דרכי משה (עמיאל) — מילואים

בין גנזיו של המחבר נמצא מאמר זה המתייחס לדברי רבינו בדין הפקר בי"ד הפקר (שמעתתא ח פרק טז) ולפיכך ראינו מקום להדפיס הדברים בספרו.

הגאון רבי בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל הראשון לציון והרב הראשי לישראל

בענין הפקר בי"ד הפקר

הגאון ר' שלמה איגר ז"ל (בתשובות רעק"א סי' קכב) רמי דברי התוס' אהדדי, ומתוך רומיא זאת יצא לדון בדבר חדש שאין כח ביד חז"ל מדין הפקר בי"ד אלא להפקיע ממון אבל לא להקנותו לאחרים.

ולע"ד נראה דאעיקרא דמילתא אין כאן רומיא, ומדברי התוס' (בגיטין סד, ב ד"ה שאני שתופי מבואות) אין שום ראיה לומר דקנין דרבנן לא חשוב קנין גמור דאורייתא. ושיעור דבריהם כך הוא, דהתוס' הוקשה להם אם איתא דפלוגתא הוי בדרבנן וס"ל לר"ח דאין קטן זוכה לאחרים אפילו מדרבנן, מאי מתרץ בגמ' שאני שתופי מבואות דרבנן, אטו מפני שהוא מדרבנן נקיל בו לעשות שאינו זוכה כשזוכה? (ולרש"י יש לומר דהכי קאמר, שאני שתופי מבואות שעיקרו דרבנן ורבנן אמרו שתועיל זכיה בו אפילו לקטן) ולכן מפרשים פלוגתיהו דאמוראי בדאורייתא אבל מדרבנן לכ"ע יש זכיה לקטן אפילו לאחרים, ולדידהו צ"ל דקושית הגמ' הוי כיון דעיקר זכות הקטן הוא מדרבנן, לא היה לו לתנא דמתניתין לומר דלכתחילה מזכה עירובו ע"י קטן, ומדקאמר כיצד משתתפין ומזכה להם (לכתחילה) ע"י עבדו ושפחתו העברים משמע שזכיה זאת מהניא אפילו מדאורייתא ועלה מתרץ בגמ' דשתופי מבואות דרבנן והילכך מהניא זכותו אפילו לכתחילה, ואם כן שפיר נוכל לומר שאף התוס' סוברים שזכיה דרבנן מהניא אפילו לדאורייתא מטעם הפקר בית דין. ומדברי התוס' בחגיגה (כה, ב ד"ה חבר) נמי לא מצאתי שום דמות של ראיה לומר שאין קנין דרבנן מהניא לדאורייתא, ואדרבה דבריהם כפשוטם מוכח, שאם נאמר יש ברירה דרבנן נפקעים מדין ברירה גם אסור דאורייתא של חליפי ע"ז והוי ממון שלו דאורייתא.

אחרי שבררנו שאין ראיה מדברי התוס' הנ"ל תפסינן דברי הר"נ (גיטין לא, ב מדפי הרי"ף) שקנין דרבנן חשוב קנין החלטי גמור לכל דבר וכדמשמע מדברי התוס' (גיטין יג, א ד"ה תנו ודף מ, ב ד"ה וכתב), וממילא נסתרה התוצאה שחדש הגר"ש איגר לומר שאין בתקנת חכמים אלא כח הסלוק ולא כח ההקנאה. ומגוף דברי התוס' (ד"ה וכתב ליה) הנ"ל מוכח בפירוש דיש כח ביד חכמים אפילו להקנות, שהרי כתבו "הפקירוהו בי"ד ונתנוהו לאפוטרופוס לשחררו", ואם נאמר שאין כחם יפה להקנותו לאפוטרופוס הרי משעת ההפקר תיכף יצא העבד לחרות כדקי"ל המפקיר עבדו יצא לחרות אלא שצריך גם שחרור (גטין לח, א) ומה יזכה האפוטרופוס כדי שיוכל לשחררו, אלא ודאי מוכרח לומר שהפקר בי"ד והקנאתו לאפוטרופוס נעשים בבת אחת להפקיע ממון הקטן ולזכותו תיכף לאפוטורופוס; ומזה אנו למדים שיש כח ביד בי"ד לסלק זכות ולהקנות זכות. וזהו דקדוק לשונם "הפקירוהו בי"ד ונתנוהו לאפוטרופוס" כלומר שבשעת ההפקר נתנוהו מיד לאפוטרופוס.

