

הפור בהלכה הרב צבי צרפתי

פתח דבר

נושא מאמרינו הוא מפעל הפיס בהלכה. בשו"ת יביע אומר חלק ז' חלק חו"מ סימן ו' העלה להחמיר בזה לנוהגים ע"פ השו"ע. מטעם זהו אסמכתא, והוא גזל. במאמרינו זה בארנו ביאור מקיף אם יש לחוש במפעל הפיס לענין אסמכתא.

ויהיו דברי תורה אלו מוקדשים לעילוי נשמת מורנו ורבינו הרב הגאון חיים יעקב גאלדוויכט זצ"ל שקרבנו להסתופף בחצרות בית ה', תהיה משכורתו שלימה, אמן!

ראשי פרקים

א. סוגיית משחק בקוביא בסנהדרין

ב. דעות הראשונים והאחרונים

ג. שיטת הראב"ה

ד. שיטת הרשב"א והחינוך

ה. סיטומתא ודינא דמלכותא

ו. תשובת הרב שפירא שליט"א

ז. מרן השולחן ערוך

ח. בירור שיטת הרמב"ם

ט. סיכום

א. סוגיית משחק בקוביא בסנהדרין

משנה סנהדרין כ"ד ע"ב: "ואלו הן הפסולים (לדון ולהעיד) המשחק בקוביא וכו'". ובגמרא שם: "משחק בקוביא מאי קעביד? אמר רמי בר חמא משום דהוה אסמכתא ואסמכתא לא קניא, ורב ששת אמר כל כי האי גוונא- לאו אסמכתא היא, אלא לפי שאין עסוקים בישובו של עולם". ועל זה הגמרא אומרת שהנפק"מ ביניהם אם יש לו אומנות אחרת שעוסק בישובו של עולם שאז לפי רב ששת מותר לשחק בקוביא ולא נפסל לדון ולהעיד, ולרמי בר חמא נפסל משום אסמכתא, "והווי כעין גזילה בידו" (רש"י ד"ה "לא קניא"). מרשיי זה מוכח שאסמכתא לא קניא הוי רק מדרבנן, שרשיי כתב "כעין גזילה בידו" ולא כתב גזילה ממש.

וכן כתב רש"י להדיא בדף מ"ז ע"א פרק כל הנשבעין ד"ה "המשחק בקוביא": "גזלן דרבנן הוא דאמרין אסמכתא לא קניא אבל מדאורייתא לאו גזלן הוא".

ב. דעות הראשונים והאחרונים

הב"ח בספר הטור סימן ר"ז דף ס' ע"ב מקשה הרי משה רבנו התנה תנאי עם בני גד ובני ראובן שאם יצאו למלחמה יקבלו את נחלתם בעבר הירדן מזרחה, והרי זה אסמכתא שהרי הרמב"ם, והביאו השו"ע ס"י ר"ז סעי' ב': "שאם לא עשה איתו קנין עכשיו אלא התנה שאם נתקיים התנאי הזה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה- לא קנה אף ע"פ שנתקיים התנאי- לא קנה שזה אסמכתא, אלא א"כ אמר לו 'קנה מעכשיו' וקנו מידו עכשיו". וא"כ הוי תנאי ב"ג ובי"ר אסמכתא?

הב"ח מתרץ שלוש תירוצים:

א. שאם עשו קנין בב"ד חשוב אין חסרון של אסמכתא (שו"ע ר"ז סט"ו) וא"כ, משה רבנו נחשב כב"ד חשוב ולא היה ב"ד חשוב כמוהו מעולם.

ב. היה תנאי במעכשיו, כמו שכתוב בשו"ע ס"ב דמעכשיו מבטל חסרון אסמכתא דאסמכתא חסרונו בגמירות דעת, שלא מתכוין בדעתו בצורה ברורה להקנות לחבירו, אבל אם מקנה מעכשיו אין חסרון של אסמכתא.

ג. הביח מיישב בתירוץ השלישי אסמכתא לא קניא רק מדרבנן אבל מדאורייתא אסמכתא קניא. וראיה לזה מערב שמשמעבד למלוה שאם הלוח לא ישלם, ישלם הערב, והרי זה אסמכתא? אע"כ צריך לומר אסמכתא קניא מן התורה.

הש"ך ר"ז ס"ק י"ח, דחה דברי הביח וכתב על דבריו שהם דברי נביאות ומדאורייתא אסמכתא לא קניא והראיה מהערב שמשמעבד למלוה- לא שאסמכתא קניא, אלא מטעם שיש לערב הנאה שסומכים עליו- גמר ומקני. וכן כתב המרדכי סוף פרק שביעי "השוכר את הפועלים" כהטעם שכתב הש"ך שהערב משמעבד מדין הנאה שסומכים עליו, ולא כהטעם שכתב הבי"ח שערב אף ע"פ דהוי אסמכתא, מ"מ מן התורה אין בעיה של אסמכתא.

