

סימן כא  
השיקים [1] \*  
תוקפם הקניני של השיקים

- ראשי פרקים  
א. מבוא.  
ב. תחליף לשטר החליפין.  
ג. ממרני מדינא דמלכותא.  
ד. ב. סוגים של ממרני.  
ה. שיק כסיטומתא וכדינא דמלכותא.  
ו. שליחות\ הוראה.  
ז. מעמד שלשתן ע"י הכתב.  
ח. מעמד שלשתן בשליח המקבל.  
ט. בין אפוטרופוס לשליח.  
י. בעה"ת - לא מהני כלל שליח במעמד שלשתן.  
יא. מעמד שלשתן ע"י הכתב בשולחני.  
יב. לגאון - מעמד שלשתן תלוי בדרכי השוק.  
יג. שיקים כמעמד שלשתן ע"י כתב.  
יד. הבו דלא לוסיף - בהלואה בלבד.  
טו. חשבון עו"ש - מחצה מלוה ומחצה פקדון.  
טז. מחצה מלוה נקנית באגב.  
יז. מהו בעין לענין קנין אגב.  
יח. מטבע - אינו ברשותו או אינו בעולם.  
יט. דין ראוי בכסף המונח בבנק.  
כ. בין עיסקא להיתר עיסקא.  
כא. מעמד שלשתן במלוה בשטר.  
כב. כשנמצא החשבון ביתרת חובה.  
כג. בהסבר דברי הכסף משנה.  
כד. שיק כמעמד שלשתן - בספיקא דדינא.  
כה. מעמד שלשתן בשיק מאוחר.  
כו. מעמד שלשתן - פרעון מוחלט או מותנה.  
כז. כשאחד מהצדדים לקנין אינו יהודי.

א. מבוא

במאה השנים האחרונות גובר השימוש בשיקים, כתשלום וכפרעון. בין הסוחרים כמעט ואין משתמשים בכסף מזומן, וחלק ניכר של התשלומים מתבצעים באמצעות השיקים, או באמצעות הוראת העברה מחשבון אחד למשנהו. לולי זאת, היה על הסוחרים לשאת עליהם שטרות כסף רבים, תוך חשש מגניבה ואבידה או טעות בספירת הכסף. העברה

בדרך זו מחשבון לחשבון, נוחה ובטוחה יותר. כמו כן ניתן לשלם באמצעות שיק לתאריך מאוחר יותר, משא"כ במזומן. העברות כספים באמצעות שיקים או הוראה בנקאית אחרת, נותנות למעביר ולמקבל אפשרות טובה למעקב על הכסף הנכנס והיוצא. כיום, גם משכורתם של מרבית השכירים במשק מועברת ישירות לבנק. לכן, למרות החששות שמנגד, כגון, העדר כיסוי, שיק גנוב וכד', מקובל היום מאד השימוש בשיקים, הן במסחר הקמעונאי והן בענף השרותים. ניתן לומר שרוב העיסקאות המסחריות מתבצעות באמצעות השיקים או הוראה בנקאית לפעולה מחשבון לחשבון.

לשימוש בשיק יש היבט הלכתי ונפקויות מעשיות. שאלת תוקפם ומעמדם של השיקים, עולה לעיתים תכופות לפני יושבי על מדין. דוגמא לשכיחות הבעיה נמצא במש"כ לעיל בסימן יאויב בענין התשלום לגנים ששבתו בזמן המלחמה. הנושא שנדון היה המוחזקות בשיקים במקום בו קיים הדין של המוציא מחבירו עליו הראיה. התבאר שם שאין השיק מוגדר ככסף, ואף לענין מוחזקות נגרע דינו משטר, וע"כ המוחזק בשיק במקום שהתעורר ספק, דינו כמוציא ועליו הראיה. דוגמא נוספת ראה בשנתון תחומין יב (עמ' 295) במאמרו של הגר"ז"ג גולדברג שליט"א, כפי שיובא גם להלן.

כאמור, הורתם ולידתם של השיקים בדרכי המסחר. כדי לקיים את המסחר ללא מזומנים, יצרו להם הסוחרים במשך הדורות דרכים שונות לתשלום. כך נוצר בקוים כללים השיק, אך את מסגרות פעולתו ודרכי קיומו טבע המחוקק. כל פעילות מסחרית הנעשית היום באמצעות שיקים, מתבצעת אך ורק לפי הכללים והחוקים של פקודת השטרות והפסיקות המשפטיות שנצמדו ונכרכו לפקודה זו. בדרך זו פועלים הבנקים, ואיש אינו מעלה בדעתו להשתמש בהם באופן שונה. ע"כ על מנת לברר את תקפותם ואת דרכם ההלכתית, יש לדעת גם את כוחם החוקי ומגבלותיו.

לכאורה, נוהגי השוק המוניטרי מצביעים על השיק כאמצעי פרעון מידי על תנאי. השימוש בשיק, כפי שציינתי לעיל, כפוף להוראת החוק ולנוהלי הבנקאות, ואיש אינו מעלה בדעתו להשתמש בהם בצורה שונה. באם נתיחס לשיק כאל ממרני [כפי שיובא להלן], נתינת הכסף תחשב כפרעון רק משעת הגביה ולא למפרע, וזאת בניגוד למציאות. [ראה: י. גבירץ- דיני בנקאות עמ' 291]

יש להדגיש ולומר שאף שע"פ החוק נחשב תשלום בשיק כפרעון מידי, אין הכסף עובר לרשותו של אוחז השיק. מבחינת המשפט המקומי, אין מקבל השיק יכול לאכוף בדרכים משפטיות את הבנק להעביר לידיו את הסכום הנקוב, וזאת ע"א החוזה, המחייב בחוק החוזים, שבין הבנק ללקוח לפרוע כל שיק בתנאי שיהיה מכוסה ביתרת זכות או במשיכת יתר מאושרת. אי היותו של המקבל צד בחוזה זה, מונעת ממנו תביעה כלפי הבנק לקיום וביצוע החוזה. עד לשנת 1945 היתה הוראה בסעיף 53 לפקודת השטרות, ההופכת את השיק למכשיר המעביר מידי את הסכום הנקוב לרשותו של האוחז. שינוי החוק בשנה הנ"ל, בהקבלתו לחוק האנגלי, פטרה את הבנק מאחריות כלפי המחזיק בשיק. החוק הסקוטי רואה עדיין בשיק העברת כסף מרשות הנותן לרשות המקבל. מציאות זו הרואה בשיק פרעון מידי אך לא העברת ממון, יכולה להתקיים ע"פ החוק המקומי אבל לא בהלכה. בנתיבות ההלכה, פרעון מידי יתכן אך ורק בהעברת הכסף מרשות הפורעל הנותן לרשות הנפרעל המקבל. נקודה זו מבדילה בין השימוש ההלכתי

לשימוש ע"פ החוק. אין בזה משום נפקות מהותית בדרכי השימוש וביחסים שבין נותן למקבל, אלא רק בחובותיו של הבנק כלפי האוחז. יתר על כן, מבחינת ההלכה קיימת מחויבות שיעבודית של הבנק כלפי מחזיק השיק, אפי' אם לא נגדיר את השיק כהקנת הכסף. שעבודא דרבי נתן הופך את הבנק לבעל דין ודברים של אוחז השיק. כך שבכל מקרה בנושא היחס בין הבנק למקבל, שונה דין ההלכה מהוראת המשפט המקומי.

יכולתו של הנותן לבטל ולמנוע את העברת הכסף לרשותו של המקבל, אינה מורדת מהעובדה שנתנית השיק נחשבת כנתנית כסף. אפשרות הביטול נובעת מכך שהכסף נשאר עדיין ברשות הנותן, אף אם הכסף שייך למקבל, שהרי הבנק מחויב כלפי הלקוח, וע"כ יכול הוא לעכב את ההעברה. הביטול נחשב מבחינתו של בעל החשבון מעין "תפיסה" או גניבה [תלוי בנסיבות] של כסף השייך כבר למקבל. העבירה הפלילית בביטול ממחישה שאין כאן ביטול שליחות אלא עכוב ממון השייך לאוחז.

אחריותו של הנותן כלפי האוחז בגין אי קבלת כספו כתוצאה מפשיטת רגל של הבנק וכד', נובעת מהיות הכסף ברשותו ומיכולתו להשתמש בכסף כל זמן של נפרע. אחריות זו מצאנו בשומר של מעות היכול להשתמש במעות המופקדים, וכמבואר בגמ' ב"מ מג, א ובשו"ע חו"מ רצב, ז (ועי' בנתיבות שם ס"ק י). לכן, אף שהנותן הקנה למקבל את כספו והרי זה בבחינת כספו של מקבל, לא הסתלק הנותן לחלוטין. הכסף שעדיין ברשותו, מקנה לו זכויות [ביטול, שימוש וכד'ן- מחד, וחובות] אחריות של גניבה ואבידה, ואונסין במקרה של שימוש בכסף]- מאידך.

העברת כסף בשיטה דומה לשיק, מוצאים אנו בקנין מעמד שלושתן. קנין זה תוקן מתוך הכרח מסחרי, ומתוך התחשבות בסוחרים שהממון מצוי אצלם אך לא באמתחתם. השיק, לא רק שהוא דומה בקוים כללים למעמד שלושתן, שבו ממחה הנותן את המקבל אצל צד שלישי, אלא יש בו ללא ספק גמירות דעת גבוהה יותר מצד מקבלו, וזאת בעקבות הפלילים שבדיני העונשין הנגרמים מאי כיבודו. ניתן לומר שהשיק הוא בבחינת "צעד אחד קדימה" והליך משופר לקנין מעמד שלושתן, והוא יוצר פתרון יעיל יותר לנוהלי התשלום בעיסקאות מסחריות. בדברים הבאים ברצוני להעלות הצעה לתת לשיק תוקף של מעמד שלשתן בכתב, שאף דקיי"ל דלא מהני מעמד שלושתן בכתב, במכלול תנאיו של השיק יחשב הדבר לאפשרי. ברצוני להדגיש שאין בכוונתי לקבוע מסמרות ולהעמיד את הלכת השיק על תילו של קנין מעמד שלושתן, אלא אך ורק להציע לדון ולברר.

גם אם ננקוט כגישה הרואה בשיק כקנין סיתומתא, וכמו שיבואר להלן, יהיה זה בבחינת קנין מעות מידי, ויבוא על מקומו ההלכתי הנוהג המעשי בו אנו משתמשים בשיקים.

כמו כן ברצוני לציין שלא מצאתי בפוסקים מי שכתב ודן בנושא זה, להוציא הגרי"י בלוי שליט"א, בספרו פתחי חושן (הלואה פרק ו הערה כא). יתכן והטעם מונח בזמן הקצר (כמה עשרות שנים) בהן נוהג השימוש בשיקים. פוסקים אחרים הזכירו את מעמדו של השיק כפסיקה ללא נימוק.

ב.תחליף לשטר החליפין

פקודת השטרות נוסח חדש- תשיז, שעברה מספר תיקונים בשנים תשכד, תשלג ותשמ, עוסקת בשלושה סוגים של שטרות. א- שטר חליפין, ב- שיקים, ג- שטרי חוב. שיק הוא מעין שטר חליפין, אך בעוד ששטר החליפין הוא שיק המופנה לאדם שלישי, השיק מופנה אך ורק לעברו של הבנקאי. רובה של פקודת השטרות עוסקת בשטר החליפין, וזאת מאחר והפקודה במקורה מתורגמת מפקודת שטרי החליפין שחוקק הממשל המנדטורי בשנת 1929 כשהיא בנויה ומיוסדת ע"פ חוק השטרות האנגלי משנת 1882 ואכן, בתקופה זו היה מקובל יותר ברחבי אנגליה המסחר באמצעות שטרי חליפין. אולם בזמנינו, בעקבות התפתחותם וגידולם של הבנקים, השימוש בשיקים נעשה לשכיח יותר מהשימוש בשטר החליפין. מהבחינה המהותית אין כמעט שוני בין השיק לשטר החליפין, להוציא מספר הבדלים הנובעים מהשוני שבין הבנקאי שולחני לאדם שלישי. בסעיף (א3) מוגדר שטר החליפין ;  
"פקודה ללא תנאי, הערוכה בכתב מאת אדם על חבירו, חתומה ע"י נותנה, בה נדרש האדם שאליו ערוכה הפקודה, לשלם לאדם פלוני או לפקודתו או למוכ"ז, סכום מסוים בכסף עם דרישה, או בזמן עתיד קבוע או ניתן לקביעה."  
סעיף (א73) קובע, כי שיק הוא ;  
"שטר חליפין משוך על בנקאי ובר פרעון עם דרישה. הוראות פקודה זו החלות על שטר חליפין בר פרעון עם דרישה, יחלו על שיק, חוץ מהוראה שיש לו הוראה אחרת להלן."

#### ג. ממרני מדינא דמלכותא

הדרך המקובלת שבה נקטו הפוסקים בהגדרת מעמדם של השיקים מהבחינה ההלכתית, היא הדרך האמצעית בין שתי גישות קוטביות. הראשונה- הרואה בשיק הוראה גרידא שאין לה כל משמעות מחייבת מבחינת היחסים שבין הנותן למקבל. הדוגלים בגישה זו טוענים שהשיק הינו מעין הוראת שליחות בכתב הניתנת לבנק לשלם למוטב או בא כוחו, וכדרכה של שליחות, ברצותו [של משלח] מקיימה וברצותו מבטלה. ביטול השליחות, לדעה זו, לא גורר אחריו כל סנקציה כספית, שלא לדבר על זו הפלילית, ומוחזקות המקבל בשיק לא מהוה כל ראייה למחויבות כלשהי מצד נותנה. לפ"ז מעצם טיבו וטיבעו של השיק יכול נותנו לבטל את ההוראה ללא כל נימוק, וידיו של המקבל קצרות מלהושיע. במידה והבנק מכל סיבה שהיא יחליט שלא לפרוע, לא תהיה למקבל ההוראה כל תביעה על הנותן.  
סתירה משפטית לגישה זו נמצא בפסיקת ביהמ"ש הרואה במוחזקות השיק כהוכחה לחוב ומחייבת את שכנגדו בהוכחה לטענת גנבה, זיוף וכד'. (ראה: פ"ד כו (1)עמ'. 642-638 בהסתמך על הכלל של שטרך בידי מאי בעי, חייב ביהמ"ש את כותב השיק בהוכחה לטענת מרמה. במידה והיחס לשיק הינו כהוראה גרידא, לא שייך לדון אותו לפי הכלל של "שטרך בידי מאי בעי".  
לעומתה, הגישה השניה גורסת כי יש להסתכל על השיק לפי מנהגו של עולם. הציבור מתיחס לפרעון בשיק כאל פרעון מידי על תנאי. כשאיחר מקבלו מלגבות במועד האפשרי, יחשב הפרעון (ביחסים שבין נותן למקבל, ולא ביחס שבין הבנק לנותן או למקבל) לפי מועד הנתונה ולא לפי זמן המשיכה. וכאן יש להתחשב בגורם נוסף והוא חוקי המדינה החלים על השיקים, על הנותן, על המקבל ועל הבנק. כל

המשא ומתן הנוהג עם השיקים הוא בכפיפות לפקודת השטרות ולחקיקה שנוצרה מסביבם. בעל החשבון המקבל מהבנק את פנקסי השיקים, כבול בהסכם אישי ואחיד עם הבנק. כאשר בעל החשבון נותן את השיק, הוא מוסר אותו לפי התנאים אליהם הוא כפוף, וכך גם המקבל, לוקח את השיק בידועו שהבנק יפרע לפי הכללים והנוהלים שיצר החוק. יתרה מזו, הבנקאות כיום נתונה תחת עינו הפקוחה של החוק, וכל סטייה מהמסגרות הקבועות עלולה ליצור לבנק בעיה משפטית. אחד המודדים הוא ביטול השיק. החוק לתיקון דיני עונשין תשכג- (1953) סעיפים 14-15 קובע כי מי שעושה מעשה שלא כדין למנוע פירעונו של שיק מתחייב בפלילים. ואף שאין בכח חוק זה לבטל את יכולתו של הנותן לבטל את הוראת התשלום [ראה פסקים מחוזיים מז' עמ' 412, נא עמ' 3], מ"מ האיסור הפלילי לביטולו מחייב את המבטל להוכיח כי הביטול נעשה כדין. במידה והיחס אל השיק היה כאל הוראה שליחות, ביטולו, לא היה מחייב את המבטל בהוכחה ובנימוק לסתירת ההוראה. ואף שמתן שיק אינו מוכיח שנותן השיק לוח ממקבלו סכום כסף, שהרי שיק יכול להנתן גם כמתנה או מסיבה אחרת, מ"מ עצם נתינת השיק יש בה כדי להוכיח שהנותן התחייב לשלם למקבל את סכום השיק, ולא משנה מאיזה סיבה. [ראה: בע"א [691277 פס"ד כג (2) עמ' 786, וכן י. גבירץ- דיני בנקאות עמ' 212. הדברים אמורים כלפי אוחז כשורה או אוחז סתם, אך לא לגבי טענות של פגם בגוף השיק].

כאן באה הגישה האמצעית. אין מתיחסים לשיק לא כהוראת שליחות-מחד, ולא כנתינת מעות- מאידך. השיק יחשב כשטר ממרני ללא עדים, שהוא שטר התחייבות הניתן לפרעון לכל המוציאו, בתנאים שיובהרו להלן, ומחייב את הנותן כלפי המקבל האוחז בסכום הנקוב בו. אך כדרכו של ממרני, אין הפרעון חל מיידי אלא רק בשעת הגביה. לגישה זו באה על פתרונה בעית החוק האמורה לעיל, יחד עם הסנקציה הפלילית המתלווה לאי כיבוד השיק. מוחזקות השיק אכן מוכיחה על חיוב ומחייבת את נותנה. ברם, לא בא על מקומו מנהג העולם המתיחס לשיק כפרעון מיידי. הממרני יחשב לפרוע בשעת גבייתו ולא בזמן נתינתו.

לגישה זו, השיק הינו שטר בכתב ידו, אך בהחלט יתכן שכוחו יהיה יותר ממרני בכתב ידו, וזאת מכח הדינא דמלכותא המעניקה לו תוקף מעבר לשטר ממרני. וכן נמצא בתומים (סי' סט ס"ק ה) אודות חילוף הכתב הנוהג בין הסוחרים, אף שנכתב בכתב ידו, ודעת המחבר בסי' סט דבכתב יד נאמן לומר פרעתי, וכדעת הנימוק"י בסוף ב"ב, מ"מ בחילוף הכתב לא יוכל לטעון טענת פרעתי. ורוב לומדים נתנו טעם של דינא דמלכותא. וכתב ע"ז התומים, דאין לפרש כפשוטו דינא דמלכותא שנותן לשטר תוקף, אלא שמכיון שיכול המוציאו להביא את החילוף כתב לגביה בערכאות, לא שייך למימר גביה שטרך בידי מאי בעי, וכמש"כ בתש" הרמב"ן דאנן סהדי דכיון דהורמנא דמלכא הוא, ואילו אפיק בערכאות לא מצי למימר פרעתי, לא שביק שטר כזה בידו של חבירו. והביאו להלכה החתם סופר בתש" (חו"מ סי' קכח), והוסיף דבלאו הכי לא שייך כולי האי בזמנינו, "דהא אפי' אפשיטי דספרי זייר, ומצי למימר שטרך בידי מאי בעי". וכ"פ בנודע ביהודה מהדו"ק סי' י דאם נעשה החילוף כתב לפי נוסח תיקון המדינה, אמרינן שהלוח שיעבד נפשו והוה כאילו נכתב בו נאמנות. וע"ע בדברי חיים [צאנז] חחו"מ סי' יב שפסק כתומים הנז'. הרי שאף שלולי הדינא דמלכותא יכל הלוח לטעון פרעתי, מ"מ מאחר ולחילוף

הכתב יש תוקף מדינא דמלכותא שאינו יכול לטעון פרעתי, גם ע"פ ההלכה לא יוכל הלוה לטעון פרעתי כנגד המחזיק בחילוף הכתב. [וע"ע במש"כ הגר"ש קלוגר בשו"ת האלף לך שלמה חחו"מ סי' ו' בענין שטרות הכסף שאנו משתמשים בחיי המסחר יום יום] כדוגמת השקלים, אם דינם כמטבע. וחילק שם בין איסורים לממונות, דבאיסורים אין דינן כמטבע לפי שאין גופן ממון, אך לענין ממונות י"ל דדינא דמלכותא נותן לשטרות אלו דין של גופו ממון. חזינן מדבריו שבכוחה של דינא דמלכותא לתת תוקף לשטרות שאין גופן ממון לעניני דיני ממונות שיהיה להן דין של מטבע ממש, לעניני שומרים וקנינים וכד'.]

כזה גם דינו של השיק שהשתעבד מדינא דמלכותא בסכום הכתוב לתשלום למוטב או למוציאו, הואיל ומדינא דמלכותא יכול לטעון כנגדו שטרך בידי מאי בעי, דהרי אינו יכול לטעון טענת פרעון, ניתן לדמותו לממרני בחתימת ידו, ועדיפא מיניה, דממרני בכתב ידו יכול לומר פרעתי לדעת המחבר הנ"ל, ובנדון השיק אינו יכול לומר כן, וזאת מדינא דמלכותא. שיק מהוה התחייבות כתובה של בעל החשבון לשלם למציג השיק, והוי מדינא דמלכותא כשעבודו בתוכו. אך יחד עם זאת, שטר זה מוגבל כאפותיקי סתם, כל-אפשרות גביה רק מחשבון הבנק, אך יכול להוות הוכחה לחוב התחייבות שתתן לו אפשרות לגבות משאר נכסים, כשאין הבנק מכבדו.

ועיין במנחת יצחק ח"ה סי' קיט-קכ דתוקפם של השיקים כממרני מדינא דמלכותא. אמנם בדבריו אין הסבר לקביעה זו ויתכן שכוונתו כנ"ל. כמו כן נראה שכזו היא גם מסקנת הגרי"י בלוי שליט"א בפתחי חושן (הלואה פ"י כא). וכן בספר מכירת חמץ כהלכתו (פרק ח הערה יט) הביא המחבר ששמע מהגר"ש ואזנר; "שלא עדיפא משטר התחייבות כיון שיכול לבטלוי". דעה כזו הביא שם (בעמ' שמ) בתשובה מהגר"ב שטרן (בעמח"ס שו"ת בצל החכמה) שדינו כשטר חוב לעניני קנינים.

