים

ואולי יש לומר שהחבר הראשון חתם על מסמך המחייב את חשבונו בכרטיס הנמצא בהנהלת החשבונות של הכפר; וחתימה זו, המחייבת אותו בתשלום דמי הדשן – נחשבת כקנין בחוב. שהרי משמעותו של הכרטיס היא שהכפר חייב לו כסף; וכאשר הוא חותם על המסמך, הוא חותם על כך שהוא מוותר על חוב זה העומד לזכותו. ואם אין לו זכות בכרטיס, הוא לווה בזאת מהכפר כסף נוסף, ורוצה שהמחסן יספק לו דשן בחוב זה.

ונראה שהדבר תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם לבין הראב"ד והרא"ש (עי' שו"ע סי' ר"ד סעי' י' והגהת הרמ"א שם, סי' קצ"ט סעי' ב' והגהת הרמ"א שם): לדעת הרמב"ם (הל' מכירה פ"ז ה"ד), קנין בחוב נחשב כקנין בכסף, והוא קונה לענין "מי שפרע". ואילו לדעת הראב"ד (השגה שם) והרא"ש (קידושין פ"א סי' ה'), אינו נחשב ככסף, ואינו קונה. ולשיטת הרמב"ם יש לחלק בין חוב רגיל שהמוכר חייב לקונה, לבין חוב שבא מחמת מכר. ומכיון שחוב שבא מחמת מכר אינו שכיח, הרי הוא קונה קנין גמור. (ועיין מג"מ הל' מכירה פ"ה ה"ד).

והנה יש לעיין בגדרו של חוב זה, שהכפר חייב לחבר, אם זה חוב רגיל או חוב הבא מחמת מכר. ונראה לענ"ד שחוב זה הוא גם מחמת מכר, שהרי החבר מוכר תוצרת וע"י כך יש לו זכות בכרטיס, והוא גם מחמת הלוואה, שהכפר לווה כספים ומלווה לו. עכ"פ נראה לענ"ד שחוב זה אינו דומה לחוב רגיל, אלא חוב מיוחד הקיים אך ורק באגודות שיתופיות (כגון במושבים וכדו'), והוא נוהג רק אצל מיעוט מהציבור. ולכן נראה שגם בכגון זה לא גזרו חכמים שרק משיכה קונה, אלא קנין כסף קונה. מיהו יש לומר שצורת קנין זו דומה בכל לקנין בכרטיס אשראי, שהוא דבר מצוי מאד. אמנם האשראי במושב מורכב גם ממכר, אך אין קשר מוחשי בין מה שהחבר מכר לבין האשראי שהוא מקבל. ולכן יש לומר שדינו של קנין זה הוא ככל כרטיס אשראי. (ועיין בסוף התשובה).

ועוד יש לומר, דזיל בתר טעמא. שהרי לא תיקנו חז"ל שכסף אינו קונה אלא כדי שיטרח המוכר ויציל את הסחורה הנמכרת מפני הדליקה (שו"ע סי' קצ"ח סעי' ה'). והנה כאן, אם תיפול דליקה חלילה, האם המחסנאי יטרח להציל סחורה הנחשבת עדיין של הכפר יותר מאשר סחורה שנמכרה כבר? הרי אלו ואלו אינם שלו! והחברים שיטרחו להציל, אדרבה, יתכן שיצילו את שלהם יותר משיצילו את של הציבור כולו, או עכ"פ לא יצילו את של הציבור יותר משיצילו את שלהם; ולכן נראה לכאורה שכסף כזה קונה.

מיהו לדעת הש"ך (סי' קצ"ח ס"ק ט') לא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים. (ועי' הגהת הרמ"א שם, בהגר"א ס"ק ז', פת"ש ס"ק ו', ערוה"ש סעי' ה', שו"ת

רעק"א סי' קל"ד ד"ה ומ"ש מעכ"ת). ובלאו הכי לדעת הרא"ש, הסובר שחוב אינו קונה, אין כאן קנין כסף.

ג. מהות הקנין בחלוקת שותפות

ולאמיתו של דבר נראה שיש לחלק בין מוכר פרטי למחסנאי במחסן ציבורי השייך לאגודה השיתופית, ולומר שבמקרה כזה גם אין צורך במשיכה כדי לקנות את הדשן. הרי החבר הראשון שקנה את הדשן לא קנה משל אחרים אלא משל הציבור, שהוא אחד ממרכיביו; ובעצם גם הוא שותף לסחורה זו. וברגע שהוא משלם למחסנאי את מחיר הסחורה, הרי הוא קונה את חלקו, ואינו צריך משיכה.

ונראה לענ"ד ששאלה זו, אם בחלוקת שותפות צריכים קנין גמור כדרך הקניינים בכל דבר, או שדי לנו בקנין קלוש יותר, תלויה במחלוקת בין הראשונים. וכך נאמר במסכת ב"ב (ג' ע"א):

> אי בשאין בה (בחצר) דין חלוקה, כי רצו (לחלוק) מאי הוי? ניהדרו בהו! א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן. וכי קנו מידן, מאי הוי, קנין דברים בעלמא הוא? בשקנו מידן ברוחות. רב אשי אמר: כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק.

ופירש רש"י (ד"ה והחזיק):

> והחזיק – בחלקו, רפק ביה פורתא. וקרקע נקנה בחזקה אחרי אשר רצו בשעת חלוקה.

לעומת זאת כתב הרמב"ם בהל' שכנים (פ"ב ה"י):

> אבל אם קנו מידם, שזה **רצה ברוח פלוני** וזה רצה ברוח פלוני – אינן יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו וזה בעצמו והחזיק בחלקו – אע"פ **שלא קנו מידם** – אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו.

ומוכח מדבריהם, שלדעת רש"י חלוקת שותפות צריכה קנין גמור של כל אחד ואחד בחלקו; ואילו לדעת הרמב"ם די לנו בקנין **על רצונו** של כל אחד ואחד לחלוק כך את השותפות. וכן לדעת רש"י החזקה פירושה שכל אחד ואחד עשה קנין **גמור** בחלקו. ואילו הרמב"ם כתב במפורש "אע"פ שלא קנו מידם". והרי אם עשו חזקה גמורה, אין צורך בקנין נוסף! אלא ע"כ מה שהלך כל אחד מהם והחזיק בחלקו, אין זה קנין חזקה גמור על **חלקו**, אלא על **רצונו** לחלוק.

אלא שבאמת קשה על הרמב"ם: הרי אם כל אחד ואחד החזיק בחלקו, אין צורך בקנין נוסף. וא"כ מהו שכתב "אע"פ שלא קנו מידם"? ויש ליישב עפ"י מה שכתבו התוס' (ד"ה רב אשי) שבחלוקת שותפות אין צורך באמירת "לך חזק וקני". וא"כ באמת אין זה קנין חזקה רגיל על הקרקע עצמה אלא קנין על רצונם לחלוק. ובכל זאת לא הוי קנין דברים; שמאחר שכל אחד עשה חזקה בחלקו המוגדר, הוי כבירור שזהו חלקו המגיעו. ואולי כוונת הרמב"ם באומרו "כגון שהלך זה בעצמו", היא כפי שכתבו התוס', דהיינו בלא לומר לחבירו "לך חזק וקני" (עי' עינים למשפט ב"ב ג' ע"א ציון ו'). אך מסתבר יותר לומר בדעת הרמב"ם שבחלוקת שותפות אין צורך בקנין גמור. כי אין כאן הוצאה מרשות לרשות, אלא בירור חלקו של כל שותף. ולבירור כזה די בגילוי דעת שכל אחד משתמש בחלקו. ושימוש זה בא במקום קנין. (עי' העמק שאלה שאילתא קל"ט אות ד'). וייתכן שמשום כך אין צורך באמירת "לך חזק וקני".

וכן יש לומר שכדי שהקנין יחול אין הכרח שיעשו חשבון סופי כמה מגיע לכל אחד תמורת חלקו. ואע"פ שבחזקה רגילה לא מהני עד שישלם הכל, וכל זמן שהמוכר הולך ותובע את מעותיו אין קנין החזקה מועיל (ב"מ ע"ז ע"ב – ע"ח ע"א; רמב"ם הל' מכירה פ"ח ה"א) – כאן, מכיון שמדובר בחלוקת שותפות – בהתחלת פירעון סגי.

הנצי"ב (העמק שאלה שם), וכן מו"ר הגר"י אריאלי זצ"ל (עינים למשפט שם), פירשו את דברי הרמב"ם בהל' שכנים עפ"י דבריו בפיה"מ (ב"ב פ"א מ"א), שם כתב שדי בהילוך בלבד. ונראה שאע"פ שאין הילוך קונה אלא בשביל של כרמים העשוי להילוך (ב"ב ק' ע"א), בחלוקת שותפות די בהילוך כדי שלא יוכל לחזור בו.

וא"כ מסתבר לומר שלשיטת הרמב"ם חתימת החבר על המסמך המיועד למכירה דיה כדי למנוע את חזרת המחסנאי, ואין המחסנאי יכול למכור דשן זה לאחרים.

מיהו לשיטת רש"י, הסובר שגם בחלוקת שותפות צריך קנין גמור, יתכן שקנין זה, שאינו אלא קנין כסף ולא קנין משיכה, אינו מועיל אלא ל"מי שפרע"; ולכן מה שקנה החבר השני – קנה, ומעיקר הדין אינו חייב להחזיר את הדשן למקומו.

אך נראה שאם החבר השני אינו זקוק לדשן זה לשימוש מיידי, והוא יכול להמתין עד שיגיע משלוח נוסף של דשן, יש לכפות אותו להשיב מדין "כופין על מידת סדום". שהרי הוא קנה את הדשן במחיר היקר, ויש להניח שהמשלוח הבא יהיה באותו מחיר (ויש להניח שהקונה הראשון יסכים לקחת על עצמו את כל הטירחה הכרוכה בהשבת הדשן הישן ובקניית החדש). ונמצא שאם ישיב את הדשן למחסן, לא יפסיד דבר. וא"כ הוא חייב להחזיר את הדשן מדין "ועשית הישר והטוב". מיהו יתכן לומר שמאחר שהמושב יינזק מהחזרת הדשן ומכירתו לראשון, אין כאן משום "ועשית הישר והטוב"; שאין אדם מצווה להתחסד על חשבון זולתו. מיהו אם **הדין** הוא שהראשון קנה, מן הראוי שהשני יחזיר את הדשן למחסן, והראשון יקבל אותו.

ד. קניה ע"י שותף בחברה בע"מ

מיהו גם לשיטת הרמב"ם יתכן לומר שאין כאן חלוקת שותפות רגילה. שהרי בשותפות רגילה, אם היא בדבר העומד לחלוקה, יכול שותף לחלוק בלי דעת חבירו, אם הדבר נעשה בפני שלושה בני אדם (רמב"ם הל' שלוחין ושותפין פ"ה ה"ט). אך כאן אין אפשרות לעשות כן; כי אנו מתייחסים לרכוש האגודה השיתופית של הכפר, שהיא רשומה כחברה בע"מ, כאל רכוש של ישות משפטית עצמאית, שכל הקונה ממנה צריך לקנות בדרכי הקנין הרגילות. (וכבר הארכנו במקום אחר בבעיה זו של אגודות שיתופיות וחברות כלכליות בע"מ, שמעיקר הדין הרי זו שותפות רגילה, אולם לענייני ממונות נתקבל הנוהג בעולם להתייחס אליהן כאל ישות משפטית עצמאית: עי' מאמרנו "חיי ההלכה בקיבוץ", לעיל סי' ג' אות י"א־י"ב).

אולם היא הנותנת: מכיון שאנו דנים את החברה בע"מ כישות עצמאית בגלל מנהג הסוחרים בעולם, מאותה סיבה נתייחס גם אל החתימה כאל קנין גמור. ולכן נראה שמכיון שדרך העולם ומנהג הסוחרים להתייחס לחתימה על מסמך כזה כאל גמר הקנין – הוי כקנין "סיטומתא", שאין אחד מהם יכול לחזור בו, כמבואר בשו"ע (סי' ר"ד סעי' ו'). וכן נהגו לקנות בכרטיסי אשראי; וקנין זה דומה בצורתו לקנין בכרטיס אשראי.

תשובה

מן האמור עולה שאמנם לא ברור שהיה כאן קנין כסף. אך מ"מ קנין "סיטומתא" בוודאי היה כאן. ולכן נראה שהחבר השני חייב להחזיר את הדשן לחבר הראשון.

מסקנות

א. זבן העובד כשכיר בחנות, שמכר חפץ בקנין כסף וטעה – אין בביטול המקח משום "מי שפרע", לא לזבן ולא לבעל החנות. אך זבן שקיבל סמכות לנהל את החנות באופן עצמאי, יתכן שעובר ב"מי שפרע".

ב. בחלוקת שותפות יש מחלוקת בין רש"י לבין הרמב"ם אם נדרש קנין גמור או שדי בקנין חלקי.

ג. בדיני ממונות, אגודה שיתופית בע"מ אינה

מוגדרת כשותפות אלא כישות משפטית עצמאית. לכן חבר הלוקח ציוד ממחסן האגודה השיתופית אינו נחשב כמי שמחלק שותפות.

ד. בקניה של חבר מאגודה שיתופית באמצעות חיוב בכרטיס, יתכן שחכמים לא תקנו משיכה, ולכן רישום בכרטיס קונה לדעת הרמב"ם כקנין כסף. אך לדעת הרא"ש חוב אינו ככסף, ואינו קונה.

ה. חכמים תקנו שמעות אינן קונות, גם במקרים בהם המוכר לא יכול לומר לקונה "נשרפו חיטיך בעליה".

סימן ק

מכירת איברים להשתלה

ראשי פרקים

שאלה
א. בעלות האדם על גופו
ב. הדין במקרה שהחבלה מותרת
ג. בעלות משותפת לאדם ולקב"ה
ד. תביעת תשלום על אבר
ה. מחירם של איברים
ו. תשלום לפי ערך סובייקטיבי
ז. מכירת אבר שיש לו חליפין
ח. השכרת איברים
ט. ההבדל שבין נזק לפגם
תשובה
מסקנות

שאלה *

עם התפתחותה של הרפואה, נוצרה אפשרות לרפא חולים רבים ע"י השתלת איברים. חלק מההשתלות נעשות ע"י נטילת איברים מגופות של נפטרים, ואכמ"ל. אך חלק מן ההשתלות (כגון: כליות) נעשה בעיקר ע"י תרומת איברים של אנשים חיים. ומתוך כך התעוררה השאלה: האם מותר לתורמי האיברים לדרוש תשלום תמורת האיברים שתרמו?

* אדר תש"ן.

א. בעלות האדם על גופו

השאלה העקרונית היא: האם בכלל אבריו של האדם הם בבעלותו, והאם הוא יכול למוכרם?

הרב זווין, במאמרו "משפט שיילוק לאור בהלכה" ("לאור ההלכה" עמ' שי"ח), קושר את האיסור לחבול בעצמו בכך שאין האדם אדון על גופו. והסתמך שם על שו"ע הגר"ז (ח"ב הל' נזקי גוף ונפש סע' ד') והרדב"ז (הל' סנהדרין פי"ח ה"ו). ובהערה (שם הע' 32) הביא בשם הגר"י קלמס ראיה ממסכת גיטין (כ"א ע"א-ע"ב), שם נאמר:

> יד של עבד – לא אפשר למקצייה.

ופירש רש"י (ד"ה לא):

> דשייך במצוות, ואינו רשאי לחבול בו; ואם חבל בו, יצא לחירות בראשי איברים; אלמא אינו רשאי לחבול בו.

ואם מועילה רשות של העבד לחבול בו, מדוע אי אפשר לקטוע אותה? אלא ע"כ לא מועילה רשות של אדם לחבול בעצמו.

ולענ"ד יש לדון בראיה זו. אם נכונה הנחתו של הגרש"י זווין שהא בהא תליא – רשות לחבול תלויה בבעלות על הגוף – יש לומר שלא העבד הוא בעה"ב על גופו, אלא האדון; והאדון אינו רשאי לחבול בעבדו, כמו שכתב רש"י. וא"כ עבד שונה מאדם אחר בכך שאין מי

שמוסמך להסכים לחבלה: העבד אינו האדון על גופו; ואילו בעה"ב הוגבל ע"י התורה שלא יחבול בעבדו, ולכן אף הוא אינו בעה"ב לענין זה. אך בן חורין, יתכן שהוא אכן בעה"ב על עצמו! וצ"ע.

והרב יעקב אפשטיין העירני שיש להביא ראיה מדברי המאירי (ב"ק דף צ"א ע"ב ד"ה זה), שלמד את האיסור שחל על האדם לחבול בעצמו מן הפסוק "וכיפר עליו מאשר חטא על הנפש" (במדבר ו' י"א), ומן הפסוק "אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש" (בראשית ט' ה'). וכתב המאירי (ד"ה אע"פ) שאעפ"כ שבועה חלה על כך. ומי שנשבע לחבול בגופו – חייב לקיים את שבועתו, משום שאיסור החבלה בעצמו אינו אלא מדברי סופרים (והלימוד מהפסוקים הוא אסמכתא בעלמא). ומכאן יש ללמוד שיש לאדם בעלות על גופו מן התורה, אף לענין חבלה. כי אם לא היתה לו בעלות על גופו, הרי הוא כמי שנשבע לחבול בגופו של חבירו, שאין השבועה חלה עליו.

ולענ"ד יש לחלק בין חבלה גרידא לבין פגיעה בראשי איברים, שקציצתם היא בלתי הפיכה. בחבלה גרידא הגוף הוא ברשותו של האדם, אולם באשר לקציצת איברים, אין האיברים ברשותו. ורמז לכך – מהאמור במסכת ב"ק (צ"ג ע"א), שמה שנאמר במשנה (שם צ"ב ע"א): "האומר, סמא את עיני... על־מנת לפטור – חייב" טעמו הוא "לפי שאין אדם מוחל על ראשי איברים". ומשמע שהאומר "חבול בי" ואינו קוצץ ראשי איברים – פטור. ולדעת הרמב"ן (מובא בר"ן לרי"ף כתובות דף י"ד ע"א ד"ה מתני' יתומה), המחילה פירושה מתן רשות לחבול. ומן הדברים משמע שאין לאדם סמכות להרשות לקצוץ את אבריו. אך יש לו סמכות להרשות לחבול בו.

אלא שדבר זה תלוי במחלוקת שבין ר' אלעזר בן הקפר ורבנן (ב"ק צ"א ע"ב), ובפסק ההלכה נחלקו הרמב"ם והטור: הרמב"ם (הל' דעות פ"ג ה"א) פסק כר' אלעזר בן הקפר, שאסור לאדם להתענות. ואילו הטור (או"ח סי' תקע"א) פסק כרבנן, שהמתענה נקרא "קדוש". ולדעת המאירי האיסור לאדם לצער את עצמו לדעת ר' אלעזר בן הקפר הוא איסור דרבנן.

ועיין תשובתו של הגר"מ פיינשטיין ("הלכה ורפואה" ח"א עמ' שכ"ג), שמתיר לאשה לנתח את עצמה כדי לייפות את עצמה, ואינו מתייחס כלל להנחה זו שאין אדם בעלים על גופו.

ב. הדין במקרה שהחבלה מותרת

והנה כתבו התוס' (ב"ק י' ע"א ד"ה שהשור):

> וא"ת: למה לי "שור ולא אדם", תיפוק ליה מ"והמת יהיה לו – מי שהמת שלו"... דמת אסור בהנאה...?
>
> וי"ל... ד"שור ולא אדם" איצטריך לעבד ולנכרי הקנוי לישראל (שנפל לבור) דההוא שרי בהנאה.

מבואר בדבריהם שיש לאדם בעלות על גופו של עבדו. ודוחק לומר שבאמת אין לו בעלות אלא שזכה בגופו לאחר שנפל לבור ומת מכיון שהוא מותר בהנאה. שהרי משמע מדרשת הפסוק "והמת יהיה לו" – דהיינו מי שהמת היה שלו מקודם, ולא רק מעתה. וא"כ האדון הוא הבעלים על גופו של העבד, ובכל זאת אינו יכול לחבול בו. משמע שאין קשר בין השנים – הבעלות והחבלה. וא"כ הוא הדין בבן חורין, שהוא בעלים על עצמו, ובכל זאת אסור לו לחבול בעצמו. ואפשר להסביר את דברי הגר"ז והרדב"ז על דרך זו, שהאדם אינו בעלים לענין חבלה על עצמו כיון שאסור לו לחבול בעצמו; אך כשחובל בהיתר, כגון בפיקוח נפש – הוא בעלים על גופו.

ויש לפרש זאת עפ"י מה שמצינו במסכת ברכות (ל"ה ע"א):

> ר' לוי רמז: כתיב "לה' הארץ ומלואה", וכתיב "השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם"! לא קשיא: כאן קודם ברכה, כאן לאחר ברכה.

והוא הדין כאן. עקרונית, הגוף אינו של האדם, ולכן אסור לו לחבול בעצמו. אולם במקום שהתורה נתנה לאדם רשות לחבול בעצמו –

מותר לו גם להשתמש בחבלה זו לעצמו. ולכן, שיער, שמותר לחבול בו, הוא גם שלו למוכרו (עי' לקמן אות ז'). וכן עבד שמת, מכיון שעתה אין איסור לחבול בו – מותר גם למוכרו, וא"כ הוא הדין כאן, מכיון שמותר לאדם להציל את חבירו בגופו, מותר לו גם לדרוש ממון עבור האבר שנתן.

ג. בעלות משותפת לאדם ולקב"ה

מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל חולק על דברי הגרש"י זווין (עי' "עמוד הימיני" סי' ט"ז אות ט"ד-ל"ב, עמ' קצ"ה-ר"ה; ועי' תשובת הגרש"י זווין, "לאור ההלכה" עמ' ש"ל-של"ה), ולדעתו יש לאדם בעלות על גופו. אמנם אין הוא בעלים יחיד, אלא גם הקב"ה שותף בו; אך על חלקו נחשב האדם לבעלים. (עי"ש שכתב שגוי הוא בעלים מוחלט על גופו. ואכן מצינו שגוי יכול למכור את בנו לעבד: רמב"ם הל' עבדים פ"ט ה"ב. והנראה – משום שיש לגוי בעלות על גופם של ילדיו, והוא הדין שיש לו בעלות על גופו שלו. אך ישראל אינו רשאי למכור את בנו, כי אין לו בעלות אפילו על עצמו. וזה שיכול למכור את עצמו לעבד, אין זו מכירת גופו ממש, אלא של כוח עבודתו. ועדיין צ"ע). ולדעתו יתכן שאדם יכול בעצם למכור את אבריו. אלא שגם הוא מודה שאסור לאדם לחבול בעצמו, כמבואר במסכת ב"ק (צ"א ע"ב). וא"כ למעשה, לכאורה אין נפק"מ ביניהם; שהרי מכיון שאסור לאדם לחבול בעצמו, אין הוא רשאי למכור את אבריו.

ולכאורה היה מקום לומר שאם אדם רוצה לעבור עבירה ולחבול בעצמו – מדיני ממונות רשאי הוא למכור את אבריו. אך נראה שבמקרה זה יש לומר ש"כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני" (תמורה ד' ע"ב ואילך), והמכירה לא תופסת מצד ההלכה (שו"ע חו"מ סי' ר"ח סעי' א'). ועי' ש"ך (ס"ק ב') שדן במוכר בשבת או נשבע שלא למכור ומכר, שבאלו המכירה חלה משום ששבת הוא איסור זמני בלבד, ונשבע הוא איסור שבדה מליבו, כלומר: שני אלו אינם אסורים בעצם; אך כשהאיסור הוא בעצם – המכירה בטלה. מיהו יש לומר שבנד"ד אין האיסור על המכירה עצמה אלא על החבלה, וייתכן איפוא שמכירה כזאת מועילה. וכן לסברת המהרי"ט – שרק כאשר ע"י ביטול המכירה יתבטל האיסור אמרינן לא מהני, אך כאן, גם אם נבטל את המכירה, החבלה כבר נעשתה ואת הנעשה אין להשיב – א"כ לא תתבטל המכירה בגלל זה.

אולם לכתחילה ודאי שאין אדם רשאי למכור את אבריו, כי לשם כך הוא צריך לחבול בעצמו, וזה לכו"ע אסור. ועוד, עצם המכירה סותרת את ההנחה שהגוף אינו לגמרי ברשותו אלא גם ברשותו של הקב"ה, ולכן אין אדם יכול למכור דבר שאינו ברשותו בלבד. אם כי יש לומר שמכיון שעל חלקו יש לו בעלות, יכול למכור את חלקו.

ד. תביעת תשלום על אבר

כל השאלה היא איפוא רק כאשר מותר לתורם לחבול בעצמו, כגון במקום פיקוח נפש. ואע"פ שלדעת הרדב"ז (בתשובה, ח"ג סי' תרכ"ה) אדם לא חייב לוותר על אחד מאבריו כדי להציל את חבירו מ"מ רשאי לעשות כן, ומצוה יש בדבר (עי' פת"ש יו"ד סי' קנ"ז ס"ק ט"ו). והשאלה היא, האם מותר לו לדרוש תשלום עבור האבר שנחתך ממנו כדי להציל את חבירו.

לדעת הגרש"י זווין, ודאי שאין אדם יכול לדרוש תשלום על אבר שאינו שלו. אך גם לדעת מו"ר הגר"ש ישראלי לכאורה לא יוכל לדרוש תשלום, משום שמקיים בזה מצוות השבת אבידה, הכוללת גם את השבת גופו; ואין לדרוש תשלום על מצוות השבת אבידה, אלא רק על ביטול זמנו כפועל בטל, וכאן אולי גם על צערו.

ומצינו שמותר ליטול תשלום על צער (עי' ב"ק פ"ה ע"א, ולא נראה שהמדובר דווקא בגוי). ועי' שו"ת חכם-צבי (סי' קמ"ו בסופו) שכתב שאב יכול למסור את בתו לביאה ראשונה, והבועל ישלם לו את מחיר צערה. ומסתבר מק"ו שהיא עצמה, אם היא בוגרת, יכולה לעשות כן. ועי' במה שכתבנו לקמן (אות ח'), שמדיני ממונות התורה לא מנעה

מהאשה לעשות כן, והאיסור הוא במישור אחר; שהתורה אסרה זנות בפסוק "אל תחלל את בתך להזנותה" (ויקרא י"ט כ"ט).

ונמצא שהדבר אסור ממה נפשך: במקום שמותר לאדם לחבול בעצמו כדי להציל אחרים – אסור לו ליטול את דמי האבר שהוא תורם, משום שהוא משיב אבידה; ואילו במקום שאסור לו לחבול בעצמו, אסור ליטול את דמי האבר שנלקח בעבירה, משום שאסור לעשותה.

אך לדעת מו"ר הגר"ש ישראלי יש לומר שהנה משיב אבידה, מה שאסור לו ליטול שכר, הוא רק על טרחתו; אך אם הוציא הוצאות, רשאי ליטול שכר, כמבואר. ואם אבריו הם שלו, ורשאי למוכרם, מדוע שלא יטול שכר על אבריו, היכן אמרה התורה שיתן את שלו בחינם לחבירו? רק על טרחתו אסרה התורה ליטול שכר, משום שהוא מצווה בכך, אך על ממונו ורכושו יכול הוא ליטול שכר. ואם אבריו הם כרכושו, מדוע לא יטול שכר על רכושו שנתן לחבירו?

נמצא איפוא שלדעת הגר"ש ישראלי זצ"ל יכול אדם לדרוש תשלום על האיברים עצמם; ואילו לדעת הגרש"י זווין זצ"ל מותר לו לדרוש תשלום על צערו.

ה. מחירם של איברים

והנה גם אם נניח שיכול אדם למכור את אבריו, איזה מחיר יכול הוא לדרוש עליהם, הרי אלו דברים שאין להם שיעור? אי אפשר להעריך את מחירם כחפצים הנמכרים בשוק, שאפשר לשום את ערכם. ועיין "לאור ההלכה" להגרש"י זווין (עמ' שכ"ד), שהוכיח מפרק החובל (ב"ק פ"ג ע"ב) שאין לאיברים מחיר עצמי, אלא שמין את הנחבל כעבד. אמנם הוא הסיק מזה שאין לאדם בעלות על אבריו, אך אין הכרח לכך. כי גם אם נניח שיש לאדם בעלות על אבריו, אין להם שומא וערך, כי אינם עומדים למכירה.

והנה אם נניח שהאדם הוא הבעלים על אבריו, הרי הוא יכול למוכרם לכל המרבה במחיר. אמנם אם חבלו בו, אין יכולת להעריך את מחיר אבריו. אך כשהוא בא למוכרם לאחרים, יכול הוא למוכרם בכל מחיר שהקונה יסכים לשלם!

אולם נראה שאין לומר כך. וכך מוכח ממה שנאמר במסכת יבמות (ק"ו ע"א):

הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעברא (מעבורת) לפניו, ואמר לו: טול דינר והעבירני – אין לו אלא שכרו. אלמא אמר ליה משטה אני בך.

כלומר, שהתחייבות לשלם מחיר מופקע, שניתנה מחמת אילוץ – אין לה כל תוקף. * א"כ, אם נאמר שאין מחיר לאיברים, והוא מנצל את העובדה שאדם חולה זקוק להשתלה, והוא מוכר את האבר במחיר מופקע – המקבל אינו חייב לשלם לו אלא את המחיר הריאלי של האבר. אלא שהא גופא צ"ע: מהו שכר ריאלי ומהו שכר מופקע? הרי אין כלל מחיר לאיברים!

ואם תאמר, אדרבה, מאחר שאין מחיר לאבר – זהו מחירו הריאלי, כאשר ישית עליו בעליו; יש לומר שלא היא, הרי בחובל בחבירו מעריכים אנו את האבר עפ"י תיפקודו בגופו של עבד, וא"כ זהו מחירו הריאלי של אבר. אבר הנחוץ לאדם לעבודתו, שווה הרבה; ואילו אבר שאינו משמש לעבודה, שווה פחות. ולפי זה, אצבע שווה אולי יותר מאשר כליה. וצ"ע.

מיהו המג"מ (הל' גזילה ואבידה פי"ב ה"ז) כתב בשם הרמב"ן (יבמות שם ד"ה ודאמרינן):

מי שהוא חולה, וסממנין ביד חבירו שווים עשרים, והתנה עליו ליתן בדמיהם הרבה מחמת אונס חוליו – אין לו אלא דמיהם. אבל רפואתו יש לו לשלם, שחכמתו מכר לו, והיא שווה דמים הרבה.

וכן נפסק להלכה בשו"ע (יו"ד סי' של"ו סעי' ג'). ובביאור הגר"א (שם ס"ק י"א) ציין בין היתר לתוס' (יבמות שם ד"ה אין), שכתבו:

היינו דווקא כגון הכא, ששואל דבר גדול במקום

* אם כי אפשר לפתור בעיה זו ע"י שישלם לתורם מראש: הערת עורך (ע. א.).

שאין לוקחין אלא דבר מועט... אבל היכא שלוקחים דבר גדול, התם אין יכול לומר מששה אני בך...

ולפי זה מובן מדוע רופא יכול לדרוש שכר גבוה עבור חכמתו, משום שזהו הנוהג, שלוקחים על חכמה מחיר גבוה. וא"כ הוא הדין באיברים: סתמא דמילתא היא שאדם לא מוכן למכור את אבריו אפילו בהון רב; וכל מי שמוכר דורש מחיר גבוה. וא"כ המוכר רשאי לדרוש עבור אבריו כל מחיר הנראה בעיניו. וכן נראה לומר בדעת הגרש"י זווין, שכפי שאמרנו, יכול לתבוע את דמי צערו. ומסתבר שדמי צער פחותים מדמי אבר; אך גם הם גבוהים ביותר. וכפי שמצינו בענין רופא, שיכול לדרוש את דמי חכמתו, כך יכול אדם לדרוש שכר גבוה עבור צערו. ודמים אלו, אין להם שיעור.

ו. תשלום לפי ערך סובייקטיבי

בנתיה"מ (סי' ס"ו, ביאורים ס"ק י"ב) חידש שהמוסר שטר־חוב לחבירו ללא כתיבה אלא במסירה בלבד, אע"פ שאינו קונה את השטר לגבות בו את החוב – הרי הוא קונה את הנייר; אולם הוא יכול להחזיק אצלו את הנייר עד שהלווה יפרע לו כמה שירצה. כלומר, אמנם אין לו בעלות על הערך הנקוב בשטר, אולם יש לו זכות לדרוש עבור החזקת הנייר בידו כל מה שנראה בעיניו; והמעוניין לקנות את השטר יחליט אם לשלם לו את הערך הנדרש ממנו ע"י המחזיק. נראה שהוא הדין לאבריו של האדם: גם אם נניח שאין לאדם בעלות על האיברים בתור ערך כספי לסחור בהם, הרי הם בחזקתו, ומכל המעוניין באבר מאבריו הוא יכול לדרוש עבורו כל סכום שיראה בעיניו. הוא אינו חייב לוותר על אבריו ללא תמורה, והקונה יחליט אם הדבר כדאי לו. (וכן כתב הנתיבות בס"ק א', ד', ו', ז', ועוד; וכן בסי' רצ"א, ביאורים ס"ק י"ב).

אמנם יש לחלק בין שטר לאיברים. בשטר – הנייר הוא בכל זאת בעל ערך מסוים; ולכן אע"פ שאין גופו של השטר ממון, מכיון שיש לו בעלות על הנייר – יכול הוא להחזיק אותו ברשותו עד שישלמו לו את ערכו. מה שאין כן באיברים, שהם עצמם אינם בבעלותו.

ולדעת החולקים על הנתיבות (כך משמע מהש"ך ס"ק ה' ומקצוה"ח ס"ק ח'), יש לומר שאיברים שונים משטר חוב בכיוון הפוך! בשטר, הלווה קנה אותו משעה ששילם עבור הנייר והסופר, ומסרו למלוה רק על־מנת שישמש לו כראיה לצורך הגביה. אמנם המלוה קנה את השטר, שנאמר "ספר המקנה"; אבל אין לו קנין בעלות מלא על השטר, ובעצם השטר עצמו אינו שלו, ואין גופו ממון. ולכן כשמסר את השטר לאחרים אנו אומרים: מה מכר ראשון לשני, כל זכות שתבוא לידו. ומכיון שלו אין בעלות, אין גם לאחרים בעלות בו. אך אבריו של האדם הם ברשותו, ואין לאף אחד זכות בהם. אדרבה, חובתו היא לשמור על אבריו; ואם מישהו ינסה לפגוע בהם, זכותו של כל אדם היא להכות את הפוגע בו ולמנוע ממנו מלגעת בו (ע' ראש"ש ב"ק פ"ג סי' י"ג). לכן לכו"ע יכול לטעון שאינו מוכן למסור אבר מאבריו אלא תמורת תשלום, לא כמוכר חפץ, אלא כמוותר על זכותו, הקודמת לכל אדם. ודו"ק.

ראיה לחילוק זה ניתן להביא מכך שהשורף שטרו של חבירו חייב רק מדינא דגרמי, ואילו החובל בחבירו חייב חמישה דברים. מיהו יש לומר שהיא הנותנת: החובל בחבירו אינו חייב מדין תשלומי ממון, אלא זהו עונשו. וזוהי כוונת הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"א ה"ג. ועי' אבן האזל שם, וכן בלבוש מרדכי ב"ק סי' כ"ו). וייתכן שבזה נחלקו הרמב"ם ויתר הראשונים: לדעת הרמב"ם אין לאדם בעלות על גופו אפילו לענין תביעה ממונית על חבלה שחבלו בגופו. ולדעתו אינו יכול לדרוש תשלום על אבריו. והחולקים עליו סוברים שיש לאדם בעלות על גופו לפחות לענין זה של תביעה ממונית על החבלה בגופו.

מאידך כתב הנתיבות עצמו (סי' קמ"ח, ביאורים ס"ק א'):

דבר שאינו שווה בעצמו למוכרו וליקח דמים

בעבד, רק ששווה לאיש ההוא – אין המזיק חייב לשלם.

ומשמע שאינו חייב לשלם לו את ערכו הסובייקטיבי, אלא את ערכו האובייקטיבי, כפי שהוא שווה בשוק לכל אדם. ולכן מי שקנה ארבע שדות מארבעה בני אדם המקיפים מישהו, שיש לו דרך עליו, והלה מכרם לארבעה בני אדם, ועתה אין לו דרך – הניקף לא יכול לתבוע את המקיף כמזיק. כי למעשה לא היתה לניקף בעלות על הדרך, אלא שיעבוד, ולא יכול היה למכור לאחרים את הדרך; ולכן אינו יכול לתבוע מהמקיף את דמי נזקו.

והנתיבות הביא ראיה לזה ממה שנאמר במסכת ב"ק (פ"ט ע"א) בענין טובת ההנאה של מכירת הכתובה, שהיא שייכת לאשה. והגמ' שם מביאה ראיה מעדים זוממים שרצו להפסיד מהאשה את כתובתה, שמשלמים לה את טובת ההנאה שהיתה לה במכירתה. ועפ"י זה אומרת הגמ' שאם טובת ההנאה של מכירת הכתובה שייכת לבעל, יאמרו העדים הזוממין שרצו להפסידה: מה הפסדנו אותה, הרי הבעל היה גובה את דמי טובת ההנאה שהיתה מקבלת על מכירתה? ולכאורה, הרי האשה יכולה לטעון: אמנם הבעל עלול היה לקחת ממני את טובת ההנאה שהייתי מקבלת על מכירת הכתובה, אך אתם הזקתם לי את הסיכוי שטובת ההנאה תישאר אצלי, ואת השווי של הסיכוי הזה עליכם לשלם לי. אלא ע"כ, דבר שלא ניתן למכירה אין עליו תשלומי נזק. (ועי' מאמר הגרז"נ גולדברג, "תחומין" ח' עמ' 184, שדחה ראיה זו).

וכן הוכיח הנתיבות ממה שנאמר במסכת כתובות (ל' ע"ב), שאדם שחבירו תחב לו מאכל לתוך בית הבליעה – הרי הוא פטור מלשלם, משום שבשעה שבלע אותו לא היה שווה כלום, כי באותה שעה בעליו לא היו יכולים למוכרו. ואע"פ שעבור הניזק הוא שווה, והוא רוצה לאכלו – מ"מ המזיק פטור מלשלם את היזקו הסובייקטיבי.

ומזה שחובל משלם נזק על איברים, אין להוכיח שאפשר למוכרם לדעת הנתיבות; כי אפשר לומר שתשלום הנזק הוא חידוש שחידשה התורה, ואין הוא דמי האיברים עצמם. וכפי שכתבנו לעיל.

מיהו יש להביא ראיה מכך שזכותו של האדם למנוע נזק מאבריו; ואדרבה, חובתו למנוע נזק זה, והוא רשאי להגן על עצמו אפילו בכוח (וכנ"ל עפ"י הרא"ש בב"ק). ומכאן מוכח שאין זכות לאף אדם ליטול אבר מאבריו של אדם ללא רשותו. ולכן הוא יכול לדרוש תשלום עבור הסכמתו ליטול את האבר.

ז. מכירת אבר שיש לו חליפין

והנה מצינו שאדם יכול למכור את אברי גופו ממה שמובא בירושלמי (שבת פ"ו ה"א בסופה), שרחל, אשתו של ר' עקיבא, היתה מוכרת את מחלפות ראשה. מיהו כתב בקרבן העדה (ד"ה אמר לה) שהמדובר בכובע ולא בשערות. ועוד, שערות – אדם יכול לספר, ואין בכך חבלה; ולכן יכול הוא גם למכור. ועוד, מכיון שמותר לגזוז את השיער, וכפי שכתבנו לעיל שאין בכך חבלה; א"כ גם אם נניח שאין לו בעלים, אחרי הגזיזה היא יכלה לזכות בו מן ההפקר, ויכלה איפוא למוכרו. וכן מותר לאשה להניק את בן חברתה אף בשכר, כי אין בכך משום חבלה בעצמה.

והנה צ"ע אם מותר למכור דם לצורך עירוי. מבחינה מסויימת דם דומה לשיער, שהוא מתחלף. אך מצינו במסכת סנהדרין (פ"ד ע"ב), שהוצאת דם היא חבלה אסורה. ומאידך מצינו בהרבה מקומות בש"ס שנהגו להקיז דם. אמנם כיום לא נהגו בכך, אך נראה שאין ההקזה נחשבת חבלה חמורה, אלא כאשר אין לה צורך בכלל. אך אם יש בה צורך, אינה חבלה, וכמו שמצינו בהקזת דם בימיהם. וא"כ גם בימינו, כאשר הדבר נעשה לצורך, אין זו חבלה. וצ"ע. וכן כתב בשו"ת אגרות משה (חו"מ ח"א סי' ק"ג) שמותר ליטול שכר עבור תרומת דם; שמכיון שמותר להקיז דם, מותר גם למכור אותו.

ח. השכרת איברים

וצ"ע אם השכרת רחם מותרת (מבלי להתייחס לשאלות החמורות של ייחוס העובר – עי' לעיל סי' ע"ע"א – אלא מצד היתר חבלה בעצמה ודיני ממונות בלבד). ויש לומר שהשכרת רחם שונה מתרומת אבר להצלה. אין כאן פיקוח נפש לבעלת הביצית, שאז מותר לאדם להיכנס לספק סכנה כדי להציל את חבירו מוודאי סכנה. אדרבה, בעלת הרחם מכניסה את עצמה לספק סכנה רק כדי לאפשר למישהי אחרת ללדת ילד. אמנם יש לומר שלידה אינה אפילו ספק סכנה, כי כן היא דרך העולם, ו"שומר פתאים ה'". אך נראה שדרך העולם היא רק כשאשה מתעברת מבעלה; אולם כשהיא מתעברת ממישהו אחר באופן מלאכותי – אין זו דרך העולם. וצ"ע א"כ אם מותר לה לעשות כן.

ומבחינה ממונית יש לומר שאשה רשאית להשכיר את רחמה כפונדקאית. ואפילו לדעת הגרש"י זווין, הסובר שאין אדם בעלים על אבריו, זהו רק לענין חבלתם, אך השכרתם שאני. כשם שאדם יכול להשכיר את ידיו לעבודתו כפועל, כך הוא יכול להשכיר את אבריו לשימושים אחרים; ועל זה יש לו בעלות. וכך משמע ממה שנאמר במסכת כתובות (נ"ט ע"א), "יקדשו ידי לעושיהן". ומבואר איפוא שאשה יכולה להקדיש את מעשי ידיה, כי ידיה שייכות לה, לפחות לענין עבודתן; ולכן יכולה היא להקדיש את כוח העבודה שבידיה. ומכאן נראה לענ"ד שרק את כוח העבודה של ידיו יכול אדם להקדיש, אך לא את עצם היד. ועי' תוס' (כתובות מ"ז ע"ב סד"ה זימנין), שכתבו שאין הבעל זוכה בגוף הידים. וייתכן לומר כן גם על האשה עצמה, שאין לה בעלות על גוף הידים שלה, וצ"ע. וייתכן א"כ שאפילו את מה שידיו זוכות אין הוא יכול להקדיש, כי לענין זכות הקנין אין לו בעלות על עצם היד, וצ"ע.

ומצינו שאשה יכולה להשכיר את רחמה באתנן זונה. לפי התורה האתנן מגיע לזונה בדרך חוקית, ולכן הוא פסול למזבח. כלומר הוא חייב לה דמי שכירות על הזנות (כך עולה מסוגיית הגמ' בתמורה כ"ט ע"א ובע"ז ס"ג ע"א). ו"אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו" (ב"מ צ"א ע"א), כי מדיני שמים הוא חייב לשלם לה דמי שכירותה. אמנם אפשר לומר שאין זו השכרת הגוף, אלא שכר עבודה. דמאי שנא מכל עבודה שאדם יכול להשכיר את עצמו וחייבים לשלם לו את שכירותו? מיהו יש לומר שאשה הרי אינה עושה מעשה, ואינה אלא קרקע עולם, ובכל זאת הדבר נחשב לשכירות. וע"כ אין זה שכר עבודתה, אלא שכר השימוש בגופה.

ומצינו שהשתמשו בגופן של שפחות לשם לידת עוברים עבור עקרות, כגון: הגר, בלהה, זלפה ועוד. וא"כ יש מקום לומר שאשה רשאית להשכיר את עצמה כפונדקאית לאשה שאינה יכולה ללדת.

ט. ההבדל שבין נזק לפגם

ובזה נראה לענ"ד ליישב סתירה ברמב"ם:

בהל' נערה בתולה (פ"ב הי"ב) פסק הרמב"ם:

> אין אדם משלם קנס בכל מקום בהודאת פיו אלא עפ"י עדים... אבל משלם בושת ופגם בהודאת פיו.

לעומת זאת פסק הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ה ה"ו):

> ...אבל אם לא היו שם עדים כלל... והודה מעצמו – פטור מן הנזק ומן הצער, וחייב בשבת ובבושת ובריפוי עפ"י עצמו...

והקשה המג"מ (שם): א"כ מדוע אדם משלם פגם עפ"י עצמו, הרי פגם היינו נזק? ועי' כס"מ (הל' נערה בתולה שם).

ולפי הנ"ל (אות ח') הקושיא מתורצת: הסברה שאין אדם משלם נזק עפ"י עצמו היא משום שאין הנזק דמי גופו, שהרי אין לגוף האדם דמים. וחיוב נזק הוא יותר כופר על המזיק מאשר דמי ניזק (עי' רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"א ה"ג). וא"כ תשלום הנזק הוא מעין קנס, ואינו מתחייב בהודאת פיו. אך לענין פגם, שהוא נזק על כך שאינה בתולה – הרי יש לומר שאילו רצתה, יכולה היתה למסור את עצמה לזנות ולדרוש

תשלום על בעילת בתוליה. ואע"פ שהדבר אסור עפ"י ההלכה, זהו כלפי שמיא; אך מדיני ממונות התורה לא שללה את זכותה המשפטית של האשה להשכיר את עצמה לזנות. ולכן פגם הוא דמי גופה ממש ולא כופר או קנס. ולכן המודה שפגם בה חייב עפ"י הודאתו כמו כל נזק אחר; ודו"ק.

תשובה

אברי האדם אינם בני מכירה, או משום שאין לו בעלות עליהם או משום שאינם עומדים לסחורה ואין להם ערך כספי. יוצאים מכלל זה, אותם חלקים בגוף המתחלפים כגון שערות, דם וכדו', שהם בני מכירה.

כשיש צורך של פיקוח נפש באברי האדם, ואין בנטילתם סיכון – חובתו של האדם לתת אותם למי שזקוק להם מדין השבת אבידה ומדין "לא תעמוד על דם רעך"; ואז אסור לו ליטול שכר על המצוה שקיים.

מיהו שכר בטלה, על הזמן שמבטל, וכן דמי צער – רשאי ליטול. אלא שאין שיעור לדמי הצער. והיה מקום לאפשר לכל תורם לקבוע את שכרו. ואע"פ שיש טעם לפגם בכך, הרי מאידך יש חשש שללא פיצוי הוגן עלול להיווצר מחסור חמור בתורמים, והדבר יפגע בחולים המסוכנים הזקוקים לתרומת איברים. אך לעומת זאת עלול להתפתח סחר איברים באמצעות סרסורים וספסרים, אשר ינצלו את מצוקת החולים לשם התעשרות קלה. לכן מן הראוי שהמדינה תתקן תקנות מתאימות, אשר מצד אחד יעודדו את התורמים לתרום איברים ומאידך ימנעו שחיתויות. וה' ישלח רפואה שלמה לכל חולי ישראל.

מסקנות

א. השאלה אם האדם הוא הבעלים על גופו שנויה במחלוקת בין הפוסקים.

ב. אף אם אברי האדם אינם שלו, יכול הוא לדרוש תשלום על צער הניתוח, וכן על הזכות להשתמש בהם.

ג. לאברי האדם אין ערך כספי אובייקטיבי, ולכן הנחבל נישום כעבד.

ד. מותר למכור אבר שיש לו חליפין, כגון: שיער או דם.

ה. מותר לאדם להשכיר לאחר את השימוש באבריו, כמו כל פועל המשכיר את כוח עבודתו לבעה"ב.

ו. מותר לאשה להשכיר את רחמה לצורך פונדקאות.