ואולם יש להקשות על דברי הבי"ח: נכון שמן התורה אין בעיה של אסמכתא אבל רבנן גזרו וקבעו שיש דין אסמכתא אז איך ערב משתעבד.

ע"כ צ"ל את הסברא הזו, דבההיא הנאה שסומכים עליו- גמר ומשתעבד. לכן בכהאי גוונא יש גמירות דעת לשיעבודו ומודה הבי"ח לסברא שהשי"ך כתב, אלא שהבי"ח סבירא ליה שאם אסמכתא לא קניא מן התורה סברא זו לא היתה מועילה כלל. אלא, הואיל ואסמכתא מדרבנן אז מועילה הסברא דבההיא הנאה גמר ומשתעבד נפשיה. אבל השי"ך ס"ל שאסמכתא לא קניא מן התורה, והסברא דבההיא הנאה מועילה אף לדין תורה. וכסברא הזאת כתב בנתיבות (ביאורים ר"ז ס"ק ט"ז).

וסברא זאת מוכרחת מהמרדכי שכתב בפרק שור שנגח ד' וה' שאסמכתא קונה מדאורייתא ומדרבנן לא מהני ובסוף השוכר את הפועלים כתב הטעם כדברי השי"ך שערב משתעבד מטעם ההיא הנאה. ע"כ לומר, שסברא זו מועילה לאסמכתא שלא מועילה מדרבנן שכאן בערב זה כן מועיל. דסברא זו מועילה לדין דרבנן ולא לדין תורה, דאם אסמכתא לא קניא מן התורה, אז סברא זו דבההיא הנאה לא היתה עוזרת וערב לא היה משתעבד.

והנה התוס' סנהדרין כ"ד ע"ב ד"ה "ואלו הם הפסולים" ביארושפסולי המשנה שם הם מדרבנן, וז"ל: "וכל פסולי דמתניתין פסולי דרבנן ניהו, משחק בקוביא אפילו למ"ד אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, מ"מ אינו דאורייתא, כיון שאינו סבור לעשות איסור.

וכתב הרב משפט שלום שאפשר שרש"י ס"ל כהתוס' שיתכן שאסמכתא לא קניא מדאורייתא, אלא שבמשחק בקוביא, הואיל ולא נתכוין לעשות איסור, לכן הפסול מדרבנן.
לסיכום:

יש דעות בפוסקים אם אסמכתא לא קניא, אם הוי דאורייתא או דרבנן, ודעת רב הפוסקים דהוי דרבנן. שיטת רש"י: בגמרא סנהדרין כ"ד ע"ב כתב בד"ה "אסמכתא": "היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו", כלומר, אחרי שהפסיד במשחק, צריך לשלם למנצח. וכתב רש"י: "דסבור שיכול לנצח ופעמים שמנצחים אותו", כלומר, במחשבתו של האדם תקועה הסברא "אני אנצח" וממילא כשמפסיד, אז מה שמוציא ממון מכיסו זה נגד דעתו, דסבר בתחילה שמסתבר לו הוא ינצח. והנה יש לדקדק ברש"י זה שני דקדוקים:
א. משחק שסיכוייו לנצח הם סיכויים סבירים, הם נותנים לו את התחושה להסכים לשחק על ממון, ולכן נקרא אסמכתא.

ב. אחרי שאני מפסיד, אני צריך להוציא את הממון מכיסי מרצוני.

וכיוצא בזה מצינו בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב אות א', שכתב, שאם שמעון הרויח מראובן מעות בשחוק, ונתן ראובן לשמעון משכון לפירעון המעות. ואח"כ ביקש שיחזיר לו המשכון ויסמוך עליו שיפרע לו המעות - פוסק הרא"ש שחייב ראובן לפרוע לשמעון, אע"פ שבהתחלה הכל היה אסמכתא, משום דקיימא לן שאסמכתא לא קניא, ואין בו משום גזילה אלא שאין יכול להוציא ממונו בב"ד, אם לא שיהיה בקנין ו"בב"ד חשוב". ושחוק בקוביא שזה אסמכתא, נהי שאין יכול להוציא ממונו בב"ד מ"מ אם פרע לו - זכה, ואין בו משום גזל. מקור דברי הרא"ש מגמרא נדרים כ"ז ע"ב 'זהלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקני מיניה בב"ד חשוב'. מפרש הרא"ש שמשום שזה להוציא ממון צריך בב"ד חשוב.

