



אם לא באתי

מהלכות אסמכתא (הטלת תנאים בקניין, פשרה, גורל ועוד)

מאת

רפאל שטרן

על פי לימוד משותף בבית ועד לתורה גבעת שמואל

הזכויות שמורות

--לא מיועד למכירה--

בית ועד לתורה - גבעת שמואל

סיון תשע"ב

הוקדש

לרפואת סבתנו סעדה בת רומיה שתחי' בתוך שאר חולי עמו ישראל
ולהצלחת כל המשפחה, מפזית ונאור הלוי



לעילוי נשמות

הרב אורי פייביש בן הרב אליעזר טאובר ז"ל
ר' נחמיה בן ישראל צבי פרידל ז"ל
יוכבד פרידל בת יהודה דב ע"ה
הונצחו ע"י ישראל פרידל ומשפחתו



לעילוי נשמות

משה ב"ר יוסף זנד ז"ל
רבקה מרים זנד ב"ר חיים נתן מריאן ז"ל
הונצחו ע"י משפחת זנד



לע"נ

ר' שמעון בן רחל מויאל ז"ל
מרת רבקה בת מסעודה קלפה ז"ל
ת . נ . צ . ב . ה .



לע"נ

ר' חסן בן סילביה מבורך ז"ל
ת . נ . צ . ב . ה .



לעילוי נשמות

הרב משה (ב"ר אשר ישעי' וחוה לאה) שטרן ז"ל נלב"ע י"א טבת

תשע"א

נחמה (בת ר' בן ציון ורחל למשפחת יהודה) שטרן ע"ה נבל"ע כ' סיון

תשע"א

בס"ד

לפנינו החיבור העשירי הי"ל משיעורי בית ועד לתורה בגבעת שמואל. קדמו לו שיעורי ריבית (חלק א'–ב'), נזקי שכנים, שכרו אתו (דיני שכירות פועלים), שנים יחדיו (הלכות שותפות), גבול עולם (דיני גזל, עושק), חונן ומלוה (הלכות פריעת חוב), ירושת עולם (דיני ירושה), הגישו עֲצֻמוֹתֵיכֶם (דיני טוען ונטען). וזאת בנוסף לספר "מנחה שלוחה" (רעיונות והערות לקראת שבת ומועד).

דיני אסמכתא מלמדים מתי התחייבותו של אדם מחייבת ומתי אין משמעות להתחייבותו. לדעת חלק מהפוסקים, אסמכתא הינה חידוש מדברי חכמים (עיין עמ' יב), שחכמים ירדו לסוף דעתו של אדם שפעמים למרות שקיבל על עצמו חיוב, לא גמר בליבו להסכים (כגון שאומר 'אם לא באתי' עד יום פלוני יוטל עלי חיוב מסויים) ולכן קבעו חכמים שאין משמעות למעשיו. ונמצא שחכמים באו ללמד שאדם לא יטול על עצמו חיובים בשעה בו הוא לא גומר בדעתו לקיימם, ואם עשה זאת, חכמים סייעו לו שלא יהיה תוקף למעשיו וכמבואר באריכות בחיבור שלפנינו.

* * *

בית ועד לתורה בגבעת שמואל שם לעצמו מטרה לעורר ולחדד את העיון והישום של הלכות הנוגעות לחיי המסחר והכלכלה. לשם כך מתקיים לימוד בחבורה מידי יום ששי ולאחריו שיעור לליבון הלימוד.

* * *

תודתנו נתונה לגבאי ומתפללי בית הכנסת "נאווה תהילה" ברמת הדקלים בגבעת שמואל אשר מאפשרים את הלימוד מתוך מאור פנים ובראשם ר' ישראל פרידר. לר' נאור הלוי האחראי על ארגון הכיבוד לציבור הלומדים, לנשותיהן של קהל הלומדים המאפשרות לבעליהן לבוא ולעסוק בתורה, ולתורמים שסייעו בנדיבות ליבם להוצאת חיבור זה. ונוכה יחדיו לשנים רבות של "ללמוד וללמד לשמור ולעשות".

אלון וולקן
רפאל שטרן



תוכן העניינים (תוכן מפורט בסוף)

הקדמה לדין אסמכתא.....	ל
משליש את שטרו ומתחייב לשלם יותר מערכו.....	יד
אם לא יבוא ביום פלוני / התפסת זכויות בבית דין.....	כח
לימוד אומנות לבנו / חיי הבריות כנימוק לאי חסרון אסמכתא.....	מד
שיטות רב הונא ורב נחמן באסמכתא/ הלווהו על שדהו/ דרגות באסמכתא.....	מט
אסמכתא בזמנה ובתוך זמנה / גילוי דעת לאחר שעת התנאי.....	נח
בידו ולא בידו / שליח לקניית יין שלא קנה / אוביר ולא אעביד.....	סז
בידו ולא בידו – משחק בקוביא ומפריחי יונים.....	פ
בידו ולא בידו / שני צדדים יכולים להרויח / שיטות ר"י ור"ת באסמכתא ביאורי סוגיות בגמרא.....	קד
ערבות ואסמכתא (דין ערבות כמקור לחיוב באסמכתא).....	קט
מעשה שהיה נעשה גם בלי הערב / כתובה / חיוב שאינו מחמת חוב / ביטוח.....	קכד
אסמכתא במחילה.....	קמב
כל דאי לא קני / אסמכתא כשלא גזים.....	קנג
אסמכתא – מתי נעשה קנין / שיטת רב האי גאון באסמכתא.....	קסז
שיטת הרמב"ם באסמכתא / מעשה הקנין.....	קעט
שיטת הרמב"ן באסמכתא.....	קצו
שיטת הרשב"א באסמכתא.....	רח
"דלא כאסמכתא" / "בענין שאין בו אסמכתא".....	ריט
אסמכתא בפשרה / לשונות שאין בהם משום אסמכתא.....	רלג
מנהג חכמי ספרד באסמכתא.....	רמא
אסמכתא בנדרי מצוה (ובנדר בשעת צרה).....	רמז

הקדמה לדין אסמכתא

יסוד דין אסמכתא / עיקרי שיטות הראשונים בדין אסמכתא

א. ¹ במקח וממכר כל צד יודע שחבירו צריך לתת לו כנגד מה שהוא נותן לחבירו, ועל דעת כך הוא נכנס לעסקא. במתנה, הנותן מעניק לחבירו בידעה שחבירו אינו מחוייב לתת לו תמורה כספית ואחר מעשה הקנין המקח והמתנה הושלמו.

אולם, כאשר ההתחייבות של האדם לתת אינה מוחלטת ותלויה בנסיבות שיווצרו, ולפיכך הוא מטיל תנאי לחלות הקנין או המתנה, מתעורר ספק שהוא אינו מקנה בלב שלם.²

פעמים שהתנאי הינו תנאי הגיוני, ופעמים שהתנאי מחייב את מטיל התנאי בחיוב שנראה 'גוזמא' (אולם יש הסוברים שחסרון אסמכתא קיים גם בדבר שאין בו 'גוזמא' – עיין לקמן). ולפיכך יש להסתפק האם יש משמעות קנינית למעשיו.³

¹ עיקר דיני אסמכתא בטור ובשו"ע הם בחו"מ סימן ר"ז. ועיין גם במאמר 'כל דאי' שבסוף ספר זקן אהרן ובספר מקור חיים חלק ב' סימן כ"ז, ספר פרי העץ (הרב יצחק אלבעלי) בקונטרס אסמכתא שבסוף מסכת ע"ז ובספרו של פרופ' ברכיהו ליפשיץ 'אסמכתא' שם ציין למקורות רבים.

לקמן לא נרחיב בביאור המילה "אסמכתא" ועיין רש"י לקמן עמ' לא (וציין לו הערוך בערך אסמכתא). ובא"ת בתחילת ערך אסמכתא כתב: "בהוראת אסמכתא נחלקו ראשונים, יש מפרשים שסומך בדעתו שאותו התנאי שבאי קיומו תלה את ההתחייבות, יקיים, וממילא לא תבוא ההתחייבות לידי קיום. ויש מפרשים שמסמך את חברו, היינו שמבטיחו שיסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאו יתן לו כך וכך. ויש מפרשים שמסמך את ההתחייבות בתנאי של מעשה ידוע. בירושלמי קראו לאסמכתא בשם "עיצומים" (ירושלמי, ב"ב פ"י ה"ה), על שם שהצדדים מתעצמים זה בזה" (ועיין הערה 55). ורש"י בב"מ סו. ד"ה "אני" כתב: "הבטחה בעלמא לסמוך על דבריו".

² נראה שעיקר המחלוקת לגבי אסמכתא היא במקרה בו אדם אינו רוצה שיתקיים הדבר בגינו הוא קונס את עצמו או מטיל תנאי, אבל אם הוא רוצה שיתקיים הדבר, חייבו חל, כגון המתחייב לבנו שאם יתחתן יתן לו כך וכך, יש מקום לומר שאין בכך חסרון של גמירות דעת, שהרי רוצה שבנו יתחתן, ועיין הערות 250, 273.

³ המחלוקת היא האם 'אסמכתא קניא' או לא. ויש לעיין האם למ"ד שאסמכתא אינה קונה, קיימת חובה על המתחייב לעמוד בדבריו, ולא גרע מקללת 'מי שפרע' שמוטלת על מי שקונה בקנין כסף במטלטלין וחוזר בו (כמבואר במשנה בתחילת פ"ד בב"מ). ואף אם נאמר שאין עליו קללת 'מי שפרע' יש לעיין האם הוא נחשב 'מחוסר אמנה' שאינו עומד בדיבורו (עיין שו"ע חו"מ סימן ר"ד בפרטי הדינים), או שבמקרה של אסמכתא שהספק הוא האם התכוון לקנין, אין כאן מי שפרע או מחוסר אמנה. ומכאן, שמי שידוע בעצמו שהוא מתכוון להקנות אף שהיה מדובר באסמכתא,

וזה הוא היסוד של סוגיית 'אסמכתא'⁴, לשיטת ראשונים רבים (כגון, רמב"ן וריטב"א בב"ב דף קסח.).

אולם יש הסוברים (רב האי גאון, רמב"ם) שחסרונה של האסמכתא אינו נובע מהתנאי שבה, אלא מאי חלות הקנין באופן מיידי, וכיון שהקנין לא חל לא היתה גמירות דעת והמכירה או המתנה לא חלה (עיין עמ' קע ואילך ועמ' קעט ואילך בביאור שיטת הרמב"ם).

כפי שיתבאר לקמן, בדין אסמכתא⁵ נחלקו תנאים ואמוראים, ובין הראשונים קיימות שיטות שונות מה הוא התנאי בו קיים חסרון של אסמכתא⁶ כגון:

לכאורה עליו לקיים את דברו שהרי הוא יודע שהתחייב, אא"כ נאמר שהצד שכנגד לא היה אמור להאמין לו כיון שמדובר באסמכתא, ושמה הדבר תלוי במחלוקת האם בהתחייבות של אסמכתא מדובר שמעיקרא לא היתה לו כוונה לקיים, או שמעיקרא התכוון לקיים ואח"כ חזר בו. ועיין בהערה 32 ושם בשיטות רש"י והרשב"ם. ועיין הערה 4.

ועיין במאירי סנהדרין דף עג: בדין של מי שנתן מעות לחבירו לקנות יין ופשע ולא קנה, שרב אשי סובר שיש בכך חסרון של אסמכתא ו"אין לו עליו אלא תרעומת". משמע שבאי קיום אסמכתא יש טענה כלפי זה שלא קיימה, ולכאורה יכול הצד שכנגד לומר, שאינו מוחל לחבירו עד שישלם לו סך כלשהו, אמנם יתכן שהאסמכתא שם שונה משאר אסמכתאות בהם נחלקו ר' יהודה ור' יוסי.

יתכן, שהדיון תלוי בשאלה האם ב"אסמכתא" נעשה מעשה קנין מעיקרא, או שכלל לא נעשה מעשה קנין – עיין בהערות 417, 510 (שבשעבוד קרקעות אין חסרון של אסמכתא למרות שלא נעשה מעשה קנין).

⁴ עיין לקמן בדיון על דין ערבות, האם החסרון של אסמכתא הינו מה"ת או שמה"ת אסמכתא חלה וחכמים תיקנו שלא תחול.

בא"ת בתחילת ערך 'אסמכתא' כתב: "אסמכתא. התחייבות לחברו, שאדם מקבל על עצמו על צד הספק, התלוי בתנאי ידוע, בלי גמר דעת". יתכן לפרש שהוא עצמו אינו מתכוון לקיים ורק רוצה לחבירו יסמוך עליו כדי שיוכל להגיע למטרותו ואילו הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ב' כתב: "שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו" ובהלכה ה' כתב: "שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמה יהיה או שמה לא יהיה". ויתכן שמלשון הרמב"ם ניתן לדייק שהחסרון באסמכתא הוא שהדבר עודנו בספק (משא"כ לתוס' שודאי אינו רוצה להקנות), וקצ"ע (עי"ש בא"ת הפניות נוספות), ועיין הערה 3.

⁵ במקרה בו אדם מתחייב לחבירו ללא תנאי, ההתחייבות תקפה ואין בכך חסרון של אסמכתא (שו"ע, חו"מ סימן ר"ז סעיף כ'), שכיון שלא הטיל תנאי, ודאי גמר והקנה (סמ"ע ס"ק נ"ח). והרמב"ם בפרק י"א ממכירה הלכה ט"ו כתב שחיוב זה מועיל, כמו שיתחייב הערב. ודבריו לכאורה צ"ע, שהרי בדין ערב עצמו נחלקו בגמ' (עמ' קטז) האם יש בו חסרון של אסמכתא, ובמסקנת הסוגיא שם חיובו של ערב הינו מחמת "ההוא הנאה" שיש לו מכך שהמלוה סומך עליו, ויש לעיין מה היא ההנאה בנידון שלפנינו, וצ"ע.

ועל פי דרך זו, כתובה שנכתב בה סכום גבוה מאד, אין בה חסרון של אסמכתא (מפי הגרד"ג גולדברג שליט"א).

⁶ עיין לקמן בהרחבה בפירוט השיטות. ועיין גם בשיטת הרשב"ם לקמן ובהמשך הדברים שם

- שיטת רב האי גאון (עמ' קע): אם לא נעשה קנין מעתה קיים חסרון של אסמכתא, אבל אם נעשה קנין מעכשיו אין חסרון של אסמכתא.⁷
- שיטת הרמב"ם (עמ' קעט) והשו"ע (שם): ביסודה כשיטת רב האי גאון, אולם יש מקום לדון האם קנין שנעשה עתה ויחול רק כעבור זמן יש בו חסרון אסמכתא (עיין שם בהרחבה).
- שיטת הרמב"ן (עמ' קצו): כל דבר התלוי באחרים אין בו משום אסמכתא כיון שסמך דעתו על אחרים.
- שיטת ר"י בעמ' קה (והרמ"א ציין לשיטתו בעמ' צז): אם תלוי במעשה של אחרים קיים חסרון של אסמכתא, ואם תלוי בו ולא גזים אינו אסמכתא, ואם גזים אסמכתא. ואם לא תלוי לא בו ולא באחרים אין בו אסמכתא (עי"ש בפרטי הדין).
- שיטת הרשב"א (עמ' רח): אסמכתא היא בכל דבר שיש בו קנס.
- שיטת ר"ת (שהרמ"א ציין לשיטתו - עמ' קז): בדבר בו יש סיכוי להפסיד וגם להרויח אין חסרון של אסמכתא, החסרון של אסמכתא קיים רק אם אין צד רווח.
- שיטת המרדכי בשם הראב"ה (עמ' פז): יש לחלק בין דבר שכולו גורל שאין בו חסרון אסמכתא לבין דבר שתלוי בחכמה שיש בו משום אסמכתא.
- שיטת השלטי גיבורים (עמ' צ): כחילוקו של הראב"ה - אבל הפוך.

ובעיקר דין אסמכתא כתב בשערי ישר (שער ז' פרק ח' ד"ה "וע"פ"), שלמרות שחוסר גמירות הדעת היא בליבו ובפיו הוא התחייב לקיים את התנאי, ובפשטות יש ללכת אחר דיבורו ולא אחר מחשבות ליבו (שהרי אף בדברים שבליבו ובלב כל אדם שבכוחם לבטל מקח כתב הריטב"א בקידושין דף נ.⁸ שאם אמר בפיו

בשיטת רש"י והמאירי (האם אסמכתא היא התחייבות בתנאי שמעיקרא לא היתה כוונה לקיימה, או שהגוזמא היא הגורם המעכב).

⁷ עיין הערה 155.

⁸ ריטב"א קידושין דף נ. (מהד' מוסד הרב קוק) ד"ה "ודילמא": "ושמענין מהכא דדברים שבלבו ובלב כל אדם דהווי דברים, אם הוא עוקר מה שהתנה עליו בפירוש, לא מהנו ליה דברים שבלבו ותנאו קיים". וכתב שם המהדיר בהערה 871, שמדברי הריטב"א הסיק בשו"ת אבני נזר אבהע"ז

כנגדם, דיבורו תופס), באסמכתא התנאי שהוא מטיל, הוכיח שאינו רוצה בקיום המעשה, ע"ש.

אמנם אף במקרים בהם קיים חסרון גמירות דעת של אסמכתא, מי שרוצה לחייב עצמו באופן שלא יהיה בו חסרון של אסמכתא, יש לו דרכי חיוב. כגון, על ידי הקנאה בפני בית דין חשוב (שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו)⁹, על ידי הקנאה מעכשיו (שם, סעיף י"ד) או על דרך חכמי ספרד (שם, סעיף ט"ז). ויש הסוברים שאפילו לא אמר במפורש שרוצה להתגבר על חסרון האסמכתא יש כח ביד העדים לכתוב שטר באופן שאין בו אסמכתא, ואפילו עשה קנין בפני עדים, יכולים העדים לכתוב שטר באופן המפקיע מידי אסמכתא (רמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו, וסמ"ע ס"ק נ"ד), ועיין לקמן עמ' רל ואילך ובתשובת הרשב"א בעמ' רלד.

תנאים ואסמכתא

ב. כנ"ל החסרון שבאסמכתא נאמר במקרה בו היה תנאי¹⁰. הראשונים דנו ביחס בין החסרון שבאסמכתא לעומת היכולת להטיל תנאי שנלמדה מתנאי בני גד ובני ראובן המפורשים בתורה בפרשת מסעי¹¹ (תנאי כפול, הן קודם ללאו, תנאי קודם למעשה, תנאי שאפשר לקיימו¹²) ונפסקו להלכה ברמב"ם בפרק ו' מהלכות

סימן קל"ג בסופו, שיש לחוש לקידושי שחוק כיון שאמר לשון קידושין, וכתב האבני נזר, שהרשב"א בתשובה אלף ר"מ חולק "ליתא הא דריטב"א". ובר"ן בנדרים דף כח. ר"ה "היכי נקט כשיטת הריטב"א וכתב: "לעולם אין דברים שבלב מבטלין מה שהוציא בפיו אפילו באונסא" (ויל"ע האם מדובר שהדברים הם גם בלב כל אדם), והעיר על כך גם בשד"ח, מערכת הדל"ת, כללים י"ט. ואמנם יש המחלקים בין מכירה לבין מתנה, ועיין באריכות בא"ת בערך "דברים שבלב". ואכמ"ל בהשלכה ממחלוקת זו לגבי גר שקיבל מצוות בפיו אבל בליבו לא היה לקבל מצוות.

⁹ אמנם רב האי גאון סובר שלהלכה לא מועיל בית דין חשוב, עיין לקמן עמ' קסז בשיטת רב האי, ובהמשך במחלוקת רב האי גאון והרמב"ם.

¹⁰ עיין גם בהערה 5.

¹¹ יש מהגאונים והראשונים הסוברים שהצורך במשפטי התנאים נאמר רק בגיטין וקידושין ולא בדיני ממונות. ועל פי דרך זו

¹² עיין שו"ע חו"מ סימן רמ"א סעיף י"ב וברמ"א אבהע"ז סימן ל"ח סעיף ג', שאם כתוב בסוף השטר: "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים" או "כתנאי בני גד ובני ראובן". התנאים שבגוף השטר חלים, אפילו אם לא נכתבו על פי דיני משפטי התנאים (ועיין פתחי חושן, קנינים, פרק כ' הערה

אישות, ועוד¹³.

הרמב"ן בחידושו ל"ב דף קס"ח. מציין מתי יש לחוש לאסמכתא:

ופירוש אסמכתא כל דאי גזים לא קני אפילו היה בידו לקיים תנאו, ואי לא גזים קני אם היה בידו מתחלה לקיים תנאו כדאמרין בפרק איזהו נשך (ע"ג ב') התם בידו הכא לאו בידו.

ועל פי שיטה זו נוכל לבאר, שתנאי בני גד ובני ראובן לא היתה בו גוזמא, ולכן אין בו חסרון של אסמכתא. ואמנם שיטה זו אינה מוסכמת על הכל:

אלא שתשובת רבינו הגאון ז"ל חלוקה בדבר... אסמכתא הוי אע"ג דלא גזים ובידו, וכבר כתבתיה בפ' המקבל (ק"ד א') וכן נראה דעת ר"ח ז"ל.

ועל פי השיטה שהדבר שאינו תלוי בגוזמא כתב הרמב"ן:

וכל דאמרין באסמכתא הני מילי במתנה על עצמו, כגון אם לא נתתי לך... אבל האומר אם תעשה כך וכך או לא תעשה או שאמר אם באת מכאן ועד יום פלוני או לא באת שדי נתונה לך, זו אינה קרויה אסמכתא¹⁴, אלא זה תנאי בני גד ובני ראובן שנאמר 'אם יעברו ונתתם'¹⁵...

י"ג שתמה מה החילוק בין 'דלא כאסמכתא' שאינו מועיל [עיין לקמן עמ' קצד, ובפסק השו"ע בעמ' רג] לבין הדין שלפנינו. ועיין חזו"א דמאי סימן ט"ו ס"ק ז', ואכמ"ל.

¹³ עיין שערי ישר שער ד' פרק ח' ד"ה "ונראה לענ"ד" (עמ' רכח) שאין כח בתנאי לבטל מעשה, אא"כ התנה תנאי כפול וכו' שאז הוכיח שכוונתו היא שיהיה דוקא על תנאי, וכן אם אמר מעכשיו הוכיח היטב את כוונתו, אבל באסמכתא התנאי מוכיח שאין לו גמירות דעת לקיום המעשה (שם, ד"ה "ועפ"י דרך").

¹⁴ עיין שו"ת בנימין זאב סימן צ"ח, שביאר שאם בני גד ובני ראובן היו המתנים, לא היה התנאי מועיל, כי הם המתנים על עצמם, אבל כיון שמשא הוא זה שהתנה מה הם יעשו התנאי חל. ויש לעיין לשיטתו, כיצד לנסח שטר קנין בו שני הצדדים כותבים את התנאים של העיסקא. אמנם עיין בדברי הבית יחזקאל בעמ' ר'.

¹⁵ ועיין בדיוקן של הרמב"ן בפירושו לתורה, במדבר ל"ב פס' כ"ט, שאף שבני גד ובני ראובן בנו ערים ומבצרים וגדרות צאן, לא היה בכך מעשה קנין על כל חלקי עבר הירדן.

הטעם לחילוקו של הרמב"ן הוא, שאם אדם מתנה על עצמו שאם יעשה כך וכך יתן כך וכך לחבירו, קיים חסרון של אסמכתא, כיון שמסתבר שהוא לא גמר בדעתו לעשות את המעשה ולכן הטיל תנאי (אף שאין בו גוזמא), והוא סובר שהוא יוכל לעמוד בתנאי ולא יגיע לידי כך שיהיה לו צורך לממש את המעשה. לעומת זאת אם הוא תולה את התנאי במעשהו של הצד השני, הוא יודע שהוא עצמו אין לו יכולת להשפיע על קיום או אי קיום התנאי, ולכן גומר בדעתו ומקנה על פי קיום התנאי של הצד השני¹⁶. וכך היה בתנאי בני גד ובני ראובן, שמשה הקנה להם את עבר הירדן, על פי תנאי שהם אמורים לעשותו¹⁷.

ועיין בחידושי הרשב"א ב"ב דף קסח. שחילק בין דרך קנס שיש בה חסרון אסמכתא, לבין דרך תנאי שיש כוונה ורצון לקיים את התנאי, שאין בו חסרון של אסמכתא, כפי שהיה בתנאי בני גד ובני ראובן.

אמנם, הרמב"ם סובר שהחסרון של אסמכתא הוא בכך שההקנאה אינה נעשית עתה (עיין עמ' קצט ואילך), ולשיטתו, אם הקנין אינו נעשה מיד, אין חילוק מי הוא המתנה (לעומת חילוקו של הרמב"ן), ובכל מקרה הקנין לא יחול. ולשיטתו:

- אם הקנין חל מיד ("מעכשיו") אין צורך ב'משפטי התנאים' שנלמדו מתנאי בני גד ובני ראובן, וכל לשון של תנאי מועילה (פרק ג' מהלכות זכיה ומתנה הלכה ח', פרק ו' מהלכות אישות הלכה י"ז).
- אם לא נעשה קנין, אלא רק התנו תנאי שאם שהתנאי יקיים יוכל הצד השני לעשות מעשה קנין, גם אם קיים התנאי, המקח לא חל כי לא עשו מעשה קנין וזו היא אסמכתא ובודאי שלא יועילו משפטי התנאים של בני גד ובני ראובן כי לא היה שום מעשה קנין (פרק י"א מהלכות מכירה הלכה א'-ג').

¹⁶ עיין בחילוק מעין זה, בדין משחק בקוביא, כגון בשיטת המרדכי בעמ' עד.
¹⁷ עיין עמ' קצו ואילך בביאור שיטת הרמב"ן.

ונמצא, שעל פי שיטת הרמב"ם, 'משפטי התנאים' (בהם אין חסרון של אסמכתא) שנלמדו ממעשה בני גד ובני ראובן, הינם במקרה בו נעשה מעשה קנין עתה, והותנה תנאי בין הצדדים שחלות הקנין תהיה רק אחר ביצוע התנאי (שיטת הרמב"ן בביאור הרמב"ם – עיין עמ' קפג) או שמדובר במקרה בו עשו את מעשה הקנין עתה והתנו שהקנין יחול אחר קיום התנאי אבל מדובר בקנין שקיים אחר חלות התנאי (כגון שטר – עיין עמ' קפה) או שהמקנה נתן רשות לקונה להחזיק ברכוש כבר משעת מעשה הקנין (למרות שהעברת הבעלות תהיה רק אחר קיום התנאי – כס"מ, לקמן עמ' קפה).¹⁸

לעומת שיטות הרמב"ן והרמב"ם, הב"ח בחו"מ סימן ר"ז¹⁹ כתב:

וקשיא טובא א"כ היאך נמצא ידינו ורגלינו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם ותולה בדעת חבירו וכך התנו משה וישראל עם בני גד ובני ראובן 'אם יעברו ונתתם'?

וי"ל דסובר רבינו דבתנאי בני אדם זה עם זה צריך ליוהר שיהיה בדרך שלא יהא בו חששא דאסמכתא כגון במעכשיו או קנין בבית דין חשוב.²⁰

ומתנאי בני גד ובני ראובן ודאי לא קשה דהתם הוי משה וישראל ולא הוי בית דין חשוב בישראל מעולם כמוהו. אי נמי דהוי במעכשיו.

אי נמי כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא וכדכתב רבינו לעיל תחלת סימן קכ"ט (ס"א).²¹

¹⁸ עיין אור החיים במדבר פרק ל"ב, בביאור פרשת בני גד ובני ראובן, שמבאר את מהלך הפסוקים והדיון בין משה לבני גד ובני ראובן, על פי דיני אסמכתא. והאם בני גד זכו מעתה או רק אחר הכיבוש, עי"ש, ובדבריו בפס' ל"א.

¹⁹ עיין קצות סימן ר"ז ס"ק א'.

²⁰ עיין גמ' נדרים דף כז:, שאסמכתא קונה בבית דין חשוב.

²¹ עיין עמ' קט, שלכאורה כל ערב יש בו חסרון של אסמכתא.

והשתא ליכא קושיא מבני גד ובני ראובן דהתנאי היה חל דבר תורה²² אפילו אם תמצוי לומר דהוי אסמכתא זה נראה לומר לדעת רבינו והתיישבו הדברים על אמתתם.

ובזה נתיישבו גם דברי הרמב"ם בטוב טעם ואין צורך לחלק בדבריו הסתומים כמ"ש בתחלה. גם התיישב דלא קשה מדרך בני אדם שמתנים זה עם זה וכך עמא דבר בכל תנאים שמתנים זה עם זה ליהזר שלא יהא בו חששא דאסמכתא. ותימה מהגדולים שהתעוררו על ספק זה, ולא קשה ולא מידי ואולי הניחו לי מקום להתגדר בו²³.

סיכום

ג. העולה מהאמור לעיל:

- בבסיס דין אסמכתא עומד חסרון גמירות הדעת שבתנאי, ונחלקו ראשונים מה הוא חוסר גמירות דעת המבטל את הקנין (אות א').
- קיימות שיטות ראשונים רבות בדין אסמכתא (אות א').
- ברור הדבר שניתן להטיל תנאים, שהרי משה התנה עם בני גד ובני ראובן, כיון שכך נאמרו חילוקים שונים בין תנאים שחלים לבין תנאים שקיים בהם חסרון של אסמכתא. כגון, תנאי שיש בו גוזמא לעומת תנאי שאין בו גוזמא, תנאי שתלוי בו לעומת תנאי שתלוי באחרים, תנאי בו הקנין חל עתה לעומת תנאי בו בקנין שאינו חל עתה או דין תורה לעומת תקנת חכמים (אות ב').

²² ולכן נדרים שבתורה שנאמרו בלשון אסמכתא, יחולו (כגון נדרו של יעקב במפורש בתורה בתחילת פרשת ויצא), כיון שעל פי ד"ת אסמכתא קניא ורק מדרבנן לא קניא. ויתכן שבנדרים ושבועות חכמים העמידו דבריהם על ד"ת ולא גזרו עיין בהרחבה לקמן בפרק על נדרים.

²³ עיין עמ' קפח בשיטת הסמ"ע.

משליש את שטרו ומתחייב לשלם יותר מערכו

פרע מקצת חובו והשליש את שטרו / שיטת הרשב"ם / האם מתנה התנאי חשב שיאלץ

לקיים את התנאי / לא קיים מחמת אונס או מחמת רצון

א. משנה וגמ' ב"ב דף קסח. :

מי שפרע מקצת חובו²⁴, והשליש את שטרו (רשב"ם: המלוה והלוה מסרוהו ביד שלישי שהרי טורח היה להם לכתוב שובר וסמכו על השליש²⁵) ואמר לו, אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו²⁶. הגיע זמן ולא נתן, רבי יוסי אומר יתן. רבי יהודה אומר, לא יתן²⁷.

(גמ') במאי קמיפלגי, ר' יוסי סבר אסמכתא (המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן, וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים) קניא. ורבי יהודה סבר אסמכתא לא קניא (ואינו נתפס בתנאו ולא יפסיד בכך...) ²⁸.

²⁴ נראה שהחידוש הוא שלמרות שפרע רק מקצת (ולא יותר) שיטת ר' יהודה שאסמכתא היא ולא קניא.

²⁵ הרשב"ם מבאר, שהיה להם לכתוב שובר (קבלה) ולפרט את התנאי, שאם לא יפרע עד זמן פלוני יהיה השובר בטל, והמלוה יוכל לגבות שוב את כל הכתוב בשטר, ולפיכך הפקידו את השטר ביד שלישי שנאמן על שניהם. ומעין הדברים כתב הנמוק"י בסוגייתנו בדף עח. מדפי הרי"ף. וברש"י בב"מ דף קי"ז: כתב שהלוה חשש שאם ישאיר את השטר ביד המלוה יגבה זה את כל כל הכתוב בשטר, ולכן הפקידו ביד שלישי, ועיין גם בפירוש המיוחס לרש"י בנדרים דף כז. .

ויש לעיין מה הדין במקרה בו הצדדים כתבו שובר וכתוב בו שהלוה פרע מקצת מהסכום, ואם לא ישלים את הפרעון עד תאריך פלוני, יוכל לגבות שוב בשטר החוב, האם גם במקרה זה יחלקו ר' מאיר ור' יוסי או רק במקרה שנאמר במשנה. ובפשטות אין לחלק בין המקרים, והנידון של המשנה הוא דוגמא בעלמא. ואין לומר שאם טרחו וכתבו שובר מפורט כו"ע יודו שאין זו אסמכתא, כיון שהחסרון באסמכתא איננו במעשה הטכני של הקנין אלא במהותה של ההתחייבות (אמנם בב"ד חשוב, אסמכתא קניא ללא אונס כמבואר במסקנת הגמ' בנדרים דף כז: , ויל"ע האם הכרעה זו היא כאחת השיטות או שיטה חדשה).

²⁶ והתוצאה תהיה שהמלוה יוכל לגבות את כל הסכום שנקוב בשטר, למרות שחלק כבר נפרע קודם לכן. וכדברי רש"י בב"מ דף קי"ז: ד"ה "תן לו שטרו": "ויחזור ויתבע הכל".

²⁷ במקרה במשנה מדובר שהפקדה היתה ביד שלישי. ויש לעיין מה הדין אם הלוה סמך על המלוה והותיר את השטר בידו על תנאי זה, או אם השלישו את השטר ביד בית דין, האם גם במקרים אלו נחלקו ר' יוסי ורבנן – עיין עמ' כח ואילך.

²⁸ עיין הערה 101 האם לא קניא מדאורייתא או מדרבנן. ולשיטת ר' יהודה, אם בכל אופן גבה את

במשנה לא מבואר מה היא הסיבה בגינה הלוח השליש את שטרו. מסתבר, שהמטרה היא ללחוץ על הלוח לפרוע את יתרת החוב בזמן שנקבע ביניהם, שאל"כ יתחייב לשלם שוב את כל החוב.

במשנה גם לא מבואר האם קיים חילוק בין מקרה בו הפרעון החלקי היה לפני מועד הפרעון הנקוב בשטר, והאם מועד הפרעון החדש הוא במועד הנקוב בשטר או קודם לכן. האפשרות הסבירה ביותר היא, שהגיע מועד הפרעון, והלוח רצה להאריך את מועד הפרעון, והמלוה הסכים בתנאי שנאמר במשנה, אולם כיון שהמשנה אינה מפרטת, יתכן שהמחלוקת בין ר' יהודה ור' יוסי היא גם בתאריכים שונים²⁹, ולא דוקא במקרה זה³⁰.

ובפשטות, מטרתו של הלוח היא לא לשלם עתה את כל הסכום, למרות שכבר הגיע מועד הפרעון, לכן הוא מציע למלוה שיתן לו לשלם במועד מאוחר יותר, ואם לא ישלם במועד החדש, יוכל המלוה לגבות בסופו של חשבון סך גבוה יותר מסכום ההלוואה המקורי. ונראה, שהמלוה מסכים להצעה זו, כיון שהוא חושב שאם לא יסכים, הלוח לא ישלם לו עתה כלום, והוא יאלץ לפנות לבית דין וכו', ויתכן שיתגלו נושים אחרים והוא לא יראה את כספו, ואף אם לבסוף יקבל את כספו, הדבר יהיה כרוך בדיונים ארוכים. ולכן הוא מוכן (נאלץ) להסתפק עתה ולקבל חלק מהחוב, ואת השאר במועד מאוחר יותר, ובתוספת התחייבות של

הכסף, הרי זה "מעין גזל" – עיין בדברי רש"י בעמ' פ ויתכן שבדיעבד אין להוציא ממנו בבית דין, וצ"ע.

²⁹ הראשונים בסוגייתנו דנו כיצד ניתן לגבות שוב בשטר זה, והרי חלקו כבר נפרע, וא"כ אם יבוא המלוה לגבות בו שוב את כל החוב, נמצא גובה מלקוחות שלא כדין, ולכן כתבו שהפרעון החלקי הינו מתנה והפרעון לבסוף הינו פרעון החוב, ואם לא עשה כך, ניתן לגבות בשטר רק מנכסים בני חורין הנמצאים ברשות הלוח – עיין שו"ע חו"מ סימן נ"ה סעיף ב'. הפוסקים גם דנו בדינו של שלישי שהחזיר שטר למלוה כשלא היה לו להחזירו, האם מוטלת עליו חובת תשלום. עיין רמ"א חו"מ סימן נ"ה סעיף א' שכתב שמשמתינן לשלישי עד שיקבל עליו לשלם כל אונס שיארע ללוח מזה. ואם לא עשו כך, והמלוה הצליח לגבות בשטר זה (שלא היה ידוע לבית דין שהשטר הוצא מיד השליש שלא כדין), השליש פטור דהוי גרמא בנוזקין, ועיין בנו"כ (ובתומים, ובמקצוע בתורה למהרא"ל צינץ) שם שדנו מדוע אינו נחשב גרמי שחייב בדיני אדם.

³⁰ ניתן לתאר גם מציאות הפוכה, הלוח רוצה להקדים חלק מהפרעון מסיבות שלו (שלא להשאיר בידו ממון כדי שלא יתחייב במיסים), והמלוה אינו רוצה לקבל עתה, הלוח משכנע אותו על ידי כך שישלים לו את יתרת הסכום במועד, ואם לא, ישלם לו יותר.

הלוה לשלם יותר מהסכום המקורי אם לא יפרע במועד החדש – ועיין לקמן.

ויש לעיין מה הדין במקרה בו הגיע מועד הפרעון החדש, ויש בכוחו של הלוה לשלם את יתרת הסכום, אבל הוא מעדיף שלא לשלם עתה (כיון שכספו מושקע בנכס מניב שיתן לו רווח גדול יותר וכדו'), אלא להתעכב ולשלם את שוב את כל הסכום, האם במקרה זה גם כן סובר ר' יהודה שאסמכתא לא קניא, או שבמקרה זה שהלוה החליט כפי שהחליט ללא 'לחץ' אלא מסיבה כלכלית שנראית בעיניו, חובה עליו לשלם³¹.

עוד יש לעיין, האם מעיקרא (בשעה שהשטר הופקד ביד השליש) הלוה חשב שהוא יעמוד בהתחייבות וישלם את היתרה לפני המועד החדש, או שידע שיגיע לידי כך שיאלץ לשלם את הסכום הגדול³². וכן מה היתה מחשבתו של המלוה, האם הוא חשב שיקבל את הסכום הגדול, או שמעיקרא לא חשב שכך יהיה, והסכים לקבל חלק מהסכום ולא את כולו, מתוך מחשבה שמה שהוא יכול להציל עתה – יציל.

ב. הרשב"ם (עמ' יד) כתב: "וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר, וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים". למדנו מדבריו:

- הלוה סבר שיוכל לעמוד בתנאו ולשלם את יתרת החוב במועד.
- האונס הוא המונע מהלוה לקיים את תנאו.

ונראה להסיק מדבריו, שאם הסיבה בגינה הוא אינו משלם במועד שנקבע, איננה אונס אלא מכח שיקול דעתו, אין זו אסמכתא, כיון שהוא ברצונו ובדעתו מחייב את עצמו³³. ולמרות שמעיקרא סבר הלוה שישלם במועד שנקבע, ולא העלה בדעתו

³¹יתכן, שאף המלוה מעדיף שהלוה לא יפרע בזמן, והוא יוכל לגבות שוב את כל השטר, וירויה מכך. ועיין הערה 4 ויתכן שתלוי במחלוקת שהוזכרה שם, שלדעות שמעיקרא לא התכוון להקנות, לא יועיל מש"כ לשיטת הרמב"ם שעתה נפשט הספק, ועיין בהערה הערה 163.

³²הרא"ש בפירושו למסכת נדרים בדף כז. כתב בביאור דין אסמכתא: "לא כיון להקנות מעולם". ולפי"ז אף אם לא קיים את דבריו, שלא מחמת אונס, אין לדבריו ערך. ועיין הערות 3,4,38.

³³אמנם עיין הערה 32.

שלבסוף יחליט שאינו רוצה לשלם עתה, כל עוד המניעה איננה מחמת אונס, עליו לעמוד בהתחייבותו, אולם אם אירע אונס, נחלקו ר' יהודה ור' יוסי האם חובה עליו לעמוד בדבריו³⁴.

מסתבר ששיטת ר' יוסי שעל הלזה לעמוד בתנאו למרות שאירע אונס, יסודה בכך שאדם שחייב את עצמו בממון, עליו לשלם ממון זה, כמו כל לזה שהחוב מוטל עליו אפילו אם אירע לו אונס. ואילו ר' יהודה סובר, שהחילוק בין חוב רגיל (בו אין פטור במקרה של אונס) לנידון שלפנינו הוא, שהחוב נעשה על תנאי (שישלם עד מועד פלוני), וכיון שהוא סבר שיעמוד בתנאי, החיוב שקיבל על עצמו לשלם יותר, אינו תקף במקרה של אונס, ולשיטתו נראה שאף המלוה (שהסכים לקבל את תנאו של המלוה), ידע שבמקרה של אונס, הוא לא יוכל לגבות את כל הסכום הנקוב בשטר, אלא רק את היתרה שלא שולמה.

ג. הרשב"ם אינו מבאר מניין שדוקא במקרה של אונס נחלקו ר' יוסי ור' יהודה, יתכן שזו סברא פשוטה. ויותר נראה שמקורו של הרשב"ם בסוגיית הגמ' בנדרים דף כז. – כז: שם דנה הגמ' במי שאונס מונע ממנו קיום תנאו, ובהקשר לכך הובאה משנתנו. משמע, שהגמ' בנדרים מפרשת שסוגייתנו עוסקת במקרה של אונס (כגון מי שאמר שאם לא יבוא תוך שלשים יום יחול הגט, ובשעה שרצה לשוב אירעו אונס שלא איפשר לו לחצות את הנהר). ומכאן, שללא אונס, כולם מודים שאם לא עמד בתנאו, יכול המלוה לגבות את כל הסכום הכתוב בשטר, למרות שכבר היה פרעון מוקדם³⁵.

נמצא שע"פ הרשב"ם, המחלוקת בין ר' יהודה לר' יוסי היא, האם אונס שמונע מהלוה לעמוד בתנאי שקיבל על עצמו, פוטר אותו מלקיים את תנאו.

³⁴ אמנם, עיין הערה 31, שלכאורה קשה כיצד ניתן לגבות עתה כאשר מעיקרא לא היתה גמירות דעת להקנות. אא"כ נאמר שעתה הוא מחייב עצמו שנית. או שמעיקרא סבר שאם ירצה שלא לשלם מחמת סיבה שלו, הקנין יחול, וצ"ע.

³⁵ עיין הערה 38, שם הובאו דברי הראשונים שמבארים את סוגיית הגמ' במסכת נדרים במקרה שלא אירע אונס.

שיטת רש"י והמאירי / האם מתנה התנאי חשב שיאלץ לקיים את התנאי / לא קיים

מחמת אונס או מחמת רצונו

ד. רש"י ב"מ דף מח: ד"ה "אסמכתא":

אסמכתא – הבטחת גוזמא שאדם מבטיח את חבירו לסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאו יתן כך וכך.

רש"י ב"מ דף סו. ד"ה "אני" וד"ה "ר' יוסי":

והוא אסמכתא, היא הבטחה בעלמא לסמוך על דבריו שאם לא ימלא דבריו יתן לו שוה מאתים במנה... ר' יוסי בפרק גט פשוט (ב"ב קסח). מי מקצת חובו והשליש את שטרו

ובמאירי סנהדרין דף כד: כתב:

ופירשו גדולי הרבנים שלא נקראת אסמכתא אף בדרך גזום אלא דבר שהוא כדאי להיות המתנה חושב עליה שהיא בידו. ומתוך שהוא טועה וחושב שיקיים אחר שהדבר בידו לקיים הוא מתנה כן ומחשבתו מטעתו ואינו גומר בעצמו להקנות, אם לא יקיים שמאמת הוא בעצמו לקיים. כגון פרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר לו אם לא אפרעך עד יום פלוני החזר לו שטרו ויתבע כל חובו שמתוך שהוא מחזיק במחשבתו שיפרע הוא מתנה כך³⁶.

מדברי רש"י והמאירי עולה, שהלוח כלל לא חשב שהתנאי שהוא מתנה הוא תנאי 'רציני', ומעולם לא עלה בדעתו להתחייב לשלם את הסכום הגבוה (בנידון שלפנינו, לשלם שוב את כל הסך הכתוב בשטר), ודבריו היו גוזמא (לשלם יותר ממה שלוח) בעלמא. ולפי דבריהם, אף המלוה לא העלה בדעתו שהוא יקבל את הסכום הגדול, וכלל לא סמך על דבריו של הלוח, והסיבה בגינה הוא הסכים לתנאי,

³⁶ ועיין מאירי ב"מ דף לד. שכתב: "שלא נאמר דין אסמכתא אלא במה שיש שם קצת גוזמא, שהדעת נוטה שאילו עלה על דעתו שכן, לא היה מקנה כגון שפרע מקצת חובו... שהדבר מוכיח שלא עשה כן אלא שהיה בוטח בעצמו לפרוע ולא גמר בליבו להקנותה...". ובספר הישר לר"ת (חידושים) סימן רכ כתב: "משום דגזים ואמר מילתא יתירא, כללא דמילתא דגזים הוי אסמכתא..." ועיין בפרק הדין בביאור שיטת ר"ת.

מחשש שמא אם לא יסכים, לא יקבל ממנו כלום וכנ"ל (אות א'), ולכן לא מוטל על הלוח לשלם את הסכום הגדול.

על פי דבריהם נראה, שגם אם הסיבה בגינה הלוח אינו משלם במועד שנקבע איננה אונס, אלא שיקול כלכלי שלו (עיין אות א'), סובר ר' יהודה שאסמכתא לא קניא, כיון שהחסרון באסמכתא איננו האונס שאינו צפוי (כפי שעולה משיטת הרשב"ם לעיל) אלא עצם הטלת תנאי בהתחייבות מוגזמת (לשלם יותר ממה שלוח) שלא היתה כוונה לקיימה מעיקרא (כפי שכתב המאירי בפירושו, ויש מקום לומר שזו גם שיטתו של רש"י).

וראיה לדבריהם מסוגיית הגמ' בב"מ סו. (ועי"ש במשנה בדף סה: בדיון הלוח על שדהו), שם הדיון הוא על מי שהתחייב שאם לא יפרע את חובו, יזכה המלוה בשדהו (ששוה יותר מערך החוב³⁷), ולא הוזכר שם בגמ' שמדובר דוקא במקרה של אונס³⁸.

ור' יוסי סובר, כיון שמטרת התנאי היתה לזרז את הלוח לפרוע בזמן, לא יתכן שאם לבסוף לא עמד בדבריו, לא ישלם יותר, כיון שאם לא נחייבו לשלם, לעולם לא תהיה אפשרות לזרזו לשלם בזמן³⁹. או שר' יוסי סובר שמעיקרא דבר המלוה שיקבל את הכל כולל התוספת, ולכן הסכים לתנאי.

³⁷ אמנם, נחלקו ראשונים האם מדובר שערך השדה יותר מערך החוב, ומחלוקת זו הובאה להלכה בשו"ע וברמ"א חו"מ סימן ר"ג סעיף ט'.
³⁸ ולעיל (אות ג'), הבאנו סיוע לשיטת הרשב"ם שמדובר באונס, מסוגיית הגמ' במסכת נדרים דף כז. שם הובאה משנתנו בקשר לאונס, ולכאורה סוגיית הגמ' בב"מ חולקת על סוגייתנו. ויתכן, שהרשב"ם יבאר שאף הסוגיא בב"מ עוסקת במקרה של אונס למרות שלא ציינה זאת במפורש, ואילו רש"י יבאר שסוגיית הגמ' בנדרים דנה על אונס, כי כך היה מעשה (עיי"ש), אבל אף ללא אונס סובר ר' יהודה שאסמכתא לא קניא, וקצ"ע. והיה מקום לומר שקיימת מחלוקת סוגיות האם אסמכתא נאמרה רק באונס (נדרים לעומת ב"מ). אולם לא נראה שיש הכרח לומר כן כיון שקושיית הגמ' במסכת נדרים (דף כז:) ממשנתנו על רב הונא שאינו חושש לאסמכתא יכולה להתפרש על עיקר דין אסמכתא ולא דוקא במקרה של אונס, וכפי שכתב שם הר"ן: "מכדי אסמכתא... אפילו בלא אונס לא קני". וכשיטתו כתב הריטב"א "דאפילו לא אניס כלל... אסמכתא היא". אמנם עיין הערה 65 בשיטת רש"י בביאור סוגיית הגמ' במסכת נדרים, ועיין גם בהערה 32.
³⁹ עיין שו"ת הריטב"א סימן ל"ה (צ"ה) בענין דומה: "ולא חייב אותו המלוה בזה אלא כדי שיפרענו בזמנו ולא יפרע אלא הקרן".

שיטת ר' יוחנן בביאור דברי ר' יהודה / 'תיקנו חכמים שלא יהנה ממנו'

ה. גמ' ב"מ דף קי"ז:

אמר רבי יוחנן, בשלשה מקומות שנה לנו רבי יהודה אסור לאדם שיהנה מממון חבריו (רש"י: שלא במתנה, עד שתהא מדעתו ונוחה לו...) דתנן, מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו, ואמר לו, אם אין אני נותן לך מכאן ועד זמן פלוני - תן לו שטרו. הגיע זמן ולא נתן, רבי יוסי אומר יתן, רבי יהודה אומר לא יתן.

ובביאור דברי ר' יוחנן כתב תוס' בסוד"ה "בשלשה":

וגם משליש שטרו נמי אע"ג דאסמכתא קניא, הכא כיון שאין זו מתנה גמורה, שאין נותנה בלב שלם, תקנו חכמים שלא יהנה מלוה הימנו.

ע"פ תוס', ר' יוחנן חולק על סוגיית הגמ' במסכת ב"ב (לעיל אות א') שהעמידה את המחלוקת בין ר' יוסי ור' יהודה במשנה בשאלה האם אסמכתא קניא. לשיטתו, אסמכתא קניא, אבל בנידון שלפנינו תקנת חכמים היא שמתנה שאיננה בלב שלם לא תחול. ויתכן שהטעם בגינו חכמים 'התערבו' בהסכמים שבין אדם לחבירו, למרות שבכל תנאי שבממון, התנאי מועיל, כיון שקיימת סכנה של לווה שיסתכן בחובות, וכדי למצוא פתרון רגעי, יחייב עצמו בחיובים כספיים גדולים שרק יביאו אותו לידי הסתכסוכות נוספות.

אמנם הגמ' דוחה את דברי ר' יוחנן:

ודילמא לא היא, ..., ומי שפרע מקצת חובו נמי הוי אסמכתא ושמעינן ליה לרבי יהודה דאמר לא קני...

דחיית הגמ' היא, שר' יהודה סובר שאסמכתא לא קניא. ועל פי דברי תוס' הנ"ל, עולה שעל פי דחיית הגמ' שיטת ר' יהודה שהלוח איננו חייב לעמוד בדיבורו כיון

שלא היתה גמירות דעת המחייבת בקנינים ('אסמכתא'). ואילו לשיטת ר' יוחנן בביאור שיטת ר' יהודה, למרות שהיתה גמירות דעת, שעל פי דיני קנינים היא מחייבת, חז"ל תיקנו שלא תועיל במקרה שלפנינו, כיון שלא היתה בלב שלם, אבל מקרים אחרים שכלולים ב'אסמכתא' שחכמים לא תיקנו בהם, אסמכתא קונה אף לשיטת ר' יהודה.

ו. ובסיום סוגיית הגמ' בב"ב דף קסח. (עיין אות א') הסיקה הגמ':

אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר רב, הלכה כרבי יוסי⁴⁰. כי אתו לקמיה דרבי אמי, אמר להו, וכי מאחר שרבי יוחנן מלמדנו פעם ראשונה ושניה⁴¹ הלכה כרבי יוסי אני מה אעשה (כלומר כמה פעמים לימדנו רבי יוחנן הלכה כר' יוסי, אני מה אעשה והיאך אומר לא קניא)...

הכרעתו של ר' יוחנן כר' יוסי יכולה להתפרש בשני אופנים:

- על פי פשט סוגייתנו, המחלוקת היא האם אסמכתא קניא, והכרעת ר' יוחנן כר' יוסי שאסמכתא קניא.
- על פי שיטת ר' יוחנן בסוגיא בב"מ קיז: ושיטת תוס' שם, לכו"ע אסמכתא קניא (ור' יהודה סובר שקיימת תקנה שלא יוכל לגבות), וההכרעה היא כר' יוסי שאין תקנת חכמים בנידון.

ודברי הרשב"ם: "אני מה אעשה והיאך אומר לא קניא", פירושם, שהמחלוקת היא האם אסמכתא קניא או לא, וכפי פשט הסוגיא במסכת ב"ב (וכך נקטו רבים, עיין ספר המקח לרב האי גאון שער י"ז ועוד), והרשב"ם לא הזכיר את סוגיית הגמ' במסכת ב"מ הנ"ל.

⁴⁰ עיין תוס' ב"מ דף סו. ד"ה "ומניומי", שכתב שיש לגרוס "אין הלכה כר' יוסי", עיין לקמן עמ' לז ואילך שם בביאור שיטת רב נחמן.

⁴¹ בפירוש 'מות עולם' (מאת הרב יאיר ויינשטוק) על אגרת רש"ג חלק ג' פרק ב' (עמ' קכח) כתב שר' יוחנן חזר על תלמודו פעם בשלשים שנה והיה ראש ישיבה ששים שנה, ולכן ר' אמי שמע ממנו פעם ראשונה ופעם שניה שהלכה כר' יוסי. ויסודו בדורות הראשונים חלק ב' עמ' קנ"ה.

מתנה שומר שבר להיות כשומר ודין אסמכתא בשומרים

ז. בגמ' במסכת ב"מ דף צד. נאמר שמתנה שומר שכר להיות כשואל. ושיטת שמואל היא שדוקא אם קנו מידו להתחייב על כך, ואילו ר' יוחנן סובר:

ור' יוחנן, אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמיר ומשעבד נפשיה.

התחייבות של שומר שכר לשלם יותר ממה שהוא חייב בפשטות הינה 'אסמכתא'. ושיטת ר' יוחנן היא כר' יוסי שאסמכתא קניא, ולכן מועילה ההתחייבות שלו (ע"פ סוגיית הגמ' בב"ב קסח.). או שר' יוחנן סובר כשיטתו בב"מ דף קיז: (אות ו') שכולם מודים שאסמכתא קניא, ורק במקרה של מי שפרע מקצת חובו חולק ר' יהודה וסובר שתקנת חכמים היא שלא יקנה, אבל בנידון של שומר שכר, לא תיקנו חכמים שלא יקנה.

יתכן שהטעם שאין אסמכתא בשומר, כיון ששומר שכר מקבל תשלום עבור ה'ביטוח' שהוא מעניק לבעלים, ועוד שיש לו הנאה שהוא נחשב איש מהימן יותר משאר השומרים (ועוד אנשים יפקידו אצלו בשכר) ולכן הוא מוכן להתחייב אפילו באונסין, ואף ללא קנין, מכח 'ההיא הנאה' (ויתכן שהוא אף מעלה את המחיר עבור ההתחייבות באונסין)⁴², וזה הוא גם הנימוק שנאמר בגמ' שערב אין בו משום אסמכתא, שיש לו הנאה שסומכים עליו (לקמן עמ' קיט).

ח. אמנם בחידושי הרמב"ן דף קסח. כתב שפרשת שומרים איננה נכללת בסוגיית אסמכתא, כיון שאסמכתא היא רק כשתולה בדעתו, אבל אם תולה בדעת אחרים, אין בכך חסרון של אסמכתא, ולכן אם התנה להתחייב באונס שאינו תלוי בו, אין בדבר חסרון של אסמכתא⁴³ (ועיין בשיטתו בעמ' קצו ואילך) ואילו המרדכי בב"מ

⁴² בשו"ת חת"ס חו"מ סימן ס"ו הציע (בשם תלמידו מוהר"ר מאיר) לבאר את דינו של ר' יוחנן בב"מ צד. על פי שיטת ר' יוחנן בב"מ קי"ז: ע"ש.
⁴³ אמנם, לשיטתו יל"ע האם יכול שומר חנם להתנות להיות כשומר שכר שמתחייב בגניבה, והרי הדבר תלוי בו, שאם ישמור כראוי לא יבואו גנבים, וצ"ע.

אות ש"ע, כתב שאין חסרון של אסמכתא בשוכר שמתחייב להיות כשואל, כיון שאסמכתא היא רק אם מגזים בהתחייבות, אבל התחייבות מסופקת שאין בה גוזמא, אין בה חסרון של אסמכתא⁴⁴. ובר"ן על הרי"ף במסכת ב"מ דף נד. כתב שאין צורך בקנין, כיון שהוא כבר בחיוב השומרים. ובחידושי הגר"ח השלם לב"מ סימן ק"א כתב, שאין בהתחייבות להיות כשואל משום אסמכתא, כיון שהשומר מתחייב על גוף החפץ, וההתחייבות על אונסין כשואל אינה התחייבות חדשה, שהרי מעיקרא יש עליו חיוב על גוף החפץ. אמנם הש"ך בחו"מ סימן מ' ס"ק ד' כתב שההתחייבות להיות כשואל היא דומה לאסמכתא, ולכן צריך קנין, ולדברינו, יש מקום לומר, שר' יוחנן מסתפק ב'ההיא הנאה' ואינו מחייב קנין ממש, כיון שלשיטתו אסמכתא קונה לכו"ע, וכנ"ל באות ו' (ועיין בנו"כ על שו"ע חו"מ סימן רצ"א סעיף כ"ז).

ט. להלכה אסמכתא אינה קונה כי אם בבית דין חשוב (עיין חו"מ סימן נ"ה, וסימן ר"ז סעיף ט"ו), ואע"פ כן דינו של ר' יוחנן נפסק להלכה ואין צורך במעשה קנין בבי"ד כדי ששומר שכר יחייב את עצמו בחיובי שואל (רמב"ם פרק ב' משכירות הלכה ט', שו"ע חו"מ סימן רצ"א סעיף כ"ז). משמע, שאין בהתחייבות זו חסרון של אסמכתא⁴⁵. ואף הרשב"ם (אות ו') ביאר ששיטת ר' אמי היא שר' יוחנן הכריע כר' יוסי שאסמכתא קניא. משמע, שר' יהודה חולק וסובר שאסמכתא לא קניא, ולא כפי שעולה מדברי ר' יוחנן בב"מ קיז: (אות ו'). ושם ר' יוחנן חזר בו בעקבות דחיית הגמ' שם, וקצ"ע.

איסור ריבית במי שהתחייב לפרוע יותר מחובו / פסק ההלכה

י. הראשונים דנו מדוע אין בהתחייבותו של הלוח לפרוע את כל האמור בשטר למרות

⁴⁴ ואילו הר"ן בחידושי לסנהדרין דף כד: כתב שתנאי זה הינו גוזמא, אבל אין בו חסרון אסמכתא, כיון שאינו תולה בדעת עצמו (כשיטת הרמב"ן).

⁴⁵ ולדברינו, נפסקה הלכה כר' יוחנן אבל לא מטעמו. שהוא סובר שטעם הדין הוא שלכו"ע אסמכתא קניא, ואילו אנו פסקנו שאסמכתא קניא, ואע"פ כן דינו של ר' יוחנן בדין השומרים נפסק להלכה.

שפרע מקצתו (אות א') משום איסור ריבית⁴⁶, והרי אם הלוח יאחר ולא ישלם בזמן, יאלץ לשלם תוספת על קרן ההלוואה⁴⁷.

בשו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרנ"א כתב שאכן יש בדבר משום "הערמת ריבית" ויש לאסור לכתחילה⁴⁸. ואף שבנידון שבמשנה, יש צד להקל כיון שהפרעון החלקי נחשב מתנה והפרעון המאוחר של כל הכתוב בשטר הינו פרעון החוב, יש בזה משום הערמת ריבית. ולשיטתו יש לומר שמשנתנו דנה רק בדיעבד, אחר שכבר נעשה התנאי וכן שמשנתנו סמכה על הדין הכללי של ריבית מאוחרת (עי"ש)⁴⁹.

⁴⁶ אם ננקוט שמעיקרא רצה המלוה להרויח את התוספת, החשש לריבית גדול יותר, עיין שו"ת הריטב"א סימן ל"ה (צ"ח), וע"ע שו"ת המבי"ט ח"א סימן נ"א, גינת ורדים, יו"ד כלל ו' סימן ב'.
⁴⁷ עיין שיעורי ריבית חלק א', הוצאת בית ועד לתורה עמ' 93 ואילך, ובשיעורי ריבית חלק ב' עמ' 234 ואילך שם הורחב הדין.

⁴⁸ שו"ת הרשב"א חלק א סימן תרנ"א: "שאלת שהורגלו שם לכתוב בשטרי הלואה אם לא אפרעך לזמן פלוני אתן לך כך וכך. אם יש בזה שום רבית או לאו. תשובה איברא מפשטה של משנתנו שאין כאן משום רבית כלל. דתנן באחרון של בבא בתרא (דף קס"ח) מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד זמן פלוני תן לו את שטרו. הגיע זמן ולא נתן רבי יוסי אומר יתן רבי יהודה אומר לא יתן. ואוקימנא לשם פלוגתיהו באסמכתא אי קניא אי לא קניא. אלמא אי לא משום דאסמכתא יחזיר וליכא משום רבית. וטעמא דמילתא משום דאין רבית אלא דבר שמתרבה משום אגר נטר לי וזה אינו כן. שאלו פרעו בזמנו לא היה מרבה לו כלום. ואם לא פרעו במשלים זמניה ממש חייב ליתן לו באותה שעה קרן וקנס ואינו ממתיך לו על הקרן כלל. ואם כן ליכא אגר נטר לו כלל. וכן כתב הר"ר יוסי הלוי אבן מיגש "ל בפירושו. וכן נראה במשנה איזהו נשך (דף ס"ה) דקתני הלוח על שדהו ואמר לו אם אין אתה נותן לי מכאן עד שלשה שנים הרי הוא שלך הרי הוא שלו. ואף על פי שהשדה שוה כפלים ממה שהלוהו עליו. אלא שאני אומר שאסור לעשות כן משום דלא גרע מרבית מאוחרת. שאף על פי שאין כאן אגר נטר לי כיון שהנאה באה לו מחמת הלואתו אסור. ואמרינן נמי (פ' הרבית דף ס"ב) תני רב ספרא ברבי דבי רבי חיאי יש דברים שהן מותרין ואסור לעשותן מפני הערמת רבית. כיצד אמר לו הלוי מנה. אמר ליה מנה אין לי חטים במנה יש לי. ונתן לו חטים במנה וחזר ולקחם ממנו בעשרים ארבע (סלע) הרי זה מותר ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית. אלמא כל שהוא נוטל יותר ממה שהלוה הרי זה אסור. וכן נמי מוכיח במה שאסרו חברי(?) ולא אמרו במשנתנו דמי שפרע מקצת חובו, אלא שאם לא פרע השאר בזמנו הרי הפרעון ראשון מתנה למפרע. וכשהוא חוזר וגובה עכשו אינו נוטל עכשו רבית כלל. ומה שכבר נטל אינו חייב להחזיר שאינו רבית גמורה ולא אפילו אבק רבית דנראה כהנאה הבאה לו מחמת הלואתו. ואפילו למאן דאמר בעלמא אכל שיעור זוזי מסלקי ליה הכא מודה דלא מנכה ליה משום דאבק רבית גמור נמי לא הוי. אלא גריע מיניה מרבית מאוחרת הוא וקל מיניה. אלא כי אסור לעשות כן לכתחלה מפני הערמת רבית... ואף על פי שיש לדון בדבר כן נראין הדברים. ואין מורין בדבר זה להקל. וכל שכן כאן שהדעת מכרעת שהם מתכוונים להערמת רבית" (ונראה, ש"כאן" היינו בנידון של ב"מ ס"ה, אולם מהרשב"א משמע שאף לולי טעם זה לכתחילה אסור משום הערמת ריבית).
ועיין בחידושי הרשב"א ב"מ דף סו. שכתב "אפשר שאין הדבר מותר לכתחילה..." ואילו בתשובתו כתב לאסור במפורש ולא רק בדרך "אפשר".

⁴⁹ ועיין שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תקי"א, שכתב שבדברים שיש בהם משום הערמת ריבית, אין למחות במקילם, שמוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין. ועל פי דרך זו נראה לבאר את תשובת הרב פעלים ח"ד, יו"ד סימן י"א, שכתב שאשה שהלוותה יכולה אחר ההלוואה לקבוע עם הלוח

והשו"ע בהלכות רבית ביו"ד סימן קע"ז סעיף י"ד פסק (על פי דברי הרשב"א):

האומר לחבירו, אם לא אפרעך לזמן פלוני הריני חייב לך מעכשיו ולזמן העיכוב כך דינרין (יותר ממה שהלווה), אסור מפני הערמת רבית.⁵⁰

על פי דברי השו"ע בהלכות רבית, היה נראה שאף בדין אסמכתא שבמשנתינו (אות ב') היה ראוי לאסור לכתחילה משום הערמת רבית, אולם בשו"ע חו"מ סימן נ"ה סעיף א'⁵¹ פסק השו"ע:

מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר, ואמר לו לא נתתי לך עד יום פלוני תן לו שטרו, והגיע הזמן ולא נתן לו, לא יתן השליש את השטר, שזו אסמכתא היא (פירוש שתלה שעבודו בדעת עצמו ובמידה דבידו ולא בידו וסמכא דעתיה שלא יחול השעבוד ולכן לא גמר ומקנה), ולא קניא. ואם קנו מידו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה, והוא שיתפס זכותיו בב"ד, והוא שלא יהיה אנוס.⁵²

ולכאורה תמוה מדוע לא אסר לכתחילה משום הערמת רבית כפי שאסר בשו"ע יו"ד, וכפי שמוכח מדברי הרשב"א. בדוחק היה ניתן ליישב, שבשו"ע בחו"מ השו"ע דן על דיעבד, אחר שנעשה התנאי. וכיון שהאיסור הוא רק משום הערמת רבית, אין לאסור אחר שהתנו. ולעומת זאת בשו"ע יו"ד כתב השו"ע את הדין לכתחילה.

ושמא, אף שהרשב"א כתב שיש לאסור בשני המקרים משום הערמת רבית,

שיפרע תוך יומיים שלשה, ואם לא יתחייב בקנס. ונראה שהרב פעלים חשש שאם לא יתיר בדרך זו, יגבו רבית גמורה ללא היתר כלל, וע"ע שו"ת יבי"א ח"א, יו"ד סימן י"ג.

⁵⁰ וכתב שם הרמ"א, שיש מתירין אם נותן לו מעות ומקבל פירות.

⁵¹ בספרי הטור הלכה זו בסימן נ"ד. והרמב"ם פסק כך להלכה בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ה'.

⁵² עיי"ש בפרטי הדין.

השו"ע נקט כרשב"א לגבי תנאי בשעת הלואה (לאיסורא⁵³) אבל בנידון של פריעת מקצת החוב נקט להיתר גמור, וכך נראה מדברי הב"י בסימן נ"ד, שלא ציין לדברי הרשב"א כי אם לדברי ספר התרומות שמתיר, ועיין בערוה"ש לקמן.

יא. ערוך השלחן, חו"מ סימן נ"ה סעיף ג':

ולמה לא חששו חכמים בדין זה משום ריבית דהרי נוטל ממנו יתר בשביל המתנת המעות אם לא יבא לזמן פלוני.

דבאמת אין כאן ריבית דאינו נוטל בשביל מה שממתין לו. דהרי אם יבא ביום פלוני אינו נוטל רק כפי חובו, נמצא דעד אותו יום אינו נוטל כלל בשכר המתנת המעות, ובהגיע הרגע של סוף היום שלא הביא נתחייב מיד אפילו אם יביא אחר אותה רגע, וכן אם לא יביא אפילו אחר כמה זמן לא יתחייב עוד יותר ונמצא דאינו נוטל כלל בשכר המתנת מעותיו⁵⁴.

ולכן אם אמר אם לא אביא ליום פלוני תמסור לו שטרו וימתין לי משך זמן עד שאשלם לו הוה ריבית גמור שמשלם לו מותר בעד המתנת מעותיו.

סיכום

⁵³ ועיין רמ"א יו"ד סימן קס"ג סעיף ג'.

⁵⁴ גר"א יו"ד סימן קע"ז ס"ק ל"ה (ביחס לדינו של השו"ע ביו"ד הנ"ל): "משום ריבית ליכא, שאינו אגר נטר, שאינו אלא על רגע אחד, שאם יעבור הרגע יתן כו' מ"מ הערמת ריבית הוא וכנ"ל, ובמתניתין י"ל שנותן לו המעות הראשונות שפרע במתנה. רשב"א...".
וקצ"ע, שהרי בדין המשנה (של פרעון חלקי) הרשב"א עצמו ג"כ כתב שיש לחוש לכתחילה משום הערמת ריבית, וכנ"ל. ובליקוט שם כתב הגר"א: "כמ"ש מי שפרע מקצת חובו כו' ובב"מ ס"ה ב' הלוהו על שדהו כו' ואמרינן בגמ' דקנה הכל ואפילו יותר בכדי מעותיו ואפילו מאן דפליג היינו משום אסמכתא. הרשב"א בתה"א ס"ב אלא שאח"כ מגמגם לאסור לכתחלה משום הערמת ריבית כמו בהערמת ריבית דשם ס"ב ב' וחכירי נרשאי וריבית מאוחרת כו' ומתני' הנ"ל הלוהו כו' מכירה שאני דהוי כמכירה ומתני' דמי שפרע דשם פרעון הראשון למפרע מתנה ואפילו למ"ד אכל שיעור זוזי מסלקינן ליה הכא מודה דגרע מאבק ריבית וכו' מאוחרת וקיל מיניה אלא שאסור לכתחלה מפני הערמת ריבית וז"ש בס"י קס"א ס"ב מלבד כו'". ויל"ע מה ישיב בעל ערוה"ש על דבריו, והאם מדבריו יש פתח להיתר כל ריבית שאינה מתרבה ויש תאריך מדויק לתוספת תשלום.

יב. העולה מהאמור לעיל בדין הפורע מקצת חובו:

- ר' יהודה סובר שאסור לשליש לתת את השטר למלוה כדי שיוכל לגבות את כל הסכום אחר שחלק מהסכום נפרע מעיקרא (אות א'). לשיטת תוס' ר' יוחנן סובר שלדעת ר' יהודה אסמכתא קניא, ואע"פ כן תקנת חכמים היא לאסור, כיון שלא הקנה בלב שלם (אות ה'), ואילו על פי הגמ' בב"ב (אות א'), ודחיית הגמ' בב"מ (אות ז') טעמו של ר' יהודה הוא שאסמכתא לא קניא.
- ר' יוסי סובר שיש לתת את השטר למלוה, כיון שאסמכתא קניא (אות א').
- ר' יוחנן הכריע להלכה כשיטת ר' יוסי (אות ו'), ויל"ע האם חזר בו מביאורו בשיטת ר' יהודה (אות ט).
- לשיטת הרשב"ם אסמכתא לא קניא במקרה של אונס (אות ב'), ולשיטת רש"י והמאירי, מעיקרא הלוה לא התכוון להתחייב, ומסתבר שאף בלא אונס אין משמעות להתחייבתו (אות ד').
- בנידון של פריעת מקצת החוב, הרשב"א כתב לאסור לכתחילה משום הערמת ריבית, אבל מדברי השו"ע משמע שמתיר לגמרי (אות י-יב).
- שומר שכר יכול להתחייב כשוכר. ועל פי שיטת ר' יוחנן, נראה שאפילו אם חיוב זה בכלל אסמכתא, יש בכוחו להתחייב כיון שאסמכתא קניא לכו"ע (חוץ ממקרים בהם תיקנו חכמים – אות ז'), אבל ראשונים רבים ביארו שאין בחיוב זה משום אסמכתא (אות ח').

אם לא יבוא ביום פלוני / התפסת זכויות בבית דין

דין התוספתא

א. תוספתא ב"מ פרק א' הלכה ט':

שנים שנתעצמו⁵⁵ זה בזה. ואמר אחד מהן לחבירו אם לא באתי מיכן ועד יום פלוני הילך בידי כך וכך⁵⁶.
הגיע הזמן ולא בא, יתקיים התנאי דברי ר' יוסי.
אמר ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו בידו, אלא ינתחנו⁵⁷.

בניגוד למקרה שבמשנה בב"ב דף קסח (לעיל עמ' יד'), שם חובו של הנתבע אינו מוטל בספק, והנתבע מתחייב לשלם יותר אם לא יפרע עד התאריך שנקבע. במקרה שבתוספתא לא הוכח שאכן קיים חיוב (אמנם עיין בדברי הגר"א באות טו), ואע"פ כן אחד הצדדים מקבל על עצמו שאם לא יבוא עד זמן פלוני ישלם.

⁵⁵עיצומים הינם דין אסמכתא (מנחת ביכורים), ובמצפה שמואל ביאר שלשון 'נתעצמו' פירושו שנעשו קשים זה לזה כמו עצם.

⁵⁶בחסדי דוד הארוך כתב: "שנים שהיו מתעצמים זה בזה לעשות דבר מה לזמן פלוני" ובתוספתא כפשוטה (בביאור הלכה ט"ז) כתב, שהתובע רצה לתבוע את חבירו לדין מיד, והנתבע רצה לדחותו – ועיין ברמב"ם לקמן.

⁵⁷ניתוח פירושו ניתוק. ומסתבר שמדובר בניתוק שנעשה שלא ברצון וכפי שכתב הגר"א בחו"מ סימן צ"ז ס"ק י"א "דמשמע בזרוע" (וכלשון התורה "ואת האיל תנתח [שמות כ"ט, י"ז, ועיין אונקלוס ויונתן שם]), וכן "ונתח אותו לנתחיו [ויקרא א' י"ב, ובתרגומים שם]". ובגמ' בב"ב דף קיג. נאמר לגבי נטילת משכון מידי הלוח, שפעולת לקיחת המשכון הינה "מנתח נתוחי", וכתב שם רש"י ד"ה "ושליח": "ומנתק דבר שאוחז בידו ממנו".

ומכאן שר' יהודה סובר שאין משמעות לתנאי שבין הצדדים כיון שיש בו חסרון של אסמכתא (עיין אות ב'), ולכן "ינתחנו".

לדעת המג"א בפירוש על התוספתא, כוונת הדברים היא שיכול הצד המתחייב להוציא מידו של בעל דינו את השטר בו הוא התחייב את התחייבות האסמכתא.

ובמנחת ביכורים כתב בשם הרשב"א (הובאו דבריו בכס"מ בפרק י"א ממכירה הלכה ד' ובב"י בחו"מ סימן ר"ז, ועיין גם ריטב"א נדרים דף ט:), שאף אם המלוה תפס מיד הלוח, ניתן להוציא ממנו (וקצ"ע בלשונו של ר' יהודה שאמר שאינו יכול לזכות במה שאינו שלא בא לתוך ידו, וכאן כבר בא ורוצים להוציא ממנו, ושם עיקר דבריו מוסבים על המשך דברי התוספתא שם הדיון הוא על משכון שקיבל המלוה, ע"ש).

ובחסדי דוד הארוך כתב, שר' יהודה סובר שאסמכתא לא קניא, אבל אם בכל אופן הם רוצים לקיים את התנאי שביניהם, הדרך היא להניח משכון ביד שליח בית דין, וניתוח פירושו ניתוק המשכון מבעליו, ונתינתו ביד שליח בית דין (וע"ע בערוך ערך 'נתח', ובהוספה של בעל ערוך השלם, וקצ"ע).

ובנידון שלפנינו גם לא התברר מלשון התוספתא האם האמירה "הילך בידי כך וכך" הינה חיוב על הסכום לגביו הם מתווכחים או שהוא מתחייב יותר ממה שתובע ממנו חבירו (כדי לדחות מעליו את התובע למועד מאוחר יותר, ועיין לקמן אות ב' ובביאור הגר"א לתוספתא באות טו).

ב. המפרשים (חסדי דוד הארוך, מנחת ביכורים, ביאור הגר"א חו"מ סימן כ"א ס"ק א'), ביארו שהמחלוקת בין ר' יהודה לבין ר' יוסי יסודה במחלוקתם בדין אסמכתא (כנ"ל במשנה בב"ב עמ' יד'), כלומר בנידון שבתוספתא קיימת מציאות של אסמכתא, ובה נחלקו.

לקמן נדון תחילה בסוגיית הגמ' במסכת נדרים (אות ג') ואילך ולאחר מכן (אות י') נשוב לדון על דין התוספתא.

סוגיית הגמ' במסכת נדרים – אתפיש זכוותא בבי דינא... ליבטלון הני זכוותאי

ג. גמ' נדרים דף כז. – כז:

ההוא גברא דאתפיש זכוותא בבי דינא⁵⁸, ואמר, אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, איתניס ולא אתא. אמר רב הונא, בטיל זכוותיה.

אמר ליה רבא, אנוס הוא, ואנוס רחמנא פטריה, דכתיב, (דברים כב) ולנערה לא תעשה דבר⁵⁹...

ולרב הונא, מכדי אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא, שאני הכא, דמיתפסן זכותן.

⁵⁸ התפסת זכויות פירושה, שאדם שיש בידו שטר לטובתו (שטר מלוה, שובר שמוכית שפרע), מניחו ביד שלישי או בית דין.
⁵⁹ עי"ש בהרחבה בדיני אנוס.

והיכא דמיתנפסין לאו אסמכתא היא, והתנן, מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר אם אין אני נותן לו מכאן עד ל' יום תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן, רבי יוסי אומר, יתן. ור' יהודה אומר, לא יתן. ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר רב, אין הלכה כר' יוסי⁶⁰ דאמר אסמכתא קניא⁶¹.

שאני הכא, דאמר לבטלן זכותיה⁶².

והלכתא, אסמכתא קניא, והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב⁶³.

בביאור סוגיית הגמ' נחלקו ראשונים, ולקמן נציין לחלק מדבריהם. הראשונים נחלקו, מדוע הופסק הדיון בבית הדין (ואחד הצדדים אמר שיבטלו זכויותיו אם לא ישוב לבית הדין תוך שלשים יום), מי (ומדוע) יזום את התפסת הזכויות וכו' (סיכום תשובות הראשונים, לקמן באות ט').

⁶⁰ עיין עמ' ט ובהרחבת הדברים בעמ' לו ואילך.

⁶¹ הגמ' לכאורה היתה יכולה לתרץ שני תירוצים נוספים:

- קיים חילוק בין מי שמשליש ביד בית דין, שמועיל לבטל דין אסמכתא, לבין מי שמשליש ביד שלישי (שאינו בית דין), שאינו מבטל דין אסמכתא.
- בנידון בנדרים, מדובר בתובע שמבטל את זכויותיו (מניעה מתביעה, שאין בה בעיית אסמכתא) ואילו בדין בפרעון מקצת החוב, מדובר על התחייבות מחודשת לתשלום (שיש בה בעיית אסמכתא).

ונראה, שהעובדה שהגמ' לא הציעה חילוקים אלו, מלמדת שאין בחילוקים אלו די כדי לבטל את חסרון של אסמכתא לשיטת ר' יהודה (אא"כ נאמר שתירוצי הגמ' שביטל את זכויותיו הוא עצמו החילוק בין שטר שנמחל חיובו לבין שטר שרוצה לגבות בו יותר). אמנם בסיום הסוגיא הגמ' נוקטת שהקנאה בבית דין חשוב וכו' מבטלת את חסרון גמירות הדעת של אסמכתא.

⁶² עיין לקמן הערה 347.

⁶³ לקמן לא נעסוק בהכרעת ההלכה, והאם לדינא קיבלו הפוסקים הכרעת הלכה זו. ויש לעיין האם הכרעת ההלכה היא על פי שיטת ר' יהודה או על פי שיטת ר' יוסי. שבפשוטו לר' יוסי א"צ בבית דין חשוב, ואילו לר' יהודה לא מצאנו שבית דין חשוב מועיל. ועיין בספר המקח לרב האי גאון שער י"ז שדחה גמ' זו להלכה, והכריע שרק אם אמר 'מעכשיו' חלה חיובו (ועיין בשיטת הר"ן באות יב שביאר שבסוגייתנו מדובר בהתחייבות מעכשיו), וע"ע רי"ף ב"ב דף עח., רא"ש נדרים פרק ג' סימן י', ואכמ"ל. ועיין הערה 96.

שיטת רש"י⁶⁴ עיבוד מסיבה חיצונית / מחילה / אם לא אבוא – ראיותי שקר

ד. על פרש"י בסוגייתנו, הסיבה בגללה התפס בעל הדין את זכויותיו בבית דין היא:

שהביא שטרי זכויותיו לבית דין, והיה צריך לחזור לביתו.

כלומר, אחד מבעלי הדין רוצה להפסיק את הדיון באמצעו או לעכב את תחילת הדיון, והסיבה לכך איננה נעוצה בדיון עצמו, אלא מסיבה חיצונית שתלויה בו. ומסתבר שבעל דינו אינו מרוצה מכך ולפיכך הוא נוקט דרך לשכנעו באמצעות הנחת שטרי זכויותיו בבית הדין, באומרו שאם לא ישוב תוך שלשים יום יתבטלו זכויותיו, ושוב לא יוכל לתבוע או לטעון טענת פטור באמצעותם. ולבסוף הוא נאנס ולא הצליח לשוב לבית הדין במועד שקבע לעצמו. לשיטת רב הונא תנאו תקף ובטלו זכויותיו. ועל כך מקשה הגמ' והרי זו אסמכתא. וכתב רש"י בד"ה "ולרב הונא":

אמאי, הא אסמכתא הוא, דברים בעלמא, וסמך על דעתו כסבור שהוא יכול לבוא בזמנו, להכי קאמר הכי, ואסמכתא לא קניא⁶⁵.

החסרון באסמכתא על פי רש"י בסוגייתנו הוא בכך שהוא סבר שיבוא בזמנו, אולם אלו היו 'דברים בעלמא' שאין להם משמעות קנינית על פי הלכה מאחר שנאנס. ולכן יש בפנינו חסרון של 'אסמכתא' שאינה קונה לשיטת ר' יהודה. אולם הגמ' דוחה קושיה זו, כיון שלא מדובר בדברים בעלמא שהרי "מיתפסן זכותן"

⁶⁴ אכמ"ל מי הוא מחבר פירוש רש"י על מסכת נדרים. ואף אם אינו פירושו של רש"י, הוא פירוש של אחד הראשונים. ועיין שם הגדולים, חלק הגדולים, מערכת ש' אות ל"ה (שם ציין לדעה שפירוש זה מרגמ"ה, ודחאה), ובמאמרו של הרב יעקב חיים סופר בקובץ בית אהרן וישראל גליון צ"ה (שנה ט"ז, ה') עמ' קל"ח.

⁶⁵ בפשטות, אם הוא החליט בדעה צלולה שלא לשוב לבית הדין, למרות שהיתה לו אפשרות לשוב, הוא הפסיד לעצמו ורק באונס קיים החסרון של אסמכתא. אולם בדברי הריטב"א והר"ן לקמן (אות ר' ואילך) מפורש שאף ללא אונס קיים חסרון של אסמכתא במקרה זה. ועיין הערה 38.

ונתנם ביד בית דין, ולכן אין כאן חסרון של אי גמירות דעת, ופירש רש"י:

דכבוי דמי⁶⁶, ולא הוה אסמכתא.

אולם הגמ' מקשה מדינו של מי שפרע מקצת חובו (עמ' ט') שם מוכח שהתפסה ביד אחר אינה מבטלת דין אסמכתא⁶⁷. ומתרת הגמ' שבנידון שלפנינו לא מדובר בהתפסה בלבד שהרי אמר "לבטלן זכותיה" ופירש רש"י:

שלא יהא בהן ממש, דזהו חמור מתן לו שטרו⁶⁸.

כלומר, מי שהתפס שטר שיש בו התחייבות⁶⁹ לטובת חבירו ביד בית דין⁷⁰, ואמר שאם לא יבוא עד יום פלוני יש לתת שטר זה לצד שכנגדו (כדי שיוכל לגבות בו), יש בכך חסרון של אסמכתא, אבל אם הוא אמר שאם לא יבוא עד יום פלוני הזכויות שיש לו בשטר יתבטלו ואין בהם ממש אין בכך חסרון של אסמכתא. והר"ן בסוגיינתו (דף כז:) דייק מכח דברי רש"י במסכת בבא מציעא⁷¹, ששיטת רש"י היא שלא די במחילה⁷² אלא:

⁶⁶ לגבי שטר העומד להיגבות מחלוקת האם "כבוי דמי" (עיין סוטה כט.), ושיטת בית הלל (והלכה כמותם) שאינו כבוי, אולם מעשה בית דין הינו כבוי (עיין שו"ע חו"מ סימן ס"ז סעיף ח', ונו"כ, ולכן אינו משמט בשמיטה). ובנידון שלפנינו אין זה מעשה בית דין, אולם ההתפסה ביד בית דין, יש בכוחה לסלק חסרון של 'אסמכתא' שהוכיח שדבריו אינם 'דברים בעלמא' (ואכמ"ל בדין מסירת שטרותיו לבית דין כדי למנוע דין שמיטת כספים).
⁶⁷ עיין הערה 61.

⁶⁸ תן לו שטרו' אם לא אבוא עד יום פלוני, ואז יוטל עליו חיוב יותר מדינו, כמו במקרה של מי שפרע מקצת חובו, הנ"ל. ועיין בדברינו לקמן ש'לא יהא בהן ממש' פירושו שהוא שטר שקר. ויש לעיין שלכאורה קיימת דרגת ביניים של מחילה, שאף היא אינה מועילה לשיטת רש"י (כדברי הר"ן לקמן), ויל"ע מדוע רש"י לא ציין לכך, ושם רש"י דן על המקרים שבגמ' ולא הזכיר מציאות נוספת שלא נאמרה בגמ', וקצ"ע. ועיין עמ' קמב ואילך האם במחילה קיים חסרון של אסמכתא.

⁶⁹ שיש בו התחייבות לשלם מעבר לחוב המוטל עליו.

⁷⁰ או שליש – עיין הערה 61.

⁷¹ הר"ן בנדרים דף כז: כתב שרש"י אינו מקבל שמדובר במחילת החוב שבשטר: "ואין כן דעת רש"י ז"ל בפרק הזהב (ב"מ דף מח) גבי הא דתניא התם הנותן עירבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי אחמול לך ערבוני והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבוניך נתקיימו התנאים דברי ר' יוסי [רבי יוסי לטעמיה] דקסבר אסמכתא קניא רבי יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו ופירש רש"י ז"ל שם לא זה יכפול ולא זה ימחול משום דאסמכתא היא אלמא אפילו במחילה שייכא אסמכתא...".

⁷² עיין הערה 64, האם פירוש רש"י עמ"ס נדרים הינו משל רש"י. ומ"מ נראה שאף אם המחבר

הוא מודה שאם לא בא לאותו זמן, שראיותיו בטלות, כלומר שהן שקר.

לכאורה יש לעיין באפשרות לומר שהראיות שבשטר הינם שקר אם לא יבוא תוך שלשים יום. שממה נפשך, אם ראיות אלו הינם שקר, הם תמיד שקר, ואם אינן שקר, הם תמיד טענות אמת. וכיצד המציאות של הגעתו תוך שלשים יום או לאחר מכן תשנה את המציאות של הראיות מאמת לשקר ?

ונראה, שהמציאות אינה יכולה להשתנות. אולם כדי להוכיח שבעל הדין גמר בדעתו שאם לא יבוא בתוך הזמן שקבע יתבטלו זכויותיו, עליו להתפס את שטרו, ולומר אמירה בעלת משמעות שתוכיח את גמירות דעתו. ואמירה שהוא מוחל על זכויותיו, אינה מספקת, ורק אמירה שהשטר מבוטל ואין בו ממש והוא שקר, מוכיחה את גמירות דעתו, ולא מדובר באמת מול שקר אלא בביטול זכות ממונית שלשון 'ביטול' מוכיחה את רצינות כוונתו, וקצ"ע.

ה. העולה מדברי רש"י, שהסיבה להפסקת הדיון בבית דין, היא חיצונית לגוף הדיון (כיון שרצה לשוב לביתו), וכדי שלא יהיה חסרון של אסמכתא בדבריו (על פי שיטת ר' יהודה שסובר שאסמכתא לא קניא) עליו להתפס זכויותיו (בבית דין) ולומר שאם לא יבוא עד זמן פלוני יתבטלו זכויותיו, כלומר שאין בהן ממש והן שקר. אבל מחילת הזכויות בפני עצמה אין בכוחה כדי לבטל חסרון של אסמכתא.

(ולשיטת ר' יהודה, אין אפשרות להתפס שטר ביד בית דין, ולומר שאם לא יבוא עד יום פלוני, שטר זה ינתן לחבירו כדי שיוכל לגבות בו בחיוב שהוא יותר מעיקר החוב)⁷³.

עמ"ס איננו רש"י, דבריו ודברי רש"י במסכת ב"מ עולים בקנה אחד.
⁷³ אמנם, אם יקנה לו מעתה, ויאמר שאם יבוא תוך ל' יום, תתבטל ההקנאה לכאורה אף רש"י יודה בכך, שכך ביארו הראשונים את סוגיית הגמ' בב"ב דף קס"ח. ועיין שטמ"ק בסוגייתנו בדף כז: בשם הרשב"א.

שיטת הריטב"א

י. בניגוד לשיטת רש"י, שהעיקוב בדיון נובע מסיבה חיצונית לדיון (שרוצה לשוב לביתו), לשיטת הריטב"א מדובר בעיקוב שנובע ממהלך הדיון עצמו:

איהו הוה דאין בהדיה חבריה, והוה ליה לאתויי ראייה לגבי בעל דיניה, ובי דינא קבעו ליה זימנא לאיתויי ראיות דיליה תלתין יומין דהיינו זמן בית דין...

אמנם בעל הדין לא היה מחוייב להתפס את השטרות בבית דין:

ואילו מדינא לא הוה ליה למקנס נפשיה במידך, אלא לקבולי זמניה. אלא דכי היכי שלא ליסברו בי דינא דבעי לאישתמוטי מדינא דנקיט זמן לראיות, וגם לאיים לבעל דינו שיש לו ראיות כנגדו קניס נפשיה טפי מדינא, ואתפס שטרותיו ביד בית דין. ואמר אי לא אתינא בראיות שלי⁷⁴ עד תלתין יומין דקבעיתו לי ליבטלן זכוותאי דמסרנא בידכון והריני מודה שהם פסולין, לבסוף איתניס...

אמנם, הגמ' מקשה שהרי זו אסמכתא, ומבאר הריטב"א:

דאפילו לא אניס כלל, אלא דלא בעי למיתי, אמאי בטלי זכוותיה, דהא מאי דאמר מעיקרא לבית דין, אי לא אתינא ליבטלן זכוותאי, אסמכתא היא⁷⁵...

ומתרצת הגמ':

⁷⁴ ראיות המוכיחות את צדקת שטרותיו, כגון שבעל דינו טענת זיוף ועתה מוטל עליו להביא עדים וכדו' להוכיח ששטרו תקף.

⁷⁵ עיין הערות 38, 65. ולשיטת הריטב"א אפילו אם החליט מרצונו שלא לשוב, אין משמעות להתחייבות שלו כיון שאסמכתא אינה קונה, כיון שמעיקרא אין משמעות להתחייבות זו, ועיין לקמן באות ח' בדברי הר"ן ששיטתו כריטב"א בענין זה.



מכיון דאפיק זכוותיה מרשותיה ואתפסינהו על תנאי כן, לא חשב
אסמכתא.

אולם, כנ"ל קשה מדינו של מי שפרע מקצת חובו שם מוכח שהתפסה אינה
מועילה לשיטת ר' יהודה, ומיישבת הגמ':

ופרקין שאני הכא שאמר ליבטלן זכוותיה.
תמיהא מילתא מאי קאמר ומאי אולמא דבטל זכוותיה לאפוקי בהא
מדין אסמכתא...
וי"ל דשאני הכא דהויא מחילה בב"ד במילתא דשייכי בית דין. דקבעי
ליה זמן לראיות. ובודאי בלאו קנסא דקניס נפשיה אי לא מייתי
ראיות דיליה לסוף זמנא דקבעי ליה, הוו מיחייבי ליה בי דינא
מהשתא, ותו לא נטרי ליה. אלא דכי מייתי ראיות דיליה סתר דינא
ולא בטליה זכוותיה, הילכך מאי דקניס נפשיה ולבטול זכוותיה,
מחילה קרובה לדין היא וגמר ומשעבד נפשיה, מכיון דעבד כולי האי,
דמחל ואיתפס זכוותיה על ידי קביעות ב"ד חשוב וקנו מיניה. הא
בעלמא ובעניינא אחרינא דעבוד אסמכתא, לא מיהני אפילו במחילה
ואפילו קנו מניה ב"ד, כיון דהוי מילתא דלא שייכי ביה בי דינא.