#### ד.ב סוגים של ממרני

ענינו של הממרני מקורו בדברי הגמ' ב"ב קעב,א שהוא שטרא דנפק לבי דינא דר"ה דהוה כתיב ביה אני פלוני בר פלוני לויתי ממך מנה, ומסיקה שם הגמ' דקיי"ל כרבה ד"ממך"- מההוא גברא דנפיק מתותי ידיה משמע, וה"ז כמו שכתוב בשטר משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך, וכדס"ל לאמימר בגיטין יג,ב בטעמא דמעמד שלושתן דנעשה כאומר לו משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך. וכאלה הם דברי הרמב"ם בפכ"ד ממלוה ה"ט:

"הוציא עליו שטר שכתוב בו אני פלוני בן פלוני לויתי ממך מנה, אע"פ שאין בו שם המלוה, כל מי שיצא שטר זה מתחת ידו גובה בו."

ומצאנו שני סוגים של ממרני. רבינו ירוחם במישרים נתיב ו ח"ה כתב בדינו של השטר שכתוב בו לויתי ממך מנה, כל המוציאו יגבה בו. ואם כתוב בו נשתעבד לפלוני ולכל המוציאו, צריך שיבוא מכח המלוה, ולכך מועיל לפלוני ולכל מוציאו שטר זה. ואם התנה שיוכל לגבות "כל מוציאו בין בטענתי ובין שלא בטענתי", אין צריך לבוא מכח המלוה אלא כל המוציאו יגבה בו. וא"כ חזינן מדברי הרבינו ירוחם דישנם שני סוגים של ממרני, א- כשה"ממך" אינו מסוים והממרני כתוב באופן סתמי, שאז כל המוציאו גובה בו ללא הגבלה.

ב- כשהוא משתעבד לפלוני ולכל דאתי מחמתו, שבכגון זה צריך לבוא מכוחו ומהרשאתו של הפלוני.

שני אופנים אלה מיוצגים בשני סוגים של שיקים. כאשר השיק נרשם עם פקודת מוטב פתוחה, אין מוציאו צריך לבוא מכח מקבל השיק הראשון, ויתכן שה"ה בכותב שיק לפקודת עצמי שמפרשים אנו את כוונתו באופן זה. ואף שמבחינת החוק שיק שחסר בו שם המוטב פסול, כיון שלפי סעיף (19א) יש רשות למחזיק השטר להוסיף פרט מהותי חסר, מחזיק השטר שיוסיף בו את שמו יחשב כמוטב הראשון ואינו צריך לבוא מכח המוסררים לו. הנפק"מ תהיה לענין העברתו ומכירתו של השיק ולענין שובר היוצא משום אדם על זה הממרני, וכפי שיבואר להלן בסי' כד.

אולם כאשר נכתב השיק לפקודת פלוני, ה"ז כמו שנכתב משעבדנא לך וכל דאתי מחמתך, שצריך לבוא מכח המקבלו המוטב. במצב זה, אף שבשטר שהתחייב כלפי פלוני, חשיב כשטר ולא כממרני של משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך, מ"מ חלוק דינו של השיק משטר. בשטר ההתחייבות לפלוני משמעותה לו בלבד, ואילו בשיק משמעותה כממרני של לך וכו'. הסיבה נעוצה בהבדל המהותי בין השיק לשטר. בשיק יש דרך להשתמש כתשלום וכתחליף לכסף, וכשם שתשלום בכסף לא שייך לומר שהתכוין דוקא למקבל, ה"ה בשיק. ע"כ אין ברישום לפקודת "פלוני" משום התחייבות דוקא לפלוני, אלא משמעותה התחייבות לפלוני ולבאי כוחו. כך עלינו לפרש את כוונת הכותב. משא"כ שטר שענינו התחייבות כלפי פלוני דוקא, וכל שלא כתוב בו "ולכל דאתי מחמתך", כוונתו להתחייב לפלוני דוקא, אא"כ ימכור את השעבוד בכתיבה ומסירה.

ואף שבממרני זה לא הוזכר שמו של המתחייב אלא חתימתו בלבד, ובמקרים מסוימים נכתב השטר ע"י אחר ובכתב יד אחר, עיין בש"ך סי' סט"ק ה שהביא מהר"ן בעה"ת ורבינו ירוחם דהעיקר הוא בחתימת ידו וסגי ביה אף שלא הזכיר שמו בגוף השטר ולא נכתב בכת"י, עיי"ש.

ולענין האפותיקי- ישנם שני סוגים, אפותיקי סתם ואפותיקי מפורש, כשהנפק"מ ביניהם- היכולת לגבות מנכסים אחרים כשאינן אפשרות לגבות מהאפותיקי. באפותיקי סתם יכול לגבות מנכסים אחרים, ובמפורש- אינו יכול. עיין בפרטי הדינים המבוארים בגיטין מא, א ובר"ן שם (כא, א- בעמודי הרי"ף) ובחו"מ סי' קיז. ואף כאן כשהתחייבות נעשתה לגביה מחשבון הבנק היא נעשתה רק באופן של אפותיקי סתם, שאם לא יהיה אפשרות גביה יוכל לחזור ולגבות מהחייב ומנכסיו האחרים.

אם אכן נגדיר את הממרני כשטר התחייבות תהא לכך נפקויות רבות, שהרי אין כאן הקנאה מיידית של הממון המונח בבנק אלא התחייבות כשט"ח. והשאלה לענין קנינים, אם סומך דעתו בהתחייבות כזו או לא, ואין כאן מקום להאריך בנפקויות אלו. גם מש"כ בענין מוחזקות בשיקים בספיקא דדינא, יהיה נכון להסבר זה. אלא שבדבר אברהם (ח"א סי' לט ענף ב) האריך להוכיח שלגבי קנינים הוי התחייבות ככסף ממש, דכן הוא דעת רב האי גאון, רש"י, הרא"ש, הרא"ה, התוס' רי"ד, הריטב"א, הריב"ש וכו', עיי"ש. וזה דוקא לענין קנינים, אך לענין מוחזקות לא חשיב ככסף ממש.

ה. שיק כסיטומתא וכדינא דמלכותא

בספר מכירת חמץ כהלכתו (פרק ח הערה יט) הביא ששמע מהגרי"ש אלישיב דנתינת שיק מועיל עכ"פ מדין קנין סיטומתא, ומשמע דהמעות נקנים למקבל השיק מדינא דסיטומתא, שהרי הנושא הנדון שם באם נתן הקונה שיק אם מועיל במקום קנין כסף. גם בספר דיני ממונות (ח"ג עמ' צ) נוקט בפשיטות "שמכיון שפשט המנהג להקנותם [את המעות המופקדות בבנק], המנהג עיקר, והנותן שיק לחבירו הקנה לו מעותיו".

דעה דומה, אך מנימוק שונה, מצאתי לגר"מ פינשטיין בספרו אגרות משה (חו"מ ח"ב סי' טו). נידונו במי ששכח לעשות פרוזבול, והלוה אינו רוצה עקב כך לפרוע למלוה אחר השביעית, אלא שבשעת ההלוואה נתן הלוה למלוה שיק שזמנו לאחר השמיטה. וכך כותב הגר"מ פינשטיין:

"והנה אם בשעת הלוואה נתן הלוה טשעק שלו על זמן דאחר השמיטה, הוא כקביעות זמן. ועוד יותר מזה, שהוא נחשב גם כתשלומין, מאחר שאסור לפסול טשעק בדינא דמלכותא, וכשביטל הטשעק, נמצא התחלת חיובו מאחר השמיטה."

מדבריו עולה שתי סיבות לחיוב הלוה בתשלומין, כאשר נתן שיק. א- תאריך השיק - לאחר השמיטה - כמוהו כקביעות זמן פרעון לאחר השמיטה, ואינו משמט, כדקיי"ל במכות ג, א. אך יתירה מזו, העובדה שקיים איסור פלילי לבטל שיק, הופך את השיק לפרעון מיידי מדינא דמלכותא. ואם בפועל לא יבוא שיק זה לידי גבייה כתוצאה מביטולו, יוצר חיוב חדש בזמן ביטולו [לענ"ד - לא מוקדם מהזמן הנקוב בשיק, שאז חלות הביטול בפועל]. מדבריו מבואר ששיק הינו פרעון מיידי מדינא דמלכותא, מותנה באי ביטולו בפועל.

ומצאתי גם פוסקים שדנו לתת למעמד שלושתן ע"י כתב תוקף של קנין סיטומתא, במידה ומנהג הסוחרים להשתמש בדרך זו להעברת כספים. בשער המשפט (סי' קכו ס"ק ה), לאחר שהביא את הש"ך שכתב שכל הפוסקים חלקו על דברי הגאון (שיבוא להלן) שבשולחני מהני מעמד שלושתן אפי' אין לנותן בידו מנה, הסתפק מה הדין אם יהיה מנהג מדינה לקנות בכהאי גוונא, דלכאורה יש לדמותו לסיטומתא ושאר דברים שנהגו התגרים לקנות בו. וכתב דתליא בפלוגתת הראשונים. דבתש"י הרא"ש כלל יב סי' ג הביא בשם רבינו מאיר דמי שנדר לחבירו לעשותו בעל ברית, אע"ג דהוי דבר שלא בא לעולם, יש לנו לילך אחר המנהג, והרא"ש חלק עליו דסיטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה כדפרש"י, שרושמים על החביות, אבל בדיבור בעלמא לא, ואפי' אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה. וא"כ ה"ה במעמד שלושתן ה"ז דיבור בעלמא, ולדעת הרא"ש לא יהני. ממהלך דברי שער המשפט ניתן להסיק שאפי' אם תועיל בשולחני אמירה של תן מנה כשלא נתן לשולחני, במקום שנהגו כך, הדבר יתכן מדינא דסיטומתא ובגדרים של קנין סיטומתא. במילים אחרות - מנהג התגרים לא מרחיב את הגדרים והדינים של מעמד שלושתן. מעמד שלושתן הוא קנין המוגבל לאופן ולדרך שקבעו חכמים לפי צרכי השוק של זמנם. אם ניתן לתת תוקף לאפשרות כזו, זה רק מדין סיטומתא, ולכן במקרים שסיטומתא לא קונה, לא יקנה באמירה לשולחני הנ"ל. גם לשיטתו, אם הדבר יתבצע ע"י מעשה, כגון בכתב וכנידון השיקים, תועיל כתיבה זו לכ"ע מדין סיטומתא.

ר' אליהו ב"ר משה ישראל (בנו של בעל המשאת משה) בתש"י קול



אליהו (ח"יב חו"מ סי' ה), כתב וז"ל:

"... ואומר אני כעניי, נלענ"ד דהדבר פשוט דסחורה זו זכה בה שמעון, מאותה שעה שכתב לו לוי לראובן ליתנה ליד שותפו של שמעון, דאע"ג דקיי"ל דמעמד שלושתן ליתא ע"פ הכתב, כבר נהוג עלמא לקיים כל דבר ע"י כתב, וזה מנהג פשוט בין סוחרים מידי דהוי אסיטומתא. ועיין למוהרימט ז"ל בח"א סי' קכה קכו. אשר מזה אני תמה על הרב אבא מרי ועט"ר ז"ל בח"א סי' מו על ריב אנשים סוחרים שחסרו ההקנאה, שלא העלה על שפתיו שפתי צדיק הא דמעמד שלושתן דשייך בנידונו לומר דזכה ראובן בשעוה, כיון ששרטט וכתב הפאטור ללוי תתן לו השעוה. ושוב ראיתי בתשי' של אחרים במה שהשיב ע"ז מהר"ש נאווי ז"ל וזכהו לראובן בשעוה מטעם מעמד שלושתן, והרגיש ממאי דקיי"ל דאין דין מעמד שלושתן ע"פ כתב ... ואני פועל בן ארי אמינא דלא היה צריך לזה, מאחר דהכי נהוג עלמא."

הבאתי באריכות את לשונו מאחר ויש לי עדיין ספק בדבריו, האם כשנהגו להקנות ע"י כתב במעמד שלושתן, מהני מדין סיטומתא ובגדרים של סיטומתא, או דלמא מהני מדין מעמד שלושתן ע"י הכתב, דכל מה שלא מהני מעמד שלושתן ע"י הכתב זה דוקא היכא שלא נהגו להקנות כך ומפני שלא נהגו כך, אולם כשנהגו ה"ז בכלל תקנת מעמד שלושתן, וצ"ע.

אם ניתן לשיק כח של סיטומתא או דינא דמלכותא, במסירת השיק נקנה הכסף מיידית למקבלו [ביתרת זכות או משיכה מאושרת לפמ"ש"כ לעיל], ובשיק מאוחר הדבר יהיה תלוי במחלוקת שתובא להלן, שהרי עלינו להיות צמודים לתנאים של קנין סיטומתא. ואם נפרש בקול אליהו שמהני מדין מעמד שלושתן, מהני אפי' בלא מטא זימניה. אלא דהקנאת מטבע בסיטומתא אינו מוסכם בין הפוסקים. בנתיבות סי' רא ס"ק א, כתב וז"ל:

"ני"ל דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם וכל הפוסקים שאין שום דרך שיזכה במטבע כי אם באגב קרקע, משמע דסיטומתא לא מהני במטבע ..."

אלא שבשו"ת מהרשד"ם (חו"מ סי' שפ) מפורש שאם יש מנהג בקניית חובות, מהני מדין סיטומתא. ועיין בפסקי דין רבניים כרך ד עמ' 316-317 שתלו את הדבר במחלוקת אי הוי קנין סיטומתא דאורייתא או דרבנן, והשאירו את הדבר כספיקא דדינא. (וע"ע במש"כ בסי' יחז-ח).

## ו. שליחותהוראה

הגריא"ה הרצוג בפסקים וכתבים (חו"מ סי' לא) דן בענין תביעה על שיק שחזר, מה דינו של השיק, וז"ל:

"והנה היה רצוי לברר דינו של שיק כזה, שאין עליו כיסוי בבנק, לפי דינא דמלכותא, מה דינו. אם יש לו דין של שט"ח גמור והוא משמש כראיה ביד המוציא שפלוגי חייב לו כסף, או אין לזה דין שט"ח, כי הוא יכול לומר אינני חייב לך כלום ומתנה נתתי לך, ועליך להוכיח אם אני חייב לך כסף. אם נניח ששיק שלא שולם דינו כשט"ח המחייב את הצד השני לשלם, וא"כ כל זמן שלא גבה ממנו את הכסף אין עליו חיוב שבועה ... כל זה אמרנו כשיש לצד השני שט"ח, אבל אם נאמר

ששיק לא חשוב כשט"ח ועל המוציאו להוכיח את טענותיו ..."  
עיי"ש שלא הכריע וספקי מספקא ליה אי דינו כשט"ח, והרי נותנו  
כמתחייב למקבלו בסכום זה, או דינו כסתם הוראה גרידא לבנק ואינו  
מהווה כל ראיה, ואין כל חיוב למבטלו.  
ובשנתון ("תחומין" כרך יב בעמ' 295) הגרז"נ גולדברג האם  
ניתן לקנות שדה בשיק. לאחר שהביא את הראשונים על סוגיית "מנה  
אין כאן משכון אין כאן", התוס' והרא"ש דס"ל דהחסרון בגלל אי  
חלות השעבוד על המשכון, והרמב"ן והרשב"א דחסרונו בגלל אגיד  
גביה, הסיק וז"ל:

"ומעתה אם מקדש או קונה שדה בשיק, לדעת הרמב"ן והרשב"א  
בודאי לא קנה, אבל לדעת התוס' יש לדון אם שיק עושה  
התחייבות, כמו מתחייב לחבירו בשטר ... או ששיק אין בו  
לשון התחייבות אלא לשון ציווי לבנק שיתנו למביא השיק  
כסף, והרי זה כממחה פועלים אצל חנוני ..."  
היוצא מדבריו, שלא מיבעיא שאין דינו של השיק כהקנאת הממון  
שבבנק, אלא אפי' כשטר התחייבות אינו, שהרי אם היה דינו כשטר  
התחייבות, היה מהני לקנות עמו שדה, עיין בש"ך קצ, א ובקצוה"ח  
ס"ק א, בפתחי תשובה ס"ק ב, ובדבר אברהם ח"א סי' לט ענף ב.  
ובמחנה אפרים (קנין מעות אות ה) חילק בין ההיא דמנה אין כאן  
לנידון זה, וכתב לחלק בין קידושין לקנין, ואף הרשב"א לא החליט  
שאיך קונה אלא רפיא בדיה, עיי"ש. ומה שחלק עליו הנתיות (רד  
ס"ק א) הוא דוקא לענין מטלטלין, אך לענין קרקעות מודה דמהני,  
כמבואר בדבריו בסי' קצ ס"ק ה. ואף לדעת התוס', נראה שהגרז"נ  
גולדברג מסתפק בדיניה. ע"כ נראה שדעתו נוטה ששטר הוא בבחינת  
הוראה/שליחות שהבנק יתן לאוחז את הכסף. אחיזתו בשיק נחשבת  
כמוחזקות בניר גרידא. [אך יתכן ולשיטתו השיק מעין משכון, כיון  
שיכול המחזיק בו לפנות להוצאה לפועל ולגבות מבעל החשבון,  
וצ"ע.]

## ז. מעמד שלשתן ע"י כתב

נוחיותו של השוק עמדה אל מול עיניהם של חכמים, כשתיקנו את  
מעמד שלושתן כקנין תקף, וכמש"כ הרא"ש פ"ק דגיטין הי"ז, וז"ל:  
"...דתקנת חכמים היתה לפי דעת העולם, דניחא להו בהכי ..."  
וע"ע בתוס' שם יד, א ד"ה כהלכתא. ההסתמכות על צד שלישי נתנה  
למוכרו הסוחר סמיכות דעת לא פחות טובה משטר חוב שהיה מקבל  
מהקונה. כמו-כן עמדה לנגדם של הסוחרים שיקול של נוחיות באי  
תשלום במזומן. חכמים התחשבו בדרכי מסחרם ונתנו לדרך זו תוקף  
הלכתי.

והנה בדינא דמעמד שלושתן, יש להסתפק אם חכמים באו לתת תוקף  
הלכתי לאופני התשלום הנהוגים בשוק, ורק יצרו מגבלות לביצורו של  
הקנין ולחיזוק הסמיכות דעת מצד הקונה והמקנה, וממילא כשישתנה  
אופן המסחר ודרכי התשלום הנהוגים בשוק תשתנה גם צורת הקנין,  
כדוגמת הסיטומתא (ב"מ עד, א ובשו"ע חו"מ סי' רא), שחכמים הכירו  
בצורת הקנין הנוהגת בין הסוחרים, ומנהג סוחרים המשתנה מקבל  
תוקף של סיתומתא. או שמא, חכמים מיסדו דוקא את קנין מעמד  
שלושתן במתכונת ובצורה שהיתה נהוגה בזמנם, ואין הדבר משתנה לפי  
דרכי התשלום המקובלים בין הסוחרים.

הריב"ש בתשי"ס רכב, כתב וז"ל:  
"... ואין לומר שכשהמחה דון שלמה את דון יהודה אצל אנגריב  
בוניט מפי כתבו, נסתלק דון שלמה מחיובו על דון יהודה,  
ונסתלק גם דון יהודה מחיובו על דון שלמה, וקם תחת דון  
שלמה ובמקומו אנגריב הנזכר מדין מעמד שלשתו, כדקיי"ל מנה  
לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתו קנה ... הא ליתא מכמה  
טעמי, חדא- דמעמד שלשתו הלכתא בלא טעמא הוא כדאיתא התם  
בגיטין יד, א, ומשמע דליתא מפי הכתב אלא במעמד שלשתו ממש,  
דהבו דלא לוסוף עלה, וכמש"כ הרמב"ן ז"ל מטעם זה דליתא  
ע"י שליח שישלח הנותן לנפקד ע"י שלוחו שיתן הפקדון  
למקבל, והכי משמע מעובדא דאיסור גיורא דפרק מי שמת  
קמט, א, דאמר רבא אי במעמד שלושתו, אי שלח לי לא אזילנא,  
ואם איתא הרי יכול להקנותן לו במעמד שלושתו ע"י שליח או  
ע"י הכתב ... מ"מ שמעינן דע"י שליח לא, אלא הוא עצמו,  
והכי נמי איכא למימר דמפי כתבו לא, דכ"ש הוא, אם ע"י  
שליח שהם שלושתם במעמד אחד, השליח, הנפקד והמקבל, לא  
מהני, כ"ש מפי הכתב שאין כאן מעמד שלושתו אלא הנותן מדבר  
לנפקד בלבד שיתן לפלוני, ואיך ידע הנותן אם המקבל שם בעת  
שיקרא הנפקד הכתב כדי שיקנה לו ..."

מדברי הריב"ש אנו למדים על שטר חליפין שהיה נהוג בזמנו, והיו  
שרצו לתת לשטר כתב זה תוקף של מעמד שלושתו, ונפק"מ שיהיה  
השעבוד עובר מצד ב' [לוה וכד' אל צד שלישי, ולפי דעת חלק  
מקמאי, הרי"ף בב"מ (סח, א- בעמודי הרי"ף), בעל התרומות (שער כח  
חלק א אות ג), בהמחאה זו עובר השעבוד באופן מוחלט, להוציא  
מגבלות ומקרים מסוימים שאין כאן המקום לפורטם. לדעת ראשונים  
אלו, שכמותם פוסק הש"ך בסי' קכו ס"ק לח שלכל הפחות הוי ספיקא  
דדינא, אין צד ג יכול לחזור ולתבוע דבר מהנותן. ובא הריב"ש  
לומר, דלשטר זה אין תוקף של מעמד שלושתו אלא דינו כחילוף כתב  
הרגיל.