דקשה היה לו לרא"ש הרי הגמרא בב"מ דף ע"ו - 'כל היכא דאמר מעכשיו לא הוי אסמכתא', א"כ מה כתוב כאן בגמרא בנדרים שצריך קנין בב"ד חשוב, דהרי כל קנין מעכשיו, א"כ למה צריך בב"ד חשוב? י"ל שהרא"ש ס"ל כרבנו תם שתירץ שבמקום שמשכן לו בית או שדה ועשה עימו תנאי שאם לא יפרע לו אז בית זה יהיה שלו, שהמשכון נמצא בידו, אז מספיק מעכשיו לבטל אסמכתא. אז במקום שהממון נמצא

בידו של המוחזק כבר לא מספיק מעכשיו, ובעיני קנין בב"ד חשוב. וכל זה כשצריך להוציא ממון, אבל באסמכתא כמו שחוק אם כבר פרע לו- אין בו משום גזל. דגזל זה רק אם יצטרך להוציא בע"כ שלא מרצונו, אבל אם נתן את כספו מרצונו אין בזה משום גזל.
לפי זה יש לדון בשאלה לגבי מפעל הפיס אם יש בזה משום אסמכתא:
דע"פ מה שדקדקנו ברש"י דאסמכתא נקרא אם בעיניו יש לו סיכויים סבירים להרויח, אבל ידוע דבמפעל הפיס, הסיכויים להרויח אינם סיכויים סבירים, ולכן נראה שאין בזה משום אסמכתא.
טעם נוסף ע"פ סברת הרא"ש, שאם כבר פרע אין בזה משום גזל, וה"ה הכא שמשלמים לפני ההגרלה אז אע"פ שאכן נדון את השחוק כאסמכתא, מ"מ כאן אין בו משום גזילה שהרי פרע הממון. ומה שכתב רש"י במשחק בקוביא "הוי כגזילה" זה כשצריך לשלם לאחר שהפסיד, אולם כאן, משלם לפני המשחק מרצונו החופשי, בזה לא הוי כגזילה בידו.
ועיין בב"י אות ל"ז שכתב ליישב את דברי הרא"ש, שדברי הרא"ש איירי למ"ד ששחוק הוי אסמכתא והוי גזילה, זה דוקא אם צריך לתת לו לא מרצונו, אבל אם פרע לו זכה, ואין המקבל את הממון נחשב לו גזל.

ג. שיטת הראב"ה

המרדכי בפרק "איזהו נשך" אות ש"ג כתב בשם הראב"ה שהטעם שמשחק בקוביא ומפריחי יונים נחשב כאסמכתא כי זה תלוי בחוכמתו שהוא יודע בזריזות ידיו כיצד לנצח ולכן סומך על זה ולכן נחשב לו כאסמכתא. אבל כל שחוק שאינו תלוי בחוכמתו, מספק, גמרי ומקני אהדדי להפסד ולריוח. וראיה לזה מהמבואר בגמרא בשבת על שניים שהתערבו על ארבע מאות זוז אם יצליח אחד מהם להקניט את הלל הזקן. ושם אמר לו הלל שהוא יפסיד ארבע מאות זוז ובכ"ז הלל לא יתרגז, ושם זה לא בידו להרגיז את הלל, שהוא יכול לנסות להרגיז, אבל לא בטוח שהלל יתרגז.
והנה בשו"ת "רב פעלים" חלק ב' חלק יור"ד סי' ל' הקשה מגמרא שבת קמ"ט ע"ב "כדרב יהודה אמר שמואל מנה גדולה כנגד מנה קטנה- אף בחול אסור לאחריים משום קוביא".
כלומר, אם יש לאדם מנות אוכל, אחת מנה גדולה ואחת מנה קטנה ומוכר אותן באותו מחיר אבל עושה הגרלה ע"ז לאנשים שאינם מבני ביתו, אומרת הגמרא שאסור לעשות כן דהוי כמשחק בקוביא. וא"כ מוכח שגם כשנעשה גורל שאינו תלוי בחכמה כלל- עדיין אסור.
והנה הרב פעלים כתב ליישב, לחלק בין דיני גזל לדיני איסור משחק בקוביא: שמצד גזל ליכא וכמו שכתב הראב"ה, שהואיל ולא תלוי בחכמתו אין בזה משום גזל. אבל לעולם איסור משחק בקוביא איכא אע"פ שאין בו משום גזל.
והנה הרב הקשה על דבריו מדברי הרמ"א סי' ר"ז סעי' י"ג: "זכבר פשט המנהג כסברא אחרונה לשחוק בקוביא ואין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא" מתרץ הרב פעלים, שהכוונה שלא נפסל לעדות, אבל אה"נ אסור לשחוק בקוביא.
ואולם נלע"ד שהאמת יורה דרכו שפשטות דברי רמ"א מורים שמותר לכתחילה, ואין אסור כלל לשחק בקוביא וכן כתב בשו"ת יביע אומר חלק ז' חלק חו"מ סי' ו' בהבנת דברי הרמ"א להתיר לגמרי.

