

הרב יהודה שחור

לכבוד מורי ורבי הרב הגאון רבי יעקב כ"ץ שליט"א
מורה דרך ה', ומרביץ תורה בישיבה סמוך למקום לשכת הגזית

"צדק צדק תרדוף הלך אחר חכמים לישיבה אחר רבי
אליעזר ללוד אחר ריב"ז לברור חיל... אחר רבי
לבית שערים אחר חכמים ללשכת הגזית".
(סנהדרין ל"ב ע"ב)

בחירת מקום הדיון ע"י התובע או הנתבע

מבוא

הצגת הבעיה: סתירה בין זכות התובע לזכות הנתבע

חלק ראשון

זכות התובע לכפות העברת הדיון לבי"ד הגדול

- א. מחלוקת הפוסקים האם זכות התובע מכח יוציא מנה על מנה או מכח עבד לוח.
- ב. האם עבד לוח סיבה שהמלוה יכול לכפות או שזו סיבה לשלול את הזכות הבסיסית מהלוה.
- ג. מחלוקת הראשונים למי ניתנת זכות הכפיה.
- ד. הבנת האגרות משה בשיטת הרא"ה ובשיטת ריב"א ור"י.
- ה. סיכום השיטות בבאור הסיבה לזכות הכפיה.
- ו. זכות הנתבע לדרוש בי"ד הגדול כשהוא מוכן לפרוע הוצאות התובע.
- ז. זכות תובע לכפות דיון בבי"ד הגדול כששניהם תובעין זה את זה.
- ח. שיטת הרמב"ם, השו"ע והשי"ך ומחלוקת התומים והקצות בשיטת המהרי"ק.
- ט. שיטות הטור, הרא"ש והרשב"א.
- י. האם יש הבדל בין בי"ד הגדול למקום הועד.
- יא. מי נכלל בהגדרת עבד לוח.

- יב. הדרישה לדון בבי"ד הגדול מחשש לטעות או כדי שהשני יבוש ויודה.
 יג. מהי שבועה והאם זכאי התובע לכוף על מקום ביצוע השבועה.
 יד. סיכום השיטות בהבנת זכות התובע לדרוש לדון בבי"ד הגדול והמסתעף מכך.

חלק שני

התובע צריך לילך אחר הנתבע

- א. שיטות הפוסקים בהבנת כלל זה.
 ב. ההבדלים בין השיטות לענין ויתור על הזכות, אב התובע בנו ותובע שתפס.
 ג. מקום הדיון כשציבור תובע יחיד ובתביעה להסרת עיקול.
 ד. סיכום השיטות בהבנת הכלל התובע צריך לילך אחר הנתבע והמסתעף מכך.

חלק שלישי

המנהג לבטל זכות התובע לכוף לדון בבי"ד הגדול

- א. מדוע נהגו לבטל זכות התובע.
 ב. השלכות המנהג במציאות זמננו.
 ג. סיכום טעמי המנהג לבטל זכות התובע וההשלכות לזמננו.

חלק רביעי

ישוב הסתירה בין זכות התובע לבין הכלל שהתובע צריך לילך אחר הנתבע

- א. ישובי הסתירה לפי השיטה שזכות הנתבע מכח היותו מוחזק.
 ב. הסבר הדברים לפי השיטה שזכות הנתבע נוצרה כתקנה מפני הרמאין.
 ג. ישוב הסתירה לפי הדעות שהתקנה לטובת התובע או לטובת הציבור והחילוק בין מקום אחד לשני מקומות.
 ד. הצעה חדשה ליישוב הסתירה בארבעה אופנים כשהבסיס לכך שיש סברת הוצאות לחובת התובע.

סיכום כללי

מבוא

הצגת הבעיה: סתירה בין זכות התובע לזכות הנתבע

נושא קביעת מקום הדיון והשאלה האם המקום נקבע לפי רצון התובע או הנתבע נדון בהרחבה בגמ' בסוף פרק ג' דסנהדרין, ברמב"ם פ"ו דסנהדרין ובשו"ע חו"מ סי' י"ד, עיון בדברי השו"ע והרמ"א מעורר תמיהה יסודית, לבאור הענין נקדים בדברי הגמ' ס"פ זה בורר סנהדרין ל"א ע"ב וז"ל:

"כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן התוקף את חבריו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הוועד כופין אותו וילך למקום הוועד, אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה אלא כופין אותו ודן בעירו, איתמר נמי אי"ר ספרא (אמר רבי יוחנן) שנים שנתעצמו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הוועד כופין אותו ודן בעירו... אמר אמימר הילכתא כופין אותו וילך למקום הוועד, אי"ל רב אשי לאמימר והא אמר רבי אלעזר כופין אותו ודן בעירו? הני מילי היכא דקאמר ליה לוח למלוח אבל למלוח עבד לוח לאיש מלוח".

דהיינו, למלוח זכות לדרוש שהדיון יערך בבית הוועד אך ללוח אין זכות זאת, ובב"ק קי"ב ע"ב מצינו בדומה לכך: "אבל לא פתחו ליה מצי אי"ל לבי"ד הגדול אזלינא". (על היחס בין בי"ד הגדול למקום הועד נדון בהמשך). וכן פסק הרמב"ם פ"ו דסנהדרין הל' וי-ח' וז"ל:

"שנים שנתעצמו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נעלה לבי"ד הגדול שמא יטעו אלו הדיינים ויוציאו ממון שלא כדין כופין אותו ודן בעירו... במה דברים אמורים בשאר הדיינין שזה טוען וזה טוען או כשאמר המלוח נדון כאן והלוח אומר נלך לבי"ד הגדול אבל אם אמר המלוח נלך לבי"ד הגדול כופין את הלוח ועולה עמו שנאמר עבד לוח לאיש מלוח וכן אם טען זה שהזיקו או גזלו ורצה הטוען לעלות כופין בי"ד שבעירו את הנטען לעלות עמו וכן כל כיוצא בזה, במה דברים אמורים כשהיו שם עדים או ראייה לנגזל או לניזק או למלוח אבל טענה ריקנית אין מחייבין את הנטען לצאת כלל אלא נשבע במקומו ונפטר".

דברי הרמב"ם הובאו (בשנויי לשון קלים) להלכה בשו"ע חו"מ סי' י"ד, וברמ"א שם הוסיף דינים נוספים ונביא מקצתם וז"ל הרמ"א:

"וכל זה מדינא אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ב"ד בעיר אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבי"ד אחר (מהרי"ק שורש כ"א) כי אין לנו עכשיו ב"ד הגדול או בית הועד וכו'. התובע צריך לילך אחר הנתבע אם הוא בעיר אחרת אע"פ שבעיר התובע הבי"ד יותר גדול (מהרי"ק שורש א"י)".

מדברי הרמ"א יוצא שמעיקר הדין יש לתובע עדיפות ביחס לנתבע וביכולתו לדרוש שהדיון יערך בבי"ד הגדול אבל נהגו בזמן הזה שזכות זו בטלה וכמו כן מביא הרמ"א שהתובע צריך לילך אחר הנתבע.

קיימת כאן בעיה יסודית, כיצד מתיישבים דברי הרמ"א שהתובע הולך אחר הנתבע עם דברי הגמרא שנותנת דוקא עדיפות לתובע כלפי הנתבע בענין הזכות לדרוש עריכת הדיון בבי"ד הגדול. מלשון הרמ"א נראה לכאורה שקיימת הפרדה בין המקרים, עדיפותו של התובע קיימת כששניהם באותה עיר ורצונו לדון בבי"ד הגדול (אלא שנהגו לבטל זכות זו) וכשהם גרים בעיר אחרת ידונו במקום הנתבע. ברם, גם אם בכך מתבארת מהי ההלכה עדיין יש להבין טעמו של דבר. מדוע לענין הדרשה לבי"ד הגדול נתנו עדיפות לתובע ואילו בשני מקומות ניתנת העדיפות לנתבע. שאלה בסיסית זו נדרשת כדי להבין את כללי הפסיקה בענין מקום הדיון בגמרא, בפוסקים וההשלכות הנובעות מכך הלכה למעשה.

במאמר זה נראה שהתשובה לשאלה זו (מתי העדיפות לתובע ומתי לנתבע) איננה חד משמעית ונביא לכך 16 הצעות לישוב הסתירה ויש השלכות דינא בין ישוב אחד למשנהו. היסוד להבנת הדין וישוב הסתירה הוא באור עקרונות ויסודות כל דין בפני עצמו ולאחר מכן שלוב הדינים. על כן, יש לבאר:

(1) מהי זכות התובע.

(2) באור הכלל התובע הולך אחר הנתבע.

(3) הבנת המנהג המוזכר ברמ"א שבטלה זכות התובע.

לאחר שנבין פרטי ויסודות כל דין בפני עצמו נוכל לראות מהם האפשרויות לשלב דינים אלו ביחד באופן שאין סתירה ביניהם.

יש להוסיף שהלכה זו שהתובע הולך אחר הנתבע מהווה את הבסיס

העיקרי לפיו נקבעו תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל. בתקנות אלו נוספו פרטים שיסודם בדברי הרמ"א ופוסקים נוספים (כגון, מהו מקום הנתבע - מגורים, עסק, מספר מקומות, כמה נתבעים וכן חריגים מהכלל - אב ובן, הסכם מוקדם, תביעות נגדיות, צו זמני), בשנת תשנ"ג נוספה תקנה המאפשרת בשעת הצורך חריגה מהתקנות לפי הכללים שנקבעו.

חלק ראשון

זכות התובע לכפות העברת הדיון לבי"ד הגדול

א. מחלוקת הפוסקים האם זכות התובע מכח יוציא מנה על מנה או מכח עבד לזה.

בסנהדרין ל"א פוסקת הגמרא שיש למלוה עדיפות על הלוה לענין הזכות לדרוש שמקום הדיון יהיה בבית הוועד. מלשון הגמרא שהבאנו לעיל נראה שישנם שני נימוקים מדוע זכאי לכך התובע ולא הנתבע, רבי אלעזר מנמק: "מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה אלא כופין אותו ודן בעירו". כלומר, הנתבע אינו זכאי לדרוש בית הוועד שלא להרבות בהוצאות התובע לגביית חובו, ובמענה לשאלת רב אשי לאמימר מובא בגמרא טעם נוסף עבד לזה לאיש מלוה. ויש להבין מהו הטעם העיקרי שאין הלוה זכאי לדרוש בי"ד גדול האם למנוע הוצאות מהמלוה או מטעם עבד לזה ומדוע זכאי המלוה לדרוש זאת. אם הטעם העיקרי שהלוה אינו זכאי כדי למנוע למלוה הוצאות מדוע זכאי המלוה להגדיל הוצאות הלוה בדרישתו לדון בבי"ד גדול.

סברת ר' אלעזר יוציא מנה על מנה בפשטות מצביעה על הצורך למנוע מהתובע הוצאות מרובות לגביית חובו וכן כתב היד רמה. ברם, עיון בדברי הפוסקים מראה שקיים הסבר נוסף.

להבנת הענין יש להביא מחלוקת האחרונים האם זכאי המלוה לכפות את הלוה לדון בבי"ד הגדול כשהמלוה הולך לשם ממילא ואין לו בגין כך הוצאות נוספות. שורש השאלה מתחיל בדברי תשובת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' מ"ז) שעסק בשאלה אחרת, כשהמלוה הולך ממילא למקום בי"ד הגדול האם זכאי הלוה לכפותו לדון שם, ונפסק להלכה שבמקרה זה זכאי הלוה לכופ המלוה לדון בבי"ד הגדול כי אין הוא מרבה בהוצאותיו (וכן פסקו הסמ"ע י"ד סק"ח ועוד). ודנו הפוסקים האם במקרה זה שהמלוה הולך ממילא זכאי הוא לכפות את הלוה לדון

בבי"ד הגדול, הסמ"ע (י"ד סק"ט) מביא את דברי המהרי"ק שורש צ" (שהובאו גם בהוספות הרמ"א למרדכי ספז"ב תשי"ט ובדרכי משה י"ד סק"ג) וכתב הסמ"ע וז"ל: "כופין את הלוה היינו כשאין המלוה הולך בלאו הכי לשם - מהרי"ק וכו'". וכן פסקו הנתיבות (י"ד חדושים סק"ה) והתומים (י"ד אורים סק"ו) ועוד.

הבי"ח (י"ד באמצע סעיף ב') והשי"ך (י"ד סק"ה) טוענים שהמהרי"ק טעה בהבנת תשובת הרשב"א. בתשובה נפסק שבמקרה זה יכול הלוה לכפות את המלוה אך יש לומר שגם המלוה יכול לכפות את הלוה ואין טעם למנוע זאת מהמלוה. התומים (שם) מיישב שהמהרי"ק לא הבין כך ברשב"א אלא הוסיף זאת בסברתו בעקבות תשובת הרשב"א. נימוקו של הבי"ח שהמלוה זכאי לכפות את הלוה גם כשהמלוה הולך לשם ממילא כי עדיין יש עבד לזה לאיש מלוה.

ונראה שמחלוקת הבי"ח והשי"ך עם הסמ"ע, מהו הטעם העיקרי בגמרא. לפי הבי"ח והשי"ך הטעם העיקרי הוא עבד לזה לאיש מלוה ולכן גם כשהמלוה הולך ממילא עדיין הלוה עבדו ואילו לפי הסמ"ע י"ל שעיקר הטעם יוציא מנה על מנה ובמקרה זה שהולך ממילא אין מצב של יוציא מנה על מנה ולכן המלוה אינו יכול לכופף את הלוה.

ברם, גם אם הטעם העיקרי יוציא מנה על מנה אין זה מביא בהכרח למסקנת הסמ"ע. יש להסתפק מה כוונת הגמרא, הגמרא משתמשת בנימוק זה לבאר מדוע אין הלוה יכול לכפות את המלוה כדי שלא יגדלו הוצאות המלוה אך אין בסברא זו נימוק מדוע זכאי התובע לכפות את הנתבע. אלא שהסמ"ע מסתמך על דברי המהרי"ק (שנביא בהמשך) שזכותו של התובע לכפות את הנתבע נובעת מהסברא שלא על חניס מוציא מעותיו. דהיינו, יוציא מנה על מנה איננו רק סיבה למנוע זכות זאת מהנתבע (כדי למעט בהוצאות התובע). יוציא מנה על מנה הוא גם טעם לזכותו של התובע, אם התובע מוכן להוציא מעותיו ולדון בבי"ד הגדול מסתבר שיש ממש בדרישתו להעברת הדיון לשם ולכן שומעין לו. משום כך כשהתובע הולך לשם ממילא ואין הוא מגדיל את הוצאותיו נשמטת הסיבה לזכותו לכפות ולכן אין הוא כופה וזאת סברת הסמ"ע. נמצא, שלפי הבי"ח עיקר זכות התובע מכח עבד לזה (וסברת יוציא מנה על מנה סיבה נוספת לשלול זכות זאת מהנתבע) ולפי הסמ"ע עיקר זכות התובע מכח יוציא מנה על מנה שמשמעו גם שלא על חניס מוציא מעותיו.

הקצות (י"ד סק"א) טוען שיש להבחין בין תביעה רגילה לתביעת מלוה, עיקרי דבריו רמוזים כבר בדברי המהרי"ק עצמו. וז"ל המהרי"ק (שורש צ'):

"הלא אפילו לדברי ריב"א ור"י שכתבו דה"ה ירושה ופקדון גזילות וחבלות מכל מקום בנדון הזה מודו דלא מצי כייף ליה שהרי תלו טעם הכפיה משום דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו הא לאו הכי מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה והכא לא שייך דלא על חנם מוציא מעותיו מאחר שהתובע דר במקום הועד".

ודבריו מתיחסים לדברי ריב"א ור"י שהובאו במרדכי (ספז"ב תש"ט) וז"ל:

"יש שרצו לומר דוקא לזה אבל בדיני מקח וממכר ובדיני פקדון אין אחד מהם רשאי לכופ את חברו וריב"א כתב וכן ר"י שהוא הדין ירושה ופקדון גזילות וחבלות דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו אבל הנתבע מערים ואומר נלך לבית הועד כדי שלא יתבענו עוד".

לפי ריב"א ור"י טעם הכפיה שזכאי לה התובע כי לא על חנם מוציא מעותיו ולכן שומעין לדרישתו כי היא נחשבת כרצינית ואמיתית, אך לגבי הנתבע אנו חוששין שדרישתו נובעת ממניעים זרים, אין רצונו בערכא חשובה יותר אלא הוא משתמש בכך כאמתלא להתחמק מהדין, ובעקבות כך מחדש המהרי"ק שאם התובע הולך למקום הועד ממילא בטלה הסיבה שבגינה שומעין לו ולכן אין ביכולתו לכפות וכך פסק הסמ"ע.

ברם, הקצות מעיר שיש חלוק בין הסמ"ע לבין המסקנא המתבקשת מדברי המהרי"ק. ודברים אלו רמוזים כבר בדברי המהרי"ק. לפי הסמ"ע דין זה (שאם התובע הולך ממילא אין ביכולתו לכפות הנתבע) קיים גם בהלואה וכפי שמפורש בדבריו שהבאנו לעיל, ואילו המהרי"ק כותב: "הא לאו הכי מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה" כלומר סברתו מתיחסת לתביעות רגילות אבל בהלואה נשאר הדין שהמלוה כופה את הלוח לנדון במקום הועד. וטעם הדברים מתבאר ע"י הקצות שיש שני נמוקים מדוע זכות התובע עדיפא, א) דלא על חנם מוציא מעותיו (והסברנו שיש לכך סמך מדברי הגמרא יוציא מנה על מנה). ב) עבד לזה לאיש מלוה. הטעם הראשון קיים בכל תובע ונתבע אך הוא בטל כשהמלוה הולך לשם ממילא והטעם השני קיים בהלוואה (או בדומה לה) והוא קיים גם כשהמלוה הולך ממילא. ולכן מסיק הקצות שיש לעשות מעין פשרה שבתובע ההולך

ממילא, תשאר זכותו לכפות רק בהלואה ולא בתביעות אחרות. כפי שראינו גם במהרי"ק עצמו נרמזו דברים אלו (אמנם המהרי"ק בסופו מקשה מדוע צריך שני נימוקים, הוצאות ועבד לזה, אך הקצות מיישב זאת כפי שהבאנו). הסמ"ע, הנתיבות והתומים שפסקו שגם בהלואה בטלה זכות המלוה כשהולך לשם ממילא סוברים שטעם הכפיה רק מצד דלא על חנם מוציא מעותיו ולכן כשבטל טעם זה אין ביכולתו לכפות, ואילו הש"ך והב"ח סוברים שטעם הכפיה קשור לעבד לזה לאיש מלוה ולכן חלקו על המהרי"ק ויתכן ולדעתם בכל מקרה לא פוקעת זכותו של התובע (אך זה תלוי מה נכלל בהגדרת עבד לזה ויבואר בהמשך).

נמצא שהפוסקים חלקו ביסוד טעם הכפיה. לב"ח וש"ך קובע עבד לזה לאיש מלוה. לסמ"ע, נתיבות ותומים קובע דלא על חנם מוציא מעותיו. ולמהרי"ק וקצות החשן קיימים שני הטעמים, הוצאת מעות בכל תביעה, ועבד לזה בהלוואה.

יש להעיר, שאם כדברי ריב"א ור"י הטעם העקרי שלא על חנם יוציא מעותיו, צ"ע מדוע נוסף לכך טעם של עבד לזה. לפי הקצות זהו טעם נוסף ונפ"מ כדלעיל, אך לפי הסמ"ע קשה מדוע נוסף טעם זה. ויש לדחוק ולומר שעבד לזה לאיש מלוה איננו נימוק בפני עצמו מצד שהלוה כעבד של המלוה אלא זהו בטוי מושאל לבטא נחיתותו של הנתבע כלפי התובע אך הטעם לנחיתות זו כי לתובע יש סברת לא על חנם מוציא מעותיו ולנתבע אין טעם זה מחשש שמערים כדי להתחמק מהדין.

בשולי הדברים יש להעיר, שמסוגיא זו למדו הראשונים שאין לחייב את החייב בדין לפצות את הזכאי בגין הוצאות המשפט, כי אם נאמר שהזכאי יקבל הוצאותיו, אין מציאות של יוציא מנה על מנה לפי שאם תתברר זכותו הוא יקבל החזר. כך נפסק בשו"ע חו"מ סי' י"ד סעיף ה' ולמעט מספר חריגים (סרבנות להופיע בדין, טענות שקר במזיד וכדומה) אין לתת לזכאי הוצאות משפט. הלכה זו קשה ליישום בזמננו שהוצאות המשפט מרובות ועקב זה שבמערכות משפט שאינם לפי ההלכה מקובל לפצות על הוצאות אלו, ודנו הפוסקים האם משום כך ראוי לתקן תקנות שיועילו לפי הדין למנוע תקלות הנובעות ממצב זה. התיחסות מפורטת לכך נמצאת בתקנות הדיון החדשות (תשנ"ג) של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל.

ב. האם עבד לזה סיבה שהמלוה יכול לכפות או שזו סיבה לשלול את הזכות הבסיסית מהלוה.

בארנו עד כה שהפוסקים חלקו בטעם הכפיה האם עיקרה מכח ההוצאות, מכח עבד לזה או מכח שניהם, יש להבין מה כוונת הגמרא עבד לזה לאיש מלוה, האם הכוונה שזכותו של המלוה לכפות נובעת מכח היותו של הלוה עבד שלו, או שקיימת זכות בסיסית לכל צד לכפות לדון בבי"ד הגדול אלא שזכות זו נשללת מהלוה מכח היותו עבד למלוה. ההבדל היסודי בין שתי האפשרויות קשור לעצם יכולת הכפיה כשאין סיבות מיוחדות. לפי הצד הראשון, אין יכולת בידי אחד מהצדדים לכפות את חברו לדון בבי"ד הגדול אלא אם קיימת לכך סיבה מיוחדת. לפי הצד השני קיימת זכות בסיסית זו לכל צד מלבד במקרים שיש סיבה השוללת זכות זו. להלן נראה ששאלה זו תלויה במחלוקת הראשונים. בלשון הגמרא ניתן לפרש זאת כשאלה האם עבד לזה הוא סיבה שכופין אותו (את הלוה) ודן בעירו או שהוא סיבה שכופין לדון בבית הועד, מלשון הגמרא יש קצת סיוע לכך שזה סיבה שבגינה יכול המלוה לכופו לבית הועד. רב אשי שאל את אממר הרי רבי אלעזר פסק שכופין לדון בעירו ותשובת הגמרא הני מילי דקאמר לזה (לילך לבי"ד הגדול שאין ביכולתו לכוף) אבל מלוה (כשהמלוה דורש בבי"ד הגדול ביכולתו לכוף כי) עבד לזה לאיש מלוה, ומשמע יותר שזה נמוק מדוע יכול המלוה לכפות ולא מדוע אין הלוה יכול לכפות.

והנה, בארנו שהשי"ך והבי"ח, המהרי"ק והקצות סוברים שעבד לזה הוא טעם לעדיפות התובע על הנתבע. בדעת השי"ך והבי"ח ניתן להבין זאת לכאורה בשני האופנים דלעיל, אך אליבא דהמהרי"ק והקצות יש לדון. לפי המהרי"ק והקצות מלבד סברת עבד לזה קיימת סברא נוספת של הוצאות (דלא על חנם מוציא מעותיו), אם נאמר שסברת עבד לזה היא סיבה מדוע ניתנת זכות הכפיה למלוה ניתן להבין שקיימת לו סיבה נוספת לזכות הכפיה מצד ההוצאות. התועלת בשתי הסיבות שסברת עבד לזה אינה קיימת בתביעה שאינה דומה להלוואה וסברת ההוצאות בטלה כשהתובע הולך לשם ממילא, אך לפי האפשרות הנוספת שלכל צד קיימת זכות בסיסית לכפות לדון בבית הועד אלא ששללנו זכות זאת מעבד לזה מדוע אם כן יש צורך בנימוק נוסף לזכות זאת מכח סברת ההוצאות הרי זוהי זכות בסיסית שאינה זקוקה לנימוקים מיוחדים, ובמקרה שהיא נשללת מכח עבד לזה ממילא לא תועיל סברת ההוצאות (שהרי לגבי הלוה חיישינן שמערים ורצונו להתחמק ולכן אין סברת הוצאות).