#### ח. מעמד שלושתו בשליח המקבל

היוצא מדברי הריב"ש ומדברי הרמב"ן שעליו מתבסס הריב"ש, שקנין  
מעמד שלושתו מוגבל לגדרים שקבעו חז"ל בהתאם לתנאי המסחר בזמנם.  
דפסילת שליח וכתב למעמד שלושתו מטעם של "הבו דלא לוסוף עלה",  
מוכיחה דדרך זו של מעמד שלושתו היא מוחלטת ואינה ניתנת לשינוי,  
בהתאם לשוק ונוהגיו. אך אם נפרש כן דהיא תקנה מוחלטת, צריך  
להבין את דברי הרא"ש בפ"ק דגיטין הי"ח, שלאחר שהביא את דברי  
הרמב"ן הנ"ל, כתב לחלק בין שליח הנותן לשליח המקבל, דדוקא שליח  
הנותן שהוא להוציא ממון אמרינן דהוי כהלכתא בלא טעמא והבו דלא  
לוסיף, אבל מהני שליח המקבל מפני שהוא לזכות. ואם נאמר דחכמים  
נתנו גדרים קבועים במעמד שלושתו לפי מנהג הסוחרים בזמנם, א"כ  
מה לי נותן ומה לי מקבלו זוכה, בתרוייהו כיון שלא היה זה  
מנוהגי הסוחרים, לא יועיל בהם קנין זה של מעמד שלושתו. ואין  
לפרש ברא"ש דמיירי דיזכה שליח המקבל בגדרי זכיה, חדא- דמדברי  
הרא"ש משמע דזוכה מדינא דמעמד שלושתו, ועוד, היכן מצינו זכיה  
שזוכה למקבל בדיבורא בעלמא, וזה שניתן לקבל באמירה התחדש במעמד  
שלושתו, והבו דלא לוסוף עלה, ובו נאמר ולא בשלוחו. גם מדברי

התוס' יד, א (ד"ה כהלכתא) מבואר דהוא כהלכתא בלא טעמא "מה שמועיל לקנות", וא"כ הוא גם "בלא טעמא" לקונה, דאי ס"ל כרא"ש הו"ל למימר דהוא כהלכתא בלא טעמא מה שמועיל להקנות. ומדלא כתב כן, משמע דגם ביחס לקונה הוא כהלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסף. הנראה בבאור דברי הרא"ש, ע"פ מה שפרשו הראשונים בגמ' ב"ק לו, ב, בההוא גברא דתקע לחבריה, שלחיה רב יוסף קמיה דרב מתנה ... א"ל ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא, ניתביה לעניים, הדר א"ל כתביה נהליה איזיל ואיברי ביה נפשאי, א"ל רב יוסף כבר זכו בו עניים, ואע"ג דליכא עניים הכא, אן יד עניים. ופירש שם הרי"ף (יא, ב בעמוה"ר) דרב יוסף זכה בפלגא דזוזא לעניים ממעמד שלושתן, וכ"כ התוס' לו, ב (ד"ה יד) בשם ר"ח, "דא"ל ר"י דיד עניים אן וזכינן בו במעמד שלושתן", וכן הביאו הרא"ש שם בהלכה ג. ומוכח, דאף דר"י היה שליח המקבל מהני במעמד שלושתן, וע"ז מתיחסים דברי הרא"ש בגיטין דמהני שליח המקבל. וע"כ י"ל דדוקא באפוטרופוס ס"ל להני ראשונים דמהני במעמד שלושתן, דהא אפוטרופוס חשיב טפי כמותו וטפי כידו משליח דעלמא, וע"כ דוקא באפוטרופוס מהני לזכות. וראיה לדבר, דהא רוב הראשונים ס"ל דלא מהני שליח לתפוס לבעל חוב במקום שחב לאחרני, ובכ"ז כתב הרא"ש (פ"ק דב"מ הכ"ז) דמהני תפיסת האפוטרופוס אף שחב לאחרני, וכ"פ בשו"ע חו"מ קה, א, דאפוטרופוס חשיב טפי כמותו משליח דעלמא. והטעם דלא מהני אפוטרופוס במעמד שלושתן להוציא ממון, מפני דאין לאפוטרופוס כל כח לחוב ממון, וכמבואר בגמ' גיטין נב, א, ואפי' לחוב על מנת לזכות. וא"כ אפשר דהרא"ש כאן בגיטין שכתב דמהני שליח המקבל, מיירי דוקא בצורה המבוארת בגמ' בב"ק הנ"ל, דהיינו באפוטרופוס ולא בשליח סתם. וע"כ אף דהוי הלכתא בלא טעמא, והבו דלא לוסף שליח, מ"מ אפוטרופוס הזוכה ומקבל מהני, דידו ממש כיד בעלים. עוד חזינן, דיד אפוטרופוס או גבאי צדקה כיד בעלים ממש, מהא דאיתא שם בב"ק ובגיטין כז, א דאין להוכיח דמהני קנין אגב כשהקרקע לאחד והמטלטלין לאחר, מהברייתא "עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה לעניים ומקומו מושכר לו", דשאני ר' עקיבא דיד עניים הוה. וכתב ע"ז הר"ן בגיטין (י, ב- בעמודי הרי"ף) דכי היכי דגבאי יד עניים, אפוטרופוס יד יתומים, דלא כחולקים ואומרים דגבאי שאני לפי שהעניים מוטלים עליו לפרנסם, וכל שאין מעות בכיס יש עליו טורח לפרנסם, משא"כ באפוטרופוס. וכן דעת הרשב"א דאין חילוק בין אפוטרופוס לגבאי צדקה. וכמו דחשיב גוף אחד לענין קנין אגב וידו כידם, הוא הדין לענין זכותם במעמד שלושתן מהני קבלתו כאילו קבלום העניים או היתומים.

#### ט. בין אפוטרופוס לשליח בעלמא

עפ"ז נראה לבאר את מש"כ הרמב"ם בפ"ג ממכירה ה"ט, וז"ל: "במה דברים אמורים, במוכר נכסי עצמו, אבל השליח שטעה בכלשהו בין במטלטלין ובין בקרקעות חוזר. ונ"ל שכן הדין באפוטרופוס שטעה בכלשהו בין במטלטלין ובין בקרקעות חוזר, ואינו דומה לב"ד מפני שהוא יחיד." ונראה שהחידוש בדברי הרמב"ם בדינו של האפוטרופוס לענין אונאה, דהרי דינו למספר עניים כבעה"ב עצמו וידו כידו, ועדיף משליח,

וע"כ היה מקום לחלק ביניהם ולומר, דאף ששליח שאינה במכירת חפץ וגרם הפסד למשלחו חוזר בכלשהו. אך נראה לרמב"ם דמטעם זה אין להחשיבו כיד משלח כשאינה למשלחו, דהא לחוב אינו רשאי וכדמוכח בגיטין נב, א (הנ"ל), והוסיף הרמב"ם דאף מטעם היותו שליח ב"ד אין להחשיבו טפי משליח, וכמו שהסביר בלחם משנה, דשאני שליח ב"ד מאפוטרופוס, עיי"ש.

ובתרומת הדשן סי' שמו כתב בדין אפוטרופוס של יתומים שנתן ממון של היתומים לזכותם ולטובתם לראובן במעמד שלושתן, דלא מהני, והביא את דברי הרא"ש הנ"ל דלא מהני שליח לאפקועי ממון, וכ"ש אפוטרופוס המפקיע ממון יתומים שלא מדעתו, אמרינן הבו דלא לוסוף עלה. ואע"ג דמהני תפיסת אפוטרופוס במקום שחב לאחרים, היינו דוקא לזכות היתומים ולא לחובתם. ומשמע מיניה דמשה את דינו של האפוטרופוס לדינו של שליח דעלמא, ויתרה מזו, לאפקועי ממון גרע טפי. ומה דמהני לזכותם, הוא דומיא דמש"כ הרא"ש דמהני בשליח קבלה. אך מהראיה שהביא מתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דמהני, מוכח דלזכותם עדיף משליח, אך תה"ד שלמד בדברי הרא"ש דמיירי בשליח סתם, אין לדידו חילוק ביניהם, דגם בשליח דעלמא מהני.

והסתפקתי מה דינו של אפוטרופוס שהשאל חפץ של יתמי ונשאל עמו, אם חשיב בעליו עמו לדעת הרמב"ם הסובר בפ"ב דשאלה ופקדון ה"ה דאומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי דאינה שאלה בבעלים, וכ"פ המחבר בחו"מ שמו, ו, דלא כדעת הרמ"ה (עיי' בנימוק"י ב"מ נה, א בעמודי הרי"ף לפני ד"ה וגרסי") והרמ"א שם. ובגמ' ב"מ צו, א מבואר דיד עבדו הכנעני כיד רבו לענין שאלה בבעלים, וכ"נ בשו"ע שם. וא"כ אפוטרופוס כוחו עדיף משליח, ולענינים מסוימים ידו ממש חשיב, אך אינו כעבדו הכנעני שהוא ידו ממש לכל הדברים, וכחצרו ורשותו. ושם בגמ' תלו את דינו של השליח במחלוקת ר' יאשיה ור' יונתן באומר לאפוטרופוס כל נדרים שתהא אשתי נודרת מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הפר לה, והפר לה, יכול יהיו מופרים, ת"ל אישה יקימנו ואישה יפירונו, דברי ר' יאשיה. ר' יונתן אומר שלוחו של אדם כמותו. ומוכח מזה דדינו של האפוטרופוס כשליח. אך המעיין במקור הדין בנדרים עב, ב ובראשונים שם יראה דמיירי דעשאו לאפוטרופוס שליח ולא נתן לו דינים מיוחדים של אפוטרופוס, וכן מבואר בדברי הרמב"ם פ"ג דנדרים ה"ט ששינה מלשון הבריתא וכתב "עשה שליח להפר וכו", וצ"ע.

וע"ע בדברי החתם סופר בתש"י חחו"מ סי' קמו, בענין מעות שנאספו לצורך יתומה ומתה היתומה, אם להחזיר את הכסף לנותנים או זכו יורשיה. והסיק, דאפוטרופסים יד יתומים הם, ולא דמי לשליח בעלמא וזכתה בהם היתומה וזכו בהם יורשיה, עיי"ש.

ובמהרשד"ם בתש"י חחו"מ סי' שנט כתב דכל מה שכתב הרא"ש דמהני שליח קבלה במעמד שלושתן, הוא דוקא בסתם אינשי, אבל בהני דמורידין ולא מעלין לא מהני שליח קבלה, דהא לא תרינן אחר זכותו של זה. ואי נימא דמיירי הרא"ש במינה המקבל שליח, מה לי מומר כזה שמורידין ולא מעלין, ומה לי סתם אדם, כיון שמינה המקבל שליח וידו כיד בעלים, אף דלא תרינן בתר זכותו, כמו שאחר יכול לזכות לו ממון כך יכול שלוחו שמינה לזכות לו במעמד שלושתן. ובשלמא אי בעי לאפוקי מומר מדינא דמעמד שלושתן דומיא דעכו"ם, וכמש"כ שם המהרשד"ם, הובא בש"ך (קכו ס"ק צב) שחלק עליו, אתי

שפיר לשיטתו, אך קשה לחלק בינו לבין שלוחו, דכיון דמהני בו ומהני בשליח קבלה, מהני גם בשלוחו. אמנם אם נפרש בדברי הרא"ש דקאי ארב יוסף ומיירי דהוא אפוטרופוס של כל העניים ויש ביניהם אחד שהוא מהמומרים, אפשר דבכה"ג לזכות המומר אינו יכול לזכות. דהא כל מינויו של רב יוסף הוא מכח היותו יד עניים, וע"כ זוכה להם, אבל לאותם מומרים אינו זוכה, עיין בהלכות צדקה יור"ד רנא, א. אך לפ"ז אם מינוהו בית דין כאפוטרופוס למומר, תועיל זכיינתו במעמד שלושתן. ונראה דמה שחלק הש"ך הנ"ל על המהרשד"ם "דאין דבריו נראים, דדוקא בעכו"ם ס"ל דאין בו דין מעמד שלושתן מטעמא דלא עדיף מעמד שלושתן מזכיה גמורה ואין זכיה לעכו"ם, אבל ישראל מומר אית ליה זכיה וכמו שנתבאר בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי". וממה שדחה את תרוצו הראשון של המהרשד"ם שמומר אינו בדין מעמד שלושתן, הוא הדין והוא הטעם שיהיה במומר מעמד שלושתן כשמינה שליח לקבלה.

י. בעה"ת- לא מהני כלל שליח במעמד שלושתן

בעל התרומות שער כח ח"ד אות ב הביא את תש' רבינו אפרים הסובר רב יוסף זכה לעניים רק אחרי שהגיע הפלגא דזוזא לידו, דס"ל לרבינו אפרים דמעמד שלושתן הלכתא בלא טעמא, וע"כ אינו יכול לזכות לעניים כשאינו בידו. מריהטת לשונו של בעה"ת ומפשטות הדברים נראה, דרבינו אפרים ס"ל דלא מהני מעמד שלושתן ע"י שליח, אפי' הוא שליח המקבל. ומוכח מיניה דאפי' באפוטרופוס לא מהני, דהא רבינו אפרים מיירי באפוטרופוס, ובכ"ז כתב דוקא שיגיע לידו. אך בגידולי תרומה שם כתב לבאר, דרבינו אפרים לא מיירי מדינא דמעמד שלושתן אלא מדין זכיה, והבין רבינו אפרים דהרי"ף מיירי מדין זכיה, וע"ז כתב דבעי שיגיע לידי רב יוסף, אך לדינא דמעמד שלושתן מהני אף בלא שיגיע לידו. אמנם מדברי התומים סי' קכו ס"ק כד נראה שסובר דלדעת רבינו אפרים ובעה"ת דלא מהני שליח קבלה במעמד שלושתן, הן שליח והן גבאי צדקה, אך להלכה מסיק כדעת הרא"ש, כדמוכח מעובדא דרב יוסף. ואפשר דלהלכה ס"ל לתומים דדוקא באפוטרופוס או גבאי כרב יוסף מהני לקבל במעמד שלושתן, ולא בשליח בעלמא.

יא. מעמד שלושתן ע"י הכתב בשולחני

מכל הנ"ל מבואר דבשליח הנותן לא מהני לכ"ע, והוא הדין וכ"ש בכתב, וכמש"כ בטעמא דמילתא, שחכמים תיקנו במעמד שלושתן תקנה מוחלטת ולא ניתנת לשינוי לפי צרכי השוק והמסחר שיונהגו בזמן עתיד, וא"כ אין מקום לומר שיועיל כתיבת שטר חליפין או שיק מדינא דמעמד שלושתן. אמנם ע"פ דברי הגאון המובא בנימוק"י (ב"מ סח, א בעמודי הרי"ף) נראה דכללי מעמד שלושתן משתנים בהתאם לנסיבות. וז"ל הגאון: "... דאע"ג דאיניש דעלמא דלית ליה גביה ולא מידי לא מחייב, אע"פ שהמחהו אצלו, אם לא אמר בפירוש פטור אותו ומתחייב אני לך, חנוני ושולחני אפי' רבה מודה דלא מצי הדרי בהו, דכיון דאומנתן הוא ומתהני דליסמכי אינשי אדיבוריהו, גמרי ומשעבדי נפשיהו ..."

מדברי הגאון עולה דאף דקיי"ל דדוקא "מנה לי בידך" קאמר ליה, שמקנה לו לזה מה שיש לו ביד האחר, וזה חלק מעצם וממהות הקנין שיתן לו מה שיש לו כבר ביד האחר, וללא התנאי הזה חסר במעמד שלושתן אחד מתנאי הקנין החשובים, כל זה בסתם אדם, אבל שולחני שזו אומנותו ודרכו להתחייב ולהלוות אף שאין חייבים לו, אין צריך להיות לנותן את המנה בידו, אלא אפי' יתן אח"כ לשולחני ג"כ מהני.

והנה, החסרון במנה שאינו ביד הנותן הוא משתי בחינות שהן שלוש. יש כאן חסרון בגמירות דעת, הן מצד הצד השלישי, ובנדו"ד השולחני, והן מצד המקבל. ויש כאן חסרון גם בעצם הקנין, שהרי אם נאמר שחכמים קבעו את כמעמד שלושתן בגדרים קבועים ובלתי משתנים, והם קבעו שדוקא "מנה לי בידך", ולא בדרך הלואה, א"כ מהיכי תיתי לבוא ולחלק בין שולחני לאיניש דעלמא. בשלמא אם כל החסרון היה מצד גמירות הדעת, היה מקום לומר ששולחני כיון שזה דרכו ואומנותו, גם הוא סומך שיקבל מהנותן, ובשעת הקנין מקבל עליו בלב שלם לתת, וגם המקבל סומך וגומר בדעתו ולא חושש שלא יקבל המנה מהשולחני בגלל שהנותן עדיין לא נתן לשולחני, שהרי זה דרך פרנסתו של השולחני. אולם מצד עצם מהות הקנין קשה, איך מהני נגד הגדרים שקבעו חכמים.

יב. לגאון- מעמד שלושתן תלוי בדרכי השוק

ונראה בבאור דברי הגאון, דאף דהוי כהלכתא בלא טעמא מ"מ אין בזה משום קביעת גדרים קבועים ומוחלטים בעצם הקנין, וכל מקום שיש הסתברות והבנה לחרוג מהגדרים הקבועים בגלל דרכי השוק היוצרים גמירות דעת מצד שלושת הצדדים הנוגעים לקנין, מקבל הקנין תוקף של מעמד שלושתן, ולכן בשולחני אף שאין לו כעת את המנה בידו, מ"מ כיון שזו אומנתו, יש גמירות דעת אצל שלושתם. וא"כ י"ל דאף דמעמד שלושתן הלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסוף עלה, מ"מ בשליח או בכתב במקום שיש גמירות דעת כגון בשולחני, אם דרכו לתת בצורה כזו, יש לנתינה בדרך זו של כמעמד שלושתן ע"י כתב או ע"י שליח תוקף של מעמד שלושתן, וכמו דמהני מנה בהלואה כיון שזו דרכו ואומנותו, אף שזה שהמנה צריך להיות בידו הוא חלק ממהות ומדרך הקנין, כ"ש ע"י שליח וע"י הכתב שחסרונם הוא רק בגלל "הבו דלא לוסוף", ואינו חסרון מהותי בעצם הקנין.

ובתרומת הדשן סי' שמו, כתב וז"ל:

"... ואע"ג דפי' רשב"ם דהך תקנה דמעמד שלושתן, נהי דהלכתא בלא טעמא הוא, היינו בלא טעם גמור אבל מ"מ קצת טעם היה לחכמים לדבר משום תיקון העולם, שמידה זו נוהגים בין התגרים שלא יצטרך לעדים וקנין בכל פעם. א"כ לפי' הו"ל למימר דמהני אף באפוטרופוס של יתומים, דאי תימא דלא מהני הוי רעה לדידהו, דזימנין דאיצטריך אפוטרופוס לתגר בנכסיהן, ולא משכח מאן דשקיל ותרי בהדיה אי מצריכינן לעדים וקנין בדידהו. מ"מ י"ל דודאי דהיכא דאיכא למימר דזימנין דהוי רעה לדידהו, מוקמינן להו אדינא ולא מחמרינן בהו חוץ מן הדין, כיון דהך חומרא אתי לידי קולא, אבל למיסמך כולי האי אהך טעמא דזימנין הוי רעה לדידהו, ובשביל כך נפקיע ממונא במילתא דלית ביה טעמא ודמדינא לא

מהני הקנין, לא עבדינו, ושייך שפיר למימר הבו דלא לוסיק  
עלה."

חזינן מדבריו דס"ל דתקנת מעמד שלושתן היא תקנה כללית, דהיכא  
דהוי טובת השוק קבעו חכמים שיקנה במעמד שלושתן. ואף דבשליח לא  
מהני מטעם "הבו דלא לוסיק עלה", היינו דוקא בשליח, שהרי מסחר  
הסוחרים היה בינם לבין עצמם ויש להם תקנה להעביר תשלום ע"י  
אמירה בעלמא, וע"כ תקנת חכמים היתה להקל על הסוחרים במידה  
מוגבלת, בהם ולא בשלוחם. אבל יתומים שכל מסחרם נעשה ע"י שליח,  
הרי זה דרך מסחרם להפקיע ממונם ע"י מעמד שלושתן. ותירץ תה"ד  
דהוי רק זימנין רעה לדידהו, וע"כ לא שייך בהם מעמד שלושתן.  
ולכאורה היה מקום לומר שאם היה בזה רעה ממשית לסוחרים ע"י אי  
יכולת להפקיע ממון במעמד שלושתן, היה מהני ע"י שליח, דהא כל  
תקנה זו היא לתועלת וליעול המסחר. וא"כ לפ"ז ה"ה במעמד שלושתן  
ע"י הכתב יועיל היכא שיש בזה רעה לסוחרים, כשדרך המסחר פועלת  
בדרך זו. כך נראה משאלתו של תה"ד, אולם מתשובתו נראה ששאלה זו  
היא דוקא לענין יתומים שבהם רצה להקל בדרך הקנין, וע"ז תירץ  
דלא מחמירים עליהם חוץ מן הדין, אבל גם להקל להפקיע ממון לא  
אמרינן. ואי נימא דס"ל דמקילין לגמרי היכא שהוא רעה לסוחרים,  
אפי' אינם יתומים, לא הוי הפקעת ממון מחוץ לדין, דהא הדין  
בכה"ג הוא דמהני הקנין.

יג. שיקים כמעמד שלושתן ע"י כתב

עכ"פ בדברי הגאון הנ"ל י"ל, דבשולחני חלים כללים שונים בגלל  
גמירות הדעת שיש לכל הצדדים, וע"כ מהני אף ע"י שליח וע"י כתב,  
אם דרכו של השולחני להתחייב בכה"ג. וא"כ בשיקים הנוהגים כיום,  
יש מקום לומר דמהני לשיטתו מדינא דמעמד שלושתן, דהרי זו דרכו  
של הבנק וזה עיסוקו, לשם כך הוא נותן ללקוח את פנקסי השיקים  
כדי שיפקיד כסף וימשוך אותו, ואפי' משיכת יתר מאושרת. וכיון  
שדרכו של הבנק להתחייב בצורה זו של כתב, נקנה הממון ע"י מסירת  
השיק.