הריטב"א מצמצם ביותר את היכולת להתגבר על חסרון של אסמכתא. רק
במקרה בו העיכוב הוא על פי דין, ואם לא היה מביא ראיותיו היה מפסיד בלאו
הכי, יש משמעות לדבריו שהוא מוחל על זכותו⁷⁶, ולולי זאת, קיים חסרון של
אסמכתא שאינה קונה לשיטת ר' יהודה⁷⁷. אולם קיים מקרה בו הריטב"א מודה
שאין חסרון של אסמכתא:

⁷⁶ התוספת בכך שהוא מוחל על זכותו היא, שאם לא היה אומר דבר, ולא היה מביא ראיות, בית
דין היה פוסק כנגדו, אבל אם היה מגלה ראיות חדשות, היה יכול לפנות שוב לבית דין, אבל עתה
שהוא מחל וביטל את זכויותיו, אין לו אפשרות לתבוע שוב בבית דין.

⁷⁷ עיין הערה 96, בשיטת הגר"א שחיוב של בית דין מחייב דרגת התחייבות גבוהה כדי לבטל דין
אסמכתא, כיון שלא התחייב מרצונו.

מיהו כל היכא דאיכא מעכשיו בפירוש⁷⁸, ליכא משום אסמכתא, כדמוכח בפרק איזהו נשך⁷⁹.

ועיין לקמן אות ח' שהר"ן מפרש את סוגייתנו ב'מעכשיו', ואילו הריטב"א שאינו מפרש כך את סוגייתנו, מבאר כשיטתו לעיל.

ז. לגבי ביטול הזכויות כתב הריטב"א בתחילת דבריו שמדובר ב"הודאה שהן פסולין" ובהמשך דבריו כתב "דהויא מחילה". ולכאורה הודאה ומחילה אינם אותו דבר, כיון שמחילה פירושה שהיה חוב ומחלו ואילו הודאה פירושה שהוא מודה שמעיקרא לא היה ממש בדבריו⁸⁰. ושםא כיון שמדובר בתנאי (שאם לא יבוא תוך ל' יום יתבטלו זכויותיו), ואם יעמוד בתנאו (ויבוא בזמן) לא יתבטלו זכויותיו והראיות שלו תהיינה (לשיטתו) אמיתיות. ממילא ההודאה שעדי השטר פסולים משמעותה היא שהוא מוותר ומוחל על זכויותיו, אבל איננה באה לגלות מה היא האמת (ועיין בדברינו באות ד'), וכדי לבטל את החסרון של האסמכתא, התפסה בבית דין (במציאות עליה דן הריטב"א) בתוספת אמירת לשון ביטול שאם לא יבוא עדי יחשבו עדים פסולים הרי הוכחה למחילה שמועילה⁸¹, וצ"ע.

⁷⁸ כלומר, שמקנה עתה לחבירו, ואומר לו שאם יבוא, יתבטל (למפרע).

⁷⁹ ב"מ דף סו:.

⁸⁰ עיין תומים סימן פ"ח ס"ק ד' שהאריך לדון האם יש חילוק בין הודאה לבין מחילה. ובתחילה כתב, שהודאה פירושה הודאת בעל דין, ששמעון מודה ופוסל כל מי שיעיד שחייבים לו, אולם אם ראובן יעמוד על כך שהוא חייב לשלם, עליו לשלם. ואם מטעם מחילה, אינו חייב לשלם שהרי מחל לו. אולם מסקנתו שהודאה ומחילה הם טעם אחד, עי"ש. ועיין ש"ך חו"מ סימן פ"ח ס"ק י"ז שכתב (בדינו של טענו חטים והודה לו בשעורים) שאם הטעם הוא משום מחילה, הנתבע שהודה בשעורים פטור אפילו אם הוא יודע שהוא חייב ואפילו אם יש עדים שהוא חייב שעורים, אבל אם הטעם הוא משום הודאת התובע, הנתבע עצמו שידוע שהוא חייב עליו לשלם, אולם בית דין לא יציאו ממנו, שהרי התובע הודה.

⁸¹ עיין בהערה 467 בריטב"א מהד' מוסד הרב קוק, שציין לסתירה זו בדברי הריטב"א, ונשאר בצע"ג. ועיין בשטמ"ק בסוגייתנו (דף כז:): בשם הרשב"א שכתב: "שאני הכא דאמר ליבטלן זכותיה. יש מי שפירש דליבטלן זכותיה משמע שהוא מודה אם לא בא לאותו זמן שראיותיו בטילות כלומר שהם שקר. ויש מי שפירש דליבטלן זכויותיה [הוה] לשון מחילה ומחילה [לאו] כאסמכתא דמי דמהשתא גמר ומחיל. אבל התם שמתנה להחזיר לו שטרו ויפרענו פעם שנית הוה אסמכתא ולא קניא". ועי"ש שנקט כאפשרות הראשונה, ולקמן בשיטת הר"ן.

שיטת הר"ן

ח. כשיטת הריטב"א לעיל, אף הר"ן מבאר שמדובר שהעיכוב בדיון הינו לצורך הבאות ראיות לדיון שמתקיים עתה, ועל פי דין מגיע לו זמן. אולם בניגוד לריטב"א שכתב שהתפסת הזכויות נבעה מרצונו (אות ו'), הר"ן סובר:

ובית דין חשש שלא אמר כן אלא להישמט מהן⁸², ועשו עמו שיתפס שטר זכויותיו שיש לו על חבירו⁸³.

אמנם, האמירה שזכויותיו יתבטלו אם לא יבוא עד יום פלוני אינה דרישת בית הדין:

ואמר להם אם לא באתי מכאן ועד יום פלוני זכויותי הללו יבטלו⁸⁴.

וכנ"ל הגמ' מקשה על רב הונא שקיים חסרון של אסמכתא, ומבאר הר"ן את קושיית הגמ':

דהאי גברא לא אתפיס זכותיה, אלא משום דסמיך דדעתא דלית, וכל כה"ג אפילו בלא אונס לא קני...

כלומר, אסמכתא אין לה תוקף אפילו לא אירע אונס (וכנ"ל בדברי הריטב"א באות ו'⁸⁵). ומיישבת הגמ' שהתפיס ביד בית דין, ואמנם קשה מדינו של מי שפרע את חובו, שמוכח שאין בכך די כדי לבטל את חסרון האסמכתא, ומיישבת הגמ'

⁸² ולכאורה, מה בכך, והרי אם ישמט מהם לא יוכל לגבות את חובו? ויתכן שמדובר בשובר שמוכיח שפרע, ולכן אם הוא ישמט מהם, יהיה קושי לגבות ממנו (כשלא יוכיח שהשובר איננו מזויף וכדו'). ועוד, אף אם מדובר בתובע יתכן שיקח את שטרותיו ויגבה בדרך אחרת.

⁸³ כלומר קיימת סמכות לבית דין לחייב אדם להתפיס את שטרותיו (ויל"ע מה יסוד הסמכות).

⁸⁴ בדוחק היה ניתן לומר, שבית דין דרשו את הביטול, אולם אין לכך הוכחה מלשוננו של הר"ן (ועיין הערה 76).

⁸⁵ עיין הערות עיין הערות 38, 65, 75.

שביטל את זכויותיו, וכן"ל (אות ג') וכתב הר"ן בשם הרמב"ם:

לומר, שהוא מוחל כל כח וזכות שיש לו באותן שטרות, דכיון
דמחילה היא, לית בה אסמכתא דמיד זוכה בה חבירו⁸⁶.
וכן במוסר לחבירו ואמר לו אם לא תעשה כך זכה במה שבידך קנה⁸⁷,
דליכא אסמכתא אלא באומר אתן...

כלומר, כדי להתגבר על חסרון גמירות הדעת של אסמכתא, יש צורך שימחל
(ואין צורך שיאמר שהראיות הן שקר וכדו'), וחבירו זוכה כבר מעכשיו (אולם אם
ישוב בזמן תבטל הזכיה)⁸⁸. וכן"ל אף הריטב"א ביאר שב'מעכשיו' אין חסרון
של אסמכתא (אות י').

סיכום שיטות הראשונים (רש"י, ריטב"א, ר"ן)

ט. טבלת סיכום לשיטות הראשונים הנ"ל⁸⁹:

רש"י	ריטב"א	ר"ן (בשם הרמב"ם)
מדוע עוכב הדיון	סיבה חיצונית	הבאת ראיות לדיון
יזום עיכוב הדיון	בעל הדין	בית דין
אילו הדיון היה נמשך ללא עיכוב	הדיון היה נמשך כסדרו	היה מפסיד כי לא היו לו ראיות
יזום ההתפסה	בעל הדין מעצמו	בעל הדין מעצמו
יזום ביטול זכויות	בעל הדין מעצמו	מחילה
מה הוא ביטול זכויות	אין בהן ממש / שקר	הודאה שעדין פסולים / מחילה
מתי מועיל ומה התועלת בהתפסה וביטול	כגבוי דמי	היה מפסיד לולי הבאת הזכויות, וההתחייבות היא בדבר ששייך לבי"ד

על פי האמור לעיל, במקרה בו אדם מקנה מעתה/מעכשיו לא קיים חסרון של

⁸⁶ נמוק", ב"ב דף עח. מדפי הרי"ף: "כלומר שמחל והוציא הממון מתחת ידו ונתנו ביד בית דין
ותיכף זכו בו בית דין בעד חבירו".

⁸⁷ יל"ע מה הדין במסירה לשליש שאיננו בית דין, ובפשטות דינו כמו בית דין, אם הזכיה היא
כבר מעתה, והתנאי הוא שאם יחזור תוך ל' יום ישיב לו. וכן מוכח מכך שהגמ' דימתה בין דין
התפסה בבית דין לבין התפסה ביד שלישי.

⁸⁸ עיין שטמ"ק בשם הרא"ם שכתב: "שאני הכא דאמר מעכשיו לבטלן זכותיה, ואמרין באיזהו
נשך אפילו למ"ד לא קניא, היכא דאמר מעכשיו קניא, בתוס' ר"י. ור"ת אמר דלא גרסינן
'מעכשיו', אלא משום דאמר ליבטלן זכותיה, שהפקיר זכויותיו וגמר והקנה..."
⁸⁹ אכמ"ל בדברי ראשונים נוספים שדנו בביאור סוגייתנו.

אסמכתא (אות ו', ח). ומסתבר שאף רש"י יודה לכך (שהרי זו סוגיא ערוכה במסכת ב"מ דף סו). והר"ן מבאר שזו המציאות בסוגייתנו ולפיכך אין בה חסרון של אסמכתא. ומסתבר שאילו רש"י והר"ן היו מסכימים עימו שהמקרה בסוגיית הגמ' הינו כפי שפירש הר"ן היו מודים לו. ונמצא שלשיטת הר"ן, כולם מודים.

ומסתבר, שהר"ן שנוקק ל"מעכשיו", אינו מקבל את שיטות הריטב"א והר"ן שיש אפשרות להתגבר על החסרון של אסמכתא באופנים אחרים שאין בהם הקנאה מעתה.

ונראה, שהריטב"א אינו מקבל את שיטת רש"י, שהרי לשיטתו האפשרות להתגבר על החסרון של אסמכתא היא רק במציאות בה בית דין קבעו זמן לראיות, ואם לא היה מביאם בית דין היו פוסקים כנגדו וכנ"ל.

ומסתבר שרש"י יודה לדינו של הריטב"א, שהרי אף לריטב"א מדובר על מציאות בה אומר אומר שראיותיו אינן תקפות⁹⁰, וכדברי רש"י (רק שהריטב"א מחייב שהדבר יהיה בדבר השייך לבית דין, ואילו רש"י אינו דורש זאת).

לדברינו, כולם מודים לדינו של הר"ן. רש"י מודה לדינו של הריטב"א, והריטב"א אינו מודה לדינו של רש"י, והר"ן אינו מודה לא לרש"י ולא לריטב"א.

דין התוספתא, וסוגיית הגמ' במסכת נדרים

י. הן התוספתא (אות א'), והן הגמ' בנדרים (אות ז') דנות על חיוב שהוא מעבר לעיקר הדין, שתלוי בקיום תנאי כלשהו. אולם לכאורה קיים חילוק בסיסי בין המקרים. בתוספתא מדובר על חיוב ממוני, ואילו בסוגיא בנדרים מדובר על ביטול זכויות (שלדעת חלק מהראשונים, אין זו מחילה כי אם אמירה שהשטר בטל וראיותיו שקר (עיי' בטבלה באות ט)). ועיי' לקמן בדברי הרמב"ם והשו"ע.

⁹⁰ ייתכן שאף אם הריטב"א בא מכח מחילה ולא מכח הודאה שראיותיו שקר, רש"י יודה לדבריו, וצ"ע.

פסק הרמב"ם והשו"ע – האם מקורו הוא בתוספתא הוא בסוגיית נדרים

יא. שו"ע חו"מ סימן כ"א סעיף א' (ויסודו בדברי הרמב"ם בפרק ז' מהלכות סנהדרין הלכה י'): :

מי שקנו מידו⁹¹ שאם לא יבוא ביום פלוני וישבע, יהיה חבירו נאמן בטענותיו ויטול כל מה שטען בלא שבועה⁹².
או שאם לא יבא ביום פלוני וישבע ויטול, אבד זכותו ואין לו כלום ויפטר חבירו, ועבר היום ולא בא, נתקיימו התנאים ואבד זכותו (מיד, ואין נותנים לו זמן יותר, ב"י בסי' י"ט בשם הרשב"א).
ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום, ה"ז פטור מקנין זה⁹³.
וישבע כשיתבענו חבירו כמו שהיה מקודם, וכן כל כיוצא בזה. (וכל זה כשקנו מידו, אבל בלאו הכי לא, דהוי אסמכתא, מרדכי ריש סנהדרין ותשובת הרשב"א סימן תתצ"ט ועיין לקמן סימן ר"ז).

כמקור לדין שבפנינו כתב בהגהות הגר"א בס"ק א' :

⁹¹ בחו"מ סימן ר"ז נכתב שאסמכתא קניא אם קנו בבית דין חשוב, ובלבד שלא יהיה אנוס. ולשון השו"ע כאן "קנו מידו" לכאורה צ"ע, שהיה לו לכתוב שקנו מידו בבית דין חשוב שאל"כ אין לתנאי קיום על פי הכרעת השו"ע. ובביאור הגר"א ס"ק א' כתב: "אבל התנאי כדין כל האסמכתא וז"ש בהג"ה ועיין סימן ר"ז, ר"ל כדין האסמכתא שם". כלומר אף שהשו"ע לא פירט שמדובר בקנין בבית דין חשוב, כך הוא הדין ולכן ציין הרמ"א לעיין בסימן ר"ז (ואף השו"ע אינו חולק על כך). אמנם, הסמ"ע בס"ק ז' חילק בין הרישא שיש צורך בקנין בבית דין חשוב (למרות שלא הוזכר בשו"ע במפורש) כיון שאם לא יקיים את דבריו יוכל הצד שכנגד ליטול ממנו וכדי לאפשר 'נטילה' יש צורך בבית דין חשוב, ולעומת זאת בהמשך דברי השו"ע שמדובר על מקרה של אי הגעה בזמן שמהווה "איבוד זכות תביעה" אין צורך בבית דין חשוב. ועיין ש"ך ס"ק ה' שכתב בשם הע"ש שבשני המקרים יש צורך בבית דין חשוב ואילו הב"ח כתב שכיון שאין כאן הפקעת ממון בבירור סגי בקנין לאחר.

אמנם, עיין שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ב', שאם מקנה מעכשו רק שמטיל תנאי, מועיל קנין שלא בבית דין, ושם הדיון אינו על זכויות אלא על חיוב ממוני.

⁹² ויש לעיין מה הדין במקרה בו בעל דין חוייב שבועה כדי לפטור את עצמו וקנו מידו שאם לא יבוא ביום פלוני יטול חבירו ללא שבועה, ועבר הזמן והגיע באיחור עם עדים שמוכיחים כדבריו, האם איבד את זכותו לגמרי, או שאיבד רק את זכותו להישבע, אבל אם יש לו ראיה אחרת (טובה יותר) לא הפסיד, וצ"ע.

⁹³ בדין האנוס, עיין ירושלמי קידושין פ"ג הלכה ב'.

מי שקנו מידו. תוספתא פ"א דב"מ שנים שנתעצמו כו' אם לא באתי
 כו' שם פלוגתא דר' יוסי ור' יהודה והוא פלוגתתם דפרק גט פשוט
 (ליקוט) מי שקנו כו'.... ובתוספתא פ"א דב"מ מ' דתליא בפלוגתא
 דר' יוסי ור' יהודה לענין אסמכתא דתני שם שנים שנתעצמו...

על פי הגר"א, הדיון בתוספתא (אות א') אינו רק דיון ממוני, אלא דיון על תוקף
 הראיות והזכויות שיש לאחד על חבירו. וברישא מדובר על נתבע שמקבל על
 עצמו שאם לא יבוא עד יום פלוני וישבע, לא תהיה לו זכות להישבע ולהיפטר.
 לשיטת ר' יוסי תנאו קיים, ואילו לשיטת ר' יהודה זו אסמכתא, והתנאי בטל⁹⁴.

כלומר, התוספתא בה נאמר 'ואמר אחד מהן לחבירו אם לא באתי מיכן ועד יום
 פלוני הילך בידי כך וכך'. פירושה שבעל דין שנתחייב שבועה אמר לחבירו אם
 לא באתי ונשבעתי עד יום פלוני, תביעתך תתקבל ולא תהיה לי זכות שבועה
 יותר.

ולכאורה כיון שמדובר על 'ביטול זכויות' היה מקום לציין לסוגיית הגמ' בנדרים
 (אות ז'), ולא לדברי התוספתא (ואכן, בליקוט שבהגהת הגר"א ציין גם לסוגיא
 בנדרים לגבי האונס אבל לא לגבי גוף הדין).

ונראה שהגר"א סובר, שכיון שהרמב"ם והשו"ע אינם דנים על התפסת שטרות
 בבית דין (כסוגיית הגמ' בנדרים), אלא על קנין (התחייבות בקנין) בבית דין,
 לפיכך סוגיית הגמ' בנדרים אינה המקור לדברי הרמב"ם. ועוד, שהגמ' בנדרים
 (בדין התפסת שטר) נפסקה ברמב"ם במקום אחר (פרק י"א ממכירה הלכה י"ג-
 י"ד), וממילא מקור דברי הרמב"ם שלפנינו במקום אחר, והיינו התוספתא.

אמנם הש"ך בחו"מ סימן כ"א ס"ק ג' תמה על מפרשי השו"ע (וציין לדברי

⁹⁴ מפרשי הרמב"ם בפרק ז' מהלכות סנהדרין הלכה י' ציינו שמקור דברי הרמב"ם בגאונים
 (ולגבי דין האונס, ציינו לירושלמי), ולא הזכירו את הגמ' במסכת נדרים הנ"ל וצ"ע מדוע (ועיין
 לקמן).

הב"ח), וכתב שדברי הרמב"ם יסודם בסוגיית הגמ' במסכת נדרים הנ"ל⁹⁵. ומשמע מדבריו שלמרות שבסוגיא בנדרים מדובר על התפסת זכויות (והיינו השטר עצמו) ואילו בנידון של הרמב"ם והשו"ע מדובר על קנין ללא התפסת שטר כלל אין חילוק בין המקרים, ושמה הש"ך סובר שכיון שלמסקנת הגמ' ('והלכתא') נאמר שקנו מידו בבית דין חשוב, די בקנין ללא התפסת זכויות⁹⁶, וקצ"ע.

יב. השו"ע אינו מפרש האם טענותיו של התובע כבר נתבררו בבית דין, ובית הדין אמר לנתבע להישבע ועל ידי כך יפטור את עצמו מהחייב של התובע (כגון, שומר שעליו להישבע שלא פשע, מודה במקצת שעליו להישבע, כופר הכל שמוטלת עליו שבועת היסט מדרבנן), ועל מקרה זה נחלקו ר' יהודה ור' יוסי בתוספתא הנ"ל, ונמצא שמחלוקתם דומה למחלוקתם במשנה בב"ב דף קסח (עמ' ט') שם ברור שהלוה חייב והוא משלם חלק ורוצה לדחות את מועד פרעון של שאר חובו, ומטיל על עצמו חיוב כספי נוסף, ואף כאן לולי השבועה ברור שעליו לשלם. או שמדובר (גם) במקרה בו טענת התובע עדיין לא נתבררה בבית דין, והנתבע אומר לתובע, שאם הוא יטען כנגדו, והוא לא ישבע עד יום פלוני, הוא מתחייב לקבל את טענותיו ללא שבועה.

מדברי הגר"א (באות יא): "והוא פלוגתתם בפרק גט פשוט", לכאורה יש להוכיח שמדובר כאפשרות הראשונה, אולם יתכן שאין דיוק זה הכרחי וצ"ע.

⁹⁵ עיין רמב"ם פרק י"א מהלכות מכירה הלכה י"ג-יד ושו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז שפסקו את דין התפסת השטרות להלכה, על פי מסקנת הגמ' בנדרים 'והלכתא...' – לעיל ג' (והערה 91).
⁹⁶ ויתכן גם שתלוי בשיטות הראשונים בביאור הסוגיא בנדרים – עיין אות יג. ועיין תומים סימן כ"א בביאור פסקי הרמב"ם ובדברי הרב (הרב כהנמן) חלק א' סימן כ"ד. ובתוס' ב"מ דף סו. ד"ה 'ומנינו' כתב: "והלכתא אסמכתא קניא... וסתם קנו מיניה היינו קנין סודר, וקנין סודר אינו אלא מעכשיו..."

ועיין בראשונים בסוגיית הגמ' בנדרים כז: שנחלקו האם על פי ה'והלכתא' יש צורך בהתפסת זכויות בבית דין או שאף ללא התפסה הקנין מועיל (לרש"י א"צ להתפס, ולריטב"א חובה להתפס). והשו"ע בחו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו חייב התפסה בבית דין וכתב שם הגר"א, שדוקא במקרה בו ההתפסה היתה שלא מרצונו אלא שביט דין הכריחו אותו לכך, אבל מרצונו יכול להקנות מעכשיו, כלומר חיוב של בית כיון שאינו מרצונו של האדם, מחייב דרגת התחייבות גבוהה יותר כדי להוציא מידי אסמכתא, ונראה שסברא זו מנוגדת לשיטת הריטב"א לעיל אות ר' שכתב שמחילה על זכויות מועילה רק מפני שמדובר בחיוב של בית דין, עי"ש.
ועיין בשו"ת חת"ס יו"ד סימן שי"ד ד"ה "נמצא" שכתב שיש מעלה לקנין סיטומתא על פני קנינים מדרבנן, כיון ששאר קנינים אינו מרצונם אלא הם "אנוסים בתקנות חכמים" אבל סיטומתא שנעשה מרצונם ועל פי מנהגם, יש לו תוקף של קנין מן התורה, ועיין חיוק לדבריו בשו"ת דבר אברהם חלק א' סימן א' אות ג', ונראה שדבריו כדברי רס"ג בפירושו למשלי פרק ר' פס' ו' כפי שהובא בכתבים של הגר"י קפאח וצ"ל בעמ' 15, עי"ש.

יז. בסיפא שבשו"ע מדובר על מקרה בו "אם לא יבא ביום פלוני וישבע ויטול, אבד זכותו..." מציאות של שבועה שלאחריה הנשבע נוטל קיימת או בשבועה דרבנן או במציאות של שבועת התורה שנתבע חשוד ואז הופכים את השבועה על שכנגדו (עיין שבועות דף מא.).

אם ננקוט שכל דברי הרמב"ם מוסבים על שבועות דרבנן, הרי שהחידוש שבדבריו ברישא הוא, שמי שקיבל על עצמו שלא לנצל את זכות השבועה שהעמידו לו חכמים כדי לפטור את עצמו, קבלתו חלה. ובסיפא החידוש הוא שמי שקיבל על עצמו שלא ישבע כדי לזכות בזכות שחכמים העמידו לרשותו, קבלתו חלה. אבל אם ננקוט שהן ברישא והן בסיפא מדובר גם בשבועה של תורה, הרי שהחידוש הוא גדול יותר, שיש בכח התנאי כדי להפקיע את זכותו להישבע שבועת התורה.

סיכום

יח. העולה מהאמור לעיל:

- בתוספתא נחלרו ר' יהודה ור' יוסי בדינם של שנים שהתעצמו ואמר אחר לחבירו שאם לא יבוא עד יום פלוני הילך בידי כך וכך (אות א').
- בתוספתא לא התברר האם מדובר בחיוב שכבר הוכח בבית דין או לא, והאם מדובר בחיוב מדינא או בחיוב גבוה מעיקר החוב (אות א').
- על פי הגר"א בביאור דברי הרמב"ם והשו"ע, התוספתא דנה על מקרה בו אדם חוייב להישבע בבית דין כדי להיפטר או כדי לזכות בממון, ואמר שאם לא יבוא עד יום פלוני לא ישבע יותר (אות יא).
- אדם שהתפס זכויותיו בבית דין ואמר שאם לא יגיע עד יום פלוני יתבטלו זכויותיו ונאנס ולא בא, נחלקו אמוראים האם בטלה זכותו (אות ג'), וראשונים נחלקו מה היא המציאות עליה מדובר - עיין בסיכום באות ט'.

לימוד אומנות לבנו / חיי הבריות כנימוק לאי חסרון אסמכתא

עיצומים באלו שנותנין בניהם לאומן

א. ירושלמי גיטין פרק ה' הלכה ח':

אמר רבי מנא אף על גב דרבי יוסי לא גבי עיצומין⁹⁷ (פני משה שם: עצומים הם שטרי חיוב על תנאי באסמכתא, והכי איתא בתוספתא פ"ק דב"מ שנים שנתעצמו זה בזה... כך וכך. וס"ל לר' יוסי דאסמכתא לא קניא ולא גבי כלום בשטרות כאלו, וכדאמר תלמודא בגט פשוט), מודה באילין דיהבון בניהון לאומנות⁹⁸ דאינון גביי עיצומין (מודה ר' יוסי באלין שנותנין בניהם לאומן ללמדו אומנות, וכתבין על זמן פלוני בתנאי כך וכך, שהן גובין באלו עצומין).

⁹⁷ (הנוסח ע"פ המהד' עם פירוש הפני משה וקה"ע). ר' יוסי אינו גובה באסמכתא כיון שסובר שאסמכתא אינה קונה. ור' יוסי שלפנינו אינו התנא ר' יוסי שבתוספתא (עמ' כג) ובמשנה (עמ' ט') שסובר שאסמכתא קניא, אלא הוא האמורא ר' יוסי (יוסה) שסובר כשיטת ר' יהודה שאסמכתא אינה קונה. אמנם עיין בנעם ירושלמי ב"ב, פרק שנים או חזין דף כז. (ויל"ע כיצד הוא מפרש את המקרה שבתוספתא).

⁹⁸ אדם חייב ללמד את בנו אומנות (קידושין דף ל:). ובשו"ע או"ח סימן ש"ו סעיף ו', נאמר שמותר לדבר בשבת עם מלמד שילמד את בנו אומנות (אבל אין לדבר עימו על גובה השכר) וכתבו שם המג"א והמשנ"ב, שיש בכך מצוה שאל"כ יעסוק בגזל. ומוכח מכאן, שהחיוב ללמד את בנו אומנות כולל גם הוצאה כספית (הערות וציונים להלכות ת"ת [שו"ע הרב], חלק ד' עמ' 599). ויל"ע האם ניתן לנכות הוצאה זו ממעשר כספים של האב, ואכמ"ל. ומ"מ מהירושלמי מוכח שלא 'המצוה' היא שמתירה את האסמכתא אלא 'חיי הבריות'. אמנם בשו"ע או"ח סימן תקס"ב סעיף י"ג מוכח, שאסמכתא שקיומה הוא דבר מצוה אין בה משום אמסכתא, כיון שמזוזו עצמו לדבר מצוה, גומר בדעתו לקיים (משנ"ב ס"ק נ"ה) ולכן האומר: "אם לא אעשה מצוה פלונית אשב בתענית, וכן אם אומר: "אם יצילני ה' מצרה או אם יצליח דרכי, לא הוי אסמכתא". ולכאורה מסוגייתנו מוכח שלא כדברי השו"ע, שהרי הסוגיא נזקקה לטעם של 'חיי הבריות' ולא לטעם של מצוה (וכן בדין המלמד - לקמן אות ב', אין משום אסמכתא, והטעם אינו מפני המצוה אלא מפני שלא גזים, ע"ש).

ושמא יש לישב שאין חיוב להוציא ממון עבור לימוד אומנות לבנו, ואם הוא יודע אומנות עליו ללמדה לבנו אבל אין עליו חיוב של הוצאה כספית (ואין הוכחה מדברי השו"ע בהלכות שבת הנ"ל, כיון שברור שאם רוצה לשכור לו מלמד שילמדו אומנות יש בזה מצוה, אבל אינו מחוייב בכך), ולפיכך מפאת המצוה לא היה ניתן להחיר אסמכתא, ונזקקה הגמ' לנימוק של חיי הבריות, וצ"ע, ועיין הערה 100. ועיין הערה 305 לגבי חיובו של ערב בכתובה שאינו חל כי התכוון רק למצוה. ובעמ' רלו ואילך בהרחבה בדין אסמכתא בנדרי מצוה.

מפני חיי הבריות⁹⁹ (מפני חיי הבריות. שימצאו ללמוד אומנות להתרנס...¹⁰⁰).

כלומר, הנימוק של "חיי הבריות" יש בו כדי לדחות את החסרון של גמירות הדעת של אסמכתא¹⁰¹.

ויש לעיין האם מדובר בתנאי בו אביו של התלמיד מתחייב שאם בנו לא יבוא ללמוד הוא ישלם לאומן כך וכך, או שהאומן מתחייב שאם הוא יחזור בו הוא ישלם סך מסויים לאבי התלמיד¹⁰². ובפשטות הנימוק של 'חיי הבריות' פירושו שיהיה מי שילמד את התלמידים אומנות. ולפי"ז, התנאי הוא לטובת האומן שאם האב יחזור בו, ישלם – ועיין לקמן.

⁹⁹ וכן הוא בירושלמי ב"ב פרק ה' הלכה ה': "תני עיצומים, ר' אבהו גבי ר' אחא גבי, ר' אמי גבי. ר' יונה ור' יוסי לא גבי. אמר ר' מנא, אע"ג דלית ליה ר' יוסי עיצומים, מודה בההוא דיהב בריה גו אומנותא ועצמון ביניהון דהוא גבי" אולם שם לא מפורש הנימוק של הדין.
¹⁰⁰ עיין קרבן העדה שפירש באופן אחר. ובצפנת פענח הלכות איסורי ביאה פרק כ"א הלכה כ"ה כתב: "... אם האב עצמו אינו יכול ללמוד אומנות, צריך לשכור אחר ללמדו (עיין הערה 98), ונ"מ למאי דמבואר בירושלמי דגיטין פרק ה' לגבי עיצומין דאף דלא גבה, דאותם שנותנים בניהם ללמדם אומנות, ועבדי עיצומים גבו שפיר". ובחוברת המעין כרך ט"ז, ניסן תשל"ו, הובאה תשובת בעל הצפנת פענח, בדין לימוד חכמות חיצוניות, ושם מוכח שפירש כפני משה שכתב: "ועיין ירושלמי גיטין פרק ה', דלא הוה אסמכתא באומנות ע"ש וב"ב פרק י"י. ועי"ש בחידושו שאב מלמד את בנו אומנות, אבל ציבור אסורים חוץ מרפואה ותקופות וגמטריא. אולם על פי הצפנת פענח בפכ"א מאיסורי ביאה הלכה כ"ה הנ"ל לכאורה היה נראה לפרש, שכוונתו היא שהחובה היא על האב ולא על הציבור, ויכול האב לשלוח בנו ללמוד אומנות אצל אומן, ומסתבר שהאומן יכול ללמד תלמידים רבים. אמנם עי"ש בהמעין בעמ' 3 במאמרו של פרופ' יהודה לוי, שציין גם לצפנת פענח בבראשית פרק נ' פס' ב' שאוסר על הציבור "לעשות בית חכמה ואומנות", וצ"ע.

ויתכן, שהחילוק בין לימוד פרטי לבין לימוד ב"בית חכמה ואומנות" עמד גם נגד עיניהם של מטילי החרם בירושלים כנגד לימוד לימוד חול ושפות זרות, ועל פי חלק מנוסחאות החרם החרם תקף בבתי ספר ולא בלימוד פרטי, עיין קונטרס עמק הלכה (הרב דוד מקארלין), מאמר ד' בהערותיו של ה"מסדר".

¹⁰¹ ויתכן שנוכח מכאן שמי שסובר שאסמכתא לא קניא, סובר שזה הוא דין מדרבנן, שאילו היה מדובר בדין תורה, לא היתה אפשרות לחרוג מדין זה בלימוד אומנות (וכ"כ בשו"ת הרב"ז סימן ס' אות ג' (עמ' קסד). אולם אין זו ראייה מוחלטת, ויתכן שמה"ת אינו קונה כיון שאינו גומר בדעתו להקנות, ובמקרה של 'חיי הבריות' תיקנו חכמים שיועיל או שבגלל 'חיי הבריות' הוא מקבל על עצמו בחיוב גמור (עיין שו"ת שאילת דוד חו"מ סימן ב'), ועיין הרחבה לקמן בעמ' ק'.
¹⁰² עיין בספרו של הר"ש ליברמן יוונים והתיוונות, עמ' 3 שכתב שמנהגם היה לכתוב שטרות עם 'עיצומים' לשני הצדדים. ואכמ"ל האם יש חילוק בין מקרה בו האב חוזר בו מסיבה שלו, בין מקרה בו התלמיד אינו רוצה ללמוד ואזי האב אנוס ויתכן לפוטרו כי מדובר באסמכתא שלגביה נפסק להלכה בחו"מ סימן ר"ז שאפילו שהיא חלה בבית דין חשוב, אם היה אנוס, פטור. ושם נבדן שלפנינו חייב אף באונס מכה החיוב המחודש של 'חיי הבריות' וצ"ע.

וברור הדבר שלא כל תנאי שבממון הינו 'אסמכתא', ומסתבר שהאב והאומן היו יכולים להתנות ביניהם תנאי באופן שלא תהיה בו אסמכתא (עיי' בשיטות הראשונים בעמ' ח'), ואע"פ שלא עשו כך הטעם של 'חיי הבריות' מבטל טת החסרון של אסמכתא¹⁰³.

ל'מוד אומנות ודין מלמד שחזר בו

ב. בעל מראה הפנים על הירושלמי בב"ב פרק י' הלכה ה', כתב שדין הירושלמי הנ"ל אינו מפורש בפוסקים, אולם ניתן לדמותו לדין המלמד שחזר בו:

דין זה אינו מפורש להדיא בדברי הפוסקים¹⁰⁴. ויש לדמות לדין המוזכר בהגמ"י בפ"ח מהל' שכירות על ההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. מכאן פסק ר"י שהשוכר מלמד תינוקות וקבל עליו המלמד קנס אם יחזור בו וכו' אין זה אסמכתא דלא חשיב גזים, כיון שמפסיד בחזירתו והוי כמו אוביר ולא אעביד דכל דבר שבידו ולא גזים לא חישב לעשות אסמכתא¹⁰⁵, ודין זה מוסכם הוא בסימן ר"ז, וה"נ בדין האומנות דדבר שבידו הוא ולא גזים ומפני חיי הבריות כדאמר בש"ס בפרק הנזיקין.

דבריו של בעל מראה הפנים לכאורה צריכים עיון:

- בדינו של המלמד, הקנס מוטל על המלמד (השכיר) שלא יחזור בו, ואילו בנידון של הירושלמי (בפשטות) הקנס מוטל על האבא (השוכר)

¹⁰³ דחוק לומר שמדובר במקרה בו לא היתה אפשרות להתנות תנאי ללא אסמכתא.
¹⁰⁴ עיי' שו"ת שאילת דוד חו"מ סימן ב', שסמך על הירושלמי לגבי מינקת שחזרה בה, שאם קיבלה על עצמה חיוב, אין בו משום אסמכתא, כיון שמדובר בחיי הבריות.
¹⁰⁵ וכן הוא בתוס' ב"מ דף סו. ד"ה "וכן" ונפסק בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז, שאם לא מצא מלמד אחר, על המלמד לשלם. ומשמע שאם נמצא מלמד אחר, אינו משלם כיון שאינו מפסיד (עיי' פתחי חושן, שכירות, פרק י"א סעיף נ"ט). אמנם יש לעיין בשאר שיטות הראשונים בדין אסמכתא, מתי יש לחשוש לאסמכתא.
 ונמצא שדין "אשלם במיטבא" אינו בא ללמד על עצמו, אלא מכאן לכל מקרה בו יש הפסד. אמנם יל"ע האם התשלום במיטב הוא רק החזר ההפסד או אפילו יותר מכך – כפי סך הרוח הצפוי, ואם ננקוט בדרך זו, הרי שהחיוב רחב יותר. ואמנם עיי' שיטת רב האי גאון – עמ' סה.

שלא יחזור בו.

- בדינו של המלמד, מפורש שאין בו אסמכתא כיון שמי שמקבל עליו התחייבות שיסודה השלמת ההפסד ללא גוזמא אין בה איסור אסמכתא (לחלק משיטות הראשונים), ואילו בנידון של האומנות מפורש שלולי הנימוק של 'חיי הבריות' היה בדבר דין אסמכתא (כגון, שהאב התחייב מעבר לסכום של הפסדו של האומן).

בישוב הקושי הראשון יתכן להציע שאין נפ"מ מי מתחייב למי. ועוד יתכן לומר שמדובר בהתחייבות הדדיות. והיינו האב (השוכר) כלפי האומן והאומן (השכיר) כלפי האב, כיון שכך היא דרך המסחר (שאחד הצדדים אינו מוכן לחייב עצמו אם חברו לא יחייב את עצמו במקביל¹⁰⁶). ולולי היה בדבר משום 'חיי הבריות' חכמים היו אוסרים התקשרות זו שיש בה משום אסמכתא, אבל מחמת חיי הבריות חכמים הסכימו לאופן זה של אסמכתא והטעם של "חיי הבריות" נכון הן לגבי אומנות והן לגבי תלמוד תורה (ועיין לקמן בישוב הקושיא השניה).

ולדברינו, גם במקרה של המלמד, אם המלמד ידרוש שלא רק הוא יתחייב אלא גם אבי התלמיד יתחייב לו, אין בזה משום אסמכתא, ואמנם זה הוא חידוש שלא נזכר במפורש בפוסקים שדנו על דינו של המלמד, וצ"ע.

ובישוב הקושיא השניה, יתכן לומר שמראה הפנים סבור שהטעם של 'חיי הבריות' אינו הטעם העיקרי להיתר אסמכתא, שהרי בירושלמי במסכת ב"ב (פרק י' הלכה ה') מובא דין העיצומים עם האומן ולא הוזכר שהנימוק הוא משום 'חיי הבריות'. ולשיטתו, עיקר הטעם הוא שהסכום של ההתחייבות יש בו כדי לכסות את ההפסדים שיכולים להיגרם לשני הצדדים מחמת חזרת אחד מהם, ואין בסכומים אלו משום 'גוזמא' וזו הסיבה שאין בכך משום אסמכתא, וכדברי ר"י ביחס לתנאי עם המלמד, ועוד נוסף הטעם של 'חיי הבריות' (שבעל מראה הפנים

¹⁰⁶ עיין הערה 102

מזכיר אותו רק בסוף דבריו), אבל טעם זה אינו יכול לעמוד בפני עצמו¹⁰⁷, וקצ"ע.

סיכום

ג. העולה מהאמור לעיל:

- במקום של "חיי הבריות", כלומר לימודים לצורך פרנסה, מוכח מהירושלמי שאין לחשוש לחסרון של אסמכתא (אות א')¹⁰⁸, אולם על פי שיטת מראה הפנים, יתכן שאין טעם זה עומד בפני עצמו (אות ב').
- אין לחשוש לאסמכתא בלימוד אומנות, למרות שקיימת אפשרות להתנות בדרך שאין בה אסמכתא (אות א').
- נראה שאין חסרון אסמכתא הן בחיוב המשכיר לשוכר והן בהיפך (אות ב').

¹⁰⁷נפ"מ שעל פי מראה הפנים, אם בתנאי תהיה גוזמא, התנאי לא יחול, ואילו על פי דברינו, הטעם של 'חיי הבריות' כוחו לחייב באסמכתא אף אם הסכום הוא 'גוזמא'.
¹⁰⁸עיין הערה 104.

שיטות רב הונא ורב נחמן באסמכתא / הלווהו על שדהו / דרגות באסמכתא

הקדמה

א. בגמ' נדרים דף כז. (לעיל עמ' ל), אמר רב נחמן בשם רבה בר אבוא בשם רב שאין הלכה כר' יוסי (שסובר שאסמכתא קניא), אלא אסמכתא לא קניא. ובגמ' בב"ב קס"ח. אומר רב נחמן בשם רבה בר אבוא, שהלכה כר' יוסי (עמ' יד). אמנם תוס' בב"מ דף סו. ד"ה "ומניומי" כתב שהגירסא הנכונה במסכת בב"ב היא שאין הלכה כר' יוסי (וכגירסת הגמ' במסכת נדרים¹⁰⁹).

הגמ' במסכת נדרים (הנ"ל), הקשתה על דברי רב הונא, שלכאורה עולה מדבריו שאסמכתא קניא, וקשה שהרי רב נחמן בשם רבה בר אבוא בשם רב אמר שאין הלכה כר' יוסי, ויישבה הגמ' שאף רב הונא מודה שאסמכתא לא קניא, והנידון עליו דין רב הונא, אין משום משום חסרון של אסמכתא, ע"ש.

נמצא, שהן רב נחמן והן רב הונא, סוברים שאסמכתא לא קניא. רב נחמן למד זאת מדברי רבה בר אבוא, ורב הונא אינו חולק על רב נחמן בשם רבה בר אבוא.

אמנם, בסוגיית הגמ' במסכת בב"מ דף סו. לכאורה מתעורר קושי בבירור שיטותיהם של רב הונא ורב נחמן, וכדלקמן.

הלווהו על שדהו – מחלוקת רב הונא ורב נחמן

ב. משנה בב"מ דף סה: וסוגיית הגמ' דף סו. – סו. :

¹⁰⁹ וכך היא גירסת הרי"ף שם (דף עח.), ועי"ש בחידושי הרמב"ן והרשב"א – ועיין לקמן.

(משנה)...הלוהו על שדהו, ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים, הרי היא שלי¹¹⁰, הרי היא שלו. וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים¹¹¹.

(גמ')...אמר רב הונא, בשעת מתן מעות, קנה הכל. לאחר מתן מעות - לא קנה אלא כנגד מעותיו (רש"י: התנה על מנת כן, קונה הכל, ואם לאחר מתן מעות התנה, אין בדבריו כלום).

ורב נחמן אמר, אפילו לאחר מתן מעות קנה הכל. עבד רב נחמן עובדא גבי ריש גלותא כשמעתיה¹¹², קרעיה רב יהודה לשטריה. אמר ליה ריש גלותא, רב יהודה קרע לשטרך. אמר ליה, דרדקא קרעיה (בתמיה, וכי לא אדם גדול הוא, לא קרעו בלא טעם), גברא רבה קרעיה, חזא ביה טעמא וקרעיה.

איכא דאמרי, אמר ליה, דרדקא קרעיה דכולי עלמא לגבי ידידי בדינא דרדקי נינהו.

¹¹⁰הלוהו על שדהו' יל"ע ביד מי השדה (בין שעת ההלוואה לשעת הפרעון) וברך סו: אמר רב נחמן שעל פי הכרעת ההלכה שאסמכתא אינה קונה "הדרא ארעא והדרא פירי". כלומר, שקרקע כבר היתה ביד המלוה, ועתה חובה עליו להחזירה כולל הפירות שכבר אכל. ועי"ש בסוגיית הגמ' – ועיין בהערה הבאה.

¹¹¹ערך השדה גבוה מערך ההלוואה (עיין הערה 113 ששיטת רש"י, שנותן שוה מנה במאתים, ולכן זו אסמכתא). ולכאורה יש לאסור משום ריבית. ועל פי תירוצי הגמ' שמדובר "מעכשיו", והיינו שהדבר נעשה כעסקת מכירת שדה שקיימת אפשרות לבטלה אם ישיב לו את המעות תוך שלש שנים, נמצא שקנה את השדה עתה, ואין כאן איסור הלוואה בריבית. אבל אם לא מדובר ב"מעכשיו" כתבו השו"ע והרמ"א ביו"ד סימן קס"ד סעיף ד' ובחור"מ סימן ר"ז סעיף י', שיש לאסור את אכילת הפירות משום ריבית (עי"ש האם מה"ת או רק אבק ריבית). אבל על פי תירוצי הגמ' שהיה זה על פי שיטת ר' יוסי שאמר אסמכתא קניא, אף ללא מעכשיו, יל"ע מדין הריבית.

ועיין תוס' בדף סו: ד"ה "ואי" שדן מדוע ב"קני לגוביינא" קיים חסרון של אסמכתא והלא הקרקע שווה לערך החוב, ואסמכתא חסרונה הוא רק כשגזים. ותירץ: "דחשיב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל". ולשיטתו אף במשנתנו שהלוהו על שדהו, יתכן שאין תוספת שיש בה חשש ריבית, רק עצם הקנאת הקרקע במקרה שלא יפרע, היא גופא גוזמא (שאינן אדם מוכר קרקעותיו) ולכן נחשבת אסמכתא. והרמב"ן בדף סו. ד"ה "ולמנומי" כתב בפירושו משנתנו (כדברי תוס'): "לפיכך נראה דכל האומר אם לא באתי מכאן ועד יום פלוני הרי שדי מכורה לך בשויה שלא קנה לפי שאין אדם רוצה למכור נכסיו ואפילו ביתר מכדי דמיהן".

נמצא שנחלקו הראשונים, לשיטת רש"י האסמכתא היא בגלל הפער בין סך הכסף לבין מחיר השדה ואילו הרמב"ן ותוס' סוברים שעצם האמירה שיתן לו את קרקעו היא אסמכתא שאין אדם רוצה למכור קרקע שלו (ואכמ"ל בדין אונאה בקרקעות). ומחלוקת הראשונים הינה גם בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט': "הלוהו על שדה מאה זהובים, והוא שוה יותר (וי"א אפילו לא שוה יותר, בכי האי גוונא מיקרי אסמכתא)". ועיין לקמן בעמ' קלג ואילך שם הורחב הדיון האם קיים חסרון של אסמכתא בשוויה, בקרקע ובמטלטלין.

¹¹² כלומר, נתן רשות למלוה לגבות את הקרקע.

הדר אמר רב נחמן, אפילו בשעת מתן מעות, לא קנה ולא כלום. איתיביה רבא לרב נחמן, אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, הרי היא שלו ?

אמר ליה, אני אומר אסמכתא¹¹³ קניא, ומניומי אמר אסמכתא לא קניא (הייתי רגיל לומר קנה הכל, דאסמכתא קניא, אבל מניומי חלוק עלי, והחזירני מדברי, והא אסמכתא היא הבטחה בעלמא, לסמוך על דבריו, שאם לא ימלא דבריו, יתן לו שוה מאתים במנה).

ולמניומי קשיא מתניתין¹¹⁴, איבעית אימא, מתניתין רבי יוסי היא, דאמר אסמכתא קניא (בפרק גט פשוט [ב"ב קסח]. מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו כו') איבעית אימא דאמר ליה קני מעכשיו¹¹⁵ (ואיבעית אימא מתניתא דאמר ליה מעכשיו קנה, אם לא אתן לך עד שלש שנים, דלאו אסמכתא היא, אלא קנין גמור היא, שעל מנת מכר גמור החזיק בה מעכשיו בדמים הללו, ואזולי אוזיל גביה, וזה קיבל עליו, שאם יחזיר לו מעותיו עד שלש שנים – יקבלם¹¹⁶...).

ג. מסוגיית הגמ' עולה, שדין הלווה על שדה יש בו חסרון של חוסר גמירות דעת והיינו אסמכתא, כיון שמתחייב לתת שדה יקרה יותר מערך ההלוואה (כדברי רש"י לעיל) או שעצם ההסכמה לתת את שדהו מהווה אסמכתא כיון שאנשים אינם רוצים למכור את שדותיהם אפילו במחיר מלא (תוס' דף סו: ד"ה "אי"¹¹⁷). ולכן הדבר נתון במחלוקת הכללית שבין ר' יוסי ור' יהודה בדין אסמכתא (כמבואר בסוגיא בב"ב דף קסח. – לעיל עמ' יד'). ואף לשיטת ר' יוסי שאסמכתא לא קניא, אם הקנה 'מעכשיו' אין חסרון של אסמכתא (כיון שגמר והקנה מעתה). ובסוגיא נחלקו אמוראים:

¹¹³ מדוע בדין שלפנינו יש חסרון של אסמכתא, רש"י לקמן כתב "לתת לו שוה מאתים במנה" ועיין הערה 111 במחלוקת הראשונים.

¹¹⁴ עיין הערה 134 בשיטת כוס הישועות.

¹¹⁵ אם הקנין חל מעכשיו והטיל תנאי, הקנין חל. ואם התנאי הוא שהקנין יחול אחר קיום התנאי, קיים חסרון של אסמכתא. וכך גם במכירה (ולא רק בהלוואה על שדה), אם מתנה שהקנין יחול עתה ויש לקיים תנאי, הקנין חל. אבל אם יש צורך לקיים את התנאי ורק אח"כ הקנין יחול, הקנין לא חל. ובגמ' בב"מ דף סו: מפורש "כל דאי לא קני" ואפילו אם הדבר אותו הוא רוצה להקנות בתנאי הוא דבר העומד למכירה כמו יין (ובניגוד לרב פפא שסבר לחלק בין קרקע שאינה עומדת למכירה לבין חמרא [יין] שעומד למכירה).

¹¹⁶ ועי"ש בהמשך דבריו לגבי אכילת הפירות בתוך השלש שנים.

¹¹⁷ עיין הערה 111 ובעמ' קלג ואילך, האם יש חסרון של אסמכתא כשלא גזים.

- שיטת רב הונא: בשעת מתן מעות קנה את הקרקע, לאחר שעת מתן מעות לא קנה את הקרקע. ויש לעיין האם סובר שאסמכתא קניא או לא קניא (מה יסוד החילוק בין שעת מתן מעות לבין אחר כך).
- שיטת רב נחמן: מעיקרא סבר שאסמכתא קניא, ולבסוף חזר בו בעקבות דברי מניומי (והגמ' אינה מבארת מדוע רב נחמן ביטל דעתו מפני מניומי).

שיטת רב הונא

ד. כנ"ל באות א', על פי סוגיית הגמ' בנדרים ברור שרב הונא מודה לרב נחמן שאסמכתא לא קניא. ומכאן שבסוגייתנו, שרב הונא סובר שאם התנאי על השדה נעשה לאחר שעת מתן מעות לא קנה הוא לשיטתו שאסמכתא לא קניא. אבל בשעת מתן מעות, סובר רב הונא שלא קיים חסרון של גמירות דעת ואין בזה בכך משום אסמכתא, ויש לבאר את טעמו¹¹⁸. ובדברי הראשונים, מצאנו מספר שיטות בביאור שיטתו – וכדלקמן.

ה. תוס' ב"מ דף כז. ד"ה "ומניומי":

ועוד קשה דמאי דפריך התם (מסכת נדרים) ארב הונא מדרב נחמן, והא רב הונא פליג עליה הכא ואמר בשעת מתן מעות קונה הכל, ואית ליה דאסמכתא קניא ?

תוס' בקושייתו אינו מקבל את האמור באות ד' (שרב הונא סובא שאסמכתא לא קניא, ובשעת מתן מעות, אין זו אסמכתא), לשיטתו העובדה שבשעת מתן מעות קנה, מוכיחה שרב הונא סובר שאסמכתא קניא ולפיכך הוא מקשה מדוע בגמ' בנדרים סוברת הגמ' שרב הונא מודה לרב נחמן בשם בר אבא שאסמכתא קניא. ולשיטת תוס' בקושייתו יש לעיין מה היא סברת רב הונא שלאחר מתן מעות לא קנה, והרי הוא סובר שאסמכתא קניא, וצ"ע.

¹¹⁸ועיין הערה 125.

1. בדברי תוס' במסכת ב"מ ד"ה "ומניומי" מצאנו שלשה חילוקים בישוב הקושי
 בשיטת רב הונא:

הסברו הראשון של תוס'	פירוש ר"י	תירוץ ר"ת
ומיהו לרב הונא ¹¹⁹ יש ליתן טעם שבעת מתן מעות לא חשיב לה אסמכתא, דהתם בנדרים ודאי הוי אסמכתא דאין חפץ שיתקיים הקנס והגוזמא, אלא מתנה כך להסמיך חבירו על דבריו. אבל הכא, על דעת כן מלוה מעותיו שתהא השדה משוקעת בידו אם לא יתן לו עד שלש שנים ¹²⁰ ...	ומפרש ר"י טעם שווה לשניהם ¹²¹ , דהכא קני טפי מבעלמא, שבתחילת המשכנתא הוה קצת כעין מקח וממכר שמקנה לו כל הקרקע להשתעבד לו בתורת משכון וגם עשה לו טובה בהלוואה, הילכך כשמתרצה לו שיהא שלו אם לא יתן לו עד ג' שנים, יש בדעתו לקיים ולא להסמיכו על דבריו אמר כן, אלא גומר בדעתו להקנות לו לרב הוא כדאית ליה ולרב נחמן מקמי דהדר ביה כדאית ליה ¹²² .	ור"ת תירץ אקושיא לעיל ¹²³ , דלא קשיא, דרב הונא דאמר הכא בשעת מתן מעות קנה אדרב הונא דנדרים, דהכא קני משום דתפיס מלוה גופיה ¹²⁴ ...

¹¹⁹ תירוץ זה מועיל רק לרב הונא ולא לרב נחמן, כיון שרב נחמן סובר שאף לאחר מתן מעות קונה הכל – כ"כ תוס'.

¹²⁰ כלומר, רב הונא סובר שאסמכתא לא קניא אבל בשעת מתן מעות אין חסרון של גמירות דעת כיון שהוא מתכוון ברצינות שהשדה תהיה ביד המלוה אם לא יפרע. ולעומת זאת מי שהתפיס את זכויותיו בבית דין (סוגיית הגמ' בנדרים), לא התכוון ברצינות לוותר על זכויותיו בשטר, והיה בטוח שלא יגיע לידי כך. וכ"כ בתוס' בב"ב דף קסח. ד"ה "אמר רב נחמן": "ויעוד י"ל לרב הונא שכל אסמכתא שאין דעת כל אחד ואחד שתהיה האסמכתא ואין אומרים כלל אלא להסמיך חברו על דבריו אבל התם אין זה להסמיכו על דבריו אלא לגמרי הלווה על מנת שתשקע בידו אם לא יפרעהו עד שלש שנים ומהאי טעמא נמי אתי שפיר לרב נחמן".

תוס' אינו מבאר כיצד ידוע מתי כוונתו היא רצינית. ונראה, שבנידון של התפסת הזכויות, לא היה מי שחייבו להתפיס את זכויותיו והוא מעצמו 'התנדב' להתפיסם, ואף אם לא היה מתפיס לא היה מפסיד דבר, והצד שכנגד לא חבץ ממנו להתפיס ולכן מסתבר שלא גמר בדעתו להקנותם לחבירו (כך מפורש בדברי הר"ן והריטב"א לעיל, אולם יל"ע האם דברינו כאן נכונים גם לשיטת רש"י בסוגיית הגמ' בנדרים, שלשיטתו יתכן שהצד שכנגד לא היה מוכן לעכב את הדיון ללא התפסה – עיין בטבלת הסיכום, לעיל עמ' כו). לעומת זאת בנידון שלפנינו שהוא רואה שהמלוה מוכן להלוות לו רק תמורת התנאי שהשדה תעבור לרשותו אם לא יפרע תוך שלש שנים, הרי שהוא גומר בדעתו לעשות כך, וקצ"ע (ועיין אות ז').

¹²¹ לרב הונא ורב נחמן.

¹²² לשיטת ר"י, מעלתה של קרקע ממשוכנת בתוספת טובה שעושה המלוה ללוה (בעצם ההלוואה), יש בה כדי לקבוע שאין חסרון של גמירות דעת. אולם נחלקו רב נחמן (קודם חזרתו) ורב הונא האם ניתן להתגבר על החסרון רק בשעת מתן מעות (רב הונא) או אף לאחר מכן (רב)

נראה שקיים חילוק בסיסי בין הסברו הראשון של תוס' (אות ר') לבין הסברו של ר"י. על פי הסברו הראשון של תוס' החילוק הוא האם מעיקרא כוונתו היתה רצינית, והמבחן לכך הוא האם חבירו פועל על פי תנאיו (הלואה על סמך הקנאת הקרקע כעבור ג' שנים) או שחבירו אינו דורש ממנו דבר ואינו עושה שום מעשה על פיו (התפסת זכויות). לעומת זאת ר"י אינו תולה את הדבר בפעולה של הצד שכנגד, אלא בשאלת התמורה שמקבל המתחייב תמורת ה'אסמכתא'. אם יש לו תמורה (מעין מקח, עשיית טובה), אין חסרון של אסמכתא, אבל אם אין תמורה (בהתפסת זכויות) קיים חסרון של גמירות דעת, ואסמכתא אינה קונה.

ולשיטת ר"ת, קיים חילוק בין התפסה ביד שלישי (או בית דין) שלגביה נחלקו ר' יוסי ור' יהודה האם יש בה חסרון של אסמכתא, לבין התפסה ביד הצד שכנגד שבה אין חסרון של אסמכתא.

ז. על פי שלשת ההסברים בתוס', שיטתו הבסיסית של רב הונא שאסמכתא לא קניא, וכמבואר במסכת נדרים. ובסוגיית הגמ' במסכת ב"מ אין חסרון של אסמכתא, ואף ר' יהודה יודה לכך – כל שיטה לשיטתה.

אמנם, לכל השיטות לכאורה קשה, שבסוגיות הגמ' (נדרים, ב"ב, ב"מ הנ"ל) לא הוזכר חילוק בין דרגות שונות של אסמכתא, ובכל הסוגיות הוזכרה שיטת ר' יוסי שאסמכתא קניא, ודנו האמוראים האם הלכה כמותו. ולכאורה על פי הסברי תוס' היה על סוגייתנו בב"מ לומר שבסוגייתנו אין כלל קשר למחלוקת בין ר' יוסי ור' יהודה בדין אסמכתא, כיון שנידון שלפנינו 'קני טפי מבעלמא' – כל שיטה לשיטתה, ואילו הגמ' מבארת שהמשנה שב"מ בדין "הלואה על שדהו", היא

נחמן). אולם בנידון בנדרים שהתפס זכויותיו לא קיימות שתי המעלות הללו (כיון שלא היתה שם קרקע ממושכנת, ואם המתפס הוא המלוה אין כאן עשיית טובה, ואם המתפס הוא הלוה שעשו לו טובה, הרי הוא לא מישכן מעיקרא את קרקעו), יש חסרון של אסמכתא.¹²³ בפשטות כוונתו לישב את הקושי שבשיטת רב הונא, אמנם עיין מהרש"א כאן, שכתב שחילוקו של תוס' מועיל אף לשוב שיטת רב נחמן, עיין לקמן אות יא.¹²⁴ ועי"ש מקושרתו ותירוץ מדין ערבון בב"מ דף מח: ועיין בדברי ר"ת בתוס' ב"ב קסח. ד"ה "אמר רב נחמן" וקושרת תוס' הנ"ל.

כשיטת ר' יוסי שאמסכתא קניא, והרי היתה הגמ' יכולה לישב שבנידון של המשנה אף ר' יוסי מודה – כל שיטה לשיטתה ?

ונראה, שאכן על פי שיטת רב הונא, משנתינו איננה נוגעת למחלוקת ר' יהודה ור' יוסי בדין אסמכתא (כיון שבנידון של הלווה על שדהו אף ר' יהודה מודה שאין בו משום אסמכתא), ורק לשיטות מניומי ורב נחמן (אחר שחזר בו) שסוברים שאסמכתא לא קניא, ולכן לא קנה (בשעת מתן מעות ולאחר מכן), מחלוקתם של ר' יוסי ור' יהודה שייכת גם בנידון של הלווהו על שדהו, כיון שלשיטתם החילוקים בין המקרים (שהוצעו בתוס' – כל שיטה לשיטתה), אין בהם כדי לחלק בין המקרים, ור' יהודה ור' יוסי חולקים אף במקרה זה.

ח. בניגוד לשלשת השיטות בתוס' הנ"ל ששיטת רב הונא היא שאסמכתא לא קניא¹²⁵, תוס' במסכת נדרים דף כז: ד"ה "ולרב הונא" כתב:

ולרב הונא אסמכתא היא¹²⁶. הוה מצי למימר דס"ל לרב הונא דאסמכתא קניא, אלא דניחא ליה ליישב רב הונא אליבא דהלכתא דרב נחמן פסיק בסמוך כר' יהודה.

כלומר, אין הכרח לומר שרב הונא בסוגיית הגמ' בב"מ סובר שאסמכתא לא קניא, והיה מקום לומר ששיטת רב הונא שאסמכתא קניא, ולכן במקרה של הלווהו על שדהו (אות ב') יכול להתנות בשעת מתן מעות (אבל לא לאחר מכן, וצ"ע מדוע¹²⁷), אולם הגמ' העמידה את דברי רב הונא על פי פסק ההלכה של רב נחמן.

¹²⁵ ובשו"ת הרי"ד סימן כ' כתב שרב הונא סובר שאסמכתא לא קניא, אולם דבריו ששעת מתן מעות קנה, אין זו סברת רב הונא עצמו אלא הסברו לדברי המשנה או אליבא דר' יוסי או למ"ד אסמכתא קניא. ועי"ש שדווחה את האפשרות שבשעת מתן מעות קנה מפני שדומה למקד וממכר, כיון שסו"ס הסמיכו, ועי"ש בהרחבה.

¹²⁶ עיין בסוגיא בנדרים לעיל בעמ' יח, שהגמ' מקשה כיצד רב הונא אומר שהתפסת זכויות עד שיבוא מועילה והרי יש בזה משום אסמכתא.
¹²⁷ עיין הערה 125.

והר"ן בנדרים דף כז. ד"ה "ולרב הונא" כתב:

אע"ג דרב הונא אמר בב"מ דאסמכתא קניא¹²⁸, קים ליה להש"ס
דהדר ביה רב הונא, כדהדר ביה רב נחמן התם, דמניומי אהדריה.

כלומר, מדברי רב הונא בב"מ מוכח שאסמכתא קניא, ולמרות שבפשט הסוגיא
בנדרים מוכח שאסמכתא קניא לשיטת רב הונא, הגמ' יודעת שהוא חזר בו, ולפיכך
הגמ' בנדרים מבארת את שיטתו אחר שחזר בו. ועל פי תוס', אף רב הונא עצמו
במסכת ב"מ אינו עומד במסקנתו (לחלק בין שעת מתן מעות לבין אחר שעת מתן
מעות¹²⁹), ומודה לרב נחמן בשם רבה בר רב הונא.

ט. העולה מדברינו בביאור שיטת רב הונא:

- במסכת נדרים, סובר רב הונא, שהתפסת זכויות בבית דין שאם לא יבוא
יאבד את זכותו חלה, ובגמ' מבואר שאין בכך חסרון של אסמכתא כיון
שהתפיס בבית דין וביטל את זכותו (אות א').
- לשיטת תוס' במסכת ב"מ, רב הונא סובר שאסמכתא לא קניא, כמבואר
במסכת נדרים, ובנידון בב"מ אין חסרון של אסמכתא (אות ו').
- על פי שיטת תוס' במסכת נדרים, משיטת רב הונא במסכת נדרים אין
הוכחה מה היא שיטתו בדין אסמכתא, וממילא לא ידוע מה היא שיטתו
במסכת ב"מ (אות ח').
- לשיטת הר"ן, מעיקרא רב הונא סבר שאסמכתא קניא, ולבסוף חזר בו.
לפיכך במסכת נדרים יש לפרש את דבריו באופן שאין בהם חסרון של
אסמכתא, ושיטתו במסכת ב"מ לחלק בין שעת מתן מעות לבין אחר שעת
מתן מעות, הינה קודם שחזר בו, ואחר חזרתו מודה לרב נחמן שבכל
מקרה אינו קונה (אות ח').

¹²⁸ כיון שסובר שדין הלוהו על שדהו חל במקרה בו התנאי נעשה השעת מתן מעות.
¹²⁹ בדוחק היה מקום לומר, שרב הונא חזר בו, ודבריו שבשעת מעות קנה, הינם אחר חזרתו,
וסברתו היא שבמקרה זה אין חסרון של אסמכתא. אולם מדברי תוס' נראה שרב הונא חזר בו
לגמרי, ומודה לרב נחמן שאסמכתא לא קניא אף בשעת מתן מעות.

שיטת רב נחמן

י. בסוגיית הגמ' במסכת ב"מ (אות ב'), מפורש שרב נחמן סבר מעיקרא שאסמכתא קניא, וחזר בו בעקבות דברי מניומי. בסוגיא במסכת נדרים (לעיל עמ' ל), רב נחמן אמר בשם רבה בר אבוא בשם רב שאסמכתא לא קניא (וכך היא שיטתו על פי גירסת הראשונים במסכת ב"ב [עמ' יד'], וכנ"ל אות א').

תוס' במסכת ב"מ דף סו. ד"ה "מניומי" התקשה במסקנת דברי רב נחמן:

ואם תאמר, בלא מניומי נמי קיבלה רב נחמן בפרק גט פשוט (ב"ב קסח). מרבה בר אבוא אמר רב, אין הלכה כר' יוסי ?

ובביאור קושית תוס' נראה לבאר, רב נחמן נמנה על תלמידי רבה בר אבוא ואילו מניומי היה כבן גילו של רב נחמן. ולכן קשה, אחר שרב נחמן כבר קיבל מרבו רבה בר אבוא שאין הלכה כר' יוסי (כפי שמפורש במסכת נדרים הנ"ל), והדין הוא שאסמכתא לא קניא, מדוע במסכת ב"מ מעיקרא סבר שאסמכתא קניא, וחזר בו רק בעקבות דברי (חבירו) מניומי ?

תוס' הציע שני חילוקים, האחד של ר"י והשני של ר"ת, והמשותף לשניהם שדרגת האסמכתא והיינו החשש לחוסר גמירות דעת במקרה שבמסכת ב"מ (הלוח על שדהו) הינו נמוך מהמקרה הרגיל של אסמכתא לגביו קיבל רב נחמן מרבו שלא קניא. ולכן מעיקרא סבר רב נחמן שבדין זה אסמכתא קונה, עד שביטל דעתו מפני דעת מניומי – וכנ"ל אות ו', עי"ש, שאף במקרים אלו קיים החסרון של אסמכתא.

יא. הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף קסח. ביאר, שהגירסא במסכת ב"ב (עמ' יד') היא שרב נחמן אמר בשם רבה בר אבוא בשם רב שהלכה כר' יוסי, בניגוד לאמור בנדרים (עמ' ל) שרב נחמן אמר בשם רב שהלכה כר' יוסי. ובכ"ב רב נחמן חזר ואומר שאסמכתא לא קניא בעקבות דברי מניומי.

על פי הרמב"ן, היו מספר שלבים :

- מעיקרא רבה בר אבוא ורב סברו שהלכה כר' יוסי (סוגיית ב"ב).
- מניומי שמע מרבה בר אבוא שהוא חוזר בו, ואילו רב נחמן לא שמע זאת מפי רבה בר אבוא.
- רב נחמן מתחילה נקט כשיטת רבותיו, עד שמניומי גילה לו שרבותיו עצמם חזרו בהם וקבעו הלכה שלא כר' יוסי, ולפיכך אף רב נחמן חזר בו (סוגיית הגמ' בב"מ).
- מסקנתו של רב נחמן, מפורשת בסוגיא במסכת נדרים, בשם רבותיו, שאין הלכה כר' יוסי¹³⁰.

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות ט' – בסיכום שיטת רב הונא.
- מסקנת רב נחמן שאסמכתא לא קניא. ולשיטת תוס' קיימות דרגות באסמכתא, ואפילו בדרגה בה אין חסרון כ"כ, אסמכתא לא קניא (אות י'), ואילו לרמב"ן אין חילוקי דרגות באסמכתא בין הסוגיות הנ"ל (אות יא).
- הראשונים הציעו חילוקי דרגות באסמכתא, שאין חסרון של אסמכתא. אבל למסקנת הראשונים, אף במקרים אלו קיים חסרון של אסמכתא (אות ו').
- הלווהו על שדהו ואמר לו שאם לא יפרע יזכה בשדה, האסמכתא היא מפני שערך השדה גבוה מערך ההלואה או מפני שעצם האמירה שהמלוה יזכה בשדה היא אסמכתא, שאנשים אינם רוצים למכור את שדותיהם (אות ג').

אסמכתא בזמנה ובתוך זמנה / גילוי דעת לאחר שעת

התנאי

¹³⁰ הרמב"ן אינו מפרט את ביאור הגמ' בנדרים, אבל כך נראה לבאר על פי שיטתו.

הקדמה

א. דין 'אסמכתא' נאמר במקרה בו אדם קיבל על עצמו התחייבות והחויב נעשה בתנאי שלא יארע דבר כלשהו (כנ"ל בדין הפורע מקצת חובו והשליש את שטרו [לעיל עמ' יד], בדין התפסת זכויות [בסוגיא בנדרים - לעיל עמ' ל] ובדינו של מי שהלוח על שדהו). לשיטת ר' יהודה אסמכתא לא קניא ולכן אין תוקף לדבריו, שמעיקרא לא התכוון לחייב את עצמו ודבריו היו אמירה בעלמא, כדי לשכנע את חבריו, ולכן התחייבות זו אין לה תוקף קניני כלל, והוא מעולם לא חשב שתגיע מציאות בה הוא יהיה צריך לקיים את דבריו (ויתכן שאף חבריו הבין שאין תוקף לדברים)¹³¹.

לקמן נדון בדינו של אדם שקיבל על עצמו התחייבות ב'אסמכתא', וכשהגיע המועד לממשה, אמר לצד שכנגד שהוא יכול לממש את ההתחייבות. האם דבריו עתה מחייבים אותו יותר מחיובו הראשון.

אסמכתא בזמניה ובגו זמניה

ב. גמ' ב"מ דף סו:

אמרו ליה מר ינוקא ומר קשישא בני דרב חסדא לרב אשי, הכי אמרי נהרדעאי משמיה דרב נחמן, האי אסמכתא, בזמניה קניא (קא סלקא דעתך הגיע זמן ולא נתן לו מעותיו), בלא זמניה, לא קניא (קודם שהגיע). אמר להו, כל מידי בזמניה קני בלא זמניה לא קני¹³² ?

¹³¹ עיין הערה 4.

¹³² ועיין באות ג' בביאור המקרה.

מדברי רש"י¹³³ נראה שהמקרה עליו מדובר בגמ', הוא המקרה שבמשנה בדף סו. בדין "הלווהו על שדהו".

אמנם, יש לעיין בדבר, שהרי מסקנתו של רב נחמן (אחר שחזר בו) שאסמכתא לא קניא (לעיל עמ' נ), וכיצד יתכן שאסמכתא בזמנה קונה. ועוד לכאורה רב אשי היה צריך להשיב להם, שכאן חידש רב נחמן אסמכתא קניא, או שדברי רב נחמן הם קודם שחזר בו. ועוד, שרב אשי עצמו במסכת ב"מ דף עג: וב"ב דף קעג: סובר במפורש שאסמכתא לא קניא¹³⁴ ?

ג. ונראה לבאר (על פי המשך דברי רב אשי – לקמן אות ד'), שמר ינוקא ומר קשישא בשם רב נחמן, דנו על מקרה בו הלוח עצמו אמר למלוה, שיקנה את הקרקע עליה דובר בשעת ההלואה (שאם לא יפרע תוך שלש שנים, הקרקע [שערכה גבוה מערך ההלואה] תימסר למלוה). אם הלוח אמר זאת קודם שהגיע זמן הפרעון אין משמעות לדבריו (ונשאר דין אסמכתא כמו שהיה) אבל אם אמר זאת בזמן בו היה אמור הפרעון לחול, דבריו חלים. ולמרות שמעיקרא ההתחייבות היתה 'אסמכתא' שאינה חלה, עתה שהגיע הזמן ואינו פורע ואומר מפורשות למלוה שיקנה את הקרקע ללא תנאי וללא סייג, דבריו חלים.

אולם, רב אשי הקשה עליהם, שאין כל חידוש בדבריהם, שהרי ברור שאם הוא מתחייב קודם מועד הפרעון, שבשעת הפרעון המלוה יקבל את הקרקע, אין בכך כלום, כיון שעתה הוא לא מחוייב לתת כלום, ויש לו עדיין את הזכות לפרוע מעות במועד הפרעון, ודבריו עכשו שבשעת הפרעון יוכל המלוה לקחת את הקרקע לעצמו, אינם ברי משמעות, ויש בהם את החסרון של אסמכתא. וכן ברור שאם הגיעה שעת הפרעון והוא לא פרע, שיכול עתה להקנות את הקרקע. ואין בכך

¹³³ עיין לקמן שכתב "קני לא אפדנה". משמע שמדובר בנידון שבו הלוח התחייב ששדהו תועבר לבעלות המלוה אם לא יפרע בזמן.

¹³⁴ ב"מ דף עג: "רב אשי אמר אפילו יין סתם נמי לא. מאי טעמא אסמכתא בעלמא היא, ואסמכתא לא קניא". ב"ב דף קעג: "מעשים בכל יום, אסמכתא לא קניא". ועיין כוס הישועות בסוגיותנו שכתב שדבריהם הינם ישוב לקושי הגמ' כיצד חלה ההתחייבות לתת את השדה, והרי אסמכתא לא קניא (לעיל עמ' לט). אמנם אף לשיטתו לא מיושב הקושי שהוזכר בפנים. ועיין בספר עמודי שש (הרב יצחק טופיק) עמ"ס ב"מ בביאור סוגיותנו, וצ"ע בחירוצו. אמנם עיין בדברינו לקמן בביאור סוגיית הגמ' (ובאות ו'), ושמא דברינו בכלל דבריו.

חסרון של אסמכתא כי מקנה ללא תנאי, ולכן סובר רב אשי שלא יתכן שזו כוונת רב נחמן. – ועיין לקמן.

ד. המשך סוגיית הגמ' – ביאור דברי רב נחמן על ידי רב אשי:

דלמא הכי קאמריתו, אשכחיה (לוה) בגו זמניה ואמר ליה קני, קני (ואמר ליה קני, לא אפדנה עוד). בתר זמניה ואמר ליה קני, לא קני. מאי טעמא, מחמת כיסופא הוא דקאמר ליה.

כלומר (בניגוד לאמור לעיל), אם הלוה אומר למלוה עוד קודם זמן הפרעון, שיקנה את הקרקע (והלוה לא יפרע את חובו), דבריו קיימים. שהרי הוא יודע שיש לו עוד זמן כדי להשיג כסף ולפרוע, ולמרות זאת אומר למלוה שיקנה את הקרקע, משמע שמקנה בלב שלם. אבל אם אמר למלוה שיקנה את הקרקע אחר שהגיעה שעת הפרעון, דבריו אינם חלים כיון שאמר זאת רק מחמת הבושה ואין הוכחה שאמר זאת בגמירות דעת מלאה¹³⁵.

ועל פי דברי רב אשי, רב נחמן, לא דיבר על מקרה בו הלוה עומד ביום הפרעון עצמו ואומר למלוה שיקנה את הקרקע, האם במקרה זה חלים דבריו. ומעיקרא (כשרב אשי דחה את ההסבר הראשון שבדברי רב נחמן), רב אשי סבר שקונה, ויתכן שהוא עומד בדבריו, ורק אחר שעת פרעון אינו קונה, או שרב אשי חוזר בו וסובר, שאם אמר בשעת פרעון שהמלוה יקנה, גם במקרה זה אין גמירות דעת, ואמר את דבריו רק מחמת כיסופא.

ה. נמצא שעל פי דברי רב אשי (ועל פי דברנו לעיל באות ג') שיטת רב נחמן היא, מלוה שהלוה על שדהו של הלוה, וסוכם שאם הלוה לא יפרע בזמן, השדה תועבר לבעלות המלוה, זו אסמכתא שאינה קונה. אבל אם אחר שעת ההלוואה, הלוה

¹³⁵ כל הנ"ל במקרה בו מעיקרא סיכמו שאם לא יפרע הלוה תוך שלש שנים, הקרקע תועבר למלוה. ונראה, שאם מעיקרא לא דובר כלל על קרקע. וקודם מועד הפרעון או בכל שעה אחרת יאמר לוה למלוה, שהוא לא יפרע לו מעות אלא יקנה לו מקרקעו כפרעון ההלוואה (ואכמ"ל בדין ריבית), דבריו קיימים, ורק בנידון שלפנינו שמעיקרא הקנה את הקרקע באסמכתא, יש לדון שמא אמירתו החדשה איננה בלב שלם, ורק נסמך על דבריו הקודמים, שהם אסמכתא.

אומר למלוה שיקנה את הקרקע, קיימים שלשה מועדים :

- קודם שעת הפרעון - מעיקרא סברו מר ינוקא ומר קשישא, שאין משמעות לדבריו, ואילו רב אשי סובר שבשעה זו קונה, כיון שאין לו 'אילוץ' שמחייבו להקנות.
- הגיע מועד הפרעון, מעיקרא סברו מר ינוקא ומר קשישא שקונה. רב אשי במסקנתו אינו מתייחס למקרה זה, ומסברא נראה שאינו קונה כיון שגם במקרה זה שייך הטעם של 'כיסופא'.
- אחר שעבר זמן הפרעון – אינו קונה, כי אמר את דבריו מחמת כיסופא.

ו. אמנם, מסקנת הגמ' שונה¹³⁶ :

ולא היא, דאפילו בגו זמניה נמי לא קני. והאי דקאמר ליה קני קא סבר, כי מטי זמניה לא ליתי ליטרדן (ולדחייה בעלמא, משום כיסופא).

נראה שהסיבה בגללה הקנין אינו חל (כל שיטה לשיטתה), אינה קשורה בהכרח לדין אסמכתא, אלא כיון שיש לחכמים אומדן דעת שהדברים נאמרו מחמת 'כיסופא', הרי שאין לו כוונה להקנות. וכיון שכך, הרי זה בכלל דברים שבליבו ובלב כל אדם, שאין להם משמעות (ואפילו מי שסובר שאסמכתא קניא, לכאורה יוכל להודות לעקרון זה¹³⁷)¹³⁸.

ולדברינו, דברי מר ינוקא ומר קשישא "האי אסמכתא...", פירושם, שאפילו לשיטת רב נחמן שאסמכתא אינה קונה (כפי שמפורש בגמ' שזו מסקנתו של רב נחמן – לעיל עמ' נ), אם הלוח שבו ואמר שהוא מקנה את הקרקע, ישנם מקרים בהם דבריו מתגברים על החסרון הבסיסי של האסמכתא, ומסקנת הגמ' "ולא היא"

¹³⁶ מלשון הגמ' אין הוכחה חותכת האם המסקנה "ולא היא..." היא דברי רב אשי או סתמא דגמרא.

¹³⁷ אמנם לשיטתו, כבר בשעה שהתנו מעיקרא הקנין חל, ולכן הוא איננו זקוק לאמירה נוספת של הלוח.

¹³⁸ ונמצא, שעל פי דברי רב נחמן, חסרון גמירות הדעת שבאסמכתא יבוטל אם הלוח יודיע כעבור זמן למלוה שהוא יכול לקנות את הקרקע (למרות שמעיקרא לא אמר מעכשו).



איננה הלכה בדיני אסמכתא אלא אומדן דעת, וכנ"ל.

ונראה, שאף לשיטת רב אשי, אם הלוח יוכיח שדבריו לא נאמרו מחמת כיסופא אלא בדעה צלולה, וכגון שידוע שמוכן לתת את הקרקע ללוח, שאל"כ יאלץ למכור מנכסיו האחרים במחיר זול ונמצא שיפסיד יותר מאשר נתינת קרקע זו ללוח, דבריו יחולו.

ז. אמנם, מסתבר שכדי שהמלוה יזכה בקרקע עליו לעשות קנין מחודש בה (בין לשיטת רב נחמן בגו זימניא, ובין במקרה בו 'בדעה צלולה' החליט שלא לפרוע¹³⁹), שהרי אפילו אם בשעת ההלוואה המלוה נכנס לקרקע כמשכון, סוף סוף לא היתה לכך משמעות שהרי היתה זו אסמכתא. ולפיכך עליו לקנות שוב.

ואין להקשות, אם צריך קנין נוסף ברור שהקנין יועיל, שהרי עתה מקנה לו קנין חדש ללא קשר לאסמכתא. ולא היא, כיון שהיה מקום לומר שהקנין עתה הוא המשך למעשה האסמכתא הראשון הקנין לא יועיל, ולכן יש לו שעתה זה הוא קנין חדש, ואם עתה אין חסרון של 'כיסופא' הקנין יחול¹⁴⁰.

שתי שיברא / קפיד בדמי / קפיד בארעא – שיטת רב נחמן

ח. גמ' ב"מ דף סו:

אמר רב פפא, האי אסמכתא, זימנין קניא וזימנין לא קניא. אשכחיה (רש"י, ביום הזמן) דקא שתי שכרא (בחנות, אין זה עצב לחזור אחר פדיון שדהו, ודעתו לשקעה) קני¹⁴¹. דקא מהפך אזוזי לא קני¹⁴².

¹³⁹ אא"כ נאמר, שחסרון האסמכתא הוא במקרה בו המתחייב אינו יכול לעמוד בתנאי מחמת אונס, אבל אם הוא רוצה לעמוד בתנאי בדעה צלולה מחמת סיבה שלו, הקנין הועיל כבר מעיקרא, וקצ"ע, ועיין הערה 31 ובכל הענין שם, ולקמן הערה 163.

¹⁴⁰ אמנם עיין הערה 141.
¹⁴¹ ייש לעיין האם עליו לעשות מעשה קנין חדש, או שמועיל הקנין הראשון. ויתכן שעליו לעשות קנין חדש, ויועיל לעומת הקנין שעשה מעיקרא שלא הועיל. ועיין ערך שי לחו"מ סימן ר"ז סעיף ט', שכתב שאין לומר שהקנין שמעיקרא יועיל, שהרי אין ברירה, אולם אם ננקוט שדין

אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא, דלמא לפכוחי פחדיה (להפיג דאגתו שדואג על המעות, דכתיב [תהלים קד] ויין ישמח) קא שתי. אי נמי, איניש אחרינא אסמכיה אזוזי.

”האי אסמכתא”, למרות שאסמכתא אינה קונה¹⁴³, פעמים שהיא קונה וזאת על פי התנהגותו של החייב במועד הפרעון (ועיין לעיל אות ו'¹⁴⁴). ואף רב אחא שחולק על רב פפא, נראה שאינו חולק על העקרון שיתכן שהתנהגות מסויימת מלמדת על הסכמתו להקנות את הקרקע למלוה, טענתו של רב אחא היא, שההתנהגות שרב פפא ראה בה ראייה לגמירות דעת, איננה מהווה ראייה¹⁴⁵.

אלא אמר רבינא, אי קפיד בדמי (אם מקפיד במכירת חפציו, שלא לפחות משוויין¹⁴⁶) ודאי קני (אינו חש אם תשקע שדהו).

אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא, דלמא סבר, כי היכי דלא תיתזיל ארעיה (שאם יראה אותו מחזר אחרי מעות, ומוכר נכסיו בפחות, מוזיל קרקעותיו¹⁴⁷, ולעולם אנוס הוא, ולא גמר ומקני).

אלא אמר רב פפא אי קפיד בארעא, ודאי קני (שלא ימכור שום קרקע, אפילו בשוויין).

אסמכתא הוא מדרבנן, יש לומר שקיים דין אסמכתא ברירה בדרבנן, עיי"ש. ועיין אוצר מפרשי התלמוד בסוגייתנו בשם הפתחי שערים בביאור דברי רב אשי לעיל ("אשכחיה בגו זימנה") שכתב שיעיל למפרע.

¹⁴² לא קני, אבל יוכל מהלוה לגבות את שיעור חובו, מקרקע זו או מנכסים אחרים.

¹⁴³ וכך היא שיטתו של רב פפא בהמשך הסוגיא, עיי"ש.

¹⁴⁴ ולעיל באות ג' ואילך הדין נסב על דיבורו של הלוה.

¹⁴⁵ יש לעיין האם 'שילוב' של התנהגות ודיבור יש בכוחם לגלות את דעתו, וכגון שביום הפרעון או אחריו הוא 'שתי שכרא' וגם אומר במפורש שמוכן להקנות את הקרקע למלוה, וצ"ע.

¹⁴⁶ כלומר, החייב מנסה למכור מנכסיו כדי לפרוע את חובו, אבל הוא אינו מוזיל ממחירים כדי למצוא קונים, ולכן הוכיח במעשיו שהוא אינן מתאמץ להשיג מעות, ולא איכפת לו שהקרקע ששוה יותר מערך ההלוואה תועבר לבעלות המלוה. ונראה שלשונו של רש"י "מכירת חפציו" כוללת הן קרקעות והן מטלטלין – עיין לקמן.

¹⁴⁷ תוס' בד"ה "אי קפיד" מקשה על שיטת רש"י, שלשיטתו היה צריך לומר "דלא ליתזלו מטלטלין" שהרי הוא מקפיד שלא יוזלו נכסיו, ולא קרקעותיו. ונראה שרש"י סובר שמדובר שהלוה מנסה למכור הן מטלטלין שברשותו והן קרקעות שברשותו, אבל אינו מוזיל ממחירן, וקצ"ע.

תוס' בד"ה "אי קפיד" חולק על דברי רש"י בביאור דברי רבינא, והוא מפרש:

קפיד בארעא – שאינו רוצה לעשות תנאי זה בשום קרקע אלא בזו, א"כ אין דעתו לפדותו.

על פי תוס', לא מדובר על התנהגותו של הלוח במועד הפרעון, אלא על הדרך בה הוא התנהג בשעת עשיית התנאי שיש בו חסרון של אסמכתא. שאם מעיקרא הלוח הקפיד שהקרקע אותה יגבה המלוה תהיה קרקע מסויימת ולא קרקע אחרת מקרקעותיו, הוכיח שהוא חושש שמא קרקע זו תישאר ביד המלוה, וא"כ גילה דעתו שיש לו גמירות דעת בקנין זה, ואין בכך חסרון של אסמכתא.

ונמצא, שרבינא חולק על האפשרות שהתנהגותו של הלוח ביום הפרעון תוכיח על הסכמתו לקיום התנאי של האסמכתא, ולשיטתו לעולם אין להביא ראיה מהתנהגותו של המתחייב שהוא גמר בדעתו להסכים לתנאי, ורק התנהגותו בשעת עשיית התנאי יכולה לגלות על גמירות דעתו¹⁴⁸.

פסק ההלכה

ט. רמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף ט':

ויש אומרים, דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק זו הקרקע, קנה אפילו בלא מעכשו.

השו"ע לא הזכיר את דינו של הרמ"א, ומשמע שחולק וסובר שאף במקרה זה

¹⁴⁸ אמנם, יתכן שאף לשיטתו, אם ילך המתחייב לבית דין חשוב ויקנה – הקנאתו תועיל, על פי המסקנה לדינא שאסמכתא מועילה בבית דין חשוב, ואף לדברינו שהדיון כאן איננו בעיקר דין אסמכתא אלא ב"גמירות דעת" ובאומדן דעת (אות ו'), יש מקום לומר שבית דין חשוב יועיל, וצ"ע.

קיים חסרון של אסמכתא¹⁴⁹.

אמנם הן השו"ע והן הרמ"א לא הזכירו כלל את האפשרות של גילוי דעת בדיבור או בהתנהגות אחר שעת התנאי. ומוכח מדבריהם שאין אפשרות 'לתקן' את חסרון האסמכתא באחת משתי דרכים אלו.

סיכום

י. העולה מהאמור לעיל, לגבי היכולת לתקן את 'חסרון' האסמכתא כעבור זמן:

- נחלקו אמוראים האם דיבור מפורש של המתחייב בו הוא אומר לצד שכנגדו שיקנה, יועיל, והמחלוקת היא לגבי עצם היכולת, והן לגבי המועד בו נאמרו הדברים (אות ג' ואילך).
- לשיטת רב נחמן ע"פ פירושו של רב אשי, הקנייה קודם מועד הפרעון מועילה, ואחר מועד הפרעון איננה מועילה (אות ה'), ואילו מסקנת הגמ' היא שלעולם לא יועיל דיבורו (אות ו').
- לשיטת רב פפא, שתיית שכר במועד הפרעון מלמדת על הסכמתו של הלוח להקנות, ואילו רב אחא מדיפתי סובר שאין זו הוכחה (אות ח').
- לשיטת רבינא על פי רש"י, אי מכירת קרקע בזול בשעת הפרעון מלמדת על הסכמתו, ואילו לפי תוס' רבינא דן על שעת התנאי (אות ח').
- להלכה, הקפדה על קרקע בשעת התנאי מועילה לרמ"א אבל לא לשו"ע (אות ט').

¹⁴⁹ עיין ב"י ד"ה "ואם בתחלה".

בידו ולא בידו / שליח לקניית יין שלא קנה / אוביר ולא

אעביר

הקדמה

א. לעיל עסקנו באסמכתא שחסרונה הוא מפאת אי גמירות דעתו של המתחייב¹⁵⁰ לקבל על עצמו חיוב שלא היה מחוייב בו מעיקרא, כיון שהוא היה סבור שהוא מסוגל (מפאת עצמו) לעמוד במה שקיבל על עצמו, והחיוב הנוסף שהוא קיבל על עצמו לא יבוא לידי מימוש, ולכן, סובר ר' יהודה שאין משמעות לחיוב זה, ואסמכתא זו לא קניא (עיין עמ' נט).

לקמן נדון בדינה של אסמכתא שחסרונה נובע מכך שמימוש ההתחייבות תלוי (גם) ביד אחרים ולא (רק) בו עצמו. וחידוש סוגיית הגמ' הוא, שאפילו אם אי מימוש החיוב נבע מחמת פשיעתו (ולא הוכח שאונס הוא זה שמנע ממנו את קיום דברו), אין עליו חובת תשלום, כיון שמעיקרא החיוב היה תלוי (גם) במעשיהם של אחרים, וחיוב התלוי במעשיהם של אחרים אינו אינו תופס אף אם לבסוף המניעה לא היתה בגלל האחרים אלא בגללו (ובפשיעתו).

נתן מעות לחבירו לקנות יין בזול ופשע ולא קנה

ב. גמ' ב"מ דף עג: - עד. :

אמר רב חמא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא (רש"י: לקנות לו יין בזמן הבציר), ופשע ולא זבין ליה¹⁵¹.

¹⁵⁰ עיין הערה 4.

¹⁵¹ עיין הערה 177 לגבי מקרה מצוי כיום.

משלם ליה (ומשלם לו יין¹⁵² לפי דמים קלים שקונין אותו¹⁵³) כדקא אזיל
 אפרוותא דזולשפט (שם המקום שהיין נלקח ונמכר לשם, לרוב הלוקחין
 יין בימות הבציר)¹⁵⁴.

אמר אמימר, אמריתא לשמעתיא קמיה דרב זביד מנהרדעא, אמר, כי
 קאמר רב חמא, הני מילי ביין סתם, אבל ביין זה לא, מי יימר
 דמזבני ליה ניהליה.

רב אשי אמר, אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא, אסמכתא היא,
 ואסמכתא לא קניא (אפילו הבטיחו, ואמר, אם איני קונה לך - אפרע
 משלי, אין זו אלא אסמכתא, הואיל ולא קנו מידו¹⁵⁵).

¹⁵² לשון תשלומים אינו מיוחד למעות, ובסוגייתנו פירושו נותן לו יין. כגון, ששלחו לקנות יין
 במקום הזול ונתן לו 10,000 שקלים בהם ניתן לקנות 1000 ליטר. השליח פשע ולא קנה במוקם
 ובמועד המיועד. ועתה התייקר היין וניתן לקנות כמות כזו של יין במחיר יקר יותר. הדין הוא
 שמוטל על השליח לקנות יין במחיר יקר ולתת את היין למשלח, כפי הכמות (1000 ליטר)
 שנקבעה ביניהם, ואכמ"ל מדין ריבית.

¹⁵³ בגמ' שלפנינו דברי רש"י "ומשלם" הינם חלק מד"ה הקודם. ואילו ברש"י על הרי"ף, כפי
 שהעתקנו כאן.

¹⁵⁴ הראשונים דנו מה הוא יסוד החיוב, וכפי שכתב הריטב"א שהרי "אין הזיקן אלא גרמא".
 רש"י בהמשך הסוגיא (וקצ"ע מדוע לא כתב את דבריו כבר בתחילת הסוגיא), ביאר שהשליח
 הבטיח למשלח שאם לא יקנה יפרע משלו. וכך כתב הריטב"א בשם ר"י "כשהתנה כן בפירוש
 שאם לא יקח, שישלם לו פסידא שלו, ולא הזכיר התלמוד כן מפני דהא פשיטא, דבלאו הכי אינו
 מחייב". ובשם מורו כתב, שאע"פ שלא קיבל עליו לשלם במפורש "כיון שנתן לו מעותיו ליקח
 סחורתו, ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו
 ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבהיא הנאה
 דסמך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב..." ועיין בשו"ת חת"ס חו"מ סימן קע"ח,
 ובחבורת שיעורי ריבית חלק ב' הוצאת בית ועד לתורה גבעת שמואל, בהרחבת הדברים.