והגאון רעק"א ז"ל בתשובתו (סי' רכב אות כא) כתב שמדברי התוס' ד"ה שנוי החוזר (סוכה ל, ב) מבואר דבקנין דרבנן אף שהוא בידו וזכה בו מדין הפקר לא מקרי ממוניה מדאורייתא. ודבריו אלה תמוהים מאד בעיני, והמעין בדברי התוס' יראה שדחו טעם זה ואסיקו שמה שאינו יוצא בקנין דרבנן זה של שנוי החוזר לברייתו, הוא משום דשנוי כזה דנקל להתיר אגודו לא שייך בו תקנת השבים ולא תקינו ביה רבנן קנין, אבל במקום שתקנו חכמים להקנות מהניא הקנאתם אפילו בדאורייתא, וכדמוכח מפורש מעובדא דההיא סבתא (שם לא, א) דאע"ג שהיא מתקנה דרבנן יוצא בה ידי חובת סוכה דאורייתא. ומהאמור מתברר שלא מצאנו שום ראיה מספקת לומר דס"ל להתוס' דקנין דרבנן לא מהניא בדאורייתא ולהיפך מתברר שקנין דרבנן חשוב קנין גמור להיות כממונו וקנינו הגמור לכל דבר ואפילו בדאורייתא, וכן מוכח בפירוש ממ"ש (כתובות ג, א תוד"ה תינח דקדיש בכספא) "דהפקר בי"ד הוי הפקר והוו מעות מתנה", הרי דהפקר בי"ד משויא לה כפנויה אעפ"י שמדאורייתא היא מקודשת, וכמו שהפקר בי"ד מהניא להפקיע אסור דאורייתא הכי נמי מסתברא ודאי דמהני להחשיבו ממונו מדאורייתא.

וחזיתיה לידידי הרה"ג המפורסם ר' משה אביגדור עמיאל בספרו דרכי משה ח"ב (שמעתתא ח פרק טז) שכתב "וכדומה שכבר העירו רבים דחקירה זו במחלוקת אמוראים היא שנויה, ורבי יצחק הלומד דין הפקר מקרא דעזרא סובר שאין כח ביד ב"ד אלא להפקיע, ולרבי אליעזר הלומד דין זה מהקש דראשים לאבות, מה אבות מנחילים אף ראשים מנחילים לכל מי שירצו, סובר דגדול כח הפקר בי"ד גם להקנות". קושטא היא דרבים סוברים כן אבל לדעתי אין שום צורך לחדש מחלוקת חדשה של אמוראים בדבר שלא מצאנו מפרש בתלמוד, ומחלוקתם במקור ההלכה של הפקר בי"ד אינה פלוגתא דדינא אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, וזה לפי שבהפקר חכמים יש שני סוגים: סוג של ענש וקנס לפי שעשה שלא כהוגן, וסוג שני, של תקנת חכמים כגון מעמד שלשתן ותקנת מריש וכו', בהסוג הראשון של קנס די בהפקעת הזכות לעשותו הפקר לכל הזוכה בו, אבל בתקנת מריש ותקנת השוק וכן גבוי הקטן לא סגי בהפקעת הזכות אלא גם בהקנאתו לאחר, וכן בההיא עובדא שהקנה עבדו לבנו הקטן (גטין מ, א) בכל אלה לא מתקימה תקנת חכמים אם לא בהקנאת הזכות, ולזה הוא שהוצרכנו לשתי הילפותות אחת לעיקר דין הפקר משום קנס והשנית ללמוד שיש זכות ביד בי"ד להקנות זכותו של אחר בקנין גמור ומוחלט לכל מי שירצו. וראיה לדבר דביבמות (פט, ב) בתקנת ירושת הבעל בקטנה שהפקיעו זכות האב והקנוהו לבעל וכן בגטין (לו, א-ב) בדין שמיטת כספים איתי בתלמודא שתי הילפותות למילף שיש זכות ההפקעה וההקנאה אבל בדין קנס שקנסו חכמים להפקיר ממונו אמרו ומנלן דמפקרינן נכסיה דכתיב וכל אשר לא יבוא וכו' יחרם כל רכושו, ולא הביא הך ילפותא דמקיש ראשים לאבות (מו"ק טז, ב).

ועכ"פ דבר זה ברור דמהיקשא של ראשים לאבות אנו למדים שרשאים חכמים להקנות זכות ההפקר למי שירצו והקנאתם הוי הקנאה גמורה לכל דבר כנחלת אבות.

