

עש"ן

עמ"י

קובץ לבירור
דיני ממונות הלכה למועצה

היכל המשפט

שע"י בית דין צדק ובית ההוראה
'היכל המשפט'

מרכז הכרזות ובית הוראה לדיני ממונות ואגרות

היכל המשפט

בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

קובץ היכל המשפט

חלק ראשון

שאלות ותשובות בירורי הלכה ואוסף שיעורים

בשאלות אקטואליות השכיחות והמצויות

בדיני ממונות ואישות

מקולמוסם של רבני ודייני בית הדין ובית ההוראה

היכל המשפט

יוצא לאור

פניה"ק ירושלם תובב"א

תמוז תשפ"ג



כל הזכויות שמורות
למערכת היכל המשפט



הקובץ יו"ל ע"י

מרכז הבוררות ובית ההוראה היכל המשפט

בנשיאות הגאונים הגדולים

הגאון הגדול רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

והגאון הגדול רבי צבי ברזורמן שליט"א

טלפון 0733831747 מייל: heychalhamishpat@gmail.com



את הקובץ ניתן להשיג במזכירות בית הדין

או בשיעורי השימוש ברחבי הארץ



לעילוי נשמת

מרן רבינו עמוד ההוראה שר התורה והיראה
גדול הדור אב לחכמים
נשא משא הדור בחכמה דעת ותבונה
מסר נפשו להעמיד דת על תילה בעוז ותעצומה
קדוש וטהור חכם ועניו
רבן של כל בני הגולה
מורינו הגאון הגדול רבי **יצחק טוביה וייס** זצוקללה"ה
גאב"ד העדה החרדית ירושלים תובב"א
בעמח"ס שערי טוביה

בן הגאון הצדיק
רבי **שלמה** זצוק"ל

נלב"ע ב' מנחם אב

תהא נשמתו צרורה בצרור החיים

הונצח על ידי
תלמידיו מוקירי זכרו
פעיה"ק ירושלים



נתוב זאת זיכרון בספר

לעילוי נשמת

הרב ר' שמואל אליהו הכהן זצ"ל

בן הגה"ח יהודה פסח זצוק"ל

בן הגה"ק רבי רפאל אבד"ק זוואלין

נלב"ע ט"ו טבת תשנ"א

וזוגתו הרבנית הצדקנית

מרת אסתר ע"ה

בת הרב יהודה זצ"ל

נלב"ע כ"ט תמוז תשנ"ד

הונצח על ידי

בני המשפחה

תוכן העניינים

מלך במשפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים חברי הנשיאות שליט"א

הגאון הגדול רבי נפתלי נוסבוים שליט"א ג
שו"ת בדיני ממונות

הגאון הגדול רבי צבי ברזורמן שליט"א יא
דיני דין בר מצדא בזמננו לפי דרכי המסחר בימינו

שומרי המשפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים גדולי הדינים שליט"א

הגאון הגדול רבי עמרם פריד שליט"א סא
בגדר היתר עיסקא

הגאון הגדול רבי מנחם מנדל פומרנץ שליט"א עז
בלעדיות בתיווך

הגאון הגדול רבי ברוך שובקס שליט"א צג
בענין אם אשת איש שזינתה אסודה על בועלה שני

עין משפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים חברי ורבני היכל המשפט שליט"א

הגאון רבי מיכאל חיים רוטמן שליט"א קיט
מפתח המשפט ערך אב

הגאון רבי יעקב יצחק אודי שליט"א קצב
גדר הכסף המופקד בחשבון הבנק ודין שטרי הכסף

אורח משפט

הידו"ת מהרבנים הגאונים חברי שיעור השימוש שליט"א

- דיג הרה"ג שלמה אדלר שליט"א
דין גידוד חורבה - סי' קנז
- דטז הרה"ג יוגב בוטה שליט"א
בענין מתנה לגוי לשם הערבה
- דכז הרה"ג נפתלי בנדר שליט"א
בענין מכירה בזול הפקדה בהגמ"ח המרכזי לאחד
- דכט הרה"ג דוד צבי גוטשטיין שליט"א
תשובה בדיני הריבית בסוגי הלוואות המתבצע באמצעות פעולות בבנקאיות
בכמה סוגי מטבעות דרך כמה מדינות
- דמא הרה"ג אהרן דויטשער שליט"א
שטחים משותפים
- עדד הרה"ג דוד קסטנר שליט"א
דין, יורד המשביח - בנכסי שבוי, בנכסי אשתו, ובנכסים המוחזקים כשלו
- דפב הרה"ג אברהם יוסף רוזנברג שליט"א
חידוש בהגדרת פועל וקבלן
- דפז הרה"ג ישי שדגא שליט"א
ביטול שכירות צימד במידון מחמת האסון

על מפתנו של היכל

במה נקדם לה' אכף לאלוקי מרום, על אשר אנו זוכים ברוב טובו וחסדו לעמוד בשערי המפעל הגדול של הפצת משפט תורת הממון בישראל, מבית ממלכת המשפט שע"י ביד"צ 'היכל המשפט' העומד בנשיאותם ובהכוונתם של גדולי הדיינים שליט"א, עם הוצאתו לאור של קובץ הבכורה מבית דינו של היכל, מתורתם של נשיאי ורבני המכון.

שמה זו, אינה שמחה בהופעתו של קובץ אחד מיני רבים שהתברכו בו בני דורנו, אלא שמחה בהשלמת נדבך נוסף במפעלים הגדולים מבית הדין ובית ההוראה 'היכל המשפט', כאשר בחסדו הגדול יתברך שמו זכינו לפרוץ ימה וקדמה, צפונה ונגבה, בהפצת תורת המשפט בדורנו לכל דורש בכל עוז, בסייעתא דשמיא עצומה ובחסד גדול למעלה מדרך הטבע ממש, בהקמת מרכז הבוררות, רשת בתי הדין ובתי ההוראה, קו הטלפוני במענה הלכתי בדיני ממונות, הפצת גיליונות תורת המשפט, ארגון שיעורי תורה ברבים, ובעיקר בהקמת המערך האדיר של לימוד השימוש המעשי, בו לומדים קרוב למאה וחמישים אברכים מופלגים, הוגי משפט, המשתעשעים בחדוותא דאורייתא מכל רחבי ארץ הקודש, אנשי חיל, יראי אלוקים, המתעתדים לשפוט את העם משפט צדק ומשקיעים עמל עצום לדקדק בדקדוקי הלכה בין דין לדין, ומשקיעים את כל אונם ומרצם כדי להפיץ מעיינות המשפט ועומק חכמתו לעם השם הצמאים לדעת דבר ה' זו הלכה.

מה רב אושרינו כשאנו זוכים לראות במימושו של נדבך גדול זה, בעת אשר מפציע אורה של יצירת הפאר הכבירה, הראשונה בסדרתה, כשהיא מנצנצת ויוצאת להאיר בברקי זיווה את שמי עולמו של תורת המשפט. נרעשים ונרגשים אנו ללוותה בעת שהיא ששה ועולזת כגיבור לרוץ אורח אל שולחנם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, רון שיר ושבח והודאה לקוב"ה על שהחינו וקיימנו ואנו זוכים להיות נוכח בגילוי אורה כשהיא ממהרת בהגיע שעתה לשיר את שירת חייה, כאשר מאות צמאים לדעת דבר ה' זו הלכה, יוכלו מעתה להתחמם לאורם של זהרורי החכמה החדשים וגם ישנים, בנושאים שונים, שרבים מהם רואים זה לראשונה את אור הדפוס ונחשפים לעין הלומדים, ועל ידם יוכלו עם ה' הוגי תורתו להשתעשע בעיזוז ובחדוותא דאורייתא, בפנינים הרבים ובשלל האבנים היקרות הפזורים בין בתריו, להשכיל במעיינות החכמה המפכים בהם ולהרוות את צימאונם בכלי המפואר שהוכן בתכלית השכלול והפאר, כראוי וכיאות.

עשרות נושאים אקטואליים בדיני ממונות שהתחדשו בדורנו, תשובות עמוקות

בדיני ממונות, בירורי הלכה עמוקים, פסקי דין בעניינים העומדים על הפרק, פרי עמלם ממשנתם של חברי נשיאות בית הדין, רבני בית ההוראה, וכמה מחשובי לומדי המכון.

מיום שחרב בית המקדש אין לקב"ה בעולמו אלא ד' אמות של הלכה, שמחה כפולה היא לנו, בעת אשר התבשרנו על כך שעשרות מחברי לומדי בית ההוראה והשימוש המעשי, עומדים לעמוד בפני גדולי דייני דורנו על מבחן מעמיק בהלכות ריבית, נזקי שכנים, ושכירות פועלים.

תורה מחזרת על אכסניה שלה

ברוך ה' בשנים האחרונות קמה מהפכה של ממש בהקמת כוללים ללימוד חושן משפט, מאות תלמידי חכמים שמים לילותיהם כימים ללבן סוגיות הגמרא אליבא דהלכתא, אכן אפשר דרא בזה, ובפרט כאשר מדובר בהלכות חושן משפט שרבו בהם דעת בעלי בתים, וכפי שהתבטא מו"ר הגאון הגדול רבי נפתלי נוסבוים שליט"א שמאחר שמדובר בנושאים שכל אחד קשור אליהם כמו מקח, מזיק וכדו', הרי שכל אדם מרגיש שהוא מבין טוב בנושא והוא יודע מה האמת והצדק, בשונה מהלכות יו"ד שאדם מן השורה אינו משלה את עצמו שהוא יודע את ההלכות, וישנם הסבורים כי כל חו"מ בנוי רק על פי סברא, והם הסבורים כי הינם בעלי סברא מספקת חושבים שיוכלו להכריע דינים סבוכים על פי סברתם בלבד.

ודבר פשוט הוא שמלבד קניין הידיעה בהלכות, צריך כל דין שיכיר במציאות הדברים, ואף הדיין שהוא בקי בכל ד' חלקי שו"ע אם אינו בקי בהוויות העולם כיצד יוכל לפסוק, ולדמות מילתא למילתא, ועד כמה שהלימוד בסוגיות אלו מצויים אצל כל ישיבה ואצל כל דרדקי, הרי שהלימוד וההכרעה על פיהם להלכה למעשה הינם במרחק רב. ובפרט בנושאים הרבים המתחדשים בזמנינו, שהרי השכנים כיום אינם שכנים אלא שותפים, המתווכים אינם כסרסורים אלא כפועלים או כיוורדים, ובנוסף לכך שדבר יום ביומו מתחדשים נושאים הלכתיים שונים אשר לא ידעום אבותינו, אם זה במסגרת תוכניות תמ"א 38, תחבורה ציבורית, רכוש משותף, טאבו משותף, השקעות בקרקעות מעבר לים, שביתת עובדים, ועוד ועוד.

וכידוע שדיין הרוצה לדון דין אמת לאמיתה של תורה, עליו להיות, מלבד בקי גדול בסוגיות אלו להלכה למעשה גם בעלי כישורים שונים, החל מזווית ראייה נכונה של הדברים, שהרי בדיני ממונות הכלל הוא ש'הכל לפי ראות עיני הדיין' ו'אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות', וכמו שאמר על כך מו"ר הגאון הגדול רבי צבי ברוורמן שליט"א שעל הדיין להיות בעל עין מיוחדת של דין, לדעת לפסוק

על דיני מראות הדמים תרתי משמע, וכן על הנושא של 'שמוע בין אחיכם' שעל הדיין לדעת לשמוע את טענות בעלי הדין בסבלנות ובצורה נכונה, בלא להשמיט שום פרט, שהרי לפעמים דברים זעירים ביותר, באם אין הדיין מבין את זה על בוריו הרי עלול הדבר לגרום לעיוות הדין באופן נורא, ועל הדיין לדעת לשמוע ולראות. מלבד כן, על הדיין להיות בעל עין חדה בהכרעת הדין, שיהיה בצורה שאינה משתמעת לשני פנים.

מרכז השימוש המעשי בדיני ממונות שע"י ביד"צ ובית הוראה היכל המשפט משמש כמגדל אור לתת את המענה ואת השילוב הנדרש בין הידע ההלכתי הרחב לבין הידע הפרקטי הנדרש לכל בורר ודיין, שיעורי הפרקטיקה הנמסרים מידי שבוע על ידי הרבנים הגאונים, ועל ידי אנשי מקצוע כל אחד בתחומו, מהווים את הפסיפס הנדרש לכל שוחרי תורת המשפט, להשתלב בתוך עולם הדיינות, והנחלת הוראת המשפט.

נדבך נוסף גדול וחשוב לאין שיעור, הוא השילוב והקשר הבלתי נפרד של לימוד חושן משפט עם הלכות ריבית. כבר ידועה התבטאותם של גדולי הדיינים על חובת הזהירות בהכרעת הדין בדין שבין אדם לחברו, לבין פסיקה בהלכות שבת או איסור והיתר, שהרי אם בהלכות שבת או בענייני בשר וחלב, נדרשת ההכרעה אם לאסור או להתיר ובמקרה בו ההכרעה אינה ברורה דיה להתיר יכול הרב הפוסק להכריע לאיסור מספק, כשהדבר נוגע לחושן משפט העניין שונה בתכלית, שהרי אם נכריע ונחליט לטובת האחד, הרי שיש כאן היזק וגזל להצד שכנגד, ומשום כך צריך ז' נקיים ואחריות, אלא שכאן לא תמה אחריותם של הדיינים, שהרי גם באופן ששני בעלי הדין מסכימים ורוצים להגיע לפשרה ביניהם, הרי יתכן שיש בזה איסור ריבית, שהרי גם אדם המתחייב לחברו תוספת כלשהיא עבור איזה הלוואה מצד חושן משפט הוא מחוייב לשלם אלא שהתורה אוסרת עליו לשלם, ואשר על כן לימוד הלכות ריבית בשילוב חושן משפט הן הם תרין רעין דלא מתפרשין.

בצאתינו את הקודש שפתינו יביעו רננות יחד כולם הודו קדם רבותינו הגאונים הגדולים רבי נפתלי נוסבוים שליט"א ורבי צבי ברוורמן שליט"א אשר ברוב טובם תמידין כסדרם המה נר לרגלינו ואור לנתיבותינו, ומורים לנו את הדרך אשר נלך בה ואת המעשה אשר נעשה, ומלמדים אותנו בינה דעה והשכל בדרכי ההוראה ואורחותיה, כה יתן ה' וכה יוסיף שיוכלו לאזור חיל באורייתא, לגדור גדר כרמות בית ישראל ולעמוד בפרץ, ברוב הרחבת הדעת ומנוחת הנפש אך טוב וחסד כל ימי חייהם בבריות גופא ונהורה מעליא.

מלך במשפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים
חברי הנשיאות שליט"א

הגאון הגדול רבי נפתלי נוסבוים שלימ"א

שו"ת בדיני ממונות

בעניין שליח למכור חמצו

נידון השאלה ראובן פגש את שמעון שהיה בדרכו אל הרב למכור את חמצו, ואמר ראובן לשמעון שיהיה שליח עבורו למכור גם את חמצו ראובן זוכר בוודאות כי מינה שליח אך אינו זוכר את מי מינה, האם ניתן לסמוך כי אכן השליח ביצע את שליחותו ומכר חמצו, או שכל זמן שלא בירר עם השליח שאכן מכר את חמצו אנו רואים זאת כאילו לא מכר. כיום שהדרך שאין מוכרים ישירות לגוי אלא ממנים את הרב שימכור חמצו לגוי, כיצד מועיל שליחותו של ראובן ששמעון ישלח את הרב למכור את חמצו של ראובן בשם ראובן, והאם מועיל בזה שליחות על ידי קטן.

לי והלך לתרום ואינו יודע אם תרם ואם לא תרם ובא ומצא כרי תרום אין חזקתו תרום, שאין אומרין באיסורין חזקת שליח עושה שליחותו להקל אלא להחמיר וחושש שמא אחר תרם שלא ברשות.

והוא ע"פ דברי הגמ' (חולין יב.) שהאומר לשלוחו צא ותרום ומצא תרום אסור לאכול מהפירות ואין אנו סומכים על חזקה זו ואפשר שאחר תרם ואין תרומתו תרומה, וכך נפסק בשו"ע (יו"ד שלא סעי' ל"ד).

והנה ספק זה מתחלק לשני אופנים הא' באופן שלא ביטל את החמץ כלל, ורק הסתמך על מכירת החמץ שאז הספק האם נמכר החמץ לגוי או שלא נמכר, הוא ספק באיסור תורה ממש, האם עבר על כל יראה וב"י או שלא עבר, והאופן הב' אפשר שאף כאשר ביטל חמצו בנוסף למכירה כפי שכבר נהגו כלל ישראל, ואז

במס' עירובין (לב.) נחלקו רב נחמן ורב ששת האם באיסור תורה אנו סומכין על חזקת שליח עושה שליחותו, או שבאיסור תורה לא שייך לסמוך על חזקה זו, ודעת ר' נחמן היא שבאיסור תורה אין סומכים על החזקה להקל, אולם לדעת רב ששת אף בדאורייתא אנו סומכים על חזקה זו, ומכל מקום בין לדעת ר' נחמן ובין לדעת רב ששת בדרבנן בוודאי אנו סומכים על חזקה זו.

ולעניין הלכה נחלקו רבותינו אם נפסקה ההלכה כדעת ר' נחמן או כדעת

רב ששת, והנה התוס' (ד"ה רב ששת) כתב בשם הרב ר' שמשון לפסוק כרב ששת להקל שהרי בכל מקום אנו פוסקים הלכה כרב ששת באיסורי, אמנם ר"ת פסק כר"נ לחומרא עיי"ש בדברי התוס' מה שהאריך בזה.

ויעויין ברמב"ם (פ"ד מהל' תרומות הל"ו) שכת' וז"ל 'האומר לשלוחו צא ותרום

שיש כאן חשש איסור תורה אין לנו לסמוך על חזקה זו להקל.

ובביאור העניין כתב שאף שחזקה זו של שליח עושה שליחותו היא

חזקה טובה, ומטעם זה מבואר בגמ' (נויר יב) 'האומר לשלוחו צא וקדש לי אישה אסור הוא בכל נשים שבעולם מטעם החזקה של שליח עושה שליחותו, מכל מקום זהו דווקא לחומרא אבל להקל אנו לא אומרים חזקה זו, והאריך במחלוקת רבותינו האם אנו סומכים על חזקה זו באיסור תורה ועוד כמה פקפוקים, ובדבריו אח"כ מסיק שאף בדרבנן כיון שעיקר האיסור הוא מהתורה ועיקר שם בכור הוא מהתורה, א"כ אפי' שהנידון כעת הוא לגבי קנס דרבנן מכל מקום אין אנו סומכים על חזקה של שליח עושה שליחותו, והביא ראיה לדבר ממעשר פירות שאף שאינו אלא מדרבנן לדעת התוס' בכל אופן אנו נוקטים לחומרא, וכמבואר בתוס' (עירובין לב. ד"ה תאנים וכו'), וכן מבואר ברמב"ם (תרומות פ"א כו).

וא"כ לעניינינו אנו כשאנו באים לדון בעניין חמץ שעבר עליו הפסח כיוון שעיקרו הוא איסור תורה אם כן אין לסמוך על החזקה של שליח עושה שליחותו, ואין זה דומה לתחומין שעיקרו הוא מדרבנן ואין לו כל עיקר בתורה.

יעויין בגיליון רעק"א שכ' לדון בדברי המשל"מ דמאחר ולר"ש וסיעתו אנו סומכים על החזקה של שליח עושה שליחותו גם בדאורייתא וכ"ש בדרבנן שיש לו עיקר מהתורה, א"כ י"ל שכשאנו דנים על איסור דרבנן הרי שיש כאן ספק

לכאורה הספק הוא רק ספק דרבנן שהרי מדאורייתא בביטול סגי כמבואר בפסחים (ד:) וכיוון שכבר ביטל חמצו הרי כל האיסור הנאה לאחר הפסח אינה אלא קנס דרבנן כמבואר בסי' תמ"ח סעי' ה', וא"כ היה מקום לומר דבספק דרבנן ודאי שייך החזקה דשליח עושה שליחותו, אלא שיש לומר שמאחר והספק מתחיל בשאלה דאורייתא, שהרי עוד קודם הפסח היה לו ספק זה כלפי השאלה האם צריך הוא לבטל החמץ או לא, שהרי אם החמץ נמכר לגוי הרי שאין צריך לבטלו ואם לא נמכר הרי צריך לבטלו, וזה הוא ספק דאורייתא, ומכיוון שכלפי ספק זה כבר הכרענו שאין לסמוך על החזקה ששליח עושה שליחותו, א"כ אף לגבי הספק שהתעורר לאחר מכן בדרבנן אחר שכבר הכרענו את הספק שלא נמכר שוב גם כלפי הספק דרבנן הרי שהספק כבר הוכרע.

כתב במשל"מ (פ"ד מבכורות הל"א) וז"ל נשאלתי במי שהיה לו בהמה מבכרת והיה רוצה לפוטרה מהבכורה ע"י שימכור לנכרי חלק ממנה בפרוטה כדי שיהיה לנכרי שותפות בה ותהיה פטורה מהבכורה ומותר לעשות כך לכתחילה בזמן הזה וכמ"ש הריב"ה בטיו"ד סי' ש"ך וזה עשה שליח ונתן לו פרוטה כדי שימכור לנכרי והלך השליח ולא ידענו אם השליח עשה שליחותו ובין כך וכך ילדה הבהמה והשליח איננו שנשאל את פיו אם עשה שליחותו אם לאו מהו שנסמוך על חזקה דשליח עושה שליחותו ונפטרה בהמה זו מהבכורה או דלמא כיון

מ"מ א"א להקל עתה ולומר ספיקא דרבנן לקולא כיון ששורש הספק באיסור תורה אי הוי טריפה ובספק זה אנו נוקטים לחומרא שוב אסור גם כשנעשה אינו בן יומו, וכן מבואר באו"ה בספק טריפה שנתערב ברוב מין במינושאינו אנו אומרים ספיקא דרבנן לקולא כיון ששורש הספק הוא באיסור תורה ונתגלגל ע"י ביטול לדרבנן.

אלא שבתשו' רעק"א (מהדו"ק סימן ס"ד) כ' לדון בדבריו דיש לחלק שדווקא לגבי ביטול שתקנו חכמים דאינו ביטול פחות מס' או באינו בן יומו, שחכמים החשיבוהו כבן יומו, בזה אנו אומרים שמאחר שבדאורייתא פסקנו לחומרא אם כן גם לגבי דרבנן שקבעו שאינו ביטול או שדינו כבן יומו אסור, אולם בנידון של המשל"מ שאפילו שכשהטיל בו מום, לא אמרו חז"ל שאין המום מתירו, אלא רק קנסו למי שעשה את המום, ואילו לאחרים או לבנו לא קנסו כלל, באופן שכזה אפשר לומר דבספקו יהיה מותר ונחשב לספק דרבנן, שהרי יש כאן ספק דרבנן אם קנסו אותו או שלא קנסו ובה אנתנו ננקוט לקולא.

ולפי"ז גם בנידו"ד הרי מה שאסרו את החמץ לאחר הפסח הוא איסור חדש, ואין בו סרך ושייכות לאיסור של דאורייתא, ולא שייך לומר בזה שחז"ל החמירו שיש כאן איסור תורה כמו לגבי ביטול, א"כ בוודאי באופן שכזה שייך לומר שלגבי אחר הפסח הרי הוא ספיקא דרבנן האם פוסקים או כו"ת או כו"ש כמ"ש הרעק"א בגליון, ואם כן אף שיש

דרבנן שהרי לדעת הר"ש אנו סומכים על חזקה זו, ואף שלדעת ר"ת אין אנו סומכים על חזקה זו באיסור דרבנן שיש לו עיקר מן התורה מכל מקום הרי הכלל הוא שבספק דרבנן אנו הולכים לקולא וכלל זה נאמר גם באיסור דרבנן שיש לו עיקר מן התורה וכפי שכבר מבואר במשל"מ עצמו, וא"כ כשאנו באים לדון לגבי החמץ לאחר הפסח, שבוודאי הוא רק איסור דרבנן, א"כ ספק דרבנן לקולא, שהרי לדעת הפוסקים כו"ש אנו סומכים על חזקה זו, ולהפוסקים כו"ת אף שאי אפשר לסמוך על חזקה זו כשעיקרו מהתורה, מכל מקום לגבי אחר הפסח שאיסורו רק הוא רק מדרבנן הרי שין הספק הוא לקולא.

ויעויין עוד במה שכתב המשל"מ שם לדון שמאחר שהמכירה הייתה רק בכסף, והרי בעכו"ם נחלקו הפוסקים אם כסף קונה או שאינו קונה, וא"כ יוצא לפי זה שאפי' אם נאמר שבוודאי השליח עשה שליחותו מכל מקום עדיין יש ספק האם המכירה חלה, ואף שכעת הנידון הוא רק לגבי הקנס על כך שעשה בו מום, מכל מקום לא שייך לומר בזה ספיקא דרבנן לקולא שהרי שורש הספק הוא בדאורייתא האם חלה מכירתו ומספק אנו מחמירים לחוש לחוש שלא חלה המכירה שהרי ספק דאורייתא לחומרא ולכן גם לאחר עשיית המום שהוא ספק דרבנן מכל מקום ספק דאורייתא שנתגלגל לדרבנן אנו פוסקים לחומרא כמ"ש מהריב"ל בספק טריפה שנתבשל בכלי ועתה אינו בן יומו שאסור רק מדרבנן

כאן גם ספק לעניין איסור תורה מכל מקום ספק זה שאנו דנים בו כעת אין לו עיקר בתורה, ובזה ודאי שייך לומר ספיקא דרבנן לקולא.

עוד יש לרדן בדין השליח בזמן הזה שבעשיית השליח אין כאן מינוי שליח למכור את החמץ לגוי, אלא הממנה רק ממנה את השליח שיודיע לרב, שימכור גם את חמצו של המשלח לגוי, ופעולת השליח היא למנות את הרב או להודיעו שהמשלח מינהו למכור חמצו, בזה אפשר לומר שיועיל גם אם אחר שאינו השליח בא והודיע לרב שמאחר שהמשלח גילה דעתו שרצונו שאות רב פלוני יהיה שלוחו למכור את החמץ והשליח באמצע אינו פועל איזה חלות בממונו של המשלח, אלא רק ממנהו להרב לשלוחו של פלוני, בזה בוודאי מספיק בגילוי דעת ואין צריך כאן לדין זכיה ושליחות, שהרי אין זה אלא הודעה

בעלמא, שהמשלח ממנהו לשליח, וכעין זה כ' הנתיבות (ח"מ סי' קפ"ה סק"ב) שאם המוכר הודיע להקונה ע"י שליח עכו"ם או קטן דאינם בני שליחות ואמר לו שהמוכר אמר ללוקח שימשוך בשם המוכר שאין כאן פעולת שליחות וכמעשה קוף בעלמא עביד עיי"ש. וכ"כ שם (חי' סק"ב) שאם הלוקח שלח כסף להמוכר ע"י עכו"ם וחש"ו והודיע שרצונו לקנות קנה ע"י הבאת הכסף שאין זה אלא מעשה קוף בעלמא, וא"כ הוא הדין בנידון שלנו אם אחר הודיע לרב שפלוגי מינהו לשליח, או שהשליח היה קטן או גוי וכיוצ"ב בוודאי מועיל

אך לעניין שליח עושה שליחותו י"ל שאין אנו אומרים בגוי חזקה שליח עושה שליחותו כמבואר בשדי חמד (מערכת ח' כללים כלל קי"א) וגם הוא אינו נאמן לומר שביצע שליחותו, אך קטן יהיה נאמן לומר.



נזקי בור - שן תותבת

שמה שור או חמור, ובב"ק (כת). אנו דורשים שור ולא אדם חמור ולא כלים, כלומר שבור פטור על הכלים, ובהמשך הגמ' (נד.) הק' כלים בני מיתה ניהו, ומבארת הגמ' ששבירתם זו היא מיתתם, ולכן בור פטור בנזקי כלים וחייב בנזקי אדם.

והנה יש להסתפק האם שן תותבת של אדם או שן מושתלת שאי אפשר

אדם השאיר איזה חפץ או כל תקלה שהיא ברשות הרבים, ואדם אחר הגיע והחליק מתקלה זו, וכתוצאה מכך נשברה לו שן תותבת, האם בעל התקלה חייב בנזקיו מדינא, או שהוא חייב בזה רק לצאת ידי שמים?

הנה כתיב שמות (כא, לג) וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בר ולא יכסנו ונפל

לא שייכי בהו והלכך לגמרי פטור בהו, ע"כ. וע"ע בשטמ"ק מש"כ בשם הרב מסרקסטה וז"ל וכלים נמי שנשברו בבור פטור ששבירתן זו היא מיתתן אפילו אם נפתחו שם ולא נאבדו כגון שנפלו שם כלי מתכות אית לן למימר דלא מחייב נמי בנזקיהן דמנזקין הוא דאמעטו כלים מבור דמיתה לא שכיחא בכלים שהרי השברים ראויין הן למלאכה כל דהו הילכך ודאי משבירתן הוא דמעטינהו קרא, ע"כ. עוד הביא מהרב רבינו יהונתן וז"ל וכלים פטורים דשבירתן זו היא מיתתן ובגדי משי וארגמן טנופן נמי היינו מיתתן, ע"כ. ויעויין בחזו"א (ב"ק סי' יג סק"ב) שכ' וז"ל... שהרי טינפו כליו נחשב לנזק כמבואר בבבא קמא (דף כח:) ומשמע אפילו אם אפשר להעביר הטינוף, ע"כ. ומבואר מסוגיית הגמ' שגם טינוף שיכולים לכבס והדרך לכבסו, מ"מ בור פטור בנזק זה של הכלים, וא"כ אם השן נחשב ככלי אף שאפשר לתקנו פטור בעל הבור.

והנה דנו באחרונים האם הפטור של כלים בבור, או טמון באש, אם הוא פטור לגמרי שאפי' לצאת יד"ש אינו מחוייב, או שרק בדיני אדם פטור, אך מצד דיני שמים מחוייב הוא לשלם.

ובחי' הרי"ם (סוף פרק הכונס) כת' דטמון באש חייב ביד"ש, ובזה יישב מה שק' מדוע לא כתוב בברייתא בין דברים שחייב לצי"ש, כגון שהי' טמון באש ובא ראובן וגילה התבואה, ועי"ז גרם לחייב ממון את בעל האש. ותי' החי' הרי"ם, דאם נאמר שטמון פטור רק בדיני אדם,

להוציאה ממנו אלא ע"י עקירה וכיוצ"ב, האם נחשבת כאדם עצמו כיון שטפילה ומחוברת לגופו, או שמאחר שכתב בעל העיטור שכל תלוש ולבסוף חיברו דינו כתלוש, וכגון כותל בנין וצנור שקבעו, שנחשב כתלוש, וכן הרמ"א (ח"מ צה, א) פסק שהשואל בית ונשרף פטור מלשלם כיון שנחלוק הפוסקים אם תלוש ולבסוף חיברו דינו כתלוש או דינו כמחובר, ומספק א"א לחייבו. וא"כ י"ל שגם בנידו"ד דינו כתלוש וכשן בפני עצמו ודינו ככלים ובבור פטור על הכלים.

אלא שחכם אחד רצה לומר שאפי' אם נאמר שדין השן כדין כלים ולא כגוף האדם, מ"מ כיון שהדרך היא לתקן שן שכזו ואין דרך לזורקה ולהחליפה באחר, הרי שבאופן שכזה אין את הפטור של כלים, שהרי כבר נתבאר שטעם הפטור הוא משום שכלים שבירתם היא מיתתם, וזה שייך דווקא בדבר השבור שאי אפשר לתקנו, אבל דבר שדרך לתקנו אין זה כמיתה, ומשום כך גם אם אין השן כאדם, מ"מ יתחייב מדין כלים, שכן הדרך לתקנו, ואינו נחשב כמיתה.

אך זה אינו, וראייה ממה שמבואר בגמ' (כח:) בנטנפו כליו למ"ד דבור פטור על כלים אפי' בלא אפקרינהו פטור גם בטינופין, וכתב הרשב"א בחידושי (שם) וז"ל ואף על גב דוהמת יהי' לו כתיב משום דכלים שבירתן זו הוא מיתתן ולא דוקא נשברו אלא אפילו נטנפו דטינופן וקלקולן זהו מיתתם, והטעם כמו שפירש הראב"ד ז"ל דבאדם שייך לחלק בין מיתה לניזקין דתרוייהו שייכי באדם אבל כלים

עשיית האש הי' גלוי, ואח"כ בשעת השריפה הוא טמון ג"כ פטור, וכן מוכח בב"ק (נו.).

ולדעת חידושי הרי"ם צריך לומר בביאור קו' החזו"א שאם מחמת האש נתגלה ובשעת השריפה גילתו האש בזה פטרה תורה, אך אם נתגלה קודם השריפה, ולא מחמת השריפה נתגלה, ס"ל לחי' הרי"ם דחייב לשלם, ולכן חידש שבדיני שמים חייבים גם על טמון, וא"א לחייב המגלה בדיגי שמים, כיון שלגבי דיני שמים חייב בעל האש.

ולכן תבנא לדינא יש מקום לצדד לחייב אותו, אך אין זה ברור כל כך, שהרי יתכן שכל חיובו הוא רק לצאת ידי שמים, ומכל מקום שומת הנזק היא כפי עלות התיקון כפחות שבפועלים שרגילים לתקן שן כזו.



'לא תהיה לו כנושה' בחובות שאינו מחמת הלוואה

לא תהיה לו כנושה, או נאמר שלא זו נאמר רק בחוב שבא מחמת הלוואה, ולא בחוב שבא מחמת שכירות, או כל סיבה אחרת, כגון נזק, כתובת אשה, שכר שכיר וכיוצ"ב.

תשובה: למרות שבימינו רוב החובות הם בגדר זקפן עליו במלוה, מכל מקום אין עוברים על הלאו של לא תהיה לו כנושה אפילו בחוב שמחמת הלוואה, על פי דברי הכסף הקדשים, שסובר, שאם המלווה מסופק אולי יש

ובדיני שמים חייב בעל האש, א"כ הרי גם לגבי שמים לא גרם לו המגלה נזק, וא"כ אי אפשר לחייבו בדיני שמים, כיון שגם קודם שגילהו הי' חייב כלפי שמיא, ואף שעכשיו גרם שמתחייב גם בדיני אדם ע"י שגילהו, אך לחייב את המגלה שנרם לו חיוב, מאחר שבדיני שמים חייב המדליק, א"כ לא נגרם לו כל נזק על ידי הגילוי.

אמנם בחזו"א (סימן ו, ז) חידש שאם בשעת ההדלקה ועשיית האש הי' הדבר שניזוק טמון, אף שאח"כ נתגלה ונשרף פטור בעל האש, והביא ראי' שהרי לעולם הכלים שנמצאים בגדיש מתגלים כאשר נשרף הגדיש, וא"כ מאיזה טעם פטור על הטמון, ומוכח שאם בשעת עשיית האש היו הכלים טמונים, אף אם אח"כ נתגלו פטור, וכן להיפך אם בשעת

ראובן שוכר דירה מידידו שמעון, ומאחר ומצבו הכלכלי של ראובן דחוק עד למאד, הרי שאינו מצליח לעמוד במועדי תשלומי השכירות כראוי. שמעון מודע למצבו הכלכלי של ראובן, אולם גם הוא זקוק מאוד לאותם דמי השכירות לצורך תשלום חובותיו הוא, ושמכך מעוניין הוא ללחוץ על ראובן, על מנת שזה האחרון יקח הלוואה מאדם שלישי בכדי לשלם לו את דמי השכירות. ונפשו בשאלתו האם עובר הוא בכך בלאו של

ללווה כסף ומחמת זה הוא דוחקו אינו עובר משום לא תהיה לו כנושה, וא"כ כיום אין לך אדם שאין לך ספק אולי יש לו נכס או תכנית חיסכון או קרן כל שהיא או ביטוח שהוא יכול לפדות ולמשוך את הכסף ולשלם בו את חובו.



זכות קדימה למשווק בגביית חובו מסחורתו

זה הוא הדין לזה שאין לו לשלם לכל בעלי חובותיו אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתא מחמתיהו קיים אין לאחרים חלק בהם, ע"כ. ויעויין בפ"ת (שם סק"ב) שדברי הב"ח הללו שנויים במחלוקת גדולה בין הפוסקים, והביא בשם תשובת צמח צדק (סימן קיז) שחכמי ועד ארבע ארצות תקנו לנהוג כדעת הב"ח בזה. ובשו"ת חתם סופר (חור"מ סימן נה) כתב שלא נתפשטה תקנה זו במדינותינו. ב. הנה כבר נפסקה ההלכה דבכל מקח באופן שהמוכר מחזר אחר הממון ואינו רגוע עד שיקבל מעותיו, לא זכה הקונה בחפץ כל עוד לא העביר את התשלום למוכר, ואפי' אם בינתיים עשה בו קניין המועיל באחד מדרכי הקנין, וא"כ מכיון שמטבע הדברים מפיץ סתמי מחזר אחר ממנו הרי שבעל החנות אינו זוכה בסחורה כל זמן שלא שילם עליה למפיץ.

שאלה נפוצה שעולה בכל פעם שאיזה חנות פושטת את הרגל, ונשאר בחנות סחורה מכלל מיני משווקים למיניהם שבדר"כ בעל החנות חייב להם כסף, והשאלה העולה האם לאותם משווקים שונים ישנה איזה זכות קדימה או איזה עדיפות בגביית החוב מאותה הסחורה שהם שיווקו לחנות, ומעשים שבכל יום שהמשווקים באים בטענה כזו או אחרת, שמאחר ולא קיבלו את התשלום עבור הסחורה הרי שהסחורה בבעלותם ומשכך יכולים הם לגבותם בחובם, ובפרט כאשר יהיה להם הפסד גדול אם הכונס נכסים שמונה ימכור את הסחורה בחצי משווייה לכל המרבה במחיר.

בפשטות טענת המפיצים צודקת וזה מב' טעמים הטעם הא' הנה כבר כתב הב"ח (חור"מ סימן צו) וז"ל ולפי



אבד הצ'יק לבעל החנות ותובע מהלקוח צ'יק חילופי

לבוטל את הצ'יקים, והשאלה העולה האם יכול בעל החנות לטעון ללקוח שמאחר והצ'יק שנתן לו נאבד או נגנב הרי שהוא דורש צ'יק חילופי עבורו, והאם אכן

פעמים רבות אנו עדים לפרסומים שונים בעיתונות או בכל דרך פרסום אחרת, על גניבה שאירעה באיזה גמ"ח או חנות ומשכך מתבקשים כל הלקוחות

היכל הגאון הגדול רבי נפתלי נוסבוים שליט"א המשפט

אותו פעם נוספת, הרי שבאופן שכוזה אין המוכר יכול לכופו לשלם לו את תמורת הצ'ק. אך אם מביא המוכר עדים שהצ'ק אבד לו חייב ראובן לשלם לו את תמורת הצ'ק.

ומכל מקום יעויין בפתחי תשובה (ח"מ סי' נד סק"א) שמבאר שהמוכר יעמיד ערבים טובים שאם יתבעו פעם את ראובן בגלל השטר שנאבד, ישלמו לראובן את תמורת השטר.

הלקוח חייב לתת לו צ'יק חלופי, כמו כן יש לדון האם יכול הקונה לחוש להערמה כלשהיא, בניסיון להוציא צ'יק נוסף, שמא אחרי שישלם יוציא המוכר או אדם שלישי את הצ'ק הישן ויתבע אותו. הדין עם

תשובה: באופן שהלקוח אכן אינו מאמין למוכר או לבעל הגמ"ח שהצ'ק אכן אבד, ויש לו חשש שמא הוא מערים עליו ואחר כך יתבע



הגאון הגדול רבי צבי ברוורמן שליט"א

דיני בר מצרא לפי דרכי המסחר בזמנינו

פתח דבר

כיון שעמדנו בדין דבר מצרא בדירות מחולקות^א, נעלה בזה באריכות את הנלענ"ד בדין דב"מ בזמננו, ומסקנת הדברים היא, שלפי צורת המסחר בימינו ברכישת דירות, אין כמעט אפשרות שיתקיים דינא דבר מצרא, כיון שבגמ' ובפוסקים ישנם תנאים רבים שרק בהתקיים כולם, המצרון יוכל לסלק את הקונה משום דינא דבר מצרא, ולהוציא ממנו את הבית או הקרקע, ולפי התנהלות רכישת הדירות בזמננו, קשה מאוד שיתקיימו כל התנאים הללו, ולכן כמעט ולא מצאנו כיום מכר של קרקע ובית שיהיה בו דינא דבר מצרא, ובעשרות דיני תורה בתביעת בר מצרא, שהתקיימו בפני בית הדין, לא היה אפי' אחד שעמד בתנאים אלו, ולכן מעולם לא נפסק אצלנו שיש לסלק את הקונה, כיון שלא נתקיימו כל התנאים הנדרשים בדינא דבר מצרא^ב.

ודע, שכדי שיתקיים דינא דבר מצרא, הרי בנוסף על כך, שצריך שיתקיימו הרבה תנאים בין הקונה לבין המצרון, וכל שלא נתמלאו תנאים אלו ליכא דינא דב"מ, עוד קבעו חז"ל שבאופנים שהמוכר בהול למכור הקרקע והבית, ליכא דינא דבר מצרא, וכן בכל אופן שאם יהיה דין בר מצרא יכול המוכר להיפסד מזה, אין המוכר צריך למכור למצרון, ואף לאחר שמכר לקונה אחר שאינו מצרון, אין המצרון יכול לסלקו לקונה, כיון שבאופנים אלו לא נאמר בזה כלל דין בר מצרא, הכל כפי שיבואר להלן, וגם מטעמים אלו, ברוב עיסקאות ליכא דינא דב"מ.

ונזכיר ששה אופנים, בהם קבעו חכמים שאין בהם דינא דב"מ, שלפי צורת המסחר של זמננו, כמעט בכל עיסקה יש אחד מאלו האופנים, ולכן אין בהם דינא דב"מ, ובנוסף על כך, העלנו בזה טענה מחודשת, שאם כבר נעשה הסכם מכר בין המוכר לקונה, א"א לחייב את המוכר לבטל את הסכם המכר שנחתם בינו לקונה, ולחתום על הסכם מכר חדש עם המצרון, וכן א"א לחייב את הקונה שיעשה מכירה חדשה ממנו למצרון, ולענ"ד כן נראה נכון להורות בדין, וכפי שיבואר להלן. ונפרט הדברים אחת לאחת.

א. מאמר זה הוא מתוך קונטרס מפנקס בית הדין ח"ג העתיד לצאת לאור בעז"ה, העוסק בנידונים המתעוררים ברכישת דירות מחולקות הנקראים 'טאבו משותף'. ושם בקונטרס הקדמנו קודם לענין זה, סימן בענין זכות ראשונים לרכישת הדירה השניה בטאבו משותף ודינא דבר מצרא, ומכאן באנו לדון בענין דינא דבר מצרא בזמננו, וכדלהלן.

ב. הדברים סודרו ע"י בני רבי אברהם ברוורמן והוסיף רבות מדיליה תשוח"ח.

א. אשה שקנתה לית בה דינא דבר מצרא
הלכה ערוכה היא, שאשה שקנתה בית
 או שדה, לא נאמר בה דין בר
 מצרא, והמצרן אינו יכול לסלקה, כמבואר
 בגמ' ב"מ ק"ח ב' לאשה וליתמי לית בה
 משום דינא דבר מצרא ע"כ, וכן הוא
 בשו"ע סימן קע"ה סעי' מ"ז וז"ל המוכר
 לאשה או ליתומים קטנים אין בו משום
 דינא דבר מצרא, וברמ"א כ' ודוקא אשה
 שיש לה נכסים ידועים או אלמנה שאין

לחוש שמערמת וקונה לבעלה ואומרת
 לעצמה, ע"כ, ובפוסקים כתבו כמה
 טעמים בזה.^ג

ב. דינא דב"מ באשה נשואה

והכרעת הפוסקים, דהאי דינא דאין
 באשה שקנתה דינא דב"מ,
 נאמר אף באשה נשואה, וכמו דמשמע
 בב"י שם, עיי"ש^ד, וכ"ה ברמ"א שם
 בסעי' מ"ז שכ' קנתה היא ובעלה ביחד

ג. וז"ל הרמב"ם פ"ב הי"ד המוכר לאשה אין בו דין בעל המצר מפני שאין דרכה לטרוח הואיל
 ולקחה חסד הוא שתעמוד הקרקע בידה ע"כ וכ"כ הר"ף בשטמ"ק וז"ל ואין הטעם מצד חולשת
 הכח על ההיזק אלא עיקר הטעם הוא משום ועשית הישר והטוב ואם כן הישר והטוב הוא להשאיר
 המקח ביד אלו הואיל והזולת יש לו כח יותר מהן לקנות מקום אחר זולתו ע"כ, והמאירי שם כ'
 וז"ל יתומים שלקחו או אשה שלקחה אין המצרן יכול לסלקם אין לך חסד גדול משיעמידוהו ביד
 אלו שהפסידא מצויה במעותיהם ואין דרכם לחזר ולטרוח כדי ליקח ע"כ, והרמב"ן במלחמות כתב
 וז"ל דשאני אשה ויתמי דלאו בני מצרא אלא דתקנו לעשות עמה טובה שלא תהא צריכה להביא
 לבר מצרא ע"כ.

ובסמ"ע הכא לענין אשה שקנתה בסעי' מ"ז כ' וז"ל משום דלא שייך למימר בהו דהן ימצאו
 לקנות במקום אחר, דלאו בר הכי הם עכ"ל, אולם באשה שמכרה שהרמ"א כ' שגם בזה אין דינא
 דבר מצרא, כ' הסמ"ע בסקפ"ז וז"ל הטעם מפורש שם [בתלמידי הרשב"א הביאם ב"ן]. דלפי
 שאין לה מי שיפקח בעסקיה רצו חז"ל שיהיה מעשיה קיים כדי שיקפצו בני אדם לקנות את
 שלה, ע"כ.

והבאתי אריכות הטעמים שהוזכרו בפוסקים, משום דברי הגר"נ שליט"א שכתב שבזמננו איכא
 ב"מ בנשים משום דליכא טעמא דאשה, ראה להלן, ומה שהשגנו על דבריו.

ד. ובנידון זה, אם האי דינא דאשה שקנתה דאין לה דינא דבר מצרא, נאמר דוקא באשה שאין
 לה בעל, או אף בנשואה, האריך בזה בב"י בסי' קע"ה מחו' י"ח, ונעתיק דבריו וז"ל ועל מוכר
 לאשה כתב ה"ה עוד בשם בעל העיטור שפירש הר"ף בכל אשה קאמר שאינה אשת איש, ואני
 מצאתי בעיטור דלר"ף בכל אשה קאמר בין שהיא אשת איש בין שאינה אשת איש, וכתב עוד
 ה"ה וז"ל הרשב"א ח"ג סי' ק"ע כתב לאשה שאינה תחת בעל, א"נ לנשואה וביש לה נכסים
 ידועים, הא לא"ה לא, דהערמה היא, וכתבו סברא זו הר"ן ונ"י ורי"ו, וגם תלמידי הרשב"א כתבו
 בשמו בהמקבל וה"מ באשה שאין לה בעל ע"כ דברי ב"י.

ובכה"ג הגב"י אות פ"ב הביא בשם מהרש"ך ח"א סי' מ"ג, ומשפט צדק ח"א סי' י"א שאם
 היא אשת איש אפילו בעלה מעבר לים או שהוא זקן וחולה מוטל על ערש דוי נכה ידיים ורגלים
 אית ביה דינא דב"מ, וע"ע בכנה"ג שם אות פ"ז, שמדברי הרמ"א משמע דבכל אשה קאמר בין

בו, דמצי למימר לנפשי קניתיהו, דאל"כ מה שקנתה היא כאילו קנה בעלה ע"כ, ויש שדייקו בדבריו, דדוקא אם יש לאשה ממון שאין לבעלה רשות בו ויכולה לעשות בה כרצונה, ליכא דינא דב"מ, אבל נכסי מלוג שהבעל אוכל פרות, איכא דינא דב"מ, כיון שהבעל דואג עבור זה.¹

ג. סתימת הפוסקים דבכל אשה נאמר

אולם לענ"ד, כיון דסתימת דברי הראשונים שהובאו בב"י, וכן סתימת השו"ע דכל שיש לאשה נכסים ידועים ליכא דינא דב"מ, ולא כתבו דבעינן דוקא שאין לבעלה רשות בה, ונכסי מלוג הם ג"כ נכסים ידועים של

אין יכולין לסלק אפי' את הבעל, ע"כ, והחידוש בדברי הרמ"א הוא שאף את החלק שהבעל קונה לעצמו, אין המצרן יכול לסלקו.²

והרמ"א שם כ' דהאי דינא שאשה שקנתה אין בה דינא דב"מ, הוא דוקא אשה שיש לה נכסים ידועים או אלמנה שאין לחוש שמערמת וקונה לבעלה ואומרת לעצמה, ע"כ, אבל באין חשש הערמה אע"פ שיש לה בעל ליכא דינא דב"מ.

ואמנם הסמ"ע בס"ק פ"ה אדברי הרמ"א דדוקא נכסים ידועים, כ' פי' שידוע שיש לה ממון שאין לבעלה רשות

א"א בין אינה א"א, והביא שבראנ"ח ח"א סי' י"ט ומשפט צדק שם כתבו דכיון דהוי מחלוקת הפוסקים הלוקח הוא המוחזק ואין בר מצוה מוציא מידו אלא בראיה ברורה ע"כ. ועי' בגליון הגרעק"א שם שהביא מהראנ"ח דאפי' אב שקנה בית לבתו כנדן אין בו דינא דבר מצוה, כיון שהוא לצורך אשה.

[ומה שנזכר בפוסקים דאירי דוקא באין לבעלה רשות בה, באו למעט ממון ממועשה ידיה וכדו', אולם אף בנכסי מלוג ליכא דינא דב"מ, כיון שהבעל אינו יכול למכרם, ואכ"מ].

ה. הרמ"א בשו"ע סימן קע"ה סעי' מ"ז הביא את דינו של הריב"ש, וכ' וז"ל קנתה היא ובעלה ביחד אין יכולים לסלק אפילו הבעל ריב"ש סימן שס"ט, גם בב"י בסעי' ס"ט ציין לדברי הריב"ש, אולם לא כתבו דין זה בשו"ע, ובדרכי משה ס"ק ז' הביא מתשובתו וז"ל כתב בתשובת בר ששת אם האשה קנתה עם הבעל ויש לה נכסים ידועים שאין יכולים לסלקה גם הבעל מחלקו אין יכולים לסלקו דיד בעל כי אשה אם כן מאחר שאין יכולים לסלק את האשה אינם יכולים לסלק אותה עכ"ל, ויעויין שם בתשובת הריב"ש שביאר הטעם משום דחלק שקנתה האשה יש לה גוף ולבעל פירות והחלק שקנה הבעל הוא שלו גוף לפירות א"כ מצד הפירות שיש לבעל בחלק של האשה הרי בלא"ה המצרן לא מסלקו א"כ מכח אותן פירות שיש לו באותו קרקע יחשב כמצרן לחצי שקנה לעצמו, ועיין בבאור הגר"א ס"ק קי"ב שרמז לזה.

ו. יש לציין דברי השו"ע בסי' ס' סעי' י"ב שכ' וז"ל אשה שטוענת על חקרקעות שהניח בעלה שחציים שלה ממעות שנפלו לה מבית אביה והשטרות כתובים בשם שניהם הדין עם האשה ואם כתובים בשמה לבד והיא טוענת שכולם שלה כולם שלה עכ"ל, ועי' עוד בסי' ס"ב לענין שטרות שהם ע"ש האשה.

ד. בספק אי איכא דינא דבר מצרא
 גם אם ננקוט דהוי פלוגתא דרבוותא,
 הרי קיי"ל דבכל ספיקא דדינא בדינא
 דבר מצרא, הלוקח נחשב למוחזק, וא"א
 להוציא מידו, וכמש"כ כל הפוסקים³.

ה. בזמננו הדירות נרכשות מכספי הבעל
 והאשה
ובזמננו כמעט כל הדירות נרכשות
 בשותפות של הבעל והאשה,
 כיון שהנוהג שאיש ואשה הנישאים, גם
 האשה מביאה ממון מבית הוריה לרכישת
 הדירה, [ואדרבה, ברוב השידוכים

האשה, כיון שהבעל אינו יכול למכרם
 בלא רשותה], וכן כיון שמפורש בריב"ש
 דהדין שאשה שקנתה לית ביה דינא דב"מ
 נאמר אף בנכסי מילוג שלה⁴, וכן מבואר
 בבאור הגר"א הכא⁵, ועי' בספר אבן
 העוזר הובא בבאר היטב ס"ק ע"ז, שדחה
 דברי הסמ"ע⁶, וכ"ה בערך לחם שם, וכן
 יש לדייק מדברי פסקי ריא"ז ב"מ פ"ט
 ה"ד⁷. הרי יש לדחוק לשון הסמ"ע, שלא
 נתכוון שאין לבעל לגמרי זכות אכילת
 פרות, אלא כוונתו שהם נכסי האשה, וגם
 נכסי מלוג בכלל⁸.

ז. ז"ל הריב"ש בס"י שס"ט מיהו באשה שיודע לנו שאין לה נכסי מלוג שנפלו לה בירושה ודאי
 נראה שהיא הערמה גמורה ע"כ.

ח. שציין לסעי' י"ד בשו"ע, שהבעל מצרן בנכסי אשתו משום שאוכל פרות, וכן שאר המקורות
 בדבריו שם מוכח דאיירי בנכסי מלוג.

ט. בהג"ה על דברי הסמ"ע כ' וז"ל ולא עיין במקור הדין בהריב"ש שכתב הטעם כיון דקיי"ל דאינו
 יכול לסלק האשה והבעל קונה פירות בנכסי אשתו וכו' הרי מבואר דדוקא ביש לבעל פרות
 בשדה אשתו אינו יכול לסלק את בעלה דנעשה מצרן בקניה זו ע"כ.

י. שכ' בפסקא ל' המוכר לאשה וליתומים אין עליה דין בר מצר לפי שאין דרך האשה והיתומים
 לחזר ולקנות ואם יקח בר מצר המקח שלהן אינו יכולין לקנות במקום אחר והלוקח קרקע
 סמוך לנכסי מלוג שלאשה יכולה האשה לסלקו אם יש בידה מעות נכסי מלוג ליקח בהן קרקע
 ואין הבעל יכול לבטל זכותה וכן אם היא רוצה למחול יכול לעכב כמבואר בקונטרס הראייות
 בראי ו', ע"כ.

וקשה לדחוק בדברי הרי"א⁹, דברי שא איירי בממון שאין לבעל רשות בו, ובסיפא בנכסי מלוג.

יא. וראה בהערה השלישית מכאן ולהלן, דברי הגרעק"א שהביא מהראנ"ח דאם קונים עבור נדן
 לאשה לית בה דינא דב"מ, אף דודאי יהפכו לנכסי מלוג.

יב. וכמש"כ בשו"ע סעי' מ"ה אפילו היה בדבר ספק, אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה
 שמביא בעל המצר לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה לשדה זו אריס אתה לשדה זו או
 שוכר או ממשכן צריך בעל המצר להביא ראיה שהוא בעל המצר ושקרקע זו בחזקתו וכן כל
 כיוצא בזה. הגה: וכן במקום שהפוסקים חולקין אין מוציאין מיד הלוקח מיהו לכתחילה יש למכור
 למצרן (ב"י), עכ"ל.

של העיסקאות, כיון שעפ"י רוב כאשר אדם קונה דירה גם אשתו קונה עמו⁷.

ז. דברי הגאון הגדול שליט"א

ורבות תמהתי בזה על הגאון הגדול רנ"ג שליט"א, שכתב שבזמננו כיון שנשים מתעסקות במו"מ, ליכא האי דינא דאשה שקנתה ואשה שמכרה¹⁰.

ודבריו צע"ג, דאיך נבטל דינא דגמ' מטעם זה, שהרי כל דינא דבר מצוה הוא תקנת חז"ל, ולא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים¹¹, והרי לא מצאנו בפוסקים חילוק בין סוגי הנשים, וגם בזמן חז"ל היו נשים רבות שהיו נו"ג בתוך

הנעשים, האשה מביאה מבית אביה ממון יתר על הבעל, והסכום שנותן צד האשה, עפ"י דין נשאר ברשות האשה כנכסי מלוג, וא"כ לעולם האשה ג"כ שותפה ברכישת הדירה, וליכא דינא דבר מצוה, דהוי אשה שקנתה, וגם כשבני הזוג מוכרים את הדירה הראשונה שקנו, וקונים אחרת במקומה, חלקה של האשה עובר לדירה החדשה, ולכך כשזוג קונה דירה, אין המצרן יכול לסלקם משום דינא דב"מ¹².

ולמעשה מחמת דין זה לבדו, בטלה טענת בר מצוה ברוב רובם

יג. ודין זה שאין ב"מ מסלק אשה שקנתה נאמר גם אם המצרן הוא אשה, ובבית יוסף שם הביא מדברי המרדכי פרק המקבל ב"מ סימן שצ"ד לאשה וליתמי וכו' פירש הר"מ בתשובתו אין לפרש דהני מיילי אשה כנגד איש אבל אשה כנגד אשה אית בה משום דינא דבר מצוה דלא היא דכל היכא דקאמר תלמודא לית בה משום דינא דבר מצוה הוי פירושו בשום ענין אין המצרן יכול לסלק להאי דקאי, ע"כ, וכן כתב גם בדרכי משה ס"ק ח' עיי"ש

יד. וטובא מיניה מצאנו בחידושי הגרעק"א שם בשו"ע בסעי' מ"ז, דגם בקונה עבור אשה כמו לנדן וכדו' לית ביה דינא דב"מ, שכ' שם וז"ל המוכר לאשה. נ"ב בתשו' הראנ"ח ח"א סס"י קי"ט כתב כיון דמכרו לנדונית אחותם הוי כמו אשה שמכרה דאין בו דין מצרנית. ע"ש ממילא מכ"ש אם הלוקח קנה וייחד הקרקע לקנותה ליתנה לנדן בתו להכניס הקרקע להמשודך לה דהוי כמו אשה שקנתה דאין בו דין מצרנות ע"כ.

טז. שכ' בהישר והטוב קובץ ז' עמוד ל"ד בזה"ל הטעם שאין באשה דינא דבר מצוה כתבו הראשונים משום שכל כבודה בת מלך פנימה ואין דרכה לחזר ולחפש דירות, א"כ לא תיקנו אצלה דינא דבר מצוה, אך נראה שבזמנינו שנשתנו סדרי החיים וגם נשים מחזרות ומחפשות דירות ומעורבות היטב בכל פרטי המו"מ לא שייך היום טעם זה ויש גם בנשים דינא דבר מצוה, עכ"ד.

א"ה, לא מצאתי בראשונים טעם זה משום שכל כבודה בת מלך פנימה, וכתבו טעמים אחרים הבאנו לעיל בהערה בריש הסימן.

טז. הערת רבי שלמה אינדיג, בענין זה, אם נתנו חכמים דבריהם לשיעורים, מצאנו שנחלקו השו"ע והרמ"א, בדינא דנשפרו חיטין בעליה המקום דליכא חשש שריפה דכ"כ הרמ"א, והמחבר חולק עליו וכ"ה בב"י, ובש"ך כ' דהדין עמו. ובספר נימוקי משפט עמ' ק"מ הארכתי בזה.

הבית, ומנהלות את כל עסקי משפחתם^{יז}, וכן מצאנו בספרי רבותינו הראשונים והאחרונים, וכמבואר ברמ"א בחו"מ סי' ס"ב סעי' א', לענין שטרות שיוצאות ע"ש האשה, שסתם אשה נושאת ונותנת בתוך הבית, ועיי"ש בש"ך סק"ח ובנתיבות המשפט סק"ז, ועוד מצאנו בזה רבות^{יח}.

ז. משמע דבכל אשה ליכא דינא דב"מ

וממה שלא חילקו בין הנשים משמע, דחז"ל קבעו האי דינא בכל אשה, כיון שאין דרכה של אשה לטרוח ולקנות, ולא אמרו לברוק בכל אשה ואשה מה טיבה, והרי להלכה קיי"ל שגם כשיש לה

בעל שטורח עבורה וקונה בשותפות עבור שניהם, מכ"מ ליכא דינא דב"מ, ומשום שלא חילקו חז"ל, א"כ ק"ו שלא נשתנה הדין בזמננו, וכ"כ בחזו"א חו"מ סימן כ"ב, שכ' דאין לחלק בין הנשים שאף אם נמצא אשה שדרכה לאהדורא אין משתנה אצלה הדין^{יט}.

ובאמת דגם מצד המציאות יש לחלוק על דברי הגרנ"י שליט"א, כי הנסיון מוכיח שחלק קטן מהעסקאות של דירות ומקרקעין נעשות ע"י נשים, ובפרט בעסקאות גדולות של מקרקעין, שמעט מאוד נשים עוסקות בזה^כ.

יז. ובגמ' מצאנו רבות שהנשים עסקו במו"מ כמו בב"ק ק"ח ב' וק"ט א', לענין אשה שמוכרת, ובשבת ס"ב א' אשה גזברית וב"ב קנ"ה ב' תינוקות בת ארבע עשרה שנים שהיתה בקיאה בטיב מו"מ, וגם בפרק אשת חיל במשלי ל"א י"ד וט"ז נראה שהאשה היתה מופקדת על הנכסים ועוסקת בעבודה ובמכירה בשוק, בעת שבעלה היה יושב בין הזקנים.

וכן מצאנו שהבעל ממנה את האשה לאפוטרופוס על נכסיו, או מושיב אותה לחנונית, כמבואר בכתובות פ"ו, והאלמנה היתה נושאת ונותנת בנכסי היתומים המבואר בבבא בתרא נ"ב ב', אמנם בגיטין נ"ב א' אמר"י שאין בית דין ממנים אשה לאפוטרופוס בנכסי היתומים, אבל אם רצה האב למנות לכך הרשות בידו.

יח. ועיי' בש"ך חושן משפט סי' צ"ו סק"ט שכ' אף על פי שנושאת ונותנת בתוך הבית ודלא כיש חולקין כו', היינו ע"פ מה שכתב בד"מ [סעיף כ"א] וז"ל, במרדכי פרק החובל [ב"ק סי' פ"ז] פסק ראב"ן כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה הרי הוא כאילו הבעלים מינו אותן שלוחים, ואם יש עדים חייבים הבעלים לשלם מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהן, ואם אין עדים נשבעת כו' [וכן הוא בהגהת אשר"י פרק החובל [ב"ק פ"ח סי' ט'] בשם ראבי"ה], עיי"ש אריכות דבריו, שכ' שסתם נשים בזמננו נו"נ בתוך הבית.

והש"ך הביא שם דברי מהרש"ל כי לפעמים נמצאו נשים אשת חיל שמחיות בעליהן וכל ממון בעל בידיה, ע"כ.

ועיי' בתומים בסי' י"א אורים סק"ד שכ' וזוה הזמן לא מבעיא אנשים אפי' נשים, סתם נשים נו"נ בתוך הבית וטרודים על המחיה ועל הכלכלה, והביאו בנתי"מ סיק' י"א סק"ד, ועוד רבות איכא בפוסקים.

יט. ולעיל בהערה הבאנו דברי הגרעק"א דאפי' אב שקונה בית לבתו בנדן ליכא דינא דב"מ.

כ. הערת ר"א ברודמן, ונראה להביא ראייה ברורה לזה, שלא חילקו חז"ל ואף אם יש נשים

דב"מ, מצאנו כמה טעמים בראשונים, הבאנו דבריהם לעיל בהערה, והסמ"ע כ' לענין אשה שמכרה וז"ל לפי שאין לה מי שיפקח בעסקיה רצו חז"ל שיהיה מעשיה קיים כדי שיקפצו בני אדם לקנות את שלה עכ"ל, ויל"ע בזה, ראה בהערה כ"א.

ט. בגמ' איתא דק אשה שקנתה

ואף דבגמ' מצאנו רק דאשה שקנתה לית ביה דינא דב"מ, ולא נזכר אשה שמכרה, הרי דברי הרמ"א הם מש"כ תלמידי הרשב"א, הובאו דבריהם בב"י

ה. אשה שמכרה לית בה דינא דב"מ

עוד יש טעם דליכא דינא דבר מצוה, ברובם הגדול של עיסקאות רכישת דירות בזמננו, משום שבנוסף על הדין שאשה שקנתה לית בה דינא דב"מ, הרי מצאנו דגם אשה שמכרה לית בה דינא דב"מ.

דהרמ"א בסי' קע"ה סעי' מ"ז כ' וז"ל הקונה מן האשה י"א דלית בו משום דינא דבר מצוה ע"כ, והיינו דכמו שמצאנו בגמ' שאשה שקנתה לית בה דינא בר מצוה, גם אשה שמכרה לית בה דין בר מצוה, ובטעם שבאשה ליכא דינא

שעוסקות במו"מ לא יהיה בהם דין ב"מ, מדין דטומטום ואנדורגינוס שדינם כאשה מצד הספק, ואין דנים בהם אם טורחים לעצמם או לא, ומצאתי דברים מפורשים בזה בדברי הריב"ש דטומטום ואנדורגינוס דרכם לטרוח ומ"מ כיון שהם ספק אשה אין בהם דינא דב"מ, שכתב [שו"ת הריב"ש סי' ס"ט] וז"ל וכיון שהטומטום והאנדורגינוס ספק אשה הן מוחזקין, ואין בהן דינא דבר מצוה, אע"פ שאין לומר בהן טעמא דלאו אורחא למטרח, שהרי אלו דרכם לטרוח הם בעצמם, אע"פ כן אין בהם דינא דבר מצוה מפני שהן ספק אשה, כל שכן שיש לומר כן באשה ודאית, אע"פ שיש לה בעל דטרח לה, דכיוון שאמרו חכמים ז"ל אשה לית בה דינא דבר מצוה, בכל אשה נדון כן, דכיון דהאי דינא מדרבנן הוא ודרך חסד, אין מדקדקין בו כל כך לעיין בכל פרט ופרט, אבל הולכין אחר כללות הענין, דסתם אשה לא אורחא למטרח, ואע"ג דאית לה בעל, אין דעתה סומכת שיטרח ויקנה לה בעלה, כמו אם היתה היא עצמה רגילה לטרוח, וע"כ לא חייבוה חכמים בדין זה, וע"ע בחזו"א סוף סי' כ"ב מש"כ בזה, עכ"ד.

הערת רבי דוד בריזל, לענ"ד, אי משום דברי הריב"ש יש לדחות, דהרי עיקר כוונת הריב"ש לחדש שגם באשה שיש לה בעל שטורח עבורה, מ"מ כיון שיש נשים שאין להם בעל שטורח עבורם, על כן תיקנו חכמים כן בכל הנשים, ולא פלוג חכמים בתקנתם, ועל כן גם על הצד שטומטום ואנדורגינוס הוא אשה, הרי זה כלול בתקנת חכמים שבכל אשה שלא פלוג ואין בהם בר מצוה. אמנם אם בזמנינו נשתנה לגמרי שכל הנשים מסוגלות לטרוח במשא ומתן, אין כבר סיבה כלל לתקנה זו שנשים אין להם בר מצוה, וממילא לא שייך כאן לא פלוג, וחזרו כל הנשים להיות כאנשים שיש בהם דיני בר מצוה. כן צ"ל בדעת הגר"נ שליט"א, עכ"ד.

[בגדר אנדורגינוס דעת הרמ"א (סי' ר"פ סעי' ט') ומקורו מהטור (הו"ד בסמ"ע שם סי' י"ח) שהוי

'בריה' חדשה משא"כ לדעת השו"ע (שם, וכן מוכח ממש"כ בסי' רנ"ג סעי' כ"ז) שנחשב לנקבה].

כ"א. ויש להעיר טובא בהאי טעמא, דאף באשה נשואה ליכא דינא דב"מ משום שאין לה מי שיפקח על עסקיה, ולכן אם מכרה או קנתה אין בזה דינא דב"מ, ממה שמצאנו לענין גביית

מצרא בזמננו, כיון שברוב רובם של העסקאות הם אשה שקנתה או אשה שמכרה^{כג}.

י. על המצרן לתבוע מיד את הקונה

עוד נאמר בדינא דבר מצרא, שאין המצרן יכול לסלק את הקונה אלא אם תובעו מיד לבי"ד בטענת בר מצרא, וכל ששהה מלתובעו, בטלה מצרנותו, כמש"כ השו"ע בסעי' ל"ב וז"ל אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו ודוקא משעה שנתגלה המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרקע, אבל אם לקחה בצנעא לא איבד זכותו עד

מחודש י"ט, ובדרכי משה שם הביא דהמהר"י וייל סי' צ"ט חולק בזה, ואמנם הראנ"ח כ' דהא דאשה שקנתה לית בה דינא דב"מ הוא דוקא באין לה בעל^{כד}. אולם אין כן משמעות הרמ"א והאחרונים שהביאו דבריו.

וכאמור, בזמננו כמעט כל הדירות הם רכוש הבעל והאשה בשותפות, משום שהדירה נקנית בשותפות ע"י שני בני הזוג, כי גם האשה מביאה ממון מבית הוריה לרכישת הדירה, וא"כ מטעם זה לבד, [וכן מהטעם דבאשה שקנתה לא נאמר דינא דב"מ], כמעט וליכא דינא דבר

חוב, דכל שיש לה בעל אין לחשוש לה, שבסי' צ"ז סעי' י"ד לעניין האיסור למשכן אלמנה, כתב הסמ"ע ז"ל אלמנה וכו' כיון שהיא תשש כח כדרך הנשים. ונקט אלמנה שאין לה עוזר וסומך לא מאישה ולא מאביה שכבר יצתה מרשותו, וה"ה גרושה, ולאפוקי בתולה שהיא ברשות אביה, נ"ל, ע"כ, והיינו שכל שיש לה בעל, סמכינן עליו שהוא יהיה לה לעוזר וסומך, (ועיי' שם בט"ז שכתב שאף בבתולה אין ממשכנים, אבל בש"ך ובתומים חלקו על דברי הסמ"ע, דרק באלמנה נאמר דין זה).

ולכאו' י"ל כן אף בעניננו, כיון שיש לה בעל, הרי יש לה עוזר וסומך, ויהיה דין בר מצרא אם מכרה כיון שבעלה בר הכי, וכן באשה שקנתה נאמר שיהיה דין בר מצרא, משום שבעלה יפקח על מעשיה, מבני רבי אברהם.

הערת רבי אברהם כהן, יש ליישב עפ"י דברי הש"ך שם בסק"א שכ' הטעם שלא לצער האלמנה שלבה שבור ודואג' ולכן בנשואה לא אסרה תורה כלל, משא"כ בנד"ד אפשר שלא סמכו על עזרת הבעל.

הערת רבי דוד בריזל, אולי יתכן לחלק בין שני דברים אלו, שלפקח על מכירת וקניית נכסים הוא טירחא גדולה, והוא דבר שצריך להשקיע בזה זמן רב ולברר וללבן עם מומחים וכיו"ב, ולכן לא סמכו חכמים שבעלה ובני משפחתה יעזרו לה בזה, אבל בסי' צ"ז שאין מדובר בדבר שיש בו טירחא מרובה, והוא דבר קל לעזור לה, בזה יש לסמוך שבני משפחתה יעזרו לה, וצ"ע.

כב. כ"כ בכנה"ג הגהב"י אות צ', הביאו בפתחי חושן סי' י"א הערה ק"א.

כג. ועדיין יל"ע, באשה שיש לה בעל, אמאי נחשב כאשה שאין בה דינא דב"מ, משום שאינה רגילה לעסוק במו"מ וכו', שהרי הבעל נחשב מצרן לגבי שדות הסמוכים לנכסי אשתו, כיון דחשיב כבעלים עליהם, כמבואר בשו"ע סעי' י"ד, ואמאי נחשב שאין לה מי יסייע בידה, ועי' בסמ"ע סק"ג שכ' דבעל בנכסי אשתו חשיב לוקח ונחשב שלו, ועי' בבאור הגר"א בסקמ"ג די"ד עדיפא מידו.

זמן ביי"ד, כיון שצריך למחות מיד כנגד הקונה^{כה}, ודב"ז צ"ע, אמאי לא יצטרך למחות ולגלות דעתו, כי אפשר שהלוקח יסכים ליתן לו השדה כפי הדין, וכל שאינו מוחה לכאו' הוי כמוחלי^{כז}.

יא. כמעט כל תביעות ב"מ הם לאחר זמן

ובפועל, כמעט בכל התביעות של מצרן לסלק את הקונה, מוגשת התביעה בדין תורה רק לאחר זמן, משום שהמצרן צריך לבדוק את העיסקה, ולהחליט בדעתו שאכן הוא רוצה את המקח, וגם כי דרך בנ"א להתעכב ולהתייעץ עד שמזמינים לדין, וכיון שצריך לתבוע מיד ולא תבע איבד המצרן זכותו, [וראה להלן שבנוסף על כך שעל המצרן לתבוע מיד את השדה והבית מדינא דבר מצרא, עליו גם להביא מיד את מעות המקח, וגם זה לא נעשה ברוב העיסקות, וכדלהלן].

שיתפרסם המכר וישהה אחר כך מלתובעו בדין ע"כ^{כד}.

ואמנם לשון השו"ע הוא כדי שילך ויביא מעות ויתבענו לדין, ולכאו' הרי יכול המצרן למחות ולתבוע מהלוקח שיתן לו הקרקע, ולמה צריך תביעה בבי"ד, ובאמת דכ"ה בדברי הרא"ש שכ' וז"ל וכיון שלא גילה ללוקח מיד כשידע בקניה שהוא חפץ שיעשה עמו טובה ויניח לו השדה וכו' ע"כ, והיינו דסגי במה שהמצרן פונה ללוקח ומבקש את השדה לעצמו, וא"צ בזה לבי"ד, וכ"נ גם מדברי ראשונים, דסגי במה שהמצרן מוחה ותובע מהלוקח את השדה, כדי שלא יעבור זמן מצרנותו.

אולם מלשון הגמ' והפוסקים שכתבו דממתנינים לו כדי שיביא המעות ויתבענו לבי"ד, משמע דאין המצרן צריך מיד למחות בידי הקונה דא"כ אמאי בעינן

כד. ועי' בטור שם בסעי' ל"ב שהביא דברי הרא"ש שמשמעות דברי הרמב"ם שאם המצרן לא סייע בידי הלוקח ולא ראהו משתמש יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה, והרא"ש דחה הדברים, עוד הביא שם בטור דברי הר"י ברצלוני בשם גאון אחד שאם המצרן שתק יום אחד אינו יכול לסלקו לקונה, וכ' שמסתברא כדברי רב האי דסגי בזמן דמיזל ואמטויי מעות וכו', ע"כ.

ועי' בב"י בסעי' ל"ב שדן בדעת הרמב"ם ונקט דדעתו כדעת רב האי, והביא בב"י דברי הרשב"א בתשובה שכ' וז"ל כל שידע ולא מיחה תוך יום או יומים לכל המרבה מחל דין מצרנותו וכו' ע"כ, וכן הביא הב"י דברי הרמב"ן דבן המצר יכול לסלק ללוקח גם לאחר זמן מרובה, אולם מסקנת הב"י ובבדק הבית, הוא כרב האי גאון דהשיעור הוא כדי שילך לביתו וכו' עיי"ש, וכן פסק בשו"ע.

כה. וכמבואר בש"ך ס"ק כ"ו דאם נודע לו למצרן על המכר, אולם אין מושב ביי"ד באותו היום, משום שהוא חול המועד, לא פקע זכותו של מצרן, כמבואר להלן.

כו. בכסף הקדשים בסעי' כ"ב כ' דבגר בריחוק מקום נותנים לו שילך ויביא לפי ראות עיני הבי"ד, ונראה דמ"מ צריך למחות מיד עכ"ד.

אולם כמדומה שלא מצאנו מי מהפוסקים שהזכירו שצריך למחות, ודנו רק לענין זמן לתבוע

בבי"ד, וצ"ע.

משום דהוי כמחילה^{כז}, א"כ י"ל דכיון שבזמננו כך הוא הדרך שתובעים רק לאחר זמן, אין בזה ששהה משום מחילה.

אולם מצאנו עוד סברא בראשונים בטעם שקבעו למצרן זמן קצר בלבד לתבוע את זכות המצרנות, והוא כדי לא לשבש המסחר, כי אם המצרן יוכל לבוא לאחר זמן ולסלקן ללוקח, לא יהיה אדם שירצה לקנות שיאמר לאחר זמן יבוא המצרן ויסלקני, וכמש"כ הרמב"ם הביאו הטור שם באות ל^{כט}, ובב"י באות ל' וכן

וכנראה, שבזמניהם היו ב"ד מצויים לכל אדם, והיו נוהגים מיד לפנות לבי"ד^{כו}, אולם בזמננו אין דרכם של בנ"א לרוץ מיד לבית דין לתבוע, ויש לדון אם כיון שהדרך כיום שאין תובעים מיד, נשתנה השיעור, ולכן גם אם עבר הזמן דכדי שיתבענו לבי"ד, עדיין יכול לתבוע מצרנותו.

והנידון בזה הוא, משום שמצאנו בפוסקים שהטעם שאם המצרן שהה ולא תבע מיד את הלוקח איבד זכותו, הוא

כז. וכמבואר בשו"ע סי' ה' סעי' ג' זמן ישיבת הדיינים מהבוקר עד שעה חמישית מכאן ואילך אין צריכים לישב ע"כ, ובסמ"ע בס"ק כ' וז"ל המחבר השמיט מה שכתב הטור בריש סי' זה שאף שמתקנת עזרא הוא שקביעת ישיבת הדיינים יהיה בשני וחמישי מכל מקום האידנא קביעות כל הימים שוה וכו' ע"כ, ואמנם בזמן חז"ל ישבו רק בשני וחמישי ולכן תיקנו שבתולה נישאת ליום הרביעי, כדי שיבוא ביום חמישי לבי"ד.

כח. כ"כ הסמ"ע שם בס"י קע"ה ס"ק נ"ז וז"ל אם שהה המצרן וכו'. דהא ידע ומחל מדלא בא לתבוע, ע"כ, גם ברא"ש שהבאנו לעיל משמע שהוא משום מחילה שכ' וכיון שלא גילה ללוקח מיד כשידע בקניה וכו' יש לנו לומר שלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנותה עכ"ל. וכן מצאנו בדברי הגר"א בסעי' ל"ב שהשו"ע כ' אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו, והרמ"א כ' הגה, היה אנוס לא אבד זכותו, וכן אם שתק מכח טעות, כגון שהיה סבור שדמי המכירה יגיעו לו ואח"כ כשנודע לו שגיעו למצרן שלו בא לסלק הלוקח, הדין עמו ע"כ, וכ' בבאור הגר"א בסק"פ וכן אם. דהוי מחילה בטעות כמ"ש בב"ב ח"א א' ע"כ, הרי שדימה ענין השתיקה לדיני מחילה.

וכן מוכח ברמב"ם ובשו"ע שם שכ' בסעי' ל' וז"ל במה דברים אמורים שצריך קנין, כשמחל לו קודם שקנה, אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא המצרן וסייע אותו או שכרו ממנו או שראוהו בונה וסותר כל שהוא ומשתמש בו ולא מיחה בו ולא ערער אע"פ שהוא בתוך זמן הראוי לסילוק הרי זה מחל ושוב אינו יכול לסלקו. ע"כ.

כט. שכ' היה בן המצר במדינה אחרת או חולה או קטן ואחר זמן הבריאה החולה או הגדיל הקטן. ובא למדינה אינו יכול לסלקו שאם אי אתה אומר כן אין אדם קונה קרקע שיאמר הלוקח לאחר כמה ימים תצא ממני וכזה הורו הגאונים עכ"ל.

אמנם הרמב"ם איירי כשהוא במקום רחוק, ולענין כשנמצא המצרן באותו מקום, עיי"ש בב"י שיש שפירשו דס"ל להרמב"ם שהמצרן יכול לבוא לאחר זמן, והב"י דחה פ"י זה, ראה הערה הבאה.

בשו"ע סעי' ל"ב, וא"כ י"ל דקבעו חכמים שיעור זמן מסוים, ותו לא מידי, ולכן גם אם נשתנה המנהג, ואין באים מיד למחות, מכ"מ לא יוכל המצרן להוציא את הלוקח.

והיה מקום לומר, דנידון זה, בנשתנה המנהג שאין הדרך לתבוע את הקונה מיד, אם יוכל המצרן לתבוע לאחר זמן, כפי הדרך והמנהג, תלוי בשני הטעמים דלעיל, דאם הטעם משום דהשתיקה הוי מחילה, א"כ כשאין הדרך לתבוע מיד, אין כאן מחילה, אולם לגבי הטעם שבזה משתבש המסחר, אפשר שאע"פ שהמנהג נשתנה, הדין נשאר דחז"ל נתנו זמן מוגבל, ולמעשה שני הטעמים נכונים, ולא פליגי.

ואמנם הרמ"א שם בסעי' ל"ב כ' היה אנוס לא אבד זכותו, וכן אם

שתק מכח טעות, כגון שהיה סבור שדמי המכירה יגיעו לו ואח"כ כשנודע לו שיגיעו למצרן שלו בא לסלק הלוקח, הדין עמו ע"כ, הרי שאע"פ שעבר הזמן כל שלא היה מחילה יכול לחזור ולסלק את הקונה, אע"פ שעבר הזמן, וחזינן דלא קבעו חכמים זמן קבוע, וא"כ י"ל דלעולם אזלינן בתר מנהג המקום, ואם הדרך שאין תובעים מיד, יכול המצרן לסלקו אח"כ.

אולם לעומת זאת, הלכה ערוכה היא בשו"ע שם בסעי' ל"ד שכ' היה בן המצר במדינה אחרת או חולה או קטן ואחר זמן הבריאה החולה או הגדיל הקטן ובא ההולך אינו יכול לסלקו שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעיתו שיאמר הקונה לאחר כמה שנים תצא מידי ע"כ, ויל"ע מה החילוק בין שני סוגי האנוס, ראה בהערה ל"א.

ל. שם באות ל' בבדק הבית, כ' וז"ל ומש"כ הרא"ש מתוך לשונו משמע שאם לא ראהו משתמש יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה. לי נראה שאי אפשר לפרש כן דברי הרמב"ם דהא מטעמא שאם אתה אומר שיוכל לסלקו לזמן מרובה לא יוכל זה למכור קרקעו, וכו' ע"כ. ובהמשך בבדק הבית שם כ' וז"ל דברי תשובה זו [דהרמב"ן] סתומים דא"כ לא ימצא המוכר מי שירצה לקנות שיאמר הלוקח לאחר כמה שנים תצא ממני ע"כ. וראה בשו"ע בסעי' ל"ד שהעתיק דברי הרמב"ם.

לא. ויל"ע מה החילוק בין שני סוגי האנוס, ובנתייה"מ ס"ק כ"ט כ' דכל אנוס שכבר היה למצרן בשעה שהלוקח קנה מהמוכר, אינו נחשב אנוס לענין בר מצוה, והמצרן איבד זכותו, ובזה חילק נתייה"מ בין האנוס המוזכר בשו"ע בסעי' ל"ב, שבזה נאמר שלא איבד זכותו, לבין האנוס המוזכר בשו"ע בסעי' ל"ד שכ' שאם היה המצרן במדינה אחרת או שחלה או היה קטן איבד זכותו, דהחילוק הוא שהאנוס שלא היה במדינה וכו' היה בשעת המכר, ולכן אין לו דין מצרן, כין שהמוכר יכול להפסיד מכך, והרי נתבאר דכל שיש הפסד למוכר ליכא דינא דב"מ, וכבר עמד על טענה זו בפתחי חושן סי' י"א הערות קכ"ד קכ"ח, עיי"ש.

[ויל"ע דלכאוף איירי השו"ע אף היכא דהאנוס היה כבר קודם שקנה כן משמע מהסמ"ע ס"ק

המקח, ואינו יכול להמתין עד שזה ישלם את כל התשלום, בטענה שעד שלא נגמר התשלום לא נגמר המקח^{לג}.

יב. אם נשתנה זמן המחאה

ובדומה לנידון זה, אם כיון שנשתנה הנוהג, שאין מזמינים מיד לבי"ד, גם הזמן שיכול המצרן לבוא ולתבוע מדין מצרנות נשתנה, נסתפקנו

ואמנם אם אין בי"ד מצוי באותו מקום ובאותו זמן, יש לו למצרן זמן עד שיהיה בי"ד מצוי להזמינו לדין, דלא גרע מאונס אחר^{לב}.

ונראה פשוט, שאם הלוקח קנה הקרקע הרי אע"פ שעדיין לא שילם כל הדמים, והמקח עדיין לא הושלם, מכ"מ על המצרן לתבוע מיד כשנודע לו על

נ"ט ומהבאה"ט שציינו לדברי הרמ"א שבסעיף י"א ושם איירי מפורש שהאונס היה קודם שקנה]. ולכא' היה אפ' לחלק שבהיה במדינה אחרת או שהיה קטן הרי יש בזה זמן מרובה, אולם זה דחוק, שהרי פעמים שהמצרן עומד לחזור לכאן, או בקטן שקרב להיות גדול.

לב. הב"י באות ל"ב כ' תוכ"ד ואם לא היה איפשר למתבעיה בדינא כגון שהיה אונס לבית דין ולא הוקבעו עד כמה ימים לרבינו האי יכול לסלקו וכו' ע"כ.

ועי' בש"ך שם שכ' שאם נודע לו למצרן בחוה"מ שאין בי"ד יושבין בו, ואין המצרן יכול לתבעו לדין, דיכול לבוא לאחר חוה"מ.

לג. דאע"פ שכל זמן שלא השלים דמי המקח לא נגמר המקח משום דוודאי סתם מכר בזמנו חשיב כעיי'ל ונפיק אזוזי, המבואר בס' ק"צ סעי' י"ג ואילך וכן בס' קצ"ב סעי' ט"ז עיי"ש. דכל שלא שילם הדמים לא חל המקח, מכ"מ נקטינן בפשטות, שכאשר הקונה משלים המעות הוא קונה את המקח משעת הקנין ואכמ"ל, וכן מוכח מדינא דמוכר בהמתנה המבואר בשו"ע שם בסעי' ח' שכ' אם מכרה לו בהמתנה, לית בה משום דינא דבר מצרן וכו', ויש ליישב.

עוד יש להאריך בזה עפ"י מה שכתבו הפוסקים, וכ"ה בשו"ע בסעי' י' המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח, אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח"כ יסלק אותו ע"כ, ולכא' כל שלא השלים המעות עדיין לא נתקיימו כל התנאים, עי' להלן מה שעמדנו בהאי דינא דהמוכר על תנאי.

מרבי אריה קרויזר, ודנו בזה הפוסקים מתי חל הקנין ברכישת קרקע ובית, אם הקנין חל בתשלום אחרון, או בשעת חתימת הזכרון דברים, ע"כ.

ועי' בפתחי חושן פי"א אות קכ"ב ובאות קפ"ט מה שהביא ממנח"פ דבענין שהלוקח קנה בכסף ולא כתב שטר אע"פ שעבר זמן לא איבד המצרן זכותו כיון שלא נגמר המקח עיי"ש, ובשו"ת מהרש"ם ח"ג סימן רצ"ג דן לאידך גיסא שאם קנה הלוקח בכסף לבד אפשר דלא חשיב קנין, ולפי"ז אף כשאין דדב"מ לענין דיעבד יהא חשוב כאילו עדיין לא מכר והוי כשניהם רוצים לקנות שהמצרן קודם וכתב דלענין תקנתא דדב"מ מהני אף בכסף לבד, עיי"ש.

הערת רבי דוד בריזל, אכן יל"ע בזה, במה שנהוג בזמנינו בחוזי מכר, שאין זה מכירה גמורה בשעת חתימת החוזה, אלא החוזה הוא התחייבות למכור ולקנות, שהמוכר מתחייב למכור לו כשיגמור את התשלומים, והקונה מתחייב לקנות מהמוכר. ולפי"ז כשהקונה סיכם על קנייה בתשלומים, ובא הבר מצרן ורוצה לקנות ג"כ בתשלומים, אולי יש לומר שכיון שעדיין לא מכר

דכך נאמרה תקנת ב"מ שצריך למחות מיד, וכל שלא מחה מיד איבד זכותו.

ובקונטרס בדיני חזקת תשמישים הארכנו לדון לדעת הפוסקים דס"ל דכל שראה ולא מחה מיד, יש למשתמש חזקת תשמישים, ומשום דחשיב כמחילה^ל, מה הדין בזמננו שאין הדרך לבוא ולצעוק מיד, אם החזקה היא לפי הנהוג למחות באותו מקום ובאותו זמן, וראה מש"כ בהערה, דאם נקבל סברא זו יש בזה חידוש גדול בדיני מחאה, להלכה ולמעשה^ל.

במה ששינו, שאם ראה המצרן את הלוקח שהוא משתמש בה ולא מחה בו, אף אם ילך מיד לבי"ד איבד מצרנותו^ל, כמבואר ברמב"ם ובשו"ע שם סעי' ל"ה, והטעם שהמצרן איבד זכותו, הוא משום דבמה שלא מיחה חשיבי למחילה וכמבואר שם, וגם בזה נראה דיש לדון דכיון שבזמננו אין הדרך שבנ"א מכובדים באים לצעוק ולמחות מיד כשרואים מעשה שאינו ישר בעיניהם, אלא פונים במכתב מטוען רבני או עו"ד וכדו', א"כ י"ל שאין בשתיקה ראייה שמחל, אולם גם בזה אפ"ל

לקונה, שהקונה עדיין לא זכה כלל בדירה זו, ויש רק התחייבות למכור כשיגמור את התשלום, אולי לא שייך בזה כל הדינים שהתבארו עד עתה שאם כבר מכר לראשון אין השני יכול להוציא מידי הבר מצוה, שהרי הדירה עדיין לא נמכרה לראשון, אך מסתבר בזה שאין לחלק, וסו"ס כיון שיש לו התחייבות למכור לראשון, הרי זה כאילו שכבר מכר לו, ויש בזה כל כלי בר מצוה.

לד. ונפלא ממני דברי ערוך השולחן שכ' בסעי' כ"א והחזיק הלוקח בהקרקע ואז אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו לדין ולא תבעו איבד זכותו דאמרין וודאי מחל לו ואם לא היה יכול לבא מפני אונס או שהיה טרוד מאד בעסקיו [נ"ל] לא איבד זכותו ע"כ, שמש"כ שבזה שהמצרן עסוק בעסקיו הוי אונס תמוה טובא, ולדבריו ק"ו אם הולך ומנסה להשיג כספים דצריך להיות אונס, וצ"ע.

לה. וז"ל השו"ע שם במה דברים אמורים שצריך קנין, כשמחל לו קודם שקנה, אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא המצרן וסייע אותו או שכרו ממנו או שראוהו בונה וסותר כל שהוא ומשתמש בו ולא מיחה בו ולא ערער אע"פ שהוא בתוך זמן הראוי לסילוק הרי זה מחל ושוב אינו יכול לسلקו. ע"כ. ואע"פ שבלשון השו"ע משמע דלא סגי במה שראהו משתמש לבד, אלא צריך שיראה שבונה וסותר כל שהוא ומשתמש, אולם כבר כתב הפרישה שם שאף ראהו משתמש לבד, אם לא מיחה מבטל מצרנותו.

לו. דלענין חזקת תשמישים פלוגתת רבותינו הראשונים אי הוי חזקה לאלתר, ורבו בזה הדברים בפוסקים, והשו"ע בסי' קנ"ג סעי' ב' כ' הוציא את הזיו ולא מיחה בו בעל החצר לאלתר הרי החזיק בעל הזיו. ומשתמש בו ומונע בעל החצר להשתמש בו (טור סעי' ב). הגה: וי"א דכל חזקות אלו בעינן ג' שנים וכל שלא החזיק ג' שנים יכול למחות. וכן בעינן שיבא בטענה, כמו בחזקת קרקע (טור בשם ר"ת והרא"ש), ע"כ.

לז. דיסוד החזקה במה שלא מיחה הוא משום שאין אדם רואה חבירו משתמש בשלו ושותק, ולכא' במקום שאין הדרך למחות, אין ראייה ממה ששתק ולא מחה.

יג. על המצרן להביא המעות מיד

בנוסף על הדין, שמיד כאשר נודע לו למצרן על המכירה עליו לבוא מיד לתבוע את הלוקח, נאמר בזה שעל המצרן להביא מיד את כל דמי המקח, ולכן אף אם מוחה ותובע לקבל את השדה שעל מצרו, מכ"מ אם אינו מביא את הדמים ליכא דינא דבר מצרא, ודין זה שעל המצרן להביא את המעות מיד, מבואר להלכה לגבי שני אופנים.

א' בדין ששנינו שאם באו מצרן ולוקח למוכר, על המוכר לכתחילה למכור למצרן, ובחיוב זה של המוכר נאמר, דזכות המצרן הוא דוקא אם הוא מביא את המעות מיד, ואם אינו מביא מיד בטל דינא דב"מ. **ב'** כאשר הלוקח כבר קנה מהמוכר, והמצרן מבקש לסלקו משום דינא דבר מצרא, עליו להביא ללוקח את המעות מיד.

ונבאר הדברים.

יד. המוכר שצריך להקדים המצרן

א' הדין הוא שאם מצרן בא לקנות קרקע מהמוכר, וגם יש אחר המבקש לקנות קרקע זו, הרי על המוכר לכתחילה למכור למצרן, וחיוב זה למכור ראשונה למצרן הוא דוקא אם המצרן מביא ללוקח את המעות מיד, וכמבואר שם בשו"ע סי' קע"ה סעי' כ"ה וז"ל אמר המצרן אטרח ואביא מעות לא נטרינן ליה ואיכד זכותו ואם אמר אלך ואביא מעות אם הוא אמוד שיש לו ממתנינים לו עד שילך ויביא, ואם אינו אמוד אין שומעין לו וכו' ודוקא שיעור דאזיל ואייתי מגו ביתיה אבל טפי לא נטרינן ליה, עכ"ל, והיינו דכל שהמצרן ישהה אפילו זמן מועט מלהביא למוכר את המעות שהקונה האחר מבקש לשלם, איכד המצרן זכותו.

טו. מצרן שבא לסלק לקונה

ב' כאשר המצרן בא לקונה לסלקו מהשדה שקנה, עליו להביא לקונה

דנראה שבזמן חז"ל והפוסקים הדרך היה, שהיו מוחים בגלוי ומיד, ולכן הוי מיד חזקה, ואפשר שהטעם הוא, משום שבשעתם עיקר ההוכחה של אדם על בעלותו הייתה מצד חזקתו בדבר, ולכן אם אדם ראה שאחד משתמש בשלו אפי' רגע אחד, לא היה שותק וכל ששותק יש מכך ראה שאינו שלו, או שמחל, [ובאמת יש דברים שאף בזמננו ימחה אדם מיד, כגון אם יגנוב לו אדם מטלטלים וילך, או שיגנוב ממנו כיס מלא מעות שוודאי יזעוק חמס מיד כפי שהיו מוחים בזמנם על קרקע, כי גם באלו בעלותו של אדם הוא רק מצד מה שמחזיק במעות או במטלטלין], אך במקרקעין של זמננו, שעיקר הבעלות נובעת מכח הרישומים, מצוי הדבר מאוד שאין אדם מוחה מיד, אלא הולך לבי"ד ותובע אותו שם, או פונה לעו"ד ושולח מכתב אזהרה, ופונה אח"כ לבי"ד או לערכאות, אבל אין הדרך לצעוק ברחובה של עיר, ולהלכה יל"ע.

הערה מרבי אריה קרויזר, דוגמה לדבר זה שמחמת שנשתנה התנהגות בנ"א גם הדין משתנה בזה, במה דקיי"ל שבכל מקח אם המוכר עייל ונפיק אזוזי, אין הקונה זוכה במקח עד שישלם, ומבואר בפוסקים דבעינן שיתבע פעמיים באותו יום, דרק בזה מוכח שהוא עייל ונפיק אזוזי, דנראה שכיון שבזמננו אין הדרך לתבוע באופן כזה, אלא במכתב או בדומה לו, לכאן גם זה נחשב עייל ונפיק אזוזי, וק"ו בענינו דאינו דינא דגמ' עכ"ד.

מיד כשתובע המצרנות, וזה עפ"ר אינו בידי המצרן להביא את כל הכסף מיד ממש, ופעמים רבות נודע למצרן על המכירה, רק לאחר זמן מרובה מהקניה, ולאחר שהקונה כבר שילם סכום גדול, ואז וודאי שאין בידי המצרן להביא סכום זה מיד, וא"כ בטל דין בר מצוה, ומטעם זה עצמו ברוב עיסקאות מוכר, ליכא דינא דבר מצוה^{מא}.

