

עני המהפך בחררה

מיכאל קצב

במסכת בבא-בתרא (דף כ"א:) שנינו: "אמר רב הונא, האי בר מבואה דאוקי ריחיא. ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה, דינא הוא דמעכב עילויה, דא"ל קא פסקת ליה לחיותי. לימא מסייע ליה: מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלוא ריצת הדג. וכמה? אמר רבה בר רב הונא עד פרסה! שאני דגים דיהבי סייארא".

וביאר רש"י (בד"ה "שאני"): "נותני עין בהבטם להיות נוהגים לרוץ למקום שראו שם מזונות. הילכך כיון שהכיר זה חורו, ונתן מזונות בתוך מלוא ריצתו, בטוח הוא שילכדנו. דה"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חברו מזיקו, אבל הכא מי שבא אצלי יבוא, ומי שבא אצלך יבוא". וברמב"ן מבואר: "מפרש בערוך שהם מביטים למרחוק. וכשאוכלים כאן הם נותנים עינים לראות אם יש מזונות במקום אחר, ופעמים שניצודו ברשת. ומתוך שהם רואים מזונות במקום אחר, הם הולכים שם וזה גזל גמור, הואיל וכבר ניצוד". משמע שנחלקו רש"י והערוך האם היה כבר קנין רגיל והוי גזל גמור, או שלא היה קנין אך כיון שבטוח שיזכה בדג נחשב כשלו, והשני הוי כמזיקו, חזו דין עני המהפך בחררה.

בתוספות (ד"ה מרחיקין) הקשה לשיטת רבינו תם שבהפקר אין דין עני המהפך בחררה, מדוע צריך להרחיק כמלוא ריצת הדג, הרי כאן איירי בהפקר מן הים? ותירץ שני תירוצים:

- א. "מכל מקום בכמה מקומות ימצא שיוכל לפרוס מצודתו".
- ב. "דהכא אומנתו בכך".

בתירוץ הראשון קבע תוספות שכיון שימצא במקום אחר, ההפקר דמי לגמרי למקח וממכר, ואיכא דין עני המהפך בחררה.

במסכת קדושין (דף נ"ט.) תרצו תוספות (בד"ה "עני") בדרך אחרת: "ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת דמיירי בדג מת, שכן דרך הדייגים להשים במצודות דג מת, והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג. וכיון שזה פירש מצודתו תחילה, וע"י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב, ודאי אם היה חבירו פורש הוה כאילו גזול לו. ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר".

והדברים מוקשין: א. תוספות בב"ב נתנו טעם מדוע בהפקר אין דין עני המהפך בחררה. כיון שאינו יכול לומר לו, "תוכל לעשות כן במקום אחר". אם בדייג יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר". מדוע נזקקו תוספות להעמיד בפתיון שלכן הוי כגזל, הרי כאן ההפקר דומה למקח וממכר?
ב. כאשר מדובר בפתיון, כפי שכתבו בתוספות בקידושין, לא בעינן שוב לטעם "תוכל לעשות כן במקום אחר"?

לבאור הדברים, יש לחקור בדין עני המהפך בחררה, האם נקרא רשע בגלל שהוי גזל ממוני, דהיינו שע"י היפוכו נוצרו לו זכויות ממוניות בחפץ (שאמנם לא נחשב שלו אך זכה בזכות הקנין בחפץ). או שהוי דין איסורים על השני ליטול או לנסות ליטול אחר שהראשון הפך בחררה. ונראה שבהא נחלקו רש"י והתוספות: רש"י (קדושין נ"ט ע"א) סובר שגם בהפקר יש דין עני המהפך בחררה, כיון שלעני המהפך יש זכויות ממוניות בחפץ, המונעות מאחר לזכות בו. וממילא אין נפק"מ בין הפקר למקח-וממכר, ובשניהם פעולת ההיפוך בחררה יוצרת זכויות שגורמות לאי אפשרות השני לזכות בחפץ. תוספות סוברים שע"י ההיפוך בחררה נוצר אסור על אחר לזכות, אך פעולת ההיפוך לא יוצרת זכויות קנין למהפך. ולכן במקח-וממכר שיכול לומר לו "תוכל לעשות כן במקום אחר", יש איסור על השני. אבל בהפקר שלא יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר", אין איסור ממוני לזכות מיד המהפך.

