

משרד המשפטים
המחלקה למשפט עברי

ריבוי חייבים במשפט העברי

בזיקה לסעיף 54 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973
וסעיפים 75, 76, 78-80 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011

אליעזר הללה

תמוז תשע"ד

סעיף 54

ריבוי חייבים שנים שחייבים חיוב אחד, חזקה שהם חייבים יחד ולחוד.

תוכן העניינים

3	הקדמה	1.
10	חיובים רצוניים – סקירת המקורות	2.
10	א. התוספתא: "שני ערביין"	
11	ב. סוגית התלמוד הירושלמי: "שניים שלוו"	
13	ג. שיטה א: הנושה רשאי לתבוע מכל חייב את מלוא החיוב	
16	ד. שיטה ב: הנושה תובע מכל חייב את חלקו	
16	(1) חלוקת האחריות בין החייבים – מקור הדין	
21	(2) חלוקת האחריות בין החייבים – טעם הדין והיקפו	
28	(3) גביית כל החיוב מחייב אחד כשלא ניתן לגבות מן השני	
36	ה. סיכום ופסיקת ההלכה	
39	נזיקין – סקירת המקורות	3.
39	א. כללי	
41	ב. הדין בריבוי מעוולים	
42	(1) "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"	
49	(2) גבייה לפי החלק היחסי	
64	(3) מעוול עיקרי ומעוול משני	
72	(4) המבחינים לתחולת ההסדרים	
77	(5) ריבוי מעוולים: סיכום	
78	גביית חוב מיורשים ומלקוחות – סקירת המקורות	4.
78	א. מבוא	
80	ב. הכלל: גבייה לפי החלק היחסי	
85	ג. החריג: "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"	
89	ריבוי חייבים - הכלל המשפטי	5.
89	א. פתיחה	
93	ב. גישה א: לכתחילה יש לתבוע מכל החייבים	
98	ג. גישה ב: אפשר לתבוע מכל חייב את מלוא החיוב	
103	ד. סיכום	
104	הצעת נוסח לפי המשפט העברי	6.
105	נספח א: שיטת הרמב"ם	7.
108	נספח ב: חיוב משותף מהו?	8.

1. הקדמה

א. פרק ו לחוק, שכותרתו "ריבוי חייבים ונושים", מבקש להסדיר יחסים שבין צדדים לחיוב¹, כאשר לפחות באחד מן הצדדים לחיוב יש יותר מאדם אחד.

בחייבים כאלה, ניתן להבחין בין שתי מערכות יחסים: מערכת היחסים החיצונית, זו שבין החייבים והנושים, ומערכת יחסים פנימית, זו שבין החייבים או הנושים לבין עצמם. ונדגים: מערכת יחסים חיצונית עוסקת בין השאר בשאלה אם נושה אשר לו חייבים רבים רשאי לתבוע כל חייב בנפרד או שעליו לתבוע את כולם יחד. מערכת היחסים הפנימית עוסקת בין השאר בשאלה האם חייב שקיים יותר מחלקו היחסי זכאי לתבוע משותפיו לחיוב להשתתף עמו או לשפותו. התשובות לשאלות אלו תלויות בסוג החיוב המשותף או הזכות המשותפת, ומוסדרות בפירוט בפרק זה של החוק², וכפי שנברר להלן.

סעיפים 54-58 פותחים את הפרק, ועוסקים בחיוב בו יש יותר מחייב אחד – **ריבוי חייבים**. סעיף 54 עוסק בשניים³ החבים ב"חיוב אחד" וקובע חזקה שהם חבים "יחד ולחוד". לשון אחר, כדי שיחול הסדר "יחד ולחוד", שעל פשרו נעמוד בהמשך דברינו, על החייבים להיות חבים ב"חיוב אחד".

ב. החוק אינו מגדיר אימתי חייבים חבים ב"חיוב אחד" ואימתי חיוביהם נפרדים. על מדוכה זו ישבו בתי המשפט ומלומדים, ונקבע שתנאי הכרחי לכך הוא שהחייבים חבים לספק לנושה את אותו אינטרס, והמבחן לקביעה זו הוא האם לנושה זכות לקיום מצטבר של החייבים⁴. כאשר לנושה זכות לקיום אחד (כלומר, שאם אחד החייבים קיים את כל החיוב, החייבים האחרים נפטרים מן הנושה)⁵, יש לראות את כל החייבים כחבים לספק לנושה את אותו האינטרס, והחיוב

¹ הסדרי ריבוי החייבים והנושים בפרק זה של חוק החוזים חלים על כל סוגי החייבים, שכן החוק נוקט לשון "חיוב", באופן כללי, ואינו מזכיר כלל את המילה "חובה". כך גם ניתן להסיק על סמך סעיף 61(ב) לחוק, המחיל את הוראות החוק "על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חובה ועל חיובים שאינם נובעים מחובה". ראה דניאל פרידמן "תורת החייבים הכללית והחיובים הרכושיים של החיוב", **דיני חייבים – חלק כללי**, ירושלים תשמ"ד, עמ' 3, בעמ' 19.

² נושא ריבוי החייבים והנושים זוכה להסדרה מפורטת ושיטתית יותר בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת החוק), סעיפים 75-97. ראה באריכות מיגל דויטש, **פרשנות הקודכס האזרחי**, ישראל תשס"ה, שער שני, פרק 4 (להלן: דויטש).

³ הסעיף מנוסח בסגנון קזואיסטי, "שניים שחייבים", אך הוא הדין ליותר משניים. בחוקים אחרים נקבע הדבר במפורש, ראה לדוגמה: סעיף 13 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967, "שנים או יותר שערבו חיוב אחד"; סעיף 11 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], "היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו". גם הצעת החוק מנוסחת באופן יותר כללי. כך סעיף 75 להצעת החוק: "הוראות פרק זה יחולו כאשר שניים או יותר חבים בחיוב אחד או נושים בחיוב אחד". וכך גם סעיף 79 להצעת החוק: "חייבים החבים בחיוב אחד".

⁴ אולם ראה דויטש, לעיל, הערה 2, § 4.2, שיתכן שמבחן הקיום המצטבר אינו המבחן היחיד לקביעה אם החיוב הוא "חיוב אחד".

⁵ דוגמאות לכך הן: מזיק וחברת ביטוח, חייב וערב, שני ערבים וכיוצא באלו, בהן הנושה זכאי לקבל רק פיצוי אחד על נזקו או פירעון אחד על חובו.

ריבוי חייבים במשפט העברי

יכול אפוא להיות "חייב אחד"⁶. ואילו כאשר לנושה זכות לקיום מצטבר (כלומר, שאף אם חייב אחד קיים את מלוא החיוב המוטל עליו, הנושה רשאי לתבוע קיום נוסף מן החייבים האחרים), אין הם חייבים לספק לנושה את אותו אינטרס, וחויביהם של החייבים הם אפוא חיובים נפרדים⁷. ואכן כך מבקש סעיף 76 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, לקבוע:

חייבים חבים בחיוב אחד אם הם חייבים כלפי הנושה לספק את אותו אינטרס או לפצות בשל אותו נזק⁸.

לדוגמה: כאשר שני ערבים ערבו יחד לחוב אחד, הנושה אינו זכאי לקיום מצטבר של החיוב, כלומר אם ערב אחד פרע את החוב שוב אין החיוב בר תוקף, וממילא הערב האחר פטור מחיובו⁹. נוכל אפוא לומר ששני הערבים חבים ב"חיוב אחד". יש להדגיש, כי אין הכרח שעילות החיוב של כל החייבים ב"חיוב אחד" זהות, ובלבד שמטרתן "לספק את אותו אינטרס". כך למשל יכול שלניזוק תביעת נזיקין נגד מעוול בגין נזק מסוים, ותביעה מכוח חוזה ביטוח נגד חברת הביטוח בגין אותו נזק, ועם זאת המעוול וחברת הביטוח חבים ב"חיוב אחד"¹⁰, שכן על שני החייבים מוטל להטיב את נזקו של הניזוק¹¹.

⁶ וראה גם סעיף 1794 לקוד האזרחי של מדינת לואיזיאנה (LSA-C.C. Art. 1794): "An obligation is solidary for the obligors when each obligor is liable for the whole performance. A performance rendered by one of the solidary obligors relieves the others of liability toward the obligee." וראה גם (Second) of Contracts, סעיפים 288-289, ובדברי ההסבר.

⁷ ראה לדוגמה דבריו של פרופ' צלטנר (זאב צלטנר, **דיני חוזים: חלק כללי**, תל אביב 1963, כרך א, עמ' 257. מובא בהסכמה בע"א 610/68 **הראסטל נ' עטרת הברית, חברה רשומה בע"מ**, פ"ד כג(1) 410, 416 (1969)). "על-ידי עסקה מסוג זה נוצרת אמנם חבות של כל החייבים במאוחד [=יחד], וכן נוצרות חבויות נפרדות [=לחוד] של כל אחד מהחייבים, אלא שהתובע אינו יכול לעמוד על יותר מביצוע אחד ויחיד, כלומר, בעוד שהביצועים של החייבים במיוחד [=בנפרד] (several promisors) הם **קומולטיביים**, הרי הביצועים של החייבים במאוחד ובמיוחד [=יחד ולחוד] הם **אלטרנטיביים**" (ההדגשות הוספו). וראה גם ע"א 4664/90 **חממי נ' אייזנקוט**, פ"ד מז(1) 52, פסקה 4 לפסק דינו של השופט מלץ (1993): "אך טענה, לפיה החיובים של שני חייבים כלפי הנושה התובע כלל אינם 'חיוב אחד', אלא מהווים חיובים נפרדים, ולפיכך לא חל כלל סעיף 54, הדן בחיוב אחד, צריכה להיות מוכחת על ידי בחינת **מערכת היחסים שבין החייבים לנושה**, ולא על ידי הסתכלות על מערכת היחסים שבין החייבים לבין עצמם" (ההדגשה הוספה).

⁸ המושג "חיוב אחד" מתפרש על ידי בית המשפט באופן רחב. כך, למשל, בפרשת **חממי**, לעיל, הערה 7, נקבע ששני קבלנים שכרתו חוזה למכירת דירה נחשבים כ"חייבים בחיוב אחד", אף שקבלן אחד התחייב לבנות את הדירה והשני התחייב לרשום אותה על שם הלקוח. וראה באריכות דניאל פרידמן ונילי כהן, "ריבוי חייבים", **דיני חייבים - חלק כללי**, דניאל פרידמן עורך, ירושלים תשנ"ד, עמ' 155, בעמ' 158-161.

⁹ ראה סעיף 2 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967: "אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף".

¹⁰ ראה דברי ההסבר להצעת החוק, סעיפים 76 עד 77. וראה גם סעיפים 1200-1201 לקוד האזרחי הצרפתי (code civil).

¹¹ הקביעה האם על החייבים לספק את אותו אינטרס אינה נקייה מספיקות. לעיתים קביעה זו נעשית בחקיקה הרלבנטית לסוג החיוב הנדון. וכך למשל קובע סעיף 59 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, שהמבטח נכס בכפל ביטוח אינו זכאי ליותר מפיצוי אחד, וחברות הביטוח חייבות אפוא ב"חיוב אחד". במקרים אחרים תחושת הצדק מחייבת שהנושה לא יהיה זכאי ליותר מקיום אחד, ולפיכך ניתן לומר שעל כל החייבים לספק לו את אותו האינטרס. וכך למשל פקודת הניזוקין [נוסח חדש], מניחה כדבר המובן מאליו שמי שניזוק על ידי מעוולים רבים זכאי לפיצוי אחד

הקביעה אם על החייבים לספק לנושה את אותו האינטרס וחיובם הוא "חיוב אחד", היא קביעה רבת משמעות, שכן באופן זה, שכל אחד מן החייבים חב במלוא החיוב, זכאי הנושה לתבוע לפי בחירתו מכל אחד מהם את מלוא הקיום. מובן אפוא, שהנושה, מצדו, מעוניין שהחייבים יחובו ב"חיוב אחד". כך מובטחת לו דרך קלה ויעילה לקיום מלוא החיוב, ואין הוא נושא בסיכון שמא אחד החייבים חדל פירעון או מתחמק מתשלום. לעומתו, כל אחד מן החייבים מעוניין שהנושה יוכל לתבוע ממנו את חלקו היחסי בלבד, כדי לא ליטול את הסיכון שהוא ישלם לבדו את מלוא החיוב¹². לשון אחר, בעוד הנושה מבקש שהחיוב יהיה "חיוב אחד" כך שכל חייב חב בכולו, החייבים מבקשים שחיוביהם יפוצלו לחיובים נפרדים¹³.

על מנת לאזן בין האינטרסים המנוגדים של הנושה והחייבים, מאמצות שיטות המשפט השונות גישות שונות בהתאם למדיניות המשפטית הנראית להם ראויה¹⁴. בעניין זה, דומה שהחוק

בלבד, ומסתפקת בכך שסעיף 11 לפקודה קובע את ההסדרים החלים על מעולים יחד. וראה עוד ראה פרידמן וכהן, לעיל, הערה 8, עמ' 159-160.

¹² אמנם, לחייב ששילם יותר מחלקו עומדת לרוב זכות לתבוע השתתפות מן החייבים האחרים, ראה להלן, פרק פפ, אולם הוא מסתכן בכך שהוא לא יוכל לממש זכות זו, כגון אם החייב האחר חדל פירעון, ועל כן הוא מעדיף הסדר של חלוקת אחריות.

¹³ על האינטרסים המנוגדים של הנושה והחייבים ראה באריכות, Stephanie Arma Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability: Who Bears the Risk?*, 11 Nova L. Rev. 165 (1986-1987).

¹⁴ כך למשל נקבע בקוד האזרחי של מדינת לואיזיאנה, שכאשר חיוב ניתן לחלוקה, נושא כל חייב אחריות רק לחלקו בחיוב, וכאשר החיוב אינו ניתן לחלוקה נושא כל חייב באחריות למלוא החיוב, ראה LSA-C.C. Art. 1789. וכך גם בעניין ריבוי מעולים, ראה LSA-C.C. Art. 2324B (וראה גם Saul Litvinoff, *The Law of Obligations*, 5 La. (Civ. L. Treatise, §7.23 (2d ed.)). בכמה מדינות בארצות הברית נקבעה בפסיקת בתי המשפט שיטה של חלוקת אחריות לעניין מעולים יחד שאינם מעולים בכוונה, והם מטילים על כל מעוול חבות על פי מידת אשמתו היחסית. ראה למשל, *Brown v. Keill*, 580 P. 2d 867, 224 Kan. 195 (1978), בבית המשפט העליון של מדינת קנטס: "There is nothing inherently fair about a defendant who is 10% at fault paying 100% of the loss, and there is no social policy that should compel defendants to pay more than their fair share of the loss. Plaintiffs now take the parties as they find them. If one of the parties at fault happens to be a spouse or a governmental agency and if by reason of some competing social policy the plaintiff cannot receive payment for his injuries from the spouse or agency, there is no compelling social policy which requires the codefendant to pay more than his fair share of the loss. The same is true if one of the defendants is wealthy and the other is not" (ההדגשה הוספה). שיקול מדיניות נוסף מובא על ידי בית המשפט לערעורים של מדינת ניו מקסיקו, ראה *Bartlett v. New Mexico Welding Supply, Inc.*, 646 P. 2d 579, 585 (1982). לדברי בית המשפט, כאשר מעוול אחד חדל פירעון גורם לנוק, הניזוק הוא שנושא בסיכון, ואין הצדקה אם כן, במקרה של יותר ממעוול אחד, להטיל את הסיכון על המעוול האחר. וראה גם *Walt Disney World Co. v. Wood*, 515 So. 2d 198 (1987), בבית המשפט העליון של מדינת פלורידה. יש להעיר כי חלוקת האחריות הנוקית בשיטות משפט אלו מבוססת על מבחן האשם, אולם דומה שהיא אינה מתאימה לשיטת המשפט הישראלית, בה נקבע בפסיקה שחלוקת האחריות הנוקית נקבעת על פי מבחן פיזי, ראה להלן, הערה 189. לעומת זאת, סעיף 1220 לקוד האזרחי הצרפתי קובע שגם חיוב הניתן לחלוקה דינו כדין חיוב שאינו ניתן לחלוקה, למעט חיוב שנפרע על ידי

הישראלי מעדיף את האינטרס של הנושה, ובמקרים רבים הוא קובע כי החייבים חבים ב"חוב אחד"¹⁵. עם זאת, החוק מגן על האינטרס של החייבים על ידי הכרה בזכותו של חייב ששילם יותר מחלקו לתבוע מחבריו לחיוב להשתתף עמו, ועל כך נעמוד בהרחבה בהמשך דברינו¹⁶. מובן, שבחייבים רצוניים רשאים הצדדים לקבוע אם החיוב הוא "חוב אחד" או שמא כל חייב חב בחלקו בלבד.

ג. כאשר חייבים אכן חבים ב"חוב אחד", נשאלת השאלה מהם ההסדרים שיחולו על מערכת היחסים "החיצונית", זו שבין הנושה לבין החייבים.

כאשר מדובר בחייבים רצוניים, כדוגמת הלוואה או ערבות, ייקבעו ההסדרים על פי ההסכם בין הצדדים, ובאין הסכם - על פי אומד דעתם ככל שניתן לעמוד עליו. אולם, מקום בו לא ניתן לעמוד על אומד דעת הצדדים, וכך גם בחייבים לא רצוניים, כגון נזיקין, המחוקק הוא שקובע את ההסדרים בהתאם לשיקולי מדיניות. בעניין זה קובע החוק, כאמור, שחזקה שהחייבים ב"חוב אחד" חבים "יחד ולחוד"¹⁷.

כדי לעמוד על משמעותו של חוב "יחד ולחוד" נקדים סקירה היסטורית קצרה.

חוקרי המשפט הרומי מבחינים בין שני סוגים של "חוב אחד"¹⁸. הסוג האחד, שנתכנה חוב קוריאלי (correal)¹⁹, הוא כאשר יש לנושה תביעה משפטית אחת נגד כל החייבים, ולכן אם הנושה תובע אחד מהם ומפסיד, מוצתה התביעה, ולא ניתן שוב לתבוע את החייבים האחרים²⁰. חוב קוריאלי יכול להיווצר רק בהסכמה מפורשת בין החייבים לבין הנושה, בדרך של stipulatio²¹.

יורשים. וראה סעיף 420 לקוד האזרחי הגרמני (B.G.B.), שקובע שחוב מתחלק בין החייבים רק במקרה של ספק (לא ברור באיזה ספק מדובר) ובחייב הניתן לחלוקה.

¹⁵ למשל סעיף 11 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע שמעוולים יחד חבים ב"חוב אחד".

¹⁶ ראה להלן, פפפ.

¹⁷ על אף שסעיף 54 עוסק בכל סוגי החייבים (ראה לעיל, הערה 1), המחוקק קבע בחוקים רבים הסדרי "ביחד ולחוד". ראה למשל: סעיף 11 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; סעיף 7 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 8 וסעיף 13 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967; סעיף 59(ג) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; סעיף 40 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994; סעיף 65(ד) לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008. בהצעת החוק, חלק שלישי, חלק משנה ראשון, פרק שלישי, אוחדו כל הסעיפים הרלבנטיים לדבר חקיקה כללי אחד. וכך קובע סעיף 79 להצעת החוק: "חייבים החבים בחיוב אחד, חזקה כי הם חבים יחד ולחוד". וראה גם בדברי ההסבר.

¹⁸ חיובים אלו נחשבים "חוב אחד" שכן, כאמור לעיל, ליד ציון הערה 6, הנושה אינו זכאי בהם לקיום מצטבר, וקיום החיוב על ידי חייב אחד פוטר את שאר החייבים.

¹⁹ המונח "חוב קוריאלי", וכך גם "חוב סולידרי" שנוכר מיד, אינם נמצאים במקורות המשפט הרומי, ונקבעו על ידי חוקרים מאוחרים יותר. המונח "קוריאלי" מקורו בביטוי הלטיני *correalis*, שמשמעותו, בין השאר, חייבים משותפים. ראה מילון לטיני-אנגלי, <http://www.perseus.tufts.edu>, ערך *reus*.

²⁰ הלכה זו שונתה ברפורמות של יוסטיניאנוס. ראה: פרידמן וכהן, לעיל, הערה 8, בעמ' 162, ליד ציון הערה 13;

Rudolf Sohm, *THE INSTITUTES OF ROMAN LAW*, §61, p. 284.

²¹ ראה Sohm, לעיל, הערה 20, בעמ' 279, הערה 1. הבטחה הנעשית בדרך של שאלה ותשובה. וראה **האינסטיטוציות**, ג, פרק טז, שמואל איזונשטדט, מתרגם, ירושלים תרפ"ט:

"על שנים המשתתפים בתור צד בהצעת הסטיפולציה ובהבטחתה

הסוג השני של "חיוב אחד", שנתכנה חיוב סולידרי (in solidum), הוא כאשר לנושה תביעות משפטיות נפרדות נגד כל אחד מן החייבים. לפיכך, אם הנושה תובע חייב אחד ומפסיד, הוא רשאי לתבוע את החייבים האחרים.²²

בדומה לכך, במשפט המקובל האנגלי²³ מבחינים בין שתי אפשרויות של ריבוי חייבים: "ביחד" (joint) או "לחוד" (several)²⁴. חיוב "יחד" דומה לחיוב הקוריאלי. מבחינה מהותית, לנושה

פ. יכולים גם שנים להשתתף (בתור צד) בהצעת הסטיפולציה ובהבטחתה, באופן, שלאחר שהציעו כולם את השאלה, המבטיח משיב: "אני מבטיח", או לאחר שהציע כל אחד לעצמו את שאלת הסטיפולציה משיב המבטיח: "מבטיח אני ליתן לכל אחד מכם"; מחמת שאם הבטיח קודם ליתן לטיטוס, ואחר כך, אחרי ששאל השני, הבטיח ליתן גם לו, הרי יש בזה משום התחייבות מיוחדת ואין אנו רואים את שניהם בתור צד בהצעת אותה סטיפולציה. יכולים גם שנים או יותר להופיע בתור צד להצעת הסטיפולציה בזו הלשון: 'המבטיח אתה, מיביס, ליתן חמשה זהובים?' 'המבטיח אתה, סיאוס, ליתן אותם חמשת הזהובים עצמם?', וכל אחד משיב לעצמו: 'אני מבטיח'.

על יסוד ההתחייבות והסטיפולציות מסוג זה חלה התחייבות שלמה על כל אחד מן המתחייבים לגבי כל אחד (מבעלי החובות), ומכל אחד מן המבטיחים יש לגבות את סכום החיוב בשלימות. ברם, כל ההתחייבויות אינן חוזרות אלא מסביב לאותו נושא, ובכל מקום שקבל האחד את החוב או פרע האחד את החוב, הפקיע את התחייבותם של האחרים ופטר אותם מפרעון".

יש הטוענים כי הכלל במשפט הרומי הוא שכל חייב משלם את חלקו בלבד (pro rata), ואילו "חיוב אחד" נוצר אך ורק בהסכמה או מכוח חוק או כשהנסיבות מחייבות זאת, ראה: William W. Buckland, A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW: FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN, 3rd edition, Cambridge 1963, pp 452-453; William L. Burdick, THE PRINCIPLES OF ROMAN LAW AND THEIR RELATION TO MODERN LAW, New Jersey 2004, p. 420. וראה גם: סעיף 1202 לקוד האזרחי הצרפתי (code civil); סעיף 143 לקוד החיובים השוויצרי (החלק החמישי של הקוד האזרחי השוויצרי, Zivilgesetzbuch), שחיוב יחד ולחוד חל רק מכוח הסכם מפורש או מכוח הוראת חוק. והשווה William L. Crowe, *Joint and Several Tort Liability in the Louisiana Civil Law – Requiem for a Mocking Bird?*, 44 Loy. L. Rev. 703 (1999), ממנו עולה שללא הסכמה מפורשת חיוב יהיה סולידרי.

²² ראה Burdick, לעיל, הערה 21, בעמ' 420-417; Sohm, לעיל, הערה 20, בעמ' 282. אולם, יש הטוענים שאין כל הבדל בין חיוב קוריאלי לבין חיוב סולידרי, ראה לדוגמה: Friedrich Carl von Savigny, OBLIGATIONENRECHT, Sohm; Berlin 1851, Vol. 1, p. 140, הערה 7; Reinhard Zimmermann, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, Cape Town 1990, pp.128-129, שמואל איזנשטדט, **המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו**, תל אביב תשי"ד, עמ' 176 (לדבריו, כל "חיוב אחד" הוא חיוב סולידרי, אלא שחיוב סולידרי שנעשה בהסכם מכונה קוריאלי). ראה Buckland, לעיל, הערה 21, עמ' 452, 455-457. וראה גם ביקורתו של רודולף פון יירינג על ההבחנות (מובא ומתורגם אצל Zimmermann, שם): "Then there arise opinions and theories which can maintain their life only in the place where they receive the same, to wit, in the lecturer's chair, but which, if they venture into the outside world, at once prove that they cannot bear the raw air of reality; opinions... in the highest degree learned, but also in the highest degree perverted – hot-house plants without sap and energy, bastards of logic and erudition with law, unsound lecture-room jurisprudence". וראה גם ברכיהו ליפשיץ, "ערבות – הלכה למעשה", **משפטים** כו (תשנ"ו), עמ' 219, בעמ'

ריבוי חייבים במשפט העברי

תביעה משפטית אחת כלפי כל החייבים, ומשבטלה התביעה נגד אחד מהם היא בטלה נגד כולם²⁵. מבחינה פרוצדורלית, אין מניעה תיאורטית להגיש את התביעה נגד אחד מהם בלבד, אף על פי כן נקבע שעל הנושה לתבוע את כל החייבים יחד²⁶. לעומת זאת, חיוב "לחוד" דומה לחיוב הסולידרי, ולנושה תביעות משפטיות נפרדות כנגד כל חייב, ואף אם בטלה התביעה כנגד אחד החייבים, לא בטלו התביעות כנגד החייבים האחרים²⁷. בחיוב מסוג "לחוד" הנושה רשאי להחליט אם לתבוע את כל החייבים או רק חלק מהם²⁸.

²³ ראה באריכות Glanville L. Williams, *JOINT OBLIGATIONS: A TREATISE ON JOINT AND JOINT AND SEVERAL LIABILITY IN CONTRACT, QUASI-CONTRACT AND TRUSTS IN ENGLAND, IRELAND, AND THE COMMON-LAW DOMINIONS*, London 1949.

²⁴ וראה דויטש, לעיל, הערה 2, §4.3-4.8.

²⁵ Williams, לעיל, הערה 23, פרק 6, §50 ואילך.

²⁶ ראה Williams, לעיל, הערה 23, §15. לעומת זאת, בדין הרומי גם בחיוב קוריאלי היה על הנושה לתבוע רק חייב אחד, לפי בחירתו. ראה פרידמן וכחן, לעיל, הערה 8, בעמ' 166, הערה 35. ייתכן כי הבדל זה שבין המשפט הרומי למשפט האנגלי נובע מן ההבדל בהכרת שיטות משפט אלו בזכות ההשתתפות. במשפט הרומי, חייב בחיוב קוריאלי שקיים יותר מחלקו בחיוב, לא היה זכאי לתבוע השתתפות מחבריו לחיוב (ראה Burdick, לעיל, הערה 21, בעמ' 420. אולם השווה למובא שם, בהערה 44), ולכן פסק הדין נוגע לחייב שנתבע בלבד, ואין צורך אפוא לצרף חייבים אחרים להליך המשפטי. לעומת זאת, המשפט האנגלי הכיר בזכות ההשתתפות בין חייבים גם בחיוב "יחד", ופסק דין נגד חייב אחד מטיל חובה על חייבים אחרים כלפי אותו חייב, ומן הראוי אפוא לצרף את כל החייבים להליך המשפטי. בעניין חייבים מסוג "לחוד", שהנושה רשאי לתבוע כל אחד מהם בנפרד, קיימת אי וודאות אם הם זכאים לתבוע השתתפות, ראה Williams, לעיל, הערה 23, §94. על צירוף נתבעים במשפט האמריקאי ראה William L. Prosser, *Joint Torts and Several Liability*, 25 Cal. L. Rev. 413, 414-418 (1936-1937). וראה להלן, הערה 30.

²⁷ במשפט האנגלי קיימים שני מודלים של שיתוף. המודל האחד הוא **ownership in common**, ובו לכל שותף זכות קניינית בחלקו היחסי בנכס, אלא שחלקו אינו מסוים. מודל זה אומץ על ידי החוק הישראלי (ראה: סעיף 27 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; סעיף 9 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971; ע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב(2), 785, פסקה 5 לפסק דינו של השופט אשר (1978); יהושע ויסמן, **דיני קניין - בעלות ושיתוף**, ירושלים תשנ"ז, עמ' 139; מיגל דויטש, "ריבוי נושים", **דיני חובים**, לעיל, הערה 1, עמ' 331, בעמ' 337-339). המודל השני הוא **joint ownership**, ובו לכל שותף זכות מלאה בכל הנכס. כך, למשל, בשותפות מן המודל הראשון, במות אחד השותפים עובר חלקו ליורשיו, ואילו בשותפות מן המודל השני, במות אחד מן היורשים חלקו אינו עובר ליורשיו, ורק עם מות השותף האחרון עובר כל הנכס ליורשי האחרון (עיקרון ההיתרבות או ההשרדות, survivorship). המודלים הללו תואמים את המודלים של החיוב המשותף, "לחוד" ו"ביחד", ראה Williams, לעיל, הערה 23, §21. כך, למשל, חל עיקרון ההשרדות בחיוב "יחד" ולא בחיוב "לחוד" (ראה Williams, שם). וראה דויטש שם, בעמ' 350, שהמחוקק הישראלי מאמץ את האפשרות ליצור חיוב מסוג "יחד", אך אין הוא מאמץ את האפשרות לשותפות מסוג joint ownership. לגישות השונות במשפט העברי ראה חוק לישראל, **שיתוף נכסים**, ירושלים תשס"ט, עמ' 29, הערה 17.

²⁸ מלבד ההבדלים בין חובים "יחד" לחובים "לחוד" שראינו בטקסט, מציין Williams, לעיל, הערה 23, פרק 2 ואילך, הבדלים נוספים ביניהם: עיקרון ההשרדות (ראה לעיל, הערה 27) חל על חובים "יחד" ולא על חובים "לחוד"; בחיוב "יחד" של שותפים על הנושה לגבות מן הרכוש המשותף, מה שאין כן בחיוב "לחוד" הוא רשאי לגבות גם מן הרכוש הפרטי של כל שותף (Williams מבקר בחריפות הסדר זה, שם, §39).

חיוב "יחד ולחוד" משלב מרכיבים של חיוב "יחד" ושל חיוב "לחוד". וכך, בחיוב "יחד ולחוד" כאשר בטל חיובו של חייב אחד בטל גם חיובם של החייבים האחרים²⁹, כפי שראינו לעניין חיוב "יחד". לעומת זאת, בחיוב "יחד ולחוד" הנושה רשאי לתבוע את קיום החיוב מכל החייבים או מכל חייב בנפרד³⁰, כפי שראינו לעיל בעניין חיוב "לחוד".

יש לציין, שהנושה מעדיף לרוב שהחיוב יהיה "לחוד", שכן הוא אינו חייב לתבוע את כל החייבים, וכך פתוחות לפניו אפשרויות תביעה נוחות יותר. בנוסף לכך, בחיוב "לחוד" הנושה אינו צריך לחשוש שביטול החיוב לגבי חייב אחד יגרום לביטול החיוב כולו, שכן בחיוב "לחוד" חיובם של החייבים האחרים אינו בטל. החייבים, מנגד, מעדיפים דווקא חיוב "יחד". כך קשה יותר לנושה לנהל נגדם הליך משפטי, שכן עליו להגיש תביעה כנגד כולם, ומה גם שדי בכך שחיובו של אחד החייבים יתבטל כדי ששאר החייבים יהנו מכך. חיוב "יחד ולחוד" מאזן אפוא בין האינטרסים של הנושה לבין האינטרסים של החייבים, בכך שהוא מאפשר הגשת תביעה נגד אחד מהם בלבד.

במשפט האנגלי נקבעו סוגי החיוב ("יחד", "לחוד", "יחד ולחוד") בהתאם לנסיבות החיוב³¹. המחוקק הישראלי בחר להטיל באופן גורף על כל החייבים את הסדרי "יחד ולחוד"³². עם זאת, קביעה זו הינה רק "בררת המחול", ובחיובים רצוניים יכולים הצדדים להתנות עליה³³.

ד. כפי שנראה להלן, לדעת רוב הפוסקים, גישתו של המשפט העברי שונה מן המתואר עד כה. לדעתם, בדרך כלל חייבים אינם חבים ב"חיוב אחד", והמשפט העברי מעדיף לפצל את החיוב לחיובים נפרדים על פי חלקו היחסי של כל חייב. כדי להגן על הנושה, נקבע הסדר של ערבות הדדית³⁴, ולפיו כאשר אחד החייבים אינו משלם, הנושה רשאי לתבוע את חלקו מן החייב האחר³⁵. עם זאת, בחיובים רצוניים רשאים הצדדים לקבוע שהם חייבים ב"חיוב אחד"³⁶.

²⁹ ראה סעיף 55(ב) לחוק. וראה Williams, לעיל, הערה 23, 20s; פרידמן וכהן, לעיל, הערה 8, בעמ' 167. אולם השווה סעיף 81 להצעת החוק, ובדברי ההסבר, המבקש להחיל הסדר שונה על חייבים "יחד" ועל חייבים "יחד ולחוד" בחיוב על פי חוזה.

³⁰ ראה סעיף 55(א) לחוק: "שנים שחייבים יחד ולחוד, רשאי הנושה לדרוש את קיום החיוב, כולו או מקצתו, משניהם כאחד, או מכל אחד מהם בנפרד, ובלבד שלא ייפרע יותר מן המגיע לו". כך עולה לכאורה גם מסעיף 80 להצעת החוק: "הנושה רשאי לדרוש את קיום החיוב, כולו או חלקו, מכל החייבים באותו חיוב כאחד או מכל חייב בנפרד, ובלבד שלא יקויים יותר ממלוא החיוב". כהמשך לסעיף 79, הקובע שחבים בחיוב אחד חזקה שהם חייבים **יחד ולחוד**, עולה לכאורה שסעיף 80 עוסק גם הוא בחייבים "יחד ולחוד", ובכך אין הוא משנה את המצב המשפטי הקיים על פי חוק החוזים. אולם ראה בדברי ההסבר, שהצעת החוק מבקשת לשנות את המצב המשפטי הקיים ולאפשר לנושה לתבוע מכל חייב בנפרד אף בחייבים "יחד", שכן הסעיף המוצע נוקט לשון כללית, בניגוד לסעיף בחוק הקיים העוסק בחייבים "יחד ולחוד".

³¹ למשל שלושה ערבים שערבו כל אחד בנפרד לחוב אחד נחשבו כחייבים "לחוד", ראה Edward Deering v. Earl of Winchelsea, Sir John Rous, and The Attorney-General, 126 E.R.1276 (1787).

³² לביקורת על קביעה גורפת זו ראה: פרידמן וכהן, לעיל, הערה 8, בעמ' 170; דויטש, לעיל, הערה 2, §4.6, ובהערות 17-18.

³³ ראה למשל סעיף 86(א) לפקודת השטרות [נוסח חדש]: "שטר חוב יכול שיעשה בידי שנים או יותר, ויכול שיהיו חבים על פיו ביחד, או ביחד ולחוד, **הכל ככתבו**". ס"ק (ב) קובע שבהעדר הוכחה אחרת החייבים חבים "יחד ולחוד".

³⁴ ראה גם Restatement (Second) of Contracts, סעיף 10, בדברי ההסבר.

³⁵ מעניין לציין, שפרקטיקה זו של ערבות הדדית נהגה גם בהסכמים של חיוב קוריאלי על פי המשפט הרומי, ראה Buckland, לעיל, הערה 21, בעמ' 455. הדבר נעשה כדי להימנע מן התוצאה הקשה, לפיה חייב קוריאלי לא היה זכאי

המשפט העברי, בהתאם לדרכו הקזואיסטית, אין למצוא בו כלל מופשט, אלא דיון במקרים ספציפיים. נפתח בסקירת המקורות התלמודיים והדיון בהם בפוסקים. נעסוק תחילה במקורות הדנים בחיובים רצוניים, ולאחר מכן בחיובים לא רצוניים. לאחר מכן, נבקש לדלות מתוך הדברים את הכלל המשפטי המופשט. נבחן האם המקרים בהם דנים הפוסקים הם אכן "חיוב אחד", ולאור זאת נרצה להסיק מה עמדת המשפט העברי בעניינם של חייבים החבים ב"חיוב אחד".

2. חיובים רצוניים – סקירת המקורות

עניין ריבוי חייבים רצוניים נדון בהרחבה בפוסקים, אולם במקורות התנאיים מצאנו רק מקור אחד בתוספתא שדן בעניין, וכך גם במקורות האמוראיים מצאנו רק מקור אחד בתלמוד הירושלמי, וכפי שניבא להלן.

א. התוספתא: "שני ערבין"

במקורות התנאיים עולה, כאמור, שאלת ריבוי החייבים הרצוניים רק פעם אחת, בעניינם של שניים שעברו לחוב אחד. וזה לשון התוספתא³⁷:

המלוה את חברו על ידי שני ערבין, לא יפרע מאחד מהן, ואם אמר "על מנת שאפרע מאחד מהן" - יפרע מאחד מהן.

לתבוע השתתפות מן החייבים האחרים (ראה לעיל, הערה 26). דרך אחרת להימנע מתוצאה זו הייתה על ידי כך שהחייבים נעשו שותפים (socii), ולו רק באופן זמני לצורך העסקה הנוכחית, והדין הרומי מאפשר השתתפות בין שותפים. הסדר זה דומה להצעתו של ליאופולד אוירבך, להלן, הערה 129.

³⁶ הסיבה שהמחוקק הישראלי העדיף שלא לאמץ את שיטת המשפט העברי היא מפני הקושי הבלתי סביר שהיא מטילה על הנושה. וכך אמר שר המשפטים יעקב שמשון שפירא בדיוני הכנסת בקריאה ראשונה של הצעת חוק החוזים: "אני רוצה לציין, שבעצם הובאה לפנינו הצעה שבעניין ריבוי חייבים ננהג לא לפי מה שהצענו פה. הצענו שאם מספר אנשים מתחייבים, רואים אותם כמתחייבים ביחד ולחוד, כלומר כל אחד חייב לגבי הכל וכולם ביחד חייבים לגבי אותו הדבר. לפי המשפט העברי, כאשר שני אנשים מתחייבים כלפי איש שלישי, הרי כל אחד חייב, בתור חייב עיקרי, לגבי החצי, ולגבי החצי השני הוא ערב בעד חברו. לא קיבלנו את הדרך הזאת, מפני שזוהי דרך לא נוחה, זוהי דרך המאריכה את הדיון. אם ראובן ושמעון התחייבו בפני לוי באלף לירות, והוא לא קיבל את הכסף, מה צריך לוי לעשות? הוא צריך לתבוע מראובן 500 לירות בתור חייב עיקרי, ומשמעון 500 לירות בתור חייב עיקרי; והיה אם שמעון, לאחר שנתחייב בדיון, לא יקיים, ויעשו את כל הפעולות של הוצאה לפועל כלפי שמעון ולא יצליחו – יחזור לוי ויתבע מראובן בתור ערב. זוהי בעצם לא שאלה של חוק סובסטנטיבי; זוהי שאלה של פרוצדורה. אם פרוצדורה – בחרנו בפרוצדורה הרבה יותר פשוטה, שבדוגמה שנתתי: לוי יגיש משפט נגד ראובן ושמעון, וממי שיוכל לגבות – מזה יגבה, ובזה גמר את מלאכתו, הקשה בלאו הכי" (דברי הכנסת, כרך 58, עמ' 2872, דיון ביום ל' באב התש"ל, 12.8.1970. מובא אצל נחום רקובר, **המשפט העברי בחקיקת הכנסת**, ירושלים תשמ"ט, כרך שני, עמ' 714-715). וראה גם אורי ידון, "חוק הירושה", **ספר אורי ידון**, תל אביב תש"ן, כרך א, עמ' 293-294 (אהרון ברק וטנה שפניץ עורכים): "עם כל השאיפה הרצויה והכנה, להחיות את המשפט העברי ולשלב הלכותיו בהוראות החוקים החדשים, חוששני שהתוצאות שהושגו בנדון זה עד עתה הן צנועות למדי... וכשהוצע לועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לאמץ בעניין ריבוי חייבים את הסדר המשפט העברי, דחתה הועדה את ההצעה מניה וביה והעדיפה לקיים את ההסדר המקובל בארץ ובאנגליה".

³⁷ **תוספתא**, בבא בתרא (ליברמן), פרק יא, הלכה טו.

מן התוספתא עולה אפוא ששני ערבים שערבו לחוב אחד, כל אחד מהם אחראי רק לחלקו היחסי בחיוב, אלא אם כן התנו הערבים עם הנושה תנאי אחר. התוספתא אינה מפרטת האם דין אחד לערבים שידעו זה על קיומו של זה ולערבים שלא ידעו זה על קיומו של זה. התוספתא גם אינה מתייחסת לשאלה מה הדין כאשר אחד הערבים אינו מקיים את חלקו בחיוב, האם הנושה רשאי במקרה זה לגבות את כל החיוב מערב אחד או שמא הנושה מפסיד. ומן התוספתא לא ניתן להסיק האם דין זה מיוחד לערבים, או שמא כך הדין גם בחיובים אחרים.

ב. סוגית התלמוד הירושלמי: "שניים שלוו"

בתלמוד הירושלמי³⁸ נדון עניין ריבוי לווים, ושם מבקש האמורא רבי יוסי³⁹ להסיק את דינם של לווים שלוו יחד מתוך היקש לברייתא העוסקת בדיני שבועת הפיקדון⁴⁰ של מי שחייב לנושים רבים. וזה לשון הברייתא:

"וכחש בעמיתו"⁴¹ - לכשיצא וידויו⁴² בשבועה, פרט למכחש באחד השותפין, פרט למכחש בעדים ובשטר.

בפירושה של ברייתא זו נעסוק בפרק העוסק בריבוי נושים⁴³. לעת עתה נזכיר את פירושו של הרמב"ן⁴⁴, לפיו העיקרון העולה מן הברייתא הוא שנושים רבים חייבים לתבוע את החייב יחד, ולכן כפירה ושבועה לאחד מהם אינה מחייבת בחיובי שבועת הפיקדון, שכן ההליך שניהל נושה אחד לבדו הוא הליך פגום שאין בכוחו להביא לפסק דין מחייב נגד החייב.

הירושלמי מביא, שבהיקש מברייתא זו, העוסקת כאמור בריבוי נושים, הסיק רבי יוסי מסקנה לעניין ריבוי לווים, לפיה לווים שלוו כאחד "אחראין וערבאין זה לזה"⁴⁵:

אמר רבי יוסי: הדא אמרה [=זאת אומרת], שנים שלוו מאחד אף על גב דלא כתבין [בשטר הלוואה] "אחראין וערבאין זה לזה" – [בכל זאת הם] אחראין וערבאין זה לזה...⁴⁶.

³⁸ ירושלמי, שבועות, פרק ה, הלכה א.

³⁹ קרוב לוודאי שהכוונה לאמורא רבי יוסי בר זבידא, אמורא ארץ ישראל בדור החמישי. ראה אהרן היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים** כרך ב, לונדון תר"ע, ערך ר' יוסי (האמורא). **חידושי הרשב"א**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה שותפין, הגרסה היא רבי יונה, שהיה חברו של רבי יוסי בר זבידא.

⁴⁰ שבועת הפיקדון: נתבע בתביעת ממון שהכחיש את התביעה ונשבע על כך, ולאחר מכן הודה שנשבע לשקר, חייב להשיב לתובע את ממונו בתוספות חומש, ולהביא קרבן אשם הנקרא "אשם גזילות" (ראה: ויקרא ה, כ-כו; **משנה**, שבועות, פרק ה; **רמב"ם**, הלכות שבועות, פרקים ז-ח).

⁴¹ הירושלמי דורש את פסוק כא: "נפש כי תחטא ומעלה מעל בה", **וכחש בעמיתו** בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו".

⁴² "וידויו" במובן של הצהרה. ראה שאול ליברמן, **יוונית ויוונית בארץ-ישראל - מחקרים באורחות חיים בארץ-ישראל בתקופת המשנה והתלמוד**, ירושלים תשכ"ב, עמ' 254, הערה 11.

⁴³ להלן פפפ.

⁴⁴ **חידושי הרמב"ן**, שבועות לח ע"ב, ד"ה גרסינן.

⁴⁵ דרך ההיסק מדיני נושים על דיני חייבים צריכה עיון, ראה פפפ.

⁴⁶ הירושלמי מסיים: "ולא עבדין כן" [=ולא עושים כך]. הרמב"ן (לעיל, הערה 44) מפרש שאמנם הלווים אחראין וערבאין זה לזה אף אם תנייה זו לא נכתבה בשטר ההלוואה, אך מנהג כותבי השטרות לכתוב כך במפורש "לשופרא

מדברי הירושלמי עולה לכאורה, ששניים שלוו כאחד, כל אחד מהם אחראי כלפי הנושה במלוא החיוב. וכך מסיק הירושלמי גם לעניין שניים שקבלו פיקדון כאחד, כפי שעולה מסיום הסוגיה. הירושלמי דן שם בשני שומרים שהפיקדון שבידם שווה פרוטה אחת בלבד, וכל אחד מהם הכחיש ונשבע, ולאחר מכן הודה ששיקר. הירושלמי קובע שחיובי שבועת הפיקדון חלים על כל אחד מהם. ואף שכלל הוא שאין מביאים קרבן אשם גזלות על פחות משווה פרוטה, הרי במקרה זה כל אחד מהם אחראי על כל הפיקדון⁴⁷. מסקנתו זו של הירושלמי עומדת, לכאורה, בניגוד לקביעתה של התוספתא שהבאנו לעיל⁴⁸ בעניינם של שני ערבים, ולפיה כל ערב אחראי לחלקו בלבד.

בדברי הירושלמי נתבאר שכל חייב אחראי למלוא החיוב, אך לא נתבאר מה טיבה של אחריות זו של כל אחד מן החייבים לעניין זכות התביעה של הנושה: האם הוא רשאי לתבוע את כל החיוב מאחד מהם לפי בחירתו, או שמא עליו לתבוע מכל חייב רק את חלקו היחסי, ורק בליט בררה רשאי הוא לתבוע את כל החיוב מאחד החייבים⁴⁹. כפי שנראה להלן, בשאלה זו נחלקו הרא"ש והרמב"ן. נסקור תחילה את שיטת הרא"ש, ולאחר מכן נסקור את שיטתו המורכבת יותר של הרמב"ן.

דשטר"י, וראה גם פני משה, על הירושלמי, ד"ה הדא אמרה (וראה אשר גולאק, **תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד - החיוב ושעבודיו**, ירושלים תרצ"ט, עמ' 94, שלדעתו הסיומת "ולא עבדין כן" היא מדבריו של רבי יוסי בר זבדא, ולכן הוא מתקשה לקבל את הסברו של הרמב"ן, "שאיזה חידוש מצא רבי יוסי בתנאי שהוא קיים על פי הדין ושנהגו לפרשו בשטרות?". וראה שם בהערה 32. יש להעיר ששאלתו תמוהה, שכן זהו בדיוק חידושו של רבי יוסי שגם אילולי היה הדבר מפורש בשטרות כך היה הדין). אולם ראה: **חידושי אנשי שם**, שבועות יז ע"א (בדפי הרי"ף), אות א, בשם מהר"ם מטיקטין; **קרבן העדה** על הירושלמי, שם, ד"ה ולא עבדין כן, בפירוש הראשון, שפירוש הירושלמי הוא **שלא נוהגים לפסוק כד**, ובשטר שלא נכתב בו במפורש "אחראין וערבאין" - החייבים אינם אחראים וערבים זה לזה. וראה שאול ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, בבא מציעא, עמ' 156. וראה גם גדעון ליבזון, "שניים שערבו: מחקר השוואתי בין ר' שמואל בן חפני גאון, הרמב"ם וספרות מוסלמית מקבילה", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (התשמ"ד-התשמ"ו), עמ' 339, הערה 78. ייתכן שהסיבה שבני ארץ ישראל לא נהגו כך היא בשל המשפט הרומי שנהג בארץ ישראל, ולפיו התחייבות משותפת (קוריאליט) אפשרית רק בהסכם מפורש, ראה לעיל, ליד ציון הערה 21. וראה גם לעיל, הערה 35, שערבות הדדית הייתה פרקטיקה מקובלת בחיובים קוריאליים.

דוגמה לשטר בו נכתב במפורש שכל אחד אחראי על כל החוב, ראה **תיקון סופרים**, סימן נד (מובא גם אצל אשר גולאק, **אוצר השטרות הנהוגים בישראל**, ירושלים תרפ"ו, עמ' 208, סימן ריז). וראה גם אשר גולאק, **השטרות בתלמוד: לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי**, ירושלים תשנ"ד, עמודים 145, 189. וראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן פו, ד"ה שאלה: "וזקף עליהם המנה הנזכר במלוח גמורה, בשטר כתוב וחתום כראוי לזמן קצוב, בחיוב שניהם יחד וכל אחד בפני עצמו על הכל".

⁴⁷ וזה לשון הירושלמי: "אחד שהפקיד לשנים, כפר בו זה - חייב [בחיובי שבועת הפיקדון]; כפר בו זה - חייב. הפקיד להם שוה פרוטה, לא נמצא מביא קרבן על חצי פרוטה? ומה כא [=כאן] אילו נשבע ונשבע ונשבע שמא אינו מביא קרבן על חצי פרוטה? תמן [=שם] כל שבועה חלה על שוה פרוטה הכא אין שבועה חלה על שוה פרוטה [=כשאדם נשבע על פרוטה אחת שלוש שבועות נפרדות, כל שבועה היא על פחות מפרוטה, ולכן הוא פטור מקרבן. אולם כאשר הוא נשבע על פיקדון שווה פרוטה שהוא אחד מן השומרים עליו, הוא נשבע על כל הפרוטה, שכן הוא אחראי על כל הפיקדון]."

⁴⁸ ליד ציון הערה 37.

⁴⁹ הסדר דומה קיים בכמה מקרים של מעוולים יחד, ראה להלן, ליד ציון הערה 272.

ג. שיטה א: הנושה רשאי לתבוע מכל חייב את מלוא החיוב

הרא"ש, מפרש את דברי התלמוד הירושלמי "אחראין וערבאין זה לזה", שכל אחד מן הלווים חייב בחוב כולו, ומסיק מכך שהנושה רשאי לגבות את החוב כולו מאחד הלווים. וזה לשונו⁵⁰:

פירוש "הדא אמרה", דכי היכי דאמרינן [=כמו שאנו אומרים] בשנים שהפקידו אצל אחד שאם בא האחד ליטול את שלו אין שומעין לו, ולא יכול [מפקיד אחד] למימר [=לומר] לזה [=לנפקד] "כל אחד ממנו [=מאתנו] נתחייבת בחלקו", אלא יכול [הנפקד] לומר: "לא נתחייבתי אלא לשניכם", אף שנים שלוו מאחד יכול [המלווה] לומר: "לשניכם הלוייתי, ואין אחד מכם נפטר בחלקו, **אלא כל אחד מכם חייב לשלם הכל**"... וכן נראה הלכה למעשה⁵¹.

מדברי הרא"ש במקום אחר עולה שזכותו של הנושה לגבות את מלוא החוב מאחד מן הלווים מבוססת על העדפת האינטרס המוצדק של הנושה לגבות את חובו בדרך קלה ויעילה. וזה לשונו⁵²:

כך הוא דינם, שיכול המלווה לגבות מאיזה מהם שירצה... דכולן שותפים לפרוע חוב זה, **אלא שיפה כח המלווה, שאין צריך לחזור אחר שניהם**, אלא יכול לגבות מאיזה מהם שירצה⁵³.

מדברי הרא"ש עולה בפשטות שכל אחד מן החייבים חייב על מלוא החיוב **כחייב עיקרי**⁵⁴. כך גם עולה מדבריו של הר"ן⁵⁵ בביאור שיטה זו (אם כי הוא עצמו חולק עליה):

שנים שלוו מאחד, אין אחד מהם יכול לומר לא נתחייבתי אלא במחצית הממון, אלא המפקיד או המלווה יכול לומר 'לשניכם הפקדתי או הלוייתי **וכל אחד חייב בכל**'⁵⁶.

⁵⁰ רא"ש, שבועות, פרק חמישי, סימן ב. וראה גם: שו"ת הרא"ש, כלל עג, סימנים ט, יג; טור, חו"מ, סימן עז. וראה גם שו"ת הרא"ש, כלל סו, סימן ז. כך פוסק גם רבי אברהם טאזרטי (תלמיד הרשב"א), חוקות הדיינים, סימן קעב.

⁵¹ כבר הערנו לעיל, הערה 45 שהיסק זה דורש עיון.

הרא"ש מציין שגם לדעת הרמב"ן הנושה רשאי לגבות את מלוא החוב ממי שירצה, אולם ראה להלן, ליד ציון הערה 72, שדעת הרמב"ן אינה כדעת הרא"ש. וראה **כנסת הגדולה**, מהדורת מכון הכתב, ירושלים תשנ"ד, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק ה, ד"ה ולבי, שבדברי הרא"ש יש לגרוס "הרמב"ם" ולא "הרמב"ן". וראה להלן, נספח ב, שיש מן הפוסקים הסבורים שדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש.

נציין, שלדעת הרא"ש דינם של ערבים רבים כדינם של לוויים רבים, ראה שו"ת הרא"ש, כלל עג, סימן יג, והנושה רשאי לתבוע את כל חובו מכל אחד מהם.

⁵² שו"ת הרא"ש, לעיל, הערה 50, סימן יג.

⁵³ וראה **פלפולא חריפתא** על הרא"ש, בבא מציעא, פרק שמיני, סימן א, אות ב, שבמקום בו האפשרות לגבות מכל חייב את מלוא החיוב תפעל לרעת הנושה, יסכים הרא"ש שכל אחד יהיה חייב רק בחלקו וראה להלן, הערה 86.

⁵⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 51: "כל אחד מכם חייב לשלם הכל".

⁵⁵ ר"ן, שבועות יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ובירושלמי.

⁵⁶ ראה גם: שו"ת רדב"ז, חלק ג, סימן תקטז ("ויאכא מאן דאמר דהוי כאלו לוח כל אחד מהם הכלי"); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ב, סימן א, ד"ה ואמנם אופן החיוב; **פלפולא חריפתא**, לעיל, הערה 53; **שער משפט**, סימן עז, ס"ק א; **קצות החושן**, סימן עז, ס"ק א (השווה לדבריו להלן, הערה 61); **משנת רבי אהרן** (קוטלר), בבא קמא, סימן כ, אות ח, ד"ה והנה לשיטת הרמב"ן; **הערות לשו"ע לר' איסר זלמן מלצר זצ"ל**, סימן עז, סעיף א (מובא בשולחן ערוך, מהדורת מורשה להנחיל, ירושלים תשנ"ט, קובץ חיבורים, עמ' לב-לג). וראה גם הרב זלמן נחמיה גולדברג, "בדיני ערב וערב קבלן: כמה כללים וסברות בדיני ערבות", **הישור והטוב** ד (תשס"ז), עמ' ג, בעמ' ו: "שכל אחד יש סיבה בפני עצמו להתחייב, דהא [=שהרי] כל אחד לוח את כל הסכום, מוטל על כל אחד החיוב כולו. וכעין שמצינו בגזל אחד ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה, רצה מזה גובה (ראה בבא קמא קיא ע"ב, וראה להלן, ליד ציון הערה 205), שכל אחד

לדעת רבי יצחק מאיר אלתר, בעל חידושי הרי"ם⁵⁷, ניתן לבסס זכות זו של הנושה לגבות מכל חייב את מלוא החיוב, באחד משני האופנים הבאים:

(א) כל חייב כאילו לווה את מלוא סכום ההלוואה והלווה לתברו את חלקה. אחריותו של כל חייב למלוא ההלוואה מאפשרת לנושה לתבוע ממנו את כל החיוב.

(ב) כפי שראינו לעיל⁵⁸, העובדה שכל חייב אחראי למלוא החיוב אין בה כשלעצמה כדי לאפשר לנושה לגבות את כל החיוב מאחד החייבים, אך יש לראות את המלווה כאילו התנה כך במפורש, כדי להבטיח את חובו⁵⁹.

לדעת רבי שמואל הסרדי⁶⁰, בעל התרומות⁶¹, גם הרמב"ם סבור שהנושה רשאי לגבות את מלוא החיוב מחייב אחד⁶², אך מטעם אחר. לדבריו, כל אחד מן החייבים חב כחייב עיקרי על חלקו, וערב קבלן⁶³ על חלקם של החייבים האחרים. וזה לשונו:

לעצמו התחייב בכולו" (הרב גולדברג משווה חיובם של לווים משותפים לדיני איסורים, שכאשר כמה אנשים עברו יחד עברה אחת כולם נענשים, שכן כל אחד עשה מעשה שלם שראוי לענישה. ראה: **רמב"ם**, הלכות כלאים, פרק ט, הלכה ט). וראה גם דבריו **במשפט ערוך**, ליקוטי משפט, סימן עז, סעיף א, הערה 8. לדבריו, כך גם מפרש הש"ך, להלן, הערה 61, את דעת הרא"ש. לדבריו, את דברי הש"ך שדינם של שני חייבים כעריבים קבלנים זה לזה אין לפרש בצורה דווקנית, וכונתו היא שנושה יכול לגבות מאחד מן החייבים את מלוא הסכום אף אם לשותפו יש אמצעי תשלום כדון ערב קבלן. וראה שם עוד בסעיף ד, הערה 2.

⁵⁷ **שו"ת חידושי הרי"ם**, חו"מ, סימן ג.

⁵⁸ ליד ציון הערה 49, וראה גם להלן, ליד ציון הערה 545.

⁵⁹ מלבד הנימוקים, מביא הרי"ם אלתר ראיה לשיטת הרא"ש מן התלמוד (בבא קמא קח ע"א). התלמוד דן בנכס שנמסר לשני שומרים, ושניהם טענו "טענת גנב" (כלומר השומרים טענו בשקר שהנכס נגנב ונשבעו על כך). השומר האחד הודה בשקרו, ולפיכך התחייב ב"חומשי", ועל השומר השני העידו עדים שהוא שיקר ולפיכך הוא התחייב בכפל (ראה **רמב"ם**, הלכות גניבה, פרק ד, הלכה א; שם, הלכות גולה ואבדה, פרק ז, הלכה א). התלמוד מתלבט האם ייתכן שעל **אותו ממון** ישלם שומר אחד חומש והשני כפל. לדברי הרי"ם אלתר, מוכחת מכאן שיטת הרא"ש שכל אחד מן השומרים חייב במלא החיוב, שכן אם כל שומר היה חייב רק על חלקו, לא היה מקום לשאלת התלמוד, שהרי כל שומר היה משלם קנס על חלקו בלבד (להלן, ליד ציון הערה 97, נראה את שיטת הרמב"ן, ולפיה כל חייב חב על חלקו וערב על חלק חברו. הרי"ם אלתר מבקש כאמור להוכיח מן התלמוד כשיטת הרא"ש, וכנגד שיטת הרמב"ן. הרי"ם אלתר מעיר שאת שיטת הרא"ש ניתן להוכיח רק מן הדיון בעניינו של השומר שחייב כפל, שכן אדם אינו מתחייב בכפל על מה שלא גנב בעצמו, ואף אם הוא ערב על הגנבה בשל היותו שותף בה. לעומת זאת, מן הדיון בעניין חומש אין להוכיח כשיטת הרא"ש, שכן אדם מתחייב בחומש גם על ממון עליו הוא ערב, שכן בסופו של דבר הכחשת ערבות היא "כפירת ממון". וראה גם: **אור שמח**, הלכות גניבה, פרק ד, הלכה ז; **אמרי יוסף** (דוידובסקי), הלכות גניבה, פרק ד, הלכה ז). אולם ראה **אמרי הצבי**, חלק ג, בבא קמא קח ע"א, סימן קס, אות ג, שמביא גם הוא את ראייתו של הרי"ם (מבלי להזכירו) ודוחה אותה. לדבריו, מחלוקת הרא"ש והרמב"ן אינה אלא כאשר הפיקדון אבד והשומרים חייבים לפצות את בעליו, אך בזמן שהפיקדון קיים, הכל מודים שחובת השמירה על כל הפיקדון מוטלת על כל אחד מן השומרים. הסוגיה ממנה מבקש הרי"ם אלתר להביא ראיה עוסקת בפיקדון שקיים, ועל כן אינה ראיה לשיטת הרא"ש.

⁶⁰ **ספר התרומות**, שער מד, חלק א, אות ב.

⁶¹ רבים מן הפוסקים מסבירים כך גם את שיטת הרא"ש. ראה: **שו"ת הרמ"א**, סימן כז; **סמ"ע**, חו"מ, סימן עז, ס"ק יז-יח; **ש"ך**, שם, ס"ק ה; **ביאור הגר"א**, שם, ס"ק ז; **קצות החושן**, שם, ס"ק ז (ואולם השווה לדבריו המובאים לעיל, הערה 56); **ישמח לב**, יורה דעה, סימן א; **אור שמח**, הלכות גניבה, פרק ג, הלכה יז, ופרק ד, הלכה ז, ד"ה ולכאורה;

ואיכא מאן דאמר [=ויש מי שאומר] דעל כל פנים ידו [של המלווה] על העליונה לתבוע הכל מן האחד, כיון דקתני [=ששנינו (בירושלמי)] "אחראין", כלומר חייבין הם נקראים, **וכל אחד הוא קבלן על חברו**... וכאן נמי [=גם] כך דינו שזהו נקרא קבלן על מחצה מן החוב על חברו, וזה קבלן על מחצית של חברו, וגובה ממנו אף על פי שיש נכסים לאחר⁶⁴.

לדברי בעל התרומות, שיטה זו לפיה כל חייב הוא ערב קבלן על חלקו של שותפו, עולה מלשון הירושלמי "אחראין וערבאין"⁶⁵, שמשמעותה ערב קבלן. ויש להטעים: דומה שבעל התרומות סבור שאין צריך לומר שכל חייב חב בחלקו, ולכן יש לפרש את דברי רבי יוסי שהלויים "אחראין וערבאין" איש על חלקו של חברו, ולשון זו מורה, כאמור, על ערב קבלן⁶⁶. נציין, ששיטה זו של בעל התרומות בביאור דברי הרמב"ם אינה מוסכמת על הכל, ורוב הפוסקים סבורים שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן, אותה נראה מיד⁶⁷.

מרומי שדה, שבועות לו ע"א, ד"ה ועפ"י יובן; הרב מנדל שפרן, "בדין שנים שלוו ושנים שהפקידו", **אהלה של תורה** ב, עמ' רטז, מעמ' ריט ואילך. אולם ראה להלן, ליד ציון הערה 593.

⁶² **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט. וראה להלן, הערות 613, 614.

⁶³ "ערב קבלן" - אדם שקיבל על עצמו לפרוע את חובו של חברו אם ירצה המלווה לגבותו ממנו גם אם יש באפשרות הלווה לפרוע את חובו, שאז רשאי המלווה לדרוש את פרעון החוב ממנו בלא לפנות אל הלווה תחילה; להבדיל מן "ערב" רגיל, שאין המלווה רשאי להפרע ממנו אלא לאחר שפנה אל הלווה, וזה אין ידו משגת לפרוע את החוב. לפי רבים מן הפוסקים ערב קבלן נחשב כאילו לוה בעצמו והלווה ללווה. ראה באריכות ברוך כהנא, **ערבות**, חוק לישראל, ירושלים תשנ"ב, עמ' 639-640. וראה להלן, הערות 66, 70.

⁶⁴ וראה **חידושי הרי"ם** (לעיל, הערה 57), בהסברו הראשון, שכל חייב כאילו לוה הכל והלווה לשותפו את חלקו. כפי שראינו לעיל, הערה 63, זו הדרך בה חלה ערבות קבלנית. וראה באריכות הרב מרדכי גיפטר, "בענין שותפין ששאלו", **הפרדס** לו (תשכ"ג): חוברת ב, סימן יב, עמ' 11; חוברת ה, סימן לח, עמ' 7; חוברת ז, סימן נו, עמ' 9 (המאמר נכתב בהמשכים). אולם דומה שיש להבחין בין דברי הרי"ם לבין דברי בעל התרומות, שכן לדברי הרי"ם כל חייב הוא חייב עיקרי על מלוא ההלוואה, ואילו לדעת התרומות כל חייב הוא חייב עיקרי רק על חלקו וערב קבלן על חלק חברו. ערב קבלן, על אף שהוא נחשב כמי שלווה מן הנושה, אינו נחשב חייב עיקרי (וראה על כך חיים סולובייצ'יק, "ערב ברבית", **ציון** 37 (תשל"ב), עמ' 1, בעמ' 16-17).

⁶⁵ אולם ראה **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ט, שמוכיח שלשון "אחראין" אינה מורה בהכרח על ערב קבלן. כך, למשל, שעבוד נכסים מכונה "אחריות" (**משנה**, קידושין א, ה), והשעבוד אינו אלא כערבות רגילה (ראה בבא בתרא קעד ע"א).

⁶⁶ הרב אריה לייב רובינשטיין, **שו"ת יריעת האהל**, סימנים א, ג, מסתייג מן האפשרות של ערבות קבלנית החדית, כי מתעוררת בכך בעיית ריבית. לדבריו, מכיוון שעברותו של כל חייב לחיובו של חברו נעשית בתמורה לערבותו של שותפו לחיוב שלו, נמצא שהערב הקבלן מקבל טובת הנאה מכך שהוא ערב על חלקו של חברו. ומכיוון שהערב הקבלן נחשב כאמור, לעיל, הערה 63, כמלווה של החייב, אסור לו ליטול טובת הנאה מן החייב משום איסור ריבית. הרב רובינשטיין מדמה זאת לדין המובא ברמ"א (יורה דעה, סימן קס, סעיף ט) שבהלוואות החדיות יש איסור ריבית, שכן ההלוואה שעתיד מלווה הראשון לקבל (בכך שהלווה ילווה לו) היא טובת הנאה שניתנת לו תמורת ההלוואה. אולם ראה את דברי הרב שלום משה חי גאגין, **ישמח לב**, יורה דעה, סימן א, הסבור שלערב מותר ליטול שכר בעד ערבותו. זאת ועוד, הרא"ש הוא זה שחידש את הדין שבלווים החדיים יש בעיית ריבית, ועם זאת הוא כותב שיכולים להיות ערבים קבלנים החדיים. וראה גם את דברי הרב יעקב שאול אֶלְפֶּשֶׁר (חכם באשי בארץ ישראל), **שו"ת ישמח לאיש**, ש, חו"מ, סימן ו. אולם אין בדבריהם תשובה עניינית לשאלת הרב רובינשטיין. אולם, לפי דברינו לעיל, ליד ציון הערה 56, לשיטת הרא"ש לווים משותפים אינם ערבים קבלנים זה לזה, אלא כל אחד מהם חייב עיקרי על מלוא החוב, ואם כן הוכחתו של הישמח לב אינה הוכחה.

⁶⁷ וראה בהרחבה להלן, נספח א.

הרב איסר זלמן מלצר⁶⁸ מציין שהמחלוקת האם האפשרות לגבות מכל חייב נובעת מכך שכל חייב חב בכל או משום שכל חייב הוא חייב עיקרי בחלקו וערב קבלן על חלק חברו, אינה רק מחלוקת תיאורטית, אלא עולה ממנה גם נפקות מעשית. כך למשל, לדעת רבים מן הפוסקים⁶⁹ נושה אמנם רשאי לגבות את חובו מערב קבלן אף שהלווה יכול לפרוע בעצמו, אך אם הלווה רוצה לפרוע בעצמו, הנושה חייב לגבות ממנו תחילה. נמצא אפוא, שאם כל חייב חב במלוא החיוב, הנושה רשאי לגבות הכל מאחד מן החייבים אף אם כל אחד מהם מעוניין לשלם את חלקו, ואילו אם האחריות המלאה נובעת מדיני ערב קבלן, יכולים החייבים לכפות על הנושה לגבות מכל אחד מהם את חלקו היחסי⁷⁰.

לסיום נציין, שאכן לשיטת הרא"ש יש להעדיף את האינטרס של הנושה לגבות את חובו מחייב אחד, אך כדי להגן על החייב מפני תשלום יתר נקבעה לו זכות לתבוע השתתפות משותפיו לחיוב⁷¹.