ואף שמדברי הריב"ש מבואר שהמעמד שלושתן אם היה קונה ע"י כתב,  
היה נקנה בשעת שהצד השלישי [ובנדו"ד השולחני] קורא את הכתב,  
ולא בשעת מסירת הכתב לידיו של המקבל, יש לחלק בין נידון הריב"ש  
לנדו"ד. בנידון הריב"ש נצרכת אמירת השלישי, על מנת שהמקבל ידע  
את הסכמתו לתת, אלולי כן, מנין לו שהוא מסכים לכך, משא"כ  
כשתשלומים מחשבון עו"ש נעשים באמצעות שיקים שמדפיס הבנק ועליהם  
מוטבע מספר חשבון הבנק של הלקוח. הזיקה שבין הבנק והלקוח נובעת  
מקשר חוזי רגיל שבין הבנק ללקוח. הבנק אחראי כלפי הלקוח לכבד  
את השיק כל זמן שיש בחשבון הבנק יתרת זכות או משיכת יתר  
מאושרת. (ראה: פס"ד יז עמ' 72, וכנ"ל. גבירץ- דיני בנקאות עמ'  
286) שימוש בהוראה הכתובה על מסמך שנמסר ע"י הבנק שולחני  
מהוה הוכחה לקשר בין הבנק לכותב השיק. הוכחה מעין זו יוצרת  
גמירות דעת אצל המקבל עקב ההוכחה לקשר בין הבנק ללקוח, ובשעת  
מסירת השיק נחשב הבנק כצד שלישי ע"י הכתב שנתן ללקוח לשימוש.  
מסירת פנקס השיקים ללקוח מהוה הסכמה לתשלום בתנאי שהחשבון נמצא  
בגבול המשיכה, ושיקומו הוראת פקודת השטרות (סעיף 75 לפרטיו).  
הבנק נותן השיק מוסר מודעה לגבי מהותו של הלקוח ויחסיו עמו.



"בטרם ימסור בנק פנקס שיקים ללקוח, עליו לברר היטב את טיבו של הלקוח. מסירת שיקים בידי איש שאינו הגון, יכולה לגרום תקלה לציבור הרחב ולשמו הטוב של הבנק, שלא ראה לנכון לבדוק את הגינותו של הלקוח. ההנחה היא אצל הציבור הרחב וחוגי המסחר המקבלים שיקים כתמורה, כי אמנם הבנק הנמשך, לפני פתיחת חשבון עו"ש ומסירת שיקים ללקוח, מקבל אינפורמציה מהימנה עליו, ובעצם מסירת השיקים לידי יושב כעין הודעה כי אמנם הגון וישר האדם החותם על השיק. על סמך זה נותנים לו סחורה או תמורה אחרת כנגד שיק המשוך על בנק." (י. גבירץ-דיני בנקאות עמ' 286.)

ואין זה דומה לכתב שעליו דבר הריב"ש, דשם מיירי שכתב לצד השלישי מבלי שיש הוכחה למקבל שיש קשר בין הנותן לנפקד, וע"כ א"א שהכתיבה הניתנת מיד למקבל תחשב כמעמד שלושתן, אבל כשהנייר שעליו כותב ההוראה נמסר לו מצד ג כדי שיכתוב עליו את הוראת הנתונה, נראה שמיד בשעת הנתונה יהיה קנין מעמד שלושתן, וחשיב הכתיבה על השיק כנעשה במעמד הבנק. אמנם נתינת השיק חשיב כנתינה על-תנאי, שהבנק נכון לתשלום ולפרעון השיק בתנאים מסוימים, כשיש כסף בחשבון או משיכת יתר מאושרת, שהשיק כתוב כתיקונו ועוד כהנה וכהנה תקנות ונוהלים בנקאיים שהוראת התשלום כבולה אליהם, וע"כ א"א לראות את הבנק כמסכים לחלוטין בנתינת ההוראה אלא רק כהסכמה על-תנאי, וע"כ גם הקנין מעמד שלושתן הוא קנין מותנה. למעשה כל קנין של מעמד שלושתן הוא קנין על תנאי שעדיין חייב לו, שהרי אם יוכיח הצד השלישי שכבר אינו חייב לו והסכמתו היתה בטעות, יכול הצד הג' לחזור בו, וכדמוכח בעובדא דגינאי (גיטין יד, א), דרק מטעם של מיגו לא נאמן דלא פש גביה ולא מידי אבל בהוכחה גמורה נאמן, וכמשי"פ בשו"ע חו"מ קכו, יג.

מה עוד שלכאורה הריב"ש דיבר על מציאות שהנותן נתן כתב, וע"כ צריך לקריאתו של השלישי כדי שיחשב מעמד שלושתן ע"י כתב, אבל אה"נ, גם במציאות שהשולחני יתן כתב, יוצר קנין של מעמד שלושתן שע"י כתב. נתינת פנקס המחאות בידי הלקוח מהוה כתב של השולחני המאשר כי יש ביניהם קשר חוזי מחייב לתשלום סכום ההפקדה ומשיכת יתר מאושרת. כתב זה יחשב ככתב של הצד השלישי שבאמצעותו יחול קנין מעמד שלושתן בשעת מסירת השיק.

לדברי הגאון הנז' יועיל השיק כמעמד שלושתן לא רק כשהחשבון ביתרת זכות אלא אפי' ביתרת חובה, שהרי דברי הגאון מוסבים על מצב שאין לנותן מנה בידו של השולחני, וכל זמן שהשולחני יסכים לפרוע את הוראת הנותן יחשב הכסף כקנוי למקבל.

כל הנ"ל יתכן רק לדברי הגאון הנז', אך מדברי הראשונים האחרים שנקטו בדרך של "הבו דלא לוסוף עלה", מבואר דאין כל תוקף למעמד שלושתן ע"י הכתב, מה עוד שמדברי הרי"ף בב"מ שם מבואר דלא כגאון, וכ"ה דעת התוס' והרא"ש, וכמשי"כ בב"י חו"מ סי' קכו, וכמשי"פ בש"ך שם סי' יג. ובשער המשפט (קכו, ה) חקר מה הדין אם נהגו בשולחני להקנות כשאיין לשולחני את המנה הנתון, האם בכה"ג יודו הפוסקים לגאון. ומסקנתו דהדבר תלוי במחלוקת ראשונים, הובאו דבריו לעיל.

יד.הבו דלא לוסוף- בהלואה בלבד

גם לחולקים על הגאון, יש מקום לדון על השיק מדין מעמד שלושותן, אם הכסף שהופקד בבנק יוגדר כפקדון או כעיסקא. הגמ' בגיטין יג,ב הקשתה על דין זה של מעמד שלושותן; "וטעמא מאי", ופרש"י שם דמאי טעמא קנה במלוה, הא ליתא בעיניה דליקניה. וכתב ע"ז בקצוה"ח (קכו,ג), וז"ל:

"אבל נראה, דודאי גבי מעמד שלושותן איכא טעמא שהוצרכו חז"ל לתקן שיקנה במעמד שלושותן, וכתבו תוס' והרא"ש משום הסוחרים שלא יצטרכו לטרוח ולעשות קנינים, אלא הא דמועיל הוא הלכתא בלא טעמא. ואין זה קושיא אמאי מועיל הקנין, דהא בכמה מקומות אשכחנא קנינא שהתקינו חכמים, ולא תהא תורה שלמה שלנו כמו מנהג, דאפי' דבר שנהגו הסוחרים קנה כמו סיטומתא, וא"כ מפקדון לא קשה... אכן גבי מלוה ודאי קשה מאי טעמא, דהא ליתיה ברשותיה, ונהי דהוי קנין, ליתיה ברשותיה, ואין לך קנין גדול מאמירה להקדש, ואפי"ה כיון דליתיה ברשותיה לא מצי מקניה, לזה מסיק דהוא כהלכתא בלא טעמא, אבל מפקדון לא קשה מאי טעמא."

מבואר מדברי הקצוה"ח דכל מאי דאמרינן דהוי כהלכתא בלא טעמא, היינו דוקא לענין הקנאת מלוה, כיון דליתיה ברשותיה ליתא בהקנאה, וע"ז באה תקנת מעמד שלושותן, והבו דלא לוסיף עלה. אך לענין פקדון לא גרע קנין מעמד שלושותן מסיטומתא שהיא מנהג התגרים, ולגבי פקדון הוי הלכתא בטעמא, וממילא לא שייך לומר בפקדון הוה דלא לוסיף עלה. ומכיון שכל מאי דאמרינן דלא מהני מעמד שלושותן ע"י שליח או כתב הוא מטעם דהבו דלא לוסיף עלה, מאחר ואין זה שייך בפקדון, י"ל דמהני ע"י שליח וע"י כתב. וכדברי הקצוה"ח כתב הגר"א וולקין (חושן אהרון סי' סו סעיף כו) בהסבר דברי הרשב"א בגיטין המובאים בש"ך סי"ק פז בדינא דמעמד שלושותן, דאף כי ודאי יכולים חכמים לתקן ולחדש קנינים, היינו דוקא במידי דבר קנין הוא, והוכיח כן גם מדברי רש"י הנז', דבפקדון כיון שיכול להקנותו בחליפין וכד' מן התורה, תקנו חכמים להקנותו במעמד שלושותן, אבל מלוה דליתא בעיניה ואין קנין המועיל בה מן התורה כלל, האיך שייך שיתקנו חכמים שיקנה, וזה ממש כדברי הקצוה"ח הנ"ל. וכן כתב בחיבורו עמ"ס גיטין (בית אהרון) על דברי רש"י בדף יד,ב. וע"ע בתשי' מהר"מ בריסק ח"ב סי' נח מה שפירש אמאי מסתבר מילתא בפקדון טפי.

ומש"כ הקצוה"ח דלא מהני כל קנין למלוה ע"פ אלא מעמד שלושותן, משמע דלא מהני אפי' קנין אודיתא למלוה ע"פ. ואכן הקצוה"ח לשיטתו בסי' קצד סי"ק ג (בד"ה ומש"כ הט"ז) הביא מדברי בעל העיטור דלא מהני אודיתא במלוה ע"פ. וכ"כ גם בסי' ס סי"ק ט דדוקא בחוב בשטר מהני אודיתא אבל לא במלוה ע"פ, דלא כש"ך שם סי"ק לב שכתב דלא מהני אף בשטר [וע"ע בחכם צבי סי' טז ובפת"ש סי' רג סי"ק ג]. וכיוצא"ב מצאתי בספר התשובות לחכמי פרובינציא (בהוצאת א. סופר - חו"מ סי' לה, עמ' ") 401 דמסתברא שאין אדם יכול להקנות מלוה ע"פ לאחר בתורת הודאה כי אם במעמד שלושותן...". אלא דמדברי התוס' בב"ב קמט, א (באמצע ד"ה שכ"מ) משמע דמהני אודיתא לבריא וסי"ל דילפינן ליה מההיא דאיסור גיורא. וע"ע בהגהות רע"א על השו"ע סו"ס רג, וצ"ע לדינא.

[ בשאלה אם מהני אגב בחוב יש מחלוקת ראשונים. המרדכי בב"ק סוף אות קכו הביא דעות דמהני להקנות חוב באגב, אך להלכה נפסק

בסי' סו סו"ס כו דלא מהני להקנותו באגב. ועיי"ש בש"ך ס"ק צא  
וצב, ובסי' רג ס"ק ד. גם רש"י שיובא להלן דמעמד שלושתן הלכתא  
בלא טעמא במלוה שלא ניתן להקנותו בקנין, מוכרחים לומר דס"ל דלא  
מהני אגב בחוב. ]

### טו. חשבון עו"ש - מחצה מילוה ומחצה פקדון

קיימות נפקויות אקטואליות רבות אם נגדיר את כספי העו"ש כמלוה  
או אם נגדירם כפקדון, וזאת בנוסף לשיקים וכמשי"כ לעיל. לדוגמא -  
במידה והבנק יפסיד באונס, במלוה חייב באונסין ובפקדון דינו  
כשומר שכר הפטור באונסין. וכן לענין אם ימנה מורשה לפעול  
בחשבון העו"ש, לשיטת הרמב"ם בפ"ג משלוחין ה"ז [הובא במחבר חו"מ  
קכג, א], מהני הרשאה רק לפקדון שלא כפר בו, ואילו מלוה, אפי'  
בשטר, לא מהני לעשותו מורשה. עוד נפק"מ - אם חייב בעל החשבון  
לאחר ויש לבעל החשבון נכסים אחרים ולבנק יש תועלת בהשארות הכסף  
בחשבון, ולבעל החשבון אין נפק"מ [עיי' בש"ך סי' פו ס"ק ה],  
לשיטת הקצוה"ח בסי' פו ס"ק ד דבפקדון לא גובים מדינא דשעבודא  
דר"נ אלא חשיב כגביה מבני חורין, דכל מקום דאיתא ברשותא דמריה  
איתא, [ובנתיבות שם ס"ק א חלק עליו דיש על השומר חיוב החזרה],  
אם חשיב כפקדון יכול לגבות אף שלבנק יש פסידא, משא"כ אי חשיב  
כמלוה.

ומעתה, יש לדון על מעמדם של השקלים המונחים בחשבונות העו"ש.  
מצד אחד הבנקים מתייחסים אל הכסף כאל הלואה לבנק, רק שיש אפשרות  
לגבותה בכל עת. אך מאידך - הבנקים חותמים על היתר עיסקא כללי  
שעושה הנהלת הבנק, היתר הקבוע גם בתקנות המחייבות את הבנק, שכל  
עיסקי הבנק, הן בכספים שמקבל והן בכספים שנותן, יהיו על צד  
ההיתר עיסקא בלבד. לדוגמא, בהיתר עיסקא של בנק לאומי שנערך ע"י  
הרבנות, נכתב; "שכל המתעסק עם הבנק ע"פ תקנותיו הוא מתעסק,  
והיינו ע"פ היתר עיסקא הני"ל". במידה וההיתר עיסקא נחתם ע"י  
מועצת המנהלים של הבנק ומקבל תוקף של אחת מתקנות הבנק, אין כל  
סיבה שביהמ"ש לא יתחשב בתקנה זו. וראה בחלקת יעקב (ח"ג סי'  
קצב) שהביא מסתפקים בענין היתר עיסקא בבנקים העומדים תחת פיקוח  
ממשלתי, שמכיון שבהיתר עיסקא מקבל הבנק על עצמו אחריות יתירה  
האסורה ע"פ החוק. והביא שם מש"כ הדברי חיים לענין מכירת חמץ,  
שאף שע"פ דינא דמלכותא לא מהני, מ"מ בתר דינינו אזלינן ואין  
לנו אלא דין שפסקה תורתנו, וכ"כ גם במהרש"ם. והוסיף בחלקת  
יעקב לבאר ולהוכיח את דעתם. אך בעיקר הטעם, כתב וז"ל:  
"וקושטא דמילתא, אף באופן כשהמפקח מהממשלה הוא ישראל  
וידוע כל הענין ג"כ לא יפריע זאת למפקח, אם הוא איש ישר,  
ולאסור זאת, כיון דעובדא דמילתא רובא דרובא כמעט בכל  
אופן לא יבוא לבנק הפסד מחמת ההיתר עיסקא, עם כל הפרטים  
הנכתבים שמה, ועל עובדא דמילתא אין להתווכח ... כמובן  
יוכל היות לפעמים יוצא מן הכלל ... וכשיתודע זאת למפקח  
בטח לא יאסור מלעשות כן ..."  
ומוכח שם מדבריו דאינו חושש אם ההיתר עיסקא לא יאושר בדינא  
דמלכותא. אמנם, הגרי"י בלוי בספרו ברית יהודה (פ"מ סוף הערה  
כא) כתב, שברר אצל משפטינים שאמרו לו שאין סיבה שביהמ"ש לא  
יתחשב בהיתר עיסקא.

## טז. מחצה מלוה נקנית באגב

התוס' בב"ב צב,ב (סד"ה אי) כתב, דבהלואה אם יש ללוה מעות, עליו לפרוע מעות, אך אם אין לו מעות יש באפשרותו לשלם במטלטלין או בקרקעות, וזה כדעת הרי"ף שם בב"ב (מו,ב- בעמודי הרי"ף), וכ"נ בשו"ע חו"מ קא,א. ושם בסעיף ו פסק כדברי הריטב"א (ב"מ ר"פ הזהב- מובא בשטמ"ק סוף דף מה);  
"מכאן ראיה דבמכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל אלא שנותן לו מעות כמו שהתנה, וכדין פועל."

והביא שם הסמ"ע בס"ק י את דברי הלבוש, דבשטר הלואה שכתב בו שנתן לו מאה זהובים למחצית שכר, כיון שהנותן היה כוונתו להנאתו להרויח, צריך לשלם לו במעות כשמגיע הזמן. וכתב ע"ז בקצוה"ח שם ס"ק ד, דאפי' בפלגא פקדון אין צריך לשלם במעות כיון שעיקרו נועד רק כדי להפקיע איסור ריבית, אבל עיקרו הלואה, ולכן אפי' שיש כאן מחצה פקדון אין זה משנה לנו לגבי עצם הגדרת הממון כמלוה, וע"כ דינו כמלוה לענין עצם התשלום. מדברי קצוה"ח רואים לכאורה שהיתר עיסקא שענינו מחצה מלוה ומחצה פקדון דינו לענינים הנוגעים לממונות כהלואה גמורה, וכל מה שנותנים למחצית דין של פקדון, הוא לעניני איסורים בלבד.

אלא מדברי קצוה"ח הנ"ל מוקשים מדברי הרא"ה, בהא דאיתא בב"ב קד,ב בעובדא דרב אבא דהוי מסיק זווי בדרי"י בר חמא, א"ל לרב ספרא בהדי דאתית איתינהו ניהלי ... ואלא מאי תקנתיה. זיל נקנינהו לך אגב ארעא, כי הא דר"פ הוה מסיק תריסר אלפי זווי בי חוזאי ואקנינהו ניהליה בקנין אגב. ומבואר מהגמ' דמהני קנין אגב לזווי. והקשה ע"ז הרא"ה (מובא בנימוק"י לו,ב- בעמודי הרי"ף) דהרי הכא מיירי במלוה ע"פ וא"כ כיצד ניתן להקנות מלוה ע"פ בקנין אגב. ותירץ הרא"ה בשם רבו, דלא מיירי הכא בהלואה גמורה אלא בעיסקא של מחצה מלוה ומחצה פקדון, וכיון דדינא דעיסקא הוא "לעסקא ולא למישתי ביה שיכרא", לא ניתן להוציא את הממון אלא בעיסקא קיימת, וע"כ דינה כפקדון שיכול להקנותו באגב. ומשמע מתוך דברי הרא"ה המובאים בנימוק"י, דלא מיבעיא מחצה פקדון שיכול להקנותו באגב דודאי דינו כפקדון, אלא אפי' מחצה מלוה, היות ואסור למישתי ביה שיכרא, חשיב בעין ומהני ביה קנין אגב. דהא רב ספרא שהקנו לו בקנין אגב הקנו לו את כל המעות שניתנו בעיסקא, ואפי' המחצה שהם מלוה. וא"כ מוכח שעיסקא של מחצה מלוה ומחצה פקדון אינה רק לאפקועי מאיסור ריבית, ובעיקרו נשאר הלואה לכל הנפקויות של דיני ממונות כמש"כ קצוה"ח בסי' קא ס"ק ד, אלא הוי ממש פקדון לענין קנינים, והאיסור למישתי ביה שיכרא גורר אפי' את המחצה מלוה להיות מוגדרת כבעין לענין קנין אגב. וביותר יש להקשות על הקצוה"ח, שהביא בסי' סו ס"ק לה בענין ספיקו כיצד נקנית עיסקא, את דברי הנימוק"י הנ"ל להלכה דנקנה באגב דחשיב בעין, אבל בחליפין לא נקנה, דאין מטבע אפי' הוא בעין נקנה בחליפין, אבל נקנה גם בכתיבה ומסירה. וכן פסק הנתיבות שם בס"ק לת. וע"ע בדברי התוס' בב"ב עז,ב (בד"ה רב פפא) שהקשה על גירסת הגמ' בב"ב (הנ"ל) "דהוה מסיק", הא הלואה לא ניקנית באגב. ותירצו וז"ל:

"ואור"ת דתקנת חכמים היא לענין הרשאה שיוכל לעשות שליח

אפי' בהרשאת מלוה, אע"ג דאין יכול להקנותה."

ומדלא תירץ תוס' דמיירי בעיסקא, ונדחק לחלק בין הרשאה לקנין מוכח דלא ס"ל כתירוץ הרא"ה, ומ"מ מדברי קצוה"ח והנתיבות נראה שפסקו כרא"ה.

