

בענין מת מצוה קונה מקומו*

א. עשרה התנאים

הגמ' בבא קמא פ' ע"ב מציעה עשרת התנאים שהתנה יהושע בן נון בשעת חלוקת הארץ: ת"ר, עשרה תנאים התנה יהושע: שיהו מרעין בחורשין ומלקטין עצים בשדותיהם ומלקטים עשבים בכל חוץ מתלתן וקוטמים נטיעות בכל מקום חוץ מגרופיות של זית ומעין היוצא בתחילה בני העיר מסתפקין ממנו ומחכין בימה של טבריא ובלבד שלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה ונפנין לאחורי הגדר ואפילו בשדה מליאה כרכום ומהלכים בשבילי הרשות עד שתדך רביעה שניה ומסתלקין לצידי הדרכים מפני יתדות הדרכים והתועה בין הכרמים מפסיג ועולה מפסיג ויורד ומת מצוה קונה מקומו.

הצד השווה בכל עשרת התנאים אלו הוא שדרך כלל יש לאדם בעלות בלעדית על הרכוש שלו, אולם יש מקרים שהחכמים ראו לנכון מטעמים מוסריים להפקיר רכושו של אדם פרטי, ולהעבירו או כולו או חלקו לאדם אחר שנמצא במצוקה.

האחרון של עשרת התנאים האלה הוא שמת מצוה קונה מקומו. ורש"י פירש, וז"ל: "מקום שנפל שם בעת מותו קנאו לקבורה ואין בעל השדה מעכב עליו."

ב. מת מצוה קונה מקומו

הנה המושג של ממקו"מ יש לו שני רבדים: הראשון הוא המצוה לקבור את המת שלא יתבזה כשגותו מושלכת כבהמה, והשני הוא שקונה מקומו להקבר במקום שנפל. מלשונה של הגמ' על תקנות יהושע נראה בעליל שהמצוה לקבור את המת – האיסור להניחו מושלך בבזיון – היה ידוע ומקובל לפני זה, וחידושו של יהושע היה שהמת מצוה קונה את מקומו.

הרבד הראשון, מצות קבורה, נובע מן הפסוק "לא תלין נבלתו על העץ כי קבור תקברנו ביום ההוא כי קללת אלקים תלוי". הגמ' בסנהדרין מ"ו ע"א מבארת, "כלומר, מפני מה זה תלוי? מפני שבירך את השם ונמצא שם שמים מתחלל ... כל המלין את מתו עובר בלא תעשה, הלינהו לכבודו להביא לו ארון ותכריכים אינו עובר עליו." ומובן מאליו שעל קרוביו או ידידיו של המת *חייבים להביאו לקבורה. אבל אם אדם פגע בגופה שאינה ידועה מי הוא, יש מצוה מיוחדת לקבור אותה ("מת מצוה") – ועד כדי כך שאפ' כהן ונזיר מותרים ואולי חייבים להטמא לו.

ג. מקור הכלל

ושורש דין זה מבואר בסוגיא ברכות י"ט ע"ב שם יש דיון על כבוד הבריות, מתי דוחה מצוה ומתי לא, ושם למדנו:

ת"ש "ולאחותו" [שהכהן מיטמא לה] מה תלמוד לומר? הרי שהיה הולך [כהן] לשחוט את פסחו ולמול את בנו, ושמע שמת לו מת, יכול יחזור ויטמא? אמרת, לא יטמא. יכול כשם

* מאמר זה מוגש בכבוד ויקר לידדי ועמיתי היקר הרה"ג רבי זבולון חרל"פ שליט"א כאות הוקרה והכרה על עזרתו בהנהלת הישיבה משך קרוב לשלשים שנה ששינו השתתפנו בכל עניני הישיבה. תורתו נתונה בזה לחתני הרב משה בן-ציון דראטש שליט"א שהיה חבר ועוזר בהכנת שעור כללי זה שהרציתי בביהמ"ד של ישיבת רבנו יצחק אלחנן באדר תשס"ז.