על כן נראה לומר שלשיטת המהרי"ק והקצות שסברו שהחילוק בין תובע לנתבע נובע משתי סיבות סברת ההוצאות וסברת עבד לזה, הכוונה היא שאין זכות בסיסית לדרוש דיון בבי"ד הגדול. לתובע נוצרה זכות זו משתי סיבות מכח עבודתו של הלוה ומכח סברת ההוצאות. לפי הסמ"ע זכות התובע נובעת מסברת ההוצאות אך לפי הש"ך והב"ח החילוק בין תובע לנתבע מכח עבד לזה. או שאין זכות בסיסית וזכות התובע מכח עבד לזה או שקיימת זכות בסיסית לכל אחד והיא נשללת ממי שנחשב כעבד לזה.

ג. מחלוקת הראשונים למי ניתנת זכות הכפיה.

ניתן לתלות שאלה זו במחלוקת הראשונים. יש לדון מי נכלל בזכות כפיה זו. האם נכלל בה כל תובע או שזכות זו שמורה רק לתובע שעומד נגדו עבד לזה. כמו כן יש לשאול האם כל נתבע מנוע מלכפות או שרק מי שמוגדר כעבד לזה מנוע מלכפות אך נתבע שאינו נכלל עבד לזה זכאי לכפות את התובע לדון בבי"ד הגדול.

ונראה ששאלה זו תלויה בדברינו לעיל. אם זכות הכפיה היא בסיסית אלא ששללנו זאת מעבד לזה יש לומר שזכות זו קיימת לכל תובע גם אם שכנגדו אינו עבד לזה ומאידך, לנתבע שאינו עבד לזה שמורה גם כן זכות כפיה זו. אך אם זכות הכפיה אינה בסיסית אלא ניתנת למלוה מכח היותו של הנתבע עבד לזה יש לומר שרק תובע שמוגדר כמלוה ויש כנגדו עבד לזה זכאי לכך אך תובע אחר אינו זכאי לכך, וכמו כן, כל נתבע אינו זכאי לכך. ואם נתלה את זכות הכפיה בסברת ההוצאות (לא שדי זווי בכדי) מסתבר שאין כלל הבדל בין תביעה רגילה לחלואה ובכל תביעה זכאי לכך התובע ולא הנתבע. אם משלבים שני הנמוקים הוצאות ועבד לזה, כפי שבארנו בדעת המהרי"ק וקצות החשן, הזכות קיימת לכל תובע מכח סברת ההוצאות וגם כשאין סברת הוצאות (המלוה הולך לשם ממילא) תשמר הזכות אך רק לתובע שהוא כמלוה, מכח עבד לזה.

ונראה שבשאלה זו חלקו הראשונים. לעיל בפרק א' הבאנו דברי ריב"א ורי"י במרדכי שהטעם דלא על חנם מוציא התובע הוצאותיו. לפי טעם זה זו זכותו של כל תובע אך לכל נתבע אין זכות זו (כי חוששים שרצונו להערים ולהתחמק מהדיון). אך בנמוקי יוסף (בס"פ זה בורר) רואים שקיימות בראשונים שיטות נוספות. וז"ל הנמוקי יוסף:

"ואיכא מאן דכתב דדוקא במלוה ולוה הוא דכופין לילך למקום הועד

כדקאמר טעמא דעבד לווה אבל בשאר דינין כגון נזקין ומקח וממכר וכיוצא בהן דליכא האי טעמא לא אלא כל אחד כופה את חבירו לדון בעירו כן דעת ר"ת ז"ל, אבל הַרְאִיָּה ז"ל כתב דבשאר דינים כופה כל אחד לחבירו לילך לבית הועד אלא דאיצטריך גבי מלוה ולווה לטעמא דעבד לווה דלא תימא דכי היכי דכשאמר לווה נלך לבית הועד אין שומעין לו הוא הדין מלוה ויש לו קצת ראייה אלא שאין דעתי להאריך".

לפי ר"ת תביעות נזיקין וכדומה אינם בכלל עבד לווה (ולהלך נראה שגם דבר זה שנוי במחלוקת הראשונים) ומשום כך בתביעות אלו שני הצדדים אינם יכולים לכפות לדון בבי"ד הגדול. מכאן, שלפי ר"ת לא קיימת זכות בסיסית לדרוש ביי"ד גדול וזכות זאת נוצרת למלוה כי הלווה עבדו ולכן לתובע אחר אין זכות זו.

ואילו לפי הַרְאִיָּה, בתביעות שאינם דומות להלוואה גם הנתבע זכאי לדרוש שהדיון יערך בבי"ד הגדול ובהלוואה זכאי לכך המלוה ולא הלווה. מכאן, שלפי הַרְאִיָּה קיימת זכות בסיסית לדרוש דיון בבי"ד הגדול אלא שזכות זאת נשללת רק מנתבע שנחשב עבד לווה אך בתביעות אחרות זכאי לדרוש זאת כל אחד מהצדדים.

יש להעיר שלפי הַרְאִיָּה בפשטות תפקיד עבד לווה בא לשלול מהלווה את הזכות הבסיסית שקיימת לכל צד במשפט אך בדברי הַרְאִיָּה נראה אחרת. לדבריו, הצורך בעבד לווה, כדי שלא נאמר שכשם שללוה אין זכות ה"ה למלוה אין זכות. והחדוש, שעבד לווה ולכן למלוה יש זכות. אם נאמר שקיימת זכות בסיסית לכל אחד מדוע היתה הוה אמינא לשלול זאת מהמלוה, שצריכים עבד לווה כדי שלא נשלול זאת, יותר פשוט לומר שלמלוה קיימת הזכות הבסיסית ואילו מהלווה היא נשללת בגלל עבד לווה. ואם נאמר שלא קיימת זכות בסיסית ללא עבד לווה הרי בשאר תביעות היה צריך לסבור כר"ת שלשניהם אין כח לכפות לדון בבי"ד הגדול.

ונראה שהַרְאִיָּה מדויק בדבריו כדי להתאימם עם דברי הגמרא. אם הַרְאִיָּה היה מסביר באופן הפשוט שקיימת זכות בסיסית והגמרא מביאה עבד לווה כסיבה לשלול זכות זו מהלווה היה זה דחוק בלשון הגמרא שהזכרנו לעיל (במבוא). תשובת הגמרא לשאלת רב אשי היא הני מילי (שכופין לדון בעירו) כשהלווה דורש ביי"ד הגדול אבל כשהמלווה דורש זאת תתקבל דרישתו כי עבד לווה, ומשמע בגמרא שעבד לווה היא סיבה לקבל דרישת המלווה ולא סיבה לשלול זכות הלווה וזה בניגוד למשתמע מדברי

הרא"ה כפי פשוטם, לפי גישה זו גם יוצא שלא קיימת זכות בסיסית (כגון בשאר תביעות) וכדעת ר"ת אך הרא"ה לא סבר כך.

וכדי להתאים דבריו לדברי הגמרא מוסיף הרא"ה בכוונת הגמרא שקיימת זכות בסיסית לתובע ובישוב הסתירה היה ברור לגמרא שיש חילוק בין תביעות רגילות להלואה שבהלואה נשללת זכות זו אלא שהיא אפשר לטעות ששלילה זו חלה על המלוה (כשם שמצינו שיש למלוה הגבלות לענין עביד איניש דינא לנפשיה, תפיסת משכון וכדומה - שו"ע ורמ"א חו"מ סי' ד' או אולי מכח סיבה אחרת) ולכן מנמקת הגמרא שעבד לוח, דהיינו, השלילה רק על הלוח ולכן למלוה נשארת הזכות הבסיסית. בכך מתיישבת שיטת הרא"ה שיש זכות בסיסית לכל אחד מלבד עבד לוח שזכותו נשללת, עם דברי הגמרא שמתוכם עולה לכאורה שזכות המלוה בגלל עבד לוח ובכך מובנים דברי הרא"ה שבתביעות רגילות קיימת זכות לכל אחד ובהלואה היתה הוא אמינא שגם המלוה אינו זכאי והמסקנא שרק הלוח אינו זכאי והדברים מדויקים בדברי הרא"ה.

ד. הבנת האגרות משה בשיטת הרא"ה ובשיטת ריב"א ור"י.

עד עתה ראינו ארבעה הסברים מדוע ניתנת עדיפות לתובע לענין הדרישה לדון בבי"ד הגדול, אפשר שזכות זו בסיסית והיא נשללת מעבד לוח (רא"ה), אפשר שזכות זו ניתנת למי שהצד השני נחשב כעבדו (ר"ת) ואפשר שזכות זו נובעת מסברת הוצאות (ריב"א ור"י, דלא על חנם מוציא התובע מעותיו) ובקצות ובמהרי"ק ראינו שקיימות שתי סיבות לזכות זו, גם מצד ההוצאות (בכל תובע) וגם מצד עבד לוח (למלוה).

האגרות משה (חו"מ חלק א' סי' ה') מזכיר את דברי הרא"ה ודברי ריב"א ור"י אך נראה שהוא מבין אותם באופן אחר.

בדעת הרא"ה כותב האגרות משה וז"ל:

"שמדינא יכול כל אחד מהם לכופ לילך לבית הועד ורק שמחשש שהנתבע מערים אינו יכול לומר ומוכרח לדון בעירו, לכך לא שייך זה בתובע אף שאינו מוציא הוצאות דהא לא שייך הערמה לגבי מלוה דהוא רוצה שילך הנתבע וכו".

בכך מסביר האגרות משה את שיטת הש"ך כדברי הרא"ה, ונראה שהבנתו ברא"ה אינה כדברינו, קיימת זכות בסיסית לכל אחד לכופ לדון

בבית הועד אך זכות זו נשללת מהנתבע מחשש הערמה (טענתו שרוצה ביי"ד הגדול נובעת מרצונו להתחמק מהדין) ואילו אצל התובע אין חשש להערמה והתחמקות שהרי הוא מעונין בתביעה ובמשפט.

אלא, שלפי האגרות משה שלילת זכות הנתבע נובעת מחשש הערמה ולא מטעם עבד לווה (וצריך להוסיף שלפי זה עבד לווה אינו סיבה בפני עצמה אלא בא רק כסימן לציין שהוא נתבע והסיבה היא חשש הערמה). להסבר זה היה צריך לשלול זכות זו מכל הנתבעים מחשש הערמה אך ברא"ה רואים שנתבע שאינו עבד לווה כגון בניזקין וכדומה זכאי לדרוש דיון ביי"ד הגדול והזכות נשללת רק מהלווה ולכן נראה יותר שסיבת השלילה כפשוטו מטעם עבד לווה ולא מחשש הערמה. בפרק ז' נדון בדברי הלבוש ובתחילת דבריו נראה כהסבר האגרות משה אך מהמשך דבריו נראה שהוא סובר כר"ת ולא כרא"ה.

גם בדברי ריב"א ור"י נראה שהאגרות משה מבין אחרת וז"ל שם:

"דבמרדכי ס"פ זה בורר כתב בשם ריב"א ור"י בטעם דהוא הדין בכל תביעות משום דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו, וכונתו משום דבעצם היה יכול כל אחד מהם לומר שילכו לבית הועד וכדסובר כן הרא"ה שבנמוקי יוסף דבשאר דינים כופה כל אחד לחבירו לילך לבית הועד, ורק משום דכשהנתבע אומר תולין שהוא רק להערים כדי שלא יתבענו עוד ולכן בתובע שלא על חנם מוציא הוצאות יכול לכופו".

לפי האגרות משה סברת ריב"א ור"י שקיימת זכות בסיסית לדרוש דיון בבית הועד, זכות זו נשללת מהנתבע מחשש שמערים אך בתובע שיש סברא שלא יוציא מעותיו בחנם יכול הוא לכופו. מהסבר זה יוצא שישנם שני נימוקים שאחד מהם לכאורה מיותר. שוללים מהנתבע את הזכות מחשש להערמה, ובתובע יכול לכופו מסברת הוצאות, ולכאורה מדוע צריך נימוק לזכות התובע לכפות, אפשר היה להסתפק בכך שקיימת זכות בסיסית שנשללת מהנתבע מחשש הערמה ובתובע שאין חשש הערמה כי הוא מעונין בתביעה ואינו רוצה להתחמק נשמרת הזכות הבסיסית. ויש לדחוק ולומר שגם אצל התובע היה חשש שדרישתו נובעת מהערמה ומטרתה להתיש את הנתבע בתביעת סרק מתוך תקווה שיעדיף להתפשר ומצינו סברא זו בתוס' ובראשונים ונדון בה לקמן. והסיבה שאנו לא חוששים אצל התובע להערמה מטעמי תביעת סרק, כי לא על חנם מוציא מעותיו. הדוחק בכך הוא, שאם יש חשש לתביעת סרק כיצד הוא נעלם בגלל לא על חנם מוציא מעותיו. אדרבה, כדי להתיש את הנתבע הוא

דורש דיון בבי"ד הגדול ורצונו לאיים על הנתבע בהוצאות גדולות על מנת שירצה להתפשר עמו והוא לוקח על עצמו סיכון שאם הלוה לא יתפשר יגדלו גם הוצאותיו אך סיכון זה כדאי כי הוא מקווה שהנתבע יתפשר ולא יצטרכו לדון.

כמו כן, לפי הסבר זה סברת ההוצאות נועדה להסביר מדוע לא נשלול מהתובע את זכותו הבסיסית מחשש הערמה והתשובה לכך ע"י סברת ההוצאות. אך בדברי ריב"א ור"י נראה שסברת ההוצאות היא הסיבה שבגינה ניתנת לתובע זכות זו ואין היא משמשת רק כגורם המונע בטול הזכות הבסיסית. והדברים מפורשים עוד יותר בדברי המהרי"ק בהסבירו את הריב"א ור"י וכותב המהרי"ק: "שהרי תלו טעם הכפיה משום דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו", מדברים אלו נראה שזהו טעם הכפיה ולא רק טעם למנוע שלילת הזכות הבסיסית לכפיה.

אמנם, בדברי הריב"א ור"י נזכר גם טעם ההוצאות וגם חשש הערמה וז"ל:

"דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו אבל הנתבע מערים ואומר נלך לבית הועד כדי שלא יתבענו עוד".

משום כך מובן הצורך לשלב גם סברת הערמה בדברי ריב"א ור"י אך בדרך האגרות משה קיים דוחק מסוים כפי שבארנו.

אך לפי דברינו לעיל הדברים מבוארים. לשיטה זו אין זכות בסיסית לכפות לדון בבי"ד הגדול, זכות זאת ניתנת לתובע בגלל שרואים שדבריו רציניים ורצונו נובע ממניעים טהורים (רצון שלא יטעו בדין ושהצד השני יבוש ולא ישקר). ההוכחה לאמיתות כוונתו מתבררת מזה שהוא מוכן לשם כך להגדיל הוצאותיו. אך עדיין יש לשאול מדוע לא נאמר אותו הדבר ביחס לדרישת הלוה, גם הלוה כשדורש בי"ד הגדול רוצה דין אמת שלא יהיה טעות ושהצד השני יבוש לשקר וההוכחה לכך שהוא מוכן להרבות בהוצאותיו ומדוע שלא נעתר לבקשתו, ועונים על כך ריב"א ור"י שאנו חוששים שמניעי הנתבע פסולים ורצונו להתחמק מהדין והוא עושה זאת אע"פ שיש בכך סיכון שאם בסופו של דבר ידונו, יגדלו הוצאותיו, ולכן אין בסברת ההוצאות הוכחה לאמיתות כוונתו. דהיינו, אצל התובע נובעת הזכות מסברת ההוצאות ואצל הנתבע אין סברת הוצאות מחשש הערמה. בדרך זו מובנים דברי ריב"א ור"י ומובן השילוב בין סברת ההוצאות לחשש הערמה.

ה. סיכום השיטות בבאור הסיבה לזכות הכפיה.

סיכום הדברים הוא שמצאנו ששה הסברים לבאר ממה נובעת הזכות לדרוש שהדיון יערך בבי"ד הגדול וכיצד נוצר החילוק בין התובע לנתבע בזכות זו.

(א) זכות זו בסיסית לכל תובע ונתבע ונשללה מהלוה בגלל עבד לוח לאיש מלוה (הרא"ה לפי הבנתנו).

(ב) זכות זו ניתנת למלוה מכח היותו של עמיתו עבד לוח (ר"ת).

(ג) זכות זו ניתנת לתובע מטעם דלא בחנם יוציא מעותיו (סברת ההוצאות, ובנתבע חוששים להערמה) (ריב"א ור"י, סמ"ע).

(ד) זכות זו ניתנת משתי סיבות, לכל תובע מסברת ההוצאות ולמלוה גם מטעם עבד לוח (מהרי"ק וקצות).

(ה) קיימת זכות בסיסית אך היא בטלה אצל הנתבע מחשש להערמה והתחמקות (הרא"ה לפי הבנת האגרות משה).

(ו) קיימת זכות בסיסית, אצל הנתבע היא בטלה מחשש להערמה ואצל הנתבע היא קיימת בגלל סברת ההוצאות (ריב"א ור"י לפי הבנת האגרות משה).

ו. זכות הנתבע לדרוש בי"ד הגדול כשהוא מוכן לפרוע הוצאות התובע.

לשיטות אלו כמה השלכות במקרים שונים. המרדכי (סי"פ זה בורר תשי"ט) מביא את ספיקו של הראב"ה האם זכאי הלוה לכפות את המלוה לדון בבי"ד הגדול כשהוא מוכן לפרוע את הוצאותיו. הראב"ה נשאר בספק (הן ולאן ורפיא בדיה) ובאושרי (בתחילת פרק זה בורר סוף סק"ה) מביא בשם התוספות שאינו יכול לכפותו משום שעדיין יש למלוה טורח, וכן מובא בתשובות הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' מ"ז). לפי השיטות שזכות התובע קשורה לסברת ההוצאות (דלא על חנם מוציא מעותיו) מחדש הים של שלמה (ב"ק פרק י' סעיף י') שכאן יש דוקא ללוה סברת הוצאות כי כאן הלוה מגדיל מאד את הוצאותיו, בדרישה זו הוא מוכן לשאת בהוצאות הדיון בבי"ד הגדול לא רק שלו אלא גם של המלוה וסברת ההוצאות של הלוה היא סיבה ליכולתו לכפות. אמנם יש לחלק בין הלואה לתביעות אחרות. בהלואה, כנגד זכותו של הלוה מכח סברת ההוצאות ניצבת למלוה זכות התנגדות מכח היותו של הנתבע עבד לוח ולפי מהרי"ק יש למלוה שתי סיבות לזכותו הוצאות ועבד לוח, אך

בתביעה רגילה יש לנתבע זכות מכח סברת הוצאות ואין לתובע סיבה לבטל זכות זו ולכן מסיק הים של שלמה שלפי המרי"ק זכאי נתבע רגיל לדרוש דיון בבי"ד הגדול אם הוא מוכן לפרוע הוצאות התובע אך לזה אינו זכאי לכך.

ברם, לעני"ד יש מקום לדון בדבריו. הרי לפי השיטות שיש סברת הוצאות לתובע לכאורה קימת סברא זו גם אצל הנתבע אלא שאצל הנתבע אנו חוששים להערמה שכוונתו לדרוש דיון בבי"ד הגדול מתוך רצון להתחמק והוא לוקח על עצמו סיכון שאם לא יצליח להתחמק עלול לקרות שהוצאותיו יגדלו. גם בנדוננו שסברת הוצאות שלו כפולה שהוא מוכן לפרוע גם הוצאות התובע קיים חשש הערמה זה ומדוע ניתן לו זכות מכח סברת הוצאות. ולישב דעת הים של שלמה יש לומר שכשהוא מוכן רק להגדיל הוצאותיו חוששים להערמה כי הוא מקווה שהתובע לא ירצה להגדיל הוצאותיו ולכן בכך הוא יתיש את התובע ויוכל להתחמק ממנו (ע"י פשרה או יאוש וכדומה) והסיכון שאכן יגדלו הוצאותיו אמנם קיים אך בסבירות נמוכה, אך כשהנתבע מוכן לפרוע הוצאות התובע אין בכך כל כך להרתיע את התובע וקיימת סבירות גבוהה יותר שהתובע לא יתייאש ובסופו של דבר כשידונו בבי"ד הגדול יגדלו הוצאות הנתבע ומשום כך חשש הערמה במקרה זה קטן יותר.

בכך ניתן להבין את סברת היש"ש אך אין הכרח בכך ואפשר שאצל הנתבע תמיד קיים חשש הערמה ולכן אין אצלו כלל סברת הוצאות. כמו כן ניתן לטעון נגד סברת היש"ש מטעם אחר. אילו סברת הוצאות היתה יוצרת חזקת ברור או לפחות אומדנא דמוכח טובא לצדקת תביעת התובע ומכח חזקה זו נוצרת זכותו מאליה היה מקום לדון האם אצל הנתבע קיימת סברת זו או שאינה קיימת. אך הרי סברת הוצאות איננה סברא שמכוחה הכרחי לתת זכות לתובע, סברא זו היא סיבה לתקנת הגמרא לתת לתובע זכות זו אך ללא תקנת הגמרא לא היה בכח סברא זו ליתן לתובע זכות (אלא אם קיימת זכות בסיסית לכך לכל אחד) משום כך יש לומר שמצינו בגמרא שתקנו זכות מכח סברא זו אצל התובע אך אצל הנתבע שברוך כלל סברא זו לא קיימת מחשש הערמה. לכן לא תקנוה גם באותם מקרים חריגים שבהם לפי דעת היש"ש יש לנתבע סברת הוצאות. ולפי זה השקולים העיקריים בשאלה זו הם כדברי הראשונים שדנו האם זכות התובע להתנגד לדרישת התובע עיקרה כדי שלא ירבו הוצאותיו הכספיות (יוציא מנה על מנה) או שזכותו להתנגד גם מצד הטורח.

הראב"י הסתפק בזה, ותוסי' והרשב"א הכריעו שגם מצד הטורח רשאי הוא להתנגד.

ז. זכות תובע לכפות דיון בבי"ד הגדול כששניהם תובעין זה את זה.

להסברים שהבאנו כדי לבאר ממה נובעת זכות התובע לכפות שהדיון יערך בבי"ד הגדול יש נפקא מינה במקרה ומדובר בתביעה הדדית ושני הצדדים תובעים זה את זה, הבהרת דברים אלו תאפשר בהמשך הדברים להבין טוב יותר מהי שיטת הרא"ש בהגדרת זכות התובע.

אם הבסיס לזכותו של התובע נובע מסברת ההוצאות (דלא על חנם מוציא מעותיו) כאשר שניהם תובעים זה את זה ואחד מהם דורש דיון בבי"ד הגדול יש כאן לכאורה טעמים לזכותו ולחובתו. לזכותו עומדת סברת ההוצאות שהוא מוכן כתובע להגדיל הוצאותיו אך מאידך הוא הרי גם נתבע ובנתבע קיים חשש שרצונו להערים ולהתחמק בתקוה שהצד השני יתייאש או יתפשר והסיכון שהוצאותיו יגדלו קטן.

בסברא נראה שיש מקום לחלק לפי המקרה. אם הנסיבות מראות שדרישתו לבי"ד הגדול נבעה מתום לב, כגון, כשהוא הגיש תביעתו, מיד הוא דרש ב"ד הגדול והוא לא ידע כלל על כוונתו של הצד השני להגיש תביעה נגדית, נראה שבמקרה זה אין חשש הערמה והתחמקות וזכותו קיימת מכח סברת ההוצאות. אך אם נראה שדרישתו נובעת מרצון להתחמק, כגון, הוא הגיש את תביעתו ללא דרישה זו ורק לאחר שהגיש הנתבע תביעה נגדית דרש התובע דיון בבי"ד הגדול יש רגליים לדבר שרצונו כאן להתיש את הצד השני ואין מניעו טהורים ומסתבר שחשש הערמה כאן חזק יותר מסברת ההוצאות.

אך ישנם מקרים שבהם התמונה לא כ"כ ברורה ובהם יש מצד אחד סברת ההוצאות שלו כתובע וכנגדה חשש הערמה והתחמקות כנתבע. מצב זה קיים כשהתובע הגיש תביעה והנתבע הגיש תביעה נגדית עם דרישה לדון בבי"ד הגדול, אין כאן רגליים לדבר שדרישה זו נבעה דוקא בגלל היותו נתבע יתכן ותביעה זו נובעת מכח היותו תובע ועצם זה שלא תבע קודם שנתבע ע"י השני נראה שאין בכך ריעותא כי ישנם הרבה שלא תובעים את המגיע להם אך כשהם כבר נתבעים ע"י השני הם יגישו תביעה נגדית ואז גם יתכן וידרשו ממניעים טהורים דיון בבי"ד הגדול. מקרה נוסף הוא שהדרישה לבי"ד הגדול נעשתה ע"י התובע הראשון (או

כשתבעו שניהם בבת אחת) והדרישה נעשתה רק בשלב השני לאחר שידע מהתביעה הנגדית אך לפי נוהל הדיון המקובל באותו מקום אין ריעותא בכך שדרישה זו לא נעשתה בשלב הראשון כי מקובל לדרוש זאת רק בשלב מאוחר יותר. במקרים אלו יש מצד אחד סברת ההוצאות ומצד שני חשש הערמה.