ולכאן על המצרן להביא לקונה רק את הסכום שהוא הקונה כבר שילם למוכר, ולא את כל סכום המקח שעל הקונה לשלם בהמשך למוכר^{מב}, [ועי' בהערה מה שהבאנו מדברי הטור^{מג}].

את המעות שהקונה כבר שילם למוכר, ואינו יכול לדחות התשלום, וכמש"כ בשו"ע שם בסי' קע"ה סעי' ל"ב וז"ל אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו ע"כ לה, ואף דיש החולקים בזה, וס"ל דהשיעור שיתבע המצרן ויביא המעות גדול טפי, כפי שהבאנו לעיל^{לט}, הרי הכרעת הדין בטור בשו"ע ובפוסקים, דהשיעור הוא כדי שיביא הדמים ויתבע בבי"ד^מ.

ובזמננו, שהנהוג שהקונה משלם סכום כספי מכובד בשעת חתימת הסכם רכישת הדירה, הרי על המצרן שבא לסלקו, להעמיד כספים אלו לידי הקונה

לח. וברור שסעי' זה איירי בבא מצרן לסלק ללוקח, [ולא באופן שבא מתחילה למוכר, שכבר נמצא לעיל בסעי' כ"ב], וכפי שמוכח מהמשך דברי הרמ"א שוודאי איירי בלוקח, וכן מוכח בטור שם בשם הרמ"ה דאף באופן שבא לסלק את הלוקח יש גם דינים אלו עבור המצרן וכן הביא הבית יוסף במחודש ה' בשם הרשב"א בתשובה.

לט. הארכנו בזה לעיל, לענין הדין שהמצרן צריך לתבוע מיד, והבאנו דברי הראשונים, והכרעת הטור והב"י כרב האי גאון, דצריך לתבוע מיד ולהביא הדמים מיד.

מ. ומשמע בפוסקים דשיטת החולקים על רב האי גאון לא חשיבי אפילו ספקא דדינא, דאי הוי ספק אין המצרן מוציא מהקונה, כמו שהארכנו להלן, דהקונה נחשב למוחזק.

מא. ועדיין יל"ע, דא"כ לעולם יכול הקונה להערים ולהעלים מהמצרן שקנה השדה או הבית, ובינתים הקונה ישלם סכומים הגונים למוכר כדי להביא לכך שהמצרן לא יוכל ליתן הכסף מיד לכשיוודע לו, ובכך למנוע זכותו של המצרן,

אמנם הלכה ערוכה היא בשו"ע בסעי' כ"ח, וברמ"א שם, וכן בסעי' זה ברמ"א, היא שכל שמערימים כנגד המצרן, יכול המצרן לסלקו, ויש לחלק ענין זה.

מב. ואמנם תליא במוכר, שאם אין המוכר רוצה שהמצרן יקנה בהמתנה, הוא יכול לעכב, ולתבוע כל התשלום מיד, כמבואר להלן באריכות עפ"י דברי השו"ע שם סעיף ח' שכ' אם מכרה לו בהמתנה, לית בה משום דינא דבר מצרן, אא"כ המצרן רוצה לפרוע מיד, ובסמ"ע סק"ג ביאר משום דיכול המוכר לומר הלוקח נוח לי ובודאי יפרע לי לזמנו שקבעתי עמו משא"כ זה המצרן וזהו שסיים מור"ם וכתב ז"ל או שאין המוכר מקפיד כו' ע"כ.

מג. יש מהראשונים שכתבו דעל המצרן להביא לקונה את כל דמי המקח, אע"פ שהקונה משלם למוכר בתשלומים מאוחרים, וכמש"כ בטור באות י"ג וז"ל וכן כל כיוצא ב' כגון שהרויח לו זמן

טז. אין צורך להמתין למצרך שיוציא הלוואה

ונראה פשוט, שאין המצרך יכול לבקש שהמוכר או הקונה ימתינו לו עד שיוציא הלוואה משכנתא מהבנק, ואף אין צריך להמתין לו כדי הוצאת הלוואה מגמ"ח, וראה להלן דעת ערוך השולחן^{טז}, ואמנם אם יש לו מעות בבנק וצריך למושכן, הרי אם הבנק פתוח באותו זמן והוא יכול למשוך הכספים, י"ל דהוי כאמיד דממתינים לו עד שיביא, דהוי כמו שיש לו בביתו, אבל יל"ע כאשר צריך להמתין עד למחרת שיפתחו את הבנק, או שצריך אישור מיוחד להוצאת הכסף, דלכאור' אין ממתנים לו, ולמעשה יל"ע^מ.

ולכאור' נראה שאם המצרך רוצה לשלם בצ"ק, כיון שבזמננו כמעט וא"א לשלם סכומים כה גדולים במזומן, הרי אע"פ שיצטרך להמתין כמה ימים עד שיוכל להשתמש במעות, אי"ז נחשב כמביא המעות מיד, מכ"מ י"ל דכיון שזהו דרך התשלום, שפיר דמי.

ואמנם יש לדון בזה דכיון שבזמננו אין הדרך להביא סכומים גדולים מיד, ליחשב המצרך כאנוס, והרי הדין הוא שאם נאנס המצרך לא איבד זכותו, וכמש"כ בשו"ע שם בסעי' ל"ב^מ, אולם לכאור' אין לדמותו לנאנס, שהוא דבר שנתחדש באותו אדם, אבל לענין להביא

הפרעון אם היה עושה ג"כ לאחר אז גם המצרך לא יתן ללוקח המעות אלא עד זמן שקבע לו ואם לאו צריך ליתנה ללוקח מיד אף על פי שהוא לא יתנם למוכר אלא עד הזמן שקבע לו עכ"ל, ולדעת אלו כמעט ואין מציאות שהמצרך יביא את כל הדמים מיד, אולם דין זה דהטור הוא רק כאשר המוכר נתן לו לקונה באופן אישי דחיית התשלום כמתנה, דאז יש לו זכות לקבל את המתנת המעות לעצמו, וכמו בקנאה הלוקח במנה והיא שוה מאתים, דאם המוכר הוזיל רק לקונה זה, על המצרך לשלם לקונה מאתיים, בשו"ע סעי' ז', והוא הדין הכא שאם המוכר נתן את זכות ההמתנה דוקא לו, יכול לדרוש זאת מהמצרך.

הערה מרבי אריה קרויזר, דהיינו שהמכר חל מיד ויש לו המתנת מעות על חצי שנה ולכן המצרך מלווה לו עכשיו את המעות לחצי שנה [דאל"כ כיון דהמצרך הוא הקונה למה משלם את המעות ללוקח ולא למוכר], ואם היה עושה כן גם לאחרים אז התשלומים הם מהמצרך למוכר ישירות, עכ"ד.

מד. אולם כשהמכר מתחילה נעשה בהמתנת מעות, היינו שגם הקונה אינו משלם למוכר את התשלומים מיד אלא לאחר זמן, בזה נאמר דין דהמוכר בהמתנה, המבואר להלן, שאם המוכר אינו מקפיד שגם המצרך ישלם בתשלומים, זכה בה המצרך.

מה. ועיין בפתחי חושן פ"א הערה קס"ו שכ' שאם יש לו כסף בחשבון הבנק חשיב כיש לו, ואפילו שיש לו רק זכות לאשראי עיי"ש, ולא ביאר מה הדין כשהבנק סגור באותה שעה.

מו. דבסעי' ל"ב כ' בשו"ע אם שהה המצרך שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו, הגה: היה אנוס לא אבד זכותו וכן אם שתק מכח טעות כגון שהיה סבור שדמי המכירה יגיעו לו ואח"כ כשנדע לו שיגיעו למצרך שלו בא לסלק הלוקח, הדין עמו ע"כ.

עוד נראה דאינו דומה לנאנס, עפ"י המבואר בנתיה"מ סקכ"ט, שביאר דהא שאין המצרן מאבד זכותו כשנאנס, הוא רק באופן שהאונס נולד לאחר המכירה, אבל אם האונס כבר היה לפני המכירה, איבד זכותו ראה בהערה^{מז}, והרי בעניננו שאין למצרן מעות מזומנים לשלם

הדמים מיד, זה גופא התקנה שנקבעה שצריך להביא הדמים מיד, והיא צורת המקח שנקבעה במצרן שצריך להביא המעות מיד, כדחזינן שאף אם הוא אמוד שיש לו, וידוע שיוכל להביא תיכף לאחר זמן, מכ"מ אין נותנים לו זמן יותר מכדי שילך להביא מביתו,

מז. בנתיה"מ ס"ק כ"ט כ' דכל אונס שכבר היה למצרן בשעה שהלוקח קנה מהמוכר, אינו נחשב אונס לענין בר מצוה, והמצרן איבד זכותו, ובזה חילק נתיה"מ בין האונס המוזכר בשו"ע בסעי' ל"ב, שבזה נאמר שלא איבד זכותו, לבין האונס המוזכר בשו"ע בסעי' ל"ד שכ' שאם היה המצרן במדינה אחרת או שחלה או היה קטן איבד זכותו, דהחילוק הוא שהאונס שלא היה במדינה וכו' היה בשעת המכר, ולכן אין לו דין מצרן, כין שהמוכר יכול להפסיד מכך, והרי נתבאר דכל שיש הפסד למוכר ליכא דינא דב"מ, וכבר עמד על טענה זו בפתחי חושן סי' י"א הערות קכ"ד קכ"ח, עיי"ש.

הערת רבי אריה קרויזר, ובאמת דצ"ע על נתיה"מ דא' מהדוגמאות בסעי' ל"ב הוא בחשב שהמעות יגיעו אליו, ומסתמא לפי טעותו ודאי דלא היה קונוה מהמוכר, הרי להדיא דאפי' באונס בשעת המכר מיקרי אונס, וצ"ל דאירי דהיתה טעות ממש ולא ויכוח, ואם היו אומרים לו בשעת המכר היה מסכים.

עוד הערה מרבי אריה קרויזר ואם כנים הדברים צ"ע, מה יהא אם המוכר יאמר דלא היה איכפת ליה בהמתנה ומסכים להחזיר המעות לקונוה מיד כמ"ש בפת"ש ס"ק י"א דאז חוזר הדין כמו בטבי ותקלי דלמוכר סגי בקפידא ולקונוה בעינן שיהא הפסד קצת כמ"ש הסמ"ע, וצ"ע אם יועיל לזה שישלם לו הפסדו, וכנראה בזה לענ"ד דהנה כשהטור מביא דברי הרא"ש אומר דאם לא גילה המצרן דעתו ללוקח מיד כשידע בקניה שהוא חפץ שיעשה עמו טובה ויניח לו השדה, יש לנו לומר שלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנותה זהו סיבה לאיבוד זכותו, והטעם לזה כמ"ש לעיל בהערה, והוא מדברי הבי"ו ז"ל וכן בדין שאל"כ הורע כח המוכר שלא ימצא מי שירצה לקנות שיחוש שאחר כמה זמן יסלקנו המצרן.

ויל"ע בדמיון הדבר דמה איכפ"ל לקונוה אם מקבל המעות שכבר שילם מהמצרן או מהמוכר, ורק לד' הרשב"א בח"ב סי' פ"ה שהביא בב"י סוף אות י"ג מבואר דאין המוכר יכול לומר אח"כ שמתרצה כיון דכבר איבד המצרן זכות בשעת המכר, אבל הרמ"א בסעי' ח' נקט כהרא"ש דמועיל ריצוי המוכר אח"כ [ועי' במשפ"ש בסעי' כ"ט].

והא דהסמ"ע בס"ק נ"ז אומר דידע ומחל היינו דאפי' אם יברר דלא היה אצלו הטענות דלא ישרה בעיניו והיה לו מעות כיון דידוע דמשום ב' טעמים הנ"ל נקבע הזמן א"כ עכשיו אפי' מי שאין לו אותם הסיבות הוי כבר מחילה וע"ז אמר הש"ך דבחול המועד אין ראייה מהשתיקה.

והא דהרמ"א מביא דבאונס לא נכלל בזה וודאי דבמקרה של אונס אם ישאר ב"מ ע"ז לא נוכל לומר דהורע כח המוכר אבל על אונס שאין לו מעות דהוא מעשים בכל יום ודאי דע"ז נשאר

י. דברי ערוך השולחן

ועי' בערוך השולחן שם בסי' קע"ה סעי' י"א בדינא דבר מצרא, שכ' אם אמר אטרח ואביא מעות לאחר זמן אינו מחוייב להמתין ואיבד המצרן זכותו ואם אמר אלך ואביא מעות היום אם הוא אמוד או שביכולתו להשיג הלואה ממתנינים לו עד שילך ויביא מעות ואם נראה לבי"ד שיכול המצרן להשיג המעות בהלואה ממתנין עליו כמה שעות, ע"כ^{מח},
ודברי ערוה"ש הללו צ"ע, ראשית מש"כ שאם אמר אלך ואביא מעות היום אם אמוד ממתנינים לו, שמשמע מדברי ערוה"ש שיש לו זמן יום שלם, וזה אינו^{מט},

לקונה, הרי מצב זה של אונס, בפשטות היה כבר לפני המכירה, וא"כ לא נאמר בזה הדין של נאנס המצרן שלא איבד זכותו.

ובכל ענין, הפוסקים והשו"ע כתבו להדיא, שהמצרן צריך להביא המעות במזומן מיד, וגם באמוד הוא דוקא כשיש לו מעות משלו, אבל אין נותנים לו זמן אפילו ללוות מאחרים, וכן הסכימו כל הפוסקים, ובזמננו אין רגילות שיהיה תחת יד אדם סכומים גדולים במזומן, שיוכל להביאם מיד מביתו לידי הקונה, וממילא המצרן יאבד את זכותו.

היסוד הדורע כח המוכר, אך אפשר דכ"ז כשנעשה באופן רגיל אבל באופן של הערמה בזה באמת ישאר טענת האונס ויהא לו דין ב"מ, וכיון דכל הזמן לגבי הקונה אינו דינא דגמ' א"כ בודאי אפשר לחלק בכל עובדא לפי הענין, עכ"ד.

מח. וז"ל ערוך השולחן שם בסי' קע"ה סעי' י"א אמר אטרח ואביא מעות לאחר זמן אינו מחוייב להמתין ואיבד המצרן זכותו ואם אמר אלך ואביא מעות היום אם הוא אמוד או שביכולתו להשיג הלואה ממתנינים לו עד שילך ויביא מעות ואם לפי ראות עיני ב"ד אין זה רק דחייה בעלמא דאינו אמוד ואינו בטוח אין שומעין לו דאולי בין כך יחזור בו הלוקח ונפסיד להמוכר ויש מי שאומר דגם בכה"ג שאינו אמוד ואינו בטוח אין שומעין לו רק כשידע מהמכירה וכיון שלא הכין א"ע בהמעות בטלה ממנו דין מצרן אבל אם קודם ביאתו לב"ד או להמוכר לא ידע כלל ממכירה זו או אפילו ידע רק לא ידע מסכום המקח ועתה כשבא אומר אלך ואביא מעות ממתנינים עליו דמאין אנו יודעים שאין לו מעות שמא מתרושש והון רב ומה שלא הכין עד כה מפני שלא ידע המקח ואין ממתנינים עליו רק כשיעור שילך לביתו ויביא מעות לב"ד או למוכר ויותר מזה אין ממתנינים עליו דכשאין לו בביתו לא ישיג בהלואה כיון שאינו אמוד ובטוח אמנם אם הב"ד מבינים שיכול להשיג בהלואה ממתנינים עליו כמה שעות [נ"ל] ודע דכל הדברים שאנו מבטלין למצרנותו מפני טובת המוכר אם המוכר אומר שאינו מקפיד בכך נשאר זכות המצרן בתקפו, ע"כ.
אמנם כאמור להלן דברי ערוך השולחן איירי כשבא המצרן לקנות מתחילה מהמוכר, ולא כשבא לקונה.

מט. הערת רבי אריה קרויזר, עי' שו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' צ"ב דג"כ נקט דהזמן הוא יום שלם, ועיקר מקורו הוא מסעי' ל"ד.

והנה ברור כי יש בזה גם חומרה לצד השני, כי הדין שילך לביתו ויביא מעותיו, הרי אפשר שגר במקום רחוק במרחק של שלשה ימים, והאם נמתין לו ששה ימים שילך ויחזור, ונקט שם

וגם מש"כ שאם נראה לבי"ד שיכול המצרן להשיג המעות בהלוואה ממתנין עליו כמה שעות ע"כ, ג"כ תמוה, כיון שדברי הגמ' וכל הפוסקים ברורים שאין ממתנינים יותר מכדי שילך לביתו ויביא מעות, [וגם זה דוקא באדם דאמיד, ובאינו אמוד, אפילו זמן לילך לביתו אין ממתנינים לר'.

בב"י באות נ' שכ' דממתנינים כמה ימים, ראה בהערה^{נב}, אולם הב"י דחה הדברים, [וגם דייק שם שבהמשך דברי הרשב"א נראה דלא ס"ל כן], וכן הטושו"ע וכל הפוסקים כתבו להדיא דעליו להביא מיד, וצ"ע^{נד}.

ואמנם הטור הביא דברי הר"י ברצלוני דס"ל שממתנינים יום אחד^{נא}, ולא קי"ל כמותו, וכן בתשו' הרשב"א שהביא

ובפרט שערוה"ש כ' דבריו, לגבי המוכר שצריך להמתין לו כמה שעות, והרי וודאי שיהיה למוכר עיכוב בקבלת המעות, והרי שנינו דאם באו המצרן והקונה למוכר יחד כדי לקנות, דהדין הוא

שהשיעור הוא רק יום אחד, וכנראה דמזה נובע גם דברי הערוה"ש דשיעור ילך לביתו הוא יום אחד, והלשון ילך לביתו הוא שבטוח שמביא המעות, עכ"ד. ועי' בכסף הקדשים בסעי' כ"ב לענין דר בריחוק מקום.

ג. ועי' בפרישה שם שכ' בשם הרמב"ם שאם בר מצוה מבקש הארכת זמן כדי להשיג הלוואה מפסיד את זכותו.

נא. בטור אות נ"א כ' וה"ר יהודה ברצלוני כ' בשם גאון שאם שתק יום אחד שוב אינו יכול לסלקו ע"כ.

נב. בב"י סעי' ל"ב הביא דברי הרשב"א בתשובה שכ' וז"ל כל שידע ולא מיחה תוך יום או יומים לכל המרבה מחל דין מצרנותו או שותפותו ואין צריך קנין במחילתו שבסתם מרויח הלוקח וזוכה בקנייתו ע"כ, ובהמשך נראה דחילק בזה דאם הקונה תבע מהמצרן שיביא הכסף השיעור הוא מיד, משא"כ כשלא תבעו דאזי יכול להמתין כמה ימים, [ואמנם הרשב"א איירי כשהמצרן בא לסלק הקונה, ולא כאופן דערוה"ש שהמצרן בא למוכר לקנות ממנו, שבזה השיעור וודאי קצר יותר עי' להלן].

נג. ומצאתי בספר נוהג בחכמה ערך מצרנות, שכ' מנהג בדין זמן המצרנות מצאתי למאריה דאתרין מוהרשב"ד זצ"ל בליקוטים שבסוף ספרו שו"ת אשר לשלמה מערכת מים אות ב' וז"ל מצרן כתב הב"י במנהגים נוהג להרחיב הזמן למצרן מעת לעת כ"ד שעות וכתב עליו מו"ח כמוהר"ר שאול אבן דנאן זלה"ה בגליון השו"ע ומנהגינו אינו כן ע"כ וכן אנו דנין והולכין עכ"ל, אבל אכתי לא ביאר לן כמה שיעור זמן מרחיבין למצרן שכ' ומנהגינו אינו כן, ושמעתי ממו"ץ שבמחז"ק זה פאס יע"א שנותנים לו זמן כדי הילוך למדינה ויבוא הוא מקום שדרים בו הגויים והטעם שאפשר שהמעות יש לו שם ויביא המעות עכ"ל ועיין בית יהודה במנהגי אלגיר בדיני מצרנות ס' ס"ג, עכ"ד.

ולא ידעתי היכן הם דברי הב"י שציין, ואולי כוונתו לדברי הרשב"א שהביא הב"י.

שאם יש איזה עדיפות במעות הקונה, איבד המצרן זכותו^{נד}, ראה להלן, וא"כ ק"ו שאין צריך המוכר להמתין כמה שעות על המצרן, וזיל בתר טעמא שכתבו הראשונים דשמא יפסיד בזמן זה את הקונה האחר, כיון שבכל חשש פסידא לא נתקן דין מצרנות על המוכר.

ואמנם גם לדברי ערוה"ש אין המצרן יכול לבקש זמן להוציא משכנתא כדי לשלם עבור הדירה, כי בהמתנת כמה שעות י"ל שאין בזה הפסד, אבל לא בעיכוב גדול, ומי שכתב שעל הקונה להמתין למצרן שיוציא משכנתא, טעות היא בידו.

והנה דברי הערוה"ש שהבאנו שצריך להמתין על המצרן כמה שעות כדי שיוכל להשיג מעות, הוא כתבם לגבי החיוב שנאמר על המוכר למכור לכתחילה למצרן, אבל לגבי הדין שהמצרן יכול

לסלק את הקונה, שגם בזה נאמר השיעור שיביא מעות ויתבע בבי"ד לא הזכיר שצריך להמתין כמה שעות, והעתיק רק את הדין כפי שהוא באות כ"א, וזה צ"ע דאם במוכר שלא נאמר בו עיקר דינא דבר מצרא ויש חשש שיפסיד הקונה האחר מכ"מ ס"ל שצריך להמתין כמה שעות, ק"ו בקונה שנאמר בו עיקר דינא דבר מצרא^{נד}, ואין הפסד בהמתנת כמה שעות, וודאי שיצטרך להמתין, ואולי הערוה"ש סמך על דבריו שעל המוכר להמתין כמה שעות שיש ללמוד בק"ו, שפשוט שגם בקונה הדין כן.

ולכן נראה פשוט כמ"ש"כ, שאין המצרן יכול לומר לקונה שימתין לו עד שיביא הלוואה מהבנק, שהוא דבר המתמשך שבועות וחדשים, ואע"פ שבזמננו הדרך שמשלמים עבור דירה ע"י שמוציאים הלוואה מהבנק, מכ"מ אין

נד. ז"ל בסעי' כ"ג הביאו המצרן והלוקח כל א' מעותיו אם היו מעותיו של לוקח טובים משל מצרן, או שהיו ממהרים יותר לצאת בהוצאה, או שאלו צוררין וחתומין ואלו מותרין, בטל זכות המצרן. וכתב על זה ברמ"א שם ז"ל והוא הדין בכל דבר שיש פסידא למוכר לא תקנו בזה זכות למצרן, עכ"ל.

ובדין זה שאם המעות של המצרן צוררין, ליכא דינא דב"מ, איכא כמה פירושים בראשונים, אם הכוונה כפשוטו שיש קושי בפתיחתן וספירת הכסף, או דהכוונה שצריך להמתין לבעל המעות כדי לפתחם ויש עיכוב במעות, ראה מש"כ להלן.

נה. כמ"ש"כ רש"י בדף ק"ח ע"ב בד"ה עכו"ם לאו בר וכו' ואין לנו לומר על דינא דבר מצרא ועשית הישר והטוב אלא ללוקח שהמוכר אומר לו מה עשיתי לך אם ארצה לא אמכרנה לך ותהא בידי אבל ללוקח נאמר משוך ידך ויקחנה זה עכ"ל, וכן מבואר בסמ"ע בסימן קע"ה סק"ז ואפילו בדלית ליה פסידא לא תיקנו דין מצרנות על המוכר אלא על הלוקח שימשך ידו מקנייתו וממילא יצטרך המוכר למכור לזה המצרן ע"כ, וכן לשון הסמ"ע בסקל"ח משום דתקנת הטוב והישר לא ניתקן אהמוכר מצד עצמו, דהא יכול לומר אי בעינא לא אמכרנה כלל, ועיין דרישה, עכ"ל וכן מבואר בכל הסוגיא שם דהדין של בר מצרא תקנו תכמים על הלוקח.

מהשדה שקנה, נאמר רק אם המצרן יכול לצרף ולחבר את השדה שקונה לשדהו, אבל כשאינו יכול לצרפו, ליכא דינא דב"מ.

והטעם, דכל דינא דב"מ הוא משום שיש לבן המצר תועלת מצירופם יחד, ולכן הוי ישר וטוב שיקנה הוא, וכשא"א לצרפם מה עדיף בן המצר על הקונה האחר.^{נז}

ואמנם בב"מ ק"ח ב' מצאנו כן רק לענין בר מצוה בשדות, דאמרי' שם אפסיק משוניתא או ריכבא דדיקלא חזינא אם יכול להכניס בה אפילו תלם אחד אית בה משום דינא דבר מצוה, ואי לא לית בה משום דינא דבר מצוה, וכ"ה ברמב"ם ובשו"ע סימן קע"ה סעי' כ"ז, שכ' דין זה שיהיה אפשר לחברם רק לענין שדות, דז"ל היה מפסיק בינו ובין מיצר חברו רכב דקלים תכופים וסמוכים או בנין גבוה וחזק רואים אם יכול להכניס אפילו תלם אחד בתוך הדבר המפסיק עד שיתערבו שתי השדות הרי זה בן מיצר שלו ומסלק הלוקח ואם לאו אינו מסלק עכ"ל, וכ"ז איירי בשדות ולא בבתים, ולא נזכר אם דין בר מצוה בבתים נאמר

צריך להמתין כפי הנהוג בתשלומים באותו מקום, כיון דכך היתה תקנת בר מצוה שיכול לסלק הקונה, רק אם מביא המעות מיד, ויש להוסיף דגם בזמניהם רוב בנ"א לא היה ממון מזומן בידם, ומכ"מ נאמר האי דינא דאם אינו מביא מיד, נתבטלה זכותו.^{נח}

בנוסף על כך, יש עוד טעם שאין מצוי שהמצרן יביא את הדמים מיד לקונה, כי הרי על המצרן לבדוק את המקח אם הוא מרוצה עליו, ואין לך אדם שירוץ וישלם מיד בלא שיבדוק היטב את הדברים היסודיים והבסיסיים של המקח, כי כמה חקירות ובדיקות בנ"א רגילים לעשות, קודם שעושים מכר גדול כזה, ואין קונים קרקע ודירה במהירות, ולכן האי דינא שיביא המעות מיד יכול להתקיים רק אם המצרן נתכוון כבר קודם לכן לקנות הדירה, ונתעכב מחמת המחיר או מחמת סיבות אחרות, ולמעשה בכל התביעות שהיו לפנינו בדינא דב"מ לא נתקיים תנאי זה שיביא המצרן המעות מיד.

יח. שיהיה אפשר להברם יחד

עוד נאמר בדינא דבר מצוה, דהדין שהמצרן יכול לסלק את הקונה

נז. ואפילו אם הבר מצוה כבר קיבל אישור על קבלת משכנתא, והוא יכול לממש את זכותו, הרי גם מהאישור עובר זמן רב עד קבלת הכספים בפועל, וכידוע.

נח. דיסוד בר מצוה הוא כמש"כ רש"י בב"מ ק"ח ועשית הישר והטוב דבר שאי אתה נחסר כל כך, שתמצא קרקעות במקום אחר ולא תטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקין, ע"כ, והרמב"ם בפ"ב מהל' שכנים הל' ה' כ' הואיל והמכר אחד הוא טוב וישר הוא שיקנה מקום זה בן המצר יותר מן הרחוק, ע"כ.

ועי' להלן, כאשר א"א לחברם לבתים, אולם המצרן מבקש להשתמש בבית השני לבית האוצר, או שרוצה לקנות לבני ביתו, מה שהבאנו בזה מדברי הפוסקים.

דוקא אם יכול לחברם יחד, ואמנם מצד הסברה אין חילוק בין בתים לשדות בענין זה דצריך שיהיה אפשר לחברם, דזיל בתר טעמא.

יט. בבתים אם בעינן יכול לחברם

ואמנם לענין דינא דבר מצרא בבתים, דעת ר"ת בספר הישר דליכא דינא דב"מ בבתים מכמה טעמים, ואחד מהטעמים שכ' ר"ת הוא, דכיון שהבתים מובדלים בחומות הוי כהפסק משוניתא וריכבא דדיקלי דליכא דינא דב"מ, והביאו הראשונים דבריו וטעמיו^{נח}, והכרעת רבותינו הראשונים דגם בבתים איכא דינא דב"מ, וכפי שהב"י הביא שם.

ועיי"ש בב"י שהאריך בכל דברי הראשונים שדנו אם כדי שיהיה דינא דב"מ בבתים צריך שיהיה אפשר לחבר את הבתים יחד, דיש שכתבו

שאע"פ שא"א לחברם מכ"מ יש בהם דינא דב"מ, אולם הטור כ' דהטעם הוא משום דאע"פ שיש כתלים מכ"מ הדרך לפותחם, ואפשר לחברם, ואינו דומה לרכב דקלים וכו' שאין הדרך לעקרם, וכן הביא בב"י רבים מהראשונים שכתבו כן, ולמעשה הב"י לא הכריע בדברים ברורים אם בעינן שיוכל לחברם יחד, אולם נראה ממסקנת דבריו, דדוקא אם המצרן יוכל להשתמש בבית השני יחד עם הבית שיש לו, יכול לסלק את הקונה, ראה בהערה^{נט}.

ובשו"ע לא כ' להדיא דאיכא דינא דבר מצרא בבתים, אלא כ' שם בסעי' נ"ג וז"ל בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות אבל במטלטלין ועבדים אין דין מצרנות, והרמ"א הוסיף ולכן יש דין מצרנות בבתים ע"כ^ס, אמנם השו"ע הזכיר בכמה מקומות דין מצרנות בבתים, כמו בסעי' נ"א היה הקרקע של אחד

נח. הרא"ש כ' וז"ל פסק רבינו תם דלא שייך דינא דבר מצרא בבתים אלא בשדות דטעמא משום דיכול ליקח במקום אחר ובתים אינם מצויים לקנות בכל פעם ועוד עשיר צריך הוא לשדות הרבה אבל עשיר שיש לו בית דירה יפה לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא יקנה בית להשכירה לאחרים אין זה ישר וטוב ועוד חזינן דבהפסק משוניתא וריכבא דדיקלי נסתלק מצרנות גם בתים מובדלים בחומות ודברים נכונים הם אלא שלא נהגו כן עכ"ל.

נט. דזה מסקנת דברי הב"י שם, וז"ל דהוה ליה לריב"ם להזכיר חילוק בין כתלים חזקים לשאינם חזקים אלא ודאי לא שנה ובכל בתים איכא דינא דבר מצרא וטעמא לפי שאף על פי שהכותל שבין שני הבתים עב וחזק ואין פותחין פתח מזה לזה יכול להשתמש באחד מהבתים בעצים ושמון ויין ודברים הצריכים לבית ובבית אחר לדירתו או שיעשה חצר על ידי היקף מחיצה לפני שני הפתחים וכיון שיהיו שני הפתחים לחצר אחד הרי הוא משתמש בשתייהן כאילו פתוחות זו לזו כן נראה לי, עכ"ל.

ס. ואכן בטור באות פ"ג כ' להדיא וז"ל וכל קרקעות שבעולם יש להן דין מצרנות כגון בית המרחץ ובית הבד ושוככות ומגדלות ושדות וכרמים ובית השלחין ובורות שיחין ומערות והדומה להם והמחובר לקרקע כללא דמילתא כל דבר שיש בו חזקה יש בו מצרנות, עכ"ל.

שא"א למצרן לחברם ממש לדירה אחת, שפיר יכול הקונה לומר דקים לו ככל הני פוסקים, דבעינן שיוכל לחברם, וא"א להוציא מידו של הקונה, ולכן גם באופן שהקונה יכול להשתמש בבית השני כאוצר וכדו', שלהרבה מהפוסקים סגי בזה כדי להחשיבם כיכול לחברם מכ"מ אין המצרן יכול לסלקו, כיון דרבים החולקים ע"ז, כנלענ"ד, וכן נקט בפתחי חושן^{סג}, ולהלכה למעשה עדיין צ"ע, ויש נפ"מ בגדר זה לענין דייר בבנין שמוכר מחסן בבנין או דירה בבנין באופן שא"א לחברם ממש אי איכא דינא דב"מ, והארננו בזה במק"א^{טז}.

כ. כשאין דעת הקונה לחברם

נראה דגם אם נסבור דכדי שיהיה דין בר מצוה בעינן שיהא המצרן יכול לחברו לביתו, הרי מוכח בדברי הראשונים

והבנין או האילנות של אחר, וכן בסעי' נ"ב, ובסעי' נ"ה שוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו מידו, וכ"ה בסעי' ס', עיי"ש.

והשו"ע והרמ"א לא כתבו הכרעתם אם דינא דב"מ בבתים נאמר רק אם אפשר לחברם לבית אחד, ויל"ע להלכה, כיון שהם סתמו דבריהם^{סז}.

ואמנם נראה דבאופן שאין שום אפשרות לחברם, ואפי' להשתמש בהם יחד, כמו אם יש דרך שעוברים שם בני"א וכדו' או בשוניתא, אין בהם דין בר מצוה, וכן נראה שנקטו האחרונים, ואכמ"ל^{סח}.

ולענ"ד, כיון שרבים הם הראשונים שכתבו שהטעם שבבתים אע"פ שהם מופרדים איכא דינא דב"מ, משום שדרכם לחברם, לכן נראה שכל

סא. הערה, במה שכתבנו לדון אם זכות ב"מ היא רק כשיכול לחבר הבתים זה לזה ממש. הנה מבואר בשו"ת הב"ח (ישנות סי' ס"ח בסוף התשובה) שבית ומרתף אינם בדין ב"מ. ברם במשפט שלום (סי' קע"ה סעי' י"ג) ביאר בדבריו שהוא דוקא במרתף המיועד לסחורה, אבל מרתף המשמש את דיירי הבית הוי בכלל צורכי הבית 'וכמחבר בית לבית', ע"ש. וכן מבואר בתשו' רעק"א המובא בפתח תשובה (סי' קע"ה ס"ק כ"ב) ששכן הרוצה לשכור תנור במרתף שתחת בית חברו הסמוך לו דין מצרן יש לו, ע"ש. וכ"כ בסתם בשו"ת שמש צדקה (חוי"מ סי' ל"ה). וראה רמ"א (סי' קע"ה סעי' נ"ז), ושו"ת שערי עזרא (חוי"מ סי' כ"ד).

סב. וראה לשון הסמ"ע בסקצ"ח שאחר שהביא דברי ר"ת והחולקים כ' בסוף דבריו, וז"ל וכתב [הטור] עליו דברי הר"י אברצלוני הנ"ל דכתב דלכל דבר יש חזקה כו', והטעם דהחומה שבין הבתים יכולין לפתחו ושיכנס מזה לזה, ע"כ, וכ"ה בבאור הגר"א שם ס"ק קל"א. וכ"כ בפתחי חושן שותפים ומצרנות פ"א אות כ"ו, ועיי"ש בהערה (סא) מה שהאריך בזה.

סג. שכ' בסימן י"א אות כ"ו וכן יש דין מצרנות בבתים כשיכול לחברן לתשמיש אחד ע"כ, וראה בהערות שם.

סד. דלענין מחסנים כיון שזה דרך שמושם בלא חיבור ממש, אפשר שיש דינא דב"מ גם כשא"א לחברם לדירה, ויל"ע.

משפחה קטנה, שאינו צריך לדירה כה גדולה, הרי אע"פ שידוע שהמצרן אינו קונה את הדירה השניה כדי לחברה יחד, מכ"מ איכא בי' דינא דב"מ^ס.

ונראה דהוא הדין כשהמצרן מגלה דעתו להדיא, שאינו מתכוון לחברם יחדיו, דמכ"מ איכא דינא דב"מ, דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים^ס.

עוד נראה לכאור' דאף באופן שכל קניית המצרן היא על דעת למכרה לאחרים

ברווח כספי, מכ"מ איכא דינא דבר מצרא כנלענ"ד פשוט^ס, שכל הקניה נעשתה לצורך רווח כספי^ס, ולענין הלכה עדיין צ"ע.

דסגי בכך שהמצרן יכול לחברם, אף שאינו מתכוון בפועל לחברם, דאע"פ שאם אזלינן בתר טעמא, שהוא משום הישר והטוב שיוכל המצרן לצרפם יחד, הרי לכאור' כל שאין מתכוון לעשות כן, מה ישר וטוב יש בזה לסלק קונה אחר, מכ"מ כך נשנה דין בר מצרא, וכן נראה מכל דברי הפוסקים דסגי בכך שאפשר לחברם, ולא בעינן שהמצרן יתכוון לחברם בפועל.

ולכן גם אם ידעינן בוודאות שהמצרן לא יבוא לחברם, משום שהוא עני, וקונה את הדירה השניה מהלוואה כדי להשכירה לאחרים, או כשיש למצרן

סה. ומוכח כן מדברי הראשונים שהביאו דעת ר"ת [הבאנו דבריו להלן בהערה], שס"ל דליכא דינא דב"מ בבתים, וכ' אחד מהטעמים וז"ל אבל עשיר שיש לו בית דירה יפה לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא יקנה בית להשכירה לאחרים, אין זה ישר וטוב, ע"כ, ומשמע דכל הפוסקים שחלקו עליו ס"ל שאע"פ שהעשיר קונה הבית להשכירה לאחרים מכ"מ איכא ב"מ, משום דלא חילקו בזה, ודוחק לפרש דהה"נ, שבאופן זה יודו לר"ת דליכא דינא דב"מ, שהרי לא מצאנו מי מהראשונים שהשיב כן על דברי ר"ת.

הערת רבי אריה קרויזר, ועי' בב"י מחודשים אות ל' ד"ה ועוד דאיירי כשרצה להשכירה, או למוכרה לאחרים ותלה אותו במחלו' דר"ת וכ"מ בפשטות מהרמ"א בסעי' ל"ב דודאי אם לא היה בתחילה לכהפ"ח דעתו לחברה דדעתו נמי היה למוכרה רק חשב שהכסף יגיע אליו, ומרהיטת לשון החת"ס גבי מקומות בית הכנסת הובא בפת"ש ס"ק נ"ז משמע דצריך שיהא דעתו לחברם.

סו. וכמה פעמים באו לפנינו תביעות של בר מצרא, שהמצרן רצה לקנות את הדירה הסמוכה לביתו, כדי לעבור לגור שם, ולמכור את דירתו, דאמנם היה אפשר לחבר הדירות, אבל המצרן רצה לקנות כדי להחליף המגורים ביניהם, וכפי המבואר איכא דינא דב"מ, ויכול המצרן לסלק ללוקח.

סז. ודלא כמש"כ בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"א סי' פ"ג, שעיקר תקנת בר מצרא הוא שיהיו שדותיו סמוכים זה לזה, שיש בזה הישר והטוב, ולא שימכור לאחר, ועי' בפתחי חושן פי"א אות מ"ד. ושור"ר שבפתחי חושן סי' י"א סוף הערה ס' כ' כדברינו ודלא כשו"מ.

סח. לפעמים הקונה קנה בזול, והמצרן מבקש מכח דינא דב"מ לסלק את הקונה, ולמכור הבית ברווח ממון, כי הדין שאם קנה הלוקח בזול מכ"מ יכול המצרן לסלקו באותם דמים, וכמפורש בשו"ע שם בס"י קע"ה סעי' ז' וז"ל קנאה הלוקח במנה והיא שוה ק"ק אם היה נותנה כן לכל

כא. יכול להכרס בהוצאה כספית

ולפי מה שכתבנו, דלהלכה ולמעשה, איכא דינא דבר מצוה בבתיים, רק כשיכול לחברם יחד, נראה, דבמקום שהמצרן יצטרך להוציא הוצאה גדולה כדי לחבר את הדירות יחדיו, אין בזה דינא דב"מ, משום דאינו נחשב כיכול לחברם, וכמו ששנינו בגמ' ובפוסקים, לענין בר מצוה בשדות, דאם יש בין השדה של המצרן לשדה אותה הוא מבקש לקנות, הפסק של רכב דקלים, או בנין גדול וחזק, לית ביה דינא דבר

מצוה, וכמש"כ בשו"ע סעי' כ"ז ס"ט, והיינו דאע"פ שיכול לשבר הבנין ולחתוך הדקלים, מכ"מ כיון שאינו עומד לכך מחמת ההפסד, אינו חשיב כיכול לחברם.

והוא הדין בבתיים אם מחמת ההוצאה הכספית וכדו' אינם עומדים לחברם, ליכא דינא דב"מ, וכן מבואר בב"י ובמגיד משנה בשם הרשב"א, דלא סגי במה שאפשר לחברם, אלא בעינין שיהיה הדרך לחברם.^ע

אדם כגון שמוכר מחמת דוחק לא יתן לו המצרן אלא מנה, ע"כ, ולהלן עמדנו בזה, דהרי הכלל הוא שכל שיש לקונה הפסד ליכא דינא דב"מ, והרי כאן מפסיד ממון, ולכאו' י"ל דהוי מניעת הרווח ולא הפסד, ועדיין צ"ע, דלכאו' דמיא להפקר, שאין בזה הישר והטוב, שוב העירוני דבתוס' הרא"ש הקשה כן, ותי' שלא פלוג.

ס"ט. וכמש"כ בשו"ע סימן קע"ה סעי' כ"ז וז"ל היה מפסיק בינו ובין מיצר חברו רכב דקלים תכופים וסמוכים או בנין גבוה וחזק רואים אם יכול להכניס אפילו תלם אחד בתוך הדבר המפסיק עד שיתערבו שתי השדות הרי זה על מיצר שלו ומסלק הלוקח ואם לאו אינו מסלק עכ"ל. הערת בני הרב אברהם, ויש להביא ראיה בזה מדין רכב דקלים, שנתבאר שאין בזה דינא דב"מ, ואע"פ שאם ירצה לקוצצם ודאי יוכל לקוצצם, דרכב דקלים היינו שיש דקלים רבים תכופים וסמוכים זה לזה עד שהם נראים כשוכבים זה על זה, אבל עדיין אפשר לקוצצם. והטעם מבואר בראשונים, [עיין ברשב"א שם ק"ח וכ"כ עוד מהראשונים] מפני שאנו יודעים שעל פי האמת לא יקצצם, כי רכב דקלים הוא דבר חשוב ואין עשויים לעקרו ולאבדו, ושוב לא שייך לומר שהישר והטוב הוא לסלק את הלוקח, כי המצרן עצמו לא יחבר ב' השדות.

ועפ"ז יש לומר אף בדין, דאע"פ שיכול לחבר הדירות אם ירצה, מ"מ כיון שהוא מגלה דעתו שאין דעתו לעשות כן בפועל יתבטל דין בר מצוה. [א"ה, ויש לחלק בין דבר שאין דרכו לחברו משום שיש בו נזק, לאופן שמצד עצמו הוא עומד או יכול להתחבר, אלא שהוא מדעתו אינו מתכוון לחברו, כיון שלא נתנו דבריהם לשיעורים, שיצטרכו לבדוק בחקירה ודרישה כל אחד על כונתו ע"כ], אומנם לדעות הפוסקים שהבאנו להלן דסבירא להו שכל שיש לו תועלת מכך שאחר יקנה הקרקע ולא הלוקח, כגון שהם בני ביתו, יש לו דין מצרן לסלק הלוקח, וכמו שהובא שם בהערה בשם הראנ"ח ומשמעות הראשונים, א"כ נראה פשוט שאף אם אינו מתכוון לחברם בפועל, כל שיש לו תועלת גדולה ממכירתה לאדם המקובל עליו, להיות עמו שותף, או לעצמו על מנת להשכירה לאחרים יש בזה דין ב"מ, עכ"ד הרא"ה ברוורמן..

ע. וכן מוכח מדברי הב"י שהביא בשם הנ"י שהרשב"א כתב על דברי ר"ת שאין הנדון דומה

כב. באפשר להברם ע"י מדרגות

ויל"ע להלכה כאשר הדירה אותה רוצה המצרן לקנות, היא מעל או מתחת דירתו, שאע"פ שאפשר לחברם ע"י יצירת מדרגות באמצע הבית, אולם אין הדרך לעשות כן מכמה טעמים, אי הוי כרכב דקלים שאע"פ שאפשר לעקרם אין הדרך לעשות כן^{עא}, וכן באופן שאפשרות החיבור הוא באופן משונה, שאין דרך בנ"א לעשות כן, די"ל דאינו נחשב כאפשר לחברם, וליכא דינא דב"מ, כי מכיון שא"א לחבר שתי דירות בקל אלא אם ישקיעו הון רב, הוי כיש ביניהם בנין גדול או רכב דקלים, דליכא דינא דבר מצרא, וכמש"כ.

ולמעשה ברוב תביעות של בר מצרא, שהמצרן מבקש לקנות את הדירה שעל גבולו, הקניה אינה נעשית בשביל לחברם יחד, אלא כהשקעה כספית או לעשות מכך רווחים, מכ"מ נתבאר דאיכא בהם דינא דב"מ.

כג. מצרן הקונה לקרוביו

במקום שא"א לחברם, אלא שהמצרן מבקש לקנות הבית הסמוך לביתו עבור קרוביו, אביו אמו או ילדיו שידורו לידו, דאם אביו וילדיו הם עצמם הקונים, אע"פ שיש לו למצרן תועלת גדולה מכך, פשוט דליכא דינא דב"מ, שהוא נאמר דוקא על המצרן עצמו, ובמה שיש תועלת אין בזה משום דינא דב"מ.

אולם באופן שהמצרן קונה הבית לעצמו כדי לשכן שם בני משפחתו, לכאור' בענין זה אם אפשר לחברם יחד, יש ג"כ דינא דב"מ, אף אם אינו מתכוון לחברם בפועל כיון דכבר כתבנו בדינא דב"מ שא"צ שיתכוון לחברם בפועל, אולם אם א"א לחברם אע"פ שקונה לעצמו, ויש לו בזה תועלת עבורו לשכן בני משפחתו, אין בו דינא דב"מ, כיון דבפועל א"א לחברם.

לראיה שרכב דקלים דבר חשוב ואין הבעלים עשויים לעקרם ולאבדם ושדות חלוקים הם לעולם אבל בתים דרכן לחברן בפתתים ולכך הם עשויים וכ"כ בתשובה, ואולם הסמ"ע לא העתיק הלשון שבתים עשויים לכך, אלא כ' רק שיכולים לפתוח, ועיי"ש בב"י שכ' ועוד טעם שאיכא בבתים בר מצרא אע"פ שהכותל שבין שני הבתים עב וחזק ואין פותחין פתח אבל הוא יכול להשתמש באחד מהבתים בעצים ושמן ויין ודברים הצריכים לבית ובבית אחד לדירתו ע"כ.

ובמגיד משנה פי"ב הלי"ז כ' בשם הרשב"א ז"ל ושמעתי משם ר"ת ז"ל שמכאן למדנו שאין בבחים משום דין בן המצר שהרי מפסיק הכותל ביניהם וכן אמר גם הרב ר' מאיר אבולעפיא ז"ל ונראה שאין הנדון דומה לראיה דשן סלע אין עשויה להסתלק וכן רכב דקלים דבר חשוב ואין הבעלים עשויין לעקרן ולאבדן ושדות חלוקין הן לעולם אבל בתים דרכן לחברן בפתחים ולכך הן עשויין ואף בעל החצר עשוי לחלק חצירו לבתים ומחברן בפתחים עכ"ל הרשב"א ז"ל, בחידושו והביאו בבאה"ג בשו"ע שם.

עא. הערת רבי אברהם כהן, יש להוסיף שבדרך כלל אין כדאי לקנות שתי דירות ולחברם, ויותר זול לקנות דירה אחת גדולה, ובנוסף לכך פעמים רבות יש ברכישת שתי דירות בעיה של

מיסוי.

משפחתו, דבזה לכאו' לכו"ע ליכא דינא דב"מ.

ובמקום שא"א לחברם, אלא שטוב לו למצרן שקונה דירה הסמוכה לביתו, דבר המקל עליו להשכירה וכדו', שהוא תועלת גדולה לאדם זה, וכפי שמברכים בברכת האורח שיהיו נכסינו קרובים לעיר, בזה לכו"ע לא נתקן בזה תקנת בר מצוה, ויש ללמוד דין זה מיש ביניהם רכב דקלים וכו', דאמרי' שכיזן

אולם עי' בכ"י דהביא שיטה דאם יכול לעשות בדירה השניה בית האוצר, איכא דינא דבר מצוה, ולא גרעי מכך להשכיך קרוביו, שהוא גם שימוש של המצרן עצמו^{עב}, וכן נראה בדברי שו"ת הראנ"ח ראה בהערה^{עג}.

ואמנם יש לחלק בין אם המצרן קונה הבית השני כדי שקרוביו יגורו ביחד, [וסמוכים על שולחננו], או שמבקש רק את התועלת לגור בקירבת מקום לבני

עב. הבאנו בהערות הקודמות דברי הב"י שכ' וז"ל ועוד טעם שאיכא בבתי בר מצוה אע"פ שהכותל שבין שני הבתים עב וחזק ואין פותחין פתח אבל הוא יכול להשתמש באחד מהבתים בעצים ושמן ויין ודברים הצריכים לבית ובבית אחד לדירתו ע"כ.

עג. כן משמע בדברי שו"ת הראנ"ח סי' קי"ט, שהקונה דירה בשביל קרוביו שיזורו קרוב אליו, יש בזה דין בר מצוה, שכ' וז"ל וכ"ש שכפי דברי השאלה שאומר שקנה המקום ההוא כדי להשכיך שם קרוביו ולמעט בהוצאה איפשר דכל כה"ג חשיב צורך לגבי המצרן טפי ולא דמי למצרן בעלמא שאינו קונה אלא להרחיב מקום אהלו ולקנות לשובע. עכ"ל.

הערה מרבי אריה קרויזר, עיי"ש בשאלה בתשובת הראנ"ח, שכ' דקרוביו רוצים להתחבר עמו בבית אחד, ולמעט בהוצאה ומשמע דהיה צורה שגרו ביחד לפחות חלקי, והשאלה היא אם מיקרי רק להרווחה דלהם היה דירה ולשוכרים לא היה דירה.

הערת רבי דוד בריזל, לענ"ד אין להוכיח מדברי המהראנ"ח, שכתב להדיא שרוצה להשכיך שם קרוביו ולמעט בהוצאה, והיינו שיזורו ממש עמו בבית אחד כפי שהיה נהוג בזמניהם והובא הרבה בדברי הפוסקים שהיו שותפין לגור בבית אחד ממש, והרי זה מרחיב ביתו ממש במטרה להשתמש בו יחד עם שותפים. אבל בנדון השאלה דידן אינו מתגורר ממש עם אביו או עם בנו בדירה אחת, אלא הם שתי דירות מחולקות, ואין אפשרות למשפחה אחת להתגורר בב' הדירות, והם שתי משפחות שונות, אלא שיש לו מטרה בזה שיהיה קרוב לאביו או לבנו, ופעמים רבות גם אם היה יכול לקנות דירה בקומה אחרת, ג"כ היה קונה דירה זו להיות בסמיכות לאביו או לבנו, ובכה"ג אין להוכיח מדברי הראנ"ח שיש בזה דין בר מצוה.

(ובאמת שיש מקום להוכיח כן ממחלוקת ר"ת והראשונים לענין בר מצוה בבתיים, דמשמע מהרא"ש ועוד ראשונים שאף אם קונה הבית השני ע"מ להשכירו יש בזה דין בר מצוה, וכנראה משום שיש בזה ישר וטוב שיהיו נכסיו קרובים אליו, ואכמ"ל).

אומנם כבר הבאנו לעיל כי בשו"ת שואל ומשיב כתב בנידון דומה לזה, שעיקר תקנת בר מצוה הוא שיהיו שדותיו סמוכים זה לזה, שיש בזה הישר והטוב, ולא שימכור לאחר, וחלקנו על דבריו.

כיון שיש בזה הפסד וטירחה מרובה למוכר, ולא נאמר ע"ז דין בר מצרא, וגם משום שיש באופן זה חשש גדול של הפסד לקונה, שגם משו"ה ליכא דינא דבר מצרא, וכדלהלן.

דכפי שכבר נתבאר, עיקר דינא דב"מ לא נאמר על המוכר, אלא על

הלוקח, ועל המוכר נאמר רק דין לכתחילה, שעליו למכור למצרן^{עד}, ומבואר בגמ' ובשו"ע דחייב זה שעל המוכר, נאמר רק אם אין לו מכך טירחה או הפסד, וכדקיי"ל שאם ע"י כך שהמצרן יקנה הקרקע והבית יגרם למוכר אפי' טירחה מועטת, ליכא דינא דב"מ, וכמש"כ הטור באות ל"ו וז"ל דינא דבר מצרא תקנת חכמים הוא משום ועשית הטוב והישר הואיל שהוא רוצה למכור טוב וישר הוא שיקנה המצרן יותר מאדם אחר הרחוק לפיכך אם יש שום הפסד למוכר לא תקנו שלא תקנו למצרן דבר שהוא הפסד למוכר, וכ"ה בשו"ע שם בסעי' כ"ג ע"ה.

שאינו יכול לחבר השדות ליכא דינא דבר מצרא, ואע"פ דלכאור' כיון שקרוב לשדהו, יש לו תועלת בכך, מכ"מ כיון שא"א לחברם, ליכא דינא דב"מ, ואף לשיטה שהביא ב"י דהקונה הבית השני לבית האוצר יש בו דינא דב"מ, היינו משום שהוא שימוש אחד עם הבית, ופשוט.

כד. כשצריך לבטל את ההסכם ולחתום על הסכם מחדש ליכא דינא דב"מ

ונראה בזה חידוש גדול להלכה, שיש בו כדי לבטל תביעת בר מצרא ברוב העיסקאות, דנראה, דבמקום שהמוכר כבר חתם הסכם חוקי ומסודר עם הקונה, למכור לו את הבית או השדה, שאין המצרן יכול לסלקו לקונה מהדירה, כיון שבמקרה כזה שכבר נחתם הסכם חוקי בין המוכר לקונה, הרי כדי להעביר את הדירה למצרן, על המוכר לבטל את העיסקה עם הקונה, ולחתום על הסכם חדש עם המצרן, ובאופן כזה, שיש לבטל את ההסכם הראשון ולעשות הסכם חדש, נראה פשוט שאין בו דינא דבר מצרא,

עד. כפי שהבאנו לעיל בהערה, דכן מבואר בדברי הפוסקים.

עה. וז"ל הביאו המצרן והלוקח כל א' מעותיו אם היו מעותיו של לוקח טובים משל מצרן, או שהיו ממהרים יותר לצאת בהוצאה, או שאלו צרוּרין וחתומין ואלו מותרין, בטל זכות המצרן. וכתב על זה ברמ"א שם ז"ל והוא הדין בכל דבר שיש פסידא למוכר לא תקנו בזה זכות למצרן, עכ"ל.

הערת רבי אברהם כהן, אפשר שיש לחלק בין הפסד זה לבין שאר הפסדים שנתבארו בפוסקים, שכן בכל הציורים המבוארים בפוסקים המצרן אינו מספק סחורה דומה למה שמספק הקונה, אי משום גרעון בסוג המעות, או במועדי התשלום וכיו"ב. ולכן אין המוכר רוצה להפסיד, ואף הקונה רוצה לקבל כסף דומה למה שהוא שילם, שונה מכך הוא אופן זה שהמצרן מוכן לעמוד בכל מה שעמד הלוקח, אלא שהטרחו וההפסדים נגרמים רק מכך שהמוכר והלוקח קבעו עובדה וביצעו את העיסקא ללא ששאלו אותו מקודם, וא"כ אפשר שהם הפסידו על עצמם, ויש להוכיח כן

ואמנם בפירוש אלו האופנים שהוזכרו בגמ' הני זווי טובי והני זווי תקלי, הני זווי ציירי והני זווי שרי נאמרו בראשונים כמה פירושים, דיש שפירשו שבתשלום במטבעות אלו שהמצרן מביא לו יש הפסד משום שאינו יכול להשתמש במעות מיד, ואי"ז רק ענין של טירחה למוכר, כמו שהביא דבריהם בב"י שם^ע, ומכ"מ נראה דעיכוב הזמן של השימוש במעות לא עדיפי מיש לו טירחה גדולה אחרת, ועי' להלן.

כה. ביטול המקח ומכירתו למצרן חשיב לטירחא מרובה

ובנידוננו, אם המוכר כבר חתם על הסכם מכר עם הקונה, הרי אם המצרן

ומבואר בפוסקים דלאו דוקא פסידא ממש אלא אפילו אם יש למוכר טירחה ליכא דינא דבר מצרא, וכמבואר להדיא בסמ"ע בסקל"ח שכ' וז"ל אין המצרן יכול לסלקו אלא בכעין מעותיו. לשון זה משמע דס"ל דאפילו אם לא יהיה לו הפסד בשינוי המטבע אלא יהיה לו קצת טרחה יותר במעותיו שאינן כ"כ חריפין, אפ"ה אינו יכול לסלקו עד שיתן לו כעין מעותיו ממש וכו', ע"כ, והסמ"ע שם כ' דדין זה נכון לגבי המוכר, שאפי' אם יש לו רק טירחה כבר ליכא דינא דב"מ, [אבל בקונה ס"ל לסמ"ע דדוקא אם יש לו הפסד, ליכא דינא דב"מ, אבל בטירחה בלבד, איכא דינא דב"מ, וראה להלן],

שבוודאי בכל מקרה של סילוק הלוקח, נגרם ללוקח עגמת נפש מרובה, עד שהשווה עם המוכר בכל התנאים, ולפעמים כבר גם הביא לדירה את מטלטליו וכדו', ועם זאת לא מצאנו שיפסיד המצרן, אלא היכא שהדבר תלוי בו, שאינו מספק כמו הלוקח, וצ"ע.

עו. הב"י באות ל"ז כגון אם הביא המצרן והלוקח וכו'. בפרק המקבל האי זווי טובי והאי זווי תקולי לית ביה משום דינא דבר מצרא. ופירש רש"י מצרן שבא לעורר על המקח מביא מעות שמשקלן טוב יותר על של לוקח אבל [של לוקח] טבין וחריפין במטבע היוצאה יותר משל מצרן ואי נמי איפכא לית בה משום דינא דבר מצרא. דאמר ליה המוכר בהכי ניחא לי, וכן אם היו מעותיו של לוקח מותרין וכו'. גם זה שם הני ציירי והני שרו לית ביה משום דינא דבר מצרא. ופירש רש"י לוקח ומצרן ששלחו מעותיהם של מצרן צרורים וחתומים וזה ירא להתירן שלא יאמר יותר היו ושל לוקח מותרים: לית ביה משום דינא דבר מצרא. דפסידא דמוכר הוא דאמר לזווי צריכנא. ובתוספות הרא"ש (ד"ה הני) הני ציירי והני שרו שיכול לומר אני חפץ בצרורים וחתומים שטוב להצניעם ואני חפץ להצניען וכן במותרים יאמר אני חפץ להוציאם ואלו מזומנים הוצאה ע"כ. והרא"ש (סי' לב) כתב פירש רבינו חננאל המצרן הביא מעות צרורים וחתומים וטוען שכך נותן ואין רשאי לפותחן עד שיבאו הבעלים וידקדקו המשקל והמנין, ורבינו כתב כפירוש רבינו חננאל, ע"כ, עי"ש.

הערת רבי אריה קרויזר, ומהפ"ת סק"י שהובא בהמשך בהערה מבואר דאפי' בכה"ג אם לא היה ערמה בדבר אין בו דין מצרנות, וכ"ה בכסף הקדשים שם להדיא, וסברת הרא"כ נכונה גבי הלוקח שהיה צריך לקחת בחשבון שהוא שליח ולכן גם כשהוא השקיע זמן וטירחא ומעות להשיב חזק הקרקע צריך לקחת בחשבון שהוא רק יורד משא"כ גבי מוכר, ועי' עוד מש"כ להלן בהערה.

את השטר ע"ש המצרן, ואין הם צריכים למוכר כלל, וכדלהלן^{עז}, אולם לא מצאנו שחייבו את המוכר לעשות שטר ע"ש המצרן, ולכאור' הוא משום שאינו חייב לטרוח.

ואמנם בב"י הביא דעת כמה מהראשונים דס"ל דגם לאחר שהמצרן זכה בשדה עדיין קיימת אחריות המקח על הקונה, ואינו מסולק לגמרי מהמקח, אע"פ שהקנין חל עבור המצרן, אולם מסקנת הב"י היא דבכל אופן אין הלוקח יכול להפסד מכך ראה בהערה ע"ח.

וודאי דפשיטא לי, שבאופן שהסכם המכר שנחתם בין המוכר לקונה כבר הוצהר ברשויות המס, שאין בזה כלל דינא דב"מ, ואין המצרן יכול לסלק את הלוקח, כיון שבענין זה צריך לבטל באופן

יכול לסלק את הקונה, יצטרך המוכר לבטל את ההסכם הראשון, ולחתום על הסכם חדש עם המצרן, ודאי שזה נחשב כטירחה ופסידא, כי על המוכר להקדיש לשם כך הרבה מאמץ וזמן כידוע, [אף אם יעתיקו את ההסכם שנחתם עם הקונה ככתבו וכלשונו עדיין יש בזה טירחה גדולה], ובפרט שהקונה יכול לתבעו בדין או בערכאות על כך שביטל עמו את ההסכם הראשון, וצריך להבטיח הדבר כראוי, וכמה עגמ"ג יכולה להגרם למוכר מכך, וגריעי משאר האופנים המנויים בשו"ע דחשיבי טירחא או הפסד למוכר, שהבאנו לעיל ולהלן.

ודע כי בדין שנתחדש בבר מצרא, נאמר שהקנין והשטר שעשה הקונה עם המוכר מתייחס למצרן, והקונה נחשב שלוחו של המצרן, ולכן העדים כותבים

עז. וז"ל השו"ע סעיף ו' וזה הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר ע"כ, והא שכ' דהוי כשלוחו הוא עפ"י דברי הגמ' דאמר' לתקוני שדריתך וכו', וכן מפורש בראשונים וברמב"ם בפ"ב משכנים ה"ה בפ"ג ה"ו, וברא"ש שם.

בב"י כ' וז"ל וכתב עוד זהו העיקר בכל אלו הדינים שכל הלוקח בצד מצר חבירו הוא כמו שליח לחבירו ולתקן שלחו ולא לעוות וכו', וכתב הרב המגיד זה נמשך אחר מה שכתב שלוקח הוא כשליח בן המצר וגבי שליח אמרו (קידושין מב) דאמר ליה לתקוני שדריתך ולא לעוות ע"כ. ובב"י באות י' ג"כ הביא דברי הרב המגיד שכ' גם זה נמשך אחר מה שאמר שדינו כשליח. ופשוט הוא כן בדברי הרמב"ם שם, עכ"ל.

ואמנם לא נתפרש, מה הדין כשאין העדים יכולים לכתוב שטר ע"ש המצרן, אם מחייבים את המוכר לכתוב שטר על שמו.

עח. הטור באות ל"ד כ' וז"ל כתב הרמב"ם בעל חוב של המוכר שטרף מהמצרן המצרן חוזר ונוטל מן הלוקח והלוקח חוזר ונוטל מהמוכר והרמב"ן כתב שאין המצרן חוזר על הלוקח שאין עשיית הטוב והישר בממונו של זה ואף על פי שהמוכר קבל עליו אחריות ללוקח פעמים לא ימצא למוכר ממה לשלם ויהיה ללוקח הלכך אין אחריותו אלא על המוכר שהלוקח אינו אלא כשליח ע"כ, אולם עי' בב"י שם מה שהאריך בזה, והביא את השגת הראב"ד, וכל דברי הראשונים

העיסקה, ואכמ"ל], וכל זה חמור מטירחה, ולכן לענ"ד בכל זה, ליכא ביה כלל דינא דבר מצוה ע"ט.

יתר על כך, כאשר הקונה והמוכר כבר חתמו על הסכם מכירה והצהירו על כך לרשויות המדינה, גם מצד הלוקח כבר ליכא דינא דבר מצוה, כיון שיכול להיות לו מכך הפסד ממוון, ולא נאמר דינא דב"מ על הלוקח כשמפסיד מכך, וכפי שנתבאר, דאי"ז ישר וטוב^פ.

מסודר וחוקי את העיסקה הרשמית שנעשתה בין המוכר לקונה, ולהגיש הסכם ביטול המכר יחד עם טפסי ביטול לרשויות המס, ולחתום על חוזה חדש בין המוכר למצרן, וזה וודאי שאין חיוב על המוכר, ובפרט דיש הרבה חששות מהפסדים שיכולים להגרם למוכר ע"כ, כמו חיובי מיסים שיכולים להיווצר מביטול עיסקה, [כי פעמים רבות השלטונות אינם מאמינים לביטול

בזה, ומסקנת דבריו דהכוונה היא שעל הלוקח לטרוח לגבות מהמוכר את האחיות, אבל הוא אינו מפסיד לעולם עיי"ש.

ועי' בשו"ע בסעי' כ"א, ובסמ"ע שם.

עט. ועי' מש"כ בפתחי תשובה סק"י מתשובת מים חיים חחו"מ סי' ט', דיש להוכיח מדברי הש"ך סק"ה שכתב, מעשה בא לפנינו באחד שנשבע לחבירו למכור לו קרקעו כו', ופסקנו כיון שלא היה קנין בדבר יכול לחזור בו כו'. ומשמע להדיא דאם המוכר אינו רוצה לחזור יכול המצרן לסלקו, אף על פי שהמוכר נשבע ללוקח ואין לך פסידי גדולה מזו ע"י שבועתו, אלא ודאי דאף שהמצרן מסלק ללוקח, מ"מ אין המוכר עובר על שבועתו כיון דהמצרן בא מחמת הלוקח, א"כ ה"ה לענין קנס, ע"ש, ובדברי הש"ך יש אריכות גדולה, עי' הגרעק"א על הגליון מה שציין בזה, וכן בראנ"ח ח"ב סי' ק"א.

פ. דכל שמפסיד הלוקח ממוון בסילוקו אין בזה דין בר מצוה, וכמו שהביא הטור והב"י בסעיף ל"ד את דברי הרמב"ן ז"ל שאין עשיית הטוב והישר בממונו של זה.

וטובא מיניה כ' הב"י באות ל"ט ואף על פי שכשכתב הרמב"ם (פ"ד ה"א) דין זה דטבי ותקולי גבי כשבאו הלוקח והמצרן למוכר נראה לי דהוא הדין כשפרע הלוקח והמצרן מביא לו מעותיו שצריך ליתן לו כעין הדמים שנתן וכו', ע"כ, [והוא למעשה דברי הטור שם באות ל"ח בשם הרמ"ה].

וכן יש ללמוד מדברי הב"י באות ל"ב על הדין שלוקח שמת אין המצרן מוציא מידי יורשיו, שכ' דהטעם הוא דניחא ליה לאיניש שיוורשו יזכרוהו על נחלתו שהניח להם וכו' וכל כי האי גוונא ליכא ישר וטוב דכיון שמת א"א לקנות נחלה במקום אחר להורישם וכו' ע"כ.

ואמנם הטור באות ל"ו כ' לפיכך אם יש שום הפסד למוכר לא תקנו וכו' ע"כ, ולא כ' כן לגבי קונה, שאם יש הפסד ליכא דינא דב"מ, והבאור דבמוכר אפי' כשיש לו טירחה אין דינא דב"מ, משא"כ בקונה דוקא כשיש לו הפסד ממש, ופשוט.

ולעיל עמדנו בזה, דהדין הוא שאם קנה הלוקח בזול מכ"מ יכול המצרן לסלקו באותם דמים, וכמפורש בשו"ע שם בס"י קע"ה סעי' ז' וז"ל קנאה הלוקח במנה והיא שוה ק"ק אם היה נתנה

ואמנם מצאנו דיש דס"ל דגם כשיש לקונה טירחה אין המצרן יכול לסלקו, שהטור באות ל"ח כ' וז"ל וכתב הרמ"ה ה"ה נמי אם הקדים הלוקח וזבין בזווי טבי לא מצי לסלוקי ליה אלא בטבי, ואינו נראה כן מדברי הרמב"ם וכו' פא, אולם בב"י הוכיח כדברי הרמ"ה, שצריך ליתן לקונה כדמים שהוא שילם, וכן נקט בסמ"ע שם בסקל"ח אדברי השו"ע בסעי' כ"ג אין המצרן יכול לסלקו לקונה אלא בכעין מעותיו. וכ' וז"ל לשון זה משמע דס"ל דאפילו אם לא יהיה לו הפסד בשינוי המטבע אלא יהיה לו קצת טרחא יותר במעותיו שאינן כ"כ חריפין, אפ"ה אינו יכול לסלקו עד שיתן לו כעין מעותיו ממש^{פג}, אולם מסקנת הסמ"ע שם דדוקא

במוכר בטל דינא דב"מ כשיש טירחה, אבל בלוקח צריך שיהיה הפסד, ועי' בנתיה"מ שכ' בכעין מעותיו, ודוקא שיש קצת הפסד במטבע, ע"כ, וכ"כ בערוה"ש עפ"י דברי נתיה"מ^{פג}.

אולם יל"ע טובא אם אכן כוונת הסמ"ע דבכל אופן שיש לקונה טירחה לא אמרי' דינא דבר מצרא, דדוחק לפרש כן, שהרי לעולם במה שהמצרן מסלק את הקונה מהקרקע שקנה, וודאי שיש לו לקונה טירחה גדולה למצוא אחרת במקומה, ויש לחלק^{פד}.

כו. גם מצד הקונה ליכא חיוב להתום על הסכם חדש עם המצרן

ונראה דאין המצרן יכול לתבוע מהקונה, שיעביר לו את השדה במכר חדש,

כן לכל אדם כגון שמוכר מחמת דוחק לא יתן לו המצרן אלא מנה, ע"כ, והרי יש כאן הפסד לקונה, ובהפסד ליכא דינא דב"מ, ולכאו' י"ל דהוי מניעת הרווח ולא הפסד, ועדיין צ"ע, דלכאו' דמיא להפקר, שאין בזה הישר והטוב.

פא. המשך לשון הטור, ואינו נראה כן מדברי הרמב"ם שכתב החליף השדה בבהמה או במטלטלין רואין דמי אותה הבהמה או דמי המטלטלין ונותן לו בן המצר ומסלקו ואין יכול לומר תן לי כמו שלקחתי בו שהערמה היא זו ואינה מועלת לו כלום ע"כ, וסיים א"א הרא"ש ז"ל וכן כל כיוצא בזה שיראה לדיין שהוא ערמה אינו מבטל כח המצרן, עכ"ל.

פב. והמשך דברי הסמ"ע שם הם כך, וז"ל ועיין בטור [סעיף ל"ט - מ'] שחולק בזה ואמר שלא נראה כן מדברי הרמב"ם [פ"ג משכנים ה"ד] והרא"ש [ב"מ פ"ט סי' כ"ה], והב"י דחה דברי הטור וכתב שאין כונת הרמב"ם הוא כן, ועיין דרישה שם הוכחתי שראיות הטור הן שרירין וקיימין, וא"כ נראה שהדין עם הטור בזה. ודוקא בהמוכר אמרו כן, משום דתקנת הטוב והישר לא ניתקן אהמוכר מצד עצמו, דהא יכול לומר אי בעינא לא אמכרנה כלל, ועיין דרישה, עכ"ל

פג. ובב"י באות ס"ט הביא דברי הרשב"א שכ' דדינא דבר מצרא משום עשיית הטוב היא בלבד ואין מזקיין את הלוקח לא לחרם ולא לשבועה וכו' עכ"ד.

פד. ורש"י שם בב"מ ק"ח בדינא דבר מצרא כ' ועשית הישר והטוב דבר שאי אתה נחסר כ"כ שתמצא קרקעות במקום אחר וכו' עכ"ל, הרי דחשיב את הקונה כנחסר, אלא שאינו נחסר כ"כ, ומכ"מ איכא דינא דבר מצרא.

והיינו דאם המוכר כבר חתם על הסכם עם הקונה, אולם המוכר אינו מסכים לעשות כדין, להעביר את השדה למצרון, ע"י שיבטל את המקח עם הקונה, ויעשה הסכם חדש עם המצרון, אין המצרון יכול לתבוע מהקונה שהוא ימכור לו את הדירה שקנה, מצד שהוא מצרון, [והוא ישא בכל ההוצאות שיהיו לקונה מההסכם החדש].

דיסוד דינא דב"מ הוא, שהקנין שעשה הקונה עם המוכר מתייחס למצרון, והוי כשלוחו והעדים כותבים את השטר ע"ש המצרון, ולא מצאנו בפוסקים שעל הלוקח החיוב לעשות מכירה חדשה למצרון, או לעשות שטר מהקונה למצרון, [וראה בהערה בדעת הרמב"ם כפי שכ' הב"י^פ, ובמש"כ המהרש"ל^פ].

יסוד זה שכתבנו דאין חיוב על הקונה לעשות מכירה חדשה למצרון, כיון דזה לא נאמר בדינא דבר מצוה, הוא נכון לענ"ד גם באופן שלא היה חשש נזק לקונה ממכירה חדשה ממנו למצרון, אולם למעשה ברור כי מעיסקה כזאת יכול להגרם ללוקח נזקים והפסדים כספיים, ואין על הקונה חיוב להכנס לחשש הפסד ועגמ"נ גדול, ומה יש בזה ישר וטוב, וראה בהערה, דמבואר בפוסקים שאם יש לקונה הפסד מכך שהמצרון יסלקו, ליכא דינא דב"מ^פ, [ואף יש דס"ל שגם אם יש לקונה רק טירחה א"א לסלקו, אולם לא קי"ל הכא^פ].

ובפרט אם הקונה כבר הוציא ממון על הקניה, כדוגמת תשלום לעו"ד

פה. בב"י סעי' ל"ד לענין הנידון אם יש לקונה חיוב אחריות למצרון, שכ' דלהרמב"ם דס"ל דאיכא אחריות הוא משום דהלוקח לא הוה כשלוחו של המצרון אלא שבעת סילוקו צריך הלוקח למוכרה להמצרון ולדעתו יצטרכו לכתוב שטר חדש שהלוקח מכר קרקעו להמצרון, עיי"ש, אמנם לכא' מסקנת הב"י בדעת הרמב"ם שליכא על הקונה חיוב אחריות אם אינו יכול לגבות מהמוכר עיי"ש, ועי' אבן האזל פי"ג משכנים הל"ז בדעת הרמב"ם דצריך שטר בין הלוקח למצרון.

פו. וראה מש"כ מהרש"ל בח"ש ב"מ ק"ח א' דלרבינא הלוקח אינו שלוחו של המצרון, אלא לעצמו קנה, וחכמים חייבו אותו לחזור ולמכור למצרון, ולכן ס"ל דבמחילה בעלמא שמוחל המצרון ללוקח סגי שהרי אין לו עליו אלא חיובא בעלמא ויכול למחול ומש"ה כי אייקר וזול ברשות הלוקח הוא ודו"ק, עכ"ד מהרש"ל.

אולם אנן קי"ל כנהרדעי דס"ל דבעינן קנין משום דחשיב כשלוחו, [ואולי אע"פ דלא קי"ל כרבינא, מכ"מ יש ללמוד מדבריו דהחיוב משום הישר והטוב הוא גם לחזור ולמכור למצרון, ודוחק].

פז. דכל שמפסיד הלוקח ממון בסילוקו אין בזה דין בר מצוה, כמו שהבאנו בהערות הקודמות דברי הטור והב"י בסעיף ל"ד בשם הרמב"ן ז"ל שאין עשיית הטוב והישר בממונו של זה, וטובא מיניה כ' בב"י באות ל"ט ואף על פי שכשכתב הרמב"ם (פי"ד ה"א) דין זה דטבי ותקולי גבי כשבאו הלוקח והמצרון למוכר נראה לי דהוא הדין כשפרע הלוקח והמצרון מביא לו מעותיו שצריך ליתן לו כעין הדמים שנתן וכו', ע"כ.

פח. ראה דברי הסמ"ע בסקל"ח, עיי"ש.

ועוד הוצאות וכפי הרגילות, דנראה שאין בזה דין ב"מ, שהרי אי"ז ישר וטוב שיפסיד ממונו, וגם אם המצרן יאמר לו לקונה שהוא ישלם לו את כל ההוצאות^פ, יכול הקונה לומר שאינו סומך עליו שישלם כל ההוצאות וההפסדים שיכולים להגרם, ואינו רוצה עימו בדינא ודיינא, וגם לפעמים ההפסדים מתבררים בעתיד לאחר זמן, וקשה לגבותם.

ופשוט שהמצרן אינו יכול לומר שהקונה עשה שלא כדין במה שקנה ולא פנה מתחילה למצרן, ולכן כל ההוצאות מוטלות עליו דוודאי שאין חיוב על הקונה לפנות למצרן ולהציע לו לקנות^צ.

כו. כשהמצרן קונה להרווחה

הרמ"א הביא ד' הראשונים שאם הלוקח קנה את הבית משום שאין לו בית, והמצרן שבא לסלקו מבקש את הבית להרווחה בעלמא, לית ביה דינא דב"מ, וז"ל הרמ"א שם בסי' קע"ה סעי' מ"ט אם הלוקח לית ליה ארעא ודחיקא ליה שעתא, והמצרן אין צריך לה רק להרווחא

בעלמא, י"א דלית ביה משום דינא דבר מצרא ויש חולקין, ומדברי מוהר"ם סימן ש"מ ומהרי"ו סימן צ"ט נראה כסברא הראשונה ודוקא שהלוקח מן העיר ולא יכול למצוא בית במקום אחר אבל בלאו הכי המצרן קודם לכולי עלמא עכ"ל.

ולמעשה בהרבה מהתביעות לסלק הקונה בטענת בר מצרא, המצרן מבקש לקנות את הבית להרווחה להגדיל דירתו, או לצורך השקעה ולהשכרה לאחרים, [ובאופן דאיכא דינא דב"מ], והקונה מבקש את הבית לגור בו משום שאין לו דירה אחרת, והוא גר בשכירות, וא"כ לכאור' י"ל דלית ביה דינא דב"מ, [כל שהקונה מהעיר]^{צא}.

ולכאור' גם אם יש לקונה בית, אולם אינו מספיק לפי מספר בני ביתו, והוא גר בדוחק וצמצום, י"ל דהוי כאין לו בית דליכא בזה דינא דב"מ, ואף דמצרן שקונה להרווחה פלוגתא היא, משמע שהרמ"א נקט כדעה הראשונה דס"ל דליכא בזה דינא דבר מצרא, אולם גם אי הוי בכלל ספיקא דדינא, הרי א"א להוציא מהקונה,

פט. עי' בפת"ש סוף סקי"א מה שהביא לענין ההוצאות ללוקח.

צ. הערה מרבי אברהם כהן, אמנם במכירה של דירה מחולקת באופן שדירה זו נקנית בהסכם פנימי ולא רשמי, והרבה אנשים מזלזלים בצורך של הסכם מפורט, אלא מסתפקים בכמה שורות כתובות, לכאורה יחזור עיקר הדין שיש דינא דב"מ, ובפרט באופן שעדיין לא נעשה ע"ש הקונה רישום מישכון, ולא ייפוי כח.

צא. בגדר הרווחה יעוי' במשפט שלום הכא שמביא בשם השמש צדקה דאם להמצרן יש דירה המספקת לו אלא שרוצה להרחיב דירתו עבור נוחיותו אין זה נקרא להרווחא ולכו"ע המצרן קודם, ואם המצרן חפץ בה בשביל להשכירה לאחרים בבית יוסף מחודש ל' ד"ה ועוד כתב דהוה להרווחא ואין בה דין מצרנות.

לו בית שהוא דר בו, אע"פ שהוא דחוק, ואמנם אם הקונה אינו יכול למצוא בית המתאים לצרכיו, או שהבית שגר בו דחוק טובא, י"ל דחשיב כאין לו בית כלל, ועוד יל"ע בזה.

כה. כל שיש פסידא למוכר ליכא דינא דב"מ
עוד יש אופנים רבים בהם ליכא דינא דבר מצוה, מהטעם שאם נחייב את המוכר למכור למצוה יש חשש נזק או טירחא למוכר, מחמת צורת וסיבת המכירה של המוכר, ולכן גם לאחר שהמוכר מכרה לאחר, אין המצוה יכול לסלק לקונה, כמו שנתבאר לעיל.

כי כפי שכבר נתבאר, עיקר דינא דבר מצוה נאמר על הקונה, ועל המוכר נאמר רק דין לכתחילה, שאם באו קונה ומצוה ביחד עליו למכור למצוה^צ, אולם קבעו חז"ל שאם בכך שנחייב המוכר

כמבואר להלן, דבכל ספק א"א להוציא מהלוקח^צ.

אולם למעשה הרי הרמ"א הביא דברי מוהר"ם ומהרי"ו שכ' ולא יכול למצוא בית במקום אחר, דמשמע שאף אם יש לו בית דחוק אינו קודם למצוה, ועי' בסמ"ע בסקפ"ט שהביא דברי הראשונים בזה, ולמעשה מסקנת דבריו עפ"י תרומת הדשן, דדוקא כשאין ללוקח שום בית אחר א"א לסלקו, אבל אם יכול לקנות בית במקום אחר, אף שאותו בית היה קטן וצר, ובא לקנות בית זה שהוא מרווח כפי צרכו, אית ביה משום דינא דבר מצוה, עכ"ד^צ.

ולמעשה בעיירות בזמננו, לעולם יכול הלוקח לקנות בית אחר, ולכהפ"ח בית מצומצם וקטן יותר, וא"כ לעולם איכא דינא דבר מצוה, וק"ו כשיש

צב. וכמש"כ בשו"ע סעי' מ"ה אפילו היה בדבר ספק, אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצוה לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה לשדה זו אריס אתה לשדה זו או שוכר או ממשכן צריך בעל המצוה להביא ראיה שהוא בעל המצוה ושקרע זו בחזקתו וכן כל כיוצא בזה. הגה: וכן במקום שהפוסקים חולקין אין מוציאין מיד הלוקח מיהו לכתחילה יש למכור למצוה (ב"י), עכ"ל.

צג. עי' בפתחי תשובה ס"ק כ"א בספק אם הלוקח יוכל למצוא במק"א, ועי' בדברי מלכיאל ח"א סימן צ"ה.

צד. ובב"י הביא כמה פעמים דברי הראשונים דלכתחילה על המוכר להודיע לו למצוה שיש המבקש לקנות הקרקע. עי' באות מ"ט שהביא דברי המרדכי וז"ל כ' הר"מ מצאתי תשובת רב פלוני גאון דכל היכא שהלוקח בעיר אין להשהות המקח עד שישלחו ויודיעו למצוה שאינו בעיר אם חפץ לקנותו בכך אלא המוכר בא לפני הקהל ואומר פלוני חפץ לקנותו בכך אם המצוה או אחר במקומו או אחד מקרוביו או מאוהביו חפץ לקנותו בכך מוטב ואם לאו לא משהינן ליה להודיעו ויזכה הלוקח במקחו ע"כ.

גם הביא בב"י באות ס"ג מדברי רש"י שכ' תוכ"ד, כל שכן דמשום בר מצוה לא משהינן למילתא לאודעי ע"כ, וג"כ משמע דהמוכר צריך להודיעו למצוה.

מהקונה, ואין המצרן יכול לתבוע את הקונה ולסלקו מדינא דב"מ, כיון שאם יוכל המצרן לסלק אח"כ לקונה, ג"כ המוכר יכול להפסד מכך¹³.

והטעם בכל האופנים דלהלן שאמרו חז"ל שאין בהם דינא דב"מ, הוא כדי שירבו הקופצים על המוכר, ויוכל להשיג במהירות את הממון הדרוש לו, שאם נאמר שיש במקח דין בר מצרא, יקשה על המוכר למצוא קונה, משום שהקונה יסבור שלאחר שהוא יטרח בקניה, ואח"כ יבוא מצרן לסלקו, ויש

למכור למצרן יהיה לו מכך איזו פסידא, ואפי' טירחה, בזה לא נאמר שעליו למכור למצרן¹⁴, וכמו שנתבאר, ולא עוד אלא שיש מהראשונים שכתבו שאפי' כשהמצרן עם הלוקח באים יחד אינו צריך למכור למצרן, משום שגם זה יש בו חשש נזק למוכר, והם ב' דעות ברמ"א בסעי' מ"ג¹⁵.

ובדין זה נתחדש חידוש גדול, דבאופן שאין על המוכר החיוב למכור לכתחילה למצרן, והמוכר מכרה כבר ללוקח אחר, כבר פקע דין בר מצרא גם

וכ"ה דברי הרמ"א בסעי' ל"ד בענין שהמצרן במדינה אחרת או חולה, שכ' וי"א דמכל מקום לכתחילה ילך המוכר לפני ב"ד שיודיעו לאוהבי או קרובי המצרן אם רוצה לקנות עכ"ל. ועי' מש"כ הסמ"ע בסי' קע"ה סקס"ג, שכ' שעל המוכר לשאול את המצרן אם רוצה לקנותו בשביל טובתו דנפשו, כי אין המוכר יכול למכור בטוב עד שישאל פי המצרן, דאינש דעלמא ירא לקנותו כי יבוא המצרן אח"כ לסלקו. ועיין פרישה שכתבתיו ג"כ לפני זה בדינים הנ"ל, וכן צ"ל בדברי המחבר הנ"ל כמה פעמים, עכ"ד.

הערת רבי אריה קרויזר, ואפשר דהרמ"א הזכיר רק בענין זה, משום דהכא הוי כעין השבת אבידה, דאם ימכור לאחר יאבד המצרן זכותו, משא"כ כשהמצרן נמצא במקום יכול להוציא מהקונה, א"כ אין בזה השבת אבידה, [וחיוב ההודיעו בוודאי שאין עליו כמבואר בפרישה באות נ"ד והסמ"ע בס"ק ס"ג, אבל על הקונה צ"ע עד כמה מוטל עליו להודיע למצרן או לכהפ"ח שלא יהיה לו אח"כ טענות של טירחא וכדו' שנוצר מכך שלא הודיעו, דעי' בסמ"ע בס"ק ז' דהתקנה היתה שימשוך ידו מקנייתו, וממילא יצטרך המוכר למוכרו למצרן, וכ"ה בנתיה"מ סק"ה, וזה עיקר תקנת עשיית הישר והטוב במצרנות שכל אדם ימשוך ידו ממנה ויניחנה ביד המוכר הראשון ויקחנה המצרן ולמעשה להודיע למצרן לא מציינו, ואפשר דהוא משום דחכמים הטילו עליו דנעשה כשליח, א"כ מותר לו להכנס על הספק אבל ודאי אין לו אח"כ זכות טענה ומענה על הטירחה שעשה, עכ"ד.

צה. וכפי שהבאנו לעיל מדברי רבותינו הפוסקים.

צו. וז"ל הרמ"א ואפילו לכתחילה כשבאו לקנות, כל הקודם זכה, (רמב"ם פ"ב והג"א בשם ר"ח ובשם תלמידי רשב"א), ויש אומרים דהמצרן קודם, (שם הגהת אשירי בשם רש"י).

צז. וכמש"כ בשו"ע בסעי' מ"ג מכר כדי ליתן מנת המלך, או שמכר לקבורה או למזון האשה והבנות וכו' אין בו דין בן המצר וכו' ואפילו לכתחילה כשבאו לקנות, כל הקודם זכה ויש אומרים דהמצרן קודם.

כמוכרה מפני רעתה, דליכא ביה דינא
דבר מצוה.

ואמנם הב"י באות ס"א הביא דברי
העיטור (באות מ' מכירת קרקעות טו.)
שכ' וז"ל ומסתברא רע הידוע ויפה ידוע
קאמר שהוא ניכר לכל אבל רע לזה ויפה
לזה יפה לזה ורע לזה לא עכ"ל, והסמ"ע
העתיק דבריו, וכ' ונראה דליכא מאן
דפליג על זה ע"כ.

ודבריהם צ"ב, דאם השדה שבידי המוכר
היא רעה לו מחמת טעמיו
וסיבותיו, הרי אם ע"י דינא דב"מ ימנע
בעדו למכרה ולקנות אחרת שהיא טובה
לו, הרי"ז נחשב כהפסד עבורו, ומה
איכפ"ל בשאר בנ"א שאי"ז נחשב אצלם
רע, והרי כבר שנינו שכל שיש למוכר
חשש פסידא מכך שנחייב אותו למכור
למצרן, אין בו דינא דב"מ, ולמה יהיה
תלוי בדעת בנ"א אחרים, שעבורם זה
יפה, וצ"ל דכיון שאי"ז אלא חשש
שיפסיד בכך לקנות שדה אחרת, הרי רק
בהפסד ברור שהוא רע לכו"ע פטרו אותו,
ועדיין צ"ע צ"ט.

בוזה נזק למוכר, שאינו יכול להתעכב
במכירה צ"ב.

ובזמננו הרבה מהמכירות של בתים
וקרקעות, הם האופנים שאמרו
חז"ל שאין על המוכר דינא דב"מ, ולכן
גם לא יהיה באלו דינא דב"מ על הקונה,
וכפי שביארנו לעיל, ונפרט את הדברים,
כי גם מטעמים אלו, אין דינא דבר מצוה
בחלק גדול מהעיסקות בזמננו, ונציין
חלקם בקיצור דברים, וכדלהלן.

כט. המוכר שדה רע לקנות שדה יפה

בשו"ע שם בסי' קע"ה סעי' מ"ב כ'
המוכר שדה רע כדי לקנות
בדמים שדה יפה או שמכר מקום רחוק
כדי לקנות מקום קרוב אין בהם דין בן
המצר שמא בינתים שיוודע למצרן יקנה
אחר אותו שדה שהוא רוצה לקנות, ע"כ.

ולכאן' הוא הדין לענין מכירת דירה, אם
המוכר מוכר את הדירה מפני
שיש לדירה שמוכר חסרונות רבים, כמו
רעש וריח, וכן כאשר הדירה נמצאת
בקומה גבוהה וכדו', דיש להחשיבה

צח. כ"כ הרמב"ם בפרק י"ב משכנים ה"י ולמה אין בהם דין בן המצר שכל אלו טרודים הם
למוכר ומשום צורך גדול מוכרים ואם תאמר יש בהם דין בן המצר לא ימצאו לוקח שהרי
אומר למה אטרח ואקח כדי שיבא זה ויסלק אותי ואין הבעלים יכולים להמתין עד שיביא בעל
המצר מעות ויקנה, עכ"ל, והביאו הב"י באות ס"ג.

צט. ובגאולת קרקע בערכין פ"ט משנה ב' דתנן לא ימכור ברחוק ויגאול בקרוב ברע ויגאול ביפה,
הוא ענין אחר, וכמש"כ בפ"י הרע"ב, ומצא, משמע שימצא דבר שלא היה מצוי לו בשעה
שמכר, פרט למוכר ברחוק כדי לגאול בקרוב, ברע כדי לגאול ביפה, שהיה מצוי לו בשעה שמכר,
ובתפארת ישראל ביכין כ' לא ימכור ברחוק ויגאול בקרוב. ר"ל אינו רשאי למוכר שדה רחוקה
מהעיר כדי לגאול זו שקרובה להעיר, וכן איפכא, ע"כ.

ואולי י"ל דגם לדעת העיטור, במקום שיש למוכר טעם מיוחד להחשיב כלפיו את השדה או הבית שברשותו כרע, שפיר ליכא דינא דב"מ, ודברי הפוסקים הם בסתמא, כשאין למוכר טעם מיוחד, וזה דוחק, אולם כ"נ בדרישה ובאחרונים, וכן מסתברא^ק.

ולפי האמור, הרי אם המוכר מוכר ביתו משום חסרון שיש בבית, כמו רעש וגובה וכדו' דהוי רע לכל, אין בו דינא דב"מ, והרבה ממכירת דירות ע"י בעליהם, הוא מחמת שיש בדירות חסרונות.

ולפי"ז לכאז' כל שהמוכר דירתו, מוכר משום שהיא קטנה ומצומצמת עבור משפחתו, וצריך להרחיב גבולו בדירה גדולה יותר, דוודאי שכלפיו יש כאן רע וטוב, שאע"פ שיש לומר שלגבי אחרים אי"ז רע, משום שכל אדם צרכיו שונים מחבירו, אולם מכיון שלכל בעל משפחה גדולה הוא רע, וודאי לכו"ע יש

להחשיבו כרע, ואמנם עי' מש"כ לעיל דמבואר בפוסקים דכל שיש לו דירה מצומצמת איכא דינא דב"מ ולא הזכירו סברא דרעה וטובה, ולמעשה עדיין צ"ע^{קא}.

ואם כנים הדברים, הרי חלק גדול מעיסקאות המכירה של דירות, נעשות כמוכר רע כדי לקנות יפה, וכאמור, שדירות אלו נמכרות מחמת חסרונות שיש להם, ולכן לא יהיה בהם דינא דבר מצרא, וכן לפי מה שכתבנו, דיש לדון שאם בעל הדירה מוכר משום שהוא צריך לדירה גדולה יותר, ליכא דינא דב"מ,

ואמנם לד' הב"י והסמ"ע שהבאנו, י"ל דגדר רע ויפה, וכן רחוק וקרוב אינו תלוי במוכר זה, אלא מה שנחשב בין בנ"א רחוק וקרוב, אע"פ שלמוכר זה הוא רע ורחוק משום צרכיו, ויל"ע^{קב}.

ולא נתפרש להדיא, אם האי דינא דמוכר שדה מפני רעתה וכו' אין בה דינא דבר מצרא, נאמר דוקא כשיש לפני המוכר

ק. ובדרישה בסוף סעי' ס"ב כ' וי"ל דוודאי כל שאומר המוכר בפירוש איני רוצה בזה כי היא רעה בעיני שמעינן ליה עיי"ש, וראיתי שכן מציינים בשם נחלת בנימין ומספר החשן ואפוד. ראה גם בפתחי חושן סי' י"א הערה פ"ד.

קא. ולעיל בד"ה כשהמזרן קונה להרווחה, הבאנו דברי הפוסקים לענין מצרן שקונה להרווחה, שאם הקונה אין לו בית ומבקש לקנות לצורך מגוריו, שאין בו דינא דבר מצרא, שכתבו דאם יש לקונה בית אחר שגר בו או שיכול לקנות אף שהוא קטן ומצומצם כבר איכא דינא דבר מצרא, אין זה שייך לענינינו, דהתם איירי לענין הקונה, שבו נאמר עיקר דינא דבר מצרא, וכל שיש לו היכן לגור אפי' בשעת הדחק, כבר אפשר לסלקו, משא"כ הכא אנו דנים במוכר, שבו נאמר כי כל שיש לו הפסד ואפי' חשש הפסד, ליכא דינא דבר מצרא, וודאי שאם מונעים ממנו להחליף ביתו המצומצם לבית ראוי, דהוי פסידא, ופשוט.

קב. ומש"כ בשו"ת מנחת יצחק ח"י סי' קמ"ז, לענין המבקש לגור באזור מסוים דהוי כרע ויפה, צע"ג, כיון דס"ל דבעינן שיהיה יפה לכל אדם.

מדברי הנוב"י והשעה"מ יש ללמוד דס"ל דבעינן שיהיה שדה יפה לקנותה, ובלא"ה אף שמוכר שדה רעה יש דינא דבר מצוה.

ל. המוכר לצרכי מזונות

עוד מצאנו אופן שאין בו דינא דב"מ מחמת שהמוכר ממחר למכור, מש"כ בשו"ע שם בסעי' מ"ג וז"ל מכר כדי ליתן מנת המלך או שמכר לקבורה או למזון האשה והבנות, הגה, וי"א דהוא הדין למזונות עצמו, אין בו דין בן המצר ואפילו שלוח לצרכי קבורה או למזון האשה והבנות או שלוח מחבירו לפרוע המס כשמוכר לפרוע למלוה אין בו משום דין המצר ואפילו לכתחילה כשבאו לקנות, כל הקודם זכה, ויש אומרים דהמצרן קודם, ע"כ.

ויל"ע אם השו"ע חולק על תוספת זו שבדברי הרמ"א, דאמנם מקור דברי הרמ"א הם בב"י שהביא דברי הרמב"ם, וכמו שאיתא בשו"ע, ואח"כ הביא דינא דהרמ"א בשם תלמידי הרשב"א, ומשמע בדבריו שהרמב"ם לא ס"ל הכא, ויל"ע קי,

וגם ממש"כ השו"ע מזון האשה והבנות, משמע דוקא, אבל מזונות עצמו או בניו לא, [ויל"ע מה לענין מזונות בניו עד בני שש שנים שחייבים לפרנסם מתקנת אושא], ולהלכה עדיין יל"ע.

