

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

מחילה על זכות קניינית הפחותה מבעלות

ברוך כהנא



מורשת המשפט בישראל
ירושלים 2016
יוצא לאור בסיוע משרד החינוך והתרבות
מינהל התרבות

שער חמש עשרה : מחילה על זכות קניינית הפחותה מבעלות

התוכן

- פרק ראשון : מבוא 3
- פרק שני : קנין פירות 3
- פרק שלישי : שעבוד נכסים מכוח חוב 4
- פרק רביעי : משכנתא 11
- פרק חמישי : שכירות 13
- א. הסוברים שאין מועילה מחילה על זכות שכירות 13
- ב. הסוברים שמועילה מחילה על זכות שכירות 15
- ג. הבחנות שונות 18
- ד. שאילה 19
- פרק שישי : ארבע אמות בחצר 20
- פרק שביעי : נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג 21
- פרק שמיני : זיקת הנאה 24
- פרק תשיעי : זכות קדימה 25
- א. הסוגיה בתלמוד במצרן - דרישת הקניין 25
- ב. מצבים שמועילה מחילת מצרן בלי קנין 28
- ג. זכות קדימה הנוצרת מכוח הסכם 29
- ד. זכות לקנות חזרה נכס שעוקל בגין חוב - "שומא הדרא" 30
- ה. זכות חייב לפדות משכנתא 30
- פרק עשירי : זכות קניין שמקורה בתקנת קהל 30
- א. תקנות ה"חזקות" 30
- ב. "חזקת היישוב" 33
- ג. "אורנדא" 33
- ד. זכות ירושה מכוח תקנת הקהל 34
- פרק אחת עשרה : מחילת בעל זכות קניינית פחותה לבעל זכות מקבילה באותו נכס 35
- פרק שתיים עשרה : סיכום 36

פרק ראשון: מבוא

כפי שראינו בשער ארבע עשרה, אין מועילה מחילה על בעלות בנכס לאדם אחר, מפני שהפעולה המשפטית המתאימה להעברת בעלות היא הקנאה ולא מחילה. מתעוררת שאלה האם מועילה מחילה על זכות שיש לראובן על נכס של שמעון: האם זכות זו דומה לחוב, שמועילה מחילה עליו, או לבעלות, שאין מועילה מחילה עליו?

התשובה לשאלה זו, כפי שהיא עולה ממקורות המשפט העברי, היא שיש הבחנה בין זכות קניינית שיש לראובן בנכס של שמעון, היינו שיש לו זכות בגוף הנכס, לבין זכות שימוש (וכדומה) שאינה בגדר זכות בגוף הנכס של שמעון אלא רק שעבוד עליו. זכות מהסוג הראשון דומה לבעלות, ולכן אין מחילה מועילה עליה. לעומת זאת, זכות מהסוג השני דומה לחוב, ולכן מועילה מחילה עליה.

הסיבה להבחנה זו היא, שאם יש לראובן זכות בגוף הנכס של שמעון, הרי כדי שהזכות תעבור לשמעון, נחוצה הקנאה, ומחילה היא לא הכלי המתאים לכך; זו אותה סיבה שאין תוקף למחילת בעלות. לעומת זאת, אם אין לראובן קניין בגוף הנכס אלא רק שעבוד לשימוש בו, די בהסתלקותו של ראובן מזכותו, ובכך הזכות נעלמת, וממילא הנכס הופך להיות נכס שהוא בבעלות השלמה של שמעון, בלי "הפרעות".¹ הדבר שונה ממחילה על בעלות, שלא די בהסתלקות מבעלות כדי שהדבר יעבור לבעלות של אחר, מפני שלשם כך דרושה פעולה משפטית נוספת, של הכנסת הדבר לבעלותו של אחר.

במלים אחרות, במחילת בעלות, מטרת המוחל היא שהנכס יעבור לבעלותו של אחר, ולשם כך דרושה הקנאה, ולא די בפקיעת הבעלות (שאינו הנכס רק נעשה הפקר); ולכן מחילה אינה מועילה. לעומת זאת, במחילה על זכות של ראובן בנכס של שמעון, מטרתו של המוחל היא שתהיה לבעל הנכס בעלות מוחלטת בלי שתהיה "מופרעת" ע"י זכות של אחרים בה, ולשם כך די בפקיעת הזכות הטפלה, וממילא הבעלות של בעל הנכס הופכת למוחלטת בלי צורך בשלב נוסף; ולכן המחילה מועילה.

השאלה הקשה היא איך לסווג את הזכויות השונות שיכולות להיות לראובן בנכס של שמעון: כקניין בגוף הנכס, או כזכות שעבוד גרידא? בתלמוד מצאנו התייחסות לסוגים אחדים של זכויות קניניות, ובפוסקים הראשונים והאחרונים יש התייחסות לסוגים נוספים.

כמה מהזכויות שנמנה להלן אינן מוגדרות כ"זכויות קנייניות" במשפט בן ימינו. בכל זאת נדון בהן כאן, מפני שהן זכויות בעלות זיקה לנכסים.

ברוב סוגי הזכויות, המצב הוא כפי שתיארנו לעיל, שהזכות היא כלפי בעל הנכס, וגם המחילה היא כלפיו. יש בכך הקבלה שטחית למחילה על בעלות, שבה (בדרך כלל) מדובר במחילה למי שמחזיק את הנכס. אבל במצרנות וב"חזקות", הזכות היא כלפי אדם אחר שרוצה לקנות את הנכס, וגם המחילה היא כלפיו.

פרק שני: קניין פירות

"קניין פירות", במובנו הצר, פירושו זכות שיש לאדם לקבל פירות שיצמחו בקרקע של אדם אחר. במובנו הרחב, פירושו זכות שיש אדם ליהנות מרווחים שמניב נכס או משימוש בו, כאשר זכות הבעלות בנכס היא של אדם אחר.

כבר בתלמוד נזכרת האפשרות שבעל קניין הפירות ימחל על קניין הפירות שלו, לבעל קניין הגוף, כך שיוכל בעל קניין הגוף למכור את הקרקע לאדם שלישי.²

¹ שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי) ב"ב יב ע"א, אות ר"ב, מנסח זאת כך: כל קיומה של הזכות היא כשראובן מחזיק בה, כפי שמתבטא בהלכה שאם ראובן מפקיר את זכותו, לא ייתכן שאדם שלישי יזכה בה מהפקר, אלא הנכס שב להיות לגמרי של שמעון, בלי שעבוד עליו, כי ברגע שבעל הזכות מפקיר את זכותו, הזכות כבר אינה קיימת, ושמעון נחשב בעלים גמור בלי שום חסרון; והיות שכל קיומה תלוי בראובן, מועילה מחילתו עליה. לעומת זאת, אם יש לראובן קניין בגוף הנכס של שמעון, יש לקניין זה קיום עצמאי, ואם יפקיר אותו, יוכל אדם אחר לזכות בו, ולכן כדי להעביר את הקניין הזה לשמעון, לא מועילה מחילה בלבד, אלא דרושה הקנאה (כך נראית כוונתו).

² כך נאמר בב"ב קלו ע"ב על הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, שהדין הוא שיש לבן קניין הגוף ולאב יש קניין פירות עד מותו, ומכר הבן את הקרקע בחיי האב לאדם אחר, ומת הבן בחיי האב, שיש מקום לומר, שמן הסתם מניחים שהאב מוחל לבנו על קניין הפירות שלו בקרקע, והמכר מועיל; אבל המסקנה היא שאין מניחים מן הסתם שהאב מוחל.

מן האחרונים, ר' יעקב ריישר³ עוסק במי שמכר את חלקו בעליית ביתו לאחר, ושייר לעצמו זכות שימוש בחלקו לשעבר, והקונה הזיז את חומת הפרדה לתוך שלו, וטען שכיוון שהמוכר ראה ושתק, מחל; והוא דן בזה מצד מחילה. מכאן שמועילה מחילה על זכות שימוש בקרקע.

אבל ר' אפרים נבון⁴ כותב שאין מועילה מחילה על קניין פירות⁵.

כמו כן, נפסק שמי שקיבל מבעל קרקע **זכות לבנות** עליה (יבר רשות⁶) יש לו זכות קניינית בנכס, ועל כן הוא אינו יכול למחול על זכות זו, אלא עם קנין, שבה הוא משיב את הזכות הקניינית לבעליה⁷.

פרק שלישי: שעבוד נכסים מכוח חוב

הפוסקים כתבו כדבר פשוט שנושה יכול למחול לחייב על השעבוד שיש לו על קרקעותיו (של החייב) מכוח חובו, בלי למחול על החוב עצמו⁸. טעם הדבר, שדוקא על בעלות אי אפשר למחול, אבל לנושה אין בעלות מלאה על הנכס המשועבד, ולכן הוא יכול למחול על זכותו⁹.

³ שו"ת שבות יעקב, חלק א, סי' קס.

שו"ת מצוות כהונה, סי' לו, נימק את דבריו, שמאחר שיש לו רק קנין פירות, מועילה מחילה.

⁴ מחנה אפרים, הלכות עבדים, סי' א.

כמו כן, כתב קצות החושן, ק"ח, סי"א, שבחצר שאין בה דין חלוקה, שלכל שותף יש שעבוד (זכות שימוש) על חלקו של האחר, אין מועילה מחילה על השעבוד בלי מעשה קניין.

ראה גם שער ארבע עשרה, פרק חמישי, שבעל אינו יכול להסתלק מזכותו לפירות נכסי מלוג של אשתו הנשואה בלשון "דין ודברים אין ליי" בלי קנין. אבל שם הבאנו שיש אומרים שמועיל סילוק מבעלות בלשון ברורה.

כמו כן, דברות יוסף, קידושין, סי' כא עמ' קפה, כותב שמי שקנוי לו דקל לפירותיו, אינו יכול למחול על זכותו. הוא מסביר בכך את המאירי, שנביא בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [625], האומר שהטעם שאדון אינו יכול למחול לעבד עברי הוא כי גופו קנוי לאדון כמו דקל לפירותיו.

ראה גם הערה 58, שדרכי נועם כותב שבעל קנין פירות יש לו זכות מסוימת בגוף הנכס, אלא שאינו כקנין הגוף לגמרי, ולכן אין מועילה מחילה עליו (הוא דיבר על שכירות).

⁵ ראה פרק חמישי, שהוא פוסק על סמך זה, שאין מועילה מחילה על שכירות או על משכנתא.

הוא יוכל לדחות את ההוכחה מבי"ב שם על פי דרכו של קצות החושן, שהבאנו בשער ארבע עשרה, שזה לאו דוקא, שהרי מדובר במחילה מכללא, והכוונה היא שיש להניח שהאב נותן לבן **במתנה** את קנין הפירות שלו.

מקור נוסף הוא סוגיית כתובות פג ע"א, העוסקת בסילוק בעל מזכותו בפירות נכסי אשתו. אבל מה שנאמר שם שאין מועיל שהבעל יאמר "דין ודברים אין לי בפירותיך" בנכסי אשתו הנשואה, הוא חריג, מפני שהקניין שלו בעל תוקף מיוחד, ש"ידו כידה". גם דברי התלמוד שם על ארוסה, שמועיל לומר כך, אינם דוגמה לענייננו, מפני ששם הטעם הוא שזכות הבעל אינה קיימת עדיין.

⁶ ראה על כך: נ' זלצמן, "רישיון במקרקעין", הפרקליט כרך מב (תשנ"ה), עמ' 24.

⁷ ר' נתן חי, "יבר רשות" - מעמדו הלכתי וויתור עליו, משפטי ארץ ג (תשי"ע), עמ' 270.

⁸ תוס' ב"מ ד ע"ב (ד"ה אין, הראשון) (הובא בטור, חו"מ, פה, לח, ובשו"ת דברי משה (מזרחי), חו"מ, סי' יז, עמ' קסז), וב"ב קעה ע"א (ד"ה המלוה); רשב"ם ב"ב קלב ע"ב (ד"ה ומקולי); שו"ת הרשב"ש, סי' נ (מחילת אשה על שעבוד על קרקע המשועבדת לכתובה); שו"ת זכרון יהודה (בן הרא"ש), סי' עו (מחילת אשה על שעבוד על קרקע המשועבדת לכתובה, כשבעלה מכר את הקרקע); חידושי מהרי"ט, כתובות צה ע"א; בני אהרן, חו"מ, רמא (קכג ע"ב); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שיד (על שעבוד שיש למלוה על קרקע או איזה תביעה שהיה יכול לסלקו בממון); שו"ת תורת חיים (מהר"ש), חלק ב, סי' כ, וחלק ג, סי' סג (צו ע"ב) (גם לרא"ש); סמ"ע, סי' נז, ס"ק ב, וסי' רט, ס"ק כא; ש"ך, חו"מ, נז, ס"ק ב; בית מאיר, כתובות צה ע"א; שו"ת זכות אבות, סי' כב (כח ע"ב-ע"ג) (אפילו בעל פה, והוא מסביר בדף כט ע"ב שלכן מועילה מחילת אשה על כתובתה לבעלה).

שו"ת יגל יעקב (גוטליב), חו"מ סי' י (עמ' כד), כותב שהראשונים (שהבאנו בשער ארבע עשרה, הערה [387]); הוא מזכיר רק את ה"ין) המסבירים את המחילה בכתובות מד ע"א שהיא מחילה על אחריות מוכר לשפות את הקונה אם תיטרף ממנו, סוברים שמועילה מחילת שעבוד. אבל לגבי תוס' ב"מ שם, הוא מעלה אפשרות שהם סוברים שמועילה מחילת שעבוד רק בקנין.

ב' ליפשיץ, "מתנה לחודי" - בין קנין לבין התחייבות, דיני ישראל יב (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' קלז, מוכיח שכתובה היא חיוב ולא קנין של האשה (כפי שהיה משמע קצת משו"ת הרי"ף, בלגורי, סי' פג), מן ההלכה שאשה יכולה למחול על כתובה (ראה שער שלישי), והרי אי אפשר למחול על דבר שזכות הקנין בו שייכת למוחל.

על מחילת שעבוד נכסים ראה שער שישי בשם אוהל יהושע. ראה עוד שער רביעי, בענין מחילה על שעבוד נכס לחוב עתידי או מחילת שעבוד נכס שעוד לא קנה. על מחילת שעבוד נכסים נגד רצון החייב, ראה שער שלוש עשרה, ליד ציון הערה [21].

הכוונה היא לשעבוד על כלל נכסי החייב שנוצר מאליו ע"י יצירת החוב, כאשר הנושה מוחל על כל השעבוד, או רק על השעבוד של נכס מסוים¹⁰ או של נכסים מסוימים¹¹. על שעבוד מיוחד שמטילים

בכורי אברהם, ס"י ו (כד ע"ג), מקשה על האומרים שנושה יכול למחול על שעבוד קרקעות, הרי הקרקע אינה ברשותו של הנושה, כמש"כ תוס' ב"ב עו ע"ב (ד"ה קני), וא"א למחול דבר שאינו ברשותו (דברי קשים, שהרי כל חוב אינו ברשותו של הנושה ובכל זאת מועילה מחילה עליו). הוא מתרץ, שכמו שנגזל יכול להקנות את הדבר הגזול לגזלן עצמו, כי הדבר ברשות הגזלן (קצות החושן, לז, ס"ק י), כך הנושה יכול למחול לחייב עצמו, שהקרקע ברשותו.

הבחנות שונות: אמרי בינה, דיני דיינים, ס"י כ, אות יא, מסביר את דברי הדרישה (הערה 33) האומר שמחילת שעבוד צריכה קנין, שאם מחל (או הסתלק) ללווה, צריך קנין כי בלי קנין יחול השעבוד שוב כיון שהחוב נשאר; ורק אם מחל למי שקנה קרקע מהלווה, נפקע השעבוד מהקרקע בלי קנין (ורק אם אמר "דין ודברים אין לי", שהיא לשון גרועה, צריך קנין, כמו שכתב מהרי"ט, ליד ציון הערה 23). נראה שההבדל הוא, שביחסיו עם הלווה יש גם חיוב הגוף, וכיון שחיוב זה נשאר הוא גורר גם שעבוד נכסים, ומחדש את השעבוד אחרי מחילתו; אבל ביחסו עם הקונה יש רק שעבוד הנכסים וכשמחל עליו, הוא פוקע ואינו חוזר, כי כל תוקפו נבע מהזמן שהקרקע היתה בבעלות הלווה ועכשו כבר אינה בבעלות הלווה. צמצום זה של יכולת המחילה אינו יכול ליישב את סוגיית כתובות צה שנביא ליד ציון הערה 21, שהרי שם מדובר במחילה לקונה ולא לחייב. אולי הוא עושה הבחנה זו רק בדעת הדרישה, שהרי כאמור בהערה 23, לפני כן הביא פוסקים רבים שעולה מהם שמועילה מחילה ללווה על שעבוד (כגון אלה שעסקו במחילה אחרי מכירת שטר). מכל מקום, הפוסקים שהובאו בראש הערה זו עוסקים במחילה לחייב עצמו, ובכל זאת סוברים שמועילה מחילה (משמע - בלי קנין), שלא כדרישה.

אהלי אהרן ח"א ס"י נא, מוכיח מתוספות, כתובות צה ע"א (ד"ה וכו') (הובא בשו"ת מהר"ח אור זרוע סימן צו, בשו"ת באר יצחק, יורה דעה סימן יט, בנחל יצחק, סימן צה, סעיף א, ענף ד, ובדברי חיים דיני קידושין ס"י כג), שאם יש לנושה שעבוד חזק על נכס, שיכול לטרוף מלקוחות שיקנו את הנכס, אינו יכול להסתלק מהנכס, ואם אינו יכול לטרוף מלקוחות, כך ששעבודו חלש יותר, הוא יכול להסתלק.

תורת יקותיאל (כץ) בהקדמה, כותב שאם הנושה מחל לקונה הקרקע שלא יהיה לו עליו "דין ודברים" על השעבוד, מועיל כמו מחילה, בלי קנין, אבל אם סילק את עצמו מגוף השדה, צריך קנין, כי זה כמו סילוק בעלות. והוא כותב שיש הבדל בין שני האופנים אם הקונה מכר את הקרקע לקונה שני, והנושה טרף אותה מהשני: אם מראש הנושה סילק את עצמו מגוף השדה, הקונה הראשון יכול לטרוף מהנושה, ואילו אם מראש מחל לקונה, אינו יכול. אבל בית מאיר, כתובות צה ע"א, כותב שדבריו אינם מתקיימים מצד הסברא.

ראיות לדין זה: קרית מלך רב, הלכות זכיה, ג, ב (כה ע"ג), מוכיח מכתובות מד ע"א שמועילה מחילה על שעבוד גם כשיש שטר, שמכוחו יכול הנושה לטרוף מלקוחות שקנו את השדה מהחייב. נראה שהוא מתכוון להוכיח מן הראשונים, שהבאנו בשער ארבע עשרה, שפירשו את כוונת התלמוד שם, שקונה קרקע יכול למחול למוכר על האחריית המוטלת עליו, שאם תיטרף השדה מהקונה, יכול לחזור ולדרוש שיפוי מהמוכר; ואחריית זו כוללת זכות של הקונה לטרוף מנכסי המוכר גם אם מכר אותם ללקוחות אחרים. אבל ר"ב ליפשיץ דחה הוכחה זו, ששם מוחל הקונה על חיובו האישי של המוכר לשפותו אם תיטרף השדה, וממילא פוקע השעבוד; וזה פשוט שאם הנושה מוחל על החוב, פוקע גם השעבוד; אבל אין ללמוד משם שאפשר למחול על השעבוד בלי למחול על החוב.

ר"מ ברודו, בשו"ת פני משה, חלק א, ס"י פב (דף קצד [מסומן קפד] ע"ג), מוכיח שמחילה על שעבוד אינה צריכה קנין, שהרי הפוסקים הוכיחו שמחילה אינה צריכה קנין מקידושין טז ע"א, כפי שראינו בשער ארבע עשרה, ועולה משם שהמחילה באמירה היתה מועילה אילו היה לאדון רק שעבוד על העבד. גם נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ג, מזכיר את מה שעולה מקידושין, שם, שאילו היה רק שעבוד, היתה מועילה מחילה בדיבור. אבל ר"ב ליפשיץ העיר ששם השעבוד הוא חובת העבד לעבד, וזו אינה זכות קניינית, ואין ללמוד משם לשעבוד מכוח חוב, שהוא זכות קניינית.

גם מב"ב קלב ע"א מוכח שמועילה מחילה על שעבוד, שהרי נאמר שם שהכותב לבניו את נכסיו במתנה בפני אשתו, ושתקה, שתיקתה מוכיחה שהוא מוחלת על שעבוד כתובתה בנכסים אלו. כך פירש רשב"ם שם (ד"ה אבדה), שהמחילה היא רק על השעבוד ולא על עצם הכתובה. ושם זו מחילה מכללא.

⁹ שו"ת ר' עזריאל, חו"מ ס"י קסז, מסביר שגם לפי חידושי הריטב"א, קידושין יג ע"ב, שאומר שלפי הדעה ש"שעבודא דאורייתא", שעבוד הנכסים חל בתור קנין לחצאין - היות שהוא ברשות הנושה רק לחצאין, אפשר למחול עליו. הוא מוסיף שזה כמשכון, עד שיפרע הלווה, וחוב שיש עליו משכון אפשר למחול לפי הרבה פוסקים (ראה שער חמישי). אמנם הוא לא דיבר בפירוש על מחילת השעבוד, וייתכן שהוא מדבר על מחילת החוב, אבל הסברו טוב גם למחילת השעבוד גרידא.

¹⁰ אמרי בינה, דיני דיינים, ס"י כ, אות יא, כותב שמחילה על שעבוד של קרקע מסוימת מועילה גם אם נשאר שטר החוב בידי הנושה, וזאת גם לדעה (שראינו בשער שיש) שאין מועילה מחילה על חוב בשטר (בלי קנין) אם השטר נשאר בידי הנושה. עיין שם לטעמו (וראה שער שיש, ליד ציון הערה [65], פוסקים נוספים האומרים כך, ופוסקים האומרים כך גם אם מחל על שעבודו על כל נכסי החייב). ועיין שם, שהוא מביא מקורות לשאלה האם מוכר שטר חוב יכול למחול אח"כ ללווה על שעבוד של שדה מסוימת, כמו שהוא יכול למחול על החוב בכללו; ויש להוסיף את משנה למלך, מכירה, ל, ג, שכותב כדבר פשוט שהוא יכול, ודן רק האם הוא חייב לשלם על הנזק לקונה השטר.

כמו כן, קצוה"ח, סו, ס"ק לז, דן האם נושה שמכר את שטר החוב יכול למחול על שעבוד של קרקע אחת של החייב, בלי למחול על החוב (ומביא שחי' הריטב"א, מכות ג ע"א, כתב בשם הרא"ה שהוא יכול; על

החייב והנושה על אחד מנכסי החייב, ראה פרק רביעי, בעניין משכנתא, ובפרק זה, בעניין אפותיקי.

נושה שמחל לחייב על שעבוד הקרקע, עדיין נשאר עליו שעבוד מטלטלין, שהוא יכול לגבות מהם¹².

מועילה מחילה גם על שעבוד שיתכן שלעולם לא יגיע לידי גבייה, כגון מחילת אשה על שעבוד נכסי בעלה לכתובתה, שיתכן שתמות בחייו¹³.

נושה שהסתלק משעבודו על כל נכסי החייב, מחילתו מועילה רק לענין שאם מכר החייב את נכסיו, לא יוכל הנושה לטרוף מהקונה, זכות המבוססת על דין שעבוד, אבל הוא יכול לגבות מכל נכס שהחייב לא מכר ועדיין הוא אצלו, כי גבייה מנכס שברשות החייב אינה מכוח שעבוד אלא מכוח חובתו האישית של החייב לפרוע את חובו¹⁴.

דבריו ע"י אמרי בינה דיני הלואה סימן סג אות ט; ולעומתו בית מאיר, אהע"ז קה, ו, תולה דין זה בשיטות השונות מדוע מועילה מחילת המוכר על החוב, משמע שבמצב רגיל, שלא מכר את השטר, הוא יכול. אבל ראה הערה 33, שצריך לומר שמדובר שעשה קנין, שהרי לפי קצות החושן לא מועילה מחילת שעבוד נכסים בלי קנין.

אבל דרך משפט, ס"י כד, אות ה, מעלה אפשרות שאם מחל על שעבוד על קרקע אחת בלבד, לא מועיל, כי השעבוד חוזר וחל כיון שלא פקעה זכות הנושה בחוב לשעבוד נכסים.

¹¹ מהר"ם מלובלין, ב"מ ד ע"ב, כותב שלפי תוס', שבועות לו ע"ב (ד"ה ואין), מועילה מחילה על שעבוד של הקרקעות שביד החייב ("בני חורין") בלי למחול על שעבוד של קרקעות שנמכרו. אבל דרך משפט, ס"י כד, אות ה, מדייק מתוס' ב"מ ד ע"ב (ד"ה אין, הראשון), שלא מועילה מחילה מוגבלת כזאת (עיי"ש להוכחתו). עוד הוא מעיר שדרישה חו"מ פח, לח, כותב שכוונת תוס' בשבועות היא שמחל על השעבוד לגמרי. גם דורש משפט (ויצמח), פח, כח (עמ' תרכז-תרכח), כותב שתוס' ב"מ ושבועות מתכוונים שמחל גם על שעבוד קרקעות שנמכרו וגם על מה שביד החייב. ט"ז, חו"מ, ס"י פח, בסופו (הובא בדברי אליהו (חזן) ח"ג עמ' קמח, ובחיי אברהם (טייב), ב"מ ד ע"ב), כותב שתוס' התכוונו שהוא מוחל על היכולת לטרוף מלקוחות, ולא על בני חורין.

דרך משפט, ס"י כד, אות ז, מביא ראייה מהדין (שראינו בשער אחת עשרה, ליד ציון הערה [180]) שהנותן את נכסיו לבניו ונתן לאשתו קרקע כל שהוא, מניחים שמחלה על שעבוד הכתובה על נכסים אלו, אבל אם בעלה ישיג אח"כ נכסים חדשים, תוכל לגבות מהם את כתובתה - הרי שתיתכן מחילה על שעבוד של חלק מהקרקע. יש להעיר ששם זו מחילה מכללא.

דרך משפט שם, אות ח, מביא ראייה מהראב"ד המובא בשטמ"ק ב"מ סו ע"ב, האומר שאפותיקי מפורש, שבו הנושה יכול לגבות את חובו רק מקרקע מסוימת, פועל בצורה זו: המלוה "מחל כל שעבודו חוץ מקרקע זו".

¹² קצות החושן, פו, ס"ק ה.

¹³ שו"ת הרשב"א ח"ב ס"י ריז. הוא מביא ראייה מכתובות צה ע"א, שם מדובר על מחילה כזאת. אך יש להעיר ששם מדובר שמחלה בקנין, כפי שנראה ליד ציון הערה 21.

¹⁴ שו"ת מהרי"ט ח"א ס"י מה (ד"ה וגדולה) (הובא במשנה למלך, הלכות אישות, כג, א, ד"ה ודע שהרב, ובקצות החושן, ס"י פו, ס"ק ה [שהובא בשומרי משפט (צ'ינוב) ח"ג עמ' רסה], וס"י רט, ס"ק יב-ג); שו"ת שערי רחמים, חו"מ, ס"י כד (מד ע"ד), גם בדעת תוס' ב"מ ד ע"ב (ד"ה אין, הראשון), ובדעת ט"ז, חו"מ, ס"י פח, בסופו.

אבל קצות החושן, פו, ס"ק ה, כותב שהדין כך רק לגבי סילוק בלי מחילה, אבל אם הנושה מוחל על שעבוד המטלטלין, אינו גובה אפילו מנכסים שברשות החייב. אבל דבריו אינם ברורים, שכן אח"כ כתב שאם מחל מלוה ללווה על שעבוד מטלטלין, גובה מקרקע, ואם אין לו קרקע, גובה ממטלטלין שבידו, כי יש שעבוד הגוף; וייתכן שדבריו אלו אמורים רק במחילה בסגרת שעבודא דר' נתן, שבה הוא עוסק.

גם שו"ת דברי משה (זקס), ס"י יב, ענף ט, עושה הבחנה בין מחילה לסילוק, שנושה אינו יכול להסתלק מנכסים שיש לחייב, כי הם נחשבים כאילו הם ברשותו (של הנושה), כמו שלא מועיל סילוק בעל מנכסי אשתו הנשואה (שער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [274]), ואילו מחילה מועילה.

על נידונו של מהרי"ט, ע"י שו"ת מעשה חייא ס"י ד, שהובא בחוק לישראל, שומרים, עמ' 1390.

לפי דברים אלו, לא תועיל מחילת מלווה על משכנתא, למנוע מהמלוה אפשרות לגבות מנכס זה; אבל תועיל מחילה על הזכות המיוחדת לפירות הנכס הממושכן.

לענין יכולתו לגבות **מיורשי החייב** אחרי מותו, כותב מעייני החכמה, ב"מ, מהדו"ב, ד ע"ב, אות לח (אות פה במהד' תשס"ב), כותב שתקנת חכמים היא שגם אם מחל על השעבוד, יוכל לגבות מהיורשים, כדי שלא לנעול דלת בפני לווים, שאם לא כן, אנשים יימנעו מלהלוות, שמא ימות הלווה ולא יוכלו לגבות מהיורשים. טור חו"מ, קיא, י (הובא בשו"ת בני אברהם, חו"מ, ס"י ו, ובמחנה אפרים, הלכות זכייה מהפקד, ס"י ו, ושו"ע, חו"מ, קיא, יב, כותבים שאם המלוה סילק את זכותו מקרקעות הלווה **בקנין**, אינו גובה. קהלת יעקב, מענה לשון, לשון בני אדם, מע"ס, אות תצח (הובא בכפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח, דף קיב ע"ג), מקשה על הטור, מדוע צריך קנין, הרי לשון סילוק משמעותו הפקר (ראה בשמו בשער שש עשרה, פרק רביעי), א"כ כשהמלוה סילק זכותו מהקרקע, היא הפקר, וממילא הלווה זוכה, ואין צריך קנין. שו"ת שערי רחמים, חו"מ, ס"י כד (מד ע"ד), מקשה על הטור מהצד השני: הרי הטור מדבר על סילוק שלא יוכל לגבות מהקרקע אף כשהיא ביד הלווה, ולפי האמור בטקסט, אין סילוק זה מועיל! בתחילה הוא מתרץ שהיות

הנושה יכול למחול על השעבוד למי שקנה קרקע מן החייב, ואז אם נושה מאוחר יותר טרף את הקרקע מן הקונה, הנושה הראשון יוכל לגבות מן הנושה המאוחר¹⁵, מפני שהוא הסתלק רק מזכות נגישת החוב, ולא מהחוב עצמו, ולענין זה הוא הסתלק רק כלפי הקונה הזה ולא כלפי אחרים¹⁶; ועוד, הוא הסתלק מגוף השעבוד רק כלפי קונה זה, כמו שאפשר להקנות חפץ לפלוני רק כלפיו ולא כלפי אחר¹⁷. כמו כן, אם הקונה מכר את הקרקע לאדם אחר, הנושה יכול לגבות מן הקונה השני¹⁸.