סימן קא

פשיעה בגביית חוב במושב

ראשי פרקים

שאלה (טענת התובע)
א. סוגיית האפוטרופוס והרועה
ב. מיהו הנתבע
ג. פשיעתו של הרועה
ד. רשלנותו של התובע
תשובה
מסקנות

שאלה (טענת התובע) *

קניתי משאית ושילמתי עבורה כ־150,000 שקל. מהם כ־100,000 עבור המשאית עצמה ו־50,000 נוספים על חשבון עגלה ותוספות מתוצרת הארץ. שילמתי מס־ערך־מוסף על כל ההוצאות. עפ"י הנוהג מחזירים את המע"מ תוך ששה חודשים מיום הקניה. לשם כך מסרתי את הקבלות למזכיר הכפר כדי שיטפל בהחזר המס.

* אדר תש"ן.

מזכיר הכפר מסר את הקבלות כמות שהן להנהלת חשבונות לשם טיפול בהחזר המס. הקבלות היו משני סוגים: קבלה על הוצאות רגילות כמקובל, ושטר המכר של המשאית. בהנהלת חשבונות לא היו רגילים לסוג האחרון, ולכן טיפלו רק בקבלות הרגילות וביקשו עליהן החזר מס; ואכן המע"מ על העגלה והתוספות הוחזר במועד.

כששאלתי את המזכיר אם המע"מ הוחזר, ענה הנ"ל שאכן הוא הוחזר. אך לא שמתי לב שעל החשבון העיקרי לא הוחזר המע"מ. סמכתי על המזכיר ולא עיינתי בגוף החשבון. הטעות נתגלתה בביקורת מע"מ שהיתה בכפר; ולמרות שהדבר נתגלה כעבור ששה חודשים, הוגשה בקשה מיוחדת להחזר המע"מ לפנים משורת הדין בגלל הטעות. כעבור שנה מיום קניית המשאית אכן הוחזר המע"מ גם על המשאית, אולם בערכים של יום התשלום ובהפסד של כ־20% מערך הקניה. אני מאשים את המזכיר בכך שהתרשל במילוי תפקידו ובגללו נגרם לי הפסד, ולכן אני תובע את הכפר. הכפר צריך לפצות אותי על הפסד זה.

מזכיר הכפר תבע את הנה"ח לפצות את התובע. אולם זו טוענת שהטעות נגרמה בגלל שהקבלות היו נדירות, ואין היא רואה את עצמה אחראית לטעות; מה גם שהתובע לא התענין בנעשה בחשבון וסמך על המזכיר והנה"ח.

א. סוגיית האפוטרופוס והרועה

נראה לענ"ד שהדבר דומה למה שנאמר בסוגיא בב"מ (מ"ב ע"ב):

ההוא אפוטרופא דיתמי, דזבן להו תורא ליתמי, ומסריה לבקרא (רועה בקר). לא הוו ליה ככי ושיני למיכל, ומית.

אמר רמי בר חמא: היכי נדיינו דייני להאי דינא? נימא ליה לאפוטרופא זיל שלים – אמר: אנא לבקרא מסרתיה, נימא ליה לבקרא זיל שלים – אמר: אנא בהדי תורא אוקימתיה, אוכלא שדי ליה, לא הוה ידענין דלא אכל.

ומסיקה הגמ':

מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא, איבעי ליה לעיוני אי איכא פסידא דיתמי.

א"כ הרועה חייב משום שהיה צריך לשים לב אם לשור יש שיניים או לא. ואילו האפוטרופוס פטור משום שמסר לרועה. אף בנד"ד המזכיר דומה לאפוטרופוס, והנה"ח – לרועה; והאחריות נופלת על הנה"ח. אלא שבאמת צ"ע מדוע הרועה אחראי יותר מהאפוטרופוס?

וכבר הוקשה הדבר לראשונים במקום. והרמב"ן (ד"ה מכדי) מסביר כך את הפטור של האפוטרופוס:

ואפשר משום דלא מינכר ביה שאוכלין בהנהו ככי דהוו ליה, ומזה שלא אכל ומת, איגלאי מילתא דמשום ככי דלא הוו ליה מית; או שהדבר צריך לבקיאין, ורוב אינן בקיאין, ואין כאן פשיעה.

ואחרים אמרו דמילתא דלא שכיחא הוא, ולא היה ליה לאסוקי אדעתיה שמא ניטלו שיניו, ולא הוה ליה לעיוני, אלא בתר דהוה ברשותיה הוה ליה לעיוני אי אכיל אי לא.

לפי התירוץ הראשון, צריך לשים לב גם לדבר שאינו שכיח; ואם לא שם לב לכך – הרי הוא פושע, חוץ מדבר שצריך בקיאות מיוחדת. ולפי התירוץ השני, כל דבר שאינו שכיח אינו פשיעה.

ועל התירוץ השני קשה: א"כ מדוע הרועה חייב יותר מהאפוטרופוס, הרי מקרה זה אינו שכיח, ולכן אינו פושע? את הקושיא הזאת מתרץ הרמב"ן בהמשך דבריו, ואומר שהוא משום שיהוי הזמן. מכיון שהשור היה אצל הרועה זמן רב, יכול היה לשים לב לכך שהשור אינו אוכל. מה שאין כן באפוטרופוס, שלא היה יכול לשים לב לכך בזמן הקצר שהשור היה אצלו.

ולפי התירוץ הראשון של הרמב"ן, צ"ע בנד"ד, אם יש כאן פשיעה של המזכיר או של הנה"ח, שאע"פ שהדבר לא שכיח היו צריכים לשים לב אליו? אולם יתכן שמכיון שהנוהג הוא שהמזכיר אינו רואה את עצמו אלא בלדר להעברת החשבוניות – לא היה צריך לשים לב

אליהן. אך הנה"ח בוודאי חייבת לפי זה. ולפי התירוץ השני גם הנה"ח פטורה, מפני שהחשבוניות היו אצלה רק לעיון חד־פעמי; ומכיון שהדבר נדיר – לא שמו לב, ואין כאן פשיעה.

ועוד, בשור שאינו אוכל, הימצאותו במשך זמן רב אצל הרועה חייבת להביא אותו לתשומת לב לתופעה שאינו אוכל. אך בקבלה הנמצאת בהנהלת חשבונות אורך הזמן אינו מעלה ואינו מוריד.

נמצא איפוא שהמזכיר בוודאי פטור, הן לפי התירוץ הראשון והן לפי התירוץ השני. ואילו הנה"ח חייבת לפי התירוץ הראשון בלבד, ולפי התירוץ השני היא פטורה; וא"כ יש כאן ספק. אלא שהנה"ח טוענת טענה חזקה: מדוע בעל החשבון לא שם לב? וזו טענה שאין עליה תשובה, ולכן נראה שיש לפטור את הנה"ח מתשלום.

ב. מיהו הנתבע

זאת ועוד. התובע נמנע במפורש לתבוע מישהו מסויים. הוא לא תבע את המזכיר, ולא את עובדי הנה"ח, אלא את המוסדות: הכפר, הנהלת החשבונות. ולכן נראה לענ"ד שהוא ויתר בכך על התביעה מהאשם העיקרי לטענתו (עי' כפות תמרים סוכה ל"ד ע"ב במשנה).

בנוסף לכך, עפ"י ההלכה המוסדות אינם חייבים על נזקי העובדים. עפ"י ההלכה העובד הוא האחראי לשלם את הנזק. אלא שהנוהג שהתפשט כיום, לפטור את העובד, הוא לפנים משורת הדין, כמסופר במעשה דרבה בר רב חנן (ב"מ פ"ג ע"א). ומכיון שכך אין לחייב את המוסדות על נזקי העובדים.

מיהו יש לומר שהנוהג לפטור את העובד מנזקים שגרם תוך כדי עבודתו מטיל את האחריות על המעביד שהוא ישלם. ואע"פ שלפי ההלכה אין המעביד צריך לשלם את נזקי העובד – וכך מבואר בב"ק (ד' ע"א), שאפילו עבד ואמה שהזיקו, אין רבם חייב לשלם משום שהם בני דעת – מ"מ הנוהג הקיים כיום מטיל את האחריות על המעביד. ולכן היה מקום לחייב את הכפר או את הנה"ח בתשלום.

ג. פשיעתו של הרועה

והנה צ"ע בגוף הסוגיא בב"מ (מ"ב ע"ב). הגמ' אומרת על הרועה: "מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא, איבעי ליה לעיוני". מדוע הנחת הקושיא צריכה להתבסס על כך שהוא שומר **שכר**, הרי אפילו אם היה שומר **חינם** היה חייב בפשיעה? וכתבו התוס' (ב"מ מ"ב ע"ב ד"ה נימא) שהאפוטרופוס עצמו היה חייב בפשיעה אלמלא טענתו "אנא לבקרא מסרתיה". וקשה: הרי האפוטרופוס הוא שומר חינם, וחיובו הוא בפשיעה בלבד, ומדוע הרועה חייב רק משום שהוא שומר שכר?

וצריך לומר שרמת החיוב בפשיעה היא יחסית, והיא תלויה ברמת השמירה שהתחייב בה. שומר חינם חייב רק בפשיעה חמורה, ואילו שומר שכר חייב גם בפשיעה קלה יותר. שהרי גניבה ואבידה, יש בהן צד פשיעה, אלא שאין די בפשיעה זו לחייב שומר חינם, אולם שומר שכר חייב בה. וכמו שמצינו בתוס' (ב"מ פ"ב ע"ב ד"ה וסבר) לענין נתקל פושע או טבח אומן שקלקל, שזהו כעין גניבה או אבידה; ולכן שומר שכר נחשב לפושע ושומר חינם אינו נחשב לפושע. ועי' רש"י (ד"ה ומשלם), שכתב: "וכאן אין פשיעה כל כך".

וא"כ יש לומר שהוא הדין כאן: הרועה לא פשע לגמרי, שהרי הניח את השור **בין השוורים** ונתן לו לאכול עם כולם, אך מאחר שהוא שומר שכר, היה עליו לשים לב יותר; ומכיון שלא שם לב במיוחד – הרי הוא נחשב לפושע כעין גניבה ואבידה. לעומת זאת המצב באפוטרופוס חמור יותר: אלמלא טענתו "אנא לבקרא מסרתיה" הוא היה יכול לדעת אם אוכל או לא, כי היה לו רק שור **אחד**, ואם לא שם לב אליו הרי הוא פושע **גמור**; ואפילו אם היה שומר חינם, היה חייב (וכך משמע מדברי הרשב"א, ד"ה מכדי).

ולפי זה יש להקשות על מה שכתבנו: אמנם המזכיר דומה לאפוטרופוס; אולם הוא שונה ממנו, שכן הוא מקבל שכר, והיה עליו לשים לב יותר. אלא שטענת האפוטרופוס "אנא לבקרא מסרתיה" נכונה גם כאן: "אנא להנה"ח מסרתיה"! וזו טענה טובה גם לשומר שכר. ובפרט שכאן התובע עצמו לא שם לב, ואינו יכול לבוא בטענות למזכיר שישים לב יותר ממנו.

ד. רשלנותו של התובע

והנה המזכירות טענה שהתובע עצמו לא דאג לברר אם קיבל החזר מע"מ, ומשום כך אין לו זכות לבוא בטענה על המזכיר או על הנה"ח. טענה זו, יתכן שהיא תלויה במחלוקת המג"א והחוק־יעקב בהל' פסח (או"ח סי' תמ"ג):

לדעת המג"א (ס"ק ה'), שומר שלא מכר את חמצו של המפקיד לפני פסח, נחשב לפושע, וחייב לשלם למפקיד את הנזק שנגרם לו. והביא ראיה ממסכת ב"מ (צ"ג ע"ב), שם נאמר ששומר חינם שהיה יכול להציל ולא הציל, נחשב לפושע, וחייב. ואע"פ שגם המפקיד היה יכול למכור את החמץ, אין לנפקד לסמוך על המפקיד, והוא היה חייב למכור את החמץ.

החוק־יעקב (ס"ק ח') חולק וסובר שמכיון שהמפקיד היה יכול למכור ולא מכר – אינו יכול לבוא בטענות אל השומר שלא מכר, והשומר פטור. אלא שנימוקו של החוק־יעקב הוא שהשומר חייב למכור את החמץ רק מדין השבת אבידה: ושומר אבידה שלא הציל את האבידה עבר עבירה אולם פטור מלשלם. ולפי זה, מי שתפקידו לטפל ברכוש זולתו ולדאוג להחזר המע"מ – זוהי אחריותו. ואינו דומה לשומר שאינו חייב אלא לשמור, וכשנשקפת סכנה לרכוש אינו חייב למוכרו אלא כמשיב אבידה, וכמו שכתב בשו"ע הגר"ז (סעי' ט'). מה שאין כן במי שכל תפקידו הוא לטפל ברכוש ולמנוע ממנו נזק, שזוהי אחריותו; ולכן יש לומר שהוא חייב לשלם.

אולם בהמשך הדברים הביא החוק־יעקב את דברי הרמב"ם (הל' שאלה ופיקדון פ"ז ה"ד) והשו"ע (חו"מ סי' רצ"ב סעי' ט"ז), שאם המפקיד היה עם השומר באותה מדינה – הרי זה לא יגע בו אע"פ שאבד. וטעם הדבר הוא משום דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה, וכאבידה מדעת דמי. וא"כ בנד"ד, שהבעלים נמצאים כאן ולא העירו דבר על המע"מ, הם שהפסידו על עצמם.

אך נראה שאעפ"כ אין המקרים דומים: שם, שהפירות נרקבים, או חמץ בערב פסח, כשהמפקיד יודע מה עלול לקרות לרכושו והוא לא נוקף אצבע – הרי זו אבידה מדעת. אך בנד"ד, שהתובע לא ידע מהנעשה, אינו כאבידה מדעת. אם כי יש מקום להתפלא עליו ששאל את המזכיר אם המע"מ הוחזר, והמזכיר אמר לו שכן, והוא לא טרח לשאול כמה הוחזר לו. אך מ"מ אין הדבר דומה לאבידה מדעת. ובפרט יש לומר שהחבר בדרך כלל סומך על המזכיר שהוא יטפל בענייניו הכספיים. אלא שבנד"ד המזכיר עצמו לא ידע שיש כאן מקרה מיוחד המחייב טיפול מיוחד, והוא פעל בתום לב.

תשובה

המזכיר פטור מאחריות לנזק. אמנם אי אפשר לומר שהיתה כאן אבידה מדעת. אך עדיין קיים הנימוק האחר שהעלינו, שהמזכיר לא יכול היה לשים לב, עפ"י שיטת עבודתו, שהמקרה מחייב טיפול מיוחד; ולכן יש לפטור את המזכיר מאחריות לנזק. ולגבי הנה"ח יש ספק אם היא חייבת. ומכיון שהמוציא מחבירו עליו הראיה, אין לחייב אותה בתשלום מעיקר הדין.

מסקנות

א. שכיר שהזיק לאדם אחר במהלך עבודתו – חייב לשלם את הנזק. לפי הנוהג המקובל כיום, ששכיר אינו משלם, חובת התשלום מוטלת על המעביד.

ב. הגדרת "אונס" ו"פשיעה" בחיובי שומרים היא יחסית למידת האחריות שקיבלו על עצמם.

ג. שומר אינו חייב לעשות במקום המפקיד דברים שהיה עליו לעשות בעצמו.

סימן קב

קיזוז בתשלומי נזיקין

ראשי פרקים

שאלה
א. תשלום כפול על נזק
ב. תשלום נזיקין – מידה או דמים?
ג. ביאור סוגיית "מיטב"
ד. תשלומי צדקה ותשלומי נזיקין
תשובה
מסקנות

שאלה *

במושב תקומה החליפו צנרת ישנה בחדשה. כתוצאה מעבודות העפר נגרם נזק חמור לחלקת ירק שהיתה מיועדת להזנת הפרות של אחד מחברי המושב. סוכם שהמושב יפצה את אותו חבר על הנזקים שהסב לו. אולם הועלתה טענה, שמאחר והחבר שניזק קיבל תשלומי נזקו בקניית חציר לפרותיו דרך מזכירות המושב באשראי נוח (16% ריבית לשנה, אשר בשנים בהן היתה אינפלציה גבוהה נחשבה לאחוז נמוך), אין הם חייבים לו אלא את הוצאותיו עבור אותו חציר, ולא את הנזק המקורי; שהרי במקום אותו ירק שניזק לו, קנה חציר מוזל באמצעות המושב, ונמצא שהמושב שילם לו בכך חלק מנזקי החציר. מן הראוי להעיר, שאין המושב מאפשר קניית ירק מוזל דרך מוסדותיו אלא לצורך בהמותיהם של חברי המושב בלבד, ואין חברי המושב רשאים למכור ירק זה לאחרים. נמצא שמכיון שהיה חסר לו חציר, הוא זכה בחציר מוזל, ובכך כוסה חלק מהנזק. אלא שאפשר לטעון שפיצוי זה לא בא בתורת תשלומי נזיקין, שהרי גם אילו לא היה ניזק, אם היה חסר לו חציר, היה יכול לקנות אותו במחיר המוזל. האם יש לקבל את טענת המושב או את טענת התובע?

* כסלו תשל"ו.

א. תשלום כפול על נזק

לכאורה יש לדמות מקרה זה לאדם שביטח את רכושו בחברת ביטוח, ובא אחר והזיק לו. מצד אחד יש לומר שהמזיק חייב לשלם לו את דמי נזקו, והביטוח אינו מעניינו. אך מצד שני יש לומר שהמזיק יכול לטעון לו: מה הפסדתיך, הרי חברת הביטוח מפצה אותך בדמי הנזק? ואף כאן לכאורה יש לומר שהמושב טוען לחבר שניזק: מה הפסדנוך, הרי קיבלת את הפיצוי על חלק מערכו של הירק שניזק ע"י רכישת חציר במחיר מוזל?

בשו"ת **הרי־בשמים** (מהד"ת סי' רמ"ה, מובא בשו"ת הר־צבי טור חו"מ סי' רל"ח) **פסק שבמקרה** כזה אין להוציא ממון מהמזיק. ולכאורה היה מקום להביא ראיה ממה שנאמר במסכת ב"ק (קט"ז ע"א):

> בנא מיניה רב כהנא מרב: ירד והציל (כששטף נהר חמורו וחמור חבירו, והניח את שלו והציל את של חבירו, והלה התחייב לשלם לו את דמי חמורו שיאבד) ועלה שלו מאליו, מהו?
>
> אמר לו: משמיא רחמו עליה (ובעל החמור השני חייב לשלם למציל את דמי חמורו).

וא"כ לכאורה הוא הדין ברכוש מבוטח, התשלום שמשלמת חברת הביטוח הוא מין מתנה שהקנו לו מן השמים, ואין בה כדי לפטור את המזיק מלשלם את נזקו. אך על כך כתב בתשובת הרי־בשמים, שבשעה שהמציל ירד להציל את החמור של חבירו, הפקיר את שלו, ואח"כ זכה בו מן ההפקר. מה שאין כן בביטוח, שהרכוש היה שלו כל הזמן; ומכיון שהוא לא ניזק כלל, שהרי חברת הביטוח משלמת לו את הנזק – אין המזיק חייב לשלם. (וכן כתב בקובץ

שיעורים, כתובות סי' רי"ז).

אך באור־שמח (הל' שכירות פי"ז ה"א) פשט מאותה סוגיא בב"ק שבעל החמור השני חייב לשלם. וכתב שאין לומר כמו שכתב בהרי־בשמים (למרות שאינו מזכיר את תשובתו), שהפקיר את חמורו וזכה בו מן ההפקר. שהרי כאן הוא לא הפקיר את החמור אלא התייאש ממנו; ובייאוש – הנכס לא יצא מרשותו כל זמן שלא נלקח ע"י אדם אחר, כמו שכתב בנתיה"מ (סי' רס"ב, ביאורים ס"ק ג').

אמנם יש להעיר שהמחנ"א (הל' זכיה מהפקר סי' ז') והגרי"א מקובנא (שו"ת בארי־יצחק יו"ד סי' כ"ג ענף ג־ד') חולקים על הנתיבות. אך לקמן (סי' קי"ב אות ב') כבר עמדנו על כך שגם לדעתם הייאוש אינו הפקר רגיל, והמתייאש יכול לחזור בו. וא"כ אין נפק"מ ממחלוקת זו.

כמו כן הוכיח האור־שמח שהמזיק חייב, מן הסוגיא במסכת ב"מ (ל"ה ע"ב), שם נאמר שפעמים הבעלים משלמים כמה פרות לשוכר. וכגון שראובן שכר פרה משמעון למאה יום, וחזר והשאילה לשמעון עצמו למשך תשעים יום, ומתה באונסין אצל שמעון, ששמעון חייב לראובן תשלום כפול:

א. הוא חייב להעמיד לרשותו פרה, כדין כל משכיר פרה ומתה באונסין (עי' ב"מ ע"ח ע"א).

ב. הוא חייב לשלם לו את דמי הפרה ששאל ממנו, כדין כל שואל שחייב באונסין; ואילו ראובן אינו חייב לחזור ולשלם לו את דמי הפרה, כדין כל שוכר שפטור באונסין.

ובגמ' שם מבואר שאילו חזר ראובן ושכר את הפרה משמעון לשמונים יום, ושמעון חזר ושאל אותה ממנו לשבעים יום, ורק אז מתה באונסין – הרי שמעון חייב לשלם דמי שתי פרות, ובנוסף לכך הוא חייב לו שתי פרות לעשרה ימים. ולכאורה יכול שמעון לטעון לראובן: הלא נתתי לך פרה במקום הפרה ששאלתי ממך, ומדוע אצטרך לתת לך גם פרה לעשרה ימים? וע"כ יכול ראובן לטעון לשמעון: הפרה שנתת לי עבור השאלה, אינה נוגעת לשכירות; ואילו מישהו אחר היה שואל ממך את הפרה והיה משלם לי פרה, האם היית נפטר מהצורך לתת לי פרה בשכירות? ולכן אתה חייב לשלם לי עבור עשרת הימים של השכירות שלה. עי"ש. וכן הוכיח הגרצ"פ פראנק (הר־צבי שם) מאותה סוגיא, שהמזיק חייב לשלם. (וכן הקשה בקובץ שיעורים, כתובות סי' רי"ח, ונשאר בצ"ע).

להלכה, בתשובת הרי־בשמים רק דחה את הראיה מהסוגיא בב"ק, וכתב שמספק אין להוציא מידי המזיק; אך לא הוכיח להיפך, שפטור. והואיל ודעת האור־שמח והגרצ"פ פראנק היא שחייב לשלם בתורת ודאי ולא מספק, והוכיחו זאת מן הסוגיא בב"מ בנוסף לראיה מהסוגיא בב"ק – לכן נראה שהלכה כמותם, שהמזיק חפץ מבוטח חייב לשלם את דמיו לניזק, ומה שהניזק מקבל מחברת הביטוח אינו מעניינו. ולכן המושב אינו יכול לבוא בטענה זו אל הניזק.

מיהו יש לחלק. שהרי בנד"ד המושב הוא זה שאחראי לסייע לכך שלכל חקלאי יהיה מזון זול לבהמותיו, והוא גם זה שהזיק לו. וא"כ לכאורה הוא יכול לטעון שמן המכה עצמה הוא מתקן רטיה. אך לפי האמור לעיל מהסוגיא בב"מ, גם כאשר אותו אדם משלם לו פרה בשאלה, אינו נפטר מהשכירות, וכך יש לומר גם שהמושב לא נפטר מתשלומי הנזק.

ומסתבר שאין לראות את אותו ירק, שהחבר מקבל דרך מוסדות המושב, כתשלום נזיקין. אמנם כל המטלטלין "מיטב" הם, ואפילו סובין (ב"ק ז' ע"ב). אך מבואר (שם) בטעם הדבר: "דאי לא מיזדבן הכא, מיזדבן במתא אחריתא". וכיון שירק זה לא ניתן למכירה לאחרים – הוא לא נחשב ל"מיטב". ואולי זאת היא כוונת התוס' (ב"ק ה' ע"א ד"ה הא תברה), שכתבו שכיון ששור תם אינו משלם אלא מגופו – הוא לא נכלל בין אבות הנזיקין, משום שכולם משלמים "מיטב" ושור תם אינו משלם "מיטב". וקשה, הרי כל המטלטלין "מיטב" הם, ואפילו סובין, ומדוע ייגרע שור תם מסובין? אלא יש לומר שכיון שע"י שמשלם מגופו נעשו המזיק והניזק

שותפין בשור, ואין הניזק יכול לעשות בבשר כרצונו, וגם אינו יכול לטלטלו ולמוכרו במקום אחר, שהרי חציו משועבד למזיק – לכן לא הוי "מיטב", וצ"ע. (ומכיון שיש תירוצים אחרים לקושיא זו, אין ממנה הוכחה גמורה לענייננו).

ב. תשלום נזיקין – מידה או דמים?

אך יש מקום לדון במקרה זה שלפנינו, עפ"י חקירת הגמ' במסכת פסחים (ל"ב ע"א), **העוסקת בתשלום על אכילת תרומה. וכך נאמר שם:**

אביעיא להו: לפי מידה משלם או לפי דמים משלם? ...כי תיבעי לך, דמעיקרא שוויא זוזא, ולבסוף שוויא ארבעה. לפי מידה משלם, דאמר ליה: גריוא אכל, גריוא משלם? או דילמא לפי דמים משלם: בזוזא אכל, בזוזא משלם.

וכן יש לחקור בתשלומי נזיקין: האם משלם לפי המידה שהזיק או לפי הערך הכספי של הנזק? ובנד"ד, אם נאמר "לפי מידה משלם", כיון שנתנו לו ירק אחר באותה כמות להזנת בהמותיו – נפטרו מחובת התשלומים כלפיו; אך אם נאמר "לפי דמים משלם", לא יצאו ידי חובתם עד שישלמו את השווי המלא של הנזק.

והנה המחנה־אפרים (הל' נזקי ממון סי' א') **כתב שבנזיקין לפי מידה משלם; והביא לכך שלוש ראיות:**

א. **נאמר במסכת ב"מ** (צ"ט ע"ב):

הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה, ביומא דשוקא מיזדבנא בחמישה, בשאר יומי מיזדבנא בארבעה. אהדרו ליה ביומא דשוקא – מהדרו ליה חביתא דחמרא. בשאר יומי – מהדרו ליה חמישה.

זוהי גירסת הרא"ש. אבל הרמב"ם (הל' שכירות פ"ג ה"ג) **פסק** (עפ"י גירסתו בגמרא) **שבשאר הימים עליהם לשלם לפי השער הזול.** (מיהו רוב הפוסקים נקטו כדעת הרא"ש. עי' שו"ע סי' ד"ש סעי' ה' בהג"ה).

ב. **כתב הרמב"ם** (הל' טוען ונטען פ"ה ה"ב):

וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה, והרי הוא חייב לשלם... או טענו שחפר שתי מערות, והוא אומר לא חפרתי אלא אחת... – הרי זה נשבע היסת על הכל.

ואינו נשבע שבועת התורה, משום שאין נשבעין על הקרקעות (ומקור דבריו בב"מ ה' ע"א). **והראב"ד** (שם) **השיג עליו וכתב שאמנם אם תבע ממנו לכסות את החפירות, אינו נשבע אלא היסת; אבל אם תבעו לשלם לו את דמי הנזק, הרי זו ככל תביעות ממון, וחייב שבועת התורה כדין כל מודה במקצת. ומשמע שלדעת הרמב"ם הרי זו תביעת קרקע בכל מקרה, משום שתביעתו היסודית היא לכסות את הבורות ולא לשלם לו את ההוצאות. ומכאן משמע ש"לפי מידה משלם".**

ג. **כתב רש"י** (פסחים ל"ב ע"א ד"ה כל היכא):

כשאכלה הוויא שוויא הך גריוא ד' זוזי, והשתא כשמשלם שוויא זוזא... ולא גרע משאר ממונא דחולין, שהדיינין גובין ממנו כשעת גזילה, כדכתיב: "אשר גזל" – כעין שגזל.

ומשמע שהדין כך רק בגלל גזירת הכתוב "אשר גזל – כעין שגזל", שמשלם כשעת שבירה; אך בלאו הכי היה צריך לשלם כשעת תביעה.

החזו"א (ב"ק סי' ח' ס"ק ט"ו) **דחה את ראייתו הראשונה של המחנ"א ואת הראיה השלישית: לגבי הראיה הראשונה – מהנהו שקולאי – כתב החזו"א** (ד"ה ונראה) **שהדברים נאמרו רק ביין שיש לו שני מחירים: אחד בזמן השוק ואחד בכל ימות השנה. ולכן גובה התשלום תלוי במועד ההחזרה של דמי היין. לגבי הראיה האחרונה – מרש"י בפסחים – כתב החזו"א** (ד"ה ובדינא) **שרש"י לא אמר שזוהי גזירת הכתוב, אלא שזהו פירוש המילים "כאשר גזל" – כעין שגזל; כי סברה פשוטה היא שכך משלם. ובמקום אחר** (ב"ק סי' ו' ס"ק ג' ד"ה והנה) **דחה החזו"א גם את הראיה השניה של המחנ"א – משבועה על נזקי חפירת בורות, שיחין ומערות – וכתב שהדין תלוי בשאלה כיצד היתה**

התביעה: אם הניזק תבע את מילוי החפירות – אכן המזיק חייב למלא אותן; אך אם תבע כסף – הרי זו תביעת ממון. (ועי"ש, ד"ה ודברי, שפירש את דברי הראב"ד גם באופן אחר).

וא"כ הניזק הוא הקובע אם חובתו של המזיק היא "מדה" או "דמים".

ועיין אבן האזל (הל' טוען ונטען פ"ה ה"ב) שכתב שבזה נחלקו הרמב"ם (שם) והראב"ד (השגה שם): לדעת הרמב"ם, המזיק צריך להשיב לניזק את החפץ שהזיק לו, והתשלום הוא רק דמי החפץ. ואילו לדעת הראב"ד, מעיקרא לא התחייב המזיק אלא דמים. (עי"ש היטב, שכתב שגם לדעת הרמב"ם לא תמיד חייב המזיק לתת חפץ, אלא כאשר הדבר לטובת הניזק. ועי' טבעת החושן, סי' ד"ש ס"ק א').

ג. ביאור סוגיית "מיטב"

ונראה שיש לפשוט בעיה זו מהסוגיא בב"ק (ז' ע"א-ע"ב). ואלו הקושיות העולות בלימוד הסוגיא:

א. נאמר שם בתחילת הסוגיא:

> רמי ליה אביי לרבא: כתיב "מיטב שדהו"... והתניא: "ישיב" – לרבות שווה כסף, ואפילו סובין!
>
> – לא קשיא: כאן מדעתו, כאן בעל כרחו.

וקשה: מה הסברא לחלק בין אם משלם מדעתו לבין אם משלם בעל כרחו?

ב. עוד נאמר שם:

> אלא אמר אביי: אלא כדמר, דתניא: הרי שהיו לו בתים, שדות וכרמים ואינו מוצא למוכרן – מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה... (ומסקינן:) לא צריכא, דביומי ניסן יקרא ארעתא, וביומי תשרי זל ארעתא. והאי, הואיל ואיצטריכא ליה זוזי, זבין כדהשתא (בתשרי).

ופירש רש"י (ע"ב ד"ה זבין), שעכשיו קרקעותיו שוות מנה, ולכן משלימים לו עד מחצה, דהיינו עד מאתיים זוז. וקשה ממה נפשך: אם הוא עני – שיתנו לו אלף, ואם הוא עשיר – שלא יתנו לו כלום!

ג. קשה: מדוע מתחשבים בכלל ב"יוקרא דלקמיה"? הרי אין לממון אלא מקומו ושעתו (עי' ערכין כ"ד ע"א); וכן מוכח ממה שנאמר בגמ' (ב"ק ק"ה ע"א) בלשון השניה של רב פפא, שאמר: "לשמא תייקר לא חיישינן"! ולכן כתב הרא"ש (קידושין פ"א סי' י"ז) בשם ר"י, שמה שחוששין שמא החפץ שניתן לקידושין שווה פרוטה במדי (קידושין י"ב ע"א), אין זה מן התורה אלא מדרבנן.

ד. הגמ' (ב"ק ז' ע"ב) ממשיכה ואומרת לתירוץ הסתירה שהעלה אביי:

> וה"נ גבי נזיקין, דיניה בעידית. ואי אמר ליה אידך (הניזק): הב לי בינונית טפי פורתא – אמר ליה: אי שקלת כדינך, שקול; ואי לא, שקיל ביוקרא דלקמיה.

וקשה: מדוע דווקא כשהניזק רוצה בינונית יכול לומר לו שיטול כיוקרא דלקמיה, ואילו בעידית לא יכול לומר לו כן? מה נפשך: אם ה"יוקרא דלקמיה" זהו השווי האמיתי – א"כ גם בעידית יאמר לו כן; ואם לא – גם בבינונית לא יאמר לו כן. (ועי' חידושי הרי"ם, ב"ק ז' ע"א ד"ה רמי, ודברי יחזקאל, סי' מ"ו סעי' ג', מה שכתבו בביאור סוגייתנו).

ונראה לענ"ד ליישב את הקשיים הנ"ל כך: בשדות וכרמים שאינו מוצא למוכרן, יש לומר שעיקר זמן מכירתן הוא בניסן, ורק מי שדחוק במעות מוכרן בתשרי. ונמצא, שאדם זה בעצם עשיר הוא, ורק כרגע אין לו כסף. וכבר כתב המאירי (שם ד"ה היה) שהדבר דומה למה שנאמר במשנה (פאה פ"ה מ"ד), שבעה"ב העובר ממקום למקום – מאכילין אותו לקט, שיכחה ופאה.

ונראה לענ"ד לומר בגדר הענין – שנותנים לו מתנות עניים אע"פ שאינו עני ממש אלא רק ברגע זה – שאין חיובו מדין צדקה אלא מדין "והחזקת בו", שהיא מצוה לסייע גם לעשיר שלא יהיה עני. וכמו שכתב הרמב"ם (הל' מתנ"ע פ"י ה"ז) בראש מעלות הצדקה. ומובן מדוע נותנים לו רק עד מחצה, כלומר, שמשלימים לו עד מאתיים זוז ותו לא, כדי להחזיקו שלא ייקרא עני. והוא הדין לבעה"ב העובר ממקום למקום, שרוצים למנוע ממנו את העוני, אפילו

עוני זמני. ונמצא שהמחיר העכשווי של הקרקעות אינו שוויין האמיתי, אלא מחיר זמני. ובעצם אינו עני, אלא שכרגע הוא עני באופן זמני; שהרי אין לו מה לאכול, ואין אנו מחייבים אותו למכור את קרקעותיו במחירי הפסד. ולכן חובתנו היא רק לפרנסו כדין בעה"ב העובר ממקום למקום, שחובה לפרנסו עד שיגיע למקומו. ואף כאן חובה לפרנסו עד שיגיע לזמן שיוכל למכור את קרקעותיו בשוויין.

ד. תשלומי צדקה ותשלומי נזיקין

ומכאן הדמיון בין שאלת הצדקה לבין תשלומי נזיקין. בתשלומי נזיקין יש שני גדרים: הראשון הוא גדר "מידה", שפירושו, זכותו של הניזק לקבל את החפץ הניזק כבראשונה, כאילו לא ניזק כלל. והשני הוא גדר "דמים", שזכותו היא לקבל את דמי החפץ שניזק. והדבר תלוי ברצונו, וכמו שכתב החזו"א (לעיל אות ב'). ונראה לומר שרצונו של הניזק הוא הקובע, לא רק משום שזכותו להעדיף איזו צורת תשלום שהוא רוצה, אלא משום שרצונו הוא קנה המידה לפיצוי הנכון על החפץ. כי בעוד שתשלומי נזק ניתנים להערכה אובייקטיבית, פיצוי הנזק להיחשב כאילו לא ניזק כלל תלוי בהערכה סובייקטיבית, בפרט כשאינו נותן לו בדיוק את אותו חפץ שניזק אלא דבר אחר תמורתו.

והנפק"מ בין שתי צורות אלו היא בזה שתשלומין בדמים דינם ככל ממון, שאין לך בו אלא מקומו ושעתו בלבד. מה שאין כן במידה, שהיא נתינת נכס אחר במקום זה שהוזק, שהיא לא חייבת להיות לפי ערכו באותה שעה, אלא גם כעבור זמן. שהרי נכס זה לא מיועד רק לשם תשלומין בשעתם, אלא לשם הישארות קבועה אצל הניזק גם לאחר מכן. ולכן יש צורך שהוא יסכים לראות בנכס זה פיצוי הולם לנזק, או שלפחות לפי דעתנו ראוי הוא להסכים לכך. ובמילים אחרות: תשלומין נועדו למימוש מיידי, ולכן הם חייבים להיות מדברים הניתנים למימוש מיידי ככל האפשר. ואילו מידה נועדה לשם תחליף לנכס שניזוק, ואינה חייבת להיות מדבר הניתן למימוש מידי.

וזה הדמיון בין צדקה לנזיקין: הדין בצדקה אמור באדם שיש לו נכסים כעשיר, אולם כרגע אינו יכול לממש אותם, ובזה הוא דומה לעני. חיוב צדקה הרגיל הוא רק כשהוא עני גמור בממון ובנכסים. אולם זה, מכיון שיש לו נכסים, אף שאינם בני מימוש כרגע – אינו זכאי לצדקה אלא כדי שנוכל לחלץ אותו מעוניו הזמני, הנובע מכך שאינו יכול לממש כרגע את נכסיו. והוא הדין בנזיקין: אם נותנים לו נכסים הראויים לשמש כתחליף לנזק, ונמצא כאילו לא ניזק – אין הוא זכאי לתשלומין אחרים.

וזה החילוק בין "מיטב" לבין קרקע בינונית: "מיטב" ניתן לו כדי שיוכל לממש את התשלום שקיבל מהר ככל האפשר (וכמו שאמרנו לעיל אות א', שגם סובין נחשבים ל"מיטב", כיון שניתן לממש אותם במקום אחר). שהרי אין הבדל אחר בין עידית לבינונית וזיבורית אלא ביכולת לממש אותם במהרה. לכן המזיק לא יכול לטעון לו שברצונו לחשב את ערך הקרקע כיוקרא דלקמיה. אך כשהניזק רוצה בינונית, סברה הגמ' לומר שהוא ויתר על זכות התשלומין ומעדיף את זכות המידה, דהיינו נכס בר קיימא שישמש לו פיצוי תמורת הנזק. לכן סברה הגמ' לומר שהמזיק יכול לטעון שיחשב לו את ערך הקרקע כיוקרא דלקמיה. (ועי' חידושי הרי"ם, ז' ע"ב ד"ה וא"כ מיושב, שממנו נלמד הבדל זה, אולם הוא לא הסביר את טעמו). ומובן מדוע לא יכלה הגמ' לומר כן גם בעידית שתיחשב כיוקרא דלקמיה.

מסקנת הגמ' היא: "שא"כ הורעת כוחן של ניזקין אצל בינונית". וכוונתה לומר שזה שהניזק הסכים לקבל במידה, אין הדבר אומר שוויתר על זכות התשלומין.

ואולי יש להסביר בכך את החילוק המופיע בגמ': "כאן מדעתו (סובין), כאן בעל כרחו" ("מיטב"). כשהמזיק משלם מרצונו מיד, ללא הטרחת הניזק וביה"ד, סימן הוא שהוא רוצה לפצות את הניזק על היזקו ולתת לו מיד תחליף

במקום הדבר שניזק, ולהביאו למצב שבו כאילו לא ניזק. אך כשהוא מטריח אותו ללכת לבי"ד ולגבות, סימן הוא שאינו מכיר בצורך לפצות את הניזק כאילו לא הוזק, אלא חוב הוא שמוטל עליו ומחכה הוא שיבואו לחייב אותו. לכן כשמשלם מרצונו, יכול לשלם בזיבורית; אך כשמשלם בעל כרחו, חייב לשלם מעידית כדין כל תשלומין.

ועיין תוס' (ב"ק צ"א ע"ה ד"ה וחייבו), שם מובאת מחלוקת בנושא: לדעת ר"ת אפשר לשלם דמי נזיקין בתמורה במקום החפץ הניזק; ומי שחטף מחבירו את ברכת השחיטה וחייב לו עשרה זוז על כל ברכה שמנע ממנו, יכול לתת לו תרנגולת לשחוט כדי לברך שתי ברכות. ואילו ר"י חולק וסובר שחייב לשלם כסף. אך אפשר לדחות ולומר שאינם חולקים בשאלה זו. אלא מכיון שהגזילה כאן היא "גזילת ברכה", ואין כאן גזל ממון, ואותם עשרה זהובים אינם אלא קנס – לכן נחלקו אם צריך דווקא זהובים או שדי בתרנגולת לשחיטה וכיסוי. אבל הדברים אמורים דווקא בכגון זה, שאין זה תשלום ממון אלא קנס.

תשובה

העולה מכל זה הוא שאין המזיק יכול להיפטר בתשלום חפץ אחר במקום זה שניזק כל זמן שהניזק אינו מסכים לכך, אלא חייב לשלם לו דמים. ולכן המושב אינו יכול להחשיב את האשראי הנוח, שנתן לו לקניית החציר, כחלק מן התשלום, ועליו לשלם את הנזק במלואו.

ומה שאמרה הגמ' בב"מ (לעיל אות ב'), שסבלים יכולים לשלם לבעל היין חבית יין לפני יום השוק אע"פ שהיא שווה פחות מאשר ביום השוק עצמו – זה משום שזהו מחירה באותו יום, וגם אם היה משלם דמים היה משלם פחות. ומה שמשלמים יותר ביום השוק, הוא מכיון שלא שילמו לו עד יום השוק, הרי גרמו לו נזק, שהפסיד את מכירת היין. וגדרו של יין – שהוא מיועד למכור ביום השוק, וזהו עיקר הפסדו. וכמו שכתב החזו"א, שכך דרכו של יין לימכר ביום השוק. ואין ללמוד מיין למקומות אחרים.

מסקנות

א. המזיק רכוש מבוטח, משלם לניזק את דמי הנזק למרות שחברת הביטוח מפצה אותו גם כן.

ב. נתינת חפץ שאינו ניתן למכירה אינה מוגדרת כתשלומי נזק.

ג. רצונו של הניזק הוא שקובע אם המזיק יכול לשלם לו בחפץ חלופי או שהוא חייב לשלם לו דמים.

ד. בעל הבית עשיר העובר ממקום למקום ואין לו כסף בדרך – יכול לקבל מתנות עניים, אך נתינה זו היא מדין "והחזקת בו" ולא מדין צדקה.

ה. מי שיש לו נכסים שערכם ירד באופן זמני – דינו כבעה"ב העובר ממקום למקום, ולכן לא נותנים לו אלא סכום מינימלי כדי שיצא מגדר "עני".

סימן קג

שואל שמסר כדור לשואל אחר

ראשי פרקים

שאלה
א. טעם החיוב בשואל שמסר לשואל
ב. שומר ששינה מדעת הבעלים
תשובה

שאלה *

תלמיד בישיבה התיכונית השאיל כדור לתלמיד אחר לשחק בו, וזה השאיל אותו לתלמיד אחר ללא רשות הבעלים. תוך כדי משחק, התפוצץ הכדור. האם מישהו מהם חייב לשלם את דמי הכדור? (יש להעיר שכל התלמידים הם מעל גיל בר־מצוה).

א. טעם החיוב בשואל שמסר לשואל

נאמר במסכת ב"מ (ל"ו ע"א):

> איתמר: שומר שמסר לשומר – רב אמר: פטור; ור' יוחנן אמר: חייב.

ובדעת ר' יוחנן נאמרו שני טעמים לכך שחייב:

א. אביי מפרש שהבעלים אומרים לשומר הראשון: "אין רצוני שיהא פקדוני בידי אחר" (שם).

ב. רבא מפרש שהבעלים אומרים לשומר הראשון: "את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה" (שם ע"ב).

הנפק"מ בין שני הטעמים תהיה כאשר אין לנו ויכוח על העובדות, אלא כולם מסכימים שהעובדות נכונות. כגון בנד"ד, שמוסכם על כולם שהכדור התפוצץ תוך כדי משחק, דהיינו "מתה מחמת מלאכה". לדעה הראשונה, השואל הראשון שהשאיל ללא רשות חייב לשלם לבעלים את דמי הכדור. ואילו לדעה השניה, השואל הראשון יהיה פטור, כי הבעלים מודים שמתה מחמת מלאכה. ואילו השואל השני פטור לכו"ע, כי יש לו דין שואל כלפי הראשון, ומתה מחמת מלאכה פטור. מיהו גם הוא היה שותף לדבר עבירה בכך שסייע לשומר הראשון לעבור על דעת בעה"ב. אך לא מצאנו חיוב תשלומין על כך.

והנה ההלכה נפסקה ברי"ף (ב"מ כ' ע"א) וברמב"ם (הל' שכירות פ"א ה"ד) כרבא, שחייב משום "אנת מהימנת לי בשבועה אידך לא מהימן לי בשבועה"; ולכן כשיש עדים שמתה באונס – פטור. וא"כ גם כאן יש לומר שמכיון שהבעלים מודים שמתה מחמת מלאכה – השואל הראשון פטור. ועי' שו"ע (חו"מ סי' שמ"ב סעי' א'), שכתב שאם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת מלאכה – חייב, אא"כ יש לו ראיה שיכול להיפטר בה. ובנד"ד, אם הבעלים מודים, אין צורך בראיה.

ב. שומר ששינה מדעת הבעלים

אך נראה שאין מקום לפטור את השואל הראשון. ודבר זה למדנו מדברי הראשונים במסכת ב"מ (ע"ח ע"א). וכך נאמר שם במשנה:

> השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה, בבקעה והוליכו בהר; אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין, ומתה – חייב.

* מרחשוון תש"ן.

ועל כך כתבו בתוס' (ב"מ ע"ח ע"א ד"ה רבי):

אע"ג דמתה מחמת מלאכה פטור, מ"מ כיון ששינה – חייב. שאם היה לו להוליכה בהר, אפשר שאם היה מוליכה שם, לא היתה מתייגעת, מחמת אוויר והרוח ששולט שם.

ומדבריהם משמע שאם היתה מתה כדרכה היה פטור. וכן משמע מהרמב"ן (ב"מ ע"ח ע"א ד"ה הא), **שכתב:**

אבל הטעם הנכון במשנתנו, שאין השינוי מהר לבקנה פשיעה, לפי שהיזקה מצוי בזה כמו בזה. ומיהו אינה שמירה למה שאמר משכיר. הילכך אם הוחמה בהר, חייב; שאמר לו לשמרה מחימום, ולא שמרה. וכן כשיארע לה מיתת אוויר (במקרה שאמר לו להוליכה בבקעה והוליכה בהר), שנשבה הרוח בהר באותו היום ומתה בו או נחש הכישה – חייב; שאם שמר כמו שאמר בעה"ב, לא יארע לה מיתה זו. דכל כה"ג אינה פשיעה ואינה שמירה. הילכך אם סופו באונס, פטור; ואם סופו מחמת אותו שינוי, חייב.

ולדבריו, שומר שמסר לשומר נחשב לשינוי, אע"פ שאין זו פשיעה.

ובנד"ד, מכיון שהיה כאן שינוי מדעת בעה"ב, יש לתלות את הפיצוץ בשינוי. שאם לא היה מוסר את הכדור לאחר, יתכן שלא היה מתפוצץ. ופיצוץ הכדור דומה לחמור שמת מחמת שינוי הדרך. ואע"פ ש"מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם", כאשר יש מקום לתלות את מיתת החמור בשינוי הדרך, אנו תולין בכך. וא"כ הוא הדין בשואל שמסר לשואל. כי כדור אינו מתפוצץ סתם אלא בגלל צורת משחק.

ועוד נראה שיש להסתפק, מאחר שאסור לשומר למסור לכתחילה לשומר אחר (עי' גיטין כ"ט ע"א), אם יש לדמות זאת למה שאמרו בגרמא בניזקין. ושם אמרו שמכיון שאסור לגרום נזק (ב"ב כ"ב ע"ב), חייב בדיני שמים (עי' ב"ק נ"ה ע"ב). וא"כ הוא הדין בשומר שמסר לשומר, שהיה צריך להביא בחשבון שמא השואל השני ישחק באופן שונה ויגרום נזק לכדור. וא"כ יתכן שחייב בדיני שמים. וצ"ע.

אך בדיני שמים יש מקום לתבוע גם את השני, כמי שסייע לראשון בדבר עבירה. ומסייע זה אינו טוב יותר ממי שאומר לחבירו לעבור עבירה, שחייב בדיני שמים (עי' ב"ק נ"ו ע"א, קידושין מ"ג ע"א, סנהדרין כ"ט ע"א).