שאינו מטמא להם כך אינו מטמא למת מצוה? ת"ל "ולאחותו" לאחותו הוא דאינו מטמא, אבל מטמא הוא למת מצוה [משום כבוד הבריות]. אמאי? לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'? [לכן אין כבוד הבריות דוחה], שאני התם, דכתיב "ולאחותו". וליגמר מינה? שב ואל תעשה שאני.

והמסקנא: שלהיטמא למת מצוה הוא דין בכבוד הבריות, ודוחה כל לאו שבתורה בשו"א.

הרמב"ם בשני מקומות קובע שדין זה הוא "מדברי קבלה": בפ"ז מהל' נזירות הי"ב – שהנזיר מותר להיטמא לו, ובפ"ג מהל' אבל ה"ח – ש"דבר זה הלכה מפי הקבלה" (דהיינו מדברי סופרים). והלחם משנה שם ה"ה הקשה בשם הרב אליהו מזרחי, הלא במס' נזיר מ"ח ע"א דרשינן מקרא? וכתב שהרמב"ם ודאי ידע שהם דרשות גמורות, אך כיון שאינו מפורש בתורה קורא לה "מדברי סופרים" כדרכו. לפי"ז המצוה של ממקו"מ היא מדאורייתא, ורק באופן פורמאלי נקרא מצוה "מדברי סופרים".

ד. חובה או רשות

והנה יש לברר אם הדין של מת מצוה הוא חובה, דהיינו שחייב לקבור את המ"מ דווקא במקום שנמצא, או אם הוא רשות, כלומר, מובן שחייב המוצא את הגופה לטפל בקבורתו, אבל מותר לקבור אותו במקום שנפל ולהוציא את השטח מחזקת בעל השדה, אבל אינו מוכרח לקבור אותו דוקא שם, ויכול להעבירו למקום אחר, כגון בית הקברות.

ודבר זה שנוי במחלוקת ראשונים. המאירי לב"ק פ"א ע"ב ס"ל שרשאי המוצא לקבור במקומו, ואין בעל השדה יכול לעכוב על ידו. (אגב, המאירי לומד שהמצב הוא שביה"ק קרוב יותר ממקום שהמת נפל לשם). כנראה שדעתו שרשאי לקבור במקומו, אבל אצ"ל שחייב לטפל בקבורתו. אולם משו"ע יו"ד סי' שס"ד ה"ג משמע שחובה לקבור דוקא במקום שנפל, וכן כתב בהדיא, "וכל המוצא צריך לקבור במקום שמצאו".

ובכדי להכריע אם "מת מצוה קונה מקומו" הוא חובה או רשות, יש לעיין בגמ' ירושלמי נזיר פ"ז ה"א (ונמצא גם במסכת דרך ארץ זוטא פ"ד). שם למדנו:

המוציא מת מצוה הרי זה מיטפל בו וקוברו במקומו. אימתי? בזמן שמצאו חוץ לתחום. אבל אם מצאו בתוך התחום, הרי זה מביאו במקום הקברות וקוברו. אמר רבי עקיבה: כך היתה תחילת תשמישי לפני חכמים, פעם אחת הייתי מהלך בדרך ומצאתי מת מצוה, וניטפתי בו בארבעת מיל עד שהבאתיו למקום הקברות וקברתי, וכשבאתי אצל רבי אליעזר ואצל רבי יהושע, אמרתי להם את הדבר. אמרו לי: על כל פסיעה ופסיעה שהיית פוסע מעלין עליך כאילו שפכת דמים. אמרתי: אם בשעה שנתכוונתי לזכות נתחייבתי, בשעה שלא נתכוונתי לזכות על אחת כמה וכמה. באותה שעה לא זזתי מלשמש חכמים. הוא היה אומר: דלא שימש חכימא קטלא חייב. מת מצוה קונה מקומו ארבע אמות, אפילו שדה מלא כורכמין, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. אימתי בזמן שמצאו בשדה, אבל אם מצאו בדרך, קוברו או לימין הדרך או לשמאל הדרך, וכו'.