תוספות בב"ב הקשו על שיטת רש"י ממתניתין בפאה (פרק ד' משנה ג'): "פירס טליתו עליה (על הפאה) מעבירין אותו ממנה". והרי הוי כעני המהפך בחררה ומדוע נעבירהו? ובר"ן בקידושין תירץ, דשאני פאה כיון שכל העניים מחזרים אחריה, ולכן נחשבים כולם כמהפכים בחררה, ולכולם זכות שוה בפאה.

לפי הסברנו במחלוקת רש"י ותוספות מיושבת הקושיה: שיטת רש"י הוי שעני המהפך מקבל זכויות ממוניות בחפץ ע"י פעולת ההיפוך. ולכן פעולתו צריכה להיות כפי שקבעה התורה בכל פעולות הקנין. ואף שלא עשה קנין גמור, מ"מ כיון שרצה לעשות קנין טוב, מזה נובעות זכויותיו הממוניות, וכאשר רוצה ליצור זכויות ממוניות ע"י קנין שלא מועיל, ממילא אף ל"עני המהפך בחררה" לא הגיע, ולכן בפאה "מעבירים אותו ממנה", כי פעולת הפריסה איננה פעולת קנין.

לתוספות סיבת האיסור להוציא מעני המהפך בחררה הוי מדין איסור. ולכן כיון שהעני הפך בחררה אסור לשני לזכות ממנו. ואין כל נפק"מ בצורת הקנין, כי אין זכויות הראשון מדין קנין ממוני. ולכן גם בפאה פעולת הפריסה של הטלית תועיל ליצור איסור לקחת ממנו.

תוספות בב"ב המשיכו להתקשות מבבא-מציעא (דף י' ע"א) לגבי: "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה. זה שהחזיק בה זכה". ושוב מיושבים הדברים לשיטת רש"י, דכיון שרצה ליצור קנין, לא מהני ע"י נפילה. וממילא לא מקבל כל זכויות ממוניות בחפץ.

וניתן לומר בשיטת תוספות, שאף שפעולת ההיפוך יוצרת איסור זכיה לשני, אך בעקבות אסור זה באה הזכות הממונית. ומחלוקת רש"י ותוספות תתבאר כך: לרש"י פעולת ההיפוך יוצרת זכות ממונית ישירה. אך לתוספות פעולת ההיפוך גורמת לאיסור על אחרים

מלזכות. וכיון שנוצר האיסור, ואין אדם רשאי לזכות בחפץ, באה הזכות הממונית.

ולכן בהפקר, שלא יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר", לא נוצר איסור זכיה על אחרים ואין דין עני המהפך בחררה.

ומובנים דברי רבינו מאיר אביו של ר"ת במסכת קידושין שכתב "ודאי אם היה חברו פורש הוה כאלו גוזל לו". והוסיף: "ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר". לא שייך לומר "הוה כאלו גוזל לו" ללא ההמשך ש"יכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר", כיון שאם לא נוצר איסור על השני ליטול ממילא לא חל הדין הממוני; ואם לא יוכל לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר", הרי לא נוצר האיסור על השני ולא הוי כלל גזל. והאמירה "תוכל לעשות כן במקום אחר" לא תועיל בלי הסברא של כעין שגזל, כי יש צורך בפעולה לשם יצירת קנין לאחר הטלת האיסור. ולכן האמירה יוצרת האיסור, ופעולת הטלת הדג המת יוצרת קנין.

לרש"י אין צורך בהטלת אסור, ועצם פעולת הקנין יוצרת את הזכות הממונית תוספות בב"ב שלא הזכירו כלל את דברי אביו של ר"ת ש"הוי כעין גזל", סוברים שכל דין עני המהפך בחררה הוי מצד האסור שבדבר, ואין כל זכויות ממוניות למהפך.