שדה או דירה אחרת שרוצה לקנות עכשיו, וחושש שיקדמנו אחר, דאז אם יתעכב אפשר שיפסיד השדה שמבקש לקנות, או דאף אם בא למכור כדי שיהיה לו ממון מזומן בידו, ויוכל לקנות מיד כשיבוא לידו, כבר לא אמרי' בזה דינא דב"מ, דאי"ז נחשב כהפסד למוכר.

ולשון הטושו"ע משמע דדוקא כשיש למוכר בית אחר לקנות, שכ' שם בסעי' מ"ב המוכר שדה רע כדי לקנות בדמים שדה יפה או שמכר מקום רחוק כדי לקנות מקום קרוב אין בהם דין בן המצר, שמא בינתים שיודע למצרן יקנה אחר אותו שדה שהוא רוצה לקנות עכ"ל, ומשמע שיש שדה המזומנת לו לקנות, וכן משמע בדברי רש"י שם בהמקבל הביאו ב"י באות ס"א, שכ' אין בה משום דינא דב"מ וכו' שאם באנו לעשות איחור בדבר שמא בין כך ובין כך תמכר זו שהיה רוצה זה לקנות, ע"כ.

והנה הש"ך בסקמ"ב כ' לענין מי שעקר לעיר אחרת דחשיב כמוכר מפני רעתה, וליכא דינא דב"מ, ובנודב"י [הביאו בפת"ש] השיג עליו, שהדין שמוכר מפני רעתה הוא דוקא כשיש לו שדה טובה לקנות, שאם לא ימכור את שדהו יפסיד את השדה שמבקש לקנות, משא"כ בעוקר לעיר אחרת, ועי' בשער המלך שהצדיק דברי הש"ך, אולם מכ"מ

קג. וז"ל הבית יוסף שם באות סג, המוכר כדי לפרוע מס וכו'. בהמקבל לכרגא ולמזוני ולקבורה לית ביה משום דינא דבר מצוה דאמרי נהרדעי לכרגא למזוני ולקבורה מזבנינן בלא אכרזתא. ולמזוני פירש רש"י למזון האשה והבנות. וכן כתב הרמב"ם בפרק י"ב (הל' שכנים ה"ט) וכן כתבו תלמידי הרשב"א אלא שסיימו בה והוא הדין למזונות עצמו, עכ"ד ב"י.

דבר מצרא^ק, ולכאו' הוא הדין לצרכי הנישואין וכדו', והוא מצוי מאוד שאדם מוכר דירה לצרכים אלו.

לא. כשתנאי התשלום של הלוקח עדיפי משל
מצרן

עוד שנינו בשו"ע שם בסעי' כ"ג וז"ל הביאו המצרן והלוקח כל א' מעותיו אם היו מעותיו של לוקח טובים משל מצרן, או שהיו ממהרים יותר לצאת בהוצאה, או שאלו צרורין וחתומין ואלו מותרין, בטל זכות המצרן. וכתב על זה ברמ"א שם ז"ל והוא הדין בכל דבר שיש פסידא למוכר לא תקנו בזה זכות למצרן, עכ"ל, וכבר הבאנו לעיל, דברי הסמ"ע דאף אם אין למוכר אלא טירחה מקבלת דמי המצרן, כבר ליכא דינא דבר מצרא.

ודיין זה נאמר כאשר הקונה והמצרן באים יחד לקנות, דאז אם מעות הקונה עדיפים על של המצרן, ליכא דינא דבר מצרא גם על הקונה.

וי"ל ע' מה הדין אם המצרן לא בא בשעה שהמוכר מכר לקונה, אלא שנודע לו אחרי המכר והוא בא לקונה לסלקו, אם ידוע לנו שבשעה שהקונה קנה את הקרקע היו כספיו יותר זמינים להעבירם

הרי דלדעת הי"א אף במוכר למזונות עצמו ליכא דינא דב"מ, ואף אם מוכר כדי לשלם חובות שלוה לצורך מזונות, ליכא ביה דינא דב"מ, ולכן המוכר שדה או בית מחמת שיש לו חובות מההוצאות למזונות, הרי לדעת הרמ"א גם זה נחשב לצורך מזונות, וליכא ביה דינא דב"מ, ואף אם נימא דדברי הרמ"א אינם מוסכמים, מכ"מ כבר נתבאר דבכל ספיקא דדינא א"א להוציא מהקונה שהוא נחשב למוחזק^{קד}.

ונראה דלדעת הרמ"א שהוא הדין למזונות עצמו, הרי כל מזונות אנשי ביתו בכלל, וגם בניו הגדולים בכלל, ואפשר שגם ילדיו הנשואים שהוא מפרנסם בכלל זה^{קה}, ולהלכה עדיין יל"ע. **ולמעשה**, דבר זה מצוי, שאדם מוכר דירתו כדי להקטין את חובותיו מהלוואות שלקח למזונותיו ולמזונות בני משפחתו, ובאופן כזה לא יהיה בזה דינא דבר מצרא, לא על המוכר, וגם לא על הקונה וכפי שנתבאר, [דכל שאין דינא דב"מ על המוכר, גם כשמכרה אין על הקונה דינא דב"מ].

גם מצאנו שהמוכר ביתו משום שצריך מעות לנדוניית ביתו ג"כ ליכא דינא

קד. אמנם בכל ספיקא א"א להוציא מהמוכר, כמש"כ שם בסעי' מ"ה, ואף בספיקא דדינא כן, שכ"ש הרמ"א הגה, וכן במקום שהפוסקים חולקין, אין מוציאים מיד הלוקח, הואיל ומוחזק, ע"כ. **קה.** ומש"כ בכסף הקדשים שדוקא בני בית המוטלים עליו בחיוב, אבל מה שנותן מזונות מפני הבושה אינו בכלל חיוב, עיי"ש המשך דבריו, ולענ"ד כל שאלו מוטלים עליו גם שלא בתורת חיוב הם בכלל.

קו. בפתחי תשובה ס"ק י"ז כ' בשם תשובת גאוני בתראי סוף סי' נ"ז כ' דהמוכר לצורך נדוניית בתו שהיה נחוץ להשיאה למשודך ולא היה לו לסלק הנדן דהוי כמו מזון הבנות.

הסכמת המוכר לאחר זמן, כדי שהמקח יהיה קיים^{קח}, אולם בדברי הרשב"א האמורים מבואר דאין מועיל מה שהמוכר מסכים אח"כ ליתן גם לו בהרווחת מעות עיי"ש^{קט}.

ואמנם לענין מוכר למזונות דליכא דינא דבר מצוה, כמו שכבר הבאנו כאן, הרי גם אם המצרן לא בא למוכר בשעת המכירה, מכ"מ אין המצרן יכול להוציא מהקונה, וא"כ ה"נ, ועדיין צ"ע בזה, ומבואר בב"י באות ל"ז שהוא דוקא אם המוכר מקפיד על זה, אבל בלא"ה לא נתבטל דינא דב"מ.

לב. המוכר בהמתנה לית ביה דינא דב"מ.

כאשר המוכר מכר את הקרקע לקונה בתשלומים, דהיינו שקבעו שהקונה ישלם לו את דמי המקח בהמתנת זמן, הרי כשהמצרן בא לסלק את הקונה מהקרקע שקנה, על המצרן לשלם למוכר את כל דמי המכר מיד, בלא הרווחת זמן^{קז}, שאע"פ שהמוכר קבע עם הקונה

למוכר משל כספי המצרן, כגון שהקונה שילם במזומנים, או שמשלם בהעברה בנקאית כך שהמוכר יכול להשתמש בכסף מיד, משא"כ כספי המצרן שידוע לנו שהם יתעכבו יותר וכדו', וכן באופן שידוע לנו שכספי הקונה יותר טובים, אם אין בזה דינא דבר מצוה, או דכיון שהמצרן לא בא למוכר בשעת המכר, אין לנו לדון מה היה אילו היה בא המצרן לקנות אז^{קח}, ואמנם בתשובות הרשב"א ח"ב סי' פ"ה משמע דאף אם המוכר אומר אח"כ דלא היה איכפ"ל במה שמביא מעות תקלי אינו מועיל, כיון שיש לבחון בשעת המקח, וכיון שסתם בנ"א מקפידים ע"ז אינו מועיל מה שהמוכר אומר אח"כ דאינו מקפיד, עיי"ש.

אולם בדינא דהרווחת זמן, שהשו"ע כ' בסעי' ח' שאם המוכר מכרה ללוקח בהמתנת מעות, אין בה דינא דב"מ, אלא א"כ המצרן רוצה לפרוע מיד, וכ' הרמ"א או שאין המוכר מקפיד ורוצה להמתין למצרן עכ"ל, והיינו שמועיל

קז. דהאי דינא דשו"ע דמעותיו של לוקח טובים משל מצרן איירי כששניהם הלוקח והמצרן באים יחד, דבזה ליכא דינא דב"מ, אבל לא מצאנו שלאחר שהלוקח כבר קנה יש לחשב איזה מעות היו בידי המצרן בשעת המקח, [שהוא כלל לא היה אז אצל המוכר].

קח. והוא חידוש של הרמ"א, וכבר כתבה בדרכי משה אות ג'.

קט. ואמנם היה מקום לחלק בין טבי ותקלי, שסתם בנ"א מקפידים עליהם, ולכן כיון שיש לנקוט שבשעת המקח לא היה המוכר מסכים אין מועיל המחילה עכשיו, אולם לענין הרווחת זמן, שהטעם הוא הראשון נח לי, הרי אם אומר שגם השני נח לו, למה לא יועיל, דאי"ז אלא גילוי מילתא בעלמא, ועוד יל"ע.

קי. ואמנם האי דינא דמוכר בהמתנה צ"ב מהא דשנינו שם בשו"ע בסעי' י' המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח, אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח"כ יסלק אותו ע"כ, דא"כ במוכר בהמתנה ג"כ נמתין

שישלם לו בתשלומים והרווחת זמן, מ"מ כאשר המצרן מבקש לסלקו לקונה מכח דינא דבר מצרא, עליו לשלם למוכר את כל הסכום מיד ובמזומן ק"א.

ובלשון הרמב"ם והשו"ע שם בסעי' ה' אם מכרה לו בהמתנה, לית בה משום דינא דבר מצרן, א"כ המצרן רוצה לפרוע מיד, ע"כ, כי אע"פ שהמוכר הסכים להמתין לקונה עם התשלום, יכול המוכר לומר שמהמצרן הוא רוצה את המעות מיד, וביאר הסמ"ע בסקי"ג דהטעם הוא משום דיכול המוכר לומר הלוקח נוח לי ובודאי יפרע לי לזמנו שקבעתי עמו משא"כ זה המצרן ע"כ.

ודין זה שמוכר בהמתנה לית ביה דינא דבר מצרא, הוא משום הכלל שא"א להפסיד את המוכר ע"י דינא דב"מ, ולכן

אם המוכר יאמר שאינו מקפיד שהמוכר ישלם הכל מיד, יכול המצרן לשלם בהמתנת מעות, ולכן כ' הרמ"א שם בסעי' ח' אמש"כ בשו"ע אם מכרה לו בהמתנה לית בה משום דינא דבר מצרן א"כ המצרן רוצה לפרוע מיד, הגה, או שאין המוכר מקפיד, ורוצה להמתין למצרן עכ"ל, כיון שהטעם הוא משום קפידת המוכר ק"ב.

ובזמננו, כל העסקאות נעשות באופן של המתנה והסדר תשלומים, ויש אחד לאלף שהקונה משלם את כל דמי המקח מיד, ולכן אם המוכר אינו מסכים שהמצרן ישלם לפי סדר התשלומים שקבע עם הקונה, עליו לשלם את הכל במזומן, ואם אינו משלם איבד זכותו, ובפועל הנסיון מוכיח, כי רבים הם

עד שישלם את כל הדמים, ואז יוכל המצרן לסלקו כיון שהמקח הושלם, ראה מה שכתבנו בזה באות הבא, מדברי נתיה"מ.

הערת רבי דוד בריזל, אכן יל"ע בזה, במה שנהוג בזמנינו בחו"י מכר, שאין זה מכירה גמורה בשעת חתימת החוזה, אלא החוזה הוא התחייבות למכור ולקנות, שהמוכר מתחייב למכור לו כשיגמור את התשלומים והקונה מתחייב לקנות מהמוכר. ולפי"ז כשהקונה סיכם על קנייה בתשלומים, ובא הבר מצרן ורוצה לקנות ג"כ בתשלומים, אולי יש לומר שכיון שעדיין לא מכר לקונה, שהקונה עדיין לא זכה כלל בדירה זו, ויש רק התחייבות למכור כשיגמור את התשלום, אולי לא שייך בזה כל הדינים שהתבאר עד עתה שאם כבר מכר לראשון אין השני יכול להוציא מידי הבר מצרא, שהרי הדירה עדיין לא נמכרה לראשון, אך מסתבר בזה שאין לחלק, וסו"ס כיון שיש לו התחייבות למכור לראשון, הרי זה כאילו שכבר מכר לו, ויש בזה כל כללי בר מצרא.

ק"א. ודין זה הוא בנוסף על מה שכבר שנינו, שעל המצרן התובע דין מצרנות, לשלם לקונה מיד את כל הכסף שהקונה כבר שילם, וכמו שנתבאר לעיל.

ק"ב. ואמנם דברי הרמ"א שהם עפ"י הנ"י אינם מוסכמים, כ"נ בב"י, ולכאוף כיון ששאר הראשונים לא חילקו בין מקפיד לאינו מקפיד, משמע דלעולם ליכא בזה דינא דב"מ, ואכן בכנה"ג הגהב"י אות י' כ' בשם שו"ת הרשב"א שאפי' המוכר אינו מקפיד ליכא דינא דב"מ, ובפת"ש כתב שיכול להחרים על המוכר שאומר שאינו סומך עליו אם אינו אמת.

ובנתיה"מ בביאורים סק"א תמה אדברי הסמ"ע דלאחר שיתקיימו התנאים יוכל המצרך לסלק את הקונה, דבענין זה שהמוכר יכול לומר הראשון נח לי וכו', ליכא כלל דינא דבר מצוה גם לאחר שנתקיימו התנאים, כמו המוכר בהמתנה, וכן תמה אמש"כ הסמ"ע שהקונה יכול לומר הראשון נח לי, שכיון שהמצרך מקבל השדה, מה לי בתנאים שהתנה הקונה לטובתו, הא אלו בטלים כיון דהוי שלוחו של המצרך.

ולכן פי' בנתיה"מ דאם המוכר מתנה תנאי לטובתו, יכול לומר אין המצרך נח לי, ובטל כל דין מצרונת, אלא שהכא איירי שמתנה תנאי שאינו לטובתו כלל, כגון תנאי שאם לא באתי או אם אלך, שהלוקח יכול לומר שאינו רוצה ליקח הדמים עד שהמקח יתקיים, והנפ"מ שאולי לא יהיו לו אז דמים, וכ"ה בב"ח ק"ד.

המוכרים שאינם מעונינים למכור למצרך, משום שאינם סומכים עליו או שהיו ביניהם דו"ד בעבר, וולכן הם אכן לא פנו למצרך להציע לו את המכר, ולכן יצטרך המצרך להביא את כל התשלום מידק"י.

לג. כל שיש תנאי לטובת המוכר

בכל הסכם מכר יש הרבה תנאים שהם לטובת המוכר או הקונה, ושנינו בשו"ע שם בס"י קע"ה סעי' י' המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח, אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח"כ יסלק אותו ע"כ, וכ"ה בטור אות י"ז.

ובסמ"ע שם סק"ח כ' עד שיתקיימו התנאים, משום דיכול המוכר או הלוקח לומר שאין זה המצרך נוח לי לתלות בו בקיום התנאי ע"כ.

קיג. ואמנם האי דינא דמוכר בהמתנה צ"ב מהא דשנינו שם בשו"ע בסעי' י' המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח, אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח"כ יסלק אותו ע"כ, דא"כ במוכר בהמתנה ג"כ נמתין עד שישלם את כל הדמים, ואז יוכל המצרך לסלקו כיון שהמקח הושלם, ראה מה שכתבנו בזה באות הבא, מדברי נתיה"מ, דלדבריו מיושב שפיר.

הערת רבי דוד בריזל, אכן יל"ע בזה, במה שנהוג בזמנינו בחוזי מכר, שאין זה מכירה גמורה בשעת חתימת החוזה, אלא החוזה הוא התחייבות למכור ולקנות, שהמוכר מתחייב למכור לו כשיגמור את התשלומים והקונה מתחייב לקנות מהמוכר. ולפי"ז כשהקונה סיכם על קנייה בתשלומים, ובא הבר מצרך ורוצה לקנות ג"כ בתשלומים, אולי יש לומר שכיון שעדיין לא מכר לקונה, שהקונה עדיין לא זכה כלל בדירה זו, ויש רק התחייבות למכור כשיגמור את התשלום, אולי לא שייך בזה כל הדינים שהתבארו עד עתה שאם כבר מכר לראשון אין השני יכול להוציא מידי הבר מצוה, שהרי הדירה עדיין לא נמכרה לראשון, אך מסתבר בזה שאין לחלק, וסו"ס כיון שיש לו התחייבות למכור לראשון, הרי זה כאילו שכבר מכר לו, ויש בזה כל כללי בר מצוה.

קיד. שכ' הב"ח דהיינו שאין הלוקח צריך להעביר הקרקע לידי המצרך עד שיתקיימו התנאים,

לד. מצרן שבא לסלק לוקח כדי למכור אח"כ
לאחר

זכות זו של בר מצרא נאמרה להקדים את המצרן עצמו לקנות לעצמו, כדי שיוכל לחבר ולצרף אותו לביתו או לשדהו, אבל אין לו זכות לקנות עבור אחרים ובשליחותם, ויל"ע מה הדין כשקונה לעצמו ע"מ למכור לאחרים, דלכאור' אין בזה הישר והטוב שהמצרן יקנה כדי להרויח, והלה יסולק מהדירה שקנה, אולם לא מצאנו בפוסקים תנאי זה, שלא יקנה על דעת למכרו לאחר, ואפילו כשהלוקח קנה בזול, ועתה המצרן מסלקו כדי למכרו אח"כ במחירו הנכון, מכ"מ איכא דינא דבר מצרא, כ"נ.

לה. דינא דב"מ בבתים

דעת ר"ת דבבתים לא נאמר כלל דינא דבר מצרא קטז, אולם למעשה, כ' הרא"ש כ' שאע"פ שמסתברים דבריו של ר"ת, לא נהגו כן, ופסקינן בר מצרא אף בבתים קטז, וכ"פ השו"ע בסעי' נ"ג דגם

ולכן בכל הסכם מכר שהמוכר אינו מעונין שהמצרן יסלק לקונה, יכול לעכב משום כל התנאים שישנם בהסכמים, והוא יכול לומר הקונה נח לי מהמצרן, אמנם אם הוא הערמה בעלמא, אינו מבטל דינא דב"מ, אולם אכן עפ"י רוב המוכר אינו מעונין שהמצרן יסלק לו לקונה, וגם כאשר יש תנאים במקח אין המצרן יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים וכמו שנתבאר.

ובזמננו, בכל הסכם מכירה של בתים וקרקעות, קיימים תנאים רבים בין המוכר לקונה, והמוכר צריך לסמוך על הקונה בתנאי וזמני התשלומים מסירת הדירה, רישום הדירה, תשלומים לרשויות ועוד הרבה, ובפרט בעיסקת טאבו משותף, שאם המוכר נשאר שותף עמו לשנים רבות, וא"כ אין המצרן יכול לסלק לקונה עד שיתמלאו כל התנאים, וכדלעיל, אולם אם המוכר אומר ששניהם שווים בעיניו איכא דינא דבר מצרא.

דאפשר שאע"פ שעכשיו יש למצרן ממון לשלם, הלוקח רוצה לדחות הסילוק לאחר שיתקיימו התנאים, כי אפשר שאז לא יהיה בידי המצרן ממון לשלם, ע"כ.

קטז. כמש"כ התוס' בב"מ ק"ח בד"ה ארעא, שדין בר מצרא נאמר רק בקרקעות, אבל לא בבתים, משום שבבתים לא שייך הטעם שמתחברים יחד, וכן דעת ר"ת בספר הישר שו"ת סי' ל"ב, דלא נאמר בבתים דין ב"מ וכ' שם ג' טעמים לכך, חדא דכיון דטעמא דבר מצרא שיכול הלוקח לקנות במקום אחר, ובתים אינם מצויים לקנות בכל פעם, ועוד שאע"פ שעשיר צריך לשדות הרבה, אבל עשיר שיש לו בית דירה יפה לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא יקנה בית להשכירה לאחרים, אין זה ישר וטוב, ועוד חזינן דהפסק של סלע ורכב דקלים נסתלק מצרונת, גם בתים מובדלים בחומות, עיי"ש, והראשונים הביאו דבריו, ועי' בב"י מה שהארין בה.

קטז. וכן הוא בתשובות הרשב"א ח"א סי' תתקט"ו שכתב ז"ל לרבינו תם והרמ"ב אין דינא דבר מצרא בשום דבר שיש כותל חוצץ בין המצר לקרקע, אמות, שמעשים בכל יום ודנים דין מצרונת בבתים כבשדות, ע"כ.

הלוואת משכנתא מהבנק, להשלים את תשלומי המקח, כפי שנוהגים רוב בנ"א, וסדר התשלומים של קניית הדירות נעשה עפ"י זה.

הלוואה זו שהמצרן לוקח מהבנק לצורך הרכישה, נעשית עפ"י היתר עיסקא, כי בלא"ה הוי איסור ריבית, צורת ההיתר עיסקה המקובל בבנקים הוא, שההלוואה הניתנת ע"י הבנק ניתנת באופן של חציו כפקדון וחציו במלווה, [יש בנקים שההיתר נעשה באופן של כולה פקדון], כך שבמחצית מהממון שמקבל כמשכנתא מהבנק המצרן נחשב כעוסק בשליחות הבנק, וא"כ בכספי ההלוואה שהמצרן מקבל מהבנק ומשלם בהם עבור הדירה, הבנק הופך להיות לשותף בדירה, משום שחצי מההלוואה שמקבל מהבנק הוא פקדון, שהבנק נתן בידו כדי להתעסק עבורו, ולכן עפ"י הדין הבנק קונה חלק בדירה כנגד מחצית מסכום ההלוואה שנתן.

ולכן, כאשר המצרן בא לסלק את הלוקח מהדירה שקנה, ומסתמך על

בבתים איכא דינא דב"מ^{ק"ז}, ועיי"ש בש"ך סקנ"ג שהביא דברי הסמ"ע בסקצ"ט שאפשר לצרף דעת ר"ת, וכ' דלא פסקינן כר"ת אף כצירוף לבטל דין ב"מ^{ק"ח}, וכן דעת רוב הפוסקים שאין לצרף דעת ר"ת ולפטור את הקונה מדינא דב"מ, אולם יש מהפוסקים שכתבו דמצרפים דעת ר"ת^{ק"ט}.

לו. הערה מהודשת בדינא דב"מ אם יש דין מצרנות כבא לקנות במשכנתא

יש להעיר בזה הערה מחודשת בדינא דבר מצרא, דבזמננו שהעיסקות נעשות על סמך הוצאת משכנתא מהבנק וכדו', י"ל דבאופן שהמצרן מסתמך ברכישה על קבלת משכנתא, ליכא כלל דינא דבר מצרא, והדברים צ"ע.

ונבאר הדברים, כפי המצוי, כאשר המצרן בא לקנות מהמוכר את הבית או השדה הנמצא על מצרו, או שאדם אחר קנה והמצרן בא לסלקו לקונה, הרי המצרן מסתמך על כך, שלאחר שיקנה את הבית וישלם למוכר או לקונה את החלק המזומן, [הנקרא הון עצמי], הוא יוציא

ק"ז. שכ' בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות אבל במטלטלין ועבדים אין דין מצרנות ומחובר לקרקע קרקע ויש בו דין מצרנות ולכן יש דין מצרנות בבתים והוא הדין במקומות בית הכנסת, ע"כ.

ק"ח. שכ' הסמ"ע וז"ל והעתקתי לשון ר"ת [בסקצ"ח] והראב"ד הנ"ל כדי ללמד ממנו במקום אחר שאם עין הדיין רואה שיש צד ישר וטוב שלא לסלק הלוקח, שיכול לצרף סברות הנ"ל למה שעיינו ראות ולפסוק שהדין עם הלוקח, ע"כ.

ק"ט. עי' בספר ארץ אפרים חו"מ סי' מ"ד, שאסף כעמיר גורנה דעת הפוסקים ראשונים ואחרונים, אם איכא דינא דבר מצרא בבתים, ואמנם כו"כ מגדולי האחרונים כתבו דיש לצרף דעת ר"ת שאין בבתים דינא דב"מ. ומכללם מהריב"ל בח"ב מ"א, מהר"מ אלשיך בסי' פ"ד, המהרש"ך בח"א מ"ג, ודברי ריבות סי' קנה, ועי' מש"כ בזה בחת"ס ח"ז סי' ל"ח.

הלוואה שיקבל מהבנק, הרי קניית המצרן הוא על מנת להכניס בהמשך שותף לעיסקה, דהיינו את הבנק, כיון שאין לו כדי לשלם מכספו את כל התשלום כדי לקנות הכל לעצמו, וא"כ יוצא שהמצרן בא לסלק את הלוקח ע"י שמביא עימו שותף שאינו מצרן, כיון שהבנק אינו מצרן כלל, וא"כ על החלק שהבנק קונה אין בו דין מצרנות קב.

דנראה פשוט שמצרן אינו יכול להביא שותף אחר ולסלק יחד עמו את הקונה, שהרי זה השותף אינו מצרן, ואיך יסלק את הלוקח מהחלק שהוא קונה ומשתתף, ומוכח כן ממש"כ הטור שם באות כ"ב, והשו"ע בסעי' כ"ג שכתבו וז"ל יש מי שאומר דמצרן לא יכול לאחותי איניש אחריני בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדינא דבר מצרא אלא היכא דאקנה ליה בארעא קמייתא דקא תבע מחמתה וכו' ע"כ, והיינו דלהכניס שותף ברכישת השדה החדשה, אינו יכול, אלא אם יקנה לו גם בשדה שלו עצמו.

ועיי"ש בסמ"ע שם בס"ק ל"ה שביאר שאע"פ דהטור בסעי' כ"ט והמחבר בסעיף ט"ו כתבו דאם קודם שסילק המצרן את הקונה, מכר את השדה העומדת על המצר שמכוחה הוא בא לתבוע מצרנות, דאין ללוקח שלו דין מצרן, [ואמאי כשמצרן מכניס שותף בשדהו, הם יכולים לסלק למוכר מכח שדה זו], דיש לדחוק ולישב דשאני התם דמיירי שמכר לאחר לחלוטין, וכאן רק הכניסו כשותף, עכ"ד הסמ"ע, וכן מפורש בדברי הב"ח שם דרק כשהמצרן מכר את כל שדהו לאחר אין לאחר דינא דבר מצרא, אבל אם נשאר שותף עמו יש דינא דב"מ.

ולפי האמור, שאין המצרן יכול לשתף שותף כדי לסלק את הקונה, [בלא להקנות לו חלק בשדה], א"כ גם על החלק של הקניה שהמצרן משלם מכספו כבר ליכא דינא דב"מ, כדאמרינן בסעיף י"ג דאין המצרן יכול לסלקו לקונה רק מחצי.

קכ. כל הנידון בזה הוא באופן שהמוכר בין המוכר לקונה הראשון נעשה באופן שחלק מהתשלומים ישולמו אחר זמן, ולכן המצרן שבא במקומו ג"כ רוצה להוציא הלוואה מהבנק, ולעמוד בתנאי העיסקה הראשונים, דאם לא כן, הרי על המצרן להביא המעות מיד, ואינו יכול לתבוע שימתינו לו להוציא הלוואה מהבנק, וכמו שנתבאר.

בנוסף על כך, הנידון הוא שהמוכר מסכים שהמצרן ישלם ג"כ את סדר התשלומים שקבע עם הקונה, דבלא"ה, הרי קיי"ל דמוכר בהמתנה לית ביה דינא דב"מ, כיון שהמוכר יכול לתבוע כל הדמים מיד, כדאיתא בשו"ע סי' קע"ה סעי' ח' כ' אם מכרה לו בהמתנה, לית בה משום דינא דבר מצרן, אא"כ המצרן רוצה לפרוע מיד, הגה או שאין המוכר מקפיד, ורוצה להמתין למצרן, עיי"ש בסמ"ע שם בסקי"ג משום דיכול המוכר לומר הלוקח נוח לי ובודאי יפרע לי לזמנו שקבעתי עמו משא"כ זה המצרן וזהו שסיים מור"ם וכתב ז"ל או שאין המוכר מקפיד כו' ע"כ, ולכן אם המוכר סומך על הבר מצרא כמו על הקונה איכא דינא דב"מ גם בהמתנת מעות, וכפי שכבר נתבאר לעיל.

ואם כנים דברינו, שהבנק חשיב כשותף ברכישה, משום חלק הפיקדון שבהית"ע, הרי כיון שהמצרן רוצה לקנות השדה בכוונה לשותף את הבנק בעיסקה, ע"י הלוואה שיקח ממנו, כבר אינו יכול לסלק הקונה, ובפרט דבאמת אין המקח נגמר עד שמשלמים את כל הדמים, כך שהבנק הוא הקונה של חלק מהמכר קכא.

ואמנם נתבוננתי כי יש ליישב, דכיון

שההיתר עיסקה המשמש את הבנקים כיום, קובע שהבנק הופך להיות לשותף בכל עסקי מקבל הממון, א"כ כאשר המצרן מוציא הלוואה מהבנק כדי לסלק את הלוקח, הבנק הופך להיות לשותף גם בבית והשדה של המצרן עצמו, כחלק מעסקיו של מקבל העיסקה, והרי נתבאר שאם המצרן מוכר לשותף חלק בקרקע שלו, איכא דינא דב"מ, שיש דינא דבר מצרא.

קכא. אלא א"כ המצרן יקנה הכל מכספו, ורק אח"כ יקח הלוואה מהבנק, דכפי שהתבאר מצרן שזוכה בקרקע מדין מצרנותו, יכול למכרו לאחר, ואף אם קנה על דעת כן יכול לסלק את הקונה.

מרבי דוד בריזל, ויש להעיר בזה, שבאופן שהמוכר ג"כ יש לו משכנתא מהבנק, והקונה מעוניין לקחת משכנתא מאותו בנק שהמוכר לקח המשכנתא, בכה"ג אין טענה זו, שהרי הבנק הוא גם שותף בדירה של המוכר, ועתה הוא יהיה שותף עם הקונה, והרי יש לבנק זכות טענה לבד להשתתף בקניה זו כי שותף יש לו דין בר מצרא, ולשותף יש עדיפות על שאר בר מצרא, ועל כן אין שייך בזה טענה זו. [ולפי"ז יהיה דין מחודש, שאם יש לו שני בר מצרא, ואחד מהם רוצה ליטול משכנתא מהבנק שהמוכר יש לו משכנתא שם, והשני מעוניין ליטול משכנתא מבנק אחר, שלכאוף יוכל הראשון לדחות את השני, כיון שהראשון שמשותף עמו הבנק, יש לבנק ג"כ דין בר מצרא, והוא עדיף מהשני שמשותף עמו בנק אחר בקניית נכס זה].

אכן בעיקר טענה זו, יש לדון לחלק, שכל הסברא שבר מצרא שאינו יכול לקנות לבדו ומביא מתחילה שותף שאינו בר מצרא, אין יכול להוציא מיד הקונה כיון שהשותף אינו בר מצרא, אכן במשכנתא, אין הבנק מעוניין כלל להשתתף ולהיות שותף בבית, ועיקר הסיבה שהוא שותף כדי שלא יהיה איסור ריבית, והרי עיקר הקונה הוא הקונה בעצמו, שרק הוא חותם על העיסקה והוא מתחייב לכל תשלום הכספים, והוא יהיה חייב בביטול והפרת העיסקה, והבנק אין לו כל מעורבות וענין בעצם הרכישה, אלא שלאחר שהקונה רוכש את הדירה לעצמו ורושם אותו באופן בלעדי על שמו, לאחר מכן הוא מקנה חלק לשותף שלו שהוא הבנק, כדי שלא יהיה לו חשש ריבית, אבל בשעת הקנייה לא היה הבנק שותף במכירה זו, אלא היה קנין עבור המוכר בלבד, ובכה"ג מסתבר שאינו דומה לכל שותף שלכתחילה קונה השותף יחד עמו, שכן הוא מהות השותפות ששניהם רוכשים את הבית, אבל בבנק בשעת הקנייה, הקנייה מתבצעת ע"י הקונה בלבד, ורק אח"כ הוא מכניס את הבנק לשותף כדי לסלק חשש ריבית. ובכה"ג לא מצינו מקור שאין בזה דין בר מצרא, עכ"ד.

ודברי הרה"ג תמוהים, דכדי שלוקח הלוואה לא יעבור על איסור ריבית החמור, מחייב בהכרח שהבנק יהיה שותף ממש, ופשוט.

לו. בכל מקום ספק הלוקח מוחזק

קיי"ל שבכל ספק אם יש במקח דינא דבר מצרא, הדין הוא שהלוקח נחשב למוחזק במקחו, ואין המצרן יכול לסלקו, והוא הדין בספיקא דדינא.

וכלשוון הרמב"ם בהלכות שכנים בפרק י"ב הלכה י"א, הרי שטען הלוקח ואמר מפני המס וכיו"ב מכר כו' על בעל המיצר להביא ראיה, ואח"כ יוציא מיד הלוקח כו', ובהלכה י"ב אפילו היה שם בדבר ספק אין הלוקח מסתלק אלא בראיה וכו', לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה וכו', וכן כל כיו"ב, וכו' ע"כ, וכ"ה שם בשו"ע בסעי' מ"ה, שכ' וז"ל אפילו היה בדבר ספק אין הלוקח מסתלק

אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצר לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה לשדה זו אריס אתה לשדה זו או שוכר או ממשכן צריך בעל המצר להביא ראיה שהוא בעל המצר ושקרצע זו בחזקתו וכן כל כיוצא בזה, הגה, וכן במקום שהפוסקים חולקין אין מוציאים מיד הלוקח הואיל ומוחזק מיהו לכתחילה יש למכור למצרן (ב"י) ע"כ, וכ"ה שם בסעי' מ"ד לענין ספק אם מחמת המס מכר קכב,

ולכן בכל הני אופנים שכתבנו לדון דלית בהם דינא דבר מצרא, אף באלו שתלויים במחלוקת הפוסקים, אין המצרן יכול להוציא מהקונה קכג.



קכב. וז"ל טען הלוקח ואמר מפני המס וכיוצא בו מכר לי המוכר ובעל המצר אומר שקר אתה טוען כדי לבטל זכותי על בעל המצר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע הלוקח היסת, עכ"ל,

קכג. ולפעמים גם כשיש מיעוט במקום רבים, יכול הלוקח לטעון קים לי כהני דפטרי מדינא דב"מ.

ועי' בפתחי חושן סי' י"א הערה קפ"ט לענין ספק וספק ספיקא, ועוד, עיי"ש. ועי' בב"י אות נ"ו שכ' וז"ל וכדאי הוא לסמוך עליו בעלמא כ"ש במצרות דלית ביה אלא משום ועשית הישר והטוב דבטעם כל דהו דחינן ליה, עכ"ל.

שזמר? משפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים
גדולי הדיינים שליט"א

הגאון הגדול רבי עמרם פריד שליט"א

נגדר היתר עיסקא

כשעושים היתר עיסקא יש הרבה אופנים שצריך להקנות את העסקים לנותן העיסקא ואפרט בזה כמה אופנים:

א. כשמקבל העיסקא משקיע את הכסף בקרקעות. / ב. כשמשקיע במטלטלים ללא קנין משיכה. / ג. כשמשקיע במטלטלים עם קנין משיכה. / ד. כשנותן העיסקא לא מקפיד שהמקבל יוציא את הכסף לצרכיו ויקנה קרקע לעיסקא בכסף אחר או בהנאת מחילת מלווה. / ה. כנ"ל באופן ד' והמקבל קונה מטלטלים לעיסקא בכסף אחר או בהנאת מחילת מלווה. / ו. כשנותן העיסקא מתנה מראש שתמורת הכסף שלוקח המקבל לצרכיו יקנה חלק בעסקים שיקנה המקבל והמקבל קנה קרקעות. / ז. כנ"ל באופן ו' והמקבל קנה מטלטלים ומשך. / ח. כנ"ל באופן ו' והמקבל קנה ומכר מטלטלין ולא משך. / ט. כשמקבל העיסקא קונה בהקפה. / י. כשמקבל העיסקא שם את הכסף ונתן כסף אחר תמורתו.

- איין א -

קצ"א דאף בשטר כ"ז שלא נתן כל המעות לא נקנה עדין הקרקע כמבואר ברשב"א קידושין כ"ו ובסמ"ע שם סק"ה, א"כ עדין הקרקע לא נקנית לשליח וע"י הכסף שנותן מקבל העיסקא יכול הקנין לחול, ואף אם צריך להוסיף עוד כסף מאחרים, כי הרי כ"ז שלא נתנו כל הכסף לא חל הקנין כמבואר ברשב"א קידושין כו' וכנ"ל וכן הביא הב"י בס"י קצ"א מהר"ן קידושין שם ואז מהני בצירוף השטר ראייה שנכתב ע"ש השליח וזה וודאי מהני ע"י מש"כ אבנ"ז שם.

אכן אם כתוב בשטר שנעשה קנין סודר, בזה קי"ל בחו"מ סי' קצ"ה ס"א דקונה בקנין סודר אף אם לא נתן דמים. והב"י בס"י קצ"ה הביא שנחלקו הראשונים בזה אם מהני ק"ס בלא שיתן

כשלוקח מקבל העיסקא את הכסף מנותן העיסקא ומשקיע את זה בעסקים ואם העסקים הם קרקעות, נקנים הם לנותן העיסקא ואף אם לא הודיע השליח למוכר שקונה עבור המשלח דקי"ל בב"ק ק"ב ובחור"מ סי' קפ"ג דכיון דקונה מכסף המשלח נקנה למשלח ואף אם מקבל העיסקא נתן כבר מכספו חלק מהכסף ואפילו אם כבר היה חוזה מכירה [ע"ש מקבל העיסקא ואם בעלמא מהני שיקנה המשלח בתור קנין שטר אם נכתב השטר ע"ש השליח ע"י שו"ת בית שלמה חו"מ סי' ד' דנראה דמהני וכן בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' ס"ב וע"י בשו"ת אבנ"ז חו"מ סי' ט"ו מש"כ בזה] מ"מ כיון דקי"ל בקידושין כו' ובחור"מ סי'

ענין זה בס"ד]. ואם הקנין נעשה ע"י קנין כסף והשטר הוא רק לראיה הרי קיי"ל בסי' ק"צ ס"ב דכסף קונה בשו"פ ועי"ש בסמ"ע ובט"ז ואף דאין קונה כ"ז שלא כתב חוזה מ"מ אחרי שיכתוב חוזה יקנה אף בלא נתן כל המעות אם הקנין נעשה ע"י קנין כסף וגם בזה איך ייקנה הנכס לנותן העיסקא וכנ"ל.

- אופן ב -

כשלקח מקבל העיסקא את הכסף מנותן העיסקא ומשקיע את זה בעסקים שהם מטלטלין והשליח שהוא מקבל העיסקא לא משך את המטלטלין, בזה נחלקו החכ"א כלל קמג סעי' ה שפסק כשי' הסמ"ע בקונטרסו קצרה אות י' דצריך להקנות בקנין גמור כגון בקנין סודר או בסיטומתא אבל נתינת מעות לא מהני דמדרבנן מעות אינן קונות, אכן יש שי' [הגר"ז הל' ריבית סעי' מג ושו"ת צמח צדק החדש יו"ד סי' פט ושו"ת אמרי יושר ח"א סי' קח ושו"ת מהרש"ם ח"ב סי' רט"ז] דסברי דכיון דמהתורה כסף קונה, ואם חוזר בו לאחר נתינת המעות יש מי שפרע סגי בזה וכשם שלענין פסיקה סגי בקנין מעות ה"נ בעיסקא.

ובדעת הסמ"ע והחכ"א י"ל דסברי דהכא בעיסקא כיון שנותן כסף ומקבל כסף בחזרה ולא כמו בפסיקה שמקבל תמורת המעות סחורה הכא כיון שנותן כסף ומקבל כסף חמיר טפי ולא סגי בכסף ובעינין קנין גמור. אכן אם יפרש מקבל העיסקא למוכר שרוצה לקנות בקנין כסף קנין גמור לדעת הב"י בחו"מ סי' קצ"ח וכן פסק הרמ"א שם בסעי' ה' מעות קונות

המעות, והביא שם מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' קצ"א שאף בשטר שנכתב בו שנעשה קנין לא קנה עד שיתן כל הדמים והב"י כתב דלהלכה אינו כן וגם שם בסי' קצ"א בבדק הבית כתב דקימ"ל כהראשונים שחולקים וסוברים דמהני ק"ס אף בלא נתינת המעות.

וא"כ נמצא שאם מקבל העיסקא כבר עשה חוזה עם זה שמוכר לו את הנכס שכתוב שמוכר בזה את הנכס וכתוב בחוזה שנעשה קנין סודר א"כ כבר קנה מקבל העיסקא וא"כ איך יקנה נותן העיסקא חלק בעיסקא. - אכן אם כתוב בחוזה שמתחייב למכור יל"ד דמהני ואם היה בין מקבל העיסקא לזה שמוכר לו רק קנין סודר יש מחלוקת גדולה אם מהני קנין סודר במקום שכותבין את השטר וכיון שהאידנא הוא מקום שכותבין חוזה א"כ תליא בפלוגתא זו עי' פת"ש חו"מ סי' ק"צ סק"א שהביא הפלוגתא בזה אם כשם שקי"ל בסי' קצ"ה ס"א כהראשונים שק"ס מהני בלא נתינת דמים כן מהני בלא שטר עיי"ש ועי' אג"מ חו"מ מ"ד.

וגם אם החזיק מקבל העסקא בנכס נחלקו בזה אם מהני בלא כסף ובלא שטר במקום שכותבין את השטר ולהלכה קיי"ל בסו"ס קצ"ב בסט"ז דחזקה קונה אף אם לא נתן דמים אם לא עייל ונפיק אזווי ואף אם לא כתוב שטר אף במקום שכותבין את השטר, וא"כ אם החזיק מקבל העיסקא בנכס א"כ איך ע"י נתינת הדמים של נותן העיסקא יוקנה הנכס לנותן העיסקא ורק ע"י שמקבל העיסקא יקנה לו [ולקמן באופן הי"א ואילך יבואר

דכיון שלבני מערבא המוכר מתכוין להקנות לשליח, אין יכול השליח למשוך עבור המשלח והא דמהני במה ששלח שליח לקנות עבור המשלח סחורה במעות המשלח הוא משום דהכא כסף המשלח קונה ואף דבעלמא מעות אינם קונות מדרבנן הכא קונה מטעם דל"ש נשרפו חיטך בעליה כיון שמשך השליח מהמוכר עי"ש ועי' מש"כ להלן בשם הנתביכות].

אלא אף במקרה שהשליח לקח את כסף המשלח והתכוין לקנות עם זה לעצמו יש שיטות בראשונים ובשו"ע חו"מ סי' קפ"ג ס"ג ובי"ד סי' קע"ז ס"מ דזה נקנה למשלח וכן פוסק הט"ז בחו"מ שם והערה"ש שם, והנה אף דמשיכת השליח לא מהני כיון דלא נתכוין לקנות למשלח ביאר בזה בנתיבות סי' קפ"ג סק"ד דהכא כסף המשלח קונה אף מדרבנן ולא בטלו חז"ל קנין מעות בזה כיון דל"ש נשרפו חיטך בעליה כיון דהסחורה נמצאת אצל השליח ולא אצל המוכר עי"ש וכתבנו לעיל כן בשם המקנה עי"ש. [ובעצם הדבר אם בכל גווני דל"ש נשרפו חיטך בעליה מעות קונות יש בזה אריכות רבה ואכמ"ל].

- אופן ד -

כשמקבל העיסקא שהוא השליח לקח את הכסף ולא קנה עם זה סחורה כמו שסכמו [והמשלח דהוא נותן העיסקא לא מקפיד ע"ז] אלא השתמש עם הכסף לצרכיו, לצורך פרעון חובות וכדו' [כגון אם נכנס בבנק לאוברדרפט ומשתמש עם הכסף למחיה או לצורך פרעון חובות ולא עושה מכסף זה עסקים,

בזה אף מדרבנן אכן הש"ך שם סק"י פליג וסובר דל"מ בזה קנין מעות מדרבנן אף אם התנה להדיא שיקנה ועי' מחנ"א הל' קנין מעות סי' א', ובקצות שם סק"ג ובנתיבות שם ובשער המשפט שם נראה דפסקו כרמ"א דמהני עי' פת"ש שם סק"ז ויש שי' דהאינדא כסף קונה מטלטלין מדין סיטומתא עי' מהרש"ם במשפט שלום סי' ר"א ובתשו' מהרש"ם ח"ו סי' רכ"ג ושו"ת יהודה יעלה יו"ד סי' שמה וע"ע בשו"ת המיוחסות להרשב"א סי' רכ"ה ובמחנ"א שלוחין סו"ס טו וע"ע במשאת בנימין המובא במג"א סי' תמ"ח סק"ד ועי"ש במג"א, וע"ע בתשו' רעק"א מהדו"ק תשו' ל"ז וקל"ד לגבי דמי קדימה שקונה מדין סיטומתא ועי' שו"ת בשמים ראש סי' רס"ג, ובסמ"ע סי' קצ"ח סק"ז ובסי' ר"א סק"ד נראה דס"ל דל"מ סיטומתא בקנין מעות עי' מהרש"ם שם במשפט שלום וכ"ה בתשו' מהר"ם שיק חו"מ סי' מ"א דל"מ קנין מעות עי' סיטומתא.

- אופן ג -

כשמקבל העיסקא לקח את הכסף מנותן העיסקא והשקיע את זה במטלטלים והשליח שהוא מקבל העיסקא משך את המטלטלים זה נקנה לנותן העיסקא ולא רק במקרה שהשליח שהוא מקבל העיסקא התכוין למשוך עבור המשלח שהוא נותן העיסקא דאז יל"ד דמשיכת השליח מועיל עבור המשלח [אכן לשי' בני מערבא [ב"ק ק"ב] כתב המקנה שם דלא מועיל משיכת השליח עבור המשלח דאין אדם זוכה בשלו לאחר

ואם לוקח מהבנק סכום לא גדול מאוד יש בעיה נוספת שאין דעת בני אדם להקנות חלק מדירתם עבור חוב קטן של כסף והוי הערמה בעלמא דיש אומדנא שאין אדם מסכים לזה ויל"ד בזה, וגם יש בזה את בעית ההקנאות ע"מ להחזיר ויתבאר להלן אופן הי"ב בס"ד].

בזה מבואר בראשונים, ראב"ד בתמים דעים תשו' ס' ומרדכי ב"ק פרק הגזול סי' קכ"ב, ותשו' מימוניות בספר משפטים סי' כ"ט, ובב"י סי' קע"ז סעי' ה' מביא תשו' מימוניות הנ"ל וכן בגר"ז הל' ריבית סעי' מ"ג דאם השתמש מקבל העיסקא במעות לצרכו צריך להחזיר מעות אחרות ויזכה אותם ע"י אחר למפקיד שאם לא היו המעות בעין או בחובות או בסחורות איך יתן ריבית על מה שהוציא עכ"ד ומבואר שם דמיירי אף בקיבל רשות להוציא המעות לצרכו [דאם לא קיבל רשות הרי הוא שולח יד בפקדון והרי הנ"ל מלווה עליו ודינו יבואר להלן אופן י"ד], ומבואר מדבריהם דאם השתמש מקבל העיסקא בכסף צריך להקנות את העיסקא לנותן העיסקא וצ"ע מ"ש מדין הרמ"ה המובא בטור ושו"ע חו"מ סי' קפ"ג ס"ד [ומבואר להלן אופן הו'] דאם השליח קונה סחורה מכספו נקנית הסחורה למשלח.

וצריך לומר או שהראשונים הללו פליגי על דין הרמ"ה ולכן הרמ"א ביו"ד סי' קע"ז סעי' ה' שמביא את התשו' מימוניות הנ"ל שמובא בב"י שם לא הזכיר חלק זה שצריך לזכות את המעות ע"י אחר כיון שלהלכה קי"ל בחו"מ סי' קפ"ג בטושו"ע כהרמ"ה דאם השליח קונה

מכספו נקנית הסחורה למשלח אף שלא הודיע למוכר שקונה עבור המשלח, או דנימא שיש חילוק בין אם שלח שליח לקנות מכסף זה ורק לא מקפיד שישתמש בכסף הזה ויקנה סחורה עבורו בכסף אחר וזה לא נחשב שעשאו שליח ובוזה אין את דין הרמ"ה הנ"ל ורק אם ניתן המעות לכתחילה לאופן זה שישתמש השליח במעות אלו ויקנה סחורה מכסף השליח רק בזה נאמר דין הרמ"ה, ולא מסתבר כ"כ חילוק זה, או דנימא שהתשו' מימוניות הנ"ל והמרדכי והראב"ד הנ"ל מירי התם דוקא במעות שמלווה לעכו"ם בריבית ואת המעות האלו צריך להקנות לנותן העיסקא ואיך יוקנו מעות אלו לנותן העיסקא דבזה לא שייך דין הרמ"ה, ואכן אם יקנה סחורה בכסף השליח אה"נ דיקנה המשלח וכשי' הרמ"ה הנ"ל ועי' חו"מ סי' קע"ז סק"ו ונתיבות סי' קע"ו סק"א בזה.

והנה מבואר בב"מ ט"ז דאם אדם גזל שדה ומכר הגזלן את השדה ללוקח ומכיון שבתחילה שמכר הגזלן ללוקח לא חל המקח כיון שהשדה שביד המוכר הגזלן אינה שלו, ואח"כ קנה הגזלן מיד הנגזל את השדה דקנה הלוקח מן הגזלן את השדה ויש שם כמה דרכים בסוגי' ואכמ"ל ובש"מ שם בשם הריצב"ש מבואר דאמרינן מי הודיעו למוכר שיקנה ללוקח מן הגזלן אכן ברמב"ן שם מבואר דקונה הלוקח משום דלא קי"ל כבני מערבא.

והק' החזו"א ב"ק סי' כ"א סק"א הרי אף למאי דקי"ל דלא כבני מערבא הוא במעות המשלח והכא קונה הגזלן

המעשה חייב לעשר ומקורו בירושלמי פ"ו דדמאי, ומבואר דרק אם קונה החבר במעות הע"ה מהני דאז מקנה הירק לע"ה אבל אם החליף את המעשה ומשתמש עם המעות של הע"ה וקונה החבר עבור הע"ה מכספו בלי שיודיע למוכר שקונה עבור הע"ה חייב לעשר כיון שהסחורה נקנית לחבר והחבר מוכר לעם הארץ.

ובמחנה אפרים בהל' שלוחין סי' י"ח הוכיח מזה כהרבינו ירוחם דאין אדם יכול לקנות בכספו עבור אחרים בלא שליחותם ולא כמו הרמב"ן והרשב"א והמהרי"ח שבהג"א שהביא שם ומובא להלן באופן הו' והט' ובהל' שלוחין סי' י"ב הוכיח מזה המחנה אפרים דרק אם היה שליחות מפורשת מאת המשלח לקנות בכסף השליח נקנית הסחורה למשלח וביאר שם הטעם דמדין ערב נחשב מעות המשלח וכמו שנתבאר להלן באופן הו' ובאופן הט'. אבל אם לא היה שליחות מפורשת קונה השליח וכן אם קונה בהקפה דבזה ל"ש דין ערב קונה השליח ולא נקנה למשלח. וא"כ לכאורה מוכרח החילוק שכתבנו שכל דברי הרמ"ה הם רק אם מינה שליח מפורש לקנות מכסף השליח אבל אם שלח המשלח לקנות מכספו ורק הסכים המשלח שהשליח ישתמש בכסף המשלח ואח"כ יקנה השליח מכספו בעבור המשלח בזה אין את דין הרמ"ה.

אכן אין דברי המחנ"א מוכרחים וכמו שכתבו בדברי חיים [אוירבך] הל' שלוחין סי' ז' ובחלקת יואב חו"מ סי' ה' דכונת הירושלמי והרמב"ם דאף דקונה

במעותיו ות"י החזו"א דכיון דהגזלן חייב ממון ללוקח ורוצה עכשיו בקנית השדה מהגזלן לפרוע החוב ללוקח והוי שליחותו טפי עיי"ש. אכן כמו שנתבאר יש מהראשונים בב"מ שם דסברי דאף בזה שחייב הגזלן ללוקח אמרי' מי הודיעו למוכר שיקנה ללוקח מן הגזלן והנה הכא שמקבל העיסקא השתמש בכסף נותן העיסקא א"כ חייב לו ממון ואם קונה מקבל העיסקא סחורה עבור נותן העיסקא הסחורה תיקנה לנותן העיסקא דהוי כקונה בשליחות נותן העיסקא וכמו שכתב החזו"א הנ"ל ואף אם המשלח שהוא נותן העיסקא לא אמר למקבל העיסקא שישתמש בכסף המשלח לעצמו ויתן לו כסף אחר במקום זה יל"ד כנ"ל דבכ"ג כאן דחייב השליח מקבל העיסקא למשלח שהוא נותן העיסקא כסף א"כ כשקונה סחורה נקנית למשלח וצריך לומר או שהתשו' מימוניות והרמב"ם והמרדכי הנ"ל פליגי ע"ז וסברי דאף אם קונה החייב כסף עבור בע"ח לא נקנה לבע"ח או שהם מירי רק במעות שמלוים לעכו"ם בריבית דבזה ל"ש שיוקנה לנותן העיסקא אבל אם קונים סחורה אכן נקנה לנותן העיסקא.

ומה שכתבנו שלא מסתבר כ"כ החילוק בין אם עשה שליח מפורש שיקנה מכסף השליח וישתמש עם כסף המשלח לעצמו לבין אם עשה שליח שישתמש בכסף המשלח ורק הסכים שישתמש לצרכו ותמורת זה יביא מעות אחרים, לכאורה חילוק זה מוכרח. דהנה כתב הרמב"ם פ"י מהל' מעשר דע"ה שנתן מעה לחבירו לקנות לו ירק והחליף את

מכאן ולהבא מקנה לנותן העיסקא ויש נוסחאות שכתוב מפורש שמקנה בהנאת מחילת מלווה ויש נוסחאות שכתוב בהם שמקנה בקנין המועיל ביותר באופן המועיל ביותר וכיו"ב לשונות כאלו, והנה יל"ד אם זה מועיל בלא כונה להדיא של מקבל העיסקא להקנות עסקים בהנאת מחילת מלווה לנותן העיסקא וגם אם מהני בעסקים קימים, בעסקים שקונה אחר קבלת הכסף מנותן העיסקא יל"ד איך יהני בלא כונה להדיא של מקבל העיסקא להקנות לנותן העיסקא בהנאת מחילת החוב לרמ"א או לשו"ע בחוב עצמו וגם אם מקנה בהנאת מחילת מלווה יש את בעית ההקנאות ע"מ למכור בחזרה שיתבאר להלן אופן היב'.

אכן במעות שמלווה לעכו"ם בריבית דבזה לא שייך את דין הרמ"ה, דאם השליח השתמש במעות לצרכו איך ייקנו המעות שהשליח שהוא מקבל העיסקא מביא ממעותיו, למשלח נותן העיסקא, בזה יל"ד דיקנה מקבל העיסקא לנותן העיסקא את המעות ע"י הנאת מחילת מלווה אכן לשי' הסמ"ע והחכ"א הנ"ל כיון דמדרבנן כסף אינו קונה מטלטלין א"כ לא מהני לענין עיסקא ורק לפסיקה מהני כמו שנתבאר לעיל באופן הב' עיי"ש אם מהני מדין סיטומתא, וגם לשי' הגר"ז וסיע' לעיל אופן הב' דסברי דסגי לפסיקה בקנין כסף והנאת מחילת מלווה הכא אף מהתורה כסף אינו קונה כסף כמבואר באו"ז ב"מ סי' ק"פ וברעק"א ב"מ ל"ג ע"ב ובכו"ח ח"ב סי' י' ועי' אילה"ש ב"מ ל"ג ע"ב וב"מ מ"ז

הע"ה גם בהחליף את המעה מ"מ כיון דזה נעשה ע"י מעות החבר צריך לעשר עיי"ש בחלקת יואב דהוכיח כן דאל"כ קשה גם לפי הרמ"ה מדוע בהחליף את המעה צריך לעשר הרי נחשב שקונה בשליחותו ולהרמ"ה אף שקונה מכסף השליח קונה המשלח, ועי' בדברי חיים שם מה שהוכיח בזה. והנה התם בפשוטו איירי בהחליף את המעה אף בנשתמש במעות ונהיה חייב לע"ה וכשקונה סחורה בזה פורע חובו עבור הע"ה ובכ"ז חיב לעשר ול"א כסברת החזו"א ב"ק סי' כ"א סקי"א דהיכא דפורע בזה חובו הוי כשליח שקונה למשלח ומקנה למשלח עיי"ש ולמש"כ הדברי חיים והחלקת יואב ניחא דאף דקונה הע"ה מיד בכ"ז צריך החבר לעשר כיון שבא על ידו משא"כ שקונה מכסף המשלח דאי"ז בא כלל ע"י החבר דמעות המשלח קונות.

ומה שיל"ד בזה עוד דיש אפשרות שהנכס שקונה השליח לאחר שנקנה הנכס לשליח או נכס שכבר קיים ברשות השליח שהוא מקבל העיסקא אם זה קרקע זה יוקנה למשלח מדין הנאת מחילת מלווה לרמ"א חו"מ סי' ר"ד ס"י או לשו"ע שם בעצם המלווה עצמו אפשר לקנות, וכיון שהשליח קיבל כסף מהמשלח וחייב לו כסף א"כ תמורת חוב הכסף שהשליח חיב למשלח מקנה השליח סחורה למשלח והנה בהרבה נוסחאות של היתר עיסקא. מופיע שאם ישתמש בכסף לצרכו מקנה המקבל לנותן העיסקא, או יקנה המקבל לנותן העיסקא חלק בעסקים הקימים וכן במה שיקנה מקבל העיסקא

בחור"ד סי' קע"ז סק"ו וכנ"ל מד' הטושו"ע חו"מ סי' קפ"ג ס"ד בשם הרמ"ה ובש"ך סק"ב ובנתיבות שם סק"ב דאם קונה סחורה בצווי הנותן נקנה לנותן העיסקא שהוא המשלח אף אם לא אמר השליח למוכר העיסקא שקונה עבור משלחו ובנתיבות סי' שמ"ד סק"א כתב דאם המעות ביד הלווה מיוחדים לפרעון ואמר המלווה יהיה בידך למחצית שטר מהני דתיכף שנתרצה המלווה במה שיחד הלווה לפרעון אי"צ קנין חדש בשעת גוביינא ומש"כ המרדכי הנ"ל דל"מ הוא רק כשאמר המלווה מדעת עצמו שמעות הלווה יהפכו לעיסקא עי"ש,

וכבר כתבנו לעיל דמד' הראב"ד והמרדכי והתשו" מימוניות הנ"ל נראה דאף כשיחד מקבל העיסקא הלווה, המעות לנותן העיסקא המלווה לא מהני וצ"ע ועי' קצות סו"ס ק"כ שכתב ע"ד המרדכי פרק החובל סי' ק' הנ"ל דדוקא אם אמר בסתם יהיה לך למחצית שטר לא מהני אבל אם אמר בפירוש שיהיה בידו בתורת עיסקא הו"ל כמפרש שיפטור מחיוב אונסין ופטור עי"ש.

- אופן ה -

כשמקבל העיסקא שהוא שליח לקח את הכסף ולא קנה עם זה סחורה כמו שסכמו והמשלח דהוא נותן העיסקא לא מקפיד ע"ז, והשתמש מקבל העיסקא עם הכסף לצרכיו לצורך פרעון חובות וכדו' והכל כמו שנתבאר לעיל באופן הד' רק במה שנתבאר שם לענין הקנאה לנותן העיסקא עי" הנאת מחילת מלווה זה רק בקרקעות, אכן במטלטלין זה תלוי

ע"א מש"כ בזה וא"כ אינו קונה אף למי שפרע ולכן בעינן שיזכה לו המעות עי" אחר כגון שיגביה המעות הזוכה עבור נותן העיסקא כמבואר כ"ז בחו"מ סי' ר"ג ס"ט ובסמ"ע סקט"ז וא"א להקנות את זה בהנאת מחילת מלווה וכנ"ל וקנין סודר לא מהני במעות דאין מעות נקנים בסודר כמבואר בב"מ מ"ו וחו"מ סי' ר"ג ס"א, אכן צ"ע לפי הנתיבות בסי' קצ"ט וסי' שמ"ד וקהלת יעקב אבהע"ז סי' כ"ח דיחוד מעות של הלווה לפרעון החוב מהני א"כ אמאי כתבו הראב"ד והתשו" מימוניות והמרדכי הנ"ל דצריך לזכות המעות עי" אחר דאמאי לא סגי ביחוד המעות עי" מקבל העיסקא ועי' ערך שי חו"מ סי' רצ"ב בזה ובעיקר ד' הנתיבות עי' רשב"א ב"מ ס"ו ובספר עמק השער ואכמ"ל בזה.

והנה כתב המרדכי ב"ק פרק החובל סי' ק' דראובן שהלווה לשמעון י' לטריין לזמן קצוב ואחר הזמן אומר ראובן לשמעון אותו י' ליטריין שאתה חייב לי יהא לך למחצית שטר ובכך נתעסק שמעון בהם ושוב נאנסו נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחילה כי אין המעשה נשתנה בחליפות דברים וראיה מפ' החובל וכו' עכ"ד ומובא בב"י סי' קע"ז וברמ"א חו"מ סי' קע"ו סעי' א' [ועי' רמ"א חו"מ סי' ק"כ ס"ב וסי' שמ"ד ס"א שהביא מרדכי זה]. ובנתיבות סי' קע"ו סק"א פי' ד' המרדכי והרמ"א שם דמיירי שנאנסו המעות טרם שקנה הסחורה אבל אם קנה סחורה כיון שקנה בצווי המלווה נקנה לו הסחורה ונהיה עיסקא וכמו שמבואר גם

וקנה שעורים ופי' תוס' דמירי בעיסקא ואם הרויחו חולקים ברוחים ומחכו עלה במערבא וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות והק' ר' שמואל בר ססרטי על בני מערבא דא"כ הקושי' היא גם על שליח לקנות חטים וקנה השליח חטים דאיך המשלח חולק ברוחים וכי מי הודיע למוכר שקונה השליח עבור משלחו ותי' ר' אבהו דבזה סברו בני מערבא דחטים וחטים שליחותיה קא עביד וכיד בעה"ב דמי וכו' עיי"ש].

ובטעמא דמילתא נחלקו הראשונים האם הטעם משום דקיי"ל דלעולם דעת המוכר להקנות לבעל המעות [עי' תוס' הרא"ש ב"ק שם ותוס' רבינו פרץ שם ורשב"א שם וקצות סי' קפ"ג סק"ד בדעת הרמ"ה] ולכן אף שהמוכר לא ידע שהקונה העומד לפניו אינו אלא שליח ואף ששינה השליח וקנה סחורה אחרת ממה שהמשלח אמר לו מ"מ קונה המשלח מכיון שדעת המוכר תמיד להקנות לבעל המעות ולא תמיד כוונתו להקנות רק לאדם העומד לפניו ולכן כיון שהשליח קנה ממעות המשלח נקנית השחורה למשלח כיון שדעת המוכר להקנות לבעל המעות וסובר הרמ"ה דאף בשליח שקונה מכסף השליח שליח קונה המשלח ואף שלכאורה אין המשלח בעל המעות אלא השליח וא"כ איך יקנה המשלח, וזה ביארו המחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ב וסי' י"ח והקצות סי' קפ"ג סק"ד והנתיבות שם סק"ב דה"ט דכיון דהשליח קונה מכספו בצווי המשלח והוצאת המעות נעשה עפ"י צווי המשלח,

בפלוגתא שנתבאר לעיל אופן הב' אם סגי לענין עיסקא בקנין כסף והנאת מחילת מלווה.

-אופן ו-

שמקבל העיסקא שהוא השליח השתמש עם הכסף לצרכיו, לצורך פרעון חובות, או שהפקיד את הכסף בבנק וע"י צקים משלם לספקים ובהתחלה אמר נותן העיסקא למקבל העיסקא שיקח את הכסף לצרכיו, או שיפקיד בבנק ותמורת זה יקנה לו בעסקים אחרים שיקנה אח"כ ובזה אם קונה מקבל העיסקא נכסים אחרים שהם קרקעות ויקנה אותם בכסף מזומן [ולענין אם קונה בצקים או ע"י שמפקיד בחשבון המוכר או ע"י העברה בנקאית או ע"י כרטיס אשראי דין אלו יבואר להלן בס"ד] נקנית העיסקא לנותן העיסקא שהוא המשלח כמבואר בטושו"ע חו"מ סי' קפ"ג ס"ד בשם הרמ"ה דאם השליח קנה מכספו נקנית הסחורה למשלח ועי' חו"ד סי' קע"ז סק"ו ונתיבות סי' קע"ו סק"א, וע"ע מש"כ לעיל בזה באופן הד' מד' הראשונים שצריך לזכות לנותן העיסקא והכא עדיף טפי כמו שנתבאר באופן הד' מד' החזו"א ב"ק סי' כ"א סקי"א וכיון שהשליח מקבל העיסקא חייב למשלח נותן העיסקא א"כ כשקונה נכסים עבור נותן העיסקא קונה נותן העיסקא ועדיף משלם סתם שקונה במעות השליח.

והנה את דין הרמ"ה אפשר לפרש בב' דרכים דהנה קיי"ל דלא כבני מערבא [ב"ב ק"ב ע"ב, דמחכו עלה במערבא על ר' יוחנן אליבא דר' יהודה דסובר דאם עשה שליח לקנות לו חייטים

שליח לזכות לבעל המעות כדקני ליה בחטים וחיטים וכדאתקפתיה דרב שמואל בר ססרטי וכו' עיי"ש ובהמשך הדברים שם כתב הרשב"א לפי שדעת המוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או לבעל המעות וכו' עיי"ש ובהמשך דבריו בד"ה מכלל כתב הרשב"א וז"ל וי"ל דלר' יוחנן ל"ש הכי ול"ש הכי לעולם דעת המוכר למכור לזה שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות לקנות לו שהרי כל שהלוקח לוקח סתם הרי הוא אצל המכר כלוקח בפ"ה לעצמו ואפ"ה לדעת ר' יוחנן הוי לבעל המעות וכו' עיי"ש.

ובביאור דברי הרא"ש נחלקו האחרונים שהקצות בסי' קפ"ג סק"ד כתב שדעת הרא"ש שהמוכר מתכוין להקנות לשליח והשליח מתכוין להקנות למשלח ונתקשה הקצות בלישנא דהרא"ש דנקט שדעת השליח לזכות לצורך בעל המעות, דאמאי הוסיף הרא"ש בעל המעות דהו"ל למימר בפשיטות שדעת השליח לזכות למשלח, ואף אם המשלח הוא לא בעל המעות מ"ש, הרי כיון שהשליח מתכוין לזכות לו מהני עיי"ש. ובקובץ שיעורים ב"ק אות קנ"ד כתב בדעת הרא"ש דלא בעינן כלל דעת מקנה וסגי בדעת הקונה לחודיה וכיון שדעת הקונה שהוא השליח לקנות למשלח קונה המשלח אף שאין המוכר יודע מזה ועי' חיי הגר"ש שקופ ב"מ סי' י"ז בדעת הרא"ש דבשאר קנינים חוץ מקנין כסף אי"צ דעת המוכר עיי"ש ועי' חלקת יואב חו"מ תשו' ה' ובדברי חיים קנינים סי' ו', ובחזו"א ב"ק סי' כ"א סק"א וסקי"ט פ"ה בדעת הרא"ש דלעולם

מדין ערב [קידושין ד"ז] נחשב כאילו המשלח קיבל המעות מהשליח דע"י נתנת השליח למוכר נחשב כאילו נתן למשלח [וכאילו נתן המשלח למוכר] נמצא שהמשלח הוא נהיה בעל המעות והמוכר מקנה למשלח שהוא נחשב מדין ערב בעל המעות, ובאג"מ חו"מ תשו' מ"ח וס"ז תמה ע"ז דדין ערבות שייך רק אם עפ"י הערב המלווה הוציא מעות לאיבוד כגון אם נתן ללווה דלא יודע אם יחזור המעות אכן כאן שהשליח קונה סחורה ל"ש בזה דין ערב ונתנת המעות של השליח למוכר לא מתיחסת למשלח מדין ערב עיי"ש.

ויש עוד דרך בראשונים דהטעם דקיי"ל דלא כבני מערבא הוא משום דלעולם דעת המוכר להקנות לשליח שהוא הקונה העומד לפניו רק כיון דיד השליח כיד בעה"ב ואף אם שינה השליח מצווי המשלח וקנה סחורה אחרת אמרי' דיד השליח כיד בעה"ב או שכונת השליח לקנות למשלח ונקנית הסחורה למשלח. וז"ל הרא"ש ב"ק שם מי הודיעו לבעל חיטים שיקנה חיטים לבעל המעות וליתא לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואע"פ שבעל החיטים מזכה לשליח החיטים ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החיטין שהוא זוכה לבעל המעות וכו' עיי"ש.

וברשב"א ב"ק שם כתב וז"ל ומיהו למסקנא הא איפרקא קושיא דבני מערבא דטעמא משום דדעתו של

הרי מבואר שדעת הב"י דהרא"ש סובר דלא כרבינו ירוחם אלא דאדם יכול לקנות במעותיו עבור חבריו אף בלא עשאו שליח. וכך בדרכי משה על דברי הטור שם בשם הרמ"ה שכתב דאם השליח נתכוין לקנות למשלח במעות השליח מהני כתב הד"מ דזהו דלא כרבינו ירוחם הנ"ל עכ"ד. והיינו דסברי דאין חילוק כשקנה אדם במעותיו עבור חבריו בין עשאו שליח ולמאי דקיי"ל כהרמ"ה אף בלא עשאו שליח יכול אדם לקנות עבור חבריו במעותיו [ולא כמו שכתב רבינו ירוחם דבלאו שליח אין אדם יכול לקנות במעותיו עבור חבריו] ובהכרח דהטעם לזה הוא משום דהמוכר מתכוין להקנות לזה שקונה ממנו רק כונת הקונה לקנות עבור מי ששלחו וא"כ אף בלא שעשאוהו שליח לקנות מהני כונת הקונה לקנות עבור מי שרוצה או שאי"צ כלל דעת המוכר וכנ"ל.

ועי' מחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ח שהביא דעת כמה ראשונים הרשב"א והרמב"ן ומהרי"ח שבהג"א דאף אם אדם נותן מעות למוכר וכונתו שיקנה בזה אדם אחר מהני אף שלא עשאוהו שליח ואף בלא ידיעת המוכר דלא כרבינו ירוחם דס"ל דלא מהני ועי' חזו"א ב"ק סי' כ"א סק"א מש"כ בזה והנה לדעתם הוא בהכרח כנ"ל דהא דקונה המשלח בעלמא אין הטעם משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות אלא שדעת המוכר הוא להקנות לזה שעומד לפניו וזה שקונה מתכוין להקנות למשלח ולכן אף בלא

דעת המוכר להקנות לבעל המעות אלא שאנו צריכים ג"כ לכונת השליח למזכי בשביל המשלח דאל"כ חסר כאן קנין דאם השליח התכוין לזכות למשלח זה נקנה למשלח בלא שיעשה המשלח קנין נוסף ואם השליח לא התכוין לזכות למשלח צריך המשלח לעשות בזה קנין נוסף דמעות אינן קונות מדרבנן עיי"ש ועי' במחנ"א הל' שלוחין סי' י"ז שכתב בדעת הרא"ש דהא דמשמע ברא"ש דהיכא דשליח לא מתכוין לזכות למשלח לא זכה משלח לא אמרה אלא היכא דשינה השליח אבל היכא דלא שינה השליח הוי המקח של המשלח אעפ"י שהשליח נתכוין לזכות לעצמו משום דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות שהוא המשלח עיי"ש וע"ע במחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ב וסי' י"ח וחלקו מובא להלן.

והנה להלכה קיי"ל בחו"מ סי' קפ"ג ס"ד כשי' הרמ"ה דאם השליח קונה במעותיו נקנית הסחורה למשלח אף שלא הודיע למוכר שקונה עבור השליח ובב"י כתב שם דמדברי הרא"ש שלשונו הועתק לעיל נראה דלא כרבינו ירוחם שכתב דאם אדם קונה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבריו אפילו אם אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותיו אלא א"כ הודיעו למוכר בפ"ט קמא עכ"ל רבינו ירוחם. וכתב הב"י דמדברי הרא"ש הנ"ל נראה דלא כרבינו ירוחם ואע"פ שיש לחלק בין היכא שהמעות של משלח להיכא שאינו של משלח מ"מ מלשון רבינו ירוחם משמע שכך מפורש בפ"ט דקמא וזה לא מצאתי עכ"ל הב"י.

עשאוהו שליח ס"ל דמהני או דלא בעינן כלל דעת המוכר וכנ"ל.

אכן דעת הש"ך סי' קפ"ג סק"ב והקצות סק"ד והנתיבות סק"ב לפרש דיש חילוק בין עשאו שליח להיכא דלא עשאו שליח ורק בעשאו שליח סובר הרמ"ה והכי קי"ל דיכול לקנות עבור המשלח אבל בלא שליח אין אדם יכול לקנות במעותיו עבור חבירו וכמו שכתב רבינו ירוחם והטעם בזה ביארו הקצות והנתיבות והמחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ב וסי' י"ח דהא דמהני בשליח בעלמא שקונה המשלח הטעם הוא משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות ואף באופן שקונה השליח במעותיו נחשב המשלח בעל המעות והטעם לזה הוא דמדין ערב נחשב המשלח בעל המעות וכמו שכתבנו לעיל בתחילת דברינו אבל היכא דלא עשאו שליח אין יכול לקנות במעותיו כיון שאין המוכר יודע ודעתו להקנות לבעל המעות ואין יכול לקנות זה שכונת הקונה שהאחר יקנה.

והנה נחלקו הראשונים אם שליח שקיבל כסף מהמשלח לקנות לו סחורה והלך וקנה עם כסף זה לעצמו שאמר בפני עדים שקונה עם כסף זה לעצמו אם הסחורה נקנית למשלח וכן דעת הרמב"ם פ"ז ממכירה ובעל המתיבות מובא ברשב"א ב"ק ק"ב ובשו"ע חו"מ סי' קפ"ג ס"ג, או שהסחורה נקנית לשליח כן דעת הרשב"א בב"ק ק"ב ובתשו' ח"ב סי' שס"ט ומובא דעה זו ברמ"א בדעה אחת, והנה טעם הסוברים שהסחורה נקנית למשלח אף שהשליח נתכוין לא

לזכות למשלח הוא משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות עי' מחנה אפרים הל' שלוחין סי' ט"ו וסי' י"ז [והגר"א בביאורו חו"מ סי' קפ"ג סק"ה כתב דהוי כמו פועל שמעשה ידיו לבעה"ב עיי"ש] וטעם הרשב"א דס"ל דקונה השליח לעצמו מבואר ברשב"א ב"ק שם ובתשו' ח"ב סי' שס"ט לפי שדעת המוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או לבעל המעות עיי"ש הרשב"א, וביאר במחנ"א הל' שלוחין סי' ט"ו וע"ע בסי' י"ז דכל שאין דעת השליח לקנותו לעצמו אז קונה בעל המעות שדעת המוכר להקנות לבעל המעות כל שאין דעתו של שליח לקנות לעצמו, ועי' חזו"א ב"ק סי' כ"א סקי"ט.

ובנתיבות סי' קפ"ג סק"ד ב"י פלוגתת הראשונים דלעולם דעת המוכר להקנות לבעל המעות וטעם הדעה דס"ל דקנה השליח לעצמו הוא דכיון דנעשה גזלן על המעות ועמדו ברשותו לענין אונסין נעשה בעל המעות וקנאו השליח ומאן דס"ל דקונה המשלח ס"ל דאף דנעשה גזלן על המעות מ"מ נהי דקנה לענין חיוב אונסין מ"מ גוף המעות לא נעשה של השליח והמעות של המשלח ודעת המוכר להקנות לבעל המעות עיי"ש.

ובמחנה אפרים הל' שלוחין סי' ט"ו דן בגוי שעשה ישראל שליח לקנות לו או לשכור לו קרקע במעות הגוי המשלח אם קונה הגוי אף דאין שליחות לגוי ודן דקונה הגוי כי דעת המוכר להקנות לבעל המעות ואי"צ לכונת השליח ואף לדעת הרשב"א והרא"ש דכתבו דה"ט דקנה המשלח אף שלא

הודיעו למוכר הוא משום שהשליח מתכוין לזכות לבעל המעות יודו בנ"ד דע"כ לא אמרו דלא קנה המשלח בעל המעות אלא כשנתכוין השליח לקנות לעצמו דנעשה עליהו גזלן וקנה בשינוי [ובחזו"א כתב שדעת הרא"ש אינה כן דכיון שדעת המוכר להקנות לבעל המעות אף אם השליח נתכוין לעצמו קנה המשלח עיי"ש] אבל כל שאין דעת השליח לקנותו לעצמו אז קנה בעל המעות שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות כל שאין דעתו של שליח לקנות לעצמו כמו שנראה מד' הרשב"א בב"ק ותשו' הנ"ל עיי"ש.

ובסי' י"ז דן המחנה אפרים במשלח שנתן לשליח מעות ואמר שיקנה לו סחורה והלך השליח עם המעות וכיון שלא היה באפשרותו לקנות בעצמו שלח מישהו אחר עם המעות לקנות סחורה ולא אמר לשליח השני שהסחורה מיועדת עבור המשלח הראשון והנדון אם קנה המשלח הראשון ודן דאם נימא דהא דקונה המשלח הוא משום שדעת השליח לזכות לבעל המעות עי' ברשב"א בב"ק שם וברא"ש שם א"כ הכא לא נתכוין השליח לזכות למשלח הראשון ומסיק המחנ"א שם דעיקר הטעם הוא דדעת המוכר להקנות לבעל המעות והא דמשמע מד' הרא"ש דהיכא דשליח לא נתכוין לזכות למשלח דלא זכה משלח לא אמרה אלא היכא דשינה השליח אבל היכא דלא שינה השליח הוי המקח של המשלח ואע"פ שהשליח נתכוין לזכות לעצמו משום דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות שהוא המשלח ואפילו לסברת

הרשב"א דס"ל דאי זבין לנפשיה במעות חבירו הוי המקח שלו ה"ד בנתכוין השליח לזכות לנפשיה אבל בכה"ג שהשליח נתכוין למי ששלחו אף שהמוכר לא יודע מזה הוי המקח של המשלח והטעם כמ"ש הרשב"א שדעתו של מוכר אינו אלא למי שקנה ממנו או למי שהמעות שלו וכיון שכן בנ"ד הוי המקח של משלח ראשון שהוא בעל המעות עיי"ש.

ונמצא דאיכא ג' שיטות עיקריות:

[שיטה א'] לדעת הרמב"ם וכן פוסק השו"ע והט"ז והערוה"ש דהא דקונה המשלח הוא משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות ואף אם השליח נתכוין לקנות לעצמו אינו קונה אלא המשלח.

[שיטה ב'] דעת הרשב"א דהמוכר מתכוין להקנות לבעל המעות אם אין השליח מתכוין לקנות לעצמו אבל אם השליח מתכוין לקנות לעצמו קונה השליח.

[שיטה ג'] ובו כמה שיטות] יש מהראשונים דסברי דהמוכר מתכוין להקנות למי שעומד לפניו שהוא השליח וכיון שהשליח מתכוין לקנות לבעל המעות ויד השליח כיד המשלח קנה או אף בלא שליחות כיון שהוא מתכוין לקנות עבור זה שקונה עבורו קונה או דלא בעינן כונת המוכר כלל וסגי בכונת השליח [ובדעת הרא"ש פי' החזו"א דלעולם המוכר מתכוין להקנות לבעל המעות ואם השליח התכוין לקנות

לעצמו אז צריך המשלח לעשות מעשה קנין ואם השליח התכוין לקנות למשלח קונה המשלח ממילא].

-אופן ז-

כנ"ל באופן הו' והשליח משך את הסחורה שהיא מטלטלין קנה המשלח נותן העיסקא כנ"ל מהרמ"ה ושפיר חולק המשלח נותן העיסקא ברוחים.

- אופן ה -

כנ"ל באופן הו' ואם קנה מקבל העיסקא מכספו מטלטלין ועדיין לא משך אותם כגון קנה ספר עתיק מאדם ועדיין לא משך את הספר העתיק ומצא קונה שגר בסמוך לזה שמכר לו, וכעת מוכר מקבל העיסקא את הספר העתיק שקנה בכסף לפני שמשך אותו, וזה שקונה ממקבל העיסקא ליקח את החפץ מזה שמכר למקבל העיסקא והנדון אם מותר לנותן העיסקא לקבל מזה רוחים כיון שבכסף קנה את הסחורה אכן השליח לא משך את זה וא"כ זה תלוי בפלוגתת החכ"א והגר"ז שנתבאר לעיל באופן הב'.

-אופן ט-

הוא מקרה מצוי ביותר בהשליח שהוא מקבל העיסקא קונה בהקפה ואז בכל אופן המקח לא נקנה למשלח ואף אם השליח אח"כ החזיק בקרקעות או משך במטלטלין קונה השליח מקבל העיסקא ולא המשלח כ"כ במחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ב וביאר טעמא דמילתא דהא דבעלמא קונה המשלח אם זה מכסף המשלח הוא משום שדעת המוכר

להקנות לבעל המעות ואף אם השליח קונה במעותיו מהני לשי' הרמ"ה וכנ"ל באופן הד' ואופן הו' הוא משום דכיון דנעשה בצווי המשלח שאומר לשליח לתת ממעותיו למוכר והוא ישלם [או בעבור החוב שחייב לו השליח] מדין ערב נחשב כמו שהמשלח קיבל המעות ונעשה של המשלח והוא נתן למוכר והמוכר מקנה לבעל המעות שהוא המשלח [שקנה את המעות והוי שלו ונתן את כספו למוכר] וכן פי' הקצות סי' קפ"ג סק"ד והנתיבות שם סק"ב את דברי הרמ"ה ועי' חזו"א ב"ק סי' כ"א סקי"א.

וכ"ז שייך רק אם השליח נתן מעות ממש בשעת המקח [ואם נתן הקונה צ'קים או הפקיד בחשבון המוכר או ע"י העברה בנקאית או ע"י כרטיס אשראי ע"י להלן מש"כ בזה] אבל אם קנה השליח בהקפה, כיון שלא נתן כלום ל"ש בזה דין ערב וכיון דלעולם דעת המוכר להקנות לבעל המעות וכאן המשלח לא נעשה בעל המעות כי ל"ש כאן דין ערב א"כ אין המשלח קונה העסקים שקונה השליח עכ"ד המחנה אפרים.

והנה במחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ח הביא דעת כמה ראשונים הרשב"א והרמב"ן ומהרי"ח שבהג"א [ועי' חזו"א ב"ק סי' כ"א סקי"א מש"כ בזה] דאם אדם נותן מעות למוכר וכונתו שיקנה בזה אדם אחר מהני אף בלא שהאחר עשאו שליח דלא כרבינו ירוחם, והנה לדעתו לכאורה אף בקונה בהקפה יקנה המשלח דהא ע"כ סברי כמו שנתבאר לעיל באופן הו' שדעת המוכר להקנות לקונה ומהני

כונת הקונה לקנות עבור האדם האחר ועי' מש"כ לעיל באופן הו' באריכות בזה וא"כ אף בקונה בהקפה לשי' הראשונים דסברי דהא דבעלמא קונה המשלח הוא משום שכונת השליח לקנות למשלח וא"כ אף בקניה בהקפה יש את זה דאף שדעת המוכר להקנות לשליח מ"מ מהני כונת השליח לקנות למשלח ולא משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות עי' מש"כ בזה באופן הו'.

אכן יל"ד בזה וכמו שהעיר המחנה אפרים הל' שלוחין שם בסי' י"ב דהא מבואר בירושלמי מע"ש פ"ד וגיטין פ"ו דאין אדם עושה שליח לקבל מתנה כי א"א לעשות שליח על דבר שאינו שלו וכן מבואר בד' התוס' ב"מ ע"א ע"ב ד"ה בשלמא דבעינן שלוחו של בעל הממון וכן מבואר בני"ב ב"מ י"א, אכן הרי המחנה אפרים בסי' י"ח הביא דעת כמה ראשונים דאדם יכול לקנות מכספו עבור משהו אחר וכנ"ל וא"כ הני ראשונים לכאו' פליגי ע"ז וסברי דלא בעינן שלוחו של בעל הממון וכ"נ מד' הריטב"א בב"מ ע"א ועי' במחנה אפרים הל' שלוחין סי' ד' וסי' י"ב וסי' כ"ג וסי' כ"ז. ובקצות סי' קכ"ג ובסי' קס"ג ובתשו' רעק"א קמא תשו' קכ"ט ובתשו' קצ"ד ובשו"ת בית שלמה חו"מ סי' ד' ומבואר שם דיש ראשונים דפליגי על דין זה ולהלכה מבואר בחו"מ סי' קכ"ה סעי' ה' דהולך כזכי הוא דוקא במלווה או פקדון אבל במתנה לא הוי כזכי אפי' עשאו שליח לקבל וא"ל הנותן הולך לו לא הוי כזכי ולא מבואר טעמא דמילתא דל"מ שליחות המקבל, ובשו"ת בית אפרים אבה"ז סי'

קי"ד ביאר טעמא דמילתא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון. אכן בסמ"ע סקכ"ג ובבאר הגולה אות ק' מבואר טעמא דמילתא דבלשון הולך שאמר הנותן ביטל שליחותו דהמקבל ובהגהות רעק"א על השו"ע בחו"מ סי' קפה על הש"ך אות א' כתב דלפי טעם הסמ"ע אם הנותן אמר תחילה לשליח תן ואח"כ אמר מקבל המתנה לשליח שיהיה שלוחו לקבל יתכן דמהני עי"ש.

ומבואר לפי"ז דלא בעינן שלוחו של בעל הממון ועי' אבן האזל פ"ד ממלווה ולווה דבזכיה ל"ש החסרון של שלוחו של בעל הממון ואכמ"ל בכ"ז והא דבעלמא בכל מקח קונה השליח מכסף המשלח ונקנה למשלח ואין בזה חסרון דשלוחו של בעל הממון עי' נתיבות סי' קפ"ח סק"א וסי' קצה סק"א וסי' רמ"ד סק"ב שכתב דכיון שעשאו שליח על הממון שלו השליח הוי כבע"ד על הממון והוי כאילו השליח הוא הלוקח בעצמו בממון שלו עי"ש. ודבריו צ"ב דהא מירי אף במטלטלין ואיך ייקנו ע"י משיכת השליח ועכ"פ לדבריו רק ע"י כסף המשלח או ע"י כסף השליח לשי' הרמ"ה לביאור המחנה אפרים והקצות והנתיבות הנ"ל דמדין ערב נחשב כסף המשלח מהני אכן בקניה בהקפה ל"ש זה ויש בזה חסרון דשלוחו של בעל הממון אכן כנ"ל אין ד"ז מוסכם לדינא.

-אופן י-

אם לקח מקבל העיסקא את המעות ומיד שם תמורתם מעות אחרים בזה נחלקו במחנה אפרים הל' שומרים סי'

שמואל אבה"ז סי' לה ס"ק ט"ו וס"ק כ"א לענין שליח שמקדש שיכול להחליף מעות במעות ואין הבעלים מקפיד, ועי' במקנה בקו"א להל' קידושין סי' ל"ה דהשיג על הבי"ש ועי' נחלת צבי בסוף השו"ע חו"מ סי' רצ"ב ובשו"ת בית אפרים חו"מ סי' מ"ט ועי' שו"ת מהרלב"ח תשו' ע"א ושער המשפט סי' קכא ובערך ש"י סי' רצ"ב רצה להסביר השיטות דזוכה הנותן ע"י ההחלפה עפ"י הנתיות בסי' קצ"ט ושמ"ד דיחוד המעות ע"י הלווה מהני ע"ש. ומדברי הסמ"ע סי' קפ"ג סקי"ב והט"ז שם מוכח דע"י החלפת המעות נקנה למשלח או יחד מיד מעות אחרים תחתיהם ע"ש.

כ"ה הביא בשם שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קמ"ה דאם שם מעות אחרים תחת מה שנשתמש זכה בזה הנותן ועי"ש בשם שו"ת מהר"א ששון סי' ק"ב, ובמחנה אפרים שם פליג והכיה מהירושלמי פ"ו דדמאי ורמב"ם פ"י ממעשר שהובא לעיל דהחליף את המעה צריך לעשר ולכאורה נראה דאיירי בכה"ג דבשעה שהחליף את המעה שם אחרת תחתיה א"נ דבשעה שלקח את הירק היה המעה של ע"ה ברשותו אלא שהחבר לא הקפיד ליתן אותו מעה בעצמה דאל"ה מקרי שולח יד בפקדון ואמר דצריך לעשר וע"כ דהמעות שהחליף ברשות החבר קאי ולא זכה בזה הע"ה עי"ש במחנה אפרים ועי' בית



הגאון הגדול רבי מנחם מנדל פומרניץ שליט"א

בלעדיות בתיווך

שאלה

כשמדובר על דירה ריקה, בפרק של נישואי הצאצאים, ושוכר אין, גם שלשה חדשים הם פרק זמן ארוך. ה'רעבע געלט' ששילם ר' יצחק על הויכוח עם ידידו ר' דוד כריש הנדל"ן, היו גבוהים מדי עבורו.

ר' יצחק, שקיבל לחלקו בירושת סבתו ע"ה אותה סעד בשבעת שנותיה האחרונות, את דירתה בת שלשת החדרים באחד הרחובות המסתעפים מרחוב רבי עקיבא בבני ברק, התלבט תחילה אם למכרה או להשכירה. הוא סבר שנכס אין למכור, ועל כן מן הראוי להשכירה בתמורה לתשלום חודשי נכבד. ואולם ליתר בטחון נועץ בידידו ר' דוד, עמו למד בחברותא מידי יום את הדף היומי. כששמע ר' דוד על הסכום החודשי אותו משער ר' יצחק לקבל עבור הדירה, הסב את תשומת לבו של ר' יצחק להעייף מבט אל קרקע המציאות. מחירי השכירות אכן גבוהים בתקופה זו ובאזור זה, אולם 'הפוטנציאל של הנכס, אינו מצדיק את בזבוז המשאבים', קבע. הוא אמר לו שראוי למכור את הדירה, ובמחיר שיקבל עבורה יוכל לקנות כעת דירה שהיא על הנייר אך בשלבי היתרים מתקדמים, ולפי כל ההערכות, נטולי הסיכון, הרי שבתוך עשרים וארבעה חדשים, תהיה בעזרת ה' תחת ידו דירה גדולה פי שניים, ממוקמת בפארק דירות חדש המשווה אי שם באחת השכונות מתחדשות של בני ברק, ומחירה בסופו של תהליך תהיה כמובן פי שניים מהמחיר אותו יוכל לקבל על הדירה הזניחה כיום.

ר' יצחק התעקש, ואמר לר' דוד שהוא סבור שלא למכור את הנכס, אלא לנסות למקסם את הפוטנציאל הריאלי - ואף הוסיף כי מצידו ינסה להעלות את מחיר השכירות שהוא דורש עבור הדירה, ובמידה ולא יעלה בידו כבר יראה הלאה מה לעשות. הוא פרסם על דירה להשכרה, אך כל השלושים מתעניינים ומעלה, כששמעו על המחיר המופקע, נסוגו לאחור. מי בנימוס, ומי בהטחת דברי חז"ל העוסקים ב'מפקיעי שערים'.

אחר שחלפו שלשה חדשים בהם הדירה עמדה ריקה, ולכל הדעות סכום הכסף שהפסיד כבר הצטבר לידי סכום נאה, החליט לגשת לאופציה השניה של 'מיקסום הפוטנציאל הריאלי', והיא מכירת הנכס והשקעת הממון בתחום נדל"ן עם עתיד מבטיח ומזהיר. כמובן שגם כעת בקש למכור את הנכס במחיר המקסימאלי, ועל כן פנה לשמעון, מתווך נמרץ, שאינו יודע מרגוע, ומכריו מספרים שהוא מכיר את כל הדירות והיחידות של בני ברק על בעליהם. שמעון בחן את הדירה לבקשתו, והודיע לר' יצחק על אתר כי אכן הדירה טומנת אפשרות סבירה להשגת סכום נכבד, אולם לשם כך הוא דורש מר' יצחק שני דברים: א. אורך רוח. ב. חתימה על בלעדיות. הוא הסביר לר' יצחק שלא בכל פעם הוא דורש

בלעדיות, שכן על נכסים 'עפים' שאינם דורשים השקעה כבירה הוא נוהג לוותר על הבלעדיות, כי באופן שהדבר לא דורש השקעה כל כך נכבדה, בדרך כלל בתוך ימים ספורים אחד ממאגר הלקוחות הגדול שלו כבר יושב בתוך הנכס, וגם אם בסופו של דבר מתווך אחר יעשה את הפעולה, הרי שלא הפסיד בדבר שלא השקיע בו. שונה הדבר בנכס המדובר, בו נדרשת השקעה ומחשבה כדי להביאו לידי גמר לשביעות רצונם של כל הצדדים, ולכן הוא דורש חתימה על בלעדיות, ובכך יוכל לעבוד בהשקט ובבטחה שיש שכר לפעולתו. ר' יצחק שמע והבין, סבר וקיבל. חתם על טופס בלעדיות, והם נפרדו בידידות.

כעבור ימים ספורים בלבד, פנה אל ר' יצחק בן דודו ר' חיים. ר' חיים סיפר לו שהוא עומד להשיא את בתו בעוד כעשרה חודשים, ומחותנו שהוא מנהל בית אבות יוקרתי, החליט לרכוש דירה בעיר בני ברק. היות ולמיטב ידיעתו 'הבית של סבתא' עומד ריק, מה טוב יותר מכך שהזוג הצעיר יגור בבית החלומות של האב, והכל ישאר במשפחה. גם הסכום שהציע ר' חיים היה סכום נכבד, אמנם לא הגיע לתקרת שאיפותיו של ר' יצחק, אולם זה היה בהחלט משביע רצון.

כמעט רגע לפני שחתם על החוזה, הוא נזכר מהבלעדיות שהבטיח לשמעון המתווך. הוא אמר את הדברים כהווייתו לבן דודו, וסוכם שבערב יגש לבית ההוראה ויברר דעת תורה. הרים טלפון לשמעון המתווך, סיפר לו את הדברים. שמעון לא שמח לשמוע זאת ונעתר לבקשת ר' יצחק לגשת לבית ההוראה ולברר איך מתייחסת ההלכה לנידון הבלעדיות, ועד כמה היא מחייבת את ר' יצחק, ובפרט במקום שאין מתווך אחר בעסקה.

תשובה

אם לא התחיל המתווך לעשות פעולה, אינו חייב לו כלום. ואם התחיל, לכתחילה חייב בעל הבית למכרו רק דרך המתווך. ואם עבר בעל הבית ומכר שלא דרך המתווך, אם מוכח שהיה המתווך מצליח למכרו לקונה אחר, או לאותו קונה אם היה בעל הבית שלחו אליו, חייב לשלם לו דמי תיווך מלאים, שהם שיווי הבלעדיות. אך אם לא מוכח שהיה מוצא קונה אחר, ואותו הקונה לא היה מסכים ללכת למתווך, אין בעל הבית חייב לשלם לו דמי תיווך מלאים, רק שווי בלעדיות כפי שישומו בשוק.

א. השוכר אריס שהוא כשותף לעשות עמו במלאכתו, ולבסוף נעשתה המלאכה מאליה, נוטל האריס שכרו בכל גוונא, שהרי הוא כשותף.

ב. דעת הרבה פוסקים שאריס שנשלמה מלאכתו מאליה חייב לשלם לו שכרו. והמהרש"ם כתב דהיינו כשנשלמה מיד, וכתבו האחרונים דעיקר טעמו דאז נזקף למלאכת הפועל והוי רווחא דפועל, מה שאין כן כשנעשה לאחר זמן. ולפי זה הוא הדין כשנשלמה המלאכה על ידי אחרים דלא נזקף לרווחא דפועל.

