

הרב משה בענדר

אוצר החכמה

## בענין אפוטרופוס

אוצר החכמה

017345677-0000

– אדם גדול שממנה אפוטרופוס שיעסוק  
בנכסיו שלו.

תפקידו של האפוטרופוס הוא לנהל את  
כל מה שמונה להיות עליו אפוטרופוס כמו  
שכותב הרמב"ם הלכות נחלות פרק יא' הלכה  
ד', "כשמעמידין בית דין להן אפוטרופוס  
מוסריין לו כל נכסי הקטן הקרקע והמטלטלין  
שלא נמכרו, והוא מוציא ומכניס ובונה וסותר  
ושובר ונוטע וזורע ועושה כפי מה שיראה  
שזה טוב ליתומים". הוראתה של המילה היא  
"אביהם של קטנים" אך היא נתקבלה ככינוי  
לכל מי שמתעסק בשל אחרים. \*

## הכוז להעמיד אפוטרופוס

יש לשאול, כיצד ניתן למנות אפוטרופוס  
שיעסוק בנכסיהם של הקטנים? הרי אין  
שליחות לקטן? ואפילו לו הייתה שליחות  
לקטן, הרי הקטן לא מינה אותו אלא בית דין.  
מה סמכותם של בית הדין למנות אפוטרופוס?  
שאלה זו נידונה בגמרא בקידושין: "ואלא  
הא דאמר רב גידל אמר רב: מנין ששלוחו  
של אדם כמותו? שנאמר: "ונשיא אחד נשיא

מושג האפוטרופוס מופיע בש"ס ופוסקים  
פעמים רבות, לרוב מציאות האפוטרופוס היא  
כשבית דין מעמידים אפוטרופוס על נכסי  
קטנים או שוטה, אך ישנם עוד כמה מקרים  
בהם יש אפוטרופוס וגם הם נידונים בש"ס  
ופוסקים. למרות היות המושג "אפוטרופוס"  
ידוע אצל כל בר בי רב דחד יומא, גדריו  
ודיניו של האפוטרופוס אינם מחוורים וכמו  
הרבה מושגים ראשוניים אחרים, יסוד דינו  
לא התבאר בפירוש בש"ס, ועל כן יש ללקט  
את פרטי הדינים המפוזרים אשר מהם נוכל  
לבנות את יסוד דינו ומתוך כך יהא ניתן  
לברר פרטים אחרים אשר לא נזכרו בפירוש  
וחלקם נידונים אצל רבותינו האחרונים.

## העמדת אפוטרופוס

ניתן לחלק את אופני העמדת האפוטרופוס  
לשני אופנים עיקריים:

– בית דין שמעמיד אפוטרופוס ליתומים  
וכדו' או לשוטה. או שאביהם העמיד להם  
לפני מותו, או שהיתומים העמידוהו על  
עצמם.

א. עייו ספר הערוך ערך אפוטרופוס.

ב. דף מא' עמוד א

אחד ממטה", תיפוק ליה שליחות מהכא! ותיסברא דהא שליחות הוא? והא קטנים לאו בני שליחות נינהו? אלא, כי הא דרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב: מנין שזכין לאדם שלא בפניו? שנאמר: <sup>וישאל</sup> ונשיא אחד נשיא אחד. ותיסברא זכות היא? הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה, ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר! ואלא כדרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל א"ר: מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות? לחוב אמאי? אלא לחוב ע"מ לזכות? ת"ל: "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו".

נבחין במהלכה של הגמרא:

בתחילה נשאלה שאלה, איך חלקו את הארץ, הלוא היו שם גם קטנים שמגיע להם נחלה? ולא יתכן לומר שהגדולים היו שלוחיהם של הקטנים, כי קטנים לא בני שליחות הם. גם אי אפשר לתרץ שהיה זה מדין זכייה, כי במצב של חלוקת הארץ, לא תתכן חלוקה שיש בה רק זכות, כי חלוקה זו בטבעה יש בה גם חובה, יש שנוח לו בבקעה ויש שנוח לו בהר וכדו', ואין חבין לאדם שלא מרעתו. כיצד אם כן בכל זאת היה אפשר לחלק את הארץ? תשובת הגמרא: חלקו את הארץ מדין אפוטרופוס. ורבא בר רב הונא בשם רב גידל אף הוציא הלכה כללית מפרשת חלוקת הארץ, שכל בית דין יכול להעמיד אפוטרופוס לחלוקת ירושת יתומים. מה גדרו של אפוטרופוס? אם אינו שליח מה

הוא כן? שאלה זו מביאה אותנו לדיון האם זכייה מדין שליחות או שיש בה דין חדש, כי אם נאמר שזכייה היא מדין חדש, נוכל לומר שהעמדת אפוטרופוס ליתומים היא בגדר זכייה ליתומים.

בכידושי הריטב"א בקידושין שם כתב: "פירשו בירושלמי שמעמידין אותם לזכות ואם חבו חבו אבל לחוב לגמרי אין מעמידין, וכן אומר מורי נר"ו שכל אותן דברים שאמרו במסכת גיטין<sup>1234567</sup> שרשאין אפוטרופוס לעשות בנכסי יתומים כולן מדין זכות הן, וכל דברים שאינן רשאין לעשות מדין חובה הוא. ולפיכך אין מעשיהם בהם כלום אפילו בדיעבד שאין חבין לאדם שלא מדעתו וכל העמדת אפוטרופוס לזכות יתומים הוא, והא דאיתנין הכא מעיקרא בחלוקת הארץ מדין זכייה. והשתא הדרינן למימר דהוי מדין אפוטרופוסות, לאו למימרא שאין אפוטרופוסות מדין זכייה דהא לא אפשר, דאם כן אף לחוב יהו מעמידין לו אפוטרופוס, ואמאי יכולין למחות ברוחות וטעותן חוזר, אלא ודאי מדין זכייה הוא אלא שהרויח הכתוב בזכייה זו יותר מזכייה דעלמא, דבעלמא אין זכייה אלא בזכות גמור שאין בו חובה כלל לא בתחלתו ולא בסופו, אבל הכא מהני לחוב על מנת לזכות כיון שאינה חובה ממש".

הסבר דבריו:

כל העמדת האפוטרופוס היא מדין זכייה, ולפי זה, מדוע רק בית הדין יכול להעמיד ולא כל אדם? כנראה כי כל אדם שיבוא

אותו אפוטרופוס עליהם, כי הם בגדר חובה.) ומניין שניתן להרחיב את המושג "זכין" שהוא בדרך כלל רק לזכות גמורה, גם לאופן כזה של זכות שיש בה גם חובה כאפוטרופוס? דבר זה נלמד מפרשת חלוקת הארץ, מהכתוב "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו".

נמצא לפי דברי הריטב"א: א. זכייה אינה מדין שליחות, ועל כן היא אפשרית גם בקטן. ב. העמדת אפוטרופוס לקטנים היא מדין זכייה. ג. כיוון שהעמדת האפוטרופוס מדין זכייה, הוא יכול לפעול רק לזכות ולא לחובה.