תוספות כתובות י"ז ע"א ד"ה מבטלין ת"ת להוצאת המת, הקשו על סיפור זה אודות ר"ע ממה שאמרו חז"ל "מבטלין תלמוד תורה להוצאת המת", שאם אמנם מבטלין ת"ת להוצאת המת, מדוע כעסו עליו רבותיו, הלא עשה כהלכה? ותירצו שר"ע אמנם טעה. ומה היתה טעותו? דעת הר"י מקורביל מובא בתוס' היא שאמנם דין מת מצוה אינו אלא רשות, אבל ר"ע עבר על איסור ביטול תורה, ואע"פ שהיה מותר לו לקבור את המת מצוה בבה"ק, מ"מ היה לו לקוברו במקום מיתתו, כדי שלא יבזבז זמנו ויבטל מלימוד תורה. אבל דעת תוס' עצמם היא לא משום ביטול תורה, אלא שעבר על התנאי של מ"מ קונה מקומו, והעובר על דברי חכמים חייב מיתה.

ומזה מסתבר שהם סוברים שממקו"מ הוא חובה. (לפעד"נ, שממרוצת הסוגיא בירושלמי משמע כשיטת תוס', שהירושלמי מסמך הסיפור של ר"ע לענין מת מצוה קנה מקומו אחרי ההפסק על "דלא שימש חכימא").

והנה החזו"א יו"ד ר"ט ס"ק יב הסביר ענין ממקו"מ בב' האופנים האלו:
א. אין קפידא שיהא נקבר במקום שנמצא דווקא, אלא אחרי שנמצא במקום שאין למוצאו מסייעים בקבורתו, ויכבד על המוצאו להוליכו לבית הקברות, ואם לא נפקיר את השדות הקרובות לקבורתו, לפעמים יישאר מוטל בבזיונו, לכן הפקירו את כל השדות לקבורתו, ורשות ביד המוצאו לקבורו בכל מקום שירצה. (ומכאן משמע: שהכלל של ממקו"מ הוא רשות).

ב. אין לקבורו במקום אחר אלא דווקא במקום הנמצא, שאם היא רשאי לקבורו במקום אחר, לפעמים ירצה המוצא להוליכו לבה"ק, ואחרי שאין לו עוזרים עלול לשחות בדרך, ויחליט לקבורו במקום אחר, ואז יבוא השכנים של המקום החדש לידי קטטות, ולפיכך הטילו חובה שיהא נקבר דווקא במקומו ממש. (ומכאן משמע: שדין ממקו"מ הוא חובה).

ויש עוד טעם לחובה: בהגהו' יד שאול סי' שס"ד ס"ג כתב טעם לממקו"מ, שהמפרשים כתבו בטעם מצות עגלה ערופה, משום דכיון שנהרג שם, סימן שאותו מקום הי' צריך לזה האיש שיהי' שם, שהעולם ואנשי המקום צריכים לזה הנהרג כו' שאם יטלוהו משם, שוב יצטרכו למישהו אחר במקום הזה, והוי כשופך דם נקי. וזה דומה למה שכתב השבות יעקב דפינוי מתים סכנה לחיים ח"ו. אבל אנו אין לנו במאמר זה ענין בנסתרות, ובהדי כבשי דרחמנא למה לנו וכו'.

ה. "קנין" מהו אצל מת?

מבחינה פילולגית יש למלה "קנה" כמה משמעויות: מקח וממכר – "השדה אשר קנה אברהם מאת בני חת", בעלות – "קניתי איש את ה'", ויצירה – "קונה שמים וארץ". המונח "קנין" בהקשר סוגיתנו ודאי אינו מתכוון ליצירה, ואולי גם לא לבעלות או למקח וממכר – ואולי לאף אחד מהם, אלא משמש כעין מליצה, כלומר, שנתחסס לגופה זו כאילו מתה* היה בעל החלקה של שדה הזולת, או כאילו קנה את הקבר, וההשתמשות ב"קנה" בהקשר זה היא ביסודה פיקציה הלכתית.