בהמשך התוספות בקדושין (בדף נ"ט ע"א) נאמר: "ומכאן נראה למהר"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל-הבית שיש לו מלמד אחר בביתו, כל זמן שהמלמד בביתו, שמאחר שהוא שכיר שם, ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם, אם לא שיאמר בעה"ב דאין רצונו לעכב המלמד שלו. אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד, יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו, ואינו יכול לומר לו הבעה"ב לך ושכור מלמד אחר, דנימא ליה אין רצוני אלא לזה, שהרי כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר".

מפשטות לשון התוספות משמע דדברי ר' יצחק הוי רק לשיטת ר"ת. אך לשיטת רש"י גם במקרה זה יהיה דין עני המהפך בחררה. כי גם כשלא יכול לומר "תוכל למצוא במקום אחר" סובר רש"י שקיים דין עני המהפך בחררה.

בשולחן ערוך חושן משפט (סימן רל"ז סעיף א') הביא הב"י את דעות רש"י ותוספות, וזה לשונו: "וי"א שאם בא לזכות מהפקר, או מקבל מתנה מאחר, ובא אחר וקדמו, אינו נקרא רשע כיון שאינו דבר מצוי במקום אחר, וי"א דלא שנא".

ובסעיף ב' כתב: "אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד. יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו".

הרי שבסעיף ב' לא הזכיר שתי דעות (רש"י ותוספות) כבסעיף א', אע"פ שרש"י גם בהאי גוונא יש דין עני המהפך בחררה!

ובנתיבות המשפט (בס"ק ב') כתב: "ולפי טעם הסמ"ע אם כן לדיעה הראשונה דאוסר אפילו במציאה, גם בזה אסור. וכן משמע קצת מדברי התוספות. ולפי זה מוכח דגם המחבר סתם כאן כדעה הראשונה".

וקצת דחוקים הדברים: דמ"מ היה למחבר לכתוב שנראים יותר דברי תוספות,

ורק אח"כ לכתוב פסק מוחלט בסעיף ב', ולא נדייק אנו לבד מסעיף ב' כמי פסק במחלוקת רש"י ותוס' אלא, נראה לומר, דבמקרה של המלמדים אף רש"י יודה דאין דין עני המהפך בחררה.

בארנו לעיל בשיטת רש"י שעני המהפך בחררה יוצר זכות ממונית בחפץ כדי שאחר לא יוכל לזכות בחפץ.

וכבר חקרו האחרונים בקנינים שתמיד יש בהם מעשה קנין וסמיכות דעת, האם המעשה הפיזי יוצר את הקנין, וסמיכות הדעת הבאה אחריו הוא רק כתנאי; או שסמיכות הדעת היא גוף הקנין והמעשה הפיזי הוא רק כגלוי דעת, כי לפני שמגיעים לגלוי הדעת אין אנו בטוחים בסמיכות הדעת שלו לקנין. חקירה זו רלוונטית לגבי קנין גמור להשתמשות בחפץ הנקנה. אך כאשר הקנין נעשה רק כדי שאחר לא יוכל לזכות, סמיכות דעת לבדה ודאי שתועיל ומעשה הקנין אף אם נעשה בפגם, הואיל הקנין למנוע מאחרים זכות לקנות. בדברים הראויים לקנינים אין הבדל בין שיכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר", לבין אם לא יכול לומר. ותמיד עני המהפך בחררה זכה בחפץ, כיון שאחר מנוע מלזכות. אבל במלמד המשכיר עצמו לבעה"ב, אין גדרי קנין, והוא רק התחיבות וממילא הוא רק שאלה של איסורים, ובאיסורים יודה רש"י לר"ת שכאשר לא יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר", אין דין עני המהפך בחררה.

הנמוקי-יוסף בפרק חזקת הבתים (דף כ"ט. בדפי הרי"ף) כתב: "והעלו האחרונים ז"ל דבמקום שנקרא רשע, מ"מ אין מחייבין אותו בית-דין להחזיר. מדאמרינן בפרק האומר (קדושין נ"ט ע"א) זבוני לא מזבנינא וכו', שלא כדברי ר"ת שפירש שמחייבין".