ובנידון דידן לא נעשתה המלאכה על ידי אחרים, שהרי באו שאר בשרו וקרוביו ולא מתווך אחר.

ג. בנידון דידן שהפעולה הינה בדבר שאין בה ממש, וכן אינה אלא פעולה

מסויימת ולא כבעלות על גבי הקרקע, יש אומרים שאין דינו כאריס ואינו נעשה שותף, וכל שלא נשלמה המלאכה על ידו אין בעל הבית חייב לו.

ד-ה. עצם התחייבות על בלעדיות קיימת, כדמי פעולה עבור המתווך המתעסק במכירתה. אמנם אם נעשה בעל פה, אזי כל זמן שלא התחיל במלאכה יכול לחזור בו. ואם נעשה בשטר, אינו יכול לחזור בו אפילו קודם תחילת מלאכה.

ו. לכתחילה אין רשאי בעל הבית ליקח פועל אחר, דהא נתחייב לו שיתן לו בלעדיות. ואף כאשר בא לבעל הבית קונה מאליו, יש לו לשלחו אל המתווך, כיון שזה מה שנתחייב לו בשכר עבודתו.

וכשעבר בעל הבית ומכר בעצמו, אם הוברר שהיה המתווך יכול גם כן למכור לאותו קונה, או להביא קונה אחר, נמצא דדמי הבלעדיות הינם כשיווי דמי התיווך כולם, וחייב לשלם לו כל דמי התיווך. אמנם אם לא מוכח שהיה מביא המתווך קונה אחר, וגם הקונה הזה לא היה מסכים לקנות דרך המתווך, אין בעל הבית חייב לשלם למתווך דמי העיסקה, רק שיווי הבלעדיות, כפי שישימו בשוק.

אמנם גם אם בעל הבית מעצמו הלך למתווך אחר, דינו כקבלן שחזר בו בעל הבית, שלפי לדעת הרבה פוסקים אינו חייב לשלם לו, ואי אפשר להוציא הממון.

תשובה

והוא התנה עם אריסו שהוא ישקה השדה בארבעה פעמים ושכרו יהיה שלישי ממה שתוציא השדה, ונחלקו אמוראי אם יטול שכרו משלם או שלא יטול כלום, דרב יוסף אמר דאינו מן הדין שיטול שכרו שלישי, שהרי התנאי שיטול שלישי היה אם ישקה ארבעה פעמים, והרי אתא מטרא והוא לא השקה כלום, ורבה סבירא ליה דודאי ישלם לו שכרו משלם, שהרי מה שירדו גשמים הוא מזלו שגרם לו, שלא היה צריך לעשות עבודתו, אך הוא מצד עצמו היה ראוי ומזומן למלאכתו, ומשום הכי חייב לשלם לו.

ולהלכה קיימא לן (סימן שלד סעיף ג) כרבה, דמי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ארבע פעמים ביום יטול חצי הפירות וכל האריסין שהם משקין

ראשית דברינו נברר מה הוא גדר בלעדיות, והיאך מועילה התחייבותו על פי דין תורתנו הקדושה.

פועל שנשכר לעשות מלאכה והמלאכה נעשתה מאליו, אם נוטל שכרו

ומתחילה יש לברר היאך הדין בכל פועל שנשכר לעשות מלאכה, והשכר שהובטח לו הוא מתוך הפעולה שעשה, ולבסוף לא נשלמה הפעולה או שנשלמה שלא על ידו.

גבי אריס קיימא לן דאם נשכר להשקות השדה ובא מטרא והשקה, נוטל שכרו כאלו השקה

בגמרא (גיטין עד:) אמרינן דההוא גברא ששכר אריס להשקות שדהו במקום שהיה מנהג כל האריסים מנהגם שהם משקים השדה בשלשה פעמים ושכרם הוא רבע ממה שתוציא השדה,

שני פעמים אינם נוטלים אלא רביע הפירות ובא המטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות, נוטל חצי הפירות כמו שפסק עמו.

גבי פועל שנשלמה מלאכתו קיימא לן
דהפסיד שכרו

והנה גבי פועל שנשלמה מלאכתו, אשכחן בגמרא (בבא מציעא עו.) דהאי מאן דשכר פועלים לדלות מן הנהר ולהשקות שדהו, ובא מטר והשקה השדה ויותר לא הוצרכו למלאכתם, אמר רבא דהוי פסידא דפועלים, ופירש רש"י (שם ד"ה פסידא דפועלים) דהגשמים שירדו הפסד הפועלים הוא, ולא יהיב להו מידי, דאמר להו שמזלם גרם שירד המטר ופסקה עבודתם.

בר"ף כתב להלק בין אריס שהוא כשותף
ובכל גוונא נוטל שכרו לפועל שכיון שלא
טרח לא יטול שכר

וברי"ף (גיטין לה: מדה"ר) אהא סוגיא קמיייתא גבי אריס שהשקה המטר דאמר רבה שנוטל שכרו משלם, הקשה מאי שנא מהא דאמר רבא דהשוכר פועל ובא מטר הוי פסידא דפועל ואינו חייב לו מידי. וכתב דיש לומר דשאני אריס מפועל, דאריס הוי כשותף, שהרי אם היה נעשה אונס בקרקע אחר שעשה עבודתו, לא היה נוטל מידי משכרו, ומשום הכי כיון שקיבל על עצמו שכשישקה השדה ארבעה פעמים יקנה השדה לשליש ממה שתוציא, הרי נעשית שלו, ואף שלבסוף לא הוצרכו לעבודתו שהרי בא המטר, אפילו הכי לא פקע מה שקנה. אבל מה שאין כן בההוא דפועל, דאינו כשותף אלא שנוטל שכר עבודתו בין אם הועילה ובין

אם לא הועילה, ואם אחר שהיה גומר להשקות השדה היה נעשה אונס הלא ודאי שלא היה נגרע משכרו מאומה, אם כן כיון ששכרו הוא חלף עבודתו, השתא דסוף סוף לא עבד, אינו נוטל מידי.

ולהלכה נקטינן (סימן שלד סעיף ב - ג) כדעת הרי"ף להדיא, דאם שכר פועל להשקות שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינו צריך אינו נותן לו כלום, וכן אם בא בחצי היום אינו נותן לו מחצי היום ואילך כלום, והני מילי בפועל אבל מי שפסק עם אריסו שישקה השדה ויטול שכרו ובא המטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות נוטל כפי מה שפסקו עמו, דהאריס כשותף ואינו כפועל.

ולפי זה הני מילי באריס, דכיון שנוטל לפי שכר השדה הן רב והן מעט, ואפילו אם עבד עבודה גמורה וראויה, ונאנסה אחר כך השדה, אינו נוטל כלום, ונמצא דהרי הוא כשותף, ומשום הכי אמרינן דאף אם בא מטר ותו לא הוצרכה עבודתו, נמי נוטל בכל גוונא את שכרו משלם.

בראב"ד חילק דאריס וקבלן שכרם הוא על
גמד מלאכה ולא על טורח, ומשא"כ פועל
ששכרו על הטורח

אמנם הראב"ד (הובאו דבריו בר"ן שם ד"ה ההוא) כתב דלאו דוקא אריס, אלא אפילו בפועל קבלן הדין כן, שאם קבל קמה לקצור וקצר חציה ובאו אחרים וגמרוה או נמלים וקרסמוה, זכה הוא בשכירות ובשכר מלאכתו, דהני מילי בפועל הוא דאמרינן דפסידא דידיה לפי ששכרו אינו אלא כפי טרחו וכל

שמאותה שעה מיד זכה בשכירותו עבור מלאכתו, ואף שלא נעשית על ידו, מכל מקום כיון שהתחיל במלאכה זכה בשכר זו המלאכה והריווח במה שירד המטר ידידה הוא. והא דאמרינן דאם בא מטר הוי פסידא דפועלים, הני מלי דוקא היכא כשלא התחילו במלאכה.

ולפי זה נמצא דדעת אחרים הוא דגם הפועל אם התחיל במלאכה נוטל שכרו משלם, ורק אם עדיין לא התחיל במלאכה בזה אמרינן דאם בא המטר הפסיד שכרו.

להלכה קיימא לן כדעת הרי"ף, דדווקא אריס שהוא כשותף נוטל שכרו בכל גזונא

אמנם להלכה קיימא לן כדעת הרי"ף, וכמו שהבאנו לעיל, דבפועל, אפילו אחר תחילת מלאכה, אם הופסקה מלאכתו וכגון שבא המטר וכיוצא בזה אין לו שכרו, ובאריס נוטל שכרו משלם כיון דנעשה כשותף, גם אם המלאכה נעשתה לבסוף מאליה.

שאינו טורח אינו נוטל, ואם כן הרי סוף סוף הא לא טרח ומה לו ליטול שכרו, אבל קבלן הרי אין שכרו תלוי אלא בגמר מלאכה, ואם כן כל שנגמרה סוף סוף מלאכתו, בין אם נגמרה על ידו ובין אם נגמרה על ידי אחרים, נוטל קבלנותו.

נמצא לדבריו דלאו דוקא אריס מחמת שהוא כשותף, אלא אפילו הפועל שאינו כשותף, ואם נאנסה השדה אחר עבודתו נוטל שכרו משלם, מכל מקום מאחר דשכרו אינו על השעות והטורח אלא על גמר מלאכה, משום הכי כל שנגמרה מלאכתו, אפילו אם נגמרה שלא על ידו אלא בידי אחרים, מכל מקום נוטל את שכרו.

בר"ן הביא דעת אחרים דכל פועל אחר שהתחיל במלאכה נוטל שכרו משלם, ולא דוקא אריס או קבלן

ובר"ן (שם) הביא דעת אחרים, דלא רק באריס ובקבלן הדין כך, אלא גם בפועל, כל זמן שהתחיל במלאכה,

ב

גדר אריס שנעשה כשותף במלאכה

והשתא נבוא לבאר מהו גדר אריס שהוא כשותף, אם הוא בכל פעם שנוטל הפועל שכרו לפי המלאכה שעשה.

יש שכתבו כדעת הרי"ף דכל ששכרו לפי הריוח אף אם נאנס, נעשה כשותף ונוטל הריוח אף כשלא עבד

הנה מדברי הרי"ף שהבאנו לעיל מבואר, דאריס נחשב כשותף, מאחר שהרי חלקו תליא בקרקע, וכשם שאם יארע

אונס באותה הקרקע לא היה נוטל מידי, הוא הדין דקנה הקרקע לענין שאם לא יצטרך לעסוק במלאכה גם כן יטול הריווח הבא מאליו. וכן כתב בסמ"ע (שם ס"ק יא) דהטעם דאריס הוא כשותף ואינו כפועל, לפי שבפועל צריך הבעל הבית ליתן לו שכרו אף אם לא יעשה השדה פירות כלל, ומשום הכי נמי משלמין כפי מלאכתו, אבל מה שאין כן אריס דאם אין השדה עושה פירות אינו נותן לו

הכא לא עשה שליחותו שהרי עיקר שליחותו היה להוציא מיד הגנב והוא לא הוציא.

וכתב שם דיש לדמותו להך דקיימא לן גבי השוכר את הפועל להשקות את השדה ובא הנהר והשקה שאין לפועל את שכרו, ואמרינן עלה דהני מילי בפועל, אבל מי שפסק עם אריסו ועלה הנהר והשקה הרי נוטל האריס את כל מה שפסק עמו, שהאריס כשותף ואינו כפועל. והעלה דלפי זה הוא הדין בעובדא דהתם, דכיון שהתנה עם השליח שיטול שלישי ממה שיוציא, הרי נעשה אותו השליח כשותף, ומאחר שכבר התחיל במלאכה חייב ליתן לו בכל גוונא, עיין שם.

ומבואר מדבריו דכל ששכרו נקבע לפי ערך המלאכה שפועל בה, הרי דינו כשותף, ונוטל שכרו אף אם לבסוף לא היו צריכים לעבודתו.

כתב בפעמוני זהב דהני מילי כשהתחיל במלאכה

ובפעמוני זהב (סימן שלד) הביא דבריו וכתב דנדון זה דהזרע יעקב הוא דוקא היכא שכשקיבל שמעון את הגניבה מן הגנב, הקבלה היתה אחר שהתחיל לוי בשליחות, וכמו שמדוקדק שם בלשון השאלה, וכן דומיא דדין זה דאריס, דודאי היה כבר השדה בידו והתחיל בעבודה נומה שכתב בסמ"ע (שם) בלשונו דנוטל שכרו אפילו לא השקה כלל, אין כוונתו דהיינו אפילו אם לא עשה פעולה ולא התחיל במלאכה כלל,

הבעל הבית שום דבר, משום הכי כשעושה פירות שפיר מקבל פירותיו כפי מה שהתנה עמו ואפילו אם לא השקוה כלל, דמזלו גרם ומן השמים נסתייע.

בזרע יעקב כתב דהשולח שליח להציל חפצים בשכר שלישי, נוטל אף אם לבסוף עשה אחר את המלאכה

ובשו"ת זרע יעקב (לרבי יעקב בן נאים, סימן מה) נשאל אודות ראובן שנגנבו לו חפצים שגנבם לו אחד מבני ביתו וברח לעיר אחרת, וכשנודע לו שלח רץ לחבירו שמעון שבאותה העיר להוציא ממנו, ואף על פי כן ויפג לבו כי לא האמין להם, שלח לוי לעיר האחרת להוציאו מהגנב והתנה עמו שכל מה שיגבה מהגנב יקח לו לעצמו שלישי, והלך לוי לשם ומצא שכבר הוציאים שמעון חבירו של ראובן, ואפילו הכי לקחם לוי משמעון והביאם בידו, ובאו יחדיו לדין, ראובן טוען שכיון שלא גמר לוי את שליחותו שהרי שמעון כבר הוציאים מיד הגנב, אין לו אלא שכרו ולא את השליש שהתנה עמו, ולוי טוען דכיון שנעשה הדבר אחר שכבר התחיל בשליחותו, הרי מזלו גרם לו, ובא ליקח כמו שהתנה.

והשיב שם דודאי טענת ראובן לא דמיא להא דקיימא לן (סימן שלה סעיף ג) דהשוכר את חבירו להביא לו כרוב ודורמסקין לחולה והלך ומצאו שמת או הבריא דחייב השוכר ליתן לו שכר משלם, דהא התם עבד שליחותיה שהביא התפוחים שנשלח להביא מה שאין כן

ולפי זה גם באריס, אם ישכור אחד אריס להשקות שדותיו, ואחר כך ילכו פועלים אחרים ויעשו המלאכה עבור השוכר, נמצא דלא יוכל האריס לטעון שבא ליטול חלקו, דהא לא שייך בזה לומר שהרוויחוהו מן השמים, שהרי מה שהושלמה המלאכה היתה עבור שותפו השני.

וכן מדוייק בלשון הריטב"א (בבא מציעא ע"ז.) גבי הך דאריס, שכתב דאם רחמו מן השמים ובאו בני אדם ישראלים או עובדי כוכבים ומזלות ועשו מאליהן וחרשו וזרעו וקצרו הרי ודאי דאין פוחתין לו מחלקו בשביל שלא עמל בו אלא משמיא הוא דרחימו עליה ולא מנכי ליה, עיין שם. ומבואר מדבריו דדוקא אם באו ועשו מאליהן אז אמרינן דמן שמיא הוא דרחימו עליה, אבל אם עשו מחמת בעל הבית, לכאורה פשוט דחייב לשלם לו.

במהרשד"ם כתב להלך אם נעשתה המלאכה מיד או לאחר זמן

והנה בשו"ת מהרשד"ם (חושן משפט סימן שמג) נשאל אודות ראובן ושמעון שהיו להם בשותפות נכסים בספינה אחת מויניציאה, ולכדוה הדוגיאות של מלטה [=האוניות של מדינת מלטה], ושלחה ממשלת ויניציאה חיילים והצילה את כל הנכסים שנלכדו שם, וראובן ושמעון השותפים נתנו הרשאה ללוי לגבות להם מממשלת ויניציאה את הנכסים שהיו להם באותה הספינה, והסכימו איתו שיתנו לו רביע מהנכסים אם יצליח להוציאם, ולבסוף לא עלתה בידו של לוי להוציא

אלא כוונתו דנוטל שכרו משלם אפילו אם לא עשה שום פעולה בהשקיה, אבל כבר התחיל במלאכה וכגון שהלך לשדה, דהליכת האריס לשדה זו היא התחלת מלאכה]. אבל אם היה באופן שלא התחיל במלאכה קודם, וכגון ששמעון כבר היה מקבל הגניבה מיד הגנב קודם שהתחיל לוי בהליכה, בזה ודאי דאין לו אלא שכרו.

ולפי זה נמצא, דכל מי ששכרו נקבע לפי ערך המלאכה שתוציא, בין רב בין מעט, מיד כשהתחיל במלאכה, הרי הוא נעשה כשותף, ונוטל שכרו אפילו אם נגמרה המלאכה על ידי אחר.

בפעמוני זהב כ' דמ"ט הנ"ט כשנעשתה המלאכה מאליה, אבל אם נעשתה עבור הראשון אין לשני כלום

אמנם בפעמוני זהב שם כתב, דהן אמת דבעיקר דינו דהזרע יעקב יש מקום לפקפק דאין הנידון ידידה דומה ממש לראיה שהביא מדברי הרמב"ם להך דשוכר פועל או אריס ובא מטר או נהר, דשאני הכא דבא מטר והשקה השדה מן השמים סייעוהו ומזל האריס גרם, אבל בנידון ידידה הלא נגמר הדבר על ידי מה ששלח כבר ראובן עצמו לאחרים לעשותו, שהרי ראובן הוא שלח לשמעון שיראה להוציא מהגנב את החפץ, ועל ידי מעשה דראובן בא גמר הענין, ולא דמי למטר שירד מן השמים דנימא שהריווח שייך לאריס, אלא שהריווח שייך לראובן דהא הוא הלך וגמר המעשה.

לו, וכתב שם ד'יגיעת בשר הוא להשיב על זה מרוב פשיטותו.

ואמנם אם שכרוהו והבטיחו לו רביע מאותם הנכסים לא ממה שיוציא אלא מלכתחילה כדי שיטרח להוציא, בזה יש להסתפק קצת, דהשתא היה מקום לומר דמה שהבטיחוהו כן הוא עבור שילך ויטרח בזה, והלא כבר הלך וטרח ומה עוד היה לו לעשות.

ובזה היה אפשר לומר דתליא בפלוגתת הראשונים גבי פועל שנשלמה מלאכתו מאליה, דלדעת הראב"ד ואחרים, דבכל פועל שהתחיל במלאכה, ולכל הפחות קבלן, אמרינן דכשנשלמה מלאכתו מן השמים חייב בעל הבית ליתן לו, אם כן הוא הדין הכא. אמנם לדעת הרי"ף ושאר ראשונים דסבירא להו דאפילו פועל שהתחיל במלאכה ונעשית מאליה לא זכו בשכרם, אם הוא הדין הכא דלא זכה לוי במעותיו. והשתא מאחר דתליא בפלוגתא אם כן הוי לן למימר דלא מפקינן ממונא, וכיון שבאו המעות ליד לוי, לא יוכלו להוציאם מתחת ידו.

והעלה במהרשד"ם דמכל מקום יש לומר דנידון דידיה לא דמי לפלוגתת הראשונים, דיש לומר דהא דפליגי התם אם פועל או קבלן יטלו שכרם בכהאי גוונא, הני מילי כהמלאכה שעבורה שכרו אותם, נעשתה מיד, דבזה היינו יכולים לתלות דרווחא דפועל הוא שסייעוהו מן השמים כיון שכבר התחיל במלאכתו ונעשתה המלאכה כמלאכה דידיה.

הנכסים ולא עשה בזה שום פעולה מלבד מה שנכנס לבנייני השלטון ומסר את הכתבים והניירות שמסרו לו ראובן ושמעון על זה והמתין לתשובת הממשלה ואחר שבאה תשובת הממשלה שדחהו בשתי ידיים ליתן לו חפצים שהיו בספינה נתייאש מכך, ואחר שני שנים עשה ראובן הוצאות וקם והלך הוא בעצמו והשתדל לבדו בזה והצליח להוציא כל הנכסים מתחת יד השלטון בויניציאה. אמנם ביד ראובן לא היה הרשאה משמעון שותפו שיוכל להוציא גם הוא את חלקו, ועל כן גזרו שם אנשי השלטון שמאחר ובידם היה כתב הרשאה מאת ראובן ושמעון עבור לוי, אזי יתנו את חלק שמעון ביד לוי, ומעתה מאחר שהזכירו בשלטונות את שם לוי לתת חלק שמעון בידו מאחר שהוא המורשה, הרי השתא הוא רוצה ליטול את חלקו דהיינו רביע מן הנכסים וכפי שהבטיחוהו בתחילה בעת שנכנסו עמו לעסק זה של הוצאת והצלת החפצים מיד השלטון, ואף שלא טיפל בזה מאומה, ומעכב לוי את המעות ואינו רוצה ליתנם לראובן, ושמעון צועק חמס שהוא מוכרח לפרוע חלקו לראובן במה שטרח והוציאם, ומהיכי תיתי כלל שישלם גם ללוי בלי שטיבל בזה כלל, והלא עיקר תנאם היה שאם יוציאם לוי יתנו לו הרביע.

והשיב שם מהרשד"ם דאין ידוע מאיזה טעם בא לוי לתבוע, והלא אם הבטיחו לו רביע מהנכסים בשכרו באם יוציא מיד השלטון, איך יעלה בדעת בן אדם שיתנו לו מה שלא הוציא, דכיון שהוא לא הוציאם מיד השלטון מה יתנו

דהפעמוני זהב, שהוא לא התחיל כלל להתעסק בהוצאת הגניבה והכל נעשה קודם שיגיע לעיר על ידי השתדלות הראשון בשליחות ראובן, אם כן מאיזה טעם יש לומר דמן השמים סייעוהו.

בנידון דידן שנוטל לפי אחזים והשלמת הפעולה, לכאורה דינו כאריס

והשתא נבוא לבאר בנידון דידן, דהנה שר פעותל המתווך נעשית לפי ערך דמי המכירה אחר שתסתיים המכירה, והיינו שהוא נוטל חלק שכרו מחלק שעשו, ולפי הנתבאר הרי נעשה בזה כאריס שהוא שותף, דבזה אמרינן דנוטל שכרו כשנשלמה המלאכה אף נעשתה מאליה מן השמים.

בנידון דידן לא נעשתה המלאכה על ידי אחר **ואף** לדעת הפעמוני זהב דהיכא דנעשתה המלאכה על ידי אחר אינו חייב, מכל מקום הא הכא לא נעשתה על ידי אחר, אלא מן השמים, שהרי לא נכנס ובא מתווך אחר ובקש להתערב בזה ולעשות המלאכה, אלא הקונה בא מעצמו, אל שאר בשרו ומשפחתו, ובקשו לקנות ממנו הבית, ואף אין כאן כלל תשלומי תיווך בעסק זה, ואם כן לכאורה הכא דהוי כאריס, חייב ליתן לו שכרו משלם.

אם היה בא אחר ומשלים העסקה, אפשר דהיה פטור

ואמנם אם היה בא מתווך אחר ומשלים העסקה ונוטל דמי תיווך, בזה היה מקום לומר דאינו חייב ליתן לו שכרו, שהרי נגמרה המלאכה על ידי אחרים, והיה יכול לומר דקים ליה כהפעמוני זהב.

והביא ראיה לזה ממה שכתב בתרומת הדשן (כתבים סימן פה) גבי שכר שדכנות שנתפייסו הצדדים לעשות השידוך ולבסוף לא עשוהו ובא השדכן לתבוע שכרו כיון דהצדדים נתפייסו, וכתב דודאי דאין לו זכות לתבוע, אלא אם כן התנו להדיא דעובד השדכן על מנת שיתרצו אף אם לא יבואו לידי גמר, אבל כל שלא התנו בהדיא רק עשו בסתמא, אין נוהגין לגבות שום שכר שדכנות אלא אם כן יגמרו הנישואין. ומכאן מוכח להדיא דכל שהבטיח שכרו לאחד אם יעשה המלאכה, כל שלא התנה להדיא שיתנהו לו אף אם לא יגמור מלאכתו לגמרי, אינו חייב לו, ואם כן כל שכן בנידון זה שהיה להיפך שעיקר תנאי השכר היה שאם יוציא, דודאי דכל שלא הוציא אין לו כלום.

והסיק שם דמאחר דמעשיו של לוי לא הועילו כלל, ואף התנו עמו להדיא שרק אם יביא הדבר לידי גמר, בזה אין מקום פקפוק דאין ללוי כלום.

בפעמוני זהב ביאר דהחילוק בין מיד לאחד זמן, דאז הוי דווחא דפועל, וה"ה כשנעשתה ע"י אחרים מיד

ובפעמוני זהב שם הביא דברי מהרשד"ם, וביאר דבריו דמה שכתב לחלק אם נעשה הדבר מיד או לאחר זמן, היינו דכל שנעשה לאחר זמן אינו מתייחס לפעולת הפועל הראשון, וכתב דלפי זה הוא הדין אם נעשה מיד, מאחר שנעשה על ידי אחרים אין הדבר מתייחס לפעולת הפועל הראשון לומר שהריווח דידיה, ובפרט בנידון דעובדא

ג

הועילה כגון ששכרו להביא תפוחים והבריא החולה שחייב בעל הבית לשלם לו כיון דהתם הא עביד שליח שליחותיה משא"כ כאן שנשכר עבור גמר המלאכה והרי לא גמרה, ודמיא לשכר פועל להשקות השדה ובא מטר דבפועל אין לו כלום ובאריס הרי הוא כשותף ומקבל שכרו.

דעת האביר יעקב בעובדא דהזרע יעקב דאינו שותף כיון שאין בו ממש, ונשכר דק להוציא מן הגנב

וכתב רבי יעקב אביחצירא דאחר בקשת המחילה לא דק בזה בעל זרע יעקב שפיר, דודאי פועל שנשכר לעשות מלאכה בדבר שאין בה ממש, לא שייך להחשיבו כשותף באותו הדבר, דמהיכי תיתי דבשביל שאמר לו שיטול שלישי במה שיציל מהגנב נקרא שותף מעכשיו ונקרא גם בעל הגניבה, וכי תעלה על דעתך שמעתה לפי זה אפילו אם אחר שעשה עמו בעל הגניבה שילך ובירר לו שיטול שלישי במה שיציל מהגנב וביני וביני קודם שיתחיל השליח ללכת החזיר הגנב הגניבה או אחרים תפשו אותה ממנו והחזירוהו לבעל הבית וכי גם בזה נימא דיטול השליח השליש דהא הוי שותף, והלא זה לא יעלה על הדעת כלל, אלא ודאי אף על גב דאמר לו ליטול השליש סוף סוף אינו נקרא כי אם שכיר בא בשכרו, ולא דמי זה לאריס כלל דהתם גבי אריס הרי השדה שעושה עליו אריס ישנה בעולם ושייך בה שותפות, ועוד האריס הרי הוא

האביר יעקב כתב דלא שייך שותפות אלא בדבר שיש בו ממש, וכן שנשכר לכמה מלאכות

והנה בשו"ת יורו משפטיך ליעקב (לרבי יעקב אביחצירא, סימן מה) נשאל בעובדא דומה לעובדא דזרע יעקב, אודות ראובן שנגנב לו כלי כסף וכלי זהב וברדולח וכלי מילת סך עצום, ונתברר לו שהגנב הוא יהודי, והגנב ברח לעיר אחרת רחוקה מעיר ראובן מהלך חמשה ימים ויותר, וכתב ראובן אגרות ושלח לריעיו מיודעיו שלשם שיעמדו לנגד הגנב להוציא מידו את הגניבה שגנב לו, ואחר כך חשב ראובן עם נפשו שמא לא יעמדו ריעיו לנגד הגנב ויפסיד הכל, ואמר ראובן לשמעון שיקום וילך אחר הגנב, וכל שיציל מידו יטול ראובן שני שלישים ושמעון שלישי, ויקם שמעון וילך למקום שהגנב שם, ובהגיעו לשם מצא את ריעיו של ראובן שלקחו את הגנב ותפשוהו בבית אסורים והוציאו כל הגניבה מתחת ידו ושלחו הכל ליד ראובן, וחזר שמעון לביתו, והנה עתה עמד שמעון לתבוע מראובן את השליש שפסק עמו, וראובן ענה ואמר שהלא אמר בעת השכירות שמה שיתפוש מן הגנב ההוא יטול בו השליש והרי לא תפש כלום, ושמעון השיב דמה שעליו לעשות כבר עשה ומה שרעיו של ראובן תפסו את הגניבה מן הגנב, סיוע הוא שסייעוהו מן השמים.

והשיב שם דעובדא כזו אירע אצל בעל זרע יעקב, והביא שם תשובתו, דלא דמיא לפועל שהשלים פעולתו ולא

בפועל שאינו נקרא שותף. ומשום הכי הוא הדין בנידון דידיה דהתם דמהיכי תיתי לומר שייקרא שותף ואיזה חזקה היתה לו קודם או איזה עסק עשה קודם, ועל כרחך שאינו אלא שכיר ובא בשכרו ואינו נוטל כי אם שכר הליכתו דווקא. וכן הסיק שם אליבא דהלכתא, דלא דמי כלל לאריס, ובודאי אין הדעת נותנת שאחרים טרחו ויגעו עם הגנב ותפשוהו בבית האסורים עד שהצילו הגניבה וזה יבא ויטול חלק בדבר אשר לא עמל בו ולא גדלו, ואלה דברים שאין השכל גוזרן, ולכן קם דינא שראובן לא יתן לשמעון רק שכר הראוי לו בהליכתו וביאתו דווקא ותו לא מידי.

ומבואר מדבריו דהא דאמרינן דאם נתן לו חלק ברווח הרי הוא כשותף, הני מילי בדבר שיש בו ממש, כגון בקרקע וכיוצא בזה, ובדבר שעושה בו שאר מלאכות, אבל בדבר שאין בו ממש, וכן נשכר רק לפעולה אחת, בזה לא מסתברא דנעשה כשותף.

לפי"ז בנ"ד שנשכר דק עבור התיווך, והוא דבר שאין בו ממש, אינו כשותף, ואם נשלמה ע"י אחרים פטור

ולפי זה בנידון דידן, הא שמעון המתווך נשכר רק למלאכת התיווך, וכן עצם פעולת התיווך היא דבר שאין בו ממש, ואם כן לא נעשה כשותף וכאריס, והשתא שנשלמה המלאכה על ידי אחר, וכל שכן כשנשלמה על ידי פעולת הבעלים בעצמם בלא תיווך אחר, דאינו יכול לתבוע את שכרו.

עושה כל מלאכת השדה הצריכים לו אף על גב דלא הוצרך להשקות הרי הוא עושה מלאכת אחרים ומשעה שנעשה אריס הרי הוא נכנס לשדה ומפקח בכל צרכיו לפיכך שפיר קרינן ביה שותף, אבל זה שנשכר להציל הגניבה במה נקרא שותף ומה חזקה השתא יש לו בגניבה ומה עשה בה, ופשיטא דלא יקרא שותף אלא אחר שיתפוש הגניבה דווקא וכל עוד שלא תפש על מי תחול השותפות הרי הגניבה בעצמה אינה בנמצא, ולכן בעל כרחין לומר דשכירות דווקא מיקרי ולא דמיא לאריס כלל.

וכתב לבאר דזו היא נמי כוונת התוספות (בבא מציעא שם) שכתבו בלשונם דלא דמי אך דאריס שבא מטר דחייב לשלם לו מה שהבטיחו להך דפועל דאם אתא מיטרא אמרינן דהוי פסידא דפועלים, דשאני התם שאינו אלא שכיר יום שלא שכרו בעל הבית אלא לדלות וכיון שלא הוצרך אינו שכירו, אבל הכא שהוא אריס ועושה כל מלאכות שבשדה ויש לו חלק בקרקע כמו בעל השדה ומי כשהתנה עמו לדלות ארבעה זכה בשליש השדה ואפילו אתא מיטרא ולא איצטריך כמו שאר אריסים דנטלי חלקם אפילו אם לא יצטרכו לדלות, וביאר רבי יעקב אביחצירא דברי התוספות כהך ביאור שכתב דשאני אריס שהוא זכה בעצמו שלישי בקרקע אף על גב דלא הוצרך לדלות, משום שהוא עושה כל מלאכות שבשדה ויש לו חלק בקרקע, ולפיכך משעה שאמר לו לדלות זכה דהא יש לו חלק בקרקע ונעשה כשותף, מה שאין כן

מלאכה, אם גבי קבלן נמי אמרינן דהוי קנין על כל שכרו כמו דנקטינן (סימן שלג סעיף ב) גבי פועל, או דבזה אמרינן דלא הוי קנין, וכבר הארכנו בזה. אלא דמכל מקום הכא הא הקונה בא מאליו אל בעל הבית, ואם כן הוי כבא מטר, דלא שייך בו דין חזרת בעל הבית, רק שהמלאכה נשלמה מאליה, דהוי כאונסא.

אם לקח מתווך אחר, אפשר דהוי כבעה"ב החוזר בו דיש אומרים דאחר תחילת מלאכה חייב אף מקבלן

ואמנם אם בעל הבית לקח מתווך אחר שישלים לו פעולת התיווך, אפשר דהוי כבעל הבית החוזר בו, ואם יוכיח המתווך שהיה יכול בעצמו לסיים עבודת התיווך, הרי זה בפלוגתא האחרונים גבי בעל הבית החוזר בו מקבלן אחר תחילת

ד

התחייבות המוכר למתווך שלא להתעסק בממירה בדרך אחרת, הוא מקציצת שכר עבוד פעולתו

אמנם מצד אחר יש לדון בנידון דידן, בחובת המוכר לעמוד בדבריו ובהתחייבותו למתווך שלא למכור בענין אחר אלא דרכו.

דהנה, בחתם סופר (שו"ת יורה דעה סימן ט) הביא העתק מכתב התחייבות שנתן השוחט ר' אברהם דובעריש פונדק להרבני מו"ה חיים במו"ה יוסף ז"ל שו"ב דקהלת זבארוב ביום ו' ט"ו אב תקצ"ז בעיר זבארוב, בו כתב שהוא מקבל עליו שלא לשחוט ושלא לבדוק בעצמו ואפילו עם עוד שוחט אחר מבלעדי הרב ר' חיים מבלי ידיעתו והסכמתו ורצונו הטוב ממש שלא באונס והכרח כלל, ומתחייב שם שחלילה לו לשחוט שום שחיטה הן בהמות גסות ודקות והן עופות גדולים וקטנים תורים ובני יונה, הן בקהלה הנ"ל עצמה והן בהכפרים השייכים בשחיטה לשוחט ר' חיים, הן לעצמו והן לאחרים הן בשכר והן בחינם, וכמו כן מתחייב שלא לבדוק

שום בדיקה הן הסכינן והן הריאה בדיקת פנים הן בדיקת חוץ הן בעצמו הן עם שוחט אחר מבלעדי הסכמת ר' חיים באופן שיהיה נגד דעתו ורצונו הטוב, וחלילה לו להיות גורם רעה אפילו בדיבור הקל בין בעסק השו"ב ובין בשאר עסקים, והכל מקבל על עצמו באיסור חמור שלא לגרום שום רעה לר' חיים או לגירי דיליה הן בעצמו הן מגירי דיליה מעכשיו ועד כל ימי חיבתו. וקיבל שם על עצמו בנדר על דעת המקום ועל דעת רבים ונשבע שבועה חמורה בנקיטת ספר החומש שאחזו בידו בעת ההתחייבות ומקבל בחרם גמור שאין לו התרה ובהסכמה בלב אמיתית שלא באונס והכרח כלל לקיים כל זה. ובסוף קבלת חרם זה, נתחייב שם שאם יעבור על כל זה ויהיה שוחט או בודק שום שחיטה או בדיקה במקומות הנזכרים מבלעדי דעת מוהר"ח הנ"ל לבלתי דעתו ורצונו הטוב ממש, הן בעצמו הן עם איש אחר בין לעצמו ובין לאחרים בין בשכר ובין בחינם באופן שיהיה על ידי זה השגת גבול של ר' חיים, אז הוא אוסר על

דרך אחר, אם כן זהו שכר שחייב לו עבור מה שעובד ופועל עבורו במכירת דירתו. ונמצא לפי זה, דיש חיוב על המוכר, שלא להתעסק עם מתווך אחר, וזהו בתמורה למתווך שמתעסק במכירת דירתו. וחוב זה דתמורת שכר פעולה, הרי הוא נעשה אף שלא בקנין ייחודי עבור אותה הפעולה, והוי ככל שכירות פועלים שהשכר הנקצץ ביניהם כדיבור, הוא מחייב.

ובי"ן שכן, מאחר דכאן שקצצו ביניהם שהמתווך יתעסק במכירת הדירה, יפרסמנה ויעשה כמה מעשים והשתדלויות עבור מכירתה, ובתמורה מתחייב לו המוכר שלא יעשה בדרכים אחרים על מנת למכרה, נמצא דהתחייבות זו שישאר בלעדיות בידי המתווך, הינה כתמורה עבור שכר פעולת המתווך שמתחיל להתעסק בפרסומה.

אמנם התחייבות זו הינה כתמורה עבור עבודתו בנסיונותיו למכור את הדירה, ועדיין לא מיירי מעצם שכר מכירת הדירה שהוא שכר התיווך, שאותו נוטל המתווך כאשר תבוא הדירה לידי גמר.

ונמצא, דכשמתחייב בלעדיות למתווך, הרי זה כקוצץ עמו שיתעסק במלאכת מכירת הדירה, ומלבד עצם האחוזים שיקבל באם יבוא הדבר לידי גמר ויהא זה בשכרו, עוד זאת נוסף על שכרו במה שפועל ועוסק במכירת הדירה, והוא שבעל הבית ימנע מלהתעסק ולהביאה לידי גמר מכירה בדרך אחרת, וזהו שכר גמור, וכדמוכח בעובדא

עצמו ועל אחרים כל השחיטות ובדיקות שלו, ויהיו אסורים כחזיר וכנבילה, ויהיה נידון כעובר על השבועה.

ונשאל שם בחתם סופר, מאת ה"ה הרב המאור הגדול הגאון בנן של קדושים כמו"ה אברהם תאומים אבד"ק זכארכ שבגאליציע, כשבא אותו השוחט לעבור על התחייבותו, וטוען שלא נשבע מעולם והכל היה באונס, שאם לא היה מודה וכותב שנשבע ומקבל על עצמו, לא היה השוחט ר' חיים נותן לו כתב תעודה וקבלה על השחיטה. והשוחט ר' חיים טוען כנגדו שהכל היה אמת ונשבע בנקיטת חפץ ממש.

והאריך שם בחתם סופר בנידון זה, אם מהני טענתו שלא נשבע ואך באונס הודה שנשבע ונותן אמתלא לדבריו, ואף אם נשבע אם יועיל לומר שנשבע מחמת אונסו.

ובתוך דבריו כתב דבעצם הנידון שיש ביניהם, הרי אפילו אם לא נשבע מכל מקום חייב לקיים תנאו דהלא על מנת כן נתן לו כתב תעודתו והרי הוא עובר על לאו דלא תעשוק שכר עני ואביון, דהא זהו מכלל שכר פעולתו של ר' חיים שלא יפסיק חיותו, ואם כן מחוייבים בית דין לכופו לקיים תנאו, עיין שם.

ומבואר מדבריו, דמלבד תשלום בממון, ניתן לצרף לשכר פעולה גם תנאים שמתנים ביניהם. ולפי זה, אם מתנה עם המתווך שתמורת עבודתו יקבל גם בלעדיות, והיינו שלא ימכור הדירה

דהחתם סופר הנזכר, שמה שנתחייב שלא להתעסק במלאכת השחיטה בלא

הורמנותיה הוא כקציצה ודמים עבור השכירות.

ה

כיון דהוי כשכר פועל, כל זמן שלא התחיל המתווך במלאכה יכול לחזור בו, אם לא שחתמו כן בשטר

ואמנם, מאחר דהתחייבות זו הינה כקציצת דמי שכירות עבור פעולתו, הרי דינו ככל פועל הנשכר לבעל הבית ונקצץ עמו שכר, דקיימא לן (סימן שלג סעיף א) דכל זמן שלא התחיל במלאכה, רשאי בעל הבית לחזור בו. ורק אחר שהתחיל במלאכה, אין בעל הבית יכול לחזור בו. ולפי זה, אף בנידון המתווך שקצץ עמו בעל הבית בלעדיות, כל זמן שלא התחיל המתווך במלאכה להתעסק בזה, ולא התחיל לפרסם או להביא קונים וכיוצא בזה, הרשות ביד בעל הבית לחזור בו.

אלא דאם נעשה הדבר בשטר, בזה קיימא לן (שם בש"ך ס"ק כה) דשכירות פועל נקנית בשטר, ואינו יכול לחזור בו. ולפי זה אם המתווך והמוכר חתמו ביניהם על שטר בלעדיות, הרי נעשית כאן קנין בשטר, ואין הרשות ביד בעל הבית לחזור בו, דשכירות נקנית בכהאי גוונא [ועיין בנודע ביהודה (מהדורא קמא סימן ל אות ח) שכתב דכל שנכתב בשטר התקשרות אין הקבלן יכול לחזור בו, ואפילו בלא קנין כל שכתבו שטר טוב חלה התחייבותם מבלי יכולת לחזור בהם, ובין בשטר בעדים ובין בשטר בכתב יד הבעל דין וחתימתו, ואין בזה שום חילוק אלא רק לענין לטרוף ממשעובדים אבל לשאר הדברים אלימא מילתא דשטרי בחתימת ידו כמו שטר בעדים].

ו

עבר בעה"ב ומכרו ע"י אחר, חייב למתווך את ה'בלעדיות' שהבטיחו, וכיון דא"א חייב לכה"פ ליתן שוויה

ואחר שנתבאר דחיובו של בעל הבית מול המתווך לעמוד במה שנתחייב לו על בלעדיות במכירה, אינו כזכות ממונית שביניהם אלא כהתחייבות לשלם דמי פעולה, נבוא לבאר היאך הדין אם עבר ומכרו על ידי אחר.

השכירות, כבר נתבאר לעיל (אות ג) דאינו יכול ליטול ממנו, כיון דסוף סוף לא נסתיימה השכירות על ידו, ואף שבעל הבית גרם לזה, מכל מקום מצוי לומר דקים ליה שאין דינו כאריס שהוא שותף, אלא כפועל שהבטיחוהו שאם יסיים המלאכה יטול שכרו והרי בפועל לא סיים המלאכה.

דהנה מצד עצם מה שהבטיחו שאם יסיים המלאכה יטול דמי

אלא דיש לדון מאחר דבעל הבית נתחייב למתווך בשכרו שיתן לו הבלעדיות

בנידון דידן חייב לשלם לו דמי הבלעדיות ולפי זה בנידון דידן, מאחר דנתבאר שבעל הבית הבטיח למתווך בשכר השקעתו בפרסום ובהבאת קונים, שיתן לו בלעדיות למכור את הבית, ועבר על דברו, הרי נתחייב לו שוויות דמי הבלעדיות [והיינו מלבד דמי התיווך, דבזה כבר נתבאר לעיל דאינו חייב לו שהרי לא גמר מלאכתו ומצי לומר דקים ליה שאינו כאריס ושותף, וכיון דסוף סוף לא נגמרה המלאכה על ידו, ולא מחמת חזרת בעל הבית אלא מחמת שנשלמה מאליה, ודאי דאינו חייב לשלם לו כל הדמים].

אם מוכח שהיה ביד המתווך להשלים את העסקה, אפשר דשווי הבלעדיות הינה כשווי דמי התיווך

ויש לברר גבי האי הסכם בלעדיות, היכי נישמיה. דהנה הא פשיטא אם יודע לעין כל, שהיה למתווך תחת ידו קונה שהיה מוכן לקנות הדירה בפעולתו, ונמצא דשווי הבלעדיות הינה כשווי התיווך, בכהאי גוונא לכאורה יתחייב בעל הבית לשלם לקונה דמי כל התיווך. ואף שבשעה שקצצו ביניהם שיהיה בלעדיות עבור שכר הטרחה, לא היה ידוע שוויות הבלעדיות אם יגיע לידי גמר, מכל מקום הא קיימא לן (סימן שלב קצה"ה סק"ו ונתה"מ סק"ה) דמי שנתחייב לפועל ליתן לו בשכרו פירות דקל כשיבואו לעולם, מתחייב בדמיהם, והיינו שיווי דמי פירות דקל אחר שבאו לעולם, או שיווי דמי פירות דקל כפי מה שיהיו שווים בשעת סיום המלאכה, ובנידון דידן

להתעסק בזה והוא עצמו לא יעסוק בזה בדרכים אחרות, והרי השתא נמצא דביטל בעל הבית התנאי שהתנו ביניהם, ולא עמד בדיבורו ליתן שכרו למתווך שעוסק בכך, ועבר הוא ועסק בעצמו בדרכים אחרות.

והנה כתב הרמ"א (סימן שלב סעיף ד) דמי ששכר פועל ואמר ליה ליתן לו חפץ בשכרו, יכול אחר כך ליתן לו דמיו, דכיון דלא משך החפץ, לא קנאו. וכתב שם בש"ך (סק"י) דאף דהתחייבותו ליתן לו חפץ פלוני בשכרו לא חל, ולא קנה את החפץ מכל מקום הרי מתחייב השוכר בשווי וברמי מה שנתחייב לו, והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרים שפסקו דמים [ועיין שם בפתחי תשובה (סימן שלו סק"א) שהביא דעת הדברי משפט (שם סק"ב) דיש חוב ליתן לפועל מה שהתנו עמו, והביא ראיה מהא דקיימא לן (שם סעיף א) דאין בעל הבית יכול לומר לפועל שיטול בשכרו מה שעשה, כיון דמסתמא ההתחייבות ביניהם הינה עבור כסף ממש, ודקדק מזה שם בדברי משפט דלפי זה אם התנו להדיא שישלם לו בדבר אחר, הרי יש חובה על בעל הבית לשלם לו באותו הדבר. אמנם אף לדבריו ודאי דאין זה דהפועל קונה החפץ בקנין, אלא דהוי התחייבות של בעל הבית לשלם לו בזה. ומכל מקום אף לפי דבריו, במקום שלא עמד בעל הבית בהתחייבותו, חייב בעל הבית ליתן לפועל את שווי מה שנתחייב לו, וכמו שכתב בש"ך], וכבר הארכנו בדין זה במקום אחר (מכתלי בית הדין חלק א סימן מח).

גבי תיווך, הרי בשעת גמר המלאכה כבר באו לעולם הפירות ושוויהם כדמי תיווך מלאים.

אם אין ברור שהיה בה קונה, שיווי דמי הבלעדיות אינו כשיווי דמי התיווך כולם

אמנם אם אין ברור שיש קונה אחר שהיה קונה את הבית דרך המתווך, וכגון בנידון דידן שהמתווך אינו מצליח להוכיח שהיה מביא קונה אחר, וכן הקונה שקנה את הבית בוודאי לא היה קונה דרך התיווך, שכן בא אל הבית רק מחמת שהוא אחיו הקרוב ומבקש לקנותו ממנו, אם כן נמצא דהבלעדיות של אותו המתווך אינה שווה את דמי כל העיסקה, שהרי פירותיו לא באו לעולם עדיין, וספק גדול אם היו באים, ובכהאי גוונא אי אפשר לחייבו שווי כל דמי העיסקה.

ומכל מקום הא וודאי דיתחייב לשלם דמי בלעדיות, והיינו דיש לשום בשוק ולשאול כמה מתווכים, כמה נותנים עבור בלעדיות, ואותם הדמים ישלם לו.

אם עדיין לא התחיל בעבודתו, אף דמי הבלעדיות אינו חייב לשלם לו

אלא דכל זה היינו דוקא כשהמתווך התחיל עבודתו, דעל זה מתחייב לשלם לו בעל הבית. אמנם אם עדיין לא

התחיל עבודתו, ולא פרסם מאומה וכיוצא בזה, נמצא דהפועל לא עשה כלום, ואין בעל הבית חייב לשלם לו כלום. ואף לכתחילה רשאי לחזור בו, דכשלא התחיל במלאכה לכולי עלמא רשאי לחזור בו, וכל שכן בקבלן דיש אומרים דאף אחר תחילת מלאכה רשאי בעל הבית לחזור בו, כמו שנחבאר לעיל.

העולה לדינא

העולה מזה, דבנידון דידן, שלא חזר בו יצחק לעשות הפעולה על ידי מתווך אחר, אלא מאליה נשלמה, אין לשמעון המתווך טענה לבוא בשכרו. דמצי בעל הבית לומר דקים ליה דבדבר שאין בו ממש לא נעשה כאריס וכשותף, והוי כנשלמה מלאכתו מאליה בפועל דאינו חייב לו כלום. ואמנם אף מצד שכרו על תחילת עבודתו כמתווך, שהבטיחו דמי הבלעדיות, גם זה אינו חייב לו, שהרי בנידון דידן לא הוכח שהיה מוצא קונה, ואף הקונה הזה לא בא ולא היה הולך אל המתווך, נמצא דאין דמי הבלעדיות שווים כדמי העסק.

אלא דמכל מקום אם שמעון התחיל עבודתו בפרסום וכיוצא בזה, ישלם לו יצחק דמי שווי בלעדיות, כפי מה שנראה בשוק.



הגאון הגדול רבי ברוך שובקס שליט"א

בעניין אם אשת איש שזינתה אסורה על בועלה שני

הצנת נושא השאלה

הדין הוא שאשת איש שזינתה אסורה על הבעל ועל הבועל, ואף לאחר שנתגרשה אסורה להינשא עם זה שבא עליה בעודה אשת איש. כפי שיבואר להלן, יש מקום לומר שטעם האיסור שנאסרת על הבועל הוא מאחר והוא גרם לה להיאסר על הבעל. מטעם זה ניתן לומר שאינה אסורה אלא על מי שזינתה עמו לראשונה בעודה נשואה לבעל זה, שהרי הוא זה שגרם לה להיאסר על בעלה, משא"כ על הבועל השני או השלישי אינה נאסרת, שהרי הוא לא הוסיף מאומה על האיסור לבעל שהיה קיים לפני שזינתה עמו.

שאלה נוספת שיש לדון היא על אלו הוכחות ניתן להסתמך כאשר באים לדון אם האשה זינתה עם אדם נוסף לפני שזינתה עם זה שהיא נשואה אתו כיום.

לדאבונינו, שאלה זאת די שכיחה בזוגות בעלי תשובה הנשואים בזיווג שני. אם כי מאמרנו אינו מתייחס כיצד להורות למעשה לזוגות בעלי תשובה, או כיצד להשתמט מלהורות להם בעניין, כאשר על כף המאזניים מוטל החשש שאם יורו להם להתגרש יחזרו לסורם, ר"ל, אלא לברר את עיקר שאלה קשה זו על פי עיון בש"ס ובפוסקים.

אם אשת ישראל אסורה על בועלה באונס

בגמ' כתובות דף ט ע"א "מפני מה לא אסורה (לבת שבע על דוד המלך שבא עליה בעודה - לכאורה - נשואה עם אוריה), התם אונס הוה (מאימת מלכות), ואיבעית אימא... כל היוצא למלחמת בית דוד גט כריתות כותב לאשתו". הביאור בתירוץ הראשון של הגמ' הוא שמאחר שאשה המזנה באונס אינה נאסרת על הבעל, לא נאסרה בת שבע על אוריה וממילא לא נאסרה על דוד. לפי התירוץ השני בת שבע לא הייתה כלל אשת איש אלא גרושה פנויה.

אמנם, בגמ' שבת דף נו ע"א "כל האומר דוד חטא, אינו אלא טועה... (והראיה מהפסוק) 'ואת אשתו לקחת לך לאשה', ליקוחין יש לך בה, דאמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן כל היוצא למלחמת בית דוד כותב גט כריתות לאשתו." משמע שהטעם שהיה דוד מותר בבת שבע הוא מצד גט כריתות בלבד וכטעם השני שבגמ' כתובות ולא מטעם אונס ומזה מוכיח הגמ' שדוד לא חטא שאלמלי חטא הייתה בת שבע אסורה עליו. אלא שבתוספות שם כתבו וז"ל: "אף על גב דאפילו חטא נמי יש לו בה ליקוחין דהא אנוסה היתה ושריא לבעל וה"ה לבועל מ"מ ליקוחין יש לך בה משמע לא היה לך בה עבירה". והיינו שתוספות מפרשים "ליקוחין יש לך בה"

יודע שאם באת עליה אסורה, דלגבי דידיה
 הוי כעדים אעפ"י שלא נאסרה על הבעל
 בידיעתו מ"מ הויא חתיכא דאיסורא אגבי
 דידיה. וראיה מכתובות (שם) דקאמר ואם
 תאמר מעשה שהי' מפני מה לא נאסרה,
 ופרש"י והלא הכל יודעין שבא דוד על
 בת שבע, ומקשי' עליו והיאך ידעו שבא
 עליה באותה שעה מסתמא לא בא עליה
 בפרהסיא אלא שלח אחריה והביאה בתוך
 ביתו, ומפרשין מפני מה לא אסורה והלא
 ידע דוד שבא עליה ולגבי דידיה כעדים
 מעידים בדבר". וכפירוש הרא"ש בגמ'
 בכתובות לגבי דוד כתבו גם בתוספות,
 בחידושי הרמב"ן, הרשב"א הר"ן
 והריטב"א שם.

אבל בחידושי הרש"ש בכתובות שם
 הבין בפשיטות שאם אין עדים על
 הזנות ולא נאסרה על הבעל על פי בית
 דין, אינה אסורה על הבעל, לפי הטעם
 בגמ' שאינה אסורה על המאנס כיון
 שאינה אסורה על הבעל. ומיישב קושיית
 הגמ' מבת שבע, שאוריה ודאי היה מאמין
 לדוד שבא על בת שבע ואם הבעל מאמין
 לעד אחד אשתו אסורה עליו. עוד מיישב
 שהגמ' בקושיא סברה שאין האיסור על
 הבעל תלוי באיסור על הבעל ולכן הייתה
 בת שבע צריכה להיות אסורה על דוד
 אף שלא נאסרה על אוריה, וכאשר תירצו
 בגמ' שאונס היה אז נתחדש שהאיסור
 לבעל תלוי באיסור לבעל וממילא בת
 שבע בין כך מותרת לדוד מאחר שאין
 עדים. ומסיק כתירוץ השני.

ולכאורה התירוץ השני של הרש"ש
 דחוק מאוד, שבגמ' משמע

מביאה ראשונה ולא רק מאחר מיתת
 אוריה. ומדברי התוספות נראה גם שאף
 רבי יונתן סובר שמותרת על המאנס ואם
 כן התירוץ השני שבגמ' כתובות אינו
 חולק על התירוץ הראשון ושניהם אמת.

הב"ש בסי' יא סק"ג מביא דברי
 התוספות בשבת שאשה מותרת
 על המאנסה ומביא עוד גמ' ירושלמי
 בסוטה ריש פ"ה ומובא אף בתוספות
 בסוטה שם "הוא (הבועל) מזיד והיא שוגגת
 פשיטא שהיא מותרת לביתה. גירש מהו
 שיהא (הבועל) מותר בה? איפשר לומר
 מזיד בה ואת אמר הכין. הוא שוגג והיא
 מזידה פשיטא שהיא אסורה לביתה. גירש
 מהו שיהא מותר בה? איפשר לומר יוצאת
 מתחת ידו ותאמר הכין." ומדברי
 הירושלמי מוכיח הב"ש שהתירוץ השני
 בגמ' כתובות עיקר והאשה אסורה על
 המאנס.

ועיין בפתחי תשובה שם סק"ה שמביא
 בשם הבית מאיר והחתם סופר
 שנקטו לעיקר שהיא מותרת על המאנס
 מן התורה ואינה אסורה עליו אלא משום
 קנס מדרבנן (בדומה לשומרת יבם שזינתה שאסורה
 לבעל מדרבנן אף שאינה נאסרת על היבם, עיין רמ"א
 אבן העזר סי' קנט סעיף ג) ובדיעבד אם נשאת
 למאנס לא תצא. וכן יש לפרש בדברי
 הירושלמי שהובאו בב"ש שהאיסור הוא
 מדרבנן משום קנס.

אם אסורה על הבעל ללא עדים
כתב בשו"ת הרא"ש כלל לב סי' טו
 (מובא בב"י אבן העזר סי' יא) וז"ל: "אבל
 יש להזהירו (לבעל) ולומר לו פלוני הוי

למאנס אסורה ומטעם שנעשית חתיכא דאיסורא.

ובברכי יוסף אבן העזר סי' יא אות ג מביא מפסקי הרא"ש יבמות פ"ו

סי' ו שכתב במפורש שאנוסה מותר על המאנס "דלא מסתבר לאוסרה לבועל כשהיא מותרת לבעל". ולכן מפרש דברי הרא"ש שנעשית חתיכא דאיסורא, שכיון שאם היה הבעל מאמין לבועל הייתה נאסרת עליו, גם אם אינו מאמין היא נחשבת כחתיכא דאיסורא לבעל ולבועל.

עוד כתב בברכי יוסף שם שאף לדעת מהריט"ץ אין האיסור לבועל שלא בפני עדים תלוי באיסור למאנס. ואף לתירוץ הראשון בגמ' שמותרת למאנס, מכל מקום, אסורה לבועל בלא עדים. אלא שמהריט"ץ מפרש לשון הרא"ש שהאשה כחתיכא דאיסורא שהיא אסורה אף למאנס וכתירוץ השני בגמ'.

דמיון בועל שני לאנוסה

אם ננקוט שאנוסה מותרת מן התורה ואינה אסורה אלא מדרבנן משום קנס, יש מקום לומר שאף בבועל שני הדין כן, שאינה נאסרת על הבועל השני מאחר וכבר הייתה אסורה על הבעל גם לפני שזינתה עמו.

אלא שבברכי יוסף שם דוחה דמיון זה וכתב וז"ל: "ומוכרח לחלק

ביניהם, דבשלמא בנאנסה, אונס רחמנא שרייה, וכיון דאינה נאסרת, דאנוסא היא, שריא לבועל. אבל בבועל שני והיא מזידה, נהי דזו אסירא וקיימא מבועל ראשון, אמנם מעשה זה עצמו דבועל שני

להדיא שאם בת שבע לא הייתה אנוסה הייתה אסורה לדוד אף ללא עדים וכל ההיתר מבוסס על כך שהיה אונס וכפירוש הרא"ש והתוספות.

אלא שמצאנו לו חבר במאירי שם שכתב וז"ל: "ואם תאמר שלא נאסרה לאוריה מפני שלא היו שם עדים... אין זה כלום שכל שנתפרסם על ידי נביא אין לך עדות גדולה מזו". משמע שאם לא היה מתפרסם על ידי נביא הייתה בת שבע מותרת לדוד גם ללא טעם אונס, אלא מאחר שאין עדים ואף שדוד יודע ומודה. אם לא שנדחוק ונאמר שהמאירי מיישב בדרך אחת אף שאפשר ליישב בדרך נוספת שכל שהבועל יודע ומודה אסורה לו.

ובשו"ת מהריט"ץ סי' קל הבין בטעם הרא"ש שאסורה על הבועל אף בלא עדים משום שנעשית כחתיכא דאיסורא, שאין איסור לבועל תלוי באיסור לבעל. והקשה שאם כן אף באונס צריכה להיות אסורה על הבועל מדין חתיכא דאיסורא ומזה מסיק שהרא"ש סובר שהתירוץ הראשון בגמ' נדחה והעיקר כתירוץ השני שכל היוצא למלחמת בית דוד כותב גט כריתות לאשתו, אבל בלא זה אין איסור לבועל תלוי באיסור לבעל ואסורה אף על המאנס.

עוד כתב ליישב הקושיא בגמ' כתירוץ הראשון של הרש"ש, שאוריה היה מאמין לדוד ולכן אם לא הייתה בת שבע אנוסה הייתה אסורה על אוריה. אבל דברי הרא"ש כתב שהוא סובר שאפילו

הוא הדין להיפך, אין האיסור על הבועל תלוי בכך שנאסרת עתה על הבעל ודי בכך שהיא אסורה על הבעל מלפני כן. ומה שיש להשיב הוא שהאיסור על הבועל תלוי באיסור על הבעל ולא להיפך, אלא שבברכי יוסף נוטה להצדיק ראייה זו. ועיין בקרבן נחנאל שם אות ח שאכן מוכיח להיפך, שאסורה לבעל אף שאסורה לבועל מלפני כן, מכך שנאסרת על בועל שני אף שאסורה לבעל מלפני כן.

ב. ממה שכתב בשו"ת הרא"ש כלל לב סי' טו (מובא בבית יוסף סי' יא) באשת איש שהעיד עד אחד שמת בעלה במדינת הים ונשאת לאחר ומת הבעל השני וזינתה בעודה כאלמנה מן השני ושוב חזר בעלה הראשון ממדינת הים וגירשה, ופסק הרא"ש שהיא אסורה להינשא עם זה שבא עליה בזנות. הרי שאף שהוא רק בועל שני, מכל מקום אסורה עליו.

ובשו"ת אבני נזר אבה"ע סי' כד אות יא מיישב שהנישואין השניים היו ברשות בית דין והיא מוגדרת כאנוסה ולא נאסרה על הבעל אלא מדרבנן, כדי שתדקדק האשה לפני שמתחתנת אם באמת מת בעלה, וממילא כאשר בא עליה הבועל השני חל איסור על הבעל מן התורה, שהרי לא התירו לה בית דין אלא להינשא ולא לזנות, ולכן חל איסור אף על הבועל. משא"כ אשה שזינתה פעמיים לא ניתוסף שום איסור מהבועל השני מה שלא היה מהבועל הראשון.

אבל, בגמ' יבמות דף צב ע"א נחלקו ר' אלעזר ור' יוחנן על אשה שהתירוה

אי לא הוה ענין בועל ראשון, היתה אסורה מכח מעשה זה דבועל שני, וא"כ גם עתה דקדם לו ענין בועל ראשון אסורה לבועל שני, מאחר דענין זה דבועל שני עצמו סגי לאוסרה".

ועיין עוד בשו"ת אבני נזר אבן העזר סי' רלה אות ב שכתב וז"ל: "דמי יימר דטעם איסור לבועל משום שגרם איסור לבעל, ולשון כשם שנאסרה לבעל אין המשמעות דמשום שנאסרה כו', ועי' ג"א ריש תזריע, והא דאונס מותר גם לבועל משום דונטמאה ג' פעמים דרשינן אחד לבעל ואחד לבועל כו' וכיון שנאנסה דלא קאי עלה קרא דונטמאה שהרי מותרת לבעלה ממילא גם לבועל מותרת, אבל זו שברצונה זינתה וקאי עלה קרא דונטמאה רק שלבעל בלאו הכי היתה אסורה אבל לבועל שפיר נאסרת". ועיין עוד שם בסי' כט אות סב שמיישב בעניין אחר.

דאיות מהר"א ששון לאסור לבועל שני

בשו"ת מהר"א ששון סוף סי' קצו דן אם אשת איש שזינתה נאסרת על בועלה שני. ומסיק שנאסרת על בועלה שני אף שהייתה אסורה על בעלה מכבר. ומביא שתי הוכחות (שעל שתייהן יש מקום להשיב).

א. ממה שכתב בפסקי הרא"ש כתובות פ"א סי' ד שאשת ישראל שנבעלה לגוי ונתגייר הבועל אינה אסורה עליו, מאחר שכבר הייתה אסורה עליו בשעת ביאה מצד שהוא גוי, ואעפ"כ אסורה על בעלה. הרי שאין האיסור לבעל תלוי בכך שהיא נאסרת עתה על הבועל. ואם כן

גם בשו"ת אורים גדולים סי' כא למוד קל-קלא ובברכי יוסף שם פלפלו הרבה בראיה זו.

ובאבני מילואים סי' יא סק"ב מיישב שאם האשה הייתה אסורה על בעלה באיסור אחר, כגון: איסור כהונה או ממזרות, שייך שיחול עליה איסור נוסף של סוטה. ואף שאין איסור חל על איסור, מכל מקום, על ידי הזנות יש איסור כולל שנאסרה אף על הבעל. עוד כתב, שהכלל שאין איסור חל על איסור היינו לעניין שאין עונש על האיסור השני, אבל האיסור קיים לעניין שהוא רשע גמור. ומאחר שחל איסור סוטה על הבעל, הרי הוא חל אף על הבעל. משא"כ אשה שזנתה וחזרה וניתנה לא התווסף בה איסור בזנות השניה שלא היה לפני כן, שהרי איסור סוטה כבר היה. ולכן שפיר יש מקום לומר שלא נאסרה על הבעל.

תמיהת האהרונים מגמ' מפורשת לאיסור

אולם בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' צד, בקרבן נתנאל שם (על הרא"ש בכתובות פ"א סי' ד אות ח) בשם "אדמו"ר הגאון הגדול" ובספר שער אפרים סי' עח תמהו מאוד על המהר"א ששון שטרח להביא ראיות מהרא"ש בעוד שמפורש בגמ' סנהדרין דף מא ע"א שאשת איש שזינתה אסורה אף על בועלה שני. ובאמת שבפשטות אכן נראה שהפוסקים הנ"ל

בית דין להנשא וזינתה ושוב נודע שבעלה היה חי, אם חייבת קרבן חטאת לסוברים שאם הייתה נשאת הייתה פטורה מקרבן לאחר שנהגה על פי בית דין. דעת ר' יוחנן וכן מוכיחה הגמ' מברייטא, שפטורה מקרבן בטענה "אתון הוא דשיתין פנויה" ובכסף משנה הלכות שגגות פ"ה ה"ה כתב שכן הלכה שאין חילוק בין זנות לנישואין^א, אלא שאנו פוסקים שאפילו אם נשאת חייבת קרבן. ואם כן יוצא שבמקרה של הרא"ש אף הזנות הייתה בשוגג כמו הנישואין וכל האיסור לבעל ולבועל הוא מדרבנן. ואם כן שפיר יש להוכיח מהרא"ש שאסורה לבועל שני, שהרי הרא"ש לא היה מחמיר בבעל שני בהיתר בית דין שאיסורו מדרבנן יותר מאשר בועל במזיד שאיסורו מן התורה. וכן מוכח מהראיה שהביא הרא"ש מבת שבע לדוד שהוא מדמה את האיסור לבועל מדרבנן לאיסור מן התורה.

חייבי לאוון על הבעל גם נאסדות על הבעל

המגיה במשנה למלך הלכות סוטה פ"ב הי"ב מביא ראיה נוספת שאשת איש נאסרת על בועלה שני מהגמ' בסוטה דף כה ע"א ששייך קינוי לסוטה שכבר אסורה באיסורי לאוון על הבעל, אף שבין כך היא כבר אסורה על הבעל, מכל מקום יועיל הקינוי לאוסרה אף על הבעל. הרי ששייך איסור לבועל אף אם לא גרם לאסור על הבעל וכבר הייתה אסורה עליו.

א. ויש לתמוה מאוד על מה שכתב האבני נזר שם וז"ל: "וקיימא לן דאפי' על זנות גרידא חייבת, עיין שם בש"ס". וכן היא דעת ר' אלעזר בגמ' שם. אבל, לדעת ר' יוחנן וכן מוכיחה הגמ' מברייטא, אין הבדל בין זנות לנישואין ורק אם האישה נשאת לחייבי לאוון הרי היא חייבת חטאת.

עדות שאי אתה יכול להזימה. וכל עדות שאי אתה יכול להזימה, לא שמה עדות. (ומיישב) הכי נמי קאמר, מתוך שאין נהרגין, שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו, אף היא אינה נהרגת, דהויה לה עדות שאי אתה יכול להזימה. (ומקשה) אלא באשה חבירה, דקיימא לן דמיקטלא אליבא דרבי יוסי ברבי יהודה, היכי משכחת לה? (ומיישב) כשזינתה וחזרה וזינתה (שכבר הייתה אסורה על בעלה מונות קודמת), (ומקשה) והא יכולין לומר לאוסרה על בועלה שני באנו? (ומיישב) שזינתה מבוועל ראשון. אי נמי, שזינתה מקרוביה.

העדים טעות וסברו שהיא נאסרת על בועל שני

והנה ראיית השבות יעקב והשער אפרים היא מדברי הגמ' שאף בזינתה וחזרה וזינתה יכולים העדים לומר לאוסרה על בועלה שני באנו, הרי שהיא אכן אסורה על בועלה שני.

אולם יש אחרונים שדחו את הראיה. השער אפרים עצמו דחה שאפשר

השיגו השגה גדולה על מהר"א ששון שהאריך לדרון בדבר המפורש בגמ', אבל בהמשך נראה שהאחרונים האריכו לדרון ולפלפל בסוגיא בסנהדרין וחלקם העלו שאין ראייה מהגמ' לנידון של מהר"א ששון ויש שאף הוכיחו מהגמ' להיפך ממסקנת המהר"א ששון שאשה שזינתה מותרת על בועלה שני. וכדי לעמוד על דבריהם יש להעתיק תחילה את הסוגיא בגמ', שעליה בנויה עיקר מאמר זה.

סוגיית הגמ' בסנהדרין דף מא ע"א

אמר רב חנן: עדי נערה המאורסה שהוזמו, אין נהרגין. מתוך שיכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו. (ומקשה) והא אתרו בה? (ומיישב) דלא אתרו בה. (ומקשה) ואי לא אתרו בה היכי מיקטלא? (ומיישב) באשה חבירה, ואליבא דרבי יוסי ברבי יהודה. דתניא, רבי יוסי ברבי יהודה אומר חבר אין צריך התראה, לפי שלא נתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד. (ומקשה) וכיון דאינהו לא מיקטלי, איהי היכי מיקטלא? הויה לה

ב. בשו"ת שואל ומשיב תניינא ח"א סי' פד כתב שהנידון של מהר"א ששון הוא במקרה שנאסרה על ידי קינוי וסתירה שבזה יש מקום לומר שהאיסור לבעול נובע מהאיסור לבעל. אבל, אם זינתה בפני עדים פשוט שנאסרה אף לבעול שני וכפי שמוכח מהגמ' בסנהדרין. לפי דבריו, בהכרח לומר, שאף אם הבעול מודה הרי זה דומה למקרה של קינוי וסתירה ולא למקרה של עדי טומאה. שהרי אם נאמר שהודאת הבעול נחשבת כעדות, אם כן מה מוכיח מהר"א ששון מתשובת הרא"ש שמדובר בה אם הבעול מודה. וכן מסתבר, אם נאמר שכל האיסור לבעול שלא בפני עדים הוא משום שאם הבעל היה מאמין לבעול הייתה נאסרת עליו. שהרי האיסור לבעל שמאמין לבעול אינו חמור יותר מאשר האיסור לאחר קינוי וסתירה. ואם כן אפשר לומר שאף הגמ' בכתובות שהתירה את בת שבע לדוד מטעם אונס, אינו אלא בהודאת הבעול ושלא בפני עדים. אולם כל דבריו הם דברים מיוחדים מאוד ואפשר שאינם אלא לפלפול ולא להלכה.

שהעדים סבורים שהיא נאסרת על בועלה שני ולכן העידו עדות זו אבל באמת אינה נאסרת. ובשבות יעקב דחה דבריו שאם נאמר שעדים יכולים לתרץ עצמם בכך שטעו בדין או במציאות, הם יכולים לתרץ עצמם גם בדרכים אחרות, שלא ידעו שזינתה כבר, או שחייבים מיתה על זנות, או שלא ידעו שהבועל השני והאשה קרובים. אלא בהכרח שאנו מניחים שהעדים ידעו את האמת.²

ובברכי יוסף שם טוען עוד שמדברי רש"י שם שמסביר שמקור דברי הגמ' שהיא אסורה לבעל שני הוא ממה "דקיימא לן במסכת סוטה (כו, ב) מונטמאה ונטמאה שתי פעמים - כשם שאסורה לבעלה כך אסורה לבעל", משמע שהגמ' משמיענו דין גמור ולא רק טעות עדים.

חלקת יואב - אסורה על בועל שני מדרבנן

תירוץ דומה מיישב בשו"ת חלקת יואב אבן העזר ריש סי' א שהרי לכל הדעות היא אסורה לכתחילה על בועל שני מדרבנן מטעם קנס, שהרי אפילו שומרת יבם שזינתה אסורה על בועלה מדרבנן, ואם כן כוונת העדים לאוסרה מדרבנן.

אבל, מלבד שהתירוץ דחוק שהרי בתלמוד בבלי לא נזכר אף פעם שיש קנס מדרבנן על הבועל (המקור היחיד הוא בנימוקי יוסף ואולי גם הירושלמי) ועל מי

סמכה הגמ' שנבין שמדובר באיסור דרבנן בלבד, תירוץ זה בודאי שהוא נדחה מדברי רש"י הנ"ל. בתירוץ השער אפרים יש אולי מקום לדחוק ולומר שרש"י מסביר את מקור הטעות של העדים, אבל בתירוץ החלקת יואב אי אפשר לומר כן, אף לא בדוחק גדול, שהרי מה עניין קנס מדרבנן לאיסור מן התורה הנלמד מ'ונטמאה ונטמאה'. ואם כן בודאי מוכח מדברי רש"י שלא כתירוץ החלקת יואב.

ובשו"ת אבני נזר אבן העזר סי' רלה אות ד השיב לבעל החלקת יואב וסתר דבריו במה שכתב שאסורה על בועל שני מדרבנן וכתב שעיקר דברי הנימוקי יוסף לחדש מדעתו קנס מדרבנן על בועל יבמה מוקשים. ובהכרח לפרש שהבועל גורם שתימאס היבמה על היבם ולא ירצה להכניס זונה לתוך ביתו ויחלוץ לה, וממילא יוצא שהחוטא נשכר ולכן שיין לקונסו ולאסור עליו מדרבנן. אבל בבועל שני שכבר הייתה אסורה על בעלה והיה חייב לגרשה, אין שום טעם לחדש קנס מדרבנן.

סקילה בזינתה וזורה זינתה

דברי המהר"א ששון והשבות יעקב מובאים בבאר היטב אבן העזר סי' יא סק"ד ובפתחי תשובה שם. ובפתחי תשובה סי' קעח סק"ק לא הוסיף להביא פלפול נפלא מהגאון רבי איציקל

ג. יש לציין עוד למה שכתב בשו"ת שרידי אש ח"א סי' קלא שעדים אינם יכולים לתרץ עצמם שלא ידעו ולא התכוונו, ואינם נפטרים אלא במקום שבאמת ישנם שתי תוצאות שונות מעדותם, תוצאה חמורה ותוצאה קלה.

משכחת לן לסקול נערה המאורסה לר' יוסי ב"ר יהודה. ועל כן מפרש שתחילה באו עדים על זנות שניה ואסרו את האשה על בעלה ואחר כך באו עדים על זנות ראשונה, ומה שאמרו בגמ' 'בועלה שני' אין הכוונה שבעילתו היא הבעילה השנייה, אלא שהוא השני שבית דין יודע עליו שזינה, דהיינו שני מצד ידיעת בית דין וראשון במעשה. ולכן מיתת הנערה המאורסה בסקילה, כיון שהייתה בתולה בשעה שזינתה ולכן גם אסורה האשה על בועלה שני, כיון שהוא זה שבאמת אסר את האשה על הבעל^ה.

המבורגר להוכיח מהגמ' בסנהדרין להיפך, שמותרת לבועלה שני^ה.

הגרי"ה מניח שקושיית הגמ' "אלא באשה חבירה, דקיימא לן דמיקטלא אליבא דרבי יוסי ברבי יהודה, היכי משכחת לה" היא, היכן מצינו לתת עונש סקילה לנערה המאורסה ללא התראה, שהרי קושיא זו היא המשך למאמר רב חנן שעדות נערה המאורסה היא עדות שאי אתה יכול להזימה. ואם כן, קשה תירוץ הגמ' שזינתה וחזרה וזינתה, שהרי בעולה מיתתה בחנק ולא בסקילה ואם כן חזרה הקושיא היכי

ד. תשובה זו נדפסה בשו"ת מטעמי יצחק סי' יד והמעשה עליו נסובה התשובה היה כך: אשת איש נשתמדה ר"ל ונשאת לגוי, במקביל גם בעלה התחתן שנית כדת משה וישראל. לימים התגיירו המשוּמדת ובעלה הגוי ונישאו זה לזה בחופה וקידושין, מבלי שהאשה תגלה שהיא כבר הייתה נשואה מלפני שהשתמדה. לאחר מכן נודע שבעלה הראשון היה חי כשהאשה נשאת לגר בחופה וקידושין ולאחר מכן מת.

והנה לא ניתן לאסור את האשה לגר על בסיס הביאה שלפני שנתגייר, כמבואר בשו"ע סי' קעח סעיף יט וכדעת הרא"ש שהובאה לעיל, והנידון הוא אם לאסור מצד ביאתו עליה לאחר שהתגייר ולפני מיתת הבעל הראשון. ובמקרה זה האשה בין כך הייתה אסורה על הבעל מצד ביאת הגוי ואם כן ביאתו לאחר שהתגייר כביאת בועל שני.

השואל הציג שאם יורו להם להתגרש יש לחוש שיחזרו לסורם, ר"ל. והשיב רבי איציקל שם שככל הנראה הבעל הראשון זיכה לאשה גט לפני שהתחתן פעם נוספת, כמבואר ברמ"א סי' קמ סעיף ה שיש לזכות גט לאשה מומרת, ואם כן היה דינה כגרושה לאחר שנתגיירו, אלא שאין לנו מידע ברור על כך לאחר שמת הבעל הראשון. בנוסף מצדד להתיר לבועל שני שלא גרם לאוסרה על בעלה ולכן פסק להקל.

ה. פירוש זה מתיישב רק לדברי תוספות והרא"ש ודעימיה שהאיסור לבעל תלוי בכך שכלפי שמיא גליא שהיא אסורה עליו. ולא לדעת הרש"ש שהאיסור לבעל תלוי אם נאסרה עליו בבית דין. שאם כן היה עלינו לראות מיהו הבעל שבית דין אסר את האשה על הבעל בגינו לראשונה ולא מיהו הבעל הראשון.

ואולי יש לדחות ולחלק בין מקרה שאין עדים כלל ודין הבעל תלוי אם יאמין הבעל לבועל, שאז כל עוד שלא אמר הבעל שמאמין לבועל, לא נאסרה האשה לא עליו ולא על הבעל. לבין מקרה שיש עדים, אף שעדיין לא העידו בבית דין, מכל מקום כיון שידוע שהאשה תיאסר בעתיד על הבעל, הרי היא כאילו אסורה עליו מיד ונאסרת על הבעל.

עוד מוסיף הגרי"ה להוכיח מהגמ' שהאשה מותרת על בועלה שני, שאם נאמר שהיא אסורה אף על בועלה שני, למה היה על העדים לפרש שזנות זו היא הראשונה במעשה אם אין כוונתם לחייבם בעונש סקילה ולא בחנק. אלא בהכרח שהיא מותרת על בועלה שני ולכן היה על העדים להדגיש שמדובר בבוועל ראשון במעשה, כדי לאסור את האשה עליו.

גם בחידושי רע"א בסנהדרין שם מיישב בדרך הגרי"ה, שהבועל שני, הופיע שני לבית דין ובעילתו הייתה ראשונה. אלא שהוא מסיים בקושיא על פירוש זה. להלן נביא את קושיית הגרע"א ונדון בה.

ישובים אחרים על קושיית הגרי"ה

מצינו באחרונים שיישבו באופנים כיצד ייתכן שהנערה תהיה בסקילה אם זינתה וחזרה וזינתה, נציג אותם בקצרה ולאחר מכן נשוב ונדון בקושיות וראיות שיש בכל יישוב.

בשנ"ת נודע ביהודה תניינא אבן העזר סי' כ בהגהה מבן המחבר מיישב שבעילה ראשונה הייתה שלא כדרכה ועדיין בתולה היא וכדעת רבנן בקידושין דף ט ע"ב שאם באו עליה עשרה שלא כדרכה כולם בסקילה.

בחידושי הפלאה ב"ב פרק יש נוחלין ד"ה ובזה נראה, מיישב

שמדובר בעדים שהעידו בכת אחת שהנערה המאורסה זינתה פעמיים¹. ואינם יכולים לתרץ עצמם שרצו לאוסרה על בעלה, שהרי אם כן למה להם לפרט שזינתה פעמיים, אלא בהכרח שרצו לחייבם מיתה ולכן העידו שזינתה פעמיים, מאחר שידעו שאם יעידו על זנות אחת תהיה זו עדות שאי אתה יכול להזימה, או כדי לחייב מיתה לשני הבועלים (לפי התירוץ שהבועל השני היה קרוב). ואחר שידענו שהעדויות על הזנות השניה הייתה כדי לחייבה מיתה, שוב אנו תולים שאף העדות על הזנות הראשונה הייתה כדי לחייבה מיתה, שהרי מדובר בעדות אחת. ואם הוזמו העדים הרי הם חייבים סקילה ואם לא הוזמו הנערה והבועל הראשון נסקלים.

בשנ"ת ברית אברהם אבן העזר סי' צד אות טז דן בקצרה בתירוץ של הגרי"ה ובתירוץ של שלא כדרכה. ומיישב עוד בדרך אחרת שעדות שאי אפשר להזימה אינה פסול בעצם העדות, אלא מאחר שאין לעדים יראת העונש שאם ישקרו ויוזמו ייענשו, הרי הם חשודים למשקרים. אבל, אם שתי כתי עדים מעידים על נערה המאורסה שזינתה, הרי היא חייבת סקילה ממה נפשך, אם העדים הראשונים העידו אמת הרי היא חייבת על זנות הראשון. ואם העידו שקר מחמת שלא הייתה להם יראת עונש הזמה, אם

1. יש לציין שבספר פנים יפות על התורה הביא בעל ההפלאה עצמו את תירוץ הגרי"ה והגרע"א שהזנות השניה קדמה במעשה ולא כמו שכתב בחידושי הפלאה על הש"ס. וכן בנתיבות לשבת סי' יא סעיף א.

כן עדיין היא בתולה וחייבת סקילה על זנות השני.

העדים התכוונו לפסול לעדות מזמן ראשון אחר שמיישב הגרע"א את קושיית השבות יעקב על מהר"א ששון שהזנות השניה קדמה במעשה, מסיים שקושיית התוספות יהיה קשה לפי פירוש זה. שהקשו בתוספות על האוקימתא בגמ' שהבועל השני הוא קרוב, שהעדים יכולים לומר שבקשו לפוסלו לעדות. ומיישבים שאם כן היו יכולים לומר על הבועל השני שבא על נערה המאורסה מבלי לפרש מי היא הנערה המאורסה, שהרי הנערה בין כך פסולה לעדות מצד הזנות הראשונה. אבל אם נאמר שהבועל השני קדם במעשה הבעילה, אם כן יכולים העדים לומר שפירטו את זהותה של הנערה, משום שבקשו לפסול את הנערה לעדות אשה שמת בעלה מזמן ראשון ועד זמן שני, שהרי לפי העדות השניה, האשה נפסלת מזמן מוקדם יותר מאשר לפי העדות הראשונה.

לכאורה היה מקום לתרץ את הקושיא שעדות אשה שמת בעלה לא שכיחא כלל ודבר רחוק לומר שהתכוונו העדים לפסול את הנערה לעדות כזו מזמן ראשון לזמן שני. ומאידך ניתן להבין

דברי הגרע"א שהניח בקושיא, שהרי לא מדובר שהעדים הגיעו להעיד לצורך זה בלבד. אלא העדים באו לפסול לעדות את הבועל השני, אלא שלא יקשה למה להם להזכיר גם את שם הנערה, אם היא כבר נפסלה לעדות, על כך תירץ שאף בהזכרת שם האשה ישנה תועלת נדירה כלשהי.

אלא שאף אם נדחה את קושיית הגרע"א לעניין מה שכתב שכתב שהעדים יכולים לומר שבאו לפסול את הנערה לעדות עגונה ונאמר שאין תולים בכוונה רחוקה, מכל מקום, לפסול את הבועל לעדות, אינו רחוק, וכמו שמוכח מקושיית התוספות. ואם כן, לכל הפחות, יש ליישב ראיית הגרי"ה שמוותרת על בועלה שני, שאם לא כן למה היה לעדים לפרש שהזנות קדמה לזנות הראשונה. ולפי התוספות יש ליישב שהעדים רצו לפסול את הבועל לעדות מזמן ראשון ולכן היה נחוץ לפרש מתי בעל.

ובלאו הכי נראה ליישב טענת הגרי"ה למה היה לעדים לפרש שהזנות השניה קדמה במעשה. שהרי אפשר שהעדים לא העידו שהזנות קדמה, אלא השיבו על דרישות וחקירות של בית דין, ובכלל הדרישות והחקירות באיזה יום ובאיזו שעה ראו את המעשה ומתוך תשובתם יודעים בית דין שזנות זו קדמה.

ז. הדין הוא שאשה נאמנת להתיר עגונה ולהעיד שמת בעלה במדינת הים, אבל רשע פסול אף לעדות זו. וצ"ע אמאי נקט רע"א עדות עגונה שאינה מצויה כלל ולא נקט לפסול את הנערה לשבועה. ואפשר משום שלרב נחמן בסנהדרין דף כו ע"ב לתירוץ השני בתוספות שם, הבא על הערוה כשר לעדות, משום דיצרו תוקפו, אם כן הרי הוא כשר אף לשבועה. ורק לעדות אשה וקידושין וגירושין הרי הוא פסול.

והרי בשו"ע סי' יא סעיף ד נפסק שאפילו עדים לאסור אשה על בעלה צריכים דרישה וחקירה.

בזנות ראשונה הנערה לא הפקירה עצמה למיתה

בשו"ת נודע ביהודה תניינא אבן העזר סי' כ מביא פירוש זה שהזנות השניה קדמה במעשה בשם חד צורבא מרבנן (לכאורה הכוונה להגרע"א) ומקשה על פירוש זה, לפי מה שכתב שם בתשובה שאף לר' יוסי ב"ר יהודה שחבר א"צ התראה, מכל מקום צריך שיתיר עצמו למיתה וידע בשעת עבירה שהעדות היא עדות שאפשר להזימה ויענישו אותו על פי העדות. ואם כן בהכרח לפרש בגמ' שהנערה זינתה וחזרה וזינתה ונענשת על הזנות השניה בפועל, שהרי בזנות הראשונה לא הפקירה עצמה למיתה, שהרי היא חברה וידעה שאין מענישים על פי עדות שאי אפשר להזימה וידעה גם את חידושו של רב חנן שאי אפשר לקיים כאשר זמם בזנות אחת ללא התראה. והיא לא הייתה אמורה להעלות על דעתה שתזנה פעם נוספת ושעדי הזנות השניה יבואו ויעידו לפני עדי הזנות הראשונה.

יש לציין שקושיא זו יהיה קשה גם לפני דרכו של ההפלאה שהעדים העידו בבת אחת שזינתה פעמיים. שהרי אף לפי דרכו היא נידונה בחמורה שבשתיהן ואף על הזנות הראשונה. וכן קשה לדרכו של הברית אברהם. הדרך היחידה ליישב לפי הנודע ביהודה היא בזנות שלא כדרכה וכמו שכתב המגיה שם.

בשו"ת אגרות משה אבן העזר ח"ד סי' מה כתב לדחות דברי הנודע ביהודה, שהרי הנודע ביהודה מיישב על פי היסוד שצריך שתתיר עצמו למיתה קושיית המהרש"א שם שהיה אפשר לגמ' לאוקמי שאשה חברה נהרגת אם העידו העדים לאחר שמתו הבעל והבועל ולא שיין לאוסרה על הבעל ועל הבועל, וכן קושיית התוספות שם שאפשר שיעידו העדים שהנערה זינתה ולא ידעו עם מי זינתה וממילא אי אפשר לאוסרה על בועלה. ואם כן בהכרח שהמהרש"א והתוספות לא סברו כהיסוד של הנודע ביהודה, אלא סברו שלר' יוסי ב"ר יהודה אינה צריכה להתיר עצמה למיתה, או סברו שהיא צריכה להעלות בדעתה שישנה אפשרות בעולם שלא יוכלו העדים לומר לאוסרה על בעלה באנו ויהיו עדות שאפשר להזימה. ואם כן נדחה גם טענת הנודע ביהודה על פירוש הגרי"ה והגרע"א.

אמנם, גם אם נניח שיש להוכיח מתוך קושיות התוספות והמהרש"א שאין הנערה צריכה להתיר את עצמה למיתה בוודאות, ודי לנו במה שנתנה אפשרות שהיא תיענש. מכל מקום, יש להשיב ולחלק בין אפשרויות שאינן נדירות וגם אינן תלויות בדעת הנערה ובכוח הבחירה שלה, וכקושיית התוספות שאפשר שאין העדים מכירים את הבועל ומהיכן לנערה להניח שהם מכירים את הבועל, וכן לקושיית המהרש"א אין ידוע לנערה מי יאריך ימים יותר ואפשר שימתינו העדים עד לאחר מיתת הבעל

סקילה ואם כן אוקימתא זו לא תתיישב אליבא דכו"ע והגמ' הרי מחזרת אחר אוקימתא שיעלה יפה אליבא דכו"ע.

לכאורה ניתן ליישב קושיית הגרע"א בשתי דרכים.

א. שונה המחלוקת לעניין עדות מיוחדת מהמחלוקת בעניין בעולה שלא כדרכה. בנוסף לחילוק שבעניין עדות מיוחדת דעת רבנן שהיא פסולה ואם כן התירוץ היה מתאים כדעת יחיד בלבד, ישנו חילוק נוסף. לעניין עדות מיוחדת, המחלוקת עדיין לא הייתה מוכרעת בימי התנאים ויכולים העדים להסביר את עצמם שלכך העידו שראו בבת אחת, משום שאם לא יעידו כן, שמא יפסוק בית הדין כרבנן שעדות מיוחדת פסולה אף לעניין לאסור אשה על בעלה והעדים אינם אמורים לדעת כיצד יפסוק בית דין למעשה. מה שאין כן לעניין בעולה שלא כדרכה, אם להלכה הרי היא נסקלת, אם כן מצאנו עונש סקילה לנערה המאורסה בלא התראה לר' יוסי ב"ר יהודה ומה אכפת לן בכך שאין התירוץ מתיישב אליבא דרבי שלא התקבלה דעתו להלכה, הרי אין המחלוקת נוגעת לעניין כוונת העדים, אלא לעניין התוצאה למעשה.

ב. כפי שיבואר להלן, יש מקום לומר שאף לדעת רבי אין השני בחנק, אלא אם כן הראשון בסקילה. אבל, אם אין הראשון במיתה, מחמת שלא התרו בו, או מחמת שהייתה עדות שאי אפשר להזימה, השני נסקל. ואם כן, בזינתה וחזרה וזינתה ללא התראה, אם הזנות

והבועל. מה שאין כן לפירוש הגרי"ה והגרע"א שהיא נענשת על זנות ראשונה, אפשר שהייתה סבורה ומשוכנעת שודאי לא תזנה פעם נוספת בפני עדים, שהרי דבר זה תלוי בדעתה ובכוח הבחירה שבה. ואם כן בזנות ראשונה היא הייתה משוכנעת בוודאות שאין שום אפשרות בעולם שבית דין יסקול אותה ולא הפקירה עצמה למיתה כלל ורק בזנות שניה הפקירה עצמה למיתה.

קושיות על התירוץ שנבעלה שלא כדרכה הגרי"ה כותב שדוחק לאוקמי שלא כדרכה.

בחידושי רע"א שם מניח שהגמ' רוצה לאוקמי דינו של ר' יוסי ב"ר יהודה אליבא דכו"ע, ומוכיח כן ממה שלא תירצו בגמ' שאין העדים יכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו מאחר ועדות מיוחדת פסולה לעדות נפשות וכשרה לאסור אשה על בעלה (עיי' בית יוסף סי' יא בשם המרדכי), ובכך שהעידו העדים שראו יחד ניתן להוכיח שבאו כדי לחייב עונש מיתה, שהרי כדי לאוסרה על בעלה לא היו זקוקים לכך. אלא בהכרח, משום שרבנן דרבי יהושע בן קרחה סוברים שאף בדיני ממונות צריך שיראו העדים יחד ואף שלהלכה לא נפסק כן, מכל מקום, אין תירוץ זה עולה אליבא דכולי עלמא.

לפי הנחה זו, טוען רע"א שאי אפשר ליישב שהנערה נסקלת על זנות שניה, מאחר והזנות הראשונה הייתה שלא כדרכה. שהרי רבי סובר שאף בעולה שלא כדרכה הזינתה עונשה חנק ולא

שלא כדרכה היא בתולה אף לעניין חיוב סקילה. ואם נבעלה שלא כדרכה בעודה פנויה ושוב נתארסה ונבעלה שנית, יהיה השני חייב סקילה, שהרי לא שייך לדרוש מהמילה 'לבדו', לפטור את השני שהרי אין כאן ראשון שחייב סקילה. או אפשר שרבי לומד מהמילה 'לבדו' שלעניין עונש סקילה אף בעולה שלא כדרכה דינה כבעולה. ואם כן אף אם נבעלה שלא כדרכה בעודה פנויה יהא דינה כבעולה.

לפי הדרך הראשון של המשנה למלך נראה שאף אם נבעלה שלא כדרכה לאחר אירוסין ובלא התראה, יהיה השני חייב סקילה, שהרי אף בזה לא שייך לדרוש מהמילה 'לבדו' לפטור את השני מסקילה. ובדומה לדין 'אין לוקה ומשלם' שאם לא התרו בו למלקות הרי הוא משלם. ואם כן מתורצת קושיית הגרע"א ואף לרבי הנערה חייבת סקילה על זנות השניה, אם זנות הראשונה הייתה שלא כדרכה ובפני עדים שאי אפשר להזימם.

אלא שמצאתי בשו"ת מגידות (לבעל פרי מגדים) סי' ל' שהוכיח מהגמ' בקידושין שם כהצד השני של המשנה למלך. שאם נאמר שהדין הוא שבעולה שלא כדרכה לפני אירוסין דינה כבתולה אף לעניין סקילה, למה היה לגמ' לדרוש מ'בעולת בעל' לעניין קנס שאינו עניין הפסוק שם כלל, היה לגמ' לדרוש לעניין סקילה בנערה המאורסה שאם נבעלה שלא כדרכה לפני אירוסין, הרי היא בתולה והשני שבעל לאחר אירוסין בסקילה.

הראשונה הייתה שלא כדרכה, מאחר ואין עונש מיתה על הזנות הראשונה, שהרי אי אפשר להזים את העדים, הרי הם נסקלים על הזנות השניה. ואם כן מצאנו סקילה בזינתה וחזרה וזינתה על הזנות השניה אפילו אליבא רבי.

דהנה בגמ' קידושין דף ט ע"ב "ורבי האי בעולת בעל (שנאמר לעניין עונש חנק באשת איש נשואה או בעולה) מאי עביד ליה, האי מיבעי ליה בעל עושה אותה בעולה שלא כדרכה ואין אחר עושה אותה בעולה שלא כדרכה (שאם הארוס בא על ארוסתו שלא כדרכה, דינה כבעולה ואם תזנה מיתתה כחנק. ואם אדם אחר בא עליה שלא כדרכה, עדיין דינה כבתולה ומיתתה בסקילה). ומי אית ליה לרבי האי סברא והתניא באו עליה (על נערה המאורסה) 'אנשים (שלא כדרכה) ועדיין היא בתולה, כולם בסקילה. רבי אומר, אומר אני, הראשון בסקילה וכולם בחנק. אמר רבי זירא מודה רבי לענין קנס (של אונס ומפתח) דכולהו משלמי. מאי שנא מקטלא, שאני התם דאמר קרא ומת האישי אשר שכב עמה לבדו". מדברי הגמ' נראה שבעקרון גם רבי סובר שבעולה שלא כדרכה דינה כבתולה ולכן יש קנס של אונס ומפתח אף בבעולה שלא כדרכה ואף שגם בקנס מפורש בתורה ששייך רק בבתולה, אלא שלעניין עונש סקילה לומד רבי מהמילה 'לבדו' שרק הראשון בסקילה וכולם בחנק.

ובמשנה למלך הלכות איסורי ביאה פרק יז הלכה יג ד"ה והיכא דנבעלו, הסתפק אם הדרשה היא שהשני בחנק מגזירת הכתוב, אבל באמת באמת בעולה

לגמרא לומר אוקומתי טובי". והיינו שהיכן מצינו שחידושו של ר' יוסי ב"ר יהודה אמור גם לעניין אשה שזינתה, אולי חידושו הוא לעניין עונש רוצח, מחלל שבת ומחרף ומגרף, אבל אשת איש שזינתה באמת צריכה התראה אף לר' יוסי ב"ר כדי שתהא עדות שאפשר להזימה. וכן תמה בערוך לנר בסנהדרין שם.