תשובה

עפ"י כל האמור נראה לענ"ד שיעשו דרך פשרה: השואל הראשון ישלם שליש ממחיר הכדור. וכן השואל השני, שאצלו התפוצץ הכדור, ישלם שליש ממחירו. כי כשם שהיה אסור לשואל הראשון להשאיל לשני, כך לכתחילה היה אסור לשני לשאול מהראשון ללא רשותו של בעה"ב; ולכן יש לחייב גם אותו במקצת הנזק.

סימן קד

נזק שנגרם בהשבת פיקדון שלא למקומו

ראשי פרקים

שאלה
א. השבה שלא מדעת הבעלים
ב. משמעותו של מנהג המקום
ג. חיוב נזקי המכונית מדין בור
תשובה

שאלה *

אחד החברים בכפר שאל עגלה מחבירו. לאחר גמר השימוש החזיר השואל את העגלה לחצר המשאיל בלא דעת המשאיל, והניח אותה במקום בו המשאיל לא היה רגיל להניחה. המשאיל הניע את מכוניתו שחנתה לא הרחק

* אייר תשל"ב.

משם, ונסע אחורנית מבלי לדעת שהעגלה נמצאת שם. כתוצאה מכך פגעה המכונית בעגלה, ושתיהן ניזוקו. האם השואל חייב לפצות את המשאיל על הנזק שנגרם לעגלה ולמכונית?

א. השבה שלא מדעת הבעלים

נאמר במסכת ב"ק (נ"ז ע"א):

> אמר' ר' אלעזר: הכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה, שהרי ריבתה בו תורה השבות הרבה (מדרשת הפסוק: "השב תשיבם" – מכל מקום).

ופירש רש"י (ד"ה הכל):

> גונב וגוזל או אחד מארבעה שומרין שהחזירו – צריך להודיעו לבעלים; ואם לא הודיעו – חייב המחזיר באחריותן.

וא"כ אפילו אילו היה זה שומר חינם, הוא היה חייב לשלם מדין פשיעה. וק"ו לשואל, שחייב אפילו באונסין.

ב. משמעותו של מנהג המקום

מיהו מנהג המקום הוא, מכיון שכולם ביחסי חברות הדוקים, שכאשר מישהו משאיל דבר לחבירו הוא מחזיר אותו לרשותו בלא דעתו. וא"כ יש לומר שעל דעת המנהג השאיל לו את העגלה.

ניתן ללמוד דין זה ממה שנאמר במסכת ב"מ (צ"ד ע"א), שאף שאין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה, יכול שואל להתנות שיהיה פטור מלשלם. וכן נאמר שם (צ"ג ע"ב) שאם הרועה נטר כדנטרי אינשי (כגון שמנהג הרועים לחזור בצהרים העירה (ולעזוב את העדר לשם כך) – סגי. ואע"פ שכתבו התוס' (ב"ב ב' ע"א ד"ה בגויל) שיש מנהגי הדיוט שאין לסמוך עליהם – הדברים אמורים דווקא במקום שנהגו לעשות מחיצה בהוצא ודפנא, שהוא מנהג הדיוט, משום שהוא שלא כהוגן, שאינם מקפידים על "מה טובו אוהליך יעקב". אך בנד"ד מנהג יפה הוא שהחברים מוחלים זה לזה, שיכול להחזיר פקדונו בלי להטריח את בעה"ב יותר מדי, וצ"ע.

ומסתבר שאע"פ שנהגו כן, מנהג זה הוא מנהג כשר רק כאשר השואל מחזיר את מה שלקח לאותו מקום ממש ממנו לקח אותו. אך כאשר הוא מחזיר אותו למקום שאין דרכו של בעה"ב להניחו שם, וע"י זה עלולים להיגרם נזקים – על דעת כן לא נהגו, ועל דעת כן לא השאיל לו. ולכן נראה לענ"ד שהשואל אשם, ועליו לשלם את הנזק שניזוקה העגלה.

ג. חיוב נזקי המכונית מדין בור

אך על הנזק שניזוקה המכונית, אין לחייב אותו מדין שואל אלא מדין נזקי בור: שאע"פ שעצם ההכנסה של העגלה לחצר חבירו היתה ברשות, הרי לא היתה לו רשות להניח אותה באותו מקום בו הונחה. ולגבי נזקי בור הדין הוא: "שור – ולא אדם; חמור – ולא כלים" (ב"ק נ"ג ע"ב), ובעל הבור אינו חייב אלא על נזקי גוף, של אדם או של בהמה, ולא על נזקי רכוש. ולכן מעיקר הדין הוא פטור.

תשובה

למעשה נראה שעל השואל לשלם את הנזק שנגרם לעגלה במלואו, מפני שכל זמן שלא החזיר אותה למקום הראוי הוא נשאר בגדר שואל, וחייב אפילו באונסין. לעומת זאת, מנזקי המכונית הוא פטור, מפני שאין חיוב לשלם מדין בור על נזקי רכוש. אך מדין פשרה יש לחייבו בשליש מהנזק שניזוקה המכונית (עי' פת"ש חו"מ סי' י"ב ס"ק ג').

סימן קה

ביטול הופעה של נגן

ראשי פרקים

שאלה

א. שוכר פועלים שחזר בו

ב. טענת מקח טעות

תשובה

שאלה *

אדם הוזמן לנגן בשתי מסיבות שארגן מוסד אחד בימי החנוכה. המזמינים לא היו מרוצים מן ההופעה הראשונה, ולכן החליטו לבטל את הופעתו השניה. לדברי הנגן, הודעת הביטול הגיעה אליו בזמן שכבר לא יכול היה למצוא מקום אחר להופיע בו באותו ערב, ודרש שישלמו לו עבור ההופעה שבוטלה.

א. שוכר פועלים שחזר בו

נאמר במסכת ב"מ (ע"ו ע"ב):

תניא: השוכר את האומנין... או בעה"ב הטעה אותן – אין להן זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים? שלא הלכו; אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה – נותן להם שכרן משלם; אבל אינו דומה הבא טענן לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל.

על כך כתבו בעלי התוס' (ד"ה אין):

קשה לר"י: (מדוע כשלא הלכו אין להם זה על זה אלא תרעומת) דהא קי"ל כר' מאיר, דדאין דינא דגרמי... א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל, כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום?

ויש לומר, דמיירי שכשחזר בו עוד ימצאו להשתכר... וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו חמרים להלכו ומצאו שדה לחה, הוה מצי לפלוגי אף בלא הלכו כלל, בין יכולין להשתכר לבין שאינם יכולים להשתכר. אלא אורחא דמילתא נקט, דבהלכו לא שכיח שימצאו עוד להשתכר; ואם לא הלכו, מסתמא כשבא לחזור חוזר מיד בעוד שימצאו להשתכר.

וכן היא דעת הרא"ש (פ"ו סי' ב'). **לדעת התוס' והרא"ש, תביעתו של הנגן צודקת לכאורה, וחייבים לשלם לו כפועל בטל. שהרי ביטלו את הופעתו כאשר כבר לא יכול היה להשכיר את עצמו לאחרים. ודעת הרמב"ן** (ד"ה הא, והא, ואני), **הר"ן** (ד"ה בד"א, נותן), **והנמוק"י** (לרי"ף דף מ"ו ע"ב בראש העמוד) **היא, שכשם שהפועלים חייבים לבעה"ב בדבר האבד, כך בעה"ב חייב לפועלים בדבר האבד. אלא הכא מיירי כשלא גרם להם הפסד, וכגון פועלים שלא היו מוצאין להשכיר את עצמן בתחילה; רק כשהלכו, שהיא כתחילת מלאכה – חייב, שכשם ששאר דברים נקנים בקנין, כך שכירות פועלים נקנית בהתחלת מלאכה. אך כשהיו מוצאין עצמן להשתכר ונתעכבו מחמתו – בכל מקרה חייב, אפילו כשלא הלכו ולא היה קנין. והנה לדעה זו טענתו צודקת; שהרי גם הם מודים שאם לא יכול היה להשכיר את עצמו עתה, חייב בכל אופן.**

ובקצוה"ח (סי' של"ג ס"ק ב' ד"ה שוב) **הביא משו"ת מהר"ם מרוטנבורג** (דפוס פראג סי' תתכ"א) **שבמקום מניעת רווח אין דינא דגרמי. והמהר"ם הביא ראיה מסוגייתנו, האומרת שאם בעה"ב הטעה את האומנין, אין להם עליו אלא תרעומת.**

המהר"ם הביא ראיה נוספת מן הירושלמי (ב"מ פ"ה ה"ג), **שם נאמר שהמבטל כיסו של חבירו פטור. והקצות הסביר שלדעת התוס', המחייבים כאן משום דינא דגרמי, מי שמבטל פועל ממלאכתו אינו מבטל את כיסו אלא מבטל את גופו; ולכן יש לחייבו משום "שבת", כדין חובל בחבירו. אולם בנתיה"מ** (ס"ק ג') **חלק עליו וכתב שאין כאן "שבת", שהרי לא סבל בגופו**

* אייר תשמ"ט.

ולא ביטל את יכולתו הפיזית לעבוד. ולדעת נתיה"מ חיובו של בעה"ב לפצות את הפועל הוא מתקנת חכמים, עי"ש.

ולדעת קצוה"ח בהסבר דעת המהר"ם מרוטנבורג, החילוק בין הלכו ללא הלכו, הוא כמו הרמבן והר"ן, שכתבו שהליכת הפועלים לעבודה מהווה קנין, ולכן בעל הבית חייב לשלם אם חזר בו; וכשלא הלכו, לא הוי קנין, ופטור.

ולמעשה כתב הקצות שמסתבר טעמו של המהר"ם, ואף השו"ע (סעי' ב') לא הביא את סברת התוס' לחייב מטעם דינא דגרמי. ומסיים הקצות: "וידוע דנפיש חיליה דמהר"ם להוציא ממון על ידו"; וק"ו לפטור מתשלום.

וצ"ע בנד"ד, כשהיו שתי הופעות, האם בואו של הנגן להופעה האחת דינו כ"הלך", והוא נקנה בכך גם להופעה השניה, או שמא כל הופעה יש לה דין שכירות בפני עצמה. ואם נאמר שאין כאן קנין בהופעה השניה – הרי הם פטורים מלשלם לו.

ועי' מחנה־אפרים (הל' ערב סי' א') שכתב ששומרים מתחייבים בשמירה מדין ערב. כלומר, מכיון שבעה"ב סמך עליהם והסתלק משמירתו, חלה האחריות עליהם. וא"כ יתכן לומר שהוא הדין בפועל שהסתמך על הבטחתו של בעה"ב שיספק לו עבודה, ולכן לא הלך לעבוד במקום אחר, ובעה"ב חזר בו.

וכן כתב הריטב"א (ב"מ ע"ג ע"ב ד"ה האי, ועי' דף ע"ה ע"ב ד"ה להביא), שחיובו של בעה"ב – מדין ערב; שמכיון שהפועלים הסתמכו עליו וחזר בו – חייב. וצריך לומר שאין להם עליו אלא תרעומת, כשיכלו להשיג עבודה אחרת. אך כשלא יכלו להשיג עבודה אחרת, חייב בעה"ב לשלם לפועל את שכרו גם ללא קנין, אלא בגלל ההסתמכות של הפועל על בעל הבית.

וא"כ יש לומר שלרוב הדעות: התוס', הרא"ש, הרמב"ן, הריטב"א, הר"ן והנמוק"י, וכן לפסק השו"ע – חייבים לשלם; ורק לדעת המהר"ם מרוטנבורג אולי פטורים. ולכן קרוב לוודאי שחייבים לשלם.

ב. טענת מקח טעות

מיהו טענת מנהלי המוסד היא שחזרו בהם משום שנגינתו לא היתה לפי דרישותיהם, וא"כ יש כאן מקח טעות. והוא טוען שההופעה נכשלה מפני שהתלמידים לא נהגו כשורה. ולדעתם בוודאי רשאים הם לחזור בהם משום מקח טעות. אך לדעתו אין להם זכות כזאת. עוד הוסיף הנגן וטען שאם היו בודקים אותו היטב מקרוב – אולי לא היו לוקחים אותו מלכתחילה, ולא היה נגרם לו הפסד על ביטול הערב השני.

ביחס לטענה זו, שהם אחראים מכיון שלא בדקו אותו מראש – צ"ע אם האחריות עליהם. כי הם סברו לתומם שהוא נגן מקצועי; ואמנם יתכן שהוא אכן כזה. אך נראה שאינו מתאים לאותו סוג של תלמידים. ולפחות היה עליהם להתנות עמו שרק אם יצליח בהופעה הראשונה, יקחו אותו גם להופעה השניה (אם כי יתכן שמסתמא על דעת כן שכרוהו, על־מנת שיצליח).

תשובה

למעשה נראה שמכיון שלרוב הדעות המוסד חייב לשלם; ומזמיני הנגן לא בדקו אותו לפני כן ולא התנו עמו כלום – יש להטות את הדין לחובתם, ועליהם לשלם כפשרה שני שליש משכר פועל בטל.

סימן קו

חוזה בין חייל לצה"ל

ראשי פרקים

שאלה

א. חזרת פועל בחצי היום

ב. התחייבות ליותר משלוש שנים

ג. ביאור שיטת הרמ"א

ד. דינם של העוסקים בצרכי מצוה

תשובה

שאלה *

בצה"ל ישנם חיילים, שחותמים על התחייבות לשרת בצבא תקופה ממושכת, בתחילת שירותם (כשמדובר בטייסים) או לפני כן (כשמדובר בעתודאים). האם הדבר מותר, או שיש בכך משום "עבדי הם – ולא עבדים לעבדים"?

א. חזרת פועל בחצי היום

כתב המחבר בשו"ע (חו"מ סי' של"ג סעי' ג'):

> התחיל הפועל במלאכה, וחזר בו בחצי היום – חוזר. ואפילו קיבל כיכר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעה"ב – יכול לחזור בו, והמעות חוב עליו; שנאמר: "כי לי בני ישראל עבדים – ולא עבדים לעבדים".

ומקורו בשו"ת מהרי"ק (שורש קפ"א).

וכתב בקצוה"ח (ס"ק ו') שהמהרי"ק חולק על המהר"ם מרוטנבורג (ח"ד דפוס פראג סי' פ"ה, מובא בהגמ"ר ב"מ פרק ו' סי' ת"ס), שלמד את ההלכה שפועל יכול לחזור בו באמצע היום בק"ו מעבד עברי, היוצא בגרעון כסף. כלומר, שכשם שעבד עברי שקיבל את כל שכרו יכול לצאת בגרעון כסף, אם מחזיר את הסכום עבור הזמן הנותר עד סוף העבדות; כך יכול גם פועל לחזור בו. אלא שלדבריו, אם אין לפועל כסף להחזיר את המפרעה שקיבל מראש – אינו יכול לצאת, שכן גם עבד עברי אינו יוצא בגרעון כסף אא"כ יש לו כסף לפרוע את הזמן הנותר (עי' קידושין ט"ז ע"א). וא"כ המהרי"ק, הסובר שפועל יכול לחזור בו אע"פ שאינו יכול להחזיר את המפרעה, ע"כ אינו לומד פועל בק"ו מעבד עברי, אלא פועל חוזר בו מדרשת הפסוק "עבדי הם ולא עבדים לעבדים".

ויש לתלות במחלוקת זו של המהר"ם מרוטנבורג והמהרי"ק את מחלוקתם של שני תירוצי התוס' (קידושין י"ז ע"א ד"ה חלה) אם פועל נחשב לעבד לענין פועל שחלה באמצע עבודתו. הדעה שפועל דומה לעבד סוברת כמהר"ם מרוטנבורג והדעה הסוברת שפועל שונה מעבד סוברת כמהרי"ק.

וייתכן גם שבזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד בגדרי פועל ושותף: שלדעת הרמב"ם (הל' שותפין פ"ד ה"ב) פועל, וכן שותף, אינו כעבד, ואין הוא יכול לשעבד גופו כעבד; ואילו לדעת הראב"ד (השגה שם) שותף יכול לשעבד את גופו כעבד.

הקצות הוכיח מהתוס' בב"מ (י' ע"א ד"ה כי), שסוברים כדעת המהרי"ק ולא כמהר"ם מרוטנבורג. שכן התוס' כתבו שמותר לאדם להשכיר את עצמו, משום שדווקא עבד עברי, שאינו יכול לחזור בו אלא זקוק לשטר שחרור, הוא העובר משום "עבדי הם". והקשה הקצות: הרי גם עבד עברי יכול לצאת בכל עת שירצה ע"י גרעון כסף! אלא ע"כ מדובר בכה"ג שחייב להחזיר ואין לו: שעבד עברי אינו יכול לחזור בו, ואילו פועל יכול לחזור בו; וע"כ הם סוברים כדעת המהרי"ק.

ומכאן יוצא לכאורה שיש איסור בכל חתימת חוזה עבודה שאינו מאפשר לפועל לחזור בו בזמן שירצה.

* אדר תש"ן.

ב. התחייבות ליותר משלוש שנים

והנה כתב הרמ"א (סי' של"ג סעי' ג' בהג"ה):

ומהאי טעמא אסור לפועל... להשכיר את עצמו להיות בבית בעה"ב בקבע שלוש שנים.

וע"כ סובר הרמ"א כמהר"ם מרוטנבורג, שפועל נחשב לעבד; ולכן כתב שאסור לאדם להיות פועל יותר משלוש שנים (ופחות משלוש שנים אינו כעבד אלא שכיר). ולפי זה המחבר, הסובר כדעת המהרי"ק, יחלוק על הרמ"א, ויסבור שמותר לאדם להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים.

אלא שמן התימה לומר שהרמ"א חולק על המחבר. שכן הרמ"א מתייחס לדברי המחבר, שלמד מדרשת הפסוק "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים". ועל כך כתב הרמ"א **שמטעם זה** אסור לאדם להשכיר את עצמו לזמן ממושך. והרי אדרבה, מהאי טעמא של המחבר מותר לאדם להשכיר את עצמו, שכן פועל אינו עבד!

ובדוחק יש לומר שהרמ"א רק הסתמך על **הפסוק** שהביא המחבר ולא על כל ההלכה שלמד ממנה. ובעוד שהמחבר למד מפסוק זה שפועל יכול לחזור בו באמצע היום אפילו כשחייב לשלם לאדון ואין לו – שאם לא תאמר כן יוצא שהוא עבד, והרי אסור לעשותו עבד; מאותו פסוק לומד הרמ"א שאסור לאדם להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים כדי שלא ייחשב לעבד. לדעת המחבר הפסוק הזה הוא שלילת מציאות. כלומר, שהתורה לא מכירה באפשרות של אדם להיות עבד, להוציא מקרים מיוחדים. ואילו לדעת הרמ"א הוא אזהרה (עיין סהמ"צ להרמב"ם, שורש ח').

ג. ביאור שיטת הרמ"א

בהמשך (סעי' ד') כתב הרמ"א בשם הר"י (מובא בטור סי' של"ג דף כ"ה), שפועל החוזר בו מכוח יוקר (דהיינו שמצא מקום עבודה שבו השכר גבוה יותר), אין שומעין לו. ופירש הב"ח (שם) שהטעם שפועל יכול לחזור בו הוא משום "עבדי הם ולא עבדים לעבדים", והרי זה מעוניין להישאר עבד, אלא שהוא רוצה שכר גבוה יותר; ולכן אינו רשאי לצאת, שהרי אינו מעוניין להיות בן חורין.

וקשה, הרי לפי האמור לעיל הרמ"א סובר כדעת המהר"ם מרוטנבורג, שפועל דינו כעבד אלא שיוצא בגרעון כסף; ועבד, הרי יכול לצאת בגרעון כסף מאדון אחד על מנת להשכיר את עצמו במחיר יקר יותר למעביד אחר. וא"כ הרמ"א מזכה שטרא לבי תרי: בהלכה הראשונה (סעי' ג') הוא סובר כדעת המהר"ם מרוטנבורג, שאסור לאדם להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים; ואילו בהלכה השניה (סעי' ד') הוא סובר כדעת המהרי"ק, שפועל יכול לחזור בו רק כשרוצה להיות בן חורין ולא כשרוצה להישאר עבד?

לכן נראה לענ"ד שאין הכרח לומר שהרמ"א חולק על המחבר; ואכן גם הרמ"א מודה להמהרי"ק שפועל יכול לחזור בו מדין "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". ומה שהרמ"א סובר שאע"פ שפועל אינו עבד, אסור לו להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים, הוא לפי מה שכתב הש"ך (ס"ק ט"ו) שאם אין לו סיכוי להשיג כסף גם בעתיד, אסור לו לחזור בו; שהרי אין זה הוגן שיחזור בו ויתחייב לאדון כסף על חשבון החזר המפרעה שנתן לו, כאשר אין לו סיכוי להחזיר את הסכום הזה. ונמצא שמראש, כשהשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים מבלי להבטיח לעצמו את האפשרות לחזרה, שיעבד את עצמו; ושיעבוד זה דינו כעבדות, ואסור לו לאדם למכור את עצמו לעבד.

אפשרות אחרת היא לומר כמו שכתב הקצות (ס"ק ו'), שאם אין לו כסף בזמן השחרור – הרי זה דבר האבד כרגע. ואע"פ שייתכן שאח"כ יהיה לו כסף, כרגע הוא גורם נזק לאדון, ואסור לפועל לחזור בו באמצע היום בדבר האבד. וא"כ כשאין לו לשלם אסור לו להשתעבד לזמן בלתי מוגבל ולהכניס את עצמו למצב שאח"כ לא יוכל להשתחרר מן ההתחייבות למעביד.

והחילוק בין פחות משלוש שנים ליותר משלוש שנים הוא שאע"פ שגם בפחות משלוש

שנים הוא עלול להשתעבד, אולם שיעבוד זמני כזה אינו נקרא עבדות אלא שכירות.

וייתכן גם שמה שכתב הרמ"א (סעי' ד') שפועל לא יכול לחזור בו מחמת יוקר, הוא באופן זה שהוא חייב כסף לאדון, ואם יצא באמצע הזמן יתחייב להחזיר ואין לו; שמדין גרעון כסף אינו יכול לצאת, ורק מדין "עבדי הם ולא עבדים לעבדים" יכול לצאת; אך מכיון שאינו רוצה להיות בן חורין אלא לקבל שכר גבוה יותר, אינו רשאי לעשות כן. ואכן כך פירש בנחל־יצחק (סי' ע"ד ענף ג' ד"ה והעיקר, ולפי"ז).

וא"כ יש מקום לומר שפועל רגיל, שאינו חייב לבעה"ב דבר – יכול לחזור בו אפילו מחמת יוקר, משום שזה עצמו שהוא משועבד לאדון מסוים במחיר מסוים נחשב לעבדות ומותר לאדם להחליף לו אדון או לדרוש להעלות את משכורתו.

נמצא איפוא שגם לדעת הרמ"א מותר לאדם להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים, ורק כשקיבל מפרעה ואין לו במה להחזירה אסור לו להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים. (ועוד יש להעיר שאולי מי שמוגבל בתנועתו נחשב לעבד, וכדברי הרמ"א: "להיות בבית בעה"ב בקבע", וכפי שהיה נהוג בעבר במלמדים. אך פועל העובד רק חלק מהיום, ובשאר זמנו הוא חופשי לנוע כאוות נפשו – אינו עבד, ומותר לו להשכיר את עצמו. וצ"ע בסברה מחודשת זו).

ולפי זה יש מחלוקת בדינו של מי שחותם על חוזה עם צה"ל לשרת בצבא הקבע, כגון עתודאי, שהצבא מימן את לימודיו, והוא משתעבד ליותר משלוש שנים: לדעת הרמ"א אסור לו לחתום על חוזה כזה. אולם לדעת התוס' (ב"מ י' ע"א ד"ה כי) מותר לאדם לחתום עליו.

מיהו יתכן לומר שבעצם מותר לאדם להתיר חוזה גם במשך הזמן, אלא שעליו להחזיר את ההוצאות שהוציאו עליו; ואם יש לו אפשרות לשלם, יכול לחזור בו, וא"כ אינו נחשב לעבד. אך במקום שגם תמורת תשלום אינו יכול להתיר את החוזה – הרי הוא עבד, ואסור לו להשתעבד.

ד. דינם של העוסקים בצרכי מצוה

והנה יש לדון מה דינה של חתימת חוזה בצבא הקבע. האם גם חיילים בצבא נחשבים "עבדים" או שמא אין כאן "עבדים לעבדים" אלא "עבדים" לכלל ישראל? אמנם מצינו שגם רבנים לא חתמו על חוזה ליותר משלוש שנים משום "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". וכשרב משתעבד לקהל מסויים ליותר משלוש שנים, נמצא שהוא עבד לעבדים ולא עבד ה'. כי כדי להיות עבד ה' הוא יכול לשרת גם קהל אחר. וכן כתב בשו"ת חתם סופר (חו"מ סי' קע"ב) שרב נחשב לעבד, כי הוא משועבד לגור במקומו. וא"כ גם חיילים בצבא משועבדים לצרכי הצבא. ואע"פ שהם משתעבדים לצרכי הכלל, אין הם שונים מרבנים המשרתים את קהילותיהם.

מיהו בשו"ע, בהל' אפוטרופסות (סי' ר"צ סעי' כ"ג), נפסק שאפוטרופוס אינו יכול לחזור בו מאחר שהחזיק בנכסי היתומים. ופירש בקצוה"ח (ס"ק ה') שהתחייבות זו מותרת משום שאדם כזה אינו "עבד לעבדים" אלא עבד ה', כי הוא עוסק בצרכי מצוה (ועי' לעיל סי' ב' אות ד'). וצ"ע מאי שנא אפוטרופוס, העוסק בצרכי יתומים, מרבנים, העוסקים בצרכי קהילותיהם, לכאורה אלו ואלו עבדי ה' הם ולא "עבדים לעבדים"?

ונראה לענ"ד שיש לחלק בין אפוטרופוס לרב. אמנם רב חייב ללמד תורה, אולם אינו חייב ללמד קהילה זו דווקא. וכמו שכתב הקצות (סי' של"ג ס"ק ז') לענין חזן, שאע"פ שמקיים מצוה, אינו משועבד לקהל זה דווקא. וכן יש לומר ברב, שאפשר לו ללמד תורה גם בקהילות אחרות. מה שאין כן באפוטרופוס, שאינו מצווה להיות סתם אפוטרופוס, אלא העובדה שיש יתומים במקום היא הגורמת לכך שמי שיכול לעזור להם מצווה לעזור להם. וא"כ החיוב מתחיל מיתומים אלו, ולכן עד שלא יגדלו אינו

רשאי להפסיק. ומשום כך אינו נחשב "עבד לעבדים" אלא עבד ה'.

תשובה

לאור מה שאמרנו יוצא, שאמנם אסור לאדם לחתום על חוזה למשך יותר משלוש שנים (לדעת הרמ"א) אם אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן, והדברים אמורים גם בעוסקים בצרכי מצוה. אך מצד שני ראינו באפוטרופוס, שאין בו משום "עבדים לעבדים" משום שהמצוה מתחילה מן היתומים הללו. ויוצא שהוא הדין גם ביחס לצה"ל. ויש לומר שאין סתם מצוה להיות חייל, אלא צרכי הביטחון הם הגורמים לכך שכל אחד שיכול מחוייב לסייע לביטחון המדינה כפי יכולתו, והוא מקיים בכך מצוה. ונמצא שחיילים הם עבדי ה' ולא "עבדים לעבדים", ומותר להם לחתום על חוזה גם ליותר משלוש שנים.

סימן קז

חזרת פועל בעונת שפל

ראשי פרקים

שאלה

א. פירושו של הסכם העבודה

ב. גדר "דבר האבד" בהתפטרות פועל

ג. פסק ההלכה בשו"ע

תשובה

שאלה *

אדם אחד התקבל לעבודה כאחראי על שיווק התוצרת החקלאית בכפר למשך שנה, בשכר של 275 ל"י לחודש. לאחר שלושה חדשים התפטר אותו אדם מעבודתו. החקלאים שילמו לו רק עבור חודשיים, בטענה שבאותם חודשים (ינואר־מרץ למניינם) אין הרבה שיווק כמו בחדשי הקיץ; והשכר החודשי שנקבע הוא חלוקה ממוצעת של כל עונות השנה. אך מכיון שהוא עבד רק בחדשי השפל, מגיע לו פחות. האם המעבידים צודקים בטענתם, או שעליהם לשלם לו את כל שכרו, גם עבור החודש השלישי?

א. פירושו של הסכם העבודה

יש לדון אם זה שקבעו את שכרו 275 ל"י לחודש הוא ללא כל תנאי, מכיון שלא הותנה על כך במפורש בחוזה העבודה, או שמכיון שידוע הוא שלא מגיע לו שכר כה גבוה עבור החודשים הנ"ל, מסתמא על דעת זה קיבל, שיעבוד אח"כ בחדשי השיא באותו שכר. והרי זה כאילו נכתב בחוזה שמקבל עבודה לשנה.

נראה לענ"ד שאף שלא הותנה מראש על כך בחוזה, כיון שמסתמא כך הוא, הרי זה כתנאי מפורש, וכמו שכתבו התוס' (קידושין מ"ט ע"ב ד"ה דברים), שיש דברים שבהם אפילו גילוי מילתא לא בעינן, כגון הכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן, והכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופיא, וכן ההוא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל.

ואין לומר שיש אנשים שמשלמים לפועל יותר בעונות השפל כדי שהעובד לא יעזוב אותם בעונות אחרות. וא"כ התשלום על עונות השפל הוא שכרו הגמור לאותה עונה, ואין לקזז משכרו כלל. אדרבה, אם נאמר כן, יצא שעל דעת כן שילמו לו שכר גבוה בעונת השפל, כדי שיעבוד בעונות הבוערות גם כן. מיהו יש לומר

* מנחם־אב תשכ"ח.

שיש שמשלמים כן כדי לפתות אותו שלא יעזוב אותם אח"כ, אך אין זה תנאי מפורש, ואין להם עליו אלא תרעומת.

ויש להביא ראיה לכך ממה שנאמר במסכת ב"ב (פ"ז ע"א), שמותר לפועל להשכיר את עצמו בניסן בזול גם לימות הגורן, שאז השכר המקובל הוא גבוה, כדי שתהיה לו עבודה גם עתה ולא רק בזמן הגורן. וא"כ הוא הדין במקרה ההפוך: דרכו של בעה"ב לשכור עתה ביוקר, כדי להבטיח את עצמו שיהיה לו פועל בזמן הגורן. ומבואר ברבנו גרשום (שם) שאעפ"כ יכול הפועל לחזור בו. ומסתבר שהפועל שקיבל את כל שכרו מראש חייב להחזיר חלק משכרו לבעה"ב בשעה שחוזר בו; ומסתמא מחשבים לפי הימים. ועי' שטמ"ק (שם ד"ה אמר), שכתב שהגירסא היא: "האומר לפועל הילך מנה זה ויהיה בידך שתעשה עמי מדינר ליום. והיה יפה סלע היום" (צ"ל: בגורן). וכיון שהמחיר שקצב הוא דינר ליום, כשהפועל חוזר בו מחזיר דינר ליום לפי חשבון. ואע"פ שבניסן דינר ליום הוא יותר מהמחיר המקובל; כי בניסן אין צורך כלל בעבודה. ולשם מה אמר לו דינר ליום? אלא ע"כ כשמחזיר לו, מחזיר דינר ליום, אע"פ שלא עבד בשווי של דינר ליום. ואינו מוכרח.

ב. גדר "דבר האבד" בהתפטרות פועל

ונראה שיש לדון בשאלה זו מצד אחר: שהרי הצדדים חתמו על חוזה עבודה לשנה. אמנם פועל יכול לחזור בו אפילו באמצע היום (רמב"ם הל' שכירות פ"ט ה"ד), אולם הוא רשאי לעשות כך דווקא כשאינו גורם הפסד לבעה"ב (רמב"ם שם). וכאן הרי הוא גורם הפסד לחקלאים, שיצטרכו לשכור משווק אחר לעונות הבוערות במחיר גבוה יותר. לכן נראה לענ"ד שיש לחשב כמה יקח הפועל האחר, ולנכות זאת משכרו **השנתי** של הראשון.

והבאתי ענין זה לפני מו"ר הרה"ג אברהם שפירא שליט"א, וזה מה שהעלה:

נאמר במסכת ב"מ (ע"ו ע"ב):

במה דברים אמורים (שפועלים יכולים לחזור בהן וידן על העליונה)? בדבר שאין אבוד; אבל בדבר האבוד, שוכר עליהן או מטען.

ויש להסתפק באיזה מקרה חייב הפועל לשאת בהפסד: האם הדברים אמורים רק כשהחפץ הנעבד הוא דבר האבד מצד עצמו (כגון פשתן שצריך להעלותו מן המשרה, חלילין לכלה ולמת וכדו'), או גם בנד"ד, שאין ההפסד מצד החפץ הנעבד, אלא משום שצריכים לשכור פועל אחר שידרוש תשלום יותר גבוה, גם זה נקרא "דבר האבד".

(וחילוק זה מצינו בהל' חוה"מ, סי' תקל"ט סעי' ט', שמותר לקנות יין בחוה"מ אם אחרי המועד מחירו יהיה ירק יותר).

ולכאורה מן הסוגיא בב"מ משמע שזה לא מקרי דבר האבד. וכך נאמר שם (ע"ו ע"ב):

תניא... קבלו קמה לקצור בשני סלעים, קצרו חציה והניחו חציה... שמין להן את מה שעשו... ר' דוסא אומר: שמין להן מה שעתיד להיעשות...

כלומר, לדעת ר' דוסא הפועלים צריכים לפצות את בעה"ב על ההפסד שנגרם לו כתוצאה מכך שסיום העבודה יעלה יותר ביוקר. ועל כך אומרת הגמרא (ע"ז ע"א-ע"ב):

תניא: השוכר את הפועל, ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה; אם שכיר הוא – נותן לו שכרו (רש"י: חצי דמי שכרו)... מני? ...לאו ר' דוסא היא?! אמר רב נחמן בר יצחק: בדבר האבוד, ודברי הכל.

והרי ר' דוסא מיירי כשיש הפסד בשכירת פועלים נוספים! ומכאן שזה לא מקרי "דבר האבד", ורק כשהנזק בדבר עצמו, אז מקרי "דבר האבד".

ועל דרך זו יש לדייק מלשון רש"י בפירושו למשנה (ע"ה ע"ב), האומרת:

שכר את החמר ואת הקדר... להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד, וחזרו בהן, מקום שאין שם אדם – שוכר עליהן או מטען.

ופירש רש"י (ד"ה מקום שאין שם אדם): "שאינו מוצא **פועלין**, והפשתן אבד". ואילו בהמשך (ד"ה שוכר עליהן) כתב רש"י: "**בני אדם** ביוקר". ומשמע שכוונתו לומר שאם אינו מוצא פועלים, דהיינו

אנשים העומדים להשכיר את עצמם במחיר הקבוע לפועלים – שוכר בני אדם שאינם עומדים להשכרה אלא טרודים בעסקיהם, ולכן צריך לשלם להם יותר. אך במקום שיש פועלים, אלא שמחירם של הפועלים להמשך העבודה הוא יקר יותר – אין זה על חשבון הפועל אלא על חשבון בעה"ב. תדע, שאם לא כן, כל פועל שהשכיר עצמו לכמה שנים, לא יוכל לחזור בו, משום שגורם בהתפטרותו הפסד לבעל הבית. שהרי במשך השנים הוא מתרגל יותר בעבודה ועבודתו משובחת יותר. ואם יקחו פועל חדש, יצטרך להתרגל מחדש בעבודתו, וזאת לא מצאנו. אלא ע"כ כל שיש אפשרות להשיג פועל אחר, אף שהוא יקר יותר או שעבודתו טובה פחות, לא מיקרי "דבר האבד".

ועי' ספר החינוך (מצוה מ"ד), שכתב שזה שהאדון מסייע בפדיונה של אמה עבריה, הוא שאינו נוטל עבור המתנת המעות אצלה, אך לא משום שעבודתה משתבחת יותר במשך הזמן. ועי' מה שכתב על כך המהר"ל (גור אריה שמות כ"א ל').

מאידך גיסא יש להביא ראיה מתרוה"ד (סי' שכ"ט בסופו), שכתב שמשרת החוזר בו מיקרי דבר האבד, מכיון שבעה"ב ובני ביתו לא הורגלו לעשות דברים אלו בעצמם. ונשאר בצ"ע. וא"כ אולי גם בנד"ד הדבר נקרא "דבר האבד" מצד עצמו, כיון שהחקלאים מוכרחים שמישהו יעשה את המלאכה הזאת בשבילם, והם לא יכולים לעשותה בעצמם. ולא כמו שכתבנו לעיל שכל שאין המלאכה מצד עצמה דבר האבד לא מיקרי דבר האבד, אלא כל מלאכה הצריכה פועלים לעשותה נקראת "דבר האבד", וצ"ע. (ועי' מחנה־אפרים, הל' שכירות פועלים סי' ז').

ונראה שאם הפער בין המשכורות של הפועלים הוא גדול מאד, בעה"ב יכול לטעון שאינו יכול לשכור פועל במחיר כזה, וגם לעשות בעצמו אינו יכול; ונמצא שזהו "דבר האבד". וייתכן ש"דבר האבד" בפער שבין מחירים שונים הוא עד שליש (עי' תוס' סוכה ל' ע"ב ד"ה וקרקע).

ג. פסק ההלכה בשו"ע

לכאורה היה מקום ללמוד ממה שנפסק בשו"ע (חו"מ סי' של"ג סעי' ד') כרבנן דר' דוסא, שפועל שחוזר בו, שמין לו לפי מה שעשה ולא לפי מה שעתיד להיעשות, בין הוזל בין הוקר. ומכאן שאין לנכות למשווק משכרו בגלל שמחליפו ידרוש שכר גבוה יותר. אך נראה שמקרה זה אינו דומה לנד"ד. שהרי שם שכר העבודה הוזל והוקר יותר ממה שהיה בזמן שחתמו את החוזה ביניהם; ולכן מגיע לפועל שכר כפי מה שהותנה מראש. אך בנד"ד, זהו טבע העבודה, שאם מוסרים אותה לשני בני אדם היא יקרה יותר. ולכן בנד"ד יתכן שהפועל צריך לפצות את החקלאים על הנזק שגרם בהתפטרותו.

תשובה

מתוך האמור נראה שיש ספק אם התפטרות זו – שהנזק שבה הוא בכך שהחקלאים יצטרכו לשכור משווק אחר בשכר גבוה יותר – מוגדרת כ"דבר האבד", המחייב את המשווק לפצות את החקלאים. ועל כן נראה שיש לפשר ביניהם.

מו"ר הרה"ג אברהם שפירא שליט"א הוסיף שהרי מסתמא החקלאים ידעו שהמשווק יוכל לחזור בו, ובכל זאת הסכימו לתשלום החדשי הנקוב; וא"כ על דעת זה הסכימו. וע"כ יש לעשות פשרה **לטובתו**. ואילו מו"ר הרה"ג יצחק אריאלי זצ"ל טען להיפך, שמאחר שכו"ע ידעי ששכר זה לא ניתן לחודש אחד אלא כממוצע שנתי – על דעת זה הסכים לעבוד; ואם חזר בו, ישלמו לו רק כפי המגיע לו. וע"כ יש לעשות פשרה **לטובתם**.

לכן נראה לענ"ד שיש לעשות פשרה ביניהם, ולתת לו מחצית משכר החודש השלישי. (ועי' שו"ת פסקי עוזיאל (סי' מ"ו שאלה ו').

סימן קח

מכת מדינה בשכיר לשיווק ירקות

ראשי פרקים

שאלה

א. פועל שלא היה צורך בעבודתו

ב. הדין במכת מדינה

ג. איש השיווק, פועל או קבלן?

תשובה

שאלה *

בכפר מונה נאמן שתפקידו לשווק את הירקות, והוא מקבל שכר על כל סוג המשווק על ידו. בשנה זו היו עודפי בצל, והמועצה לשיווק ירקות הורתה להפוך את השטחים ולשלם לחקלאים תמורה מינימלית כפיצוי. עפ"י הוראתו של אחד מחברי המזכירות, סייר הנאמן בשטחים עם אנשי המועצה לשם הפיכתם. טענת הכפר היא שמכיון שהנאמן לא עמל בשיווק הבצל, לא מגיע לו שכר על כך. ואילו הנאמן טוען שההפסד אינו חייב להיות על חשבונו בלבד; ובפרט שאמרו לו לסייר בשטחים, ובזאת יצא ידי חובת עבודתו בשיווק.

א. פועל שלא היה צורך בעבודתו

נאמר בברייתא במסכת ב"מ (ע"ו ע"ב):

> תניא: ...הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה – נותן להם שכרם משלם. אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל.

על כך נאמר בגמ' שם, בלישנא בתרא דרב (ההסברים בסוגריים, מרש"י):

> חביבי אמר: אי הודאי אנא (השוכר), לא הוה יהיבנא ליה כלל (דמזלייהו גרם); ואת אמרת כפועל בטל?! – ...לא קשיא: הא דסיירא לארעיה מאורתא (ליה להו כלל, דהא חזו אינהו גופייהו, ועל מנת כן נשתכרו לו). הא דלא סיירא לארעיה מאורתא (עליו היה לתת לדבר ולהודיעם).

ובתוס' (דף ע"ז ע"א ד"ה דאגר) חילקו בין פועלים לאריסים: אריס, כיון שיש לו חלק בקרקע, וירד גשם – מזלו גרם, ומקבל את שכרו כאילו השקה את השדה בעצמו; מה שאין כן בפועלים, שהפסידו.

במקום אחר (גיטין ע"ד ע"ב ד"ה רבה) הוסיפו התוס' שפועלים, כיון שבא גשם, שוב אינם פועלים שלו, שכן אינו צריך להם יותר. וא"כ זה שייך רק בפועל שנשכר לשם דבר אחד ומיוחד, ולבסוף התברר שבעה"ב שוב אינו זקוק לאותו הדבר. אך בשכיר קבוע לזמן רב אי אפשר לומר שבעה"ב אינו צריך אותו יותר, שהרי אינו רוצה לפטר אותו. ואולי יש לומר שבנד"ד הוא דומה קצת לאריס, שיש לו חלק בקרקע. ואין לראות אותו כשכיר יום, שהרי הוא מקבל את שכרו לפי היבול שהוא מטפל בו; אלא שאינו עובד בכל עבודות השדה, ופעילותו מתמקדת בדבר אחד. וא"כ אם לא היה צריך לעבוד, חייבים לשלם לו.

אך עדיין יש להסתפק בגידרו של עובד זה, אם הוא בגדר פועל או בגדר אריס. ויותר נראה שיש לומר שהוא פועל; אלא שעבודתו תלויה ביבול: אם יהיה יבול, תהיה לו עבודה; ואם לא, לא תהיה לו עבודה. ובאמת שכרו אינו קצוב כדבר קבוע, אלא לפי העבודה; ואם לא היתה עבודה כלל – אינו מקבל. ומכיון שכאן סיכמו אתו על עבודה, ולבסוף נאנסו ולא היתה עבודה – פטורים מלשלם.

אלא שמאחר שאמרו לו לסייר בשטחים עם אנשי מועצת הירקות, והוא סבר שיתנו לו שכר גבוה ממה שמקובל לשלם עבור סיור חד־פעמי, יוצא שאותו חבר מזכירות שהבטיח לו שכר על הסיור כאילו עסק בשיווק הבצל – הרי הוא

* מרחשוון תשכ"ז.

כשליח, שדיבורו אינו מחייב את בעה"ב, ולכן אין לנאמן עליו אלא תרעומת (עי' ב"מ ע"ו ע"א), וצ"ע.

ואין לראות את אותו חבר מזכירות כשותף ולא כשליח. מפני שאותו חבר אינו אמור לשלם את השכר מכיסו הפרטי אלא ועד הכפר הוא שמחליט על התשלום מן הקופה הציבורית; ולאותו חבר לא היתה סמכות להבטיח לו שכר גבוה יותר.

ב. הדין במכת מדינה

אלא שבנד"ד לא היתה רק בעיה מקומית בשיווק של אותו בצל, אלא מכת מדינה. והדבר דומה למה שנאמר בשו"ע (חו"מ סי' שכ"א סעי' א' בהג"ה):

וכן פסק מהר"ם (מובא במרדכי, ב"מ סי' שמ"ג) על מלמד, שגזר המושל שלא ילמוד – דהוי מכת מדינה, וכל ההפסד על בעה"ב.

מיהו הסמ"ע (ס"ק ו'-ז') כתב שההפסד הוא על שניהם, שכך הוא הדין במכת מדינה. ובביאור הגר"א (ס"ק ז') הקשה על הרמ"א, שכתב שבמכת מדינה ההפסד כולו על בעה"ב, שא"כ יוצא ש"יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא"! שהרי באונס פרטי, בשעה שבעה"ב נאנס, הפועל מפסיד; ובמכת מדינה, כששניהם אנוסים, הפועל ירוויח לגמרי?! ואף שיש לחלק בין משכיר קרקע, שיש לו חלק בהפסד, לבין מלמד, המשכיר את עצמו ואינו צריך להפסיד – לא מסתבר לחלק כך. וצ"ע בדעת הגר"א, אם הוא מסכים לזה שיתחלקו בהפסד, או שדעתו היא שלא ישלם כלל.

לדעת נתיה"מ (סי' של"ד, ביאורים ס"ק א'), במכת מדינה אין הפועל מקבל את כל שכרו, אלא שאם היא מכת מדינה והשתנה טורח העבודה – הפועל חייב לעבוד יותר לפי הטורח. וכן אם התמעטה הטירחה ומגיע לו שכר נמוך יותר, יש לנכות משכרו.

ובערוה"ש (סי' של"ד סעי' י') פסק שאם הפועל מוכן לעבוד, וקרהו אונס שהוא מכת מדינה (כגון מלמד, שגזרו עליו שלא ילמד) – ההפסד כולו על בעה"ב; אך אם הפועל אינו מוכן לעבוד בגלל האונס – ההפסד כולו עליו, אפילו במכת מדינה. וא"כ בנד"ד, שהפועל מוכן לעבוד, אלא שבעה"ב אנוס במכת מדינה – ההפסד כולו על בעה"ב.

ועי' מה שכתב מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("תחומין" י"ב עמ' 219) בענין מכת מדינה, שהספק הוא בשאלה, מזלו של מי גרם. ולכן אם הפועל מוכן לעבוד, בעה"ב מפסיד. ואם הפועל אינו מוכן לעבוד, ההפסד הוא שלו.

ג. איש השיווק, פועל או קבלן?

עד כה הנחנו שנאמן זה, דין פועל יש לו; אך נראה שבאמת הוא קבלן. בדינו של קבלן מביא הר"ן (בחידושיו לב"מ, ע"ז ע"א ד"ה האי; וכן בביאורו לרי"ף, גיטין דף ל"ה ע"ב ד"ה ההוא) מחלוקת בין הראב"ד לבין הרמב"ן: לדעת הראב"ד (השגה לרי"ף גיטין שם), קבלן שקיבל שדה לקצור וקצרוהו אחרים לפניו – מקבל את שכרו, כי סוף־סוף העיקר אינו העבודה, אלא תוצאותיה. ומה איכפת לו לבעה"ב מי גרם לאותן תוצאות? לכן הקבלן יקבל תשלום. ואילו לדעת הרמב"ן (ב"מ ע"ז ע"א ד"ה ואיתא, וכ"כ בספר הזכות) – אינו מקבל תשלום, שהרי סוף־סוף לא עשה כלום. (כך העיר לי מו"ר הרה"ג אברהם שפירא שליט"א).

ולפי מה שכתבנו בדעת הראב"ד, בקבלן העיקר הוא תוצאות המעשה, ולכן גם אם אחר עשה את המלאכה, זכאי הקבלן לקבל שכר, ולפי זה יש לומר שאם גם אחר לא עשה וגם הוא לא עשה, והמלאכה לא נעשתה כלל אלא היה אונס – לא מגיע לו כלום. שכן אונס שייך רק בפועל שנשכר לעבוד ימים מסויימים ואח"כ אירע אונס בעבודה, שסוף־סוף מגיע לו משהו. אך בקבלן, אם היה אונס ולא היתה שום תוצאה לעבודתו, לא מגיע לו כלל; שהרי כאמור, קבלן מקבל שכר על התוצאה ולא על העבודה, וכאן לא היתה שום תוצאה.

