

## מעשה דרבא בר שרשום

”רבא בר שרשום נפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי...” (בבא בתרא לב:).

הגמרא בפרקנו מספרת על מקרה שאירע לרבא בר שרשום. אדם מסוים היה חייב לרבא בר שרשום סכום כסף. כדי להיות בטוח שהחוב ייפרע, לקח רבא בר שרשום מאותו אדם קרקע כמשכון. במשך מספר שנים הוא אכל את פירות הקרקע, ובדרך זו גבה את חובו. בינתיים מת בעל הקרקע, והותיר אחריו יתומים. כעת הגיע הזמן להחזיר את הקרקע ליתומים.

אולם, רבא בר שרשום החליט לא להחזיר את הקרקע. לטענתו, אביהם של היתומים היה חייב לו סכום כסף נוסף. אילו היה מחזיר את הקרקע ליתומים, ורק אחר כך תובע מהם את החוב – הוא היה נאלץ להישבע לפני שיגבה את חובו, שכן ”הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה”. כמו כן, היה עליו לחכות עד שהיתומים יגדלו, ורק אחר כך יוכל לדון איתם בבית דין. כיוון שכך, הוא העדיף להסתיר את העובדה שהקרקע בידו רק בתורת משכון, ולהחזיקה בידו לפרק זמן נוסף. בזמן זה הוא יאכל מפירות הקרקע כנגד החוב, ובדרך זו יגבה את החוב הנוסף ללא צורך בשבועה. לאחר שיסיים לגבות את החוב, הוא יהיה נאמן לטעון שגבה את הפירות בתמורה לחובו, במיגו שהיה יכול לומר שהקרקע היא שלו.

אלא שרבא בר שרשום לא הביא בחשבון נתון נוסף. כפי שציטטנו מהגמרא, יצא קול שהקרקע שייכת ליתומים ואיננה שלו. אביי פסק, שמחמת אותו קול רבא בר שרשום איננו נאמן לטעון שהוא קנה את הקרקע. כיוון שכן, עליו להחזיר את הקרקע ליתומים, אף שהדבר יפגע באפשרויות הגבייה של חובו.

התיאור שהבאנו עד כה הוא המפורש בסוגיה. אולם, ישנם נתונים נוספים שאותם אין הסוגיה מבארת. לא ברור בסוגיה האם ידוע לנו על פי עדים שאביהם של היתומים היה בעל הקרקע, או שאנו יודעים זאת רק על סמך הקול. כמו כן לא מבואר האם הייתה לרבא בר שרשום חזקת ג' שנים בקרקע. ואם הייתה לו חזקת ג' שנים – האם היא התרחשה עוד בחיי האב, או רק לאחר מותו.

הרמ”ה מעלה את כל האפשרויות הנ”ל כתרחישים אפשריים לביאור הגמרא:

”האי מעשה איכא לאוקומיה בין בדאכלה לארעא שני חוקה בחיי אבוהון, בין לאחר מיתת אבוהון, בין דלא אכלה שני חוקה כלל” (נד רמ”ה בבא בתרא פ”ג ס”י נא).

אם נפרש שלא הייתה לרבא בר שרשום חזקת ג' שנים, יש לפרש בהתאם לכך שלא הייתה לאביהם של היתומים חזקת מרא קמא. שהרי, אילו היה ידוע לנו שהאב הוא המרא קמא, לא היה רבא בר שרשום נאמן לטעון שהקרקע שלו; ואילו בסוגיה מבואר, שהקול הוא שמנע מרבא בר שרשום לטעון שהקרקע שלו, ואילו הקול הוא היה נאמן.

לפי הפירוש השני שמעלה הרמ"ה, רבא בר שרשום החזיק בקרקע שלוש שנים לאחר מות האב. שנות החזקה האלה אינן יוצרות חזקת ג' שנים, שהרי "אין מחזיקין בנכסי קטן" (כתובות יז:). לכן, גם כאן הוא איננו נאמן לטעון שהקרקע שלו כנגד חזקת המרא קמא, וגם כאן יש לפרש שלא ידוע לנו שהאב הוא המרא קמא. כך פירש הרמב"ם את הסוגיה (הל' טוען ונטען פ"ד ה"ח).

בפירוש השלישי לסוגיה היו לרבא בר שרשום שלוש שנות חזקה בקרקע עוד בחיי האב. לפי פירוש זה הוא יהיה נאמן לטעון שהקרקע שלו, אף כנגד חזקת מרא קמא. אם נקבל פירוש זה, מסתבר לפרש שאכן ידוע על פי עדים שהאב הוא המרא קמא, ורבא בר שרשום נזקק לחזקת ג' שנים כדי להתגבר על חזקת האב. זוהי דעת הראב"ד בפירוש הסוגיה (השגות הראב"ד על הרמב"ם שם, וכן ברשב"ם ד"ה לקוחה היא בידו).

### חיוב שבועה על קרקעות

כאמור, מטרתו המרכזית של רבא בר שרשום הייתה לגבות את חובו ללא שבועה. אילו היה מחזיר את הקרקע ורק אז תובע את חובו, היה עליו להישבע כדי להיפרע מן היתומים. כעת, כאשר הקרקע בידו, הוא נאמן במיגו שהיה יכול לטעון שהקרקע שלו. מיגו זה מסיר מעליו את חיוב השבועה.