יש אולי גם מקום במקרים אלו לבדוק באיזה אופן מועילה סברת ההוצאות. לעיל בפרק ד' הבאנו שתי אפשרויות להבנת סברת ההוצאות, לפי האגרות משה קיימת זכות בסיסית לדרוש ב"ד גדול וזכות זאת בטלה אצל התובע מחשש להערמה ואעפ"כ סברת ההוצאות מועילה, רואים שאצל התובע מועילה סברת ההוצאות גם במקום שקיים אצלו חשש הערמה, אך לפי ההסבר השני בסברת ההוצאות אין בתובע חשש הערמה וסברת ההוצאות היא הסיבה לזכות התובע ואצל הנתבע לא תועיל סברת ההוצאות כי אצלו קיים חשש הערמה. נמצא, שלפי הסבר האגרות משה רואים שסברת ההוצאות מועילה לפעמים גם כשיש חשש הערמה ויש לדון האם היא קיימת גם כנגד חשש הערמה בתור נתבע כשהוא גם תובע וגם נתבע, אך לפי ההסבר השני לא מצאנו שסברת ההוצאות מועילה כנגד הערמה ואדרבה אצל הנתבע היא לא מועיל בגלל חשש הערמה ויש לדון האם כאן חשש הערמה כנתבע יבטל סברת ההוצאות כי הוא גם תובע. כאן כח הסברא לומר שיש כאן לתובע זכות חלש יותר מאשר לפי סברת ההוצאות אליבא דהאגרות משה.

ועתה נבחן שאלת זכות התובע כששניהם תובעים לפי ההסברים הנוספים. לפי הרא"ה שזכות התובע היא זכות בסיסית שיש לכל אחד והיא נשללת ממי שהוא עבד לזה נראה שכששניהם תובעים, לשניהם קיימת זכות זו לדרוש דיון בבי"ד הגדול. ואילו לפי ר"ת שזכות התובע נובעת רק מכח היותו של השני עבד לזה נראה יותר שכאן ששניהם תובעים אין הם עבדים זה לזה ולכן אין להם זכות זו (ולפי המהרי"ק והקצות שיש שילוב של סברת ההוצאות וסברת ר"ת יש לומר שבתביעה רגילה נדון על הזכות מכח סברת ההוצאות וכדלעיל ובהלוואה לפי ר"ת לא נוספת כאן זכות נוספת כי אין השני עבד לזה).

אך יש להוסיף שדברינו אליבא דהרא"ה הם רק לפי הבנתנו ברא"ה שהזכות הבסיסית נשללת מעבד לזה. לפי הבנת האגרות משה ברא"ה שהזכות הבסיסית נשללת מחשש להערמה והתחמקות יש לדון האם בתביעות הדדיות יש חשש הערמה שבכוחו לבטל הזכות הבסיסית

והדברים יהיו תלויים גם באופנים שהזכרנו לפי סברת ההוצאות אם חשש ההערמה מבוסס או שניכר מנסיבות המקרה שאין חשש הערמה.

כמו כן אליבא דר"ת שזכות התובע נובעת רק מכח היותו של השני עבד לזה הבאנו שכאן ששניהם תובעים אין הם עבדים זה לזה ולכן לשניהם אין זכות. להלן בפרק ט' נראה שכך סבר הגר"א בדעת הרא"ש, שאם הזכות נובעת מעבד לזה, בתביעה הדדית אין זכות. אך נראה שהלבוש חולק על סברא זו ולשיטתו גם אם הזכות נובעת מעבד לזה היא קיימת בתביעה הדדית, וכנראה סברת הלבוש שבתביעות הדדיות שניהם נחשבים כעבדים זה לזה ולכן לכל אחד זכות לדרוש ב"ד הגדול מכח היות השני עבד לזה שלו.

ודברים אלו נראים מדברי הלבוש בחו"מ סי' י"ד סעיף א' וז"ל:

"ואם הנתבע אומר לדון כאן והתובע אומר נלך לבי"ד הגדול שומעין לו דעבד לזה לאיש מלוה וצריך לילך אחריו לכל מקום שירצה מיהו לאו דוקא תביעות עסקי לזה ומלוה אלא אפילו עסקי גזילות ומקח וממכר וניזקין וירושות ומתנות בכולן אם התובע רוצה לילך לבי"ד הגדול צריך הנתבע לילך עמו דבכולהו קרי הנתבע עבד לזה וכו' ואם שניהם טוענים זה על זה כל אחד שיאמר כן נלך לבי"ד הגדול צריך חבירו ללכת עמו".

דעת הלבוש שזכות התובע גם בגזילות וכדומה כי גם בהם נחשב הנתבע עבד לזה. לעיל (פרק ג') הבאנו מחלוקת הראשונים בשאלה זו. לפי ר"ת בניזקין וכדומה אינו עבד לזה ולכן אין התובע יכול לכפות לדון בבי"ד הגדול, דעת הרא"ה שבשאר דינים גם הנתבע זכאי לכפות לבית הועד. בארנו דבריהם שר"ת סובר שזכות התובע נוצרת ע"י עבד לזה ולכן בניזקין שאינו עבד אין זכות ולרא"ה זו זכות בסיסית שנשללת מעבד אך בשאר תביעות גם הנתבע זכאי לה. הלבוש הולך בדרך אחרת. גם בניזקין יש לתובע זכות כי הנתבע נחשב כעבדו. כלומר, בעקרון דעתו כר"ת שזכות התובע נוצרת ע"י עבד לזה אלא שהוא מרחיב הגדרת עבד לזה גם על ניזקין וכדומה. זו היא גם שיטת הרמב"ם והשו"ע וכפי שנביא בפרק הבא. ולפי שיטה זו סובר הלבוש שבשניהם תובעים, כל אחד יכול לכפות. מכאן, שדעת הלבוש שזכות הכפיה נוצרת ע"י עבד לזה ובשניהם תובעים כל אחד נחשב כעבדו של השני ולכן לשניהם יש זכות זו. (בתחילת דבריו כותב הלבוש שאין הנתבע כופה: "דאל"כ כל נתבע יאמר כן כדי להשמט מן הדין ויצטרך התובע להוציא מאתים או מנה על מנה" נראה שיש זכות בסיסית שבטלה לנתבע מחשש הערמה והגדלת הוצאות התובע, והלבוש

משתמש ביוציא מנה על מנה כתוצאה של הערמה ולא כדבר בפני עצמו אך בהמשך דבריו מבואר במפורש שהזכות לתובע כי תמיד הנתבע עבד לזה).

חידוש זה יוצא מדברי הלבוש אך התפיסה הפשוטה יותר היא שאם זכות הכפיה נוצרת ע"י עבד לזה בשניהם תובעים אין כלל עבד ואין זכות כפיה. בפרק הבא נראה שכך סובר הגר"א ולפי סברא זו דן הוא בדברי הרא"ש.

סיכום הדברים הוא שבתביעה הדדית זכות התובע תלויה בהבנת מהות זכותו. אם זכותו נובעת מסברת ההוצאות יש לבחון האם כאן לפי הנסיבות יש חשש הערמה או מאידך ניכר שאין חשש וקיימת סברת ההוצאות או שיש כאן עימות בין חשש ההערמה לסברת ההוצאות, דבר זה תלוי האם הדרישה לבי"ד הגדול נבעה מתביעתו או נבעה מהגנתו לתביעת השני. הזכרנו שיתכן ויש חלוק בין ההבנה שהבאנו בסברת ההוצאות לדרך שבה הבין זאת האגרות משה. ואם הזכות היא בסיסית ונשללת ע"י עבד לזה בפשטות י"ל שכאן אין עבד לזה ושניהם זכאים אך אם הזכות נוצרת ע"י עבד לזה כאן שאין עבד לזה אין זכות, אך דעת הלבוש שהזכות נוצרת ע"י עבד לזה ושניהם עבד לזה ולכן לשניהם הזכות. (ואליבא דהאגרות משה בהבנת הרא"ה שיש קשר לחשש הערמה הדברים תלויים גם בשאלה האם יש חשש הערמה).

ח. שיטת הרמב"ם השו"ע והש"ך ומחלוקת התומים והקצות בשיטת המהרי"ק.

דברי הרמב"ם והשו"ע שהבאנו במבוא מראים שהלבוש סובר כדעתם במהות זכות הכפיה, בהלואה זכאי לכך התובע ולא הנתבע ולא רק הלואה אלא גם נזיקין, גזילה וכל כיוצא בזה, אך בשאר תביעות (שזה טוען וזה טוען) לשניהם אין זכות. כלומר, הזכות נוצרת ע"י עבד לזה אלא שישנם תביעות נוספות שבהם הנתבע עבד לזה אך תביעות שאינם בכלל זה לשניהם אין זכות.

הבאנו לעיל (פרק א') שהסמ"ע סבר כריב"א ור"י שזכות המלוה נובעת מסברת ההוצאות ולכן כשהמלוה הולך לשם ממילא אין הוא יכול לכפות את הלוח, ואילו הקצות והמהרי"ט סוברים שלשיטה זו יש זכות גם מכח סברת ההוצאות (לכל תובע) וגם מכח עבד לזה (בהלואה וכדומה), ולכן כשהתובע הולך ממילא הוא זכאי לכך רק בתביעות כהלואה וכדומה.

דעת הבי"ח והש"ך שהעיקר הוא ענין עבד לווה ואין להתחשב בסברת ההוצאות ולכן אין הבדל אם התובע הולך ממילא או לא. ברם, יש לדון האם הם סוברים כדעת הרא"ה שיש זכות בסיסית שנשללת מעבד לווה או שזכות זו ניתנת לתובע מכח היות התובע עבד לווה. נראה שאין לכך נפקא מינה כשהמלוה הולך לשם ממילא ומבחינה זו ניתן לבאר בהם את שני ההסברים.

ובאגרות משה חו"מ ח"א סי' ה' כותב וז"ל:

"אבל כוונת הש"ך הוא מטעם אחר ... שסברי כהרא"ה שמדינא יכול כל אחד מהם לכופ לילך לבית הועד ורק שמחשש שהנתבע מערים אינו יכול לומר ומוכרח לדון בעירו, לכן לא שייך זה בתובע ... דהוא רוצה שילך הנתבע וכו'".

האגרות משה משה דעת הש"ך עם הרא"ה (ולפי הבנתו של האגרות משה ברא"ה, והזכות בסיסית ונשללת מחשש הערמה או עבד לווה). אמנם ניתן להסביר הש"ך גם כשיטה השניה שהזכות נוצרת ע"י עבד לווה ואדרבא עדיף לכאורה להסביר כך כדי שלא תוצר מחלוקת בין הש"ך לבין הרמב"ם והשו"ע שנקטו בשיטה זו.

לפני שנברר מהי שיטת הרא"ש והטור נוסף שישנה בתומים הבנה מחודשת בשיטת המהרי"ק, וז"ל התומים (סי' י"ד אורים סק"ו):

"מסברא דנפשיה מצי מהרי"ק לומר כן דבשלמא אי אין למלוה דרך לשם אמרינן הואיל והוא אינו חס על הטרחא ועל הוצאות דנפשיה איך נחוס על הלוה הלא עבד לווה וכו' אבל כשאין למלוה טירחא והוצאה כלל דבלאו הכי דרכו לשם א"כ אפשר דלא שייך עבד לווה וכו' דהוא יש לו דרך לשם יטריח ללוה לילך לשם בשביל משפט מה שהוא מעולם לא עשה לולי דהיה דרכו לשם ולא שייך עבד לווה וכו'".

נראה שהתומים מבין בדברי המהרי"ק שיש שילוב בין סברת ההוצאות וענין עבד לווה ולא כדעת הקצות שהסביר שהם שתי זכויות שכל אחת עומדת בפני עצמה. לפי התומים הכוונה היא שאם המלוה מוכן להגדיל הוצאותיו או זכאים לדרוש זאת מעבד לווה אך אם אצל המלוה לא יגדלו ההוצאות (הולך לשם ממילא) לא ניתן לדרוש זאת מעבד לווה באופן חד צדדי. כלומר, זכות הכפיה היא מכח עבד לווה אך רק כשזו הוצאה הדדית ולא בהוצאה חד צדדית. לפי זה יוצא שסברת ההוצאות אינה סיבה והוכחה למניעיו הטהורים של התובע ואינה סיבה בפני עצמה

לנתינת הזכות. סברת ההוצאות היא רק חלק מההגדרה עד כמה ניתן לכפות עבד לזה. וההגדרה היא שניתן לכפות כשההוצאות יגדלו לשני הצדדים אך לא ניתן לכפות כשהגדלה תהיה רק אצל הלזה, זו היא הבנה חדשה בזכות התובע.

אמנם בדברי המהרי"ק עצמו מבואר כדברי הקצות והדברים מפורשים גם בדברי ריב"א ורי"י במרדכי "דלא על חנם מוציא מעותיו", יש בסברא זו הוכחה שמניעיו צודקים ולכן תתקבל דרישתו. המהרי"ק והקצות מוסיפים שיש גם סיבה נוספת מצד עבד לזה אך אלו סיבות נפרדות שכל אחד קיימת בפני עצמה, צריך עיון כיצד ליישב הבנתו המחודשת של התומים במהרי"ק עם דברי ריב"א ורי"י והמהרי"ק.

ולסיכום, הרמב"ם והשו"ע סוברים שהזכות לתובע נוצרת ע"י עבד לזה והם מרחיבים הגדרה זו גם לתביעות נזיקין וכדומה אך בתביעות אחרות אין זכות לשני הצדדים. הסמ"ע נוקט כעיקר את סברת ההוצאות והב"ח והש"ך נקטו כעיקר את סברת עבד לזה. לפי האגרות משה, הש"ך סובר כדעת הרא"ה שהזכות בסיסית, ונשללת מחשש הערמה או עבד לזה. ובארנו, שניתן לבאר הש"ך כדעת הרמב"ם והשו"ע. סברת ההוצאות של המהרי"ק לפי התומים היא הגדרה עד כמה ניתן לכפות עבד לזה כשאפשר לעשות כן, רק כשההוצאות הדדיות ולא בהוצאות חד צדדיות אך בארנו שבפשטות נראה שיש סברת הוצאות כהוכחה לצדקת הדרישה של התובע והיא סיבה בפני עצמה (ובנוסף לכך הוסיפו המהרי"ק והקצות סיבה נוספת של עבד לזה).

ט. שיטות הטור, הרא"ש והרשב"א.

שיטת הטור בהבנת זכות התובע דומה בעקרון לשיטת הרמב"ם והשו"ע שהיא נוצרת ע"י עבד לזה אך ישנם כמה הבדלים. וז"ל הטור:

"אם הנתבע אומר כן אין שומעין לו... ואם התובע אומר לילך לבית הועד שומעין לו לא שנא תובע על עסקי מלוה או על עסקי גזילות ומקח וממכר וירושות ומתנות במה דברים אמורים כשידוע שיש לו תביעה על הנתבע כגון שמודה במקצת או שטוען פרעתי אבל אם אין ידוע כגון כופר הכל אין שום אחד מהם יכול לכופ את חבריו".

לפי הטור משמע שבכל התביעות יש לתובע זכות אך רק כשידוע שיש תביעה, אך בכופר הכל לשניהם אין זכות. כלומר, כשאין לו זכות תובע

אין זכות כי אין זכות בסיסית, והזכות ניתנת לתובע מכח עבד לוח, אלא שהטור הרחיב הגדרת עבד לוח לכל התביעות. לפי הרמב"ם והשו"ע עבד לוח בתביעות שדומות להלוואה אך בשאר תביעות אין זכות ואילו הטור סובר שעבד לוח שייך בכל התביעות אם ידוע שהוא תובע (לאפוקי עבד לוח). אך לענין סיבת הזכות שהיא מכח עבד לוח דעתו כדעת הרמב"ם והשו"ע.

מקורו של הטור בדברי הרא"ש (פרק זה בורר סקמ"א) אך בדברי הרא"ש אין הדברים פשוטים. וז"ל הרא"ש:

"אמר אמימר הלכתא כופין אותו והולך למקום הועד אמר ליה רב אשי לאמימר והא אמר ר' אלעזר כופין אותו ודן בעירו אמר ליה הני מילי דקאמר לוח אבל קאמר מלוה לא דעבד לוח לאיש מלוה. ולא דוקא לוח ומלוה אלא אפילו גזילות ומקח וממכר ומתנות וירושות וכל דבר שיש בו תובע ונתבע דהאי טעמא דרבי אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע וגם רבי יוחנן איירי בכל תביעות שתקף את חבירו לדין. וקשה דבפרק הגזול בתרא משמע דאפילו לוח מצי כייף לילך למקום הועד... וי"ל דהתם כששניהם תובעין זה את זה. אי נמי הא דאמר אבל לוח כופין אותו ודן בעירו היינו דוקא בידוע שזה לוח וזה מלוה כגון שהודה במקצת אי נמי טוען פרעתי אבל אם אמר לא היו דברים מעולם לא שייך כאן עבד לוח לאיש מלוה. ועוד נראה דבי"ד הגדול ומקום הועד תרי מילי ניהו... הלכך למקום הועד שאינו אלא מקום קיבוץ חכמים עבד לוח לאיש מלוה וכופין אותו והולך במקום הועד אבל נתבע לא מצי כייף לתובע לילך למקום הועד והוא ידיע דאית ליה תביעה גביה כגון דמודה מקצת או טוען פרעתי אבל לבי"ד הגדול אפילו נתבע מצי טעין".

בתחילת דברי הרא"ש הוא משתמש בסברת יוציא מנה על מנה, לא דוקא לוח ומלוה אלא בכל תובע ונתבע שייך טעם ר"א שלא יוציא מנה על מנה וגם ר' יוחנן מדבר בכל התביעות. לכאורה משמע ברא"ש שעיקר הסברה בגמרא לא מצד עבד לוח אלא מצד יוציא מנה על מנה בדומה לדברי ריב"א ור"י שהעיקר סברת ההוצאות אך אין בדברי הרא"ש הנמקה שלא על חנם מוציא מעותיו ומובאת סברא פשוטה יותר שלא ראוי להרבות הוצאות.

אלא שבהמשך דברי הרא"ש רואים שסברת ההוצאות אינה עיקר. הרא"ש מקשה סתירה מב"ק לסנהדרין האם זכאי הלוח לכפות. בתירוצו הראשון מסביר הרא"ש שבב"ק זכאי גם הלוח לכפות כי שניהם תובעין

זה את זה. לעיל בפרק ז' בארנו שאם בסיס הכפיה הוא זכות בסיסית מובן מדוע זכות זו גם בתביעה הדדית אך אם היסוד סברת ההוצאות יש לבדוק אם אין כאן חשש הערמה והתחמקות וברא"ש לא חילק בכך. ובתירוץ השני של הרא"ש הדברים מחוורים אף יותר כי הרא"ש בתירוץ השני מסביר שבסנהדרין מדובר שידוע שהוא נתבע (פרעתי) אך בב"ק הנתבע כופר הכל ואינו עבד לזה וחילוק זה שייך לענין עבד לזה והרא"ש לא מזכיר כלל ענין הוצאות וגם מסברא אין לכך קשר כי גם בכופר הכל יש לתובע הוצאות אלא שלפי הרא"ש כאן הנתבע לא מוגדר כעבד. גם בהמשך דברי הרא"ש לא נזכר ענין ההוצאות.

ואפשר שכוונת הרא"ש שעבד לזה הוא סיבה שלא להרבות הוצאות התובע ולכן כל נתבע נחשב כעבד לזה. אך אפשר שאין כוונת הרא"ש שהטעם לזכות הכפיה מצד יוציא מנה על מנה, לפי הרא"ש החילוק בין תובע לנתבע קשור לעבד לזה, הרא"ש רק מוכיח שעבד לזה שייך בכל תביעה והוכחתו ממהלך הגמרא שמביאה טעם יוציא מנה על מנה כסיבה שאין לכפות את התובע וכן ר' יוחנן מדבר על נתעצמו בדין ומשמע שבכל תביעה ומכאן שהגמרא עוסקת בכל תביעה ולא בהלואה ולכן גם בסוף הגמרא כשהנמוק עבד לזה הכוונה בכל תביעה. לפי זה דברי הרא"ש שיוציא מנה על מנה שייך בכל תביעה, אין הכוונה שזה הסיבה לזכות התובע אלא שזה הוכחה שהגמרא עוסקת בכל התביעות.

ודברי הב"ח בענין זה צריכים ביאור, הטור מביא דברי הרא"ש שלא שנא הלואה או שאר תביעות ומסביר הב"ח ע"פ הרא"ש וז"ל:

"וסבירא ליה דאע"פ דבתביעה שאינה מלוה ליכא למימר עבד לזה לאיש מלוה מכל מקום טעמא דקאמר ר' אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע".

משמע מהב"ח כדברי הקצות. בהלואה יש סברת עבד לזה ובתביעות אחרות אין עבד לזה אך יש סברת שלא יוציא מנה על מנה. וקשה הרי יוציא מנה על מנה הוא סיבה שאין לכפות את התובע ולא סיבה מדוע יכול התובע לכפות. וגם אם נאמר שיש כאן סברת הוצאות כסיבה שיכול התובע לכפות וכדברי ריב"א ור"י היה צריך הרא"ש להזכיר זאת וברא"ש נראה שהטעם עבד לזה ולא מצד ההוצאות. וביותר תמוה שהרי הב"ח עצמו בהמשך דבריו (בסק"ב) חולק על הסמ"ע וסובר שאין ממש בסברת ההוצאות (והמהרי"ק לדעתו טעה בהבנת דברי הרשב"א), ואם אין סברת הוצאות צריכים לבאר כדברינו שזה רק הוכחה שהסוגיא עוסקת בכל

התביעות אך אין יוציא מנה סיבה תחליפית לעבד לוח בשאר תביעות (ולא מסתבר שהרא"ש בתירוץ חזר בו ממה שכתב קודם לכן).

לאחר שבארנו שלפי הרא"ש אין הבסיס לזכות הדרישה מחמת ההוצאות יש להבחין באיזו שיטה נקט הרא"ש, האם יש זכות בסיסית שנשללת מעבד לוח או שהזכות נוצרת לתובע ע"י עבד לוח.

והנה, הרא"ש הקשה מדוע בסנהדרין אין הנתבע כופה ובב"ק מובא שכופה ותירץ הרא"ש שבב"ק מדובר בשניהם תובעים ולכן לשניהם זכות לכפות. אם נאמר שזו זכות בסיסית שנשללת מעבד לוח מובן הרא"ש שכאן בשניהם תובעים שניהם אינם עבד לוח ולכן לשניהם הזכות. אך אם הזכות נוצרת כי השני עבד לוח כאן לכאורה לשניהם אין זכות כי אין עבד לוח, לעיל הבאנו שהלבוש סבר כנראה בדעת הרא"ש שגם בתירוץ זה הזכות נוצרת ע"י עבד לוח ואעפ"כ יש זכות לשני תובעים ולכן יוצא לפי הלבוש חידוש שבשני תובעים שניהם עבדים זה לזה ולכן לשניהם יש זכות, אך יותר פשוט לומר שלפי התירוץ הראשון בראש הזכות בסיסית והיא בטלה אצל עבד לוח ובשניהם תובעים אין עבד לוח ולכן לשניהם הזכות.

חיזוק לגישה זו נראה מתירוץ השני של הרא"ש שבסנהדרין מדובר שהוא ודאי נתבע (מודה במקצת או פרעת) ולכן הוא עבד לוח אך בב"ק מדובר שהוא טוען להד"ם ואין הוא עבד לוח, בתירוץ זה ברור ומפורש שזו זכות בסיסית שנשללת מעבד לוח ולכן בטוען להד"ם לא נשללת ממנו זכות זו כי אין הוא עבד לוח ולשניהם יכולת לכפות, אך אילו הזכות היתה נוצרת ע"י עבד לוח אזי כשטוען להד"ם ואין הוא עבד לוח לשניהם אין זכות, ומוכח ברא"ש שבתירוץ השני סבר שהזכות בסיסית והיא נשללת ע"י עבד לוח, זה מחזק יותר את הסברא שגם בתירוץ הראשון סבר הרא"ש כך שהזכות בסיסית ונשללת מעבד לוח ובשניהם תובעים אינם עבדים ולכן לשניהם הזכות. לפי הלבוש יצא שבתירוץ ראשון סבר הרא"ש שהזכות נובעת מעבד לוח ובתירוץ השני הרא"ש חזר בו והזכות בסיסית מלבד לעבד לוח וזה דוחק בדברי הרא"ש.