והנה בשו"ת יביע אומר רצה ליישב שהראב"י ס"ל כהתוס' שבת קמ"ט ע"ב ד"ה "מטעמא" שכתבו שסוגיית הגמרא האוסרת מנה גדולה ומנה קטנה היא לא כהלכתה, שההלכה כדעת ר' יהודה בסנהדרין כ"ד ע"ב במשנה שרק במקום שאין לו אומנות- נפסל לעדות אבל יש לו אומנות אחרת, משחק בקוביא- אין בו איסור כלל.

ודבריו צ"ע שהראב"י אזיל בשיטת רמי בר חמא שמשחק בקוביא הוי אסמכתא בכל גוונא (סנהדרין כ"ד ע"ב) וכתב הוא שגם למ"ד הזה זה רק באופן שתולים בחכמתו, אבל כל שחוק שלא תלוי בחכמתו- שרי. וא"כ א"א לומר שהראב"י אזיל בשיטת התוס', דתוס' אזיל לשיטתו דההלכה כרב ששת שאם יש לו אומנות אחרת מותר לשחק בקוביא.

וכן יש להקשות לפי רמ"א שמתיר לשחק בקוביא, מדוע בסימן שכ"ב בהלכות שבת ס"ו, הודה לדברי השו"ע שאסור להטיל גורל מנה גדולה כנגד מנה קטנה ביום חול משום קוביא? מחמת שאלה זו פירש השלטי גיבורים במסכת שבת פרק "השואל" אות ג' לחלק, אם המעות נמצאים על הדף אז אין איסור לשחק בקוביא אבל אם המעות לא על הדף-אסור.

ותירוץ זה הוא ע"פ התוס' סנהדרין כ"ה ע"א וז"ל "והא דפסקין דמשחק בקוביא קני- דוקא כשמעות שניהם ע"פ הדף (של המשחק) לפי שהדף והמקום קנוי לאותו שירויח, כדי לקנות המעות אשר עליו, אבל אם אין דף בעיני קנין בב"ד חשוב".

כל זה נכון לרמ"א אבל לראב"י תירוץ זה לא יעזור דהראב"י לא אמר סברתו להתיר כשצריך לשים כסף על הדף דסברתו היתה להתיר במקום שלא תלוי בחכמתו.

ונראה שיש ליישב את הראב"י שס"ל כהסברו של הרי"ז (הובא בשלטי גיבורים פרק "השואל") שאסור להטיל גורל על מנה גדולה וקטנה משום שנראה כמשחק בקוביא, וחומד את ממון חבירו, כלומר, עצם עשיית הגורל הרי היא כמשחק בקוביא, אלא שלמעשה היה צריך להיות מותר כי זה לא תלוי בחכמתו ולכן כתב שנראה כמשחק בקוביא והטעם שהחמירו, כי בזה שאחד לוקח מנה גדולה והשני קטנה, נראה בעיני האנשים שזה שנטל הגדולה הוא חמדן. אבל כאשר משחקים במשחק אחד מפסיד והשני מרויח וזה לא תלוי בחכמתו הם אומרים "זה המשחק" שאחד מרויח ואחד מפסיד, ולא אומרים "אתה חמדן" כמו שאדם ממלא "לוטו" ומקוה לזכות כדי להיטיב את מצבו הכלכלי אנשים לא יקראו לו "חמדן".

ד. שיטת הרשב"א והחינוך

והנה מצאנו בב"י סי ר"ז ביאור חדש במחלוקת רב ששת ורמי בר חמא בסנהדרין בדין משחק בקוביא. הרשב"א בתשובה חלק א' סי' תתל"ז כתב שהפוסקים הסתבכו בדיני התנאי שהרי הרמב"ם כתב כל תנאי של אם- הוי אסמכתא, א"כ לא מצאנו את ידנו ורגלינו בדיני תנאים. ולכן מסיק הרשב"א שאסמכתא זה רק כשקונס את עצמו, כגון, אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זווי (אריס מתנה שאם ישאיר את השדה ללא עבודה ישלם קנס). אבל כל תנאי שאינו דרך קנס לא הוי אסמכתא. והשקה הב"י הרי משחק בקוביא לא הוי דרך קנס ואפ"ה רמי בר חמא אוסר?