הראשונים התקשו להבין מדוע המיגו כאן פוטר אותו משבועה. הקושיה מבוססת על הבנתם את אופן פעולת דין מיגו. הנאמנות מדין מיגו מבוססת על כך שהוא היה יכול להשיג את אותה התוצאה על ידי טענה טובה יותר. לא ייתכן שמיגו יעניק לאדם כוח נאמנות הגדול מזה של הטענה האלטרנטיבית עליה מבוסס המיגו.

במקרה שלנו, רבא בר שרשום ביסס את המיגו על כך שהיה יכול לטעון שהקרקע שלו. אך אפילו אם היה טוען זאת – היה עליו להישבע שבועת היסת כנגד תביעת היתומים. לכן, גם כעת, כאשר הוא טוען שגבה את חובו מפירות הקרקע, אין בכוחו של המיגו לפטור אותו כליל, והוא אמור להתחייב לכל הפחות בשבועת היסת. מדוע אם כן חשב רבא בר שרשום שהמיגו יפטור אותו משבועה?

## הרשב"ם מציע תירוץ לשאלה זו:

"מהימנא בלא שבועה, דאין נשבעין על הקרקעות"  
(רשב"ם בבא בתרא לג. ד"ה מהימנא).

הרשב"ם מתבסס בדבריו על המשנה במסכת שבועות (מב:), הקובעת שאין חיוב שבועה על קרקעות. לדעת הרשב"ם, דין זה נכון בכל סוגי השבועה, ובכללם שבועת היסת.

התוספות חולקים על הרשב"ם. לדעתם, בשאלת חיוב שבועה על קרקעות יש לחלק בין שבועות דאורייתא ושבועות דרבנן. דין המשנה שאין נשבעים על קרקעות מתייחס רק לשבועות שחיובן מדאורייתא. שבועות שחיובן מדרבנן ניתן להישבע אף על קרקעות:

"דנהי דאין נשבעין על קרקעות מדאורייתא, מדרבנן נשבעין"  
(תוספות בבא בתרא לג. ד"ה מיגו).

התוספות מביאים ראיה לשיטתם מהגמרא במסכת כתובות. על פי המשנה שם (זפ), אישה שכבר גבתה חלק מכתובתה ובאה לגבות את שארית הסכום, חייבת להישבע לפני הגבייה. הגמרא מביאה את דעת רמי בר חמא, הסובר שמדובר בשבועה דאורייתא של מודה במקצת. אך רבא דוחה את דבריו:

"אמר רבא: שתי תשובות בדבר... ועוד, אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות"  
(כתובות זפ:).

כיוון שקרקעותיו של הבעל משועבדות לכתובה, שבועה על הכתובה נחשבת כשבועה על קרקעות. כפי שראינו, המשנה במסכת שבועות קובעת שאין נשבעים על קרקעות. מכאן מסיק רבא שלא ייתכן שמדובר כאן בשבועה דאורייתא. לדעת רבא, שבועתה של הפוגמת כתובתה היא מדרבנן בלבד. ההנחה העומדת בבסיס שיטתו של רבא היא שאמנם אין שבועה על קרקעות בשבועות דאורייתא, אך בשבועות דרבנן, כגון שבועת הפוגמת כתובתה, ניתן להישבע אף על קרקעות. דבריו של רבא הם המקור לשיטת התוספות, שפטור קרקעות משבועה הוא רק בשבועות דאורייתא.

גם במסגרת השבועות דרבנן קיימים סוגים שונים. חלק מן השבועות שחיובן מדרבנן מקורן כבר במשנה. שבועת הפוגמת כתובתה היא דוגמה לכך. שבועות אלה

מכונות 'שבועת המשנה', ובדינים מסוימים הן חמורות כשבועות שחיובן מן התורה, כגון לעניין הצורך בנקיטת חפץ. לעומת זאת, חיוב שבועת היסת איננו מן המשנה, אלא זוהי תקנה של רב נחמן מתקופת הגמרא (בבא מציעא ה.). שבועה זו קלה יותר בדינה.

התוספות אינם מחלקים בדבריהם בין סוגים שונים של שבועות דרבנן<sup>1</sup>. לכן הם יכולים להביא ראיה משבועת פוגמת כתובתה, שהיא שבועת המשנה, לשבועת היסת, עליה מדובר בסוגייתנו. אולם, מסברה ניתן לחלק ביניהן. ייתכן שחיוב שבועה על קרקעות קיים דווקא בשבועת המשנה, שהיא שבועה חמורה. בשבועת היסת, שהיא שבועה קלה, לא יהיה חיוב להישבע על קרקעות<sup>2</sup>.

מאיזדך, ניתן גם להעלות סברה הפוכה. כפי שראינו, בשבועות דאורייתא מוסכם על כולם שיש פטור בקרקעות, על פי המשנה במסכת שבועות. ייתכן שפטור זה יהיה קיים גם בשבועת המשנה, שהיא דומה בדינה לשבועת התורה. לעומת זאת, בשבועת היסת, שחיובה מנותק משבועות התורה, החיוב יתקיים גם ביחס לקרקעות<sup>3</sup>.