ד. שיטה ב: הנושה תובע מכל חייב את חלקו

(1) חלוקת האחריות בין החייבים – מקור הדין

כאמור, הרא"ש מסתמך על סוגית הירושלמי וקובע שכל אחד מן הלווים המשותפים חב כלפי הנושה חבות מלאה. כפי שנראה להלן, דעתו אינה מקובלת על רוב הפוסקים, והם סבורים שכל חייב חב רק בחלקו היחסי בחיוב. לדעת הרמב"ן⁷², גישה זו עולה בצורה עקיפה משתי סוגיות בתלמוד הבבלי. להלן ראייתו של הרמב"ן:

(א) המשנה דנה בשומר חנם שהנכס שהופקד בידו נגנב, ובמקום להישבע ולהיפטר מתשלום הוא מעדיף לפצות את בעל הנכס. וזה לשון המשנה⁷³:

⁶⁸ הערות לשו"ע לר' איסר זלמן מלצר זצ"ל, לעיל, הערה 56.

⁶⁹ ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכט, סעיף טו; ביאור הגר"א, שם, ס"ק מו; ברוך כהנא, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ"ב, עמ' 231.

⁷⁰ מלבד שאלת סדרי הגבייה, תיתכן גם נפקות בשאלת טיב המקרקעין מהן יוכל הנושה לגבות את חובו. כך, אם לאחד הלווים קרקע בינונית, ולשני קרקע זיבורית בלבד: אם כל חייב הוא חייב עיקרי על מלוא החוב, הנושה יוכל לגבות את מלוא חובו מן החייב בעל הקרקע הבינונית, ואילו אם כל אחד ערב קבלן על חברו, אם ירצו החייבים הם יכולים לדרוש מן הנושה לגבות מחצית מן החוב מבעל הקרקע הזיבורית ומחציתו מבעל הבינונית. לנפקות נוספת ראה חוות דעת, יורה דעה, סימן קע, ביאורים, ס"ק א, ממנו עולה שכל חייב הוא ערב קבלן על חלק חברו, ולכן אסור להם ללוות מנכרי בריבית, שכן ערב קבלן נחשב כאילו לווה מן המלווה והלווה ללווה (ראה לעיל, הערה 63), ונמצא שהלווה נתן ריבית לערב הקבלן. (ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קע, סעיף א). וראה שו"ת חשב האפוד (פדווא), חלק ב, סימן מח, שלדעה שכל חייב הוא חייב עיקרי אין איסור ריבית באופן זה. וראה גם שם, סימן יד.

⁷¹ ראה על כך, להלן, זכות ההשתתפות, פפפ.

⁷² חידושי הרמב"ן, מהדורת הרש"ר, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה שותפין ששאלו; חידושי הרמב"ן, שבועות לח ע"ב, ד"ה גרסינן; שו"ת הרמב"ן, סימן מ. וראה גם ר"ן, שבועות יז ע"א (בדפי הרי"ף). כפי שראינו לעיל (הערה 51) הרא"ש מציין את הרמב"ן כמי שסבור (כמוהו) שהנושה רשאי לתבוע את כל החוב מאחד מן הלווים, ואת השיטה החולקת הוא מייחס לבעל העיטור ולראב"ה (ראה להלן, הערות 98, 99). אולם ראה ספר התרומות, לעיל, הערה 61, שכותב ששאל את פי הרמב"ן מה דעתו, והשיב לו שכל חייב חב רק על חלקו וערב לחלק שותפו (וראה גידולי תרומה, שם, שתמה על הבית יוסף, חו"מ, סימן עז, שלא הביא את עדותו של ספר התרומות). וראה גם: ב"ח, חו"מ, סימן עז, ד"ה אבל עדיין (שמסביר שמשום כך לא ציין הטור שדעת הרמב"ן כדעת אביו הרא"ש); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קו.

⁷³ משנה, בבא מציעא ג, א.

המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו. שילם ולא רצה לישבע - [אף שיכול היה להישבע] שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא [=נפטר משלם] - [אם] נמצא הגנב משלם [הגנב] תשלומי כפל⁷⁴... למי משלם? למי שהפקדון אצלו [=לשומר].

והתלמוד⁷⁵ מסביר, שאמנם הכפל שייך לבעל הנכס, אך הלה מסכים בשעת מסירת הפיקדון לשומר להקנות לו את הזכות לקבל את תשלומי הכפל אם הוא ישלם במקום לנצל את זכותו להיפטר מתשלום על ידי שבועה. וממשיך התלמוד ושואל⁷⁶:

שילם [השומר] מחצה, מאי [=מה הדין]?

כלומר, אם השומר שילם רק מחצית מסכום הפיקדון שנגנב, האם בעל הנכס מקנה לו את חצי הכפל, או שמא כל זמן שהשומר לא שילם את מלוא ערך הנכס, הבעלים אינו מקנה לו כלום (התלמוד אינו מכריע בשאלה זו). וממשיך התלמוד ושואל⁷⁷:

שותפין ששאלו ושילם אחד מהן [את חלקו היחסי], מאי?

כלומר, שותפים שאחראים על שמירת נכס, ורק אחד מהם שילם לבעל הנכס את חלקו היחסי⁷⁸, האם בעל הנכס מקנה לו את חלקו היחסי בכפל, שהרי אותו שומר שילם את כל אשר מוטל עליו? או שמא בעל הנכס אינו מקנה לו כלום, כי הוא עדיין לא קיבל את מלוא ערכו? גם בשאלה זו אין התלמוד מכריע, אולם העובדה שהתלמוד מתלבט בשאלה מוכיחה, לדעת הרמב"ן, שכל שותף חייב רק בחלקו היחסי. לו כל שותף היה חייב במלוא החיוב, שאלת התלמוד בדבר שותפים הייתה מיותרת, שהרי התלמוד כבר שאל מה דינו של שומר ששילם רק חלק מחובו ("שילם מחצה, מהו?")⁷⁹. מן העובדה שהתלמוד מעלה את השאלה בעניין השותפים מוכח אפוא שכל שותף חייב רק בחלקו היחסי.

הרמב"ן עצמו מפקפק בראיה זו, שכן הקניית הכפל לשומר תלויה באומד דעתו של המפקיד, וייתכן שהמפקיד מסכים להקנות לשותף את חלקו בכפל גם אם הוא פורע את חלקו בלבד⁸⁰; ומה גם, שאם היה פורע את מלוא החיוב הוא היה זכאי להשתתפות מן השומר השני⁸¹, נמצא שכאשר הוא פורע רק את חלקו היחסי, הוא למעשה פורע כל מה שהוא חייב⁸².

⁷⁴ כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשומר ונגנב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים (שמות כב, ו).

⁷⁵ בבא מציעא לד ע"א.

⁷⁶ שם, לד ע"ב.

⁷⁷ שם.

⁷⁸ "חצי דמיו שעליו" (רש"י, שם, ד"ה ושילם).

⁷⁹ לעיל, ליד ציון הערה 76. וראה גם רש"י (שם, ד"ה מהו): "מי אמרינן: הרי שילם כל המוטל עליו", ומשמע מדבריו שחלקו היחסי של כל שומר הוא "כל המוטל עליו" (וראה גם תשב"ץ, חלק א, סימן קעא).

⁸⁰ וראה עוד בני שמואל (חיון), שו"ת, סימן מח.

⁸¹ ראה להלן פפפ.

⁸² באופן זה מיישב הרא"ש, בבא מציעא, פרק ג, סימן ג, את הראיה נגדו מן הסוגיה, ובלשונו: "אלא ודאי חייב לשלם גם חלק השותף האחר אם לא ישלם או ישבע. ומיהו כיון ששילם מיד המוטל עליו, וחבירו שמא גם הוא ישלם, מקני ליה לאלתר חצי הכפל". וראה שיירי קרבן על הירושלמי, שבועות, פרק ה, הלכה א, ד"ה וכחש, שמעיר שתירוצו זה של הרא"ש מתאים יותר לשיטת הרמב"ן (שכן לפי שיטת הרא"ש שותף ששילם רק את חלקו לא "שילם... המוטל עליו"). הוא עצמו מציע להעמיד את סוגית התלמוד במקרה שהשומרים התנו עם בעל הנכס שכל אחד מהם אחראי על

(ב) במשפט העברי דין ייחודי בדיני השומרים, ולפיו שומר שמעסיק את בעליו של הפיקדון אינו חייב לפצות את הבעלים אם הנכס אבד או ניזוק ("שמירה בבעלים")⁸³. על דין זה שואל התלמוד⁸⁴:

שותפין ששאלו ונשאל [בעל הנכס] לאחד מהו, מהו [=מה הדין]? לכולי שואל בעינן והא ליכא [=כדי שיחול פטור שמירה בבעלים] על הבעלים לעבוד אצל כל השואלים, ותנאי זה לא מתקיים] או דילמא להווא פלגא דידיה מיהת פטור [=או שמא די בכך שהוא נשאל לשותף אחד, ואותו השותף פטור מחלקו]?

גם מסוגיה זו מבקש הרמב"ן⁸⁵ להוכיח שכל שומר חב רק על חלקו, שכן אם כל שותף אחראי על מלוא החיוב, אין מקום לשאלת התלמוד, שהרי הבעלים נשאל לשואל החייב בכל, ודי בכך כדי לפטרו. ומסיים הרמב"ן: "וזה ראייה יותר מן הראשונה"⁸⁶.

בנוסף לראיות העקיפות שמביא הרמב"ן מן התלמוד הבבלי, מביא תלמידו, ר' שמואל הסרדי בעל ספר התרומות⁸⁷, ששיטת רבו עולה כמעט במפורש כבר מן התוספתא:

(א) המקור הראשון מן התוספתא דן בריבוי לווים:

שנים שלוו בשטר אחד, ופרע אחד מהן את שלו, השטר במקומו, והלה [=המלווה] כותב לו "התקבלתי ממך את שלך"⁸⁸.

מן המילים "את שלך" מבקש בעל ספר התרומות להוכיח שכל חייב נושא באחריות לחלקו בלבד. הרמב"ן עצמו מזכיר ראייה זו⁸⁹ ודוחה אותה, שכן ניתן להעמיד את התוספתא במקרה שבשטר נכתב תנאי מפורש שכל לווה חב רק לפי חלקו⁹⁰.

חלקו בלבד, ובכך לדחות את ראית הרמב"ן. לדבריו, הסבר זה מתאים יותר לשיטת הרא"ש. וראה **פלפולא חריפתא** על הרא"ש, שם, אות ו. וראה עוד **כפי אהרן** (עזריאל), חלק א, חו"מ, סימן ה, ד"ה אלא דבעיקר.

⁸³ "וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת, בעליו אין עמו שלם שלם: אם בעליו עמו לא שלם" (שמות כב, יג-יד). וראה גם **משנה**, בבא מציעא ח, א: "השואל את הפרה ושאל בעליה עמה או שכר בעליה עמה... ומתה – פטור, שנאמר: 'אם בעליו עמו לא ישלם'".

⁸⁴ בבא מציעא צו ע"א.

⁸⁵ **רמב"ן**, בבא מציעא, לעיל, הערה 72.

⁸⁶ ליישוב שיטת הרא"ש מראיה זו ראה: **אורים ותומים**, סימן עז, תומים, ס"ק ג; **קצות החושן**, שם, ס"ק א; **שפרן** (לעיל, הערה 61). וראה גם **פלפולא חריפתא**, לעיל, הערה 53, שכאשר החבות המלאה פועלת לרעת הנושה (כמו במקרה זה, שמשמעותה של חבות מלאה היא שהשומרים נהנים מן הפטור של "שמירה בבעלים", ואילו בחבות חלקית יש מקום לומר ש"כולי שואל בעינן") מודה הרא"ש שכל חייב חב לפי חלקו, שכן החבות המלאה נועדה לטובת הנושה. על גישה זו יש להעיר, שקביעה זו מחייבת להחיל על שומרים יחד שני דינים שונים: כאשר מדובר באפשרויות הגבייה של המפקיד, לטובת הנושה תחול עליהם חבות מלאה, והוא יוכל לגבות מכל אחד מהם את מלוא החיוב; ואילו כאשר מדובר על פטור של שמירה בבעלים, לטובת הנושה תחול עליהם חבות חלקית, והשומרים לא יהנו מפטור של "שמירה בבעלים".

⁸⁷ **ספר התרומות**, שער מד, חלק א.

⁸⁸ **תוספתא**, בבא מציעא (ליברמן), פרק א, הלכה כא (וראה גם שאל ליברמן, **תוספתא ראשונים**, חלק ב, עמ' 108, פסקה 12).

⁸⁹ **חידושי הרמב"ן**, שבועות לח ע"ב, ד"ה ואיכא דקשיא.

(ב) בהמשך דבריו, מספר בעל התרומות ששאל את הרמב"ן בעניין גבייה משני לוויים, והוא הביא ראייה לשיטתו מן התוספתא⁹¹ הדנה בעניינם של שני ערבים:

המלוה את חברו על ידי שני ערבין, לא יפרע מאחד מהן. ואם אמר "על מנת שאפרע מאחד מהן" - יפרע מאחד מהן⁹².

הרמב"ן מפרש שתוספתא זו דנה בסדרי הגבייה משני ערבים. לדעתו, דינם של שניים שערבו שווה לדינם של שניים שלוו⁹³, ומן התוספתא עולה שהנושה אינו רשאי להיפרע מאחד מהם את מלוא

⁹⁰ לכאורה, ניתן לפרש תוספתא זו ששני הלוויים נטלו הלוואות נפרדות, וייתכן שאף ממלוויים שונים, אלא שהם כתבו אותן בשטר אחד. לפי פרשנות זו, התוספתא מחדשת שהחייב שפרע אינו יכול לדרוש את קריעת השטר וכתובת שטר אחר לחיוב שלא נפרע, ועליו להסתפק בכתיבת שובר, וזאת על אף שבדרך כלל החייב יכול להתנגד לכתיבת שובר (ראה רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק כג, הלכה טו). פרשנות זו בתוספתא תואמת את ההקשר של הלכה זו עם ההלכות הקודמות המובאות בתוספתא, העוסקות בשאלה האם ניתן לכופף את הלווה לקבל שובר. על פי פרשנות זו אין ראייה לשיטת הרמב"ן. אולם, הרמב"ן ובעל התרומות מפרשים את התוספתא כך ששני הלוויים לוו ממלווה אחד, והשטר המשותף יוצר זיקה ביניהם, ראה להלן, נספח ב, ועל כן מלשונה של התוספתא ניתן להביא ראייה.
⁹¹ לעיל, הערה 37.

⁹² מקור זה שמביא הרמב"ן כתימוכין לשיטתו מהווה לכאורה קושיה לשיטת הרא"ש (לעיל, הערה 50) והרשב"א (להלן, הערה 106, שבעניין ערבים יחד נוקט כדעת הרא"ש). דרכים שונות הוצעו ליישב את שיטתם עם התוספתא: (1) הרשב"א עצמו (שם) מביא את התוספתא, ומציין שאין לסמוך על התוספתא כנגד סוגיית התלמוד הבבלי (וראה גם גידולי תרומה, שער מד, חלק א, אות ג).

(2) פוסקים אחרים מבקשים לפרש את התוספתא כך שתתאים לשיטת הרא"ש והרשב"א, ומסבירים שהתוספתא אינה עוסקת רק בסדרי הגבייה משני ערבים, אלא גם ביחס שבין הגבייה מן הלווה לגבייה מן הערבים. וכך הם מסבירים את התוספתא: "לא יפרע מאחד מהן" - אלא מן הלווה, "ואם אמר 'על מנת שאפרע מאחד מהן' - רשאי הנושה לתבוע את מלוא החיוב מאחד הערבים. כך פרשו: **נימוקי יוסף**, בבא מציעא יח ע"ב-ט ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ושלם אחד מהם, שמסביר כך את דעת הרמב"ם, להלן, ליד ציון הערה 602; **שו"ת רדב"ז**, חלק א, סימן תקנו; **שו"ת דרכי נועם**, חו"מ, סימן א. פרשנות זו דחוקה במקצת, שכן לצורך הקביעה שאין לגבות מן הערב תחילה אין צורך להביא דוגמה של שני ערבים.

(3) ראה **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן עז, ס"ק יח, שהתוספתא עוסקת בערבים קבלנים, שדינם כלוויים מן הנושה, ולכן חייב הנושה לגבות מכל ערב את חלקו היחסי כדין שניים שלוו, ואילו ערבים שאינם קבלנים דינם שונה מדינם של לוויים (הסברו של הגר"א מיישב רק את שיטת הרשב"א המובאת בשולחן ערוך, שם, שבעניין שני לוויים דעתו כדעת הרמב"ן ורק בשני ערבים דעתו כדעת הרא"ש, ראה להלן, ליד ציון הערה 111, אבל אינו מיישב את שיטת הרא"ש, הסבור שהן בלוויים והן בערבים הנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב). אולם ראה **כהנא**, לעיל, הערה 69, עמ' 349, ליד ציון הערה 35, שהסברו של הגר"א אינו תואם את דעת הרשב"א, שכן הרשב"א מבסס את דינו על כך שהערבים משמשים בטוחה למלווה, ולפיכך אין להבחין בין ערב רגיל לערב קבלן. אולם דבריו של כהנא אינם הכרחיים, שכן הדרך בה ערב קבלן מבטיח את חובו של המלווה היא על ידי כך שהוא נכנס לעסקה כלוה, וזאת לעומת ערב רגיל שמבטיח את חובו של המלווה בהבטחה לשלם בלבד, ולכן יש מקום לומר שיחולו עליו ההסדרים החלים על לוויים. וראה עוד **פסקי דין - ירושלים דיני ממונות וביורוי יוחסין**, חלק יב, עמ' מ, בעמ' מג.

(4) וראה ג'דעון ליבזון, "שניים שערבו: מחקר השוואתי בין ר' שמואל בן חפני גאון, הרמב"ם וספרות מוסלמית מקבילה", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 339, בעמ' 377, שמעלה אפשרות שהתוספתא עוסקת בשני ערבים שערבו יחד, ואילו הפוסקים הסבורים שהנושה רשאי לגבות מכל ערב את מלוא החיוב עוסקים בערבים שקבלו ערבויות נפרדות לחוב אחד (דבריו מתייחסים בעיקר לשיטת הרמב"ם, להלן, ליד ציון הערה 602). יש להעיר, שאין בדבריו כדי ליישב את שיטת הרא"ש, שכן לדעת הרא"ש הנושה רשאי **תמיד** לגבות את מלוא החיוב מחייב אחד.
⁹³ ראה להלן, הערה 123.

החוב אלא אם כן הוסכם על כך מראש במפורש. זאת ועוד, אם כך הדין בשני ערבים שלא מוכח שהיה קשר ביניהם, כך בוודאי הדין בשניים שלוו יחד.

מדברי הרמב"ן, עולה אפוא שהתלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי חלוקים בעניין שניים שלוו: לשיטת הירושלמי (עליו מסתמך הרא"ש) כל לווה אחראי על מלוא החיוב, ואילו לשיטת הבבלי כל חייב אחראי על חלקו.

כדי להתאים בין התלמודים, מציע הרמב"ן הסדר לפיו בהלוואה משותפת כל אחד מן הלווים **חב כחייב עיקרי בחלקו היחסי, כפי שעולה מן התלמוד הבבלי, ובנוסף לכך הוא ערב לחלקם של הלווים האחרים, כפי שעולה מן התלמוד הירושלמי**⁹⁴ (הכוונה לערב רגיל ולא ערב קבלן⁹⁵, בשונה מן השיטה שסקרנו לעיל⁹⁶). ולכן, על נושה המבקש לגבות חובו מכמה חייבים לנסות תחילה לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, **ורק אם אינו מצליח להיפרע מאחד החייבים** הוא רשאי לתבוע את חלקו מן החייבים האחרים, בהתאם לדיני הערבות, וכפי שנראה בהמשך⁹⁷.

⁹⁴ מעניין לציין, שבחידושו לשבועות לו ע"ב, ד"ה גרסינן, מסביר הרמב"ן את הירושלמי לפי פירושו של הרא"ש ואת הדעה אותה הוא מציג בבבא מציעא הוא מציין כ"יש מי שהורו", ראה שם, ד"ה ורבינו הגדול, ואינו מכריע בין דעה זו לדעת הרא"ש (וראה לעיל, הערה 51). בהמשך דבריו הוא מפנה לחידושו בבבא מציעא. וראה גם **תשב"ץ**, לעיל, הערה 79.

⁹⁵ וראה גם **שו"ת הרשב"א**, חלק א, סימן אלף קיז: "שנים שלוו מאחד נעשו ערבים זה לזה **ודינן כדין ערב סתם**. ואין נפרעין מן האחד חלק חבירו עד שיתבע אותו תחלה". על שיטתו של הרשב"א ראה להלן, ליד ציון הערה 104.

⁹⁶ ליד ציון הערה 50 ואילך. אולם, בעניין אחד יתכן שגם הרמב"ן מודה שדינו של לווה משותף כדין ערב קבלן. ראה **ספר התרומות**, שער לה, חלק א, אות מו, הדין בסדרי הגבייה כאשר אחד החייבים מכר את כל נכסיו המשועבדים לפרעון החוב. הוא מתלבט האם על הנושה לגבות את חלקו של אותו חייב מן הנכסים המשועבדים שבידי הלקוחות, או שמא עליו לגבות את חלקו משותפו לחיוב (הנכסים שבידי החייב השני הם נכסי "בני חורין", והכלל במשפט העברי הוא ש"אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין" ראה להלן, ליד ציון הערה 508). כעין זה הוא מתלבט גם בחוב שיש עליו ערב קבלן והלווה מכר את כל נכסיו (כלומר, האם הנושה גובה את חובו מן הנכסים המשועבדים שבידי הלקוחות, או מנכסים בני חורין של הערב הקבלן). בעל התרומות פוסק שבשני המקרים הבררה בידי הנושה לגבות מזה או מזה. וזה לשונו: "ויש לברר לזה שלוה והכניס [ערב] קבלן באותה מלוה ועמד ומכר הלוה כל נכסיו, והמלוה בא ליפרע מן הלקוחות שלו, והם משיבין לו: 'אחר שאתה יכול להפרע מן הקבלן תחלה ואף שיש לו נכסים ללוה, מעתה משעת ההלוואה נשתעבדו לך, ואי אתה רשאי לגבות מנכסינו שקנינו מן הלוה, שהרי אתה מוצא נכסים בני חורין לקבלן שאתה יכול להפרע מהם... **וכן שנים שלוו שנעשין אחראין וערבאין זה לזה, אם מכר אחד כל נכסיו, איתא נמי להווא ספיקא דלעיל**. ומסתברא... דבכי הא הוה ליה כהניא דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, דהא חל שעבודו על נכסי הלוה שמכר להם וחל שעבודו על הקבלן, **הלכך יכול לגבות מאי זה מהן שירצה**" (וראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קכט, סעיף כא). בעניין זה שונה דינו של החייב השותף מדינו של ערב רגיל, שכן כאשר לווה מכר את כל נכסיו, על הנושה לגבות מנכסיו המשועבדים קודם שיבקש לגבות מן הערב (ראה **חידושי הרשב"א**, בבא בתרא קעג ע"ב, ד"ה ואם אמי' לו). וראה להלן, הערה 155.

להבדל נוסף בין ערב רגיל לבין לווה משותף, ראה **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יב, בשם מהר"ש ן' וילימדי, שאף שנחלקים הפוסקים אם ניתן לגבות מן הערב כשהחייב אלים (ראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קכט, סעיף י), הכל מודים בערבות שמקורה בריבוי חייבים שאם אחד החייבים אלים ניתן לגבות את מלוא החיוב מן החייבים האחרים, ו"הכל תלוי ביד בית דין, למראה עיניהם ישפטו הם אם יכולים להביאו לבית דין".

⁹⁷ ראה להלן, ליד ציון הערה 136.

נציין, ששיטה זו, שנכנה להלן שיטת האחריות המחולקת (ונייחס אותה מכאן ואילך לרמב"ן), נקבעה עוד לפני הרמב"ן על ידי רבי יצחק בן אבא מארי ממרסיליא, בעל העיטור⁹⁸, ועל ידי רבי אליעזר בן רבי יואל הלוי ממגנצא, הראב"ה⁹⁹, אלא שלדעתם כך יש לפרש את הירושלמי גופו הנוקט לשון "ערבאין"¹⁰⁰. יתירה מזאת, מדברי הראב"ה עולה שעיקר חידושו של הירושלמי הוא בהסדר הערבות ההדדית בין הלווים, שכן אין צריך לומר שכל לווה אחראי על חלקו.

העולה לדעה זו, שעל חייבים רצוניים שהתחייבו יחד חלים בו זמנית שני הסדרים: (א) חיוב ישיר של כל חייב בחלקו היחסי בלבד, וכך מוגן האינטרס של כל חייב שלא לשלם יותר מחלקו; (ב) ערבות הדדית בין החייבים, המגינה על האינטרס של הנושה כדי שלא יצא וידיו על ראשו¹⁰¹.

בדברים שלהלן, נבקש לבחון שני הסדרים אלו, הגיונם והנפקויות המשפטיות העולות מהם. נבחן תחילה את הסדר חלוקת האחריות בין החייבים, ולאחר מכן את הסדר הערבות ההדדית.

(2) חלוקת האחריות בין החייבים – טעם הדין והיקפו

בדברים שלהלן נבקש לעמוד על טעמים של הפוסקים הסבורים שהאחריות מחולקת בין החייבים, ומתוך כך להסיק מה היקפו של הסדר חלוקת האחריות. כפי שנראה, יש מן הפוסקים הסבורים שחלוקת האחריות נובעת מאומד דעת הצדדים בעת יצירת החיוב, ולכן אחריות מחולקת חלה רק כאשר ניתן להניח שאכן זו הייתה כוונתם, ואילו כאשר ניתן להניח שהצדדים התכוונו לאחריות מלאה, רשאי הנושה לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מהם אף אם ניתן להיפרע מכולם¹⁰². לעומת זאת, לדעתם של פוסקים אחרים הסדר חלוקת האחריות הוא הסדר סטטוטורי, שחל על כל מי שחייבים בחיוב אחד¹⁰³.

(א) חלוקה מכוח אומד דעת הצדדים

⁹⁸ **ספר העיטור**, אות שני (צ"ל: שין) – שיתוף, מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מב ע"ב ("והילכתא: אם מת אחד מהן או העני או כפר אחד והודה אחד מהן, אותו שהודה מתחייב בכל"). וראה **הגהות מרדכי**, כתובות, רמז שא.

⁹⁹ **ראב"ה**, מהדורת דבליצקי, בני ברק תשס"ה, חלק ג, סימן אלף כב, לדיון נוסף בדברי ראב"ה ראה להלן, ליד ציון הערה 165. וראה להלן, נספח א, שיש מן הפוסקים הסבורים שכך גם דעת הרמב"ם.

¹⁰⁰ וראה גם **חידושי הרשב"א**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה שותפין ששאלו. אולם ראה **חוקות הדיינים**, לעיל, הערה 50, שמביא את דעת הרשב"א רק בעניין חלוקת האחריות, וללא ציון הסדר הערבות ההדדית.

¹⁰¹ שאלה מעניינת היא במקרה של שלושה חייבים או יותר, שאחד מהם אינו יכול לפרוע את חלקו: האם הנושה רשאי לגבות את כל חלקו של החייב שאינו משלם מאחד מן החייבים הנותרים, או שעליו לגבות מכל אחד מהם את החלק היחסי של חיובו של החייב שאינו משלם? לשאלה זו נדרש רבי אהרן הכהן פרחיה, **שו"ת פרח מטה אהרן**, חלק ב, סימן קכב. מחד גיסא, הוא מעלה אפשרות שגם לשיטת הרמב"ן הנושה רשאי לגבות את כל חלקו של החייב שאינו משלם מאחד מן החייבים. לדעתו כך אפשר לדייק מלשונו של בעל העיטור (לעיל, הערה 72) "והילכתא: אם מת אחד מהן או העני או כפר אחד והודה אחד מהן **אותו שהודה מתחייב בכל**", ומשמע שאם אחד מן החייבים אינו משלם כל אחד מן החייבים הנותרים מתחייב בכל (אך יש להעיר, שדיוקו אינו הכרחי). מאידך גיסא הוא מעלה אפשרות שדינם של שני החייבים הנותרים כדינם של שני ערבים, ודינם של שני ערבים שנוי במחלוקת בין הרמב"ן לבין הרמב"ם והרשב"א (ראה להלן, ליד ציון הערות 111 ו-123).

¹⁰² ראה סקירתו של הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, Isaac Herzog, *THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW*, London, 1939, Vol. II, pp. 215-216.

¹⁰³ אם כי אין זה הסדר קוגנטי וניתן להתנות עליו, כפי שעולה מן התוספתא, לעיל, ליד ציון הערה 92. וראה **רמ"א**, חו"מ, סימן עז, סעיף א.

הרשב"א בפירושו לסוגיית "שותפין ששאלו"¹⁰⁴, מקבל עקרונית את שיטת רבו הרמב"ן, ולפיה האחריות מחולקת בין החייבים, ומסביר ששאלת חלוקת האחריות נובעת מאומד דעת הצדדים בעת יצירת החיוב, ובהעדר כוונה מפורשת ניתן לעמוד על כוונתם על פי סוג העסקה. כך למשל, בהלוואה ניתן להניח שהמלווה מתכוון להלוות לכל לווה את חלקו, שכן כל אחד מן הלווים משתמש בחלק מן הלוואה. וכך גם בשאילה, ניתן להניח שהמשאל מתכוון שכל שואל יהיה אחראי על חלקו, שכן השואלים מחלקים ביניהם את השימוש בנכס¹⁰⁵. וכך לשון הרשב"א¹⁰⁶.

דהתם [=שם (בשאילה)] כיון דלשתמש בה השאילה להם, **הרי זה כמשאל לזה מחצה ולזה מחצה**, שכל אחד משתמש בה לעצמו... והוא הדין לשנים שלו מאחד שכל אחד נוטל מחצה ומוציא לעצמו.

ודומה, שלדעת הרשב"א חלוקת השימוש בנכס מושא החיוב אינה **הסיבה** לחלוקת האחריות, אלא היא אינדיקציה לכוונתו של הנושה שהאחריות של כל חייב תהיה לפי חלקו היחסי. ואכן, הרשב"א אינו שולל את האפשרות שאחריות מחולקת תיתכן גם בפקדון ששמירת הנכס היא העיקר, על אף שהשומרים אינם משתמשים בו, שכן ייתכן שהמפקיד התכוון שכל שומר יהיה אחראי על חלק מן הפיקדון¹⁰⁷. ובלשונו¹⁰⁸:

¹⁰⁴ לעיל, ליד ציון הערה 100.

¹⁰⁵ ראה להלן, הערה 117.

¹⁰⁶ **חידושי הרשב"א**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה ובתוספתא.

¹⁰⁷ א. וראה גם: **מגיד משנה**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט; **רמ"א**, חו"מ, סימן עז, סעיף א; **ש"ך**, שם, ס"ק א; **מחנה אפרים**, הלכות שומרים, סימן כז. וראה **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ג, שמוכח שדינם של לווים רבים זהה לדינם של שומרים רבים מן הפסוק "וכחש בעמיתו בפקדון" (ויקרא ה, כא), וכך גם מן הירושלמי, לעיל, ליד ציון הערה 38, שכן באותה סוגיה מבקש האמורא רבי יוסי בר זבידא להוכיח את דינם של שניים שלו מדינם של שניים שהפקדו. והשווה לדעת הרב אליעזר לאזי היילבוט, **משנת דרבי אליעזר**, חו"מ, סימן עז, ד"ה בהג"ה, הסבור שבפקדון שעיקרו שמירת הנכס, **מוטלת אחריות מלאה על השומר שממנו נגנב הפיקדון**, ולעומת זאת בשאילה, כל אחד מן השואלים אחראי רק לפי חלקו (הרב היילבוט אינו מתייחס לשאלה האם בעל הנכס רשאי לגבות את חובו מן השומר השני אם השומר ממנו נגנב הנכס אינו משלם. דומה, שבמקרה זה יחול הסדר מעוול עיקרי ומעוול משני, ראה להלן, ליד ציון הערה 379). וראה גם **אורים ותומים**, סימן עז, תומים, ס"ק א, וזה לשונו: "פקדון, הואיל ולית ליה הנאה לשום שומר, הרי זה קבלן, מה שאין כן בשואל, אינו רק [=אלא] ערבי". יש להעיר, שהבחנה בין שומר לשואל עולה לכאורה גם מלשון התלמוד ממנו מביא הרמב"ן את ראייתו שהאחריות מחולקת בין החייבים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 77), שם נוקט התלמוד דוגמה של "שותפין ששאלו" וחורג מן הדין שבמשנה והדיון שבתלמוד שעוסקים בשומר חנם ששמירת הנכס היא העיקר. לא ברור אפוא מדוע נדחק הרשב"א להחיל את דינם של שני לווים על שני שומרים.

ב. "הגדול ממינסק", רבי ירוחם יהודה לייב פרלמן (**אור גדול** על המשנה, בבא קמא ט, ח) מבקש להוכיח ששומרים שקבלו שמירה יחד חייבים במלוא החיוב מסוגיית התלמוד המובאת לעיל (הערה 59), הדנה בעניין שני שומרים שטענו בשקר שהפקדון נגנב, האחד הודה בשקרו ועל השני באו עדים ששיקר. התלמוד מסתפק אם ייתכן שאחד מהם ישלם כפל והשני חומש, אף ש"יחד ממונא הוא". לשון "יחד ממונא" מורה, לדעת הגדול ממינסק, שכל שומר חייב במלוא החיוב (ויש להעיר, שבאותה הערה הבאנו את דעת חידושי הרי"ם המבקש להוכיח מסוגיה זו את דעת הרא"ש בעניין לווים יחד, והוא מניח, בניגוד לגדול ממינסק, שדין שומרים כדין לווים). ראה אחרת מביא רבי שלמה קלוגר (**חכמת שלמה**, חו"מ, סימן עז, סעיף א, ד"ה או שקבלו), ממשנה הדנה בהלכות מים הכשרים להזיית אפר פרה אדומה (**משנה**, פרה ח, א): "שנים שהיו שומרים את השוקת [=כלי עם מים המיועדים לאפר פרה אדומה]. נטמא אחד מהם – [המים] כשרים, מפני שהן ברשותו של שני... עשה אחד מהן מלאכה [=והסיח דעתו משמירת המים] – [המים] כשרין, מפני שהן ברשותו של שני". כלומר, כאשר שניים שומרים על המים, כל אחד מהם שומר על הכל, ולכן

ואפשר נמי [=גם כן] דבמפקיד אצל שנים שהדין בעצמו כן, שאף על פי שאין משתמשין בה, כיון שהפקיד לשנים הרי זה **כמפקיד לזה מחצה ולזה מחצה**.

לעומת זאת, בעניין ערבים שערבו יחד לחוב אחד סבור הרשב"א, בניגוד לרמב"ן¹⁰⁹, שכל אחד מהם ערב כלפי הנושה **במלוא החיוב**, וזאת מפני שמטרת הערבות המשותפת להבטיח את סיכונו של המלווה, ולא לחלק את האחריות בין הערבים¹¹⁰. סביר אם כן להניח שכוונת הנושה בעת יצירת הערבות הייתה שכל ערב יערוב למלוא החיוב. ובלשונו¹¹¹:

אבל במלוה לאחד על ידי שני ערבים אינו כן [כמו בשני לווים], דכיון שהמלוה אחד, הערבות אינו חל לחצאין; או יתחייב כל אחד בכל או לא יתחייב כלל, דמי חלקו להם? שהרי הם [הערבים] לא נתחייבו לו [לנושה] מחמת שום דבר שלקחו הם ממנו, שנאמר לכל אחד נתן חציו או הפקיד חציו אצלו, אלא ללוה הלוה הכל, **והערבים לבטחון כעין משכון**, ואין השעבוד חל לחצאין¹¹².

הסתלקותו של אחד מהם לא משאירה אף לא חלק מן המים ללא ההשגחה הנדרשת. אולם ראה **ברכת שלמה** (טנא), חו"מ, סימן לג, שמבחין בין חיוב השמירה לבין החיוב לפיצוי; לעניין חיוב השמירה, מוטל על כל שומר לשמור על כל הפיקדון, ואילו חיוב הפיצוי דינו כהלוואה, והוא חל על כל שומר לפי חלקו בלבד. לפי דבריו, הראיות שמובאות כאן אינן ראיות, שכן הן עוסקות בחיובי השמירה.

שם¹⁰⁸.

¹⁰⁹ לעיל, ליד ציון הערה 92.

¹¹⁰ וראה **אור שמח**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה י, שמבקש להביא סימוכין לדעת הרשב"א מדין ריבוי מעוולים. בריבוי מעוולים, כאשר מעוול אינו יכול לגרום לנזק לבדו ללא צירופם של כל המעוולים, ניתן לייחס לכל מעוול את מלוא האחריות הנוזיקית (וראה **חידושי הרשב"א**, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה ואיכא), כך גם ניתן לייחס לכל ערב את מלוא האחריות לחוב, כי המלווה לא היה מסכים להלוות בערבותו של אחד לבדו אלא הוא מעוניין בערבות מלאה של כל הערבים.

לדיון בסוגיית ריבוי ערבים, ראה: **ליבזון** (לעיל, הערה 92); **כהנא** (לעיל, הערה 69, עמ' 343-355); צבי הירש חיים דישון, **משפט הערב: בירורי ענייני ערב והלכותיו**, ירושלים תש"ס, עמ' מא-מה, רמא-רמז. וראה להלן, נספח ב, בדעת הרמב"ם.

¹¹¹ **חידושי הרשב"א**, שם. וראה גם: אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי**, תל אביב תשכ"ז, חלק ב, עמ' 94; **כהנא** (לעיל, הערה 69), עמ' 347.

¹¹² א. הרשב"א מביא ראייה לדעתו מסוגיית שלושה אחים שחלקו, ראה להלן, ליד ציון הערה 478.

ויש להעיר, שמלשונו של הרשב"א ומנימוקו להטלת אחריות מלאה על כל אחד מן הערבים עולה, שהערבים אחראים ישירות כלפי המלווה על כל החיוב, ולא שכל אחד ערב ישיר על חלקו וערב קבלן על חלקו של חברו. לעומת זאת, לדעת הרמב"ן ועל פי הסברו של בעל התרומות בדעת הרמב"ם (לעיל, ליד ציון הערה 61), שמשווים דין ערבים לדין לווים, יש לראות בכל ערב ככאחראי ישירות לנושה רק על חלקו, וערב (או ערב קבלן) לערבותו של חברו. וראה **קצות החושן**, סימן עז, ס"ק ז, שכותב שהנפקות מכך תהיה לעניין זכות ההשתתפות: אם כל אחד ערב קבלן על חברו, הרי שהוא זכאי לתבוע השתתפות, כדין ערב שפרע את חובו של החייב, אך אם כל אחד ערב על מלוא החיוב כערב ישיר, אין הוא זכאי לתבוע השתתפות. ובלשונו: "כיון דלא נעשה שום השתתפות בין אלו הערבים, ולא נעשה אחד ערב בעד ערב חבירו אלא כל אחד נעשה ערב בעד הלוה בכולו למלוה, משום הכי [=כך] אם פרע אחד אין לו על השני כלום, כי מה שפרע בעד עצמו הוא שפרע ואין לו שום השתתפות עם ערב חבירו. וזה ברורי". וראה דיונו להלן, זכות ההשתתפות, פפפ.

ב. ראה **שו"ת דברי ריבות**, סימן תכה, שנשאל על אחריותם של ארבעה בעלי נמל שהתירשלו ולא ציינו בשטר המשלוח של ספינה את הסחורה שהיה בה, על אף שהסחורה עברה בנמל, וכתוצאה מכך נזק לסוחר. על סמך דברי

כעין זה כותב הרדב"ז¹¹³ אם כי בסגנון שונה, וזה לשונו :

דבשלמא גבי שנים שלוו - כל אחד ערב לחברו. אבל גבי שנים שערבו לאחד, בשלמא אם כל אחד מהם ערב על הכל – ניחא; אבל אם כל אחד ערב לחברו - **ערב לערב לא עבדי אינשי**¹¹⁴ **ואדעתא דהכי לא נחית** [=אנשים לא עושים ערב לערב, ולא על דעת כן הוא (הנושה) ירד], וזה טעם נכון ליודעים¹¹⁵.

מהרי"ק, רבי יוסף קולון, מסכים עם הרשב"א, שחלוקת האחריות תלויה באומד דעת הצדדים, ובהתאם לכך הוא פוסק שהסדר חלוקת האחריות חל רק על לווים או שומרים שהצטרפו יחד בשותפות מזדמנת (כלומר, חייבים אשר מלבד החיוב המשותף אין ביניהם כל יחסי שותפות). לעומת זאת, כאשר החייבים הם שותפים עסקיים והחיוב נוצר לצורך השותפות, הכל מודים שכל אחד מהם חייב במלוא החיוב, והנושה רשאי אפוא לגבות את חובו מכל אחד מהם לפי בחירתו¹¹⁶. מהרי"ק מציין שהבחנה בין שותפות עסקית לבין שותפות מזדמנת היא, שהתחייבותם של השותפים העסקיים נועדה לצורך שימוש משותף (כלומר, שימוש לצורך השותפות), ולכן סביר להניח שכוונת החייבים הייתה שכל אחד מהם יישא במלוא האחריות, מה שאין כן שותפים מזדמנים, שסביר להניח שכוונתם הייתה לחלק ביניהם את השימוש בנכס מושא החיוב¹¹⁷. וכך לשון מהרי"ק¹¹⁸ :

הרשב"א הוא פוסק שאחריותם של בעלי הנמל כלפי בעל הסחורה היא ל"בטחון כעין משכון", ולכן הוא רשאי לגבות את מלוא נזקו מכל אחד מהם לפי בחירתו ("רצה מזה גובה, רצה מזה גובה").

ג. ראה **אבני מילואים**, סימן לא, ס"ק כ, בעניין "שתי בנותיך לשני בני בפרוטה" (ראה קידושין ז ע"ב). לדבריו, שתי נשים שאומרות לשלוחם של שני גברים "יתן פרוטה לפלוני ונתקדש לשני שולחיד" תהינה מקודשות. קידושין באופן זה יחולו "מדין ערב" (ראה קידושין, שם), ומכיון שבערבות הדין הוא שכל ערב אחראי על מלוא החיוב, נמצא שכל אחת מהן אחראית על פרוטה שלמה. אולם השווה **אבני משפט** (רייזנר), סימן לא, ס"ק יב; **חזון איש**, אבן העזר, סימן קמח, חידושים לקידושין ז ע"ב, ד"ה עוד כתב שם; **חלקת יואב**, חלק א, אורח חיים, סימן כב, ד"ה ומש"כ בזה; **אוצר הפוסקים**, אבן העזר, סימן לא, ס"ק מה, אות א, שאין להשוות "קידושין מדין ערב" לדין ערב בחיוב, ומה שנלמד מערב הוא רק שאדם יכול להתחייב על אף שהתמורה שקיבל היא הנאה לא מוחשית.

¹¹³ **שו"ת רדב"ז**, לעיל, הערה 56. וראה גם **שו"ת מהרי"ק**, שורש קפב: "דהתם [=שם] (בערבות) דין הוא שיפרע ממי שירצה, דכיון שאין נכסים ללוה ואינו יכול להפרע מן הלוה עצמו אלא מן הערב, מה לי ערב זה מה לי ערב אחר, הלא שניהם בתורת ערבות ירדו". אולם יש להעיר, שמלשון הרשב"א והרדב"ז עולה שיש לתת משקל יתר לדעת הנושה, ואילו מלשון מהרי"ק נראה שיש לתת משקל יתר דווקא לדעת החייבים.

¹¹⁴ ראה **ליבזון** (לעיל, הערה 92) המצביע על מקבילה לקביעה זו בדין המוסלמי.

¹¹⁵ והשווה לדבריו, **שו"ת רדב"ז**, חלק א, סימן תקנו, שם הוא תמה על הרשב"א שמבחין בין לווים וערבים. וראה **חידושי הרשב"א**, הוצאת מוסד הרב קוק, בבא מציעא לד ע"ב, הערה 103.

¹¹⁶ הסדר דומה קיים גם בסעיף 20(א) לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975: "כל שותף חב, יחד עם שאר השותפים ולחוד, בכל החיובים שהשותפות חבה בהם בהיותו שותף". אולם, שלא כמו במשפט העברי, החוק רואה בשותפות ישות משפטית נפרדת (סעיף 66 לפקודה), ולכן שותף ייתבע באופן אישי רק אם לא ניתן לגבות מן השותפות, וכפי שקובע סעיף 20(ב) לפקודה: "לא יינתן צו של הוצאה לפועל נגד שותף, מכוח היותו חב לחוד בחיוביה של השותפות כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב ופסק הדין לא קויים במלואו".

¹¹⁷ אולם השווה **חידושי הריטב"א**, בבא מציעא צו ע"א, ד"ה שותפין ששאלו, המבקש להסיק מרש"י, שם, ד"ה שותפין ששאלו, שדעתו שונה מדעת מהרי"ק, אף שגם הוא מבחין בין שותפות עסקית לשותפות מזדמנת. כפי שראינו לעיל (ליד ציון הערה 84), מסוגית "שותפין ששאלו" הוכיח הרמב"ן שעל פי התלמוד הבבלי האחריות לחיוב מחולקת

דפשיטא דכשלו שניהם ביחד לצורך השותפות, דלא שייך למימר [=לומר] בה שיהיה האחד ערב לחבירו, דמאי אולמי דהאי מהאי [=כי מה עדיפותו של זה על זה], שיהיה האחד ערב בשביל חבירו? והלא יד שניהם שוה בה?! דבשלמא שנים שלא היו שותפין ולו שניהם ביחד **ורוצים לחלוק המעות**, שייך למימר בהו [=לומר בהם] שהאחד נעשה ערב לחבירו, אבל לא בכי האי גוונא [=בכגון זה]¹¹⁹.

גם מדברי הראב"ד ניתן להסיק שחלוקת האחריות תלויה באומד דעת הצדדים, ואת אומד דעתם ניתן להסיק על פי מנהג המקום. הראב"ד משיג על הרמב"ם¹²⁰ שפוסק בעניין ריבוי ערבים שהנושה רשאי לגבות מכל ערב את מלוא החוב, וזה לשון הראב"ד:

אמר אברהם: [דעת הרמב"ם] אינו מחוור. אלא לפי המנהג, ולמדין מן הנוכחים לישראל¹²¹.

בין החייבים. את אותה סוגיה מעמיד רש"י בשותפים ששאלו פרה כדי "לחרוש בה קרקע של שותפות". ומסביר הריטב"א, שלדעת רש"י אחריות מחולקת והסדר ערבות הדדי חלים דווקא בשותפים עיסקיים, ואילו חיוביהם של שותפים מזדמנים הם חיובים נפרדים לגמרי, ולכן כל חייב חב בחלקו בלבד ואינו ערב על חלק חברו. ובלשונו של הריטב"א: "פירוש לפירושו [של רש"י]: דאילו שותפין בעסק [להבדיל משותפים בקרקע] וכיוצא בו, אי נמי שני אנשים בעלמא שאין להם קרקע בשותפות, ששאלו פרה לחרוש בה חדש אחד, יש במשמע שתהא לזה שאולה לשלו ט"ו יום ולזה ט"ו יום אחרים, וכאילו כל אחד שואל בפני עצמו" (יש להעיר שאין הכרח לקבל פרשנות זו בדברי רש"י שכן אפשר שהוא אינו מקבל את ראיית הרמב"ן). וראה עוד **אמרי מהרש"ח**, בבא מציעא צו ע"א, ד"ה וצ"ל דע"כ; **בית לחם יהודה** (דביר), בבא מציעא, פרק השואל, אות מו.

¹¹⁸ **שו"ת מהרי"ק**, שורש קכ. וראה גם **שו"ת מהרי"ב**, סימן ו.

¹¹⁹ מהרי"ק מציין טעם נוסף לאחריות המלאה בחיובם של שותפים עיסקיים, וזאת על פי תשובה המיוחסת למהר"ם מרוטנבורג (**מרדכי**, כתובות, פרק עשירי, סימן רלח): "דכל מעשה השותפות אחד הוא, ומסתמא כל חד וחד אדעתא דכולהו עביד [=וכל שותף פועל על דעת כולם]... אלמא [=זאת אומרת] דרך שותפות לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים ופורעים לו מה שנתן עבורם". כלומר, ניתן לייחס לשותפים כוונה להתחייב במלוא האחריות, כי זו דרך השותפים. ויש להעיר, שנימוק זה של מהר"ם מרוטנבורג מצביע על אחריות חלקית דווקא, שכן ללא מנהג השותפים הדין היה שהאחריות מחולקת בין השותפים (וראה להלן, ליד ציון הערה 558), ומה גם שמהר"ם מרוטנבורג באותה תשובה עוסק בשותפים נושים ולא בשותפים חייבים.

גם מהרי"ט (לעיל, הערה 72) מסכים לקביעתו של מהרי"ק, ששותפים עיסקיים חבים בחבות מלאה, אך מנמק זאת באופן אחר. מהרי"ק, כאמור, מנמק את ההבחנה בין שותפות מזדמנת לשותפות עיסקית באומד דעתם של החייבים, ואילו לדעת מהרי"ט ההבדל נובע מן ההבחנה בין חייב לבין ערב. לדבריו, מי שנהנה הנאה ישירה מן הנכס מושא החיוב נחשב **חייב**, וזאת לעומת הערב שאינו נהנה ממנו הנאה ישירה (ראה להלן, ליד ציון הערה 140), ומכיוון שבשותפות עיסקית כל שותף נהנה גם מן הרווחים שהפיקו שאר השותפים מחלקם בנכס מושא החיוב, יש להחשיבו כחייב עיקרי על מלוא החיוב (נימוק נוסף, טכני, שמזכיר מהרי"ט להחלת אחריות מלאה על שותפים עיסקיים הוא, שחלוקת שותפות היא עניין מורכב ולכסן פשוט יותר להטיל על כל שותף אחריות מלאה. על נימוק נוסף זה יש להעיר שלא ברור מדוע תהא זו סיבה להטיל על כל שותף אחריות יותר מן המתחייב על פי דין). כדי ליישב את לשון הירושלמי (לעיל, ליד ציון הערה 41) "פרט למכחש לאחד מן השותפין" עם שיטתו ושיטת מהרי"ק, מציע מהרי"ט לפרש שכוונת הירושלמי לשותפות מזדמנת. ואכן, בהמשך הסוגיה הירושלמי נוקט לשון "שניים שהפקידו" ולא לשון שותפים. אולם, מדברי הרמב"ן מבקש מהרי"ט להוכיח שדין האחריות המחולקת קיים גם בשותפים עיסקיים, שכן הרמב"ן מוכיח את חלוקת האחריות מסוגיות התלמוד הבבלי העוסקות בשותפים שהתחייבו (ראה לעיל, ליד ציון הערות 77 ו-84), ולא ברור למה המהרי"ט אינו מפרש את לשון הבבלי כפי שהסביר את לשון הירושלמי, שמדובר בשותפות מזדמנת. וראה גם **אורים ותומים**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ג.

¹²⁰ **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה י.

כאן המקום להעיר, שהפוסקים הסבורים שחלוקת האחריות נקבעת על פי אומד דעת הצדדים דנים בשאלה מה אומד דעתם במקרים השונים, אולם אינם מציינים מה הדין כאשר לא ניתן לעמוד על אומד דעתם. לשון אחר, האם כאשר לא ניתן לעמוד על אומד דעת הצדדים יחול הסדר חלוקת האחריות או שמא יחול הסדר של חבות מלאה?¹²²

(ב) חלוקה מכוח הדין

לעומת הדעה שראינו עד כאן, התולה את חלוקת האחריות באומד דעת הצדדים, דומה שלפי הרמב"ן חלוקת האחריות היא הסדר סטטוטורי. כפי שראינו לעיל¹²³, לדעת הרמב"ן הסדר חלוקת האחריות חל גם על ערבים שערבו יחד, וכן על שומרים¹²⁴ שאחראים יחד לנכס¹²⁵, על אף שהסברה נותנת שתחול עליהם אחריות מלאה¹²⁶.

דומה שכך גם דעתו של רבי יוסף קארו¹²⁷. הוא מצטט את תשובת מהרי"ק¹²⁸ המבחין בין שותפים מזדמנים (עליהם חל הסדר חלוקת האחריות) ושותפים עסקיים (שחלה על כל אחד מהם אחריות מלאה) וחולק עליה, ולדעתו הסדר חלוקת האחריות חל גם על שותפים עסקיים. הוא מצייין שהפוסקים לא הבחינו בין לווים שהם שותפים לבין לווים שאינם שותפים¹²⁹, ומה עוד שלשון

¹²¹ אולם ראה **מגיד משנה**, שם: "ואין לדברים אלו [של הראב"ד] עיקר. ועוד מקום שאין שם מנהג מה יהא דינו?" וראה להלן, הערה 168, שגם לדעת מהרי"ם מרוטנבורג יש להתחשב ב"דינא דמלכותא" בעניין ריבוי ערבים. וראה גם: **שו"ת רדב"ז**, חלק א, סימן קפד ("אם המנהג המדינה שהשותפין הם ערבים לכל מה שיקנו כל אחד לבדו הכל כמנהג המדינה שהדבר ידוע שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות"); **כרם שלמה**, חו"מ, סימן יב; **זכור לאברהם** (אלקלעי), חלק ב, אות ע, דף סו ע"א; **חסד לאברהם** (אלקלעי), חו"מ, סימן לד; **שו"ת אבני צדק** (טייטלבוים), חו"מ, סימן ט. וראה על כך להלן, ליד ציון הערה 589.

¹²² ליד ציון הערה 91. וראה גם: **חידושי הריטב"א**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה ויש לומר, שכך הדין גם בשומרים שקבלו שמירה יחד. ¹²³ לדברי הרמב"ן, לעיל, הערה 72, השוואת דין פקדון כדין הלוואה עולה מן הירושלמי, לעיל, הערה 38, וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 47. וראה גם לעיל, הערה 107.

¹²⁴ וראה לעיל, הערה 119, שלדעת מהרי"ט הרמב"ן סבור שהסדר חלוקת אחריות חל גם על שותפים עסקיים. ¹²⁵ כפי שהטעים הרשב"א, לעיל, ליד ציון הערה 112. אולם השווה **שו"ת מהרשד"ם**, לעיל, הערה 46, ד"ה תשובה. לדבריו, גם הרמב"ן מודה שאם כל ערב התחייב בנפרד, כל אחד מהם אחראי על כל החיוב, שכן כוונת ה**נושה הייתה** להטיל על הערב הראשון את מלוא החיוב, וקבלת ערבות על ידי ערבים נוספים אינה גורעת מחיובו של הראשון (וראה גם: **כהנא**, לעיל, הערה 69, עמ' 353; **ליבזון**, לעיל, הערה 92, בעמ' 379). מדבריו עולה אפוא שגם לדעת הרמב"ן חלוקת האחריות תלויה באומד דעתו של הנושה, ולא נחלקו הרמב"ן והרשב"א אלא בשאלה מהו אומד דעת הנושה כשדרש שערבים רבים יערבו יחד להבטחת החוב: לדעת הרמב"ן דעתו הייתה לחלק את האחריות בין הערבים (אם כי לא ברור מהו האינטרס של הנושה לחלק את האחריות בין הערבים, מה שעלול להקשות עליו לגבות את חובו), ולדעת הרשב"א דעתו הייתה להטיל אחריות מלאה על כל ערב.

¹²⁷ **בית יוסף**, חו"מ, סימן עז, ס"ק א, ד"ה כתב מהרי"ק.

¹²⁸ לעיל, הערה 118.

¹²⁹ דרך אפשרית להסביר את דעתו של רבי יוסף קארו שאין להבחין בין שותפים לצורך ההלוואה לבין שותפים עסקיים היא, שההלוואה המשותפת יוצרת שותפות בין החייבים (ראה לעיל, הערה 35). ליאופולד אוירבך מרחיק לכת וטוען שהחיוב המשותף יוצר שיתוף שהוא **ישות משפטית עצמאית**, ראה Leopold Auerbach, Das Jüdische Obligationenrecht nach den Quellen und mit Besonderer Berücksichtigung des Römischen und

הירושלמי¹³⁰ (בעניין ריבוי נושים) הוא "אחד מן השותפין"¹³¹. לדעתו, גם לשון הירושלמי בהמשך הסוגיה¹³², "שנים שלוו", נוטה יותר למשמעות שכוונת הלווים הייתה לשימוש משותף. לדעת רבי יוסף קארו רואים את החייבים כאילו נטלו על עצמן חיוב רק עד כדי חלקם, וזאת אף אם מנסיבות העניין לא נראה שכוונתם הייתה לחלק את החיוב¹³³. ובלשונו:

לכל חד מינייהו אמרינן [=על כל אחד מהם (מן השותפים) אנו אומרים] דהוי [=שהוא] כאילו נטל חצי המעות לעצמו ויצא ערב בעד חצי שנטל חברו¹³⁴.

ראה אשר גולאק, *תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד: החיוב ושעבודיו*, ירושלים תרצ"ט, עמ' 95. Deutschen Rechts Systematisch Dargestellt, Berlin 1870, עמ' 525 ואילך. לביקורתו של גולאק על דבריו

¹³⁰ לעיל, הערה 38.

¹³¹ הבית יוסף מבקש להסיק מלשון "שותפין" שנאמרה בעניין נושים, שהוא הדין לעניין חייבים. לעיל, הערה 45, הצבענו על קושי בהיסק העקרוני מדיני נושים על דיני חייבים, ומלבד זאת אין הכרח שכל פרטי דיני נושים חלים גם בדיני חייבים.

¹³² לעיל, הערה 47.

¹³³ וכדברי הבית יוסף הכריע שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רי, ד"ה ולענין פסק הלכה. לדעה זו נוטים גם: **תשב"ץ**, לעיל, הערה 79; **שו"ת רשב"ש**, סימן רכח. וראה **הגהות דרישה ופרישה**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ד, שאף מהרי"ק לא כתב את דבריו אלא לדעת השואל, אך הוא עצמו סבור שהסדר אחריות מחולקת חל גם בין שותפים עיסקיים. וראה גם **שו"ת אמונת שמואל**, סימן נ, שכוונת מהרי"ק רק ליישב את לשון הרמב"ם, שבעניין שותפים עיסקיים נוקט לשון "אחראין" ואילו בעניין שותפים מזדמנים נוקט לשון "ערבאין", אך אין כוונתו לומר שיש מכך נפקות הלכתית. וראה עוד: **ש"ך**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ג; **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יז. והשווה **שו"ת מהרי"ט** (לעיל, הערה 72) שדוחה את דברי בית יוסף ומסכים עם שיטת מהרי"ק, ולדבריו "שותפים" דנקט [הירושלמי] לאו דוקא, אלא שהפקידו יחד, ושותפות מיקרי". וראה לעיל, הערה 119. ומהרי"ט מסייג עוד: "דאפילו הם שותפים, כל שלא פירשו שהוא מן השותפות כשנים בעלמא דמו". וראה עוד: **ערוך לחם** (קאסטרו), חו"מ, סימן עז, סעיף א ("יומה שהקשה עליו הרב המחבר בארוך [=בבית יוסף] יש לומר דכיון ש[כל שותף] משתמש בכל, למה לא יהיה כקבלן [=כערב קבלן] לפחות, ויגבה המלוה ממי שירצה! כל שכן דאיכא טובא מרבוותא דסבירא להו דאפילו בשנים בעלמא שלוו גובה ממי שירצה"); **שו"ת דרכי נועם**, חו"מ, סימן יז. וראה **שו"ת בעי חיי**, חו"מ, חלק א, סימן מט, ד"ה וכל זה, שאמנם רוב הפוסקים מסכימים עם דברי מהרי"ק, אך מכיוון שגם מהרש"ך מסכים עם הבית יוסף יכול המוחזק לטעון טענת "קיים ליי". וראה **כפי אהרן**, לעיל, הערה 82, ד"ה ומעתה אף אנו, שדן באפשרות שרבי יוסף קארו חזר בו מקושיותו על מהרי"ק, ולכן בשולחן ערוך ציין רק את דינם של שני לוויים (ראה להלן, ליד ציון הערה 173) ולא ציין שדינם של שותפים עיסקיים שווה לדינם של שותפים מזדמנים (וראה **יד מלאכי**, כללי הש"ע והרמ"א, אות ד, שנחלקים הפוסקים בעניין הלכה המובאת בבית יוסף אך נשמטה מן השולחן ערוך, שיש מהם הסבורים שמשמעות הדבר הוא שרבי יוסף קארו חזר בו מדבריו בבית יוסף).

¹³⁴ א. רבי חסדאי בן שמואל הכהן פרחיה, **שו"ת תורת חסד**, חו"מ, סימן קסז, נשאל על ידי רב קהילת קסטוריה (יוון), האם הוא רשאי לתבוע את כל שכרו מאחד מבני הקהילה או שמא חייב הוא לתבוע מכל אחד מבני הקהילה, איש איש לפי חלקו היחסי. והשיב רבי חסדאי, שמכיוון שכל אחד מבני הקהילה נהנה מכל עבודתו של הרב, רשאי הרב לתבוע את כל שכרו מאחד מהם, וזאת אף לשיטת הרמב"ן והשולחן ערוך. את פסקו תומך רבי חסדאי בדברי מהרי"ק. וראה גם: **שו"ת מהרשד"ם**, יורה דעה, סימן צ, ד"ה והרא"ש ז"ל; שם, סימן רה. עוד מציין רבי חסדאי שאף הבית יוסף שחולק על מהרי"ק, מודה שפירעון שכרו של הרב מוטל על כל אחד מבני הקהילה, שכן סביר להניח שזו הייתה כוונתם, ובלשונו: "משום דאיכא אומדנא דמוכח טובא שכוונת כולם מעיקרא הייתה לחייב עצמם לרב לפנים מהשורה לתועלת הרב, ואנן סהדי דגמרו ומקנו נפשם לגמרי בענין שלא יגיע הפסד לרב כלל באותו חיוב". ועל דבריו יש להעיר שדבריו תואמים דווקא את שיטת הרשב"א ומהרי"ק ולא את שיטת הבית יוסף, שכן לדעת הבית יוסף הסדר חלוקת השותפות הוא הסדר גורף. כיוצא בזה פוסק הרב שלמה יהודה טבק, **ערוך ש"י**, אבן העזר, חלק א,

לסיכום, הרשב"א ועוד רבים מן הפוסקים סבורים כי חלוקת האחריות בין חייבים נובעת מאומד דעת הצדדים לחיוב, ובמקום בו אומד דעתם מורה שכוונתם לאחריות מלאה, כל חייב נושא במלוא החיוב. לעומתם, דעת הרמב"ן ובית יוסף שהסדר חלוקת האחריות הוא הסדר סטטוטורי, שחל על כל החייבים המשותפים ללא התחשבות באומד דעת הצדדים¹³⁵.

(3) גביית כל החיוב מחייב אחד כשלא ניתן לגבות מן השני

(א) מכוח הסדר ערבות בין החייבים (שיטת הרמב"ן)

כפי שראינו לעיל¹³⁶, שיטת הרמב"ן היא שבחיוב משותף כל חייב חב על חלקו כחייב עיקרי, ובנוסף לכך הוא **ערב** על חלקם של החייבים האחרים. משמעותו של הסדר זה היא, שהנושה חייב לנסות תחילה לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, ורק אם אחד החייבים אינו משלם¹³⁷, הוא רשאי לגבות את חלקו מן החייבים האחרים¹³⁸.

סימן נ, ד"ה ובעבוה"ג, בעניין שדכן שרוצה לתבוע את כל שכרו מאחד מן הצדדים, שאין לחלק את האחריות בין צד החתן וצד הכלה, מכיוון שכל אחד מהם נהנה מכל עבודתו של השדכן. אמנם בהמשך דבריו מסתפק הרב טבא אם ניתן לראות את השדכן כמבצע עבודה אחת עבור החתן והכלה, או שמא יש לראותו כמבצע שתי עבודות נפרדות. וראה עוד: **שו"ת בעי חיי**, לעיל, הערה 133 (בעניין שכרו של מלמד תינוקות); **מטה שמעון**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יב. וראה **שו"ת מהרשד"ם**, יורה דעה, סימן רה, ממנו עולה לכאורה שבתשלום שכרו של רב הקהילה, כל חבר בקהילה ערב קבלו על חלקם של חברי הקהילה האחרים ("שכל הקהל חייבים בחוב זה והם ערבים קבלנים זה לזה"). אולם מעיון בדבריו עולה שכוונתו היא שבעל החוב בעניין שכרו של הרב היא **הקהילה** כגוף אחד, וחלוקת החוב הפנימית בין חברי הקהילה אינה עניינה של הנושה (הרב). וראה גם **שו"ת מהרש"ך**, חלק א, סימן (קצב) [רד], ד"ה א"כ בנדון זה. והשווה **שו"ת תורת משה** (שבתל), חו"מ, סימן כד, ד"ה נמצא בנד"ד, ממנו עולה שהרב חייב לנסות לגבות מכל אחד מבני הקהילה את חלקו היחסי בשכרו (אלא שבאותו מקרה הרב לא היה יכול לגבות מכל אחד את חלקו, בשל המקום המרוחק בו הוא גר לאחר שנתגלע הסכסוך). וראה שילם ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, ירושלים תשמ"ב, כרך א, עמ' 62-63.

ב. ראה **שו"ת הרי בשמים** (הורוויץ), מהדורא תניינא, סימן רלה, שמסתפק אם הסדר חלוקת האחריות חל על שניים שהתחייבו בחיוב שאינו מוטל עליהם, שכן התחייבות כזו היא "כמו שישתעבד הערב" (**רמב"ם**, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה טו; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן מ, סעיף א) ולפיכך יחלו עליה ההסדרים החלים על ערבים, או שמא ההשוואה לערב היא דימוי בעלמא. וראה להלן, ליד ציון הערות 146, 153. לפי האמור בטקסט, לדעה הסבורה שחלוקת האחריות היא הסדר סטטוטורי, הרי שההסדר יחול גם על שניים שהתחייבו; ולדעה הסבורה שההסדר תלוי באומד דעת הצדדים, יש לבחון את אומד דעתם, ואין מקום אם כן לבחינה פורמלית אם דינם של שניים שהתחייבו כדן שניים שערבו.

¹³⁵ אם כי ניתן להתנות עליו, ראה לעיל, הערה 103.

¹³⁶ ליד ציון הערה 94.

¹³⁷ נפקות נוספת מתחולת דיני הערבות על שניים שלוו מביא הראב"ד (**תמים דעים**, סימן רצט), וזה לשונו: "שניים שלוו... אם תבע לאחד מהם והודה לו שיפרע לו חלקו, ותבע האחד [אולי צ"ל: האחר] וטען שפרע חלקו, משתבע [האחר] שבעת היסת ומפטר [=ונפטר מלשלם], **ואותו שהודה חלקו פטור מחלק חברו, שאין דינו אלא כערב שאינו מתחייב אלא במה שיתחייב הלוה**" (והשווה **ש"ך**, חו"מ, סימן עז, ס"ק יב). וראה גם **סמ"ע**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ד, שהביא עוד נפקויות העולות מן הערבות ההדדית.

¹³⁸ ראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קכט, סעיף ח ("המלוה את חברו על ידי ערב, אף על פי שהערב משתעבד למלוה, לא יתבע את הערב תחלה, אלא יתבע הלוה").

לדעת רבים מן הפוסקים הערבות ההדדית בין החייבים שנויה במחלוקת תנאים, כפי שעולה מן המחלוקת ביניהם בעניין פרוזבול (ונוכיר, פרוזבול הוא מעין הרשאה שנותן מלווה לבית דין לגביית חובותיו מן הלווים, וכך לא חלה

כפי שנראה להלן, הפוסקים נחלקים בשאלה האם הסדר הערבות ההדדית בין החייבים הוא הסדר הסכמי כדרך כל הסכסם ערבות או שהוא הסדר על פי דין, והוא אפוא הסדר ייחודי לדיני ריבוי חייבים¹³⁹.

נקדים ונציין, שלפי המשפט העברי חיובו של ערב תלוי בהנאה שהוא שואב מכך שהמלווה מסכים להלוות על סמך ערבותו. וכך לשון התלמוד¹⁴⁰:

ערב דמשתעבד... בהוא הנאה דקא מהימן ליה [=באותה הנאה שהערב נאמן למלווה] גמר ומשתעבד נפשיה.