¹⁵⁵ ואם קנו מידו יועיל? עיין שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ תתקעו. ובמאירי בסוגייתנו כתב
 שאם קנה בבית דין חשוב יועיל, ועיין ב"י חו"מ סימן ר"ז בד"ה "וכתוב בהגהות...". ועיין לקמן
 עמ' קג. ועיין חידושי הרי"מ בסוגייתנו. ויש לעיין האם לשיטת הרשב"ם כל סוגיית אסמכתא היא
 במקרה בו לא היה קנין, אבל אם היה קנין, לעולם מועיל או שרק כאן שמדובר בשליחות של
 פועל קיים חילוק בין נעשה קנין או לא נעשה קנין.

ואם ננקוט ששיטת הרשב"ם היא שהחסרון של אסמכתא הוא אי מעשה קנין, נמצא שבכל פעם
 שעשו קנין, אף אם חלותו היא אחר קיום התנאי, אין חסרון של אסמכתא. ועיין עמ' ד' בשיטות
 הראשונות השונות לגבי אסמכתא.

ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן 'אם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא' (גבי מקבל שדה מחבירו למחצה, והובירה, שלא חרשה ולא זרעה, שמין אותה כמה היתה ראויה לעשות ונותן לו, שכך כתב לו מתחילה, אם אוביר כו', בפרק המקבל [בבא מציעא קד.], אלמא, כיון דאפסדיה בהכי ולא סמך, לאו אסמכתא היא, שאינו מקבל עליו אלא כדי הפסד שהפסידו)¹⁵⁶ - התם בידו הכא לאו בידו (שמא לו ימכרוהו לו)¹⁵⁷.

רב חמא (אליבא דרב זביד מנהרדעא) מחייב את השליח לשלם רק במקרה בו הפסדו של בעל הבית הינו ודאי ('יין סתם'), אבל במקרה בו יש ספק האם בעל הבית הפסיד מחמת פשיטתו של השליח ויתכן שבעל הבית היה מפסיד גם אם השליח לא היה פושע (ב'יין זה', שיתכן שלא יצליח להשיגו), אין לחייב את השליח. כלומר, התחייבותו של השליח לפרוע מכיסו אם לא יקנה, תקפה רק במקרה בו המשלח יכול להוכיח שהיה לו נזק, ולולי זאת אין לחייב את השליח מספק (והמע"ה).

לעומתו רב אשי סובר, שמעיקרא ההתחייבות לא תקפה מפאת 'אסמכתא'. ויש לעיין בטעמו, והרי ברור הדבר שבעל הבית הפסיד ('יין סתם') מחמת פשיעתו של השליח שקיבל על עצמו לשלם, ומדוע פשיעתו¹⁵⁸ אינה מחייבת אותו לשלם?

ג. רש"י (בסיום הסוגיא) מפרש, שבמקרה של 'יין סתם' גם כן קיים ספק שמא לא ימכרו לו ואף שמדובר בסבירות נמוכה, לא ניתן להוציא ממון מהשליח, כל עוד המשלח אינו יכול להוכיח את הפסדו בודאות, ולכן רב אשי פוטר.

אמנם, אם ננקוט כך, יש לעיין מה טעמו של רב חמא שמחייב את השליח והרי

¹⁵⁶ עיין הערה 105.

¹⁵⁷ ובתוס' ד"ה "התם" פירש, שכיון ששער הזול זמנו קצר, שמא לא ימצא לקנות באותו שער, משא"כ חטין, תמיד יכול לקנות ואפילו ביוקר. ועיין לקמן בדברי הראב"ן בהערה 167. ועיין לקמן בביאור שיטת ר"י ושם ביאר את המקרה באופן בו הוא סומך על דעתו שיוכל לקנות, ועיין מש"כ שם.

¹⁵⁸ עיין הערה 154 שדנו הראשונים האם חייב עצמו במפורש לשלם.

המשלח לא הוכיח את נזקו.

נראה, שרב חמא סובר, שכיון שהשליח אמר 'אם איני קונה לך אפרע משלי'¹⁵⁹, הוא חייב את עצמו לשלם בכל מקרה, אפילו אם המשלח לא יוכיח שהיה לו נזק. אולם אם ננקוט בדרך זו קשה, מדוע רב חמא (על פי רב זביד מנהרדעא) סובר שבמקרה של 'יין זה' יש לפטור את השליח, והרי אם השליח קיבל על עצמו לשלם, יש לחייבו לשלם, כפי שהוא חייב לשלם במקרה שנשלח לקנות 'יין סתם', למרות שיתכן שלא ימכרו לו, וכנ"ל ?

בדוחק היה מקום לומר, שרב חמא סובר שב'יין סתם' אין ספק, ובודאי ימכרו לו, ולכן חייב לשלם, לעומת 'יין זה' שקיים ספק אם ימכרו לו ולכן פטור. ואילו רב אשי חולק וסובר שאף ב'יין סתם' קיים ספק אם ימכרו לו ולכן פטור אותו מלשלם. אמנם על פי דרך זו מחלוקתם של רב חמא ורב אשי, איננה מחלוקת 'הלכתית' אלא מחלוקת בניתוח המציאות (האם ב'יין סתם' יש חשש שלא ימכרו לו), ואילו היו מסכימים בביאור המציאות, לא היו חולקים כלל. אולם מלשון הגמ' משמע שחולקים, ויש לבאר את שיטתם.

ד. נראה להציע, בשעת מינוי השליח, אין וודאות האם השליח יצליח להשיג יין במקום הזול. וב'יין זה', הדבר ידוע שלא כל אלו שרוצים לקנותו מצליחים להשיגו (כיון שיש כמות מוגבלת), ולכן במקרה זה, אין לחייב את השליח אפילו אם פשע, כיון שהמשלח לא יכול להוכיח, שנגרם לו נזק.

וב'יין סתם', הסבירות היא שהשליח יצליח לקנותו, ולכן אם התברר למפרע, שנשארו עודפי יין במקום המכירה, סובר רב חמא שיש לחייבו לשלם אם פשע ולא קנה, אבל אם יתברר למפרע שלא היה די 'יין סתם' לכל הקונים, אין לחייבו על פי שיטת רב חמא, שהרי לא הוכח שהיה נזק.

אולם, רב אשי חולק, וסובר שאפילו במקרה בו נשארו עודפי יין במקום המכירה,

¹⁵⁹ על פי שיטות הראשונים שחייב עצמו במפורש לשלם, עיין הערה 154.

ואילו היה הולך למקום המכירה, היה משיג את היין, יש לפוטרו. ויתרה מזאת כתב הנתיבות בסימן ר"ז, ביאורים ס"ק ט':

נראה דאפילו הם רוצים למכור לו והוא לא רצה לקנות בפשיעה, גם כן פטור, דכך הוא הלשון בש"ס 'ופשע ולא זבין', דכיון שתחילת החיוב באסמכתא – לאו חיוב הוא.

ונראה שביאור הדברים כך הוא, כיון שמעיקרא בשעת מינוי השליח לקנות יין היה ספק האם ימכרו לו או לא (ואפילו ב"יין סתם', יתכן שלא ימכרו לו), התחייבותו של השליח לשלם אם לא יקנה הינה 'אסמכתא', ואסמכתא לא קניא. ואפילו אם התברר למפרע שאילו היה הולך לקנות, היה מצליח לקנות, אין לחייבו, כיון שמעיקרא ההתחייבות שלו היא מסופקת, ומוגדרת 'אסמכתא'-לשיטת רב אשי¹⁶⁰. והסמ"ע בחו"מ סימן ר"ז ס"ק כ"ט כתב:

קנה לי יין... פירוש שהוא בזול באותו מקום, משו"ה לא גמר בדעתו לגמרי כיון דתליא דוקא באותו מקום ושמא לא ירצה למוכרו לו.

מחלוקת רב חמא ורב אשי לעומת מחלוקת רבי יהודה ור' יוסי / האם לכל הדעות

מדובר באסמכתא

ה. על פי האמור, יש לעיין במה נחלקו רב חמא ורב אשי. יתכן שרב חמא סובר שאסמכתא קניא ולכן אינו חושש לשיטתו של רב אשי, ויתכן שרב חמא סובר שהנידון שבפנינו אינו מוגדר כאסמכתא.

כנ"ל אות א', דין אסמכתא (לגביו הוזכרה בגמ' מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי) נאמר בגמ' במקרים בהם המתחייב היה בטוח שהוא יוכל לעמוד בתנאי ולא יגיע לידי החיוב הנוסף שנטל על עצמו. ולפיכך יש לעיין האם האסמכתא שבסוגייתנו, הינה דומה למקרים הנ"ל (ותלויה במחלוקת ר' יהודה ור' יוסי) או שהיא דין בפני

¹⁶⁰ אמנם, עיין הערה 163, וצ"ע.

עצמו.

בסוגייתנו, מסתבר שהן המשלח והן השליח יודעים מה היא המציאות, ושניהם יודעים שיתכן שלא ימכרו לשליח, למרות שהשליח יעשה את כל המאמצים כדי שימכרו לו (וזאת אפילו ב'יין סתם' וכדברי רש"י בסיום הסוגיא – לעיל אות ב'). ונמצא, שבניגוד לאסמכתא דלעיל (אות א'), שם היה המתחייב בטוח בעצמו שלא יגיע לידי חיוב, בסוגייתנו הוא עצמו יודע שהדבר אינו תלוי בידו.

ולכן יש מקום לומר שמדובר בשני סוגים של אסמכתא. האחד, לגבי נחלקו ר' יהודה ור' יוסי (שהיה סומך בדעתו שלא יגיע לידי החיוב הנוסף), והשני, שמעיקרא ידוע שיתכן שלא יוכל לעמוד בהתחייבות, כיון שאינו תלוי רק בו (סוגייתנו¹⁶¹). ויש לעיין ביחס שבין שני סוגים אלו.

ו. מחלוקתם של ר' יהודה ור' יוסי היא במקרה בו אדם חייב את עצמו בתנאי, ולא העלה על דעתו שיאלץ לממש את החיוב. ולכאורה רק במקרה זה סובר ר' יהודה שלא גמר בדעתו, ולכן יש בכך חסרון של אסמכתא, אבל אם הוא יודע שיש סיכוי שלא יצליח לעמוד במשימתו (סוגייתנו), אין ראייה שר' יהודה סובר שקיים חסרון של אסמכתא אף במקרה זה, כיון שיתכן שבמקרה זה הוא הכניס את עצמו לספק מתוך ידיעה שקיים ספק, וההתחייבות תועיל¹⁶².

ומכאן, שיש מקום לומר שזו היא מחלוקתם של רב חמא ורב אשי. לשיטת רב חמא, אף ר' יהודה שסובר שאסמכתא לא קניא, סובר שבנידון שבסוגייתנו ההתחייבות חלה ואין בה חסרון של גמירות דעת, שהרי מעיקרא יודע שהדבר אינו תלוי בו, לכן אין בכך חסרון של אסמכתא. ואילו רב אשי סובר, שאף במקרה זה קיים חסרון של אסמכתא שכל התחייבות מסופקת, אף שהספק ידוע אינה חלה כלל¹⁶³. או שרב אשי סובר, שפעמים אף מי שמסוגל לדעת בשכלו שיתכן ולא

¹⁶¹וסוגיות נוספות במסכת סנהדרין דף כד:.

¹⁶²וע"ע בשיטת ר' יהודה בסנהדרין כד:.

¹⁶³יש לעיין מדוע לא נאמר שהוא התחייב לשלם במקרה של פשיעה, אבל במקרה של אונס שלא ימכרו לו ההתחייבות לא תחול, אבל לפטור אותו במקרה של פשיעה, כיון שיתכן שיש

ימכרו לו, בשעת מעשה הוא מתעלם מידיעה זו, כיון שהוא רוצה לקיים את שליחותו וממילא לא גמר בדעתו להתחייב (ולקבל עליה שכר).

אמנם עיין לקמן עמ' פג שמסקנת הגמ' במסכת סנהדרין דף כה. היא, ששיטת ר' יהודה שבכל סוגי האסמכתא, אסמכתא לא קניא, ורק חכמים אליבא דר' יהודה מחלקים בין סוגי האסמכתאות¹⁶⁴. אולם יתכן שגם שם מדובר במקרה בו הוא סומך על דעתו, ולא ב'גורל' סתם, עי"ש בדברי הראב"ה.

התם בידו הכא לאו בידו

ז. משנה וגמ' ב"מ דף קד. :

(משנה) המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו, אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא¹⁶⁵.

(גמרא) רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט (רש"י: שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו). דתניא, רבי מאיר אומר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא...

תוספות ד"ה "היה":

היה דורש לשון הדיוט. לשונות שלא תיקנו חכמים לכתוב אלא הדיוטות הורגלו לכותבן היה דורש, ואפילו לא כתב כאילו נכתב, דאי דוקא כשכתב מה 'היה דורש' פשיטא שיש לו לקיים כמו שהתנה דהא לאו אסמכתא היא¹⁶⁶.

מקרה של אונס שלא ימכרו לו ולבסוף התברר שלא היה אונס כלל (וכנ"ל בנתיבות), לכאורה אין בכך הגיון. ומסתבר שאם אמר במפורש שהוא מחייב את עצמו לשלם אם יפשע ולא יקנה אבל באונס הוא פטור, דבריו קיימים, וא"כ גם כשלא פירט, מסתבר שכוונתו היא לחייב עצמו בפשיעה ולא באונס? רצ"ע. ועיין הערות 31, 139.

¹⁶⁴ ולדברינו, שיטת רב אשי בסוגייתנו תואמת את מסקנת הגמ' בסנהדרין.

¹⁶⁵ אבל אם מתחייב לשלם אלפא זוזי, ה"ז אסמכתא כיון דגזים – עי"ש. ועיין הערה 105.

¹⁶⁶ לולי דבריו היה מקום לומר שהיא גופא חידושו של ר' מאיר, שהיה מקבל את דברי ההדיוטות,

וכנ"ל באות ב', הגמ' בב"מ דף עג: הקשתה על שיטת רב אשי מדין המשנה, ותירצה "התם בידו, הכא לא בידו"¹⁶⁷.

ונמצא, שעל פי הגמ' בדף עג: קיים חילוק בין קניית יין לבין התחייבות שלא להוביר את השדה, ויסוד הדבר ביכולתו של המתחייב לעמוד בדיבורו בכוחות עצמו. בקניית יין, הדבר אינו תלוי בו, ולכן התחייבותו לשלם אינה תקפה (עיי' אות ה'), משא"כ בהתחייבות לזריעת השדה הוא יכול לעמוד בדיבורו, ולכן אם פשע, עליו לשלם¹⁶⁸.

נמצא שמסוגיינתו נוכל להסיק שכל מקרה שדומה למקרה של הוברת שדה אין בו אסמכתא כיון שהקיום תלוי בידו וההתחייבות לשלם איננה גוזמא ולעומת זאת מקרה של 'לא בידו' כגון המקרה של שליחות לקניית יין, יש בו חסרון של אסמכתא.

ח. חידושי הרשב"א, בב"מ דף עג: :

כדי להודיע שמקרה זה אינו אסמכתא.

¹⁶⁷רש"י פירש, שבמקרה של רב אשי, יתכן שלא ימכרו לו (לעומת המשנה שם תלוי בו). תוס' בדף עג: ד"ה "התם" כתב שהשער הזול אינו נמשך הרבה זמן ושמא כשיבוא לקנות לא ימצא בזול משא"כ בקניית חטים לזריעה, גם אם לא ימצא בזול יכול לקנות ביוקר. ובמאירי בסנהדרין דף עג: ציין להסברים נוספים (עיי' ש ובדבריו בסוגיינתו). והראב"ן בסוגיינתו כתב: "ונראה לי התם בעל השדה היה יכול לזרוע שדהו וזה שקיבלה הפסידו שלא זרעה, הילכך משלם מה שהפסידו, הכא לאו בידו של בעל הדמים לקנות היין באותו מקום בשעת הזול שלא היה הולך לשם, נמצא שזה שהבטיחו לא הפסידו כלום הילכך לא משלם".

¹⁶⁸יש לעיין, שהיא הנותנת, כיון שהדבר בידו, מסתבר שהוא חשב שיקיים, ולא עלה בדעתו שלא יקיים את חיובו, וא"כ כשלא קיים מדוע לחייבו? ונראה, שכיון שמדובר בהתחייבות לשלם את ההפסד של בעל הבית ולא הגזים להתחייב יותר, אין בכך משום אסמכתא, אבל אם יגזים ויתחייב לשלם 'אלפא זוזי' אכן אין משמעות לדבריו (ויל"ע האם גם ר' יוסי יודה לכך). אולם בדין קניית היין, כיון שמעיקרא היה ספק האם יוכל לקיים, מעיקרא אין להתחייבות שלו לשלם שום בסיס.

והא דאקשינן מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. לאו למימרא דמדינא משלם התם, דהתם נמי אסמכתא היא אלא מנהג הדיוטות הוא וכדאמרינן עלה בפרק המקבל אלא ה"ק מאי שנא דלא תקנו בהא כדתקינן בההיא, ואהדר ליה דהתם תיקנו משום דבידו ובהא לא תקנו משום דלאו בידו... כן פי' רבנו האי גאון ז"ל¹⁶⁹.

לשיטת הרשב"א בשם רב האי גאון, בשני המקרים (שליחות לקניית יין, הוברת השדה) קיים חסרון של אסמכתא, רק שבמקרה של הוברת השדה, תיקנו חכמים שההתחייבות תחול כיון ש'בידו' לקיים את דבריו. אולם לולי תקנת חכמים אף בהוברת השדה היה חסרון של אסמכתא (עיין עמ' קע ואילך בשיטתו הכללית של רב האי גאון בדין אסמכתא).

ולדבריו נראה, שאין אפשרות להסיק מדין 'אוביר ולא אעביד' לשאר מקרים בהם קיום ההתחייבות היא 'בידו', כיון שמדובר בתקנת חכמים מיוחדת. וכך כתב הרשב"א במפורש בחידושו בכ"מ דף קד. :

ור"מ היה חוקר תנאי ההדיוטות והיה אומר, כל שהן מורגלין להתנות בכך אף על פי שאינו כן מעיקר הדין בתנאי זה שהם מורגלים בו להתנות, אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא שיש בו אסמכתא, דכל דאי לא קני אפילו הכי כיון דבידו ולא גזים והורגלו להתנות כן, ב"ד מקיימין דבריהם ודנין עליהם¹⁷⁰. ולא עוד אלא אפילו לא כתבו כמי שכתבו דמי...

¹⁶⁹ עיין בפרק המבאר את שיטת רב האי גאון בספר המקח. ולשיטתו אסמכתא כוללת לא רק לא מקרה בו התנאי הינו דבר גוזמא אלא אפילו אם יתחייב לחבירו דבר הגיוני שקנינו אינו חל עתה, יש בדבר חסרון של אסמכתא. ועיין בעמ' קלג ואילך בדין "כל דאי לא קני" במחלוקת האם מדובר בתנאי שיש בו גוזמא או אפילו ללא גוזמא קיים חסרון של אסמכתא. ועיין עמ' קסב בביאור שיטת הרמב"ם ורב האי. ובהערה 105 ולשיטתו לא נוכל להסיק מדין האריס לדין המלמד.

¹⁷⁰ כלומר, חכמים קיימו את הרגל ההדיוטות כי כך הורגלו (ואכמ"ל כיצד נוצר ההרגל, נגד דברי חז"ל) והרי זה מעין 'סיטומתא'. אולם בסיטומתא שחל מדין מנהג הסוחרים, מעיקרא מנהגם לא סתר לדין כלשהו ואילו בנידון שלפנינו המנהג בתחילתו היווה סתירה לדברי חכמים, וצ"ע. ושם ההרגל החל על ידי הגויים, ומהם למדו גם ישראל, וצ"ע. ובשו"ת הריב"ש סימן ש"ח כתב

ועוד אמרו משם הגאון... ליכא למגמר מהדא מילתא, וכל דאי לא
 קני בין שיש בידו בין שאין בידו...¹⁷¹

אמנם, בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן כ"ב כתב בשם הרמב"ן, שדבר התלוי בו
 עצמו לגמרי, ורק פשיעתו היא המונעת ממנו מלקיים את התנאי, גמר ומשעבד
 נפשיה ואין בדבר חסרון של אסמכתא¹⁷², ושלא כשיטת הגאון שהובאה לעיל.

פסקי הרמב"ם, טור, השו"ע והרמ"א

ט. הטור בחו"מ סימן ר"ז, העתיק את לשון הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מכירה
 הלכה ב' ואילך, שם דן בדיני תנאים ואסמכתא, וכתב שכדי להינצל מחסרון
 גמירות דעת של אסמכתא על המתחייב להקנות (מעכשיו) ואז הוא יכול להוסיף
 תנאי, אבל אם התנה תנאי ולא הקנה מעתה, יש בדבר חסרון של אסמכתא והקשה
 עליו הטור (דף נח. במהד' הרגילות, עמ' נב-נד במהד' שירת דבורה) :

ובמה שכתב אם יהיה ואם לא יהיה, ולא חילק בין היכא שהוא בידו
 אם לאו. זה תימה דבגמרא מחלק בזה.

ור"י חילק בו ופירש דבר שאינו בידו והוא תלוי ביד אחרים כגון
 האומר קנה לי יין ממקום פלוני או כיוצא בזה ואם לאו תתחייב לי
 בכך וכך אסמכתא היא דלא גמר ומקנה דשמא לא ירצו המוכרים
 למכור לו היין שהיה לו לקנות לפיכך לא גמר ומקנה אפילו אי לא
 גזים¹⁷³.

הב"י במקום כתב לישב את דברי הרמב"ם, שהוא סובר כשיטת הרשב"א (בשם

"תלה תנאו בנוהג שבעולם".
¹⁷¹ יתכן לדייק מדבריו כדברי הב"ח שבהערה 174 שהסוגיא בדף קד. חולקת על הסוגיא בדף
 עג., ועל פי סוגיית הגמ' בדף קד., לא קיים החילוק בין בידו לבין אינו בידו.
¹⁷² עיין הערה 459.
¹⁷³ עיין הערה 167.

הגאון) הנ"ל, שמפאת דיני אסמכתא אין חילוק בין בידו לבין שאינו בידו, ובשניהם קיים חסרון של אסמכתא, וחכמים תיקנו תקנה מיוחדת בדין 'אוביד ולא אעביד'¹⁷⁴.

י. השו"ע, צעד בדרכו של הרמב"ם ובחו"מ סימן ר"ז (שם עיקר דיני אסמכתא) לא הזכיר את החילוק בין בידו ולא בידו, ובסימן שכ"ח סעיף א'-ב' כתב:

המקבל שדה מחבירו... לא עבדה, אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו...¹⁷⁵.

מסתבר, ששיטת השו"ע (שהשמיט את החילוק בין בידו ללא בידו) היא, שהנימוק בגינו אין כאן חסרון של אסמכתא הוא מכח תקנת חכמים (וכדבריו בב"י בביאור דברי הרמב"ם שהשמיט את החילוק, וכנ"ל באות ט'). וקצ"ע מדוע לא ציין זאת במפורש. אמנם על פי דבריו בב"י, השמטת החילוק בין בידו ולבין לא בידו, מלמדת שחילוק זה אינו תקף להלכה לשיטתו, ונמצא, שלא ניתן ללמוד מדין 'אם אוביד...' למקרים דומים אחרים.¹⁷⁶

יא. רמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף י"א:

¹⁷⁴ עי"ש שציין שזו גם דעת הר"ן והרמב"ן ותלמידי הרשב"א (וכפל את דבריו בהמשך, בדף נט במהד' שירת דבורה בטור השמאלי בד"ה "וכתבו"). אמנם הב"י הקשה על עצמו, שהרי הרמב"ם בפרק ח' מהלכות שכירות הלכה י"ג, פסק להלכה את דין 'אוביד ולא אעביד' ולא ציין שמדובר בתקנה מיוחדת ומשמע מדבריו שזה הוא דין גמור, ועי"ש שדחק (כלשונו של הב"ח ד"ה "ומ"ש ובמה") בביאור דבריו שם. והב"ח בד"ה "ומ"ש ובמה", כתב שהסוגיות בדף עג: ובדף קד. חולקות. על פי הסוגיא בדף עג: קיים חילוק בין בידו לבין אינו בידו, ואילו על פי הסוגיא בדף קד. הטעם הוא מפני שכך כותב לו וכתנאי בית דין, אבל לא מפאת שהדבר 'בידו', עי"ש. ועיין לקמן אות י' בפסק השו"ע.

¹⁷⁵ ועיין בב"י שכתב בשם תלמידי הרשב"א, שאם לא התחייב כלל (וגם לא היה תנאי בית דין), עליו לשלם את ההפסד שנפסדת השדה באי עיבודה, וחייב זה אינו מדין מזיק, אלא מכח ההתחייבות שלו לעבד את השדה, עי"ש.

¹⁷⁶ ולדברינו, הב"י בסימן ר"ז ד"ה "נמצא" (עמ' נג, טור שמאלי, מהד' שירת דבורה) שכתב חילוקי דינים של אסמכתא וחילוק השני סיאר שדבר שבידו לגמרי ולא גזים כמו אם אוביד ולא אעביד, שאינו אסמכתא, אינו על פי שיטת הרמב"ם, ואף לא על פי שיטת השו"ע עצמו אלא על פי שאר ראשונים.

ו"א... דכל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שא"ל קנה לי יין ממקום פלוני ואם לא תקנה תחייב לי בכך וכך, דזה אינו תלוי בו דדילמא לא ירצו למכור לו, הוי אסמכתא בכל ענין ולא קני¹⁷⁷.

ומה שיש בידו לעשות¹⁷⁸ אם לא גזים, כגון שאמר אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטב, לא הוי אסמכתא, וקניא¹⁷⁹...

הרמ"א (על פי הי"א) סובר שחילוק הגמ' בין בידו ואינו בידו (אות ב') תקף לדינא. ולשיטתו, פסק השו"ע בסימן שכ"ח (אות י') נכון לדינא אבל לא מטעמו של השו"ע (שמדובר בתקנת חכמים מיוחדת, וכשיטת הרשב"א והגאון), אלא מפני שעל פי דיני אסמכתא, דבר שבידו אין בו דין אסמכתא.

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- מי שנתן מעות לחבירו לקנות לו יין במקום הזול והתחייב לו שאם לא יקנה ישלם לו, ולא הלך ולא קנה. לדעת רב חמא עליו לתת לו יין כפי הסך שהיה יכול לקנות במקום הזול, ולשיטת רב זביד רק ב"יין סתם" כך הדין. ולרב אשי אינו חייב לשלם כלום כיון שהתחייבות זו היא אסמכתא, שיתכן שלא ימכרו לו, ואפילו אם התברר שהיו מוכרים לו, יסוד החיוב הוא בספק ואינו תופס (אות ב', ד').

¹⁷⁷ במציאות המוכרת לנו, אדם נכנס לחנות לקנות מוצר גדול כמו מקרר וכדו' והוא מסכם את העיסקא מול בעל החנות ומשלם לו ובעל החנות מתחייב לספק את הסחורה כעבור זמן. במקרים רבים המקרר איננו בבעלותו של בעל החנות אלא בבעלות היבואן. ובעל החנות נותן הוראה ליבואן להביא את המקרר לביתו של הקונה. ולכאורה גם אם ננקוט שהיה מעשה קנין בין בעל החנות לבין הקונה, הרי שמדובר במקרה דומה לקניית היין, שיתכן שהיבואן לא ימכור לו (או לקונה), ונמצא שלפנינו עיסקא שיש בה חסרון של "אסמכתא" (זאת בנוסף לשאלה האם הקונה אכן קנה שהרי מדובר בקנין כסף, ויתכן שאף קנין כסף אין כאן אם משלם באמצעות המחאות או כרטיס אשראי שהרי זה כמלוח שאינו קונה, ושלא משתעבד מכח שיעבוד אחר, וצ"ע).

¹⁷⁸ פירוש, תלוי בו ולא באחרים.

¹⁷⁹ והכרעתו היא כשיטת ר"י בעל התוס'.

- יתכן שרב חמא סובר שאסמכתא קניא, ויתכן ששיטתו היא שהנידון שלפנינו אין בו חסרון של אסמכתא, כיון שהוא יודע את הסיכון שבפניו, ואילו רב אשי סובר שאף בידיעת הסיכונים, קיים דין אסמכתא (אות ה'–ו').
- בסוגייתנו לא נאמר האם מחלוקתם הכללית של רבי יהודה ור' יוסי קיימת גם בנידון שלפנינו, ויתכן לחלק בין המקרים (אות ו').
- האומר אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא, אין בדבריו משום אסמכתא (אות ז') כיון שהדבר תלוי בו, לעומת קניית יין שאין הדבר תלוי רק בו (אות ב').
- לשיטת הרשב"א בשם רב האי גאון, להלכה החילוק בין בידו ללא בידו אינו תקף, ובדין 'אם אוביר...' החיוב חל מתקנת חכמים מיוחדת שאין להסיק ממנה למקרים אחרים (אות ח'). והב"י פירש שזו גם שיטת הרמב"ם (אות ט').
- מדיוק לשון השו"ע נראה ששיטתו כרמב"ם (אות י') ואילו הרמ"א בשם י"א פוסק להלכה את החילוק בין בידו ללא בידו (אות יא).

בִּידוֹ וּלֹא בִידוֹ – מִשְׁחָק בְּקוּבִיא וּמִפְרִיחֵי יוֹנִים

מִשְׁחָק בְּקוּבִיא וּמִפְרִיחֵי יוֹנִים

א. משנה סנהדרין דף כד :

ואלו הן הפסולין (רש"י: לדון ולהעיד), המשחק בקוביא¹⁸⁰ (...וכולן מעין גולנין הן¹⁸¹)... ומפריחי יונים...
 אמר ר' יהודה, אימתי בזמן שאין להן אומנות אלא הוא (דהואיל ואין עוסקין בישובו של עולם, אינן בקיאים בטיב דיינן ומשא ומתן, ואינן יראי חטא)¹⁸², אבל יש להן אומנות שלא הוא, כשרין.

בסוגיית הגמ' (כד - כה.) נחלקו האם ר' יהודה מבאר את שיטת חכמים או חולק עליהם. מסקנת הגמ', שר' יהודה מפרש את שיטת חכמים שבמשנה, ואילו ר' יהודה עצמו סובר כשיטת ר' טרפון¹⁸³ וכדברי הבריייתא:

¹⁸⁰ בדף כה: מבואר בבריייתא שחזרה בתשובה של המשחקים בקוביא היא משעה שישברו את פסיפסיהן או את שברי האגוזים בהם הם משחקים. משמע, שלא מדובר ב'קוביא' המוכרת לנו (אמנם הערוך בערך קביא, פירש שמדובר בקוביא בעלת שש צלעות). ועיין במאמרו של ד"ר שילם ורהפטיג, סיני ע"ר עמ' רכ"ט ואילך וביחוד בעמ' רלא- רלב. ועיין גם בדברי רש"י בגמ' ר"ה דף כב שכתב שמשחק בקוביא משחק בחתיכות של עצם.
¹⁸¹ ולקמן, ביאר רמב"ח שהפסול הוא משום אסמכתא. כלומר, כל מי שעשה עיסקא שיש בה 'אסמכתא', העיסקא אינה תקפה והשני אינו חייב לשלם. ואם השני שילם, הכסף בידו של המקבל הוא "מעין גזול". ונראה, שדברי רש"י אינם מוסבים רק על האסמכתא שבסוגייתנו, אלא על כל האסמכתאות שהוזכרו לעיל.

והאם חייב להחזיר כאשר זכה בכסף שבא מחמת אסמכתא, עיין רמ"א חו"מ סימן ל"ד סעיף ל"א ובדברי הנו"כ שם. אמנם אף למ"ד שחובה עליו להחזיר יל"ע האם הדבר יוצא בדיינים (והיינו שהצד שכנגד יכול לתובעו) או שאינו יוצא בדיינים, רק שאם הוא בא לשוֹב עליו להחזיר את שלקח שאל"כ לא יסור ממנו פסול העדות. ועיין לבוש חו"מ סימן ל"ד סעיף ל"א. ועיין בדברי רש"י במסכת שבת - לקמן אות עה.

¹⁸² נראה שמי שחי בעולם של הימורים, ההתייחסות שלו למציאות היא מעוותת, ולכן אינו מבחין את אמת לשקר, ואינו ירא מפני החטא. ובטור חו"מ סימן ל"ד כתב: "הטעם מפני שאז אינו מתעסק בישובו של עולם לידע כמה טורח האדם אחר הממון ונקל בעיניו להעיד שקר להפסיד ממון חבריו". ומסתבר שקיים גם חשש שיעיד שקר כדי לזכות בממון.
 ואף מי שאינו עובד לפנסתו וחי מממון שהורישו לו, אף הוא אינו יודע מה היא טירחה עבור פרנסה, אבל כיון שאינו עוסק במשחק בקוביא ובהפרחת יונים, לא נתגלה שהוא אינו מתייחס ברצינות לממונו, ולכן אין לפוסלו לעדות ודיינות, ואינו נכלל במי שאינו ירא חטא (ועיין הערה (192).

¹⁸³ שהיה מרבתי.

בין שיש לו אומנות שלא הוא, ובין שאין לו אומנות אלא הוא¹⁸⁴, הרי
 הוא פסול - ההיא¹⁸⁵, ר' יהודה משום ר' טרפון היא¹⁸⁶...

וטעם המחלוקת, מבואר בגמ' בדף כד :

משחק בקוביא מאי קעביד ?

אמר רמי בר חמא, משום דהוה אסמכתא (היינו דבר דאינו נותן לו
 מדעתו, אלא סומך על דבר דאינו, דסבור שהוא יכול לנצח)¹⁸⁷, ופעמים
 שמנצחין אותו, ואסמכתא לא קניא.

רב ששת אמר, כל כי האי גוונא לאו אסמכתא הוא (רש"י: והיכי דמי
 אסמכתא - כגון דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא [בבא מציעא עו.])¹⁸⁸
 וכגון משליש את שטרו דגט פשוט (בבא בתרא קסח.)¹⁸⁹ דסומך על לא דבר,
 דסבור כל זה בידי לעשות, ומרישא כי מתני אדעתא דלא יהיב ליה
 לאסמכתא קא מתני, דטועה וסבור לא יבא לידי כך. אבל הכא לא סמך
 אמיד, דהא לא ידע אי נצח אי לא נצח, ואפילו הכי אתני, שמע מינה
 מספיקא אתני גמר ואקני, ולא גזילה היא)¹⁹⁰.

¹⁸⁴ אין לו אומנות אלא הוא', כלומר משחק בקוביא ומפריח יונים. ויש לעיין מה היא האומנות
 שבכך, ונראה על פי דברי הגמ' בדף כה. (לקמן אות ה') שמדובר באדם שהוא עצמו משחק
 בקוביא והוא עצמו מפריח את היונים, ולא במי שמהמר על משחקים של אחרים, ואומנתו היא
 לשחק ולהפריח.

¹⁸⁵ כלומר, הבריייתא היא שיטת ר' יהודה בשם רבי טרפון, ואילו במשנה ר' יהודה מפרש את
 דברי חכמים. וכך כתב רש"י בדף כה. ד"ה "ההיא": "ומתניתא דקתני בין שיש לו כו' דמשמע
 טעמא משום אסמכתא, ר' יהודה גופיה אמרה משמיה דר' טרפון, ופליג אדרבנן דמתניתין
 דטעמיהו משום ישוב, ובמתניתין ר' יהודה מילתייהו דרבנן קא מפרש". ולקמן ננקוט, ששיטתו
 של ר' יהודה היא כשיטת ר' טרפון, ועפ"י יש לעיין בשיטתו הכללית של ר' יהודה שאסמכתא
 לא קניא (לעיל עמ' ג'), עיין לקמן.

¹⁸⁶ ע"ש בראיה מדין נזירות.
¹⁸⁷ האם הוא סבור שהוא יכול לנצח כיון שהדבר תלוי בו (יש לו ידע מקצועי שמשפיע על
 תוצאת הטלת הקוביא או הפרחת היונים), או שזו 'אמונה עיוורת' שאין מאחוריה ולא כלום, ועיין
 בהמשך דברי רש"י. ומשמע כאפשרות השניה שהרי כתב "לא ידע אי נצח אי לא נצח" משמע
 לכאורה שב'דעה צלולה' הוא היה יודע שאין בכוחו להשפיע ולדעת, ועיין לקמן אות ד' ואילך.

¹⁸⁸ תוס' בדף כד: בד"ה "כל דאי" כתב שט"ס בדברי רש"י, שהרי המתחייב לשלם במיטבא, אין
 זו אסמכתא (לעיל עמ' סא), ולכן יש לגרוס "אשלם אלפא וזו", שמקרה זה הינו אסמכתא לפי
 שהגזים. ובספרים טעו כיון שבפירוש רש"י היה כתוב "אם אוביר וכו'" והסופרים טעו וכתבו
 "במיטבא". אמנם עיין בשיטת הרשב"א (בשם הגאון) בעמ' סד, שאף המתחייב לשלם במיטבא

אלא לפי שאין עסוקין בישובו של עולם...

לשיטה הסוברת, שמשחק בקוביא ומפריח יונים נפסל לעדות רק כאשר אין לו אומנות אחרת אלא זו. יש לעיין האם נוכל להסיק מכאן שמשחק בקוביא מותר לגמרי, או שיש בו צד איסור, אבל צד איסור זה איננו פוסל אותו לעדות. וכתב על כך הסמ"ע בחו"מ סימן ל"ד ס"ק מ' כתב:

בפרישה הוכחתי דהרמב"ם¹⁹¹, לא ס"ל כמ"ד דמשחקי בקוביא נפסלים משום דהוי גזל גמור, כיון דאין קונים מעות הקוביא דהו"ל אסמכתא. אלא אף שקונה אותו, מ"מ כיון שאין חבירו מקנה לו בקנין גמור אלא ע"י שחוק והיתול בא לידו, הו"ל אבק גזל. מיהו אף שיש בו צד איסור גזל מ"מ לא הוה נפסל בזה, כיון דאינו אלא אבק גזל שהוא מדרבנן, ולא נפסל ממנו אלא אם כן ביש לו הנאת הגוף מזה וכמ"ש מור"ם בסעיף ג', משום הכי בעינן נמי שלא תהא לו אומנות אלא הוא, ואז מסתמא הוא אוכל ממעות שחוק זה, וכיון דנהנה ונתגדל במעות איסור הללו פסלוהו וחשדוהו שיעיד נמי שקר, משא"כ אם אינו אוכל ממעות שחוק זה אלא מחזיק אותו בידו וחוזר ומשחק בו להעביר בו זמנו, לא אמרינן דהוא חשוד להעיד שקר¹⁹²...

אמנם עיין לקמן אות יג, שעל פי דברי הסמ"ע, השו"ע עצמו סובר שנחלקו על

ה"ז אסמכתא רק חכמים תיקנו שיועיל.

¹⁸⁹ע"מ ג'.

¹⁹⁰בביאור "כל כי האי גוונא לאו אסמכתא" נחלקו ראשונים. שיטת ר"ת בתוס' ד"ה "כל כי" (בדף כה.), שחסרון האסמכתא הוא במקרה שהאדם שהתחייב יכול רק להפסיד ואין לו צד של רווח כגון במקרה של משליש שטרו ואומר שאם לא יבוא עד יום פלוני, יוכל המלוה לגבות את הכל (למרות שכבר פרע במקצת) וכו"ל עמ' ג'. אבל במקרה בו יש לכל צד אפשרות להפסיד וגם אפשרות להרוויח אין חסרון של אסמכתא. אולם תוס' שם מקשה על שיטתו. ולקמן (אות ג' ואילך) שיטת רש"י (שאף ר"י בתוס' הסכים עימו). ועיין ספר הישר, חידושים, סימן ר"כ, בשיטת ר"ת שם, וע"ע (ועיין מש"כ על דבריו בתוס' מסכת שבת דף עד. ד"ה "הכא"). ועיין הערה 215 ולקמן עמ' פט ובדברי הרמב"ן בהערה קסט.

¹⁹¹שיטת הרמב"ם בפרק י' מהלכות עדות הלכה ד', ופרק ו' מהלכות גזילה הלכה י"א, עיין בטור סימן ל"ד ובב"י ובב"ח שם ובט"ז על השו"ע חו"מ סימן ל"ד סעיף ט"ז.

¹⁹²ועי"ש שאם יש לו אומנות אחרת אבל אינה מספקת כדי פרנסתו ג"כ יש לפוסלו. ולאידך גיסא, מי שאין לו אומנות אחרת אבל יש לו מעות לפרנסה לא יפסל, אולם ציין שמדברי רש"י לא עולה כדבריו, עי"ש. ועיין לקמן אות יג בפסק השו"ע.

דעה זו, ומשחק בקוביא שיש לו אומנות אחרת אין לפוסלו לעדות ואין בזה איסור גזל כלל, וכך היא גם שיטת הרמ"א, ע"ש.

ב. נמצא שלמסקנת הגמ' בסוגייתנו שתי שיטות, ששתיהם הובאו על ידי ר' יהודה:

- ר' יהודה בביאור שיטת חכמים: משחק בקוביא ומפריח יונים, פסול לעדות אם אין לו אומנות אחרת. משמע שלשיטתם עצם הדבר אין בו איסור, ואין בו משום אסמכתא (לולי דברי הסמ"ע לעיל)¹⁹³.
- ר' יהודה בשם ר' טרפון: משחק בקוביא ומפריח יונים, פסול לעדות, שהתחייבות היא רק מכח 'אסמכתא' שאינה קונה, וממילא הכסף שהוא נוטל לעצמו, הוא 'מעין גזל' (כדברי רש"י במשנה), וזו היא גם שיטת רמב"ח.

ג. בדין אסמכתא קיימת מחלוקת בין ר' יהודה לר' יוסי (עמ' יד', ל, לח). לר' יהודה אסמכתא לא קניא ואילו לר' יוסי אסמכתא קניא. בסוגייתנו, מובאת שיטת ר' יהודה (שיסודה בשיטת רבו, ר' טרפון) ושיטת חכמים (על פי פירושו של ר' יהודה). ויש לעיין מה היא שיטתו של ר' יוסי בדינם של משחק בקוביא ומפריח יונים.

על פי המבואר בסוגייתנו (ועל פי שיטות רש"י ור"י, לקמן), אדם שידוע שהוא 'מהמר' ואין ביכולתו להשפיע על זכייתו או הפסדו, גמירות הדעת שלו במעשיו נתונה במחלוקת הנ"ל (ועיין לקמן אות ד' ואילך), אולם מי שחושב שביכולתו להשפיע ולעשות ומתחייב שאם לא יעשה יחול עליו חיוב גדול, ולבסוף (נאנס) לא ביצע, מעיקרא גמירות הדעת שלו נמוכה מאשר זה שידוע שאין בכוחו להשפיע.

ועל פי דרך זו¹⁹⁴ נמצא שבפנינו שלש שיטות בדין אסמכתא¹⁹⁵:

¹⁹³ שאילו היה בו איסור, היו נפסלים [מדרבנן] מדין גזל (וכמבואר ברש"י במשנה).
¹⁹⁴ שיטות רש"י ור"י (לקמן אות ד') ואילו לשיטת ר"ת (עיין הערה 190 ועמ' צז ואילך), יתכן שחלוקת השיטות שונה.

- ר' יוסי: אסמכתא קניא הן במקרה בו האדם סבר שבכוחו לעשות (ונאנס), והן (וכל שכן) שאסמכתא קניא במקרה בו אין ביכולתו לעשות (סוגייתנו).
- ר' יהודה: אסמכתא לא קניא כשאין בידו להשפיע (סוגייתנו, וכשיטת ר' טרפון), ובודאי לא קניא כאשר סבר שבידו לעשות.
- חכמים במשנה אליבא דר' יהודה (ועל פי דברי רב ששת): 'מהמר' אין בו משום אסמכתא, אבל במקרה בו הוא סובר שביכולתו להשפיע (מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי) יש בכך חסרון של אסמכתא.

ועיין לקמן בביאור שיטת רש"י והמרדכי (אות ו'). ולדבריהם, אף במשחק בקוביא ובהפרחת יונים לא מדובר רק בגורל אלא גם בפעולה שהמשחק עושה ויכולה להיות לה השפעה על התוצאה, אלא שיש בדבר גם 'גורל' ואין ודאות בדבר. ונמצא שלשיטת ר' יהודה יש בכך חסרון של גמירות דעת ויהיה אסור משום אסמכתא¹⁹⁶. ומכל מקום, אף על פי דרך זו, קיים חילוק בין מי שנאנס לבסוף ומעיקרא סבר שיש בכוחו לבצע, לבין מי שמעיקרא הכניס עצמו למציאות שיש בה 'שותפות' של מעשה וגורל.

אמנם, האמור לעיל הוא על פי שיטת רש"י והמרדכי, אולם על פי שיטת השלטי גיבורים (לקמן אות ט'), דבר שתלוי רק בגורל איסורו חמור מדבר שיש בו גם צד של חכמה ואפשרות השפעה על התוצאה. ולשיטתו, יתכן שר' יוסי שסובר שאסמכתא קניא, אמר את דברו רק במקרים בהם המתחייב סבר שיש בכוחו להצליח (כגון, להגיע במועד שקבע לעצמו) אולם בדבר שכולו 'גורל', יתכן שאף ר' יוסי יודה שאסמכתא לא קניא, וצ"ע.

שיטות רש"י והמרדכי בשם הראב"ה – האם משחק בקוביא כולו גורל / גורל לעומת

¹⁹⁵ועיין בתחילת דברינו בשיטות הראשונים השונות בכלל דין אסמכתא.
¹⁹⁶עיין לקמן עמ' קי בהצעה נוספת מדוע אין במפריחי יונים משום אסמכתא אף לשיטת ר' יהודה, וצ"ע.

דבר שיש בו חכמה וגורל

ד. כנ"ל (אות א' בעמ' פב), לשיטת רש"י מי שהתנה תנאי וסבר שבידו לקיימו ולא עלה בדעתו שיגיע לידי תשלום הסך הנוסף, יש בכך חסרון של אסמכתא לשיטת ר' יהודה. אבל דבר שמעיקרא 'שלא ידע אי נצח אי לא נצח' גומר ומקנה – על פי שיטת חכמים אליבא דר' יהודה, ואילו ר' יהודה עצמו סובר (על פי שיטת ר' טרפון) שגם במקרה זה קיים חסרון של אסמכתא. אולם כפי שיתבאר לקמן, קיים חלוק נוסף.

ה. גמ' סנהדרין דף כה. - כה : :

ומפריחי יונים. מאי מפריחי יונים, הכא תרגומה, אי תקדמיה יונך ליון (רש"י: ליוני, אתן לך כך וכך).

רבי חמא בר אושעיא אמר, ארא (...) מלומד להביא יונים ממקומן לבית בעלים על כרחן ויש בהן גזל¹⁹⁷.

...ואידך, תנא תולה בדעת עצמו (דהויא אסמכתא, והדר תנא תולה בדעת יונו)¹⁹⁸, ותנא תולה בדעת יונו. וצריכא, דאי תנא תולה בדעת עצמו, התם הוא דלא גמר ומקני, דאמר קים לי בנפשאי דידענא טפי (ולא היתה ספיקא בידו, וטעות הוא, וכי אתני אדעתא דהוא נצח אתני, ולא גמר ואקני, אבל תולה בדעת יונו, ספיקא הוא בידו אי נצח ואפ"ה אתני מספיקא הילכך גמר ומקני²⁰⁰). אבל תולה בדעת יונו, אימא לא.

¹⁹⁷ גזל משום דרכי שלום. והטעם הוא, שבעל השוכך לא זכה בהם בקנין גמור דממילא קאתו (רש"י ד"ה "מפני דרכי").

¹⁹⁸ הגמ' מקשה על השיטה שארא הינה הפרחת יונים, שלכאורה קיימת כפילות שהרי כבר נאמר דין משחק בקוביא – ולקמן בפנים התשובה.

¹⁹⁹ משחק בקוביא הוא זה שתולה בדעת עצמו.

²⁰⁰ עיין שו"ת הרשב"א החדשות מכת"י סימן שי"ז שכתב ששיטת רש"י היא "שכל מה שהוא תולה בדעת עצמו... יש בו משום אסמכתא... אבל במה שהוא תולה בדעת אחרים גמר ומקני". ולפי"ז שיטת רש"י כשיטת הרמב"ן.

ואי תנא תולה בדעת יונו, דאמר בנקשא תליא מילתא (שיש לו דפין של עץ מנקשין זו לזו והיונה שומעת קולן ומכרת שבעלה מזרזה וממהרת לעוף. נקשא – הכאה זו על זו) ואנא ידענא לנקושי טפי, אבל תולה בדעת עצמו, אימא לא, צריכא²⁰¹.

מסוגיית הגמ' עולה, שהן משחק בקוביא והן מפריח יונים, סוברים שבכוחם לנצח. המפריח יונים סובר שנקישתו תוכל לגרום שיונתו תעוף מהר יותר מיונת חברו, והמשחק בקוביא סובר ש"קים לי בנפשאי דידענא טפי". כלומר, בשני המקרים מדובר במשחקים בהם המשחקים סבורים שיש להם יכולת להצליח מכח כשרונם והמיומנות שלהם, ולא במשחק 'מזל' שאין אפשרות להשפיע על התוצאה (או אפשרות לדעת מה תהיה התוצאה).

ומכאן שיש לעיין בשיטת רש"י בסוגייתנו:

- "דסובר שהוא יכול לנצח" (אות א')
- "לא ידע אי נצח אי לא נצח" (אות א').
- "קים לי בנפשאי דידענא טפי" (לעיל²⁰²).

ויש לעיין, שמסוגיית הגמ' מוכח שהוא סובר שהוא מסוגל ויודע כיצד לנצח את חברו, ואילו מדברי רש"י לכאורה קיימת סתירה, שמעיקרא כתב שהוא סובר שהוא יכול לנצח, ואילו בהמשך כתב שהוא אינו יודע אם ינצח או לא.

היה מקום לתרץ, שמחשבתו שהוא יכול לנצח אינה מלמדת שלא מדובר ב'מזל'. אלא, דרכם של מהמרים, שהם 'בטוחים' שינצחו אבל אין שום בסיס לבטחונם (וכדברי רש"י לעיל באות א', שסומך על דבר שאינו), ואף הוא עצמו ברגע של שיקול דעת יודע שאין לו אפשרות לדעת אם ינצח או לא. וזו גם כוונת הגמ'.

²⁰¹ל"ע האם סוגיא זו היא על פי השיטה שהחסרון במשחק בקוביא הוא משום גזל או משום שאינו עוסק בישובו של עולם, עיין בחידושי הר"ן בתחילת דף כה. וכמאירי בדף כד: כתב, שהסוגיא היא אליבא דמ"ד משום שאינו עוסק בישובו של עולם, עי"ש.

²⁰²מפורש בגמ' לגבי מפריח יונים, אבל ממהלך הסוגיא מוכח שזו גם דעתו של המשחק בקוביא.

שהוא אומר שהוא יודע לנקוש יותר מחבירו, דהיינו הוא סבור כך, כי מהמר סובר שהוא יצליח. אבל במבט מפוכח, אין סיבה לבטחונו ומדובר בהימור. אמנם רש"י לא כתב כך במפורש (ועיין לקמן באות ו' ובאות ח').

אמנם, הגמ' מבארת את הכפילות שבמשנה, שלכאורה כפלה שלא לצורך הן את דינו של המשחק בקוביא והן את דינו של מפריח היונים. אולם, כל זאת אך ורק למ"ד שמפריח יונים הינו תחרות בין היונים, אולם דעת רבי חמא בר אשעיא, הפרחת יונים הינה 'ארא' (וכנ"ל), ולשיטתו אין כפילות במשנה, ולדבריו, יתכן היה לומר שמשחק בקוביא הינו 'גורל' ממש (ללא התערבות של האדם, וללא מחשבה שיש לו יכולת השפעה על התוצאה) אולם דחוק לומר זאת, כיון שהגמ' לא פירשה שהמחלוקת בפירוש המשנה, הינה גם מחלוקת בביאור משחק בקוביא.

ו. מרדכי, ב"מ סימן שכ"ג בשם הראב"ה (הו"ד בב"י סימן ר"ז אות ט"ז):

ועוד כתב, דמשחק בקוביא ומפריחי יונים הוי אסמכתא משום דלא גמר ומקני, דאמר אנא ידענא בנקישא טפי. אבל ההוא דפרק במה מדליקין שהמרו זה בזה, שאינו תלוי בחכמתו²⁰³, מספק גמרי ומקני אהדדי, להפסד ולריוח וכן כל שחוק שאינו תלוי בחכמתו²⁰⁴...

אם ננקוט ששיטת הראב"ה, המרדכי ורש"י²⁰⁵ הינם שיטה אחת, נגיע למסקנה הבאה:

- משחק בקוביא והפרחת יונים יש בו שילוב של מחשבה ומזל, ועל כך נחלקו בסוגייתנו האם יש בו חסרון של אסמכתא או לא (ר' יהודה בשם

²⁰³ גמ' במסכת שבת ל: - לא. "מעשה בשני בני אדם שהמרו זה את זה. אמרו, כל מי שילך ויקניט את הלל - יטול ארבע מאות זוז". ועל מקרה זה אומר הראב"ה שתלוי בגורל. וצ"ע והרי שמה האחד יודע להקניט יותר מחבירו, והרי הוא כמו משחק בקוביא, שבמשחק עצמו יש 'חכמה' בנוסף למזל.

²⁰⁴ אמנם, עיין לקמן בלשונו של הראב"ה עצמו בתשובתו - לקמן אות ט', וצ"ע.

²⁰⁵ ועיין לקמן אות ז', בהסבר נוסף לשיטת רש"י.

ר"ט סובר שיש בכך אסמכתא, וחכמים אליבא דר"י סוברים שאין בכך אסמכתא, והפסול הוא כשאין לו אומנות אלא הוא)

- דבר שבידו לעשות ולא עשה (באונס), בכך נחלקו ר' יהודה ור' יוסי.
- בדבר שכל כולו 'גורל' גמרי ומקני לכו"ע (אמנם, עיין לקמן אות ז' ואילך).

אמנם, רש"י עצמו לא כתב במפורש את חילוקו של המרדכי, ולכן היה מקום לומר שרש"י עצמו סובר שאף בדבר שכולו גורל, והמשחק עצמו יודע שאינו יכול להשפיע על תוצאת המשחק (ועיין אות ח' לקמן), ג"כ נחלקו חכמים אליבא דר' יהודה ור' יהודה בשם ר' טרפון – ועיין לקמן.

ז. בשו"ת רב פעלים חלק ב' יו"ד סימן ל' כתב שאין הכרח לבאר את סוגייתנו כשיטת הראב"ה הנ"ל. ולהיפך על שיטתו קיימת קושיא מסוגיית הגמ' בשבת דף קמט: שמוכח שמשחק בקוביא כולל (גם) משחק שכל כולו 'גורל':

...אמר שמואל, מנה גדולה כנגד מנה קטנה, אף בחול לאחרים אסור. מאי טעמא, משום קוביא²⁰⁶ (רש"י: משום קוביא, דגזל הוא²⁰⁷, דאסמכתא לא קניא, והוא אסמכתא דסמך על הגורל אם יפול גורל אמנה הגדולה אזכה בה, ולפיכך תלה עצמו אף לגורל הקטנה על הספק, ואילו יודע מתחלה שכן, לא היה מתרצה).

כנ"ל (סוף אות ו'), לשיטת רש"י ניתן לישב שאין חילוק בין המקרים, אולם לשיטת המרדכי בשם הראב"ה קשה. ובדוחק אפשר היה לומר שקיימת מחלוקת סוגיות האם 'גורל' ללא חשיבה יש בו איסור שלדעת שמואל אסור, ואילו על פי סוגיית הגמ' בסנהדרין בכך נחלקו, וצ"ע²⁰⁸.

²⁰⁶ נראה שכל אחד מתחייב לשלם אבל אינו ידוע אם תיפול בחלקו מנה גדולה או מנה קטנה.

²⁰⁷ צ"ע, שלעיל באות א' כתב שהוא מעין גזל אבל לא גזל ממש.

²⁰⁸ ובשו"ת רב פעלים הנ"ל חילק בין איסור גזל שאינו קיים בדבר שכולו 'גורל' לבין איסור נוסף שקיים אף בדבר שאין בו גזל (איסור גורל), שנאסר משום איסור קוביא (שהוא מחשבה וגורל), עי"ש.



משחק בקוביא – גורל או חכמה וגורל – שיטת ר"י

ח. מדברי המרדכי (ויתכן שזו גם שיטת רש"י) מוכח שמשחק בקוביא אינו כולו 'גורל' אלא יש בו חכמה וגם גורל (ולכן נחלקו בדינו - לעיל אות ו'), אולם שיטת ר"י בתוס' בסנהדרין דף כה. ד"ה "כל כ"י הינה:

פירש הקונטרס... על כן נראה לר"י עיקר כפירוש רש"י... משחק בקוביא דלאו בידו הוא כלל²⁰⁹...

יתכן שר"י ביאר שהמציאות של משחק בקוביא שונה מזו שעליה דיבר רש"י. אבל לא נראה לומר כך, שהרי ר"י כתב ששיטת רש"י עיקר. ולכן נראה, שאף ר"י מודה שבמשחק בקוביא יש יסוד של 'חכמה', אבל כיון שהחכמה הינה אחוז קטן מסיכויי המשחק, לפיכך ניתן להתייחס למקרה זה כאל מקרה שאינו בידו כלל, ובמקרה זה נחלקו במשנה בסנהדרין דף כד: (אות א').

ואף שבגמ' מוכח שמשחק בקוביא ומפריח יונים סובר שבידו לנצח כיון שיודע לנקוש טוב יותר (אות ה'), נראה שר"י יאמר שמדברי הגמ' לא נוכל להסיק שזו היא המציאות, אלא הוא סובר כך, אבל אליבא דאמת אין לו על מה לסמוך, וכנ"ל אות ה'.

חכמה לעומת גורל / שיטת השלטי גיבורים

ט. שיטת המרדכי בשם הראב"ה, שבגורל עיור אין משום אסמכתא וככל שיש בדבר יותר חכמה, יותר יש לחוש לאסמכתא – לעיל אות ו'. אולם בדברי השלטי גיבורים במסכת עירובין דף לה: מדפי הרי"ף אות ג' קיימת גם דעה שונה:

²⁰⁹עיין בשיטת תוס', לקמן עמ' פז ואילך.

נשים משחקות באגוזים או בתפוחים... ונראה בעיני שאם הן משחקות לנצח זו את זו אפילו בחול אסור²¹⁰, מפני שהוא דומה לקוביא כמבואר בקונטרס הראיות.

ודברי ריא"ז צ"ע, דהא שחוק אגוזים ותפוחים הוו מידי דתלוי בחכמה ואינו תלוי בגורל בענין דליהוי דומיא דקוביא, ולדידיה יהיה נמי אסור לשחוק בשחוק השקאק²¹¹.

ולדעת²¹², כי יש ראייה²¹³ להוכיח דכל מידי דתלוי בחכמה אין בו משום הטלת חלשים²¹⁴ ולא משום קוביא, ומותר לשחוק בהן בשבת כל שאינו שחוק ממון, ולא דמי לקוביא שיש בה איסור לשחוק בה אפילו בחינם בשבת משום הטלת גורלות²¹⁵.

לשיטת ריא"ז משחק באגוזים הינו משחק שיש בו חכמה, ויש לאוסרו משום שדומה למשחק בקוביא. אבל אינו מבאר מה הוא המקרה ומה הוא הדמיון.

²¹⁰ בשלטי גיבורים, דף סד. מדפי הרי"ף במסכת שבת, כתב בשם ריא"ז: "ומנה גדולה כנגד קטנה אפילו בחול אסור להפס עם אחר, שנראה כמשחק בקוביא וחומד ליטול ממון חבירו".

²¹¹ משחק השח. כלומר, יש לאסור משחק השח שיש בו חכמה, שהרי האו"ז אסור משחק באגוזים למרות שיש בו חכמה. אולם עיין שו"ת תורת אמת סימן ק"פ שכתב שיתכן שריא"ז מחלק בין חכמת השח שהיא 'ודאי חכמה היא' לעומת משחק באגוזים שאין בה חכמה ויש לאוסרה (גם) משום אסמכתא. ולשיטתו, אף הריא"ז עצמו מודה לשיטת השלטי גיבורים, רק שנחלקו כיצד להגדיר את המציאות במשחק באגוזים, אבל ביסוד הדין שבדבר שיש בו חכמה אין חשש של אסמכתא ובדבר שתלוי בגורל יש בו משום אסמכתא, מודה הריא"ז לשלטי גיבורים - עיין בדבריו לקמן.

ועיין בפחד יצחק בערך שבועה שלא לשחוק' שדן באריכות האם משחק השח נכלל בכך. ושם הובאה תשובת הרב אברהם שמשון פובינו, שכתב שכל סוגי השחוק יש בהם "חכמה וחידוד השכל... בין ביושר בין בעקבה", ובעל השלטי גיבורים לא היה בקי בטיב המשחקים כי לא ניסה בהם. ועיין בכנסת הגדולה, חו"מ (מהדו"ב), סימן ש"ע אות ד', שהדגיש שהאיסור הוא במשחק שח במעות ולא בחינם. ולפי"ז יש לעיין בדינים של תחרויות שחמט שהמנצח זוכה בהם בפרס כספי. אולם, כיון שהמציאות היא שהפרס נתנם על ידי גוף כלשהו שמתחייב לתת את הכסף למנצח ולא משנה לו מי הוא המנצח, הרי שמצידו של הנותן אין חשש אסמכתא כלל. והשחקנים, הם עצמם אינם משקיעים כסף במשחק עצמו כדי לזכות בפרס (אף שהאימונים וכו') ודאי עולים כסף רב).

²¹² דעת בעל השלטי גיבורים.

²¹³ ולא כתב מה היא הראיה.

²¹⁴ עיין שבת קמט: "מטילין חלשין... לישנא דפורא". ופור הוא גורל כמבואר במגילת אסתר. ובשבת יש איסור משום מקח וממכר וכדברי הרמב"ם פרק כ"ג מהלכות שבת הלכה י"ז שאוסר משחק בקוביא בשבת משום מקח וממכר.

²¹⁵ עיין לעיל הערה 190 בביאור "כל כהאי גוונא לאו אסמכתא", ובודאי שהשלטי גיבורים אינו יכול לפרש את דברי הגמ' כשיטת רש"י (שמי שיודע שתלוי בגורל, גומר בדעתו לקנות כי יודע שאינו תלוי בו), ושםא סובר כר"ת, וצ"ע. ועיין לקמן עמ' פט.

והשלטי גיבורים למד מדבריו, שאסור לשחק בשקאק, כיון במשחק השח וכן במשחק באגוזים יש 'חכמה' ובדבר בו יש חכמה, קיים איסור של קוביא²¹⁶.

לעומתו, השלטי גיבורים (שדבריו הובאו גם בב"ח או"ח סימן של"ח ד"ה "כתב רבינו"²¹⁷) עצמו סובר, שמשחק שיש בו חכמה אין בו צד איסור, האיסור הוא רק במקרה בו יש גורל' בלבד. ונמצא ששיטתו הפוכה משיטת המרדכי (אות ו'), ולשיטתו משחק בקוביא שבסוגייתנו הינו 'גורל'²¹⁸, (עיין לעיל אות ח' בשיטת ר"י ובדברינו שם), ואינו דבר התלוי בחכמה, כיון שדבר התלוי בחכמה אין בו איסור כלל.

המרדכי (לעיל אות ו'), כתב שיסוד דבריו הוא בדברי הראב"ה אולם בתשובות וביאורי סוגיות לראב"ה סימן תקצ"ז כתב:

...ודמי למשחקים בקוביא ומפריחי יונים דלא אסמכתא היא ניהו, אלא בב' בני אדם שהמרו זה עם זה²¹⁹.

מדבריו נראה, שלא כפי שכתב המרדכי בשמו, אלא כשיטת השלטי גיבורים הנ"ל, שהפרחת יונים ומשחק בקוביא אין בהם משום אסמכתא, כיון שתלוי (גם) בחכמה²²⁰, ורק הימור שאין בו שום חכמה, יש בו איסור משום אסמכתא, וצ"ע.

י. בביאור סברת השלטי גיבורים (ותשובת הראב"ה) נראה לומר, שחז"ל לא אסרו על אדם לנסות להרויח כסף כאשר הוא מסתמך על חכמתו, אבל בדבר שכל כולו

²¹⁶ ובדבר בו יש רק 'גורל' ריא"ז לא גילה את דעתו.

²¹⁷ וציין להם גם המג"א בסימן שכ"ב ס"ק ח'.

²¹⁸ ויל"ע האם הכרעתו להלכה לאסור קוביא משום גזל או רק משום שאינו עוסק בישוכו של עולם.

²¹⁹ שבמקרה זה אין כלל חכמה, ונאמר דין אסמכתא.

²²⁰ ונראה שזו גם שיטת הרשב"א, בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן כ"ד, אחר שכתב את עיקר שיטתו בדין אסמכתא (שתנאי שרוצים בקיומו אין בו משום אסמכתא, אבל אם אינו רוצה בקיומו והוא כעין קנס יש בו משום אסמכתא) הוסיף: "ורב ששת, דלית ליה אסמכתא בהא, היינו משום דגמר ומקני, וסבור דהוא בקי טפי. וכדי שיקנה לו חבריו, שאינו יודע כמוהו לפי דעתו, גם הוא גומר ומקנה". – ועיין אות י' לקמן.

מזל – אסרו עליו. וטעם הדבר הוא, שבכל מקח וממכר (בו המוכר משקיע חכמה וממון כדי למכור את מוצריו) יש צד סיכון, ואם עסקאות תתבטלה עקב טענת 'אסמכתא', יתבטל עולם המסחר. ולפיכך לא אסרו חכמים כי אם דבר שכל כולו הוא גורל. ועוד, החסרון באסמכתא הוא חוסר גמירות דעת, וסובר השלטי גיבורים שבדבר שכולו 'גורל' אין גמירות דעת, והמשחק הינו אדם חסר דעה שאין לסמוך על גמירות דעתו, לעומת זאת, במשחק בו יש חשיבה, ואדם חושב ומשחק, עצם השקעת החשיבה מלמדת על כך שהוא בר הכי לגמור בדעתו, גמר בדעתו, והקנה^{221, 222}.

הוא עצמו / אחרים המהמרים על מעשיהם של אחרים (השפעה/הבנה)

יא. במשחק בקוביא ומפריח יונים, המשחק והמפריח עצמם הם אלו שמהמרים. ויש לעיין מה הדין במקרה בו אדם איננו משתתף בעצמו בדבר ורק מהמר על מעשיהם של אחרים. ולכאורה, גם במקרה זה יש לחלק בין מקרה בו הוא סבור שיש בכוחו לדעת מה תהיה התוצאה, לבין מקרה בו הוא יודע שהכל תלוי בגורל. שבמקרה הראשון יש לחוש יותר לאסמכתא מאשר השני (וכנ"ל בדברי המרדכי באות ו') או ההיפך (אות ט'). ולשיטת רש"י יתכן שבשני המקרים הדין דומה, כיון שמעורב בכך 'מזל' (אות ז'). ונראה שיש להתייחס למספר מקרים:

- א) המשחק 'גורל', והמהמר עצמו יודע שהוא מהמר על 'גורל'.
- ב) המשחק 'גורל', והמהמר סובר שיודע מה תהיה התוצאה²²³.
- ג) המשחקים עצמם סוברים שיכולים לנצח – המהמר אינו יודע מי ינצח ועבורו מדובר ב'גורל'.
- ד) המשחקים עצמם סוברים שיכולים לנצח – המהמר סובר שהוא יודע מי ינצח.

על פי שיטת המרדכי בשם הראב"ה (אות ו'), במקרה הראשון אין מחלוקת

²²¹ ר' ירמיהו וייסמן שליט"א.

²²² עיין לקמן. ועיין הערה 190, ובשיטת ר"ת בעמ' צב.

²²³ כגון שהמשחקים עצמם סוברים שמדובר במזל, ואילו הוא יודע שלאחר הצדדים יש עדיפות על חברו, והצדדים עצמם אינם יודעים זאת.

ולכו"ע אין בו איסור אסמכתא, ומסתבר שהוא הדין באות ג'²²⁴, אמנם במקרה ד' הדבר תלוי במחלוקת במסכת סנהדרין ומסתבר שאף באות ב' כך הדין.

אמנם על פי השלטי גיבורים (אות ט') הסברא היא הפוכה, במקרה של גורל יש לאסור משום משחק בקוביא, ואילו במקרה של 'חכמה' אין בכך משום משחק בקוביא.

יתכן לחלק חילוק נוסף, במקרה בו האדם עצמו הוא המשחק, בחלק מהמשחקים הוא עצמו משפיע על התוצאה (לפחות חלקית), וסובר שהבנתו במשחק תוכל להשפיע על התוצאה. לעומת זאת מי שמהמר על משחקים של אחרים, ברי לו שהוא אינו מסוגל להשפיע על התוצאות, רק שהוא סובר שהוא 'מבין' בענין, ויכול לדעת מה תהיינה התוצאות, וצ"ע.

ועיין לקמן בדין ערבות (עמ' קט) וביחס בינו לבין דין אסמכתא. ובפשטות, ערבות דומה לנידון שלפנינו, כיון שחיוב התשלום אינו תלוי במעשיו, אלא במעשיו של הלוח, והערב צופה מהצד ומחכה לראות האם הלוח יפרע את חובו או לא, והגמ' דנה מדוע אין בערבות משום אסמכתא, עי"ש.

הברעת ההלכה בסוגייתנו

יב. במשנה נחלקו חכמים ור' יהודה (אות א'), ושיטת רמב"ח שר' יהודה אינו חולק אלא מפרש (אות א'–ב'). ולשיטתו, אין משחק בקוביא ומפריח יונים נפסל לעדות כל עוד יש לו אומנות אחרת. ואילו ר' יהודה בשם ר' טרפון סובר שלעולם נפסל לעדות, אפילו יש לו אומנות אחרת, וטעמו הוא שיש בכך חסרון של אסמכתא (אות ב') וכן נחלקו בסוגייתנו האם הפרחת יונים הינה כמשחק בקוביא או ארא (אות ה').

²²⁴יש לעיין האם יש בכך משום איסור מסייע ידי עוברי עבירה, שהרי אם ננקוט שלמשתתפים עצמם המשחק אסור (לשיטת חכמים אליבא דר' יהודה) הוא מסייע להם. אמנם, יתכן שאם המשחקים אינם מרוויחים אין בכך שום סיוע לעוברי עבירה, למרות ש'מכוער הדבר'.

ובגמ' בדף כו: נאמר:

אמר רבי אבהו, אמר ר' אלעזר, הלכה כר' יהודה.

כלומר, הלכה כר' יהודה שאיננו פוסל משחק בקוביא משום גזל, אלא שיש לפוסלו רק כאשר אין לו אומנות אלא זו, ופסול משום שאינו עוסק בישובו של עולם (אות א')²²⁵.

יג. שו"ע חו"מ סימן ל"ד סעיף ט"ז – בדין פסולי עדות:

מפריחי יונים (פירוש שמלמדים אותם להביא יונים משובך הזולת) בישוב, פסולים, מפני שחזקתן שגוזלים יונים של אחרים....
וכן משחק בקוביא, והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא, הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם, הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל. ולא אקוביא בלבד אמרו, אלא אפילו משחקים בקליפי אגוזים וקליפי רמונים, וכן לא יונים בלבד אמרו, אלא אפילו במשחקים בבהמה חיה ועוף, ואומרים כל הקודם את חברו או כל הנוצח את חברו יטול בעליו שניהם, וכל כיוצא בשחוק זה. והוא שלא תהיה לו אומנות אלא שחוק זה, הרי זה פסול. וכל אלו, פסולים מדבריהם²²⁶.

בפשטות, השו"ע פסק כרב ששת (שפסול לעדות רק אם אין לו אומנות אחרת) ולא כרמב"ח (לעיל אות א'). אולם השו"ע בדיני גזילה בסימן ש"ע סעיף ב' לכאורה פסק כרמב"ח:

²²⁵ בדף כד: מבואר בגמ', שאין מחלוקת בין ר"י וחכמים ור' מפרש את חכמים, וא"כ לא שייך לומר 'הלכה כר' יהודה'. וכתב ביד רמ"ה בסוגייתנו: "ומסתבר דאליבא דמאן דאמר פליגי נקטה". ועוד, שבסוגיית הגמ' בדף כה. מובאת שיטת ר' יהודה בשם ר' טרפון, שמשחק בקוביא יש לפוסלו אפילו כשאין לו אומנות אחרת. ועל כך אומר ר' אבהו שהלכה כר' יהודה במשנה שמפרש את דברי חכמים, ולא כדבריו בשם ר' טרפון.
²²⁶ השו"ע נקט להלכה את שני הפסולים של 'מפריחי יונים' הם את הפסול של 'ארא' והן את הפסול של משחק בקוביא – עיין סמ"ע ס"ק ל"ט.

²²⁷ המשחקים בקוביא כיצד, אלו שמשחקים בעצים או בצרורות או בעצמות, ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חברו באותו שחוק יקח כך וכך. וכן המשחקים בבהמה או בחיה או בעופות ועושים תנאי שכל שתנצח בהמתו או תרוץ יותר יקח מחברו כך וכך, וכל כיוצא בדברים אלו, הכל אסור, וגזל מדבריהם הוא²²⁸....

ועוד פסק השו"ע ביו"ד סימן רכ"ח סעיף ט"ו:

אין מתירין נדר של דבר איסור, אפילו אינו אלא איסור דרבנן, כגון לשחוק²²⁹...

ונמצא, שלכאורה השו"ע סותר את עצמו²³⁰. אמנם יש מקום לבאר על פי שיטת הסמ"ע (לעיל אות א') שמשחק בקוביא אינו נפסל לעדות (אם יש לו אומנות אחרת), אבל עצם המשחק אסור מדבריהם. וכאן בס"ק ג' כתב הסמ"ע:

דאין טעמו משום דפסק כרמי בר חמא [סנהדרין כ"ד ע"ב] דאמר דיש בו אסמכתא, דאליביה הוה גזל גמור, אלא פסק ג"כ כרב ששת דאמר איסורו הוא משום דאינו יודע בשובו של עולם,.... ושחוק זה אסור חז"ל משום גזל דאינו מוחל לו שכנגדו בעין יפה אף על פי שאינו גזל גמור. וכל גזל דבריהן אינו פסול מחמתו אם לא שאוכל ממנו...

אמנם בבסימן ש"ע בסוף סעיף ג' כתב השו"ע:

²²⁷ יסודו בדברי הרמב"ם בפרק ו' מהלכות גזילה הלכה י' – עיין בפרק הדין בשיטת הרמב"ם בדין אסמכתא.

²²⁸ עי"ש בסעיף ג' שיי"א שמשחק בקוביא עם עכו"ם אין בו משום גזל, וחלקו עליו, עי"ש.

²²⁹ אמנם, ניתן לישב שמדובר באדם שכל אומנותו היא משחק ולכן נדר.

²³⁰ יסוד דברי השו"ע הינו ברמב"ם בפרק ו' מהלכות גזילה הלכה י' ובפרק י' מהלכות עדות הלכה ד', שלכאורה סותר את עצמו. והב"ח בחו"מ סימן ל"ד כתב, שהרמב"ם פסק כרב ששת אבל אין לפסול לעדות אא"כ אין לו אומנות אחרת, אולם הרדב"ז (ללשונות הרמב"ם סימן ע"ג) כתב שהרמב"ם פסק כרמב"ח, עי"ש. ועיין באריכות בשו"ת יבי"א חלק ד' חו"מ סימן ו'.

²³¹...וחלקו עליו לומר שאינו פסול א"כ אין לו אומנות אחרת.

ובביאור דבריו כתב הסמ"ע בס"ק ג', שדעת החולקים היא, שמי שיש לו אומנות אחרת ומשחק בקוביא, לא רק שאין לפוסלו לעדות אלא אין במעשיו כל איסור:

...וחלקו עליו כו', קאי אמ"ש בסוף סעיף זה²³² 'דאסור וגזל מדבריהן הוא', דאזה חלקו וס"ל דאינו פסול משום גזל, דאז הוה פסול אפילו יש לו אומנות שאינו מספיק...

מלשון השו"ע "וחלקו עליו" נראה שהוא מסכים עם דעת החולקים²³³. ודעת החולקים (עיין באר הגולה אות ט' שכתב שזו שיטת הרא"ש), שמשחק בקוביא ויש לו אומנות אחרת, לא רק שאין לפוסלו לעדות אלא אין בו איסור כלל (שאלו היה בו איסור, היה ראוי לפוסלו לעדות, אולם עדיין צ"ע מלשון השו"ע ביו"ד סימן רכ"ח הנ"ל). ונראה שזו גם מסקנת הרמ"א בסימן ש"ע בסעיף ג':

וכבר פשט המנהג כסברא האחרונה לשחוק בקוביא, ואין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא²³⁴.

²³¹לשון השו"ע שם: "יש מי שאומר שהמשחק בקוביא עם העובד כוכבים אין בו משום גזל, אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים, שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ויישובו של עולם. וחלקו עליו לומר שאינו פסול אלא אם כן אין לו אומנות אחרת" ²³²סעיף ב' – הנ"ל.

²³³ד' מלאכי כללי הפוסקים כללי הש"ע ורמ"א: "כשכותב מוהריק"א בש"ע דעת איוזה פוסק ואחר כך כותב 'וחלקו עליו' נראה שכוונתו לומר דמאחר שחלקו עליו אין הלכה כמותו דאל"כ היה לו לומר ויש מי שאומר כדרכו בכל המקומות שמביא ב' הסברות, כנה"ג חשן משפט סי' קע"ה הגהות הב"י אות כ"ח. אך חוות יאיר סוף סי' קי"ט כתב בשם רמ"ע דכשכותב ויש חולקים מיעוטא ניהו ולא ס"ל כוותיהו עיין שם ואמת הדבר דמדברי הסמ"ע ריש סי' צ"ו וכן ממ"ש הש"ך ב"ד סי' קמ"ב מוכח בהדיא שדעת מרן הוא דיש לחוש לדעת החולקים ועיין גנת ורדים חשן משפט כלל א' סי' ב' ושם כלל ג' סי' כ"ט". ונראה, שאף לשיטת החוות יאיר, בנידון שלפנינו כוונת השו"ע לפסוק בחולקים, שהרי הם מקילים, וצ"ע.

²³⁴בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח סעיף ט"ו פסק: "אין מתירין נדר של דבר איסור אפילו אינו אלא איסור דרבנן, כגון לשחוק... הגה... וכן מי שנדר שלא לשחוק ונשטתה לפעמים, וכששחק ירווח לו מתירין לו". משמע, שהם השו"ע והן הרמ"א סוברים שיש איסור במשחק, ואילו הרמ"א שלפנינו כתב "שפשט המנהג... לשחוק", ושמא כוונתו שפשט המנהג, אבל לא היה ראוי שיקרה כך, ועיי"ש בסעיף כ"ח, וצ"ע.

מדברי הרמ"א שקיים את המנהג לשחק בקוביא (כשיש לו אומנות אחרת – ועיין מה הוא האופן המותר – לקמן אות טו) מוכח שאין בו שום צד איסור, שאילו היה בו צד איסור, הרמ"א לא היה מקיים את המנהג. ועדיין צ"ע מפסק השו"ע ביו"ד בהלכות נדרים, שמוכח שיש איסור בשחוק, אא"כ נאמר ששם מדובר במי שאומנותו בכך, וצ"ע.

יד. אולם, הן מדברי השו"ע והן מדברי הרמ"א בהלכות עדות ובהלכות גזילה, לא נוכל להסיק ביחס למחלוקת המרדכי והשלטי גיבורים ביחס לבין חכמה לגורל (אות ו', ט'), והאם לדעת השו"ע משחק בקוביא הינו משחק שנחשב 'גורל' (כשיטת ר"י באות ח'²³⁵ וכשיטת השלטי גיבורים באות ט') או שיש למשחק אפשרות להשפיע על התוצאה (כשיטת המרדכי באות ו'). אמנם הרמ"א עצמו פירש את שיטתו בסימן ר"ז – וכדלקמן.

טו. רמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג:

אבל אם אין בידו לגמרי, ולא ביד אחרים, כגון המשחק בקוביא וכיוצא בו, שאינו יודע אם ינצח או לא ואפילו הכי התנה, ודאי גמר ומקני מספק.

בד"א, כששוחקין במעות מוכנים. אבל אם שוחקים באמנה, אין מוציאין ממנו מה שהפסיד (טור בשם ר"י).

ויש אומרים אפילו נתן לו משכון על המעות לא מהני, דמעות אין כאן משכון אין כאן, כמו שנתבאר לעיל סימן ק"ץ סעיף ט'. אבל כשמעות מוכנים על הדף²³⁶, מותר לשחוק ואין בו אסמכתא (מרדכי פרק זה בורה), ודלא כיש חולקין ואוסרין לשחוק בכל ענין (הגהות מרדכי הנ"ל).

²³⁵ ועיי"ש, שאפילו יש חכמה בדבר, העיקר הוא גורל ואין משמעות לחכמה.

²³⁶ תוס' סנהדרין דף כה. (סוד"ה כל בדף כד:) "והא דפסקינן דמשחק בקוביא קני, דווקא כשמעות שניהם על פי הדף, לפי שהדף והמקום קנוי לאותו שיריח כדי לקנות המעות אשר

וי"א דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונחים עליו קנוי לשניהם
(תוס' פ' הנ"ל ב"י בשם ר"י²³⁷), וע"ל סי' ש"ע.

מדברי הרמ"א מוכח, שהוא נוקט שמשחק בקוביא הינו 'גורל' גמור ואין בו
'חכמה' (ואף אם במציאות יש חכמה, אין בכוחה להשפיע על תוצאת המשחק,
ועדיין יש מקום ל'גורל'), ורק באופן זה התיר (ובצירוף שיטת הי"א שהיתר הוא
רק כאשר היתה הקנאה על הדף), אבל דבר שיש בו חכמה כגון משחק השח לא
נתבררה מה היא שיטתו, ובפשטות כיון שהתיר רק באופן זה, שיטתו כשיטת
המרדכי ור"י הנ"ל. אמנם, לא נתבררה שיטת השו"ע, כיצד הוא מגדיר את
המשחק בקוביא (גורל או דבר חכמה).

טז. שו"ע או"ח סימן שכ"ב סעיף ו' :

המחלק לבני ביתו מנות בשבת, יכול להטיל גורל לומר למי שיצא
גורל פלוני יהיה חלק פלוני שלו והוא שיהיו החלקים שווים, ואינם
עושים אלא כדי להשוותם שלא להטיל קנאה ביניהם, אבל עם
אחרים אסור כיון שמקפידין זה על זה יבואו לידי מדה ומשקל, אבל
ליתן מנה גדולה כנגד מנה קטנה ולהטיל גורל עליהם, אפילו בבני
ביתו ובחול, אסור משום קוביא....

המג"א בס"ק ח' תמה מדוע השו"ע אוסר בימות החול, והרי אין במשחק בקוביא
משום גזל, ורק מי שאין לו אומנות אחרת נפסל מפני שאינו עוסק בשובו של
עולם וכתב שמדברי השו"ע בחו"מ סימן ל"ד וסימן ש"ע (לעיל אות ט"ז)
משמע :

דקצת יש איסור בדבר.

ולכאורה יש לעיין בדבריו, שהרי השו"ע בסימן ל"ד דן על פסולי עדות, ולא דן

עליו.
²³⁷ עיין בפרק ה' בדיני נדרים בהשלכה לדיני נדרים. ובדברינו בהערה 454.

על עצם האיסור, ואילו בסימן ש"ע השו"ע עצמו ציין שחלקו על הסוברים שיש במשחק בקוביא משום גזל (כנ"ל אות יג, על פי פירוש הסמ"ע), ומדוע סובר המג"א שיש בדבר קצת איסור²³⁸ ?

יתכן, שהמג"א סובר כשיטת השלטי גיבורים (עיין אות ט'²³⁹), שדבר שהוא גורל ממש יש בו משום משחק בקוביא, ולכן הטלת גורל לבני ביתו שהוא רק גורל ללא חכמה יש לאסור, ואילו השו"ע דן על 'משחק בקוביא' שיש בו קצת חכמה, שבמקרה זה אין לאסור כלל. אולם מדברי המג"א עצמו לא נראה לחלק באופן זה, שהרי המג"א כותב שדבריו הם דברי השו"ע בסימן ל"ד ובסימן ש"ע, ולא שיש חילוק לחומרא בין המקרים וצ"ע (ועיין לקמן אות יח).

יז. משנ"ב סימן שכ"ב ס"ק כ"ב :

ולהטיל גורל וכו' - היינו דמי שיזכה בגורל יטול הגדולה ומי שיתחייב יטול הקטנה הוא בכלל שחיקת קוביא ממש. [קוביא הוא מה שמשחקין בעצים] וקוביא הוא אבק גזל מדבריהם שאין דעתו להקנותו בקנין גמור ולהכי אסור אף בחול. ואף דבעה"ב עם ב"ב לא שייך גזל כלל שהרי הכל שלו, מ"מ אסור דלמא אתי לסרוכי בקוביא עם אחרים. ובאחרים בודאי אסור בחול וכ"ש בשבת דקוביא דמי למקח וממכר.

המשנ"ב נקט לדינא שיש שבכל משחק בקוביא יש לחשוש לאבק גזל (ועיין לקמן).

יח. הרמ"א בחו"מ סימן ר"ז, כתב מה הם האופנים המותרים במשחק בקוביא (לעיל אות טו), ולשיטתו יש לעיין מדוע אסרו להטיל גורלות בשבת, והרי יש אופנים המותרים, ומדוע לא הגיה בהלכות שבת, וצ"ע.

²³⁸ ושמא חושש לדברי השו"ע ביו"ד סימן רכ"ח הנ"ל.
²³⁹ והמג"א בתחילת דבריו מציין לשלטי גיבורים.

ושמא, ניתן לבאר את דברי השו"ע בסימן שכ"ב (אות טז) באופן שונה. עצם הטלת גורל מי יזכה במנה גדולה ומי בקטנה, כאשר הזוכים בגורל אינם משלמים עבור המנה, והם כולם סמוכים על שלחן בעל הבית, אין בזה שום חסרון של אסמכתא, אלא שאין לבעל הבית לנהוג כך, כדי שלא ירגיל את בני ביתו למשחקי גורל, ויבואו לידי משחקי גורל האסורים (וכדברי המשנ"ב באות יז). ואף שמשחק בקוביא אין בו איסור, אם אין אומנותו בכך, ומתקיימים התנאים שציין להם הרמ"א (אות טו), בעל בית צריך להיזהר יותר שמא בני ביתו לא ידעו את גבולות ההיתר.

ולדברינו לשון השו"ע הנ"ל: "ולחטיל גורל עליהם אפילו בבני ביתו ובחול²⁴⁰ אסור משום קוביא". פירושו, שלבני ביתו יש לאסור בחול שמא יבואו לידי משחק בקוביא באופן האסור, אבל באופנים המותרים אין שום איסור, ואף לא אבק גזל. אולם כנ"ל המג"א והמשנ"ב חששו לאבק גזל אף במקרה זה, וקצ"ע.

מפעל הפיס / כרטיס בר מביירה

יט. בשו"ת יבי"א חלק ד' חו"מ סימן ו', האריך לבאר שקניית כרטיסי מפעל הפיס יש בה משום אסמכתא לשיטת רמב"ח. ונקט שהרמב"ם והשו"ע הכריעו כרמב"ח (אמנם עיין בדברינו לעיל אות יג ואילך) ולכן אסור לנוהגים כפסקי מרן השו"ע לקנות כרטיסי מפעל הפיס, ועי"ש (אות ד') שדחה את האפשרות להתיר כיון שכבר הקנו את כספם מראש. אמנם הגר"א שפירא זצ"ל כתב (תחומין חלק ה' עמ' 301 ואילך) שאין לפקפק על מנהג שנהגו בו ישראל בכל הדורות. וטעם ההיתר הוא, שאף לאוסרים, האיסור הוא במקרה בו הכסף אותו עימו הוא משחק עתיד לשוב עליו על פי דעתו של המשחק. אבל, אם ברור לו שכספו לא יוחזר

²⁴⁰ אבל שלא בפני בני ביתו, יש תנאי ההיתר הנ"ל ולשון 'אפילו' אין ללמוד ממנה שבבני ביתו אסור וכ"ש אם אחרים שאסור, אלא להיפך עם אחרים שאינו מחוייב לחנכם מותר על פי כלל הדין, אבל עם בני ביתו אסור אפילו בימות החול (ה'אפילו' מתייחס ליום ואל לבני הבית).

אבל ואם יזכה יקבל מעות אחרות אין איסור²⁴¹ (ואמנם עיין מש"כ ביבי"א הנ"ל
 אות ג'). ועוד:

כיון שהנהלת מפעל הפיס מוכרת תעודות הגרלה והתמורה היא
 עצמה שוה כסף, ויש לה ערך כי ניתן למוכרה לאחרים וגם ספרדי
 יכול למוכרה לאשכנזי, שלדעת הכל אין זה בשבילו משחק של קוביא
 אסורה, אין זה דומה למה שהמחבר אוסר משום קוביא.

כלומר, כל דבר שהוא "בר מכירה" אין בו דין משחק בקוביא, וכיון שכרטיס
 ההגרלה ניתן למכירה אין חשש של אסמכתא. ולשיטתו, ודאי שבקניית מניות או
 אופציות גם כאלו שהם בעלי סיכון גבוה, אין בהם חשש של משחק בקוביא, כיון
 שהכל בר מכירה^{242, 243}.

ועוד נראה לומר שאף לולי האמור לעיל, בהגרלת מפעל הפיס וכדו', הנהלת
 המפעל אכן רוצה לחלק את הפרסים, כדי שיקנו ממנה בפעם הבאה. ונמצא,
 שלקבל את הכסף ממפעל הפיס אין איסור²⁴⁴. ועוד שמעתי מפי הגרז"נ גולדברג
 שליט"א שבפיס יש לדון מצד קבלת הכסף של הזכיה ומצד קניית הכרטיס. מצד
 קבלת הכסף של הזכיה, אין בכך שום צד של אסמכתא כיון שהרווחים של מפעל
 הפיס אינם מכך שלא יהיו זוכים (לעומת שנים שמשחקים בקוביא שאחד רוצה
 להרויח את כספו של השני), אלא ממכירות הכרטיסים. והם רוצים לחלק את סך

²⁴¹ ועיין הערה 331.

²⁴² וזאת בניגוד לאמור בקובץ פסקי הדין של בית הדין לדיני ממונות בירושלים חלק י"א עמ'
 קי"ז אות ה', שנקט שאופציות וסחורות עתידיות יש בהם ספקולציה, ויש לאסור משום אסמכתא,
 עי"ש.

²⁴³ אמנם הגרלות בהם יש גם חכמה כגון הימורי ספורט, לכאורה חמור יותר וכו"ל, אולם ע"פ
 הגר"א שפירא זצ"ל לכאורה הכל מותר. ועוד, שעל פי הרמ"א הנ"ל אם שילם מראש, אין חשש.
 ויש לעיין במקומות בהם התשלום הינו בכרטיס אשראי והחוב של כרטיס האשראי הינו אחר
 מועד המשחק (ואף בעלי הקזינו מקבלים את הכסף אחר זמן מחברת האשראי), האם קיים ההיתר
 הנ"ל.

²⁴⁴ מפסקי הגרז"נ גולדברג שליט"א, כת"י: "השתתפות בהגרלת מפעל הפיס אין בה משום
 אסמכתא וחשש גזל והטעם הוא, שבאמת מפעל הפיס רוצה לשלם את הפרסים שהרי הוא מרוויח
 מכך ונותנים את סכומי הפרסים ברצון גמור. ועוד, כאשר הקונים שילמו מראש אין זו אסמכתא,
 אף שודאי אין זו דרך ראויה".

הפרס (שסכומו נמוך מסך רווחי כל הכרטיסים) וכך יקנו מהם עוד פעם שאם לא יהיו זוכים, אנשים לא יקנו. ומצידו של רוכש הכרטיס, אין למפעל הפיס איסור לקבל את כספו מטעם אסמכתא, כיון שמשחק בקוביא שכבר נתן את כספו אין בכך משום איסור משחק בקוביא.

אמנם, על פי הסברא שמפעל הפיס עצמו אסור לו לקבל כספים מקונה הכרטיסים כיון שההגרלה היא אסמכתא, יש לעיין האם יש לאסור לקבל את הכסף, שהרי הזוכה אינו מקבל 'חפץ גזול' אלא מקבל מעות שמפעל הפיס זכה בהם מחמת שקיבל מעות אחרות שלא כדין, וקצ"ע²⁴⁵.