ולעני"ד אין בזה כל סתירה למש"כ קצוה"ח בסי' קא. דבסי' קא מיירי לענין החזר העיסקא במעות דוקא ולא במטלטלין או קרקעות, ולענין אם צריך למכור מטלטליו כדי שיהיו בידיו מעות לשלם לנותן העיסקא, וע"ז כתב קצוה"ח דכל מה דאמרין שצריך לשלם במעות זה היכן שנתן אדעתא דמעות, וכמו במוכר סחורה שכתב הריטב"א שנותן

לו מעות בלבד, זה דוקא במוכר סחורה שדעתו לקבל מעות תמורת סחורתו, זו כוונת המוכר וזו מטרת ממכרו. אולם עיסקא, הגם שהיא מוגדרת כמחצה מלוה ומחצה פקדון, כשנתן את העיסקא ידע הנותן שהוא מלוה כסף שמוגדר הילכתית כעיסקא כדי להמנע מאיסור ריבית, וע"כ כוונתו היתה שיקבל תשלום כפי הנהוג והמקובל במקרים של הלואה. משא"כ לענין קנין אגב. קנין אגב מועיל במטבע ובתנאי שהוא בעין. מטבע שאינו בעין אין לו תקנה אלא במעמד שלושתן. והגדר של בעין לענין קנין אגב, לדעת הרא"ה, הוא לא בעין ממש, אלא כל מקום שיש הגבלה ומניעת חופש בהוצאת המטבע, מוגדרת המטבע לצורך קנין אגב כמטבע שבעין. ע"כ, אם העיסקא יוצרת מניעת "מישתי שיכרא", ואפי' ניתנה בתורת הלואה, לא יכול מקבלה למישתי בה שיכרא ועליו לעשות בה עיסקא, ואפי' שכל העיסקא מטרתה מניעת איסור ריבית. את הנפקות הזו יוצרת העיסקא, וע"כ לדעת הרא"ה, וכן לדעת הקצוה"ח והנתיבות הפוסקים כוותיה, חשיב בעין לענין קנין אגב, ודינה של העיסקא, הן המחצה מלוה והן המחצה פקדון, כמטבע בעין שאין צריך בה דוקא לתקנת מעמד שלושתן אלא מהני בה קנין אגב. לפ"ז דינם של הכספים המופקדים בחשבון העו"ש, המתוקן בתקנות הבנק, כעיסקא של מחצה מלוה ומחצה פקדון, וכל הכסף חשיב בעין ומהני ביה אגב. ובבנק יש הגבלה נוספת, שהרי הבנק, ע"פ הוראת בנק ישראל, אינו יכול להוציא את כל הסכום הנזקף בזכות בחשבונות העו"ש, ועליו להשאיר אחוזים מסוימים כדי שיהיה בידו לשלם את דרישות הפרעון של הלקוחות. הגבלה זו אף שהיא חלקית, היא יותר ממשית להחשיבה בעין מהגבלת "מישתי שיכרא". אם כספי הבנק דינם כפקדון לענין הקנינים, א"כ לגבי פקדון לא אמרינן דהוי כהלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסוף, וכמש"כ הקצוה"ח בסי' קכו, וע"כ יועיל בהם מעמד שלושתן ע"י שליח וע"י כתב. ודברי הקצוה"ח בסי' קא, מוקשים לכאורה מדברי השלטי-גבורים בב"ק (בא בעמודי הרי"ף), וז"ל:

"ולפ"ז, מי שיש לו מעות מחבירו ממחצית שכו, שחצים דינם כמלוה וחצים דינם כפקדון כמו שבארנו, אם הוצרך בעל המעות לגבות ממנו קרקע גובה חלק הפקדון ממיטב וחלק המלוה מן הבינונית, כמבואר בקונטרס הראיות בראיה א."

הביאו הש"ך להלכה בסי' רצא ס"ק ב. מזה משמע שאפי' באופני הגביה חשיב מחצה הפקדון כפקדון ומשלם ממיטב, ולדברי קצוה"ח בסי' קא הו"ל לגבות כולו מבינונית, דהא בעיקרו הוא מלוה. נראה דיש לחלק בין גביה במעות לגביה ממיטב. גביה במעות תלי בדעתו של המלוה והלוה ותרוייהו ידעי דכל ענין העיסקא הוא כדי שלא יעבור על איסור ריבית, אבל עיקרו הלואה, משא"כ לענין גביה מעידית לא תלי בדעתו, אלא כל היכא שחיובו מדינא דפקדון חשיב כאבות נזיקין לגבות ממיטב כיון שב"ד מחייבים אותו בתורת פקדון, ולא בדעתו תליא מילתא. וע"כ אף שלענין מעות חשיב כהלואה, לענין גביה מעידית חשיב המחצה פקדון כפקדון.

יז. מהו בעין לענין קנין אגב

לאמור לעיל, הסבר דברי הרא"ה-ה שכל אי היכולת להקנות מעות הלואה הוא דוקא כשאינו בעין כלל, אך כאשר הלואה מוגבל בשימוש בכסף חשיב בעין לענין קנין אגב. ולכאורה ההסבר הפשוט בדברי הרא"ה, שמעות העיסקא חשיב בעין בגלל העיסקא עצמה שהיא בעין, וע"כ מעות העיסקא כמצויים בידו וברשותו. אך אם נאמר כהסבר זה, הו"ל לרא"ה לחלק בין עיסקא שקונה דבר שיש בו ממש לעיסקא שמלוה את הכסף לאחרים, דלכאורה שרי ליה גם להלות את הכסף לאחרים ולהשתכר ע"י כך, ומדלא חילק הרא"ה בין עיסקא קיימת לעיסקא שאינה קיימת, משמע דאף דאין בו ממש אצל הלואה, כיון שיש לו הגבלה בהוצאת המעות, יכול להקנותו באגב, וכמש"כ. והטעם נראה לפמש"כ בתשב"ץ (ח"ד בחוט המשולש הטור השני סי' יג, בד"ה ובאמת) לחלק בין דבר שלא בא לעולם לדבר שאינו ברשותו, דדבר שאינו

בעולם החסרון הוא בגלל שאינו במציאות אין לקנין על מה לחול, משא"כ דבר שאינו ברשותו החסרון הוא בגלל שלא סמכא דעתיהו של הקונים והמוכרים. ואף דהתשב"ץ מיירי שם בעובדא דידיה שהיה הדבר מצוי לקנות בשוק, מ"מ גם חסרון קנין אגב בהלואה הוא מטעם שאינו ברשותו ולא חשיב כלא בא לעולם כלל, וע"כ י"ל דבכה"ג שמוגבל בהוצאתם סמכא דעתיה ומהני ביה אגב.

יתירה מזו- אף שרוב עסקיו של הבנק הוא בהלואות, הרי שכמעט כל ההלואות נעשות תמורת ביטחונות, קרקע, בית ונכסים אחרים. הלואות מסוג זה יכולות ללא ספק להכלל בעיסקא של "ולא למישתי שיכרא", וממילא יש לקנין אגב על מה לחול. שהרי כל האיסור של "למישתי שיכרא" הוא שיהיה דבר מצוי מיד לגביית העיסקא, שלא כבהלואה הניתנת גם למישתי שיכרא, שיתכן מאד שלא ימצא המלוה ממה לגבות, וממילא לא סמכא דעתיה לאקנויי באגב. אבל כשיש עיסקא או בטחונות הניתנים למימוש ובאמצעותם לקבל את סכום העיסקא ההלואה, חשיב כמוחזק בידו גם לענין קנין. וכמו שמצאנו לענין בכור דחשיב בכהאי גוונא כמוחזק [בחוי"מ רעח, ז, ועיי"ש בסמ"ע ס"ק כ ובש"ך שם ס"ק ז, ועיי"ע בחוי"מ סו, ח].

יח. מטבע- אינו ברשותו או אינו בעולם

השאלה אם להתיחס אל מטבע שהלוח כאל אינו ברשותו או כאינו בעולם, נתונה במחלוקת דקמאי. הרמב"ם בפ"ו ממכירה ה"ז, כתב וז"ל:

"המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא ע"ג קרקע ... והוא שיהיו אותם מעות קיימים, כגון שהיו מופקדים במקום אחר. אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע וע"ג חוב שיש לו אצל שמעון, יראה לי שלא קנה החוב." וביתר ביאור כתב בפכ"ב ממכירה ה"ט:

"... אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה, אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלושתן ..."

חזינן מדברי הרמב"ם דמלוה לא רק דחשיב אינו ברשותו אלא מוגדרת כאינה בעולם כלל. וצ"ל בדעת הרמב"ם דלא מהני קנין אגב אלא במעות פקדון דחשיבי ברשותו, אבל בהלואה, ואפי' בעיסקא, לא מהני להקנותם אלא במעמד שלושתן, דאף בעיסקא חשיבי המעות שאינם בעין, דאף דהעיסקא אתי מחמת המעות, לא חשיב בהכי בעין. גם המגיד בפ"ו ממכירה ה"ז ציין ששיטת הרמב"ם בהסבר הגמ' בב"ק קד, ב דמיירי בפקדון, ומש"כ הגמ' "מסיק" הוא לאו דוקא, וכמש"כ הרשב"א בבאור דברי הגמ', ולא כתב הרמב"ם כמש"כ הרא"ה, דמיירי דמסיק ביה בעיסקא. והעדיפו הרמב"ם והרשב"א לתקן את גירסת הגמ' ולומר דמסיק הוא לאו דוקא, ולא לאוקמי בעיסקא, מפני דס"ל דלקנין אגב בעי בעין ממש ולא סגי באתי מחמתן, וע"כ אף שהמטבע נמצאת באיזה מקום עלי אדמות, לגבי המלוה חשיב אינו בעולם, דהשעבוד שיש לו על העיסקא של הלוח אינו יכול להכליל את המטבע שיצאה מרשותו כנמצאת בעולם. ולרא"ה י"ל, דחסרון מטבע הוא בגלל שאינו ברשותו ובכה"ג שהוא מוגבל בהוצאתו, סמכה דעתיה, וכמש"כ.

לעומת דעת הרמב"ם, ס"ל לבעל המאור בב"ק (יח, א- בעמודי הרי"ף) דלא חשיב מעות הלואה כאינו ברשותו, וזאת במידה והלוח אינו מסרב להחזיר למלוה, אינו כופר בעצם ההלואה, וכן אין לו כל טענה הדומה לטענת פרעון [כגון טענת יש לי בידך או מחלת לי וכד']; "דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו, שאם אתה אומר כן אפי' מעמד שלושתן לא היה מועיל לו בהקדש וק"ו להדיוט."

מדברי בעה"מ מבוארת הגדרה חדשה למושג "אינו ברשותו". דאפי' הוא ברשותו של הלוח, כיון שיש יכולת למלוה לקחת את מעות ההלואה כתוצאה מנכונות הלוח להחזר הכסף, חשיב ברשותו. אמנם אם ללוח אין כעת כסף או שוה כסף ואין ביכולתו להחזיר את החוב, נראה שלא יחשב כברשותו, דהא אינו גם ברשות הלוח, ואף שהלוח מוכן ומזומן

לשלם בעת שיהיה בידו, מ"מ כיון שאינו ברשותו פשיטא שאינו יכול להיות ברשות המלוה. ומש"כ בעה"מ "מסרב ליתן לו", אין כוונתו דוקא סרוב הנובע מהכחשה לבעל הדין, אלא ה"ה סרוב מאי יכולת לתשלום. ובמלחמות שם חלק על בעה"מ, וכתב דמעוה הלוואה חשיב אינו ברשותו. ולכאורה מדבריו שם מבואר שאין המטבע נחשבת כאינה בעולם וכדעת הרמב"ם, אלא רק אינו ברשותו. אולם מראיתו של הרמב"ן ממקדש במלוה, הסיק הקצוה"ח בסי' ריא ס"ק ה דכוונתו שאין כאן כלום, לא כסף ולא שווה כסף. אך גם להסברו של קצוה"ח ניתן לומר דכיון דאינו ברשותו, לגבי המקדש חשיב שאין כאן כסף, ומ"מ אינו סובר בדעת הרמב"ן דאינו כלל בעולם.

ומדברי הריטב"א בקידושין (נו, א) בההיא דאין לוקחים בהמה טמאה ממעות מעשר שני, נראה דס"ל כבעל המאור, וז"ל:

"וכי תימא כיון דלא הוי ברשותיה, היכי מצי עביד הכי, דהא אמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים, אין הנגזל יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו. ואיכא למימר דלא אתו לידיה דמוכר בתורת גזל אלא בתורת מקח וממכר, והיה סבור שיצאו לחולין, ואילו איתיה קמן ואמרינן ליה דליהדרינהו ללוקח הוה מהדר להו, וכיון דטעותא הוא לא היה מעכב להו, כפקדון חשיב גביה ..."

[ועיין בקצוה"ח סי' שנד מה שתמה עליו] וזה ממש כסברת בעה"מ. אלא שראיתי בדברי יחזקאל (סי' נד) שכתב לחלק בין גזלן המוכן להחזיר לנידון הריטב"א, דבאינו ברשותו של נגזל יש שני ענינים, א- מה שאינו ברשותו לעשות בו בפועל מה שירצה. ב- מה שיש בחפץ קניני גזילה של הגזלן. ומה דמהני יכולתו ורצונו להחזיר דיחשב כברשותו, היינו דוקא במקום שהחסרון הוא שאינו ברשותו בפועל, אך לענין מה שיש עליו קניני גזילה של הגזלן, לא מהני עד שיחזירו ממש, וע"כ ס"ל דגם הריטב"א אינו כשיטת בעה"מ.

וע"ע ברשב"א בב"ק ע, א, וז"ל:

"עוד יש להעמידו דגזילה קיימת ואיכא עדים וראו, דהא גזילה חוזרת היא בעינה. וללישנא קמא לא כתבינן, דכל מה דלא מצי מקדיש לא כתבינן, וללישנא בתרא כתבינן, דכל דלא כפריה והא בעיניה, ולא מצי כפר דהא איכא עדים וראו, אי בעי מקנה לה אגב ארעא דברשותיה קיימה דהא הדרה בעינה, אלא דלא מצי מקדיש דגזירת הכתוב היא ... מ"מ מצי מקני לה." היוצא מדבריו דכל היכא דלא כפריה ואיתא בעינה ולא מיאש מינה [דאל"כ לא הדרה בעינה אלא רק חיוב דמיס], אף שאינו יכול להקדיש מכח גזירת הכתוב, מ"מ יכול להקנות. אמנם נראה דחוב אף היכא דלא כפריה או במלוה בשטר כיון דלא הדר בעינה, לא מצי לרשב"א להקנותו. וע"י ברע"א על השו"ע חו"מ ריא, ז, שכתב דכן דעת הרשב"ם.

ומ"מ אפשר דגם הרא"ה אוהזו בשיטת הרמב"ן, דחסרון המטבע הוא מפני שאינו ברשותו, וע"כ כל היכא שיש מגבלה בהוצאת המעות סמכא דעתיה טפי ומהני ביה קנין אגב, הן במחצה מלוה והן במחצה פקדון. אמנם כבר בארתי לעיל, והוא העיקר, שאפי' שרוב עיסקי הבנק בהלוואות, מ"מ מכיון שההלוואות ניתנות תמורת בטחונות של ממש יחשב הדבר כבעין לענין חלות קנין אגב, וע"כ לשיטת הרא"ה לא גרע עיסקי הבנק שבהלוואה מכל עיסקא שחלות קנין אגב חל אפי' על החצי מלוה, דהא בכה"ג חשיב ג"כ כהוציאה בדבר בעין. ואין לחלק בין בטחון לעיסקא, דהרי גם בעיסקא מוציאו לעיתים על דבר שבעין שאינו כעת ברשותו של המתעסק, אלא דמכיון דלא שרי ליה להוציאו בדבר האבד, חשיב כבעין וכמצוי בידו לענין אגב.

יט. דין ראוי בכסף המונח בבנק

וע"ע בנתיבות סו, לח שפסק לענין קנין עיסקא כדעת הרא"ה דחשיב בעין ומהני ביה אגב, ובסי' רעח ס"ק ד פסק כמהר"י אדרבי דבשטר עיסקא אף שאסור למקבל להוציאם בשיכרא, מ"מ מחוסר גוביינא הוא ולא הני מעות שבק אבוהון, וע"כ גם המחצה פקדון הוי ראוי

לענין בכור. ורואים א"כ שגדר אחד לענין קנין אגב וגדר אחר לענין ראוי בירושה. דלענין אגב בעי שלא יהיה יכול להוציאו באופן חופשי ושיהיה צריך לעשות בהם עיסקא, אך לענין בכור בעי שיהיה מוחזק ממש ולא סגי במה שהוא ביד אחר, דכיון שאין זה פקדון ממש ויכול להוציאו, לא חשיב כמוחזק אלא כראוי. וע"ע בשער המשפט סי' רעח ס"ק ב דס"ל דחשיב עיסקא כמוחזק בגלל האיסור למישתי ביה שיכרא, עיי"ש. וע"ע בשואל ומשיב המובא להלן, ובמהרי"ק שורש קמה. ובשבות יעקב ח"א סי' קעב כתב דגם פלגא מלוה הוי מוחזק, וראיתו מדברי רש"י ב"מ קד, ב דלהכי קרי להו עיסקא שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעליה שלא תנתן להוציאה. ועוד ראה ממש"כ הרא"ש דגבי מיתמי בלא שבועה ואפי' מיתומים קטנים (ע"ע ברי"ף ב"מ סב, א בעמודי הרי"ף), וע"כ ס"ל דאפי' מחצה מלוה הוי מוחזק ולא ראוי. וצ"ע אם ניתן להוכיח מראיותיו הנ"ל לענין "בעין" של קנין אגב.

ובגינת ורדים (לר' אברהם ב"ר מרדכי הלוי) חלק אה"ע כלל ד סי' יט כתב, בדין מעות המונחות בבנק אם חשיב כראוי לענין ירושת הבעל, שאם החוב הינו בטוח, יש לדמותו למכירי כהונה שבכור נוטל בהן פי שנים, דחשיב כמוחזק, וא"כ ה"ה בבנקים הרגילים לפרוע חובותיהם הו"ל כגבויים ועומדים. וממשיך הגינת ורדים ומחלק בין מתנות כהונה שמשעה שנשחטו הוכרו המתנות, הזרוע הלחיים והקיבה, כמופרשין ועומדים דמו אלא שעדיין לא הגיעו ליד הכהן, ולכך במכירי כהונה חשיב כאילו ברשותו של כהן, משא"כ מעות הבנק שלא הופרשו דינם כראוי. אך מהמשך דבריו נראה סתירה קצת למש"כ, וז"ל:

"גם אין לומר דמעות שבבנק דמו למעות שהן בעיסקא שביד אחרים, ואפי' הן מחוץ לעיר חשיב כמוחזק, וא"כ י"ל כיון שנותנים הנכסים בבנק להרויח כו"כ מעות לשנה דחשיב כעיסקא, הא ליתא, דדוקא בשותפות ועיסקא חשיב מוחזק, דאכתי אגיד בהו בעל המעות להפסד ולריוח ולא יצאו המעות מרשותו לגמרי. אכן בבנק יצא מרשותו של בעל המעות לגמרי ולא שייך בהו ולא אגיד בהו כלל, והרוח שמקבל אינו אלא שכר המתנת הלואה שממתין עליהם, וא"כ הוא כדן הלואה לגמרי."

היוצא מדבריו דמעות המונחות בבנק שעוסק בהן אין דינו עליהם כעיסקא אלא כהלואה גמורה. ברם לענ"ד הגינת ורדים מיירי במניח מעותיו בבנק והבנק מתעסק בהם והוא מקבל את הרוחים, אולם אם עשה הנותן עם הבנק חוזה מחייב ע"פ היתר עיסקא, וכמש"כ לעיל שהבנקים נוהגים לעשות כן עם לקוחותיהם וההסכם מחייב, חשיב הנותן בבנק כאגיד במעות ויחשב הדבר כעיסקא, הן לענין מוחזק והן לענין קניני הממון.

וראיתי ליעבץ בשאלותיו ח"ב סי' לא שכתב אודות אלה שפסקו במי שהניח מלוה ביד צבור שבכור יטול בה פי שנים דהו"ל כמונח בבנק. וחלק עליהם היעבץ וכתב, דלדעתו רבים גריעי טפי, דאע"ג דאין עניות בציבור מ"מ קדירא דבי תרי לא חמימא ולא קרירא. ובבנק אע"ג שנחשב לבטוח מ"מ אינה נגבית אלא בראית פנקסים, ואם ארע בהם טעות אינו גובה מעותיו. ואפי' בפקדון, לא מיבעיא במפקיד אצל שולחני שמשמש בהם והם באחריותו דפשיטא ליה דחשיב כמלוה ואין בכור נוטל בהם, אלא אפי' בבעה"ב שהם אצלו באחריות פשיעה, ואי בעי כפר בהם או שלח יד, חשיב כראוי. וא"כ כספים שבבנק לדעת היעב"ץ גריעי טפי ממלוה שביד אחר ולא חשיב כמוחזק. ומ"מ נלעי"ד דדוקא היכא שלא קיימי כספים בהיתר עיסקא ודוקא לגבי בכור, אבל קיימי בעיסקא מחייבת, לענין קנינים לא חשיבי הכספים כמלוה. ברם, אם הכסף מבוטח ע"י הממשלה פסק בערוך השולחן (חו"מ רעח, יג) דדינו כמוחזק, וכ"פ הגר"א"ה הרצוג בפסקים וכתבים חו"מ סי' צ, דלא כנודע ביהודה (מהדו"ק חו"מ סי' לד).

כ.בין עיסקא להיתר עיסקא



השואל ומשיב (כרך ב ח"ד, תנינא, סי' פד) נשאל אם בכור נוטל פי שנים בעיסקא. וכתב לחלק בין עיסקא ממש שנעשו שותפים בפרקמטיא, דאף שיכול להחליפה, עיקר העיסקא בא ממנה ונקרא מוחזק במחצה פקדון, לבין שטרי עיסקא דידן שנועדו להפקיע איסור ריבית ולא נועדו לעיסקא מיוחדת, ויכול הלואה לעשות במעות מה שירצה ואפי' למישתי ביה שיכרא, בכגון זה אף בחלק הפקדון לא מקרי מוחזק. ולא מיבעיא לענין בכור, אלא אף לקנינים אינו יכול להקנותו באגב, דמיקרי "אינו ברשותו". ולדבריו י"ל, דמה שתירץ הרא"ה דבעיסקא מהני בה אגב, מיירי בעיסקא ממש ולא בהלואה שניתנה בעיסקא ומטרתה להציל מאיסור. אמנם מש"כ דשרי ללואה למישתי שיכרא במעות שהולו ע"פ היתר עיסקא, צ"ע דבנוסחי היתר עיסקא דידן מוזכר בהם במפורש שיעשה בהם עיסקא ויתעסק בעסק טוב וסחורה טובה, עיין בגינת ורדים כלל ו סי' ד, ובנחלת שבעה סי' מ [תקנת מהר"מ], ובחכמת אדם כלל קמג. ואף שאם ישתה בהם שיכרא אינו כגזלן עליהם אלא הם רק באחריותו, ונפק"מ שיצטרך לתת עדיין הרוחים למלואה, מ"מ לא שרי ליה למישתי ביה שיכרא. ואי מיירי השואל ומשיב בהוציאם בעסק לא טוב או בסחורה לא טובה, א"כ גם בעיסקא ממש לא יוכל להקנותם באגב ולא חשיב מוחזק. וע"ע בענין זה בחלקת יעקב (חי"ג- קונטרס הריבית- סי' קצט-ר), וצ"ע לדינא. אך נראה דבחשבונות עו"ש גם השואל ומשיב יודה דמהני, שהרי הבנקים מיעדים את כספי הפקדונות לעיסקא ובודאי שלא למישתי שיכרא. ועדיין צ"ע לשיטתו, כיון שרוב עיסקי הבנק בממון העו"ש הוא בהלואות לאחרים.