יש להוסיף שאם ההסבר כדברינו והרא"ש בתירוץ הראשון סבר שיש זכות בסיסית שנשללת מעבד לוח (ולכן בשניהם תובעים לשניהם הזכות) יש מכאן סיוע לכך שההבנה בשיטת הרא"ה שהבאנו לעיל (פרקים ג', ד') כפי שבארנו שם. הזכות הבסיסית נשללת מעבד לוח. אך לפי הסבר האגרות משה שם שכוונת הרא"ה לשלול הזכות הבסיסית מחמת חשש להערמה והתחמקות אין הכרעת הרא"ש בענין שני תובעין כ"כ פשוטה,

אם השלילה נובעת מחשש הערמה יש לבדוק בשני תובעים האם אין הדרושה נובעת מחשש הערמה ורצון להתחמק מהתביעה הנגדית והדבר תלוי בנסיבות. מהרא"ש שלא חילק בכך נראה יותר שסבר ששלילת הזכות הבסיסית נובעת מעבד לזה וכאן בתביעה החדית אינם עבדים זה לזה.

ונראה שהגרי"א למה כדברינו בדעת הרא"ש שבשני התירוצים הראשונים סבר הרא"ש שיש זכות בסיסית שנשללת מעבד לזה. בשו"ע מבואר שבשאר תביעות שאין בהם עבד לזה אין לאף אחד מהם זכות והסברנו שלשיטה זו הזכות נוצרת ע"י עבד לזה. וכותב על כך הגרי"א סי' י"ד סק"ו וז"ל:

"אבל בדברי הרא"ש שם מבואר להיפך דכל היכא דלא שייך עבד לזה שניהם יכולים לומר לבי"ד הגדול קאזילנא שתירץ ההיא דבי"ק דנתבע מצי אמר כו' ששניהם תובעים זה את זה אי נמי בשאמר להדי"ם דלא שייך עבד לזה לאיש מלוה וכן הוא בדברי הרשב"א שם שתירץ דוקא בלוה, תובע מצי אמר ולא נתבע משום עבד כו"י.

כוונת הגרי"א להעיר שבשני תירוצי הרא"ש מוכח שזו זכות בסיסית שנשללת מעבד לזה ולכן מסביר הרא"ש שבבי"ק לנתבע זכות לכפות כי אינו עבד לזה, לתירוץ ראשון אין הוא עבד לזה כי שניהם תובעים ולתירוץ שני כי טוען להדי"ם. אילו הגרי"א היה סובר כדעת הלבוש שהזכות נוצרת ע"י עבד לזה ואעפ"כ בשניהם תובעים שניהם עבדים ולשניהם זכות לכפות לא היה ניתן להוכיח מהרא"ש בתירוצו הראשון בנגוד לדעת השו"ע, אפשר שהרא"ש סבר כשו"ע שהזכות נוצרת ע"י עבד לזה ואעפ"כ בשניהם, תובעים לשניהם יש זכות. והגרי"א הוכיח גם מהתירוץ הראשון ברא"ש שסבר בנגוד לשו"ע. מכאן שהגרי"א חלק על הלבוש וסבר כפי שבארנו, בשניהם תובעים שניהם אינם עבד ולכן אם הזכות נוצרת ע"י עבד לזה לשניהם אין זכות, אך הרא"ש שפסק שלשניהם יש זכות סבר שזו זכות בסיסית שנשללת מעבד לזה ובשניהם תובעים אינם עבד ולא נשללת זכותם.

בהסברו השלישי של הרא"ש הוא מחדש שזכות התובע עדיפא על הנתבע כשהם דורשים לדון במקום הועד שזכאי לכך התובע ולא הנתבע, כשהדרושה היא לדון בבי"ד הגדול י"א שזכאי לכך רק הנתבע והתובע אינו זכאי לכך (מחשש לתביעת סרק שנועדה לאלץ נתבע עשיר להתפשר) ודעת ר"ת שגם התובע זכאי לכך, לפי"ז מיישב הרא"ש הסתירה,

שבסנהדרין הנתבע אינו זכאי כי מדובר על מקום הועד, בב"ק הנתבע זכאי כי הדרישה לבי"ד הגדול, אם נניח שהרא"ש לא חוזר בו משיטתו בשני התירוצים הקודמים יוצא שלפי הרא"ש יש זכות בסיסית גם למקום הועד שנשללת מעבד לוח.

אלא שהטור כפי שהבאנו פוסק כדעת השו"ע שהזכות נובעת מכח עבד לוח ולכן כשכופר הכל אינו עבד לוח ולשניהם אין זכות (אך הטור סובר כרא"ש בפרט אחר שעבד לוח שייך בכל התביעות והשו"ע סובר כדעת הרמב"ם שעבד לוח רק בדברים שדומים להלואה), משום כך נדחק הדרישה (י"ד סק"א) לפרש שהטור הבין בדעת הרא"ש שבתירצו השלישי חזר בו הרא"ש, בשני התירוצים הראשונים סבר הרא"ש שיש זכות בסיסית שנשללת מעבד לוח, והבין הטור שבתירוץ השלישי מחלק הרא"ש בין מקום ועד לבי"ד הגדול אך הוא גם חוזר בו וסובר שאין זכות בסיסית והיא נוצרת רק ע"י עבד לוח.

הרשב"א בב"ק קי"ב שהוזכר לעיל בדברי הגר"א מקשה כקושי הרא"ש ובתירוץ הראשון הוא מחלק בין הלואה לשאר תביעות ובסנהדרין מדובר בהלואה ולכן רק התובע זכאי ואילו בב"ק מדובר בתביעה אחרת ולכן זכאי לכך גם הנתבע, לפי תירוץ זה הזכות היא בסיסית והיא נשללת מעבד לוח (אלא שלרשב"א רק לוח הוא עבד ולא נתבע אחר וכפי שסובר ר"ת), ותירוץ שני ברשב"א הוא מחלק בין בי"ד הגדול למקום הועד וכדברי הרא"ש בתירוץ האחרון וניתן לדון גם ברשב"א האם חזר בו מהבנתו בתירוץ הראשון או לא.

ולסיכום: הלבוש הבין בתירוץ הרא"ש הראשון שהזכות נוצרת ע"י עבד לוח אך בארנו שנראה יותר כדעת הגר"א שלפי שני התירוצים הראשונים ברא"ש הזכות היא בסיסית ונשללת מנתבע כעבד לוח (מלבד בכופר הכל או בשני תובעין שאין עבד) (ודברי הבי"ח בטור צ"ע) נראה לפיז, ששלילת הזכות מכח עבד לוח ולא כדברי האגרות משה שהשלילה מחשש הערמה. בתירוץ השלישי של הרא"ש הבין הטור שהרא"ש חזר בו וסובר שהזכות נוצרת ע"י עבד לוח וכך פסק הטור. לרשב"א בתירוץ הראשון הזכות בסיסית ובתירוץ השני אין הכרח לכך.

י. האם יש הבדל בין בי"ד הגדול למקום הועד.

בדברי הרא"ש הוזכר חילוק בין בי"ד הגדול לבית הועד. לפי הרמב"ם והשו"ע אין חילוק בין בית ועד לבי"ד הגדול ובשניהם זכות התובע

עדיפא. דעת ר"י בתוס' ב"ק קי"ב ד"ה מצי שבתובע יש חשש לרמאות ותביעת סרק ולכן רק לנתבע זכות לבי"ד הגדול (בנגוד למקום הועד) ור"ת חולק ובמקום הועד הזכות רק לתובע אך לבי"ד הגדול הזכות לשניהם. כדעת ר"ת פסקו הרא"ש, הרשב"א בתירוץ השני, הטור והרמ"א (בכך תירצו הראשונים בדרך נוספת הסתירה בין סנהדרין לב"ק וכדלעיל).

בטעם החילוק בין מקום ועד לבי"ד הגדול כתב הבי"ח (סי' י"ד ד"ה ומ"ש) שבי"ד הגדול מקורו מדאורייתא מצדק צדק תרדוף הלך אחר בי"ד יפה ולכן שומעין לנתבע כמו לתובע, ובבאר אליהו (י"ד סק"ו) מביא מקור נוסף כי יפלא ממך דבר וקמת ועלית ולכן בדין שמקורו מדאורייתא חז"ל לא יבטלו זאת בגלל עבד לזה משא"כ במקום הועד, (וראה מש"כ שם סק"י בדעת הרמב"ם שכשיש בי"ד הגדול אין זכות לדרוש בית הועד אמנם צ"ע אם אין אפשרות לומר שיכול הוא לבחור בשתי האפשרויות).

ומצינו בחדושי הר"ן סנהדרין (כ"ג ע"א ד"ה ואפילו) מחלוקת הרמב"ן ור' דוד האם זכות התובע רק למקום ועד ובי"ד הגדול או לכל בי"ד שחשוב יותר מהבי"ד המקומי. הרמב"ן מוכיח מהירושלמי שזכות התובע לכל בי"ד חשוב יותר ולכן נפסק בירושלמי שזה אומר טבריה וזה אומר צפורי ידונו בטבריה, ר' דוד דוחה שטבריה היתה מקום ועד והם בי"ד הגדול בימי האחרונים מעשר גלויות שגלתה סנהדרין.

לפי ר' דוד כתב הר"ן (רפז"ב ד"ה ולענין פסק הלכה) "לבית הועד והם הסנהדרין היותר גדולים שבישראל" וכיוצא בכתב בספז"ב ד"ה ואם הוצרך וז"ל:

"והבי"ד ישלחו לבית הועד שיבארו להם את ספיקן והם סנהדרי גדולה היושבת בלשכת הגזית שהן סוף הוראה שעל פיהן יהיה כל ריב וכל נגע".

יוצא שלפי הר"ן מקום הועד ובי"ד הגדול הם לכאורה אותו מקום.

ולסיכום: לתוס', רא"ש, טור ורמ"א יש חילוק לדינא בין בי"ד הגדול למקום הועד (בבי"ד הגדול גם נתבע זכאי ולפי ר"י רק נתבע זכאי ובמקום ועד רק תובע זכאי) ואילו לרמב"ם וש"ע לדינא אין חילוק ובר"ן נראה שמקום ועד הכוונה לבי"ד הגדול, דעת הרמב"ן שזכות

התובע לכל ביי"ד חשוב יותר אך נראה שהפוסקים הכריעו כר' דוד שהזכות רק לבית הועד או ביי"ד הגדול.

יא. מי נכלל בהגדרת עבד לזה.

במהלך הדברים רואים בין השיטין מחלוקת נוספת, מי מוגדר כעבד לזה. דעת ר"ת (בנמו"י ס"פ זה בורר) שעבד לזה רק בהלואה ולא בנוזיקין וכדומה וכן כתב הרשב"א בב"ק קי"ב (בתירוצו הראשון), במהרי"ק שורש צ' בסופו נראה שכך מובנים דברי הגמרא עבד לזה בפשטות, בטעם הדבר מדוע דוקא לזה נחשב עבד י"ל שמאחר וגמל עמו חסד בהלואה הוא כעבד משא"כ בתביעות אחרות.

דעת הרמב"ם והשו"ע, שגם מזיק, חובל וגזלן נחשבים, עבד לזה ומסבירים הכסף משנה בשם הרמ"ך (פ"ו דסנהדרין ה"ו) והסמ"ע (יי"ד סק"ו) שבכל מקרה שהנתבע אשם ביצירת התביעה התובע מתרעם עליו ולכן הנתבע נחשב כעבד לזה, אך בשותפות ושכירות וכדומה אין הוא עבד. הנתביבות (יי"ד סק"א) מקשה שגם תביעת שותפות נובעת מגזילה ע"י השותף אך נראה לתרץ שכוונת הדברים על תביעה בעניני שותפות שלא קשורה למעשה שאינו הגון, כגון, מחלוקת כיצד להתחלק או אם יכול אחד לכופ השני להתחלק וכדומה, בספר תפארת מנחם (מובא בקובץ הפוסקים י"ד סעיף א' ד"ה וכן אם טען [עמי רע"ג]) מוסיף שעצם סברת התרעומת לכשעצמה לא מועילה להחשיבו כעבד אלא אם נוצר כבר חיוב בגין המעשה אך תביעת קנס שהחיוב נוצר רק ע"י העמדה בדין גם כשיש תרעומת אינו עבד לזה.

ודעת ריב"א ור"י (במרדכי), הרא"ש, הטור והלבוש שסברת עבד לזה קיימת בכל נתבע, (ובגר"א י"ד סק"ח מביא אסמכתא מתוס' כתובות ט"ז שעבד לזה גם בשאר תביעות כמו פרעון כתובה וכדומה). הרא"ש מצריך ידיעה שהוא נתבע (מודה במקצת או פרעתי) אך כשכופר הכל אינו נחשב כעבד. בדומה לכך כתב הנמו"י ספ"ז וז"ל: "דעבד לזה וכו' וה"מ בשהוא לזה ודאי אבל אם הוא כופר בכל אין כופין אותו שהרי הוא אומר שלא נעשה עבד לו מעולם וכן כתב התומים (יי"ד אורים 'סק"ד). הרמב"ם והשו"ע מתנים דין עבד לזה כשהטענה אינה ריקנית. קיים הבדל בין שתי ההגדרות, לפי הרמב"ם מספיקה אומדנא שהתביעה מבוססת ולפי הרא"ש צריך ידיעה ולא אומדנא, אך לפי הרא"ש תוכן הדברים הוא רק שהיתה זיקה ביניהם שאינו כופר הכל בלהד"ם ולרמב"ם תוכן האומדנא

כולל גם שיש בסיס לתביעה בשלב זה (וכשטוען פרעתי ואין הוכחות לכאורה נגדו, אין בסיס לתביעה לפי הרמב"ם).

נמצא שיש ג' שיטות עיקריות מיהו עבד לוח, א) רק לוח, ב) כל נתבע כשיש תרעומת, ג) כל נתבע.

ראוי לציין שמצינו הגדרות נוספות בענין עבד לוח, שיטה מחודשת מצינו בראשונים (בסנהדרי גדולה), רבינו יהודה אלמדארי (סנהדרין ל"א) כותב וז"ל:

"מי שנושה וכו' המלוה שנושה בחבירו מנה והלוה מבקש שילך עמו יוציא הוצאה בדרך עד שילך לבית הועד מנה אחר אם כן אתה נועל דלת בפני לוי".

לפי שיטה זו יש קשר בין סברת יוציא מנה על מנה להגדרת עבד לוח, אין סתם חשיבות להקטין הוצאות התובע הסיבה לכך היא משום תקנת לוי שימנעו מלהלוות ולכן זה שייך רק בהלוואה ולא בתביעות אחרות. לפי זה יוצא שיש זכות בסיסית לכפות לבי"ד הגדול וזכות זו נשללת מעבד לוח משום תקנת לוי, (קשר דומה בין עבד לוח ליוציא מנה על מנה ראינו ברא"ש אך לא נראה שזו היא כוונת הרא"ש).

הגדרות נוספות מצינו באחרונים, לפי התיבות (י"ד סק"א) מי שמוחזק נחשב כעבד לוח (כי הוא נראה כגזלן), הבאנו לעיל (פרק ד') שלפי האגרות משה עבד לוח אינו סיבה בפני עצמה לשלול זכותו (אם יש זכות בסיסית כדעת הרא"ה) אלא הוא סימן וחיזוק לכך שהוא מערים ומתחמק.

הנמוקי יוסף ספ"ק דב"ק ד"ה אמר כותב וז"ל:

"אע"ג דקיי"ל דאין מוציאין מנה על מנה הני מילי היכא דאיכא דייני באתרא דמצו למידן דינא דאית ליה שכיון שכן הוא אינו יכול לומר לבי"ד שבעיר פלוני אני רוצה לילך שהן בקיאים ומומחין יותר מאלו שבכאן אבל כשאין כאן דיינין שיהו יכולין לדון דין זה כי הכא (דיני קנסות) מזמנין ליה לאתרא דמצו למידייניה כי היכי דלא ליפסוד ממוניה".

לפי הנמוקי יוסף בדיני קנסות שאין דיינים בבבל שיכולים לדון, זכאי התובע לכופף לדון במקום שדנים דיני קנסות, ומשמע שבתביעות נזיקין ממוניות אחרות אין זכות לתובע ולכאורה חולק על הרא"ש והרמב"ם

שסברו שגם בנוזיקין יש זכות לתובע, וכך הבין הגר"א וכתב (בסי' י"ד סק"ח וסק"ז) וז"ל:

"וכן אם טען שהזיקו... אבל נמו"י הקשה בב"ק שם מהא דאמימר ותירץ דשאני בנוזיקין דאין ביי"ד בחו"ל... וחולק הנמו"י על הרמב"ם ושו"ע, כתב נמו"י דזה שכתוב בספ"ק דבי"ק ואי אמר קבעו לי זימנא וכי לפי שלדינא קנסות אין ביי"ד שבבבל וצריך עיון שהרי בתובע בכל ענין צריך לילך למקום הועד ואפשר שלא סבירא ליה הא דרמב"ם הנ"ל מה שכתב שכן בגזילה ונוזיקין אלא דוקא במלוה".

לדעת הגר"א, הנמו"י שסובר שזכות התובע בנוזיקין רק בקנסות, חולק על הרמב"ם שבנוזיקין יש לתובע זכות גם בממון, התימא הוא שהנמו"י בספ"ק הביא דעת רא"ה שאמנם הגדרת עבד לזה רק בהלואה אך לתובע יש זכות גם בתביעות אחרות (מכח הזכות הבסיסית). אפשר לדחוק שהזכות לתובע לפי הנמו"י רק בבי"ד גדול או במקום הועד אך בקנסות הוא יכול לכפות גם לבי"ד זוטר יותר אם ביכולתו לדון אך יותר נראה לומר שהנמו"י בסנהדרין הביא גם את הרא"ה וגם את ר"ת ולפי ר"ת זכות התובע רק בהלואה ולכן בב"ק כתב שאליבא דר"ת שבנוזיקין אין לתובע זכות, אם מדובר בקנסות שכאן א"א לדונם יש לו זכות.

ולסיכום: לר"ת רשב"א ומהרי"ק עבד לזה רק בהלואה. לרמב"ם ושו"ע עבד לזה גם בשאר תביעות שיש לתובע תרעומת על הנתבע. לריב"א ור"י, רא"ש, טור ולבוש זו זכות בכל תובע. לפי הנתיבות עבד לזה שייך כלפי מי שמוחזק. לאגרות משה עבד לזה יוצר חשש להערמה והתחמקות. הגר"א לומד בנמוק"י יוסף בב"ק כדעת ר"ת אך יתכן והנמו"י בב"ק כתב זאת אליבא דר"ת. ושיטת ר' יהודה אלמדארי שעבד לזה דוקא בהלואה וטעמו שמשום תקנת לויין אין להרבות בהוצאות המלוה.

יב. הדרישה לדון בבי"ד הגדול מחשש לטעות או כדי

שהשני יבוש ויודה.

העיסוק בזכות התובע לדרוש דיון בבי"ד הגדול מעורר שאלה נוספת, מדוע נוצרת דרישה כזו. רש"י סנהדרין ל"א ע"ב (ד"ה התוקף את חברו) כתב וז"ל: "רוצה מקום ועד ת"ח הרבה שיהא זה בוש מהם" ואילו ברמב"ם פ"ו דסנהדרין ה"ו כתב וז"ל: "ואחד אומר נעלה לבי"ד הגדול שמא יטעו אלו הדיינים ויוציאו ממון שלא כדין".

לפי הרמב"ם הדרישה נובעת מחשש שבבי"ד המקומי תחול טעות ואילו לפי רש"י מטרת הדרישה כדי שהצד השני יבוש, לא כ"כ מפורש מה התועלת בבושה, האם התועלת בבצוע הפס"ד שיהיה ציית דינא או שהתועלת בשלבי הברור שיתבייש לשקר ויודה, דעת השיבת ציון ס"י צ"ח שהכוונה שיתבייש לשקר ויודה.

המהרש"ל (בחכמת שלמה ספז"ב) ובישועות ישראל (י"ד סק"א) דנו האם הבושה היא מצד התובע או הנתבע, לפי השיבת ציון עיקר הבושה מצד הנתבע שיבוש ויודה ולפי המהרש"ל התובע הוא בעל דין קשה ובבית הועד יבוש ולא יהיה קשה כ"כ. בישועות ישראל דן האם סגי בטעם בושה גרידא כגון במקום שאין חשש לטעות (המקרה קל מאד להכרעה) ומסקנתו שאין מחלוקת ושני הטעמים נכונים וכן דעת השיבת ציון.

ובאבקת רוכל ס"י י"ט מקשה שיש לכאורה סתירה בדברי ר' יוחנן ומחלק בין מקרה שהדרישה נועדה שיבוש ויודה לבין מקרה שהדרישה מחמת חשש לטעות ונועדה לקנטר, אך כל דבריו רק אם גורסים שם ר' יוחנן, החכמת שלמה במימרא השניה גורס א"ר ספרא ולא א"ר ספרא א"ר יוחנן, וגם אם גורסים ר' יוחנן ניתן לומר שהוא חזר בו אך האבקת רוכל לא רצה לומר כן ולכן חילק כמבואר.

ולסיכום: הדרישה לבי"ד הגדול לפי הרמב"ם מחשש לטעות ולפי רש"י שמא יבוש ויודה (או שיציית לפס"ד) ובאחרונים יש סברא ששתי הסברות נכונות לדינא.

יג. מהי שבועה והאם זכאי התובע לכוף על מקום

ביצוע השבועה.

לשאלה מהי מטרת הדרישה לדון בבי"ד הגדול האם מחשש לטעות או כדי שיבוש ויודה יש לעני"ד נפקא מינה לדינא.

בכתובות פ"ה ע"א נאמר:

"ההיא איתתא דאיתחייבא שבועה בי דינא דרב ביבי בר אבבי, אמר להו ההוא בעל דין תיתי ותשבע במתא (נ"א במאתין) אפשר דמיכספא ומודיא".

הרא"ש שם סק"ז גרס במתא וכתב וז"ל:

"תיתי ותשבע לי במתא פירוש שניהן היו דרים בעיר אחת האיש והאשה והלכו לבית מדרשו של רב ביבי לדון לפניו ואמר האיש אחרי

שאנו בעיר אחת כשתחזור לעירנו תשבע לי אולי תתבייש מבני העיר היודעין בדבר אבל בענין אחר אין התובע יכול לכופ את הנתבע שילך עמו במקום שהוא רוצה".

לדעת הרא"ש אין התובע זכאי לכופ את הנתבע להשבע בבי"ד הגדול, אך הר"ן (לפי הבי"ח) גורס במאתין וז"ל:

"יתי תשתבע לי במאתין דדינא הכי דמשתבע באתרא דבעי מלוה ודוקא מלוה משום דמעיקרא נמי מצי למכפייה למיזל לבית הועד דעבד ליה לאיש מלוה כדאיתא בסנהדרין פז"ב הילכך האי נמי נשבעת במקום שרוצה המלוה אבל בנשבעין ונוטלין לא מצי ליה למימר לישתבע במתא כיון דמעיקרא לא מצי למכפיה למיזל בהדיה אלא דן בעירו שלא יוציא מאתיים על מנה ומיהו אי אית ליה דרכא לההוא דזכיתא אזיל ואפילו למדי כדאיתא התם, הרמב"ן ז"ל".

לפי הר"ן כשם שזכאי התובע לכפות הנתבע לדון בבי"ד הגדול הוא זכאי לכפות זאת גם לענין מקום בצוע השבועה, אך זאת רק בנשבעין ונפטרין שהתובע דורש השבועה, בנשבעין ונוטלין שהנתבע דורש השבועה כשם שאינו יכול לכופ בענין מקום הדיון כך אינו יכול לכופ בענין מקום השבועה, ובדומה לדברי הר"ן מצינו בשו"ת הרשב"א (סי' מ"ז) ובחדושי הרשב"א כתובות פ"ה (המיוחסים לרמב"ן).