כפי שראינו לעיל, ערבות הדדית חלה על לווים ושואלים משותפים, שיש להם הנאה מן הערבות, שכן סביר להניח שללא ערבות הדדית הנושה לא היה מסכים להלוות ולהשאיל להם. זאת ועוד, הנאתם אף יותר מוחשית מהנאה של ערב רגיל שהנאתו היא רק בשל העובדה שהנושה סומך עליו,

עליו חובת שמיטת כספים בסוף שנת השמיטה). הדין הוא שאין כותבים פרוזבול אלא אם כן **ללווה** יש קרקע (גיטין לו ע"א; **רמב"ם**, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה ט; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן סז, סעיף כב). **תוספתא**, שביעית (ליברמן), פרק ח, הלכה ח, דנה בעניין חמישה שלוו במשותף אך לא לכולם יש קרקע, ונחלקים התנאים אם המלווה יכול לכתוב פרוזבול על כל הלווים. וזה לשון התוספתא: "חמשה שלוו בשטר אחד, כל מי שיש לו קרקע כותבין עליו פרוזבול, וכל מי שאין לו קרקע אין כותבין עליו פרוזבול". לפי זה חלקם בחוב של אלה שאין להם קרקע יושט. אבל יש מי שחולק: "רבן שמעון בן גמליאל אומר: אפילו [לווה] אחד שיש לו קרקע כותבין עליו פרוזבול", ודי בכך כדי למנוע את שמיטת החוב כולו. ראה **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, דפוס קרימונה, סימן קמו, שם מובאים דברי רבי יעקב מקורסן, תלמיד רבנו שמשון משאנץ, ומהם עולה שלדעת חכמים (תנא קמא) כל אחד חייב על חלקו בלבד ואינו ערב לחברו ועל כן המלווה יכול לכתוב פרוזבול רק על חייב שיש לו קרקע, ואילו לדעת רבן שמעון בן גמליאל כל לווה גם ערב לחברו ועל כן יכול המלווה לכתוב פרוזבול על כל החוב אף אם רק לאחד הלווים יש קרקע (שכן לעניין פרוזבול די בכך שלערב יש קרקע, ראה: גיטין לו ע"א; **רמב"ם**, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה כ; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן סז, סעיף כב). יש לציין שתשובה זו, על אף שמובאת בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, אינה של מהר"ם מרוטנבורג (ראה שמחה עמנואל, **שבדי לוחות**, ירושלים תשס"ז, עמ' 255, ובהערה 148), ואינה תואמת את שיטתו (ראה להלן, הערה 540). כדברי רבי יעקב מקורסן נקטו: **סמ"ג**, עשין צד, ד"ה גרסינן בירושלמי (וראה ב"ח, חו"מ, סימן עז, ד"ה אחד שהלווה, הסבור שלדעת סמ"ג יש לפסוק הלכה כחכמים ולכן הוא חולק על כל הפוסקים הסבורים שעל לווים משותפים חל הסדר ערבות הדדית); **הגהות מיימוניות**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, אות ט; **שו"ת רדב"ז**, לעיל, הערה 56; **רדב"ז**, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה כא; **מגן אברהם**, תוספתא, בבא מציעא, פרק א, ס"ק יב; **מנחת ביכורים** על התוספתא, שם (בתוספתא שבש"ס וילנה: הלכה ו), ד"ה וכל מי, וד"ה אפי'; **פירוש רבי יונה מוילנה**, על התוספתא, שם; **חזון יחזקאל**, זרעים, שביעית ח, י, ביאורים, ד"ה וכל, וד"ה אפילו; שאול ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, שביעית, עמ' 590, שורה 26; שם, בבא מציעא, עמ' 156; **משנת יוסף**, תוספתא, שביעית ח, י, פירוש, ס"ק טז. וראה **סמ"ע**, סימן סז, ס"ק מט, שמציין שיש התאמה בין פסקי השולחן ערוך בעניין פרוזבול ובעניין ריבוי חייבים. בעניין פרוזבול פוסק השולחן ערוך (חו"מ, סימן סז, סעיף כו): "ואם לוו בשטר אחד, אפילו אין לו קרקע אלא לאחד מהם, כותבים פרוזבול על כולם", ובעניין ריבוי חייבים (שם, סימן עז, סעיף א) הוא פוסק שכל לווה אחראי על חלקו וערב לחברו. אולם השווה **אמונת יוסף** על הירושלמי, שביעית, פרק י, הלכה ה, שאף חכמים מודים שלווים במשותף ערבים זה לזה, אלא שלעניין כתיבת פרוזבול דעתם היא שאין לכתוב פרוזבול על קרקע של הערב כל זמן שהנושה אינו רשאי לגבות את חובו ממנו (כלומר, האפשרות לכתוב פרוזבול על קרקעו של הערב היא רק כאשר הנושה אינו יכול לגבות את חובו מן החייב העיקרי. לפיכך, כל זמן שהנושה חייב לנסות לגבות את חובו מכל אחד מן החייבים, הוא אינו רשאי להסתמך על קרקעו של אחד מהם לצורך כתיבת פרוזבול על כל החוב).

¹³⁹ שאלה זו צריכה להישאל גם אליבא דהפוסקים (לעיל, ליד ציון הערה 61) המסבירים שלדעת הרא"ש כל חייב הוא ערב קבלן לחיובם של החייבים האחרים.

¹⁴⁰ בבא בתרא קעג ע"ב. וראה גם: **מחנה אפרים**, הלכות ערב, סימן א; **כהנא**, לעיל הערה 63, עמ' 3-8.

שכן הם נהנים ישירות מן הנכס מושא החיוב. ערבותם עולה אפוא בקנה אחד עם דיני הערבות הכלליים של המשפט העברי.

אולם כאשר החייבים אינם מפיקים הנאה מן החיוב, לדעת פוסקים רבים לא יחול עליהם הסדר הערבות ההדדית. כך למשל נשאל הרמ"א אם קיימים יחסי ערבות הדדית בין אפוטרופוסים שאחראים יחד על נכסי יתומים. באותו מקרה, מונו שלושה אפוטרופוסים על נכסי יתומים, אחד מהם נפטר, והנכסים נשארו באחריותם של השניים האחרים. אחד משני האפוטרופוסים הנותרים התרשל ואיבד את כל הנכסים וגם את כספו, וקרובי היתומים בקשו לתבוע את כל הפיצוי על הנכסים שאבדו מהאפוטרופוס היחיד שנותר בעל נכסים. הרמ"א פוסק שכל אפוטרופוס חייב בחלקו בלבד¹⁴¹ ואין הוא ערב על חלקם של האחרים. בדבריו מציין הרמ"א שכך גם דינם של שומרים שקיבלו יחד נכס לשמירה, וזה לשונו¹⁴²:

נראה דאפוטרופוסים אין להם דין שני לוויים שלוו מאחד, דשאני [=ששונים] שני לוויים שיש להם טובה מדבר זה, ועל כן אמרינן הואיל ונהנו מהנין, ונעשו ערבים זה לזה, ואדעתא דהכי [=ועל דעת כך] הלוח להם המלוה, ואמדינן דעתיה דמלוה דבלאו הכי [=ואומדים דעתו של המלוה שבלא זה] לא היה מלוה להן. אבל גבי שומרים שאין להם טובה מזה¹⁴³, לא אמרינן דמסתמא קבל עליו ערבות של חבירו, דמה לו לצרה?¹⁴⁴.

¹⁴¹ הרמ"א אינו נדרש לשאלה מדוע חלה במקרה זה אחריות מחולקת ולא אחריות מלאה. יתכן שדעת הרמ"א בעניין זה כדעת הרמב"ן ורבי יוסף קארו (לעיל, ליד ציון הערה 126), שהסדר חלוקת האחריות הוא הסדר סטטוטורי. הסבר זה מקבל חיזוק מן העובדה שלדעת הרמ"א (באותה תשובה) הסדר חלוקת האחריות חל גם על שומרים שהעיקר בהם הוא שמירת הנכס. הרמ"א מבחין אפוא בין הסדר חלוקת האחריות, שהוא הסדר סטטוטורי, לבין הסדר הערבות ההדדית, שהוא הסדר הסכמי, אך סיבת ההבחנה אינה ברורה.

¹⁴² שו"ת הרמ"א, לעיל, הערה 61. וראה ש"ך (לעיל, הערה 107).

¹⁴³ הרמ"א מבקש להוכיח את דינו, שעל שומרים יחד לא חל הסדר ערבות, מדברי התלמוד (בבא קמא י ע"א). התלמוד מביא ברייתא העוסקת במי שמוסר שור לחמישה שומרים: "מסר שורו לחמשה בני אדם, ופשע בו אחד מהן והזיק – חייב [השומר שפשע לשלם את כל הנזקים שגרם השור]". התלמוד מסיק שהשומר האחד שפשע חייב רק אם ללא שמירתו השור אינו שמור, אך אם שמירתו של השומר שפשע אינה נחוצה, והשור שמור גם ללא שמירתו, הוא פטור מלשלם על נזקי השור (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצו, סעיף ז). מהקביעה החד משמעית של התלמוד שהשומר שפשע פטור, מבקש הרמ"א להסיק שאין עליו חיוב כלל, אף לא מדין ערב. אולם, ראה ש"ך (חו"מ, סימן עז, ס"ק א) שדוחה את ראית הרמ"א ומסיק שהשומר אכן חייב כערב על חלקם של שותפיו, והסוגיה פוטרת אותו רק מדין חייב עיקרי ואינה דנה כלל בחיובו מדין ערב (לדין בדברי הש"ך, ראה אורים ותומים, סימן עז, תומים, ס"ק א). וראה קצות החושן (סימן רצט, ס"ק א) שמבחין בין חיוביהם של השומרים לבעל הפיקדון בגין נזק שנגרם לפיקדון, שעליהם חל הסדר ערבות, שכן חיוב זה הוא חיוב רצוני ויש להניח שהנושה מתכוון להסדר ערבות, לבין חיוביהם של השומרים בגין נזקים שהפיקדון גורם לאחרים, שעליהם לא חל הסדר ערבות בין השומרים מכיוון שחיובם של השומרים ביחס לניזוקים אחרים הוא חיוב שאינו רצוני (וראה טבעת החושן, חלק ב, סימן עז, ד"ה וחשבת, וד"ה אבל). יש להעיר שדברי קצות החושן תואמים אמנם את לשון הברייתא (מסר שורו... ויצא והזיק), אולם קשה ליחס אותם לרמ"א שלא הבחין בין המקרים.

ראיה נוספת מביא הרמ"א מדין שומר שמסר לשומר (בבא מציעא מב ע"ב), שם נפסק שעל שומר שמסר את הפיקדון לבני ביתו אין אחריות לפיקדון, ומשמע אף לא כערב (אם כי הוא חייב משום תקנה מיוחדת, ראה תוספות, שם, ד"ה כל המפקיד, וראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 385). הש"ך אינו מתייחס לראיה זו, וראה נתיבות המשפט, סימן עז, ס"ק א, שמסביר שהש"ך התעלם מראיה זו, שכן "פשוט בעיניו הסתירה של ראיה זו". לדבריו, השומר הראשי ממלא

מדברי הרמ"א אלו עולה, שהסדר הערבות ההדדית בין החייבים הוא הסדר הסכמי ככל הסדר ערבות, והוא חל בהתקיים שני תנאים **מצטברים** :

(א) החייבים נהנים מן החיוב, וזאת לפי הכלל במשפט העברי, שערבות לא חלה ללא הנאת הערב.

(ב) ניתן להניח שהנושה לא היה מסכים ליצירת החיוב אם הוא לא היה מובטח על ידי ערבות הדדית¹⁴⁵.

את חובת השמירה שלו על ידי מסירת הפיקדון לבני ביתו, ולכן אין מקום להטיל עליו כל חבות נזיקית אף לא בדרך של ערבות.

¹⁴⁴ ראה **שו"ת מוהר"ם מרוטנבורק האחרונים**, חו"מ, סימן יג, ד"ה והפן הב' (מובא ב**פתחי תשובה**, חו"מ, סימן עז, ס"ק א), שנשאל בעניין שני שותפים שהשתתפו עם שותף שלישי, והתחייבו לשלם לו אם השותפות החדשה תפסיד. ההנחה היא שכל שותף ישלם לשותף השלישי רק על פי חלקו היחסי בשותפות הישנה, והשאלה היא האם הם ערבים זה לחלקו של זה בחיוב. הרב מרוטנבורק מכריע שהסדר ערבות הדדי לא חל במקרה זה, שכן השולחן ערוך מציין שלוש דוגמאות (הלוואה, פיקדון ומכר) שהן "רשימה סגורה" שרק בה חל הסדר הערבות ההדדית, "והבו דלא לוסף עליה", ומה גם שאף פוסק לא מציין שהסדר ערבות חל בכגון דא. ובנוסף לכך, מטעים הרב מרוטנבורק, הסדר ערבות חל רק כאשר ניתן להניח שהסדר הערבות הוסכם עם יצירת החיוב, אבל בהסכם שותפות אין להניח כך, כי בשעת יצירת השותפות עדיין לא נוצר חיוב, שכן עדיין לא היה ידוע אם השותפות תרוויח או תפסיד. וראה שם, סימן יד, תשובת הרב יעקב הלוי אפשטיין, שחולק על הרב מרוטנבורק. וראה גם **פסקי דין ירושלים - דיני ממונות ונירורי יהדות**, כרך ב, עמ' כז, בעמ' כח-כט.

¹⁴⁵ א. בסיום דבריו בתשובה מוסיף הרמ"א שיקול מדיניות. לדבריו, אם הסדר ערבות הדדית יחול על אפוטרופוסים, אנשים עלולים להימנע מלקבל על עצמם תפקיד זה.

ב. הרמ"א בהגחתו לשולחן ערוך (חו"מ, סימן עז, סעיף א) מוסיף על דברי המחבר שעוסק בשניים שלוו או קנו יחד את המילים: "או שקבלו פקדון ביחד". דבריו סותרים לכאורה את דבריו בתשובה שראינו בטקסט. ניתן להסביר בדוחק שדברי הרמ"א נאמרו לעניין חלוקת האחריות בין השומרים בלבד, או להעמידם במקרה שהשומרים קבלו על עצמם הסדר ערבות הדדית במפורש (כפי שאולי עולה מתשובת הרמ"א). אולם ראה **תומים**, לעיל, הערה 143, שדינו של הרמ"א בהגחת השולחן ערוך עוסק דווקא ב**שואלים**, "שכל הנאה שלהם" והם דומים לפיכך להלוואה, ואילו בתשובתו עוסק הרמ"א בשומרי חנם או שומרי שכר, שעיקר ההנאה של הנושה. והשווה **אמרי בינה** (אורבך), דיני טוען ונטען, סימן יד, ד"ה והנה, שסבור שלדעת הרמ"א הסדר ערבות הדדית חל גם על שומרי שכר, שכן יש להם הנאה מספקת כדי ליצור חיובי ערבות (בכך הוא דוחה את טענת הש"ך, לעיל, הערה 107, שמעיר שהפוסקים לא הבחינו בין לווים לשומרים. לדברי אמרי בינה, הפוסקים לא הבחינו, כי הם אינם עוסקים בשומרי חנם). על דבריו יש להעיר, שלדברי הרמ"א צריך להתקיים גם התנאי שהנושה לא היה מסכים ליצירת החיוב ללא הסדר הערבות, ואילו בשומר שכר, שעיקר השמירה היא לטובת בעל הפיקדון, טיעון זה אינו בהכרח נכון.

ג. ראה **רמ"א**, אבן העזר, סימן לה, סעיף ב, שפוסק ששני שליחים שקידשו אישה בחפץ שערכו פרוטה והאישה מכחישה שקיבלה את החפץ, ספק אם יכולים לשמש גם כעדי הקידושין, שכן הם נוגעים בעדותם (הכחשתם את טענת האישה תחייב אותם להשבע שבועת היסת לבעל על כך שהם נתנו את החפץ לאישה, אם הבעל יתבע מהם להחזיר לו את החפץ). על דבריו מקשים רבי יעקב לורברבוים מליסא, **קהלת יעקב**, אבן העזר, שם, ד"ה עיין בב"ש, ורבי יעקב אריה לייב צינץ, **טיב קידושין**, אבן העזר, שם, ס"ק ד, שהשליחים אינם אלא שומרים על החפץ, ולדעת הרמ"א לא חל הסדר ערבות הדדי ביניהם, ולפיכך כל אחד מהם חייב בפחות משווה פרוטה. מכיוון שכך, אין הם חייבים שבועה ועל כן אין הם נוגעים בעדותם (וראה גם **שו"ת אחיעזר**, חלק ג, סימן עה, ד"ה והנה בסוגיין). בשל קושיה זו מסיק מהר"ל צינץ שהסדר ערבות חל גם בפיקדון, שלא כדעת הרמ"א (וראה להלן, הערה 151). בסיום דבריו מעלה מהר"ל צינץ אפשרות אחרת להסבר פסקו של הרמ"א, ולפיו במסירת חפץ שווה פרוטה לשליח הקידושין לא חל הסדר חלוקת האחריות, ונמצא אפוא שכל שליח אחראי על כל הפרוטה. אולם ראה לעיל, הערה 141, שקרוב לוודאי שלדעת הרמ"א הסדר חלוקת האחריות הוא הסדר סטוטורי, וחל אפוא גם על שני שליחים.

על פי דברי הרמ"א אלו, מבקש רבי יצחק מאיר אלתר¹⁴⁶ להסיק ששניים שהתחייבו לספק אינטרס של אדם אחר **ללא שהיו חייבים בכך**, אינם ערבים זה לזה, שכן זו התחייבות חד צדדית, ודעתו של האדם שהבטיחו לו (שהוא הנושה במקרה זה) אינה רלבנטית ביצירת החיוב, ולחייבים אין הנאה מן ההתחייבות המשותפת¹⁴⁷.

אולם, מדברי פוסקים אחרים עולה שהסדר הערבות שבין חייבים משותפים הוא הסדר מכוח הדין¹⁴⁸. הסדר זה אינו תואם בהכרח את דיני הערבות הכלליים של המשפט העברי, ולכן יחול הסדר ערבות גם אם החייבים אינם נהנים, וגם כשלא ניתן לייחס לנושה כוונה שהחיוב ייווצר רק עם הסדר ערבות.

ואכן, מפשטות לשונו של הרמב"ן¹⁴⁹ עולה שהסדר הערבות ההדדית חל גם על שומרים שקיבלו יחד שמירת פיקדון¹⁵⁰, על אף שאין להם הנאה, ועל אף שלא סביר שהמפקיד מתנה את השמירה בקבלת ערבות הדדית, וזה לשונו:

ויש לומר ששנים שלוו מאחד או **שהפקיד אחד אצלם** אין אחד מהם חייב לפרוע הכל **אלא מדין ערב**, שאם אין נכסים לשותפו יגבה ממנו. אבל בזמן שיש לו נכסים לא יתבע ערב תחלה, וגובה מכל אחד ואחד החצי שהוא מוטל עליו¹⁵¹.

¹⁴⁶ שו"ת חידושי הרי"ם, לעיל, הערה 57, ד"ה ועכ"פ.

¹⁴⁷ הרי"ם מוסיף נימוק נוסף לקביעתו זו שמתחייבים יחד אינם ערבים זה לזה. לדבריו, בבסיסו של החיוב המשותף עומדת אי בהירות בשאלה מה חלקו של כל חייב, ולכן כאשר חלקו של כל חייב מבורר יהיו שני חיובים נפרדים לגמרי, ראה להלן, ליד ציון הערה 621, ואילו במתחייבים יחד מסתבר שכל אחד מהם התחייב על חלקו היחסי בלבד בחיוב נפרד. וראה **שער משפט**, לעיל, הערה 56, שלא ייתכן שמתחייבים יחד יהיו ערבים זה לזה, שכן נפסק להלכה שאין ערבות למתנה (ראה רמ"א, חו"מ, סימן קכט, סעיף ה, ובש"ד, שם, ס"ק טו. וראה באריכות **כהנא**, לעיל, הערה 69, עמ' 58-60). והשווה לדברי הריטב"א, להלן, ליד ציון הערה 152, ובהערה 154.

¹⁴⁸ וכך כותב רבי יהושע פלק כ"ץ, **סמ"ע**, חו"מ, סימן עז, ס"ק ב, על הסדר הערבות: "כן הוא בירושלמי ויליף להו **מקרא** [=ולומדים זאת מן המקרא]". עם זאת, הוא מציין שיש גם טעם לדין, וזה לשונו: "ומילתא [=דבר] דמסתבר גם כן הוא, דאמרינן דעל דעת נאמנות שניהן דוקא הלוה או הקיף דמי הסחורה להן או הפקיד בידן, ומסתמא היתה דעתו [של הנושה] דאם לא יהיה לזה, יגבה מזה". וראה **טבעת החושן** (לעיל, הערה 143), ש"אין זה עיקר הטעם", ולשיטה זו הוא מסיק שהסדר הערבות ההדדית חל בכל סוגי החיובים, ואף בחיובים לא רצוניים.

¹⁴⁹ לעיל, הערה 72, ד"ה ויש לומר.

¹⁵⁰ וראה **ביאור הגר"א** על שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, ס"ק ד, ו, הסבור שמן הירושלמי (לעיל, ליד ציון הערה 38), שאינו מבחין בין לווים לשומרים, יש להוכיח שדינם של מלווה ופיקדון שווה.

¹⁵¹ וזאת בניגוד למובא לעיל, ליד ציון הערה 143, מתשובת הרמ"א (לעיל, הערה 61). אמנם, לדעת הרמ"א יש להעמיד את דברי הרמב"ן במקרה בו התנה המפקיד עם השומרים שיחול הסדר ערבות ביניהם, כדרך שניתן להתנות על הלכות שומרים ("מתנה שומר חנם להיות כשואל". בבא מציעא צד ע"א). אך דומה שהרשב"א (לעיל, הערה 100), תלמידו של הרמב"ן, אינו מסכים להסבר זה בדברי רבו, ומלשונו עולה שעצם ההתחייבות המשותפת יוצרת יחסי ערבות: "דהתם [=שם (בשאלה)] כיון דלהשתמש בה השאילה להם, הרי זה כמשאיל לזה מחצה ולזה מחצה, שכל אחד משתמש בה לעצמו, **אלא כיון ששאלוה ביחד כל אחד נעשה ערב לחברו**". וראה גם ש"ך (לעיל, הערה 107), שדוחה את הסברו של הרמ"א בדברי הרמב"ן. מעניין לציין, כי הרמ"א בהגהתו לשולחן ערוך (חו"מ, סימן עז, סעיף א; שם, סימן רצט, סעיף א) מביא בסתם שדין שומרים כדין לווים, ואינו מציין שכך הדין רק כאשר יש להם הנאה מן הפיקדון או שהיה על כך תנאי מפורש. וראה לעיל, הערה 143.

כך עולה גם מדברי הריטב"א¹⁵², שקובע שיחסי ערבות חלים גם בין מי שהתחייבו יחד בחיוב שאינו מוטל עליהם, ובניגוד למובא לעיל¹⁵³. וזה לשונו:

ושנים שנתחייבו לזון לאחד, דינו כדין שנים שלוו מאחד, שכל אחד מהם חייב בחלקו **וערב בחלק חברו**¹⁵⁴.

מן המקובץ עולה שהפוסקים נחלקו במהותו של הסדר הערבות בין החייבים המשותפים: יש מהם הרואים בו הסדר הסכמי הפועל על פי דיני הערבות, ויש הרואים בו הסדר על פי דין¹⁵⁵. כמו שראינו, שאלה זו משליכה על שאלת תחולתו של הסדר הערבות מקום בו לא מתקיימים התנאים לתחולת ערבות על פי דיני הערבות¹⁵⁶.

לשאלה זו גם נפקות בשאלת הגבייה מן המקרקעין המשועבדים¹⁵⁷ של החייב לעניין החלק שהוא ערב עליו. בעל "קצות החושן"¹⁵⁸ מתלבט בכך, ואלה הם צדדי הספק: אם הערבות הסכמית, ניתן

¹⁵² שו"ת הריטב"א, סימן קסג. וראה גם **ערוך השולחן**, חו"מ, סימן ס, סעיף ג.

¹⁵³ ליד ציון הערה 146. וראה גם **כפי אהרן**, לעיל, הערה 82, ממנו עולה לכאורה שיש להחיל את דינו של הרמב"ן, לרבות הסדר הערבות, על רבים שהתחייבו יחד בחיוב שאינו מוטל עליהם. באותו עניין, חמישה עשר מנכבדי קהילת דמשק התחייבו לתת לתובע סכום כסף גדול כשכר טרחה על עזרתו בזמן עלילת דמשק (1880), על אף שהתובע לא דרש זאת מהם (לימים לא עמדו בהתחייבותם, והלה הגיש נגדם תביעה בבית דין יהודי ובערכאות במצריים). אולם, יתכן שאין לראות בכך חיוב שהנתבעים לא היו חייבים בו, שכן התובע רשאי היה מצד הדין לתבוע שכר טרחה, והעובדה שלא תבע בעצמו אינה גורעת מזכותו.

¹⁵⁴ א. והשווה **אמרי בינה**, לעיל, הערה 145, ד"ה שנים שלוו, שמסביר שלדעת הריטב"א הערבות אינה חלה מכוח הדין אלא מכוח הקניין שנותן תוקף להתחייבות עצמה (ראה **שולחן ערוך**, לעיל, הערה 134). ויש להעיר על דבריו, שלא ברור כיצד ניתן להחיל את הקניין גם על הערבות, אם המתחייבים כלל לא התכוונו לכך.

ב. דברי הריטב"א נפסקו להלכה ב**שולחן ערוך**, חו"מ, סימן ס, סעיף ה (וראה **ביאור הגר"א**, שם, ס"ק כז, שמציין שמקור הדין בתלמוד הירושלמי, לעיל, הערה 38). וראה גם: **משנת רבי אליעזר** (די טולדו), חלק א, סימן כה (שדינו של הריטב"א הוא דין גורף, וערבות חלה בכל סוגי החיובים ולא רק במתחייבים לזון); **פרח מטה אהרן**, חלק ב, סימן יב, ד"ה ואין לחלק וד"ה ותו ודאי. אולם השווה **מקצוע בתורה** (צינץ), סימן ס, ס"ק יב, שלא ייתכן ששני מתחייבים יהיו ערבים זה לזה, ובלשונו: "זה נגד השכל שיצטרך לשלם גם כן חלק חברו בשביל שכתוב בשטר ששניהם התחייבו לזונו במתנת חנם". לכן, מציע הרב צינץ שהריטב"א עוסק במי שהתחייבו לספק מזונות במסגרת הסכם נישואין, שבו צד אחד לא הסכים לנישואין ללא התחייבות של שניים למזונות. לשון אחר, הסדר ערבות הדדית חל רק אם למתחייבים היה אינטרס להתחייב במזונות. וראה גם **שו"ת חידושי הרי"ם** (לעיל, הערה 57), ד"ה ועכ"פ.

ג. לדעת הפוסקים שהסדר הערבות חל מכוח הדין, ניתן לכאורה להחיל הסדר ערבות גם בין החבים יחד בחיוב **שאינו רצוני**, כגון מעוולים יחד. וראה להלן, ליד ציון הערה 572.

¹⁵⁵ לעיל, הערה 95, הבאנו את דברי ספר התרומות, שאם אחד החייבים מכר את כל נכסיו הנושה רשאי לגבות את חלקו מן הנכסים המשועבדים או מן החייב השותף, על פי בחירתו, וצינו שבעניין זה שונה דינו של החייב השותף מדינו של ערב. דעתו של בעל התרומות מתיישבת יותר עם הדעה הרואה בהסדר הערבות ההדדית הסדר על פי דין, שאינה כפופה בהכרח לדיני הערבות הרגילים.

¹⁵⁶ ויש לציין, שהכל מודים שהצדדים יכולים להתנות על תחולתו של הסדר הערבות. וראה **רב דגן** (הלוי), חלק א, הלכות טוען ונטען, סימן ב, ששותף נאמן לטעון שבזמן החיוב הותנה שהסדר ערבות לא יחול, שכן יש לו טענת "מיגור" שיכול היה להכחיש את ההלוואה או לטעון "פרעתי" (ומכאן, שאם על החיוב יש שטר תקף, אין השותף יכול להתחמק מחלק הערבות).

¹⁵⁷ ונזכיר, גבייה ממשועבדים היא גבייה ממקרקעין של החייב שנמכרו לאדם שלישי **אחר** יצירת החיוב. הנושה זכאי לגבות מנכסים אלו רק במלווה בשטר. כך גם ניתן לגבות ממקרקעין של הערב רק אם ערבותו נכתבה בשטר.

¹⁵⁸ **קצות החושן**, סימן עז, ס"ק ו.

להחשיב את ערבותו של כל אחד מן החייבים כאילו נכתבה בשטר ההלוואה, ולפיכך ניתן לגבות גם את חלק הערבות מן המקרקעין המשועבדים שלו. לעומת זאת, אם הערבות מכוח הדין, אין לראותה ככתובה בשטר, ולפיכך אין לגבות את חלק הערבות ממקרקעין משועבדים. ובלשונו:

ראוי לספק לדעת השו"ע (בסעיף א') דשנים שלוו אינן אלא ערבים זה לזה ואינו גובה מאחד אלא אם אין לשני מדין ערב... אם ישנו [=הוא] ערב בשטר ויכול נמי לגבות ממשעבדי... כיון שחתם בשטר, או דלמא שאני [=שונה] ערב שבשטר שחתם על הערבות ונתחייב בשטר על הערבות, אבל הכא [=כאן] (בשניים שלוו) חתימתו שבשטר אינו אלא בגוף הלוואה, ולוה אינו אלא במחצה, והערבות ממילא נעשה לפי שלוו שניהם כאחד, ואם כן אינו אלא ערבות בעל פה¹⁵⁹.

(ב) מכוח הסדר כללי בריבוי חייבים (שיטת מהר"ם מרוטנבורג)

גם מהר"ם מרוטנבורג סבור שנושה חייב לנסות לגבות מכל חייב את חלקו, ורק כאשר לאחד מהם אין לשלם הוא רשאי לגבות מחברו, אולם לדעתו האפשרות לגבות את מלוא החיוב מחייב אחד אינה נובעת מכוח הסדר ערבות הדדית (כפי שראינו זה עתה בדעת הרמב"ן), אלא מכוח הסדר כללי בכל מצב של ריבוי חייבים. הסדר זה הוא דינו של רבי נתן בעניין מעוולים יחד עליו נעמוד להלן¹⁶⁰, ולפיו מי שניזוק על ידי מעוולים רבים, רשאי לגבות את כל נזקו ממעוול אחד רק אם חברו אינו יכול לשלם ("אי ליכא לאישתלומי מהאי, משתלם מהאי"). וזה לשון מהר"ם מרוטנבורג¹⁶¹:

אף על גב דגרסינן בירושלמי דשבועות "הדא אמרה שנים שלוו מן האחד אחראין וערבאין זה לזה", הני מילי [=דברים אלו] כשאין לאחד מהן לשלם חלקו חייב השני לשלם עבורו, **דכי ליכא לאישתלומי מהאי מישתלם מהאי** [=כאשר לא ניתן להיפרע מזה, נפרע מזה]. אבל כשיש לכל אחד ממון לשלם חלקו, יש לתבוע לכל אחד חלקו. דעד כאן לא פליגי [=חולקים]

¹⁵⁹ **קצות החושן** (שם) מכריע שדינה של ערבות זו כדין ערבות בעל פה לכל דבר. על דבריו יש להעיר, שמה בכך שהערבות אינה כתובה בשטר, הרי העובדה שהלווים לוו יחד יוצרת ביניהם ערבות, וממילא הכל יודעים שהם ערבים זה לזה ועל הלוקחות להזהר ברכישת מקרקעין מכל אחד מן הלווים. ואין זה דומה לערב רגיל, שאם אינו מתחייב בשטר אין דבר ערבותו מתפרסם, ואין הלוקחות יודעים להזהר ברכישת מקרקעין ממנו. וראה **עודשושנת יעקב** (הורוויץ), חלק א, סימן עז, ס"ק ב. והשווה: **פסקי ריקנאטי**, סימן שב (ממנו עולה שדין הערבות כדין ערבות בשטר, ולכן ניתן לגבות גם מיורשי אחד החייבים: "ובתשובת הגאונים מצאתי דאפילו מת אחד מהם, היורש נכסיו גם כן חייב לפרוע הכל אם אין לאחד מה לפרוע עד פרוטה האחרונה ממה שירש, אבל לא לשלם מכיסו". לעניין גביית ערבות מיורשי ערב ראה: **כהנא**, לעיל, הערה 69, עמ' 246; **פסקי דין - ירושלים דיני ממונות וביורוי יוחסין**, חלק יב, עמ' מ, בעמ' מא); **אמרי בינה**, לעיל, הערה 145, ד"ה שנים). וראה גם **עין המשפט**, סימן עז, ס"ק ט.

וראה **קצות החושן**, סימן פא, ס"ק ל, שמציין נפקות נוספת, שעניינה התחייבות של שני שותפים לחלוקת רווחים עם אדם שלישי שהשקיע כסף בעסקיהם. מפסיקת השולחן ערוך (**שולחן ערוך**, חו"מ, סימן פא, סעיף לא, על פי **שו"ת הרא"ש**, כלל סו, סעיף ז) עולה שהסדר ערבות הדדית חל גם על הרווחים. לכן, אם שותף אחד אינו מעביר לאדם השלישי את חלקו, רשאי האדם השלישי לגבות את כל הרווח מחברו. על כך מעיר קצות החושן שאם הערבות חלה מכוח הסכם יש לראותה כאילו נכתבה בשטר העיסקה, ולכן היא חלה גם על הרווחים המזכירים בשטר. אך אם הערבות היא רק מכוח הדין, הרי שבשטר אין כל זכר לערבות, ועל כן אין היא חלה על ההתחייבות לחלוקת רווחים עתידיים.

¹⁶⁰ ליד ציון הערה 272.

¹⁶¹ **שו"ת בעלי התוספות**, סימן פד.

רבי נתן ורבנן פרק שור שנגח את הפרה (בבא קמא נג ע"א) בשור שדחף את חבירו לבור, אלא היכא דליכא לאישתלומי מהאי, אבל היכא דמצוי לאישתלומי מכל חד וחד מנתיה [=היכן שיכול להיפרע מכל אחד את חלקו], משתלם מכל חד וחד מנתיה. ושלוס מאיר בר ברוך¹⁶².

מהר"ם מרוטנבורג אינו כותב שיש לגבות תחילה מכל חייב את חלקו על פי דיני הערבות, ומכאן שהוא סבור שדינו של רבי יוסי בירושלמי אינו מבוסס על דיני הערבות, ועל כן הוא קובע שהדין מבוסס על דינו של רבי נתן "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי".

נציין, שלדעת מהר"ם מרוטנבורג התלמוד פוסק הלכה כדעה שניתן לייחס לכל מעוול אחריות על מלוא הנזק, "כוליה נזקא עבד"¹⁶³, ומכאן שיש להסיק שהוא סבור שכל חייב חב במלוא החיוב, ועם זאת לכתחילה רשאי הנושה לגבות מכל חייב רק את חלקו¹⁶⁴.

גישה זו, המבקשת להחיל את דינו של רבי נתן גם על חיובים רצוניים, הובאה כבר על ידי הראב"ה¹⁶⁵. לדבריו, אם דינו של רבי נתן חל בחיובים שאינם רצוניים, קל וחומר שהוא חל בחיובים רצוניים שיש להניח שהחייבים "גמרי ומשתעבדי אהדדי"¹⁶⁶.

מגישתם השונה של הרמב"ן ומהר"ם מרוטנבורג עולה נפקות מעשית. כפי נראה להלן¹⁶⁷, דעתו של מהר"ם מרוטנבורג שדינו של רבי נתן ("כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי") חל גם כאשר אחד המעוולים חדל פירעון או מתחמק מתשלום, ולא דווקא כאשר הוא נהנה מפטור שבדין. לכן, ניתן להחיל את דינו של רבי נתן גם על שני לווים¹⁶⁸ שאחד מהם מתחמק מתשלום. לעומת זאת,

¹⁶² וראה גם **תשובות מיימוניות**, משפטים, סימן סג, שם מובאת תשובה זו, אך בעניין שניים שערבו. וראה לעיל, הערה 123. זאת ועוד, לדעתו של מהר"ם מרוטנבורג הסדר חלוקת האחריות הוא הסדר סטטוטורי, שחל גם על שותפים עיסקיים (ראה **מרדכי**, לעיל, הערה 119: "ואם אין לאחד [מן השותפים] לשלם, ישלם השני חלקו וחלק חבירו", כלומר, שותף ישלם את מלוא החיוב רק כאשר שותפו אינו יכול לפרוע את חלקו". אך ראה **שו"ת מהרי"ט** (לעיל, הערה 72), שאין להסיק מדבריו כך, שכן "מהר"ם סבור כן [שהאחריות מלאה] אף בשנים שלוו סתם [כלומר, גם בשותפות מזדמנת], שהרי הרא"ש העיד שראה רבותיו דנין כן שיפרע הכל ממי שירצה, וידוע שמהר"ם רבו המובהק [של הרא"ש] היה". לכן סבור מהרי"ט, שמהר"ם מרוטנבורג כותב זאת כתשובה לשאלה, ומבקש להתאים את תשובתו גם לשיטות החולקות. אולם כפי שראינו דעת מהר"ם מרוטנבורג היא בפירוש שהאחריות מחולקת בין החייבים, ותלמידו הרא"ש חולק עליו.

¹⁶³ ראה **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, דפוס פראג, סימן צג, ולהלן, ליד ציון הערות 517, 538. וראה גם **קובץ שעורים**, בבא קמא, אות עד, המבקש להשוות דין מעוולים יחד לדין לווים יחד.

¹⁶⁴ ראה להלן, ליד ציון הערה 540, ובהערה.

¹⁶⁵ **ראב"ה**, לעיל, הערה 72, ד"ה ותניא, אם כוונתו כדעת מהר"ם מרוטנבורג או שהאפשרות לגבות מחייב אחד את מלוא החיוב נובעת מדיני ערבות. לדעת ראב"ה, שם, ד"ה בשבועות בתלמוד ירושלמי, את דברי הירושלמי, לעיל, הערה 38, יש להתאים בדרך פרשנית לדברי הבבלי (וראה להלן, ריבוי נושים, פפפ). והשווה להלן, הערה 540.

¹⁶⁶ אולם ראה **ראב"ה**, סימן אלף כד, ד"ה ומה שהביא מורי, תשובת רבי שמחה משפירא לראב"ה, שמסתייג מן ההשוואה בין חייבים רצוניים למעוולים, שכן היא אינה עולה יפה בסוגיית שור שדחף לבור. לדבריו, אם נשווה את דינם של חייבים רצוניים ש"אחראין וערבאין זה לזה" למעוולים, שוב אין נפקות מן השאלה אם "פלגא היזקא עבד" או "כולא היזקא עבד", שכן אף אם כל מעוול אחראי רק על חלקו היחסי בנזק, עדיין ניתן לבסס את הדין "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי" על דיני הערבות.

¹⁶⁷ ליד ציון הערות 542, 544.

¹⁶⁸ אולם השווה **תשובות מיימוניות** (לעיל, הערה 162), שם עולה שלדעת מהר"ם מרוטנבורג גם במקרה זה הנושה חייב לגבות מכל ערב את חלקו היחסי, וראה להלן, הערה 280. וראה גם **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, דפוס פראג, סימן

לדעת הרמב"ן, שהאפשרות לגבות מחייב אחד את מלוא החיוב נובעת מדיני הערבות, לא ניתן במקרה זה לגבות ממנו את מלוא החיוב, כפי שלא ניתן לגבות את החוב מן הערב אם הלווה יכול לשלם אך מסרב לעשות זאת¹⁶⁹.

ה. סיכום ופסיקת ההלכה

עד כה סקרנו את מקורות המשפט העברי העוסקים בריבוי חייבים רצוניים. ראינו את סוגית הירושלמי, ממנה עולה שכל חייב אחראי על מלוא החיוב, ואת סוגיות הבבלי מהן ניתן להוכיח שכל חייב חב בחלקו בלבד.

בררנו את שיטת הרא"ש, שפוסק על פי הירושלמי, ולשיטתו הנושה רשאי לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מן החייבים, על פי בחירתו. לעומת זאת בעל העיטור, הרמב"ן, וכפי הנראה גם הרמב"ם¹⁷⁰, מבקשים ליישב את סוגית הירושלמי עם סוגיות הבבלי, וסבורים שעל הנושה לנסות לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, ורק אם הלה אינו משלם הוא רשאי לגבות את חלקו מן החייבים האחרים.

ראינו שיש מן הפוסקים הסבורים שהסדר חלוקת האחריות בין החייבים הוא הסדר גורף החל מכוח הדין בכל אופני החיובים (רמב"ן ובית יוסף), ולעומתם רבים הסבורים שחלוקת האחריות נובעת מאומד דעת הצדדים בעת יצירת החיוב (רשב"א, ראב"ד, רדב"ז, מהרי"ק ועוד), ולכן כאשר יש להניח שהצדדים לא התכוונו לחלוקת האחריות, כל חייב נושא באחריות למלוא החיוב.

מחלוקת נוספת עליה עמדנו היא מכוח מה רשאי הנושה לגבות מן החייבים האחרים את חלקו של חייב שאינו משלם. לדעת רוב הפוסקים, חל הסדר ערבות הדדית בין החייבים, כאשר יש מן הפוסקים הסבורים שהסדר הערבות ההדדית חל **מכוח הדין** בכל אופני החיובים הרצוניים (רמב"ן וריטב"א), ויש הסבורים שהוא חל **מכוח ההסכם** בין הנושה לחייבים (רמ"א), ותלוי אפוא בתוקפם של הסכמי ערבות (וכך למשל, כתנאי לתחולת הערבות הערב חייב להפיק הנאה מערבותו). לעומת זאת, לדעת מהר"ם מרוטנבורג כוחו של הנושה לגבות מן החייבים האחרים את חלקו של חייב שלא משלם, נובע מדין כללי בריבוי חייבים, שמקורו בדיני הנוזיקין, "אי ליכא לאישתלומי מהאי, משתלם מהאי".

להלכה, מכריע רבי יוסף קארו בבית יוסף¹⁷¹ כדעת בעל העיטור והרמב"ם¹⁷², שכל חייב הוא חייב עיקרי על חלקו היחסי ובנוסף לכך ערב על חלק חבריו, והוא מביא את תשובתו לרבי אהרן

קטז, שם פוסק מהר"ם מרוטנבורג (בתשובה לתלמידו, הרא"ש), שהנושה רשאי לגבות את כל חובו מערב אחד, על פי הכלל "דינא דמלכותא דינא", ומשמע שמן הדין הוא רשאי לגבות מכל ערב את חלקו בלבד (וראה שמואל שילה, **דינא דמלכותא דינא**, ירושלים תשל"ה, עמ' 453. שם בהערה 37 שגה שילה ויחס דעה זו גם לרא"ש, אולם כפי שראינו לעיל, הערה 51, לדעת הרא"ש הנושה רשאי להיפרע מכל ערב את מלוא החיוב מעיקר הדין).

¹⁶⁹ ייתכן שמכאן ניתן להוכיח שהרמב"ן סבור כדעת רוב הפוסקים, שדינו של רבי נתן חל רק כאשר אחד המעוולים נהנה מפטור שבדין (ראה להלן, ליד ציון הערה 286), ולכן הוא נזקק להסבר מחודש (ערבות הדדית), ואינו משתמש בדינו של רבי נתן.

¹⁷⁰ ראה להלן, נספח א.

¹⁷¹ **בית יוסף**, חו"מ, סימן עז, ד"ה וכבר שאל ממני.

מטראני בה הוא מורה לו לנהוג כך הלכה למעשה. כך הוא פוסק גם בשולחן ערוך, והרמ"א מסכים עמו. וזה לשונם¹⁷³:

שנים שלוו כאחד או שלקחו מקח אחד... שניהם ערבים זה לזה, אף על פי שלא פירשו. ואם אין נכסים לאחד מהם, גובה מחבירו הכל. אבל אם יש לו נכסים, לא יתבע הערב תחלה (כיוון שיש לו דין ערב בכל דבר)¹⁷⁴, וגובה מכל אחד החצי שהוא מוטל עליו (אלא אם כן פירשו בהדיא [=במפורש] שהן ערבים קבלנים זה בזה, שאז תובע את איזה מהם שירצה).

מדבריו של הש"ך¹⁷⁵ עולה, שפסיקתם של השולחן ערוך והרמ"א היא הכרעה הלכתית על פי דעת רוב הפוסקים, שכן דעת הרא"ש היא דעת יחיד. וזה לשון הש"ך:

פשיטא דקיימא לן דלא כהרא"ש בזה, כיון דכל הפוסקים ראשונים ואחרונים חולקים עליו.

אולם, רבים מן הפוסקים סבורים שפסיקת השולחן ערוך והרמ"א שאין לגבות מאחד החייבים את כל החוב נובעת מן הספק כדעת מי לפסוק, שכן החייב-הנתבע יכול לטעון "קים לי" כשיטת הרמב"ן וסיעתו¹⁷⁶, והנושה-התובע לא יהיה רשאי לגבות ממנו יותר מחלקו^{177 178}.

נפקות הלכתית בין שתי תפיסות אלה תהיה כאשר התובע מחזיק נכס של אחד החייבים, וערכו של הנכס עולה כדי כל החיוב. לשיטה שפסיקתו של רבי יוסף קארו היא הכרעה הלכתית כשיטת הרמב"ן, על התובע להשיב לחייב את הסכום העודף על חלקו בחיוב, שכן הוא מחזיק בו שלא כדין (אלא אם כן לא ניתן להיפרע משותפו לחיוב); ואילו לדעת הפוסקים הסבורים שפסיקתו נובעת מן

¹⁷² מעניין שרבי יוסף קארו אינו מציין שזו גם דעת הרמב"ן, על אף שבדיבור שלפני כן הוא כותב שכן גם דעתו. ויתכן שהוא אינו מזכיר אותו שכן לדעת הרמב"ן דין ערבים כדין לווים, ואילו בהמשך דבריו בשולחן ערוך הוא פוסק כדעת הרמב"ם והרשב"א, שדין ערבים אינו כדין לווים (ראה להלן, ליד ציון הערות 180, 181).

¹⁷³ **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן עז, סעיף א.

¹⁷⁴ הקטעים המובא בסוגריים כאן ולהלן הם הגהת הרמ"א.

¹⁷⁵ **ש"ך**, חו"מ, סימן עז, ס"ק יח. וראה גם **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק ח.

¹⁷⁶ ראה **שו"ת הרשב"א**, חלק א, סימן אלף פב, ממנו עולה שהסיבה להעדיף את שיטת הרמב"ן בעניין ריבוי חייבים נובעת מן הכלל "יד בעל השטר על התחונה", לפיו מפרשים את השטר לרעתו של בעליו (ראה לדוגמה: שבועות מז ע"ב; **רמב"ם**, הלכות עדות, פרק כב, הלכה ג), ובלשונו: "ומפני שיד בעל השטר על התחונה לא אמרו שיהיו חייבין כל אחד ואחד בכל קבלנין. אבל מכל מקום אי אפשר שלא לעשותם לכל הפחות כערבין זה לזה הואיל ולו בשטר אחד". ויש להעיר שכלל זה נובע מן הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ולכן כאשר בעל השטר מוחזק, אין ידו על התחונה (ראה לדוגמה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן מב, סעיף ח). טעמו של הרשב"א עולה אפוא בקנה אחד עם המובא בטקסט.

¹⁷⁷ ראה: **שו"ת הרמ"א**, סימן כז; **שו"ת דברי ריבות**, לעיל, הערה 112, אות ב, ד"ה ולענין השאלה השנית; **שו"ת כרם שלמה** (אמרייליו), סימן מא, ד"ה אמנם אחר ההתבוננות; **שו"ת חידושי הרי"ם**, לעיל, הערה 57; **שו"ת תורת חסד** (פרחיה), סימן קסז; **שו"ת בעי חיי**, לעיל, הערה 133; שם, סימן מז, ד"ה ולענין דינא (תשובת בן המחבר); שם, חלק ב, סימן לא.

¹⁷⁸ אולם השווה **שו"ת רבי אליהו מזרחי**, סימן פג, ממנו עולה שהלכה כדעת הרא"ש אפילו לענין הוצאה מן המוחזק, ובלשונו: "ויכול המלוה לגבות כל החוב מאיזה מהם שירצה". אך ראה: **כנסת הגדולה**, לעיל, הערה 175; **שו"ת בעי חיי**, לעיל, הערה 177, שעיקר פסקו של הרא"ם באותה תשובה נסמך על כך שדין "שניים שלוו" לא חל על מלווה בעל פה (ראה להלן, ליד ציון הערה 625) והוא מבקש להטעים שדבריו מתאימים גם לשיטת הרא"ש, או שיש לפרש את דברי הרא"ם ש"יכול המלוה לגבות חובו מאיזה מהם שירצה **אם אין לחברו**".

הספק, במצב זה יכול הפעם הנושה-התובע לטעון "קים ליי" כשיטת הרא"ש ולהמשיך להחזיק בנכס¹⁷⁹.

כפי שראינו לעיל, לדעת הרמב"ן דינם של ערבים כדינם של לווים והנושה חייב לגבות מכל ערב רק את חלקו היחסי, ואילו לדעת הרמב"ם והרשב"א הנושה רשאי לגבות מכל אחד מהם את מלוא החיוב. בעניין זה, בהלכות "טוען ונטען" מביא השולחן ערוך רק את דעת הרמב"ם ומזכיר שיש חולקים, וזה לשונו¹⁸⁰:

שנים שערבו לאחד, כשיבוא המלוה ליפרע מן הערב, יפרע מאיזה מהם שירצה. ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב, חוזר ותובע לשני משאר החוב. ובסימן קל"ב כתוב שיש חולקים בזה.

ובצורה יותר מפורטת הוא פוסק בהלכות ערב¹⁸¹:

שנים שערבו לאחד, כשיבא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה, ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב, חוזר ותובע מהשני שאר החוב. ויש חולקים¹⁸² ואומרים שאם יכול להפרע משניהם, לא יפרע מאחד מהם הכל, אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה, אלא א"כ אין

¹⁷⁹ ראה **שו"ת קרית מלך רב** (נבון), חלק ב, מהדורת מכון משנת רבי אהרן, ישראל תשס"ו, קונטרס דין אמת, סימן א, ד"ה ובהיותי ע"ז; **שו"ת בעי חיי**, לעיל, הערה 613. וראה **כנסת הגדולה**, לעיל, הערה 175, שכך יש ליישב את תשובותיו הסותרות לכאורה של מהרי"ק, שבסימן קכ פוסק כדעת הרא"ש ובסימן קפו פוסק כדעת הרמב"ן, שכן בכל מקום הוא פוסק לטובת המוחזק.

ראה **שו"ת הרא"ש**, כלל סו, סימן ז, בעניין מי שנתן כסף (להלן: המשקיע) לשני אנשים לצורך השקעה ובתמורה הוא יקבל חלק מן הרווחים ("יעיסקא"). אחד החייבים נאלץ לפרוע למשקיע את כל המגיע לו מן הרווחים, והמשקיע טוען שהוא אף הודה בפניו שהעיסקה הניבה רווחים. השותף השני מכחיש שהיו רווחים, ותובע מהמשקיע להחזיר את שלקח. ופוסק הרא"ש שהמשקיע אינו צריך להחזיר אף לא את חלקו היחסי של השותף שמכחיש, ובלשונו: "יראה לי, כיון שהלוה ראובן לשמעון וללוי בשותפות, נעשו אחראין וערבאין זה לזה, והיה ראובן יכול לתבוע כל החוב מאיזה מהם שירצה. והנה תבע את שמעון... ופרע לו מהם חלקו חצי הריוח... הרי נסתלק ראובן משמעון ולוי" (לדיון בפסקו של הרא"ש ראה **שו"ת ושב הכהן**, סימן פד). **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן פא, סעיף לא, פוסק את תשובת הרא"ש להלכה, והסמ"ע (שם, ס"ק סד) מעיר שדין זה מבוסס על שיטת הרא"ש, לפיה הנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב, ואינו עולה אפוא בקנה אחד עם פסיקתו של השולחן ערוך עצמו בעניין לווים יחד, שם פסק כשיטת הרמב"ן (לדיון בדברי הסמ"ע ראה **נתיבות המשפט**, שם, ביאורים, ס"ק ט). ליישוב הסתירה בפסיקת השולחן ערוך הוצעו שלוש אפשרויות. א) **הש"ך**, שם, ס"ק פ, מסביר שדינו של הרא"ש אינו עוסק בשאלת ריבוי חייבים (אף שהרא"ש מזכיר את דינם אגב גררא), אלא בשאלת נאמנות שותף לומר שהשותפות חייבת כסף לנושה, וכפי שפוסק **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן צג, סעיף יג: "טען שמעון שיש ללוי עליו חוב מזה השותפות מנה, אם היה בידו כדי החוב, והיה יכול ליתנו ללוי, **נאמן**". זאת ועוד, כאשר השותף השני (לוי) כופר בחיוב, הרי זה כאילו אין לו ממה לפרוע, והנושה רשאי לגבות מן השותף הראשון (שמעון) את מלוא החיוב, לרבות חלקו כערב (וראה גם **קצות החושן**, שם, ס"ק ל). ב) ראה **פנים במשפט**, סימן פא, ס"ק מט. לדבריו, מדובר בשותפים עיסקיים שלוו, בהם הכל מודים שהנושה רשאי לגבות את כל חובו מאחד מהם. אמנם הוא מקשה, שלדעת רבי יוסף קארו, לעיל, ליד ציון הערה 127, דין שותפים כדין לווים רגילים, אך ראה המובא לעיל, הערה 133, מספר **כפי אהרן**, שייתכן שבספרו השולחן ערוך חזר בו רבי יוסף קארו מדבריו בבית יוסף. ג) ניתן להציע דרך נוספת ליישוב פסקי השולחן ערוך, ולפיה במקרה זה המשקיע כבר מחזיק בכסף, ולכן הוא יכול לטעון "קים ליי" כשיטת הרא"ש, ומכאן ראייה שהשולחן ערוך פסק כשיטת הרמב"ן מספק.

¹⁸⁰ **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן עז, סעיף י.

¹⁸¹ שם, סימן קלב, סעיף ג.

¹⁸² ראה **יד מלאכי**, לעיל, הערה 133, אות י, מחלוקת הפוסקים אם כוונת לשון "ויש חולקים" שנוקט השולחן ערוך היא שאין לפסוק כדבריהם או שיש לחוש לדבריהם.

לאחד מהם, שאז גובה מהשני הכל. ואם אמר: ממי שארצה אפרע, יפרע מאיזה מהם שירצה¹⁸³.

3. נזיקין – סקירת המקורות

עד כה סקרנו את ההסדרים בעניינם של חייבים רצוניים (לוויים, ערבים וכדומה) שחבים חיוב משותף. עתה נבקש לבחון את ההסדרים החלים על חייבים לא רצוניים החבים בחיוב משותף, כגון מעוולים שגרמו נזק יחד, וננסה להשוותם להסדרים החלים על חייבים רצוניים.

א. כללי

כפי שראינו לעיל¹⁸⁴, חייבים מוגדרים כ"חבים בחיוב אחד" רק אם "הם חייבים כלפי הנושה לספק את אותו אינטרס או לפצות בשל אותו נזק"¹⁸⁵, לשון אחר הם חייבים ב"חיוב אחד" אם הנושה אינו זכאי לקיום מצטבר של החיוב. בעניינם של מעוולים יחד יש אפוא לבחון תחילה מתי ניזוק אינו זכאי לפיצוי מצטבר על נזקו, כלומר מתי יש לראות את המעוולים יחד כגורמים "אותו נזק" ולא כגורמים נזקים נפרדים. רק אם נסיק שהמעוולים אכן גרמו "אותו נזק", הם יוגדרו כ"חייבים בחיוב אחד", ויחולו עליהם ההסדרים שבחוק.

הקביעה אם מעוולים יחד אכן גרמו ל"נזק אחד" סבוכה ואינה מעניינה של פרק זה, אך לצורך הבהרת העניין נקדים סקירה קצרה.

במשפט המקובל האנגלי הבחינו בעבר בין שני סוגים של מעוולים יחד¹⁸⁶: (א) מעוולים במשותף (joint tortfeasors), שהם מעוולים הפועלים בצוותא או מעוולים שהדין רואה אותם כפועלים במשותף, כגון: עובד ומעביד¹⁸⁷. (ב) מעוולים שאינם פועלים במשותף אך גורמים לנזק אחד (several concurrent tortfeasors)¹⁸⁸, כש"נזק אחד" הוגדר כנזק שאינו ניתן לחלוקה¹⁸⁹. תביעה

¹⁸³ לעיל, ליד ציון הערה 127, ראינו שלדעת רבי יוסף קארו חלוקת האחריות בין החייבים היא חלוקה מכוח הדין. לפי גישה זו, מן הראוי היה שהוא יפסוק כשיטת הרמב"ן, שיש לחלק את הערבות גם בין ערבים. אולם ראה לעיל, הערה 133, שיינתכן שבשולחן ערוך חזר בו רבי יוסף קארו מדבריו בבית יוסף, ולדעתו חלוקת האחריות בין חייבים נובעת מאומד דעת הצדדים, ולכן אין לחלק את האחריות בין ערבים.

¹⁸⁴ ליד ציון הערה 4.

¹⁸⁵ לשון סעיף 76 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (ראה לעיל, ליד ציון הערה 8).

¹⁸⁶ גד טדסקי, **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית**, ירושלים תשל"ז, שער שביעי, עמ' 479 ואילך.

¹⁸⁷ ראה סעיפים 12-15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

¹⁸⁸ הבחנה זו אינה נקיה מספקות, שכן לא תמיד קל לקבוע אם ניתן לייחס למעוולים פעולה משותפת מן הבחינה המשפטית. כך, למשל, בפרשת *Arniel v. Paterson* [1931], A.C. 560, שני כלבים, כל אחד מהם בבעלותו של אדם אחר, תקפו עדר צאן וגרמו נזק לשבעה עשר כבשים, ולא ניתן היה לדעת איזה כלב הזיק לאיזה כבש. שופטי בית הלורדים התלבטו האם הפעולה המשותפת של הכלבים נחשבת, **משפטית**, כפעולה משותפת של הבעלים-הרשלנים, והכריע בחיוב. בית המשפט העליון בישראל קבע שהלכת *Arniel* אינה מקובלת בישראל. ראה ד"נ 15/88 **מלך נ' קורנהויזר**, פ"ד מד(2) 89, פסק דינו של השופט ד' לוי (1990).

¹⁸⁹ בספרות המשפטית ובפסיקה הועלו כמה אפשרויות לפירוש המושג "נזק הניתן לחלוקה": (א) חלוקה יחסית: כאשר ניתן בדרך הגיונית כלשהי לקבוע מה חלקו היחסי של כל מעוול. למשל, אם שני כלבים שווים תקפו אדם, ניתן להניח שכל אחד אחראי על מחצית. אולם כאשר כל מעוול יכול לגרום את כל הנזק לבדו, לא ניתן לחלק את הנזק

נגד מעוולים מן הקטגוריה הראשונה, מעוולים במשותף, נחשבה כעילת תביעה אחת כנגד כל המעוולים, ולכן אם התנהל הליך משפטי נגד אחד מהם, אף אם התובע הפסיד במשפט, מוצתה עילת התביעה, ולא ניתן היה לתבוע שוב את המעוולים האחרים¹⁹⁰. לעומת זאת, תביעה נגד מעוולים מן הקטגוריה השנייה, מעוולים יחד שאינם מעוולים במשותף, נחשבה כעילות תביעה נפרדות כנגד כל מעוול, ולכן אם הניזוק הפסיד בתביעה אחת הוא היה רשאי להגיש תביעה נגד המעוולים האחרים¹⁹¹. הבחנה זו בוטלה בחקיקה בשנת 1935, וכיום בשני סוגי המעוולים יחד תביעה נגד אחד אינה מציבה מחסום דיוני בפני תביעה נגד מעוול אחר¹⁹².

בישראל, ריבוי מעוולים מוסדר בסעיף 11 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש], שכותרתו "מעוולים יחד". וזה נוסח הסעיף:

היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

אף שהחוק מתייחס לכאורה רק למעוולים במשותף, שהרי הוא מדבר על "מעשה פלוני", הפסיקה בישראל קבעה שהוראות הסעיף חלות גם על מעוולים שגרמו יחד **במעשים שונים** לנזק אחד שאינו ניתן לחלוקה¹⁹³. בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הגדרת מעוולים כמי שחבים בחיוב אחד קבועה בסעיף 370, והיא מעגנת בחקיקה את מה שנקבע בפסיקה. וזה לשון הסעיף:

בניזוקין, חבים חייבים בחיוב אחד, כאמור בסעיף 194⁷⁶, בהתקיים אחד מאלה:

באופן יחסי. ראה ע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573, 589 (1988), (להלן: ע"א מלך); (ב) חלוקה לפי אשמה: כאשר ניתן להבחין מה מידת אשמתו של כל מעוול לנזק; (ג) חלוקה פיזית: כאשר ניתן להבחין מהו הנזק שגרם כל אחד מן המעוולים. בע"א מלך נקבע שדי באחת מאפשרויות החלוקה כדי שהנזק ייחשב כניתן לחלוקה, ואילו בד"נ מלך (לעיל, הערה 188) מגדיר בית המשפט שזק ש"אינו ניתן לחלוקה" הוא נזק שאינו לחלוקה פיזית. השופט ד' לוי מנמק ששיטה זו פועלת לטובת הניזוק (שכן בדרך כלל קשה לחלק את הנזק בין המעוולים בחלוקה פיזית), ומכיוון שמטרת דיני הניזוקין היא פיצוי הניזוק, יש להעדיף את טובתו. באותה פרשה שלושה כלבים, שאחד מהם כלב הפקר, תקפו אדם וגרמו לו חבלות פיזיות ונפשיות קשות. מכיוון שלא ניתן היה לחלק את הנזק חלוקה פיזית (משום שלא היה ניתן לקבוע אילו חבלות גרם כל כלב), נקבע שכל "בעלי" הכלבים הם מעוולים יחד, וחלה עליהם אחריות ביחד ולחוד, והניזוק זכאי לתבוע מן המעוולים הידועים את מלוא הפיצוי. לעומת זאת, שיטת חלוקה אחרת הייתה מביאה לתוצאה שכל מעוול חייב בחלקו בלבד, והניזוק היה מקבל רק שני שלישים מן הפיצוי (למשל, בשיטת החלוקה היחסית).

¹⁹⁰ וכפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 25, בעניינם חייבים "יחד".

¹⁹¹ וכפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 27. וראה בפסק הדין האנגלי Brinsmead v. Harrison L.R. 7 C.P. 547 (1872).

¹⁹² Law reform (Married Women and Tortfeasors) Act, 1935, Sec 6(1)(a): "judgement recovered against any tort-feasor liable in respect of that damage shall not be a bar to an action against any other person who would, if sued, have been liable as a joint tort-feasor in respect of the same damage".

¹⁹³ ע"א שמידט נ' שמואלי וסולל בונה בע"מ, פ"ד יא(2) 1165 (1965).

¹⁹⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 8.

ריבוי חייבים במשפט העברי

- (1) הנזק שבשלו הם חבים (בסעיף זה – הנזק) נגרם עקב עוולה שלה אחראים כל החייבים בין בשל שותפות בביצועה בין מכוח הוראות סעיפים 367 עד 369¹⁹⁵;
- (2) הנזק כולו או חלקו, נגרם בשל התנהגות עוולתית של כל אחד מהחייבים ולא היה, בנסיבות העניין, בסיס סביר לחלוקת האחריות ביניהם;
- (3) על כל אחד מהנתבעים הוטלה אחריות מלאה לנזק מכוח סעיפים 365(ב)(1)¹⁹⁶ ו- 366¹⁹⁷.

משנקבע שהמעוולים אכן חבים בחיוב אחד, החוק קובע שהם חייבים יחד ולחוד¹⁹⁸, ומשמעות הדבר לעניין האחריות הנזיקית היא שכל אחד מהם אחראי על הנזק כולו, ולפיכך הניזוק רשאי לגבות את מלוא הפיצוי מאחד המעוולים¹⁹⁹.

בדברים שלהלן, נציג את עמדת המשפט העברי בשאלת היחס בין הניזוק לבין המעוולים הרבים שגרמו לו נזק אחד, לעניין גביית הפיצוי על הנזק²⁰⁰: האם הוא רשאי לתבוע את כל הפיצוי מאחד המעוולים או שמא עליו לגבות מכל מעוול את חלקו היחסי. כדרכו של המשפט העברי, לא נקבע בעניין זה כלל מופשט, אלא נקבעו הסדרים פרטניים, הנראים לכאורה כסותרים. נסקור תחילה הסדרים אלה, ונשתדל להעלות מהם את הכלל המשפטי העומד בבסיסם.

ב. הדין בריבוי מעוולים

המשפט העברי קובע, כאמור, הסדרים שונים במקרים השונים של ריבוי מעוולים, כפי שנסקור להלן. תחילה נסקור את המקרים בהם ההסדר של המשפט העברי דומה לזה של המשפט הישראלי, ולאחר מכן נבחן את המקרים בהם נראה שההסדרים של שתי שיטות המשפט אינם תואמים, וננסה לעמוד על הכלל המשפטי המבחין בין המקרים השונים.

¹⁹⁵ סעיף 367 עוסק באחריות אישית של מסייע, משדל וכיוצא באלו; סעיף 368 עוסק באחריות שילוחית של מעביד; סעיף 369 עוסק באחריות שילוחית של שולח.

¹⁹⁶ "יראו התנהגות עוולתית כגורמת לנזק אם התקיימו לגביה...: (1) ההתנהגות העוולתית היתה גורם עובדתי לנזק; בסעיף זה "גורם עובדתי" – גורם שבלעדיו לא היה הנזק נגרם, ואולם אם נגרם הנזק על ידי יותר מהתנהגות עוולתית אחת, יראו כל אחת מהן כגורם עובדתי".

¹⁹⁷ "מצא בית המשפט כי התקיימה התנהגות עוולתית של כמה מזיקים ואין בידו לקבוע מי מהם גרם בפועל לנזק, יישא כל אחד מהמזיקים באחריות מלאה או חלקית לנזק כפי שיקבע בית המשפט".

¹⁹⁸ הוראות הפרק העוסק בריבוי חייבים שבהצעת החוק (סעיפים 79-86) חלות גם על מעוולים יחד (ראה דברי ההסבר להצעת החוק, בתחילת הפרק העוסק בריבוי חייבים ונושים). אולם, בעוד שבחייבים רצוניים נקבעה **חזקה** שהם חבים "יחד ולחוד" אך הצדדים יכולים להתנות על כך, בנויקין החיוב "יחד ולחוד" הוא מוחלט.

¹⁹⁹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 17.

²⁰⁰ דיונו עוסק, כאמור, רק בשאלת גביית הפיצוי, לאחר שנקבע שהמעוולים אכן חייבים לפצות את הניזוק "בשל אותו נזק". לעניין השאלה מתי על פי המשפט העברי מעוולים אכן נחשבים כגורמים "אותו נזק" ראה הרב אברהם צבי שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 47-55.

(1) "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"

בתלמוד ובפוסקים נמנו שורה של מקרים בהם כמה מעוולים גרמו נזק אחד, ובהם נקבע שהניזוק רשאי לגבות את מלוא הפיצוי מאחד מהם, לפי בחירתו. הסדר זה, הדומה להסדר במשפט הישראלי, מבוסס על דינו של רב חסדא בעניין גוזל ואוכל (להלן: דינו של רב חסדא).

במשפט העברי, גולן חייב להחזיר לבעלים את הנכס הגזול **בעין** (והשיב את הגולה אשר גול. ויקרא ה, כג). אולם אם הנכס אינו ברשותו, בין אם ניזוק או השתנה, בין אם הועבר לרשותו של אחר, הגולן חייב לפצות את הנגזל במלוא ערך הגולה²⁰¹.

התלמוד הירושלמי²⁰² עוסק בנכס שנגזל והחליף ידיים, והשאלה שנדונה היא ממי רשאי בעל הנכס לתבוע את גולתו, מן הגולן או מן המחזיק בנכס. בדיון זה נחלקו אמוראי ארץ ישראל:

גול טלית ונתנה לאחר. רבי לעזר בשם רבי חייה אמר: מוציאין מראשון ולא משני. רבי יוחנן אמר בשם רבי ינאי: מוציאין אף מן השני²⁰³ 204.

מפשט לשון הירושלמי עולה אפוא מחלוקת: לדעת רבי חייה הנגזל רשאי לתבוע את גולתו מן הגולן בלבד, ואילו לדעת רבי ינאי הנגזל רשאי לבחור אם לתבוע את הגולן או את המחזיק בנכס.