סיכום

כ. העולה מהאמור לעיל:

- משחק בקוביא פסול לעדות. ונחלקו תנאים האם פסולו משום אסמכתא וגזול או שאין לפסולו אם יש לו אומנות אחרת ואינו עוסק בישובו של עולם (אות א'-ב').
- אף לשיטה שמשחק בקוביא פסול רק משום שאינו עוסק בישובו של עולם, יש הסוברים שמעשיו אסורים מדרבנן, ויש הסוברים שאין בכך איסור כלל (אות ב', יג) על פי תנאים מסויימים (אות טו).
- מפריחי יונים יש אומרים שהם גוזלי יונים ויש הסוברים שזה הוא סוג של משחק בקוביא (אות ה').
- שיטת ר' יוסי שבאסמכתא אין משום גזל. ויש לעיין מה שיטתו במשחק בקוביא, ונראה שהדבר תלוי במחלוקת ראשונים (אות ג').
- לשיטת ר"י, משחק בקוביא 'לאו בידו כלל' (אות ח'), ומסתבר שזו גם שיטת רש"י, אמנם הוא עצמו סבור שיש בידו דרך להשפיע על התוצאה (אות ד')

²⁴⁵ וע"ע ישורון י"ט עמ' תר"ה במאמרו של הרב משה אורי אייזנשטיין בדין גורל באתרי אינטרנט. ועיין מים חיים לגר"ד הלוי חלק א' עמ' 76 וסיני עא עמ' ר"ל במאמרו של ד"ר שילם ורהפטיג.

ועיין אות ז'), וכך גם שיטת המרדכי (אות ו'), ולשיטת השלטי גיבורים משחק בקוביא הינו גורל (אות יא).

- נחלקו ראשונים האם משחק שיש למשחק אפשרות כלשהי להשפיע על התוצאה איסורו חמור ממשחק בו כולו גורל או ההיפך. לשיטת המרדכי, דבר שכולו גורל יש להתיר (אות ו') ולשלטי גיבורים מקרה זה חמור מדבר שיש בו חכמה (אות ט').
- סוגיות הגמ' דנות על האדם שמשחק בעצמו. מי שמהמר על משחקים של אחרים, לכאורה תלוי האם הוא סובר שיש לו הבנה או לא (אות יא).
- השו"ע פסל משחק בקוביא רק אם אין לו אומנות אחרת. ולשיטת הסמ"ע, השו"ע מציין לשתי שיטות האם קיים איסור אבק גזל במעשהו. ומסקנתו שאין בכך איסור (אות יג) וכך היא שיטת הרמ"א (אות יג, טו). אולם מדבריו בהלכות שבת ומדברי המג"א והמשנ"ב משמע לכאורה שמכריע שיש איסור בדבר (אות טז-יז ועיין אות יח).
- מדברי השו"ע אין הכרעה ביחס למחלוקת המרדכי והשלטי גיבורים (אות יד), ומהרמ"א נראה שהכרעתו כמרדכי (אות טו).
- הגר"א שפירא זצ"ל כתב, שכל דבר שהוא בר מכירה אין בו משום משחק בקוביא (אות יט).
- נחלקו הפוסקים בדינו של כרטיס מפעל הפיס (אות יט).

בידו ולא בידו / שני צדדים יכולים להרויח / שיטות ר"י ור"ת באסמכתא \ ביאורי סוגיות בגמרא

סוגיות הגמ'

א. תוס' במסכת סנהדרין בדף כד: ד"ה "כל כי האי גוונא"²⁴⁶, דן על סתירה לכאורה שקיימת בסוגיות הגמ' בדיני אסמכתא, כגון:

- אריס (שבידו היכולת לעבד את השדה) האומר לבעל הבית, אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא, אינו אסמכתא, אבל אם אמר שישלם אלפא זוזי הוי אסמכתא כיון שנחשב סכום מוגזם (ב"מ דף קד).
- משליש שטרו, לדעת ר' יהודה יש בו חסרון של אסמכתא, כיון שהיה סבור שיוכל לעמוד בתנאי ולא יגיע לידי תשלום נוסף.
- שליח שנשלח לקנות יין בפרוותא דזולשפט, יש במקרה זה חסרון של אסמכתא כיון שלא תלוי בידו ששמא לא ימכרו לו (עמ' סח).
- משחק בקוביא, שסובר רב ששת "כל כהאי גוונא לאו אסמכתא" (עמ' פא)²⁴⁷.

שיטת רש"י (עמ' פו), המרדכי (עמ' פז) ור"י בתוס' (עמ' פט), שבמשחק בקוביא אין משום אסמכתא, כיון שהאדם אינו תולה בחכמתו, ואינו משלה את עצמו שינצח, ולכן אין במקרה זה חסרון בגמירות דעתו. לעומת זאת שיטת השלטי גיבורים (עמ' צ), שמשחק בקוביא יש בו צד של חכמה, ולכן יש בו איסור, אבל דבר שאין בו כלל צד של חכמה וכולו גורל, יש בו חסרון של גמירות דעת, ואינו קונה מטעם אסמכתא.

²⁴⁶עיין גם בתוס' ב"מ דף עד. ד"ה "הכא".
²⁴⁷עי"ש שציין גם לסוגיית "אכפול ערבונך" (ב"מ דף מח:).

על פי שיטת רש"י ור"י, לכאורה קיימת סתירה בין הסוגיות, האם חוסר היכולת להשפיע ולחזות את התוצאה מהווה סיבה לחסרון גמירות דעת או ההיפך, וכגון:

- בשליחות לקניית יין לזולשפט קיים חסרון של אסמכתא, כיון שאין בידו של השליח להחליט אם ימכרו לו (כלומר, חוסר יכולת השפעה מהווה סיבה לאסמכתא).
- במשחק בקוביא הסיבה בגינה סובר רב ששת שאין חסרון של אסמכתא, כיון שאין בידו להשפיע על התוצאה (כלומר, חוסר יכולת השפעה מהווה סיבה שאין חסרון של אסמכתא).

שיטת ר"י

ב. ר"י (מיישב את שיטת רש"י). ומבאר מתי יש לחוש לאסמכתא ומתי לא²⁴⁸:

- החסרון של אסמכתא אינו קיים אם מעיקרא אין למתחייב יכולת השפעה או ידיעה על מה שיהיה, אפילו אם הוא מגזים בהתחייבותו.
- אם יש בידו לעשות (שלא עלה בדעתו שלא יעשה, וממילא לא גמר בדעתו), או שיש בידו לעשות ותלוי קצת בדעת אחרים (שסומך על עצמו), קיים חסרון של אסמכתא (שלא עלה בדעתו שלא יעשה, וממילא לא גמר בדעתו).
- אם יש בידו לעשות ולצד שכנגד יש הפסד, תשלום ההפסד אין בו משום אסמכתא, כיון שהוא יודע שהפסיד את חברו. אבל אם מגזים, ה"ז אסמכתא.

ולכן (על פי המקרים שבאות א'), התחייבות של אריס אין בה חסרון של אסמכתא אם אינו מגזים, כיון שמשלים את הפסדו של הצד שכנגד. משליש שטרו, כיון שהגזים בהתחייבותו כלפי חברו הרי זו אסמכתא (ר"י אינו מזכיר מקרה זה במפורש, אבל כך נראה על פי שיטתו). שליח שנשלח לקנות יין, התחייבותו הינה

²⁴⁸ שיטת ר"י, הובאה ברמ"א בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג.

אסמכתא, שאמנם אינו תלוי לגמרי בו (שמא לא ימכרו לו) אבל מסתבר שהוא סמך על עצמו שיוכל לקנות. ובמשחק בקוביא שאין בידו לעשות כלל, אין חסרון של אסמכתא. ונראה שאף אם נעשה מעשה קנין, אין בכח מעשה הקנין להתגבר על חסרון של אסמכתא, ולכן אם 'גזים' מעשה הקנין לא יועיל (אא"כ הקנה מראש את כספו, כמו מי שנותן על הדף – לעיל עמ' צז).

ג. דברי ר"י לכאורה אינם מתיישבים בלשון הגמ', שהרי לשיטתו שליח שנשלח לקנות יין בזולשפט יש בו חסרון של אסמכתא, כיון שמעיקרא מחשבתו היא שהדבר תלוי בו (ולכן לא גומר בדעתו להתחייב לשלם), ואילו היה ברור מעיקרא שהכל תלוי ב"גורל" לא היה חסרון של אסמכתא, החסרון הוא מפאת יכולת השליטה (היחסית) שיש לשליח במעשה שליחותו. ואילו הגמ' שמציינת את הטעם שבגינה קיים חסרון של אסמכתא במקרה זה מבארת שכיון ש"לאו בידו", הרי זו אסמכתא, כלומר, דוקא העובדה שהדבר אינו בידו מפקיע את איסור אסמכתא, ואילו לר"י ההיפך הוא הנכון, וצ"ע²⁴⁹.

שיטת ר"ת – אין חסרון אסמכתא במקום בו יתכן שירוויח

ד. בניגוד לרש"י שביאר ש"כל כהאי גוונא לאו אסמכתא" שיודע שהדבר אינו תלוי בו (כנ"ל עמ' פא), ר"ת (בתוס' הנ"ל) חולק. לשיטתו במשחק בקוביא אין חסרון של אסמכתא כיון שחסרון של אסמכתא קיים רק במקרה בו המתחייב יכול רק להפסיד, אבל במקרה בו קיים סיכוי להרויח, אין חסרון של אסמכתא:

'כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא', דלא הויא אסמכתא אלא היכא שאין יכול להרויח כגון משליש שטרו וכו' דגט פשוט (ב"ב דף קסח.).

²⁴⁹ עיין רמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג שהביא את שיטת ר"י.

אבל הכא, לא הוּיָא אַסמכתא משום דכיון דשנים הם, כל אחד ואחד מקני לחבריה, מגו דאי מרווח בעי איהו למקני בהחיה הנאה גמר ומקני לחבריה²⁵⁰. ולפי זה כל שידוכין לא הוּיָא אַסמכתא משום דכל חד וחד בעי למקני גמר נמי ומקני²⁵¹.

וכדברי ר"ת כתב הרמ"א בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג בשם יש אומרים (כאשר מקודם ציין לשיטת ר"י באסמכתא)²⁵².

ר"ת, לא ביאר האם לשיטתו יש מקום לחילוק בין דבר התלוי בחכמה לבין דבר התלוי בגורל, ויש לעיין האם לשיטתו יש מקום לחילוק בדבר.

כנ"ל, בסוגיית השליח לקניית יין בזולשפט, סובר רב אשי שקיים חסרון של אסמכתא כיון "שאינו בידו" (עמ' סח). ופשט הגמ' הוא שדבר שאינו בידו יש בו חסרון של אסמכתא. ומשמע (ליאדך גיסא) שאם יש בדבר חכמה, אין בכך חסרון של אסמכתא, ונמצא ששיטת השלטי גיבורים (לעיל עמ' צב) הינה כשיטת ר"ת²⁵³, וקצ"ע.

על פי שיטת ר"ת, נראה לבאר (על פי סדר הסוגיות שבאות א'):

התחייבות של אריס אין בה חסרון של אסמכתא אם אינו מגזים, כיון שמשלים את הפסדו של הצד שכנגד כמבואר בגמ', אבל אם מגזים, כיון שאין לו שום

²⁵⁰ עיין ספר הישר, חידושים סימן ר"כ, וצ"ע, ועיין מש"כ על דבריו בתוס' מסכת ב"מ דף עד. ד"ה "הכא" וז"ל בעצמו חזר בו". ודברי ר"ת נפסקו להלכה ברמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג בשם י"א. ועיין שו"ת הרשב"א חלק א' תתקי"ז.

²⁵¹ בשידוכין ישנם שני סוגי חיובים. האחד, קנס אם יחזור בו והשני, התחייבות מה הוא נותן לנישואי בנו או בתו. החסרון של אסמכתא הוא שאינו גומר בדעתו להקנות כיון שאינו רוצה להגיע למצב בו יחול עליו החיוב, לעומת זאת מי שמשדך את בנו, רוצה להגיע למצב בו בנו יתחתן, ולכן ודאי שהוא גומר בליבו, שאם בנו יתחתן, הוא יתן לו כך וכך, ולפיכך אפילו אם הצד השני לא התחייב יתכן שהוא יהיה מוכן לתת, וכל זאת לגבי החיוב של נתינה לבנו בשעת הנישואין, אבל לגבי הקנס אם יחזור בו, יש צורך ששני הצדדים יקנסו את עצמם, ועל כך מוסבים דברי ר"ת, ועיין הערה 275. ולקמן עמ' קכו.

²⁵² כלומר, הרמ"א ציין הן לשיטת ר"י והן לשיטת ר"ת.
²⁵³ אמנם השלטי גיבורים לא ציין לדבריו כראיה לשיטתו.

רווח, הרי זו אסמכתא, אפילו אם נעשה מעשה קנין. ובמשליש שטרו, שאין לו אפשרות לרווח וכן שליח שנשלח לקנות יין, התחייבותו הינה אסמכתא, כיון שאינו תלוי בו, ובמשחק בקוביא, אין חסרון של אסמכתא וכנ"ל²⁵⁴.

²⁵⁴תוס' מקשה על ר"ת, מסוגיית הגמ' בב"מ מח: שם נאמר שהנותן עירבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי עירבוני מחול לך, והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול ערבונך, ה"ז אסמכתא לשיטת ר' יהודה. וקשה, שלשיטת ר"ת כיון שמדובר בשנים ונאמר שמקנים זה לזה. ותוס' לא תירץ. ואולי ניתן לישב, שבמקרה של הערבון, יתכן שלא יחזרו בהם, ואף אחד לא ירויח כלום, משא"כ הכא שאחד ודאי ירויח, וצ"ע. ועי"ש בתוס'.

ערבות ואסמכתא (דין ערבות במקור לחיוב באסמכתא)

הקדמה כללית / סוגי ערבות

א. קיימים שלשה סוגי ערבים²⁵⁵:

- ערב רגיל – המלוה פונה ללוה, ואם לא ניתן לגבות ממנו, המלוה פונה לערב.
- ערב קבלן – למלוה יש זכות לתבוע את מי שירצה.
- ערב שלוף דוץ – המלוה יכול לפנות רק לערב.

ערבות ואסמכתא לשיטות רש"י והשלטי גיבורים

ב. אחר שהערב פרע את החוב למלוה, הוא יכול לפנות למלוה ולתבוע ממנו את כספו. כך שמבחינת החשבון הערב לא יצא נפסד. אמנם, מסתבר שאם הלוה לא פרע (במיוחד במקרה של ערב רגיל), ללוה לא יהיה מה לפרוע לערב, והוא ישאר חייב לו עד שיהיה לו ממה לפרוע.

נמצא, שבניגוד לאסמכתא בה אדם מחייב עצמו לשלם, וכששילם הוציא מכיסו כסף שאינו מקבל תמורתו מאחר. בערבות, הערב אמור שלא להפסיד כלל, כיון שעל הלוה לפרוע לו את כספו, וא"כ לכאורה אין לדמות בין אסמכתא לדין ערבות.

אמנם, פעמים רבות הערב לא יזכה לקבל את כספו (כיון שללוה לא יהיה ממה לשלם לו), ונמצא שההתחייבות של ערב דומה להתחייבות באסמכתא, שבשני המקרים אדם מתחייב לשלם אם יארע מקרה כלשהו (ועיין לקמן בסוגיית הגמ' 'האמור לקמן על פי שו"ע חו"מ סימן ק"ע סעיף ב' ועיין בית ועד לתורה גבעת שמואל,

²⁵⁵האמור לקמן על פי שו"ע חו"מ סימן ק"ע סעיף ב' ועיין בית ועד לתורה גבעת שמואל, שיעורי ריבית חלק ב', עמ' 174.

באות י'²⁵⁶. ועוד, שאפילו אם ישלם לו הלוח אחר זמן, עתה מוטלת חובת תשלום על הערב, ואילו היה הערב סובר שהלוח לא ישלם לו כלל או רק כעבור זמן מרובה, הוא לא היה מכניס עצמו לכלל ערבות (ועיין לעיל עמ' צב).

ג. שיטת רש"י ור"י והמרדכי, שדבר שכולו גורל ואין בו חכמה אין בו איסור אסמכתא, אבל דבר שיש בו חכמה יש בו חסרון של אסמכתא (עמ' פו-פט). ואילו שיטת השלטי גיבורים היא שבדבר שכולו גורל יש לחוש לאסמכתא, לעומת דבר שיש בו חכמה, שאין בו חסרון של אסמכתא (עמ' צ).

ויש לעיין האם ערבות היא 'גורל' או חכמה. בפשטות, הערב סובר שהוא יודע שהלוח יפרע, ולכן הוא מסכים לערוב בעדו²⁵⁷ (עיין בדברי הרשב"ם באות י'). ועל פי שיטת רש"י וסיעתו, יש בכך משום אסמכתא. אולם על פי שיטת השלטי גיבורים, לכאורה אין כאן חסרון בגמירות דעת שהרי בדבר התלוי בחכמה, אין בו אסמכתא לשיטתו, ולדבריו יש לעיין מדוע הגמ' (אות י') סוברת שבערבות יש חסרון של אסמכתא.

היה מקום לישב, שהשלטי גיבורים מחלק בין מקרה בו המתחייב הוא עצמו פעיל בדבר החכמה (כגון, מפריח יונים, שהוא עצמו מפריח²⁵⁸ את היונה וסובר שהוא יודע להפריחה מהר), שבמקרה זה אין חסרון של אסמכתא, לבין מקרה בו הדבר אינו תלוי בו כלל, כפי הנידון שבפנינו שהערב אינו שליט על רכושו של הלוח, וממילא אין לו שום השפעה האם הלוח יפרע או לא, שבמקרה זה מודה השלטי גיבורים שיש חסרון של גמירות דעת²⁵⁹.

אולם, חילוק זה תמוה, כיון שעל פי שיטת השלטי גיבורים עצמו אין סיבה

²⁵⁶ רבנו גרשם ב"ב דף קעג: "דערבות נמי 'אי' הוו כמו אסמכתא שהוא 'דאי'. כלומר אי לא פרע לך לוח, פרעי אנא...".

²⁵⁷ לשון הריטב"א בחידושיו לב"ב קעג: "שהערב בוטח שיפרענו הלוח ולא יהא לוח רשע ולא ישלם, גם לא יזיקנו לפרוע מה שלא נהנה, ויגמלנו רעה תחת טובה". ועיין בדברי הרשב"ם באות י'.

²⁵⁸ עיין לעיל עמ' צה.

²⁵⁹ עוד ניתן לחלק בין מקרה בו החכמה היא תוכ"ד מעשה, לבין שהוא חושב עתה מה יקרה בעוד זמן, וצ"ע.



לחילוק זה. שהרי לשיטתו בכל דבר שתלוי בחכמה, אין חסרון של אסמכתא, ומה לי אם החכמה היא בעצם הפעולה ומה לי אם החכמה היא בהערכת המצב האם הלוח יפרע או לא, וצ"ע (ועיין עמ' צב).

ונראה לומר, שבדבר התלוי בחכמה אין חסרון של אסמכתא כיון שהמתחייב רוצה להרויח דבר מה, ואומר שאם לא יקרה הדבר יתחייב לשלם כך וכך, ועל ידי ההתחייבות שלו, הוא דוחה מעליו חיוב שהיה יכול לחול עליו עתה וכו' (כגון בפרוע מקצת חובו ומשליש את שטרו). אולם בערכות, לערב אין שום תועלת אישית בחיוב זה, ולכן אף שיש חכמה בדבר, סוף סוף אין סברא שאדם יקבל על עצמו חיוב שאין לו תועלת בו, ולפיכך דנה הגמ' (לקמן אות י') האם ערב יכול להשתעבד ואין בכך חסרון של אסמכתא, וצ"ע.

סוגי הערבות בהם יש לחשוש לאסמכתא

ד. בסוגיות הגמ' בהם נאמר דין אסמכתא, המתחייב קיבל על עצמו לשלם אם יארע מקרה מסויים. אבל, אם אדם מקבל עליו לשלם ללא תנאי חיוב שלא היה חייב בו, חיובו קיים. ולכן בערב רגיל שקיבל עליו לשלם אם הלוח לא יפרע או בערב קבלן (עיין אות א') יש מקום לדון מדין אסמכתא (ועיין אות ג' ביחס לשיטת השלטי גיבורים, ועיין אות י' ואילך). אבל בערב 'שלוף דוך' (עיין אות א'), ברי הדבר שהוא חייב לשלם למלוח, שהרי הוא עומד במקומו של הלוח, וקיבל על עצמו חיוב זה ללא תנאי, וכשאינן תנאי אין חסרון של אסמכתא.

אמנם, גם ערב שלוף דוך, יכול לטעון שלא היתה לו גמירות דעת, כיון שהוא סבר שיש בכוחו של הלוח לפרוע לו, ואם אין ללוח לפרוע, ההתחייבות שלו לפרוע למלוח בטלה. אולם כנגד טענה זו יאמר המלוח, שהעובדה שלערב יש טענה כלפי הלוח אינה צריכה לפגוע בו, כיון שביחס אליו הערב התחייב ללא תנאי.

ה. ערב קבלן (עיין אות א'), איננו יודע האם המלוח יפנה אליו או אל הלוח. ונראה שעל פי שיטת רש"י וסיעתו (עמ' פו-פט) אין בינו לבין המלוח חסרון של

אסמכתא, כיון שמבחינתו החלטתו של המלוה לדרוש את התשלום ממנו או מהלוה, אינה דבר התלוי בחכמה אלא ב'גורל', ובמקרה של 'גורל' אין חסרון של אסמכתא²⁶⁰. אולם על פי שיטת השלטי גיבורים (עמ' צ), לכאורה גם במקרה זה קיים חסרון של אסמכתא, כיון שלשיטתו מקרה של גורל נכלל באסמכתא – ועיין בסוגיית הגמ' לקמן.

מקור חיובו של ערב

ו. גמ' ב"ב דף קעג :

א"ר הונא, מנין לערב דמשתעבד (רשב"ם : באמירה בעלמא בלא קנין²⁶¹), דכתיב, (בראשית מ"ג) אנכי אערבנו מידי תבקשנו^{262, 263}.

²⁶⁰ בשו"ת בעי חיי חו"מ חלק א' סימן צ"ג כתב: "הקבלן כלוה" ולכן אין לגביו חסרון של אסמכתא, רק לגבי ערב רגיל יש בו חסרון של אסמכתא, ולכן נזקק רב אשי לחדש שחיובו הוא מכח "ההיא הנאה" (לקמן אות יא) ע"ש. והדברים מפורשים בחידושי הרמב"ן בגיטין דף מט: "קבלן... משתעבד דכיון דאמר שיפרע ממנו תחילה גמר ושעבד נפשיה, אבל בערב כיון דלאו מידי חסרה אסמכתא היא ולא קניא...". עד שחידש רב אשי, שמתחייב מכח "ההיא הנאה".²⁶¹ משמע מדברי הרשב"ם שעצם השיעבוד של הערב ברור לגמרא והשאלה היא רק מדוע הוא אינו זקוק למעשה קנין (ועיין לקמן בדברי אמימר על עצם השיעבוד). ועיין תורת חיים בסוגייתו שתמה מסוגיית הגמ' בב"מ קטו. שם מבואר שלביתו של לוח אסור להיכנס ליטול משכון, אבל לביתו של ערב מותר ומובא הפסוק שבסוגייתו (משלי כ') כהוכחה לכך. משמע, שיש צורך בפסוק לגוף חיוב הערב, ע"ש בדבריו. ושמא לישב שיתכן שערב משתעבד, רק הפסוק מחדש שניתן להיכנס לביתו. ועיין עמק המשפט, ערבות עמ' רטז-ריז.

והיה מקום להציע, שכוונת הרשב"ם היא שהגמ' מחפשת את המקור הן לעצם שיעבודו של הערב והן לכך שהשיעבוד חל ללא קנין. וברש"י במסכת גיטין דף נ. ד"ה "כיון" כתב: "וערב משתעבד מן התורה דכתיב 'אנכי אערבנו' וכ"כ המאירי שם. משמע, שהלימוד כולל גם את עצם החיוב.

ועיין לקמן הערה 282 בביאור דברי הטור, ועל פי האמור שם ניתן לומר, שסוגייתו דנה בעצם החיוב של הערב, ובהמשך הסוגיא מתחדש שמחמת "ההיא הנאה" החיוב חל אף ללא מעשה קנין. ועיין לקמן הערה 286. ועיין ב"ב סוף דף קעו. קעו: וברשב"ם שם.
²⁶² בראשית פרק מ"ג פסוק ט' (התחייבותו של יהודה כלפי אביו ביחס לבנימין): "אֲנִי אֶעְרְבֶנּוּ מִיָּדִי תִּבְקֹשֶׁנוּ אִם לֹא תִּבְיֹאתִיו אֲלֵיךָ וְהִצַּנְתִּיו לְפָנֶיךָ וְחִטָּאתִי לָךְ כָּל הַיָּמִים".
וקשה, שהרי יהודה היה החייב בעצמו ולא ערב להתחייבותו של אחרים ומדוע נקט לשון ערבות? ותירץ הריטב"א בשם רבו (לגבי העמדת הגמ' בהמשך שמדובר בקבלנות): "דלא דק תלמודא" כיון שהלימוד הינו רק אסמכתא. והריטב"א עצמו כתב: "ולי היה נראה דתלמודא משמע ליה כי יעקב נתנו לראובן ושאר אחיו על קבלנות יהודה, וכך אמר ליעקב תנה אותו להם על ערבותי".
ועיין הערות 327, 329.

ויש להעיר שלדבריו של יהודה לא נוסף מעשה קנין, ומוכח שערבות חלה בדיבור ללא קנין. ואכמ"ל לגבי לימוד מפסוקים שקודם מתן תורה.
²⁶³ לבוש חו"מ סימן קכ"ט סעיף א': "הערב לחבירו משתעבד מן התורה אפילו בלא קנין, דכתיב [בראשית מג, ט] אנכי אערבנו וגו', ואי לאו דקבל יהודה מאביו דערב משתעבד לא היה אומר כך,

מתקיף לה רב חסדא, הא קבלנות היא (לקמן מפרש, 'תן לו ואני קבלן'²⁶⁴, ובאמירה בעלמא הוי קבלן, והכי מוכח לקמן בשמעתין...), דכתיב, (בראשית מ"ב) תנה אותו על ידי ואני אשיבנו²⁶⁵ (כלומר, כאילו מקבלו בידי אחזירנו לך)²⁶⁶.

אלא אמר רבי יצחק, מהכא, (משלי כ') לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו' (למלוה קאמר קרא, קח בגדו של ערב כי ערב בשביל איש זר דהיינו אמירה בעלמא דלא כתיב הכא קבלנות). ואומר (משלי ו') 'בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפיך, נוקשת באמרי פיך נלכדת באמרי פיך, עשה זאת אפוא בני והנצל כי באת בכף רעך לך התרפס ורהב רעך'²⁶⁷. אם ממון יש לו בידך, התר לו פיסת יד, ואם לאו, הרבה עליו ריעים (ממון או נוקשת באמרי פיך שחרפתו וגדפתו עשה זאת אפוא בני והנצל משני דברים הללו על כי באת בכף רעך דהיינו ממון שיש לו עלידך לך התרפס התר לו פיסת ידך ותן לו מעותיו ורהב רעך על שחרפתו הרבה עליו ריעים ובקש מחילה)²⁶⁸.

ז. למרות שרב חסדא דחה את הלימוד מדברי יהודה, הטור בחו"מ בתחילת סימן

וכיון שכתבה התורה שמע מינה דדינא הכי הוא". ויש הסוברים שלימוד זה הינו אסמכתא בעלמא, עיין בדברי הריטב"א בהערה הקודמת.

²⁶⁴ב"ב דף קעד.
²⁶⁵בראשית פרק מ"ב פסוק ל"ז (התחייבותו של ראובן): "וַיֹּאמֶר רְאוּבֵן אֶל אָבִיו לֵאמֹר אֶת שְׁנֵי בְנֵי תְמִית אִם לֹא אָבִיָּאֲנִי אֶלְיָךְ תִּנֶּה אֹתוֹ עַל יְדֵי נְאֻמִּי אֲשִׁיבֶנּוּ אֵלֶיךָ".

²⁶⁶קושייתו של רב חסדא לכאורה אינה מובנת, אף אם ננקוט שלשון "תנה אותו" הינה קבלנות ולא ערבות (עיין בדיון בב"ב דף קעד.), הרי שזו היא התחייבותו של ראובן והוא התחייב כקבלן. לעומתו יהודה חייב את עצמו בלשון ערבות, וקיבל על עצמו ערבות ולא קבלנות, ולכאורה אין מקום לקושייתו של רב חסדא מדברי ראובן על רב הונא שלמד מדבריו של יהודה?

ושמא רב חסדא סובר שלא יתכן שהתחייבות של יהודה תהיה פחותה מזו של ראובן, שהרי יעקב לא הסכים לשלוח את בנימין למרות שראובן הסכים לקבל עליו אחריות של 'ערב קבלן', וממילא ודאי שיהודה חייב להוסיף על התחייבות זו, ולכן יש לפרש את לשונו של יהודה 'אערכבו' כערב קבלן ולא כערב רגיל. אמנם אם זו כוונתו של רב חסדא, היה רב הונא יכול להשיב לו, שיהודה חייב עצמו בערבות בדבר שיתקבל על ליבו של יעקב יותר מחיובו של ראובן, ולכן לא נזקק להיות ערב קבלן, וצ"ע.

²⁶⁷עיין מהרש"א כאן בביאור הפסוק.
²⁶⁸נראה שלימודו של ר' יצחק הוא משני הפסוקים יחדיו, מהפסוק בפרק כ' מוכח שקיימת מציאות של ערבות (שמתיירה למלוה לקחת את בגדו של הלוה), ומהפסוק בפרק ו' מוכח שערבות חלה באמירה, שנאמר "נוקשת באמרי פיך", וקצ"ע.

קכ"ט כתב שהערב לחבירו מתחייב מן התורה, והב"י שם ציין לפסוק 'אנכי אערבנו'. (וכך היא שיטת המרדכי לקמן באות ט'²⁶⁹). וכתב הפרישה בס"ק א' שהב"י סובר שאחר שלמדנו בספר משלי על חיובו של הערב, ניתן לשוב וללמוד את דברי יהודה כפשוטם, שחיובו הוא מטעם ערבות ולא מטעם קבלנות, ונמצא שהחיוב הוא מן התורה²⁷⁰.

אמנם, הריטב"א בסוגייתנו מבאר בשם רבו שהלימוד (מפסוקי התורה) הינו אסמכתא, ולא דין תורה גמור²⁷¹.

ערבות במקור לחיוב באסמכתא

ח. כנ"ל (אות ב' ואילך), חיובו של ערב הינו חיוב באסמכתא, ואע"פ כן חיובו חל. ואם ננקוט כשיטת הטור והב"י (אות ז') שהחיוב חל מן התורה, מוכח מכאן שכל אסמכתא חלה מן התורה. וא"כ עלינו להגיע למסקנה שמחלוקתם של ר' יהודה ור' יוסי האם אסמכתא קניא (לעיל עמ' יד'²⁷²) האם רבנן גזרו שאסמכתא (חוץ מערבות) לא חלה²⁷³. אבל אם ננקוט שמסקנת סוגייתנו היא שמקור החיוב של הערב הוא מהלימוד מספר משלי (כשיטת ר' יצחק באות ו') או כשיטת רבו של הריטב"א שאף הלימוד מספר בראשית הינו אסמכתא (אות ז'), נמצא שהתורה לא גילתה דעתה במפורש מה הוא דין אסמכתא, ונחלקו ר' יהודה ור' יוסי מה דינה²⁷⁴.

ט. מרדכי ב"ק אות מ"ו:

²⁶⁹ורש"י והמאירי בגיטין דף נ. – עיין הערה 261.
²⁷⁰עיין יד רמ"ה בסוגייתנו, שביאר שקושייתו של רב חסדא הינה על פי שיטתו בדף קעד. אבל לשיטת רב הונא עצמו לא קשה, וכדבריו כתב הט"ז בחו"מ בסימן קכ"ט ס"ק ב', עיי"ש.
²⁷¹עיין ר"ה דף טז. בשיטתו של הריטב"א בביאור 'אסמכתא'.
²⁷²עיין עמ' יב.
²⁷³עיין בדברינו בהערות 101, 585.
²⁷⁴ועיין הצעה נוספת בהערה 287.

ומצאתי [עוד] בשם רבינו נתנאל [*מקנו"ן] דאסמכתא קניא לגבי הקדש וצדקה שהרי אסמכתא קונה [מן התורה] כדאמר מנין לערב מן התורה דכתיב 'אנכי אערבנו' והיינו אסמכתא.²⁷⁵

ובדרך זו נקט גם הב"ח בחו"מ סימן ר"ז:

כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא וכדכתב רבינו לעיל תחלת סימן קכ"ט (ס"א). והשתא ליכא קושיא מבני גד ובני ראובן דהתנאי היה חל דבר תורה אפילו אם תמצי לומר דהוי אסמכתא...²⁷⁶

וכנ"ל, שיטות המרדכי והב"ח, הינם אך ורק לסוברים שחיובו של ערב הוא מהתורה, אבל לסוברים שחיובו מדרבנן, אין בסיס לומר שאסמכתא חלה מן התורה (ועיין בדברי הנתיבות באות יד).

אמנם, שיטת אמימר (לקמן אות י') שחיובו של הערב תלוי במחלוקת ר' יהודה ור' יוסי לכאורה מהווה סתירה לשיטת המרדכי והב"ח, כיון שלא יתכן שמצד אחד דין ערב תלוי במחלוקת ר' יוסי ור' יהודה ואילו שיטתם היא שיש להפריד בין דין ערבות וכו' למחלוקת ר' יוסי ור' יהודה, ונראה שדבריהם אינם אליבא דאמימר, וקצ"ע.²⁷⁷

²⁷⁵ וכך כתב גם בהגמ"ר, סנהדרין אות תשכ"א: "ומיהו מדאורייתא אסמכתא קניא, דכתיב אנכי אערבנו, ומיניה נפקא לן ערב, דכל ערב הוי אסמכתא, ומכאן אומר רבינו נתנאל דלגבי צדקה אסמכתא קניא, דכח צדקה עדיף". וכדבריו פסק השו"ע ביו"ד סימן רנ"ח סעיף י' וברמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף יט, ועי"ש בנו"כ. ובשו"ע או"ח סימן תקס"ב סעיף י"ג כתב: "יש מי שאומר שמי שנדר ואמר, אם לא אלך למקום פלוני אשב בתענית, מאחר שמה שהתנה הוא דבר הרשות, הוי אסמכתא (פירוש שאדם סומך בדעתו שיוכל לעשות דבר אחד ועל סמך זה הוא נודר או מתחייב בדבר מה)". ועיין במג"א ס"ק ט"ז שתמה על פסוק זה מכח דין הצדקה הנ"ל. ועוד כתב שם השו"ע: "אבל אם אמר, אם לא אעשה מצוה פלונית אשב בתענית, וכן אם אמר, אם יצילני ה' מצרה או אם יצליח דרכי, לא הוי אסמכתא". והטעם לכך הוא, שבמקרה זה רצה שיתקיים הדבר (רצה לקיים מצוה פלונית או להינצל מצרה), ולכן הוא גומר בדעתו ומתחייב (ועיין משנ"ב שם), ועיין הערה 251.

²⁷⁶ ועיין מש"כ על דבריו הש"ך בחו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ח – עיין אות יד.

²⁷⁷ עיין הערה 280.

שיעבוד ערב ואסמכתא – דברי אמימר

י. גמ' ב"ב דף קעג :

אמר אמימר, ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי. לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא, ערב משתעבד. לר' יהודה דאמר, אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד²⁷⁸ (רשב"ם: והיינו אסמכתא אם לא יפרע לך אני אשלם לך. וכל דאי הוי אסמכתא סומך ובוטח בלבו שהלוח יפרענו ואילו היה יודע שלא יפרע הלוח לא היה נכנס בערבות²⁷⁹).

לעיל נלמד חיובו של ערב מפסוקים (אות ו'). ויש הסוברים שאף להלכה שיעבודו של ערב חל מן התורה (אות ז'). ותמוה, כיצד יתכן לומר שלשיטת ר' יהודה ערב אינו משתעבד.

²⁷⁸ עיין עמ' ג'. ועיין בחידושי הרמב"ן לב"ב דף קסח. שהגדיר שהאסמכתא בערבות היא "לאו אסמכתא גמורה", שאילו היתה זו אסמכתא גמורה, ערב שלאחר שעת מתן מעות שאין לו "ההיא הנאה" שמלוים בעקבות דבריו (עיין בדברי רב אשי באות יא), לא היה יכול להשתעבד בקנין, שהרי באסמכתא גמורה יש צורך בקנין בבית דין ולא די בסתם קנין. והסיבה לכך שערבות איננה אסמכתא גמורה, כיון "שאין הכל תלוי בדעת עצמו" (ועיין קצות סימן י"ב ס"ק ג'). וכן בשטמ"ק נדרים דף כז: נקט "ואסמכתא זוטרתא היא". ושם כתב בשטמ"ק (בשם הר"ן ויסוד הדברים הוא בשיטת הרמב"ן שם): "פירוש דקיימא לן דערב בשעת מתן מעות משתעבד אפילו בלא קנין, וערב דלאחר מתן מעות כגון שהיה חונק את חברו בשוק ואמר לו הנח לו ואני ערב אי קנו מידו משתעבד. ואמאי הא הויא אסמכתא, דהא קנין באסמכתא לא קני כלומר ואי איפשר לומר דבההוא קנין משעבד ליה. אלא ערב דמי לאסמכתא ולא הוי אסמכתא, דמי לאסמכתא דאנן סהדי דאי לאו דסמך באומדנא דנפשיה דודאי פרע ליה לוח משום דלא עביד איניש דלישו נפשיה רשע דכתיב לוח רשע ולא ישלם לא הוה איהו משעבד נפשיה כלל. אי נמי מימר אמר פירוש ערב כפינא ליה בבי דינא פירוש ללוח ופרענא ליה מדיליה ואי לא פרענא ליה מדיליה משלמנא מדילי ואסמכתא זוטרתא היא דסמך בנפשיה. וכי איכא הנאה דהימנותא או קנין משתעבד דלאו אסמכתא גמורה היא כיון שתולה אף בדעת אחר. ומיהו תולה בדעת אחרים בנוהג שבעולם כלומר דזימנין דאף בתולה בדעת אחרים שייכא אסמכתא כגון שבנוהג שבעולם ראוי הדבר שאותן אחרים יעשו אותו ענין ועל כך הוא סומך במה שאמר לחברו אי לא עביד מילתא פלניא יהיבנא לך אנא הכי והכי. בכי האי גונא נמי שייכא אסמכתא וכדמפרש ואזיל".

ולכאורה דבריהם תמוהים, שהרי אמימר סובר שערבות הינה אסמכתא ותלויה במחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, משמע שערבות איננה דרגה שונה מאסמכתא. ונראה, שזו היא שיטת אמימר אבל שיטת רב אשי (לקמן) שיש כח ב"ההיא הנאה" לחייב את הערב, יסודה בכך שאסמכתא של ערבות אינה חמורה כ"כ, וכשיטתו נפסק להלכה. ועיין שו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף א', שערב אחר שעת מתן מעות, מתחייב בקנין ואפילו שלא בבית דין (למרות שאסמכתא רגילה שיעבורה חל רק בפני בית דין חשוב). ועיין בדברי הרמב"ן לקמן עמ' קסט ואילך בשם באות ה' ביין ערבות.

²⁷⁹ עיין הערה 257.

יתכן ששיטת ר' יהודה היא שאף שמן התורה ערב משתעבד, תיקנו חכמים שלא ישתעבד, כיון שחכמים רצו למנוע חיובים בדרך אסמכתא²⁸⁰.

עוד ניתן לתרץ, שסוגיית הגמ' לעיל (אות ו') בה הובאו פסוקים לחיוב של ערב, דנה על ערב בשעת מתן מעות, שלגבי חידשה תורה שהוא משתעבד, אולם אמימר דן על חיובו של ערב שלא בשעת מתן מעות²⁸¹ שלגבי לא חידשה תורה שיש לו יכולת להשתעבד, וסובר אמימר שהתחייבות זו תלויה במחלוקת ר' יוסי ור' יהודה בדין אסמכתא²⁸².

²⁸⁰ לשון הכסף נבחר, אות א', אסמכתא ס"ק ט': "... דהוא (המרדכי) פסק כאמימר, והא דאסמכתא לא קניא הוא מדרבנן, וגבי ערב הניחו על דין תורה". אולם לא ביאר מדוע בערבות הניחו על ד"ת. ושמה המטרה היא שלא לנעול דלת בפני לווי.

²⁸¹ ערב שלא בשעת מתן מעות, ערב על הפרעון. ומסתבר שמדובר שהמלוה דורש ערבות או פרעון מיידי, ובזכות הערב המלוה מאריך את מועד הפרעון. ועיין במשנה בב"ב דף קע"ה, שם נחלקו ת"ק ור' ישמעאל עם בן ננס האם ערבות לאחר מתן מעות חלה. ושם: "הרי החונק (המלוה חונק) את אחד בשוק ומצאו חבירו ואמר לו הנח לו ואני אתן לו פטור, שלא על אמונתו הלווה". ובגמ' בדף קע"ה. מחלוקת האם במקרה זה נחלקו במשנה או לא, ששיטת בן ננס שאינו מתחייב אחר מתן מעות, ויתכן שבמקרה זה אף החולקים על בן ננס יודו כיון שהתכוון למצוה ולא לשעבד עצמו, עי"ש בסוגיא. ובנמוק"י שם ביאר ששיטת הסוברים שהערבות חלה למרות שאין כאן חסרון ממון ויתכן שהתכוון רק למצוה, שמחמת צער חבירו מוכן לחייב עצמו ולהשתעבד. ועיין ב"ח בסימן קכ"ט בדיוקו בלשון הטור. והסמ"ע בסימן קכ"ט ס"ב, כתב, שאם הערב התחייב לשלם ואמר למלוה שיפטור אותו לגמרי, הרי הוא חייב כערב בשעת מתן מעות, ואילו הדיון במשנה הוא לגבי ערב שאומר לחונק אני ערב לשלם אם הלוה לא יפרע. ובשו"ת מהר"ם מורטנבורג חלק ד' סימן תשי"א חידש, שאף שערבות אין כאן, ישלם מדינא דגרמי, אם בגינו החנוק הצליח להתחמק מהעיר ואי אפשר לגבות ממנו.

ועיין שו"ת הרשב"א חלק א' סימן אלף רכ"ה, שראובן שרוצה לקדש אשה ושמעון היה חייב לו ממון, ואמרה האשה לראובן, אתקדש לך בכך שתאריך את זמן ההלוואה לשמעון, אינה מקודשת כיון שערב אינו מתחייב באופן זה. וכדבריו פסק השו"ע באבהע"ז סימן כ"ט סעיף ב', אמנם בחלקת מחוקק ס"ק ה' תמה עליו, וכתב שאם ערב בעד כל הקרן, אכן אין זו ערבות, אבל ניתן לערוב על השווי של הרווחת הזמן, וה"ה בקידושין, ועיין אבני מילואים שם ס"ק ז'.

²⁸² בחילוק בין שעת מתן מעות לבין אחר שעת מתן מעות, כתב הפני יהושע בקידושין דף ז. : "ועוד דבערב אפילו בלא הנאה משתעבד (עיין לקמן בדברי רב אשי), ומהכא ילפינן דאדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב כמו שישתעבד הערב (בחו"מ סימן מ' סעיף א') ובדוכתי טובא, ולא איצטריך האי טעמא בערב, ב'ההיא הנאה' דמהימן ליה, אלא בערב בבית דין שלא בשעת מתן מעות". וכן כתב חילוק זה בשו"ת בעי חיי חו"מ חלק א' סימן נ"ב. ובשו"ת ציץ אליעזר חלק ה' סימן כ"ה פרק ל' אות ב', דייק שזו גם שיטת הרמב"ם בפרק כ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה ב' והשו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף ב' שכתב: "אמר להם בשעת מתן מעות הלווה ואני ערב, נשתעבד הערב ואינו צריך קנין.... וכן אם בית דין עשו אותו ערב, נשתעבד אע"פ שלא קנו מידו, כגון שהיו ב"ד רוצים לגבות מהלוה, ואמר להם, הניחוהו ואני ערב לכם, הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד, באותה הנאה שעבד עצמו". ומדויק מלשון השו"ע שנוקט לטעם של 'הנאה' רק במקרה בו הערב השתעבד אחר שעת מתן מעות, אבל לגבי חיוב הערבות בשעת מתן מעות, לא הזכיר השו"ע את ה'הנאה'. והטעם הוא שבמקרה זה החיוב חל מכח הפסוק, וכנ"ל.

ולדברינו, במקרה של אסמכתא המקביל למקרה של אסמכתא בשעת מתן מעות, יודה ר' יהודה שאסמכתא קניא. כגון, שמחמת האסמכתא נעשה מעשה על ידי אדם אחר ולולי הסכמתו לא היה נעשה אותו מעשה. ולפי"ז המקרה של מפריחי יונים לכאורה דומה לאסמכתא בשעת מתן מעות (שחבירו מפריח את יונו בגלל ההתחייבות של חבירו שאם ישיג, ישלם לו), ולפיכך במקרה זה יודה ר' יהודה שאין חסרון בגמירות דעת, ואסמכתא קונה²⁸³, וצ"ע שהרי שיטת ר' יהודה היא שאסמכתא לא קניא.

ולשיטה הסוברת שדרשות הפסוקים לעיל הינם אסמכתא ולא דין תורה (אות ז), יתכן לבאר שלדעת אמימר, דרשות אלו הינם רק אליבא דר' יוסי אבל לשיטת ר' יהודה, ערב אינו יכול לחייב את עצמו.

שיעבודו של הערב חל מכח "ההוא הנאה" וביצד הנאה זו גוברת על חסרון של אסמכתא

יא. המשך סוגיית הגמ':

ועוד נראה לומר (על פי דרכו של בעל הפני יהושע), שהנמוק"י בב"ב דף פג. מדפי הרי"ף כתב שערב משתעבד בשעת מתן מעות: "כיון דעל פיו הוציא מעותיו מתחת ידו, דהא חסריה". והנמוק"י לא הזכיר את הטעם של "ההוא הנאה". ויתכן, שבשעת מתן מעות חיובו של הערב אינו מכח ההנאה, אלא מחמת שגרם חסרון מעות לחבירו (עיי' ספר שערי ישיבה גדולה, קובץ כ"ב, במאמרו של האדמו"ר מליובאוויטש בעמ' 28). ועיי' שו"ת להורות נתן חלק ה' סימן ק"ד אות י"ב בשם מרכבת המשנה פרק כ"ה ממלוה הלכה ז', שערב בשעת מתן מעות חייב משום מזיק, ולא גרע ממראה דינר לשולחני ונמצא רע שחייב לשלם מדינא דגרמי, כיון שנעשה מעשה על פי השלחני, ואף כאן נעשה מעשה על פי הערב וחייב מגרמי (ועיי' תשובת המהר"ם מרוטנבורג חלק ד' סימן תשיא הנ"ל). אמנם בעל להורות נתן הקשה, שאם כדבריו מדוע "תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב" והלא לשיטתו ניתן לחייב מדינא דגרמי, ומכח זאת דחה את שיטתו.

ועיי' בלשון הטור בחו"מ סימן קכ"ט ממנו מוכח שאף ערב שמתחייב בשעת מתן מעות חיובו הוא מכח ההנאה שכתב "הערב לחבירו משתעבד מן התורה אפילו בלא קנין בד"א שעירוב בשעת מתן מעות אע"ג דמשעבד נפשיה בלשון אסמכתא, אם לא יפרע פלוני אני אפרע לך חייב, דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומקני משעבד נפשיה...". ולכאורה יש לעיי' בדבריו, שאם חיובו של הערב הוא מה"ת, לשם מה יש צורך ב"ההיא הנאה". ויתכן לומר, שעצם החיוב הוא מן התורה, אבל חלות החיוב ללא קנין היא מכח "ההיא הנאה". ועיי' הערה 284.

²⁸³ עיי' עמ' פד שם דנו מהו היחס בין מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי לדין משחק בקוביא ומפריחי יונים.

אמר ליה רב אשי לאמימר, הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא (דפסיקנא הלכה כרבי יהודה) וערב משתעבד.

אלא אמר רב אשי, בההוא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשתעבד נפשיה²⁸⁴ (בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה^{285,286}).

אם ההתחייבות של הערב מקורה בפסוקי התורה, לכאורה אין צורך ב"ההוא הנאה". ורק לשיטה שסוברת שחיובו של הערב הינו אסמכתא (ותורה לא חידשה את חיובו של הערב), יש לברר את אופן ההתחייבות ועל כך עונה רב אשי, שמחייב עצמו ב"ההיא הנאה". אולם, יתכן גם לומר שכיון שמדובר אחר שעת מתן מעות, הערבות אינה חלה מן התורה ויש צורך ב"ההיא הנאה", וכנ"ל באות²⁸⁷.

יב. קנין ב"ההיא הנאה", בכוחו להוות תחליף למעשה קנין אחר (כגון הגבהה)²⁸⁸.

²⁸⁴ ערבות בשעת מתן מעות (שעת ההלוואה) פירושה שמחמת הערב מוכן המלוה להלוות, ויש לערב הנאה מכך שהמלוה סומך עליו. וכן ישנה ערבות אחר שעת מתן מעות (כגון, שהגיע זמן הפרעון, ולוה רוצה לדחות את מועד הפרעון, והמלוה מסכים רק אם הלוה יעמיד ערב. וכתב הפרישה בסימן ר"ז ס"ק א': דגם אחר מתן מעות מחשב ליה הנאה קצת במה שמאמין, והקנין מצטרף להנאה זוטרתי זו להועיל כמו הנאה גדולה דמהימנותא בשעת מתן מעות. כלומר, בשעת מתן מעות ערב משתעבד בדיבור מכח "ההיא הנאה" ואחר שעת מתן מעות ערב שההנאה פחותה, יש צורך למעשה קנין, ועיין הערות 282,291. ועיין בעמק המשפט, ערבות סימן ה' ס"ק ב'. ועיין לעיל בעמ' יא שזה הוא הנימוק בגינו שומר שכר יכול להתנות להתחייב באונס.

²⁸⁵ "הוא עצמו הלוה". האם פירוש דבריו הוא ש"הוא עצמו" (הערב) הוא זה שלוה את הכסף, או ש"הוא עצמו" (הערב) הוא זה שהלך את הכסף. ועיין לקמן אות יג שנקטנו כדרך הראשונה.

²⁸⁶ עיין הערה 261. ועיקר דברי רב אשי, נראה שיסודם במשנה בב"ב קע"ה: "הרי החונק את אחד בשוק ומצאו חבירו ואמר לו הנח לו [ואני אתן לך] פטור שלא על אמונתו הלוהו אלא איזה הוא ערב שהוא חייב הלוהו ואני נותן לך חייב שכן על אמונתו הלוהו". כלומר, ההלוואה בוצעה מחמת הערב, ועי"ש בדין ערבות לאחר שעת מתן מעות.

²⁸⁷ ועוד ניתן לומר, שדין "ההוא הנאה" הינו ביאור דין התורה שערב משתעבד ובכל מקרה בו אין הנאה, קיים החסרון של אסמכתא, ולכן אין ללמוד מדין ערבות לשאר דיני אסמכתא, ועיין אות ח' ולקמן באות יד.

²⁸⁸ עיין כתובות דף קב, ב"מ מז. בשיטת לוי, קידושין דף ו' ושם ז. ועיין רשב"א קידושין דף ז. ד"ה "איתמר נמי" בשם ר"ח "דבההיא הנאה יחשיבנו ככלי עליה דיהבה הקונה למקנה וקנה בו בתורת חליפין...". ועיין ברמב"ן שם ד"ה "הכא" שדימה קנין חליפין לקנין דמים. ועיין קצות סימן ק"צ ס"ק ג' שדן כיצד הנאה מועילה והרי יש צורך בכלי, ועי"ש בנתיבות בביאורים ס"ק ד'. וע"ע מרדכי ב"ב תרס"ג, ואכמ"ל.

והוא מעין קנין חליפין, שתמורת ההנאה שמקבל הוא מקנה לחבירו. אולם בנידון שלפנינו החסרון איננו רק 'מעשה הקנין', כי אם חוסר גמירות הדעת במהותו של הדבר, ואפילו אם היה נעשה מעשה קנין גמור (כמו הגבהה), קיים החסרון של גמירות הדעת. ולפיכך יש לעיין מה היא התועלת בקנין של ב"ההיא הנאה"²⁸⁹.

בפשטות, ההנאה שמקבל הערב היא האמונה שמאמינים לו, ומחמת זאת המלוה מוכן להלוות ללוה, והנאה זו שווה לערב ולפיכך הוא משעבד את עצמו. ועוד, שהנאתו של הערב איננה רק הידיעה שסומכים עליו, אלא שהעובדה שהמלוה סמך עליו תתן לו מוניטין בשוק כאדם בעל הון, ואנשים יסכימו לעשות עימו עסקים²⁹⁰. ויתכן שבמקרה שלפנינו ההנאה יש לה תועלת כפולה, היא יוצרת גמירות דעת וגם מהווה מעשה קנין²⁹¹.

יג. הרשב"ם (אות יא) כתב שמחמת ההנאה, הערב משעבד עצמו והמלוה הופך להיות שלוחו של הערב. כלומר, מחמת ההנאה, הערב עצמו נחשב הלוה, והוא אומר למלוה, שלא יתן את ההלוואה לידי אלא ללוה. נמצא שהלוה ה'אמיתי' הוא הערב²⁹². וברור שאדם שלווה כסף ואמר למלוה שיתן אותו לפלוני, ההלוואה חלה, וניתן גם להתנות עם המלוה שהפרעון יהיה מידו של מקבל המעות ואם הוא לא ישיב, יש לפנות ללוה ה'אמיתי' (והיינו הערב)²⁹³.

²⁸⁹א"כ נאמר שלעולם החסרון באסמכתא הוא רק מעשה הקנין, ועיין הערה 155.

²⁹⁰ר' דן ליברטי שליט"א.

²⁹¹הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ו כתב: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה כמו מתנה הוא ואינו אסמכתא... וגמר ושיעבד עצמו כמו שישתעבד הערב". ומדבריו דייק במחנ"א הלכות ערב סימן א', שעצם החיוב בדיבור בלבד הינו דבר פשוט, ורב אשי נזקק לנימוק של "ההיא הנאה" כדי לבאר מדוע אין בערבות חסרון של אסמכתא, אבל אין צורך ב"ההיא הנאה" כדי להוות תחליף למעשה קנין (כגון הגבהה), שהרי הרמב"ם כתב שאדם יכול לחייב עצמו סתם בדיבור בעלמא, למרות שאין לו שום הנאה מחיוב זה. משמע, שהיכולת של אדם לחייב עצמו קיימת בדיבור בעלמא, ואילו "ההיא הנאה" שבסוגייתנו היא הפתרון לחסרון של גמירות הדעת (אסמכתא). וכיון שמקבל הנאה יש לו גמירות דעת. אמנם הוא ציין שם לדעה נוספת שיש צורך ב"ההיא הנאה" כדי שיהווה תחליף לקנין. ועיין חידושי בעל השרידי אש למסכת קידושין סימן ט"ו.

²⁹²עיין קהילות יעקב קידושין סימן י"ב ד"ה "ונראה" שכתב: "דיסוד חיוב הערב הוא משום דמחשב שהערב השתמש בכסף זה להלוותו ללוה, מאחר שזהו רצונו וע"פ דבריו הוא דנותן המלוה ללוה הו"ל כאילו הערב משתמש במעות אלו לתת הלוואה ללוה, וזה שייך דוקא כשהוא (המלוה) שלוחו של הערב...".

²⁹³ולכאורה, יש לעיין מדוע מקבל המעות (הלוה) חייב לשלם, והרי אם הלוה האמיתי הוא הערב, נמצא שהוא איננו לוה, אלא הוא ערב למלוה לפרוע לו את הלוואתו, ובמה הוא השתעבד.

נמצא, שמכח "ההיא הנאה" לא נעשה מעשה קנין, אלא הערב הסכים להיות הלוח מהמלוה. ומי שלוח, ודאי מוטלת עליו חובת השבת ההלואה, וממילא אין כאן חסרון של גמירות דעת, ואף ר' יהודה שסובר שאסמכתא לא קניא יודה שבמקרה זה החיוב חל.

יד. לולי דברי הרשב"ם, הלוח הוא הלוח והערב הוא הערב (וכנ"ל אות יב, בביאור אופן שיעבודו של הערב). ויש לבאר מדוע יש צורך בטעם של ה"הוא הנאה" והרי יש מי שסובר ששיעבוד ערב חל מן התורה (אות ז'). וכתב הנתיבות בסמ"ק ר"ז בביאורים ס"ק ט"ו:

ולפעד"נ לישב, דהא הש"ך בס"ק י"ח הביא דעת הב"ח [סעיף י"ח] דס"ל דמדאורייתא אסמכתא קניא, וכתב עליו הש"ך שהם דברי נביאות. ובאמת אישתמיטתיה להש"ך שהם מדברי המרדכי²⁹⁴...

ומה שהקשה הש"ך דהא בערב אמרינן בש"ס הטעם משום דבהיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני²⁹⁵. י"ל דמסתבר להמרדכי דסברת 'גמר ומקני' לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא, רק מדרבנן לא קניא, מהני לדחות הדרבנן²⁹⁶, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא. אלא אי אמרינן דמדאורייתא הוי קנין, אלא דאמרו חכמים שהוא מסמיכו בדברים²⁹⁷, וכשהוא אומדנא דגמר ומקני מהני²⁹⁸.

אמנם, כיון שהוא קיבל מעות בידו עליו להשיב אותם, והתנאי הוא שלא ישיב אותם ללוח האמיתי (הערב) שהלוח לו כי אם למלוה.²⁹⁴ לעיל אות ט'.

²⁹⁵ פירוש, ואם ערב משתעבד מן התורה, לשם מה יש צורך ב"ההיא הנאה".

²⁹⁶ פירוש, כיון שאסמכתא מועילה מן התורה, רק חכמים גילו שפיהם וליבם של האנשים אינו שווה, ולמרות שבפיהם הם אומרים שהם מתחייבים, בליבם אין כוונתם להתחייב ודיבורם הוא מן השפה ולחוץ כדי שהצד שכנגד יסמוך על דיבורם. במקרה בו יש לחכמים סברא לומר שפיו וליבו של המתחייב שווים, בטל אומדן דעתם, וחוזר דין תורה לחייב באסמכתא. אבל אם מן התורה אין מקור שאסמכתא מועילה, לא היו חכמים מחדשים מכח אומדן דעתם, שתועיל אסמכתא אפילו במקרה של ה"היא הנאה", שכיון שתורה לא גילתה שקנין מסופק חל, לא היו

כלומר, חיובו של הערב חל מן התורה, ומן התורה אסמכתא קונה. ולשיטת ר' יהודה חכמים תיקנו שאסמכתא אינה קונה, אבל בערב שיש לו "ההיא הנאה" קיימת אומדנא של חכמים שהוא מתכוון להקנות בלב שלם.

ויש לעיין האם הסיבה בגינה דין ערבות חל (ומעמידים את הדין על דין תורה, שאסמכתא קניא) הוא מפני "ההיא הנאה", ומכאן שבכל מקרה בו נוכל למצוא "הנאה" אסמכתא תחול, או שחכמים סברו שיש לאפשר מציאות של ערבות (כדי שאנשים לא ימנעו מהלוות), ולכן ביטלו את תקנתם הכללית שאסמכתא אינה קונה, ותלו דבריהם בכך שיש לערב הנאה שמאמינים לו, ודי בכך כדי לבטל את חסרון גמירות הדעת בערבות, אבל אין ללמוד מכאן לשאר מקרים בהם קיימת הנאה²⁹⁹.

בפשטות, לשונו של הנהיגות מלמדת על האפשרות הראשונה, שהרי לא סייג את דבריו לדין אסמכתא, וביאר את כוחה של ה"היא הנאה" כדי לבטל את חסרון גמירות הדעת, ומשמע שהוא הדין בשאר מקרים. אולם, מדברי המרדכי שהוא מקור דינו של הנהיגות (לעיל אות ט') לכאורה מוכח שבדבר בו ראו חכמים שלא להעמיד את דבריהם אסמכתא קונה. שהרי בצדקה והקדש סובר המרדכי שאסמכתא קניא, ולא נזקק לטעם של הנאה. משמע שחכמים לא רצו להעמיד דבריהם במקרה זה. ומכאן, שיתכן שאף בערבות חכמים לא רצו להעמיד דבריהם, עקב חשיבות הערבות והטעם של ה"היא הנאה" רק מצטרף לכך ואינו הטעם העיקרי, וצ"ע.

סיכום

חכמים מתקנים שה"היא הנאה" יש בכוחה להתגבר על הספק.²⁹⁷ ולכן אסמכתא רגילה אינה קונה, כיון שרק גורם שחבירו יסמוך עליו בדיבורו, אבל הוא עצמו אין לו שום כוונה אמיתית להקנות.²⁹⁸ כלומר, כשחכמים העריכו שדברי המתחייב אינם רק דברים בעלמא, אלא הוא עצמו מתכוון להקנות, בטל החסרון של אסמכתא, וקונה.²⁹⁹ עיין הערה 280.

טו. העולה מהאמור לעיל:

- ערבות יש בה חסרון של אסמכתא, כיון שהערב סובר שהלוה יפרע, ולא עלה בדעתו שהלוה לא יפרע ולכן אינו גומר בדעתו לשלם, ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת המרדכי והשלטי גיבורים בדיון אסמכתא (אות ב').
- בפשטות, ערב רגיל יש בו חסרון של אסמכתא אבל בערב שלוף דוץ וקבלן לא קיים חסרון של אסמכתא (אות ד'-ה').
- בגמ' מחלוקת לגבי מקור השיעבוד של הערב. ויש הסוברים שחיובו מדרבנן, והפוסקים אסמכתא בעלמא. ויש הסוברים שאף להלכה חיובו מן התורה (אות ז').
- אחר שתורה גילתה שערב משתעבד (לשיטה שחיובו מן התורה), מוכח שאסמכתא מועילה מהתורה. מחלוקתם של ר' יהודה ור' יוסי האם אסמכתא מועילה, יסודה בשאלה האם חכמים גזרו שאסמכתא לא תועיל או שערבות של תורה היא בשעת מתן מעות, ומחלוקתם היא במקרים הדומים לערבות שלאחר מתן מעות (אות ט'-י').
- שיטת אמימר שערב (שיש בו חסרון אסמכתא) מתחייב מכח "ההוא הנאה", ולרשב"ם פירושה שהערב הוא הלוה, ואומר למלוה שיהיה שליחו לתת את ההלואה לפלוני (אות יג).
- לשיטה שערבות חלה מה"ת, יש צורך ב"ההוא הנאה", כדי לבאר מדוע חכמים לא גזרו שלא תועיל ערבות ככל אסמכתא (שיטת הנתיבות אות יד), או לחייבו אחר שעת מתן מעות (אות יב). ולשיטה שאין מקור לחיוב ערבות מן התורה "ההוא הנאה" היא הסיבה לשיעבודו של הערב (אות יא).

מעשה שהיה נעשה גם בלי הערב / כתובה / חיוב שאינו מחמת חוב / ביטוח

הקדמה

א. על פי המבואר לעיל בערבות קיים חסרון של גמירות דעת (אסמכתא), ואע"פ כן ערב יכול לשעבד את עצמו - כנ"ל בסיכום השיטות בעמ' הקודם.

בערבות עליה דובר לעיל, נעשה מעשה מחמת הערבות, המלוה הסכים להוציא מכסף מכיסו ולתת אותו ללוה מחמת הערב (ערבות בשעת מתן מעות), או שהמלוה הסכים לתת ללוה ארכה לפרעון חובו מחמת ערבותו של הערב (ערבות שלאחר מתן מעות). ושיעבודו של הערב חל מכח "ההנאה" שיש לערב שעל סמך דבריו המלוה נותן מעות או מעכב את מועד הפרעון (לשיטה הסוברת שאין מקור לערבות מן התורה, או שאפילו אם יש מקור בתורה יש צורך ב"ההנאה הנאה" כדי לבאר מדוע חכמים לא גזרו או לערבות שלאחר שעת מתן מעות – וכנ"ל בעמ' הקודם).

ב. מסתבר, שכדי ש"הנאה" תהווה סיבה למעשה קניין, יש צורך להבטיח שאכן יש לערב הנאה, וכנ"ל. אולם אם המלוה היה מוכן להלוות אף ללא ערב, יתכן שלערב אין הנאה, ושיעבודו לא חל³⁰⁰. ואף לשיטה שערבות חלה מן התורה, יש מקום לומר שאף ערבות של תורה היא במקרה בו המעשה נעשה מכוחו של הערב (כערבותו של יהודה ליעקב – כנ"ל עמ' קיב), אבל אם המעשה היה נעשה בלאו הכי, אין מקור לחייב את הערב (ועיין לקמן אות טז לגבי ביטוח, ובדברינו באות י' לגבי רצונו של המתחייב להעמיד ערב לחיובו, ושם על פי האמור שם נוכל לחייב אף כאן).

³⁰⁰ השיעבוד לא יחול ברברים, אולם יש לעיין האם הערבות תחול אם יעשו מעשה קניין מיוחד - עיין אות ט'.

וכן במקרה בו הערכות היא עבור התחייבות עתידית שאיננה מחייבת הוצאת ממון עתה (כגון, בדמי הכתובה), שהמתחייב מעמיד ערב לקיום התחייבותו העתידית, יש לעיין האם הערכות חלה.³⁰¹

ערב דכתובה

ג. גמ' גיטין דף מט: - נ. :

איתמר, ערב דכתובה, דברי הכל לא משתעבד³⁰² (רש"י: חדא ערב בעלמא הוא, ועוד לאו מידי חסרה שלא הוציאה כלום משלה)...
(דף נ.) והילכתא... מצוה הוא דעבד³⁰³, ולא מידי חסרה.

רשב"ם ב"ב דף קע"ד ד"ה "מצוה הוא דעבד":

³⁰¹ ובמיוחד לשיטת הרשב"ם שסובר שהערב הוא הלוח האמיתי שבשליחות המלוה נותן ללוה – לעיל עמ' קה.

³⁰² במשנה בב"ב קעג: , מוכח ששיטת רשב"ג שערכות חלה בכתובה. ובסוגית הגמ' בב"ב קער: נפסק להלכה שאינו משתעבד. וכתב שם תוס' בד"ה "בר מערב" שהנידון של רשב"ג הוא באב לבנו שמשעבד עצמו, ע"ש.

ויש לעיין על אלו חיובים מעידים את הערב. האם הכוונה היא לחיוב של מאתים זוז שהוא חייב לאשתו אם יגרשנה או תאלמן או גם לחיוב מזונותיה וכו'. וכן האם יש מקום לחלק בין החיוב של עיקר הכתובה לבין תוספת כתובה, שפעמים ללא התוספת האשה לא תתרחצ להינשא. ועוד יש לעיין אם אבי האשה מתנה מתן נדוניה בהתחייבות של הבעל בסך גדול בכתובה, האם נוכל לומר שיש חסרון מצד האשה כדי לזכות בכתובה. אמנם כיון שהתנאי אינו מפורש בכתובה, שמא אין זו ערכות רגילה, וצ"ע. ולגבי הנדוניה עצמה, אם אבי האשה דורש להעמיד ערב שבמקרה של גירושין ישובו הנכסים (נכסי מלוג, נכסי צאן ברזל) לאשה, כתבו ראשונים שהערכות חלה, כיון שאבי האשה 'חסר' ונותן ממון לחתנו על סמך התחייבות הערב שישב לו את הנדוניה (תוס' הרא"ש, גיטין נ. רבינו קרשקש בסוגייתנו, אמנם עיין או"ז ב"ב סימן רנ"ד).

³⁰³ קצ"ע, שהרי הנאתו של הערב היא מכך שהמלוה שמוציא מעות מכיסו סומך עליו שיפרע את חובו. ובנידון שלפנינו נוקטת הגמ' "מצוה הוא דעבד" ואם הכוונה היא למצוותו של הבעל לשאת אשה, הבעל הוא לא זה שנותן את ההנאה לערב כי אם האשה (שהיא סומכת עליו שיפרע את חובה ומוכנה להינשא והיא דומה למלוה), ומה תועיל מצוותו של הבעל להפקיע את הערכות (אמנם עיין דברינו באות י'), ושמה הכוונה היא שהערב הוא זה שעושה מצוה, או שגם לאשה יש מצוה בנישואין. ועיין שו"ת תורה לשמה סימן שנ"ז, שמי שהיה ערב כדי לעשות שלום בין שנים, אינו חייב לשלם את דמי הערכות, שהרי מטרתו היתה לקיים מצוה.

מצוה הוא דעבד. המשדך בזיווגן אין דעתו לפרוע הערבות, אבל מתכוין לזיווגן שע"י ערבות זו מתרצין³⁰⁴, ולא מידי חסרה לאשה דהא טב למיתב טן דו, ולטובתה נתכוין³⁰⁵.

בהלואה, המלוה 'חסר' כיון שהוציא ממון מכיסו על סמך הערב בתקוה לקבל את הממון בחזרה כעבור זמן. אולם, החוב של הבעל כלפי האשה בכתובה לא נוצר מחמת ממון שהוציאה האשה מכיסה (וממילא אין מה להשיב כעבור זמן). החיוב הינו חיוב שהבעל מקבל על עצמו בשעת הנישואין, ונמצא שאין מקור לחייב את הערב לשלם על ערבותו זו, שרק במקרה בו היתה הוצאת ממון על סמך דברי הערב, יש לו הנאה שמחמתה הוא משתעבד, אבל כשלא היתה הוצאת ממון מכיסו של המתחייב, אין מקור לחייב את הערב³⁰⁶.

ד. רש"י (במסכת גיטין – אות ג') ביאר שהסיבה בגינה הערב אינו מתחייב בכתובה היא מפני שהוא 'ערב בעלמא'. ויש לבאר מה היא כוונתו, והרי כל 'ערב בעלמא' חייב לשלם³⁰⁷.

ונראה, שהנימוק של 'ערב בעלמא' אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא מצטרף להמשך דברי רש"י "ועוד לאו מידי חסרה". וכוונתו היא שאילו היה מדובר בערב קבלן, ההתחייבות היתה חלה למרות שהאשה לא חסרה שהרי חייב עצמו ללא תנאי (עיין עמ' קיב), אבל כיון שמדובר ב'ערב בעלמא' שאינו חסר, אין תוקף לערבותו.

אמנם, הגמ' בדף נ. ציינה שהערב אינו משתעבד כיון ש"מצוה הוא דעבד" ורש"י

³⁰⁴ מדוע לשון רבים ? ושמה האבא והאשה. ועיין לקמן עמ' קיד שם ביארנו שלערב יש הנאה מכך שהמתחייב סומך עליו שבמקרה בו לא יוכל לעמוד בהתחייבות שלו הוא ישלם, נמצא שאף הבעל נהנה (אולם בכתובה הערבות לא חלה).

³⁰⁵ כלומר, כיון שמדובר במצוה לא התכוון להקנות, אמנם עיין הערה 98 בדברי השו"ע שמוכח ההיפך, שבמצוה אדם מתחייב אפילו שיש בחיוב אסמכתא. ויש לחלק ששם מדובר במצוה שהוא עצמו רוצה לקיימה (כגון לשבת בתענית) ואילו כאן מדובר במצוה של אחרים שהוא רק מסייע לקיומה, ולפיכך אינו מתחייב, וקצ"ע.

³⁰⁶ עיין לקמן עמ' רכ.

³⁰⁷ עיין נחלת משה שהעיר על כך.

לא הזכיר נימוק זה. ונראה שרש"י סובר שהנימוק של מצוה אין בכוחו למנוע את חלות הערבות (עיין אות ח' בטעם הדבר), ורק הטעם של "לא מידי חסריה" בכוחו למנוע את חלות הערבות. ה'מצוה' היא הסיבה בגינה הערב אמר שהוא ערב, אולם אין בערבותו ממש, וכנ"ל.

ה. מדברי הרשב"ם במסכת ב"ב (אות ג') נראה שהטעם של מצוה הוא עצמו הנימוק בגללו הערב לא מתחייב. שהרי ביאר שלערב לא היתה כוונה לשעבד את עצמו אלא רק לגרום להם להינשא. ועוד שהאשה אינה חסרה, ונראה לכאורה מדבריו שכל טעם יכול לעמוד בפני עצמו, ולמנוע את שיעבודו של הערב (ועיין אות ח').

ו. אמנם יש לעיין מדוע האשה נחשבת כמי שאינה חסרה, אף שהיא אינה מוציאה ממון מכיסה אבל היא מתחייבת בכל השיעבודים שיש לאשה כלפי בעלה³⁰⁸, ורק מכח הסכמת הערב לערוב על ההתחייבות של הבעל כלפיה היא מוכנה לשעבד עצמה, ונמצאת שהיא 'חסרה' ולכאורה הערבות תחול³⁰⁹?

נראה שהרשב"ם עצמו ענה על שאלה זו ולכן ביאר שהאשה אינה חסרה דבר כיון ש"טב למיתב טן דו". כלומר, טובתה של האשה להינשא היא כל כך גדולה, עד שהשיעבודים שהיא נוטלת על עצמה, אינם נחשבים בעיניה, ולכן היא נחשבת כמי שאינה חסרה³¹⁰, וצ"ע.

ז. עוד יש לעיין האם האשה יודעת שלערבות של הערב אין משמעות או שהיא

³⁰⁸ עיין רמב"ם פרק י' מהלכות אישות.

³⁰⁹ א"כ נאמר שכיון ששיעבודי האשה אינם הוצאת ממון עתה אלא התחייבות לדברים עתידיים, אין בכך הנאה כ"כ גדלה למלוה, ואינו נראה.

³¹⁰ ויש לעיין האם רצונה וטובתה של האשה להינשא נובע מכך שאין לה יכולת לפרנס את עצמה, והיא תלויה באביה, אחיה או בעלה. ולכן במציאות כלכלית בה לאשה יש יכולת לפרנס את עצמה, יש מקום לדון בכלל זה, או שרצונה להינשא אינו טעם כלכלי. ורש"י בקידושין דף ז. ד"ה "טן דו" כתב: "בגופים שנים, בעל ואשתו ואפילו אינו לה אלא לצוות בעלמא". משמע שלא מדובר בטעם ממוני. ועיין גם יבמות ק"ח: .

אמנם, אם מדובר שהאשה אינה מתרצה להתקדש ולכן פלוני מוכן לערוב בעדה, הוכיחה לכאורה שלגביה הכלל של "למיתב טן דו" אינו תקף, א"כ יש ערבות לכתובה, וא"כ מדוע הערב אינו משתעבד, ועיין אות ז', וצ"ע.

סוברת שיש לה משמעות ורק להלכה אין משמעות לערבות שלו. אם ננקוט כאפשרות השניה לכאורה יש מקום לומר שהסכמתה של האשה לנישואין היא 'מקח טעות' שאילו היתה יודעת שאין משמעות לערבות, לא היתה מוכנה להינשא.

על פי דברי הרשב"ם הנ"ל, יש מקום לומר שחכמים ירדו לסוף דעתה, שהיא מוכנה ורוצה להינשא אף ללא ערבות, וצ"ע.

מצוה / לאו מידי חסרה

ח. כנ"ל, ערבות על כתובה איננה חלה. ובגמ' נאמרו על כך שני נימוקים. האחד, שמדובר במצוה, והשני שמי שעברו עבורו לא נחסר דבר (אות ג'). לשיטת רש"י נראה שהנימוק של מצוה אינו מונע דין ערבות, ורק הנימוק שלא נחסר דבר הוא המונע ערבות (אות ד') ואילו לשיטת הרשב"ם הנימוק של מצוה, מהווה נימוק לכך שהערבות איננה תקפה.

ויש לעיין (לשיטת הרשב"ם) האם כדי למנוע את הערבות על הכתובה מלחול, יש צורך בשני התנאים (מצוה, אינו חסר), או שכל אחד מהם יש בכוחו למנוע מהערבות מלחול. ותוס' בגיטין דף נ. ד"ה "מצוה" כתב:

תרתני בעינן³¹¹, אבל היכא דלאו מצוה עבד ולא חסרה, כגון שנעשה ערב אחר הנישואין³¹², או עבד מצוה וחסרה משתעבד.

תוס' אינו מנמק מניין לו ש'תרתני בעינן' כדי למנוע מהערבות מלחול. יתכן שטעמו הוא שהטעם של מצוה ודאי אין בכוחו למנוע מהערבות מלחול שהרי כל הלואה לנזקק הינה מצוה ועל כך נאמר דין ערבות. ונמצא שמי שמסייע לקיום

³¹¹ כדי שהערבות לא תחול.

³¹² כגון, שהבעל הגדיל את סכום הכתובה (ויש לעיין מה הדין במקרה בו האשה רוצה להתגרש כיון שחוששת שמצבו הכלכלי של בעלה לא יאפשר לו לעמוד בהתחייבויות כלפיה בעתיד, ורוצה להתגרש עתה לקבל את המגיע לה, והבעל העמיד ערב כדי לרצותה).

מצוה, אין סיועו לקיום המצוה, מונע ממנו מלגמור בדעתו להתחייב כערב.

ט. לעיל, הצענו שבשעת מתן מעות ערבות חלה אף ללא הטעם של ההיא הנאה (עיין עמ' קיט ואילך), כיון שתורה חידשה דין ערבות ואין צורך לטעם של 'הנאה' (אמנם דרך זו אינה מוסכמת לכל השיטות – עיין שם). ועל פי דרך זו ניתן להציע שכשאדם מתחייב מעצמו לפרוע התחייבות (מתנה) של המתחייב אם המתחייב לא יפרענה, שעת ההתחייבות של נותן המתנה יכולה להיות מוגדרת "שעת מתן מעות" מצידו של האדם שלטובתו נתחייבו. כלומר, בשעה בה ראובן התחייב לתת מתנה לשמעון (או הבעל הוסיף סכום לכתובת אשתו אחר הנישואין), נחשב הדבר כאילו שמעון עצמו הלוח לראובן, וראובן מתחייב לו שיפרע לו בזמן פלוני, ואם לא יפרע, הערב יפרע עבורו. וכיון שמדובר בשעת מתן מעות, ההתחייבות חלה מדין תורה, אף אם הערב אין לו שום הנאה בדבר.

ונראה שדברינו הינם בכלל דבריו של רבינו ירוחם (מישרים), נתיב ט"ו חלק א' 'הו"ד בב"י סימן קכ"ט):

מי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקנין לתת במתנה לחבירו אף על גב דלא מידי חסרי, כיון דלא עביד מצוה משתעבד ואפילו לא קנו מידו, כגון ערב דבשעת מתן מעות. ויש מי שכתב דאינו מועיל בלא קנין³¹³ וראשון נראה עיקר בגט' בתוספות.

כלומר, התחייבות לנתינת מתנה כמוה כערבות בשעת מתן מעות, וכדברינו לעיל. והטעם בגינו הערב משתעבד איננו בגין ההנאה שמקבל, שהרי אין לו הנאה, אלא דין התורה הוא שערבות חלה. ועל פי דרך זו, השיטות הסוברות שאף בשעת מתן מעות השיעבוד הוא מכח "הנאה", הערבות לא תחול במקרה זה. אולם בעל ספר התרומות בשער לה חלק א' אות א' ציין לטעם נוסף:

³¹³ משמע, שבקנין מועיל, למרות שבאסמכתא רגילה לא די בקנין.

אבל אם קנה בקנין גמור להיות ערב במתנה שאדם עושה לחבירו מממון אע"ג דלאו מידי חסריה כיון דלאו מצוה קעביד משתעבד. ותו דאנא אמינא דחסריה, דאי לאו דעביד לזה ניח נפש, לא הוה יחיב ליה.

הטעם הראשון הוא כטעמו של רבינו ירוחם הנ"ל. אולם טעמו השני של ספר התרומות נראה שיועיל אף לשיטה הסוברת שערכות חלה רק מכח הנאה שמקבל הלוח. כיון שאדם אינו נותן מתנות 'סתם' אלא אך ורק עבור תמורה (אף שלא תמיד ניתן לגבות תמורה זו בבית דין). ועתה שראובן מתחייב לשמעון שיתן לו מתנה, ודאי שיש בכך מעין 'פרעון חוב' עבור פעולה או ממון שנתן (או יתן) שמעון לראובן. ושמעון לוחץ (או בדיבור או בעצם כך שעושה לו טובה) על ראובן שיתן לו מתנה, ולחצו של שמעון יסור רק אם ראובן יתחייב לתת לו מתנה שהוא יהיה בטוח במימושה ולכן הוא רוצה ערב לקיומה. נמצא שהערב למתנתו של ראובן, הוא זה שנותן הנאה לשמעון שמעתה הוא בטוח שיקבל מתנה, ולפיכך אינו לוחץ יותר על ראובן, ונמצא שהערב נהנה מאמונו של שמעון.

י. עוד ניתן להציע, שגם מי שמתחייב לתת מתנה 'סתם' ללא לחץ מצד המקבל, רוצה שהתחייבות שלו תתקבל כהתחייבות אמיתית ותהיה אפשרות לממשה ולכן הוא מיוזמתו רוצה להעמיד ערב על התחייבותו (כגון, בעל שרוצה להוסיף על כתובת אשתו אחר שעת הנישואין, והוא רוצה שאם הוא עצמו חלילה ירד מנכסיו, יהיה לאשתו מהיכן לגבות³¹⁴). ונמצא, שהערב נהנה מאמונו של המתחייב עצמו (ולא רק מאמונו של זה שאמור לקבל את המעות בחזרה), וכיון שיש לו הנאה, הרי הוא משתעבד (ועיין אות יז).

יא. על פי האמור (בשיטת תוס' וסיעתו), ערב דכתובה אינו משתעבד, כיון שקיימות שתי סיבות שמחלישות את השיעבוד, שכל אחת מהן אין בכוחה לבטל את שיעבודו, אבל שתיהן יחדיו (מצוה, לא חסריה), מבטלות את שיעבודו של הערב. ויש לעיין מדוע השילוב של שתי הסיבות בכוחו לבטל את השיעבוד, וצ"ע.

³¹⁴ ולא גרע מביטוח שאדם עושה לעצמו או לבני משפחתו למקרי אסון ח"ו. ועיין הערה 304.

יב. בניגוד לתוס' וסיעתו, שיטת רבנו קרשקש בגיטין דף נ. (דף יח. במהד' מוסד הרב קוק) היא כשיטת רש"י (לעיל אות ד'):

ואסיקנא בכולהו... משתעבד לבר מערב דכתובה משום דלאו מידי חסריה, וזהו עיקר טעמא³¹⁵. לפיכך המחייב עצמו לאחר, ונתן לו ערב, ערב זה לא משתעבד דהא לאו מידי חסריה.

נראה שלשיטתו לא ניתן להגדיר את שעת ההתחייבות כשעת מתן מעות (עיין אות ט'), ולכן אפילו אם ערב משתעבד בשעת מתן מעות ללא קבלת הנאה, כיון שדין תורה הוא שישתעבד, אין לדמות זאת להתחייבות לנתינת מתנה.

פסק הרמ"א בדין מתנה ופסק ההלכה בדין ערבות דכתובה / קנין על הערבות

יג. רמ"א חו"מ סימן קכ"ט סעיף ה'³¹⁶:

מי שנתן מתנה לחבירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן³¹⁷ והעמיד לו ערב, י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות (ר' ירוחם נתיב ט"ו ח"א ותוספות פ' הנזקין), ויש חולקין (הגהות מרדכי שם ותשובת רשב"א אלף ט"ז³¹⁸).

הלבוש (סעיף ה') כתב שמסתבר כשיטת היש חולקין, כיון שאין לערב הנאה,

³¹⁵ ולא הטעם של המצוה.

³¹⁶ השו"ע לא דן על מקרה זה במפורש. אולם בסימן קכ"ו סעיף י"ט כתב השו"ע שמי שערב על מנה שנקנה במעמד שלושתן משתעבד אף ללא קנין כיון שנחשב כערב בשעת מתן מעות, ויש מי שחולק. והשו"ע בס"ק ע"ח, כתב שסוד הדין הוא בדין ערבות על מתנה שנחלקו לגביה הראשונים בסוגייתנו הנ"ל. אולם הוא עצמו תמה על הב"י כיון שבמתנה לאו מידי חסר, ואילו בקנין שלושתן קיים חסרון לממחה.

³¹⁷ כלומר, הנתינה בפועל עוד לא בוצעה, ומסתבר שעצם ההתחייבות לתת את המתנה נעשה בה קנין גמור, שאל"כ אינה חלה (אג"מ, חו"מ, חלק א' סימן ל"ז).

³¹⁸ עי"ש בראיתו מדין "תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב" (קידושין ז.) ואמר רבא התם וכן לענין ממונא. לומר שאם אמר תן מנה לפלוני ושדי נתונה לך הרי זו נתונה". וצ"ע ששם כבר נתן את המעות, ואילו בנידון שלפנינו לא נתן כלום.

ואילו רבינו ירוחם (לעיל אות ט') כתב שהעיקר כשיטה הראשונה. הש"ך בס"ק ט"ו מסכים עם שיטת הלבוש, ומבאר ששיטת תוס' (לעיל אות ח') שהערבות בכתובה אינה תקפה עקב שני החסרונות (מצוה, אין חסרון כיס) ואפילו קנין לא יועיל לחייב את הערב³¹⁹, אבל במקרה בו קיים רק חסרון אחד, הערבות תחול עם קנין, כיון שערבות אחר מתן מעות מועילה בקנין³²⁰. וכך גם ערבות שאין בה חסרון אבל נעשה בה קנין תחול. ונראה מדבריו שהקנין מועיל אפילו לשיטת החולקין שברמ"א, כיון שהמחלוקת היא ללא מעשה קנין.

ויש לעיין בטעם הדבר, והרי אסמכתא לא קניא, ורק בבית דין חשוב היא מועילה (שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו) ומדוע בנידון שלפנינו יועיל קנין שכאשר אין חסרון לנותן, אין לערב הנאה שמחמתה ישתעבד. ושמא סובר הש"ך כדברינו לעיל באות י' שיש לערב הנאה, שהנותן עצמו סומך עליו, שאם הוא לא יוכל למלא את התחייבותו, הערב ימלא את מקומו, אבל הנאה זו יש לחזק בקנין, וצ"ע.

יד. השו"ע באבהע"ז סימן ק"ב סעיף ו' פסק כרמב"ם בפרק י"ז מאישות הלכה ט', והרמ"א פסק כראב"ד (שם):

הערב לאשה בעיקר כתובה או בתוספת אינו מתחייב אפילו בקנין³²¹ ... הגה, ויש אומרים דכל ערב משתעבד בקנין³²².

חלקת מחוקק ס"ק י"ח:

³¹⁹ ספר התרומות שער לה, חלק א' אות א': "ויש מן המורים שהורו דבקנין נשתעבד ערב דכתובה כדאמרין בשאר מילי דבלא קנין לא משתעבד ובקנין משתעבד, ולא מסתברא כוותיהו דטעמא דמצוה קעביד ולא מידי חסריה עדיפא ולא גמר ומשתעבד נפשיה אפילו בקנין, וכן סברת הראשונים ז"ל, ובכללם ה"ר משה ז"ל". וכ"כ המאירי בגיטין מט:.
³²⁰ וכ"כ בש"ך בסימן קכ"ו ס"ק ע"ח בשם ספר התרומות בשם הראב"ד.
³²¹ המשך לשון השו"ע: "והני מילי באשה דעלמא, אבל לכלתו מתחייב בקנין. ואם היה קבלן שאמר לה הנשאי לזה ואני נותן לך, משתעבד אפילו בלא קנין, אפילו לאשה דעלמא".
³²² עיין בחילוקו של הרמב"ם בפרק כ"ה ממלוה הלכה ז' – ועיין הערה 454.



טעם הרמב"ם ביאר המ"מ דס"ל דכל ערב אסמכתא הוא אפילו בקנין, אלא משום שבההיא הנאה דמיהמן ליה ומוציא ממון ע"פ וכאן לא הוציאה האשה ממון ע"פ הערב. וגרע מערב שלא בשעת מתן מעות³²³ דהתם כבר היה חסרון ממון למלוה. ודעת הראב"ד דבכל קנין אין בו אסמכתא, ולא גרע אשה מערב שלא בשעת מתן מעות דמהני קנין.

סיכום דין ערבות בדבר שהיה מתקיים אף ללא הערב

טו. העולה מהאמור לעיל בדין ערבות על כתובה וערבות על מעשה שהיה מתקיים ללא הערב:

- הלואה שהיתה מתקיימת אף ללא ערבים, יתכן שהערב אינו משתעבד בה (אות ב').
- ערבות לחיוב הכתובה אינה חלה (אות ג'), ויש הסוברים שאף מעשה קנין לא יועיל (אות יג), ולהלכה נחלקו השו"ע והרמ"א בדבר (אות יד).
- הסיבות לאי גמירות דעת ושיעבוד ערב בכתובה, הם שהתכוון למצוה ושלא מידי חסרה (אות ג').
- לשיטת רש"י (אות ד') ורבינו קרשקש (אות יב) המצוה אינה מהווה נימוק לאי גמירות דעת לשיעבודו של הערב. ואילו לשיטת תוס', שני החסרונות מהווים סיבה לאי שיעבודו של הערב (אות ח').
- לשיטת תוס', במקרה בו קיים רק חסרון אחד, השיעבוד חל (אות ח'-י').
- הרמ"א (אות יג) ציין למחלוקת האם ערב משתעבד במקרה שקיים רק חסרון אחד, והש"ך הכריע שקנין מועיל.

³²³ שערב אחר מתן מעות משתעבד בקנין – עיין שו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף א', ושם פסק השו"ע, שקנין ערבות אחר מתן מעות, מועיל אפילו אם הקנין לא נעשה בבית דין.

ערבות וביטוח³²⁴ / זרוק מנה לים ואתחייב לך

טז. ישנם עיסקאות שלא תתקיימה ללא ביטוח³²⁵, חברת השכרת רכב אינה מוכנה להשכיר מכונית בלי שהשוכר יבטח את הרכב, בעל סחורה אינו מוכן לשלוח את סחורתו ללב ים ללא ביטוח וכדו'. במקרים אלו היה מקום לומר שיסוד החיוב של חברת הביטוח לשלם, היא מדין ערב. והיינו שלמרות שלכאורה קיים חסרון של אסמכתא בעיסקת ביטוח (ותלוי בשיטות הראשונים בהגדרת אסמכתא עיין בציון השיטות בעמ' ח), יש מקום לומר שכשם שערב מתחייב מחמת ההנאה שיש לו שעל פיו נעשה מעשה ההלואה (לעיל עמ' קיט), כך גם חברת הביטוח יש לה הנאה שמחמת שסומכים עליה שעיסקת השכרת הרכב מתבצעת בזכות הסכמתה לבטח את הרכב, וכדו'.

אולם במקרים בהם גם לולי הביטוח הדבר היה נעשה, כגון ביטוח דירה, שאדם לא היה נמנע מלקנות דירה גם אם לא היתה חברת ביטוח שמבטחת את ביתו, ואדם לא היה נמנע מלרכוש רכוש גם אם לא היה מי שמבטח את רכושו, אין מקום לומר שחברת הביטוח דומה לערב, שהרי הנאתו של הערב שהמעשה נעשה על פיו ואילו במקרה זה לא נעשה דבר מחמת הנאת הביטוח (וכדין ערב דכתובה לעיל ועיין גם באות ב'). אא"כ נאמר שהעובדה שהמבוטח מוכן לשלם פרמיה לחברת הביטוח, היא עצמה ההנאה שיש לחברת הביטוח שסומכים עליה שתמורת סך קטן תשלם סך גדול אם הרכוש יאבד³²⁶.

אמנם, יש מקום לדחות, ולומר שכיון שעיסקת הביטוח היא בין שני צדדים אין

³²⁴ בביטוח יש לדון לא רק מדיני ערבות אלא גם בדיני ריבית, ואכמ"ל. הדיון לקמן הינו אודות ביטוח רכוש וכדו', יש מקום גם לדון גם על ביטוחי שער ושיטות שונות של הבטחת שערים.

³²⁵ שומר יש לו חיוב של מעשה שמירה וגם חיוב של 'ביטוח' שישלם אם לא שמר כראוי. אולם אין מכאן ראיה לחיוב של 'ביטוח' ללא מעשה שמירה. ואחרונים דנו מה דינו של שומר שלא שמר כלל, והחפץ לא אבד האם יקבל את שכרו שהרי החפץ חזר לבעליו או שאין לשלם לו כי לא עשה מעשה שמירה. ויש מקום לתת לו שכר עבור ה'ביטוח' שנתן לבעלים. ויתכן להציע שיקבל שכר עבור 'דמי ביטוח' ללא דמי שמירה. ואכן עיין בתשובת בית אפרים חו"מ סימן ל"ד שדן במבטח שאינו שומר ובמבטח שהוא עצמו השומר.
³²⁶ ואולי ראיה לדבר מדברי תוס' בגיטין דף נ. – לעיל עמ' קיד.

כאן כלל דיון על דיני ערבות, שערב הוא אדם חיצוני לעיסקא שנעשית בין שני אנשים, ואילו כאן העיסקא היא בין שני צדדים בלבד³²⁷, ואין כאן דיני ערבות, ועיין לקמן.

יז. בערבות יש לערב הנאה כפולה. האחת, הנאה שהמלוה סומך עליו ומוכן להוציא כסף על פי אחריותו של הלוה. השניה, שהלוה נהנה מכך שקיבל מעות בזכותו (ועיין אות י'). לעומת זאת במקרה בו אדם אמר לחבירו 'זרוק מנה לים ואתחייב אני לך' (וכאן יש הנאה מצידו של הזורק ולא מצד הים שלתוכו נזרק המנה), נחלקו ראשונים האם חיובו חל³²⁸.