### כוחו של האפוטרופוס לתרום תרומה

לאור הדברים הנ"ל עולה לכאורה שכל כוחו של האפוטרופוס לפעול הוא בפעולות ממוניות אשר כולן יכולות להיכנס תחת ההגדרה המרחיבה של "זכין" שהתחדשה באפוטרופוס, אולם לדבר שבו יש דרישה שהבעלים יעשנו, לכאורה האפוטרופוס לא יוכל לעשות בשביל היתומים שהרי אינו שלוחם. ולפי זה אפוטרופוס לא יוכל להרים תרומה במקום היתומים. ואכן הגמרא בגיטין<sup>1234567</sup> מביאה על המשנה שם שאומרת שאפוטרופוס כן יכול לתרום בשביל היתומים, ברייתא שאומרת, "אתם ולא שותפין, אתם ולא אריסין, אתם ולא אפוטרופין, ולא התורם את שאינו שלו", כלומר: הברייתא משווה בין שותף, אריס ואפוטרופוס ששלושתם אינם בעלים (שותף אינו בעלים על חלק חברו) ושלושתם אינם יכולים לתרום, כי כדי

לעסוק בנכסי יתומים, הרי זה בחזקת חובה ליתומים כי מה לו ולנכסיהם ותמיד נראה הדבר כתובה ליתומים. ועוד אפשר לומר על פי לשון הגמרא בבבא קמא דף לז' עמוד א', "ר"ג ובית דינו אביהן של יתומין היו". לשון זו היא ממש תרגום למילה "אפוטרופוס" כפי שמפרשה הערוך (המובא בהערה 1), ואם כן בית הדין הם אפוטרופסיים באופן אוטומטי על היתומים, ומכוח אפוטרופוסות זו הם ממנים את האפוטרופוס בפועל ואף פעולות האפוטרופוס בנכסים בגדר זכות היא, כי הוא בא לפעול לטובתם, רק ששונה האפוטרופוס מכל פעולת זכות שמועילה תמיד מדין "זכין לאדם שלא בפניו" כי כל "זכין" מועיל רק אם זו זכות גמורה ואם יש בה צד חובה אין זה כבר בגדר "זכין", מה שאין כן האפוטרופוס שיכול לעשות גם פעולות חובה ליתומים, כי מטבע היותו אחראי על נכסיהם, יתכנו מצבים שיש בהם גם חובה ליתומים כסיכון או פשרה וכדו', ואף על פי כן האפוטרופוס יכול לעשות פעולות אלו, כי הם בגדר הזכות הכללית שיש בעצם היותו אפוטרופוס על נכסיהם, ואין אפשרות להיות אפוטרופוס ראוי על הנכסים מבלי שתהיה יכולת לקבל החלטות שיש בהם גם צד חובה. ולכן אם האפוטרופוס פעל פעולה שיש בה רק חובה, פעולתו אינה יכולה לחול משום שאי אפשר למנות אפוטרופוס לחובה. (ואם כן מה שיש דברים שאין האפוטרופוסין רשאים לעשות, אין זה משום שבית דין לא נתנו לאפוטרופוס את הרשות לעשות את אותם דברים, אלא בית דין כלל לא יכלו למנות

מתאים להסברו של הריטב"א, שבצעם אין האפטרופוס יכול לתרום, כיוון שכל מינויו הוא מדין זכייה, ומינוי מדין זכייה אינו יכול לתת לאפטרופוס את כוח "בעלים" הנדרש כדי לתרום. ואכן הריטב"א הלך לשיטתו ולא פירש את שני התירוצים של הרמב"ן, אלא פירש בפשיטות את תירוץ הגמרא כתירוץ זה של הרמב"ן.

התירוץ השני של הרמב"ן: "ולי נראה שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים דזכין מה שעשה עשוי מן התורה, לאדם שלא בפניו הוא, כדאמרינן בפ' האיש מקדש בלישנא קמא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד נשיא אחד והתם קטנים הוו, ואקשינן ותסברא והא זכות הוא חובה הוא דאיכא דניחא ליה בהר ואיכא דניחא ליה בבקעה וכו', הא בזכות ודאי זוכין לו, ובלישנא בתרא אוקימנא מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שב"ד מעמידין להן אפטרופוס שנאמר "ונשיא אחד", וחלוקה גופה מדין זכות הוא שזוכין להם לקטנים בחלוקה זו שלא בפניהם, וזכין לאדם שלא בפניו נמי שמעת מינה אלא דמפרש דכה"ג הויא חלוקה זכות, הלכך כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות, זכות הוא ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות אין מעשיהם בו כלום.

הסבר התירוץ השני: האפטרופוס יכול לתרום מעיקר הדין, כי דין האפטרופוסות מדין זכייה כמשמעות הגמרא בקידושין, ולכן כל מעשי האפטרופוסים הם זכות ומעשיהם קיימים מדין תורה. הרמב"ן אם כן לומד

לתרום צריך להיות או בעלים ("אתם") או שליחו ("גם אתם" - לרבות שלוחכם). מכל מקום הברייטא סותרת את המשנה בזה, ומתרצת הגמרא, "אמר רב חסדא, לא קשיא: כאן להאכיל כאן להניח". כלומר המשנה שמאפשרת לאפטרופוס לתרום מתירה לו לתרום רק באופן שהוא בא להאכיל בכך את היתומים.

תירוץ הגמרא צריך הסבר, שהלוא הברייטא לומדת את הדבר מפסוק, וממה נפשך, אם המשנה חולקת על הברייטא, אם כן אפשר לומר שהאפטרופוס יכול לתרום גם להניח, אלא ודאי שהגמרא מבינה שהמשנה לא חולקת על הברייטא, ואם כן כיצד באמת יכול האפטרופוס לתרום כדי להאכיל את היתומים, הרי אין בכוחו לתרום?

בחירושי הרמב"ן שם כתב שני תירוצים:

א. "הא דתנן יתומים שסמכו אצל בע"ה או שמנה להן אביהן אפטרופוס חייב לעשר פירותיהן, ואוקימנא להאכיל, י"ל דתקנת חכמים היא שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס כדי שיוכל לעשר ויאכילם והפקר ב"ד הפקר, דאי לא, כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו היאך אוכלים יתומים טבל".

הסבר התירוץ: אכן מעיקר הדין אין האפטרופוס יכול לתרום עבור היתומים, כי הוא לא הבעלים ולא שליחו, אלא יש כאן תקנה, וחכמים (כנראה בכוח של דין הפקר בית דין הפקר) העמידו את ממון היתומים ברשות האפטרופוס. תירוץ זה

ה. כך כתב הרשב"א.

הרמב"ן לא אומר כך, אלא כתב, "הלכך כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות זכות הוא ומעשיהם קיימים מדין תורה וכל שאין להם לעשות אין מעשיהם בו כלום". כלומר, כל מה שצוו חכמים שלא לעשותו, הריהו בגדר חובה, ואין האפטרופוס יכול להחילו, כי זכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לאדם שלא בפניו.

לסיכום: יש לפנינו שלושה תירוצים שונים אשר יש נפקא מינה ביניהם:

1. התירוצ הראשון ברמב"ן וברשב"א, הכתוב גם בריטב"א, שמעיקר הדין אין האפטרופוס יכול לתרום, כיוון שאינו שליח, אלא שרבנן הפקיעו את ממון היתומים כדי שיוכל לתרום להאכיל. ואם כן בתורם להניח אין תרומתו תרומה מעיקר הדין.

2. התירוצ השני של הרשב"א, שהאפטרופוס יכול לתרום מעיקר הדין, כי יד האפטרופוס כיד יתומים. ומה שאינו יכול לתרום בלהניח, היינו משום שרבנן אסרו עליו, ואם תרם תרומתו תרומה.

3. התירוצ השני של הרמב"ן, שהאפטרופוס יכול לתרום מעיקר הדין, מדין זכייה, אך כיון שרבנן אמרו שלא יתרום, אזי כל הרמת תרומה, היא בגדר חובה, כי זה נגד רצון חכמים, וכיון שזה בגדר חובה, הרי שמעיקר הדין אינו יכול לתרום ולהניח, ואם תרם אין תרומתו תרומה.