הנושה יכול להתנות בדברים בעלמא עם החייב שיוכל לגבות רק מדבר שעתיד לבוא אליו, ומחול בכך על שעבודו על נכסים שכבר יש לחייב¹⁹.

מועילה גם מחילה מכללא על שעבוד נכסים. לדוגמה, אשה שיש לה שעבוד על חצר של בעלה מכוח כתובתה, וגרה בה, ובכל זאת היא משלמת דמי שכירות לאדם אחר - היא מראה שמחלה על זכותה בחצר²⁰.

עשה קניין על הסתלקותו, לא יוכל אפילו לגבות מנכסי הלווה; ובה מיושבת גם קושיית קהילת יעקב, שלכן צריך קנין. אבל אח"כ (בדף מה ע"א) הוא דוחה תירוץ זה, שאין סברה שקניין יועיל, והוא מתרץ בדרך אחרת: שבטור מדובר שאמר "דין ודברים אין לי", ולשון זו אינה מועילה, ולכן צריך קנין כאמור ליד ציון הערה 23; והוא כותב (בדף מה ע"ב) שהטור מדבר על סילוק מגבייה מהקונים, ולא מועיל סילוק שלא יוכל לגבות מהלווה עצמו, כדברי מהרי"ט. אבל דרך משפט, סי' כד, אות ז, מבין ששו"ע מתכוון שהנושה מסתלק מקרקע שביד הלווה ("בני חורין"), אף שזה מכוח שעבוד הגוף; והוא מעלה אפשרות (בהערה שיא) ששם זה לא סילוק משעבוד הגוף אלא מזכות הנגישה, או שהוא מסתלק משעבוד הנכסים מקרקע זו, ומ"מ אינו יכול לגבות מכוח שעבוד הגוף שנשאר כי יש דעה שאם אין שעבוד נכסים, א"א לרדת לנכסי החייב בכפייה. ובסי' ד אות ט הסביר את דברי שו"ע, שגם הגבייה מנכסי החייב עצמו הוא מדין שעבוד נכסים, ולכן אם מחל על השעבוד, אינו יכול לגבות ממנו.

משנה למלך, הלכות מכירה, ל, ג, מקשה על מהרי"ט משו"ת הרא"ש כלל סג סי' ה (הובא בטור אהע"ז סי' צ) שעולה מדבריו שהסילוק מועיל גם שלא יוכל לגבות מהחייב עצמו. שערי רחמים שם (מה ע"ב) מיישב את הקושיה - עיי"ש.

דרך משפט סי' כד, אות ח, מביא ראייה מהראב"ד המובא בשטמ"ק ב"מ סו ע"ב, האומר שאפותיקי מפורש, שבו הנושה יכול לגבות את חובו רק מקרקע מסוימת, פועל ע"י כך שהמלוה "מחל כל שעבודו חוץ מקרקע זו" - והרי שם הנושה מסתלק מיכולתו אף לגבות מהלווה עצמו בשאר הקרקעות.

¹⁵ כתובות צה ע"א.

¹⁶ דרך משפט, סי' כד, אות א.

¹⁷ דרך משפט, סי' כד, אות ה.

¹⁸ רמב"ם, הלכות ערכין, ו, טז, והלכות מלוה, יט, ח; שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים חלק ב) סימן צג.

אבל הראב"ד בהשגותיו בשני המקומות חולק, בנימוק שהקונה השני מקבל את הקרקע מהראשון עם כל הזכויות שיש לראשון בה ("מה מכר ראשון לשני - כל זכות שתבוא לידו"). כנגד זה, צפנת פענח הלכות ערכין ז, טו, מסביר שהרמב"ם סובר שכיון שהנושה אמר לראשון רק "דין ודברים אין לי עמך", אין בכך הקנאה או מחילה, אלא רק סילוק מהיכולת לתבוע, והשעבוד עדיין מוטל עליו, ואין כאן זכות גמורה שיכולה לעבור לקונה השני, כמו שירש אינו יורש זכות שאינה זכות גמורה. יש להעיר שמשמע מדבריו שאם נקט לשון "מחילה", הזכות עוברת גם לקונה השני.

¹⁹ פני יהושע, גיטין ל ע"א (ד"ה אמר רב פפא).

²⁰ שו"ת הרשב"ש סי' תסה.

כמו כן, רש"י, ע"ז י ע"א, ד"ה מאוחר (הובא בשו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ סי' ו, דף יא ע"א), ורשב"ם ב"ב קנו ע"ב (ד"ה והמאוחרים), כותבים ששטר שכתוב בו תאריך מאוחר, טורף בו רק לפי התאריך הכתוב בו כי המלוה מחל מכללא על שעבוד הלקוחות שבינתים.

כו כן, אמירה נעימה, מהד' קמא, מאמר כט, ענף ב פרח ג עמ' קל-קלא, כותב שלולא סברת "לא שדי איניש זוזי בכדי" (רש"י ב"מ יד ע"א, ד"ה אחריות) היינו אומרים ששטר שלא כתובה בו אחריות נכסים אינו גובה מנכסים מכורים כי בזה שהנושה לא כתב, הראה שמחל על השעבוד.

דוגמאות נוספות למחילת שעבוד מכללא ראה בשער אחת עשרה, ליד ציוני הערות [17], [42], [183], [441], [520] - שבכל אלו נזכר "שעבוד".

יש להעיר שיש מקום לומר שמחילה מכללא מועילה כאן יותר ממחילה מפורשת, כמו שראינו בשער ארבע עשרה, פרק רביעי, שיש אומרים שאף שאין מועילה מחילה מפורשת על בעלות, מועילה מחילה מכללא, מפני שמפרשים שהתכוון להקנות את הבעלות. שו"ת יגל יעקב (גוטליב), חו"מ סי' י (עמ' כד), מעלה אפשרות לומר כך (לשיטתו), שהחסרון במחילת שעבוד היא כמו במחילת בעלות - ראה שמו ליד ציון הערה 36), אם נניח שנושה יכול להקנות את השעבוד לחייב בלשון מתנה. אבל הוא מעלה ספק (בעמ' כב) האם הנושה יכול לתת אותו במתנה (עיי"ש בטעמו לכך), ולכן הוא עושה הבחנה בין מחילה מפורשת למחילה מכללא מטעם אחר: רק במחילה מפורשת על שעבוד צריך קנין כדי שלא ייחשב פיטומי מילי, ואילו מחילה מכללא עדיפה, כיון שיש אומדנא שמחל בלב שלם ולכן א"צ קנין.

האחרונים הקשו מסוגיית התלמוד²¹ האומרת שאשה שכתבה למי שקנה מבעלה קרקע המשועבדת לכתובתה "דין ודברים אין לי על קרקע זו", מחילתה חלה רק אם עשו קנין, אף שיש לה על הקרקע רק שעבוד מכוח חוב²². יש על כך כמה תשובות.

מהרי"ט²³ מיישב, ששם זה שונה ממחילה רגילה, מפני שלשון "דין ודברים אין לי" היא לשון גרועה ודו משמעית, שכן אפשר לפרש שהאשה אינה מוחלת על השעבוד אלא על "דין ודברים"

²¹ כתובות זה ע"א (הובא ביצועות ישראל סי' סו, עין משפט, ס"ק ו). כך פסקו גם רמב"ם, הלכות מלוה, י"ט, ח (הובא בשו"ת הרשב"ש סימן שכב), ושו"ע, חו"מ, קיח, א. כמו כן, תשב"ץ ח"ג סי' רה, כותב שבעל שמישכן שדה למישהו, ואשתו כתבה לו "דין ודברים אין לי עליך", ועשתה קנין, מחלה בזה על שעבוד כתובתה על קרקע זו.

דברות משה, ב"ב, חלק ב, סימן מג, ענף ב (עמ' קכז), מסביר הלכה זו, שאף שהיא יכולה למחול על הכתובה (ראה שער שלישי), בכל זאת, כל זמן שלא מחלה עליה, כך שסיבת החיוב לא נמחל, בהכרח נשאר דין השעבוד לגבות מהנכסים, וא"א להפקיע את שעבודה בלי קניין, כמו בדבר בעין.

ירושלמי, כתובות, ט, א (נא ע"ב), מפרש את המשנה כתובות זה ע"א באופן שלא עשו קנין. לפי פני משה מדובר שלא אמרה "דין ודברים אין לי" (ראה ליד ציון הערה 23, שרק בלשון זו צריך קנין) אלא לשון אחרת, טובה. לפי רידב"ז, באמת השעבוד לא נמחל בלשון זו, ומ"מ היא לא יכולה להוציא מהקונה, כי סילקה עצמה מלערער על השדה, שלא תוכל להוציא מידו.

²² לענין ארוסה, ראה שער רביעי, על ארוסה המסתלקת משעבוד כתובתה על נכסי בעלה, בשם הרשב"א.

²³ חידושי מהרי"ט, כתובות זה ע"א (הובא בשו"ת זכות אבות סי' כב, בדף כט ע"ב). כמו מהרי"ט תירצו גם בני אהרן, סי' רמא (קכג ע"ב), ור"מ ברודו, בשו"ת פני משה, ח"א, סי' פב (קצה [מסומן קפה] ע"א).

גם נתיבות המשפט, רט, ס"ק ו, הסביר שדווקא לשון "דין ודברים אין לי" אינה מועילה, אבל אמירת "הריני מוחל לך על השעבוד" מועילה, מפני ששעבוד הוא כמו ערב, שכן "נכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה", והרי נושה יכול למחול לערב.

גם קרית מלך רב, הלכות זכיה, ג, ב (כה ע"ג), מסביר שאף שמועילה מחילה על שעבוד, לשון "דין ודברים אין לי" היא גרועה, כי הוא כאומר "לא יהא לי חלק בשלי", והרי על כרחו הוא שלו, כמו שכתב רשב"ם ב"ב מג ע"א (ד"ה וידל), שמשמע מלשון זו שאינו אפילו הפקר כיון שלא אמר "שדי מופקרת".

גם הפלאה קו"א סי' צ ס"ק לו, בית מאיר, כתובות זה ע"א, ודברי חיים דיני קידושין סי' כג, כותבים שרק לשון גרועה צריכה קנין, אבל לשון טובה מועילה בלי קנין.

גם חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יא, מדייק מסוגיית כתובות זה ע"א שהבעיה היא רק בלשון "דין ודברים", אבל לשון מחילת השעבוד מועילה בלי קנין, ורק לשון סילוק צריך קנין.

ראה שער שני, הערה [72], מקורות נוספים לכך שלשון זו אינה מועילה במחילת חוב רגיל; וראה שער ארבע עשרה, פרק חמישי, שלשון זו אינה מועילה במחילת בעלות, אבל היא מועילה בקנין מהטעם שהסביר מהרי"ט כאן.

שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"ב סי' כ, כותב שגם לדעה (שהבאנו בשער ארבע עשרה, פרק חמישי), שלא מועיל קנין סתמי ב"דין ודברים אין לי", הדבר אמור רק בשותף בקרקע, שיש לו זכות ממש בגוף הקרקע, לכן לא מועיל קנין סתם, אבל לגבי שעבוד מכוח כתובה מועיל קנין סתם.

אמרי בינה, דיני דיינים, סי' כ, אות יא, מסכים למהרי"ט, ומסביר בדרך זו את דברי סמ"ע, קיח, ס"ק א (הנובעים מסוגיית כתובות זה ע"א), שאין מועיל סילוק משעבוד על קרקע בלשון "דין ודברים אין לי" בלי קנין. יש להוכיח שזאת כוונת הסמ"ע, שהרי הוא מפנה לדבריו בסי' לו, ס"ק ז, ושם כתב שאמירת "דין ודברים אין לי" אינה מועילה בלי קנין מפני שייכתן שלא הסתלק מגוף השדה אלא מ"דין ודברים".

משנה למלך, הלכות אישות, כג, א (ד"ה והנה), מוכיח מסוגיית כתובות זה ע"א שמלוה אינו יכול לסלק את עצמו משעבוד קרקעות הלווה, והוא מנמק זאת על פי תוספות שם (ד"ה וכן), כי נחשב כאילו כבר זכה בהם, שהרי גם אם ימכרם החייב, יוכל הנושה לטרוף אותם מהלקוחות. ייתכן שהוא מתכוון להבחין כמו מהרי"ט בין "דין ודברים אין לי" למחילה, וכשהוא נוקט "סילוק" הוא מתכוון לאמירת "דין ודברים אין לי".

אבל ר"מ בבנשתי, שו"ת פני משה, ח"א, סי' פג (רה ע"ד), דוחה הסבר זה, שהרי החסרון בלשון "דין ודברים אין לי" הוא שמשמעו שהוא מפקיר את הדבר לכל העולם ולא לאדם מסוים; וכאן אין מקום לחסרון זה, שהרי ברור שכשהאשה מסתלקת, ממילא שייכת כל הקרקע לבעל, שהקרקע בבעלותו. והוא מיישב את הסוגיה בדרך אחרת, על פי תוספות, כתובות שם (ד"ה וכן), שהמחילה אינה מועילה מפני שיש לאשה זכות בגוף הקרקע, כי גם אם ימכור אותה הבעל, האשה תוכל לטרוף אותה. אבל הסבר זה קשה, שהרי לפיו לא תועיל מחילה על שום שעבוד מכוח חוב, שהרי בכל שעבוד, הנושה יכול לטרוף מהקונים. שו"ת יגל יעקב (גוטליב), חו"מ סי' י (עמ' כג), דוחה הסבר זה, בטענה שלשון "דין ודברים אין לי" שוה ללשון מחילה, והוא מוכיח זאת ממקורות אחדים - עיי"ש.

סוג הקנין שנדרש כדי לתקן את הלשון הגרועה: אור גדול סי' מו (קכז ע"ג) כותב שגם ר' יונה (שהובא בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [290]), האומר שקנין מועיל בסילוק מבעלות (משום שמניחים שהתכוון להקנות את גוף הדבר) רק אם עשה את הקנין בסוף, ולא מועיל קנין קודם אמירת "דין ודברים אין לי" כי אז המשמעות היא שהקנין הוא על ה"דין ודברים" - מודה שכאן מועיל גם קנין בתחילה, שהרי חידושי הרמב"ם כתובות פג ע"א, וחידושי הרשב"א, כתובות פג ע"א (הובא בבית מאיר, כתובות זה ע"א), הסבירו שבנידוננו מעיקר הדין מועיל סילוק כי אינו סילוק מבעלות, אלא שצריך קנין כדי שלא יהיה "פטומי מילי"

בעלמא, ורק אם עשתה קנין, המחילה מועילה, מפני שמפרשים שהתכוונה להקנות לקונה את גוף קרקע (היינו את זכותה בקרקע), מפני שיותר הגיוני לפרש כך מלפרש שהקנין הוא על ה"דין ודברים אין לי", כי קנין אינו חל על דבר שאין בו ממש.

ר' ישראל מאיר מזרחי²⁴ מתרץ את הקושי הזה בדרך אחרת: שבסוגיה שם מדובר בשלושת סוגי הקרקעות שיש עליהן שעבוד מיוחד לפרעון הכתובה²⁵: א) קרקע שציון הבעל בשטר הכתובה במיוחד שתוכל האשה לגבות ממנה; ב) קרקע שייחד הבעל לפרעון הכתובה אחרי כתיבתה; ג) קרקע שהכניסה האשה לבעלה כנכסי צאן ברזל²⁶. מאחר שבקרקעות מסוגים אלו השעבוד הוא על דבר מסוים, לא מועילה מחילת האשה על שעבודה בלי קנין, כמו שאין מועילה מחילה על בעלות²⁷.

אפשר להסיק מדברי ר' ישראל מאיר מזרחי, שאין מועילה מחילת נושה על אפותיקי, דהיינו קרקע שייחד לו החייב לפרעון חובו. זאת גם אם לא אמר לו "לא יהיה לך פרעון אלא מזה", אלא השעבוד נשאר גם על שאר קרקעותיו של החייב²⁸. אבל גולאק²⁹ נוקט כדבר פשוט שמועילה מחילה על אפותיקי. עוד אפשר להסיק מדברי ר"מ מזרחי שאין מועילה מחילה על נכסי צאן ברזל, שאלה שנדון בה בפרק שביעי³⁰.

ר' רפאל אברהם קוריאט³¹ מיישב את הקושי בדרך אחרת: שם הקונה אינו נקרא מוחזק ובעל קניין הגוף לענין זה, מפני שמעולם לא היתה הקרקע שלו לגמרי, אלא תמיד היתה משועבדת לכתובת האשה, ולכן לא די במחילה באמירה. הוא מוכיח מכאן את העיקרון שהוא מחדש, שהמוחל על שעבוד צריך קנין או שטר, אם בעל הנכס הנוכחי תמיד היה כפוף לשעבוד זה³².

יש שפסקו מכוח אותה סוגיה תלמודית, שאכן אין תוקף למחילה על השעבוד, אלא אם כן עשו קנין. כך כותב ר' אריה ליב הכהן³³ שאמנם אם הנושה מוחל על החוב עצמו, ממילא פוקע שעבוד

כיון שהבעל כבר משועבד לה. הוא מיישב בכך מדוע רמב"ם, הלכות אישות, יז, יא, ושו"ע אה"ע"ז ז, יז, מביאים את הדין שצריך כאן קנין: "וקנו מיד האשה שאין לה שעבוד על שדה זו", ולא אמרו שצריך שהקנין יהיה דוקא בסוף, וגם רמ"א שפסק בחו"מ, ריב, א, כ"י יונה, לא השיג בסי' ז על השו"ע. אבל יש להעיר שהרמב"ן והרשב"א כתבו כך רק לפי דעת רב יוסף בכתובות פג ע"א, שאין הלכה כמותו. גם הפלאה קו"א סי' ז ס"ק לו, כותב שהקנין כאן נועד רק לחזק את הדבר, ולא שייחשב כאילו הקנה את גוף הדבר, שהרי בכתובות שם מדובר שהאשה מוחלת על השעבוד לקונה לכשיקנה את הקרקע מהבעל (שהרי מחילה לבעל בטלה בגלל טענת נרע"ל - ראה שאר תשיעי), והרי קנין סודר לא מועיל בהקנאה לאחר זמן, כי אז כבר חזר הסודר לבעליו (שו"ע, חו"מ, קצה, ה).

²⁴ שו"ת פרי הארץ, חלק א, חו"מ, סי' ח (סא ע"ד).

²⁵ כמפורט בב"ב מט ע"ב.

²⁶ כך פירש רשב"ם, ב"ב נ ע"א (ד"ה ה"ג ואחת). אבל לפי רבנו חננאל, המובא בתוספות, ב"ב מט ע"ב (ד"ה ה"ג), גם הסוג השלישי הוא סוג של אפותיקי.

²⁷ בכך הוא מבאר את קושיית הגמרא שם, בהמשך הסוגיה, איך מועיל מה שהאשה כתבה לקונה "דין ודברים אין לי", הרי יכולה לטעון "נחת רוח עשיתי לבעלי"? ולכאורה קשה, הרי נאמר בב"ב מט ע"ב ש"נחת רוח עשיתי לבעלי" שייך רק בשלושת סוגי הקרקעות המיוחדות, וא"כ הסוגיה יכלה לתרץ שכאן מדובר בקרקע מסוג אחר? אלא, שהגמרא ידעה שהמשנה בכתובות היא בשלושת סוגי הקרקעות, ולכן הוכרחה להעמיד כר"מ הסובר שאין מתקבלת טענת "נחת רוח עשיתי לבעלי".

²⁸ שהרי זה המצב בשני סוגי הקרקעות הראשונים בב"ב שם, שהשעבוד נשאר על שאר הקרקעות, כפי שכתב רשב"ם, ב"ב דף מט ע"ב (ד"ה אחת), ודף נ ע"א (ד"ה ואחת).

²⁹ יסודי המשפט העברי, ספר ב, פרק נ, עמ' 112.

³⁰ אבל אין לקבוע מסמרות בדבר, כיוון שיש פירוש אחר בסוגיה בב"ב שם, ולפיו אין מדובר שם בנכסי צאן ברזל; ור"מ מזרחי לא פירט כאיזה פירוש הוא נוקט.

³¹ שו"ת זכות אבות, סי' כב (כח ע"ד).

הוא מסביר בכך מדוע שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' א, הזכיר שטר וקנין במחילת אלמנה לבנה על שעבודה (מכח כתובתה) בקרקע שירש מבעלה - מפני ששעבוד הכתובה קדם לזכיית הבן בנכס, ולכן הורעה חזקת הבן, ומתחזק שעבוד האם, לענין שלא תועיל מחילה באמירה בלבד; ובאמת היה די באחד מהם (קנין או שטר), אלא שכיוון שבנוסח השטר שבנידונו נזכרו שניהם, גם מהרש"ך הזכיר את שניהם.

³² אבני מילואים ק, ס"ק ז, מתרץ בדרך אחרת מדוע בכתובות צה נאמר שצריך קנין למחילת השעבוד: מפני שיש בידה שטר כתובה, ויש דעה (שהבאנו בשער שישי) שמחילה על חוב בשטר צריכה קנין.

³³ אבני מילואים, ק, ס"ק ז.

גם בספרו קצות החושן, קיח, ס"ק א, כותב כדבר פשוט שאין מועיל סילוק שעבוד (בלי קנין), ע"פ תוס' כתובות צה. אלא שמדבריו שם עולה שהמחילה אינה מועילה גם אם לא נשאר חיוב (שלא כדבריו באבני

הנכסים שהוא רק כמו ערב³⁴, אבל אם החוב נשאר בתוקפו, והנושה מוחל רק על שעבוד הקרקע (או על המשכון), אין לכך תוקף (אלא אם יעשה קנין). נימוקו הוא, שכל זמן ששטר החוב ביד הנושה, והחוב קיים, חל שעבוד ממילא על הנכסים. הוא משווה מחילה זו לנושה שמחזיק משכון של החייב, ומבטיח לו להחזירו לו בלי למחול על החוב - שהבטחה זו אינה מפקיעה את זכות הנושה במשכון כל זמן שהוא בידו.

נימוק אחר לשיטה זו הוא שהקרקע המשועבדת נחשבת כאילו ביד הנושה³⁵, וכאילו היא קנויה לנושה, והרי לא מועילה לשון מחילה על זכות קניינית³⁶.

מילואים), שהרי הוא משווה זאת לדין (ולדבריו זאת כוונת הסוגיה שם) שלא מועיל ששותף ימחל לשותפו על שעבודו על חלקו (של השותף האחר) בחצר שאין בה דין חלוקה, והרי שם לא נשאר שום חוב. גם בקצות החושן, רט ס"ק יג, כתב שלא מועיל סילוק נושה משעבודו על קרקע של החייב (בלי קנין), כדמוכח בכתובות שם, כי השעבוד כאילו בא לידו, כפי שנימקו תוס' שם (ד"ה וכו'), שכוחו של הנושה בקרקע חזק כפי שמוכח מן העובדה ששעבודו נשאר גם אם החייב מכר את הקרקע; וגם במטלטלין, שנימוק זה לא שייך, לא מועיל סילוק כאמור ליד ציון הערה 14, שסילוק מועיל רק לענין גבייה ממי שקנה את הנכס המשועבד מהחייב, אבל מהחייב עצמו גובה אפילו הסתלק, והרי במטלטלין תמיד מדובר בגבייה מהחייב, שהרי אם מכר אותם הנושה אינו יכול לגבותם מהקונה. שו"ת יגל יעקב (גוטליב), חו"מ סי' י (עמ' כד), מסכים עם קצות החושן, שאין מועילה מחילה על שעבוד בלבד בלי קנין. קצוה"ח, סו, ס"ק לז, דן האם נושה שמכר את שטר החוב יכול למחול על שעבוד נכסים בלי למחול על החוב, משמע שבמצב רגיל, שלא מכר את השטר, יכול למחול. וצריך לומר שמדובר שעשה קנין. כמו כן, דרישה, חו"מ, קיא, י, כותב שמחילת שעבוד צריכה קנין כי הוא כאילו המוחל חוזר ומכר לחייב את השעבוד.

כמו כן, שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' טו, בסופו, כותב שמחילת שעבוד נכסים על חוב מועילה רק בקנין, ע"פ סוגיית כתובות צה.

כמו כן, חלקת יוסף (ברקוביץ), סי' ל, כותב שהיות שהנושה כבר זכה בשעבוד נכסים, לא מועיל סילוק משעבוד הנכסים, כי אינו יכול להסתלק מחפציו.

כמו כן, ר' מסעוד אלפסי, המובא בחי' ר' שלמה אלפסי, משחא דרבותא, חו"מ סי' יב, דף קלג ע"ב, כותב ששו"ע, חו"מ, קיה, א, סובר שמחילת מלווה על זכותו לגבות מקונה, מועילה רק בקנין, והוא מנמק, שדבר שנעשה בקנין, לא מועילה מחילה עליו בלי קנין (ראה בשמו בשער שני הערה [1]). אבל ראה הערה 23, שהסמ"ע מבין שהשו"ע שם אומר כך רק על לשון גרועה של "דין ודברים אין לי".

כמו כן, אמת ליעקב (קמינצקי), נשים, עמ' מג כותב שנושה המוחל על שעבוד נכסי החייב, ורוצה שהחוב יישאר בתוקפו, צריך קנין, מפני שהשעבוד קנוי לו, וגם כדי להחזירו צריך קנין (דבריו קשים כי א"כ כל מחילת החוב תצטרך קנין, כי הוא מחזיר את השעבוד, שהרי גם בחוב על פה יש שעבוד נכסים אלא שהחייב מכר אותם אינו יכול לגבות מהלקוחות). הוא כותב שכך הדין לפי רבנו תם, בתוס', ב"ב עו ע"ב (ד"ה קני), הסובר שמכירת שטר מועילה מהתורה כי המלוה מקנה בכך לקונה את שעבוד נכסי החייב שהוא דבר ממשי, ואם זה קנוי לנושה, מחילתו תועיל רק בקנין. אבל הכותב שלפי הדעה שמכירת שטר היא מדרבנן, יוצא ששעבוד הנכסים הוא רק זכות גבייה, וממילא מחילת השעבוד תועיל בלי קנין, כי די שהנושה יסתלק מזכותו.

משפט החוב (אטינגר) סי' מ (עמ' קפ) תולה שאלה זו בהגדרת שעבוד נכסים: אם נאמר ששעבוד נכסים הוא בעלות, לא מועילה מחילה עליו, כמו שלא מועילה מחילה על דבר בעין; אבל אם נאמר שאינו בעלות אלא זכות ממון, אלא ששעבוד הגוף הוא זכות ממון לקבל ממון מהאדם, ואילו שעבוד נכסים הוא זכות ממון לקבל ממון מהנכסים, הרי כמו שמועילה מחילת שעבוד הגוף, מועילה גם מחילת שעבוד הנכסים. וראה בשמו בשער חמישי, שמחילת משכון מצומצמת יותר ממחילת שעבוד.

³⁴ משפט החוב (אטינגר) סי' מ (עמ' קפ), מעלה שתי אפשרויות להסביר דין זה: א) שעבוד נכסים הוא זכות לקבל את חובו מהנכסים, ולכן אם נמחל החוב, פקע שעבוד הנכסים; ב) שעבוד נכסים הוא זכות לקבל ממון מהנכסים, ומחילת החוב אינה מפקיעה באופן אוטומטי את שעבוד הנכסים, אלא שמן הסתם הוא מוחל גם על שעבוד הנכסים.

אבל שו"ת זכרון צבי מנחם, קונטרס מציב לו יד, על כתובות קז (נב ע"ב), אינו עושה את ההבחנה בין מחילת השעבוד למחילת החוב עצמו: הוא כותב שאשה לא יכולה למחול על חיוב בעל במזונות, אחרי העמדה בדין, כי אז יכולה לטרוף מנכסים שמכר, כמו שתוס' כתובות צה ע"א (ד"ה וכו') כתבו שאשה לא יכולה להסתלק משעבודה על נכסי הבעל כי שעבודה חזק, בכך שגם אם ימכור יכולה לטרוף. דבריו קשים, שהרי יוצא מדבריו שנושה אינו יכול למחול על חוב שיש עליו שעבוד נכסים חזק כזה; אבל ראינו בשער חמישי, שלפי רוב הפוסקים, נושה יכול למחול על חוב גם אם יש עליו שטר (שיוצר שעבוד נכסים, שאפשר לגבות מלקוחות) והשטר בידו.

³⁵ תוס' פסחים לא ע"א (ד"ה משתעבדנא).

³⁶ שו"ת יגל יעקב (גוטליב), חו"מ סי' י (עמ' כב).

הוא כותב נימוק אחר: צריך קנין כדי שלא ייחשב "פיטומי מילי".