ומיישבים התומים והערוך לנר, תירוץ מסתבר מאוד ואשר כיום הוא מודפס גם בראשונים, ביד רמ"ה ובתוספות הרא"ש, שקושיית הגמ' היא על רב פפא בסנהדרין דף ח ע"ב. והיינו שנחלקו שם רבנן ור"מ אם בית דין של מוציא שם רע צריך להיות של שלושה דיינים או סנהדרין של כ"ג, ומסביר רב פפא דמדובר שהבעל מביא עדים שאשתו זינתה בלא התראה והיא חבירה, ר"מ סובר שמאחר שלא הייתה התראה אי אפשר לבוא לידי עונש מיתה ולכן די בשלושה כדיני ממונות ורבנן סוברים כר' יוסי ב"ר יהודה וממילא אפשר שיגיע

האוקימתות בגמ' הן לענין מוציא שם רע **ומאידיך**, נראה להוכיח מהראשונים שהאוקימתא של המגיה בנודע ביהודה בבעולה שלא כדרכה והאוקימתא של ההפלאה בעדים שהעידו בבת אחת על שתי בעילות הן אוקימתות מוכרחות. והאוקימתא של הגרי"ה שהזנות השניה קדמה במעשה קשה קצת.

הנה בשו"ת אבני נזר סי' רלה אות ג תמה על קושיית הגרע"א הכיזד יש עונש סקילה בזנות שניה וכתב: "והדברים תמוהים דלא סקילה ולא ארוסה נזכר בש"ס, רק הא דקיי"ל באשה חבירה דמיקטלא, רק בהא דרב חנן נזכר ארוסה לרבנותא כמבואר בש"ס שם, אך בהא דזינתה וחזרה וזינתה לא נזכר סקילה כלל"ח.

ובתומים סי' לח תמה עוד על עצם קושיית הגמ' וז"ל: "דודאי צריך להבין הא דפריך אלא באשה חבירה, דקיימא לן דמיקטלא אליבא דרבי יוסי ברבי יהודה, היכי משכחת לה, ולא אמרינן באמת לא מיקטלא, ומי הכריח

ח. יש לציין שבספר מנחת אהרן (פאדווא) על הגמ' בסנהדרין שם כתב שקושיית הגמ' היכי משכחת לה' היא דוקא על אשה נשואה ורק בזה צריך לאוקמי בזינתה וחזרה וזינתה. אבל, בנערה המאורסה ניתן לומר שהבעל טען 'פתח פתוח' ואשתו אסורה עליו מדין שויה אנפשיה ואם כן אין העדים יכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו, ולעניין לאסור על הבעל ניתן לומר שהבעל הוא קרוב ואין צריך לומר שזינתה פעמיים. ושוב הקשה על כך שהעדים יכולים לומר שבאו לפטור מכתובה לר' מאיר שכתובה מדאורייתא ואין הבעל יכול לפטור את עצמו בטענת 'פתח פתוח'. ולכן מיישב כדרך הגרי"ה שהיא לכו"ע.

אלא שבתוספות בסנהדרין סוף דף ח מפורש שאף במוציא שם רע שטוען 'פתח פתוח' צריך לאוקמי כשזינתה פעמיים ושלא כהמנחת אהרן. גם יש לציין שאין האשה נאסרת על הבעל שאומר 'פתח פתוח' אלא אם כן הבעל הוא כהן או שאבי האשה קיבל עבורה קידושין כשהיא פחות מבת שלוש. עיין שו"ע סי' סח סעיף ז.

שניתן לחייב סקילה לחבירה בלא התראה לר"י בר"י ולחייב את הבעל במאה כסף אם יוזמו העדים.

מוציא שם רע חייב לשקר ולטעון שהאשה הייתה בעולה

לפי יסוד זה שהאפשרות לחייב סקילה לחבירה אמורה להיות דווקא במקרה שיש דין מוציא שם רע אם יוזמו העדים, נראה מוכרח כהאוקימתא של המגיה בנודע ביהודה בבעולה שלא כדרכה או כהאוקימתא של ההפלאה בעדים שהעידו בבת אחת על שתי בעילות. מה שאין כן לפי האוקימתא של הגר"ה והגרע"א שהזנות השניה קדמה במעשה, יהיה קשה להבין כיצד ניתן לדרון את הבעל כמוציא שם רע ולחייבו מאה כסף.

ונקדים להביא תחילה לשון הרמב"ם בהלכות נערה בתולה פ"ג ה"ו: "כיצד הוצאת שם רע הוא: שיבא לבית דין ויאמר נערה זו בעלתי ולא מצאתי לה בתולים וכשבקשתי על הדבר נודע לי שזינתה תחתי אחר שארסתיה ואלו הן עידי שזינתה בפניהן. ובית דין שומעין דברי העדים וחוקרין עדותן, אם נמצא הדבר אמת נסקלת, ואם הביא האב עדים והזימו העדים שהביא הבעל ונמצאו שהעידו שקר יסקלו וילקה הוא ויתן מאה סלע". עוד כתב בהלכה י: "אינו חייב עד שיבעול אותה כדרכה ויוציא שם רע כדרכה". וכתב הכסף משנה שם שהרמב"ם פסק כדעת רבי אליעזר בן

לידי עונש מיתה וצריך סנהדרין של כ"ג כמו בדיני נפשות, כדי שלא יהיה צורך להוסיף על הדיינים בהמשך. והרי מוכח מדברי רב פפא שלדעת ר' יוסי ב"ר יהודה יש אפשרות לסקול אשה חבירה בלא התראה ולכן הקשו בגמ' שקיימא לן שאשה חבירה מיקטלא.

ובזה מיישב המגיה בנודע ביהודה שם גם את הקושיא שהקשה האבני נזר מנלן שצריך שתהא מיתתה בסקילה, שהרי הדין הוא שאין עונש למוציא שם רע, אלא אם כן האשה הייתה חייבת סקילה אם אמת היה הדבר (עיין גמ' כתובות דף מ ע"ב ודף מד ע"ב). ואם כן בהכרח שיש אפשרות לחייב סקילה לאשה חבירה בלא התראה. בפרט, לפי פירוש ר"ת המובא בתוספות שם דף ח ע"א ד"ה מוציא, שמחלוקת התנאים לגבי מספר הדיינים הוא לעניין לדרון אם לחייב את הבעל מאה כסף, הרי שמדובר באופן שניתן לחייב מאה כסף והיינו באופן שהנערה הייתה נסקלת אם אמת היה הדבר. ואפילו לדעת רש"י שם שהמחלוקת היא לעניין לדרון אם לפטור את הבעל מכתובה, מכ"מ גם רש"י מזכיר כמה פעמים ששלושה דיינים לפי ר"מ הם אף כדי לחייב את הבעל מאה כסף וכן משמע מכך שהוא נקרא במשנה מוציא שם רע.

יש לציין שאף אלמלא דברי היד רמ"ה והתוספות הרא"ש ששכוונת הגמ' 'דקיימא לן דמיקטלא' היא לרב פפא, מכל מקום, בכדי ליישב דברי רב פפא עם דברי רב חנן, בהכרח שיש מקרה

יעקב בכתובות דף מו שדברים ככתבן^ט שהבעל חייב לטעון שבא עליה כדרכה ומצא שהיא בעולה וביא עדים שיעידו כדבריו שהיא אכן זינתה כדרכה והיא בעולה.

כיצד יתיישב לפי כל האוקימותות

והנה האוקימתא של ההפלאה שהעדים העידו בבת אחת על שתי בעילות מתיישבת שפיר עם הגמ' שהבעל יכול להיות מחויב כמוציא שם רע, אם טען שמצא אותה בעולה והביא עדים שזינתה פעמיים והוזמו העדים וממילא נודע שלא זינתה כלל והבעל שיקר בכך שטען שמצא אותה בעולה.

גם לפי האוקימתא שזינתה שלא כדרכה וחזרה וזינתה כדרכה, ניתן אולי

ליישב: שבאו עדים שזינתה שלא כדרכה לפני הנישואין ואף על פי כן נשא אותה בעלה באיסור וכתב לה כתובה. ולפי הדין הבעל אכן חייב כתובה אף על פי שנשא באיסור, כיון שהכיר בה שאסורה עליו וכמבואר בשו"ע סי' קטז סעיף א. ואחר נישואין טען הבעל שמצא אותה בעולה כדרכה וממילא הוא פטור מכתובה מדין כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, והביא הבעל עדים שזינתה פעם נוספת כדרכה והוזמו העדים שהביא הבעל, ניתן לומר שהבעל חייב קנס, מאחר שהתברר שהיא לא הייתה בעולה כדרכה. ואף שהבעל אסור באשתו מצד הזנות הראשונה ואינו יכול לקיים ו'ולו תהיה לאשה', מכל מקום, יש מקום לומר שעדיין הוא חייב קנס'.

ט. אמנם, לעניין טענת אבי האשה פסק הרמב"ם כרבנן שאינו חייב להביא סדין מלוכלך בדם ולהוכיח שהיה דם בתולים, אלא להביא עדים שזימו עדי הבעל. ובכסף משנה תמה עליו למה לא פסק כראב"י ששמלה ממש ותירץ בדוחק. ובחידושי חתם סופר הביא מהפני משה על הירושלמי בכתובות שם שהרמב"ם לא פסק כראב"י בעניין השמלה משום שקשה קושיית הירושלמי שמא הדם שעל השמלה דם ציפור הוא ולא דם בתולים כלל. ומסביר החת"ס שהרי נחלקו ר"מ ורבנן בנדה אם מראה דם בתולים שונה מדם נדה, וא"כ אפשר לומר שראב"י סבר כר"מ שבית דין יכול להבחין ביניהם ולראות שהדם הוא דם בתולים ואנן קיימא לן כרבנן שאי אפשר להבחין וממילא בהכרח לפסוק כרבנן מפני קושיית הירושלמי.

י. עיין בחידושי רע"א כתובות דף מ ע"ב שהסתפק אם הנושא חייבי לאווין וחייבי עשה חייב קנס. ובאור שמח על הרמב"ם שם הוכיח מירושלמי שפטור מקנס, אלא שטעמו הוא משום שלא מגיע לאב קנס אם השיא בתו לחייבי לאווין. ולפי טעם זה ייתכן שאם נאסרה לאחר שקיבל האב קידושין, אינו מפסיד את הקנס, שהרי לא עשה שום מעשה איסור (ובפרט לדעת רבינו תם שהובאה במדכי קידושין סי' תקטז, שאין צריך ריצוי האב לצורך נישואין אלא שלא ימחה, לא מסתבר לקנס את האב על כך שלא מחה). ומלשון הרמב"ם הלכות תרומות פ"ח הט"ז והלכות אישות פכ"ב ה"ה והשו"ע בס' נו סעיף ד משמע שרק בנישואי קטנה יכול האב למחות ולא בנשואי נערה ואם כן ודאי שאין מקום לפטור את הבעל מלשלם קנס לאב, בעוד שהבעל עשה איסור ולא האב. אבל בפסקי ריא"ז קידושין פ"ב אות ד כתב שאף בנישואי נערה יכול האב למחות.

אין מקום לעדים לתרץ עצמם שהעידו על שתי בעילות, כדי שאם יוזמו מבעילה אחת תיאסר האשה מצד הבעילה האחרת. שהרי עד זומם למפרע הוא נפסל ואם יוזמו העדים מבעילה אחת ייפסלו ולא יהיו נאמנים על הבעילה האחרת. ואפשר שאף מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, תיבטל כל העדות ותותר האשה לבעלה.

כמו כן, בין לאוקימתא שזינתה שלא כדרכה ובין לתירוץ של הברית אברהם אפשר ליישב, שמדובר שאותם עדים מעידים שזינתה פעמיים והוזמו בכל עדותם וכעין דרכו של ההפלאה (מבלי להזדקק לחידושו של ההפלאה שהעידו בבת אחת ושעדות השניה מוכיחה על הראשונה), משא"כ לפי האוקימתא של הגרי"ה בהכרח שמדובר בעדים אחרים וכפי שנבאר להלן.

עדי זנות שני הם אותם עדים שהעידו על זנות ראשונה

עוד מצאנו בראשונים, ה"ה: רבינו חננאל ויד רמ"ה שכתבו שעדי הזנות השניה הם עדי הזנות הראשונה עצמם. לכאורה, מה שהכריחם לומר כן הוא משום שאם מדובר בעדים אחרים, הרי הם יכולים לתרץ עצמם ולומר שבאו לאוסרה על בעלה ולא ידעו שכבר העידו עדים אחרים שזינתה (וכטענת השבות יעקב על השער אפרים). ורק העדים הראשונים עצמם אינם יכולים לתרץ כן. וכן נראה לשון התוספות בדף ח ע"ב "וכגון דאמר שבעל וחזר ובעל". אמנם, לשון רש"י: "דהנך עדי זנות שני אין יכולין לומר לאוסרה באנו" משמע יותר שמדובר בעדים אחרים. אבל, אינו

אבל, לפי האוקימתא של הגרי"ה והגרע"א שזינתה פעמיים כדרכה אלא שעדי הזנות השניה העידו לפני עדי הזנות הראשונה, צ"ע למצוא דרך שיהא שייך דיני מוציא שם רע. אין לומר שהזנות השניה הייתה אחרי הנישואין וכבר התקבלה העדות על כך, שא"כ הרי הוא פטור מכתובה גם מבלי להביא עדים על הזנות הראשונה ורש"י סובר שכל התביעה של הבעל לרבי מאיר היא לעניין הכתובה ובחידושי הר"ן שם הביא שתי דעות בירושלמי אם דברי ר"מ הם לעניין כתובה או לעניין קנס. ואם נאמר שהזנות השניה הייתה לפני הנישואין, אם כן הבעל צודק בכך שאומר שמצא אותה בעולה, שהרי אף לפי העדים הראשונים היא כבר הייתה בעולה בשעת נישואין ולהלכה נפסק כר' אליעזר בן יעקב שמשנתו קב ונקי שדברים ככתבן. ואם נאמר שאף העדים הראשונים הוזמו ובכך הוכח שהאשה הייתה בתולה, אם כן קשה שהעדים השניים יכולים לתרץ עצמם שהתכוונו לאסור את האשה על בעלה. ואף שכבר הייתה אסורה מלפני כן על ידי העדים הראשונים, מכל מקום מאחר שהעדים הראשונים הוזמו, יכולים העדים השניים לומר שהם ידעו מכך שיש עדים היודעים עדות להזים את העדים הראשונים ולאחר שיעידו המזימים יתירו בית דין את האשה לבעל, לכך היה להם חשוב להקדים ולהעיד שהאשה זינתה פעם נוספת והיא אסורה לבעלה גם במידה ויזימו את העדים הראשונים.

אבל, לפי דרכו של ההפלאה שהעדים העידו בבת אחת על שתי בעילות,

לגמ' לאוקמי כשהבוועל השני קרוב או הוא עצמו הבועל הראשון, יתמצו שלא היה במדינת הים בעדות הראשונה. גם דוחק ליישב שהעדים הקדימו את הזנות השניה שהייתה מזמן קרוב וקרובה לליבם ואיחרו את הזנות הראשונה שהייתה מזמן מופלג, שאם כן הייתה הגמ' יכולה לתרץ ששני הבעילות היו באותו פרק זמן, או שהעדות היא זמן מופלג מהבעילה השניה.

דיוקים בלשונות הראשונים שלא כאוקימתא של הגרי"ה

מלבד מה שאוקימתא של הגרי"ה שמדובר בבעילה ראשונה אלא שהעידו עליו בעדות השניה דחוק בלשון הגמ', שהלשון בוועלה שני משמע יותר שהוא שני במעשה ולא רק שני בפני בית דין, מלשונות הראשונים נראה יותר שמדובר בבעילה שניה במעשה ולא רק בעדות שניה.

לשון ר"ח הוא: "עוד העידו עליה הם הם העדים הראשונים שזינתה פעם שניה". לשון זה מדויק שלא כאוקימתא של הגרי"ה שהעדות השניה היא על זנות הראשונה, שאם כן היה לו לומר פעם נוספת ולא פעם שניה, שהרי אנו יודעים שמדובר בעדות שניה ממה שכתב 'עוד העידו'.

לשון היד רמ"ה: "כי הדרי ומסדי אפעם שניה... כגון שזינתה פעם שניה מבועל ראשון, שהרי מפעם ראשונה נאסרה על הבעל ועל הבועל וכי אתו

מוכרח וניתן לפרש שמדובר באותם עדים והכוונה לעדות זנות השנייה.

לפי זה מתיישב ביותר האוקימתא של ההפלאה שהעידו על שתי בעילות בבת אחת, שהרי מדובר באותם עדים ולמה היה להם לחלק לשתי עדויות.

ולכאורה יהיה קשה על אוקימתא של הגרי"ה והגרע"א שהעידו על זנות שניה ולאחר מכן על זנות ראשונה, שאם מדובר באותם עדים למה להם להפך ולהקדים זנות שניה, אם הם עצמם יודעים אף על הזנות הראשונה. ועוד אפשר להקשות, אם העדים הפכו והקדימו את הזנות השניה, שלא כדרך עדים לספר דברים כהווייתן ולפי הסדר, הרי זה עצמו מוכיח שהתכוונו לעונש מיתה ולא לאוסרה על בעלה ועל בועלה שני, אף אם הבועל השני הוא אדם אחר ואינו קרוב. שהרי אם כדי לאסור לא היה משנה כלל אם היו מתחילים לספר מזנות ראשונה. ורק אם ברצונם שיתנו עונש מיתה, יש נפק"מ איזו עדות יאמרו תחילה, כיון שאין בית דין ממית אלא על פי העדות השניה והם רצו שימיתו את הבועל הראשון ולא את הבועל השני, או שימיתו בסקילה ולא בחנק.

ואולי אפשר לדחוק ולומר שהבועל השני מהזנות הראשונה היה במדינת הים ולכן הקדימו להעיד על הזנות השניה וכשחזר הבועל ממדינת הים חזרו להעיד על הזנות הראשונה. אבל קשה שלמה

ומסהדי על הפעם שניה ודאי לחיובה מיתה קאתו". גם מדויק שלא כהגרי"ה א'.

כמה תמיהות על האגרות משה

בשו"ת אגרות משה אבן העזר ח"ד סי' מה דן על אשה שנפרדה מבעלה שהיה לו חולי שגעון בלא גט, נישאה לשני אנשים נוספים ושוב נתגרשה מבעלה הראשון, אם מותרת להיות נשואה לבעלה השלישי, שהוא הבעל השני.

האגרות משה מביא סברה שחידש בשו"ת כתב סופר אבן העזר סי' ח לאסור מאנס, אף שאינו גורם לאוסרה על הבעל, כיון שאסר אותה לכהונה ותרומה שפיר נחשב 'ונטמאה'. ואם כן, בבעל שני שלא אסר אותה בתרומה כיון שהיא אסורה כבר בגלל זנות ראשון, הרי היא מותרת לבעל. וכתב שיש בסברא זו כדי להכריע.

עוד כתב שלא רצה לסמוך על סברא זו להתיר מאחר שיש מחלוקת הפוסקים, אולם בצירוף הטענה שיש לבעלה הראשון חולי שגעון ויש טענת 'מקח טעות' בקידושין יש להתיר.

והנה כל התשובה תמוהה מאוד ונפרט:

א. הכתב סופר עצמו נקט בפשיטות שהיא אסורה לבעל שני מצד שאלמלא זנות הראשון היה אוסר אותה על בעלה וכל הנידון שם הוא להתיר למאנס שני, מאחר

שהוא לא אוסר לא על בעלה משום אונס ולא לתרומה.

ב. כל הפוסקים האוסרים הסבירו שהואיל והבעילה השניה מצד עצמה יש בה כדי לאסור על הבעל, היא אסורה גם על הבעל. ומה הועיל האגרות משה בכך שמצא שיש סברא נוספת לאסור מאנס מצד שאוסרה בתרומה וסברא זו לא קיימת בבעל שני ומה יש בסברא הנוספת לסתור את סברת האחרונים לאסור בועל שני. גם לא כתב האגרות משה דבר לסתור סברת האחרונים בבעל שני.

ג. גם מה שכתב שיש מחלוקת הפוסקים בבעל שני, תמוה. המחלוקת רחוקה מהיות מחלוקת שקולה. השבות יעקב, הקרבן נתנאל, המשנה למלך, הברכי יוסף והאבני נזר סוברים שמפורש בגמ' לאיסור. המהר"א ששון לא הביא ראיות מהגמ' אלא ראיות מהרא"ש ופסק לאיסור. רע"א דוחה את הראיה מהגמ' בסנהדרין ונשאר בקושיא על דיחוי זה ולא התייחס כלל כיצד לפסוק אם תידחה הראיה, אדרבה עיקר דבריו ליישב את המהר"א ששון. החלקת יואב גם דחה את הראיה מהגמ' אולם רבו האבני נזר כתב לו להשיב על דבריו ולא מצינו שהחלקת יואב לא קיבל דברי רבו לאחר שהשיב לו. בשו"ת אורים גדולים החשיב זאת כספק שלא הוכרע לאיסור וצירף אותו כצירוף קל להיתרים עיקריים

יא. בספר רוח חיים (לחיד"א) דרוש יז עמ' רנט כתב: "עתה נדפסו חידושי הרמ"ה לסנהדרין, והכי משתמען מילוהי, כאשר יראה המעיין". והיינו שמדברי הרמ"ה נראה שאכן יש להוכיח מהגמ' שאסורה לבעל שני.

אצל ליברליים, אף אם יש חשש שיצאו לתרבות רעה. וכתב כדברינו שאף המתירים היחידים לא התירו אלא בצירופים אחרים ובדוחק גדול. וכן לא העלה דעתו כלל שיש מקום לדון על ספק מקח טעות בקידושין מצד השגוען.

אין עדים על זנות ראשונה

במעשה עליו דן הגר"ה (עיין הערה 4) היה שהבעילה הראשונה והבעילה השנייה שניהם היו בדרך נישואין וידוע לכל העולם.. ולכן לא הייתה קיימת שאלה עובדתית בעניין זה, אלא שאלה הלכתית בלבד. ובזה פסק הגר"ה לצרף את העובדה שמדובר בבעילה שניה והספק אולי היה זיכוי גט עם החשש הגדול שיחזרו לסורם והתיר שלא להתגרש. גם במעשה של האגרות משה נראה (לפי כותרת השאלה) שמדובר בנישואין של שני הבועלים ובמנחת יצחק מובא אותו מעשה באריכות וכתב שהיה ידוע שהייתה מתגוררת עם רווק אחד באופן קבוע במשך חמישה חודשים. וכן גם בסוגיא בסנהדרין מדובר בזינתה פעמיים בפני עדים.

אבל, המקרים השכיחים יותר הם מזנות שלא בפני עדים, כאשר הידיעה שהבועל הוא בועל שני מתבססת על דברי האשה והבועל ראשון בלבד. וכפי שיבואר להלן היה נראה שאין מקום להתיר לבועל שני, ללא הוכחה בעדים שהאשה זינתה עם אחרים לפני כן. ולכן תמהתי על מה שראיתי בקובץ פעמי יעקב טו עמוד מב שנדפס תשובה מהגר"מ שפרן שליט"א בעניין אשת איש זינתה

ומבוססים שכתב שם. הגר"ה הוא היחיד שהביא ראיה להתיר (וכפי שכתבנו לעיל בקל ניתן לדהות את הראיה) ולמעשה לא התיר אלא בצירוף ספק נוסף ובשעת הדחק גדול. כך שרוב הפוסקים אסרו בהחלט ללא שום צד להתיר ופוסק יחיד התיר על ידי צירוף ובשעת הדחק. ועיין בפתחי תשובה סי' קנט סק"ז בשם שו"ת רע"א סי' רה שאי אפשר לסמוך על יחיד נגד רבים בשעת הדחק, אם גם אותו יחיד לא התיר אלא בשעת הדחק. כל שכן במקרה זה שהיתר היה רק לצירוף עם היתר אחר.

אולם, האגרות משה לא ראה את דברי הגר"ה בספר מטעמי יצחק, ששם הובאה כל התשובה, אלא מה שהובא בפתחי תשובה סי' קעח ומכך סבר שהגר"ה התיר לגמרי. אבל עדיין קשה שאף בפתחי תשובה הובא שמדובר בצירוף להיתרים נוספים.

ד. גם הצד הנוסף להתיר, תמוה מאוד לבטל קידושין לאחר נישואין וחיי אישות 15 חודשים, מצד טענת שגוען, או אפילו לחשב זאת כספק קל שבקלים. שהרי שגוען הוא מום שבגלוי ואינו מועיל אפילו לפטור את הבעל מכתובה (אם המום הוא באשה) ואפילו קודם שבא עליה. ולאחרונה היו בארה"ב שפרצו גדרות עולם והתירו אשת איש עם טענות 'מקח טעות' של שגוען קצת וכל גדולי הדור מחו נמרצות כנגדם.

שוב מצאתי שבשו"ת מנחת יצחק ח"ז סי' קי נשאל על אותה שאלה ממש שנשאל האגרות משה ואסר בהחלט לסדר לה חופה וקידושין לאחר שהייתה נשואה

ואפילו אם האשה סיפרה על זנות בתשובה. כפי הנראה, הזנות עם הראשון לא הייתה בפני עדים ואעפ"כ התבסס ההיתר על כך שהבועל הוא בועל שני והם היו שוגגים.

חתם סופר - שמה זינתה עם אחרים

בשו"ת חתם סופר אבן העזר סי' כו דן לאסור אשה על הבועל וכתב וז"ל: "אבל הוא הבועל בעצמו שיודע שבעל' הרי אסרה על בעלה. ואפי' אי מספקא לי' לבועל כי היכי דאפקרא לגבי דידי' אפקר' נמי לאחריני וכבר נאסרה מקודם והוא לא גרם איסור ויש מהאחרוני' סוברים דגם בזה לא נאסרה על הבועל, כל זה בידעי' בודאי שכבר נאסרה אבל מספיקא וגם כבר יצא הקול כשהי' יושבת תחת בעלה הראשון ואז הית' בלא"ה אסורה לבועל מטעם אשת איש ואז נולד ספק אם אסורה לבועל או לא נמצא כשנתגרשה מבעלה נתחזקה מאיסור לאיסור".

ושמעתי מחכם אחד לדייק מהחת"ס שמצד הסברא מדאפקרא לגבי

דידיה אפקרא נמי לאחריני, נחשבת כל זונה לספק לבועל אם הוא בועל ראשון או בועל שני. וכל הטעם שהכריע החת"ס לאיסור הוא מצד מחזיקין מאיסור לאיסור ואם כן בשעת דחק גדול כאשר דנים אם לחייב בני זוג להתגרש, ניתן לסמוך על דעת הש"ך ביו"ד סי' נ סק"ב שבהפסד מרובה ניתן להסתמך שלא להחזיק מאיסור לאיסור.

ולענ"ד נראה שאין לסמוך על כך ובודאי אין לדון כל זונה לספק אם זינתה

והוא שאין דבר שבערוה פחות משנים וזנות היא דבר שבערוה ואין עד אחד נאמן. עיין בגמ' קידושין דף סו ע"א. גם אם לא היה מדובר בדבר שבערוה, אין על מי להסתמך להתיר, האשה אינה נאמנת להתיר את עצמה אפילו לא באיסור שבוייה לכהן שהוא מדרבנן. ואין לומר שהיא נאמנת מדין הפה שאסר אם אף על זנות שניה אין עדים, שהרי הבועל יודע שזינתה עמו ואינו יודע מזנות שקדמה לו ולגביו אין לה מיגו. והרי זה דומה לשבוייה שאומרת נשבית וטהורה אני שאינו יכולה להינשא אלא לכהן שאינו יודע שנשבית ולא לכהן שיודע שנשבית ואינו יודע אם היא טהורה וכל שכן שאסורה לבעלה כהן שיודע שנשבית. וכמו שכתבו בח"מ סי' ז סק"ח ובב"ש ס"ק יא.

הבועל הראשון גם כן אינו נאמן שהרי הוא רשע. ואפילו אם חזר בתשובה, מכל מקום הרי צריך תחילתו וסופו בכשרות (עיין שו"ע חו"מ סי' לג סעיף ג). ולפי מה שנפסק ברמ"א אבן העזר סוף סי' מב החשוד על עריות אינו נאמן בעדות נשים לא להתיר ולא לאסור. ולכן אפילו אם שני בועלים מעידים שזינתה עמהם לפני כן, אינם נאמנים ובית דין חייב לפסוק כאילו הבועל השלישי הוא הראשון.

אומרת שזינתה עם פלוני שהוא ממזר והממזר מודה לה, הבן ספק ממזר ולא ממזר ודאי, מחשש שזינתה גם עם אחר שאינו ממזר והבן ממנו. התוצאה של הלכה זו היא שאסור לבן להתחתן עם ממזרת ועם שפחה כנענית. ובהלכות יבום פ"ג ה"ד כתב שאם אחד אומר שזינה עם אשה אחרת ונתעברה ממנו וממילא יש לו בן ואשתו תהיה פטורה מיבום וחליצה, אנו חוששים שמא זינתה עם עוד אחר והבן אינו ממנו ואשתו חולצת.

פסק השו"ע בהשש שזינתה עם אחרים

בשו"ע סי' ד סעיף כו ובסי' קנו סעיף ט נפסק כהרמב"ם, אולם הרמ"א בסוף סי' ג פוסק כדעת הרא"ש שכהן שאומר שזינה עם פנויה ונתעברה ממנו, הבן כהן ואין חוששים שמא זינתה עם אחרים. האחרונים האריכו בדעת הרמב"ם, הב"ש בסי' קנו סובר שהרמב"ם החמיר רק בדאורייתא אבל נשאר קשה שהרמ"א עשה את הבן ככהן ודאי אף שיש חשש נשיאות כפים לזר שאסורה מדאורייתא. הפתחי תשובה שם מביא אחרונים שסוברים שרק אם זינתה ועברה על חייבי לאווין או כריתות ומיתות בית דין, אנו חוששים שזינתה עם אחרים כיון שפרוצה כל כך ולא כאשר הייתה איסור זנות של פנויה בלבד.

קושיה על הרמב"ם מנערה המאורסה ותירוצים

לכאורה יש להקשות על דעת הרמב"ם וכן על דעת אב"י בגמ', אם כל אשה שזינתה היא ספק שמא זינתה עם אחרים, כיצד מחייבים סקילה לבא על

לפני כן עם אחרים וכפי שנוכיח להלן. ואין ראייה מהחת"ס, שהרי מעולם לא העמיד כלל את הסברא להתיר, כדרך כותבי תשובות שתחילה מחזיקים ומעמידים על תילו את הטעם לצד אחד ושוב מפריכים למה אי אפשר לומר כן. כל מה שכתב הוא לשלול שאין מקום לטענה זו וזה שהחת"ס כתב טעם אחד אינו אומר שאלמלא טעם זה הייתה מותרת. והראיה שהרי אם החת"ס היה סובר שניתן להסתמך על המתירים לבוועל שני, למה לא הביא בשו"ת כתב סופר סי' ח את דעתו ולמה פסק לאיסור בפשיטות. וכן כתב בשו"ת מנחת יצחק שם שאין להוכיח מהחת"ס סופר שיש מקום להסתמך ולהתיר לבוועל שני מהטעם שכתבנו.

כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחרים

ובעיקר הסברא שכשם שזינתה עם פלוני זינתה גם עם אחרים. בגמ' יבמות דף סט ע"ב הובאה סברא זו כהסבר לדעת אב"י על ארוס שבא על ארוסתו שהולד ספק ממזר, גם אם אין שום מידע שהארוסה זינתה עם עוד אחד. אבל, להלכה פסק הרמב"ם כרבא שרק אם יש קול שזינתה עם אחרים הולד ספק ממזר. והרא"ש והרשב"א פסקו כרבא בלישנא בתרא שאפילו אם יש קול שזינתה עם אחרים, אנו מניחים שהולד הוא מהארוס וכשר.

אלא שיש מקרים אחרים שהרמב"ם החמיר על סמך סברא זו ואפילו כאשר אין קול שזינתה על אחרים. בהלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה יב כתב הרמב"ם שאם פנויה שנתעברה

מעשה מסוים שנעשה אין מקום לעורר חשש מעצמינו ולהסתפק שמא נעשה כך וכך.

אלא שאם פנויה מתעברת, ההיריון מוכיח על מעשה ביאה שהיה.

וכאשר בא אדם ומודה שהוא שבא עליה, אנו מסופקים אם לשלב את שני המקרים ולהניח שההיריון מגיע מאותו ביאה שפלוגי מודה או שמא מדובר בשני מעשים אחרים. אבל, כאשר אין לפנינו ילד שנולד מזנות, אין לנו שום סיבה לחשוש שמא האשה זינתה. ואף כאשר ידוע לנו שהאשה זינתה, אין אנו אמורים לחשוש לזנות נוספת מעבר לידוע לנו.

לפי זה, בנידון דידן אין מקום להסתפק באשת איש שזינתה, שמא זינתה לפני כן עם אנשים אחרים וכבר נאסרה על הבעל.

חזקת היתר גורמת שתיאסר על הבעל

בנוסף לכל האמור, גם אם נניח שיש מקום להסתפק שמא זינתה עם אחרים וגם אם נניח שניתן להקל בעניין מחזיקין מאיסור לאיסור, נראה שאין לתלות להקל שמא זינתה עם אחרים. וזאת משום שאין חזקת היתר מורה לנו שלא נאסרה על הבעל, אלא להיפך, חזקת היתר מורה לנו שעד שזינתה עם הבעל הייתה בחזקת היתר על בעלה ורק מיום שזינתה נאסרה על הבעל וממילא נאסרה על הבעל.

גם מצד הדין המהותי יש צורך בעדים

עוד ייתכן לומר שאפילו אם נאמר שאשה שזינתה בפני עדים וחזרה וזינתה

נערה המאורסה מרצונה ואין חוששים שמא זינתה לפני כן וממילא מיתתו בחנק. וכיצד מחייבים קנס למפתה בתולה ואין חוששים שמא זינתה לפני כן. על קושיא זו ניתן ליישב בשלושה דרכים וייתכן שכולם אמת.

א. כל החשש שמא זינתה עם אחרים אינו מעיקר הדין אלא חומרא מדרבנן ורק להחמיר חיישינן חשש זה. ולכן מחייבים סקילה וקונסים מפתה ואין חוששים לכך. לפי תירוץ זה ברור שאין להקל באיסור לבעול שמא זינתה עם אחרים.

ב. החשש שמא זינתה עם אחרים הוא רק שמא זינתה לאחר הזנות הידועה לנו ולא שמא כבר זינתה לפני כן. והטעם הוא משום שחזקת הגוף וחזקת כשרות אומרים שעד הרגע שלא ידוע לנו שזינתה, לא זינתה אף פעם. וכשם שאין עדים נפסלים אלא מהזמן הידוע לנו שבו עברו על איסור והלאה.

ולכן אין לחוש על נערה המאורסה שזינתה לפני כן. מצד חזקת הגוף וחזקת כשרות. אבל, לעניין ממזר וייבום לא משנה לנו אם זינתה לפני כן או לאחר מכן ולכן חוששים. ובנידון דידן, חזקת הגוף ודאי שאין לאשת איש שהרי היא בעולה מזמן על ידי בעלה. אבל חזקת כשרות יש לה שלא זינתה לפני הזנות הידועה לנו. אלא שאפשר שאם הייתה מומרת לכל התורה כולה, גם חזקת כשרות אין לה וממילא יש לנו להסתפק שמא זינתה לפני כן.

ג. בעקרון אין מקום לחשוש שמא זינתה, מאחר וכל עוד שאין לנו ידיעה על

האשה לבעל מכוח מעשי הבעול, בכדי שתיאסר על הבעול. ובאופן קיצוני יותר כתב בספר נתיבות לשבת סי' יא סעיף א להסביר למה בזינתה וחזרה וזינתה בפני עדים נאסרת על הבעול, אף שהייתה אסורה כבר על הבעל, כיון שאם יוזמו העדים הראשונים הועילו מעשיו של הבעול השני לאוסרה על בעלה. אם כן, נוכל לומר שמאחר וייתכן שהבעל לא יאמין לבעול ראשון רק לבעול שני, או שיאמין רק בצירוף שני המעשים ותיאסר עליו האשה בגלל הבעול השני, הרי היא נאסרת אף על בעול שני. כל שכן במקרה שהזנות עם הראשון הייתה שלא בפני עדים והזנות עם השני הייתה בפני עדים.

מותרת לבעול שני, אין זה אלא אם זינתה בפני עדים שכבר נאסרה בהחלט לבעל על פי בית דין ולא הוסיף השני מאומה בעניין האיסור לבעל. אבל אם זינתה שלא בפני עדים, גם אם הבעול השני ראה את הזנות עם הראשון ואינו מסופק בכך, מכל מקום היא נאסרת גם על בעול שני לכל הדעות.

שהרי הטעם שאשה שזינתה שלא בפני עדים נאסרת על הבעול, כתב בברכי יוסף סי' יא שכיון שאם יאמין הבעל לבעול תיאסר האשה עליו, הרי זה נחשב שנאסרה על הבעל. והיינו שדי לנו בכך שיש אפשרות מסוימת שתיאסר

העולה לדינא:

- א. לדעת רוב רובם של הראשונים, אשה שזינתה ללא עדים והתגרשה, אסורה על הבעול, אם הוא מודה שזינתה עמו, אף שבית דין לא היה אוסר אותה על הבעל.
- ב. אשה שנאסרה, הב"ש נוטה קצת שאסורה על המאנס מן התורה וכן סובר מהריט"ץ בדעת הרא"ש. והאחרונים חולקים וסוברים לעיקר שמותרת על המאנס מן התורה ואינה אסורה אלא משום קנס מדרבנן ואם נשאת לא תצא.
- ג. אשה שזינתה פעמיים, רוב הפוסקים סוברים שאסורה על הבעול השני מן התורה. יש שהסתפקו בזה והקילו בצירוף צדדים נוספים ובשעת דוחק גדול. הראינו מקום שדעת האוסרים היא עיקר ושכן מוכח מהראשונים שנדפסו מחדש.
- ד. הצד להקל בבעול שני הוא רק כאשר ידוע על פי שני עדים כשרים שזינתה לפני כן, או אם נשאת באיסור דרך נישואין ובפרסום. אבל אין להקל על סמך דבריה או דברי הבעול הראשון ואף אין מקום להסתפק.

עין משפט

חידו"ת מהרבנים הגאונים
חברי ורבני היכל המשפט שליט"א

הגאון רבי מיכאל חיים רוטמן שליט"א

מפתח המשפט ערך - אב^א

א. האב בהלכות דיינות^ב

א. בהלכות דיינים

א. דין הלך אחד הנתבע

א. בכל דיני ממונות הכלל הוא שהתובע הולך אחר הנתבע, חריג מיוחד לכלל: "התובע הולך אחר הנתבע", הוא הכלל הנוגע לתביעה בין הורים וילדים. אב התובע את בנו אינו צריך לילך אחריו כפי שמחייב הכלל הרגיל, אלא על הבן לבוא להתדיין עם אביו בעירו^ג.

הטעם לדין זה הוא, שהבן חייב בכבוד אביו, ויש בכך פחיתות כבוד לאב שיטריח עצמו לבוא להתדיין עם בנו במקום מגורי הבן.

א. פרקים מתוך ספר משפטי מיכאל - מפתח המשפט ערך אב העומד לצאת לאור עולם בקרוב בס"ד;

ב. ע"ע דין ועיין להלן בחלק שני בערך 'בית דין' ולהלן בחלק ז' בערך 'הלך אחר הנתבע' שם התבארו הרבה בדינים אלו.

ג. במקור הדברים ראה הגהות הרמ"א, לשו"ע חו"מ, סי' יד, סעיף א, וליו"ד, סי' רמ, סעיף ח. מקור הדברים הוא בשו"ת מהרי"ק, שורש נח. וראה מה שהבאנו להלן בהמשך דברינו בס"ד האם הוא דין מיוחד באב או שגם באשה הדין כן.

אבל בעד עצם הטירחה הנגרמת לבן בשל קיום הדיון בעירו של האב אין האב צריך לשלם, שהרי בזה הבן מחוייב משום המצוה המוטלת עליו, וזאת עליו לעשות בחינם.

ב. אכן, מכיוון שאין על הבן חובה להוציא מכספו לשם קיום המצווה של כיבוד אב⁷, חייב האב לשלם לבן את ההוצאות הכספיות הנגרמות לו⁸, אבל בעד עצם הטירחה הנגרמת לבן בשל קיום הדיון בעירו של האב אין האב צריך לשלם, שהרי בזה הבן מחוייב משום המצווה המוטלת עליו, וזאת עליו לעשות חנינם⁹.

ג. ופשוט שהדברים אמורים גם ביחס לאם התובעת את בנה, שכן הבן מצווה לכבד את אמו כשם שהוא מצווה לכבד את אביו¹⁰.

ד. הלכה זו מוצאת את ביטויה גם במסגרת תקנות הדיון של בית הדין הרבני כמו שהבאנו בהערה¹¹. רק שבבית הדין הרבני אם יחליט האב להגיש את התביעה במקומו - יהא עליו לקחת את הסיכון שיחוייב לשאת בהוצאות שייגרמו לכך כתוצאה מכך¹².

ד. עיין מה שהבאנו בהמשך ערך זה בארוכה מדברי הגאון הגדול רבי מנחם מנדל שפרן שליט"א. ה. על היחס בין דין זה, לפיו חייב האב בתשלום הוצאות הנסיעה של הבן, ובין הדין לפיו פטור האב מתשלום הוצאות הנסיעה של בנו, אותם הוצרך להוציא כדי לבקר את אביו, ראה שו"ת משפטי הלוי, ח"ה, סי' מט.

ו. ראה שו"ע יו"ד, סי' רמ, סעיף ח ברמ"א, ובאר אליהו על ביאור הגר"א לשו"ע חו"מ, שם, ס"ק יט. יתרה מזו: המהרי"ק מוסיף שם, שאם יש לאם תביעה על אדם אחר, מחובתו של הבן לילך להתדיין עם אותו ננתבע ולחסוך מאמו את הטירחה שבהליכה לאותו מקום, וזאת מדין מצוות כיבוד אם. וראה ביאור הגר"א שם, לראיה לכך מן הגמרא.

ז. ראה שו"ת מהרי"ק, שורש נה, שדבריו משמשים, כאמור, מקור ההלכה הנ"ל. ובשו"ת מבי"ט, ח"ב, סי' לג, כתב שהוא הדין בסכסוך בין אחים, שראוי לצעיר לבוא להתדיין עם אחיו הגדול במקומו, שהרי דרשו חז"ל (כתובות קג): "כבד את אביך ואת אמך - לרבות אחיך הגדול".

ח. תקנה יא לתקנות הדיון, תשנ"ג, קובעת: "תביעה של הורה נגד בנו, אפשר להגיש גם לבית הדין של מקום ההורה, ובית הדין יחליט אם ההוצאות הנוספות הכרוכות בכך יחולו על התובע". הברירה היא אפוא בידי האב התובע, אלא שאם יחליט להגיש את התביעה במקומו - יהא עליו לקחת את הסיכון שיחוייב לשאת בהוצאות שייגרמו לבן כתוצאה מכך, וכמו שהבאנו בגוף דברינו.

ט. במהדורה המתוקנת של תקנות הדיון, תש"ך, שנדפסה בשנת תשל"ח, צויין כי תקנה זו בטלה, ובהערה נאמר: "נמחק עפ"י החלטת חבר דייני בית הדין הגדול בט"ז חשוון תשל"א". אך לפי פסק הדין בערעור תשמ"א / 291. (לא פורסם. מיום כ"ב תמוז תשמ"ב, בהרכב הדיינים שלמה גורן, מרדכי אליהו ויוסף קאפח), אין תוקף לתיקון זה, שכן לא נתקבלה על ידי הגוף הנזכר כל החלטה על התיקונים שנעשו כביכול בשנת תשל"א, אלא הייתה זו "לפי השמועה" הצעה בלתי מגובשת שלא הובאה כלל בפני מועצת הרבנות הראשית, ולמדפיס התקנות פתרונים¹³. ואכן, אין להניח שהייתה מתקבלת הצעה לבטל את תקנה יא, שכן מדובר בתקנה שיסודה בהלכה מדיני איסור והיתר (כיבוד אב ואם), וקשה להעלות על הדעת שיבואו לבטל הלכה שאינה ממונית, וגם ספק אם יש בכלל סמכות לבטל הלכה

ה. זכותו של האב לדרוש שבנו יבוא להתדיין עמו במקומו, אינה אמורה אלא באב ובן הגרים בשני מקומות שונים. אבל כששנים גרים בעיר אחת, אין האב זכאי לדרוש שבנו יבוא להתדיין עימו בעיר אחרת ששניהם אינם גרים בה.²

ו. אב ובנו הגרים באותה עיר, ויש באותה עיר שני בתי הדין - אין האב התובע זכאי לדרוש שההתדיינות תהיה בבית הדין שהוא בוחר, אלא על האב לילך אחרי בנו הנתבע לבית הדין שהבן בוחר.³

ז. בנסיבות בהן על הבן, הנתבע, לילך אחר אביו לעירו, ומתברר שעדי האב קרובים לדייני בית הדין שבעירו - אין לקיים את ההתדיינות שם, אלא בבית דין אחר, שבו ניתן יהיה לקבל את העדים.² ויש שכתבו שיש לקיים את ההתדיינות בבית הדין הקרוב ביותר לעירו של האב.

ח. הלך הבן הנתבע אחר אביו התובע הדר בארץ ישראל והתדיין עמו שם - לא הפסיד זכותו לטעון "קים לי" כמנהג מקומו, גם אם בארץ ישראל נוהגים אחרת³ (ביחס לדיינים המפורשים בשולחן ערוך).

ט. סירב הבן לילך להתדיין במקומו של האב ודרש שהאב יבוא למקומו הוא, כדין "התובע הולך אחר הנתבע", דנו הפוסקים אם ניתן לכפות את הבן שילך להתדיין אצל אביו, וכמו כן דנו הפוסקים בדין אם ניתן לדון את הבן כמסרב, "כי יתכן שדבר זה, דבן מחוייב לילך למקום אביו, הוא מצד כיבוד, אבל אין בית דין כופין על זה, דהיא מצוות עשה שמתן שכרה בצידה"⁴, והכלל הוא, שכל מצוות

כזו (אם לא לצורך שעה). מכל מקום, אם היה ספק כלשהו בעניין זה, הוא סולק סופית עם פירסום תקנות הדיון, תשנ"ג.

י. שו"ת עמק התשובה, להגאון האדיר רבי יחזקאל ראטה זיע"א, ח"ב, סי' קיא, ד"ה ועוד נראה. וז"ל: "ועוד נראה דבנ"ד לא שייך כלל דברי מהר"י העשיל אשכנזי הנ"ל, דהרי בנ"ד הבעל הוא ג"כ מחו"ל, ושייך לבני חו"ל בכל המובנים, כמו שביארנו. ובכה"ג לכאורה אפי' בן לגבי אביו, אין להאב לכופו לילך אחר ב"ד שבעיר אחרת, מקום ששניהם אינם שייכים לשם, דזה לא הוי בכלל כבוד, דכבוד שייך כשהאב הוא מעיר אחרת והבן מעיר אחרת, דבכה"ג מיירי וכמבואר ביו"ד סי' ר"מ דאז יש שני דרכים, שייך לומר שמשום חיוב כיבוד אב צריך הבן לילך למקום אביו, אבל אם האב הרי הוא ג"כ ממקום הבן, בודאי אין האב יכול לומר לילך אחר ב"ד שבעיר אחרת, דבאופן כזה אפי' הנתבע לא יכול לומר להתובע לילך אל עיר אחרת, וכמבואר בחו"מ שם" עכ"ל.

יא. רוח חיים, חו"מ, סי' יד, אות ה, שכן דקדק בתשובת מהרי"ק, שורש נח הנ"ל.

יב. שו"ת מעשה אברהם, חו"מ, סי' י, אזמיר תרט"ו, דף קצ ע"א, סד"ה איך שיהיה.

יג. שו"ת הון יוסף, אה"ע, סי' כה.

יד. שו"ת אמרי יושר, ח"א, סי' לח.

עשה שמתן שכרה בצידה - אין בית דין כופה עליה^{טו}. ולעומת זאת יש פוסקים החולקים וסוברים שמאחר שמכוח מצוות כיבוד אב ואם אנו קובעים דאין האב מחויב ללכת אחרי הבן, אם כן מקום הדיון הוא מקום האב וכופין על זה ככל מסרב, ואינו דומה לאין כופין על מצות כיבוד אב ואם דעלמא^{טז}.

יא. יש שכתבו שהחריגות שיש לבעל דין שלא נאמר בו הכלל שאין הולכים אחר הנתבע נובע ממצוות כיבוד אב ואם, הוא רק בכך גדול החייב במצוות, אבל בתביעת אב נגד בנו הקטן יחול הכלל הרגיל: "התובע הולך אחר הנתבע"^{יז}.

טו. ראה חולין קי ע"ב. אכן, משמעותו של כלל זה אינה שבית הדין מנוע מלכפות על סוג זה של מצוות; משמעות הכלל היא, שבית הדין רשאי להעלים עינו מכך, "אבל ודאי אם רצו לכופ - כופין", ראה שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' פח.

ועיקרי הדברים הוא שלכאורה הלכה זו שמחייבים את הבן להתדיין בעירו של האב משום כבוד אב תמוהה, מדבי הגמרא בחולין (ק:) ששם נאמר: אדהכי אייתוה להווא גברא דלא הוה מוקר אבוה ואמיה כפתוהו אמר לו שבקוהו דתניא כל מצות עשה שמתן שכרה בצידה אין בית דין שלמטה מוזהרין עליה". ורש"י שם כתב וז"ל: "שמתן שכרה בצידה - למען יאריכון ימיך (שמות ו) לכך פירש מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תקבל שכר".

מבואר בגמרא דחולין דאין לכפות על מצוות כיבוד אב ואם כי זו מצווה שמתן שכרה בצידה (למען יאריכון ימיך) וכן מובא בב"י יו"ד ס"ס רמ, וברמ"א יו"ד רמ, א: "אין בית דין כופין על מצות כבוד אב ואם דהוי ליה מצות עשה שמתן שכרה בצדה שאין בית דין כופין עליה".

נמצא לכאורה שפסקי הרמ"א סותרים זה את זה. שמצד אחד פסק הרמ"א שאין כופין על מצוות כיבוד אב ואם, ומאידך פסק הרמ"א לחייב את הבן הנתבע להתדיין בעירו של התובע משום כבוד אב ולכאורה משמע שאף יכפו על כך.

הנהגה ר"מ אריק בשו"ת אמרי יושר שם כתב לשואל שרצה לחייב אשה לבוא למקום הבעל (מדין כבוד): "ולי צ"ע גם בבן שחייב לילך למקום אביו, אם אומר שאין רצונו לדון רק בעירו כדין תובע הולך אחר הנתבע, אם יכולים לדונו כמסרב כי יתכן שד"ז דבן מחוייב לילך למקום אביו הוא מצד מצוות כבוד אב אין בית דין כופין על זה דהוא מ"ע שמתן שכרה בצדו".

טז. שו"ת שבט הלוי, ח"ב, סי' קיא אות יד וז"ל שם: "סח ברמ"א, בן שיש לו דין עם אביו והאב הוא תובע צריך הבן לילך אחר אביו אעפ"י שהבן הוא הנתבע וכו'. עיין בתשובת אמרי יושר ח"א סי' לח שאם אומר הבן שאין ברצונו רק לדון בעירו כדין תובע הולך אחר הנתבע שיתכן שאין יכולים לדונו כמסרב, דאולי הא דבן הולך אחר האב הוא מצד מצות כיבוד או"א אבל אין בית דין כופין על זה דאין כופין על מ"ע שמתן שכרה בצידה כדלעיל. ובענייני יש לעיין בזה דכיון דמכח זה אנו קובעים דאין האב מחויב ללכת אחרי הבן, א"כ מקום הדיון הוא מקום האב וכופין על זה ככל מסרב, ואינו דומה לאין כופין על מצות כיבוד או"א דעלמא, וכן נראה סתימת הפוסקים חו"מ סו"ס יד ובמהרי"ק שורש נ"ח שמשם מקור הדין". עכ"ל.

יז. כך נפסק על ידי בית הדין הרבני בירושלים בתיק תשל"ב/1424, ופסק דינו אושר על ידי בית

ועיין מה שכתבנו בהערה על פי הכלל האמור של ההחרגה בדין התובע הולך אחר הנתבע - בדין תביעת רב נגד תלמידו ובדין תביעת בעל נגד אשתו^{יח}.

הדין הגדול בערעור תשל"ב/142 (לא פורסם. פסק דין מיום ה' בחשוון תשל"ב, בדין ישבו הרבנים הגריש"א - הרב גולדשמיט - הרב ישראל).

יח. על יסוד ההלכה האמורה נפסק, שהוא הדין אף בתביעה של רב נגד תלמידו; אף כאן חייב התלמיד לילך להתדיין עם הרב בעירו, וזאת מן הטעם שהתלמיד חייב בכבוד רבו. (עיין בזה בכנסת הגדולה לטור חו"מ, סי' יד, הגהות הטור, ס"ק ח; שירי כנסת הגדולה, לטור יו"ד, סי' רמ, הגהות הטור, ס"ק ד. ראה שו"ע יו"ד, סי' רמב, סעיף א').

וכתבו הפוסקים שמכל מקום מסתבר, שאין הדברים אמורים אלא ברבו מובהק, (עיין בזה באורים ותומים, סי' יד, אורים סק"ד, מביאו הפתחי תשובה בשו"ע שם בסק"ד, וראה שו"ת בית ישראל (לאנדא), ח"א סי' קסה, ד"ה ומש; שו"ת יביע אומר ח"ז חו"מ סי' ד. בעקבות דבריו הנ"ל של התומים כתב בשו"ת יביע אומר ח"ב חו"מ סי' ד' אות ד' ש"קל וחומר לסתם תלמיד חכם" התובע את זולתו, שחל הכלל הרגיל: "התובע הולך אחר הנתבע" ועי"ש שהשיג על סברתו של הר"ע ידיד בספר תורת חכם סי' ת, וראה גם יביע אומר אות ב' שם).

וראיני כותבים שגם כאן נראה, שאף כאן אין לחייב את הנתבע לשאת בהוצאות הכרוכות בהתדיינות בעירו של רבו, התובע, אלא הוא חייב בטיחה בלבד. תביעת בעל כנגד אשתו

יש שהורו, שגם אישה הנתבת על ידי בעלה חייבת להתדיין בבית הדין שבעירו, משום שהיא חייבת בכבודו, ראה בזה בפתחי תשובה, לשו"ע, שם, ס"ק ד, בשם מהר"י העשל אשכנזי, שם הוסיף בשמו טעם נוסף: לפי שטלטולא דגברא קשה.

אבל בעניין זה אין הסכמה בין כל הפוסקים, ורבים הם הסוברים שאין לאישה לילך אחר הבעל. בין היתר נאמר על ידי הפוסקים החולקים: אדרבה, מוצאים אנו באישה שאין דרכה לטרוח ולצאת, "דכל כבודה בת מלך - פנימה", ולפיכך הסיקו, שבמקום שהבעל הוא התובע, הרי הוא בא להוציאה ממקומה לדון עימו, וזאת אין בידו לעשות, אלא יחול הכלל הרגיל שהתובע הולך אחר הנתבע. (ראה דעת הפתחי תשובה שם ומה שהביא בשם שו"ת ברית אברהם, כן ראה מה שמובא בקובץ הפוסקים לשו"ע, שם, עמ' רעח ואילך; שו"ת יביע אומר, ח"ז, חו"מ, סי' ד'. וראה ערך ש"י בשו"ע שם ד"ה אב).

עוד מוצאים אנו אצל הפוסקים החולקים את השיקול, שכשם שאישה מצווה על כבוד בעלה, אף הבעל מצווה בכבוד אשתו, (כמבואר ביבמות סב:), "וילך לפני בית דין הוא בזיון לאשה... ולאיש אין זה כלום אלא ענין טירחא... ואם כן אפשר בכזה שצריך לילך אחריה כיון שלו אין זה בזיון, ולה הוא בזיון... שמחוייב לכבדה בדברים שלא תתבזה בהן... על-כל-פנים, כבוד זה שהוא מענייני התחייבות (שבין איש לאשתו), והוא גם דין בין מהאשה לאיש ובין מהאיש לאשה, לא שייך שכריח זה שהיא תלך לבית - דין שבמקומו, כיון דיש גם טעם להיפוך". (שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סי' ה. אשר לחשש מפני בזיונה של האישה, ראוי להזכיר גם את פסק הדין המובא בשו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, חו"מ, סי' ח', בענין תביעת גירושין שהגישה אישה נגד בעלה שעבר להתגורר בעיר אחרת, לאחר שבגדה בה ונשא אישה אחרת עליה. בין היתר נפסק באותו ענין, כי "האישה יכולה לטעון שאיני רוצה להתבזות בירושלים - במקומו של הבעל

לקבל גט שם, ורק בתל אביב {-מקומה של האישה} שכבר הענין מפורסם שם, אין לה כל בזיון... ובפרט שצרתה בצידה בירושלים אינה רוצה להתבזות בפניה".

זאת ועוד: בנסיבות שבהן הבעל רוצה לגרש את האישה, ו"אינו קורא אותה לשלום, לא שייך סברה הנ"ל דחייבת בכבודו, דכיון דרוצה לגרשה ולא יהיה בעלה - אין סברא שחייבת בכבודו לבוא למקומו כדי לגרשה", (שו"ת אמרי יושר, ח"א, ס' לח. ראה גם שו"ת ברכת שמים, ח"ג, חו"מ, ס' ב', שם כתב בשם שו"ת מהרי"ץ, שאין לדמות את היחס של אישה לבעלה ליחס של בן לאביו, שאילו חובת הבן בכבוד אביו היא מן התורה, ואילו לגבי האישה לא מצינו אלא שחייבת לשמשו, ולא בשאר דברים).

אבל יש מי שכתב, כי "יש לחלק בין אם עומדים להתגרש כבר, והסכסוכים ביניהם בחלוקת הרכוש וכיוצא בזה, אז אין מקום כל כך לומר שמחויבת בכבודו וצריכה להלוך למקומו ולדון בבית דין שבעירו... אבל באין עומדים להתגרש כלל, שפיר יש לצדד דמחויבת בכבודו ולהלוך אחריו, ולא גרע מתלמיד שהולך אחר רבו", (שו"ת קנין תורה בהלכה, ח"ח, ס' פג, סעיף ג). אכן, בסופו של דבר, השאיר שאלה זו בצריך עיון, "כיון שאין הכרעה בהפוסקים".

למרות האמור כאן, בהיעדר הכרעה בין הפוסקים, דומה כי הדיעה הרווחת יותר היא, כי החריג האמור חל רק בבעלי דין שהם אב ובנו או רב ותלמידו אבל לא בכל בעלי הדין שמצויים לנהוג כבוד איש ברעהו, הטעם הוא: "דאין זה רק בכבוד אב ואם שהוקש כבודם לכבוד המקום, וכן מורא רבן כמורא שמים, אבל לא בכל שחייב בכבוד התובע, דאין סברא שנטריח לנתבע שלא כדן מפני כבודו של זה". (ערוך השולחן, חו"מ, ס' יד, סעיף ד'. ולכן, לדבריו בתביעה המוגשת נגד אדם על ידי אחיו הגדול, או על ידי חמיו או חמותו, שהוא חייב בכבודם, אין לשנות מהכלל הרגיל של: "התובע הולך אחר הנתבע". השווה: שו"ת מבי"ט, ח"ב, סוף ס' לג, שם נאמר, שהכלל האמור ביחס לאביו ואימו, חל גם ביחס לתביעת אח גדול נגד הקטן ממנו, שאף הוא חייב בכבודו. וראה עוד: הרב מ"מ כשר, "בבירור דין התובע הולך אחר הנתבע", נועם ו (תשכ"ג), עמ' סו-פא).

ואף על פי שמשום כבודו של תלמיד חכם הותר לגבות טענותיו בביתו, במקום בבית הדין כמבואר בשו"ע (חו"מ ס' קכד סעיף א), מכל מקום לא באה הלכה זו לשנות מן הכללים הקובעים את מקום השיפוט, (ראה שו"ת יביע אומר, ח"ב, חו"מ, ס' ד' סק"ד: "יש לומר, שדוקא בהופעתו בבית דין ולטעון עם עם ארץ עשו לו חכמים תקנה, דהוי זילותא טפי מה שאין כן לנסוע מעיר לעיר לא חיישין"). וראה שו"ת קנין תורה בהלכה, ח"ה, ס' פג, סעיף ג', שם כתב כי יש לעיין ביר בני אדם שמחוייבים לכבדם, כמו חמיו, אבי אביו, ואחיו הגדול, אם מחוייבים לילך אחריהם לבית דין שבעירם, ועל פי המובא בפתחי תשובה בשו"ע יו"ד ס' רמ סק"ו, כי יש חילוק בין חכם לאביו ואמו ורבו מובהק. הסיק, שגם לעניינו יש לחלק כן, "ומהאי טעמא לא העירו הפוסקים האלו ולא הזכירו מזה שום דבר". מעשה בבני זוג שנישאו בישראל וירדו לקנדה, וקבעו שם את מקום מושבם. כעבור זמן, חזר הבעל לארץ בגפו, והגיש תביעה נגד אשתו בבית הדין הרבני בחיפה. דרישת התובע לקיום המשפט בחיפה נדחתה, ובפסק הדין (תיק (חיפה) תשכ"ו/3898, פד"ר ו, עמ' 265, עמ' 272-278 עיי"ש) הועלה הדעה, כי במקום שכל הדיון סובב סביב שאלת מקום המגורים של בני הזוג, דהיינו אם האישה חייבת לגור עם בעלה במקומו, לדעת כל הפוסקים אין האישה צריכה להתדיין במקום בעלה, אלא חל הכלל הרגיל שהתובע הולך אחר הנתבע. עוד נאמר באותו פסק דין, כי אמנם יש דעה בהלכה שהאישה צריכה להתדיין בדרך כלל במקום בו נמצא הבעל משום

אב שסירב לבוא ולהתדיין עם בנו

אב שסירב לבוא לתביעת בנו, מחמת שטוען שבנו מזלזל בו ומקנטרו בטענותיו, מקרי סרבן וחייב בהוצאות סרבנות^ט.

שהיא חייבת בכבודו, אבל יש חולקים על זה, ו"כן נהוג בבתי הדין בישראל", שלא לסטות מן הכלל האמור.

{- ועיי"ש שהשווה עם דעתו של ר' שלמה קלוגר בחכמת שלמה, על שו"ע חו"מ סי' יג סעי' א' שם כתב מסברא ש"אם הבעל יש לו קטטות עם אשתו, אף אם תחילה שהוא דר במקום שאשתו שם, ואחר כך נסע על ידי קטטה למקום אחר, אז מוכרחת האשה לילך אחרי הבעל לעמוד עמו לדין, כיוון דקיימא לן דיכול הבעל לכוף את אשתו ולילך אחריו למקום שהוא רוצה, אם כן - אם לגמרי יכול להוציאה למקום שהור רוצה, מכל שכן שיכול להוציאה לפי שעה, ובפרט כיוון שאם הבעל רוצה יכול לומר אני אקבע דירתך כאן, ואז מוכרחת לילך אחריו, אם כן גם לפי שעה מוכרחת לילך אחריו מכוח מיגו דאי בעי רוצה לקבוע דירתו כאן לעולם". אכן, זכותו של הבעל לקבוע דירתו במקום שרוצה, אינה כות מוחלטת, והיא כפופה להרבה סייגים, כמו למשל אם הוסכם ביניהם לפני הנישואין שיגורו במקום פלוני - וכל פרטיו ודיניו יבארו אי"ה במקומו- וראה לפרטי הדינים בעניין זה אצל ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה רביעית, ירושלים תשנ"ג, עמ' 139 ואילך}. כיוון שעצם זכותו של הבעל לעקור את דירת המשפחה למקום אחר צריכה איפוא דיון, על הבעל להתדיין עם האישה במקומה, כפי שנפסק, כאמור. והנה, הר"ש קלוגר בעצמו, בשו"ת האלף לך שלמה, אה"ע, סי' קיח, כתב במפורש שאסור לבעל לעזוב מקומו בלי רשות אשתו, ועל כן חייב להתדיין עימה במקומה: "נהי {-אפילו} דבשאר תובע מחוייב לילך אחר הנתבע, היינו דהתם אין הנתבע מחוייב לדור במקום התובע, אבל באיש ואשה כיון דמחוייב לדור במקום אשתו, ואינו רשאי לילך בלתי רשותה, או רשות בית דין, אם כן כל שהולך בלי רשותה ובלי רשות בית דין, מחוייב לחזור למקומה כמקודם, וכאן יקוב הדין ביניהם אם בידו לפרוש ממנה או לא. וכבר נהגו בכל מקומות ישראל, שאם יש אחד שבגד באשתו ועזבה, שכופין את הבעל לחזור למקומו, בכל מיני כפיות, ואין אומרים שהיא תבוא למקומו לדון עימו, כי מלבד הדין, כן הוא תקנה גדולה לבנות ישראל...". ובסוף דבריו הוא מביא את שיטת המהרשד"ם הנ"ל, שאם הייתה הסכמה להתדיין במקום העסק, יש לילך לפי ההסכמה, וכן בנישואי הבעל ואישה, עיי"ש. וראה חכמת שלמה, לשו"ע חו"מ, סוף סי' יד, שם היפנה לתשובתו זו. במקום שהבעל נאלץ לעזוב את עירו, שבה גר עם אשתו, כתוצאה מכך שהאישה תבעה אותו בערכאות והוא עלול להיאסר אם יחזור לעירו, נפסק ש"האישה מחויבת לכבד הבעל, לכן היא חייבת לילך אחריו לבית דין", ראה שו"ת דבר שלום (קרויז), ח"ו, סי' רצז}.

אכן הדין יהיה שונה כאשר האישה עזבה את מקום המגורים המשותף לבני הזוג. במקרה זה רשאי הבעל להגיש את תביעתו במקומו הוא, כיוון שעל דעת כן נישאו, אבל לא משום השיקול שהאישה חייבת בכבוד בעלה, (ראה שו"ת יביע אומר שם ושו"ת קניין תורה בהלכה שם), ובעיקרי הדברים בסוגיה של מקום השיפוט בתביעות בין בני הזוג, נדון אי"ה בהרחבה בערך "הלך אחר הנתבע". עיי"ש וכן בספר מפתח המשפט חלק שלישי בערך "בית דין".

ט. שו"ת מהר"ו סימן מ"ב. דהיה לו להציע זאת בפני הדיינים או הפרנסים.

דיני הרשאה

אין שייך לעשות מורשה בחיוב שבועה לישבע במקום הבעל דיין^כ, אבל להשביע יכול ע"י הרשאה^{כא}. ולכן בן המשודך שתובע הנדוניא שהבטיח חותנו, ואינו יודע לטעון ברי רק אביו ששמע שהבטיחו, יכול לפסוק שיתן הרשאה לאביו ואביו יתבענו. ויש חולקין^{כב}.

מורשה אינו יכול למנות אחר במקומו, ואין השני חייב להשיב לו כלל, אא"כ הרשהו על מינוי אחר^{כג}. ויש שכתבו שאם הבן מנהל את כל ענייני עסקי אביו, ואביו אין יודע כלום מהנעשה בחלק מנכסיו וסומך לגמרי על בנו המורשה שלא שייך לומר בזה אין רצוני וכו'^{כד}.

חלק שני: בן התובע כבוד אביו

א. בן התובע לאחד שהלכין לאביו^{כה}, חייב הנתבע לילך עמו לדין. וכ"ש כשהאב משוכני עפר^{כז}.

כ. עיין ירושלמי סנהדרין פ"ב ה"א. ועיין בשו"ת הרשב"א חלק ו' סימן ר"י.

כא. בש"ך סימן ע"ה ס"ק פ"ג העתיק תשובת ר"ת בענין בן המשודך שתובע הנדוניא שהבטיח חותנו, ואינו יודע לטעון ברי רק אביו ששמע שהבטיחו. שפסק שיתן הרשאה לאביו ואביו יתבענו. וכתב הש"ך וז"ל: "במהרש"ל {ביש"ש} פרק מרובה סוף סי' י"ד שגם הוא הביא דברי ר"ת הנ"ל בסתם דהבן יכתוב הרשאה לאביו כו', והוסיף, וה"ה נמי אם היה אבי כו', והוסיף, וה"ה נמי אם היה אבי החתן מוחזק וזה בא להוציא ממנו, שישבע אבי החתן מוחזק וזה בא להוציא ממנו, שישבע אבי החתן על טענותיו שכך פסק לבנו מאחר שבא בהרשאת בו ויפטר, ומזה נלמד כל כהאי עניינא" עכ"ל. ויש ללמדו מכאן, דמי שהלווה לחבירו על המשכון ושכח כמה הלווה, וקרובו יודע כמה הלווה, כתב הרשאה לקרובו, וקרובו נשבע ונוטל".

כב. בתומים שם חלק על הש"ך, וכתב דר"ת שכתב כן הוא לשיטתו דמהני לכתוב הרשאה על מטלטלי דכפריה ויש לו כח כבע"ד עצמו, משא"כ לרמב"ם דל"מ הרשאה על מטלטלי דכפריה, לא תקנו הרשאה להיות כבעל דבר עצמו. ובפרט בשבועת היסת שלא עשו תקנתא לתקנתא ל"מ הרשאה.

כג. שו"ע חו"מ סימן קכ"ג סעיף ד' מטעם מפני שיאמר הבעל דין אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. וכתב הש"ך שם ס"ק י"ז דאף שיאמר לו המורשה השני שישביע על תביעתו ויזכה בדין לא ימסור לו הממון, אפ"ה אין הנתבע חייב להשיב לו שמפני שיאמר המרשה לא עשה אותך שליח כלל מטעם אין רצוני וכו'.

כד. כן שמעתי ממור"ר הגר"א דברמדיקר שליט"א שכתב להסתפק במורשה שיש לו יפוי כח לניהול כל ענייני המרשה ושולט בנכסיו, ובפרט כשהמרשה אין יודע כלום מהנעשה בחלק מנכסיו וסומך לגמרי על המורשה, דבזה לא שייך לומר אין רצוני וכו'. וכן באב הסומך על בנו או חתנו בעסק מסוים מעסקיו והם מנהלי העסק ביפוי כוחו, וממנים מורשה לטעון בבית דין, דלכאורה בזה סגי ביפוי הבן בלבד, ויל"ע. וציין לשו"ת קול אליהו סימן ה' שכתב שלא נתבטל שליחות הראשון.

חלק שלישי: סדר קדימה בדין תורה - כשאין לו אב

א. יתום קודם לאלמנה בדין, וכל שכן לתלמיד חכם. ויש שכתבו שזה לאו דווקא ביתום אלא גם אם נעלם אביו ואין אנו יודעים היכן הוא הרי הוא נחשב כיתום לענין זה^{כז}.

צווי עיקול ומניעה

אין לעכב את אביו של הנתבע, בכדי שיכוף על בנו לבוא לדיון אף בחשש עיגון^{כח}. וי"א דבכחש עיגון מן הדין לעכבו^{כט}.

אדם שחוששים שישאיר את אשתו ובניו הקטנים בלי מזונות, מעקלין במה דאפשר^ל.

כה. שו"ת חלק לוי יו"ד סימן ק"ז. ונלמד מהיש"ש דלקמן, ועוד מהא דכתב המגן אברהם בסימן ש"ו ס"ק כט בשם נימוקי הרמ"ה דללכת חוץ לתחום בשבת לנקום נקמת אביו שרי, הרי דמצוה לנקום נקמת אביו, וא"כ מחוייב גם להזמין את מי שפגע בכבודו.

כו. יש"ש ב"ק כלל מ"ו.

כז. עיין שולחן ערוך חו"מ סי' טו סעיף א' במקור הדברים דהכתוב הקדימו דכתיב "שפטו יתום ריבו אלמנה". ובספר שמע אברהם סימן א' נסתפק אי נעלם אביו ולא ידענו מה היה לו אי נחשב יתום לענין זה. ושאר בצ"ע בפרט לענין ת"ח לדחות מספיקו עשה דכבוד תורה. והביאו בספר דבר המשפט סימן ג' והוא נסתפק עוד אי גם בעני וחולה יש קדימה בדין. {ובעיקר דין היתומים כתב בחו"י דאף שטוענים ע"י מורשה הדין כן דסתם דין הוא ע"י אפוטרופוס. ועיין באמרי בינה סימן כ"ב שהסתפק אי קורא יתום מאב או גם יתום מאם דינו בקדימה ונשאר בצ"ע}.

כח. כ"כ בשו"ת הריב"ש סימן קכ"ז וז"ל "אינו מן הדין לעכב האב בעד הבן, שאין אדם נתפס על חבריו אלא בארנון וגלגלת" עכ"ל. אלא שכתב שם שאם עשו כן בענין גט אין זה גט מעושה.

כט. בשו"ת תשב"ץ חלק א' סימן א' כתב בענין הנ"ל של הריב"ש דלא הוי אונס בגט, וז"ל "חדא שלא עכבוהו עד שיגרש בנו אלא עד שיעמוד לדין ועיכוב זה בדין היה שכן הדין נותן למי שרוצה לעגן בנות ישראל או לגרום עיגון לעכבו עד שיגישו עצמותיהם לפני הדיינין" עכ"ל.

ל. פירוש דהגם דחיוב מזונות הוא כל יום בפני עצמו וא"כ עדיין אין כאן חוב, וכמ"ש בב"י סימן צ"ז סעיף מ"ב. (ועיין בשו"ת רשב"א ח"ז סימן קי"ג שאין סובר כן, הובא בב"י סימן ק"ד סעיף ט"ז), מ"מ במזונות שיותר יש חשש להשתמטות מקילין לעקל בכל דהו, וכמ"ש בשו"ת מהרש"ם חלק ג' סימן רפ"ב וז"ל "ונראה פשוט דכמו דבידה לגבות כתובתה ה"ה אם רוצה האשה להבטיח דמי מזונותי". וכן אם יש לו בנים קטנים שחייב לזונם כפי המבואר באה"ע סימן ע"א יש ביד בית דין לעכב שלא יבזז נכסיו כיון שלא יהיה אח"כ בידינו לגבות דמי המזונות. כמ"ש כה"ג בחו"מ סימן ע"ג סעי' י' וסי' קי"א סי"ג בהג"ה בסופו. ויעיין היטב בב"י סי' הנ"ל בשם בעה"ת ובשם תשו' הרשב"א ובשו"ת מהר"ם מרוטנברג האחרונים חחו"מ סי' י"ט באורך. ולכן גם בנ"ד אם לפי ראות עיני ב"ד רוצה לבזוז נכסיו ולילך למדינה רחוקה ולעזוב את בניו הקטנים שחייב לזונם מהראוי לעכב על ידו במה דאפשר" עכ"ל.

קב"ה היכל הגאון רבי מייכאל היים דוטמן שליט"א המשפט

זמן בית דין לראיות והובת גלוי מסמכים

על פי דין אם אמרו הבית דין להבעל דין להביא ראיה, ואמר אין לי עדים ואין לי ראיה, ופסקו הדין ושוב הביא עדיו או ראיותיו אין מקבלין ממנו^{לא}, מכל מקום יורש שהיה קטן כשמת מורישו^{לב}, אף שאמר אין לי ראיה ושוב נודע לו על ראיות סותר הדין^{לד}. וי"א שהוא הדין ללוקח^{לד}.

קבלת דין קרוב או פסול וקבלה בתקיעת קף

אב קרוב או פסול:

א. דיין שנפחד מבעל דין קשה אם אינו ממונה לרבים רשאי להשטט מלדון בו, אף

לא. חו"מ סימן כ' סעיף א'. וכן הדין לענין הטענות שאחר שאמר שאין לו עוד טענות, שוב אינו נאמן לומר שכחתי ויש לי עוד טענות. ושני טעמים נאמרו בזה: הא' טעם דרש"י והנמוק"י משום דזה ראיה שכל ראיותיו זיוף, ועדיו שקר. שלכן לא הביאם מקודם רק עתה שראה שנתחייב ורוצה להסתייע בזיוף. וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ג' ד'. והטעם השני כתב מהר"ם בר ברוך והראב"ד הובא בתמים דעים סימן נ"ו משום הודאת בעל דין כמאה עדים. וכתב בברכ"י סק"ז שהנפק"מ ביניהם אם הביא אחד מהשותפים ראיה אחר שהשותף הראשון אמר אין לי ראיה, דהכא ליכא חשש זיוף וזכה גם השותף הראשון מכח עדותו, אבל מטעם הודאת בעל דין כבר הפסיד ול"מ ליה עדות זה. ולענין מי שטוען שאף שאמר בבית דין שאין לו תביעה ושוב טוען ששכח שיש לו עוד תביעה, עיין בשו"ת שבות יעקב חלק ב סימן קמ"ח שכתב שאינו יכול לטעון כן. וכתב מו"ר הגר"א דרברמדיקר שליט"א שיש לעיין באופן זה מה הדין גבי טוען ששכח שיש לו עוד ראיה והוכחה.

לב. שם סעיף א' מלשון המחבר דאף שהוא עתה גדול לא היה לו לידע האנשים שיחקור בהם על נכסי מורישו. וזהו כדעת הרמב"ם ולא כהרא"ש שסובר שצריך שיהא עתה קטן. וכתב הב"י שמהגמרא מוכח כהרמב"ם.

והנה יש דיעות בראשונים שאף גדול לגבי מילי דאביו קטן הוא, ולכן גם גדול כשמת מורישו דינו כן. והוא דעת המרדכי סימן תש"ן בשם רב האי גאון, והש"ך ציינו. וכיין כן גם בחידושי רבינו יונה סנהדרין ל"א.

לג. דהרי אין היורש קטן יודע ראיות מורישו, שם במחבר סימן כ'. ובסמ"ע ס"ק י' פסק שכן ייקר וכדעת הרמב"ם והרמ"ה אף שהרא"ש חולק וסובר שאם נעשה אחר מיתת אביהן גדול דינו כאחר. והביא שהב"י {ד"ה כתב במרדכי} כתב על דברי הרא"ש הללו שאין בהן כדאי לסתור דברי הרמב"ם והרמ"ה, דאיכא למימר כיון דבשעת מיתת אביו לא ידע, שוב אינו מכיר האנשים היודעים זכותו שיחקור מהם, ומשו"ה סתם המחבר כוונתו. וכתב שם הרמ"א דה"ה בהיה גדול כשמת מורישו והביא ראיה שלא ידע מהראיות מקבלין אותם.

לד. שער המשפט, הובא בפת"ש שם סק"ו. ובנחלת צבי מקפק בזה כיון שהלוקח ידע שיש לו פקדון במקום אחר דהוי כיוורש לענין זה.

ששמע טענותיהם^ל, מיהו משהתחיל לדון ויודע להיכן הדין נוטה^ל אסור לו להישמע וע"ז נאמר לא תגורו מפני איש^ל.

ב. ואפילו אם אחד מבעלי הדין הוא אביו - וכגון ששני בעלי דין ביררו את בנו של אחד מהם לדיין, ואמר האב שאם יפסוק שלא לטובתו יחסיר מירושתו החלק כנגדו, והבן כבר שמע את הטענות אינו רשאי להסתלק מהדין^ל.

לח. סימן יב סעיף א. וה"ה ג' דיינים כמבואר בב"י.

לו. לדעת הסמ"ע היינו גמר דין, והט"ז חלק עליו ומבאר דמשחל עליו שם דיין דאז חל עליו לא תגורו וזהו כשיודע להיכן הדין נוטה. ובשו"ת מהר"י ברונא סימן רי"ג כתב שכל זמן שאין יודע הדיין בבירור כל כך שיוכל להורות לא חשיב ידיעה ויכול להסתלק. לבד במומחה לרבים וכמו שכתב הרשב"א ונפסק במחבר דאף קודם ששמע הטענות אסור להישמט. ובחידושי הפלאה כתב דקודם ששמע הטענות יש עליו רק הדין שהגיע להוראה שאינו רשאי להיות עוצם עיניו. אבל לא הלאו דלא תגורו, ולכן יש נפ"מ לענין גבר אלם דסימן כ"ח שכפינן ליה להביא העדים ומזה רשאי להסתלק בעוד שאין יודע היכן הדין נוטה.

וכתב בשב"י ח"א סימן קמ"ג דאחר שידוע להיכן הדין נוטה אסור לו להסתלק אם לא משום פיקוח נפש. ועיין בזקן אהרן סימן קכ"ו שכתב דאף בפיקוח נפש ה"ז כמציל עצמו בממון חבירו.

לז. עיין בשערי תשובה לרבינו יונה ח"ג מה שכתב עה"פ לא תגורו מפני איש וז"ל: "הוזהרנו בזה לא להאמין שלא יקרנו נזק מצד משפט הצדק כאשר לא נכיר בו פנים, כמו שאמרו רז"ל שלוחי מצוה אינם ניזוקים וכו' וזהו הפירוש כי המשפט לאלוקים הוא שלא יבואכם נזק בסיבתו". וכן הדין הוא כשהבעל דין מאיים להפסידו ממון וכמו באב ובנו כדלקמן.

לח. עיין מהרש"ם סימן שע"ח דפסק כן לגבי שני בע"ד שביררו את בנו של אחד מהם לדיין, ואמר האב שאם יפסוק שלא לטובתו יחסיר מירושתו החלק כנגדו, וכתב שאחר ששמע הטענות אין רשאי להסתלק מהדין מפני הפחדות כאלו. וע"ע לקמן בדבריו. וז"ל השו"ת מהרשד"ם:

"ראובן ושמעון היו אחים והיו שותפים זמן רב ובתוך משך זמן שותפותם שם ראובן לבנו לוי בתוך אותו השותפות וגם שמעון שם לבנו יהודה בתוך השותפות ובתוך ימי משך זמן השותפות ההוא נפטר שמעון וחל"ש והניח לבנו יהודה שאינו יודע בטיב של סחורה ולא מחשבונות ויהי אחרי מות שמעון הנ"ל נפלו קטנות ומריבות והפרשים בין ר' ובין יהודה הנז' ולקחו לפשרן ודיין ביניהם ללוי בן ראובן הנז' ופסק לוי שהדין הוא עם יהודה שיקח כ"כ סכום מעות מנכסי ראובן אביו בשביל הפרשים ההם ועתה לוי חושש לומר הדין לפי שאביו ראובן אמר פעמים רבות בפרהסיא בתוך קהל ועדה שכל מה שיפסוק הוא שיתן ראובן אביו ליאודה יקחם מנכסיו או יתן לו כל כך חסר מירושתו מהחלק הנוגע לו עוד ראובן השביע לבנו לוי בנקיטת חפץ שלא יכסה לו שום דבר ממעות השותפות אלא שכל א' יקח חלקו שוה ועתה לוי פוסע על שתי הסעיפים. ועוד יאודה טוען ואומר שאם ידע ראובן שהוא לוקח כ"כ סכום מעות יחזיקם לו ממקום אחר

וא"כ לקתה מדת הדין לכן יורנו מורנו היושב על כסא ההוראות אם יוכל לוי ליתן ליהוד' סכום המעו' שפס' ליתן בלתי ידע' אביו ר' ואם הוא נקרא עובר על שבועתו: תשובה:

מן הראוי היה כיון שידע לוי היכן הדין נוטה שלא ירא ולא יפחד משום אדם ולא משום דבר וכמ"ש פ"ק דסנהדרין ריש לקיש אמר שנים שבאו לדין אחד רך ואחד קשה עד שלא תשמע דבריה' אתה רשאי לומר להם איני נזקק לכם שמא נתחייב חזק ונמצא חזק ורודפו משתשמע דבריהם ואתה יודע היכן הדין נוטה אי אתה יכול לומר איני נזקק שנאמר לא תגורו כו' וכתב הרמב"ם ואם היה ממונה חייב להזקק להם והרשב"א כתב בתשובה הביאה ב"י על א' מאיים לב"ד שלא יטפלו בדינו אין זה מציל לב"ד להזקק לתבוע אם הוא הפחידם לעשות עמהם שלא כדן שמא אין בידו כח ומפחיד' בדברי הבאי ועוד שא"כ יהיו כל אדם עושים כן כו' עד וא"כ אין הגדולים נדונים לעולם והתור' אמרה ל"ת ע"כ ולכאו' קשה שנראה שאפי' שהב"ד לא שמעו דברי הבע"ד חייבים להטפל דאי שמעו הו"ל למימר שאיים לב"ד שלא יפסקו דינו וכן ממ"ש אין זה מציל להזקק ודאי נראה שעדיין לא נזקקו וא"כ קשה דהא אמרינן עד שלא תשמע אתה רשאי לומר איני נזקק לכם אלא שנראה דהאי דאמרינן דיש חלוק בין קודם ששמע היינו לדיין שלקחו אותו לדיין בעלמא אבל מי שהוא מומחה לרבים אין בידו לומר איני נזקק בין קודם ובין אחר מטעם דא"כ אין הגדולים נדונים וזה כדברי הרמב"ם דאמר דכשהוא ממונ' חייב להזקק מכל זה נר' שדיין שקבלוהו לדין ושמע דברי הבע"ד וידע היכן הדין נוט' חייב להזקק ולומר הדין ואין לו לגור מפני איש אמנ' הממונ' אפי' קוד' ששמע חייב להטפל אלא שעדיין יש לי לדקדק שיש הפרש בין טעם א' שכ' הרשב"א לטעם ב' שכפי טעם א' משמע דדוק' היכא דהוי שמא אין בידו כח הוא דאמרי' שחייב להטפל הא אם ודאי יש בידו כח להזיקו אז פטו' מן הטע' הב' נר' דבין יש בידו כח ודאי ובין ספק חייב הדיין הממונ' להזקק להם דאל"כ נמצא אין הגדולי' נדונים לעולם וכפי הטע' הראשון היה אפי' לומר בנ"ד דהוי ודאי שיש בידו של בע"ד להזיקו איפשר היינו יכולים לומר שזה הדיין יכול להסתלק כי אפשר לומר לא אמרה תורה לא תגורו אלא היכא דלא ברי היזקא אבל היכא דבריא היזקא לא וכמו שאנו אומרים לענין ביעור חמץ דאע"ג דקי"ל שלוחי מצוה אינם נזוקין מ"מ היכא דבריא היזקא שאני וכמו שהביאו ראי' ממ"ש שמואל הנביא ע"ה לקב"ה איך הלך ושמע וגו' ועוד אני אומר שאפשר שהרשב"א ב' טעמים יחד קאמ' אחד אין לו כח ועו' ג"כ שא"כ נמצא לא יהיו הגדולים נדונים לעולם ועוד שאפי' שיהיה לבע"ד כח מטעם שלא יהיו הגדולים נדונים חייב הדיין להזקק אלא ודאי תרי טעמי יחד הם המחייבים לדיין להזקק ואם חסר אחד מהם פטור וא"כ נפקא מינה דהיכא דבר' היזקא אינו חייב להזקק וממונה עד שלא שמע שוה לדיין בעלמא אפי' שמע וכמו שהממונה היכא דבריא היזקא יכול להסתלק דיין בעלמא הכי נמי יכול להסתלק א"כ בנ"ד אם יראה הדיין דבריא היזקא שודאי אם יגזור הדין כנגדו יזיקנו הבע"ד ודאי נראה דיכול להסתלק ומ"מ קשה שא"כ יפסיד זכותו בע"ד שכנגדו וקשה מאד לכן נ"ל דודאי כן הוא שיש לדיין לעשות כל האפשר כדי להציל עשוק מיד עושקו ולהשיב אבדה לבעליה וסמך וראיה לזה אני אומר שהרי ידוע כמה דבר חמור להוליך האדם לחברו לפני ערכאות שלהם דהוה כאילו מיקר שם ע"ז כו' עד שכת' הר"ף בתשו' הביאה ב"י וז"ל מה ששאלתם המקבל על עצמו בקנין לילך לדון עם בע"ד לשופטי ישמעאל יכול לחזור בו או לא ועוד אם

אבי החתן ואבי כלה לרוב הפוסקים כשרים לדון אחרים בצירוף שלישי^{לט}, אבל לדון זה את זה אסור לכתחילה ובדיעבד דינו דין^מ. ויש מכשירין בזבל^{נא} אף לכתחילה^{מא}.

קבל על עצמו שאם לא ילך לפניו לדון עם בע"ד שיהא כו' וחזר בו ואמר לא אלך לדיינים גוים יש לו רשות להוציא ממנו מה שפסק על עצמו כך ראינו כי זה יכול לחזור בו ואינו חייב ואינו רשאי לילך עם בע"ד אל הגוים ולא מבעיא בהא דקא עקר מצוה כו' אבל ב"ד אין מוציאין ממנו. ע"כ הרי אנו רואים שבשו' אופן אין לילך לפני גוים ועכ"ז אם בע"ד אלם וקשה מוליכין אותו לגוים להציל עשוק מיד עושקו וכמו שכתב רב שרירא גאון והוא דבר פשוט קרי' לחברך ולא ענך גודא רבה שדי עלויה וא"כ נראה שאנו יכולין ויש לנו רשות לעשות זה כדי להציל עשוק וכתוב דמצוה ג"כ לעשות כן כ"ש וק"ו שיכול לוי ליתן שלא מדעת אביו מה שנראה לו ברור לו שאביו חייב ליהודה ומצוה לו לעשות כן ועוד סיוע לדברי אלה שיכול לוי ליתן ליהודה בלתי ידיעת אביו שהרי כתב בעל ת"ה בכתבים שרי לב"ד לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין להשקיט ריב וקטטה כו' עד דיש כח ביד ב"ד על היתומים על זה כולו הרי שאפי' שהדין עם היתומי' יכולים ב"ד למעט זכותם ולעשות פשרה וקטן כשלא מדעתו ולא בפניו דמי כ"ש ב"ד כיון שראה הדין בבירור שחייב ליהודה שיכול ליתן שלא מדעתו ובזה אין נראה שיש מקום לספק כלל ולענין השבועה נראה בעיני דמן הדין כיון שהשבועה שלא יכסה לו דבר ממעות השותפות אלא שכל א' יקח חלקו בשוה גם בזה היה נראה מותר שהרי כפי האמת חלק אביו אינו אלא כך וחלק יאודה כך ומקיים שבועתו שכל א' לוקח זכותו ולא יותר ומ"מ ירא אנכי להקל בענין שבועה נראה בעיני שיכול לישא' על שבועתו לפני מי שבטוח אצלו שלא יגלהו ואע"פ שזה נשבע לדעת אביו ואין מתירין לנשבע שלא בפני המשביע מ"מ לענין מצוה כזה הענין יכול להתיר כיון שא"א בענין אחר ונלמוד מדין שזכרתי למעל' להוליק לאל' לפני ערכאו' הנלע"ד וצור ישראל יצילנו מכל שגיא' גדולה וקטנה" עכ"ל.

לט. ברמ"א סימן לג סעיף ו' כתב, "וי"א אע"ג דלעדות כשרים, אסורין לדון, דה"ל כאוהב ושונא. ואפילו הוא דיין קבוע, יכול לומר אינו מקובל לי (הגהת מרדכי בשם העיטור), ונ"ל דבדיעבד דינו דין (מהרי"ק שורש כ"א)". וכתב הסמ"ע שיש מחלקים דדוקא לדון זה את זה אסורין אבל רשאים להצטרף לשלישי לדון אחר. וכ"כ הב"ח בסימן ז', וכן הכימו התומים בסימן ז' והנתיבות. אמנם היעב"ץ פוסל לכתחילה גם בצירוף שלישי. ובמהרשד"ם סימן מ' כתב דדוקא בדיין אחד פסול אבל לדון עם אחר כשר והביא ראיה לזה. והרבה אחרונים חלקו בזה והובא כל זה בפת"ש סימן ז' ס"ק ט"ו.

והנה אף שהרמ"א העתיק ממהרי"ק שם שרק בדיעבד מכשיר, אמנם עיין במהרי"ק שם שמכשיר מדינא אף לכתחילה, והעלה שאין לדיין להחמיר במקום שיש לחוש שיועיל לרמאי ונמצא חב לאחריני. ומה שהעתיק כן הרמ"א עיין מה שכתב הרמ"א גופיה בהגהותיו על הגהות מרדכי שם וז"ל: "ובמהרי"ק שורש כ"א כתב שהם כשרים לדון זה את זה, ואין לסמוך עליו מדלא הביא דברי הגאון לסתרו". ועפ"ז נקט שאין לדון לכתחילה כדעת הגאון שבמדרכי, וכמו שביאר בדרכי משה סימן ז' סק"ד שאף הגאון לא קאמר אלא שיש לפסלו לכתחילה, אבל בדיעבד דינו דין.

מ. כן הוא בסמ"ע שם ס"ק יג בפירוש דברי הרמ"א, וגם כשר בדיעבד וכו"ל. וכמ"ש בדרכי משה סימן ז'. גם בשו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן רל"ז חלק על הגאון ר' מנחם גאליקי שהכשיר

רב לתלמיד ותלמיד לרב כשרים לדון זה את זה, וה"ה אב שבנו לומד אצל הדיין
הוא משלם לו שכר על כך מותר לו לדונו^{מב}.

לכתחילה, וז"ל: "החכם הוא מחותנו של מרדכי וכיצד יכשר לדיין אע"ג דלהעיד כשר כמו שכתב הרמב"ם זלה"ה פרק מהלכות עדות אבי החתן ואבי הכלה כשרים להעיד זה לזה ואפשר שלזה סמך הח' נר"ו אבל כבודו במקומו מונח היינו דווקא להעיד אבל לדון לא גרע מאוהב ושונא דפסולים לדון אעפ"י שכשרים להעיד וכו".

ובסימן רל"ח שם השיב עליו הגאון ר' מנחם הנ"ל בארוכה, ודחה סברתו והביא ראיה להתיר, ולבסוף כתב שאף הגאון שהביא בהגהות מרדכי, לא אמר כי אם בזמן החתונה. וז"ל: "וקרוב אני לומר שאפילו הגאון ז"ל לא דבר אלא בזמן החתונה דאיכא אי אקרובי דעתא למחותנים ודמיא קצת לשושבינים ובזה דייק לישנא דגמרא דקאמר אבי החתן ואבי הכלה ולא אמר מחותנים כשרים להעיד זה את זה או אבי הבעל ואבי אשה הם כשרים להעיד זה את זה. ונקט אבי חתן ואבי כלה לרבותא אע"ג דאית בהו תרתי שהם מחותנים ועדיין הם בתוך ימי החופה שנקראים ביניהם חתן וכלה אפי' הכי כשרים להעיד זה את זה ולזה כתב הגאון דאבי חתן ואבי כלה מעידין זה לזה משום דלא נחשדו ישראל על כך ואין כשרים לדון מטעמא דאמרי' שבתוך ימי החופה הם זה לזה כשושבינין ואפילו זאת הסברא יחידאה היא מכל הני טעמי דאמרו". ואילו המהריט"ץ שם חזר להעמיד דבריו דפסולין לדון לעולם.

ודעת הב"ח בסימן ז' בשם דברי ריבות סימן קצ"ג דפסולים אף דיעבד כמו שהביא בבאר הגולה בסימן ל"ג, וציינו גם הגרעק"א שם. וכ"כ בשו"ת מהר"ם מלובלין סו"ס ס"ג. ועיין בלבוש סימן ז' סעיף ט' ובסימן ל"ג סעיף ו' כתב דבדיעבד דינו דין.

ובחוקות הדיינים סימן לב מחלק בין דיין קבוע דכשר משא"כ בדיין שאינו קבוע, והוא משו"ת הרי"ף סימן קו, ואפילו בדיין קבוע יכול לומר אינו מקובל עלי. כן פירשו שם, וכן הוא להדיא בבעל העיטור אות ק' דף נ"ט. אבל להרדב"ז דלקמן פירושו דקאי על דיין שאינו קבוע, אבל בדיין קבוע אינו יכול לומר כן.

ומה שחלק ר' מנחם עם המהריט"ץ אי איירי בימי החופה, עי' רע"א שם על הגליון שדייק מרש"י דאיירי שנישאו כבר, וכן שם בח"ס בשם יעב"ץ. וז"ל בשו"ת שאילת יעב"ץ ח"ב סימן א' "אין כאן מקום לשאלה. שאפי' אם תמצא לומר להחמיר נגד הסמ"ע וסיעתו בזה. מכל מקום במחותנים בעלמא ע"י קישור תנאים בלבד. פשיטא שאין מקום להחמיר כלל".