יש להעיר שמצינו שני סוגי נשבעין ונוטלין, יש מקרים שמעיקר הדין נוטל בלא שבועה ותקנת חכמים להשביעו כפוגם שטרו וכדומה ובמקרים אלו הנתבע דורש את השבועה, אך יש מקרים שמעיקר הדין הנתבע פטור וחכמים חדשו שיוכל התובע ליטול אם ישבע. כגון: הנגזל, הנחבל וכדומה ובהם התובע רוצה להשבע כדי שיוכל ליטול, אך גם במקרים אלו נראה שאם התובע רוצה להשבע אין הנתבע יכול לכופו להשבע בבית הועד. לפי השיטות שהבאנו שזכות זו קיימת גם בנתבע שאינו מוגדר כעבד ליה יש לדון בכל מקרה האם הנתבע עבד ליה או לא.

ויש להבין מהו טעמו של הרא"ש, מדוע חולק הוא על הרמב"ן, רשב"א ור"ן וסובר שזכות התובע על מקום הדין אינה כוללת גם את מקום השבועה.

וכדברי הרא"ש מצינו בריטב"א כתובות פ"ה, הריטב"א מסביר הסוגיא באופן אחר אך מדבריו מפורש עוד יותר החילוק בין מקום הדין למקום בצוע השבועה וז"ל הריטב"א:

"תיתי ותשבע לי במאתין הפירוש הנכון כי דרך היה לה לשם שאם לא כן לא כל הימנו ואפילו אמר מלוה שלא אמרו עבד לוח לאיש מלוה אלא לענין הדין שהוא אומר נלך לבי"ד חשוב דרחמנא אמר צדק צדק תרדוף הלך אחר בי"ד יפה אבל לאחר שחייבו הלוה שבועה לא כל הימנו של מלוה לומר שילך וישבע לו במקום אחר וזה נראה לי ברור".

ובדומה לכך כתב בתשובות הריטב"א (המובא בב"י חו"מ סי' פ"ז מחסי"ג). לפי הרמב"ן, רשב"א ור"ן זכאי התובע להשביע בבי"ד חשוב, הרא"ש והריטב"א חולקים ומדגיש הריטב"א שזכות התובע רק על מקום הדין ולא על בצוע השבועה, לפי הרא"ש בכתובות רשאי התובע להשביע בעירם המשותפת ולפי הריטב"א זכותו גם בבי"ד חשוב כי מדובר שהנתבעת הלכה ממילא לשם, ויש להבין טעמו של דבר מדוע לדעתם יש חילוק בין מקום הדין למקום ביצוע השבועה.

ונראה דאפשר לבאר זאת בשני אופנים, יש לחקור כיצד מתיחסים לשבועה, האם השבועה היא חלק מתהליך הדין שבו מתברר הענין ואחד מדרכי הברור הוא ע"י שבועה או שהשבועה אינה חלק מהדין והיא שייכת לבצוע פסק הדין, יש מקרים שהאדם נפטר, יש מקרים שהוא מתחייב ממון ויש מקרים שהוא חייב לשלם שבועה כמו שכתוב: "ולקח בעליו (השבועה) ולא ישלם".

אחת הנפקא מינות שאפשר לתלות בשאלה זו קיימת במקרה שהנתבע הסכים שהתובע ישבע ויטול האם יכול הוא לחזור בו. בב"ב קכ"ח ע"א נאמר: "רצונך השבע וטול ונשבע אינו יכול לחזור בו", ומסביר תוס' (ד"ה הכי גרסינן) שרק אם כבר נשבע אינו יכול לחזור בו אך קודם שנשבע יכול לחזור אע"פ שהסכים לכך. ומוסיף תוס' שלפי רש"י הגירסא: "רצונך השבע וטול נשבע ואין יכול לחזור בו", כשהסכים שהתובע ישבע ויטול אין הוא יכול לחזור בו. ומחלוקת זו נזכרת בשו"ע חו"מ סי' כ"ב סעיף ג' ובנו"כ שם. ניתן לשייך שאלה זו גם בענין שלנו, אם השבועה היא חלק מתהליך הדין אזי עצם ההסכמה שישבע ויטול עוד לא גמרה את הדין עד שישבע וכל עוד לא נגמר הדין יכול לחזור בו (אלא אם קנו מידו), אך אם השבועה נחשבת כבצוע פסק הדין אזי בהסכמה שישבע ויטול נגמר תהליך הדין ונשאר רק לבצעו ע"י שישבע ויטול וכשנגמר הדין אינו יכול לחזור בו. נפקא מינה נוספת שדנו בה האחרונים האם השבועה היא צורך לברר (ואז היא חלק מתהליך הדין) או שהיא נחשבת כתשלומין (ואז היא שייכת לבצוע הפס"ד) וההבדל בין ההסברים נוגע

לענין מתוך שאינו יכול להשבע משלם, חשוד על השבועה וענינים נוספים ואכמ"ל.

ניתן לתלות גם את נידונו בשאלה זו. אם נאמר שהשבועה היא חלק מתהליך הדיון מסתבר שכשם שזכאי התובע לדרוש שהדיון יערך בבי"ד חשוב הוא הדין שהוא זכאי לדרוש זאת לגבי בצוע השבועה שהיא חלק מתהליך הדיון (אלא אם נאמר שאין אפשרות לפצל בין הדיון לשבועה), אך אם השבועה אינה חלק מתהליך הדיון והיא נחשבת כבצוע הפסי"ד אין לתובע זכות כפיה על מקום בצוע השבועה כשם שאין ביכולתו לכוף הנתבע היכן לפרוע לו ממון.

ונראה שכך סבר המהר"ם מרוטנבורג (שו"ת מהר"ם ח"ג רל"א פראג), הובא בבי" חו"מ סי' פ"ז מחסי"ב בשם תשובה אשכנזית והובא בקצרה ברמ"א פ"ז סעיף כ"ג) וז"ל:

"ועוד מאן לימא לן דאי אמרה הך איתתא לא משתבענא במתיא אלא הכא או בעיר אחרת דכפינן לה לאישתבועי במתיא הא משתבע להכחיש העד הוא כפרעון הממון דעיי עדים ואם שנים מעידים אותו שהלוה מנה בעיר זו והלך בעיר אחרת לפרעו שם אטו מי כפינן ליה לחזור לעירו ולפרעו שם וכו".

המהר"ם משהו שבועה לפרעון כסף שרשאי לפרעו בכל מקום שמשתמר ואין לכך קשר לזכות התובע על מקום הדיון. הרמ"א (פ"ז סכ"ג) הביא דברי המהר"ם בתשובה אשכנזית לדינא ולכאורה זו ראייה שגם הרמ"א סובר כדעת הרא"ש, הריב"א והמהר"ם שזכות התובע לא מועילה לענין בצוע השבועה. אמנם לפי הגר"א נראה שאין זו הוכחה שכך הכריע הרמ"א וז"ל הגר"א (פ"ז סקע"ט):

"מיהו אם וכו', כמו שכתב הרא"ש שם ושאר פוסקים דהיו דרים בעיר אחת והיה דרכה לשם ע"ש וכמו שכתב לעיל בסימן י"ד התובע הולך אחר הנתבע ממה שכתוב ב"ק מ"ר".

הגר"א מסביר שפסק הרמ"א, כדברי הרא"ש והראשונים, שאין לכוף הנתבע להשבע בבי"ד חשוב אלא אם הולך ממילא, קשור לדברי הרמ"א בסי' י"ד שפסק שהתובע הולך אחרי הנתבע (ומקורו לפי הגר"א בב"ק מ"ו ויבואר בהמשך).

הצבענו בתחילת המאמר על הסתירה בין זכות התובע לבין הדין שהתובע הולך אחרי הנתבע ובהמשך נביא לכך 16 הסברים. אם לפי

הגר"א דין הרמ"א קשור לכלל שהתובע הולך אחר הנתבע אפשר לומר שאם דנים בשאלה זו מכח זכות התובע אולי יסבור הרמ"א שזכות זו מועילה גם על בצוע השבועה אלא שכיום הדין אחרת והתובע הולך אחר הנתבע ולכן אין לתובע זכות, (וכיצד הדין כיום שונה מדברי הגמרא בזכות התובע נבאר בהמשך את האפשרויות השונות בהרחבה). נמצא, שלפי הגר"א יתכן והרמ"א יודה לשיטות הרמב"ן, רשב"א ור"ן שזכות תובע גם על שבועה אלא שכיום התובע הולך אחרי הנתבע ולכן הביא הרמ"א את דברי המהר"ם לדינא אע"פ שבסברא הוא חולק עליו, לפי המהר"ם מעיקר הדין אין לתובע זכות לענין שבועה ולפי הרמ"א אין הבדל בין דין לשבועה אלא שהתובע הולך אחרי הנתבע.

אך נראה שניתן לתלות מחלוקת זו האם זכות התובע לכוף על מקום השבועה, בענין נוסף שעסקנו בו. גם אם נאמר שהשבועה היא חלק מתהליך הדיון זה תלוי בשאלה, האם דרישת התובע לדון בבי"ד גדול נובעת מחשש לטעות או כדי שהנתבע יבוש ויודה. אם מניעי הדרישה מחשש שהבי"ד יטעה אפשר לומר שהרא"ש סבר שחשש לטעות שייך בתהליך הדיון הרגיל אך בצוע השבועה הוא הליך פשוט כחלק מהדיון ואין לחשוש בו לטעות ובו אין לתובע זכות, אך אם הדרישה לבי"ד הגדול כדי שהנתבע יבוש לשקר ויודה על האמת אזי פשוט הוא שסברא זו שייכת עוד יותר לענין השבועה שיתבייש להשבע לשקר ויודה ולכן זכות התובע שייכת גם על שבועה וזו סברת הרמב"ן, רשב"א ור"ן.

ולסיכום: לדעת הרמב"ן רשב"א ור"ן זכות התובע לדרוש בי"ד חשוב גם על בצוע שבועה. הרא"ש, הריטב"א ומהר"ם חולקים. מהרמ"א שהכריע כמותם לדינא אין הוכחה כי אינו מדבר מצד עיקר הדין לפי הגר"א. המחלוקת ניתנת להבנה בשני אופנים, אם השבועה היא חלק מהדיון זכות התובע גם בשבועה ואם היא שייכת לבצוע הפסק דין אין לתובע בה זכות (ונפ"מ בשאלה זו גם בעניני מתוך שאינו יכול להשבע משלם והאם יכול לחזור בו כשהסכים שישבע ויטול), ואפשרות נוספת היא שגם אם השבועה חלק מהדיון אם מטרת הדרישה לבי"ד גדול מחשש טעות אין לחוש לכך בשבועה אך אם המטרה שיבוש ויודה ודאי שיש לכך צידוק בשבועה ואולי אף יותר מאשר לעצם הדיון.

יד. סיכום השיטות בהכנת זכות התובע לדרוש לדון
בבי"ד הגדול והמסתעף מכך.

1. ממה נובעת זכות התובע לכונן לדון בבי"ד הגדול ומצינו בכך שמונה שיטות:

(א) זוהי זכות בסיסית שנשללת מעבד לזה אך קיימת לכל תובע וכן
לנתבע שאינו עבד, (הרא"ה, הרשב"א בב"ק בתירוץ ראשון, הרא"ש
בסנהדרין בתירוץ השני ולפי הגר"א גם בתירוץ הראשון).

(ב) אין זכות בסיסית, הזכות נוצרת בגלל היותו של הנתבע עבד לזה,
בתביעות שאין הנתבע עבד גם התובע אינו זכאי לכך והנתבע בכל מקרה
אינו זכאי, (ר"ת, הרא"ש בתירוץ השלישי לפי הטור והדרישה, לפי
הלבוש זו גם דעת הרא"ש בתירוץ השני וכן פסקו הרמב"ם, הטור,
השו"ע והלבוש ומסתבר שזוהי גם דעת הש"ך).

(ג) הזכות ניתנת לכל תובע מכח סברת ההוצאות שלא יוציא מעותיו
בחנם, (ר"י וריב"א וכן נראה בסמ"ע).

(ד) הזכות ניתנת משני טעמים, לתובע בהלואה וכדומה, מכח היות
הנתבע עבד לזה, ובכל תביעה מכח סברת ההוצאות (מהרי"ק וקצות).

(ה) זוהי זכות בסיסית והיא נשללת מהנתבע מחשש להערמה
והתחמקות (אגרות משה בדעת הרא"ה והש"ך).

(ו) קיימת זכות בסיסית שבטלה אצל התובע והנתבע, מחשש הערמה
(נתבע שיתחמק ותובע שיתבע תביעת סרק) וחזרה אצל כל תובע מכח
סברת ההוצאות, (אגרות משה בדעת ר"י וריב"א).

(ז) זכות לכפות עבד לזה להגדיל הוצאות כשהגדלה משותפת לשני
הצדדים (תומים בדעת המהרי"ק).

(ח) זכות בסיסית שנשללת מעבד לזה (בדומה לאפשרות א') אך טעם
השלילה משום שלא תנעול דלת בפני לוין, (רבי יהודה אלמדארי).

2. מה המשמעות של עבד לזה:

א. עבד לזה מהווה סיבה לבטול הזכות הבסיסית. מכח עבד לזה (לפי
אפשרות א') או שלא תנעול דלת בפני לוין (ח').

ב. עבד לזה מהווה סיבה לנתינת זכות לתובע (ב').

ג. עבד לזה הוא סימן שיש סברת הוצאות (ג').

ד. עבד לווה הוא סימן שיש כאן חשש הערמה (ה').

3. מה כוונת הגמרא יוציא מנה על מנה:

א. נימוק שאין לנתבע זכות כי לא הוגן לחייב התובע להגדיל הוצאותיו (ב', ז').

ב. אין לנתבע זכות מחשש להערמה והתחמקות (ה', ו').

ג. אין ללוה זכות משום תקנת לוי (ח').

ד. זה נימוק מדוע לתת לתובע זכות (שלא על חנם מוציא מעותיו) (ג', ד').

4. כשלאחד מהצדדים אין הוצאות בהליכה לבי"ד הגדול:

א. כשהמלוה הולך ממילא, לכו"ע כופה הלוח את המלוה לדון בבי"ד הגדול (ע"פ הרשב"א).

ב. כשהמלוה הולך ממילא, לדעת הבי"ח ושי"ך הוא כופה את הלוח (א' או ב' ומסתבר ב') לדעת הסמ"ע הוא אינו כופה (ג') ולפי הקצות והמהר"ק מלוה כופה, ותובע אחר אינו כופה (ד').

ג. כשהלוה מוכן לפרוע הוצאות המלוה האם זכאי הלוח לכפותו, הסתפק בכך הראב"ה. לרשב"א ואשר"י אינו זכאי (בגלל הטורח), לדעת הישי"ש לפי סברת ההוצאות הוא כופה, והבאנו הטעמים שיש להסתפק בזה.

5. זכות הכפיה כששניהם תובעין זה את זה:

א. לפי אפשרות א' שניהם זכאים (אינם עבדים).

ב. לפי אפשרות ב' מסתבר ששניהם אינם זכאים כי אינם עבדים וכך סובר הגר"א, אך הלבוש סובר ששניהם עבדים זה לזה ולשניהם זכות כפיה.

ג. לפי אפשרויות ג', ה', ו' שהזכות נובעת מסברת ההוצאות יש לבחון נסיבות המקרה אם הדרישה נובעת מתום לב ויש סברת הוצאות או שמניעה הערמה ורצון להתחמק מהתביעה הנגדית.

6. מי מוגדר כעבד לווה:

א. לפי ר"ת, הרשב"א והמהר"ק רק לווה הוא עבד לווה (וכן הבין

הגר"א בנמו"י בב"ק אך הבאנו אפשרות שאין הכרח בכך, וכן הוא לפי ר' יהודה אלמדארי (ח"ו) שהבסיס קשור לתקנת נעילת דלת בפני לויך).

ב. לדעת הרמב"ם והשו"ע עבד ליה גם בניזיקין, גזילות וחבלות וכדומה, שיש לתובע תרעומת על הנתבע.

ג. לדעת ר"י וריב"א, הרא"ש, הטור והלבוש לכל נתבע יש דין זה.

ד. לדעת הנתיבות נחשב עבד ליה כל מי שמוחזק (ותובעים כנגדו שהוא כגזולן וחייב לחבירו).

7. לאיזה הוכחות זקוק התובע כדי לקבל זכות תובע:

א. לדעת הרא"ש הטור (והתומים) צריך ידיעה שהנתבע עבד (מודה במקצת או פרעתי אך לא כופר הכל).

ב. לרמב"ם והשו"ע צריך שתהיה אומדנא שטענתו צודקת ואינה ריקנית.

הרא"ש מחמיר מהרמב"ם שלא מספיקה אומדנא אלא ידיעה אך הרמב"ם מחמיר מהרא"ש שלא מספיקה זיקה של נתבע וצריך אומדנא שהתביעה צודקת.

8. האם יש חילוק בין מקום הועד לבי"ד הגדול:

א. לרמב"ם ושו"ע אין חילוק.

ב. בר"ן נראה שזה אותו מושג.

ג. לר"י במקום הועד זכאי רק התובע, ובבי"ד הגדול זכאי רק הנתבע.

ד. לתוס', רא"ש (בתירוץ השלישי), רשב"א (בתירוץ השני), טור ורמ"א לבית הועד זכאי רק תובע ולבי"ד הגדול זכאים שניהם.

ה. לרמב"ן זכות התובע לכל בי"ד חשוב יותר אך לר' דוד (בר"ן) זכותו רק למקום הועד - בי"ד הגדול.

9. יתרונות בית הועד ובי"ד הגדול:

א. לרמב"ם יש בבי"ד המקומי יותר חשש לטעות בדן.

ב. לרש"י היתרון בבי"ד הגדול שהשני יתבייש ויודה על האמת (או ציית דינא).

ג. באחרונים ישנם דעות ששני הטעמים נכונים.

10. האם יש זכות תובע בדרישה להשביע בבי"ד חשוב:

- א. לרמב"ן, רשב"א ורי"ן זכות התובע גם לענין שבועה.
 ב. לרא"ש, ריטב"א ומהר"ם הזכות רק במקום דיון ולא במקום בצוע השבועה.
 ג. סברת מהר"ם כי שבועה אינה חלק מתהליך הדיון אלא תשלום בשבועה (ונפ"מ לענין מתוך שאינו יכול להשבע משלם, ליכולת החזרה מההסכמה שהתובע ישבע ויטול ועוד).

ד. ברא"ש וריטב"א אפשר גם להסביר שאפילו אם השבועה חלק מהדיון אם מטרת הדרישה למקום דיון בבי"ד הגדול שיתבייש לשקר ויודה, כ"ש ששייך גם לענין מקום השבועה שיתבייש להשבע לשקר, אך אם החשש שבי"ד המקומי יטעה בשבועה אין כ"כ חשש ואין זכות.

חלק שני**התובע צריך לילך אחר הנתבע**

א. שיטות הפוסקים בהבנת כלל זה.

מטרת חיבורנו לישב הסתירה כביכול בין זכות התובע לכפות לדון בבי"ד הגדול לבין הכלל שהתובע צריך לילך אחר הנתבע, בחלק אי הארכנו לבאר יסודות זכות התובע, כדי ליישב את הסתירה נבאר בחלק זה את טעמי הדין השני שהתובע הולך אחרי הנתבע.

מצינו ארבעה הסברים מדוע התובע הולך אחר הנתבע (סיכום השיטות במנחת אלעזר ח"ב סי' ב'). הלבוש (סי' י"ד סעיף ה') וכנסת הגדולה (סי' י"ד הגהות טור סק"ד וסקכ"א) מנמקים זאת מפני הרמאים, אם ידונו במקום התובע יתבעו תביעות סרק רבות כנגד עשירים מתוך מטרה להתישם ולסחוט מהם פשרה. הכנסת הגדולה מוסיף שבאותה עיר אין חשש זה כי אין הוצאות נוספות וטורח אך משום לא פלוג ידונו בבי"ד של הנתבע, זוהי תקנה לטובת הנתבע.

המהר"י בן לב (ח"ג סי' צ"ז) מנמק שדנים במקום הנתבע כי שם הנתבע יותר ציית דינא. יש להעיר שבמציאות בימינו בארץ ישראל אין האכיפה של בי"ד במקום הנתבע עדיפה על אכיפת בי"ד רחוק יותר (אלא אם מדובר בבי"ד פרטי כשלא נתנו לו סמכויות של בורר וכדומה) אך גם במצב זה יתכן ובמקום הנתבע שייך טעם הבושה שיתבייש לשקר ויודה,

לא ברור בדברי המהריב"ל האם זו תקנה לטובת התובע או שזו תקנה לתועלת הצבור.

דעת המהרשד"ם (מובא בשמו בסי' ז', בכנסת הגדולה ובמנחת אלעזר) שטעם התקנה למנוע קטטות שלא תוצר מחלוקת איזה ביי"ד חשוב יותר, נראה מדבריו שאין זו תקנה לטובת התובע או הנתבע אלא תקנה כללית לטובת הצבור למנוע קטטות.

הגרי"א (סי' י"ד סקיי"ח ובדומה לכך בסי' פ"ז סקע"ט) מנמק את הכלל שהתובע הולך אחרי הנתבע בטעם אחר וז"ל:

"התובע צריך וכו' אלא אם כן יכול, ב"ק מ"ו ב' מאן דכאיב וכו"ו."

לפי הגרי"א יסוד הדין שהתובע צריך לילך אחר הנתבע בדברי הגמרא בב"ק מ"ו ע"ב שמוצאת מקור מסברא לכלל שהמוציא מחבירו עליה הראיה דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, מקור זה נזכר בירושלמי לפי גירסת העיטור. בירושלמי סנהדרין פ"ג ה"ח מובא שהדיינים יושבים ובע"ד עומדים והתובע פותח בדברים שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם, בעיטור (אות ב' בירורין ליד ציון קט"ז במהדורת ר"מ יונה) מובא קטע זה של הירושלמי עם המשך, וז"ל הירושלמי (לפי גירסת העיטור):

"ומנין שהתובע צריך לילך אחר הנתבע שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם".

וכוונת הדברים שהנתבע נחשב כמוחזק ואין להוציא ממנו ללא ראייה ומאותו דין אין גם לכפותו לדון במקום התובע, ונראה שאין זה תקנת חכמים אלא דין דאורייתא ומעיקר הדין. דעה זו כתבה גם בשו"ת שיבת ציון סי' צ"ח וז"ל:

"ואין כח ביד התובע להטריח את הנתבע לטלטל בטלטולא דגברא הקשה וגם מדינא דהש"ס ומדינא דאורייתא צריך התובע לילך אחר הנתבע מאחר שבתי דינים שווים בתואר ובקומה ... ובוזה לא שייך עבד לוח לאיש מלוה שיהיה כח ביד המלוה להתל בהלוה לטלטלו ממקום למקום ואם שיש עליו תביעות ממונו ומשועבד לו מכל מקום אין עליו שעבוד גופו שילך אחריו ורק בטענת נלך לביי"ד הגדול שיש להתובע אמתלא לומר שיהיה לו פסידא דממונא אם ידין עמו בביי"ד קטן וחייש שמא יטעו בדין לפי פירוש הרמב"ם או שיהיה בוש ויודה כפירוש רש"י בזה אמרינן עבד לוח לאיש מלוה להסיר מעליו חשש פסידא אבל בלי שום אמתלא הדין דין אמת מעולם שהתובע צריך לילך אחר הנתבע".

השיבת ציון מדגישה שכלל זה הוא מדאורייתא ובהסבר הדבר הוא מוסיף שהנתבע מוחזק בגופו ואין לטלטלו ללא טענת הפסד מבוססת. ניתן גם להסביר את הגר"א אחרת, הוא מוחזק בממונו ואין לכפותו לדון על ממונו של במקומו. ולהלן בפרק ג' נראה שכך סברו שער המשפט והחכם צבי. המנחת אלעזר תמה על הסבר הגר"א היכן מצינו שסברות מוחזקות בממון יועילו לענין מקום הדיון, מצינו רק שהם מועילות לעצם הפסייד שאין להוציא ממון ללא ראייה (ומשום כך הוא מנסה להסביר הגר"א כמהרש"ם), אך בהמשך דבריו הוא מביא חיזוק לגר"א מתשובת הרמ"א (סי' ק"ד) בענין זבלי"א שאם הם חלוקים וכל אחד רוצה לדחות דיין חברו יד הנתבע על העליונה והתובע צריך לבחור דיין אחר דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, הרמ"א שם מחלק בין זבלי"א למקום הדיון אך רואים עכ"פ ברמ"א שמושג המוחזקות אינו קיים רק לענין הוצאת ממון והוא שייך גם לענינים הקשורים בסדרי הדיון.