האור זרוע מביא את דברי הגאונים, אשר הצביעו על חילוק נוסף בין חיוב השבועה בפוגמת כתובתה לבין השבועה שעליה מדובר אצלנו. שבועתה של הפוגמת כתובתה איננה מתייחסת באופן ישיר לקרקע. השבועה היא על החוב, אלא שהיא נחשבת כשבועה על כפירת קרקעות כיוון שהקרקעות משועבדות לאותו חוב. בניגוד לכך, אצלנו השבועה מתייחסת לגוף הקרקע; עליו להישבע שהקרקע שייכת לו. לדעת הגאונים, יש הבדל בדין בין שני המקרים:

- 1 מצאנו מקורות נוספים המתייחסים באופן כללי לכל השבועות דרבנן, מבלי לחלק. עיין למשל שבועות מא. "מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן"; וכתובות פח., רש"י שם ד"ה לידי שבועה דאורייתא ותוספות ד"ה מייתי.
- 2 ייתכן שנוכל לקבל הצעה זו, אך לבסס אותה על סברה שונה. כדי לבאר זאת, יש להבין מה יסוד הפטור משבועה בקרקעות. ניתן להבין, שהתורה האמינה לאדם בשבועה רק על נכסים הנמצאים ברשותו. קרקע איננה נחשבת ברשותו של האדם, לכן מושג השבועה לא שייך לגביה. קביעה זו נכונה ביחס לשבועות דאורייתא, וכן ביחס לשבועת היסת, שהן כולן שבועות של הנתבע. לעומת זאת, שבועת המשנה היא בדרך כלל שבועה של התובע. בשבועה זו אין בעיה להישבע אף כשהנכס איננו ברשותו, ולכן ניתן להישבע גם על קרקעות.
- 3 עיין למשל רא"ש כתובות פ"ט סי' כ"ה בשם הר"ף בתשובה, הכותב ששבועת המשנה הופכים על החשוד לעומת שבועת היסת שלא הופכים, כיוון שתקנתא לתקנתא לא עבדינן.

"ומה שפסקו רבותי הגאונים דנשבעין מדבריהם – דוקא על כפירת שעבוד קרקעות, דשבועה לאו על גוף קרקע כי אם על כפירת המטלטלין" (אור זרוע בבא מציעא פ"א ס' ט').

לפי הגאונים, הפטור משבועה בקרקעות כולל שני דינים:

א. פטור משבועה כאשר השבועה עצמה מוסבת על קרקע.

ב. פטור משבועה כאשר הסיבה שמחמתה נשבעים קשורה בדרך כלשהי לקרקע<sup>4</sup>.

הפטור בשבועה המוסבת על קרקע הוא פטור כללי, בין משבועות דאורייתא ובין משבועות דרבנן. לכן, רבא בר שרשום לא היה מחויב להישבע על טענתו שהקרקע שלו. לעומת זאת, הפטור משבועה שסיבת החיוב בה קשורה לקרקע הוא רק בשבועות דאורייתא. בשבועות דרבנן, יש חיוב להישבע אף אם המחייב קשור לקרקע. מטעם זה ניתן לחייב את הפוגמת כתובתה להישבע מדרבנן, אף שמדובר בשבועה על שעבוד קרקעות<sup>5</sup>.

מסברה ניתן היה להציע חילוק בין שבועת המשנה לשבועת היסת, בדומה לזה שהצענו לעיל. לדעת הגאונים, כאשר תוכן השבועה מתייחס לקרקע קיים פטור משבועת המשנה. ניתן להציע, בשונה מדעתם, שפטור זה קיים דווקא בשבועת המשנה. בשבועת היסת יהיה חיוב אפילו כאשר השבועה היא על קרקע ממש.

### נימוקים נוספים לפטור משבועה

כאמור, התוספות סוברים שהפטור משבועה בקרקעות איננו קיים בשבועות דרבנן. לפי שיטתם יש להבין מדוע רבא בר שרשום נפטר משבועה. הם מציעים את ההסבר הבא:

"ויש לומר, דאין נשבעין שבועת היסת אלא היכא דטעין ברי, אבל הכא לאו טענת ברי הוא, שאין ודאי ליתומים שקרקע זו אינה לקוחה בידו" (תוספות בבא בתרא לג. ד"ה מיגו).

4 עיין שבועות לז: בתוספות ד"ה ואין, רמב"ן ד"ה אלא משום ורשב"א ד"ה הא דאמרין, השואלים כיצד ייתכן חיוב שבועת מודה במקצת מדאורייתא, הרי מדין תורה יש שעבוד קרקעות גם במלווה על-פה. הראשונים שם מציינים גישות שונות בנוגע למידת הזיקה אל הקרקע הנדרשת כדי להחשיב זאת ככפירת שעבוד קרקעות.

5 האור זרוע עצמו הסתייג מהאפשרות להחמיר בשבועה דרבנן יותר מבשבועה דאורייתא, עיי"ש.

לדעת התוספות יש צורך בטענת ברי כדי לחייב בשבועה. טענת היתומים הייתה טענת שמא בלבד, ולכן רבא בר שרשום היה פטור מלהישבע.

הרמ"ה סבר גם הוא שהפטור משבועה נובע מחסרון בטענה. אך קיים הבדל בין דבריו לבין דברי התוספות:

דאפילו שבועת היסת נמי ליכא. וטעמא דמילתא, משום דיתמי קטנים הוו, ואין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן<sup>5</sup>  
 ניד רמ"ה בבא בתרא פ"ג סי' נב.