#### כא. מעמד שלשתן במלואה בשטר

דא עקא, חובו של הבנק כלפי הלקוח נחשב כחוב בשטר, שהרי הבנק נותן ללקוח בעת ההפקדה מסמך המאשר את ההפקדה, חתום בחותמת הבנק ומאושרת בחתימת יד פקיד הבנק, וע"כ יש לדון אי מהני במלואה או בפקדון שבשטר להקנותו במעמד שלושתן.

הרשב"א בתש"י סי' תתקפד, כתב וז"ל:

"עוד השיב בהוציא עליו כתב ידו, דאע"ג שנאמן לומר פרעתי לדעת הגאונים ז"ל, אפילו הכי יכול למוכרו בשעבוד נכסים, דלמכירת שטרות לא מעלה ולא מוריד, דהא ודאי דין שטר יש לו אלא שאין לו קול..."

מדברי הרשב"א עולה דשטר בכתב ידו, אף שלענינים מסוימים אין דינו כשטר, כגון לענין פרעתי, מ"מ נמכר בכתיבה ומסירה כשטר גמור, דהא השעבוד כלפי הלואה הוא בשטר, ורק לענין לקוחות גרע מפני שאין לו קול, אבל בעצם השעבוד שוים הם, וע"כ מכירת שעבוד היא כמכירת שעבוד שבשטר עם עדים. וכ"כ בעל התרומות (שער נא חי"ג אות ה), וז"ל:

"ותו קא מיבעיא לן נמי בחוב שהוא בכתיבת ידו של לוח שרוצה למכרו, אם דינו כשטר שיהיה נקנה בכתיבה ומסירה, או דילמא כיון דלא גבי אלא מבני חורין, כמלואה ע"פ דינין ליה ולית להו תקנתא לאקנויי לחבריה אלא במעמד שלושתן. ומסתברא דכולהו בעינן כתיבה ומסירה, ובכתיבה מיהא קני, דמה לנו אם לא יטרופ ממשעבדי, מ"מ מבני חורין גבי ושטרי ראייה מיקרו..."

וכ"פ בשו"ע חו"מ סו, דמהני כתיבה ומסירה לשטר בכתב ידו. והתוס' בגיטין יג, א (ד"ה תנו) כתבו, דלמאן דמוקי לה בבריא ובמעמד שלושתן, אין צ"ל דלדידיה רישא נמי איירי במעמד שלושתן, ואשמעינן דלא תיקון מעמד שלושתן בשטר אלא בממון. ולמד הקצוה"ח (סי' סו ס"ק כד) מדברי תוס' אלו ומדברי התוס' בב"ב קנא, ב-קנב, א דלא מהני מעמד שלושתן בשטר. וכן מבואר נמי מדברי הריטב"א בקידושין (מח, א), וז"ל:

"... ודין מעמד שלושתן איתיה בכל דבר שגופו ממון, ולאפוקי שטר דבעי כתיבה ומסירה ולא מיקני במעמד שלושתן..."

ומבואר מדבריו דלא מהני למלוה בשטר מעמד שלושתן.  
והנה הר"ן בגיטין (ה,א- בעמודי הרי"ף, לפני ד"ה גמ'), כתב

וז"ל:

"ובגט פשיטא דמעמד שלושתן לא מהני, דלא תיקנו רבנן מעמד  
שלושתן אלא במידי דזכות אבל במידי דחובה לא, אבל בשטר  
שחרור צריך תלמוד, אמאי לא מהני מדין מעמד שלושתן שעשו  
בו חכמים שאינו זוכה כזוכה. אלא מכאן יש לתלמוד שלא תקנו  
חכמים מעמד שלושתן בשטר. וטעמא דמילתא, משום דבשלמא בדבר  
שגופו ממון איכא למימר דמיגו דמצי זכי לנפשיה תקינו רבנן  
דליזכי לחבריה, אבל דבר שאין גופו ממון כשטר, דלא מצי  
זכי ביה, לא תקינו רבנן דליזכי לחבריה, זה נ"ל."

ונחלקו הקצוה"ח והנתיבות בהסבר דבריו. הקצוה"ח הנ"ל למד דדוקא  
בשטר שחרור דלא שייך גביה שיזכה אחר, דהא נכתב ע"ש העבד, לא  
שייך שיזכה במעמד שלושתן, אך שטרות ממוניים דשייך שיזכה אחר,  
שייך גבייהו מעמד שלושתן. והנתיבות שם בס"ק כט נחלק עליו וס"ל  
דלר"ן לא מהני בשטר כדוגמת שט"ח שיזכה במעמד שלושתן, דהא בשטר  
צריך כתיבה עם המעמד שלושתן, וכיון דבכתיבה נזכר שם הלוקח לא  
שייך שוב שיזכה בו אחר שנאמר גביה מיגו דזכי וכו', וא"כ דינו  
כשטר שחרור שאינו נקנה בכתיבה ומסירה.

אלא דצ"ע לדעתם אם רק השטר אינו נקנה במעמד שלושתן אבל גוף  
החוב נקנה אפי' במלוה בשטר, או דילמא אפי' החוב עצמו אינו  
נקנה, דלא שייך כלל קנין מעמד שלושתן אלא בחובות שבע"פ. ומדברי  
הריטב"א הנז' מוכח דדוקא בשטר שאין גופו ממון לא מהני ליה קנין  
אלא כתיבה ומסירה עקב החסרון שאין גופו ממון, ומשמע דגוף המלוה  
דמהני גביה מעמד שלושתן, אין שעבודו שבשטר מהוה חסרון המפריע  
להקנייתו במעמד שלושתן, ורק תוספת השעבוד שבשטר אינה יכולה  
להיקנות במעמד שלושתן. וכ"כ גם מדברי הר"ן הנז', לא מבעיא  
להסבר הקצוה"ח אלא אפי' לנתיבות, דוקא בשטר דבעי כתיבה ע"ש  
הקונה לא שייך גביה מיגו דזכי וכו', ומהני ליה מעמד שלושתן.  
ברם, השי"ך בס"ק צז על דברי התוס' גיטין יג,ב (ד"ה תנהו)  
הסוברים שאינו יכול למחול שטר הניתן במעמד שלושתן, כתב וז"ל:

"לפיכך נלענ"ד ברור, דמעיקרא לא קשה מידי מה שהקשו התוס'  
והרא"ש וסיעתם והרמב"ן והרשב"א וסיעתם, שנראה לפענ"ד  
ברור דחוב שבשטר אינו נקנה במעמד שלושתן כלל אפי' גוף  
החוב, וגרע ממלוה ע"פ, וטעמא רבה איכא במילתא, דבשלמא  
בחוב בע"פ דנסתלק הלוה מן המלוה לגמרי, נקנה במעמד  
שלושתן, דעשאוהו חכמים כאילו פרע הלוה למלוה ונתן המלוה  
המעות לזוכה, דהו"ל ליה בעל דבר דזוכה ושוב אין לו עסק  
עם הלוה הראשון כלל, משא"כ בהלוואה שבשטר, שכל זמן שהשטר  
הוא ביד המלוה ובאי כוחו, לא נפטר הלוה מן המלוה הראשון  
לענין פרעתי וכה"ג... אלא ודאי לא איבטל שטרא והו"ל  
כאילו לא פרע עדיין למלוה ומשועבד עדיין למלוה הראשון,  
וא"כ איך שייך מעמד שלושתן בזה כיון שלא נסתלק מן המלוה  
הראשון, ואין סברא לומר שנסתלק לחצאין לענין שחייב המעות  
בע"פ לזוכה. ועוד דדין מעמד שלושתן הלכתא בלא טעמא הוא  
והבו דלא לוסיף, ומנין לנו להוסיף בתקנת חכמים..."

חזינן מדברי השי"ך תרי טעמי אמאי לא יהני מעמד שלושתן במלוה  
בשטר, אף לגוף החוב. הראשון- ברגע שהשטר נשאר ברשות הראשון יש  
כלפיו את שעבוד הלוה, ואי אפשר ולא מסתבר לחלק את שעבוד החוב  
לחצאין, שהרי השעבוד שבשטר גורר אחריו את גוף החוב ומותיר אותו  
אצל המלוה הראשון. השני- כיון דמעמד שלושתן הלכתא בלא טעמא  
והבו דלא לוסיף עלה, אין לנו להרחיב את תקנת חכמים שבאה לענות  
על מצוקת השוק בהקניית חוב בע"פ כפרעון, ולא באה למצוא פתרון  
למלוה בשטר אותו ניתן להקנות בכתיבה ומסירה, וע"כ לא מהני גביה  
מעמד שלושתן. וע"כ ס"ל לשי"ך דלא מהני מעמד שלושתן אא"כ יקרע את  
השטר ויהפוך את המלוה בשטר למלוה ע"פ. אך להלכה כתב השי"ך  
דמסתפינא שלא אכזה בגחלת התוס' והרא"ש ושאר גדולי הפוסקים,"

וע"כ דוקא גוף השטר לא נקנה במעמד שלושתן. וכ"נ מדברי הנתיות שם ס"ק לט. ואף למה שכתב הש"ך בפשיטות דלענין פרעתי לא מהני להקנות השטר, עיין בשער המשפט ס"ק יט וס"ק כז דס"ל דבכה"ג הלוה לא מצי לטעון פרעתי, דמצד הסברא מכיון שהשטר הוא ביד המלוה וגם יכול ליתן לו תמיד את הכתיבה ומסירה, שייך בזה החזקה דשטרך בידי מאי בעי, ורק לענין משעבדי צריך כתיבה ומסירה, וכ"פ בתומים ס"ק נד, וע"כ י"ל דגוף החוב שבשטר נקנה במעמד שלושתן. אלא שהסתפקתי, אם ממרני, דדינו שיקנה במסירה לבד בלא כתיבה, אי מהני מעמד שלושתן דידיה גם לשטר. ולעני"ד הדבר תלוי בדברי הריטב"א והר"ן הנז' לעיל בטעמא דלא מהני מעמד שלושתן לשטרות, דלדעת הריטב"א חסרון השטר הוא מפני שאין גופו ממון, וא"כ אף דבממרני אין צריך כתיבה, היינו מטעם דחשבינן לכתובת קני לך איהו וכי' ככתובה בגוף השטר של משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך, או במשתעבד לכל המוציא, אבל לא שאין צריך כתיבה, אלא הכתיבה היא ככתובה בגוף הממרני, וע"כ כיון שאין גופו ממון, לא מהני גביה מעמד שלושתן שיקנה גוף השטר. אך לשיטת הר"ן, להסבר הנתיות, דלא מהני מטעם דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה היכא שצריך כתיבה ע"ש הלוקח, א"כ בממרני שלא יצטרך כתיבה ע"ש הלוקח מצי זכי לאחריניה, ומהני מעמד שלושתן אף לגוף הממרני. וכן ראיתי שפסק באורים (קכו ס"ק עח), ועיין במקצוע בתורה (למהרא"ל צינץ- שם ס"ק נז) מש"כ בזה.

לפ"ז מהני מעמד שלושתן אף בשיק, למרות שהחוב שחייב הבנק ללקוח נחשב כמלוה בשטר בכתב ידו, מ"מ לגוף החוב מהני מעמד שלושתן. אמנם בנידו"ד נראה לעני"ד דגם הש"ך יודה דמהני מעמד שלושתן, דאף שיש בטופס הבנק משום הוכחה להפקדה, מ"מ ההוכחה היא כלפי הלקוח בלבד ואינו ניתן להעברה או למכירה, ולא מהני גביה כתיבה ומסירה. וע"כ כל מש"כ הש"ך דלא מהני לגוף החוב מעמד שלושתן, היינו דוקא כשיש שטר שניתן להקנותו בכתיבה ומסירה, אך שטר שאינו מועבר חשיב כמלוה ע"פ ומהני ליה מעמד שלושתן. והסתפקתי לדעת הש"ך דמהני מעמד שלושתן במלוה בשטר לגוף החוב, מה יהיה הדין אם מכר את החוב שבשטר בשתות יותר משווי והקנהו במעמד שלושתן, אם יש במכר זה דין אונאה, לפמש"כ הקצוה"ח בסי' קכו ס"ק ט דאף שאין לשטרי חוב אונאה דאימעטו מדין אונאה לפי שאין גופם ממון, אבל במוכר חוב ע"פ במעמד שלושתן, הוי גופו ממון ויש לו אונאה. וא"כ גם כשמוכר מלוה בשטר במעמד שלושתן, דלש"ך מהני רק לגופו של חוב, יהיה בו דין אונאה. ואפשר די ש לחלק בין מלוה שעיקרו ע"פ שגופו ממון, למלוה בשטר שמוכר רק את המלוה ע"פ. גם דינו של הקצוה"ח אינו מוסכם, עיין בדברי חיים (לגרי"א אויערבך- הלי הלואה סי' לו) מה שהקשה עליו. גם באמרי בינה חלק בחריפות על דברי הקצוה"ח (דיני גביית חוב סי' לב אות א) "דהוא דבר זר לומר דהא מ"מ לא הוי דבר המטלטל ולא עדיף מקרקעות". ולשיטתו אזיל, מהלכות הלואה סי' סג אות כב, שהשיג עליו ג"כ, עיי"ש.

#### כב. כשנמצא החשבון ביתרת חובה

כל הנ"ל מתיחס למצב שבו נמצא חשבון העו"ש ביתרת זכות, כשהכסף ניתן לבנק בתורת עיסקא. אולם גם כאשר יש ללקוח משיכת יתר מאושרת, והוא מושך מהבנק סכום השווה לגובה המשיכה המאושרת, ניתן להקנות את ההלואה הזו בקנין אגב, ע"פ הסבר הכסף משנה בפכ"ב מהלכות מכירה ה"ג. הרמב"ם שם כתב, וז"ל:  
"אבל הפוסק על שער שבשוק, ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות המוכר, חייב הלוקח לקנות וליתן ללוקח מה שפסק, ואם חזר בו, מקבל מי שפרע."  
וציין הכסף משנה לתוספתא פ"ד דבב"מ כמקור לדברי הרמב"ם. והקשה הכס"מ סתירה בדברי הרמב"ם, שכאן כתב דמהני הקנין אף שאינו ברשותו, ואילו בה"ה פסק דלא מהני קנין היכא שאינו ברשותו.

ותירץ, דכיון שזה דבר הנמכר בשוק בכל שעה והוא מצוי לקנותו, חשיב ליה בידו. וכן מש"כ הרמב"ם בה"ח שמהני קנין אגב רק למטלטלין הנמצאים ברשותו, היינו דוקא מטלטלין שאינם מצויים לקנותם בשוק, ורק כשאינם מצויים בשוק ואינם מזומנים בידו לקנותם בכל שעה, אינו יכול להקנותם באגב. ובתירוץ שני כתב דדוקא דמים ולענין מי פרע מהני במצוי בשוק, אבל לקנין אגב צריך שיהיה ממש בידו.

מדברי הכס"מ בתירוץ הראשון מבואר, דמהני קנין אגב אפי' אינו ברשותו כלל, אלא מכיון שהוא מצוי בידו לקנותו בשוק, יכול להקנותו בקנין אגב. לדבריו י"ל דהוי קנין על תנאי שיקנה אח"כ, ובשעה שיקנה יחול המעשה קנין שעשה כשלא היה ברשותו, והרי זה כקנין על תנאי שחלותו מותנית באם יקנה בשוק, וגם לכסף משנה אין הקנין חל כשאינו ברשותו.

לפ"ז לא גרעה משיכת יתר מאושרת מחשבון הבנק שודאי נחשבת כדבר המצוי בידו, ומעשים בכל יום שאנשים נותנים שיקים גם כשאינם ביתרת זכות והבנק מאשר עד לגובה מסוים, כאו"א לפי ערכו וכוחו, ועד לגובה המאושר אין הבנק מחזיר את השיק. ועדיפא ממקח המצוי בשוק דהוא מחוסר מו"מ עם המוכר ואין למקנה כעת כל שייכות וקשר עם המוכר, משא"כ בחשבון הבנק, כבר סוכם על גובה משיכת היתר והבנק פורע כמעט ללא יוצא מן הכלל. יתרה מזו- הבנק חייב מכח חוזה עם הלוקח לפרוע משיכת יתר מאושרת כשאין שינוי נסיבות [כגון שהעני הלקוח או פשט רגל וכד'ן], וע"כ חשיב טפי בידו וטפי מצוי ממקח שבשוק, ומהני ביה קנין אגב לתירוץ הראשון של הכס"מ. ולא דמי כלל לכסף שביד הלוה, דמעוה הנמצאים אצל הלוה אפשר שלא יתן אותם למלוה ויטען טענות כנגד החזר החוב, וע"כ לא חשיב המעות בעין, משא"כ שולחני ובנק שאומנותם בהכי להלוות ולתת אשראי, דמי לפירות הנמצאים בשוק אצל המוכר ומצוי ביד המקנה לקנותם.

אמנם לתירוץ השני לא מהני קנין אגב אף במצוי בשוק, דלתירוץ זה כל דברי הרמב"ם מוסבים על קנין כסף שאינו קונה קנין גמור אלא לענין מי שפרע. ולענין הלכה מצאנו בזה מחלוקת בין הפוסקים. בשו"ע חו"מ רטו, הובאו דברי הרמב"ם הנ"ל, ובסמ"ע שם בס"ק כג פסק דכיון דמצוי לקנותו מהני ביה קנין גמור, היכא שיצא השער כמו שפסקו, ולדעת הש"ך שם בס"ק יג לא מהני ביה קנין גמור אלא רק לענין מי שפרע. ובדברי קצוה"ח ס"ק ט והנתיבות ס"ק ט מבואר דמחלוקתם תלויה בשני תרוצי הכס"מ הנ"ל. ולענין הלכה- אף שבקצוה"ח תלה את תירוץ הכס"מ במחלוקת המבוארת בשטמ"ק פ"ד דב"מ, אי אמרינן מי שפרע כשמעות לא קונות דבר תורה, דהכס"מ בתירוץ הראשון והסמ"ע סוברים דלא מהני גם לענין מי שפרע, אם לא קונות מעות דבר תורה, וכדעת רבי יוחנן שם מז, ב דדבר תורה מעות קונות, וכדאיתא בגמ' שם; תנן אבל אמרו מי שפרע, אי אמרת בשלמא מעות קונות משום הכי קאי במי שפרע, ומשמע דלדין דקיי"ל כרבי יוחנן דמעוה קונות דבר תורה, משום הכי קאי במי שפרע, וע"כ אי אפשר שיהיה במי שפרע בדבר שאינו ברשותו, אם אין בו היכי תימצא של קנין גמור. ואף דהקצוה"ח הביא דעה המובאת בשטמ"ק הסוברת כרבי יוחנן, ובכל זאת קאי במי שפרע גם כשמעות אינן קונות, מ"מ נוקט הקצוה"ח כדעת התירוץ הראשון בכס"מ. [ועיי' בדברי חיים לגרי"א אויערבך, מש"כ על דברי הקצוה"ח]. וכן כתב במשכנות יעקב חחו"מ סי' נד שדעת הרבה פוסקים, הראב"ד, הראב"ה ועוד כמה פוסקים, דהמוכר לחבירו דבר שיש לו שער ידוע ומצוי למכור בשוק, חייב להעמיד לו מקחו. וכן האריך בתש"ו שב הכהן סי' צח, וכ"פ בפנים מאירות ח"ב סי' ת. גם מדברי התשב"ץ (ח"ד בטור השני סי' יג- הנ"ל) מבואר כדברי הסמ"ע דמהני ביה קנין, וכן נראה בדעת הט"ז חו"מ רטז, ה. ואף שמדברי הנתיבות בס"ק ט המביא ראייה קצת לדעת הש"ך ומישב קושיית הסמ"ע, משמע קצת כש"ך, נראה שלא הכריע לגמרי כדעת הש"ך. וראיה לכך ממשמעות דבריו ביור"ד (בחוות-דעת) דמהני קנין גמור כשמקנה לו פירות סתם המצויים

בשוק, לאפוקי פירות אלו, ואף מהשי"ך שם ביור"ד נראה שיועיל קנין גמור. דשם ביור"ד (קעה,ו) כתב המחבר דהפוסק על שער נותן לו כשער שהיו שוים כשנתן לו המעות, והחוזר בו מקבל מי שפרע. וכתב שם בשי"ך ס"ק יב, וז"ל:

"היינו שלא חייב עצמו בקנין אחר רק בדברים, וכמש"כ בחו"מ סי' רט ס"י"

ומשמע מיניה דבעשה קנין גמור אינו יכול לחזור בו כלל, וזה סותר למש"כ בחו"מ. וסתירה זו הקשה בחוות דעת שם בס"ק ד. והסיק שם החו"מ להלכה, דבפוסק וקונה בקנין על יין סתם מהני, אף שאינו ברשותו אלא מצוי בשוק, ורק בפוסק על יין זה לא קני, דמי יימר דמזבני ליה. וע"כ י"ל דמש"כ בנתיבות ראייה קצת לדעת השי"ך בחו"מ, היינו לראיה בעלמא, אך להלכה נראה עיקר כמש"כ ביור"ד לחלק בין פירות סתם לפירות מסוימים.

וברבי עקיבא איגר בתש"י קלד הביא את מחלוקת הסמ"ע והשי"ך ולא הכריע. ובהגהותיו על השו"ע (חו"מ ריא,ו), על הא דאיתא שם דלא מהני קנין אגב למטבע או מטלטלין אא"כ נמצאים ברשותו, כתב וז"ל:

"לדברי הסמ"ע לעיל סי' ריז [צ"ל: רט] ס"ק כג, לכאורה מיירי הכא בדברים שאינו מצוי לקנות בשוק, וע"י בכס"מ ר"פ כב ממכירה."

ונראה שרצה ללמדנו, דלא נימא דבשו"ע פסק הכס"מ דלא כתירוצו הראשון, וכדי שלא נשוה לסמ"ע כטועה בדבר משנה תירץ דמיירי התם באינו מצוי.