### הבנות שונות בגדרו של אפטרופוס ליתומים

מקור ההבדל בין תירוצ הרשב"א לתירוצ הרמב"ן, טמון כנראה בהבנה שונה של

את הגמרא בקידושין כהריטב"א (הריטב"א אכן כתב את דבריו בשם רבו שהיה תלמיד הרמב"ן כידוע, ונכון יותר לומר שדברי הריטב"א כדברי הרמב"ן) אולם הפלא הוא שאת כל הסבר הריטב"א כתב הרמב"ן כהסבר מדוע האפטרופוס כן יכול לתרום, ולכאורה זהו הסבר למה שלא יוכל לתרום וכמו שכתבנו. ואכן הרשב"א שגם כתב את שני תירוצי הרמב"ן השמיט את הסבר הרמב"ן הנ"ל וכתב, "אי נמי, איכא למימר דמדינא תורמין בין להאכיל בין להניח, דיד אפטרופוס כיד היתומין". אולם איך שלא יהיה גם דברי הרשב"א צריכים הגדרה וביאור, והשאלה בעינה עומדת, מהו כוחו של האפטרופוס לתרום עבור היתומים?

והנה לפי תירוצ הרמב"ן הראשון, מה שכתוב בברייתא שאפטרופוס אינו יכול לתרום, היינו מדאורייתא "אתם ולא אפטרופסין" אך לתירוצו השני, שהאפטרופוס יכול לתרום ליתומים מעיקר הדין, אם כן מה שכתוב בברייתא "אתם ולא אפטרופסין" ומוקם בגמרא בלהניח, היה נראה שהיינו מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא וכן כתב הרשב"א בפירוש. ומה עשו רבנן כדי להפקיע את האפטרופוס מדינו? לכאורה יש בזה שתי אפשרויות, א. בית דין הפקיעו משליטתו את הפירות שבא להרים, והוא לא אפטרופוס עליהם לעניין זה, ואם כן אף אם יתרום אין תרומתו תרומה. ב. רבנן אסרו עליו לתרום כדי להניח, ופירוש זה נראה מלשון הרשב"א שכתב, "אלא כדי שלא יראה כמזלזל בנכסי היתומין שמא לא ידקדקו יפה בדבר אסרו להן לתרום כדי להניח". ולפי פירוש זה, אם תרם תרומתו תרומה. אולם

של האפוטרופוס, וכלשון הרשב"א "יד אפוטרופוס כיד בעלים", וכמו שיש מושג של זכייה ומושג של שליחות, כמו כן יש מושג של "אפוטרופוס", ובדיוק כמו שהתורה חידשה ששליח יכול לתרום עבור הבעלים ויד השליח כיד בעלים, כן חידשה דין שאפוטרופוס יכול לתרום עבור הבעלים כי ידו כידו. ומה שאפוטרופוס לא יכול לתרום כדי להניח, היינו משום תקנה שלא יראה כמזלזל במעות של יתומים וכמו שכתב הרשב"א בפירוש.

אוצר החכמה

### גדר אפוטרופוס שהאדם ממנה לעצמו

והנה דבר פשוט הוא שאדם יכול להעמיד אפוטרופוס על נכסיו, וכמו שפירש רש"י בשבועות<sup>א</sup>, ששבועת האפוטרופוס שם היא שבועת אפוטרופוס שאדם העמיד על נכסיו שלו. אולם צריך לברר מה כוחו ובמה הוא שונה משליח. והנה מלשון הברייתא המובאת בקידושין היה נראה שאפוטרופוס אינו יכול לתרום ושהוא התמעט מ"אתם ולא אפוטרופוס", אולם לכאורה זה תלוי במחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א הנ"ל, לפירוש הרשב"א התחדש בתירוצו הגמרא, דין אפוטרופוס שידו כיד בעלים וכמו שהוא יכול לתרום לקטנים אין סיבה שלא יוכל לתרום למי שמינהו אפוטרופוס על נכסיו, ואדרבה בכי האי גוונא, הוא יכול לתרום אף להניח כי אין כמובן חשש שיראה כמפסיד ממון יתומים, לעומת זאת לדעת הרמב"ן אין דין חדש של אפוטרופוס, וכל מה שהתחדש זה דין זכייה מורחב וויתור של התורה על

תירוצו הגמרא בקידושין, שכאמור מביאה את הפסוק של "ונשיא אחד" שהוא המקור להלכת האפוטרופוס. הרמב"ן והריטב"א למדו שהקרא של "ונשיא אחד" לא בא לחדש ללמד הלכה חדשה של אפוטרופוס שאינה שייכת כלל למערכת של זכייה ושליחות, אלא בהלכה של אפוטרופוס ליתומים התורה חידשה הרחבה של הדין זכייה, גם לאופן שבלא ההרחבה של הפסוק לא היה נחשב כזכייה. כך שלמעשה מהות דין האפוטרופוס עדיין שייך למערכת של דיני זכייה. ובפרטי הרחבה זו נחלקו הריטב"א והרמב"ן. הריטב"א אומר שהאפוטרופוס אינו יכול לתרום כלל מעיקר הדין, כיוון שהוא רק זוכה ולא שליח, אולם הרמב"ן הפליג יותר בחידוש שנתחדש באפוטרופוס ולמד שבהרחבה שהתחדשה בקרא של "ונשיא אחד" התחדש שהאפוטרופוס יוכל לעשות פעולות זכות שיחולו למרות שאין דינם לחול, והתורה הוציאה את דין זכייה מגדרו, כדי לאפשר התנהלות תקינה של חיהם של יתומים והדומים להם, ושינתה מדין זכייה הרגיל בכל ממון, ואפשרה לאפוטרופוס לפעול אפילו במקום שאין זו זכייה ממש, וכמו כן אפשרה התורה תרומת אפוטרופוס וויתרה על הדרישה לשליחות הנדרשת תמיד כדי לתרום. במילים אחרות: אין כאן דין "באפוטרופוס" אלא דין בהלכות מסוימות כזכייה ותרומה שבהם הקילה התורה כשהפועל הוא אפוטרופוס ליתומים.

לעומת זאת הרשב"א למד שבקרא של "ונשיא אחד" התחדש דין חדש

1. דף מח עמוד א.



ויותר נראה שסתם אפוטרופוס, הכוונה לקטן, אך אפוטרופוס לגדול הינו גם שליח <sup>0234567</sup> וצ"ע).

### ההבדל בין שליח ואפוטרופוס

מדיני השליחות, שהמשלח יכול לטעון "לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי", והיינו במקרה שהלה פעל בשליחות באופן שאינו טוב למשלח, כגון שקנה קרקע בלא אחריות וכדו', והנה אם יד השליח כיד משלח מה טעם יכול לומר לו כן? וההסבר, שלאופן כזה לא מינהו כלל להיות שליחו, והנה יש לברר האם אומרים כן גם באפוטרופוס, ונראה שלדעת הריטב"א אין צריך לטענה זו, כי כל יכולתו של האפוטרופוס לפעול היא מדין זכין, וכשאינו זוכה אין לו כוח לפעול וכן לדעת הרמב"ן. אולם לדעת הרשב"א יש לעיין בזה. ובטור' הביא בשם הר"י ברצלוני שאומרים על אפוטרופוס לתיקוני שדרתיך, אולם שם מדובר באפוטרופוס לקטן ואין מזה ראייה לאפוטרופוס שהעמיד אדם לעצמו וכמו שנתבאר.