תו חזיתיה לידידי הרה"ג המחבר יצ"ו (וצ"ל) שחדש לן שזה הוא מחלוקת של הרמב"ם והראב"ד בדין שמיטת כספים, ולהרמב"ם אין כח ביד חכמים אלא להפקיע והילכך בשביעית דאורייתא לא מהניא פרוזבול דאכתי איכא לאו דלא יגוש ואסור למלוה לתבוע את חובו.

ואין דבריו נראים לע"ד, שהרי במוסר שטרותיו לבי"ד אין משמיטין מדאורייתא ועיין בתוד"ה מי איכא מידי (גטין לו, ב), ולפי"ז שפיר יכול המלוה לתבוע את חובו גם בזמן ששמיטה נוהגת מדאורייתא. אבל ודאי טעמו של הרמב"ם הוא משום דס"ל כהתוספות דבשביעית דאורייתא לא היה לעשות תקנה ללמד לעשות כן ולבטל ע"י כך מצות שמיטת כספים. וכן אין ללמוד מדברי הרמב"ם (הלכות סנהדרין כד, ו) שהביא רק הכתוב דיחרם כל רכושו ולא הקישה דראשים לאבות, שהרי כתב בפירוש "וכן יש לדיין תמיד להפקיר וכו' ומאבד ונותן וכו'" ומה שהביא מקרא דעזרא הוא לפי שהוא מפרט יותר. ואחרי שמצאנו להרמב"ם שסובר בפרוש

שרשאים בי"ד לתת ממילא מוכרח שטעמו בדין שמיטת כספים הוא משום דס"ל כהתוס'. ומ"ש ידידי הרה"ג יצ"ו (וצ"ל) בביאור דברי רש"י (גיטין סא, א) וכמ"ש, אחרי שהתברר מדברי רש"י (סז, ב) דס"ל דקנין דרבנן מהניא אפילו לדאוריי"תא, ואחרי שבררנו שדעת הראשונים היא שיש כח ביד חכמים להפקיע, אין אנו יכולים ליחס סברה כזאת לרש"י. ובאמת שרש"י (גיטין סא, א) דיוקא דלישנא בגמ' מפרש, דקאמרה למאי נפקא מינה להוציאו בדיינים ומשמע ברור שבא למעט כל נפקותא אחרת של פסול לעדות ולעבור עליו, כלומר שכך היתה תקנת חכמים שלא יהיה בה דין של גזל אלא לענין להוציאה בדיינים וזה הוא דקדוק לישנא דגמ' גזל גמור מדבריהם, ואל"כ קשיא, אטו עלה על דעת מי שהוא שזה הוא גזל דאוריי"תא? ולעיקר דינא נראה ודאי שכח בי"ד יפה גם להפקיע וגם להקנות, ואין בזה חולק. וכ"כ הריב"ש ז"ל בתשובותיו (ס' שצט) והביא ראיה לדבר ממס' גיטין (לו, ב) מפרש"י והרשב"א ז"ל. והרא"ש בתשובותיו (כלל נה סי' י) כתב: "ובענין ממון יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה וכו'". והרב מחנה אפרים ז"ל (ה' מכירה סי' ב ד"ה איברא) כתב בפשיטות דטעם דהפקר בי"ד לא סגי אלא להפקיע ממונא מרשותא דבעלים.

אבל לעשות מי שאינו זוכה כזוכה כאלו הגיע לידו ממש לא אמרינן. והח"ס (או"ח סי' קיז) סובר שדין זה קשור במחלוקת הפוסקים בקנין דרבנן אם מהני גם לדאוריי"תא וכתב דלהסוברים דקנין דרבנן לא יועיל לקדושין דאוריי"תא היינו משום דהפקר בי"ד אינו אלא להפקיר מיד המקנה ולא להקנותו להקונה. אולם לעומת זאת הברכי יוסף (קו"א לחו"מ סי"ב סעיף ג) כתב: כתבו קצת אחרונים דאין לבי"ד כח אלא לאפקועי ממונא אבל לא לזכות לאחר כל שלא בא לידו. וגדול דורנו בספרו דברי אמת (קונטרס ט סי' ו) הוכיח ממס' גיטין (לו, ב) ומדברי הרשב"א והריב"ש דיש להם כח להפקיר מזה ולזכותו לזה קודם שבאו לידו. וכבר כתבנו לעיל דעת הרא"ש והרשב"א והריב"ש והר"ן שהפקר בי"ד מהני אפילו לזכות לאחרים בטרם שהגיע ליד הקונה ושיש ראיות ברורות ומכריעות לדבריהם, ושכן מוכח מתקנת רבנן בעישור נכסי ובירושת הבעל בקטנה ובתקנת מעמד שלשתם, ומתקנת הגאונים במטלטלי דיתמי, שכולם מיוסדים על עיקר הדין של הפקר בי"ד הפקר וזו היא ראיה ברורה שתקנת חכמים היתה אפילו להקנות. ולכן נראה לע"ד כמ"ש שבכל תקנה שהיא רק מדין קנס ושהקנס מתקיים רק בהפקעת זכות הבעלים לבד הסתפקו חכמים בהפקר של הפקעת זכות, אבל במקום שקנס חכמים אינו מתקיים אלא בהקנאת הזכות לאחר כמו דין מי שהקנה חצי העבד לבנו הקטן (גיטין מ, ב). וכן בכל מקום שעיקר תקנתם היתה לזכותו של האחר הקונה, בודאי שבכגון זה הפקרם והקנאתם לאחר באים בבת אחת ובשעת ההפקר חלה ההקנאה למי שתקנו לו חכמים זכות הקנין.