הנה המקור לדעה שיש קנין למת מצינו ברמ"א חו"מ סי' ר"י ה"ג, וז"ל: "המקנה דבר למת כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו קנה" – והובא שמה בסוגריים שמקורו הוא תשובת הרשב"א. אולם מדברי הרשב"א עצמו הן בשו"ת שלו ח"א סי' שע"ה הן בחידושו לב"ב דף ח אין להוכיח בוודאות אם ס"ל שיש קנין הלכתי למת או לא, אלא שיש לדייק מלשונו שסובר שאם כי אין קנין למת, יש זכייה למת, ועי' היטב שהוא משתמש רק בניבים של זכייה ולא של קנין. ואין להקשות מדבריו בגיטין י"ד ע"ב שאין זכייה למת – שהוא מפרש אליבא דמאן דאמר כן בגמ' שם, וכנראה דליה לא סבירא ליה. ולהלן נשוב לענין זכיי'.

והדעה שאין קנין למת מצינו מפורש ברמב"ם בפ"י מהל' זכיי' ומתנה הי"ב, וז"ל: "שכיב מרע שנתן מנה לאחר ואמר לו הולך מנה זו לפלוני והלך ומצאו שמת, אם קיים היה בשעה שנתן לו השכיב מרע ינתנו ליורשי מי שנשתלחו לו, שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן, ואם לא היה קיים יחזרו ליורשי משלח, שאין קנין למת." והסברא נותנת, שהייתכן קנין למת שאין לו רכוש ואין לו דעת לקנות ולהקנות. ולפי"ז מוכרחים לומר ש"קנה" בקונטקסט זה הוא מליצה לחיוב המוטל על המוצא לקבור את המת במקום שנפל, וכו', וכמש"ל.

ואולי י"ל שה'קנין' הוא יותר ממליצה, אלא שיש למת בעלות מוגבלת על הקבר שניתן לו – אבל לא הרשות או היכולת לעסוק במקח וממכר. וההבדל בין בעלות למקח וממכר הוא שהאחרון הוא אקטיבי, שיכול לטפל

ברכושו, ובעלות היא לגמרי פאסיבי, שיש לו רכוש (דהיינו, הקבר) אבל אין לו האפשרות ההילכתית לטפל בו או לשנותו.

ו. מת מצוה כקיום של צדקה

ולפע"ד, שהקיום של מצות צדקה הוא היסוד של הכלל "מת מצוה קונה מקומו" – צדקה, ולא קנין במובן ההלכתי הרגיל, אלא שיהושע תיקן שהמת ייקבר בקבר שיינתן לו לשם צדקה, ומה שמשתמשים במונח "קונה" הוא רק מליצה לחזק את הדבר ולהדגיש חוזק הנתינה ואי-חזרתה. לפיכך, אם המת נפל בשדה פרטי יש לקבור אותו שם, ותקנת יהושע היא כעין "כופין על הצדקה". ואם נמצא על המצר וקוברין אותו בצדדין, גם זה משום צדקה, שהמוצא כופה את בעל המקום הראוי הכי-קרוב לעזור לו בקבורת המת, ולא יצטרך המוצא להסיעו לביה"ק נוסף לטיפולו בקבורת המת.

וראי' ש"מת מצוה קונה מקומו" הוא משום צדקה ממשנה שקלים סוף"ב: "מותר שקלים חולין ... מותר עולה לעולה, מותר מנחה למנחה ... מותר עניים לעניים, מותר עני לאותו עני, מותר שבויים לשבויים, מותר שבוי לאותו שבוי. רבי מאיר אומר מותר המת יהא מונח עד שיבא אליהו. רבי נתן אומר מותר המת בונין לו נפש על קברו." והנה מת מצוה דומה לדין "מותר המת", דהיינו מי שמת בלי שיהיו לו מעות לקנות קבר או צרכי הקבורה, והצבור (או החברא קדישא וכו') מספקין לו צרכי הקבורה.

מזה חזינן שדין זה של מותר המת נכלל עם ענייני צדקות אחרות, כגון מעות הנגבאות לעניים ולשבויים. והרמב"ם כרך את הדין של מותר המת עם פ"ט מהל' מתנות עניים הי"ח, וז"ל: "עני שגבו לו כדי להשלים מחסורו והותירו על מה שהוא צריך, הרי המותר שלו, ומותר עניים לעניים, ומותר שבויים לשבויים, מותר שבוי לאותו שבוי, מותר מתים למתים, מותר המת ליורשיו." הרי שגם הכלל של "מת מצוה קונה מקומו" כדין "מותר המת" ביסודו הוא הלכה של צדקה.