פרק רביעי: משכנתא

התלמוד אומר³⁷ שנושה שקיבל משכנתא על קרקע במקום שנהוג שהחייב אינו יכול לפדות את הקרקע ("לסלק" את המלווה בכסף) בתוך תקופת המשכנתא, ואומר: "אני מוכן להסתלק אם אקבל כסף"³⁸, שזה כמו מחילה (אף שזה לא בלשון מחילה) - דבריו מחייבים אותו רק אם עשה קנין³⁹. הראשונים נימקו, שצריך קנין מפני שהוא מוחל על זכות שיש לו בגוף הקרקע, והחייב אינו מחזיק בקרקע, כך שאינו עושה שום מעשה קנין בו⁴⁰; אבל אם עשו קנין, מועיל, כי מניחים שהנושה התכוון להקנות לחייב את גוף הקרקע⁴¹. הרמב"ן⁴² נוקט שקנה את הקרקע לפירותיה עד סוף זמן המשכנתא. הסבר נוסף לכך יש בדברי מחנה אפרים שנביא בסמוך⁴³: שזו מחילה מותנית ולא מיידית.

גישה אחרת יש בדברי ר' יוסף קארו⁴⁴, שמסביר שבלי קנין, דברי הנושה הם "פיטומי מילי". כלומר, לפי דעתו הרקע לדין זה הוא חשש סובייקטיבי לחוסר גמירת דעת מצד המלווה, ולא תפיסה אובייקטיבית של זכות המלווה במשכנתא כזכות מעין בעלות.

³⁷ בב"מ סז ע"ב.

³⁸ תוס' בב"מ סז ע"ב (ד"ה והלכתא), חידושי הרמב"ן, בב"מ סז ע"ב, חידושי הרשב"א, בב"מ סז ע"ב, חידושי הריטב"א (החדשים), בב"מ סז ע"ב, ונמוקי יוסף בב"מ לט ע"א (בדפי הרי"ף), אומרים שמדובר שאמר זאת אחרי זמן ההלוואה, אבל אם אמר זאת בזמן ההלוואה, מחילתו מועילה בתורת תנאי בלי קנין, מפני שכספו קנה לו את זכות המשכנתא רק על מנת כן. אבל הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, בב"מ סז ע"ב, כותב שגם אם אמר זאת בשעת המישכון, צריך קנין, ואינו מועיל בתורת תנאי, כי הלווה היה צריך להתנות תנאי זה, כי זה להנאתו, והוא לא התנה. גם רש"י בב"מ סז ע"ב (ד"ה ואמר) כותב שמדובר שאמר כך בשעת ההלוואה, ומגיד משנה, הלכות מלוה, ז, ג, כותב שזו גם דעת הרמב"ם. עומק הפשט, ח"א, סי' טז (עמ' שיט), כותב שהריטב"א לשיטתו (ראה שער ראשון, פרק שלישי) שמחילה היא הקנאה, ואילו רש"י סובר שמחילה היא סילוק (כשיטה בשער ראשון, פרק שני) ולכן לא פירש כריטב"א. והוא לא הסביר איך הדברים מתקשרים.

³⁹ וכך פסק רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, ז, ג. הדין הובא ביד אברהם, יו"ד, קעב, א, ובשו"ת עין יצחק חלק א אבן העזר סימן נט אות כא. נימוקי יוסף, סנהדרין ד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בש"ך חושן משפט, כב ס"ק ד), מביא קנין זה כדוגמה לקנין שנעשה כדי לחזק דבר, ואינו קנין דברים. על מקרה הפוך, שלוה אומר שהוא מוכן לוותר על זכות הסילוק במקום שנהוג שיכול לסלק, ראה ליד ציון הערה 190.

⁴⁰ חידושי הרמב"ן, בב"מ סז ע"ב; חידושי הריטב"א (החדשים), בב"מ סז ע"ב (ד"ה פשיטא); שו"ת הריב"ש סי' תקי.

אורח משפט (אנליק), סי' יב, ח (כא ע"א), מנמק, שאין כאן מחילת חוב אלא מחילת זכות בקרקע.

⁴¹ ריטב"א שם (הובא בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סי' כד, דף מה ע"ד).

⁴² רמב"ן, שם.

⁴³ ליד ציון הערה 47. גם שער משפט, שטו, ס"ק א, נימק שכיון שלא הסתלק מעכשו, אלא אמר "אם תתן לי את הכסף, אסתלק", הרי כל זמן שלא נתן לו כסף, עדיין לא נתקיים התנאי והמלווה יכול לחזור בו, ורק אם עשו קנין, אינו יכול לחזור בו, כי קנין הוא כאמירת "מעכשיו". ראה שער עשירי, על המוחל מחילה מותנית, וחוזר בו לפני קיום התנאי. יש להעיר שכאן זה אף פחות ממחילה מותנית - זו התחייבות למחול; ראה שער שני, שהתחייבות למחול אינה תקפה.

אבל תשובות ר' אליעזר ח"ב סי' א, אות ב, דוחה את הסבר שער משפט, שהרי ח"י הריטב"א (החדשים), בב"מ סז ע"ב, מסביר את הדעה בגמרא שם שמועילה הסתלקות המלווה, שכמו שמחילת החוב מועילה בלי קנין, כך הסתלקות מהמשכנתא; והרי לפי שער משפט אף במחילת חוב כיון שהיא מותנית יוכל לחזור בו עד קיום התנאי; ומכאן שטעם הדעה שצריך קנין אינו בגלל התנאי אלא כי יש לו זכות פירות.

הסבר נוסף לכך נביא בפרק חמישי, ליד ציון הערה 67, בשם שער משפט.

⁴⁴ בב"י, יו"ד, קעב.

הר"ן⁴⁵ עוסק במחילה קצת שונה: מחילה על המשכנתא עצמה; והוא כותב שמחילה זו מועילה בלי קנין, גם במקום שנהגו שהחייב אינו יכול לסלקו בכסף, כי משכנתא אינה קנויה לנושה. ר' יצחק מאי⁴⁶ הסביר שלדעתו אמנם זה כמכר לזמן, שלכן הלווה לא יכול לפדותו, מ"מ אינו מכר גמור ועדיין שם בעליו עליו, שהרי הזמן יעבור מעצמו ויחזור לבעליו. לכאורה קשה עליו מהסוגיה שהבאנו, האומרת שמחילת הנושה מועילה רק בקנין. מחנה אפרים⁴⁷ תירץ, שהסוגיה שם מצריכה קניין מפני שהמחילה היא מותנית, שאם ישלם הלווה, יסתלק המלוה מהשעבוד, ואינה מחילה מיידי, מה שאינו כן בנידונו של הר"ן. ר' יוסף חזן⁴⁸ מיישב בדרך אחרת: כוונת הר"ן היא שהנושה מוחל על החוב עצמו, ואז החוב פוקע, וממילא פוקע קנין המשכנתא⁴⁹; ואילו בתלמוד

⁴⁵ חידושי הר"ן, גיטין לו ע"א (הובא במחנה אפרים, הלכות זכייה מהפקר, סי' ט, ובקובץ הערות סימן נג אות ו). כך כתב גם חידושי ר' קרשקש, גיטין שם.

גם שו"ת הרשב"א ח"ג סי' יד (נדפס גם בסי' שנד) (הובא באמרי בינה, דיני דיינים, סי' כ, אות יג, ובאורח משפט (אנליק), סי' יב, ח (כג ע"א), שפסק כמותו), כותב שהמוחל שטר משכנתא, המחילה מועילה, גם במקום שנהגו שהלווה אינו יכול לסלק את המלוה מהמשכנתא בכסף, מפני שבעצם הוא אינו מוחל על הקרקע אלא על החוב, שהרי עיקר מה שיש לו על הלווה הוא חוב, וממילא פוקעת המשכנתא. סברת הרשב"א קשה, שהרי אולי המלווה מעוניין שהחוב ימשיך להתקיים, ורק המשכנתא יפקע? ועוד, היינו צריכים לומר גם במקרה בב"מ שם, שמפרשים זאת כמחילה על החוב עצמו. צריך לומר ששם כיון שאינו מוחל לגמרי על המשכנתא אלא בתנאי שהלווה ישלם לו, ברור שאינו מתכוון למחול על החוב. הרשב"א מעלה אפשרות שבמשכנתא דסורא, שאינה עומדת לגובינא, אלא בסוף שנות המשכנתא חוזרת הקרקע ללווה בלי תשלום, אין מועילה מחילה (בלי קנין סודר), מפני שגופו קנוי.

אמרי בינה, דיני דיינים, סי' כ, אות יד, מקשה על האומרים שהמשכנתא אינה קנויה לנושה, הרי חידושי הריטב"א קידושין יט ע"א (ד"ה ואמר רבא) כותב שאם רואים אמה עבריה כמשכון ביד האדון (כאמור בקידושין שם), המשכון קנוי לאדון מפני שהאדון אוכל פירות (מעשה ידיה) וא"א לאכול פירות בלי קנין הגוף לפירות (קושייתו מבוססת על כך שח"י ר' קרשקש נדפסו בעבר ע"ש הריטב"א), וגם במשכנתא הנושה אוכל פירות. הוא מיישב שבמשכנתא מועילה מחילה כי הקרקע ברשות בעליו, החייב, ויש לנושה רק קנין הגוף לפירות, וכשהוא מוחל, נפקע קנין הפירות, וחוזר הגוף ללווה.

⁴⁶ שרשי הים, ח"ג, על רמב"ם, ה"ל זכייה, ב, יד (יז ע"א).

⁴⁷ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' ט. כך תירץ גם מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' שלז, ע"פ שער משפט, בהערה 43, שטעם הסוגיה הוא שזו הסתלקות מותנית.

גם אורח משפט (אנליק), סי' יב, ח (כא ע"ב), מתרץ, שהר"ן מדבר במוחל על המשכנתא בלי תנאי, ולכן א"צ קנין, ואילו בב"מ שם זו מחילה מותנית, לכן צריך קנין, לפי העיקרון (ראה שער עשירי) שמחילה מותנית צריכה קנין.

⁴⁸ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (קטו ע"ג, עמ' שמו במהד' המאור). כך תירצו גם אורח משפט (אנליק), סי' יב, ח (כא ע"ב), בתירוצו השני (שהוא רואה כעיקר), ובברכת משה על מחנה אפרים שם, אות ד.

⁴⁹ כך הסביר מחנה אפרים, הלכות זכייה מהפקר סי' ט, איך פוקעת המשכנתא בנידונו של הר"ן. שרשי הים, ח"ג, על רמב"ם, ה"ל זכייה, ב, יד (יז ע"א-ע"ב), נוקט שאם מחל את החוב ללווה והחזיר לו את שטר המשכנתא או קרע אותו, מועילה המחילה, במקום שהלווה יכול לסלק את המלוה בכסף, שהרי המלווה לא השאיר אצלו שום זכות, ואף שעד עכשו הקרקע היתה מוחזקת ביד המלוה, מ"מ עכשו הקרקע ברשות בעליו ממילא.

ר' חנוך הנדל פרידלנד, כנסת חכמי ישראל, סי' קסז, אות א, כותב שאם מחל על החוב, הוא מסתלק על כרחו מהקרקע, אף שיש לו קנין ממש בקרקע, כי כל קניינו הוא מכוח החוב שחייב לו הלווה.

אבל שו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קלה, מעלה אפשרות שלדעה (שהבאנו בשער חמישי) שאין תוקף למחילה אם יש לנושה משכון מטלטלין, גם במשכון קרקע, לא תועיל מחילת החוב עצמו. אבל הוא כותב שאם הערכאות נתנו לנושה "טאבילא" (עיקול) על נכס של החייב, שלא יוכל החייב למוכרו או למשכנו, מועילה מחילת החוב, כי אין לנושה קנין בנכס, וזה רק כמו שטר חוב שבזמן התלמוד, שאפשר לגבות בו גובה מקרקעות שמכר החייב ומ"מ מועילה מחילתו אם לא היה יכול להחזיר את השטר (ראה שער שישי ליד ציון הערה [44]), וגם סברת נתיב"מ (ראה שער חמישי) שיכול הנושה להחזיק את המשכון לענין שווי המשכון, לא שייך ב"טאבילא".

מחילה אחרי מכירת המשכנתא לצד שלישי: המוכר שטר חוב ומחל עליו - החוב מחול (כתובות פה ע"ב). הפוסקים נחלקו בשאלה האם הדין כך גם בחוב שיש עליו משכנתא. סי' התרומות שער נא, ח"ו, אות ג, מביא שהראב"ד סובר כותב שהמוכר שטר משכנתא של קרקע, והקונה עשה קנין חזקה בקרקע, אין המלוה-המוכר יכול למחול עליו, כי המשכנתא היתה מוחזקת ביד המלוה, ומכר את גופו, והממון הגיע לקונה כשהחזיק בה; ואילו ר"י מיגאש סובר שהוא יכול למחול, כי המשכנתא נחשבת כחוב רגיל כיון שהלווה יכול לפדותו (לסלקו) בכסף. הרא"ש בשו"ת חזה התנופה סימן כא (הובא בטור, חו"מ, סו, כט), שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' יד וסי' שנד (בלשון "אפשר"), והרא"ה, המובא בחידושי הריטב"א בבא בתרא קמז ע"ב (שהובא בנימוקי יוסף, ב"ב סט ע"א, בדפי הרי"ף), פוסקים שאינו יכול למחול, גם במקום שהלווה יכול לסלקו, מהטעם של הראב"ד. שו"ע חו"מ, סו, ל, מביא את שתי הדעות. שרשי הים, ח"ג, על רמב"ם, ה"ל זכייה, ב, יד (טז ע"ד, יז ע"ב), כותב שגם לר"י מיגאש, במקום שהלווה אינו יכול לסלקו בכסף, המלוה אינו יכול למחול אחרי שמכר, כי נחשב כמכירת גוף הקרקע לזמן, והקונה מוחזק. והוא כותב (בדף יז ע"ב) שמשפך מעמידים את הקרקע בחזקת מרא קמא.

שם מדובר על מחילת זכות מסוימת במשכנתא, בלי למחול על החוב, והיא אינה מועילה בלי עשיית קניין.

אבל מחנה אפרים עצמו⁵⁰ חולק על הר"ן, מפני שלדעתו⁵¹ לא מועילה מחילה על קנין פירות.

מן הסוגיה שם עולה, שבמקום שנהוג שהלווה יכול לסלק את המלווה מהמשכנתא ע"י פרעון החוב, מועילה מחילת המלווה על המשכנתא בלי קניין.

יוצא מכלל זה "משכנתא דסורא", שהמיוחד בו הוא שאחרי סיומו, החייב נפטר מחובו, מפני שהפירות שאכל הנושה מהקרקע נזקפים בפרעון החוב⁵². מחנה אפרים⁵³ כותב שכאן גם במקום שנהוג שהלווה יכול לסלק את המלווה ע"י פרעון החוב, לא תועיל מחילת המלווה בדיבור בלבד, מפני שהקרקע נחשבת קנויה למלווה, שהרי במשכנתא דסורא, החייב (בעל הקרקע) אינו יכול לומר למלווה "אל תאכל פירות". הוא מסביר שרק בסתם משכנתא, מועילה הסתלקות המלווה בדיבור במקום שנהוג שהלווה יכול לסלקו בכסף, מפני ששם הכסף שנתן הוא רק הלוואה לבעל הקרקע, ויש למלווה רק שעבוד בשדה ולא קניין, ויכול הלווה לומר למלווה "אל תאכל"; אבל במשכנתא דסורא, מראש נתן את הכסף בתורת שכירות מוקדמת לכך וכך שנים, כלשון שטר המשכנתא "ובמשלם שנייא אילין תיפוק ארעא דא בלא כסף", וזה כעין מכר גם במקום שנהוג שהלווה יכול לסלקו, כמו שכתבו בעלי התוספות⁵⁴, שזה לא נראה כהלוואה אלא כקונה את הפירות בכסף, וא"כ היא קנויה למלווה עד שיפדנה הלווה, מפני ששכירות היא מכר ליומה. הוא מסביר שאף שיכול הלווה לסלק את המלווה, זה בגדר "מכר", כמו שפועל יכול לחזור בו בחצי היום, ומכל מקום הרמב"ם⁵⁵ כותב שהוא קנוי לזמן.

פרק חמישי: שכירות

א. הסוברים שאין מועילה מחילה על זכות שכירות

הריב"ש⁵⁶ כותב שמי ששכר קרקע ועשה קנין ושילם דמי שכירות - אינו יכול להסתלק מזכות השכירות שלו בדיבור בלבד אפילו בפני עדים אלא בקנין גמור, מפני שהקרקע היא שלו לאותו זמן, מפני ששכירות היא "מכר ליומה"⁵⁷.

⁵⁰ מחנה אפרים, הלכות שכירות שם.

כמו כן, מאירי, קידושין טז ע"א, כותב שבמשכון של קרקע, אם הנושה מחל על החוב, הוא צריך להקנות לחייב את הקרקע הממושכנת שהרי גופה קנוי למלווה, וזאת גם לדעה (שהבאנו בשער חמישי) שבמשכון מטלטלין מועילה מחילה בלי קניין.

כמו כן, יד דוד (קרלין), ה"ל אישות פ"ה ה"ט"ז, אות קנד (עה ע"א), נוקט שבמקום שנהוג שהחייב יכול לסלק את הנושה מהמשכנתא, החוב נפקע במחילה בלבד; משמע שבמקום שנהוג שאינו יכול, החוב אינו נפקע במחילה, שלא כר"ן.

שו"ת מבי"ט חלק א סימן קיא, עוסק בנושה שקרע את שטר המשכנתא, ופוסק שהמשכנתא אינה מתבטלת בכך. שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סי' כד (מה ע"ד), מנמק, שהמשכנתא קנויה לנושה, ולכן גם אילו מחל בפירוש עליה לא היה מועיל (בלי קניין). שו"ת יביע אומר חלק ו, חו"מ סימן ה, אות ה (=פד"ר, כרך ו עמ' 105), מנמק, שבנידון המבי"ט התנו שלא יוכל הלווה לפדותה במשך שנה, והרי משכנתא במקום שהלווה אינו יכול לסלק את הנושה, נחשבת כמכורה (רש"י בבא מציעא סז ע"ב, ד"ה באתרא), ולכן לא מועילה בה מחילה; והוא כותב (באות ו = עמ' 106) שהמבי"ט סובר כדעה (שראינו בשער חמישי) שמחילת חוב עם משכון צריכה קניין, שהרי זכותו של המלווה במשכון מטלטלין היא כזכותו במשכנתא; והוא מעיר (באות ז = עמ' 107) שהמבי"ט חולק על שו"ת הרשב"א שם. אבל הוא דוחה ראיה שהביא המבי"ט עיי"ש, ועל דחייתו ראה ר' רצון ערוסי, מחילה בזכויות חפציות בהלכה, עמ' 15-17.

⁵¹ מחנה אפרים, הלכות עבדים, סי' א. הבאנו את דבריו ליד ציון הערה 4.

⁵² עיין ב"מ סז ע"ב.

⁵³ מחנה אפרים, הלכות שכירות סי' ז, במסקנתו. שם מובא שר' יהודה רוזאניש מסכים לפסק זה. בנידונו ההסכם היה שבשנתיים הראשונות הלווה אינו יכול לסלק את המלווה ע"י תשלום החוב, ורק אח"כ הוא יכול.

⁵⁴ תוספות, ב"מ סז ע"ב (ד"ה במשלם).

⁵⁵ רמב"ם, הלכות מכירה, יג, טו.

⁵⁶ שו"ת הריב"ש, סי' תקי (הובא בסמ"ע, שטו, סי' ק) [שהובא בשו"ת הרי בשמים חלק א סימן סב, ובשו"ת השמים החדשים חו"מ סי' ק], בבאר הגולה, חו"מ, שטו, אחרי אות א, בשו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' ג (קפא ע"ב), בשו"ת תורת חסד (פרחיא), סי' רנח, בשו"ת עולת שמואל (פלורנטינו), חו"מ סי' כז, בשו"ת מהר"ם אלשיך סימן ט, בשו"ת ר' ישראל יעקב אלגזי, סי' פה, בבני יעקב, מאמר ב, קניין, דף עו ע"ב, בקצות החושן, שטז, סי' ג, בשו"ת עין יצחק חלק א אבן העזר סימן נט אות כא, בשו"ת יביע אומר חלק ו,

הריב"ש מביא ראיה ממה שנושה אינו יכול להסתלק ממשכנתא בדיבור בלי קנין, כפי שראינו לעיל⁵⁸.

ח"מ סימן ה, אות ו (=פד"ר, כרך ו עמ' 106), בחקרי לב, מהדורא בתרא, ח"מ, סימן לט (רמו ע"א), בקובץ שעורים בבא בתרא אות נח, ובאמרי בינה, דיני דיינים, סי' כ, אות יא, אות יד ואות טז). כמו כן, בני חיי, ח"מ, סי' שיב, הגהות הטור, אות א (הובא בבאר היטב ח"מ, סי' שיב, ס"ק א), מדייק משו"ת מהרשד"ם, ח"מ, סי' רפז, שהסכמת השוכר להתפנות אינה מועילה בלי קנין. גם כסף הקדשים, סי' קפט, כותב ששוכר שהחזיר למשכיר שטר שכירות קרקע, ומחל, לא נתבטלה השכירות, וצריך הקנאה בקנין. כך פסקו גם סמ"ע, קפט, ס"ק א (ברמז); חקרי לב, ח"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמו); ר' מנחם אגוזי, ר' אליהו בן חיים, ור' חיים באסן בתשובותיהם בשו"ת הראני"ח, חלק א, סי' לח.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג חלק ב סי' ח, מסכים לריב"ש, ומנמק, שאף שיש לשוכר רק הנאת שימוש במושכר, מכל מקום הנאת השימוש היא שלו לגמרי, והיא קנין הגוף (!), וכדי להעביר אותה לאחר צריך קנין.

שו"ת דברי שלום (משאש) ח"מ סי' לב, כותב ששוכר שמחל ואמר שהוא מוכן שהבית יושכר לאחר, מחילתו בטלה משום שלא עשו קנין באו"ה כפה"ד (=באופן המועיל כפי הדין). שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב דף ג ע"א, סי' סו, ודף יב ע"א, סי' ריא, כותב שלפי ח"י הרמב"ן כתובות נט ע"א הכותב ששכירות נחשבת קנין הגוף לפירות ולכן השוכר יכול למכור את זכותו לאחר, לא מועילה מחילת השוכר על זכותו.

שו"ת אבני נזר, ח"מ, סי' כה, מסביר שהריב"ש סובר שאף שזכות שכירות היא רק שעבוד ולא קניין, אין מועילה מחילה עליה, כשם שלפי דעה אחת, שהבאנו בשער חמישי, אין מועילה מחילה (בלי קנין) על חוב עם משכון, אף שקנין המשכון למלווה הוא רק בדרגה של שעבוד. דבריו קשים, שהרי עולה מהם שאין מועילה מחילה על שעבוד, וכפי שראינו ליד ציון הערה 8, פשוט לפוסקים שהיא מועילה. אולי הוא מתכוון לומר, שיש סוגי זכויות קניניות (הוא קורא לכולן "שעבוד") שהן חזקות יותר, ודינן כבעלות לענין זה, ואת זה הוא מוכיח ממשכון; אבל הוא מסכים שיש סוגי זכויות קניניות שמועילה בהן מחילה.

ר' מסעוד אלפסי, המובא בחי' ר' שלמה אלפסי, משחא דרבותא, ח"מ סי' יב, דף קלג ע"ב, מנמק את דברי הריב"ש, שדבר שנעשה בקנין, לא מועילה מחילה עליו בלי קנין (ראה בשמו בשער שני הערה [1]).

מ' זילברג, בע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 578, מביא ראיה מדברי הריב"ש, ששכירות היא קנין ולא חוזה.

בנידונו של הריב"ש לא נקט השוכר לשון מחילה בפירוש, ומכל מקום לא פירש הריב"ש שכוונתו למתנה שמועילה בדבר בעין (ראה שער ארבע עשרה, פרק רביעי, ט, שיש אומרים שבמחילה מכללא על בעלות, מפרשים שהתכוון למתנה מכללא), מפני שבקרקע גם אם נפרש שהתכוון למתנה צריך מעשה קניין, שלא היה בנידונו.

החזרת שטר השכירות: שו"ת עולת שמואל (פלורנטינו), ח"מ סי' כז, כותב ע"פ דברי הריב"ש, שגם החזרת שטר השכירות למשכיר לא מועילה, כיון שיש לשוכר קנין בגוף הבית.

בלשון "נתינה": כפי שראינו בשער ארבע עשרה, הבעיה במחילת בעלות היא הלשון, אבל אפשר להקנות בעלות בלשון "נתינה" או "הקנאה", אם עשו מעשה קנין המתאים להקנאת אותו נכס, ולפי זה גם שוכר יכול להקנות את זכות השכירות חזרה למשכיר בלשון "נתינה". אבל ר' רצון ערוסי, מחילה בזכויות חפציות בהלכה, עמ' 44-45, עושה הבחנה בענין זה: בשכירות מיטלטלין, אם עדיין לא שילם דמי שכירות, והחפץ ביד המשכיר, מועילה לשון "נתינה", ואז זכות השכירות נקנית חזרה למשכיר כיון שהוא קונה אותו בקנין חצר (נראה שהחידוש הוא גם אם עשו קנין סודר על השכירות, שאם לא כן, השוכר בכלל לא זכה בזכות שכירות, ופשוט שהיא יכולה לחזור למשכיר); אבל אם כבר שילם דמי שכירות, לא מועילה לשון "נתינה" בלי החזרת דמי השכירות, כי המשכיר צריך לשכור את החפץ חזרה מהשוכר, כמעשה קנין (דבריו קשים, שהרי השוכר יכול לתת את זכות השכירות למשכיר **במתנה**, והמשכיר יזכה זכות השכירות בקנין חצר כיון שהנכס ברשותו); ורק אם המשכיר החזיר את דמי השכירות, מועילה לשון "נתינה". לעומת זאת, בשכירות קרקע, לא מועילה לשון "נתינה" (ראה בשמו בשער ארבע עשרה, שבקרקע לא מועילה לשון "נתינה", אם לא עשו מעשה קנין).

⁵⁷ ב"מ נד ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, ז, א.

⁵⁸ ליד ציון הערה 37.

חקרי לב, ח"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמו), מחזק את ראיית הריב"ש ממשכנתא, בכך שבמשכנתא אין גוף הקרקע קנוי למלווה, כמו שכתבו תוספות, ב"מ סז ע"ב (ד"ה ושביעית), אלא יש לו רק קנין פירות, ויש רק מנהג שלא לסלקו, ואעפ"כ הסתלקות המלווה מועילה רק בקנין, וכל שכן בשכירות, שהדירה קנויה לשוכר לזמן. והוא מוסיף (בעמ' שנ) שאע"פ שתוספות ערכין כא ע"א (ד"ה הכי) כתבו שלווה אינו יכול להקדיש קרקע ממושכנת אבל משכיר יכול להקדיש קרקע מושכרת, ולפי זה נדחה הקל וחומר שלמד הריב"ש שכירות ממשכנתא, שהרי לפי התוספות, זכות השוכר קלושה יותר מזכות המלווה במשכנתא - מכל מקום הריב"ש צודק, מפני שיש בשוכר צד חזק, שהוא קונה את הקרקע לזמן, כאמור.

שו"ת דרכי נועם, ח"מ, סי' ד (ד"ה ואני אומר), מביא ראיה ממה רמב"ם הל' מכירה, כג, הלכה א, והלכה ט, משווה מוכר שדה לפירותיו, לשכירות, ובהל' שכירות ז, א, כתב ששכירות היא מכירה לזמן קצוב. והוא מסביר שמה שכתב רמב"ם הל' מכירה, כג, א, שמשכיר "לא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף" כוונתו שלא הקנה לו את הבית לעשות בו כרצונו, כמו שכתב שם בהלכה ו, שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אלא הקנה לו את הגוף כדי שיהנה ממנו. הוא מסביר (בד"ה ואמנם כד) שאף שהלכה היא שקנין פירות אינו כקנין הגוף (יבמות לו ע"ב), אין הכוונה שאין לבעל קנין פירות שום קנייה

לדעת הריב"ש, מחילת השוכר אינה מועילה גם אם המושכר היה בחזקת המשכיר בשעת המחילה⁵⁹. ר' יוסף חזן⁶⁰ מסביר שאע"פ שהריב"ש הסתמך על הראיה ממשכנתא, ובמשכנתא הטעם שצריך קנין כשמוחל הוא מפני שהלווה אינו תופס כלום⁶¹, מכל מקום הריב"ש סובר ששכירות חזקה ממשכנתא, ולכן מחילת השוכר צריכה קנין גם אם המשכיר מוחזק; ועוד, שהחזקת משכיר בקרקע שלו עצמו לא מעלה ולא מורידה.

ב. הסוברים שמועילה מחילה על זכות שכירות

ר' ישראל איסר איסרלין⁶² נשאר ב"צריך עיון לדינא" על דברי הריב"ש. הוא טוען, שבשכירות קרקע, אין גוף הקרקע של השוכר, אלא היא שלו רק לשימוש, ועל שימוש בקרקע מועילה מחילה; ואמנם שכירות היא "מכר ליומה", אבל הרי הריב"ש עצמו כתב במקום אחר⁶³ שהיא נחשבת מכר רק לעניין ההנאה של השכירות, לא לענין גוף הקרקע, והרי על הנאה מועילה מחילה, שלא כמו על נכס⁶⁴.

גם ר' יהושע באב"ד⁶⁵ כותב שמועילה מחילה על שכירות, והכלל ששכירות היא מכר ליומה אינו נוגע לכאן, כיון שהוא נאמר רק לענין אונאה⁶⁶.