לדעת הרמ"ה טענת קטן לעולם איננה יכולה לחייב שבועה, אפילו אם היא טענת ברי. זאת בניגוד לתוספות, אשר הבינו שעקרונית יש בכוחה של טענת קטן לחייב שבועה. לפי התוספות הפטור בסוגייתנו נבע מכך שבפועל הטענה שנקטו היתומים הייתה טענת שמא; הם לא ידעו בוודאות שאביהם לא מכר את הקרקע לרבא בר שרשום.

גם הרמב"ם נדרש לשאלת חיוב שבועת היסת בטענת קטן:

דורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה, אבל שבועת היסת נשבעין... שלא יהיה זה נוטל ממונו כשהוא קטן וילך לו בחנם, ולזה דעתי נוטה ותקון עולם הוא<sup>6</sup>  
 (רמב"ם הל' טוען ונטען פ"ה ה"ט).

הרמב"ם פוסק שטענת קטן מחייבת בשבועת היסת. אולם, הוא מבאר שחיוב זה יסודו בתקנה, משום תיקון העולם. מעיקר הדין אין חיוב שבועה בטענת קטן, כשיטת הרמ"ה.

הרא"ש (פ"ג סי' י"ז) חלק על שיטת התוספות והרמ"ה. לדעתו, גם כאשר התובע הוא קטן ניתן לחייב שבועה, ואפילו אם הקטן אינו יודע לטעון טענת ברי. כיוון שאביהם – אילו היה בחיים – היה יכול לטעון טענת ברי, אנו מפעילים את דין 'טענינן', וטוענים עבור היתומים שהקרקע היא שלהם<sup>6</sup>.

מדוע לדעת התוספות אין מפעילים כאן את דין טענינן? ייתכן שלדעת התוספות דין 'טענינן' מועיל רק לממון המוחזק בידם. דין זה הוא ביסודו כלי הגנת, ולא ניתן להיעזר בו כדי להוציא ממון הנמצא בידי אחרים. אצלנו, היתומים מעוניינים להוציא

6 הרא"ש מיישם כאן את דין 'טענינן', המאפשר לבית הדין לטעון עבור אדם שאיננו מסוגל, מסיבות שונות, לטעון את טענתו לעצמו (עיין למשל כתובות לו.).

את הקרקע מתחת ידו של רבא בר שרשום. כיוון שכך, הם אינם יכולים להיעזר ב'טענינן'.

ניתן להציע הסבר חלופי לדעת התוספות. אפילו אם לדעתם ניתן לומר 'טענינן' כדי להוציא ממון, ייתכן שאי אפשר לחייב שבועה על סמך טענה זו. טענה הנוצרת מדין 'טענינן' היא טענת שמא בלבד, ואין בכוחה לחייב שבועה.<sup>8</sup>

ראינו עד כה שתי תשובות לשאלה מדוע נפטר רבא בר שרשום משבועה. ראשונים אחרים העלו תירוץ נוסף לשאלה זו. תירוצם מבוסס על הפירוש לפיו הייתה לרבא בר שרשום חזקת ג' שנים בקרקע. לדעת אותם ראשונים, חזקת ג' שנים פוטרת את המחזיק משבועה. הסבר זה מופיע בעיטור בשם הגאונים:

“כל חוקה שבעולם אין עליה שבועה, ולכך נקראת חוקה – שהיא חוקה כשמה, שאין על המחזיק שבועה”  
(העיטור 'מחאה' מח: במהדורת רמ"ו).

לדעת הגאונים, עוצמתה של החזקה היא הפוטרת את המחזיק משבועה. ניסוח אחר מופיע ברמב"ן, אשר אף הוא סבר שחזקת ג' שנים פוטרת משבועה:

“ואיכא מאן דאמר, אפילו טענו נמי ברי פטור, דכיון דאכלה שני חוקה – כמאן דנקיט שטר דמי”  
(רמב"ן בבא בתרא לג. ד"ה אמור רבנן).

חזקת ג' שנים מאפשרת למחזיק לטעון שהיה בידו שטר מכירה על השדה, והשטר אבד. כיוון שכך, החזקה שקולה לשטר. כשם שאדם המחזיק בשטר מכירה על השדה פטור משבועה, כך גם חזקת ג' שנים פוטרת משבועה.

חשוב לציין, ששיטת העיטור והרמב"ן איננה מוסכמת. הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פ"א ה"ב) חלק על ראשונים אלה. לדעתו, חזקת ג' שנים איננה פוטרת משבועת היסת, ואף על פי שהחזיק שלוש שנים בקרקע – עליו להישבע.

### תפקיד הקול בסוגיה

למסקנת הסוגיה, רבא בר שרשום איננו נאמן לטעון שהקרקע לקוחה בידו, כיוון שיצא עליה קול שהיא שייכת ליתומים. בדברי הגמרא לא מבואר מה תפקידו של הקול,

7 עיין שו"ת ר"י מיגאש סי' קכ"א, ריטב"א בבא בתרא כג. ד"ה זאת אומרת, ש"ך חו"מ סי' ע"ב ס"ק קמב.  
8 עיין שיטה מקובצת כתובות טו: ד"ה ורש"י, ו'קצות' סי' פ"ב ס"ק יב.