ובפשוטו, עיסקת ביטוח שיסודה הוא שאם האניה תתבע בים וכדו' המבטח ישלם, הרי היא כמקרה של זרוק מנה לים ואתחייב אני לך, שנחלקו ראשונים האם חל כאן דין ערבות, ונמצא שחלות הביטוח תלויה במחלוקת ראשונים זו.

אמנם, יתכן שיסוד מחלוקתם של הראשונים הוא בכך, שהאומר לחבירו שיזרוק מנה לים ויתחייב לו פטור מלשלם, כיון שהאומר לא העלה על דעתו שחבירו ישמע בקולו ויעשה מעשה שטות של זריקת מנה לים (לעומת הלואה שאיננה מעשה שטות), ולכן אין לחייבו מדין ערבות, אבל בביטוח שאובדן הסחורה בים איננו נובע ממעשה שטות של אדם הזורק סחורתו לים, אלא מתאונה שאירעה, יש מקום לחייב.

אמנם, הגר"א שפירא זצ"ל (הקדמה לספר הלכות מתווכים עמ' ו'-ח'), כתב שבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך, אין דין ערבות לחלק משיטות הראשונים כיון

³²⁷ עיין הערה 262.

³²⁸ עיין חידושי הריטב"א קידושין דף ח.; שסובר שחיובו חל ולעומתו הר"ן בדף ד: מדפי הרי"ף סוד"ה "וכתב הרמב"ן" כתב שבמוציא ממון לאיבוד לא חל החיוב. והרא"ש בקידושין פרק א' סימן י"ג כתב "אבל היכא דלא מטיא הנאה לשום איניש לא דמי לערב" אבל ראוי להחמיר בדבר כשמדובר בקידושי אשה, ועיין רמ"א חו"מ סימן ש"פ סעיף א' שציין לשת הדעות.

שאין 'הנאה כפולה' (כנ"ל נהנה ממעשה המלוה ומהנאת הלוה) שהרי הים אינו נהנה מכך שהספינה טבעה בו, ועל כך לא נאמר דין ערבות של תורה, עי"ש. ונמצא שעל פי דיני ערבות אין לביטוח אפשרות לחול³²⁹.

יח. אמנם, נראה שיש מקום להציע להחיל דין ערבות במקרה של ביטוח. שאף אם נאמר שבזרוק מנה לים, אין לים תועלת בכך שהמנה נזרק לתוכו ואינו דומה לערבות רגילה, שיש הנאה ללוה שקיבל כסף. במקרה של חברת הביטוח, לחברת הביטוח יש הנאה מכך שאוניות טובעות בים, כיון שאם אוניות לא היו טובעות בים ורכוש לא היה אובר וכו', לא היה מי שהיה רוצה לבטח את רכושו בחברות ביטוח. ונמצא שיש לחברת הביטוח הנאה מטביעה בים. ואף שהיה מקום לומר שחברת הביטוח איננה נהנת ממקרה הטביעה המסויים שעליה לשלם עליו, והיתה מעדיפה שבים תתטבענה רק אוניות שלא היו מבוטחות על ידה, אין בכך כדי לומר שאין לחברת הביטוח גמירות דעת, שהרי גם ערב היה מעדיף שהלוה יפרע את הלוואתו והוא לא יאלץ לפרוע לו³³⁰.

³²⁹ בשו"ת בית אפרים חו"מ סימן ל"ד האריך לדון בדיני ביטוח, ועי"ש בד"ה "אך בלא"ה". ומדבריו עולה שאף במקרה בו אין לערב 'הנאה כפולה' קיים דין ערבות שהרי מקור דין ערבות הוא מיהודה שאמר ליעקב 'אנכי אערבנו' וליהודה היתה הנאה שיעקב יסמוך עליו אבל אין הנאה מצד האסון שח"ו יכול לקרוא, ועיין בדברינו לעיל עמ' צט ואילך ובדחיית הגמ' שם ובדבריו הפוסקים שציינו למעשה של יהודה למרות דחיית הגמ'.

³³⁰ בשו"ת בית אפרים חו"מ סימן ל"ד, כתב שבנידון של ביטוח אין זו ערבות רגילה אלא "קבלנות", כיון שהמבטח הוא העיקר, והסוחר המוליך את הסחורה הוא כבעל עגלה שטוענה בשליחותו. ונראה שדבריו הם מעין דברי הרשב"ם בעיקר דין ערבות, כנ"ל עמ' קו. ועוד חידש בסוף דבריו, כיון שבשט"ח של הביטוח אין מזכירים סחורה אלא סך המעות, הרי זה על דרך חכמי ספרד (עיין שו"ע חו"מ סימן ר"ז, לקמן עמ' רכו) וכאילו השלשת שט"ח וסיים "ומנהגן של ישראל תורה ודין גמור".

ובכל הענין (ביטוח) עיין שו"ת בית אפרים חו"מ סימן ל"ד הו"ד בקיצור בפת"ש חו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ז, שו"ת הרי"ם חו"מ סימן ו' ובחידושי לב"מ דף עג: ועיין גם בשו"ת מגן שאול סימן קי"ב. וכן בב"י סימן קע"ט בתשובה בשם רב האיי גאון בנתיבות שם ס"ק מג. ובספר הביטוח בהלכה עמ' 75 ואילך עמ' 79 ואילך, בספר כת"ר חלק ב' באריכות, משפט הערב סימן ט"ו. ועיין בתשובת הרא"ש כלל ס"ו סימן ט' (הו"ד בטור חו"מ סו"ס ר"ז), ששמעון שאמר לראובן שישחוט את פרתו ואם תצא כשירה יתן לו כך וכך ואם טריפה כך וכך, ונתן משכון על כך, ונמצאה טריפה וסירב לשלם בטענת אסמכתא, וקיבל הרא"ש את דבריו. ותמה עליו הב"י בחו"מ סימן ר"ז (דף סה. ובמהד' מכוון י-ם דף פד:), מדוע לא יתחייב שמעון מדין ערב. ותירץ שערב מתחייב כי נהנה מכך שסומכים עליו, אולם ראובן לא סמך על שמעון ודרש משכון, וא"כ לא היתה לשמעון הנאה שסומכים עליו, ולא התחייב לשלם. ועוד, שלא מדובר בערבות אלא בעסקת מכר, וכיון שלא היה קנין, אין עסקא. אמנם הקצות בסימן ר"ז ס"ק ד' כתב שהחילוק בין ערבות לבין הגידון של הרא"ש הוא, שהגידון של הרא"ש דומה לזרוק מנה לים.

יט. עוד נראה לומר, שחברת הביטוח באמת גומרת בדעתה לשלם, כיון שאם לא תשלם, לא יהיה מי שירצה לבטח אצלה (וחברת הביטוח גם רוצה שיהיו מקרי טביעה, שריפה וכו'), כדי שאנשים יחששו ויבטחו את רכושם או בריאותם³³¹. כלומר בניגוד לערב שזקוק 'להנאה כפולה' כדי לחייב את עצמו, שהרי הוא אינו רוצה לשלם, ורק ה'הנאה הכפולה' מחייבת אותו לשלם. חברת הביטוח אכן רוצה לשלם למבוטח, ולכן אין צורך ב'הנאה כפולה' כדי שתהיה גמירות דעת שמחייבת לשלם³³². ועיין אות כג.

ביטוח כמכר

כ. שו"ת הריב"ש סימן ש"ח :

ומה שנוהגים לתת עשרים ליטרין למי שיבטיח מאה ליטרין שיש לו בספינה, זו דרך אחרת היא³³³, לפי שאין כאן הלואה³³⁴, אלא כעין מכר, שמקבל עליו אחריות מעות האחר בעד הסך ההוא שנותן לו זה...

³³¹ בשו"ת יבי"א אומר חלק ז' חו"מ סימן ו', כתב לאסור קניית כרטיסי מפעל הפיס משום אסמכתא, עיי' באריכות (ובעמ' צ). וכתב, שאף אם נאמר שהגרלה על קניית ס"ת אין בה משום אסמכתא כיון שאת הכסף שנתן הוא יודע שלא יקבל חזרה ואולי יקבל ס"ת, במפעל הפיס, כסף נתן וכסף הוא רוצה לקבל (כלומר, מדובר על אותו כסף, אמנם הגר"א שפירא בתחומין חלק ה' עמ' 301 חלק עליו בנקודה זו, עיי"ש). ולשיטת היבי"א, לכאורה גם בביטוח יש לחשוש משום משחק בקוביא, שהרי נותן סכום קטן, ומצפה לראות סכום גדול. אולם, יש לחלק כיון שבביטוח הלקוח (הרגיל) אינו מעוניין להגיע למצב בו הוא יזדקק לקבל את כספו בחזרה, והוא מעדיף שביתו לא ישרף ולא יזדקק לקבל מכספי הביטוח, משא"כ בנידון של הגרלה, שרוצה את כספו בתוספת כסף נוסף, כך שמצידו של הלקוח אין חשש של אסמכתא.

והגרד"נ גולדברג שליט"א ביאר, שלקבל את הפרס ממפעל הפיס אין חשש אסמכתא כיון שמפעל הפיס רוצה לשלם, והרווחים שלו אינם מכך שהוא לא ישלם את הפרסים אלא ממכירת הכרטיסים שמחיר כולם גבוה ממחיר הפרסים, וזאת בניגוד למשחק בקוביא ששם הרווח הוא מהכסף שמקבל מחבירו. ולגבי קניית הכרטיס עצמו, אין זה אסמכתא על פי השיטות שאם כבר שילם והניח את המעות אין חשש אסמכתא, ואיסור אסמכתא הוא רק כאשר לא שילם לפני הגורל.

³³² וכך שמעתי מהגרד"נ גולדברג שליט"א, שחברת הביטוח רוצה לשלם כדי שיבטחו אצלה (ועיין בהערה הקודמת בדבריו לגבי קבלת פרסים ממפעל הפיס ונראה שהוא הדין כאן). וכך העיר גם בביכורי גושן סימן ל"ט שאלה ב' בשם הרב חגי איזירר שליט"א.

³³³ מדובר על פרמיה גבוהה מאד - תשלום של עשרים כדי לקבל מאה.

³³⁴ ולכן אין חשש ריבית (הקדמת מעות - עיי"ש).

...אבל תולה בדעת אחרים, שאין בידו כלל לאו אסמכתא היא, דכיון שאינו תולה בעצמו, ואין בידו כלל, גמר ומקני אדעתא דההוא תנאה³³⁵.

וזה מבואר בפרק זה בורר (כ"ד:); דרב ששת אמר התם, דמצחק בקוביא לאו אסמכתא היא, כיון דלא תליא מלתא בדעתיה, אלא אף בדעתא דחבריה ובמעשה ידיה. וקיי"ל כותיה...

בנדון זה, שתולה בדבר שהוא מקרה גמור, אם תהיה רוח סערה בים מפרק אניות ומשבר ספינות, או יחד יבואו גדודים וחברת גנבים ושוודדים לשלול שלל ולבזו בז, ואין בידו להיות נכון לבו בטוח לא יירא מכל אלה, כשהתנה מתחלה גמר ומקני, ואין כאן אסמכתא. ועקרון של דברים אלו תמצאם מבוארים לרבינו הרמב"ן ז"ל בהלכות נדרים, שחבר בפרק ארבע נדרים³³⁶.

בתחילת דבריו כתב הריב"ש שעסקת ביטוח היא 'מעין מכר' (עיין לקמן בביאור דבריו³³⁷). ואם מדובר במכירה חלוטה אין כלל גדרי אסמכתא, שהרי כבר היה מי שקנה את הסחורה, שחסרון האסמכתא הוא רק במציאות בה לא נעשה קנין מוחלט, וא"כ יש לעיין מדוע בסיום דבריו הוא נזקק לשיטת הרמב"ן בדין אסמכתא.

כא. השו"ע ביו"ד (הלכות ריבית) סימן קע"ג פסק את דינו של הריב"ש להלכה³³⁸. וכתב שם הגר"א בס"ק ל"ו:

³³⁵ עיין בשיטת המרדכי בשם הראב"ה בעמ' עח.

³³⁶ עיין שיטת הרמב"ן בעמ' קע, אמנם שיטתו אינה מוסכמת על כל הראשונים, והעיר על כך בשו"ת בית אפרים חו"מ סימן ל"ד (הו"ד בקיצור בפת"ש חו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ז).

³³⁷ שלכאורה קשה מי קנה ממי, ומה הוא הדבר הנקנה.

³³⁸ לשון השו"ע: "לתת כ' ליטרין למי שיבטיח ק' שיש לו בספינה, מותר".

... דאינו עושה זה בשביל הקדמת המעות דאפילו היה נותן לו אחר ביאת הספינה היה עושה כן³³⁹, אלא משום דמאה ליטרין שיש בספינה הן קרוב להפסד מאד, ולכן מוכר לו בדבר מועט ומותר אף בהקדמת מעות.

בספר חבל יוסף - חדרי דעה על השו"ע כאן (והו"ד בדרכ"ת כאן) ביאר שכוונת הגר"א היא, שהמבטח קונה את הסחורה שבספינה שערכה מאה במחיר מוזל של שמונים. ואם הספינה תתבע, המבטח הפסיד את שלו. ואם הספינה תגיע בשלום למחוז חפצה, חוזר המבטח ומוכר את הסחורה לבעל הסחורה המקורי בסך של מאה. ונמצא שסך העשרים שמשלם בעל הסחורה מעיקרא למבטח, הוא סך הרווח שאמור המבטח להרויח מהעסקא אם לא יארע נזק לסחורה³⁴⁰.

על פי הגר"א, מדובר בעסקת מכירה, ולא רק 'מעין מכר' ולכאורה תמוה שהוא מבאר את הריב"ש שלא כדברי הריב"ש עצמו, ועוד שהריב"ש נזקק לשיטת הרמב"ן באסמכתא, ואילו הגר"א אינו זקוק לכך כלל³⁴¹.

יתכן להציע, עיקר דברי הריב"ש הינם לבאר מדוע אין בביטוח משום איסור ריבית (עי"ש בדבריו), אולם הריב"ש אינו דן מה הוא מעשה הקנין המחייב את העסקא. היה מקום לומר שהמבטח עשה מעשה קנין בסחורה, אולם מלשון

³³⁹ כלומר, הקדמת מעות שאסורה משום ריבית (בדרך מכר) פירושה שאם החפץ היה נקנה בשיטת 'שלם וקח' מחירו של החפץ היה מאה, וכיון שהקונה שילם מראש הסכים המוכר לקבל ממנו שמונים, ובשעת האספקה יתן לו חפץ שערכו בשיטת 'שלם וקח' הינו מאה, ונמצא שהקונה נתן שמונים וקיבל מאה. אולם אם המוכר מוכן לקבל את הסכום של השמונים במועד אספקת הסחורה או אף אחר מועד אספקת הסחורה, נמצא שהמחיר הוזל איננו בעד הקדמת המעות ואין כאן חשש ריבית. ובנידון שלפנינו, המבטח מוכן שאת דמי הביטוח ישלם המבוטח אפילו אחר שהספינה תגיע ליעדה. משמע, שהוא רוצה תשלום עבור הסיכון ולא עבור הזמן, ואין בכך משום ריבית. אמנם על פי הגר"א, אילו המבטח עומד על כך שהכסף ישולם קודם מועד ההפלגה, שב איסור ריבית למקומו, ואכמ"ל לדון בביטוחים הנעשים כיום.

³⁴⁰ ואין בדבר חשש של ריבית (שנותן שמונים ואחר זמן מקבל מאה, על פי התנאי), כיון שלא הקדמת המעות היא היוצרת את פער המחיר. ועוד, שספק אם ירויח שיתכן שהספינה תתבע.

³⁴¹ יתכן שבפני הגר"א לא עמדה תשובת הריב"ש במלואה אלא כפי שהובאה בבי"ד ביו"ד סו"ס קע"ג: "ומה שנוהגים לתת עשרים ליטרין למי שיבטיח ק' ליטרין שיש לו בספינה זו דרך אחרת היא לפי שאין כאן הלוואה אלא כעין מכר שמקבל עליו אחריות מעות האחר בעד הסך שהוא שנותן לו זה ואפילו אם יקדימו לו עתה העשרים ליטרין אין חשש בזה". הבי"ד כלל לא הזכיר את דין האסמכתא, ורק כתב שאין חשש ריבית וה"ז "כעין מכר", וקצ"ע.

הריב"ש אין הוכחה לכך, לפיכך הריב"ש מגדיר את המקרה רק "כעין מכר" לא כמכירה ממש. ואמנם, יש לעיין מה מחייב את המבטח לשלם את כל מה שהתחייב במקרה בו טבעה הספינה אם לא היה מעשה קנין חוץ מחיובו של אדם לעמוד בדיבורו, וקצ"ע. ומ"מ על פי דרך זו מובן מדוע נזקק הריב"ש לשיטת הרמב"ן בדין אסמכתא, שכיון שאינו מכר גמור לכאורה יש כאן גדר של אסמכתא ועל פי שיטת הרמב"ן, אין כאן אסמכתא. אולם צ"ע שאף שאין כאן אסמכתא, סו"ס אין מה שמחייב את המבטח לשלם שהרי לא היה מעשה קנין (ואולי יש לחשוש גם לאיסור ריבית אם אין מעשה קנין), ושמא הריב"ש סומך בכך על המנהג כפי שכתב בתחילת דבריו "ומה שנוהגים", וקצ"ע. ועוד, שמא הריב"ש לא נזקק לשאלה מה מחייב את המבטח לשלם, אלא רק ביאר שאין בכך משום אסמכתא.

כב. שיטת הגר"א בביאור דברי הריב"ש, לכאורה קשה כיון שבדברי הריב"ש לא נזכר שהסחורה נקנתה בשמונים וכו'. לולי דבריו היה ניתן לפרש, שהמבטח מוכר 'אחריות' ותמורת האחריות הוא מקבל בשכרו סך של עשרים, אבל כיון שאחריות אינה דבר בר קנין רגיל, מגדיר הריב"ש את המקרה "כעין מכר" ולא מכירה ממש (וחיובו של המבטח לעמוד בדיבורו, נסמך על כך שאין בדבר משום אסמכתא, ועל המנהג, וכדברינו לעיל).

ביטוח – קיימת גמירות דעת ואין חשש אסמכתא

כג. עוד נראה לומר, שחברת ביטוח איננה מביטה על המקרה הבודד, שהרי רווחיה של חברת הביטוח נובעים מכך שרבים מבטחים אצלה, ואצל רוב המבוטחים אין שריפה או אובדן, ולכן גמירות הדעת של חברת הביטוח היא מכלל המבוטחים ואינו דומה למקרה של ערבות מקרה בודד (סברא זו הועלתה בספר ביכורי גושן, סימן ל"ט שאלה ב' עמ' תקע"ט, עי"ש). ומהגרז"נ גולדברג שליט"א שמעתי שחברת ביטוח אכן רוצה לשלם במקרה של הפסד, כיון שאם לא יהיו מקרים של טביעות אוניות ולא יהיו מקרים בהם חברת הביטוח תשלם, אף אחד לא ירצה



לבטח את עצמו³⁴², ולכן יש לומר שאין חשש אסמכתא בעיסקת ביטוח, וכנ"ל
אות יט.

³⁴² ונראה להוסיף, שאף שבכל מקרה פרטי, חברת הביטוח מעדיפה לא לשלם, באופן כללי היא רוצה להראות לצבור שהיא משלמת על נזקים, וקצ"ע.

אסמכתא במחילה

הקדמה

א. החסרון באסמכתא הוא חוסר גמירות דעת בהתחייבות התלויה בקיום תנאי. ויש לעיין האם החסרון של אי גמירות דעת הינו רק במקרה בו ההתחייבות שהאדם קיבל על עצמו היא לתת מדבר הנמצא תחת ידו ("אם יארע כך... אתן"), או שחסרון זה קיים גם במחילה, שההתחייבות היא לאפשר לצד שכנגד להשאיר בידו מה שתחת ידו ולא להשיבו לבעליו ("אם יארע... אמחול לך ולא תתן לי")³⁴³.

ב. הסברא בגינה יש מקום לומר שבמחילה אין חסרון של אסמכתא היא מפני שאדם שיש בידו מעות והוא אמור להוציא אותם מכיסו, יעשה זאת בקושי רב יותר מאדם שרכושו כבר נמצא ביד אחר הוא ואמור לוותר עליהם, ואם מצאנו שאסמכתא לא קניא בהקנאה, אין הוכחה שאסמכתא אינה קונה במחילה³⁴⁴.

ערבון... מחול לך – מחלוקת הראשונים ופסק השו"ע

ג. גמ' ב"מ דף מח : / עז :

³⁴³ עיין הערה 68 ובדברי הר"ן בהערה 71.

³⁴⁴ וכן יש לעיין מה דינם של מעות הנמצאות ביד אדם אחר. ומה דינו של כסף שבבנק, שאינו ממש תחת ידו של אדם, אלא הוא הלווה את כספו לבנק, אבל ההתייחסות של בני אדם היא כאל כסף הנמצא בכיסם. ועיין בדברי הרמ"א לקמן אות ד' בדיון התפסה בדין שליש.

והתניא, הנותן ערבון (רש"י: לא דמי לההיא דלעיל³⁴⁵), דזה אינו פריעת
 מקצת מעות שקורין אייר"ש [מקדמה, תשלום מוקדם של חלק מן החוב],
 אלא ערבון ומשכון לקנוס את החוזר בו פרמנינ"ן בלעז [ערבון, משכון].
 לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי, ערבוני מחול לך, והלה אומר אם
 אני חוזר בי, אכפול לך ערבונך - נתקיימו התנאים, דברי רבי יוסי.
 רבי יוסי לטעמיה, דאמר אסמכתא קניא (הבטחת גוזמא שאדם מביטיח
 את חבירו לסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאו, יתן כך וכך).
 רבי יהודה אומר, דיו שיקנה כנגד ערבונו (לא זה ימחול ולא זה יכפול,
 אלא לא זה ולא זה יכולין לחזור מלקיים מן המכירה כנגד הערבון, וחוזרים
 על השאר).

שיטת ר' יהודה בכל הש"ס שאסמכתא לא קניא (עיין עמ' יד). ורש"י מפרש שעל
 פי שיטתו, אף מחילת הערבון הינה אסמכתא. משמע, שהחסרון של אסמכתא
 קיים גם במחילה. אולם הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ד' פסק:

הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה
 אומר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך. אם חזר בו הלוקח, קנה זה
 הערבון שהרי הוא תחת ידו³⁴⁶. ואם חזר בו המוכר, אין מחייבין אותו
 לכפול הערבון שזו אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא.

³⁴⁵ עי"ש בדיון על ערבון האם קונה את כל המקח או רק כנגד המעות (ועיין אות ט') ושם
 הערבון המדובר הוא דמי קדימה. ואילו הערבון בסוגייתנו הוא קנס למי שחוזר בו. ומדברי רש"י
 אין הכרעה האם בשעה שמקיימים את המקח הערבון מושב לבעליו, או שהערבון יכול להפוך
 להיות חלק מהתשלום, רק שמעיקרא קבעו ביניהם שהערבון לא יהווה מעשה קנין ביחס למקח
 (לא כנגד כל המקח ולא כנגד חלק מהמקח). ובפשטות, אם הערבון הוא מעות אין נפ"מ לקונה
 האם יתן מעות אלו או אחרות, ולכן בהשלמת העסקא הערבון הופך להיות חלק מהתשלום, אבל
 אם מדובר בערבון מטלטלין יתכן שהקונה מקפיד לקבלם ולשלם במעות את כל הסכום. ונראה
 ששתי האפשרויות קיימות ואין בהן נפ"מ לדינא, וההקפדה היא שהערבון אינו מהווה מעשה
 קנין מעיקרא.

³⁴⁶ בשו"ת חת"ס חו"מ סימן ס"ו כתב, שדברי הרמב"ם הינם רק במעות שיכול המוכר להוציאם,
 ולגביהם מחילתו של הנותן תקפה, אבל אם מדובר בחפץ שנתן אותו בתורת ערבון, המחילה לא
 חלה כיון שלגבי חפץ מחילה אינה מועילה אלא יש צורך במתנה, וציין כראיה לדבריו את דברי
 השו"ע בחו"מ סימן רמ"א סעיף ב': "מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה
 מופקד אצלו הרי זה מתנה הנקנית בדברים בלבד" (ועי"ש ברמ"א, שהמחילה חלה אפילו יש לצד
 שכנגדו שטר, ואמנם עיין מש"כ עליו בנו"ב קמא, חו"מ ל"א, ועיין מש"כ החו"א בחו"מ
 ליקוטים סימן ט"ז ס"ק י"א ד"ה "וכי", ובשו"ת אמרי יושר חלק ב' סימן ט' אות י"ב). וכיון
 שלשון מחילה אינה חלה על פקדון, אם הערבון הוא חפץ (ולא מעות) מחילתו של הנותן איננה
 תקפה והרי זו אסמכתא, עי"ש. וביאר החת"ס שדוקא במעות שזכאי מקבלם להוציאם ומוטל

מדברי הרמב"ם מוכח שבמחילה אין חסרון של אסמכתא³⁴⁷. ואכן הראב"ד במקום השיג על דבריו וכתב שהמחילה חלה רק אם לא היה אונס וקנו מידו בבית דין חשוב³⁴⁸. ושיטתו כשיטת רש"י הנ"ל.

ד. השו"ע בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"א פסק כרמב"ם, אבל הרמ"א שם כתב את שיטת רש"י והראב"ד:

עליו חוב להשיבם לא קיים חסרון של אסמכתא, אבל במטלטלין שאסור למקבלם להשתמש בהם, יש בהם חסרון של אסמכתא, עי"ש.

וכדברי החת"ס הקשה ג"כ הט"ז בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"א (על פסק השו"ע "הנותן ערבון לדבריו ואמר ליה אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך... קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו"): "וקשה הא קי"ל בסימן רמ"א, מי שיש לו חפץ ביד חבירו ורוצה להקנות לו, לא יאמר מחול לך, אלא תקנה אותו וא"כ במה קונה כאן המוכר הערבון?... ונלענ"ד דכאן מיירי ערבוני הוא מעות לכך קנה במילת 'מחול' לחוד. או נראה לי דלאו דוקא קאמר 'מחול' אלא זה לשון רבינו דאמר ערבוני מחול לך ובענין המועיל לזה". ומשמע מדבריו, שאם מדובר במטלטלין ואמר 'ערבוני נתון לך במתנה'. וחזר בו הקונה, זכה המוכר בערבון, ושלא כשיטת החת"ס שבערבון מטלטלין שאסור למוכר להשתמש בו, קיים חסרון של אסמכתא, וכן"ל.

ורש"י בסוגייתנו כתב שמדובר בערבון ומשכון, ומדבריו משמע שלא דוקא מעות ומוכח כט"ז. אמנם לדברי הט"ז כשמדובר בחפץ, לשונו של הלוקח לא תהיה לשון מחילה אלא לשון נתינה, ויל"ע האם רש"י מחייב זאת.

³⁴⁷ ובשו"ת חת"ס חו"מ סימן ס"ו ביאר שלשון הגמ' "אסמכתא לא קניא" ואילו מחילה איננה הקנאה אלא סילוק.

הראשונים ציינו לסוגיות נוספות בהם יש לדון על מחילה. בגמ' בנדרים דף כז. — כז: (לעיל עמ' יח), אדם שאמר שיתבטלו זכויותיו, אין דבריו חלים אא"כ התפיש את זכויותו ונחשב כגבוי. משמע שלולי זאת ביטול זכויות שפירושם מחילה, יש בהם משום אסמכתא. אמנם עי"ש בר"ן שכתב שדבריו היו שראיותיו הן שקר, אבל אילו היה מוחל במפורש, מחילתו היתה חלה (ועיין ריטב"א שם). ועי"ש במאירי שדן מדינו של מי שפרע מקצת חובו וכו'. ובהרחבת הדברים בכס"מ בפרק י"א ממכירה הלכה ד'.

ובגמ' בב"מ דף קט. מובא מעשה בשתלא שאמר "אי פסידנא מסתלקנא בלא שבחא". כלומר, אם הוא יפסיד את הנטיעות הוא יסתלק בלא שבח אפילו אם הנטיעות הניבר פירות ומגיע לו חלק מהיבול ככל אריס. ורובא אמר שדבריו לא חלים כיון שהם אסמכתא. ולכאורה, כיון שהפירות שייכים לבעל הבית והוא מולקבל את חלקו ואע"פ כן קיים חסרון של אסמכתא, מוכח שקיים דין אסמכתא אף במחילה. ושמא, האריס עצמו נחשב מוחזק והוא הנותן לבעל הבית וממילא הפירות לגביו אינם מחילה כי אם נתינה, ועיין במעשה של רב הונא בברכות דף ה: ומחנ"א, אסמכתא סימן ו'.

³⁴⁸ עיין גמ' נדרים דף כז: "והלכתא, אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקנו מידו בבית דין חשוב". אולם הרמב"ם ישיב, שבגמ' זו לא מדובר על מחילה אלא על אסמכתא שיש בה נתינה (עיין כס"מ פרק י"א מהלכות מכירה הלכה א').

ויש חולקין וסבירא להו דאפילו אם חזר בו הלוקח לא קנה המוכר³⁴⁹, אע"פ שהוא בידו³⁵⁰ אסמכתא לא קניא (טור בשם רש"י וראב"ד וב"י בשם הרא"ש), וכ"ש אם התפיסו ביד שלישי³⁵¹.

בפשטות כיון שהרמ"א ציין לשיטה זו מסתבר שהוא נוקט כך להלכה. אולם עיין לקמן בסיום דברי בעל המים חיים באות י' (הו"ד בפת"ש סימן ר"ז ס"ק י"ג), שסובר שאין בדברי הרמ"א הכרעה ברורה להלכה כיון שלא סיים בדבריו ש'שכן עיקר'. אולם הנו"ב חו"מ קמא סימן ל"א (הו"ד בפת"ש סימן ר"ז ס"ק י"ד) כתב שהרמ"א הכריע כיש חולקין. אמנם כיון שקיימת מחלוקת בין השו"ע לרמ"א, יכול המוכר המוחזק במעות לומר 'קים לי' כשו"ע ולא להחזיר את המעות (כ"כ המים חיים והנו"ב הנ"ל, וכן כתב החזו"א בחו"מ, ליקוטם, סימן ט"ז ס"ק י"א ד"ה "וכ"ז").

ונראה להוכיח שלדינא הרמ"א סובר שאין חסרון של אסמכתא במחילה, מדברי הרמ"א עצמו בחו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז, שמחזק את דברי השו"ע במנהגם של חכמי ספרד באסמכתא (עיין לקמן עמ' רמא), ושם אחד הצדדים מתחייב למחול אם פלוני יעשה לו כך וכך. ומוכח שבמחילה אין חשש אסמכתא (אמנם יש צורך בקנין, אולם לא בבית דין חשוב, עי"ש בשו"ע ובנו"כ), וצ"ע.

שיטת הראב"ד

ה. בפשטות, לדעה הסוברת שאף במחילה קיים חסרון של אסמכתא, הפתרון לחסרון זה הינו ככל דיני אסמכתא (קנין בבי"ד חשוב) וכפי שכתב הראב"ד לעיל (אות ג'). אמנם הראב"ד הוסיף:

³⁴⁹ פירוש, המוכר לא קנה את הערבון, למרות שהקונה אמר שהערבון יהיה קניי למוכר אם יחזור בו.
³⁵⁰ סמ"ע ס"ק כ"ו: "המחבר קיצר דהל"ל ג"כ 'ואע"פ דאמר ליה מחול לך'".
³⁵¹ שהתפסה ביד שלישי כוחה נמוך מהתפסה ביד הצד שכנגדו ממש. וכתב הש"ך בס"ק י"ז בשם המ"מ, שבמקרה זה אף הרמב"ם והשו"ע מודים.

אבל אם יאמר לו המוכר, המעות שנתת לי לעולם לא יצאו מתחת ידי, ואתה אם תרצה קח מקחך או תניח אותו לעולם, הדין עימו³⁵².

נראה שהמוכר אומר שאם הקונה יחזור בו הוא אמנם לא יקבל בחזרה את כספו אבל הקונה לא יפסיד מבחינה כספית כיון שעולם הוא יכול לקחת את המקח, וכיון ששווי המקח הינו (לפחות) כשווי המעות, נמצא שהקונה לא הפסיד כלל, ואין כאן חסרון של אסמכתא³⁵³.

ולכאורה במקרה זה אף הרמב"ם יודה, שהרי אסמכתא היא מקרה בו אחד הצדדים מפסיד, ואילו במקרה שלפנינו ההקונה לא הפסיד את כספו, ואין כאן חסרון של אסמכתא.

ו. הלחם משנה דייק דיוק נוסף מדברי הראב"ד:

דהיינו כשהתנה המוכר מתחילה, דע שהמעות הללו לא יצאו מתחת ידי, או תקח את מקחך או תניח אותו, שאני איני מחזיר לך המעות, דאז ודאי המקח קיים.

ואפשר, דהך דמוכר נקט, הוא מדוייק כיון דהמוכר אמר לו כן בשעת המכירה מהני. אבל אם יאמר לוקח, המעות שנתתי לך לא יצאו מתחת ידך אלא אקח המקח לא מהני.

ולכאורה, יש לעיין מה טעם חילוקו של הלח"מ, והרי גם במקרה בו הלוקח אומר שלעולם יהיה בכוחו לקבל את המקח אין זו אסמכתא. ובשו"ת חת"ס חו"מ סימן ס"ו תמה על דבריו (ולא ביאר את טעם תמיהתו), וצ"ע.

ז. כנ"ל הרמ"א פסק כראב"ד שקיים חסרון של אסמכתא במחילה. אולם הרמ"א לא

³⁵²ומדובר שדברי המוכר הם בשעת נתינת הערבוך/המעות (כס"מ סוף הלכה ד').

³⁵³ויל"ע מה הדין בחפץ שנפסד כגון פירות שאחר זמן מתקלקלים. ועוד יש לעיין מה הדין במקרה בו הקונה השתהה זמן מרובה ועלה מחירה של הסחורה, האם חובה על המוכר לתת לו את אותה כמות סחורה או יכול לנכות לו (ואכמ"ל מדיני ריבית, ועיין במשנה ובסוגיית טרשא בב"מ דף סה.).



ציין להמשך דברי הראב"ד שבאות ה' ויל"ע בטעמו. ועוד שלדברינו במקרה זה לכאורה אף הרמב"ם יכול להודות לשיטת הראב"ד, וצ"ע.

דמי קדימה שישארו אצל המוכר גם כשהקונה יחזור בו/דמי ביטול/קודם קנין ואחר קנין

ח. דבר מצוי הוא שאדם נדרש לשלם דמי קדימה בהזמנת מוצר, שכירות דירה או קניית דירה, שכירות חדר במלון, הזמנת כרטיסי טיסה וכדומה. ואם הוא יחזור בו, דמי הקדימה לא יוחזרו לו, ואם העיסקה תתקיים, דמי הקדימה יהיו חלק מהתשלום עבור העיסקה. ויש לעיין האם יש זכותו של המוכר להשאיר בידו את דמי הקדימה במקרה של חזרת הקונה או שהקונה לא גמר בדעתו לתת אותם למוכר בלב שלם כיון שמעיקרא סבר שישלים את העיסקה ונמצא שלפנינו חוסר גמירות דעת שדינו כאסמכתא.

בפשטות הדבר תלוי במחלוקת לעיל, לשיטת הרמב"ם שבמחילה אין חסרון של אסמכתא, המוכר זכה במעות, ואילו לשיטת רש"י והראב"ד חובה על המוכר להשיב את הכסף לקונה.

ט. אמנם, אם מדובר בקנין קרקע בו מעות קונות, ברגע שהקונה נתן למוכר חלק מהסכום, הקונה כבר זכה בקרקע מדין קנין מעות (שו"ע חו"מ סימן ק"צ סעיף ב'), והשאר הינו חוב עליו. ונמצא שהקונה אינו יכול לחזור בו שהרי הקרקע כבר שלו. ובמטלטלין בהם כסף אינו קונה, יש עליו קללת 'מי שפרע' גם כן אסור לו לחזור בו ועליו לקיים את מקחו (שו"ע חו"מ סימן ר"ד סעיף א'), ויכול המוכר לטעון שאין עליו חובה להשיב את המעות, ועל הקונה להשלים את העיסקה (ועיין בסוגיית הגמ' בב"מ דף מח: / עז:). וכתב על כך החזו"א בחו"מ, ליקוטים סימן ט"ז ס"ק י"א ד"ה "אמנם":

...אבל אם גמרו מתחלה המקח ונתן הלוקח מקצת דמים סתמא [או בלשון דמי קדימה] שסתמו הוא להתחלת הפרעון וכמו שכתב הרא"ש בש"מ ב"מ מ"ח ב' והפרישה סימן ק"צ ס"ק ו', ואח"כ כתבו החוזה בזה מהני התנאי, שהרי מן הדין קרקע נקנה בכסף ומתקיים המקח, וחייב הלוקח לקיים מקחו ואם הוא חוזר ומוחל את הכסף שנתן הרי זה כנותן לו כל השדה בעד חוב הנשאר ואין זו אסמכתא.

וכן אם המוכר חוזר הוא כמו שקונה ממנו והוי כתנאי שביניהם שאם הלוקח מותר את הכסף שנתן הוא חופשי ממקחו וכן אם המוכר כופל³⁵⁴.

ומיהו אם הוא באתרא דכתבי שטרא שאין כסף קונה לא מהני התנאי שהרי אין כאן קנין עדיין [ואף דמצי לזכות בדינא דמלכותא את העירבון מסתבר שאין דינא דמלכותא במקום שטרא כיון דלא מצי למזכי בדיני ישראל]³⁵⁵....

ולכן, הדיון מגדרי אסמכתא הוא במקרה בו הוסכם בין הצדדים שהקונה לא יזכה ברכוש עד השלמת התשלומים³⁵⁶, ואם לא ישלים את כל הסכום, דמי הקדימה ישארו ביד המוכר (אמנם, אף במקרה זה יש לדון מגדרי מי שפרע).

³⁵⁴ שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תקע"ד: "שאלה ראובן קנה משמעון בקנין סודר ונתן לו מקצת הדמים ושוב חזר בו ראובן ושמעון רוצה לעכב המעות אשר נתן לו ראובן שאומר שנתנם לו בתורת עירבון יורה המורה הדין עם מי. תשובה אם אמר לו אם אני אחזור בו ערבוני מחול לך כיון שהמעות בידו אין מוציאין ממנו וכן פסק הרמב"ם ז"ל וכן אנו נוהגין דאתריה דמר הוא ואע"ג דק"ל כל דאי אסמכתא הוא ואסמכתא לא קניא שאני הכא דשמעון מוחזק הילכך אעפ"י שלא הפסידה הסחורה ממה שקנאה ראובן זכה שמעון במה שבידו. ואם טוען ראובן שלא נתן לו המעות אלא בתחילת פרעון או סתם ולא אמר לו אם אני חוזר בי עירבוני מחול לך ישבע שמעון שאמר לו כן בהדיא ונפטר כשאר הטענות. ואם נתן לו המעות בתחילה או שאמר לו סתם בתורת עירבון כיון שקנה בקנין סודר ונקנה המקח לכ"ע והרי היא לאחירות ראובן ומוכרים הסחורה ומה שתפסיד ממה שקנה אותה ראובן גובה ממה שתחת ידו ואם לא יספיק גובין השאר מראובן ואם לא תפסיד מחזיר לראובן מעותיו ואם תרויח הרווח לבעל הסחורה כיון שחזר בו ראובן ואם לא קנה אלא בעירבון פלוגתא דרב ור' יוחנן וקיי"ל כר"י דאמר קנה הכל ואמרין עליה דבמקרקעי קנה כנגד הכל לגמרי ובמטלטלי קנה כנגד הכל לקבל מי שפרע ואם מנהג המדינה לקנות לגמרי קנה כי המנהג עיקר גדול בדיני ממונות".

³⁵⁵ ועיי"ש שהאר"י מתי השטר מועיל ומתי לא.

³⁵⁶ ואכמ"ל מדין ריבית. ובמציאות בה חוק המדינה מאפשר לבטל קניה (ועיי' אות יא). וכן יש לעיין במקרה בו לא שילם במעות אלא בחיוב של כרטיס אשראי שהחיוב בפועל עוד לא בוצע בזמן חזרתו של הקונה, האם מותר למוכר לגבות את התשלום שנמצא שאין זה מקרה של מחילה.

בספר טוב סחרה עמ' קכ"ה ואילך, הורחב הדיון האם בהסכם בו יש סעיף הקובע שאם אחד הצדדים יחזור בו, מותר לאחד הצדדים לחזור בו ולשלם את הסכום שקבעו ביניהם, או שהעובדה שנקבע קנס איננה מלמדת שמותר לו לחזור בו, עי"ש במחלוקת הרשב"א והמהר"ם מינץ. אולם ברור הדבר שאם יתנו במפורש שתשלום הקנס פוטר את החוזר מקיום התנאי, דבריו יועילו.

ומכאן, בתנאי בין הצדדים, שבמקרה בו יחזור בו הלוקח, ישארו דמי הקדימה ביד המוכר, הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם ורש"י הנ"ל.

אבל אם מדובר על תשלום נוסף שעל החוזר בו לשלם, לכאורה החיוב בטל מדין אסמכתא, אא"כ נאמר שכיון ששני הצדדים יכולים או להרויח או להפסיד כיון שהקנס מוטל על שניהם אם כל אחד מהם יחזור בו אין בכך חסרון של אסמכתא, וכשיטת ר"ת לעיל עמ' קז³⁵⁷, והובאה שיטה זו ברמ"א חו"מ סימן ר"ז סו"ס י"ג, ומכאן שבכל מקרה בו כל אחד יכול להפסיד ולהרויח אם יחזור בו, מקנים זה לזה וחל הקנין (הן ביחס למחילה והן ביחס לנתינה).

י. שו"ת מים חיים (הרב חיים רפפורט), חו"מ סימן ה' (הו"ד בפת"ש חו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ג):

במה ששאלו אם הלשון 'דער אדרוף זאל פאר פאלין ווערין' (=דמי הקדימה)³⁵⁸ יתבטלון, יפוג תוקפם³⁵⁹. אם הוא כמו אילו אמר 'ערבוני מחול לך'.

³⁵⁷ עי"ש בביאור סוגיות הגמ' על פי שיטתו.
³⁵⁸ אדרוף – דמי קדימה. ובפוסקים אחרים נקרא 'אדראן' או 'אדריוף'. ועיי' לעיל עמ' קפט.
³⁵⁹ התרגום בסיועו של ר' מאיר סידלר שליט"א. ובהמשך דבריו מביא בעל המים חיים ש'פאר פאלין' פירושו לשון מתנה או מחילה.

הנה פשוט אצלי שזה הוי כמו מחול לך. דע"כ לא אמר הרב רמ"א בסימן רמ"א אלא בחפץ דלא מהני מחול לך אלא בלשון מתנה. וכן הרב הט"ז בסימן ר"ז סעיף י"א³⁶⁰. אבל במעות ודאי הלשון 'זאל פאר פאלין ווערין' הוי כמו מחול לך, וגם אם הוי לשון מתנה הא גבי מעות מהני ג"כ לשון מתנה כמו מחול לך...

וגדולה מזה יראה לי שאפילו אם לא היה אמר כלל לשון הנ"ל 'דער אדרוף זאל פאר פאלין ווערין' רק היה נותן סתם אדרוף ואמר 'איך גיב דיר איין אדרוף' (=אני נותן לך אדרוף) כלשון הסוחרים הנהוג בעיתים הללו כאומדנא דמוכח המבואר בסימן ר"ז סעיף ד' בהג"ה דמהני.

וא"כ לפי הידוע שעתה נהגו כל הסוחרים ליתן אדרוף ואין כוונתם לקנות באדרוף כלל א"כ לא הוי כערבוני וכו' המבואר בש"ס ובשו"ע סימן ק"ץ סעיף י'³⁶¹ בהג"ה, דהא אומדנא דמוכח דלא רצה לקנות באדרוף רק שיהיה אדרוף מחול לו במתנה או במחילה אצל המוכר ואין דעתם כלל שיקנה האדרוף³⁶².

ובמה ששאלו אם לפסוק כדעת היש חולקים שהביא רמ"א. זה פשוט שהמוכר יכול לומר קים לי כהמחבר מאחר שהרב הרמ"א לא סיים על היש חולקין 'וכן עיקר'³⁶³ כמנהגו הטוב בכל מקום ודו"ק. דברי חיים כהן רפאפורט חונה פה"ק אוסטררהא.

³⁶⁰עיין הערה 346.

³⁶¹שם מדובר שמי שנתן ערבון בעלמא קנה כנגד מעותיו. ועיין ברש"י לעיל באות ג' שנתנת הערבון בסוגייתנו אינו מהוה מעשה קנין למקח.

³⁶²עיין שו"ת תשורת ש"י סימן ע' שחלק עליו בתאור המציאות, וסובר שבסתם אין לומר שדמי הקדימה מהווים ערבון ללא קנין ומסתמא מחל אותם למוכר במקרה שיחזור בו, ע"ש ובסימן רכ"ו, הו"ד בקצרה בארחות המשפטים, אסמכתא, כלל א' אות ד'.

ובשו"ת אמרי יוסף חלק ב' סימן ט' אות י"ב ג"כ כתב שאין לומר שנתנת דמי קדימה בסתמא מלמדת על כך שהקונה מחל אותם לטובת המוכר, וכתב לחלק בין קרקע למטלטלין ודברי המים חיים הינם רק במטלטלין, ע"ש בטעמו. ועיין הרחבת הדברים בארחות המשפטים הנ"ל. ועיין קובץ שערי תורה (ורשא) חלק ט' קונטרס ה' סימן מ"ב, שג"כ חולק על בעל המים חיים בענין זה.

³⁶³ש' לעיין האם נסיק מדבריו כלל שבכל מקרה בו כתב הרמ"א "ויש חולקין" ולא סיים "וכן עיקר", זאת אומרת שהרמ"א עצמו לא הכריע שכך היא ההלכה לדינא. או שנסיק מדבריו שאכן זו שיטת הרמ"א למרות שלא כתב "וכן עיקר", רק כשכותב "וכן עיקר" אי אפשר לומר קים לי

כלומר, דמי קדימה דינם כדין הערבון (אף אם לא נאמר בפועל לשון מחילה אם יחזור בו, כיון שברור שזו היא הכוונה), ולגביהם נחלקו הראשונים הנ"ל. ולהלכה, יש להכריע שהמוכר שמוחק במעות אינו צריך להשיב אותם לקונה שחזר בו כיון שקיימת מחלוקת פוסקים ויכול המוחזק לומר קים לי כרמב"ם, ומה עוד שהכרעת הרמ"א איננה החלטית.

דינא דמלכותא לגבי דמי קדימה

יא. חזו"א, חו"מ ליקוטים סימן ט"ז ס"ק י"א :

נראה דהנהוג לכתוב חוזה לגמר המקח וכותבין שאם הלוקח חוזר הכסף שנתן מחול, ואם המוכר יחזור יכפול. אין בתנאי זה ממש כדאיתא בשו"ע חו"מ ר"ז סי"א [זולת לר"מ דמהני מחילת הלוקח] ואע"ג דמהני מדינא דמלכותא, מ"מ כיון שהוא דין בין ישראל לחברו אין כאן דינא דמלכותא³⁶⁴. ואין לומר כיון דמהני מדינא דמלכותא אין דעתו לאסמכתא אלא לקנין גמור, דלא שמענו דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תבטל אסמכתא³⁶⁵, ואין סברא בזה, כיון שאינו רשאי לדון בערכאות, ואם אתה אומר כן, בטלה אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא.

כנגד דבריו, וצ"ע. ועיין בדברינו בסוף אות ד', וצ"ע.

³⁶⁴ ואכמ"ל בכלל זה.

³⁶⁵ ויש לעיין האם דברי החזו"א תקפים גם במקרה בו כך נוהגים אנשים (ואינם מחזירים דמי קדימה ואין הצד שכנגד תובע אותם בערכאות וכו') כיון שיודע שכך הוא המנהג, וכיון שזה הוא המנהג, גם אם יגיע הדבר לבית דין (ולא לערכאות) יכריע על פי המנהג. או שלשיטת החזו"א, כל אימת שיסוד הדבר בדינא דמלכותא, אין להתחשב בו. ואכמ"ל בדינו של מנהג שנוצר מחמת דינא דמלכותא, ועיין במאמרו של הרב רון קליינמן שליט"א בתחומין לב (תשע"ב).

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- נחלקו ראשונים האם קיים חסרון של אסמכתא במחילה. הרמב"ם והשו"ע פסקו שבמחילה אין אסמכתא ואילו שיטת רש"י והראב"ד שבמחילה קיים חסרון של אסמכתא (אות ג'). הרמ"א ציין לשיטת רש"י והאחרונים נחלקו האם הכריע להלכה כשיטתו, ואם כשהמעות ביד המוחזק, יכול לומר קים לי כרמב"ם (אות ד³⁶⁶).
- הראב"ד חידש, שאם המוכר אמר לקונה שהמעות ישארו בכל מקרה אצלו ובכל שעה יוכל הקונה לקחת את המקח, אין חסרון של אסמכתא. ולכאורה אף הרמב"ם יכול להודות לשיטתו (אות ה'), ולשיטת הלח"מ הדין קיים רק אם התנאי בא מצידו של המוכר (אות ו').
- דמי קדימה שמהווים קנין בקרקע, אין בהם משום אסמכתא, לא במחילה ולא בנתינה (אות ט').
- דמי קדימה שאינם מהווים קנין והיה תנאי שאם הקונה יחזור בו דמי הקדימה ישארו ביד המוכר – הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם ושאר ראשונים הנ"ל (אות ט'-י').
- אם הוטל קנס הדדי על כל צד שחוזר בו, שיטת ר"ת שאין בכך משום אסמכתא בין במחילה ובין בנתינה (אות ט').
- שיטת החזו"א, שאין כח ביד דינא דמלכותא להתגבר על חסרון של אסמכתא.

³⁶⁶ נחלקו אחרונים האם במחילה אין חסרון של אסמכתא רק במעות או גם בחפץ - הערה 346.

כל דאי לא קני / אסמכתא כשלא גזים

הקדמה / אסמכתא ללא גוזמא

א. החסרון של אסמכתא, הינו בחוסר גמירות דעת³⁶⁷. ויש לעיין האם חוסר גמירות הדעת יסודו בכך שהתנאי שהוטל מחייב לבצע פעולה שהינה 'גוזמא' ביחס לחיוב הבסיסי. או שעצם הטלת התנאי אפילו במקרה בו יש בו הגיון ללא גוזמא מוכיח שאין גמירות דעת, ולפיכך אין תוקף לדברים.

דוגמא לדבר, בנידון של מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר שאם לא יבוא עד יום פלוני יוכל המלוה לגבות שוב את כל הסכום הנקוב בשטר (גמ' ב"ב דף קסח: לעיל עמ' יד'), ברור שההתחייבות שנוטל החייב על עצמו, היא 'מוגזמת' מעבר למה שהוא באמת חייב, ולפיכך סובר ר' יהודה שדבריו הינם 'אסמכתא' ולא חלים (ואילו ר' יוסי סובר שאסמכתא קניא).

אף חיובו של ערב, יש בו חסרון של אסמכתא, שהרי הוא מחייב עצמו בחיוב שלא היה אמור ליטול על עצמו, וביאר רב אשי שערבות חלה היא מפני שיש לו הנאה שמאמינים לו. ומכאן, שאם יש 'תמורה' להתחייבות שבתנאי, אין חסרון של אסמכתא (ב"ב דף קעג: - עיין עמ' קיט). ולכאורה מוכח מכאן, שכאשר ההתחייבות שבתנאי איננה מוגזמת אין בדבר חסרון של אסמכתא³⁶⁸.

ובסוגיית "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" (ב"ב דף עג: - עד., לעיל עמ' עה) נחלקו ראשונים. יש הסוברים שאין בהתחייבות שלו משום אסמכתא, כיון שאינו מתחייב לשלם התחייבות מוגזמת. ויש הסוברים שלמרות שאין בדבר גוזמא, יש בדבר חסרון של אסמכתא, רק חכמים תיקנו תקנה מיוחדת שבמקרה זה האסמכתא תחול. ונמצא, שנחלקו ראשונים האם יש חסרון של אסמכתא בתנאי

³⁶⁷ אמנם עיין בשיטת רב האי גאון עמ' קמב.

³⁶⁸ אמנם עיין הערה 282 שיש הסוברים שערבות בשעת מתן מעות חלה אף ללא "ההוא הנאה".

שאינ בו גוזמא.

ב. לא רק 'גוזמא' יכולה להיות סיבה לביטול התנאי מחמת אסמכתא, גם 'לחץ' למכירה של דבר שאדם לא היה מוכר אותו לולי היה דחוק, יש מקום לדון בגמירות הדעת שלו בדבר. וכנ"ל, יש הסוברים שבדין "הלווהו על שדהו" (ב"מ סו.) שהלוה אמר שאם לא יפרע את חובו שדהו תהיה של המלוה, קיים חסרון של אסמכתא אף אם מחיר השדה איננו גבוה מסך ההלוואה, אלא עצם 'הדוחק' שנתון בו הלוה, מהווה חסרון בגמירות הדעת והרי זו אסמכתא ולא קנה (לעיל עמ' נא).

"גבי מהאי חמרא... כל דאי לא קני"

ג. גמ' ב"מ דף סו:

רב בר שבא הוה מסיק ביה רב כהנא זוזי. אמר ליה, אי לא פרענא לך ליום פלוני, גבי מהאי חמרא³⁶⁹ (רש"י: ופסק דמים ולבסוף אייקר³⁷⁰). סבר רב פפא למימר, כי אמרינן אסמכתא לא קניא הני מילי בארעא, דלאו לזבוני קיימא. אבל חמרא, כיון דלזבוני קאי, כזוזי דמי. אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא, הכי אמרינן משמיה דרבה (רבא³⁷¹), כל דאי לא קני³⁷².

³⁶⁹ אם יגיע יום פלוני ולא יפרע לו, מוטלת עליו חובה לתת את היין אפילו אם יש בידו מעות ורוצה לפרוע במעות וכך כתב הריטב"א בסוגייתנו: "והתנה שלא יוכל לסלקו אפילו בדמים". לעומת זאת באפותיקי, יש ברירה ביד הלוה לשלם מעות ולא לתת את הקרקע למלוה. עי"ש בסוגיית הגמ' האם באפותיקי קיים חסרון של אסמכתא (ריטב"א הנ"ל, ועיין גם בחידושי הריטב"א לב"ב דף מד:) ועיין הערה 510.

³⁷⁰ כלומר, קבעו מחיר ליין תמורת ההלוואה. כגון שהלוה לו מאה וקבעו שכמות מסוימת של יין מחירה מאה, ועד שעת הפרעון התייקר מחיר היין ונמצא שעתה שנותן לו את כמות היין שנקבעה מראש משיב לו יותר ממנה שלוה. ולשון תוס' ד"ה "ואי": "שעדיין לא היה זמן מכר היין ונותנו לו עתה בזול". מדבריו עולה, שסבירות גבוהה שמחיר היין יעלה, ואילו מדברי רש"י אין הוכחה שמחיר היין אמור לעלות.

הדיון בסוגייתנו הוא מדין אסמכתא, אולם יש מקום לדון גם מדיני ריבית שלוה מאה ומשיב יין ששווה יותר. אמנם, הדין הוא שאם בשעת ההלוואה "יצא השער" מותר (עיין חידושי הרמב"ן בסוגייתנו בביאור דברי רש"י, ואכמ"ל).

³⁷¹ גירסת סוגייתנו 'רבה' אולם הרי"ף והרא"ש בסוגייתנו וכן ראשונים נוספים (רשב"א), גרסו 'רבא', וכן כתב בהגהות יעב"ץ בסוגייתנו.

³⁷² עיין בשלה"ק, עשרה מאמרות, המאמר השני, שהקב"ה אומר לישראל "אם בחוקותי תלכו"

לשיטת רב פפא בנידון שלפנינו לא קיים חסרון של אסמכתא, כיון שיש הינו מוצר שעומד לסחורה, ואם הלוח לא היה פורע בו את חובו, היה מוכרו לאדם אחר (והיה צריך לפרוע למלוה ממקום אחר) ונמצא שהלוח לא הפסיד בכך שהמלוה גבה את היין בחובו. אמנם (על פי שיטת רש"י) היה מקום לומר שכיון שהיין התייקר, הלוח הפסיד. שאילו היה מוכרו בשוק עתה, היה יכול להרויח מיהן זה יותר ממה שהוא נותנו בפרעון חובו על פי השער הקודם ואע"פ כן אין בכך חסרון של אסמכתא. ויתכן שטעמו של רב פפא הוא, שבשעה שהלוח הטיל את התנאי, היה בדעתו לקיימו, וממילא אין חסרון של גמירות דעת בשעת ההתחייבות³⁷³. וכ"ש במקרה בו היין לא התייקר שאין חסרון של אסמכתא.

לעומת יין, אילו התנאי היה בקרקע היה קיים חסרון של אסמכתא אף לרב פפא כיון שקרקע אינה עומדת למכירה. ויש להסתפק האם החסרון של חוסר גמירות דעת בקרקע נובע רק מכך שהקרקע התייקרה, או שעצם ההתחייבות לתת קרקע בחובו מהווה אסמכתא, כיון שלא גמר בדעתו להקנות את קרקעו. מפשט לשונו של רב פפא, מוכח שאף ללא עליית מחיר הקרקעות קיים חסרון של אסמכתא³⁷⁴.

נמצא, שלשיטת רב פפא, במקרה של יין אין חסרון של אסמכתא, אפילו התייקר היין, לעומת זאת במקרה של קרקע, אפילו לא נתייקרה קיים חסרון של אסמכתא.

ד. רב הונא בריה דרב יהושע חולק בשמו של רבה וסובר "כל דאי לא קני". ויש לעיין האם "כל דאי לא קני" ביחס למציאות המתוארת במקרה שלפנינו או שמדובר בכלל שחורג מהמקרה הפרטי של סוגייתנו.

ולכאורה יש לחוש לאסמכתא, ולפיכך השביעם שיקבלו את התורה, וכדברי הפוסקים שנדר ושבועה מבטלים חסרון של אסמכתא (וציין לטור חו"מ סימן ר"ז סמ"א).
³⁷³ סברא זו כתב הרמב"ן בחידושו ל"ב"מ דף סו. ומכוחה הקשה על שיטת רש"י, כיון שלשיטתו רבא שחושש לאסמכתא סובר שהתייקרות היין היא הסיבה לאסמכתא "ועדיין אין דעתי נוחה, דכיון דבשעת התנאי אינה שוה יותר אין זו אסמכתא אע"פ שהוקרה".
³⁷⁴ תוס' ד"ה "ואי": "דחשיב כמו גזים, לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל". משמע, אפילו לא עלה המחיר.

אם ננקוט שדברי רבא מוסבים על האמור בסוגייתנו על פי שיטת רש"י, נמצא שרק במקרה בו התייקר היין סובר רבא שתנאי של הלוח, שאם לא יפרע בזמן, יגבה המלוה מהיין שיתייקר, אינו חל. אבל אם היין לא יתייקר, מודה רבא שאין חסרון של אסמכתא.

אמנם, יתכן שדברי רבא שנאמרו בלשון כללית הינם כלל בדין אסמכתא, שכל תנאי בלשון 'אי' (אם) אינו קונה אפילו אם היין לא התייקר (וכך לכאורה מדויק בלשונו), ולמרות שהיין הינו סחורה העומדת למכירה קיים חסרון של אסמכתא (ועיין לקמן אות ו' שנחלקו המפרשים בביאור שיטת רש"י).

שיטת רב האי גאון

ה. ספר המקח לרב האי גאון, שער י"ז³⁷⁵:

...אבל אם אמר 'הרי המכר מכור לך אם תעשה כך וכך' נמצא דלא גמר והקנה באותה שעה שהזכיר שם התנאי... דאין מעשהו מעשה... וכדגרסינן רב בר שבא... כל דאי לא קני.

חידושי הרמב"ן ב"מ דף עג :

פירש רבינו האי גאון... דכל דאי לא קני... לא שנא אמר לשלומי כמה דשוי ולא שנא דגזים...³⁷⁶

³⁷⁵ עיין בעמ' קמב, שם הורחב הדיון בביאור שיטת רב האי גאון.
³⁷⁶ דברי רב האי גאון, הוזכרו במקומות רבים בראשונים. כגון, בחידושי הרמב"ן לב"מ עג: ובשטמ"ק ב"מ קד. בשם הרמב"ן, חידושי הרמב"ן ב"ב דף קסח. וכתב שו"ת הריב"ש סימן שפ"ז: "שהרי רבינו האי ור"ח גאונים ז"ל כתבו: "דכללא היא, דכל דאי מדינא לא קני, ואפילו בידו ולא גזים... וכן נראה... מעובדא דרב בר שבא... לאו מילתא יתירתא היא, ואפ"ה הויא אסמכתא". ועיין או"ז ב"מ סימן ק"צ: "פר"ח זצ"ל וכן הלכה, ואם פירש לו אי לא פרענא לך, הקניתי לך מעכשיו שיעור מעותיך מהא חמרא קנה" (וכ"כ בשם הר"ח הרמב"ן בב"ב קסח). משמע, שאם לא הקנה מעכשו, אלא אמר לו שאם לא יפרע לו יקנה אז את היין, קיים חסרון של אסמכתא, אפילו אם המכירה היא בשוויה.

לשיטת רב האי גאון, אף אם היין לא התייקר, קיים חסרון של אסמכתא בתנאו של רב בר שבא, ודברי רבא "כל דאי לא קני" מתפרשים כפשוטם, ללא כל מיגבלה. ויש לעיין מה הוא טעמו. ובחידושי הרמב"ן לב"מ דף סו. כתב (בלא להזכיר את שיטת רב האי גאון³⁷⁷):

דכל האומר אם לא באתי מכאן ועד יום פלוני הרי שדי מכורה לך בשוויה שלא קנה לפי שאין אדם רוצה למכור מנכסיו... דקס"ד לרב פפא דחמרא כיון דלזבוני קאי כזוזי דמי דלאו אסמכתא היא שהוא רוצה למוכרו, ואפילו הכי אסקינן דלא קני דהא קחזינן דמתנה עליה ולא בעי לזבונה.

כלומר, אילו הלוח היה רוצה למכור את יינו בשוויו, לא היה צריך ללוות. הוא היה מוכר את יינו והיו לו מעות בידו. העובדה שהוא לא מכר את יינו אלא לוח, מוכיחה שאינו רוצה למכור את היין (כגון, שהוא רוצה לשתותו ולא למוכרו – כמובאר בחידושי הריטב"א בסוגייתנו³⁷⁸), וכיון שכך ההתחייבות שלו שאם לא יפרע, היין יועבר למלוה מהווה אסמכתא, שאינה קונה.

אמנם, הרמב"ן לא כתב שזו היא שיטת רב האי גאון, אולם יתכן שזה הוא גם טעמו של רב האי גאון. ועוד, שבמקומות אחרים הרמב"ן מציין לשיטת רב האי כמי שסובר ש"כל דאי לא קני" אף אם משלם כפי ששוה³⁷⁹, ומציין למעשה של רב בר שבא, לפיכך יש מקום לומר שאף בדברים שלפנינו הרמב"ן נוקט כשיטת רב האי.

ובפשטות, רב האי סובר שכל תנאי שאינו מקנה את הרכוש בשעת התנאי אין בו

³⁷⁷ אף שהוא מציין לה במפורש במקומות אחרים – עיין הערה 376.

³⁷⁸ הריטב"א מגדיר את ההתחייבות לפרוע יין "כמילתא יתירתא", ויש לעיין האם כוונתו ל'גוזמא'. ונראה ש"מילתא יתירתא" איננה גוזמא בהכרח, כיון שגוזמא היא במקרה בו מתחייב לשלם יותר ממה שמוטל עליו, אבל "מילתא יתירתא", פירושה שהוא אמר מילים מיותרות שמלמדות על חוסר גמירות דעת.

³⁷⁹ עיין הערה 376, אמנם הוא מציין שם גם לדעות חולקות.

גמירות דעת המוכיחה על קנין³⁸⁰. ועיין בעמ' קע ואילך בשיטתו הכללית של רב האי גאון באסמכתא (ובשיטת הפסקי הלכות יד דוד, שמחדש שאף לרב האי גאון קיימים מקרים בהם לשון 'אי' מועילה).

מחלוקת בביאור שיטת רש"י

ו. כנ"ל שיטת רש"י היא שמקרה של רב בר שבא, היין התייקר. ובמקרה זה נחלקו האם קיים חסרון של אסמכתא. וכפי שכתב הרמב"ן בב"מ דף סו. בשם רש"י:

ורש"י ז"ל נזהר בזה ופירש שפסק לו דמים ולבסוף אייקר.

אמנם, הנמוק"י בדף לו: מדפי הרי"ף בד"ה "רב" תמה על רש"י:

פרש"י שפסק לו כפי שער של עכשיו ליין ולבסוף אוקיר, לומר דמשום דאיכא דמי יתירי וגזים הוי אסמכתא דסבר הרב ז"ל דבלאו הכי לא הוי אסמכתא.

ובעיני המפרשים ז"ל לא מחוור, משום דקאמרינן הכא 'כל דאי לא קני', משמע אפילו ליכא דמי יתירי. כל היכא דאמר בלשון 'אי לא עבדינא כך יהיה כך' הוי אסמכתא³⁸¹. דמשמע דלא גמר ומקנה אלא דקאמר הכי לחזק דבריו שיפרענו ליום פלוני ולא שיגמור בדעתו שיעשה כך.

ז. בניגוד להבנת הרמב"ן והנמוק"י בשיטת רש"י, הב"י בסימן ר"ז (מהד' שירת דבורה אות יג בעמ' נח טור ב') ביאר את דברי רש"י באופן שונה:

³⁸⁰ ולשיטתו, רב פפא שסובר שאין בנידון של רב בר שבא חסרון של אסמכתא, אמר את דבריו במקרה רגיל בו היין לא התייקר, אבל יתכן שאם היין יתייקר אף הוא יודה שאסמכתא היא, וצ"ע. ³⁸¹ יש לעיין מה הדין אם יאמר "אם אעשה כך יהיה כך". האם ג"כ קיים החסרון של אסמכתא, שלכאורה בלשון זו הוכיח שכן מעוניין בקיום הדבר, ולא יהיה חסרון אסמכתא. אולם מדיוק לשון רבא "כל דאי" לכאורה מוכח שבכל מקרה אינו מועיל.

...שלא נתכוין רש"י לומר דאסמכתא לא היא אלא אם כן אמר מילתא יתירתא, ומה שאמר אסמכתא היא הבטחה בעלמא וכו' יתן לו שוה מאתים במנה³⁸², לאו למימרא דאם לא כן לא היא אסמכתא. אלא משום דאין דרך להלוות על שדה שאינו שוה יותר מדמי הלואה ולקנוס שאם לא יפרענו ליום פלוני יהא שלו אלא כשהוא שוה יותר מדמי הלואה, ולפיכך כתב דהכא אין אנו צריכין לומר שהיא אסמכתא משום דאמר ליה בלשון דאי, כיון שיש טענה גדולה מזו דאמר ליה קני שדה שוה מאתיים במנה.

ומה שאמר גבי מאי דאמר ליה גבי מהאי חמרא 'ולבסוף אייקר', היינו משום דאי לא אייקר מאי איכפת ליה לפרעו ביין ולפיכך כתב שקפידא היה בדבר דלבסוף אייקר אבל אין הכי נמי דאפילו לא אייקר אם היה רוצה לחזור בו מלפרעו ביין אלא במעות או בסחורה אחרת הרשות היה בידו דהא אסמכתא הוא כן נראה לי...

מדברי הב"י נראה ששיטת רש"י היא כשיטת רב האי גאון (לעיל אות ה'). ודבריו הינם חידוש בשיטת רש"י, כיון שבסוגיות שונות בש"ס מדובר על אסמכתא, ובאף אחת מהן רש"י לא כתב במפורש ששיטתו כשיטת רב האי, ואילו הב"י סובר ששיטתו כשיטת רב האי, ולמרות שמדברי רש"י מוכח לכאורה שלא כדבריו, מבאר הב"י את דברי רש"י שלא יסתרו את שיטת רב האי³⁸³.

שיטות הראשונים / כל דאי הוי אסמכתא' רק מחמת דחק

ח. המחלוקת בין רב האי גאון (אות ה') לבין שיטת רש"י (על פי הבנת הראשונים (אות ו')). היא מהקצה אל הקצה. לרב האי, כל תנאי של "אם" יש בו חסרון של אסמכתא ואילו לרש"י (על פי חלק מהשיטות לעיל) רק אם יש בתנאי 'גוזמא' קיים בו חסרון של אסמכתא. ובדברי הראשונים קיימות שיטות שהן מעין שיטות ביניים בין רש"י לרב האי, וכדלקמן.

³⁸² ב"מ דף סו. "אני".

³⁸³ ועיי' שהב"י מונה שיטות ראשונים נוספות.

ט. נמוק"י ב"מ, דף לז: מדפי הרי"ף בד"ה "רב":

והכא טעמא דלא הוי כזווי, משום דכל שאתה מכריחו למכור לזמן שאינו רוצה למכור (חידושי אנשי שם: פירוש, ואפילו בדמים שעתיד למכור) ואמר בלשון 'אס' אסמכתא היא, וכל דאי לא קני ואע"פ שהדבר עומד לימכר לאחר מכן.

הנמוק"י בשם המפרשים תמה על רש"י שסייג את דינו של רבא "כל דאי לא קני" למקרה בו היין התייקר (כיון שלשונו של רבא, היא לשון כוללת ללא סייג – לעיל אות ו'). והנמוק"י עצמו סובר שהכלל "כל דאי לא קני", חל רק במקרה בו יש להניח שמי שהטיל את התנאי לא גמר בדעתו לקיימו. כגון, שמרצונו לא היה מוכר את הסחורה במועד של פרעון החוב. אבל, אם היה ברור שמעיקרא רצונו היה למכור את הסחורה במועד זה ובאופן זה, אין חסרון של אסמכתא, ולשון 'אי', מועילה³⁸⁴.

י. לשיטת הנמוק"י בעל היין (הלוח) רוצה למכור את יינו, אולם לא במועד של פרעון החוב, ועצם העובדה שהוא נדחק לתתו למלוה בשעת הפרעון היא גופא אסמכתא. ומסתבר, שמדובר שהמלוה התנה את קיום ההלוואה בפרעון היין, אבל אם המלוה לא דרש זאת, והלוה מעצמו הציע זאת, אין בכך חסרון של אסמכתא, וצ"ע.

³⁸⁴ ותמוה, שא"כ הקושיא שהקשו על רש"י, שבה על שיטתם שלהם, שהם הקשו על רש"י, שלשונו של רבא "כל דאי לא קני" מלמדת שהקנין לא חל אפילו לא התייקר, כיון שלא הגביל את דבריו, ואף הם מגבילים את דבריו, וקצ"ע. ובב"י בסימן ר"ז (דף נח במהד' שירת דבורה אות יג) כתב: "לכן נראה לי דכשיש שום קפידא בדבר אם ימכרנו עכשיו כגון שהוא עתה בזול או שום קפידא אחרת בהא דוקא קאמר בעל נמוקי יוסף דהוי אסמכתא אבל אם אין שום קפידא בדבר כלל לא הוי אסמכתא". ובטעם הדבר (שאין חסרון אסמכתא אם אין קפידא) כתב הב"י שם: "וכן נראה מדברי הרב המגיד שכתב בריש פרק י"א מהלכות מכירה (ה"ב) שהרי הוא מוחזק מחמת מעותיו". וקצ"ע מה כוונתו, והרי בפועל המוחזק ביין הוא הלוח, ושמא כוונתו היא שבמלוה בשטר המחזיק בשטר הוא נחשב כמוחזק כרכוש ששועבד להלוואה וצ"ע. ועל פי דרך זו, אם אין למלוה שטר, או שמדובר בקנין ללא שטר, לא יועיל לשון אי אפילו כשאין קפידא, וצ"ע.

יא. שטמ"ק נדרים דף כז :

ומפי החכם הגדול ר' יונה בר' יוסף יצ"ו שמעתי כלל בדין האסמכתא שכל שהוא אומר לתת הדבר מתוך שהוא דחוק לעשות כן הוא אסמכתא... וכן בהחיא דאיזהו נשך 'אי לא פרענא לך מכאן ועד יום פלוני גבי מהאי חמרא'. וקרי לה התם אסמכתא משום דההוא חמרא הוא היה צריך לו לשתייתו או להתעסק בו ומתוך שהיה חברו דחוק אותו לפרעו הקנה לו אותו היין לפרעונו אם לא פרעו עד יום פלוני. ואנן סהדי דכל כי האי גונא לא מקני איניש על קושטא אלא דאמר לחבריה הכי כי היכי דחבריה ליעביד מאי דקאמר ליה איהו.

אף מדבריו עולה, שאסמכתא היא רק במקום בו יש למתנה סיבה שדוחקת אותו להתנות, אבל אם יוכח שאין לו סיבה שדוחקתו לכך, לא יהיה חסרון של אסמכתא. ולשיטתו, הוא מבאר בהמשך דבריו שבגיטין וקידושין ושאר מתנות שאין לאדם שום הכרח, התנאי בלשון 'אם' חל, ע"ש.

יב. לכאורה היה מקום להקשות על הנמוק"י (אות ט') ורבינו יונה בר' יוסף, שסוברים שמי שמטיל תנאי, מחמת דוחקו שיינו יקנה למלוה אם לא יפרע עד יום פלוני, מדבריו הגמ' ב"ב דף מז :

אמר רב הונא, תליוהו וזבין - זביניה זביני. מאי טעמא כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני³⁸⁵.

כלומר, העובדה שהמכירה נבעה מלחץ חיצוני איננה מבטלת את המכירה, ואף בנידון של רב בר שבא, אין לבטל את המקח מחמת הלחץ החיצוני (שלולי

³⁸⁵ ע"ש בגמ' ברחיית טעם זה, שמא אונס שנובע מעצמו שונה מאונס שאנסו אותו אחרים, ומ"מ דינו של רב הונא נפסק להלכה בשו"ע חו"מ סימן ר"ה סעיף א'. וע"ש בגמ' בשיטת רבא בדרף מח: שאם אנסוהו למכור שדה זו לא חל המכר ורק בשדה סתם, שהוא בורר איזו שדה לתת חל המכר. ולשיטתו, ניתן לבאר שסוגייתנו הינה "יין זה" ולכן הוי אסמכתא ולא חל המכר, ורבא בסוגייתנו לשיטתו במסכת ב"ב. אולם לדינא אין הלכה כרבא שם, ואף בשדה זו המכירה חלה.

הסכמתו, המלוה לא היה מלוה לו) ?

ונראה יש לחלק בין מקרה בו הוא מקנה את החפץ ומקבל את תמורתו (עסקת מכירה ברורה), לבין מקרה בו הוא מתנה שאם לא יפרע עד זמן פלוני יזכה המלוה ביין (שהמכירה תלויה באי פרעון החוב בזמנו), שמסתבר שהוא עצמו סבר שיוכל לפרוע במעות עד אותה שעה ולא יאלץ לתת את יינו, אבל כאשר אין תנאי בדבר (כנידון של רב הונא) והוא יודע שאין לו ברירה כי אם למכור, הרי הוא גומר ומקנה מחמת אונסו.

יג. יש לעיין ביחס שבין שיטת רש"י (שהתייקר היין – אות ג') לבין שיטות הנמוק"י והשטמ"ק בשם ר' יונה בר' יוסף (שהלוה נאלץ להסכים למכור), ולכן הוי אסמכתא. האם רש"י יכול להודות לשיטתם שלחץ חיצוני למכירת היין שעומד למכירה בשוויו, מהווה חסרון של אסמכתא, והאם הם יודו לרש"י שהתייקרות היין מהווה סיבה לאסמכתא.

הרמב"ן (ב"ב סו.) חלק על רש"י וכתב שהתייקרות איננה סיבה לאסמכתא, כיון שבשעת התנאי היה סכום ההלוואה כסכום המקח. ולשיטתו, יתכן שהנמוק"י ור' יונה בר' יוסף חולקים על רש"י. וכן הנמוק"י ודאי חולק על רש"י, שהרי דברי הנמוק"י באו אחר דחיית שיטת רש"י מדיוק לשונו של רבא (עיין אות ו').

אמנם, אם נמצא שיטה שסוברת שהן התייקרות והן לחץ חיצוני מהווים סיבה לאסמכתא, לא יהיה הדבר קשה, כיון שהשיטות הנ"ל אינן סותרות אחת את השניה, ודחיית דביר רש"י ע"י הרמב"ן, הינה חיצונית לגוף הסברא, כך שעצם דבריהם אינם סותרים זה את זה.

המלוה אינו סומך על היין

יד. המשותף לכל שיטות הראשונים דלעיל, שחוסר גמירות הדעת נובעת מהלוה, שהוא אינו גומר בדעתו להקנות את היין אם לא יפרע את חובו בזמנו. אולם בראב"ה בסימן תקצ"ז הובאה תשובת הרב אפרים בן יעקב שמבאר שחוסר

סמיכות הדעת יסודה במלוה:

התם נמי אסמכתא היא, דמי יימר דלא ליטפטף טיפטוף יתירא אי נמי יתקלקל או יזדלזל, דחמרא אכתפה דגברא שוור, ולא סמכא דעתיה דמלוה.³⁸⁶

מדבריו נראה, שאף אם הלוה גומר בדעתו להקנות את יינו אם לא יפרע בזמן, כיון שהמלוה לא גמר בדעתו לקנות, אף אם לבסוף היין לא התקלקל, לא מוטלת חובה על הלוה לפרוע מהיין. ואף המלוה לא יוכל לכופו, כיון שמסתבר שמקח הינו דו צדדי, וכשאחד הצדדים אינו גומר בדעתו, אף השני פטור.

ולשיטתו, החסרון של אסמכתא איננו רק כשחורה התייקרה או שיש דוחק חיצוני לביצוע העסקי, אלא החשש שמא תתקלקל הסחורה הרי זו אסמכתא.

פסק ההלכה / הלואה שהפכה למכירה / מכירה בתנאי

טו. שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט':

הלווהו על שדה מאה זהובים והוא שוה יותר³⁸⁷ (רמ"א) וי"א אפילו לא שוה יותר בכה"ג מיקרי אסמכתא, ב"י ואמר לו אם לא תפרעני עד שלשה שנים (יהיה של) הוי אסמכתא ולא קנה.³⁸⁸

לשיטת השו"ע, רק בשווה יותר קיים חסרון של אסמכתא. משמע שקרקע בשוויה

³⁸⁶ יש לעיין, שבפשטות המלוה הוא זה שדרש לקבל את היין אם הלוה לא יפרע את חובו. וכיון שזו דרישה שלו, מסתבר שהוא גמר בדעתו לקנותו. ונראה, שכוונתו היתה ללחוץ את הלוה לשלם ולאיים עליו שאם לא ישלם יקח את יינו, אבל ודאי שהוא מעדיף לקבל מעות. ועוד יתכן שלשיטת הרב אפרים בן יעקב, הלוה הוא זה שהציע למלוה לקבל את יינו.

³⁸⁷ בפתיח חושן, קנינים פרק כ"א הערה י"ב תמה על השו"ע: "ולכאורה צ"ע דא"כ למה העתיק הב"י בשו"ע דברי הטור דאירי בשוה יותר, הרי בכל הסימן אזיל בשיטת הרמב"ם דכל דאי אסמכתא". ועיין שם בשו"ע בסעיף ב', וצ"ע.

³⁸⁸ עי"ש שאם אמר לא, שאם לא יפרענו מעכשיו יהיה שלו – קנה.

אין בה חסרון אסמכתא, למרות שאנשים בדרך כלל אינם רוצים למכור את קרקעותיהם³⁸⁹, ולדבריו ודאי שבנידון של רב בר שבא (אות ג') שהלוח על יין, והיין עומד למכירה, אם מחירו של היין לא התייקר, אין חשש של אסמכתא³⁹⁰.

ומכאן שלשיטת השו"ע דברי רבא "כל דאי לא קני" (אות ג') לא נאמרו במקרה בו התנאי של 'אם' הינו כנגד סחורה בשוויה שעומדת למכירה (ובודאי שהשו"ע אינו חושש לשיטת הנמוק"י הנ"ל, שהרי גם בקרקע אינו רוצה למוכרה, ורק אם הקרקע יקרה מסך ההלואה זו אסמכתא).

טז. יש לעיין מה היא שיטת הרמ"א. הרמ"א כתב שגם אם הקרקע לא שווה יותר מסך ההלואה קיים חסרון של אסמכתא. אולם הוא דן על קרקע, שכנ"ל לגביה יש הקפדה מיוחדת שאדם אינו רוצה למכור מקרקעותיו (וכ"כ בסמ"ע בס"ק ט"ז). ויתכן שבמקרה של יין העומד למכירה שנמכר בשוויו, יודה הרמ"א שלא קיים חסרון של אסמכתא, ויחלוק על שיטת הנמוק"י הנ"ל, וצ"ע.

יז. הדיון לעיל הינו במקרה בו אדם הלוח ואם לא יפרע בזמן הוא מתחייב לתת קרקע או מטלטלין. ויש לעיין מה דינה של עיסקת מכירה שמעיקרא הותנה בה תנאי, שהעיסקה תתקיים רק אם יארע כך וכך.

רב האי גאון כתב במפורש שעיסקה כזו לא תחול (לעיל אות ה'), ועיין בפירוט שיטתו בעמ' קע ובשיטת הרמב"ם בעמ' קעט ואילך). ולרש"י, שהחסרון הוא בכך שהתייקר המחיר (אות ג'), מסתבר ג"כ שקיים חסרון של אסמכתא במקרה זה, שכשם שבהלואה אם לא יקיים את התנאי (לפרוע בזמן) התייקרות המחיר פוטרת אותו מלתת, אף במקח קיום או אי קיום התנאי מחייבו לתת. וכך גם לשיטות הנמוק"י והשטמ"ק לעיל (אות ט', יא). והשו"ע בסימן ר"ז סעיף י"ג כתב שבתנאי בלשון 'אם' לא גמר והקנה:

³⁸⁹ עיין הערה 374.

³⁹⁰ ואם היין התייקר, הדבר תלוי במחלוקתם שם רב פפא ורבא (אות ג'), ואף כשהתייקר היין יש הסוברים שאין בכך חסרון של אסמכתא (עיין בהערה 373 בדברי הרמב"ן), ורק אם לחצו אותו למכור קיים חסרון של אסמכתא (שיטות הנמוק"י ושטמ"ק שבאות ח').

וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם, אף על פי שהם בעדים ובשטר³⁹¹, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר, לא קנה. שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.

השו"ע ודאי דן על מכירה בשווייה. ולדברינו השו"ע מחלק בין מכירה בשווייה שלא חלה בלשון "אם" לבין הלוואה על השדה שתחול בלשון "אם" כאשר השדה בשווייה הלוואה.

אם היינו נוקטים שהשו"ע דן רק במקרה בו נאמר התנאי ולא עשו מעשה קנין, לא היה קשה כלל מהלוואה, שבה ניתנו המעות (והיה מקום לומר שהמעות הם עצמם מעשה הקנין). אמנם הסמ"ע בס"ק כ"ח כתב שבלשון 'אם' אפילו נעשה מעשה קנין, הקנין לא חל, כיון שכונתו אינו להקנות אלא לקיום התנאי, לכן אינו חל³⁹². ויש לעיין מדוע בהלוואה התנאי יחול אם שווי השדה כשווי ההלוואה, והרי ג"כ מדובר בלשון 'אם' ואילו בשאר תנאים נוקט השו"ע שאינו מועיל.

יתכן להציע שטעם החילוק הוא, שאם כבר ניתנה התמורה הקנין חל וכך היה בהלוואה, שהמלוה כבר שילם על הקרקע בשעת ההלוואה³⁹³, ולכן אם מדובר שהקרקע בשווי ההלוואה קנה. אבל אם נעשה מעשה קנין ולא ניתנה תמורתו, אין בכח מעשה הקנין ליצור את גמירות הדעת המחייבת, וכמבואר בשו"ע בסעיף י"ג. ולדברינו, אף השו"ע יודה שאם בשעת התנאי עשו קנין ונתנו כבר את התשלום, לא יהיה חסרון של אסמכתא. וקצ"ע.

אמנם, הגרז"נ גולדברג שליט"א ביאר (תמוז, תש"ע) שהחילוק הוא שבסעיף י"ג אין כוונה לקיים, ולכן מדובר באסמכתא למרות שאין גזמא, ולעומת זאת בסעיף

³⁹¹ האם השטר עצמו הוא מעשה קנין או שכתוב בו שנעשה מעשה קנין – השו"ע לא פירש.

³⁹² עיין גם בדברי הסמ"ע בסימן ר"ז ס"ק ו', ובדברינו לקמן עמ' קעט ואילך ובהערות שם.

³⁹³ אמנם עיין הערה 409.

ט' בדין ההלואה, הלוה רוצה לפרוע, ואם אין לו לפרוע כסף, מסתבר שהוא רוצה לפרוע בקרקע (כשמחיר הקרקע הוא כמחיר ההלואה), ולפיכך אין זו אסמכתא³⁹⁴.

סיכום

יח. העולה מהאמור לעיל:

- חסרון של אסמכתא קיים בתנאי שיש בו התחייבות מוגזמת (אות א'-ב').
- לזה שהתחייב שאם לא יפרע במועד יתן יין כפרעון חובו הרי זו אסמכתא, ולרש"י על פי הבנת הראשונים רק אם המחיר היין התייקר (אות ג',ו').
- לשיטת רב האי גאון אף אם לא התייקר היין הרי זו אסמכתא, ולשיטת הב"י רש"י סובר כרב האי (אות ה',ז').
- יש הסוברים שאף אם היין לא התייקר קיים חסרון של אסמכתא, אם המכירה הינה מחמת דוחק או לחץ (אות ט' ואילך).
- אם המלוה אינו סומך על היין כיון שיכול לטפסף או להתקלקל ה"ז אסמכתא (אות יד).
- שיטת השו"ע שרק כשהתייקר קיים חסרון של אסמכתא, ויל"ע מה היא שיטת הרמ"א (אות טו-טז).
- מדין הלואה הנ"ל, אין בהכרח להסיק לדין מכירה על תנאי (אות יז).

³⁹⁴ ולשיטתו, אם נוכיח שיש כונה לקיים את המעשה, לשון "אם" יועיל במקרה שבסעיף י"ג ? וצ"ע שהרי הסמ"ע כתב במפורש שלשון "אם" אינו מועיל אמנם עיין בדברינו בהערות 441,444.

אסמכתא – מתי נעשה קנין / שיטת רב האי גאון

באסמכתא

הקדמה / האם נעשה מעשה קנין

א. העברת בעלות על קרקע או חפץ נעשית באמצעות מעשה קנין. ללא מעשה קנין, החפץ אינו מוקנה לקונה והמוכר נשאר בעליו של החפץ. אמנם, מוכר שאינו עומד בדיבורו וחוזר בו ללא סיבה מספקת נוהג שלא כהוגן והוא מוגדר "מחוסר אמנה" ואם קיבל מעות וחוזר בו חלה עליו קללת "מי שפרע"³⁹⁵.

בנידון של אסמכתא קיימים מקרים בהם לא מדובר בקנין קרקע או מטלטלין אלא בהתחייבות לשלם, כגון אריס האומר שאם יוביר ולא יעביד ישלם במיטבא או אלפא זוזי (עמ' עג). ויש לעיין כיצד נוצרה ההתחייבות במקרה זה.

ב. במקרה של רב בר שבא (ב"מ דף סו – לעיל עמ' קנד) ההסכם היה שאי פרעון החוב יקנה למלוה את יינו של הלוח. במקרה בו הלוחו על שדהו וההסכם היה שאם לא יפרע תוך שלש שנים השדה תעבור לרשות המלוה (ב"מ סה: - לעיל עמ' נ) נוקטת הגמ' שקיים חסרון של אסמכתא. ויש לעיין האם הצדדים עשו מעשה קנין על היין או השדה (כגון קנין סודר, משיכה, החזקה בשדה), ואע"פ כן קיים חסרון של אסמכתא לשיטת ר' יהודה שסובר שאסמכתא לא קניא (לעיל עמ' יד) או שלא נעשה מעשה קנין.

אם ננקוט שלא נעשה מעשה קנין, לכאורה היין או השדה לא יוקנו למלוה לא מחמת חסרון של אסמכתא אלא מחמת החסרון של אי מעשה קנין, ושיטת ר' יוסי שסובר שאסמכתא קניא לכאורה צריכה עיון מה מחייב את הלוח להעביר לבעלות המלוה את היין או השדה.

³⁹⁵ עיין הערה 3.

ואם ננקוט שאכן נעשה מעשה קנין, מובנת שיטת ר' יוסי שאסמכתא קניא, ויש לעיין מה הוא נימוקו של ר' יהודה שסובר שאסמכתא לא קניא.

ומדברי הראשונים לעיל, שתלו את חסרון האסמכתא בחוסר גמירות דעת (עיין בשיטת הרשב"ם לעיל בסוגיית הלווה על שדהו - עמ' נ ועוד), נראה ששיטתם היא שמעשה קנין מלמד או יוצר גמירות דעת, אבל במקרים של 'אסמכתא' מעשה הקנין אין בכוחו להוכיח על גמירות דעת, ולכן אין לו משמעות קנינית. ואילו ר' יוסי סובר שאין לחלק, ובכל מקרה בו נעשה מעשה קנין, הקנין חל.

עוד ניתן להציע, שבנידון של רב בר שבא, כיון שמדובר בהלואה, יש צד לומר שמעות שניתנו על ידי המלוה הם עצמם מעות הקנין של הקרקע³⁹⁶, וקצ"ע.

ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים יום / יסוד שיטת רב האי גאון

ג. גמ' כתובות דף פב. :

אמר מר בר רב אשי, אע"ג דכי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן, האומר לחבירו לך ומשוך פרה זו, ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים יום, לאחר ל' יום קנה ואפילו עומדת באגם³⁹⁷ ... והא כי אתא רבין א"ר יוחנן, לא קני.
לא קשיא, הא דאמר ליה קני מעכשיו, הא דלא אמר ליה קני מעכשיו³⁹⁸.

ממסקנת הגמ' עולה, שאין משמעות למעשה קנין אם הוא לא חל בשעתו. הגמ' אינה מבארת מה הוא טעם הדבר. האם ישנו חסרון בגמירות דעת הצדדים, או

³⁹⁶ עיין בדברינו בעמ' קנח.

³⁹⁷ ועיין גם בסוגיא בדף פו: בד"ה גטיך ולא תתגרשי בו אלא לאחר שלשים יום, שביאר תוס' בד"ה "האומר" שמדובר שאמר מעכשיו, שאל"כ אינה מגורשת. ועיין לקמן אות ט' בשיטת רה"ג בגיטין.

³⁹⁸ לשיטת הסמ"ע בסימן קצ"ז ס"ק י"ז, אף אם הקנה מעכשיו יש צורך שביום השלשים תעמוד הפרה באגם או במקום בו ראוי לקנותה (וכ"כ המאירי בסוגייתנו) אבל לא ברה"ר, ואילו הש"ך בס"ק ד' חולק וסובר שאין נפ"מ היכן תעמוד (וכ"כ הריטב"א בסוגייתנו. ועיין קצות ס"ק ג' ונתיבות ביאורים ס"ק ד') שדנו בשיטת הר"ן, האם גם במקרה של 'אם' עמידה באגם אחר ל' יום תועיל. ובריטב"א בסוגייתנו ביאר שקנין מעכשיו, פירושו גוף מהיום ופירות אחר שלשים יום.



שזו הלכה בדיני קנינים, שאף אם הצדדים גמרו בדעתם, לא מועיל מעשה הקנין לזמן מאוחר יותר³⁹⁹.

אמנם, לגבי קנין מעות יש מהפוסקים שסוברים שהקנין חל לאחר זמן כיון שאם לא יתקיים הקנין יש חובת השבת מעות (עיין רמ"א חו"מ סימן קצ"א סעיף ד' ובנו"כ שם)⁴⁰⁰, וכך גם לגבי קנין בשטר (אם השטר קיים, כמבואר שם). ובערוה"ש סימן קצ"א סעיף ז' הוסיף:

מכר לו קרקע בשטר וא"ל קני לך לאחר שלשים יום ונקרע השטר או נשרף או נאבד תוך השלשים יום. אם א"ל קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה, דהא הקניין התחיל מיד ובשעה שחל הקניין היה השטר בעולם, אבל אם לא אמר מעכשיו לא קנה דהרי הקניין התחיל לאחר ל' ואז לא היה השטר ובמה יקנה אז.

והוא הדין בקניין חזקה אם היה חלות הקנייה לאחר ל' יום וכשהגיע הזמן לא מינכרא חזקתו כגון שהחזיק בנעילת דלת או ברפיקת קרקע אינו קונה, אבל כשהחזקה קיימת כגון שעשה גדר וכה"ג וודאי דקנה [כ"מ בריש המפקיד]⁴⁰¹.

וכן בקניין חליפין אינו קונה בכה"ג [ש"ך] דהרי הסודר שקנה בו החוזק מיד לבעליו כנהוג בקניין סודר.