וא"כ בנד"ד, שהמעשה לא נעשה, ונגרם הפסד לחקלאים – גם הקבלן צריך להפסיד

אפילו לשיטת הראב"ד, ואין לחלק כאן בין קבלן לפועל. וצ"ע.

תשובה

נראה לענ"ד שבנד"ד יש לפסוק כדעת הנתיבות, שדעתו קרובה יותר לפשרה מדעת ערוה"ש. ולפיכך הדין יהיה כך:

א. במקרה שהפרי נרקב לפני שגדל, והפועל לא טרח בו כלום – לא מגיע לו כלום. (כדעת הנתיבות. ומלבד זאת, אין כאן מכת מדינה, ולכן כל ההפסד על הפועל).

ב. במקרה שהפרי גדל, ובגלל מכת המדינה נוצר מצב שהפועל לא היה צריך לטרוח הרבה – ההפסד על שניהם.

ג. במקרה שהפרי נשלח לשם זריקה למזבלה, אף שבעה"ב לא הרוויח, הפועל מקבל את כל שכרו, כדין חולה שמת. שמכיון שהפועל עשה את שליחותו, אע"פ שהחולה מת – צריך לשלם לו. והוא הדין כאן, שאע"פ שהפרי הושלך לאשפה, מכיון שהנאמן עשה את שליחותו והיה בשדה בזמן הוצאת הבצל – מגיע לו שכר רגיל.

ועי' בוויכוח שבין מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל לבין ידידי הרב צבי יהודה בן־יעקב ("תחומין" י"ב עמ' 221־200).

עוד נראה לענ"ד לומר, שאם בזמן חתימת החוזה עדיין לא היה בצל בתכנון, יש לומר שלא קיבל עבודה אלא לעבודה שתהיה. אך אם בזמן חתימת החוזה היה בצל בתיכנון, וגם עליו נחתם החוזה – גם על דעת הבצל קיבל את את העבודה, והדין כנ"ל.

ונראה לחשב את שכרו של הנאמן באופן זה: יש לחשב את ההפסד המוערך ממחיר הבצל המצופה, ובאותו יחס שבין ההפסד לבין המחיר המצופה, יש לנכות משכר הפועל.

ואף שהמגדלים חסכו הוצאות בהוצאת הבצל מן הקרקע, וההפסד קטן יותר, נראה לענ"ד שזה נחשב כ"כחש גופנא" (ב"ק נ"ט ע"א), ואנן קיי"ל ש"כחש גופנא" לא נקרא רווח, וצ"ע.

סימן קט

ביטול הסכם הדדי להחזקת משק

ראשי פרקים

שאלה
א. "שמור לי ואשמור לך"
ב. חיוב שמירה כשאינו צריך לשמירתו
ג. תוקפה של ההצעה הראשונית שהיתה ביניהם
ד. פיצוי על פירוק שותפות
תשובה
מסקנות

שאלה *

שני חברים בכפר, ראובן ושמעון, ערכו ביניהם הסכם, שכאשר כל אחד מהם יצא למילואים, יחזיק חבירו את משקו. ואכן ראובן גוייס למילואים, ושמעון החזיק את משקו בשעה שהיה מגוייס. (לטענתו, עבד במשקו של ראובן שעתיים־שלוש בכל יום). עברה שנה, ושמעון לא גוייס למילואים במשך כל אותה שנה. אי לכך

* תמוז תשל"ו.

ביטל שמעון את ההסכם ביניהם. אלא שהוא תובע מראובן שישלם לו שכר על עבודתו במשקו בשעה שהיה מגוייס. לטענתו, ההסכם ביניהם התבסס על ההנחה שכל אחד מהם יצא למילואים כנהוג. אך לאחר שהתברר לו שלא גייסו אותו, פקע ההסכם ביניהם למפרע, שהרי נמצא שהוא טרח במשקו של חבירו ללא סיכוי לקבל תמורה עבור טרחתו; ואדעתא דהכי לא הסכים לעבוד במשקו של ראובן. לדבריו, לפני שהגיעו להסכם ביניהם הציע לו ראובן שיעבוד במשקו בתשלום בשעה שיהיה מגוייס; אלא ששמעון העדיף את ההסכם ההדדי ביניהם. אך מאחר שהתברר לו שעבד ללא תמורה, הוא מסכים עתה להצעה הראשונה, ודורש שכר עבור עבודתו.

א. "שמור לי ואשמור לך"

ראשית יש לעיין, כיצד חלה התחייבותו של הנתבע (ראובן) להחזיק את משקו של התובע (שמעון). ונראה שניתן ללמוד זאת ממה שנאמר במשנה במסכת ב"מ (פ' ע"ב):

> שמור לי ואשמור לך – שומר שכר.

על כך נאמר בגמ' (פ"א ע"א):

> אמר רב ספא: דאמר ליה, שמור לי היום ואשמור לך למחר.

משמע שזה ששומר היום כבר נעשה שומר שכר משום שהשני התחייב לו לשמור למחר, והרי זה שכרו. וצ"ע כיצד נתחייב השני לשמור לו, וכי שמירה נקנית בחליפין? ועוד, מדוע הראשון נחשב לשומר שכר? בשלמא השני, הרי הוא שומר לאחר שהראשון כבר שמר וגרם לו הנאה, ולכן בזמן שהוא שומר לראשון – יש לו שכר. אך הראשון, בשעה ששמר, עדיין לא קיבל שום שכר על עבודתו, ואף שכרו לעתיד אינו מובטח, שהרי מי חייב את השני לשמור לו? (מיהו יש לומר שעצם ההנאה שיש בידיעה שהשני מוכן לשמור לו היא שכרו).

ובשלמא לשיטת הראב"ד (השגה הל' שותפין פ"ד ה"ב), הסובר שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים, יש לומר שכיון ששמר האחד, נשתעבד לו השני. ושעבוד זה הוא גם שכרו של הראשון. מיהו גם לדעת הראב"ד צריך קנין; וכאן לא היה קנין. אולם יש אומרים שאין צורך כלל בקנין (עי' שו"ע חו"מ סי' קע"ו סעי' ג' בהג"ה, שם נאמר: "אולם כל שמתנים זה על זה, מתקיים אפילו באמירה בעלמא"). ואולי מכאן נסתייע הראב"ד בסברתו. אך לדעת הרמב"ם (שם), החולק על הראב"ד, קשה (ועי' מחלוקת הרמב"ן והרשב"א, ב"ב ט' ע"א).

וכעין זה מצינו בשושבינות (ב"ב קמ"ד ע"ב – קמ"ה ע"ב), שנקנית בבי"ד וחל עליה דין מילוה (חוץ מלענין ריבית ושביעית, בגלל סיבות מיוחדות, יעוי"ש). וגם שם יש להקשות: כיצד התחייב המקבל לתת שושבינות לחבירו תמורת השושבינות שקיבל (וכיצד משתעבד אפילו ליורשיו)? ובשלמא לשיטת הראב"ד יש לומר שגופו משתעבד לשושבינות, משום שבההיא הנאה שנהנה כשקיבל את השושבינות, נתחייב להחזירה. אך לדעת הרמב"ם, כיצד מתחייב? ויש לומר ששם היה מנהג לראות את השושבינות כחוב, ונשתעבד מטעם מנהג. (ומכאן מוכח שמנהג מקנה גם בדבר שלא בא לעולם. עי' קצוה"ח סי' ר"א ס"ק א', ובפת"ש שם ס"ק ב'. ועי' לעיל סי' ג' אות י"ב והע' 79).

ולאור האמור יש להסתפק בנד"ד, אם אכן הנתבע השתעבד לעבוד במשקו של התובע. אך עכ"פ מצד "שארית ישראל לא יעשו עוולה ולא ידברו כזב" (עי' ב"מ ק"ו ע"ב), נראה שוודאי חייב הלה להחזיר מה שנתחייב לחבירו, אא"כ נאמר שאדעתא דהכי לא התחייב.

ב. חיוב שמירה כשאינו צריך לשמירתו

ואפילו אם נאמר שע"י שמירת האחד נשתעבד השני בשמירתו, צ"ע מה הדין במקום שהראשון אינו צריך עוד לשמירתו של השני (או שאינו רוצה בה), האם השני פטור מהשמירה או שהוא צריך לשלם את תמורתה? על שאלה זו ניתן לענות עפ"י מה שנאמר במשנה במסכת גיטין (ע"ד ע"א):

אמר רשב"ג: מעשה בצידן באחד שאמר לאשתו, הרי זה גיטך על־מנת שתתני לי איצטליתי, ואבדה איצטליתו; ואמרו חכמים: תתן לו את דמיה.

על כך נאמר בגמ' (שם ע"ב):

איתיביה: האומר לחבירו, קונם שאתה נהנה לי אם אי אתה נותן לבני כור אחד של חיטין... ר' מאיר אומר: אסור עד שיתן. וחכמים אומרים: אף זה יכול להתיר את נדרו שלא עפ"י חכם, ואומר, הריני כאילו נתקבלתי.

ומתרצת הגמ':

הכי השתא?! התם (בגט) לצערה קא מכוין, ולא ציערה. הכא (בנדרים) משום הרווחה הוא, ולא אצטריך.

מבואר איפוא, שהמתנה עם חבירו תנאי לצורך הרווחה ולא הצטרך להרווחתו, הרי זה כאילו נתקיים התנאי. וכן משמע בהמשך הגמרא:

ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה: כו"ע דלו תלת דלוותא ואכלי ריבעא, את דלי ארבעה ואכול תילתא. לסוף אתי מיטרא... אמר רב יוסף: הא לא דלה. רבה אמר: הא לא איצטריכא.

ולהלכה (שו"ע חו"מ סי' של"ד סעי' ד') **נפסק כרבה, שמי שהתנה לשלם לאריס שלו תמורת השקיה, ואתי מיטרא – כיון דלא אצטריכו ליה, משלם לאריס את כל שכרו. כלומר, שההשקיה ע"י הגשם נחשבת כאילו האריס השקה.** (מיהו לדעת התוס', ד"ה רבה, וכן לפסק השו"ע, סי' של"ד סעי' ג', שחילקו בין פועל ואריס – אין מכאן ראיה). **מיהו למדנו משם שרבה ורב יוסף שניהם סברי כרבנן, שהאומר על־מנת שתתני לי אצטליתי ואבדה איצטליתו, איצטליתו דווקא קאמר משום דלצעורה קא מכוין. אך במקום שבו התנאי נאמר להרווחה, מודים רבנן לרשב"ג שאין צורך לתת לו את איצטליתו דווקא. וקיי"ל כרבה וכרבנן, שבכל תנאי הבא להרווחה אין הכרח לקיים את התנאי כשלא היה בו צורך. וא"כ כאן, שמטרת התנאי היתה הצורך בהחזקת המשק בתקופת המילואים, יוצא שכאשר אין צורך בדבר, הרי זה כאילו נתקיים התנאי.**

וכך נפסק להלכה בשו"ע בהל' גיטין (אה"ע סי' קמג סעי' ו'), **שמחילה על האיצטלית לא מועילה, משום ששם לצעורה קא מכוין. ולעומת זאת בהל' נדרים** (יו"ד סי' רל"ב סעי' כ"ב) **נפסק שמחילה מועילה, משום ששם להרווחה קא מכוין.**

וא"כ גם כאן אומדים אנו את דעתו, שעל דעת זה התנה, שאם יזדקק לעזרת חבירו יקבלנה, ובגלל הסיכוי הזה הסכים לעבוד עבורו. ועתה, שאינו צריך את העבודה או שאינו רוצה בה, אינו יכול לדרוש תמורה אחרת עבור עבודתו.

מיהו אם כתוצאה מהשינוי בתנאים הורעו גם היחסים האישיים שביניהם, יתכן שיש לחלק בין אם אינו צריך לעבודתו, כגון שלא קראו לו לשירות מילואים, לבין אם אינו רוצה בעבודתו בגלל היחסים שהורעו ביניהם. ובאפשרות השניה יש לומר שמכיון שהעכבה היא גם מצידו של הנתבע, לא מסתבר שייפטר מלפרוע את חובו.

ג. תוקפה של ההצעה הראשונית שהיתה ביניהם

והנה בנד"ד הנתבע הציע בתחילה תשלום תמורת עבודתו של התובע במשקו, אלא שהתובע הציע עבודה תמורת תשלום והנתבע הסכים. וא"כ יש לומר שמכיון שבהסכם המקורי דובר על תשלום, והעבודה לא באה אלא במקום תשלום – יוצא שעתה, שאין צורך בעבודה, חוזר וחל על הנתבע חיוב תשלום לתובע עבור עבודתו במשקו. מיהו זה אינו, שהרי מכיון שסוכם ביניהם בסופו של דבר על עבודה תמורת עבודה, עבודה בלבד הוא חייב לו, ולא תשלום.

וכעין זה דנה הגמרא במסכת גיטין (כ"ט ע"ב) **בשליח גירושין שקיבל הנחיה למסור את הגט בעצמו, ומכיון שלא יכול היה לבצעה, קיבל הנחיה מתקנת, למסור לאדם אחר.**

וייתכן שנד"ד תלוי בשתי הלשונות שם בגמרא. וכך נאמר שם:

ההוא גברא דשדר להּ גיטא לדביתהו. אמר שליח: לא ידענא להּ. אמר ליה: זיל יהביה לאבא בר

מניומי. אשכחיה לר' אבהו ור' חנינא בר פפא ור' יצחק נפחא, ויתיב רב ספרא גבייהו. אמרו ליה: מסור מילך קמי דידן, דכי ייתי אבא בר מניומי ניתביניה ליה... אמר להו רב ספרא: והא שליח שלא ניתן לגירושין הוא (רש"י: השליח הזה לא נעשה שליח לגרשה אלא למוסרו לאבא בר מניומי, הלכך לאו במקום בעל קאי למוסרו ביד אחר)! איכסופו.

אמר רבא: קפחינהו רב ספרא לתלתא רבנן סמוכי. אמר רב אשי: במאי קפחינהו? מי קאמר ליה אבא בר מניומי ולא אתי?! (רש"י: הלא אינה תשובה. דמי אמר ליה בעל אבא בר מניומי יגרשנה ולא אתה?! אי הוה האי ידע לה, הרי ציווהו תחילה לגרשה).

איבא דאמרי: אמר רבא: קפחינהו רב ספרא לתלתא רבנן סמוכי **בטעותא**. אמר רב אשי: מאי טעותא? מאי קאמר ליה, אבא בר מניומי ולא אתי?! (רש"י: מאחר שאינך מכירה, הוא יהא שליח מעתה ולא את).

כלומר, כשאדם מבקש ממישהו דבר, והלה אינו יכול (או אינו רוצה) למלא את הבקשה כמות שהיא, וכתוצאה מכך מחליף המבקש את הבקשה בבקשה אחרת, שהיא נוחה יותר לשני – יש שתי אפשרויות לדון בדבר:

א. לומר שבכך הוא ויתר לגמרי על משאלתו הראשונה.

ב. לומר שהוא נשאר עדיין במשאלתו הראשונה, אלא שהוא נאלץ לוותר עליה בגלל אי יכולתו של חבירו למלאה, וא"כ יכול הלה, אם ירצה, למלא את משאלתו הראשונה של המבקש.

הרמב"ם (הל' גירושין פ"ט הל' ל"ט) פסק כרב אשי בלישנא בתרא, כלומר, שברגע שהמשלח מינה את השליח לשליחותו, הוא חזר בו ממשאלתו הראשונה, ואין לשליח עוד סמכות לגרש.

וא"כ הוא הדין בנד"ד: אמנם משאלתו הראשונה של ראובן היתה ששמעון יעבוד אצלו בשכר. אולם לאחר ששמעון הציע שיעבדו זה אצל זה בתקופת המילואים של כל אחד, חזר בו ראובן מהצעתו הראשונה. וההסכם ביניהם חל רק על העבודה ולא על שכרה.

אלא שבתוס' (גיטין שם ד"ה הכי) **גרס ר"ת בלישנא בתרא, שרב אשי אינו חולק על רבא אלא מסביר אותו. כלומר, בשתי הלשונות סובר רב אשי שמשלח לא ביטל את המינוי הראשון, ואיפשר לשליח למסור את הגט בעצמו.**

הר"ן (לרי"ף גיטין ט"ו ע"א ד"ה קפחינהו) **כתב שיש לחוש לשתי השיטות לחומרא. וכן פסק בשו"ע** (אה"ע סי' קמ"א סעי' ל"ו). **וא"כ בנד"ד יש ספק אם ראובן התחייב לשמעון שכר עבודה או רק להחזיר לו עבודה בתמורה. וא"כ אמרינן "המוציא מחבירו עליו הראיה".**

אם כי יש לחלק בין שליחות, שבה יש צורך במינוי לדעת הרמב"ן, לבין נד"ד, שדי בגילוי דעת. וא"כ גם מי שסובר בשליחות כלישנא בתרא, האומרת שהמשלח חזר בו ממינויו – יתכן שיודה בנד"ד, שגילוי דעתו שישלם תמורת עבודתו נשאר בתוקף. אך לדעת הר"ן אין לחלק בין שליחות לבין נד"ד (עי' ר"ן לרי"ף גיטין דף ל"ב ע"ב, ד"ה מתני').

ד. פיצוי על פירוק שותפות

אלא שאם כן נמצאת מדת הדין לוקה. בתחילה נשתתפו שניהם; ועכשיו, שאחד מהם חזר בו ביוזמתו, אחרי שחבירו כבר עבד לו, היכן הצדק? וכעין זה העיר בנתיה"מ (סי' קע"ו, ביאורים ס"ק ד') **עפ"י תשובת המהרי"ק** (שורש קפ"א). ומדבריו משמע ששותף המפרק את השותפות לפני שנגמר הזמן שדובר עליו, אמנם פטור מלהחזיר את גוף הדבר שהרוויח, אך הוא חייב להחזיר את שוויו. וא"כ גם כאן יתחייב ראובן לשלם לשמעון את שוויה של העבודה שעבד עבורו.

וא"כ יש מקום לומר שאמנם מצד חיובו של ראובן לשלם עבור עבודתו של שמעון בעת שהיה במילואים, הוא פטור משום שהמוציא מחבירו עליו הראיה; אך מאידך הוא חייב לפצותו תמורת העבודה שעשה לו.

והנה יש לחקור בדעת המהרי"ק והנתיבות, שכתבו שמי שמילא את חובתו בשותפות ואח"כ חבירו פירק את השותפות, הרי הוא חייב לו ממון, מהו גדר החיוב? האם ראובן חייב לשלם לשמעון מדין פועל? שאם כן, נמצא שהוא עובר על "בל תלין". ואיסור "בל תלין" חמור מכל חוב ממון בכך שיש לו דין איסורא ולא ממונא, וספיקו לחומרא (עי' קצוה"ח סי' של"ט ס"ק א'). אך יתכן שחייב מטעם מזיק, וא"כ אין לו דין איסורא אלא ממונא. וצ"ע.

תשובה

מכל האמור עולה שיש ספק אם ראובן חייב לשלם לשמעון את שכר עבודתו על החזקת המשק בתקופה שהיה במילואים; ויש ספק אם לראות בכך ספק איסור או ספק ממון. ומכיון שסוף־סוף הנתבע נהנה מעבודתו של התובע, והצדדים הסכימו לפשרה, נראה לענ"ד שמן הראוי שהנתבע יפצה את התובע בשני שליש מערך עבודתו, בכסף או בצורה אחרת.

מסקנות

א. ב"שמור לי ואשמור לך", לדעת הראב"ד, הראשון נעשה שומר שכר משום שע"י שמירתו השני משתעבד לו כעבד; ובדעת הרמב"ם יש לומר שהראשון נעשה שומר שכר מכוח ההנאה שיש לו בידיעה שחבירו ישמור לו למחרת.

ב. גם שושבינות, לדעת הראב"ד, מחייבת מדין שיעבוד כעבד. ובדעת הרמב"ם יש לומר שהיא מחייבת מכוח מנהג (וייתכן שמנהג קונה אפילו בדבר שלא בא לעולם).

ג. "שמור לי ואשמור לך", וזה ששמר לא נזקק לשמירתו של חבירו – הרי חבירו פטור מלשלם על השמירה שכבר בוצעה.

ד. התחייבות שמטרתה הרווחה פוקעת במצב שבו המחייב אינו זקוק עוד לביצוע ההתחייבות.

ה. הצעה ראשונית אינה מחייבת כלל, גם אם באופן עקרוני היא נשארה מקובלת על שני הצדדים, אלא שמשיקולים נוספים הסכימו ביניהם על הצעה אחרת.

ו. שותף שפירק שותפות לפני שהגיע הזמן שהוסכם עליו, חייב לשלם לשותפו את השקעותיו ואת שכר פעולתו מתוך הרווחים שהיו עד אז; אך לא שייך לומר כך בשותפות שפורקה בהסכמה או בשותפות שעבר זמנה.

ז. חיוב התשלום על פירוק שותפות, יש ספק אם הוא מדין שכר עבודה (וחל עליו איסור "בל תלין", שספיקו לחומרא) או מדין תשלום חוב (וספיקו לקולא).

סימן קי

שואל מכונית שלא מדעת הבעלים

ראשי פרקים

שאלה
א. גונב על מנת למיקט ושואל שלא מדעת
ב. חובת התשלום מדין גזלן
ג. חובת התשלום מדין גנב
ד. חיוב תשלומי כפל
ה. גונב על־מנת להחזיר, מהתורה או מדרבנן?
תשובה
מסקנות

שאלה *

אדם אחד נטל את מכוניתו של חבירו ללא רשות, והחזיר אותה לאחר מכן. מה דינו? בעל המכונית תבע את הגנב בפני המזכירות ודרש שיענישו אותו. ואכן מזכירות הכפר ראתה את המעשה בחומרה רבה, וביקשה להעניש את אותו חבר. אמנם אין דיני קנסות בימינו, אך אם נניח שיש למזכירות סמכות להעניש גנבים, האם היא רשאית לקנוס אותו בכפל, דהיינו: לשלם סכום השווה לערך מכונית, או משהו דומה לזה?

א. גונב על מנת למיקט ושואל שלא מדעת

כדי לעמוד על דינו של השואל שלא מדעת, יש לעיין במה שנאמר במסכת ב"מ (ס"א ע"ב) בענין דומה:

"לא תגנובו" דכתב רחמנא (ויקרא י"ט י"א), למה לי? לכדתניא: "לא תגנובו" – על מנת למיקט (לצער). "לא תגנובו" – על מנת לשלם תשלומי כפל (רש"י: שרוצה להנותו, ויודע בו שלא יקבל).

ונראה לענ"ד ששואל שלא מדעת חמור מגונב על־מנת להקניט או על־מנת לשלם כפל. והראיה – ששואל שלא מדעת חייב באונסין (ב"מ מ"ג ע"ב; רמב"ם הל' גזילה פ"ג הט"ו). ואילו בגונב על־מנת למיקט יש מחלוקת בין הפוסקים אם חייב באונסין: בקצוה"ח (סי' שמ"ח ס"ק א') הסתפק בשאלה זו, ודעתו נוטה לפטור. וכן פסק בערוה"ש (סעי' ג'), שפטור. ועי' חזו"א (ב"ק סי' כ' ס"ק ד' ד"ה נחית), הסובר שגונב על־מנת להחזיר חייב באונסין.

וכתב בטבעת החושן (סי' שמ"ח ד"ה והיה) שהסברא נותנת ששואל שלא מדעת חמור יותר מגונב על־מנת למיקט, כי שואל שלא מדעת מתכוון להשתמש בחפץ הגזול, בעוד שגונב על־מנת למיקט אינו מתכוון כלל להשתמש בחפץ הגזול. וגם החזו"א יודה לו, שלא חייבו באונסין אלא את המשתמש בגזלה. וא"כ יתכן שאינו עובר מהתורה, וחיובו באונסין הוא בגלל שימושו בחפץ. ולפי זה מי שסובר שגונב על־מנת למיקט עובר על "לא תגנובו" מהתורה (כפי שמשתמע מהסוגיא בב"מ), ק"ו לשואל שלא מדעת, שחייב מהתורה.

אמנם הלח"מ (הל' גניבה פ"א ה"א) כתב שגונב על־מנת למיקט אינו עובר מן התורה. ודייק זאת מלשון הרמב"ם (הל' גניבה פ"א ה"ב) והשו"ע (סי' שמ"ח סעי' א'):

ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב על־מנת להחזיר או על־מנת לשלם... – הכל אסור, **שלא ירגיל עצמו בכך**.

אך גם בעלי דעה זו, יתכן שיודו בשואל שלא מדעת ויאמרו שהאיסור הוא מן התורה.

אמנם ממה שכתב הראב"ד (מובא בשטמ"ק ב"ק צ"ז ע"א ד"ה אי) משמע שזה ששואל שלא מדעת הוא גזלן – זהו רק קנס מדרבנן, ולדעתו צריך

* ניסן תשכ"ז.

לומר שק"ו שגונב על־מנת למיקט אינו אסור אלא מדרבנן. אך יש לומר שאף אם אין ק"ו, לכל הפחות נראה ששניהם שווים; ואין סברה להקל בשואל שלא מדעת יותר מאשר בגונב על־מנת למיקט.

וא"כ יתכן לומר שגם גונב על־מנת למיקט וגם שואל שלא מדעת אסורים מדרבנן, וייתכן לומר ששניהם אסורים מהתורה, וייתכן גם לומר שגונב על־מנת למיקט הוא מדרבנן ושואל שלא מדעת הוא מהתורה. ועכ"פ לא מסתבר לומר ששואל שלא מדעת קל יותר מגונב על־מנת למיקט. (ועי' לקמן אות ה', שם הבאנו מהאנציקלופדיה התלמודית שגונב על־מנת להחזיר קל יותר מגונב על־מנת למיקט; שם אינו מתכוון להשהות את הגניבה אצלו, אך **כשמשתמש** בגניבה בוודאי דינו חמור יותר מגונב על־מנת למיקט).

ב. חובת התשלום מדין גזלן

לאור מה שאמרנו, שדינו של השואל שלא מדעת הוא לפחות כמו גונב על־מנת למיקט, צ"ע, איזה תשלום יש להטיל על אותו חבר שלקח את מכוניתו של חבירו?

נאמר במסכת ב"ק (צ"ז ע"א):

> איתמר: התוקף ספינתו של חבירו 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. ואי בעית אימא: הא והא דעבידא לאגרא – הא דנחית לה אדעתא דאגרא, הא דנחית לה אדעתא דגזלנותא.

וא"כ בנד"ד, שהמכונית אינה עומדת להשכרה, צריך לשלם לו את הפחת, דהיינו: הוצאות דלק ובלאי.

אמנם החזו"א (ב"ק סי' כ' ס"ק ג' ד"ה הגר"א) כתב שאם הפחת לא שינה את הגזילה, אינו משלם את פחתה. ומדבריו יוצא שבשינוי קל כזה, של בלאי, פטור מלשלם. מיהו את הוצאות הדלק בוודאי חייב לשלם, שהרי שרף בנזין של זולתו, ומה לי בנזין בתוך מיכל הדלק במכונית ומה לי במקום אחר?

אלא שגם אם נאמר כן, זהו מעיקר הדין; אך ודאי שגם החזו"א יודה שאם יש כוח בידינו להעניש את הגזלן, מן הראוי שישלם לפחות את כל הפחת, אם לא יותר מזה; שהרי בוודאי כלפי שמים חייב לשלם את כל הפחת, ק"ו מגרמא בנזיקין.

בנתיה"מ (סי' שס"ג ס"ק ו') כתב בשם הרשב"א (ב"ק צ"ז ע"א ד"ה אמר, הא) שמ"מ אין לו דין של גזלן, משום שלא נתכוון לגזול. ונפק"מ לענין השברים, שאם החפץ הגזול נשבר, יכול להחזיר את השברים ולהשלים עליהם את החסר, ואם הוזלו – האחריות אינה עליו, כיון שלא קנאה. מיהו קנסוהו לענין אונסין, כדין שואל שלא מדעת. ובטבעת החושן פירש את ההבחנה בין חיוב אונסין לפטור שברים, שאמנם אין לו דין גזלן לקנות את השברים, מיהו לא גרע משואל שחייב באונסין (וזאת היא סברת רבא, סנהדרין ע"ב ע"א, ע"ש).

ולפי זה אין להעניש אותו כגזלן גמור. וצ"ע איזה עונש ראוי להטיל עליו.

ג. חובת התשלום מדין גנב

בדין "גונב על־מנת למיקט" כתב בשטמ"ק (ב"מ ס"א ע"ב ד"ה ע"מ):

> יש מפרשים דמיירי שהוא אינו רוצה לעכב הגניבה בידו, אלא הוא גונב כדי לצערו. ולא נראה, דהא מעשים בכל יום שעושים כן. לכך יש מפרשים דוודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו, אבל אינו גונב בשביל שום הנאה, אלא כדי לצערו.

ולפי זה צ"ע בגונב על־מנת להחזיר, האם עובר משום "לא תגזול" מן התורה? אך בשו"ע (סי' שמ"ח סעי' א') הוסיף:

> אסור לגנוב... ואפילו על־מנת להחזיר... או כדי לצערו – הכל אסור.

ומשמע שעובר על איסור מהתורה. וא"כ יש איסור גם בעל־מנת להחזיר. ופירוש "על־מנת להחזיר" הוא שלקח את החפץ **לצורכו**, על־מנת

להחזיר אותו בעינו (סמ"ע ס"ק ב'), וכן הסיק בקצוה"ח (ס"ק א') **עפ"י הרמב"ם** (סהמ"צ, ל"ת רמ"ד) שאפילו הגונב על־מנת להחזיר הוא בכלל האיסור. ולכאורה דינו כדין שואל שלא מדעת. וא"כ צ"ע אם יש לו דין גנב או דין גזלן. ונפק"מ לענין כפל. ונראה לענ"ד לפשוט חקירה זו, ולומר שהשואל שלא מדעת יש לו דין גנב, מפני שאינו גוזל בידים אלא רק משתמש בחפץ שאינו שלו.

ד. חיוב תשלומי כפל

לאור מה שכתבנו שהשואל שלא מדעת הוא גנב, יש לעיין אם חייב בתשלומי כפל.

ולכאורה יש להוכיח שאינו חייב כפל, מתוך לשון הרמב"ם (הל' גניבה פ"א ה"ב) שלא כתב "על־מנת לשלם **כפל**" אלא רק "על־מנת **לשלם**". וכתב הלח"מ (שם) בפירוש הדברים, שכוונת הלוקח היא שאם החפץ יאבד, ישלם את דמיו. ומשמע שאם אבד, חייב באונסין (מיהו יש לומר שאמנם הלוקח סבור כן, אך האמת לא כן), אך אינו חייב כפל. אך בסהמ"צ (ל"ת רמ"ד) כתב הרמב"ם: "לא תגנובו – על־מנת לשלם **ארבעה וחמישה**"! וצ"ע.

וכן לפי גירסתנו בגמרא (ב"מ ס"א ע"ב) – ולפי מה שפירש רש"י (ד"ה על מנת), דגרסינן "לשלם **תשלומי כפל**" – משמע שחייב כפל (מיהו יש לומר כנ"ל, שזה מה שהלוקח סבור, אך אין זו האמת). ושמא אין לומר שחייב כפל אלא כשהתכוון להשאיר את הגזילה אצלו עד שיתפסו אותו, ובעל־כרחו ישלם כפל. אך אם לקח על־מנת להחזיר, אינו חייב כפל, שהרי א"כ כוונתו להיות "מודה בקנס", שפטור (רמב"ם הל' גניבה פ"א ה"ה). אך זה לא מסתבר. ומסתבר לומר שסתם גונב על־מנת לשלם כפל בהכרח מתכוון להחזיר, אם כי לא מרצונו, שהרי אז ייפטר מהכפל, אלא בעל־כרחו. אך סוף־סוף אינו נוטל את הגניבה למען עצמו וכדי לזכות בה.

מיהו כל זה לפי גירסתנו בגמרא ולפי פירוש רש"י. אך לדעת הרמב"ם, שלא גרס כן, יתכן שבאופן זה אינו חייב כפל.

ה. גונב על־מנת להחזיר, מהתורה או מדרבנן?

ואין לומר שאם חייב באונסין, גם חייב בכפל; שכן יש לחלק, כמו שכתבנו לעיל (אות ב') בשם הנתיבות.

מיהו יתכן שהקשר בין חיוב אונסין לחיוב כפל תלוי בשאלה אם איסור זה, של גונב על מנת להחזיר, הוא מדרבנן או מן התורה: שאם נאמר שהוא מדרבנן, יתכן שאמנם רבנן לא קנסו כפל, אך חייבו אותו באונסין, משום שמסתבר להטיל עליו את כל האחריות למה שעשה. והרמב"ם הולך לשיטתו (שם), שסובר שאיסור זה הוא מדרבנן, שהרי נתן טעם לדבר שלא יתרגל לגנוב, ולא הביא את הפסוק "לא תגנובו". אך לפי גירסתנו בגמ' ולפי פירוש רש"י, איסור זה הוא מן התורה מריבוי הפסוק "לא תגנובו", ולכן חייב גם כפל.

ובאנציקלופדיה תלמודית (ערך "גנבה", ח"ו עמ' ר"ו הע' 30) הוכיחו שאלו הסוברים שהגונב על־מנת להחזיר אינו עובר בלאו מהתורה, ע"כ סוברים שגונב על־מנת למיקט הוא איסור תורה. שאם נאמר שהוא מדרבנן, מה איכפת לנו בכוונתו? ורצונם לומר שאם האיסור הוא מדרבנן, והטעם לכך הוא שלא יתרגל לגנוב – זה שייך בכל ענין, גם אם מתכוון להחזיר. אך אם האיסור הוא מן התורה – יש חילוק בין מתכוון להשהות לבין מתכוון להחזיר, שאז אין לו שם "גנב" כלל. ולפי זה ע"כ צריך לומר שהגונב על־מנת לשלם כפל מתכוון להשאיר הגניבה אצלו עד שיתפסוהו ויאלצוהו להחזיר את הגניבה; אך זה שהחזיר את הגניבה מעצמו, לא ישלם כפל; וכן הדעת נותנת, שהרי מחזיר גניבה עדיף ממודה, ומודה בקנס פטור.

ואף לפי פסק השו"ע (סי' שמ"ח סע' א') שכתב שגם במתכוון להחזיר אסור, ע"כ זה רק מדרבנן; ולפי מה שכתבנו מסתבר לומר שאין בו חיוב כפל. אך קשה, שהרי השו"ע נקט גם

"על־מנת לשלם כפל". וצריך לומר שזוהי סברתו המוטעית של הגנב, או שגם באיסור גניבה דרבנן שייך כפל, ומדרבנן; וצ"ע.

תשובה

אמנם אדם זה, ששאל רכב שלא מדעת בעליו, עבר איסור (מדאורייתא או מדרבנן), ומעיקר הדין היה מקום לומר שחייב בתשלומי כפל.

מיהו בזמן הזה, שאין לנו דיינים סמוכים הדנים דיני קנסות, אין תשלומי כפל. ואף שמנדין על דברים אחרים (שו"ע סי' א' סעי' ה'), אין מנדין על תשלומי כפל, כמו שכתבו הש"ך (חו"מ סי' א' ס"ק י"ד) והסמ"ע (ס"ק י"ח). ומה עוד שהלה הודה, ויש אומרים שגם בזה"ז הודאה פוטרת מקנס, לפחות כשלא באו עדים אחר־כך (עי' קצוה"ח סי' א' ס"ק ו', נתיה"מ שם ס"ק ה').

וא"כ מסקנתנו היא, שאין לנדות את הנתבע על תשלום הכפל, בגלל כמה ספיקות שיש כאן:

א. שמא הוא מוגדר כגזלן ולא כגנב.

ב. שמא בגניבה כגון זו אין משלמין כפל.

ג. שמא הודאה בקנס פוטרת בזה"ז, ולפחות אינה מחייבת בקנס.

ד. בזה"ז אין מנדין על כפל.

ונראה גם שמידת הדין אינה מצדיקה שעל שימוש ללא רשות ברכב ישלם דמי רכב שלם, שהוא סכום גבוה מאד. ואילו היה לו דין גנב גמור, זוהי מידת הדין. הוא רצה שהרכב יהיה שלו לגמרי, בידיעה שהנגנב יפסיד את כל הרכב, ולכן גומלים לו מדה כנגד מדה, והוא צריך לשלם כפל. אך כאשר אינו נוטל את הרכב על־מנת לזכות בו לגמרי, אלא לשימוש זמני – אמנם צריך להעניש אותו על כך, אך לא בתשלום כפל.

אך פטור בלא כלום אי אפשר. ואם תפיסת הניזק היתה יכולה להועיל, היה מותר לנו לומר לבעל הרכב לתפוס משהו מנכסי השואל כדי שהלה לא יעשה מעשה כזה בפעם אחרת. אך אין אנו יכולים להורות לניזק לתפוס כפל. מיהו, מכיון שיש ספק ספיקא לרעתו של בעל הרכב, ואפילו אם יתפוס משהו, למ"ד ספק ספיקא מוציא ממון * – יוציאו ממנו את מה שתפס. אך גם לסוברים שאין מוציאין, אין לנו להורות לו לכתחילה שיתפוס. ונראה שראוי לקנוס אותו בסכום מסוים עפ"י החלטת המזכירות למען ישמעו ויראו ולא יזידון עוד. ואע"פ שאין לנו בי"ד סמוכין, מטילין קנסות עפ"י ז' טובי העיר (סמ"ע סי' א' ס"ק כ'), ולדין זה הדבר בסמכותה של מזכירות הכפר (ועי' לעיל סי' ב' אות ט').

מסקנות

א. שואל שלא מדעת חמור מגונב על מנת למיקט. ולהרבה שיטות הוא עובר על איסור תורה.

ב. לשואל שלא מדעת אין דין "גנב", ואף לא דין "גזלן", שהרי אינו תוקף בידים.

ג. הגונב על־מנת לשלם כפל – אמנם לדעת רש"י (ולפי הגירסא בגמרא שבדפוסים) חייב כפל, אבל לדעת הרמב"ם יתכן שהוא פטור מכפל (מכוח ההשוואה בין מש"כ במשנה תורה למש"כ בסהמ"צ).

ד. שואל שלא מדעת, יש להסתפק אם חייב כפל; ומסתבר שלפי מה שנפסק בשו"ע שאיסורו מדרבנן, אינו חייב בתשלומי כפל.

ה. בזה"ז, שאין דיני קנסות נוהגים, יש לנבחרי הציבור סמכות לקנוס עבריינים.

* עי' תוס' (כתובות ט' ע"ב ד"ה אי, י"ב ע"א ד"ה וניחש); ועי' שב־שמעתתא (שמעתא א' פרקים כ"ג־כ"ד), שכתב שרק כשיש כתובה מוציאין ממון בספק ספיקא. ובקונטרס הספיקות (כלל ו' ס"ק ז') כתב שרוב הפוסקים חולקים על המהר"י ן' לב שהסתמך על התוס' הנ"ל להוציא ממון מספק ספיקא.

סימן קיא

קניית שטרי גורל

ראשי פרקים

שאלה

א. גדר "אסמכתא"

ב. שיטת הרמב"ם במחלוקת האמוראים

ג. פסק ההלכה בשו"ע

ד. גדרו של מפעל הפיס

תשובה

שאלה *

האם מותר לקנות כרטיסי הגרלה של מפעל הפיס וכדו'?

א. גדר "אסמכתא"

נאמר במשנה במסכת סנהדרין (כ"ד ע"ב):

ואלו הן הפסולין: המשחק בקוביא...

על כך נאמר בגמרא:

משחק בקוביא, מאי קא עבידי? אמר רמי בר חמא: משום דהוה "אסמכתא", ו"אסמכתא" לא קניא. רב ששת אמר: כל כי האי גוונא לאו "אסמכתא" היא, אלא לפי שאין עסוקין ביישובו של עולם.

ופירש רש"י (ד"ה "אסמכתא"):

"אסמכתא" – היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו אלא סומך על דבר שאינו; דסבור שהוא יכול לנצח, ופעמים שמנצחין אותו.

ובהסבר דעת רב ששת, הסובר שהמשחק בקוביא אינו "אסמכתא", כתב רש"י (ד"ה כל):

והיכי דמי "אסמכתא"? ...דסומך על לא דבר. דסבור כל זה בידי לעשות. ומרישא כי מתני, אדעתא דלא יהיב ליה ל"אסמכתא" קא מתני, דטועה וסבור לא יבוא לידי כך. אבל הכא לא סמיך אמידי; דהא לא ידע אי נצח אי לא נצח.

ובתוס' (ד"ה כל) הקשו עליו ממסכת ב"מ (ע"ד ע"א), שם משמע איפכא, שדווקא במקום שהדבר אינו בידו, שם הויא "אסמכתא". ולכן פירש ר"ת:

אבל הכא לא הויא "אסמכתא", משום דכיון דשנים הם, כל אחד ואחד מקני לחבריה, מיגו דאי מרווח בעי איהו למקני, בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה.

ולפי זה צ"ע בשטרי הגורל הנהוגים כיום, מה דינם, האם הם "אסמכתא" או לא? לשיטת רש"י, מכיון שהזכיה וההפסד אינם תלויים בקונה הכרטיס – פשוט שאין זו "אסמכתא". ואילו לשיטת ר"ת הדבר צ"ע: מצד אחד יש לומר שמקרה זה דומה לשנים, שכל אחד מתחייב לתת לחבירו אם יזכה בגורל. וא"כ אין זו "אסמכתא". ומצד שני יש לחלק, מכיון שר"ת מדבר על מקרה שאף אחד עוד לא נתן את חלקו אלא רק **התחייב** לשלם לחבירו אם יקרה כך וכך. אך בנד"ד קונה הכרטיס כבר שילם את חלקו, ואילו מפעל הפיס עדיין לא שילם. וא"כ לכאורה לא שייכת כאן הסברא של ר"ת, שכל אחד מקנה לחבירו "מיגו דאי מרווח בעי איהו למקני... גמר ומקני לחבריה". שהרי בנד"ד הוא אמנם רוצה להרוויח, אך בינתיים כבר הקנה את התשלום לצד השני. אך מסתבר לומר שאדרבה, ק"ו הוא: ומה כשעוד לא שילם, מכיון שמתכוון להרוויח, בההיא הנאה גמר ומקני, ואפילו כשיתברר לו שיפסיד, משלם את מה שהתחייב בלב שלם; ק"ו כאן, שכבר שילם מתוך תקוה שירוויח, גמר ושילם בלב שלם.

והדבר דומה למה שכתבו התוס' (שם, בסוף דבריהם) שכאשר מעות שניהם מונחות על הדף, המקום קונה את המעות, ואין כאן "אסמכתא". מיהו יש לחלק בין קונה הכרטיס, שכבר הניח את כספו על קרן הצבי, לבין חברת ההגרלות,

* סיון תש"ל.

שהיא רק **מתחייבת** לשלם. ואעפ"כ נראה לענ"ד שאין כאן "אסמכתא", כמו שיתבאר להלן.

וא"כ נמצא שבין לרש"י ובין לר"ת אין "אסמכתא" בשטרי גורל.

ודעת ר"י (שם בתוס') קרובה לדעת רש"י, שאם אין הדבר כלל בידו, אין כאן "אסמכתא", משום שיודע מראש שאין לו סיכוי להרוויח יותר מאשר להפסיד. וא"כ גם לדעתו אין בשטרי גורל משום "אסמכתא".

ב. שיטת הרמב"ם במחלוקת האמוראים

כל הדיון לעיל (אות א') הוא בדעת רב ששת, שאמר שכל כי האי גוונא לא הוי "אסמכתא"; אך לדעת רמי בר חמא אפילו בכה"ג הוי "אסמכתא". וא"כ צריכים אנו לברר כיצד נפסק להלכה.

בהמשך הסוגיא נאמר:

> מאי בינייהו? איכא בינייהו, דגמר אומנותא אחרינא.

דהיינו: לדעת רמי בר חמא פסול אפילו אם יש לו אומנות אחרת; ואילו לדעת רב ששת כשר בכה"ג.

ופסק הרמב"ם (הל' עדות פ"י ה"ד):

> ועוד יש שם רשעים שהן פסולין לעדות... וכן משחק בקוביא, והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא. הואיל ואינו עוסק ביישובו של עולם, הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא, שהוא אבק גזל.

וא"כ משמע מהרמב"ם שפוסק כרב ששת, שקוביא אינה גזל, וכל הפסול של משחק בקוביא הוא רק כאשר אין לו אומנות אחרת, ומשום שאינו עוסק ביישובו של עולם.

אך הכס"מ (ד"ה וכן) הקשה ממה שפסק הרמב"ם (הל' גזילה פ"ו ה"י):

> המשחקין בקוביא, כיצד? אלו שמשחקין בעצים או בצרורות או בעצמות וכיוצא בהן, ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חבירו באותו שחוק יקח ממנו כך וכך – הרי זה גזל מדבריהם. אע"פ שברצון הבעלים לקח, הואיל ולקח ממון חבירו בחינם דרך שחוק והיתול – הרי זה גזל.

וכן יש להקשות מדברי הרמב"ם עצמו בהל' עדות לפי הגירסא האומרת: "שאוכל מן הקוביא, שהוא **גזל**" (כי לגירסא "**אבק גזל**" לא קשה כל כך. עי' לח"מ).

וא"כ אפילו אם יש לו אומנות אחרת צריך להיות פסול! ותירץ הכס"מ שבהל' עדות מדובר כשמשחק עם העכו"ם. ועל כך כתב הרמב"ם (הל' גזילה שם הי"א):

> והמשחק בקוביא עם העכו"ם אין בו איסור גזל, אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים; שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה וביישובו של עולם

ורצונו לומר שאין בזה איסור גזל מן הגוי, משום שאין העכו"ם מקפיד על כך, או שאין גזל בגוי אלא כשעושה כלשון הכתוב "ויגזול החנית מיד המצרי". ואע"פ שגם ישראל אינו מקפיד על כך, והישראל נותן לו את הממון בידיו, בכל זאת בישראל ההלכה רואה גם ב"אסמכתא" גזל, ולכן אסור לקחת ממנו. אך גוי, שאינו מחוייב להלכה, מכיון שאינו רואה בכך גזל – אין איסור ליטול ממנו.

וכתב הכס"מ שבמשחק עם העכו"ם, אם אין לו אומנות אחרת – חזקתו שמשחק גם עם ישראל, ובישראל זהו גזל. ועי"ש שהאריך להוכיח שהרמב"ם פוסק כרמי בר חמא, שהמשחק בקוביא יש בו משום גזל.

אך הלח"מ דוחה את הסברו של הכס"מ בדעת הרמב"ם, כי אין רמז בדברי הרמב"ם לכך שהמדובר במשחק עם גוי, ושחזקתו משחק גם עם ישראל. ולכן מסביר הלח"מ את הרמב"ם באופן אחר, ובכך כבר קדם לו הר"ן (סנהדרין כ"ו ע"ב ד"ה אמר), שאכן יש במשחק בקוביא אבק גזל או גזל מועט, אלא שאנשים אינם סבורים שהם גוזלים בכך (וכמו שכתבנו לעיל לגבי גוי), ולכן אינם נפסלים משום כך לעדות. אך כאשר אין להם אומנות אלא הוא, חזקה עליהם שאוכלים מן הקוביא.

ובטעם פסולו של עד האוכל מן הקוביא צריך לומר כמו שכתב הטור (חו"מ סי' ל"ד), שמכיון שאינו מתעסק ביישובו של עולם לידע כמה טורח האדם אחר הממון, נקל בעיניו להעיד

שקר להפסיד ממון חבירו. וטעם זה שייך רק כאשר אוכל מן הקוביא, שרגיל לכך שכסף בא והולך ללא מאמץ אלא ע"י גורל מקרי כביכול (ואינו דומה למי שניזון מירושת אביו, למשל, שאינו נפסל לעדות, כי הוא יודע שאביו עמל קשות כדי לעשות חיל, מה שאין כן באוכל מן הקוביא).

נמצא איפוא שלדעת הרמב"ם אסור לשחק בקוביא גם באופן אקראי, ורק לפסול עדות צריך שלא תהיה לו אומנות אחרת. ואין מחלוקת למעשה במשחק עם ישראל, אפילו באקראי, בין הכס"מ והלח"מ. ומכיון שגם הר"ן מפרש כך, בוודאי יש לחוש לדעתם ולאסור לכאורה שטרי גורל בישראל. א"כ נמצא שלשיטת הרמב"ם גם נד"ד לכאורה אסור משום "אסמכתא".