והנה להלכה אין השליח יכול לתפוס חוב עבור משלחו כשזה חב לאחרים, אך פועל יכול, וטעם ההבדל, שבהלכה של שליח התחדש שאדם יכול לפעול על ידי "אישיותו" ורשותו שלו גם לחברו, וכאילו הוא משעבד את יכולות ההחלה שיש לו שיפעלו עבור חברו, ומשום כך השליח צריך להיות בן ברית וגדול, כי רק כזה שליח יש לו את הגתונים שיוכלו לפעול

דרישת "האתם" בתרומה להאכיל יתומים, נמצא שכל מינוי האפוטרופוס לנכסי עצמו אינו יכול להיות אלא מדין שליחות רגילה.

והנה בירושלמי תירץ את שאלת הבבלי בדבר הסתירה בין המשנה לברייתא באופן אחר, "כאן ביתום גדול כאן ביתום קטן", כלומר המשנה שמאפשרת לאפוטרופוס לתרום עוסקת באפוטרופוס לקטן והברייתא שאוסרת עוסקת באפוטרופוס לגדול, מה סברת החילוק? לפי תירוץ הרמב"ן, הסברה ברורה, כי כל מה שהתורה חידשה, זה לא דין חדש של אפוטרופוס אלא אפשרות זכייה מורחבת ליתומים קטנים, ואם כן בגדול שיכול לדאוג לעצמו, וכל מה שיש לו אפוטרופוס זה כדי שלא יסתר בקרקעותיו ויפסידם, חזר הדין שהאפוטרופוס לא יכול לתרום כל עוד לא מינהו בעל הממון להיות שליחו. ולהרשב"א צריך לומר שרבנן תיקנו שהאפוטרופוס לא יוכל לתרום תרומה ליתום גדול כי יש חשש שהתרומה תיראה כמזלזל בנכסי היתום, ושונה היתום הגדול מהקטן, כי הגדול אין צריך לאכול מיד האפוטרופוס מפני שהוא יכול להתפרנס לבד. אולם כל זה כאמור באפוטרופוס של יתום גדול (כלשון הירושלמי, "כאן ביתום גדול") אך אפוטרופוס שאדם מעמיד על נכסיו שלו, אין סיבה שלא יוכל לתרום לדעת הרשב"א שהרי יד אפוטרופוס כיד בעלים. (והנה גם לדעת הרמב"ן היה אפשר לומר שכל אפוטרופוס הרי הוא גם שליח, ולכן יכול לתרום, אך מהברייתא אנו למדים שסתם אפוטרופוס בלא מינוי שליחות מפורש אינו יכול לתרום,

עבור השליחות, נמצא שלמעשה השליח פועל את הקניין באופן אוטונומי ורק בשלב שני התוצאה חלה למשלח, ולכן במקום שחב לאחרים, אין יכולת להיות שליח, כי לשליח אין אפשרות לקחת את הממון הזה היות וזה חב לאחרים. מה שאין כן הפועל אינו פועל באופן אוטונומי אלא הוא דומה לעבד (ומשום כך יכול לחזור בו בחצי היום) שמעשיו משועבדים לרבו וכמו כן כל מעשי הפועל מיוחסים לבעל הבית מעבדו, ומשום כך הוא יכול לתפוס עבור בעל הבית, אף כשחב לאחרים, כי הוא פועל כיד רבו.

ולענין אפטרופוס, נפסק בשלחן ערוך<sup>1</sup> שאפטרופוס יכול לתפוס גם כשחב לאחרים, וכתב הגר"א שם שדבר זה נלמד מדין פועל! (וכן בש"ך שם תירץ את דברי רש"י שמה שלא מועיל בתופס לבעל חוב היינו משום שלא מינהו שליח, וביאר הש"ך שכוונת רש"י שלא מינהו להיות שליח בשכר, אך אם היה משלחו בשכר היה מועיל לתפוס מדין פועל וכנ"ל.) ודין זה שפועל יכול לתפוס גם כשחב לאחרים כתוב בגמרא בבא מציעא<sup>2</sup>, "אבל אמר לו עשה עימי מלאכה היום, מציאתו לבעל הבית", והנה דיון הגמרא הוא לענין תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, אבל בלא הכי פשוט לגמרא שיכול הפועל לזכות לבעל הבית, ודבר זה צריך ביאור מניין לגמרא זה שיכול פועל בן ברית ושאינו בן ברית לזכות עבור בעל הבית? ונדגיש שאין זה מדין זכייה או שליחות, כי מכוח דינים

אלו אי אפשר לתפוס במקום שחב לאחרים. ונראה שדין הפועל נלמד מדין אפטרופוס, (ודברי הגר"א הם בבחינת "בא ללמוד ונמצא מלמד") ונתחדש בפרשת אפטרופוס שיכול פועל להחיל חלויות עבור בעל הבית למרות שאינו שליחו, ודין הגמרא בבא מציעא שפועל יכול לזכות עבור בעל הבית נלמד מדין אפטרופוס<sup>3</sup>, ואפטרופוס ופועל שווים בזה ששניהם עובדים ומשעבדים עצמם לבעל הבית בשכר, ומה לי אם העבודה היא לחפש מציאות ברחוב כפועל או לחפש מציאות בבורסות ועריכת עסקאות כאפטרופוס... ואם כן, נראה שאי אפשר לומר לאפטרופוס לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי, כי רק לשליח שפועל אוטונומית, אפשר לומר מעשיך אינם מיוחסים למשלח כי שליחותך היא רק לזכות, מה שאין כן פועל המשועבד לבעל הבית וכל מעשיו מיוחסים לו, ואפטרופוס פועל הוא וכהבנת הש"ך והגר"א.

אם כנים הדברים, כל פסיקת השו"ע והסבר הש"ך והגר"א בזה, הוא לדעת הרשב"א שהתחדש באפטרופוס דין חדש ממשפחת הפועל, אך לפי הריטב"א והרמב"ן שדין אפטרופוס שייך לדין זכייה, לכאורה לא יוכל האפטרופוס לזכות במקום שחב לאחרים, וכמו כן ודאי שבמקום חובה מעשיו לא יחייבו את בעלי הממון, כי כל כוחו הוא לזכות בלבד וכמו שכתב הריטב"א בפירוש. ולפי זה קשה מדוע לא תלה השו"ע את דינו במחלוקת ראשונים.

ח. חושן משפט סימן קה.

ט. דף י.