³⁹⁹ עיין ש"ך סימן קצ"ז ס"ק ג' שכתב: "ומשך לא קנה. היינו טעמא דבעת שיחול הקנין כבר הדרא סודרא למריה עכ"ל סמ"ע. כלומר כלתה המשיכה". ומדבריו נראה שהחסרון הוא חסרון בדיני קנינים (ולגבי קנין סודר, עיין ר"ן נדרים דף כז: שהוא תמיד מעכשיו שהרי אח"כ הסודר חוזר לבעליו).

⁴⁰⁰ עיין בדברי אבן האזל בהערה 404.

⁴⁰¹ עיין לקמן עמ' קנב.

אבל בקניין כסף קנה גם בכה"ג ואפילו אכל המעות או נאבדו בתוך הזמן דכיון דאם לא יתקיים המקח חייב להחזירן להלוקח הוה כאלו הם בעין וי"א דאם לא נשתמש המוכר בהמעות ונאנסו מידו תוך הזמן לא קנה בלא מעכשיו דכיון שלא השתמש בהמעות אינו חייב באונסין ואין הקניין קיים לאחר הזמן [ע"י קצה"ח ונה"מ]⁴⁰².

אמנם, כסף, שטר וחזקה מועילים רק בקרקעות ולא בקנין מטלטלין. אולם נראה (על פי חילוקו של בעל ערוך השולחן) שאף שקנין סודר (שחוזר לבעליו) או משיכה או הגבהה לא יחולו במטלטלין אם קבעו ביניהם שהקנין לא יחול כי אם אחר ל' יום, אבל אם יעשו קנין חליפין (ולא קנין סודר) ממש (שבו הדבר בו קנו אינו חוזר לבעליו), הקנין יחול (שהרי אם הקנין לא יחול יש להשיב את החפץ לבעליו)⁴⁰³, וכמו בקנין מעות הנ"ל). ונמצא שאף במטלטלין קיימת דרך להקנות לאחר שלשים יום.

ובמטלטלין מעות קונות לענין 'מי שפרע' (עיין משנה ב"מ תחילת פרק רביעי) ואם נתן מעות חובה עליו לעמוד בדיבורו, אם נתן מעות כדי שהקנין יחול אחר שלשים יום, חלה עליו קללת 'מי שפרע'.

ומכאן נראה, שחוסר היכולת להקנות אחר שלשים יום, איננה חסרון בגמירות דעת, שהרי קיימים מקרים שניתן להקנות אחר ל' יום (כנ"ל), אלא חסרון במעשה הקנין, שאם אין לו 'זכר' בשעת חלות הקנין, הוא אינו יכול להועיל (אמנם עיין לקמן בעמ' קפא). ואם ירצו הצדדים להקנות באופן בו הקנין יחול אחר שלשים יום, עליהם לבצע קנין שמועיל אף לקניה מעין זו, וכנ"ל (ועיין אות ט' לקמן לגבי גיטין).

ד. ספר מקח לרב האי גאון שער י"ז⁴⁰⁴ :

⁴⁰² ועיין בחילוקי הב"י בהערה 430.

⁴⁰³ ואף אם החפץ בו עשו את קנין החליפין לא יהיה בעולם, יש חובה להשיב את דמיו, יחול הקנין, כשם שבמעות חל הקנין וחובה עליו להשיב את סך המעות ולא המעות עצמם, וקצ"ע.

⁴⁰⁴ ה"ד בקיצור בביאור הגר"א חו"מ סימן ר"ז ס"ק ה' (ושיטתו היא שרב האי גאון סובר כשיטת הרמב"ם) וכתב שם: "...מדברי רב האי גאון בשער י"ז שכתב אם אמר הרי המכר מכור

מה שיקרא במקח וממכר אסמכתא ומה שלא יקרא אסמכתא. ותדע
דיש מי שלוקח על תנאי ומתקיים המקח אם יקיים תנאו ויש מי
שלוקח על תנאי ואע"פ שמקיים התנאי לא יתקיים המקח וזו היא
שנקראת אסמכתא.

ועיקר דבר זה כגון שמזכיר שם 'מעכשיו'. דכל היכא שאומר
'מעכשיו' יהא מכור לך' ואח"כ הזכיר את התנאי, כגון שאומר
'ושעשה אתה כך וכך', אותו המכר הוא המקויים והנכון.

אבל אם אמר, 'הרי המכר מכור לך אם אתה תעשה כך וכך', נמצא
דלא גמר והקנה באותה שעה שהזכיר שם התנאי, כיון שלא הזכיר
שם מעכשיו והוה ליה כמי שמוכר לזמן כמו שנפרש דאין מעשהו
מעשה⁴⁰⁵ והוי בטל ואע"פ שיתקיים התנאי...

ותדע, דכל היכא דאיכא אסמכתא, לא שנה שתהא על נכסים שאינם
עומדים להימכר ולא שנה שתהא על נכסים העומדים להימכר
נתבטל אותו מעשה בין קרקע בין מטלטלין ודגרסינן רב בר
שבא⁴⁰⁶ ...

לך אם תעשה כך וכך נמצא דלא גמר והקנה באותו שעה כיון שלא אמר מעכשיו ואף שקיים תנאו
בטל דהוא אסמכתא שסמך קנין הקרקע לזמן אחר לאחר שהתנה ואינו קנין בשעתו אבל כל היכא
שאומו' להיות קנין השדה בשעתו ולאחר הקנין מתנה על התנאי להיות לאיזה זמן שירצה לא הוי
אסמכתא כגון שאמר מעכשיו או ע"מ". ועיין הערה 376 בדברי הראשונים שצינו לשיטת רב האי
גאון.

ועיין אבן האזל פי"ב ממכירה הלכה ב' (במחלוקת עם הגר"א, שלדעת הגר"א שיטת הרמב"ם
כשיטת רה"ג) שכתב: "דעה"ג הסביר כאן דין האסמכתא משום שסמך קנין הקרקע לדין אחר
והיינו משום 'דאם' הוא פְּלֶאָחֶר, ולפי פירוש, לא איירי כאן אם מהני מה שיחזיק הקונה אחר
שנתקיים התנאי דאינו מחדש מדין אסמכתא אלא לומר כיון שאמר אם שהוא פְּלֶאָחֶר, לא מקנה
מעכשיו... הרי מבואר מדבריו שהוא מפרש כל דין אסמכתא שהוא רק לומר כיון שסמך קנייתו
למעשה שיעשה הקונה אחר זמן לא הקנה לו מעכשיו כיון שאמר בלשון אם... ולדברי רה"ג אם
מכר לו השדה בכסף אם יעשה דבר פלוני אין לנו טעם לבטל המכירה" (לגבי סיום דבריו עיין
בדברינו באות ג', שבקנין כסף הקנין חל גם לאחר זמן).

⁴⁰⁵ פירוש, מי שמוכר בתנאי של "אם תעשה כך וכך", דומה למי 'שמוכר לזמן' והיינו למי
שמוכר באופן בו המכירה תחול לאחר זמן (כנ"ל באות ג' בדין מכירה אחר שלשים יום), שאף אם
עשה מעשה קנין (משיכה) מעיקרא אין המשיכה מהווה קנין כיון שלא קנתה בזמנה.

⁴⁰⁶ לעיל עמ' קכז. ועיין שם בשיטות השונות האם מדובר שהתייקר היין או שמוכר מחמת הדחק
ולכן נחשב אסמכתא, או אף ללא זאת יש כאן חסרון של אסמכתא, והיינו כשיטת רב האי שכל

מפשט דברי רב האי גאון (שדימה בין מכירה לאחר ל' לבין אסמכתא⁴⁰⁷) נראה, שדין אסמכתא במכירה איננו חסרון של גמירות דעת (כשיטת ראשונים רבים – עיין עמ' ז'), אלא חסרון בדיני קנינים. וכשם שבקנין 'לאחר שלשים יום' מעשה הקנין שכבר נעשה לא הועיל, אף בהטלת תנאי שהקנין יחול רק אחר קיום התנאי, אין הקנין שנעשה עתה מועיל (וכדברינו לעיל באות ג') שהחסרון בקנין לאחר ל' אינו חסרון בגמירות דעת אלא הלכה בדיני קנינים). ולשיטתו דין אסמכתא במכירה, איננו דין חדש אלא סעיף של דין מכירה אחר שלשים יום⁴⁰⁸.

ועל פי דברינו באות ג', רב האי גאון יודה שאם נתן כסף לקניית קרקע והטיל תנאי בלשון 'אם', כדי שהקנין יחול רק אחר קיום התנאי, הקנין יחול, שהרי במעות מועיל קנין לאחר זמן⁴⁰⁹, והוא הדין בתנאי שיחול אחר זמן, ואף במטלטלין יועיל הדבר לענין מי שפרע. וכן לגבי שאר הקנינים המבוארים לעיל באות ג'.

ה. לשיטת רב האי גאון, ר' יוסי הסבור שאסמכתא קניא (עמ' יד), מחלק בין דין מכירה לאחר שלשים יום (שאינו חל) לבין דין אסמכתא שחל⁴¹⁰. ויש לעיין מה הוא טעמו, והרי בשני המקרים הקנין אינו חל בשעת מעשה הקנין ואינו ניכר בשעה בה הוא אמור לחול.

יתכן להציע, שבקנין לאחר זמן, מהותו של הקנין הוא שהוא לא יחול עתה כי אם לאחר זמן, וכיון שהזמן עוד לא הגיע, הקנין לא חל. לעומת זאת בתנאי שמחייב את הקונה לעשות כך וכך, לא הזמן הוא הגורם אלא המעשה, ואם המעשה היה

תנאי שמעשה הקנין אינו נעשה עתה, יש בו חסרון של אסמכתא.

⁴⁰⁷ כנ"ל "והוה ליה כמי שמוכר לזמן". פירוש כמי שמוכר לאחר זמן – לעיל אות ג'.

⁴⁰⁸ ומכירה אחר שלשים שאינה חלה היא הלכה בדרכי קנין (וראיה, שדרכי קנין אחרות מועילות בקנין לאחר ל' יום, וכנ"ל באות ג'). ואמנם עיין בדברינו בעמ' קעג.

⁴⁰⁹ וכ"כ באבן האזל פ"ב ממכירה הלכה ב', וביאר שבדין הלוחה על שדהו קיים חסרון של אסמכתא ולא יקנה את השדה אחר שלש שנים, כיון שמעיקרא לא ניתן הכסף כדמי מקח שקונים את הקרקע אלא כהלואה.

⁴¹⁰ א"כ נאמר שר' יוסי עצמו סובר שמכירה אחר שלשים יום ג"כ חלה, ונמצא שסוגיית הגמ' בדין מכירה לאחר שלשים יום, היא למעשה מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי. אמנם רה"ג עצמו לא ציין לכך, אף שהוא דן בשיטת ר' יוסי, עי"ש בדבריו.



מתבצע עתה, הקנין היה חל עתה, ולכן במקרה בו אין קפידא שהזמן הוא זה שיעכב, סובר ר' יוסי שאסמכתא קניא.

אולם, אם ננקוט בדרך זו, במקרה בו בתנאי יהיה גם מרכיב של זמן, כגון שיאמר לו אם תעשה כך וכך במשך שלשים יום השדה קנויה לך, אף ר' יוסי יודה שהקנין לא יחול, וצ"ע.

ו. כנ"ל (עמ' ז') ראשונים רבים חלקו על שיטת רב האי גאון ותלו את דין אסמכתא בחוסר גמירות דעת. ולשיטתם מוכח שאין לקשר בין דין אסמכתא לדין מכירה לאחר ל' יום, ויש לעיין בטעמם, והרי לכאורה צודק רב האי גאון שאם הקנין לא חל עתה, אין לו משמעות כמבואר בסוגיית הגמ' לעיל אות ג'.

יתכן שאכן הם מודים לרב האי גאון, שיש לדמות בין דין אסמכתא לדין מכירה לאחר שלשים יום, ואולם הם סוברים שבנידון של אסמכתא, אפילו אם מבחינת דיני קנינים הקנין חל (כגון בקנין מעות או שטר או חזקה ע"פ ערוה"ש – וכנ"ל אות ג'), יש לפסול את הקנין מדין חוסר גמירות דעת. ונמצא שהם מרחיבים את החסרון של אסמכתא גם במקרים בהם רב האי גאון איננו חושש לאסמכתא כלל, כיון שלשיטתו דין אסמכתא ודין קנין לאחר זמן, חד הם.

עוד יתכן להציע, ששיטת הראשונים היא, שאין לדמות בין קנין לאחר זמן לבין דין אסמכתא, על פי הטעם שביארנו לעיל באות ה' בביאור שיטת ר' יוסי.

ז. לשיטת רב האי גאון, המחלוקת בין ר' יוסי ור' יהודה היא במקרה בו התנאי והקנין היה בלשון "אם". שלדעת ר' יהודה ה"ז אסמכתא ולא קנה, ולדעת ר' יוסי אין בכך חסרון של אסמכתא. אבל במקרה בו הקנין היה "מעכשו" לכו"ע אין חסרון של אסמכתא. וכראיה לדבריו מציין רב האי גאון בספר המקח שער י"ז את סוגיית הגמ' בדין הלווהו על שדהו:

כדגרסינן, הלווהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי הוא שלו. ומשנה זו על זה הענין נתבטלה בגמ'⁴¹¹ ותרצוה... ומנימין אמר אסמכתא לא קניא. ולמנימין קשיא מתניתין.

אי בעית אימא מתני' ר' יוסי היא דאמר אסמכתא קניא ואי בעית אימא מתניתין דא"ל 'קני מעכשיו'.

נמצא למד מדקדוק זה המשנה מה שפירשנו לעיל, דאין אנו דנים הרי אלו שלו אלא באומר מעכשיו. ומי שאמר אסמכתא קניא ואע"ג דלא אמר מעכשיו, ר' יוסי היא.

ח. אף הראשונים החולקים על רב האי גאון, ודאי מודים שבדיני אסמכתא עליהם להודות לחילוק הגמ' בין הקנאה מעכשו לבין הקנאה לאחר זמן שאינו מועילה, ולכאורה סוגיא זו היא הוכחה חזקה לשיטת רב האי גאון, ויש לעיין מדוע הם תולים את דין אסמכתא בגמירות דעת, כאשר בגמ' לכאורה מבואר ממש כדברי רב האי גאון שמעכשיו אסמכתא קניא, ואילו ב"אם" לר' יוסי קניא ולר' יהודה לא קניא, והחילוק הוא האם הקנין חל עתה או לא, וכדין מכירה לאחר שלשים יום.

ונראה שסברת הראשונים היא, שגם במקרה של "אם" שאין בו חסרון של קנין לאחר זמן (כפי החילוקים הוזכרו באות ג') קיים חסרון של אסמכתא מחמת חוסר גמירות דעת, שתולה בתנאי ואינו סובר שיהיה עליו לקיימו וכמבואר בדבריהם לעיל.

תנאי בגמ' וקידושין – קושיא על שיטת רב האי / שיטת פסקי הלכות בביאור רב האי

ט. המשך דברי רב האי גאון, ספר המקח, שער י"ז:

⁴¹¹ עיין לעיל עמ' לז. וכוונתו "על זה הענין נתבטלה בגמ'" דהיינו שכיון שלא היה מעשה קנין עתה לא חל קנינו של המלוה על השדה, ע"ש.



ותדע שבשאר דברים נמי שאינן במקח וממכר אותו הדין אנו דנים בהם לענין אסמכתא כמו שאנו דנים במקח וממכר. שאם השלים תחילה עיקר המעשה במעכשיו או בלשון על מנת ואח"כ אמר שתעשה כך וכך הוי תנאי קיים והמעשה מעשה ובלבד שיתקיים התנאי, אבל אם לא הזכיר לשון על מנת אלא בלשון אם או בלשון אי אע"פ שיתקיים התנאי אותו מעשה בטל הוא ואין בו ממש...

וגרסינן נמי (משנה כתובות דף עו:), הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש, ומת בתוך י"ב חודש אינו גט, מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חוש ומת תוך י"ב חודש, ה"ז גט.

דין הגט מהווה לכאורה סתירה לשיטת רב האי גאון, שהרי אם אמר לה "אם לא באתי", ולא בא ולא מת, הגט חל למרות שהחלות של הגט איננה "מעכשיו" אלא רק אחר י"ב חודש. ואילו לשיטת רב האי, כל תנאי שמעכב את החלות ואינו חל עתה אין לו תוקף כלל, ומדוע לשיטתו הגט יכול לחול אחר י"ב חודש, והרי לא מדובר ב"מעכשיו" ?

ונראה לבאר על פי דברינו באות ג', שפעמים קנין לאחר זמן קונה, כגון בקנין כסף, שטר, עי"ש בפירוט. ואף גט הינו שטר וכיון שהוא קיים אחר י"ב חודש ניתן לגרש בו, ורק קנינים שנעשו ואינם קיימים אחר זמן (כגון משיכה או סודר שחזר לבעליו) אין להם משמעות אם לא הקנה ב"מעכשיו".

ולכן, אם נשרף הגט תוך י"ב חודש לא תהיה מגורשת כמו בקנין שטר, שאם השטר אינו קיים המקח אינו יכול לחול כעבור זמן.

י. אמנם בעל הפסקי הלכות – יד דוד (חלק ב', הלכות אישות, דף צז: ואילך) מסיק מדין הגט הנ"ל (ועוד ראיות), ששיטת רב האי גאון שונה מכפי שביארנו לעיל. עיקר שיטתו היא, שרב האי גאון סובר שבכל פעם שההקנאה היתה מעכשיו, אין חסרון של אסמכתא. אבל בלשון "אם" שההקנאה אינה נעשית עכשיו, יש לבחון האם כוונתו היתה להקנות בלב שלם, ואם יש לו כוונה לקנין בלב שלם התנאי חל למרות שהקנין לא נעשה עתה. וכתב שם:

ואף באופן שאינו מקנה לו עתה, עכ"ז אם לא הענין להסמך את חבריו אלא שנראה מן הענין שרצה שיתקיים התנאי ויתחייב לו בהקנין הזה כמו כל דאי של פועל שאומר לו אם תעשה לי כך אשלם לך כך וכך או אתן לך שדה זו וכד' בעד שכר פעולתך דלא הוה אסמכתא... ומזה הטעם תנאי בגיטין אף בשם אין בהם משום אסמכתא דבגט שנותן לאשתו בתנאי, מסתמא כוונתו לקיים דבריו ולגרשה אם יתקיים האם, כגון אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש... ולא נחלק בזה שום אדם דבתנאי גיטין אף שהם באם לא שייך בהם אסמכתא...



ראייתו מפועל לכאורה ניתן לדון בה, כיון שבשעה שפועל החל בעבודתו היא גופא מעשה הקנין. ולגבי ראייתו מדין הגט, עיין לעיל אות ט'. אמנם אף לשיטתו לכאורה דברי רב האי גאון בתחילת דבריו מהווים קושיא עליו, שהרי שם הוא כתב במפורש ש"אם" אינו מועיל כי הקנין אינו חל מייד (כנ"ל אות ד'), ולפיכך הוא מבאר:

וע"כ צ"ל הא דנקט הגאון בריש דבריו בשער י"ז דתנאי דאם ואי הוה אסמכתא... ע"כ הכוונה דבתנאי דאם יכול להיות אסמכתא אבל צריך לזה עוד גדרים ר"ל שיהיה ניכר מענינם שברצונו לא יחול האם ויתבטל המעשה וכמש"ל ודוק בזה. הארכתני יען הרבה מן הראשונים הביאו כוונת הגאון שדעתו בדרך כלל שכל תנאי דאם... הוא אסמכתא ואין לזה שום תיקון...

אמנם, למרות דברי הפסקי הלכות יד דוד, הוא עצמו מעיד שהראשונים ביארו את שיטת רב האי גאון שלא כשיטתו (וכן הוא בביאור הגר"א חו"מ סימן ר"ז ס"ק ה').

סיכום

יא. העולה מהאמור לעיל – שיטת רב האי גאון באסמכתא:

- קנין שיחול אחר זמן אינו קנין, ורק קנין שחל מעכשיו הינו קנין (אות ג').
- האמור לעיל הוא בקנין שאיננו קיים בשעה המיועדת לקיום העיסקא אבל אם הוא קיים או יש חובה לתת תמורתו בחזרה הקנין מועיל, ולכן בכסף, שטר, חזקה הניכרת וקנין חליפין מועיל קנין אחר זמן (אות ג').
- שיטת רב האי גאון, שחסרון האסמכתא (לדעת ר' יהודה), שהקנין חל אחר זמן. אבל אם הקנין יחול עתה, אין חסרון של אסמכתא, ובכך הוא חולק על שיטות הראשונים הסוברות שהחסרון הוא בחוסר גמירות (אות ד') אולם לשיטת הפסקי הלכות מדובר בחסרון של גמירות דעת (אות י').
- לשיטת רב האי גאון, ר' יוסי שסובר שאסמכתא קניא, מחלק בין קנין לאחר

זמן לבין קנין בתנאי ויתכן שזה הוא גם טעמם של הראשונים שחולקים על עיקר שיטתו של רב האי (אות ה' ואילך).

- לשיטת הראשונים החולקים על רב האי גאון, גם מקרים בהם מועיל קנין לאחר זמן (כגון, כסף) לא יועילו בקנין בתנאי כיון שאין לו גמירות דעת להקנות (אות ו', ח').
- אדם שנותן גט אם לא ישוב אחר זמן, הגט חל למרות שנאמר בלשון אם, ולשיטת רב האי גאון, הטעם הוא שהגט קיים והרי הוא כשטר שניתן לקנות בו אחר זמן (אות ט').
- עיין לקמן בביאור שיטת הרמב"ם (עמ' הבא ואילך), וביחס בין שיטתו לבין שיטת רב האי גאון.

שיטת הרמב"ם באסמכתא / מעשה הקנין

הקדמה

א. רב האי גאון חידש שהחסרון של אסמכתא הינו באי תקפות מעשה הקנין כיון שהקנין אינו חל מיד, כמו בשאר דיני הקנינים וכן"ל בעמ' קעב. לקמן נדון בשיטת הרמב"ם שהשו"ע העתיקה בחו"מ סימן ר"ז סעיף ב' בשם י"א (ולא ציין לשיטה חולקת⁴¹²), שיש הסוברים ששיטתו כשיטת רב האי גאון (ביאור הגר"א חו"מ סימן ר"ז ס"ק ה') ויש החולקים על כך (אבן האזל פי"א ממכירה הלכה ב')⁴¹³.

קנה... אם לא קנה / לא גמר בלבו להקנותו

ב. רמב"ם פרק י"א ממכירה הלכה א'-ב':

המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן, בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, וכבר ביארנו משפטי התנאים בהלכות אישות⁴¹⁴.

⁴¹² ועיי"ש בסעיף ט"ז לגבי קנסות בשידוכים.

⁴¹³ עיין אות ג', ד', יג, יד. ועיין גם שערי ישר, שער ז' פרק ח' ד"ה "אמנם ראוי" בביאור שיטת הרמב"ם.

⁴¹⁴ פרק ו' מהלכות אישות הלכה א': "וכל תנאי שבעולם בין בקידושין בין בגירושין בין במקח וממכר בין בשאר דיני ממון צריך להיות בתנאי ארבעה דברים". ובפרק ג' מהלכות זכיה ומתנה הלכה ו' ואילך כתב הרמב"ם: "כבר ביארנו שכל תנאין שיש במתנות או במקח וממכר צריך שיהיה תנאי כפול, והן קודם ללאו, ותנאי קודם למעשה, ויהיה תנאי שאפשר לקיימו, ואם חסר אחד מאלו התנאין בטל וכאילו אין שם תנאי. וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי, כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה, ורבתי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראייה" (ועיין ראב"ד שמחזק את דעת רבותיו של הרמב"ם).

ובנתיבות חו"מ סימן ר"ז ביאורים ס"ק א' כתב: "ונראה דדוקא אם אמר בלשון אם הוי תנאי

(ב) במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי.

אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך, וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו⁴¹⁵.

הרמב"ם מציין לשני מקרים בסיסיים:

- נעשה מעשה קנין והקונה קנה את הקרקע או המטלטלין כבר עתה. ומוטל עליו לקיים את התנאי (ואם לא יקיים, יתבטל הקנין למפרע)⁴¹⁶.
- לא נעשה מעשה קנין, והותנה תנאי שאם יקיים, יזכה הקונה במקחו – קיום התנאי אינו מהווה מעשה קנין, והקונה לא זכה במקחו⁴¹⁷.

הרמב"ם (בהלכה זו) אינו דן על מקרה בו נעשה מעשה קנין והותנה בין הצדדים שהקנין לא יחול עתה אלא אחר קיום התנאי. ולכאורה במקרה זה לא יקנה כיון שהמקח אינו חל עתה⁴¹⁸. ודינו כמו מי שאומר לחבירו שיעשה מעשה קנין עתה כדי שיחול לאחר שלשים יום שלא קנה, כמבואר בסוגיית הגמ' בכתובות דף פב., וכפי שפסק הרמב"ם עצמו בפרק ב' מהלכות מכירה הלכה ט':

ובעינין למשפטי התנאים, אבל אם אמר בלשון כשיהיה, כגון בהא דלכשיהיה לי דמים אחזיר לך [להלן סעיף ר'], לא בעינן למשפטי התנאים, דהוי כמו לזמן דלא בעינן למשפטי התנאים, כמו במגרש לאחר שלשים [אח"ע סימן קמ"ו סעיף א']... ועיין עטרת צבי שעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול, רק בקרקעות כותבין כתנאי בני גד ובני ראובן.... ויש תנאים שא"צ למשפטי התנאים כגון ששייר בגוף המכר דהיינו שאמר על מנת שדבר זה יהיה שלי, ויתבאר פרט דין זה בסימן רי"ב [סעיף ג' ובמשה"א שם סק"ד] ע"ש."

⁴¹⁵ כלומר, החסרון באסמכתא שלא נעשה מעשה קנין. ועיין עמ' קסה בביאור שיטת השו"ע, שתנאי בלשון "אם" אינו מועיל, וכתב הסמ"ע שאפילו אם נעשה מעשה קנין לא יועיל. וכדבריו בהלכה ז': "כל האומר קנה עכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה".

⁴¹⁶ אמנם מסתבר שאם התנאי היה מוטל על הקונה והוא קיים את חלקו, והמוכר מסרב לאפשר לו לבצע מעשה קנין ולקנות, המוכר הינו בכלל מחוסר אמנה, ואם הקונה כבר שילם יתכן שיחול עליו "מי שפרע". ועיין הערה 3 ובהערה 510 (שבשעבוד קרקעות אין חסרון של אסמכתא למרות שלא נעשה מעשה קנין).

⁴¹⁸ הסמ"ע בסימן ר"ז ס"ק ו', סובר שלשיטת הרמב"ם לא קנה במקרה שלפנינו, עי"ש.



האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך, לא קנה, ואם אמר לו קנה מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה.

ועיין לקמן באות ד' ואילך.

ג. נימוקו של הרמב"ם בסוף הלכה ב' שאסמכתא לא קונה "שהרי לא גמר בליבו לקנותו". לכאורה מלמד ששיטתו איננה כשיטת רב האי, שהרי רב האי לא תלה את דין אסמכתא בגמירות דעת, אלא באי יכולת הקנין לחול אחר זמן (וכנ"ל עמ' קעא). ואכן באבן האזל פ"א מהלכות מכירה הלכה ב' הוכיח מכאן ששיטת הרמב"ם איננה כשיטת רב האי גאון.

בדוחק אפשר לדחות ראיה זו, ולומר שהסיבה שקנין אינו יכול לחול אחר זמן, היא עצמה היא מפני חוסר גמירות הדעת. ונמצא, שאף רב האי גאון מודה שהחסרון האסמכתא ובקנין לאחר זמן הוא בחוסר גמירות דעת⁴¹⁹.

או נאמר, שאף שרב האי גאון והרמב"ם חלוקים בטעם הדין, מסקנתם לדינא היא אותה מסקנה, והגר"א (אות א') דן על הדין ולא על טעמו (ועיין אות יג).

שיטה א' – אם עשה מעשה קנין אין חסרון אסמכתא אם הקנין יכול אחר זמן (רמב"ן)

ד. המשך דברי הרמב"ם, פרק י"ב מהלכות מכירה הלכה ג':

⁴¹⁹ הדוחק הוא מפני שרב האי לא תלה את אי קיום האסמכתא בחוסר גמירות דעת, אלא בכך שהקנין אינו יכול לחול באופן זה, עיין בדבריו לעיל.

כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על תנאי (על מנת⁴²⁰) שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית [מעתה⁴²¹] הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום⁴²², ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה⁴²⁴.

⁴²⁰ עיין בהערה 423.

⁴²¹ כך הגירסא, ברמב"ם פרנקל, וכן במהד' אור וישועה.

⁴²² "באותו היום". בפשטות, באותו היום שעליו דן הרמב"ם קודם והיינו ביום בו הלך עימו לירושלים. אמנם, היה מקום להציע, ש"באותו היום" פירושו ביום בו החזיק בבית מעיקרא, ונמצא ששעת הקנין היא למפרע משעת מעשה הקנין. אולם פשט הרמב"ם אינו נראה כך, ובמיוחד על פי שיטת הרמב"ם לקמן, שהקנין היה בלשון 'אם' שיחול אחר זמן, כלומר, בשעה בה הלך לירושלים.

⁴²³ בדפוסים הרגילים הגירסא היא "על מנת" (וכן היא גירסת הגר"א – עיין הערה 435, וגירסת הפרישה בסימן ר"ז ס"ק י"ג. אמנם הוא עצמו בסמ"ע ס"ק ר' גרס בתחילת דבריו 'על מנת' ואילו בהמשך דבריו כתב "על תנאי", למרות שבסמ"ע כתב שדבריו הם על סמך דבריו בפרישה, וצ"ע.) ואילו במהד' הרב קפאח ובמהד' פרנקל הגירסא היא 'על תנאי'. וכתב שם בשינוי נוסחאות על הדף: "על תנאי. כ"ה בכתה"י ובספר המוגה ובטור, ועיין ב"י שלפי זה האומר 'על תנאי' אינו כאומר 'על מנת' ואינו כמעכשיו [...] ובדפוסים 'על מנת' ועיין בסמ"ע ובב"י".
ודברי הטור הם בסימן ר"ז (דף נז: במהד' הרגילים, עמ' מט במהד' שירת דבורה). והב"י ציטט שם את לשון הרמב"ם "על מנת" וכתב שהטור שינה מלשון הרמב"ם לנוסח של "על תנאי" או שאפשר שכן היה בנוסחת הרמב"ם שהיתה ביד הטור.

וביאור הדברים הוא, על פי גירסת הדפוסים הרגילים ('על מנת'), קשה לכאורה, שהרי שיטת הרמב"ם היא ש"כל האומר על מנת כאומר מעכשיו" (עיין הערה 414, ובפ"א מהלכות מכירה הלכה ז') והמשמעות היא שהקנין חל עתה ולא אחר קיום התנאי. ואילו בהמשך הדברים כתב הרמב"ם "הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים", משמע שהקנין יחול רק בשעה בו יתקיים התנאי, וסותר את תחילת דבריו. ונראה לישב שהלשון "על מנת" אינו ציטוט לשון המוכר אלא תיאור התנאי שהיה ביניהם (והמוכר עצמו נקט לשון 'אם' משמעותה שהקנין יחול אחר קיום התנאי). ובפני הכס"מ עמדה הגירסא שבדפוסים, וכתב על כך: "לאו דוקא דא"ל על מנת דא"כ לא היה צריך להחזיק בבית, דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי, ובמעכשיו סובר רבינו (הל' ז') דאע"ג דלא החזיק קנה. אלא אשיגרת הלשון הוא ולא דוקא". וקצ"ע, כיון שקשה לומר 'לאו דוקא' כאשר יש נפ"מ הלכתית בביאור המקרה.

אמנם, על פי נוסח מהד' הרב קפאח ומהד' רמב"ם פרנקל שהגירסא היא 'על תנאי' לא קשה כלל, כיון ש'על תנאי' פירושו על פי התנאי והתנאי היה ככל תנאי רגיל והיינו בלשון 'אם' שחלה בדרך כלל רק אחר קיום התנאי, ועיין בהמשך דברינו (בשיטות השונות) בחידוש במקרה שלפנינו שלמרות שאמר לשון 'אם' שפירושה שהקנין יחול רק אחר קיום התנאי, הקנין חל.

(ובהגהות והערות לטור מהד' שירת דבורה סימן ר"ז אות נח כתב בשם הרדב"ז חלק א' סימן פ"ג, ונתיבות רמ"א ס"ק י"א, שאם אומר לשון "על תנאי" והוסיף גם 'אם' הרי זה "אם" אבל אם אמר רק "על תנאי" הרי כ"על מנת". ויש להעיר שלכאורה אינו כפי העולה מהרמב"ם שלפנינו.)

⁴²⁴ עיין לקמן בביאור שיטת הרמב"ם. ולכאורה היה מקום להציע, שאם התנה עימו שילך עימו לירושלים, הרי הקונה 'פועל' של בעל הבית, ופועל שהחל במלאכה היא גופא הקנין, וחייב בעל הבית לשלם לו, אף ללא מעשה קנין. וכיון שבמקרה שלפנינו התנאי היה שהתשלום יהיה במטלטלין מסויימים או בקרקע מסויימת, עליו לשלם לו. ולדברינו הרמב"ם דן על מקרה שלא היה בו מעשה קנין כלל, רק ההליכה היא המעשה קנין ככל פועל. אולם נראה לדחות את דברינו, כיון שלא נראה שהרמב"ם שדן על דיני מקח יביא ראיה מדיני פועלים שהינם מקרה מיוחד (ואם התנאי יהיה מוטל על המוכר או תלוי בירידת גשמים וכו', לא יחול). ועוד, שגם בקנין פועל הפועל זכאי תמורה עבור שכר מלאכתו אבל מנין לנו שהפועל יכול לקנות קרקע או חפץ מיוחד. ועיין מחנ"א, חידושים על הרמב"ם, פרק י"א מהלכות מכירה הלכה ג'.

אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני, אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או שהביא לו, אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.⁴²⁵

במקרה הראשון, אחר ביצוע מעשה הקנין ('החזיק זה בבית'), חייב הקונה ללכת עם המוכר לירושלים 'ביום פלוני' וכיון שעשה כך זכה בבית 'באותו היום'. נמצא, שחלות הקנין היא אחר הזמן בו נעשה הקנין, ואע"פ כן המקח נקנה ללוקח (אבל, אם לא עשה מעשה קנין, הקנין לא יחול והרי זו אסמכתא). ונראה שזו היא שיטת הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף קסח. לביאור שיטת הרמב"ם:

והרב ר' משה הספרדי ז"ל פירש שכל האומר 'אם תעשה כך אתן לך שדה פלוני זו' היא אסמכתא, אבל אמר 'אם תעשה, שדי נתונה לך' זהו תנאי בני גד.⁴²⁶

לשיטתו נראה שניתן לעשות עתה מעשה קנין שיחול אחר עשיית התנאי, אולם הדבר תלוי בניסוח. אם המוכר אמר לקונה שיעשה עתה מעשה קנין ואם יקויים התנאי המקח יעבור לבעלותו של הקונה, הקנין לא חל. אבל אם המוכר אמר לקונה, שיעשה עתה מעשה קנין, והמקח נתון לו 'אם' (ולשון 'אם' מלמדת על כך שהקנין אינו חל עתה, אלא אחר קיום התנאי), יקויים התנאי, המקח קיים אחר קיום התנאי (והחילוק הוא בין לשון "אתן" [עתיד] לבין לשון "נתונה").

וטעם הדבר הוא, אם המוכר אומר לשון 'אתן' הרי הוא גילה בדעתו שהקנין שנעשה עתה אינו חל ורק בעתיד הוא יתן, ולכן לא חל. אבל אם המוכר אומר

⁴²⁵ וכנ"ל בהלכה ב' - לעיל אות ב'.

⁴²⁶ אמנם הרמב"ן עצמו חולק על הרמב"ם, ע"ש בדבריו. ועיין נתיבות סימן ר"ז, ביאורים ס"ק ב' שביאר את דברי הרמב"ם ע"פ דברי הרמב"ן ונראה שביאור דבריו כפי שכתבנו כאן, וכך ביאר את שיטתו הרב מרדכי אלעזר מנהיים, בקובץ דרכי הוראה ב', מבי מדרשא, עמ' קפח-קפט, ע"ש. ועיין בית יחזקאל (הרב יחזקאל סרנא), נזיקין, ב"מ סימן כ"ד ברכת אברהם ב"מ סו: שהאריך בביאור שיטת הרמב"ם, גם על פי דברי הברכת שמואל קידושין סימן כ"ג בשם הגר"ח.

‘שדי נתונה לך’ הרצון הוא שהקנין יחול עתה רק מצרף לו תנאי ומועיל.⁴²⁷

אם ננקוט שזו היא שיטת הרמב"ם, הרי שהוא ודאי חולק על רב האי גאון שסובר שמקח חל רק אם מעשה הקנין מקנה את המקח ללוקח בשעת הקנין, וכנ"ל.

אמנם, לכאורה קשה על הרמב"ם מדין קניה אחר שלשים יום, שהוא עצמו פסק שאינה מועילה (לעיל אות ב'), ואם קניה אחר שלשים יום אינה חלה, כיון שמעשה הקנין אינו חל בשעתו, מדוע שמעשה קנין שיחול רק אחר קיום התנאי חל ?

ניתן להציע, שמעשה קנין שמהותו שלא יחול עתה כיון שהזמן הוא הגורם, אכן לא חל, אבל מעשה קנין שלא הזמן הוא הגורם בו, יכול לחול. ובטעם החילוק נאמר, שאם הזמן הוא הגורם לאי חלות הקנין, יש לחשוש שלא גמר בדעתו להקנות והרחיק את זמן חלות הקנין. אבל אם מעשה הקנין תלוי במעשה, אין חסרון של גמירות דעת, כיון שרוצה בקיום התנאי ואחר קיומו יזכה הקונה, וצ"ע.

שיטת ב' – קנין שנעשה עתה מועיל לכעבור זמן אם ניכר ומחזיק משעת הקנין (כס"מ)

ה. עוד ניתן היה להציע, שהמקרה עליו דן הרמב"ם לא בא ללמד על הכלל. כיון שקיימים סוגי קנינים שחלים אף אחר שלשים יום, וכפי שכתב ערוה"ש (לעיל עמ' קסט) שקנין חזקה שניכר כעבור זמן חל אחר שלשים יום. ולכן, אם החזקה בה הוא החזיק היא חזקה של בניית גדר שקיימת עד אחר קיום התנאי, הקנין יחול. אבל אם החזקה היא באמצעות נעילת השדה, אין החזקה מועילה לזמן.

⁴²⁷ ב"י חו"מ סימן ר"ז (דף סז. טור א' במהד' שירת דבורה, דף סא סוע"א ד"ה 'כתב הרמב"ן' בדפוסים הרגילים): "כתב הרמב"ן בפרק גט פשוט (ב"ב קסח. ד"ה הכי גרסינן) וה"ר משה ספרדי פירש שכל האומר אם תעשה אתן לך וכו'. משמע מדבריו דכי אמרינן דכי אמר מעשיו ליכא אסמכתא היינו דוקא בשהתפסו הא לאו הכי אף על גב דקנו מידו לא קני ואין פירוש זה נסבל יפה בלשונו דאם כן הכי הוה ליה למימר דכל שלא התפסו קנין דברים בעלמא הוא ועוד שעיקר הדין ליתיה דאף על גב דלא התפסו אם קנו מידו קנה ואפשר דהכי קאמר אם אמר בלשון אתן הו"א אסמכתא אבל בלשון שדי נתונה לא הו"א אסמכתא והקשה עליו דאתן קנין דברים הוא ולא איירו ביה רבנן אלא בשדי נתונה אמרו דהוי אסמכתא אבל לא מצאתי להרמב"ם שהזכיר כן ואפשר שה"ר משה ספרדי לאו אהרמב"ם קאמר וצריך עיון". ובפנים ביארנו את דברי הרמב"ן שלא על פי פירוש הב"י.

אמנם, אף אם נאמר שהרמב"ם מודה לחילוקו של בעל ערוה"ש בדין קניה לאחר זמן, תמוה לומר שבנידון שלפנינו (תנאי ואסמכתא), הרמב"ם נזקק לחילוק זה, בלא שיזכיר אותו במפורש. אולם עיין בשיטת הכס"מ לקמן⁴²⁹.

1. מדברי הכס"מ (בביאור הלכה ב'–ג') עולה שהרמב"ם שכתב "והחזיק זה בבית" אין כוונתו לומר שהחזקה היא מעשה הקנין. אלא מעשה הקנין הינו בפני עצמו וההחזקה בבית היא בפני עצמה.

ועל פי דרך זו מחלק הכס"מ:

- עשה מעשה קנין (כגון סודר) ואמר לו שיקנה 'מעכשיו' – הקנין חל אפילו אם לא החזיק כלל בקרקע או במטלטלין (ועליו לקיים את התנאי, ואם לא יקיים, הקנין יתבטל למפרע)⁴³⁰.
- עשה מעשה קנין (כגון סודר), ולא אמר לו שיקנה מעכשיו אבל מרגע זה הוא מחזיק בקרקע (במטלטלין), הבעלות תעבור לידי המוכר אחר קיום התנאי⁴³¹ - ועל כך דן הרמב"ם בחלק הראשון של הלכה ג' הנ"ל⁴³².

⁴²⁸ עי"ש חילוקים נוספים.

⁴²⁹ ובמיוחד בדבריו בב"י שבהערה 430.

⁴³⁰ לשון הכס"מ: "דאמרין בפרק איזהו נשך (סו:) בהלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, שאם א"ל מעכשיו וקנו מידו אע"פ שלא החזיק עדיין בקרקע קנה". ועיין מ"מ כאן. ויש מקום לחלוק, ולומר שגם אם החזיק מעתה לא יועיל אפילו אם יקיים התנאי, כיון שמעשה הקנין לא הועיל.

⁴³¹ לשון הכס"מ (המשך הערה 430): "א"כ צריך לומר, כל שהחזיק בדבר וקנה אותו באחד מהדברים שקונין בהם, לא גרע מאומר לו קנה מעכשיו. וכן משמע בפ' ארבעה נדרים (דף כ"ז) דאמר ההוא גברא דאתפיס זכוותיה וכו' ולרב הונא מכדי אסמכתא היא ולא קניא שאני הכא דמיתפסן זכוותיה והתנן מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו וכו' שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותיה, ומפרש הוא ז"ל שאני הכא שהוא מוחל כל כח וזכות שיש לו באותם שטרות דכיון דמחילה היא לית בה אסמכתא דמיד זוכה בה חבירו ומינה משמע שהמוסר ביד חבירו וא"ל אם לא אעשה כך, זכה במה שבידך קנה דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם, וכן כתב הר"ן שם שזהו טעם רבינו". וכ"כ בשו"ת מהרי"ט צהלון (הישנות סימן ק'), ועי"ש לגבי תנאי בני גר ובני ראובן, ועיין גם בקרית מלך רב פ"א ממכירה הלכה ג' שהרחיב בענין. ועיין בקושיות המשל"מ בהלכה ג', ומש"כ על דבריו באור לציון, כתובות דף פב. ונראה לדיוק שאין כוונתו

- כנ"ל, ועשה מעשה קנין ולא החזיק מעתה בקרקע – לא קנה.

שיטת ג' – קנין חל רק אם הוא חל מעכשיו – ביאור הגר"א / חילוק הסמ"ע / דברי הט"ז

ז. על פי שיטת הכס"מ הנ"ל, יש מקום לומר שהרמב"ם אינו חולק על שיטת רב האי גאון, (עיין אות א'). ואף רב האי גאון עצמו יודה שאם החזיק במקח עד שעת קיום התנאי, המקח קיים אחר קיום התנאי.

אמנם, הגר"א בחו"מ סימן ר"ז ס"ק ה' (שביאר שהרמב"ם סובר כשיטת רב האי גאון), כתב שהרמב"ם מחלק בין קנין מעכשיו שחל עתה (ו'על מנת' כמוהו כמעכשיו⁴³³) לבין בלשון 'אם' שאינו חל עתה ולכן אינו קונה. ולא הזכיר את החילוק שחידש הב"י (שאם החזיק חל גם בלשון 'אם'). ובדברי הגר"א מוכח שהוא נקט שנוסחת הרמב"ם בהלכה ג' היא "על מנת"⁴³⁴ (ולא "על תנאי")⁴³⁵,

שקונה מעכשיו, אלא עתה הוא עושה את מעשה הקנין, והקנין יחול רק אחר קיום התנאי, וכיון שהוא (הקונה) מחזיק כבר מעתה, אין חסרון של גמירות דעת, ויחול הקנין אחר קיום התנאי. ועיין בב"י סימן ר"ז (עמ' ס"ו טור ב' במהד' שירת דבורה, דף סא. טור ב' במהד' הרגילות), שתמה על שיטת הרמב"ם: "ואיכא למידק שהרי כתב הרמב"ם (ה"ז) גבי אומר מעכשיו וקנו מידו כלומר דאי לא קנו מידו אף על גב דאמר מעכשיו לאו כלום הוא וכן בדין דהאומר אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו במאי קנה אלא ודאי בשקנו מידו הוא... וכיון דקיימא לן דכל הדברים נקנים בקנין סודר... אפילו לא אמר מעכשיו קנה לדעת הרמב"ם שכתב בפרק י"א מהלכות מכירה (הלכה א' ב')... ולא הזכיר שם מעכשיו. ואם כן [קשה] למה הצריכו שיאמר מעכשיו כדי שלא יהיה אסמכתא? ואין לומר דקנין סודר גריד משאר קניינים ומשום הכי בעינן דלימא ביה מעכשיו דהא ליתא דבשלמא חזקה עדיפא מיניה לפי שהיא בגופה של קרקע אבל כסף ושטר גם הם אינם בגופו של קרקע כמו קנין... ואפשר לומר דכשלא אמר מעכשיו לא קנה אלא אם כן החזיק אבל על ידי כסף ושטר כיון שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע לא קנה והוא הדין לקנין סודר. ומה שכתב הרמב"ם במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהם אין כוונתו לומר שקנה באיזה מהדרכים אלא דוקא שקנה בדרך מיוחד מהדרכים שקונין בהן דהיינו חזקה. ותדע שאחר כך (ה"ג) כתב כיצד המוכר ביתו וכו' והחזיק זה בבית הרי זה קנה ועוד כתב אף על פי שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה ומדנקט לישנא דהחזיק ולא נקט לישנא דוקנה דפתח ביה משמע דבקנין חזקה עסקינן וכדפרישית... (ועי"ש תירוצו נוסף ודחייתו)".

⁴³² ועל פי דבריו, האומר לחבירו משוך פרה זו וקנה אחר שלשים יום – הקנין יחול אחר שלשים יום, אם הקונה מחזיק בפרה כבר מעתה. וכתב בשו"ת הרשב"א ח"א סימן תתקי"ז: "כבר ידעת שהרמב"ם ז"ל כתב בחבורו בבטול דאסמכתא בשני ענינים. האחד שיתן הדבר ואחר כך יתנה כגון שאמר בית זה נתון לך אם תלך עמי לירושלם שאין אסמכתא אלא כשהוא מתנה ואחר כך נותן כגון שאמר אם תלך עמי לירושלם אתן לך כך וכך. והשני אם אמר מעכשיו. ונראה מכלל דבריו שכל שאמר בית זה נתון לך במתנה אם תלך עמי לירושלם החזיק בו אף על פי שלא אמר מעכשיו אין זה אסמכתא". ועי"ש בקושיותיו על שיטת הרמב"ם.

⁴³³ עיין הערה 414.

⁴³⁴ עיין בהערה 422.

ולכן הוא יפרש, שבהלכה ג' הקנה לו 'על מנת' ובאופן זה הקנין חל כבר משעת מעשה הקנין (כמו שאמר 'מעכשיו'), אלא שמוטל עליו לקיים את התנאי, ולא כשיטת הכס"מ לעיל שביאר שגם לשון 'אם' מועילה אם החזיק במקח, וכנ"ל.

ח. סמ"ע חו"מ סימן ר"ז ס"ק ר'⁴³⁶ בביאור שיטת הרמב"ם:

ובפרישה ודרישה⁴³⁷ כתבתי⁴³⁸ ... דנראה דכונת הרמב"ם היא לחלק בין אם היתה דעת המוכר ועיקר כונתו להקנותו אלא שרוצה שיקיים לו תנאו, דאז הוה דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן דזה לא מיקרי אסמכתא וקנה. ובין אם עיקר כונת המוכר היה שיקיים תנאו אלא שלא ירצה לקיים תנאו בלי מכירה לו השדה⁴³⁹, דזה מיקרי אסמכתא⁴⁴⁰.

⁴³⁵ לשון הגר"א: "דברי הרמב"ם בזה לקוחים מדברי רב האי גאון בשער י"ז שכתב אם אמר הרי המכר מוכר לך אם תעשה כך וכך נמצא דלא גמר והקנה באותו שעה כיון שלא אמר מעכשיו ואף שקיים תנאו בטל דהוא אסמכתא שסמך קנין הקרקע לזמן אחר לאחר שהתנה ואינו קנין בשעתו אבל כל היכא שאומר להיות קנין השדה בשעתו ולאחר הקנין מתנה על התנאי להיות לאיזה זמן שירצה לא הוי אסמכתא כגון שאמר מעכשיו או על מנת... וכן הרמב"ם כתב כאן בדרך כלל לחלק בין אם לע"מ ומפ' והולך שם הלכה ג'... כיצד המוכר כו' על מנת כו'...".
⁴³⁶ הש"ך בס"ק ב' כתב על דברי הסמ"ע: "ודבריו שם צ"ע". ולא ביאר מדוע. ואף הנהיבות בביאורים ס"ק ב' כתב על דבריו: "וכל זה הוא דחוק".

⁴³⁷ פרישה חו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ג, דרישה שם ס"ק י"ד. ולעיל עמ' קנח.
⁴³⁸ בתחילת דבריו כתב הסמ"ע, שמשמעות לשון הרמב"ם היא "אם קנו מידו מיד ושאח"כ יקיים התנאי מהני... אם לא קנה ממנו עתה מיד אלא אמר ליה שיקיים התנאי תחילה דאז לא מהני...". כלומר, הרמב"ם לא התייחס למקרה בו עשה מעשה קנין והתנה שלא יחול עד קיום התנאי, ועיין בדברי הסמ"ע לקמן.

⁴³⁹ פירוש, המוכר רוצה שחבירו יקיים לו את התנאי, וחבירו אינו מסכים לקיים התנאי אא"כ המוכר יקנה לו את שדהו.

⁴⁴⁰ בפרישה ס"ק י"ד הוסיף: "...שתלה הקנאתו באם תעשה לי דבר פלוני אזי קנה שאין ההקנאה בעיניו עיקר, אלא רצונו שיתקיים התנאי ובחילוף קיום התנאי מקנה לו דבר פלוני וכיון שקיום התנאי אפשר שיהיה או לא יהיה משום הכי הוי אסמכתא". וצ"ע מה היא סיבת הדבר, שלכאורה אם הוא רוצה בקיום התנאי, העובדה שיש יכולת שלא לקיימו לא אמורה לגרום לחסרון של אסמכתא. ושמא כוונתו היא, שאף שהוא רוצה בקיום התנאי אין הוא רוצה במכירת השדה, ולכן כיון שספק אם התנאי יתקיים, אין הקנאת השדה נעשית בלב שלם, וצ"ע.
ובהמשך הדברים כתב שם הפרישה: "והוא הדין אם אמר ליה 'קנה דבר פלוני אם תעשה לי כך וכך' אע"פ שהקדים לומר 'קנה' מ"מ כיון שתלאו ב'אם', שימוש לשון 'אם' מורה שעיקר עניינו הוא קיום התנאי..." (ואכמ"ל בדיני התנאי שיש להקדים תנאי למעשה).

על פי הסמ"ע⁴⁴¹ (עיין בהרחבת הדברים בפרישה ס"ק י"ג), במקרה שבתחילת הלכה ג' (אות ד'), הקנין חל כיון שאמר לו "על מנת" ועל מנת משמעו כמו "מעכשיו", והקנין חל כבר מעתה⁴⁴² רק שעליו לקיים את התנאי. אולם בסיום ההלכה (שם) שאמר לו "אם תלך עמי לירושלים" הקנין לא חל, כיון שבעיני המוכר העיקר הוא קיום התנאי ולא ההקנאה והרי זו אסמכתא למרות שעשה מעשה קנין בתחילה, ולמרות שיבוא להחזיק בסוף – לא קנה.

העולה מדברי הסמ"ע, שקנין שלא חל עתה אינו מועיל, וזה הוא קנין בלשון 'אם' (בין אם אמר את התנאי לפני לשון הקנין ובין ההיפך⁴⁴³), כיון שלשון 'אם' מלמדת שהעיקר הוא התנאי ולא הקנין ולכן לא הקנה עכשיו. אבל לשון 'על מנת' שמקנה את המקח עתה לקונה, מלמדת שהעיקר הוא המקח והמקח חל עתה ועליו לקיים את התנאי.

ט. ונראה שדברי הסמ"ע ודברי הגר"א עולים בקנה אחד, והסמ"ע הוסיף את טעם החילוק בין 'אם' לבין 'מעכשיו/על מנת'.

על פי שיטת הסמ"ע יש לעיין מה הדין במקרה בו אדם אומר בצורה מפורשת שכוונתו היא ההקנאה (ולא התנאי) אבל אינו רוצה להקנות מעתה אלא רוצה להשאיר את הקרקע או המטלטלין אצלו עד קיום התנאי, האם במקרה זה יאמר הסמ"ע שהקנין יחול למרות שנקט לשון 'אם', וצ"ע⁴⁴⁴. ואם ננקוט שהקנין יחול,

⁴⁴¹ לדברי הסמ"ע יש לבחון מה היא הכוונה. אם הכוונה היא המקח, התנאי חל אבל אם הכוונה היא לקיום התנאי, ה"ז אסמכתא. ולכאורה לשיטתו, אפילו אם נקט לשון 'אם' אין חסרון של אסמכתא כאשר הכוונה היא לגוף המקח. אולם מלשונו בפרישה ס"ק י"ג נראה שכשנוקט נוקט לשון 'אם', פירוש הדבר הוא שעיקר רצונו הוא התנאי, וכשנוקט לשון 'על מנת' עיקר כוונתו המקח (ועל מנת' קונה מעכשיו), וכפי שיבואר לקמן.

ועל פי דברי הסמ"ע יל"ע מה היא המציאות בתנאי בני גד ובני ראובן, שהרי בתורה נאמר לגביהם לשון 'אם' ולשון אם אינה מועילה. אמנם, במציאות בני גד ובני ראובן כבר החזיקו בעבר הירדן.

⁴⁴² וכך כתב במפורש בפרישה ס"ק י"ג: "על מנת שילך. ורצה לומר קנהו מיד בחזקה או בקנין סודר או באחד משאר קניינים, והקנאה זו אני מקנה לך על מנת שגם אתה תעשה לי זה..."

⁴⁴³ עיין סוף הערה 440.

⁴⁴⁴ הרב מנהיים בקובץ דרכי הוראה חלק ב' עמ' קפח כתב, שלשיטת הסמ"ע אכן הקנין יחול לאחר זמן. וצ"ע שמה הסמ"ע אמר את טעם החילוק בין 'אם' לבין 'מעכשיו/על מנת' אבל אחר שנקבע הדין, אף שנדע שכוונתו לקנין, לא יחול הקנין.

שיטת הסמ"ע איננה כשיטת הגר"א.

י. ט"ז על שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ב':

נראה לי, פירוש דברי הרמב"ם... כל שהקדים הקנין לעשיית התנאי, דהיינו שקנה מידו שיקנה תיכף רק שהותנה תנאי על הקנין, משמע שמחזיקו מיד ע"פ הקנין רק שמבקש ממנו איזה דבר, וכיון שהוא בידו אין זה אסמכתא.

אבל אם לא קנה מידו עתה. פירוש, שלא חל הקנין בסתם שהוא מעתה, אלא אמר התנאי תחילה, דהיינו אם תעשה דבר פלוני אז תקנה, דכונתו העיקרית על עשיית דבר פלוני, ונמצא שלא הקנה לו רק דרך אסמכתא, כי התנאי עיקר.

במקרה השני, המוכר התנה עם הקונה בלשון 'אם', ולא מקנה את לו את המקח עתה, ולכן גם אם נעשה מעשה קנין מעיקרא, אין לו משמעות, כיון ש'הקנה לו דרך אסמכתא' ועיקר כוונתו התנאי ולא המקח.

ונראה, שלמרות שהט"ז כתב: "אמר התנאי תחילה" אין לדייק מדבריו שניסוח הדברים הוא הקובע (תנאי תחילה או קנין תחילה), והעיקר הוא האם רוצה להקנות לו עתה או לא. והדבר תלוי האם נקט לשון 'אם' (שמשמעותה קנין אחר זמן) או לשון 'על מנת' או 'מעכשו' שמחילים את הקנין מיד כמו במקרה הראשון שהמקח נקנה מיד לקונה, לכן אין בו חסרון של אסמכתא.

יא. נמצא, שלשיטות הגר"א והסמ"ע והט"ז, הכלל הוא שקנין שאינו חל עתה אינו קונה, ואילו קנין שחל עתה קונה, וכשיטת רב האי גאון (לעיל אות א'), ועיין בדברינו לקמן בעמ' רלח⁴⁴⁵. ועיין לעיל בלשון השו"ע בעמ' קסה ובדברינו שם.

⁴⁴⁵ ע"ש בהערה 552.

קנין בבית דין חשוב / שיטות הרמב"ם ורב האי

יב. רמב"ם פרק י"א מהלכות מכירה הלכה י"ג:

אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב הרי זה קנה והוא שיתפיס זכויותיו בבית דין, והוא שלא יהיה אנוס⁴⁴⁶.

יש לעיין לשם מה נזקק הרמב"ם להתפסה בבית דין חשוב, והרי על פי כל אחת מהשיטות לעיל, קיימת דרך להקנות אף ללא התפסת זכויות (לרמב"ן בביאור שיטת הרמב"ם [אות ד'] אם יעשה מעשה קנין עתה שיחול אחר קיום הקנין יועיל, לכס"מ [אות ו'] אם יעשה מעשה קנין שיחול אחר זמן אבל הקונה יחזיק, הקנין חל. לגר"א וסיעתו [אות ז'] יכול להקנות לו מעכשיו).

נראה, שפעמים המוכר אינו רוצה שלקונה יהיה שום מגע עם הקרקע או המטלטלין שהוא עומד למכור לו אחר קיום התנאי. כיון שאם הוא יתיר לקונה לעשות מעשה קנין (על פי כל אחת מהשיטות הנ"ל), יתכן שהתנאי ישכח ויהיו עדים על עצם הקנין (ולא על התנאי) והוא יאבד את נכסיו, ולפיכך קבעו חכמים שקנין והתפסה בבית דין חשוב תועיל.

אולם, לשיטת הרמב"ן בביאור שיטת הרמב"ם [אות ד'] לכאורה די בהקנאה בבית דין חשוב, אף ללא התפסת הזכויות בבית הדין, שהרי אף ללא בית דין ניתן להקנות.

ונראה, שהחידוש בהקנאה בבית דין חשוב הוא, שלא מדובר בקנין של המקח עצמו (כפי שביאר הרמב"ן לעיל), אלא בקנין בו המוכר מתחייב למכור אחר קיום התנאי (כלומר, יאפשר לקונה לעשות מעשה קנין במקח אחר קיום התנאי)⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ וכשיטתו פסק השו"ע בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"ח.

⁴⁴⁷ עיין כס"מ פרק י"א ממכירה הלכה ב' שכתב במפורש: "אלא היכא דאמר 'אתן' הוא דאסיק דבעי קניין בבית דין חשוב". עיי"ש בנימוקו. אמנם, לשיטת הכס"מ עצמו, גם אם לא אמר 'אתן' אלא עשו מעשה קנין שיחול אחר קיום התנאי, אם הקונה לא החזיק במקח, הקנין לא חל (לעיל

יג. רב האי גאון בספר המקח שער י"ז כתב שלשית ר' יהודה שאסמכתא לא קניא (והלכה כמותו), הקנאה בבית דין חשוב אינה מועילה:

ומה שאתה מוצא בגמ', והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב. תדע, דלדעת ר' יוסי היא⁴⁴⁸, ואין לחוש לה ואין סומכין עליה.

נמצא, שאף לשיטת הגר"א (אות א', ז'), שסובר שדברי הרמב"ם בעיקר דין אסמכתא לקוחים משיטת רב האי גאון (וקנין שאינו חל עתה יש בו חסרון של אסמכתא), עליו להודות שבהקנאה בבית דין חשובים נחלקו שיטותיהם.

יתכן, להציע (ועיין בדברינו באות ג'), שאף שהרמב"ם (אליבא דהגר"א) ורב האי מסכימים בעיקר הדין, הם חלוקים בטעם הדין. רב האי תולה את דין אסמכתא בעיקר דיני הקנינים (עיין בדבריו בעמ' קע) שאינם חלים אחר זמן. ולשיטתו, קנין בבית דין חשוב אינו מועיל, כיון שבדיני קנינים בית דין אינו מהווה גורם לקיום קנין. לעומתו, הרמב"ם תולה את חסרון האסמכתא, בחוסר גמירות דעת (אות ב'), ואם הצדדים באו לבית דין, הוכיחו שיש להם גמירות דעת, והמקח יחול אחר זמן (ועיין אות יד).

אם אוכיר ולא אעביר / שיטות רב האי והרמב"ם

יד. רמב"ם פרק ח' מהלכות שכירות הלכה י"ג:

אות ה'-ר') ורק בבית דין חשוב ניתן לבצע קנין זה.
⁴⁴⁸ ר' יוסי סובר שאסמכתא קונה.

המקבל שדה מחבירו ואחר שזכה בה הובירה. שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו, שכך כותב לבעל הקרקע אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא⁴⁴⁹, והוא הדין אם הוביר מקצתה.

ומפני מה נתחייב לשלם, מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא, ולפיכך גמר ושיעבד עצמו.

אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרין⁴⁵⁰ הרי זה אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד.

הרשב"א, (הובאו דבריו לעיל בעמ' עה) כתב בשם רב האי גאון, שאף הדין של 'אשלם במיטבא', יש בו חסרון של אסמכתא, אלא שמסיבה מיוחדת הדין הוא שאסמכתא קונה במקרה זה⁴⁵¹, עי"ש. ונמצא שאף בדין זה נחלקו הרמב"ם ורב האי גאון. לרמב"ם, מעיקר הדין אין כאן חסרון של אסמכתא ולרב האי מדובר במקרה חריג.

ויתכן, שיסוד המחלוקת (ב"אשלם במיטבא") הוא כדברינו לעיל (אות יג). רב האי דן מדיני הקנינים, ומדיני הקנינים חיובו של האריס אינו חל. לעומתו הרמב"ם דן על גמירות הדעת, ומסתבר שאריס שמודע להפסד שהוא יכול לגרום לבעל הבית, הוא גומר ומקנה לשלם לו במיטב.

⁴⁴⁹ עיין עמ' עג.

⁴⁵⁰ לשיטתו נראה, שמאה דינרים יש בהם חסרון של אסמכתא אפילו אם סכום זה אינו מוגזם, אלא עצם הקיצבה יש בה משום אסמכתא, וצ"ע. וכ"ש אם הגזים. עוד יש לעיין על פי שיטת הרמב"ם, האם קנין של האריס יועיל כדי לחייבו או שמדובר ללא מעשה קנין.

⁴⁵¹ וכן כתב המ"מ כאן שכתב: "וכ"כ רבנו יצחק אלברג'לוני ז"ל תשובה לרבינו האי גאון ז"ל, דהא מתניתא כתנאי בית דין דמיא אע"פ שלא כתב כמי שכתב דמי". אמנם דבריו לכאורה צריכים ביאור, שהרי הרמב"ם סובר שאין בדבר משום אסמכתא מעיקר הדין, ואילו רב האי מדבר שזה הוא תנאי בית דין מיוחד (ועוד, שאפילו אם כתב, לולי תנאי בית דין לא יועיל, שהרי שטר אינו מועיל למנוע חסרון אסמכתא, כמבואר ברמב"ם בפרק י"א ממכירה הלכה ו': "וכל תנאין שמתנין בני אדם ביניהם אע"פ שהן בעדים ובשטר אם יהיה... לא קנה").

משחק בקוביא – ונעשה מעשה קנין

טו. לעיל בעמ' פ ואילך הורחב הדיון בדין משחק בקוביא. הרמב"ם בפרק ו' מהלכות גזילה ואבדה הלכה י'⁴⁵² פסק:

המשחקין בקוביא כיצד, אלו שמשחקין בעצים או בצרורות או בעצמות וכיוצא בהן ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חבריו באותו השחוק יקח ממנו כך וכך הרי זה גזל מדבריהם אע"פ שברצון הבעלים לקח הואיל ולקח ממון חבריו בחנם דרך שחוק והתל הרי זה גזל. וכן המשחקין בבהמה או בחיה או בעופות ועושים תנאי שכל שתנצח בהמתו או תרוץ יותר יקח מחבריו כך וכך וכל כיוצא בדברים אלו הכל אסור וגזל מדבריהם⁴⁵³.

הרמב"ם פסק שהמשחקים בקוביא עוברים על 'גזל מדבריהם'. משמע שהחסרון של אסמכתא הוא מדרבנן, והסמ"ע לעיל עמ' פב כתב שאפילו אם היתה הקנאה של המעות, הרמב"ם סובר שיש לפוסלו מדרבנן.

על פי האמור לעיל יש לבאר, שאם לא הקנה החסרון של אסמכתא ברור, שכיון שלא היה קנין כלל רק אמר שאם תוצאת המשחק תהיה כך וכך הוא ישלם, אין עליו חובה לשלם ואם חבריו לקח מידו ללא הסכמתו הרי הוא גזלן גמור, וניתן להוציא ממנו את המעות בדיינים. אבל אם הקנה את המעות מעיקרא, אין בדבר משום גזל של תורה שהרי הקנה, אלא שחכמים הם שאסרו ולכן מדובר בגזל מדבריהם⁴⁵⁴.

⁴⁵² ובעקבותיו השו"ע - לעיל עמ' פח.

⁴⁵³ ובהלכות עדות פרק י' הלכה ד' פסק הרמב"ם שמשחק בקוביא אינו נפסל לעדות אם אין אומנתו בכך, ואם אומנתו בכך הוא נפסל לפי שאינו עוסק בישובו של עולם עי"ש. וכתב עליו הסמ"ע (לעיל עמ' סח), שהעובדה שהוא נוהג שלא כדין אין בה כדי לפוסלו לעדות אא"כ אין אומנתו אלא בכך.

⁴⁵⁴ ולדברינו נראה שהרמב"ם יאסור אף אם המעות הונחו על הדף – עיין רמ"א בעמ' צב. ומקרה מחודש של אסמכתא נאמר ברמב"ם בפרק כ"ה מהלכות מכירה הלכה ז': "ראובן שמכר לשמעון שדה ובה לוי וקיבל אחריותה (=לוי התחייב לשמעון שאם השדה תיטרף על ידי בעל חוב של המוכר, הוא ישלם לשמעון ויתכן שבכלל זה גם אם יתברר שהמוכר מכר שדה שאינה

סיכום

טז. העולה מהאמור לעיל, בביאור שיטת הרמב"ם בדין אסמכתא⁴⁵⁵:

- תנאי שאין עימו מעשה קנין אינו קונה, ותנאי שנוסף לו מעשה קנין שחל מעתה קונה ואין בו חסרון של אסמכתא (אות ב').
- עשו קנין וקבעו שחלות הקנין תהיה אחר קיום התנאי, על פי הסברו של הרמב"ם בשיטת הרמב"ם המקח קיים (אות ד'), אולם לשיטת הכס"מ (אות ה') והגר"א (אות ז') הקנין אינו חל.
- לשיטת הכס"מ, קנין שיחול אחר קיום התנאי, אינו חל. אבל אם מיד אחר מעשה הקנין, הקונה במקח מחזיק, הקנין יחול אחר קיום התנאי (אות ה'-ו').
- על פי הגר"א וסיעתו, רק מקח שנקנה עתה חל וניתן להתנות שאם לא יקרים התנאי יתבטל המקח, אבל אם המקח אינו חל עתה, הקנין אינו חל (אות ז').
- הגר"א סובר ששיטת הרמב"ם כשיטת שיטת רב האי ולשיטתו חסרון אסמכתא הינו בהלכות קנינים (אות א'), אבל הרמב"ם ביאר שהחסרון האסמכתא הינו בגמירות דעת (אות ג').
- לרמב"ם, קנין בב"ד חשוב מפקיע את חסרון האסמכתא (אות יב) וכן אריס האומר אם אוביר ולא עביד אשלם במיטבא אין בו חסרון של אסמכתא (אות יד). ואילו רב האי סובר שקנין בב"ד חשוב אינו מפקיע אסמכתא, ודין האריס הינו דין מיוחד, ובזאת (לכו"ע) הרמב"ם חולק על רב האי.

שלו), לא נשתעבד לוי, שזו אסמכתא היא. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה בכל עת שיתבענו שמעון, הרי זה חייב, וכזה הורו רבותי". כלומר ערבות על התשלום חלה, ואילו ערבות על טריפת השדה אינה חלה. ויש לעיין מה טעם החילוק, ולכאורה הטעם של "ההיא הנאה" יכול להועיל בשני המקרים. הראב"ד במקום כתב על דברי הרמב"ם שהם שיבוש, שכל ערבות בשעת מתן מעות אין בה חסרון של אסמכתא. ובביאור דברי הרמב"ם כתב הכס"מ שם, שערב בהלוואה גומר בדעתו לשלם, ואילו ערב על גוף השדה, לא מעלה בדעתו שהשדה תיגבה מאת הקונה, ולכן אינו גומר בדעתו לקנות. ועיין גם במ"מ שם (ונראה שכוונתו היא, שערב רגיל משעבד עצמו על סך ידוע של הלוואה, ואילו בערבות על הקרקע, אם תיטרף, יתחייב הערב לשלם כערך הקרקע בשעה בה נלקחה מהלוקח, ונמצא שאין הערב משעבד סכום ידוע מעיקרא, ועי"ש וצ"ע). ועיין בביאור הגר"א חו"מ סימן קל"א ס"ק י"ט (הו"ד במהד' פרנקל). ואילו הטור כתב, שבערבות רגילה המלוה סומך על הערב, והערב משתעבד. ואילו במכירה פעמים אדם קונה אף ללא אחריות. כלומר, שלא הערב גרם לו לקנות את הקרקע, וא"כ אין לערב הנאה, ולכן לא השתעבד, וצ"ע. ועיין בדיני ערבות ואסמכתא לעיל בעמ' צט ואילך.

⁴⁵⁵ בפנים לא דנו בשיטת הב"ח שסובר שאף הרמב"ם מודה לחלוקה בין גזים ללא גזים – עיין ב"ח חו"מ סימן ר"ז אות יח. ועיין גם ברמב"ם פרק ט' מהלכות גירושין.



- משחק בקוביא שלא הקנה את המעות קודם המשחק, אינו חייב לשלם, ואם הקנה את המעות קיים איסור גזל מדבריהם (אות טו).

שיטת הרמב"ן באסמכתא

הקדמה

א. לשיטות רב האי גאון (עמ' קע ואילך) והרמב"ם (עמ' קעט ואילך), קיום התנאי אינו מחייב את קיום המקח אם לא נעשה מעשה קנין. אבל אם נעשה מעשה קנין שחל מיד, ניתן להטיל תנאי (ואם נעשה קנין והותנה שהקנין לא יחול מיד אלא אחר זמן, לשיטת רב האי לא יועיל ונחלקו המפרשים בכיזור שיטת הרמב"ם במקרה זה וכן"ל).

לעומתם הרמב"ן סובר שלא מעשה הקנין הוא העומד בבסיס החילוק בין 'אסמכתא' שאינה חלה לבין שאר דיני תנאים שחלים, אלא גם אחר מעשה הקנין, יש תנאים נוספים שיכולים למנוע את חלותו של הקנין - וכדלקמן.

אם לא אעשה / אם אעשה / אם לא תעשה / אם תעשה / גזים ולא גזים

ב. בדיון בין שני צדדים על קיום מקח (זכיה בממון בעקבות משחק בקוביא וכדו'). יתכן שאחד מהצדדים או שניהם יטילו תנאי. קיום התנאי יכול להיות תלוי בעשיה או אי עשיה של המוכר או בעשיה או אי עשיה של הקונה או שהתנאי אינו תלוי באחד הצדדים אלא בגורם חיצוני. ובתוכן של התנאי יש לדון האם יש בו 'גוזמא' והתחייבות מעבר להגיון (שהדבר מוכיח שלא גמר בדעתו להקנות), לבין תנאי שאין בו גוזמא. וכן יש לעיין מי הוא הרוצה בקיום או אי קיום התנאי. ועל פי חילוקים אלו מבאר הרמב"ן בב"ב דף קס"ח.⁴⁵⁶ את סוגי התנאים השונים, באלו מהם קיים חסרון של 'אסמכתא' ובלו מהם אין חסרון של אסמכתא⁴⁵⁷:

⁴⁵⁶ עיקר הדברים בחידושי הרמב"ן לב"ב קסח. (ועי'ש בחידושי הר"ן שנקט כשיטתו) ובחידושי (על הרי"ף) לנדרים כז: ועיין גם בחידושי לקידושין דף נ, ב"מ עג: וסו. ועיין חידושי הר"ן ב"ה קסח. שנראה ששיטתו כרמב"ן ובנמוק"י שם. ועיין גם בחידושי תלמיד הרמב"ן סנהדרין דף כה. (נדפס בסנהדרין גדולה, כךך ה') והו"ד גם בב"י סימן ר"ז במספר מקומות.

⁴⁵⁷ וכתב שם הרמב"ן, שדין אסמכתא נאמר בדיני ממונות אבל לא בגיטין וקידושין (ולגבי נזירות, רק לשיטת ר' יהודה שאין נזירות אלא להפלאה יש חסרון של אסמכתא). והטעם כיון

(א) "אם תעשה כך וכך או לא תעשה... שדי נתונה לך – זו אינה קרויה אסמכתא"⁴⁵⁸.

(ב) "וכל דאמרינן באסמכתא הני מילי במתנה על עצמו" (עיין אות ב').

(ג) אף במתנה על עצמו החסרון של אסמכתא קיים במקרה בו התנאי היה באופן של "כל דאי גזים לא קני" אפילו היה בידו לקיים, ואי לא גזים קני, אם היה בידו מתחילה לקיים תנאו"⁴⁵⁹.

(ד) "ויש להסתפק בתנאי שהוא בלא אעשה – ועשה, אם יש בו משום אסמכתא, לפי שכל אסמכתא שבתלמוד ישנן בביטול מעשה כגון 'אם לא נתתי, אם לא באתי וסבור לעשות ולא עשה, אבל מי שהתנה אם עשיתי כך וכך שדי נתונה לך ועשה, יש לי לומר הואיל ואם רצה היה מקיים תנאו ולא חשש ועשה

שהוא מתנה מדעתו ולא מחמת דחק וכו' (עיין גם בחידושי לנדרים דף כז:). ובשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן כ"ד השיג על הרמב"ן: "אבל כשהגיע אצל גיטין וקידושין, הוצרך לומר דאין בהן דין אסמכתא, בלא באתי מכאן ועד י"ב חדש, וכן תנאים רבים בכיוצא בהן בגיטין וקידושין. ואם כדברי רבינו ז"ל, תהיה זו מכלל אותם שאמרו הלכתא בלא טעמא. ואדרבה, מן הסתם, כל שמתנה בעניינה יותר חמור לו, ושיש לו בה הקפדה גדולה, תהא כאסמכתא יותר גדולה. ויש לה השתא יותר ביטול, מאם לא פרעתי מכאן עד שלשים יום, שאין בו אסמכתא לבטל התנאי. ובאם לא באתי יהא גט, ויתקיים התנאי לגרש אשת נעורים, אתמהא". ועיין לקמן עמ' קפח בשיטת הרשב"א שאין דין אסמכתא בגיטין ובקידושין ובטעמו שם. ודייקנו מדבריו שדברי הרשב"א הינם רק בגיטין אבל לא בקידושין שתלויים בהסכמת האשה. ואולי זו גם כוונת הרמב"ן, שבדבר התלוי רק בו אין חסרון של אסמכתא, וצ"ע.

⁴⁵⁸ יתכן שיסוד שיטתו של הרמב"ן הוא בדין משחק בקוביא (סנהדרין כד:), שאין בו משום אסמכתא אם אינו תלוי בידו כלל, ואף כאן אינו תלוי בידו אלא ביד הצד שכנגדו. ואכן אחר שהרמב"ן כותב את יסוד שיטתו הוא מבאר את דין משחק בקוביא, עיי"ש. ועיין הערה 200.

⁴⁵⁹ ובביאור שיטתו כתב הרשב"א בשו"ת חלק ב' סימן כ"ב: "והרמב"ן... כל שהוא תלוי בידו, הוא שיש בידו אסמכתא, מפני שאינו בדעתו להקנות שדעתו סומכת שיתקיים תנאו כאן. אבל במתנה בדבר התלוי בשם אחרים גומר בדעתו להקנות לפי שאין דעתו סומכת על מה שתלוי ביד אחרים. ומ"מ כשהדבר תלוי בידו לגמרי ואינו נמנע אלא בפשיעתו כגון (ב"מ קד:) 'אם אוביר ולא אעביר', אין כאן אסמכתא שהרי כיון שהיה בידו לגמרי ולא חשש גמר בדעתו להקנות...". ועיין חידושי הרמב"ן ב"מ דף קד. שצ"ן לשיטת הגאונים, שאם אוביר ג"כ אסמכתא רק שנהגו וחקנו שיועיל. אמנם הרמב"ן על פי שיטתו אינו נזקק לשיטת הגאונים בתנאי התלוי בו עצמו שלא גזים בו, ועיין הערה 172. וברשב"א שם סיים "גם הוא נראה שצריך לסבול מן הדחקים". אמנם בחידושי הר"ן לב"ב דף קסח. כתב: "דאפילו היכא דלא גזים ובידו הוי אסמכתא, ותנאה דאם אוביר ולא אעביר דמהני, מתקנתא ולא מדינא...". כלומר, אם תלוי בו לעולם הוי אסמכתא אפילו אם לא גזים.

נמצא שהר"ן חולק על שיטת הרשב"א בביאור דברי הרמב"ן. ועיי"ש בר"ן שנראה ששיטתו כרמב"ן בכל דיני אסמכתא ויל"ע האם הר"ן סובר שהרמב"ן מודה לו בענין זה או שבכך חולק על הרמב"ן, ולכאורה מדברי הרמב"ן בב"ב קסח, לכאורה מוכח שחולק, שהרי חילק בין 'גזים' ללא 'גזים' במקרה שהדבר תלוי בו. ושמו, יש דרגות ביניים, וצ"ע. ועיין הערה 475.

מעשה גמר ומקני⁴⁶⁰, אלא שלא מצאתי לראשונים שחילקו בדבר...".

העולה מדברי הרמב"ן, תנאי שאדם התנה על עצמו יש בו חסרון של אסמכתא אם יש בו 'גוזמא' (אות ב'-ג'). אבל אם אין בו גוזמא אין בו חסרון של אסמכתא (מדויק מדבריו באות ג'). אמנם בחידושי הר"ן בב"ב דף קסח. כתב שכל תנאי שמתנה על עצמו ובידו לקיימו אפילו לא גזים יש בו חסרון של אסמכתא. אולם בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן כ"ב כתב, ששיטת הרמב"ן היא שדבר שהוא בידו ורק פשיעתו תמנע ממנו מלקיים, אין בכך חסרון של אסמכתא⁴⁶¹.

אבל תנאי שמטיל האדם על חבריו או על פי מעשיו של גורם חיצוני אין בו חסרון של אסמכתא, כיון שהוא יודע שאין לו שליטה אם התנאי יקויים או לא ולפיכך גומר בדעתו להקנות בכפוף למעשיו של הקונה, אפילו אם התוצאה היא שיפסיד ב'גוזמא' (אות א'⁴⁶²). ולקמן אות ו'-ז' יבואר, שלא רק שאין למטיל התנאי שליטה על ה'גורם החיצוני' אלא גם אין לו ידיעה או הבנה כיצד ינהג הצד השני, ואם עשו קנין, התנאי חל ואין חסרון של אסמכתא.

אבל, בתנאי שאדם מטיל על עצמו, ויש גוזמא בתוצאה (כגון: "אם לא נתתי לך

⁴⁶⁰ הב"י בסימן ר"ז כתב בשם תלמידי הרשב"א: "וכתבו תלמידי הרשב"א בסוף פרק איזהו נשך ונראה לי כדברי הראשונים משום שעל שעה שמתנה בה אנו דנין וההיא שעתא איכא למימר דלא היה סבור לעשות אותו מעשה ומשום הכי אמר ליה דאם יעשה כך וכך שיוכה בשדהו ולא גמר ומקני וכיון שכן אף על פי שעשאו אחר כך אני אומר נמלך או משום דאסמכתא היא ולא קניא הוא שעשה כן". כלומר, גמר דעתו צריכה להיות בשעת התנאי ולא לאחר מכן.

⁴⁶¹ עיין בפירוש בהערה 459.

⁴⁶² ואפילו אם יש 'גוזמא' בדבר, שהרי רק במקרה בו הטיל תנאי על עצמו מחלק הרמב"ן בין גזים ולא גזים. ועיין ב"י סימן ר"ז (דף נג. מדפיז – מהד' מכון ירושלים), שכתב את דברי הר"ן בב"ב. דף קסח. (ששיטתו כשיטת הרמב"ן), וסיים "ונמצא לפי זה דארבעה חילוקים בדבר. האחד, דבר שאין בידו כלל, כגון משחק בקוביא אע"ג דגזים בתנאי שחוק שלו, מכל מקום כיון שהוא יודע שאין בידו להרויח וידוע שאחד מהם ירויח, ודאי לא נתכוין להסמיך את חבריו בדבר שאינו, אלא גמר ומקני". אמנם, התוספת "וידוע שאחד מהם ירויח" אינה מפורשת ברמב"ן. הרמב"ן עצמו מזכיר את דין משחק בקוביא וכתב: שאין חסרון של אסמכתא: "ורב ששת אמר כל כה"ג לאו אסמכתא. פי' לפי שאין הדבר תלוי בדעת עצמו אלא בדעת חברו ובמעשה חברו...". וכן כתב הד"מ הארוך חו"מ סימן ר"ז (על דברי הטור "כשהמוכר מקנה ללוקח...): "דמי למשחק בקוביא שאין בידו כלל ואפילו אי גזים לא שייך ביה אסמכתא... וכ"כ הרמב"ן בהדיא דכל דבר שמתנה עם חבריו או תעשה כך וכך ותולה בדעת חבריו, הואיל ואינו בידו לא שייך ביה אסמכתא..."

מכאן ועד שלשים יום החזר לו את שטרו"⁴⁶³), אין לאדם גמירות דעת להתחייב. ולכן אם הוא לא יתן את מה שהתחייב לתת וכדו' אין עליו חיוב לקיים את דבריו⁴⁶⁴.

ובתנאי שתלוי בו ובאחרים ("בידו ולא בידו" – כלשון חידושי הר"ן בב"ב דף קסח.), כגון פרוותא דזולשפט – עיין לקמן באות ח' ואילך⁴⁶⁵.

ובתנאי של אי עשיה, הרמב"ן מסתפק ונוטה לומר שאין בו חסרון אסמכתא, שאילו לא היה בדעתו לקיים את המקח, לא היה מתקיים את התנאי.

מִי הוּא מְטִיל הַתְּנָאִי / לְטוֹבַת מִי הַתְּנָאִי

ג. חילוקו של הרמב"ן בין תנאי שאדם מטיל על עצמו לבין תנאי שאדם מטיל על חברו, יש לעיין בו. והרי לכל עיסקא יש שני צדדים. כגון, המוכר והקונה, אם מדובר בתנאי שמוטל על המוכר לקיימו, מבחינתו תנאי זה הוא אסמכתא אבל מצידו של הקונה שיודע שהדבר אינו תלוי בו, אין חסרון של אסמכתא. וכן ההיפך אם מדובר בתנאי שעל הקונה לקיימו, מצידו של הקונה הרי זו אסמכתא משא"כ מצידו של המוכר. ורק במקרה בו התנאי אינו תלוי בעשיה של אחד מהם אלא בגורם שלישי (כגון שהתנו את המכירה בירידת גשם או אי ירידת גשם), לא יהיה חסרון של אסמכתא, אולם מדברי הרמב"ן מוכח שדי שהמוכר יתנה תנאי שתלוי בצד שכנגדו כדי שמקח יחול, וצ"ע.

אם נאמר, שדברי הרמב"ן הינם במקרה בו ראובן רוצה לקיים את העיסקא ללא תנאים ושמעון רוצה להטיל תנאים בעיסקא ובמקרה זה מחלק הרמב"ן בין תנאי שמתנה על עצמו (אסמכתא) לבין תנאי שתלוי במעשיהם של אחרים (שאין בו חסרון של אסמכתא), נוכל לבאר שחסרון האסמכתא הינו רק ביחס לשמעון ואם

⁴⁶³ עיין עמ' יד.

⁴⁶⁴ עיין עמ' כב בדין מתנה שומר חינוס להיות כשואל, ועי"ש בהערה.

⁴⁶⁵ ושם יש להתחשב גם "במנהג העולם", עי"ש.

תלוי בו יש חסרון אסמכתא. ואם תלוי בראובן אין חסרון של אסמכתא, ואף שמצידו של ראובן הדבר תלוי בו, כיון שהוא מעוניין בקיום העיסקא בכל מקרה, אין חסרון של אסמכתא בכך שקיום העיסקא תלוי במעשיו.

ונראה שבדרך זו נקט בספר בית יחזקאל (הגאון הרב יחזקאל סרנא זצ"ל) ב"מ סימן כ"ד אות ג' עמ' קמ"א, שהתקשה בביאור המשנה בב"מ דף סה:

הלוהו על שדהו, ואמר לו, אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים, הרי היא שלי.⁴⁶⁶

ובגמ' מבואר שבמקרה זה יש חסרון של אסמכתא (עיי"ש, ולעיל עמ' נ ואילך), והרמב"ן, בנדרים דף כז: מציין למקרה זה כדוגמא לאסמכתא, שמוכיחה את שיטתו הכללית (הנ"ל):

דלא אמור רבנן אסמכתא אלא במילתא דתלי ליה ההוא דמתני בגופיה ובדעתיה כגון... הלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, דכיון דמקנה הוא דאתני אנפשיה.

ובבית יחזקאל הנ"ל הקשה, שבמקרה זה המקנה הוא הלוה (אם לא יפרע, שדהו מוקנת למלוה) והקונה הוא המלוה. ועל פי לשון המשנה מי שהטיל את התנאי הוא הקונה/המלוה ("... אם אי אתה נותן" – ו'אתה' הינו הלוה). וכיצד נוקט הרמב"ן "דמקנה הוא דאתני" והרי אליבא דאמת הקונה הוא זה שהטיל את התנאי. ובישוב הקושי כתב הבית יחזקאל:

⁴⁶⁶ עיין לעיל עמ' נ'.

אף כי שם המתנה הוא המלוה והוא הקונה, אבל התנאי, הוא לטובת המקנה. כי מצד הקונה והוא המלוה שלא איכפת ליה שיקנה מיד הקרקע בעד מעותיו, והתנאי הוא רק לטובת הלוה שאינו רוצה למכור את קרקעו מיד והוא רוצה רק למשכנה, ולפיכך חשיב זה הרמב"ן ז"ל כתנאי של המקנה והוא הלוה, אף שהמלוה פירש את התנאי מ"מ ה"ז כמו שמפרש זה בשליחות הלוה, ושתיקת הלוה כהודאה היא, שהוא רוצה להתנות תנאי זה.

לשיטתו, האסמכתא אינה תלויה במי שמזכיר את לשון התנאי כי אם בתוכן של הדברים⁴⁶⁷. אם קיום הדבר מוטל על הצד שמעוניין בקיום העיסקא ללא תנאי, אין חסרון של אסמכתא, ואם מוטל על הצד שמעוניין בהטלת התנאי קיים חסרון של אסמכתא אם הוא זה שאמור לקיים את התנאי, ובתנאי שמבחינתו מדובר ב'גוזמא' (אות ב' ס"ק ג') וכן שעבורו התנאי הוא באי עשיה ולא בעשיה (אות ב' ס"ק ד')⁴⁶⁸ (ועיין אות ט'-י').

ונמצא, אם מדובר בתנאי שאין בו גוזמא לאף אחד מהצדדים, אין בכך חסרון של אסמכתא. ואם יש גוזמא, חוסר גמירות דעת הינה רק במקרה בו הגוזמא היא לרעתו של הצד המעוניין בהטלת התנאי, אבל אם הגוזמא היא לצד שמעוניין לקיים את העיסקא בכל מקרה, אין בדבר חסרון של אסמכתא, וקצ"ע.

שעת הקנין

ד. כנ"ל (אות א') רב האי והרמב"ם חילקו בין מקרה בו היה מעשה קנין לבין מקרה בו לא היה מעשה קנין. הרמב"ן בהמשך דבריו בב"ב קסח. כתב:

⁴⁶⁷ עיין שו"ת בנימין זאב סימן צ"ח, שנראה מדבריו שחולק, שכתב שתנאי בני גר ובני ראובן הועיל, כיון שמשעה שהוא המקנה התנה, אבל אם הם (הקונים) היו מתנים, לא היה מועיל והיה בדבר חסרון של אסמכתא.
⁴⁶⁸ ולמרות שברוב המקרים בהם נאמר בגמ' חסרון של אסמכתא הוא בלשוננו של המקנה, היינו משום שכך הוא בדרך כלל, אבל העקרון הוא כמבואר בפנים.

ועוד דאמור רבנן כל היכא דאמור מעכשיו או על מנת לא בעינן תנאי כפול ולא אחד מדיני התנאין דהכי פירשו רבינו הגדול ז"ל ורבינו הגאון ז"ל בפרק מי שאתחזר.
אלמא אע"ג דלא אמר מעכשיו כל כי האי גונא לאו אסמכתא היא, וטעמא ברירא היא דמימר אמר איהו מקיים ואזיל תנאיה דאיהו קים ליה בנפשיה טפי מינאי הילכך גמר ומקני.

אם הדבר תלוי במעשה של הצד שכנגדו⁴⁶⁹ אין חסרון של אסמכתא, וכנ"ל. ובמקרה זה אין צורך בקנין 'מעכשיו' אלא גם לשון 'אם' שפירושה שהקנין יחול אחר קיום התנאי, מועילה. אמנם, מסתבר שמעשה הקנין נעשה מיד (בשעת התנאת התנאי) שאם לא עשו מעשה קנין, קיום התנאי/אי קיום התנאי לא יהווה תחליף למעשה קנין.

ונראה, שבמקרה בו אדם מתנה על עצמו, ואין חסרון של אסמכתא, כיון שלא גזים (או שמדובר בתנאי שלא אעשה ועשה - עיין אות ב'), ג"כ יחול התנאי בלשון 'אם' במקרה בו עשו את מעשה הקנין מעיקרא.

בטועה בדעת עצמו / דין ערבות על פי שיטת הרמב"ן

ה. דין ערב מהווה לכאורה סתירה לשיטת הרמב"ן. שהרי מדברי הגמ' בב"ב דף קע"ג: עולה שלולי "ההוא הנאה", ערב אינו משתעבד, כיון ששעבודו הינו אסמכתא. וקשה, שהרי קיום התנאי איננו תלוי בערב כי אם בלוה, שאם הוא לא ישלם, החוב יהיה מוטל על הערב, ועל פי שיטת הרמב"ן, מי שתולה את התנאי באחר, אין בכך חסרון של אסמכתא וכנ"ל אות ב', וא"כ מדוע בערבות חוששת הגמ' לדין אסמכתא ?

ו. חידושי הרמב"ן ב"ב דף קסח. :

⁴⁶⁹ ולדברינו באות ג', כל שאינו תלוי בצד שרוצה את קיום האסמכתא.

ואי קשיא לך, אי הכי היכי אמרינן לקמן (קע"ג ב') לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא, ערב לא משתעבד אלא משום ההיא הנאה דמהימן ליה ?

י"ל שאני התם משום דעביד איניש דפרע חוביה ואנן סהדי דאהכי סמך מעיקרא וכטועה בדעת עצמו דמי.

ועוד דמימר אמר אנא כפינא ליה ופרענא לך מדידיה ואי לא פרענא לך מדידי, ואי לאו דאמר קים לי בנפשאי לא הוה מתני הכי...⁴⁷⁰

הערב סבר שהוא יודע כיצד יתנהג הלוה, והיינו שהוא היה סבור שהלוה יפרע את חובו, ולכן אף המקרה של ערב נכלל בגדרי 'אסמכתא'.