מא. כן עולה מדברי החו"י סימן ב' ג'. אולם בברכ"י אות כ"ד בשם מהריק"ש חלק על זה. והובא כל זה בפת"ש סימן ז' ס"ק ט"ו. גם בשו"ת רדב"ז ח"א סימן תקל"ט אחר שכתב שתשובת הגאון שבמרדכי אינו בר סמכא, מסיים שם וז"ל: "כללא דמילתא דאבי החתן ואבי הכלה דנין זה את זה ואותה התשובה איני יודע מי שנאה כיון שלא כתבוה כל האחרונים ז"ל, ומזה הטעם וכיוצא בו איני סומך על שום הגהה אם לא אדע שם המגיה, לפי שכמה וכמה שלא הגיעו להוראה היו מגיחים בספריהם דברים שאינם הלכה ולא הסכימו עליהם בני הדור ונשאר הדבר ההוא ואח"כ העתיקו אותו המעתיקים אעפ"י שלא ידעו מהו. ואפי' תרצה להחזיק בה הנ"מ בזמן ששניהם באים לברר דיין אחד לא אמרה אדם מעולם ואם אמרה לא צייתין ליה שלא אמר כהלכה".

מב. מקור הדברים הוא מדברי המהרי"ק שורש ט"ז שכתב שמותר לו לדון את תלמידו ואף

ב. בעל דין שקיבל על עצמו דייין בתקיעת כף הוא קבלה^{מג}, אבל אם הכריחו אביו לקבלו בתקיעת כף - וכגון שהכריחו להבטיח לו בתקיעת כף שיקבל את הדיין לדון אותו ואת אחיו בענייני הירושה - לא הוא קבלה^{מד}.

שמקבל ממנו שכר דשכר טרוחו הוא נוטל, וכן אם אביו של התלמיד נותן שכר, מותר לדונו. ולמד מזה במשנת יעקב ח"א סימן ע"א שה"ה תלמיד לרב והביא ראייה מדברי המהרי"ק דמה התם שיש סברא שמקבל שכר לימוד מאבי התלמיד ויש לו נגיעה כשר, כ"ש כאן שאין לו שום שכר. ואף שיש אהבת נפש ביניהם מ"מ זו אהבה שמימית שאינה מטעה מדרך הישר, וכמ"ש בשו"ת משנת יעב"ץ ח"ב סימן א' דמצד אהבה שהוא אהבת התורה לא חשידי לעבור על דין תורה. וסיים שם שידע שהגאון בעל מנחת אלעזר עמד לד"ת אצל ב"ד שלו עם אחד שהיה לו תביעות אצל ב"ד נגד הכולל שלו בא"י שהוא היה הנשיא, וכן הגה"ק בעל ייטב לב היה לו ד"ת עם קהילה מגליל שלו אצל דו"ז בעל ערך שי, וע"כ דאהבת התורה לא תגרום הטיית הדין, וכ"ש בזבל"א דבודאי כשר תלמיד לרב.

מג. שבוי ח"א סימן קס"ח, ועיין בהערה דלקמן.

מד. שם בשו"ת שבות יעקב ח"א סימן קס"ח נשאל בזה באחד שהוכרח לתת תקיעת כף לאמו לפני מותה שמקבל עליו פלוני הקרוב לדון בענייני הירושה. וטען אח"כ שמאחר שעשה כן רק מפני כבוד אמו שלא לצערה בחליה אינה קבלה, והשיב השבוי"ז ל:

אך על האופן הרביעי לכאורה היה נראה היתר גמור דא"צ התרה כלל ולומר שכולם לא נתנו התקיעת כף רק שלא תטרוף דעת אמו בחליה, וכמבואר בי"ד בשו"ע סי' רל"ב סעי' י"ז בהג"ה דאשה שנדרה לבעלה בחליו שלא תנשא אחר מותו או להיפך או מי שנדר לחולה איזה דבר אם עשו זה משום הפצרת החולה שלא תטרוף דעתו עליו הוא כנדר אונס עכ"ל וכו'.

איברא נ"ל דיש לחלק דוקא במי שאינו חייב לשמוע למצותו כלל רק מכח השבועה אז יכול לומר שעשה שבוע' שלא תטרוף דעתו משא"כ בצוואת אביו או אמו שמחויב לקיים צוואת אביו או אמו עכ"פ לפני משורת הדין וכופי' על זה בדברים וכה"ג כמ"ש לעיל א"כ אם עשה ת"כ או שבועה על זה איך נמצא לו היתר על שבועתו או ת"כ שעשה הוא הלא אף בלתי שבועתו מחייבים אנחנו לכופו בדברים לקיים צוואתו

וכדי שלא להוציא חלק נ"ל להביא ראיה לחילוק זה מיעקב שהשביע ליוסף ונשאתני ממצרים אולי יאמר יוסף שעשה כדי שלא תטרוף דעת אביו בחליו ואין מקום לבעל דין לחלוק ולומר דהלא כתיב ויהי אחר הדברים האלה ויאמר ליוסף הנך אביך חולה משמע דמעיקרא כשהשביע יעקב את יוסף עדיין לא היה חולה אי משום הא לא תברא דהלא כתיב ויקרבו ימי ישראל למות וגו' וישתחוו ישראל על ראש המטה ופרש"י מכאן שהשכינה שורה למעלה ממטתו של חולה מכלל דמעיקרא ג"כ היה חולה אך שאח"כ תקפה עליו חליו יות' מזדאי ואפ"ה לא אמרי' שעש' שלא תטרוף דעתו וכן משמע קצת מדברי המרדכי שהובא בשו"ע סי' פ"א סעיף ב' בהג"ה והובא שם בסמ"ע ס"ק ח' דאפי' היכא דשתק הבן לא יוכל לומר שעשה כדי שלא להכעיסה ושלא תטרוף דעתה וכ"ש היכא שנתן ת"כ וק"ל עכ"ל.

קלד היכל הגאון רבי מיכאל חיים דוטמן שליט"א המשפט

איסור פניה לערכאות

איסור פניה לערכאות הוא איסור חמור ביותר, ואפילו אם ציוהו אביו לילך ולרוץ בערכאות הרי זה ציווי לעבור על דבר תורה ואסור לו לשמוע בקולו^{מ"ה}.

הטענות ומעמד הצדדים

תביעת מזונות במעמד צד אחד - שלא בפני האב

א. יש דברים שדנים אפילו במעמד צד אחד, כגון קיום שטרות וכדו'^{מ"ו}, ואחד מהם הוא תביעת מזונות לאב שאינו משלם מזונות לבניו^{מ"ז}.

נידויים בזמנינו - ונידוי לכן הבעל דין

בחבלות שאין דנין בזמנינו, תקנו הגאונים^{מ"ח} שמנדין אותו עד שיפייס לבעל

מה. בגודל איסורו ביארנו בערכו. והוא מדברי המחבר בסימן כ"ו סעיף א' מלשון הרמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ"ז ה"ז, ועל פי דבריהם כתב בשו"ת חקקי לב ח"ב סימן ר"צ דאף כשציוה לו אביו שילך בערכאות אסור לילך, דזה הוי כמצוהו לעבור על דברי תורה ואסור לשמוע לו.

מז. יש דברים שדנים אפילו במעמד צד אחד בלבד, והרחבנו על כך בס"ד ביתר ביאור במפתח המשפט בערך "בעל דין", ושם פירטנו כמה סוגים, ומהם:

א. { קיום שטרות, (כמבואר בסימן מ"ו סעיף ה'. ולעין קיום כת"י לדעת הש"ך שם סק"י לא מהני שלא בפניו, ולדעת הקצות שם סק"ה מהני).

ב. { שיחזור שטר שנמחק (- על פי פסק הרמ"א בסימן מ"א סעיף א'. אולם עי"ש בסק"ב שחלק עליו, וכתב דאינו דומה לקיום שטרות דמעידין רק על חתימות דמעידין רק על חתימות עדים, משא"כ בנמחק כיון שאין שטר, כיצד יעשו שטר שלא בפניו. דהוי כמעידין עתה על מנה שבשטר).

ג. { צווי עיקול

ד. { גביית חוב ברור בשטר, וכן ראיות על בעלות נכסי הלוה, כמבואר בסימן ק"ו סעיף ב'. (רק שאם יכולים שולחים קודם להודיעו, כמבואר שם פרטי הדינים בסעיף א').

ה. { תביעת מזונות וכמו שהבאנו בהערה הבאה בס"ד.

ו. { הסרת התביעה בערכאות. (-כשהנתבע מבקש שהתובע יסיר מעליו התביעה משם, כשהלה תובעו שם ללא רשות בית דין. אמנם כשיש ביניהם ויכוח על מקום הדיון, או באיזה בית דין לדון, או כשאחד רוצה זבל"א והשני מסרב, בזה צריך לשמוע שני הצדדים).

ז. { קבלת עדי הנתבע לפטור עצמו כשבאין לגבות מזמנו. (כמבואר בסימן כ"ח סעיף יח, ושם בש"ך בשם המהרי"ט דרק כשבאין לגבות ולהוציא ממנו, אבל כשאין המלוה תובעו לא, דאין מקבלין עדות אלא בפניו. ובקצות שם סק"ט ביאר שאין זה משום אטרוחי בי דינא כמו שגראה מהש"ך, אלא מעיקר הדין דאין מקבלין עדות אלא בפניו אפילו לפטור).

מז. כמבואר בשו"ע אבה"ע סימן ע' סעיף ה' לגבי אשה שהניחה ג' חדשים, ולגבי בניו שם סימן ע"א סעיף ב'.

מח. שולחן ערוך חושן משפט סימן א' סעיף א'. והוא ממה שכתב הרי"ף ממנהג שתי ישיבות, וכן כתב הראב"ד והוסיף שאם יש לקנס קצבה כמו באונס ומפתה מנדין עד שיתן אותה

היכל מפתח המשפט ערך - אב המשפט קלה

דינו^{מט}, וכיון שיתן לו שיעור הראוי מתירין לו נידויו^{נא}, אבל אם מת אין מנדין את בנו שישלם^{נא}.

אב הדין אודות בנו

ענייני משמורת קטינים

א. דיון העוסק בענייני משמורת קטינים (החוקת ילדים) - אף על פי שבאופן פורמאלי מופיעים בו בעלי הדין, מכל מקום הוא אינו עוסק בזכויות וחובות של הצדדים לדין, אלא בשאלה: מהי טובתו, בהקשר זה, של הקטין? שאלה זו אינה ממונית אלא איסורית. לפיכך, אין כללי נטל ההוכחה חלים כאן, ועל בית הדין להכריע בהתאם לטובת הילד.

קצבה. והרא"ש חלק ע"ז דא"כ אין לך גוביינא גדולה מזו. ושמעתי להעיר מהגר"א דרברמדיקר שליט"א דהרא"ש לא חלק רק משום שהבין ברי"ף שמחייבו שיפייס בדמי כל הנזק. ורב שרירא גאון כתב דעשו תקנה לנדות החובל עד שיתפייס הנחבל בקרוב לאותו שיעור ששיערו הבית דין בלבם קודם.

מט. ואף שלא נתפייס בעל דינו בכך, כיון שנתן שיעור הראוי אף שאינו כל דמי נזקו סגי. כן הגיה הסמ"ע ס"ק יז במחבר. וכתב בנתיבות חידושים סימן א' ס"ק י' "פירוש דאין צריך ליתן כפי נזקו רק כפי דעת בית דין, ולפי שיקול דעתם בתשלומי קרוב לנזק כך צריך לית, ולכך נאמר ברמב"ם {פ"ה מסנהדרין הי"ז}, ועל פי סמ"ע {סקי"ז} הוגה כן בשו"ע, בין נתפייס וכו', דא"צ ליתן לו כפי נזקו, דאילו צריך ליתן לו הכל מהיכי תיתי יהיה תלוי בפיוסו" עכ"ל. וכן הוא בספר הזכות להרמב"ן סופ"ג דכתובות שכתב ג"כ שאם אתה מנדה אותו עד שישלם קיצבה של תורה הרי דנת דיני קנסות. אלא משערים שיעור הקרוב ואין מגלין אותו, ומנדין עד שיפייס הנחבל, ומחרישין ממנו ורואין אם קרוב כאשר בליבם והנחבל אינו מקבל אומרין לו אין להו כח לנדותו יותר, ואם רחוק ממה שבלבם מנדין ומחרישין עד שיקרב לאותו שיעור, עכ"ד. ועיין מה שכתבנו בדין אם מת אי מנדין לבנו שישלם.

נ. ובספר פני מבין כתב דהא דמנדין בחובל הוא דוקא שעשה במזיד, שעיקר הנידוי הוא בכדי שלא יהיה כל אחד מזיק בחבירו, כמ"ש הש"ך ס"ק יד. עוד כתב הש"ך שם דאין מנדין בקנס שהוא יותר מהקרן כגון בכפל ד' וה'. וכ"כ בסמ"ע, ודלא כעיר שושן שכתב שאף ע"ז אין מתירין הנידוי עד שיתן.

נא. כ"כ בנתיבות שם וז"ל: "ועיין ברא"ש {ב"ק פ"ח ס"י ב'} וטור {סעיף יא} דהוא רק מכח תקנה של גאונים, ולא מדינא דש"ס כלל. לכן נראה דאם מת המזיק דאין לנדותו בנו דלא קנסו בנו אחריו, וכל התקנה היתה שלא יתרבו בעלי זרוע ומזיקין בעולם ודי שיקנסו אותו, אבל בנו שלא היתה ידו במעל אין לקנסו, והבו דלא להוסיף על תקנה". ועיין בתומים באורים סק"א. וכתב בספר חשק שלמה הספרדי אות ז' בשם מהריק"ש, דלפי התקנה שמנדין עד שיפייס לבעל דינו מקבלים גם עדים לדעת בכמה יגזרו שיתפייס.

ב. בעניין זה אנו אומרים שבית הדין פועל כ"אביהם של יתומים" גם אם יש לילד הורים המתדיינים ביניהם בשאלת מישמרתו. שני ההורים הם אפטרופסיים טבעיים של הילד, ואין לאחד מהם מעמד עדיף על זה של זולתו; בהעדר הסכמה ביניהם, על בית הדין להכריע בדבר מתוך ייצוג טובתו האמיתית של הילד.

הזקה על בית הדין, שהוא ממלא את חובתו כאפטרופסם של הקטנים, ושומר את משמרתם בשעה קשה זו להם, לבל יאונה להם כל רע על ידי הסכמים 'בשבילם' שלא לטובתם.¹¹

ג. במשפט שעניינו משמורת קטינים, היריבות היא בין ההורים ולא בין הקטין להוריו, גם אם הוא זה שבשמו מוגשת התביעה; אין זו יריבות בין הקטין להוריו, אלא בין ההורים לבין עצמם, כשכל אחד מהם מעוניין לגדלו. לכן לא ניתן להשתמש ב'אדרת כפולה', ולראות את התביעה בבית הדין הרבני כתביעה של האב 'עבור הילד', ואת תביעתו בבית המשפט 'בשם הילד'. מבחינתו של הילד, שניהם אהובים וברורים. וזו יריבות פנימית ביניהם, שצריך לבחון אותו בעינים של 'טובת הילד', ולכן מבחינת בית הדין אנו אומרים שלא הילד תובע את אביו, אלא האם היא התובעת את האב.¹²

ד. אף על פי שבמישור הדיוני, בעלי הדין בענייני משמורת קטינים הם הוריו, מכל מקום, מבחינה מהותית, אין כל ספק בדבר שלפי הדין בעלי הדין הוא תמיד הילד עצמו והוריו אינם אלא אפטרופסיו המייצגים אותו לפני בית הדין ומדברים בשמו.¹³ יש שכתבו עוד, כי לא זו בלבד שאין ההורים בעלי דין, אלא ספק גדול הוא אם יש להם אפילו את המעמד של 'הצדדים הנוגעים בדבר'. כי צד נוגע בדבר משפט, פירושו הוא ש'נגיעותיו' של ה'צד' יש להם השפעה על הדיון ועל פסק הדין. ובהחזקת ילדים השיקול של טובת הילדים אינו רק שיקול עיקרי בלבד, אלא שלפי השקפת דין תורה, זהו השיקול היחיד, זה ותו לא. וכל שיקול אחר אשר הוא ענין

נב. ראה שערי עזריאל, ח"א, עמ' 8 ואילך ובמאמרו של הרב א' שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), 285, בעמ' 316-311. וראה גם ספר עזר משפט, סי' כח, עמ' שלט, (מתוך פסק דינו של הרב א' גולדשמידט, בביד"מ 1/160, וינטר נ' בארי, פ"ד טו (2), עמ' 1457). וראה עוד בספרו של ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה, מהדרה רביעית, ירושלים תשנ"ג, עמ' 398 ואילך.

נג. ערעור תש"ס/065 (לא פורסם). החלטה מיום י"ז בטבת תש"ס. בדין ישבו הדיינים הר"א בקשי דורון, ש' דיכובסקי, וש' בן שמעון).

נד. עזר משפט, סי' כח, עמ' שמוב (מתוך פסק דינו של הרב א' גולדשמידט הנ"ל).

של ההורים או של אחד מהם, לא ייחשב ולא ישפיע כמלוא נימה בהכרעה נגד שיקול כל שהוא של טובת הילד²²⁶.

הורים מאמצים

ה. **בנסיבות** רגילות, כאשר המתדיינים הם הורי הקטין, הרי הם אלו שמופיעים כבעלי דין. אבל יש שלתמונה נכנסים גורמים נוספים, כמו במקרה של הוצאת צו אימוץ, המורה על מסירת הילד למאמצים שאינם הוריו הטבעיים. במקרה כזה, זכותם של ההורים המאמצים והאב המאמץ להופיע כבעלי דין בכל משפט הנוגע למשמורת הילד המאומץ, שהרי הם באים לצורך כל דבר ועניין במקום ההורים הטבעיים²²⁷.

משפחה אומנת

ו. **בפני** בית הדין מתעורר הרבה בדין משפחה אומנת, אשר לה נמסר הקטין, האם היא זכאית להופיע כבעל דין בעניינו, שיש שכותבים שכל זמן שלא נשללה מן האב האפוטרופוסות הטבעית על הבת, אין למשפחה האומנת אשר לה נמסרה הבת כל מעמד הלכתי או חוקי, ולכן אינה צד למשפט. ולדעתם, אם יש לשום צד בעולם טענות נגד האב, רשאי להגיש למוסדות המשפטיים החוקיים. ואם ישללו מן האב את חובת-זכות האפוטרופוסות, ויתמנה אפוטרופוס חוקי על הילדה, רק אז יהיה מעמד חוקי נגד האב²²⁸.

ז. **מנגד**, יש האומרים שמאחר שהאב מודה בכך שהבת צריכה משפחה אומנת, ואין הוא יכול להחזיקה, יש למשפחה האומנת מעמד של בעל דין הזכאי להופיע ולטעון נגד האב. ויש לעיין מה הדין לשיטתם מה הדין אילו היה האב כופר בצורך במשפחה אומנת, והיה הוא דורש את המשמורת על הבת.

226. עזר משפט שם. בהמשך פסק הדין מאוזכר פסיקת בית הדין הרבני בתל-אביב בתיק תשי"ד/226, פד"ר, א' עמ' 145, בעמ' 158-157, מפי הר"א גולדשמידט {-עזר משפט, סי' א' עמ' ט}, בה נאמר, כי במשפטי משמורת קטינים אין מדובר בזכויות ההורים, אלא בחובותיהם בלבד, והדין הוא רק בטובת הילד, ולפיכך לא שייכת כאן הודאת בעל דין, עיין שם.

227. עיין מה שהבאנו להלן בדיני הכתובה בדיני האימוץ.

228. ערעור תשמ"ה/6, התפרסם בקובץ פסקיו של הר"י קאפח, עדות ביהוסף, סי' ז.

- פרק שני: האב בדיני נזיקין -

קטן שהזיק - חיוב על אביו

א. הזיק את הקטן או את השוטה חייב לשלם. הקטן והשוטה שהזיקו פטורים מלשלם^{נח}, ואין האב חייב על נזקי הקטן כדין ממונו המזיק, מפני שבנו אינו ממון של האב ולא חייבה אותו התורה בשמירת בנו. וראוי לבית דין להכות את הקטן כדי שלא יזיק^{נט}. וראה בהערה מה שביארנו בדין הקטן שהזיק ע"י ממון אביו, באופן שהיה ידוע לאביו שבנו עלול להזיק בממונו ופשע בממונו ולא שמרו אם אפשר לחייבו מצד ממונו המזיק^ס. וע"ע כמה שכתבנו בהערה בדין קטן שהזיק

נח. שו"ע סי' תכ"ד (סעיף ה'). ומקור הדברים הוא מדברי המשנה (בב"ק דף פ"ז) וברמב"ם (חובל פ"ה ה"ח). ואין האב חייב על נזקי הקטן כדין ממונו המזיק, מפני שבנו אינו ממונו של האב ולא חייבה אותו התורה בשמירת בנו, ועי' בשו"ת יהודה יעלה (יו"ד סי' קס"ד) שכתב טעם אחר מדוע אין חייב האב על נזקי בנו מדין ממונו המזיק, עי"ש. {ובעיקר ענין זה ראיתי בספר משפט המזיק שהביא בשם החפץ חיים שהוכיח שדעת בעלי בתים הוא היפך מדעת תורה, שדעת בעך הבית הוא שאם הילד הזיק, אביו מחויב לשלם, ואם החתול של האדם הזיק אינו חייב לשלם, אבל עפ"י התורה הוא להיפך שאם החתול שלו הזיק חייב לשלם, אבל עפ"י התורה הוא להיפך שאם החתול שלו הזיק חייב לשלם, ואם הילד שלו הזיק פטור לשלם עכ"ד}. ולענין הקטן שגנב, כתב בשבות יעקב (ה"א סי' קע"ז) שאם נהנה חייב לשלם והובא בפתחי תשובה סי' שמ"ט סק"ב, אולם עי' במהר"ם שיק (יו"ד סי' רע"ז) ובערך שי' סי' שמ"ט שחלקו שאפי' נהנה פטור לשלם עי"ש.

נט. שו"ע סי' שמ"ט (ס"ה). ומקור הדברים הוא מדברי הרמב"ם בהלכות גניבה (פ"א ה"י). וביש"ש (ב"ק פ"ה סי' כ"ז) מובאר שמדובר באופן שהאב אינו מכהו ואינו מחנכו על כך, ואז הדין הוא שהבית דין מכין אותו, עי"ש.

ס. בעיקר מה שכתבנו בגוף דברינו יש להוסיף בזה כמה פרטי דינים בדין הקטן שהזיק ממה שהוסיף בספר משפט המזיק:

א. אם הקטן הזיק על ידי ממון אביו, באופן שהיה ידוע לאביו שבנו עלול להזיק בממונו ופשע בממונו ולא שמרו {והיינו בדרגת רוח מצויה}, האב חייב מדין ממונו המזיק וכמו אשו שמחויב בשמירתו, שהקטן נחשב כרוח שמוליך את האש, והאב חייב מדין ממונו המזיק וכמו אשו שמחויב בשמירתו, שהקטן נחשב כרוח שמוליך את האש, והאב חייב מדין ממונו מזיק, ואף שכן דעת מזיקו, אבל כיון שאינו בר חיובא וידוע שהקטן עלול לעשותו הוי כרוח מצויה וחייב, ובפרט לפמש"כ החזו"א (ב"ק סי' ה' סקט"ז) שאם בעל הממון פשע שעכו"ם שהוא בר דעה יזיק בממונו, כיון שידוע שהעכו"ם לא ישלם הרי זה נחשב כרוח מצויה וחייב בעל הממון לשלם ודו"ק.

ב. באופן שההורים גרמו להזיק זה, כגון שהביאו את בנם הקטן למקום שידוע שהוא עלול להזיק שם ולא השגיחו עליו {וכגון שהביאוהו לחנות שצריך להשגיח עליו כדי שלא יזיק}, יש לחייבם בדיני שמים מדין גרמא בנזיקין.

ובספר מעשה איש (ח"ג) מובא בשם החזו"א שפזק בילד שהלך עם אמו והילד זרק אבן והזיק,

בקטנותו והגדיל - בפרטי דיניו^{סא}. וכן במה שכתבנו שלכתחילה ישלם האב מה שבנו הזיק כי הבן לא יזכור לשלם כשיגדיל, ולכן עדיף שהאב ישלם כדי שיהיה לו לכפרה.

שאף שהקטן פטור מלשלם, כיון שהלך עם אמו שהיא שומרת עליו היא חייבת לשלם, עי"ש. ו"ע שלא מצינו שהאב מחויב לשמור את בנו שלא יזיק ואינו דומה לשורו שחייב בשמירתו, ואולי כוונתו שהאב חייבת מדין גרמא בניזקין שהביאה את בנה במקום שיכול להזיק, וחייב אותה כדי לצאת ידי שמים כגרמא בניזקין. וכתב בספר משפט המזיק שיתכן עוד שאפשר לחייבה מדין מעמיד, אבל ציין לספרו בפרק י"ב (סעיף מ"א) דלפי החזו"א לכאן לא הוי מעמיד באופן זה.

סא. קטן שהזיק פטור מלשלם גם לאחר שהגדיל ונתחייב במצוות כמבואר בשו"ע סי' תכ"ד סעיף ח' ובסי' צ"ו סעי' ג' ובסי' שמ"ט סעיף ג', וכן כתב הרמב"ם שם והרא"ש בפרק החובל שם. וכן כתב הב"י בשו"ת אבקת רוכל (סוף סי' פ"ז). אולם בהגהות אשר"י שם הביא בשם האו"ז שהוכיח מדברי רש"י בב"ק דף צ"ח שהקטן שהגדיל חייב לשלם. אולם כאמור מדברי השו"ע מבואר שאין ההלכה כשיטה זו, וביש"ש (פרק החובל סי' כז, ופרק הגוזל עצים סי' יט) חולק על ההגהות אשר"י עי"ש. וכן פסק בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ז) ועוד רבים מהפוסקים. ובשו"ת הרע"א (סי' קמ"ז) כתב נראה דעת הגהת אשר"י פ' החובל דקטן שהזיק חייב לשלם כשהגדיל דעת יחידי היא. וכן כתב להדיא במשל"מ (פ"י מהל' מלוה הי"ד ד"ה והיכא שהקטנים וכו') וברור עכ"ד הרע"א.

וכל זה הוא מעיקר הדין אבל לפני משורת הדין יש לו לשלם מה שהזיק כדי שיהיה לו לתשובה ולכפרה, כמבואר ברמ"א (או"ח סי' שמ"ג) שכתב שאף על פי שאין צריך תשובה כשיגדל, מ"מ טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אף על פי שעבר קודם שנעשה בר עונשין עכ"ד. ומקור הדברים בתרומת הדשן (סי' ס"ב) שכתב לענין הקטן שהזיק שאף על פי שא"צ תשובה כשיגדל, מ"מ טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אף על פי שעבר קודם שנעשה בר עונשין עכ"ל. ובט"ז שם כתב לבאר בזה דברי רש"י (בדף צ"ח): שחיובו הוא לפני משורת הדין ואפשר לכפותו על כך שישלם עי"ש. {ועי' ערך שי (סי' שמ"ט) שתלוי במחלוקת הפוסקים אם בכל לפני משורת הדין כופים אותו, עי"ש}. וכן כתבו בשו"ת שבות יעקב (שם) וברש"ש (סנהדרין דף נ"ה) שחייב דיני שמים לשלם עי"ש. ובשבות יעקב שם כתב שמשמע מדברי התרוה"ד והרמ"א דאף לצאת ידי שמים אין מן הצורך לשלם הכל, אלא צריך שיקבל איזה דבר לתשובה על כן המוחל לא יהיה אכזרי ויפוייס במה דיפוייס משום תקנת השבים לאלו שרוצים לצאת ידי שמים, ובספר חסידים (סי' תרצ"ב) משמע שחייב לשלם הכל כשהגדיל, ואולי ממדת חסידות קאמר או שהיה ממוון הגניבה תחת ידו כל זה עכ"ל. והביא דבריו בפתחי תשובה (סי' שמ"ט סק"ב). ומבואר מדבריו שמידת חסידות שישלם כל מה שהזיק.

ועי' לשון הב"ח (או"ח סי' שמ"ג) אני קורא עליו גם בלא דעת נפש לא טוב (משלי יט ב) דאף על פי שקטן שעבר עבירה בלא דעת היא, לא טוב לנפש כי המשיך עליו טומאה מצד הרע על כן טוב לו כשיגדיל לשוב בתשובה מעצמו על כל מה שעבר הן בדברים שבינו ובין המקום הן בדברים שבינו ובין חבירו עי"ש. ויש שכתבו שלכתחילה ישלם האב מה שבנו הזיק כי הבן לא יזכור לשלם כשיגדיל, ולכן עדיף שהאב ישלם כדי שיהיה לו לכפרה, וכמו שהבנאנו בגוף הדברים. ובספר חנוך לנער (סי' מ"ז) ציין לספר שערי דעה שאם הזיק בקטנותו כשאינו בו דעת אין צריך

הזיק בשעה שעבר על איסור שחייבים עליו מיתה

ב. הזיק ממון חבריו ובאותה שעה עבר על איסור שחייבים עליו מיתה, וכגון שהסיע את אביו ברכבו ופגע ועשה תאונה ברכב אחר והזיקו ובתאונה זו נחבל גם אביו ונטף ממנו דם ונתחייב מיתה הרי הוא פטור מלשלם על הנזק^{כב}.

כפרה כלל. ובספר משפט המזיק הביא שכן כתוב בספר חסידים (סי' תרצ"ב) שכתב שמי שגנב בקטנותו שראוי לשלם, והוסיף אבל אם אמר לו מאד קטן הייתי כשגנבתי כיון שאינו זוכר בו אינו צריך לשלם עי"ש. ולפי"ז תינוק שהזיק אין ענין שישלם כשיגדל.

ויש שכתבו שאם הקטן היה בר דעת כשהזיק הרי הוא מחויב לשלם לאחר שהגדיל את כל ההזיק בדיני שמים. דהנה לפי המבואר לעיל מדברי הרמ"א אינו חיוב גמור אלא טוב שישלם כדי שיהיה לכפרה, אולם בנחל יצחק (סי' ז') ובאמרי בינה (הנדפס בספר דברי חיים נזק"מ סי' י"א) כתבו לחדש עפ"י דברי הרמב"ם (מלכים פ"י ה"ב) שבבני נח אין דין שיעורים, וכתב החת"ס (יו"ד סי' שי"ז) שתלוי אם יש בהם דעת אזי מתחייב בדיני בני נח, ולפי"ז כתבו לחדש שלגבי מצוות ואיסורים שיש בבני נח אין קולא לבני ישראל להתיר להם דליכא מידי שלב"נ אסור ולישראל מותר, והקטן שיש בו דעת אסור להזיק כמו בב"נ ולכן חייב בדיני שמים לשלם עי"ש. ולדבריהם הרי זה חיוב גמור ורק אין כופים אותו לשלם. אולם בחלקת יואב (סי' א') כתב לדחות דברי החת"ס וכתב שגם אם יש בו דעת אינו חייב לשלם עי"ש.

כב. הזיק ממון חבריו ובאותה שעה עבר על איסור שחייבים עליו מיתה, וכן הרודף אחר חבריו להרגו או הרודף אחר הערוה והזיק באותה שעה, פטור לשלם על הנזק. ומקור הדברים הוא מדברי השו"ע בסי' ש"פ (סעי' ג') ובסי' שפ"ה (סעי' ב') ובסי' שנ"א (סעי' א') ובסי' תכ"ד (סעי' ב' ג'). ומקור דין זה בכמה מקומות בגמרא דין קם ליה בדרבה מיניה שבעונש הגדול נפטר מעונש הקל. {ובסי' שפ"ה הוסיף שאם הגביהו קודם שעשה האיסור והזיקו, נתחייב בגזילה קודם שנתחייב מיתה וחייב לשלם עי"ש. ונתבאר דין זה גם בסי' שנ"א שם}. אמנם דוקא כשהתחייב מיתה, אבל אם התחייב כרת אין נפטר, וכן נפסק בסי' תכ"ד שאם חבל בחבירו ביוה"כ שחיובו כרת חייב לשלם עי"ש. {ויש לציין לדברי המנ"ח (מצוה ל"ד) שכתב שהמאבד עצמו לדעת והזיק בשעת מעשה, נתחייב לשלם והיורשים חייבים, ולמד כן מדברי הרמב"ם (רוצה פ"ב) שאין עליו חיוב מיתה בדיני אדם וחייב מיתה רק בדיני שמים עי"ש, אולם יל"ע לדעת הבית מאיר (יו"ד סי' רט"ו) שכתב, שהמאבד עצמו לדעת עובר באיסור לא תרצח, ולדבריו אולי הוי כמו חייבי מיתות שוגגין שאף שאין עליו מיתה פטור וצ"ע}. וראה בסוף ספר משפט המזיק במילואים לפרק ב' אות ה' משנ"ת שם כמה ענינים בדין רודף שפטור מדין קלב"מ, ונתבאר שם בנהג שעשה תאונה וסיכן חיי אחרים אם הוא פטור על ההיזקות, וכן נתבאר שם מדוע אין המוסר פטור מדין קלב"מ שהרי יש לו דין רודף.

ובעיקר מה שכתבנו לגבי פטור מחמת דין קלבד"מ עיין בספר משפט המזיק שהביא שדין זה יכול להיות בזמנינו והביא את מה שכתבנו בגוף דברינו בס"ד, באחד שהסיע את אביו ברכבו, ופגע ועשה תאונה ברכב אחר והזיקו ובתאונה זו נחבל גם אביו ונטף ממנו טיפת דם, שהחובל באביו הוא מעשה המחייב מיתה ויש בו דין קלבדר"מ, ופטור על מה שהזיק ממון אחרים וכן פטור על החבלה באביו, וכמבואר בשו"ע סי' תכ"ד (סעי' א'). אמנם להלן יתבאר אי"ה שחייב

ג. וכן הוא הדין גם בעבר על האיסור בשוגג^{סג}.

ד. ואם עבר על האיסור באופן של מתעסק, נחלקו הפוסקים אם חייב לשלם^{סד}.

ה. ויש שנסתפק בעבר על האיסור באונס אם נפטר מלשלם על ההיזק^{סה}.

ו. ואם עבר על איסור שיש בו ספק אם חייב מיתה, ראה בהערה^{סו}.

בדיני שמים. {ובאופן שהיה הרכב הניזוק שאול בידו מאחרים, דינו תלוי במחלוקת הראשונים שהזיק את החפץ השאול בשעה שעבר על חיוב מיתה, ועי' שיטמ"ק כתובות (דף ל"ד) שהביא שיטות הראשונים ושיטת הרמב"ם, ועי' קצוה"ח (סי' שמ"א סק"א)}.

וכתב שם בספר משפט המזיק שכמו"כ יכול להיות דין זה בזמנינו באחד של"ע אינו שותומ"צ שפגע ברכבו בנסיעתו לשבת, שפטור לשלם על ההיזק מדין קלבדר"מ. ולענין אם אפשר לתובעו שישלם כיון שחייב בדיני שמים והלה אינו יודע שהוא פטור מן הדין, מדברי הקצוה"ח (סי' ע"ה סק"ד) בשם הבית יעקב מבואר שאם נתן לו ואומר שלא ידע שפטור בדיני אדם, חייב להחזיר לו ומבואר שאסור לו לעשות כן, והקצוה"ח שם חולק על דבריו וכתב שלאחר שכבר שילם אי"צ להחזיר, אבל היינו לאחר שכבר שילם אבל קודם ששילם לו אסור לרמותו כדי שיתן לו עי"ש ובקצוה"ח (סי' כח סק"א) בשם התוס' בסנהדרין דף ע"ב.

סג. בכמה מקומות בגמרא (כתובות לה. לה. ב"ק לה. סנהדרין עט: פד:) הובא ברייתא דתנא דבי חזקיה שגם כשעשה האיסור בשוגג ואינו חייב מיתה פטור לשלם עי"ש.

סד. בשו"ת הרע"א (ח"א סי' ח') כתב שלפי דעתו שבמתעסק יש איסור וצריך כפרה פטור לשלם, אבל לפי דעת המקור חיים שהביא שם שהמתעסק אין לו עון כלל, אין זה נחשב מעשה שלו וחייב לשלם. ולגבי שבת כתב הרע"א שאין נחשב מעשיו, שמלאכת מחשבת אסרה תורה וחייב לשלם. ובפתחי תשובה (סי' תכ"ד סק"א) כתב בשם הדגול מרובה שם שמתעסק אין נחשב מלאכה דמלאכת מחשבת אסרה תורה, וגם הוי מקלקל עי"ש. ואפשר שדוקא לענין שבת כתב כן ולא לענין שאר איסורים. אולם בעיקר דברי הרע"א שלגבי שבת חייב לשלם, עי' בעונג יו"ט (סי' כ') שכתב לכאן נחלקו בזה רש"י ותוס' בב"ק (דף ל"ה) וכתב לחלק בין סוגי מתעסק שאם עשה מעשה נחשב עבירה גם בשבת עי"ש.

סה. בחי' רע"א (כתובות ל:) נסתפק בעשה המעשה איסור באונס, אם נפטר מחיוב הממון או דאונס נחשב כאילו לא עשאו וחייב וכתב דצ"ע לדינא עי"ש. ועי' בשיטמ"ק בכתובות שם בשם שיטה ישנה שכתב שחייב לשלם, ובשיטמ"ק שם כתב ליישב באופן אחר שיטת רש"י שם, עי"ש. ובמנחת חינוך (מצוה רצ"ה כ"ו) כתב שאם אנסוהו לחלל שבת והזיק חייב לשלם, אבל אם אנסוהו על עריות ושפיכות דמים פטור לשלם עי"ש.

סו. לענין ספק חיוב מיתה אי פטור מתשלומין, עי' שו"ת בית יצחק (יו"ד ח"א סי' י"א) שהפמ"ג בפתיחה להל' שבת מסופק בזה, והמג"א בסי' רע"ח כתב בפשיטות שפוטר מממון, ודעת הבית יצחק לחייב עי"ש.

חיובו בדיני שמים

ז. גם אם הזיק בשעה שעבר על איסור שחייבים עליו מיתה או מלקות^{טו} שפוטרים אותו מלשלם, עדיין יש עליו חיוב לשלם כדי לצאת ידי שמים^{טז}. ויש אומרים שהניזק יכול לתפוס מהמזיק כפי הערך שהזיקו^{טז}. וראה בהערה ע.

קטן שאמר לאחדים להזיק ממונו או ממון אביו

ח. הקטן שאמר לאחר קרע את כסותי, וקרע את כסותו, יש אומרים שהמזיק פטור^{עז}. ויש שכתבו שאם הפטור הוא מדין מחילה, אין מחילת הקטן

סז. כי הדין הנ"ל שכתבנו לגבי חיוב בשעת מיתה הוא גם אם הזיק ממון חבירו ובאותה שעה עבר על איסור שחייבים עליו מלקות, פטור מלשלם. וזהו דוקא אם עבר על האיסור במזיד ונתחייב עליו מלקות, אבל אם עבר עליו בשוגג או אפילו במזיד אלא שלא התרו בו, כיון שאינו חייב עליו מלקות חייב לשלם, כמבואר בכתובות דף ל"ה לשיטת ר"י. וכן פסק הרמב"ם פ"ג מגניבה ה"א. ונחלקו הפוסקים בזמן הזה כשהתרו בו, אם חייב לשלם, יעויין בש"ך (סי' של"ח סק"ב) שכתב שבזמן הזה אפ"י התרו בו נחשב כאילו לא התרו בו משום שאינו לוקה עי"ש. וכן כתב בשו"ת הרע"א (החדשות סי' ח') עי"ש. אולם בתרומות הכרי (סי' של"ח שם ובסי' תכ"ד) הקשה על הש"ך שהוא חייב מלקות ומהני התראתו, אלא שאין לנו בית דין לחייב וצריך להפטר עי"ש. ועי' קוב"ש (כתובות אות ז') שנסתפק בזה. ועי' מה שהאריך בזה בשו"ת שואל ומשיב (תניא ח"ב סי' כ"א).

סח. רש"י בב"מ דף צ"א בביאור דברי הגמ' שם, וכן פ' רש"י והראשונים דברי הגמ' בב"ק (דף עא:) עי"ש. והקצוה"ח בסי' כ"ח (סק"א) הביא בשם המהרש"ל שדוקא באופן שאין נותנים לו העונ החמור שהיה שוגג, אז חייב בדיני שמים, אבל אם מקבל העונש החמור אין חייב לשלם בדיני שמים עי"ש. ובנתיה"מ שם חולק עליו שגם למהרש"ל חייב בדיני שמים אבל לא מהני תפיסה עי"ש.

סט. רש"י ב"מ שם. וכן כתב הי"ש"ש (ב"ק פ"ו ס"ו) הובא בש"ך סי' כ"ח (סק"ב) עי"ש. ובנתיה"מ (סי' כ"ח סק"ב) כתב שלכתחילה אסור לו לתפוס. עי"ש. ועי' באמרי בינה (דיינים סי' מז). וראה הערה הקודמת בדברי הנתיה"מ בדעת המהרש"ל.

ע. יש מהראשונים שמבואר מדבריהם שאין חיוב לצי"ש, כן מבואר במאירי (ב"ק דף ע:) ובחי' הר"ן בסנהדרין (דף ע"ב) בשם רבינו דוד עי"ש, אבל בפוסקים לא הובאה שיטה זו כלל.

עא. הנה בדין מחילת ורשות הניזק להזיק מבואר במשנה (ב"ק דף צב:) האומר לחבירו שבור את כדי או קרע את כסותי, ושבר את כדו או קרע את כסותו, אם אמר לו על מנת שתפטור, פטור לשלם. ואם אמר לו סמא את עיני או קטע את ידי, וסימא את עינו או קטע את ידו, אפ"י אמר לו על מנת שתפטור, חייב לשלם. ומבואר בסוגית הגמרא (בדף צ"ג) שמה שאמרו במשנה שהאומר לחבירו קרע את כסותי צריל להוסיף ע"מ שתפטור כדי שיפטור המזיק, זהו רק מפני שמדובר שקיבל המזיק שמירה על החפץ, אבל במקום שלא קיבל על עצמו שמירה, אפ"י לא אמר לו ע"מ שתפטור, כיון שאמר לו קרע את כסותי פטור מלשלם.

כלום, ומתחייב לשלם לו את הנזק^{עב}. ואם הכסות שייך לאביו - לכו"ע הדין הוא שחייב לשלם^{עג}.

ז. תלמידים המשחקים בכדור והאחד זרק את הכדור על חבריו והזיקו, אם עשה כן באופן הרגיל כפי הדרך לשחק ולא שינה מהדרך המקובל, פטור מלשלם. ואף שהמשקפיים שייכים לאביו, שגם האב נותן לו רשות לשחק עם ילדו שכך הוא מנהג העולם. אבל אם שינה מדרך המשחקים על דעת כן לא נתנו לו רשות לשחק וחייב לשלם^{עד}.

ובטעם הפטור כשהרשה לו להזיקו, מבואר בדברי הרמב"ן (בכתובות דף לו. הובא שם בשיטמ"ק לו: והביאו בקצוה"ח (סי' רמ"ו סק"א) ובמנחת חינוך (מצווה מט) עי"ש) שהוא מפני שהמזיק ברשות אין עליו דין מזיק כלל, וכל חיובו של המזיק הוא רק כשהזיק שלא ברשות הבעלים, אבל ברשות הבעלים אין עליו שם מזיק להתחייב על מעשיו. ומדברי התוס' (בכתובות דף נ"ו ד"ה הרי), והביאו דבריהם בקצוה"ח סי' תכ"ד (סק"א). ובמנחת חינוך שם עי"ש. וכן מבואר בתוס' הרא"ש (ב"מ דף נא) עי"ש. ועי' בדברי יחזקאל (סי' כ"ד) מה שכתב במחלוקת התוס' והרמב"ן עי"ש) מתבאר שהטעם הוא מפני שבמה שאמר לו שיפטור הרי זה כאילו התנה עמו להפטור מהתשלומין, ואין בזה חסרון משום מתנה על מה שכתוב בתורה שאין תנאו קיים, מפני שכאן הוא מוחל לו על חיוב הנזק, ואין התנאי בא לעקור דין התורה ולפטור את המזיק מהתשלומין.

ולפי דברי הרמב"ן שכתב שהאומר קרע את כסותי אין הפטור מדין מחילה, אלא מדין מזיק ברשות שאין עליו שם מזיק, ולפי"ז כתב בגידולי שמואל (ב"ק דף צ"ב) שאפי' אם קטן אמר כן אף שהקטן אין מחילתו מחילה, אבל יכול ליתן רשות ואינו נחשב מזיק מפני שהזיק ברשות עי"ש. ועוד יש לדון שאף מדין מחילה יש לפוטרו לפמש"כ הפוסקים בסי' רל"ה ס"א ובש"ך סי' ס"ו סק"פ שקטן שבא לעונת הפעוטות מהני מחילתו ודו"ק. וראיתי בספר משפט המזיק (פ"ב הערה נב) שכתב שלכאור' יש להוכיח כן מדברי התוס' בסוכה (דף מ"ה) שמיד התינוקות שומטין את לולביהן ואוכלים אתרוגיהם ואין בזה איסור מפני שכך נוהגים, ועי"ש שציינ' למש"כ בספרו בפרק ו' (סעיף י"ט) שיש אומרים שטעם הפטור מדין מחילה, ומוכח שאף בקטן פטור.

עב. בגידולי שמואל שם כתב שלפי דעת התוס' בכתובות דף נ"ו שגדר הפטור מדין מחילה, אם הקטן אמר כן אינו יכול למחול והמזיק חייב בתשלומין עי"ש. ובמשפט המזיק שם כתב דיל"ע מדוע אין מועיל מחילתו כשהגיע לעונת הפעוטות וכמשנ"ת לעיל, ואולי כתב כן דוקא כשלא הגיע לעונת הפעוטות.

עג. וכמבואר בשו"ע (סי' ש"פ ס"ב) שאם אחד אמר על כלים של אר, המזיק מחויב לשלם.

עד. כי באופן ששיחקו באופן הרגיל הרי זה דומה לשנים שנתאבקו ביחד שמחלו זה את זה שאם ינהגו כרגיל יפטר, ומקור הדברים הוא מדברי השו"ע סי' תכ"א (סעיף ה) שכתב שנים שנתאבקו יחד לשם שחוק כאשר כל אחד מנסה את כוחו להפיל את חברו, ואחד מהם הפיל את

אב שהזיק דרך אבלות - חיוב בנו להצילו

י. היו אביו ואמו מזדקקים כלים על המת, מצוה לאחרים להצילין, ואם הצילין, חייב בשמירתן, ואם החזירן לאביו ולאמו וחזרו וזרקום ונאסרו, חייב המחזיר לשלם דהוי כזרקן למקום גדודי חיות ולסטים ע"ה.

יא. ויש שכתבו שדינו תלוי במחלקות שהבאנו בהערה בענין הגדרתו של היזק שאינו ניכר; לפי השיטה שהיזק שאינו ניכר הוא כל שלא היה ניכר בשעת מעשה ההיזק, כאן כיון שהיה ניכר בשעת הנחתם על המת שהם נאסרים בהנאה, נחשב הוא היזק הניכר. ולפי השיטה שהיזק שאינו ניכר הוא כל שלא נשתנה גוף החפץ, אף כאן כיון שגוף הבגדים לא נשתנו, הרי הוא נחשב כהיזק שאינו ניכר ע"ה.

השני והזיקו, כיון שהרשה כל אחד את חברו להפילו, אינו יכול לתבוע את חברו שהזיקו ופטור מלשלם, ומקור הדברים הוא בטור בשם שו"ת הרא"ש (כלל ק"א ס"ו). ובשו"ת הרא"ש בתחילה כתב שהטעם שפטור משום שהוא אונס שאינו יכול לצמצם להפילו ולא להזיקו, ובסוף דבריו כתב שעל דעת כן נאבקו ומחלו זה את זה ואדעתא דהכי התאבקו יחד ע"כ. והב"י בבדק הבית תמה מדוע בתחילה כתב משום אונס ואח"כ כתב משום מחילה עי"ש, ועי' בסמ"ע שם. {ועיין במשפט המזיק חלק ב' (ס"א א' אות ג') שנתבאר בכוונת הרא"ש, שמחלו שיוכל להפילו, ולגבי הנזק הוי כאונס, שכיון שמותר לו לעשות פעולה זו לא שייך לחייבו כיון שלא היה לו לישמר שעשה כן ברשותו עי"ש}. וראה בספר משפט המזיק בפרק ו' בדין המזיק בשעת שמחה שפטור לשלם ונתבאר שם ש"א שטעם הפטור הוא מדין מחילה עי"ש. וה"ה לענין ילדים המשחקים. ונראה דכל זה אם שיחקו באופן הרגיל אבל באופן שלא שיחק כרגיל, על דעת כן לא נתן לו רשות ומסתבר שחייב לשלם. ומסתבר כמו שכתבנו בגוף דברינו בס"ד שאף שהמשקפיים שייכים לאביו, שגם האב נתן לו רשות לשחק עם ילדו שכך הוא מנהג העולם.

עה. רמ"א ביו"ד סי' שמו"ט (ס"ג), וז"ל שם: "אם היו אביו ואמו מזדקקים כלים על המת, מצוה לאחרים להצילין, ואם הצילין, חייב בשמירתן; ואם החזירן לאביו ולאמו, וחזרו וזרקום, ונאסרו, חייב המחזיר לשלם, דהוי כזרקן למקום גדודי חיות ולסטים עי"ש. ומקור הדברים הוא במרדכי. והקשו האחרונים דלכאורה הרי זה נחשב כהיזק שאינו ניכר ומדוע חייב, ותי' השער המשפט (סי' ס"ו סקל"ד) דהמרדכי והרמ"א סוברים כשיטת התוס' שהבאנו בהערה להלן שכיון שבשעת מעשה ניכר ההיזק נחשב היזק ניכר, אבל לשיטת הרמב"ן פטור עי"ש. ובשואל ומשיב (מהדורא א' ח"א סי' ש"ו) הביא דבריו עי"ש. וכן הקשה ותי' בקובץ שיעורים (ב"ב אות ט"ו) עי"ש. ועי' חכמת שלמה ביו"ד שם שעמד בזה וכתב ליישב באופן אחר. ומצינו תי' אחרים לקושיא זו, בחכמת שלמה (יו"ד שם) וביד שאול (יו"ד שם) ובחי' ר' שמעון (ב"ק סי' כ') תי' שמדובר בשומר שצריך להחזירו ונחשב כאילו לא החזירו אלא כמסרו למקום חיות ולסטים. ובדברי יחזקאל (סי' ל"ז) כתב עוד תי' על קושיא זו, ובחי' ר' שמעון (שם ובס"ג) כתב תי' נוסף לקושיא זו, ולדבריהם אין ראייה מדברי הרמ"א שסובר כשיטת התוס', וגם לדבריהם באופן שאינו שומר והניח על המת תלוי במחלוקת התוס' והרמב"ן.

עו. נחלקו הראשונים בהגדרת היזק שאינו ניכר, יש אומרים שכל גוף החפץ לא נשתנה אלא שמעשה חיצוני גרם שהשימוש בחפץ זה יאסר, זהו הנקרא היזק שאינו ניכר, ואע"פ שראינו

האב שהזיק בגרמי והתחייב בתשלומים ומת

יב. יש אומרים כי חיובו של המזיק בגרמי הוא מן הדין, ולפיכך אם הזיק בגרמי ומת, יורשו חייבים לשלם ההיזק כדין שאר החובות שהותיר להם המוריש ע"ז.

כיצד נעשה בו המעשה שגרם לו להאסר, מאחר שגוף החפץ לא נשתנה, נחשב הוא היזק שאינו ניכר. {עין שער המשפט (סי' ס"ו סקל"ד) ובדברי יחזקאל (סי' ל"ז) ובשערי יושר (ש"א פ"ט) ובקוב"ש (ב"ב אות י') ובמנחת שלמה (ח"א סי' פ"ח) כתבו שמהלך זה מבואר מדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, שכתב שאם נתערבו הגפנים אם הזרעים ונעשו כלאים הרי זה היזק ניכר כיון שנשתנו גוף הזרעים שגדלו עם הכרם, ומבואר שיסוד החילוק הוא אם נשתנה גוף הדבר או לא. וכתוב שמוכח מדברי הרמב"ן שם שאפי' אם ניכר שנעשה בו מעשה הפסד, אם לא נשתנה גוף הדבר הרי זה נחשב היזק שאינו ניכר ע"ש. וכמהלך זה מבואר ברמב"ם (חובל פ"ז ה"א) שכתב וז"ל: המזיק ממון חבירו היזק שאינו ניכר הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו הרי זה פטור מן התשלומין דין תורה וכו' ע"כ. וכן הוא לשון רש"י בב"ק דף ה' (ד"ה שאינו ניכר) שכתב וז"ל דאין הנזק ניכר בתוך הפירות דלא חסר להו ע"ש. ויש להדגיש מה שכתבו האחרונים שגם להרמב"ן אם בתחילה היה היזק ניכר והיה שינוי בגוף החפץ, אף שאח"כ חזר לקדמותו ואין ניכר, חייב, כן מבואר ברמב"ן שם}.

ויש אומרים שהגדרת היזק שאינו ניכר הוא, שבשעה שנעשה המעשה שגורם לו להאסר, אין ניכר לרואים שבמעשה זה הוא גורם לו להאסר, ולשיטה זו אם בשעה שנעשה מעשה ההיזק בחפץ רואים וניכר שהוא מזיק עתה את החפץ ואוסר שימוש, אע"פ שגוף החפץ לא נשתנה וגם לאחר מכן אי אפשר להכיר עליו שהוא נפסד, נחשב הוא היזק הניכר. {-ומקור הדברים הוא מדברי התוס' ב"ב דף ב' ד"ה וחיב, וב"ק דף ק' ד"ה חיב} שאם נתערבו הגפנים עם הזרעים ונעשו כלאים נחשב היזק ניכר מפני שרואים שנתערבו זה בזה, וכתבו שהמטמא פירות חבירו אף שניכר שמתמא אותם עם השרץ, אבל הרי אין ידוע שפירות אלו הוכשרו לקבל טומאה וכל הרואה איך שהשרץ נוגע בהם אין יודע שהם נטמאים ממנו ולכן אין זה נחשב היזק ניכר ע"ש. והאחרונים דלעיל כתוב שהתוס' חולקים על הרמב"ן ולשיטתם ההגדרה של היזק שאינו ניכר הוא שבשעה שנעשה ההיזק אין ניכר לרואים שעשה בו מעשה היזק, וכבר כתבנו לעיל בשם השער המשפט שכתב בדעת הרמ"א שפסק כשיטת התוס' ע"ש}.

עז. שו"ע סי' ס"ו (סעיף ל"ב) וסי' שפ"ח (סעי' ב'). וראה בספר משפט המזיק (פרק טז סעיף ג') שרבים מהפוסקים פסקו כשיטה זו שחיובו הוא מדינא ולא מדין קנס. {ועי' בתומים (סי' קי"ט) שכתב בדעת חלק מהראשונים שמן התורה המזיק בגרמי פטור וחיובו רק מדין תקנת חכמים, אבל התקנה אינה מדין קנס כמו היזק שאינו ניכר, אלא חכמים תיקנו שחיובו יהיה חיוב גמור ולא כקנס, ולשיטה זו אף שהחיוב הוא מדרבנן, מ"מ אין בגרמי כל דיני קנס אלא דיניו ככל אדם המזיק, ואם הזיק ומת יורשו חייבים, ע"ש}.

וראיתי במשפט המזיק (שם הערה מד) שדן באופן שנגמר מעשה ההיזק לאחר שמת, אם היורשים חייבים לשלם, כגון המראה דינר לשולחני ואמר שהוא טוב ואח"כ מת השולחני ולאחר מיתתו עשה השואל את המקח עפ"י דברי השולחני, וכתב שם שלכאורה יש לדמותו לדברי הנמו"י בב"ק (דף י' מדה"ד) שהזורק חץ ומת קודם שפגע החפץ שנתעבדו נכסיו משעה שזרק החפץ,

ויש אומרים שאין חיובו מן הדין אלא קנס הוא שקנסוהו חכמים, וקנסו רק את המזיק ולא את יורשיו^{עח}. ולענין אם כאשר הניזק מת, אם חייב המזיק לשלם ליורשיו, ראה בהערה עט.

הזק בגרמי לטובת עצמו - היה חייב כסף לאביו ומחל החוב לעצמו והפסיד הלוקח

יג. יש מי שאומר שהמזיק בגרמי, אם עשה כן לטובות עצמו פטור מלשלם, ולכן מי שהיה חייב מעות לאביו והאב מכר השטר חוב לאחרים, ולאחר שמת האב מחל היורש החוב לעצמו והפסיד הלוקח, אינו חייב לשלם לו כלום, כיון שנתכוון לטובת עצמו^פ. ויש חולקים ולדעתם גם אם נתכוון לטובת עצמו, חייב

ולפי"ז לכאן גם בנד"ד משעה שאמר שזה דינר טוב הוי כמו זורק חץ והנזק נעשה לאחר זמן שחייב לשלם וצ"ע.

עה. כן מסקנת הש"ך סי' שפ"ו (סק"א) וסי' ס"ו (ס"ק ק"ד) שלהלכה פוסקים כהריצב"א שחכמים קנסו בהיזקות השכחים, ואם האב הזיק ולא עמד בדין היורשים פטורים, ואם עמד בדין כבר נתחייב חיוב ממון והיורשים חייבים. וראה במשפט המזיק (שם סעיף ג') שהובא כמה פוסקים שנקטו להלכה כהש"ך. והנה הרמ"א בסי' שפ"ח (שם) חולק על השו"ע והביא דעת המהר"ם מרוטנברג שאם מת אין גובין מיורשיו משום שקנס הוא. והקשה הש"ך (שם) שבסי' ס"ו שכתב השו"ע שיוורשיו חייבים והרמ"א לא השיג עליו ומשמע שנקט שחיובו הוא מדינא ומדוע בסי' שפ"ח חולק על השו"ע. ובתרומת הכרי (סי' שפ"ו סק"א) כתב ליישב שהרמ"א מחלק שכל חיובי גרמי הוי מדינא והיורשים חייבים, אבל בסי' שפ"ח מדובר במוסר שלא שייך לחייבו מן הדין וחייב רק מקנס ולכן פסק הרמ"א שאין גובין מיורשיו. ובש"ך (סי' פ"ו סק"ב) הביא בשם הי"ש שכתב שיש נפק"מ נוספת אם החיוב הוא מדינא או מקנסא, אם יש בו דין שעבודא דר"נ או לא, שלשיטה שהחיוב הוא מקנס אם אין למזיק לשלם אין גובי מהבע"ח שחייב למזיק, אולם הש"ך חולק וכתב שאפ"י לשיטה שחיובו מקנס יש בו שעבודא דר"נ עי"ש.

עט. במשפט המזיק (שם הערה מז) כתב, הנה בכל קנס דנו הראשונים בכמה מקומות מה הדין באדם שמת והיו חייבים לו קנס אם מוריש את הקנס ליורשיו או לא {ועיין באנציקלופדיה תלמודית ערך ירושה שהביאו דברי הראשונים בזה}, ויל"ע מה הדין בקנס זה האם מוריש הקנס לבניו, ולהלן נתבאר מחלוקת הפוסקים אם קנס דרבנן שוה לכל הקנסות ויש בו דין שהמודה בקנס זה פטור, ה"נ אינו מורישו לבניו, וכן מצאתי באור זרע (בי"ק סי' ה') שכתב לגבי הקנס דהיזק שאינו ניכר שאם מת אין בניו יורשים אותו עי"ש. ולפי"ז גם בגרמי לשיטה שהחיוב הוא מדין קנס אינו מורישו לבניו, אמנם האו"ז לשיטתו שם שדין קנס דרבנן הוא ככל הקנסות ואם הודה הוא פטור מלשלם, אבל לפי השיטות שאינו קנס ככל הקנסות לכאן אפשר להורישו לבניו וחייב לשלם ליורשיו וצ"ע, עכ"ל.

פ. כן דעת הראב"ד (בהשגות על הרי"ף בכתובות דף מ"ה מדפי הרי"ף, והביאו בעל התרומות שער נ"א ח"ו, ובטור סי' ס"ו, והובא גם בשיטמ"ק בכתובות דף פה: בשם רבינו יונה וברמב"ן שם). ושיטה זו הובא בשו"ע

לשלם פא. ויש שכתבו כי ההלכה כשיטת המחייבים ואין המוחזק יכול לומר קים לי כשיטת הפוטרים פג.

הזיק בטרמי לטובת עצמו כשעשה מעשה בשל אחרים

יד. יש שכתבו כי גם להשיטה הפוטרת את היורש שמחל את החוב שיש מאביו מפני שנתכוון לטובת עצמו, זהו דוקא באופן זה מפני שהיורש ירש שעבוד החוב מאביו, וכשמוחל השעבוד נמצא הוא עושה כן בשלו, אבל אם עשה מעשה בשל אחרים אע"פ שנתכוון לטובת עצמו, חייב לשלם פג. אכן יש מהפוסקים שלא

סי' ס"ו (סעיף כ"ג). וכן פסק השבות 'עקב (ח"ב סי' קנ"ח) ע"י"ש. ובשו"ת נוכח השולחן (סי' י"ג) כתב שהשו"ע באהע"ז סי' ק"ה פסק כשיטה זו ולכן אפשר לומר קים לי כשיטה זו, וכן פסק בשו"ת יש מאין (סי' לה). ובשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' קל"ד) כתב שגרמי הוי קנס ולכן אם עושה כן לטובת עצמו פטור ולפיכך המזיק שעבוד חבירו לטובת עצמו פטור ע"י"ש. וכן נראה דעת הבית אפרים (ח"מ סי' כ"ו) ע"י"ש. ובשו"ת בית שמואל אחרון (בתשו" סי' ו' עמ' ע"ד) כתב שקי"ל בסי' ס"ו שאם לא נתכוון להזיק אלא להנאת עצמו פטור ע"י"ש. אמנם בתשו" שם לאב"ד קראקא (דף עה:) חולק עליו דקי"ל שלא כשיטה זו וגם כשנתכוון להנאת עצמו חייב ע"י"ש.

{ובישועות ישראל (סי' ס"ו סכ"ג) הקשה מדברי הרמ"א (ביו"ד סי' רס"ז) בישראל שקנה עבד מעכו"ם וקדם העבד וטבל לשם בן חורין זכה בעצמו, וכתב הרמ"א בשם הראשונים שחייב לשלם לישראל שהפסידו שיצא לבן חורין, וקשה שהרי נתכוון לטובת עצמו, ומוכח שגם בכה"ג חייב כדעת החולקים, אמנם המחנה אפרים (נזק"מ סי' ו') הוכיח משם להיפך דהראשונים כתבו דהעבד חייב משום דמשתרשי ליה, והוכיח המחנ"א דמדין מזיק לא שייך לחייבו דנתכוון לטובת עצמו ורק מדין נהנה חייב ע"י"ש}.

פא. בשו"ע (סי' ס"ו שם) הובא שיטה החולקת (עפ"י הסמ"ע שם). וכן פסק הש"ך (שם סקפ"ב) כשיטה זו שכן העיר להלכה שכן מוכח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ע"י"ש. וכן מבואר בבית שמואל (סי' ק"ה סקט"ו) ובחלקת מחוקק (שם סק"ז). וכן פסק בשו"ת פנים מאירות (ח"א סי' פב). וכתב בספר משפט המזיק שהגם שביאר שם שיש פירשו בדעת הרמב"ם והשו"ע שגרמי היינו דוקא כשכוונתו להזיק, מ"מ בנידון זה גם לשיטתם חייב, וכמו שכתב השו"מ (מהדו"ת ח"ד סי' ק"פ, ומהדו"ת ח"א סי' ע"ב ד"ה והנה בשנת תרנ"י) שדוקא כשלא כיון להזיק פטור, אבל כאן נתכוון להזיק אלא שמטרתו לא היתה כדי להזיק, ומטרתו היתה להזיק לאחרים כדי להרוויח לעצמו ע"י"ש.

פב. כן כתב במשפט שלום להמהרש"ם (סי' רל"ז קונטרס תיקון העולם סק"ו במשמ"ש) ובשו"ת מהרש"ם (ח"ה סי' יא וח"ב סי' רסט). וכן כתבו בשו"ת בית יצחק (ח"מ סי' עז) ובמנחת פתים (סי' שפו) שאין ההלכה כשיטת הראב"ד ע"י"ש.

פג. הפנ"י (כתובות דף פו) הביא דברי הבעל התרומות שהיורש שמחל החוב לעצמו פטור והביא מה שהקשה עליו הש"ך (שם) שמוכח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי שאפי' לא נתכוון להזיק חייב מדין גרמי, ות"י הפנ"י שבכל גרמי חייב אף כשלא נתכוון אבל כאן כיון ששעבוד הגוף נשאר אצל היורש והלוקח לא זכה בגוף החוב כלל לפיכך כשמוחל לעצמו אינו בכלל מזיק וכשנתכוון

חילקו בזה ולמדו מכאן לשאר מזיק שבגרמי שאם עשה כן לטובת עצמו פטור מלשלם לפי שיטה זו^{פד}.

המשך בדיני נזיקין בגרמי ע"י האב

טו. ראובן שמכר בית לשמעון והסופר מסר השטר לאביו של שמעון ומת האב וע"ז הפסיד שמעון את הבית, חייב הסופר לשלם לו מפני שאיבד את השטר בידים^{פה}.

לטובת עצמו פטור ע"ש. וכן כתב השואל ומשיב (תנינא ח"א סי' עב) שהקשה שבדברי הראב"ד בשאר מקומות משמע שמחייב גם כשלא נתכוון להזיק, ותי' שדוקא כאן שהשעבוד נשאר אצל היורש אינו נחשב מזיק, אבל בכל גרמי חייב אף כשלא נתכוון להזיק ע"ש.

פד. כן מבואר בשו"ת פנים מאירות (ח"א סי' פב) ובשו"ת שבות יעקב (ח"ב סי' קנח) ובשו"ת נוכח השולחן (סי' יג) ובשו"ת בית יצחק (ח"מ סי' עז) ובשו"ת מהרש"ם (ח"ה סי' יא) ובמשפט שלום (סי' ר' ס"ד וסי' רלז) קונטרס תיקון העולם סק"ז) ושו"ת זקן אהרן (וואלקין, חו"מ סי' קטז). ולשיטה זו קשה שהרי המראה דינר לשולחני חייב השולחני אף שהוא נתכוון לקבל שכר ולא נתכוון להזיק, וכן קשה מעוד מקומות.

ועיין בספר משפט המזיק (בח"ב סימן כג) שדן בדין העושה מעשה להצלת ממונו וגורם שאחרים ינזקו מכך מה דינו, כי הנה הגם שמבואר בבבא בתרא דף כ"ב ובב"ק דף נ"ו שגרמא בנזיקין אע"פ שפטור מ"מ יש איסור להזיק בגרמא, ואם הזיק בגרמא חייב לשלם בדיני שמים משום שיש איסור להזיק בגרמא. אמנם מצינו בכמה וכמה מקומות שאם הוא עושה פעולה להצלת ממונו ולמניעת ההפסד שלו, אינו צריך להתייחס במה שאחרים ניזוקים כתוצאה ממעשיו, ואינו חייב להפסיד את שלו כדי שלא ינזקו אחרים בגרמא, {אמנם היתר זה הוא דוקא כשאינו עושה פעולת היזק בשל חבירו אלא הוא עושה בתוך שלו וממילא מפסיד האחר, אבל אם הוא עושה פעולת היזק אצל האחר ממש אע"פ שעושה כן להצלת ממונו אסור, ובעיקרי הדברים האריך בזה בספר משפט המזיק בח"א מילואים סימן כג 'העושה מעשה להצלת ממונו וגורם שאחרים ינזקו מכך' ומצאנו בזה גדולי הפוסקים שדנו בעיקרי הדברים אם מותר לאדם לעשות דבר כזה או לא, עיין בזה ברמ"א בסי' שפח (סעי' ב') וז"ל, היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אע"פ שע"י זה בא הנזק לאחר' ומקור הדברים הוא ברמב"ן ונמו"י בב"ב (דף ח) שהביאו דברי הירושלמי בפרק המניח וז"ל: רא אמת המים שוטפת ובאת לתוך שדהו, עד שלא נכנסו הים לתוך שדהו רשאים לפנותן למקום אחר, וביאר הרמב"ן: פי' לתוך של חבירו כלומר שיסתום גדר שדהו אע"פ שהם נכנסין לשלם חבירו, עכ"ל. }

פה. שו"ת הרא"ש (כלל ל"ט סי' ב'), והמשאת בנימין (סי' פ"ה) והש"ך בסי' נ"ה (סק"ד) וסי' שפ"ו (סקכ"ב) וסי' שפ"ח (סקס"ח) והתומים בסי' ס"ו (סק"ע) ביארו שחיובו הוא משום שורף שטר, ועיין בהערה להלן שהבאנו כמה דוגמאות ודינים המסתעפים להלכה מדין זה. וכן מבואר מדברי המבי"ט דלהלן, אמנם עיין בחת"ס (חו"מ סי' ק"מ) שביאר בכוננת תשו' הרא"ש שם דהוי גרמא אלא ששומר חייב על גרמא ע"ש.

פז. וכן אם כתב שטר צוואה שרק הבנים יירשו ובא אחר וקרע את השטר חייב לשלם לבנים מה שגרם להם להפסיד^פ. וע"ע כמה פרטים בדין שריפת שטר ראייה ממה שהבאנו בהערה^{פז}.

ובעיקר דין זה כתב בשו"ת שאילת שלום (סי' רנא) הובא בדברי גאונים (כלל צו סי' נו) שאם הוא כבר מוחזק בביתו ובא אחר ושרף את השטר ראייה, מאחר שהוא כבר מוחזק בביתו, פטור השורף, שאינו מזיק בגרמי משום שהוא עדיין מוחזק בביתו ואף אם יערערו על קנייתו ולא יהיה לו שטר מכל מקום אין ההיזק נעשה מיד ואינו ברי היזקא עכ"ד.

פו. שו"ת המבי"ט (ח"א סי' ק"ל).

פז. עיין בספר משפט המזיק (פ"כ סעיף ב') שכתב ללמוד מדברי הרא"ש הנ"ל בדין שריפת שטר ראייה, שהשורף שטר ראייה של חברו והפסיד מחמת כן, כגון שחבירו קנה קרקע וכתבו לו שטר ראייה להוכחה על הקנייה, ובא הוא ושרף את השטר, ומחמת כן הקונה הפסיד את הקרקע מאחר שאין לו הוכחה על הקנייה, הרי הוא חייב לשלם הפסידו. וכתב שם שכן הדין הוא גם אם חבירו הפקיד פקדון אצל אחר והשומר כתב לו שטר ראייה ובא הוא והזיקו, הרי הוא חייב לשלם, ומקור הדברים הוא מדברי החי' הרי"ם בסנהדרין (דף ג') עיי"ש.

וכתב שם שה"ה בעובד שדרכו להוציא כסף משלו עבור נסיעות או מזון, ומקבל את התשלום מהמעביד רק כאשר הוא מביא את הקבלות של ההוצאות, ובא אחד והזיק לו את הקבלות, שהדין הוא שחייב לשלם לו כל מה שהפסידו משום שהוא דומה למזיק שטר חוב של חבירו. אולם באופן שאחד קיבל שובר או תשלום קניה מארגון צדקה שבהצגת השובר הם מחלקים מצרכים וכדו', כתב שם לדון אם אחד הזיק את השובר האם הוא חייב לשלם לו, שהרי אין האירגון מחויב מן הדין ליתן לו, ולא נחשב שהזיק לו את החוב ורק גרם לו מניעת הרווח שדינו הוא שפטור לשלם בדיני אדם וחייב לשלם בדיני שמים וכמו שכתב שם בספר משפט המזיק בפרק כ"ט.

והנה בשו"ת הרשב"א (ח"ג סי' ק"ז ובמיוחסות סי' ר"מ) כתב שאין נחשב מזיק בגרמי אלא כשעשה מעשה בגוף דבר הניזוק, וביאר שם דין שורף שטר חוב וז"ל: "ושורף שטר חייב דמחמת ששרף את השטר שיש בו שעבוד נכסים, ומחמת שריפתו, נאבד השעבוד שבו, הרי הוא עושה מעשה בדבר שבגרמתו נאבד" עכ"ל. ומבואר בדבריו חידוש גדול שכל חיוב השורף שטר אינו אלא משום השעבוד שבו, וכתב שם במשפט המזיק דצ"ל דאף שהשורף חייב לשלם כל החוב ולא רק ההפסד מה שאין לו שעבוד הנכסים, היינו דכיון ששעבוד החוב הוא ע"י השטר לכן נחשב שהזיק את גוף הממון, ולפי"ז לכאוי דוקא בשורף שט"ח אבל בשורף שטר ראי' אין ההיזק בגוף הממון ופטור אולם כאמור מדברי כל הפוסקים מבואר שחייב לשלם, ולכאוי אין לומר קי"ל כהרשב"א כיון שהפוסקים לא כתבו לחלק בזה ובפרט שאין זה מפורש בדברי הרשב"א וצ"ע. {וכתב שם בדעת הרא"ש שכתב שגם השורף שטר ראייה חייב, דצ"ל שאין צריך שיהיה ההיזק בגוף הדבר ממש, אלא כל שבדעת בנ"א נראה שזהו הדרך להגיע לחוב, הרי זה נחשב כמו גוף הממון, ולכן גם בשטר ראי' כיון שזהו הדרך להוכיח שקנה הבית לכן נחשב כמזיק בגוף הדבר ודו"ק}.

ועיין במאמרו של מו"ר הגר"מ שפרן שליט"א (קובץ הישר והטוב ח"ט עמ' נ) שכתב לדון בדין מי שהזיק מפתח של כספת ואיבד בעל הכספת את הממון הנמצא בה, אם דינו דומה למזיק

תמונת אב השווה הון רב שהוזק

יז. פוסקי זמנינו כתבו לדון בדין אדם שהיה לו תמונה מאביו או זקיניו, שהוא שווה בשבילו הרבה מפני חביבותו, ובא אדם והזיקו כמה חייב לשלם עליו בהערה^{פח}.

שטר חוב של חבירו, והוא שליט"א כתה שם שאינו חייב מדין גרמי ואינו דומה לשורף שט"ח של חבירו, שהשטר אין נחשב גופו ממו ולכן אין המעות שבכספת נחשב כמונח במפתח, והמפתח אינו אלא באפשרות חיצונית שיוכל להשתמש בהם ע"ש. {ובמשפט המזיק כתב שם לדון שאם היה מונח כסף בכספת, ובא אחד ונעל את הכספת וכגון ששינה את הקוד הסודי וגרם שלא יוכלו לפתוח את הכספת, שאף שחייב לשלם על מה שניזוקה הכספת, מ"מ על הממון הנמצא בכספת אינו נחשב שעשה מעשה המזיק, והר"ז דומה לדין אדם שנעל את הבהמה בתוך הבית ומתה שם, שש שכתבו שהרי זה דומה לפרץ בית חבירו ונאבדה הבהמה שאין נחשב גרמי מפני שלא עשה מעשה בגוף הדבר, וגם כאן לא עשה מעשה בגוף המעות ונחשב כגרמא בעלמא, ועדיין צ"ע}. ואי"ה נחריב על כך אי"ה בס"ד בערך "גרמי" ובערך "שטר חוב".

פח. הנה בעיקר דבר זה שמעתי לדון ממו"ר הגאון הגדול רבי צבי ברוורמן שלט"א עפ"י מה שדנו רבונו איך מחשבין עפ"י דין את הערך של חפץ השווה רק לאדם אחד, וכגון חפץ שאינו שווה אלא לבעליו, כמו בגד משומש, שכמעט ואינו שווה לאחרים, ואם ימכרוהו בשוק יקבלו עבורו דבר מועט, וכן באופן שחפץ אינו שווה במכירה בשוק אלא לאדם אחד שאינו בעליו, והיינו שרק אדם זר היה יכול לעשות בו את השימוש הראוי שלו, דלכאורה יש לדון איך נחשיב את שווי החפץ, ויש בזה כמה נפ"מ, וכן כשהזיק אדם את החפץ, כמה על המזיק לשלם. ועיין בנתיבות המשפט סי' קמח סק"א שהאריך לחדש שהערך והשווי של כל חפץ נקבע ע"י ערכו ושווי בשוק בלבד, דהיינו לפי הסכום שבני אדם מוכנים לשלם תמורתו, אבל חפץ שאין לו ערך במכירה בשוק, אפילו אם לבעליו הוא שווה הרבה, פטור המזיק מתשלומי הנזק, ועי"ש שהוכיח כן מסוגיא דב"ק פט. אי טובת הנאה של כתובה לאשה או לבעל עי"ש, ומדברי התוס' בכתובות ל' ע"ב על הגמ' בתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה.

ומציאה נאה מצא בזה מו"ר הגר"צ שליט"א מדברי הגרע"א שנראה דחלק על יסוד דבריו של הנתיב"מ, דהנה יעוי' בחידושי הגרע"א בגיטין כט. אהא דמתני' המביא גט בא"י ה"ז משלחו ביד אחד שכ' במסקנת דבריו שאע"פ שאין הגט שווה לאחרים אלא לבעל דין זה, מכל מקום אם הזיקו או פשע בו חייב לשלם, אי לאו דאין דיני שמירה בשטרות, וזה דלא כדברי הנתיב"מ, (אמנם עיין ספר משפט המזיק שהבאנו דבריו המלאים להלן בס"ד שכתב שיש לדחות את הראיה מדברי הרע"א שדוקא בגרמי כתב הרע"א שפטור כמש"כ התוס' בב"ק דף עא: שהשורף שטר שאין ראוי למכרו פטור, ולפי"ז מוכח להיפך שדוקא מדין גרמי פטור, אבל אם נחשב ממון גמור חייב ודלא כדברי הנתיב"מ).

גם החזו"א בב"ק סי' ו' סק"ג, כ' בתוך דבריו וז"ל, ויל"ע היכי שקלקל כותל ביתו ואי שיימינן כל הבית לא נפחת כלל כספו היכי שיימינן ונראה דכיון דאין בית למכירה אלא לתקן בדקיה משלם מה שחבירו מפסיד בהוצאות התיקון והרי כתב רש"י בגיטין נג. דכהנים שפיגלו חייבין לשלם בנדבה שאינו חייב להביא אחרים משום שהיה רוצה להביא דורון ולא הביא הרי מה ששווה

לו לעצמו חשיב מפסידו עכ"ל. וחזי' שנקט בפשיטות שאע"פ שאינו שווה אלא לבעליו, מכל מקום הרי הוא חייב לשלם לו.

והגר"צ שליט"א הביא ראיה חזקה לדברי הנתיחה"מ, ממתני' דריש החובל פ"ג ע"ב, דתנן החובל בחבירו חייב עליו משום חמשה דברים בנזק בצער בריפוי בשבת ובושת בנזק כיצד סימא את עינו קטע את ידו שיבר את רגלו רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק ושמין כמה היה יפה וכמה הוא יפה וכו' ע"כ, והנה ברור כי השווי של עיניו או רגליו או ידו כלפי עצמו הוא שווה הרבה יותר ממה שנפחת כשנמכר לעבד, ואדם יתן כל אשר לו עבור עיניו וגם עבור שאר אברים, ואם נימא דיש לשום כמה הדבר שווה אצל האדם עצמו, הרי השומא של כמה נמכר בעבד וכו' אינה נכונה. והרב דוד בריזל שליט"א כתב לדחות ראיה זו עפ"י מה שכתב בספר משפט המזיק (ה"א פל"א ס"ט והבאנו הדברים בהמשך בס"ד) שגם לפי שיטת המחייבים לשלם על דבר שאינו יכול להמכר בשוק, היינו דוקא כשהחפץ בעיקרון יש לו שווי, שכדי שבעליו יקבלוהו הם צריכים לרכשו בכסף מלא או לייצרו בכסף מלא, ובזה ס"ל להפוסקם שאע"פ שכעת אינו יכול למכרו בשוק, היינו מפני סיבות צדדיות שאין לו ביקוש, אבל כלפי בעליו עצמו שהוא משמו והוא שווה עבורו הוא שווה כל כספו. אמנם אם הזיק לאדם תמונה או חפץ אישי שווה עבור בעליו הרבה רק מפני חביבותו אליו, ואינו עולה לו לייצרו או לקנותו סכום זה (וכמו שהבאנו בגוף דברינו בס"ד לגבי תמונת אביו וכדו') אין זה נחשב השווי גם עבורו, משום שהשווי נקבע לפי השוק, וחפץ זה אין לו ערך כלל בשוק, ומה שהוא מוכן לשלם עליו כדי שלא יפסידו, אין זה גורם שערך החפץ ייקבע לפי זה, והמזיק לו לא גרם לו הפסד כספי, רק גרם לו עגמת נפש, ולפי"ז מיושב שידו של אדם אף שכלפי עצמו הוא חביב אצלו, מ"מ אין זה שווי אמיתי, וזה כמו תמונה שחביבה על האדם שאינו נקבע לפי חביבותו ודו"ק. והנה הגר"צ ברורמן שליט"א כתב לדון לגבי קביעת ערך שווי הגגות, ובין הדרכים שרצה לומר על קביעת שווי הגג האמיתי {כמה על הבונה לשלם לשאר השכנים שהוא שלהם מכח הרכוש המשותף} הוא לפי ערכו ושווי לדייר העליון, כי כיון שהוא זה הרוצה לקנותו הרי י"ל דזהו שוויו, והיינו משום שכיון שלדייר העליון הוא אכן שווה מחיר גבוה, הרי זה שוויו. ושווי הגג לדייר העליון הוא גבוה, ומשתווה כמעט לערך המלא של שטחי בניה רגילים, וכמו שכתב שם שזהו גם בסיס החישוב של השמאים. רק שזה גופא השאלה מה שיש לדון אם אכן אפשר לקבוע שווי של חפץ ומכללו שווי גג, לפי ערכו לאדם אחד מסוים בלבד, כאשר המחיר בשוק שונה לחלוטין, כי כאמור בנידוננו קביעת המחיר לפי דרך זו, כל כולה מבוססת על ערך הגג לדייר העליון בלבד, וככל שהוא לא יהיה מעונין לקנותו, השווי של הגג הוא נמוך הרבה, {אם יהיה מי שיסכים לקנותו}. ואמנם כשבא הדייר העליון ועומד לפנינו ומבקש לקנות, בזה אכן נראה לעינינו כי השווי הוא כפי שהוא שווה לו, אבל כשאנו דנים לענין השווי האמיתי, וכגון לענין חיובי מזיק, הרי יש לדון מצד עצם השווי, גם כאשר אין לנו קונה מסוים העומד לפנינו ומעונין לקנותו הרי יש לשום כן, ודו"ק היטב, שהמחיר שיש לקבוע הוא מצד השווי בעצמותו, וכדלעיל, שהמחיר של הגג לא נקבע כדי לחייב את שאר השכנים למכור לעליון, כיון שא"א לכפות על כך, ואנו דנים רק מצד השווי האמיתי של הגג, {ואמר הגר"צ ברורמן שליט"א שאמנם אם יראו השכנים שהם יכולים למכור לו במחיר יקר, הרי הם רשאים לעשות כן}.

ולפי הנ"ל כתב גם הגר"ד בריזל שליט"א שעל דרך זה נראה גם לגבי הגגות, שאף שאנשים

אינם קונים גגות בבניינים אחרים, היינו מפני סיבות צדדיות שאין להם אפשרות להשתמש בגג זה מפני שאינם יכולים לבנות שם שהם תלויים בהסכמתו של הדייר העליון, אבל כלפי הדייר עצמו שהוא יכול להשתמש בו, הרי זה נחשב שווי גמור כמה הדיירים מוכנים לשלם על הגגות, אמנם היות ולא כל בעלי הגגות מוכנים לקנות הגג שמעל דירתם מפני שלא לכולם יש כסף ורצון להשקיע בו, יש מקום לומר שהשווי בשוק נקבע לפי רוב בעלי הגגות כמה הם מוכנים לשלם כדי לקנות את הגג ולהשקיע בו, וכפי הסכום שאדם רגיל מוכן לשלם על הגג, נקבע שכל מי שיש לו גג יש לו נכס בשווי זה, וזה קובע את סכום הגג אצל כולם, וצ"ע.

והעיר הגר"א כהן שליט"א בענין הראיה מחובל בחבירו, דאפשר שבאמת במזיק אדם לא שייך כלל לשלם מה ששווה לניזק עצמו, ולכן באמת מבואר בב"ק צב. שאף ששילם החובל חמישה דברים צריך לפייס את הנחבל, משא"כ במזיק ממון שא"צ פיוס וכמבואר ברמב"ם בחובל ומזיק פ"ה ה"ט, וכן בשיטמ"ק שם כצב דאף על פי שמשלם לו את הצער אפילו יהא נותן לו כל ממון שבעולם אינו נמחל לו עד שיבקש ממנו דצערא דגופא לא קא מחיל משום אגר ממונא עכ"ד. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קכ"ח שכ' תוכ"ד וז"ל דאי פשע בו הרי הוא חייב לשלם גם הדינר הד' כיון דלדידה היה חביב ושה בעניו ד' דינרים עיי"ש, ועיי' בב"ח סק"ד שלא כתב כן, ואכמ"ל. עוד יש לציין מה שהארכו הפוסקים לענין השבת אבידה, בענין שהאבידה אינה שווה פרוטה, אבל לבעלים שווה פרוטה, כגון המוצא משקפיים או בגד משומש של חבירו וכדו', דלכא' תלוי בפלוגתא זו של הנתיה"מ והחזו"מ דלנתיה"מ בעי' שיהא ש"פ בשוק, ולחזו"מ סגי במה שלבעלים הוי ש"פ, ועיי' בספר - קונטרס השבת אבידה מש"כ מהגר"מ פיינשטיין, ובספר משפט האבידה סי' רס"ב סק"א אות ג' ד' שכתב בשם הגר"ש אלישיב דאזלינן לפי הבעלים, ועיי' בשו"ת בית יצחק אבהע"ז סי' פ"ז אות ז' שכ' לענין דרכון שאין בו חיוב השבה.

ונביא כאן רק תמצית מהדברים עפ"י ספר משפט המזיק:

א. הזיק חפץ שאין הבעלים יכולים למכרו:

א. יש מהפוסקים שכתב שאין המזיק חייב לשלם אלא על חפץ שבעליו היו יכולים למכרו

לאחרים, אבל אם הזיק חפץ שבעליו לא היו יכולים למכרו, אינו חייב לשלם עליו.

ומקור הדברים הוא מדברי הנתיבות המשפט (סי' קמ"ח סק"א) שכתב בתו"ד דנראה דדבר שאינו שווה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו רק ששוה לאיש ההוא, אין המזיק חייב לשלם עליו. והוכיח כן מדברי הגמ' בב"ק (דף פ"ט) שהעדים שהעידו שהאשה אין לה זכות לקבל כתובה באופן שאינה יכולה למכור את כתובתה ולקבל דמיה, אין העדים חייבים לשלם לה משום שלא הפסידה שהרי ממילא לא היתה יכולה למכור כתובתה, ואף שבשבילה שווה הכתובה שהיא יכולה לגבותה אם ימות בעלה או יגרשנה, מכל מקום כיון שאינה יכולה למכור כתובתה לאחרים פטורים מלשלם לה.

וכן הוכיח הנתיבו מדברי הגמרא בכתובות (ל:) שאם אחד תחב בגרונו של מאכל ואכלו אין חייב מדין מזיק משום שמאכל זה אין שווה פרוטה שכבר נמאס בשעה שנכנס לפיו, ואף ששוה בשבילו שייכול לאכלו, ומוכח שכיון שאין יכול למכרו לאחרים פטור, ובזה ביאר הנתיה"מ הסוגיא ביבמות (דף ל"ז) עיי"ש. ויסוד זה כתב הנתיה"מ בקצרה גם בס' ס"ו (סקל"ג). ודברי הנתיה"מ הביא להלכה בשו"ת אבן שתיה (סי' פ"ד) עיי"ש.

ובשו"ת בית יצחק (אהע"ז סי' עג) מבואר כדברי הנתיחה"מ שדן לגבי מזיק גט ודרכון, ולמד מדברי התוס' בב"ק (ע"א): שהמזיק דבר שאינו שווה לכל העולם פטור לשלם עליו ע"ש. {אולם שאר האחרונים חילקו שהתוס' כתבו כן רק לענין מזיק בגרמי ולא במזיק בידים ועיין בזה בספר משפט המזיק בפרק כ' סעי' כ'}. ובאבן שתיה (שם) כתב לחדש בדעת הנתיחה"מ שדוקא אם א"צ לקנות חפץ חדש כזה, אבל אם צריך לקנות חפץ חדש חייב מדין גרמי, עיי"ש. אמנם עיי"ש במשפט המזיק שכתב שדבריו מחודשים ביותר, וביסס דבריו על מה שיסדו הפוסקים שאפי' המזיק שאינו ניכר אין חייב לשלם מה שצריך להוציא הוצאות כדי לקנות חפץ חדש, מפני שהוצאות אלו נחשב גרמא, וגם בנד"ד לא שייך לחייבו על מה שצריך לקנות חפץ חדש.

ב. ויש פוסקים החולקים על שיטת הנתיבות, וכתבו שכל שהחפץ היה שוה לבעליו, אף שלא היו יכולים למכרו לאחרים, נחשב נזק גמור וחייב לשלם עליו. עיין בזה בערך שי (סי' שפ"ו ס"א) ובשו"ת ראשי בשמים (ח"מ סי' ק"א) ובשו"ת חלקת יואב (ח"ב סי' צא) ובשו"ת חבל יעקב (ח"א סי' כ"ה) ובשו"ת מקור חיים (סי' לא) ובקהילות יעקב (ב"ק סי' לט)

ובמנחת שלמה (ח"ב סי' קל"ה) ובשו"ת אבן ישראל (ח"ח סי' קד) ובאור לציון (ח"מ סי' ד). ועיין במנחת שלמה שם שכתב לבאר שגם הנתיחה"מ לא כתב כן אלא לגבי שעבוד וחוב שבזה תלוי שאם אין יכול למכרו הרי הוא פטור, אבל במזיק חפץ בעין אפי' אם אין יכול למכרו חייב לשלם עליו עיי"ש. ועיין באחרונים שהוכיחו כן מכמה מקומות:

א. מדברי הגמרא (ב"ק צח): שהמזיק חמץ שעבר עליו הפסח לשיטה שדבר הגורם לממון כממון דמי חייב, ואף שאין יכול למכרו, {ועי' מנח"ש שם שיישב דעת הנתיחה"מ דהתם שאני שבתחילה היה ראוי לכל העולם ואח"כ נפסד עיי"ש}.

ב. וכן הוכיחו מדברי רש"י בגיטין (דף נג ד"ה וחייבין) שהמזיק בהמה שהקדיש לנדבה חייב לשלם משום שהיה רוצה להקריבה לקרבן והפסידו, ומוכח שאף שאין יכול למכרה שהיא אינה שלו חייב. וכבר כתב בחזו"א (ב"ק סי' ו' סק"ג) להוכיח מדברי רש"י אלו שהמזיק חפץ אין שמין כמה היה יכול למכרו אלא שמין כמה הפסיד בשביל עצמו, ומבואר לכאורה מדברי החזו"א שלא כדברי הנתיחה"מ.

והאחרונים דחו ראיית הנתיחה"מ מהגמ' בב"ק לענין כתובה, שהכתובה עתה אינה שוה כלל רק מפני הספק שמא תגבה הכתובה, ולא שייך לחייב העדים על הפסד זה שהרי יתכן שלא תגבה את הכתובה, אבל כיון שאפשר עכשיו למכור הכתובה בדמי טובת הנאה לכן נחשב הכתובה לממון, וע"ז אמרו בגמרא שכיון שאינה יכולה למכור כתובתה אין זה נחשב ממון אצלה ולכן העדים פטורים מלשלם, ואין ראי' מכאן לממון גמור שאינו יכול למכרו. {ויש שכתבו לפי חילוק זה שאם אחד הזיק כרטיס הגרלה שיתכן שהכרטיס לא יזכה פטור, אמנם במנחת שלמה שם כתב שחייב כיון שיש לו שווי למכרו עכשיו עיי"ש, וכבר כתבו כן בשאלת יעב"ץ (סי' פ"ה) ובחלקת יואב (ח"ב עמ' קע"ו) עיי"ש}.

ובישוב הראיה שכתב הנתיבות מדין תחב בגרונו שפטור, דחו האחרונים דהתם הוא שוה רק למזיק אבל לניזק אינו שוה כלל ולכן פטור מלשלם. {ובמנח"ש שם כתב שגם הנתיחה"מ לא הביא לראיה אלא לדוגמא בעלמא עיי"ש}. ועי' בדגל התורה (סי' מ"ו) בתשו' בעל המחזה אברהם מש"כ בישוב דברי הנתיחה"מ עיי"ש.

ג. ולכן כתבו האחרונים (כמש"כ לעיל) שלכן המזיק כתב יד או גט וכדו', אע"פ שאינם ראויים לשימוש אלא עבור בעליהם בלבד, חייב הוא לשלם להם דמי עלות הנייר והכתיבה. אבל בדעת הנתיחה"מ למדו שפטור משום שאינו יכול למכרו, וכן כתב בהר צבי (אהע"ז סי' קכ"ב) דלפי הנתיחה"מ פטור. (אולם לפי המנח"ש שהובא לעיל, גם לפי"ד הנתיחה"מ הרי הוא חייב). ועיין מה שהבאנו לעיל מדברי הרע"א שלכאורה מבואר בדבריו שס"ל כהנתיחה"מ, ועיין מה שהבאנו לעיל מדברי ספר משפט המזיק שרצה לדחות הראיה, עי"ש. וזכרון אחד עולה לכאן ולכאן.

ב. הזיק דבר שיש לו ערך רק בעיני הבעלים משום חביבותו עליהם - כגון תמונת אביו וכו' א. והנה לגבי הנושא שהבאנו בגוף דברינו בס"ד לגבי נוסטלגייית החפצים השייכים לאביו, יש שכתבו כי הגם שנתבאר שאם הזיק חפץ שאין הבעלים יכולים למכרו לאחרים - הדין הוא שחייב, היינו דוקא כשהחפץ יש לו ערך אמיתי בשוק אלא שאנשים אינם קונים מסיבות פרטיות, וכגון שהבעלים קנו אותו בשוק והתאימוהו לעצמם ולצורכם באופן שמעתה אין אנשים זקוקים לו יותר, אבל אם אין לחפץ זה ערך אמיתי בשוק ויש לו ערך רק אצל הבעלים מפני חביבותו עליהם, כגון תמונה אישית שחביבה על האדם יותר מערכה של תמונה רגילה, או כתבים של חידושי תורה השוים לבעליהם הון רב, או כל מסמך אחר, כגון תעודת הסמכה או פנקס רשימות, אין המזיק חייב לשלם עליהם כפי מה שהם שווים בעיני בעליהם, אלא כפי שהם נמכרים בשוק בלבד.

ובמקור הדברים עיין בזה בשו"ת הרד"ם (סי' יג) והביאו בדברי גאונים (כלל נ"א סעיף כ"ג), והוסיף שאף ששזה בשבילו יותר אין זה נחשב שזה כסף רק הנאה בעלמא שיש לו בהם, ויש לדמותו לטובת הנאה שפסק הש"ך (בסי' ש"ג) שפטור עי"ש. והגר"ד בריזל כתב שכן מוכח גם מדברי הש"ך (סי' ע"ב ס"ק קכ"ח). וביאור הדברים, שגם לגבי הבעלים אין זה שווה הרבה, שהרי הוא לא קנהו בשווי רב, וגם אם ירצה לקנות עתה חפץ חילופי לא יוכל לקנותו בממון רב, ונמצא שגם מה ששוה עבור הבעלים הון רב אין זה שווי אמיתי, אלא שבעליו יסכים להוציא הון רב כדי שלא להפסידו, וכיון שאין נמדד בשוק לפי מחיר זה, אין מחירו נמדד אלא לפי מה שעולה חפץ זה לקנותו ולייצרו ולא כפי מה ששוה עבור הבעלים. ועוד שאפי' אם ישלם לו כפי ששוה החפץ בשבילו, לא יוכל לקנות חפץ חילופי תמורת מעות אלו, ונמצא שאין זה תשלום הנזק אלא זה פיצוי על העוגמת נפש שנגרם לו, וחייב תשלומי נזיקין הוא על הפסד החפץ ולא על העוגמת נפש.