האגרות משה (ח"מ ח"א סי' ה') מבין את הגר"א באופן אחר וכתב בד"ה וצ"ל וז"ל:

"דכתב הגר"א ס"ק י"ח מהא דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא ושמעין מזה גם דין זה דהוא צריך למיזל להאסיא שיכול יותר לרפאות וכיון שהוא במקום אחר צריך לילך לאותו המקום שנמצא שם הנתבע שהם יוכלו יותר להביאו לדין לפנייהם מבי"ד שבמקום המלוה".

מדברי האגרות משה נראה שהוא מבין כוונת הגר"א כהסבר המהריב"ל, יש לדון במקום הנתבע כי שם יש יותר ציית דינא (הרופא הטוב יותר). ברם, לענין נראה יותר שכוונת הגר"א כהבנת השיבת ציון שזה דין של מוחזקות וכן נראה מהירושלמי שהביא העיטור שהמקור מהפסוק מי בעל דברים יגש אליהם, ובב"ק מובאים כמקור לדין המוחזקות סברא (אזיל לבי אסיא) ופסוק (מי בעל דברים) ומשמע שיסוד הדברים הוא שהנתבע מוחזק ואין לכופו לדון שלא במקומו.

ולסיכום: מצינו ארבעה או חמשה שיטות בבאור הדין שהתובע הולך אחר הנתבע, ללבוש וכןסת הגדולה זו תקנה לטובת הנתבע מפני הרמאין (למנוע תביעות סרק), למהריב"ל זו תקנה שיציית לדין (לטובת התובע או הציבור) (וכך מבין האג"מ את הגר"א), למהרש"ם זו תקנת לטובת הצבור למנוע קטטות, לעיטור ע"פ הירושלמי, לגר"א ולשיבת ציון זה דין

דאורייתא שאי אפשר לכופ את הנתבע המוחזק. בפשטות הכוונה למוחזקותו בממון ולשיבת ציון מכח מוחזקותו בגופו.

ב. ההבדלים בין השיטות לענין ויתור על הזכות, אב התובע בנו ותובע שתפס.

ישנם כמה נפ"מ בין הטעמים הללו, באבני חפץ (סי' ק"א, מוזכר בקובץ הפוסקים סי' י"ד סעיף א' עמ' רפ"ד) ובשו"ת אבני שוהם (לוין, סי' ק"א, מובא בהלכה פסוקה סי' י"ד הערה 124) פסקו שזכאי הנתבע לומר אי אפשר בתקנת חכמים ורצוני לדון במקום התובע, טעם זה מתאים לדברי הלבוש וכנסת הגדולה שזו תקנה לטובת נתבע למנוע תביעות סרק של רמאין וקשה לומר שאחר שתקנו אין לשנות כי בדרך כלל שומעין לאומר אי אפשר בתקנת חכמים, מסתבר שגם לפי פירוש הגר"א שזו זכות לנתבע מכח היותו מוחזק שיכול הוא לותר על מוחזקותו כי אי"ז כלל תקנה אלא מעיקר הדין, אך לפי המהרשד"ם שזו תקנה לטובת הציבור למנוע קטטות נראה שאין הם יכולים לשנות זאת ללא הסכמת שניהם.

ואילו לפי המהריב"ל שזו תקנה כדי שהנתבע יהיה ציית דינא פשוט הוא שאין הנתבע יכול לדרוש אחרת. הכנסת הגדולה כותב שלפי טעם זה, זו תקנה לטובת התובע ואדרבא יכול התובע לומר אי אפשר בתקנה זו ורצוני לדון במקום אחר כי הנתבע גדול בקהלו ודברי התובע לא ישמעו. לא ברור בדברי הכנסת הגדולה אם התובע זכאי לשנות המקום רק בנימוק סביר או שזכותו לשנות גם ללא הסבר, יתכן אולי שהדבר תלוי בשאלה אם זו תקנה לטובת התובע או תקנה לטובת הצבור, אם התקנה לטובתו הוא זכאי לומר אי אפשר גם ללא הסבר אך אם זו תקנה לטובת הצבור (שהצדדים יצייתו לדין) יש מקום לומר שאין לשנות זאת ללא סיבה מספקת, אך ברור שלשיטה זו הנתבע ודאי אינו יכול לשנות מקום הדין.

הבדל נוסף בין השיטות קיים לעני"ד בענין אב התובע בנו, המהרי"ק (שורש נ"ח) פסק שאב התובע בנו ידונו במקום האב וכן פסק הרמ"א (י"ד סעיף א'), מסברא יש לעיין מדוע כופין על הן לקיים מצוות כיבוד אב. והנה, אם הבסיס הוא תקנת חכמים לטובת הנתבע, התובע או הצבור אפשר לומר שבמקום שיש כיבוד אב הם לא תקנו אדרבא יש לדון במקום האב משום כבוד אב. (קצת צ"ע לפי הסבר המהריב"ל שזה

לטובת התובע מדוע שלא יוכל האב התובע לומר שהוא מוחל על כבוד האב שלו כדי לדון במקום הבן שיהיה ציית דינא).

אך אם הבסיס מעיקר הדין כי הנתבע מוחזק צריך לחדש שיש תקנה מיוחדת להפקיע ממנו דיני מוחזק ולכופו לקיים כיבוד אב, ואכן במקורו של הדין במהרי"ק (שורש נ"ח) הוא כתב וז"ל:

הנני גוזר עליך ... שתבא פה ואם כי באולי לא היה הדין נותן כן מכל מקום כדי שלא יהיה לך שום פתחון פה לחלוק אמרתי כן ואל תחטיא מגזירתי זאת פן ח"ו תכזה בגחלת רבותי יצ"ו.

מלשון המהרי"ק נראה שזו גזירה מיוחדת אע"פ שמעיקר הדין לא היה צריך להיות כן.

גם דינו של המהרש"ם בענין תפיסה תלוי לעני"ד בשיטות אלו, בשו"ת מהרש"ם (חלק ד' סי' ט"ו) דן הוא בדברי השואל שסבר שאם התובע תפס מהנתבע ידונו במקום הנתבע כי אין התפיסה הופכת את התובע למוחזק.

ונראה שהדברים תלויים בהבנת יסוד הדין, לפי ההסבר שדנים במקום הנתבע כי הוא מוחזק יש לחקור מה כוונת הדברים שהנתבע מוחזק, השיבת ציון מגדיר שהנתבע מוחזק בגופו ואין לטלטלו, אך אפשר גם להסביר זאת אחרת, הנתבע מוחזק בממונו וכשם שלא ניתן להוציא ממונו ללא הוכחה לא ניתן גם לדון על ממונו שלא במקומו. כלומר, השאלה היא האם הכוונה שהוא מוחזק בגופו או שהוא מוחזק בממונו.

ונראה לעני"ד שיש לכך נפ"מ בנידון המהרש"ם אם הכוונה על מוחזקות בממון יש לדון האם תפיסת התובע נתנה לו דינים של מוחזק בממון שתפס ובדרך כלל אין התפיסה הופכת אותו למוחזק (ורק בתפיסה ללא עדים כשיש מיגו יש לדון האם ע"כ יהפך למוחזק) ומשום כך ידונו במקום הנתבע.

אך אם כוונת הדברים שהנתבע מוחזק בגופו, כשהתובע תפס אין חשיבות לקבוע האם יש לו דינים של מוחזק בממון, הדבר הקובע הוא מי נחשב מוחזק בגופו ודבר זה תלוי מי יוזם את התביעה, אם התובע שתפס יוזם את התביעה כדי לקבל פסק דין המאשר שתפיסתו כדין אזי הוא רוצה להוציא מהנתבע והנתבע מוחזק בגופו, אך אם הנתבע יוזם את התביעה כדי להוציא את החפץ שהוא מוחזק בו דינית מתפיסתו הפיזית

של התובע אזי התובע מוחזק בגופו ואין לטלטלו, (ובמהרשד"ם נראה יותר שזה קשור לשאלה למי יש דין מוחזק בממון).

ולפי הטעמים האחרים נראה כך, אם התקנה נועדה למנוע תביעות סרק אזי אם הנתבע יוזם את התביעה אין חשש לתביעת סרק (כי תביעתו נעשית בתגובה לכך שתפסו ממנו) ואז י"ל שידונו במקום הנתבע. אך אם התובע יוזם התביעה יש חשש עדיין לתביעת סרק. גם אם טעם התקנה משום ציית דינא יתכן וזה תלוי מי יוזם את התביעה ואם התקנה למנוע קטטות יתכן והדבר תלוי מי נחשב כמוחזק בממון.

ולסיכום: הבאנו שלשה מקרים שבהם יש הבדל בין השיטות. כשאחד מהצדדים רוצה לשנות מהתקנה, אם זה תקנה לטובת הנתבע או שזה מעיקר הדין כמוחזק יכול הנתבע לשנות ואם התקנה לטובת התובע יכול התובע ואם היא לטובת הצבור מסתבר שאין לשנות (אלא בנימוק מבוסס). פסק המהרי"ק כשאב התובע בנו לדון במקום האב אם הבסיס הוא תקנה אפשר לומר שבמקום כיבוד אב לא תקנו אך אם זה מעיקר הדין צריך לחדש תקנה מיוחדת לכפות על כיבוד אב ולנהוג נד עיקר הדין. כשהתובע תפס, אם הטעם הוא מוחזקות בממון או תקנה למנוע קטטות נראה שכאן הנתבע מוחזק וידונו במקומו אך אם הטעם תקנת חכמים (תביעות סרק או ציית דינא) מסתבר שהדבר תלוי מי יוזם את התביעה ומקום הדיון יהיה במקומו של הצד השני וכך נראה לומר גם לפי ההסבר שיסוד המוחזקות הוא מוחזקות בגופו.

ג. מקום הדיון כשהציבור תובע יחיד ובתביעה להסרת עיקול.

לשיטות אלו ישנה לענ"ד השלכה נוספת כשהציבור תובע יחיד. הרמ"א (חוי"מ סי' ד') מביא בשם המהרי"ק שהציבור נחשב כמוחזק לגבי היחיד ודנו שם הסמ"ע (סק"ה) השי"ך (סק"ט) והפתחי תשובה (סק"ו) שהביא דעת החכם צבי סי' י"ד ועוד שיטות) בישוב הסתירה לכאורה בין דברי המהרי"ק בשורש אי' לדבריו בשורש ב'. ודעת השי"ך שלגבי יחיד שאינו מבני עירם הם גם נחשבים כמוחזקים אך אין להם דין של עבד איניש דינא לנפשיה והחכם צבי מוסיף שלכו"ע הציבור רשאי ליטול משכון מהיחיד.

לדין זה השלכה לנידונו כשהציבור תובע יחיד האם ידונו במקום היחיד הנתבע או במקום הציבור. דעת המהרשד"ם (יו"ד סי' קס"ב)

שידונו במקום היחיד אך החכם צבי (סי' י"ד) ושער המשפט (סי' י"ד סק"ב) סוברים שמאחר והצבור מוחזק לגבי היחיד והיחיד צריך לתת להם משכון קודם שירדו לדין לכן ידונו בעירם, (וראה גם בחוות יאיר סי' קנ"ו שהאריך בזה). כשהיחיד טוען שבמקום הרבים יסתתמו טענותיו כי הם נחשבים כגדול העיר, עשיר או אלם (שלגביהם נפסק שידונו שלא בעירם) מביא הפתחי תשובה (י"ד סק"ה) שלפי הנודע ביהודה (תנינא חו"מ סי' ב') שומעין לו אך שער המשפט והחכם צבי הנ"ל סוברים שרבים לא חשידי ואינם כעשיר, אלם וכדומה, וידונו במקום הרבים. (וכשיש תקנה לדון בעיר לאו כל כמיניה - נוב"י, שארית יוסף מ' ופ"ת הנ"ל).

והנה בסברא נראה ששאלה זו תלויה גם כן בהבנת טעם הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע, אם הטעם הוא שהנתבע מוחזק בממונו, כאן נותנים לרבים דינים של מוחזק לגבי הממון ולכן ידונו במקום הרבים, אך לפי השיבת ציון שהנתבע מוחזק בגופו יתכן ובזה אין הרבים מוחזקים, נתנו לרבים דין של מוחזק לגבי ממונו אך אין הם מוחזקים בגופו וידונו במקומו. החכם צבי ושער המשפט שנימקו זאת כי הצבור מוחזק נראה יותר שהבינו יסוד המוחזקות מכח המוחזקות בממון ולא מכח מוחזקות בגופו (בחכם צבי מזכיר גם זכותם לעקל נכסיו כמשכון אך נראה שזה רק מדגיש יותר את היותם מוחזקים וגם אם בפועל לא עיקלו נכסיו הם מוחזקים וידונו במקומם).

ולפי הטעם שבמקום הנתבע הוא יותר ציית דינא מסתבר שבסתמא ידונו במקום הנתבע (אלא אם הציבור יטען שבמקום הרבים הוא יותר ציית דינא), לפי הטעם שזה נועד למנוע קטטות מסתבר שאם אין תקנה מיוחדת ידונו במקום הנתבע, ואילו לפי הטעם שיש חשש לרמאות ותביעת סרק לכאורה גם כשציבור תובע יש חשש לתביעת סרק, אלא שראינו סברת החכם צבי ושער המשפט שרבים לא חשידי שיהיו כעשיר ואלם בעירו ויש לדון האם תביעת סרק פחות חמורה ויש לחשוש לתביעת סרק של הצבור או שגם בזה רבים לא חשידי וידונו במקום הרבים.

אך יש לעורר כאן טענה נוספת, כשעיקלו מעות מהנתבע והוא תובע לבטל את העיקול מובא ברמ"א (סי' י"ד סעיף א' וסי' ע"ג סעיף י' וראה שם בתומים) שהנתבע נהפך לתובע וידונו במקום התובע או מקום הימצאות המעות. אם היסוד הוא מוחזקות כאן הנתבע הוא התובע להסיר העיקול והתובע מוחזק (בגופו או במצב שקיים העיקול) וכן הוא

לפי הצד של ציית דינא או מחשש לקטטה, אך אם הטעם מחשש לתביעת סרק כאן לכאורה יש פחות חשש לתביעת סרק מצד הנתבע כי הנתבע יזם את תביעתו כתגובה לעיקול שהטילו עליו ומדוע נפסק שידונו במקום התובע או המעות. אך אולי יש לא פלוג, הטעם לתקנה מחשש לרמאות ותביעת סרק אך תקנו זאת כללית ולא פלוג גם במקום שאין תביעת סרק ולפי זה יתכן שגם לגבי רבים ויחיד (או דוגמאות אחרות שהבאנו) נאמר לא פלוג וידונו לפי התקנה.

ולסיכום: כשרבים תובעים יחיד, למהרשד"ם ידונו במקום היחיד ולחכם צבי ושער המשפט במקום הרבים. בסברא יש לומר שאם הטעם מוחזקות בממון יש לרבים דין של מוחזק בממונו של היחיד אך נראה שאין להם מוחזקות בגופו, אם הטעם ציית דינא או למנוע קטטות נראה יותר לדון במקום היחיד ואם הטעם חשש לתביעת סרק צ"ע אולי בציבור אין חשש לתביעת סרק (כמו שלח"צ ושער המשפט אינם חשידי כעשיר ואלם). בתביעת הסרת עיקול פסק הרמ"א שהנתבע נהפך לתובע וידונו במקום התובע או העיקול וזה מתאים לכל ההסברים מלבד לחשש רמאות שכאן הוא קטן יותר, אך העלנו אפשרות כללית שאולי יש לא פלוג בתקנה.

ד. סיכום השיטות בהבנת הכלל התובע צריך לילך אחר הנתבע והמסתעף מכך.

1. מדוע התובע צריך לילך אחר הנתבע:

- א. תקנה לטובת הנתבע מפני הרמאין (חשש לתביעת סרק) (לבוש וכנסת הגדולה).
- ב. תקנה (לטובת התובע או הציבור) שהנתבע יהיה ציית דינא (מהר"י בן לב וכן הבין האגרות משה בגר"א).
- ג. תקנה לטובת הציבור למנוע קטטות היכן ב"ד חשוב יותר (מהרשד"ם).
- ד. זכות הנתבע מדאורייתא ומעיקר הדין כי הנתבע מוחזק בגופו (שיבת ציון).
- ה. זכות הנתבע מעיקר הדין כי הוא מוחזק בממונו ואין לכופ שממונו יהיה נדון במקום אחר (עייטור ע"פ הירושלמי, גר"א וכן נראה בחכם צבי ושער המשפט).

2. יכולת אחד מהצדדים לחרוג מהתקנה:

אם זו תקנה לטובת הנתבע או שזו זכותו מעיקר הדין כמוחזק (א', ד', ה') רשאי הנתבע לדרוש לדון במקום תובע, (וכן פסקו אבני חפץ ואבני שוהם), אם זו תקנה לטובת התובע (א', ב') רשאי התובע לומר אי אפשרי בתקנת חכמים (וכן דעת כנסת הגדולה לשיטה זו) אך אם זו תקנה לטובת הציבור (ב', ג') אין לשנות התקנה ללא סיבה מוצדקת.

3. בתביעת אב כנגד בנו:

הרמ"א פסק כמהרי"ק שאב התובע בנו ידונו במקום האב. אם התובע הולך אחר הנתבע מעיקר הדין (ד', ה') צריך לחדש שכאן יש תקנת חכמים מיוחדת לחרוג מעיקר הדין, אך אם דין זה מתקנת חכמים (א', ב', ג') אפשר לומר פשוט יותר שבמקום כיבוד אב לא תקנו.

4. מקום הדין כשהתובע תפס:

הנתבע עדיין מוחזק לפי הדין בממון, ולכן לפי צד זה (ה'), וכן אם התקנה למנוע קטטות (ג') ידונו במקום הנתבע, לשאר הטעמים: מוחזק בגופו (ד') או תקנת חכמים משום רמאין או ציית דינא (א', ב'), נראה שהדבר תלוי מי יוזם את התביעה וידונו במקומו של השני.

5. מקום הדין בתביעה להסרת עיקול:

הרמ"א פסק שבתביעה להסרת עיקול ידונו במקום התובע או המעות וזה מתאים לכל ההסברים, רק לחשש רמאות (א') כאן החשש קטן יותר (אך אולי יש בזה לא פלוג).

6. מקום הדין כשהציבור תובע יחיד:

כשהציבור תובע יחיד למהרשד"ם ידונו במקום הנתבע ולחכם צבי ושער המשפט במקום הרבים (כי הם מוחזקים). אם הטעם חשש לתביעת סרק (א') צריך עיון אולי ציבור לא חשוד בכך, אם הטעם למנוע קטטות (ג') או ציית דינא (ב') מסתבר לדון במקום הנתבע, ואם היסוד מכח מוחזקות, לרבים יש מוחזקות בממון (ה') אך נראה שמוחזקות בגופו יש ליחיד (ד').

חלק שלישי

המנהג לבטל זכות התובע לכוף לדון בבי"ד הגדול

א. מדוע נהגו לבטל זכות התובע.

עד עתה עסקנו בהבנת זכות התובע לכוף לדון בבי"ד הגדול ובהבנת הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע, זכות התובע נזכרת בשו"ע (י"ד א') והכלל שהתובע הולך אחר הנתבע נזכר שם ברמ"א, בין שני הדינים מביא הרמ"א דין נוסף ביחס לזכות התובע וז"ל הרמ"א:

"וכל זה מדינא אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ביי"ד בעיר אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבי"ד אחר (מהרי"ק שורש כ"א) כי אין לנו עכשיו ביי"ד הגדול או בית הועד וכו'".

רואים מדבריו שיש מעיקר הדין זכות לתובע, והמנהג לבטל זכות זו, ויש כלל שתובע הולך אחר הנתבע, בבואנו ליישב את הסתירה כביכול בין זכות התובע לכלל האומר שדנים במקום הנתבע עלינו להבין גם את טעמו של המנהג לבטל זכות התובע.

הרמ"א מביא נמוק למנהג שאין לנו עכשיו ביי"ד הגדול או בית הועד, מנהג זה נזכר גם במרדכי (סנהדרין תשי"ט) בשם האי"ז, במהרי"ק (שורש כ"א ושורש צ') ובים של שלמה (בי"ק פרק י' סעיף י') ויש לכך נימוקים נוספים. וז"ל המרדכי:

"וכתב בספר אי"ז כל היכא שיש בעיר מומחה ויודע דין תורה לאמיתו הרי זה דן בעירו בעל כורחו לא שנא תובע לא שנא נתבע לא מצי למימר נלך לבית הועד או לבי"ד הגדול אלא דן בעירו מפני הרמאין שלא ידחו עצמן מן הדין ותו דלית לן מקום הועד מקום קיבוץ חכמים שיתבייש מהן".

במרדכי יש טעם נוסף מפני הרמאין שלא ידחו עצמן מן הדין. מפשט לשונו נראה שהכוונה לחשש התחמקות מן הדין ותמוה הדבר כי חשש זה קיים בנתבע והנתבע ממילא אינו זכאי לכוף לבית הועד, ואם הכוונה לחשש רמאות אצל התובע אזי החשש אינו לדחות עצמו מהדין אלא שמא יתבע תביעת סרק כדי להגיע לפשרה עם הנתבע, ואולי כוונת המרדכי בטעם זה להסביר מדוע בטל גם המנהג שזכאי הנתבע לכוף לדון בבי"ד הגדול (לפי השיטות שהבאנו בחלק ראשון פרק י' שהחילוק בין

תובע לנתבע רק במקום הועד אך לא בבי"ד הגדול ולגבי הנתבע זהו טעם נוסף) אך המהרי"ק (שורש כ"א) מבין שכוונת המרדכי שבזמן הזה יש חשש לרמאות מצד התובע לתביעת סרק, בזמן הגמרא חלקו בזה ר"י ור"ת אך בזמן הזה גם ר"ת יודה שיש חשש זה, הנימוק שאין כיום בית ועד שיתבייש משמעו שאין כיום סיבה מוצדקת לדרישת התובע ולכן לא ישמעו לו והנמוק של חשש לתביעת סרק משמעו שלטענת התובע סיבת דרישתו מוצדקת אך אנו לא מאמינים לו.

בשורש צ' מוסיף המהרי"ק שגם הטעם השני שאין כיום בית ועד מוסכם על כולם, וגם הרמב"ם שבזמנו היה בית ועד יודה שבזמן הזה (של א"ז ומהרי"ק) אין כבר בית ועד (והאריך בזה הים של שלמה).

המהרי"ק בשורש כ"א מוסיף טעם נוסף בזמנו לבטל המנהג, שיש סכנת נפשות באשכנו לצאת לדין במקום אחר (בזמנינו חשש זה אולי קיים בארץ ערבית, קומוניסטית וכדומה אך שם ממילא בדרך כלל אין כל כך בי"ד הגדול או מקום הועד).

ב. השלכות המנהג במציאות זמננו.

יש לדון האם במציאות ימינו קיים טעמו של המנהג לבטל זכות התובע, אם המנהג בטל מחשש לרמאות מצד התובע שיתבע תביעת סרק, חשש זה קיים גם כיום, אך אם הטעם לבטול המנהג כי אין לנו בית ועד שיתבייש ממנו יש לדון בזה, אם עיקר הכוונה שיתבייש לשקר ויודה על האמת יתכן וגם בזמנינו אין הבי"ד במעמד חשוב ונישא שישפיע באופן משמעותי שהנתבע יתבייש לשקר, אך אם הכוונה שיתבייש ויציית לפסק הדין יתכן ובימינו ישנם מצבים שבהם לבי"ד מסוים יכולת אכיפה חזקה יותר מאשר לביה"ד המקומי.

בפסקי דין רבניים כרך ו' עמ' 277 נפסק שתביעת אישות נגד בעל שחי בקנדה תידון בארץ ישראל כי במקומו אי אפשר לכפותו לדיני אישות ללא הסכמתו (ובדומה לכך י"ל בתביעת מזונות נגד בעל שחי ברוסיה ששם אי"א לכפות לדון וכאן ניתן לחייבו בעקיפין ע"י הבטוח הלאומי), וסמך לכך מצינו בנמוקי יוסף ספ"ק דב"ק שבדיני קנסות שאי אפשר לדון במקומו ידונו במקום אחר שבו יש דיינים סמוכין, לפי זה יש לומר שכוונת הרמ"א שנהגו שאין לכוף לבי"ד אחר זה רק אם באותו מקום ניתן לכוף, בהלכה פסוקה (סי' י"ד הערה 81) מציינים שבמרדכי וא"ז נראה שאם במקומו יש ת"ח שיודע לדון סגי בכך ואין לכפותו לבי"ד

קבוע במקום אחר אך בתרומת הדשן (פסקים סי' ס"ה) נראה שרק אם במקומם יש ב"ד נסמך שקבלוהו עליהם לא ניתן לכוף במקום אחר לבי"ד גדול יותר.