וכיצד הוא מונע מרבא בר שרשום לטעון לבעלות על הקרקע. הראשונים העלו תשובות שונות ומגוונות לשאלה זו.

הרשב"ם פירש בסוגיה שהייתה לרבא בר שרשום חזקת ג' שנים. לדעתו, תפקיד הקול הוא לערער על חזקה זו:

”וכיון שידעת דאית קלא עלך דארעא דא משכנתא היא גבך ולא לקוחה – אין לך מחאה גדולה מו”  
 (רשב"ם בבא בתרא לג. ד"ה אמר ליה).

לדעת הרשב"ם, הקול משמש כמחאה, המערערת על חזקתו של רבא בר שרשום בקרקע<sup>9</sup>.

לפי הרשב"ם, אפילו אם היה טוען שהקרקע שלו – הוא לא היה נאמן, כיוון שאין לו חזקה בקרקע. התוספות סברו שהקול איננו בא לערער את חזקתו של רבא בר שרשום, אלא את המיגו שעליו הוא התבסס. אילו היה טוען שהקרקע שלו – הוא אכן היה נאמן. אך הוא אינו יכול לבסס את המיגו שלו על טענה זו. הטענה שהקרקע שייכת לו דורשת ממנו העזה מיוחדת, כיוון שבכך הוא יוצא נגד הקול הקובע שהקרקע היא של היתומים. טענה הכרוכה בהעזה, אינה יכולה להוות בסיס למיגו. אי אפשר לומר שהוא נאמן מתוך שהיה יכול לטעון שהקרקע לקוחה בידו, כיוון שהוא מעדיף לטעון את הטענה החלשה יותר ולא להזדקק להעזת פנים<sup>10</sup>.

התוספות כאן נאמנים לשיטתם במקומות רבים, שאין אומרים מיגו דהעזה. דין זה איננו מוסכם בין הראשונים. הרמב"ן (בבא מציעא ג. ד"ה חזקה) חולק, וסובר שאומרים מיגו דהעזה. אולם, לדעת הרמב"ן מיגו דהעזה מועיל רק בממון. הוא אינו מועיל כדי לפטור משבועה, ולכן בסוגייתנו יודה הרמב"ן לתוספות שאין אומרים מיגו דהעזה.

9 לעיל בשיעור בעניין יסודות חזקת ג' שנים (עמ' 7) ראינו שקיימות שתי הבנות בסיסיות באופן פעולת החזקה. אפשרות אחת היא שעצם המוחזקות בקרקע היא הראיה לטובת המחזיק, אלא שהמרא קמא יכול לערער על המוחזקות בטענת "אחוי שטרך". לפי האפשרות השנייה, עיקר הראיה היא בחוסר המחאה של המרא קמא. ייתכן שהקול מספיק כדי להפר את המצב של חוסר מחאה, אך אין הוא נחשב כמחאה חיובית המחייבת את המחזיק לשמור על שטרו.

10 התוספות סוברים שמצב של העזה הוא כאשר בעל דינו מכיר בשקר. זאת בשונה מרש"י, הסובר שהעזה היא דווקא כאשר הצד שכנגד עשה לו טובה. עוד בעניין מיגו דהעזה עיין להלן בשיעור בעניין 'נהו עיזי דאכלו חושלי', עמ' 167.



כל ההסברים שהעלינו עד כה מבינים שאין לקול תפקיד בירורי. תפקיד הקול הוא רק לערער על אחד הגורמים שעליהם הסתמך רבא בר שרשום – החזקה או המיגו. הבנה שונה נמצאת בדברי הרמ"ה:

"אלא על כרחיך כי אהני לן קלא למהוי להו ליתמי ראייה דהאי ארעא דיתמי היא"  
(יד רמ"ה בבא בתרא פ"ג ס"י נא).

מבין הפירושים השונים לסוגיה, הרמ"ה בחר לפרש שמצד אחד לא הייתה לרבא בר שרשום חזקת ג' שנים בקרקע, ומאידך, לא הייתה כל ראייה לכך שקרקע זו הייתה שייכת לאביהם של היתומים. רבא בר שרשום סבר שהוא יוכל להחזיק את הקרקע בידו, לא על סמך ראיות כלשהן לטובתו, אלא מחמת חוסר הראיות של הצד שכנגד. תפקיד הקול בסוגיה הוא להוות ראייה לטובת היתומים. הקול נחשב כראיה לכך שהקרקע שייכת ליתומים, והוא מונע מרבא בר שרשום להמשיך ולהחזיק בקרקע.

כיוון שהקול משמש כראיה, עליו להיות קול חזק ומבוסס במיוחד. ואכן, הרמ"ה כותב שמדובר בקול שלא פסק ושהחזק בבית דין (קריטריונים המבוארים בגמרא גיטין פט). בכך שונה שיטת הרמ"ה משיטות הראשונים שראינו לעיל. לפי אותן שיטות, הקול איננו מהווה ראייה חיובית אלא רק מערער על טענתו של רבא בר שרשום. ייתכן שלפיהן גם קול מעומעם יותר יוכל להועיל.

הרמב"ן הציע הסבר נוסף לתפקידו של הקול בסוגיה:

"דבעית לאיתווי סהדי שהחזקת בה בחיי אבוהון, ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין,  
כיון דאיכא קלא דדיתמי הוה" (רמב"ן בבא בתרא לג. ד"ה אמר ליה).