מקרה דומה מובא בתלמוד הבבלי בשמו של רב חסדא. התלמוד עוסק בדינו של נכס גזול שניזוק על ידי אדם אחר שאינו הגולן, ונמצא שהנגזל יכול לתבוע את גולתו משני מעוולים, הגולן והמזיק. וכך לשון התלמוד²⁰⁵:

אמר רב חסדא: גזל ולא נתייאשו הבעלים²⁰⁶, ובא אחר ואכלו ממנו, **רצה מזה גובה, רצה מזה גובה**²⁰⁷; מאי טעמא? כל כמה דלא נתייאשו הבעלים, ברשותיה דמריה קאי [=ברשות בעליו (הנגזל) הנכס עומד]²⁰⁸.

²⁰¹ ראה **רמב"ם**, הלכות גולה ואבדה, פרק ב, הלכות א-ב: "הגולה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה, אף על פי שנתיאשו הבעלים ממנה, ואף על פי שמת הגולן והרי היא ביד בניו, הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה. ואם נשתנית ביד הגולן אף על פי שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה קנה אותה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגולה. ודין זה דין תורה הוא, שנאמר: 'והשיב את הגולה אשר גזל'. מפי השמועה למדו, אם היא כשגולה משלם אותה; ואם נשתנית בידו משלם דמיה".

²⁰² **ירושלמי**, בבא קמא, פרק י, הלכה א.

²⁰³ לדעתו של האמורא רבי בא בר ממל, גם רבי חייה סבור שהנגזל רשאי לגבות מן השני, ובלשון הירושלמי: "רבי בא בר ממל אמר: אף רבי חייה כדעתיה [דרבי יוחנן], דרבי חייה אמר מוציאין אף משני", אך הירושלמי דוחה את דבריו.

²⁰⁴ וכך נחלקו אמוראים אלו בירושלמי במקום אחר: **ירושלמי**, תרומות, פרק ז, הלכה ב: "גזל מעורתו (בירושלמי דפוס ונציה, דף מד, טור ד: "מעפרתו", מין בגד) של זה ונתן לזה. רבי לעזר בשם רבי חייה רבא: מוציאין מן הראשון ואין מוציאין מן השני. רבי יוחנן בשם רבי ינאי: אף מוציאין מן השני".

²⁰⁵ בבא קמא קיא ע"ב.

²⁰⁶ במשפט העברי, כל זמן שהנכס הגזול קיים בעין, הגולן אינו יכול לקנות בו זכות קניינית מלאה כל עוד הבעלים-הנגזל לא התייאש ממנו. עם זאת, גם זכויותיו הקנייניות של הנגזל בנכס נחלשות, שכן הנכס "אינו ברשותו". באופן זה, הן הגולן והן הנגזל מנועים מלבצע בנכס פעולות המשנות את הזכויות הקנייניות בו: "אמר רבי יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים - שניהם אינן יכולים להקדיש, זה [=הגולן] לפי שאינו שלו, וזה [=הנגזל] לפי שאינו ברשותו" (בבא קמא סט ע"א; **רמב"ם**, הלכות גניבה, פרק ב, הלכות ו-ז).

לכאורה, דעתו של רב חסדא כדעת רבי ינאי שבירושלמי²⁰⁹, ולפיה רשאי הניזוק לתבוע את אחד המעוולים לפי בחירתו²¹⁰. מדברי התלמוד עולה האפשרות שהאמורא רמי בר חמא חולק על דברי רב חסדא וסבור שהניזוק רשאי לתבוע רק את הגולן ולא את המזיק²¹¹, כדעתו של רבי חייה בירושלמי. אולם התלמוד הבבלי מביא את מחלוקת רבי חייה ורבי ינאי שבירושלמי, והאמורא רב יוסף מפרש כי **הכל מודים לדינו של רב חסדא**²¹². וזה לשון התלמוד²¹³:

²⁰⁷ התלמוד, כתובות לד ע"ב, מביא את דברי רבא בעניין מי שמת וברשותו פרה שאולה: "הניח להן אביהן פרה שאולה... כסבורין של אביהם היא, וטבחוה ואכלוה - משלמין דמי **בשר בזול**". כלומר, היורשים שאכלו את הפרה שאינה שייכת להם, ישלמו רק את דמי הנאתם ולא את מלוא הנזק שגרמו לבעליה של הפרה. הראב"ד, **שיטה מקובצת**, כתובות לד ע"ב, ד"ה כסבורין, מעיר שדעת רבא אינה תואמת, לכאורה, את דעת רב חסדא, שכן לפי רב חסדא ה"אוכל" משלם לבעל הנכס את מלוא ערכו ולא רק את דמי הנאתו. הראב"ד מיישב, שדינו של רב חסדא עוסק במי שמודע לכך שהוא מעוול (בין אם לדעתו הוא מעוול ביחס לבעל לגולן), ואילו דינו של רבא עוסק במי שגורם נזק בתום לב, כשהוא סבור שהפרה שהוא אוכל שייכת לו. לדבריו, רב חסדא מודה שאם ה"אוכל" יוזמן על ידי הגולן לאכול והוא יחשוב שהנכס של הגולן, דינו לשלם מה שנהנה בלבד, ואילו רבא מודה שאם היתומים יודעים שהפרה שאכלו אינה של אביהם הם ישלמו את מלוא ערכה. ומסיים את דבריו: "כך הראונו מן השמים, ויש לנו שרש לדברינו מדברי רבא, ודברים נכונים הם וראוים לסמוך עליהם, והנוטה מזה נוטה מדרך אמת". דברי הראב"ד הובאו בהסכמה על ידי פוסקים אחרים, ראה: **חידושי הרמב"ן**, כתובות לד ע"ב, ד"ה היתה פרה; **חידושי הרשב"א**, שם, ד"ה כסבורין; **חידושי הריטב"א**, שם, ד"ה כסבורים; **שיטה מקובצת**, בבא קמא קיא ע"ב, ד"ה וכתב הרמ"ה. וראה להלן, הערה 407.

²⁰⁸ הפוסקים מציינים מקור תלמודי זה גם כמקור לתביעת השבה של נכס על ידי שני נושים (כלומר, במצב של ריבוי נושים). ראה להלן, ריבוי נושים, פפפ.

²⁰⁹ וראה: **מראה הפנים**, על הירושלמי, לעיל, הערה 202, ד"ה רבי יוחנן; **פני משה**, על הירושלמי, לעיל, הערה 204, ד"ה אף ("ורצה מזה גובה רצה מזה גובה"); **מראה הפנים**, שם, ד"ה גזל (שמשווה את סוגיית הירושלמי עם סוגיית הבבלי). וראה גם **ציוני מהר"ן**, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה ד

²¹⁰ לכאורה, דינו של רב חסדא עוסק רק במקרה שהנכס כבר אינו בעולם ("ואכלו"), ואילו דין הירושלמי עוסק בנכס שעדיין קיים ("ונתן לזה", "ונתנה לאחר"). אך מדברי התלמוד שנראה להלן, ליד ציון הערה 213, המבקש להחיל את דינו של רב חסדא גם על דין הירושלמי, עולה שאין להבחין בין מקרה שהנכס קיים לבין מקרה שהנכס שוב אינו קיים. וראה גם המובא בשם רבנו יוחנן מלוניל, **שיטה מקובצת**, בבא קמא קטו ע"א, ד"ה אמר רב יוסף: "כאן לפני יאוש - הדין עם השני, דינא דבעלים בהדי [=עם] לוקח שהוא שני לאפוקי לגלימא מיניה [=להוציא את הגלימה (הגובה)] ממנו... ומאי "עם השני"? אף עם השני. אי בעו [=אם רוצים] בעלים תבעי [=תובעים] ליה ללוקח, ומפקי ליה לגנבה מיניה [=ומוציאים הגנבה ממנו] בלא דמים... ואי בעי [=ואם רוצים] תבעי ליה לגנב עד דמהדר ליה לגנבה ניהליה או עד דמשלם להו דמי דילה [=הם תובעים את הגנב ששייב את הגנבה בעין או ישלם את דמיה], כדרב חסדא דאמר רצה מזה גובה רצה מזה גובה". וראה גם **רש"י**, שם, ד"ה הדין עם השני, וד"ה דרב חסדא. וכן ראה **תוספות**, חולין קלד ע"א, ד"ה דמר, שמדגישים ש"היכא [=היכן] דהם [=שהם] (הנכסים הגזולים) בעין ליכא מאן דפליג [=אין מי שחולק] אדרב חסדא, אלא דווקא כשאכלן [יש שחולקים עליו]".

²¹¹ בבא קמא קיא ע"ב-קיא ע"א, וראה: **רש"י**, שם, ד"ה לפני יאוש **תוספות**, שם, סוף ד"ה גול; **חידושי הרשב"א**, שם, ד"ה אמר לך.

²¹² אולם השווה לדעת אב"י בהמשך הסוגיה, שלדבריו מחלוקת האמוראים היא האם לקבל את דינו של רב חסדא, ורב בשם רבי חייה אינו סבור כרב חסדא, ולדבריו הדין עם הראשון דווקא (כשיטת רבי לעזר בשם רבי חייה בירושלמי). זאת מסיק אב"י מן ההשוואה בין דברי רב בסוגיה זו לדבריו בסוגיית מתנות כהונה, ראה להלן, ליד ציון הערה 216. וראה: **תוספות**: בבא קמא, קטו ע"א, ד"ה אמר ליה; חולין, קלד ע"א, ד"ה דמר.

²¹³ בבא קמא קטו ע"א.

גנב ומכר ואחר כך הוכר הגנב. רב משמיה דרבי חייא אמר: הדין עם הראשון [כלומר, את התביעה יש להגיש נגד הגנב]. רבי יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר: הדין עם השני²¹⁴. אמר רב יוסף: לא פליגי, כאן לפני יאוש - הדין עם השני; כאן לאחר יאוש - הדין עם הראשון. **ותרוייהו** [=שניהם] **אית להו דרב חסדא**²¹⁵.

כך גם עולה מסוגיית התלמוד בעניין מתנות כהונה.

מדין תורה, מי ששוחט בהמה חייב לתת לכהן את הזרוע, הלחיים והקיבה: "וְזָה יְהִי מִשְׁפֵּט הַכֹּהֲנִים מֵאֵת הָעֵם מֵאֵת זִבְחֵי הַזֶּבַח אִם שׁוֹר אִם שֶׂה, וְנָתַן לַכֹּהֵן הַזֶּרֶע וְהַלְחָיִים וְהַקֵּבָה" (דברים פרק יח, ג). התלמוד²¹⁶ דן באדם ששחט בהמה (להלן: השוחט) ולא נתן לכהן את מתנות הכהונה, אך מכר אותן לאדם אחר עם שאר חלקי הבהמה. לאור דינו של רב חסדא מסיק התלמוד, שהכהן ראוי לתבוע את מתנות הכהונה מן השוחט או מן הלקוח, לפי בחירתו²¹⁷, והתלמוד מדגיש כי על אף שיש מחלוקת אמוראים לגבי פרטי הדין בעניין מתנות כהונה, הכל מודים שהוא מבוסס על דינו של רב חסדא.

וכך פוסק הרמב"ם להלכה את דינו של רב חסדא²¹⁸:

מי שעבר ואכל הגזלה אחר יאוש פטור מלשלם. ואם אכל קודם יאוש ורצו הבעלים לגבות מן האוכל – גובין, שעדיין ברשותן היא, ואם רצו גובין מן הגזלן.

מן האמור לעיל עולה שלנגזל זכות לתבוע את **מלוא הפיצוי** על הנכס הגזול מן הגזלן או מן האוכל, **לפי בחירתו**. הפוסקים²¹⁹ מוסיפים שאם רצונו בכך, התובע זכאי לחלק את תביעתו בין המעוולים.

הפוסקים החילו את דינו של רב חסדא על מקרים נוספים:

1) הרא"ש נשאל²²⁰ אודות ספרים שמסר ראובן לשמעון כמשכון, וזה העבירם שלא כדין ללוי שהתרשל וגרם להם נזק. ראובן, בעל הספרים, מבקש לתבוע את נזקו מלוי, ואילו לוי טוען שאין לראובן עילת תביעה נגדו. וזה לשון השואל:

שאלה: ילמדנו רבנו: ראובן תובע ללוי ספרים שמשכן [ראובן] לשמעון... וכשהוציא לוי הספרים לתתם לראובן, אומר [ראובן] שנפחתו ונפסדו בידו ותבע לשלם לו הפחת.

²¹⁴ לפי הירושלמי שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 204, יש לפרש "הדין אף עם השני", וכך גם עולה מדברי התלמוד בהמשך הסוגיה בעניין מתנות כהונה (ראה להלן, ליד ציון הערה 216). וראה **שיטה מקובצת**, לעיל, הערה 210, בשם רבי יהונתן מלוניל; שם, ד"ה הא דתנן, בשם הרמ"ה.

²¹⁵ רב חסדא חי אמנם בתקופה מאוחרת יותר מרב יוחנן, אך כוונת התלמוד לומר שהם נוקטים בגישה שהובעה בתקופה מאוחרת יותר על ידי רב חסדא.

²¹⁶ חולין קלד ע"א; בבא קמא, לעיל, הערה 213; **רמב"ם**, הלכות ביכורים, פרק ט, הלכה טו; **רדב"ז**, שם; **שולחן ערוך**, יורה דעה, סימן סא, סעיף לב; **ט"ז**, שם, ס"ק לא.

²¹⁷ וראה **תוספות**, לעיל, הערה 210, שדנים בשאלה אם דינו של התלמוד עוסק במתנות כהונה שעדיין קיימות בעין, או במתנות כהונה שכבר נאכלו.

²¹⁸ **רמב"ם**, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה ד. וראה גם **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שסא, סעיף ה.

²¹⁹ **טור ושולחן ערוך**, שם.

²²⁰ **שו"ת הרא"ש**, כלל צג, סימן ב; **טור**, חו"מ, סימן עב.

ולוי אומר [לראובן]: "לאו בעל דברים דידי את, כי ממי שקבלתי הספרים, הוא הרשני ללמוד בהם כל זמן שיהיו ברשותי..."

והשיב ראובן: "משעה שהמחני אצלך לא היה לך ליגע בהן, ובנך למד בהן בענין שנפחתו, ויש לך לשלם לי הפחת".

והשיב הרא"ש:

תשובה: ...לא מצי [=יכול (לוי)] למימר [=לומר (לראובן)] "לאו בעל דברים דידי את, אין לך דין כי אם עם שמעון", דהוה ליה כגוזל ומאכיל לאחר, **רצה מזה גובה רצה מזה גובה**.

כלומר, הרא"ש דוחה את טענתו של לוי, הטוען שראובן אינו רשאי לתבוע ממנו פיצוי על נזקי הספרים, שכן על פי דינו של רב חסדא רשאי ראובן לתבוע את שמעון או את לוי לפי בחירתו. את שמעון, שכן לו נמסר המשכון והוא מסר אותו ללוי שלא כדין, ואת לוי, שכן הוא זה שגרם נזק לספרים.

2) הלכה פסוקה היא ששומר אינו רשאי למסור את הפיקדון לשומר אחר, אף אם אחריותו של השומר השני גדולה יותר. ואם בכל זאת מסר השומר את הפיקדון לשומר אחר והפיקדון ניזוק, חייב השומר הראשי לפצות את המפקיד, אף אם הנזק שאירע אינו בגבול אחריותו²²¹. אם הנזק לפיקדון היה בגבול אחריותו של שומר המשנה, נוצר מצב בו יש שני מעוולים: השומר הראשי שהתרשל בכך שהפקיד את הנכס אצל שומר המשנה, ושומר המשנה בשל אחריות השמירה שעליו. בעניין זה מסתפק הריטב"א אם המפקיד רשאי לתבוע את שומר המשנה. ובלשונו²²²:

ועוד צריך עיון: אם הלך המפקיד ותבע השומר השני, אי מצי [=יכול (שומר המשנה)] אמר ליה: "לאו בעל דברים דידי את" ... וצריך עיון, דדלמא [=שמא] הוי כגזל ולא נתייאשו הבעלים, דרצה מזה גובה, רצה מזה גובה.

הש"ך²²³ (מבלי להזכיר את הריטב"א) מכריע על סמך דינו של רב חסדא, שהמפקיד רשאי לתבוע את השומר העיקרי או את שומר המשנה, לפי בחירתו.

3) המרדכי²²⁴ מביא בשם מהר"ם מרוטנבורג את המעשה הבא:

נשאל לרבינו מאיר, מאשה אחת שגנבה מבעלה ק' זקוקין ומסרה אותן אצל אשה אחרת, ואותה האשה שקבלתן היתה מלוה אותן ברשות המפקדת למחצית שכר, וידעה שגנבתן מבעלה, והחזירתן בידה. ועתה תובעה הבעל על ככה.

והשיב: נראה לי אחרי שהודתה שידעה שהיו גנובים בידה שגנבתם מבעלה לא היה לה לקבלם... ואם קבלה מן האשה לא היה לה להחזירם לה... שהוברר לה שגנבתן, שהיה לה

²²¹ בבא מציעא לו ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כו.

²²² חידושי הריטב"א (הישנים), בבא מציעא לה ע"ב, ד"ה אמר רבא (וראה גם ד"ה גמ' שם).

²²³ ש"ך, חו"מ, סימן רצא, ס"ק מא. וראה גם חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא לה ע"ב, ד"ה אולם. והשווה למקורות המובאים להלן, הערה 423.

²²⁴ מרדכי, בבא בתרא, פרק חמישי, סימן תקסא. ראה גם דרכי משה, חו"מ, סימן שמת, אות ב.

להחזיר לבעלה ולא לה. ואין להקשות ולומר, נהי [=אמנם] דעשתה שלא כדין שהחזירה בידה, לא תתחייב לשלם אותם... אין לומר כן.

רבי אלחנן בונים ווסרמן²²⁵ מפרש את דבריו, שאין כל ספק שהבעל הנגזל רשאי לגבות את הכסף הגזול גם מאשתו, שכן לפי דינו של רב חסדא רשאי הבעל לגבות מאשתו או מן האישה האחרת, לפי בחירתו.

4) הרא"ש נשאל אודות אישה ששידלה אדם לסייע לה בגניבת ספרים, ואותו אדם מסרב לפצות את בעל הספרים בטענה שהאישה חייבת לשאת בנטל הפיצוי לבדה. הרא"ש משיב שהגניבה לא הייתה יכולה לצאת אל הפועל ללא סיועו של אותו אדם, ולכן בעל הספרים יכול לגבות את גניבתו מן האישה או מן המסייע, לפי בחירתו. ובלשונו²²⁶:

ועל שטען ראובן על שמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציא מרשותו, ושמעון השיב: "אמת כי הוצאתים, אלא כך היה הענין, שבקשתני קרובתי כלתך להוציאם החוצה, כי לא יכלה שְׂאֲתָם..."

נראה לי ששמעון חייב להחזיר לראובן הספרים שלקח בחדרו, כי מה לו ליכנס בחדרו שלא בידעתו להוציא ממון משם... ובנדון זה, בלאו איהו [=בלעדיו] לא היתה יכולה להוציא משם, הלכך יגבס ממי שירצה: מכלתו, שהודתה לו שהם ברשותה, ואם ירצה יגבה משמעון.

דברי הרא"ש מובאים להלכה בשולחן ערוך²²⁷.

²²⁵ קובץ שעורים, בבא קמא, אות כח.

²²⁶ שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן ז.

²²⁷ א. שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמח, סעיף ח. וראה גם: ביאור הגר"א, שם, ס"ק כה; פתחי תשובה, שם, ס"ק ז; פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין, כרך ז, עמ' כג; שם, כרך יא, עמ' קז. והשווה לדעת הרמב"ם (להלן, הערה 426). רבי יעקב ריישר, שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעח, מציין שניתן להביא ראיה שהניזוק רשאי לגבות את מלוא הנזק מאחד מן הגנבים מדברי המדרש בעניין מכירת יוסף, בראשית רבה (וילנא), פרשה פה, סימן ב: "וירד יהודה מאת אחיו (בראשית לח, א). אמר: בואו ונפזר עצמנו, שכל זמן שאנו מכונסין השטר מצוי להגבות. אמר להם הקדוש ברוך הוא: עשרה בני אדם שנמצאו בגניבה אין אחד נתפס על ידי כולם: וכיון שנמצאו בגביע אמרו: האלקים מצא את עֶזְרָא עבדיך (בראשית מד, טז)". וראה עוד: בראשית רבה (וילנא), פרשה צב, סימן ח (י"י בני אדם שנמצאו בגנבה, אין כולם בסירה" ויש גורסים "באסירה"); פירוש הרמב"ן על התורה, בראשית מד י, ד"ה או טעם. ויש להעיר על דבריו, שמדברי המדרש ניתן רק להוכיח את אחריותם של כל השותפים לגנבה, אך לא את מידת חיובם בתשלום.

ב. יתכן שתשובת הרא"ש בעניין הגנבים אינה הסדר השונה מהסדר ריבוי החייבים הכללי ואינו מבוסס בהכרח על דינו של רב חסדא, שכן לדעת הרא"ש בכל מקרה של ריבוי חייבים זכאי הנושה לגבות את מלוא החיוב מאחד מן החייבים, ראה לעיל, ליד ציון הערה 50. חידושו של הרא"ש בתשובה זו הוא, או שהן הכלה והן שמעון נחשבים כגנבים, או שהגנב ששילם אינו זכאי להשתתפות משותפו (ראה להלן פפ). אולם לדעת הפוסקים החולקים על הרא"ש, ולדעת השולחן ערוך, לעיל, הערה 173, דינו של הרא"ש הוא חריג לדין ריבוי חייבים הכללי, ומבוסס בהכרח על דינו של רב חסדא.

ג. דברי הרא"ש נסתרים, לכאורה, מדברי התוספתא, בבא קמא, פרק י, הלכה לט (וראה גם ירושלמי, בבא קמא, פרק י, הלכה א): "גנבים שנכנסו במחתרת ועשו תשובה, כולן חייבין להחזיר. עשה אחד מהן תשובה, אין חייב לשלם אלא על חלקו בלבד. אם [בזמן הגנבה] היה [החוזר בתשובה] מוציא ונותן לפניהם [כלומר, שהוא הגנב שפרץ והוציא את הנכס (מהר"א פולדא, על הירושלמי) או שהוא היה ראש הגנבים (שדה יהושע, שם)], חייב לשלם על הכל". מדברי התוספתא עולה, שגנב שאינו "מוציא ונותן" חייב לשלם את חלקו בלבד. אולם רבי יוסף רוזין, צפנת פענח, מכות ג

5) הרמב"ם עוסק בשליח שנשלח לפרוע חוב, אך במקום לפרוע את החוב החזיר את הכסף ללווה. וזה לשונו²²⁸:

היה ראובן חייב לשמעון מנה, ואמר ללוי: "הולך לשמעון מנה זה שאני חייב לוי", אם בא לחזור אינו חוזר, והוא חייב באחריותו עד שיגיע המנה לשמעון. החזיר לוי את המנה לראובן **שניהן חייבין באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו.**

דברי הרמב"ם מבוססים על דין "הולך כזכיי", לפיו כאשר חייב שולח את פירעון חובו על ידי שליח, הנושה זוכה בפירעון לעניין זה שהחייב לא יכול לחזור בו, אך עם זאת אחריות המלווה עדיין מוטלת על החייב²²⁹. לכן, אם השליח החזיר את הכסף לחייב, הנושה יכול עדיין לתבוע את פירעון החוב מן החייב. עם זאת, השליח חייב גם הוא כלפי המלווה, שכן הוא זכה בפירעון לטובת הנושה והיה עליו למסור לו את מעות הפירעון ולא להחזירם לשולח. לנושה, אם כן, שני חייבים והשאלה היא ממי מהם הוא רשאי לתבוע את חובו. רבי אברהם די בוטון²³⁰ מבין מתוך דברי הרמב"ם, שהוא רשאי לגבות את חובו מן החייב או מן השליח, לפי בחירתו²³¹.

6) בעניין אחריות על נזקי בהמה הנמצאת אצל שומר פוסק הרמב"ם²³²:

המוסר בהמתו לשומר חנם או לנושא שכר או לשוכר או לשואל נכנסו תחת הבעלים, ואם הזיקה - השומר חייב. במה דברים אמורים? בזמן שלא שמרוה כלל, אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי ויצאת והזיקה השומרין פטורין... שמרוה שמירה פחותה, אם שומר חנם הוא פטור [השומר] והבעלים חייבין²³³, ואם שומר שכר או שוכר או שואל הוא, חייבין [השומר].

כלומר, אחריותו הנזיקית של בעל הבהמה אינה נפסקת אף אם הוא מוסר אותה לשומר, אלא אם הוא מוסר אותה למי ששומר שמירה מספקת (שמירה מעולה²³⁴). עם זאת, השומר אינו חייב

ע"א, ד"ה סד"א; הלכות כלאים, פרק י, הלכה כז, עמ' 35, מדייק שדין זה נאמר רק בגנבים שבאו במחתרת, שניתן היה להורגם (ראה שמות כא, א), ולכן הם פטורים מהשבת הנכס (אפילו הוא בעין, ראה סנהדרין עב ע"א), על פי הכלל "קים ליה בדרבה מיניה" [=הענש אותו בעונש החמור]. חיובם אפוא אינו חיוב משפטי, אלא חיוב הנובע מרצונו של הגנב לחזור בתשובה (שבעיקרון די שיחזיר את חלקו היחסי כדי לחזור בתשובה, אלא אם כן ניתן לתלות בו את עיקר האשמה, כגון שהוא גנב בפועל או שהוא ראש הכנופיה). והשווה פני משה (על הירושלמי, שם). וראה שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעח, מהדורא בתרא (מודפס בסוף הכרך ומסומן בטעות "שאלה קעד"), שמעיקר הדין כל גנב חייב במלוא החיוב, אלא שמפני "תקנת השבים" (ראה: משנה, גיטין ה, ה; בבא קמא צד ע"א) הקלו על הגנבים המבקשים לחזור בתשובה.

²²⁸ רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק טז, הלכה ב. ראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף א.

²²⁹ ראה גיטין יד ע"א; רמב"ם ושולחן ערוך, שם.

²³⁰ לחם משנה, על הרמב"ם, שם. וראה גם: ש"ך, חו"מ, סימן קכה, ס"ק ז; אורים ותומים, סימן קכה, תומים, ס"ק ג.

²³¹ אולם הלחם משנה מביא שיש מן הפוסקים שמבינים את דעת הרמב"ם באופן שונה. ראה להלן, הערה 398.

²³² רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה ד.

²³³ דברי הרמב"ם מובאים לפי הגרסה הנכונה, וכפי שעולה מתשובת הרמב"ם, פאר הדור, סימן לט. וראה גם כסף משנה, על הרמב"ם, שם.

²³⁴ ראה מגיד משנה, שם, שדברי שהלכה זו אינה אלא בנוקי קרן תמה, שכן בנזקים אחרים די לשמור שמירה פחותה כדי להיפטר מאחריות נזיקית (ראה רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ז, הלכה א). וראה גם לחם משנה, שם.

לשמור מעבר לחובתו על פי דיני השומרים, ולכן שומר חנם אינו חייב לשמור יותר משמירה פחותה, ועל כן הבעלים אינו עומד באחריותו הנזיקית במסירת בהמתו לשומר חנם. מדבריו עולה, שכאשר האחריות הנזיקית מוטלת על הבעלים היא אינה מוטלת על השומר, וכאשר האחריות הנזיקית מוטלת על השומר, אין היא מוטלת על הבעלים, ומכיוון שאין אלא מעוול אחד רשאי אפוא הניזוק לתבוע רק אותו.

על דברי הרמב"ם משיג הראב"ד:

אמר אברהם: ...שומר לעולם חייב אם לא שמרו כראוי. ואם שמרו כראוי ויצא והזיק חזר השומר לחיובו בכדי שידע [כלומר, אם נודע לו שהבהמה ברחתה ועלולה להזיק] ובעלים פטורין. **אלא שיש לומר לעולם אין הבעלים ניצלין מיד הניזוק**, והם ידונו עם השומר²³⁵.

לעומת שיטת הרמב"ם, לשיטת הראב"ד לניזוק שתי אופציות לתביעת הנזיקין: הוא רשאי לפי **בחירתו**²³⁶ לתבוע את השומר שהתרשל או לתבוע את הבעלים, שאינו יכול להתנער מאחריותו לנזקי בהמתו אף לא במסירת הבהמה לשומר (אלא שלבעלים עומדת זכות לשיפוי מן השומר, אם הנזק נגרם מחמת התרשלותו²³⁷).

(7) הרמב"ם והראב"ד חולקים בעניין ניזוק שתובע פיצוי על נזקים שגרמה בהמה שנמסרה משומר עיקרי לשומר משנה. וכך פוסק הרמב"ם²³⁸:

מסר השומר לשומר אחר, השומר הראשון חייב לשלם לניזוק, שהשומר שמסר לשומר חייב, והרי הניזוק אומר לו: "למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחרי? שלם לי אתה, ולך עשה דין עם השומר שמסרת לו אתה". מסרה השומר לבנו או לבן ביתו או למסעדו, נכנסו תחת השומר וחייבין²³⁹.

רבי יעקב בן אשר, בעל הטורים מסביר²⁴⁰, שלדעת הרמב"ם, רק השומר העיקרי מעוול, שכן הוא לא מילא את חובתו לשמור על המזיק כראוי, והניזוק רשאי לפיכך לתבוע רק אותו²⁴¹. רבי יוסף

²³⁵ לדיון בדעת הראב"ד וביאור מחלוקתו עם הרמב"ם, ראה: **חידושי רבנו חיים הלוי**, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה ד; **אבן האזל**, שם; **שעורי מרן ר' פסח מקוברין**, בבא קמא, סימן כב; ועוד.

²³⁶ ראה: **אור שמח**, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה יא; **ברכת שמואל**, בבא קמא, סימן ח, אות ב.

²³⁷ ראה להלן פפפ.

²³⁸ **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה יא.

²³⁹ ראה **מגיד משנה**, שם, שמקורו של הרמב"ם מסוגיית התלמוד, בבא קמא נו ע"ב: "מסרה [השומר] לרועה - נכנס הרועה תחתיו. אמרי: תחתיו דמאן [=של מי]? ... תחתיו דשומר, ושומר קמא [=ראשון] אפטר ליה לגמרי". **רש"י**, שם, ד"ה אלא, מפרש שהסוגייה עוסקת ביחסים בין הבעלים לבין השומרים, כאשר בהמת הפיקדון ניזוקה. ואילו הרמב"ם מפרש שהסוגייה עוסקת ביחסים בין הניזוק לבין השומרים, כאשר בהמת הפיקדון הזיקה (דומה שהרמב"ם מפרש כך, שכן המשנה בה דנה הסוגייה אינה עוסקת בדיני שומרים, אלא בדיני נזיקין).

²⁴⁰ **טור**, חו"מ, סימן שצו. וראה גם **חזון יחזקאל**, בבא קמא, פרק ו, הלכה ח, ביאורים, ד"ה ושני.

²⁴¹ הבנה זו בדעת הרמב"ם קשה, שכן לדעת הרמב"ם השומר העיקרי זכאי לתבוע שיפוי משומר המשנה, ואין זאת אלא מפני שגם הוא מעוול.

ריבוי חייבים במשפט העברי

קארו²⁴² מציין לגרסה אחרת ברמב"ם, ומסיק ממנה שלדעת הרמב"ם שני השומרים מעוולים, והניזוק רשאי לתבוע אחד משני משניהם לפי בחירתו²⁴³. ועל דברי הרמב"ם משיג הראב"ד:

אמר אברהם: כל זה אינו מחוור! אלא, הניזוק גובה מן השני או מאיזה שירצה, ועד שאומר לשומר, יאמר לבעלים: "למה לא שמרת אתה את שורך?"

כלומר, לדעת הראב"ד בנוסף לשני השומרים, הניזוק רשאי לתבוע את נזקיו גם מבעל הבהמה המזיקה²⁴⁴, וכפי שראינו לעיל²⁴⁵, שלדעת הראב"ד בעל הבהמה אינו נפטר מאחריותו הניזקית במסירת בהמתו לשומר. רבי יהושע פלק כותב שכך גם דעת רש"י. ובלשונו²⁴⁶:

ונראה מזה דרש"י סובר דלעולם לא מצו [=יכולים] הבעלים לאשתמוטי מיניה דניזוק [=להשתמט מן הניזוק] ולדחותו אצל השומר, אלא הא [=זה] דנקט [התלמוד] 'שהשומרים נכנסו תחת הבעלים' היינו **דבניזק תליא מילתא** [=תלוי הדבר], רצה גובה משומר, רצה גובה מבעלים והן גובין מן השומר.

משתי מחלוקות אלו (פריטים 6, 7) עולה, שהרמב"ם והראב"ד מסכימים שמקום בו יש כמה מעוולים, הניזוק זכאי לתבוע מכל אחד מהם את מלוא נזקו, לפי בחירתו. מחלוקתם אינה אלא בשאלה האם גם הבעלים נחשב מעוול.

(2) גבייה לפי החלק היחסי

לעומת דינו של רב חסדא, לפיו הניזוק יכול לגבות את מלוא הנזק ממעוול אחד לפי בחירתו, במקרים אחרים נקבע בתוספתא ובתלמוד שהניזוק חייב לגבות מכל מעוול את חלקו היחסי בנזק, וזאת אף אם ניתן לייחס לו את מלוא הנזק.

(א) הכלל: כל מעוול משלם את חלקו

בתוספתא²⁴⁷ מובאת מחלוקת תנאים בעניין שני מעוולים שגרמו נזק יחד:

שור שדחף את חבירו ונפל לבור ומת, בעל השור חייב ובעל הבור פטור.

רבי נתן אומר: במועד²⁴⁸ - זה נותן מחצה וזה נותן מחצה; בתם - בעל הבור משלם שלשה חלקים ובעל השור רביע²⁴⁹.

²⁴² **בית יוסף**, שם, אות ט, ד"ה ומ"ש שהראב"ד. וראה גם: **לחם משנה**, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה יא; **סמ"ע**, חו"מ, סימן שצו, ס"ק כא.

²⁴³ לדיון בדעת הרמב"ם, ראה **חידושי רבנו חיים הלוי**, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה יא; **אבן האזל**, שם.

²⁴⁴ יש לציין שהראב"ד בתחילת דבריו מעלה אפשרות שהניזוק רשאי לתבוע רק את שומר המשנה ("מן השני או מאיזה שירצה"). גם את דבריו המובאים לעיל, ליד ציון הערה 235, יש מפרשים כספק של הראב"ד אם הניזוק רשאי לתבוע רק מן השומר או ממי שירצה יגבה (ראה המקורות שבהערה 235).

²⁴⁵ ליד ציון הערה 235.

²⁴⁶ **פני יהושע**, בבא קמא נו ע"ב, ד"ה שם בפירוש רש"י.

²⁴⁷ **תוספתא**, בבא קמא (ליברמן), פרק ו, הלכה א.

²⁴⁸ בנזקים מסוג "קרן" (כלומר, נזקים שבעל החיים גורם בכוונה), מבחין המשפט העברי בין שור תם לשור מועד. נזקים אלה אינם צפויים, ולכן בשלוש הפעמים הראשונות השור מוגדר כשור "תם", ובעליו משלם רק מחצית הנזק,

דינה של התוספתא מובא גם בתלמוד²⁵⁰, אם כי בשינויים שאינם משמעותיים לענייננו.

פרשני התלמוד נחלקו בביאור דעתו של תנא קמא. לדעת רש"י²⁵¹, "בעל השור חייב", פירושו חייב **נזק שלם**, שכן הנזק כולו מיוחס לשור בלבד, ובעל הבור פטור כי הוא אינו נושא באחריות נזיקית בעניין זה. לדעת רש"י, שיטת תנא קמא אינה עניין, אפוא, לסוגיית ריבוי מעוולים. לעומת זאת, לדעת התוספות²⁵², "בעל השור חייב", פירושו חייב **חצי נזק**, שכן הנזק מיוחס לבעל השור ולבעל הבור בשווה, ואין בעל הבור פטור אלא מגזירת הכתוב, "ונפל שמה שור או חמור" (שמות כא, לג) – מעצמו, ולא שיפילוהו אחרים²⁵³. לשיטת התוספות, ניתן להסיק מדברי חכמים שכאשר כמה מעוולים הזיקו יחד, הנזק מתחלק ביניהם באופן יחסי²⁵⁴ (אלא שבעניין נזקי בור, פטור בעל הבור מלשלם מ"גזרת הכתוב").

הפרשנות בדעת תנא קמא משפיעה גם על פירוש דעתו של רבי נתן בברייתא. לדעת רש"י²⁵⁵, רבי נתן חולק על תנא קמא וסבור שגם בעל הבור נושא באחריות נזיקית בעניין זה, "שהרי בין שניהם המיתוהו". ואילו לדעת התוספות, רבי נתן אינו מקבל את גזרת הכתוב הפוטרת את בעל הבור²⁵⁶. רש"י ותוספות מסכימים אפוא שהכלל העולה מן הברייתא, בין לתנא קמא בין לרבי נתן, הוא שבעיקרון כאשר האחריות לנזק מוטלת על כמה מעוולים, כל אחד מהם משלם לפי חלקו היחסי.

נזכיר בקצרה, שאגב דיון בדעתו של רבי נתן **שנפסקה להלכה**, מעלה התלמוד שאלה מקדמית בעניין מעוולים יחד, והיא מה היקף אחריותו של כל אחד מן המעוולים. הועלו שתי אפשרויות: האפשרות האחת היא, שכל מעוול אחראי על כל הנזק, "האי כוליה הזיקא עבד, והאי כוליה הזיקא עבד"; והאפשרות השנייה היא, שהאחריות מחולקת בשווה בין המעוולים, "האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד"²⁵⁷. התלמוד אינו מכריע באופן מפורש בין שתי האפשרויות²⁵⁸, אך מן הסוגיה עולה שגם לפי האפשרות לפיה כל אחד מן המעוולים נושא במלוא האחריות הנזיקית, הניזוק רשאי

עד גובה ערך השור המזיק ("מגופו"); ואילו מן הפעם הרביעית ואילך, השור מוגדר כשור "מועד", ובעליו משלם את מלוא הנזק, ללא מגבלה של ערך השור המזיק ("מן העלייה"). ראה: שמות כא, לה-לו; **משנה**, בבא קמא ב, ד; שם ג, ט; **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ד.

²⁴⁹ וראה גם: **מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי**, פרק כא, פסוק לג; **ירושלמי**, בבא קמא, פרק ג, הלכה א.

²⁵⁰ בבא קמא נג ע"א; **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן תי, סעיף לב.

²⁵¹ שם, ד"ה מאי דאית.

²⁵² שם, ד"ה בעל השור.

²⁵³ ראה גם **תוספות**, בבא קמא יג ע"א, ד"ה אי.

²⁵⁴ בהמשך הסוגיה, התלמוד דן בשני שוורים שנגחו יחד, ושם מוזכרת שיטת "חכמים" שמשכימים לעיקרון חלוקת הפיצוי בין המעוולים. לשיטת התוספות, ניתן לזהות את חכמים עם שיטת תנא קמא בברייתא, אך לשיטת רש"י אין לדעת מה דעת תנא קמא בעניין חלוקת הנזק בין מעוולים, ויתכן שלכן נקט התלמוד לשון "חכמים", ולא "תנא קמא".

²⁵⁵ שם, ד"ה רבי נתן אומר.

²⁵⁶ ויש להעיר, שדרשתו של התוספות אינה נזכרת במקורות התנאיים או בתלמודים. ראה הרב מנחם מנדל כשר, **תורה שלמה**, כרך יז, משפטים, אות תריב.

²⁵⁷ במשפט הישראלי הועלתה אפשרות כזאת בע"א 304/68 **גינזור, קבוצת הנוער העובד בע"מ נ' דחאברה**, פ"ד כג(1) 366 (1969).

²⁵⁸ בעניין הכרעת התלמוד והפוסקים בשאלה זו, ראה באריכות את דיונונו להלן, ליד ציון הערות 533, 546, 563.

לתבוע מכל אחד מן המעוולים את חלקו היחסי בלבד²⁵⁹. בדוגמה המובאת בברייתא²⁶⁰, לפי רבי נתן כל מעוול אחראי על מלוא הנזק, ולכן כל אחד ישלם מחציתו.

התלמוד מיישם את הסדר חלוקת הפיצוי בין המעוולים גם במקרים נוספים, כגון: שני שוורים שהזיקו²⁶¹; אדם ושור שהזיקו²⁶²; וכיוצא באלו. וכך גם מיישם הרמב"ם את הסדר חלוקת התשלום בין מעוולים על שני בני אדם שהזיקו במשותף, וזה לשונו:

שנים שחבלו באחד כאחת, שניהם חייבין, ומשלשין [=מחלקים] ביניהן²⁶³.

שנים שהמיתו את הבהמה כאחת או שברו את הכלי כאחת, משלשין ביניהן²⁶⁴.

שותפין שגנבו כאחד משלשין ביניהן²⁶⁵.

וכך גם פוסק הרמ"א בעניין שנים שמסרו יחד (כלומר, הם הלשינו על אדם לשלטון שלא כדון, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק ממוני)²⁶⁶:

שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי.

יש להדגיש, שהתשלום לא יחולק בין המעוולים באופן שווה, אלא לפי חלקם היחסי. וכך, אם השור הדוחף הוא שור תם, שדינו לשלם חצי נזק, הוא ישלם רק רבע נזק, ובעל הבור שלושה רבעים²⁶⁷. ומנמק זאת התלמוד:

משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור: "שותפותאי מאי אהניא לי [=מה הועילה לי השותפות]?"²⁶⁸.

²⁵⁹ ראה: רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה כ; שם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה ג; שם, פרק ו, הלכה יג.

²⁶⁰ לעיל, ליד ציון הערה 250.

²⁶¹ בבא קמא נג ע"ב.

²⁶² שם.

²⁶³ רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה יג. וראה גם טור ושולחן ערוך, חו"מ, סימן תכא, סעיף יד (וראה בביאור הגר"א, שם, ס"ק כא, שמציין שמקורו של הרמב"ם בסוגייתנו).

על סמך דברי הרמב"ם, מבקש הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן יח, לאסור עישון בבתי מדרש, שהרי מזיקים יחד חייבים כולם לפצות את הניזוק, ובלשונו: "אבל הוא עוד גרוע, דהא המעשנין עושין מעשה מזיק בידיים ממש, דהרי עושין בפייהם עשן המזיק להאין מעשנין הנמצאים שם, ואף שאחד המעשן לא היה מזיק כלום דהיה מתבטל העשן בבית גדול בבית המדרש, מכל מקום כיון שכל מעשן יודע שיש עוד הרבה מעשנין הרי יודע שעשנו יזיק כבר, והוי מזיק בידיים... ובשנים שחבלו לכולי עלמא שניהם חייבין, כמפורש ברמב"ם פ"א מחובל הי"ג ובש"ע חו"מ סוף סימן תכ"א, וכן הוא בשנים שהזיקו שחייבין עיין בב"ק דף י"י. הסתמכותו על מקורות אלו תמוהה, שכן מהם עולה דווקא שכל מעוול משלם את חלקו בלבד. זאת ועוד, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 258, יש להפריד בין שאלת האחריות הנוקית לבין שאלת חלוקת נטל הפיצוי. האיסור לעשן במקום ציבורי עניינו חלוקת האחריות ולא חלוקת נטל הפיצוי.

²⁶⁴ שם, פרק ו, הלכה יג. וראה גם: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שפג, סעיף ג; סמ"ע, שם, ס"ק ט.

²⁶⁵ רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ג, הלכה יז. והשווה לדברי הרא"ש, לעיל, ליד ציון הערות 220, 226.

²⁶⁶ רמ"א, חו"מ, סימן שפח, סעיף יב.

²⁶⁷ בבא קמא נג ע"א.

²⁶⁸ ראה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 519.

כלומר, לו היה השור התם מזיק לבדו, היה בעליו חייב לשלם מחצית הנזק בלבד. לכן, כאשר גורם נוסף שותף לנזק, מן הראוי שבעל השור התם ישלם פחות²⁶⁹.

(ב) החריג: לא ניתן לגבות מזה גובה מזה

כפי שראינו, במספר לא מבוטל של מקרים נקבע הסדר לפיו נטל הפיצוי מתחלק בין המעוולים באופן יחסי, וזאת אף אם כל מעוול אחראי על מלוא הנזק. אולם, בשיטת פיצוי זו עלול הניזוק לצאת וידיו על ראשו, שכן אם אחד מן המעוולים אינו משלם, הניזוק לא יקבל את מלוא הפיצוי על נזקו. מן הסוגייה עולה²⁷⁰, שזו אכן שיטת חכמים, שהניזוק זכאי לתבוע מכל מעוול את חלקו היחסי בלבד, אף אם ניתן לייחס לו אחריות למלוא הנזק²⁷¹, ואם אחד מן המעוולים אינו משלם, הניזוק מפסיד. לעומת זאת, שיטת רבי נתן **שנפסקה להלכה** היא, שאם לא ניתן לגבות מאחד מן המעוולים את חלקו, זכאי הניזוק לגבות את מלוא הפיצוי מן המעוולים האחרים (להלן: דינו של רבי נתן), ובלשון התלמוד²⁷²:

היכא דלא אפשר לאישתלומי מהאי, משתלם מהאי [=במקום שאי אפשר לגבות מזה, גובה מזה].

לכן, מסביר התלמוד²⁷³, אם שורו של הניזוק נדחף לבור על ידי שור תם, יגבה הניזוק רבע נזק מבעל השור, ושלושה רבעים מבעל הבור. התלמוד מציין שהלכה זו מובנת לפי האפשרות שכל מעוול נושא באחריות לכל הנזק ("כוליה היזיקא עבדי"), אך התלמוד קובע שגם לפי האפשרות שכל מעוול נושא באחריות לחלקו בלבד ("פלגא היזיקא עבדי") ישלם מעוול אחד את חלקו של השני, שכן הניזוק טוען כלפיו "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה [=אני את שורי מצאתי בבורך] מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלימנא מינך [=מה שאיני יכול לגבות ממנו (מבעל השור), אגבה ממך]"²⁷⁴.

מדברי הפוסקים עולות שתי גישות ביחס לתחולת דינו של רבי נתן, שאם לא ניתן לגבות מזה גובה מזה: גישה מרחיבה וגישה מצמצמת, וכפי שנרחיב להלן.

²⁶⁹ מן הדוגמאות שבסוגייה עולה שחלוקת נטל הפיצוי היא שוויונית, למשל כאשר יש שני מעוולים, כל אחד מהם משלם מחצה. אולם כאשר תרומתם של המעוולים לנזק אינה שווה, תתכן חלוקה בהתאם. כך כותב הריב"א, רבי יצחק בן אשר הלוי משפירא בעניין חלוקת נטל הפיצוי בין אדם ושור שדחפו במזיד שור אחר לבור: "ואומרים שישלם אדם יותר מן השור, לפי מה שהוא דוחקו בחוזק ובכוונה" (שיטה מקובצת, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה והר"ר ישעיה). מדברי ריב"א לא נתברר על פי מה תחולק האחריות בין המעוולים, אך דומה שהעקרון הוא עקרון האשם. וראה להלן, הערה 351. וראה גם: סעיף 84(ב) לפקודת הניזוקין; סעיף 84(ב) להצעת חוק דיני ממונות.

²⁷⁰ בבא קמא נג ע"א-ע"ב.

²⁷¹ ראה **תוספות**, שם, ד"ה הא כרבנן. וראה לעיל, הערה 254. לפי רש"י אין לדעת מה דעת חכמים בעניין זה, שכן לפי פירושו (לעיל, ליד ציון הערה 251) חכמים כלל אינם דנים בסוגיית ריבוי מעוולים.

²⁷² לעיל, הערה 267. וראה: **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יח; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן תי, סעיף לא.

²⁷³ לעיל, הערה 250.

²⁷⁴ ראה להלן, ליד ציון הערה 519.

הפוסקים הנוקטים גישה מרחיבה סבורים כי יש לפרש את דברי רבי נתן כפשוטם, וכל מקום בו אחד מן המעוולים אינו משלם את חלקו, אף אם הוא חייב לשלם אלא שהוא מתחמק מכך או שהוא חדל פירעון, משלמים המעוולים האחרים את חלקו. זו דעת הרמ"ה, כפי שהיא מובאת (שלא בהסכמה) על ידי הטור²⁷⁵:

וכתב הרמ"ה דהוא הדין נמי שנים שמזיקין, ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח, או שהוא כאן ואין לו לשלם - משתלם מן האחר^{276 277}.

כך גם שיטתו של מהר"ם מרוטנבורג²⁷⁸, שמביא את דבריו של רבי נתן בלשון ממנה עולה שגם כאשר אחד החייבים אינו יכול לשלם, גובים מחברו. ובלשונו²⁷⁹:

²⁷⁵ טור, חו"מ, סימן תי.

²⁷⁶ ראה ההפניות שבביאור הגר"א, חו"מ, סימן תי, ס"ק מט. לדעת הגר"א, שם, ס"ק מח, כך גם דעת התוספות (וראה להלן, הערה 542). ראה קצות החושן, סימן תי, ס"ק ד, שמבקש להוכיח שדעת רש"י כדעת הרמ"ה. הוכחתו מסתמכת על דברי רש"י, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה אדם ובור, שכותב שאדם ושור שדחפו אדם אחר לבור והרגוהו, בעל השור משלם כופר שלם (כופר: תשלום שמשלם מי שבעל חיים שברשותו, שמועד להרוג, המית אדם) מכוח דינו של רבי נתן, שהרי האדם פטור מתשלום כופר על פי הכלל "קים ליה בדרכה מיניה [=הענש אותו בעונש הגדול מבין העונשים]". הפטור על פי הכלל "קים ליה בדרכה מיניה" אינו פטור מהותי בדין (ראה להלן, ליד ציון הערה 287), אלא רק מניעה דיונית על פיה בית הדין אינו רשאי לדון בעונש הקל. ולמרות שהמניעה אינה בדין המהותי, לדעת רש"י חל דינו של רבי נתן (עם זאת, קצות החושן מעיר שאין מסוגיית התלמוד ראייה לדינו של הרמ"ה, שכן לדעת פוסקים אחרים פטורו של האדם מכופר הוא פטור מהותי בדין, ולא מכוח "קים ליה בדרכה מיניה"). וראה גם דבריו של רבי אריה לייב צינץ, מעיני החכמה, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה בתוספות ד"ה היכא. וראה ב"ח, חו"מ, סימן שצט, ד"ה אף על פי, שמבקש להסביר כך את דעת הטור באותו סימן, אולם דבריו קשים, שכן הטור, לעיל, הערה 275, אינו מקבל את דעת הרמ"ה (וראה אבן האזל, הלכות נזקי ממון, פרק ט, הלכה ב).

²⁷⁷ א. ראה שארית יוסף: ביאורים על טור חו"מ, ד"ה ובסימן ת"י; ביאורים על מרדכי בבא קמא, ד"ה פרק הפרה (מובא גם בחידושי אנשי שם, בבא קמא, פרק ה, אות ע). לדעתו לא אמר הרמ"ה את דברו אלא כאשר המעוול שברח לא יכול היה לגרום נזק בלא שיתופו של המעוול השני ומשום כך מוצדק להטיל על המעוול השני את מלוא הפיצוי, אבל אם כל מעוול יכול היה להזיק לבדו, מודה הרמ"ה לשיטה ההמצמצמת, שדינו של רבי נתן חל רק כאשר לאחד המעוולים פטור שבדין. אולם ראה שו"ת צמח צדק (ליובביץ'), חו"מ, סימן מו, אות א, שחולק על דבריו, שכן אם הנזק לא יכול היה להתרחש בלא שיתוף הפעולה ביניהם, הרי מצב זה דומה למצב בו כל מעוול אחראי על חצי נזק בלבד, ודינו של רבי נתן לא חל כלל (וראה גם סמ"ע, סימן תי, ס"ק נו; קצות החושן, שם, ס"ק ג).

ב. לדעת קצות החושן, לעיל, הערה 276, אף הרמ"ה מודה שכאשר אחד מן המעוולים הוא שור תם, המעוולים האחרים לא יישאו בחלקו אם לא ניתן לגבות מבעליו (כגון אם השור המזיק ברח). דבריו מבוססים על ההלכה שהניזוק רוכש משעת הנזק זכות קניינית בשור התם המזיק ("הוחלט השור", ראה: בבא קמא לג ע"ב; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ט, הלכה יב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן תא, סעיף א), ולכן על הניזוק לשאת בכל הסיכונים (כמו גם הסיכויים), לרבות אי אפשרות גבייה. לדיון בדבריו ראה: אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, ד"ה פסק כר' נתן; אבן האזל, לעיל, הערה 276. וראה מנחת חינוך, מצווה נא, ס"ק א, ד"ה והנה אם.

²⁷⁸ בדרך כלל הרמ"ה הוא רבי מאיר הלוי אבולעפיה, המובא בטור פעמים רבות. אולם ראה זריחת השני, בבא קמא כג ע"א, ד"ה הש"ך, שכאן הכוונה למהר"ם מרוטנבורג. יש לציין שבעניין זה, הדברים המובאים בטור בשם הרמ"ה נכתבו בעברית, ואילו דרכו של הרמ"ה, רבי מאיר הלוי אבולעפיה, לכתוב ארמית (ראה למשל: פרישה, אבן העזר, סימן כח, ס"ק יב; שם, סימן לז, ס"ק יד; ישראל מ' תא-שמע, כנסת מחקרים: עיונים בספרות הרבנית בימי הביניים, ירושלים תשס"ד, כרך ב: ספרד, עמ' 73). וראה שו"ת שבט הלוי, חלק ז, סימן רל, אות ג, שמציין מקור נוסף שבטור מובאת דעה בשם הרמ"ה ואין אלו אלא דברי מהר"ם מרוטנבורג.

²⁷⁹ תשובות מיימוניות, משפטים, סימן סג.

כשאין לאחד מהן לשלם חלקו חייב השני לשלם עבורו, דכי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, אבל כשיש לכל אחד לשלם חלקו יש לתבוע לכל אחד חלקו²⁸⁰.

יש מן הפוסקים²⁸¹, שמדבריהם עולה שדינו של הרמ"ה מבוסס על דיני הערבות, כלומר כל מעוול הוא חייב עיקרי על חלקו, ובנוסף לכך ערב על חלקם של המעוולים האחרים, כמו בהסדר לווים שלו יחד²⁸². הרב יחיאל מיכל הלוי אפשטיין²⁸³, בעל ערוך השולחן, מסביר, שפרשנות זו מחייבת את המסקנה שהסדר הערבות בין לווים יחד אינו הסדר רצוני, אלא הסדר ערבות מכוח הדין, שכן צירופם של מעוולים אינו בהכרח רצוני, ובלשונו:

אף על גב דשנים שלוו מאחד חייב אחד מהם לשלם כולו כשאין לו להשני... זהו מטעם ערבות, אבל בנזקין לא היו ערבים זה לזה. ודעה ראשונה [דעת הרמ"ה, המרחיבה] סבירא לה דהא התם [=שם (בהלוואה)] מחייבין לאחד אף על פי שלא ערב בפירוש בשביל השני, אלא כיון שחתמו על שטר אחד, דינם כערבים זה לזה, כל שכן בנזקין.

אולם, יש פוסקים שמסבירים שדינו של הרמ"ה אינו קשור לדיני ערבות, והוא נובע מפרשנות מילולית פשוטה בדברי רבי נתן "ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי": כאשר לא ניתן לגבות מאחד מן המעוולים **מכל סיבה שהיא** – גובים מהאחר. וכך כותב רבי מנחם מנדל שניאורסון, האדמו"ר השלישי מחב"ד²⁸⁴:

אכן באמת נראה דהרמ"ה לאו מטעמא דערבאין זה לזה אתי עלה, רק סבירא ליה **דכשאין לו לשלם, הוה ליה כליכא לאשתלומי מיניה**.

דומה שכוונתו היא שלדעת הרמ"ה כל מעוול אחראי על כל הנזק, ולכן ניתן לתבוע ממנו את מלוא החיוב כחייב עיקרי, אלא שלכתחילה על הניזוק לתבוע מכל מעוול רק את חלקו היחסי²⁸⁵.

(2) הגישה המצמצמת

הרבה פוסקים נוקטים גישה המצמצמת את תחולת דינו של רבי נתן שאם לא ניתן לגבות מזה גובה מזה, ולפיה דינו של רבי נתן חל רק כאשר מעוול אחד נהנה מפטור שבדין. לעומת זאת, כאשר אחד המעוולים מתחמק מתשלום או שהוא חדל פירעון, אין המעוולים האחרים חייבים לשאת באחריות לחלקו. לא זו אף זו, גם כשאחד המעוולים פטור מן הדין, יש ובכל זאת אי אפשר

²⁸⁰ וראה גם: **שו"ת בעלי התוספות**, סימן פד, בשם מהר"ם מרוטנבורג; **הגהות מיימוניות**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג. וראה **בית יוסף** חו"מ, סימן תי, ד"ה וכתב הרמ"ה. שם הוא מציין שתשובות אחרות של מהר"ם מרוטנבורג סותרות את פסיקתו זו. וראה **ים של שלמה**, בבא קמא, פרק חמישי, סימן מ, ד"ה ונראה שמה שנמצא, שמהר"ם מרוטנבורג חזר בו מפסיקתו כשיטת הרמ"ה. וראה עוד: **ש"ד**, חו"מ, סימן שפח, ס"ק מב; שם, סימן תי, ס"ק ד; **מטה אשר**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה כא, ד"ה ואגב חזיתי; **מרדכי השלם**, ירושלים תשנ"ב (אברהם הלפרין מהדיר), עמ' רנ, הערה 436. וראה להלן, ליד ציון הערה 542, ובהערה 543.

²⁸¹ ראה: **שו"ת שבות יעקב**, חלק א, סימן קעח; **שו"ת צמח צדק**, לעיל, הערה 277; **ערוך השולחן**, חו"מ, סימן תי, סעיף מז.

²⁸² ראה לעיל, ליד ציון הערה 97.

²⁸³ **ערוך השולחן**, (לעיל, הערה 281).

²⁸⁴ **שו"ת צמח צדק**, לעיל, הערה 277. וראה גם שם, סימנים מז, פו.

²⁸⁵ לנפקות בין שני הסברים אלו ראה לעיל, ליד ציון הערה 168.

יהיה לגבות את חלקו משותפו, וזאת אם הפטור אינו בדין המהותי או אם החיוב הוא חיוב עונשי (קנס). וביתר פירוט:

(א) מעוול המתחמק מתשלום או חדל פירעון

כאמור, גישתם של רבים מן הפוסקים²⁸⁶, שהניזוק זכאי לתבוע את מלוא הפיצוי מן המעוול האחד רק כאשר המעוול האחר נהנה **מפטור שבדין**²⁸⁷, והביטוי "ליכא לאישתלומי מהאי" משמעותו **שהדין** אינו מטיל חבות על אחד מן המעוולים. כך עולה מן הדוגמה שראינו לעיל, כשאחד מן המעוולים הוא שור תם שאינו חייב אלא חצי נזק²⁸⁸; וכך הוא גם בדוגמאות האחרות שמביא התלמוד, בהן אחד מן המעוולים הוא בור שאין חייבים בו על נזקי אדם וכלים²⁸⁹, שור של הקדש הפטור מאחריות בנזיקין²⁹⁰, וכיוצא באלה²⁹¹. כך לדוגמה מביא רבי מרדכי בן רבי הלל²⁹² שאלה שבאה לפני מהר"ם מרוטנבורג בעניין שני מעוולים, בעל סעודה ואורחו, שהלשינו על אורח אחר לשלטון, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק כספי, אלא שבעל הסעודה היה חדל פירעון, והשאלה שעלתה היא האם האורח המלשין חייב לשלם לאורח הניזוק את מלוא הפיצוי. על כך השיב מהר"ם (בסתירה למה שהובא בשמו לעיל²⁹³):

נמצא שניהם חייבים כמו שור ואדם שדחפו שור לבור כולן חייבין לענין נזקין... והאי [=וזה] משלם פלגא [=חצי] והאי משלם פלגא. **ואם בעל הסעודה עני ואין לו מה לשלם, בזה לא יפסיד שמעון** [המזיק השני] **לשלם הכל**, ולא אמרינן "כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי". ואפילו לרבי נתן דקיימא לן כותיה, לא אמרינן הכי אלא היכא דשותפין לאו בר תשלומי כלל, כגון: שור תם שדחף את חברו לבור, או שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו, או שלמים שהזיקו... **אבל בשביל עניות של מסור חברו של שמעון, לא יפסיד שמעון לשלם הכל יותר מדינא.**

וכך גם מביא הטור²⁹⁴ בשם רבי יחזקיה ממגדבורג:

²⁸⁶ טור, חו"מ, סימן תי; **שולחן ערוך**, שם, סעיף לו, בדעה השנייה.

²⁸⁷ לא נתברר אם מקור הפטור חייב להיות דווקא בדיני הנזיקין או אף בדין מהותי אחר (למשל, אם אחד המעוולים הוא פסול דין, והוא פטור מכוח דיני הכשרות המשפטית).

²⁸⁸ בבא קמא נג ע"א.

²⁸⁹ שם נג ע"ב.

²⁹⁰ שם; ושם יג ע"א.

²⁹¹ וראה גם **מלחמת ה'**, בבא קמא כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר הכותב, שלדעת רבי נתן אם אדם הניח מכשול ברשות הרבים ואדם אחר נתקל ונחבל בקרקע ("קרקע עולם"), בעל המכשול משלם את מלוא הנזק שכן ל"קרקע עולם" אין בעלים שחייב בדין (וראה בבא קמא כח ע"ב). והשווה: **תוספות**, בבא קמא כח ע"ב, ד"ה ונשוף באבן (בעל המכשול פטור); **המאור הגדול**, בבא קמא כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר רבא (בעל המכשול משלם חצי).

²⁹² **מרדכי**, בבא קמא, פרק שור שנגח את הפרה, סימן נה (ראה גם **ספר המרדכי השלם**, ירושלים תשנ"ב, בבא קמא, עמ' רמט-רנד). וראה: **הגהות מיימוניות** (לעיל, הערה 274); **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שפת, סעיף ז; **ביאור הגר"א**, שם, ס"ק מג.

²⁹³ לעיל, ליד ציון הערה 279, וכבר הערנו על סתירה זו, לעיל, הערה 280.

²⁹⁴ טור, חו"מ, סימן תי.

דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך **אלא היכא שפטור מדינא**, דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם, אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו! וכן כתב הר"ר חזקיה²⁹⁵.

ר' שמעון שקאפ מסביר²⁹⁶ שהטעם לכך שדינו של רבי נתן חל רק בפטור שבדין הוא, שכאשר אחד המעוולים פטור מאחריות על פי הדין, הרי שבשעת יצירת החיוב (קרי, שעת הנזק) חלה חובת הפיצוי רק על המעוולים אותם ניתן לחייב. לעומת זאת, כאשר לא ניתן לגבות את הפיצוי מאחד המעוולים אף שהוא חייב מן הדין (כגון שברח או שירד מנכסיו), החיוב נוצר על כולם לפי חלקם היחסי, ואין מן הדין לשנות את החיוב עם השתנות הנסיבות. לשון אחר, כאשר אחד מן המעוולים פטור בדין, ניתן לראות את המעוול החייב כמי שאין לו מעוול שותף²⁹⁷.

(ב) פטור בדיני הראיות ופטור דיני

מדברי הפוסקים הנוקטים גישה מצמצמת עולה שדינו של רבי נתן חל רק כאשר הפטור שבדין נובע מהדין **המהותי**²⁹⁸, ואילו כשפטורו של אחד מן המעוולים אינו בדין המהותי דינו של רבי נתן

²⁹⁵ ראה להלן, הערה 313.

²⁹⁶ **שערי יושר**, שער ז, פרק כא, ד"ה ולענין נראה דאפשר.

²⁹⁷ כגישה זו עולה לכאורה גם מדברי **חזון איש**, בבא קמא, סימן ה, ס"ק יז, ד"ה וכו' הש"ך, המדמה חלקו של מי שפטור בדין ל"רוח מסייעתו" (ראה בבא קמא ס ע"א), כלומר המעוול החייב נחשב כפועל לבדו, והמעוול האחר אינו יותר מסייע של רוח מצויה.

והשווה **ברכת אברהם** (ארלנגר), בבא קמא (מהדורה נתיינא) יג ע"א, "בענין כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי", אות ז, המסביר שלפי השיטה המצמצמת יש להבחין בין אי תשלום קבוע (כגון פטור בדין), לבין אי תשלום שאינו קבוע (כגון: מי שהוא חדל פירעון ויש סיכוי שיהיה לו כסף בעתיד; וכן דיני קנסות שאי אפשר לדון בזמן הזה, אך מהרה יבנה המקדש ויחזרו לדון דיני קנסות).

דומה, שנפקות בין דברי רבי שמאון שקאפ וחזון איש לבין דברי ברכת אברהם תהיה כאשר סיבת אי התשלום של אחד המעוולים נוצרה לאחר יצירת החיוב, אך היא סיבה קבועה: לדעת רבי שמעון שקאפ המעוול האחר לא ישלם את חלקו, ואילו לדעת הרב ארלנגר המעוול האחר ישלם את חלקו. דוגמה לכך ניתן להביא מדברי המנחת חינוך, לעיל, הערה 277. להבנת דבריו יש להזכיר שבמשפט העברי "מודה בקנס פטור" (ראה: כתובות מג ע"א; **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק ט, הלכה ו). המנחת חינוך דן בשני מעוולים החייבים קנס, למשל אם שני המזיקים הם שוורים תמים, ובעליו של אחד מהם הודה, והוא מתלבט האם פטורו של המודה נחשב כפטור שבדין. צדדי הספק הם: האם לצורך תחולת דינו של רבי נתן הפטור שבדין חייב לחול כבר בשעת הנזק, או שמא דינו של רבי נתן חל גם אם הפטור שבדין נולד בשלב מאוחר יותר. דומה שהצד הראשון של ספקו של המנחת חינוך תואם את שיטת שערי יושר וחזון איש, ואילו הצד השני תואם את שיטת ברכת אברהם.

²⁹⁸ א. מדברי המרדכי, לעיל, הערה 292, עולה שגם אם הפטור שבדין הוא מחמת מנהג, יש לראותו כפטור שבדין המהותי. בהמשך דבריו המצוטטים לעיל הוא מתייחס למי שהלשין על חברו לשלטון, אך הוא עושה כך כי האדם עליו הלשין היכה אותו לפני כן. וזה לשונו: "אמנם **אם אתם רגילים לפטור** את בעל הסעודה לפי שהיה מוכה, ואין אדם נתפש על צערו, אז יראה לי ששמעון לבדו חייב כל ההיזק אם יש שם עדים שמסרום שניהם ביחד, כרבי נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, דהלכה כרבי נתן". כלומר, למרות שמעיקר הדין גם מי שמלשין מחמת צער חייב לפצות את הניזוק, אם באותו מקום המנהג לפטור אותו מתשלום, ייחשב הפטור כפטור שבדין, ויחול דינו של רבי נתן.

ב. מסוגיית התלמוד (בבא קמא נג ע"א) עולה שאם המעוול פטור בדיני אדם, אף שהוא חייב בדיני שמיים, פטורו הוא פטור שבדין. התלמוד דן בשור שנפל לבור כתוצאה מבהלה מרעש שגרם מעוול שאינו בעל הבור. את יוצר הרעש לא ניתן לחייב בניזקין, על פי הכלל "גרמא בניזקין - פטור", אך הוא חייב בדיני שמיים (כלומר, מוטלת עליו חובה מוסרית לפצות את בעל השור). והמשנה קובעת: "נפל לפניו מקול הכריה, [בעל הבור] חייב". והתלמוד מסביר שבעל

אינו חל, והניזוק לא יוכל לתבוע את חלקו מן המעוולים האחרים. כך הוא בפטור שיסודו בדיני הראיות, וכך הוא בפטור שיסודו בסדרי דין:

א) **פטור שיסודו בדיני הראיות** (ספק עובדתי): כאשר קיים ספק עובדתי אם אחד מן המעוולים הנתבעים אכן שותף לעוולה, לא יחול דינו של רבי נתן, והמעוול שוודאי גרם לנזק לא ישלם את חלקו של המעוול האחר. מקרה כזה מתואר במשנה²⁹⁹ העוסקת בפרה מעוברת שנגחה, ולאחר הנגיחה "נמצא ולדה בצדה, ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה". ועולה כאן ספק עובדתי: אם הפרה נגחה אחרי ההמלטה, העגל אינו שותף לנזק; אך אם היא נגחה לפני ההמלטה, העגל שותף לנזק. התלמוד³⁰⁰ מסביר שאם הפרה והעגל בבעלותו של אדם אחד, הוא יפצה את הניזוק במלוא הנזק (או במחצית הנזק, אם הפרה תמה), שכן הוא מעוול יחיד; אך אם הפרה והעגל בבעלותם של שני אנשים שונים, הניזוק יוכל לקבל רק חצי הפיצוי המגיע לו מבעל הפרה, שכן לא ניתן לחייב את בעל העגל בשל הספק העובדתי³⁰¹. והתוספות³⁰² מדגישים, שדין זה אמור אף לדעת רבי נתן, משום שפטורו של בעל העגל אינו פטור מהותי בדין, אלא פטור בשל ספק עובדתי³⁰³.