מציאות זמננו מעוררת שאלה נוספת, הרמ"א (י"ד א') פוסק שאם שני אכסנאים נזדמנו למקום אחד ידונו שם, בפתחי תשובה (י"ד סק"ב) מביא דברי ר' העשיל אשכנזי שמיישב זאת עם דברי הרמב"ן על התורה סוף פרשת שופטים ולדבריו אם שני הצדדים מאותה עיר ידונו בעירם ורק אם הם באו ממקומות אחרים ידונו במקום האכסניה, וכן פסק המהרש"ם (ח"ד סי' פ"ז) כי אם הם מאותו מקום אין חשש להשמטה, התחמקות והוצאות נוספות. בזמנינו סברת ההוצאות כשמדובר באותה מדינה אינו כ"כ גדול, אם יש חשש להשתמטות זה תלוי בנסיבות, כמו כן יש לבדוק אם תקנה זו אפשרית לבצוע כשצריך לתת לבעלי הדין זמן להתכונן לדין ואז ממילא הם יחזרו למקומם, כשאחד מבעלי הדין בא מארץ אחרת יותר פשוט להחיל דין זה וצריך עיון כיצד לנהוג בדין אכנסאי כששניהם גרים בישראל.

ג. סיכום טעמי המנהג לבטל זכות התובע וההשלכות לזמננו.

מעיקר הדין יש לתובע זכות לכוף לדון בבי"ד הגדול, הרמ"א פסק כדעת א"ז ומהרי"ק שהמנהג בטל, הרמ"א מנמק שאין לנו ב"ד חשוב שיתבייש ממנו ובמהרי"ק טעם נוסף מחשש לתביעת סרק של התובע כדי לאלץ את הנתבע להתפשר, בזמנינו קיים החשש לתביעת סרק ויתכן ואין היום ב"ד חשוב שיגרום לו לפחד לשקר אך יתכן ויש יכולת כפיה חזקה יותר בבי"ד חשוב והדבר תלוי בנסיבות. הפוסקים חלוקים האם ניתן לכוף לדון בבי"ד קבוע במקום אחר כשבעירם יש ת"ח שיודע לדון אך אין ב"ד קבוע שקבלו עליהם.

כשמדובר במציאות שאין כלל יכולת כפיה לדון באותו מקום לכוי"ע ניתן לכוף לדון במקום אחר כגון כשהנתבע גר מחוץ לארץ ישראל ובדומה לדברי הנמוקי יוסף לענין דיני קנסות. דין אכנסאי שנפסק ברמ"א, שידונו במקום האכסניא אם הם אינם מאותה עיר, שייך גם בימינו אך הוא יותר מתאים במציאות שאחד מהצדדים דר במדינה אחרת.

חלק רביעי

ישוב הסתירה בין זכות התובע לבין הכלל שהתובע צריך לילך אחר הנתבע

א. ישובי הסתירה לפי הכלל שזכות הנתבע מכח היותו מוחזק.

לאחר שבארנו מהי זכות התובע ומה משמעות המנהג לבטל זכות זו ומדוע התובע הולך אחר הנתבע ניתן לנסות ליישב את הסתירה כביכול שבה התחלנו, כיצד יתכן מצד אחד שיש עדיפות לתובע לענין הזכות לכוף לבית הועד ובי"ד הגדול ומצד שני התובע הולך אחר הנתבע, ניתן ליישב הסתירה בכמה אופנים והם תלויים בהבנת הדינים שהזכרנו לעיל.

הבאנו לעיל (חלק שני פרק א') את לשונו של השיבת ציון ס"י צ"ח ומדבריו עולה שכשמדובר על בתי דינים שווים יש זכות לנתבע כי הוא מוחזק בגופו ורק כשהדרישה היא לבי"ד הגדול יש זכות לתובע כי דרישה זו נובעת מחשש להפסד בבי"ד הקטן (חשש לטעות או שישקר ביתר קלות), כלומר לנתבע יש זכות כי הוא מוחזק בגופו אך כשתובע דורש בי"ד הגדול זוהי דרישה מוצדקת והיא גוברת על מוחזקות הנתבע, אך עדיין לא מובן מדוע בבי"ד שווה יש זכות לנתבע ובבי"ד גדול הזכות לתובע ואולי הוא סובר שבדרישה לבי"ד הגדול של הנתבע חוששים להערמה ולכן אין היא מוצדקת. הסבר זה מתאים לשיטה שזכות הנתבע מעיקר הדין מכח היותו מוחזק ונתנו לתובע זכות רק כשדורש בי"ד הגדול.

אך קשה לומר חילוק זה בדברי הרמ"א. הרמ"א כותב שהתובע צריך לילך אחר הנתבע אע"פ שבעיר התובע הבי"ד יותר גדול. דהיינו, גם כשהבי"ד גדול יותר יש זכות לנתבע. כדי להתאים הסבר השיבת ציון לדברי הרמ"א יש לדחוק ולומר שזכות התובע רק כשדורש בי"ד הגדול או בית הועד אך כשהתובע דורש בי"ד חשוב יותר מהמקומי אך הוא לא בדרגה של בית הועד או בי"ד הגדול אין זכות לתובע וממילא הנתבע מוחזק ואין לכופו (וראינו לעיל (חלק ראשון פרק י') שהר"ן בסנהדרין הביא בענין זה מחלוקת בין הרמב"ן לר' דוד) וכונת רמ"א אע"פ שבעיר התובע הבי"ד יותר גדול שהבי"ד חשוב יותר אך אין הוא בדרגת בית הועד, (אפשר לומר הסבר זה קצת באופן אחר, כששניהם מאותו מקום

זכאי התובע לדרוש לדון במקום אחר בבי"ד שיותר חשוב אך כשהם בשני מקומות והבי"ד החשוב במקום התובע זכאי התובע לדרוש לדון בעירו רק אם זה בבי"ד בדרגת מקום הועד).

לפי השיטות שזכות התובע נובעת מעבד לזה ניתן ליישב הסתירה באופן אחר. בתביעה רגילה יש לנתבע זכות מכח היותו מוחזק אך בהלואה הנתבע עבד לזה ולכן ניתנה הזכות לתובע, לפי ר"ת זה רק בהלואה ולפי הרמב"ם והשו"ע עבד לזה גם בתביעות נוספות שדומות להלואה כנזיקין, חבלות וכדומה שיש לתובע תרעומת על הנתבע. אך ברמ"א קשה לומר הסבר זה, הרמ"א אמנם מדבר בתובע הולך אחר הנתבע באופן כללי ולא מזכיר הלואה אך הרמ"א אינו חולק על השו"ע שגם נזיקין, חבלות וגזילות וכו' בכלל הלואה ולפי זה צריך היה הרמ"א להגביל את הדין שהתובע הולך אחר הנתבע רק לתביעות שאינם דומות להלואה ומסתיימת לשונו נראה שלא חילק בזה (לפי שיטת הרא"ש וטור וכו' שזכות תובע בכל תביעה ודאי שאין מקום לחילוק זה). יתכן שבשיטה זו נקטו הרמב"ן, ריטב"א והר"ן בכתובות פ"ה. לעיל (חלק ראשון פרק י"ג) הבאנו מחלוקתם מדוע בגמרא (שם) לא ניתן לכפות את הנשבע להשבע במקומו של השני, לדעת הריטב"א בשבועה אין כלל זכות כפיה על המקום וכפי שהארכנו להסביר, ולפי הרמב"ן והר"ן מדובר שם בדרישה מצד הלואה אך המלוה יכול לכופף זאת, לפי שתי השיטות יוצא, שזכאי המלוה לכופף את הלואה לדון במקומו של המלוה, יש להסתפק האם הם סוברים זאת רק בהלואה או גם בתביעות אחרות, אם זו דעתם רק בהלואה זה מתאים להסבר שלנו, זכות הנתבע לדון במקומו רק בשאר תביעות אך בהלואה ידונו במקום התובע, אך יתכן שגם אם הם יסברו זאת בשאר תביעות אין ללמוד לנידונו כי אולי הם מדברים לפי דינא דגמרא ולא התייחסו לכלל שהתובע הולך אחר הנתבע (ויתכן שתיקונוהו אחר זמנם).

נסיון דומה ביישוב הסתירה נמצא בשואל ומשיב (מהדורה א' ח"ג סי' י"ח) והוא מחלק (באמצע תשובתו) שזכות תובע בהלואה וזכות הנתבע בשאר תביעות אך הוא מסביר זאת לפי שיטת המהרי"ק. לפי המהרי"ק בארנו (בחלק ראשון פרק א') שזכות התובע משתי סיבות בכל תביעה מכח סברת ההוצאות (שלא יוציא מעותיו בחנם) ובהלואה גם מכח עבד לזה. ומסביר השואל ומשיב שאם בבי"ד הגדול נמצא במקום התובע לא קיימת סברת ההוצאות ולכן ידונו במקום הנתבע אך בהלואה יש זכות

לתובע מכח עבד לוח ולכן בהלואה ידונו במקום התובע. גם הסבר זה מתאים לפי השיטה שדנים במקום הנתבע מעיקר הדין כי הוא מוחזק אלא שיש שתי סיבות שנתנו זכות לתובע (הוצאות, עבד לוח) וכשאחת מהן קיימת ידונו כרצון התובע.

ונראה לעני"ד שהסבר זה כתוב כבר בדברי המהרי"ק (שורש צ"ו) וז"ל:

"הלא אפילו לדברי ריב"א ור"י שכתבו דהוא הדין ירושה ופקדון גזילות וחבלות מכל מקום בנדון הזה מודו דלא מצי כייף ליה שהרי תלוי טעם הכפייה משום דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו הא לאו הכי מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה והכא לא שייך טעמא דלא על חנם מוציא מעותיו ... קל וחומר בן קל וחומר הכא שהתובע עומד שם בביתו ואין לו שום טורח ולא שום הוצאה דלאו כל כמיניה למיכף לנתבע ללכת אחריו אפילו למדי".

כלומר, כשבטלה סברת הוצאות זכות התובע רק בהלואה וכשהתובע הולך ממילא לשם בטלה סברת הוצאות וכ"ש שהיא בטלה כשבי"ד הגדול במקום התובע ואז זכות התובע רק בהלואה, אמנם כפי שבארנו חילוק זה בין הלואה לשאר תביעות מפורש במהרי"ק אך הרמ"א סתם דבריו ולא חילק ונראה שלא סבר חילוק זה.

קיים הבדל בין הסברו של המהרי"ק להסבר שהבאנו קודם לכן, לפי ההסבר הקודם החילוק הוא בין הלואה לשאר תביעות, בהלואה יש זכות לתובע ובשאר תביעות הזכות לנתבע ואין חילוק בין אם גרים במקום אחד או בשני מקומות, ואילו לפי השואל ומשיב והמהרי"ק כשגרים באותו מקום יכול כל תובע לכופף לבי"ד הגדול (סברת הוצאות) וכשבי"ד הגדול במקום התובע זכאי לכך רק מלוה ולא תובע אחר.

בשואל ומשיב בתחילת דבריו, מביא חילוק נוסף בין זכות התובע לזכות הנתבע שגם מחלק בין סוגי התביעות אבל באופן אחר. כשיש לתובע הוכחות שטענתו מבוססת יש זכות תובע וכדברי הרמב"ם והשו"ע אך כשטענתו ריקנית ואינה מבוססת יש זכות לנתבע. הערך ש"י (סי' י"ד ס"א מוזכר בקובץ הפוסקים שם) טוען שמסתימת דברי הרמ"א נראה שהתובע הולך אחר הנתבע גם בתביעה מבוססת. גם המנחת אלעזר (ח"ב סי' ב') תמה על הסבר זה היכן מצינו שכשהטענה ריקנית זה נתן זכות לנתבע, מצינו רק שזכות תובע קיימת בטענה מבוססת אך אין בטענה ריקנית סיבה לזכות נתבע.

ולעניין כוונת השואל ומשיב שלנתבע יש זכות מעיקר הדין מכח היותו מוחזק, הגמרא חידשה שיש לתובע יכולת להפקיע זכות נתבע כשטענתו לבי"ד הגדול מבוססת, אך בטענה ריקנית נשאר זכות נתבע. המנחת אלעזר רוצה לישוב דברי השואל ומשיב ע"פ מחלוקת ר"ת ור"י שהבאנו לעיל, לפי ר"י הזכות לדרוש בי"ד גדול רק לנתבע אך בתובע חיישינו לרמאות ותביעת סרק ור"ת חולק וגם לתובע יש זכות זו. ומסביר המנחת אלעזר שגם ר"ת סובר שיש חשש רמאות אלא שבתביעה מבוססת לא קיים חשש זה ומכאן שאם התביעה ריקנית תהיה זכות לנתבע.

לפי הבנתנו החילוק בין תביעה מבוססת לריקנית בנוי על היסוד שזכות הנתבע מכח מוחזקותו ולפי הבנת המנחת אלעזר החילוק מבוסס גם על הבנה שזכות הנתבע קשורה לחשש תביעת סרק.

לסיכום: בישוב הסתירה מצינו שבעה הסברים המבוססים על זכות הנתבע מכח היותו מוחזק.

א. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשהתובע דורש ערכאה חשובה יותר (שיבת ציון).

ב. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשהתובע דורש לדון בבי"ד הגדול או מקום הועד אך כשהדרישה היא לבי"ד שוה או חשוב יותר אך אינו בדרגת מקום הועד יש זכות לנתבע (שנוי ישוב השיבת ציון כדי שיתאים לרמ"א).

ג. כששניהם מאותה עיר זכות התובע לכל בי"ד חשוב, אך בשני מקומות זכות תובע בעירו רק אם דרגת הבי"ד כמקום הועד (ההסבר הקודם בתוספת קטנה).

ד. זכות התובע קיימת בהלואה (או בתביעות הדומות להלואה שבהם יש עבד לוח) ובשאר תביעות יש זכות לנתבע מכח מוחזקותו (מתאים לשיטות שזכות נתבע מכח מוחזקותו וזכות תובע נובעת מעבד לוח).

ה. כששניהם באותו מקום זכות התובע בכל תביעה (סברת הוצאות) אך כשבי"ד הגדול במקום התובע יש זכות תובע רק בהלואה (מהרי"ק ושואל ומשיב, ומבוסס על כך שזכות הנתבע מכח מוחזקותו וזכות התובע משתי סיבות, עבד לוח וסברת הוצאות).

ו. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשדרישת התובע מבוססת, אך בתביעה ריקנית נשאר זכות הנתבע (שואל ומשיב).

ז. זכות התובע בתביעה מבוססת אך בתביעה ריקנית יש זכות לנתבע כי יש חשש לרמאות ותביעת סרק (המנחת אלעזר בבאור דברי השואל ומשיב ומבוסס גם על חשש רמאות כסיבה לזכות הנתבע).

לפי הסברים אלו עיקר החילוק הוא בין סוגי התביעות שבחלקם זכות לתובע ובחלקם זכות לנתבע ומשום כך קשה להתאימם לשיטת הרמ"א שלא חילק בין סוגי התביעות.

ב. הסבר הדברים לפי השיטה שזכות הנתבע נוצרה כתקנה מפני הרמאין.

לפי שיטת הלבוש וכנסת הגדולה התובע הולך אחר הנתבע עקב תקנת חכמים שחששו לרמאות ותביעת סרק (כדי לאלץ הנתבע העשיר להתפשר), לפי שיטה זו נראה שהפתרון לסתירה פשוט יותר, הבאנו לעיל שהמנהג ביטל את זכות התובע, לפי ההסברים הקודמים יש לנתבע זכות מעיקר הדין, בחלק מהמקרים ניתנה זכות לתובע אך המנהג ביטל זכות זו. לפי הלבוש וכנסת הגדולה ניתן להסביר שהגמרא נתנה לתובע זכות בתקופת הראשונים חששו לרמאות ותביעת סרק ולכן נהגו לבטל זכות התובע וקבעו שהתובע הולך אחר הנתבע. כלומר, הדין שהתובע הולך אחר הנתבע קשור למנהג שמבטל זכות תובע (יש קצת דמיון בסברא להסבר המנחת אלעזר בשואל ומשיב שסברת החילוק קשורה לחשש רמאות אך שם מחלקים בין תביעה מבוססת לתביעה ריקנית).

אמנם, הסבר זה מובן מאד אם הטעם למנהג שנהגו לבטל זכות התובע מפני חשש רמאות ותביעת סרק, לעיל (חלק שלישי פרק א') הבאנו שכך מבין המהרי"ק את דברי המרדכי, אמנם בלשון המרדכי עצמו נראה יותר שכוונת החשש מפני הרמאין מתיחס לנתבע "מפני הרמאין שלא ידחו עצמן מן הדין". הרמ"א אף בכלל לא הזכיר נימוק זה והביא רק את הטעם השני שאין כיום ביי"ד שיתבייש ממנו, ולפי טעם זה סיבת המנהג לבטל זכות התובע (אין ביי"ד שיתבייש) שונה מטעמו של הכלל התובע הולך אחר הנתבע (חשש לתביעת סרק) ונראה פחות לקשר בין שני הדברים.

השואל ומשיב הנ"ל בסוף דבריו מביא הסבר נוסף ביישוב הסתירה וז"ל:

"עוד נראה לי דמהרי"ק אזיל לשיטתו שכתב בשרש כ"א הובא בשו"ע וברמ"א דכבר נהגו בזמן הזה שכל שיש ביי"ד בעיר אין אחד יכול לכוף

חבירו שילך עמו לבי"ד אחר וכו' ולכך ממילא התובע צריך לילך אחר הנתבע".

במבט ראשון נראה שתירוץ זה הוא ההסבר שהבאנו לעיל, מאחר שנהגו לבטל זכות התובע (מחשש רמאות) התובע הולך אחר הנתבע מאותו טעם.

ברם, דקדוק בלשון השואל ומשיב מראה לענ"ד שכוונתו אחרת. לפי ההסבר הקודם הכוונה שמאחר שנהגו לבטל זכות התובע המנהג קובע ללכת אחר הנתבע, אך לשון השואל ומשיב שמאחר שנהגו לבטל זכות התובע ממילא הולכים אחר הנתבע, הלשון ממילא מראה שדין זה שהולכים אחר הנתבע הוא מעיקר הדין (משום מוחזקות) אלא שהגמרא חידשה שיש זכות לתובע אך המנהג לבטל זכות זו וממילא חוזר הדין המקורי שהתובע הולך אחר הנתבע, בכך מדויק נוסח התשובה שהודגש שממילא התובע הולך אחר הנתבע (הסבר זה מיישב את המצב אך עדיין יש להבין מדוע מעיקר הדין זכות לנתבע ולפי הגמרא הזכות לתובע).

ולסיכום: מצינו שני הסברים נוספים ביישוב הסתירה:

א. לדינא דגמרא יש זכות לתובע, משום חשש לרמאות ותביעת סרק נהגו לבטל זכות זו ותקנו שהזכות היא לנתבע (הסבר שמתאים לשיטת כנסת הגדולה והלבוש שזכות נתבע מחשש רמאות ותביעת סרק ולפי המהרי"ק שהמנהג לבטל זכות התובע הוא מאותו טעם).

ב. מעיקר הדין יש זכות לנתבע מכח מוחזקותו. הגמרא חידשה זכות לתובע ולאחר שנהגו לבטל זכות זו חזר הדין המקורי של זכות לנתבע (שואל ומשיב).

יש להוסיף שהסברים אלו אפשריים גם לפי הרמ"א.

ג. ישוב הסתירה לפי הדעות שהתקנה לטובת התובע

או הציבור והחילוק בין מקום אחד לשני מקומות.

האגרות משה (חוי"מ ח"א סי' ה') עונה אף הוא על שאלתנו בדבר הסתירה בין זכות התובע לזכות הנתבע וז"ל:

"וצריך לומר שהוא מטעם דכתב הגר"א ס"ק י"ח מהא דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא ושמעינן מזה גם דין זה דהוא צריך למיזל להאסיא שיכול יותר לרפאות וכיון שהוא במקום אחר צריך לילך לאותו

המקום שנמצא שם הנתבע שהם יוכלו יותר להביאו לדין לפניהם מבי"ד שבמקום המלוה".

האגרות משה מיישב הסתירה לפי הבנתו בגר"א שהתובע הולך אחר הנתבע כי במקום הנתבע הוא יותר ציית דינא, כבר הערנו לעיל (חלק שני פרק א') שכוונת הגר"א אינה לענין ציית דינא אלא מכח המוחזקות וכדברי העיטור בשם הירושלמי, אך ניתן להשתמש בהסבר זה לפי המהר"י בן לב שסובר שהדין שתובע הולך אחר נתבע נועד כדי שהנתבע יהיה ציית דינא, משום כך מובן שאם הם גרים בשני מקומות יש עדיפות לדון במקום הנתבע אך כשהם גרים באותו מקום זכאי התובע לדרוש לדון בבי"ד הגדול שבמקום אחר, כי גם זו תקנה לטובת התובע (למנוע טעות או כדי שהנתבע יבוש).

לפי זה יוצא שאין סתירה בין התקנות והם שניהם נועדו לטובת התובע, אך קשה מדוע אם כן לא יוכל התובע לומר אי אפשרי בתקנה לדון במקום הנתבע ואני מעדיף את התקנה השניה לכופ לבי"ד הגדול, והרי לפי הרמ"א ידונו במקום הנתבע גם כשהבי"ד במקום התובע גדול יותר ומשמע שאין התובע זכאי לומר אי אפשרי. אלא שלעיל הבאנו שם את הסבר המהרשד"ם שהולכים למקום הנתבע למנוע קטטות היכן הבי"ד גדול יותר, ובארנו שזו תקנה לטובת הצבור וגם בהסבר של ציית דינא יתכן אולי וזו תקנה לטובת הציבור ולא לטובת התובע, ההבדל הוא שבתקנה לטובת התובע רשאי הוא לומר אי אפשרי בתקנת חכמים אך אם מדובר בתקנה לטובת הצבור אין הוא רשאי לבטלה, ובכך נוכל ליישב הסתירה בנקל. יש זכות תובע כתקנה לטובת התובע אך יש גם דין לדון במקום הנתבע כתקנה לטובת הציבור (למנוע קטטות או ציית דינא) והתובע אינו יכול להעדיף זכותו לבי"ד הגדול כשטובת הצבור לדון במקום הנתבע, לפי הטעם של ציית דינא קצת דחוק מדוע בשני מקומות עדיף ציית דינא על בי"ד הגדול וכששניהם במקום אחד ג"כ יש ציית דינא לדון באותה עיר ומדוע יכול לכופ לדון בבי"ד הגדול, אך לפי טעם המהרשד"ם שהתקנה נועדה למנוע קטטות היכן הבי"ד יותר גדול אפשר שאם הם באותה עיר אין כלל צורך בתקנה למנוע קטטות (כי אין על מה להתקוטט) ולכן זכאי התובע לדון בבי"ד הגדול שבמקום אחר.

במנחת אלעזר (ח"ב סי' ב') כותב שהגמרא שעסקה בזכות תובע דברה כשדרים במקום אחד, ובשני מקומות תקנו אח"כ זכות לנתבע, חלוקה זו בין מקום אחד לשני מקומות נראית לכאורה גם בלשון הרמ"א.

כשמדובר בזכות תובע לבי"ד הגדול לא מוזכר שהם ממקומות שונים וכשמדובר בזכות נתבע מדובר ברמ"א שהם דרים במקומות שונים וכן נראה במבי"ט ח"א סי' שמ"ג, אך עדיין יש להבין מדוע במקום אחד יש עדיפות לתובע ובשני מקומות העדיפות לנתבע, הבאנו הסבר לכך לפי שיטת המהרשד"ם שדנים במקום הנתבע כתקנה לטובת הצבור אך צריך עיון כיצד נסביר זאת לשיטות האחרות.