לדעת הרמב"ן הקול מגדיר את היתומים כבעלי דין ביחס לקרקע העומדת לדיון. הגדרתם של היתומים כבעלי דין מחייבת את רבא בר שרשום להביא את עדיו בפניהם, על פי הכלל "אין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין". כיוון שמדובר ביתומים קטנים, הם אינם ראויים לעמוד לדיון. רבא בר שרשום ייאלץ לחכות עד שיגדלו כדי להביא את העדים בפניהם.

### גביית חוב מיתומים

הרמב"ן מתייחס בדבריו לבעיה הקיימת במקרה של גביית חוב מיתומים קטנים. קבלת העדים צריכה להתבצע בפני בעל דין, וקטן איננו נחשב כבעל דין שניתן לקבל את

העדים בפניו. אולם, ייתכן שיש בעיה עקרונית אחרת בעצם גביית החוב מן היתומים. הדבר יהיה תלוי במחלוקת האמוראים האם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא<sup>11</sup>.

סוגיית הגמרא העוסקת בנושא זה נמצאת במסכת בבא בתרא (קעה:). כידוע, כאשר אדם מלווה כסף לחברו, נכסיו של הלווה משתעבדים למלווה לצורך גביית חובו. לדעת רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש, תוקפו של שעבוד זה הוא מדאורייתא. לפי שיטתם, שעבוד הנכסים ממשיך להתקיים אף לאחר מותו של הלווה, ובאופן עקרוני ניתן לגבות את החוב מבניו היתומים. למעשה אין גובים את החוב, מחשש ל'צררי' – שמא הלווה הספיק לפרוע בחייו חלק מהסכום ללא ידיעת היתומים (כמבואר בגמרא שם קעד.).

החשש ל'צררי' איננו דין עקרוני, ובמקום בו חשש זה אינו קיים – ניתן לגבות את החוב מהיתומים. כך הוא המצב, למשל, כאשר הלווה מת לפני שהגיע זמן הפירעון. במקרה כזה אין חוששים שהוא פרע חלקים מחובו, שהרי "חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זימניה" (בבא בתרא ה:). לכן, לדעת רבי יוחנן וריש לקיש, ניתן לגבות את החוב מן היתומים במקרה זה.

לדעת רב ושמואל אין לשעבוד הנכסים תוקף דאורייתא. כיוון שכך, כאשר האב מת – בטל שעבוד הגוף מן התורה, וחכמים לא ראו לנכון להטיל שעבוד נכסים על כתפי היתומים.

כמובן, דיון זה מתייחס למקרה שבו התובע בא לגבות חוב מן היתומים. כאשר הוא איננו תובע מהם חוב אלא נכס השייך לו, אין בעיה עקרונית לגבות מהם נכס זה. במקרה כזה, הבעיה היחידה שבה ייתקל התובע היא זו שעליה דיבר הרמב"ן, דהיינו הצורך בקבלת העדים בפני בעל הדין.

כפי שראינו, הרמב"ן סובר שלא ניתן לגבות מהיתומים הקטנים, כיוון שהם אינם יכולים לתפקד כבעלי דין. קביעה זו שנויה במחלוקת תנאים במסכת בבא קמא (קיב). חכמים סוברים שהיתומים הקטנים אינם נחשבים כבעלי דין, ואי אפשר לקבל עדות בפניהם. סומכוס חולק, וסובר שניתן לקבל עדות גם בפני היתומים הקטנים.

## קבלת עדות שלא בפני בעל דין

מהו שורש הדין שאין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין? ניתן להבין שדין זה נועד להגן על הנתבע. לנתבע יש זכות לשמוע את העדים המעידים נגדו, ולנסות להכחיש את עדותם או לטעון כנגדם. קבלת עדים שלא בפניו שוללת ממנו זכות זו, ולכן היא אינה מתאפשרת.

אפשרות אחרת עולה בהמשך דברי הגמרא שם:

”ורבי יוחנן אמר: אין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין...  
אמר קרא: זוהו עד בבעליו ולא ישמרנו, אמרה תורה: יבא בעל השור ויעמוד על שורו”  
(בבא קמא קיב:).

הגמרא מביאה מקור מהכתוב לכך שלא ניתן לקיים שטר שלא בפני בעליו. ייתכן שגזירת הכתוב הזו איננה נקודתית לקיום שטרות, אלא היא המקור לדין הכללי שאין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין.

קיימים מקרים בהם שיקולים טכניים שונים מונעים את קבלת העדים בפני בעל הדין. בגמרא שם מבואר, שבמקרים אלה ניתן לקבל את העדים גם שלא בפניו. הרמב”ם פסק זאת בהלכות עדות:

”גם בדיני ממונות אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין; אם היה בעל דין חולה, או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים, ושלחו לבעל דין ולא בא – הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו”  
(רמב”ם הל’ עדות פ”ג הי”א).

מדברי הרמב”ם משתמע, שההיתר לקבל עדים שלא בפני בעל דין במקרים אלה קיים רק בדיני ממונות. בדיני נפשות, אפילו אם העדים חולים וכדו’ – לא ניתן לקבל את עדותם שלא בפני בעל הדין<sup>12</sup>.