בגוף הקרקע, אלא שאינו כקנין הגוף לגמרי לכל פרטיו, אבל יש לו זכות בגוף הקרקע, שהרי בעל קנין הגוף שיעבד לו את יניקת קרקע, והקונה שדה מחבירו בזמן שיובל נוהג, שיש לו רק קנין פירות (גיטין מח ע"א) יכול למכרה לאחרים, ולכן אפשר להקנות דקל לפירותיו ובית לדירה, והוא כאילו מקנה את גוף הקרקע על תנאי כך וכך, ולכן בכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, אם מכר האב, המכר תקף עד שימות, אף שיש לאב רק קנין פירות (ב"ב קלו ע"א); ואם כן, כשם שבשאר קניות, הקנייה אינה מתבטלת במחילה אלא עד שיחזור ויקנה לשכנגדו, כן הוא גם בשכירות, שהיא קנין פירות.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג חלק ב סי' ח, מביא ראיה לריב"ש מרא"ש סוכה פ"ג, סי' ל, הכותב שבמעמ"ל צריך המקבל לחזור ולהקנות לנותן כשהוא מחזיר לו, ולא מועיל שהמקבל ימחל עליה, וזאת אף שיש למקבל רק קנין פירות במתנה כמו שכתב הר"ן. גם לפי ראיה זו, לכאורה, לא תועיל מחילה על שום סוג של קנין פירות (שהרי זאת לא ראיה ספציפית לשכירות). ברכת משה, על מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' ט, אות ג, דוחה ראיה זו על פי מה שכתב מחנה אפרים הלכות זכיה סי' יח, שבמעמ"ל גוף הנכס קנוי למקבל עד סוף הזמן ולכן צריך להקנותו חזרה לנותן.

חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שג) מביא ראיה לריב"ש משו"ת הרא"ש כלל יג סי' כא (סי' כ במהדי' ורשה), הכותב שקהל שמכרו חכירת "אלמעונה" (זכות לגבות מס מסוים) למישהו, אינו יכול להסתלק מהחכירות בדיבור בלי קנין, אף שמכירה זו היא רק מכח מנהג מפני שזה דבר לא בא לעולם; וקל וחומר שבשכירות לזמן, שקונה מהתורה, לא יועיל סילוק בדיבור.

⁵⁹ כך היה המקרה בנידונו.

⁶⁰ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שג).

⁶¹ כאמור ליד ציון הערה 42.

⁶² שער משפט, שטו, סי"א (הובא בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ) ב"ב סי' א אות ב).

⁶³ שו"ת הריב"ש סי' שנה.

חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמו), דוחה את הראיה משו"ת הריב"ש סי' שנה, שא"א לומר שיש לשוכר רק זכות של דירה, שהיא זכות הפירות, שהרי אי אפשר להקנות זכות דירה בבית, בלשון "ידור פלוני בבית זה", ואפשר רק להקנות את הבית לדור בו, כמו שכתב שו"ע, חו"מ, ריב, א; ולכן צריך לומר שיש לשוכר גם קנין בקרקע לדור בו.

⁶⁴ גם שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עה, דוחה את נימוקו של הריב"ש, ששכירות היא מכירה ליומה, שהרי תוספות, ב"מ נו ע"ב (ד"ה והאי), תוספות הרא"ש שם, ושי"ד, חו"מ, שיג, סי"א, כתבו ששכירות היא כמכר רק לגבי אונאה; ולפי זה מחילה יכולה להעביר את הקרקע מהשוכר למשכיר, בלי קנין. חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמו), משיב על כך, שגם לדעת התוספות יש לשוכר קנין פירות, שלכן שכירות נקנית בקניין קרקע (שו"ע, חו"מ, שטו, א). והוא מביא ראיה משו"ת שי למורא (יונה), סי' כג (דף כד ע"ג), הכותב שיש לשוכר קנין פירות.

בשאלה האם שכירות היא זכות חוזית או קניינית, ראה סיכום הדעות והנפקויות בחוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 7-24. בעמ' 19 הובאה הדעה שאין מועילה מחילה, ובעמ' 21 - הדעה ההפוכה.

⁶⁵ ספר יהושע, שו"ת, סי' לו.

עוד הסוברים שמועילה מחילה על שכירות: שו"ת חמדת משה (פרלמוטר), סי' קכ, מדייק משו"ת הרדב"ז, סי' אלף קצב, שלדעתו מועילה מחילה על שכירות, שהרי הוא עוסק במשכיר שמכר את המושכר לשוכר, וכתב "כיון שנתרצו זה למכור וזה לקנות, נתבטלה השכירות". הוא מנמק, שמועיל גילוי מילתא לבטל שכירות, כי לשוכר יש רק קנין פירות, ואין צריך קנין למחול את קנין הפירות, כי ביתו של המשכיר קונה לו חזרה את קנין הפירות. ניתן להשתמש בנימוק זה בכל מחילה על זכות קניינית הפחותה מבעלות: כיון שהנמחל הוא בעל הנכס, הנכס קונה לו את הזכות הקניינית הפחותה.

אשר לראיית הריב"ש ממשכנתא, האחרונים דוחים אותה בכמה דרכים: א) ר' ישראל איסר⁶⁷ דוחה, שמשכנתא, במקום שנהוג שהחייב אינו יכול לסלק את הנושה בכסף, עדיפה משכירות, והגוף קנוי למלווה, שהרי מותר למלווה לאכול את פירות הקרקע גם בלי ניכוי שווי הפירות מסכום החוב, ואין בזה איסור ריבית, וכן לענין דין בר מצרא יש הבדל בין שכירות למשכנתא, שאם הלווה-הממשכן מכר את הקרקע לאחר, יכול המלווה לסלקו⁶⁸, ואילו משכיר שמכר את הקרקע לאחר, אין השוכר יכול להוציא מידו⁶⁹.

ב) מחנה אפרים⁷⁰ דוחה, שבמשכנתא, המלווה אינו מסתלק מעכשו, אלא מתנה שכשיביא לו הלווה כסף יסתלק, ולכן צריך קנין; אבל אם הסתלק מיד, מועיל הסילוק בלי קנין, וכך יהיה הדין גם בשכירות⁷¹.

ג) ר' יוסף חזן⁷² דוחה, שבמשכנתא, המלווה קונה מראש את פירות הקרקע עד הזמן שיחזיר לו הלווה את כסף ההלוואה, ולכן אינו יכול להסתלק בדיבור, ואילו שכירות "ישנה מתחילה ועד

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב דף ג ע"א, ס"י טו, ודף יב ע"א, ס"י ריא, כותב שתוסי' ב"ב נ ע"א (ד"ה המוכר) הסוברים ששכירות אינה קנין הגוף לפירות, אלא רק זכות שימוש - סוברים שמועילה מחילת השוכר על זכותו.

קובץ הערות סימן נג אות ה, תולה שאלה זו במחלוקת הרא"ה והרמב"ן, המובאת בח"י הריטב"א החדשים ב"מ קג ע"א, לגבי המשכיר "בית זה" ונפל, האם חייב לשלם דמי שכירות: הרא"ה (המכונה בריטב"א שם "רבי") מחייב כי השוכר דומה שקונה בית ונפל לפני ששילם, וכך שוכר משלם עבור קנין השכירות - כי לדעתו גוף הבית קנוי לו כמו במכר, ולדעתו לא מועילה מחילה על זכות השכירות; ואילו הרמב"ן סובר ששם פטור מלשלם דמי שכירות כי דמי השכירות הם עבור השימוש ולא עבור הקנין, כי אין גוף הבית קנוי לשוכר, אלא יש לו רק זכות דירה, ולכן לדעתו מועילה מחילת השוכר בלי קנין. ובאותו ו, כותב הר"ן סובר שמועילה מחילת זכות שכירות, כמו שכתב (ליד ציון הערה 45) שמועילה מחילת נושה על משכנתא.

שו"ת דרכי נועם, חו"מ, ס"י ד (ד"ה אחר שכתבת), מביא חכם אחד שכתב שהמחילה מועילה, כי השוכר לא קנה את הגוף אלא את דירת הבית, וא"א להקנות דירת בית כיון שאין בה ממש (שו"ע, חו"מ, ריב, א), ולכן די במחילה כדי שתחזור לבעליה, ושכירות היא כמכר רק לענין שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר מהבית. הוא מביא ראיה מרמב"ם הל' שכירות ה, ה, האומר שהמשכיר יכול לומר לשוכר "צא והניחו", משמע שדי במחילת השוכר. דרכי נועם עצמו דוחה ראיה זו (בד"ה ואני אומר), שטעם הרמב"ם אינו משום מחילת השוכר, אלא מדובר שהשוכר רוצה להשכיר לשוכר משנה, ובזה המשכיר יכול לטעון שאם השוכר אינו רוצה לגור בבית, יחזיר אותו למשכיר ואל יטרח להשכיר לאחר. גם שו"ת עולת שמואל (פלורנטינו), חו"מ ס"י כז, דוחה את הראיה, שהרמב"ם לא בא מצד מחילה אלא מצד "זה נהנה וזה לא חסר", שהשוכר אינו יכול להשכירו לאחר אם המשכיר מציע לו להחזירו לו; והראיה, שהרי אם השוכר מוצא מי שמוכן לשכור ממנו ביותר, המשכיר אינו יכול לדרוש ממנו להחזירו לו, כי אז "זה חסר" - השוכר יפסיד אם יחזיר לו.

אבל שו"ת ימי יוסף בתרא חו"מ ס"י לב (עמ' שעו), כותב שא"א לומר קי"ל שהמחילה מועילה, כי היחיד הסובר כך הוא מחנ"א. הוא לא ראה את הפוסקים האחרים הסוברים כך.

⁶⁶ כאמור בהערה 64.

⁶⁷ שער משפט, שצוין בהערה 62.

⁶⁸ רמ"א, חו"מ, קעה, נז. אבל יש לציין ששו"ע שם סובר להיפך.

⁶⁹ שו"ע, חו"מ, קעה, סג.

ברכת משה, על מחנה אפרים, הלכות שכירות, ס"י ט, אות ב, משיב על דחיית שער משפט, שמשכנתא אינה מכירה גמורה אלא הכסף הוא הלוואה, ומה שמותר בלי ניכוי הוא רק בשדה (לרש"י, ב"מ סד ע"ב, ד"ה קמ"ל), שאינו רבית קצוצה מפני שאין רווח ודאי.

⁷⁰ מחנה אפרים, הלכות שכירות, ס"י ט. ראה פרק רביעי, ליד ציון הערה 47, שמחנה אפרים כותב על פי סברה זו, שגם במשכנתא מועיל סילוק מידי. שו"ת מנחת שי (שור), ח"ב ס"י צו, כותב שמחנה אפרים חולק על הריב"ש.

גם שער משפט שם דוחה, שבמשכנתא הטעם שאינו מועיל הוא כי הסתלק על תנאי, ובמחילה מותנית יכול המוחל לחזור בו עד קיום התנאי - ראה בשמו בהערה 43.

גם שו"ת חמדת משה (פרלמוטר), ס"י קכ, דוחה, שבמשכנתא, כל זמן שלא פדה אותה הלווה, עוד לא נפסק קנין הפירות, ולכן יכול המלווה לחזור בו מדיבורו כל זמן שהלווה אינו פורע.

⁷¹ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, ס"י ע (עמ' שמו), דוחה את דחיית מחנה אפרים, שהרי כפי שראינו בפרק רביעי, ליד ציון הערה 42, הראשונים כתבו שהטעם שצריך קנין בסילוק ממשכנתא הוא מפני שהמלווה קנה את הקרקע עד סוף זמנה, והיינו כטעם של הריב"ש, ולא כטעם של מחנה אפרים. מצד שני, הוא כותב שאין להוכיח שתועיל מחילה על שכירות ממה שכתב חידושי הר"ן גיטין לז ע"א (שהבאנו ליד ציון הערה 45), שמועילה מחילה במשכנתא בלי קנין גם במקום שנהוג שהלווה אינו יכול לסלק את המלווה בכסף, מפני ששם זה משום שהמשכנתא אינה קנויה למלווה באמת אלא רק בגלל המנהג שהלווה אינו יכול לסלקו, אבל בשכירות, הקרקע קנויה לשוכר לזמן, ולכן לא תועיל מחילה.

⁷² חקרי לב, חו"מ, חלק ב, ס"י ע (עמ' שמט).

סוף⁷³, כלומר, שהמשכיר בית לחודש בשלושים פרוטות (לדוגמה), זוכה רק בשוה פרוטה של דמי השכירות כל יום, וממילא גם השוכר קונה את זכות השכירות רק מדי יום ביומו, וא"כ יוכל למחול בדיבור על העתיד שעדיין לא קנה⁷⁴.

ר' ישראל איסר איסרלין⁷⁵ מביא ראייה שמועילה מחילת זכות השכירות, מהדין⁷⁶ שמועילה מחילת בעל בית על זכותו בארבע האמות הסמוכות לפתח ביתו בחצר המשותפת - הרי שמועילה מחילה על זכות קניינית בקרקע. האחרונים דוחים ראייה זו בכמה דרכים: א) ר' משה אהרן אייזנבך⁷⁷ דוחה, ששם זה רק זכות לשעה⁷⁸, אבל לשוכר בית יש קנין גוף לפירותיו. ב) ר' יוסף שאול נתנון⁷⁹ דוחה, ששם לכל בני החצר יש אותה זכות, וכשאחד משתמש בארבע האמות, הן שלו, ולכן כשאחד מסתלק ממילא זכו האחרים, משא"כ בשכירות, שזכות השימוש היא רק לשוכר, לכן זכותו אינה פוקעת בדיבור⁸⁰. ג) ר' יהודה לייב גרוברט⁸¹ דוחה, שקנין השימוש בארבע האמות גרוע משאר קנין שימוש ואינו קנין כלל ולכן מועילה בו מחילה, משא"כ בקנין שכירות. הוא מוכיח זאת מר' יוחנן האומר בירושלמי⁸² שארבע אמות אינן "לו לקנין", אע"פ שר' יוחנן סובר⁸³ שקנין פירות כקנין הגוף.

ר' יעקב די בוטון⁸⁴ מביא ראייה שמועילה מחילת השוכר, מהדין⁸⁵, שבשכירות לזמן קצוב, בסוף הזמן יכול המשכיר להוציא את השוכר מהבית אפילו בימות הגשמים, ולא מצאנו מי שאמר שצריך שהשוכר יקנה את הבית חזרה למשכיר במעשה קנין, וכך נהוג, שאין עושים מעשה קנין בתום השכירות; ומכאן שהבית אינו קנוי לשוכר, ואם כן, מועילה מחילה בדיבור. ר' יוסף חזן⁸⁶ דוחה ראייה זו, שבשוכר לזמן קצוב, אחרי הזמן לא נשאר לשוכר שום זכות בבית, ולכן אין צריך קניין להקנותו חזרה, מפני שאין לו מה להקנות למשכיר; ואין להוכיח משם לשוכר המוחל בתוך הזמן הקצוב.

טעם נוסף שתועיל מחילת השוכר בדיבור בלבד, כותב ר' יוסף חזן⁸⁷: שוכר החוזר בו תוך הזמן, נפטר מחיוב תשלום דמי השכירות, והנאה זו תוכל להיות קנין לתת תוקף לסילוק מהשכירות, גם

⁷³ הוא מדייק מתוספות, ב"מ סב ע"א (ד"ה שכירות), שזה אמור גם בשכירות בית.

⁷⁴ אך הוא משיב על דחייה זו, שהשוכר קונה את הבית מיד, לכל הזמן שקצב, במעשה הקנין שעשה, ורק המשכיר לא קנה את כל מעות השכירות (כלומר, בדוגמה הנ"ל, נכון שהמשכיר קונה רק פרוטה כל יום, אבל השוכר קונה מראש עד סוף הזמן); לכן השוכר אינו יכול להסתלק מהשכירות, וזה יותר חזק ממשכנתא, שהנושה קונה אותה מיד עד סוף הזמן שנקצב. הוא מביא ראייה ממה שאומר שו"ת הרשב"א חלק א סי' אלף כז, ששכירות בית היא מכר גמור - משמע שקנה מיד לכל הזמן. עוד יש להעיר, שאם עדיין לא זכה בחלק מזכות השכירות, היא זכות עתידית, שאי אפשר למחול עליה, כפי שראינו בשער רביעי, ואפשר רק להסתלק ממנה, לפי דעה אחת שראינו שם. כנראה, לדעתו זה נחשב זכות שכבר באה לעולם, מפני שכבר חל חיוב על המשכיר להתיר לשוכר להיות בבית עד סוף הזמן שקבעו, אלא שחיוב זה אינו נחשב עדיין זכות קניינית של השוכר.

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי) ב"ב יב ע"א, אות ריא, דוחה את הראיה ממשכנתא, שבמשכנתא לא מועילה מחילה כי הגוף קנוי למלוה לפירות, ובשכירות מועילה כי יש יש לשוכר רק זכות שימוש.

⁷⁵ שער משפט שם.

⁷⁶ שאמר הריב"ש עצמו - ראה פרק שישי.

⁷⁷ ברכת משה, על מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' ט, אות ב.

⁷⁸ כלשון שו"ת הריב"ש, סי' רמח.

⁷⁹ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ג, חלק ב, סי' ח.

⁸⁰ אבל ברכת משה שם מעיר, שחזון איש, ב"ב, סי' ו, ס"ק ד, בסופו, כותב שארבע האמות קנויות לגמרי רק לאחד אלא שהוא משאיל אותן לאחרים להשתמש בהן כשאינו צריך, ולפי דבריו אי אפשר לומר שכשהסתלק, זכו האחרים.

⁸¹ חבלים בנעימים, חלק א, סוגיא לג, חלק א, אות א.

בדומה דוחה שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי) ב"ב יב ע"א, אות ריא, שבארבע האמות יש לבעל הבית רק זכות שימוש, אבל שכירות היא קנין גוף לפירות.

⁸² ירושלמי ב"ב, א, ה.

⁸³ ב"ב קלו ע"ב.

⁸⁴ שו"ת עדות ביעקב, סי' עה.

⁸⁵ רי"ף, ב"מ נט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, ש"ב, ח.

⁸⁶ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמח).

⁸⁷ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שנא).

אם נאמר שהמחילה צריכה קנין מצד עצמה מפי שהשכירות היא כמכר.⁸⁸ אבל למעשה הוא כותב, שגם אם אחרי מחילת השוכר החזיר לו המשכיר את דמי השכירות שהקדים, אין אומרים שזה קנין כסף שמועיל כקנין על המחילה, ורק אם עשו קנין סודר, מפרשים שהשוכר מתכוון להקנות בזה למשכיר את גוף הקרקע,⁸⁹ אבל כאן שהחזיר את דמי השכירות, אין זה מראה שהתכוון להקנות למשכיר את הקרקע, אלא ייתכן שהחזיר לו מפני שהסכימו שניהם לבטל את השכירות.⁹⁰

ג. הבחנות שונות

אם נמחל גם חיוב דמי השכירות: ר' יום טוב צהלון⁹¹ עושה הבחנה: אם המשכיר אמר לשוכר "צא מהבית ותהיה פטור מדמי השכירות שהיית חייב", הרי היות שמחילתו על דמי השכירות חלה בלי קניין, לכן מועילה גם מחילת השוכר על זכות השכירות.⁹² לעומת זאת, אם אמר המשכיר רק "צא מביתי" ולא אמר "ואתה פטור משכירותי", השוכר עדיין חייב בדמי השכירות, ולכן גם מחילת השוכר אינה מועילה (אלא אם כן יעשה קניין אחר, שיחזור השוכר וישכיר את הבית לבעליו). כמו כן, אם השוכר אמר למשכיר "תן לי את כספי וטול את ביתך", הוא יכול לחזור בו מפני שהם דברים בעלמא. בכך הוא מיישב את דברי הריב"ש עם מה שמשמע ההיפך מדברי הרמב"ם⁹³, שכתב (על שוכר בית שהשכיר אותו לאחרים והמשכיר ביקש ממנו לצאת): "עד שאתה משכירו לאחר, תניח לזה ביתו", ולא כתב "תשכיר לזה ביתו", משמע שאין צורך שיחזור וישכיר אותו לבעליו, אלא יניחנו ויצא ואין עליו חיוב - התירוץ הוא, שכל אחד עוסק במקרה אחר. אך ר' רפאל יעקב מנשה⁹⁴ מקשה עליו, מדוע חלה מחילת השוכר רק משום שמחילת המשכיר היתה תקפה - הרי סוף סוף אי אפשר למחול על קרקע?

⁸⁸ הוא מסתמך על ר' פרץ (שנביא בהערה 194), האומר שהטעם שבמקום שנהגו שהלווה יכול לסלק את המלווה ממשכנתא בתשלום כסף, הלווה יכול להתנות שלא יסלק, בלי קניין, הוא מפני שיחד עם התנאה זו, מתחייב המלווה שלא יתבע את הכסף מהלווה עד סוף הזמן, והנאת הארכת הזמן שווה פרוטה והיא כפרוטה בהקנאה. אבל הוא כותב שר' פרץ הוא יחיד בדעתו בכך.

⁸⁹ כמו שנאמר כיוצא בזה לענין סילוק מבעלות בקנין - ראה שער ארבע עשרה, פרק חמישי.

⁹⁰ הוא נותן סיבה נוספת שלא מועיל כאן קנין כסף: צריך כוונה לקנות, וכאן השוכר והמשכיר לא התכוונו להקנות את הבית למשכיר ע"י החזרת דמי השכירות, לכן אין זה קנין. אבל אין דבריו מובנים, שהרי בקניין סודר מפרשים שהתכוון לכך למרות שלא אמר כך בפירוש, כאמור, ואפשר לומר כך גם בקנין כסף.

⁹¹ שו"ת מהריט"ץ, סימן פט.

⁹² דבר הפוך מדברי מהריט"ץ אומר שו"ת זכות אבות, סי' כח: שהשוכר בית לזמן קצוב, ואמר המשכיר לשוכר בתוך הזמן "יעזוב את הבית ואני מוחל לך", ויצא השוכר, עדיין הוא ברשות השוכר, מפני ששכירות היא מכר ליומה, ומחילה אינו מועילה בקרקע, וכל זמן שלא החזיק המשכיר בקרקע, הוא יכול לחזור על השוכר, כלומר שמחילת המשכיר על דמי השכירות אינה מועילה. נראה שכוונתו היא שמחילת המשכיר היתה מותנית בכך שמחילת השוכר תהיה תקפה, והרי לא מועילה מחילת השוכר על זכות השכירות, ולכן רק אם המשכיר החזיק בקרקע בפועל, מה שנותן תוקף למחילת השוכר, יש תוקף גם למחילת המשכיר על דמי השכירות. כך כתב גם קצות החושן, שטז, סי' ג, שמשכיר שביקש מהשוכר לפנות את הבית תוך זמן השכירות - היות שלא הועילה מחילת השוכר על זכות השכירות, גם המשכיר יכול לחזור בו ממחילתו (המשתמעת) על דמי השכירות. כמו כן, שו"ת ימי יוסף בתרא חו"מ סי' לב (עמ' שעו), מעלה אפשרות ששו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' ד (שהבאנו בשער שלישי, הערה [107]), הסוברים שאין מועילה מחילת משכיר על דמי השכירות, טעמו הוא שהוא מחל כי חשב שהקרקע תחזור לרשותו, אבל באמת לא מועילה מחילת השוכר על זכות השכירות והיא נשארת לשוכר עד שיקנה אותה למשכיר, כלומר זה כמחילה בטעות. ואילו מהריט"ץ אומר להיפך: כיוון שמחילת המשכיר מועילה, גם מחילת השוכר מועילה.

דעה שלישית היא של ר' אליהו בן חיים ור' חיים באסון, בתשובותיהם בשו"ת הראני"ח חלק א סי' לח (הובא במשנה למלך, הלכות שכירות, ה, ה, ובחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע, עמ' שג): שהשוכר צריך קנין כשהוא מוחל, מפני שהקרקע קנויה לו, ואילו המשכיר אינו צריך קנין כשהוא מוחל על דמי השכירות, מפני שיש לו רק שעבוד דמי השכירות על השוכר. והסכים אתם שו"ת קרבן אשה חו"מ סי' ל (נו ע"ב). כנראה הם סוברים שהמשכיר לא התכוון להתנות את מחילתו בכך שהשוכר יעזוב. לעומתם, ר' מנחם אגוזי, בשו"ת הראני"ח שם, כותב (כמו זכות אבות) שלא מועילה מחילת המשכיר בלי קנין מפני ששכירות היא מכירה ליומה.

ראה שער עשירי, ליד ציון הערה [125], עוד על מחילה הדדית של שכירות ודמי שכירות. על מחילת דמי שכירות (בלבד) ראה שער שלישי, ליד ציון הערה [107]. וראה שער רביעי, ליד ציון הערה [762], על השיקול שזו מחילת זכות עתידית.

⁹³ רמב"ם, הלכות שכירות, ה, ה.

⁹⁴ שו"ת באר המים (מנשה) סי' קכז. הוא מיישב את דברי הרמב"ם בדרך אחרת: מן הדין ראוי שכשהשוכר רוצה לצאת מהבית, שישכיר לאחר, משום "אל תמנע טוב מבעליו", והמשכיר קודם לכל אם ירצה, אי"כ מתברר למפרע שהמשכיר הקנה לו את זכות השכירות עדיין שישאיר לו אותה אם ירצה לצאת, ולכן הרמב"ם נקט לשון "הנחה" כי לגביו די בהנחה כי השכירות פוקעת ממילא כי מראש לא הקנה לו עדיין ודי שהמשכיר יגלה דעתו שהוא רוצה אותו, "ולמה תטרח להשכיר לאחר" (כך נראית כוונתו).

זכות שנים עשר חודש: ר' יעקב די בוטון⁹⁵ כותב ששוכר לזמן שמחל בתוך הזמן, אין מחילתו מועילה, מפני שהמושכר קנוי לו לזמן הזה מן הדין. לעומת זאת, אם מחל על הזכות שתיקנו חז"ל, שיש לשוכר זכות לגור בבית שנים עשר חודש אחרי הודעת המשכיר שהוא רוצה לסיים את השכירות⁹⁶, מועילה המחילה בדיבור, גם לפי הריב"ש; ואף שבמשכנתא לא מועילה מחילת הנושה בלי קנין⁹⁷ אף ששם זה רק מנהג שהחייב אינו יכול לסלק אותו, וכאן זה תקנת חכמים, ההבדל הוא משום שמשכנתא חזקה משכירות. אך ר' יוסף חזון⁹⁸ דוחה את דבריו, שהרי הריב"ש סובר שזכות מלווה במשכנתא **קלה** מזכות שוכר בשכירות⁹⁹, וכך הוא למד שכירות בקל וחומר ממשכנתא.

מחילה או סילוק: מחנה אפרים¹⁰⁰ עושה הבחנה בין לשון מחילה לבין לשון סילוק: לשון מחילה אינה מועילה, מפני שאי אפשר למחול על קנין פירות¹⁰¹. לעומת זאת, לשון סילוק מועיל, מפני שסילוק משמעו הפקר¹⁰²; ואין לומר שמאחר שזכות השכירות הופקרה, כל אדם יכול לזכות בה, מפני שברגע שמסתלק השוכר, ממילא זכה בה המשכיר, בעל הבית¹⁰³.

אם המשכיר כבר השכיר לאחר: אם השוכר מחל על זכות השכירות, ובעקבות כך השכיר המשכיר את הנכס לאחר, השוכר כבר אינו יכול לחזור בו ממחילתו¹⁰⁴. זאת בתנאי שהמשכיר הודיע לשוכר בפני עדים, שהוא עומד להשכיר את הבית לאדם אחר, ובכך נתן הזדמנות לשוכר לחזור בו לפני שהצעד ייעשה בלתי הפיך¹⁰⁵.

אופן קניית השוכר את זכות השכירות: ר' אליעזר גורדון¹⁰⁶ כותב שאם השוכר עשה קנין חזקה בבית ("נעל, גדר או פרץ"), או שקנאו בקנין כסף, יש לו קנין הגוף לפירות, והוא נחשב שלו לענין שיוכל לקנות בו מיטלטלין בקנין חצר, ולכן לא מועילה מחילה בלי קנין. לעומת זאת, אם השוכר קנאו רק בשימוש, יש לו רק שעבוד לשימוש, ולכן מועילה מחילה בלי קנין.

ד. שאילה

במקביל לדיון באפשרות למחול על זכות שכירות, יש לדון ביכולתו של שואל למחול על זכותו לשאול את הנכס.

ר' שרגא צבי טננבוים¹⁰⁷ כותב שגוף הנכס השאול שייך למשאל, והנכס רק משועבד לשואל לשימוש, ולכן הוא יכול למחול על שעבוד זה בלי לעשות קנין; וכשהוא מסכים להשיב את הנכס, הוא מוחל על שעבוד זה, והנכס שב לבעליו.

ר' יהונתן אבלמן¹⁰⁸ כותב שאף שבהפקדת פקדון, מקומו של הפקדון בבית השומר שאול למפקיד¹⁰⁹, המקום אינו קנוי לו בקנין גמור אלא שאול לו לשימוש זה, להניח בו את פקדונו, ולכן

⁹⁵ שו"ת עדות ביעקב, סי' עה.

⁹⁶ ב"מ קא ע"ב.

⁹⁷ כפי שראינו ליד ציון הערה 37.

⁹⁸ חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמח).

⁹⁹ כפי שראינו בהערה 58.

¹⁰⁰ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' ט.

¹⁰¹ הוא מפנה לדבריו בהלכות עבדים, סימן א, ששם כתב עיקרון זה (ראה ליד ציון הערה 4), ומביא ראיה מהריב"ש, הערה 56. אבל יש להעיר שבנידונו של הריב"ש היה זה סילוק!

¹⁰² ראה בשמו בשער ארבע עשרה, פרק חמישי, ובשער שש עשרה, פרק רביעי.

¹⁰³ אך חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ע (עמ' שמו), דוחה את מה שכתב מחנה אפרים שלשון סילוק הוא הפקר ולכן זכה המשכיר - שהרי רש"י, כריתות כד ע"א (ד"ה ה"ג) כותב ש"אי אפשר" היא לשון הפקר רק במטלטלין ולא בקרקע, וכן פסק הרא"ש, גיטין, פ"ד, סי' ג; ועוד, שאם הפקיר רק למשכיר, אינו מועיל, מפני שהפקר צריך להיות לכול, ואם הפקיר לכול ולא רק למשכיר, השוכר עצמו זוכה ראשון בהפקר כיוון שהוא דר בבית. אגב, מדברי חקרי לב, נראה שהוא לא הרגיש שמחנה אפרים מבדיל בין סילוק למחילה.