## הטעם בזה שאין כוח ביד האפוטרופוס לתת גט שחרור

והנה בספר נתיבות המשפט<sup>1</sup>, הביא בשם ספר מחנה אפרים, שפועל גוי לא יכול לקנות עבור בעה"ב, וראיה לדבר, מזה שאף על עבד כנעני שודאי יותר משועבד מכל פועל, כתוב בגמרא בגיטין שאי אפשר ליתן על ידו גט עבור גבירתו, וכל שכן פועל. והקשה הנתיבות מהגמרא בבבא מציעא הנ"ל<sup>2</sup>, שפועל יכול לתפוס עבור בעל הבית, ותירץ לחלק בין קניין יד וחצר שבהם הפועל לא יכול לפעול, לבין שאר קניינים כהגבהה ומשיכה שבהם יכול הפועל לפעול עבור בעל הבית. והנה אף שסברתו נכונה בזה שפועל לא יכול לפעול בקניין יד וחצר עבור בעל הבית, אך במחילה מכבוד תורתם של המחנה אפרים והנתיבות נ"ע, לא הבנתי כלל את קושייתם מגט, שהלוא סוגיה ערוכה היא בגיטין<sup>3</sup> לעניין חציו עבד וחציו בן חורין שהקנה אותו אביו לבנו קטן, ואומרת הגמרא שממנים אפוטרופוס וכותב לו גט שחרור ומקרקשים במעות לקטן, ונחלקו שם הראשונים מי כותב לו גט שחרור ומה גידרו של גט זה, אך העולה מדברי כולם, שאין צד בעולם שיכול האפוטרופוס ליתן גט שחרור מעיקר הדין, ומוכח שאין הפועל יכול לפעול חלות בגט שחרור ובודאי שלא בגט אישה. ובעל הנתיבות כנראה הבין, שהסוגיה בגיטין עוסקת בכוח של האפוטרופוס לתת גט ובזה הכול מודים שאין לו כוח, אך לזכות בגט היה

אפשר לומר שיכול, ואת זה הוכיח הנתיבות מזה שאי אפשר לתת גט לעבד אישה, ולדעתו היינו רק משום שלאפוטרופוס ולפועל אין יכולת לפעול כיד וכחצר הבעלים. אך לא חילקו באופן עקרוני בין גט לממון.

אולם מכל מקום נראה שאין שום דמיון בין גט לממון, ולעניין גט לא היה צד שיהיה כוח ביד האפוטרופוס או הפועל לפעול. והטעם ברור! כי חילוק יש בין תרומה שיכול האפוטרופוס לתרום אף שצריך ש"אתם" לתרום, לבין גט, כי דווקא לעניין תרומה שעניינה הוא ממון חידשה התורה שיד אפוטרופוס ופועל כיד בעל הבית, אך לעניין גט שמהותו היא דין איסור לא, וזו סברה ישרה.

## דין הלוואת אפוטרופוס בריבית

לפי דברינו עד כה, עולה שהאפוטרופוס הוא בבחינת פועלו של בעל הבית, ואינו פועל אוטונומית כשליח שפועל בעצמו ומייחס את החלות עבור הבעל הבית, אלא פועל כיד בעל הבית. ולפי זה, על אף שכידוע אין שליח לדבר עבירה, מכל מקום אפוטרופוס שכאמור אינו פועל מדין שליחות, שהלוא בריבית, ההלוואה תתייחס לבעל הממון, ויחשב שהלוא ריבית קצוצה, משום שאין האפוטרופוס שליחו אלא פועלו וידו לעניין זה. ולכן אף אם יהיה לישראל אפוטרופוס גוי, אסור ללוות ממנו בריבית ואסור לישראל להלוות על ידו לישראל ואם הלווה הרי זו ריבית קצוצה. וכן הוא

י. סימן קפח' סק"א.

יא. דף מ.

1234567

1234567

בתוספתא<sup>י</sup> בפירוש: "ישראל שנעשה לו לגוי אפוטרופוס או סנטר מותר ללוות הימנו בריבית, וגוי שנעשה אפוטרופוס לישראל או סנטר אסור ללוות הימנו בריבית". משמע מהתוספתא שדין הריבית תלוי תמיד בבעל הבית, והיינו בגלל שהאפוטרופוס פועל שלו.

ודומה לזה מצאנו בגמרא פרק איזהו נשך<sup>י</sup>, "אמר רב ענן אמר שמואל: מעות של יתומים מותר להלוותן בריבית. ומקשה הגמרא: משום דיתמי נינהו ספינא להו איסורא? יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו". ובמסקנה, הגמרא מעמידה שמדובר בהלוואה שקרוב לשכר ורחוק להפסד, שאסורה מדרבנן, וביתומים הקילו, אך קשה מה ההוא אמינא של רב ענן להתיר להלוות ממון יתומים בריבית קצוצה? וברשב"א תירץ: "נראה דרב ענן היה סבור שמותר להלוותן אפי' בריבית קצוצה לפי שהאפוטרופוס אינו נוטל בריבית והיתומים אינן מחוייבים במצות, גם הם בעצמם אינן מלוין כדי שנאמר ב"ד מצווין להפרישן אפי' לדברי מי שאומר<sup>י</sup> "קטן אוכל נבלות ב"ד מצווין להפרישו", וכן אין זה בכלל מה שאמרו<sup>י</sup> "לא תאכלום" – קרי ביה לא תאכילום, לפי שהם אינם עושים בידיים את האיסור, ואינו דומה למה שאמרו<sup>י</sup> "מניחו תולש מניחו זורק אבל לא יאמר לו הבא לי חותם הבא לי מפתח" דהתם הא קא עביד

בידים דבר האסור לו לכשיגדיל, ורב נחמן נמי לא אמר ליה שעובר האפוטרופוס על דאורייתא אלא שהיתום המתגדל בממון של ישראל שאינו שלו יענש מיתה". הסבר הרשב"א הולך לשיטתו שהאפוטרופוס אינו אלא פועל, ואין צד שיעבור על דאורייתא, ואף לרב נחמן ולהלכה אין האפוטרופוס עובר על איסור תורה של ריבית קצוצה, ומי שאמור להיות מחויב הוא בעל הממון ובמקרה זה – היתומים, אך משום שהם קטנים ולא ברי חיוב, כל הנידון הוא לאסור עליהם מדין ספייה, ולעניין זה היה נראה לרב ענן שיש חילוק בין קטן שאוכל נבילות לבין קטן שנהנה מממון ריבית שבא לידו, ורב נחמן אסר אף בזה מדין ספייה. אך ביתומים גדולים, הרי זו ריבית קצוצה שהיתומים לוקחים.

והנה הרמב"ן לא פירש כהרשב"א אלא הסביר מתחילת דבריו את תירוצ הגמרא, ונראה ממנו שהבין שלא יתכן שרב ענן חשב להתיר ריבית גמורה, כי הרמב"ן לשיטתו שכל כוחו של האפוטרופוס הוא מדין זכין, וכה"ג שזה ריבית, האפוטרופוס אינו יכול לפעול כלל, כי בהלוואה בריבית קצוצה אין שום צד זכות, ולכן לא חלה כאן הלוואה, ואין זה ממון של היתומים אלא של הלווה.

אלא שקשה שהרשב"א שהוא "המרא דשמעתתא", שיד אפוטרופוס כיד בעלים, כתב בתשובה<sup>י</sup>, בדבר אפוטרופוס של אלמנה

יב. בבא מציעא פרק ה.

יג. דף ע' עמוד א.

יד. יבמות קי"ד א.

טו. שם.

טז. שם.

יז. חלק ב סימן קיח, הובאה בבית יוסף, יורה דעה

בימן קס.

אוצר החכמה

לגוי, נמצא שהם לווים מהגוי ומלווים לבני הקהילה בריבית. והביא שהרמב"ן כתב בשם חכם מנרבונה, להתיר מטעם שהגבאים הם אפוטרופוסים של בני הקהילה, ואומר על זה הרשב"א שזה עצמו שהאפוטרופוס ילווה בריבית ויפרע מנכסי היתומים צריך התר, כי זו ריבית, וקשה שלכאורה הרשב"א סותר את עצמו, שבהלוואה של אפוטרופוס מנכסי יתומים, פסק שאין זו ריבית דאורייתא ולרב ענן מותר לעשות כן לכתחילה, ואילו לענין ללוות עבור היתומים בריבית ולפרוע אחר כך מנכסיהם, כתב שנראה לו שזו ריבית קצוצה?