תירץ הביי שזוהי בעצם המחלוקת בין רב ששת לרמי בר חמא, שלרב ששת מותר לשחק בקוביא, כי כל יסוד אסמכתא הוא רק כאשר זה בדרך קנס, אבל רמי בר חמא ס"ל שיש אסמכתא אע"פ שאינו דרך קנס. והרשב"א פוסק כרב ששת.

וכן מצינו בחינוך (פרשת בהר סיני מצוה י"ב) בשם רבו, שכל מה שיתנה האדם עם חבירו דרך קנס, זה יקרא אסמכתא, ועל זה אמרו "כל דאי לא קני". אבל תנאים שאדם מתנה כמו בגיטין וקידושין, כגון, אם תתני לי מאתיים זוז הרי את מקודשת, ודאי שמקודשת ולא נאמר שזה אסמכתא ולא מקודשת, ע"כ.

וכשיטת הרשב"א והחינוך מצינו להטור ורש"י שמשמע מהם כסברא זו:

וז"ל הטור: "הלווהו על שדה מאה זהובים והשדה שווה יותר מההלוואה, ואמר לו, אם לא תפרעני עד ג' שנים, תהיה השדה שלי, ולא קני".

וכתב הביי בשיטת הטור: "ומ"ש רבינו (הטור) 'והיא שווה יותר', היינו לומר, שאילו לא היתה שווה יותר, אפילו לא אמר מעכשיו- לא הויא אסמכתא, ויש חולקים בזה כמו שיתבאר", ע"כ. הטור נקט "שווה יותר" כי זה דומה לקנס ולכן אסור, אבל במקום שהשדה שווה להלוואה, אין תנאי זה דרך קנס ולכן מותר לעשותו.

מוכח שהטור ס"ל כשיטת הרשב"א והחינוך וכן דעת רש"י בפירושו שם.

לסיכום קטע זה: שיטת הרשב"א, החינוך, רש"י והטור: יסוד אסמכתא הוא כשזה דרך קנס, הא לאו הכי-מותר.

ה. סיטומתא ודינא דמלכותא

הגמרא בב"מ דף ע"ד ע"א: "סיטומתא קניא למי שפרע". כלומר, נהגו שהקונה עושה סימן על חבית יין כדי לקנותה, ואם המוכר או הקונה חוזרים בהם, מקבל עליו בב"ד קללה, מי שפרע מדור המבול הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. ואם זה מקום שנהגו לקנות בעשיית הסימן, קנה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו.

כתב ערוך השולחן סי' ר"א סעי' ב', שיש דיון באחרונים אם קנין זה הוא קנין מדרבנן או מדאורייתא. נפק"מ לקנין להפקעת קדושת בכור, שיש אומרים שזה קנין דרבנן. והחת"ס בשם הרמב"ן כתב דהוי קנין של תורה. וכתב ערוה"ש שהעיקר לדינא שקנין דרבנן מועיל גם בדבר שהוא מן התורה.

וכן כתב הביי בהלכות קידושין, וכן פסק בספר 'רב ברכות' להרב יוסף חיים זצ"ל בעל שו"ת 'רב פעלים', בן איש חי.

וכתב ערוה"ש שם באות ג' שקנין שנהגו מועיל אף בדבר שלא בא לעולם. דאע"ג שמדינא לא מועיל קנין בדבר שלא בא לעולם, אם מנהג הסוחרים כן, מועיל קנין אף בדשלב"ל.

וכתב שם, אע"פ שיש מחלוקת בזה, מ"מ העיקר לדינא שמועיל סיטומתא אף בדשלב"ל.

והוסיף שם וז"ל: "ואפילו באסמכתא יש קנין, וכל שכן אם המנהג הוא מצד דינא דמלכותא, דמועיל בכל ענין, דדינא דמלכותא דינא".

הפתי"ש בסימן ר"א סק"ב כתב בשם תשובת חת"ס שסיטמתא מועיל גם באסמכתא. לדוגמא, אם אדם אומר שאם לא יעבד את השדה ישלם אלף זוז, דהוי אסמכתא, שסומך על עצמו שאכן יעבד אותה, אם לא יעבד את השדה, פוסקים לדינא שלא משלם, כי לא התכוון לכך, דהוי חסרון בגמירות דעת. אבל במקום שנהגו כן מצד מנהג הסוחרים או מצד דינא דמלכותא (ע"פ הערוה"ש), אזי, מנהג זה הופך להיות חוקי וסמכתא דעת הקונה והמקנה לחוק הזה או למנהג הזה, וזה נותן לו תוקף של קנין. כי כל החסרון של אסמכתא או דשלב"ל הוא בגמירות דעת, אך במקום שיש גמירות דעת אין חסרון.