סברתו של הרמב"ן היא, שכדי למנוע חוסר גמירות דעת של אסמכתא, לא די שהתנאי יקיים על ידי הצד שכנגד (לעיל אות ב'), אלא יש צורך שמי שהטיל את התנאי אין לו לא שליטה ולא ידיעה/הבנה, האם התנאי יתקיים או לא. אבל במקרה בו הוא זה שיכול לקבוע אם הדבר יתקיים או לא, או שהוא סובר שהוא יודע האם הצד שכנגד יקיים או לא יקיים את התנאי (והוא סובר שלא יקיים) זו עדיין אסמכתא. והחסרון של אסמכתא מתבטל, כאשר ברור שהטלת התנאי העבירה את ההכרעה כולה לצד שכנגד הן בצד המעשי והן בצד 'התודעתי'.

ז. אמנם, במקח וממכר, אף אם אחד הצדדים סובר שהוא יודע כיצד יגיב הצד שכנגדו, אין חסרון של אסמכתא, כיון שבמקח וממכר אין 'גוזמא' ולשיטת

⁴⁷⁰ בהמשך דבריו מציין הרמב"ן לכך שערב משתעבד אחר מתן מעות אם קנו מידו (ב"ב דף קעו:; שו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף ב' וש"ך שם). ולכאורה כיצד מועיל 'קנו מידו' לבטל דין אסמכתא (והרי רק קנין בבית דין חשוב יכול לבטל דין אסמכתא), ומבאר הרמב"ן: "שמע מינה ערב, לאו אסמכתא גמורה היא, לפי שאין הכל תלוי בדעת עצמו". ובחידושו בנדרים דף כז: כתב שערכות היא "אסמכתא זוטרת". ונראה שכוונתו היא, שברור הדבר שמי שהטיל תנאי שתלוי בו יש בכך חסרון של אסמכתא וכנ"ל אות ב'. אמנם גם מי שמתיל תנאי שקיומו תלוי באחר, יש בו חסרון של 'אסמכתא' אם הוא סובר שהוא יודע כיצד יתנהג חברו, אבל זו דרגה נמוכה יותר של חסרון בגמירות דעת, ולכן די בקנין כדי למנוע את חסרון גמירות הדעת. ולשיטתו, במשחק בקוביא אם הקנה את המעות מראש על תנאי שיארע כך וכך ואז יתן את המעות, הקנין חל, אפילו אם הוא סובר שהוא יודע מה תהיה התוצאה, כיון שהיה מעשה קנין.

הרמב"ן רק אם יש גוזמא יש חסרון של אסמכתא (אות ב'). לעומת זאת ערבות שאין בה תמורה של הצד שכנגד, יכולה להוות אסמכתא, ולפיכך יש צורך שלערב תהיה 'הנאה' שסומכים עליו, וזו התמורה שהוא מקבל, ולפיכך אין בכך גוזמא⁴⁷¹.

תליה במנהג העולם

ח. שליח שנשלח כדי לקנות יין בזולשפט בשעת הזול ולא קנה, לא מוטלת עליו חובה לשלם לבעל הבית. ולשיטת רב אשי מדובר באסמכתא שהרי הדבר 'לאו בידו', (ב"מ ד, עג: - עד. - לעיל עמ' סח). ולשיטת הרמב"ן, מדוע יש במקרה זה חוסר גמירות דעת, והרי המכירה אינה תלויה בו אלא במוכרים אם ירצו למכור לו, ובכל מקרה בו הדבר אינו תלוי בו אין חסרון של אסמכתא, וכנ"ל.

ובישוב הקושי מבאר הרמב"ן בחידושו בכ"ב דף קסח. :

כלומר לאו בידו לגמרי, אלא שסבור הוא שבידו שאף זה על עצמו התנה 'אם לא לקחתי לך יין'.
ואע"פ שאין התנאי מתקיים בלא חברו, כיון שלא תלה תנאו באחרים ותולה בדעת עצמו הוא שאי אפשר שלא ימצא יין ליקח, אסמכתא היא. שכל 'שבנוהג העולם' והתנה על עצמו אינו תנאי אלא אסמכתא. תדע דהא לרב חמא ולרב זביד ביין סתם משלם, ואע"ג דלדידהו ודאי אסמכתא לא קניא⁴⁷².

השליח התחייב בפני המשלח 'אם לא לקחתי לך יין' אשלם לך. כלומר, הוא תלה את הקניה במעשה שלו, ולכן נחשב הדבר כאסמכתא לדעת רב אשי. ולמרות שאליבא דאמת הדבר אינו תלוי רק בו אלא תלוי גם בדעת המוכרים, הוא עצמו לא חשב על דעת המוכרים כיון ש'נוהג העולם' שיש יין מצוי לקניה ולכן הוא לא העלה על דעתו, שלא יוכל לקיים את שליחותו. וכיון שהוא במחשבתו חשב על הפעולה שלו ולא על המוכרים, הרי זו אסמכתא. ואם לא קיים את שליחותו, אינו

⁴⁷¹ עיין הערה 470.

⁴⁷² פירוש, כיון שהם סוברים שמקרה זה נחשב שתלה לגמרי בדעת אחרים, ע"ש בסוגיא.

חייב לשלם לבעל הבית⁴⁷³.

אמנם, לשון הגמ' לכאורה מנוגדת לדברי הרמב"ן שהרי בגמ' נאמר שהסיבה בגינה קיים דין אסמכתא בניהון שלפנינו היא מפני ש"לאו בידו" ואילו הרמב"ן תולה את דין האסמכתא דוקא במה שבידו. אמנם הרמב"ן עצמו מיישב את הקושי ומבאר שלשון הגמ' "לאו בידו" פירושה 'לאו בידו לגמרי'⁴⁷⁴, אלא תלוי הן בו והן באחרים. והוא עצמו במחשבתו חושב על מעשיו שלו ולא על אלו של האחרים. והגמ' שנקטה לשון שלכאורה מלמדת ההיפך מדברי הרמב"ן, כיוונה לחלק בין דין 'אם אוביר' בו הכל תלוי רק בו, לבין שליחות לקנית יין שתלויה גם באחרים אבל הוא עצמו חושב על מעשיו, וכנ"ל.

ט. שליח שנשלח לקנות יין בזולשפט וקיבל על עצמו לשלם אם לא יביא את היין ממקום הזול. יכול לקבל על עצמו את החיוב לשלם לבעל הבית בכמה אופנים:

- "אם לא לקחתי לך יין" – (כלשון הרמב"ן לעיל).
- 'אם לא ימכרו לי יין'.
- 'אם לא יהיה היין בידך עד תאריך פלוני'

המציאות בפרוותא דזולשפט (האם יש שם יין) איננה משתנה בעקבות הניסוח של השליח. ולפיכך ניתן לומר, שבכל ניסוח אנו מפרשים את דבריו כאילו אמר "אם לא לקחתי לך יין" ולכן קיים חסרון של אסמכתא שהרי תלה בעצמו.

אולם ניתן להציע, שכיון שהמקרה בפרוותא דזולשפט תלוי בו ותלוי במוכרי היין (למרות שרוב הסיכויים שתלוי בו כי ב'נוהג שבעולם' יש יין), לניסוח יש משמעות, ורק אם אמר 'אם לא לקחתי' גילה בדעתו שהוא סובר שתלוי בו, ולכן

⁴⁷³ דין ערב ודין פרוותא דזולשפט הינם אסמכתא על פי אותו עקרון, שהמתנה טועה בדעתו, ולכן למרות שהדבר תלוי באחרים, הוא סבור שהוא יודע מה תהיינה התוצאות, ולכן נחשב אסמכתא.

⁴⁷⁴ כלומר, לא לגמרי בידו.

נחשב אסמכתא. אבל אם אמר 'אם לא ימכרו לי יין', גילה דעתו שמבחינתו הדבר תלוי בהם ואינו נחשב אסמכתא. אמנם במקרה בו השליח עצמו לא גילה דעתו על המקרה ורק אמר למוכר 'אם לא יהיה היין בידך...' ולא ידוע מה דעתו ביחס למקרה (האם הוא סובר שהדבר תלוי בו או באחרים) מסתבר שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ועיין לקמן בשיטת הב"י במקרים הנ"ל.

י. ב"י חו"מ סימן ר"ז (דף נו במהד' שירת דבורה, דף נט: בדפוסים הרגילים):

אלא שמלשון הרמב"ן והר"ן נראה דמדאמרינן באיזהו נשך 'הכא לאו בידו' והוי אסמכתא, היינו משום דאפקיה בלשון תולה בדעת עצמו, הא אילו אמר 'ימכרו לי יין', לא הוי אסמכתא כיון שתלה בדעת אחרים.

הבית יחזקאל (לעיל אות ג') ביאר שאין לדקדק מלשון הרמב"ן מי הוא המתנה (הקונה או המקנה), והחילוק הוא מי הוא זה רוצה בקיום המקח ללא תנאי ומי הוא שרוצה בעיכוב המקח, עי"ש. ונראה שאף לשיטתו שם, הוא מודה לב"י שבנידון שלפנינו יש מקום לדייק מהניסוח, כיון שמדובר במקרה שיש להסתפק כיצד בני אדם מתייחסים אליו כיון שקיים 'נוהג שבעולם'. ועוד, שהחילוק איננו מי הוא אומר התנאי, כי אם בנוסח בו נאמר התנאי על ידי השליח (או התנאי שהתנה המשלח עבור השליח).

אולם בהמשך דבריו כתב הב"י:

אבל תלמידי הרשב"א כתבו וזה לשונם: 'ומיהו בתולה בדעת אחרים במה שהוא מצוי הרי הוא כאלו תלי בדעתא דנפשיה, והיינו דאמרינן לקמן (עג:): דמאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא וכו' דאסמכתא היא והיינו טעמא משום דדבר מצוי הוא שאדם מוצא יין למכור וסמך נפשיה למיזבן מיניה' עכ"ל.

נראה מדבריהם שאף על פי שיתלה בפירוש בדעת אחרים כיון שהוא דבר המצוי הוה ליה כתולה בדעת עצמו והוי אסמכתא⁴⁷⁵.

הב"י אינו מציין האם תלמידי הרשב"א כתבו את דבריהם כביאור לשיטת הרמב"ן או כשיטה בפ"ע, וצ"ע.

סיכום

יא. העולה משיטת הרמב"ן:

- תנאי שקיומו תלוי באחרים, אין בו משום אסמכתא, אם למתנה אין שליטה או הבנה מה יעשה הצד שכנגד (אות ו').
- רק התולה בדעת עצמו יש בו דין אסמכתא אם יש גוזמא בתנאי (אות ב').
- בערב יש חסרון של אסמכתא כיון שנחשב טועה בשעת עצמו ועוד שלא היה קנין (אות ה'-ד').
- מי שתולה ב'מנהג העולם' נחשב כתולה בדעת עצמו (אות ח').
- מקח שתלוי באי עשייה של המתנה עצמו, אין בו משום אסמכתא, ואם קיים את התנאי המקח חל (אות ב' ס"ק ד').
- תלוי בו ותלוי באחרים, יש לדקדק בנוסח התנאי אם יש בדבר משום אסמכתא (אות ט').
- החילוק בין תנאי שמוטל עליו לבין תנאי המוטל על אחרים, איננו תלוי במטיל התנאי כי אם בזה שרוצה לעכב את קיום המקח ע"י תנאי (אות ג').
- אם לא היה קנין, ודאי שאין משמעות לתנאי. אם היה קנין, והותנה שאחר קיום התנאי יזכה במקח, הדבר תלוי בחילוקים שבגדרי אסמכתא (אות ד').

⁴⁷⁵ בחידושי תלמיד הרמב"ן לסנהדרין כה. (נדפס בסנהדרין גדולה כרך ה') כתב בשם יש אומרים שלשה חילוקים בדיני האסמכתא. אם אינו בידו לא חשיב אסמכתא, אם תולה בדעת עצמו וגזים הוי אסמכתא. ואם "תולה בדעת עצמו ומתנה לעשות דבר שאינו ברשותו ושלא יוכל הוא לבדו לגמור את הדבר בלא דעת אחרים אפילו כנגד מה שמפסיד הוא אינו משלם, כי ההיא דפרוותא דבלשפט דמשני התם בידו הכא לאו בידו. ש"מ כל דתולה בדעת עצמו אם לא יעשה כך וכך, שאין אותו דבר בידו לגמרי והדבר תלוי אף באחרים, אסמכתא היא ולא משלם אפילו כנגד מה שהפסיד, דכיון שאין בידו אותו דבר שהתנה עליו".

שיטת הרשב"א באסמכתא

דרך קנס לעומת דרך תנאי

א. חידושי הרשב"א ב"ב דף קסח. :

⁴⁷⁶ והוא שיראה בעיני שאע"פ שאמר רבא (ב"מ ס"ו ב') 'כל דאי לא קניי'⁴⁷⁷ לאו כללא רבתי הוא ליכל דאי, שהרי תנאי בני גד ובני ראובן דהוא יסוד לכל התנאין נאמר באם 'אם יעברו בני גד ובני ראובן אתכם את הירדן ונתתם להם' וגו'.

אלא 'כל דאי' שהוא נאמר דרך קנס קאמר. כלומר מי שמתנה ואומר אם אעשה ואם לא אעשה או אם יעשה פלוני או לא יעשה⁴⁷⁸ שאין מי שמתנה רוצה בקיומו.

⁴⁷⁶ תחילת דברי הרשב"א: "עוד אני רואה לכתוב כאן דרך כלל במה שעלה בדעתי בדיני האסמכתא לפי שראיתי לכל גדולי המחברים והמפרשים דרכים רבים ולא הסכים אחד עם חבירו ולקחו להם כללים ופרטים מכל אשר בחרו ולא ראיתי להם דרך נמלט מן הקושיות, ואיני אומר להיות דרך זו אשר בחרתי יותר מכוון מן הראשונים רק שהיא מלאכת שמים ואפילו לא הועיל אלא בדבר אחד לבד די". והרשב"א מציין לשיטתו גם בשו"ת חלק א' סימן תתקל"ג, שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן כ"ד, שו"ת הרשב"א החדשות מכת"י (מכון ירושלים) סימן שי"ז. ועיין גם בתשובתו בחלק ג' סימן ע"ו שלכאורה מהווה סתירה לשיטתו מהתשובה הקודמת. ובשו"ת הרשב"א חלק ג' סימן ס"ג (הו"ד גם בב"י חו"מ סימן נ"ד), דן הרשב"א על נידון של אסמכתא, ואינו מזכיר את שיטתו שלו באסמכתא, ויש לעיין מדוע. ועיין גם בשו"ת חלק א' סימן תתקי"ז.

הרשב"א מדגיש: "להיות דרך זו אשר בחרתי" ושם בסיום דבריו כתב: "זו היא דרך ישרה שביררתי לעצמי... והאמת יראה דרכו". ובשו"ת חלק א' תתקל"ג כתב: "ואני יגעתי ומצאתי... עד שמצאתי בחמלת ה' עלי" ובשו"ת החדשות כת"י סימן שי"ז: "בררתי דרך זו לעצמי". ובשו"ת חלק ג' סימן ע"ו כתב: "כלל גדול אתן לך...". ועיין הערה 485.

⁴⁷⁷ עיין עמ' קנד.

⁴⁷⁸ שיטת הרמב"ן שאם התנאי מוטל על אחרים אין בו חסרון של אסמכתא, והרשב"א ודאי חולק על דבריו.

כגון אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך או ערבוני מחול לך⁴⁷⁹ שאינן רוצין⁴⁸⁰ בקיום אותו התנאי אלא בביטול, שהכונה להם שיתקיים ביניהם המקח ולא שיחזור אחד מהם, ועל כן התנו לכפול או למחול דרך קנס אם יחזור אחד מהם⁴⁸¹.

ודכותה אם אוביר ולא אעביד⁴⁸², וכן ערב דאם לא יפרעך הלוח אני נותן לך והוא ניהו אסמכתא אי לאו דמשתעבד משום ההיא הנאה דמהימן ליה כדאיתא בפרקין לקמן (קע"ג ב')⁴⁸³. ואע"פ שתולה בדעת אחרים⁴⁸⁴ דהיינו דעת הלוח.

וכן כולן לפי דעתי על דרך קנס תמצא. וכל שאמרו דרך קנס כמבטיח על המעשה שהסכימו עליו הויא אסמכתא.

וכל שנאמר בדרך תנאי כגון תנאי בני גד ובני ראובן שהם רוצים ומתכווין בקיום התנאי אע"פ שהוציאו אותו בלשון אם, תנאי הוא וקיים שהרי היו משה וכל ישראל בקיום אותו 'אם' דהיינו שיעברו אתם את הירדן וכן כל כיוצא בזה.

... ואין אסמכתא אלא בדבר שהוא אנוס בו שאונסו מה שהוא צריך לו ולולי שמתנה על דבר זה עם בעל דינו לא היה שומע לו...

אם שני הצדדים אינם מעוניינים בקיום התנאי ושני הצדדים רוצים בקיום המעשה, הם אינם גומרים בדעתם שיגיעו למצב בו יאלצו לקיים את התנאי, ולפיכך ההתחייבות לקיום התנאי הרי היא אסמכתא ואינה קונה.

⁴⁷⁹ עיין עמ' קמג.

⁴⁸⁰ שני הצדדים.

⁴⁸¹ עיין לקמן עמ' רלו בדברי רבינו ירוחם שנוטים לדברי הרשב"א.

⁴⁸² התחייבות האריס לבעל בשדה - ב"מ דף עד.

⁴⁸³ ההנאה יוצרת את ההתחייבות.

⁴⁸⁴ כלומר, למרות שתולה בדעת אחרים והיה מקום לומר שגמר בדעתו כיון שיודע שאינו תלוי בו, וכשיטת הרמב"ן, אע"פ כן סובר הרשב"א שיש בדבר משום אסמכתא.

אבל אם שני הצדדים רוצים שבנוסף לקיום המעשה יתקיים גם התנאי, הרי גמרו בדעתם לקיים גם את התנאי, ולכן אין בכך חסרון של אסמכתא.

מדברי הרשב"א גם עולה, שאין חילוק בין מקרה בו מוטל קיום התנאי על כל אחד מהצדדים (כגון בנידון של הערבון, זה יכפול וזה ימחול) לבין מקרה בו קיום התנאי מוטל רק על צד אחד (אם אעשה, אם יעשה פלוני וכו') אם אוביר, (ערב). העקרון הוא האם הצדדים רוצים להגיע לידי קיום התנאי או לא⁴⁸⁵.

צד אחד / שני צדדים / מעשה קנין

ב. אמנם, יש לעיין האם כדי שיהיה חסרון של אסמכתא יש צורך ששני הצדדים לא ירצו בקיום התנאי או שדי בכך שאחד הצדדים לא ירצה בקיומו כדי להחשיב את המקרה כאסמכתא.

מדיוק לשון הרשב"א: "שאינ מי שמתנה רוצה בקיומו" מוכח שהצד שהטיל את התנאי אינו רוצה בקיומו של התנאי. כגון, ערב שהוא אינו רוצה בקיום התנאי (שהרי הוא מעדיף שהלוה יפרע) ולעומתו המלוה יתכן שלא איכפת לו האם הלוה

⁴⁸⁵ עיין ספר החינוך מצוה שמ"ג שכתב: "ודרך כלל למדני רבי ישמרו קל בענין דיני האסמכתא, שכל שיתנה האדם עם חבירו דרך קנס, כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כן וכן, זה יקרא אסמכתא, ועל זה יאמרו זכרונם לברכה [שם ע"ב] דאסמכתא לא קניא. ובלשון אחרת אמרוה זכרונם לברכה [שם] גם כן, כל דאי לא קני. אבל כל תנאי שיתנה האדם עם חבירו ויאמר אם אתה תעשה כן אף אני אעשה כן וכן, כדרך בני אדם שמתנין בלשון זה, אין זה בכלל אסמכתא כלל חלילה, שאם כן איך נמצא ידיו ורגליו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם, דאי אפשר בלאו הכי. ועוד, בכל התנאים הנזכרים בענין גיטין וקידושין שכולן בלשון אם מה נאמר בהן. אלא ודאי טעם נכון מה שכתבנו, שלא נאמר אסמכתא לא קניא אלא במה שיתנו בני אדם זה עם זה דרך קנס, כגון אם לא פרעתיך עד יום פלוני תהא השדה שלך או המשכון אי זה שיהיה, וכל כיוצא בזה. אבל לא בכל שאר התנאים רבים שמתנים בני אדם, כגון אם תלך למקום פלוני אתן לך כן וכן, או אם תעשה בשבילי ענין פלוני אתן לך מאתים וזו, וכל כיוצא בזה. והבן זה בני ותן לבך עליו, כי בזה תסיר מבין עיניך ענן גדול בדברי הגמרא במקומות הרבה". שיטת החינוך נראית תואמת לשיטת הרשב"א (עיין ב"י בהערה 494), והחינוך כתב שכן "למדני רבי", וכיון שיש ספק בזהויה מחבר ספר החינוך, אולי נוכל להביא מכאן ראיה שרבו היה הרשב"א שהרי הרשב"א כתב על שיטתו, שלא שמעה מרבתי אלא כך היא מסקנתו שלו, עיין בהערה 476 (ובמהד' מכון ירושלים ציינו לשו"ת הרשב"א חלק א' קמ"ט, ולא ידוע לי מדוע לא ציינו למקורות שצוינו לעיל שם מרחיב הרשב"א את שיטתו שלו). ובהקדמת הרב דוד מצגר למנחת חינוך מהד' מכון ירושלים בהערה 115 ציין לדברי החינוך כאן כראיה לכך שהמחבר הוא תלמיד הרשב"א, וכראיה לדבריו ציין לתשובת הרשב"א אלף קמ"ט. אולם לא ציין את דבריו לעיל, שהרשב"א הוא זה שחידש שיטה זו בהגדרת אסמכתא וכו'.

יפרע לו או הערב, יש בדבר חסרון של אסמכתא, כי צד אחד אינו מעוניין בקיום התנאי. וכך גם ב'אם אוביר' יתכן שבעל השדה לא איכפת לו שהאריס לא יעבוד, כל עוד הוא מקבל את הרווח שהיה יכול להוציא מהשדה (או יותר מכך), אבל כיון שביחס לאריס ה'ז' קנס', קיים חסרון של אסמכתא.

בשתי המקרים הנ"ל, האריס והערב הם אלו שעליהם 'להיפרד מרכושם' כדי לעמוד בקיום התנאי, והם אינם רוצים להגיע למצב של קיום התנאי.

ובשו"ת הרשב"א חלק א' סימן תתקל"ג ציין גם לדין המשנה בב"ב דף קסח.: "מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו" ואמר לשליש שאם לא יבוא עד לתאריך מוסכם יתן שוב את השטר למלוה, ונמצא שהמלוה יוכל לגבות יותר מסך ההלוואה המקורי, שהרי זה קנס שהלוה קונס את עצמו וזו אסמכתא (עיין עמ' יד). וכן במקרה במשנה בב"מ דף סה., "הלוהו על שדהו, ואמר לו, אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים, הרי היא שלי" הוטל קנס על הלוה ולכן יש בדבר חסרון של אסמכתא (לעיל עמ' נ).

ובנידון של 'הלוהו על שדהו' הנ"ל, התנאי נאמר על ידי המלוה ולא על ידי הלוה. כלומר, לא על ידי מי שאמור לשלם את ה'קנס' אלא על ידי מי שירויח את הקנס. ונמצא שלשון הרשב"א לעיל "'שאין מי שמתנה רוצה בקיומו" היא לאו בדוקא שהתנאי נאמר על ידי מי שאינו רוצה בקיומו, אלא בכל מקרה בו אחד הצדדים אמור לקנוס את עצמו, קיים חסרון של אסמכתא – ועיין לקמן.

ג. תנאי בני גד ובני ראובן אינו אסמכתא. ויש לעיין מדוע והרי למרות שמשוה ובני ישראל רוצים הן בקיום התנאי והן בקיום המעשה. בני גד ובני ראובן ודאי היו מעדיפים לקבל את עבר הירדן ללא התנאי של היותם חלוצים לכיבוש ארץ ישראל. וא"כ מבחינתם ה'ז' ג"כ מעין 'קנס' ומדוע התנאי חל ?

נראה, שבתנאי של בני גד ובני ראובן, בעלי הרכוש (משה, בני ישראל) מוכנים לתת את עבר הירדן לב"ג וב"ר, בתנאי שהם יצאו חלוצים. ובעלי הרכוש אכן

רוצים שב"ג וב"ר יקיימו את התנאי, ולכן אין בכך חסרון של אסמכתא.⁴⁸⁶

נמצא, שכדי לקבוע האם לפנינו אסמכתא או לא, יש לבדוק על מי מוטל ה'קנס'. אם ה'קנס' מוטל על בעל הרכוש שאינו רוצה להיפרד מרכושו, הרי זו אסמכתא, אבל אם קיום התנאי הינו ברצונו של בעל הרכוש (שרוצה לתת מרכושו אם יקיימים התנאי, והוא מעוניין גם בקיום התנאי), אין בדבר חסרון של אסמכתא וזה הוא תנאי בני גד ובני ראובן.⁴⁸⁷

ד. לשיטת הרשב"א, במקרה בו שני הצדדים מעוניינים בקיום התנאי אין חסרון של אסמכתא. ולדבריו, במקרה בו נקבע 'קנס' על מי שאינו משלם בזמן. והמקבל מעדיף ששהמשלם יאחר כיון שהוא מעוניין בקנס, ואף החייב מעדיף לאחר את התשלום כיון שאחרת הוא יאלץ למכור מרכושו או ליטול הלואה אחרת לפרעון חובו (ואם יתעכב ויפרע כעבור זמן, יוכל לשלם מכספו שלו), לכאורה אין בדבר חסרון של אסמכתא (לולי דין ריבית).⁴⁸⁸

אמנם, מסתבר שעל שני הצדדים לרצות בקיום התנאי בשעת התניית התנאי, ולא לאחר זמן. שאם בשעת התניית התנאי, החייב סבר לשלם בזמן ולא עלה בדעתו לאחר את התשלום, ורק אחר זמן התברר לו שכדאי לו לאחר את התשלום, ה"ז אסמכתא כיון שמסתבר שהשעה הקובעת היא שעת התנאי (אמנם, עיין בשיטת רב פפא לעיל עמ' סד).

ה. המשך דברי הרשב"א:

⁴⁸⁶ ואולי הדבר דומה גם 'לתמורה' כספית שמוכר מקבל עבור רכושו.

⁴⁸⁷ לשיטת הרשב"א יתכנו מקרים שיהיה קשה להגדיר האם מדובר ב'קנס' או בתנאי. ובשו"ת הרשב"א, החדשות (מכת"י מהר"ם מכון י-ם) כתב הרשב"א: "... ולפיכך בנידון שלפנינו יש לבית דין לראות אם היה מדרך קנס אם לא" – עי"ש בפרטי המקרה.

⁴⁸⁸ הדבר מצוי בתשלומים שונים, בהם המשלם מעוניין לאחר את זמן הפרעון כיון שעתה אין לו מזומנים לשלם ועוד כמה ימים יקבל את משכורתו, וכדו' ולכן הוא משהה את הפרעון. ואף הצד שכנגדו טוב לו באיחור התשלום של החייב כיון שעתה יקבל יותר. ויש לעיין על פי האמור מדוע בכל התחייבות לתשלום ריבית לא נחשוש לאיסור אסמכתא על פי כל אחת משיטות הראשונים, ובמיוחד במקרה בו הלואה אינו רוצה להגיע למצב בו יתחייב בריבית אם לא ישלם בזמן. אולם אם מעיקרא ההלואה כללה ריבית אף אם הלואה ישלם בזמן, אין בכך חסרון של אסמכתא ורק איסור ריבית קיים.

וכן באומר אם יבשרני שילדה אשתי זכר יטול מנה⁴⁸⁹ וכן אם תלך עמי לירושלים⁴⁹⁰ או אם תבא לי דורמסקין. וזהו כלל הנשכרין אם תלך עמי לירושלים ואם תדבר עלי לשלטון וכן כולם על הדרך הזה.

בכל המקרים הנ"ל, המתנה רוצה בקיום התנאי, הוא רוצה שיהיה מי שיבשר לו על הולדת בנו או בתו, או שפלוני ילך עימו לירושלים או שיתן לו דורמסקין, ולפיכך אין במקרים אלו משום אסמכתא.

ויש לעיין מה הוא ה'קנין' המחייב את המתנה לעמוד בדיבורו. בתנאי בני גד ובני ראובן יתכן לומר שנעשה קנין כדינו, ובתנאי שיהיו חלוצים ואז יזכו (שהרי התנו בלשון 'אם' שפירושה שהקנין אינו חל עתה אלא אחר זמן). וכך גם באריס. אולם במקרים שציין להם הרשב"א כאן, הוא רק אמר ולא עשה מעשה קנין, ואם כן מה מחייבו לשלם אם יתקיים תנאו. ונראה שלכן דקדק הרשב"א וכתב 'וזהו כלל לכל הנשכרין' דהיינו שלפנינו דין בשכירות פועלים, והכלל הוא שאם הפועל ביצע את עבודתו היא גופא מעשה קנין (עיין ב"מ דף צט. בשיטת רב הונא, שכרו אתו עמ' קיז ואילך), וצ"ע.

אסמכתא בגיטין ובקידושין / בדבר שתלוי רק בו / ערב ומשחק בקוביא

ו. חידושי הרשב"א ב"ב דף קסח⁴⁹¹ :

⁴⁸⁹ ב"ב דף קמא : ורשב"א שם.

⁴⁹⁰ עיין עמ' קפב.

⁴⁹¹ עיין הערה 457 שאף לרמב"ן אין דין אסמכתא בגיטין ובקידושין.

וכן בגיטין במתנה [אם] לא באתי⁴⁹² ואם לא פייסתי לא שייך בהו
אסמכתא לפי שאין האיש מגרש אלא מדעתו⁴⁹³, ואין אסמכתא אלא
בדבר שהוא אנוס בו שאונסו מה שהוא צריך לו ולולי שמתנה על דבר
זה עם בעל דינו לא היה שומע לו. אבל האיש אינו מוציא אלא לרצונו
והילכך כל שהוא מתנה אע"פ שמוציא תנאו בלשון אם תנאו קיים,
והיינו כל תנאי גיטין אם באתי ואם לא באתי אם פייסתי ואם לא
פייסתי, דכל תנאין אלו מדעת עצמו הוא מתנה עליהם אין אנוס,
ולולי שגמר בדעתו קיום תנאיו כדי שלא תתעגן ושלל תפול לפני יבם
או שלא תהיה עמו בקטטה כגון אם לא פייסתי לא היה מתנה
עליהן⁴⁹⁴.

מי שמטיל תנאי שמחייב אותו בתורת 'קנס' שלולי זאת הצד שכנגדו לא יקיים את
מבוקשו, ה"ז אסמכתא כי הוא אינו רוצה בהטלת התנאי וכו"ל. לעומת זאת אם
הוא מתנה את התנאי מפאת עצמו ('אין אונס' – במלרע) אין זו אסמכתא.

ונראה שאפילו אם היה ניתן לבחון את דרגות ה'אונס' והיה מתגלה שהמגרש את
אשתו היה מאד רוצה שלא לגרשה. רק מפאת החשש שמא הוא לא ישוב והיא
תפול בפני יבם הוא מוכן לגרשה (כיון שהוא רוצה בטובתה), ואילו היה מתחשב
רק בו עצמו, לא היה נותן לה גט בתנאי שאם לא יבוא עד זמן פלוני ה"ז גט. כיון
שטובתו האישית היא שאפילו אם יש סיכוי קלוש שהוא ישוב אחר זמן מרובה,

⁴⁹² משנה גיטין דף עו: "ה"ז גיטך אם לא באתי..."

⁴⁹³ ולפי דבריו אחר חדר"ג שאין לגרש אשה בע"כ לכאורה הדין שונה שיש משמעות גם לרצון
האשה, אא"כ האשה רוצה בגט.

⁴⁹⁴ בב"י חו"מ סימן ר"ז (דף ס. במהד' הרגילות, דף ס טור ב' במהד' מכוון י"ם), כתב בשם ספר
החינוך: "ובספר חינוך פרשת בהר סיני מצוה שמ"ג כתב בשם רבו שכל מה שיתנה האדם עם
חבירו דרך קנס כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כך וכך זה יקרא אסמכתא ועל זה אמרו (ב"מ
סו:): כל דאי לא קני אבל כל תנאי שיתנה האדם עם חבירו ויאמר אם אתה תעשה כן אף אני
אעשה כן וכן כדרך בני אדם שמתנים בלשון זה אין זה אסמכתא חלילה שאם כן היאך נמצא ידינו
ורגלינו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם דאי אפשר בלאו הכי ועוד בכל
התנאים הנזכרים בענין גיטין וקדושין שכולם בלשון אם הם מה נאמר בהם אלא ודאי טעם נכון
מה שכתבנו שלא נאמר אסמכתא לא קניא אלא במה שיתנו בני אדם זה עם זה דרך קנס כגון אם
לא פרעתין עד יום פלוני תהא השדה שלך או המשכון איזה שיהיה וכל כיוצא בזה אבל לא בכל
שאר התנאים הרבים שמתנין בני אדם כגון אם תלך למקום פלוני אתן לך כן וכן או אם תעשה
בשבילי ענין פלוני אתן לך מאתיים זוז וכל כיוצא בזה עכ"ל. וזה כדברי הרשב"א שכתבתי
בסמוך... (עי"ש לענין גיטין)". ועיין הערה 485.

הוא רוצה שתישאר אשתו, אע"פ כן הרי זה גט. ואין לפנינו חסרון של אסמכתא, למרות שהוא אינו רוצה לא בקיום התנאי ולא בקיום המעשה (הוא היה רוצה לשוב בזמן וגם אינו רוצה בגירושי אשתו), כיון שהוא זה שהחליט מרצונו לגרש את אשתו והיא אינה צד בהחלטה זו.⁴⁹⁵

ונמצא, שאפילו אם 'דרגת האונס' שגרמה לאריס להתנות שישלם אם לא יעבד את השדה, הינה 'נמוכה' יותר מדרגת 'אונס' של הגט הנ"ל, בנידון של הגט אין חסרון של אסמכתא, כיון שהחלטה היתה רק שלו, לעומת הנידון של האריס, שבעל השדה לא היה מוכן לתת לו את השדה באריסות לולי ההתחייבות, ה"ז אסמכתא.⁴⁹⁶

ז. בחידושי למסכת ב"ב הנ"ל הרשב"א הזכיר רק גיטין. אולם בתשובתו בחלק א' סימן תתקל"ג כתב:

כשתדקדק בגיטין ובקדושין. שאם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש שאם לא בא הוי גט דמשמע לכאורה דהוי כקנס, וכן אומר לא נסיבנא עד יום פלוני.⁴⁹⁷ הנך קושטא דמילתא בדוקא⁴⁹⁸ ומהני משום עגונה.⁴⁹⁹

למרות שהרשב"א מזכיר 'גיטין וקידושין', לא מדובר על חלותן של קידושין אלא על גט שיחול אחר הקידושין. שגט תלוי רק בו ואילו תנאי בקידושין תלוי בשני

⁴⁹⁵ ואכמ"ל מה הדין אם 'צד שלישי' מאלצו מסיבה חיצונית להסכים לתת גט.

⁴⁹⁶ היה מקום לטעון שגם בנידון שהדבר תלוי באחרים, ג"כ הדבר תלוי בו שהרי אינו חייב לקבל את השדה באריסות וכדו', ונמצא שהכל תלוי בו, ואין זו אסמכתא. ונראה, שכאשר הדבר תלוי בצד שכנגדו, אדם נוטה לחשוב שהדבר לא יקרה, אבל כשהדבר תלוי בו, הוא יודע שהוא קיבל החלטה מעצמו והוא נושא בתוצאות, וקצ"ע.

⁴⁹⁷ פירוש, אדם מקדש את אשה ואומר לה שאם לא ישאנה עד יום פלוני, יחול הגט.

⁴⁹⁸ 'בדוקא' – נראה שכוונתו היא שאין זה 'קנס' כנ"ל, אלא כוונתו היא שהדבר יחול אם יארע כך וכך, וגמר בליבו.

⁴⁹⁹ 'משום עגונה' – שהאשה לא תישאר עגונה ללא בעל. וכ"כ בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סימן כ"ד.

הצדדים, ובו יכול להיות חסרון של אסמכתא.

ח. הב"י בחו"מ סימן ר"ז (דף ס. במהד' הרגילות ובדף ס טור א' במהד' שירת דבורה) כתב את שיטת הרשב"א. אולם כתב שהקשו עליו:

והקשו עליו דהא גבי ערב הוזכרה אסמכתא (ב"ב קעג:) וודאי מדעתא דנפשיה עבד דמי הכריחו לעשות ערבות.

לכאורה ניתן ישוב, שבגיטין הוא מטיל את התנאי מדעתו וכך גם בערבות. אולם בגט, אם הוא אכן לא ישוב הוא רוצה שהתנאי יחול כדי שאשתו לא תיוותר עגונה, לעומת זאת הערב אינו רוצה בקיום התנאי גם אחר שהלוה לא יפרע, ולכן יש בתנאו משום אסמכתא, וצ"ע.

ט. המשך דברי הב"י, בקושיותיו על שיטת הרשב"א:

וכן גבי משחק בקוביא⁵⁰⁰ מדעתא דנפשיה הוא משחק, ואמרו שם דאסמכתא היא.

הקושי הוא, שמשחק בקוביא הינו 'אדעתא דנפשיה' ואע"פ כן יש בו אסמכתא, ואילו לשיטת הרשב"א, דבר שתלוי בו אין בו אסמכתא, וכנ"ל.

ולכאורה ניתן לישוב שהכלל של 'אדעתא דנפשיה' איננו מתייחס לעצם הכניסה לענין המדובר. שאילו כך היה, גם שאר המקרים שציין להם הרשב"א כאסמכתא לא היה בהם אסמכתא שהרי האריס לא היה חייב לקבל שדה באריסות וכו'. החסרון של אסמכתא הינו במקרה בו יש שני צדדים לדבר ואחד הצדדים מטיל תנאי בו הוא 'קונס' את עצמו שאם לא יעשה או יעשה כך וכך, יתן מרכושו לחבירו. ולכן בהטלת תנאי בגט אין חסרון של אסמכתא, שקיום התנאי אינו נובע מדרישת האשה, שהגט אינו תלוי ברצונה. לעומת זאת במשחק בקוביא שני

⁵⁰⁰ סנהדרין דף כד.:

הצדדים מסכימים לענין, ומטילים תנאים שיש בו קנס לכל אחד מהם ולפיכך יש בדבר משום אסמכתא.

אמנם הרשב"א עצמו בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סימן כ"ד דן על אסמכתא במשחק בקוביא:

ולפיכך, מ"ד טעם משחק⁵⁰¹ בקוביא משום אסמכתא היה מדמה אותו לעניין קנס, כעין אם תקדמיה יונך ליון. וכך היה נראה לו בכל משחק שאומר, אם לא אעשה כך וכך נקודות, אפרע כך. ורב ששת, דלית ליה אסמכתא בהא, היינו משום דגמר ומקני, וסבור דהוא בקי טפי. וכדי שיקנה לו חבירו שאינו יודע כמוהו לפי דעתו, גם הוא גומר ומקנה. ורבי טרפון סבר, דאין מקנה עד שיפרע ממש. שהוא מקנה מן הודאי, ולא מן הספק. כעניין נזירות, שאין נזירות אלא להפלאה⁵⁰²...

כלומר, המחלוקת האם משחק בקוביא יש בה חסרון של אסמכתא נובעת מהשאלה האם להגדיר את אסמכתא כ'קנס'. הסיבה שאסמכתא כמוה כקנס, הוסברה לעיל באות ט', והסיבה לומר שאין בכך חסרון של 'קנס' כיון שיש לו גמירות דעת גמורה, שבטוח שיזכה וגמר והקנה כיון שסובר שיקבל תמורה טובה מחבירו עבור ההקנאה (ואף שלבסוף לא זכה, סו"ס מעיקרא הסכים לתנאי במילואו)⁵⁰³.

⁵⁰¹ טעם משחק – טעם איסור משחק.

⁵⁰² עיין בב"י הנ"ל שהקשה על הרשב"א גם מדין נזירות שנאמר בו דין אסמכתא בסנהדרין דף כה. וכתב שיש לדחוק שמדובר על פי שיטת ר' טרפון שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה, וכתב שדוחק לבאר כך. אמנם נראה מדברי תשובת הרשב"א שלפנינו, שהיא גופא כוונת הרשב"א, ויתכן שתשובת הרשב"א לא עמדה בפני הב".

⁵⁰³ בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן קכ"ח, דן על מקרה בו שמעון היה נטמע בין הגוים (אולי מדובר במציאות של אנוסים), וראובן שיכנע אותו לעזוב את מקום ההפכה ולגור במקום קדושה ולחסות תחת כנפי השכינה. תנאו של שמעון היה שכאשר יגיע למקום חפצו ילווה לו ראובן סך של אלף פרחים לשנתיים, וכדי להיות בטוח שכך יהיה דרש שעוד קודם צאתו ממקומו הראשון, יתן לו ראובן שלש מאות פרחים, שאם לבסוף לא ירצה להלוותו ישארו בידו. אחר צאתו של שמעון ממקום ההפכה סירב ראובן להלוות לו, בטענה שמה שעשה היה כדי למלט את שמעון מבאר שחת ולהביאו לחסות תחת כנפי השכינה, ומעולם לא עלה בדעתו להלוות לו והכל הוא

סיכום

י. העולה מהאמור לעיל:

- הרשב"א מחלק בין 'קנס' שיש בו חסרון של אסמכתא לבין 'תנאי' שאין בו חסרון של אסמכתא (אות א').
- קנס הוא תנאי שבעל הרכוש מטיל כדי שלא יאלץ להיפרד מרכושו ותנאי מועיל כאשר הוא רוצה בקיום התנאי (אות ג').
- אם הוטל קנס ששני הצדדים מעוניינים בו, מסתבר שאין בכך משום אסמכתא (אות ד').
- בדבר התלוי בבעל התנאי ולא בצד שכנגדו אין חסרון של אסמכתא, ולכן אין אסמכתא בתנאי בגט (אות ו').
- במשחק בקוביא, המחלוקת היא האם להגדיר את המקרה כקנס או שגמר והקנה (אות ט').
- עיין לקמן בשיטת הרשב"א בדין פשרה באסמכתא בעמ' רלד ואילך).

אסמכתא בעלמא ולא היה קנין ביניהם ולא נשבע לו. וההיפך, הוא דורש ממנו בחזרה את השלש מאות שנתן לו. והמהרשד"ם מכריע לטובת ראובן, שכל מה שעשה לא עשה אלא כדי להוציא את שמעון מבאר שחת ולהביאו לחיי העולם הבא, ועל שמעון להשיב לו את השלש מאות שקיבל. ואם שמעון יעמוד במרדו אין לחוש, כיון שלא קיבלו גרים בימי שלמה שמא חזרו מפאת הטובה, והוא הדין כאן. וכתב שם שעל פי שיטת 'גדול הפוסקים' הרשב"א אינו חייב לשלם, כיון שוראי מדובר בראובן שקנס עצמו אם לא ילוה, ולמרות שהכסף ברשותו של שמעון, עליו להשיב לו, עי"ש בהרחבה.

ועי"ש במהרשד"ם שמדמה את מעשו של ראובן לקטן שמקריבים אותו לשמור מצוות על ידי הבטחת שכר. ולכאורה נסיק מדבריו שאין חובה לתת לקטן מה שהובטח לו. ועוד צ"ע שאם ידעו שלא מקיימים לא ישמעו כלל, ושם המהרשד"ם לא חשש לכך במציאות שעמדה בפניו, כיון שאכן לא רצה שיחזור לחסות תחת כנפי השכינה מחמת ממון, וצ"ע.

"דלא באסמכתא" / "בענין שאין בו אסמכתא"

הקדמה

א. למרות שאסמכתא אינה חלה אפילו אם נעשה מעשה קנין, אם הקנין נעשה בפני בית דין חשוב הוא חל (שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו, אמנם רב האי גאון חולק כנ"ל עמ' קע). לקמן נדון האם זו הדרך היחידה להוכיח את גמירות הדעת או שישנם דרכים נוספות אף ללא בית דין חשוב.

לשיטות רב האי גאון (עמ' קע) והרמב"ם (עמ' קעט), החסרון הבסיסי באסמכתא הוא שלא היה מעשה קנין (ולכן אף אם התנאי קיים, אין הצד שכנגד מחוייב להקנות). ולכן מסתבר שבלי מעשה קנין אין אפשרות להחיל את האסמכתא⁵⁰⁴. אולם, לשיטות הסוברות שאף אם היה מעשה קנין קיים חסרון של אסמכתא (שיטת הרמב"ן בעמ' קצו, שיטת הרשב"א בעמ' רח, שיטת ר"י בעמ' קה, שיטת ר"ת בעמ' קז), כיון שאף מעשה הקנין אינו מלמד על גמירות דעת בהתחייבות של אסמכתא, יש לעיין האם ישנה דרך למתחייב להוכיח את גמירות דעתו, ולא יהיה חסרון של אסמכתא⁵⁰⁵.

דלא באסמכתא

ב. גמ' ב"ב דף מד :

⁵⁰⁴ עיין בהערה 510 ביחס לשעבוד קרקעות.

⁵⁰⁵ עיין הערה 12.

⁵⁰⁶ דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי - קני מקרקעי קני מטלטלי.⁵⁰⁷

ואמר רב חסדא והוא דכתב ליה 'דלא כאסמכתא',⁵⁰⁸ (רשב"ם: דכיון דאין זו מכירה גמורה ולא מתנה ולא משכון אלא שעבוד בעלמא ודמי לאסמכתא דקאמר ליה 'אם לא אפרע לך לזמן פלוני תגבה מכאן הלכך צריך לכתוב בו לאלומי שטריה 'דלא כאסמכתא' דאסמכתא לא קניא) ודלא כטופסא דשטרי (הוא שטר העשוי להעתיק ממנו שטרות ולא נכתב לגבות בו ואין בו ממש).

יש לעיין:

- מדוע שעבוד המטלטלין יש בו חסרון של אסמכתא, והרי הלוה חייב לשלם, ושעבוד המטלטלין שלו אין בהם תוספת על גוף החוב?⁵⁰⁹ (אות ג' ואילך)?

⁵⁰⁶ הדיון שם: בעל חוב אינו יכול לגבות ממטלטלין שנמכרו על ידי החייב. אבל מקרקעות שנמכרו יכול לגבות. ואם בשטר החוב נכתב במפורש שהלוה שיעבד "מטלטלי אגב מקרקעי" יכול בעל חוב לגבות, ובתנאי שיהיה כתוב בשטר החוב "דלא כאסמכתא" – וטעם הדבר לקמן בהמשך דברי הרא"ש. ועי' שבתוס' ד"ה "והוא".

⁵⁰⁷ כך הוא עיקר הדיון, אולם להלכה פסק השו"ע בחו"מ סימן ק"ג סעיף ג': "בזמן הזה, אפילו שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, אינו טורף מטלטלים שמכר או נתן, משום תקנת השוק. ומיהו אם כתב לו 'דאקנה', ואח"כ לזה מאחר וכתב לו דאקנה, ובשניהם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי, וקדם השני ותפס מטלטלים שקנה קודם שלוה ממנו, בא ראשון ומוציא ממנו אפילו בזמן הזה, מפני שאין בזה משום תקנת השוק".

⁵⁰⁸ כלומר קיים חסרון של 'אסמכתא' (עיין אות ג') והפתרון הוא לכתוב בשטר 'דלא כאסמכתא'. ויש לעיין האם גם רבה חושש לאסמכתא במקרה שלפנינו או שרק רב חסדא חושש לכך (עיין בסיכום השיטות באות ח').

⁵⁰⁹ אם הלוה לא מכר את נכסיו ואין לו מעות, המלוה גובה תחילה ממטלטלין של החייב ורק אח"כ מקרקעות (שו"ע חו"מ סימן ק"א סעיף ב'-ג'). ורק במקרה בו הנכסים נמכרו יכול המלוה לגבות רק מהקרקעות ולא ממטלטלין שנמכרו. כלומר, ודאי שלוה יכול לפרוע חובו ממטלטלין שבידו, ומדוע יש בדבר חסרון של אסמכתא.

אם ננקוט כשיטת הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מלוה הלכה ד' ששעבוד מטלטלין אינו מן התורה ונבאר שכוונתו היא שאף כאשר הם ביד הלוה עצמו השיעבוד אינו מה"ת, נוכל לבאר ששעבוד מטלטלין אגב מקרקעי, שיועיל לגבי יכולת גביה מן הקונה, הרי הם תוספת על עיקר החיוב ולכן יש חסרון של אסמכתא, כיון שחיוב זה הוא מעין 'קנס' שיש בו חסרון של אסמכתא שמחייב את עצמו לשלם ממה שאינו חייב (וכמי שהתחייב לשלם אלפא וזוי אם יוביר את שדהו שיש בדבר חסרון של אסמכתא). אולם גם לדרך זו יש לעיין, שהרי אף אם המטלטלין אינם משועבדים, החייב עצמו חייב לשלם מדין שיעבוד הגוף, ועליו לשלם אף ממטלטלין שלו. ושמא אחר שנמכרו, אם אין שעבוד נכסים, אין חיוב והתחייבות היא 'אסמכתא' (ועיין ב'חזון ומלוה' [הוצאת בית ועד לתורה תש"ע] בפרק בתחילת הפרק הדין על גביית חוב ממטלטלין שנמכרו, לגבי דרגות השעבוד של מטלטלין לבעל חוב).

(עוד יש לעיין, בגבית מטלטלין אחר המכירה, המוכר [שהוא הלוה] אינו נפגע כלל, שהרי הקונה מחזיק במטלטלין, וגובים ממנו, ואם המוכר מכרן שלא באחריות, הקונה אינו יכול לחבוע ממנו

- כיצד הפתרון של 'דלא כאסמכתא' מועיל לפתור את החסרון המציאותי של אסמכתא (אות ט' ואילך)?

מדוע שעבוד מטלטלין יש בו חסרון של אסמכתא

ג. הרשב"ם כתב "דקאמר ליה אם לא אפרע לך לזמן פלוני תגבה מכאן", וכיון שלשון 'אם' הינה אסמכתא (עיין עמ' קנד), נמצא ששעבוד המטלטלין הינו אסמכתא. ולכאורה תמוה שגם גביה מקרקע היא רק אם לא נשארו מעות ביד החייב, ועל פי דרך זו אף גביה מקרקע יש בה חסרון של אסמכתא.

ואכן תוס' בסוגייתנו בד"ה "והוא" הסתפק האם רק בשעבוד מטלטלין אגב קרקע קיים חסרון של אסמכתא (והפתרון הוא לכתוב 'דלא כאסמכתא') או אפילו בשעבוד קרקע לחוד ג"כ יש חסרון של אסמכתא (ויהיה צורך לכתוב 'דלא כאסמכתא'). והרמב"ן בסוגייתנו כתב, שבקרקעות אין חסרון של אסמכתא כיון שעיקר שעבודו של המלוה הוא על הקרקע, ולא הלזה כי אם על מנת להיפרע מן הקרקע ובגבייתה אין חסרון של אסמכתא ורק בשעבוד המטלטלין קיים חסרון של אסמכתא וכשיטתו כתב גם בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב סימן ז'⁵¹⁰ (ועיין מאירי אות ו').

ד. הרשב"ם (אות ב') דייק וכתב ששעבוד המטלטלין אינו אסמכתא ממש אלא 'דמי לאסמכתא' (ואף הרמב"ן בסוגייתנו כתב 'דומין לאסמכתא' והריטב"א בסוגייתנו הגדיר זאת כ'אסמכתא כל דהוא'⁵¹¹ והמאירי כתב, 'אינו אסמכתא גמורה' ו'כעין אסמכתא'). ונראה שלמרות שהשעבוד הוא בלשון 'אם', אין זה ככל מקרה של אסמכתא בו מתחייב לשלם מה שאינו חייב, שהרי כאן חייב לשלם מחמת חובו

את כספו בחזרה, ונמצא שמבחינתו של המוכר, שעבוד מטלטלין 'כולו רוח'.
⁵¹⁰ מדבריהם למדנו שברבר בו יש גמירות דעת, אף שלא נעשה קנין אלא רק הלזה לו על הקרקע (לשון הרא"ש שם: "ומקרקע לא הוא אסמכתא אע"ג דהוי 'דאי', משום דעיקר ההלואה לא היתה כי אם על קרקעותיו... כאילו התפיס משכונות") אין חסרון של אסמכתא, כיון שברורה גמירות הדעת. והרי זה חידוש בגדרי אסמכתא, שבפשטות לכל השיטות אם לא היה קנין, קיים חסרון של אסמכתא, ודחוק לומר שמעות ההלואה הינם מעשה קנין לקרקע, וקצ"ע.
⁵¹¹ אמנם הריטב"א אינו מקבל את הפתרון של ניסוח "דלא כאסמכתא" – עיין לקמן אות ט'.

ועליו לפרוע מכל מה שיש לו, אלא שאם מכר את מטלטליו אי אפשר לגבות מהקונה, אבל עצם החוב קיים ולכן אין זו אסמכתא ממש.

הרמב"ן בסוגייתנו ביאר, ששעבוד נכסים יסודו בכך כל שנכסיו של האדם ערבים בעדו (ב"ב דף קעד.). ולגבי ערב קיים חסרון של אסמכתא לולי 'ההוא הנאה' (עיי' לעיל עמ' קיט), ונמצא שגם שעבוד נכסים הוא כערבות שיש בה חסרון שדומה לחסרון של אסמכתא ולכן יש להוסיף 'דלא כאסמכתא' (אולם בקרקעות אין צורך לתוספת זו, כנ"ל אות ג').

ה. למרות הדמיון בין דברי הרשב"ם והרמב"ן בביאור המקרה. נראה שיש חילוק ביניהם. הרשב"ם כתב: "דאמר ליה אם לא אפרע לך לזמן פלוני תגבה מכאן....". כלומר נוסח החיוב היה בלשון 'אם' שהוא לשון אסמכתא (כנ"ל אות ג'), ולכאורה אם לא הזכיר לשון 'אם' אין דמיון לאסמכתא ואין צורך לכתוב 'דלא כאסמכתא'⁵¹². אמנם הרמב"ן בסוגייתנו כתב:

המטלטלין דומין לאסמכתא, שאם לא יפרענו ולא ימצא הקרקעות וימצא מטלטלין שיפרע מהן, וצריך למכתב 'דלא כאסמכתא'.

מדברי הרמב"ן נראה, שעצם המציאות של גביית מטלטלין היא עצמה אסמכתא (וכן נראה לדייק משו"ת הרא"ש כלל ע"ז סימן ז', עי"ש), ולכן גם אם לא אמר הלוח במפורש שאם לא יפרע לו יוכל לגבות מהמטלטלין, הרי זו אסמכתא (ועיי' בנימוקו של המאירי לקמן). ואילו לרשב"ם אם הלוח לא נקט בלשון 'אם' אין חסרון של אסמכתא⁵¹³.

ו. בניגוד לרשב"ם והרמב"ן שביארו שהחסרון של אסמכתא בסוגייתנו הוא בגביית

⁵¹² ונראה שזו היא שיטת הראב"ן שהובאה במדרכי סימן תק"מ: "הריני משעבד לך מטלטלי אגב מקרקעי לגבות שאם לא אפרע לך ליום פלוני תגבה מהם (בכך יש חסרון של אסמכתא) אלא כתב לו סתמא הריני משעבד לך מטלטלי אגב מקרקעי לגבות מהן חובך, דהלא לאו אסמכתא היא...".

⁵¹³ אא"כ נדחה ונאמר שהרמב"ן לא פירט ואף הוא מודה שהניסוח בלשון "אם" הוא הגורם לחסרון של אסמכתא.



המטלטלין אם לא ימצאו כסף מזומן או קרקעות. המאירי בסוגייתנו מבאר את חסרון האסמכתא בדרך שונה:

שכל שהמטלטלין משתעבדין אגב קרקע... ואף כשהם נקנים אגב קרקע אין שעבודם חל אא"כ כתב לו 'דלא כאסמכתא דלא כטופסי דשטרי' אפילו נתן או מכר קרקע במוחלט הואיל ואינו מקנה המטלטלין לגמרי אלא דרך שעבוד שכל שאדם משעבד נכסיו באיזה צד הן קרקע הן מטלטלין אע"פ שאינו אסמכתא גמורה שהרי אינו מקנה אותם בשעבודו אלא לבכדי שיעור חובו מ"מ אחר שהוא משעבד נכסים שהם שוים יותר מן החוב כעין אסמכתא היא

כלומר, כיון ששעבוד הנכסים אינו רק כשווי החוב אלא כולל את כל נכסיו, הרי שהשעבוד הוא מעין 'גוזמא' ביחס לעיקר החוב, והרי זו מעין אסמכתא אבל לא אסמכתא גמורה, כיון שבפועל המלוה יגבה רק כשיעור חובו ולא יותר. ולשיטתו לכאורה גם קרקעות יש בהם חסרון של אסמכתא, שהרי גם הקרקעות ששועבדו הינם יותר מסך החוב, ולשיטתו, יתכן שגם בקרקע ללא מטלטלין יש לכתוב 'דלא כאסמכתא'⁵¹⁴ (וכפי שהעיר תוס' – לעיל אות ג')⁵¹⁵.

ז. שו"ת הרא"ש כלל ע"ב סימן ז':

⁵¹⁴ ועי"ש בסיום דבריו.

⁵¹⁵ הרמב"ן חילק בין קרקעות שבהם אין חסרון של אסמכתא ולבין מטלטלין, וכן"ל אות ג', אולם חילוקו לא יועיל למאירי, כיון שאף אם דעת המלוה על הקרקע, לא כל הקרקע תעבור לרשותו כי אם כשיעור חובו.

ומאי טעמא לא משתעבדי בלא מקרקעי, על כרחן משום דהוי אסמכתא, שאינו נותן לו לאלתר, אלא בלשון 'דאי', אם לא יפרע לו ולהכי לא משתעבדי אלא אגב מקרקעי⁵¹⁶... ומטלטלי משתעבדי אגב מקרקעי ולא הוי אסמכתא. אלא דאמר רב חסדא, שצריך לכתוב 'דלא כאסמכתא', משום דמטלטלי לחודיהו הוי אסמכתא, היכא דשעבדינהו אגב מקרקעי, משום שופרא דשטרא צריך למיכתב 'דלא כאסמכתא', אבל שיעבוד מטלטלי לחודיהו הוי אסמכתא שהמלוה אינו סמוך על המטלטלים של הלוה... אפילו כתב לו 'דלא כאסמכתא' לא מהני מידי.

בדברי הרא"ש מבואר שדברי רב חסדא אינם עיקר הדין אלא 'שופרא דשטרא'⁵¹⁷, בלבד. ונראה שלשיטתו, אף לא יכתב בשטר 'דלא כאסמכתא' אפשר לגבות מהמטלטלין, כיון שמעיקר הדין הם שועבדו אגב הקרקע. ואף שרב חסדא נקט לשון 'והוא דכתב ליה...' (אות ב') שמשמע שמדובר בחיוב גמור, הרא"ש סובר שאין לדייק מלשונו. ולשיטתו, אף בשיעבוד קרקעות לשון 'דלא כאסמכתא' יכולה להוות 'שופרא דשטרא'.

אסמכתא בשיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי / סיכום השיטות

ח. העולה מהאמור לעיל, האם יש חסרון אסמכתא בשעבוד קרקעות ומטלטלין:

- החסרון של אסמכתא בשעבוד מטלטלין איננו חסרון של אסמכתא גמורה אלא רק כעין אסמכתא (אות ד').
- בקרקעות אין חסרון של אסמכתא אפילו אם ישעבוד אותם בדרך של 'אי', כיון שעיקר השעבוד של המלוה הוא על הקרקע (רמב"ן רא"ש) אולם תוס' הסתפק שמה גם בקרקע יש חסרון של אסמכתא (אות ג' ועיין אות ו').
- לשיטת הרשב"ם החסרון של אסמכתא במטלטלין הוא כיון שנקט לשון 'אי', ולשיטת הרמב"ן והרא"ש אף ללא ניסוח של 'אי' קיים חסרון של אסמכתא

⁵¹⁶ עיין הערה 510 (בשעבוד קרקעות אין חסרון של אסמכתא למרות שלא נעשה מעשה קנין).
⁵¹⁷ 'נוי השטר' – שו"ע חו"מ סימן רט"ז סעיף א'.

כיון שגיבה מטלטלין רק אם לא יגבה מעות אות קרקעות (אות ה'). ולשיטת המאירי החסרון הוא מחמת שעבוד שערכו גבוה מערך החוב (אות ו').

- לשיטת הרא"ש, בסוגייתנו אין חסרון של אסמכתא, ומדובר רק ב'שופרא דשטרא' (אות ז').
- לשיטת הגאון שברבינו ירוחם (לקמן אות י') נראה שמדובר באסמכתא גמורה.

מתי מועיל הפתרון של כתיבת 'דלא כאסמכתא' / שיטות הסוברות שלא מועיל נוסח זה

ט. כנ"ל, הראשונים מבארים שבסוגייתנו לא מדובר באסמכתא גמורה⁵¹⁸, וזו הסיבה בגללה הנוסח של 'דלא כאסמכתא' מועיל לפתור את החסרון. וכך כתב המאירי בב"ב דף מד:

ואילו היתה אסמכתא גמורה לא היה לשון 'דלא כאסמכתא' מועיל בו כלל, שאי אפשר לאסמכתא שלא תהא אסמכתא...

כשיטתו כתב גם הריטב"א בסוגייתנו בשם הראשונים:

דבאסמכתא גמורה דקניס נפשיה במידי טפי... לא מבטלא אסמכתא משום האי לישנא, הכא דלא הויא אלא אסמכתא כל דהוא דהא סוף סוף חובו בלבד הוא גובה, סגי לסלוקי אסמכתא בהאי לישנא, זהו הפירוש המחזור שבפירושי הראשונים.

ולשיטת הרא"ש הנ"ל (אות ז') מעיקרא אין חסרון של אסמכתא, וכתיבת 'דלא כאסמכתא' היא רק לשופרא דשטרא. ועל פי שיטתו הכריע הרא"ש בתשובתו הנ"ל בכלל ע"ב סימן ז':

⁵¹⁸ עיין לקמן עמ' רכח בדיון פשרה, שאינה נחשבת אסמכתא גמורה לשיטת הקצות.

ששאלת, שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני, שיפרע כך וכך ממון לקנס וכתוב בסוף השטר 'דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטר' אם אותו קנס יגבה בבית דין.

תשובה, דע כי אסמכתא היא כל היכא דגזים. כגון, אם אוביר ולא אעביד, אשלם אלפא זוזי (בבא מציעא קד:) או אפילו לא גזים וליתא בידיה⁵¹⁹, הוי אסמכתא....

כללא דמילתא, לעולם הוי אסמכתא, עד דאיכא תרתי לטיבותא לא גזים ואיתיה בידיה⁵²⁰. ובנדון זה גזים, שקבל עליו קנס אם לא יפרע בזמנו, והוי אסמכתא. ואסמכתא לא קניא אלא בקנין מעכשיו ובב"ד חשוב כדאיתא בנדרים (כ"ז:)...

ואע"ג דכתוב בשטר 'דלא כאסמכתא' לא מהני מידי⁵²¹, דחזינן דאסמכתא היא, ומאי אהני האי דכתב 'דלא כאסמכתא'⁵²²...

י. אמנם בניגוד לשיטות הראשונים הנ"ל, רבינו ירוחם, במישרים נתיב ט"ז ח"א, דף מט ע"ג כתב בשם גאון:

שטר שכתוב בו 'דלא כאסמכתא' ויש בו אסמכתא דלא קני. כתב גאון שאם כתוב בו 'דלא כאסמכתא' גלי דעתיה דגמר ומקני.

נראה ששיטת הגאון היא, שרב חסדא (אות ב') סובר שהקנאת מטלטלין אגב קרקע, היא אסמכתא גמורה, ולגביה אמר רב חסדא שמועיל הנוסח של 'דלא

⁵¹⁹ ועיין תוס' כתובות בתחילת פרק אע"פ בדף נד: , לגבי התחייבות החתן בכתובה כשידוע שאין לו הסך שמתחייב.

⁵²⁰ עיין לעיל עמ' ג בפירוט בשיטות הראשונים בדין אסמכתא.

⁵²¹ ובאור זרוע, ב"מ סימן קפ"ח כתב ג"כ שבאסמכתא גמורה לא מועיל הנוסח 'דלא כאסמכתא'. וראיה לדבר מהגמ' בגיטין לב. שאדם שאמר על הגט שכתב: "פסול הוא, אינו גט, לא אמר כלום", כיון שהגט הוא גט כשר, אין ביכולתו לומר שהוא פסול ו"השתא לענין איסור אמרת לא אמר כלום, לענין ממונא לא כ"ש". ולכאורה ניתן לדחות ראיה זו, כיון ששם אומר על גט פסול שאיננו פסול, ואילו כאן רוצה לחייב עצמו ולגמור בדעתו שאינו חושש לחסרון של אסמכתא.

⁵²² כנ"ל שיטת הרא"ש שבסוגייתנו (שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי) אין כלל חסרון של אסמכתא, ורק 'שופרא דשטרא' הוא לכתוב 'דלא כאסמכתא'. אולם לא נתברר מה היא שיטת הרא"ש במקרה שהוא יגדיר אותו 'כעין אסמכתא' ואינו אסמכתא גמורה (כגון ערב) האם יועיל לשון 'דלא כאסמכתא', וצ"ע.

כאסמכתא' ומכאן שבכל אסמכתא תועיל לשון זו⁵²³. ובב"י חו"מ סימן ר"ז (דף פג. מהד' שירת דבורה, דף סד: במהדורות הרגילות) כתב ששיטת הרשב"ם ובעל התרומות כשיטת הגאון והוסיף שכן נראה שהסכים הרמב"ן. ובד"מ שם (מהד' שירת דבורה⁵²⁴) ס"ק ט"ז ציין לתשובת הרשב"א סימן אלף נ'. ונראה שכוונתו לומר ששיטת הרשב"א היא שלשון 'דלא כאסמכתא' מפקיעה מידי אסמכתא (עיי' לקמן עמ' רלד, עי"ש).

י. אמנם, בניגוד לראשונים הנ"ל (ובודאי בניגוד לשיטת הגאון שהובאה בדברי רבינו ירוחם), יש מהראשונים הסוברים ששטר שיש בו אסמכתא או רק דומה לאסמכתא (כנידון של הקנאת מטלטלין אגב קרקע) לא ניתן לפתור את החסרון של אסמכתא על ידי כתיבה בשטר של 'דלא כאסמכתא'. ובביאור דברי רב חסדא כתב הריטב"א:

לכך פירש מורי נר"ו בשם הרב פנחס אחיו ז"ל והוא דכתיב האי שעבודא בלשון [שאינו] באסמכתא וכגון שכתוב בו מעכשיו (ב"מ ס"ו ב') והיינו דקאמר ודלא כטופסי וכו' כלומר שלא יכתבוהו בלא מעכשיו כמו שהיו נוהגים בטופסי דשטרי...

ומיהו קשה בעיני וגם בעיני מורי הרא"ה היכי חשבינן שיעבוד מטלטלים כלם בעודם ברשותו ועוד שלא חב לעצמו ולא לאחרים אסמכתא כי לעצמו ודאי אינו חב דבלא"ה נמי אפילו מגלימא דעל כתפיה ?

⁵²³ בספר התרומות שער מ"ג, חלק א' אות ו' כתב: "ומשמע לפי פירושו (נראה שהכוונה לרס"ג או לרמב"ן), שפירש שאם ענין שטר זה הוא אסמכתא, וכתב בשטר בסופו ששטר זה דלא כאסמכתא דמי תחול הקנאה. וזה אין לו פנים...". משמע ששיטת הגאון היא, שהנוסח 'דלא כאסמכתא' יש לו משמעות מעשית והיא שהקנין יחול מעכשיו, ובהקנאה מעכשיו אין חסרון של אסמכתא. אולם מדברי הגאון שברבינו ירוחם, אין הכרח לומר שהקנין חל כבר מעכשיו.
⁵²⁴ ולא נדפס במהד' הרגילות.

ולי היה נראה דהכי קאמר והוא דכתיב האי שיעבודא דלא
 כאסמכתא שלא יקנוס עצמו לומר 'אי לא פרענא לך שתגבה מהם
 כפליים בחובך או כשער הזול' אא"כ כתיב ביה מעכשיו ושיכתבו בו
 במצותו... שיאמרו שקנו ממנו על כל זה בפירוש⁵²⁵...

כלומר רב חסדא אינו דן על כתיבת נוסח של 'דלא כאסמכתא', אלא על כתיבת
 שטר שאין בו חסרון של אסמכתא והיינו 'מעכשיו'.

פסק השו"ע / ערבות לכתובה בנוסח "דלא כאסמכתא"

יא. שו"ע חו"מ סימן קי"ג סעיף א'-ג':

ואם שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי⁵²⁶, יכול לטרוף המטלטלין
 מהלקוחות כמו שהוא טורף קרקע, אפילו מכר הקרקעות קודם
 שיקנה המטלטלים. והוא שכתב לו דלא כאסמכתא ודלא כטופסי
 דשטרי, או יכתוב שהוא משעבדם לו מעכשיו.... בזמן הזה, אפילו
 שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, אינו טורף מטלטלים שמכר או נתן,
 משום תקנת השוק...

שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ח:

⁵²⁵ עי"ש בהמשך דבריו.

⁵²⁶ שמקרה זה אינו אסמכתא גמורה, וכנ"ל, וכ"כ בביאור הגר"א שם.

שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא וכו', אין זה מוציאו מידי אסמכתא, ולא קנה⁵²⁷. (וכן נראה לדון, אע"ג דיש חולקין⁵²⁸, המוציא מחבירו עליו הראיה)⁵²⁹.

לאור הנ"ל יש לעיין בדינו של ערב בכתובה שאינו משתעבד (עמ' קכה), האם יכול להשתעבד בנוסח של 'דלא כאסמכתא'. ויסוד הספק הוא, על פי דברי הראשונים⁵³⁰ שערבות איננה אסמכתא גמורה, ועל פי סוגייתנו ודברי הראשונים הנ"ל רק באסמכתא גמורה לא מועיל הנוסח של 'דלא כאסמכתא' אבל אסמכתא שאינה גמורה הוא מועיל, וכן יש להסתפק האם ערב שאחר מתן מעות ג"כ יוכל להתחייב בדרך זו⁵³¹.

לשונות היכולים להפקיע מידי אסמכתא / מנהג

יב. ט"ז חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ח (על דברי השו"ע שבאות יא):

דלא כאסמכתא...אין זה מוציאו כו'. נראה לי דדוקא בלשון זה הוי אסמכתא, דמשמע שיש כאן אסמכתא אבל אני גמרתי והקניתי, שכן מורה כ"ף הדמיון דר"ל שאין קנין זה דומה לאסמכתא דבשאר מקומות.

⁵²⁷ עיין הערה 12.

⁵²⁸ ביאור הגר"א ס"ק ס: "... (ליקוט) דיש חולקין. וראה מב"ב מד ב' וס' ראשונה ס"ל דל"ד לשם דשם לאו אסמכתא גמורה הוא דהא ערב לאחר מתן מעות דלאו עליה סמך ואפ"ה משתעבד בקנין אף בלא ב"ד חשוב...". וברמ"א חו"מ סימן ס"א סעיף ו' כתב שלא מועיל "דלא כאסמכתא" להפקיע מידי אסמכתא.

⁵²⁹ שו"ע חו"מ סימן מ"ב סעיף י': "הרבה מהמפרשים כתבו שעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אמרינן בכל לשון מסופק, יד בעל השטר על העליונה. הגה, וכל לשון שהוא כולל יותר ליפוי כח בעל השטר וסתמא משמע כך לפי דעת השומעים דנין אותו כך אפילו ליפוי בעל השטר". ויל"ע כיצד לישב את האמור כאן עם דברי השו"ע בפנים. ועיין פת"ש שם שציין לדעות החולקות.

⁵³⁰ עיין הערה 278.

⁵³¹ ערב אחר מתן מעות אין לו 'ההוא הנאה' שההלואה נעשית בגינו – עיין הערה 278.

אבל אם כתוב בלשון זה 'ושטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא'. מהני שפיר, שמודה שלא היה שם אסמכתא כלל דהיינו שנעשה בב"ד חשוב, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ודבר זה עדיף ממי שצוה לכתוב שטר חוב דבסעיף ט"ו, כן נלע"ד ברור⁵³².

הציווי לכתוב שטר חוב נפסק ברמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו:

ואם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אע"ג דלא קנו מהני דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ואפילו לא אמר בפירוש אלא צוה לכתוב שטר חוב, מהני כאילו פירש בהדיא⁵³³ (...) ועיין לעיל סימן ס"א סעיף ה'.

אדם שמצוה לכתוב שטר חוב שכתוב בו שהקנה בבית דין חשוב, ציווי מועיל להפקיע מידי אסמכתא, כיון שיש כח בהודאה לחייב אדם גם בדבר שאינו חייב בו⁵³⁴. וסובר הט"ז, שאם התחייבות שכזו חלה, הנוסח "שטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא" - עדיף. כיון שפירוש לשון זה הוא שאין בו אסמכתא כיון שנעשה בבית דין חשוב, ולמרות שלא נעשה בבית דין חשוב, מועילה הודאתו. אולם יש לעיין מדוע נוסח זה עדיף על פני דברי הרמ"א הנ"ל, וצ"ע.

⁵³² עיין לקמן בדין פשרה בעמ' רכח. ועיין בנוסחאות שטרות שבספר נחלת שבעה ושם מוזכר הנוסח "דלא כאסמכתא", ועיין אות יג.

⁵³³ ובסמ"ע ס"ק נ"ד כתב, שכיום כל המקבל קנין בפני עדים, דעתו שיכתובו העדים בכל יפוי כח שאפשר. וא"כ לא רק מי שצוה לכתוב שטר נחשב הדבר כאילו אמר לכותבו בפני בית דין חשוב וכו', אלא גם מי שעשה מעשה קנין בפני עדים, אין בכך משום אסמכתא, והם יכולים לכתוב שנעשה באופן המועיל ונשאר בצ"ע. ונראה, שהסמ"ע נשאר בצ"ע, כיון שעל פי דרך זו בטל כלל דין אסמכתא שהן בכתיבת שטר והן בקנין בפני עדים.

אמנם יש לעיין הן לרמ"א וכן לסמ"ע, שאם צוה לכתוב שטר או אפילו בקנין בע"פ, העדים יכולים לכתוב שטר ראייה באופן שלא תהיה בו אסמכתא. אבל אם הוא עצמו חותם על שטר ובשטר יש אסמכתא ולא נכתבה בו דרך המפקיעה מידי אסמכתא, הרי זו אסמכתא. ועוד יש לעיין האם עדים שכתבו שטר ראייה, ולא ציינו שנעשה באופן המועיל להפקיע מאסמכתא, נוכל לומר שטעו שהיו צריכים לכתוב, וכאלו נכתב.

⁵³⁴ ואכמ"ל בכל גדר 'אודיתא', וכן בכל שטר שכתוב בו 'וקנינא' האם מועילה ההודאה שקנה למרות שבפועל לא קנה. ועיין קצות סימן מ' ס"ק א': "אלא ס"ל להרמב"ם דערב דהוי אסמכתא בעי קנין דוקא, וא"כ כי היכי דשטר לא מהני ליה ה"ה אודיתא לא מהני, אבל במקום דשטר מהני אודיתא לא גרע". ועיין שם בפת"ש ס"ק א' ודברי גאונים כלל ע"ח ס"ק כ"א שהאריך האם אודיתא מועילה בערבות. ועיין תוס' כתובות דף נד: ד"ה "אע"פ".

יג. בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן נ"ח כתב שאם נכתב בשטר "וחומר וחוזק שטר זה קבל עליו ראובן כחומר וכחוזק כל שטרות דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי" יועיל נוסח זה כיון:

שאפילו השטר אינו כתוב כהוגן, מ"מ אחר שהוא מקבל על הענין באותו אופן שנהגו ישראל לכתוב באופן שלא יהיה נראה אסמכתא, א"כ בודאי בהא כו"ע מודו שחייב ראובן.⁵³⁵

יד. אחרונים דנו האם מנהג/סיטומא מועיל באסמכתא.⁵³⁶ החת"ס בתשובה בחלק חו"מ סימן ס"ו (סוף אות ב') כתב שמנהג מועיל לחייב באסמכתא (ועיין פסקי בית דין רבנים, ירושלים חלק א' עמ' ס"א ואילך). ויש לעיין האם כיום שנהגו רבים לכתוב בשטרות 'דלא כאסמכתא' וסוברים שבכך ניצלים מאסמכתא (למרות שנוסח זה בפני עצמו אינו מועיל), האם יועיל הדבר למנוע חסרון אסמכתא (ולגבי כתיבת אסמכתא בשטר – עיין עמ' רלט). וכן יש לעיין במציאות בה רבים אינם בקיאים בדיני אסמכתא וסוברים שהחוב חל ולא העלו על דעתם שדין אסמכתא אמור להפקיע את חיובם, האם ג"כ מועיל וניתן לחייב לשלם למרות שעל פי עיקר הדין מדובר באסמכתא.

סיכום

יד. העולה מאמור לעיל, האם ניתן לנסח נוסח שיפקיע מידי אסמכתא:

- המשעבד מטלטלי אגב מקרקעי, נחלקו ראשונים האם זו אסמכתא גמורה או מעין אסמכתא או שכלל אין חסרון אסמכתא במקרה זה (עיין בסיכום השיטות באות ח').

⁵³⁵ ועיי"ש גם בסימן כ"ח. ועיין בספר הסכם ממון – נסוח הסכמי ממון על פי ההלכה (מאת הרב יוסף גולדברג, דיין בבית הדין הרבני בתל אביב), פרק כ' שליטת לשונות המוציאות מידי אסמכתא. כגון: "הנני מודה שקבלתי בקנין מעכשיו לפני בית דין חשוב" או אם כתבו העדים "פלוני צוה לכתוב לנו שטר טוב". וכן ציין שם לשיטת חכמי ספרד (עיין בפרק הדין בשיטתם) וכתב ששטר זה יועיל "כתקון חכמי ספרד" ג"כ יועיל, עיי"ש.

⁵³⁶ עיין אות א', ויש לעיין האם כוחו של מנהג גם לחייב באסמכתא שלא נעשה בה קנין.

- הנוסח 'דלא כאסמכתא' מועיל בדבר שאינו אסמכתא גמורה (אות ט'), ולשיטת הגאון גם באסמכתא גמורה מועיל נוסח זה (אות י') ויש הסוברים שנוסח זה אינו מועיל אפילו בדבר שאינו אסמכתא גמורה (אות י').
- הכרעת השו"ע שבאסמכתא שאינה גמורה מועיל הנוסח 'דלא כאסמכתא' אבל באסמכתא גמורה לא יועיל (אות יא).
- הט"ז חידש שנוסח "שטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא", מועיל (אות יב). והאחרונים הציעו ניסוחים נוספים (אות יג).
- עיין בעמ' רלד ואילך בתשובת הרשב"א שהציע לכתוב "דלא כאסמכתא" להפקיע אסמכתא מפשרה.
- עיין לקמן בעמ' רלט אפשרויות נוספות של ניסוחים שמונעים חסרון של אסמכתא.

אסמכתא בפשרה / לשונות שאין בהם משום אסמכתא

הקדמה / מצות הפשרה

א. אדם שבית דין חייבו אותו לשלם, אינו יכול לומר אילו הייתי יודע שיחייבו אותי לשלם לא הייתי בא לדין, כיון שיש כח ביד בית דין לכופו לבוא לדין. וגם אם הוא טוען, אילו הייתי יודע שיחייבו אותי, לא הייתי מסכים להתדיין בפני בית דין זה והייתי דורש בית דין אחד (במקרה בו אכן היתה בידו אפשרות לדרוש בית דין אחר, כגון נתבע שהסכים להתדיין במקומו של התובע למרות שעל פי דין הוא יכול לדרוש שידונו במקומו⁵³⁷), טענתו לא תתקבל, כיון שבית דין שפסק, יש מצוה לשמוע לדבריו, ואדם מחוייב לקיים מצוות ואין הדבר תלוי כלל בשיקול דעתו⁵³⁸.

אמנם, במקרה בו אדם הסכים בקנין שבית דין יוכלו להטיל פשרה בדינו⁵³⁹. יש לעיין האם יוכל לטעון טענת אסמכתא (למרות שעשה מעשה קנין), על פי כל אחת משיטות הראשונים שצויינו לעיל (עמ' ח ועיין לקמן אות ו').

⁵³⁷ רמ"א חו"מ סימן י"ד סעיף א'.

⁵³⁸ עיין הערה 544 ומי שקיבל עליו קרוב או פסול או שלשה רועי בקר שידונו אותו, שפעמים דינם אינו כדין תורה אלא על פי שיקול דעתם, לכאורה לא קיים כלפיו הציווי לשמוע בקול הדיינים שהרי אינם פוסקים כדין תורה בדוקא, ורק קבלתו היא המחייבת אותו, ועיין לקמן כדין קבלת הפשרה.

⁵³⁹ פשרה תלויה הסכמת הצדדים. ובגמ' בסנהדרין דף ו. סובר רב אשי, שפשרה אינה צריכה קנין כיון שהיא נעשית בפני שלשה. ונראה מדבריו, שפשרה הינה חלק מהמצוה לדון ועל המתדיינים מוטלת חובה לקיים את דברי הדיינים כמו בכל דין. אמנם מסקנת הגמ' היא "והלכתא פשרה צריכה קנין" (לגבי אופן ביצוע הקנין, עיין ערוה"ש חו"מ סימן י"ב סעיף ז'). ולכאורה מסקנה זו מוכיחה שפשרה איננה דין אלא הסכמה בין צדדים שמחייבת קנין. ובתוס' שם ד"ה "והלכתא" כתב שפשרה צריכה קנין ואע"פ כן צריכה שלשה שאל"כ זה יכול להיות קנין בטעות, כיון ששנים אינם בקיאים מספיק בפשרה (ועי'ש בתוס' ד"ה "וצריכה"). ותוס' לא הזכיר כלל מענין אסמכתא, אמנם עיין חידושי הרי"מ שם שנראה מדבריו שסובר שכוונת תוס' לדין אסמכתא (ויש לדקדק גם בלשון רש"י ד"ה "והלכתא").

ובמקרה בו הוטל קנס לעובר על האסמכתא, יש לעיין האם יכול אחד הצדדים לומר שישלם את הקנס ולא יקיים את הפשרה, עיין ערוה"ש סימן י"ב סעיף ט'. ועיין בספר טוב סחרה עמ' קכה. הדיון לקמן הינו על פשרה שתוטל על ידי הדיינים, ויש מקום לדון על שנים שרוצים להטיל פשרה על פי מה שיחליטו שניהם – עיין פסקי בית דין לדיני ממונות ירושלים חלק י' עמ' ר"ל ואילך.

ב. דינו של ר' יהושע בן קרחה ש'מצוה לבצוע'⁵⁴⁰ (סנהדרין דף ו:) נפסק להלכה (רמב"ם פרק כ"ב מהלכות סנהדרין הלכה ד', שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ב'). אם ננקוט שהמצוה לבצוע מוטלת על בית דין, המתדיינים עצמם שאין עליהם מצוה להתפשר, אינם מקיימים מצוה בהסכמתם להתפשר ויש מקום לדון מדין אסמכתא. אבל אם ננקוט שמצוה על הצדדים עצמם להסכים לפשרה, יתכן שאחר שעשו קנין לכו"ע לא יוכלו לטעון טענת חוסר גמירות דעת של אסמכתא, כיון שמי שקיבל על עצמו לעשות מצוה, יתכן שאין לו טענת אסמכתא, וצ"ע.

תשובות הרשב"א

ג. שו"ת הרשב"א חלק א' סימן אלף ל':

השיב עוד בפשרה שצריכין קנין. דאם לא קנו מידם אפילו נתנו כל אחד משכון ליד הפשרנים שאם יעברו דבריהם שיזכו במשכון למי שיעמוד שלא עשו כלום, שהרי אסמכתא היא דלא קניא, אלא אם כן קנו ואמרו 'דלא כאסמכתא' או מעכשו⁵⁴¹.

ולעומת זאת בשו"ת הרשב"א חלק ג' סימן ע"ו דן לגבי חזרה מפשרה, וכתב שבדיני ישראל פשרה צריכה קנין, ואין בה חסרון של אסמכתא⁵⁴²:

⁵⁴⁰ לפשר.

⁵⁴¹ תשובת הרשב"א הועתקה בב"י חו"מ סימן י"ב ושם הוסיף הב"י כציטוט לשון הרשב"א: "וכ"ש כאן שלא מסר אלא שטרי חוב ושטר אינו נקנה אלא בכתיבה ובמסירה". אולם בתשובה שלפנינו תוספת זו אינה קיימת. אמנם העתקת לשון הרשב"א בב"י יש בה לכאורה חידוש כיון שבתשובת הרשב"א כתוב: "שהרי אסמכתא היא דלא קניא אלא אם כן קנו ואמרו דלא כאסמכתא" ואילו הב"י שהעתיק את תשובת הרשב"א כתב: "אלא אם אמרו בפירוש דלא כאסמכתא". ומשמע לכאורה שאם אמרו שיהיה ללא אסמכתא מועיל אפילו ללא קנין, וכגירסתו בשו"ת הרשב"א כתב גם השו"ע בחו"מ סימן י"ב סעיף י"ט (הערה 548), וצ"ע הן בגירסא והן בעצם האפשרות להפקיע דין אסמכתא באמירה בעלמא (עיין אות ו'). ולכן נראה שברור הדבר שיש צורך בקנין כפי שכתב הרשב"א בתחילת דבריו שפשרה ללא קנין אינה מועילה, וכך פסק גם השו"ע בסימן י"ב סעיף ז', אבל לא די בקנין בפני עצמו אלא יש להוסיף "דלא כאסמכתא". ויש להעיר שלשון הב"י והשו"ע קרובה ללשון תשובת הגאונים שבאות ד', עי"ש.

⁵⁴² וכן בחלק ג' סימן ס"ג שם דן על פשרה שעשו אומני העיר, וביאר שאין חסרון של אסמכתא בפשרתם: "מכמה טעמים. חדא, משום דתלה הדבר בדעת האומני, ומקצת מגדולי רבותינו ז"ל

ושמא שמעון טועה בזה, כשהוא בא מדין אסמכתא⁵⁴³...

ואינו, דכלל גדול אתן לך, שכל אסמכתא היא כקנס ליתן מה שאינו חייב אם לא יעשה כן וכן, או יעשה כן וכן.

אבל זה אינו מצד אסמכתא, אלא שעל חזרת השטר ועל חזרת רבית יתר מן השטר הם דנין או מפשרים, כמי שיגזור ויפשר ביניהם שמעון הוא פסק, שיחזיר לו השטר ועוד מנה, ואין זו אסמכתא, אלא גזרת דין או פשרה. ואם אין אתה אומר כן, כל דין הוא אסמכתא, שבעלי הדין כך אומרים אם יחייבוני ב"ד אתן כל מה שיחייבוני וכן כל דין ופשרה, וזה דבר ברור⁵⁴⁴...

הסתירה בדברי הרשב"א לכאורה ברורה. בחלק ג' מבאר הרשב"א שבפשרה אין חסרון של אסמכתא וזאת על פי שיטתו הכללית בדיני אסמכתא (עיין עמ' רח). ולעומת זאת בתשובת הרשב"א בחלק א', נכתב במפורש שקיים חסרון של אסמכתא בפשרה, והדבר גם אינו תואם את שיטתו הכללית באסמכתא⁵⁴⁵, וצ"ע.

ד. לשונו של הרשב"א בתשובתו בחלק א' דומה מאוד ללשון תשובת הגאונים שנדפסה בשו"ת הגאונים תש"כ (מהד' מוסקוביץ), ובאוצר הגאונים לסנהדרין דף נ. :

פשרה צריכה קנין, דכל שלא קנו מידם אפילו נתנו משכונות ביד הפשרנים, לפי שהוא אסמכתא ולא קנייא אלא אם אמרו דלא כאסמכתא או מעכשיו.

אמרו, שאין אסמכתא אלא בתולה בדעת עצמו מפני שזה בוטח בעצמו וסבור לעשות מה שאמר, ולפיכך, אינו מתנה בדוקא. אבל בתולה בדעת אחרים ואומר אם תעשה כן, או אם עשה פלוני כן, או אם לא יעשה פלוני כן, אין בזה משום אסמכתא... ועוד, דכיון שנתן משכון ביד האומנין, והתנה שאם יעבור, יפרע הקנס... ולא יתנצל (אולי צ"ל: ינצל) מצד אסמכתא, אם כן בדוקא התנה... (יש לעיין האם ניתן לדייק מדבריו שכל נתינת משכון מפקיעה מדין אסמכתא).

כלומר שמא שמעון טועה וסובר שאין עליו חובה לקיים את הפשרה משום שהיא אסמכתא.⁵⁴³ עיין בדברינו באות א' שם חילקנו בין דין לפשרה, ואילו הרשב"א אינו מחלק. וצ"ע שהרי כאמור לעיל יש חילוק ברור בין דין לפשרה. ושמא הרשב"א דן על מקרה בו הנתבע לא היה חייב לבוא דוקא בפני בית דין זה שדנו אותו, וצ"ע.

אמנם גם בח"ג סימן ס"ג לא הזכיר הרשב"א את שיטתו הכללית באסמכתא, אולם מסקנת התשובה שם איננה סתירה לשיטתו באסמכתא, משא"כ בתשובה שלפנינו.⁵⁴⁵

יתכן להציע, שתשובת הרשב"א בחלק א' איננה שיטת הרשב"א עצמו אלא תשובת הגאונים שהרשב"א אמרה בשמם, אבל הוא עצמו אינו סובר כשיטתם⁵⁴⁶, אמנם צ"ע ליחס תשובה לגאונים כאשר היא מופיעה בשו"ת הרשב"א כתשובה בפני עצמה, וצ"ע.

ה. בדוחק היה ניתן לישוב, שפשרה צריכה קנין כמבואר בסוגיית הגמ' בסנהדרין דף ו.⁵⁴⁷), כדי שיתחייבו לקיים את דברי הפשוטים, ועצם הפשרה אין בה אסמכתא, כמבואר בתשובת הרשב"א בחלק ג' הנ"ל. אולם אם באים לתת משכון כדי לקיים את הפשרה, נתינת המשכון היא עצמה אסמכתא ולגביה כתב הרשב"א בחלק א' שיש חסרון של אסמכתא. אולם מפשט לשון הרשב"א בתשובתו בחלק א' לא נראה כן, וכן מסברא לא נראה לומר כך, וצ"ע.

דלא כאסמכתא / האם קיים חסרון אסמכתא בפשרה על פי השו"ע והרמ"א

ו. כפתרון לחסרון גמירות הדעת שבאסמכתא, כתב הרשב"א בתשובתו בחלק א' הנ"ל (אות ג') "אלא אם כן קנו ואמרו דלא כאסמכתא". ותמהו עליו רבים (ש"ך חו"מ סימן י"ב ס"ק כ"ו, ביאור הגר"א שם סעיף י"ב, ועוד), שהרי לשון "דלא כאסמכתא", אין בה כדי לסלק חסרון של אסמכתא, כמבואר לעיל עמ' רכה ואילך (והש"ך והגר"א נשארו בצ"ע).

אמנם יש מקום לומר ששיטת הרשב"א היא כשיטת הגאונים ורבינו ירוחם הסוברים שהלשון 'דלא כאסמכתא' יש בכוחו להפקיע מידי אסמכתא וכשיטת הגאונים ורבינו ירוחם, וכנ"ל עמ' רכז שכך ביאר הד"מ (והתומים בסימן י"ב ס"ק י' כתב כך מסברא דנפשיה).

אבל לשיטת השו"ע קיימת סתירה לכאורה, ששיטתו היא שהנוסח 'דלא

⁵⁴⁶ עוד יש להעיר, שבתחילת התשובה נכתב "השיב עוד" ויש לעיין האם לשון זו מלמדת על בעל התשובה. אמנם עי"ש בשו"ת הרשב"א תשובות רבות בנוסח זה. ואמנם בשו"ת הרשב"א קיימות תשובות שאינם לרשב"א, עיין במבוא במהד' מכוון י"ב עמ' 11.

⁵⁴⁷ עיין הערה 539.

כאסמכתא' אין בכוחו להפקיע דין אסמכתא (כנ"ל עמ' רכט) ולמרות זאת הוא עצמו פסק בשו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף י"ט⁵⁴⁸, את דברי הרשב"א שלשון 'דלא כאסמכתא' מפקיע מידי אסמכתא בפשרה, יש לעיין בטעמו.

ז. הנתיבות (סימן י"ב חידושים ס"ק י"ח, ביאורים ס"ק ח'), כתב שאין כוונת הרשב"א לומר שהצדדים יאמרו בפיהם "דלא כאסמכתא" אלא יעשו קנין באופן שאין בו חסרון של אסמכתא:

היינו שקנו מידו באופן דלית ביה משום אסמכתא.
 (ביאורים:) באופן שיועיל על פי דין שלא יהיה כאסמכתא וכן הוא הלשון בסימן ר"ז סעיף י"ז וז"ל המחבר שם 'אלא יקנה לו בסודר'⁵⁴⁹
 דלא כאסמכתא' והיינו גם כנזכר לעיל והכא נמי כוונתו כן, או שיאמר 'מעכשיו' דמהני גם כן...".