ונראה ליישב, שיש הבדל בין להלוות לבין ללוות, כי כשהגבאים היו לווים מהגוי, מבחינת הגוי, המחויב להם הוא הגבאי, ובזה אומר הרשב"א שכיוון שהאחריות היא אישית על הגבאים וכן"ל על האפוטרופוסים, אם כן יש כאן בעצם הלוואה של הגוי לאפוטרופוס ולגבאי, והם מלווים את הממון לישראל, ונמצא שיש כאן הלוואה בריבית קצוצה, מה שאין כן כשהאפוטרופוס מלווה מנכסי היתומים, הרי ההלוואה מיוחסת להם ולא לא, ולכן אם בעל הממון הוא גדול, הרי זה הלוואה בריבית של בעל הממון, ואף בזה פסק הרשב"א שמותר להם להשתמש בממון, והאפוטרופוס הוא רק סרסורא דחטאה ואינו עובר. ואם הם קטנים, אין זה אסור מדאורייתא, ורב ענן אף התיר זאת לכתחילה. והנה אף בזה הרמב"ן והרשב"א הלכו לשיטתם, כי להרמב"ן שדין האפוטרופוס הוא מדין זכין, יש מקום להתיר, כי כיוון

ויתומים שהלווה בריבית וגבה את ההלוואה והריבית, האם האלמנה והיתומים אסורים באותו ממון? ופסק הרשב"א שיכולים להשתמש בכספי הריבית ואינם צריכים להחזירה ללוים: "ואותו בלבד שלקח בריבית, הוא שחייב להחזיר. אבל מי שלא לקחו, אינו בחזרה. והילכך: אלמנה ויורש אלו, שלא היו באותו רבית, ולא לקחוהו מיד הלוים, אינן בני חזרה. אלא הלווה נתן לאותו אפוטרופוס שהתנה עליו עמו. והאפוטרופוס נתן לאלמנה. ואפילו בגזל גמור בכל כי הא, אין חייבין להחזיר. וכדתנן: הגוזל ומאכיל את בניו, והמניח לפניהם, פטורין מלשלם. כ"ש הריבית, שאינו גזל גמור, שהרי נתן הוא מדעת. וגם האפוטרופוס פטור. לפי שהלווה לא לאפוטרופוס הוא נותן, על דעת שיעכב לעצמו. אלא כדי ליתן לאלמנה או לבעל המעות. והאפוטרופוס הזה, סרסורא דחטאה הוא. ואינו בתורת השבון". וקשה שלכאורה הרשב"א פוסח על שני הסעיפים, כי אם האפוטרופוס הוא רק "סרסורא דחטאה", כפי שאכן עולה מדברינו עד כה, אם כן מיהו בעל החטאה? לכאורה זה בעל הממון, וכאן מדובר בבעלי ממון גדולים כאלמנה שהיא גדולה, ומדוע אין זו ריבית גמורה שלה? ועוד, וכי נאמר כן על כל הלוואת אפוטרופוס של גדול? זה לא עולה על הדעת וצ"ע.

והנה בתשובה אחרת כתב הרשב"א", בדבר המנהג שנהגו הקהילות שהגבאים היו לווים עבור הקהל מגוי בריבית והיו נוטלים הקרן והריבית מהקהל, וכתב הרשב"א שזה אסור מדאורייתא משום שהגבאים משועבדים

ית. חלק ה סי' רנט, חלק ז סי' שנג, הובאה בבית יוסף יורה דעה סימן קסח' - קסט' בסופו.

שכל דין אפוטרופוס, הוא מדין זכייה, הרי שבהלוואה שלוו הגבאים עבור בני הקהילה, בני הקהילה נחשבים הלווים בהלוואה שזכו להם הגבאים מהגויים, ואין לגבאים שום שייכות להלוואה זו, ולכן אין כאן ריבית. מה שאין כן לדעת הרשב"א שהתורה חידשה שיד אפוטרופוס כיד בעלים, היינו דווקא כשהאפוטרופוס אינו אחראי על זה, אך אם האפוטרופוס לווה והוא מחויב באופן אישי, הרי זה הוא שהלווה את הממון ליתומים ואסור.

אוצר החכמה  
מחבר: 1234567  
עמוד: 1234567

### בירור מעמד הפקיד (לדוגמה: פקיד בנק)

ועתה ננסה לברר על דין מצבים השכיחים מאוד בתקופתנו, העולים מהסוגיה, והנה, יש לברר איך פעולות רבות שנעשות על ידי פקידים רבים הפועלים עבורנו, כפקיד בנק, עורך דין, רואה חשבון וכדו', חלות עבורנו? כאשר במקרים רבים הפקידים אף אינם בני ברית ואינם בתורת שליחות, ואם כן כיצד למשל חל קניין בכסף הנלקח כהלוואה מבנק של ידי פקיד גוי (לעת עתה בלא שאלת הריבית) או להיפך כשהפקיד יהודי ובעל הבנק הוא גוי, ובמקרה זה היה אפשר לומר שבאמת אין כאן קניין בין הלווה לבעל הממון, אלא בעל הממון מרשה לפקיד לתת כסף, והפקיד עושה בזה מעשה קוף בעלמא, והלווה מתחייב בעת קבלת הכסף, לתת סך כסף שווה לזה, למלווה, אולם גם אם נאמר כן על כה"ג, מה נאמר במפקיד כספו אצל פקיד גוי העובד בבנק (פרטי-בלא להיכנס לסוגיה של חברה בע"מ) של יהודי, כיצד מחויב בעל הבנק באחריות על הממון, בלא שהפקיד שליחו?

ולפי מה שנתבאר עד כה נראה, שכל הפקידים הנ"ל הפועלים, יכולים לחייב את בעלי הממון מדין פועל שדינו כאפוטרופוס שיכול לפעול קנינים עבור בעלי הממון, ואין בזה חילוק בין ללוות ולהלוות, כי בימינו כל מי שבא ללוות או להפקיד בבנק, יודע שאין אחריות אישית על הפקיד, וכל משאו ומתנו הוא עם בעל הבנק, בזה וודאי שאין הפקיד אחראי, ואין הוא אלא פועל שיכול לפעול מדין אפוטרופוס. אולם כל זה הוא לדעת הרשב"א, ובזה שפסק השו"ע שאפוטרופוס יכול לתפוס חוב במקום שחב לאחרני נראה שפסק כהרשב"א. אך לדעת הרמב"ן צריך הסבר אחר.

לסיכום: דינים העולים מתוך בירור הסוגיות

- מעמידים אפוטרופוס ליתומים מדין תורה. ונלמד זה מפרשת חלוקת הארץ.
- לדעת הריטב"א והרמב"ן, היינו מדין זכין, ולכן כשהאפוטרופוס חב להם, אין מעשיו כלום.
- לדעת הרשב"א, נתחדש דין חדש שיד אפוטרופוס כיד בעלים, ולכן מעשיו מועילים באופן עקרוני גם לחוב.
- לדעת הריטב"א והרמב"ן בתירוצו הראשון, אפוטרופוס אינו יכול לתרום עבור היתומים, ותיקנו רבנן בכוח הפקר בית דין שיוכל לתרום להאכיל. (ולפי הירושלמי, תיקנו שיכול לתרום עבור יתומים קטנים, ואין חילוק בין להניח לבין להאכיל.) ולהניח אינו יכול כי לא הפקירו לו לכה"ג. ולתירוץ השני ברמב"ן התרומה בלהאכיל היא דאורייתא והורחב בזה דין