גם הגר"א (סי' ר"ג ס"ק מ"ד) פירש כדעת הכס"מ, שהרמב"ם פוסק כרמי בר חמא, שהמשחק בקוביא הוא גזל; אלא שכתב שגם לרמי בר חמא אליבא דר' יהודה אינו אלא אבק גזל, ולא נפסל אלא כשאין לו אומנות אחרת. מיהו הגר"א (סי' ל"ד ס"ק ל"א) מביא את הסמ"ע (ס"ק מ'), הסובר שהרמב"ם פוסק כרב ששת, ורק לעדות הוא כשר כאשר יש לו אומנות, אך בעצם גם רב ששת סובר שיש איסור "אסמכתא" בקוביא.

ג. פסק ההלכה בשו"ע

הרמ"א, בהל' מקח וממכר (סי' ר"ז סעי' י"ג בהג"ה), פוסק כשיטת רש"י ותוס' אליבא דרב ששת. ודלא כיש חולקין ואוסרין לשחוק בכל ענין (דהיינו הרמב"ם, שפוסק כרמי בר חמא).

ובהל' גזילה (סי' ש"ע סעי' ג') מביא מרן בשו"ע שתי דעות ביחס למשחק בקוביא עם עכו"ם: לדעה הראשונה יש בכך משום עיסוק בדברים בטלים, ואסור; ולדעה השניה, אם יש לו אומנות אחרת, אינו נפסל לעדות ע"י כך. הדעה הראשונה היא דעת הרמב"ם; והדעה השניה היא דעת הטור (סי' ש"ע) והרא"ש (סנהדרין פ"ג סי' ז'). והגר"א (סי' ר"ג ס"ק מ"ד) העיר שגם הרמב"ם מודה שאם יש לו אומנות אחרת אינו פסול, ודברי הטור והשו"ע אינם מדוקדקים, עי"ש. (מיהו כל זה במשחק עם עכו"ם; אך עם ישראל אסור לשחק בקוביא).

וכתב הרמ"א (סי' ש"ע סעי' ג' בהג"ה):

> אבל אם יש לו אומנות אחרת, אפילו משחק עם ישראל, אינו פסול. וכבר פשט המנהג כסברא האחרונה, לשחוק בקוביא. ואין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא.

נמצא איפוא שלפוסקים כמרן בשו"ע – אסור, לכאורה, לקנות כרטיס של מפעל הפיס; ואילו היוצאים ביד רמ"א – מותר להם לקנות כרטיס כזה.

ד. גדרו של מפעל הפיס

ונראה שיש להקל אף לשיטת הרמב"ם, הסובר שאסור לשחק עם ישראל, משום אבק גזל: ראשית – משום שאפילו אם הקונה נוהג כמרן, מפעל הפיס לא חייב לנהוג כמרן, אלא יכול לנהוג כדעת הרמ"א. וממילא מותר לקונה לקנות כרטיס, ואינו מכשיל את המפעל בגזל; שהרי המפעל אינו סובר שזה גזל. וכן מותר לו לזכות בהגרלה, כי המפעל נותן לו בלב שלם, ואינו סבור שיש כאן "אסמכתא". שנית – יש לומר שבשטרי גורל, אם יש איסור גזל – הוא לא על הקונה, שהרי הוא כבר שילם את מחיר הכרטיס, אלא על החברה המוכרת.

ולענ"ד, הזכיה בגורל אין בה "אסמכתא" לכו"ע, משום שהמפעל מוותר מראש על סך ידוע מרווחיו לכל מי שיזכה בגורל; והגורל קובע רק מיהו הזוכה. ואמנם הקונה שטר, דעתו לזכות; וא"כ המפעל, שלוקח את כספו של מי שלא זכה – לכאורה גוזל אותו. אך מכיון שהוא כבר שילם לפני ההגרלה, אין כאן איסור "אסמכתא".

והנה, הנחתנו – שמכיון שהמפעל רק מחלק כסף ואינו מוציא מכיסו בגלל ההגרלה, לכן אין כאן "אסמכתא" – טעונה בירור בסוגיא במסכת שבת (קמ"ט ע"ב):

> מפיס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השולחן,

אפילו מנה גדולה כנגד מנה קטנה... עם אחר – לא. מאי טעמא? כדרב יהודה אמר שמואל (רש"י: דכיון דמקפידין, עוברין משום מידה ומשקל ומנין). מנה גדולה כנגד מנה קטנה, אף בחול – לאחרים אסור. מאי טעמא? משום קוביא (רש"י: והא "אסמכתא", דסמיך על הגורל: אם יפול גורל אמנה הגדולה, אזכה בה; ולפיכך תלה עצמו אף לגורל הקטנה על הספק. ואילו היה יודע מתחילה שכן – לא היה מתרצה).

והתוס' (ד"ה מאי) כתבו שלהלכה לא קיי"ל הכי, אלא אין זו "אסמכתא". אך הרמב"ם כנראה הסתמך על סוגיא זו לפסוק שיש כאן "אסמכתא", ואסור (עי' כס"מ הל' עדות פ"י ה"ד). ולכאורה המדובר באדם המחלק מנות ומפיל גורלות כדי לקבוע מי יקבל מנה גדולה ומי יקבל מנה קטנה, דומיא דבניו ובני ביתו. אלא שא"כ מה ה"אסמכתא" שיש כאן? וכי אסור לאדם לחלק את רכושו לאחרים בגורל?! הרי ארץ ישראל נתחלקה בגורל, וכל יורשים יכולים לחלוק בגורל (עי' ב"ב ק"ו ע"ב)! וגם הפיס במקדש היה גורל! וע"כ בכל אלו אין משום "אסמכתא", משום שאין שם אדם המוותר על חלקו כדי לקבל חלק גדול יותר, אלא יש שם רק מקבלים בלי נותנים. ובמצב כזה אין דין "אסמכתא". וע"כ צריך לומר שלא מדובר בבעה"ב המחלק לאחרים משלו, אלא בשותפין שבאים לחלק מנות ביניהם. ומכיון שכל שותף נתן את חלקו בשותפות, הוא מוכן להפיל גורל כדי לזכות במנה גדולה יותר משנתן, וייתכן שיפסיד ויקבל מנה קטנה יותר מזו שנתן. וזוהי "אסמכתא". (ועי' מג"א, או"ח סי' שכ"ב ס"ק ט', ובמחצה"ש שם, וכן בערוה"ש שם סעי' ז').

ולפי זה נראה שהוא הדין במפעל הפיס: לאחר שקוני הכרטיסים שילמו את דמי הכרטיס, המפעל מחלק חלק קצוב מהכנסותיו לבעלי הכרטיסים עפ"י הגרלה. ומכיון שסכום זה, המיועד לזוכים, הוא קצוב מראש מטעם המפעל, והוא רק מחלק אותו לפי הגרלה – אין כאן "אסמכתא" כלל, ומותר לקונה לזכות בהגרלה לכו"ע. והטענה היחידה שאפשר לטעון היא שקונה הכרטיס התכוון לזכות ולא להפסיד, וכשהוא מפסיד, יש כאן דין מקח טעות. אולם מכיון שהקונה כבר הוציא את הסכום מכיסו ומסר אותו למפעל הפיס – אין כאן "אסמכתא". ואפילו הסוברים שיש "אסמכתא" בגורל, זהו רק כשמתחייב לתת ואי אפשר להוציא ממנו את התחייבותו, משום שלא התחייב בדעה גמורה אלא ב"אסמכתא", ו"אסמכתא" לא קניא. אך כשנתן כבר, אין כאן מקח טעות; שעל דעת כן נתן, שייתכן שלא יזכה. וכשנתן, כו"ע מודים שאין טענת אסמכתא למפרע. (ודוגמא רחוקה לכך – שאין טענת מקח טעות בדבר שיודע מראש שייתכן שקונה דבר פגום – מה שנאמר במסכת כתובות, נ"ז ע"ב: "סימפון בעבדים ליכא... נמצא גנב או קוביוסטוס, הגיעו").

תשובה

למסקנה נראה איפוא שגם הסוברים כדעת הרמב"ם והשו"ע, שמשחק בקוביא אסור לכתחילה משום "אסמכתא", רשאים להשתתף בהגרלת מפעל הפיס. וזאת משום שבשעת ההגרלה הצד המפסיד כבר שילם את דמי הכרטיס שקנה, והצד המרוויח נוטל מן המוכן לחלוקת פרסים.

אך נראה שהדבר מותר רק בגבול ידוע. שאם מבזבז סכום גבוה על־מנת לרכוש שטרי גורל, והוא מכסה את הוצאותיו מזכיותיו, נמצא שפרנסתו תלויה בשטרי הגורל, ואז הוא נכנס לכלל חשש שזאת היא אומנותו. אמנם יש לומר שכיון שיש לו אומנות כדי פרנסתו, הוא נחשב לעוסק ביישובו של עולם. אולם מאידך יש לומר שאם מבזבז הון רב על כך, והוא מקפח את פרנסתו ומתפרנס מהקוביא, א"כ הוא מתאבק באבק גזל. וייתכן שבזבוז חומש מהכנסותיו לצורך זה הוא הגבול.

סימן קיב

לקיחת נחיל דבורים שיצא מן הכוורת

ראשי פרקים

שאלה
א. ייאוש שלא מדעת
ב. חזרה בייאוש
ג. הדין בספק אבידה
תשובה

שאלה *

ברשות בית הספר היו כוורות דבורים. בחלק מהן היו דבורים איטלקיות, ובחלק מהן – דבורים ערביות. מאחת הכוורות פרש נחיל של דבורים איטלקיות. אדם אחד גילה את הנחיל וביקש רשות לקחת את הדבורים. המורה האחראי היה בטיול, ומורה אחר נתן לו רשות לקחת את הנחיל. אך הרשות ניתנה רק למקרה שעד שעה מסויימת לא יצליחו להחזיר את הנחיל לכוורת. ואכן באותה שעה הצליח מישהו להחזיר את הנחיל לכוורת. אך כאשר בא המוצא הראשון לקחת את הנחיל, גילה שם נחיל דבורים אחר, של דבורים ערביות, שאף הוא פרש מכוורת השייכת לבית הספר. המוצא לקח את הנחיל לעצמו, בטענה, שאם ניתנה לו רשות לקחת נחיל איטלקי, ק"ו שהותר לו לקחת נחיל ערבי, שערכו נמוך יותר. האם הוא חייב להחזיר את הנחיל שלקח?

הצד העובדתי הוא כדלקמן:

א. בעונת ההתנחלות, אם הנחיל לא מוצא לו מקום, קורה שהוא חוזר אל הכוורת.

ב. בעלי הכוורות מניחים כוורות ריקות ליד הכוורות שלהם, כדי למנוע את בריחת הנחילים.

ג. בעונת ההתנחלות בעלי הכוורות מרבים לבקר במקום כדי לתפוס נחילים שברחו מהן.

ומתוך כך יש לדון: האם המוצא זוכה מן ההפקר? שהרי בעליה של הכוורת, שהוא המורה האחראי, נמצא רחוק מכאן, וייתכן שלא יבוא ולא יתפוס את הנחיל, וא"כ יש כאן ייאוש; או שמא ייאוש אינו מועיל?

א. ייאוש שלא מדעת

ראשית יש לברר מה היה עיקר הדין, אילו לא היתה כלל קבלת רשות מן המורה ליטול את הנחיל: האם מותר להעמיד כוורת ריקה ליד כוורות של מישהו בעונת ההתנחלות, שאם יפרוש איזשהו נחיל מן הכוורות, ייכנס לכוורת הריקה? כי לדעת השואל, הרי הוא כזוכה מן ההפקר.

לענ"ד אין לסמוך על כך שבעל הדבורים מתייאש מהן. שהרי בעה"ב, שהוא המורה האחראי, אינו יודע שהנחיל עזב את הכוורת. ואפילו אם נניח שאילו היה יודע היה מתייאש – הרי לא ידע. וא"כ הוי ייאוש שלא מדעת, דקיי"ל כאביי, הסובר שלא הוי ייאוש (ב"מ כ"ב ע"ב).

ולכאורה יש להביא ראיה ממה שנאמר בגמ' (ב"מ כ"א ע"ב):

> ת"ש: ...וכן תאנה הנוטה לדרך, ומצא תאנים תחתיה – מותרות משום גזל... לאביי לא קשיא... תאנה נמי מידע ידיע דנתרא.

כלומר, כאן מודה אביי דהוי ייאוש, כיון שבעל התאנה ידע מראש שסופן של התאנים הנושרות להיאבד. וא"כ הוא הדין בנד"ד, שהרי בעונה זו

* אדר תשכ"ו, אדר א' תשל"ג.

מצוי מאד שהדבורים מתנחלות ונוטשות את הכוורות, ולכן נראה לכאורה דהוי ייאוש מדעת. אך נראה לענ"ד שנחיל דבורים אינו דומה לתאנה דעבידא דנתרא. שהרי כתבו התוס' (ד"ה תאנה) בדעת אביי שיש שם ייאוש, משום שהמוצא לא יודע שתאנה זו נפלה מן האילן, אלא סבור שמעוברי דרכים נפלה, ולכן הוא לוקח אותה לעצמו; ומשמע שאילו המוצא היה יודע שתאנה זו נפלה מאותו אילן, היה אביי אומר שאין כאן ייאוש מדעת. וא"כ הוא הדין בדבורים אלו, שהלוקח אותן יודע שיצאו מאותה כוורת, ואין כאן ייאוש מדעת.

ונראה שיש לחלק גם לדעת רבא, הסובר שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש: שהרי שם בעל התאנה מתייאש משום ש"תאנה עם נפילתה נמאסת". אך כאן מי אומר לנו שהנחיל יאבד לגמרי? הרי אם יבואו הבעלים וימצאו אותו, יחזירוהו! וודאי שאם הבעלים הניחו כוורות ריקות ליד הכוורת המלאה, הדבר דומה ל"כרכתא" (ב"מ כ"ב ע"ב), שהבעלים אינם מתייאשים ממנה. ורק אם לא הניחו כוורות ריקות, והם רחוקים מכאן, ואין סיכוי שיספיקו לחזור ולמצוא את הנחיל ולהחזירו – אז יש להניח שהם מתייאשים. וא"כ לא ברור שהיה כאן ייאוש.

ב. חזרה בייאוש

טענת הלוקח היא, שהרשות שקיבל מן המורה לקחת את הנחיל האיטלקי מועילה לו ללקיחת הנחיל הערבי. והנה אם נניח שהמורה שנתן לו רשות אכן היה מוסמך לכך, יש לומר שיש לפנינו מחילה של בעל הדבורים על לקיחתן; שהרי מחל לו אפילו על הדבורים האיטלקיות, וק"ו על הערביות. אך זה אינו. מחילתו על הדבורים האיטלקיות – משמעותה אינה הפקר או נתינה שלהן, אלא **ייאוש** מהן; שהרי אין אדם מוחל על דבר שברשותו. ומכיון שהדבורים התנחלו מחוץ לכוורת, והוא לא יודע ולא מסוגל להחזירן מסיבות שונות, לכן הוא מתייאש מהן. ואין לראות בכך נתינת מתנה מרצון ולעשות אומדנות מכוח זה. ואמנם הייאוש שלו מן הדבורים האיטלקיות אכן חל, שכן ידע שאבדו; אך על האובדן של הדבורים הערביות לא ידע. וא"כ לגביהן הוי ייאוש שלא מדעת.

ועוד, יתכן שאפילו ייאוש שלא מדעת אין כאן, שהרי ייאוש שלא מדעת היינו שאף שהתייאש רק לאחר שנודעה לו האבידה, מ"מ בכוח היה הייאוש כבר מקודם; ורק בפועל לא חל הייאוש, כיון שהבעלים לא ידעו מהאבידה. אך כאן הרי חזר בו מייאושו, וא"כ אין אומרים שהייאוש חל למפרע. ואפילו לדעת רבא לא הוי ייאוש, שהרי המורה חזר בו מן הייאוש על הדבורים האיטלקיות, וא"כ בנד"ד לא הוי ייאוש כלל; ולכן לא שייך לעשות ממנו קל וחומר.

וזה מסתבר, שחזרה בייאוש מועילה, כמו שכתבו האחרונים לחלק בין ייאוש להפקר: שבייאוש, החפץ לא יצא מרשותו עד שהגיע ליד אחר, מה שאין כן בהפקר, שהחפץ יצא מרשותו מיד (עי' קצוה"ח סי' ת"ו ס"ק א'; נתיה"מ סי' רס"ב, ביאורים ס"ק ג'). ומכיון שכך כתב בנתיה"מ (שם) שחזרה מועילה בייאוש.

אמנם המחנ"א (הל' זכיה מהפקר סי' ז') חולק וסובר שגם ייאוש יוצא מיד מרשות הבעלים. וכן בשו"ת באר יצחק (יו"ד סי' כ"ג ענף ג'-ד') האריך לחלוק על הפסק הנ"ל של הנתיבות. אך גם בדעתם צריך לומר שייאוש אינו הפקר רגיל; שהרי אין כאן אמירה בפני שלושה אנשים, והוא מועיל לדבר שאינו ברשותו. וע"כ גזירת הכתוב נתנה לייאוש דין של הפקר, או שזהו מצב כה ברור, עד שדינו כהפקר. אולם אין זה הפקר ממש, ולכן נראה שיכול לחזור בו; שהרי לא היה מעשה הפקרה, ואתי דיבור ומבטל דיבור.

מיהו צ"ע, שבדבורים אולי גם הנתיבות יודה שלא יכול לחזור בו; שהרי אין לדבורים בעלים מן התורה, ורק מדרבנן הן שייכות למי שמחזיק בהן. וא"כ יש לומר שלאחר שיצאו מרשות בעליהן, אמנם כל עוד לא התייאשו – עדיין הן בחזקתן הקודמת מדרבנן, וכפי שנאמר במסכת ב"ק (קי"ד ע"א-ע"ב): "נאמן קטן לומר מכאן יצא נחיל זה";

אך במקום שהמחזיק בהן התייאש מהן, כבר יצאו הדבורים מרשותו לגמרי, ואין הוא יכול לחזור בו.

וצ"ע אם חזרה זו מבטלת את הדיבור הקודם כלא היה, או רק מכאן ולהבא. שאם נאמר שהחזרה מבטלת את הייאוש רק מכאן ולהבא, יוצא שבזמן שנטל את הדבורים הערביות, עדיין חל הייאוש על הדבורים האיטלקיות. וא"כ חל הק"ו לייאושו מהדבורים הערביות, גם אם בטל אח"כ הייאוש מהדבורים האיטלקיות. אך אם נאמר שהייאוש מתבטל למפרע – נמצא שבזמן שנטל את הדבורים הערביות כבר בטל הייאוש מהדבורים האיטלקיות, למפרע.

ועי' נזיר (כ"א ע"ב): אשה שנדרה בנזיר, ושמעה חברתה ואמרה: "ואני", ושמע בעלה של ראשונה והפר לה; אי אמרת מעיקרא עקר – ההיא נמי אישתראי. ועי' שו"ת חלקת יואב (מהד"ק אה"ע סי' כ"א) שחקר בענין "אתי דיבור ומבטל דיבור" כנ"ל.

אך כאן נראה לומר שמכיון שבטל הייאוש מן הדבורים האיטלקיות, משום שנמצא מי שתפס אותן והחזירן לכוורת – אין כל סיבה שיחול ייאוש על הערביות. וזאת משום שלא היה צורך בכך שהמורה שנתן את הרשות יחזור בו מהייאוש, אלא הייאוש בטל ממילא ע"י החזרת הדבורים האיטלקיות לכוורת. אמנם אותו המורה לא ידע, ונשאר בחזקת הייאוש שמכוחו שהסכים לוותר על הדבורים; אולם הוא הרי התנה שרק על דעת כן הוא מסכים, שהדבורים לא יחזרו. ומרגע שהדבורים הוחזרו, פקע ייאושו למפרע. ועוד, שהמורה האחראי כלל לא ידע עדיין מהתנחלותן של הדבורים האחרות, וא"כ הוי ייאוש שלא מדעת.

ולכאורה יש להביא ראיה ממה שנאמר בגמ' (ב"מ כ"ז ע"א):

ת"ר: "אשר תאבד" – פרט לאבידה שאין בה שווה פרוטה. ר' יהודה אומר: "ומצאתה" – פרט לאבידה שאין בה שווה פרוטה.

מאי ביניהו? ...אלא פרוטה שהוזלה וחזרה והוקרה איכא ביניהו: מאן דאמר "אשר תאבד" – איכא. ומאן דאמר "ומצאתה" – בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה.

והנה, אם נניח שבאבידה פחות משווה פרוטה הבעלים מתייאשים, ולכן היא של מוצאה, א"כ יש להוכיח שלדעת ת"ק המוצא חייב להחזיר אע"פ שהיה ייאוש באמצע, כשהוזלה. שכיון שחזרה והוקרה, והמאבד חזר בו מן הייאוש – חייב להחזיר (עיין אוצר מפרשי התלמוד ב"מ ח"ב עמ' ר"כ). אך אם נאמר שאבידה פחות משווה פרוטה אינה ייאוש, אלא שהתורה פטרה את המוצא מלהחזירה – אין להוכיח דבר מסוגיא זו.

ובגוף החקירה בגדר פחות משווה פרוטה, עי' אוצר מפרשי התלמוד (ב"מ ח"ב עמ' רי"ד, ר"כ). ולענ"ד הדבר תלוי במחלוקת שבין רש"י ור"ת (קידושין ג' ע"א־ע"ב): לדעת רש"י (ע"ב ד"ה לא מקניא) הגירסא היא: "בפחות משווה פרוטה לא מקניא נפשה", ופירש: "דגנאי הוא לה". כלומר, אדם לא מחשיב פחות משווה פרוטה, ומתייאש ממנו. ואילו לדעת ר"ת (מובא בתוס' שם ע"א ד"ה ואשה), מהתורה אין פחות משווה פרוטה נחשב ממון.

ג. הדין בספק אבידה

מכל האמור עולה שלכל היותר יש כאן ספק ייאוש. ולכן ברור שלכתחילה היה אסור ללוקח ליטול לעצמו את הנחיל. אך עדיין יש לשאול על הדין בדיעבד. האם הוא חייב להשיב את הנחיל שלקח, או שהוא רשאי להחזיק בו מספק. ויש לדון בדבר מדין "ספק אבידה".

בדינו של ספק אבידה נחלקו הראשונים: לדעת הרמב"ם (הל' אבידה פ"ו ה"ב) ספק אבידה מותר ככל ספיקא דממונא. ואם נטל, לא יחזיר. ואילו לדעת הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' א' בסופו) הדבר אסור, משום שהוא ספיקא דאיסורא. ואפילו אם נטל, עליו להחזיר. ועיין שו"ע (חו"מ סי' ר"ס סע' ז'; בהגר"א ס"ק כ"ד).

אלא שיש לדון שמא ספק זה הוא ספק דרבנן, ואפילו הרא"ש יקל בו. שהרי גזל דבורים אינו אסור אלא מדרבנן (ב"ק קי"ד ע"ב), ואין מוציאין ממנו בדיינים (שו"ע חו"מ סי' ש"ע סעי' ו'־ז'). ורק כדי לצאת ידי שמים בוודאי חייב

הגזלן להחזיר (עי' אנציקלופדיה תלמודית, ערך גזל: גזל מדבריהם). וא"כ נד"ד הוי ספיקא דרבנן, ולקולא.

וכך נאמר במשנה במסכת ב"ק (קי"ד ע"א):

וכן נחיל של דבורים, אם נתייאשו (הבעלים) – הרי אלו שלו.

ועל כך נאמר בגמ' (שם ע"ב):

מאי "וכן"? הכי קאמר: אפילו נחיל של דבורים, דקנין דרבנן הוא, סד"א, האי, כיון דרבנן בעלמא הוא דקני ליה, אפילו סתמא נמי מייאש – קמ"ל: אם נתייאשו הבעלים, אין; אי לא, לא.

א"כ מוכח בעליל שרק **בוודאי** ייאוש מותר לקחת דבורים, אך לא בספק. וק"ו שאין לקחת בספק ספיקא. וכן כתב בשלטי הגבורים (לרי"ף ב"מ דף י"ג ע"א בסופו). ואולי כוונתו משום חזקה, כמו שיתבאר, שהרי יש כאן חזקת מרא קמא לבעלים הראשונים, ובאיסור דרבנן כתב הש"ך (יו"ד סי' ק"י, דיני ספק ספיקא אות כ') דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא.

ועי' שער המלך (הל' מקוואות כלל א') שכתב שיש מחלוקת בדבר: לדעת הרמב"ם (הל' תרומות פי"ג הי"ג, הל' מקוואות פ"י ה"ו) לא אזלינן בספיקא דרבנן בתר חזקת איסור. ואילו הפר"ח (כללי ס"ס ס"ק ט"ו) כתב בדעתו שבאיסור שיש לו עיקר מן התורה אזלינן בתר חזקה גם בספיקא דרבנן. אך בשעה"מ הסיק כדברי הש"ך, וכתב שלדעת רוב הראשונים, בכל ספיקא דרבנן אזלינן בתר חזקה דמעיקרא.

אמנם בספק אבידה לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא, לדעת הרמב"ם. וצריך לומר שהוא משום שהחזקה הורעה ע"י האבידה. ואפילו לדעת הרא"ש, שפסק שספק אבידה לחומרא, יש לומר שבדבורים, שאיסור הגזל שלהן הוא רק מדרבנן, ייתכן שספיקא דרבנן לקולא. מיהו יש לומר שבדבורים בנד"ד יש חזקת מרא קמא, ובספק ייאוש אסור ליטול אותן. ולא דמי לספק אבידה, כי ייתכן שהדבורים עומדות בחזקתו, וידוע לכל שמכוורת זו הן יצאו. ולא דמי לאבידה שלא ידוע למוצא מי הבעלים, והאבידה יצאה לגמרי מרשותם. אך דבורים הנמצאות ליד הכוורת, וביכולתם של הבעלים להחזירן לרשותו, לא יצאו מחזקתו כלל.

וכן מצאנו לענין נזיקין: לדעת הנמוק"י (לרי"ף ב"ב דף י' ע"א ד"ה מתני', בשם בעל העיטור, מחאה סי' נ"ג אות ד') והרא"ש (בתשובה, כלל ק"ח סי' י'), הנזיקין המוזכרים שם במשנה חייבים לשלם; ומשמע שגם נזקי דבורים. ועי"ש, שאדם חייב על נזקי דבוריו. וא"כ דבורים שהתנחלו מכוורתו והזיקו – הרי הוא חייב בהיזקן כדין כל בעל חיים שברשותו (ועי' אור־שמח הל' נזקי ממון פ"א ה"א). כלומר שהדבורים בחזקתו. וכשם שהן בחזקתו לענין חובת אחריותו בנזקיהן, כן הן בחזקתו לענין זכויותיו הממוניות. ורק כשמתייאש מהן הן יוצאות מחזקתו.

ומכל האמור עולה שאסור לקחת נחיל דבורים שיצא מהכוורת, מבלי לוודא שהבעלים אכן התייאשו ממנו.

תשובה

לאור האמור נראה שהלוקח חייב להחזיר לבית הספר את הנחיל של הדבורים הערביות, מן הסיבות הבאות:

א. אסור לקחת נחיל דבורים שיצא מהכוורת, מבלי לוודא שהבעלים אכן התייאשו ממנו.

ב. במקרה זה, המורה חזר בו מהייאוש שהתייאש מן הדבורים האיטלקיות. ומכיון שכך, אין שום הוכחה על כך שהתייאש מן הדבורים הערביות.

ג. נראה לומר שאפילו לדעת האחרונים הסוברים שלא מועילה חזרה בייאוש, מ"מ יש לחלק בין אם חזר בו לפני שאבד, לבין אם חזר בו לאחר שאבד. והרי בנד"ד המורה חזר בו לפני שהדבורים הערביות התנחלו.

ד. בנד"ד המתייאש היה המורה שלא ידע שאפשר למנוע את התנחלות הדבורים, והוי ייאוש בטעות.

ה. יתכן שאותו מורה, שמילא את מקומו של המורה האחראי, כלל לא היתה לו סמכות למחול על הדבורים ולהתייאש מהן; ואילו הייאוש של המורה האחראי, שלא היה

במקום, הרי הוא יותר גרוע מייאוש שלא מדעת.

ו. במצב של ספק באבידה, דעת הרא"ש היא שיש ללכת לחומרא ולהחזיר בדיעבד.

והדברים אמורים אף בספק בנחיל דבורים, שהוא ספיקא דרבנן; משום שכאן יש לבית הספר חזקת מרא קמא.

סימן קיג

קניינו של הנכרי בארץ ישראל

ראשי פרקים

שאלה
א. סוגיית "אוונכרי" ומשמעותה לימינו
ב. שיטת התוס' בגידולים של גוי בא"י
ג. הסוברים שהגוי והישראל שותפים בגידולים
ד. שיטת החתם סופר
ה. הסוברים שיש לגוי רק קנין פירות
ו. הבעלות הפרטית והכללית בארץ ישראל
ז. בירור שיטת הרמב"ם
ח. "נשתקע שם הבעלים"
ט. סיכום

שאלה *

הקונה לולב מנכרי שיש לו דקלים, האם רשאי הוא לקטוף את הלולב בעצמו, או שמא יש לחשוש שמא הקרקע שהוא מחזיק גזולה היא בידו, ועל כן על הקונה לבקש מהנכרי שהוא זה שיקטוף עבורו את הלולב?

א. סוגיית "אוונכרי" ומשמעותה לימינו

יסודה של השאלה הוא מה שנאמר במסכת **סוכה** (ל' ע"א-ע"ב):

אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי (תגרים): כי זבניתו אסא מינכו"ם – לא תגזזו אתון אלא ליגזזוהו אינהו ויהבו לכו. מאי טעמא? סתם עובדי כוכבים גזלני ארעא נינהו, וקרקע אינה נגזלת. הלכך ליגזזוה אינהו, כי היכי דליהוי ייאוש בעלים בידייהו דידהו ושינוי הרשות בידייכו.

ופירש רש"י (ע"א ד"ה מאי טעמא):

סתם עכו"ם גזלני ארעתא **מישראל** נינהו.

ועמדו המפרשים (עי' אוצר מפרשי התלמוד שם עמ' ל"א) **על כך מדוע נקט רש"י שהחשש הוא דווקא שמא גזלו מישראל. שהרי גם גוי שגזל מגוי עובר על איסור גזל. ואפילו ישראל, אסור לו לגזול מן הגוי לפי מה שנפסק להלכה** (שו"ע חו"מ סי' שנ"ט סעי' א'). **א"כ מדוע נקט רש"י דווקא גזל של ישראל?**

ועי' שו"ת שער־אפרים (סי' ב') **שכתב שרש"י הולך לשיטתו במסכת סנהדרין** (נ"ז ע"א ד"ה ישראל), **שגזל הגוי אסור רק משום חילול השם, ואינו אסור משום גזל. וכדי לפסול לולב משום מצוה הבאה בעבירה צריך שהפסול יהיה ב"חפצא" של המצוה. וכשאין הפסול ב"חפצא" של המצוה, יוצאים בו ידי חובה.** (עי' לדוגמא ברמב"ם, הל' שופר פ"א ה"ג, שכתב שיוצאים ידי חובה בשופר גזול, כי המצוה היא לא ב"חפצא" של השופר אלא בקול היוצא ממנו, עי"ש). **ומכיון שבגזל הגוי אין העבירה ב"חפצא" של המצוה, לדעה זו, אלא רק מחמת חילול השם, אין פסול של מצוה הבאה בעבירה בלולב כזה. ולכן נקט רש"י**

* תשובה זו נדפסה לראשונה בספר חג"י – לזכרם של חנן קרוטהמר, גרשון קליין, יעקב צימרמן ויהושע סלומה, ה' יקום דמם, שנרצחו בחברון באייר תש"ם (בהוצאת קרן חג"י וישיבת ניר קרית ארבע, תשמ"ה); וכאן היא נדפסת מחדש עם תיקונים והוספות רבות, לזכרו של אשר אהרן גרוס הי"ד, שנרצח בחברון בתמוז תשמ"ג.

שמדובר בחשש גזל מישראל דווקא, שאז הפסול הוא ב"חפצא" של הלולב.

ועי' אור־שמח (הל' סוכה פ"ה הכ"ה) שתירץ שהגוזל מגוי, אמנם עובר עבירה, אך אינו חייב בהשבה. וא"כ אינו עובר עבירה בשעת הנטילה, כי את העבירה עבר כבר בשעת הגזילה, וכרגע אינו חייב בהשבה; וא"כ בשעת המצוה אינו עובר למעשה בשום עבירה, ומשום כך אין כאן פסול של מצוה הבאה בעבירה; מה שאין כן בגוזל מישראל, שהוא מצווה בהשבה.

והט"ז (סי' תרס"ד ס"ק ו') פסק עפ"י דברי רש"י שדין "אוונכרי" נוהג רק בבבל ולא במקום אחר, כי בבבל רוב הקרקעות היו של ישראל, והגויים גזלו אותן מהם. אך במקומות אחרים, שרוב הקרקעות היו של נכרים מאז ומעולם, אין חשש שמא גזלו מישראל. ולכן לא הביאו הרי"ף והרא"ש (סוכה ריש פרק ג') את דברי רב הונא בדין "אוונכרי", משום שאין הלכה זו נוהגת למעשה כיום.

ולדבריו יוצא שכיום, שחזרנו ב"ה לארצנו, וכל הקרקעות כאן היו של אבותינו והן גזולות בידי אחרים – יש לחוש לכך שכל הגדל בקרקע של נכרי בארץ ישראל גזול הוא מישראל; וא"כ חזר דין "אוונכרי", שאסור לישראל לקטוף את הלולב בעצמו, וצריך להקפיד על כך שהגוי הוא שיקטוף את הלולב.

מיהו יש לומר שאמנם הקרקעות בא"י היו כולן של אבותינו, אך העצים הנטועים בהן כיום אינם משל אבותינו, אלא הנכרים נטעו אותם. וא"כ יש לומר שהלולבים הגדלים בעצים אלו אינם נחשבים לגזולים, אלא הם בבעלותם של הנכרים; ומותר לישראל לקטוף אותם מדעתם של הנכרים, שהם נחשבים כרגע לבעליהם.

דבר זה טעון בירור. והשאלה העקרונית היא, האם גידולי נכרים בקרקע של ישראל שייכים לנכרי, או שגזולים הם בידו, והם שייכים לישראל. לשאלה זו יש השלכות רבות, כפי שיתבאר לקמן.

ב. שיטת התוס' בגידולים של גוי בא"י

כידוע, ארץ ישראל מוחזקת לנו מאבותינו (ב"ב קי"ט ע"א; ע"ז נ"ג ע"ב ועוד). כלומר, עוד בברית בין הבתרים ניתנה הארץ בירושה לאברהם אבינו, והרי היא שלנו; ולכאורה אין לנכרים שום חלק ונחלה בארצנו. אך בכל זאת מצינו שיש לנכרים קנין מסוים בארץ (עי' גיטין מ"ז ע"א), ועלינו להבין מהו קנין זה.

נראה לענ"ד שיש ללמוד מהמצב בו היתה ארץ ישראל בזמן כניסת אבותינו לארץ בימי יהושע בן נון. הקרקעות היו בפועל בידי נכרים, ובהן היו גידולים. ומצינו שדנו בדבר מעמדם של גידולים אלו.

וכך נאמר במסכת ראש השנה (י"ג ע"א):

> עומר שהקריבו ישראל בכניסתן לארץ, מהיכן הקריבוהו? אם תאמר דעייל ביד נכרי (רש"י: שנתבשל עד שלא באו לארץ), "קציריכם" אמר רחמנא ולא קציר נכרי!

ועל כך כתבו התוס' (ד"ה ולא):

> ואף על גב דירושה היא להם מאבותיהם (וא"כ התבואה שגדלה בארץ, של ישראל היא ולא של נכרי) ...מ"מ יש לו במה שזרע (ויש לגוי בעלות על התבואה שזרע בא"י).

משמע מדבריהם שיש לגוי בעלות על מה שזרע ונטע בא"י, אע"פ שהארץ מוחזקת לנו מאבותינו. וצ"ע, קנין זה של הגוי מה טיבו?

הברכי יוסף (או"ח סי' תרמ"ט סעי' ב') כתב עפ"י דברי התוס' הנ"ל, שמה שאסר רב הונא לאותם "אוונכרי" לקטוף בעצמם את ההדסים – המדובר בהדס שהיה נטוע בקרקע מקדמת דנא. אך אם ידוע לנו שהגוי הוא שנטע את ההדס בקרקע – ההדס הוא שלו. והביא ראיה מדברי התוס' הנ"ל, שגוי שנטע בא"י, הנטיעות הן שלו. (ועי' חלקת יואב חו"מ סי' י').

אולם הברכ"י כתב שם בשם המהר"י זאבי ("אורים גדולים", דרשה לפרשת קרח), שהרמב"ם חולק על התוס', וסובר שגם הגידולים שייכים

לישראל. ולדעתו הרמב"ם מסתמך על הסוגיא במסכת ע"ז (נ"ג ע"ב), שם נאמר:

> אמר ר' אלעזר: ...דאמר רחמנא: ואשריהם תשרפון באש (דש"י: אלמא אילנות נמי אסירי). מכדי ירושה היא להם מאבותיהם, ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו... אלא מדפלחו ישראל לעגל, גלו אדעתייהו דניחא להו בעבודת כוכבים, וכי אתו עובדי כוכבים, שליחותא דידהו עבדי.

וכוונת ר' אלעזר לומר שבעצם גם העצים הנטועים בא"י היו שייכים לישראל, ולכן לא יכלו הגויים לאוסרם כשעבדו לע"ז, משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ורק בגלל חטא העגל יכלו הגויים לאסור את עצי האשירה שהיו להם בא"י. יעוי"ש. אלא שהמהר"י זאבי לא ציין היכן חולק הרמב"ם על התוס', ובמה נחלקו. והמהדיר למנ"ח (הוצאת מכון ירושלים מצוה ש"ב הע' ח') כתב שהכוונה לכך שהרמב"ם לא הביא להלכה את הגמ' בר"ה, האומרת שאין מביאין את העומר משדה של גוי. ואמנם התוס' (שם ד"ה ולא) הביאו גמרא זו במסכת ע"ז, אלא שלשיטתם המדובר שם הוא בעצים שהיו נטועים מקדמת דנא, ולכן הם שייכים לישראל. אך העצים שנטעו הגויים מכאן ואילך – שלהם הם, ויכלו לאוסרם גם ללא הסכמתם של ישראל (עי' ערוך לנר שם).

ונראה שדברי המהר"י זאבי עולים בקנה אחד עם דברי הרב קוק זצ"ל (אורח משפט, השמטות להל' תרו"מ סי' ח'; מובא ב"טוב רואי" ר"ה שם), שהרמב"ם (הל' מעשר פ"ו הכ"ב) אכן חולק על מה שעולה משיטת התוס' בר"ה. ומתוך כך הורה הרב זצ"ל לסמוך בשעת הדחק על שיטת התוס', ולא לחשוש לשיטת הרמב"ם שם.

ג. הסוברים שהגוי והישראל שותפים בגידולים

הטורי־אבן (ר"ה י"ג ע"א ד"ה קצירכם אמר) כתב שאם גוי זרע ונטע בקרקע של ישראל, יש לשניהם שותפות בגידולים. (והסברה לכך היא אולי, משום ששני כוחות שותפים בגידול, הקרקע והזרע. ודוגמא לכך – במסכת ע"ז, מ"ט ע"א, בענין הנוטע אגוז של ערלה, שיש כאן "זה וזה גורם". ועי' רש"י ותוס' שם. ואע"פ שלדעת התוס', ד"ה שאם, אין דין "זה וזה גורם" אלא כשהם מענין אחד – זה לגבי היתר הנאה; אך לגבי השותפות הממונית אין הבדל בין ענין אחד לשני עניינים). אלא שהטורי־אבן תלה את הדבר בשאלת "ברירה", כפי שנאמר במסכת גיטין (מ"ז ע"א), שאם ישראל ונכרי לקחו שדה בשותפות – טבל וחולין מעורבין זה בזה. וכך פסק הרמב"ם (תרומות פ"א הכ"א). ועפ"י זה כתב הטורי־אבן שאם "יש ברירה" – נוטל הגוי חלק והישראל חלק, וחלקו של הישראל אינו נאסר משום אשירה; ואם "אין ברירה", אין אפשרות לחלק ביניהם, ואיסור אשירה מעורב בחלקו של הישראל. ורק עפ"י דעה זו אומרת הגמ' בר"ה שמה שקצרו ישראל בכניסתם לארץ נפסל משום שהיה "קציר נכרים".

והביכורי־יעקב (סי' תרמ"ט) כתב לפי זה, שמכיון שבדאורייתא הדין הוא ש"אין ברירה" (עי' עירובין ל"ז ע"ב), א"כ הנוטל את ההדס בעצמו מן הגוי עובר על איסור גזל גמור מהתורה. וכוונתו לומר שאותו חלק השייך לישראל, בעלי הקרקע הגזולה, הוא גזל בידי הנוטל את ההדס מן הקרקע המוחזקת בידי הגוי. כי חלק זה, שהוא של בעלי הקרקע, מי נתן לו? הרי הגוי יכול לתת לו את חלקו בלבד, אך לא את חלקם של בעלי הקרקע!

ולפי זה, בקרקע המוחזקת בידי גוי בא"י, והלה נטע וזרע בה – מחצית הגידולים שגדלו בה שייכת לישראל; אם כי ישראל זה אינו ידוע. ולכן מסתבר לכאורה שישראל אחר אינו רשאי לקחת את חלקו של אותו ישראל, שהוא הבעלים; שהרי אין לו רשות ליטול חלק זה.

מיהו מסתבר שהבעלים הפרטיים הקודמים של הקרקע כבר התייאשו ממנה, כמבואר במסכת סוכה (ל' ע"א, בסוגיית אוונכרי); אולם אעפ"כ, רק לאחר שינוי רשות מותר לישראל לקחת גם את המחצית מן היבול השייכת לישראל. אלא שכאן בנידון דידן אין שינוי רשות, שהרי הגידולים לא עברו מרשותו של הגזלן המחזיק בקרקע לרשותו של אדם אחר.

ואין לומר שהיה שינוי רשות בכך שהגזלן הראשון הוריש את הגידולים לבניו, שכן רשות יורש אינה כרשות לוקח (ב"ק קי"א ע"ב), אא"כ נאמר שיורש גוי שונה מישראל, אך לא מסתבר לומר כן. ואם הגוי – המחזיק כיום בקרקע – קנאה מאחר, הגידולים בחזקתו. אלא שבגנב מפורסם צריך הקונה להחזיר את דמי הגניבה לבעלים, לדעת המחבר (חו"מ סי' שנ"ג סעי' ג'); ואילו לדעת הרמ"א (הג"ה שם) הרי הוא פטור. ובנד"ד, שאין למי להחזיר, יתכן שלכו"ע פטור. וא"כ גם כיום חייבים אנו לנהוג בקטיף לולבים מנכרים בא"י כפי שדרש רב הונא, שהגוי הוא שיקטוף, ואז יהיה שינוי רשות בידי ישראל. מיהו יתכן שהגוי המוחזק כיום קנה מגוי אחר, והלה מאחר; וכיום אין אנו יודעים את כל ההשתלשלות שעברה על כל קרקע בא"י.

ד. שיטת החתם סופר

החתם סופר (פרק לולב הגזול דף ל"א ע"ב ד"ה ובזה) כתב סברה הפוכה מסברת התוס' בראש־השנה (לעיל אות ב'). לדעתו, אדרבה, אם הגוי נטע או זרע בקרקע של ישראל – נחשב הגידול כמי שנעשה כולו בעבירה; מפני שהנטיעה יונקת בכל רגע ורגע מגזל, כמבואר במסכת ב"מ (ק"א ע"ב) שהנטיעה מכחישה את הקרקע. ומה שנאמר בסוגיית "אוונכרי", שמותר לקנות הדס מגוי לאחר שהגוי תלש אותו בעצמו ונעשה ייאוש בידו ושינוי רשות בידינו – זה רק משום שייתכן שלא הוא שנטע את ההדס. אך אם הוא בעצמו נטע את ההדס, נחשב ההדס כולו כמה שגדל בעבירה, והוא יהיה אסור אפילו לאחר ייאוש ושינוי רשות.

לכאורה, מדברי התוס' משמע להיפך מדבריו. ולדעתם, גוי שזרע בקרקע של ישראל, יש לו בעלות על הגידולים. ודבריהם מבוססים על הגמ' בר"ה שם, שאמרה שקציר הנכרים פסול לעומר, משום שנאמר "קצירכם" ולא קציר הנכרי. ואילו לדעת החתם סופר, הפסול הוא משום מצוה הבאה בעבירה, ולא בגלל שהקציר שייך לנוכרים; דאדרבא, אינו שלהם.

אמנם היה אפשר לפרש את הגמ' עפ"י סברת החת"ס, שקציר הנכרים, כיון שנזרע באיסור גזל וגדל בגזל – הרי הוא פסול לקרבן, וכדברי הפסוקים "והבאתם גזול ואת הפיסח" (מלאכי א' י"ג) ו"אני ה'... שונא גזל בעולה" (ישעיהו ס"א ח'). ומה שדרשו (ר"ה שם) "קצירכם" ולא קציר נכרי, הכוונה היא לדרוש "קצירכם" ולא קציר גזול. וכמו שדרשו בלולב: "ולקחתם **לכם**" ולא הגזול (סוכה מ"ג ע"א); **ובציצית, גדילים... על ארבע כנפות כסותך**" ולא בגד גזול (שם ט' ע"א); וכן "חג הסוכות תעשה **לך**" – ולא הגזול (שם). אולם זה דוחק, כי הגמרא אומרת בפירוש: "ולא קציר נוכרים".

אולם לא זו בלבד שדברי החת"ס חולקים על פירוש התוס' וסתורים מדברי הגמ', אלא שגם אינם מסתברים לכאורה. ממי גזלו הנכרים? מישראל?! והרי ישראל הם המקריבים את העומר; והרי לא יתכן לומר שהבעלים המקריבים את בהמתם שנגזלה ע"י גזלנים ונלקחה בידיהם בחזרה ייחשבו כמי שמקריבים קרבן גזול, והקרבן יהיה פסול! אך יתכן לומר שהארץ שייכת לישראלים **מסויימים**, ואילו את העומר מקריבים **חברי בית הדין**, ואין להם רשות לקחת מישראל פרטי ללא הסכמתו. אך דוחק לומר כן, שהרי המדובר הוא לפני חלוקת הארץ. אמנם לאחר החלוקה איגלאי מילתא למפרע היכן היה חלקו של כל אחד (עי' ב"ב קי"ז ע"א: "כאן המתים יורשים את החיים"). אך בזמן כניסתם לארץ עדיין לא היה ידוע לכל אחד היכן חלקו, והארץ היתה שייכת לכלל ישראל; ובית הדין היה רשאי להקריב עומר מן התבואה, ולא **היה בכך גזל**. (מיהו לפי מה שכתב המהר"י זאבי בדעת הרמב"ם, שהוא חולק על התוס' – עי' לעיל אות ב' – יתכן שיש לפרש את דברי הגמ' באופן אחר, וכדעת החת"ס, וצ"ע). **ועוד, החת"ס עצמו** (בחידושי סוגיות, סי' ה', סוגיא דחדש) **סובר שהתבואה של מי שגידל**

בשדה חבירו שייכת – או כולה או מחציתה – למגדל.

ואולי יש לומר שאין מחלוקת בין החת"ס לבין התוס'. אלא שגם לדעת התוס' אין לגוי בא"י אלא קנין פירות, ולכן הגידולים שייכים לו. אך קנין הגוף בקרקע עצמה בוודאי אין לו, שהרי הקרקע אינה שלו. ולכן, אע"פ שהפירות הם שלו, הגידול כולו גדל בגזל. וזה כמו שכתב החת"ס, שכל רגע ורגע שהעץ גדל הוא מכחיש את הקרקע וגוזל אותה. וא"כ יש כאן גזילה אע"פ שהפירות שלו, ולכן יש כאן מצוה הבאה בעבירה.