ואם תמצי לומר: ומנין שאפשר לתת צדקה למת? התשובה היא שאם אין זכר לדבר, סימן לדבר מדברי נעמי ברות, ב: כ: "ברוך הוא לה' אשר לא עזב חסדו את החיים ואת המתים." וכשיעקב קרב למות ביקש מיוסף, "ועשית עמדי חסד ואמת אל נא תקברני במצרים, ורש"י על אתר כתב, וז"ל: "חסד ואמת – חסד שעושין עם המתים הוא חסד של אמת שאינו מצפה לתשלום גמול."

והנה, בגמ' סנהדרין מ"ח ע"א מביא מחלוקת התנאים הנ"ל במס' שקלים, לגבי מותר למי, והת"ק ס"ל שמותר המת ליורשיו, והטעם הוא "כי בזו ליה אחולי מחיל זילותיה גבי יורשין", ורש"י מסביר, וז"ל: "דניחא ליה שיתבזה לאחר מיתתו להנאת יורשיו", דהיינו שאילו ידע המת שמקבצין נדבות לקבורתו היה מתבייש ולא היה מסכים לקבל את המותר, אבל לטובת יורשיו הוא מוחל על עלבונו. משמע, שהבזיון זה שהוא סומך על שולחנם של אחרים ומוכרח לקבל צדקה מהם או מקופת צדקה של הציבור, שאל"כ מה מקור הבזיון, הרי כל או"א סו"ס מוכרח לסמוך על החברא קדישא, כי "סוף אדם למות", וזה אינו בזיון מיוחד בשבילו, אבל המעות של צדקה שמקבצים בשבילו – זהו זילותא ופגם בכבוד – האדם שלו, רק שלהטיב ליורשיו מסכים ומוחל על כבודו. א"כ שוב הוכחה שהכלל "ממקו"מ" ביסודו הוא קיום של מצות צדקה.

(על היחס בין ירושה למת מצוה, עי' בנמוקי יוסף יבמות, כ"ז ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה ולא זה, שכל היכא דמדאורייתא יש מי שיורש אותו אינו נקרא מת מצוה כי היורשים מטפלים בו, ורק כשהיורש מדברי סופרים נחשב כמת מצוה.)

ז. קנין ע"י זכייה

יש עוד דרך לבאר את השייכות של "קנין" לענין של מת מצוה, והוא שמת מצוה קונה מקומו ע"י זכייה, שהיא הדרך האלטרנטיבית, *לבעלות ע"י מקח וממכר.

ובזה דומה מת לקטן לגבי קנינים, ששניהם אין להם דעת – רק שהמת היתה לו פעם דעת, וזה הקטן יגדל להיות בר-דעת, (מדין קטן שאין לו דעת לקנות למדנו שמציאת קטן אינו גזל אלא משום דרכי שלום, ע"י ב"מ ח' וי"ב, גיטין נ"ט). נראה שלפי הרמב"ם אם כי אין לקטן דעת לקנות, יש לקטן בעלות ע"י זכייה, וכחו יפה במקום שדעת אחרת זוכה בשבילו. והרמב"ם בפכ"ט מהל' מכירה כתב שלקטן יש בעלות למקח וממכר אבל רק למטלטלין ולא לקרקע, שבקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל. והוסיף, וז"ל: "וראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום, שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא זוכין לאדם שלא בפניו." (וראה ב"שעורי ר' ברוך בער" לב"מ סי' י"ח).

ולפע"ד כמו שיש זכייה לקטן שאינו בר דעת, כך שאין לו היכולת למקח וממכר אבל יש לו בעלות, ה"ה במת שאין לו דעת ואינו בגדר מקח וממכר, וגם הוא בגדר "כמי שאינו בפנינו", אבל יש לו זכייה ע"י דעת אחרים. ולכן יש אמנם דין זכייה למת, ולפיכך "מת מצוה קונה מקומו" ע"י זכייה. (וראה בספר "שיעורי ר' ברוך בער" שם בדין קטן בדיני ממונות).