דוגמה יפה נוספת לפטור בשל ספק עובדתי, מובאת בתשובת רבי עקיבא איגר³⁰⁴, שזה עניינה: יהודי ויהודי מומר אוחזים יחד בסכין שחיטה, ושוחטים בהמה של יהודי אחר. בגלל מעורבותו

הבור משלם את מלוא הנזק, מכוח דינו של רבי נתן. אמנם, יש מי שרוצה להסיק מדברי הרמב"ם שאם אחד מן המעוולים פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים, אין לראות בכך פטור שבדין. הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ב, הלכה ט, פוסק: "המשסה כלבו של חבירו באחר, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ובעל הכלב חייב חצי נזק, שכיון שהוא יודע שאם שסה את כלבו להזיק נושך, לא היה לו להניחו [בלא השגחה]". והראב"ד מעיר עליו: "אמר אברהם: ואם מועד הוא, נזק שלם משלם". **מרכבת המשנה** (חעלמא) רואה את הערת הראב"ד כהשגה על הרמב"ם ומבקש לדייק מכך שלפי הרמב"ם בעל הכלב משלם חצי נזק גם כשכלבו מועד. הוא מסביר, שאף על פי שהמשסה פטור בדיני אדם בשל הכלל "גרמא בניזיקין - פטור", מאחר שהוא חייב בדיני שמים, לא חל דינו של רבי נתן. אולם מעבר לכך שדיוק זה ברמב"ם אינו הכרחי, שכן אפשר שלא דיבר הרמב"ם אלא בכלב תם, דבריו אינם עולים בקנה אחד עם סוגיית התלמוד, כפי שראינו לעיל. וראה **מגיד משנה** (שם) שמסביר הסבר אחר בדברי הרמב"ם שאינו קשור בדין חלוקת האחריות בניזיקין בין מעוולים יחד. וראה עוד **קהילות יעקב**, בבא קמא, סימן כג.

²⁹⁹ **משנה**, בבא קמא ה, א.

³⁰⁰ בבא קמא מו ע"ב.

³⁰¹ **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק ט, הלכה ב: "משלם חצי נזק מן הפרה [אם היא מועדת] ואינו גובה מן הולד כלום עד שיביא [הניזוק] ראייה שבשעה שנגחה מעוברת היתה, שהמוציא מחבירו עליו הראיה".

³⁰² שם, ד"ה גלית.

³⁰³ וראה **ביאור הגר"א** על שולחן ערוך, חו"מ, סימן תי, ס"ק מט, שכותב על דברי התוספות: "ומשם למדו הפוסקים דין זה", כלומר, דברי התוספות הם המקור לדעת הפוסקים שדינו של רבי נתן חל רק כשלאחד המעוולים פטור שבדין ("השיטה המצמצמת"). וראה באריכות, **אוצר מפרשי התלמוד**, ירושלים תשמ"ה, בבא קמא, חלק ב, עמ' תרפא-תרפב, ובהפניות שם. אולם ראה לעיל, הערה 277, אות ב, שלדעת קצות החושן גם הרמ"ה, בעל השיטה המרחיבה, סבור שאם אחד המעוולים הוא שור תם ולא ניתן לגבות ממנו, המעוול האחר אינו נושא בחלקו. לשיטה זו, אין להוכיח נגד שיטת הרמ"ה מן הסוגייה, שכן ניתן להעמיד את הסוגייה בעגל תם.

אולם השווה **ספר האגודה**, מסכת בבא קמא, פרק ה, ד"ה גלית אדעתך, ממנו עולה שהניזוק אינו רשאי לתבוע מבעל הפרה את חלקו של העגל, שכן כל אחד אחראי לחלקו בלבד, וכאן לא ניתן לטעון "אנא תוראי בבירך" אשכחיתיה" (ראה להלן, הערה 521).

³⁰⁴ **שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות**, סימן כב.

של המומר בשחיטה, השחיטה פסולה והבהמה אסורה באכילה³⁰⁵, ושני השוחטים חייבים לפצות את בעל הבהמה על הנזק שגרמו לו. אם השוחט הכשר מוכיח שלא ידע ששותפו לשחיטה מומר, הוא פטור על פי הדין המהותי³⁰⁶, והמומר ישלם את מלוא הנזק; אך אם השוחט הכשר אינו מוכיח זאת ומתעורר ספק עובדתי אם ידע ששותפו מומר, השוחט הכשר פטור מתשלום בשל אותו ספק, אך המומר ישלם רק מחצית מהנזק, שכן הפטור של שותפו היהודי אינו פטור שבדין המהותי.

אין צריך לומר, שהדברים אמורים רק כאשר יש יסוד לטענה שהנזק נגרם על ידי מעוולים רבים (בין שכך עולה מנסיבות העניין³⁰⁷ ובין שהניזוק עצמו מודה בכך). אולם אם הניזוק תובע מעוול אחד, הלה אינו יכול לטעון (ללא ראיה) שיש לו שותפים וכך להתחמק מתשלום חלקם, שאם לא כן, כל מעוול יוכל להתחמק מחיובו על ידי שיטען שיש לו שותפים לעולה³⁰⁸.

וכך, רבי יוסף בן מרדכי גרשון כ"ץ³⁰⁹ נשאל בעניין שני אנשים שקנו סחורה גנובה, וכתוצאה מכך נאלצה הקהילה היהודית לשלם קנס בסכום גבוה למושל העיר. הקנס שולם מקופת הקהילה, ובני הקהילה תבעו מאותם שני הקונים לפצות אותם על הנזק שגרמו. הנתבעים טענו שיש להם שותף שלישי שחייב להתחלק עמם בתשלום הנזק (ולטענתם הוא אף חייב לשלם את כולו, כי הם חדלי פירעון), אלא שהוא הכחיש את מעורבותו בקניית הסחורה. ופסק רבי יוסף כ"ץ לחייב אותם במלוא התשלום:

ואותו שאומר שלא קנה מהגניבה מאומה, והגניבה לא יצא מתחת ידו... הגם כי השנים אומרים שהוא קנה עמהם, לא מפייהם אנו חייין כי הם נוגעים בעדות³¹⁰.

ב) **פטור בשל מחסום דינוני**: במשפט העברי, סמכות השיפוט בידי ממונות מסורה לדיינים שנסמכים איש מפי איש עד משה רבנו. אולם, לאחר שפסקה הסמיכה בישראל, המשיכו בתי הדין

³⁰⁵ ראה **שולחן ערוך**, יורה דעה, סימן ב, סעיפים ב-ה, יא.

³⁰⁶ היהודי לא התרשל בכך ששחט עם שותף מומר, שכן הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת זאת.

³⁰⁷ כך הוא למשל בפרה מעוברת שנגחה, שמכוח "חזקת מעוברת" סביר להניח שהיא המליטה לאחר הנגיחה, אם כי מכלל ספק לא יצאנו. ראה: **תוספות**, שם, ד"ה מידע; **רשב"א**, שם, ד"ה מידע.

³⁰⁸ וכך מפורש בתלמוד, לעיל, הערה 300, בעניין פרה מעוברת שנגחה (מתורגם): "אם קדם הניזוק ותבע את בעל הפרה תחילה, לא יכול בעל הפרה לטעון שגם בעל העגל חייב להשתתף בתשלום, שכן יאמר לו הניזוק 'פרתך הזיקה לי, הבא ראיה שיש לך שותף'. אלא שאם קדם הניזוק ותבע את בעל העגל [והלה פטור מדין 'המוציא מחברו עליו הראיה'], יכול בעל הפרה לומר לניזוק 'הודית שיש לי שותף, ולכן לא אשלם יותר מחלקי בנזק'. ויש אומרים: שאף אם תבע הניזוק את בעל הפרה [תחילה], יכול בעל הפרה לדחות את הניזוק [ולא לשלם את חלקו של בעל העגל], ולומר לו: 'הרי ידוע שיש לי שותף'."

³⁰⁹ **שו"ת שארית יוסף**, סימן לב השני (מהדורת ירושלים תש"מ). סימן עח במהדורת ניו יורק תשד"מ).

³¹⁰ אמנם הוא מחייב את הנטען להיות שותף להישבע שאין לו חלק בעוולה. אולם באותו מקרה הנטען להיות שותף לעוולה הודה שהחזיק בנכס בעבר, אך טען שהחזיק בו כמשכון מידי המעוולים בגין חוב שהיו חייבים לו. דומה שזו הסיבה שהוטלה עליו שבועה. ולא ברור מה הדין אם יסרב להישבע, האם ישמש הדבר ראיה מספקת למעורבותו בעוולה ולהפחתת התשלום המוטל על שני המעוולים האחרים:

לדון דיני ממונות בשליחותם של הדיינים הסמוכים הקדמונים, אך בהיקף מצומצם. וכך, למשל, בזמן הזה בית הדין אינו מוסמך לדון דיני קנסות³¹¹.

נפסק להלכה, שחצי נזק שמשלם שור תם שנגח הוא קנס³¹², ולכן בזמן הזה אין בית הדין מוסמך לדון בעניינו. ובעניין זה מובא בהגהות אשרי בשם מהרי"ח³¹³:

ובזמן הזה, שור [תם] שדחף את חברו לבור, לא ישלם בעל הבור אלא ג' חלקים, אף על גב דליכא לאישתלומי משור, דפלגא ניזקא קנסא [=שחצי נזק (של שור תם) הוא קנס]. ולא דמי [=ולא דומה] לשור פסולי המוקדשין³¹⁴, דהתם פטור [על פי הדין המהותי].

כלומר, לעומת שור של הקדש שפטור על פי הדין המהותי, פטורו של שור תם בזמן הזה נובע ממחסום דיוני בלבד, ולכן לא חל דינו של רבי נתן³¹⁵.

אולם, הבחנה זו שבין פטור מהותי לבין פטור אחר, אינה נקייה מספקות. כך לדוגמה, מהרש"ל, רבי שלמה לוריא, מסתפק אם פטור של נוכרי על פי דיניהם נחשב כפטור בדין המהותי או שאין זה דומה אלא למעוול שמתחמק מתשלום, וזה לשונו³¹⁶:

מצאתי באשר"י ישן בהג"ה זו"ל: "כתב בה"ג תשובה בשם גאון ז"ל, שאם ישראל וגוי הוּוּ [=היו] שותפין בעיסקא, ועשו סחורה עם יהודי אחר, וְאִנְהוּ [=רימוהו] לישראל דעבד סחורה בהדיהוּ [=שעשה מסחר אתם] יותר משתות [=שישית]. דינא הוא דמחייב [היהודי הרמאי] בכל האונאה; אף על גב דליכא לאשתלומי מגוי, משתלם מישראל, כר' נתן. וצ"ע... ואמת שהדברים צריכין עיון גדול, דמאי שנא [=מדוע זה שונה] מאחד שהעני או ברח, דכתבנו לעיל דפטור השני, ולא אמרינן מאי דליכא לאשתלומי כו'?"³¹⁷... ומכל מקום קשה לחלוק על

³¹¹ ראה על כך: בבא קמא פד ע"ב; גיטין פח ע"ב; טור, חו"מ, סימן א; שולחן ערוך, שם, סעיף א; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך "בית דין"; כרך ז, ערך "דיני ממונות".

³¹² בבא קמא טו ע"א; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ב, הלכה ז; הלכות סנהדרין, פרק ה, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן א, סעיף א.

³¹³ הגהות אשרי, בבא קמא, פרק חמישי, סימן יב. ראה גם: טור, חו"מ, סימן תי, בשם רבנו חזקיה; ים של שלמה, לעיל, הערה 258; שולחן ערוך, חו"מ, סימן תי, סעיף לו; אבן האזל, לעיל, הערה 276; ברכת אברהם, לעיל, הערה 297. מהרי"ח הוא רבי יחזקיה ממגדינבורג (ראה: פסקי מהרי"ח, שיטות הקדמונים, בבא קמא (משה יהודה הכהן בלוי מהדיר), ניו יורק תשל"ז, עמ' 3; ים של שלמה, בבא קמא, פרק שישי, סימן יא, ד"ה וכן מצאתי). וראה לעיל, ליד ציון הערה 294, שרבנו יחזקיה הוא בעל הגישה המצמצמת המובאת בטור. וראה: פרישה, שם, ד"ה וכ"כ הר"ר חזקיה; קצות החושן, סימן תי, ס"ק ד, ד"ה ובטור כתב על דברי הרמ"ה ז"ל, שיש לקרוא את המשך דברי הטור "שור שדחף בהמה לבור האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים, אף על פי שהשור פטור אף מהרביע שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו", לא כפיסקה עצמאית אלא כציטוט של רבנו חזקיה שמוזכר בסיום הפיסקה הקודמת כבעל הגישה המצמצמת.

³¹⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 290.

³¹⁵ וראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק ז, סימן טו, ד"ה ולפע"ד, שמטעים שאף בזמן שאין דנים דיני קנסות, בכל זאת רשאי הניזוק על ידי שור תם לתפוס מנכסי המזיק, ולכן לא ניתן להחשיבו כמי שפטור בדין. וראה גם שיעורי ראש הישיבה רבי דוד פוברסקי זצ"ל, בבא קמא, סימן שו.

³¹⁶ ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן מא. מובא בקיצור בט"ז, חו"מ, סימן תי, סעיף לו.

³¹⁷ והשווה אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, ד"ה והנה, שדחה את התלבטות מהרש"ל בהקשר של הונאה, שהרי תביעת הונאה אינה תביעה לפיצוי, אלא תביעת השבה, ולכן כל מעוול חייב להשיב את מה שבידו בלבד,

הגאונים, כי דבריהם דברי קבלה. ונראה טעמייהו, דשפיר [=שאכן] חשיב ליכא לאישתלומי כו'. לפי שבדיניהם אין דנין כלל על סתם אונאה, ואומרים [לקונה] על דרך מליצה, פתח עיניך ולקח³¹⁸. וא"כ אינו מן האפשרי כלל לאשתלומי מיניה. ואינו דומה לברח או העני...

המהרש"ל מקבל אפוא את שיטת הגאון, לפיה פטורו של הנוכרי על פי דיני הנוכרים דינו כפטור בדין המהותי³¹⁹, ורק אם הנוכרי חייב בתשלום גם על פי דיניהם³²⁰, אלא שהוא מתחמק, יהיה המעוול השני פטור מלשלם את חלקו.

לעומת זאת, דעת החזון איש³²¹ שדינו של הנוכרי נקבע לפי דינו בדיני ישראל. לכן, אם הנוכרי חייב בדיני ישראל ופטור בדיני הנוכרים, אין פטורו נחשב פטור בדין, שכן כש"לא דנין בדיניהם, מאי הוי? ... ומה לי אַלְמוֹת בכח עצמו, ומה לי שמסכימים על גזילתו רבים?"³²². לדעתו, ישלם היהודי את חלקו בלבד ולא את חלקו של הגוי³²³.

(ג) חיוב עונשי

עד כה ראינו צמצום דינו של רבי נתן רק לפטור שבדין. צמצום נוסף לתחולת דינו של רבי נתן הוא על פי סוג החיוב: דינו של רבי נתן חל רק כאשר חיובם של המעוולים הוא חיוב לפצות את הניזוק על נזקו ("ממוין"), אך לא כאשר חיובם של המעוולים הוא חיוב עונשי ("קנס"³²⁴). צמצום זה אינו בא לידי ביטוי אלא במקרים נדירים, שכן אם הטיל בית הדין חיוב עונשי על שני מעוולים יחד, ואחד מהם מתחמק מתשלום או חדל פירעון, כבר ראינו לעיל³²⁵ שהמעוול האחר ישלם רק את חלקו, בלא קשר לאופי החיוב.

וכלל לא מתאים להחיל כאן את הדין "כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי". השגה זו היא השגה על דינו של הגאון עצמו. וראה להלן, הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**.

³¹⁸ כוונתו לדוקטרינת "יזהר הקונה" (Caveat emptor) שהייתה מקובלת בהרבה שיטות משפט, ומקובלת גם היום בשיטת המשפט המקובל האנגלי, אם כי באופן מצומצם. ראה ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד לב(1) 231 (1977).

³¹⁹ לצורך הכרעת הדין, מצרף המהרש"ל גם סברה שהיהודי שנתאנה כרת את חוזה המכר בעיקר עם השותף היהודי, שכן סביר להניח שהוא נוהג בחשדנות כלפי הנוכרי, ולכן חיוב ההונאה חל מלכתחילה רק על השותף היהודי.

³²⁰ כגון אי-התאמה ("מקח טעות"), ולא טעות במחיר. וראה גם ש"ך, חו"מ, סימן רכז, ס"ק יד.

³²¹ **חזון איש**, בבא קמא, סימן ה, ס"ק יז, ד"ה וכו' השי"ך, וד"ה אבל.

³²² חזון איש מטעים שהוא הדין להפך, אם הנוכרי פטור בדיני ישראל וחייב על פי דיני הנוכרים, אין הוא נחשב בר חיוב לעניין דינו של רבי נתן, "שאין חיוב בן נוח חיוב תורת ישראל, ולדיני תורתנו אינו נחשב בר חיוב". ולא ברור מה דעתו של מהרש"ל בעניין זה.

³²³ לעניין סיווגו של פטור של ישראל שהזיק נוכרי בדיני ישראל, ראה **שיעורי רבי ראובן** (גרוזובסקי), בבא קמא, סימנים ד-ה.

³²⁴ ויש להעיר, שאין הדברים אמורים לגבי כל חיוב "קנס", שכן סוגיית התלמוד, בבא קמא נג ע"א-ע"ב, מחילה את דינו של רבי נתן על שור תם, והרי נפסק שתשלומי חצי נזק של שור תם הם קנס, ראה לעיל, הערה 312. ודומה שיש להבחין בין קנס שהוא מעין פיצוי (כגון חצי נזק שמשלם שור תם, שנקרא "קנס" כי ראוי היה לפטור את המזיק לחלוטין), לבין קנס שעיקרו עונשי, המוטל אף ללא נזק (כגון עדים זוממים) או שהוא יותר מהנזק (כגון תשלומי כפל, ארבעה וחמשה שמשלם גנב, ראה להלן, ליד ציון הערה 334). וראה להלן, הערה 340.

³²⁵ לעיל, ליד ציון הערה 286.

דוגמה לצמצום דינו של רבי נתן בשל אופיו של החיוב כחיוב עונשי, ניתן להביא מדיני עדים זוממים. עדים זוממים הם עדים שהעידו עליהם שלא היה באפשרותם לראות את הדבר שעליו העידו מאחר שהם היו במקום אחר באותו הזמן. דינם של עדים זוממים הוא "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו" (דברים יט, יט), כלומר, מקיימים בהם מה שרצו לגרום לנידון בעדות השקר שהעידו עליו. המשנה קובעת שאם הם זממו לגרום לנתבע נזק ממוני, הם מחלקים ביניהם את הפיצוי באופן שווה, "משלשין בממון"³²⁶. הדעה המקובלת בתלמוד ובפוסקים היא דעתו של רבי עקיבא, שחיובם של עדים זוממים הוא חיוב עונשי ("עדים זוממין קנסא הוא"³²⁷).

התלמוד³²⁸ דן באדם שמודה בבית דין שביט דין אחר הרשיע אותו ואת חברו כעדים זוממים, וחייב אותם בתשלום קנס לניזוק הפוטנציאלי, ונפסק שאותו אדם ישלם רק את חלקו, אף על פי שלא ניתן לגבות מחברו את שאר החיוב (שאינו מודה בו). וכך פוסק הרמב"ם הלכה זו³²⁹:

חיוב העדים זוממים לשלם במקום שחייבין לשלם, קנס הוא, ולפיכך אין משלמין על פי עצמן. כיצד? הרי שהעידו ונתקרה עדותן בבית דין, ואחר כך אמרו שניהם: "עדות שקר העדנו, ואין לזה אצל זה כלום", או שאמרו: "העדנו על זה בכך וכך והוזמנו", אין משלמין על פיהן. אבל אם אמרו: "העדנו על זה, והוזמנו בבית דינו של פלוני, ונתחייבנו ליתן לו כך וכך", הרי אלו משלמין, שזו הודאה בממון שנגמר דינו ליתנו. **ואם אמר האחד כך משלם חלקו.**

כאמור, העד שהודה משלם את חלקו בלבד, אף שחברו שלא הודה פטור משלם. רבי יוסף רוזין³³⁰ מסביר, שאין להטיל על עד אחד לשאת בתשלום המוטל על העד השני³³¹, שכן חיובם של עדים

³²⁶ משנה, מכות א, ג.

ראה: **שו"ת אחיעזר**, חלק ג, סימן פ; **אשל אברהם** (ניימארק), חלק ח, מכות ה ע"א ד"ה מתני', שמסתפקים אם כאשר אחד העדים אינו יכול לשלם, חברו ישלם את מלוא התשלום. על דבריהם יש לתמוה, שהרי דינו של רבי נתן חל רק כאשר לאחד המעוולים פטור שבדין, ואילו בעדים זוממים העד שאינו משלם אינו פטור בדין. אולם, ייתכן גם מצב שאחד מן העדים הזוממים פטור בדין, כגון שהוא נפטר או איבד את כשרותו המשפטית לפני שביט הדין הטיל עליהם את הקנס בגין עדות השקר שלהם.

³²⁷ מכות ב ע"ב-ג ע"א. ההוכחה לכך שהחיוב עונשי היא, שהם משלמים אף שלא גרמו לנתבע נזק.

³²⁸ מכות ג ע"א.

³²⁹ **רמב"ם**, הלכות עדות, פרק יח, הלכה ח.

³³⁰ **צפנת פענח**: חלק ג, הלכות שבועות, פרק י, הלכה טו, עמ' 12; חלק ד, הלכות כלאים, פרק י, הלכה כז, עמ' 35; מכות ג ע"ב, עמ' 8-10 (ראה שם בהערה יא).

³³¹ דומה, שלדעת צפנת פענח פטורו של העד שאינו מודה הוא פטור בדין, ולא פטור שיסודו בדיני הראיות או בסדרי הדין, אם כי הוא אינו מתייחס לכך באופן מפורש. והשווה **שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות**, לעיל, הערה 304, שפטורו של העד שלא הודה אינו פטור בדין אלא פטור בדיני הראיות (שכן ממה נפשך: אם נקבל את דברי העד שהודה, הרי גם עדותו של העד שלא הודה היא עדות שקר, וגם הוא בר חיוב; ואם נקבל את דבריו של העד שלא הודה, הרי עדותם עדות אמת, וגם העד שהודה פטור. ואם כן, העד שהודה יתחייב מפאת הודאתו, והעד שלא הודה פטור שכן אין ראייה מספקת לכך שהוא חייב). לדעת רבי עקיבא איגר, אין איפוא ראייה מדיני עדים זוממים לכך שדינו של רבי נתן אינו חל בחיובים עונשיים. ועוד השווה **אפיקי ים** (רבינוביץ'), חלק ב, סימן לו, ד"ה ונסתפקתי. לדעתו, אם עדים זוממים העידו בשקר שהנתבע חייב רק פרוטה, באופן שכל אחד מהם חייב רק חצי פרוטה, מאחר שאי אפשר מן הדין לתבוע חצי פרוטה מכל אחד מן העדים (ראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן ו, סעיף א), אפשר לתבוע מאחד מהם פרוטה שלמה על פי דינו של רבי נתן. ומכאן שהוא חולק על ההבחנה של הרב רוזין בין חיוב עונשי לחיוב ממוני, ולדעתו בשניהם חל דינו של רבי נתן. אבל קשה לקבל את דבריו, שכן הכלל לפיו אין בית דין מזדקק לתביעה של פחות משווה פרוטה אינו פטור מן הדין אלא פטור דיוני שלא חל עליו דינו של רבי נתן.

זוממים הוא חיוב עונשי (שהעיקר בו שהחייב ישלם, ולא שהניזוק יקבל פיצוי³³²), ואין הצדקה להטיל עליו עונש מעבר למגיע לו³³³.

דומה שכך גם הדין בחיובים עונשיים המוטלים על גנב. במשפט העברי, גנב חייב להשיב את הנכס הגנוב (או שוויו, כשלא ניתן להשיב את הנכס בעין), ובנוסף לכך הוא חייב בתשלום עונשי של "כפל"³³⁴. אם הנכס הגנוב היה בקר או צאן והגנב טבח או מכר אותו, אם הוא בקר, עליו לשלם "תשלומי חמשה", ואם הוא צאן – "תשלומי ארבעה"³³⁵. מדברי התלמוד עולה, שגנבה שנעשתה על ידי כמה גנבים יחד, תשלום הקנס מתחלק ביניהם, ואם אחד מהם אינו חייב לשלם על פי הדין (כגון שהוא קטן), שותפיו לא ישלמו את חלקו. וכך לשון התלמוד³³⁶:

תנו רבנן: ... שותפים שגנבו פטורים [מתשלומי ארבעה וחמשה]. והתניא: שותפין שגנבו חייבין? ... אמר רב נחמן: לא קשיא. כאן בשותף שטבח לדעת חבירו, כאן בשותף שטבח שלא לדעת חבירו.

כלומר, כאשר שותף אחד טבח את השור על דעת חברו, הוא פועל בשליחותו של שותפו³³⁷, ולכן הם ישלמו יחד תשלומי ארבעה וחמשה. לעומת זאת, אם השותף טבח שלא על דעת חברו, אין הוא פועל בשליחותו, וחברו פטור מפוא מתשלום מן הדין. ואף על פי כן, אין אומרים כאן "אם אינו יכול לגבות מזה גובה מזה", אלא השותף הטובח אינו חייב תאורטית אלא בחלקו (חצי הקנס), ו"לפי שאינו חייב אלא חציו"³³⁸, הריהו פטור כליל מתשלום על פי הכלל שקנס זה אינו ניתן לפיצול – "חמישה בקר ולא חצאי בקר". דומה שגם מכאן עולה שדינו של רבי נתן, לפיו "כי ליכא

³³² וראה **ספר יראים**, סימן קעח, שאף מסתפק אם ראוי לתת את הקנס לניזוק הפוטנציאלי מעדות השקר, ובלשונו: "לא ידעתי מניין לאומר שהממון למי שהעידו עליו? אחרי שהוא קנס יתנהו בית דין לכל מי שירצה?! ... וכן נראה לי עד יורו לי צדק".

³³³ וראה גם **שער משפט**, סימן כה, ס"ק יג: "יש לומר דעדים זוממין ... שאינו אלא קנסא אמרינן דלא קנסיה רחמנא אלא לפי חלקו". ויש להעיר, שלפעמים חיובם של עדים זוממים אינו חיוב עונשי, אלא חיוב נזיקי משום "דינא דגרמי", כגון עדים שגרמו נזק ממון בלתי הפיך בעדות השקר שהעידו (ראה: **שו"ת הרא"ש**, כלל נח, סעיף ו; **טור**, חו"מ, סימן מו. והשווה לדעת רבנו חננאל המובאת ב**טור**, חו"מ, סימן לח). במקרה זה הכל מודים שדינו של רבי נתן חל, שכן אין זה חיוב עונשי אלא חיוב ממוני, והעד שהודה ישלם גם את חלקו של העד השני. וראה: **אורים ותומים**, סימן כט, תומים, ס"ק ו; **הגהות וחיידושי הרש"ש**, מכות ג ע"א, ד"ה ד"ה באומר; **שער משפט**, שם (אלא שהוא מסתפק שמא דינם של עדי שקר דומה לדינם של דיינים שטעו, לחלו, הערה 350, והעד שהודה ששיקר ישלם את חלקו בלבד); **שו"ת הרי בשמים** (הורוויץ), מהדורא תניינא, סימן קב; **אוצר מפרשי התלמוד**, ירושלים תשל"ט, מכות ג ע"א, ד"ה מקשים, עמ' פז ובהערות.

³³⁴ "אם המצא תמצא בידו הגנבה, משור עד חמור עד שיה חיים שנים ושלם" (שמות כב, ג).

³³⁵ "כי יגנב איש שור או שיה וטבח או מכרו, חמשה בקר ושלם תחת השור, וארבע צאן תחת השיה" (שמות פרק כא, לו).

³³⁶ בבא קמא עח ע"ב; **רמב"ם**, הלכות גנבה, פרק ב, הלכה יד.

³³⁷ טביחה ומכירה של שור ושה שנגנבו מחייבים את הגנב בתשלומי ארבעה וחמשה אף אם נעשו על ידי שליח, והם חריג לכלל "אין שליח לדבר עברה", ראה קידושין מג ע"א.

³³⁸ **שיטה מקובצת**, בבא קמא ע ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה.

לאשתלומי מהאי משתלם מהאי", אינו חל בחיובים עונשיים, שאם לא כן לא הייתה מניעה להטיל על השותף הטובח את הקנס כולו³³⁹ 340.

(3) פסיקת ההלכה

כפי שראינו, יש מן הפוסקים שנקטו גישה המרחיבה את דינו של רבי נתן, ויש מהם שנקטו גישה מצמצמת³⁴¹. השולחן ערוך מביא את שתי הגישות, וזה לשונו³⁴²:

יש מי שאומר, הוא הדין לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו.

ויש חולקין דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו? ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידינא [=בזמן הזה] אינו משלם אלא ג' חלקים; אף על פי שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו³⁴³.

הגר"א³⁴⁴, מבקש להוכיח מתוך פסיקה אחרת של השולחן ערוך, שדעתו נוטה לדעת הרמ"ה, כלומר לגישה המרחיבה. וזה לשון השולחן ערוך³⁴⁵:

³³⁹ מסקנה זו מניחה שכל שותף אחראי על כל הגנבה, אלא שהוא נדרש לשלם רק את חלקו בקנס. לו הייתה ההנחה שכל שותף אחראי רק לחלקו בגנבה, לא היה כלל מקום לדיון אם יש לחייב שותף אחד בחלקו של השני. לדיון על כך ראה: **חדושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ)**, בבא מציעא, סימן ח; **מנחת שלמה**, בבא קמא, חלק ג, דף ע"ב, "שותפין שגנבו לענין חיוב ד' וה' בטביחה ומכירה"; **אוצר מפרשי התלמוד**, ירושלים תשנ"א, בבא קמא, חלק ג, עמ' תת-תתי ובהערות.

אולם השווה **אור שמח**, השמטות, הלכות גניבה, פרק ג, הלכה יז, שמניח כדבר פשוט שדינו של רבי נתן חל גם בתשלומי ארבעה וחמשה: "ומוכרח לומר דאם אין לשני לשלם מחויב האחד בכל התשלומי ד' וה' מתורת גנב... ונכון [ה]דבר, ויש להאריך בזה, ואין כאן מקומו". ודבריו תמוהים שכן הם עומדים בסתירה לגמרא מפורשת, כפי שראינו (ועוד תמוה הדבר, שהאור שמח נוקט בדוגמה שלאחד הגנבים אין לשלם, שכן במקרה זה לא חל דינו של רבי נתן).

³⁴⁰ אולם השווה **כובע ישועות**, בבא קמא נג ע"א, ד"ה איבע"א, שמסתפק בשאלה אם דינו של רבי נתן חל גם בחיוב עונשי. התלמוד (בבא קמא נג ע"ב, וראה להלן, ליד ציון הערה 558) מביא את דעת אביו, לפיה שני שוורים תמים שגנחו יחד, אחד מהם חולין והשני שור פסולי המוקדשין, בעל שור החולין משלם את מלוא מחצית הנזק, שכן בעל שור פסולי המוקדשין נהנה מפטור שבדין (וראה **רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה כא), וזאת אף שחצי נזק של שור תם הוא תשלום "קנס" (ראה לעיל, הערה 312). בעל כובע ישועות מסתפק אם ראייתו נכונה, שכן ייתכן ש"קנס" של שור תם אינו קנס במובן העונשי, וראה לעיל, הערה 324. יש להעיר על דבריו, שהתלמוד מעמיד את דברי אביו כך ששור החולין הוא שור תם, וייתכן ששור פסולי המוקדשין אינו תם (לשון התלמוד "הא בתם", בלשון יחיד, מורה שרק אחד אחד מהם תם), ואם שור פסולי המוקדשין היה חייב, חיובו לא היה אפוא חיוב עונשי.

³⁴¹ ראה **שו"ת שארית יוסף**, לעיל, הערה 309, שלדעתו ההלכה כשיטה המצמצמת, שכן דעת הרמ"ה היא דעת יחיד. אבל יש להעיר שקביעה זו אינה מדויקת, שכן לפי מה שהבאנו לעיל (הערה 276), גם שיטת רש"י, רי"ד ומהר"ם מרוטנבורג כשיטת הרמ"ה. עם זאת, נכון היא שדעת הרמ"ה היא דעת מיעוט בפוסקים.

³⁴² **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן תי, סעיף לו. בעניין כללי הפסיקה במקום בו מביא השולחן ערוך כמה דעות בלשון "יש מי שאומר" ובלשון "ויש חולקין", ראה **יד מלאכי**, כללי הפוסקים [השי"ע והרמ"א], סעיפים, י, יב (אלא ששם אין התייחסות לשאלה מה היחס בין שני לשונות אלו).

³⁴³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 313.

³⁴⁴ **ביאור הגר"א** על שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק טו. וראה גם **קצות החושן**, שם, ס"ק א.

³⁴⁵ **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שצא, סעיף ז.

היו הפירות מונחים במקום שאי אפשר ליטלם משם, ובא ראובן והושיט פירות של שמעון שבחצר שמעון לפי פרת לוי, **חייב לוי** אם המושיט חרש, שוטה וקטן **או שאין לו לשלם**, שאם היה אפשר להשתלם ממנו היה הוא חייב ובעל הפרה פטור.

כלומר, גם כאשר אחד מן המעוולים אינו יכול לשלם, ולא רק כאשר הוא פטור מלשלם, חל דינו של רבי נתן, והמעוול השני משלם את מלוא הפיצוי³⁴⁶. אולם לדעת הש"ך³⁴⁷, כפי שנראה להלן, הוראה זו של השולחן ערוך היא מקרה פרטי של הלכת רב חסדא,³⁴⁸ לפיה הניזוק רשאי לגבות את מלוא הנזק מאחד המעוולים, ואינה עניין אפוא למחלוקת הרמ"ה (הגישה המרחיבה) ורבי יחזקיהו ממגדבורג (הגישה המצמצמת)³⁴⁹.

דומה שבשל הספק בפסיקת ההלכה נמנעים הפוסקים מלהוציא ממון מן המוחזק, ופוסקים כגישה המצמצמת³⁵⁰.

(3) מעוול עיקרי ומעוול משני

בשורה של מקרים הפוסקים מייחסים את עיקר החיוב לאחד מן המעוולים, ובמקרים אלו על הניזוק לתבוע תחילה את נזקו מן המעוול העיקרי, ורק אם זה אינו יכול לשלם הוא זכאי לתבוע

³⁴⁶ והשווה **חזון איש**, בבא קמא, סימן ב, ס"ק י, ד"ה שו"ע ס"י שצ"א, שלשון "אין לו לשלם" (שמקורו בפסקי **הרא"ש**, בבא קמא, פרק שני, סימן ט, ו**רבינו ירוחם**, מישרים, נתיב לא, חלק א) הוא מתיקוני הצנזורה, ובמקורו היה כתוב "שאינו בדיני ישראלי", כלומר המזיק הוא נוכרי שפטורו הוא פטור בדין, ואין להביא אפוא מכאן ראייה שהשולחן ערוך פוסק כשיטה המרחיבה של הרמ"ה. ויש להקשות על דבריו, שהרי נוכרי המזיק ליהודי, חייב על פי דיני ישראל (**רמב"ם**, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה ה), ואין להגדירו כפטור בדין. ראה דברי החזון איש עצמו לעיל, ליד ציון הערה 321.

³⁴⁷ **ש"ך**, חו"מ, סימן שצא, ס"ק א, וראה להלן, ליד ציון הערה 361 (הש"ך כותב את דבריו כדי ליישב את דברי הטור, שבסימן תי חולק על הרמ"ה, ואילו בסימן שצא פוסק שגם "שאינו לו לשלם" גובה הניזוק מן המעוול האחר). לעיל, ליד ציון הערה 205.

³⁴⁹ אמנם ראה **ביאור הגר"א**, לעיל, הערה 344, הטוען שדברי הש"ך "דחוקים מאוד". אולם לאור סיום דברי השולחן ערוך "שאם היה אפשר להשתלם ממנו היה הוא חייב ובעל הפרה פטור", נראה דווקא שהצדק עם הש"ך. וראה להלן, ליד ציון הערה 362.

³⁵⁰ ראה הרב שיינפלד, לעיל, הערה 200, עמ' 51 (ולא נתברר מדבריו האם כאשר התובע מוחזק יש לסמוך על הגישה המרחיבה ולהימנע מלהוציא ממנו). וראה **פעמוני זהב** (אנקאווא), סימן שפח, סעיף ז, שמביא פוסקים שהכריעו כשיטת הרמ"ה, ותמה עליהם.

לסיום פרק זה נעיר על דין שאינו עולה בקנה אחד עם דינו של רבי נתן, בעניין דיינים שטעו בהכרעת הדין וגרמו נזק בלתי הפיך למי שהפסיד בדין. וזה לשון הרמ"א, חו"מ, סימן כה, סעיף ג (מקור פסקו של הרמ"א הוא **הרא"ש**, סנהדרין, פרק ג, סימן לג): "ואם היו הדיינים רק שלשה, והלכו אחר שנים שבהם [והכרעת הדין הייתה טעות ונגרם נזק לצד שהכריעו נגדו], הם משלמין ב' חלקים, והחלק השלישי מפסיד הבעל דין. אבל אם היו הדיינים חמשה, והלכו אחר שלשה שהם הרוב, צריכים [השלשה] לשלם הכל". וראה **קצות החושן**, שם, ס"ק יב, שמקשה על כך, שהרי דין המיעוט שלא טעה פטור בדין, ומן הראוי ששני הדיינים שטעו יפצו את הניזוק גם בחלקו, והוא מסיים את דבריו: "וכעת לא מצאתי ישוב נכון לקושיא זו". ליישוב הלכה זו, מעלה **החזון איש**, לעיל, הערה 321, ד"ה ונראה, אפשרות שהדיינים מתנים מראש שאינם מקבלים אחריות אלא על חלקם היחסי (החזון איש מבסס את דבריו על דברי **רש"י**, סנהדרין ל ע"א, ד"ה למאן). אבל הצעה זו דחוקה שכן אינה מתיישבת עם המשך הלכת הרמ"א בעניין חמישה דיינים, שם פסק שופטי הרוב שטעו משלמים הכל. וראה עוד: **נתיבות המשפט**, שם, ביאורים, ס"ק יח; **שערי יושר**, לעיל, הערה 296; **שו"ת דברי חיים**, חושן משפט, חלק א, סימן ח; **שו"ת שואל ומשיב**, מהדורא חמישאה, יוסף דעת, סימן ו; **ברית יעקב** (ליבשיץ), חו"מ, סימן קב, אות ה; **שיעורי קצות החושן** (שילוני), סימן כה, ס"ק יב, עמ' רסג ואילך.

את המעוול המשני. הפוסקים אינם מציינים על סמך מה הם מבחינים בין מקרים בהם המעוולים שווים בדרגתם לבין מקרים בהם יש מעוול עיקרי ומעוול משני. אולם, דומה שהמבחן הוא מבחן האשם³⁵¹, כלומר, כאשר לכל המעוולים אשם שווה, הם מעוולים שווים בדרגתם, וכאשר ניתן לייחס לאחד מן המעוולים אשם גדול יותר (כגון שהוא יזם את הפעולה שגרמה לנזק), הוא יהיה מעוול עיקרי.

נקדים ונאמר, כי לדעת הש"ך³⁵² דינם של מעוול עיקרי ומעוול משני מבוסס על דינו של רב חסדא ('רצה מזה גובה, רצה מזה גובה'). כלומר, מקום בו עקרונית היה צריך לחול דינו של רב חסדא³⁵³, והניזוק רשאי היה לתבוע את מלוא הפיצוי מכל אחד מן המעוולים **לפי בחירתו**, אם אחד המעוולים הוא מעוול עיקרי **ניטלת זכות הבחירה מן הניזוק** ועליו לתבוע אותו תחילה, ורק כאשר הלה פטור על פי דין או שאינו יכול לשלם הוא רשאי לתבוע את המעוול המשני. הש"ך אינו מציין מה ההסדר באותם מקרים בהם חל דינו של רבי נתן, שבהם מעוול אחד הוא מעוול עיקרי והאחר משני (למשל, אדם מזיד ושור שגרמו נזק יחד)³⁵⁴.

להלן כמה דוגמאות להסדר מעוול עיקרי ומעוול משני:

1) הרא"ש³⁵⁵ עוסק במי שהאכיל בהמתו של אחד בפירותיו של אחר בחצרו של בעל הפירות. בעל הבהמה התרשל בכך שהניח לבהמתו להיכנס לחצרו של הניזוק, ואילו המאכיל פשע בכך שהושיט לבהמה את הפירות³⁵⁶. הרא"ש פוסק שהניזוק חייב לתבוע מן המושיט את מלוא הנזק³⁵⁷, ורק אם המושיט "היה חרש או שוטה או קטן או פיקח ואין לו לשלם"³⁵⁸ הניזוק רשאי לתבוע את בעל הפרה³⁵⁹.

³⁵¹ וזאת למרות שדיני הניזוקין במשפט העברי אינם מבוססים על עיקרון האשם.

³⁵² ש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק א.

³⁵³ ראה להלן, ליד ציון הערה 360.

³⁵⁴ וראה דברי ריב"א, לעיל, הערה 269, לפיהם במקרים בהם חל דינו של רבי נתן ואחד המעוולים אשם יותר מחברו, חלוקת האחריות לא תהיה שוויונית.

³⁵⁵ רא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ט. וראה גם רבנו ירוחם, **מישרים**, נתיב לא, חלק א. דברי הרא"ש מבוססים על דברי **תוספות**, בבא קמא כג ע"א, ד"ה תפשוט.

³⁵⁶ הפוסקים דנים בשאלה האם דינו של הרא"ש חל רק במקום שמעשיו של ראובן איפשרו לפרה לאכול את הפירות או גם במקום שהפרה יכולה הייתה להגיע לפירות בעצמה. ראה על כך **בקצות החושן**, לעיל, הערה 362.

³⁵⁷ ראה **הגהות אשרי** על הרא"ש (לעיל, הערה 355), הגהה שנייה: "אבל פיקח ויש לו לשלם פשיטא דאיהו [=הוא (המושיט)] חייב". אמנם, ניתן היה לפרש בכוונת הרא"ש שאם המושיט יכול לשלם, יתחלק נטל הפיצוי בשווה בין המושיט לבין בעל הפרה. אולם, דומה שמסקנת הגהות אשרי מתיישבת יותר עם לשון הרא"ש.

³⁵⁸ ראה **תוספות**, לעיל, הערה 355, שם לא מופיעה החלופה "או פיקח ואין לו לשלם". דברי התוספות עולים בקנה אחד עם הנאמר לעיל, ליד ציון הערה 287, שדינו של רבי נתן חל רק כשאחד המעוולים פטור בדין. וראה: **פילפולא חריפתא**, על הרא"ש (שם), אות ה; **אוצר מפרשי התלמוד**, ירושלים תשמ"א, בבא קמא, חלק א, עמ' תתמו. וראה לעיל, ליד ציון הערה 345.

³⁵⁹ דברי הרא"ש נפסקו להלכה. ראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שצא, סעיף ז. לדיון בדברי הרא"ש ראה **קהילות יעקב**, בבא קמא, סימן כב.

מדברי הרא"ש הללו מוכיח השי"ך את שיטתו שראינו לעיל³⁶⁰, ולפיה חל כאן הסדר מעוול עיקרי ומעוול משני. לדבריו, המקרה של הלכת הרא"ש מקביל למקרה בו עוסק רב חסדא ("גזל... ובא אחר ואכלו"), כשדינו של המושיט כדין "גזלן", ודינו של בעל הפרה כדין "אוכל". עקרונית חל הדין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"³⁶¹, אולם, מכיוון שהמושיט יזם וגרם את ההיזק, הוא המעוול העיקרי, ועל הניזוק לתבוע ממנו תחילה, ורק אם הוא פטור על פי דין או שאין לו לשלם, רשאי הניזוק לתבוע את בעל הפרה³⁶².

2) יש מן הפוסקים הסבורים שהסדר מעוול עיקרי ומעוול משני חל במעוול על ידי שליח (באותם המקרים החריגים שבהם "יש שליח לדבר עברה"³⁶³), אלא שהפוסקים נחלקים בשאלה מי הוא המעוול העיקרי, השולח או השליח. מחד גיסא, יש לראות בשולח כמעוול עיקרי, שכן הוא יזם את הנזק; אך מאידך גיסא, יש לראות בשליח כמעוול עיקרי שכן הוא זה שהזיק בפועל, ומה גם שהוא היה חייב לסרב לבצע את שליחותו.

מדברי רש"י ניתן להסיק לכאורה שהשולח הוא המעוול העיקרי. דברי רש"י מתייחסים לדברי התלמוד הבאים שבסוגיית השליחות³⁶⁴:

והא דתנן: "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן - פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, שילח ביד פיקח - פיקח חייב"; ואמאי [=ולמה (השולח בעירה ביד פיקח פטור)]? נימא [=נאמר]: שלוחו של אדם כמותו?³⁶⁵

מדברי התלמוד לא ניתן להסיק האם התלמוד מעלה את האפשרות שהשולח חייב לפצות את הניזוק לבדו, או שחובת הפיצוי מתחלקת בין השולח והשליח. נראה שרש"י מפרש שכוונת התלמוד היא שהשולח חייב במלוא הנזק לבדו, וזה לשונו³⁶⁶:

³⁶⁰ ליד ציון הערה 352. וראה לעיל, הערה 349.

³⁶¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 205.

³⁶² אולם השווה **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן שצא, ס"ק טו, שלדעתו "דברי שי"ך דחוקים מאוד" (הגר"א אינו מציין מדוע דברי השי"ך דחוקים. וראה **צפנת אליהו** (כרמל), על ביאור הגר"א, שם, שמסביר שלדעת הגר"א אם המושיט הוא המעוול הרי שבעל הפרה אינו מעוול כלל. אולם הסברו של צפנת אליהו בדברי הגר"א אינו הכרחי, שכן אין מניעה הגיונית לכך שהמושיט ובעל הפרה ייחשבו כמעוולים בדרגות אשמה שונות). לדעת הגר"א, הלכת הרא"ש היא מקרה בו חל דינו של רבי נתן, לפיו כל מעוול משלם את חלקו, וכאשר לא ניתן לגבות מזה גובה מזה, והיא מייצגת את הגישה מרחיבה, לפיה גם כאשר מעוול אחד חדל פרועו או מתחמק מתשלום ניתן לגבות את מלוא החיוב מן המעוול האחר, ראה לעיל, ליד ציון הערה 344. וראה גם: **פלפולא חריפתא**, על הרא"ש, בבא קמא, פרק שני, סימן ט, ס"ק ה; **קצות החושן**, שם, ס"ק א. מדברי הגר"א לא נתברר אם האם מחלוקתו עם השי"ך היא בשאלת סיווגה של הלכת הרא"ש כרבי נתן או כרב חסדא, או שמא הגר"א חולק על הסדר מעוול עיקרי ומעוול משני מכל וכל. וראה להלן, ציון 542.

³⁶³ עקרונית כאשר שולח מעוול על ידי שליח, השליח הוא זה שנושא באחריות הנוזיקית, שכן גרימת נזק היא עברה ו"אין שליח לדבר עברה" (ראה בבא קמא נא ע"א). אולם לכלל זה יש חריגים: תשלומי ארבעה וחמשה של גנב; שומר ששולח יד בפיקדון (ראה קידושין מב ע"ב-מג ע"א); לפי כמה פוסקים, כאשר השליח אינו בר חיוב או שאינו מודע לכך שהוא גורם נזק (ראה **רמ"א**, חו"מ, סימן קפב, סעיף א; **סמ"ע**, שם, ס"ק ב; **ש"ך**, שם, ס"ק א). ראה מיכאל ויגודה, חוק לישראל, **שליחות**, ירושלים תשע"ד, עמ' 32, ושם בהערה 139.

³⁶⁴ קידושין מב ע"ב.

³⁶⁵ התלמוד מיישב שהשולח אינו חייב בנוזיקין לפי הכלל "אין שליח לדבר עברה".

³⁶⁶ **רש"י**, קידושין מב ע"ב, ד"ה נימא.

נימא שלוחו של אדם כמותו - יתחייב שולחו ולא השליח³⁶⁷.

אולם הרב משה פיינשטיין³⁶⁸ מסביר שכוונת רש"י אינה לחייב רק את השולח ולפטור את השליח לחלוטין, אלא כוונתו היא שהשולח הוא המעוול העיקרי, ולכן על הניזוק לתבוע אותו תחילה, ורק כאשר אי אפשר לגבות ממנו, מתחייב השליח כמעוול משני.

לעומת שיטת רש"י, לדעת תוספות רי"ד, רבי ישעיה (הזקן) דיטרני, השליח הוא המעוול העיקרי, והוא זה שחייב לפצות את הניזוק, ופירוש שאלת התלמוד היא, האם על פי דיני השליחות אין לחייב את המשלח לפצות את הניזוק כאשר השליח אינו יכול לשלם. ובלשונו³⁶⁹:

"שילח ביד פיקח הפיקח חייב, ואמאי? נימא שלוחו של אדם כמותו וליחייב המשלח". פירוש: ואף על גב דשליח לא מצי לאיפטורי [=אינו יכול להיפטר] כיון דהוא פיקח, נפקא מינה דאי ליכא לאישתלומי מיניה [=שאם אי אפשר להיפרע ממנו] מפרע מן המשלח.

דעתו של תוספות רי"ד התקבלה להלכה, וכפי שעולה מדברי אביו של הש"ך (שהובאו על ידי הש"ך בהסכמה)³⁷⁰. הוא מטעים שהשליח הוא המעוול העיקרי, שכן היה עליו לסרב לבקשת שולחו ולא לעבור עברה ("דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעים?"³⁷¹), ולכן הניזוק תובע אותו תחילה, ואילו מדיני השליחות חל חיוב על המשלח רק כאשר השליח אינו יכול לשלם. ובלשונו: "אם כן אתי הרבוי [=בא הריבוי בפסוק³⁷²] לחייב המשלח ולא לפטור את השליח"³⁷³.

3) המשנה דנה באדם ששכר פרה ומחרשה לצורך חרישה והפר את תנאי השכירות, וכתוצאה מכך נגרם נזק למחרשה. וכך אומרת המשנה³⁷⁴:

השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה, אם נשבר הקנקן - פטור. בבקעה וחרש בהר, אם נשבר הקנקן - חייב [שהרים קשים לחרוש שהסלעים שם - רש"י].

³⁶⁷ וראה גם: ר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ולדבר עברה; אור שמח, הלכות אישות, פרק ג, הלכה טז (לדבריו, מי ששחט שור בשליחותו של גנב, ישלם את דמי השור, "הקרן", לבעליו אם הגנב חדל פירעון. מדבריו נראה שדינם של הגנב ושליחו כדון גוזל ואוכל, לעיל, ליד ציון הערה 205, אלא שתחילה יש לגבות את הקרן מן הגנב, שהוא המעוול העיקרי).

³⁶⁸ שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן פג, ד"ה ומה שהביא. וראה: חלקת יואב, חלק א, אורח חיים, סימן יד, ד"ה והנה באמת; הגהות הר צבי, טור (הוצאת אל המקורות), סימן פ; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מא, אות ב. ³⁶⁹ תוספות רי"ד, קידושין מב ע"א, ד"ה שילח.

³⁷⁰ ש"ך, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ד (בהסבר דעת הסמ"ע, שם, ס"ק ז). וראה עוד, שיינפלד, לעיל, הערה 200, עמ' 87, והמקורות שהביא שם.

³⁷¹ קידושין מב ע"ב.

³⁷² כגון, הפסוק "על כל דבר פשע" (שמות כב, ח), שקובע את החריג שיש שליח לדבר עברה בשליחות יד.

³⁷³ אולם ראה חידושי חתם סופר על שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, על דברי הש"ך ס"ק ד, המבקש להשוות את דעת רש"י עם דעת תוספות רי"ד. לדעתו רש"י אמר את דברו רק ב"הווה אמינא" של התלמוד, אך למסקנת הסוגיה, לאחר שנתחדשה סברת "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים?" השליח הוא המעוול העיקרי גם באותם מקרים שיש שליח לדבר עברה.

וראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן שפח, סעיף יט: "ומי שעשה שליח להלשין, אם השליח הוחזק לעשות - חייב המשלחו, ואין שייך בזה אין שליח לדבר עבירה, כיון דעל כל פנים הוא מלשין, ושניהם דינם כמלשינים". ולא ברור מה כוונתו "שניהם... מלשינים" לענין חלוקת האחריות ביניהם (ראה לעיל, ליד ציון הערה 266).

³⁷⁴ משנה, בבא מציעא ו, ד; בבא מציעא פ ע"א.

התלמוד קובע שאם השוכר העסיק פועלים לצורך החרישה ולא שינה לרעה מתנאי השכירות והמחרשה נשברה כתוצאה מרשלנות הפועלים, חייבים הפועלים לפצות את בעל המחרשה, אף שהשוכר פטור כלפי המשכיר מדיני השומרים³⁷⁵. ונשאלת השאלה, ומי אחראי, הפועלים או השוכר, כאשר השוכר שינה לרעה מתנאי השכירות. בעניין זה פוסק הרמב"ם³⁷⁶:

שכרה לחרוש בבקעה וחרש בהר ונשבר הקנקן, השוכר חייב, ודינו של שוכר עם האומנים³⁷⁷.

העובדה שהשוכר שינה לרעה מתנאי השכירות, אינה מפחיתה מרשלנותם של הפועלים³⁷⁸, ואף על פי כן פוסק הרמב"ם שעל המשכיר לתבוע את השוכר דווקא (והלה יתבע את הפועלים). דומה שהרמב"ם אינו מתכוון לומר שהפועלים פטורים מאחריות כלפי המשכיר (בעל המחרשה), אלא שהמשכיר צריך לתבוע תחילה את השוכר כמעוול עיקרי, ואם השוכר אינו יכול לשלם, כנראה שהמשכיר יוכל לתבוע את נזקו ישירות מן הפועלים כמעוולים משניים (אמנם קביעה אחרונה זו אינה מפורשת בדברי הרמב"ם ולא מצאנו עליה דיון בפוסקים).

4) לעיל³⁷⁹ ראינו ששומר אינו רשאי להעביר את נכס הפיקדון לשומר אחר, ואם עשה זאת עליו לפצות את בעל הנכס על כל נזק שייגרם לפיקדון, אף אם הנזק שנגרם לפיקדון אינו בתחום אחריותו של השומר הראשי. אולם, רשאי שומר להעביר את הפיקדון לבני ביתו, תלמידיו ועובדיו או לשומר משנה שבעל הנכס עצמו רגיל להפקיד אצלו³⁸⁰. במקרה זה, אם נגרם לפיקדון נזק שהוא בתחום אחריותו של שומר המשנה, כגון ששומר המשנה הוא שומר שכר והנכס נגנב³⁸¹, על שומר המשנה לפצות את בעל הנכס. הפוסקים נחלקים בשאלה מה הדין אם שומר המשנה אינו יכול

³⁷⁵ ראה **רמב"ם**, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה א: "וכן השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר הקנקן, והוא הכלי שחורש בו, הרי השוכר פטור, ודין בעל הפרה עם האומנין שחרשו. וכן אם לא שינה על דעת הבעלים ונשבר הקנקן דין בעל הפרה עם האומנין". וראה גם **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שט, סעיף ד. התלמוד (בבא מציעא פ ע"א) דן בשאלה בשל רשלנותו של מי מהפועלים נגרם הנזק, וזה לשונו: "היכא דלא שניי בה [=אם השוכר לא שינה את תנאי השכירות], מאן [=מי (מהפועלים)] משלם? אמר רב פפא: דנקיט פרשא [=המחזיק במלמד הבקר (הפועל המוביל את הפרה)] משלם. רב שישא בריה דרב אידי אמר: דנקיט מנא [=המחזיק בכלי (במחרשה)] משלם. והלכתא: דנקיט מנא משלם. ואי דוכתא דמחזקי גונדרי [=ואם זו אדמת טרשים], תרוייהו [=שניהם] משלמין". וראה **רמב"ם**, שם, הלכה ב.

³⁷⁶ לעיל, הערה 375. וראה גם **בית הבחירה**, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה אמר המאירי.

³⁷⁷ מדברי הרמב"ם לא נתברר האם השוכר זכאי לתבוע מן הפועלים את מלוא הנזק או רק את מחציתו. לא מצאנו על כך דיון בפוסקים, אולם מדברי **מגיד משנה** עולה לכאורה שהוא זכאי לתבוע את מלוא הסכום. קביעה זו מניחה שהפועלים הם המעוולים העיקריים, ואינה עולה אפוא בקנה אחד עם שכתבנו בטקסט, שלדעת הרמב"ם השוכר הוא המעוול העיקרי.

³⁷⁸ והשווה: **תוספות**, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה היכא; **רא"ש**, בבא מציעא, פרק ו, סימן יג. לדעתם, שאלת חלוקת האחריות בין השוכר לפועלים אינה עולה אלא כאשר הפועלים מועסקים על ידי השוכר, אבל אם הם מועסקים על ידי המשכיר, אם שינה השוכר מתנאי השכירות לרעה, פטורים הפועלים לגמרי מאחריות. וצריך עיון בהגיון שיטתם. וראה **אוצר מפרשי התלמוד**, בבא מציעא, חלק ג (ירושלים תשל"ח), עמ' תשכ-תשכא.

³⁷⁹ ליד ציון הערה 221.

³⁸⁰ ראה: בבא מציעא לו ע"א-ע"ב, מב ע"ב; **רמב"ם**, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד; **רמב"ם**, הלכות שאלה ופקדון, פרק ד, הלכה ט; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן רצא, סעיפים כא-כד, כו; **רמ"א**, חו"מ, סימן עב, סעיף ל; ברוך כהנא, **שומרים**, בסדרת חוק לישראל, ירושלים תשנ"ט, חלק א, עמ' 395 ואילך.

³⁸¹ **משנה**, בבא מציעא ז, ח.

לשלם. לדעת הרמב"ם³⁸² השומר הראשי פטור, שכן בהעברת הנכס לשומר המשנה נפטר השומר הראשי מחיובי השמירה. לעומת זאת, לדעת התוספות³⁸³ והרא"ש³⁸⁴ השומר הראשי חייב במקרה זה לפצות את בעל הנכס. אולם, כאמור, גם לדעת התוספות והרא"ש אם שומר המשנה יכול לשלם, המפקיד חייב לתבוע אותו תחילה, שכן הוא המעוול העיקרי, והשומר הראשי אינו אלא חייב משני³⁸⁵.

(5) "תרומה" היא אחת ממתנות כהונה שחייב בעל יבול להפריש ולתת לכהן³⁸⁶, ומי שאינו כהן ("זר") אינו רשאי לאוכלה³⁸⁷. זר שאכל תרומה בשגגה, חייב להשיב לכהן את חליפי התרומה ("יקרין")³⁸⁸ בתוספת חומש³⁸⁹. הקרן היא מעין פיצוי לכהנים ועונש על חוסר הזהירות שהביאה את הזר לאכילת התרומה³⁹⁰, ואילו החומש הוא כפרה למי שאוכל תרומה שלא כדין. לית מאן דפליג,

³⁸² **רמב"ם**, הלכות שאלה ופקדון, פרק ד, הלכה ט. וראה **מגיד משנה**, שם, שכך גם דעת הרמב"ן והרשב"א. וראה **רמ"א**, חו"מ, סימן רצא, סעיף כד (הדעה השנייה).

³⁸³ **תוספות**, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה כל.

³⁸⁴ **רא"ש**, בבא מציעא, פרק שלישי, סימן כג. וראה: **רמ"א**, חו"מ, סימן עב, סעיף ל; שם, לעיל, הערה 382 (הדעה הראשונה).

³⁸⁵ וראה בתוספות וברא"ש, שם, שכותבים שהסברה לחייב את השומר הראשי אם שומר המשנה אינו יכול לשלם היא, "דאם לא כן כל מה שהופקד אצל בעל הבית תבא אשתו ותאכל ותפטר". יש המסבירים ששיטת התוספות והרא"ש היא שהשומר הראשי אמנם נפטר מחיובי השמירה, אלא שחכמים תקנו תקנה מיוחדת אם הוא מסר את הפיקדון לאשתו ובניו (ראה: **ים של שלמה**, בבא קמא, פרק א, סימן לב, מובא ב**ש"ך**, חו"מ, סימן עב, ס"ק קלד; **מחנה אפרים**, הלכות שומרים, סימן לא). דומה שלדעתם הסיבה שהשומר הראשי נחשב כחייב משני היא שחיובו אינו מעיקר הדין. ויש המסבירים שדעת התוספות והרא"ש שחיובו של השומר הראשי הוא מעיקר הדין, שכן השומר הראשי לא נפטר מחיובי השמירה שהתחייב כלפי בעל הנכס במסירת הנכס לשומר משנה (**ש"ך**, שם. וראה גם **שיטה מקובצת**, בבא קמא נו ע"ב, ד"ה ושומר קמא איפטר, שכותב כך בשם רבנו פרץ). לשיטתם נראה שהשומר הראשי אינו אלא מעוול משני, כי הוא לא התרשל. וראה עוד **משנה למלך**, הלכות שאלה ופקדון, פרק ד, הלכה ח.

³⁸⁶ "וַיְדַבֵּר ה' אֶל אֶהֱרֹן, וְאָנִי הִנֵּה נֹתְתִי לְךָ אֶת מִשְׁמֶרֶת תְּרוֹמֹתַי, לְכָל קֹדֶשׁ בְּנֵי יִשְׂרָאֵל לְךָ נֹתְתִים לְמִשְׁחָה וְלִבְגָדֶיךָ לְחֶק עוֹלָם... כָּל חֶלֶב יִצְהָר וְכָל חֶלֶב תִּירוֹשׁ וְדָגָן, וְרֹאשֵׁיתָם אֲשֶׁר יִתְּנוּ לְה' לְךָ נֹתְתִים" (במדבר יח, ח, יב).

³⁸⁷ "וְכָל זֶר לֹא יֹאכַל קֹדֶשׁ" (ויקרא כב, י). וראה **רמב"ם**, הלכות תרומות, פרק ו, הלכות א, ה: "תרומה ותרומות מעשר נאכלת לכהנים בין גדולים בין קטנים בין זכרים בין נקבות... הזר אסור לאכול תרומות".

³⁸⁸ ראה **משנה למלך**, הלכות תרומות, פרק י, הלכה יח, שדן בשאלה אם ההשבה צריכה להיות על פי מחיר התרומה שנאכלה, או מחירם של חולין באותה כמות (מחיר התרומה בשוק נמוך ממחיר החולין, שכן ההיצע רב והביקוש נמוך).

³⁸⁹ "וְאִישׁ כִּי יֹאכַל קֹדֶשׁ בְּשִׁגְגָה, וְיִסַּף מִמִּשְׁתֵּיתוֹ עָלָיו וְנָתַן לְכֹהֵן אֶת הַקֹּדֶשׁ" (ויקרא פרק כב, יד). **רמב"ם**, הלכות תרומות, פרק י, הלכה א. וראה שם, הלכה ה, שזר האוכל תרומה במזיד חייב לשלם קרן ולא חומש, שכן אין הוא זכאי לכפרה זו (ואם התרו בזר שלא לאכול תרומה והוא לא שעה לאזהרה ואכל, דינו לקבל מלקות, ואין הוא משלם אף את הקרן, לפי הכלל "קיים ליה בדרבה מיניה [=הענש אותו בעונש החמור יותר]").

³⁹⁰ ראה **ירושלמי**, תרומות, פרק ז, הלכה א: "שהקרן קנס". יש לציין, שתשלומי קרן לכהן הם דוגמה חריגה לדינו של רב חסדא, כי החובה לשלם לכהן מוטלת על המאכיל או האוכל, והם חייבים לשלם לכהן מיוזמתם ולכהן אין זכות תביעה, שכן "המזיק מתנות כהונה או שאכלן - פטור מלשלם. מאי טעמא? ... משום דהוה ליה ממון שאין לו תובעים" (חולין קל ע"ב). "אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין, שהוא [=האוכל] יכול לומר לו [=לכהן התובע]: 'לכהן אחר אני נותן ולא לך' - רש"י).

ריבוי חייבים במשפט העברי

שחיוב החומש חל על אוכל התרומה בלבד, שכן הוא זה אשר זקוק לכפרה, אך נחלקו תנאים אם את חיוב הקרן אפשר להטיל גם על מי שגורם לאחרים לאכול תרומה³⁹¹:

המאכיל את פועליו ואת אורחיו תרומה, הוא משלם את הקרן והם משלמין את החומש, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: הם משלמין קרן וחומש.

ההלכה נפסקה כדעת חכמים³⁹². משנה אחרת, דנה במי שמאכיל תרומה לאדם **חסר אמצעי תשלום**, וקובעת שבמקרה זה המאכיל חייב בתשלום הקרן³⁹³:

המאכיל את בניו קטנים ואת עבדיו בין גדולים בין קטנים... משלם [האב או האדון] את הקרן ואינו משלם את החומש.

ניתן אמנם לטעון שמשנה זו אליבא דרבי מאיר, אך מסוגיית התלמוד הירושלמי³⁹⁴ עולה שמשנה זו אליבא דחכמים, והיא עוסקת רק בחייב חסר אמצעים, אך אם לעבד יש אמצעי תשלום - הכהן גובה ממנו. וזה לשון הירושלמי:

לא הספיק [האדון] לשלם עד שנשתחרר [העבד] - נותן [העבד לכהן]. היו לו [לעבד] נכסים שאין לרבו רשות בהן - נותן.

התלמוד הירושלמי ממשיך ואומר שדין זה מבוסס על דינו של רב חסדא "גזל... ובא אחר ואכלו... רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"³⁹⁵. הכהן רשאי אפוא לתבוע את חובו משני נתבעים, מן האדון ומן העבד. עם זאת, עליו לנסות לגבות תחילה מן העבד שאכל תרומה, שכן הוא החייב העיקרי, ורק אם אין לו הוא רשאי לגבות את חובו מן האדון, החייב המשני³⁹⁶.

6) לעיל³⁹⁷ הבאנו את דברי הרמב"ם בעניין שליח לפירעון חוב שהחזיר את מעות הפירעון לחייב. ראינו, שלדעת הרמב"ם הנושה רשאי לגבות את חובו מן החייב או מן השליח, לפי בחירתו. אולם, הטור מביא שיש מי שסבור שהנושה רשאי לגבות מן השליח רק כאשר אי אפשר לגבות מן החייב, וזה לשונו³⁹⁸:

³⁹¹ משנה, תרומות ו, ג.

³⁹² רמב"ם, הלכות תרומות, פרק י, הלכה י.

³⁹³ משנה, תרומות ז, ג.

³⁹⁴ לעיל, הערה 207.

³⁹⁵ ראה גם **שנות אליהו**, פירוש הארוך, תרומות, פרק ז, משנה ג. אולם השווה **פירוש רידב"ז** על הירושלמי (שם). מדברי ירושלמי אלו ניתן להוכיח שדינו של רב חסדא חל גם כאשר האוכל אינו יודע שהוא גוזל את ממון בעל הנכס, ראה להלן, הערה 407. וראה **שערי בנימין** (שרעבי), סימן לו, ד"ה המאכיל.

³⁹⁶ וראה **דרך אמונה** (קנייבסקי), הלכות תרומות, פרק י, דרך אמונה, ס"ק פג, ובציון הלכה, שם, ס"ק קנב, שכן גם הדין בעניין הפועלים והאורחים (לעיל, ליד ציון הערה 391), אם הפועלים והאורחים אינם יכולים לשלם, חובת התשלום מוטלת על בעל הבית.

³⁹⁷ ליד ציון הערה 228.