ה. הסוברים שיש לגוי רק קנין פירות

בין לדעת התוס' ובין לדעת החתם סופר, אין לגוי בארץ ישראל אלא קנין עצים או קנין פירות, אך לא קנין בגוף הקרקע. וכן כתבו גם אחרונים אחרים, כדלקמן:

בשו"ת בית־יצחק (לר' יצחק שמעלקיש, יו"ד ח"ב סי' קי"ג ס"ק ו') כתב שגם בזה"ז, אע"פ שאנחנו בגלות, יש לנו קנין הגוף בא"י. וכן משמע מדברי המשך־חכמה (פרשת לך לך, י"ג ט"ו, ד"ה כי את כל הארץ). וכמו שכתבו התוס' (ב"ב מ"ד ע"ב ד"ה דלא) בשם הגאונים, שלכל אחד מישראל יש ד' אמות בא"י גם היום. וכשהגויים נטעו עצים, יש להם בנטיעות אלו קנין פירות בלבד ולא קנין הגוף. ולכן שפיר כתבו התוס' בר"ה שיש לגוי בעלות על הקציר שזרע בארץ. וכן כתב בעל המשל"מ (פרשת דרכים דרוש ט').

וקדם להם הכפתור ופרח (פרק ד', הוצאת לונץ עמ' ל"ד), שכתב בשם הירושלמי (גיטין פ"ד ה"ט) שיש לגוי בעלות על הקרקע שהוא מחזיק בארץ ישראל. וע"כ גם כוונתו היא כנ"ל, שיש לו בעלות על העצים או על הפירות, אך לא על גוף הקרקע עצמו.

אולם בשו"ת עונג־יו"ט (או"ח סי' ל"ה ד"ה לכן) כתב שגוי שגידל פירות בא"י, הפירות אינם שלו, ואין לו בקרקע אפילו קנין פירות. והביא ראיה לכך מדינו של היורד לשדה חבירו שלא ברשות, וכפי שכתב הרמב"ם (הל' גזילה פ"י ה"ד):

> היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה; אם היתה שדה העשויה ליטע – אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע – שמין לו, וידו על התחתונה.

ומכאן משמע שאין לנוטע חלק בפירות עצמם, אלא זכות לדמי הוצאותיו או שבחו, ותו לא. וכן כתב בחת"ס (חידושי סוגיות שם).

ודבריו צריכים עיון לענ"ד. ולכאורה דבריו תלויים במחלוקת שבין הרמב"ן והרא"ש בדין היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות (ב"מ ק"א ע"א): לדעת הרמב"ן (בחידושיו שם, ד"ה ומכאן), בעל השדה לא יכול לומר לנוטע: עקור אילנך ולך; כי מסתמא קנה את הנטיעות שניטעו בשדהו. אך לדעת הרא"ש (פ"ח סי' כ"ב) יכול הוא לומר: עקור אילנך ולך; מפני שמסתמא לא קנאם (וייתכן שסובר שאע"פ שבעל השדה יכול לתבוע את דמי היניקה, הנטיעות שייכות לנוטע). בדעת הרמב"ם (הל' גזילה פי"א ה"ה) פירש המג"מ (שם) שסובר כדעת הרמב"ן; אך מדברי המאירי (ד"ה לא) משמע שפירש את דברי הרמב"ם כשיטת הרא"ש. וא"כ בשלמא לדעת הרמב"ן אין לנוטע בעלות על הפירות, כי הכל שייך בהכרח לבעל השדה. אך לדעת הרא"ש יש לנוטע בעלות על הפירות, וצ"ע. *

ובהסבר דעת הרא"ש יש לומר שאם אכן הישראל בעל

* אך יש להעיר שהדיון שם הוא על זכותו וחובתו של בעל הקרקע. ולכו"ע, אם הוא רוצה את האילנות, אין הנוטע רשאי לעוקרם, משום יישוב ארץ ישראל. ומכיון שכך אי אפשר לראות את הנוטע כבעלים. וצריך להסביר א"כ בדעת הרא"ש, מדוע יכולתו של בעל הקרקע לדרוש את עקירת האילנות מפקיעה ממנו למפרע את הבעלות עליהם, עד שצריך גילוי דעת מפורש שלו כדי שיזכה בהם. אך נראה לענ"ד שבנד"ד, מכיון שהדיון הוא בבעלות על הנטיעות לפני שבני ישראל נכנסו לארץ – לא שייך לומר שהגוי המחזיק בקרקע אסור בעקירת האילנות. הוא לא חייב בכך מדיני בני נח, לפחות משום שאינם מצווים על יישוב ארץ ישראל. ובני ישראל עדיין לא נכנסו לארץ כדי שיהיה להם כוח שלטוני לכוף עליו

הקרקע לא מעוניין בנטיעות, באמת אין כאן לא יישוב ארץ ישראל ולא קנין. ולדעת הרא"ש אי אפשר להקנות לאדם אילנות בעל־כרחו. ונמצא שמעולם לא היו שלו. והיה צורך רק בגילוי דעת לכך. וא"כ האילנות היו שייכים לנוטע. אך לדעת הרמב"ן סתמא דמילתא אילנות הנטועים בשדהו – קנאם, משום שיש לו חלק בהם, ואולי אף חצרו קונה. וא"כ האילנות לא היו שייכים לנוטע אלא לבעל השדה.

לפי האמור לעיל בענין היורד לשדה חבירו, שהרשות ביד הבעלים לשלם לו את דמי הוצאותיו ולקחת את הפירות לעצמם, קשה על הגמ' במסכת ר"ה (הובאה לעיל אות ב'), שם נאמר שהעומר שהקריבו ישראל בזמן כניסתם לארץ נחשב לקציר נכרים: מדוע הוא "קציר נכרים", הרי ישראל יכלו לשלם לנכרים את דמי הוצאותיהם וליטול את הקציר לעצמם, והקציר היה נחשב לקציר ישראל? ואולי יש לומר שהקציר צריך להיות של ישראל מזמן הבאת שליש; וכאן העומר הביא שליש ברשות נכרים. ומכיון שישראל נכנסו לארץ סמוך לקציר, ורק אז יכלו לקנות את התבואה מן הגויים – אין קנין זה מועיל למפרע, ולכן הקציר נחשב לקציר נכרים. עכ"פ מכאן מוכח שיש לגוי קנין בגוף הפירות, ולא רק זכות לדמי הוצאותיו, כדעת העונג־יו"ט. שהרי אם היינו נוקטים כדבריו, היתה התבואה שייכת לישראל מזמן גידולה, והקציר היה נחשב לקציר ישראל.

עוד נראה לענ"ד להעיר על העונג־יו"ט כמו שהערנו לעיל על החתם סופר, שאין לומר שבזמן שנכנסו אבותינו לא"י ומצאו קציר של נכרים היה לקציר זה דין פירות של היורד לשדה חבירו שלא ברשות. כי הארץ עדיין לא נתחלקה, ולא היתה לכל אחד ואחד בעלות מפורשת על נחלתו; ולכן לא היו לגזל הגוי כל דיני גזילה, כדין היורד לשדה חבירו שלא ברשות. ואכן סברה דומה כתב החת"ס שם.

ואע"פ שלענין האוסר דבר שאינו שלו אמרו בגמ' (ע"ז נ"ג ע"ב) שא"י נחשבת כקרקע שלנו ולא של הנכרים, נראה שיש לחלק בין המקרים: כדי שאדם יוכל לאסור דבר, צריך שאותו חפץ יהיה בבעלותו הגמורה; שהרי אפילו הזורע כלאיים במקום הפקר אינו אוסר את הכרם (כלאיים פ"ז מ"ה. מיהו הרמב"ם כתב בהל' כלאיים, פ"ה ה"י, בענין אנס שזרע כלאיים בכרם חבירו, שאם נשתקעו הבעלים, אע"פ שלא נתייאשו – הרי זה קידש מן התורה. אך בדיני קנייני גזילה לא הביא הרמב"ם את הדין הזה. ומכאן משמע שלאיסור כלאיים לא צריך בעלות גמורה. ועי' מאמר הגרש"א יודלביץ, כרם ציון השלם, אוצר השביעית, גידולי ציון עמ' כ"ד־כ"ה. ועי' להלן אות ח'). ומכיון שלא היתה לגויים בעלות גמורה על הארץ, אע"פ שגם לנו עדיין לא היתה – לא יכלו לאסור דבר שאינו לגמרי שלהם. אך לגבי דינו של היורד לשדה חבירו שלא ברשות יש צורך בבעלות גמורה של הנגזל. ולכן יתכן שהתבואה שגידלו הגויים בארץ היתה באמת שלהם.

ובאמת צ"ע, איזו סוג בעלות היתה לישראל על א"י לפני חלוקתה לנחלות. אמנם א"י מוחזקת לנו מאבותינו; אולם לא היתה זו בעלות רגילה. וצריך לחלק בין בעלות של כלל ישראל לבין בעלות פרטית, וכמו שיתבאר להלן (אות ו').

ובשו"ת באר־יצחק (לר' יצחק אלחנן מקובנא, יו"ד סי' ל' ד"ה ולולא) כתב אף הוא שיש לגוי קנין פֵּירות בא"י, כשם שאומן קונה בשבח כלי. ולענ"ד יש לחלק בין כלי לקרקע: בשלמא כלי נקנה בשבח מדין שינוי, אך הקרקע אינה נקנית בשינוי. *

ו. הבעלות הפרטית והכללית בארץ ישראל

כאמור, ישנם כנראה שני סוגים של בעלות על

שלא לעקור את העצים שנטע. וא"כ יש להתייחס אל הגוי כאל אדם שמותר לו לומר "עצי אני נוטל", ו"שומעין לו" בכך. ולכן לכו"ע האילנות הם שלו עד כניסת ישראל לארץ. ואכן סברה דומה כתב החת"ס שם: **הערת עורך** (ע. א.)

* מה גם שלהלכה נפסק שאין אומן קונה בשבח כלי (עי' שו"ע חו"מ סי' ש"ו סעי' ב'). ורק הש"ך (ס"ק ג') כתב שהוא ספיקא דדינא: **הערת עורך** (ע. א.).

ארץ ישראל: בעלות כללית, של כלל ישראל, ובעלות פרטית, של כל אחד ואחד על אחוזתו. והדבר עולה מכמה סוגיות, כדלקמן (אות ו'-ז'):

החזו"א (שביעית סי' כ"א ס"ק ה') מבאר את דברי הרמב"ם, החולק על תקנת הגאונים, המאפשרת קנין מטלטלין אגב קרקע של ד' אמות שיש לכל אדם מישראל בא"י. ואלו דברי הרמב"ם (הל' שלוחין ושותפין פ"ג ה"ז):

ועוד תקנו (הגאונים) שאם הרשהו ליטול מעות שיש לו ביד חבירו או לתבוע ממנו הלוואה, ולא היתה למקנה קרקע – מקנהו ד' אמות מחלקו שבארץ ישראל, ומקנה לו המעות על גבן. ודברים אלו דברים קלים הן עד מאד, ורעועים. שזה – מי יאמר שיש לו חלק בארץ ישראל? ואפילו הוא ראוי, אינו ברשותו!

ונימוקו של החזו"א עמו, שהבעלות הישראלית הפרטית נשתקעה כבר, וייאוש באופן כזה קונה גם בקרקע (וכ"כ התוס', סוכה ל' ע"ב ד"ה וקרקע, בשם הירושלמי כלאיים פ"ז ה"ד), וחל קניינו של הגוי שנאחז בינתיים בקרקע. ולכן כרגע אין לכל אחד מישראל בעלות פרטית על ד' אמותיו בא"י, שהרי כבר נשתקעה ממנו קרקע זו ונתייאש ממנה באופן אישי. אך גם לדעת הרמב"ם נותרה הבעלות **הכללית** של עם ישראל על ארץ ישראל.

ואין לומר שגם הבעלות הכללית של עם ישראל נתבטלה חלילה. ראשית – משום שלא נשתקע השם, ושמה של הארץ נשאר כל הזמן "ארץ ישראל". גם כשניסו להסב את שמה לשמות אחרים, בלשוננו לא נשתנה שמה. ואע"פ שקדושה ראשונה פקעה ע"י כיבוש נבוכדנאצר, כוחו היה רק להפסיק את הכיבוש שלנו **בפועל**, אך לא היה לו כוח ליצור כאן בעלות שלטונית אחרת **עפ"י ההלכה**. שנית – לעם ישראל **כעם** לא היה ייאוש מארץ ישראל אפילו רגע אחד, כידוע; מה גם שייאוש אינו יכול לחול כלל בארץ ישראל, כמו שיתבאר להלן (אות ז') בשם מהר"י ענגיל. (ועי' מש"כ הגר"מ קליערס, תורת הארץ ח"ב פ"ג אות ס"ב-ס"ד, עי"ש בכל הענין). וא"כ יש לומר שהוא הדין בזמן כניסת עם ישראל לא"י, לדעתו, שלא היתה בעלות אישית לכל אחד ואחד, אלא רק בעלות כללית של עם ישראל על א"י; ולכן הפירות שגדלו בארץ היו של נכרים. אלא שצ"ע קצת ממה שנאמר במסכת ב"ב (קי"ט ע"א), שארץ ישראל מוחזקת גם לדין "מוחזק" בבכור, ובנות צלפחד נטלו את חלק הבכורה של אביהן, משום שצלפחד ירש בפועל את חלקו בארץ ישראל עוד לפני שנכנס אליה. מיהו שם יש לומר שברגע שהבנות נכנסו לארץ, אביהן ירש למפרע. וכמו שנאמר שם (קי"ז ע"א): "משונה נחלה זו מכל נחלות, שמתים יורשים את החיים".

ומסתבר שגם לדעה זו, הבעלות הפרטית של הגויים על הפירות היא של קנין פירות, ואילו הבעלות הכללית של עם ישראל על הארץ היא של קנין הגוף (עי' תורת־הארץ שם).

ובאשר לכיבוש המלחמה של הנכרים בארץ ישראל, כתב המעשה־אורג (שביעית פ"ט סוף מ"ט, מובא במשנת יוסף ח"ד עמ' כ"ב-כ"ג) שגוי המחזיק קרקע בא"י מבלי שקנה אותה מישראל, הרי הוא גזלן, ואין הקרקע שלו (ועי' שו"ת שערי דעה סי' ט'; שו"ת ציץ אליעזר ח"ו סי' ל"ט אות ד'). ועי' שו"ת הר צבי (או"ח ח"ב סי' ע"ד), שכתב שיש לגויים קנין בא"י ע"י כיבוש מלחמה. ובתורת הארץ (ח"ב אות ס"ה-ס"ו) תלה שאלה זו במחלוקת שבין הגאונים לבין ספר התרומה: לדעת הגאונים (מובאת בספר האורה לרש"י, ח"ב סי' קנ"ה, וכ"כ בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' תקל"ו) אין לגויים כיבוש מלחמה בארץ ישראל; ואילו לדעת סה"ת (הל' א"י, עמ' 156 סעי' ט"ו) יש להם כיבוש. ובסוף דבריו (אות ס"ו) תלה את הדבר במחלוקת הראשונים בגיטין (ל"ח ע"א) אם כיבוש מלחמה קונה מדין ייאוש או מדין עצם הכיבוש. עי"ש.

ז. בירור שיטת הרמב"ם

שיטת הרמב"ם חולקת על דעת הגאונים ובעלי התוס' (ב"ב מ"ד ע"ב ד"ה דלא), הסוברים שגם

הנחלה הפרטית של כל אדם מישראל לא פקעה. ואע"פ שאין אדם מכיר ויודע היכן הן ד' אמותיו, אין הדבר שולל את בעלותו מהן.

מהר"י ענגיל (גליוני הש"ס ב"ב מ"ד ע"ב) מסביר את דבריהם עפ"י שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תקל"ו). והוא מסתמך על הגמ' בגיטין (מ"ז ע"ב), שם לומדים מהפסוק "לה' הארץ ומלואה", שא"י שייכת לה'; ומכיון שישראל נחשבים לסמוכים על שולחן גבוה בא"י, אין לאף אחד מישראל סמכות למכור את הארץ לצמיתות; והוא הדין שאינו רשאי להתייאש ממנה. ואף אם התייאש, ייאושו לא חל כלל ועיקר.

אולם יש להעיר על דברי מהר"י ענגיל, שפסוק זה הובא ע"י ר' אלעזר, הסובר שיש קנין לגוי בא"י להפקיע מידי מעשר, ואעפ"כ אין לו קנין בארץ לחפור בה בורות, שיחין ומערות, משום שנאמר "לה' הארץ ומלואה". אך לדעת רבה, הסובר שאין קנין לגוי להפקיע מידי מעשר, יש לו קנין בארץ לחפור בה בורות, שיחין ומערות. הוא לא דורש מהפסוק "לה' הארץ ומלואה", אלא מהפסוק "והארץ נתן לבני אדם". וא"כ לדעת רבה יש סמכות לישראל למכור לגוי קנין ממוני בגוף הקרקע. וההלכה כמותו, דקיי"ל שאין קנין לגוי בא"י להפקיע מתרו"מ, אך יש קנין ממוני לגוי בגוף הקרקע. וא"כ כיצד למד מהר"י ענגיל מר' אלעזר, שאין הלכה כמותו?

וכן יש להקשות על תורת־הארץ (לעיל אות ו'), שאף הוא סובר שאין לגוי קנין בגופה של א"י אלא קנין פירות בלבד. והקושיא עליו היא מדברי רבה, שהלכה כמותו, והוא סובר שאין קנין לגוי בא"י להפקיע מתרו"מ, ובכל זאת הוא סובר שיש קנין ממוני לגוי בגופה של הקרקע לחפור בה בורות, שיחין ומערות!

והנראה לומר ביישוב קושיות אלו הוא כך: קנין עם ישראל בא"י הוא קנין **עולם** (ואכן כך משמע מדברי החזו"א, שביעית סי' א' ס"ק א'); ואילו קנין הגוי הוא קנין **לשעה** בלבד. ואע"פ שיש לגוי קנין בגופה של הקרקע – אין זה אלא קנין לשעה, עד שיבוא עם ישראל ויחזיר את האדמה לבעליה. ולפי זה הרמב"ם הולך לשיטתו (הל' מכירה פכ"ג ה"ו), שכתב:

> 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 קנין עולם לעולם.

ועי' השגת הראב"ד (שם), וכן בתוס' הרי"ד (להרידב"ז, פאה פ"ד ה"ו ד"ה ר' ירמיה).

נמצא איפוא שלשיטת הרמב"ם, גם הקונה קנין לזמן יש לו קנין בגופה של הקרקע, אלא שקניינו הוא זמני בלבד. ולפי זה גם לדעת רבה – האומר שיש לגוי קנין בקרקע לחפור בה בורות, שיחין ומערות – אין זה אלא לזמן קצוב בלבד. ולפי זה יובן מדוע קציר הקמה שגדלה ברשות נכרים בא"י נחשב "קציר נכרים": כי יש להם קנין בקרקע לפי שעה, וקל וחומר שהפירות שייכים להם. ומאידך מובן מדוע לא יכלו לאסור את עצי האשירה, כי לא יתכן שמי שיש לו קנין שעה יאסור את העצים השייכים למי שיש לו קנין עולם. (ועי' מאמר הרא"ד בוראק, "קנין הגוף בקנין לזמן", "התורה והמדינה" ט־י' עמ' שמ"ב־שמ"ה; מאמר הר"ח אבלסון, "בדין קנין הגוף לזמן", "התורה והמדינה" י"א־י"ג עמ' תרי"ח־תרכ"ב).

ולפי זה יש להעיר על מה שכתב מהר"י זאבי (בספרו "אורים גדולים") בדעת הרמב"ם (לעיל אות ב'), שגידוליהם של הנכרים בא"י שייכים לישראל. ולפי האמור כאן יש לגוי קנין שעה בא"י, וממילא הגידולים שייכים לו. וצ"ע.

ח. "נשתקע שם הבעלים"

לעיל (אות ו') הבאנו את דברי החזו"א, שנקט בפשיטות שהשתקעות שם הבעלים מהווה קנין גמור. ומתוך כך כתב שאילו נשתקע שמה של א"י, היתה עלולה להיקנות חלילה לנכרים; ואילו הקנין הפרטי, של כל אדם ואדם מישראל שנשתקע שמו, אכן נקנה לנכרים.

על הנחתו זו יש להעיר, שמושג זה "נשתקע

שם הבעלים" אכן מובא בירושלמי (כלאיים פ"ד ה"ז) ובתוס' (סוכה ל' ע"ב ד"ה וקרקע, וכן בתוס' הרא"ש שם); וכן כתב הרמב"ם בהל' כלאיים (פ"ה ה"י). אולם דין זה לא הובא להלכה בהל' גזילה, ברמב"ם ובשו"ע. וגם החזו"א העיר על כך שהרמב"ם (הל' שלוחין ושותפין פ"ג ה"ז) לא השתמש בנימוק זה במחלוקתו עם הגאונים בענין ד' אמות שיש לכל יהודי בא". (ועי' חזו"א ב"ק סי' ט"ז ס"ק י"ח-י"ט).

ואכן כתב החתם סופר (בחידושיו על ריש פרק לולב הגזול, משנת תקפ"ז – נדפסו בחידושי החת"ס לפסחים, מגילה וסוכה, דף ס' ע"א ד"ה הירושלמי) שהשתקעות השם מועילה רק לפירות אך לא לגוף הקרקע. ולכן לענין כלאיים הפירות נאסרים, מכיון שהפירות אכן שייכים לגזלן לאחר שנשתקע השם; אך גוף הקרקע שייך לנגזל; ואע"פ שנשתקע שמו, הקרקע לא יצאה מרשותו.

בדומה לכך כתב הגרי"ד סולובייצי'ק (בחידושיו למסכת סוכה שם) שרק לענין זה שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאיים מועילה השתקעות השם. וכשם שבשמיטה אין אדם אוסר את כרמו, אע"פ שהקרקע שלו, כיון שאין לו זכות בפירות (רמב"ם כלאיים פ"ה ה"ח) – כך כאשר נשתקע השם; ואע"פ שהוא עדיין בעלים, מ"מ הכרם אינו שלו לענין כלאיים.

ובסברה זו אולי ניתן להבין את סוגיית "אוונכרי" (סוכה ל' ע"א), שם אמר רב הונא לקוני ההדסים שלא יגזזו את ההדסים בעצמם אלא יניחו למוכרים הגויים לגזוז, כדי שיהיה ייאוש ביד המוכר ושינוי רשות ביד הקונה. מדברי רב הונא משמע שלא היה ידוע אם הקרקעות אכן גזולות הן או לא; ורק מן הסתם קבע ש"סתם עכו"ם גזלני ארעא נינהו". (ואכן הפוסקים העירו שבמקום שאין לחוש לסתם גזילת קרקעות, מותר גם לישראל עצמו לקוץ את ההדסים: עי' ט"ז או"ח סי' תרס"ד ס"ק ו'). כלומר, לא היה ידוע לנו שקרקע זו היתה שייכת אי פעם למישהו אחר. במילים אחרות, היינו נשתקע שם הבעלים. א"כ מדוע חשש רב הונא, הרי נשתקע שם הבעלים, והקרקע נקנתה לגזלנים? אלא ע"כ הבבלי חולק על הירושלמי בזה. וכן כתב מהר"ם בן חביב (כפות תמרים דף ל' ע"ב ד"ה עוד נתבאר). וצריך לומר שזוהי גם דעת התוס' בב"ב (מ"ד ע"ב ד"ה דלא) עפ"י הגאונים, הסוברים שלא פקעה הבעלות שיש לכל אדם מישראל על נחלתו. אך בתוס' הרא"ש (סוכה שם ד"ה וקרקע) כתב שרב הונא חשש רק מספק, שמא לא נשתקע שם הבעלים.

ולפי דברי החת"ס הנ"ל, ש"נשתקע שם הבעלים" מועיל רק לפירות ולא לגוף הקרקע, יש לומר שאנו מחשיבים כ"פירות" רק את אותם דברים שסופם להיתלש. אך האילנות עצמם נחשבים כחלק מגוף הקרקע, ועליהם לא חל דין "נשתקע השם". והדסים – הרי אינם עומדים בהכרח להיתלש; ובפרט הדסים של נכרים, שאינם צריכים אותם למצוה, אלא לנוי וריח, ונויים קיים כשהם במקומם. ולכן עדיין ברשות בעליהם הקודמים הם; והתולש אותם, הרי הוא גוזלם. והוא הדין בלולבים; שהרי אינם עומדים להיתלש, ורק משום שאנו זקוקים להם למצוה, אנו קוטפים אותם.

ט. סיכום

העולה מכל דיוננו הוא שיש שלוש דרכים כיצד להגדיר את הבעלות על קרקעות וגידוליהן בא"י:

א. קנין פירות ולא קנין הגוף.

ב. קנין פרטי ולא קנין ציבורי־כללי.

ג. קנין לשעה ולא קנין לעולם.

ועי' מאמר הרב צבי מגנצא ("ברקאי" ח"א עמ' 79-82), שכתב שקנין פירות הוא קנין פרטי וקנין הגוף הוא קנין כללי. ולדעת הקצות (סי' רנ"ז ס"ק ג') מכירה בקנין לזמן היא קנין פירות. ונמצא ששלוש דרכים אלו חופפות ביניהן.

כידוע, המציאות המשפטית הקיימת לצערנו כיום בארץ, מורשת החוקים של המדינות ששלטו בארץ לפני קום המדינה, מתעלמת מהעובדה שארץ ישראל היא נחלת אבותינו

ומוחזקת בידינו מימות אברהם אבינו ועד היום. מציאות זו אינה רואה את הקרקעות המוחזקות בידי הגויים כאדמות גזולות.

ונראה שאין "דינא דמלכותא" תקף בנושא זה. לדעה הסוברת שאין "דינא דמלכותא" נוהג בארץ ישראל אלא במלך ישראל (עי' ר"ן נדרים כ"ח ע"א ד"ה במוכס; ריטב"א לרי"ף שם דף י' ע"א, ד"ה ולמוכסין), זאת בדיוק הסיבה לכך שאין "דינא דמלכותא" בארץ, משום שהארץ אינה שייכת למלכות הזרה אלא לכלל ישראל. וגם הסוברים שיש "דינא דמלכותא" בארץ ישראל (עי' רמב"ם הל' גזילה ואבידה פ"ה הי"א, שכלל מלך ישראל עם מלכי הגויים לענין זה), בשאלה זו גם הם בוודאי מודים שהבעלות על ארץ ישראל היא בידי עם ישראל, והקרקעות המוחזקות בידי הנכרים גזולות הן בידיהם.

אלא שהגידולים שהגויים זרעו ונטעו בארץ – שלהם הם. ולכן ייתכן שאין צורך שהגוי יקטוף את הלולבים, אלא גם ישראל יכול לקטוף אותם. וגם הסוברים שהגידולים שייכים לישראל, מכיון שאין תובעים פרטיים לקרקעות ולגידוליהם, ונשתקע השם הפרטי של הבעלים המקוריים – הדבר מועיל לפחות לגידולים.

אך לפי מה שכתבנו בשם החתם סופר, אין הלולבים בבעלותו של הגוי שגידלם, ואסור לקוטפם. ולכתחילה יש לחוש לדעתו.

השלכות נוספות לדיון זה הן כדלהלן:

ישראלי פרטי אינו רשאי ליטול מהפירות הגדלים ברשות נכרי; וכמו כן אינו יכול לנשל את הנכרי מקרקעו, ועליו לקנות אותה ממנו בדרכי הקנין המקובלות. מיהו הציבור רשאי להפקיע קרקעות מרשות נכרים. כי קרקע של נכרי אינה גרועה מקרקע של ישראל לענין הפקעה למטרות ציבוריות. ובפרט לדעה הסוברת שאין לו בעלות על הקרקע עצמה אלא על הפירות. ובעיקר הדברים מוסברים לדעה הסוברת שיש לגוי רק קנין לשעה, בעוד שלישראל יש קנין עולם. ולדעה זו ודאי שעם ישראל רשאי לממש את זכותו הנצחית על ארץ ישראל, ולהפסיק את הבעלות הזמנית שהיתה עד כה לנכרים בא"י. מיהו מידת חסידות היא לפצות את הנכרים באופן הולם על הפקעה זו של זכותם לפירות, משום שנכרים אלה, המחזיקים בקרקע, לא הם שביצעו את הגזילה בידיהם.

ובאשר לקדושת הקרקע לענין שביעית ומעשרות – נחלקו הדעות, כמו שהבאנו בשם תורת־הארץ (ח"א פ"ו אות ל', ח"ב פ"ג אות ס"ה־ס"ו). אך המנהג המקובל בארץ הוא להתייחס לפירות של נכרים כמופקעים מקדושת שביעית ומעשרות, כי סוף־סוף לכל הדעות הפירות הם בבעלותם של הנכרים.

סימן קיד

חיוב מעקה במרפסת נמוכה

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת הרי"ף בחבטה
ב. שיטת הרמב"ם בחבטה
ג. ביאור שיטת הטור
ד. הסבר שיטת הרמב"ם
תשובה

שאלה *

לפני הבית ישנה מרפסת שגבהה כ־80 ס"מ. לפי שיעור החזו"א, עשרה טפחים הם 96 ס"מ. ולפי מנהג ירושלים, עשרה טפחים הם 80 ס"מ. ונשאלת השאלה: האם המרפסת חייבת במעקה? אם ננקוט כמנהג ירושלים – ודאי שכן. אך אם ננקוט כדעת החזו"א – יש להסתפק אם יש חיוב מעקה אף בפחות מעשרה טפחים. ואף אם נפסוק שהמרפסת חייבת במעקה, עדיין יש לשאול אם אפשר לברך על בנייתו. אמנם מנהג ירושלים נפוץ יותר. ובמיוחד יש ללכת אחריו כאן, ש"סכנתא חמירא מאיסורא", ובמקום סכנה יש להחמיר יותר. אך לענין ברכה, לכאורה יש לחוש לכתחילה לאיסור ברכה לבטלה. מה הדין?

א. שיטת הרי"ף בחבטה

נאמר במסכת ב"ק (נ' ע"ב – נ"א ע"א):

ההוא תורא דנפל לארעיתא דדלאי (אמת מים); שחטיה מריה. טרפיה רב נחמן (רש"י: משום ריסוק איברים, דהיא אחת מי"ח טריפות). אלמא קסבר רב נחמן: יש חבטה בפחות מי'...

איתיביה רבא לרב נחמן: היו פחותין מי' טפחים ונפל לתוכו שור או חמור ומת – פטור. מאי טעמא, לאו משום דלית ביה חבטה (ומכאן שאין חבטה בפחות מי')? לא, משום דלית ביה הבלא (כרב, הסובר: "בור שחייבה עליו תורה – להבלו ולא לחבטו")...

איתיביה: "כי יפול הנופל ממנו", ולא לתוכו. כיצד? היתה רשות הרבים גבוה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכה לתוכו – פטור; עמוקה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכו לתוכה – חייב. ואי ס"ד יש חבטה בפחות מעשרה, למה לי עשרה? אמר ליה: שאני בית, דכל פחות מעשרה לאו בית הוא...

אלא היינו טעמא דרב נחמן: סבר, מכריסא דתורא לארעא כמה הוי? ארבעה; אריתא דדלאי כמה הוי? שיתא; – הא עשרה. אלא מתני', דקתני "מה בור שהוא כדי להמית עשרה טפחים"... – דאיגנדר (שנתגלגל) לבור (והיינו כשמואל, הסובר: "בור שחייבה עליו תורה – להבלו, וכל שכן לחבטו").

ולפי מסקנת הסוגיא משמע שחיוב מעקה לא תלוי בגובה הבית מבפנים, אלא בגובה הגג ביחס לקרקע שלמרגלותיו, דבעינן עשרה טפחים. וכן אין בהמה נטרפת אלא בנפילה מעשרה טפחים באיגנדר, או בשישה טפחים בעמידה. וכן אין חיוב על נזקי בור שהמית בהמה, אלא כנ"ל בעשרה טפחים באיגנדר ובשישה טפחים בבהמה עומדת. ומכאן משמע שהלכה כשמואל, הסובר שבור שחייבה עליו תורה – להבלו, וכל שכן לחבטו.

הרי"ף (דף כ"ב ע"א) מביא את סיכום הסוגיא באופן שונה. לדעתו נשאר בעינו ההסבר הראשון בדעת רב נחמן, דהא דבעינן בבור עשרה טפחים הוא משום הבלו ולא משום חבטו (כרב); ואעפ"כ הביא הרי"ף את המסקנה בדעת רב נחמן, "סבר, מכריסא דתורא ארבעה טפחים...", ומשנתנו – שפטרה בפחות מעשרה טפחים – משום דאיגנדר. ואילו את הקושיא ממעקה, שמכוחה חזרה בה הגמרא מההסבר

* תמוז תשכ"ו.

הראשון, לא הביא. ולכאורה דבריו סותרים זה את זה, דממה נפשך: אם הוא סובר שיש חבטה (למיתה) בפחות מעשרה וכרב, שפטור משום שלא חייבה התורה על חבטת הבור, לא היה צריך להעמיד את רב נחמן באיגנדר; ואם הוא סובר שאין חבטה בפחות מעשרה, וכשמואל – לא היה צריך להביא שבבור פחות מעשרה פטור משום שאינו חייב אלא על הבלו.

הרא"ש (פ"ה סי' ז') מביא את דברי הרי"ף, ולפי גירסתו לא היה ברי"ף אלא ההסבר הראשון; והרי"ף הולך לשיטתו, שפסק כרב, שחיוב בור הוא על הבלו ולא על חבטו. ולפי זה אין צורך לחלק בין איגנדר לבין אם הבהמה עומדת. אך צ"ע מדוע כתב הרא"ש על גירסא זו: "ותימה שלא הביא המסקנה"?

גם לפני הנמוק"י (ד"ה א"ה) היתה הגירסא כמו ברא"ש, שהרי"ף לא הביא אלא את ההסבר הראשון. אך הנמוק"י לא הקשה את קושיית הרא"ש.

ועי' הגהת המהר"ם (חידושי אנשי שם אות ב'). והמהר"ן שפירא (שם אות א') תירץ שהרי"ף נסתפק אם הלכה כרב או כשמואל, ולכן הביא את שני התירוצים.

ב. שיטת הרמב"ם בחבטה

הרמב"ם (הל' נזקי ממון פי"ב הי"ד) פסק שבור שחייבה עליו תורה – להבלו, וכל שכן לחבטו. ומשמע שפסק כשמואל. וכתב בהמשך (הל' ט"ו):

עשה תל גבוה ברשות הרבים, ונחבטה בו הבהמה ומתה – אם היה גבוה עשרה טפחים, חייב לשלם.

ומבואר שפסק כשמואל, שבעל הבור חייב אף על נזקי חבטה; ולא פסק כך משום ספק (כפי שכתב מהר"ן שפירא בדעת הרי"ף, לעיל אות א'), שהרי כתב שחייב לשלם. וא"כ הרמב"ם היה צריך להביא את מסקנת הגמ' בדעת רב נחמן, ולחלק בין איגנדר לבין נפילה בעמידה. אך הוא לא הביא את ההבחנה הזאת להלכה.

ובדיני מעקה (הל' רוצח ושמירת נפש פי"א ה"ב) כתב הרמב"ם:

היתה רשות הרבים גבוהה מגגו – אינו זקוק למעקה, שנאמר "כי יפול הנופל ממנו", ולא לתוכו.

אך לא הזכיר כלל ענין עשרה טפחים בגובה הגג מעל סביבתו כדי לחייבו במעקה.

ובדיני טריפות (הל' שחיטה פ"ט ה"ח) כתב ש"נפולה" – שהיא טריפה – היינו כשנפלה מגובה עשרה טפחים; וגם שם לא חילק הרמב"ם בין איגנדר לבין לא איגנדר. אך הכס"מ כתב שמה שכתב "עשרה טפחים", היינו מכריסה, ודו"ק.

הב"ח (יו"ד סי' נ"ח ד"ה ואיכא) ביאר את דעת הרמב"ם, וכתב בדעתו שאכן לא מודדים את אותם עשרה טפחים מכריסה של הבהמה, משום שהגמ' לא סברה כך בהסבר הראשון, ומכאן יש ללמוד שרב נחמן עצמו לא סבר כן. ולכן לא פסק הרמב"ם כלישנא בתרא, שאמנם היא מיישבת את דברי רב נחמן, אך הוא עצמו לא סבר כמותה. ולפי זה באמת אין חבטה בפחות מעשרה טפחים. יתר על כן, בעינן עשרה טפחים מהרגלים ולא מהכרס.

אך לפי ההסבר של הב"ח קשה יותר על דין מעקה: מדוע לא כתב הרמב"ם שחיוב מעקה הוא דווקא בבית שגבהו עשרה טפחים? ושמא שאני אדם, דאית ליה מזלא – לחומרא, שבאדם יש לחוש גם לפחות מעשרה טפחים. וצ"ע.

והמאירי (ב"ק נ"א ע"א ד"ה בית) כתב בדעת הרמב"ם, שגם אם אינו חייב מדין מעקה, חייב מדין סכנה, וכוונתו לאיסור "לא תשים דמים בביתך"; כמו שכתב הרמב"ם עצמו בהל' רוצח (פי"א ה"ד). ועי' אבן האזל (הל' נזקי ממון פי"ב ה"י).

ג. ביאור שיטת הטור

שיטת הטור בדיני בור (חו"מ סי' ת"י) היא דבעינן עשרה טפחים מרגלי הבהמה. וכתב שכן כתב הרא"ש. ודבריו מוקשים, שהרי הרא"ש כתב דמספקא לן אם לפסוק כלישנא קמא או כלישנא בתרא. לעומת זאת, בהלכות טריפות (יו"ד סי' נ"ח) כתב הטור שאם יש עשרה טפחים

מכריסה של הבהמה – יש לחשוש שמא נתרסקו איבריה, והיא טריפה מספק. וא"כ הוא סותר למשנתו!

וצריך לומר שכיון שהוא מסופק בדבר, אזיל הכא לחומרא והכא לחומרא: בטריפות הוא מחמיר למדוד מכריסה; ואילו בממון, אם אין עשרה טפחים מרגליה, אמרינן "המוציא מחבירו עליו הראיה". ולפי זה במעקה יש להחמיר ולהצריך מעקה אפילו בפחות מעשרה טפחים. וכן תירץ בפרישה (יו"ד שם ס"ק ב').

אך עדיין קשה, שהרי בהמשך פסק הטור כשמואל, שבור שחייבה תורה הוא בין בהבל בין בחבטה (וכן פסק השו"ע, סעי' י"ח). ולכן פסקו הטור והשו"ע שאם עשה תל בר"ה גבוה י' – חייב. אלמא דלא מספקא לן אם הלכה כרב או כשמואל. וצריך לומר דפשיטא ליה שיש לפסוק כשמואל, ובכל זאת מספקא ליה בדעת רב נחמן, אם לפסוק כלישנא בתרא או כלישנא קמא. ויכול להיות שהלכה כלישנא קמא דרב נחמן רק לענין זה שאין למדוד את אותם עשרה טפחים מכריסה של הבהמה.

ולכן נראה יותר כמו שתירץ בדרישה (חו"מ שם ס"ק ו'), שיש לחלק בין הלכות טריפות לבין דיני בור: בדין בור בעינן בור שבכוחו להמית ממש, ואילו בטריפות די בכך שהבהמה תהיה חולה עד שלא תחיה י"ב חודש. ולכן בהלכות טריפות, אם הבהמה נפלה באופן שיש חשש לריסוק אברים – הרי היא טריפה. ובבור, לעומת זאת, הרי בעל הבור חייב על עצם היותו בעל תקלה שיש בה כדי להמית; ולכן הוא לא נקרא בעל תקלה כזו עד שגם בבהמה הנופלת באיגנדר יהיה בו כדי להמית.

ולפירוש הדרישה יתכן שאפשר ליישב את קושיית הדבר־אברהם (ח"א סי' ל"ז ס"ק ה') בענין מה שנאמר במסכת ב"ק (ט"ו ע"ב), שהמגדל כלב רע בתוך ביתו עובר משום "לא תשים דמים בביתך". ושם משמע שכלב זה אינו גורם לסכנת נפשות, אלא מדובר בנזקי ממון. וקשה: הרי חיוב מעקה אינו חיוב ממון אלא חיוב נפשות. ולכך התכוונה התורה כשנקטה לשון "דמים". וכיצד למדה מכאן הגמרא גם איסור לנזקי ממון? וכן כתב בספר החינוך (מצוה תקמ"ז), שאיסור "לא תשים דמים בביתך" אמור אפילו בנזק. וגם עליו יש להקשות כנ"ל. ולפי הנ"ל אתי שפיר, שכוונת ספר החינוך היא לנזק שיש בו חשש מיתה, וכן כלב; ולכן הוא נכלל באיסור "לא תשים דמים בביתך".

והיש"ש (ב"ק פ"ה סי' כ"ה) תירץ אחרת את הסתירה בדברי הטור, וכתב שלענין תשלומי בור, כשיש מכריסה עשרה טפחים – אין המיתה מצויה כל כך. ואם בכל זאת הבהמה מתה – הרי זה כאונס, ולכן פטור מתשלומין; מה שאין כן לענין טריפות.

הנפק"מ בין תירוצי היש"ש והדרישה תהיה אולי לנד"ד: לדעת הדרישה, בחיוב מעקה לא בעינן שיהיה בגובה כדי להמית בוודאות, ודי בחשש סכנה כדי לחייבו במעקה, משום שספק פיקוח נפש להחמיר. אך לדעת היש"ש, כשעושה מעקה כדין ובכל זאת מישהו נופל, הרי זה כאונס, ולכן יתכן לומר שפטור במעקה.

ד. הסבר שיטת הרמב"ם

את כל זה ניתן לומר בדעת הטור. אך לא בשיטת הרמב"ם, שגם בהל' טריפות לא הביא ענין זה של מדידת עשרה טפחים מכריסה של הבהמה. ובדעת הרמב"ם כתב היש"ש דע"כ הוא פוסק רק כלישנא קמא דרב נחמן, וכשיטת הרי"ף רבו, דבעינן עשרה טפחים. אך על כך קשה משתיקת הרמב"ם בהל' מעקה!

וייתכן שהרמב"ם דחה סוגיא זו מההלכה; ומאחר שסובר שחיוב מעקה חל גם בפחות מעשרה טפחים, ממילא נפלה כל הקושיא ממעקה. ולכן אין צורך לתרץ שטעמו של רב נחמן הוא משום דמשחינן מכריסה; והטעם הראשון במקומו, שרב נחמן סובר כרב. ומכיון שהרמב"ם פסק כשמואל, אין כל קושיא על רב נחמן.

ואולי יש ליישב בזה קושי נוסף על הרמב"ם (הל' ברכות פי"א ה"ח) שכתב שמברכים על עשיית מעקה, בעוד שאין מברכים על מצוות שבין אדם לחבירו. ופירש בערוה"ש (חו"מ סי' תכ"ז סע' י') שעל מצוות שכליות לא מברכים "וציוונו", כי אדם היה מקיים אותן גם בלא ציווי; והקשה ממעקה, שהיא מצוה שכלית ומברכים עליה! ולפי הנ"ל יש לומר שמכיון שהחיוב במעקה לדעת הרמב"ם הוא גם בפחות מי' טפחים – ולמרות שאין סכנה, התורה חייבה את האדם בזהירות יתירה – וא"כ אדם חייב במעקה מכוח המצוה ולא רק מסברא, לכן מברך. וצ"ע.

תשובה

נראה שרוב הפוסקים סוברים שלחיוב בור בעינן עשרה טפחים, כפשטות הסוגיא בב"ק. מיהו לענין סכנה נראה שיש להחמיר כדעת הרמב"ם, שלא כתב שחיוב מעקה קיים דווקא בעשרה טפחים. ומתוך חשש לשיטת הרמב"ם צריך ללכת עפ"י השיעור הקטן, של 80 ס"מ; וסכנתא חמירא מאיסורא.

ומכיון שיש כאן ספק ספיקא לחומרא, נראה שניתן אף לברך על עשיית המעקה. (מיהו הגר"ע יוסף שליט"א, שו"ת יביע־אומר ח"ה סי' י"ח, מוכיח מפוסקים רבים שלא אומרים ספק ספיקא להתיר ברכה).

סימן קטו

הפלת עובר

ראשי פרקים

שאלה
א. עובר שלא עברו עליו מ' יום
ב. השחתת זרע בהפלת עובר
ג. הריגת עובר לאחר מ' יום
ד. שיטת הרמב"ם בעובר המסכן את אמו
תשובה
מסקנות

שאלה *

נערה בת 19 הרתה בהיותה פנויה. מבחינה נפשית אין היא מסוגלת להמשיך בהריון. אין חשש שתצא מדעתה, אך היא בהיסטריה ובמשבר עמוק. האם מותר לה להפיל את עוברה בתוך ארבעים הימים הראשונים של ההריון?

א. עובר שלא עברו עליו מ' יום

נאמר במסכת יבמות (ס"ט ע"ב):

בת כהן שנישאת לישראל, ומת – טובלת ואוכלת תרומה לערב. אמר רב חסדא: טובלת ואוכלת עד ארבעים; דאי לא מעברא – הא לא מיעברא, ואי מעברא – עד מ' יום מיא בעלמא היא.

והב"י (חו"מ סי' ר"י ד"ה ואם זיכה) הביא את דעת הריטב"א (וצ"ע, שדברי הריטב"א לא נמצאו במקום שצויין שם), הסובר שמה שנאמר בגמ' (ב"ב קמ"ב ע"א) שהמזכה לעובר שהוא בנו, קנה – הוא דווקא אחרי מ' יום; אבל לפני מ' יום – מיא בעלמא הוא, כמבואר כאן. ובעל העיטור (אות ז') גורס שגם בתוך מ' יום יכול האב לזכות לבנו העובר. הב"י פסק כבהע"ט, שקנה. אך הש"ך (ס"ק ב') הכריע כדעת הריטב"א, שבתוך מ' יום אי אפשר לזכות לעובר. והכריח זאת מן הסוגיא ביבמות.

מו"ר הרה"ג יצחק אריאלי זצ"ל (עינים למשפט יבמות ס"ט ע"ב ציון ז' ד"ה עד) כתב ליישב את דעת בהע"ט שקנין שאני, מפני שדעתו קרובה אצל

* תשרי תשנ"ג, סיון תשנ"ג.

בנו, ולכן הקנה לו באופן המועיל; ומסיבה זו אין כאן נפק"מ בין תוך מ' לאחר מ'. אך לענין ירושה תוך מ', גם בהע"ט מודה שאינו אלא "מיא בעלמא". ולפי זה יוצא שגם לדעת בהע"ט עובר בן פחות ממ' יום אינו "נפש אדם", ואין איסור לגרום לו הפלה.

ועי"ש, שהביא ראיה הפוכה מדברי הבה"ג (הל' יום הכיפורים, מובא בתורת האדם להרמב"ן, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' כ"ח), שכתב שמחללין שבת גם על עובר פחות ממ' יום, ומכאן שאסור להורגו.

הנצי"ב מוולוז'ין (העמק־שאלה, שאילתא קס"ז ס"ק י"ז, עמ' ש"ה) האריך בהסבר דעת הבה"ג, וכתב שבעצם עובר אינו "אדם", כפי שמצינו בענין נגעים, שאינו נקרא "אדם" (עפ"י נדה מ"ד ע"א). וכן לענין הריגתו, כל הלימוד הוא מ"שופך דם האדם **באדם**", אך מצד עצמו אינו "אדם". ולפי זה צריך לומר שמה שנאמר בגמרא (סנהדרין נ"ז ע"ב) שבן נח חייב מיתה על הריגת עובר, אע"פ שאינו "אדם" – הוא משום שבן נח אינו חייב על הריגת אדם, אלא על הפסקת חיים. אך עצם המושג "אדם" שווה בישראל ובבן נח. וצע"ג בדבר זה (ועיין להלן אות ג'). אך יתכן שגם בבן נח, עובר בתוך מ' יום אינו נחשב "חי", כי זוהי מציאות שאין להכחישה. ואכן בשו"ת אחיעזר (ח"ג סי' ס"ה אות י"ד בסופה) כתב שבן נח שהרג עובר בן פחות ממ' יום, אינו נהרג עליו.