ח. "מת מצוה קונה מקומו" מטעם "מלך פורץ גדר"

אם נעיין בכל התנאים שהתנה יהושע נווכח שבכולן נמסר כח להפקיר בעלות יחידים שהיו מוחזקים לטובה איזה נצרך, והמלך הוא האיש שעליו לפקח על עניני הציבור עפ"י חוקי התורה, ובמלך (או בא-מכחו) הדין הוא "מלך פורץ גדר ואין מוחין בידו" (במשפט האנגלי קוראים לזה the right of eminent domain). וראה בבא קמא ס' ע"ב, "דקא מיבעיא ליה (לדוד המלך שהפלשתים התחבאו בכדי להתקיף אותו) מהו להציל עצמו בממון חבריו? שלחו ליה: אסור להציל עצמו בממון חבריו, אבל אתה מלך אתה, [ומלך] פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו." וא"כ ה"ה לענין מת מצוה, שקונה מקומו מדין מלך (כלומר: יהושע) פורץ גדר לטובת הכלל. ובנ"ד, אם מת בשדה פרטי, אז יש כח למלך להעביר בעלות *החלקה למת.

אולם על זה יש להשיג ב' דברים: (א) אם מטעם "מלך פורץ", ייתכן שהכלל של "מת מצוה קונה מקומו" תופס רק בא"י אבל לא בחו"ל (וזה כראשונים החולקים על הרמב"ם ופוסקים שאמנם הכלל אינו תופס בחו"ל). (ב) שמא ההיתר של "מלך פורץ" ניתן רק לטובת הכלל, כל העם, אבל התקנות של יהושע היו לטובת נצרכים יחידים, ואולי אין ללמוד על אחד מן השני. ולפי"ז אם אמנם דין מת מצוה הוא מטעם זה של מלך פורץ וכו', ייתכן שזה רק בא"י ולא בחו"ל.

ט. סתירה ברמב"ם

בשלשה מקומות מביא הרמב"ם את הדין של מת מצוה, ובשנים מהם – בפ"ה מהל' נזקי ממון ה"ג, ובפ"ח מהל' טומאת מת ה"ז – הוא סותר את עצמו. בפ"ה מהל' נזקי ממון ה"ג כתב, וז"ל: "עשרה תנאים התנה יהושע ובית דינו בשעה שחלק את הארץ ואלו הן... וכן התנה שמת מצוה קונה מקומו ונקבר במקום שימצא בו והוא שלא יהיה מוטל על המצר ולא בתוך תחום המדינה אבל אם נמצא על המצר או שהיה בתוך התחום מביאו לבית הקברות."

אולם בפ"ח מהל' טומאת מת ה"ז פסק, וז"ל: "הפוגע במת מצוה אם מצאו בתוך התחום מביאו לבית הקברות מצאו חוץ לתחום אפילו בתוך שדה כרכום קנה מקומו ויקבר במקום שנמצא, מצאו על המצר מסלקו לצדדין שדה בור מצד זה ושדה ניר מצד זה קוברו בשדה בור שדה ניר ושדה זרע קוברו בשדה ניר שדה זרע ושדה

כרם קוברו בשדה זרע שדה אילו ושדה כרם קוברו בשדה כרם מפני אהל הטומאה היו שניהן שוין קוברו לאי זה צד שירצה."

וקשה, שבהל' נז"מ כתב הרמב"ם, וז"ל: "אם נמצא על המצר או שהיה בתוך התחום מביאו לבית הקברות ובהל' ט"מ כתב "מצאו על המצר מסלקו לצדדין." והלחם משנה על אתר כבר העיר לקושי זה. ויש כמה תירוצים שהוצעו, ונמנה אותם כרוכל, ואח"כ נציע כמה תירוצים שלנו להבין על נכון דברי הרמב"ם.

הלח"מ עצמו תירץ שהרמב"ם לא דייק "ולאו דוקא קאמר," ובהל' טו"מ סמך על מה שכתב בהל' נז"מ. אולם, הקושיא במקומה עומדת, שסוף סוף הרמב"ם סותר את עצמו.

החזון איש יו"ד סי' ר"ט ס"ק י"ב מנסה ליישב את הסתירה עם הוספת מלים בתוך הל' נז"מ, וז"ל: "אבל אם נמצא על המצר מסלקו לצדדין או שהיה בתוך התחום." אולם יישוב זה סומך על שינוי לשון הרמב"ם, ומלבד זה, גירסא זו של החזו"א לא נמצאת בשום כת"י שלפננו.