והנה י"ל שימפעל הפיס', הוא ענין חוקי מצד חוקי המדינה, ואין בזה חשש של הימורים שאינם חוקיים שע"ז ה'מלכות' מענישה ומחרימה בתי הימורים ואת כל הציוד שבהם ואת כספם של המהמרים. וכמו כן הרבה יהודים מנויים בתכנית של מפעל הפיס או קונים כרטיסי הגרלה וכדו', והוי כדבר שנהגו בו רבים, ודמיא למנהג הסוחרים. והואיל ויש כאן גם חוק המלכות וגם מנהג שנהגו בו- אין בזה חסרון של גמירות דעת. ולכן כשאדם קונה כרטיס הגרלה, על הצד שיפסיד, נותן את ממונו בלב שלם.

ולא אכחד שיש חולקים על סברא זו, וכמ"ש בשו"ת 'מנחת יצחק' ח"ו סי' ק"ע אות כ', שפסק שאין דינא דמלכותא מוציא מידי אסמכתא. אבל כ"ז בדינא דמלכותא, אך אם המנהג כן מועיל סיטומתא, כמ"ש המנחת יצחק בסוף אות כ' וז"ל: "וכי אסמכתא דלא קני משום דלא סמכתא דעתיה, ומכיון שנהגו- שפיר סמכתא דעתיה", והמקור לפסק זה הוא תוס' בב"מ ס"ו ע"א וז"ל: "קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב, כיון שנהגו בו העולם, מידי דהוה אסיטומתא דקניא", עכ"ל. ובספר 'פתוחי חושן' בדיני אסמכתא (פרק כ"א הערה ל"ב) כתב בשם 'ארחות המשפט' (כלל א' סי' ב') שכל דבר שנעשה ברבים או בפני טובי העיר א"צ קנין, והי"ה שאין בזה אסמכתא. והי"ה 'מפעל הפיס' נקרא שנעשה בפני רבים, שהרי נהגו בו רבים, ואין בו אסמכתא.

וכן כתב בשו"ת 'בית שלמה' חושן משפט (סי' ר"א) כל שאין מדינא דמלכותא דין אסמכתא, אף בדינא אין בו משום אסמכתא.

ואולם מחזו"א חושן משפט בליקוטים (סי' ט"ז סק"א) כותב שאע"פ שמדינא דמלכותא מהני, מ"מ בין ישראל לחבירו לא מהני דינא דמלכותא. מ"מ י"ל שהחזו"א יודה בנידון דידן שהואיל ונהגו בו רבים, אין בזה משום אסמכתא, וכמו שהתוס' בב"מ כתבו לגבי קנסות של שידוכין, שאע"פ שזה אסמכתא, מכל מקום סיטומתא מוציא מידי אסמכתא.

והנה יש לברר בד"ק זה מדברי הרמב"ם בפרק י"א הי"ח וז"ל: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא, כך היו עושיין, קוננין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרים, ואחר שחייב עצמו, קוננין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או יעשה כך, הרי החוב הזה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה, הרינו תובעו בממון שחייב עצמו בו. ועל דרך זה היינו עושיין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומים להם".

מזה שהרמב"ם מבאר בשידוכין היו עושים את תקנת חכמי ספרד ולא ביאר כסברת התוס' דהוי סיטומתא, י"ל לכאורה שסיטומתא לא מהני באסמכתא. אולם, י"ל שהרמב"ם ס"ל שאמנם נהגו לעשות קנסות בשידוכין, אבל מספר השידוכין שיתבטלו ויגבו את הקנס- מועט, וא"כ אין זה נקרא 'מנהג', דאם היו שידוכין רבים מתבטלים וגובים קנס- שייך לומר דהוי מנהג. ולכן הרמב"ם אומר שצריכים לעשות

את תקנת חכמי ספרד. אבל אה"נ אם היה זה מנהג שנהגו בו רבים, יודה הרמב"ם דהוי סיטומתא המבטל אסמכתא.

ו. תשובת הרב שפירא אברהם שליט"א

בספר 'תחומין' חלק ח', כתב הרב אברהם שפירא, הרב הראשי, שיש לחלק בין משחק בקוביא לבין 'מפעל הפיס'.
חכמים אסרו רק כשהפרס שעומד ליפול לידי אחד מהמשתתפים מונח לפניו, ואז יש ספק, שכל אחד מקווה שכסף זה המונח לפניו יחזור אליו בתוספת ריווח. אבל בהגרלת פיס, שהכסף משולם לסוכנות המפעל הקונה יודע בבירור שממון זה לא יחזור אליו, והמפעל זוכה בממון זה לחלוטין, אלא שיש בליבו תקווה שבסופו של דבר, לאחר כמה ימים, יגרם לו ריווח כפול ומכופל. תקווה כזו, יש לכל משקיע בעסק שמקווה להרוויח מההשקעה שהשקיע, ואם השקיע והפסיד, זה לא הופך להיות גזל.
סברא נוספת: 'מפעל הפיס' מכרו כרטיסי הגרלה שהקונה יכול למכור אותם לאחר, וכך יקבל תמורה לכסף, ואין זה דומה למשחק בקוביא.