וכתב המהרש"ל (בתשובה ל"ו): "ותמה אני אם יצא דבר זה מפי ר"ת ז"ל, שאלמלא נשתכחה תורה מישראל החזירה בפלפולו. וישגה בזה, וגם אני לא מצאתי רמז בכל הפוסקים שום צד הו"א לחזור המקח, אלא לקראתו רשע, וכן פסק מהרי"ק בפשיטות".

ולכאורה ראייה מפורשת לנמוקי-יוסף בדעת ר"ת מהא דהקשה תוספות על רש"י דב"מ "ראה את המציאה ונפל עליהם ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה". ותמוהה קושיתו על רש"י כיון שאולי באמת מיקרי רשע, ורק לא מפקינן מיניה (מהשני)? אלא מוכח שלר"ת אם יש בזה דין עני המהפך בחררה, אף מפקינן מהקונה השני.

והמהרש"ל נדחק מאוד בדחית ראייה זו.

ועדיין יש להקשות, שאפילו נאמר שלר"ת מוציאים מהקונה השני, אולי רש"י חולק על זה, וגם הנמוקי-יוסף כתב שמלבד ר"ת סוברים כולם שאף שנקרא רשע אין בית-דין מחייבים אותו להחזיר. וא"כ על רש"י לא קשה כלל מב"מ, דודאי לרש"י אין מוציאים מידו!

אלא ע"כ י"ל שר"ת הבין שגם לרש"י מחייבים להחזיר. לדברינו לעיל סובר רש"י שבכל עני המהפך בחררה, ע"י ההיפוך נוצרה

זכות ממונית שאחר לא יוכל לזכות. וממילא לא שייך לומר שאם אחר תפס לא יצטרך להחזיר. כי אם הראשון זכה רק מדיני אסורים, כדעת ר"ת, שייך לומר שאף שיש איסור ונקרא רשע לא חייב להחזיר. אך אם העני קנה ככל דיני הקנינים ולכן השני לא יכול לזכות, אם השני תפס לא מועילה תפיסתו וחייב להחזיר לעני.

ויוצא שר"ת עצמו סובר ככל הפוסקים דאין מחייבים את השני להחזיר. ורק בדעת רש"י הבין שאחר התופס חייב להחזיר, (וניחא לתוספות ליישב את רש"י שבמציאה, הראשון ניסה לקנות בקנין דלא מהני ולכן אין לו דין עני המהפך בחררה).

בשו"ע אבן-העזר (סימן ל"ה סעיף ט') פסק: "העושה שליח לקדש לו אשה פלונית והלך שליח וקדשה לעצמו, הרי זה מנהג רמאות". וכתב הבית שמואל (בס"ק כ') שהרמב"ם בהלכות אישות (פ"ט הי"ז) כתב שנקרא רשע. וכנראה יש הבדל בין רשע לרמאי. ואמנם הסמ"ע בשו"ע חו"מ (ס' רל"ז ס"ק א') כתב: "נקרא רשע ומכריזין עליו בבי"ד שעשה מעשה רשע כזה". וק"ק דהרי לשון הגמרא בקדושין (דף נ"ט ע"א) שזה רק מנהג רמאות, ומדוע שינה הרמב"ם בלשון? וע"ק דהרמב"ם בהלכות מכירה (פרק ז' הלכה י') כתב: "הנותן מעות לחברו לקנות לו קרקע או מטלטלין, והניח מעות חברו אצלו, והלך וקנה לעצמו במעותיו, מה שעשה עשוי, והרי הוא מכלל הרמאין". הרי לנו סתירה להלכות אישות. ובודאי קשה, דהרי בהלכות אישות הוסיף הרמב"ם: "וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע".

אך מקור הגמרא בקדושין (נ"ט ע"א) בתוספתא ביבמות (פ"ג ג'): "האומר לחברו צא וקדש לי אשה פלונית. הלך וקדשה לעצמו. צא וקח לי מקח פלוני, והלך ולקח לעצמו, מה שעשה עשוי, אלא שנהג רמאות".