וראיתי בספר משפט המזיק שכתב לעיין בדבר שהוקשה לי זה זמנים טובא - באופן שכתב חידושי תורה שנתבאר שהמזיקים חייב לשלם רק על דמי הנייר ודמי הכתיבה, ולכאורה מדוע שלא ישלם לו גם עבור מה שהוא השקיע זמנו ומרצו כדי לייצר ולסדר את הדברים כדי לכותבם, ואילו ישכור אדם שיעשה כן {כמו שנהוג לשכור עורך תורני וכדו'} היה משלם לו על כל המלאכה ולא רק על דמי הכתיבה ודמי הנייר, ומדוע לא ישלם גם על כל זאת, וכתב שם לבאר שמלאכה זו שהוא השקיע איננה קשורה לכתבים אלו בדוקא, שהרי היה יכול להעתיק או לצלם את הכתבים והיה נשאר לו השקעה זו, וגם היה יכול לומר דברים אלו לאחר והוא יכתבם על הכתב, ונמצא שעיקר ההוצאה ליצירת כתבים אלו שהזיק הוא רק דמי הכתיבה ודמי הנייר, ושאר ההשקעות הם ליצירת עצם הדברים ולא ליצירת כתבים אלו שהזיק. אולם פשוט שאם כתבים אלו נמכרים בשוק, ויש לשום כמה הם שווים בשוק וישלם לו כפי שווים.

ולפי"ז אם אביו כתב חידושי תורה שהם שווים להרבה אנשים יצטרך לשלם לו לפי השווי שהוא נמכר בשוק.

יח. וע"ע בהערה מה שהבאנו לדון לחלק בין אב שהשאיר אחריו דבר שאינו שווה רק לבנו, לבין אב שהשאיר אחריו דבר קבוצת נכדים גדולה שיתכן ששייך בהם "מחיר שוק" לגבי כמה דיני נזיקין^ט.

ולענ"ד הדברים הנ"ל שכתב בספר משפט המזיק לבבי לא כן ידמה, כי לכאורה לענ"ד אפשר לומר שזה גופא כלול בהיזק זה, שמעכשיו כבר אינו יכול למסור את זה לא לעורך ולא למי שישכתב הדברים, ועדיין צל"ע רב בגדר הדברים.

ועי"ש במשפט המזיק שכתב דלפי האמור נלמד שאם אחד מחק כרטיס זכרון ששמורים שם תמונות שצילמו בבית או באירועים משפחתיים, אף שלבעליו זה שווה הרבה שאין לו עותקים אחרים מתמונות אלו והוא היה משלם ממון רב כדי שלא להפסידם, מ"מ כיון שתמונות אלו אינם נמכרים בממון {וגם צילום התמונות אינם עולים ממון, שדרך בני אדם שאם מבקשים מהם לצלם תמונה הם עושים כן בחינם}, לא שייך לחייבו ממון על זה. וכתב שם שמסתבר שאפי' אם אפשר לשחזר את התמונות ע"י שימסרם לטכנאי שישחזרם תמורת תשלום, אין המוחק חייב לשלם לו הוצאות אלו, ואין זה נחשב כדמי תיקון שחייב לשלם עליהם, שכיון שאין חייב לשלם על התמונות שאינם שוים ממון לכל העולם, אף שבעליהם רוצה לתקנם, כיון שאינם שוים כלל לא שייך לחייב עליהם את דמי התיקון כשהם עצמם אינם שוים, {אולם ברור שאם עשו סדרת תמונות או הסרטות שאין בני אדם לעשות כן בחינם, וצריך לשכור צלם בשכר כדי לצלמם, שייך להחשיב שצילום התמונות שווה ממון וישלם לו כפי עלות צילום התמונות}. ויש לציין שבשו"ת מקור חיים (סי' ל"א) כתב שהמזיק תמונה וכדו' שאין לו ערך רק בשבילו חייב לשלם עי"ש, אבל אין הכרח שכוונתו שצריך לשלם כפי מה שהוא מוכן לשלם בעבור זה, אלא צריך לשום כמה עולה להדפיס את התמונה, ומסתבר בכל זה, שאם הוא שילם על חפץ זה יותר מפני חביבותו אין זה נחשב ערכו, אלא שמיין כמה עולה חפץ זה בלא חביבות זו.

ולענין מי שהזיק חפץ שהוא שווה הרבה לקבוצת אנשים מסויימת, כגון חפץ של רב או אדמו"ר שהוא שווה לתלמידיו הון רב ולשאר אנשים אינו שווה סכום זה,

פט. מסתבר שכיון שידוע שיש קבוצה מסוימת שהם קונים חפץ זה בהון רב, הרי זה נחשב שאנשים אלו הם השוק שבו נמכר דבר זה, שכל מי שיש לו חפץ זה לא ימכרם לשאר אנשים רק לאלו שמוכנים לשלם עליו הון רב, ונחשב שאנשים אלו הם השוק לחפץ זה לא ימכרם לשאר אנשים רק לאלו שמוכנים עליו הון רב, ונחשב שאנשים אלו הם השוק לחפץ זה ושאר האנשים אינם נחשבים כלל לשוק שנחשיב על פיהם שאין שווה כל כך. כן כתב בספר משפט המזיק (סם) והביא ראיה על כך מדברי הנמו"י בב"ק (דף צ"ח) עי"ש.

וכתב שם לעיין בעיקר דברינו בדיון הזיק לאחד תמונה או מסמך שירש מאביו או זקינו, שהוא שווה בשבילו הרבה מפני חביבותו, אם אומרים שאילו ירצה למכור דבר זה ימכרו לאחד מבני משפחתו שיקנהו בסכום גדול מפני חביבותו, ונמצא שדבר זה עומד למכירה למשפחה זו ויתחייב לשלם כפי מה שהם יקנו אותו, {ולפי"ז יוצא שכל מה שנתבאר לעיל שאם שווה בשביל הניזק הרבה, פטור, היינו רק באופן שאין לו אפשרות למכור לאחד מבני משפחתו}, אולם כתב שם לחלק שלא שייך להחשיב שיש לו שווי יקר בשוק, אלא כשסוחר שמתעסק בדברים כאלו ירצה להשקיע בזה ויקנהו בזול מפני שבטוח לו שיוכל למכרו לאחרים ביוקר, שכיון ששייך לקנותו

הוציא הוצאות על סמך חבירו ונגרם הפסד

ב. הזמין מוהל למול את בנו ולאחר שהמוהל הגיע ממרחק והוציא הוצאות חזר בו ורצה לכבד מוהל אחר למול, חייב לשלם לו בזה שהפסיד את צורכי הנסיעה לחינם.

ג. וכן אב שקבע זמן עם מחותנו לקיום החתונה, וכשהגיע הזמן המיועד אחד מהצדדים לא הופיע, חייב צד זה לשלם להצד השני מה שהפסיד בזה שהוציא צורכי החתונה לחינם³.

ולמכרו במחיר גבוה הרי נקבע כך מחירו, אבל בנד"ד אין הסוחר מוכן לקנותו ביוקר שהוא חושש שמא המשפחה לא ירצו לקנותו ביוקר, וכיון שאין אדם בעולם שקונוהו ביוקר מפני שוויתו היקר, אין נקבע מחירו כיוקר זה.

ולפי"ז באופן שהסוחרים בשוק יקונוהו ביוקר מפני שהם בטוחים שיקבלו עליו הון רב מאחד שידוע שישלם עליו ביוקר, אע"פ שהוא אדם יחידי שיקונוהו ביוקר, הרי זה נחשב שערך דבר זה הוא כמחיר זה וצ"ע.

צ. שו"ת חתם סופר (יו"ד סי' רמז) דן באחד שהזמין מוהל למול את בנו ולאחר שהמוהל הגיע ממרחק והוציא הוצאות חזר בו ורצה לכבד מוהל אחר למול, וכתב בתו"ד וז"ל: ועוד תינח אם היה מודיע לזה המוהל יום או יומיים קודם ולא גרם לו הוצאה ובילוי זמן ליסע ממקומו לבוא לכאן, אבל הכא לאו כל כמיניה לחזור משום מוהל היותר טוב ולהיות גרמא בנזקין של זה והאי מאן דבעי למהוי חסידא לקיים מילי דנזקין וכו' עכ"ד. ולכאורה מדבריו משמע שיש עליו רק איסור משום גרמא בנזקין, ויש מן האחרונים שכתבו שיש לחייבו לשלם מדין גרמי שהוציא הוצאות לחינם על פיו. וראיתי בספר משפט המזיק (פרק י"ה סעיף י"ז) שיישב שהחת"ס כתב כן לענין לכתחילה שאסור לו לחזור בו אפי"א אם ירצה לשלם לו ההפסדים והוצאות הדרך, ובזה כתב שאסור לו לחזור מפני שעובר על האיסור להזיק ואפילו על מנת לשלם הדין הוא שאסור להזיק, וכתב שם דיל"ע דלכאורה אם משלם לו הרי התברר שלא היה לו נזק כלל, ואין זה גרמא בנזקין, ואולי זה דומה למניעת הרווח, שגרם לו ביטול זמן שהרי לא הסכים לבטל זמנו באופן כזה שישלם לו ההוצאות, וצ"ע.

ומקור הדין השני שמצינו לגבי מחותנים הוא מדברי שו"ת החוות יאיר (סי' קסח) הובא בפתחי תשובה (שם סקט"ו).

והנה כעין הדין הזה מצינו גם בדברי הרמ"א בס"י יד (סעיף ה') שכתב לגבי אחר שתבע את חבירו לבוא עמו לבית דין, ואמר לו לך ואני אבוא אחריו ולא הלך אחריו, חייב הוא לשלם לו הוצאות הדרך שהוציא בחינם. וכתבו האחרונים {עיי' נתיה"מ (סי' ר' סק"ג וסי' רלב סק"י) ועוד} שחיובו הוא מדין גרמי שהוציא הוצאות על פיו. אמנם בביאור הגר"א (סקל"א) כתב שדין זה תלוי במחלוקת אם המסרב שלא בא לדין והוצרך התובע להוציא הוצאות לתובעו, אם חייב לשלם, ולמד הגר"א שדברי הרמ"א לא נאמרו אלא לפי השיטה המחייבת את המסרב בהוצאות וסיים בצ"ע. ולפי דבריו יוצא שדין זה תלוי במחלוקת שהובא בשו"ע שם, וראיתי במשפט המזיק שכתב שדברי הגר"א צ"ע שהרי בס"י שלג לגבי האומר לאומן עשה לי כלי לא הובא מחלוקת בזה, ולכל השיטות

חייב כיון שהוציא הוצאות על פיו, וגם כאן דומה לסי' שלג, ודוקא במסרב שלא אמר לו להוציא ההוצאות בזה יש אומרים שפטור מפני שהוציא הוצאות מעצמו וצ"ע. ועי' באמרי בינה (דיינים סי' כא) שכתב שטעם החיוב של האומר לך ואבוא אחריך הוא מפני שהתחייב לשלם לו מה שינזק בגרמא עי"ש. ודבריו מיוחדשים והם לכאורה שלא כדברי כל הפוסקים.

וכעין דין זה מצינו גם גבי האומר לאשתו שתבוא למקום פלוני ויתן לה גט, וכשבאה חזר בו מהסכמתו לגרשה, חייב הוא לשלם לה הוצאות הדרך. ומקור הדברים הוא מדברי הנו"ב (אה"ע תנינא סוף סי' צ') וע"ע בשו"ת מהר"ם מיניץ (סי' יז) שכתב שהאשה שהסכימה לקבל הגט וחזרה בה אינה חייבת לשלם ההוצאות שיוציא הבעל מפני שהיה לו לחשוש שתחזור בה והיה לו לעשות בטחונות, והמהרש"ם (ח"ו סי' קצח) הקשה עליו דמאי שנא מאמר לו לך ואבוא אחריך שחייב לשלם, ועיין במשפט המזיק (ח"ב סי' יט) שנתבאר בדבריו ליישב שדווקא שם שהיא לא אמרה לו שלא תחזור בה ושיכול להוציא ההוצאות, והיה ידוע שיתכן שהיא תחזור בה, אבל בנידון האומר לך ואני אבוא אחריך וכיו"ב נתכוון לומר לו שלא יחזור בו, ולא היה לו לחשוש שיחזור המצווה ולכן הרי הוא חייב לשלם, עי"ש.

ודנו הפוסקים לענין אם צריך לשלם עבור עצם טורח הנסיעה או עבור מה שנתבטל ממלאכתו בשעת נסיעתו ועבור הוצאות שצריך להוציא לחזור לביתו, ועיין בזה בערך שי' (סוף סי' יד וסי' ר' ס"ז) כתב שגם הטירחא בכלל ההוצאות, אמנם עיין בשו"ת באר משה (ח"ו סי' ו') שהטירחא אין נכלל בהוצאות, ותלוי במחלוקת זו אם חייב לשלם גם הטירחא. ואם הפסיד מעבודתו שלא השכיר עצמו אצל אחרים או שלא עבד עבודתו הרגילה, לכאן חייב לשלם לו הוצאות אלו, משום שדומה לשוכר פועלים וחזר בו ולא השכירו עצמם אצל אחרים שחייב לשלם מדין שבת. ועיין מה שכתבנו במקו"א בשם הפוסקים שאפי' הזמין אצל האומן ואח"כ חזר בו חייב לשלם מה שהפסיד שלא עבד עבור אחרים. ובמאזניים למשפט כתב שאין משלם לו שכר בטלה, וכתב בספר משפט המזיק שם שצ"ל לכאורה שמדובר שלא היה עומד להשכיר עצמו אצל אחרים. אולם לפי דברי הנתיחה"מ בסי' של"ג (סק"ב) מבואר שרק בפועלים ובעל הבית תיקנו לחייב כשחזר בו אבל אם אינו עובד בשבילו פטור, ולפי"ז יש לדון שגם בזה כיון שלא נשכר אצלו אין חייב על מה שהפסיד שלא עבד לפרנסתו וצ"ע, {-ולעניין אם חייב לשלם לו הצאות החזרה לביתו, יעוי' בנוב"י שם שכתב שחייב לשלם גם את הוצאות החזרה, ועיין מה שכתבנו בזה בהמשך ההערה בס"ד}.

והנה בעיקר האי דינא מצינו בפוסקים בכמה וכמה מקומות, שכתבו שאם אחד סמך על חבירו והוציא הוצאות על פיו, ואח"כ הפסיד הוצאות אלו מחמתו, חייב לשלם מדין גרמי, והרחיב על כך בספר משפט המזיק (ח"ב סי' יט) בצורה נפלאה ממש, ונפרט כמה דוגמאות לכך בס"ד:

א. { התוס' והרא"ש בב"מ (דף ע"ו) כתבו שהשוכר פועלים ואח"כ חזר בו ולא מצאו להשכיר עצמם חייב לשלם להם מדין גרמי.

ב. { בתשו' הרא"ש (כלל ק"ד סי') כתב שהאומר לאומן עשה לי כלי ולאחר שעשה הכלי חזר בו הלוקח, חייב לשלם מדין גרמי שהוציא הוצאות על פיו. והרא"ש למד דין זה מדין השוכר פועלים ואח"כ חזר בו שחייב לשלם להם מה שהפסידו מדין גרמי. ודברי הרא"ש נפסק להלכה בשו"ע סי' של"ג (ס"ח).

ג. { שיטת הרמב"ם (פ"ו זכ"ה ומתנה הכ"ד) שהארוסה שחזרה בה מהסכמתה להנשא והארוס

הזיק נכסי האב לאחד מוות האב הזיק נכסי האב שאסורים על הבן בשימוש

ד. דנו הפוסקים בדין אב שאסר את נכסיו על בנו בחייו ובמותו שאסור לו להינות מהם, ובא אחר והזיקם, האם חייב לשלם או לא, עיין בזה בהערה צא.

הפסיד הוצאות שהוציא בשביל הנישואין, חייבת לשלם לו ההפסדים מדין גרמי. ונפסק להלכה בשו"ע אהע"ז סי' נ' (סעיף ג).

ד. בס"י יד (סעיף ה' הבאנו הדברים לעיל בס"ד) פסק הרמ"א שהאומר לחבירו לך ואני אבוא אחריו ולא בא אחריו חייב לשלם לו מה שהפסיד הוצאות הדרך.

ה. השו"ע בס"י רל"ב (סעי' כא) הביא להלכה דעת הרמ"ה (ב"ב פ"ו אות ס"ב) שהקונה מקח והיה מום במקח, חייב המוכר לשלם לו מה שהפסיד הוצאות הדרך מדין גרמי.

ו. הסמ"ע (סי' לט ס"ק מו) כתב במלוה שאמר ללוה עשה לך שט"ח ואלוה לך, ואח"כ חזר המלוה, שהדין הוא שצריך המלוה לשלם ללוה דמי שכר סופר שהוציא מחת גרמי ע"ש.

וע"ע במה שהרחבנו בס"ד בספר משפטי מיכאל - מפתח המשפט להלן בח"ז ערך גרמי חלק ל"ז: "חייב גרמי במוציא הוצאות על פיו" ועיין עוד בספר משפט המזיק שם שהאריך שם בדברים נפלאים בס"ד, ואכ"מ.

צא. עיין חלקת יואב (ה"ב סי' צ' ס"א) שדן באב שאסר את נכסיו על בנו בחייו ובמותו שאסור לו ליהנות מהם, ובא אחר והזיקם, האם חייב לשלם, וכתב שתלוי בגדר חיובו של המזיק, דאם החיוב הוא על ההפסד הרי לא גרם לו הפסד שהרי לא היה יכול להשתמש בהם, אבל אם החיוב הוא על החסרון וההזיק כיון שעשה לו חסרון והזיק חייב לשלם, ומסקנת החלקת יואב שם הוא דלפי הפוסקים הוסברים שאיסורי הנאה שייכים לבעלים המזיק חייב לשלם ע"ש.

והנה כיוצא דנו הפוסקים בדין אחד שקנה חפץ מסוים שיהיה שייך לו רק לעניין שאם אחד יזיקנו הוא יהיה הבעלים כלפי ההזיק ויתחייבנו לשלם לו, והארכנו בעיקר שאלה זו בספר "מימיני מיכאל" על הש"ס (נדרים מה: ריש פרק השותפין) מדברי מו"ר הגר"א פילץ שליט"א, וכתבו האחרונים שאפשר שתלוי בשאלה זו, דאם החיוב הוא על ההפסד לא שייך לקנות את החפץ לתשלום נזיקין, שהרי לאדם זה אין שום הפסד ולא שייך להתחייב לשלם לו, והנה יעויין באבי עזרי (נזק"מ פ"ח ה"א) שכתב שאע"פ שמבואר בגמ' (ב"מ דף לג:) שאפשר למכור פרה לכפילא שאם יגנבו את הפרה יתחייב הגזלן לשלם לזה שקנה את הפרה לכפילא, היינו דוקא בגזלן שעיקר חיובו אינו על ההפסד אלא על מה שלקח ממון חבירו מתחייב לשלם כפל ולגבי חיוב כפל הבעלים הוא זה שקנה את הפרה לכפילא, אבל במזיק שעיקר החיוב הוא על ההפסד והחסרון, כיון שהקונה אין לו חסרון כלל אין המזיק חייב לשלם לו את ההזיק ע"ש. {אמנם פשוט שהבעלים יכולים למכור את הזכות לגבות את ההזיק לקונה תחת הבעלים, אבל זה תלוי בדיני קנין בדשלבל"ע}.

אולם בקוב"ש (כתובות ר"ז, פסחים י"ז) כתב שאפשר למכור את החפץ עבור נזקיו וכמו שאפשר למכור פרה לכפילא, והוכיח כן מדברי הגמ' בגיטין (דף מ"ב) שהחובל בעבד שמעוכב גט שחרור אע"פ שהאדון אין יכול לעבוד עמו כלל, חייב לשלם לאדון על הנזק, ובתוס' (שם ד"ה חבלי) ביארו שאע"פ שמעשה ידים הוא של העבד כיון שאילו הרגו היה חייב הקנס לאדון גם כשחבל בו חייב לשלם מפני שהוא בעל העבד ע"ש. וכראי' זו כתב החלקת יואב שם שמדין החובל בעבד שמעוכב

גט שחרור שחייב לשלם לאדון מוכח שיסוד חיוב נזיקין אינו עבור ההפסד אלא עבור החסרון עי"ש.

אולם הקוב"ש במקום אחר (קובץ ביאורים גיטין אות כ"ח) כתב דדברי התוס' שם תמוהים מדוע ישלם לאדון על החבלה, וכתב ליישב שעיקר החיוב הוא לעבד ומדין מה שקנה עבד קנה רבו זוכה האדון בדמי החבלה, וכן כתב הקצוה"ח (סי' תכד סק"א) שכל החובל בעבד שחייב לשלם לאדון אין זה מפני שהאדון הפסיד אלא שהאדון זוכה בחבלת העבד מדין מה שקנה עבד קנה רבו, ולפי"ז אין ראי' מדין זה לגדר חיוב תשלומין. [ועי' בחלקת יואב שם שעמד בזה דלפי הקצוה"ח אין ראי' מדין זה, אבל דחה דמדברי הסוגיא בגיטין שם מוכח דלא כהקצוה"ח, אולם האחרונים כבר כתבו ליישב שאין סתירה מהסוגיא שם לדברי הקצוה"ח ואכמ"ל].

ועי"ש בחלקת יואב שדן שם עוד בדין אחד שקיבל מתנה על מנת להחזיר שהוא מוכרר להחזירו ואילו לא יחזירו לו יפקע המתנה, ובא אחד והזיק חפץ זה, ודן אם חייב לשלם למקבל המתנה, וכתב שלפי השיטות שאם נאנס החפץ אצל המקבל לא פקע המתנה למפרע, חייב המזיק לשלם למקבל המתנה עכ"ד. אולם בקובץ דגל התורה (וארשה, סי' מז) הובא תשו' בעל המחזה אברהם שחולק על החלקת יואב וכתב דעיקר החיוב הוא על ההפסד וכיון שלא היה לו הפסד אין חייב לשלם לו וכתב דהוי כמו עושה סחורה בפרתו של חבירו ואין חייב לשלם למקבל המתנה אלא חייב לשלם לנוותן המתנה עי"ש. וכתב בספר משפט המזיק (מילואים סימן א') לדון בזה עוד שנסתבר מאד שאף לפי השיטות שהמקבל מתנה על מנת להחזיר פטור מאונסים, היינו דוקא כשנאנס החפץ ואינו מקבל תשלומין עבור החפץ, אבל אם הוא מקבל תשלומין מהמזיק איכא אומדנא שהתחייב שעכ"פ יחזיר דמי ההיזק שמקבל מהמזיק, ושפיר יכול לתבוע מהמזיק כדי שיוכל לשלם לבעל החפץ ודו"ק.

ועי' באבן האזל (גניבה פ"ב ה"ג) שכתב שאם גנב חפץ שניתן במתנה ע"מ להחזיר, חייב לשלם הכפל למקבל המתנה משום שבאותה שעה היה חפץ שייך למקבל המתנה עי"ש. [ויש מהאחרונים שכתבו לחלק דאף האבן האזל לא כתב כן אלא לגבי גנב שנתבאר לעיל דבגזלן לכו"ע חייב אפי' בלא הפסד כיון שנטל חפץ של חבירו, אבל במזיק אפשר שכיון שאין לו הפסד כלל אינו חייב לשלם לו מדין מזיק וצ"ע. וכן ראיתי במשפט המזיק שכתב עוד לחלק שרק בגזלן שהוא יחזיר את הגניבה לבעליו, בזה יש לנו לדון שחייב לשלם הכפל למקבל המתנה, אבל במזיק חייב מקבל המתנה לשלם את התשלום לנוותן המתנה וכמשנ"ת].

והנה החלקת יואב שם כתב להוכיח שאלה זו מהמבואר בגמ' בב"מ (דף לד) שאם המפקיד מכר את הבהמה שסמוך לגניבתה תהיה קנויה לשומר חייב הגנב לשלם הכפל לשומר, והקשה החלקת יואב מדוע הדין הוא שחייב לשלם לשומר הרי הוא לא הפסיד כלום שאילו לא היה גונב אותה לא היה השומר קונה את הבהמה ומדוע חייב לשלם לו את דמי הבהמה, והוסיף החלקת יואב שאין לומר שכיון שהשומר התחייב לשלם לבעלים הרי הפסיד עי" גניבה זו, דמבואר במגיד משנה שאפי' באופן שנתפטמה הבהמה אצל הגנב חייב לשלם לשומר כפי שהתפטמה אצלו, והשומר אינו משלם למפקיד מה שהתפטמה אצל הגנב וחלק זה לא הפסיד לו, ומוכח שחייב לשלם לו גם כשלא הפסיד עכ"ד החלקת יואב.

ובקהלות יעקב (ב"ק סי' כב) הביא ראי' זו, וכתב שם לדחות משום דיש לחלק שגנב אין חיובו

על ההפסד אלא על עצם מעשה הגניבה מתחייב לשלם, ולכן חייב לשלם גם כשלא היה לו הפסד ואין ראי' מכאן שהמזיק חייב גם באופן שלא היה לו הפסד עיי"ש. ולכא' לפי דבריו אילו היה כן במזיק שאחד הקנה לחבירו חפץ זה שאם יזיקוהו יהיה קנוי לו סמוך לשעת ההיזק ובא אחר והזיקו, לא יתחייב לשלם לו שהרי לא נגרם לו הפסד, אולם האחרונים כתבו דיש לדון בזה שהרי אילו לא היה נקנה לו היה החפץ שייך לבעלים וההפסד הוא לבעלים, ונמצא איפוא שיש כאן הפסד גמור לבעלים, והבעלים מסר זכות זה למקל ולכן מסתבר שחייב לשלם לו. {ולפי"ז כתבו האחרונים לדון באחד שזכה בחפץ של הפקר והתנה שהזכייה תחול רק שעה אחת קודם שאיש אחר יזיק חפץ זה, שבאופן כזה לא היה לו הפסד כלל שאילו לא הזיקו לא היה זוכה בה, וכתבו שאולי תלוי בשאלה זו שאם החיוב הוא על ההפסד פטור לשלם, ואם החיוב על החסרון חייב לשלם, וצ"ע}.

ובעיקר הנידון אם החיוב הוא על החסרון או על ההפסד כתב בחלקת יואב שם להוכיח מהסוגיא בב"מ (ה): שהשוכר פרה והשאלו לאחר ונאנסה אצל השואל חייב השואל לשלם לשוכר, וכן מבואר בגמרא שם שלפעמים משלם כמה פרות לשוכר עיי"ש, ומבואר שאף שהשוכר לא הפסיד שהרי לא היתה הבהמה שלו והוא פטור על האונס, מ"מ חייב השואל לשלם לשוכר אף שלא הפסיד, ומוכח שגם בלא הפסד חייב לשלם. {וכעין דבריו כתב באו"ש (שכירות פ"ז) להוכיח מסוגיא זו ששוכר שהשתעבד לשלם אם ישרף הבית והיה ביטוח לבית חייב לשלם אף שלא היה הפסד לבעל הבית עיי"ש}.

אולם כתבו האחרונים דלכאורה יש מקום לחלק בזה, שהרי זה פשוט שאם יבוא אחד ויזיק פרה זו לא יתחייב לשלם לשוכר אלא לבעלים, {וכן כתבו להדיא בישועות ישראל (סי' עב סעיף ח) ובקוב"ש (פסחים אות י"ח) עיי"ש}, ובהכרח דהוי דין מיוחד בשואל שכיון שהשוכר השאל לו פרה זו התחייב השואל להחזירה לו אע"פ שאין זה שייך לשוכר, ולפי"ז אין מקור לגבי מזיק שחייב לשלם באופן שלא היה לו הפסד.

ומצינו להאמרי בינה שכתב חילוק זה בדעת השלטי גיבורים, דהשלטי גיבורים (סוף פ"א ב"ב) כתב שאם גנב חפץ השאול, והשואל נתפשר עם המשאל שלא ישלם לו כל ההפסד, אין הגנב חייב לשלם לשואל רק מה שמשלם השואל למשאל, ומקור דבריו הוא מדברי הגמרא בב"ק דף ע"ח שאם הקדיש שור לעולתו ובא אחר וגנבו יכול לפטור עצמו בכבש משום שהמקדיש יכול לפטור עצמו בכבש עיי"ש. ובשער המשפט (סי' עב סק"ב) ובשו"ת בני יעקב (סי' יג) הקשו על השלטי"ג מהממנה בב"מ שהשואל חייב לשלם לשוכר אף שלא הפסיד כלום, ובאמרי בינה (הלואה סי' עג) כתב ליישב דעת השלטי גיבורים שהשואל כיון דכל הנאה שלו מתחייב לשלם גם כשלא יהיה הפסד לשוכר, אבל הגנב חייב לשלם אם לא היה לו הפסד עיי"ש, ולפי חילוק זה יש לחלק שאין ראייה מהגמ' בב"מ לענין מזיק שמתחייב בלא הפסד.

ובספר משפט המזיק (מילואים סימן א) כתב בעיקר ענין זה, שלפי מה שהביא שם בשם הגרש"ש ועוד אחרונים, שיסוד חיובו של המזיק הוא שחייב להחזיר את ההיזק לקדמותו, שע"י תשלום הדמים יכול הניזק לקנות כלי חדש כמו הכלי שהוזק, ולפי מהלך זה פשוט שאין מתחשבים במה שלא היה לו הפסד, שכל שלא נתקן ההיזק ואין לו את החפץ הניזוק, חייב המזיק לשלם את דמי ההיזק כדי שיוכל לקנות חפץ אחר כמותו. ועיין בספר משפט המזיק שם שהאריך להוכיח

היכל מפתח המשפט ערך - אב קסא המשפט

אב - הזיק דרך חינוך יהרג ואל יעבור - הדיגת בניו בשעת השמד
ה. **בשעת** השמד אע"פ שאסור לאדם להרוג את עצמו מכל מקום יש שכתבו שיכול
הוא להצית את הבית כדי שישרפו הוא ובניו בעת הגזירה, ואין זה נקרא
חובל בעצמו אלא כמו שהניח עצמו ליהרג, וזהו מותר^{צב}.

אב - ביטול שידוך אב הרוצה לבטל שידוך - חיובו בהפסדים מהמת ביטול השידוך^{צג}

מבוא

א. **כתב הרמב"ם** (הל' זכייה ומתנה פ"ו הכ"ד) בענין ארוס שהוציא הוצאות עבור הנישואין,
ולאחר מכן חזרה בה הכלה מהסכמתה להנשא וז"ל: הורו רבותי שאם היה
מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין
וכיוצא בהן, ועשה כדרך שעושיין כל העם וחזרה בה, משלמת הכל, שהרי גרמה לו
לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם^{צד}.

ב. **והשיג** עליו הראב"ד והקשה עליו מהדין המבואר בבבא בתרא (צג.) שמוכר זרעוני
גינה לחבירו ולאחר שזרעם והוציא עליהם הוצאות נמצאו מקולקלים ואינם
ראויים לזריעה, אין המוכר חייב לשלם לקונה הוצאותיו, כיון שהקונה הוציאם בעצמו,
והוא הדין כאן כיון שהחתן שהכין צרכי הסעודה, עשה כן בעצמו, אין הכלה חייבת
לשלם לו ההוצאות^{צז}.

הרבה בעיקר דין זה, והבאנו הדברים להלן בס"ד בספר "מפתח המשפט - משפטי מייכאל" חלק
מ"ב בערך מזיק (חלק ראשון: גדרו וסיבת חיובו).

צב. בים של שלמה (ב"ק פ"ח סי' נט) דן לענין שעת השמד אם מותר לאדם להרוג את עצמו ואת
בניו וכתב וז"ל, "ומ"מ יכול להצית את הבית, כדי שישרפו הוא ובניו בעת הגזירה, וזה אינו
קרוי חובל בעצמו אלא כמו שהניח עצמו ליהרג, וזהו מותר" עכ"ל. וכבר תמאו האחרונים דהרי
אשו משום חציו והוי רוצח בידים, ויש שכתבו שכיון שבשעה שהדליק את הבית יכולים לברוח
משם ולהינצל, אלא שהם מעצמם אינם בורחים לכן אינו נחשב לרוצח בידים, וכעין מה שמצינו
בשו"ע סי' תי"ח סעיף י"ח לגבי הניח גחלת על לב עבדו דאינו נחשב לרוצח משום דהיה לו
להסירה, ויש שכתבו דס"ל כשיטת הפוסקים שאשן משום חציו אינו חייב משום רציחה. עיי בזה
בתוס' בסנהדרין (דף ע"ז ד"ה סוף) ותוס' בב"ק (דף נו ד"ה אילימא), ועיין בטור (בסי' תי"ח) והסמ"ע (שם
סקכ"ה) ועיין בזה באמרי בינה (או"ח סי' כז).

צג. עיקר ערך זה מבוסס על מה שהביא בספר משפט המזיק פרק יט בדין 'הפסד שנגרם מפני
ביטול שידוך'

צד. ויסוד דברי הראב"ד הוא שכל שהזק נעשה על ידי בעל הממון אין חייב מי שגרם לזה, וכן
כתוב בתשובות הגאונים (סיק כז) שהיא פטורה כיון שהוא הוציא את ההוצאות מעצמו. והקשה
האבן האזל (שם) על דברי הראב"ד, שאם כן מדוע מרא דינא לשולחני חייב (כמבואר בב"ק צט:) הרי

ומצאנו ביישוב קושיא זו כמה מהלכים:

א. המגיד משנה (שם) תירץ, שדעת הרמב"ם הוא שיש חילוק בין אם ההוצאות היו כדי להרויח שאז אין גורם הנזק חייב על ההוצאות, לבין אם לא היו כדי להרויח. לכן כיון שהקונה את הזרעונים הוצאתיו היו כדי להרויח בהן אינו חייב לשלם לו את ההוצאות³⁷, אבל הארוס שלא הוציא כדי להרויח לכן כיון שנשמך על דבריה צריכה לשלם לו את כל ההוצאות³⁸. אולם הב"ח (אהע"ז סי' נ ס"ד) והט"ז

בעל הממון עשה את הנזק במה שנטל את הדינר על פי דבריו של השולחני. וכן דיין שאינו מומחה שאסר את המותר והאכילו הבעלים את הבשר לכלבים שפסק הרמב"ם (סנהדרין פ"ו ה"ד) שחייב הדיין, ולא השיגו שם הראב"ד.

ולכן ביאר באבן האזל שכוונת הראב"ד הוא שאף שאכן הוא דרך העולם שהארוס עושה סעודה לרעיו אמנם זהו רק דרך רוב העולם ואינו ודאי גמור, ודימה הראב"ד דין זה לזרעוני גינה שגם שם אין זה ודאי בשת המכר שהפסידו שכיון שלא מכר לו את הזרעים בתורה שהוא מומחה שיודע שהם ראויים לזריעה הרי היה יכול ללכת למומחה שהיה אומר לו שאינם ראויים לזריעה, ומוכח מזה שבכל מקום שאין הנזק ודאי בשעת המעשה הרי הוא פטור. ומה שבמראה דינר לשולחני הוא חייב זהו משום ששם ודאי שהוא יקנה אותו, שהרי כתב הרמב"ם (שכירות פ"י ה"ה) שמדובר דוקא באופן שאמר לו עליך אני סומך, או שהיה הוכחה שהוא סומך עליו ולא יראה לאחרים. וכן דיין שאינו מומחה שאסר את המותר הרי הוא חייב כיון שודאי שיזרקנו לכלבים, שהרי חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר (חולין מד:) ואם כן הרי לא ישאל לחכם אחר.

עוד ביאר באבן האזל שם שבמראה דינר לשולחני שגרמתו והנזק הם בדבר אחד שהרי אמר לו שהדינר טוב והוא קנה אותה, וכן דיין שאסר את המותר הוא אמר לו שהבשר טריפה וזרק אותה לכלבים, משום כן נחשב הנזק על שם הגורם, אבל בזרעונים אין הוצאות הזריעה דבר אחד עם הזרע עצמו, וכן הוצאות הסעודה אינו דבר אחד עם האירוסים עצמם, לכן סובר הראב"ד שנחשב שבעל הממון הוא זה שעשה בהם את מעשה הנזק, ועיין שם עוד בדבריו במה שיישב את דעת הראב"ד מטרה את הטמא שחייב על מה שעירבם בין פירותיו (סנהדרין לג:) אף שאין זה ודאי שיערב את הפירות, וכן אין עירוב הפירות מעשה אחד עם עצם ההוראה שהפירות טמאים.

צה. וכתב הלחם משנה (זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד) שצריך לומר לפי תירוצו שגם בעשיית סעודה נחשב ההוצאה כדי להרויח, שאם לא כן אינה מובנת הוכחת הגמרא בהמשך הסוגיא שם מהברייתא 'המוליך חיטיין ולא לתתן וכו' רשב"ג אומר נתן לו דמי בושתי ודמי בושתי אורחיו' שהיש אומרים הם דברי רשב"ג, הרי יש לומר שאם ההוצאות היו כדי להרויח מודה רשב"ג שאינו משלם את ההוצאות, אלא בודאי נחשב שמשתכר כבוד או מצוה על ידי הסעודה. אמנם הקשה שאם כן מדוע הסעודה וכן שכר החזנים והשמשים אינם נחשבים שעשה אותם הארוס כדי להרויח. ותירץ, שהארוס לא עשה את הסעודה כדי להרויח כבוד או מצוה, אלא רק כדי שלא להתבייש כיון שכן דרך העולם שהארוס עושה סעודה.

צו. והקשה הרע"א (שו"ת ח"א סי' קלד) שעדיין לא נתיישב לפי תירוץ זה מה שכתב הרא"ש (שו"ת כלל קד ס"ו) שאם אמר לאומן שיעשה לו כך וכך והוא יקנה את זה למחר, ואחר כך חזר בו

(שם סק"ה) תמהו על תירוץ זה, שמה החילוק בין אם היה כדי להרויח או לא^צ.

ב. הב"ח (שם) תירץ, שבמוכר זרעוני גינה טעם רשב"ג שמחייב הוא משום קנס אף שזה גרמא, וכמו שביאר הרשב"ם (ד"ה אף), ות"ק שפטר סובר שכיון שאפשר לומר שלא מכר לו לזריעה כי אם לרפואה אין קונסים אותו^ח, אבל ארוסה שחזרה בה נחשב הפסד הסעודה כגרמי, שכיון שנהגו כל המדינה לעשות סעודה הרי זה כמו שהיא צייתה לו להוציא את ההוצאות.

ג. הט"ז (שם) תירץ, שבמוכר זרעים שאינם ראויים לזריעה כיון שהנזק נעשה בשעת המכירה ויתכן שבאותה שעה לא ידע המוכר שאינם ראויים לזריעה אינו נחשב למזיק בידים, ובשעה שנודע לו הרי לא עשה כלל מעשה נזק, אבל בארוס שהכין סעודה שהנזק נעשה בשעה שחזרה בה, שהרי אף שכבר הוציא את ההוצאות לפני חזרתה אין נחשב שהנזק היה קודם המעשה כיון שאז הוציא את ההוצאות ברצונו, לכן נחשב חזרה למעשה נזק בידים^ט.

ד. בספר המקנה (ק"א סי' נ ס"ג ד"ה ואם) תירץ, שבזרעוני גינה סובר ת"ק שהוא פטור כיון שהיתה הברירה ביד הלוקח לברר אצל מומחה אם הם ראויים לזריעה, שהרי לא אמר לזרוע אותם, אבל בארוסה כיון שדרך העולם לעשות סעודה אינו יכול לשנות מהמהנהג והרי זה כאילו היא אמרה לו לעשות סעודה^ק.

שצריך לשלם לו את ההוצאות משום דין גרמי, והרי האומן הוציא את ההוצאות כדי להרויח ותהיה קשה קושיית הראב"ד על הרא"ש מזרעוני גינה. ותירץ, שקושיית הראב"ד על הרמב"ם היתה רק משום שהארוסה לא אמרה לו בפירוש להוציא הוצאות כדי לעשות סעודה, ומשום כן זה דומה למוכר זרעונים שגם הוא לא אמר ללוקח שיזרע אותם, אבל בדין הרא"ש שאמר מפורש לאומן שיעשה לו כלי גם לדעת הראב"ד הרי זה נחשב לדינא דגרמי וחייב.

צז. ובאבן האזל (זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד) הוסיף להקשות שגם כוננת הארוס במה שהכין סעודה היתה משום שרצה ליהנות משמחת מריעות שזהו כבוד לו, ואם כן צריך לחשבו גם כן שזה כדי להרויח. ועוד אפשר לחלק להיפך, שבארוס תהיה פטורה כיון שבשעת הסעודה היתה לו הנאה מזו, ומה שאין כן במוכר זרעוני גינה שאינם ראויים לזרוע לא נהנה הלוקח כלל מהזרעים.

צח. וכ"ש אומן שקלקל את המאכל אין לקנסו.

צט. השער המשפט (ח"מ סי' שפו סק"א) ורבי יוסף מסלוצק (שו"ת סי' עא ד"ה וע"ד) והאור שמח (זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד) תירצו כעין חילוק הט"ז, שכיון שהתוספות (ב"ב כב: ד"ה זאת) והרא"ש (פ"ב סי' יז) כתבו שהחילוק בין גרמא לגרמי הוא, שגרמי הוא דווקא אם הנזק נעשה מיד בשעת מעשה, לפי זה אפשר לומר שכיון שבזרעוני גינה לא נעשה הנזק מיד אלא לאחר שזרעם ולא צמחו אין זה גרמי ומשום כך פוטר תנא קמא. ורבי יוסף מסלוצק הוסיף גם, שבזרעוניפ אין זה ברי היזקא ששמא לא יזרע כלל, אבל בארוסה שכבר הוציא הוצאות הרי זה ברי היזקא.

ק. וכן תירץ בעין יצחק (שו"ת אבהע"ז סי' סח אות כ'), וביאר, שהרי במראה דינר לשולחני אינו חייב

ה. יש שתירצו^{קא}, שבזרעוני גינה פטר ת"ק משום שהמוכר לא ידע שאינם ראויים לזריעה, אבל בארוסה שחזרה בה כיון שהארוס עשה סעודה על פיה ואחר חזרה בה הרי היא כמתכוונת להזיק ונחשבת למזיקה בידים^{קב} וחיבת מדינא דגרמי.

ו. במרומי שדה (בבא בתרא קמו: ד"ה יתיב) כתב שטעם רבותיו של הרמב"ם הוא, שכיון שגבר זה מצוי קנסו אותה חכמים אף שזה רק גרמא. ומקורם הוא מדברי הגמרא (להלן קמו:). שאם היא חזרה בה מהאירוסין והדרא אפילו כישא דירקא, היינו שאפילו את דברי המאכל ששלח לבית חמיו לסעודת אירוסין צריכה להחזיר לו, שהטעם שם הוא שכיון שהיה הדבר מצוי קנסו אותה חכמים שתחזיר לו הכל.

ז. וע"ע במה שהבאנו בהערה בדין אדם שהוציא ממון על סמך הבטחת חבירו וחזר בו חבירו אם תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, והדבר מצוי באדם שערך מגבית במתכונת מצייני'ג שאנשים תרמו על סמך זה שיהיה הכפלה על כל סכום שהם תורמים ולבסוף התברר שאין שום הכפלה האם הוא תלוי במחלוקת הנ"ל. עיין בזה במה שתבו בהערה בס"ד^{קג}.

רק אם אמר לו שעליו הוא סומך (שו"ע חו"מ סי' שו ס"ו), והטעם הוא כיון שהשולחני סומך שכמו שהראה לו כן יראה לאנשים אחרים, ואף הרא"ש שסובר (ב"ק פ"ט סי' טז) שהשולחני חייב אף אם לא אמר לו כן, אפשר לומר שהמוכר יהיה פטור, משום שכיון שהוא בעל דבר לא היה לו לסמוך עליו בלבד.

קא. נתיבות משפט (נתיב כג ח"ב ד"ה כתב הרמב"ם), מגילת ספר (לאוין קט), מרכבת המשנה (זכיה ומתנה פ"ו כ"ד) ישועות ישראל (סי' יד ע"מ סק"ד).

קב. וכתב בישועות ישראל שטעם הראב"ד שפוטור הוא משום שנחשב חזרתה לאונס כי שמא הוא מאוס עליה. אבל הרמב"ם סובר שרק בטוענת בפירוש שהוא מאוס עליה מאמינים לה ונחשב לאונס כיון שחזקה אין מעיזה פניה בפני בעלה. ובישועות מלכו (שו"ת אבהע"ז סי' מה) כתב שטעם הראב"ד שפוטור הוא משום שסובר שכיון שהיא טוענת שהיא מואס עליה זה נחשב קצת לאונס. ומה שלהרמב"ם אין זה נחשב לאונס אף שבטענה זו כופים את בעלה לגרשה, זהו משום שסובר כשיטת הרא"ש (נדרים פ"א ה"ח) שלכן היא נאמנת לומר גירשתני משם שאינה חשודה לשבת באיסור כל ימיה, ואם כן הוא הדין שבמקום שעל ידי טענתה שהוא מאוס עליה צריך לכופו לגרשה היא נאמנת משום שאם אינו אמת הרי היא יושבת באיסור כיון שכפו אותו שלא כדין, אבל קודם הנישואין שאין צריך לכופו אינה נאמנת לומר שהוא מאוס עליה. ובמקום שכופים אותו לגרשה לא נזכר ברמב"ם שצריכה לשלם את ההוצאות. ואף אם צריכה לשלם את ההוצאות יש לומר שהטעם הוא כיון שבאמת אינה נאמנת לומר שהוא מאוס עליה אף לאחר הנישואין, אלא שתיקנו להאמינה כדי שלא תצא לתרבות רעה, ומשום כן כל זה לענין לכופו לגרשה ולא לענין שלא תהיה צריכה לשלם עבור ההפסד.

קג. המהרי"ק (שו"ת שורש קלג) דן בדבר שמעון שהבטיח לראובן שישתדל עבורו באיזה ענין בחנם, והוציא ראובן הוצאות עבור השתדלות על סמך הבטחתו, ולבסוף חזר בו שמעון כיון שרצה

התן או כלה שבטלו את השידוך והפסידו את הצד השני

ג. **התן** או כלה שחזרו בהם מהסכמתם להנשא, וגרמו בזה הפסד להצד השני במה שהוציא הוצאות עבור הנישואין לריק, הרי הם חייבים לשלם לצד השני דמי ההוצאות שהפסידוהו^{קד}. ויש חולקים ולדעתם מי שחזר בו פטור מלשלם^{קה}. ועיין מה שכתבנו בהערה מה הדין לענין הלכה למעשה^{קי}.

תשלו עבור ההשתדלות אם צריך שמעון לשלם לראובן את הוצאותיו, ופסק שאינו צריך, שכיון שהיה לראובו לחשוש שמא חזר בו שמעון, נחשב שהוא הפסיד לעצמו. וכתב המשנה למלך (זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד) שדין זה תלוי במחוקת רבותיו של הרמב"ם והראב"ד, שלדעת רבותיו של הרמב"ם כמו שמחייבים את הארוסה לשלם את הוצאות הסעודה כיון שגרמה לו להפסיד ממון, כמו כן חייב שמעון לשלם על מה שגרם לראובן לאבד ממון. ולדעת הראב"ד כמו שפטורה הארוסה לשלם כיון שהוא הוציא את ההוצאה, כמו כן פטור שמעון כיון שראובן הוציא את ההוצאה.

אמנם כתב במגית ספר (לאיון קט), שלפי ביאורו בדעת רבותיו של הרמב"ם שלכן מוכר הזרעונים פטור על ההוצאות משום שלא ידע שלא היו ראויים לזריעה אין סותר פסק המהרי"ק לדעת רבותיו של הרמב"ם, כיון שגם שמעון לא הייתה כוונתו בחזרתו כי אם שראובן ישלם לו עבור ההשתדלות. ואף לפי ביאור המגיד משנה שלכן פטור המוכר על ההוצאות כיון שהלוקח הוציא הוצאות כדי להרויח, הרי גם שמעון הוציא את ההוצאות כדי להרויח ומשום כן פטור אף לדעת רבותיו של הרמב"ם.

ובאמרי בינה (ח"מ סי' כא) כתב, שעל פי ביאור המקנה (קו"א סי' נ' ס"ג ד"ה ואם) שהבאנו לעיל בדעת רבותיו של הרמב"ם, אפשר ליישב את פסק המהרי"ק גם לפי דבריהם, שהרי לדבריו הטעם שמוכר הזרעונים פטור על ההוצאות כיון שהיה יכול הלוקח לחקור אצל מוחה אם הם ראויים לזריעה, מה שאין כן הארוס כיון שכן הוא מנהג העולם לא היה יכול לשנות, ואם כן הוא הדין בנידון המהרי"ק כיון ששמעון לא היה מחויב להתשדל עבור ראובן היה עליו לחשוש שמא חזר בו.

קד. שולחן ערו אבן העזר סי' נ' (סעי' ג) ומדברי הפוסקים מבואר שדין זה הוא דוקא כשחזר אחד מהם קודם הנישואין, אבל אם אחד מהם עשה פעולות לאחר הנישואין כדי שהצד השני ירצה להתגרש, משמע מדברי הפוסקים שלא שייך לחייבו שגרם למפרע הוציא הוצאות הנישואין, ואפשר לבאר אולי הטעם בזה בס"ד, שבאופן כזה הרי נמצא שההוצאות לא היו להפסד שהרי היה נישואין, ומה שאח"כ מתגרשים אין זה נחשב שההוצאות היו הפסד, וכל ההתחייבות של אחד לשני שלא יחזור בו הוא עד הנישואין ודו"ק. אולם באופן כזה שנתגרשו מפנני שהיה לאחד מהם מום, כבר הבאנו להלן בס"ד שיתכן שזה שנמצא בו המום הדין הוא שמתחייב לשלם.

קה. כן היא שיטת הראב"ד בהשגות על הרמב"ם שהבאנו לעיל במבוא. ועי' במהרש"ד (אהע"ז סי' לב) שכתב לצדד שגם להראב"ד אם הוא מוחזק בממון שלה יכול להחזיקם כדי לשלם הוצאותיו שהפסיד מחמתה ע"ש.

קו. יש מהפוסקים שכתבו שהמוחזק יכול לומר קים לי כשטת הראב"ד שפטור, כן כתבו בשו"ת לחם רב לבעל הלחם משנה (סי' ל') ובשו"ת רע"א (סי' קלד) ובשו"ת משפטים ישרים (חסוק, סי' ה' וסי' מד) ובשארית יהודה (דף נט, בתשו' הג"ר שמואל טאצייק) ובשו"ת מהרש"ם (ח"ו סי' קצה) ע"ש.

ד. אמנם גם לשיטות המחייבים אותם בתשלום זהו דווקא כשיוכיחו בעדים כמה הוציאו ק"ז.

כשהוציא יותר מהנהוג

ה. אין הצד המבטל חייב לשלם רק כשהצד השני הוציא כפי המנהג באותו מקום להוציא, אבל אם הוציא יותר מן המנהג, כיון שהוציאה זו לא נעשית על דעת הצד המבטל, הרי הוא פטור מלשלם עליה ק"ח.

ו. ועייין מה שכתבנו בהערה לגבי דין המלבושים שקנו לצורך החתונה אם חייב הצד השני לשלם ק"ט.

אולם שאר הפוסקים כתבו שכיון שבשו"ע נפסק כשיטת הרמב"ם א"כ אין לנו לומר קים לי כנגד השו"ע, וכשיטת הרמב"ם פסקו התשב"ץ (ח"ב סי' קסו) והמהרשד"ם (אהע"ז סי' לב) והרדב"ז (ח"ד סוס"י רלד בתוה"ד). וכן כתבו בשו"ת עין יצחק (ח"א סי' סח) שו"ת ברך משה (גלאנטי סי' ה') אמרי בינה (דיינים סי' כא) שו"ת מגן גבורים (סי' ד' בתשו' מנן המחבר) וערוך השולחן (אהע"ז סי' נ' סט"ז וס"כ) שההלכה כהרמב"ם והשו"ע ואפ"ל להוציא מהמוחזק. ועייין במשפט המזיק שכתב שמצא תשובה אחרת להרע"א (תשובות חדשות אהע"ז סי' י') שכתב בפשיטות לחייב כשיטת הרמב"ם והשו"ע. ובערוה"ש שם ז"ל: וכן נראה המנהג פשוט בכל בתי דינין שהצד העובר מחזיר לצד המקיים הוצאותיו, וע"פ רוב עושים פשרה ביניהם עכ"ל.

קז. שו"ע שם. וכתב בשבות יעקב (ח"ג סי' קיז) שאם ידוע כמה הדרך להוציא על שידוכין כאלו לפי מנהגם חייב לשלם גם בלא עדים. ובלב מבין (ח"מ סי' רמט) כתב שאם אין מביא עדים ישלם מה שנהוג שם בפחות שבשערים. ובערוך השולחן (שם סט"ז) כתב ששמין על פי בקיאת או עפ"י בי"ד כמה הוציא. ובשער המשפט (סי' יד סק"ד) מבואר שאפ"ל כשאין אפשרות לברר אינו נשבע ונוטל כיון שלא נתכוון להזיק עי"ש, וכן כתב באמרי בינה (דיינים סי' כא) עי"ש. אמנם בשו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ה סי' נג) כתב שאם אינו מביא עדים ואין אפשרות לברר עי"ש שומת בית דין, מבואר בנתיבות המשפט שהניזק נוטל בשבועה כדן ניזק שנשבע ונוטל עי"ש.

קח. שו"ת הרדב"ז (ח"א סי' שכט, והובא בבאר היטב שם), שו"ת לחם רב (שם) וטיב קידושין (אהע"ז סי' נ' ס"ג) ושו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ה סי' נג) ולמדו כן מדברי הרמב"ם המובא לעיל עי"ש.

קט. בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' קטו) כתב בדין כלה שהוציאה הוצאות עבור מלבושים יקרים לכבוד הנישואין, ומאחר שהחתן חזר בו, תפסיד מלבושים אלו שירדו מערכם עד שתנשא בשנית או שתצטרך לשנותם, יש לחייבו על הוצאות אלו עי"ש. וכתבו האחרונים דלכאורה יש לתמוה בזה שהרי יש בידה בגדים אלו שהם שוים ערך זה, ומה לי שירד הערך עד שתנשא בשנית, והרי סוכו"ס עתה הם שווים כך ויכולה למכרם, ואולי מדובר באופן שלא תמצא למוכרם כי אם בזול וכעת אין לה שימוש בזה שהם מלבושים יקרים ללבושם בכל יום. ובשו"ת מהר"ש ענגיל (שם) כתב לדון דלפי המ"מ חייב לשלם על המלבושים, ולפי הט"ז שחילק שצריך שיהיה הנזק מיד,

כשהצד השני הוציא הוצאות עפ"י צוויו של הצד המבטל

ז. גם לשיטת הפוטרים את החוזר בו מלשלם את הוצאות הצד השני, מכל מקום זהו דווקא כשלא אמר לו מתחילה להוציא הוצאות אלו, אבל אם אמר לו מתחילה להוציאן, הרי הוא חייב לשלם לו דמיהן^ק.

ה. ויש שכתבו שלפי זה אם סיכמו הצדדים בשעת התנאים להלביש את החתן או את הכלה במלבושי כבוד, והצד השני ביטל את השידוך, חייב הוא לשלם דמי ההוצאות של המלבושים מפני שהוציאן על פי ציוויו^{קא}.

נתחייב ליתן לו קנס כשיחזור בו - אם משלם לו גם ההפסד

ז. התחייבו הצדדים בקנס במידה ויחזרו בהם מהשידוך וחזר בו אחד מהצדדים, אע"פ שהוא חייב לשלם הקנס להצד השני, אין זה פוטר אותו מלשלם לו מה שהפסידו, ונמצא שהוא צריך לשלם לו גם הקנס וגם דמי ההוצאות שהוציא לריק^{קב}. וראה בהערה^{קב}.

כיון שכאן אין הנזק פטור לשלם עליהם ע"ש. {ומה שכתב שלהט"ז פטור מפני שאין ההיזק נעשה מיד צ"ע, דמי כשחזרה בו התברר שקנו המלבושים לחינם}.

ועיין בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ת ח"ד סי' ק"פ) שכתב לענין חתן שהורה לצד הכלה להכין בגדים ואח"כ נמשך הדבר ולא היה החתונה תיכף ואח"כ מתה הכלה וטענו צד הכלה שיקח לו הבגדים שעשה ע"פ ציווי של החתן והוריתי דזה לא היזק ניכר והקלקול אינו ניכר ופטור ודו"ק עכ"ל. ולכאן כוונתו שאין זה הפסד כיון שהבגדים קיימים. ובעיקר דברי השו"ע עיין במהרשד"ם בגליון השו"ע (סי' שפ"ו) שכתב על דברי השו"מ ז"ל: מה שכתב שם בדין ציווה החתן לצד הכלה להכין את עצמם לנישואין ועשו בגדים להחתן קודם הזמן ואח"ז מתה הכלה דהחתן פטור מלשלם הוצאות הבגדים, הוא נכון ופשוט דלא הוי ברי היזקא וההיזק בא ע"י סיבה מן השמים עכ"ל.

קי. שו"ת רע"א (סי' קלד).

קיא. כן כתב בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' קטו). והוסיף דבכה"ג שנכתב בהתנאים לעשות בגדים לפי כבודה, אם כן היתה מחויבת ואנוסה בכך, לכו"ע חייב מדינא דגרמי. וגם אי נימא דלא כדעת רע"א, וגם היכא שציווה לעשותו פטור, היינו היכא שאינו מחויב בכך, משא"כ בנ"ד, לכו"ע הוי ברור היזקא וחייב לשלם עכ"ל. ובאופן כזה אפי' הוציא יותר מהנהוג, כיון שאמור לו שיוציא חייב מדין גרמי.

קיב. שו"ת הרדב"ז (ח"א סי' שכת) ע"ש. שו"ת שבות יעקב (ח"ג סי' קיז) וכן כתב גם בשו"ת הגם שאול (סי' כג) וכן מבואר במנחת פתים (סי' רט) ע"ש.

קיג. בטיב קידושין (סי' נ' סק"ב) הסתפק בזה שכתב שאם מקבל הקנס יוצא שלא הפסיד שהרי קיבל מה שהפסיד, ואפשר שהקנס הוא עבור הבושת ועדיין חייב לשלם על ההפסדים מדין גרמי. ובערך שי (אהע"ז סי' נ' ס"ג) הקשה על הרדב"ז שגם להרמב"ם אינו חייב רק כשאין קנס שהוציא הוצאות על סמך שלא יחזור בו ולכן חייב מדין גרמי, אבל באופן שנתחייבו בקנס שלא

אב שידך את בתו והיא ממאנת להנשא

י. **אב** ששידך את בתו על סמך שהיא תסכים לו, ועתה היא ממאנת ואינה רוצה להנשא, י"א שהאב חייב לשלם לחתן מה שהפסיד ק"ד. ויש פוטרם קטן. ואם הבת הסכימה לשידוך ואח"כ חזרה בה, היא עצמה חייבת לשלם לו ההפסד קט"ז.

כלה שביטלה השידוך מפני שיש לחתן מום

יא. **כלה** שביטלה את השידוך מפני שהחתן יש לו מום ונתברר כן בעדים, הרי היא פטורה מלשלם לו מה שהפסיד בזה שהוציא הוצאות עבור הנישואין לריק ק"ז.

יב. **וכל** זה הוא רק במום שלא היתה יכולה לדעת מזה לפני הנישואין, אבל אם זה היה מום שהיתה יכולה לבררו לפני סגירת השידוך ולא ביררתו, הרי היא חייבת לשלם לו הפסד ק"ח.

ביטלה השידוך מפני שאין החתן מתנהג כראוי

יג. **כלה** שביטלה את השידוך מפני שיצא קול על החתן שאינו מתנהג כראוי, י"א שהיא חייבת לשלם לו הפסד ק"ט. ויש שכתב לחלק, שאם היא טוענת שיצא

סמך עליו והוצרך שיתחייב לו קנס א"כ הוציא ההוצאות על דעת שאם יחזור יקבל הקנס ולא הוציא ההוצאות על פיו. וראה בספר משפט המזיק בח"ב סי' יט (אות ד') מה שביאר שם לדחות סברת הערך שי' ונתבאר להוכיח מדברי הפוסקים שלא כחילוק זה עי"ש.

קיד. כן כתב בשבות יעקב (ח"ג סי' קיז) והביאו הפתחי תשובה (שם סקי"ד) עי"ש. ובשו"ת בית יצחק (אהע"ז סי' קי וסי' קמא) ביאר שאף שגרמי באונס פטור, כאן יש אומדנא שבתחילה הסכים לשלם ההפסדים אם הבת תמאן עי"ש.

קטו. כן כתבו בשו"ת הרמ"ע מפאנו (סי' פא) ובשו"ת לב מבין (חומ"מ סי' רמט) ובזכרון יהונתן (סוס"י ד') עי"ש. וכן כתב בשו"ת ישועות מלכו (סי' מה) שהאב פטור מפני שהוא אנוס עי"ש.

קטז. ישועות מלכו שם, והוסיף שאין מניחים לה להשתדך עם אחר עד שתשלם לחתן מה שגרמה לו להפסיד עי"ש.

קיז. כן כתב בנתיבות משפט על רבינו ירוחם (נתיב כ"ג דף ק"ט) שאם חזרה בה מחמת שנמצא בו מום פטורה. וכן כתב הבית יצחק (אהע"ז סי' קמא) והטעם שהם גרמו לעצמם שלא הודיעו הום קודם השידוך עי"ש. וכשיטה זו משמע בבית שמואל סי' קיז (סקט"ז) שכתב שאם נמצאת הכלה בעלת מום הקידושין בטלים וחייבים להחזיר לחתן כל הוצאותיו עי"ש.

קיח. המהרי"ק (שו"ש י') כתב שאם אחד חזר בו מחמת שנמצא בה מומים חייב לשלם מה שהצד השני הוציא, וכתב בנתיבות משפט שם שבנידון המהרי"ק מדובר שהיה מום שבגלוי שהיה אפשר לברר ובמה שלא בירר גורם לעצמו ההפסד, אבל אם לא היה לו אפשרות לדעת ולברר, פטור עי"ש.

קיט. שבות יעקב (ח"ג סי' קיז). והובא בפתחי תשובה (שם סקי"ד).

הקול ולא נתברר שהאמת כדבריה - חייבת, ואם נתברר שהאמת כדבריה - פטורה קכ.
וי"א שכל שחזרה בה לטובת עצמה ולא נתכוונה להזיקו, פטורה קכא.

הזרו מפני שלצד השני יש מום ותובעות הוצאות

יד. צד אחד שביטל את השידוך מפני שלצד השני יש מום, י"א שהצד השני אין צריך לשלם לצד שחזר בו מה שפסיד במה שהוציא הוצאות עבור הנישואין לריק קכב.

קכ. שו"ת ישועתו מלכו (סי' מה). ובשו"ת שב יעקב (ח"ב סוס"י כג והובא בפת"ש שם) כתב שאם יצא קול שהחתן נכפה פטורה.

קכא. שו"ת נוכח השולחן (סי' יג), וביאר שלהלכה אין חיוב גרמי רק כשנתכוון להזיק והיא לא נתכוונה להזיק רק לטובת עצמה, והוסיף שגם אם נתכוונה להזיקו כיון שהיא עושה כן מפני שהוא קלקל מעשיו הוא הפסיד לעצו ופטורה עי"ש. אולם מש"כ הנוכח השולחן שכיון שלא נתכוונה להזיקו, ראה בספר משפט המזיק בח"ב סי' יג (אות ג) שהוכיח שם שלהלכה אע"פ שהזיק בגרמי ולא היתה כוונתו ומטרתו כדי להזיק, אם הוא ידע שבמעשהו הוא מזיק אף שלא היתה מטרתו להזיק, חייב לשלם, ולפי"ז גם בנידון זה חייב לשלם. וכן הוא סתימת כל הפוסקים שלא כתבו שחיוב זה הוא דוקא באופן זה שהיא חוזרת בה מפני שהיא מתכוונת להזיקו, ומסתימת דברי הפוסקים משמע שבכל אופן שמשום איזה סיבה שהיא אינה מסכימה להנשא לו, הרי היא חייבת לשלם.

קכב. כן כתב הרדב"ז (ח"ד סי' קכ"ד) שאם היה בה מום יכולים לומר היה לך לבדוק אותה קודם שתוציא הוצאות, וגם כמה בעלי מום נשואות הם וכיון שמן הדין מותר לו לקיימה אין לו עליהם אלא תרעומת עי"ש. והביאו הבאר היטב שם. ובתשובות החדשות להרע"א (אהע"ז סי' י) דן בנידון שכנסה בחזקת פנויה ונמצאת מעוברת אם צריכה להחזיר לו ההוצאות, וכתב שכיון שאם הוא רוצה יכול לקיימה אינה חייבת בהוצאה והביא דברי הרדב"ז, אלא שנסתפק שכיון שהיתה מעוברת חבירו היה אסור לו לקיימה והוי מקח טעות גמור שחייב בהוצאות ושאר בצ"ע עי"ש. ועיין בשו"ת תורת חסד (ח"ב אהע"ז סי' לה) כתב לפטור מטעם אחר, שהט"ז חילק שבזרעוני גינה פטור משום שההזיק נעשה לאחר זמן והכלה שחזרה בה נעשה ההזיק מיד, וכן ההזיק לא נעשה בשעת השידוך רק לאחר זמן ולכן אינו בכלל גרמי, והשיג על הבית שמואל (בסי' קיז סקט"ו) שמחייב אותה לשלם כל הוצאותיו עי"ש.

והנה הבית שמואל (סי' נ' סק"ז) כתב שהצד שחזר בו אינו יכול לתבוע הוצאותיו מהצד השני עכ"ד. ויש שהבינו מדבריו שאפ"י היה לו היתר לחזור בו שנמצאת בעל מום מ"מ הצד פטורים כדעת הרדב"ז והתורת חסד. והקשו האחרונים שלכאורה בדבריו בסי' קי"ז מבואר כשיטות החולקים על הרדב"ז. ויש כתבו דצ"ל שבסי' נ' כוונתו שלא נמצא בה מום אלא שחזר מעצמו ולכן הצד השני פטורים, רק שהקשו דק"ק מה החידוש שאינו יכול לתבוע הוצאותיו פשיטא שהוא גרם לעצמו ההזיק, ואולי מש"כ בסי' קי"ז אין כוונתו שחייבים כל ההוצאות, רק הסבלונות והמתנות שנתן ולא מדין גרמי, וכן משמע קצת ברע"א שם שבתשובתו הביא דברי הב"ש בסי' קי"ז, ולגבי הוצאות כתב לפטור ולא הביא שהב"ש כתב שחייב לשלם ההוצאות וצ"ב.

פו. ויש חולקים על זה ולדעתם כיון שבמה שהצד שיש בו מום הסתירו מהצד השני את המום בתחילה הם גרמו לצד השני להפסיד ההוצאות, יש להם לשלם ההפסד שנגרם לצד השניקכג.

מאן להנשא ולאחר שהפצירו בו והסכים חזרה בה היא

פו. חתן שלא רצה להנשא והפצירו בו עד שהסכים, ואז אמרה הלכה כי מאחר שהוא לא רצה אותה מקודם הרי היא חוזרת בה עכשיו, כיון שהוא גרם לעצמו ההפסד, פטורה מלשלם לו הפסדוקכד.

אב המזיק על ידי בנו קטן

מבוא:

א. כלל גדול נאמר בדין שליחות (קידושין מב: ב"מ ט:): והוא שאין שליח לדבר עבירה'. כלומר, אע"פ שבכל דיני התורה שלוחו של אדם כמותו, אבל אם מינה שליח לעשות דבר עבירה אין המעשה מתייחס למשלח אלא השליח עצמו מתחייב. ולפיכך השולח את חבירו להזיק הדין הוא שאין המשלח מתחייב לשלם אלא השליח וכדלהלן;

ב. שנינו בב"ק (נט:): 'השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, פטור בדיני אדם וחיוב בדיני שמים, שילח ביד פיקח, הפקח חייב קכה'. וממשה זו אנו למדים כי הממנה שליח להזיק אחרים, לעולם הוא פטור בדיני אדם. ולענין אם חיוב בדיני

קכג. בשו"ת מגן גבורים (סי' ד' בתשו' מבן המחבר) כתב שזה דומה למה שנפסק בס"י רל"ב בשם הרמ"ה שהקונה מקח ונמצא בו מום אם ידע המוכר מהמום חייב לשלם לו הוצאות הדרך, וגם בנד"ד ידעו ולכן חייבים הם לשלם ההוצאות, וכן כתב בשו"ת עין יצחק (סי' ס"ח) צ שאם יש בו מום דומה למשנת' בשו"ע שם שחייב לשלם ההוצאות עי"ש. {וכתבו האחרונים בדבדעת הרדב"ז והרע"א י"ל שבנמצא מום במקח בדרך כלל חוזר בו הלוקח, אבל כאן הרבה פעמים אין חוזרים בהם כמ"ש הרדב"ז והובא לעיל, ועוד יש לחלק שדעת הרדב"ז (ח"א סי' קצ"א) שהמוכר זרעוני גינה אע"פ שידע המוכר שאינם ראויים פטור לשלם הוצאות שהוציא הלוקח. וכבר הבאנו במקו"א דעת רבים מהפוסקים שכתבו שהמוכר מקח טעות פטור לשלם על ההוצאות עי"ש, ולפי"ז גם כאן תלוי במחלוקת בדין זרעונים אם חייב לשלם או לא}.

קכד. כן הביא הבאר היטב (שם סק"ז) בשם השארית יהודה עי"ש. וראה בשו"ת ישכיל עבדי (שם) מה שכתב בזה.

קכה. ובגמ' שם נחלקו האמוראים ביאור הדין שאם שילח ביד חרש ושוטה פטור, לדעת ריש לקיש מדובר שמסר בידו גחלת, והחרש והשוטה ליבו אותה והדליקה, אבל אם מסר להם שלהבת חייב המשלח מזין אש שהוא הדליק האש. ולדעת רבי יוחנן אפי' מסר בידם שלהבת פטור המשלח כיוון שההזלקה נעשה רק ע"י מעשה החרש והקטן.

שמים, הדבר תלוי, אם השליח שמינה הוא חרש או שוטה או קטן, חייב בדיני שמים, מפני שהוא גרם לזה ההיזק, אבל אם השליח הוא פיקח פטור גם בדיני שמים.

ובראשונים נאמרו שני מהלכים לבאר את החילוק בין כשהשליח הוא פיקח שאין המשלח מתחייב בדיני שמים לבין כשהוא חרש שהמשלח מתחייב בדיני שמים. התוס' (ב"ק נו. ד"ה אלא) כתבו שכאשר השליח הוא פיקח המשלח סבור שלא ישמע לו, אבל כאשר השליח הא חרש יודע המשלח שודאי ישמע לו ולכן הוא מתחייב בדיני שמים. והריטב"א (קידושין שם) ביאר החילוק, שכאשר השליח הוא פיקח, כיון שהשליח עצמו ישלם הנזק שהרי אין שליח לדבר עבירה, נמצא שהניזק לא הפסיד, וא"כ אין לחייב את המשלח בדיני שמים, אבל אם השליח הוא חרש, כיון שאינו חייב לשלם, נמצא שהניזק הפסיד ממונו, לפיכך המשלח מתחייב בדיני שמים קכ"ו.

דין שלח את הקטן עם גחלת והזיק

ג. **שלח** את הגחלת ביד חרש שוטה וקטן, והם ליבו את הגחלת והזיקו בה ממון אחרים, המשלח פטור לשלם בדיני אדם, אבל חייב בדיני שמים קכ"ז, ואם שלח ביד גדול שהוא פיקח, השליח חייב לשלם בדיני אדם קכ"ח. ועיין בהערה בדין אם השליח ברח קכ"ט.

קכו. ובעיקר דין זה יש להקשות, שהרי המוסר ממון חבירו לאנסים חייב מדין גרמי מפני שבגרמתו נטלו האנסים את ממונו, וא"כ אף המשלח את חבירו להזיק יש לו להתחייב מדין גרמי שבגרמתו הוזק ממונו זה. והתירוץ לקושיא זו הוא, שבמוסר ממון חבירו לאנסים ידוע לנו בודאי שהם יגזוהו, והרי הוא כמניח ממונו ביד הארי שודאי יאכלנו. אבל בשולח את חבירו להזיק אין זה ידוע בודאי שישמע לו ויעבור על האיסור להזיק, ולכן אין לחייב את המשלח מדין מוסר. וחילוק זה מבואר בתשב"ץ (ח"א ס" קנו) שכתב שאף שאין שליח לדברי עבירה, מ"מ אם שלח שליח להזיק והשליח מוחזק לעשות ההיזק חייב המשלח מדין מוסר עי"ש, ומבואר כחילוק זה שבכך שליח לדבר עבירה הטעם שאין נחשב מוסר מפני שיתכן שלא יעשנו ולכן אין נחשב שהוא עשה ההיזק. ושיטת התשב"ץ הובא ברמ"א בס"י שפ"ח (ט"ו). ובתרומת הדשן (סי' שט"ז) מבואר שמוסר חיובו משום דהוי ברי היזקא, ובכל אופן שאין ודאי שיהיה ההיזק, ואפי' בגנב מפורסם כיון שיתכן שיחזור בתשובה אין לחייבו מדין גרמי דלא הוי ברי היזקא עי"ש. ועי' בספר משפט המזיק שהביא בשם חי' הרבי ר' שמעלקא (ב"ק דף ע"א) שעמד בזה מדוע אינו חייב מדין גרמי, ותי' דלא הוי ברי היזקא שדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין עי"ש, וראה שם בח"ב (סי' יד אות ד') שבירר שם כמה חילוקים בין מוסר לבין שליח לדבר עבירה עי"ש.

קכז. שו"ע סי' תי"ח (סעיף ז'). ודוקא כשמסר בידם גחלת, אבל אם מסר להם שלהבת להלכה חייב המשלח מדין אש שלו, וכדעת ר"ל המובא בגמ' שם.

קכח. שו"ע שם (סעיף ח'). וכתב הסמ"ע שאפי' אמר לו ע"מ שתפטור, אינו נפטור עי"ש.

קכט. י"א שאם השליח ברח ואינו רוצה לשלם, חייב המשלח בדיני שמים. ומקור הדברים הוא בריטב"א (קידושין מב) שכתב הטעם שאם שלח ביד פיקח פטור המשלח לשלם בדיני שמים,

שלה את הקטן עם גהלת ואמר לו שילך להזיק

ד. יש אומרים כי מה שאמר שהשולח את הגחלת ביד הקטן פטור בדיני אדם היינו דוקא כשלא אמר לו בפירוש שילך להזיק, אבל אם אמר לו בפירוש שילך להזיק חייב לשלם אף בדיני אדם קל. ויש חולקים ולדעתם גם באופן זה פטור המשלח

שהניזק כבר נשתלם הנזק מהמזיק הפיקח, ומשמע מדבריו שאם המזיק לא שילם לו, חייב המשלח לשלם לו בדיני שמים, וכן מבואר בשיטה לא נודע למי (קידושין שם) שאם המזיק לא שילם שברח, חייב המשלח לשלם בדיני שמים עיי"ש. וכן משמע בתוס' הרא"ש בקידושין שם. ונראה שמה שנסתפק בזה התורא"ש, מפני שלא היה לו ברור שלא כהתוס' וצ"ע. והש"ך בס"י לב (סק"ג) כתב להלכה כשיטת הריטב"א ודלא כהתוס' עיי"ש.

ומצד שני שיטת התוס' הוא שלא כהריטב"א ולדעתם גם אם המשלח אינו משלם פטור אף בדיני שמים. ומקור הדברים הוא מדברי התוס' (ב"ק נו: ד"ה אליבא) שביארו הטעם שאם שלח ביד פיקח אינו חייב בדיני שמים, שהיה סבור שלא ישמע לו, ולפי"ז אפי' כשאין השליח משלם פטור המשלח. וכשיטת התוס' פסק הרמ"א בס"י ל"ב (סעי' ב). וכתב במשפט המזיק שעכצ"ל כן בדעת התוס' שאפי' אם לא שילם השליח פטור המשלח, שאם מדובר שהפיקח כבר שילם אין סברא שיתחייב המשלח ומדוע הוצרכו לבאר טעם אחר, וע"כ שהתוס' למדו שבכל אופן פטור ולכן הוצרכו לבאר טעם הפטור שסבר שלא ישמע לו. ובשו"ת בית שמואל האחרון (סי' יב, הובא בפתחי תשובה סי' תי"ח סק"א) כתב שגם לפי הש"ך (המובא בהערה הקודמת) אם הפיקח לא שילם אין המשלח חייב, שאין חיוב בדיני שמים אלא כשהיה הזיק ברור אבל כאן לא היה הזיק ברור. ועוד נסתפק אם שלח שליח שיעשה הזיק שיתחייב עליו רק בדיני שמים, אם המשלח חייב לשלם בדיני שמים עיי"ש. וראיתי במשפט המזיק שכתב על דבריו דמש"כ שלדעת הש"ך פטור המשלח מפני שאין זה ברור ההזיק, דבריו תמוהים, שהרי כמה וכמה הזיקות מבואר בגמ' שחייב בדיני שמים אע"פ שאין ההזיק ברור כלל וצ"ע. וכבר הובא לעיל שבשיטה לא נודע למי מפורש שלא כדבריו.

קל. כן כתב הריטב"א בב"מ (י:) עיי"ש. וכן פסק המחנה אפרים (נזקי ממון סי' ז). והביא דבריו להלכה בשו"ת דברי מלכיאאל (ה"ד סי' קל"ח). וכן דעת הנמו"י בב"מ (שם) שכתב שאם שלח שליח שאינו בר חיוב כגון קטן, חייב המשלח אפי' בשליחות לדבר עבירה, והקשה עליו הש"ך (סי' קפ"ב סק"א) שהרי השולח את הגחלת ביד חש"ו פטור, וביאר הנתי"מ (סי' קפ"ב סק"א) שהנמו"י מחלק כהריטב"א שודקא כשלא אמר לו להזיק פטור, אבל אם אמר לו להזיק חייב. וכן כתב הסמ"ע (סי' תי"ח סק"ז) וז"ל: "ונראה דה"ה אם ראובן אמר לשליח שאינו בר חיוב כגון חרש שוטה וקטן קרע בגד שמעון, והחש"ו קרעו לפני שמעון ושותק, דחייב ראובן המשלח" עכ"ל. והש"ך (שם סק"ט) תמה עליו שהרי השולח אש ביד חש"ו פטור עיי"ש. וכתב הבית אפרים (יו"ד סי' ס"ב) שהסמ"ע מחלק כהריטב"א והנמו"י שאם אמר לו בפירוש להזיק חייב. ובהבית אפרים שם והבית יעקב (סי' שפ) ביארו עפ"י שיטת הסמ"ע את דברי הבעה"ת המובא בקצוה"ח (סי' שפ"ו סק"ג) לענין השורף שטר עיי" קטן, וביארו עפ"י הסמ"ע שמדובר שאמר לו לשורף שהמשלח חייב בתשלומין עיי"ש.

בדיני אדם קלא. ונחלקו הפוסקים בביאור השיטה המחייבת את השולח באופן זה, יש שכתבו שטעם החיוב הוא מדין גרמי קלב. ויש שכתבו שטעם החיוב הוא מדין שליחות, ומפני שבקטן יש שליח לדבר עבירה קלג.

אב השולח את הבעירה ביד בנו קטן

ה. עיין מה שהבאנו בהערה לפענ"ד בס"ד כמה נימוקים שלפי"ז נראה לחדש בס"ד שגבי אב השולח את הבעירה ביד בנו הקטן דינו שונה מכל דין הקטן שהבאנו לעיל, ואביו המשלח יתחייב ולא בנו הקטן קלד.

קלא. ראה בהערה הקודמת מדברי הש"ך (סי' קפ"ב סק"א, וסי' תי"ח סק"ט) שמבואר מדבריו שאין חיוק בזה ואפי' אם אמר להם להזיק פטור. וכן כתב הנתיה"מ (שם) שהתוס' (בב"מ דף י' ד"ה דאמר) חולקים על דברי הנמו"י ובכל אופן הרי הם פוטרים את המשלח וכן מפורש במאירי (ב"ק דף נט) שאפי' אמר לו לקטן שיזיק פטור. וכן כתב הדברי משפט (סי' קפ"ב סק"א) בדעת הרא"ש שאפי' אמר לו להזיק פטור כיון שאין ההזיק נעשה מיד עי"ש. והבית אפרים שם כתב בדעת הש"ך שאין לחייבו מדין גרמי דהוי כמו שיסה בו את הכלב שנחשב גרמא ופטור. {ועי' במהרש"ם (ח"ב סי' קה) שדן בנידון הדברי מלכיאל המצוי לעיל, וכתב שנחשב גרמא ולא חייבו מטעם המחנ"א כמו שחייב הדברי מלכיאל, ולכאו' מוכח שחולק על הדברי מלכיאל}.

קלב. כן כתב המחנה אפרים (נזקי ממון סי' ז). וכן ביאר הדברי משפט (סי' קפ"ב סק"א) וכן כתב בבית יעקב (סי' תי"ח) בכוונת הסמ"ע המובא לעיל. והנה המחנה אפרים והדברי משפט הקשו על הריטב"א שבגמרא בקידושין (שם) מבואר שהשולח את הבעירה ביד חשו"ו אינו חייב מדין שליחות מפני שאין שליח לדבר עבירה, ולדברי הריטב"א קשה שהרי מדובר שלא אמר לו להזיק, ואם אמר לו להזיק המשלח חייב מדין גרמי ומדוע אמרו בגמרא שטעם הפטור הוא מפני שאין שליח לדבר עבירה, ותי' המחנה אפרים שבגמ' בקידושין מדובר בקטן בן דעת שאפשר שלא יציית לו ולא יזיק, וכיון שאינו ברי היזקא פטור מדין גרמי ומדין שליחות פטור שאין שליחות לדבר עבירה עי"ש. והדברי משפט שם תי' שבגמרא מדובר שלא אמר לו להזיק לפלוני, ולכן אין לחייבו מדין גרמי שאין ברי היזקא שאין ידוע למי יזיק, אבל הריטב"א כתב כן דוקא כשאמר לו שיזיק לפלוני שברי היזקא ולכן חייב מדין גרמי וכתב לבאר כן גם בדעת הנמו"י עי"ש.

קלג. הנתיות המשפט (סי' קפ"ב סק"א) ביאר בדעת הריטב"א שסובר שהקטן לא נתמעט בשליחות לעשיית מעשה, וקטן שאינו בר חיובא נעשה שליח לדבר עבירה וכן ביאר בדעת הנמו"י. וכן כתבו הדברי יחזקאל (סי' נז) ובחי' ר' שמואל (ב"מ סי' יז) בכוונת הריטב"א עי"ש וכן מדוקדק בלשון הריטב"א למעייין בדבריו. ולפי דבריהם יש לבאר שזהו גם כוונת הסמ"ע המובא לעיל. {וראה בדברי יחזקאל ובחי' הגר"ש שכתבו ליישב הגמ' בקידושין המובא בהערה הקודמת}. ויש נפק"מ להלכה בין ביאור המחנ"א לביאור הנתיה"מ, דלפי המחנ"א דוקא כשהיה ברי היזקא חייב המשלח מדין גרמי, ולפי הנתיה"מ דחייב מדין שליחות, אפי' כשלא היה ברי היזקא חייב.

קלד. לפענ"ד היה נראה לחדש בס"ד שהגם שלגבי שליח קטן התבאר לעיל בס"ד שיתכן שגם בו נאמר הדין דאין שיח לדבר עבירה, מכל מקום לגבי אב השולח את בנו קטן עם הבעירה

נראה לכו"ע שלא יהיה בו דין אין שליח לדבר עבירה אלא לכו"ע יהא דינו שהמשלח חייב ויש שליח, וזאת מכמה נימוקים הנלפענ"ד בס"ד:

א. דהנה בהאי דינא יש אומרים שאם השליח הוא אדם המוחזק להזיק ובודאי יעשה שליחותו, יש בזה שליח לדבר עבירה והמשלח מתחייב לשלם, ומקור הדברים הוא בדברי הרמ"א בס"י שפ"ח (סעיף טו) שהביא בשם התשב"ץ (ה"א סי' קנו) שאם שלח אחד לעשות מסירה למלכות חייב המשלח משום שבמוחזק לעשות דבר זה יש שליח לדבר עבירה, שלא שייך לפוטרו משום שסבר שלא ישמע לו, שהרי ידוע לו שישמע לו עי"ש. ובשבות יעקב (ח"א סי' קסד וח"ב סי' קסה) הביא שיטה זו עי"ש. והרע"א (בהגהות לסי' קפ"ב ס"א) דן בשלח שליח שהוא מומר להכעיס וכתב שתלוי בטעם שאין שליח לדבר עבירה שלפי הטעם שהמשלח סבור שלא ישמע לו, לא שייך כאן טעם זה שהרי ידוע לו שישמע לו, וציון לסי' שפח שנתבאר שם סברא זו עי"ש. ולפי"ז היה לכאורה נראה שגם לגבי קטן שאביו מצוהו לשלח את הבעירה וכדו' שהיות שהדבר ברור בדרכו של עולם שהבן הקטן יעשה את מה שאביו מצוהו לעשות, א"כ היות שהשליח שהוא הקטן במקרה זה הרי הוא מוחזק להזיק ואנו אומרים שבודאי יעשה שליחותו אנו אומרים שיש בזה שיש שליח לדבר עבירה ואביו יתחייב לשלם על כך, ודו"ק.

אמנם הרי יש חולקים ולדעתם גם במשלח כזה המשלח פטור מלשלם, עיין בזה בש"ך שם (סקס"ז) שחולק על התשב"ץ והרמ"א, וכתב שגם התשב"ץ לא כתב כן אלא בנידון שנשאל עליו שם מפני שצירף עוד טעמי שם עי"ש. וכן השיג בקצוה"ח (שם סק"ב) על התשב"ץ עי"ש. וטפי מינה כתב התרומת הדשן (סי' שטו) שאפי' הראה לישראל המוחזק לגנוב היכן המקום שיוכל לגנוב בו, אין המראה חייב מדין גרמי ומדין מוסר דהוי גרמא משום שיתכן שיחזור בתשובה ולא יגנוב ולא הוי ברי היזקא, ומבואר שאפילו כשהוא מוחזק לגנוב אמרו' דאין שליח לדבר עבירה עי"ש. ולכא' לשיטתם אי אפשר להוכיח כדבריהם לגבי מה שרצינו לכתוב בס"ד לגבי דין אב, ויל"ע.

ב. עוד היה נראה לפענ"ד בס"ד להוכיח שלגבי אב הדין הוא שונה, דהנה לגבי דין אין שליח לדבר עבירה יש אומרים שאם השליח היה שוגג בעשיית העבירה, המשלח חייב, מפני שלדעתם כשהשליח שוגג יש שליח לדבר עבירה, וכן דעת התוס' (בב"ק דף עט ד"ה נתנו ובבמ"מ דף ט) והובא בנמו"י (בב"ק שם), וכדעה זו משמע בביאור הגר"א סי' שמוח (סקכ"ז) עי"ש. ולכאורה כן היה נראה לומר בס"ד שלגבי בן אצל האב כיון שהבן סומך על אביו שכל מה שהוא עושה הרי הוא עושה דבר טוב ולכן הוא נקרא שוגג לגבי זה וממילא שייך בי' הדין דיש שלד"ע.

אמנם גם על זה יש חולקים ולדעתם גם כשהשליח היה שוגג הדין הוא שאין שליח לדבר עבירה, ומקור הדברים הוא מדברי הש"ך בסי' שמ"ח (סק"ז) שהביא בשם הנמו"י (בב"ק שם) והריטב"א בקידושין שחולקים על התוס' וסוברים שאפי' אם היה השליח שוגג הדין הוא שאין שליח לדבר עבירה עי"ש.

אמנם אולי אפ"ל ולתרץ שגם לשיטת הש"ך שאין שליח לדבר עבירה גם בשוגג מכל מקום לגבי שוגג הדין שונה, והוא עפ"י דברי המחנ"א שהבאנו בהמשך הדברים בס"ד שכתב בשולח להזיק והשליח הוא שוגג שיתחייב המשלח מדין גרמי, אמנם ראה להלן שהבאנו שיש חולקים על דברי המחנ"א. וא"כ אין בהכרח ראייה לגבי אב ובנו הקטן שיהיה מחמת כן דין דיש שליח לדבר עבירה. מה גם שבנדוע ביהודה (אהע"ז קמא סי' עח י"ג) הביא תשו' רבי צבי הירש בעל תפארת

צבי שכתב שבמזיק כיון שאדם מועד לעולם מודה התוס' שהשליח חייב לשלם ולכן אין המשלח חייב לשלם ע"ש, ועי"ש בנוב"י שבהמשך תשובתו חלק על דבריו והשיג על חילוק זה, אבל אם כנים הדברים בודאי שאין אנו יכולים להביא ראיה שלגבי אב הדין יהיה שונה.

ג. נימוק נוסף היה נראה לפענ"ד בס"ד להוכיח על הדין של שליח לדבר עבירה שלכאורה הוא חידוש דין מיוחד לגבי אב ובנו הקטו שדינו משתנה מכל שולח את הבעירה, והוא עפ"ד המחנה אפרים (נזקי ממון סי' ז') שכתב לחדש בדין הראה לחבירו כלים של אחרים ואמר לו שהם שלו ושיזיקם על מנת להפטר והלך הלה והזיקם, ואז התברר שלא היו הכלים שלו אלא של אחרים, ייסד לן המחנ"א שהדין הוא שהמזיק פטור מפני שהיה אנוס בדבר, והמשלח חייב מדין גרמי. והמחנ"א כתב כן עפ"י דברי הריטב"א המובא לעיל שבאופן ששלח שליח אחד שודאי יזיק, אע"פ שאין שליח לדבר עבירה מ"מ הדין הוא שחייב מדין גרמי, והוסיף שאפי' לשיטת הראשונים שבשוגג אין שליח לדבר עבירה, מ"מ בשלח להזיק חייב המשלח מדין גרמי ע"ש. } וכבר הבאנו לעיל את חי' הרבי ר' שמעלקא שכתב בדעת התוס' שאם השליח הוא שוגג חייב המשלח, שכוונת התוס' שחייב מדין גרמי ע"ש, והוא כשיטת המחנ"א.

והנה לכאורה היה נראה לומר עפ"ד המחנ"א שלגבי אב השולח את בנו קטן בשליחות לדבר עבירה יהיה בזה דין שליחות, שכיון שהבן - בפרט אם הוא בן קטן - הרי הוא סומך על אביו שכיון שאמר לו אביו שיזיק את זה או ישלח את הבעירה - אם כן הרי ודאי שהדבר הוא של אביו - או לכל הפחות יודע הוא שמוותר לעשות דבר זה ולכן נימא שיש בזה דין שליח לדבר עבירה. אמנם גם על שיטת המחנ"א מצינו חולקים, עיין בחידושי רבינו מאיר שמחה (ב"ק דף צב.) שהביא את דברי המחנ"א שלמד דין זה מהריטב"א, והוא חולק עליו וכתב ביאור אחר בכוונת הריטב"א. וכתב שם בחידושי רמ"ש: רק משום גרמי צ"ע אם חייב והנה יש בזה גדרים רבים וחילוקים דקים וסתירות רבות אין לעמוד עליהם, רק לשיטת הרמב"ם בפורץ גדר בפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה דחייב בנזיקה משום גרמי כ"ש הכא דחייב, ובכל זאת יש לדחות וכו' וסוף דבר אין לפנינו בראיותיו להכריע מה וצ"ע בכל זה עכ"ד.

ועוד ראיתי באחרונים שכתבו דיש לדון שהמחנה אפרים למד כן מדברי הריטב"א שהאומר לקטן להזיק חייב מדין גרמי, אמנם כבר נתבאר שהנתי"מ ביאר בכוונת הריטב"א שחיובו מדין שליח לדבר עבירה שאינו בר חיובא, ולפי"ז אין ללמוד מדברי הריטב"א שהמשלח חייב מדין גרמי. ד. ובר מן דין צריך אתה לידע שיש אומרים שאם המשלח אינו בר חיובא, המשלח חייב, מפני שלדעתם כשהשליח אינו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה. ומקור הדברים הוא מדברי הרמ"א בס' שמ"ח (סעיף ח') ובס' קפ"ב (סעיף א') הביא בשם ההגהות מיימוניות שאם השליח אינו בר חיובא המשלח חייב, שפסקו כשיטה בגמ' (בב"מ דף י'): שאם השליח אינו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה ע"ש. וראה לעיל בשם הריטב"א והנמו"י לגבי קטן שיש שליח לדבר עבירה, שכתב הנתי"מ בדעתם שחייב מטעם זה שאינו בר חיובא. וכשיטה זו פסק השבות יעקב והובא בפתחי תשובה (שם סק"ג) ע"ש.

אמנם גם על זה יש שחולקים וסוברים שגם כשהשליח אינו בר חיובא הדין הוא שאין שליח לדבר עבירה והמשלח פטור עיין בזה בש"ך בס' קפ"ב (סק"א), ע"ש שהוכיח כן מדברי הראשונים שלהלכה אפי' אם השליח אינו בר חיובא אין שליח לדבר עבירה ע"ש, והביא דבריו הנתי"מ

הביא קטן למקום ההזיק והזיק

יש שכתב שאב שהביא את בנו הקטן או את התינוק והושיבו על השולחן והלך הקטן והזיק כלים שעל השולחן, הרי הוא כמעמיד בהמה על הקמה וחייב לשלם קלה, וראה בהערה קלו.

פרק שלישי: האב בהלכות הלוואה

א. המלווה על המשכון קלז, בין שמשכנו בשעת הלוואה קלח ובין שלא בשעת הלוואה קלט, יש אומרים שדינו כשומר שכר על המשכון { -ולשיטה זו אם נאבד המשכון

בחידושים שם.

קלה. נחלת אליהו (להגר"א דושניצר ז"ע, בהערות וחידושים אות ק"ח), וכבר הבאנו לעיל את דברי השו"ת הר צבי (חו"מ סי' קלד) שדן באשה שנכנסה עם ילד קטן למקום שמוכרים ביצים והקטן שיבר הביצים, וכתב שאין לחייב משום מעמיד דלשיטת התוס' חיובו הוא רק מדין שן ולא שייך באדם, ולשיטת הרשב"א דוקא בבהמה שודאי תאכל אבל כאן אינו ודאי שיזיק עי"ש, ומבואר בדבריו שאם ידוע שהקטן יזיק חייב לשלם לדעת הרשב"א.

קלו. וראיתי באחרונים שכתבו להעיר שבדברי הנחלת אליהו מבואר שאע"פ שהקטן עדיין צריך לילך מעצמו למקום שיזיק, כיון דהוי ברי היזקא נחשב מעמיד, אולם כבר הבאנו לעיל בשם החזו"א שדוקא כשהעמיד הבהמה באופן שאינה צריכה לעשות שום פעולה חוץ מהאכילה, אבל אם צריכה ללכת אע"פ שודאי תלך אין זה נחשב למזיק בידים.

קלז. עי' רמ"א סימן עב סוף סעיף ג דה"ה כשלא הלווה משלו, אלא שלוה עבורו מעכו"ם על משכון שלו, וקיבל ממנו משכון אחר, ועי' בנו"כ שם. ועי' עוד שם בדין משכון עבור חפץ שאול אם שייך ביה פרוטה דרב יוסף (עי' ש"ך סימן שה סק"ז ובנה"מ שם סק"ג).

ובדין אם יכול המלוה להקדיש המשכון שביד המלוה נתבאר בס"ד בארוכה בערך משכון ועי' בזה בש"ך ביו"ד סימן רנח סעיף ז' ועי' שו"ע יו"ד סי' רכא סעי' ז', וע"ע בש"ך שם שכתב שלכו"ע יכול הלוה למכור המשכון שביד המלוה וגם זה צריך לפרש במה ששוה יותר מהחוב, אבל מה שכנגד חובו שיתכן שלא יפדנו, הבעל חוב מוקדם לגבות חובו מהמשכון ועי' דברי חיים דיני מכירה סי' לד שתמה על דברי הש"ך ומדעתו נראה שס"ל שאינו יכול למכור משכון אף במה שיותר מכנגד חובו, עי"ש שהאריך עוד בזה.

קלח. וגדריו ופרטיו התבארו בערך מלוה על המשכון. וע"ע משכון.

קלט. עי' ש"ך סימן עב סוף סק"ט ובסימן צז סק"ה שאם משכנו שלא ברשות חייב אף באונסין (וכתב באמרי ברוך בשם הריטב"א שאם נאנס חייב כשעת לקיחת המשכון) ובקצוה"ח סימן עב סוף סק"ג ובסימן צז סק"ח כתב שאין דינו כגזלן, שהרי נטלו בחובו, ומה שחייב באונסין אינו אלא משום דמסתמא ע"ד כן נטלו שאם יאבדו מעותיו, והיינו דוקא כנגד מעותיו, אבל שלא כנגד מעותיו פטור מאונסין, ודלא כדמשמע מדברי הש"ך. וכתב בפתחי (חושן הלוואה פ"ח הערה יג) שלכאורה צ"ע שבשו"ע סימן שנט סעיף ו' כתב בהדיא שהחוטף משכון שלא ברשות בית דין,

או נגנב^{קמ}, אם המשכון שווה בדמי החוב אין לאחד על חבירו כלום, ואם שוה פחות מדמי החוב משלם הלוח היתרון, ואם שוה יותר מהחוב מחזיר המלוה היתרון^{קמא}. ויש אומרים שאין דינו אלא כשומר חנים על המשכון, {-ולשיטה זו אם נגנב או נאבד אע"פ שווה יותר מהחוב אינו צריך להחזיר ללוח היתרון^{קמב}, אבל מה ששוה המשכון כנגד החוב הפסיד ואינו יכול לגבות מן הלוח^{קמג}}.