ח. אמנם פשט לשון הרשב"א "אא"כ קנו ואמרו דלא כאסמכתא" לכאורה מלמד שהצדדים אמרו בפיהם במפורש "דלא כאסמכתא", ולא כדברי הנתיבות. ולפיכך כתב הקצות בס"ק ג':

...דחכא דלא הוי אסמכתא גמורה מהני לישנא דלא כאסמכתא
 דסמך דעתיה עליה, וא"כ בפשרה דמהני קנין וע"כ לאו אסמכתא
 גמורה⁵⁵⁰ ומשום הכי מהני אמירתו דלא כאסמכתא וזה ברור⁵⁵¹.

הקצות כתב שפשרה אינה 'אסמכתא גמורה'. אולם לא ביאר מה טעם הדבר. יתכן להציע, שכיון שבפשרה יש צד של מצוה היא איננה מוגדרת אסמכתא גמורה (עיין אות ב'). ועוד, שלצדדים עצמם יש רווח מכך שהדיינים מטילים פשרה

⁵⁴⁸ לשון השו"ע: "פשרה בלא קנין, ונתנו משכון ביד הפשרנים, אינו כלום אא"כ אמרו דלא כאסמכתא או מעכשיו. ואם היה המשכון שטר חוב, אינו כלום" – ועיין הערה 541 לגבי לשון הב"י והשו"ע לעומת לשון הרשב"א.

⁵⁴⁹ וקנין סודר חל מעתה כיון שאח"כ חוזר לבעליו. ונמצא שקנין סודר כמוהו כקנין אחר שאומרים בו במפורש "מעכשיו".

⁵⁵⁰ באסמכתא גמורה לא מועיל קנין, ורק באסמכתא שאינה גמורה מועיל קנין.

⁵⁵¹ וכדבריו בשו"ת דברי חיים ליקוטים והשמטות סימן ל"ו.

שהרי הפשרה תביא לשלום בין הצדדים, וכן תחסוך להם זמן וכסף של דיונים והבאת מומחים וכו', ומעין שיטת ר"ת בעמ' קז.

ט. אמנם יש לעיין, האם על פי השו"ע עצמו (שכתב שבפשרה קיים חסרון של אסמכתא, כשיטת הרשב"א בתשובתו בחלק א' הנ"ל) בשיטתו בהגדרת אסמכתא קיים חסרון של אסמכתא בפשרה. השו"ע בדין אסמכתא נקט כשיטת הרמב"ם כמבואר לעיל בעמ' קעט ואילך. ולשיטתו אם הקנין חל עתה אין חסרון של אסמכתא (ועי"ש בדיון לגבי קנין שנעשה עתה ויחול כעבור זמן). ומכאן שאף בפשרה אם הקנין יחול עתה אין חסרון של אסמכתא. וא"כ יש לעיין מדוע השו"ע חושש לאסמכתא במקרה זה. אמנם אם ננקוט שהקנין על הפשרה לא חל עתה אלא יחול אחר שהדיינים יכריעו, הדבר תלוי בספק האם במקרה שקנין חל כעבור זמן הרמב"ם והשו"ע חוששים לאסמכתא⁵⁵², וצ"ע.

י. הרמ"א בחו"מ סימן י"ב סעיף י"ט לא העיר על דברי השו"ע שהעתיק את תשובת הרשב"א בחלק א' להלכה, ונמצא שמודה לו שקיים חסרון של אסמכתא בפשרה, וכתיבת 'דלא כאסמכתא' מועילה. והרמ"א בחו"מ סימן ר"ז סעיף י"ג העתיק את שיטת ר"י (עיין עמ' קה⁵⁵³). ולשיטתו יש לומר שבפשרה יש חסרון של אסמכתא, כיון שאינה תלויה בו ומסתבר שהוא סומך על כך שיוכל לשכנע את הפשרנים לטובתו, וקצ"ע⁵⁵⁴.

יא. הרמ"א בחו"מ סימן י"ב סעיף ז' וכן השו"ע שם בסעיף י"ג כתבו שאם כתבו שטר והתחייבו הצדדים לקיים את פשרת הדיינים, חיובם קיים ואינם צריכים לעשות קנין. וכתב הסמ"ע בס"ק י"ח שיכתבו בשטר עד סך כך וכך כפי אשר יאמרו הפשרנים. ועל פי הקצות (אות ח') יתכן שטעם הדבר הוא שפשרה אינה נחשבת אסמכתא גמורה. אמנם יש שפקפקו ששטר אינו מועיל באופן זה (עיין נתיבות

⁵⁵² ודחוק לומר, שמכאן נוכיח שלשו"ע קיים חסרון של אסמכתא אם הקנין אינו חל עתה, ולכן יש צורך לומר "דלא כאסמכתא".

⁵⁵³ וציין גם לשיטת ר"ת, ועיין אות ח'.

⁵⁵⁴ ויל"ע האם פשרה דומה למשחק בקוביא שאינו יודע כלל מה תהיה התוצאה או למפריחי יונים שכל אחד סובר שינצח.

חידושים ס"ק י"ב, ואולי חששו שזו אסמכתא גמורה, ובערוה"ש סעיף ז' כתב שיכתוב בו שהוא חייב לפלוני כך וכך ללא תנאי, עי"ש⁵⁵⁵.

יב. ונראה שאף אם ננקוט שפשרה היא אסמכתא גמורה, ולא מועיל בה הנוסח של 'דלא כאסמכתא', ניתן לנסח באופן המועיל, וכהצעת הט"ז לעיל בעמ' רל, עי"ש שיאמר שהכל נעשה באופן ובענין שאין בו אסמכתא⁵⁵⁶.

וכן קיימת אפשרות לכתוב בשטר 'רגיל' את הנוסח: "וקנינא מיניה כחומר כל כל תנאים" או "כתנאי בני גד ובני ראובן" (רמ"א חו"מ סימן רמ"א סעיף י"ב, ואבהע"ז סימן ל"ח סעיף ג')⁵⁵⁷, ונוסח זה מועיל לא רק לפשרה אלא גם לשאר סוגי אסמכתא.

סיכום

יג. העולה מהאמור לעיל:

- קיימת סתירה בין תשובות הרשב"א האם יש קיים חסרון של אסמכתא בפשרה (אות ג'), וצ"ע כיצד לישב קושי זה (אות ד'-ה'). ועוד שעל פי שיטת הרשב"א הכללית באסמכתא, פשרה איננה אסמכתא (אות ג'),
- כשיטת הרשב"א שקיים חסרון של אסמכתא בפשרה, נכתב כבר בתשובות הגאונים (אות ד').
- הרשב"א כתב שכדי להתגבר על אסמכתא בפשרה יכולים לקנות ולומר "דלא כאסמכתא" וטעם הדבר הוא כי לשיטתו לשון זו בכוחה להתגבר על חסרון האסמכתא (אות ו'), ולשיטות שאין די בלשון זו כדי להפקיע דין אסמכתא י"ל שאין כוונת הרשב"א לדיבור בלבד (אות ז'), או שאין זו אסמכתא גמורה ולכן די בלשון זו (אות ח').

⁵⁵⁵ ועיין נחלת שבעה, שטרי בירוין שטר כ"ד ומש"כ על נוסח השטר. ויש לעיין האם כל אסמכתא שתיכתב בשטר יסור ממנה חסרון אסמכתא, וצ"ע.

⁵⁵⁶ וקצ"ע מדוע הט"ז לא העיר על כך גם כאן.

⁵⁵⁷ עיין הערה 12.

- אף שהשו"ע העתיק את תשובת הרשב"א שבפשרה יש אסמכתא והפתרון הוא "דלא כאסמכתא", צ"ע מדוע לשיטת השו"ע פשרה הינה אסמכתא, אמנם לרמ"א הדברים מיושבים (אות ט'-י').
- בכתיבת שטר ניתן למנוע אסמכתא בפשרה (אות יא) וכן אם אמר שהכל נעשה 'בענין שאין בו אסמכתא' או 'כחומר כל תנאים' (אות יב).

מנהג חכמי ספרד באסמכתא

מנהגם של חכמי ספרד להפקעת אסמכתא

א. רמב"ם פרק י"א מהלכות מכירה הלכה י"ח⁵⁵⁸:

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא, כך היו עושין, קונין
מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין⁵⁵⁹.
ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה
כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו⁵⁶⁰, ואם לא יהיה או לא יעשה
הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו⁵⁶¹.
ועל דרך זו היינו עושין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשדוכין ובכל
הדברים הדומין להם⁵⁶².

⁵⁵⁸ ובעקבותיו בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז, אבהע"ז סימן נ' סעיף ו' (לגבי שידוכים).
⁵⁵⁹ חיוב בלא תנאי חל אפילו שידוע שלא היה חייב לו, כמפורש שם ברמב"ם הלכה טו.
ובפשטות, דיבורו חל ללא קנין אם אמר זאת בפני עדים. אמנם הש"ך בסימן ס' ס"ק ט"ו העיר
לסתירה לכאורה בדעת השו"ע האם חייב קנין או לא, עיי"ש.
⁵⁶⁰ על פי השיטה שבמחילה אין חסרון של אסמכתא, עיין לעיל במחלוקת בעמ' קל ששיטת
הרמב"ם שבמחילה אין חסרון של אסמכתא ואילו רש"י והראב"ד חולקים. והשו"ע פסק
כראב"ד, ובדעת הרמ"א נחלקו אחרונים, עיי"ש, ושם כתבנו שניתן להביא ראיה שהרמ"א סובר
שאין אסמכתא במחילה, מכך שנקט את שיטת חכמי ספרד להלכה בחו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז.
ומ"מ אם ימחול באחד האופנים בהם ניתן לסלק חשש אסמכתא ודאי יועיל.
⁵⁶¹ דוגמא לדבר: בעל מלאכה רוצה לקבל עבודה אצל מעסיק. המעסיק רוצה להיות בטוח שבעל
המלאכה יתחיל את המלאכה בתאריך מוסכם, ויסיים אותה בתאריך מוסכם וכדו'. על פי חכמי
ספרד הדרך היא שבעל המלאכה יחייב עצמו בלא תנאי בסכום גבוה, והמעסיק יתחייב כנגדו
שאם בעל המלאכה יבצע את מלאכתו בזמן, הוא מוחל לו את החוב או חלקו, וכל כיוצא בזה.
⁵⁶² מפרשי הרמב"ם דנו מדוע חכמי ספרד נזקקו לדרך זו ולא נקטו כאחת הדרכים האחרות
שמועילות באסמכתא (וכן דנו האם נסיק מכאן שמחילה צריכה קנין או שרק כיון שמדובר
במחילה על תנאי יש צורך בקנין). עיין מ"מ, כס"מ לח"מ, משל"מ (שחידש שבדרך זו יתחייב אף
באונס, עיי"ש), שו"ת מהריט"ץ סימן ק', ועוד, וכן במפרשי השו"ע בחו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז.
עוד יש לדון כאילו שיטה משיטות הראשונים שדנו בהם לעיל סוברים חכמים ספרד, שהרי יש
מקום לומר שלא לכל השיטות קיים חסרון של אסמכתא במקרים אלו (עיין בשיטות הראשונים
שבתחילת הדברים). ועיין בסמ"ע ס"ק מ"ה ובערוה"ש סעיף מ"ז, שנהגו כך לרווחא דמילתא
שלא יראה כלל כאסמכתא, אף שקיימות דרכים אחרות כגון להקנות מעכשיו. ויל"ע שהרי מחילה
באסמכתא אף היא תלויה במחלוקת הראשונים (במבארו בפרק הדין על מחילה באסמכתא) ונמצא
שאף חכמי ספרד לא יצאו מידי מחלוקת, וקצ"ע.

הפתרון של חכמי ספרד יש לעיין בו. שהרי יתכן מצב שהראשון יקיים את חלקו להתחייב מאה מנה ללא תנאי, ואילו הצד שכנגד יתחמק ולא ימלא את חובתו למחול אם יארע כך וכך, ונמצא שהראשון יהיה חייב לשלם את חובו אפילו אם יארע המקרה שבגינו הצד שכנגד היה אמור למחול בו על חובו. ואם ננקוט כך, אף אדם לא יסכים להתחייב בדרך זו. ואם נאמר שבמקרה זה בטלה ההתחייבות של הראשון, נמצא שהתחייבותו היא התחייבות בתנאי (שתנאי הוא שהצד שכנגד ימחול אם יארע כך וכך), והרווח שרצו חכמי ספרד להרוויח, שלא תהיה התחייבות בתנאי, לא הועילה כלום, והיא גופא תהיה אסמכתא שאינה קונה⁵⁶³, לקמן ננסה לענות על שאלה זו.

נאנס ולא קיים

ב. תנאי שיש בו אסמכתא והצדדים עשו קנין בבית דין חשוב, בטלה האסמכתא וקונה. ולכן ראובן שפרע מקצת חובו לשמעון אמר שאם לא יבוא ויפרע את יתרת חובו עד יום פלוני יוכל שמעון לגבות את סך החוב כולו (כאילו לא פרע לו חלקו מעיקרא), וקנו על כך בבית דין חשוב, אין בכך חסרון של אסמכתא. אולם אם ראובן לא קיים את חיובו מחמת אונס הוא פטור מלשלם (שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו).

ומכאן יש לעיין בנידון של חכמי ספרד. ראובן התחייב ללא תנאי, ושמעון התחייב כנגדו שאם ראובן יעשה כך וכך, הוא מוחל לראובן את חובו. ולבסוף ראובן נאנס ולא עשה את שהיה צריך לעשות. האם קיימת עליו חובה לשלם, שהרי החוב כבר מוטל עליו ללא סייג, וכיון שלא עשה את המוטל עליו החוב

⁵⁶³ לכאורה קיים פתרון פשוט יותר, והוא על דרך שטר חצי זכר (עיין ירושת משפט, הוצאת בית ועד לתורה, עמ' 375 ואילך). שבמקום התחייבות של שני הצדדים יאמר האחד שאני חייב לפלוני כסף והיה תנאי בין שנינו שאם אעשה לו כך וכך, אהיה פטור מלשלם (או שהוא מוחל לי). ודרך זו כתב הר"י מייגא"ש בחשובה בסימן צ"ז: "ויאמר כך יש לפלוני אצלי כך וכך לא אפטור ממנו אלא בתנאי כך וכך או לפלוני אצלי כך וכך על תנאי שיעשה דבר כך וכך לפי שעל תנאי זה היה החוב מעיקרו זו היא הדרך הישרה בזה. ואמנם אם הקדים התנאי ואמר אם עשה פלוני כך וכך יש לו אצלי כך וכך היא אסמכתא". ויש לעיין מדוע חכמי ספרד שמוזכרים ברמב"ם לא נהגו בדרך זו. ועל פי דברי ערוה"ש שבהערה 563 נראה לומר שרצו למנוע מראית עין של אסמכתא. אמנם בשטח"ז לא חששו לכך, וקצ"ע.

אינו נמחל. הנתיבות בחו"מ סימן ר"ז בביאורים ס"ק י"ט כתב:

והנה אם נאנס בקיום התנאי יש לספק לפי תיקון חכמי ספרד, די"ל דחייב אפילו נאנס, כיון דהמחייב התחייב עצמו בלי תנאי רק שהמוחל מחל על תנאי, יש לומר דאונסא רחמנא חייביה לא אמרינן⁵⁶⁴, או יש לומר כיון שידוע שלא נעשה תיקון זה רק להוציא מדין אסמכתא הוי כאונסא רחמנא פטריה⁵⁶⁵. אח"כ מצאתי במשנה למלך פ"א מהלכות מכירה [הי"ח] שכתב דבכה"ג חייב אפילו נאנס בקיום התנאי.

היה מקום לומר, שהספק שהעלנו באות א' (לגבי מי שלא קיים את תנאו ללא נימוק של אונס) תלוי במחלוקת בדין האונס. אם ננקוט שהאונס (בנידון של חכמי ספרד) פטור מלשלם, אף בנידון שלפנינו יש לפוטרו שהרי אי ההתחייבות של השני הינה 'אונס' מבחינתו של הראשון שחייב עצמו. אבל אם ננקוט שחייב אף באונס, יש מקום לחייבו בנידון בו השני לא קיים את חיובו, שהרי חייב עצמו ללא תנאי, ואין לו במה לפטור את עצמו.

אולם לכאורה נראה לחלק ולומר שאין ראייה מוחלטת מדין האונס. שבמקרה של אונס, הוא קיבל על עצמו התחייבות ללא תנאי, ובהתחייבות כלול כל מקרה, אבל על אי קיום ההתחייבות של הצד שכנגדו ללא נימוק של אונס, הוא יכול לומר שעל דעת כך שחבירו מרצונו לא יקיים את חלקו, הוא לא היה מתחייב.

⁵⁶⁴ פירוש אף שאונס רחמנא פטריה, אבל גם אם הוא פטור מאי העשיה, סו"ס אין לו את מעלת העשיה. ועיין שטמ"ק כתובות דף ב' שאם המקדש חלה ואינו יכול לשאתה, אף אם אין טענה כלפיו כיון שהוא אנוס, סו"ס המציאות של הנישואין לא חלה, עי"ש (ועיין ש"ך סימן כ"א ס"ק ג', קצות שם ס"ק א' ובמאמרו של הרב עמיאל זצ"ל באזכרה ב' עמ' קצא). ובנידון שלפנינו, אף שהוא אנוס, סו"ס אי אפשר לומר שקיים את תנאו וא"כ חיובו קיים כפי שקיבל על עצמו מעיקרא ועליו לשלם.

⁵⁶⁵ כיון שאילו לא היה חסרון של אסמכתא היה מחייב עצמו באופן של "אם לא אעשה אשלם..." ובאופן זה אין לחייבו באונס, ואף בנידון של חכמי ספרד שהכל נעשה כדי להפקיע מאסמכתא לא יהיה דינו חמור מיסוד דין אסמכתא.

גט מעושה ואסמכתא

ג. גט נפסל אם נעשה בכפיה ולכן גט המעושה פסול (עיי' שו"ע אבהע"ז סימן קל"ד). ובספר תורת גיטין (סימן קל"ד סעיף ד' ד"ה "שם קנסות") כתב:

והנה להמחמירין בקנסות וסוברין שאף בקנסות הוי גט מעושה, אי אפשר לעשות תקנה כשעושין פשר בין איש ואשה שיקנוס עצמו שיעשה הגירושין⁵⁶⁶. ואפילו לעשות באופן המבואר בחו"מ סימן ר"ז גבי אסמכתא בדרך שעושין חכמי ספרד המבואר שם, דהיינו שהבעל יתחייב עצמו נגד אשתו או נגד אחר באלף זהובים אפילו אם לא יגרש והאשה או אחר יתחייבו נגדו שאם יגרש יפטר והוה מהחוב הנ"ל. וכשפוטרינן אותו מחובו שיגרש ודאי לא הוי גט מעושה... דשאני הכא גבי פשר, כיון ששני הקנינים מהאיש והאשה היה במעמד אחד כשעוסקין באותו ענין ובודאי אם האשה לא תרצה לקבל קנין סודר שתפטור אותו מחובו כשיגרשנה, הבעל יחזור בו מהקנין שלו, דכשעוסקין באותו ענין יכול לחזוק מהקנין סודר כמבואר בחו"מ סימן קצ"ה⁵⁶⁷, הרי תלוי הקנס בגירושין.

מוכח מדברי התורת גיטין, שלמרות שהבעל יכול לחזור בו (אם הם עסוקים באותו ענין), אין ביכולת החזרה פגם ביחס לתיקון חכמי ספרד, ורק ביחס לגט מעושה יש בכך פסול, שאם לא נאמר כן, בטל תיקון חכמי ספרד. ואף שיש לעיין מה הוא טעם החילוק, מוכח מדבריו שיכולת החזרה בעקבות אי ההתחייבות של הצד שכנגד, איננה מהווה פגם מחמת דיני אסמכתא, כך הוכיח הגר"נ גולדברג שליט"א⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ כלומר, קונס עצמו שאם לא יתן הגט יתחייב לשלם.

⁵⁶⁷ סעיף ו', ודוקא בקנין סודר אבל בשאר קנינים, יכול לחזור רק תוכ"ד דיבור, עי"ש בסעיף ד', ובמפרשים בטעם הדין.

⁵⁶⁸ עיי' ספר היובל לגר"ד סולובייצ'יק, חלק א' עמ' רל"ד במאמרו של הרב יהודה דיק ובהערה שם, ובחוות בנימין חלק א' סו"ס קי"א.

ד. ובביאור שיטת התורת גיטין נראה, שישנם ביטולי מקח שאין בהם חסרון אסמכתא לכו"ע. וכפי שחילק תוס' במסכת קידושין דף נ. ד"ה "דברים":

ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עבד. וגם יש דברים דאפילו גלוי מילתא לא בעי כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה⁵⁶⁹ וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו, וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישאל.

ובמקרים שנקט תוס' אין צריך למשפטי התנאים ודי בגילוי מילתא ואפילו ללא גילוי מילתא ישנם מקרים שהמתנה או המקח בטלים⁵⁷⁰, ובודאי שאין בהם חסרון של אסמכתא, וטעם הדבר הוא שבדברים ברורים ומפורסמים הדין נותן שהמקח יתבטל, והדין גם נותן שלא נעצור את כל חיי המסחר בגלל מקרים חריגים אלו.

ומכאן שהוא הדין בנידון שלפנינו, שאם הצד שכנגד לא התחייב, הראשון יהיה פטור מלקיים את חיובו, למרות שהתחייב ללא תנאי, שלא גרע מהמקרה של נותן נכסיו במתנה לאחרים והתברר שיש לו בן. והגרז"נ גולדברג שליט"א הוסיף, שניתן להגדיר מקרה זה כמקח טעות.

סיכום

ז. העולה מהאמור לעיל:

- חכמי ספרד הנהיגו שבמקרה של אסמכתא צד אחד יתחייב ללא תנאי, והצד

⁵⁶⁹ כיון שברור שלא התכוון לתת נכסיו לאחרים אם היה יודע שבנו בחיים.

⁵⁷⁰ אכמ"ל האם יש לחלק בין מתנה למכירה.

שכנגד יתחייב שהוא מוחל אם יארע כך וכך (אות א')⁵⁷¹.

- אם הראשון התחייב והצד שכנגד לא קיים את חיובו, נראה שהראשון פטור מחובו, כיון שדומה לאונס, אולם אין זו ראייה מוחלטת (אות ב').
- מדבריו התורת גיטין מוכח שיכול לחזור בו, ויכולת זו עצמה אין בה חסרון של אסמכתא ולא ביאר את טעמו (אות ג').
- נראה לבאר שטעם הדבר הוא, שדברים בסיסיים שביסוד ההתחייבות אין בהם חסרון של אסמכתא לכולי עלמא (אות ד').

⁵⁷¹ עיין הערה 560 לגבי שיטת הרמ"א.

אסמכתא בנדרי מצוה (ובנדר בשעת צרה)

הקדמה / נדר לקיים מצוה נדר / בשעת צרה / התרת הנדר

א. אף שתורה מאפשרת שבועות ונדרים. הטוב ביותר הוא שלא להישבע ולא לידור כלל (עיין רמב"ם פרק י"ב משבועות הלכה י"ב). אמנם יעקב אבינו נדר בציאתו לחורן (כמפורש בתחילת פש' ויצא - לקמן אות ג') ובשעה שמלך ערד יצא למלחמה לקראת ישראל נשבעו ישראל שאם הקב"ה יתן את העם הזה בידיהם, יחרימו את עריהם וה' שמע בקולם ונתן את הכנעני בידם (במדבר תחילת פרק כ"א – לקמן אות ג'). אולם כיון שמדובר בעת צרה, יש הסוברים שבשעת צרה מצוה לנדור, ויעקב ובני ישראל היו בעת צרה (עין שו"ת מהר"ם מינץ סימן ע"ט), והב"י בסימן ר"ג (והשו"ע בסעיף ה') כתב בשם תוס' בתחילת מסכת חולין, שבשעת צרה מותר לידור⁵⁷². אמנם יש הסוברים שאף בעת צרה אין לידור (עיין שו"ת חת"ס יו"ד סימן י', ברכי יוסף על גליון השו"ע, יו"ד סימן רכ"ח סעיף ה').

נדרי מצוה (שלא בשעת צרה) אף הם אינם רצויים, ולכן פסק השו"ע ביו"ד סימן ר"ג סעיף ד':

צריך לזהר שלא לידור שום דבר, ואפילו צדקה אין אין טוב לידור אלא אם ישנו בידו יתן, ואם לאו לא ידור עד שיהיה לו⁵⁷³. אם פוסקים צדקה וצריך לפסוק עמנם יאמר בלא נדר.

⁵⁷² אמנם, הנדר צריך להיות לשם שמים, אבל כתב בשו"ת הרלב"ח סימן ג' שמי שנדר בשעת חוליו ש"רביע גופו לאדונו שמואל" נראה מלשונו שלא היתה כוונתו להקדיש את ערכו לגבוה אלא "למד מדרכי האומות ונהג כמנהגם שבשעת צרתם נודרים גופם ונותנים אותם לקדושים שלהם... ואם זאת היתה כוונתו אין בדבריו ממש", ע"ש.

⁵⁷³ צ"ע, מדוע כשיש לו ידור, והרי עדיף שיתן לעניים ללא שידור מקודם. ובנדרי תענית, יש לומר שאם לא ידור לא יהיה לו גדר הלכתי של תענית, אלא הוא יהיה כמי שלא אכל מספר שעות, ולכן יש מעלה בקבלת תענית מראש, ואכמ"ל.

ומי שנודר נדר כיון שהוא חושש שמא יתרשל מלקיים מצוה או שיכשל בעבירה, הנדר רצוי, ואע"פ כן לא ירבה בנדרים (שו"ע שם, סעיף ו'–ז').

מסתבר שהנדר רצוי בעת צרה (על פי השיטות הנ"ל), כיון שאדם הנמצא בצרה זקוק לזכויות שיסייעו לו להינצל מצרתו, וכיון שהוא נדר לקיים מצוה, הזכות של הרצון לקיים מצוה, תעמוד לו כבר עתה, וכאשר יוכל, יקיים את המצוה בפועל. אמנם, על פי דברינו, אם האדם נמצא בעת צרה, ונודר נדר שיכול לקיימו כבר עתה (קודם שנשוע מהצרה), יש לעיין האם יש מצוה בנדרו, שהרי אם ברצונו לקיים מצוה יקיימה כבר עתה ולא ישהה אותה אחר שיושע מצרתו. ומכל מקום נדרים שאין בהם צד של מצוה, הרי הם ככל הנדרים, ואין מצוה לידור אותם בעת צרה.⁵⁷⁴

ב. בשו"ת בנימין זאב סימן רס"ו כתב, שאין להתיר נדר שנדר אדם בשעת צרה, כיון שעל פי דין מי שנדר נדר הנוגע לחבירו, אין להתירו כי אם מדעת חבירו.⁵⁷⁵ ומי שנדר של מצוה, הרי שנדר לדעת הקב"ה, ולקב"ה לא ניחא שלא יקיים את המצוה. אולם אם הנודר לא יוכל לעמוד בנדרו או שהוא אנוס או שיהיה דבר מצוה שכך שיתירו את הנדר⁵⁷⁶, יכולים בית דין להתירו, שהרי אף הקב"ה רוצה

⁵⁷⁴ הש"ך ביו"ד סימן רכ"ח ס"ק ק"ח כתב (בשם שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רנ"ד), שמי שבעת חוליו נדר שלא לאכול גבינה מפני שרעה היא לחוליו, ועתה הוא מתחרט, אין להתיר לו את נדרו, כיון שאינו מתחרט מעיקרא, שהרי בשעה שנדר היה זקוק לאסור על עצמו את הגבינה (וצ"ע שהרי היה יכול שלא לאכול גבינה בלי נדר, ושמא ידע שלא יעמוד בכך אם לא ידור). והסיק מדבריו בד"מ, שלולי זאת היה אפשרי להתיר את נדרו, למרות שנדר בעת צרה, ותמוה כיון דסוגיא דעלמא שאין להתיר נדר שנדר בעת צרה כי אם לצורך מצוה (עיין לקמן באות ב') והש"ך תמה עליו שהרי אין זה נדר של מצוה וא"כ ודאי שיש דרך להתירו. וכתב עליו בשו"ת חת"ס יו"ד סימן י', שודאי שיש מצוה בדבר שהרי היה לו לשמור על נפשו, וכיון שידע שלולי הנדר לא היה יכול לעמוד בכך, הרי זה ככל נדרי מצוה שנודרים בשעת צרה.

⁵⁷⁵ עיין מחלוקת השו"ע והרמ"א ביו"ד סימן רכ"ח סעיף כ'. ומדברי הבנימין זאב נראה שאם נדר שאם ינצל מצוה יעשה כך וכך אין להתיר לו. ואם בשעת צרה נדר שיעשה דבר מצוה כלשהי כבר מעתה (ולא תלה את קיום המצוה בישועתו מהצרה), ג"כ אין להתיר לו שהרי הקב"ה רוצה בקיום מצוה בכל מקרה.

⁵⁷⁶ בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח סעיף ל"ו פסק: "מי שנדר לעלות לארץ ישראל יש לו התרה כשאר נדרים" וביאר הש"ך בס"ק צ"ז, שאם אשתו אינה רוצה ללכת עימו אפילו נדר על דעת רבים ובעת צרה, יש לו התרה במצוה רבה כזו" (ויל"ע מדוע אינו יכול לכפותה). ובפת"ש ס"ק ב' כתב בשם הרשב"ש שניתן להתיר את נדרו, כיון שהמצוה אינה לעלות לארץ ישראל אלא הדירה בארץ ישראל (וירשם אותה וישבתם בה), והעליה היא רק 'מכשירי מצוה' וניתן להתירה, אבל אם נשבע לדור בארץ ישראל אין להתיר לו.

בהתרתו במציאות שכזו, וכשיטתו פסק הרמ"א ביו"ד סימן רכ"ח סעיף מ"ה. ונראה להוסיף, שמי שנדר וקיבל את 'התמורה' קשה יותר להתיר את נדרו, כיון שקיבל את התמורה על סמך זאת שיקיים את נדרו.⁵⁷⁷

ובשאר נדרי ושבועות של מצוה, פסק השו"ע ביו"ד סימן ר"ג סעיף ג' שנדרי הקדש יש לקיימן ואין להישאל עליהם אלא מדוחק (ובסימן רכ"ח סעיף מ"ב, פסק השו"ע שנדרי צדקה או תענית יש להם היתר ע"י פתח וחרטה).

נדריים ושבועות האם יש בהם חסרון של אסמכתא על פי שיטות הראשונים באסמכתא

ג. ⁵⁷⁸ אדם שנשבע או נדר שאם הקב"ה יציל אותו מצרה יקיים מצוה (או דבר רשות). יש לדון האם יש בנדרו חסרון של אסמכתא, ונאמר שלא היה גמר בליבו לקיים את דברו. לקמן נדון על פי שיטות הראשונים בדין אסמכתא, בהנחה שמי שנודר בעת צרה ותולה את הצלתו בקב"ה נחשב כמי שתולה את ההצלה לא במעשיו אלא במעשי הקב"ה⁵⁷⁹, וכן על פי ההנחה (שיש מקום לדון בה – עיין

ובשלטי גיבורים, בתחילת פרק ג' מסכת שבועות דף ז מדפי הרי"ף האריך שנדרי צרה שאין להתירם הם רק נדרי מצוה, וכתב על פי זה: "מי שהיה בצרה ונדר להקב"ה שאם יצליחו שילך לארץ ישראל וישוב מיד חוצה לארץ לביתו" אין בנדרו מצוה, ולא רק בגלל ששוב חוזר לחו"ל, אלא כיון שביקור בארץ ישראל אין בו מצוה שהרי "אין מצוה ללכת לא" ע"מ לשוב ואפילו למ"ד דהאינא מצוה ללכת לארץ ישראל היינו דוקא על מנת לדור, אבל ההליכה ע"מ לצאת אין בה מצוה דכי היכי דהציאה על מנת לשוב אינה עבירה כן ההליכה ע"מ לשוב אינה מצוה מצוה שעיקר ההליכה והציאה תלוי בדירה... מי ביקש זאת מידי רמוס חצירו...". (ולשיטתו יציאה לחו"ל לטיול למי שדירתו בארץ ישראל, אין בה איסור, ואכמ"ל). ועיין גם שו"ת מהרי"ט יו"ד סימן כ"ח שכתב: "ומשמע לי שטעמו של הרא"ש בתשובה זו שהשוה נדר זה כשאר נדרי הרשות היינו משום דנדר זה שנדר לעלות אין בו מצוה שאין עיקר המצוה בעליה אלא בישיבה והדירה שמה כמו שהביא הרמב"ן ז"ל אבל מי שעולה לראותה ע"ד לחזור לא מצינו בזה מצוה מפורסמת. ואפילו תימא שזכות הוא לו ממה שאמרו כל המהלך ד' אמות בא"י מובטח לו שהוא בן העולם הבא דכתיב 'ורוח להולכים בה' מ"מ מצות עשה ליכא ועוד ההיא מתפרשה בנקבר שם אלא שלא הספיק לדור ולישב בה".

⁵⁷⁷ כגון מי שעלה לתורה ונדר שיתן כך וכך לקופת בית הכנסת, חייב לקיים נדרו שהרי כבר קיבל את תמורתו (אולם מסתבר שהקהל יכולים לומר שהם מוחלים או שידור שקיבלו), ואכמ"ל.

⁵⁷⁸ עיין הערה 98.

⁵⁷⁹ אחד החילוקים בדין אסמכתא הוא האם הדבר תלוי בו או באחרים (עיין בפנים לקמן). ויש לעיין האם מי שנודר שאם הקב"ה יצליחו מצוה יקיים מצוה כלשהי נחשב כתולה באחרים, כאשר בסופו של דבר הוא עצמו אינו יושב דומם, אלא עושה מעשים כדי להינצל, כגון ישראל שנדרו שאם הקב"ה יתן בידם את עמו של מלך ערד יחרימו את עריו (במדבר כא, לקמן אות ו'), שישראל יצאו למלחמה ונלחמו, כך שהדבר תלוי גם בידם שיצאו להילחם וכו', ויש לעיין האם

אות ז' ואילך) שעניני מצוה אינם שונים משאר עניני חולין:

- שיטת רב האי גאון (עמ' קע): אם לא נעשה קנין מעתה קיים חסרון של אסמכתא, אבל אם נעשה קנין מעכשיו אין חסרון של אסמכתא, ויש לעיין האם יש טעם לקנין בנדר שבינו ובין המקום, וכיון שנדר כלפי שמיא חל ללא קנין, יש מקום לומר שאין בו חסרון אסמכתא (וכן לשיטת שיטת הרמב"ם והשו"ע - עמ' קעט).
- שיטת הרמב"ן (עמ' קצו): כל דבר התלוי באחרים אין בו משום אסמכתא כיון שסמך דעתו על אחרים, ומכאן שבנדר שתולה בישועת ה' ויודע שהדבר תלוי בקב"ה אין בו אסמכתא.
- שיטת ר"י בעמ' קה (והרמ"א ציין לשיטתו בעמ' צז): אם תלוי באחרים קיים חסרון של אסמכתא, ואם תלוי בו ולא גזים אינו אסמכתא ⁵⁸⁰, ואם גזים אסמכתא. ואם לא תלוי לא בו ולא באחרים אין בו אסמכתא (עי"ש בפרטי הדין). ולשיטתו כיון שהדבר תלוי בקב"ה, יש לעיין האם הנדר נחשב גוזמא ואולי תלוי בדרגתו הרוחנית ובמידת הבטחון שלו, וצ"ע.
- שיטת הרשב"א (עמ' רח): אסמכתא היא בכל דבר שיש בו קנס. ולכאורה קיום מצוה שלא היה חייב בה ורק נדרו מחייבו הינה בגדרי אסמכתא (עיין אות י'), ועוד שרוצה שהדבר יתקיים, בניגוד לקנס שאינו רוצה לקנוס את עצמו.
- שיטת ר"ת (שהרמ"א ציין לשיטתו - עמ' קז): בדבר בו יש סיכוי להפסיד וגם להרוויח אין חסרון של אסמכתא, החסרון של אסמכתא קיים רק אם אין צד רווח. ויש לעיין האם נדר בעת צורה מוגדר כדבר שיש בו רווח והפסד.

כיון שהם עושים מעשה ותולים את תשועתם בהקב"ה נחשב הדבר שהכל תלוי רק בהקב"ה או שכיון שעשו מעשה נחשב הדבר כתלוי (גם) בם. ולקמן ננקוט שהדבר נחשב שהכל תלוי בקב"ה כיון שהוא תלה את נדרו בתשועת ה'.

אמנם דאי שיש מקום לחלוק על האפשרות שהעלינו ולומר שהדבר תלוי (גם) בו. ומכאן, שאם אחד הפוסקים ינקוט שיש אסמכתא או שאין אסמכתא במי שנדר בעת צרה, והדבר יסתור לכאורה את שיטתו הכללית בדין אסמכתא, נוכל לישב את הקושי בכך שנדר בעת צרה הוא עצמו אין לו הגדרה החלטית. כגון, אם פוסק שסובר שדבר שתלוי ביד אחרים אין בו אסמכתא אבל יאמר שבנדר בעת צרה יש חסרון של אסמכתא, אין בכך קושי כי הוא סובר שנדר בעת צרה נחשב כדבר התלוי באדם וכו', וזאת מלבד העובדה שיתכן שדין נדרים שונה כיון שאינו בינו לבין חבירו.

⁵⁸⁰ עיין בתשובת הרא"ש - לקמן עמ' ריח.

- שיטת המרדכי בשם הראבי"ה (עמ' פז): יש לחלק בין דבר שכולו גורל שאין בו חסרון אסמכתא לבין דבר שתלוי בחכמה שיש בו משום אסמכתא. ולכאורה התולה בישועת ה' הוכיח שיודע שהכל תלוי בו, אף אם מדובר במציאות בה הוא מנסה להציל עצמו ע"י חכמתו, וצ"ע.
- שיטת השלטי גיבורים (עמ' צ): כחילוקן של הראבי"ה - אבל הפוך, ולשיטתו בנדר שתולה הכל בישועת ה' יש בו חסרון אסמכתא.

ד. מי שנשבע שאם לא יקיים מצוה כלשהי יתן כך וכך לצדקה וכדו' (ומטרתו היא לזרז עצמו לקיים את המצוה). יש לעיין האם יש בדבריו חסרון של אסמכתא. ולכאורה לרמב"ם ורב האי יש בכך חסרון של אסמכתא, ואף לרמב"ן יש בכך חסרון של אסמכתא שהרי הדבר תלוי בו (אמנם עיין לעיל בדברי הרמב"ן, האם בדבר התלוי בו ולא גזים יש בו אסמכתא) וכך גם לשיטת ר"י (שסובר שאם תלוי בו ולא גזים אין חסרון של אסמכתא). ולשיטת הרשב"א שאסמכתא היא בכל דבר שיש בו קנס, יש לעיין האם קיום מצוה ניתן להיות מוגדר כקנס (עיין אות י'). ולשיטת ר"ת נראה שקיים כאן חסרון של אסמכתא ולשיטת המרדכי בשם הראבי"ה בדבר שהנדר סובר שתלוי בחכמתו קיים חסרון של אסמכתא וה"ה כאן ואילו לשלטי גיבורים שסובר שדבר התלוי בחכמתו אין חסרון של אסמכתא, וה"ה כאן כיון שתלוי במעשיו.

(וכן יש לעיין בדינו של מי שנדר שאם יעשה או לא יעשה כך וכך יקיים מצוה מסוימת, על פי שיטות הראשונים הנ"ל).

ה. כל האמור לעיל, על פי ההנחה שנדרים הינם ככל דיני אסמכתא. אולם יתכן שדין נדרים שונה מדיני קנין שבין אדם לחבירו - כמבואר לקמן בהרחבה.

נדר לקיים מצוה בתנאי

ו. לקמן נציין לדיוני פוסקים בדין נדרים ונדרים מצוה בתנאי. ונראה שיש לדון על המקרים הבאים (סיכום השיטות באות טו):

- נדר לדבר הרשות התלוי בתנאי.
- נדר בעת צרה שאם ינצל מהצרה יקיים דבר מצוה או דבר רשות.
- נדר שאם יקיים/לא יקיים דבר רשות יתן צדקה או יתענה וכדו'⁵⁸¹.
- נדר שאם יקיים/לא יקיים דבר מצוה (או יעבור עבירה) יתן צדקה או יתענה וכדו'.

הפוסקים ציינו לשני מקרים בתורה בהם מצאנו נדרים בתנאי⁵⁸². יעקב אבינו נדר נדר בתנאי, כמפורש בספר בראשית פרק כ"ח פס' כ' ואילך:

וַיֵּדֶר יַעֲקֹב נֶדֶר לֵאמֹר אִם יִהְיֶה אֱלֹקִים עִמָּדִי... וְהָיָה יָקוֹץ לִי לֵאלֹקִים וְהָאֵבֶן הַזֶּאת אֲשֶׁר שָׁמַתִּי מִצְבֵּה יִהְיֶה בֵּית אֱלֹקִים וְכָל אֲשֶׁר תֵּתֵן לִי עֲשֹׂר אֶעֱשְׂרֶנּוּ לְךָ.

וכן עם ישראל נדר, כמבואר במדבר פרק כ"ח פס' א'-ב':

וַיִּשְׁמַע ה' כְּנִיחֵי מִלֶּךְ עָרֹד יֹשֵׁב הַנֶּגֶב כִּי בָא יִשְׂרָאֵל דֶּרֶךְ הָאֲתָרִים וַיִּלְחֹם בְּיִשְׂרָאֵל וַיִּשָּׁב מִמֶּנּוּ שָׁבִי: וַיֵּדֶר יִשְׂרָאֵל נֶדֶר לֵה' וַיֹּאמֶר אִם נָתַן תֵּתֵן אֶת הָעָם הַזֶּה בְּיָדִי וְהִחַרְמָתִי אֶת עָרֵיהֶם⁵⁸³.

הן יעקב והן עם ישראל היו בשעת צרה (יעקב יוצא לחרון ובורח מפני עשו, ישראל במלחמה עם מלך ערד), ונמצא שנדר (מצוה) בשעת צרה למרות שנאמר בלשון 'אם' אין בו חסרון של אסמכתא.

ויש לעיין האם אין בו חסרון של אסמכתא כיון שכל נדר מעין זה אין בו חסרון של אסמכתא (וראיה לשיטות הראשונים שסוברות שדבר התלוי ביד אחרים אין

⁵⁸¹ עיין משנ"ב סימן תקס"ב ס"ק נ"ב שכתב שאין לחלק בין אעשה לבין לא אעשה.

⁵⁸² עיין לקמן. ובספר כל נדרי על הלכות נדרים, בפרק ב' הערה ג' ציין לפסוקים נוספים, עי"ש.

⁵⁸³ רש"י שם פירש, שהחרם הוא הקדשת שללם לגבוה. ונמצא שמדובר בנדר של מצוה. והרמב"ן (ויקרא כ"ז כ"ט) פירש על דרך הפשט, שמדובר בהריגת כל אנשי העיר, ויל"ע האם גם זה נכלל בנדר מצוה והרא"ם בפירושו על רש"י כאן פירש: "ומה שהביאם לפרש אותו מענין הקדש, ולא מענין השחתה ואיבוד ממש, הוא מפני שאמר 'וידר ישראל נדר לה', והנדר לה' אינו נאמר כי אם על המקדיש דבר לגבוה, לא על המגזם לקחת נקמתו או להחריב עיירות". ואם ננקוט כדרך הפשט של הרמב"ן, למדנו שגם נדרי רשות אין בהם חסרון של אסמכתא.

בו חסרון אסמכתא – עיין לעיל אות ג') או שגם אם היה מדובר בדבר רשות, היה בדבר חסרון של אסמכתא, כיון שמדובר בנדר של מצוה אין חוששים לאסמכתא (בעת צרה או אפילו שלא בעת צרה), או שבנדרים ושבועות (אף של חולין) אין לחשוש כלל לחוסר גמירות דעת.

המג"א בסימן תקס"ב ס"ק י"ג חידש, שכיון שניצל מצרה גומר ומקנה, וא"כ אין ראייה לשאר נדרים שבאסמכתא.⁵⁸⁴

אם ננקוט, שחסרון אסמכתא הוא רק מדרבנן (עיין לעיל עמ' יג בשיטת הב"ח), יתכן שאין להביא ראייה מפסוקי התורה, כיון שמדובר קודם שחכמים תיקנו שאסמכתא לא קניא. או, שאף אחר שחכמים תיקנו שאסמכתא לא קניא העמידו הם את דבריהם בנדרים על דין תורה, ולא הפקיעו אותם מפני חסרון אסמכתא.⁵⁸⁵

אין בנדרים ושבועות משום אסמכתא – שיטת המהר"ם מרוטנבורג

ז. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג סימן תצ"ד⁵⁸⁶:

עוד פסק מו' ז"ל דנדר ושבועה ותקיעת כף מהניא אפילו באסמכתא דרובן עיי' [דאי] 'אם יהי' השם עמדי', 'אם נתן נתן את העם הזה בידיו. וכן הרבה⁵⁸⁷...

⁵⁸⁴ עיין הערה 599.

⁵⁸⁵ מרדכי, ב"ק אות מ"ה: "ומצאתי עוד בשם רבינו נתנאל מקנון דאסמכתא קניא לגבי הקדש וצדקה שהרי אסמכתא קונה מן התורה כדאמר מנין לערב מן התורה דכתיב אנכי אערכנו והיינו אסמכתא". ועיין הערה 275. ויתכן שערכות חלה אף בדבר הרשות, ולגבי נדרים למדין מכאן לאסמכתא בהקדש, אבל לאסמכתא לדברי חולין צ"ע האם נוכל לדייק מדבריו שהיא חלה.
⁵⁸⁶ הו"ד במרדכי ב"ק אות מ"ה, הגמ"י פ"א ממכירה הלכה ט', ב"י חו"מ סימן ר"ז, מחדשים מ"א (עמ' פ"ה במהד' מכון שירת דבורה ודף סה. במהד' הרגילות), וכן בשו"ת הגאונים (הרכבי) סימן פ"ה. ועיין לקמן אות יט ואילך בשיטת החת"ס בביאור המהר"ם, אולם לקמן לא נצער בשיטת החת"ס (וראיה לדברינו פסק השו"ע בחו"מ סימן ר"ז, לקמן אות טז).
⁵⁸⁷ ועיי"ש שביאר שדברי שכ"מ שהם ככתובים ומסורים, דהיינו שמועילים כמו מסירה המועילה, למרות שדבריו הם דברי אסמכתא, שהרי אם לא ימות המתנה לא תחול, עיי"ש. ובמרדכי ב"ק פרק שור שנגח את הפרה אות מ"ד ביאר שאף שמסירה להדיוט אינה חלה באסמכתא, הכלל, "אמירתו

למרות שהפסוקים עוסקים בנדרי מצוה בשעת צרה, המהר"ם לומד מפסוקים אלו שכל הנדרים והשבועות חלים באסמכתא⁵⁸⁸. ובפשטות לא רק נדרי מצוה אלא אף נדרי ושבועות של חולין⁵⁸⁹. ומסתבר שלשיטתו העובדה שהמעשים שבתורה היו נדרי מצוה בעת צרה, איננה ענין מהותי, ואילו היה חסרון של אסמכתא, אף נדרי מצוה בעת צרה לא היו חלים (אמנם עיין לקמן באות ח').

אמנם, המהר"ם לא ביאר מה הוא הטעם בגינו נדרים ושבועות חלים ואין בהם חסרון של אסמכתא (ועיין לעיל סוף אות ה'). יתכן שאין לחפש טעם כיון שכך מפורש בפסוקים. ויתכן שטעמו הוא שרק בדברים שבין אדם לחבירו, בהם יש צורך במעשה קנין, קיים חסרון של אסמכתא, אבל בנדר ושבועה שאינם חיוב בין אדם לחבירו⁵⁹⁰ אלא בין אדם למקום, כשם שיש גמירות דעת בדיבור בלבד, כך גם אין חסרון של אסמכתא⁵⁹¹. וטעם הדבר הוא, שבדבר שאדם עושה מעצמו

לגבוה כמסירתו הדיוט" פירשו, שאמירה לגבוה חלה כיון שיש אופן בו מועיל להדיוט, וכיון שלהדיוט מועיל על ידי קנין מעכשו וכדו', מועילה אמירה לגבוה אף ללא מעכשו וכדו'. אמנם יש החולקים וסוברים שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הינה כפשוטה, ולכן במקום בו יש חסרון של אסמכתא לא יחול הכלל של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, עיין לקמן עמ' רמג. ועיין אות יד בדברי ההגהות אושרי, בשיטת החת"ס בביאור דברי המהר"ם באות יט ובהערה 620.

⁵⁸⁸ היה מקום גם לומר, שאין להביא כלל ראיה מפסוקים אלו, כיון שמעשהו של יעקב היה קודם מתן תורה, ונדרי עם ישראל היו נדרי ציבור שחמורים יותר מנדרי היחיד. ועיין שו"ת מהר"ם מינץ סימן ע"ט.

⁵⁸⁹ כלומר אפילו אם התנאי הוא דבר רשות והנדר הוא לדבר רשות, וכך פסק השו"ע – עיין לקמן אות ט"ז בפסק השו"ע בחו"מ סימן ר"ז. ואולם עיין לקמן באות יט בשיטת החת"ס בביאור דבריו המהר"ם, ונראה שסובר שבתנאי ונדר של רשות, לא דיבר המהר"ם. ועיין בסוף הערה 583.

⁵⁹⁰ אף שפעמים אדם נודר או נשבע לחבירו, הנדר או השבועה אינם יוצרים זכות ממונית לחבירו אלא מוטל על הנשבע או הנודר לקיים את דבריו כחייב המוטל עליו, ולכן אחר מותו יורשיו פטורים מלקיים את דבריו, שהרי הם לא התחייבו.

⁵⁹¹ חילוק נוסף בידי נדרים ושבועות, שכאשר אדם מחייב את עצמו בתנאי הוא איננו זקוק למשפטי התנאים. וכן כתב הרמב"ן בב"ב דף קכו: "ויש אומרים כי גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן הני מילי כיוצא בו שהוא תנאי שבין אדם לחבירו אבל תנאי שבינו לבין עצמו בכל ענין הוי תנאי, והטעם נותן שהרי מדעתו התנה ורוצה הוא לקיים תנאו, הילכך אף תנאי כפול לא בעינן, והשתא ניחא הא דקשיא לן לעיל, ונכון הוא זה...". וכשיטתו פסק הרמ"א ביו"ד סימן ר"כ סעיף ט"ו: "אם פירש דבריו, כגון מי שנדר ואמר, אם יחיה פלוני החולה אתענה כך וכך או אתן כך וכך לצדקה, אם מת אותו פלוני, פטור מנדרו, דהרי התנה בפירוש ולא בעינן תנאי כפול בנדרים, דלא גרע דבורו מכוונת הנודר...". ועי"ש בביאור הגר"א ס"ק י"ח שכתב: "וכתב מהר"ם דהא כתיב אם יחיה אלקים (בראשית כ"ח) אם נתן נתן (במדבר כ"א) וכיוצא". כלומר, מפסוקים אלו למדים שנדר חל בתנאי, ואין בו חסרון אסמכתא, וגם אין צורך במשפטי התנאים, שהרי לשון הנדרים שבתורה אינה על פי משפטי התנאים (התנאי קודם למעשה, לא היה תנאי כפול). ואמנם עיין שו"ת ברכה כאן במיהתו על הרמ"א. וע"ע שו"ת הרשב"א החדשות מכת"ס סימן קי"ט (מכון ירושלים), ואכמ"ל.

ללא 'אילוני' מצד חבריו⁵⁹², הוא ודאי גומר בדעתו לעשותו, ולכן אין צורך לא למעשה קנין ואין חשש של חוסר גמירות דעת בתנאי שהוא מטיל⁵⁹³.

ח. ועל פי דרך זו נוכל לומר, שנדר או שבועה בדברי חולין או לקיום מצוה חלים באסמכתא, אין בכך חידוש גדול כל כך, שהרי נדר חל בדיבור בלבד, וכנ"ל (וזאת יתכן שהיינו מסיקים אף ללא הגילוי בפסוקים), והתורה חידשה שאפילו נדר של מצוה שאדם נודר בעת צרה חל, שהיה מקום לומר שכיון שהיה בשעת צרה, אין לו גמירות דעת מלאה ונדרו אינו נדר, ובאו הפסוקים ללמדנו שאף במקרים של נדרי מצוה בעת צרה, הנדרים והשבועות חלים, ואין בהם חסרון של אסמכתא.

ט. בנדריהם של יעקב ובני ישראל (אות ו') מטרת הנודרים היתה שיתקיים הדבר (יעקב לא ינזק וישוב בשלום, בני"י ינצחו במלחמה) ואז יקיימו את נדרם, כלומר מטרתם היתה שהכל יתקיים⁵⁹⁴. אולם יש מי שנודר מתוך תקוה שהדבר בגינו הוא נודר לא יגיע לידי מימוש ולכן לא יזדקק לקיים את נדרו. כגון, הנודר לזרז עצמו לקיים מצוה, שאם לא יקיימנה יתן כך וכך לצדקה שהוא מקוה שלא יגיע לידי כך אלא יקיים המצוה ולא יאלץ לקיים את נדרו. ויש לעיין האם גם במקרה זה סובר המהר"ם שאין חסרון של אסמכתא בנדרים ושבועות.

מדבריו הכלליים של המהר"ם שלא חילק בין סוגי נדרים ושבועות, נראה שאף במקרה זה נדרו או שבועתו חלים. ועוד שעל פי דברינו לעיל (אות ח') נדר מצוה בעת צרה, היה מקום לומר שלא יחול, כיון שבשעת צרה ואין לו גמירות דעת מלאה, ואע"פ כן הנדר חל. וא"כ גם במי שנודר שיתן צדקה אם לא יקיים מצוה יש לו גמירות דעת ואין חסרון אסמכתא. ועיין בשיטת החת"ס בביאור דברי המהר"ם, לקמן אות יט.

שיטת רבינו ירוחם – זירוז לקיום מצוה, קיום מצוה אם לא יעשה דבר רשות, נדר בעת

⁵⁹² אמנם פעמים חבריו דורש ממנו שישבע כדי שיהיה מוכן לעשות עימו עסק וכיוצ"ב.

⁵⁹³ עיין בהערה 591 בדברי הרמב"ן.

⁵⁹⁴ עיין שו"ת חתם סופר יו"ד סימן רמ"ב שהעלה סברא זו.

י. רבינו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב י"ט חלק א':

מי שנדר ואמר 'אם לא אעשה כך אשב בתענית או אתן כך לצדקה
הוי אסמכתא, כי אסמכתא שייכא נמי בדבר מצוה כמו במי שמחייב
עצמו לחבירו, והוא שאמרו דרך קנס⁵⁹⁵ כך מוכח בסנהדרין⁵⁹⁶ וכן
כתבו הפוסקים. ויש שלשה חלוקים בדבר :

(א) אם הוא התנה לדבר הרשות כגון שאמר אם לא אלך למקום
פלוני⁵⁹⁷ אשב בתענית או אתן כך לצדקה הוי אסמכתא כיון
שההליכה היתה לדבר הרשות.

(ב') אם התנה לדבר מצוה כלומר לזרז עצמו אם לא אעשה מצוה
פלוני אתן כך לצדקה או אשב בתענית מועיל, ולא הוי אסמכתא.

(ג) אם התנה להציל עצמו מצרה בעת הצרה⁵⁹⁸ כגון יעקב אבינו ע"ה
אם יהיה אלי"ם עמדי או כיוצא בזה מועיל ולא הוי אסמכתא⁵⁹⁹ כי
בדבר כזה לא גורם⁶⁰⁰ וכן הסכימו המפרשים⁶⁰¹.

בדברי רבינו ירוחם מוכח שהוא חלוק על שיטת המהר"ם מרוטנבורק. המהר"ם
(אות ז') הסיק מהפוסקים שכל נדר ושבועה חלים באסמכתא ואילו רבינו ירוחם
סובר שמהפוסקים למדים לגבי המקרה עליו דן הפסוק, והיינו נדר מצוה בעת

⁵⁹⁵ יתכן שרבינו ירוחם נוקט כאן כשיטת הרשב"א באסמכתא, שאם אינו רוצה בקיום הדבר
שמחייבו את הקנס יש בדבר משום אסמכתא – עיי' עמ' רח. אמנם רבינו ירוחם במישרים נתיב
ט"ז חלק א' האריך בדיני אסמכתא ולא ציין לשיטת הרשב"א.

⁵⁹⁶ יל"ע לאיזו סוגיא במסכת סנהדרין כוונתו. ובשולי הגליון (דפוס ונציה) נכתב "בפרק זה
בורר" (ובדפ"ר הוא בגוף הספר). ושם כוונתו לשיטת ר"ט שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה
ואינה חלה בתנאי (סנהדרין דף כה.), וצ"ע.

⁵⁹⁷ ומסתבר שהוא הדין אם אמר "אלך למקום פלוני".

⁵⁹⁸ ומה הדין אם התנה קודם הצרה מתוך ידיעה שיכנס למצב של 'צרה' ? ובב"י סימן רנ"ח (עמ'
עב במהד' מכון י-ם), העתיק את לשונו והשמיט "בעת צרה".

⁵⁹⁹ מג"א סימן תקס"ב ס"ק י"ז: "דבזכות שהצליח גמר ומקני". ולכאורה משמע, שגמר בדעתו
עתה ולא בשעת דיבורו הקודם, וקצ"ע. ועיי' שו"ת חת"ס יו"ד סימן רמ"ב, שכתב שלכן אין
להביא ראיה מנדר לעת צרה, לשאר נדרי אסמכתא, כיון ש"גמר ומקני".

⁶⁰⁰ צ"ע. ובב"י באו"ח תקס"ב ויו"ד רנ"ח השמיט.

⁶⁰¹ ובבדק הבית יו"ד סו"ס רנ"ה כתב אחר דברי רבינו ירוחם: "ובתשובות (הרשב"א המיוחסות
להרמב"ן סימן קפ"ג כתוב, המקדיש בלשון אסמכתא קנה הקדש והביא ראיה לדבריו").

צרה (המקרה השלישי).

אמנם, רבינו ירוחם סובר שגם נדר לזרז עצמו לקיים מצוה שאם לא יקיימנה ישוב בתענית או יתן צדקה חל. אבל לא ביאר מה הוא מקור דינו. האם גם מקרה זה נלמד מהפסוקים הנ"ל או שאף לולי הפסוקים נוכל ללמוד דין זה.

ולכאורה נראה שמקורו של רבינו ירוחם אינו בפסוקים הנ"ל, כיון שהפסוקים עוסקים במי שנמצא בצרה ונודר שאם ינצל יקיים מצוה. ואם ננקוט שהפסוקים דנים לא רק בעת צרה, היה ניתן ללמוד מהם שגם במקרה הראשון עליו דן רבינו ירוחם יחול הנדר. (ואילו רבינו ירוחם סובר שאינו חל) ולא רק למקרה השני של זירוז לקיום מצוה (שהרי בפסוקים לא מדובר במעשה של מצוה שבעקבותיו נדר של מצוה אלא בנדר של מצוה מחמת סיבה שאינה דוקא מצוה).

ונראה, שיסוד דברי רבינו ירוחם בגמ' בנדרים דף ח.⁶⁰² שרבינו ירוחם נקט אותה להלכה בנתיב י"ד חלק ג':

מותר לישבע לקיים המצוה לזרזי נפשיה. פירוש, וליכא שבועה לבטולה ומיחייב בבל יחל⁶⁰³ כלומר שלא יעבור על שבועתו....

ונראה שרבינו ירוחם סובר, שההיתר להישבע לקיים מצוה, כולל כל דרך שהיא, ואפילו יש בה אסמכתא. אולם צ"ע, שמא הגמ' דנה רק בחלות והיתר השבועה, ומניין שהשבועה חלה אף אם מדובר במקרה של אסמכתא, כמו הנידון של רבינו

⁶⁰² גמ' נדרים דף ז: ח. "א"ר גידל אמר רב, מנין שנשבעין לקיים את המצוה שנאמר (תהלים קיט) 'נשבעתי ואקיימה לשמור משפטי צדקך' והלא מושבע ועומד מהר סיני הוא, אלא הא קמ"ל דשרי ליה לאיניש לזרזי נפשיה. ואמר רב גידל אמר רב האומר אשכים ואשנה פרק זה אשנה מסכתא זו נדר גדול נדר לאלהי ישראל. והלא מושבע ועומד הוא ואין שבועה חלה על שבועה, מאי קמ"ל דאפילו זרזי בעלמא, היינו דרב גידל קמייטא, הא קמ"ל כיון דאי בעי פטר נפשיה בקרית שמע שחרית וערבית משום הכי חילל שבועה עליה. א"ר גידל א"ר האומר לחבירו נשכים ונשנה פרק זה עליו להשכים...".

⁶⁰³ עיין במפרשים על הדף בנדרים ט. שיש הסוברים שהשבועה לא חלה, רק שאין עליו איסור הוצאת ש"ש לבטלה כיון שכוונתו לזרז עצמו לקיים מצוה. ועיי"ש האם מדובר דוקא במצוה בה הוא מחוייב בה אף לולי השבועה, או שרוצה לזרז עצמו לקיים מצוה שאינה מוטלת עליו כחובה.

ירוחם, ונראה, שרבינו ירוחם לומד שזה הוא גופא פירוש הגמ' במסכת נדרים, שהזירו לא נעשה על ידי שבועה בעלמא, אלא שנשבע שאם לא יקיים המצוה, יטיל על עצמו חיוב לקיים מצוה אחרת כתענית או צדקה, וקצ"ע.

יא. על פי שיטת רבינו ירוחם, הנודר או הנשבע באסמכתא לעשות מצוה אם לא יקיים מצוה (כדי עצמו לקיים מצוה), נדרו חל. אבל אם נודר או נשבע באסמכתא שאם לא יעשה (או יעשה) מעשה רשות, יקיים מצוה (תענית או צדקה) נדרו לא חל. ועל פי דברינו (סוף אות י') טעמו של רבינו ירוחם הוא, שרק נדר לזירוז קיום מצוה אין בו חסרון של אסמכתא, אבל כאשר המעשה הוא דבר הרשות, אין הנדר חל כיון שאסמכתא מהווה חוסר גמירות דעת בנדרים ושבועות. כלומר, כדי שנדר יחול ולא יהיה בו חסרון אסמכתא צריך שהן הנדר והן התנאי יהיו של מצוה, אבל אם אחד מהם אינו של מצוה, לא חל הנדר (אא"כ נדר בעת צרה).

יב. רבינו ירוחם לא דן במפורש על מקרה בו אדם נדר או נשבע שאם יעבור עבירה יתן צדקה או ישב בתענית, ומסתבר שדינו כמו מי שנדר לזרז עצמו לקיים מצוה (ועיין אות יד).

יג. הב"י ביו"ד בהלכות צדקה סימן רנ"ח העתיק את שיטתו של רבינו ירוחם כנ"ל. אולם, בהלכות תעניות העתיק הב"י באו"ח בסוף סימן תקס"ב את דברי רבינו ירוחם אולם בשני המקרים הראשונים ציין רק "אשב בתענית" ולא הזכיר "אתן כך לצדקה". ויש לעיין מה טעמו. ויתכן שכיון שכיון שעסק בדיני תענית לא העתיק את ההלכה לדיני צדקה. אמנם אם כך, בהלכות צדקה היה עליו להזכיר רק דיני צדקה ולא דיני תענית, ואילו שם הזכיר את שניהם. וקצ"ע. ועיין באות טז ואילך בפסקי השו"ע.

שיטת הגהות אושרי – נדר לצדקה אם יעבור עבירה



יד. הגהות אושרי מסכת סנהדרין פרק ג' אות ז'⁶⁰⁴:

אותם בני אדם שנדרו כך וכך לצדקה אם ישחקו⁶⁰⁵, פטורים מליתן.
דכיון דגבי הדיוט הוי אסמכתא כי ההיא דערב, הוא הדין לענין
צדקה. ואע"ג דמקני בדיבורא כדדרשינן בפ"ק דר"ה (דף ו.) בפ"ך זו
צדקה מ"מ לא עדיפא אמירה לגבוה ממסירה דהדיוט⁶⁰⁶.

מדברי רבינו ירוחם הסקנו (אות יב) שכשם שהנודר לזרז עצמו לעשות מצוה,
נדרו חל למרות שתלה את נדרו בתנאי כך גם דינו של הנודר שלא לעבור עבירה.
אולם ההגהות אושרי ודאי חולק על כך. ולשיטתו יש לבאר שדברי הגמ' במסכת
נדרים (אות י') שדנה על אדם הנשבע לקיים מצוה, איננה עוסקת בנדר בתנאי⁶⁰⁷.

סיכום שיטות הראשונים

טו. העולה מהאמור לעיל שנחלקו ראשונים בדינו של מי שמטיל תנאי בנדרו ויש בו
אסמכתא:

מהר"ם (אות ז')	רבינו ירוחם (אות י')	הגהות אושרי (אות יד)
חל	לא חל	אם יעשה/לא יעשה דבר רשות יחול נדר
		אם יקיים/לא יקיים דבר רשות יתן צדקה
	חל	אם לא יקיים דבר מצוה או יעבור עבירה יתן צדקה
		בעת צרה
		(לא פירט)

⁶⁰⁴ וכשיטתו במדרכי ב"מ בהגהות הנוספות אות תנב וביאר שם את שיטתו על פי שיטת ר' יהודה
בנזירות, ע"ש.

⁶⁰⁵ עיין לעיל עמ' פה ובסתירה לכאורה בפסקי השו"ע.

⁶⁰⁶ וכיון שמסירה להדיוט אינה חלה באסמכתא ה"ה נדרי צדקה, ועיין הערה 587.

⁶⁰⁷ עיין הערה 602, ויתכן שהוא יבאר שרק מזרז עצמו אבל הנדר אינו חל, ע"ש.

ובביאור המחלוקת יש לומר שההגהות אשרי סובר שדין אסמכתא הינו דין כללי, וחל הן במקח וממכר והן בדיני נדרים. ולעומתו המהר"ם סובר שדין נדרים שונה מדיני אסמכתא הרגילים, ואפילו נדרי רשות שלא נאמר בהם דין "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט"⁶⁰⁸ חלים, כיון בדיני נדרים כלל לא נאמר דין אסמכתא, והדבר נלמד מפסוקי התורה לגבי נדר בעת צרה או שגדרי אסמכתא נאמרו רק בתנאי שבין אדם לחבירו ולא בחיוב שאדם מטיל על עצמו. ואילו רבינו ירוחם סובר שמדין נדר בעת צרה לא ניתן להסיק לשאר נדרים. אולם, הנודר שאם לא יקיים מצוה או יעבור עבירה יתחייב בתענית או בצדקה, נדרו חל כיון שנדרים ושבועות חלים כאשר מטרתם לזרז אדם לקיים מצוות (כדברי הגמ' בנדרים דף ט.).

ועיין בשיטת החת"ס באות יט בביאור שיטת המהר"ם, שלשיטתו, המהר"ם סובר שרק תנאי של רשות ונדר של מצות צדקה חלים (ולא נדרי רשות ואף לא נדרי תענית).

פסקי השו"ע והרמ"א

טז. בשלשה מקומות דנו השו"ע והרמ"א בסוגיות שלפנינו, כמפורט בטבלא לקמן:

⁶⁰⁸ עיין הערה 587.

שו"ע או"ח תקסב סעיף יג	שו"ע חו"מ רז סעיף יט	שו"ע יו"ד רנח סעיף י'
יש מי שאומר שמי שנדר ואמר אם לא אלך למקום פלוני אשב בתענית, מאחר שמה שהתנה הוא דבר הרשות, הוי אסמכתא ⁶⁰⁹ (פירוש שאדם סומך בדעתו שיוכל לעשות דבר אחד ועל סמך זה הוא נודר או מתחייב בדבר מה) אבל אם אמר, אם לא אעשה מצוה פלונית אשב בתענית, וכן אם אמר, אם יצילני ה' מצרה או אם יצליח דרכי, לא הוי אסמכתא.	נדר ושבועה ותקיעת כף, מהני אפילו באסמכתא. הגה: ועיין לקמן סימן ר"ט סעיף ד' ⁶¹⁰ ... ואם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש קונה, כמו שנתבאר ביי"ד סימן רנ"ח סעיף י'.	נדר לצדקה באסמכתא, כגון אם אעשה דבר פלוני אתן כך וכך לצדקה, ועשאו, חייב ליתן.

יש לעיין בפסקי השו"ע והרמ"א:

- בשו"ע או"ח (שאף הרמ"א אינו חולק) פסק כדברי רבינו ירוחם (אות י'), שאם לא יעשה דבר רשות ישב בתענית נדרו לא חל. אולם דן רק על תענית ולא על צדקה, ושםא כיון שמדובר בהלכות תעניות לא הזכיר דין צדקה, אמנם עיין בפסק השו"ע ביו"ד שבצדקה מועילה אסמכתא, וצ"ע.
- בחו"מ פסק השו"ע שכל שבועה ונדר חלים באסמכתא (כשיטת המהר"ם באות ז') ולכאורה אף בדברי חולין גמורים⁶¹¹, ונמצא שלכאורה סותר משנתו. וכן יש לעיין האם הרמ"א שהזכיר דין אסמכתא בצדקה חולק על דבריו (ביחס לדברי הרשות) או מסכים לדבריו, וצ"ע.
- ביו"ד, הזכיר השו"ע אסמכתא לצדקה ובפשטות מדובר שאם יעשה/לא יעשה דבר רשות יתן צדקה, ונדרו חל. וא"כ סותר את פסקו מאו"ח הנ"ל. ועוד שאם נדייק מדבריו שרק במקרה זה חל נדרו אבל אם מדובר בדבר רשות גמור נדרו לא חל, הרי הוא סותר עצמו מפסקו בחו"מ. ועוד, שאין

⁶⁰⁹ במשנ"ב ס"ק נ"א כתב, שלשון "יש מי שאומר" הינה רק ביחס לדין הראשון שבשו"ע אבל לגבי המשך דבריו "כו"ע ס"ל כן". וקצ"ע מדברי ההגהות אושרי (אות יד). ובס"ק נ"ד כתב שלמעשה יש להחמיר (גם בדין הראשון) כי הרבה חולקים.
⁶¹⁰ שם כתב הרמ"א שמי שנשבע לקיים מקח שלא בא לעולם, שבועתו חלה, אולם השבועה אינה עושה קנין. ולכן אם אי אפשר לכופו לקיים את שבועתו, כגון שמת אין השבועה כלום ויורשיו פטורים מלקיים את שבועת אביהם. וגם בנידון שלפנינו אין בכח הנדר להקנות אלא לחייבו לקיים את נדרו וכו'.
⁶¹¹ אם אעשה/לא אעשה דבר פלוני של רשות יחול עלי נדר פלוני של דבר רשות.

לשיטתו מקור בדברי הראשונים שהוזכרו לעיל⁶¹² (עיין אות טו)⁶¹³.

יח. ניתן לישב ולומר ששיטת השו"ע עצמו היא כפי שפסק בחו"מ (שם עיקר דיני אסמכתא) שבנדר ושבועה אין חסרון אסמכתא אפילו בדבר הרשות וכשיטת המהר"ם באות ז'. וביו"ד שם מדובר על דיני צדקה הזכיר רק אסמכתא בצדקה⁶¹⁴ ולא ראה צורך לפרט. ובאו"ח כתב בשם "יש מי שאומר" והיינו שיטת רבינו ירוחם שבאות י' החולקת על המהר"ם, אבל הוא עצמו, סובר כמהר"ם. אמנם, להסבר זה קשה, מדוע באו"ח הזכיר רק את שיטת רבינו ירוחם ולא את שיטתו שלו שהיא כמהר"ם⁶¹⁵.

ואמנם המג"א בביאור דברי השו"ע הנ"ל באו"ח סימן תקס"ב ס"ק ט"ז כתב:

(שמה שהתנה הוא דבר הרשות) הוי אסמכתא. ברבינו ירוחם השוה תענית וצדקה לדברים אלו. וצ"ע גבי צדקה פסק דאפילו לדבר הרשות לא הוי אסמכתא כמ"ש ב"י ביו"ד סימן רנ"ח סעיף י' ובחו"מ סר"ז⁶¹⁶ ?
ודוחק לחלק⁶¹⁷, דהא בסי' תקס"ג כתב ג"כ בשם הרא"ש דתענית דמי לצדקה⁶¹⁸.

⁶¹² אמנם לשיטת החת"ס לקמן באות יט השו"ע כאן כשיטת המהר"ם (ע"פ הסברו בשיטת המהר"ם).

⁶¹³ עיין נקודות הכסף שנשאר בצ"ע לגבי סתירת השו"ע (ודחה אפשרות לחלק בין תענית לצדקה או בין אעשה ללא אעשה).

⁶¹⁴ וראיה לדבר מדברי בעל באר הגולה ביו"ד שם אות ע' שציין שמקור דברי השו"ע במהר"ם.

⁶¹⁵ עיין שד"ח, כללי הפוסקים, סימן י"ג, כללי השו"ע אות כ"א בדברי הפוסקים לביאור לשון השו"ע "יש מי שאומר", האם כוונת השו"ע היא לומר שיש מי שאומר אבל השו"ע עצמו אינו סובר כשיטתו.

⁶¹⁶ קושית המג"א: באו"ח פסק כרבינו ירוחם, והזכיר רק דין תענית ולא צדקה למרות שרי"ן עצמו משווה ביניהם. ועוד, שביו"ד וח"מ מוכח שאפילו אם תנאו היה רשות, אין חסרון של אסמכתא.

⁶¹⁷ דוחק לחלק בין צדקה לבין תענית. אמנם אם נחלק יתיישב פסק השו"ע שבאו"ח דן בתענית וסובר שנדר בדבר הרשות הוי אסמכתא ואילו ביו"ד דן על צדקה ובה הוא נוקט שאין חסרון של אסמכתא. אולם אין בכך כדי לישב את פסקו של השו"ע בחו"מ שם מוכח שאפילו בתנאי רשות ונדר רשות אין שום חסרון של אסמכתא. ובביאור הגר"א כאן כתב על דברי המג"א "ולא עיין בשורשן דודאי הן חלוקים". כלומר המהר"ם ורבינו ירוחם חלוקים ואי אפשר להשוות בין הדעות. ועיין לקמן בשיטת החת"ס באות יט שמחלק בין צדקה לתענית, אולם חילוקו הוא בביאור שיטת המהר"ם ולא בביאור שיטת רבינו ירוחם.

⁶¹⁸ ע"ש לגבי קבלה בלב ובדיבור שיש לדמות בין תענית לצדקה, וא"כ אין אפשרות לחלק בין



ואפשר דמשום הכי כתב 'יש מי שאומר', להודיע דרבים חולקים בדבר ולכן יש להחמיר.

ויל"ע בכוונת דברי המג"א שהרי בשו"ע חו"מ פסק השו"ע שכל נדרי אסמכתא חלים, ונמצא שהכל חל מדינא, וא"כ מה היא החומרא בשו"ע באו"ח ? וצ"ע.

שיטת החת"ס בביאור שיטת המהר"ם, וישוב הסתירה בשו"ע

יט. החת"ס בהגהותיו על השו"ע באו"ח הנ"ל, ובתשובותיו ביו"ד סימן רמ"ב מעיר על סתירת דברי השו"ע. בתחילת דבריו (בתשובתו) כתב החת"ס את שיטות הראשונים (רבינו ירוחם והמהר"ם). ובניגוד לדברינו לעיל באות ז' שביארנו שהמהר"ם סובר שאף תנאי ונדר של רשות חלים, החת"ס מבאר את שיטת המהר"ם שרק בתנאי של רשות ונדר של מצוה הנדר חל:

...דעת הר"ם מר"ב שבמרדכי פ' דו"ה העתיקו סמ"ע סי' ר"ז סקנ"ו דאין אסמכתא בהקדש, דאמירה לגבוה כמסירה המועלת להדיוט בשום אופן⁶¹⁹, וכיון דאיכא אופן במסירה להדיוט דאסמכתא קניי כגון בב"ד חשוב וכדומה הוה אמירתו לגבוה כאותה מסירה להדיוט⁶²⁰...

ולגבי פסקי השו"ע כתב החת"ס שפסקיו באו"ח וביו"ד סותרים זה את זה (לעיל אות טז, האם בתנאי של רשות ונדר של מצוה הנדר חל). ומחדש החת"ס,

צדקה לבין תענית (למרות שבסימן תקס"ג לא מדובר באסמכתא אלא בגדרי קבלה בלב).
⁶¹⁹ באיזה אופן.

⁶²⁰ עיין באות ז' לעיל, ועיין בהערה 587. החת"ס (ועיין גם בהמשך תשובתו) כתב בשם המרדכי (בשם המהר"ם) את דין "אמירתו לגבוה...", וא"כ מוכח שדברי המהר"ם הינם אך ורק בנדר מצוה, אבל בדברי הרשות המהר"ם לא דיבר כלל וקיים בהם חסרון של אסמכתא. אולם לולי דברי החת"ס ניתן לבאר (וכנ"ל אות ז' ואילך, ואף השו"ע בחו"מ סימן ר"ז שהובאו דבריו לעיל באות טז, סובר שאין חסרון אסמכתא אף בנדר ושבועות של רשות), שהמהר"ם סובר שבשבועה ונדר אף אם התנאי והנדר הם של רשות אין בהם חסרון אסמכתא, והדיון של "אמירתו לגבוה..." בדברי המהר"ם כוונתו ליישב קושיא, כיצד יתכן שאמירה תופסת במקום בו לא חל קנין של הדיוט (שהדיוט אינו קונה באסמכתא), ועל כך התושבה שמצאנו שאמירה מועילה. אולם אין דין "אמירתו לגבוה..." מהווה את בסיס הדין שבשבועות ונדרים אין חסרון של אסמכתא, ולכן אף בתנאי ונדר של רשות, אין חסרון של אסמכתא, ונראה שזו היא השגתו של שו"ת שבט הלוי חלק ה' סימן קמ"ג על דברי החת"ס (לסעיף י').

שהשו"ע פסק כמהר"ם, שהנדר חל וכדבריו בשו"ע ביו"ד. אולם המהר"ם עצמו אמר את דבריו רק בתנאי של רשות ובנדר של צדקה, אבל בתנאי של רשות ובנדר של תענית מודה המהר"ם שהנדר לא חל וכפי שפסק בשו"ע באו"ח. ובטעם החילוק בין צדקה לתענית כתב⁶²¹:

ואני כתבתי על הגליון⁶²², וז"ל לפע"ד אע"ג דלענין צדקה פסק המחבר הלכה כהר"ם שבמרדכי מ"מ לענין תענית מודה מהר"ם. אי בעיא אימא גמרא אב"א סברא, דטעמא של מרדכי משום דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו המועלת בשום פעם להדיוט והיינו שמוסר לב"ד חשוב וכדומה וזה שייך בנדר שיתן דבר לגבוה דמשכחת קנין המועיל בהדיוט אבל לענות אדם נפשו בתענית דלא שייך בהדיוט על זה האופן א"כ לית דין ולית דיין דשייך אסמכתא... וזה ברור לפע"ד. נמצא אע"ג דרבינו ירוחם משה תענית לצדקה דכולה שייך ביה אסמכתא אלא שמחלק בין אם ניחא ליה בדבר או קונס עצמו⁶²³, להר"ם לא ס"ל הכי אלא בתענית שייך אסמכתא בכל ענין אפילו אי ניחא ליה ובצדקה לא שייך אסמכתא כלל.

אמנם החת"ס לשיטתו, מתקשה בהמשך דברי השו"ע באו"ח. שהשו"ע כתב שהנדר שאם ה' יציל אותו מצרה ישב בתענית נדרו חל, והרי לשיטת המהר"ם (ע"פ שיטת החת"ס), באסמכתא של תענית לעולם הנדר לא חל (שהרי אין בכך מציאות של 'אמירתו לגבוה'), ולכן ביאר:

ולפ"ז מה שמסיים בש"ע אם יצילני ה' מצרה הוא דלא כהמרדכי... לפי מה שהוכחנו דבתענית מודה מהר"ם⁶²⁴ א"כ אפילו בעת צרה לא יועיל נדרו אלא שאנו חוששים בזה לסברת מהר"י...

⁶²¹ חילוק נוסף בין צדקה לתענית – עיין ספר מקור מים חיים (הרב יעקב מאיר פאדווא), חלק ב' סימן כ"ז, דיני אסמכתא ס"ק ח"י, והובאו דבריו בספר צדקה ומשפט פרק ד' ס"ק צ"ט.

⁶²² גליון השו"ע באו"ח תקס"ב.

⁶²³ אם ניחא ליה, היינו נדר בעת צרה – עיין לעיל אות י' בשיטת רבינו ירוחם.

⁶²⁴ 'מודה מהר"ם' שהנדר לא חל.



אמנם, גם לשיטת החת"ס קשה פסקו של השו"ע בחור"מ (לעיל אות טז) שם פסק שבכל נדרים ושבועות אין חסרון של אסמכתא, וזו לכאורה סתירה גמורה לפסקי השו"ע באור"ח ויר"ד, וצ"ע.

סיכום

כ. העולה מהאמור לעיל:

- נדרים ושבועות אינם רצויים, אמנם רשאי אדם לזרז עצמו לקיים מצוה על ידי שבועה או נדר (אות א').
- נדר בעת צרה, מעלתו היא שהזכות שתהיה בקיום המצוה בשעה שיצא מהצרה תעמוד לו כבר עתה וזאת כאשר כשמחמת הצרה אינו יכול לקיים המצוה (אות א'). ואין להתיר נדרים אלו (אות ב').
- נדר שאם יצא מהצרה יקיים מצוה, או התנה שאם יקיים דבר מצוה או דבר רשות יחול נדר של מצוה או רשות, יש לעיין בחלות נדרו על פי שיטות הראשונים בדיני אסמכתא (אות ג'-ה').
- יתכן לומר שבנדרים אין חסרון אסמכתא כי הוא בינו לבין בוראו או שבנדר מצוה תקף דין תורה שאסמכתא חלה, ובעת צרה תורה גילתה שנדר חל (אות ה'-ו').
- נחלקו ראשונים באלו נדרים קיים חסרון אסמכתא – עיין סיכום באות טו, ובשיטת החת"ס בביאור המהר"ם באות יט.
- לשיטת השו"ע, נדר בעת צרה חל, אולם לגבי נדר ושבועה בתנאי לכאורה קיימת סתירה בדבריו, והוצעו מספר שיטות בביאור שיטתו (אות טז-יט).

תוכן ענינים מפורט

הקדמה לדין אסמכתא.....	ל
יסוד דין אסמכתא / עיקרי שיטות הראשונים בדין אסמכתא.....	לו
תנאים ואסמכתא.....	ט
סיכום.....	יג
משליש את שטרו ומתחייב לשלם יותר מערכו.....	יד
פרע מקצת חובו והשליש את שטרו / שיטת הרשב"ם / האם מתנה התנאי חשב שיאלץ לקיים את התנאי / לא קיים מחמת אונס או מחמת רצונו.....	יד
שיטת רש"י והמאירי / האם מתנה התנאי חשב שיאלץ לקיים את התנאי / לא קיים מחמת אונס או מחמת רצונו.....	יח
שיטת ר' יוחנן בביאור דברי ר' יהודה / 'תיקנו חכמים שלא יהנה ממנו'.....	כ
מתנה שומר שכר להיות כשוכר ודין אסמכתא בשומרים.....	כב
איסור ריבית במי שהתחייב לפרוע יותר מחובו / פסק ההלכה.....	כג
סיכום.....	כו
אם לא יבוא ביום פלוני / התפסת זכויות בבית דין.....	כח
דין התוספתא.....	כח
סוגיית הגמ' במסכת נדרים - אתפיס זכוותא בבי דינא... ליבטלון הני זכוותאי.....	כט
שיטת רש"י עיכוב מסיבה חיצונית / מחילה / אם לא אבוא - ראיותי שקר.....	לא
שיטת הריטב"א.....	לד
שיטת הר"ן.....	לז
סיכום שיטות הראשונים (רש"י, ריטב"א, ר"ן).....	לח
דין התוספתא, וסוגיית הגמ' במסכת נדרים.....	לט
פסק הרמב"ם והשו"ע - האם מקורו הוא בתוספתא הוא בסוגיית נדרים.....	מ
סיכום.....	מג
לימוד אומנות לבנו / חיי הבריות כנימוק לאי חסרון אסמכתא.....	מד
עיצומים באלו שנותנין בניהם לאומן.....	מד
לימוד אומנות ודין מלמד שחזר בו.....	מו
סיכום.....	מח



שיטות רב הונא ורב נחמן באסמכתא/ הלווהו על שדהו/ דרגות באסמכתא.....	מט
הקדמה.....	מט
הלווהו על שדהו – מחלוקת רב הונא ורב נחמן.....	מט
שיטת רב הונא.....	נב
שיטת רב נחמן.....	נו
סיכום.....	נח
אסמכתא בזמנה ובתוך זמנה / גילוי דעת לאחר שעת התנאי.....	נח
הקדמה.....	נט
אסמכתא בזמניה ובגו זמניה.....	נט
שתי שיכרא / קפיד בדמי / קפיד בארעא – שיטת רב נחמן.....	סג
פסק ההלכה.....	סה
סיכום.....	סו
בידו ולא בידו / שליח לקניית יין שלא קנה / אוביר ולא אעביד.....	סז
הקדמה.....	סז
נתן מעות לחבירו לקנות יין בזול ופשע ולא קנה.....	סז
מחלוקת רב חמא ורב אשי לעומת מחלוקת רבי יהודה ור' יוסי / האם לכל הדעות מדובר באסמכתא.....	עא
התם בידו הכא לאו בידו.....	עג
פסקי הרמב"ם, טור, השו"ע והרמ"א.....	עו
סיכום.....	עח
בידו ולא בידו – משחק בקוביא ומפריחי יונים.....	פ
משחק בקוביא ומפריחי יונים.....	פ
שיטות רש"י והמרדכי בשם הראב"ה – האם משחק בקוביא כולו גורל / גורל לעומת דבר שיש בו חכמה וגורל.....	פד
משחק בקוביא – גורל או חכמה וגורל – שיטת ר"י.....	פט
חכמה לעומת גורל / שיטת השלטי גיבורים.....	פט
הוא עצמו / אחרים המהמרים על מעשיהם של אחרים (השפעה/הבנה).....	צב
הכרעת ההלכה בסוגייתנו.....	צג
מפעל הפיס / כרטיס בר מכירה.....	ק

סיכום.....	קב
בידו ולא בידו / שני צדדים יכולים להרויח / שיטות ר"י ור"ת באסמכתא ביאורי סוגיות בגמרא	קד
סוגיות הגמ'	קד
שיטת ר"י	קה
שיטת ר"ת - אין חסרון אסמכתא במקום בו יתכן שירוויח	קו
ערבות ואסמכתא (דין ערבות כמקור לחיוב באסמכתא)	קט
הקדמה כללית / סוגי ערבות	קט
ערבות ואסמכתא לשיטות רש"י והשלטי גיבורים	קט
סוגי הערבות בהם יש לחשוש לאסמכתא	קיא
מקור חיובו של ערב	קיב
ערבות כמקור לחיוב באסמכתא	קיד
שיעבוד ערב ואסמכתא - דברי אמימר	קטז
שיעבודו של הערב חל מכח "ההוא הנאה" וכיצד הנאה זו גוברת על חסרון של אסמכתא... קיה	
סיכום.....	קכב
מעשה שהיה נעשה גם בלי הערב / כתובה / חיוב שאינו מחמת חוב / ביטוח	קכד
הקדמה.....	קכד
ערב דכתובה.....	קכה
מצוה / לאו מידי חסרה.....	קכח
פסק הרמ"א בדין מתנה ופסק ההלכה בדין ערבות דכתובה / קנין על הערבות	קלא
סיכום דין ערבות בדבר שהיה מתקיים אף ללא הערב	קלג
ערבות וביטוח / זרוק מנה לים ואתחייב לך	קלד
ביטוח כמכר	קלז
ביטוח – קיימת גמירות דעת ואין חשש אסמכתא	קמ
אסמכתא במחילה	קמב
הקדמה.....	קמב
ערבון... מחול לך – מחלוקת הראשונים ופסק השו"ע	קמב
שיטת הראב"ד	קמה
דמי קדימה שישארו אצל המוכר גם כשהקונה יחזור בו/דמי ביטול/קודם קנין ואחר קנין.... קמז	



דינא דמלכותא לגבי דמי קדימה	קנא
סיכום.....	קנב
כל דאי לא קני / אסמכתא כשלא גזים	קנג
הקדמה / אסמכתא ללא גוזמא	קנה
"גבי מהאי חמרא... כל דאי לא קני"	קנד
שיטת רב האי גאון	קנו
מחלוקת בביאור שיטת רש"י	קנח
שיטות הראשונים / 'כל דאי הוי אסמכתא' רק מחמת דחק	קנט
המלוה אינו סומך על היין	קסב
פסק ההלכה /הלואה שהפכה למכירה / מכירה בתנאי	קסג
סיכום.....	קסו
אסמכתא – מתי נעשה קנין /שיטת רב האי גאון באסמכתא	קסז
הקדמה / האם נעשה מעשה קנין	קסז
ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים יום / יסוד שיטת רב האי גאון	קסח
תנאי בגטין וקידושין – קושיא על שיטת רב האי / שיטת פסקי הלכות בביאור רב האי	קעד
סיכום.....	קעז
שיטת הרמב"ם באסמכתא / מעשה הקנין	קעט
הקדמה.....	קעט
קנה... אם לא קנה / לא גמר בלבד להקנותו	קעט
שיטה א' - אם עשה מעשה קנין אין חסרון אסמכתא אם הקנין יחול אחר זמן (רמב"ם)	קפא
שיטה ב' – קנין שנעשה עתה מועיל לכעבור זמן אם ניכר ומחזיק משעת הקנין (כס"מ)	קפד
שיטה ג' - קנין חל רק אם הוא חל מעכשיו- ביאור הגר"א / חילוק הסמ"ע / דברי הט"ז	קפו
קנין בבית דין חשוב / שיטות הרמב"ם ורב האי	קצ
אם אוביר ולא אעביד / שיטות רב האי והרמב"ם	קצא
משחק בקוביא – ונעשה מעשה קנין	קצג
סיכום.....	קצד
שיטת הרמב"ם באסמכתא	קעז
הקדמה.....	קצו

אם לא אעשה / אם אעשה / אם לא תעשה / אם תעשה / גזים ולא גזים..... קצו
 מי הוא מטיל התנאי / לטובת מי התנאי..... קצט
 שעת הקנין..... רא
 כטועה בדעת עצמו / דין ערבות על פי שיטת הרמב"ן..... רב
 תליה במנהג העולם..... רד
 סיכום..... רז
 שיטת הרשב"א באסמכתא..... רח
 דרך קנס לעומת דרך תנאי..... רח
 צד אחד / שני צדדים / מעשה קנין..... רי
 אסמכתא בגיטין וקידושין / בדבר שתלוי רק בו / ערב ומשחק בקוביא..... ריג
 סיכום..... ריח
 "דלא כאסמכתא" / "בענין שאין בו אסמכתא"..... ריט
 הקדמה..... ריט
 דלא כאסמכתא..... ריט
 מדוע שעבוד מטלטלין יש בו חסרון של אסמכתא..... רכא
 אסמכתא בשיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי / סיכום השיטות..... רכד
 מתי מועיל הפתרון של כתיבת 'דלא כאסמכתא' / שיטות הסוברות שלא מועיל נוסח זה..... רכה
 פסק השו"ע / ערבות לכתובה בנוסח "דלא כאסמכתא"..... רכח
 לשונות היכולים להפקיע מידי אסמכתא / מנהג..... רכט
 סיכום..... רלא
 אסמכתא בפשרה / לשונות שאין בהם משום אסמכתא..... רלג
 הקדמה / מצות הפשרה..... רלג
 תשובות הרשב"א..... רלד
 דלא כאסמכתא / האם קיים חסרון אסמכתא בפשרה על פי השו"ע והרמ"א..... רלו
 סיכום..... רלט
 מנהג חכמי ספרד באסמכתא..... רמא
 מנהגם של חכמי ספרד להפקעת אסמכתא..... רמא
 נאנס ולא קיים..... רמב



גט מעושה ואסמכתא..... רמז
סיכום..... רמז
אסמכתא בנדרי מצוה (ובנדר בשעת צרה)..... רמז
הקדמה / נדר לקיים מצוה נדר / בשעת צרה / התרת הנדר..... רמז
נדריים ושבועות האם יש בהם חסרון של אסמכתא על פי שיטות הראשונים באסמכתא..... רמז
נדר לקיים מצוה בתנאי..... רמז
אין בנדריים ושבועות משום אסמכתא – שיטת המהר"ם מרוטנבורג..... רמז
שיטת רבינו ירוחם - זירוז לקיום מצוה, קיום מצוה אם לא יעשה דבר רשות, נדר בעת צרה רמז
שיטת הגהות אושרי – נדר לצדקה אם יעבר עבירה..... רמז
סיכום שיטות הראשונים..... רמז
פסקי השו"ע והרמ"א..... רמז
שיטת החת"ס בביאור שיטת המהר"ם, וישוב הסתירה בשו"ע..... רמז
סיכום..... רמז