ומצינו הסבר באחרונים (מאזנים למשפט חו"מ י"ד ז' וחשן אהרן סי"ס י"ד מובאים בקובץ הפוסקים סי' י"ד עמ' רפ"ד) שאם הטורח שווה יכול התובע לכופ לבי"ד הגדול אך כשהטורח אינו שוה (גרים בשני מקומות) עדיף זכות הנתבע למעט בטורח, יתכן וכוונתם שהנתבע מוחזק בגופו ואין להטריחו יותר מהתובע אך עדיין צריך עיון מדוע כשהטירחא משותפת יש עדיפות לתובע. סימוכין לסברא זו מצינו בתומים שהבאנו לעיל (חלק ראשון פרק ח') ובסברא זו הוא מסביר את שיטת המהרי"ק שזכות תובע מכח עבד לזה רק אם ההוצאות הדדיות (אך הוכחנו שם שכוונת ריב"א, ר"י ומהרי"ק לסברת ההוצאות ולא כדברי התומים).

ולסיכום:

א. אין סתירה בין שתי התקנות כי שתיהן לטובת התובע (ציית דינא ובושה או חשש טעות), ההסבר מתאים לשיטת מהריב"ל וכך סבר האגרות משה אך צ"ע מדוע לרמ"א אין התובע יכול לומר אי אפשר בתקנה.

ב. זכות התובע תקנה לטובתו, דנים במקום הנתבע כתקנה לטובת הציבור למנוע קטטות היכן הבי"ד חשוב יותר ולכן אין התובע יכול לוותר על כך אך כשהם מאותה עיר אין חשש לקטטה ולכן יש זכות תובע.

ג. זכות התובע באותה עיר וזכות הנתבע בשני מקומות (מנחת אלעזר וכן נראה ברמ"א ובמבי"ט) והסבר הדברים באחרונים שנתנו לתובע זכות בטירחא משותפת אך אין הוא יכול להטריח נתבע יותר ממנו והדברים מתאימים עם הבנת התומים במהרי"ק בענין זכות התובע.

ד. הצעה חדשה ליישוב הסתירה בארבעה אופנים

כשהבסיס לכך שיש סברת הוצאות לחובת התובע.

כפי שראינו, נראה בלשון הרמ"א שזכות התובע כשהם מאותה עיר וזכות הנתבע כשהם משני מקומות, מצינו לכך הסבר טוב לפי השיטה

שקבעו מקום הנתבע כתקנת הציבור למנוע קטטות אך עדיין לא ברור כיצד נסביר זאת לשיטות האחרות. ונראה לענייד להציע בזה הסבר אחר שיתאים עם המשתמע מהרמ"א שזכות תובע באותה עיר וזכות נתבע בשני מקומות ולפי השיטות שזכות הנתבע מכח מוחזקותו או מחשש לרמאות ותביעת סרק.

בחלק ראשון פרק א' הבאנו מחלוקת הפוסקים ממה נובעת זכות התובע לדרוש לדון בבייד הגדול. לפי הסמ"ע, תומים ונתיבות זכותו נוצרת מכח סברת ההוצאות, לא על חנם מוציא מעותיו וזה מוכיח שדרישתו ממניעים אמיתיים (למנוע טעות מבייד או שקר מצד הנתבע) ולכן שומעין לו. אצל הנתבע, גם כשמוכן להוציא הוצאות אנו מפרשים שכוונתו להתחמק (הוא לוקח אמנם סיכון שהתובע יסכים לכך ואז יגדלו גם הוצאותיו של הנתבע אך הנתבע סבור שהסיכון קטן והוא מקוה שהתובע יתיאש או יתפשר), לפי הש"ך והבי"ח זכות התובע נובעת מכח היותו של הנתבע עבד לזה ולפי המהרי"ק והקצות לתובע ישנם שתי סיבות לזכותו זאת, בכל תביעה יש לו זכות מכח סברת ההוצאות ובהלואה (או תביעה שדומה להלואה) גם מכח היות הנתבע עבד לזה, לכן לשיטתם גם כשבטלה סברת ההוצאות כגון כשהמלוה הולך לשם ממילא, יש לו זכות כשמדובר בהלואה.

והנה, לפי שיטת הסמ"ע שזכות התובע נובעת מסברת ההוצאות, ההסבר פשוט מאד. זכות התובע שייכת כשיש סברת הוצאות כגון, כששניהם באותה עיר והתובע דורש לדון בבייד הגדול, אך כשבייד הגדול במקום התובע ממילא בטלה הסיבה לזכותו כי אין הוא מוציא הוצאות ולכן נשאר הדין העקרוני של זכות נתבע מכח היותו מוחזק.

אלא שלפי הש"ך, מהרי"ק וקצות יש סברת עבד לזה והסבר זה לא יועיל, ולעיל ראינו שגם הרמב"ם, שו"ע ורמ"א נקטו שיש סברת עבד לזה ולכן חילקו בין תביעות שיש בהם עבד לזה לתביעות אחרות, כשיש לתובע זכות מכח עבד לזה מסתבר שזכות זאת תהיה גם כשהם משני מקומות ורצונו לדון בבייד הגדול שבעירו. אמנם במקרה זה בטלה סברת ההוצאות אך עדיין עומדת לו זכותו מכח עבד לזה.

ואכן בשיטה זו נקט השואל ומשיב באחד מהסבריו ולעיל (בחלק זה פרק א') ראינו שכך אכן סובר המהרי"ק. אלא, שלפי זה יצא שבהלואה הנתבע הולך אחר התובע וכך סבורים המהרי"ק והשואל ומשיב אך זה

לא יתאים עם שיטת הרמ"א שסתם דבריו שהתובע הולך אחר הנתבע ולא חילק בין הלואה לתביעות אחרות.

ואולי ניתן לחדש סברא חדשה כשהם דרים בשני מקומות. כשהם מאותה עיר והתובע דורש לדון בבי"ד הגדול יש שיטות שיש לזכותו סברת הוצאות שלא בחנם מוציא מעותיו, כשהם דרים בשני מקומות והתובע דורש לדון בבי"ד הגדול שבעירו יש סברת הוצאות הפוכה לחובת התובע, באותה עיר הסברא מחזקת את דרישתו בכך שהיא מראה שמניעיו טהורים, בשני מקומות הסברא הפוכה והיא מחזקת את החשש שמניעיו בדרישתו לדון בבי"ד הגדול משיקולים פסולים, אין הוא רוצה בבי"ד הגדול למנוע שקרים או טעויות כל רצונו הוא לחסוך בהוצאותיו והוא משתמש בדרישה לבי"ד הגדול כאמתלא לכך.

יתכן אולי שלכך התכוון המבי"ט חלק א' ס"י שמ"ג וז"ל:

"ואפילו במלוה דאמרינן דכופין את הלוח נראה דהיינו כששניהם עומדים בעיר אחד דכמו שלוח טורח ועולה ומוציא הוצאות כמו כן המלוה הנושה אותו טורח ועולה עמו מעירו לבי"ד הגדול ומוציא הוצאות אבל שיוכל מלוה שבעיר הזאת שיש בה בי"ד גדול לכופף את הלוח שדר בעיר אחרת שיש בה בי"ד קבוע אלא שאינו גדול או מומחה כמו זה אינו נראה".

המבי"ט כותב במפורש שזכות התובע באותה עיר ולא בשני מקומות ונימוקו, כי באותה עיר הוצאותיהם שוות, יתכן ורמוז בדבריו שבעיר אחרת יש אומדנא שדרישתו אינה אמיתית. אך אולי כוונת המבי"ט כפי שהבאנו לעיל (בסוף פרק ג') בשם האחרונים שזכות התובע רק אם ההוצאות הדדיות, אך גם אם המבי"ט לא רמז לדברינו, ניתן לומר זאת לעני"ד מכח הסברא.

ובסברא זו אפשר לעני"ד ליישב הסתירה בין זכות התובע לזכות הנתבע גם לפי השיטות שיש לתובע זכות מכח עבד לוח. לפי הקצות כשהם מאותה עיר ותובע דורש לדון בבי"ד הגדול יש לו זכות מכח סברת ההוצאות ובהלואה וכדומה נוספת לו זכות מכח עבד לוח, כשהתובע הולך למקום בי"ד הגדול ממילא בטלה סברת ההוצאות אך אין סברת הוצאות הפוכה לחובתו כי אין לו הבדל בהוצאות אם ידונו בעירם או בבי"ד הגדול ומשום כך יש לזכותו סברת עבד לוח בתביעות ששייך בהם עבד לוח, אך כשהם משני מקומות והתובע דורש לדון בעירו כי שם בי"ד

הגדול יש אומדנא שדרישתו נועדה להפחית הוצאותיו ואז לא תועיל לו זכותו מכח עבד לזה. זכות מכח עבד לזה ניתנת כשיש אפשרות סבירה שמניעי דרישתו אמיתיים (גם כשאין לה סימוכין ע"י סברת הוצאות לזכותו) אך כאן האומדנא שמניעיו פסולים ולא יועיל גם עבד לזה ומשום כך גם בהלואה בשני מקומות ידונו במקום הנתבע ואפילו שבמקום התובע יש ב"ד הגדול.

ובאותה דרך ניתן לומר גם ברמ"א, ש"ך ובי"ח שסברו שזכות התובע רק מכח עבד לזה ואין סברת הוצאות לזכותו, אך כשהם מעיר אחרת יש סברת הוצאות לחובתו ולכן בטלה זכותו מכח עבד לזה. אמנם, לשיטה זו הסברא יותר מחודשת. לפי הקצות שמתחשבים בסברת ההוצאות כאומדנא לזכותו מובן יותר שמתחשבים בה כאומדנא לחובתו לפי המקרה. אך לשיטות שאין בסברא זו להועיל לזכותו זה חידוש גדול יותר לומר שהיא תועיל לחובתו שהרי לא מצינו מקור שמתחשבים בהוצאות כאומדנא לכוונת התובע.

הסבר זה מתאים לשיטת הגר"א והירושלמי שזכות הנתבע מעיקר הדין מכח מוחזקותו, לתובע ניתן זכות תובע אך בשני מקומות שיש סברת הוצאות הפוכה בטלה זכותו מכח עבד לזה וחוזר הדין שיש זכות לנתבע מכח מוחזקותו. כשהם משני מקומות והתובע דורש ב"ד הגדול במקום שלישי שרחוק לו כמו מקום הנתבע אין סברת הוצאות לחובתו אך אין גם סברת הוצאות לזכותו ולכן בין לש"ך ובין לקצות תישאר לו זכות רק בהלואה והדומה לה ואילו לסמ"ע בטלה זכותו.

ונראה לענ"ד שאפשר להשתמש בסברא זו גם אליבא דהלבוש והכנסת הגדולה שמעיקר הדין אין זכות לנתבע וזו תקנה שתקנו מחשש לרמאות ותביעת סרק שהתובע הולך אחר הנתבע. לדינא דגמרא אין כלל זכות לנתבע ונתנו לתובע זכות לדרוש ב"ד הגדול, הראשונים חששו לתביעת סרק כשמדובר בשני מקומות ובטלו במקרה זה זכות התובע וקבעו דין חדש שהתובע הולך אחר הנתבע, אמנם דין זה נקבע רק בשני מקומות ששם החשש לתביעת סרק גדול יותר כי רואים שהוא זהיר בתביעתו ואין הוא נוטל סיכונים של הוצאות מרובות כי גם אם ידונו בב"ד הגדול לא יגדלו הוצאותיו אדרבא הם יופחתו, אך כשהם במקום אחד והתובע דורש ב"ד הגדול החשש לתביעת סרק קטן כי יש לו סיכון שאם הנתבע יסכים, יגדלו הוצאותיו. משום כך, מצד הדין במקום אחד יש זכות לתובע ובשני מקומות הזכות לנתבע. אלא שהראשונים מציינים שמצד

המנהג, נהגו לבטל זכות התובע גם במקום אחד והבאנו לכך שני טעמים. חשש לתביעת סרק גם במקרים אלו והמציאות שאין כיום בית ועד שיתבייש ממנו.

לפי הסבר זה אין תלות בין הכלל האומר שהתובע הולך אחר הנתבע לבין המנהג שנהגו לבטל זכות התובע, קיים גם שוני בשימוש בענין ההוצאות בין הסבר זה להסבר הקודם שבסיסו זכות מכח מוחזקות. בהסבר הקודם יש לנתבע זכות מעיקר הדין כמוחזק וסברת ההוצאות לחובת התובע היא אומדנא שדרישתו ממניעים פסולים ולכן בטלה זכות תובע וחוזרת למקומה זכות הנתבע. להסבר הנוכחי אין לנתבע זכות וניתנה זכות לתובע. סברת ההוצאות מגבירה את החשש לתביעת סרק ולכן היא מבטלת זכות תובע וקובעת זכות לנתבע בשני מקומות (והמנהג מבטל זכות התובע גם במקום אחד).

לסיכום: בפרק זה הבאנו ארבעה שיטות ליישב שיטת הרמ"א שזכות תובע כשדירים במקום אחד וזכות הנתבע כשהם משני מקומות הבסיס להסברים אלו שבשני מקומות יש סברת הוצאות הפוכה לחובת התובע כי יש אומדנא שדרישת התובע נועדה להפחית הוצאותיו. א. לפי הסמ"ע זכות התובע ניתנה מכח סברת הוצאות לזכותו אך בשני מקומות אין סברת הוצאות לזכותו ולכן נשאר הדין המקורי של זכות הנתבע מכח מוחזקותו.

ב. לפי הקצות זכות התובע מכח סברת הוצאות ומכח עבד לזה, בשני מקומות יש סברת הוצאות לחובתו שמבטלת סברת ההוצאות ויוצרת במקביל אומדנא שדרישתו ממניעים פסולים וממילא אין לסברת עבד לזה יכולת לתת לתובע זכות וחוזר הדין המקורי של זכות הנתבע.

ג. לפי הרמ"א, ב"ח וש"ך זכות התובע מכח עבד לזה, ובשני מקומות סברת ההוצאות לחובתו יוצרת אומדנא כנ"ל שמבטלת זכותו כעבד לזה וחוזרת זכות הנתבע מעיקר הדין כמוחזק.

ד. לפי הלבוש וכנסת הגדולה מעיקר הדין אין לנתבע זכות, זכות התובע בטלה ע"י הראשונים בשני מקומות כי סברת ההוצאות לחובתו מגבירה החשש לתביעת סרק ולכן במקום אחד זכות תובע ובשני מקומות תקנו זכות לנתבע. ונהגו לבטל זכות התובע גם במקום אחד (אין בית ועד שיתבייש ממנו וחשש לתביעת סרק גם במקום אחד).

סיכום כללי

מטרתו העיקרית של חיבור זה ליישב הסתירה כביכול בין זכות התובע לכפות לדון בבי"ד הגדול לכלל האומר שהתובע הולך אחר הנתבע, כדי לבאר הדברים בארנו באריכות מהם יסודות זכות התובע, מהם השיטות בהבנת הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע ומה משמעות המנהג שמבטל זכות התובע. סיכום קצר של כל נושא הובא בסוף כל חלק.

לאחר הבנת יסודות כל נושא בפני עצמו הבאנו שש עשרה אפשרויות ביישוב הסתירה, ישנם הסברים המתאימים להבנה שזכות הנתבע מכח מוחזקותו והסברים נוספים מתאימים לשיטות האחרות בזכות הנתבע (חשש לתביעת סרק, תקנה לטובת התובע ותקנה לטובת הציבור), חלק מההסברים אפשרי בראשונים אך לא בדעת הרמ"א וחלקם ניתן להבנה גם ברמ"א, ניתן לסווג את ההסברים לפי סוג החילוק בין זכות התובע לזכות הנתבע כדלהלן:

אין סתירה ואין צורך לחילוק בין שני הדינים.

1. שתי התקנות לטובת התובע (ציית דינא ובושה או חשש טעות). ההסבר מתאים למהריב"ל (שהתובע הולך אחר הנתבע זו גם תקנה לטובת התובע שהנתבע ציית דינא) וכן כתב האגרות משה. וצ"ע מדוע לרמ"א א"א לומר אי אפשרי בתקנה (הובא בפרק ג' בסיכום תירוץ א') (להלן: פ"ג, א').

החילוק אינו בין המקרים אלא בתקופה (מתאים גם לרמ"א).

2. לדינא דגמרא הזכות לתובע. בתקופת הראשונים נהגו לבטל זכות זו מחשש לרמאות ותביעת סרק ותקנו זכות לנתבע. (מתאים לסוברים שזכות נתבע מחשש רמאות ובטול זכות תובע מאותו טעם. כנסת הגדולה, לבוש ומהרי"ק). (פ"ב, א').

3. מעיקר הדין יש זכות לנתבע מכח מוחזקותו. הגמרא חידשה זכות לתובע ולאחר שנהגו לבטל זכות זו חזר הדין המקורי של זכות לנתבע (שואל ומשיב). (פ"ב, ב').

החילוק בין זכות התובע לזכות הנתבע תלוי בסוג התביעה.

4. זכות התובע בהלואה (או תביעות דומות שיש בהם עבד לוח) ובשאר תביעות זכות לנתבע מעיקר הדין מכח מוחזקותו. (מתאים לשיטות

שזכות תובע מכח עבד לזה וזכות נתבע מכח מוחזקות אך דחוק ברמ"א שסתם ולא חילק בין התביעות). (פ"א, ד').

5. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשדרישת התובע מבוססת, אך בתביעה ריקנית נשארת זכות הנתבע (שואל ומשיב, דחוק כנ"ל ברמ"א וערך ש"י חולק). (פ"א, ו').

6. זכות התובע בתביעה מבוססת אך בתביעה ריקנית תקנו זכות לנתבע מחשש לרמאות ותביעת סרק (המנחת אלעזר בבאור דברי השואל ומשיב, דחוק כנ"ל ברמ"א). (פ"א, ז').

החילוק תלוי בסוג בית הדין.

7. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשהתובע דורש ערכאה חשובה יותר (שיבת ציון, הרמ"א חולק). (פ"א, א').

8. זכות הנתבע מכח מוחזקותו בטלה כשהתובע דורש לדון בבית הועד או ב"ד הגדול אך כשהתובע דורש לדון בב"ד שזה או חשוב יותר אך אינו בדרגת בית הועד יש זכות לנתבע (שינוי תירוץ השיבת ציון כדי שיתאים לרמ"א). (פ"א, ב').

החילוק תלוי במקום. במקום אחד זכות לתובע ובשני מקומות הזכות לנתבע.

חילוק זה נראה בדברי הרמ"א וכך כתב המב"ט וכן דעת המנחת אלעזר. ישנם כמה הסברים מדוע נוצר הבדל בין מקום אחד לשני מקומות. אם דרים באותו מקום זכאי תובע לדרוש לדון בב"ד גדול במקום אחר, ואם הם משני מקומות ידונו במקום הנתבע גם אם התובע רוצה לדון בב"ד הגדול שבעירו.

9. זכות התובע בטירחא והוצאות הדידות כגון, במקום אחד. אך אין הוא יכול להטריח את הנתבע יותר ממנו כגון, בשני מקומות (מאזנים למשפט וחשן אהרן, מתאים להבנת התומים במהרי"ק). (פ"ג, ג').

10. זכות הנתבע מעיקר הדין מכח מוחזקותו, בטלה ע"י זכות התובע מכח סברת ההוצאות לזכות התובע שלא מוציא מעותיו בחנם, אך בשני מקומות אין סברת הוצאות, ולכן נשארת זכות הנתבע מכח מוחזקותו, (מתאים לסמ"ע וכו' שזכות תובע מסברת הוצאות). (פ"ד, א').

11. זכות התובע מכח סברת ההוצאות (בכל תביעה), ועבד לזה

(בהלואה וכדומה) מבטלת זכות הנתבע מכח מוחזקותו. בשני מקומות בטלה סברת ההוצאות לזכותו ויש סברת הוצאות הפוכה לחובת התובע והיא יוצרת אומדנא שמניעי דרישתו פסולים (רצון לחסוך בהוצאות) ומשום כך לא תעזור לו סברת עבד לזה ונשארת זכות הנתבע מעיקר הדין, (מתאים לקצות שזכות התובע מכח הוצאות ומכח עבד לזה). (פ"ד ב').

12. זכות התובע מכח עבד לזה מבטלת זכות הנתבע מכח מוחזקותו. בשני מקומות ישנה סברת הוצאות לחובת התובע שמבטלת זכותו כעבד לזה ונשארת זכות הנתבע מעיקר הדין, (מתאים לשו"ע, רמ"א, ב"ח ושי"ך שזכות התובע מכח עבד לזה וזכות הנתבע כדעת הגר"א והירושלמי מעיקר הדין מכח מוחזקותו). (פ"ד, ג').

13. מעיקר הדין אין זכות לנתבע והגמרא נתנה רק זכות לתובע, הראשונים בטלו זכות התובע בשני מקומות כי סברת ההוצאות לחובתו מגבירה החשש לרמאות ותביעת סרק ולכן תקנו בשני מקומות זכות לנתבע. במקום אחד נשאר מצד הדין זכות לתובע אך נהגו לבטל זכות זו גם במקום אחד (אין בית ועד שיתבייש ממנו וחשש גם כאן לרמאות. הסבר זה מתאים לשיטת הלבוש וכנסת הגדולה שזכות הנתבע היא תקנה מחשש לרמאות ותביעת סרק). (פ"ד, ד').

14. זכות התובע תקנה לטובת התובע, הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע זו תקנה לטובת הציבור (למנוע קטטות היכן הבי"ד חשוב יותר) ולכן אין התובע יכול לוותר על כך. אך חשש קטטה רק בשני מקומות. באותה עיר אין חשש קטטה זה ולכן נשאר זכות לתובע (ההסבר מתאים למהרשד"ם שדנים במקום נתבע למנוע קטטות ובדוחק ניתן לאומרו גם אליבא דמהריב"ל). (פ"ג, ב').

החילוק משולב. כולל הבדל במקום (מקום אחד או שני מקומות) וחילוק נוסף.

15. שילוב של הבדל במקום והבדל בסוג התביעה: כששניהם באותו מקום זכות התובע משתי סיבות. בכל תביעה מכח סברת ההוצאות ובהלואה גם מכח עבד לזה. כשהם בשני מקומות ובי"ד הגדול במקום התובע בטלה סברת ההוצאות ונשארת זכותו מכח עבד לזה ולכן: במקום אחד יש לתובע זכות בכל תביעה ובשני מקומות זכות התובע בהלואה (וכדומה) וזכות הנתבע בשאר תביעות. (הסבר זה מתאים לשיטה שזכות

התובע גם מכח סברת ההוצאות וגם מכח עבד לוח זכות הנתבע מכח מוחזקותו וכן כתב השואל ומשיב והדברים רמוזים כבר במהרי"ק אך ברמ"א לא חילק בין הלואה לשאר תביעות). (פ"א, ה').

16. שילוב של הבדל במקום והבדל בסוג בית הדין: כששניהם מאותה עיר זכות התובע לכל בי"ד חשוב אך בשני מקומות זכות תובע לדון בעירו רק אם דרגת הבי"ד כמקום הועד או בי"ד הגדול (שילוב של הסבר השיבת ציון עם חילוק המבי"ט ניתן להכניסו בדוחק גם לרמ"א). (פ"א, ג').

בדעת הרמ"א מתאימים ההסברים שהחילוק הוא בין מקום אחד לשני מקומות וההסברים שהחילוק תלוי בתקופה (14-9, 3, 2) הסברים 16, 8, ניתן בדוחק להתאים לרמ"א ושאר ההסברים לא מתאימים לרמ"א.

מרבית ההסברים מתאימים לשיטת הגר"א, העיטור והירושלמי שזכות הנתבע מעיקר הדין מכח מוחזקותו אך הבאנו הסברים שיתאימו גם לשיטות אחרות.

לשיטת הלבוש וכנסת הגדולה שהתובע הולך אחר הנתבע כתקנה מחשש לרמאות ותביעת סרק הבאנו שלשה הסברים (2, 6, 13).

לשיטת המהרשד"ם שזו תקנה לטובת הצבור למנוע קטטות הבאנו הסבר מס' 14 (ואולי הוא מתאים למהריב"ל).

ולשיטת מהריב"ל שזו תקנה לטובת התובע שהנתבע יציית לדין הבאנו הסבר מס' 1.

מגוון האפשרויות מעורר הרבה נפ"מ אך מרביתם אינם מעשיות כי המנהג ממילא מבטל את זכות התובע ורק במקרים מעטים יתכן ויש לכך השלכות הלכה למעשה אך אין בכך כדי להפחית מחשיבות העמל והיגיעה בברור הסוגיא להגדיל תורה ולהאדירה.