[ וע"ע במשפט שלום לרב מברעזאן סי' רט ס"ו שדן בזה באריכות, ובדברי חיים (לגרי"א אויערבך - מכירה סי' ל). ובמנחת פיתים לגרי"מ אריק בסי' רט ס"ו, הביא מהבית שלמה בתש"י חו"מ סי' פה דמהני פוסק על שער שבשוק מדין התחייבות, שהוא מחייב עצמו בזה להעמיד ללוקח מקח זה, ומהני קנין להתחייבות לגמרי. וכתב ע"ז המנחת פיתים, דאפי' בלא יצא השער, כל שהדבר מצוי לקנותו, אם קנה בשאר קנינים [לא בכסף] או שכתב המוכר שטר בלשון התחייבות - מועיל, אבל באינו מצוי, אפי' התחייבות בפירוש לא מהני, עיי"ש.]

ומ"מ נראה דבנדו"ד מהני קנין אגב. ומכיון דמהני ביה קנין לא חשיב לענין מעמד שלשתן כהלכתא בלא טעמא, ולא שייך גביה הבו דלא לוסף עלה, וע"כ מהני ביה מעמד שלושתן ע"י שליח או ע"י הכתב, אף שהחשבון עו"ש ביתרת חובה.

כג. בהסבר דברי הכסף משנה

בנדריים לד,ב, בדברי רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש וכ"ו, כתב הרא"ש בפירושו, וז"ל:

"והקשה הר"ר אליעזר ממיץ, אמאי נקט ככר של הפקר, לימא היתה לפניו ככר של הקדש. ופי' בשם הר"ר יצחק, שהככר של הפקר היתה רחוקה ממנו הרבה ואין אדם סמוך לה שיוכל לזכות אלא הוא, ואמר לכשאזכה בככר זה תהיה הקדש, וקמ"ל דחל עליה הקדש, דכיון דבידו לזכות בו כדאמר בפרק אע"פ שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה תקדוש, דקדשה הואיל ובידו לפדות".

מדברי הרא"ש מוכח דכל היכא דהוי בידו ממש לזכות בו ללא כל מניע ומפריע, מהני להקדישו, אבל פשוט שמצוי בשוק אינו כלול בהגדרה זו, ובזה לא מיירי הרא"ש כלל. ול"ש שיפרש הרא"ש דמיירי בבידו כבמצוי בשוק, דהא הגמ' מיירי בהפקר, ול"ש אוקימתא בכה"ג. אך לשיטת הרמב"ם להסבר הכס"מ צ"ל דמהני הקדשו במצוי לקנות כמו דמהני ביה קנין, והוי הקדש בתנאי שיקנה.

והנה הרמב"ם בפכ"ב הט"ו, כתב וז"ל:

"ודין ההקדש ודין העניים ודין הנדריים, אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה, אע"פ שאינו מתקדש

לפי שאינו בעולם, הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר; 'ככל היוצא מפיו יעשה'.

הובאו דבריו להלכה במחבר חו"מ ריב, ז, דלא כרמ"א שפסק כתוס' בב"ק לו, ב, (ד"ה יד) והרא"ש שם דלא מהני לשון "יהיה". ובסעיף ט כתב המחבר דאם אמר קרקע זו לכשאקננו יהיה הקדש, אינו כלום. והקשה עליו הרמ"א דלדעת הרמב"ם, דכותיה פסק המחבר בסעיף ז, ה"ה בקרקע מהני לשון יהיה. ותירץ הסמ"ע (ס"ק כב) וחילק בין תלד פרתי שהוא דבר הבא ממילא לקניית קרקע שאינו בידו, ובש"ך ס"ק יב מאן בחילוקו. ויש להקשות על הסמ"ע דס"ל בסי' רט ככס"מ, אמאי לא יהני לשון יהיה בקרקע- לכשאקננו, וא"כ עדיפא קרקע מתלד פרתי, דתלד פרתי הוי רק חיוב לקיים ובקרקע לכשאקננו הוי הקדש על תנאי. וצ"ל דהמחבר מיירי בקרקע זו, ובקרקע זו לא שייך לומר מצוי בשוק, ודוקא בקרקע סתם או בחפץ סתם שייך לומר מצוי בשוק, וע"כ לא מהני גביה הקדש.

עוד יש להקשות על הכס"מ, הכיצד מהני להקנות דבר המצוי, הא כיון דאינו מסוים לא מהני לשיטת הרמב"ם, וכמש"כ בפ"ג מזכיה ה"ה, דהכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך, הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום, וכמו שפסק הרמב"ם בפכ"א ממכירה ה"א וה"ב דדוקא שמסיים לו ואומר ערימה זו של חיטים, מרתף זה של יין, ולא מהני ערימת חיטים סתם. וצ"ל דסיוס מקום אינו חסרון בעצם הקנין שאין לו על מה לחול אלא חסרון בגמירות דעת הקונה, וכמש"כ הרמב"ם בפכ"א ממכירה ה"ג "שלא סמכה דעת הלוקח שהרי אינו יודע מה יש בו". וזה דוקא בדבר ששייך גביה קפידא ובדבר שיש בו כמה סוגים ואינו אומר לו איזה מסוגיהם מקנה לו, אבל דבר שלא שייך גביה קפידא כמטבע, או שאומר לו שמקנה לו חיטים מסוג מסוים דלא שייך בכה"ג קפידא, סמכה דעתיה אף שאינו מסוים. וע"ע במש"כ החוות דעת ביור"ד סי' קעה ס"ק ד, המובא גם לעיל (ס"ק כב).

כד. שיק כמעמד שלושתן- בספיקא דדינא

לאמור לעיל דדינו של השיק כמעמד שלושתן, יהיה נפק"מ גם לענין מי נקרא מוחזק בספיקא דדינא. בסימן יאויב-טו, בענין אונס בשכירות פועלים, דנתי מצד אי היות השיק מוגדר ככסף, והן מצד מוחזקות בשטר. כל זה יהיה נכון אם נגדיר את השיק כשטר התחייבות, אך אם נגדיר את השיק כמעמד שלושתן, נתינת השיק הרי היא כהעברת הכסף לרשות מקבל השיק, וממילא יחשב מחזיק השיק כמחזיק בממון. וראה בחו"מ סו"ס קכו (בש"ך ס"ק קה) שהביא מתש"י מהר"מ אלשיך, בשמעון שמכר בית לראובן וקבל עליו לסלקו מכל ערעורים ושעבד לו מטלטלי אגב קרקע, ואח"כ הפקיד שמעון ביד ראובן טבעות זהב, ואח"כ נתנם שמעון ללוי במעמד שלשתן [ראובן הנפקד, שמעון הנותן ולוי המקבל], ואחר שנתרצה ראובן ליתנם במעמד שלושתן ללוי, בא לוקח מוקדם והוציא את ראובן מהבית. ועתה בא ראובן לתפוס את טבעות הזהב שניתנו ללוי במעמד שלושתן, כתמורה לביטול מכירת הבית. ופסק המהר"מ אלשיך דאם היה ראובן מוקדם ושעבד מטלטלי באגב, מהני תפיסתו. אולם הש"ך האריך לחלוק עליו, דאפי' היה ראובן מוקדם ושעבד לו מטלטלי באגב לא מהני לתפוס מטבעות שניתנו כבר ללוי;

"שהרי אילו היה בידו של לוי לא היה ראובן יכול לטרוף מלוי, א"כ מה בכך שהוא עתה בידו של ראובן, סו"ס הרי לוי קנהו לחלוטין מיום ההמחאה."

חזינן, דקנין מעמד שלושתן לדעת הש"ך חשיב בידו, אף שאינו בידו ממש.

ברם, יש מקום גדול לחלק בין נידון הש"ך למוחזקות ממשית, שהרי בנידון המהר"מ אלשיך היה דו"ד בין ראובן [הנפקד] לשמעון [הנותן] ולא בין ראובן ללוי [המקבל], וע"כ אינו יכול לתפוס ממון לוי, שהרי דינו עם שמעון ולא עם לוי, וממון שניתן במעמד

שלושתן הרי הוא של מקבל, אך אם היה דו"ד בין ראובן ללוי, אפשר דלוי היה נחשב המוציא, ומ"מ אין לנו ראייה מדברי הש"ך. ומסתבר דכל היכא שניתן במעמד שלושתן חשיב הממון מיד של מקבל לכל הענינים, ורק היכא שהוא ספק בעצם הקנין של המעמד שלושתן, לא חשיב למוחזק מחמת הקנין המסופק, [עיין ברא"ש ב"מ פ"ק הל"ב, ובב"ב פ"ג ה"ס, בקצוה"ח סו"ס רב, ובנתיבות כללי תפיסה אות יט.], דמסתבר דהיכא שהיה קנין, חשיב כשלו ומוחזק בדבר. ובההיא דב"מ ק, א במחליף פרה וחמור וילדה דעל לוקח הראיה, היינו שהוא ספק בגוף הקנין אי הוי הולד בכלל הקנין או לא, וכמו שבאר הסמ"ע בסי' רכד סוס"ק ג. ובההיא דכתובות עו, ב במחליף פרה בחמור ומת החמור ס"ל לרא"ש שם בהט"ז דאף אם החמור בבית בעל החמור על בעל הפרה הראיה, כיון שנולד הספק אחר הקנין, הוי בחזקת בעל הפרה ועליו הראיה. חז"ן, דאף בקנין חליפין חשיב כברשותו לענין כל הספיקות שילודו אחר הקנין, וה"ה בקנין מעמד שלושתן. ואף לרי"ף שם והרמב"ם פ"כ ממכירה הי"ד והמחבר חו"מ רכד, א הסוברים שעל בעל החמור הראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכה, היינו דס"ל דהוי ספק בעצם הקנין ובשעת הקנין, אבל לענין ספיקות שילודו לאחר מכן, מודו דחשיב מוחזק, אף אם בפועל אינו ברשותו.

#### כה. מעמד שלושתן בשיק מאוחר

אין כל מניעה לתת דין של מעמד שלושתן גם לשיק שעדיין לא ניתן לגבותו. התוס' בגיטין יג, ב (סד"ה תנהו) מקשה על מה דאיתא בגמ' ספ"ק דמציעא, בדין המוצא שובר על כתובה בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל, ואמאי, ניוחש דלמא מכרה כתובתה במעמד שלושתן, דאינה יכולה למחול. ותירצו התוס', וז"ל:

"וי"ל דלא תיקנו מעמד שלושתן בכתובה, דאפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם."

היוצא מדברי התוס', דדוקא שטר כתובה שאפשר שלא יבוא לידי גבייה לעולם לא תיקנו ביה מעמד שלושתן, אבל מעצם היות שטר כתובה שטר שלא ניתן לגבייה כעת בגלל היותה של האשה יושבת תחת בעלה, ומעצם היותו שטר שלא הגיע זמן פרעונו, אין הדבר מהווה חסרון שנאמר לגביו שלא תיקנו בו חכמים מעמד שלושתן.

וברא"ש פ"ק דמציעא (אמצע המ"ח) הקשה ג"כ כקושיית התוס', ותירץ וז"ל:

"וי"ל, דאפי' למאן דאית ליה דהא דר"ה אפי' במלוה, היינו במלוה העשויה ליגבות מיד, אבל בכתובה דשמא לא תבוא לידי גבייה לעולם, לא תיקנו מעמד שלושתן."

ויש בדבריו סתירה בין רישא לסיפא, ברישא מבואר דדוקא היכא שעשוי לגבות מיד תיקנו, ואילו בהמשך דבריו מבואר דדוקא כתובה העשויה שלא ליגבות לעולם לא תיקנו. וצ"ל דכוונת הרא"ש לומר שמלוה זה כבר כעת [מיד] נחשב כעשוי להגבות, וע"כ שייך גביה מעמד שלושתן, משא"כ כתובה דכעת אנו מסופקים אם תבוא בעתיד לידי גבייה.

ובתוס' בב"מ כ, א (ד"ה ש"מ) הקשה את קושית התוס' מגיטין, ותירץ וז"ל:

"ועוד י"ל, דלא תיקנו מעמד שלושתן אלא בדבר שראוי ליגבות מיד, אבל בכתובה דאינו חייב עתה עד אחר גרושין, וגם שמא לא תתגרש, לא תיקנו מעמד שלושתן..."

מדברי התוס' עולה דדוקא דבר הראוי ליגבות מיד מהני בו מעמד שלושתן, אבל שטר שזמנו מאוחר, לא מהני ביה קנין מעמד שלושתן. אלא דהתוס' המשיכו וכתבו דיש לחוש שמא לא תתגרש, והיינו כתוס' והרא"ש הנ"ל. וע"כ נראה דכוונת התוס' לומר, דדוקא דבר המחוטר מעשה כגרושין לא תיקנו, אבל בשט"ח שלא הגיע זמנו, חשיב כבר עתה כראוי להגבות בזמנו, משא"כ במחוטר מעשה, לא מיבעיא שחסרונו גדול מחסרון זמן, אלא יש גם לחוש שמא לא יעשה את המעשה. וע"כ יש לפרש את דברי התוס' "ראוי להגבות מיד" כמו שפרשנו בדעת

הרא"ש, ואת המשך דברים יש ליחס דוקא למחוסר מעשה ולא למחוסר זמן. ברם בש"ך סי' קכו ס"ק א פירש את דברי התוס' הנ"ל כפשיטות לשונם, דכל שלא מטא זימניה לא מהני ביה מעמד שלושתן. אך להלכה דחה הש"ך את דברי תוס' אלו והסיק דמהני מעמד שלושתן אף בלא מטא זימניה, וכמו שיובא להלן.

בבעל התרומות סוף שער כח, כתב וז"ל:

"ועוד יש לנו טעם אחר לזו ... שנראה לומר שלא שייך מעמד שלושתן בכתובה, דכיון דלא ניתנה להגבות מחיים והוא ממון מסופק אם יגיע זמן גבייתו אם לאו, לא ניתקנה בו הקנאת מעמד שלושתן, דלא שייך ביה למימר מנה לי בידך, דהא הוי ממון המסופק אם יגבה ממנו אם לאו."

וא"כ חזינן דאף מלוה מאוחר ניתן להקנאה מיידית במעמד שלושתן, ורק כתובה המסופקת אם תגיע לכלל גבייה, לא תיקנו בה.

ועיין בש"ך ס"ק א שהביא דעות ראשונים ואחרונים לכאן ולכאן, והסיק דמהני אפי' לא הגיע זמן הפרעון. ועיין בקרבן נתנאל פ"ק דגיטין [צ] שהסיק לחלק, דמהני ביה מעמד שלושתן דוקא מדעתו ולא בע"כ. וכדעת הש"ך פסק התומים ריש סי' קכו, וכ"י מדברי קצוה"ח שם ס"ק ב, שכתב לחלק בין היכא שאין כעת כל חוב לכשלא הגיע זמן פרעון, וז"ל:

"... ולא הוי כמלוה תוך זמנו דהוי ביה מעמד שלושתן, משום

שיבוא לידי גבייה בסוף ..."

וכן נראה לדייק מדברי המחבר (שם ס"ה), וז"ל:

"אמר לו מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלושתן, ואמר אני אתנהו לך לכשארצה, וכשתובעו אומר לו איני רוצה עכשיו, אין בדבריו כלום וחייב ליתן לו לזמן שהוא חייב לממחה, ויש חולקים."

ומדכתב דחייב לתת לזמן שהוא חייב לממחה ולא כתב דחייב לתת מיד, משמע דאפי' בחוב מאוחר מיירי, וע"כ חייב רק לכשיגיע זמנו.

[ עיין בחקרי הלכות לגר"ח העליר סי' מז שרצה לישוב את תמיהת הש"ך, דהיכא שמטא זימניה יכול להמחותו אפי' בע"כ, והיכא שלא הגיע עדיין זמן הפרעון, הביא המחבר את דעת החולקים דאינו יכול להמחותו בע"כ, ולא הכריע. ]

והמהר"ח אור זרוע (סי' רנו), כתב וז"ל:

"ראובן טוען על הקהל לקחתם לי משכון עבור המס שלא כדין, כי אתם ידעתם שאע"פ שנישאתי קודם תביעת המס, לא ניתנה לי הנדוניה עד אחר תביעת המס, וזה עצמו הוא ביד אחר במקום אחר ... והשבתי ז"ל ... אם בשעת נישואין שהיתה קודם תביעת המס אמר חמיו לנפקד במעמד חתנו, מעות שיש לי בידך תנם לחתני לזמן פלוני, הרי קנאם."

הרי מפורש בדעת המהר"ח אור זרוע דמעמד שלושתן מהני כבר עתה, אפי' אם החלות והביצוע יהיה לאחר זמן, וא"כ אי נימא דשיק דינו כמעמד שלושתן, יהיה ניתן להקנות מעות באמצעותו, אף אם יהיה מאוחר.

כו. מעמד שלושתן - פרעון מוחלט או מותנה

במהותו של פרעון המתבצע ע"י קנין של מעמד שלושתן, נחלקו הראשונים האם פרעון זה הוא פרעון מוחלט, שע"ז נפטר הנותן מהמקבל לגמרי מחובו הקודם ומהתחייבותו הראשונית [להוציא מקרים מיוחדים], או שמא החוב הקודם תלוי ועומד עד שיקבל הנפרע לידי את הכסף שהועבר לרשותו במעמד שלושתן.

על הא דתנן במשנה בפ"ט דב"מ (ק"ב); המחנה אצל חנוני ואצל שולחני אינו עובר [בבל תלין], איתא בב"מ ק"ב, א; איבעיא להו חוזר או אינו חוזר [השכיר אצל בעה"ב, אם לא נתן החנוני ונתחייב בעה"ב לשלם - רש"י]. רב ששת אמר אינו חוזר, ורבה אמר חוזר. אמר רבה מנא אמינא לה, מדקתני אינו עובר עליו, מעבר הוא דלא עבר, הא מיהדר - הדר. ור"ש אמר מאי אינו עובר, אינו בתורת לעבור. יש



כאן מחלוקת אמוראיים אם פועל שמעבידו המחיה אותו אצל שולחני ולא נתן לו השולחני את שכרו, אם יכול הוא לחזור למעבידו ולגבות ממנו את שכר פעולתו. אלא שהראשונים פרשו מחלוקת זו במציאות שלא מולא תנאי יסודי בפרעון שנעשה במעמד שלושתן. מדובר כאן שלא היה למעביד את המנה ביד השולחני אלא השולחני נאות לתת בעבורו את חובו. במציאות כזו חסר בקנין מעמד שלושתן את אחד מיסודותיו- "מנה לי בידך". הרי"ף שם בב"מ (סח, א - בעמודי הרי"ף) לאחר שפסק הלכה כרבה, הקשה ותירץ:

"ואי קשיא לך הא דאמרינן בפ"ק דגיטין אמר רב הונא אמר רב, מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלושתן קנה, דאלמא לא מצי למהדר. התם מנה לי בידך קאמר ליה, דקא מקנה להאי מאי דאית ליה גביה דהאיך, אבל הכא לית ליה גבי חנוני מידי דמקניה ליה להאי, אלא בהקפה הוא בעי מיתן ליה, הלכך בדלא יהיב ליה חנוני מצי למהדר על בעה"ב."

מוכח מתירוץ דס"ל דמחלוקת ר"ש ורבה היא כשלא נעשה המעמד שלושתן כהלכתו, שלא היה המנה ביד השולחני, וע"כ יכול לחזור הפועל אל מעבידו, כשלא שילם לו השולחני את שכרו. אך באם היה מעמד שלושתן כתיקונו, שהיה לממחה מעות אצל המומחה וכהיה דפ"ק דגיטין, וא"ל בעה"ב בנוכחות הפועל [לש"ך בסי' צא ס"ק יז מדובר גם בהסכמתו, ולסמ"ע שם ס"ק י מדובר אפי' בשתיקתו] מנה לי בידך תנהו לפועל, קבל הפועל שכרו ואינו יכול לחזור בו.

והדברים מפורשים בירושלמי (המובא בדברי הרי"ף שם):  
"ראובן היה חייב לשמעון, סמכיה גביה לוי, איפרסן לוי [ברח לוי], לית ראובן חייב. הדא דאת אמרת, כשלא עשו ערמה, אבל עשו ערמה- חייב."

א"כ אין ראובן חייב כשברח המומחה א"כ היה נסיון לרמאות מצד ראובן. וכ"פ ברמב"ם פט"ז ממלוה ולוה ה"ג, וז"ל:

"ראובן שהיה חייב לשמעון מנה, ואמר שמעון לראובן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, והיו שלשתן עומדים, וקיבל לוי, ונמצא ראובן עני ואין לו מה שיגבה ממנו, הרי לוי חוזר בחוב של שמעון, שזה הטעהו..."

היוצא מדבריו דדוקא בהטעהו הנותן חוזר עליו המקבל, אבל בלא הטעהו אינו חוזר עליו ונפטר בנתינה זו מהחוב הקודם. וכן היא תשובת הראב"ד המובאת בבעל התרומות (שער כח חלק א אות ג), וז"ל:

"אשר שאלת על מעמד שלושתן, אם יכול לחזור בו אם לאו ... ודבר זה יש לו קצת מוכיח מן הירושלמי (הנ"ל) ... הא למדת שאם לא עשו ערמה כבר מסולק הוא מן החוב משעה שהמחהו אצל בעל חובו ... שיכול ראובן לומר לשמעון, גברא יהבית לך בחריקאי דהוא חייב לי, ומיד זכית בחובי שהיה לי אצל לוי ואני נסתלקתי."

והוא בדעת העומדים דהיכא דליכא ערמה אינו חוזר על הנותן. מנגד- לאותם ראשונים הנ"ל מצאנו בראשונים אחרים הסוברים שיכול המקבל לחזור לנותן כשלא נתן לו המומחה. בעל העיטור (אות ה ערך המחאה), כתב וז"ל:

"והא דקיי"ל במעמד שלושתן קנה, לא קשיא אהך, דפלוגתא דרבה ור"ש אפועל קאי וקיי"ל דחוזר, דמסתמא כל היכא דלא פרע ליה מיניה מיהדר, עד דליפטר בפירוש ולימא פטור אתה. והא דאמר במעמד שלושתן קנה, כלומר החייב משועבד לנמחה ואינו יכול לחזור וליתנם לממחה ..."

הרי דס"ל לעיטור דכל היכא דלא נפרע יכול לחזור על החייב הנותן, אא"כ אמר לו בפירוש פטור אתה.