³⁹⁸ **טור**, חו"מ, סימן קכה; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קכה, סעיף א, הדעה הראשונה. ראה **מגיד משנה**, הלכות מלוה ולוה, פרק טז, הלכה ב, שמפנה לתשובת הרי"ף (יתכן שכוונתו ל**שו"ת הרי"ף**, סימן רעט. אולם השווה: **שו"ת הרי"ף**, ממנו עולה שהנושה רשאי לגבות מן השליח גם אם הוא יכול לגבות מן החייב, ואולי כוונת המגיד משנה שדעת הרי"ף כדעת הרמב"ם). וראה **לחם משנה** (לעיל, הערה 230) שמתלבט שמא גם דעת הרמב"ם כך. וראה גם: **ש"ך**, חו"מ,

ואם החזיר לוי [השליח] המנה לראובן [החייב] **והעני אחר כך**, ולא היה לו לפרוע בענין שהפסיד שמעון [הנושה] שלו, לוי חייב לשלם שהוא פשע במה שהחזירו לראובן.

דומה שלדעת הטור החייב הוא החייב העיקרי, ולכן אם הנושה יכול לגבות ממנו, עליו לתבוע אותו תחילה.

7) חוות יאיר, רבי חיים יאיר בכרך³⁹⁹, נשאל בעניין שני גנבים, האחד פרץ לבית וזרק חפצים לשותפו, שהמתין בחוץ וברח עם החפצים הגנובים. בהסתמך על תשובת הרא"ש⁴⁰⁰ שמטיל אחריות נזיקית הן על הגנב והן על המסייע לו, הוא פוסק שבעל החפצים הגנובים חייב לתבוע תחילה את הגנב שהמתין בחוץ כי הוא המעוול העיקרי, ורק אם לא ניתן לתבוע ממנו (כגון: שהוא אלים) הוא רשאי לתבוע מן הגנב שפרץ פנימה⁴⁰¹. וזה לשונו:

פשוט **שזה שני** [=שהמתין בחוץ] **עיקר הגנב**, ויכול הנגנב להוציא ממנו כל גניבתו או דמיה אף על פי שנתנה לגנב הראשון... אם אי אפשר להוציא משני מצי [=יכול] לתבוע לראשון שגנב בפועל ממש⁴⁰².

סימן קכה, ס"ק ז; **גידולי תרומה**, שער נ, חלק ב, אות ד; **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן קכה, הגהות בית יוסף, ס"ק ב; **צדק ומשפט** (פארדו), סימן קכה, סעיף א.

יש לציין שהראב"ד (שם) סבור שהמלווה רשאי לתבוע את השליח רק אם הלווה כופר בהלוואה, שכן סוג זה של נזק היה עליו לצפות. לעומת זאת, עניות של הלווה היא דבר לא שכיח, ואין עליו לצפותה, ולכן אין לחייב את השליח כמזיק. לדיון בדעתו, ראה **אבן האזל**, הלכות מלווה ולוה, פרק טז, הלכה ב.

³⁹⁹ **שו"ת חוות יאיר**, סימן ריב. וראה גם **שו"ת חת"ם סופר**, חו"מ, סימן קלג.

⁴⁰⁰ לעיל, ליד ציון הערה 226.

⁴⁰¹ אולם ראה **שו"ת ריב"ן** (רבי יששכר דב בן נח האלטרטוט), סימן כו, הסבור שדינו של החוות יאיר אינו מבוסס על הסדר מעוול עיקרי ומעוול משני. לדבריו, דברי חוות יאיר נאמרו רק אם הנכס הגנוב קיים בעין, ורק אז יש לכתחילה לתבוע מן הגנב שהמתין בחוץ שכן הוא המחזיק בו. אך כאשר הנכס אינו קיים בעין אין עדיפות לתבוע אחד משני הגנבים, והתובע זכאי אפוא לתבוע אחד מהם לפי בחירתו, כדינו של רב חסדא. אולם, כפי שראינו לעיל (ליד ציון הערה 210), דינו של רב חסדא חל גם כאשר הנכס הגנוב קיים בעין, ועם זאת קובע חוות יאיר שיש לתבוע תחילה את הגנב שהמתין בחוץ. לכן מסתבר שכוונת החוות יאיר שהגנב שהמתין בחוץ הוא מעוול עיקרי, והתובע חייב לתבוע ממנו תחילה בכל מקרה (כאשר הנכס קיים בעין תהיה תביעתו מן הגנב שהמתין בחוץ להשיב את הנכס או לדאוג לחשבתו בעין גם אם הנכס נמסר לגנב האחר).

⁴⁰² בהמשך תשובתו, שואל חוות יאיר מדוע על שניים שגנבו חל דינו של רב חסדא, בעוד שעל נזקים אחרים חל הדין שכל מעוול משלם את חלקו היחסי (ראה להלן, ליד ציון הערה 404)? וראה **שו"ת שבות יעקב** (לעיל, הערה 227) שמיישב, שעל גנבים משותפים חל הסדר של ערבים הדדיים, כמו בהלוואה משותפת (ראה לעיל, ליד ציון הערה 173), שכן הגנבים פעלו במשותף ולהנאת עצמם, וזאת לעומת מעוולים יחד, שאינם ערבים זה לזה, כי אין להם הנאה משותפת מן הנזק. וראה דיונו להלן, ליד ציון הערה 437. וראה **אמרי בינה** (אורבך), הלכות טוען ונטען, סימן יד, ד"ה ואם שנים, שאין לדמות חיובי נזיקין של גנבים לחיובים רצוניים אחרים, שכן הערבות ההדדית היא הסכמית (אולם ראה לעיל, ליד ציון הערה 139), וראה גם דבריו בהלכות דיינים, סימן יב. וראה **שו"ת דברי יציב**, חושן משפט, סימן סז, שמבחין בין גנבים שהם שותפים עיסקיים והגנבה הייתה לצורך השותפות לבין גנבים שחברו יחד רק לצורך הגנבה (וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 116).

(4) המבחנים לתחולת ההסדרים

עד כה ראינו שבמקורות המשפט העברי מובאים שלושה הסדרים בעניין תביעת פיצוי ממעוולים יחד: הסדר לפיו הניזוק רשאי לגבות את כל הנזק מאחד מן המעוולים לפי בחירתו (דינו של רב חסדא); הסדר לפיו הניזוק רשאי לגבות מכל מעוול רק את חלקו היחסי, אולם כאשר לא ניתן לגבות מאחד המעוולים⁴⁰³ רשאי הניזוק לגבות את כל נזקו מן המעוול האחר (דינו של רבי נתן); והסדר מעוול עיקרי ומעוול משני, לפיו על הניזוק לנסות לגבות תחילה מן המעוול העיקרי, וכשהלה פטור בדיון או אינו משלם הוא רשאי לגבות מן המעוול המשני. שלושת ההסדרים נפסקו להלכה⁴⁰⁴, ועלינו אפוא לברר מתי חל כל אחד מהם. מובן שהסדר מעוול עיקרי ומעוול משני חל רק אם יש מעוול אחד עיקרי. אולם התלמוד והראשונים אינם מציינים באופן ברור מתי חל כל אחד משני ההסדרים האחרים. הפוסקים האחרונים מציעים מבחנים לפיהם ניתן לקבוע אימתי חל דינו של רב חסדא ואימתי חל דינו של רבי נתן. בדברים שלהלן נסקור מבחנים אלה ויישומם.

(1) מבחן סוג התביעה: תביעת השבה או תביעת פיצוי

נזכיר, שדינו של רב חסדא עוסק במי ש"גזל ולא נתיאשו הבעלים, ובא אחר ואכלו ממנו"⁴⁰⁵, ובעניין זה קובע רב חסדא את העיקרון "רצה מזה גובה רצה מזה גובה". בפוסקים נדונה השאלה מה עילת חיובו של ה"אוכל". לדברי רבים מן הפוסקים, דינו של האוכל כמי שגזל את הנכס מבעלי המקורי (שהרי מדובר לפני ייאוש⁴⁰⁶). ונדגיש, המונח "גזלן" אינו בא להטיל אשמה או פגם מוסרי על ה"אוכל"⁴⁰⁷, ואינו בא אלא לציין שדינו של ה"אוכל" עם בעל הנכס, ולא עם הגזלן הראשון. וכך לשון רש"י⁴⁰⁸:

⁴⁰³ בעניין זה ראינו שתי גישות: גישה מרחיבה, לפיה כל מניעה לגבות מאחד מאפשרת לניזוק לגבות את מלוא החיוב מהשני (ראה לעיל, ליד ציון הערה 275), וגישה מצמצמת, לפיה הניזוק רשאי לנהוג כך רק כשמעוול אחד נהנה מפטור בדיון המהותי (ראה לעיל, ליד ציון הערה 286).

⁴⁰⁴ ראה לעיל, הערות 218 (פסיקת דינו של רב חסדא), 250 (פסיקת דינו של רבי נתן), 359 (פסיקת מעוול עיקרי ומעוול משני).

⁴⁰⁵ לעיל, ליד ציון הערה 205.

⁴⁰⁶ ראה לעיל, הערה 206.

⁴⁰⁷ וכך, למשל, יש פוסקים הסבורים שדין "גזל... ובא אחר ואכלו" אמור גם כשהאוכל חסר אשמה כגון כשהגזלן האכיל את האוכל (ראה: **מגיד משנה**, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה ד; **מראה הפנים**, לעיל, הערה 207. והשווה: **המאור הגדול**, בבא קמא, דף לח ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה תנן; **שולחן ערוך**, לעיל, הערה 205; **ביאור הגר"א**, שם, ס"ק ט), או כשהוא לא ידע שהנכס גזול (ראה: **מחנה אפרים**, הלכות גזלה, סימן ז. והשווה: **חידושי הריטב"א**, כתובות לד ע"ב, ד"ה כסבורים; **שו"ת הרא"ש**, כלל צג, סעיף ב. וראה לעיל, הערה 207).

⁴⁰⁸ **רש"י**, חולין קלד ע"א, ד"ה רצה. וראה גם: **רש"י**, בבא קמא קיא ע"ב, ד"ה ברשותיה; בבא קמא קט"ו ע"א, ד"ה דרב חסדא. ראה גם **תוספות**, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא. וראה עוד פוסקים שמסכימים עם שיטת רש"י: **קריית ספר**, הלכות גניבה, פרק ו ("אבל מי שהגניבה בידו, אף על גב דלאו באיסורא אתא לידיה שלא גנבה הוא, אפילו הכי חייב להחזירה לבעליו, דאפילו מאי דאתא לידיה בהיתרא [=מה שהגיע לידו בהיתר] **הוי גזל בידיה**"); שם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה; **נתיבות המשפט**, חו"מ, סימן לד, ביאורים, ס"ק ה (מציין שזו שיטת התוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי); **דברי חיים** (אורחבך), הלכות גניבה וגזילה, סימן כד; **אור שמח**, הלכות גנבה, פרק ג, הלכה ב, ד"ה ולכאורה; **קהילות יעקב**, בבא קמא, סימן כב, אות ב (קהילות יעקב מטעים, שלא ייתכן לחייב את ה"אוכל" מדיון

דכיון דקודם יאוש אכלו זה האחרון, הוה ליה איהו גזלן עלייהו [=הרי הוא גזלן עליהם]⁴⁰⁹, דהא כל מקמי יאוש ברשותייהו דמרייהו קיימי כל היכא דאיתנהו [=שהרי לפני יאוש עדיין הנכסים ברשות בעליהם בכל מקום שהם].

לעיל⁴¹⁰ ראינו שלפי המשפט העברי, תרופת התובע בעולת הגזלה היא השבת הנכס הגזול **בעין**, ורק כאשר הנכס אינו קיים עוד, זכאי הוא לתבוע תשלום כספי **כתחליף לנכס**. לשון אחר, תביעה בגין גזלה היא תביעת **השבה**, בה מבקש התובע לממש את זכותו הקניינית בנכס (in rem), ואינה תביעת פיצוי. תביעה להשבת הנכס בעין לא ניתנת, כמובן, לחלוקה בין נתבעים שונים⁴¹¹. חידושו של רב חסדא שהוא הדין גם בתביעה להשבת תחליפו של הנכס (אף שהתחליף ניתן לחלוקה, שהרי מדובר בסכום כסף ולא בנכס בעין). ולכן, כאשר הנושה זכאי לתבוע תביעת השבה ממספר נתבעים, הוא זכאי לגבות את מלוא החוב מחייב אחד לפי בחירתו. כך הדין בתביעה נגד גזלן, בתביעה נגד שומר, ובתביעה להשבת משכון. בתביעת השבה יחול אפוא דינו של רב חסדא⁴¹².

לעומת זאת, בתביעה **לפיצוי**, בה אין התובע מבקש להשיב לידיו נכס שבעולתו, אלא מבקש לממש זכות אובליגטורית (in personam), אין צורך להטיל על כל נתבע את האחריות למלוא החיוב. במקרים אלו חל דינו של רבי נתן ועל הנושה לתבוע מכל חייב את חלקו היחסי בלבד. כך הדין בתביעת נזיקין, וכך הדין בתביעת שיפוי לפי תקנת השוק⁴¹³ וכיוצא באלו⁴¹⁴.

מזיק, ראה להלן, לד ציון הערה 423, שכן האכילה אינה גורמת כל נזק לבעל הנכס שכבר איבד את הנכס בשעת הגזלה.

⁴⁰⁹ ראה גם **חידושי הראב"ד**, בבא קמא, קיא ע"ב, ד"ה ורבא.

⁴¹⁰ ליד ציון הערה 205.

⁴¹¹ **תוספות**, חולין קלד ע"א, ד"ה דמר, קובעים כדבר המובן מאליהו שדינו של רב חסדא חל רק כאשר הנכס אינו קיים בעין, שכן אם הנכס קיים בעין, המחזיק בו חייב להשיבו לבעליו. והשווה: **מחנה אפרים** (לעיל, הערה 407, ד"ה וכבר); **אור שמח**, הלכות ביכורים, פרק ט, הלכה יד, לדעתם אם המעוול השני קנה את הנכס מן המעוול הראשון ושילם תמורתו, חל דינו של רב חסדא אף שהנכס בעין (וראה בהערות **ברכת משה** על מחנה אפרים, שם, ס"ק א).

⁴¹² לעיל, ליד ציון הערה 219, הבאנו את דברי הפוסקים לפיהם גם על פי דינו של רב חסדא הניזוק רשאי לתבוע מכל מעוול את חלקו. על פי מבחן סוג התביעה קשה לקבל פסיקה זו, שכן אם ההנחה היא שהתובע מבקש את השבת רכושו, לא סביר שהוא יתבע חלק מכל מעוול.

⁴¹³ על פי "תקנת השוק" של המשפט העברי, בעל נכס גנוב רשאי לתבוע ממי שרכש את הנכס בתמורה ובתום לב להשיב אותו בעין תמורת שיפוי הוצאותיו, ולאחר מכן הוא יכול לתבוע מן הגנב שיפצה אותו על הוצאותיו בשיפוי של הקונה (**משנה**, בבא קמא י, ג; בבא קמא קטו ע"א-ע"ב; **רמב"ם**, הלכות גניבה, פרק ה, הלכות י"א; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שנו). בתלמוד מובא המקרה הבא (בתרגום): "אדם מהעיר נרש גנב ספר, ומכרו לאדם מפפונאי בשמונים זוז. הפפונאי מכרו לאדם ממחוזא במאה ועשרים זוז... אמר רבא: בעל הספר ייתן למחוזאי מאה ועשרים זוז, ואז ייקח מן הפפונאי ארבעים ומן הגנב הנרשאי שמונים" (בבא קמא קטו ע"א; **רמב"ם**, הלכות גניבה, פרק ה, הלכה ט; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן שנו, סעיף י). מעשה זה עולה בקנה אחד עם מבחן סוג התביעה שהצגנו בטקסט, שכן אין מדובר בתביעה להשבה בעין אלא תביעת שיפוי, ולכן לא חל דינו של רב חסדא. על הנגזל לתבוע אפוא מכל מעוול את חלקו.

והשווה רבי אברהם בן רבי יצחק חי הכהן יצחקי, **משמרות כהונה**, בבא קמא קיא ע"ב, ד"ה גמי רצה, המבחין בין דינו של רב חסדא לבין מעשה הנרשאי כך: ללא תקנת השוק היה בעל הספר נוטל את ספרו מן המחוזאי **ללא תשלום**, המחוזאי היה נוטל את כל **המאה ועשרים** ששילם מן הפפונאי, וזה היה נוטל מן הגנב הנרשאי את **השמונים** ששילם

הסבר זה לפיו דינו של רב חסדא אמור רק בתביעת השבה, עולה מדברי רבי אליעזר ממיץ⁴¹⁵, וזה לשונו:

היה דן רא"ם, וכן הסכימו כל הגדולים, שכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא [כלומר, כל נכס שמוחזק בידי מי שאינו בעליו]... בכל מקום שהוא [הנכס] ברשות בעלים קאי [=עומד], ויכולין הבעלים להזמין לדין הגזלן השני או הנפקד השני, ואם הן שלישים או רביעים דין אחד להם. ולא מצי [=יכול (הנתבע)] למימר לבעלים: "לאו בעל דברים דידי את" ... ולא ישגה אדם לחלוק על זה⁴¹⁶.

אולם, מבחן זה אינו תואם את כל המקורות שסקרנו לעיל. למשל, תביעה לפיצוי על נזק שגרמה בהמה שנמסרה לשומר⁴¹⁷ או לשומר משנה⁴¹⁸ היא תביעת פיצוי, ובכל זאת לשיטת הראב"ד⁴¹⁹ הניזוק רשאי לתבוע את חובו מן הבעלים או מן השומר, על פי דינו של רב חסדא. נמצא, שמבחן סוג התביעה אינו תואם את כל השיטות⁴²⁰.

לו. כך, הגנב שילם שמונים והקונה ארבעים, ולגבי דרכי הגבייה של הלוקח המחוזאי העמידו את הדבר על דין תורה, ללא התחשבות בתקנת השוק.

⁴¹⁴ להבחנה זו הגיע גם השופט זוסמן, ראה ע"א 257/57 **ברנט נ' ברנט**, פ"ד יב 565, 578 ליד אותיות שולים ב-ג (1958): "יש להבחין, הבחן היטב, בין תביעה להשבת הגזילה בעין, הבאה לאכופי זכות קניינית, ובין תביעה לתשלום דמי נזק בעילת נזיקים (ex delictu) הבאה לפצות אדם, בממון, על נזק שנגרם לו".

⁴¹⁵ ראה **מרדכי**, בבא קמא, סימנים קמא-קמב. וראה גם **ים של שלמה**, בבא קמא, פרק עשירי, סימן א.

⁴¹⁶ לדעת הרא"ם עיקרון זה, לפיו בתביעת השבה חל דינו של רב חסדא, עולה גם משתי סוגיות נוספות: א) בבא מציעא לה ע"ב: "השוכר פרה מתבירו והשאלילה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר". והתלמוד שואל: "ונימא ליה [=ויאמר לו] משכיר לשוכר: דל אנת ודל שבועתך, ואנא משתעינא דינא בהדי שואל [=סלק עצמך ושבועתך, ואני אדון עם השואל]". ומכאן, שבעקרון רשאי המפקיד-הנושה לתבוע אחד משני השומרים לפי בחירתו. ב) בבא מציעא מב ע"ב: אדם ציווה יצרן שיכר להיכנס לביתו ולקחת משם כשות כדי להכין לו שיכר. עקב רשלנותם של היצרן ושל המזמין, יצרן השיכר נטל כשות ששייכת לאדם אחר והייתה מופקדת אצל המזמין. מדברי התלמוד עולה שבעל הכשות רשאי לתבוע את המזמין או את עושה השיכר, לפי בחירתו. והוא חותם: "וראיה נכונה אשר אין לפקפק בה".

מבחן סוג התביעה (השבה או פיצוי) עולה גם מדבריהם של פוסקים אחרים. ראה: **שו"ת מהרי"ל החדשות**, סימן קנה, ד"ה וכן מוכח (ולהכי נמי לא דמי [=אינה דומה תביעה לתשלום חוב מסים (הנדון באותה תשובה)] לגזל ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, וכן מה שפסקו הגאונים מכח ההיא דאדם יכול לגבות ממנו בכל מקום שימצאנו, דהיינו **דווקא גזל או פקדון משום דהוה בעיון**; **אור שמח**, לעיל, הערה 317; **שו"ת בית שערים**, יורה דעה, סימן יז (לדבריו, דינו של רב חסדא חל רק כאשר ה"אוכל" גזל תחילה את הנכס לעצמו, ואז הזיקו, שכן "אז נעשה הוא גזלן עליה **ומחויב בהשבה**, ולכן נגזל גובה ממנו". מסקנתו זו אמנם אינה הכרחית, וייתכן שהנגזל יוכל לתבוע תביעת השבה מן האוכל, גם אם אכל ברשות הגזלן הראשון, אך מדבריו נראה שדין "רצה מזה גובה" תלוי בסיווגה של התביעה **כתביעת השבה**).

⁴¹⁷ לעיל, ליד ציון הערה 232.

⁴¹⁸ לעיל, ליד ציון הערה 239.

⁴¹⁹ לעיל, ליד ציון הערה 244.

⁴²⁰ אמנם לא כן דעת הרמב"ם, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 239, ואפשר שכך סבור גם הרא"ם, אבל מה יאמר הראב"ד.

זאת ועוד, לעומת הפוסקים הסבורים שה"אוכל" נחשב גזלן⁴²¹, בעל "קצות החושן", רבי אריה לייב הכהן הלר⁴²² סבור שה"אוכל" אינו גזלן אלא **מזיק**⁴²³. נימוקו הוא, ש"גזלה" היא נטילת נכס מידי בעליו, ואילו מי שאוכל נכס הנמצא ביד הגזלן אינו נוטלו מידי בעליו, ואם כן אין להחשיבו כגזלן אלא כמזיק. המבחן שהבאנו לעיל, לפיו דינו של רב חסדא חל בתביעת השבה ולא בתביעת פיצוי (בה חל דינו של רבי נתן), אינו מתאים אפוא להסבר דינו של רב חסדא לפי שיטת קצות החושן, שכן לדבריו התביעה נגד ה"אוכל" היא תביעת פיצוי⁴²⁴.

עוד הנחנו לעיל⁴²⁵, שתביעה לתחליף השבה בעין דינה כתביעת השבה, והתובע מגזלן לשלם לו תמורת נכס שנגזל ואבד דינו כמי שתובע השבה. אולם, הנחה זו אינה מוסכמת על כל הפוסקים, ויש הרואים בתביעה לתחליף השבה כתביעת פיצוי⁴²⁶. נמצא שלפי דעות אלה גם משום כך מבחן סוג התביעה אין בו כדי להסביר את ההבחנה בין דינו של רב חסדא לדינו של רבי נתן.

אפשר שמבחן סוג התביעה אינו מקובל גם על הרמב"ם. בעניין חלוקת התשלומים בין מי שגנבו במשותף פוסק הרמב"ם⁴²⁷:

שותפין שגנבו כאחד [ואבד הרכוש הגנוב], משלשין [=מחלקים] ביניהן, וכל אחד מהן נמכר בחלקו מן הקרן.

הרמב"ם מחיל אפוא על מי שגנבו במשותף את דינו של רבי נתן. לוי היה הרמב"ם סבור שיש לקבל את מבחן סוג התביעה, והיה מגדיר תביעה להשבת תחליף הנכס הגנוב כתביעת השבה, היה עליו להחיל על הגנבים את דינו של רב חסדא, ולא את דינו של רבי נתן. ומכאן, שלדעת הרמב"ם מבחן סוג התביעה אינו המבחן הנכון. אולם אפשר, שהרמב"ם מקבל בעיקרון את מבחן סוג התביעה,

⁴²¹ ליד ציון הערה 406.

⁴²² **קצות החושן**, סימן לד, ס"ק ג. לדיון בדברי קצות החושן, ראה: **שו"ת שואל ומשיב**, מהדורה תניינא, חלק ד, סימן צד; **מנחת אברהם** (כהנא-שפירא), חלק א, סימן לו, פרק ב, אות א; **מנחת אשר** (וייס), ויקרא, סימן לו; **אמרי משה** (סוקולובסקי), סימן לב. וראה גם פוסקים נוספים שמסכימים עם שיטת קצות החושן: **חלקת יואב**, קבא דקשייטא, קושיא פג; **דבר אברהם** (כהנא-שפירא), חלק א, השמטות ומילואים, סימן כא, ד"ה שם אות כ"ו.

⁴²³ כך גם דעתו של רבי יעקב לורברבוים מליסא, **נתיבות המשפט**, חו"מ, סימן רצא, ביאורים, ס"ק כז. מתוך גישה זו הוא מגיע למסקנה שדינו של רב חסדא אינו חל בשומר נכס שמסר לשומר משנה והלה התרשל בשמירתו ("פשע") ואבד הנכס. לדבריו, אין להטיל חיוב נזיקי על שומר המשנה, שכן חיובי שומרים אינם חיובים נזיקיים, אלא יסודם בהסכם בין השומר למפקיד. הסכם כזה לא נערך בין שומר המשנה לבעל הנכס, אלא בין שומר המשנה לשומר הראשי, ועל כן אין לבעל הנכס עילת תביעה נגד שומר המשנה (בכך הוא חולק על הש"ך, לעיל, ליד ציון הערה 223). וראה גם **מחנה אפרים**, הלכות שומרים, סימן לג. לדיון במחלוקת הש"ך והנתיבות, ראה **אבני חושן**, חלק ג, סימן רצא, עמ' צב ואילך. ראה ברוך כהנא **שומרים**, חוק לישראל, ירושלים תשנ"ט, כרך א, עמ' 463 ואילך; כרך ב, עמ' 1232.

⁴²⁴ ולפי מבחן סוג התביעה, עליו לשלם לפי חלקו היחסי (על פי דינו של רבי נתן), ורק כאשר יש תביעת השבה נגד כל המעוולים יחד חל עליהם דינו של רב חסדא.

⁴²⁵ ליד ציון הערה 411.

⁴²⁶ ראה: **חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם**, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה א, ד"ה והנה ברמב"ם; **אבי עזרי** (שך), חלק ד, הלכות גזלה ואבדה, עמ' מד.

⁴²⁷ **רמב"ם**, הלכות גניבה, פרק ג, הלכה יז.

אבל אינו מיישם אותו על גנבים במשותף, משום שלדעתו תביעה להשבת תחליף הנכס אינה תביעת השבה אלא תביעת פיצוי⁴²⁸.

(2) מבחן השיתוף: עוולה משותפת או עוולות נפרדות

כפי שראינו, מבחן סוג התביעה מעורר לא מעט קשיים ואינו מתאים לכל השיטות. אכן, פוסקים אחרים⁴²⁹ מציעים מבחן אחר לתחולת דינו של רב חסדא "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה": כאשר הנזק נגרם כתוצאה מעוולה אחת המשותפת לכל המעוולים, נושא כל מעוול באחריות לחלקו היחסי (דינו של רבי נתן), ואילו כאשר הנזק נגרם מעוולות נפרדות, רשאי הניזוק לתבוע מכל אחד מן המעוולים את מלוא הנזק לפי בחירתו (דינו של רב חסדא)⁴³⁰. כדי להבחין בין עוולה משותפת לבין עוולות נפרדות, מציע ר' יעקב קנייבסקי⁴³¹ לבחון האם בית הדין יכול לנהל דיונים נפרדים בכל אחת מן העוולות, או שלצורך בירור העובדות הוא נאלץ לנהל דיון אחד משותף לכל המעוולים⁴³². וכך מסכם ומנמק הרב אברהם ארלנגר⁴³³:

החילוק מבואר: דהתם [=שם (בשור שדחף לבור)], המעשה נעשה ביחד משניהם, ולכל אחד יש שותף במעשה דידיה [=שלו]... אבל כאן כל אחד עשה מעשה שלם בפני עצמו, ואין סברה לפטור הגזלן מחמת שאחריו יש מזיק, דמעשה דידיה מחייבו בלי שום שותפים, והוא הדין למזיק, גם אם יש גזלן לפניו אין זה נוגע לו, דהוא עשה לבדו מעשה שלם. ופשוט.

כמו מבחן סוג התביעה שראינו לעיל⁴³⁴, גם מבחן השיתוף אינו מסביר את כל המקורות שסקרנו. כך, למשל, בתשובת הרא"ש⁴³⁵ ובתשובת חוות יאיר⁴³⁶ נדונים מקרים של שני גנבים שגנבו יחד

⁴²⁸ א. עוד אפשר, שהרמב"ם רואה תביעת תחליף השבה כתביעת השבה, ובכל זאת אין להוכיח מכאן שהוא דוחה את מבחן סוג התביעה, שכן ייתכן שלא פסק "משלשין ביניהן" אלא בגנב הנמכר בגנבתו (ואכן הוא מביא דין זה רק בעניין מכירת הגנב, ולא בהלכות הדנות בתשלומי הגנב), אבל בעניין תשלומי תחליף הנכס הגנוב מודה הרמב"ם שבעל הנכס יכול לתבוע מכל גנב את מלוא החיוב, כדינו של רב חסדא. ההבחנה בין השניים יכולה להיות, שגנב ששילם את מלוא החיוב יוכל לאחר מכן לתבוע השתתפות משותפיו לעוולה, מה שאין כן אם הגנב נמכר לעבד שלא יוכל לקבל החזר משותפיו. ועוד סיבה להבחנה: מכירת הגנב היא עונש, ואין אדם נענש יותר מחלקו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 331).

ב. בדברינו הנחנו שכל אחד מן הגנבים נחשב כגונב את כל הנכס, כפי שעולה מדברי הרא"ש, לעיל, ליד ציון הערה 226. אולם, רבי אלחנן ווסרמן, קובץ שיעורים, בבא קמא, אות עה, סבור, שלדעת הרמב"ם כל גנב נחשב כגונב רק את חלקו היחסי (כך עולה גם מדברי אבי עזרי, לעיל, הערה 426). לדבריו, גנבים שגנבו יחד אינם "חבים בחיוב אחד", ואם כן הלכה זו אינה נוגעת לענייננו.

⁴²⁹ ראה: שערי יושר, לעיל, הערה 296; קהילות יעקב, בבא קמא, סימן יז, ד"ה וצריך לעיין; רשימות שיעורים, לעיל הערה 268, אות ב; ברכת אברהם, לעיל, הערה 297, אות ה; שם, בבא קמא קיא ע"ב, ד"ה רצה.

⁴³⁰ ויש להדגיש, ההבחנה בין עוולה משותפת לבין עוולות נפרדות אינה מקבילה לשאלה שראינו לעיל בדינו של רבי נתן (לעיל, ליד ציון הערה 257), אם כל מעוול אחראי על חלקו או שכל אחד אחראי על מלוא הנזק. ספקו של התלמוד בשאלה זו מתייחס דווקא למקרים של עוולה משותפת.

⁴³¹ קהילות יעקב, לעיל, הערה 429.

⁴³² למשל: לצורך בירור העובדות בעניינו של שור שדחף שור אחר לבור, בית הדין לא יכול לדון במעשיהם של השור או הבור בנפרד, ולכן מקרה זה נחשב כעוולה משותפת.

⁴³³ ברכת אברהם, בבא קמא קיא ע"ב, ד"ה רצה.

⁴³⁴ לעיל, ליד ציון הערה 408.

⁴³⁵ לעיל, ליד ציון הערה 226.

⁴³⁶ לעיל, הערה 399.

חפץ אחד, ועל אף שמדובר בעוולה משותפת, שכן בית הדין אינו יכול לדון במעשהו של גנב אחד בלא לדון במעשהו שותפו, ובכל זאת נקבע שהדין הוא "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה".

(3) מבחן משולב

כפי שראינו, שני המבחנים שהצענו עד כה לתחולת דיניהם של רב חסדא ורבי נתן אינם מספקים הסבר לכל המקרים בהם דנו הפוסקים. לכן, נראה להציע מבחן נוסף, המשלב את שני המבחנים הקודמים (מבחן סוג התביעה ומבחן השיתוף). על פי המבחן המשולב, ככלל רשאי הניזוק לתבוע את מלוא תביעתו מאחד המעוולים לפי בחירתו, כדינו של רב חסדא, אלא אם כן מתקיימים שני התנאים **המצטברים** הבאים, שאז הוא רשאי לתבוע מכל מעוול את חלקו היחסי בלבד:

(א) התביעה היא תביעה לפיצוי ולא תביעה להשבה.

(ב) העוולות משותפות, ובית הדין אינו יכול לנהל דיון נפרד על חלקו של כל מעוול.

לדוגמה: לפי הפוסקים הסבורים שתביעה נגד גנבים או גזלנים שגנבו יחד שעניינה תשלום תחליף הנכס היא תביעת **השבה**, רשאי הנגזל לתבוע את מלוא החיוב מכל אחד מן הגזלנים⁴³⁷, אף אם העוולה משותפת. כך גם אם אחד גזל ואחר גרם נזק לנכס (דינו של רב חסדא)⁴³⁸, רשאי בעל הנכס לתבוע את מלוא החיוב מכל אחד מהם, אף אם התביעה נגד המזיק היא תביעת פיצוי, שכן העוולה אינה משותפת. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם⁴³⁹, בתביעה נגד גנבים שגנבו יחד רשאי בעל הנכס לתבוע מכל גנב את חלקו היחסי בלבד, שכן ייתכן שלדעתו תביעה לתשלום תחליף הנכס היא תביעת פיצוי⁴⁴⁰, והעוולה משותפת. וכך גם תביעה נגד שניים שהלשינו יחד, התביעה היא תביעה לפיצוי, ולדעת מהר"ם מרוטנבורג⁴⁴¹ הניזוק אינו זכאי לגבות ממלשין אחד את מלוא הפיצוי⁴⁴².

מובן הדבר, שביחס לתביעת השבה אין צורך שהיא תתנהל נגד כל המעוולים, שכן הניזוק תובע את השבת הנכס באשר הוא שם. אין מקום אפוא להכביד על הניזוק ולא לצרף לתביעה את כל המעוולים, זאת אף אם העוולה משותפת⁴⁴³.

(5) ריבוי מעוולים: סיכום

המשפט הישראלי מחיל באופן גורף את הסדר "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" על כל סוגי המעוולים יחד. למשפט העברי עמדה יותר מורכבת. הסדר "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" חל במקרים רבים של מעוולים יחד. אולם, כאשר התביעה אינה תביעה להשבת נכס בעין, והעוולות אינן עוולות נפרדות (כלומר, לא ניתן לנהל הליך משפטי על כל עוולה בנפרד), על הניזוק לתבוע

⁴³⁷ וכך גם בתביעת בעל נכס להשיב לו פיקדון או משכון, ראה לעיל, ליד ציון הערה 220.

⁴³⁸ לעיל, ליד ציון הערה 205.

⁴³⁹ לעיל, ליד ציון הערה 427.

⁴⁴⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 428.

⁴⁴¹ לעיל, ליד ציון הערה 292. וראה גם **הגהות מיימוניות**, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג.

⁴⁴² וראה גם **רמ"א**, לעיל, ליד ציון הערה 266.

⁴⁴³ מה עוד שיייתכן שבמקרה זה המעוול שהשיב את הנכס או תחליפו לניזוק אינו זכאי להשתתפות מן המעוולים האחרים, ראה להלן, פפפ.

מכל מעוול את חלקו היחסי. עם זאת, וכדי להגן על הניזוק מפני כך שלא יוכל לגבות את מלוא הפיצוי, נקבע שכאשר אי אפשר לגבות מאחד מן המעוולים, ישלמו המעוולים האחרים את חלקו. לדעת כמה מן הפוסקים האפשרות לגבות במקרים אלו את מלוא הפיצוי ממעוול אחד היא בכל מקרה שמעול אחד אינו משלם את חלקו, ולדעתם של פוסקים אחרים אפשרות זו קיימת רק כאשר המניעה לגבות נובעת מפטור שבדין המהותי; כאשר הפטור נובע ממחסום דיוני או כאשר לאחד המעוולים אין יכולת תשלום או שהוא מתחמק מתשלום, הניזוק הוא שיישא בהפסד. בתלמוד ובפוסקים מובאים מקרים בהם מעוול אחד הוא מעוול עיקרי, ובהם נקבע שעל הניזוק לגבות את הפיצוי מן ממנו, ורק אם הלה אינו משלם מכל סיבה שהיא רשאי הניזוק לגבות מן המעוול המשני.

4. גביית חוב מירשים ומלקוחות – סקירת המקורות

א. מבוא

עד כה עסקנו בחייבים רצוניים, כגון לוויים וערבים, שהתחייבו יחד, ובמעוולים שגרמו יחד לנזק. ראינו את המקרים השונים בהם דנו התלמודים והפוסקים, וההסדרים שנקבעו בכל אחד מהם. בדברים שלהלן נעסוק בחייבים שחיובם אינו חיוב אישי אלא חיוב הנובע מן ההחזקה במקרקעין⁴⁴⁴.

התלמוד והפוסקים דנים בעניינם של יורשים שנתבעים לפרוע את חובותיו של מורישם, ובעניינם של כמה לקוחות שקנו מקרקעין המשועבדים לחוב שנתבעים לפרוע את חובותיו של המוכר. השאלה העולה היא האם על הנושה לתבוע מכל יורש או לקוח את חלקו היחסי בחיוב, או שמא הוא זכאי לתבוע מאחד מהם את מלוא החיוב⁴⁴⁵.

לשם הבהרת העניין, נציין בקצרה את כללי גביית חוב מירשים ומלקוחות⁴⁴⁶.

לפי המשפט העברי, נושה זכאי לתבוע פירעון חוב ממקרקעין של חייב, אם זה אינו פורע את חובו בכסף או במיטלטלין. טיב המקרקעין נקבע לפי סוג החיוב, וכפי שאומרת המשנה⁴⁴⁷:

הניזקין שמין להם בעידית, ובעל חוב בבינונית, וכתובת אשה בזיבורית.

זאת ועוד, עם יצירת החיוב יש וחל על המקרקעין של החייב שעבוד, ולנושה זכות מעין קניינית במקרקעין של החייב המאפשרת לו לגבות מן המקרקעין אף אם החייב מכר אותם (גבייה

⁴⁴⁴ ראה להלן, ליד ציון הערה 584.

⁴⁴⁵ נציין, שבמשפט הרומי הכלל היה שניתן לתבוע מכל יורש רק את חלק החוב באופן יחסי לחלקו בירושה. הסדר זה נקבע כדי לא לגרום ליורשים לסרב לקבל את הירושה (על פי הדין הרומי יורש יכול לסרב לקבל את הירושה) אם החוק יאפשר לנושה לתבוע מכל אחד מהם לפרוע את מלוא החיוב. ראה William A. Hunter, A SYSTEMATIC AND HISTORICAL EXPOSITION OF ROMAN LAW IN THE ORDER OF A CODE, 4th edition, London 1903, p. 553.

⁴⁴⁶ ראה באריכות טור ושולחן ערוך, חו"מ, סימנים קז-קטז.

⁴⁴⁷ משנה, גיטין ה, א.

ממשועבדים). כך הדין בהתקיים התנאים המצטברים הבאים : א) המקרקעין היו בבעלות החייב בשעת יצירת החיוב⁴⁴⁸; ב) החיוב נעשה בשטר⁴⁴⁹; ג) בשעת הגבייה, אין לחייב נכסים אחרים⁴⁵⁰.

גבייה מן היורשים דומה בעקרון לגבייה מן הלקוחות. חיובו האישי של המוריש אמנם אינו חל על היורשים, אך אלו ירשו מקרקעין שמשועבדים לנושה וניתן אם כן לגבות מן המקרקעין⁴⁵¹ שירשו כדרך שגובים מנכסים משועבדים הנמצאים אצל לקוחות⁴⁵².

דיונו עוסק אפוא במקרקעין שנמצאים אצל יורשים או לקוחות, והשאלה היא האם על הנושה לגבות מכל מחזיק את חלקו היחסי או שמא הוא רשאי לגבות את מלוא החיוב ממחזיק אחד. וכך הם צדדי הספק: מחד גיסא, תביעת חוב כספי מיורשים ומלקוחות אינה תביעה להשבת נכס בעין; אדרבה, מלווה אינו זכאי לתבוע מן הלווה להשיב לו את מטבעותיו כפרעון⁴⁵³ (ואין צריך לומר שכך הדין בנושים שאינם מלווים, כגון ניזוקים), ויש מקום לומר שהנושה יוכל לגבות מכל חייב רק את חלקו היחסי, כפי שהבאנו לעיל⁴⁵⁴. מאידך גיסא, הנושה תובע נכס שיש לו בו זכות מעין קניינית (שעבוד), ויש מקום לומר שהוא זכאי לתבוע את הנכס מכל מי שמחזיק בו. כפי שנראה להלן, התלבטות זו מביאה למחלוקת בין הפוסקים: יש הסבורים שהכלל הוא שהנושה חייב לתבוע מכל חייב את חלקו היחסי (וכך נפסקה ההלכה), ויש הסבורים שהכלל הוא "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה".

נציג תחילה את הדעה שנתקבלה להלכה, ולפיה הכלל הוא גבייה לפי החלק היחסי ורק במקרים חריגים חל הכלל "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", ולאחר מכן נציג את הדעה השנייה.

⁴⁴⁸ בבא בתרא מד ע"ב; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק יח, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיב, סעיף א. אמנם, ניתן בהסכם ההלוואה לשעבד גם מקרקעין שהלווה רוכש לאחר ההלוואה (שעבוד "דאיקני"), ראה שולחן ערוך, שם, ובנושאי הכלים.

⁴⁴⁹ משנה, בבא בתרא י, ח: "המלוה את חבירו בשטר - גובה מנכסים משועבדים; על ידי עדים - גובה מנכסים בני חורין".

⁴⁵⁰ משנה, גיטין ה, ב: "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין, ואפילו הן [=בני החורין] זיבורית".

⁴⁵¹ נציין, שלפי המשפט העברי לא ניתן לתבוע מיורשים לפרוע את חובותיו של המוריש, אלא אם כן יש בעיזבון מקרקעין (ראה פסחים לא ע"א: "מטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי"), אם כי "מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן" אף אם העיזבון כולל רק מיטלטלין (כתובות צא ע"ב; בבא בתרא קנז ע"א; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק יא, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קז, סעיף א). אולם, מתקנת הגאונים ניתן לתבוע יתומים לפרוע את חובות המוריש אף אם אין בעיזבון אלא מיטלטלין (שולחן ערוך, שם).

⁴⁵² לעניין גבייה ממקרקעין של יורשים אין צורך בתנאים שראינו לעיל, ליד ציון הערות 448, 449, שכן תנאים אלו עניינם הגנה על לקוחות שעלולים לקנות בטעות מקרקעין משועבדים. יורשים אינם ראויים להגנות אלו, שכן הם יורשים בעל כורחם ואינם מוציאים כסף על רכישת המקרקעין.

⁴⁵³ שהרי כלל ידוע הוא ש"מלוה להוצאה ניתנה", כלומר שהלווה רוכש זכויות בעלות על כספי ההלוואה. ראה לדוגמה: קידושין מז ע"א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ה, הלכה יג; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כח, סעיף ז. לרוב הפוסקים, דין זה חל אף אם מעות ההלוואה עדיין קיימות בעין (ראה אבני מילואים, שם, ס"ק יח).

⁴⁵⁴ ליד ציון הערה 412. אולם ראה הסתייגותנו, לעיל, ליד ציון הערה 437.

ב. הכלל: גבייה לפי החלק היחסי

התלמוד⁴⁵⁵ דן באחים שחלקו את ירושת אביהם, ובעל חובו של האב גבה את כל חובו מחלקו של אחד מהם. וזה לשון התלמוד:

האחים שחלקו, ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן, רב אמר: בטלה מחלוקת, ושמואל אמר: ויתר [=הפסיד], ורב אסי אמר: נוטל רביע בקרקע ורביע במעות.

הדיון בתלמוד מתמקד בשאלה האם כאשר נושה גבה את חובו מחלקו של אחד מן היורשים יש לחלק את העיזבון מחדש (דעת רב), או שהיורש ממנו גבה הנושה מפסיד (דעת שמואל), או שהחלוקה בעינה עומדת אך היורש שממנו גבה הנושה את חובו זכאי לשיפוי משאר היורשים (דעת רב אסי). דיון זה עיקרו בענייני ירושה, ואינו נוגע לעניינינו. אולם, פרשני התלמוד מעוררים את השאלה כיצד אירע שהנושה נפרע מתוך חלקו של אחד מהם, ולא נפרע מכל היורשים לפי חלקם היחסי בחוב. התוספות⁴⁵⁶ מסבירים שאכן בעיקרון על הנושה לגבות מכל אחד מן היורשים לפי חלקו היחסי, אך "מיירי הכא [=מדובר כאן] שעשאו אפותיקי". כלומר, מדובר במקרה מיוחד שבו בהסכם ההלוואה נקבע שהנושה רשאי לגבות אך ורק מקרקע זו⁴⁵⁷. אפשרויות אחרות מעין זו הן: שהדרישה מן הנושה לתבוע את פירעון החוב מכל היורשים לפי חלקם היחסי אינה סבירה, כפי שנוקט הרא"ש⁴⁵⁸ (כגון שהחוב עולה רק כדי שדה אחת, ולא סביר לדרוש מהנושה לגבות מכל יורש חלק של שדה⁴⁵⁹, או שאחת הקרקעות במקום רחוק); או שרק אחת מן הקרקעות היא בינונית⁴⁶⁰.

הרא"ש⁴⁶¹ מביא את דברי רב יהודאי גאון שמשמע מהם שדין גבייה מלקוחות כדין גבייה מיורשים⁴⁶², והנושה חייב לגבות מכל לקוח את חלקו היחסי כל עוד אין בכך הכבדת יתר עליו, וזה לשונו:

⁴⁵⁵ בבא קמא ט ע"א.

⁴⁵⁶ תוספות, שם, ד"ה וטרף; תוספות, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה ובא.

⁴⁵⁷ מובן, שאין זה מונע ממנו לגבות ממקרקעין אחרים אם המקרקעין האפותיקי ניזוקו.

⁴⁵⁸ ראה: רא"ש, בבא קמא, פרק א, סימן ו; שו"ת הרא"ש, כלל עט, סימן ז (בתשובה זו קובע הרא"ש שדין זה חל גם על גביית חובות מן יטלטלין שבעיזבון: "וכן אם בא לגבות מעות, או שאר מטלטלין, יגבה מכל אחד חלקו"); סמ"ע, חו"מ, סימן קעה, ס"ק ה; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק ג. הרא"ש מוסיף שהחידוש בדברי התלמוד בעניין בכור הוא, שהבכור פורע פי שניים מאחיו למרות שהתורה כינתה את חלק הבכורה "מתנה" (ראה בבא בתרא קכד ע"א: "ליתת לו פי שנים" (דברים כא, יז), מתנה קרייה רחמנא'), והיה מקום לחשוב שמפאת כך הבכור אינו חייב לשאת בחלק כפול גם בחיובי אביו.

⁴⁵⁹ ובלשון הרא"ש: "ויבלבד שיהא פרעון יפה וטוב".

⁴⁶⁰ מובא על ידי הרמב"ן והרשב"א שלא בהסכמה, ראה: חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה הכי גריס; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה ואיכא.

⁴⁶¹ לעיל, הערה 458.

⁴⁶² הלכות פסוקות, סלימאן ששון מהדיר, ירושלים תשי"א, עמ' נו (ראה בהערת המהדיר, אות כ, שמציין שמקורה של ההשוואה בין יורשים ללקוחות הוא בדברי שמואל בסוגיה: "יורשים כלקוחות". על דבריו יש להעיר שדברי שמואל משמעותם שהיורשים החולקים את נכסי העיזבון נחשבים כלקוחות הקונים זה מזה, ואין כוונתו להשוות דין גבייה מיורשים לדין גבייה מלקוחות). וראה גם ספר המקח והממכר לרב האי גאון, וינה תק"ס, שער כז, אות ח.

שני לקוחות שלקחו **שתי שדות** בבת אחת, ובא בעל חוב לגבות, רצה לגבות משניהם – גובה; מאחד מהן - גובה.

דומה, שהרא"ש⁴⁶³ מדייק מדברי רב יהודאי גאון שנושה רשאי לגבות ממי שירצה דווקא כשהלקוחות קנו "שתי שדות"⁴⁶⁴, כל לקוח שדה אחת, ורק כך אין זה סביר לדרוש מן הנושה לגבות מכל לקוח חצי שדה. אבל אם כל לקוח קנה יותר משדה אחת והחוב עולה כדי שתי שדות, כך שבכל מקרה הנושה יגבה שתי שדות נפרדות, על הנושה לגבות מכל אחד את חלקו היחסי⁴⁶⁵. התוספות מביאים ראייה לשיטתם, שבעיקרון הנושה חייב לגבות מכל יורש את חלקו היחסי, מברייתא המובאת בתלמוד⁴⁶⁶.

יצא עליהן [=על היורשים] שטר חוב, בכור נותן פי שנים.

הווה אומר, מכיוון שלבכור חלק כפול בירושה משל כל אחד מן היורשים האחרים, עליו לשאת בחלק כפול בפירעון חובותיו של אביו. ומכאן ניתן להסיק כאמור שעל הנושה לגבות מכל יורש את חלקו היחסי.

לעומת זאת, לדעת הרמב"ן יש לפרש את סוגית התלמוד בעניין נושה שגבה מיורשים⁴⁶⁷ כפשוטה, ולמעט מקרים מיוחדים, הכלל הוא שהנושה "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"⁴⁶⁸. ובלשונו:

ומשמע שאם נטל [יורש אחד] בינונית ויש לאחיו בינונית דכוותה [=שכמותה] ואתא [=ובא] עליה בעל חוב, **רצה מזה גובה רצה מזה גובה**.

⁴⁶³ הרא"ש, לעיל, הערה 458, מצטט את דברי רב יהודאי גאון כסיוע לשיטתו בעניין גביית חוב מיורשים.

⁴⁶⁴ דומה ש"שדה אחת" היא יחידת קרקע אחת רציפה, ללא קשר לגודלה, ואילו "שתי שדות" הן שתי יחידות קרקע נפרדות (ראה: **חבל יוסף – אולם המשפט**, חו"מ, סימן קז, ד"ה סמ"ע; **מאמר מרדכי** (לנדאו), חצור הגלילית תשס"א, בבא קמא, סימן נד, ד"ה פשטות). אולם השווה **סמ"ע**, סימן קז, ס"ק כ (מובא גם ב**פפולא חריפתא**, בבא קמא, על הרא"ש, בבא קמא, סימן ו, ס"ק ס), ש"שדה אחת" היא שדה שלא ניתן לחלק אותה חלוקה פיזית, כפי שנקבע בדיני פירוק שיתוף (ראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קעא, סעיף א). לפי דבריו, כאשר הלקוחות קנו שתי שדות, הבררה ביד הנושה לגבות שדה אחת או **לכפות שותפות** על שני הלקוחות. וראה גם: **אורים ותומים**, סימן קלב, תומים, ס"ק ב; **אוצר המשפט** (וילחלם), סימן קז, סעיף ז, ליד ציון הערה 269.

⁴⁶⁵ כך גם מפרש ה**טור**, חו"מ, סימן קיא, דין זה, אלא שהוא מביאו בשם רב האי גאון: "כתב רב האי, שגובה מאיזה מהם שירצה, ואינו צריך ליקח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה" (**רבנו ירוחם**, מישרים, נתיב ו, חלק ח, מביא דין זה בשם רב יהודאי ורב האי). לפי פרשנות זו בדברי רב יהודאי גאון ניתן להבין את הסתמכותו של הרא"ש על דבריו, כדי לבסס את שיטתו שלו בעניין גביית חוב מיורשים.

⁴⁶⁶ בבא בתרא קכד ע"א.

⁴⁶⁷ לעיל, ליד ציון הערה 455.

⁴⁶⁸ **חידושי הרמב"ן**, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה הכי גריס. וראה גם נחום רקובר, "שניים שקיבלו ביחד פיקדון לשמירה", **שערי צדק** ד (תשס"ג), עמ' 162, בעמ' 185-186. נציין, שכך הבינו את הרמב"ן הרבה מן הפוסקים, ראה לדוגמה: **מגיד משנה**, הלכות נחלות, פרק י, הלכה א; **קצות החושן**, סימן קז, ס"ק ט. אולם, יש מן הפוסקים הסבורים שדעת הרמב"ן כדעת התוספות, ולא אמר הרמב"ן ש"רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" אלא כאשר היורשים ירשו שתי שדות, אך אם ירשו ארבע שדות (והחוב עולה כדי שתי שדות), על הנושה לגבות מכל יורש את חלקו. ראה: **שו"ת מהרי"ט**, חלק ב, סימן ט, ד"ה והא; **אורים ותומים**, לעיל, הערה 464. וראה עוד **שערי עוזיאל**, חלק ב, משפטי יתום ואלמנה, ירושלים תשנ"א, שער לג, פרק ב, סעיפים א-ג, ובהערה א.

הרמב"ן מביא ראיה לגישתו מן התלמוד הירושלמי⁴⁶⁹. התלמוד הירושלמי מצטט את דינו של האמורא הבבלי שמואל בעניין שני שטרי מכר על אותה שדה, ובשניהם תאריך זהה אך לקוח שונה, ולא ניתן להכריע (עובדתית) איזה לקוח עדיף. לדעת שמואל, במקרה זה הדין הוא "שודא דדייני"⁴⁷⁰, כלומר הדיינים רשאים לפסוק כראות עיניהם⁴⁷¹. התלמוד הירושלמי משווה דין זה ("שני שטרות היוצאים על שדה אחת") לדין "שטר אחד היוצא על שני שדות" (כלומר תביעה נגד מוריש שנכסיו חולקו בין היורשים), וקובע שגם שם הדין "שודא דדייני". ומפרש הרמב"ן:

ומסתברא, תבע הוא [הנושה] את שניהם - שודא דדייני; תבע הוא אחד מהם גובה הימנו, רצה מזה גובה רצה מזה גובה, שאין בית דין תובעין את השני מעצמן לעשות בו שודא⁴⁷².

הוזה אומר, אם הנושה הגיש בקשה לבית הדין להכריע מי מן היורשים יפרע את החוב, רשאי בית הדין לתת פסק כנגד אחד מן היורשים בלבד, ולפי שיקול דעתו ("שודא דדייני")⁴⁷³. אך הנושה רשאי להחליט בעצמו כנגד מי מן היורשים להגיש את תביעתו, ובית הדין אינו מתערב בשיקול דעתו⁴⁷⁴. לשון אחר, דין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" מקביל לדין "שודא דדייני", אלא שהראשון מתייחס לפעולתו של התובע, והשני מתייחס לפעולתו של בית הדין.

תלמידי הרמב"ן הסכימו לדעתו של רבם, אך נימקו אותה בנימוקים אחרים. לדעת רבי שמואל הסרדי, בעל התרומות, הנימוק לשיטת הרמב"ן הוא שהנושה תובע את חלקו מן ה**עיצבון**, וכל אחד

⁴⁶⁹ **ירושלמי**, כתובות, פרק י, הלכה ד. וראה גם שם, הלכה ה, ובפירוש פני משה.

⁴⁷⁰ בתלמוד, כתובות צד ע"א, מובאת גם דעתו של האמורא רב, הסבור שבמקרה זה יחלקו את הנכס בין בעלי השטרות. ההלכה נפסקה כשמואל (בהתאם לכלל: "הלכה כשמואל בדיני [ממונות]", בכורות מט ע"ב). ראה: **רמב"ם**, הלכות זכיה ומתנה, פרק ה, הלכה ו; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן רמ, סעיף ג.

⁴⁷¹ יש מן הפוסקים שמפרשים שהכוונה היא שהדיינים חייבים לפסוק על פי אומדן (רש"י, כתובות פה ע"ב, ד"ה שודא), ויש מן הפוסקים שמפרשים שלדיינים שיקול דעת מוחלט, ללא צורך באומדן או היגיון (**תוספות**, שם, ד"ה שודא).

⁴⁷² ראה **ספר התרומות**, שער נה, חלק ג, אות ג, שיש מן הפוסקים שמצמצמים את האפשרות לגבות את מלוא החוב מאחד מן היורשים רק למקרה שהיורשים אינם נמצאים במקום. אבל כאשר כולם נמצאים, הנושה חייב לגבות מכל יורש לפי חלקו היחסי.

⁴⁷³ יש מן הפוסקים שמצמצמים את דין "שודא דדייני" שנקבע בעניין שני שטרות היוצאים ביום אחד, רק לשטרי מכר או מתנה, שכן השאלה המשפטית בה נדרש בית הדין להכריע היא של מי הזכות הקניינית, וזכות קניינית יכולה להיות רק אחת. לעומת זאת, בשטרי הלוואה וכיוצא בהם היוצאים ביום אחד, שמדובר בזכויות אובליגטוריות שיכולות לחול לטובת כמה נושים (ואף אם זכויותיהם סותרות זו לזו), הכל מודים שהמוטבים יחלקו את הזכות ביניהם, כדעתו של רב, ראה לעיל, הערה 470. ראה: **רי"ף**, כתובות, פרק עשירי, נג ע"ב בדפי הרי"ף; **תוספות**, שם, צד ע"א, ד"ה שני; **רא"ש**, שם, פרק י, סימן יג. והשווה: **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק כ, הלכה ג; **חידושי הרמב"ן**, שם, דף צד ע"א, ד"ה ופי' שני שטרות; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קד, סעיף ח, שפוסקים על סמך הירושלמי, לעיל, הערה 469, שדין "שודא דדייני" חל גם על שטרי הלוואה היוצאים ביום אחד. מכאן מסיק **קצות החושן**, לעיל, הערה 468, שלדעת הרמב"ן אם התובע יתבע את כל היורשים יחד, על אף שמדובר בתביעת זכות אובליגטורית, בית הדין יכריע על פי "שודא דדייני" ויוכל אפוא להטיל את החובה לשלם את מלוא החוב על אחד היורשים, שכן מחמת הכלל "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", לתובע זכות מלאה כלפי כל אחד מן היורשים. הנמקה זו של קצות החושן תמוהה, שכן הרמב"ן מסיק את דינו שהבררה ביד הנושה "רצה מזה גובה רצה מזה גובה" מתוך דין "שודא דדייני" שנאמר בירושלמי לעניין הכרעת בית הדין, ואילו קצות החושן מייחס לו עמדה הפוכה, לפיה יש להסיק את דין הכרעת הדין בבית הדין על פי "שודא דדייני" מדין "רצה מזה גובה רצה מזה גובה" שנאמר לעניין זכות הגבייה של הנושה.

⁴⁷⁴ וראה **רי"ן**, כתובות נד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מאי תקנתיה, שכך הדין גם בגבייה מלקוחות.

מן היורשים מייצג את העיזבון כולו⁴⁷⁵. לשון אחר, הנושה מבקש לגבות את חובו מן העיזבון, והחלוקה הפנימית בין היורשים אינה מעניינתו. ובלשונו⁴⁷⁶:

דהא כולהו [=כל היורשים] במקום לוח קיימי [=עומדים], ולא מצו מדחי ליה [=ואף יורש אינו יכול לדחות את המלווה], **דכחד גופא דמו לגבי דידיה** [=שמבחינתו הם כגוף אחד]⁴⁷⁷.

הרשב"א⁴⁷⁸ מנמק אחרת את דינו של הרמב"ן. לדבריו, גבייה ממקרקעין כמוה כגבייה מערב, וכדברי התלמוד⁴⁷⁹: "ניכסוהי דְּבַר איניש אינון ערבין ביה [=נכסיו של אדם, הם ערבים לו]". וכשם שאם הלווה העמיד לנושה ערבים רבים זכאי הנושה לתבוע את מלוא החיוב מכל אחד מהם לפי בחירתו⁴⁸⁰, כך גם בגבייה ממקרקעין משועבדים זכאי הנושה לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מן המחזיקים במקרקעין לפי בחירתו⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ על עקרון הייצוג ראה פרידמן וכהן, לעיל, הערה 8.

⁴⁷⁶ **ספר התרומות**, שער נה, חלק ג, אות א.

⁴⁷⁷ ונראה שכך נוקט גם **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן קלב, הגהות בית יוסף, ס"ק ב: "ויראה לי שסובר הרמב"ן ז"ל דלא דמי אחין שחלקו לשנים שלוו או שנים שעברו: דשנים שלוו או שעברו **הם שני כחות**, דמעיקרא לא נתחייבו אלא כל אחד חלקו, ולא נשתעבד לו נכסי של זה לבעל חוב כל שיש לחבירו לפרוע חלקו. אבל באחין שחלקו **שבאין מכח אחד**, מכח אביהם שנשתעבד לבעל חוב, גם בניו הבאים אחריהו ככח אחד נינהו [=הם] לגבי בעל חוב, וגובה מאיזה שירצה, דכל נכסים אלו מהג' אחין נשתעבדו לבעל חוב מכח אביהם".

⁴⁷⁸ **חידושי הרשב"א**, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה ואיכא. וראה **מגיד משנה**, הלכות נחלות, פרק י, הלכה א, שמביא את דעת הרמב"ן והרשב"א ומסיים: "וכן עיקר".

⁴⁷⁹ ראה: בבא בתרא קעד ע"א; בכורות מח ע"א.

⁴⁸⁰ ראה דיונו לעיל, ליד ציון הערה 112, שלדעת הרשב"א ההיגיון מחייב שנושה רשאי לגבות מכל ערב את מלוא החוב, שכן מטרת הערבות המשותפת להבטיח את סיכונו של המלווה, ולא לחלק את האחריות בין הערבים.

⁴⁸¹ א. יש להעיר שבעוד שכאן לומד הרשב"א את דין היורשים מדין ערבים, במקום אחר בחידושו, ראה **חידושי הרשב"א**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה ובתוספתא, הוא נוקט להפך ולומד את דין ערבים מדין יורשים, ונקודת המוצא השונה בדבריו צריכה תלמוד (הרשב"א מציין שם שניתן אמנם לפרש את סוגיית האחים שחלקו כדרך שפירשו התוספות, לעיל, ליד ציון הערה 456, שמדובר שהלווה עשה את הקרקע אפותיקי, וכך להגיע למסקנה שגם בערבים גובה הנושה מכל אחד מהם רק את חלקו היחסי, אך הרשב"א דוחה פירוש זה משום שלדעתו הוא פירוש דחוק). וראה גם: **חידושי הר"ן**, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה ויש שלמדו מכאן; **חידושי הריטב"א**, בבא בתרא קז ע"א, ד"ה גירסת רבינו שמואל (ראה להלן, הערה 503); **מגיד משנה**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה י, שגם הם הציגו את סוגייתנו כראייה לדין גבייה מערבים (אם כי הריטב"א מסתייג מהבאת ראייה לדין גבייה מערבים מסוגיית האחים שחלקו, שכן ניתן לפרשה כשיטת התוספות).

ב. יש לציין שפוסקים אחרים אינם מסכימים לדעת הרשב"א בעניין הקשר שבין גבייה מיורשים לבין גבייה מערבים, ולדעתם אין להקיש בין זה לזה. כך לדוגמה הרמב"ן, פוסק לגבי ערבים שהנושה חייב לגבות מכל ערב את חלקו, ראה **חידושי הרמב"ן**, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה שותפין ששאלו. וראה לעיל, ליד ציון הערה 93, ואילו לגבי יורשים הוא פוסק "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", ראה לעיל, ליד ציון הערה 468. וכך גם השולחן ערוך, אם כי פסיקתו הפוכה מזו של הרמב"ן: בהלכות ערב, חו"מ, סימן קלב, סעיף ג, נראה שהשולחן ערוך מכריע שאם יש שני ערבים, הנושה רשאי לגבות את כל חובו מאחד מהם, ואילו בעניין גבייה מיורשים, ראה להלן, הערה 486, הוא מביא ללא חולק את דעת התוספות והרא"ש, שהנושה חייב לגבות מכל יורש את חלקו היחסי. נראה שלדעת פוסקים אלה, אין לפרש באופן דווקני את דברי התלמוד, לעיל, ליד ציון הערה 479, שנכסיו של אדם ערבים בעדו, אלא יש לפרשם כביטוי מושאל. וראה: **אורים ותומים**, לעיל, הערה 464; **קצות החושן**, לעיל, הערה 473; **נתיבות המשפט**, סימן קלב, ביאורים, ס"ק ב; **שערי עוזיאל**, לעיל, הערה 468.

הפוסקים הנוקטים בשיטת הרמב"ן מתקשים לפרש את הברייתא "יצא עליהם שטר חוב הבכור נותן פי שניים"⁴⁸², שעליה מסתמכים התוספות. רבנו יונה מגירונדי⁴⁸³ מסביר שהברייתא עוסקת במקרה בו העיזבון עדיין לא חולק, והחידוש הוא שאף קודם החלוקה זכאי הנושה לנהל הליך משפטי נגד הבכור, אף על חלק הבכורה שהוא עתיד לקבל. אפשרות אחרת מעלה רבי עזריה פיגו⁴⁸⁴, ולפיה הברייתא אינה עוסקת ביחסי הנושה והחייבים, אלא בחלוקה הפנימית בין היורשים, לעניין זכות ההשתתפות⁴⁸⁵.

השולחן ערוך פוסק כדעת התוספות והרא"ש, ואינו מציין שיש שיטות חולקות. וזה לשונו⁴⁸⁶:

ירשו האחים קרקעות מאביהם וחלקום, ובא בעל חוב לטרוף. אם לא ירשו אלא שתי שדות, ולקח כל אחד אחת, אינם יכולים לומר לבעל חוב: "קח מכל אחד חצי שדה", אלא נוטל שדה אחד מאיזה מהם שירצה. אבל אם ירשו ד' שדות, וחובו כנגד ב' שדות, אינו יכול לומר: "אקח מאחד שתי שדות", אלא יקח מכל אחד שדה אחת, אלא אם כן עשה לו אפותיקי השתי שדות שנפלו לאחד, דאז נוטלם⁴⁸⁷.

גם בעניין גבייה מלקוחות פוסקים השולחן ערוך והרמ"א כשיטת התוספות והרא"ש ללא הזכרת הדעה החולקת, וזה לשונם⁴⁸⁸:

אם יש כאן שנים או שלשה לקוחות שקנו ממנו כאחד, ואין אחד מהם קודם לחבירו, ובא בעל חוב לטרוף, גובה מאיזה מהם שירצה, ואינו צריך ליקח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה.

ומעיר הרמ"א:

אבל אם היו כאן שדות הרבה, ויכול לגבות שדה מכל אחד, גובה מהן, ולא מאחד מהן.

לסיום נעיר כי הן הרא"ש והן הרמב"ן נראים כסותרים משנתם. כפי שראינו לעיל⁴⁸⁹, בעניין שניים שלוו דעת הרא"ש שהנושה רשאי לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מן החייבים לפי בחירתו, ואילו

⁴⁸² לעיל, הערה 466.

⁴⁸³ **עלויות דרבנו יונה**, בבא בתרא קכד ע"א, ד"ה והא דקתני; **שיטה מקובצת**, שם, ד"ה מני.

⁴⁸⁴ **גידולי תרומה**, שער נה, חלק ג.

⁴⁸⁵ וראה להלן פפפ. אולם ראה **תפארת יעקב** (גזונדהייט), חו"מ, סימן עז, ס"ק ג, שכותב שלא ניתן לפרש שהברייתא עוסקת בהשתתפות בין היורשים החייבים, שכן לדעת שמואל, בבא בתרא קז ע"א, "האחים שחלקו לקוחות הן", ואין הם זכאים להשתתפות זה מזה.

⁴⁸⁶ **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קז, סעיף ז; וסימן קעה, סעיף ד.

⁴⁸⁷ א. וראה **קצות החושן**, לעיל, הערה 473, שתמה על השולחן ערוך שפוסק כשיטת התוספות ולא מציין שיש חולקים.

ב. הרמב"ם לא פוסק הלכה בסוגייה זו. לדעת **המגיז משנה**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה י, הרמב"ם סבור שהנושה רשאי לגבות את מלוא החוב ממי שירצה, שכן הרמב"ם (שם) בעניין שני ערבים פוסק שהנושה רשאי לגבות מכל אחד מהם את מלוא החיוב בכך מאמץ המגיז משנה את דעת הרשב"א, לעיל, ליד ציון הערה 478, המשווה בין דיני ערבות לדיני גביית מקרקעין מירששים, אולם כבר הערנו, לעיל, הערה 481, שאין הדברים מוכרחים. וראה גם: **נימוקי יוסף**, בבא בתרא נא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה וטרף; **שו"ת דרכי נועם**, חו"מ, סימן א; **שערי עוזיאל**, לעיל, הערה 468 (מדבריו עולה שלשיטת הרמב"ם הנושה רשאי לגבות מכל אחד מן היורשים אף מקרקע עידית או זיבורית, גם אם לאחד מהם יש בינונית).

⁴⁸⁸ **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קיא, סעיף טו.

בעניין גביית חוב מיורשים ומלקוחות הוא פוסק שהנושה חייב לגבות מכל אחד מהם רק את חלקו היחסי. וכפי שראינו לעיל⁴⁹⁰, בעניין שניים שלוו דעת הרמב"ן שהנושה גובה מכל חייב את חלקו היחסי, ואילו בעניין גבייה מיורשים ומלקוחות הוא פוסק ש"רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"⁴⁹¹.