ובעיקר הדין אם קנין דרבנן מועיל אפילו בדבר שהוא דאוריי"תא מרן הבית יוסף (אה"ע ס' כח) הביא דעת רבינו ירוחם שסובר בקנין מעמד שלשתן שאם קדש בו אשה אינה מקודשת אלא מדרבנן, והבית יוסף עצמו דחה סברה זו מטעם דכיון שזכו להחכמים מעמד שלשתן הוה כאלו נתן לה כסף והרי היא מקודשת דאוריי"תא. ובש"ע שם (סעיף יג) פסק "היה לו חוב ביד אחרים ואמר לה הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה במעמד שלשתן הרי זו מקודשת, וי"א שאינה מקודשת". והנה דעת האומרים שאינה מקודשת היא מטעם שחוששים להחמיר כדעת מאן דאמר שאף במעמד שלשתן יכול למחול, אבל בגוף הקנין הכל סוברים שהיא מקודשת. (ועי' בחלקת מחוקק ס"ק כב) וכן כתב מהרש"ל ביש"ש פרק מרובה (ב"ק, פ"ז סי' ז). ובקצות החשן חו"מ (סי' רלה ס"ק ד) הוכיח בראיה חזקה וברורה כדעת מרן הבית יוסף ממתני' (שקלים פ"א, מ"ד) אע"פ שאמרו אין ממשכנים נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלים מידם, וכתב עליה רע"ב בפירושו ובתנאי שימסרם לצבור לגמרי, והיכי מצו מסרי לצבור הא פעוטות אין מתנתן מתנה אלא מדברי סופרים ומן התורה אין כאן מתנה לצבור. וזו היא ראיה אלימתא לדעתי ומה שדחה הנתיבות (שם ס"ק יג) שהגזבר זוכה מההפקר בתור שליחם של הצבור זה אינו לע"ד שאז למה התנו ובלבד שימסרם לצבור. ומזה מוכח שקנין דרבנן מהני אפילו לדאוריי"תא. ועיין להרב מחנה אפרים ז"ל (ה' מכירה סי' ב), ובמ"ש בנו ז"ל. ומכל האמור יוצא דנקטינן כדעת מרן הבית יוסף ודעימיה שכל קנין דרבנן מועיל אף לדאוריי"תא.