הגרי”ד סולובייצ’ק הסביר, שהבדל זה בין דיני נפשות ודיני ממונות תלוי במקורות השונים לדין. עדות בדיני נפשות נחשבת כעדות המכוונת כלפי האדם. האדם הוא הנדון כאן, ובמקרה זה נאמרה גזירת הכתוב שראינו לעיל, על פיה לא מקבלים עדים שלא בפני בעל דין. גזירת הכתוב הזו קיימת גם כאשר העדים חולים וכדו’. בכל מקרה לא ניתן לקבל עדים שלא בפני בעל הדין.

בדיני ממונות המצב שונה. העדות כאן איננה מכוונת כלפי האדם אלא כלפי ממונו בלבד. גזירת הכתוב הנלמדת מהפסוק "והועד בבעלי" איננה מלמדת אותנו דבר ביחס למקרה זה. המקור לדרישה לקבל את העדים בפני בעל הדין הוא תקנה, שנועדה להגן על הנתבע ולשמור על זכויותיו. במקרים בהם אי אפשר לקבל את העדים בפניו, נוכל לוותר על דרישה זו. במקרים אלה נקבל את העדות אף שלא בפני בעל הדין, כמבואר בגמרא.

מקרה נוסף שבו ניתן לדון את בעל הדין שלא בפניו מובא בשלב מוקדם יותר באותה הסוגיה:

"תינוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חברו ואמר: 'שלי הוא' – אין אומרים 'נמתין עד שיגדיל', אלא מוציאין מידו מיד" (בבא קמא קי"ב).

על פי דברי הגמרא, ניתן להוציא מהקטן את הנכסים שהשתלט עליהם. זאת למרות העובדה שהקטן איננו נחשב כבעל דין, כפי שראינו לעיל. מדוע אין בעיה לדון שלא בפני בעל הדין במקרה זה?

ניתן לענות על שאלה זו בצורה פשוטה, אם נניח שישוד הדין הוא הגנה על זכויות הנתבע. במקרה שלנו מצטרף למערכת השיקולים גורם נוסף – העובדה שהקטן גזל את הקרקע. הרצון לפתור את בעיית הגזל מתגבר על הצורך להגן על הנתבע, ולכן אנו מוציאים אותו מן הקרקע, על אף שהדבר כרוך בעשיית דין שלא בפניו<sup>13</sup>.

ניתן גם להציע הבנה אחרת. ייתכן שהדרישה לדון לפני בעל הדין היא דרישה עקרונית, וגם במקרה של גזל לא ניתן להתעלם ממנה. אולם, דרישה זו קיימת רק ביחס לנתבע. כאשר הקטן השתלט על הקרקע, הוא הפקיע מעצמו את המעמד של הנתבע בדיון, ועבר לצד התוקף. ממילא, הקביעה שאין דנים שלא בפני בעל דין שוב איננה מתייחסת אליו, ואין בעיה לדון אותו.

### מדוע לא פירש רבא בר שרשום את טענותיו?

כאמור, בפניו של רבא בר שרשום ניצבו שתי דרכי פעולה אפשריות. דרך אחת היא להחזיר את הקרקע ליתומים, ואחר כך לתבוע את חובו. דרך זו הייתה מחייבת את רבא בר שרשום להישבע לפני הגבייה, ולכן הוא לא בחר בה. הדרך השנייה, שבה בחר

13 עיין בית יוסף חו"מ סי' כ"ח ד"ה ואם קבלו, ושו"ע שם סעי' טו בשאלה האם בדיעבד, כאשר כבר התקבלה עדות שלא בפני בעל דין, ניתן לדון על פיה או לא.

רבא בר שרשום, היא להחזיק את הקרקע בידיו ולאכול את פירותיה, ועל ידי כך לגבות את חובו. דרך זו הייתה מאפשרת לו לגבות את חובו ללא צורך בשבועה.

אולם, לכאורה עמדה בפניו דרך שלישית, אשר אף היא הייתה מאפשרת לו לגבות את חובו מבלי להישבע. כעת, כאשר הקרקע נמצאת תחת ידו, הוא היה יכול לתבוע את חובו מהיתומים. אילו היה עושה זאת, היינו מקבלים את טענתו, במיגו שהיה יכול לטעון שהקרקע לקוחה בידו. במקרה כזה הוא היה גובה את חובו מיד, במקום לחכות לפירות הקרקע. מדוע אם כן בחר רבא בר שרשום שלא לפרש את טענותיו?

רבנו יונה התמודד באריכות עם שאלה זו (עליות דרבנו יונה לג. ד"ה כי אמינא). הוא מסביר, שרבא בר שרשום לא היה יכול לגבות את חובו מהיתומים, אף על פי שהקרקע מוחזקת בידו. לדעת רבנו יונה, הבעיה נעוצה במיגו, אשר מטעמים שונים איננו מועיל במקרה זה. בדבריו הוא מפרט שלושה נימוקים אפשריים לכך שלא ניתן להפעיל כאן מיגו:

א. אין אומרים מיגו להוציא.

ב. אין אומרים מיגו מממון לממון.

ג. אין אומרים מיגו על משכון.