הרדב"ז בתשובותיו חלק ה' סימן ע"ד, סי' אלף תמ"ז, תירץ שבהל' טו"מ איירי לענין טומאה, ובהסתלקו לצדדין סגי בהכי, וכגון שאין בעל השדה מקפיד ואז א"צ לטרוח יותר להוליכו לביה"ק. ובנז"מ איירי לענין תקנות יהושע, ואם מצאו על המצר וניתן לפנותו משם אינו מסלקו לצדדין אם בעלי השדות מקפידין, אלא מטפל בו ומביאו לבית הקברות, כיון שלא קנה מקומו שהרי הוא מוטל על המצר ומזיק את הרבים, אולם זה קשה, חדא, שא"כ למה לו להרמב"ם להאריך לכתוב אותו הדין בשני מקומות שונים, הרי קל היה לו לומר שבכל מקום תלוי בהקפדת בעל השדה. ושנית, אם הכל תלוי בהקפדת בעל השדה, למה הביא הרמב"ם סדר עדיפות בשדות איפה ייקבר אם בשדה זה או אחר, הלא בעל השדה יכול לתת מקום קבורה באיזה שדה שהוא רוצה! ועוד: לשון הרמב"ם משמע שהמוצא קובר את המ"מ בלי להתיעץ עם בעל השדה.

י. יישוב הסתירות

ונראה להציע שני תירוצים. הראשון: בהל' נז"מ כולו מבקש לברר מתי יכולים לגרום נזק לרכושו של אדם פרטי וגם לשם צדק משפטי למעט נזק זה ככל האפשר. ממילא, מתירה ההלכה לנצרך להפקיע בעלות של אדם אחד בשעת צרכו, אבל לא להגזים זכותו לו ליהנות מממונו של הזולת ללא מצרים. וזה נמצא בהל' נז"מ, שדי לו למת לקחת רכושו של בעל השדה אם נפל ממש בחלקת השדה של בעל זה, אבל אם מת "על המצר", ורוצים לקוברו בשדה קרוב למקום שנפל, אין רשות בידי מוצאו להעמיס על המוחזק ולקחת ממנו הקרקע שלו שלא בצדק. אבל בהל' טומאת מת התורה מתחשבת גם בטובת הציבור כולו, ולא להטריח אותם *למצוא דרך שלא להטמא לקבר באמצע הדרך וכו' ולפיכך אם מת על המצר כך שיגרום טרחת טומאה לעוברי דרך, יכול לקבור את המת בשדה הקרוב ביותר למקום שנפל. א"כ בהל' נז"מ הרמב"ם קובע עיקר הדין – שבאמת אין למת זכות לקרקע של בעל השדה הקרוב למקום שנפל. אבל בהל' טו"מ מדבר בענין שאם ייקבר במקום שנפל – דהיינו על המצר – שיביא לטרחת הציבור, מותר לקבור אותו בשדה הקרוב למצר.

לפי"ז אין סתירה כלל בין שני הפסקים של הרמב"ם, שאם יש טירחא יתירה לציבור אם המת על המצר ייקבר שם, אז שולט פסקו בהל' טו"מ, וחייבים לקבור את המת מצוה בשדה פרטי שעל-יד המצור. אבל אם אין טירחא לרבים, אז אין להגזים בזכות המת לקבור אותו בצדדי המצר, וכך לגרום היזק לבעל השדה, אלא מוליכו מיד לביה"ק. וזה מה שפסק בהלכות נז"מ.