וראיתי להב"ש (סי' כח סק"ו) שהניח בדעת מרן הבית יוסף דקדשה בגזל שאחר יאוש היא מקודשת רק מדרבנן וזה ממה שלא השיג על רבינו ירוחם בדין גזל כמו שהשיג עליו בדין מעמד שלשתן, ולדידי אין מזה שום ראיה משום דהב"י סבר דיאוש לא קני אפילו מדרבנן והילכך אינה מקודשת כלל וכן כתב בחו"מ (סי' שנג), ולענין מה שפסק דקני יאוש לחומרא לענין אם קדש בו אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט לא מצאתי לו חבר ע"ש. הרי שסובר דאינה מקודשת אפילו מדרבנן וכן פסק (באה"ע סי' כח, א) קדשה בגזל או בגניבה ובחמס שלה אם לא קדם שדוכים ביניהם ונטלה ושחקה אינה מקודשת והיינו בודאי אפילו אם ידענו שנתיאשה ומטעם דיאוש כדי לא קני אפילו מדרבנן. אולם אע"פ שמדברי מרן אין שום הוכחה לחלק בין גזל לאחר יאוש ובין מעמד שלשתן מדברי רמ"א בודאי שמוכרחים לחלק כן, שהרי בדין גזל אחר יאוש הביא סברת רבינו ירוחם שהיא מקודשת דרבנן (סי' כח סעי' א) ואלו בדין מעמד שלשתן לא הגיה לומר שהיא מקודשת רק מדרבנן, ובזה צריכים אנו לחלוקו של הב"ש דבגזל אע"ג דזוכה מדאוריי"תא מכל מקום מדאוריי"תא צריך להחזיר א"כ מקדש במה שאינו שלו משא"כ במעמד שלשתן. והחת"ס (יו"ד סי' שיד) באר חלוקו של הב"ש דבגזל מה שהקנו לו חכמים היינו דוקא לענין זה שלא נכוף אותו להשיב משום תקנת השבים ואם רצה להשיב זכור לטוב ואין זה כמפקפק על דברי חכמים אלא שרוצה להחמיר על עצמו, משא"כ במעמד שלשתן שחכמים הקנו לשלישי אם הוא ישיב להמלוה נקרא עובר על דברי חכמים. ובאמת דברי החת"ס הם ביאור האמתי והמדויק של הב"ש, אלא שלע"ד אין חלוק זה מסתבר, שהרי מעובדא דסבתא (סוכה לא, א) מוכח דאפילו בגזל שקנאו משום תקנת מריש יוצאים ידי חובת סוכה הרי שאף בכה"ג מהני קנין דרבנן לקיים בו מצוה דאוריי"תא, ומזה למדנו שאין שום חלוק בין גזל למעמד שלשתן, ולרבינו ירוחם בשניהם אינה מקדשת אלא מדרבנן ולדעת מרן הבית יוסף בשניהם הויא מקודשת מדאוריי"תא. ומה שלא הגיה רמ"א בדין מעמד שלשתן הוא משום דבלא"ה דין מעמד שלשתן בקדושין במחלוקת הוא שנוי לא הוכרעה ההלכה והוי א"כ ספק מקודשת, ולא כרבינו ירוחם שסובר שהיא מקודשת ודאי דרבנן. ולעיקר תמיהת החת"ס בדברי רש"י הנראים כסותרים לע"ד אין כאן רומיא ודעת רש"י היא עיקר דקנין דרבנן מהני אפילו לדאוריי"תא ומ"ש (ב"מ מח, א) דלרבי יוחנן אם קדש בו אשה הוי קדושין דאוריי"תא היינו בקנין מעות דרבנן שלא עקרוהו לגמרי לשוויה כמי שאינו, שהרי דברים ואיכא בהדיהו מעות קאי באבל, הרי שמעות קונות לענין שהמוכר אינו רשאי לחזור בו אפילו מדרבנן וקנין המשיכה נעשית לטובת הלוקח והילכך במקום שהלוקח רוצה בקנין מעותיו הדרינן לדין תורה לומר שהיא מקודשת ואין מקום לומר שהפקיעו רבנן קנין מעות שבאמת לא הפקיעוהו וכדאמרן. ובזה מיושבת גם תמיהתו של אבני מלואים (סי' כח ס"ק לג) ברומיית פסק הרמב"ם בכהן שקנה פרה מישראל בכסף מאכילה כרשיני תרומה (ה' תרומות פ"ט הלכה י) מהגמ' ביבמות (סז, א) דאם יש בת עם הבן בנכסים מועטים מאכילים העבדים תרומה משום דאכלי בתקנתא דרבנן ולפי מ"ש אין כאן סתירה דקנין כסף שאני שלא הפקיעוהו חכמים לגמרי.

למסקנא דדינא החת"ס מחלק דין זה לג' חלוקות. א) בכל דבר שחכמים הקלו בדין כגון דין יאוש כדי, או קנין משיכה, כיון שעדיף יותר לקיים דין תורה לכ"ע אין קנין דרבנן מועיל לדין תורה. ב) בכל מקום דמצוה לקיים דבריהם כגון מזונות הבנות וכדומה מהני הקנין אפילו לדאוריי"תא. ג) במקום שהקנין לא הגיע ליד הזוכה, כגון מעמד שלשתן או קטן הזוכה לאחרים, בזה נחלקו רש"י והתוס' ועכ"פ בהגיע ליד הזוכה נעשה ממונו לכ"ע כדאוריי"תא. ולע"ד כבר הוכחנו לעיל שבכל הקנינים ואפילו באלה שהקלו חכמים מהניא קנינם אפילו לדאוריי"תא לדעת הר"ן והבית יוסף ודעימיהו. וכן בקנין כסף כיון שחכמים לא עקרוהו לגמרי מהניא קנין כסף דאוריי"תא לקדש בו אשה ולהאכיל קניני כסף תרומה. והלע"ד כתבתי.