דברי מחנה אפרים קשים, שכן רק בעל נכס יכול להפקיר אותו, ולא מצאנו שמי שיש לו זכות קניינית מישנית בנכס יכול להפקיר את זכותו.

¹⁰⁴ רוח חיים (פאלאג'י) חו"מ, שיב, ס"ק ו.

¹⁰⁵ שו"ת ימי יוסף בתרא חו"מ סי' לב (עמ' שעז).

¹⁰⁶ תשובות ר' אליעזר ח"ב סי' א, אות ב, בדעת הריב"ש. הוא מסתמך על נתיח"מ קצב ס"ק ו, העושה הבחנה זו לענין רמת הקנין שיש לשוכר בבית.

¹⁰⁷ נטע שורק, חידושי סוגיות, פ' בהר, דף קט ע"ג.

הוא יכול למחול על שיעבודו לשימוש זה, וממילא המקום חוזר לנפקד. בכך הוא מסביר איך מפקיד יכול להקנות את הפקדון לנפקד בדיבור בלבד¹¹⁰: הנפקד קונה אותו בקנין חצר, כיון שמקומו של הפקדון חזר להיות שלו לגמרי ע"י מחילת המפקיד על זכותו בו.

פרק שישי: ארבע אמות בחצר

חצר שנמצאת בבעלות משותפת של בעלי הבתים שבחצר, לכל בעל בית יש זכות להשמש שימוש ייחודי בארבע אמות בחצר שמול כל פתח שיש לו¹¹¹. הריב"ש¹¹² כותב, שבעל הבית יכול למחול על זכותו בארבע אמותיו, מפני שארבע האמות אינן שלו בקנין גמור אלא לשימוש זמני. כלומר, הבעלות בכל החצר היא משותפת לכל בעלי הבתים, ויש לכל בעל בית זכות נוספת, להשתמש שימוש ייחודי בארבע האמות שלפני פתח ביתו, והוא יכול למנוע מן האחרים להשתמש בהן, מה שנותן רגיל בקרקע אינו יכול לעשות; ועל זכות זו אפשר למחול. ה"נמחל" הם בעלי הבתים האחרים, שעקב המחילה הם יכולים להשתמש בארבע האמות בשווה לזכות שימוש של המחול, בלי שתהיה לו עדיפות עליהם.

הוא מסביר בכך את הדין¹¹³ שאם בעל בית אטם את הפתח שלו ופרץ את פצימיו (המקלות הדקים המהווים את המזוזות ואת המשקוף של הפתח), הפסיד את זכותו בארבע האמות - מפני שהראה בכך שהוא מחול עליה¹¹⁴.

אבל הרשב"א¹¹⁵ סובר שארבע האמות קנויות לבעל הבית קניין גמור. הריב"ש¹¹⁶ כותב שלפי הרשב"א, אין מועילה מחילה על ארבע האמות, כיוון שהן קניין גמור שלו, ומחילה על בעלות אינה מועילה; והוא יצטרך להסביר שפריצת הפצימים מועילה מפני שבכך הוא **כמפקיר** את ארבע אמותיו לכל בני החצר.

¹⁰⁸ שו"ת זכרון יהונתן, חו"מ סי' ג (קכא ע"א בהגהה).

¹⁰⁹ רשב"ם, ב"ב פה ע"א (ד"ה המופקדין).

¹¹⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, ה, יא. ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 6.

¹¹¹ ב"ב יא ע"א.

¹¹² שו"ת הריב"ש, סי' רמח (עמ' שט), הובא בב"י, חו"מ, קעב, ט.

תשובות ר' אליעזר ח"ב סי' א, אות ב, מסביר את דעת הריב"ש, שיש לו זכות שימוש בארבע האמות רק לפרוק משא, ולהעמיד שם בהמה, ואין לו קנין הגוף בקרקע, רק שעבוד גוף הקרקע לשימוש, ולכן מועילה מחילה.

¹¹³ ב"ב יב ע"א.

¹¹⁴ בדומה מסביר רא"ש, ב"ב, פ"א, סי' מג, את הדין הזה: היות שארבע האמות אינן קנויות לו לגמרי אלא קנויות לו רק לשימוש, לכן כשגילה את דעתו שאינו צריך אותו, פקעה זכותו; ושער משפט, שטו, סי' א, מסביר שכוונת הרא"ש היא שבכך **מחל** על זכותו. גם לקוטי שיעורים (שטיין) ב"ב סי' ה (סי' ז במהדי תשס"ו), אות ד, מסביר שכוונת הרא"ש היא שמחל על זכותו, מפני שהוא סובר שיש לו רק זכות שימוש בארבע האמות, ולא קנין, ולכן מועילה מחילה. גם קובץ שעורים בבא בתרא אות נח, כותב שלפי הרא"ש מועילה מחילה, מפני שבשעה שאינו משתמש בד"א אינו יכול לעכב על אחרים מלהשתמש, ולכן אין לראות זאת כמכר ליומו, שלא כשכירות שבה אין מועילה מחילה, לפי הריב"ש (הערה 56) מפני שבה השוכר יכול למנוע מאחרים להשתמש בבית גם בזמן שאינו משתמש בעצמו. אבל שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי) ב"ב יב ע"א אות רי, כותב שהרא"ש סובר שגוף הד"א קנויות לו, כפי שמוכח מדבריו שם, סי' לח (עיי"ש להוכחתו), ולכן לא מועילה מחילה עליהן, ומה שנקט הרא"ש שהן קנויות לו "לתשמיש בעלמא" כוונתו היא שהן קנויות לו רק לזמן שהוא זקוק להן לשימוש; אלא שאם פרץ את פצימיו איבד את זכותו, כי קנינו בד"א קיים רק כשהוא צריך אותן, ופריצת פצימיו הוא גילוי דעת שא"צ אותן.

אבל מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' שלו, כותב שייטכן שלא מועילה מחילה מפורשת על ארבע האמות, כי זו זכות קניינית, ומועילה רק מחילה **מכללא** כמו בפריצת פצימיו, בגלל הסברו של קצות החושן, שהבאנו בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [234], שמחילה מכללא מועילה גם על בבעלות, כי מפרשים זאת כנתינה מכללא.

חידושי הרשב"א, ב"ב יב ע"א (בשם רבו), וני"ב ב"ב ז ע"ב (בדפי הרי"ף), אומרים שמדובר שפרץ את פצימיו ומת, ואז אין ליורשים זכות ארבע אמות, כיון שבשעת מותו לא היה להם מה לרשת, אבל האדם עצמו שפרץ יכול לפתוח שוב ולא איבד את ארבע האמות, כיון שכבר זכה בארבע האמות. לקוטי שיעורים שם מסביר, שלדעתם לא מועילה המחילה כי יש לו קנין בדי אמות.

¹¹⁵ חידושי הרשב"א, ב"ב יא ע"א (ד"ה ויש מרבותי).

¹¹⁶ ריב"ש שם. וכך מסבירים חידושי הרשב"א, ב"ב יא ע"ב (ד"ה אמר רבא), ומגיד משנה, הלכות שכנים, ב, ז, שבפריצת הפצימים הראה שהוא מפקיר את זכותו בחצר לשכניו.

ר' ישראל איסר איסרלין¹¹⁷ מוצא נפקות בין שני ההסברים מדוע בעל הבית מפסיד את ארבע האמות אם פרץ את פצימיו: לפי הרשב"א, הוא יכול לחזור בו ולזכות בארבע האמות מן ההפקר אם בני החצר האחרים עוד לא זכו בהן (כגון ע"י קנין חזקה); ואילו לפי ההסבר שהוא משום מחילה, אינו יכול לחזור בו גם אם עוד לא זכו בהן בני החצר במעשה קניין, כיון שע"י המחילה, ארבע האמות עוברות באופן אוטומטי לבעלות משותפת מלאה של בני החצר.

פרק שביעי: נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג

אשה שהביאה עמה נדוניה לבעלה בעת נישואיה, והבעל קיבל על עצמו את אחריות הנכסים, הם נקראים "נכסי צאן ברזל". אם פחתו - פחתו לו, ואם הותירו - הותירו לו; ואם האשה תתאלמן או תתגרש, היא תקבל אותם לפי שוויים המקורי. נכסים שהבעל לא קיבל על עצמו אחריות עליהן נקראים "נכסי מלוג". אם פחתו - פחתו לה, ואם הותירו - הותירו לה, ולבעל יש רק זכות לקבל את פירותיהם¹¹⁸.

האם האשה יכולה למחול לבעלה על נכסים אלו?¹¹⁹ הפוסקים דנו בשאלה זו מצד העיקרון שאין מועילה מחילה על בעלות, והיא מועילה בזכות קניינית הפחותה מבעלות.

ר' חיים שבת¹²⁰ כותב שאשה יכולה למחול (אף בלי לעשות קנין סודר) על נכסי צאן ברזל, מפני שאינם בבעלותה, שהרי אם פחתו פחתו לבעל ואם הותירו הותירו לבעל, ויש לאשה רק שעבוד עליהם; ואע"פ שאם תתאלמן או תתגרש היא זכאית לקבל אותם חזרה בעצמם ואין הבעל או יורשיו יכולים לשלם לה כסף במקומם¹²¹, זה משום "שבח בית אביה", ולא משום שהם

¹¹⁷ שער משפט, שם. וכך מפורש בחידושי הרשב"א, ב"ב יא ע"ב (ד"ה אמר רבא), שאם לא קדמו וזכו, הוא יכול לחזור בו.

אבל תשובות ר' אליעזר ח"ב סי' א, אות ד, כותב שכיון שבעצם זה הפקר רק לבני החצר, אינו יכול לחזור בו גם אם עוד לא עשו בני החצר קנין. הוא הבין שמש"כ בשטמ"ק, ב"ב יא ע"ב, שבני החצר צריכים לעשות קנין בד"א אינו מדברי הרשב"א (חידושי הרשב"א על ב"ב לא נדפסו בימיו), והמגיה שם העיר על הטעות. ושם באות ג כתב שצריכים לעשות קנין, אבל שימושם בארבע האמות מועיל כקנין גם אם לא התכוונו לקנות - עי"ש בהסברו לכך; וכתב שגם בלי שעשו קנין, זכו ע"פ שער משפט, סי' רעה, הכותב שגר ששותף עם ישראל בחצר, ומת הגר ואין לו יורשים, זכה השותף גם בלי לעשות מעשה קנין; אבל הוא כותב שקשה לסמוך על שער משפט בזה.

גידולי שמואל בבא בתרא יא ע"א (ד"ה אבל זה), מוצא נפקות אחרת, ע"פ הדעה (בשו"ע, חו"מ, קעא, ו) שחצר של שני שותפים, יש בה רק שבע אמות, כך שאין בו שיעור חלוקה (ארבע אמות) לכל אחד, וראובן רצה לחלוק והציע לשמעון לקחת ארבע אמות והוא עצמו יקח רק שלוש, שמעון יכול לטעון שאינו רוצה לקל מתנה, כי "שונא מתנות יחיה"; וע"פ הדין שחישוב שיעור חלוקה הוא מלבד ארבע אמות שלפני הפתחים (שו"ע, חו"מ, קעא, ג). לפי הריב"ש, אם יש בחצר ארבע אמות מלבד ארבע אמות שלפני הפתחים, וראובן רוצה למחול על ארבע האמות שלפני פתחו כדי שיהיה בחצר דין חלוקה, שמעון אינו יכול להתנגד בטענת "שונא מתנות יחיה", כי אין זה מתנה, שהרי אין צורך בהקנאה. לעומת זאת, לפי מגיד משנה ונימוקי יוסף שם, שיש לבעל הבית קנין בארבע האמות, לא די בסילוק מהן אלא צריך להקנותן לשאר בני החצר, וא"כ זה בגדר מתנה, ושמעון יכול לטעון "שונא מתנות יחיה".

¹¹⁸ רמב"ם, הלכות אישות, טז, א.

¹¹⁹ לשאלת ביטול המחילה מצד טענת "נחת רוח עשיתי לבעלי", ראה שער תשיעי.

¹²⁰ שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ג, סי' סג (צו ע"ב-ע"ג) (הובא בשו"ת שער אשר, ח"א, אהע"ז, סי' לח, דף קד ע"א).

פסקי רי"ד, ב"ק פט ע"א, במסקנתו, ופסקי ריא"ז, ב"ק, פ"ח, הלכה ג, אות יג, כותבים שמועילה מחילת אשה על נכסי צאן ברזל גם אחרי שמכרה אותם לאחר. הרי"ד מנמק, כי אחריותם על הבעל והם כמו חוב לאשה.

שו"ת מצות כהונה, סי' לז, כותב שגם לרא"ש, מועילה מחילה על נצ"ב. הוא מסביר שמה שכתב רא"ש, ב"ק, פ"ח, סי' ט, שאם אשה חבלה באחר, כופים אותה למכור נצ"ב כדי שיהיה לה במה לשלם לנחבל, ואינו חושש שאחרי כן תמחל עליהם לבעלה ונמצא שהנחבל מפסיד - הוא משום ששם לא תוכל למחול, מפני שהבעל חייב לנחבל משדר"נ דאורייתא, מפני שחיוב הבעל לאשה הוא דאורייתא, שהרי היא זקפה אותם עליו בחוב, ובשדר"נ האמצעי אינו יכול למחול כי חיובו של הראשון לשלישי הוא מהתורה, כמו שכתבו תוס' כתובות יט ע"א (ד"ה וכגון), וטור, חו"מ, פו, ג. הוא מוסיף שהרא"ש סובר שגם אם תמכור לאדם אחר, ולא לנחבל, לא תוכל למחול לבעל, כי רואים כאילו מכרה לנחבל כיון שמכרה לצורך תשלום לנחבל. הוא מסביר שהרא"ש בפסקיו שם חזר בו ממה שכתב בשו"ת הרא"ש כלל לה סי' ז (הובא בב"י אהע"ז סי' צא) שאין כופים אותה למכור נצ"ב לתת לנושה שלה כי בוודאי תמחל (ואינו מפורש בדברי הרא"ש).

¹²¹ שו"ע, אהע"ז, פח, ג.

ברשותה¹²². הוא מביא ראיה מן ההלכה¹²³ שאם יורשי הבעל פרסו בגד מנכסי צאן ברזל על מת, נאסר הבגד בהנאה, כמו שהקדש מפקיע מידי שעבוד - הרי שיש לאשה רק שעבוד על נכסי צאן ברזל, שכן אילו היה לה קנין הגוף בהם, לא היו היורשים יכולים לאסור אותם בהנאה נגד רצונה.

גם ר' שמואל מפירדא¹²⁴ כותב שמועילה מחילה על נכסי צאן ברזל, ואף שאין מועילה מחילה על נכס בעין, כאן הנכסים הם באחריות הבעל, ועומדים למכירה אם האשה תסכים לכך, ולכן מועילה מחילה על זכותה בהם.

לעומתם, פוסקים אחרים כותבים שאין תוקף למחילה על נכסי צאן ברזל שלה כשהם עדיין בעין ("בלאותיה קיימין"), מפני שהם בחזקתה, והכלל הוא שאין מועילה מחילה על בעלות¹²⁵. אפשר

¹²² גם נחל יצחק, עג, יט, ענף ו, מסביר (בדעת בית שמואל, הערה 124), שהגוף שייך לבעל אלא שחכמים תיקנו שמשום שבח בית אביה הם שלה.

גם שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדו"ת, חו"מ, סי' מב, מסביר שהם של הבעל, אלא שיש לה זכות לקבלם בחשבון משום שבח בית אביה, ועל זה מועילה מחילה בדיבור בלי קנין, ולכן מועילה לשון מחילה מדין יד. ראה בשמו בשער ארבע עשרה, שבמחילת בעלות לא שייך יד כי צריך מעשה קנין.
¹²³ יבמות סו ע"ב.

הוא מביא עוד ראיה מהשגות הראב"ד, הלכות אישות, כב, יח, שמשמע ממנו שמועילה מחילה על נכסי צאן ברזל, כמו שדייק ממנו מגיד משנה שם. עוד הוא מביא ראיה מן הפוסקים שהבאנו בשער תשיעי, שאומרים שמחילת אשה על נכסי צאן ברזל בטלה מפני שהיא יכולה לומר "נחת רוח עשיתי לבעלי" - משמע שלולא טענה זו, המחילה היתה קיימת.

הוא מסביר שמה שכתב שו"ת הריב"ש סי' קמט, שהסיבה שהרמב"ם לא נקט לגבי נכסי צאן ברזל "מוחלת" היא מפני שהם בעין ואין לשון מחילה שייך בדבר בעין - הריב"ש מתכוון לומר שהרמב"ם נקט לשון שגורה, אבל אולי אם מחלה על נכסי צאן ברזל, מועיל.

הוא מסביר שאף שבכל מקרה המחילה בטלה מטעם טענת "נחת רוח עשיתי לבעלי" (ראה שער תשיעי), תהיה נפקות אם מחלה ליורשי הבעל לאחר מיתתו, שאז אין מקום לטענה זו.

¹²⁴ בית שמואל, צ, ס"ק סא. גם שו"ת תקפו של יוסף, חלק ב, סי' לו, מזכיר אפשרות של מחילה על נכסי צאן ברזל. גם שלטי הגבורים, ב"ק לא ע"ב (בדפי הרי"ף), אות ב (הובא בתוספות יום טוב, ב"ק, פ"ח, מ"ד), כותב שבנצ"ב מועילה מחילה. גם חידושי חתם סופר, ב"ק פח ע"א (עמ' קז), כותב שהמחילה מועילה, מפני שנכסי צאן ברזל הם כמכורים לבעל, שכן הוא יכול לכלותם.

שו"ת בית יעקב (צויזמיר) סי' ה (ט ע"א), כותב שהגהות אשרי בבא קמא פרק ח סימן ט, סובר שהיא יכולה למחול נצ"ב אפילו אחרי שמכרה אותם לאחר, והוא פוסק (בדף ט ע"ב) כהג"א; והוא מעלה אפשרות (בדף י ע"ב) שראב"ן, כתובות יט, סובר כהג"א.

שו"ת תורת חסד (פריחא), סימן פה, כותב שהבעל יכול לטעון ק"ל שמועילה מחילה אף על נצ"ב קיימים.

¹²⁵ הפלאה, קונטרס אחרון, עז, ס"ק ד, כותב שהמוחלת על כתובתה, לא הפסידה נכסי צאן ברזל שלה שהם עדיין בעין ("בלאותיה קיימין"), מפני שהם בחזקתה. בסי' צ, ס"ק לה, כתב שהראב"ד סובר שמועילה לשון מחילה על שדה של נכסי צאן ברזל, אף שהיא בעין, מפני שלדעתו אם האשה מוכרת נכסים אלו, המכר קיים, ואילו לרמב"ם, לשון מחילה אינה מועילה.

גם שו"ת בית יוסף, דיני כתובה סי' ד, כותב שבנכסי צאן ברזל שהם בעין, לא שייכת לשון מחילה אלא לשון מתנה.

ים של שלמה ב"ק פ"ח סי' כז, כותב בדעת הרא"ה שלא מועילה מחילה על נכסי צאן ברזל כי הם של האשה והבעל רק ערב על אחריותם. אבל ייתכן שכוונתו היא שאחרי שמכרה אותם, אינה יכולה למחול לבעל, שלא כמו מוכר שטר חוב שיכול למחול, כפי שהוא מנמק "א"כ חל השעבוד עליהם אם מכרתן", אבל אם לא מכרה, אולי תוכל למחול.

סמ"ע, תכד, ס"ק יז, נוקט (לענין אשה שחבלה), שבנכסי צאן ברזל ובנכסי מלוג לא שייך שתמחל לבעלה, ומדייק מזה חידושי חתם סופר, ב"ק פח ע"א (עמ' קז), שלדעתו לא מועילה מחילה עליהם, כי אין מועילה מחילה על דבר בעין (אבל אפשר לדחות, שכוונת הסמ"ע היא שלא מועילה מחילה עליהם אחרי שמכרה אותם, שזה החשש בחובלת). הוא עצמו, בדרישה, חו"מ, תכד, יג, עושה הבחנה: אם כתב לה הבעל את הקרקע והמיטלטלין שהכניסה לו, כל אחד בעינה, וייחד לה אותם, מחילה אינה מועילה; אבל אם העריכה לו את הכל בכסף, והוא נתן לה שטר חוב על הסכום, מועילה מחילה.

שו"ת הרא"ש, כלל לט, סי' ג (הובא בטור, אהע"ז, קיח, ט), כותב שאם הבעל כתב לה שטר חוב על סכום הדנוניה, היא יכולה למחול עליו; ודרישה אהע"ז, קיח, אות סז, כותב שאם נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל הם שלה באמת, אין חשש מחילה, כי "אין אשה מוחלת משלה בחייה".

פלפולא חריפתא, על הרא"ש, ב"ק פ"ח סי' ט אות ח, בסופו, כותב שבנכסי מלוג ובנכסי צאן ברזל שהם בעין, לא שייכת מחילה.

תוספות ר' עקיבא איגר, על משנה ב"ק, ח, ד, נוקט שבנכסי מלוג ובנכסי צאן ברזל אין חשש שהאשה תמחל אחרי שתמכור, כי הם לא דומים למוכר שטר חוב, שיכול למחול; ולא נקט שאף לפני המכירה אינה יכולה למחול.

ר' יוסף חיים דאנון, בשו"ת שער אשר, ח"א, אהע"ז, סי' לח (קב ע"ג), כותב שלא מועילה מחילת נדוניה שהיא בעין, כי אין מועילה מחילה על נכס בעין.

ראה ליד ציון הערה 30, שיייתכן שגם ר"מ מזרחי סובר שאין מועילה מחילה על נכסי צאן ברזל בלי קנין.

להסביר, שהיות שאם תתאלמן או תתגרש, תהיה זכאית לקבל אותם חזרה בעצמם ואין הבעל או יורשיו יכולים לשלם לה כסף במקומם¹²⁶, הדבר מראה שהם בבעלותה, אלא שבעל נושא באחריות עליהם.

אשר לנכסי מלוג, יש יותר סיבה לומר שאין מועילה מחילת אשה עליהם, מפני שהם בעין ובאחריות האשה¹²⁷. לבעל יש בהם רק קנין פירות, וקנין פירות אינו כקנין הגוף¹²⁸, ולכן הם נחשבים שלה, ובדבר ששייך לאדם לא מועילה מחילה¹²⁹.

אבל יש אומרים שמועילה מחילת האשה¹³⁰. החתם סופר¹³¹ מנמק, שאחרי תקנת אושא, שאשה שמכרה נכסי מלוג ומתה, הבעל יכול להוציא אותם מידי הקונה¹³², התחזק שעבוד הבעל בנכסי מלוג והם כאילו שלו, ויש לאשה רק שעבוד קל עליהם, ולכן היא יכולה למחול על השעבוד כאילו אינם בעין¹³³.

ענין אחר הוא בעל המוחל על הזכות שהעניקה לו תקנת אושא בנכסי מלוג, שאחרי מות אשתו, הוא יכול לבטל מכר שאשתו מכרה. בתלמוד¹³⁴ נאמר שהבעל יכול למחול על זכותו לבטל מכר של אשתו, כשהיא ארוסה, אבל כשהיא נשואה, אינו יכול למחול, כיון שכשהיא נשואה, זכותו בנכסי המלוג שלה שקולה לזכותה (ידו כידה").

הבחנה: שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן פה, כותב שאם מחלה כדי שלא ישא אחרת עליה, זאת לא מחילה אלא חליפין, כי קיבלה תמורה, ולכן מועילה מחילה גם בנצי"ב קיימים.

¹²⁶ כאמור ליד ציון הערה 121.

¹²⁷ תוספות רי"ד, ב"ק פט ע"א; שו"ת מצות כהונה, סי' לו. כך משמע גם מפסקי ריא"ז, ב"ק, פ"ח, הלכה ג, אות יב, הכותב שאשה שחבלה באחר, ויש לה נכסי מלוג, היא חייבת למכור אותם כדי לשלם לנחבל, והסביר המהדיר בהערה 68, שאין חוששים שתמחל לבעלה, כי מחילה אינה מועילה.

¹²⁸ יבמות לו ע"ב.

¹²⁹ מצות כהונה שם.

הוא מביא לכך ראייה מב"ק פט ע"א, שהגמרא מקשה מדוע אשה שהזיקה לאחר פטורה, "תזבון נכסי מלוג שלה בטובת הנאה", ומתרצת "דלית לה", ומקשה "ותזבין כתובתה בטובת הנאה", ומתרצת "כל לגבי בעלה ודאי מחלה", כלומר, יש להניח שהיא תמחל לבעלה על כתובתה (היא יכולה עדיין למחול עליה, ככל מוכר שטר חוב), ונמצא שהקונה מפסיד; ומדוע לא תירצה כך לגבי נכסי מלוג? אלא, כי לא מועילה מחילת אשה על נכסי מלוג. אפשר לדחות הוכחה זו, שאם לא מכרה אותם, יכולה למחול עליהם, אבל אחרי שמכרה נכסי מלוג לא תועיל מחילתה להפקיעם מהקונה, ודוקא במכירת כתובה מועילה מחילה להפקיע מהקונה ככל מוכר שטר חוב.

הוא מדייק מרא"ש, ב"ק, פ"ח, סי' ט, שכתב שכופים אותה למכור נכסי מלוג - מכאן שהוא סובר שלא מועילה מחילה על נכסי מלוג כי הגוף שלה (גם הוכחה זו אפשר לדחות כאמור, שטעמו הוא שאחרי שתמכור לאחר, לא יופקעו ממנו ע"י מחילה לבעל, אבל מועילה מחילה אם לא מכרה). הוא מקשה מאור זרוע, ב"ק, סי' שנ (הובא בהגהות אשרי, ב"ק, פ"ח, סי' ט), שכותב בשם רש"י שגם אם יש לה נכסי מלוג אין כופים אותה למכור - הרי שהוא סובר שלמסקנה הסוגיה המתרצת שבדאי תמחל, התירוץ טוב גם לנכסי מלוג, והרי אין מועילה מחילת נכסי מלוג, שהרי הגוף שלה? הוא מיישב, שטעם רש"י הוא לא שהיא עלולה למחול עליהם, אלא שהיא עלולה למכור אותם לבעל (אחרי שמכרה אותם לאחרים), ומשום תקנת השוק לא נוציא מידו, והלקוחות יפסידו.

¹³⁰ שלטי הגבורים, ב"ק לא ע"ב (בדפי הרי"ף), אות ב (הובא בתוספות יום טוב, ב"ק, פ"ח, מ"ד). שלטי הגבורים כותב שאע"פ שהם נכסים של האשה, מ"מ הם חוב שהבעל חייב לאשה כמו הכתובה (ולא הסביר איך ייתכן שנכסים הם חוב). על מחילת נכסי מלוג, ראה גם הערה 125 בשם דרישה ופולפולא חריפתא ור"ע איגר.

שו"ת בית יעקב (צויזמיר) סי' ה (ט ע"א), כותב שהגהות אשרי בבא קמא פרק ח סימן ט, סובר שהיא יכולה למחול נכסי מלוג אפילו אחרי שמכרה אותם לאחר, והוא פוסק (בדף ט ע"ב) כהג"א.

¹³¹ חידושי חתם סופר, ב"ק דף פז ע"א (ד"ה נתגרשה) ודף פח ע"א (עמ' קז), בדעת הרי"ף והרמב"ם (שגם הם לא כתבו לגבי אשה שחבלה, שמדובר בכגון שאין לה נכסי מלוג).

¹³² כתובות נ ע"א.

¹³³ הוא מסביר שלכן אשה שחבלה, אין כופים אותה למכור את נכסי המלוג שלה, כי בודאי תמחל לבעלה, ומה שהגמרא לא תירצה כך הוא לפני תקנת אושא.

¹³⁴ כתובות פג ע"א. כך פסק שו"ע, אהע"ז, צב, א.

בתלמוד לא פורט לגבי איזה מכר של האשה שהיה יכול לבטל הוא מחל על זכותו לבטל. חידושי הרא"ה, כתובות שם, כותב שמדובר גם על זכות הבעל לבטל את מכר גוף הקרקע וגם על זכותו לבטל את מכר הפירות. ראה שער רביעי, הערה [408], מקורות נוספים לכך. על ההבחנה בין ארוסה לנשואה, ראה שער רביעי.

הרא"ש¹³⁵ עוסק באשה נשואה שמכרה נכסי מלוג שלה, ובעלה שמע ושתק, והוא פוסק שאין לראות זאת כמחילה על זכותו בנכסיה לאחר מותה לפי תקנת אושא, מפני שהוא "כמו לוקח". לאור האמור, נראה שכוונתו היא שהיות שיש לבעל זכות כמו בעלות, לכן אין מועילה מחילתו עליה, בין מחילה מפורשת ובין מחילה מכללא¹³⁶.

פרק שמיני: זיקת הנאה

זיקת הנאה היא זכות שיש לראובן להשתמש שימוש מסוים בקרקע של שמעון, או זכות למנוע משמעון לעשות דבר מסוים בקרקעו (של שמעון)¹³⁷. בלשון הפוסקים: "חזקת תשמישין".

ראובן יכול למחול לשמעון על זיקת הנאה, כך שכבר לא תהיה לראובן זכות לעשות שימוש זה או למנוע משמעון שימוש זה¹³⁸.

נמנה דוגמאות אחדות לדבר: א) ראובן שיש בביתו חלון מול חצרו של שמעון, יש לו (בתנאים מסוימים) זכות לקבל אור דרך חצרו של שמעון, ולכן הוא זכאי למנוע משמעון לבנות מול חלונו באופן שיחשיך את האור. אבל ראובן יכול למחול על זכות זו ולהתיר לשמעון לבנות, כיון שיש לו רק זכות שימוש בחצרו של שמעון¹³⁹. מחילה זו יכולה להיות גם מכללא: אם שמעון בנה מול החלון וראובן שתק - מניחים שמחל על זכותו¹⁴⁰.