ויש עוד דרך ליישב את הסתירה בדברי הרמב"ם: יש מחלוקת ראשונים אם עשרת התנאים נקבעו רק לא"י או גם לחו"ל. הרמב"ם בפ"ה מהל' נז"מ ה"ה פוסק, וז"ל: "ותקנות אלו כולן נוהגות בכל מקום אפילו בחוצה

לארץ". (וזה ודאי על יסוד שיטת שמואל בב"ק פ"א ע"ב: "שמואל ורב יהודה הוו שקלי ואזלי באורחא, הוה מסתלק שמואל לצידי הדרכים, א"ל רב יהודה: יהושע אפילו בבבל? א"ל, שאני אומר אפילו בחוצה לארץ"). והנה יש להפריד בין תשעה התנאים הראשונים שבעצם טבעם הם שונים מן התשיעי: בט' הראשונים שבהם אנו אמנם מפקיעים בעלות הרכוש הפרטי של הבעלים המוחזקים, אבל זה רק לזמן מסויים, לשעה קלה, עד שהנצרך יגיע למטרתו, ואז מיד חוזרת הבעלות לבעלים המוחזקים, כך שאין לשום אדם הפסד גמור לאורך כל ימיו, משא"כ בתנאי העשירי, "מת מצוה קונה מקומו" (ודייק "קונה", מונח שלא מצינו אצל שאר התנאים, וגם לא שייך לתנאים הראשונים) שאז הפסד של הבעלים הוא לעולם ועד, מכיון שעפ"י הדין אסור לפנות מת מצוה ממקומו.

ומכיון שכן, יש הבדל בין א"י לחו"ל. בהלכות נזקי ממון הרמב"ם מתמקד לגמרי ב"נזקי ממון", בהפסד של ממון או רכוש (שהוא שוה כסף), ואז, כשדנים על מת מצוה בא"י, צריכים להתחשב על גורל השדה שישמש מקום קבורה, וכאן עולה השאלה של מצוות יישוב הארץ. ממילא, אם א"א אחרת, המת "קונה את מקומו" ונקבר בשדה הפרטי גם אם בעל השדה צווח ככרוכיא וגם הארץ סובלת פגם. אבל במקרה שהמת לא נפל ממש בחלקת השדה של בעל זה, אלא "על המצר", ורוצים לקוברו בשדה קרוב למקום שנפל, אז אין למת זכות על קבר זה, שאין מבטלים מצוות יישוב א"י בגלל קירבת המקום, שהתקנה היתה "מת מצוה קונה מקומו" – מקומו דווקא, ממש, דהיינו במקום שנפל, ולא במקום אחר שהוא מוחזק כרכושו הפרטי של בעל שדה, ואז הדין הוא שמוליכים אותו לבית הקברות, שמכוח מצוות יישוב א"י ממעטים בכלל "מת מצוה קונה מקומו". וכל זה שייך רק בא"י ששם שייך ענין יישוב הארץ. וזה מה שפסק הרמב"ם בהל' נז"מ.

וראיה שדין יישוב הארץ מבטל חישובים הלכתיים אחרים היא ממה שכתב הרמב"ם בפ"ד מהל' שכנים ה"א, וז"ל: "היה רוצה הלוקח לקנותה לבנות בה בתים וכן המצר רוצה לזרעה הלוקח זוכה משום יישוב הארץ ואין בה דין בן המצר." ומקורו: בבא מציעא ק"ח ע"ב: "ארעא לבתי וארעא לזרעא (רש"י: המצרן חפץ בה לזריעה והלוקח צריך בה לבנין בית), ישוב עדיף ולית בה משום דינא דבר מצרא (רש"י: לבית דין ולא תקנו כאן עשות ישר וטוב, שזו טובה מזו), "וכן בנ"ד.

אבל בהלכות טו"מ אין הרמב"ם מתחשב בהגנת זכות בעל הרכוש ועי"כ להסתבך בדין יישוב א"י, אלא מגמתו היא ההינזרות מטומאה, וזה שייך גם לחו"ל, ועל כן בחו"ל אם מת על המצר קוברו על הצדדין, שהסברא נותנת שכשם שנימוקו של יהושע כשתיקן "מת מצוה קונה מקומו" ודאי היה לכבודו של המת, שלא יתבזה אם יעבירו אותו ממקום למקום, כך לכבודו שייך גם להרחיב מדת "מקומו" לכלול לא רק ממש אותו השטח שנפל שם אלא גם מקום קרוב לו, ואפ' אם זה גורם הפסד לבעל שדה פרטי. וכן אין ענין ליישוב א"י. וזה פסקו בהל' טו"מ. ובזה זכינו לתרץ לקושינו על הרמב"ם.