- האפוטרופוס יכול לעשות קניינים עבור בעל הבית גדול וכן עבור יתומים.
  - הפועל יכול לקנות ולהחיל חלות עבור בעל הבית ויסוד הדין לזה, הוא מדין אפוטרופוס שחידשה תורה בפרשת חלוקת הארץ.
  - הלוואת אפוטרופוס מתייחסת לבעל הבית, ודינה נקבע על פי מעמדו ולא על פי מעמד האפוטרופוס, וכמו שכתוב בתוספתא.
  - להרמב"ן מותר לאפוטרופוס של יתומים ללוות מגוי עבור היתומים כיון שהם רק זוכים בהלוואה עבור היתומים. ולהרשב"א, הרי זה ריבית דאורייתא, כי הגוי תובע את ההלוואה מהאפוטרופוס.
  - לדעת הרשב"א, מדאורייתא מותר ליתומים קטנים ליהנות מממון ריבית שקיבלו מהלוואה שהלווה האפוטרופוס.
  - בימינו שכולם יודעים שלפקיד אין אחריות ממונית על פעולותיו, הפקיד יכול גם ללוות בריבית (מגוי) עבור בעל הבית היהודי.
  - כל פועל ופקיד יכול לפעול ולהחיל קניינים מדין אפוטרופוס. (לדעת הרשב"א).
- ב"ב דף קעה:
- הרשב"ם מקשר את הסוגיא של שיעבודא דאורייתא לסוגיא דמשכון. לפי דבריו עולא הסובר שיעבודא דאורייתא לומד את דינו מקרא ד"ויוציא אליך את העבוט החוצה". רב ושמאל הסוברים שיעבודא לאו דאורייתא מפרשים שמקרא זה מתייחס לתפיסת משכון שלא בשעת הלוואה. לכאורה דבריו סתומים.
- ה"אתם" שבתרומה גם לאפוטרופוס, אך לא בלהניח כי רבנן אסרו ובודאי כה"ג זו חובה. ואם תרם להניח אין זו תרומה.
  - לדעת הרשב"א, מדין תורה אפוטרופוס יכול לתרום אף להניח, ואף מדרבנן אם תרם תרומתו תרומה, אלא שאסור לעשות כן.
  - גדול שהעמיד אפוטרופוס על נכסיו, לדעת הרמב"ן, לא תיקנו לו שיוכל לתרום, ולדעת הרשב"א בכה"ג האפוטרופוס יכול לתרום לכתחילה, ורק ביתום גדול תיקנו שלא יוכל לתרום, כי נראה כמזלזל בנכסי יתומים.
  - אם האפוטרופוס פעל חובה, להרמב"ן והריטב"א אין מעשיו כלום, ולהרשב"א, באפוטרופוס ליתומים, בית דין הפקיעו את כוחו לחוב, אך באפוטרופוס שאדם העמיד על נכסיו, ודאי אינו יכול לומר לתיקוני שדרתיך.
  - אפוטרופוס יכול לתפוס חוב במקום שחב לאחריו, כן פסק בשו"ע, והדבר מיושב לפי הסבר הרשב"א, אך להרמב"ן צריך הסבר.
  - מעיקר הדין, אין האפוטרופוס יכול לכתוב גט שחרור עבור עבד של היתומים, וכן עבור עבד של גדול, ודין הסוגיה בגיטין דף מ', תלוי בפירוש הראשונים שם, אך אין זה גט שהאפוטרופוס כותב מעיקר הדין.
  - האפוטרופוס אינו יכול לקנות בקניין יד או חצר עבור בעל הבית או יתומים, וכמו שכתב הנה"י.

1134567

תוס' שם מקשה שאם הפסוק מתייחס למשכון שלא בשעת הלוואה כ"ש שהשיעבוד דאורייתא שהרי מדובר במשכון שבא בדין גוביינא (לפי ר"ת לא קשה דמשכון לעולם אינו בתורת גביה).

עיי' ראב"ן סימן סט' דתלה מחלוקת אי ש"ד או של"ד במחלוקת תנאים אי שליח ב"ד נכנס לתוך ביתו של לווה.

כאן נביא את דברי הראב"ן בסימן סט' שלכאורה תואמים לדברי הרשב"ם בתוספת ביאור.

הזיקני חתני רבינו שמואל לפרש שמועה זו (ב"ב קעה:) המלוה מחברו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין. ומשועבדים הם נכסים לאחר שמכר או נתן או הוריש לאחר שלוה. בני חורין הם נכסים שביד הלוה כשבא המלוה לגבות חובו. ופליגי בה עולא ורבה, עולא אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר אחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא שיעבודא דאורייתא. כלומר נכסי לווה משועבדים למלוה משעת הלוואה. דקסבר עולא כתנא דאמר בפרק המקבל (ב"מ קיג:) בעל חוב שבא למשכון לא יבא לביתו אלא עומד בחוץ והלוה מוציא לו המשכון ודריש לקרא הכי, בחוץ תעמוד, המלוה, והאיש אשר אתה נושה בו שהוא הלוה יוציא אליך העבוט. ואם לא יוציא מנתחו המלוה ללוה בשוק בעל כרחו ואפילו גלימא דעל כתפיה. ואי לאו דמשעבדי נכסי לווה למלוה היכי מצי לדוחקו להוציא לו משכון או לנתחו בלא בית דין אלמא משועבד לו וקרא סתמא כתב, בין נושה בשטר, בין נושה בעל פה

דמשעבדי ליה נכסי והיינו דאמר בתלמוד (ב"ק יא:) מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה. דבין למ"ד בעל חוב מנתח, בין למ"ד שליח בית דין מנתחו, מיהו לתרוויהו מנתחו גלימא מכתפיה. אף על גב דלעולא גביא מדאורייתא בין ממטלטלי בין ממקרקעי, משועבדין דשיעבודא דאורייתא, מדרבנן לא גביא ממטלטלי משועבדין משום פסידא דלקוחות דלא מצי להזדהורי (...) ורבה אמר אחד מלוה בשטר ואחד מלוה וכו' אין גובה אלא מנכסים בני חורין הנמצאים ביד הלוה בעת תביעת הלוואתו ולא מנכסים שמכר אחרי הלוואתו או אם מת הלוה וירשו בניו נכסיו אינו גובה מהן, מאי טעמא? שיעבודא לאו דאורייתא, שיעבוד נכסי לווה למלוה משעת הלוואה לאו דאורייתא. אלא משעה שמחייבין אותו בית דין וכותבין אורכתא למלוה על נכסי הלוה. דקסבר רבה שליח בית דין ממשכון ומנתח כתנא קמא דאמר בפרק המקבל שליח בית דין ממשכון ומנתח ודריש לקרא הכי: בחוץ תעמוד, מלוה. והאיש, זה שליח בית דין. ואשר אתה נושה בו, הוא הלוה יוציא את העבוט אלמא דלא משעבדי נכסי עד שעת הדין דמשעבדי ליה בית דינא. וסיפא דמתניתין דקתני על פי בית דין גובה מנכסים בני חורין, דינא דאורייתא... עד כאן.

אם נכנס אין זה אלא לקיים מעשה ב"ד שחל לאחר ההלוואה. ואי לא איירי קרא אלא בזה ובא לחדש דין דשליח ב"ד יוציא אליך את העבוט החוצה אפשר דכשם שהתחדש דין חבלה משעת פסק דין והילך אף דין ניתוח הוי כן רק דמלוה סגי ליה בניתוח



ובשליח ב"ד שרו טפי ואין להניח שזכות זה היה קיים לפני חידוש דין שבמקרא.