ב) יש פעולות מסוימות שאסור לאדם לעשות בקירבת הקרקע של חברו, כדי שלא יזיק לו. למעשה, יש לראובן זיקת הנאה על חלק מקרקעו של שמעון, שהוא זכאי למנוע ממנו לעשות פעולות אלה בו. אם מחל ראובן על זכות זו, המחילה מועילה¹⁴¹.

ג) כיוון שאסור לראובן להזיק לשמעון שכנו **בהיזק ראייה**, חייב ראובן לבנות על שטחו כותל שימנע ממנו לראות את חצרו של שמעון; וכן להיפך. לכן בונים את הכותל חציו על קרקע של ראובן וחציו של קרקע של שמעון. נמצא שיש לשמעון זיקת הנאה על חצרו של ראובן - השטח של חצי רוחב הכותל, שנבנה למענו; וכן להיפך. הרמב"ן אומר שאם מחל ראובן לשמעון על היזק הראיה, שמעון פטור מלבנות כותל, ורק ראובן חייב לבנותו, ולכן הוא צריך לבנות את כל הכותל

¹³⁵ שו"ת הרא"ש, כלל מ, סי' ב.

¹³⁶ צריך להוסיף, שאף שראינו בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [234], שיש אומרים שמחילה מכללא מועילה גם במחילת בעלות, הרי בנידונו לא היה אפשר להסיק משתיקת הבעל שהוא מתכוון למחול (או לתת), כפי הרא"ש כותב שם שדוקא בכתובה שתיקת האשה מוכיחה על מחילה, כפי שראינו בשער אחת עשרה.

¹³⁷ כך היא מוגדרת בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 93(א).

הכוונה למצב שעיקר זכות השימוש בקרקע היא של שמעון, בעל הקרקע, ולראובן יש רק זכות טפלה. על כן אין בכלל זה שכירות או קנין פירות, שבהם יש לשוכר או לבעל קנין הפירות זכות שימוש **בלעדית** בקרקע של אחר.

¹³⁸ פן אחר הוא שזיקת הנאה יכולה **להיווצר** ע"י מחילה, דהיינו ששמעון רואה שראובן עושה שימוש מסוים בקרקעו ושותק. ראה על כך שער ארבע עשרה, הערה [453], בשם לקוטי שיעורים ועוד.

¹³⁹ שער משפט, שטו, ס"ק א.

¹⁴⁰ רמב"ם, הלכות שכנים, ז, ז; שו"ע, חו"מ, קנד, יב (הובא בשער משפט, שטו, ס"ק א).

לקוטי שיעורים (שטיין) ב"ב סי' ה (סי' ז במהד' תשס"ו), אות ב, תולה את היכולת למחול על חזקת תשמיש, כגון זכות בעל הקורה להניחה על כותל חבירו, במחלוקת: לפי השיטה (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' חזקת תשמישים, ליד ציוני הערות 24-15) שכדי שהוא יקנה את הזכות די במחילת בעל הכותל כי די בדעת מקנה של **התרצות**, יש לו רק זכות שימוש בכותל, ולכן מועילה מחילת בעל הקורה על זכותו; ואילו לשיטה (שם ליד ציוני הערות 28-25) שכדי שתהיה לו חזקת תשמיש צריך שיאמר שבעל הקורה מכר לו אותה, יש לבעל הקורה קנין בגוף הכותל, ולשם כך צריך הקנאה גמורה, ולא די בטענת מחילה, וממילא בעל הקורה אינו יכול למחול על זכותו.

¹⁴¹ רמב"ם, הלכות שכנים, ד, יא.

כך מסביר ר' יצחק אייזיק טייץ, בשו"ת ציץ אליעזר חלק ג סימן לא (ד"ה והנה נ"ל), שיש זכות לשמעון בקרקע של ראובן, שיכול למונעו משימוש מסוים הגורם לו היזק, ושמעון יכול למחול על זכותו, כי בזה הוא מוסר לראובן את הזכות שהיתה לו בקרקעו ולכן אינו מחויב עוד להרחיק. ראה שער רביעי הערה [109], מה הסביר על פי זה.

אבל שו"ת מהר"ש מוהליבר, חו"מ סי' ט, על חו"מ סי' יב סעיף ח עמ' של ("חקרי הלכה"), נוקט שבאסור על שמעון להזיק לראובן היזק ראייה, אין לראובן שום קנין בקרקע של שמעון, אלא שיש לו זכות למחות בו שלא להזיק לו, ולכן ראובן יכול למחול על זכותו למחות. ראה שער רביעי, ליד ציון הערה [108], מדוע מחילת היזק ראייה שונה ממחילה על נזק עתידי אחר; וליד ציון הערה [155], מדוע מועילה מחילת היזק ראייה אף שזו זכות מתחדשת.

על קרקע שלו¹⁴². נמצא שבזה מחל ראובן לשמעון על זיקת ההנאה שהיתה לו על השטח שבקצה קרקעו של שמעון¹⁴³.

ד) אמת המים שנמשכת מן הנהר לשדות להשקיה, אין זורעים בארבע האמות הסמוכות לה, מפני שהזריעה מקלקלת את שפת האמה, אבל אין צריכים לדקדק במדידת ארבע האמות כי בעלי האמה מוחלים¹⁴⁴. זו מחילה על זיקת הנאה - זכות בעלי האמה למנוע מבעל השדה לזרוע בחלק מקרקעו הסמוך לאמה.

ה) מי שהיתה לו זכות מעבר בקרקע של חברו, ומחל עליה, מחילתו מועילה בלי קנין, כיון שאין זו קנין בגוף הקרקע אלא רק שעבוד על הקרקע¹⁴⁵.

פרטי דיני המחילה על זיקת הנאה במשפט העברי הם רבים, ושייכים לדיני השכנים שהוא תחום בפני עצמו¹⁴⁶, ועל כן לא נרחיב כאן בכך.

פרק תשיעי: זכות קדימה

א. הסוגיה בתלמוד במצרן - דרישת הקניין

לבעל קרקע יש זכות קדימה בקניית הקרקע הגובלת בשלו. זו נקראת זכות "בר מצרא". בתלמוד נאמר¹⁴⁷ שאם מישהו פנה למצרן ושאל אותו האם לקנות את הקרקע, והמצרן השיב לו שיקנה

¹⁴² הבאנו את דבריו בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [366].

¹⁴³ בני אהרן, חו"מ, רמא (קכד ע"ג), מוכיח מדברי הרמב"ן שאפשר למחול על זכות או שעבוד בקרקע.

¹⁴⁴ רש"י, ב"מ קז ע"ב (ד"ה לבני).

מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ט, כותב, שמי שיש לו קנין אויר על קרקע מסוימת, וסילק עצמו ממנו, זכה בו בעל הקרקע בלי קנין, מפני שסילוק הוא הפקר (אך דברים קשים, שהרי לא מצאנו מושג של הפקר לגבי קנין אויר). עולה מדבריו שמחילה לא תועיל, מפני שאין לה משמעות של הפקר. אולי הוא לשיטתו, שהובאה בפרק שני, שאין מועילה מחילה על קנין פירות, ולכן לא מועילה מחילה על קנין אויר. אבל שו"ת שי למורא (יונה) סי' כה (לא ע"ג) (מובא בסי' החפץ חיים (פאלאג'י), סי' עז, אות כב), כותב שאם מחל בעל אויר לבעל הבית שמתחת לאויר, קנה.

פד"ר, כרך ב עמ' 111, כותב שאדם שהסתלק מזכותו בבית לטובת אשתו, סילוקו אינו מועיל בלא קנין. מתיאור המקרה שם נראה שזכותו היתה רק זכות לגור שם יחד עם אשתו.

¹⁴⁵ תשובות ר' אליעזר ח"ב סי' א, אות ד, בדעת הריב"ש (ליד ציון הערה 112) הכותב כך על זכות ארבע אמות בחצר.

אבל הוא כותב שלפי הרשב"א (ליד ציון הערה 115) שאין מעילה מחילה על זכות ארבע אמות בחצר, גם כאן אין מועילה מחילה. הוא כותב שגם לפי הרשב"א, אם נתן לשכנו רשות לחסום את המעבר (ולא נקט לשון מחילה) אינו יכול לחזור בו כי כאילו הפקיר את זכות המעבר שלו, כפי שאמר (שם) לענין ארבע אמות בחצר, אם "פרץ את פצימיו". אבל הוא כותב שבנידון, שבעל זכות המעבר נתן רשות לשכן לחסום, בתמורה לכך ששכנו נתן לו רשות לפתוח חלונות מול חצרו - אין לומר שהפקיר את זכותו, כי דוקא לענין פרץ פצימיו הראה שאינו צריך את הד"א והפקירן לכל העולם, אבל כאן עדיין הוא צריך את הדרך, אלא הוא נותן את הזכות תמורת הרשות לפתוח חלונות, א"כ זו מתנה לשכנו, ולא מועיל דיבור; ואין לומר ששכנו קנה את הקרקע בהילוך, כמו שכתב רשב"א שם שבני החצר קונים את הד"א בהילוכם - שהרי כדי שיקנה שכנו, הוא צריך לומר לו "לך חזק וקנה", ודוקא בדי' אמות, שזו זכייה מהפקר אין צריך אמירה זו. הוא מעלה אפשרות שהשכן קנה בקנין אודיתא, אם אמר בפני עדים "אני מודה שיכול שכני לחסום את המעבר שלי בבניית גדר, או אם כתב כך בשטר, שמועיל כאודיתא כמש"כ קצוה"ח קצד ס"ק ד; אבל הוא נשאר על כך ב"צ"ע". ושם אות א כותב שהיות שבנידון, בעל זכות המעבר נתן רשות לשכן לחסום, בתמורה לכך ששכנו נתן לו רשות לפתוח חלונות מול חצרו, זכה השכן ע"י קנין כסף, כי הנאת בעל זכות המעבר מפתחת החלונות היא שו"פ.

¹⁴⁶ ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' חזקת תשמישים, ליד ציוני הערות 502-564.

¹⁴⁷ ב"מ קח ע"א. וכך פסקו רמב"ם, הלכות שכנים, יד, ב (הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרמ); טור, חו"מ, קעה, מו; מישרים נתיב יא ח"ד (מ ע"א); שו"ע, חו"מ, קעה, כט; חידושי הרמב"ן בבא מציעא לה ע"א (ד"ה ומסתברא); חידושי הרשב"א בבא מציעא לה ע"א (ד"ה והלכתא); ספר התרומות, שער ג, חלק ה, אות ח; חידושי הר"ן בבא מציעא לה ע"א (ד"ה והלכתא); נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"א (בדפי הר"י); טור חו"מ, קג, כז; כמו כן, שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן (סא) [נט] (ד"ה ועתה אבא); ביאור הגר"א, חו"מ, קג ס"ק כט; אורים, קג, ס"ק ל; ערוך השולחן, חו"מ, קעה, יח.

נימוקי יוסף, סנהדרין ד ע"ב, בדפי הר"י (הובא בשו"ת חושן משפט, כב ס"ק ד), מביא קנין זה כדוגמה לקנין שנעשה כדי לחזק דבר, ואינו קנין דברים.

טור שם (הובא בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז, דף נב ע"ג, בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג (פד ע"ב), ובשו"ת תורת משה, חו"מ סי' ד, ד"ה ולטענות אחרות, עמ' פ) כותב בשם הרמ"ה, שאם אמר המצרן בפני עדים: "הווי עלי עדים שהסתלקתי", משמעותו שהוא אומר: "הסתלקתי כדן בקנין", והמחילה חלה.

את הקרקע, ולא עשה קניין סודר, הוא יכול לחזור בו ולדרוש לקנותו לעצמו. זו מחילה, אמנם לא בלשון מחילה. מחילה זו שונה מהמחילות שראינו עד כאן, שבהן בעל הזכות הקניינית הפחותה מוחל עליה לבעל הנכס, ואילו כאן המחילה היא לאדם אחר שבא לקנות את הקרקע.

רש"י¹⁴⁸ נימק את הצורך בקניין בכך שיש חשש לחוסר גמירת דעת, מפני שהמצרן יכול לטעון כלפי הקונה: "משטה הייתי בך; רציתי שתעשה עיסקה עם המוכר כדי לברר את המחיר האמיתי של הקרקע, מפני שחששתי שאילו הייתי פונה אליו בעצמי, היה נוקב במחיר גבוה, בידעו שהקרקע חביבה בעיני כיוון שהיא בסמיכות לקרקע שלי; ותיכננתי אחר כך לקנות אותה בעצמי באותו מחיר". מעשה הקניין שהוא עושה מראה שאינו מוחל כ"משטה". ר' דוד מאיר פדר¹⁴⁹ מסביר שמעיקר הדיון, מחילת המצרן מועילה בלי קניין, כי אינו מזכה שום דבר לשום אדם, ורק נותן רשות ללוקח לקנות; ועוד, שזכותו היא רק מטעם "ועשית הישר והטוב"¹⁵⁰, ולכן קל להפקיע אותה בדיבור בלבד¹⁵¹, אלא שצריך קניין כדי שלא יוכל לטעון שהיה משטה. ואכן, אם הודה שמחל בלב שלם, אינו יכול לחזור בו אף אם לא עשו קניין¹⁵². ד"ר א' ורהפטיג¹⁵³ מסביר שרש"י סובר

גם שו"ע וערוך השולחן (הובא ע"י ר' רצון ערוסי, מחילה בזכויות חפציות בהלכה, עמ' 86) מביאים דעה זו. בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פב ע"ב), מנמק, שבאופן כללי, האומר "הווי עלי עדים" אינו יכול לטעון "משטה הייתי" (שו"ע, חו"מ, פא, ו).

אבל שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא (נדפס גם בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כו), כותב שאם אמר לקונה רק "קנה את הקרקע", לא הפסיד את זכותו גם אם היו על כך עדים. אבל ראה הערה 196, שמהר"ש הלוי הבין, כנראה, שדי בנוכחות עדים.

שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פב ע"ב) (הובא במטה שמעון, קעה, הגה"ט אות לה, ובשו"ת ויאמר יצחק, חו"מ, סי' קכט), כותב שאם המצרן כתב בכתב ידו לקונה שיקנה את הקרקע, כבר אינו יכול לטעון "משטה", וזאת ע"פ דבריו בכנה"ג חו"מ, סה הגה"ט אות לח, לענין טענת "משטה" בכתובה.

עוד כתב בעי חיי שם (פב ע"ג) שאם אמר "כל מי שירצה לקנות יבוא ויקנה", אינו יכול לטעון "משטה", כי טענת "משטה" שייכת רק באמירה כלפי יחיד.

חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יג, כותב שאם עשה קניין, הפסיד את זכותו גם אם רק אח"כ קנה אדם אחר, שהרי אם נאמר שיכול לחזור בו עד שיקנה הקונה, צריך לומר שרק אז חל הקניין, והרי קניין סודר אינו יכול לחול לאחר זמן, כיון שכבר חזר הסודר לבעלו (שו"ע, חו"מ, קצה, ה). אבל הוא כותב שזה אמור דוקא במוחל לאדם מסוים, אבל אם אמר לקונה "איני רוצה בה", יכול לחזור בו (גם אם עשה קניין), כי אין כאן מחילה, אלא אי-רצון המצרן עושה שאין כאן זכות בר מצרא, ולכן יכול הקונה לקנות, אבל אם חזר בו המצרן לפני שהלה קנה, חזרה זכות בר מצרא.

רש"י¹⁴⁸ ב"מ קח ע"א (ד"ה נהרדעי) (הובא בשער משפט, קג, ס"ק ח). כך הסבירו גם סמ"ע, קעה ס"ק נ, ערוך השולחן חו"מ, קעה, יח, שו"ת תורת משה, חו"מ סי' ד, ד"ה ולי היה (עמ' פ), ושו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' כב.

מאירי בבא מציעא קח ע"א (ד"ה בא הלוקח), נוקט שאלו שני טענות נפרדות שיכול המצרן לטעון: או "משטה אני בך", או "ידעתי שאם אקנה ממנו ידרוש מחיר גבוה בגלל ערכה המיוחד של הקרקע עבורי, ולכן רציתי שימכור לך במחיר סביר ואקנה ממך באותו מחיר".

ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז (נ ע"ד), מסביר שאף שמוחל אינו יכול לומר "משטה הייתי", כפי שראינו בשער תשיעי, ליד ציון הערה [16], זאת במחילת חוב, שהוא מוחל על דבר שמוחזק ביד הנמחל, ואילו מצרן מוחל על דבר שאינו ביד הנמחל, ולכן הוא יכול לטעון שהיה משטה. בדומה מסביר שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג (פב [מסומן פא] ע"א-ע"ב) (הובא בקיצור בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן לב, הגהות בית יוסף, אות ו, בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פב ע"ג), ובשו"ת מים החיים (ארוליו), חו"מ, סי' יז), כאן זאת לא מחילה רגילה על חוב אלא הסתלקות מזכות שתיקנו לו חכמים, כלשון הרא"ש ב"מ פרק ט סי' כג, שזה "סילוק ומחילה", ובזה יש חשש משטה; ועוד, שכאן נותן טעם להשטאתו, שרצה לעמוד על דמיו, ולכן טענתו מתקבלת, אם לא עשה קניין.

חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יג, כותב שגם אם המשיך המצרן לשתוק אחרי הקנייה, אינו מפסיד את זכותו, אף שמצרן שרואה שמישהו קונה, ושותק, מפסיד את זכותו (ראה ליד ציון הערה 169) - וזאת מפני שהוא יכול לטעון שכיון ש"הסכמתו" התחילה בתור השטאה, לא ראה צורך למחות אחרי הקנייה (כך נראית כוונתו).

¹⁴⁹ שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' יא (ד"ה וא"ל).

¹⁵⁰ דברים ו, יח; ב"מ קח ע"א.

¹⁵¹ הוא מסתמך על משנה למלך (הערה 196) האומר שזכות לקנות משהו מכוח תקנת החזקות, נמחלת בדיבור בעלמא.

¹⁵² חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יג, בדעת רש"י.

¹⁵³ א' ורהפטיג, ההתחייבות - תוקפה, אופיה וסוגיה, עמ' 227-228.

שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא, שכותב רש"י סובר שאין למצרן קניין בגוף הקרקע, אבל הוא שייך בו קצת, ויכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים", כמו במסתלק מנכסי ארוסתו, שמועיל בלי קניין מטעם אב"ח (ראה שער רביעי), אלא שאם לא עשה קניין, הוא יכול לטעון "משטה אני בך".

ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז (נא ע"ב), כותב שרש"י סובר שיש למצרן קניין הגוף בשדה, אבל זאת לא סיבה להצריך קניין, כי בזה שאמר "זיל זבון" הוא כאומר "לך חזק וקנה" שמועיל אף

שזכות המצרן היא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, אלא שמועילה מחילה עליה אם היא מחוזקת ע"י מעשה קניין, שאין אז מקום לטענת "משטה הייתי בד".

דרך אחרת בפירוש הסוגיה היא של רבנו שמחה¹⁵⁴. לדעתו, אין מועילה המחילה אף בקנין, משום שאין למצרן שום דבר בקרקע שהקנין יכול לחול עליו, ולכן זהו "קניין דברים", שאינו מועיל. הוא מפרש שכוונת הסוגיה באומרה שצריך קנין, היא שאחרי שהאדם האחר קונה מבעל הקרקע, הוא צריך לקנות אותה שוב מן המצרן. זאת, מפני שהקונה נחשב שקונה את הקרקע כשלוחו של המצרן¹⁵⁵, ולכן המצרן הוא בעצם בעל הקרקע הנוכחי, וכדי לקבל את הבעלות, הקונה צריך לקנות מהמצרן¹⁵⁶. ד"ר א' ורהפטיג¹⁵⁷ מסביר שרבנו שמחה סובר שזכות מצרן היא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, ואין כנגדה חייב שיכול המצרן למחול לו על זכותו¹⁵⁸, ולכן אין מועילה מחילה.

לכאורה, אפשר היה להסביר את הצורך בקנין, בכך שיש למצרן זכות קניינית בקרקע, ולכן אין מועילה מחילה עליה בלי קנין. ואמנם יש מן הראשונים¹⁵⁹ שנקטו שמצרן נחשב כאילו יש לו קצת קנין בגוף הקרקע, ולכן מחילתו צריכה קניין. אבל כפי שנראה¹⁶⁰ במצבים רבים מועילה מחילת המצרן בלי קניין, הרי שזכותו איננה נחשבת זכות קניינית¹⁶¹. ואכן האחרונים הסבירו שגם לדעת

במכר; ולכן הסביר שצריך קנין כדי שלא יוכל לטעון ששיטה בו כדי שהמוכר לא יעלה את המחיר. גם שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג [פב] [מסומן פא] ע"ב, מסביר שמעיקר הדין מועיל בלי קנין מה שאמר "לך קנה" כמו שמועיל כשמוכר אומר לקונה "לך חזק וקנה", ואין שם חשש שהוא משטה, אלא שכאן יש טעם להשטאה, ששיטה בו כדי שהמוכר לא יעלה את המחיר, שלא שייך במוכר שאומר כך לקונה, ולכן צריך קנין.

¹⁵⁴ רבנו שמחה, המובא במרדכי, ב"מ, סי' שצג.
עם זאת, מוצא ר' שמחה שם (והובא ברמ"א, חו"מ, קעה, כט, ובשו"ת מהר"ם מינץ, סי' לט, עמ' קנג), מצב שבו מועילה מחילת המצרן: אם המצרן אמר לקונה "קנה לעצמך, איני רוצה את הקרקע", מחילתו מועילה אף בלי מעשה קנין, כי כאן אין מקום לסברה שבטקסט, שהקונה הוא שלוחו של המצרן לקנות, שהרי הקונה אינו נעשה שליח של המצרן שלא מדעת המצרן. שו"ת הראנ"ח ח"א, סימן קכה, כותב שלרש"י, גם אם אמר המצרן "איני רוצה", צריך קנין, שאם לא כן יתכן שהוא אומר זאת כמשטה. אבל שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא (נדפס גם בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כו), כותב (והסכים עמו שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג, דף פג ע"ד) שרש"י יכול להסכים בזה עם ר' שמחה, כי כאן אין לומר שהיה משטה, כי מי שמשטה אינו מרחיק לכת לומר "איני רוצה", שבוזה הוא מבטל את השליחות כאמור. אבל סמ"ע, קעה ס"ק נג, מדייק משו"ע, חו"מ, קעה, לא, שבכגון זה, לא הפסיד המצרן; ולכן הוא מעלה אפשרות שכוונת ר' שמחה (והרמ"א שמביא אותו) היא שאם אמר לו הקונה "אני אקנה את הקרקע ואתן לך אותה", והמצרן השיב "קנה לעצמך, איני רוצה את הקרקע", זכה הקונה, שהרי כאן המצרן אינו יכול לטעון שאמר זאת רק כדי שהמוכר ימכור במחיר האמיתי, שהרי אם כן, היה צריך להסכים להצעת הקונה. ערוך השולחן, חו"מ, קעה, יח, מביא דין זה כפי שהסביר הסמ"ע. ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז (נא ע"ג), כותב שהקונה יכול לומר ק"ל כר' שמחה בזה. שו"ת נחלה ליהושע סי' מב, בסופו, כותב שדברים אלו של ר' שמחה אינם מוסכמים, אבל יכולים לשמש תוספת נימוק לפסיקה.

¹⁵⁵ רמב"ם, הלכות שכנים, יב, ה.
¹⁵⁶ אבל שו"ת הראנ"ח, סי' קכה (הובא בש"ך, קעה, ס"ק כה), כותב שהפוסקים שכתבו (כפי שנביא ליד ציון הערה 169), שאם כבר קנה הקונה, והמצרן שתק, איבד את זכותו, וא"צ קנין - חולקים על ר' שמחה ואינם מצריכים שהקונה יקנה אח"כ מהמצרן. והוא כותב שלכן אין הלכה כר' שמחה.

¹⁵⁷ א' ורהפטיג, ההתחייבות - תוקפה, אופיה וסוגיה, עמ' 227-228.
¹⁵⁸ יש להשיב על כך, שאם עומד בפנינו אדם רוצה לקנות את הקרקע, המחילה היא כלפיו.
¹⁵⁹ חידושי הר"ן בבא מציעא קח ע"א; נימוקי יוסף בבא מציעא סד ע"א (בדפי הרי"ף).

רא"ש, ב"מ, פרק ט, סי' כג (הובא במישרים נתיב יא ח"ד (מ ע"ב), בסמ"ע, קעה ס"ק נא, בשו"ת תורת משה חו"מ סימן ד (ד"ה ולטענות אחרות), במשך חכמה, בראשית ל, טז, ובמחנה אפרים, הלכות זכיה מהפקר, סי' י, כותב שיש למצרן זכות שתיקנו לו חכמים, והוא מוחל על זכות זו ע"י הקניין, ולכן אין זה "קנין דברים". גם ערוך השולחן, חו"מ, קעה, יח, מסביר שאינו קנין דברים, כי המצרן נחשב כאילו יש לו קצת קניין בגוף הקרקע, והוא מסלק זכות זו ע"י הקניין. בני יעקב, מאמר ב, קנין, דף עו ע"ב, מסביר שלדעתו נחשב כאילו יש למצרן קצת זכות בגוף הקרקע, ולכן צריך קנין. וכן אורח משפט (אנליק), סי' יב, ח (כא ע"א), כותב שלרא"ש, הטעם שצריך קנין הוא כי זו מחילת זכות בקרקע.
שו"ת הרשב"ש סימן עט (ד"ה והנכון), נימק, שצריך קנין כי יש למצרן חזקה וקנין בקרקע זו. וראה הערה 164, נפקות מנימוק זה.

לפי המשפט המערבי, זכות קדימה היא זכות קניינית (י' ויסמן, דיני קנין - חלק כללי, סעיף 2.24, עמ' 85).
¹⁶⁰ ליד ציון הערה 163 ואילך.

¹⁶¹ כך כותב שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא (נדפס גם בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כו), שגם לדעת נימוקי יוסף אין לו קניין בגוף הקרקע אלא יש לו רק "שייכות" בקרקע. ראה הערה 167, שהוכחתו לכך הוא כאמור בטקסט כאן.

אותם ראשונים, אין למצורן זכות קניינית בקרקע, המונעת מחילה, והצורך בקנין הוא מהטעם שכתב רש"י; ומה שנקטו שיש לו קנין בקרקע הוא רק כדי להסביר מדוע הקנין אינו בגדר "קניין דברים", שאין לו תוקף; וההסבר הוא, שהקניין מקנה זכות זו, ולכן אינו קנין דברים¹⁶².

ב. מצבים שמועילה מחילת מצורן בלי קנין

המצב הנידון בתלמוד הוא חריג, ובדרך כלל מחילת המצורן מועילה אף בלי קנין. אם, אחרי שקנה הקונה את הקרקע, מחל לו המצורן בפירוש, מחילתו תקפה, כיון שכאן אין מקום לנימוק שהתכוון כמשטה, כדי להעמיד את המכר על המחיר האמיתי, שהרי עכשו כבר נקבע המחיר¹⁶³, ולכן אין צורך בקנין¹⁶⁴.

מועילה גם מחילה מכללא של המצורן על זכותו. יש דוגמאות אחדות לכך: א) אם הוא ראה שהקונה משתמש בקרקע ושתק, או שסייע לו בעבודתה, או ששכר אותה ממנו - הראה בכך שהוא מחל על זכותו¹⁶⁵. כאן לא שייך הנימוק של רש"י, שהיה משטה והתכוון להעמיד את המכר על המחיר האמיתי, שהרי המחיר כבר נקבע¹⁶⁶. המחילה מועילה בלי קנין מפני שאין למצורן קנין בגוף הקרקע¹⁶⁷. אף שהמחילה באה רק אחרי שהקונה קנה, הוא זוכה בקרקע בכסף שנתן מקודם ובחזקה שהוא מוחזק בקרקע עכשיו¹⁶⁸.

ב) אם נודע למצורן שהקונה קנה את הקרקע, ועבר די זמן שיוכל לתבוע את הקונה, ולא עשה כן, איבד את זכותו¹⁶⁹, משום שהראה בכך שהוא מוחל על זכותו¹⁷⁰, גם אם לא עשה קנין¹⁷¹.

אבל ראה הערה 159, שיש שהבינו שלפי הרא"ש זו זכות קניינית.

¹⁶² ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז (נא ע"א); שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג (פב [מסומן פא] ע"ג); חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יג. שלשתם כתבו כך בדעת נימוקי יוסף. הם מסתמכים (כנראה) על הרא"ש שהסביר כך מדוע אינו קניין דברים - ראה בשמו בהערה 159.

חזון איש מסביר שהאיסור על אחרים לקנות נחשב כזכות למצורן בדבר שיש בו ממש, ולכן שייך בו קנין כמו ששייך קנין במחילה אף שא"צ קנין.

¹⁶³ פרישה, חו"מ, קעה, מח, וסמ"ע, קעה, ס"ק נד.

¹⁶⁴ מאירי, ב"מ קח ע"א (ד"ה בא הלוקח); שער משפט, קג, ס"ק ח.

אבל רמב"ם, הלכות שכנים, יג, יד (הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרמ, ובשו"ת הרא"ש ח"א, סימן קכה), כותב שאם אשה מצרנית מחלה לקונה, בעלה יכול לתבוע את הקונה, כי כל נכסי אשתו הם ברשותו.

דעה חולקת: שו"ת הרשב"ש סימן עט (ד"ה ואם דברים) כותב שאם אחרי המכירה, המצורן אמר "כל מה שעשה בעל הקרקע הרי הוא עשוי", אינו מועיל, שהרי סלוק מדינא דבר מצרא צריך קנין, וגם אינו מועיל בתורת הסכמה למכירה, כיון שבשעת המכירה היא לא נעשתה כראוי, וכל שבשעת דיבור לא היה לו חלות, אי אפשר לחול אחר מכאן. כנראה, הוא לשיטתו (בהערה 159) שיש למצורן קנין בגוף הקרקע ולכן אין מועילה מחילה בדיבור.