בשלב זה נשאיר את שיטות הרא"ש והרמב"ן בצריך עיון, וננסה ליישב אותן להלן⁴⁹².

ג. החריג: "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"

כפי שראינו, כאשר מקרקעין משועבדים הועברו לבעלותם של מספר אנשים וכל אחד מהם מחזיק בחלק אחר של המקרקעין המשועבדים, שיטת התוספות והרא"ש, וכך גם פסיקת השולחן ערוך, שעל הנושה לגבות מכל אחד את חלקו היחסי. אולם, במקרה אחד המובא בתלמוד הכל מודים ש"רצה מזה גובה, רצה מזה גובה".

התלמוד דן בלווה (ראובן) שמכר את כל קרקעותיו ללקוח ראשון (שמעון), והלקוח מכר את הקרקע הבינונית שקנה ללקוח שני (לוי). כך נוצר מצב שהמקרקעין המשועבדים לחוב נמצאים בבעלותם של שני אנשים (שמעון ולוי), ויש לראות את שניהם כחייבים: שמעון הלוקח הראשון קנה את כל קרקעותיו של ראובן, ולכן הוא נחשב כחייב שכן הוא עומד במקום החייב⁴⁹³; ואילו לוי הלוקח השני נחשב חייב שכן הוא מחזיק עתה בקרקע הבינונית שעליה עיקר שעבודו של המלווה⁴⁹⁴. ונשאלת השאלה האם הנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב או שמא עליו לגבות מכל חייב את חלקו היחסי. האמורא רבא קובע, שהנושה זכאי לגבות את כל חובו מאחד מן הלקוחות, לפי בחירתו. וכך לשון התלמוד⁴⁹⁵:

אמר רבא: ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון⁴⁹⁶, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא בעל חוב דראובן, רצה מזה [משמעון] גובה, רצה מזה [מלוי] גובה. ולא אמרן אלא דובן בינונית [=ואין הדברים אמורים אלא כאשר לוי קנה משמעון קרקע בינונית]⁴⁹⁷.

⁴⁸⁹ ליד ציון הערה 50.

⁴⁹⁰ ליד ציון הערה 72.

⁴⁹¹ לעומת זאת, פסקי השולחן ערוך תואמים זה לזה. הן בעניין שניים שלוו, לעיל, ליד ציון הערה 173, והן בעניין גבייה מיורשים ומלקוחות, לעיל, ליד ציון הערות 486, 488, הוא פוסק שהנושה רשאי לגבות מכל חייב רק את חלקו היחסי.

⁴⁹² ליד ציון הערה 581.

⁴⁹³ "דאמר ליה [=שאומר לו (המלווה לשמעון)]: 'אתה לקחת כל השדות ונכנסת תחת ראובן להשתעבד לחובי' (רש"י, כתובות צב ע"א, ד"ה רצה). עם זאת, על הלוקח הראשון לא מוטלת חובה אישית לפרוע את חובו של החייב, "דשאני [=ששונה] ראובן, דהוא הלוה, ועליו מוטל לפרוע חובות עצמו... מה שאין כן שמעון זה... אינו חייב לבעל חוב זה כלום" (סמ"ע, חו"מ, סימן קיט, ס"ק ה), ועילת התביעה נגדו מבוססת על כך שהוא מחזיק במקרקעין המשועבדים לנושה.

⁴⁹⁴ לעיל, ליד ציון הערה 447.

⁴⁹⁵ בבא קמא ח ע"ב; כתובות צב ע"א; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק יט, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיט, סעיף א.

⁴⁹⁶ ראה רש"י, כתובות צב ע"א, ד"ה כל שדותיו, שדין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" חל רק אם ראובן החייב מכר את כל שדותיו לשמעון הלוקח הראשון "בשטר אחד" (כלומר, בעסקה אחת), אך אם הקרקעות נמכרו לשמעון

מובן, שלפי הרמב"ן אין מדובר בחריג, שכן לדעתו הכלל הוא שהנושה רשאי תמיד לגבות מכל אחד מבעלי המקרקעין את מלוא החוב, לפי בחירתו⁴⁹⁸. אולם, לשיטת התוספות והרא"ש⁴⁹⁹, שהיא השיטה שנפסקה להלכה⁵⁰⁰, ולפיה הכלל הוא גבייה לפי החלק היחסי, יש לשאול מה טעמו של חריג זה. בראשונים הוצעו שני הסברים, ומהם עולה נפקות בדבר טיב המקרקעין אותם יכול הנושה לגבות מן הלוקח הראשון (שמעון):

(א) לדעת הריטב"א⁵⁰¹, כשם שנושה הגובה חובו מן החייב רשאי לבחור בין בינונית לזיבורית⁵⁰², כך גם כאשר הבעלות על סוגי המקרקעין השונים מחולקת (הבינונית ביד הלוקח השני והזיבורית ביד הלוקח הראשון), זכותו של הנושה לבחור ממי לגבות את חובו. לעומת זאת, כאשר הנושה גובה מסוג אחד של מקרקעין הנמצאים בידי כמה מחזיקים, אין הוא זכאי לדרוש מקרקעין ספציפיים, ולכן עליו לגבות מכל יורש או לקוח לפי חלקו היחסי⁵⁰³. לפי שיטת הריטב"א הנושה אינו רשאי לגבות מן הלוקח הראשון קרקע עידית אף אם זו הקרקע היחידה שנשארה בידו, כשם

בעסקאות נפרדות, הנושה לא יוכל לבחור ממי לגבות את חובו, והוא יגבה מן הקרקע שנמכרה אחרונה על פי תקנת חכמים לפיה "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 450), בין שקרקע זו נותרה ברשות שמעון, ובין שעברה לרשות לוי. אולם ראה **תוספות**, שם, ד"ה ראובן (הדעה הראשונה), שדין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" חל גם אם שמעון קנה את שדותיו של ראובן בעסקאות נפרדות, שכן בכגון זה שמעון יכול לוותר על תקנת חכמים שנתקנה לטובתו (כלומר תקנת "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין"). וראה עוד **שיטה מקובצת**, שם, ד"ה ראובן שמכר, ואילך. וראה להלן, הערה 509.

א. ⁴⁹⁷ בהמשך הסוגיה, התלמוד מצמצם את הדין עוד יותר, ואומר שגם אם לוי הלקוח השני קנה אמנם קרקע בינונית אך גם ביד שמעון הלוקח הראשון נותרה קרקע בינונית, המלווה חייב לתבוע דווקא משמעון, וזה לשון התלמוד: "אפילו זבן בינונית נמי [=ואפילו אם (לוי) קנה בינונית], לא אמרן אלא דלא שייך בינונית דכוותיה [=אין הדברים אמורים אלא כשלו לא שייך (אצל שמעון) קרקע בינונית], דלא מצי אמר ליה [=שאו אין לוי יכול לומר לנושה]: 'הנחתי לך מקום לגבי שמעון'; אבל שייך בינונית דכוותיה [=כמוה] גבי שמעון, לא גבי [=לא גובה (הנושה)] מיניה [מלוי], דמצי אמר ליה [=שיכול (לוי) לומר לנושה]: 'הנחתי לך מקום לגבות ממנו'."

ב. ראה **מגיד משנה**, הלכות מלוה ולוה, פרק יט, הלכה ג: "ויש לרמב"ן ולרשב"א ז"ל שיטה בפירוש שמועה זו, יראה ממנה שאם לקח לוי זיבורית ואין אצל שמעון בינונית אלא עידית טורף מזבורית דלוי אם ירצה". וראה: **רמ"א**, חו"מ, סימן קיט, סעיף א; **סמ"ע**, שם, ס"ק ח; **שער משפט**, שם, ס"ק א.

⁴⁹⁸ לעיל, ליד ציון הערה 468. עם זאת, לפי הרמב"ן החידוש בדברי רבא הוא שהנושה זכאי לגבות משמעון קרקע שאינה בינונית, או שהחידוש הוא שהמקרקעין שבידי שמעון אינם נחשבים כ"נכסים בני חורין" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 450 ובהערה 450).

⁴⁹⁹ לעיל, ליד ציון הערות 456 ו-458.

⁵⁰⁰ לעיל, ליד ציון הערות 486 ו-488.

⁵⁰¹ **חידושי הריטב"א**, כתובות צב ע"א, ד"ה וחזר.

⁵⁰² ראה בבא קמא ז ע"ב. זכותו של הנושה לגבות את חובו מן הזיבורית נובעת מכך שתקנת "בעל חוב בבינונית" נתקנה לטובתו של הנושה, שכן מדין תורה בעל חוב גובה מן הזיבורית (ראה: גיטין נ ע"א; **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק יט, הלכה א). וכך פוסק **השולחן ערוך**, חו"מ, סימן קב, סעיף ב: "היו לו שלשה או ארבע שדות בינונית, לא יוכל המלוה לומר: תן לי משדה פלונית שהיא חביבה עלי, אלא ברשות הלוח הוא ליתן לו מאיזה שירצה. אם חפץ המלוה בזיבורית, ואומר לו: תן לי זיבורית טפי פורתא [=מעט יותר], שומעים לוי". ואולם השווה **רא"ש**, בבא קמא, פרק ראשון, סימן ב, שהנושה אינו יכול לתבוע מן החייב לפרוע את חובו בזיבורית.

⁵⁰³ הריטב"א הוא אמנם מתלמידי תלמידיו של הרמב"ן, אך דומה שבעניין גבייה מיורשים ומלקוחות הוא מסכים דווקא עם שיטת התוספות, ראה **ריטב"א**, לעיל, הערה 481.

שאינו יכול לגבות את חובו מקרקע עידית של החייב כשיש לו בינונית, ובמקרה זה עליו לגבות דווקא מן הלוקח השני.

(ב) לדעת רש"י⁵⁰⁴, מכיוון ששמעון, הלוקח הראשון, קנה את כל שדותיו של ראובן החייב, הוא עומד במקומו, ולכן אם הנושה יתבע ממנו⁵⁰⁵ את פרעון חובותיו של החייב אין הוא רשאי לדחות אותו ללוי, הלוקח השני, על אף שהלוקח השני מחזיק בבינונית שעליה עיקר השעבוד. דומה שזו גם כוונת הרא"ש⁵⁰⁶, ששם בפיו של הנושה את הטענה כלפי הלוקח הראשון: "את בעל דין דידי [=שלי], כי לקחת שיעבודי מראובן, ואתה הרחקת שיעבודי ומכרת ללוי, איני רוצה לטרוח וללכת אחרי לוי"⁵⁰⁷. אולם, אם הנושה רוצה לגבות מן הלוקח השני, הלה לא יוכל להתחמק ממנו בטענה שהמקרקעין שבידי הלוקח הראשון הן כ"נכסים בני חורין" וכלל הוא ש"אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין"⁵⁰⁸, משום שהאמת היא שמשעה שנמכרו נכסים אלו על ידי החייב (לשמעון), שוב אינם בני חורין⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ לעיל, הערה 493. וראה גם בית הבחירה, בבא קמא ח ע"ב, ד"ה ראובן.

⁵⁰⁵ הנושה מעדיף לעיתים לגבות את חובו דווקא משמעון הלוקח הראשון, אף אם בידו קרקע זיבורית בלבד, כי ייתכן ש"לוי קשה לי ואתה נוח הימנו", ראה בית הבחירה, שם.

⁵⁰⁶ רא"ש, בבא קמא, פרק א, סימן ד.

⁵⁰⁷ ראה: ש"ך, חו"מ, סימן קיט, ס"ק ג; חזון איש, בבא קמא, סימן ג, אות ג, ד"ה והנה בזבן; חידושי רבי שמואל (רוזובסקי) בבא קמא, סימן ט, אות ג, ד"ה וכ"ת; משנת רבי אהרן (קוטלר), בבא קמא, סימן ו, אות ג, שטענת "הרחקת שיעבודי" כלפי הלוקח הראשון מבוססת על כך שהלוקח הראשון שלקח את כל קרקעותיו של החייב עומד במקומו, ודעת הרא"ש זהה לפיכך לדעת רש"י. אולם השווה: אור לציון (אבא-שאול), כתובות, חלק ב, ירושלים תשס"ז, סימן רפ, אות ג; מילי דנזיקין (טוקצינסקי), בבא קמא, חלק א, ירושלים תשס"ו, עמ' קסג; מנחת יהודה (ליפקוביץ), בבא קמא ח ע"ב, אות נט, שטענת "הרחקת שיעודי" היא טענה נזיקית. אולם, לא ברור מהו הנזק שנגרם לנושה כתוצאה מהעברת הבעלות בקרקע הבינונית לידי לוי הלוקח השני, ומדוע יש להטיל על שמעון לפצות אותו (ואף אם לוי אינו אדם נוח, הרי שמעון לא פשע בכך שמכר לו מקרקעין). נציין, שלמרות הקושי בהסבר זה, אם התביעה נגד שמעון היא נזיקית, מובן מדוע יש שמעלים את האפשרות שהנושה רשאי לגבות מקרקע עידית שביד שמעון, וזאת גם אם שמעון מחזיק מלבד העידית גם קרקע זיבורית (ראה תפארת שמואל, בבא קמא, פרק ראשון, אות ו, בהסבר דעת רש"י), שכן "הנזיקין שמין להן בעידית" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 447). אולם ראה אורים ותומים, סימן קיט, תומים, ס"ק ט, שהגביה משמעון על פי טענת "הרחקת שיעודי" היא תקנה משום "נעילת דלת בפני לווי", שכן אם הנושה יחשוש שהוא יאלץ לכתת רגליו בין לקוחות רבים הוא יימנע מלהלוות (בדומה למה שתקנו שבעל חוב בבינונית "כדי שלא תנעול דלת בפני לווי", על אף שמן התורה דינו בזיבורית. ראה: גיטין מט ע"ב; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק יט, הלכה א). ומכאן הוא מסיק שאם החוב הוא כתובת אישה, בה לא תקנו תקנות "כדי שלא תנעול דלת בפני לווי" (גיטין, שם), טענת "הרחקת שיעודי" לא תישמע.

ראה ים של שלמה, בבא קמא, פרק א, סימן יז, שלדעת הרא"ש בדרך כלל הנושה אינו זכאי לגבות את חובו מן הזיבורית אלא רק מן הבינונית (ראה לעיל, הערה 502), ולכן הוא צריך למצוא נימוק מיוחד מדוע במקרה זה זכותו של הנושה לגבות משמעון אף מן הזיבורית. אולם, מהרש"ל עצמו מסתייג מטעמו של הרא"ש, וזה לשונו: "אין לנו חלק בטעמו של הרא"ש הרחקת שיעודי כו'. ומניין לנו לבדות סברא מעצמינו בלי ראיה?".

⁵⁰⁸ לעיל, ליד ציון הערה 450.

⁵⁰⁹ א. כפי שציננו לעיל, הערה 497, אם לוי הלוקח השני קנה בינונית אך נשארה קרקע בינונית אחרת ביד שמעון הלוקח הראשון, הנושה אינו רשאי לגבות את חובו מלוי. כאן הטעם הוא ששמעון עומד במקום ראובן, ולכן לוי יכול להתחמק מן הנושה בטענה "הנחת לך מקום לגבות הימנו". כך עולה מדברי רב האי גאון, ספר המקח והממכר, בני ברק תשנ"ד, שער כו, ד"ה השמיני (עמ' רפח), ושער כז, אות יא (עמ' ש): "דאמר רבא: כדרך שתקנו בלוקח ראשון כך תקנו בלוקח שני", כלומר, שתקנת "אין גובים מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין" שנאמרה ביחס ללוקח הראשון (שמעון), חלה גם כלפי הלוקח השני (לוי), ולא ברור כיצד מתיישבים הדברים עם הקביעה שהנכסים

לדברי רש"י, מכיוון ששמעון הלוקח הראשון עומד במקום ראובן החייב, אם הוא שייר בידו רק קרקע עידית, רשאי הנושה לגבותה ממנו⁵¹⁰, כשם שהיה רשאי לגבותה מראובן החייב. אולם, אם שמעון הלוקח הראשון שייר בידו עידית וזיבורית, רשאי הנושה לגבות ממנו מן הזיבורית בלבד⁵¹¹, שכן גם מראובן החייב עצמו לא היה הנושה רשאי לגבות עידית במקרה זה⁵¹².

שביד שמעון הלוקח הראשון אינם בני חורין, וכפי שהעיר בתוספות תלמיד רבנו תם ורבנו אליעזר, **שיטת הקדמונים**, ניו יורק תשל"ז, בבא קמא ח ע"ב, ד"ה ולא אמרן: "ותימה היא, דהשתא [=שעכשיו] שמעון הוי קצת כבעלים הראשונים וקצת לא הוי כבעלים הראשונים. דבששייר בינונית דכוותה [=שכמוה] גבי שמעון אז עבדינן ליה [=עושים (מחשיבים) אותן] כבעלים, ומצי אמר ליה: 'הנחתי לך מקום לגבות הימנו'. ואם לא שייר בינונית דכוותה אצל שמעון, אז אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ואינו יכול לומר לוי: 'הנחתי לך מקום'. והשתא דאי הוי שמעון כבעלים, לעולם לוי הוה מצי לדחותו אצל שמעון אף על גב דלא שייר בינונית, דהא אין נפרעין מנכסים משעובדים במקום שיש שם בני חורין אפילו הן זיבורית, אלא ודאי שמעון קצת לא הוי כבעלים כדפרישית". אולם ראה **תוספות**: כתובות צב ע"ב, ד"ה אבל; בבא קמא ח ע"ב, ד"ה מצי, שלשון התלמוד אינה דווקנית, והכוונה היא שהלוקח השני רכש את כל זכויותיו של הלוקח הראשון בשדה, וכשם שהלוקח הראשון יכול היה לבחור מאיזו בינונית לפרוע את החוב, כך גם זכאי הלוקח השני. על הסבר זה יש לתמוה, מדוע אם כן שמעון הלוקח הראשון אינו יכול לדחות את הנושה לבינונית של לוי, כי הלא גם הוא לא איבד את זכותו לדחות את הנושה מבינונית אחת לבינונית אחרת. לנפקות בין גישת רש"י לבין גישת התוספות, ראה **קצות החושן**, סימן קז, ס"ק י.

ב. לעיל, הערה 496, הבאנו שלדעת רש"י אם השדות לא נמכרו לשמעון בבת אחת, על הנושה לגבות את הקרקע **האחרונה** שמכר החייב ללוקח הראשון. בהבנת דברי רש"י נחלקו הראשונים: לדעת התוספות (שם), דין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" אינו חל כאשר הלוקח הראשון לא קנה את השדות בבת אחת, ולכן אם הלוקח השני קנה את השדה **האחרונה** שקנה הלוקח הראשון, הנושה יגבה אותה ממנו אף אם היא עידית. לעומת זאת, לדעת רבי בצלאל אשכנזי, **שיטה מקובצת**, שם, במקרה זה רשאי הנושה לגבות מן הלוקח הראשון או מן הלוקח השני לפי בחירתו. את עמדתו זו מנמק רבי בצלאל אשכנזי בכך שהלוקח הראשון עומד במקום החייב, ולכן רשאי הנושה לגבות ממנו אם חפצו בכך. ובלשונו: "מיהו [=אמנם], לא מיקרי לוקח גמור כי אם לוי [הלוקח השני], דשמעון [הלוקח הראשון] כיון דקנה כל השדות **הרי נכנס תחת ראובן והרי הוא כמו הלוה עצמו ובמקומו הוא עומד**, ותקנתא דלוי **דהוא הלוקח הגמור** בעינן למעבד [=צריכים אנו לעשות], ולא תקנתא דשמעון אף על גב דהוי לוקח ראשון". אולם לא ברור כיצד מתיישב הסברו זה בדעת רש"י עם דברי רש"י עצמו, שהנכסים שבידי הלוקח הראשון אינם נכסים בני חורין.

⁵¹⁰ **רש"י**, כתובות צב ע"א, ד"ה רצה מזה גובה (ראה **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן קיט, ס"ק ב: "דלשון 'רצה' הוא במקום שיש לו טובה יותר וע"כ צ"ל דגובה מעידית של שמעון". וראה גם **חידושי הרי"מ**, כתובות צב ע"א, ד"ה אמר רב). וראה **שיטה מקובצת**, כתובות צב ע"א, ד"ה נמצא, בשם רבנו יונה מגירונדי: "נמצא לשיטת רש"י ורבינו הא"י גאון, כי אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, פירושו **כל היכא** [=כל היכן] **דעדיפא ליה לבעל חוב טפי - גבי**: אי עדיפא ליה למגבי משמעון, דאיכא גביה [=שיש אצלו] עדית, גבי מניה; ואי עדיפא ליה טפי למגבא מלוי, כגון דאיכא גבי לוי בינונית וגבי שמעון זיבורית, גבי מלוי". וראה עוד: **ספר המקח והממכר**, לעיל, הערה 509; **ספר התרומות**, שער ד, חלק ז, אות ב. אולם השווה **רש"י**, בבא קמא ח ע"ב, ד"ה רצה (השני), ממנו עולה שהנושה רשאי לגבות משמעון זיבורית בלבד. וראה **פני יהושע**, כתובות צב ע"א, ד"ה רש"י ד"ה רצה, שמיישב שרש"י מעמיד את הסוגיה בבא קמא במקרה שלשמעון קרקע עידית וזיבורית (כהמשך לסוגיה הקודמת), שאז רשאי הנושה לגבות זיבורית בלבד, ואילו את הסוגיה בכתובות מעמיד רש"י במקרה ששמעון שייר בידו קרקע עידית בלבד, ואז רשאי הנושה לגבות אותה.

⁵¹¹ ראה **מאירי**, לעיל, הערה 504. וראה גם **רא"ש**, לעיל, הערה 506.

⁵¹² הסבר אחר להבחנה בין גבייה מירשם ומלקוחות (גבייה לפי החלק היחסי) לבין המקרה דידן ("רצה מזה גובה רצה מזה גובה") מביא הרב שלמה זלמן אוירבך, ראה **מנחת שלמה**, בבא קמא, חלק א, ח ע"ב, ד"ה שם אמר רבא, שמבחין בין גבייה על פי עילת חיוב אחת לבין גבייה על פי עילות חיוב שונות. הגבייה מירשם או מלקוחות נובעת מעילת חיוב אחת (כולם חייבים לפרוע את חובו של המוריש או המוכר), ועל כן על הנושה לגבות מכל אחד את חלקו היחסי. לעומת זאת, הגבייה מן הלוקח הראשון והשני נובעות מעילות חיוב שונות, ולכן הנושה רשאי לגבות מכל אחד

ההבדל בין רש"י והריטב"א יבוא אפוא לידי ביטוי כשהלוקח הראשון מכר קרקע בינונית והותר בידו רק קרקע עידית: לפי רש"י, רצה הנושה גובה מן העידית שבידי הלוקח הראשון או מן הבינונית שבידי הלוקח השני; לפי הריטב"א, הנושה גובה רק מן הבינונית שבידי הלוקח השני.

השולחן ערוך מביא חריג זה, ומאמץ את שיטת רש"י⁵¹³:

ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, בבת אחת, וחזר שמעון ומכר שדה אחת ללוי, והיא בינונית, ולא נשאר בינונית אחרת ביד שמעון, ובא בעל חוב לגבות, רצה גובה מבינונית שביד לוי, רצה גובה ממה שביד שמעון. אפילו לא נשאר בידו אלא עידית, יכול לגבות ממנה. במה דברים אמורים שגובה מלוי, כשלקח בינונית. אבל אם לקח עידית או זיבורית, אינו יכול לגבות ממנו... וכן אם נשאר בינונית ביד שמעון, אינו יכול לגבות מלוי, אפילו אם לקח בינונית⁵¹⁴.

העולה מן המקובץ, שהכלל הוא שעל הנושה לגבות מכל מחזיק במקרקעין, יורש או לקוח, את חלקו היחסי בחובו של החייב, ורק במקרה חריג מצאנו שהנושה רשאי לבחור לגבות את חובו מאחד מן המחזיקים, לפי בחירתו.

5. ריבוי חייבים - הכלל המשפטי

א. פתיחה

עד עתה סקרנו את ההסדרים השונים העולים מן התלמודים ומן הפוסקים בעניינם של כמה חייבים החבים בחיוב אחד. בדברים שלהלן נבקש לבחון האם ההסדרים שראינו עולים בקנה אחד עם עמדת החוק, ולפיה החייבים בחיוב אחד חזקה שהם חבים יחד ולחוד, כשהמשמעות העיקרית לכך היא שהנושה רשאי לתבוע מכל חייב לפי בחירתו את מלוא החיוב⁵¹⁵. לשם כך נבקש תחילה לבחון האם המקרים שנדונו אכן עונים על הגדרת "חיוב אחד", היינו האם במקרים אלו החייבים אכן חבים כלפי הנושה לספק את אותו אינטרס או לפצות בשל אותו נזק⁵¹⁶.

את מלוא החיוב. ובלשונו: "וצריך לחלק [בין גבייה מיורשים לבין מקרה דידן] שכאן יש סיבה בפני עצמה לגבות מכל אחד, שכיון שהבינונית ביד לוי לחוד יכול לגבות כל חובו מלוי, וכמו כן יכול לגבות כל חובו משמעון מפני שיש לו טענה ד'את בעל דברים דידי דשקלת [=שלקחת] כל נכסי ראובן". אולם על דבריו יש להעיר שבשני המקרים עלת החיוב היא אחת – על המחזיק במקרקעין לפרוע את חובו של המוריש או המוכר, ולא ברור מדוע ההבדל בסיבה שבגללה המחזיק עומד במקום החייב צריכה להשפיע על הסדרי גביית החוב.

⁵¹³ שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיט, סעיף א.

⁵¹⁴ וראה **דרוש וחידוש רבי עקיבא איגר מכתב יד**, ירושלים תשנ"א, הגהת שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיט, סעיף א, ד"ה יש לעיין, שכך הדין גם ביורש שמכר את הקרקע הזיבורית שירש לאדם אחר (בגבייה מן היורשים, הנושה גובה תמיד מן הזיבורית. ראה: **משנה**, גיטין ה, ב; **רמב"ם**, לעיל, הערה 510; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קיח, סעיף יח), שהנושה רשאי לגבות את חובו מן הבינונית או העידית שביד היורש או מן הלקוח, לפי בחירתו. והשווה **קצות החושן**, סימן קז, ס"ק י.

⁵¹⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערה 17.

⁵¹⁶ בהתאם להגדרה שמוצע להוסיף בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 76(א): "חייבים חבים בחיוב אחד אם הם חייבים כלפי הנושה לספק את אותו אינטרס או לפצות בשל אותו נזק".

להלן נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת בין הפוסקים, כפי שעולה בעיקר מניתוח גישותיהם השונות בעניין חלוקת האחריות בין מעוולים יחד. בהנחה שהחייבים חבים ב"חיוב אחד" תעלה השאלה העיקרית, כיצד מתחלק התשלום בין החייבים.

לעיל⁵¹⁷ הבאנו את דעתו של רבי נתן בעניין מעוולים יחד, ולפיה הניזוק חייב לנסות לגבות מכל מעוול את חלקו היחסי, ורק אם לא ניתן לגבות מאחד מן המעוולים את חלקו בפיצוי, ישלמו המעוולים האחרים גם את חלקו. כפי שראינו⁵¹⁸, רבי נתן לא קבע באופן מפורש את הכלל המשפטי האמור. רבי נתן קבע שכאשר שור תם דחף שור אחר לבור, בעל השור התם משלם רבע נזק ובעל הבור שלושה רבעים. התלמוד מבקש לתת פשר לקביעתו של רבי נתן, לפיה בעל הבור משלם שלושה רבעים מן הנזק, והוא מתלבט בשאלה המקדמית האם לדעת רבי נתן יש לייחס לכל מעוול את מלוא האחריות לנזק ("כוליה הזיקא עבד") או רק את חלקו היחסי ("פלגא הזיקא עבד"). לדעת האמורא רבא ניתן לפרש את דינו של רבי נתן לפי כל אחד מצדדי הספק. וכך לשון התלמוד⁵¹⁹:

ובתם [שדחף לבור, שלדעת רבי נתן בעל הבור משלם שלושה רבעים ובעל השור רבע] מאי קסבר [=מה סבר (רבי נתן)]? אי קסבר: האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד, האי משלם פלגא והאי משלם פלגא [=אם הוא סבור שכל מעוול עשה את כל ההיזק, היה צריך לפסוק שכל מעוול ישלם מחצית הנזק]; ואי קסבר: האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע, ואידך ריבעא מפסיד [=ואם הוא סבור שכל מעוול עשה רק חצי הנזק, היה צריך לפסוק שבעל הבור משלם חצי הנזק, בעל השור רבע הנזק, והניזוק מפסיד רבע].

אמר רבא: רבי נתן דיינא הוא ונחית [=ויורד] לעומקא דדינא. לעולם קסבר: האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד. ודקא קשיא לך: לשלם האי פלגא והאי פלגא, משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור: "שותפותאי מאי אהניא לי [=השותפות מה הועילה לי]"?⁵²⁰ איבעית אימא, לעולם קסבר: האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, ודקא קשיא לך: בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע, ואידך ריבעא נפסיד? משום דאמר ליה בעל

⁵¹⁷ ליד ציון הערה 249 ואילך.

⁵¹⁸ שם.

⁵¹⁹ בבא קמא נג ע"א.

⁵²⁰ א. לפירוש טענה זו ראה: רש"י, שם, ד"ה שותפותאי; רשימות שיעורים (סולובייצ'יק), בבא קמא יג ע"א, אות ג. וראה קובץ ביאורים (וסרמן), בבא קמא, פרק ה, אות מב, שתמה על טענה זו: "לא הבנתי הטעם הזה. מאי איכפת לך [=לנו] אי לא אהניא ליה שותפותיה, כיון שעשה כל ההיזק למה לא ישלם כולו? וצ"ע". וראה ישראל אומן, "תגובה בענין מי שהיה נשוי שלוש נשים", המעיין נב (תש"ע) עמ' 3, בעמ' 8. לדבריו, חלוקת הפיצוי בין המעוולים נעשית על פי עיקרון "שניים או חזין בטלית", ולפיו חולקים רק את הסכום הנתון למחלוקת. לכן, בעל הבור ישלם לבדו את מחצית הנזק, שבה הוא מודה שהוא חייב לבדו. את המחצית השנייה, הנתונה במחלוקת, יחלקו ביניהם בעל השור התם ובעל הבור בשווה, ונמצא שבעל הבור משלם שלושה רבעים ובעל השור התם רבע. ב. בכתבי יד מינכן, המבורג ופירנצה הגירסה היא "תמותאי ושותפותאי מאי אהנו לי". לביאור הדברים ראה: חידושי הרשב"א, בבא קמא נג ע"א, ד"ה ודייקין; שיטה מקובצת, שם, בשם תלמיד הר"פ, ד"ה אלא תמותאי; פירוש רבנו יהונתן מלוניל זצ"ל, שם; בית הבחירה למאירי, שם ("שהרי תמותו מנכה לו עד חצי נזק, ושותפו מנכה לו עד רביע"); אוצר מפרשי התלמוד, ירושלים תשמ"ה, בבא קמא, חלק ב, עמ' תתצד-תתצז.

השור לבעל הבור: אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, את קטלתיה [=אני את שורי מצאתי בבורך, אתה הרגת אותו], מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא, מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא ממך [=מה שאני יכול לגבות מבעל השור אני גובה ממנו, ומה שאיני יכול לגבות ממנו אגבה ממך]⁵²¹.

התלמוד אינו מכריע במפורש בשאלה האם כל מעוול אחראי לחלקו היחסי בלבד ("פלגא היזקא עבדי") או אחראי לכל הנזק ("כוליה היזקא עבדי"). הכרעה זו חשובה, שכן רק לפי הגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק עניין לנו בסוגיה זו בריבוי חייבים (משום שרק כך ניתן לראותם כמי שחבים בחיוב אחד). הראשונים מבקשים להסיק מתוך סוגיות אחרות מהי הכרעת התלמוד בעניין זה. נציין שתיים מהן:

א) סוגיה אחת דנה בשור המיועד לקרבן שלמים שהזיק. בקרבן שלמים, חלק מן הבשר מוקרב על המזבח וחלקו האחר נאכל על ידי הכהנים ובעלי הקרבן⁵²². שור של הקדש פטור מחבות נזיקית⁵²³, ולכן על חלק המזבח שבשור השלמים לא חלה חבות נזיקית. רבי אבא⁵²⁴ קובע שכאשר השור המזיק הוא שור שמיועד לשלמים, הניזוק יכול לגבות רק את הנזק המיוחס לחלק החולין שבשור, ואילו את הנזק המיוחס לחלק ההקדש שבשור מפסיד הניזוק. התלמוד מציין, שגם רבי נתן, שסבור שאם לא ניתן לגבות מזה גובה מזה, מודה לדינו של רבי אבא, שכן דינו של רבי נתן בעניין שור שדחף את חברו לבור מבוסס על טענת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה"⁵²⁵, וטענה זו לא ניתנת להיאמר בשור של שלמים שהזיק⁵²⁶.

התלמוד אינו מציין במפורש על פי איזו מן הגישות נאמרו הדברים. עם זאת, השימוש בטענת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה" יש בו כדי לרמז שהתלמוד מעדיף לכאורה את הגישה לפיה כל

⁵²¹ לדעת תוספות, בבא קמא יג ע"א, ד"ה אנא, סברת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה" מצומצמת לנזקי בור בלבד. והשווה: מלחמות ה', בבא קמא כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וכתב עוד; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סימן ז [=דפוס פראג, סימן צג; דפוס לבוב, סימן שיד]; הגהות מיימוניות, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג, שסברת "אנא תוראי וכו'" נאמרה בכל סוגי המזיקים. וראה אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא, חלק ב, עמי תקטו-תקיז.

⁵²² ראה: ויקרא ג, א-ה; שם ז, יא-יח; משנה, זבחים ה, ז.

⁵²³ ראה רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה א.

⁵²⁴ בגרסה שלפנינו בעל המימרה הוא האמורא רבי אבא. וראה דקדוקי סופרים, מינכן תרמ"ב, בבא קמא יג ע"ב, ושם בהערה נ, שברוב כתבי היד הגרסה היא "רבא", וכך גם גרסתו של בעל המאור (הלן, הערה 546, וראה להלן, הערה 550).

⁵²⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערה 521.

⁵²⁶ וזה לשון התלמוד: "אמר רבי אבא: שלמים שהזיקו - גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן [=החלקים העולים על המזבח]. פשיטא, אימורין לגובה סלקי [=עולים לקרבן]! לא צריכא, לגובה מבשרן כנגד אימורים [כלומר, חידושו של רבי אבא בוא שגם מה שלא ניתן לגבות מחלק האימורין אין לגבות מחלק החולין]. אליבא דמאן [=לפי מי]? ... איבעית אימא רבי נתן, התם [=שם (בשור שדחף לבור)] הוא דאמר ליה בעל שור לבעל הבור: אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא מינך, אבל הכא מי מצי אמר [=וכי יכול (הניזוק) לומר]: בשר אזיק, אימורין לא אזיק!"

מעוול אחראי לחלקו⁵²⁷, שכן סברה זו מוזכרת בתלמוד כדי ליישב את דינו של רבי נתן עם הגישה שכל מעוול אחראי לחלקו⁵²⁸. כפי שנראה להלן, לא כל הפוסקים מסכימים לראיה זו⁵²⁹.

ב) סוגיה מרכזית אחרת ממנה מבקשים הראשונים להסיק כיצד מכריע התלמוד בין הגישות שהועלו בהסבר דעתו של רבי נתן היא סוגיה העוסקת בשאלת חלוקת האחריות הנוזקית בין שור של חולין ושור פסולי המוקדשין שנגחו יחד (הכוונה לשור הקדוש בבכורה שנפל בו מום ובכך נפסל לקרבן אף שלא יצא לגמרי מקדושתו, ועל אף שהשור פסול לקרבן, בעליו פטור מחבות נזיקת כדן שור של הקדש⁵³⁰). בעניין זה, מביא התלמוד⁵³¹ את מחלוקתם של אביי ורבינא:

שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו, אביי אמר: [בעל שור החולין] משלם חצי נזק, רבינא אמר: משלם רביע נזק.

התלמוד מבאר, שאביי ורבינא עוסקים בשוורים תמים, והמחלוקת בין אביי ורבינא נגזרת מן המחלוקת שראינו לעיל⁵³² בין חכמים (רבנן) לרבי נתן: "הא [=זה] (רבינא) כרבנן, והא [=זה] (אביי) כרבי נתן". כלומר, שני השוורים שנגחו הם כאמור שוורים תמים, ולפיכך זכאי הניזוק לפיצוי בגובה חצי נזק בלבד, אלא שבעליו של שור פסולי המוקדשין פטור בדן משלם. לדברי רבינא, המבוססים על שיטת חכמים, מפסיד הניזוק; ואילו לדברי אביי, המבוססים על שיטת רבי נתן, ישלם בעל שור החולין גם את חלקו של בעל שור פסולי המוקדשין. אפשרות אחרת שמעלה התלמוד היא שדברי אביי ורבינא מבוססים שניהם על דעת חכמים, אלא שאביי עוסק בשור מועד, ואילו רבינא עוסק בשור תם.

הסוגיה ממשיכה ומבארת בדרך דומה גירסה אחרת בדברי אביי ורבינא, ולפיה "אביי אמר: חצי נזק. רבינא אמר: כוליה נזק". אפשרות אחת להסביר שאביי ורבינא עוסקים בשור מועד, אלא שדברי אביי מבוססים על דברי חכמים ודברי רבינא מבוססים על דברי רבי נתן, והאפשרות האחרת היא להסביר שדברי שניהם מבוססים על דברי רבי נתן, אלא שאביי עוסק בשור תם ואילו רבינא עוסק בשור מועד.

התלמוד אינו מציין האם סוגיה זו מתבססת על הגישה לפיה כל מעוול אחראי על כל הנזק או על הגישה לפיה כל מעוול אחראי על חלקו בלבד. בעניין זה נחלקים הראשונים, וכפי שנברר להלן.

⁵²⁷ אולם ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, לעיל, הערה 521, שהתלמוד בסוגית שלמים שהזיקו מביא את סברת "אנא תוראי בבירך אשכחתי" בדרך דיחוי בעלמא, ואין להסיק אפוא מן הסוגיה שהתלמוד מכריע כדעה שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד.

⁵²⁸ כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 521.

⁵²⁹ ראה להלן, ציון 554.

⁵³⁰ ראה: רש"י, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה ה"ג; תוספות, שם, ד"ה שור ושור (לדיון בדעת הרמב"ם, ראה: רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה כא; ראב"ד, שם, הלכה יז; מגדל עוז, שם; מהרי"ט אלגזי, בכורות, פרק ד, אות ל, ד"ה שו"ר דלפי).

⁵³¹ בבא קמא נג ע"ב; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה כא.

⁵³² ליד ציון הערה 249.

ב. גישה א: לכתחילה יש לתבוע מכל החייבים

לדעת התוספות⁵³³, בהחלט דינו של רבי נתן על שני שוורים שהזיקו, מאמץ התלמוד את הגישה שכל מעוול אחראי על כל הנזק ("כוליה הזיקא עבד"), שאם לא כן לא ייתכן שמעוול אחד יישא בנזקו של מעוול אחר. ובלשונם:

ונראה לר"י, דאביי ורבינא סבירא להו "האי כוליה הזיקא עבד, והאי כוליה הזיקא עבד", דאי סבירא להו "פלגא נזקא עבד", למה יאמר רבי נתן ד"כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי"?

ונדגיש, לדעת התוספות סברת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה", לפיה גם כאשר מעוול אחראי רק לחלק מן הנזק הוא עלול לשלם את כולו, ייחודית לנזקי בור⁵³⁴, ולא ניתנת להיאמר בעניינם של שני שוורים שנגחו. ואם כן, הסיבה לכך שבעליו של שור החולין (התם) משלם את מלוא מחצית הנזק היא בהכרח שהוא אחראי לכולו⁵³⁵.

התוספות מוכיחים את דעתם זו מכך שהתלמוד אינו מעלה כלל את האפשרות להעמיד את מחלוקת אביי ורבינא במחלוקת בין שתי הגישות בהבנת דינו של רבי נתן, כך שאביי סבור כגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק, ורבינא סבור כגישה שכל מעוול אחראי על חלקו:

ולא קאמר [התלמוד] "הא והא [=זה וזה (אביי ורבינא)] כרבי נתן, הא [=זה (רבינא)] כמאן דאמר פלגא נזקא עבד, והא [=זה (אביי)] כמאן דאמר כולה נזקא עבד", משום דנראה לו לגמרא טעם ראשון שאמר רבא עיקר דהא כולה נזקא עבד, ולהכי מוקי כולהו כוותיה [=ולכן מעמיד את כולם כמותו]⁵³⁶.

הווה אומר, לשיטת התוספות הדין "אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי" מתאים רק לגישה הרואה כל מעוול כאחראי לכל הנזק, ועם זאת לכתחילה על הניזוק לתבוע מכל אחד מן המעוולים את חלקו היחסי. ואילו לגישה הרואה בכל מעוול אחראי על חלק מן הנזק, אף רבי נתן מודה שאין לגבות ממעוול אחד את חלקו של המעוול האחר. ומכיון שנפסק להלכה כשיטת רבי נתן שאם הניזוק אינו יכול לגבות את הפיצוי מזה הוא גובה מזה, אות היא שהתלמוד רואה בכל מעוול כאחראי על כל הנזק⁵³⁷.

⁵³³ תוספות, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה הא.

⁵³⁴ ראה המקורות לעיל, הערה 521.

⁵³⁵ וראה גם חידושי הרשב"א, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה מדאביי.

⁵³⁶ וראה גם שיטה מקובצת, בבא קמא נג ע"ב, ד"ה ולכאורה משמע (בשם תוספות שאנץ).

⁵³⁷ ראה שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן מב, ד"ה אבל מ"מ, שכך גם דעת הרמב"ם. את דבריו הוא מוכיח מפסקו של הרמב"ם, לעיל, הערה 531: "וכן שור של הדיוט ושור פסולי המוקדשין שנגחו כאחד, אם תם הוא זה של הדיוט, משלם חצי נזק, ואם מועד, נזק שלם, שהניזוק אומר לו: כל שאני יכול להוציא מזה אני מוציא והשאר ממך, וזה הואיל והקדש הוא ופטור, אתה תשלם לי הכל". לדברי מהרח"ש, האפשרות לגבות ממעוול אחד את חלקו של השני מבוססת על הגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק, "דלא אמרינן אי לית ליה משתלם מאידך, אלא דוקא במקום דהאי כולי הזיקא עבד". אמנם, מפסקו של הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, בעניין שור שדחף לבור ניתן להוכיח לכאורה שהוא פוסק שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד, שכן הוא מביא את סברת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, וזה לשונו: "שור שדחף בהמה לתוך הבור ומתה, אם מועד הוא, בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה, ואם תם הוא, בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם שלשה חלקים מן היפה שבנכסיו, שבעל הנבלה

מהר"ם מרוטנבורג נוטה גם הוא לפסוק כשיטת התוספות שמעוול יתחייב לשלם את מלוא הנזק רק לפי הגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק: "וכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי לשתלם מהאי **כיון דהאי כוליה היזיקא עבד והאי כולה היזיקא עבד**"⁵³⁸. זאת ועוד, לשיטת מהר"ם מרוטנבורג אין להבחין בין סוגים שונים של חיובים (חיוב רצוני או חיוב לא רצוני), ועל כולם חל אותו ההסדר המשפטי. כפי שראינו לעיל⁵³⁹, מהר"ם מרוטנבורג סבור שהכלל "אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי" שנאמר במעוולים, חל גם בחיובים רצוניים. לשון אחר, הסברו של רבא בדעת רבי נתן בתלמוד הבבלי "אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי" שנאמר בעניין מעוולים אינו אלא ניסוח אחר לדינו של רבי יוסי "אינון אחראין וערבאין זה לזה" שנאמר בתלמוד הירושלמי בעניין לוויים⁵⁴⁰. וכך פוסק מהר"ם מרוטנבורג בעניינם של שני לוויים⁵⁴¹:

אף על גב דגרסינן בירושלמי דשבועות "הדא אמרה שנים שלוו מן האחד אחראין וערבאין זה לזה", הני מילי כשאין לאחד מהן לשלם חלקו, חייב השני לשלם עבורו, **דכי ליכא לאשתלומי מהאי מישתלם מהאי**. אבל כשיש לכל אחד ממון לשלם חלקו, יש לתבוע לכל אחד חלקו. דעד כאן לא פליגי ר' נתן ורבנן פ' שור שנגח את הפרה בשור שדחף את חבירו לבור, אלא היכא דליכא לאשתלומי מהאי, אבל היכא דמצוי לאשתלומי מכל חד וחד מנתיה, משתלם מכל חד וחד מנתיה. ושלוס מאיר בר ברוך.

מדבריו אלו עולה עוד, שהוא נוקט בגישה המרחיבה⁵⁴² בהסבר דינו של רבי נתן, ולפיה הנושה רשאי לגבות מחייב אחד את מלוא החיוב אף אם החייב האחר חדל פרעון או מתחמק מתשלום, ולא דווקא כאשר הוא נהנה מפטור שבדין (ובלשונו: "הני מילי כשאין לאחד מהן לשלם חלקו, חייב השני לשלם עבורו, דכי ליכא לאשתלומי מהאי מישתלם מהאי. אבל כשיש לכל אחד ממון

אומר לבעל הבור פחת נבלה זו יש לי אצלך". אולם, לדעת מהרש"ך "לשון הרמב"ם... לאו דווקא". והשווה לדברי הגר"א, להלן, הערות 548, 596.

⁵³⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ז [דפוס פראג, סימן צג; דפוס לבוב, סימן שיד; הגהות מיימוניות, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג].

⁵³⁹ ליד ציון הערה 161.

⁵⁴⁰ מתשובת רבי יעקב מקורסן המובאת לעיל, הערה 138, עולה שהכלל "שניהן אחראין וערבאין זה לזה" משמש את התלמוד הירושלמי בלבד, והתלמוד הבבלי אינו זקוק לו. שם מובאים דבריו, ולפיהם הסדר הערבות ההדדית בין לוויים משותפים שנוי במחלוקת בין תנא קמא ורבן שמעון בן גמליאל בעניין פרוזבול. בעל התשובה מעיר על דבריו: "ונראה לי, דרבן שמעון בן גמליאל קאי כירושלמי", כלומר שיטת רבן שמעון בן גמליאל, לפיה ניתן לכתוב פרוזבול על כל הלוויים אף אם רק לאחד מהם יש קרקע, תואמת את שיטת הירושלמי, שהלוויים "אחראין וערבאין זה לזה". על פי הסברו, לפי שיטת הבבלי כל לווה חייב בכל החיוב ואין הסדר ערבות הדדי בין החייבים, ולפיכך ניתן לכתוב פרוזבול על הלווה בעל הקרקע בלבד, כשיטת תנא קמא. מכאן ראייה לטענה המובאת בהערה הנזכרת, שתשובה זו, על אף שמובאת בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, אינה תשובת מהר"ם, שכן היא אינה תואמת את שיטתו של מהר"ם מרוטנבורג שהתלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי אינם חולקים.

⁵⁴¹ שו"ת בעלי התוספות, לעיל, הערה 161. ראה הסבר התשובה שם. וראה גם תשובות מיימוניות, משפטים, סימן סג.

⁵⁴² ראה לעיל, ליד ציון הערה 275. יש לציין שבדברי התוספות לא מצאנו התייחסות ישירה לשאלה זו, אך לדעת הגר"א, גם תוספות נוקטים את הגישה המרחיבה, ראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן תי, ס"ק מח, וראה לעיל, הערות 276, 362.

לשלם חלקו, יש לתבוע לכל אחד חלקו⁵⁴³). דומה שמסקנה זו הכרחית בשל השוואתו של מהר"ם מרוטנבורג את דינם של חייבים רצוניים לדינם של מעוולים, שכן בחיוב רצוני אין להעלות על הדעת אפשרות שהחייב לא ישלם בשל פטור בדין המהותי⁵⁴⁴, והאפשרויות היחידות של אי תשלום הן חדלות פרעון או התחמקות מתשלום. מסקנה זו גם מתיישבת יפה עם שיטתו של מהר"ם מרוטנבורג, לפיה כל חייב חב במלוא החיוב, ואין מניעה עקרונית לגבות מכל אחד מן החייבים את מלוא החיוב, אלא שלכתחילה על הנושה לנסות לגבות מכל חייב רק את חלקו. ומכיוון שעל כל חייב חל מלוא החיוב, די בכך שחייב אחד אינו משלם את חלקו **מכל סיבה שהיא** כדי שהנושה יוכל לנצל את זכותו ולגבות מחייב אחד את מלוא החיוב⁵⁴⁵.

ניתן אפוא לסכם, שלדעת התוספות ומהר"ם מרוטנבורג, **על אף שכל חייב אחראי למלוא החיוב, לשון אחר, שהחייבים "חבים בחיוב אחד", על הנושה לנסות לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, ורק כאשר אינו יכול לעשות זאת, הוא רשאי לגבות את מלוא החיוב מחייב אחד.**

שיטה זו עולה גם מדברי בעל המאור, רבי זרחיה הלוי⁵⁴⁶. בעל המאור מסכים לקביעתם העקרונית של התוספות ומהר"ם מרוטנבורג שמעוול אינו משלם יותר מחלקו, אך מכריע הכרעה שונה בשאלת היקף אחריותו של כל מעוול. הוא מסתמך על כלל הפסיקה לפיו יש לפסוק כ"לשון אחרון" ומכריע שכל מעוול אחראי על חלקו בלבד, שכן צד זה של הספק נדון בדברי רבא⁵⁴⁷ באחרונה⁵⁴⁸.

כפי שראינו לעיל⁵⁴⁹, סוגית שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו, לפיה בעל שור החולין משלם את חלקו של שור פסולי המוקדשין, תומכת דווקא בגישה לפיה כל מעוול אחראי למלוא הנזק, וכפי שהכריעו מכאן התוספות. אולם, לדעת בעל המאור יש להבחין בין הסוגיות: בסוגיית שור ושור פסולי המוקדשין אכן גם הוא סבור שיש להכריע שכל מעוול אחראי לכל הנזק, לעומת זאת

⁵⁴³ וראה גם **מרדכי**, כתובות, סימן רלח, לעיל, הערה 119, בשם מהר"ם מרוטנבורג: **"ואם אין לאחד לשלם, ישלם השני חלקו וחלק חבריו"**. וראה **בית יוסף**, חו"מ, סימן תי, ד"ה וכתב הרמ"ה. וראה לעיל, הערה 280.

⁵⁴⁴ כלומר, חייב רצוני שנטל על עצמו חיוב תקף, אינו יכול להנות מפטור שבדין. יתירה מכך, אף אם לאחר יצירת החיוב אבדה כשרותו המשפטית ("נשתטה"), קשה לראות בכך פטור שבדין המהותי. אמנם, לעיל, ליד ציון הערה 355, הבאנו את דברי הרא"ש, שאם מעוול אחד הוא חסר כשרות משפטית יש לראות בו פטור שבדין, אך שם מדובר במקרה בו המעוול חסר כשרות משפטית כבר בשעת יצירת החיוב, והחיוב לא חל כלל.

⁵⁴⁵ על היחס בין האחרייות למלוא הנזק לבין הגישה המרחיבה ראה **חידושי רבי ראובן** (גרוזובסקי), בבא קמא, סימן ד, אות ג, ד"ה והנה בהא. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 586.

⁵⁴⁶ **המאור הגדול**, בבא קמא כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גם. וראה בביאור שיטתו **חזון איש**, בבא קמא, סימן ה, ס"ק ט.

⁵⁴⁷ לעיל, ליד ציון הערה 520.

⁵⁴⁸ וראה גם **ביאור הגר"א**, חו"מ, סימן תי, ס"ק מה, מז, לדבריו כך גם פוסקים הרי"ף והרמב"ם. והשווה לדברי מהר"ש, לעיל, הערה 537. וראה **ים של שלמה**, בבא קמא, פרק חמישי, סימן מ, שמסכים להכרעתו של בעל המאור ומוסיף נימוק נוסף, ולפיו האמורא רב שימי בר אשי מעמיד את המשנה כרבי נתן תוך שהוא משתמש בביטוי "היכא שלא אפשר לאישתלומי מהאי משתלם מהאי" המקביל לדעתו לביטוי "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה", שמובא דווקא לפי הגישה שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד.

⁵⁴⁹ ליד ציון הערה 533.

בסוגיית שור שדחף את חברו לבור יש להכריע, על פי הלשון האחרון, שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד (אם כי בעל המאור סתם ולא פירש מה ההבחנה בין הסוגיות⁵⁵⁰).

מהרש"ל⁵⁵¹ מסכים עם הכרעתו של בעל המאור כלשון אחרון, לפיה כל מעוול אחראי לחלקו בלבד, והוא מבקש להוכיח הכרעה זו מדברי רבי אבא בסוגיית שלמים שהזיקו שראינו לעיל⁵⁵². כאמור, התלמוד קובע שדברי רבי אבא, לפיהם הניזוק אינו יכול לגבות מחלק החולין את הנזק המיוחד לחלק המזבח, תואמים גם לשיטת רבי נתן, שכן סברת "אנא תוראי בבירך אשכחתי" אינה יכולה להיאמר בעניין שור של שלמים שהזיק. עצם ההיזקקות לטענת "אנא תוראי בבירך אשכחתי" ושלילתה במקרה הנדון, מוכיחה שהנחת התלמוד היא שכל מעוול אחראי רק על חלקו, שכן לפי הגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק הדין היה צריך להיות שהניזוק רשאי לגבות

⁵⁵⁰ כאמור, בעל המאור אינו מציין מהי ההבחנה בין שור שדחף לבור לבין שור ושור פסולי המוקדשין שהזיקו. יש מי שהציע (ראה **ספר המאור**, ירושלים תש"ס (אביאל אורנשטיין מהדיר), נר למאור, עמ' רח) שההבחנה היא בין מעוולים שפעלו בזה אחר זה, כדוגמת השור שדחף לבור, שם נחשב כל אחד כמי שתרם רק לחלק מן הנזק, לבין מעוולים שפעלו בו זמנית, כדוגמת שור ושור פסולי המוקדשין, שם נחשב כל אחד כמי שעשה את הנזק כולו. מעניין לציין שלהבחנה דומה הגיע בית המשפט העליון במדינה מינסוטה. ראה *Petcoff v. Pastoret Lawrence Co.*, 124 Minn. 531, 144 N.W. 474 (1913): "Causes of action based upon concurrent negligence of two defendants, resulting in wrongful death, may be joined, where the facts concerning the negligence of each are identical as to **time, place, and result**". (ההדגשה הוספה).

הבחנתו זו של בעל המאור נסתרת לכאורה מסוגיית שור של שלמים שהזיק, ראה לעיל, ליד ציון הערה 522. נזכיר, שבאותה סוגיית קובע רבא (לפי גרסתו של בעל המאור, ראה לעיל, הערה 524) שהניזוק גובה מבעל השור רק את הנזק שגרם חלק החולין שבשור, שכן חלק ההקדש שבשור פטור מדיני הניזוקין. על פי הבחנתו של בעל המאור, מכיוון שחלק ההקדש וחלק החולין פעלו בו זמנית, ראוי היה לכאורה להטיל על כל חלק את האחריות למלוא הנזק, והלכה אם כן הייתה צריכה להיות שהניזוק רשאי לגבות את מלוא נזקו מחלק החולין. כדי ליישב את שיטתו, קובע בעל המאור שהלכתו של רבא בעניין שלמים שהזיקו חולקת על הלכתם של אביי ורבינא בעניין שור ושור פסולי המוקדשין: לדעת רבא, יש להכריע באופן גורף כגישה שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד, ולכן הן בשור של שלמים שהזיק והן בשור ושור פסולי המוקדשין שהזיקו הניזוק גובה רק את חלק החולין. לעומתו, לדעת אביי ורבינא יש להבחין בין מעוולים שפעלו בו זמנית, עליהם מוטלת אחריות למלוא הנזק, לבין מעוולים שפעלו בזה אחר זה, עליהם מוטלת אחריות לחלקם בלבד, ולכן הן בשור של שלמים שהזיק והן בשור ושור פסולי המוקדשין שהזיקו רשאי הניזוק לגבות מחלק החולין את הנזק כולו. במחלוקת זו סבור בעל המאור שיש להכריע כדעתו של רבינא, שהוא המאוחר מבין האמוראים החולקים (על פי הכלל "הלכתא כבתרא").

יש להעיר, שלדעת הרמב"ן, לחלו, הערה 563, פירושו של בעל המאור, לפיו יש מחלוקת בין רבא לבין אביי ורבינא, לא ייתכן, שכן לגרסתו (על פי גרסת רבנו חננאל) רבא הוא זה שמביא את מחלוקת אביי ורבינא בעניין שור ושור פסולי המוקדשין. אולם קשה לקבל גירסה זו, שכן רבינא הוא תלמידו של רבא (ראה אהרן היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, לונדון תר"ע, חלק א, ערך רבינא), ולא מסתבר אפוא שרבא יצטט את דבריו. וראה גם **תשובות הגאונים** (הרכבי), סימן רעב: "ואנו לא גרסנן בשמועה זו 'אמר רבא' כאשר כתבתם. ואף רבנן דגרסי השתא אינן אומרים בה 'אמר רבא'. אלא שנמצא בנוסחי דגמרא דבי רב ישי שכתוב בהן 'אמר רבא' שור ושור פסולי וכולי" (לדעת הרכבי, שם, הערות ותיקונים, עמ' 365, תשובה זו מיוחסת לרב האי גאון, אולם השווה נתן דוד רבינוביץ, **תשובות ופירושי רב שרירא גאון**, ירושלים תשע"ב, כרך ב, עמ' תרל, הערה 1, המייחס את התשובה לרב שרירא גאון). וראה **פירוש רבנו חננאל**, ירושלים תש"ע, בבא קמא, דף נג ע"ב, הערה 135. אולם ראה **דקדוקי סופרים**, בבא קמא נג ע"ב, שגורס "רבא" במקום "רבינא". לפי גירסה זו יש לקבל את עמדת הרמב"ן לפיה סוגיית שור ושור פסולי המוקדשין אינה חולקת על סוגיית שלמים שהזיקו.

⁵⁵¹ **ים של שלמה**, לעיל, הערה 548.

⁵⁵² ליד ציון הערה 522.

מחלק החולין את מלוא נזקו גם בלא טענת "אנא תוראי בבירך אשכחתי" ⁵⁵³, והצורך לשלול אותה מוכיח שהתלמוד מכריע בדעת רבא שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד ⁵⁵⁴.

כפי שציינו ⁵⁵⁵, למרות ההבדל בפסיקת ההלכה (כזכור, התוספות פוסקים באופן גורף שכל מעוול אחראי לכל הנזק, ואילו לדעת בעל המאור ומהרש"ל חלוקת האחריות תלויה בנסיבות ⁵⁵⁶), מסכימים כל הפוסקים שהובאו עד כה לעיקרון לפיו לא ייתכן שחייב ישלם מעבר לאחריותו ⁵⁵⁷ (למעט החריג של נזקי בור). כלומר, לדעתם הכלל "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי"

⁵⁵³ והשווה **תוספות**, בבא קמא יג ע"א, ד"ה אנא; שם, נג ע"ב, ד"ה הא, שסברת "אנא תוראי וכו'" נאמרת גם למאן דאמר "כולא היזיקא עבד", ואם כן לשיטת התוספות אין מקום לראיית מהרש"ל. וראה **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, לעיל, הערה 521: "דעל כרחך ההוא חילוקין דיחויא בעלמא הוא".

⁵⁵⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 528. כפי שראינו לעיל, הערה 550, לדעת בעל המאור סוגית שלמים שהזיקו אינה נפסקת להלכה, ולכן אין להביא ממנה ראייה להכרעה כגישה שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד. לעומת זאת, לדעת מהרש"ל סוגית שלמים שהזיקו נפסקת להלכה, ולדבריו אין מחלוקת בין רבי אבא (רבא, לגרסת בעל המאור) לבין אבבי ורבינא בעניין שור ושור פסולי המוקדשין. בעל המאור, כאמור, לעיל, הערה 550, מבחין בין נזק שנעשה בו זמנית על ידי כל המעוולים, בו אבבי ורבינא נחלקים עם רבא האם כל מעוול אחראי לחלקו, לבין נזק שאינו נעשה בו זמנית, בו הכל מודים שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד. לעומת זאת, לדעת מהרש"ל המבחן לפיו יש לקבוע אם כל מעוול אחראי לכל הנזק או לחלקו בלבד הוא על פי יכולתו של כל מעוול לגרום לנזק בנפרד. במקרה של שור שדחף לבור ובמקרה של שור של שלמים שהזיק, הנזק יכול להיגרם רק כתוצאה משיתוף של כל המעוולים, ובכגון זה הוכרע שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד, ואילו במקרה של שור ושור פסולי המוקדשין שהזיקו, כל מעוול יכול לגרום לנזק לבדו, ולכן כל מעוול אחראי לכל הנזק (ראה: **תוספות**, בבא קמא יג ע"א, ד"ה אי; ראייה, **שיטה מקובצת**, בבא קמא נג ע"א, ד"ה פשיטא מאי דקאמר, הסבורים שהנזק לא יכול היה להיגרם ללא שיתוף השור והבור. אולם השווה **רש"י**, בבא קמא נג ע"א, ד"ה אי קסבר, שהשור והבור יכולים לגרום לנזק בעצמם, ללא שיתוף. וראה **אוצר מפרשי התלמוד**, בבא קמא, חלק ב, עמ' תתצב, ושם בהערה 107). ובלשונו של מהרש"ל: "ומה שאמר התלמוד הטעם משום דתוראי בבורך אשכחתי כו', משמע זולת האי טעמא [=זה הטעם] לא אמרינן מה דליכא לאשתלומי כו', היינו גבי שור שדחף חבירו לבור, דכל חד פלגא הזיקא קעביד. והכי קיימא ליה לתלמודא כלישנא בתרא [=כלשון אחרון (שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד)], **משום דהבור לא עביד מידי** [=לא עשה כלום], **אי לא הוי השור שדחפו. והכי נמי** [=וכך גם] **אי לא הוה הבור לא היה ניזק מדחיפתו**. כהאי גוונא [=בכגון זה] בודאי כל חד רק פלגא הזיקא קעביד. ואם כן אין הדין נותן לומר מאי דליכא לאשתלומי כו', אם לא מטעמא דתוראי בבירא אשכחתייה. אבל היכא ששניהם הזיקו כאחד, כגון שור ושור פסולי המוקדשים, דנוכל לומר כל חד [=שכל אחד] כולה הזיקא קעביד, בודאי אמרינן מאי דליכא לאשתלומי כו', דלא צריכים אנו לטעמא דתוראי בבירך כו'". להבחנה זו הגיע גם בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין, בעניין שתי דליקות שגרמו יחד לשריפה, כשכל אחת מהן יכולה הייתה לגרום לנזק לבדה. ראה *Cook v. William A. Prosser*, Minneapolis, St. P. & S.S.M.R. Co, Wis. 624, 74 N.W. 561 (1898). *Joint Torts and Several Liability*, 25 Cal. L. Rev. 413, pp. 433-434 (1936-1937).

⁵⁵⁵ לעיל, ליד ציון הערה 546.

⁵⁵⁶ נזכיר, בעל המאור אינו מציין מהו המבחן לפיו ייקבע אם כל מעוול אחראי למלוא הנזק או רק לחלקו, אולם כפי שראינו יש מי שהציע להבחין בין מעוולים שפעלו בו זמנית, שעל כל אחד מהם חלה אחריות למלוא הנזק, לבין מעוולים שפעלו בזה אחר זה, שעל כל אחד מהם חלה אחריות לחלקו בלבד (ראה לעיל, הערה 550). לעומת זאת, לדעת מהרש"ל יש להבחין בין מעוולים שכל אחד מהם יכול לגרום לנזק לבד, שעל כל אחד מהם חלה אחריות למלוא הנזק, לבין מעוולים שאינם יכולים לגרום לנזק ללא שיתוף, שעל כל אחד מהם חלה אחריות לחלקו בלבד (ראה לעיל, הערה 556).

⁵⁵⁷ וראה גם **ברכת שמואל**, ניו יורק תשל"ב, חלק א, בבא קמא, סימן יב, אות ג, בשם רבו, ר' חיים סולובייצ'יק מבריסק.

תואם אך ורק לגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק⁵⁵⁸, ועם זאת על הניזוק לנסות לגבות מכל חייב את חלקו.

כך גם בעניין גבייה מיורשים ומלקוחות. כפי שראינו לעיל⁵⁵⁹, לדעת התוספות הנושה חייב לגבות מכל יורש או לקוח את חלקו היחסי בלבד. אף אם נניח שכל יורש או לקוח אחראי לחיוב כולו, הנושה רשאי לגבות ממנו רק את החלק היחסי על פי הדין הכללי בריבוי חייבים, אלא אם כן חלו נסיבות מיוחדות המונעות זאת ממנו.

יש לציין, שלשיטות אלו עולה שדינו של רבי נתן לפיו על הנושה לנסות לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, הוא הכלל, ואילו הדין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", שפסק רב חסדא⁵⁶⁰, הוא החריג. ואימתי חל החריג? דומה, שראשונים אלו מאמצים את מבחן סוג התביעה שהזכרנו לעיל⁵⁶¹, ולפיו דינו של רב חסדא חל רק בתביעות השבה⁵⁶².

ג. גישה ב: אפשר לתבוע מכל חייב את מלוא החיוב

דעה שונה לגמרי בעניין מעוולים יחד מציג הרמב"ן, ולדעתו יכול שמעוול ישלם יותר מחלקו בנזק. לדבריו, השאלה אם כל מעוול אחראי לכל הנזק או רק לחלקו אינה אלא שאלה פרשנית, ואין ממנה נפקות מעשית, ובלשונו⁵⁶³:

וליא בין לישנא קמא [שכל מעוול גורם לכל הנזק] **לבתרא** [שכל מעוול גורם רק לחלקו היחסי בנזק] **כלום**, אלא בפירוש תשלומי שור תם נחלקו [מדוע בעל הבור משלם את החלק שבעל השור התם פטור ממנו], דלא קא אמרינן: 'מאי בינייהו?' [=שהרי התלמוד אינו שואל מה הנפקות בין הדעות]⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ למעט אחריותו של בעל בור, כאמור לעיל, הערה 534.

⁵⁵⁹ ליד ציון הערה 456.

⁵⁶⁰ לעיל, ליד ציון הערה 205.

⁵⁶¹ ליד ציון הערה 408. יש לציין שהדברים עולים בקנה אחד עם מבחן סוג התביעה שמציע רבי אליעזר ממיץ, תלמיד רבנו תם ומבעלי התוספות, ראה לעיל, ליד ציון הערה 415.

⁵⁶² מבחן השיתוף שהזכרנו לעיל, ליד ציון הערה 430, לפיו דינו של רב חסדא חל כאשר בית הדין יכול לנהל דיון בנפרד בחיובו של כל חייב, אינו מתאים לשיטת התוספות, מהר"ם מרוטנבורג ובעל המאור, שכן ברבים מן המקרים של חיובים רצוניים בית הדין יכול לנהל דיון בחיובו של כל אחד בנפרד. כך, למשל, בשניים שלוו כאחד או בשניים שערבו כאחד, איו מניעה עניינית לנהל דיונים נפרדים בחיובו של כל חייב, ועם זאת לא חל דינו של רב חסדא, והנושה חייב לגבות מכל חייב את חלקו.

⁵⁶³ **מלחמת ה'**, בבא קמא כג ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר הכותב.

⁵⁶⁴ וראה גם **שיטה מקובצת**, בבא קמא נג ע"א, ד"ה ומסתברא דליכא, בשם הרא"ה (תלמיד הרמב"ן): "ומסתברא דליכא בין הני תרי לישני אלא גבי טעמא אבל גבי עיקר דינא ליכא בינייהו כלל. וכי אמרינן לעיל בשמעתין ובפרק קמא טעמא דהיכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי לישנא אחרינא נקט, והוא הדין לאידך לגבי דינא חד נינהו וכל מאי דבחד לישנא שייך גבי אחרינא" [כלומר, מה שהתלמוד נוקט את הלשון "אי ליכא לאשתלומי", אין זה אלא מפני שזו לשון הגישה האחרונה, שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד, אך הדין נכון גם לפי הגישה הראשונה, שכל מעוול אחראי לכל הנזק].