ז. מרן השולחן ערוך.

בסימן ש"ע ס"ב כתב השו"ע וז"ל: "המשחקים בקוביא וכו' אסור וגזל מדבריהם", ובס"ג: "יש מי שאומר שהמשחק בקוביא עם העכויים אין בו משום גזל אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים. נחלקו עליו לומר שאינו פסול אא"כ אין לו אומנות".
וביאר הסמ"ע סק"ג, שמ"ש בס"ג "נחלקו עליו" קאי על סעיף ב', שלדיעה בס"ב הוי גזל מדבריהם (שיטת הרמב"ם) ועל זה חלקו עליו. ומלשון זו משמע שפוסק כסברת החולקים שהוי גזל רק אם אין לו אומנות אחרת.
וכן כתב בביאור השו"ע ביבאר הגולה' אות ט', וכתב שזוהי סברת הרא"ש והרי"ף שהעלו להקל, והשו"ע אזיל בשיטת הרא"ש והרי"ף, נגד שיטת הרמב"ם, כמבואר בהקדמתו לבית יוסף.
ועיין לגר"א (רי"ג ס"ק מ"ד) שביאר אחרת, ששיטה ראשונה בס"ג סוברת שאין איסור גזל במשחק עם עכויים, רק מצד דברים בטלים. וע"ז אומר השו"ע שחלקו עליו וסוברים שיש בו משום גזל במקום שאין לו אומנות אחרת, ובמקום שיש לו אומנות אחרת אין בו גזל.
ויש להעיר שהלשון לפי דבריו, בשו"ע, דחוקה. שסגנון הלשון היה צריך להיות 'נחלקו עליו לומר דפסול הוא (עם גוי) כשאין לו אומנות אחרת'.
ואפשר לבאר שהשו"ע איירי בדבריו על ס"ב וס"ג כך: בס"ב כתב שמשחק בקוביא יש בו משום גזל מדבריהם, ע"ז כתב שאינו פסול אא"כ אין לו אומנות אחרת. וכן בס"ג שכתב שעם גוי מותר בכל גוונא, כתב שדינא הכי אם יש לו אומנות, אבל באין לו אומנות- אסור לשחק עם גוי.
ועכ"פ מידי פלוגתא לא נפיק בהבנת דברי השו"ע, מהי שיטתו כאן, האם ס"ל לאסור בכל גוונא או שמתיר במקום שיש לו אומנות ?

והנה יש להקשות מסימן ר"ט ס"ב שכתב שאם מוכר לחבירו כל מה שבתיבה, אין זה קנין 'ואין זה אלא כמשחק בקוביא, וכן כל כיוצא בזה". וכתב הסמ"ע בסק"א שזה ע"פ הרמב"ם דהוי אסמכתא והוי גזל. וא"כ קשה הסמ"ע, מדוע לא העיר בסתירת הדברים ? דע"פ הסברו בסימן ש"ע, שיטת השו"ע להתיר, וכאן סכם דהוי כמשחק בקוביא!
ומ"מ יעויין לש"ך סק"ב שנקט בלשון שלילה 'ואין זה אלא כמשחק בקוביא" ולמה לא נקט 'והרי זה כמשחק בקוביא'. ולכן י"ל שרק רצה לומר שזה דומה למשחק, שלא סמכא דעתו.