¹⁶⁵ רמב"ם, הלכות שכנים, יד, ב (הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרמ, וברא"ש, ב"מ, פרק ט, סי' כב); מאירי, ב"מ קח ע"א (ד"ה בא הלוקח); מירשם נתיב יא ח"ד (מ ע"א); טור, חו"מ, קעה, מח; שו"ע, חו"מ, קעה, ל.

¹⁶⁶ שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא (נדפס גם בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כו); שער משפט, קג, ס"ק ח.

¹⁶⁷ ערוך השולחן, חו"מ, קעה, יט; חזון איש, אהע"ז, סי' עז, אות יג.

כמו כן, ר"י באסן שם מוכיח מכך שאין צורך בקנין, מכאן שאין למצורן קנין בגוף הקרקע (הוכחה זו כתבנו ליד ציון הערה 160). יש להשיב על כך, שכיון שזו מחילה מכללא, היא מועילה אף שזו זכות קניינית, לפי השיטה שהבאנו בשער ארבע עשרה, פרק רביעי, שמחילת בעלות מכללא תקפה מפני שמפרשים שהתכוון לנתנה מכללא.

ר' רצון ערוסי, מחילה בזכויות חפציות בהלכה, עמ' 82, הערה 8, מביא את דברי ערוך השולחן, אף שבעמ' 81, כתב ע"פ ערוך השולחן, חו"מ, קעה, יח, שמצרנות היא זכות חפצית בקרקע. צריך לומר, כמו שהוסבר בהערה 159, שמי שנקט שיש לו "קצת קנין בקרקע" לא התכוון לקנין בגוף הקרקע. יש לציין שלשיטת ר"ר ערוסי, שהבאנו בשער ארבע עשרה, מועילה מחילה בזכות חפצית, אבל לא בלשון "מחילה".

¹⁶⁸ שער משפט, קג, ס"ק ח.

¹⁶⁹ שו"ע, חו"מ, קעה, לב (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא, דף פב ע"ג). שיעור הזמן שאחריו מניחים שמחל, שנוי במחלוקת, ואין כאן מקומה.

¹⁷⁰ הרשב"א, בתשובה המובאת בב"י, חו"מ, קעה, נ; פרישה, חו"מ, קעה, נ; ר' משה אמאיריליו, בשו"ת תורת חיים (שבת), ח"ג, עוללות הכרם, סי' יד (קצא ע"ב); ערוך השולחן, חו"מ, קעה, כא.

מהרי"ד, בשו"ת דבר משה, ח"ב סי' סא (הובא בישרי לב, מעי מ, אות לב), כותב שאם נשאר ביד המצורן "פתקא" שנחוצה להעברת הבעלות אצל ה"מוטיויליי" (כנראה, מירשם קרקעות), שתיקת המצורן אינה מוכיחה שמחל, כי אולי הסיבה ששתק היא לא היה איכפת לו כי ידע שאין תוקף לקנייה כל זמן

ג) אם הציע המוכר למצרן לקנות את הקרקע, והמצרן אמר שאינו רוצה, איבד את זכותו¹⁷², גם אם לא עשה קנין¹⁷³, מפני שבכך מחל עליה¹⁷⁴. כך גם אם לא אמר לו "איני רוצה" אלא "מכור למי שתצא"¹⁷⁵, שהרי כאן אין מקום לטענת "משטה אני" שבגללה צריך קנין כשמוחל לקונה¹⁷⁶. אבל הוא יכול לחזור בו עד המכירה, גם אם עשה קנין¹⁷⁷. אם המצרן אמר שאינו רוצה מפני שאין לו כסף, הוא יכול לחזור בו גם אחרי המכירה אם השיג כסף, אם לא עשה קנין¹⁷⁸.

ד) אם המצרן מכר את הקרקע לאדם אחר כשלוחו של בעל הקרקע, איבד את זכותו¹⁷⁹, כיון שהראה בכך מחל על זכותו¹⁸⁰.

ה) אם המצרן חתם על שטר המכר כעד, איבד את זכותו¹⁸¹, כיון שהראה בכך שמחל על זכותו¹⁸².

ג. זכות קדימה הנוצרת מכוח הסכס

סוג אחר של זכות קדימה לקניית נכס מסוים, הוא זכות קדימה הנוצרת מכוח הסכס. מהרי"ק¹⁸³ עוסק ביצחק ושמואל שהיו שותפים בחנות, ועשו הסכס עם קנין סודר, שלא ימכור אף אחד מהם את חלקו לאדם זר, בלי רשות חבירו¹⁸⁴; הרי שההסכס העניק לכל אחד מהם זכות קדימה בקניית חלקו של חברו. יצחק מכר את חלקו למשה בלי רשותו של שמואל, וקלמן קנה את החנות ממשה, ושתק שמואל ולא מחה, ובכך הראה שמחל על זכות הקדימה שלו. הוא דן מצד מחילה בטעות, ועולה מדבריו שאילו מחל בלי טעות, מחילתו היתה תקפה, וזאת אף שבנידונו לא עשו קנין על המחילה.

שה"פתקא" ביד השותף. אבל ר"מ אמריליו שם, ס"י סב, חולק עליו מפני שלדעתו יש תוקף לקנייה גם בלי אישור ה"מוטיוילי".

¹⁷¹ רשב"א שם; ר"מ אמריליו שם (קצא ע"ד).

¹⁷² טור, חו"מ, קעה, מז, בשם רמ"ה; שו"ע, חו"מ, קעה, לא; ערוך השולחן, חו"מ, קעה, כ.

שו"ת אבקת רוכל סימן קכג, מעלה אפשרות שר' שמחה מסכים לדין זה, שהרי הוא אומר שאם אמר לקונה "איני רוצה", מועיל בלי קנין כי הקונה אינו נעשה שלוחו נגד רצונו (ראה הערה 154), וטעם זה שייך גם אם אמר למוכר "איני רוצה".

שו"ת הראני"ח ח"א, סימן קכה, כותב שגם אם לא אמר כך למוכר עצמו אלא לשלוחו של המוכר, וידע שהוא שלוחו, איבד את זכותו; אבל אם אמר זאת לאנשים זרים, "כמסיח לפי דרכו", לא איבד את זכותו.

¹⁷³ טור שם; שו"ת אבקת רוכל סימן קכג; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פב ע"ג).

¹⁷⁴ ר' עזריאל ציון, "בדין בר מצרא", מקבציאל גלי' לו עמ' שס.

¹⁷⁵ ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), ס"י כז (נב ע"ג); שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, ס"י מג (פד ע"א).

¹⁷⁶ שו"ת אבקת רוכל סימן קכג (כך נראית כוונתו).

¹⁷⁷ שו"ת אבקת רוכל סימן קכג.

¹⁷⁸ שו"ת אבקת רוכל סימן קכג. הוא מיישב בכך את מהר"ם, המובא במרדכי ב"מ ס"י שכד, האומר שמצרן שאמר למוכר שאינו רוצה לקנות, לא איבד את זכותו לא מועיל אם לא עשה קנין (בניגוד לרמ"ה) - ששם מדובר שנימק את דבריו בבך שאין לו כסף.

¹⁷⁹ רמב"ם, שכנים, יג, י (הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרמ); מאירי, ב"מ קח ע"א (ד"ה בא הלוקח); מישרים נתיב יא ח"ד (מ ע"ב); שו"ע, חו"מ, קעה, טז.

¹⁸⁰ רמב"ם שם; מישרים שם; סמ"ע, קעה, ס"ק כז.

שו"ת הרשב"ש סימן עט (ד"ה ונחזור), כותב שאם לפני המכירה, המצרן אמר "כל שיעשה בעל הקרקע הרי הוא עשוי", המכירה תקפה, שהרי בעל הקרקע נעשה שלוחו של המצרן למכור, ובשליחות אין צריך קנין, וגם אם לא שמע את דברי המצרן, הוא נעשה שלוחו.

¹⁸¹ מישרים נתיב יא ח"ד (מ ע"ב); רמ"א, חו"מ, קעה, טז.

¹⁸² סמ"ע, קעה, ס"ק כח.

דוגמה נוספת: ראה שער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [391], שקרית מלך רב אומר שאדם יכול למחול על זכות מצרנותו לגבי אדם שיקנה קרקע בשכנותו למשך תקופה מסוימת; ושם זו מחילה מכללא.

¹⁸³ שו"ת מהרי"ק, שורש כ, ענף ג.

¹⁸⁴ מדבריו בענף ד עולה שזה המקרה.

לדוגמה נוספת של מחילת זכות קדימה, ראה הערה 224, בשם דברות משה.

ד. זכות לקנות חזרה נכס שעוקל בגין חוב - "שומא הדרא"

נושה שלקח קרקע של החייב בחובו, מפני שלא היה לו כסף לשלם, ואח"כ השיג החייב כסף, זכאי הוא או יורשיו לפדותו בכסף ("שומא הדרא לעולם")¹⁸⁵. זכות זו דומה לזכות מצרנות, בכך ששתיהן נובעות מן העיקרון של "ועשית הטוב והישר"¹⁸⁶, ובכך ששתיהן מעניקות לאדם זכות לקנות קרקע שאינה בבעלותו, אבל יש לו זיקה מיוחדת אליה.

אם מחל החייב על זכות זו, ועשו קנין על כך, איבד את זכותו¹⁸⁷. נראה שהטעם שמחילה זו צריכה קניין, בשונה ממחילה רגילה, היא שהזכות לפדות את הקרקע נחשבת זכות קניינית.

אבל ר' ישראל איסר איסרלין¹⁸⁸ מצמצם מאוד את הצורך בקנין. לדעתו, אם החייב מחל קודם שירד הנושה לקרקע, כך שהנושה נכנס על דעת הקרקע דוקא, אין לחייב זכות לפדות, כמו שאם מכר הנושה את הקרקע לאחר, החייב אינו זכאי לפדותה, משום שהקונה נכנס על דעת הקרקע דוקא¹⁸⁹; וא"כ הנושה זוכה הנושה בקרקע ע"י כסף ההלוואה ובקנין חזקה. כמו כן, אם החייב מחל רק אחרי שכבר זכה הנושה בקרקע וירד אליה, קנה הנושה את הקרקע בכסף ההלוואה ובחזקה שהוא מחזיק עכשיו על דעת כן אף בלא קנין. והוא מסביר שמה שהצריכו הראשונים קנין, הוא למצב שלא החזיק הנושה בקרקע לאחר מחילת החייב, ולכך צריך קנין כדי שלא יוכל החייב לחזור בו.

ה. זכות חייב לפדות משכנתא

במקומות מסוימים, נהוג שחייב הממשכן את קרקעו לנושה, זכאי לפדות ("לסלק") את הקרקע מהנושה אם יפרע לו את חובו. במקום כזה, אם החייב מוחל על זכות הפדיון, מחילתו מועילה בלי קנין¹⁹⁰.

טעם הדבר הוא, מפני שהקרקע ברשות הנושה¹⁹¹. החייב אינו נחשב מוחזק בקרקע, שהרי אינו יכול לסלק את הנושה בלי לשלם, ולכן מועילה מחילתו¹⁹². לדעת הריטב"א, מאחר שהנושה מוחזק, במחילת החייב הוא כאילו אומר לנושה "לך חזק וקנה"¹⁹³. כלומר אין זה מועיל מדין מחילה אלא מדין מתנה.

רבינו פרץ¹⁹⁴ נימק, שיחד עם מחילה זו, מתחייב הנושה שלא יתבע את החוב מהחייב עד סוף הזמן, והנאת הארכת הזמן שווה פרוטה, והמחילה חלה תמורתה.

פרק עשירי: זכות קניין שמקורה בתקנת קהל

א. תקנות ה"חזקות"

הקהילות היהודית בארצות האימפריה העותומנית תיקנו תקנות בענין "חזקות", שעל פיהן יהודי ששכר בית מגוי, יש ליהודי "חזקה", ששום יהודי אחר לא יוכל לשכור אותו מהגוי אם הגוי יוציא

¹⁸⁵ רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, כב, טז.

¹⁸⁶ ב"מ לה ע"א, על שומא הדרא; ב"מ קח ע"א, על מצרן.

¹⁸⁷ חידושי הרמב"ן בבא מציעא לה ע"א (ד"ה ומסתברא); חידושי הרשב"א בבא מציעא לה ע"א (ד"ה והלכתא); ספר התרומות, שער ג, חלק ה, אות ח (הובא בב"י, חו"מ, קג, כז, ובשו"ת תורת משה חו"מ סימן ד, ד"ה ותו מצינו, עמ' פ); חידושי הר"ן בבא מציעא לה ע"א (ד"ה והלכתא); נימוקי יוסף, ב"מ יט ע"א (בדפי הרי"ף); טור חו"מ, קג, כז; שו"ע, חו"מ, קג, ט.

¹⁸⁸ שער משפט, קג ס"ק ח. הוא לא הזכיר את הדין שמחילה אינה צריכה קנין, ונראה שהטעם לכך הוא שזו זכות קניינית, כאמור בטקסט.

¹⁸⁹ ב"מ לה ע"א.

¹⁹⁰ ב"מ סז ע"ב.

¹⁹¹ דרכי משה, יו"ד, קעב, ס"ק יא, נימק, מפני שמחילה אינה צריכה קניין. גם כאן (כמו במקרה ההפוך, מחילת נושה על זכותו במשכנתא - ראה הערה 38) נחלקו הפרשנים אם מדובר שאמר כך בשעת ההלוואה או אחר כך. הדעה שמחילה זו מועילה גם אם אמר כך אח"כ, הובאה בשו"ת, חו"מ, עג, ס"ק ה, בשער משפט, קג, ס"ק ח, ובשו"ת חמדת משה (פרלמוטר), ס"י קכ.

¹⁹² הרמב"ן שם (הובא בשו"ת הראנ"ח, חלק א, ס"י לח).

¹⁹³ ערך שי, חו"מ, עג, ב.

¹⁹⁴ חידושי הריטב"א החדשים, שם.

¹⁹⁴ ר' פרץ, בשיטה מקובצת, ב"מ סז ע"א. ראה על כך בהערה 88.

את היהודי מהבית; ויהודי שמכר בית לגוי, יש לו זכות קדימה לקנותו ממנו בחזרה; ועוד זכויות דומות¹⁹⁵. הפוסקים התייחסו לחזקות אלה זו כמעט כמו לבעלות, כיוון שלא היתה מצויה קרקע בבעלות יהודית.

יש שפסקו שמועילה מחילה על חזקות אלה. מהרשד"ם¹⁹⁶ מביא "הסכמות" (תקנות) של קהילות בענין חזקות כאלה, ושם נאמר שאפשר להעביר חזקה במחילה. ר' אהרן לפפא¹⁹⁷ מסביר שב"חזקה" כזאת מועילה מחילה מפני שהיא רק זכות בקרקע. למעשה, כיוון שהתקנה עצמה קבעה שמחילה מועילה, לא היה צריך ר' אהרן לפפא להצדיק את המחילה על פי גדרים כלליים, שכן "הם אמרו והם אמרו" - מי שנתן תוקף לחזקה יכול גם לבטל את תוקפה במצבים שנראים לו. ייתכן שהוא רצה להראות שהתקנה עלתה בקנה אחד עם הגדרים הכלליים, שכן רצוי שכשקהל מתקן לעצמו תקנות, הוא יתאים אותן לדין תורה המקורי ככל האפשר¹⁹⁸.

¹⁹⁵ ראה: שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ו, סי' א; ר' מיכאל מולכו, "תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי", סיני כח (תשי"א), עמ' רצו-שיד; ר' ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' תקפא.

¹⁹⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רמד.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם חו"מ, סי' רמו, עוסק במי שלא תבע את חזקתו למשך שנים רבות, וכותב שאין להסיק משתיקתו שמחל, כי הסיבה ששתק הוא כי לא היה לו ממי לתבוע. כנה"ג, חו"מ, קמ, הגה"ט אות קו, ובספרו שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"א, סי' רל, מדייק מזה שאם אין סיבה כזאת לשתיקתו, איבד את חזקתו כי מניחים שמחל, הרי שמחילה על "חזקות" מועילה. ראה על דברי מהרשד"ם בשער אחת עשרה, הערה [323] והערה [340]; ושם מובאים מקורות נוספים האומרים שיש תוקף למחילה מכללא על חזקות. כמו כן, שו"ת משפטי שמואל, סי' לא, כותב שאף שחזקות הן קרקע, המחילה מועילה. על דברי משפטי שמואל, ראה שער ארבע עשרה, הערה [172], בשם ישכיל עבדי.

כמו כן, שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג (פג ע"א) (הובא במשנה למלך, הלכות אישות, כג, א, ד"ה מעשה [שהובא בשו"ת הרי בשמים חלק א סימן סב, ובשו"ת מהרש"ם חלק ד סימן ז]), כותב שמועילה מחילת בעל ה"חזקה" בלי קנין, כי "חזקות" אלה הן כשכירות, ואף שתיקנו שיש לו זכות קדימה לקנות את הבית, אולי תיקנו רק זכות קדימה, ולא השוו אותו לגמרי למצרן, שמחילתו צריכה קנין. הוא מוצא (בדף פד ע"ב) נימוק נוסף שהמחילה מועילה בנידונו, כי בעל החזקה מכר אותה לאחר בפני עדים, והרי מצרן שאמר בפני עדים "הווי עדים שהסתלקתי", מועיל בלי קנין (כאמור בהערה 147), וק"ו אם מכר בפני עדים (אבל ראה בהערה שם, שאמירת "הווי עלי עדים" עדיפה מסתם נוכחות של עדים).

כמו כן, ר' שמואל גאון, בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כז (נא ע"ב-ע"ג), כותב שאין לבעל החזקות זכות בגוף הקרקע, והוא כשוכר, אלא שתיקנו שמי שקונה את הקרקע מהגוי יתן סכום מסוים לבעל החזקות, ותיקנו שיש לבעל החזקות זכות קדימה, אבל לא תיקנו שתהיה לו קנין בגוף הקרקע ושיצטרך קנין כשהוא מוחל.

כמו כן, שו"ת תורת חסד (פרחיא) סי' קעו, כותב שמועיל לשון סילוק או שאמר שהוא מוחל על זכות חזקתו, ומש"כ לחם רב (הערה 199) שלא מועיל לשון מחילה, הוא אם לא גילה דעתו בפירוש שאינו רוצה בזכות החזקה.

כמו כן, שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן (סא) [נט] [ד"ה ועתה אבא] (הובא בשו"ת דברי שמואל (ארדיטי) חו"מ סי' ג, ד"ה הן אמת), כותב שאם בעל החזקה נתן רשות למישהו לקנות מהגוי, מועילה רשותו בלי קנין, בשונה ממצרן שצריך קנין (כאמור ליד ציון הערה 147) כיון שחלוקה זו היא רק תקנת הקהל.

שו"ת דברי שמואל (ארדיטי) חו"מ סי' ג (ד"ה באופן הרי) כותב בתחילה שאפשר לומר ק"ל שמועילה מחילה בחזקות. אבל אח"כ (בד"ה איכו) כותב שמאחר שיש חרם על החזקות, וספק חרם להחמיר, אינו יכול להיפטר בטענת קים לי; ועוד שכאן צריך לטעון שני ק"ל: שחזקות הן מטלטלין, ושאף שהן מטלטלין ולא מועילה מחילה על דבר בעין, אפשר למחול עליהן, שהיא מחלוקת נפרדת (כפי שנראה ליד ציון הערה 204).

כמו כן, שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג חלק א סימן שיג, כותב שגם לדעה שחזקות יש להם דין קרקע, מועילה מחילה על הכסף שצריך לתת בעד החזקה, שהרי אין לו בגוף הקרקע כלום ואין לו טענה על גוף הקרקע אלא על הכסף שבא מחמת הקרקע. אבל ייתכן שהוא כתב כך רק על נידונו, שהיתה רק תביעה כספית, אבל אם התביעה היא לקבל את החזקה עצמה, הוא יסכים שמחילה אינה מועילה. עוד יש להעיר ששואל ומשיב היה במזרח אירופה, ושם לא נהגו החזקות של האימפריה העותמנית, והוא עוסק כנראה בחזקת אורנדא (ראה ליד ציון הערה 208) ובכל זאת הביא על כך את המחלוקת האם ה"חזקות" הן דין קרקע או מטלטלין.

חזון איש, אה"ע"ז, סי' עז, אות יג, מנמק דעה זו, שכאן לא שייך מה שהסביר רש"י (הערה 148) שמחילת מצרן אינה מועילה בלי קנין כי הוא יכול לטעון "הסיבה שהרשיתי לך לקנות היא כדי שהמוכר יתן לך במחיר זול ואז כשאדרוש לקנות לא ידרוש ממני מחיר גבוה", שהרי כאן אין חשש שהמוכר ידרוש ממנו הרבה כסף, כי אין לו רשות בזה (לא ברור מנין לו שהמוכר הגוי לא יכול לדרוש ממנו מחיר גבוה). הוא מדייק מלשון משנה למלך שאינו יכול לחזור בו מהסילוק, כמו בעל שהסתלק מנכסי ארוסתו (ראה שער רביעי), אף שאין כאן זכות ממשית, וזה רק סילוק הזכות. הוא מנמק, כי התקנה היתה משום שהבית היה שלו, וכיון שסילק את זכותו שעה אחת, נחשב כאילו מעולם לא הגיע הבית מידו ליד הגוי.

¹⁹⁷ בני אהרן, חו"מ, רמא (דף קכד ע"ג).

¹⁹⁸ תרומת הדשן, שו"ת, סי' שמב.

לעומתם, יש שפסקו שאין מועילה מחילה על החזקות בדיבור. לדוגמה, ר' אברהם די בוטון¹⁹⁹ כותב שבין לדעת "מורי" (שהוא מהרשד"ם) שפסק שה"חזקות" האלה נחשבות קרקע, ובין לדעת ר' יוסף בן לב²⁰⁰ שאומר שהן נחשבות מטלטלין, לא מועילה בהן מחילה, שהרי גם במטלטלין בעין וגם בקרקע לא מועילה לשון מחילה.

לעומתו, המבי"ט²⁰¹ תולה שאלה זו במחלוקת האם "חזקות" אלה נחשבות קרקע או לא (בנידונו, לוי שכר חנות מגוי, ומחל לוי לראובן על כל כוח וזכות שהיה לו מן הגוי בחנות): לפי הדעה שדין חזקות אלו כדין קרקע, מפני שבדרך כלל בונים בניינים בחזקות הבתים והחנויות ששוכרים מן הגוים, ויש להם חלק בקרקע - לא מועילה לשון מחילה (גם אם אחר כך החזיק הנמחל בקרקע); אבל לפי הדעה אין דין חזקות אלו כדין קרקע, מפני שעיקר הבנין והקרקע הוא של הגוים, וליהודי יש רק שעבוד כמו חוב - לשון מחילה מועילה בהן כמו בחוב.

כמו כן, ר' אהרן פרחיא²⁰² כותב שמתקני ההסכמות נתנו לחזקות הללו דין קרקע²⁰³, וא"כ לא מועילה מחילה אלא צריך הקנאה; אבל אילו היה לחזקות דין מטלטלין, היתה מועילה מחילה,

¹⁹⁹ שו"ת לחם רב סי' קמב (הובא במעיל שמואל, פלורנטיין, סי' קטו).

כמו כן, שו"ת תורת אמת סימן קה (ד"ה ואין לומר), כותב שישראל השוכר קרקע מגוי, שיש לו "חזקה" על פי תקנת הקהילות, ויצא מהחצר והסתלק משם, לא איבד את חזקתו בכך, כמו שלא מועילה מחילה על בעלות בקרקע או מטלטלין.

אף מהרשד"ם עצמו, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רלה, כותב שמחילה על "חזקה" אינה מועילה, מפני שבקרקע או במטלטלין לא שייכת מחילה. ביישוב תשובה זו עם תשובתו בסי' רמו הנ"ל, כתב כנה"ג, חו"מ, סי' קמ, הגה"ט אות קו (הובא בשו"ת כרם חמר, ח"א, חו"מ, סי' פה), וסי' שסג, הגה"ט, אות כג, ובספרו שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רל, שבסי' רלה מדובר שהיתה בחזקתו, ובסי' רמו מדובר שלא היתה בחזקתו, שעברו הרבה שנים ולא החזיק בה, ואז מועילה מחילה. חקרי לב חו"מ ח"א סי' צא (קטו ע"א) מקשה על תירוצו, הרי אם חזקה זו נחשבת קרקע, לא תועיל בה מחילה בשום מצב. שו"ת בני אברהם, חו"מ, סי' סז, מיישב, שמשי"כ בסי' רמו שמועילה מחילה הוא לפי מה שסבר בסי' רנב שחזקה היא מטלטלין, ואח"כ ראה שרלב"ח אומר שהיא קרקע (כאמור בסי' רנב שם), ואז כתב את משי"כ בסי' רלא, שלא מועילה מחילה. אבל חקרי לב דוחה את תירוץ בני אברהם, כי מהרשד"ם סי' רנב לא סבר שהיא מטלטלין ואח"כ חזר בו, אלא כותב שמסברה היא מטלטלין אבל ראה שהתקנה היתה שתהיה קרקע; ועוד, הרי בסי' רעח כתב שלא מועילה מחילה במטלטלין בעין, וא"כ גם אם חזקה היא כמטלטלין, לא מועילה מחילה, והוא אף כתב שם שגם אם חזקה היא מטלטלין, לא מועילה מחילה. חקרי לב עצמו מיישב את הסתירה (בדף קטו ע"ב), שהחסרון במחילת דבר בעין (ו"חזקות" נחשבות בעין) היא שכדי שהדבר יעבור לבעלותו של אחר, צריך הקנאה, ומחילה לא יכולה ליעשות הקנאה, וזה שייך רק במחילה שמטרתה היא שאדם מסוים יזכה ב"חזקה", ובזה מדובר בסי' רלה; אבל בסי' רמו הוא מתכוון לומר שאפשר להסיק משתיקת בעל החזקה שהתכוון למחול לכל העולם, שהחזקה תהיה הפקר לכל, וזה מועיל בלי מעשה קנין.

חקרי לב חו"מ ח"א סי' קיא (קסה ע"ב), מביא את מהרשד"ם בסי' רלה וסי' רמו, ולא העיר על הסתירה. כמו כן, שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' כד, מוכיח משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רעח, שמחילה על "חזקה" אינה מועילה מפני שדינה כקרקע שהיא ברשות בעליה.

כמו כן, שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' לג (ד"ה ואומר שאם), כותב שלא מועיל סילוק מ"חזקות". גם שו"ת אהלי יעקב (קאשטרו) סי' ג, בסופו, כותב שלא מועילה מחילה על "חזקות", כי הוא דבר בעין. כמו כן, משנה למלך שם מביא פוסקים שהצריכו קנין, והביאו ראיה מהדין (ליד ציון הערה 147) שמצרון יכול להסתלק רק אם הוא עושה קניין. אבל משנה למלך כותב שאין ראיה ממצרון. בן ידיד, הלכות זכיה, ג, א (מז ע"ג), מבאר את דבריו, שהחזקות הן רק תקנה ולכן אפשר להסתלק מהן בדיבור בעלמא, ודוקא בבר מצרא צריך קנין כשמסתלק כי יש למצרון זכות מן הדין.

²⁰⁰ שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סי' עה. לסיכום הדעות בשאלה האם הן נחשבות קרקע או מטלטלין, ראה סיני, שם, עמ' שו-שח.

²⁰¹ שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קיג (הובא בשו"ת הרי בשמים חלק א סימן סב). הוא דן באותו שאלה שנשאלה במשפטי שמואל (הערה 196).

במקום אחר, בשו"ת המבי"ט, חלק ג, סי' רכה, הוא עוסק ביהודי ששכר בית מגוי, ובנוסף לחזקה על פי התקנה, גם קנה את החזקה מהגוי בשטר, שלא יוכל הגוי להוציאו על כרחו; ואחר כך מחל על החזקה שקנה. השואל טען שהמחילה מועילה ובכל זאת נשאר לו החזקה מכוח התקנה, שעליה לא מחל; והמבי"ט מקבל בפשטות את הנחת השואל.

גם שו"ת ויקרא אברהם, חו"מ, סי' א (ד"ה וחזות), כותב שאם הן כמטלטלין, מועילה מחילה, כי מחילה מועילה במטלטלין אם אח"כ משך הנמחל (ראה בשמו בשער ארבע עשרה, הערה [134], אבל אם הן כקרקע, אינה מועילה, כי כדי לקנותם צריך אחת מהדרכים שקונות במכר.

²⁰² שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סי' צב (הובא בפרי האדמה הלכות טוען ונטען, יב, ב (ד"ה ולע"ד), ובשו"ת בני אברהם, חו"מ, סי' סז).

²⁰³ הוא מסתמך על שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רמח (צ"ל: רעח), שכתב כך בשם מהרלב"ח.

כפי שמשמע ממהרשד"ם²⁰⁴. כנגד טענת ר' אברהם די בוטון, שאין מועילה מחילה על נכס בעין, אפילו מיטלטלין, הוא מסביר שענין החזקות "פורח באויר", ומסתמך רק על התקנה, וא"כ אילו היו נחשבות מטלטלין הן היו רק בגדר שעבוד, שמועילה מחילה עליו.

כל האמור הוא כשהדיון הוא על זכות ה"חזקה" עצמה, כגון שבעל החזקה דרש שמה שקנה הקונה יהיה לו עצמו. אבל אם הדיון הוא על תשלום דמי השכירות המגיעים לבעל החזקה, מועילה מחילה, כמו על כל חוב²⁰⁵.

ב. "חזקת היישוב"

מהר"ם מרוטנבורג²⁰⁶ כותב שמעיקר הדין לא מועילה מחילה בחזקת היישוב שנהגה בארצות אשכנז, כי א"א למחול על קרקע, אבל נהגו שמועילה לשון מחילה.

ג. "אורנדא"

סוג אחר של חזקה שתוקפה מבוסס על תקנות הקהל, הוא חזקת "אורנדא", זכיון מהשלטון להכנסה מסוימת, שנהגה בארצות מזרח אירופה²⁰⁷. ר' אריה ליבוש הורוביץ²⁰⁸ כותב שלפי הדעה שחזקה זו נחשבת כקרקע²⁰⁹, אין מועילה מחילה עליה, מפני שאין מועילה מחילה בקרקע; ואילו לדעה שהיא כמטלטלין, מועילה מחילה עליה²¹⁰.