לדברי הרמב"ן, סברת "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי" נאמרת בדעת רבי נתן גם לגישה שכל מעוול אחראי רק לחלקו⁵⁶⁵. זאת ועוד, לדעת הרמב"ן סברת "אנא תוראי בבירך אשכחיתיה" שנאמרה על פי גישה זו, אינה אמורה בבור דווקא אלא יש לפרשה על דרך ההרחבה במשמעות "את קא גרמת לי" ולהחילה בכל מעוולים יחד. נראה שכוונת הרמב"ן היא שעצם מעורבותו של כל אחד מן המעוולים בגרימת הנזק מטיילה עליו חובה לפצות את הניזוק אף מעבר לחלקו היחסי⁵⁶⁶. הרמב"ן אינו מסביר על סמך מה ניתן לחייב מעוול לשלם יותר מחלקו, ואפשר, כפי שראינו לעיל⁵⁶⁷, שהאפשרות לגבות ממעוול אחד את חלקו של מעוול אחר מתבססת על עקרונות מדיני הערבות⁵⁶⁸, וכפי שנסביר בסמוך.

ובדומה לכך, לעיל⁵⁶⁹ ראינו את דעת הרמב"ן, לפיה חייבים שנטלו על עצמם חיוב משותף (כלומר, חיוב רצוני כגון הלוואה) כל אחד מהם חייב עיקרי על חלקו וערב על חלקיהם של חבריו. עוד ראינו, שלדעת הרמב"ן הסדר זה על כל רכיביו (חלוקת האחריות⁵⁷⁰ והערבות ההדדית⁵⁷¹) הוא הסדר **מכוח הדין** ואינו תלוי באומד דעת הצדדים (אם כי ייתכן שניתן להתנות עליו). דומה, שקביעתו של הרמב"ן שכל אחד מן החייבים חב כחייב עיקרי על חלקו בלבד, משמעותה היא שאף אם נניח שהחייבים נטלו על עצמם אותו חיוב, הדין מפצל את חיוביהם **לחייבים נפרדים**. עם זאת, מכיוון שהחייבים התחייבו יחד, מטיל הדין על כל אחד מהם לערוב לחלקו של חברו, ונמצא אם כן שייתכן שחייב ייתבע לשלם יותר מחיובו. נראה שכך יש לפרש גם את שיטת הרמב"ן בעניין מעוולים יחד, ולפיה יכול שמעוול ישלם יותר מחלקו בנזק, מכוח **ערבות על פי דין**⁵⁷². נציין, שלדעת הרמב"ן ערבות זו, שחלה מכוח הדין ולא מכוח הסכם, דומה לערבות מכוח הסכם בכך שהיא נועדה לבטח את הנושה, ולכן אין הוא רשאי לגבות מן הערב לפני שניסה לגבות מן החייב העיקרי. עם זאת, היא שונה ממנה בתחולתה (שכן היא חלה גם אם הערב לא מפיק טובת הנאה

⁵⁶⁵ ראה **ברכת שמואל**, לעיל, הערה 557, אותיות ג-ד, בשם ר' חיים סולובייצ'יק מבריסק, שהגישה לפיה כל מעוול אחראי לכל הנזק אינה נוקקת לכלל "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי", שכן מלוא החבות הנוזקית מוטלת על כל מעוול, וסברה זו נאמרה אפוא דווקא לגישה שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד. אולם יש להעיר שדבריו אינם הכרחיים, וייתכן שהכלל "כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי" נדרש אף לגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק, שכן ייתכן שלאחר שחובת הפיצוי חולקה בין המעוולים, היה מקום לומר שמעוול אינו משלם יותר מחלקו.

⁵⁶⁶ להסברים אחרים לטענת "את קא גרמת לי", ראה **אוצר מפרשי התלמוד**, בבא קמא, חלק ב, עמ' תתק.

⁵⁶⁷ ליד ציון הערה 281.

⁵⁶⁸ הרמב"ן מסיים את דבריו, שגם מי שאינו מקבל את פרשנותו בדברי רבי נתן, ייאלץ על כורחו לפסוק כגישה שכל מעוול אחראי לכל הנזק, ובלשונו: "ומי שאינו מודה במה שפרשנו על כרחו יודה שהלכה כלישנא קמא דרבא, דאמר האי כוליה היזקא עבד, דסוגיין הכי [=שכך סוגייתנו], ונמצא שדיננו דין אמת". לא ברור לאיזו סוגיה מתכוון הרמב"ן, אולם דומה שכוונתו לסוגיה בבבא קמא כח ע"ב ("נתקל בקרקע ונשוף באבן").

⁵⁶⁹ ליד ציון הערה 72.

⁵⁷⁰ לעיל, ליד ציון הערה 123.

⁵⁷¹ לעיל, ליד ציון הערה 149.

⁵⁷² להלן, נספח א, הבאנו את שיטות הפוסקים לפיהן כך גם שיטת הרמב"ם. שם הבאנו גם שיש הסבורים ששיטת הרמב"ם היא שניתן לגבות מכל חייב את מלוא החיוב, אך בשונה מדעת הרא"ש, לעיל, ליד ציון הערה 593, לדעת הרמב"ם הסדר זה נובע מכך שכל חייב הוא גם ערב קבלן לחלקם של חבריו (כפי שמסביר זאת בעל התרומות, ראה לעיל, ליד ציון הערה 60). מבחינה מושגית, שיטת הרמב"ם היא אפוא כשיטת הרמב"ן, אלא שלדעת בעל התרומות נחלקים הרמב"ם והרמב"ן בשאלה איזה סוג של ערבות חל על כל חייב: לדעת הרמב"ן חלה ערבות רגילה, ואילו לדעת הרמב"ם חלה ערבות קבלנית. מובן שלשאלה זו השלכה מעשית על אפשרות הגבייה מן החייבים.

ממנה⁵⁷³) ובהיקפה (שכן היא חלה אף אם לחייב העיקרי פטור שבדין, שלא כמו בערבות מכוח הסכם שבה נפטר הערב מערבותו אם החייב העיקרי נפטר מחיובו)⁵⁷⁴.

ונדגיש: לדעת הרמב"ן חייבים יחד אינם בהכרח "חבים בחיוב אחד" כהגדרת הצעת החוק, שכן אם לא התנו אחרת, הדין מפצל את חיוביהם לחיובים נפרדים, אלא הם חייבים בחיוב משותף, וכך נכנה אותם. חייבים בחיוב משותף הם אפוא חייבים שחבים בחיובים נפרדים, אך מעורבותם ביצירת החיוב מחברת אותם יחד. לעניין מעוולים, ניתן לקבוע כי הנוק האחד שנגרם לניזוק קושר את המעוולים השותפים ליצירתו להיות חייבים בחיוב משותף. אולם בחיובים רצוניים קשה יותר לקבוע מתי החיוב משותף ומתי חיוביהם של החייבים נפרדים לחלוטין. בעניין זה נחלקים הפוסקים, ועל כך נרחיב בנספח⁵⁷⁵.

עם זאת, כפי שכבר הזכרנו, דומה שלדעת הרמב"ן ניתן ליצור "חיוב אחד" בהסכמה, ובמקרה זה רשאי הנושה לגבות מכל חייב את מלוא החיוב. זאת ניתן להסיק מפרשנותו של הרמב"ן לתוספתא⁵⁷⁶ בעניין שני ערבים, ולפיה אם ערבים שערבו יחד לחוב אחד מסכימים לכך שהנושה יהיה רשאי לגבות מכל אחד מהם את מלוא החיוב, הסכמתם תקפה⁵⁷⁷. ולעיתים "חיוב אחד" נקבע מכוח הדין. כך בדינו של רב חסדא "גזל... ובא אחר ואכלו, רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"⁵⁷⁸. דומה שכדי לקבוע אימתי חל דינו של רב חסדא הרמב"ן יאמץ את מבחן סוג התביעה⁵⁷⁹, לפיו דין זה חל רק בתביעות השבה⁵⁸⁰.

בדרך זו ניתן ליישב את הסתירה לכאורה שבין פסקי הרמב"ן עליה הצבענו לעיל⁵⁸¹. כפי שראינו, דעת הרמב"ן בעניין שניים שלוו היא שהנושה גובה מכל אחד את חלקו היחסי⁵⁸², ואילו בגבייה מיורשים ומלקוחות הרמב"ן סבור ש"רצה מזה גובה, רצה מזה גובה"⁵⁸³. לפי דברינו, לדעת

⁵⁷³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 149.

⁵⁷⁴ בדרך זו ניתן להתאים את דעת הרמב"ן הן לגישה המרחיבה, לעיל, ליד ציון הערה 275, והן לגישה המצמצמת, לעיל, ליד ציון הערה 286, בדעת רבי נתן.

⁵⁷⁵ נספח ב.

⁵⁷⁶ לעיל, ליד ציון הערה 149.

⁵⁷⁷ אולם, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 110, בדברי הרשב"א, ערבות שונה משאר החיובים, שכן היא ביטחון על החוב, וייתכן אפוא שרק בעניין זה מסכים הרמב"ן שניתן ליצור ביטחון כפול. לעומת זאת, אפשר שלדעת הרמב"ן חוב אינו יכול להיות חוב כפול, ואם כן ריבוי חייבים משמעו בהכרח חלוקת אחריות ביניהם. נזכיר, שהרמב"ן עצמו אינו מבחין בין ערבות להלוואה, וסבור שבשניהם יש לחלק את האחריות בין החייבים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 93), אך זאת רק בעניין חלוקת האחריות הסטטוטורית, ואילו בשאלת ההסכמה המפורשת בין הנושה לחייבים, ייתכן שהרמב"ן יודה שניתן להבחין בין ערבות להלוואה.

⁵⁷⁸ לעיל, ליד ציון הערה 205.

⁵⁷⁹ לעיל, ליד ציון הערה 412.

⁵⁸⁰ מבחן השיתוף (לעיל, ליד ציון הערה 430) והמבחן המשולב (לעיל, ליד ציון הערה 437) אינם מתאימים לשיטת הרמב"ן שכן הם מניחים שבררת המחדל היא "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", בעוד שלדעת הרמב"ן בררת המחדל היא חלוקת החיוב בין החייבים.

⁵⁸¹ ליד ציון הערה 490.

⁵⁸² לעיל, ליד ציון הערה 72.

⁵⁸³ לעיל, ליד ציון הערה 468.

הרמב"ן כל חיוב מפוצל על פי דין לחיובים נפרדים, ולכן על הנושה לנסות לגבות מכל חייב רק את חלקו היחסי, אך כאשר החייבים חבים ב"חיוב אחד", רשאי הנושה לגבות מכל חייב את מלוא החיוב. דומה שבעניין גבייה מיורשים ומלקוחות, יש לראות את היורשים והלקוחות כחייבים ב"חיוב אחד" ולא סביר לפצל ביניהם את החיוב, שכן אין זה חיוב אישי ("שעבוד הגוף") אלא חיוב הנובע מכך שהם מחזיקים נכס משועבד⁵⁸⁴. אשר על כן, בגבייה מיורשים ומלקוחות "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה".

שיטת הרמב"ן תואמת לגישה המרחיבה שראינו לעיל⁵⁸⁵, לפיה די בכך שחייב חדל פרעון או מתחמק מתשלום כדי שהנושה יוכל לגבות את מלוא החוב מן החייב האחר, שכן כפי שראינו, לדעת הרמב"ן מעורבותו של החייב ביצירת החיוב מטילה עליו חובת פרעון אף מעבר לחלקו בחיוב (על פי דיני ערבות)⁵⁸⁶.

כפי שראינו לעיל⁵⁸⁷, הרשב"א מסכים עקרונית עם שיטת רבו הרמב"ן, לפיה כל חייב הוא חייב עיקרי על חלקו וערב על חלק חבריו, והוא מסכים אפוא שעל חייבים יחד יחולו הסדרי החיוב המשותף. אולם, בניגוד לדעת הרמב"ן שסבור שהסדרים אלו הם הסדרים על פי דין, הרשב"א סבור שהסדרים אלו הם הסדרים רצוניים המבוססים על אומד דעת הצדדים. ההבחנה בין "חיוב אחד" ל"חיוב משותף", ובינם לבין חיובים נפרדים לחלוטין, תלויה אפוא, לדעת הרשב"א, באומד דעת הצדדים. וכך למשל, ניתן להניח שערבים לחוב אחד התכוונו ל"חיוב אחד"⁵⁸⁸, ואילו בעניינם של אפוטרופוסים שאחראים לנכסיו של קטין אחד ניתן להניח שהצדדים התכוונו לחיובים נפרדים לחלוטין⁵⁸⁹.

מדברי הרשב"א אין להסיק מהי בררת המחדל כאשר לא ניתן לעמוד על אומד דעת הצדדים. קשה גם להסיק מדיני הנזיקין (בהם אין משמעות לאומד דעת הצדדים) שכן לא מצאנו בדברי הרשב"א התייחסות לשאלה האם דינו של רבי נתן הוא הכלל ודינו של רב חסדא הוא החריג, ולפיכך בררת המחדל היא "חיוב משותף", או שמא דינו של רב חסדא הוא הכלל ודינו של רבי נתן הוא החריג ולפיכך בררת המחדל היא "חיוב אחד".

ייתכן שלדעת הרשב"א בנזיקין לא חלה ערבות הדדית, שכן לדעתו הערבות ההדדית בין החייבים היא ערבות הסכמית. לפיכך, האפשרות לגבות ממעוול אחד את מלוא החיוב כאשר לא ניתן לגבות מן המעוול האחר היא רק כאשר מעוול אחד פטור על פי דין, ואם כן החיוב כולו חל רק על החייב האחר, כפי שהסביר רבי שמעון שקאפ⁵⁹⁰. לשון אחר, לפי הסבר זה, דעת הרשב"א כשיטה המצמצמת בדעת רבי נתן⁵⁹¹. אולם ייתכן, שלדעת הרשב"א בדיני הנזיקין (בהם אין משמעות לאומד דעת הצדדים) יחול הסדר ערבות הדדית מכוח הדין, ולפי הסבר זה ניתן יהיה לגבות מן

⁵⁸⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 444.

⁵⁸⁵ ליד ציון הערה 275.

⁵⁸⁶ וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 545.

⁵⁸⁷ ליד ציון הערה 104.

⁵⁸⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 111.

⁵⁸⁹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 142.

⁵⁹⁰ לעיל, ליד ציון הערה 296.

⁵⁹¹ לעיל, ליד ציון הערה 286.

המעוול האחד את מלוא החיוב גם אם המעוול האחר אינו משלם מכל סיבה שהיא, לשון אחר אפשר שהרשב"א סבור כגישה המרחיבה דווקא⁵⁹².

ניתן לסכם אפוא שלדעת הרשב"א ההסדר החל על החיוב נקבע לפי **אומד דעת הצדדים** (שניתן להסיקו בין השאר על פי סוג העסקה), בין יהיה זה אומד דעת שכוונתם ל"חיוב אחד" בין יהיה זה אומד דעת שכוונתם לחיובים נפרדים לחלוטין, בין יהיה זה אומד דעת שכוונתם ל"חיוב משותף". וזאת בניגוד לדעת הרמב"ן שהסדר "חיוב משותף" חל על פי דין אלא אם כן התנו הצדדים **במפורש**.

גם לדעת הרא"ש הנושה רשאי לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מן החייבים החבים בחיוב אחד⁵⁹³, אולם בניגוד לדעת הרמב"ן, לדעת הרא"ש בררת המחל היא "חיוב אחד". דומה שהרא"ש מסכים עקרונית עם רבו, מהר"ם מרוטנבורג, שהאחריות לחיוב מוטלת במלואה על כל אחד מן החייבים⁵⁹⁴, אך בניגוד לרבו הוא סבור שבשל כך הנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב לפי בחירתו⁵⁹⁵. נמצא שלדעת הרא"ש הדין "רצה מזה גובה רצה מזה גובה" שפוסק רב חסדא, הוא הכלל⁵⁹⁶, ואילו דינו של רבי נתן לפיו על הנושה לנסות לגבות מכל חייב את חלקו היחסי, הוא החריג. ואימתי חל החריג? הרא"ש מאמץ כנראה את מבחן השיתוף⁵⁹⁷, לפיו דינו של רבי נתן חל רק כאשר לא ניתן לדון בכל נזק בנפרד, או את המבחן המשולב⁵⁹⁸, לפיו דינו של רבי נתן חל רק בתביעות פיצוי שלא ניתן לדון בכל אחת מהן בנפרד⁵⁹⁹.

⁵⁹² לדעת הרשב"א ההבחנה בין דינו של רבי נתן לבין דינו של רב חסדא תהיה לפי אחד מן המבחנים שהצענו לעיל (מבחן סוג התביעה, מבחן השיתוף, או המבחן המשולב).

⁵⁹³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 50.

⁵⁹⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 538.

⁵⁹⁵ לעיל, ליד ציון הערה 60, הבאנו את דברי בעל התרומות שסבור שלדעת הרמב"ם כל חייב הוא חייב עיקרי על חלקו וערב קבלן על חלקיהם של חבריו. הבאנו גם את דברי הפוסקים (שם, בהערה) המייחסים שיטה זו לרא"ש. לפי דברינו בטקסט, שיטת הרא"ש כשיטת רבו, מהר"ם מרוטנבורג, לפיה כל חייב אחראי למלוא החיוב, ואין צורך אם כן להזדקק להסדר של ערב קבלן. לעומת זאת, לשיטת הרמב"ן, להלן, ליד ציון הערה 563, לפיה כל חייב אחראי רק על חלקו, יש צורך להזדקק להסדר ערב קבלן כדי לאפשר לנושה לגבות מכל חייב את מלוא החיוב.

⁵⁹⁶ ונזכיר, שלעיל, ליד ציון הערה 226, ראינו שהרא"ש מרחיב את דינו של רב חסדא גם לשני גנבים שגנבו יחד, וזאת לעומת הרמב"ם, לעיל, ליד ציון הערה 265, הסבור שעל שני גנבים חל דינו של רבי נתן. פסיקה זו עולה בקנה אחד עם מה שכתבנו בטקסט, שלדעת הרא"ש הדין "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה" שפסק רב חסדא, הוא הכלל. כנראה שלדעת הרמב"ם, דווקא דינו של רבי נתן הוא הכלל (וראה לעיל, הערה 537, לענין שיטת הרמב"ם בשאלת היקף האחריות של כל אחד מן המעוולים).

⁵⁹⁷ לעיל, ליד ציון הערה 430.

⁵⁹⁸ לעיל, ליד ציון הערות 437.

⁵⁹⁹ אולם, כפי שהערנו לעיל, ליד ציון הערה 489, הרא"ש סותר משנתו, שכן בעניין לוויים הוא פוסק "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", לעיל, ליד ציון הערה 50, ואילו בגבייה **מיורשים ומלקוחות** הוא פוסק שגובה מכל אחד את חלקו היחסי, לעיל, ליד ציון הערה 458. ייתכן שלדעת הרא"ש ההבחנה בין המקרים נעוצה בזכות ההשתתפות. בעניינם של שניים שלוו הרא"ש פוסק שאם אחד הלויים פרע את מלוא החיוב הוא זכאי לתבוע השתתפות מחברו, ראה להלן, זכות ההשתתפות, פפ"ב, כך שבסופו של דבר כל חייב ישלם רק את חלקו. לעומת זאת, בעניין גבייה מלקוחות הרא"ש מביא את דברי רב יהודאי גאון (לעיל, הערות 461, 462), לפיהם הלקוח שפרע אינו זכאי לתבוע השתתפות מן הלקוח האחר, ולכן מראש עדיף שכל אחד ישלם את חלקו. אולם הסבר זה אין בכוחו להסביר את דעתו של הרא"ש בעניין גבייה מיורשים, שכן אם הנושה גבה חובו מאחד מהם, הוא זכאי להחזיר מן היורשים האחרים (ראה לעיל, ליד ציון

נציין, שהגישות שסקרנו קרובות לעמדת החוק הישראלי, לפיה כאשר החייבים חבים ב"חוב אחד" ניתן לגבות מכל חייב את מלוא החוב בו הוא חב, אף אם יש לו שותפים לחוב⁶⁰⁰.

ד. סיכום

כפי שראינו, המקורות עוסקים בחיובים משותפים **רצוניים**, כגון הלוואה, וחיובים משותפים **לא רצוניים**, כגון נזיקין, ובחיובים הנובעים מכוח הבעלות במקרקעין משועבדים. מן המקורות עולה, לכאורה, שעל כל אחד מסוגי החיובים הללו חלים הסדרים שונים, שכן התלמודים והפוסקים משתמשים במינוח שונה לכל סוג חוב: בחיובים רצוניים המינוח הוא "אחראין וערבאין זה לזה", בעוד שבחיובים לא רצוניים משתמשים התלמוד והפוסקים בהתאם לנסיבות המקרה במינוח "אי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי" או במינוח "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה". אולם, כפי שראינו, הבדלי המינוח אינם אלא דרך שונה לבטא את אותו ההסדר, ודין אחד הוא לחיובים רצוניים, לחיובים לא רצוניים ולחיובים הנובעים מכוח הבעלות על מקרקעין משועבדים.

אולם, לא הכל מסכימים שהמקורות שסקרנו אכן עוסקים בחייבים החבים ב"חוב אחד". יש מן הראשונים הסבורים שרוב המקורות עוסקים בחיובים **משותפים**, כלומר חיובים נפרדים בעלי זיקה ביניהם. מתוך שיטות ראשונים אלו ביקשנו להסיק מה הדין בחייבים החבים ב"חוב אחד". לעומת זאת, יש מן הראשונים הסבורים שהמקורות אותם סקרנו אכן עוסקים בחייבים החבים

הערה 455. הרא"ש, שם, פוסק כדעת רב, שהחלוקה הראשונה בטלה, ועל היורשים לחלוק את המקרקעין שוב, ללא החלק שהנושה גבה, כך שהיורש ממנו גבה הנושה אינו מפסיד יותר מחלקו).

⁶⁰⁰ לסיום, נביא את שיטתו השונה של רבי שמעון שקאפ, **חדושי רבי שמעון יהודה הכהן**, בבא מציעא, סימן ט, אות ה. רבי שמעון שקאפ מסכים עקרונית עם גישתם של התוספות ומהר"ם מרוטנבורג ולפיה חייב אינו משלם יותר מחלקו. אולם הוא חולק עליהם בכך שלדעתו הנושה רשאי לתבוע מכל חייב את מלוא החוב. סוגית "שור שדחף לבור", ממנה עולה שהנושה חייב לנסות לגבות מכל מעוול את חלקו אף אם כל מעוול אחראי למלוא הנזק, קשה לכאורה על דבריו. אולם, לרבי שמעון שקאפ הסבר שונה מהסברו של הרא"ש לחריג זה. לדידו, גם האפשרות "כוליה היזקא עבד" שעולה באותה סוגיה אין משמעותה שכל מעוול אחראי על כל הנזק, אלא שכל מעוול אחראי על חלקו בלבד, ובנוסף לכך דינו **כמסייע** לחלקו של המעוול האחר. לשון אחר, הכל מודים שכל מעוול אחראי לחלקו בלבד, וההתלבטות בין שתי הגישות בתלמוד ("כוליה היזקא עבד" או "פלגא היזקא עבד") היא האם כל מעוול נחשב גם כמסייע לחברו. לכן, אף לפי הגישה "כוליה היזקא עבד", לכתחילה יש לגבות מכל מעוול את חלקו, ורק אם אחד מן המעוולים אינו משלם, ניתן לגבות מן המעוול המסייע, כדין מעוול עיקרי ומעוול משני, כלומר, כל מעוול הוא מעוול עיקרי בחלקו ומעוול משני בחלק חברו, ראה לעיל, ליד ציון הערה 351. ובלשונו: "דלא חשבינן [בשור שדחף את חברו לבור] כאילו כל אחד עשה בעצמו ממש את כל ההיזק, אלא שחייב גם על פעולת השני **משום דמחזק ומכשיר את פעולת המעשה של השני**. ולו היינו חושבין כאילו כל אחד עושה אחר חברו וגומר את ההיזק, אז היה ראוי שיהיה דין רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ולמה לא ישלם האחד אם אין לשני מה לשלם או ברח? אלא ודאי דמה שמחייב רבי נתן בכולה הוא משום שמחייב גם על מעשה חברו, אבל לא הוה כעושה ממש בכולו. וראה גם **חדושי רבי שמעון יהודה הכהן**, בבא קמא, סימן כב, ד"ה ונלענ"ד: "אף לפי מה דקיימא לן כרבי נתן, ואמרינן דחשוב כל אחד כעושה כולו, אבל מכל מקום שותפים הם במעשה ההיזק, שחבירו סייע בעיקר ההיזק. אבל כאן אין בזה ענין שותפות אלא **דעל מעשה אחת איכא שתי סבות משני בני אדם שראוי להם להתחייב בכולה**, וכל אחד הוא בעל סבה שלמה. בכי האי גוונא [=בכגון זה] אין זה דין שנים שהזיקו אלא ראוי לדמות לגוזל ובא אחר ואכלו דכל אחד הוא בעל סבה שלמה". רבי שמעון שקאפ אינו מציין כיצד ניתן להבחין בין מקרים בהם כל מעוול אחראי לכל הנזק, בהם הניזוק רשאי לגבות את מלוא החוב מכל מעוול, לבין מעוולים בהם כל מעוול אחראי לחלקו ומסייע לחברו, בהם הניזוק חייב לנסות לגבות מכל מעוול את חלקו.

ריבוי חייבים במשפט העברי

ב"חייב אחד", ומסקנתם בעניין זה שונה. מן המקובץ עולות המסקנות הבאות לעניין ריבוי חייבים:

לדעת התוספות, בעל המאור ומהר"ם מרוטנבורג, כאשר חייבים חבים ב"חייב אחד" יש לתבוע מכל אחד מהם את חלקו היחסי בלבד, ורק כאשר אחד מהם אינו משלם, ניתן לתבוע את חלקו מן החייבים האחרים. במקרים חריגים (תביעות השבה) רשאי הנושה לתבוע את החייב כולו מאחד החייבים לפי בחירתו.

לדעת הרמב"ן, כאשר חייבים חבים ב"חייב אחד" הנושה רשאי לתבוע את החייב כולו מאחד מהם לפי בחירתו. אולם בדרך כלל חייבים רבים חבים ב"חייב משותף" שבו כל חייב חב בחלקו וערב לחלק חבריו. "חייב אחד" ניתן ליצור רק בהסכמה מפורשת, ובמקרים מיוחדים "חייב אחד" קיים מכוח הדין.

לדעת הרשב"א, כאשר חייבים חבים ב"חייב אחד" הנושה רשאי לתבוע את החייב כולו מאחד מהם לפי בחירתו, וכאשר חייבים חבים ב"חייב משותף" כל חייב חב בחלקו וערב לחלק חבריו. הקביעה אם החייב הוא "חייב אחד" או חייב משותף נעשית על פי אומד דעת הצדדים, ובמקרים מיוחדים "חייב אחד" קיים מכוח הדין.

לדעת הרא"ש, כאשר חייבים חבים ב"חייב אחד" הנושה רשאי לתבוע מכל אחד מהם את מלוא החייב. בדרך כלל חייבים רבים חבים ב"חייב אחד", ורק במקרים חריגים על הנושה לתבוע מכל חייב את חלקו היחסי.

לשון אחר, לדעת הרמב"ן, הרשב"א והרא"ש, כאשר חייבים חבים ב"חייב אחד" כהגדרתו בהצעת החוק, הנושה רשאי לתבוע מכל אחד מהם את מלוא החייב. לעומת זאת, לדעת התוספות, בעל המאור ומהר"ם מרוטנבורג, גם כאשר החייבים חבים ב"חייב אחד" הנושה חייב לתבוע תחילה מכל אחד את חלקו היחסי.

6. הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

חייבים בחייב אחד
(א) חייבים החבים בחייב אחד, חזקה שהם חייבים יחד ולחוד.
(ב) חייבים חבים בחייב אחד אם כוונתם בשעת יצירת החייב, במפורש או במשתמע, לספק לנושה את אותו אינטרס.

חייבים בחייב משותף
(א) חייבים שאינם חבים בחייב אחד אך חבים בחייב משותף, כל אחד מהם חב לנושה לפי חלקו וערב על חלקיהם של החייבים האחרים.
(ב) חייבים חבים בחייב משותף אם ניכרת בנסיבות העניין כוונת שיתוף.

7. נספח א: שיטת הרמב"ם

הפוסקים נחלקים בשאלה מה שיטת הרמב"ם בעניין היקף אחריותו של כל לווה בהלוואה משותפת. בעניין זה, לשונו של הרמב"ם סתומה, והוא פוסק רק שהחייבים **ערבים** זה לזה, לשון שיכולה להתפרש כערב קבלן או כערב רגיל, כפי שראינו לעיל⁶⁰¹ בפרשנות לשון התלמוד הירושלמי. וזה לשון הרמב"ם⁶⁰²:

שנים שלוו בשטר אחד או שלקחו מקח אחד⁶⁰³, וכן השותפין שלוה אחד מהן או לקח בשותפות, **הרי הן ערבאין זה לזה**, אף על פי שלא פירש⁶⁰⁴.

לעומת זאת, בהלכה הבאה, בעניין שני ערבים פוסק הרמב"ם שהנושה רשאי לגבות את מלוא החיוב מכל אחד מהם לפי בחירתו. וזה לשונו⁶⁰⁵:

שניים שערבו אחד, כשיבוא המלוה להפרע מן הערב, יפרע מאי זה מהן שירצה. ואם לא היה לאחד כדי החוב, חוזר ותובע השני בשאר החוב.

לדעת רוב הפוסקים שיטת הרמב"ם זהה לשיטת הרשב"א⁶⁰⁶. כמו הרשב"א, בעניין שני לווים דעתו כדעת הרמב"ן, שכל אחד מן החייבים חב כחייב עיקרי על חלקו וערב על חלקם של

⁶⁰¹ ליד ציון הערות 64, 95.

⁶⁰² **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט. מעניין לציין, שהרמב"ם עוסק בדיני לווים משותפים אך ורק בפרק כה מהלכות מלוה ולוה, שעוסק בדיני ערבות. דומה שניתן להסיק מכך שלדעת הרמב"ם האפשרות לגבות את מלוא החיוב מחייב אחד מתבססת על הסדר ערבות הדדית בין החייבים, ולא כשיטת ראבי"ה ומהר"ם מרוטנבורג המבססים זאת על הסדר כללי בדיני ריבוי חייבים, ראה לעיל, ליד ציון הערה 161.

⁶⁰³ וראה גם **שאלות ותשובות לרבנו הגדול מרנא ורבנא ה"ר יצחק בן ה"ר יעקב זצ"ל אלפאסי מעיר אליסאנה**, ניו יורק תשל"ה, דב צבי רוטשטיין מהדיר, סימן עב, ממנו עולה שכך גם דעת הר"י: "מי שמכר לשניהם יחדיו או הלוח לשניהם יחדיו כל אחד ממלא מקום חברו, ואין לו לומר קח ממני החצי ומשותפי החצי, אלא נוטל מן הנוכח בעד הנעדר ומן העשיר בעד העני, וכך הדין".

⁶⁰⁴ ראה **מהרי"ק**, לעיל, הערה 118, שהשואל מבקש להסיק שלדעת הרמב"ם שותפים שלוו אינם אחראים זה לזה אלא אם התנו כך במפורש. ראה **רמב"ם**, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ד, בעניין שותפים שאחד מהם תובע את פירוק השיתוף. וזה לשונו: "היה עליהן חוב לאחר, אם אינן אחראין זה לזה חולקין, ולכשיגיע זמן החוב לפרעו יתן כל אחד חלקו. **ואם הן אחראים**, כל אחד מהן מעכב לחלוק עד שיגיע זמן השטר ויפרעו החוב. ולמה מעכב? שהרי חבירו אומר לו: 'הואיל וכל אחד ממנו חייב לשלם כל השטר, נשא ונתן בדמים אלו עד שיגיע הזמן'. השואל מבקש להוכיח את טענתו הנוכרת משני דיוקים בלשון הרמב"ם: (א) מלשון הרמב"ם "אם אינם אחראין" ממנה משמע שבדרך כלל אין הלווים אחראים זה לזה; (ב) הרמב"ם נוקט בהלכה זו לשון "אחראין" ולא לשון "ערבאין" אותה הוא נוקט בהלכות מלוה ולוה. אולם מהרי"ק דוחה את ראייתו, ומסביר שיש להעמיד הלכה זו במקרה שהשותפים התנו שלא יהיו אחראים זה לזה כלל, אף לא כערבים, שכן אם הם ערבים זה לזה לא מסתבר ששותף יוכל לכפות את חברו לחלוק כל עוד החוב לא נפרע (וראה **שו"ת מהר"י בירב**, הערה 118, שגורס בשתי ההלכות "ערבאין", ובכך נדחה דיוקו השני של השואל). וכך פוסק **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן קעו, סעיף כ: "היה עליהם חוב לאחד, **אם פירשו** שאינם אחראים זה לזה, חולקים" (וראה **באר הגולה**, שם, אות צ, שמפנה למהרי"ק). וראה גם **שו"ת מהר"י קצבי**, סימן טו, ד"ה וגדולה מזו.

⁶⁰⁵ שם, הלכה י.

⁶⁰⁶ ראה **חידושי הרשב"א**, לעיל, הערה 106, ודבריו המובאים לעיל, ליד ציון הערה 111, שמסביר את טעם ההבחנה בין לווים לערבים.

האחרים⁶⁰⁷. ואילו בעניין שני ערבים הוא חולק על הרמב"ן וסבור שהנושה רשאי לגבות מכל אחד את מלוא החיוב. להבנה זו בדעת הרמב"ם מביאים הפוסקים שלושה תימוכין:

(א) לשון "ערבאין" שנוקט הרמב"ם מצביעה על ערבות רגילה בין החייבים⁶⁰⁸.

(ב) בניגוד ללשונו הקצרה בעניין שני לווים ("הרי הן ערבאין"), הרי שבהלכה העוסקת בשני ערבים מאריך הרמב"ם ופוסק בצורה מפורשת: "כשיבוא המלוה להפרע מן הערב יפרע מאיזה מהן שירצה", משמע שבלווים משותפים חייב הנושה לכתחילה לגבות מכל אחד את חלקו⁶⁰⁹.

(ג) פיצולם של דיני לווים וערבים לשתי הלכות נפרדות, מוכיחה שלדעת הרמב"ם דינם של לווים שונה מדינם של ערבים⁶¹⁰.

לעומת זאת, לדעת רבי יעקב בעל הטורים⁶¹¹, בנו של הרא"ש, דעת הרמב"ם כדעת הרא"ש, שהנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב⁶¹². הוא מצטט גרסה אחרת בדברי הרמב"ם:

שנים שלוו בשטר אחד או שלקחו מקח אחד, וכן שני שותפין שלוו אחד מהן או שלקחו בשותפות, **יפרע ממי שירצה**, ואם לא היה לאחד כדי החוב חוזר ותובע מן השני⁶¹³.

⁶⁰⁷ ראה: רמב"ן, לעיל, הערה 72, ד"ה ויש לומר; מגיד משנה וכסף משנה על הרמב"ם; בית יוסף, חו"מ, סימן עז, ד"ה ומ"ש רבינו; שו"ת מהרי"ק, שורש קפב; שו"ת רשב"ש, סימן לט (והשווה לדבריו בסימן רכח); שו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן כב.

⁶⁰⁸ ראה: שו"ת רדב"ז, חלק א, סימן תקפז: "דלישנא ערבים זה לזה הכי משמע". והשווה לדבריו בחלק א, סימן תקנו, ולהלן, ליד ציון הערה 614. וראה אמר יוסף (אלקלעי), הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט, ד"ה ויש לתמוה.

⁶⁰⁹ שו"ת רדב"ז, לעיל, הערה 56; שו"ת מהרי"ק, לעיל, הערה 607; ב"ח, חו"מ, סימן עז, אות ב, ד"ה ומ"ש אבל.

⁶¹⁰ גידולי תרומה, שער מד, חלק א, אות ב.

⁶¹¹ טור, חו"מ, סימן עז. וראה גם תשב"ץ, לעיל, הערה 79. וראה כפי אהרן, לעיל, הערה 82, ד"ה והנה דבריו אלו, המבקש להסיק מדברי נימוקי יוסף, שבועות לו ע"ב, ד"ה א"ר יוחנן (נדפס בסוף בית הבחירה למאירי, נדרים, נזיר, סוטה, מהדורת הברשטדט, תרי"כ) שלדעתו, מלבד הרמב"ם גם דעת הרי"ף כדעת הרא"ש. והשווה למובא לעיל, הערה 603.

⁶¹² וראה גם בית ישי (פישר), סימן קי, ד"ה ונראה על דעת הרמב"ם: "אלא על כרחך שנים שלוו נעשה כל אחד ואחד מהן ערב להלואה זו שקיבל הגוף המשותף, ושנים שערבו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, נמצא יוכל לתבוע כל אחד מהם בפני עצמו". דומה שכוונתו שלדעת הרמב"ם הגוף המשותף נטל על עצמו חיוב, וכל אחד מן החברים בגוף המשותף ערב אישית לקיום החיוב, ובדרך זו יש לפרש את לשון "ערבאין" שנוקט הרמב"ם. וראה את דבריו של לאופלד אוירבך, לעיל, הערה 129.

⁶¹³ לדעת גידולי תרומה, לעיל, הערה 610, לפני הטור הייתה גירסה אחרת ברמב"ם, ולא ייתכן לטעון שגרסת הרמב"ם שהייתה לפני הטור הייתה כגרסתנו אלא שהוא העתיק רק חלקים ממנה, שכן אם דינם של לווים יחד זהה לדינם של ערבים יחד אין מקום לפצל את דין הלווים ודין הערבים לשתי הלכות, "הויא משנה שאינה צריכה... אם כן לערבניהו וליתניניהו". לפני הטור הייתה אם כן גירסה בדברי הרמב"ם ובה רק הלכה אחת, שכוחה יפה הן ביחס ללווים הן ביחס לערבים. אולם הוא מעיר שהסבר זה קשה, שכן הטור בהלכות ערב (חו"מ, סימן קלב) מצטט בשם הרמב"ם את ההלכה בעניין ריבוי ערבים כפי שהיא בנוסח הרמב"ם שלפנינו. לדעת רדב"ז, לעיל, הערה 56, נוסחת הרמב"ם שהייתה בידי הטור היא נוסחה משובשת, וזה לשונו: "והאמת הגמור שנוסחה משובשת נזדמנה לרבי יעקב ז"ל [=בעל הטורים] והטעתו, והוא כי נתחלף להם שנים שלוו בשנים שערבו, והספר שנזדמן לו היה חסר שטה [=שורה] אחת" (כלומר, לפני הטור הייתה הרישא של הלכה ט, העוסקת בלווים, והסיפא של הלכה י, הקובעת שהנושה יכול לגבות ממי שירצה. לדעת הרדב"ז זו סיבת טעותו של הטור, שחשב שהרמב"ם פוסק רק הלכה בעניינם של שני לווים). וראה שו"ת מהרי"ק, לעיל, הערה 607 שמציין: "והנה בדקתי בהרבה ספרי רבינו משה ולא מצאתי

הרדב"ז⁶¹⁴ אמנם אינו גורס את גרסת הטור בדברי הרמב"ם, ובכל זאת הוא סבור שלשון הרמב"ם מורה שדעתו כדעת הרא"ש, וכוונת הרמב"ם במילה "ערבאין" היא לערבים קבלנים. אך בסוף תשובתו הוא מבטל דעתו מפני פרשנותם של הרמב"ן והרשב"א בדעת הרמב"ם, ובלשונו:

אבל עדיין לבי מהסס אם זה דעת הרב [הרמב"ם] אלא שהם ז"ל [הרמב"ן והרשב"א] לא רצו לעשותו חולק עליהם בשני הדינין, בשנים שלוו ושנים שערבו, שהם ז"ל סוברים שאפילו בשני ערבנים אינו גובה בתחלה אלא חצי המוטל עליו, ופוק חזי מאן גברא רבא מסהיד [=וצא וראה מי האיש הגדול המעיד] על סברת הרמב"ם, והריני מבטל דעתי הקצרה מפני דעתו הרחבה⁶¹⁵.

שכתב כן, אלא שכתב סתם שנעשין ערבים זה לזה". וראה גם: **כסף משנה ובית יוסף**, לעיל, הערה 607; **שו"ת דרכי נועם**, חו"מ, סימן יז. וראה **שו"ת גינת ורדים**, לעיל, הערה 56, ד"ה ואמנם אופן החיוב, שמחמת הספק בין הגרסאות יש להכריע כגרסת הרמב"ם שלפנינו המסייעת לחייבים, שכן בספק אין להוציא ממון מן המוחזק. וראה ישראל-שמע וחגי בן-שמאי, "שמונה תשובות חדשות לרבינו יוסף אבן מיגוש", **קובץ על יד יח** (תשל"ו), עמ' 167, בעמ' 179, הערה 10. אולם השווה **ב"ח**, לעיל, הערה 609, ד"ה ואפשר נמי לומר, שלפני הטור הייתה גירסת הרמב"ם שלפנינו בשינוי קל. לדבריו, דברי הרמב"ם בעניין ריבוי ערבים הם המשך לדבריו בעניין ריבוי לווים, וההלכה שהנושה רשאי לגבות את מלוא החוב מאחד מהם, מתייחסת הן ללווים והן לערבים. הוא תומך את דבריו בגרסתו של רבי שמואל הסרדי, **ספר התרומות**, לעיל, הערה 61, הגורס בדברי הרמב"ם **"ושנים** שנכנסו בערבות לאחד". ו' החיבור מורה על קשר בין ההלכות, וזאת בניגוד לגרסת הספרים שלפנינו "שנים שערבו", שאינה מורה על קשר ביניהן. לדברי הבי"ח, הטור השמיט **בכוונה** קטעים מדברי הרמב"ם העוסקים בשניים שערבו, שכן מקומם בהלכות ערב. אולם ראה **בית יוסף**, לעיל, הערה 607, שמסרב לקבל פרשנות טכנית מעין זו בדברי הרמב"ם, שכן הסברה נותנת להבחין בין דין לווים לדין ערבים. וראה גם **שו"ת בעי חיי**, חו"מ, חלק א, סימן מז (תשובה מבן המחבר), ד"ה אבל ראיתי.

הבי"ח מעלה אפשרות אחרת בדעת הטור, לפיה יש לגרוס בדברי הטור "רמב"ן", ולא "רמב"ם", ובכך להשוות את הבנת הטור להבנת אביו הרא"ש, ולפיה גם הרמב"ן סבור שהנושה רשאי לתבוע את מלוא החוב מכל אחד מן החייבים, כדעת הרא"ש, ראה לעיל, הערה 51. אולם ראה **שו"ת בעי חיי**, חו"מ, חלק א, סימן מט, שהסבר זה לא יתכן, שכן בסימן קלב הטור מביא את הרמב"ן כבעל הדעה שבשני ערבים הנושה חייב לגבות מכל אחד את חלקו.

⁶¹⁴ **שו"ת רדב"ז**, חלק ו, סימן ב אלפים נב. וראה גם **שו"ת רדב"ז**, לעיל, הערה 92. כך גם דעתו של רבי שמואל הסרדי, **ספר התרומות**, שער מד, חלק א, אות ב, ד"ה ואיכא מ"ד. וראה גם **דרישה**, חו"מ, סימן עז, ס"ק א. אולם ראה **גידולי תרומה**, לעיל, הערה 613, "דברי רבינו [בעל התרומות] מן המתמיהין בענין זה, שהיתה גירסתו בדברי הרמב"ם ז"ל כגירסתנו ועם כל זה כתב עליו יאף על פי ששניהם חייבים כדי החוב יכול לתבוע אחד מהן הכל"י. אך ראה לעיל, הערה 613, שבעל התרומות גורס בדברי הרמב"ם ו' החיבור בין ההלכות, וגירסתו אפוא אינה זהה לחלוטין לגירסתנו.

⁶¹⁵ א. בתוך תשובתו מבקש הרדב"ז לתת הסבר אחר בדברי הרמב"ם, ולפיו שני לווים שהשתתפו בהלוואה בשותפות מזדמנת או שותפים עיסקיים שרק אחד מהם לווה בשם השותפות, אינם אלא חייבים עיקריים על חלקם וערבים על חלק שותפיהם, אך בעניין שותפים עיסקיים שלוו יחד, הרמב"ם סבור שכל אחד מהם אחראי למלוא החיוב. אלא שלדעת הרדב"ז אין זה פשוטו של הרמב"ם, ולא כך הסבירו הרמב"ן והרשב"א את דעתו. וראה **שו"ת מבי"ט**, חלק א, סימן קעז, שמקבל את הבחנתו של הרדב"ז. המבי"ט מציין שהוא מסתמך על דברי **מהרי"ק**, לעיל, הערה 118, ובלשונו: "ובקשתי לי חבר ומצאתי רב, והוא מהרי"ק ז"ל שכתב כן". וראה לעיל, ליד ציון הערה 116. יש להעיר, שהבחנתו של הרדב"ז בין שותף שפעל לבדו בשם השותפות לבין שותפים שפעלו יחד נובעת מסיבות **ראייתיות**, כלומר, כאשר שותף אחד פעל לבדו יכול השותף שלא נכח בשעת יצירת החיוב לטעון שהחיוב אינו לטובת העסק המשותף אלא חיוב פרטי של השותף שהתחייב, ולפיכך אין הוא חייב עיקרי בחיוב (ראה על כך **טור ושולחן ערוך**, חו"מ, סימן עז, סעיף ב, ובנושאי הכלים).

ב. וראה **שו"ת רדב"ז**, חלק א, סימן תקפז, שמסתפק מה דינם של חייבים שכתבו במפורש בטרם שהם ערבים זה לזה: האם כוונתם להתחייב כערבים קבלנים (דכיון דלא הוה צריך למכתב ערבים זה לזה, דבלאו הכי הוו ערבים, להכי כתב ערבים **לטפויי מלתא אחריתי** [=לרבות דברים אחרים] שיהיו ערבים קבלנים זה לזה", וראה לעיל, ליד ציון

מן המקובץ עולה שהפוסקים נחלקים בדעת הרמב"ם: יש מהם הסבורים שדעתו כדעת הרא"ש, ולפיה הנושה רשאי לגבות מכל חייב את מלוא החיוב, ויש הסבורים שדעתו כדעת הרשב"א, ולפיה יש חיובים בהם הנושה רשאי לגבות מכל אחד את מלוא החיוב, ויש חיובים בהם על הנושה לנסות לגבות מכל חייב את חלקו היחסי⁶¹⁶.

8. נספח ב: חיוב משותף מהו?

כפי שראינו עד כה, לדעת הרמב"ם⁶¹⁷ כאשר כמה חייבים חבים **בחיוב משותף** הנושה רשאי לגבות מאחד מהם את מלוא החיוב רק בלית בררה⁶¹⁸. אולם, כפי שנראה להלן, לא תמיד ניתן להחשיב את החייבים הרבים כחייבים בחיוב משותף, ולעיתים יש לראות כל אחד מהם כחייב בחיוב בפני עצמו, ולפיכך לא חל עליהם הסדר החיוב המשותף (לפיו כל חייב חב בחלקו וערב על חלקיהם של שותפיו), ובמקרים אלו כל חייב חב בחלקו **ואינו ערב על חלקיהם של שותפיו**⁶¹⁹. בדברים שלהלן נבקש לבחון מתי חיובם של חייבים רבים נחשב חיוב משותף, ומתי יש לראות בחיוביהם חיובים נפרדים. לשון אחר, מה קושר חייבים להיות חייבים משותפים?

הערה (95) או שמא ציון מפורש של תנייה שאינה נצרכת נכתבת רק "לשופרא דשטרי". הרדב"ז מכריע כאופן השני שכן המתחייבים אינם יודעים שאין צורך לכתוב תניית ערבות, ומה גם שדין זה מופיע רק בירושלמי ולא בבבלי. וראה גם: **משכנות הרועים** (אלחאידי), מערכת אות הא, סימן נד; **מטה שמעון** (מרדכי שמעון בן שלמה), חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יד.

⁶¹⁶ נציין, שהרי"ף, שבועות יז ע"א (בדפי הרי"ף) מצטט את לשון הירושלמי, לעיל, ליד ציון הערה 46, "שניים שלוו מאחד אינון אחראין וערבאין זה לזה" ללא הסבר, ולא ניתן להסיק מה עמדתו במחלוקת הפוסקים בעניין חייבים משותפים. וראה גם **שו"ת הרי"ף** (ביעדנאוויץ), בילגוריי תרצ"ה, סימן קס: "ראובן ואשתו לאה שמשכנו שדה אצל לוי בקי דינרים ונתארמלה [=התאלמנה] או נתגרשה... דינא הוא דליגבי [=שיגבה (הנושה)] ממנה קי דינרים מפני שנשתתפה עם ראובן בעלה באחריות החוב כולו, כדאמרין בגמרא דבני מערבא **זאת אומרת שנים שלוו מאחד, שניהם אחראין וערבאין זה לזה**". וראה **שו"ת הרי"ף** (לייטער), סימן טו, שם מצין הרי"ף רק "אחראין": "כי שנים שלוו מי שנמצא מהם פורע כמו שאמרו **השותפין אחראין זה לזה**", וכך גם שם, סימן רסב: "...על פי מה שכתוב בתלמוד ארץ ישראל **זאת אומרת שותפין אחראין זה בזה**, כלומר מי שנמצא מן השותפין גובה ממנו הכל", וראה עוד שם, סימן קנד. מדברי הרי"ף קשה להסיק אם דעתו כדעת הרא"ש או כדעת הרמב"ם. אולם ראה מה שהבאנו מתשובת הרי"ף, לעיל, הערה 603. על השימוש שעושים הרי"ף ותלמידו ר"י מיגש בסוגית הירושלמי בעניין שניים שלוו, ראה אביעד הכהן, "התלמוד הירושלמי בתורת חכמי ספרד הראשונים", **שנתון המשפט העברי** יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 113, בעמ' 162-164.

⁶¹⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערות 94, 575.

⁶¹⁸ ראינו גם שמיעוט מן הראשונים סבורים שבחיוב משותף הנושה רשאי לגבות את מלוא החוב מכל חייב אף לכתחילה, מחמת היותו ערב קבלן, ראה לעיל, ליד ציון הערה 60, אך כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 173, דעה זו לא נפסקה להלכה.

⁶¹⁹ נפקות נוספת מן השאלה אם החיוב משותף או שהחיובים נפרדים היא בשאלה אם חייב אחד יכול להעיד על חובו של חייב אחר: אם החיוב משותף - הוא פסול להעיד, שכן הוא נוגע בעדות, ואילו אם החיובים נפרדים - הוא כשר לעדות. ראה **שו"ת הרי"ף** (לייטער), סימן קנד ("שאלה. ראובן נטרעם על שנים שהלוה להם וכפר האחד והודה השני שהוא וחבירו חייבים בהלוואה. זה שכפר, יש מן הדין לחייבו שבועה בעדות השני שמעיד עליו שהוא חייב לו, או לא? וכן אם יהיו הנתבעים שלשה וכפר אחד מהם והודו השנים עליו ועל עצמן, אותו שכפר יתחייב ממון על פיהם או לא? תשובה. אם אותו ממון לקחו אותו בתורת שותפות, נעשים אחראין זה לזה, וזה שהודה יתחייב בכל ואין מקבלין עדותו על חבירו מפני שנוגע בעדות... מנאי יצחק ב"י אלפאס"). וראה **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן עז, סעיף ה.

על הבחנה פשוטה זו בין חיובים נפרדים ובין חיוב משותף, כבר עמד הריב"ש בעניין מתחייבים רבים בשטר אחד. הוא קובע שכאשר מוכח משטר החיוב שכל אחד מן החייבים מתחייב בפני עצמו, אין לראותם כחייבים בחיוב משותף, ולכן אף אם אחד מהם אינו יכול לקיים את חיובו, הנושה אינו רשאי לתבוע את החייבים האחרים. וזה לשון ריב"ש⁶²⁰:

הגע עצמך: ששמעון ולוי נתחייבו בשטר אחד ליהודה, וכל אחד פורט תנאים מיוחדים בחיובו, ובסוף כתבו: "ולקיים כל הכתוב לעיל, קנינו משמעון ולוי". היספק שום אדם שיהיה קנין שמעון חל על חיובו של לוי, וקנינו של לוי על חיובו של שמעון? אלא ודאי קנין של כל אחד חל על מה שכתוב בלשון השטר, שמסר **הוא** לעדים ולא על מה שמסר **האחר**⁶²¹.

ברור אפוא שכאשר יש אינדיקציה שהצדדים התכוונו להתחייב בנפרד, חיובם אינו חיוב משותף. אך נשאלת השאלה, מה הדין בהיעדר אינדיקציה כאמור, האם העובדה שהתחייבו יחד די בה להגדירם כחייבים במשותף? לשאלה זו נדרש הרשב"א, ומדבריו עולה שהחיוב הוא חיוב משותף רק כאשר יש אינדיקציה ניכרת לכך שהצדדים מתכוונים לכך. הרשב"א קובע לדוגמה שהלוואה משותפת בשטר אחד היא ראייה לכך שהצדדים התכוונו ליצור חיוב משותף, ובלשונו⁶²²:

דהא שנים שלוו כאחד דנין אותם כערבין זה לזה, ומן הטענה הזו: **דאי לא, למה לוו בשטר אחד?**⁶²³... אבל מכל מקום אי אפשר שלא לעשותם לכל הפחות כערבין זה לזה **הואיל ולוו בשטר אחד**.

ונדגיש, מדברי הרשב"א נראה שהשטר המשותף אינו **הסיבה** לחיוב המשותף, אלא הוא **ראיה** לכך שהצדדים התכוונו לחיוב משותף⁶²⁴, ולכן יש להסיק מדבריו שחיוב עשוי להיות חיוב משותף גם כאשר יש ראייה אחרת לכוונת שיתוף⁶²⁵. אכן, מדברי הרמב"ם עולה שהחיוב יהיה משותף אף ללא

⁶²⁰ שו"ת ריב"ש, סימן רז. וראה גם **משנה למלך**, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט.

⁶²¹ וראה גם שו"ת **חדושי הרי"ם**, לעיל, הערה 57, ד"ה ועכ"פ, שאם בשטר ההלוואה נכתבו הסכומים שכל אחד מן הלווים חייב בנפרד, לא יחולו דיני חיוב משותף. והשווה **קריית מלך רב**, לעיל, הערה 179, ד"ה עתה ראיתי, שלדעת הרשב"א השטר המשותף מצרף את החיובים הנפרדים לחיוב משותף, אף בכגון זה. לעניין כוונת שיתוף בין ערבים רבים, ראה **נתיבות המשפט**, חו"מ, סימן קלב, ס"ק ג, שמבחין בין ערבים שערבו יחד שניתן להניח שהתכוונו לערבות משותפת, לבין ערבים שערבו זה אחר זה או שלא ידעו איש על חברו, שכל אחד ערב בפני עצמו.

⁶²² שו"ת **הרשב"א**, לעיל, הערה 176.

⁶²³ וראה שו"ת **חדושי הרי"ם**, לעיל, הערה 57, ד"ה וא"כ בנידן דידן, שבמקום בו לא ניתן לכתוב שטרות נפרדים, השיתוף בשטר אינו יכול להיות ראייה לכוונת שיתוף בחיוב. כך לדוגמה, הסכם שנכתב בשטר אחד בין בני הקהילה לרב על שכרו של זה, אינו ראייה שבני הקהילה יצרו חיוב משותף, שכן לא סביר לכתוב שטרות נפרדים בין הרב לבין כל אחד מבני הקהילה.

⁶²⁴ וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 107.

⁶²⁵ ואולם השווה שו"ת **רבי אליהו מזרחי**, לעיל, הערה 179, שכאשר החיוב אינו בשטר, החייבים נאמנים לטעון שכל אחד מהם חייב בחלקו בלבד אף אם מוכח מנסיבות העניין שהצדדים מתכוונים לחיוב משותף, שכן בכוחם היה לטעון שהם פרעו את חובם (טענת "מיגו"); חייב שאין שטר על חיובו יכול תמיד לטעון "פרעתי" ללא צורך להוכיח את טענתו בעדים אף אם יש עדים על החיוב, שכן "המלוה את חברו בעדים אינו צריך לפרעו בעדים". ראה: שבועות מא ע"ב; **רמב"ם**, הלכות מלוה ולוה, פרק יא, הלכה א; **שולחן ערוך**, חו"מ, סימן ע, סעיף א. לדיון בדבריו, ראה: **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יד; **קצות החושן**, סימן עז, ס"ק ו.

שטר, כגון כששניים לקחו יחד מקח אחד או שאחד מן השותפים נטל חיוב לצורך השותפות. וזה לשונו⁶²⁶:

שנים שלוו בשטר אחד⁶²⁷ או שלקחו מקח אחד, וכן השותפין שלוו אחד מהן או לקח בשותפות, הרי הן ערבאין זה לזה אף על פי שלא פירש⁶²⁸.

רבי יוסף קארו מתייחס גם הוא לשאלה זו, ומבקש לדייק בדברי הרמב"ם ששטר אינו הכרחי ליצירת חיוב משותף. וזה לשונו⁶²⁹:

ודע, דבדינים הללו לא שאני לן [=לא שונה לנו] בין אם לוו בשטר או אם לוו על פה, שהרי בירושלמי "שנים שלוו" סתם אמרו. ומה שכתב הרמב"ם: "שנים שלוו בשטר", לאו דוקא אלא אורחא דמילתא [=המקרה הרגיל] נקט (אי נמי להשמיענו דדוקא בשלוו כאחד, נקט

[וראה כנסת הגדולה, שם, ד"ה אמר המאסף, שלדעת רא"ם, אם היה המלווה בעל פה, ובכל זאת נוצר חיוב משותף כגון שהחייב לא יכול היה לטעון "פרעתי" ולכן לא הייתה לו טענת "מיגור", ומת אחד החייבים, לא ניתן יהיה לגבות מיורשיו את חלקם של החייבים האחרים, שכן להרבה פוסקים טוענים ליורשים טענת "פרעתי" אף אם אביהם לא יכול היה לטעון אותה].

⁶²⁶ רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק כה, הלכה ט.

⁶²⁷ וראה גידולי תרומה, שער מד, חלק א, אות ד, מד"ה ובענין אם נאמרו, שיש לפרש את דברי הרמב"ם באופן דווקני. לדבריו, הראיות האפשריות להוכחת הלוואה משותפת הן שטר אחד או הודאת החייבים (שכן "לא גרועה הודאתו משטר בעדים"). הוא מבקש להוכיח את דעתו מלשון התלמוד הירושלמי, לעיל, הערה 38, שהוא מקור דין ריבוי לווים: "שנים שלוו מאחד, אף על גב דלא כתבין אחראין וערבאין". כלומר, ההלוואה נעשתה בשטר, אלא שנשמטה ממנו תניית אחריות, אך לולא הייתה ההלוואה בשטר לא היה חל דין הלוואה משותפת (והשווה בית יוסף, להלן, ליד ציון הערה 629, ודברי הגר"א, להלן, הערה 633). אולם ראה קרית מלך רב, לעיל, הערה 179, ד"ה עתה ראיתי, שאין לפרש את המילה "כתבין" באופן דווקני, והירושלמי נקט לשון כתיבה כדוגמה בלבד. וראה גם פרי האדמה (מיוחס), חלק ג, הלכות שותפים, פרק י, הלכה ו, ד"ה אכן אני הצעיר (דף נח ע"א), בשם רבי יונה נבון, שדוחה גם הוא את ראיית גידולי תרומה אך באופן אחר. לדבריו ניתן להעמיד את דברי הירושלמי בשטר שכתבו החייבים בכתב ידם ולא חתמו עליו עדים, שאין דינו כשטר. ויש להעיר על דבריו, שאמנם כתב ידם של חייבים אינו נחשב שטר לענין דיני שטרות (למשל, לענין גבייה מנכסים משועבדים), אך ייתכן שדי בכך כראיה לכוונת שיתוף (ראה שו"ת נחפה בכסף, לרבי יונה נבון, חלק א, חו"מ, סימן יג, ד"ה ומעתה נפל הספק, שם הוא פוסק שחיוב בשטר בכתב יד החייבים הוא חיוב משותף, להיפך מתשובתו המובאת בספר פרי האדמה). וראה רב דגן (הלוי), הלכות טוען ונטען, סעיף א, שניתן להוכיח כוונת שיתוף גם על פי שטר שאינו מקוים ושאינו בו נאמנות, על אף שלא חלים עליו כל דיני שטרות (כגון, שהחייבים יכולים לטעון "פרעתי"). אולם דומה שלדעת רא"ם, לעיל, הערה 625, על חיוב בשטר כזה לא יחולו דיני חיוב משותף, שכן ניתן לטעון נגדו "פרעתי" ולחייבים יש טענת "מיגור". והשווה בית יוסף, להלן, ליד ציון הערה 629.

⁶²⁸ מלשון הרמב"ם נראה שדי בכך ששניים קנו מקח יחד כדי שהם יהיו חייבים משותפים, ואילו בשותפים עיסקיים די בכך שאחד מהם קנה עבור השותפות. אולם השווה שו"ת רדב"ז, חלק א, סימן קפד, ממנו עולה ששניים שקנו יחד אינם חייבים משותפים אלא אם כן נכתב עליהם שטר או שהם שותפים עיסקיים, ובלשונו: "דדוקא שנים שלוו בשטר אחד נעשו ערבים זה לזה, וכן שנים שלקחו מקח אחד ביחד איכא למימר [=יש לומר] שנעשו ערבים כיון שהם שותפין. אבל שנים דעלמא דלאו שותפין, שקנו מקח אחד ולא נכתב עליהם בשטר אחד, לא נעשו ערבים זה לזה". בהמשך דבריו הוא פוסק שאם שותף אחד קנה בשם השותפות, לא נוצר חיוב משותף אלא אם כן כך הוא מנהג המקום. וראה גם ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק ב, שמסתפק אם כוונת הרמב"ם שהשניים לקחו מקח אחד בשטר אחד.

⁶²⁹ בית יוסף, חו"מ, סימן עז, ד"ה ומ"ש רבינו.

ב"שטר אחד"י⁶³⁰. ותדע, שהרי כתב [הרמב"ם] "או שלקחו מקח אחד", ומשמע דאפילו שלא בשטר, דסתם מקח אינו בשטר⁶³¹.

אלא שלא ברור מדברי הבית יוסף, אימתי נחשב חיוב שנעשה בלא שטר לחיוב משותף. יש פוסקים⁶³² שמסבירים שרבי יוסף קארו נוקט כמו השיטות שהובאו לעיל, שחיוב בלא שטר יהיה חיוב משותף רק כאשר מוכח מנסיבות העניין שלכך התכוונו הצדדים. יש פוסקים⁶³³ המבינים את דבריו כפשוטם, ומסיקים מהם מסקנה מרחיקת לכת לפיה די בכך שאת החיוב יצרו החייבים יחד כדי להגדירם כחייבים במשותף. ויש מן הפוסקים המבחינים בין חיוב בשטר לחיוב ללא שטר לעניין נטל הראיה של כוונת שיתוף: בחיוב בשטר יש להניח שהחייבים התכוונו לחיוב משותף אלא אם כן פירשו שכוונתם לחיובים נפרדים, ואילו בחיוב ללא שטר יש להניח שהחייבים התכוונו לחיובים נפרדים אלא אם כן פירשו שכוונתם לחיוב משותף. וכך כותב ערוך השולחן, הרב יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, בעניין שניים שהתחייבו לזון אדם אחר על אף שלא היו חייבים בכך, וזה לשונו⁶³⁴:

שנים שהתחייבו לזון לאחד, דינו [צ"ל: דינם] כדין שנים שלוו מאחד⁶³⁵...

וכשהתחייבות היתה בעל פה אינם ערבים זה לזה, אלא אם כן אמרו שבשותפות אנחנו מתחייבים לזון אותך, שיהא ניכר ששותפים הם בזה. אבל אם אמרו סתם אנחנו נזון אותך, יכול להיות שכוונתם שכל אחד מתחייב עצמו בחצי מזונות.

אבל בשטר אין חילוק, אלא אם כן ביארו מפורש שכל אחד מתחייב את עצמו בחצי מזונות⁶³⁶.

⁶³⁰ המובא בסוגריים הוא מ"בדק הבית" שבבית יוסף.

⁶³¹ וכך גם פוסק הרמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף א. וראה גם: **כנסת הגדולה**, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יד; **מטה שמעון**, חלק א, חו"מ, סימן עז, הגהות בית יוסף, ס"ק יח-כב. וראה **בני שמואל**, לעיל, הערה 80, ד"ה עוד נשא ונתן, שמתפק בדבר.

⁶³² ראה **ש"ך**, לעיל, הערה 625. וראה **חידושי חת"ם סופר**, שבועות לו ע"א, ד"ה אמנם, שרבי יוסף קארו חזר בו מדבריו בבית יוסף, ולכן לא כתבם בשולחן ערוך. לדעתו, את דברי הרמ"א (שם) "בין בשטר בין בעל פה" יש לפרש כמתייחסים רק לשומרים שקיבלו פיקדון יחד, שכן קבלת חפץ אחד לשמירה מהווה הוכחה שכוונת השומרים לחיוב משותף. והשווה **סמ"ע**, לעיל, הערה **שגיא! הסימניה אינה מוגדרת**. וראה באריכות **כפי אהרן**, לעיל, הערה 82, ד"ה ואני עבדו, ואילך.

⁶³³ ראה: **סמ"ע**, שם, ס"ק א; **ביאור הגר"א**, שם, ס"ק ד, ה. הגר"א מוכיח שסוגיית הירושלמי דנה דווקא במלווה בעל פה, שכן רבי יוסי בירושלמי לומד את דין שניים שלוו בהיקש מדין אשם גזלות בשניים שהלוו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 38), ואין אדם מתחייב באשם גזלות אם כפר במלווה בשטר. וראה **שו"ת בעי חיי**, חו"מ, חלק ב, סימן לא, ד"ה גם מהרש"ח, ממנו עולה שגם לדעת רא"ם, לעיל, הערה 625, די בכך שהחייבים יצרו את החיוב יחד כדי שהחיוב יהיה משותף. לדבריו, לדעת רא"ם המבחן היחיד להגדרת חיוב משותף הוא היעדר טענת "מיגו", אף אם אין ראיה שכוונת החייבים הייתה לחיוב משותף. זאת לעומת שיטת הרשב"א, לעיל, ליד ציון הערה 622, לפיה השיתוף נוצר רק כאשר יש ראיה לכוונת שיתוף, ולכן החיוב יהיה משותף אף כאשר לחייבים יש טענת "מיגו" (וראה גם **פרח מטה אהרן**, חלק א, סימן קיא, ד"ה גם הרשב"א).

⁶³⁴ **ערוך השולחן**, חו"מ, סימן ס, סעיף י.

⁶³⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערות 146, 154.

⁶³⁶ אולם, ייתכן שערוך השולחן פוסק כך רק בעניינם של מי שהתחייבו בחיוב שאינו מוטל עליהם, שבהם יש מקום להטיל על הנושה נטל ראיה מוגבר, ואילו בחיובים אחרים הוא יפסוק שדי בכך שהחייבים יצרו את החיוב יחד.

ריבוי חייבים במשפט העברי

כפי שראינו⁶³⁷, לשיטת הרא"ש בדרך כלל חייבים רבים חבים ב"חיוב אחד" והנושה רשאי לגבות את מלוא החוב מכל אחד מהם, ואין צריך לומר שאין הכרח שהחיוב המשותף יהיה בשטר, כפי שאכן פוסק הרא"ש בתשובה⁶³⁸:

ראובן שהיה נושה ביעקב ושמעון בנו מנה **בלא שטר**... [תשובה:] הדין עם ראובן, כי הוא היה נושה ביעקב ובבנו מנה, **וכיון שלוו כאחד, נעשו אחראין וערבאין זה לזה**⁶³⁹.

⁶³⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערות 50, 593.

⁶³⁸ **שו"ת הרא"ש**, כלל עג, סימן יד.

⁶³⁹ אולם ראה **גידולי תרומה**, לעיל, הערה 627, שמתלבט שמא לדעת הרא"ש דינם של אב ובנו שהתחייבו יחד שונה מדינם של חייבים אחרים, שכן באב ובנו סביר יותר להניח שכוונתם ל"חיוב אחד" ולכן רק במקרה זה סבור הרא"ש שאין צורך בשטר. והשווה **אורים ותומים**, סימן עז, תומים, ס"ק ב, שדוחה את קביעתו הקטגורית של גידולי תרומה שבאב ובנו ניתן להניח כוונה לחיוב משותף, ולדבריו הרא"ש הסיק את כוונת החייבים ליצור חיוב משותף **מנסיבות המקרה**. וראה גם **שו"ת חדושי הרי"ם**, לעיל, הערה 57, ד"ה ועכ"פ נראה, שכאשר מפורש בשטר חלקו של כל חייב, מודה הרא"ש שהחיובים נפרדים לגמרי, וראה לעיל, הערה 147.