וכן היא דעת הרא"ש בתשובה (כלל סט סי' ט), וז"ל:

"... וכן אני אומר בכל מעמד שלושתן שאמר ראובן לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי במעמד שלושתן, דקנה לוי, מ"מ לא נפטר ראובן מלוי מאותו מנה שהוא חייב לו, אם לא יוכל לוי לגבות משמעון אותו מנה, אם לא שפטר לוי בפירוש לראובן

שהיה חייב לו, אבל אם שתק לוי יכול לוי לומר לראובן לטובתך עשיתי שנתרציתי לקבל המנה שאתה חייב לי משמעון כדי להקל מעליך, אבל לא פטרתיך אם שמעון לא יתן לי, דמעמד שלושתן הוא הלכתא בלא טעמא, ופר"י שעשו דבר זה בשביל תקנת השוק, דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בעל חובו ואין צריך להמתין עד שיקנה לו בקנין ... אבל שעשו תקנה שנפטר ראובן מלוי המקבל בשתיקה בעלמא, לתקנה זו אין סברא וטעם ..."

הרי שפירש הרא"ש טעמא דמילתא, שכל תקנת מעמד שלושתן היתה לטובת הנותן שיחשב הדבר לפרעון במקום מעות שאינן מצויים באמתחתו, אבל כשלא נפרע מהמומחה, חוזר חובו וניעור ויכול לגבותו מהחייב. והדברים מבוארים באריכות בתש"ה הנז'.

דא עקא, בפסקיו בגמ' בב"מ (הנ"ל) פירש את הסוגיא בדרכו של הרי"ף, וזה סתירה למש"כ בתש"י. וכבר האריך להקשות עליו בגידולי תרומה שער כח ח"א אות ג, ועיין בב"י שהקשה כן על הטור, ובב"ח שם מה שיישב.

ע"מ שלא להאריך לא אמנה את כל הראשונים העומדים לצבאותם, עיין בש"ך סי' קכו ס"ק לח שאסף כעמיר גורנה, ומנאם איש על מחנהו ואיש על דגלו, והסיק דהוי ספיקא דדינא, וכן הביא בהגהות רע"א מהמהרש"ך. אלא שדעת הרמ"א להורות עיקר שיכול לחזור על הנותן [וכדעת בעל העיטור והרא"ש בתש"ן]. ולהלכה נראה בנידון השיקים שמנהג העולם וחוקי המדינה מחזירים את המקבל לנותן, כשהשיק אינו בר פרעון מסיבה כל שהיא. התיחסות זו מקנה לשיק מעמד של פרעון מוחלט ומיידי ללא תנאי. אך במידה והשיק לא יפרע, יחשב החוב הקודם כלא פרוע. הרי זה כמי שלוח והחזיר והתברר ששטרות הכסף שנתן לפרעון הינם מזויפים. בשעת קבלת השטרות היה הפרעון מוחלט, ובשעה שהתברר כי השטרות מזויפים, קמה וגם ניצבה הלואתו הקודמת שלא נפרעה. נפק"מ תהיה כשנתן לו שיק במתנה וחזר השיק שאינו יכול לחזור על הנותן. וכ"כ מדברי הרי"ן בגיטין (ו, ב- בעמודי הרי"ף) דאם מקבל מודה שלית ליה לנותן גביה דמומחה והמחהו במתנה, שפטור נותן בלא שבועה. ועיין בסמ"ע סי' קכו ס"ק מו שכתב בטעמא דמילתא שמתנה בטעות היתה ואפי' יודה גם הנותן דאין לו ביד המומחה כלום, פטור הנותן מהאי טעמא דמתנה בטעות היתה.

[ לצד זה שכוחו של השיק כמעמד שלושתן, אפי' נתן לו השיק בתנאי שיעשה מקבלו כו"כ מהני, דכ"כ הגר"מ אריק במנחת פיתים ריש סי' קכו וז"ל:

"ונראה דמעמד שלושתן דמועיל, היינו אפי' כשצויה ליתן לו על תנאי, כגון אם יעשה פלוני דבר זה תתן לו מנה שיש לי בידך, נקנה לו הדבר במעמד שלושתן, וכשיעשה הדבר מחויב המומחה ליתן לו." ]

כז. כשאחד מהצדדים לקנין אינו יהודי

אם ניתן לשיק תוקף של מעמד שלושתן תתעורר בעיה, מה הדין כשאחד מהצדדים, הנותן המקבל או הבנק, אינם יהודים. האם חכמים תקנו קנין זה גם באינו יהודי. הרי"ף בתש"י (סי' רלח), כתב וז"ל:

"תשובה. המחאה בפני ג לא קנה עד שיאמר מנה שיש לי בידך ... לא שנא עכו"ם ולא שנא ישראל, כיון שרצה אותו ישראל לחזור על העכו"ם סלק עצמו מחבירו ואין לחזור עליו, דאיהו אפסיד אנפשיה שנתרצה לסלק עצמו מבע"ח ישראל ולחזור בחובו על העכו"ם."

חזינן מדברי הרי"ף דקנין מעמד שלושתן שייך בין בישראל ובין בעכו"ם, והובאו דברי הרי"ף להלכה בעיטור (אות ה- סוף המחאה). והביא עוד שבתש"י לרב האי גאון כתב דאם היה הנמחה עכו"ם קנה במעמד שלושתן. דברי רי"ף אלו הובאו להלכה בבעה"ת שער כח ח"ב

אות א, ובשו"ע חו"מ קכו, כב. אלא דדברי הרי"ף אינם מוסכמים. דהנה התוס' בגיטין יג ב (ד"ה במעמד שלושתן), כתב וז"ל:

"אומר ר"ת, דלא תיקנו מעמד שלושתן בעכו"ם אם הנפקד או הלוח עכו"ם וא"ל הישראל תנהו לישראל אחר- לא קנה, כיון דאפי' אמר לו זכי לא קנה..."

ומבואר שם בדברי התוס' דג' חילוקים בדבר, א- כשהנותן עכו"ם מהני, "דאם ממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמד שלושתן, כ"ש ממון העכו"ם, ועוד דבדיניהם דיינינן ליה שאמרינן לעכו"ם כך דיניכס". ב- כשהמקבל עכו"ם, כל זמן שהישראל הנותן לא חזר בו, יתן הנפקד לעכו"ם. ג- כשהנפקד עכו"ם לא מהני, כיון שאין העכו"ם יכול לזכות לישראל.

לפי דברי התוס' יצא, שאם הבנק בבעלות עכו"ם לא מועיל השיק כמעמד שלושתן, וכן אם המקבל עכו"ם לא מהני מעמד שלושתן, ורק אם לא חזר בו הנותן, על הבנק לשלם לעכו"ם, וזה אפי' בלא מעמד שלושתן, כמבואר בתוס'. ורק בנותן עכו"ם מהני מעמד שלושתן. אלא דדברי תוס' אלו הובאו ברא"ש בתוספת לשון. וז"ל הרא"ש (אמצע הי"ז):

"והיה ר"ת אומר, מעמד שלושתן שתיקנו חכמים היינו לגבי ישראל, אבל בעכו"ם לא תיקנו מעמד שלושתן, דכיון דהלכתא בלא טעמא הוא הבו דלא לוסף עלה. והוסיף ר"י לבאר דשלשה חלוקים יש בדבר. דאם הנפקד או הלוח עכו"ם וא"ל ישראל תנהו לישראל אחר במעמד שלושתן- לא קנה, שהרי אפי' זיכה לו ע"י עכו"ם זכייה גמורה לא קנה, ולא עדיף מעמד שלושתן מזכייה גמורה..."

מדברי הרא"ש ניתן ללמוד שר"ת הסובר שמעמד שלושתן לא שייך בעכו"ם, הוא מטעם דהוי כהלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסף עלה, וע"כ דוקא בישראל תיקנוהו ולא בעכו"ם, ומה שכתב ר"י הוא תוספת באור. וא"כ לר"ת נמי כל היכא דלא שייך הלכתא בלא טעמא, וכמשי"כ לעיל שבכספי העו"ש שבבנק לא שייך הלכתא בלא טעמא, ייועיל הקנין אף בעכו"ם. ועיין בקצוה"ח קכג, שכתב דמהני אגב בעכו"ם, וה"ה דמהני במטבע, וע"כ למשי"כ לעיל ל"ש הלכתא בלא טעמא וכו'. ברם, בתוספות הרא"ש שהביא דין זה, החסיר את המילים "והוסיף ר"י לבאר", ומשמע דהכל דבר אחד ופירושא דמילתא.

ועיין בגידולי תרומה שער כח ריש ח"ב שהקשה על דברי התוס' וטעמם שלא תיקנו בעכו"ם דהוי כהלכתא בלא טעמא וכו', דהא ודאי טעמא רבה איכא במילתא והיא תקנת השוק והסוחרים, וא"כ מה לי נפקד ישראל ומה לי נפקד עכו"ם, "ומנא לן שלא היתה תקנה כללית". ועוד הקשה, דאי נימא דהוי כהלכתא בלא טעמא ולא תיקנו בעכו"ם, א"כ מה החילוק בין נפקד עכו"ם לנותן עכו"ם, מדוע ס"ל לתוס' לחלק בין נותן עכו"ם דשייך בו התקנה, לנפקד דלא שייך בו התקנה. רק שבעיקר דברי התוס' והרא"ש יש להבין מה שייכות יש בין דין זכיה לקנין מעמד שלושתן, דלכאורה ערוב תחומין שונים נאמר כאן. וראיתי שני פירושים בדברים אלו, ויש בדבריהם נפק"מ לדינא. הקרבן נתנאל בפ"ק דגיטין הי"ז אות [ק], כתב וז"ל:

"והא דמהני מעמד שלושתן אפי' בע"כ של הנפקד, ובזכה אינו זוכה כל אחד מרצונו הטוב, היינו כיון דמצינו קנין זכיה מדאורייתא מטעם שליחות, אסמכוהו רבנן דתקון מעמד שלושתן אפי' בע"כ משום תקנת השוק, משא"כ בעכו"ם לא מצינו לו קנין זכיה מדאורייתא, משום הכי אין להם על מה להסמך קנין זה, דלא עדיף מעמד שלושתן מזכיה גמורה מרצון הטוב, כדאמרינן בפ"ק דמציעא אי אמרת הילך מדאורייתא פטור היכי מתקני רבנן שבועה דליתא דכוותיה בדאורייתא."

מדברי הקרבן נתנאל עולה דתקנת מעמד שלושתן לא נעשתה "בחלל ריק", אלא כל מהלך בגוף הקנין נעשה בהתאם למציאות קנינית שכבר קיימת. קנין מעמד שלושתן הופך את הנפקדו הלוח למעין זוכה בממון עבור המקבל. אין מדובר כאן בזכייה ממש, שהרי למעמד שלושתן גדר

קנין משלו השונים מכללי הזכייה, אלא רק דמיון, מעין זוכה. וע"כ כשהנפקד מופקע מזכייה לא תיקנו חכמים מעמד שלושתן, שלא היה להם על מה להסמיך את הנפקד בהליך הקנייני של מעמד שלושתן. פעילות נראית כבלתי אפשרית בנסיבות קניניות דומות, ובמציאות כזו לא תיקנו חכמים. הדגש בקרבן נתנאל הוא שהזכייה היא היכולת והמשענת לקנין, אך אינה מעצם הקנין.

אמנם מדברי הגר"א בבאוריו לשו"ע, נראה דס"ל דלשיטה זו קנין מעמד שלושתן נעשה בדרך של זכייה ממש של הנפקד למקבל, אך בגדרים שונים. כפי קבו"ס"ק נז' מבאר הגר"א את דעת הרי"ף הסובר דאיתיה לקנין מעמד שלושתן אף בעכו"ם, וז"ל:

"דמעמד שלושתן הוא כקנין כנ"ל, וקנין איתיה נמי בעכו"ם, כמש"כ תוס' בריש קידושין ג, א."

לדעת הגר"א, שיטת הרי"ף היא שמעמד שלושתן הוא קנין השייך גם בעכו"ם. ושיטת ר"ת מבוארת שם בס"ק נט, וז"ל:

"כשיטתם דמעמד שלושתן הוא מטעם זכייה, אלא דמהני אפי' בעל כורחו או שאינו ברשותו, ועכו"ם לית ליה זכייה, כמש"כ בפ"ה דב"מ."

מדברי הגר"א יוצא דמעמד שלושתן הוא מטעם זכייה, דכל מה דמהני מעמד שלושתן לדעה זו הוא בזכיית הנפקד למקבל, אלא שתקנת חכמים היתה להרחיב את הזכייה אפי' בע"כ או אינו ברשותו, שאף דלא מהני בזכייה, במעמד שלושתן מהני. וא"כ, במעמד שלושתן זוכה הנפקד בפועל, וזהו דרך הקנין.

אחת הנפק"מ בין שני הפירושים תהיה לעני"ד בבנק שיש בו שותפים נכרים ויהודים, בחלקם או רובם. לפירוש הקרבן נתנאל, כיון שאין הזכייה מגוף הקנין אלא הסתמכות לקנין מעמד שלושתן, כיון שישנה אפשרות לזכייה ע"י הישראל השותף יש כאן סעד וסייעתא לתקנת הקנין, דאף שהגוף כולו [הבנק] אינו יכול לזכות אלא בחלקו, מ"מ כיון שיש חלק היכול לזכות, יש מקום למעמד שלושתן לחול. אך לפירוש הגר"א דהוי ממש זכיה תהיה הזכייה יחסית לבעלות היהודית, וצ"ע. [יש לדון כאן כמובן על מעמדו ההלכתי של הבנק, ציבור שותפים שעבוד נכסים ושעבוד הגוף, ועיין במש"כ בס"י לט"ו, ואכמ"ל].

ועי"ע בדברי קצוה"ח בס"י קכו"ס"ק ה שהביא מהר"א ממיץ שכתב דמעמד שלושתן ליתא בחוב עכו"ם לפי שפיהם דיבר שוא, ולא סמכא דעתיה. וכתב הקצוה"ח דהדבר מוכרח מדברי הרא"ש שכתב נמי שעיקר תקנתא משום תקנות הסוחרים, ואם הסוחר לא יסמוך דעתו בטלה עיקר התקנה, וע"כ בחובות עכו"ם שלא יסמוך דעתו, בטלה התקנה. לפ"ז, שעיקר החסרון הוא מפני דלא סמכא דעתיה, לכאורה בבנקים, אפי' בבעלות נכרים, איכא סמיכות דעת טפי ומהני בהו מעמד שלושתן, וצ"ע.

[ לענין קניית מומר במעמד שלושתן, עיין בתש" מהרשד"ם ס"י שנט שכתב דדינו כעכו"ם, ובש"ך ס"י קכו"ס"ק צב שחלק עליו וכתב דדינו כישראל לענייני קנינים. ]

## מסקנות

- א. מצאנו שלוש שיטות בפוסקים לענין תוקפו של השיק. א- שטר חוב [ממרני], ב- פרעון מידי מדין סיטומתא או מאי יכולת לבטלו מדינא דמלכותא. ג- כתב הוראה לבנק לפרוע מחשבון.
- ב. שטרות התקפים מדינא דמלכותא, יש להם דין שטר לענין גביה מנכסים בני חורין.
- ג. שטרות כסף, שאין גופם ממון, אף שלענין איסורים אין דינם כמטבע, לענין ממונות דינם כמטבע, מדינא דמלכותא.
- ד. לסוברים שתוקפו של השיק מדין ממרני- שיק ללא מוטב דינו כממרני שהשתעבד לכל המוציאו, ואילו שיק שנכתב בו שם המוטב,

- דינו כממרני של "משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך".
- ה. אם שיק דינו כממרני, אין דנים תשלום בשיק כפרעון מיידי.
- ו. משא"כ לסוברים שמקנה לו המעות מדין סיטומתא או דינא דמלכותא, תשלום בשיק כמוהו כפרעון מיידי.
- ז. לדעת הגר"מ פינשטיין- חוב שלא נפרע קודם שעת השמטת כספים, וקודם לכן נתן הלואה למלוה שיק על חובו, הרי החוב כפרוע מדינא דמלכותא, כיון שע"פ חוק אינו יכול לבטל את השיק.
- ח. במקום שנהגו הסוחרים לשלם ע"י אמירה לשולחני "תן מנה לפלוני", אף שאין לו מנה ביד השולחני, הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם מהני סיטומתא הנעשית האמירה גרידא.
- ט. נחלקו האחרונים אם ניתן להקנות מטבע בקנין סיטומתא.
- י. אם דינו של השיק כהוראה גרידא, אין המוחזקות בו מהוה ראיה לעצם החיוב. ע"כ, כשיש דו"ד בין נותן השיק למוחזק בו, חובת הראיה היא על המחזיק, ואין לו טענה של "שטרך בידי מאי בעי".
- יא. לדעת הרמב"ן והריב"ש, לא ניתן להקנות במעמד שלושתן ע"י כתב, מאחר וקנין זה הוא "הלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסיקף עלה".
- יב. מזה למדים אנו שחכמים קבעו את גדרי הקנין לפי נוהגי המסחר שנהגו בזמנם, ואין נוהגי תשלום במעמד שלושתן המשתנים במהלך הזמן, משנים את דרך הקנין, דלא כבקנין סיטומתא.
- יג. לדעת הרא"ש- הוא הדין והוא הטעם שלא מועיל קנין מעמד שלושתן ע"י שליח.
- יד. ברם, ע"י שליח המקבל ניתן להקנות במעמד שלושתן, ולדעת רבינו אפרים נראה דלא מהני אף בשליח המקבל.
- טו. גם לדעת הרא"ש נראה, שדוקא בשליח קבלה דומיא דאפוטרופוס מהני, אך לא בשליח בעלמא.
- טז. לדעת הגאון [המובא בנימוק"ן] ניתן להקנות במעמד שלושתן, אף שאין לנותן מנה אצל המומחה, אם המומחה הינו שולחני שאומנותו בכך.
- יז. בנידון השיק, אף שהבנק אינו נוכח בשעת ההקנאה (מסירת השיק), מ"מ כיון שבמסירת פנקס ההמחאות מודיע הבנק על קשר חוזי מחייב עם לקוחו, אין צורך לנוכחותו בשעת ההקנאה.
- יח. "הבו דלא לוסיקף עלה" נאמר רק לענין הקנאת הלואה במעמד שלושתן, אך לא בהקנאת פקדון. זאת מאחר ודוקא מלוה ע"פ שאינה ניתנת להקנאה בקנינים אחרים הוי כהלכתא בלא טעמא, משא"כ מעות פקדון הניתנות להקנאה בקנין אגב.
- יט. היתר עיסקא לענין ריבית, מורה שהכספים המופקדים בבנק דינם כמחצה מלוה ומחצה פקדון.
- כ. נחלקו הראשונים אם במחצה מלוה ומחצה פקדון, נקנה המחצה מלוה בקנין אגב. מדברי קצוה"ח והנתיבות נראה שפסקו דנקנה באגב.
- כא. לפ"ז ניתן להקנות עיסקא במעמד שלושתן בכתב או בשליח, כיון שלא שייך לגביהם "הלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסיקף עלה".
- כב. הפקדה בחשבון עו"ש, שדינה כעיסקא שאסור למקבלה "למישתי בה שיכרא", אף שעיקר עיסקי הבנק בהלואות, מ"מ כיון שהלואות אלו ניתנות תמורת בטחונות, דינם כעיסקא הקיימת בעין ונקנית באגב.
- כג. נחלקו הראשונים במטבע שניתנה בהלואה ואין הלואה מסרב להחזירה, אם דינה כאינה ברשותו לעניני הקנאות.
- כד. ג שיטות באחרונים אם עיסקא דינה כראוי לענין ירושת בכור. י"א שאין דינה כראוי, י"א שדינה כראוי, וי"א דדוקא במחצה מלוה דינה כראוי, אבל מחצה פקדון דינה כמוחזק.
- כה. יש הרוצים לומר שכסף המונח בבנק, שהינו בטוח יותר, בכ"ע אין דינו כראוי, ויש חולקים וסוברים שכסף המונח בבנק מיגרע גרע, ובכ"ע הוי ראוי.
- כו. לדעת השואל ומשיב- כל הנ"ל מתיחס דוקא לעיסקא ממש ולא

- להלואה שניתנה ע"פ היתר עיסקא.
- כז. נחלקו הראשונים והאחרונים אם ניתן להקנות מלוה בשטר במעמד שלושותן. לדעת הש"ך נראה דמהני להקנות את גוף החוב שבשטר אך לא את השטר.
- כח. אם ניתן להקנות ממרני במעמד שלושותן, הדבר תלוי בהסבר אי יכולת הקנאת מלוה בשטר במעמד שלושותן.
- כט. לתרוץ אחד בכסף משנה- ניתן להקנות חפץ שאינו ברשותו, אם מצוי לקנותו בשוק, ולתרוץ ב- לא ניתן.
- ל. נחלקו האחרונים אם קיי"ל כתרופץ קמא בכס"מ או כתרופץ בתרא. ורבו הפוסקים הסוברים דמהני להקנות החפץ שאינו ברשותו אם הוא מצוי בשוק.
- לא. לפ"ז לא גרעה משיכת יתר מאושרת ממצוי בשוק, ומהני להקנות במעמד שלושותן אף כשהחשבון נמצא ביתרת חובה.
- לב. נחלקו האחרונים, אם יכול בע"ח לתפוס מעות של לוח שניתנו כבר לצד שלישי בקנין מעמד שלושותן.
- לג. נחלקו הראשונים בחוב שזמנו מאוחר, אם ניתן להקנותו במעמד שלושותן. י"א שלא ניתן, וי"א שניתן, ודוקא חוב שאפשר שלא יבוא לידי גביה לעולם, כגון כתובה, לא ניתן להקנותו במעמד שלושותן.
- לד. נחלקו הראשונים בקנין מעמד שלושותן אם הינו פרעון מוחלט, שבאמצעותו נפטר הנותן מהמקבל, או פרעון מותנה, שאם לא יתן הנפקד למקבל את כספו, חוזר המקבל על הנותן.
- לה. לרי"ף- קנין מעמד שלושותן שייך בין בישראל ובין בעכו"ם. לתוס' - כשהנותן עכו"ם - מהני, מקבל עכו"ם - מהני כל זמן שהישראל הנותן לא חזר בו, ובנפקד עכו"ם - לא מהני.