²⁰⁴ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רלה.
גם שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קכא (נדפס גם בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' כו), כותב ש"חזקות" נחשבות כקרקע, א"כ בעל ה"חזקות" יש לו שותפות בקרקע, שחזקתו מעורבת בכל תלם ותלם, ולכן לא מועילה מחילה. הוא מוסיף, שהמוחל יכול לטעון "משטה אני בד", שהתיר לאדם האחר לקנות מהגוי רק כדי לברר מה המחיר האמיתי, כי חשש שאם יקנה מהגוי בעצמו, ידרוש מחיר מופקע בגלל חיבתו מיוחדת לקרקע זו (עי"פ רש"י שאומר נימוק זה לענין מחילת מצרן - ראה ליד ציון הערה 148). אבל הוא כותב שבנידונו, שבעל החזקה אמר לאדם האחר "הרי היא מכורה לד", הלה זכה, בקל וחומר ממה שאומר ר' שמחה (הערה 154) שמצרן שאמר לקונה "איני רוצה לקנות", זכותו מחולה. בנקודה זו הסכים עמו שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' מג (פג ע"ד), שהמחילה מועילה לפי ר' שמחה.
גם שו"ת בני אברהם, חו"מ, סי' סז, כותב שלפי התקנות בקושטא, החזקות הן כקרקע, ולכן לא מועילה מחילה עליהן.

²⁰⁵ שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רל; שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים) סי' ג (ד"ה ומ"מ); שו"ת דברי שמואל (ארדיטי) חו"מ סי' ג (ד"ה אמנם בתר); שו"ת בני אברהם, חו"מ, סי' סז.
ענין אחר הוא **הסתלקות מהחזקה מראש**. שו"ת מהר"י בן לב חלק א סימן מו (מב), בסופו (הובא בערך לחם, חו"מ, קד, י, שהובא בפרי האדמה הלכות טוען ונטען, יב, ב, ד"ה אמנם), כותב שאם בשעה שהגוי משכיר את הבית מהיהודי, התנה עמו שלא תהיה לו זכות חזקה, התנאי אינו מועיל מפני שזה הסתלקות מזכות עתידית - ראה בשמו בשער רביעי הערה [599], ושם הבאנו דעות חולקות. עוד נימק, שלא יתכן שתנאי זה יועיל, כי אם כן נמצא שתקנות החזקות יהיו חסרות תוקף, כיון שכל גוי יעשה תנאי כזה עם היהודי. שו"ת מהר"ש"ך חלק ג - תשובות נוספות סימן ט (ד"ה ואני בעיני), משיב על כך, שאומרים "מה הועילו חכמים בתקנתם" רק במי שרוצה לעקוף תקנה שנתקנה לטובת אדם אחר, אבל כאן השוכר רוצה לעקוף את התקנה שנתקנה לטובת עצמו, ובוהו הוא יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים". שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ סי' נא, בסופו, דוחה את טענת מהר"ש"ך, בכך שהשוכר אינו עושה תנאי זה ברצון, אלא מתוך חשש שהגוי לא יסכים להשכיר לו בלי תנאי זה; אבל גם הוא חולק על נימוקו של מהר"י בן לב, בטענה שאין חשש שכל הגוים יעשו תנאי כזה, כי לא כל הגוים מודעים לדיני החזקות. הם לא הזכירו לענין זה את השאלה אם החזקות הם כקרקע או כמטלטלין.

²⁰⁶ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' מו = דפוס לבוב סי' שנא. וראה שער אחת עשרה, הערה [92], ששו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' תתרא, אומר שמועילה מחילה מכללא על "חזקת יישוב".
שו"ת מהר"י"ק, שורש קלב, שנביא בהערה 210, עוסק במחילה מכללא על הזכות להחזיק חנות להלוואות, וקורא לזה "חזקת היישוב".

²⁰⁷ ראה ר' ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' תקעה-תקעו.

²⁰⁸ שו"ת הרי בשמים, ח"ב, סי' קטז.

במקום אחר, ח"א סי' ס, כותב בתחילה שמועילה מחילה על חזקת אורנדא, כי אינה כדבר בעין שהרי הם דבר שאין בו ממש, כעין זכות טובת הנאה, ורק מכוח תקנה מועיל בה קנין, ואח"כ כתב שלדעה שהיא כקרקע אין מועילה מחילה, ע"פ האומרים כך לענין "חזקות" (ליד ציון הערה 201), וכותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.

²⁰⁹ הוא מציין פוסקים הסוברים כך, לענין נפקויות אחרות.

²¹⁰ השואל בשו"ת פרי השדה, חלק א, סי' קיא, ר' יוסף משה ראטה, מביא ששו"ת בית שלמה חו"מ, סי' קא, כותב שיש לחזקה זו דין קרקע ולא מועילה בה מחילה בעל פה. אך לא מצאתי בבית שלמה התייחסות למחילה. המשיב בשו"ת פרי השדה שם אינו מתייחס לטענה זו במחילה אלא דן באופן כללי האם חזקה

ד. זכות ירושה מכוח תקנת הקהל

קהילות מסוימות תיקנו תקנה, שאשה שמת בעלה, היא מקבלת חצי מירושת בעלה, מהנכסים שהכניסה לו. ר' יעקב הלוי²¹¹ כתב שאם אשה הסתלקה מזכותה זו לאחר הנישואין, בחיי הבעל, לא מועיל הסילוק, כמו שאיש אינו יכול להסתלק מנכסי אשתו אחרי הנישואין, והאשה תוכל להסתלק רק קודם הנישואין. אבל ר' אברהם הלוי²¹² כותב שגם לאחר הנישואין מועיל הסילוק. הוא מנמק²¹³, שזכות הבעל בנכסי אשתו היא זכות חזקה, שאוכל פירות בחייה, ואם מכרה האשה או נתנה את נכסיה, מכירתה ומתנתה בטלים בחיי בעלה, ולכן אינו יכול להסתלק אחרי הנישואין; אבל זכות האשה בחצי עזבון בעלה היא קלושה מאד, ולכן גם אם סילקה עצמה ממנו לאחר הנישואין, מועיל סילוק זה²¹⁴.

שאלה דומה עלתה לגבי תקנה שבת יורשת חלק מנכסי אביה ואמה - האם היא יכולה להסתלק מזכותה זו אחרי מותם. ר' אברהם ריוח²¹⁵ כותב שלפי הדעה²¹⁶ שמי שיורשת מכח התקנה נחשבת

כקרקע, ואומר שהשגת גבול בחזקות היא רק תקנת "הגאונים" (כוונתו לחכמים שבאותה תקופה) והכל תלוי בתקנה.

שו"ת מהר"ם מלובלין סימן סב (הובא בשו"ת מהרש"ם חלק א סימן מ, ד"ה ובדבר), כותב שאם יש ראייה ברורה שמחל על חזקת אורנדא, איבד את חזקתו. הוא מסתמך על שו"ת מהרי"ק, שורש קלב, הכותב שמי שקיבל מהשלטון הנכרי רשיון להחזיק חנות להלוואות במקום מסוים, ולא הלך לאותו מקום מסיבה כלשהי, אין זה מוכיח שמחל על חזקתו, אלא אם יש על כך ראייה ברורה. על מחילה מכללא על אורנדא, ראה שער אחת עשרה, ליד ציון הערה [168]. מהמקורות המובאים שם עולה שמועילה מחילת אורנדא שו"ת מהר"ש ענגיל, ח"ח, סי' קלו, עוסק בשמעון שקנה מראובן את החזקה בחליבה אצל אדון אחד, היינו הזכות לקבל את החלב שיבוא מבהמות האדון, ואח"כ שמעון מחל עליה. הוא פוסק שהמחילה תקפה, ואע"פ שאי אפשר למחול על מכר אחרי שנגמר הקנין (כאמור בשער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [51]), הרי כאן לא קנה דבר מסוים, אלא את החלב שיהיה מבהמות, וזה לא נחשב קנין אלא חיוב על הבעלים לתת לו את החלב, ועל חיוב מועילה מחילה; וגם במכר של דבר מסוים, מועילה מחילה על קנין שהוא רק מנהג הסוחרים (ראה שם, ליד ציון הערה [57]).

ראה הערה 196, ששואל ומשיב מחיל על "אורנדא" את דיני החזקות שבאימפריה העותמנית. שו"ת בית דוד (לייטר), סי' קנה, כותב שהחוכר שדה מהדוכס יכול למחול על חזקתו בלי קנין. ראה בשמו בשער רביעי, ליד ציון הערה [198], מצד שזו מחילת זכות עתידית; וראה שם, שהכוונה לזכות לקבל פירות כלשהם מן השדה.

ראה שער רביעי, הערה [619], ששו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' יא (ד"ה וא"ל), סובר שאין מועיל סילוק מזכות חכירות, משום שהיא נחשבת שהיא **בבעלותו**, גם זכות החכירות שבעתיד, ואין מועיל סילוק מבעלות. הוא נשאל על אדם שהיה לו רשיון מטעם הממשלה שלא יוכל אדם אחר למכור דבר מסוים חוץ ממנו, וזיכה לאחר את טובת ההנאה בלשון "איני רוצה", והוא פוסק שלא מועיל סילוק זה, מפני שכבר זכה בטובת ההנאה שלא ימכור אדם מלבדו, ואדם אינו יכול להסתלק מדבר שהוא שלו, אע"פ שעדיין לא הגיע הזמן שיקבל רווח מאותה טובת הנאה.

שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כא (עמ' סח, במהד' מכוון ירושלים), כותב שלא מועיל סילוק מזכות חכירת "אלמעונה" (זכות לגבות מס מסוים), בלי קנין. משפט שלום, סי' קפט, משמרת שלום, הגהה ב, מסביר שהרא"ש סובר שמה שנקנה בסיטומתא, כמו אותה חכירות שנקנית בדרך מנהג, נחשב קנין ולא רק התחייבות, ולכן לא מועיל סילוק ממנו. כלומר, הוא מבין שזו אכן זכות קניינית. ראה שער אחת עשרה, ליד ציון הערה [91], שמהרי"ק אומר שמועילה מחילה מכללא על זכיון מן ה"אדון" הנכרי להפעיל חנות של הלוואה בריבית.

ראה שער שלישי, ששו"ת מנחת שי (שור), ח"ב סי' צו, כותב שרב שאמר "איני רוצה עוד ברבנות הזה", לא מועיל למחול בדיבור בלבד, כמו שאין מועילה מחילה על משכון. כנראה, הוא סובר שרבנות היא מעין זכות קניינית, כי היא בגדר חזקה.

²¹¹ ר' יעקב הלוי, המובא בשו"ת גינת ורדים אהע"ז כלל ד סי' ה (ד"ה עד הנה).

²¹² שם, ד"ה ולע"ד אין. הוא מביא ראייה מתשובת הרא"ש - עיין שם.

²¹³ בד"ה ואין לומר (האחרון).

²¹⁴ אבל אח"כ הוא מעלה אפשרות שהסילוק אינו מועיל, והוא פוסק שמספק האשה אינה מקבלת חצי הירושה, שמא הסילוק הועיל. אולי טעמו הוא כמו שכתב בשלב מוקדם יותר (בד"ה ולע"ד אין), שכיון שגוף הנכסים עתידיים להיות שלה (וזה יותר מזכות הבעל בנכסי אשתו), לא מועיל סילוק.

²¹⁵ שו"ת ויען אברהם, אהע"ז, סי' יב (ט ע"א).

²¹⁶ ר' רפאל משה אלבז, בשו"ת הלכה למשה (אלבז) אהע"ז סי' לב. הנפקות בנידונו הוא שלכן היורשים דאורייתא אינם יכולים לסלק יורש זה בתשלום כסף, כי גוף הנכס שייך גם לו. ר' אברהם ריוח כותב שנהגו לדון שיש לה חלק בגוף הנכסים.

הוא מביא (בעמ' צה) שיעב"ץ (ר' יעקב אבן צור) כתב שבכתובה קאשטילינא, שלפי התקנה יש לאשה חלק בגוף הנכסים, אין שתיקתה מועילה כמחילה. לכאורה היה צריך לומר שמחילתה בכלל אינה מועילה, אבל הוא כתב רק שאין שתיקתה מתפרשת כמחילה לענין הדין (שער אחת עשרה, ליד ציון הערה [180]) שאם

שותף גמור, אינה יכולה להסתלק (בלי קנין), כי זו מחילת בעלות, ואילו לדעה²¹⁷ שאין לה חלק בגוף הנכסים אלא רק שעבוד ממוני עליהם, היא יכולה להסתלק.

פרק אחת עשרה: מחילת בעל זכות קניינית פחותה לבעל זכות מקבילה באותו נכס

שאלה מעניינת מתעוררת כשיש לשני אנשים במקביל באותו נכס זכויות קנייניות פחותות מבעלות, ואחד מהם מחל לחברו על זכותו. מקרה זה דומה למחילת בר מצרא ומחילה על חזקות, בכך שהמחילה אינה לבעל הנכס.

דוגמה שכיחה לכך היא בשני נושים, שנכסי החייב משועבדים לשניהם, ואחד מהם מחל לנושה האחר על שעבודו. הנפקות משאלה זו היא בכגון שאין בנכסים די כדי שיגבו ממנו שני הנושים את חובותיהם, ועל ידי שנושה אחד מוחל לנושה האחר, יכול האחר לגבות את כל חובו.

בתלמוד מתואר מצב כזה: שתי נשים של בעל אחד שזכאיות לכתובה מהבעל, כל אחת בסכום שונה, וכתבה בעלת מאתיים לבעלת מאה "דין ודברים אין לי עמך במאה"²¹⁸. יש מן הראשונים²¹⁹ שכותבים שמחילה זאת מועילה רק אם עשו קנין, כמו שמחילת נושה על שעבודו בנכסי החייב בלשון "דין ודברים אין לי" מועילה רק אם עשו קנין²²⁰. לעומת זאת, יש מן האחרונים שכתבו שהמחילה מועילה גם בלי קנין²²¹, מפני שהאשה לא סלקה את שעבודה לגמרי, והיא רק מסלקת את עצמה שלא לריב עם בעלת מנה במה שמשועבד לה, ותגבה ממה שנותר²²²; או מפני שדוקא בהסתלקות נושה משעבוד, צריך קנין, כי יש לנושה זכות חזקה בנכסים, שכן היא תישאר גם אם

הבעל נתן את נכסיו לבניו ונתן לאשתו קרקע כל שהיא, מניחים שמחלה על כתובתה - ראה שם, הערה [191], בשמו.

ר' אברהם ריוח כותב שאם עשו קנין על המחילה, אף שיש מחלוקת האם מועילה מחילת בעלות בקנין (ראה שער ארבע עשרה, ליד ציון הערה [61] ואילך), הפסידה את חלקה, לפי הכלל שכאשר ישספק בתקנה, חוזר הדין לדין תורה, גם אם הספק הוא חיצוני ואינו נוגע לתקנה עצמה, כמו כאן.

ר' אברהם ריוח עושה הבחנה (בדף ט ע"ג): ר' רפאל אלבו שכתב שא"א לסלקה בכסף דיבר רק בירושת מהאם, שמן הדין בעל יורש את אשתו ואין לבתה כלום, ולכן מתקני התקנה חיזקו את כוחם לעשותה כשותף גמור, אבל בירושה מהאב, בלאו הכי מגיע לה "עישור נכסים" מן הדין, אלא שהוסיפו שיהיה לה חלק כזכר, אבל השאירו את דינה שיהיה לה רק שעבוד ממוני כמו שכך הדין בעישור נכסים (שו"ע, אהע"ז, קיג, ב), וא"כ לגבי זה מועיל סילוק בלשון מחילה. אבל ר' חיים יקותיאל בירדוגו, שם, סי' יג (ד"ה אחר), חולק עליו, בטענה שאדרבה, כיון שבנכסי האב יש לה עישור נכסים מן הדין, יש לה יותר כוח מבנכסי האם, ולפי ר"מ אלבו היא נחשב כשותפה גמורה. ר"א ריוח, שם סי' יד (יא ע"ג), משיב על כך, שבתקנה אין מקום לק"ו, יש סברה לומר שדוקא בנכסי האם היא נחשבת כשותף, שהרי רואים שהתקנה העלתה את אמה לדרגה להיות שקולה לכל הבנים, ליטול חצי, לכן מסתבר שחיזקו את כוחה להיות כשותף, וממילא גם את יורשיה (לפי ר"מ אלבו), שכיון שהם באים מכוח כתובתה, דינם כדינה; משא"כ בת בנכסי אביה, שכוחה בא מכוח עישור נכסים, והתקנה עשתה אותה רק כאחד הזכרים, השאירו את כוחה להיות רק כבעלת שעבוד.

גם שו"ת חק ומשפט (טולידנו) סי' רכג, עוסק בבת שיורשת ע"פ תקנה זו של "המגורשים" במרוקו, ופוסק שמחילתה בטלה כי זו מחילה על דבר בעין. הוא מוסיף לנמק, שיש תקנה שמחילת הבת תקפה רק בפני ב"ד, ורק אם הסופר ציין בשטר המחילה איזה ב"ד היה שם. על תקנה זו ראה שער שתיים עשרה, ליד ציון הערה [66].

²¹⁷ ר' אבנר ישראל הצרפתי, בשו"ת הלכה למשה שם; שו"ת תוקפו של יוסף ח"ב סי' כה, בשם רש"י. ר' חיים יקותיאל בירדוגו, בשו"ת ויען אברהם שם, סי' יג (ד"ה גם), מסכים לדעה זו.

²¹⁸ כתובות צג ע"א. עיי"ש, ששם מתואר מצב יותר מורכב, שיש שלוש נשים, והסוגיה מפרטת איך מחילה זו משפיעה על חלוקת נכסי הבעל בין הנשים.

²¹⁹ שו"ת מהר"ח אור זרוע סימן צו; מאירי, כתובות שם (ד"ה אמר המאירי); חידושי הרא"ה, כתובות שם. כך כתב גם תוספות יום טוב כתובות פ"י מ"ג (ד"ה של מנה).

²²⁰ ראה ליד ציון הערה 21.

²²¹ מגיני שלמה, כתובות צג ע"א; הפלאה, כתובות צג ע"א (ד"ה אמר שמואל); מדרש כתובה, כתובות צג ע"א (ד"ה בד"ה דאמרה); דברות משה, ב"ב, חלק ב, סימן מג, ענף ב (עמ' קכח).

פני יהושע כתובות צג ע"א (ד"ה תוספות בד"ה בכותבת), עושה הבחנה: אם הוויתור הוא שבעלת המאה תקבל "לפי ערך הממון" (עיי"ש מה משמעות הדבר), הוא מועיל בלי קנין, אבל אם הוויתור הוא שתקבל יותר מ"ערך הממון", צריך קנין.

²²² מגיני שלמה, כתובות שם.

החייב ימכור את הנכסים²²³, מה שאין כן כאן, שהבעל יכול להגבות את הנכסים לאיזו מן הנשים שירצה, לכן שעבודה של כל אשה (ביחס לחברתה) הוא חלש, ולכן מועילה המחילה בלי קנין²²⁴.

ר' רפאל אברהם קורייאט²²⁵ מעלה ספק בדין זה. בנידונו, אלמנה מחלה לבתה על שעבודה בנכסים שהניח בעלה, מכוח כתובתה, והיתה לבת שעבוד בנכסים מכוח "עישור נכסים", שאב חייב לתת לבתו כנדוניה לנישואיה. הוא כותב²²⁶, שמספק מועילה המחילה במקרה זה רק אם כתב המוחל שטר בלשון טובה, או עשה קנין.

דוגמה נוספת לכך היא בשנים ששכרו בית בשותפות, ואחד מהשוכרים מחל לחברו על חלקו. מדברי ר' משה טולידאנו²²⁷ עולה שהמחילה תקפה רק אם השותף האחר עשה מעשה קנין בבית. אפשר להסביר זאת ע"פ שיטת הריב"ש²²⁸ שמחילת זכות שכירות למשכיר, תקפה רק בקנין.

פרק שנים עשרה: סיכום

אדם שיש לו זכות כלשהי בנכס השייך לאדם אחר, יכול למחול עליה, אלא אם כן זכות זו בעלת דרגה גבוהה המעניקה לו קניין בגוף השדה, שאז אינו יכול למחול עליה, כמו שאדם אינו יכול למחול על בעלותו בנכס. סקרנו סוגים רבים של זכויות קנייניות, ובדקנו האם מועילה מחילה בכל אחת מהן.

קנין פירות: לגבי בעל קנין פירות בנכס, היינו בעל הזכות ליהנות מהרווחים שמניב נכס של אחר או מהשימוש בו, חלוקות הדעות האם הוא יכול למחול על זכותו.

שעבוד מכוח חוב: נושה יכול למחול לחייב על השעבוד שיש לו על קרקעותיו (של החייב) מכוח חובו, מפני שאין לו בעלות מלאה על הנכס המשועבד. מחילתו מועילה רק לענין שאם מכר החייב את נכסיו, לא יוכל הנושה לטרוף מהקונה, זכות המבוססת על דין שעבוד, אבל הוא יכול לגבות מכל נכס שהחייב לא מכר ועדיין הוא אצלו, כי גבייה מנכס שברשות החייב אינה מכוח שעבוד אלא מכוח חובתו האישית של החייב לפרוע את חובו.

הנושה יכול למחול על השעבוד למי שקנה קרקע מן החייב, ואז אם נושה מאוחר יותר טרף את הקרקע מן הקונה, הנושה הראשון יוכל לגבות מן הנושה המאוחר. כמו כן, אם הקונה מכר את הקרקע לאדם אחר, הנושה יכול לגבות מן הקונה השני.

אבל אם הנושה כתב למי שקנה קרקע מן החייב "דין ודברים אין לי על קרקע זו", מחילתו חלה רק אם עשה קנין, מפני שלשון "דין ודברים אין לי" היא לשון גרועה ודו משמעית.

משכנתא: נושה שקיבל משכנתא על קרקע במקום שנהוג שהחייב אינו יכול לפדות את הקרקע ("לסלק" את המלווה בכסף) בתוך תקופת המשכנתא, ואומר: "אני מוכן להסתלק אם אקבל כסף", שזה כמו מחילה (אף שזה לא בלשון מחילה) - דבריו מחייבים אותו רק אם עשה קנין.

²²³ תוס' כתובות צה ע"א (ד"ה וכל).

²²⁴ הפלאה שם.

דברות משה שם מנמק, שמחילה זו היא רק לענין זכות קדימה, שמן הדין כולן גובות בשווה (כאילו לכולן יש זכות קדימה שווה), ובעל המאתיים מתירה לבעלת המאה לגבות תחילה (ומוחלת על זכות הקדימה שלה), וזכות קדימה אינה חלק מקניין השעבוד, אלא דין נוסף, שאינו קניין בגוף הקרקע, ולכן די בסילוק בעלמא. אבל הוא עושה הבחנה לענין זה בין כתובה לחוב אחר, כיוון שעולה מתוספות, כתובות צ ע"א (ד"ה שמע), שזכות קדימה בגבייה של נושה מוקדם, הוא כמו קניין, שהרי השוו מלווה שני לקונה שקנה את הקרקע, שהמלווה השני גובה משניהם. הוא מסביר, שבחוב רגיל, השיעבוד לנושה השני מותנה בכך שלא יגבה מהם הנושה הראשון, ולכן זכות הקדימה של הראשון נחשבת קניין. לעומת זאת, בכתובה יש תקנה מיוחדת שנכסי הבעל אחראים לכתובת האשה, ולכן אם ישא אשה שנייה, הנכסים משועבדים גם לשנייה, והראשונה ידעה זאת מראש, א"כ השעבוד לראשונה היה על תנאי שהבעל יוכל לשעבד לעוד נשים, אלא שיש לראשונה זכות קדימה, אבל זכות זו יותר חלשה מבחוב רגיל.

²²⁵ שו"ת זכות אבות, סי' כב (כח ע"ב-ע"ג). הוא לא הזכיר את המקורות הנ"ל. יש להעיר, שבניגוד למקורות הנ"ל, הוא לא דיבר על "דין ודברים אין לי".

²²⁶ שם, דף כח ע"ד.

²²⁷ שו"ת השמים החדשים חו"מ סי' ק. בנידונו המוחל לא ביקש לחזור בו, אלא השותף האחר רצה לחזור בו, משום שהמחילה היתה הכרוכה בכך שהנמחל ישלם את כל דמי השכירות, והוא חזר בו מכך; והוא פוסק (בשם מהר"ט) שהוא יכול לחזור בו כיון שלא עשה מעשה קנין.

²²⁸ ליד ציון הערה 56.

הראשונים פסקו שמחילה על המשכנתא עצמה, שהיא מחילה מיידידת, מועילה בלי קנין, גם במקום שנהגו שהחייב אינו יכול לסלקו בכסף, כי משכנתא אינה קנויה לנושה. אבל יש מן האחרונים שפסקו שגם מחילה זו חלה רק בקנין.

במקום שנהגו שהחייב יכול לסלק את הנושה מהמשכנתא ע"י פרעון החוב, מועילה מחילת הנושה על המשכנתא בלי קנין. אבל גם במקום כזה, ב"משכנתא דסורא", שבו החייב נפטר מחובו אחרי סיומו, לא תועיל מחילת הנושה בדיבור בלבד, מפני שהקרקע נחשבת קנויה לנושה.

שכירות: נחלקו הפוסקים האם מועילה מחילת שוכר על זכות השכירות. לכל הדעות, אם השוכר מחל על זכות השכירות, ובעקבות כך הודיע המשכיר לשוכר בפני עדים, שהוא עומד להשכיר את הבית לאדם אחר, ואכן המשכיר את הנכס לאחר, השוכר כבר אינו יכול לחזור בו ממחילתו.

שאיילה: שואל יכול למחול על זכות השאיילה בדיבור בלבד.

ארבע אמות בחצר: חצר שנמצאת בבעלות משותפת של בעלי הבתים שבחצר, לכל בעל בית יש זכות להשתמש שימוש ייחודי בארבע אמות בחצר שמול כל פתח שיש לו. נחלקו הפוסקים בשאלה האם בעל בית יכול למחול על זכותו בארבע האמות הללו.

נכסי צאן ברזל: נחלקו הפוסקים בשאלה האם אשה יכולה למחול (אף בלי לעשות קנין סודר) על נכסי צאן ברזל, יש אומרים שהיא יכולה, מפני שאינם בבעלותה, שהרי אם פחתו פחתו לבעל ואם הותירו הותירו לבעל, ויש לאשה רק שעבוד עליהם; ואחרים סבורים שבכל זאת אינה יכולה למחול.

נכסי מלוג: אין מועילה מחילת אשה עליהם, מפני שהם בעין ובאחריות האשה.

בעל אינו יכול למחול, במשך הנישואין, על הזכות שהעניקה לו תקנת אושא בנכסי מלוג, שאחרי מות אשתו, הוא יכול לבטל מכר שאשתו מכרה.

זיקת הנאה: ראובן יכול למחול על זכות שיש לו להשתמש שימוש מסוים בקרקע של שמעון, או על זכות שיש לו למנוע משמעון לעשות דבר מסוים בקרקעו (של שמעון).

זכות קדימה: אם מישוה פנה למצרן ושאל אותו האם לקנות את הקרקע שבשכנותו, והמצרן השיב לו שיקנה את הקרקע, לא הפסיד בכך את זכות הקדימה שלו בקניית הקרקע. טעם הדבר הוא, שהמצרן יכול לטעון שלא אמר זאת ברצינות, אלא רצה שהקונה עשה עיסקה עם המוכר כדי לברר את המחיר האמיתי של הקרקע, על דעת לקנות אותה אחר כך בעצמו.

אבל אחרי שקנה הקונה את הקרקע, אם מחל לו המצרן בפירוש, מחילתו תקפה, כיון שכאן אין מקום לנימוק הני"ל. מועילה גם מחילה מכללא של המצרן על זכותו, כגון אם הוא ראה שהקונה משתמש בקרקע ושתק, או שסייע לו בעבודתה, או ששכר אותה ממנו; אם נודע למצרן שהקונה קנה את הקרקע, ועבר די זמן שיוכל לתבוע את הקונה, ולא עשה כן; אם הציע המוכר למצרן לקנות את הקרקע, והמצרן אמר שאינו רוצה; אם המצרן מכר את הקרקע לאדם אחר כשלוחו של בעל הקרקע; אם המצרן חתם על שטר המכר כעד.

גם על זכות קדימה הנוצרת מכוח הסכם, יכול בעל הזכות למחול.

נושה שלקח קרקע של החייב בחובו, מפני שלא היה לו כסף לשלם, ואח"כ השיג החייב כסף, זכאי הוא או יורשיו לפדותו בכסף; והחייב אינו יכול למחול על זכותו זו, אלא אם כן עשה קניין.

במקום שנהגו שחייב הממשכן את קרקעו לנושה, זכאי לפדות את הקרקע מהנושה אם יפרע לו את חובו - הוא יכול למחול על זכות הפדיון.

"חזקות": נחלקו הפוסקים בשאלה האם בעל "חזקה" מן החזקות שתיקנו הקהילות בארצות האימפריה העותומנית, בנוגע לקרקע שיהודי קנה מגוי או שמכר לגוי, יכול למחול עליה. כך גם לגבי חזקת "אורנדא" שתיקנו הקהילות בארצות מזרח אירופה.

מועילה מחילה על "חזקת היישוב" שנהגה בארצות אשכנז.

זכות ירושה מכוח תקנת הקהל: מי שזכאי לירושה מכוח תקנת הקהל, ומחל עליה - נחלקו הדעות האם מחילתו תקפה.

מחילת בעל זכות קניינית פחותה לבעל זכות מקבילה באותו נכס: שני נושים, שנכסי החייב משועבדים לשניהם, ואחד מהם מחל לנושה האחר על שעבודו, נחלקו הפוסקים בשאלה האם המחילה תקפה בלי קנין.