נבאר נימוקים אלה אחד לאחד:

א. אין אומרים מיגו להוציא. לדעת רבנו יונה, ניתן להפעיל מיגו רק כדי להחזיק בידיו את הממון שברשותו, ולא כדי להוציא ממון מן הצד שכנגד. אמנם, לא ברור שהמקרה שלנו הוא אכן מקרה של מיגו להוציא, כפי שעולה מדבריו של רבנו יונה:

”והאי נמי, אף על פי שיש שטר בידו, כיון שאין דינו לטול מן היתומים בלא שבועה, אם באת לומר שיטול בלא שבועה במגו – הוה ליה מיגו לאפוקי ממונא”  
(עליות דרבנו יונה לג. ד"ה כי אמינא).

רבנו יונה מפרש, שרבא בר שרשום החזיק בידיו את שטר החוב. במקרה רגיל, אדם המחזיק בשטר איננו נחשב כמוציא ממון. אדם זה יהיה נאמן במיגו, ואין הוא נתקל בבעיה של מיגו להוציא. אך במקרה שלנו, השטר איננו מוביל באופן ישיר לפירעון החוב. אף על פי שהשטר בידו, עליו להישבע לפני שיוכל לגבות את חובו. עובדה זו מספיקה כדי להגדיר אותו כמוציא ממון. ממילא, המיגו מוגדר כמיגו להוציא, והוא איננו נאמן.

מדוע אדם המחזיק בשטר איננו נחשב כמוציא ממון? התייחסות לשאלה זו נמצאת בדברי הרשב"א בתשובה:

“וטעמא דמילתא, משום דשטרא מוחזק הוא, וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה, ואוקומי ממונא הוא” (תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' קז).

על פי דברים אלה של הרשב"א, אדם המחזיק בשטר נחשב כמחזיק בממון הכתוב בשטר. לכן, כאשר הוא תובע ממון זה, אין הוא נחשב כמוציא ממון אלא כמעמיד את ממונו ברשותו.

מהמשך דברי הרשב"א משתמע נימוק שונה במקצת לדין זה:

“וכיון שכן, כל שהשטר מקויים – מוחזק ביד מלוה הוא, ובכדי לא מרעינן ליה ולא מפקינן ליה מחזקתיה” (שם).

השלב הראשון של הדיון איננו נוגע ישירות לממון אלא לכשרות השטר. כל שטר מקויים מוחזק בעינינו כשטר כשר. לכן, אין כל בעיה להיעזר במיגו כדי להעמיד את השטר על חזקתו. לאחר שהכשרנו את השטר, נוכל להשתמש בו אף כדי להוציא ממון, ולא ניתקל בבעיה של מיגו להוציא.

על פי ההסבר הראשון, השטר מגדיר מחדש מיהו המוחזק בדיון. בעל השטר הוא המוחזק, ולכן אין בעיה של מיגו להוציא. לעומת זאת, ההסבר השני מניח שהשטר איננו משפיע על מעמדו של המוחזק. בעל השטר איננו מוחזק, ואף על פי כן בכוחו להוציא ממון. מטרת המיגו הייתה להכשיר את השטר, ולאחר שיש בידינו שטר כשר ניתן להוציא ממון באמצעותו.

ב. אין אומרים מיגו מממון לממון. אדם נאמן במיגו רק כאשר הוא היה יכול להיות נאמן על אותו ממון בטענה אחרת. המיגו איננו מועיל לו ביחס לממון מסוים, כאשר הטענה האלטרנטיבית מתייחסת לממון אחר.

על פניו נראה שהמקרה שלנו הוא מקרה של מיגו מממון לממון. טענתו של רבא בר שרשום מתייחסת לכסף שהיתומים חייבים לו, ואילו הטענה האלטרנטיבית עליה מבוסס המיגו מתייחסת לקרקע. אולם, תיאור זה של המצב איננו מדויק. שהרי רבא בר שרשום מעוניין לגבות את חובו מאותה הקרקע. ניתן אם כן לומר ששתי הטענות מתייחסות לאותו הממון – הקרקע, ואין כאן מיגו מממון לממון.

רבנו יונה מסביר מדוע המקרה שלנו נחשב מיגו מממון לממון, ואי אפשר לומר שמדובר על אותו הממון:

”שאי אפשר לומר כן, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין בה תפיסה בתורת משכון”  
(עליות דרבנו יונה בבא בתרא לג. ד”ה כי אמינא).

אילו רבא בר שרשום היה מחזיק במיטלטלין כמשכון, לא הייתה לו בעיה של מיגו מממון לממון. המיטלטלין נמצאים ברשותו כדי לגבות מהם את החוב, וטענתו נחשבת כטענה על אותם המיטלטלין. אולם, לא ניתן לומר זאת כאשר הוא מחזיק בידו קרקע. הקרקע איננה נתפסת בתורת משכון, והיא נחשבת ברשות היתומים אף כשהיא תחת ידו. כאשר הוא תובע את חובו, טענתו איננה מתייחסת לקרקע אלא לחוב, ויש בכך בעיה של מיגו מממון לממון.

ג. אין אומרים מיגו על משכון. לפי תירוץ זה, אפילו אם נכיר בתפיסת הקרקע כמשכון, המיגו לא יועיל לו להיפטר משבועה. תירוץ זה מבוסס על שיטת הגאונים, הסוברים שגביית חוב באמצעות משכון מחייבת תמיד בשבועה, ואפילו מיגו איננו יכול לפטור משבועה זו<sup>14</sup>.

14 להלן בשיעור בעניין 'הנהו עיזי שאכלי חושלי' נעסוק בהרחבה בשיטת הגאונים הזו.