ח. בירור שיטת הרמב"ם

הרמב"ם בהלכות עדות (פ"י ה"ד) כתב וז"ל: "וכן משחק בקוביא, והוא שלא תהיה לו אומנות אלא היא, הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם, הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל".
הרדב"ז כתב בביאור הרמב"ם, שהואיל ואין לו אומנות, אז חזקתו שהוא אוכל מן הקוביא שהוא גזל כי משחק בקוביא אסמכתא ויש בו משום גזל.
הכסף משנה הקשה מרמב"ם הלכות גזילה פ"ו, שאסור לשחק בקוביא משום גזל, וא"כ אפילו יש לו אומנות- פסול לעדות. וא"כ למה כתב הרמב"ם כאן שפסול רק אם אין לו אומנות כלל ?
תירוץ א' בכס"מ: כאן מדובר במשחק עם עכו"ם שאין בו משום גזל, ואפ"ה אם אין לו אומנות אחרת- פסול משום שאינו עוסק בישובו של עולם. וביאר הכס"מ שאם ראינו אותו משחק בקוביא עם גוי ולא ראינו שמשחק עם ישראל, מ"מ יהיה פסול כי אין לו עסק אחר ממה להתפרנס, ומסתמא עוסק בקוביא וגזל מישראל, ולכן נפסל לעדות.
תירוץ ב': איירי במשחק עם ישראל אלא שלא משחק עם מעות, אמרינן, הואיל ואין לו עסק, מסתמא הוא גזלן, שסתמו כודאו.
הלחם משנה מיישב, שהרמב"ם פוסק כרב ששת, וגם לרב ששת יש במשחק בקוביא משום קצת גזל, ומכיון שלא משמע לאנשים שיש בזה איסורא, לכן לא נפסל לעדות. אבל במקום שאין לו אומנות כלל- נפסל לעדות.
וכן כתב הר"ן בחידושו, שגם לרב ששת אסור משום גזל, ומכיון שלא משמע לאנשים שיש בזה מעשה איסור-לא נפסל לעדות.
וכן מצאתי בחידושי מהר"ם שיק שכתב: "דסברת רש"י, שכיון שאינו בידו, מספיקא גמר ומקני. או כסברת ר"ת דהואיל ורוצה לקנות- מקנה נמי, נראה נראה דלאו כללא בכל אדם או רוב אדם דנימא משום זה אי איכא איניש דלא גמר ומקני הוי דברים שבלב דלא הוי דברים. אלא איכא למימר דגם רב ששת סובר דלאו כללא, ואיכא דגמרי ומקני ואיכא דלא גמרי, ואם כן המשחק בקוביא הוא ספק גזל ומספיקא ליכא למיפסל לגברי לעדות, דאוקי אחזקה, לכך קאמר רב ששת שפסול משום שאינו עוסק בישובו של עולם".
וא"כ הפשט לפי המהר"ם שיק, דמה שכתב הרמב"ם דהוי גזל, הכוונה, ספק גזל וכמ"ש כאן בהלכות עדות "אבק גזל", דדילמא לא מקנים בלב שלם.
ה"תומים" בסימן ל"ד כותב שהרמב"ם פוסק כרב ששת שמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא ומ"מ הוי גזל דדבריהם, והטעם שלא נפסל לעדות לרב ששת כי כדי לפסול בעינן שעשה כן לשם חימוד ממון, אבל המשחק בקוביא לאו להנאת ממון קא עביד, אלא לבלות הזמן ולשם הנצחון.

כסברא זו- שאף רב ששת מודה דהוי גזל מדבריהם, אלא שלא נפסל לעדות מטעם זה אא"כ אין לו אומנות אחרת, הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם, כתב המהרשד"ם חלק יו"ד סימן פ"ד ובשו"ת המבי"ט ח"א סי' ע"ח.
הריב"ש בסימן תל"ד העיר שגם לסוברים כרב ששת להתיר, מ"מ המהמרים על כסף רב ומפסידיים את ממונם, לאו שפיר קא עבדי.

ט. סיכום

ולכן לסיכום, אם אדם קונה כרטיס פיס, אך אינו מבזבז את ממונו על ענין זה, מכל הטעמים דלעיל נראה דיש לו על מי לסמוך.
ואלו הם יסודות ההיתר בקצרה:
א. משחק בקוביא, אם סיכויי לזכות סבירים, אינו מקנה כדת וכדין. אולם ב'מפעל הפיס' הכל יודעים שהסיכויים לזכות קלושים מאד.
ב. סברת הרא"ש: משחק בקוביא אם שחקו ועדיין לא הגיע הממון לידי הזוכה, אבל אם הממון כבר הגיע לידי הזוכה- אינו גזל. וה"ה כאן שהממון יצא מידי קונה הכרטיס.
ג. סברת המרדכי בשם הראב"ה: משחק בקוביא אסור רק בדבר שתלוי בחכמתו, אבל בדבר שלא תלוי בידו- אין בזה אסמכתא, והרי 'מפעל הפיס' לאו בידו כלל.
ד. במקום שיש דינא דמלכותא וגם סיטומתא, הרי זה מבטל אסמכתא.
ה. סברת הרב שפירא שכרטיס הפיס הוא תמורה למה ששילם, ויש לו יכולת למוכרו. ולא דומה למשחק בקוביא. ועיין באות ו', סברא נוספת שהבאנו בשמו.
ו. סברת השו"ע להחמיר במשחק בקוביא דהוי אסמכתא, לאו מילתא פסיקתא היא, כמבואר בסמ"ע ובבאר הגולה שלמדו שדעת השו"ע להתיר.