בהמשך הדברים כתב הנצי"ב (שם) שהבה"ג מסכים לדעת רוב הראשונים, שעובר אינו אדם; ולכן הרוצח אותו אינו חייב מיתה אלא משלם דמי ולדות. ומה שסובר הבה"ג שמחללין עליו את השבת, זה לא משום "וחי בהם" (דעת שמואל, יומא פ"ה ע"ב), אלא משום "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה" (דעת ר' שמעון בן מנסיא שם). ומשום כך הדבר מותר רק בוודאי פיקוח נפש, ולא בספק פיקוח נפש. (עי"ש בדבריו הארוכים שהם קילורין לעינים). וא"כ נמצא שאין חולקים על כך שעובר פחות ממ' יום אינו נחשב לחי.

גם הרמב"ן עצמו (תורת האדם שם עמ' כ"ט) כתב כדעת הבה"ג, שאפילו עובר בן פחות ממ' יום, שאין לו חיות כלל, מחללין עליו את השבת.

הגרא"י אונטרמן (שו"ת שבט מיהודה ח"א עמ' ש"ס אות א') כתב להוכיח מכאן שאסור להפיל עובר פחות ממ' יום. אך איני יודע מנין למד זאת. הרי כל דברי הרמב"ן סובבים על הציר שאין כל קשר בין חיוב הצלת עובר לבין איסור הריגתו (עי' לקמן אות ה'). ולדעתו, אע"פ שאין לו חיות כלל, בכל זאת יש להצילו, כדי שישמור שבתות הרבה.

ב. השחתת זרע בהפלת עובר

אלא שאע"פ שאין איסור רציחה בהפלת עובר שלא עברו עליו מ' יום, מ"מ לא גרע מהשחתת זרע. יתירה מזאת, זהו כבר זרע שנקלט והתפתח לעובר, וא"כ יש כאן איסור חמור יותר מאשר סתם השחתת זרע.

מיהו לדעת ר"ת (יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלש, כתובות ל"ט ע"א ד"ה שלש) אין האשה מצווה על השחתת זרע בעלה, משום שאינה מצווה בפריה ורביה. וזאת אע"פ שלדעת הר"ן (לרי"ף קידושין טז ע"ב סד"ה גמ') אשה מקיימת מצוה בכך שהיא מסייעת לבעלה, ואעפ"כ אינה מצווה על השחתת זרעו. וק"ו שאשה לא נשואה אינה חייבת לסייע למישהו בפריה ורביה, ואינה אסורה להשחית את זרעו. אך לדעת רש"י (כתובות שם ד"ה משמשות) אסור לאשה להשחית את זרעו של בעלה. וקל וחומר שאסור לה לבצע בו הפלה. וייתכן שהוא הדין לזרעו של אדם זר.

ובתוס' הרא"ש (יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלוש נשים) כתב:

> ואי לאחר תשמיש, נ"ל שאין בו איסור כלל, אף לשאר נשים, אף אי מיפקדי אהשחתת זרע. דלא מקרי השחתת זרע אלא במי שגורם ע"י חימום שיוציא זרע לבטלה, בין האיש ובין האשה. אבל לאחר שנעקר הזרע מן הגוף לא שייך ביה השחתה.

ונראה לענ"ד שהמחלוקת, אם יש איסור השחתה גם לאחר תשמיש או רק בשעת

תשמיש, תלויה בשורש האיסור להוציא זרע לבטלה: אם שורשו הוא באביזרייהו דגילוי עריות, א"כ האיסור שייך רק בשעת תשמיש. אך אם שורשו הוא באביזרייהו דשפיכות דמים, האיסור נמשך גם לאחר מכן; ואדרבה, כאשר מתחיל להתפתח עובר, האיסור חמור יותר. ולדעת הרא"ש, שורש האיסור הוא באביזרייהו דגילוי עריות (ועי' לעיל סי' ס"ט אות ה"ז).

ג. הריגת עובר לאחר מ' יום

התוס' בסנהדרין (נ"ט ע"א ד"ה ליכא) עמדו על כך ש"ליכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור". ומתוך כך כתבו שלא יתכן שגוי ייהרג על רציחת עוברים ולישראל הדבר יהיה מותר. וע"כ גם לישראל אסור להרוג את העוברים.

ומדברי התוס' משמע שהדבר אסור מן התורה, אלא שאין נהרגין על כך, מידי דהוה אחצי שיעור. וייתכן שגדר עובר הוא באמת כעין "חצי שיעור"; ששיעור "אדם" הוא רק מרגע לידתו; ולפני כן, אע"פ שהוא אדם – חסר שיעור בחיותו. ומכיון ששיעורין רק לישראל נאמרו ולא לבני נח, לכן בן נח נהרג על רציחת עוברים וישראל אינו נהרג על כך. וצ"ע.

לעומת זאת, התוס' בנידה (מ"ד ע"ב סד"ה איהו) כתבו שמותר לישראל להרוג עוברים; ואעפ"כ מחללין עליהם את השבת; כמבואר במסכת ערכין (ז' ע"ב), שמביאין סכין ברה"ר בשבת כדי לחתוך את רחמה של האם ולהציל את עוברה. והביאו ראיה לכך מגוסס בידי אדם, שההורגו פטור, ואעפ"כ מחללין עליו את השבת (יומא פ"ד ע"ב). ולכאורה אין הדמיון עולה יפה: גוסס – אסור להרוג, וההורגו רק **פטור** עליו מחיוב מיתה; ואילו עובר, לדבריהם, **מותר** להרוג?! וע"כ צריך לומר שגם עובר אסור להרוג, ומה שכתבו שמותר – לאו דווקא, אלא פטור. וצ"ע.

ומאחר שהתוס' בסנהדרין כתבו במפורש שאסור להרוג עובר, מסתבר שגם התוס' בנידה התכוונו לכך, כדי לא לאפושי במחלוקת בין בעלי התוס'. ואפילו אם נאמר שנחלקו, מאחר שזהו ספיקא דאורייתא, ובדיני נפשות עסקינן – יש להחמיר ולאסור הפלת עובר.

וצ"ע, מהו מעמדו של העובר לשיטת התוס'. לשיטת הרא"ש והר"ן, עובר אינו "נפש" כלל, ואין מצוה להצילו. ולשיטת הבה"ג והרמב"ן, אע"פ שאינו נפש, מ"מ מצוה להצילו. וייתכן ששיטת התוס' היא שעובר הוא "נפש", שלא כדעת יתר הראשונים. א"נ יש לומר שאע"פ שעובר אינו "נפש", מ"מ יש בו משום שפיכות דמים מגזירת הכתוב "שופך דם האדם באדם", משם למדנו שהתורה החמירה באיסור זה; וגם מי שאין לו חיות בפני עצמו אלא הוא תלוי בחיי אמו – בכל זאת מן התורה אסור להרגו. א"נ יש לומר שמכיון שסופו להיוולד ולקיים מצוות, אסור לקפח חיים גם במצב היולי כזה, בגלל שסופו של העובר להתפתח לחיים גמורים. וע"כ גם להסבר זה מקור הדין הוא גזירת הכתוב.

ד. שיטת הרמב"ם בעובר המסכן את אמו

נאמר במסכת אהלות (פ"ז מ"ו):

האשה שהיא מקשה לילד – מחתכין את הולד במעיה, ומוציאין אותו איברים איברים, מפני שחייה קודמין לחיין. יצא ראשו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש.

ופירש רש"י (סנהדרין ע"ב ע"ב ד"ה נפש):

באשה המקשה לילד ומסוכנת... דכל זמן שלא יצא לאוויר העולם – לאו "נפש" הוא, וניתן להורגו ולהציל את אמו; אבל יצא ראשו – אין נוגעים בו להורגו, דהוה ליה כילוד, ואין דוחין נפש מפני נפש.

א"כ מפורש יוצא מרש"י שעובר אינו "נפש"; אך לא מצינו היתר להורגו אלא כדי להציל את אמו, משום פיקוח נפש. אולם בלאו הכי, מסתבר שגם לדעת רש"י אסור להורגו. וייתכן שאיסור זה הוא אף מן התורה, כמו שכתבנו לעיל (אות ג') בדעת התוס'.

והנה כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"א ה"ט), בהקשר לדין "רודף":

לפיכך הורו חכמים שעוברה שהיא מקשה לילד –

מותר לחתוך העובר שבמעיה... מפני שהוא כרודף אחריה להורגה.

משמע שלדעת הרמב"ם העובר נחשב "נפש", וכל ההיתר להורגו הוא רק משום שהוא רודף, ואלמלא כן היה אסור להורגו. מיהו בהמשך דבריו כתב הרמב"ם:

ואם משהוציא ראשו – אין נוגעין בו; שאין דוחין נפש מפני נפש, וזהו טבעו של עולם.

ודבריו קשים: שאם זהו טבעו של עולם, ומשום כך אין הילוד נחשב לרודף, מדוע מותר להרוג את העובר מדין רודף, הרי אינו רודף כלל, כי זהו טבעו של עולם? ולא מסתבר לומר שבילוד זהו טבעו של עולם ובעובר לא. כי מאי שנא? וכבר הקשה כן הר"י פיק־ברלין (מובא בשו"ת נוב"י מהד"ת חו"מ סי' נ"ט), עי"ש.

בחידושי הגר"ח מבריסק (לרמב"ם שם) פירש שיש שני דינים בהיתר הריגת רודף: האחד – משום הצלת הנרדף, והשני – משום חיוב המיתה שחל על הרודף. טבעו של עולם רק מסלק מן הילוד את חיוב הרודף שבו, כי אינו רודף. אך הצלת הנרדף במקומה עומדת.

ונראה לענ"ד שכוונתו היא זו: בכל רודף יש התלבטות קשה, אם להורגו ולהציל את הנרדף, או להימנע מלהורגו, ואז ייהרג הנרדף. חיוב המיתה שחל על הרודף מכריע את הכף לנקוט יוזמה בידיים בקום ועשה ולהרוג את הרודף, כי הוא אשם. אבל כשאין חיוב מיתה על הרודף אלא חובת הצלה כלפי הנרדף, הרי באותה מידה יש גם חובה להציל את הרודף משום "מאי חזית". ולכן הדין הוא להישאר בשב ואל־תעשה. מיהו אם יש עדיפות כלשהי לנרדף על פני הרודף, מותר להרוג את הרודף בגלל עדיפות זו. ולכן אם יצא ראשו – הרי שניהם שווים, ולכן שב ואל־תעשה עדיף, ד"מאי חזית". אך לפני שיצא ראשו – בכל זאת יש עדיפות לאם, שהיא כבר בחזקת חיים, ואילו העובר אינו בחזקת חי, ובלשון הגר"ח, "אין לו נפש הגמור". ולכן עדיף להרוג את העובר בידיים ולהציל את אמו. (ועי' אבן האזל, הל' רוצח פ"א ה"ט, שמביא את דברי הגר"ח בסגנון אחר, וכנראה שמע את הדברים מפיו בע"פ, לפני שנדפסו בחידושי הגר"ח).

ומה שתלה הגר"ח את איסור הריגת העובר בחיוב הצלתו בשבת, אינו מוכרח. התוס' (נידה מ"ד ע"ב סד"ה איהו) מחלקים בפירוש בין הדברים. והביאו ראיה מגוסס בידי אדם, שההורגו פטור ובכל זאת מחללין עליו את השבת; והוא הדין בעובר, שאע"פ שאין חיוב על הריגתו, מחללין עליו את השבת.

עכ"פ משמע מדברי הגר"ח שעובר – יש לו "נפש", ואסור להורגו; ורק משום שנפשה של אמו "גמורה" יותר, לכן עדיף להורגו מאשר לתת לו להורגה. עי"ש שהביא ראיה משיטת הבה"ג (הובא לעיל אות א') שכתב שמחללין שבת להצלת עובר. והסיק מכאן שעובר הוא "נפש" ואסור להורגו מפני האם, ורק משום דין רודף – דהיינו הצלת האם – עדיפים חייה מחייו.

אולם פירושו של הגר"ח אינו מוכרח. עי' תוס' רעק"א (אהלות פ"ז מ"ו אות ט"ו) שכתב שעובר אינו "נפש"; ומ"מ אסור להורגו, משום שבן נח חייב על העוברין; וע"כ הוא משום שיש כאן חיים בכוח שהופסקו (כנ"ל אות א', או כמו שהבאנו לעיל סוף אות ג'). ולכן נצרך הטעם של רודף להתיר את הריגתו, אע"פ ש"משמיא קא רדפו לה". ורצונו לומר שאמנם זהו טבעו של עולם, ולכן כשיצא ראשו אין נוגעין בו; אך כשלא יצא ראשו, היה מקום להעדיף אותו עליה, למרות שאינו "נפש". ומ"מ איסור שפיכות דמים יש בו, משום דליכא מידי דבן נח נהרג עליו ולישראל שרי; אך משום שהוא בכל זאת רודף, דהיינו, שהוא סיבת הסיכון. הוא מסכן אותה, ולא היא הגורמת לסכן אותו; ולכן מותר להורגו.

במלים אחרות יש לומר שהעובר הוא רודף במציאות, אם כי אין לו מעמד של "רודף". לכן כשיצא ראשו, אין היתר להורגו; אך כשלא יצא ראשו, סוף־סוף הוא רודף אותה ולא היא הרודפת אותו. אמנם לכאורה יש לומר שגם היא רודפת אותו בכך שגופה מונע ממנו לצאת

לאוויר העולם. אך מכיון שעדיין הוא לא "חי" ואינו "נפש" – אין היא נחשבת כמי שהורגת אותו, אלא רק כמי שמונעת ממנו להתחיל לחיות; ומכיון שהיא כבר בחיים בפועל, היא עדיפה עליו.

נמצא איפוא שלדעת הגרעק"א סובר הרמב"ם שעובר אינו "נפש". וצריך לומר שהוא "חי" בכוח, ולכן בן נוח נהרג עליו. וגם הגר"ח, הסובר שעובר הוא "נפש", מודה שאינו נפש גמורה.

ועיין עמוד הימיני (למו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל, עמ' קע"ט-ק"פ, בעיקר בסי' ל"ד), שמסיק בדעת הרמב"ם שהמדובר ביושבת על המשבר, והעובר נעקר לצאת; שאז יש לו חיות בפני עצמו, אלא שעדיין אינו נחשב לילוד. ולכן עדיף להציל את אמו מאשר להציל אותו, עי"ש. ומסקנתו למעשה היא שעובר אינו "נפש".

תשובה

לדעת רוב הראשונים עובר אינו "אדם". כן דעת: הבה"ג, הרי"ץ גיאות, הרמב"ן, הר"ן והרא"ש. וכן דעת הרמב"ם לפי חלק מהפרשנים.

גם לסוברים שעובר הוא "אדם", אין זו סברא אלא גזירת הכתוב "שופך דם האדם **באדם**".

ולדעת כולם, פחות ממ' יום אינו "אדם" כלל, ואפילו בן נוח אינו חייב על הריגתו; ולכן גם בישראל אין איסור להורגו.

עם זאת אולי יש השחתת זרע בהריגת העובר, לדעת חלק מן הראשונים; אם כי לדעת אחרים אין איסור השחתת זרע בעובר. אך גם לדעתם בוודאי אין להתיר לכתחילה לקפח חיים התחלתיים כאלו, שהרי להרבה ראשונים מותר לחלל שבת לשם הצלתם, וא"כ ודאי שמן הראוי למנוע את קיפוחם.

לכן נראה לענ"ד שיש לנסות לשכנע את הצעירה ההרה שתסכים להמשיך את ההריון וללדת את עוברה. ואם אין היא מסוגלת לגדלו, היא יכולה למוסרו לאימוץ, ולסייע בכך לזוגות אומללים שלא זכו לפרי בטן משלהם. ובמקום "לקנות" ילדים נכריים תמורת הון עתק בברזיל או ברומניה, ניתן לפתור את הבעיה כאן. זוג כזה בוודאי יהיה מוכן לממן את כל הוצאותיה של הצעירה בתקופת ההריון, ואולי גם את הפסד לימודיה ועבודתה, או להסתיר אותה בתקופה זו אם יהיה בכך צורך.

אך אם לא ניתן יהיה לשכנע אותה בכיוון זה בשום פנים ואופן, יש מקום להתיר את ההפלה רק בתוך מ' יום לתחילת ההריון.

מסקנות

א. אין איסור רציחה בהפלת עובר בן פחות מארבעים יום, מפני שאינו "חי".

ב. לדעת ר"ת, הסובר שמותר לאשה להשחית את זרעו של בעלה, מותר לה גם לבצע הפלה בעובר בן פחות מארבעים יום. ולדעת רש"י, האוסר לאשה השחתת זרע, הדבר אסור.

ג. הריגת עובר לאחר ארבעים יום – אסורה מספיקא דאורייתא.

ד. עובר המסכן את אמו – לדעת הגר"ח מותר להרגו למרות שהוא "נפש", משום שנפשה של אמו היא נפש גמורה יותר; ולדעת שאר האחרונים מותר להרגו משום שאינו "נפש", ואין לו שיעור שלם של חיות.

סימן קטז

הפלת עובר פגוע ראש

ראשי פרקים

שאלה
א. שיטת הרמב"ן בחיי עובר
ב. עובר שלא יהיה בר־דעת
תשובה
מסקנות

שאלה *

אשה הרה עברה בדיקות, ובהן התברר שהעובר שבמעיה פגוע בראשו במידה חמורה. הבדיקה נעשתה לאחר שעברו ארבעים יום מאז תחילת ההריון. והאשה שואלת אם מותר לה להפיל את עוברה. מה הדין?

א. שיטת הרמב"ן בחיי עובר

הנצי"ב מוולוז'ין (העמק־שאלה סי' קס"ז אות י"ז) מדייק מלשון הרמב"ן (תורת האדם, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' כ"ח־כ"ט) שעובר אינו "נפש" ובכל זאת מחללין עליו את השבת. ואלו דברי הרמב"ן:

> יצא ראשו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש. אלמא דמעיקרא לית ביה משום הצלת נפשות. ותנן נמי (נדה מ"ד ע"א) גבי תינוק בן יום אחד, "ההורגו חייב". ודווקא בן יום אחד; אבל בעובר, לא. וקרא נמי כתיב דמשלם דמי ולדות. אפילו הכי לענין שמירת מצוות מחללין עליו. אמרה תורה: חלל עליו שבת אחת שמא ישמור שבתות הרבה.

וכן כתב הרמב"ן בפירוש בחידושיו למסכת נידה (מ"ד ע"ב).

שלוש הוכחות מביא הרמב"ן לכך שאין בעובר משום הצלת נפשות, וממילא אין בו חיוב על רציחה:

א. לפני שיצא ראשו מחתכין אותו ואין בו משום הצלת נפשות. כלומר הצלת אמו היא חובה, הצלתו אינה חובה, ולכן דוחין אותו מפני אמו.

ב. עובר אין נהרגין עליו, משמע שאין בו חיוב, ואולי גם לא איסור של רציחה.

ג. משלם דמי ולדות, וע"כ אין בו חיוב רציחה. שכן אם היה בו חיוב זה, לא היה חייב לשלם דמי ולדות, שהרי חייבי מיתות שוגגין אין משלמין.

וא"כ הפטור של ישראל מהריגת עוברים אינו רק פטור של העדר שיעור חיות, כמו שכתבנו לעיל (סי' קט"ו אות ג'), אלא פטור מהותי. אין כאן רציחה ממש, וכל האיסור הוא לכל היותר משום שיש בו מעין אביזרייהו דרציחה, ואולי מסיבה אחרת. ואפילו הכי לענין שמירת מצוות מחללין עליו משום "חלל עליו שבת אחת...".

וכתב שם בהעמק־שאלה (מובא שם אות א'), שההיתר לחלל שבת בשביל עובר אינו משום "וחי בהם", כי אין בו חיות; אלא משום שסופו לשמור שבתות בעתיד. ואולי זוהי גם סיבת איסור הריגתו, כי אסור להעביר מן העולם מי שעתיד לשמור שבת. חובתנו לשמור גם חיים פוטנציאליים; וזוהי אולי גם הסיבה לאיסור השחתת זרע לבטלה, וק"ו לשמירת חייו של עובר.

* סיון שדמ"ת.

ואף שהדברים אמורים לדעת הרמב"ן בפירוש דברי הבה"ג - יש לומר שזו דעת רוב הראשונים. הרא"ש והר"ן, החולקים על הבה"ג וסוברים שאסור לחלל שבת על עובר, בוודאי סוברים שעובר אינו "נפש". גם רש"י בסנהדרין (ע"ב ע"ב ד"ה יצא ראשו) סובר כן, וכן דעת הרמ"ה והמאירי שם. בדעת הרמב"ם מפרש החוות-יאיר (סי' ל"א) שגם לדעתו עובר אינו "נפש". נמצא שלדעת הכל (כמעט) עובר אינו "נפש", וע"כ חובת הצלתו היא רק "כדי שישמור שבתות הרבה". ואולי זו היא גם סיבת האיסור להרוג עובר.

ב. עובר שלא יהיה בר־דעת

ולפי זה יש לומר שילד שייוולד ולא יקיים מצוות בגלל שיהיה חסר דעת או חסר יכולת וכדו' – אין מצוה לשמור את חייו, ואולי אף מותר יהיה לבצע בו הפלה בעודו עובר.

ולכאורה יש להקשות על כך מדברי חזקיהו מלך יהודה (ברכות י' ע"א), שלא רצה לשאת אשה בגלל שידע שמנשה עתיד להיות מלך רשע, וישעיהו אמר לו: "בהדי כבשי דרחמנא למה לך"; וחובתו של אדם היא לקיים מצוות פריה ורביה גם כאשר הילדים לא יקיימו תורה ומצוות.

מיהו משם אין ראיה, שהרי למנשה היתה בחירה חופשית, ועובדה היא גם שעשה תשובה בסוף ימיו. וזהו "בהדי כבשי דרחמנא למה לך", מפני שהקב"ה נתן בחירה חפשית לכל אדם. אך מי שמבחינה שכלית או גופנית יהיה מוגבל ביותר, ואפילו בחירה לא תהיה לו – יתכן שאין מצוה להוליד אותו.

ועיין פת"ש (אה"ע סי' ה' ס"ק י"א) שהביא בשם היש"ש (יבמות פ"ו סי' מ"ד) שאשה מותר לה לשתות כוס של עיקרין אם אין בניה הולכין בדרך ישרה. והפת"ש הקשה על כך ממה שנאמר במסכת ב"ב (קל"ג ע"ב), שאין הלכה כרשב"ג.

וכוונתו למשנה שם:

> הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו... אין רוח חכמים נוחה הימנו. רשב"ג אומר: אם לא היו בניו נוהגים כשורה, זכור לטוב.

על כך נאמר בגמ':

> אמר ליה שמואל לרב יהודה: שיננא! לא תהוי בי עבורי אחסנתא, ואפילו מברא בישא לברא טבא...

והיינו כדעת רשב"ג. ולענ"ד נראה שאין משם קושיא על דברי היש"ש. אמנם נכון שאדם שכבר יש לו כמה בנים, לא ראוי שיעביר נחלה מבן לבן. ומי יודע מי יהיו בני בניו, ו"רשע יכין וצדיק ילבש". אך לכתחילה להוליד בנים שלא יקיימו מצוות, מהיכן החיוב?

מיהו משם אין ראיה אלא לאשה, שאינה מצווה בפריה ורביה, והמדובר הוא במקרה שבעלה יוצא ידי חובתו באשה אחרת, או שכבר קיים מצוות פריה ורביה. ועל כך כתב היש"ש שרק משום "ולערב אל תנח ידך" אינו חייב להביא לעולם ילדים כאלה. אך מי שלא קיים מצוות פריה ורביה, מנין לפוטרו? הרי יש מצוה בכל נשמה שמביא לעולם, ו"אין בן דוד בא עד שיכלו כל נשמות שבגוף" (יבמות ס"ב ע"א)!

לכאורה יש להביא ראיה שאין אדם מקיים מצוות פריה ורביה בבנים שאין מקיימים מצוות, מגוי שהתגייר והוליד בן ובת בגיותו. ובשו"ע (אה"ע סי' א' סעי' ז') נפסק שרק כאשר נתגיירו הוא ובנו, הרי הוא פטור מפריה ורביה; אך אם לא נתגיירו בניו עמו – הרי הוא חייב להוליד עוד בן ובת. ואין לומר שאם לא נתגיירו אינם מיוחסים אחריו, שהרי בלאו הכי אינם מיוחסים אחריו. וע"כ צריך לומר שמאחר שיש לו בנים בישראל, אע"פ שאינם מתייחסים אחריו, יצא ידי חובת פריה ורביה. ומכאן – שאם אינם מקיימים מצוות – לא יצא ידי חובתו.

אך למעשה אי אפשר לומר כן, שמצוות פריה ורביה אמורה רק בבנים שומרי מצוות. שהרי יוצא א"כ שכל מי שבניו אינם הולכים בדרך ישרה לא יצא ידי חובת פריה ורביה! ישתקע הדבר ולא ייאמר! אלא ע"כ צריך שיהיו לו בנים

בישראל, ומגר שבניו לא נתגיירו עמו אין ראיה, שהרי אין לו בנים בישראל. אך קיום מצוות בפועל אינו מעכב לענין זה. וכך מסתבר.

ולפי מה שכתבנו לעיל (סי' קט"ו), שאיסור הפלה בישראל נלמד מאיסור רציחת עוברים בבני נח, ושם זוהי גזירת הכתוב של "שופך דם האדם **באדם**" – והרי ע"כ איסור הפלה בבני נח אינו משום שסופם לקיים מצוות, אלא ע"כ זהו איסור משום שפיכות דמים, שגזרה התורה גם בעוברים – ולכל היותר יש לומר שאין חובת הצלה בעובר כזה שגם לכשייוולד לא יוכל לקיים מצוות; אך להורגו אסור. אך מהרמב"ן משמע שחובת הצלה תלויה בחיוב על הריגה, ואיסור הריגה מקורו אחר: או משום ש"ליכא מידי דבן נח חייב ולישראל שרי", או משום שיקיים שבתות הרבה. וצ"ע.

תשובה

העולה מדברינו הוא שמצוות פריה ורביה חייב אדם לקיים גם בילדים חרשים ושוטים שלא יקיימו מצוות. אך מצוות "לערב אל תנח ידך", מסתבר שלא נאמרה בילדים כאלה; אלא שכל ההיתר שמצינו למצב זה הוא רק היתר לאשה לשתות כוס של עיקרין; אך השחתת זרעו של הבעל אסורה. וא"כ ק"ו הוא להפלה של עובר שהתרקם והחל לחיות, שיש בה השחתת זרעו של האב. מיהו הדבר תלוי במחלוקת אם אשה אסורה בהשחתת זרעו של בעלה. שלדעת רש"י (כתובות ל"ט ע"א ד"ה משמשות) אסור לה, ולדעת ר"ת (יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלש, כתובות שם ד"ה שלש) הדבר מותר לה. וא"כ יתכן שלדעתו גם הפלה מותרת לה במקרה שבעלה קיים כבר פריה ורביה ויש לה צער גידול בנים, בבנים שלא יקיימו תורה ומצוות, משום שאינם בני דעת.

ולפי מה שכתב הרא"ש (יבמות י"ב ע"ב ד"ה שלוש נשים, הובא לעיל סי' קט"ו אות ב'), אין איסור השחתת זרע לאחר שהזרע נקלט ברחמה של האשה. אולם בכל זאת אסור לכתחילה להרוג עובר אפילו אם הוא פחות ממ' יום (וכנ"ל בתשובה הקודמת). אך הסיבה לכך היא כדי שיקיים שבתות הרבה. ומכיון שכאן מדובר בעובר שלא יקיים שבת כלל – ואדרבה, יגרום לכך שיצטרכו לחלל שבתות בשבילו – יש אולי מקום להתיר את הפלתו. אולם סברה זו תלויה בכך שאכן לדעת הרמב"ן הפלה אסורה רק בגלל שלא יקיים שבתות, ושכן דעת יתר הראשונים. והדבר צריך הכרע ע"י גדולי הדור.

מסקנות

א. לדעת הרמב"ן יתכן שאין איסור רציחה בעובר אלא משום שלא יקיים שבתות.

ב. ההיתר לחלל שבת להצלת עובר הוא משום "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה" ולא משום "וחי בהם".

ג. יתכן שאין חובת הצלה בעובר שלא יהיה בר־דעת ולא יוכל לקיים מצוות.

ד. אדם מקיים מצוות פריה ורביה גם בילדים שאינם שומרים מצוות, אך כאשר ברור שילדיו לא ישמרו מצוות, כגון שלא יהיו בני דעת – אין בהם מצוות "ולערב אל תנח ידיך".

מפתח עניינים

מפתח זה כולל הן את חלק המאמרים והן את חלק התשובות שבספר זה.

המפתח מחולק לשתי דרגות של ערכים: הנושא מודפס באותיות מודגשות, והתת נושא - באותיות רגילות ומוקטנות. בציון המקורות, האות הראשונה, המודגשת, מציינת את הסימן; האות השניה, הבלתי מודגשת ומוקטנת, מציינת את ראש הפרק; ולפעמים ישנה אות שלישית או מספר, בסוגריים, המציינים סעיף בתוך ראש הפרק.

כשישנם מספר מקורות העוסקים באותו נושא, יש ביניהם פסיק.

אב מאמץ

קריעה ואמירת קדיש עליו **ס** א.

אבידה

נטילתה בספק **קיב** ג.

אבל

הנחת תפילין על ידו **נט** ה.

אבילות

מתי היא מתחילה **נט** ג-ה.

חיובה בקטן שהגדיל **נט** ה.

על גוי **ס** א.

על רבו **ס** א.

איסור מלאכה בקיבוץ **ג** טז.

אבילות (שנה ושלושים)

איסור בנין של שמחה **סא.**

איסור אירוסין **סא** א, **סב** ב.

כניסה לבית חדש **סא** תשובה.

נישואין לאחר ה"שבעה" **סב, סג** א, ג-ד.

מחילת ההורים על שנת האבל **סג** ג.

ביום ליקוט עצמות **סה.**

אומן

אחריותו כשהזיק בטעות **נה** א, **צ** ב.

אחשביה **כא** ב, ד.

איבה

ביחס לגוי **כב** א-ב.

ביחס ליהודי **כג** ג.

איברים

מכירתם לשם השתלה **ק.**

גביית תשלום עבורם **ק** ד-ה.

אין ספק מוציא מידי ודאי **כד** ג.

אין אדם משים עצמו רשע

בהודאת אשה שנטמאה **עח** ה.

גדר הדין **עח** ו.

בדרך וידוי **עט** ז.

אינקובטור

אם דינו כרחם **ע** ג.

אינתיפאדה

סירוב לפקודת התעללות באזרחים **ה** מסקנה (ד).

הגנה עצמית בה **ח.**

אכילה

ע"י בליעה ללא לעיסה **כא** א.

בדבר שאינו ראוי למאכל **כא** ב, ד.

אם פונדקאית

ייחוס העובר **ע.**

אמה עבריה

ייעודה לאדון **עה** ב-ד.

אנוס

הגדרתו **מה** ג.

גדרו **יט** ה.

חיובו כאדם המזיק **נה** א.

אנינות

גדרה **נט** ג-ה.

אסיפת חברים

סמכותה **ב** א.

אסמכתא **קיא.**

אפוטרופוס

התחייבותו לזמן ממושך **קו** ד.

מעמדו **ב** ד.

אפיקורוס

הגדרתו **מג** ב, ד.

אם קיים בזמן הזה **פא** ג.

ספר תורה שנכתב על ידו **מג** א-ד.

ארץ ישראל

מצוות כיבוש וישיבה **ד** א.

מצוה פרטית או ציבורית **ד** ב-ד.

קניית קרקעות **ד** ג-ה

בעלות נכרים על קרקעות בה **קיג.**

מוחזקת לנו מאבותינו **קיג** ב, ה-ו.

בעלות כל יהודי על ד"א בה **קיג** ה-ח.

קדושתה בקרקע גוי **קיג** ט.

אש

חיוב הרחקת נזקיה **פט** ג-ה.

חיוב תשלומין כשלא הוא המדליק **פט** ב.

אשה

שייכותה ללימוד תורה **פתיחה** יד-טו.

חיובה באיסור "לא תערוץ" **ז** א.

שעבודה לבעלה לאחר מותה **י** ב (3), **לא** ד.

חיובה בכתיבת ספר תורה **לח** ג.

נישואיה בתוך שנת האבל **סג.**

חיובה במצוות "שבת" **סג** ד.

חובתה בפריה ורביה **סג** ד, **סז.**

חובתה במצוות סוכה **סז** ב.

דין ערבות בה **סז** ב.

אשו משום חציו

גדר הדין **מ** ב.

בועל (באשת איש)

גדרי איסורו באשה **עט** ו.

בור

להבלו או לחבטו **קיד** א-ב.

מדידת עמקו **קיד** א-ד.

בטלה דעתו אצל כל אדם

"בידו"

כטענה להוצאת ממון **פד** י.

ביטוח

תשלומי נזיקין על רכוש מבוטח **קב** א.

ביטחון בה'

במקום סכנה **ז** ד.

ביטול איסור לכתחילה

כשאין כוונתו לבטל **יד** ג, **טו** ד.

בשעה שהוא היתר **טו** א-ב.

ביטול ברוב

בכלים אסורים שנתערבו בכשרים **יא** ד, **טז** ב, **יח** ב.

בישולי עכו"ם

בסופגניות **יז.**

בטיגון **יז** א.

בית דין

חובת הציות כלפיו **א.**

סמכותו בקביעת המציאות **א** ח (1).

בית המקדש

חיובו במזוזה **מה** א, **מו** ד-ו.

בית הסתרים
חציצה בו **כד** ג.

בית כנסת
הבעלות עליו **ג** ח, **מו** ו, **מז** א.
פרישה ממנו **ב** ח.
קדושתו לזמן מוגבל **מז** ב, ד.
חיובו במזוזה **מו** ו, **מז** א.

בית מדרש
חיובו במזוזה **מז** א, ג.
קדושתו כשהוא ארעי **מז** ב.

בית חולים
חיובו במזוזה **מה** ה.

בית משותף
שעבוד הדיירים זה לזה **צד** א-ב.

בית סוהר
חיובו במזוזה **מה** א-ב.

בית שער
חיובו במזוזה **מד** ה, **נ** א-ב, **נב** א, ג.

בכור בהמה
היתרו ע"י מום שלא בכוונה **נד** א.
הוראה להטיל מום בשוגג **נד** ב.
הרבעה טבעית בו **נד** ג.
וולדותיו **נד** ד.

בל תוסיף
בקביעת שתי מזוזות מספק **נב** ד.

בל תשחית
בקריעה לאחר זמנה **סד.**
גדר האיסור **סד** א-ג, **סט** ה.

בלנדר
הכשרתו **יד** ג.

בן עזאי
דחיית נישואיו **סו** א, ה.

בני נח
קביעת המציאות להלכותיהם **ע** ג.
דינם בהריגת עובר **קטו** ג-ד.

בנין עראי
הגדרתו לענין מזוזה **מד** ב.
חיובו במזוזה **מד** ב-ו.

ברז
דינו ככלי ראשון **יג** ג.

ברירה
בשותפות **ג** יט, **כ** ו, **קיג** ג.
במסירת שיק **פד** ג.

ברכת המצוות
נוסח הברכה **לג** א-ב, **מו** ז.
נוסח ברכת התורה **פתיחה** יג-יד.
תוכן ברכת האירוסין **פב** א.
בגיור של גר קטן **לז.**
במצוה היכולה להתבטל למפרע **לז** ב.

בשר וחלב
בישולם באופנים שונים **יג** ד, **יד** ג.
המתנה ביניהם **טו** ה.
הגדרת כ"א מהם כ"היתרא בלע" **יח** א.

"גברא" ו"חפצא"
בלימוד תורה **פתיחה** ו, יד.
במילה **פתיחה** יא.
ביישוב ארץ ישראל **ד** א.
בטבילת כלים **יט** ב.
במזוזה **מו** ז.
בחילול מעשר שני **סה** ב.
בליקוט עצמות **סה** ב-ג.

בביעור חמץ **סה** ב.

בנדרי צדקה **פה** ב-ג.

גוי

כשאינו עובד ע"ז **כב** ב, ד.

טיפול רפואי בו **כב** א.

מתנת חינם לו **כב** א-ב.

הכרת טובה כלפיו **כב** ג.

השבת אבידתו **כב** ב.

גזילה ממנו **קיג** א.

כתיבת ספר-תורה על ידו **מג** ב-ה.

אבילות עליו **ס** א.

אמירת "קדיש" עליו **ס** ב.

ישיבתו בארץ **כב** ד.

בעלותו על קרקעות בארץ ישראל **קיג.**

קניית לולב ממנו בארץ ישראל **קיג** ט.

גוף האדם

הבעלות עליו **ח** ב (2), **ק** א-ג.

גוש

דינו כשהוא מונח בכלי שני **יג** א, ד, **טז** א.

גזילה

על מנת להשתמש ולהחזיר **קי** ב-ג.

גיור

גדרו **לז** א.

על מי מוטלת המצוה **לז** ה.

לשם נישואין אסורים **עד** ב.

בטומאה **לו** ב, ה.

גיורת

טבילתה כשהיא נידה **לו.**

איסורה לכהן **עד** א.

גיריה דיליה

הגדרתו **פח** א-ב, **פט** א, ג.

בבעלי חיים שמזיקים **פח** ד.

גלות

ברופא שטעה והמית **נה** ה-ז.

במי שהכה ברשות **נה** ה-ז.

בשליח בית דין **נה** ו-ז.

גמילות חסדים

לאדם מת **לא** ו.

גן ילדים

כצורך מצוה **ב** ז.

גניבה

בשואל שלא מדעת **קי** א.

על מנת למיקט **קי** א, ג.

על מנת לשלם כפל **קי** א, ד.

על מנת להחזיר **קי.**

גר קטן

גדר הגיור **לז** א.

גדר המחאה כשהגדיל **לז** ב.

דינו לאחר שמחה **לז** א, ג.

ברכה על מילתו **לז** ב.

ברכה על טבילתו **לז** א-ב.

כשאינו מקיים את כל המצוות **לז** ב.

גר שנתגייר כקטן שנולד

במעמד הר סיני **לו** ב, **ע** א.

לענין טומאת זיבה **לו** ב-ד.

ביוחסין **ע** א, ד.

לחיוב פריה ורביה **סו** ט, **ע** ב.

גר-תושב

גדרו **לז** א.

גרושה

מגורי הבעל בסמוך לה **פב.**

גרמא בנזקין

הגדרתו לעומת גרמי **צ** ז.

דבורים

הבעלות עליהן **קיב** ג.

חיוב בנזקיהן **פח** ה, **קיב** ג.

דבר מכוער

באשת איש **עו** ג.

דבר שבערוה

אם כולל גם יוחסין **עא** א-ב.

דבר שלא בא לעולם

במכירת זכויות **צז** ב-ד.

הקנאתו ע"י ציבור **צז** ג.

קנייתו ב"סיטומתא" **ג** יב.

קנייתו מכוח מנהג העולם **קט** א.

דוד המלך

מעמדו כמלך בחיי שאול **ח** ז.

דוחקא דסכינא

במאכל קר **יד** ב.

דינא דגרמי

תנאי החיוב לשלם **צ** ז.

בפיטורין **קה** א.

דינא דמלכותא

כשאין שיוויון בפני החוק **ח** ו (2).

ברישום קרקעות בארץ ישראל **קיג** ט.

דם

תרומתו תמורת תשלום **ק** ז.

דם חימוד

חיוב שבעה נקיים מחמתו **כו** א.

גדר "תבעוה להינשא" **כו** א.

ללא הפסק טהרה ובדיקות **כו** ב.

בזוג שחי ביחד לפני הנישואין **כו** ג.

כשהחתונה נדחתה **כז.**

דרכי שלום

הגדרתם **כב** א-ב.

הבחנה (ג' חודשים)

לאחר נישואין אזרחיים **פ** א.

לאחר נישואין ריפורמיים **פ.**

באשה שנתגרשה מחמת קול **פ** ב.

בגט ישן **פ** ג.

בגט שניתן לחומרא **פ** ה.

הבטחה

החובה לקיימה **ב** ה, **עט** ד, **צח** תשובה.

קיומה ע"י שליח ציבור **צט** א.

הדס

קנייתו מגוי למצוה **קיג** א-ב.

הודאה

בפני עד אחד בדבר שבערוה **עט** ח.

באשת איש שנטמאה **עח, עט** ה, ז.

הוצאת זרע לבטלה

לצורך הולדת ילדים **סט** ה.

גדר האיסור **סט** ה.

הידור מצוה

לעומת קיומה בזמנה **לה** א.

הכאה

לקיום מצוה או לאפרושי מאיסורא **ד** ה.

ע"י שוטרים **ד** ו.

כתגובה להכאת ע"י שוטר **ד** ו.

הכרת טובה

כלפי גוי **כב** ג.

הכשרת כלים

תבנית אפיה שהיה בה דם — **יא** ג.

כלי איסור שנתערבו בכשרים — **יא** ד, **טז** ב, **יח** ב.

הגעלה ע"י עיסה סמיכה — **טו** ו.

מבשל לחלב ולהיפך — **יח** ג.

לבלנדר — **יד** ג.

הלוואת גמ"ח

ערכה לעומת צדקה — **לב** א, תשובה.

הלכה

פסיקתה עפ"י רוב — **א** ה, **ב** ג.

פסיקתה ע"י לימוד כל הדעות — **א** ה.

הפלה מלאכותית

תוך ארבעים יום — **קטו** א-ב.

לאחר ארבעים יום — **קטו** ג.

בעובר המסכן את אמו — **קטו** ד.

לפנויה שהרתה — **קטו** תשובה.

בבעל מום חמור — **קטז.**

הפריה מלאכותית

סו ט, **סט** ג-ד.

הפרשת חלה

בסופגניות — **יז** ב.

הצלת נפשות

בעל כרחו של הניצול — **נו** ב.

כמצוה שבין אדם לחבירו — **נו** ב.

אם הימנעות ממנה היא רציחה — **נו** ד.

במקום צער גדול — **נו** ג-ד.

לשם חיי שעה — **נו** ה.

בעובר במעי אמו — **נז** א.

באדם שאינו חי — **נז** א.

לעומת תלמוד תורה — **צו** ו.

הרחקת נזקין

החיוב בספק — **פח** ג, **צ** ו.

בבעלי חיים — **פח** ד-ה.

במשיכת בעלי חיים מזיקים — **פח.**

בהחזקת פרדס שיש בו מחלה — **פט.**

תיקון הגג למניעת גשם — **פט** ג.

בנזקי רבים — **פט** ד.

בענף הנוטה לחצר הזולת — **צ** ג-ה.

בחדירת שורשים — **צ** ד-ה, ח.

בנזקי כלאיים — **צ** ד.

תשלומין כשלא הרחיק — **צ** ז.

בנזק הנגרם ע"י הציבור — **צא** ב-ג.

וע"ע: "גיריה דיליה".

הרכבה

חיובה בערלה — **ע** ו.

דין הרוכב לכלאיים — **ע** ו.

הרשאה

בהסתמך על ד"א בארץ ישראל — **קיג** ה-ח.

השבת אבידה

לגוי — **כב** ב.

השחתת זרע

גדר האיסור — **סט** ה-ו.

לצורך פריה ורביה — **סט** ה-ז.

ע"י האשה — **סט** ו.

בהפלת עובר — **קטו** ב, **קטז** תשובה.

במינקת — **סח** א.

התנדבות

לקצונה בניגוד לרצון ההורים — **י.**

לצה"ל, במקום סכנה — **י** א, מסקנה.

התפטרות

בנבחר ציבור — **ב** ד (84).

באפוטרופוס **ב** ד, **קו** ד.
זכות הפועל להתפטר **קו** א, ג.
לאחר עונת שפל **קז**.
כשגורם נזק למעביד **קו** א, **קז** ב-ג.
הגדרת "דבר האבד" **קז** ב, תשובה.

התקן תוך-רחמי
דימום הנובע ממנו **כד** תשובה.

וועד יישוב
סמכותו להחליט **צא** נספח.
סמכותו להטיל קנסות **קי** תשובה.
התפטרות ממנו **ב** ד (84).

זה וזה גורם
בוולדות בהמה **נד** ד.
בתרבית של תאים סרטניים **נח** א.
בשני עניינים **נח** א.

זונה
הגדרתה **עג** א-ד.
בפנויה **עג** ג-ד.
בגיורת **עד** ג.
ללא קידושין **עד** ב.

זכויות (קנייניות)
מכירתן כשלא באו לעולם **צז** ב.
מכירת זכות לגביית כפל וקנס **צז** ה-ו.

זקן ממרא **א** א-ב(1), ג, ז(3).

זריזין מקדימין למצוות
במילה **לד** א, ג, **סו** ו.
בנישואין **סו** ד, ו.
בפדיון הבן **סו** ו.
לעומת הידור מצוה **סו** ו.

זריעה
הגדרתה לענין איסור "חדש" **ע** ז.

חברה בע"מ
הגדרתה המשפטית בהלכה **ג** ד-יב, **צט** ד.
קנייה ממנה ע"י בעל מניות **צט** ד.

חדש
גדר ההשרשה **ע** ז.

חובל
האיסור לחבול בעבד **ק** א.
ברשות הנחבל **ק** א.
האיסור לחבול בעצמו **ק** א.

חוזה
דרך פרשנותו **קז** א.
כשיש בו סתירה **צג** א.

חולה שאין בו סכנה
הגדרתו **כא** ג.
היתר מאכלות אסורות בו **כא** ג-ד.

חולה שיש בו סכנה
הצלתו כשאינו רוצה **נו** ב.

חופה
גידרה **כו** ו-ז.
מהי? **פא** ח, יא.
אם צריכה עדים **פא** ח.
לפני הקידושין **פא** ט.
ברכות בחופה מסופקת **פא** י, יב.
דין חופה בעשרה **פא** י.

חופת נידה
בחשש דם חימוד **כו** ד.
ביאור שיטות הראשונים **כו** ה-ח.
בזוג שאינו שומר תורה **כו** תשובה.

חוקות הגויים
גדר האיסור **כג** א.

חזקה (באיסורים)
ממקום למקום **יב** א, **כט** א.

מזמן לזמן יב א.

חזקה (בהתנהגות בני אדם)

הגדרתה לעומת רוב פד ז-ט.

אין אדם פורע תוך זמנו פד ט.

חזקת כשרות

הפקעתה למפרע ב ט.

חזקת ממון

בהחזקת שטר פד א, ג.

בכותל שבין שתי חצרות צג ב.

בחומרי בנין שכבר נבנה צג ב.

בציבור צא תשובה.

חזקת תשמישין

דרך יצירתה פו א.

כשאינה רצופה פו ב.

חייך קודמין

בפיקוח נפש נו ד.

חילוני

אם כשר לעדות קידושין פא ג.

חכמי ישראל

חובת הציות כלפיהם א.

חלל

מקור הפסול לכהונה ע ח.

חממה

חיובה במזוזה מד.

טלטול בתוכה בשבת מד ו.

הגדרתה כ"בית" לשביעית מד ו.

חמץ

זמן ביעורו כשיש הפרשי שעות בין מדינות סה ב.

חובת "גברא" או "חפצא" סה ב.

חנוכה

דין שמן של נס נח ד.

חסיד אומות העולם

הגדרתו כב ב.

חציצה

בבית הסתרים כד ג, כט ב.

בטבעת כח ב.

בדבר שלא ניתן להסרה כח ג.

אם דם נידה חוצץ לו ו.

חרם דרבנו גרשום

השלכתו לנאמנות על טומאה עח א-ג,עט ז.

חרסינה

הכשרתה יג ג-ה.

טבילה

בגיורת בתוך ז' נקיים לו תשובה.

זמן ברכתה בטבילת גרים לז ד.

המברך בטבילת גר קטן לז ה.

טבילת כלים

שימוש בכלים שאינם טבולים יט-כ.

חובת גברא או חפצא יט א-ב.

בשבת ויו"ט יט ב.

באורח יט ג.

בשואל יט ד.

בקטן יט ב, ד, ה, כ ה.

בזכיה מהפקר יט ה.

בכלי סחורה כ א.

בשותפות עם גוי כ ז.

בשלל האוייב כ ו.

טבעת

אם חוצצת בטבילה כ.

טריפה

שיעור הנפילה ל"נפולה" כח.

יבמה

מצוותה להתייבם קיד ב-ד.

מחלוקת בית שמאי ובית הלל סג ב.

יואב (שר צבא דוד)
הריגת אבנר ועמשא **ח** א.