אבל למ"ד דשליח ב"ד עומד בחוץ, לא בא קרא אלא לאסור חבלה וזו שלילת תוספת זכות, כלומר לא התחדש ניתוח מן המקרא אלא אמר קרא אל תמשכן מעבר לדין הקיים כבר לפני שליחת שליח ע"י ב"ד. ומהיכן לו זכות לנתח אי שיעבודא לאו דאורייתא. ואם יש כוח לנתח לפני התערבות הב"ד על כרחך שזה מתוקף שיעבוד קיים על נכסי לווה משעת הלוואה. ודבריו כעין דברי רשב"ם. ומתוך דבריו אפשר לומר שכשאמר שלמ"ד של"ד מתייחסת התורה למשכון שלא בשעת הלוואה התכוון הרשב"ם לומר שלפי פשוטו של מקרא הזכות לתפוס נכסי הלווה מתחדש במעשה ב"ד שאליו מתייחסת התורה וא"כ אין רמז מן המקרא לשיעבוד נכסים.

ועוד יש לדקדק בדברי הראב"ן והרשב"ם שבפשטות ש"ד הוא בקרקעות וכן כתב להדיא הרשב"ם בב"ב קכח' א' ד"ה ור"נ (למרות שמדבריו בב"ב מד' ב' משמע שהמטלטלין משתעבדים מה"ת וביטלו את השיעבוד שאל"כ לא תמצא מי שיסכים לקנות מטלטלין שהרי אין להם קול וא"א לברר אם הם משועבדים אם לא, נראה דכוונתו שם לתת טעם בדין התורה), וא"כ איך שייך שיעבוד על המשכון לפני שנתפס. וגם אם ייחד משכון ועשאו אפותיקי לכאורה לא מהני כדאמר רבא בב"ק יא' ב' עשה שורו אפותיקי ומכרו אינו גובה ממנו משום דלית ליה קלא (אמנם שם לא מדובר במשכון אלא בשיעבוד).

אמנם יש לתרץ ע"פ הגמ' בפסחים לא'

ב', יעויין שם בדברי הראב"ד בספר כתוב שם, דבעשאו אפותיקי ואמר "מעכשיו" סובר אביי דב"ח למפרע הוא גובה. זה נאמר בקרקעות אבל הגמ' למדה מדבריו על אפותיקי חמץ בשעת הלוואה שאע"פ שלא הרהינו אצל מלוה עכו"ם אין הלוה עובר עליו בבל יראה. אבל א"א להעמיד דברי ראב"ן אליבא דאביי דלית הלכתא כוותיה וא"א להעמיד פרשת משכון באפותיקי או בשיעבוד מטלטלין אגב קרקע.

ראיית רשב"ם אינה ממשכון ממש אלא מהזמירות של המטלטלים להיתפס כמשכונות. אבל אחרי שנתפסו ודאי שמעמדם שונה מסתם שיעבוד ללא חידוש דין נוסף של התורה.

אע"פ שבחמץ הנמצא תחת ידי הלוה שהבאתי לעיל לא סגי בלא אפותיקי או אגב מקרקעי, משכון שאני אחרי שנתפס ובמיוחד אצל בעל חוב שקונה משכון כגון ישראל מישראל לכ"ע וכדפרשב"ם במקום כיון שאין זו מכירה גמורה ולא מתנה ולא משכון צריך לכתוב כ"ז בשטר (ולא כאסמכתא ודלא כטופסי שטרות) כדי לחזק את השיעבוד אמנם לא יתכן לכנות בשם משכון את המשכון לפני שנתפס. אבל מדברי הרשב"א ב"ב קמז' ב' משמע דמילתא דפשיטא הוא שמלוה יכול למכור את השיעבוד נכסים מה"ת לפי אביי ללא אפותיקי וללא מעכשיו. ולפי מבט ראשון הוא חולק על הראב"ד.

אמנם אחרי מעט עיון נראה דכדי לזכות בתפיסת משכון לא בעינן כולי האי כמו בחמץ ישראל המשועבד לעכו"ם או להיפך שהרי כל הטענה שלפיה החמץ לא יוצא

אבל אחרי עיון נראה דהקושיא מעיקרא ליתא. הנה דברי סוגיא דמשכון ב"מ דף קיג. מתיב רב יוסף {דברים כד-ו} לא יחבל ריחים ורכב הא דברים אחרים חבל {דברים כד-יז} לא תחבל בגד אלמנה הא של אחרים תחבל מאן אי נימא בעל חוב הא כתיב {דברים כד-י} לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו אלא לאו שליח ב"ד

לכאורה, כשמוזכר שהסיטואציה היא תוצאה של פסק בית דין, הפסוק בוודאי לא מוכיח את עצמו כמדבר על השיעבוד שעליו אנחנו דנים, אלא כאן מדובר על מצב שנוצר אחרי שהבית דין פסק שיתפסו מנכסי הלווה. תרגמה רב פפא בריה דרב נחמן קמיה דרב יוסף ואמרי לה רב פפא בריה דרב יוסף קמיה דרב יוסף לעולם בבעל חוב ולעבור עליו בשני לאוין ||כנראה על ניתוח רחיים ורכב||

הקריאה הפשוטה: מדברים כאן על תפיסה ללא התערבות בית דין, מכוח שיעבוד אם ישנו והתורה באה לאסור עד לניתוח, זאת אומרת לבטל את השיעבוד נכסים של הלווה, אבל אצל חובות שאינם מחמת הלווה, השיעבוד נשאר. כך לכאורה יוצא מדברי הראב"ן וקשה מאוד דשמואל עצמו סובר דשיעבודא דרבנן,

אבל בקריאה חוזרת ועל פי דברי רש"י, ברור ששמואל בא ללמדנו שהפסוק מחדש דין בנוגע לשליח בית דין. ואם כן אין כל קשר בין המקרא לדין שיעבוד.

מרשות בעליו היא "דמצי לסלקי בזוזי" ובמשכון כל התפיסה היא משום שמתעכב הפרעון והדין של תפיסת משכון הוא לשים קץ לדחיית התובע. ואם כן בסיכום יש שיעבוד במטלטלין כשהם אצל הבעלים ושיעבוד אינו כבעלות לפני התפיסה דעד תפיסה מצי לסלקי בזוזי.

אחרי העיון הסקתי קיימים כל דיני השיעבוד במטלטלין, והדין היה נותן שימשך השיעבוד אצל לקוחות, אך אנן סהדי שהמלוה מתיאש מהם כשנודע לו שיצאו לידיהם של לקוחות מפני שקל להבריחם. והוה כאבידה שיש בה סמנים במקום שהרבים מצוים שם. ובמאמר על שיעבוד מטלטלין הארכתי קצת יותר. ועין קרית ספר פרק יא' מהלכות מלוה ולוה שעמד על קושיא זו ולא הבנתי את שני תירוציו.

ויש קושיא על דברי הראב"ן: בסוגיא דמשכון קי"ל כשמואל דשליח ב"ד לא נכנס לבית הלוה א"כ מפרש המקרא כמ"ד שיעבודא דאורייתא לדעתו של הראב"ן, אמנם שמואל פוסק בג"פ דשל"ד. ובמבט ראשון זו קושיא גדולה. ואפשר לתרץ בדוחק שגם אם לא חרשה תורה רשות למשכן בבית הלוה, בכ"ז חרשה היתר ניתוח הן ללוה הן למלוה ואין כאן רק חידוש על דרך השלילה.

לפי הראב"ן ר"פ סובר דשיעבודא לאו דאורייתא ומה שנאמר בשמו של ר"פ בגמ' דקדושין (יג' ב') הוא הסבר על דעתו של רבי יוחנן.