ובארה הגמרא בקדושין דנקט לשון "חברו" ולא "שלוחו", לא שמועין שאע"פ שלא שלחו לשם כך ואינו שליח מיוחד, אלא אמר לו שאם יזדמן לו למקום פלוני דרכה יקדשנה לו; ויש לומר, לכאורה, שלא סמך עליו כ"כ שיקדשנה לו, מכל מקום אם הלך וקדשה לעצמו נקרא רמאי.

ברמב"ם שונה הלשון: דבהלכות אישות נאמר "העושה שליח", ובהלכות מכירה "הנותן מעות לחברו". וכנראה הבין הרמב"ם בגמרא בקדושין שאף חברו נכלל בגדר רמאי. אך בשלוחו הווי רשע ובחברו לא הווי רשע. ולכן בהלכות מכירה דאיירי בחברו כתב שהווי מכלל הרמאין, ומה שכתוב בגמרא דהווי מנהג רמאות כיון שמדובר בחברו.

אך המחבר וכן הטור נקטו שלא הווי רשע אף בשליח. וכנראה סברתם כר"ת שבמקום שלא יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר" לא אמרינן דין עני המהפך ורק הווי רמאי שרימה את חברו.

ומהרמב"ם משמע כרש"י שגם כשא"א לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר" יש דין עני המהפך, ולכן גם במקדש אשה, אע"פ שלא יכול לומר "תוכל לעשות כן במקום אחר" הווי רשע מדין עני המהפך.

אך נראה שלכו"ע ללא יכולת אמירה "תוכל וכו'" אין דין עני המהפך בחררה. כי הרי בארנו שלרש"י רק בדיני קנין ממון חולק על ר"ת, אך כשאין דין קנין אלא הוי רק התחיבות יודה רש"י לר"ת; ובמקרה דידן לגבי שליחת חברו לקדש דהוי רק התחיבות יודה רש"י לר"ת דבעינן יכולת אמירת "תוכל וכו'" או שיהיה מעשה קנין בפועל.

ולכן עני המהפך בחררה הוי כעין שכותב הרמ"א בחו"מ (סימן רל"ז סעיף א'): "וכל זה לא מיירי אלא שכבר פסקו הדמים ביניהם ואין מחוסרין אלא הקנין, אבל אם מחוסרין הפסיקה שהמוכר רוצה בכך, והקונה רוצה יותר בזול, מותר לאחר לקנותו".

אבל בעושה שליח לקדש אשה, שבזה דברה הגמ' וכן הרמב"ם, עדיין מחוסרין לא רק קנין אלא גם שידול דברים ולכן לא הוי עני המהפך בחררה, ורק הוי רמאי או רשע כיון שרימה את המשלח.

וכן משמע בתוספתא יבמות (פ"ד ג'): "צא וקח לי מקח פלוני והלך ולקח לעצמו מה שעשה עשוי, אלא שנהג רמאות", והגיה שם הגר"א "מקח פלוני". ובירושלמי הגירסא "מקח פלוני", דהיינו שלא צריך יחוד האיש. ועיין במצפה שמואל שרצה לומר, שאולי הירושלמי מדבר בדבר שאין מינו מצוי ואז נחשב כרמאי, ובמקרה זה יודה הגר"א דלא בעינן שיאמר "מקח פלוני מפלוני", דאם יקנה את זה לא ישאר כבר למשלח.

אך ודאי במקרה דהתוספתא אין פעולת עני המהפך, כי עדיין לא נשא ונתן עם המוכר, והוי רמאי מצד שמשקר למשלח בלבד.

וממילא אפשר לומר שגם מה דאיתא שם ברישא לענין מקדש איירי בהאי גוונא, ואין דין עני המהפך בחררה כלל. ומחלוקת הרמב"ם והטור (מחבר) איירי בענין שרימה את המשלח, ולכן הוי רק כרשע או כרמאי.