יום הזיכרון
עמידה בשעת הצפירה **כג.**

יום הכיפורים
היתר סיכה בו **כא** ב, ד.

יום השנה (יאר-צייט)
כשיש הפרשי שעות בין מדינות **סה** א.

יורד לאומנות חבירו צב.

יורד לשדה חבירו שלא ברשות
באומר "טול נטיעותיך" **צד** ו.
באומר "נטיעותי אני נוטל" **קיג** ה.

יורש
חובתו לשלם את נדרי המוריש **פה.**
תשלום חובות המוריש **פה** א.

ייאוש
הגדרתו **נו** ב.
גדרו הקנייני **כ** א, **קיב** ב.
ייאוש שלא מדעת **נט** ב, **קיב** א.
חזרה בייאוש **קיב** ב.
הדין בספק ייאוש **קיב** ג.

ייחוד
אם אוסר אשה לבעלה **עו, עז** תשובה.

יישוב ארץ ישראל
מצוה פרטית או ציבורית **ד** ב-ד.

ימית (חבל)
סירוב פקודה בהריסתו **ה** מסקנה (ב).
המאבק למניעת עקירתו **ד.**

ישיבת ארץ ישראל
במקום פיקוח נפש **ו** א, ג.
לעומת כיבוד הורים **ו** ב.
"כאן נמצא כאן היה" יב א, **כט** א.

כבד
צלייתו בתנור חשמלי **יא** א-ב.

כיבוד אב ואם י, ל.
גדר המצוה **ו** ב, **י** ג, ה, **נט** ז.
גדרו, לעומת מורא **ה** ב (1), **י** ה (1).
לעומת קיום מצוה **ה** ב (2), **ו** ב, **י** ב-ג, ה.
לעומת הידור מצוה **י** ב.
לעומת לימוד תורה **פתיחה** טז, **ה** א-ב, **י** ה.
במקום מצוה שבין אדם לחבירו **ל** ב, **לא** ה.
לעומת ישיבת ארץ ישראל **ו** ב.
כבוד הסבא **ל** א, **לא** ג.
כבוד החותן **לא** ג.
כבוד האם לעומת כבוד האב **לא** ד-ה.
באמירת "קדיש" **י** ב (3).
באבלות י"ב חודש **סג** ג.

כיבוש מלחמה
הקנין הנובע ממנו **כ** א-ד, **קיג** ו.

כיור
בליעת איסור בו **יג** א-ב, ד.

כלאיים
בכרם גזול שנשתקע שם בעליו **קיג** ה, ח.

כלי חד-פעמי
אם מקבל טומאה **כה** ג.
אם כשר ככוס לקידוש **כה** ג.

כלל ישראל
הגדרתו הקניינית **ג** ו.

כתב אשורי
קדושה בו מא, מב ז, תשובה.
כתיבת דברי חול בו מא א-ב, מב ז.
שימוש בו לגט וכתובה מא א, ג, תשובה.

כתב רש"י
השימוש בו מא ב, ד.

כתובה
תוקפה בקיבוץ ג כ.
מכוח חתימת החתן פא ה.
אם נחתמה לפני יום החופה פא ו.

לא תוהו בראה לשבת יצרה
באשה סג ד.
קיום המצוה בהפריה מלאכותית סח ד.

לא תחמוד
גדר האיסור ו ד.

לא תחנם
גדר האיסור כב א-ב.

לא תערוץ מפניהם
גדר האיסור ו ד, ז ב.
האיסור באזרחים ו ד-ה, ז א.

ל"ג בעומר
שריפת בגדים בהדלקה במירון סד ג.

לולב
קנייתו מגוי קיג.

לפני עיוור
האיסור בקיבוץ ג יח.

לשון הקודש
שימוש בה לצרכי חול מא ב.

לשון הרע
בעדות על אשה שנטמאה עז, עט ו.
למניעת נזק מהזולת פג א-ב, ד.

מאבד עצמו לדעת
הצלתו בעל כרחו נו ב.
מחמת ייסורים נו ג.

מגילה
ביטול מצוה בקריאתה פתיחה יז.

מדינת ישראל
מעמדה כיישות משפטית עצמאית כ ו.
המעמד הקנייני של האזרחים הנכרים כ ו.

מודה בקנס
באונס ק ט.

מוסק
כשרותו נח ג.

מוקצה
אכילתו ע"י חולה שאין בו סכנה כא ד.

מורא אב ואם
גדר המצוה ה ב (1), י ה (1).
לעומת מצוה או מדת חסידות י ד-ה.
לעומת לימוד תורה י ה.

מושב
דיני תורה אופייניים לו ב.
רכישת זכויות לול בו צז.
חלוקת מיסים בו צה.
אחריותו לטעויות של עובדיו קא.
דרכי הקנין במחסן האספקה צט.
ביטול הסכם הדדי להחזקת משק קט.
סמכות הוועד להטיל קנסות קי תשובה.

מזוזה
קביעתה לשמירה שלא במקום מצוה מה ו, מו ח.

קביעתה בפתח האוהל **מו** א, תשובה.

חיוב גופים ציבוריים בקביעתה **מו** ה-ו.

חיובה בשותפין **ג** ג.

חובת "גברא" או "חפצא" **מו** ז.

נוסח הברכה **מו** ז.

תעשה ולא מן העשוי **נא** ב.

קביעת שתיים מספק **נב** ד.

מזוזה, חיובה

בבית המקדש **מה** א, **מו** ד-ו.

במקום קדוש **מז** א, ג.

בלשכת פרהדרין **מה** א-ב, **מו** ה, **מז** א.

בבית כנסת **מו** ו, **מז** א.

בבית מדרש עראי **מז.**

בבית חולים **מה** ה, **מו** ה, ז.

בבית מרחץ **מט.**

בבית סוהר **מה** ב.

בבית שער **מד** ה, **נ** א-ב, **נב** א, ג.

בדירה בעל כרחו **מה** א-ג, **מו** ד.

בדירת עראי **מד** ב-ה, **מהא,ד,מוב-ג.**

בדירת עראי בארץ ישראל **מה** ד.

בחדר צר **מח** א, **נב** א.

בחדר שיש בו שני מפלסים **נב** ב.

בחממה **מד.**

בחנות **מד** א.

במאהל צבאי **מו.**

במבנה עראי **מד** ב-ה.

במבנה שאינו משמש לכלום **מה** ה.

במחנה ישראל במדבר **מו** ד.

במחסנים **מד** א, **מו** ה.

ברפתות ולולים **מד** א, ז.

במחנה פליטים **מה** ד, **מו** ג-ד.

במקוה, בחדר החיצוני **מט.**

במקום שאינו דירת כבוד **מט** ב.

בחדר המשמש לכביסה **מח** ב.

במקלט **מה.**

במשרד ממשלתי **מו** ו.

בסוכת גינוסר **מד** ב-ד.

בסוכת היוצרים **מד** ב-ה.

בספינה **מה** ד, **מו** ג.

בפונדק **מו** ז.

בפשפש שבתוך דלת גדולה **נא.**

בשער שאינו משמש למעבר **נ.**

בשער שאינו של בית **נ** א-ב.

מחוסר אמנה

גדרו **צח** תשובה.

מחיר

בדברים שערכם הוא סובייקטיבי **ק** ה-ו.

באיברים להשתלה **ק** ה-ו.

מחסן

חיובו במזוזה **מד** א, ז.

טלטול בגדול מבית סאתים **מד** ו.

מחצית השקל

שיעורו **צו** א.

חיוב הכהנים בו **צו** ב.

"מי שפרע"

בעובד ציבור **צט** א.

מיגו

להוציא **פד** א.

מידת חסידות

כטענה בנזקי שכנים **פז** ב.

כשיש הפסד לאדם אחר **צט** ג.
בעובד ציבור **ב** ה.
לעומת כיבוד אב ואם **י** ב.

"מיטב"
הגדרתו **קב** א.
ביאור סוגיית הגמרא **קב** ג-ד.

מילה
ללא דעת האב **לג.**
על מי מוטלת המצוה **לג** א.
המצוה למול או שיהיה מהול **לג** א-ב, **לד** א-ב.
ע"י שליח **לג** א-ב, תשובה.
נוסח הברכה **לג** א-ב.
ע"י שנים **לד** א, **לה** ב.
חיוב אשה במילת בנה **לד** ב.
מילה חלקית בשבת **לה.**
שעת חיובה שלא בזמנה **לד** א, ג.
זמן חיובה בחולה שהבריא **לד** תשובה.

מין
הגדרתו **מג** א-ד.
ספר תורה שנכתב על ידו **מג.**

מינקת
נישואיה **סח** ב.
דינה במניעת הריון **סח** ב.

מיסים
דרך קביעתם **ב** ו, **צה.**
גבייתם לצורך חלק מהציבור **ב** ו.
גבייתם לצורך לימוד תורה **ב** ז.
דינם בתלמיד-חכם **פתיחה** ו, **צו** ה.

מכרי כהונה
גדרו **לב** ב.
אם יש גם "מכרי ת"ח" **לב** ב.

מכת מדינה
בשכיר שלא היתה לו עבודה **קח.**

מלחמה
גדרה **ח** ו (1).
ההיתר להיכנס בה לסכנה **ד** ד, **ז** ב, **י** א.
גדר האיסור לפחוד **ו** ד, **ז** ב.
על מי חל האיסור לפחוד **ו** ד-ה, **ז** א.
גדר הכיבוש בה **כ** א-ב.
קנין השלל בה **כ** א-ד.

מלחמת המפרץ
עזיבת הארץ מחשש סכנה **ו.**
נטישת העיר רמת גן **ז.**

מלך
הפרת פקודתו משום מצוה **ה.**
שריפת חפציו כשמת **כג** א.
היתרו בפילגש **עה** ב-ה.

מלכות
התנהגות הפרט בוואקום שלטוני **ח** ז.
חובת הציות במקום הידור מצוה **י** ב (2).

ממזר
כשנולד ללא עבירה **עב** ד.

מניות
אחזקתן בפסח כשיש חמץ בחברה **ג** יא.

מניעת הריון
ע"י גלולות **סו-סח.**
תשמיש במוך **סז** תשובה.
סח א.

מעמד הר-סיני
חובת ההיטהרות לקראתו **לו** א, ה.

מעמד שלושתן
גדרו **פד** ד.

מעקה
גדר חיובו **קיד.**

מעשר כספים
שינוי ייעודו **לב.**
סדר עדיפויות בנתינתו **לב** א.

מצה
בליעתה ללא לעיסה **כא** א.

מצוה
קיומה בזמנה לעומת הידור בה **לה** א.
קטטה ואלימות לשם קיומה **ד** ד.

מצוה לקיים דברי המת **פה** ב.

מצוות צריכות כוונה
במצוות שבין אדם לחבירו **נט** ז-ח.
במצוות קבורה **נט** ו, ח-ט.
בשליח מצוה ובעליה לרגל **נט** ז.
במילה **נט** ח.

מקח טעות
בהזמנת אמן להופעה **קה** ב.

מקלט
חיובו במזוזה **מה.**

מקף
אם מחשיב שתי מילים כמילה אחת **מב** ד.

משחק בקוביא **קיא.**

משפט עברי
חשיבות הפסיקה על פיו **ב** הקדמה, **ט** ב-ג.

מת
עמידה בפניו **כג** ב.
גמילות חסדים כלפיו **לא** ו.

נאמנות
באשה המודה שנטמאה **עח, עט** ה, ז.

נבחרי ציבור
מעמדם **ב** ד.
התפטרותם **ב** ד (84).

נדר
בחבר קיבוץ **ג** יג-יד.
בציבור ובשותפין **ג** ז.
הפקעת שיעבוד על ידו **ג** יג-יד.
פירעונו מן היורשים **פה.**
גדרם של נדרי צדקה **פה** ב-ג.

נותן טעם לפגם
בשמנונית בעין **יד** א.

נזיקין
חיוב על פחת נבילה **צ** א.
חיובם כשעשה ברשות **צ** ב-ג, ז-ח.
גדר החיוב לשלם **צ** ד.
תשלומין בהרחקת נזקין **צ** ז-ח.
פטור שן ורגל ברשות הרבים **צ** ח-ט.
תשלום כפול על נזק **קב** א.
ברכוש מבוטח **קב** א.
תשלום מידה או דמים כשהמחיר השתנה **קב** ב, ד.
קב ב.

נזקי ממון
גדר החובה לשלם **פח** ה.
הפטור מלשלם כשעושה ברשות **פח** ה.

נזקי שכנים
פגיעה בצניעות **פז.**
מניעת אור ואוויר **צד** ד-ה. וע"ע: "הרחקת נזיקין", "גיריה דיליה".

נידה
תליה בדם מכה **כד** א. וע"ע: פריה ורביה.

נפל
הגדרתו **נז** ב.
נתיחת גופתו **נז** ב-ג.
מצוות קבורתו **נז** ג, **נט** ו.

נר חנוכה
מקום הדלקתו בקיבוץ **ג** כג.

סודיות
חובת שמירתה **עט** ג-ד, **פג** ג-ד.
הפרתה לשם עדות **עט** ד, **פג** ג.
שמירת סודיות רפואית **פג** ג-ד.

סוכה
חיובה במזוזה **מד** ג, **מה** א, ד.
גנב"ך ורקב"ש **מד** ג.
חובת האשה בה **סז** ב.
חזקה על מקום הקמתה **פו.**

סופגניות
בישולי עכו"ם בהן **יז.**
הפרשת חלה מהן **יז** ב.
ברכת המזון בהן **יז** ג.
דימום הנובע מהתקן תוך-רחמי **כד** ב, תשובה.
כתם בתחבושת היגיינית **כה.**

נייר
אם מקבל טומאה **כה** ב.

נישואין
מצוות האשה **סג** ד.
בשנת האבל **סב, סגא**,ג-ד.
מכירת ס"ת לצורכם **סג** ה.
שבועה שלא יישא **סו** ב.
ריפורמיים **פ** ד.
אזרחיים **עה** ו, **פ** ד.

סיטומתא
גידרה **פד** ד.
בדבר שלא בא לעולם **ג** יב, **פד** ב.
בגוף שאינו בר-קנין **ג** יב.
בקניית שטרות **ג** יב, **פד** ב, ד.

סכך פסול
ביטולו בסכך כשר **טו** ב.

סירוס
שתיית כוס עיקרין ע"י אשה **סו** א.

סכנה
חובת הזהירות ממנה **ז** ד.
לצורך מצוה **ז** ג-ד.
לצורך ישיבת ארץ ישראל **ו** א, ג, **ז** ב.
לצורך פרנסה **ז** ג.
במלחמה **ד** ה, **ז** ב, **י** א.

סמיכת חכמים
חידושה **א** ב (3).
פולמוס הסמיכה **ב** ג.

סעודת הבראה
גדרה **ג** יז.

דינה בקיבוץ **ג** יז.

ספק ברכות להקל

בספק ספיקא **מז** ג.

ספר החינוך

שיטתו בהגדרת המצוות **ז** א (3).

ספר תורה

גדרי מצוות כתיבתו **ג** ז, **לח** ב.

מצוות כתיבתו בשותפין **לח** ג.

נתינתו לביהכ"נ, השאלה או מתנה **לח** א-ב.

פריעת חוב בו **לח** ג.

מכירתו **לח** ג, **סג** ה.

כשכתבו מין **מג** א-ד.

כשכתבו גוי **מג** א, ג-ה.

עבד כנעני

בעלות האדון על גופו **ק** א-ב.

חבלה בו **ק** א.

עביד איניש דינא לנפשיה **ח** ה.

עד אחד

נאמנותו ביוחסין **עא** א-ד.

נאמנותו בדבר שבערוה **עא** א.

נאמנותו כשאין חזקה **עא** א, ג.

חובתו להעיד **עט** ב, **פג** ב.

אם מותר להעיד לאפרושי מאיסורא **עז** ב, **עט** ב.

נאמנותו כבי תרי **עט** ט.

קידושין בפניו **פא** ב.

עדות

החובה להעיד **עט** א-ג, **פג** ב.

אם היא עשה או לאו **עט** ג.

במי שהתחייב לשמור סוד **עט** ד.

ע"י ראייה מלאכותית **עא** ה.

ע"י ראיית דבר המוכיח **עא** ה.

באדם שאינו שומר מצוות **פא** ג.

פסול משחק בקוביא **קיא** א.

עובד סוציאלי

עדות על אשת איש שנטמאה **עט.**

נאמנותו כבעל מקצוע **עט** ט.

חובתו לשמור סוד **עט** ד.

עובר (במעי אמו)

מעמדו בקניינים **קטו** א.

הפלתו בתוך מ' יום **קטו** א-ב.

הפלתו לאחר מ' יום **קטו** ג.

חילול שבת להצלתו **קטו** א, ג, **קטז** א.

דינו כשמסכן את אמו **קטו** ד.

"עובר ירך אמו" בגיור **ע** א-ג.

עוברת על דת

הגדרתה **עו** ב.

עונה

גדר המצוה **סו** ט.

עיר הניתחת

שריפת מזוזות בה **מ** ב.

עירוי כלי ראשון **יג** א, **יד** ג, **טז** א.

עני המהפך בחררה **צב** ב.

ערך (כספי)

קביעתו כשיש הבדלים בין מקומות שונים **סה** ב.

ערכאות

האיסור בימינו **ט.**

היסוד הרעיוני של האיסור **ט** ב.

איסור במסירת שיק להוצל"פ **פד** י.

עשה דוחה לא תעשה

בייבום של אלמנה לכה"ג **סג** ב.

בעשה של אחד ול"ת של אחר **סג** ב.

בעיר הנידחת מ ב.

פדיון הבן

זמנו לכתחילה נג א, ג, ד.

זמנו כשיום ל״א חל בתענית נג ב.

בלילה נג א-ד.

בערב שבת נג תשובה.

פונדקאות

השכרת רחם ק ח.

ייחוס העובר ע.

פועל

אחריות מעבידו לנזק שגרם קא ב.

זכותו להתפטר ב ד, קו א, ג.

״עבדי הם ולא עבדים לעבדים״ קו ב-ד.

כשלא היה צורך בעבודתו קח.

דינו במכת מדינה קח ב.

פיטורין

פיצוי על נזק שנגרם למפוטר קה א.

פילגש

גדרה עה ב-ו.

פיס

קניית כרטיסי הגרלה קיא.

פיקוח נפש

לעומת ישיבת ארץ ישראל ו א, ג.

פלסטיק

אם מקבל טומאה כה ב.

פנויה

איסורה עג ג, עד ב, עה ב, ו, פב א.

פסוק

כתיבתו כפסוק בודד מב א.

מספר המילים הנחשבות פסוק מב א.

חיוב כתיבתו בשירטוט מב א, ה.

כתיבתו לקישוט מב ב.

כתיבתו בתוך איגרת מב ג-ד.

כתיבתו ללא כוונה לקדושה מב ו.

פסיקת הלכה

בענייני אמונות ודעות א ח (2).

וע״ע ״הלכה״.

פצוע דכא

ע״י ניתוח הכרחי עב.

פקודה (בצבא)

הפרתה משום מצוה ה.

פריה ורביה

גדר החיוב סו א-ז, סט א, ח.

דחייתן לצורך תלמוד תורה סו א-ב, ד-ו.

דחייתן משיקולי פרנסה סו ה.

גיל החיוב סו א-ה.

זריזין מקדימין למצוה סו ד, ו.

החובה ברווק סו ח, סט ח.

הזיקה למצוות עונה סו ט.

ע״י הפריה מלאכותית סו ט, סט ב-ג, ח.

בילד שאינו בר דעת קטז ב, תשובה.

בילדים שלא יקיימו מצוות חובת האשה קטז ב.

במקום הפסד סז.

החיוב בגר סז ג, עה ו.

סו ט, ע ב, קטז ב.

פשיעה

הגדרתה קא א, ג.

צדקה

בעשיית שותפות עם עני ג ג.

חובתה בקיבוץ **ג** ג.

נתינת סכום גדול לאדם אחד **נט** ז.

קיומה ללא כוונה **נט** ז.

חיובה כלפי עני המצפה לעזרה **לב** ג.

חיובה בשוטה **לב** ג.

שינוי בייעוד הכספים **צו** ב.

בעוני זמני **קב** ג-ד.

צה"ל

גדר השירות בו **מו** ד.

מצוות השירות בו **קו** ד, תשובה.

התנדבות במקום סכנה **י** א, מסקנה.

התנדבות בניגוד לרצון ההורים **י.**

חתימה לשרת בקבע **קו.**

הבעלות על רכושו **כ** ו.

חובתו לקבוע מזוזה במתקניו **מו** ה.

ציבור

מעמדו הקנייני כיישות עצמאית **כ** ו, **מו** ו, **מז** א, **צו** ב.

חובתו להתחשב בפרט **צא** ג.

הגדרתו כ"מוחזק" **צא** תשובה.

סמכויותיו לגבי רשות הפרט **צא** תשובה.

הקנאת דשלב"ל על ידו **צז** ג.

קנין דברים על ידו **צז** ג, **צח** תשובה.

מידת חסידות בגוף ציבורי **צח** תשובה.

ציצית

לבישה כשהיא פסולה **יט** א.

צמר גפן

אם מקבל טומאה **כה** ב.

צניעות

בכניסת גבר לדירת רווקות **פז** א.

כטענה בנזקי שכנים **פז** ב-ג.

קבורה

ייאוש מלקבור **נט** א-ב, ה.

ללא כוונה **נט** ו.

חיובה בנפל **נז** ג, **נט** ו.

טעמה וגדר חיובה **נט** ו, ח.

קדיש

אמירתו ע"י בן הבת **לא** א-ב.

אמירתו כשההורים בחיים **לא.**

אמירתו על האם כשהאב מתנגד **י** ב (3), **לא** ד.

אמירתו על הסב כשהאב מתנגד **לא** ה.

אמירתו על גוי **ס** ב.

קטן

גדר פטורו ממצוות **יט** ה.

קיבוץ

עקרונותיו **ג** א-ג.

הגדרת השותפות בו **ג** ד-יב.

נדר של חבר **ג** יג-יד.

ראשית הגז בו **ג** טו.

אבילות בו **ג** טז.

סעודת הבראה בו **ג** יז.

מצוות תוכחה בו **ג** יח.

האכלת תרומה לבהמותיו **ג** יט.

כתובה בו **ג** כ.

הפקדת ממון בו **ג** כא.

מרעה מחוץ לתחום **ג** כב.

מקום הדלקת נר חנוכה בו **ג** כג.

מכירת ספר תורה שברשותו **לח** ג.

מגורי זוג גרוש בו **פב.**

קידושין

איסור או קנין **עה** ד.

בעדות של הנוכחים **פא** א, ד.

בפני עד אחד **פא** ב.

בעדים שאינם שומרי מצוות **פא** ב.

בעדים פסולים **פא** ד, יב.

קינוי

מתי הוא נדרש **עו** ב.

קנין

ביטולו כשלא היה בו צורך **צח** ג.

במעות **צט** א-ב.

בחוב **צט** ב.

בחלוקת שותפות **צט** ג-ד.

ע"י שותף בחברה בע"מ **צט** ד.

קנין דברים **ב** ה.

בציבור **ב** ה, **צז** ג.

קנין לזמן

גדרו **כ** ד.

קנס

הטלתו ע"י מוסדות הציבור **ב** ט, **קי** תשובה.

על פיגור בתשלום **ב** ט.

קרבן ציבור

הגדרתו הקניינית **ג** ה-ו, ח-ט.

קריעה

על רבו **סד** ב.

לאחר זמנה **סד.**

בקטן **סד** ג.

קרקע אינה נגזלת

בארץ ישראל **קיג.**

בנשתקע שם הבעלים **קיג** ה, ח.

ראשית הגז

בשותפין **ג** טו.

בקיבוץ **ג** טו.

רגלים לדבר

כשיקול לנאמנות על טומאה **עח** ד, **עט** ה, ח.

רוב

הליכה אחריו בבית דין **א** ב (2), ד.

כשהחולקים לא נפגשים **א** ה, **ב** ג.

הליכה אחריו בממון **פד** ה-ט.

הגדרתו לעומת חזקה במנהג בנ"א **פד** ז-ט.

רוב מקרי לעומת טבעי **פד** ז-ט.

הליכה אחריו בסכנה **סח** ב.

גדר ההליכה אחריו באיסורין **סח** ב.

רוב (דמוקרטי)

סמכותו נגד ההלכה **ד** ו.

כשאחד אומר כהלכה **פז** ג, **צא** ב.

סמכותו בחשש סכנה **ד** ו.

סמכותו בשיקולים אינטרסנטיים **צא** נספח, **צד** ב-ג.

רודף

טעם הדין **נו** ב.

תנאי ההיתר לפגוע בו **ח** א-ה.

בהפרת פקודה **ה** ג.

בעוברי עבירה בזמן מלחמה **ה** ג.

בלידה המסכנת את האם **קטו** ד.

רופא

אחריותו כשטעה **נה.**

חובתו להתייעץ **נה** ב, ה, ז.

ניתנה רשות לרופא לרפאות **נו** א.

טוב שברופאים לגיהינום **נה** ב.

חובתו בשמירת סודיות **פג** ג-ד.

מסירת מידע למניעת נזק **פג.**

ריבית

בקנס פיגורים **ב** ט.

גבייתה מכוח דינא דמלכותא **ב** ט.

גבייתה לצרכי צדקה **ב** ט.

בחברה בע"מ **ג** יא.

בהפקדה בקיבוץ **ג** כא.

ריפורמים
מעמדם ההלכתי **מג** ב.
נישואין שנעשו על ידם **פ** ד.

רפת
חיובה במזוזה **מד** א, ז.

רציחה
בהימנעות מהצלה **נו** ד.
במקום פיקוח נפש **נו** ד.

רשות הרבים
הבעלות עליה **ג** י.

רשלנות רפואית
אחריות הרופא לנזק **נה** ב-ד.
אחריות הרופא למיתה **נה** ה-ז.

שבועה
לדחיית נישואין **סו** ב.
תוקפה של שבועת הרופאים **פג** ג.
ע"י חתימה **פג** ג.

שבעה נקיים
ספירתם ללא כוונה **כו** ב.

שואל
כשמסר לשואל אחר **קג.**
כשהחזיר שלא למקומו **קד.**
בהשבה שלא מדעת הבעלים **קד.**
שלא מדעת **קי** א.

שווה פרוטה
גדר ממון שאינו שווה פרוטה **קיב** ב.

שוטה
חיובו בצדקה **לב** ג.

שוטר
פגיעה בעבריין נמלט **ח** ה.

שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא **עח** ה.

שומר
התפטרותו **ב** ד.
דינו כשלא ביצע מכירת חמץ **קא** ד.
אחריותו כשהבעלים פשעו ג"כ **קא** ד.
שומר שמסר לשומר **קג** א.
כששינה מדעת הבעלים **קג** ב.
"שמור לי ואשמור לך" **קט** א.

שושבינות
כיצד נקנית **קט** א.

שותפות
בפחות משוה פרוטה **ג** י.
בין כהן לישראל **ג** טו, יט.
הקנין בחלוקתה **צט** ג.
פיצוי על פירוק חד-צדדי **קט** ד.
חלוקת מנות ע"י גורל **קיא** ד.

שותפין
חיובם במזוזה **ג** ג.
בקרבן **ג** ה-ו.
חיובם במעקה **ג** ח.
תוקף ההתחייבויות ההדדיות **ג** יג.
חיובם בראשית הגז **ג** טו.
איסור מלאכה כשאחד מהם אבל **ג** טז.

שטר חוב
שוויו **ק** ו.
אם המחזיק בו נקרא מוחזק **פד** א, ו.
קנייתו ב"סיטומתא" **פד** ב.
ממרנ"י **פד** ג.

שיירי הלשכה
בניית חומות ירושלים מהן **צו** א-ד.

שיעורי תורה
דיוק בהם **נג** ד.

שיער
מכירתו **ק** ז.

שיק
גדרו **פד** ב-ד.
תוקף קניינו **פד** ב, י.
מסירתו להוצאה לפועל **פד** י.
שכירות
קנייתה במקרקעין **צח** א-ב.
שליחות
גדרה **לג** ב.
שלל מלחמה
דרכי קנייתו **כ** א-ד.
שייכותו לציבור או לפרט **כ** ב.
שם ה'
קדושה בשם "אלוקים" **לט.**
קדושה בכתיבת "ב"ה" **מ.**
קדושה בכתיבת הצירוף "י" **מ** א.
מחיקתו ללא כוונה **מ** ב.
קדושתו כשנכתב ע"י כופר **מג.**
קדושתו כשהוא מודפס **מג** שאלה, ז.
קדושתו כשנכתב ללא כוונה **מג** ג, ה.
שקר
גדר האיסור **עט** ד.
תוכחה
גידרה **ג** יח.
חיובה בקיבוץ **ג** יח.
תולעים
בתבשיל **יב** ב.
תורה
ע"ע: "תלמוד תורה".
תחבושת היגיינית
כתם בה **כה.**
תחרות עסקית **צב.**
תלמוד תורה
גדר המצוה **פתיחה.**
זמנו **פתיחה** א, י.
חובת "גברא" או "חפצא" **פתיחה** ו, יד.
לעומת מעשה **פתיחה** טז-יז.
מצוה אישית ואחריות ציבורית **פתיחה** זי-ח, יב.
המצוה ללמד אחרים **פתיחה** ד, יג.
ע"י הרהור או כתיבה **פתיחה** ה.
ביטולו לצורך פרנסה **פתיחה** א-ג, ח.
ביטולו לצורך מצוה **פתיחה** ב-ג, **סו** א-ז.
לעומת מצוה, בגיל צעיר **פתיחה** ב, **י** ה (1), **צו** ו.
לעומת כיבוד אב ואם **פתיחה** טז, **הא**-ב, **י** ה, **צו** ו.
לעומת הצלת נפשות **י** ה (1), **צו** ו.
לעומת בנין בית המקדש **י** ה (1), **צו** ו.
דחיית פריה ורביה מפניו **סו** א-ב, ד-ו.
לעומת מקרא מגילה **פתיחה** יז.
לעומת גזירת מלך **ה** א-ב.
תחום שבת
לרועה בקיבוץ **ג** כב.
תלמיד חכם
גדרו בימינו **לב** א, **צו** ז.
חיובו בגיוס לצבא **ו** ה, **כג** ג, **צו** תשובה.
חובתו בשמירה בטחונית **צו.**
העדפתו בצדקה **לב** א.
חיובו במיסים **פתיחה** ו, **צו** ה.
תנאי
כשלא התקיים מפני שלא נצרך **קט** ב.
תעשה ולא מן העשוי
במזוזה ובציצית **נא** ב.
תפוסת הבית
הגדרתה הקניינית **ג** י.
תרומה
האכלתה לבהמה **ג** יט.
האכלתה בקיבוץ **ג** יט.

מפתח סוגיות

מפתח זה מפנה לסוגיות מן הש"ס שנידונו בספר זה. במסגרת זו לא הבאנו כל סוגיא שיש לה איזכור בספר אלא כאשר יש בדבר חידוש משמעותי. לפעמים החידוש הוא למדני, בדרך לימוד הסוגיא, ולפעמים החידוש הוא ביישום המעשי שלה בבעיה אקטואלית.

מפתח זה יסייע בידי הלומדים (וכן בידי הר"מים בישיבות הגבוהות והתיכוניות) להעמיק בסוגיות אלו ולאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא.

בציון המקורות - כמו במפתח העניינים - האות הראשונה, המודגשת, מציינת את הסימן; האות השניה, הבלתי מודגשת ומוקטנת, מציינת את ראש הפרק; ולפעמים ישנה אות שלישית או מספר, בסוגריים, המציינים סעיף או הערה בתוך ראש הפרק.

כשישנם מספר מקורות העוסקים באותו נושא, יש ביניהם פסיק.

ברכות

י"א ע"ב

תוס': ברכת התורה **פתיחה** יא.

ל"ה ע"ב

לא ימוש ספר התורה הזה **פתיחה** א-ג, ז-י.

מ"ט ע"ב

נברך ה' א-להינו **ג** ה (א).

כלאים

פ"ז מ"ו

אנס שזרע את הכרם **קיג** ה-ח.

תרומות

פי"א מ"י

מדליקין שמן שריפה **ג** יט.

שבת

כ"א ע"ב

על פתח ביתו **ג** כג.

פ"ו ע"ב

טבילה למעמד הר סיני **לו** א-ה.

ק"ג ע"ב

שם משמעון **לט.**

ק"ה ע"ב

הקורע על מתו **סד** ב-ג.

קט"ז ע"א

ספרי מינין **מג** א-ו.

קל"ג ע"ב

מל קודם בין השמשות **לד** ג.

קל"ה ע"ב

נפל **נז** ב.

קמ"ט ע"ב

מפיס אדם עם בניו **קיא** ג.

עירובין

ע"ג ע"א

מקום פיתא ומקום לינה **ג** כג.

פסחים

ד' ע"א

כדי שיחיה בני **נט** ז.

ז' ע"ב

ברכת המילה **לג** א.

עובר לעשייתן **לז** ד.

ח' ע"ב

קביעא היזקא **ז** ד.

כ״ד ע״ב

דרך אכילתן **כא** א.

ל׳ ע״ב

מאני דקוניא **יג** ג.

ל״ב ע״א

לפי מדה ולפי דמים **קב** ב.

ס״ח ע״ב

לך קראי לך תנאי **פתיחה** יב.

ק״ג ע״א

זיגוד וטוביה **עז** א-ב, **עט** א.

קט״ו ע״ב

בלע מצה **כא** א.

שקלים

פ״א מ״ד

כהן ששוקל **ג** ה (ד), **ט** ב, **צו** ב.

פ״ד מ״ב

שיירי הלשכה לחומות ירושלים **ב** ו, **צו** א-ג.

ראש השנה

י״ג ע״א

עומר שהקריבו בכניסתן לארץ **קיג** ב-ה.

יומא

י׳ ע״א

מזוזה בלשכת פרהדרין **מה** א-ב, **מו** ד, ה.

דירה בעל כרחו **מה** א-ב, **מו** ד.

י״א ע״ב

הר הבית והלשכות **מו** ו.

י״א ע״ב - י״ב ע״א

מזוזה בבית הכנסת **מו** ו, **מז** א.

ע״ז ע״ב

סך כדרכו **יג** ג.

סוכה

ח׳ ע״ב

סוכת היוצרים, גינוסר, גנב״ך ורקב״ש **מד** ג-ה.

כ״ז ע״ב

לישב בסוכה אחת **ג** י.

ל׳ ע״א-ע״ב

הנהו אוונכרי **קיג.**

ביצה

י״ח ע״א

טבילת כלים **יט** ג.

ל״ז ע״א

הבהמה והכלים כרגלי הבעלים **ג** כב.

ל״ט ע״ב

תפוסת הבית **ג** י.

מגילה

ט״ז ע״א

גדול ת״ת יותר מכיבוד או״א **פתיחה** טז, **ה** א (2) - ב.

גדול ת״ת יותר מהצלת נפשות **פתיחה** טז, **צו** ו.

מו״ק

ט׳ ע״א

תלמוד תורה ועשיית מצוה **פתיחה** טז-יז.

י״א ע״ב

אבלות בשותפין **ג** טז.

כ״ד ע״א

קרע עליו תליסר מאני — **סד** ב.

יבמות

י״ב ע״ב

משמשות במוך — **סח** א, **סט** ה-ו, **קטו** ב, **קטז** תשובה.

ל״ו ע״ב

מת בתוך ל׳ — **נז** ב.

מ״ג ע״א-ע״ב

אירוסין ונישואין באבילות — **סא** א-ב, **סג** א-ג.

ס״א ע״ב

גדר ״זונה״ — **עג** א-ד, **עד** א-ב.

ס״ג ע״ב

בן עזאי — **סג** ג-ה.

ס״ט ע״ב

עד מ׳ יום מיא בעלמא — **קטו** א-ב.

ע״ה ע״ב

פצוע דכא — **עב** א-ג.

ע״ח ע״א

מעוברת שנתגיירה — **ע** א-ב.

צ״ז ע״ב

שני אחים תאומים גרים — **ע** א, ג-ד.

כתובות

ב׳ ע״א

פירסה נידה — **כו** ה.

ד׳ ע״א

נישואין באבל — **סב** א, **סג** ד.

ז׳ ע״ב

ראש״ש: אפשר בפילגש — **סו** ט, **סט** ח, **עה** ב-ו, **פב** א.

י״א ע״א

גר קטן — **לז** א-ב.

י״ז ע״א

מעבירין את המת — **לא** ו.

כ״ז ע״ב

לא תדור עמו — **פב** א-ב.

ל״ט ע״א

משמשות במוך — **סח** א, **סט** ה-ו, **קטו** ב, **קטז** תשובה.

מ״ח ע״ב

מסר האב — **כו** ו-ז.

נ״ו ע״א

פירסה נידה — **כו** ח.

נ״ט ע״ב

קונים שאינו עושה לפיך — **ג** יד.

ס״ב ע״א

חודש כאן וחודש בבית — **פתיחה** טו.

ע״ב ע״א

ומשמשתו נידה — **עח** ה.

ק״י ע״ב

ישיבת ארץ ישראל — **ד** א-ג, **ו** א, ג.

נדרים

כ״ח ע״א

דינא דמלכותא בא״י — **קיג** ט.

מ״ח ע״א

ובית הכנסת והתיבה והספרים — **ג** ז (ב) - ח(א).

צ' ע"ב

טמאה אני לך — **עח** א-ו, **עט** ה-ח.

נזיר

נ"ב ע"ב

ניצוק לאוכלין — **טו** ו.

ס"ה ע"ב - ס"ו ע"א

שכבת זרעו של זב — **לו** ג-ד.

סוטה

כ"א ע"א

נשים בלימוד תורה — **פתיחה** יד.

כ"ה ע"א

עוברת על דת — **עו** ב.

מ"ג ע"א

ילדה שסיבכה בזקינה — **ע** ו.

גיטין

ו' ע"ב

שלוש אין כותבין — **מב** א, ד-ה.

ח' ע"ב

כותבין עליו אונו — **ד** ג.

י"ג ע"ב

שעבדנא לכל דאתי מחמתך — **פד** ג.

י"ח ע"א

מאימתי מונין לגט — **פ** ג.

כ"א ע"ב

יד של עבד — **ק** א.

כ"ט ע"ב

קפחינהו רב ספרא — **קט** ג.

ל' ע"א

במכרי כהונה — **לב** ב.

ל"ח ע"א

כיבוש מלחמה — **כ** א.

מ"ה ע"ב

ס"ת שכתבו מין — **מג** א-ו.

מ"ז ע"ב

קנין לגוי לחפור בורות — **קיג** ז.

נ"ט ע"א

עני המהפך בחררה — **צב** ב.

ס"א ע"א

דרכי שלום — **כב** א.

ע"ז ע"ב

ותיחוד ותפתח — **צז** ב.

פ"ח ע"ב

ולא לפני הדיוטות — **ט.**

קידושין

ח' ע"ב

תנהו לעני — **לב** ג.

כ"ג ע"א

והצנועין מושכין ידיהן — **ד** ד.

כ"ט ע"ב

ללמוד תורה ולישא אשה — **סו** א-ז.

ל"א ע"ב

אבימי ור' אבהו — **ה** ב, **י** ה.

מ"א ע"א

ר"ן: מצוה בה יותר מבשלוחה — **סג** ד, **פב** א, **קטו** ב.

נ' ע"ב

רובא מסבלי והדר מקדשי — **פד** ח.

ע"ג ע"ב

נאמנות חיה ביוחסין — **עא** א-ד.

ע״ז ע״א

חלל יצירתו בעבירה — **ע** ח.

ב״ק

ה׳ ע״ב

לפוטרן ברשות הרבים — **צ** ח-ט.

ז׳ ע״א

כאן מדעתו כאן בעל כרחו — **קב** ג-ד.

ז׳ ע״ב

שקיל ביוקרא דלקמיה — **קב** ג-ד.

י׳ ע״א

תוס׳: עבד ונכרי הקנוי לישראל — **ק** ב.

י׳ ע״ב

שהבעלים מטפלים בנבילה — **צ** א.

י״ז ע״א

תלמוד ומעשה — **פתיחה** ב, טז-יז.

כ״ב ע״א

אשו משום חציו — **מ** ב, **פט** א.

כ״ג ע״א

שנפלה דליקה לאותה חצר — **פט** א-ב.

כ״ז ע״א

אין הולכין בממון אחר הרוב — **פד** ו-ט.

כ״ז ע״ב

עביד איניש דינא לנפשיה — **ח** ה.

נ׳ ע״ב

להבלו או לחבטו — **קיד.**

נ״ה ע״א

היודע עדות ואינו מעיד — **עט** ב.

נ״ז ע״א

צריכים דעת בעלים — **קד.**

פ״ה ע״א

ניתנה רשות לרופא לרפאות — **נו** א.

צ״ב ע״א

סמא את עיני — **ק** א-ז.

צ״ז ע״א

התוקף ספינתו של חבירו — **קי** ב.

צ״ח ע״ב

דינא דגרמי — **צ** ז.

צ״ט ע״ב

המראה דינר לשולחני — **נה** א.

קי״ג ע״ב

רש״י: שינוי רשות ברה״ר — **ג** י.

קי״ד ע״א-ע״ב

נחיל של דבורים — **קיב** ג.

קט״ז ע״ב

עלה שלו מאליו — **קב** א.

ב״מ

י׳ ע״א

פועל יכול לחזור בו — **קו.**

כ״ב ע״ב

ייאוש שלא מדעת — **קיב** א-ב.

כ״ז ע״ב

אבידה שאין בה שוה פרוטה — **קיב** ב.

ל״ב ע״א

א״ל אביו עבור על ד״ת — **י** ב.

ל״ג ע״ב

משלם למי שהפיקדון אצלו — **צז** ה.

ל״ה ע״ב

משלמים כמה פרות — **קב** א.

ל״ו ע״א
שואל שמסר לשואל **קג** א.

מ״ב ע״ב
ההוא אפוטרופא דיתמי **קא** א-ג.

מ״ד ע״א
כסף ומשיכה **צט** א-ב.

מ״ט ע״א
הן שלך צדק **עט** ד.

ס״א ע״ב
גונב ע״מ למיקט או לשלם כפל **קי.**

ס״ב ע״א
חייך קודמין **נו** ד.

ס״ג ע״ב
גדרי ריבית **ב** י.

ע״ו ע״ב
או בעה״ב הטעה אותן **קה.**
בדבר האבוד שוכר עליהן **קז.**
הלכו ולא מצאו תבואה **קח.**

ע״ח ע״א
שינה מדעת בעלים **קג** ב.

פ׳ ע״ב
שמור לי ואשמור לך **קט** א-ב.

צ״ז ע״א
מקרי דרדקי כשאלה בבעלים **ג** ט (ב).

צ״ט ע״ב
הנהו שקולאי **קב** ב, תשובה.

ק״א ע״א
יורד שלא ברשות **צד** ו, **קיג** ה.

ק״ב ע״ב
מעשה בציפורי **צג** א.

ק״ד ע״ב
לאו כהן מר **נז** א.

קט״ז ע״ב
נפחתה העליה **צד** ב.
לפי משאוי ולפי ממון **צה** א.

ב״ב

ב׳ ע״א
המקום והאבנים של שניהם **צג** ב.
מחיצת הכרם שנפרצה **צ** ד.

ג׳ ע״א
בשקנו מידן ברוחות **צט** ג-ד.

ג׳ ע״ב
סתירת בית כנסת **סט** ז.

ד׳ ע״ב
מקיף וניקף **צד** ו.

ה׳ ע״ב
לא עביד איניש דפרע בגו זמניה **פד** ט.

ו׳ ע״ב
האי כשורא דמטללתא **פו.**
איתבר תתאי **צד** א.

ז׳ ע״א
תרביצא ואיספלידא **צד** ד-ה.

ז׳ ע״ב
כופין לבית שער **פז** ב, **צד** ג.
רבנן לא צריכי נטירותא **ו** ה, **כג** ג, **צו** א, ד-ז.

ח׳ ע״א
רבנן לאו בני מיפק באוכלוזא **צו** ה.

ח׳ ע״ב
להסיע על קיצתן **ב** ט, **ג** יב.

ט' ע"א

הנהו בי תרי טבחי — **ג** יג.

ונוגשייך צדקה — **נט** ז.

י"ג ע"א

תוס': "שבת" בעבד ואשה — **סג** ד, **סט** ד.

תוס': עשה דוחה ל"ת — **סט** א.

כ' ע"ב

הרחיק כשיעור והזיק — **צ** ח.

אין אנו יכולין לישן — **צא** א-ב.

כ"א ע"א

תקנת יהושע בן גמלא — **ב** ז.

פסקת ליה לחיותי — **צב.**

כ"ב ע"ב

גיריה דיליה — **פח, פט** א, ד.

כ"ד ע"ב

מרחיקין את האילן — **פט** ד, **צ** ד-ה.

כ"ו ע"א

זיל קוץ — **פח** ב.

מ"ד ע"ב

תוס': ד' אמות בא"י — **קיג** ה-ו.

נ"ג ע"ב

מצעות בנכסי הגר — **צח** א.

צ"ב ע"ב

אין הולכין בממון אחר הרוב — **פד** ו-ט.

קי"ט ע"א

א"י מוחזקת לנו מאבותינו — **קיג.**

סנהדרין

ט' ע"א

אין אדם משים עצמו רשע — **עח** ה-ו.

כ"א ע"ב

כתב אשורית — **מא** א.

כ"ג ע"א

ערכאות שבסוריא — **ט.**

כ"ד ע"ב

משחק בקוביא — **קיא.**

מ"ו ע"ב

קבורה — **נט** ו.

מ"ט ע"א

עמשא אכין ורקין דרש — **ה** א (1), ב (2-1), **ח** א.

נ"ב ע"ב

כדרך שהמלכות עושה — **כג** א.

נ"ט ע"א

בן נוח נהרג על העוברין — **קטו** ג.

ע"א ע"א

כיון דאיכא מזוזה — **מ** ב.

ע"ב ע"ב

הרודף אחר חבירו — **ח** ב-ג, **נו** ב.

אשה המקשה לילד — **קטו** ד, **קטז** א.

ע"ו ע"ב

אבידת עכו"ם — **כב** ב.

ע"ד ע"ב

קרקע עולם — **נו** ד.

קי"א ע"ב

כתבי הקודש ייגנזו — **מ** ב.

מכות

ח' ע"א

יצא האב המכה את בנו — **נה** ה-ז.

י"ב ע"א

אב שהרג — **ל** א.

כ״ב ע״ב

הוסיף לו רצועה — **נה** ו-ז.

עבודה זרה

י״א ע״א

שורפין על המלכים — **כג** א.

מ״ט ע״א

זה וזה גורם — **נח** א, **קיג** ג.

נ״ג ע״ב

א״י ירושה להם מאבותיהם — **קיג** ב-ה.

ס״ז ע״ב

נותן טעם לפגם — **כא** ב.

הוריות

הורו בית דין וטעו — **א** ז.

זבחים

ד׳ ע״א

שהרי הכל בעליו — **ג** ה (ה-ו).

מנחות

ל״ב ע״ב

של בית מונבז — **מה** ו, **מו** ח.

ל״ג ע״ב

פתח שאחורי הדלת — **נא** א.

ל״ד ע״א

לול פתוח מן הבית לעליה — **נב** ג.

מ״ד ע״א

חיוב שוכר במזוזה — **מד** ב.

ס״ט ע״א-ע״ב

השרשה לעומר ושתי הלחם — **ע** ז.

צ״ט ע״ב

לא ימוש ספר התורה — **פתיחה** א-ד, ח-י.

חולין

ח׳ ע״ב

דוחקא דסכינא — **יד** א-ב.

ע׳ ע״א

הדביק שני רחמים — **ע** ה.

קל״ה ע״א

בהמת השותפין — **ג** טו.

קל״ו ע״א

מזוזה בבית הכנסת — **ג** ח (א).

בכורות

ל״ג ע״ב

בכור שאחזו דם — **נד** א.

ל״ה ע״א

היה בכור רודפו — **נד** א.

מעשה בזכר של רחלים — **נד** ב.

ערכין

ט״ז ע״ב

גדרי תוכחה — **ג** יח.

כ׳ ע״א

דמי עלי ומת — **פה** ג.

תמורה

ל״א ע״א

אפרוח ביצת טריפה — **נח** ב.

נידה

מ״ד ע״ב

תוס׳: הריגת עובר — **קטו** ג.

ס״ז ע״א

בית הסתרים — **כח** ב.

קינין

פ״ב מ״ה — **פה** ב.