אע"פ שחייב לו ה"ז גזלן, ואצ"ל אם נכנס לבית חבירו ומשכנו (עי' ש"ך שם שדן אם נפסל לעדות, ועי' שו"ת שב"י ח"א סימן קנב), וכבר עמד בזה בשו"ת אחיעזר ח"א סימן כב, עי"ש באריכות, וכן באבן האזל פ"ו מהלכות מלוה.

קמ. עיין פתחי חושן שם שהביא משו"ת מהר"ם שיק חו"מ סימן מה שכתב שאף אם דינו כש"ש, אם נגנב באונס, אף לדעת האומרים שש"ש חייב בגניבה באונס, כמ"ש בסימן שג סעיף ב (וציין שם לפת"ח [ח"ג] דיני שומרים פרק ג סעיף ג), במלוה על המשכון שאינו מקבל שכר ממש פטור, וגם בשו"ת חת"ס חו"מ סימן טז מצדד להקל בדיני שמירה במשכון.

קמא. שו"ע סימן עב סעיף ב, שנהנה מפרוטה דרב יוסף, והיינו שבשעה שעוסק במצות הלואה ופטור באותה שעה מלתת פרוטה לעני, בההיא הנאה נעשה ש"ש, ודעת כמה פוסקים דלאו משום פרוטה דשעת הלואה הוא אלא משום שעת שיטוח וניעור, והיינו בשעה שטורח בשמירת המשכון פטור מלתת פרוטה לעני מדין עוסק במצוה, עי' ש"ך סק"י ובנה"מ סק"ז. ובהלכה זו דמלוה על המשכון יש אריכות גדולה בראשונים ובאחרונים, והארכנו על כך בס"ד בערך 'מלוה על המשכון'.

קמב. רמ"א סימן עב סעיף ב לדעת כמה פוסקים דהלכה כרבה דלית ליה דין פרוטה דרב יוסף, ודעת הש"ך ס"ק יז שאפילו לשיטות הפוסקים כרבה, היינו דוקא במשכנו בשעת הלואה, אבל שלא בשעת הלואה, מ"מ קונה מדר' יצחק ונעשה ש"ש משום שיכול לקדש בו אשה, או משום דתפיס ליה אזוזי (בשער המלך פ"ה מהלכות אישות מסתפק אם מדר' יצחק קונה שהיא חשוב לכם לענין לולב ביו"ט ראשון, ועי' אורחות חיים סימן תרמט סעיף ד' ובהגהות מהרש"ם שם, ובאמרי בינה סוף חלק או"ח אות יג). ולמעשה סיים הרמ"א שמשפיקא לא מפקינן ממונא, ועי' ש"ך ובאחרונים שם לענין טענת קים לי.

וכתב בשער המשפט שאע"פ שלכאורה במה שכנגד החוב אין נ"מ בין השיטות, מ"מ יש נ"מ באם המשכון הוא שטר, שלדעת המחבר שמעיקר הדין הוא ש"ש, הרי אין דין שמירה בשטר, ואינו מפסיד כלום, אבל לדעת הרמ"א שמעיקר הדין הוא שומר חנים, אלא שכנגד החוב חייב משום דהוי כאילו התנה, א"כ ה"ז קיבל להתחייב אף בשטרות, ואע"פ שבעלמא אין שומר מתחייב בשמירת שטרות אלא בקנין, במשכון מתחייב בלא קנין, שלפי סברת התוס' הוי כאילו מחל לו החוב אם יאבד המשכון, ומחילה א"צ קנין. ועי"ש בפתחי חושן הערה יג.

קמג. רמ"א שם, ואע"פ ששומר חנם פטור מגניבה ואבידה, כתבו הסמ"ע והש"ך בשם התוס' דהוי כאילו התנה בפירוש שאם יגנב או יאבד יפסיד חובו.

וכתב הש"ך סק"כ בשם מהר"י בן לב דה"ה אם נגנב חלק מהמשכון ונשאר במשכון כנגד כל החוב, אין המלוה מפסיד כלום, שעיקר סברת התוס' הוא דאנן סהדי דאדעתא דהכי נתן משכון

ג. מת המלוה נעשה בנו שומר על המשכון כאביו קמ"ד וצריך לעסוק בשמירת המשכון כדין כל שומר בפקדון קמ"ה.

שלא יוכל לתבוע ממנו אם לא יחזיר לו המשכון, א"כ כיון שמחזיר לו כנגד החוב א"צ להפסיד מחמת הגניבה, שהרי מעיקר הדין אינו אלא שומר חנם. וכתב בשער המשפט עפ"י דבריו, שה"ה אם נגנב חלק מהמשכון והנשאר אינו שוה כנגד החוב, אין הלוה יכול לסלקו כנגד מה שנשאר, שיכול המלוה לומר לדידי שוה לי כנגד כל החוב, עיי"ש. ועי' שו"ת חת"ס חו"מ סימן נז שנשאר בדין הלוהו על המשכון מאה זוז ופרע ע"ה ונשאר חוב כ"ה ואבד המשכון, שדעת השואל שיש לחייבו כש"ש כנגד החוב שהיה תחילה, אבל החת"ס דחה דבריו והעלה שהלוה פטור וגם המלוה פטור.

ועיין בקצה"ח סק"ז שמסתפק במשנו שלא בשעת הלוה ונגנב חלק מהמשכון מה דינו, ולדעת רש"י שקונה משון מדר' יצחק להתחייב אף באונסין, מסתברא שהמלוה מפסיד החלק היחסי לפי הערך הנגנב, אבל לדעת התוס' שמדר"י אינו קונה להתחייב באחריות אלא משום הנאה נעשה ש"ש, מספיד המלוה כל חלק הגניבה, עיי"ש. ומ"מ לדעת הרמ"א שאפילו שלא בשעת הלוה אינו אלא שומר חנם, כמ"ש הש"ך ס"ק יז בדעתו, נראה שלעולם אינו מפסיד כלום, וכמ"ש הריב"ל. ועי' ערך ש"י ריש סימן רצא בשם שו"ת מהר"ם מינץ, וכתב בפתחי חושן שנראה על פי דבריו דה"ה בשנים שהלוו לאחד זה מנה וזה מאתיים, ונתן משכון אחד עבור שניהם, והיה מונח אצל אחד מהם, שאם הוא שומר חנם ונגנב בפשיעה חייב על הכל, וגם על חוב חבירו שנפסד, ואם לא פשע שניהם הפסידו חובם, אבל על המותר מן החוב שניהם חולקים בשוה. וכ"כ בשער המשפט בשם המהרש"ל עפ"י דברי המהר"ם מינץ, אלא שהשע"מ כתב דהיינו לשיטת המחבר שדינם כש"ש, אבל לדעת הרמ"א שאינו מפסיד אלא כנגד המשכון, פשוט שהמלוה מנה אינו נפסד אלא מנה, אא"כ נאבד בפשיעה, ועי"ש בדין נאבד חלק מהמשכון אם חולקים הפסד בשוה או לפי ערך ההלוואה (ויש לעיין בדברי המהר"ם מינץ דאיירי במשכון של עכו"ם, לדעת האומרים שאין דיני שמירה בנכסי עכו"ם).

קמ"ד. שו"ע סימן עב סעיף ו', ולדעת המחבר דינו כשומר שכר ולהרמ"א כשומר חנם, ועי' ש"ך שם ס"ק לו בשם המהרש"ל ובקצות החושן ונתיבות המשפט שם ובשו"ת בית אפרים חו"מ סימן ס'. וכתב בנתי"מ שאם היורש קטן הדין הוא שהוא פטור בכל גווני, משום שאין דין שמירה לקטן. ובערוך השולחן כתב עוד שאם אין היורש יודע מהמשכון אין עליו דיני שמירה כלל. כתב הש"ך בשם הרשד"ם חו"מ סימן צח שאם צוה המלוה להחזיר המשכון בחנם ואח"כ נאבד, פטורים היורשים, שעיקר דינם כש"ש הוא משום דתפיס ליה אזוזי, וכאן לא שייך טעם זה, ואפילו לדעת הפוסקים שגם לאחר הפרעון נשאר שומר שכר אע"ג דלא שייך טעם דתפיס ליה, שאני התם לגבי מלוה עצמו שמשתעבד בשעת הלוואה, אבל היורשים לא נשתעבדו אלא משום הנאה דינם כש"ש, וכשפסקה ההנאה שוב אין דינם כשומר שכר, ועי' רשד"ם שם שנראה שלא סמך על סברא זו לבד לפטור את היורשים בנידון דידיה אלא בצירוף עוד טעמים.

קמ"ה. מבואר בפוסקים שהמלוה דינו כשומר וצריך לעסוק בשמירת המשכון כדין כל שומר בפקדון, והיינו בשיטוח וניעור וכיוצא בזה כמו שנתבאר בסימן רסז גבי אבידה ובסימן רצב גבי פקדון (וכשמשתמש במשכון לצורך שמירתו, נראה שגם מותר ליהנות בעת ההשתמשות, באופנים שמותר באבידה

ג. **ראובן** שהלוה מנה לשמעון ומשכן לו ספרים ונאבדו הספרים באונס, וטוען הלוה ששלח בו יד שהקרא בהם לבניו והשאלים לאחרים, והמלוה הודה בכך, אלא שטוען שבשעת הלוואה נתן לו רשות לכך, נסתפקו הפוסקים אם נעשה מלוה כשואל משום שנתן לו רשות להשתמש בהם, כדין מפקיד מעות שאינם צרורים, או נעשה כגזלן אם לא נתן לו רשות קמיו.

ובפיקדון, ואין בזה משום ריבית, כיון שאינו נהנה מן הלוה אלא משום צורך המשכון, כן כתב בפתחי חושן, ומבואר בש"ך סימן עב ס"ק קסז שבזה חמור משכון מפקדון, שבפקדון אם המפקיד בעיר פטור משיטוח וניעור, שיבא המפקיד עצמו ויקחנו לשטחו ולנערו, אבל במשכון לא יתן לו המלוה. ובערוה"ש סוף סימן רצב כתב שגם לבא לבית המלוה ולנערו שם אינו יכול, שהמלוה יקפיד עליו.

וכתב בד"ג כלל נד סימן מג בשם שו"ת שו"מ מהדו"ג ח"ג סימן מז שבמשכון שטרות שאין בהם דיני שמירה, מ"מ אם אבד המשכון אבד מעותיו, משום שסמך על המשכון, ומשמע שבמה ששוה יותר מן החוב פטור, וכעין זה כתב בשו"ת בית יצחק חו"מ סימן יד, ובכלל צו סימן נו כתב ד"ג בשם שו"ת שאילת שלום מהדו"ת סימן רנא במי שמסר שטר קנין בית כמשכון, כיון שאין דיני שמירה בשטרות פטור המלוה, ומשמע מדבריו שאפילו כנגד שווי המשכון פטור, ודלא כדעת השו"י, והד"ג כתב לחלק בין שט"ח לבין שטר קנין, עיי"ש, ויל"ע.

קמו. כתב הרשב"א (ח"ב סימן שלב), ראובן הלוה מנה לשמעון ומשכן לו ספרים ונאבדו הספרים באונס, וטוען הלוה ששלח בו יד שהקרא בהם לבניו והשאלים לאחרים, והמלוה הודה בכך, אלא שטוען שבשעת הלוואה נתן לו רשות לכך, ונסתפק השואל אם נעשה מלוה כשואל משום שנתן לו רשות להשתמש בהם, כדין מפקיד מעות שאינם צרורים, או נעשה כגזלן אם לא נתן לו רשות. והשיב הרשב"א שאם התנה בשעת הלוואה שישתמש בספרים בלא נכייטא הרי זה רבית קצוצה שיוצאה בדיינים, ובספרים בודאי נפסדין בקריאה, וכ"ש בקריאת התינוקות (והעיר הפת"ח על כוונת הרשב"א בזה, דמאי נ"מ אם יוצאה בדיינים או לא, דבשלמא אילו היינו דנים על שטר השימוש או על הפחת שפיר יש לומר דכיון שהוא רבית קצוצה ויוצאה בדיינים, חייב לשלם, אבל מדברי הרשב"א משמע שעיקר הדו"ד היה על גוף הספרים שנאבדו, ומה רבית יש בזה), אבל אם התנו בנכייטא, כיון שהתנו בהיתר, דינו כשוכר שפטור מאונסין. שוב כתב הרשב"א שאפילו לא התנו על נכייטא אינו נעשה כשואל, שאינו נעשה שואל אלא כשכל הנאה שלו, אבל כאן כשהלוה לו מעות בתנאי שישתמש בספריו, הרי זה כוונתן לו שטר עבור ההשתמשות, וכמו שאמרו השאלני ואשאלך שניהם נעשים שומרי שטר. ובעיקר התנאי שנעשה באיסור כתב הרשב"א שאין לומר שהתנאי בטל וכאילו לא נתן לו רשות, משום דדמיא למקח הנעשה באיסור שהמקח קיים, ונראה כוונתו שהיתר ההשתמשות הוא המקח, ומה שאינו מנכה הוא האיסור, ולכן המקח קיים שמותר להשתמש בו, אלא שחייב לשלם לו שטר, וממילא דינו כשוכר. ועי' מחנה אפרים דיני ריבית סימן לז.

ובתשובה אחרת (ח"ב סימן שלו) נשאל הרשב"א במלוה על המשכון שנתן לו הלוה רשות להשתמש בו, וגם נשתמש בו ונאנס אם חייב באונסין, ומצדד השואל לפטרו דומיא דמפקיד מעות אצל שולחני שמותר להשתמש ואפ"ה פטור מאונסין לרב נחמן, וה"ה לנ"ד שמה שנתן לו רשות להשתמש אינו אלא לסלק ממנו איסור שליחות יד, אבל לא לעשותו כשואל. והשיב הרשב"א דעל כרחק לא

גביית חובות האב - דינו לגבי בניו

ד. כיצד דין סידור, אין משאירים לו אלא מזון לשלושים יום כבינוני שבעיר, אבל לא לאשתו ובני ביתו, אע"פ שחייב במזונתם, ואפילו תפסה האשה לפרנסתה מוציאין ממנה, וכן אם לוותה למזונותיה אין חוב המזונות קודם למלוה זה.

פטר רב נחמן אלא כשלא נשתמש בו, ודלא כרב הונא שסובר דכיון שיש לו רשות להשתמש נעשה כשואל, ובדמי אבידה פליגי ר' טרפון ור' עקיבא כשלא נשתמש שר"ט מחייב באונסין וקיי"ל כוותיה, וע"כ צריך לחלק דבאבידה שדינו כש"ש מדרב יוסף, הלכך כשנתנו לו רשות להשתמש אסקיה דרגא ונעשה שואל, אבל במפקיד אצל שולחני, די לנו אם נעשה כשומר שוכר, ועפ"ז במשכון, כיון שמדינא הוא כשומר שוכר (והרשב"א לשיטתו דמלוה על המשכון ש"ש), ה"ז דומה לדמי אבידה, וכשנתנו לו רשות להשתמש, אפשר שחייב באונסין אפילו לא נשתמש וכר' טרפון, עיי"ש.

והמחבר בשו"ע סימן עב סעיף ד כתב וז"ל, המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס, אפשר שאפילו בנתינת רשות להשתמש בלבד הוי שואל וחייב. ותמה הסמ"ע שהרי בתשובה האחרת נראה שהרשב"א סובר שאפילו לאחר שנשתמש אינו נעשה שואל אלא שוכר, משום שאין כל הנאה שלו, וע"כ כתב הסמ"ע שמספיקא לא מפקינן ממונא, והלוה פטור מדמי יתרת המשכון. והט"ז הש"ך תירצו לחלק שבתשובה האחרת (שפסק שנעשה שוכר) איירי הרשב"א כשהלוהו בתנאי זה, ותלה ההלואה בזכות ההשתמשות, וה"ז דומה להשאלני ושאלך שאין כל הנאה שלו, אבל באידך תשובה איירי כשלא הלוהו בתנאי זה, אלא שאח"כ נתן לו רשות להשתמש (ובתשובה שלפנינו הוזכר בדברי השואל שנתן לו רשות בעת הלוואה, ונראה שאף הט"ז והש"ך לא נתכוונו לחלק בין שעת הלוואה או לאח"כ, אלא העיקר תלוי אם תלה ההלוואה בתנאי היתר שימוש, ואם לא תלה בתנאי זה, אלא שאגב כך הרשהו להשתמש, אין זה שוכר הלוואה וממילא כל הנאה שלו, ובוה מיושב מה שתמה בנה"מ על דברי הש"ך, עיי"ש), ולכן מצדד הרשב"א לומר שבנתינת רשות נעשה שואל.

עוד הקשה הש"ך (ס"ק לא), כיון שעיקר סברת הרשב"א שנעשה שואל הוא משום שגם בלא רשות ההשתמשות דינו כשומר שוכר, א"כ לשיטת הרמ"א שדינו כשומר חנם לא שייך טעם זה, ולמה לא הגיה כאן, ותירץ שהרמ"א סמך שגם המחבר כתב בלשון אפשר, ובלא"ה אין מוציאין ממון לפי פסק זה.

ובעיקר מ"ש הש"ך לשון אפשר, כתב הש"ך משום שיש לחלק בין דמי אבידה למשכון, שבדמי אבידה לא נתן לו בפירוש רשות להשתמש, אבל במשכון שנתן לו בפירוש רשות גרע טפי (ובסברא זו לכאורה צ"ע, דאדרבה כשנתן לו בפירוש רשות נוטה להיות דינו כשואל), ועוד כתב הש"ך דאע"פ שאנו מפרשים דברי הרשב"א דאיירי כשלא הלוהו ע"ד כן (עי' לעיל), מ"מ אפשר שמ"מ כוונתו בנתינת רשות משום ההלוואה היא, וגם זה בכלל אין כל הנאה שלו. ובנתיה"מ ס"ק יח מפרש לשון אפשר שנקט הרשב"א, דמיירי שנתן לו רשות והמלוה שתק, וראיתי באחרונים שכתבו להסתפק בשתיקה זו אם קיבל עליו להיות כשואל או לא, אבל אם מיחה בפירוש ודאי שאין דינו כשואל. ועי' עוד בביאור הגר"א. ובנחל יצחק מצדד לומר שאין בנתינת רשות כדי לחייבו, משום שיש בזה איסור ריבית, ואף כשומר שוכר אינו חייב.

ה. לונה שאינו פורע חובו - בית דין מסדרין לבעל חוב^{קמז}, ומכלל דין מסדרים שאין משאירים לאב מעות לקנות כסות לאשתו ובנו בית^{קמח}, אבל בגדים שכבר קנה, או שכבר התקין עבורם, אע"פ שלא לבשום עדיין, אין בעל חוב גובה מהם^{קמט}, ונחלקו הפוסקים בתכשיטים ובבגדי שבת שלהם אם בעל חובה גובה מהם^{קנ}.

ו. אבל כל מה שהכניסה האשה מבית אביה, בין נכסי מלוג ובין נכסי צאן ברזל, אינו גובה מהם^{קנא}.

ז. אב שהכין בגדים לבתו לצורך נישואיה אין גובין בו^{קנב}.

ח. אב שקנה ספרים עבור בניו ללמוד אין גובה מהם^{קנג}.

ט. אפילו אם אין לאב עכשיו במה לפרוע, אינו נפטר לעולם מלפרוע החוב, ותקנו הגאונים שמשביעים אותו כעין שבועת התורה שאין לו כלום יותר על דין סידור, ושלא החביא ביד אחרים, ושלא נתן מתנה על מנת להחזיר.

קמז. עיין מה שביארנו בס"ד בערך 'מסדרין לבעל חוב' ובערך 'בעל חוב' ווע"ע גביית חוב וערך משכון.

קמח. שו"ע סימן צז סעיף כג.

קמט. שו"ע שם סעיף כה, ומ"ש התקין עבורם היינו אפילו צבען לשמן, ואע"פ שבשעת קניה לא נתכוין עבורם. ובשניהם הטעם שנקנה להם, וה"ז נתן להם מתנה, שאין בעל חובה גובה ממטלטלין שמכר או נתן, ועי' קצוה"ח שם סק"ג ובד"ג כלל מח סימן מא. ועי' שו"ע סימן עב סעיף ג' מ"ש ומזה הטעם וכו', ובנו"כ שם אם יכול למשכן בגדי אשתו ובני ביתו.

קנ. בשו"ע שם סעיף כא פסק שמבגדי שבת ומועד שלהם גובה, וכתב הסמ"ע הטעם שמסתמא לא הקנה להם בגדים יקרים במתנה גמורה אלא להשתמש בהם, ולכשיצטרך ימכרם, והרמ"א כתב שיש חולקים. ונראה שבשו"ע הרב פסק כהמחבר. וכתב עוד בשו"ע דכ"ש שגובה טבעות וכלי כסף וזהב, ובערוך השולחן כתב שלפי מנגנו שרוב בני אדם מקנים הבגדים אף היותר יקרים לבני ביתם, ואף התכשיטים שעל גופן, כגון נזמים וטבעות, נותנין להם במתנה גמורה, ואין בע"ח גובה מהם, אבל שאר כלי כסף וזהב, אע"פ שהם משתמשים בהם אין ראייה שנתן להם במתנה כי אם לתשמיש, ובעל חוב גובה מהם. ובדברי גאונים כלל יד סימן מג כתב בשם שו"ת הר"ח כהן שלהלכה אין גובים מבגדי שבת של אשתו, אבל מתכשיטין שקנה לה בעלה גובין. ומכל מקום כתב שאין גובין ממה שהכניסה מאביה, ושם בסימן כז כתב בשם נדרי זירוזין שאף לדעת המחבר אינו גובה מבגדים שהכין לבתו לצורך נישואיה כדלהלן.

קנא. שו"ע שם, ועי"ש מ"ש בדין נדוניא ובמ"ש הרמ"א שם.

קנב. דברי גאונים סימן כז, ועי"ש סימן כט ובכלל קיב סימן ו'.

קנג. שו"ע שם סעיף כה, וכדין כסות שנתבאר לעיל.

י. **וכולל** בשבועה זו שבועה על בניו - כלומר, שכל מה שירוויח מהיום, וכל שיבוא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו, לא יאכיל ממנו לאשתו ובניו, ולא ילביש אותם ולא יטפל בהם, ולא יתן מתנה לאדם בעולם, אלא יוציא מכל אשר תשיג ידו מזון ל' יום וכסות י"ב חודש, וכל היתר על צרכו יתן לבעל חובו ראשון ראשון עד שיגבנו כל חובקני.

ב. דין האב שמת ופרעון חוב על ידי בנו

יא. **המלוה** את חבירו לזמן, ומת המלוה או הלוח, אין היורשים יכולים לתבוע, וכן אין המלוה יכול לתבוע מן היורשים, פרעון ההלוואה תוך הזמן, ויש אומרים שאם מת הלוח ויורשיו אינם אמודנים בנכסים כמוהו, יכול המלוה לתבוע המעות תוך הזמן.

יב. **כתבו** הפוסקים שכל ספק לגבי יורשים הו"ל כאינו יודע אם נתחייבתי ואפילו טען האב איני יודע אם פרעתיך ונתחייב בבית דין פטורים היורשים קני.

פריעת חוב לבן המלוה

יג. **בהלוואה** אין הלוח נפטר מאחריות דמי ההלוואה עד שיפרע ליד המלוה או ליד שלוחו, או לרשותו המשתמרת, ואם נתן ליד אשתו הנושאת ונותנת בתוך הבית יש אומרים שנפטר כאילו מסר ליד המלוה.

קנד. לשון השו"ע סימן צט סעיף א, ועיי"ש כמה פרטים בדין הנאמנות, ודין זה הוא אפילו אם יש לו לפרוע חלק, מכל מקום כל זמן שלא פרע כולו הדין כן, וכתבו האחרונים באופן פשוט שה"ה אם אינו בא לבית דין להשביעו, חייב מעצמו לעשות ככל הכתוב כאן, וכ"כ בהדיא בשו"ע הרב הלכות הלוואה סעיף ה'.

קנה. עיין בבית מאיר באהע"ז סימן קעח שהביא את מה שכתבו האחרונים שכל ספק לגבי יורשים הו"ל כאינו יודע אם נתחייבתי, וכתב שם בבית מאיר שאפילו טען האב איני יודע אם פרעתיך ונתחייב בבית דין פטורים היורשים, ובארוה"מ כלל לה סימן מ בשם שו"ת אבן יקרה תליתאי סימן קמח הטעם שאין שעבוד הגוף לגבי יורשים, וכשם שבערב כשיש ספק שמא פרע הלוח אין הערב חייב, משום שהספק בעיקר חיובו של הערב, ה"נ לגבי יורשים, ובשו"ת שו"מ מהדו"ב ח"ב סימן קלד כתב דהיינו דוקא בהלוואה שלא חל חזקת חיוב על היורשים, אבל בספק גזילה שצריך השבה מעליא, יש חזקת חיוב, ואם הספק הוא באיני יודע אם פרעתיך, אף לגבי יורשים הדין כן, כדמוכח בב"ק דף קיב גבי יתומים שאמרו אין אנו יודעים בחשבונות אבינו, ושכן כתב בפ"י, וכתב עוד שבקצוה"ח סימן לט סק"ה נראה דס"ל שגם לגבי יורשים הו"ל כאינו יודע אם פרעתיך, וכתב השו"מ שאם נאמר שטעם החיוב באיני יודע אם פרעתיך אינו משום חזקת חיוב אלא שכל הספק הוא בקום ועשה אמרינן שלא נעשה, וכמ"ש הפוסקים בסימן מו, אפשר שגם ביורשים נשאר בספק איני יודע אם פרעתיך, עיי"ש. ועי' קצוה"ח סימן עה ס"ק טז ובטבעת החושן, דברי חיים דיני טו"נ סימן ד'.

יד. אמנם גם לשיטות שסתם אשה הוי כנושאת ונותנת בתוך הבית ויכול לפרוע לה מכל מקום בבנו לא אומרים כן ואע"פ שהבן גדול וסמוך על שולחן אביו אינו נפטר אלא אם כן הוא עם אביו בעסק, שאז ידו כיד אביו^{קני}.

טו. אמר המלוה ללוה - תן מנה לבני קטן והפטר, יש שכתבו שהוא פטור מדין ערבות^{קני}.

קנו. עיין שו"ע הרב הלכות מציאה ופקדון (סעיף לא) פסק שסתם אשה הוי כנושאת ונותנת בתוך הבית (והוא מדברי הרמ"א סימן סב סעיף א, ודעת הש"ך שם סק"ח דלא אמרינן כן אלא כשנו"נ בתוך העסק, אבל הסכמת האחרונים שה"ה כשהבעל מפקיד בידה ממון היא בכלל זה), ויכול לפרוע לה, ומשמע שאף בפרעון החוב הדין כן (עי' בפת"ח [ח"ג] דיני החזרת פקדון פרק ז סעיף יז) אבל בבנו לא אמרינן כן, אע"פ שאמרו על דעת אשתו ובני ביתו הוא מפקיד, וכ"כ בערוך השולחן שאע"פ שהבן גדול וסמוך על שולחן אביו אינו נפטר אלא אם כן הוא עם אביו בעסק, שאז ידו כיד אביו. ובשו"ת צמח צדק חו"מ סימן יז האריך בזה, וכתב עוד שאם מחל הבן, ודאי שאין במחילתו כלום, ואינו נפטר מהפרעון, עיי"ש. וכ"ש כשנותן לאחד משאר קרובים, ואפילו לאביו של מלוה, שאינו נפטר, וכמ"ש הר"ף בתשובה סימן קכה. ובערך ש"י סימן קכ שכתב בשם משפט שלום סימן רז שמתפק באם התנה המלוה בשעת הלוואה שיתנם לידו ונתנם ליד אשתו, והערך ש"י הוכיח דבכה"ג אינו נפטר. ועי' שו"ת תשורת ש"י סימן של"ו מ"ש בזה.

קנו. בשו"ע סי' קכ סעיף א' מבואר שאם זרקו הלוה ברשות שאינה משתמרת, אפילו אמר לו המלוה זרוק לי חובי, וזרקו בפניו, חייב הלוה באחריות. וכתבו הפוסקים בטעם הדבר דמסתמא זרוק ושמור קאמר ליה, והוא מדברי רש"י בסוגיא דגיטין, ועפי"ז כתב הסמ"ע סק"א דמ"ש השו"ע בסימן קכא שאם אמר לו שלח לי ע"י עכו"ם או חש"ו פטור אע"פ שלא אמר לו והפטר, משום דמסתמא אין כוונתו שילך עם השליח לשמור, (וכבר תמהו האחרונים על כך שזה קצת צ"ע דא"כ גם בזרוק נאמר שאין כוונתו שישאר שם לעמוד זמן ממושך, ואיזה שיעור ניתן לו, ועי' שו"ע יו"ד סימן קסח סעיף ג' בט"ז ובש"ך, ובחוו"ד ומקור חיים ושארית חיים שם).

ובנתיבות המשפט דייק ממ"ש הפוסקים דזרוק ושמור קאמר, שאינו אלא כשומר חנם, ולפי"ז אם נאנסו פטור, והנתי"מ סובר שגם באונסין חייב, שעדיין לוח הוא על המעות, וכן אם אמר לו זרוק לים חייב כל זמן שלא אמר לו והפטר (וצריך לומר לשיטתו דמ"ש זרוק ושמור היינו שישמור כפי שהיה עד עתה), אבל אם אומר תן לפלוני קטן פטור אפילו לא אמר והפטר, מדין ערב. ודוקא כשאמר תן חובי, דהוי כאומר ואתחייב אני לך, אבל כשאומר סתם תן לפלוני קטן, אף מדין ערב אין כאן חיוב, עיי"ש. ואפשר שגם שאר הפוסקים סוברים שחייב אפילו באונסין, ומ"ש לשון נאבדו מצינו לשון זה גם לענין אונסין (עי' בראשונים בסוגיא דמלוה על המשכון בפרק האומנין ובפרק שבועת הדיינים), אלא שלכאורה יש עוד נ"מ לענין אם רוצה הלוה לחזור ולהחזיר המעות לזמן יותר מאוחר, שאם נגמרה ההלוואה והם בידו בתורת שמירה, אינו רשאי, וכל זמן שירצה המלוה עליו להחזירם לו, וכעין שפירש המרדכי בהך דמחצה על מחצה, ועי' קצוה"ח סק"ב מ"ש בדברי המרדכי. ועי' באמרי בינה דיני גב"ח סימן כ"ז.

פז. אב ששלח שליח להחזיר הלוואה על ידי בנו קטן, וכמו שמצוי הרבה בין אברכי הכוללים, יש אומרים שאין הלוה נפטר מאחריות עד שיאמר לו המלוה תן לו והפטר קנח.

קנח. שיטת הסמ"ע (סימן קכ סק"א, סימן קכא סק"ד) והש"ך (סי' קכא סק"ד), שאין המלוה צריך לומר 'הפטר', ועל אף שאין להם דיני שליחות וזכיה מכל מקום אין צריכים לפרש ולומר לשון 'הפטר', ואפילו אם מסר להם לא זכה המלוה ואף שיש מקום לומר שהלוה יתחייב באחריות דמי ההלוואה כדין זרוק לפני, כתב הסמ"ע שיש לחלוק שדווקא בזרוק לפני צריך לומר 'הפטר' משום שאם אינו מפרש ואומר בבירור לשון 'הפטר' היה לנו לפרש ולומר שכוונתו לומר לשון 'זרוק ושמור' (כמו שביארנו לעיל בס"ד) משא"כ כשאומר לחרש שוטה וקטן שלא מסתבר שילך יחד עמו לשמור אותו, ולכן אין אין אנו מפרשים שכוונתו ללשון 'הולך ושמור' על החרש שוטה וקטן. ועיי"ש בנתיבות המשפט שכתב שבאב האומר תן לחרש שוטה וקטן חייב המשלח מדין ערב, כיון שהוא מוציא ממון על פיו, וממילא נפטר הלוה (עי' כסף הקדשים סימן קכא) ואפילו כשלא אמר והפטר, ולפי"ז אינו מועיל אלא כשאומר לשון שמתחייב בו, או אפילו כשאומר לשון שמתחייב בו, או אפילו כשאומר תן לו בחובי, אבל כשאמר סתם תן לחש"ו שאין עליו חיוב מדין ערב, אין הלוה נפטר עד שיאמר בבירור לשון של 'הפטר'. ועיי"ש בש"ך שהביא את דברי הבעל התרומות בשם הרמב"ן שצריך לומר 'הפטר'. וכן הסכים בקצוה"ח. ועיי' דברי משפט. ובחידושי צמח צדק על השו"ע (סי' קכא) האריך בזה, וכתב שם לחלק בין עכו"ם שהוא בר דעת אין צריך לומר לשון 'הפטר' אבל בקטן שאבידה מדעת הוא הרי הוא דומה לקרע את כסותי שצריך לומר והפטר, עיי"ש. ועיי' שו"ת בית שלמה או"ח ח"א סימן עח ובהגה"ה מבן המחבר, אמרי בינה דיני גביית חוב סימן כז. ומלשון השו"ע סימן קפח סעיף ג' לכאורה נראה שסובר שא"צ לומר והפטר, עיי"ש. וכתב שם הסמ"ע סק"ט שאפילו לא פירש לו שלח ע"י קטן אלא אמר לו שלח לי ע"י פלוני, שאפשר שלא ידע המשלח שהוא קטן, כיון שקיים הלוה מאמרו פטור, וכן הבין במחנ"א הלכות שלוחין סימן ה מדברי הרמב"ם, והקשה מ"ש השואל שאמר למשאל שלח ע"י בנך שפטור וכתבו הטעם שלא יצא מרשות משאל, וה"נ לא יצא מרשות לוח, ותירץ דשאני גבי שואל לענין חיוב אונסין דאמרינן שאף אילו לא היה שולחה היה אירע האונס, אבל במלוה כיון שעפ"י דיבורו שלח, אע"פ שלא אמר והפטר, נפטר.

וגם בשו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סימן כג משמע שא"צ לומר והפטר, וכתב שם בראובן שהיה חייב מעות לשמעון וכתב לו שמעון שיבוא על היריד ויקבל המעות, ולא בא, ומסר ראובן לגוי בגדים ששוים יותר מהחוב, שכאשר יבא שמעון ימסרם לו, וכלשא מצא הגוי את שמעון כתב לשמעון מה לעשות בבגדים, והשיב שימסרם ליד גוי פלוני, וכן עשה, ונאנסו הבגדים, ותובע שמעון החוב, וראובן תובע שווי הגדים המותר על החוב, והעלה דכיון שכתב שמעון שימסרם ליד גוי פלוני נעשה שלוחו, וממילא נפטר ראובן מן החוב, ואע"פ ששלח בגדים ולא מעות, כל שאין לו מעות יכול לפרוע במטלטלין, ועל המותר נעשה שמעון שומר במה שאמר לגוי שלוחו של ראובן שימסרם לגוי שלוחו, וכיון שאינו יכול לישבע חייב לשלם המותר, עיי"ש.

ומ"מ כתב בפתחי חושן שבשליח שאינו בר זכיה ושליחות יכול הלוה לחזור וליקח המעות מיד השליח וחוזר לאחריותו המלאה, כיון שלא זכה המלוה על ידו.

יז. **האומר** לשנים לריתי מאביו של אחד מכם ואיני יודע ממי, לכו"ע חייב לשלם לכל אחד כשבא לצאת ידי שמים קנט.

יח. **קנה** מאחד מחמשה קס ולא שילם, ואינו זוכר ממי, אם תובעים אותו מניח דמי המקח ביד בית דין ומסתלק קסא, ואם בא לצאת ידי שמים, יש אומרים שישלם לכל אחד קסב. אבל כל זה הוא רק אם תובעים אותו, אכן אם אין

קנט. ש"ך סימן עו סקי"ז, דומיא דפקדון, וכתב בנתיבות המשפט דכיון שאין שום צד פשיעה מצד המלווים חייב לצאת ידי שמים, ובשם הסמ"ע בסימן ש' ס"ק יב הביא שבלוה מאחד או אחד שהפקיד לא הו"ל למידק ולכתוב משום חשש שמא יבוא אחד מן השוק ויתבע, משא"כ בשנים היה לו לכתוב, וסיים הסמ"ע שלכן גם באביו של אחד מכם חייב לצי"ש משום דהו"ל פשיעה, ותמה בנתי"מ איזו פשיעה יש כאן, דמנין לו לידע שימות המפקיד, ועל כן כתב הנתיבות המשפט שעיקר הטעם משום דלא הו"ל למידק, וכתב בפתחי חושן (הלואה פ"ז הערה מה) דאפשר ליישב קצת דברי הסמ"ע, שבאמת גם כשלוה או קיבל פקדון מאחד יש לו לכתוב מי המלוה או המפקיד, וקצת פשיעה יש כשאינו כותב, אלא כל שהם בחיים פשיעתם גדולה יותר, ואין פשיעתו גורם לחיוב, משא"כ כשמת חזרה עיקר הפשיעה על הלוה או הנפקד, ולפי"ז נראה מדברי הסמ"ע שבמקום שאין שום צד פשיעה מצד הלוה או הנפקד פטור אף מלצאת ידי שמים, ועי' סה"ת וגדו"ת שער לט ח"ב.

קס. עי' פני יהושע בסוגיא דפרק המפקיד שלמסקנא אין נ"מ בין לקח מאחד מחמשה לבין מאחד משנים.

קסא. שו"ע סימן רכב סעיף ב, והקשו האחרונים מ"ש מהלואה בכה"ג שאם תובעים אותו צריך ליתן לכל אחד, ותירץ הב"ח דבמקח איירי שלקח מחמשה זה בפני זה, דהו"ל למוכרים למידק, ודחה הש"ך סק"ד תירוץ זה, עיי"ש. והאחרונים תירצו בשם הנ"י דשאני קח שזרכו לשלם מיד ולא הו"ל למידק, שסבר שמיד יבא המוכר אחר מעותיו, משא"כ בהלואה הניתנת לזמן, הו"ל למידק (והעיר בפתחי חושן שם שלכאורה צ"ע שהרי גם במקח פשע כשראה שהמוכר לא בא לתבוע והיה צריך לילך אחריו ולהחזיר לו מיד טרם ישכה, ואפשר שגם במקח אינו חייב להמציא לו אא"כ תבעו, ודוחק הוא). וכתב בנחל יצחק סימן עו אות ב' שלפי"ז אם לקח ע"ד שלא לשלם מיד שוב דומה להלואה וחייב לתת לכל אחד, ועוד כתב שאם לוח בפני עדים ועתה מתו העדים או הלכו למדינת הים שיכול לומר סמכתי על העדים ולא הו"ל למידק, פטור מדינא, אלא מניח מנה אחד בבית דין ומסתלק, עיי"ש.

קסב. שו"ע שם, והקשה הש"ך סק"ו שבסימן ש' סעיף א' סתם המחבר שאף בתובעים אותו פטור אפילו מלצאת ידי שמים כיון שלא פשע כלל, וע"כ העלה הש"ך שבמחלוקת שנויה, ולדעת הרמב"ן והרשב"א שפוטרים בפקדון, ה"ה במקח פטור אף מלצאת ידי שמים, ובקצוה"ח סק"ה תירץ שגם כאן לא חייב הרמב"ם והשו"ע לצי"ש אלא ממדת חסידות אם הוא חסיד, וחייב זה הוא פחות מחובת לצי"ש שמוטל על כל אדם. ובסימן ש' כתב הקצוה"ח דדוקא בפקדון דכל היכא דאיתא ברשות בעלים קיימת, ואין עליו מצות השבה, בזה הסובר השו"ע שפטור מלצאת ידי שמים, אבל בחוב שיש עליו חובת פרעון, כשאינו יודע למי הוא חייב צריך לצאת ידי שמים ולשלם לכל אחד. ועי' ערך שי, ועי' עוד בפת"ח (ח"ג) דיני פקדון פרק ז' סעיף כא.

תובעים אותו פטור אף ממדת חסידות, ואף בלקח מאביו של אחד מהם ואינו יודע ממי פטור אף מלצאת ידי שמים קסג.

יב. לזה מהאב ומת ורוצה להחזיר לבנו והוא חרש שוטה וקטן נסתפקו הפוסקים אם יכול לפרוע לו, דאפשר שנעשה שומר על המעות ואסור להחזיר עד שיגדיל קסד.

קסג. כל הדין הנ"ל הוא רק בתובעים אותו אבל אם אינם תובעים אותו כתב הסמ"ע שאף ממדת חסידות פטור, ואף בלקח מאביו של אחד מהם ואינו יודע ממי פטור אף מלצאת ידי שמים, ונראה שאף לדעת התוס' שבהלואה חייב לצאת ידי שמים אף כשאינם תובעים, מודים במקח שפטור, וכן משמע בפרישה.

{ וכתב בפת"ח שם שהמקבל כספים מכמה בני אדם ולא מנה בשעת קבלת הכספים והניחם יחד בכיסו, וכשבא לביתו מצא שיש בהם יתרון, ואינו יודע מי נתן לו יותר, שלכתחילה ודאי שצריך לילך ולשאול לכל אלה שנתנו לו מעות אם לא חסר להם כסף, עכ"פ ממצות השבת אבידה, ואם אחד טוען ברי יתן לו, ואם כולם יטענו ברי נראה דדמיא למקח, שהרי לא פשע במה שלא מנה מייד, וגם הנותנים לו לא מנו, ולכן מניח היתרון בבית דין, וגם מדיני שמים כתב שם שיש לפטרו שהרי אין שום צד פשיעה מצידו, ולפימ"ש בפתחי חושן בפרק ב הערה עה אפשר שיש כאן צד פשיעה במה שלא מנה, וחייב לצי"ש, ולדעת הרמב"ם שמחייב במקח ממדת חסידות, אפשר דה"נ חייב, ומסברא כתב שם דיש לומר שבנ"ד יותר חמור מהלואה או פקדון, דסוף סוף באיסורא אתי לידיה, אע"פ שבטעות הוא, ואפשר דדמי קצת לגזילה, ואע"ג דלא שייך לקונסו, מ"מ איסור גזל בשוגג יש כאן, ואפשר שיש עליו חובת השבה, ונשאר שם בצ"ע}.

קסד. עיין פתחי חושן פרק ז' מהלכות הלוואה הערה פב שכתב שהדין הוא שלוח מחרש שוטה וקטן חייב לפרוע כיון שלא מציינו שיהא ממון קטן מותר, ואפילו מסר לו אחר מעות, נהי דאבידה מדעת היא, מכל מקום אסור לאחר ליטלם לכו"ע, כדמוכח בסימן רסא סעיף ד, עי' בקצוה"ח שם.

ולענין פרעון נראה לכאורה, שהלוח מן הקטן יכול לפרוע לו אף כשהוא קטן, אע"פ שבמציאה יש אומרים שאין להחזיר לו עד שיגדי, כדמוכח בנ"י פרק אלו מציאות (עי' פת"ח [ח"ב] דיני אבידה פרק ז), נראה דהיינו דוקא באבידה שהתורה חייבתו בהשבה, וה"ז כמשיב למקום שאינו משתמר ולא קיים מצות השבה, משא"כ כשלוה מקטן, כשם שיכול להלוות יכול גם לקבל פרעון, וכן מוכח בקצוה"ח סימן רמג סק"ד ובנה"מ שם סק"ח,

וכתב שם בפתחי חושן שמסתבר שאף כשקיבל הלוואה מאביו ומחזיר לו כיוורש יוצא ידי הפרעון, דלא גרע מפרעון בע"כ. אמנם כתב שם דעדיין צ"ע מדברי המחנה אפרים ה' שומרים סימן ט בשם הרשב"א, דאפשר שנעשה שומר על המעות ואסור להחזיר עד שיגדיל, ונראה שיש לחלק בין הגיע לעונת פיעוטות או לא. ומדברי הנה"מ שם משמע שבנותן לקטן מיקרי יותר מקום המשתמר מנותן לשוטה, וצ"ע.

ובשוטה, כתב הנה"מ שם שאינו יוצא ידי פרעון, וגרע מפרעון בע"כ שעכ"פ פרע למקום המשתמר, אבל שוטה לאו בר שמירה הוא כלל, ולא מיבעיא כשלוה כשהוא פקח ואח"כ נתשטה, אלא אפילו לוח בעת שטותו אינו יוצא ידי פרעון, ועי' פת"ח שם פרק ה הערה יט, וצ"ע. והטור סימן צו כתב בשם הרמ"ה שהלוח מקטן והוציא דמי ההלואה לעולם חייב, אבל אם

כ. מסר הלוח ליד שליח ואמר לו זכה במעות אלו למלוה, או הולך או תן מעות אלו למלוה^{קסב}, מיד שהגיעו המעות ליד השליח אין הלוח ולא יורשיו^{קסג} יכולים לחזור וליטלם ממנו^{קסד}, ואפילו מצא שמת המלוה יתנם ליורשיו^{קסה}.

כא. ודווקא אם מסרם לשליח בר דעת ובר שליחות אבל האב המוסר לבנו קטן יכול לחזור וליטלם ממנו שאינו נעשה שליח לזכות לאחר^{קסט}.

נאנסו קודם שהוציאם פטור, ומשמע מדבריו שם שבהגיע לעונת פעוטות חייב, ומ"מ לא הובאו דברי הרמ"ה בשו"ע, ומשמע שלעולם חייב, אפילו נאנסו קודם שהוציאם. ע"י אמרי בינה דיני טו"נ סימן לח, שו"ת אמרי יושר ח"ב סימן לה. וע"י בברית יהודה פרק ג' הערה כו וכן בספרו של בעל הפת"ח חנוך לנער פרק מה הערה כג. ובדין הלואה בעיסקא מקטן, ע"י ברית יהודה פרק לה סעיף כ' - והבאנו חלק מהדברים בהמשך ערך זה בס"ד.

קסה. כשמוסר לו עתה המעות אין נ"מ בין אומר זכה לבין תה או הולך, וע"י ש"ך סימן קכה ס"ק כח שאם אינו נותן לו עתה המעות נחלקו הפוסקים אם אמרינן תן כזכי, וע"י ש"ך ס"ק"ל שאפילו באומר זכה, כ"ז שלא הגיעו המעות ליד השליח יכול המשלח לחזור בו, וכתב הרמ"א סימן קכה סעיף א שאם אמר החזר לפלוני גרע מהולך, והסמ"ע ס"ק"ז השיג עליו, אבל הש"ך ס"ק"ט הסכים עמו, וכתב עוד שגם לשון פרע לפלוני לא הוא כהולך זוכה, וכל זה במעות הלואה שהוא ודאי מזכות למלוה שיקבל מעותיו, וזוכה השליח עבורו מדין זכין לאדם שלא בפניו, אבל בפקדון, אפילו אומר זכה לפלוני, יתכן שאין זה זכות עבורו, שהרי מסרו ליד איש נאמן, אא"כ הוחזק הנפקד כפרן אמרינן שגם בפקדון זכות הוא לו לקבל פקדונו, וכתב בערוך השולחן שמתנה דינה כהלואה, וכן פקדון מעות כשיש לנפקד רשות להשתמש בהם, אבל עיסקה דינה כפקדון, ומסתבר ששאלה דינה כהלואה, כן כתב בפתחי חושן (הלואה פ"ה הע"י ט), וע"ע בפת"ח (ח"ג) דיני פיקדון פרק ז סעיף טו.

קסו. אע"פ שבשאר שליחות כשמת המשלח יכולים היורשים לבטל השליחות, שאני הכא שכבר זכה השליח עבור המלוה ואין הוא שליח גרידא, אלא כאילו כבר בא לידו.

קסז. שו"ע סימן קכה סעיף א, דהולך כזכי דמי, וזכה השליח עבור המלוה. ובמתנה, וכן כשרוצה להלוות לו, אם אמר זכה, זכה, אבל הולך ושאר לשונות הדומים לזה לא זכה.

קסח. שו"ע שם, דכיון שזכה עבורו בחייו, יורשיו יורשים אותו, סמ"ע.

קסט. כן כתב בפתחי חושן שם שפשוט שדין זה אינו אלא כשהשליח הוא בר דעת ובר שליחות, אבל שלח ביד עכו"ם או חש"ו יכול לחזור וליטלם ממנו, שאינו נעשה שליח לזכות לאחר,

כמבואר בסימן רמג סעיף יד. ופשוט שמשגגיעו מעות ליד מלוה, בכל אופן נפטר הלוח.

וכן אם המלוה עכו"ם נראה שאינו זוכה עבורו, כמבואר בשו"ע שם, וכ"כ בד"ג כלל צה סימן יא. אמנם אם המלוה הוא קטן, אפילו פחות משיעור צרור וזורקו, זוכה עבורו, כמבואר בשו"ע סימן רמג סעיף יח, מיהו אפשר שאין הזוכה רשאי למסור המעות ליד הקטן עד שיגדיל, כמבואר במחנ"א הלכות שומרים סימן ט מדברי הרשב"א בתשובה (וע"י בפת"ח [ח"ג] דיני פקדון פרק א סעיף ס), ואם המלוה שוטה, נראה דתליא בפלוגתא, כמבואר בשו"ע סימן רמג סעיף טז שלדעת המחבר זכין עבורו, ואילו הקצוה"ח שם ס"ק"ו חולק, עיי"ש.

ואם הלוח הוא מי שאינו בר שליחות, כתב בפת"ח שם שנראה דאף לדעת המחנ"א שהביא

ג. פריעת חוב ע"י בן מלוה עכו"ם

כב. קהל שהלוו מעות לשר ונתייאשו מהמעות ואח"כ פרע בנו חלק מהחוב, יש שכתבו שאין בהם דיני חלוקה ככל חלוקת מעות בין בעלי חובקע.

בנתי"מ בסימן רמג סק"י שמי שאינו בר שליחות אינו יכול לזכות לאחר ע"י אחר, משום שצריך שליחות של בעל הממון, נראה שבהלואה שהוא ממון המלוה, אע"פ שקודם הפרעון אינו יכול לעשות שליח משום שהוא דבר שאינו ברשותו, מ"מ מיד כשהגיע ממון לידו נעשה שליח של בעל הממון שהוא המלוה. ובדין פרעון ליד חש"ו, עי' מ"ש בזה בפתחי חושן בפרק ז הערה פב, וכן בפרק זה ב @ @.

קע. הנה בשו"ע סימן קד סעיף י' התבארו דיני חלוקת חובות בין בעלי חובות, ומבואר שם הדין שבאו כמה בעלי חוב בבת אחת לגבות חובם ואין לו לפרוע לכלם, יש אומרים שמחלקים הסכום העומד לפרעון לפי מספר הנושים, ואם לפי חלוקה זו יקבל הפחות שבהם את חובו או פחות מזה, מחלקים הסכום לחלקים שוים לכל אחד, אבל אם לפי חלוקה זו ישאר עודף מעל סכום החוב המועט, נותנים לפחות שבהם כל חובו וחוזרים ומחלקים השאר לפי מספר הנושים שנשארו, וכן הלאה. לדוגמא, היו ארבעה נושים, לאחד חייב מאה ולשני מאתיים ולשלישי שלש מאות ולרביעי ארבע מאות, והסכום העומד לפרעון הוא ארבע מאות או פחות, נותנים לכל אחד רבע מן הסכום. היה הסכום יותר מארבע מאות, נותנים לראשון מאה שהוא כל חובו, והשאר מלקים לשאר השלשה בשוה, היה הסכום מעל שבע מאות עד תשע מאות, נותנים לראשון מאה ולשני מאתיים והשאר מחלקים בין השלישי והרביעי בשווה. (וכל זה לענין קרקעות אבל לענין מטלטלין אין דין קדימה לבעל חוב מוקדם, ובטעם חלוקה זו כתב הסמ"ע בס"ק כז שם שהשעבוד של בעל המאה חל על כל הממון כמו שחל עליו השעבוד של בעל הג' מאות - עיין עוד שם ס"ק כח).
ויש אומרים שלעולם מחלקים הסכום העומד לפרעון בין כל הנושים לפי יחס החוב של כל אחד, ולפי הדוגמא דלעיל מקבל הראשון עשירית מחובו והשני שתי עשיריות והשלישי ג' עשיריות והרביעי ד' עשיריות.

ועי' סמ"ע שהביא שיטת הר"ח שגם בבעלי חובות חולקים לפי גודל החובות, ועיין בפתחי חושן (הלוואה פ"ד הערה עז) שכתב שנראה שמה שמקובל כהיום לחלק הסכום העומד לפרעון לפי גודל החובות, יש בו גם ממנהג המדינה ואין אחד יכול למחות (עי"ש פרק ב הערה סג מ"ש בדין מנהג המדינה). ועי' בערוה"ש שכתב דכיון שדעת ר"ח לחלק לפי גודל החובות יש לפשר ביניהם, וגם מדברי הערך ש"י בשם שו"ת אמרי א"ש משמע שעדיין בספק איך מחלקים, ועל כן יש בכגון זה לילך אחר מנהג המדינה, ועי' שו"ת שבו"י ח"א סימן קנו.
וכתב בד"ג כלל יד סימן לח ובכלל מ סימן ב שבחובות הבאים מחמת עכו"ם ודאי דאזלין לפי דינא דמלכותא ומחלקין בשוה.

ועי' בד"ג כלל לא סימן לו בדין קהל שהלוו מעות לשר ונתייאשו ואח"כ פרע בנו חלק מן החוב, וצ"י לדברי הרמ"א סימן קסג סעיף ג דכיון שנתייאשו הוי כזוכים מן ההפקר ומחלקים המעות בשוה, ומשמע מדבריו שאילו לא נתייאשו מחלקים לפי גודל הסכום שכל אחד נותן בהלואה לשר.

{ועיין שו"ת מהרש"ם ח"ג סימן שנט שנשאל במי שיש לו שני בעל חובות לאחד מאה ולשני

ד. דיני מחילת חוב - על ידי בן המלוה

כג. **יורש** שמחל שטר שמכר אביו, חייב לשלם קע"א. ויש אומרים שהוא הדין אם מחל המוכר ומת חייבים יורשיו לשלם קע"ב.

כד. **ע"ע** בערך דין מזיק שהבאנו בדין יורש שמחל שטר שמכר אביו, שחייב לשלם קע"ג. ויש אומרים שהוא הדין אם מחל המוכר ומת חייבים יורשיו לשלם קע"ד.

כה. **המלוה** מעות לבנו, ומכר השטר לאחר, ומת המלוה וירשו הלוה, נחלקו הפוסקים אם יכול היורש למחול לעצמו ולהפסיד ללוה - והארכנו על כך במקו"א קע"ה.

כו. **היורש** של המלוה יכול למחול קע"ו, ויש אומרים שאם הוא קטן אין מחילתו מחילה.

מאתיים, ויש לו רק מאה לפרוע, והביא מדברי הברכ"י או"ח סימן רפד בשם הפני משה שאם אחד מבע"ח הוא עני מצוה לפרוע לעני קודם, ומשמע שאם שניהם שוין בעושר או בעוני, שניהם שוים בפרעון, וע"כ יש לחלק לפי המבואר בסימן קד, ובשם שו"ת שם ארי"ו חו"מ סימן סו כתב שהמנהג בכל בתי דין בזמן הזה לחלק לפי ממונן.

קע"א. שו"ע סימן סו סעיף לב.

קע"ב. שו"ע שם. והשו"ך הביא דעת הרבה פוסקים שדינא דגרמי קנסא הוא ולא קנסו בנו.

קע"ג. עיין שו"ע סימן סו סעיף לב.

קע"ד. שו"ע שם. והשו"ך הביא דעת הרבה פוסקים שדינא דגרמי קנסא הוא ולא קנסו בנו.

קע"ה. בשו"ע סימן סו סעיף כג הביא שני דיעות בזה, וכתב הסמ"ע שנחלקו בכל מוכר שטר חוב שמכר אם צריך לשלם כדין מזיק ומשלם כל דמי השטר, או שאינו משלם רק מה שקיבל

(ע"י להלן), ועוד נחלקו אם יורש יכול למחול לעצמו, ולדעה ראשונה שבשו"ע אינו יכול למחול, והיינו שאפילו אם נאמר שמוחל דעלמא אינו משלם כי אם דמים שקיבל, כאן שמוחל לעצמו אין מחילתו חלה כלל, והו"ל כאילו לא מחל וממילא צריך היורש לשלם כל דמי השטר מדין לוח ולא מדין מזיק. ולדעה שניה יכול למחול, וגם אינו משלם כל דמי השטר, דאל"כ מאי נ"מ במחילתו. אבל הש"ך כתב שלדעה שניה יכול למחול ופטור לגמרי, והטעם, שאינו מתכוין להזיק כי אם להנאתו עושה. ומסיק הש"ך להלכה שיכול למחול, ומ"מ חייב לשלם כדין כל מוחל, ויש נ"מ במחילתו לענין שאינו יכול לטרוף מלקוחות רק משעה שמחל שאז מתחייב בנזיקין, אבל מלקוחות שמשעת הלוואה אינו טרוף משום שכבר נמחל שעבודו. ועוד נ"מ יש בקטן שמחל לעצמו (ואף לסברת הקצוה"ח שהבאנו בארוכה בערך מחילה בפרק @ הערה @ שאין מחילת קטן מועלת, היינו דוקא כשמוחל לאחרים שעושה שלא כהוגן, אבל כשמוחל לעצמו אין זה נקרא שלא כהוגן ומחילתו מחילה), שמדין מזיק אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל, וכן אשה נשואה שמחלה אינה צריכה לשלם כשהיא תחת בעלה. ובנתי"מ כתב שלפי מ"ש הש"ך ס"ק קט שלענין הדמים שקיבל לאו מדינא דגרמי חייב אלא מדינא, א"כ אף קטן שמחל חייב להחזיר מעות שקיבל מאביו, עיי"ש.

קע"ו. שו"ע סימן סו סעיף כג, ואע"פ שאין הוא המלוה, מ"מ ירש מאביו כל השעבודים, וגם שעבוד הגוף, והרי הוא שונה בזה מכל לוקח, דהנה בכל שטר חוב מבואר בשו"ע שיכול למחול המוכר,

ובטעם הדבר האריכו האחרונים, ותמצית דבריהם הוא שהמוכר שטר חוב אפילו בכתיבה ומסירה

פז. יורשים שחלקו בנכסי אביהם וקיבל אחד מהם שטר חוב בחלקו, אין שאר האחים יכולים למחול קצז.

דין מכירת שטר חוב האב על ידי בנו

בח. קטן שירש שטר חוב, יש אומרים שמהגיע לעונת הפעוטות יכול להקנותו בכתיבה ומסירה קעח.

אינו יכול למכור כי אם שעבוד נכסים שיש לו על הלוה, אבל שעבוד הגוף שבהלוואה נשאר משועבד למלוה הראשון, וכיון ששעבוד נכסי אינו אלא כדין ערב, לכן כל שנסתלק שעבוד הגוף ע"י פרעון או ע"י מחילה נתבטל גם חובת הערבות ושעבוד נכסים, ואין הלוה חייב כלום למחזיק השטר. וכתב הסמ"ע בס"ק נה שאינו דומה למת הלוה שגובה המלוה מנכסיו, אע"פ שכשמת נתבטל שעבוד הגוף, דשאני התם שלא נפטר מחמת המלוה. ובקצוה"ח שם סק"ו האריך עוד בביאור הדברים. ובפתחי חושן (הלוואה פרק יב הערה כג) שביאור הדבר הוא כנ"ל שכשמת הלוה עובר שעבוד הגוף אל היורש, ומטעם זה יכול היורש למחול, ונמצא שלא נתבטל שעבוד הגוף כלל.

וכתב בד"ג כלל סו סימן כא בשם הרמ"ה שאם יש שני יורשים יכול כל אחד למחול חלקו, והיינו קודם חלוקה אבל לא לאחר חלוקה, כמ"ש להלן. וכתב בשו"ע שם סעיף כז שאם נתן המלוה השטר חוב במתנת שכיב מרע אין היורש יכול למחול, שכדי שלא תטרף דעתו תיקנו גם שלא יוכל למחול.

ועיין בפתחי חושן שם בפרק ו' הערה מט שדעת הט"ז שיכול למחול חוב המשועבד לו מדר"נ ויש חולקים, ופשוט שבמקום שאין שעבודא דר"נ, כגון שיש לו נכסים אחרים, אע"פ שיכול לגבות מחוב זה, אינו יכול למחול, כמבואר בשו"ע אהע"ז סימן צו גבי אלמנה שמחלה לבעל חוב של בעלה, ועי' בח"מ שם בדין אם החזירה האלמנה השטר חוב ללוה. ויש לדון אם המחילה מועילה שלא יוכל אח"כ לגבות מחוב זה.

קעז. חידושי רעק"א לסעיף כג בשם שו"ת צמח צדק סימן צג.

קעח. שו"ע סימן רלה סוף סעיף א, כדעת הרא"ש שדינו כמטלטלין (ואע"פ שיש בו שעבוד קרקעות ולענין שבועה ואונאה דינו כקרקע, סמ"ע), שקטן משהגיע לעונת הפעוטות יכול להקנות מטלטלין (לאפוקי מדעת הריטב"א דלא מהני כתיבה ומסירה בקטן, סמ"ע. וגם הרשב"א בתשובה ח"ב סימן ריט סובר שאין קטן יכול להקנות שטר בכתיבה ומסירה, וגם מצדד לומר ששטר דינו כקרקע). והקשה בקצוה"ח שם סק"ג דכיון שצריך כתיבה, והיינו שטר, הרי אין שטר לקטן, שאין עדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול, כמבואר בשו"ע שם סעיף ה', ונשאר בצ"ע, עוד הקשה לשיטת ר"ת דמסירה צריך שיהא בפני המוכר, והרי קי"ל דקטן כשלא בפניו דמי, וע"ע העלה שאם קדם הקטן וגבה מן הלוה אין מוציאין מידו, עיי"ש.

ובנתיה"מ הסביר דעת השו"ע דדוקא בשטר שצריך עדים אמרינן אין שטר לקטן, משום שאין כותבים אלא מדעת המתחייב וחיוב הקטן אין בו ממש, אבל כתיבה במכירת שטר חוב דסגי בכתיב ידו, יש שטר לקטן, וגם מה שהקשה הקצות החושן מדין מסירה תירץ הנה"מ דבפניו שצריך בקנין שטרות אינו אלא בפני גוף הקטן, וכן בקנין מסירה גבי בהמה שצריך בפניו, ודאי שיכול קטן להקנות במסירה (משא"כ בפניו דגבי מעמ"ש (או קבלת עדות) שהוא משום דעתו

ה. בן הערב עבור חובות אביו

כפ. אב שהיה חייב להרבה נושים, ורצה לברוח כדי שיתפשו עמו, ונכנס בנו כערב בעד אביו וכתב בלשון קבלת הערבות שהוא ערב על מה שאביו חייב כהיום, ואח"כ התפשר עם הנושאים בפחות, אין הבן חייב אלא כפי שהתפשר עם אחרים קעט. ראה בהערה.

לזה קטן שאין לו אב

פ. קטן שאין לו אב ולוה לצורך מזונותיו, יש אומרים שאף בפחות מעונת הפעוטות חייב לשלם קפ.

והסכמתו, שהוא כעין התחייבות, אמרין דכשלא בפניו דמי, כן כתב בפתחי חושן להסביר דברי הנייביות המשפט, ולדבריו נראה שה"ה קטן שהלוה וקיבל שטר חוב בכת"י של לווה יכול למכרו. ומ"מ נראה שלכו"ע יכול הקטן לקנות שטר חוב בכתובה ומסירה, ואפילו לדעת הריטב"א, אלא שלסברת הרשב"א שמצדד לומר שדינו כקרקע, אינו יכול לקנות שטר חוב.

קעט. עיין בד"ג כלל סה סימן מז בשם שו"ת שתי הלחם בסימן ל' במי שהיה חייב להרבה נושים, ורצה לברוח כדי שיתפשו עמו, ונכנס בנו כערב בעד אביו וכתב בלשון קבלת הערבות שהוא ערב על מה שאביו חייב כהיום, ואח"כ התפשר עם הנושים בפחות, שאין הבן חייב אלא כפי שהתפשר עם אחרים דכיון שהזכיר בלשון ערבות לשון כהיום, יש במשמעות לשון זה כפי שהחוב שוה כהיום, והיינו דמי ההתפשרות.

קפ. סמ"ע סימן רלה ס"ק מג שם כדעיה ראשונה, ודיעה שניה ס"ל שפחות מעונת הפעוטות כשוטה גמור הוא ואינו חייב לשלם, ולדיעה שלישית יש לחלק בין ידוע שלצורך מזונות לווה שחייב לשלם, ואם לאו אינו חייב לשלם, שאין סומכין על דבריו בקטנותו שלווה לצורך מזונות, ובנתי"מ שם כתב דה"ה אם מודה לכשהגדיל שלווה לצורך מזונות חייב לשלם, והש"ך דחה פירוש הסמ"ע ולא פירש דעתו בהלכה זו. ומ"מ כתב בפתחי חושן שאם לווה הקטן כדי לבזבז אפשר שלכו"ע פטור. ודין הזן יתום קטן אם חייב לשלם, עי' חנוך לנער פרק מה באריכות ונתבאר בס"ד בערך יתום ובערך קרנות צדקה.

ובדין המלוה לחרש יש אומרים שדינו כקטן (עיין בזה בשו"ע סימן צו סעיף ה', וכתבו האחרונים שלפי"ז לעולם פטור, שהרי אף הקטן אינו חייב אלא לכשיגדיל), אבל המלוה לשוטה, אפילו נתפא פטור מלשלם, (עיין שו"ע שם, וסיים שאבידה מדעת היא. והעיר בפת"ח שלכאורה צ"ע, שהרי גם בקטן אמרין אבידה מדעת היא ואפ"ה חייב לשלם. וכתב שם שמ"מ נראה לו בין בקטן ובין בחרש ושוטה שכל זמן שמעות ההלוואה בעין, לכו"ע מוציאין מידם, וכמ"ש בסימן שנט סעיף ג' לענין גזילה, ואפשר דה"ה בדאתי מחמת מעות מעות ההלוואה בעין, ונשאר בצ"ע).

גדר הכסף המופקד בחשבון הבנק ודין שטרי הכסף

את הכסף האם נחשב הדבר ליש לו או שאין זה נחשב ליש לו, והשאלה בזה היא מה הוא הגדר של הכסף המונח בבנק האם הוא מוגדר כהלוואה לבנק כלומר שהלקוח מלווה את כספי ההפקדה לבנק עד שהוא יחליט למשוך אותם, וממילא יהיה אסור ללוות על סמך הכסף המופקד בחשבוננו שהרי כתב הרמ"א (שם קסב, ב) שכסף שאחרים חייבים לו לא נחשב כיש לו, או שכסף זה מוגדר כפיקדון בידי הבנק וממילא נחשב הדבר כאילו הכסף ברשותו ממש, והשאלה בזה היא גם האם מותר לקבל הטבות כל שהם על הכספים המופקדים בבנק של יהודים האם דינו כהלוואה לבנק ואסור בשום אופן, או שהוא מוגדר כפיקדון ומותר לקבל הטבות.

שאלה נוספת שנגזרת מספק זה. הנה מבואר בשו"ע (יו"ד סי' קעו א) שמותר להשכיר מעות באופן שהוא מחזיר את המעות בעין, וכל מטרתו של אותו שוכר הוא רק בכדי להתלמד בהם, או ליראות בהם, שואל יהודי שלצורך הלוואה בבנק או מאיזה סיבה שהיא, זקוק הוא בדחיפות שיהיה לו בחשבון הבנק סכום כסף מסויים, כדי שיוכל להציג את חשבון העו"ש שלו ושיראו שיש שם סכום גדול, וכעת הוא מבקש מחברו

מבואר במשנה (עה.) וכן נפסק בשו"ע (יו"ד קסב) שאסור ללוות מוצר שאין לו מחיר קבוע ושייך בו עליית מחירים תמידית אלא א"כ יש ללווה מעט מאותו מוצר אותו הוא רוצה ללוות, ומשכך ישנו איסור ללוות מטבע חוץ, ששייך בו שינוי מחירים תמידי, אלא אם כן יש בידי הלווה סך מה מאותו המטבע שאותו הוא רוצה ללוות, כלומר אסור לאדם תושב ארץ ישראל ללוות 100 יורו מחברו אלא אם כן יש ברשותו מעט מאותו סוג מטבעות והוא הדין כיום לגבי דולרים שאם אין בידי הלווה מעט דולרים אסור לו לקחת הלוואה בדולרים.

וכעת יש לדון באדם שיש לו בחשבון הבנק דולרים או כל מטבע אחר שאינו המטבע המקומי של המדינה בה הוא מתגורר, והוא רוצה ללוות מחבירו סך דולרים, או כל מטבע אחר שיש לו מאותו המין בחשבון הבנק, או מקרה של אדם שזקוק כעת לאותו סך מטבע חוץ באופן דחוף, ומשכך רוצה הוא למכור את אותו מטבע שיש לו בחשבון הבנק בהזולה והוא יתננה לקונה לאחר זמן, שגם בזה נפסקה ההלכה (יו"ד קע"ג ז) לאיסור אלא אם כן יש ברשות המוכר את המוצר אותו הוא מוכר. בכל אלו המקרים האם מה שיש לו בחשבון הבנק

שיפקיד לו את הסכום האמור, חברו הסכים להפקיד לו את הסכום המבוקש, בתנאי כפול ומכופל שלא ישתמש בכסף בכלל, כמו"כ ביקש הנ"ל תמורה לעניין, וכעת שאלתו בפיו האם זה נחשב הדבר להלוואה היות והכסף מוגדר כהלוואה לבנק, או שנחשב העניין לפיקדון וממילא מותר לו לשלם לאותו חבר, מאחר ואין כאן הלוואה אלא שכירות. ויהיה מותר לשלם לו עבור כסף לחשבון הבנק האם זה נקרא כמעט להיראות בהם או כהלוואה היות והוא אינו יכול להשתמש בכסף.

שאלה זו מאוד מצוייה, כאן בארצנו הקדושה, כשאנשים זקוקים לקחת משכנתא מהבנק לצורך רכישת

נכס, הם צריכים להוכיח הכנסה מסויימת, והם צריכים להביא תלושי משכורת קבועים משך כמה חודשים, ולכן פונים הרבה אנשים לבעלי עמותות שונות שיפקידו להם מידי חודש סכום מסויים כמילגה או תלוש שכר וכיוצ"ב, והם יעבירו את הכסף חזרה במזומן, בעלי העמותות יש להם בזה טובת הנאה גדולה, שהם מקבלים את הכסף במזומן, ובפשטות יש בזה ריבית, שהם מפקידים בחשבון ומבקשים מזומן דווקא, למרות שלא תמיד זה נוח ללווה, והשאלה כעת האם באופן שהם יתנו עם הלווה שלא יוכל להשתמש במעות אלו, מעבר למטרה זו, האם יועיל העניין שלא יחשב כהלוואה, או שעדיין זה נחשב כהלוואה.

א. עוד יש לדון בגדר מטבעות ושטרות הכסף שבזמנינו האם גופם ממון

העניין פנה לשמעון על מנת שזה האחרון יחזיר לו את החפץ, הלה הסכים בתנאי שישלם לו את החוב על סך 500 ₪ שמעון לא הסכים לקבל את העניין הפשוט שמדובר כאן בריבית קצוצה טענתו הייתה כי מאחר ובפועל לא נתן לו מעות אלא רק עשה לו העברה בנקאית הרי שלא היה כאן כלל הלוואה, וממילא אין איסור ריבית בנתינת תוספת שהרי זה רק העברת מספרים ותו לא, וכעת ראובן לא יודע את נפשו מה לעשות.

במקרה אחר רצה אדם לטעון כי גם בהלוואת שטרי כסף של זמנינו אין דין ריבית קצוצה, היות ושטרות הכסף של זמנינו אינם אלא נייר סתם, ואין

לפני שניכנס לנידון יש להקדים לדון בגדר הכסף בזמנינו האם נחשב בכלל כהלוואת כסף או הלוואות שטרי חוב, ומעשה שהיה בראובן שנצרך היה באופן דחוף להלוואה דחופה של 10,000 ₪ וביקש מחברו שמעון שיעשה לו העברה בנקאית על הסך הנ"ל, על דעת שיחזיר לאחר חודש ימים, שמעון הסכים אך ביקש שיחזיר לו 10500 ₪ ראובן שהיה זקוק בדחיפות לכסף, ענה בסדר כשבדעתו להחזיר רק 10,000 ₪ ואכן לאחר כחודש עשה ראובן העברה חזרה לשמעון על סך 10,000 ₪ שמעון תפס איזה חפץ הקרוב לליבו של ראובן השווה קרוב ל 500 ₪ ראובן שרצה לסיים את

האם דין מטבעות הכסף הניתנים לכהן דינם כטיבעא או כפירי.

למעשה אנו רואים שנהגו כלל ישראל להשתמש במטבעות כסף לפדיון הבן, והשאלה האם טעם הדבר הוא משום שיש לחוש שמא שטרות הכסף של זמנינו אין גופם ממון, או מחמת סיבה אחרת.

מחלוקת הפוסקים בגדר מטבעות ושטרות הכסף.

כתב החתם סופר (ח"ג אבהע"ז א סי' קכו) ות"ד... ותחלה אומר כי אין ספק דהני שטרות באנקע צעטיל או שייך דין מטבע יש להם לענין שאם נתן א' שטרו' אלו להקיר"ה עצמו לפרעון מיסיו וכדומה וחזר הקיר"ה והוציאם לא הוה כשטר שנמחל כבר שעבודו, וכן אם נתן א' לחבירו שטרות אלו וחזר ומוחלם להקיר"ה לא הועיל כלום וכן נמי שנמכרים מיד ליד בלי כתיבה ומסירה כיון שלא הוזכר שם הלוח ואפי' לנולדים שלא באו לעולם בשעה שחותמם באי כח הקיר"ה מ"מ נשתעבד להם מעיקור הדין כל זה פשוט ונהי דמ"מ לענין פדיון בכור נ"ל שאין גופן ממון והה"נ לענין שבועה דאורייתא דהיינו מי שהפקיד לחברו באנקע צרורים וחתומים ולא נעשה שואל או לווה עליהם רק שומר ונאבדו לא הייתי מחייב שבועה דאורייתא דנראה פשוט אם נשרפו ויש לו לאדם עדי שריפה או שורת הדין שהקיר"ה ישלם לו אחרים תחתיהם משא"כ במטבע מתכות נמצא שאין עומדין אלא לראיה ולא הוה גופן ממון ואינן כעין הפרט וממעטי מפדיון

הלוואה ממש של כסף וממילא אין ריבית במה שמוסיף לו שהרי נייר ה 50 ונייר ה 100 הם בעצם אותו דבר, ואפילו אם תאמר שדינו ככסף על כל פנים בוודאי אין גופן ממון, ודעת התוס' שאין בזה איסור ריבית דאורייתא.

השימוש במטבעות כסף בפדיון הבן

לאחר שנות צפייה רבות זכה רחמים יהודי יקר מרחובות בן זכר, מיותר לציין שההתרגשות הייתה בשיאה, את סעודת הברית לא יכל רחמים לערוך כראוי עקב מגבלות קורונה כאלו ואחרות, אך חודש לאחר מכן בסעודת פדיון הבן, הוציא החוצה את כל שנות הציפיה וכראוי וכיאות ערך רחמים סעודה כסעודת שלמה בשעתו, לכהן הפודה בחר רחמים את גיסו אברהם כהן, בהגיע בנו של רחמים לגיל שלוש, קרא אביו של רבי אברהם כהן את בנו אל מיטת חוליו וטרם פטירתו סיפר לו כי הוא בן מאומן, אביו של אברהם שלא היה דתי לא נתן את דעתו יתר על המידה למשמעות ולתוצאות של הדברים. למעשה כעת הוברר מעל לכל ספק כי אברהם כהן כלל אינו כהן וממילא בנו של רחמים אינו פדוי כלל, אברהם עודו נסער מהגילוי הנרעש בא לגיסו רחמים ורוצה להחזיר לו את מטבעות הכסף שנתן לו, אלא שאחד עורר אותם לענין שבמשך השנים התייקרו מטבעות הכסף ואם בזמנו היה שווה 350 כיום בשעת פירעון שווה 580 וא"כ יש כאן חשש ריבית שהרי יש כאן מקח טעות וממילא המעות ניתנו בהלוואה, וא"כ חל איסור לתת יותר מהשווי שבשעת ההלוואה. והשאלה בזה

להם ולא דין מעות וכן הביא שם מסידור דרך החיים (הלכות פדיון הבן) . וכן כתב בשו"ת בית אב (חמישי סי' שלא), וכן כתב בתשובה מאהבה ח"ג סי' תד, ובחיי אריה סי' א'.

מאידך גיסא החת"ס גופא (בסי' קלד) כתב וז"ל דמטבעות ושטרות שבזמנינו גופן ממון, וז"ל... אבל גדר מטבע הוא שגור המלך עליו שתצא ומי שממאן מלימכר וליקח באותו המטבע יחייב ראשו למלכות ודינא דמלכותא דין אמת ומשפט צדק הוא בזה ולא מלכותא דארעא לחוד גזר עליו אלא גם מלכותא דרקיעא ית"ש כמבואר פ' מקום שנהגו נ"ד ע"ב והיינו מטבע שגופו ממון ואין חילוק אם יהי' זהב או כסף או נייר ואין לומר בזה שאינו עומד אלא לראי' שבו דהרי קמן שכמה פעמים העם מסופקים בגירעון כסף וטוב היה להם שלא למכור אותם ועל כרחם צריכים למכור מפני אימת המלכות כי כן יסד נמצא הראיה שלו אינו שווה להם רק הגזירה היא המקיימת טבען בעולם משא"כ שטר אפי' על עשיר היותר גדול ואפי' על המלך בימי עשרו אשר בוודאי יהיה עובר לסוחר לכל אדם מ"מ אינו אלא מפני הראיה שבו שידועים שזה הוא אדם בטוח אבל אין גופו ממון שאם ירצה שלא ליקחו מי יכוף על זה וכן כל (הבאמאטק"א וקופ"פר אמב"יט שיי"ן) אין אדם מוכרח ליקח אותם בתשלומין מש"ה אינם אלא שטר בעלמא. וכו' והנה לפ"ז אין ספק אצלי דהני באנק"א המה כסף גמור אפי' לקדש אשה והוי שפיר דומיא דעפרון וא"כ ממילא

בכור ומשבועת הפיקדון כן נ"ל פשוט מ"מ לעניין שאר כל מילי ה"ל דין מטבע גמורה ולעניין ריבית צ"ע עדיין, ע"כ.

עוד יעויין בשו"ת עונג יום טוב (סימן קב) שכתב וז"ל שאלה. אם מותר לפדות בכור במעות נייר או לא, תשובה הנה קיי"ל אין פודין בשטרות וכו' ולי נראה דלא דמי כלל דמטבע כסף או נחושת נהי שאינו שווה כל שוויה מ"מ הא אינו דומה כסף מטבע קטנה לכסף מטבע גדולה ובכל מטבע יש כסף לפי ערכו ואף שאין שיווי הכסף מגיע לשיווי המטבע בזה אמרינן דכיון שיש על הכסף מטבע שטבע המלך מתעלה גם שיווי הכסף עי"ז ושווה הכסף יותר ע"י הטבעא שחתום עליו. ומקרי שפיר גופו ממון דהא בכל מטבע יש כסף או נחושת לפי ערכו הגדול לפי גדלו והקטן למי קוטנו. ובשאר כל כסף נמי אנו רואים שיש כסף שמשקלו קטן ושווה יותר מכסף שמשקלו גדול מפני הצירורים שיש בו וה"נ ציור צורת חותם המלך מעלה את הכסף בדמו. אבל מעות נייר שהנייר שהוא יוצא בא' רוביל אינו שווה פחות מהנייר שהיא יוצאה במאה רו"כ רק שזה כתוב עליו מספר א' וזה כתוב עליו מספר מאה או חמשים ובעצם שוויה אין חילוק בין נייר שיוצא למספר קטן לנייר שיוצא למספר גדול. ואין החילוק ביניהם אלא המספר שכתוב עליו וה"ז שטר גמור שאין גופו ממון ואינו אלא לראיה ואין פודין בו, ע"כ.

וכן מצינו בשו"ת בית שלמה (חו"מ סי' לד, ע, עא, עז) דשטרי כסף דין שטרות יש

דהוי כסף לפדות הקדשות ומעשר שני וכו'.

וא"כ יש לעיין לעניין פדיון בכור בהני באנק"א כיון שפודין בו הקדשות ומע"ש נ"ל לדין לחלק דבוודאי בכל דבר שהוא בין אדם לחבירו אפי' פדיון הקדש שאינו אלא קונה מגזבר ההקדש וממלא חסרונו של גזבר בדבר אחר וכן פדיון מע"ש לאוכלו בירושלים י"ל כל טיבעא דסגי בעלמא עפ"י גזירת המלך על הקוני' והמוכרים פודי' בו ונקרא מטבע לעניין שבועה ושומרי' משא"כ פדיון שפודין מהקב"ה כי לי כל בכור אלא שהקב"ה נתן פדיונו לכהן אבל עיקר הפדיון הוא מהקב"ה והקב"ה קצב פדיונו ה' סלעים שיש בהם ה' לוט וקווינט / שמות של מדות/ כסף מזוקק ואפילו נותן לו לכהן מטבע כסף השווה כך ע"י הצורה אינו יוצא יי"ח עד שיהיה בהמטבע כסף מזוקק כשיעור הנ"ל מלבד הנחוש' שבתוכו והיינו מטעם הנ"ל דלגבי מעלה אין הצורה נחשבת לכלום והה"נ באנקאנאטא אפילו ייתן מלא ביתו כיון שבשוויים אין בהם כלום רק מפקידת המלכות וזה לא שייך כלפי מעלה ואף על גב דרב כהנא שקיל סודרא בפדיון הבן ואמר לדידי שוה היינו משום שאם הי' לו ה' סלעים היה נותנים בעד הסודר משא"כ אלו הצורו' אינם שוין גם לכהן כלום רק מאימתא דמלכותא אפשר אין פודין ועדיין צ"ע.

כדברי חת"ס אלו מבואר גם בהשיב משה (י"ד נ"ד נה), דכיוון דיכול לקנות בהם גופן ממון, וכן הוא באבני צדק (י"ד קכה), ובחסד לאברהם (ל' אברהם

תאומים יו"ד צה), וכן הוא להדיא בחזו"א (עב, ב) וז"ל... ולמדנו שקבעה התורה את התשלומין ע"פ ערך המטבע היוצאת במדינה, וכו' ועניין מטבע כל דבר שהסכימו עליו בני מדינה למכור ולקנות בו ולהעריך בו את כל השוק כמו שנוהגין המדינות.

וכן כתב רעק"א (ח"מ ס' רעח ס"ז) וז"ל באנקע נאטען נ"ל דהוי מטבע ממש ולא מקרי ראוי. וכן כתב לי ש"ב הגאון מוה' מאיר ווייל שכן פסק הגאון אב"ד דק"ק ברלין זצ"ל, ע"כ.

וכן מבואר להדיא בשואל ומשיב (תליתאה ח"ג ס' נה) וז"ל... ההנה אנכי כבר השבתי זה שנים רבות דמותר לפדות בבאנקנטין ואין דומה לשטרות שאין גופן ממון ואם נרצה לקנות מוכרח להחליף אותם בהקאסי ולקח מחירם אבל באנקאטין קונים בהם עצמם כל מאכל וכל דבר, ע"כ.

וכבר מצינו בשאלת יעב"ץ (ח"א ס' פה) דשטרי כסף דידן עדיפי משאר שטרות שאינן שוין להמכר לכל אדם. משא"כ באלו הפתקות שדמיהן קצובים ויש להם שער בשוק וחרifa זבינא.

למעשה מצינו כאן ג' שיטות.

דעה א': דבין השטרות ובין המטבעות דינם כשטרות שאין גופן ממון.

דעה ב': דמטבעות דין ממון יש להם משא"כ השטרות דין שטרות יש להם.

דעה ג': דבין המטבעות ובין השטרות דין ממון יש להם.

היסטוריית הכסף

בכדי להבין קצת את מחלוקת הפוסקים בזה יש להקדים קצת את היסטוריית הכסף.

מטבעות החלו לקום בנקים למיניהם (כמו שמצינו בגינת ורדים אבהע"ז כלל ד יט) שם הפקידו אנשים את כספיהם וקיבלו שוברים לראיה על כספם המונח בבנק כשלאט לאט החלו אנשים להעביר שטרות אלו מאחד לשני ולקנות עם שטרות אלו עצמם (כמבואר בשו"ת שמש צדקה יו"ד סי' ד).

למעשה כבר בתורה אנו מוצאים את המושג כסף כשאברהם אבינו קונה מעפרון את השדה, מאידך אנו מוצאים גם את קניין החליפין בבוט, החילוק בין קניין כסף לחליפין הוא פשוט בלי כסף קשה מאוד לנהל כלכלה לצורך הרוגמא נגר שרוצה לקנות לחם, צריך למצוא מאפיה שצריכה ארונות, ובאם צריך נעלים יצטרך למצוא סנדלר שצריך כיסא, וכן הלאה, גם מגדל הירקות כשירצה ארון יצטרך למצוא נגר שמחפש ירקות, דבר זה מקשה מאוד על החיים ומכאן נוצר הצורך למטבע שניתן יהיה למכור ולקנות כנגדה. במשך השנים היו 5 שלבים.

שלב ג': לפני קצת יותר ממאתיים עקב סיבות שונות כמו פחות בערך עקב גילוי מרבצים גדולים של מתכות אלה, כמו שהתרחש באירופה עם גילוי אמריקה. בעיה נוספת היא גניבות ושחיקה במטבעות עצמן עקב שחיקה טבעית, זיופים והקטנת כמות המתכת בכסף על ידי זיפנים או השלטון עצמו, ועוד כיוצ"ב, החלו מדינות לייצר גם מטבעות ממתכת זולה יותר ובמשך הזמן אף הנפיקו המדינות עצמם שטרות כסף, שערכן שווה ערך היה למטבעות היקרות, כל מדינה הייתה מחוייבת להחזיק מטבעות זהב בשווי של אותם מטבעות וכנגד מטבעות ושטרות אלו יכל כל אחד לקבל מטבעות ממתכת יקרה.

שלב א': ערך שווי המטבע נבע בעיקר בשל ערכו הגולמי של המטבע, בשל טיב ומשקל הזהב, הכסף, הנחושת, או שאר סוגי המתכות מהם נוצרו המטבעות, גם בזמנים אלו שבהם עיקר שוויו של המטבע היה בשל טיב ומשקל החומר ממנו נוצר, עדיין אנו מוצאים כבר בזמן הגמ' (ב"מ מה:): שמטבע טבוע היה שווה קצת יותר.

שלב ד': לפני כשישים שנה בוטל חיוב המדינות לתת מטבעות יקרות תמורת המטבעות והשטרות הזולות, רק כל מדינה הייתה מחוייבת להחזיק זרבות של זהב גולמי (כיכרות זהב), כנגד המטבעות והשטרות שהיא מוציאה לשוק, הייתה גם אפשרות להחזיק מטבעות של מדינות שיש ברשותם זהב כנגד אותם מטבעות. היה פיקוח בינלאומי על הדבר לוודא שאכן כל מדינה מחזיקה זרבות כנגד המטבעות שאותם היא מנפיקה.

שלב ב': בתקופה מאוחרת בשל הקושי להיסחב עם כמויות של

של 100 או ציור של 200, למעשה כבר בבית אב (שם) הק' דיש חילוק גדול דבכלי של כסף אכן מחמת הציור שבו ערכו עולה משא"כ במטבעות אם לא שהמלכות הייתה מחליטה שצורה כזו יש לה ערך מסויים אין לזה שווי אמיתי לציור שבו.

ההשלכה לזמננו אנו

למעשה, בזמן הזה זה ודאי שדין שטרות אין לשטרות הכסף או למטבעות הכסף, שהרי אין שום חוב, ולכאורה לולא דמיסתפינא נראה לומר שכו"ע יודו שגופן ממון, וכמו שמוכח מרוב התשובות שמה שהכריעו דדין שטרות יש להם היינו משום שנתנו מעות כסף וזהב כנגד אותם שטרות וגם כתוב בהם לשון הריני מחוייב לכל המוציא שטר זה, וכעין שטרי ממרנות, אך כיום שאין שום חוב כנגד אותם שטרות וגם אנשים מוכנים לתת תמורתם חפצים, ואף זהב וכסף וכל דבר שבעולם, אין שום סברא לומר שלא יהיה גופן ממון. ומה שנוהגין לתת מטבעות כסף דייקא, היינו משום דברי החת"ס שכיוון שהפדייה היא כלפי שמיא צריך לפדות בכסף דייקא.

ולפי"ז במעשה של הפדיון ודאי מטבעות הכסף דין פיירי יש להם, ולכן עד כמה שמקח טעות הוא הלוואה יש צורך להחזיר כפי שער הזול ובעובדא דדין כפי השער בעת הפדייה.

אמנם יעויין בשו"ת מנחת שלמה (ח"א סי' עא, כג) שכת' וז"ל נלע"ד לפי

שלב ה': בעשורים האחרונים בוטלה אף חובת החזקת רזרבות הזהב במרתפי המדינה, ולמעשה, כיום כל שווי הכסף אינו מתבסס על כמות הזהב שיש למדינה אלא הוא מתבסס על חזקה הכלכלי ועל אוצרותיה הטבעיים של המדינה, וזה גם מה שגורם לשינויי השערים התמידיים, ולכן על אף שבאופן עקרוני כל מדינה יכולה להדפיס שטרות כסף בלי הגבלה, מכל מקום באופן מעשי אם המדינה תדפיס שטרות ללא הגבלה הרי שערך הכסף שלה ירד.

נחזור לאחור למצב בו אנו נמצאים בשלבים ב' וג', וננסה לקיים דיון בגדר השטרות בוודאי יש כאן שתי צדדים אמיתיים, מצד אחד שטרות הכסף אינם שטרות מצד עצמם אלא רק שטרות כנגד כספים אמיתיים אחרים, מצד שני הרי בפועל לא משתמשים במטבעות הכסף או הזהב השמורים במרתפי המדינה, אלא בשטרות או מטבעות מוזלות, וא"כ על אף שבסופו של דבר מאחורי כל שטר או מטבע עומד מטבע כסף או זהב, אך בכל אופן למעשה אנשים סומכים על זה ונותנים מוצרים כנגד שטרות אלו.

הדיעה השלישית של העונג יו"ט לחלק בין מטבע לשטר היא קצת קשה שכמו שבכלי כסף יש הבדל בין אומנות כזו או אחרת ולכן רוצה להתיר מטבע מחמת הצורה שבה, גם בניירות ישנם ניירות שעל אף שהנייר עצמו אין לו שווי, אך הציור שבו מעלה את ערכו, וא"כ גם בזה יש הבדל אם יש ציור

דהא גם בזמן הגמ' היה שווי המטבע יותר ממה שיש בו שיווי כסף להיתוך, אך מכל מקום כת' דאין עושים מעשה (לפדות במטבע של נייר) במה שלא שמענו מרבותינו.

ומכל מקום גם אם נאמר דמטבעות דבזמנינו אין גופן ממון מכל מקום למעשה כבר כתבו הט"ז והש"ך (י"ד קסא, סק"א) דבפשטות פסק השו"ע דלא קיי"ל הכלל ופרט וכלל וממילא גם דבר שאין גופו ממון בכלל איסור ריבית קצוצה הוא.

מה שנהוג שאין פודין מע"ש ורבעי רק על מטבע של מתכת ולא על מעות נייר, דלפי"ז ה"ה נמי שאין לחלל על מטבע של לירה אחת דאף שאפשר לקנות בה חצי שעורה כסף, אבל כיון שהמתכת אינה שווה פרוטה נראה דאין הבדל בין זה לבין מטבע של נייר, ע"כ. אמנם בחזו"א (דמאי ג יב) כתב דוודאי מחללין אף במטבע של נייר, דהרי מטבעות בזמנ"ז אין להם שיווי עצמי, ואם נבוא להחמיר דצריך מטבע שיש בו שיווי להיתוך כמו בזמן הגמ' א"כ גם במטבע של כסף אין לחלל אלא רק בשיווי הכסף,

ב. גדר של העברה בנקאית.

וכתב בחידושי הגר"ח (בי"מ סד:): וז"ל והנה אין לומר דטעמו משום דאין כאן הלוואה חדשה, דהא חזינן במסכת מכות (דף ג.) דאם העדים העידו שהלווה לו על עשרה שנים והוזמו חייבים לשלם, והק' המשכנות יעקב הא הוי רק מבטל כיסו של חברו, והוכיח מזה דמבטל כיסו הוא דווקא אם תוקפים ואינו מניח לו להרוויח, אבל כאן שהעדים נותנים לו הלוואה בזכותם, דהיינו שהלווה מדעתו, הוי כמו שלקחו ממנו המעות ונתנו לו שיהי' לו בתורת זכות, וזה אינו מיקרי לבטל כיסו, רק לוקח ממש ממנו זכות הלוואה, והזכות הוי ממון מעליא, חזינן דהוי הלוואה חדשה, דאי לא הוי הלוואה חדשה לא היו העדים חייבים, דהא לא לקחו ממנו ולא כלום. וביאר הגאון רב"ד זצ"ל,

כתב הרמב"ם (מלו"ל פ"ו ה"ג) הורו רבותי שהמלווה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלווה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלוואה שנאמר לא תתן לו בנשך, ע"כ. וכתב הראב"ד וז"ל א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפירעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקידושין יוכיחו, וביותר כת' הטור וז"ל והלוויני ודור בחצרי דהוי רבית קצוצה אי קיימא לאגרא ואבק רבית אי לא קיימא לאגרא אין חילוק בין אם אמר כן בשעת הלוואה או לאחר הלוואה שאין חילוק בין קצץ בשעת הלוואה להרוויח לו זמן אחר ההלוואה בשביל המתנת המעות דכשעת מתן מעות דמיא, וכן הוא בנימוק"י (לה: בשם הרשב"א).

גם בדברים שאין גופן ממון, וא"כ צ"ע דהמחבר בסי' קס"ו כתב וז"ל ואם הלווה ואחר זמן תבע חובו ואמר לו הלווה דור בחצרי, יש אומרים שאינו אלא אבק רבית ויש אומרים שהוא רבית קצוצה, והוא שיאמר לו כן בשעה שמרויח לו זמן, וכדהשתא לדעת הגר"ח והברכת שמואל דסברת הרמב"ם בזה דלא חשיב ר"ק הוא מטעם דאין גופן ממון א"כ המחבר דסבירא דאף באין גופן ממון הוי ר"ק האיך הביא דעה זו.

ומכל מקום בביאור הגר"א (קסו) פי" מחלוקתם אי הרחבת הזמן הוי כהלוואה חדשה אי לאו. וגם מדברי המבי"ט שהביא הש"ך (סו"ס ק"ס) משמע דלא סבירא ליה כן בהרמב"ם דהוא סבר דדווקא בחצר הוא דלא הוי ר"ק אבל בדבר קצוב ושער ידוע אף להרמב"ם הוי ר"ק.

דכיון דאימעטו שטרות מדין רבית, לכן אין כאן רבית בהרווחת זמן, ומשום דאין גופן ממון, כמו שטר דהלווה לו אין גופו ממון, דמלווה לאו בעין הוא. וכן אמר הגר"ח זצ"ל. (ויעיין עוד בברכת שמואל (קידושין סי' ד).

ולפי"ז אולי יש לתלות ספק זה במחלוקת הראשונים לדעת הרמב"ם דקציצה בשעת הרחבת הזמן לא הוי ר"ק דלא הוי גופו ממון א"כ הו"ה בהעברה בנקאית דלא נחשב כגופו ממון אמנם לדעת הנימוק"י ודעימיה גם בזה נחשב כהלוואה לכל דבר דאף שלא נתן לו ביד כלום מכל מקום לא גרע מהרחבת הזמן.

אלא דקצת קשה דהא כבר כתבו הט"ז והש"ך (י"ד קסא, א), דדעת המחבר דלא קיי"ל כהאי כלל ופרט וכלל דממעטינן קרקעות וממילא שייך ריבית

ג. בגדר הכסף המופקד בבנק

ברשותיה דמריה קאי, או שסיבת החילוק בין הלוואה לפיקדון היא סיבה אחרת ויתכן שיש הבדל בין השאלות.

מקור החילוק בין הלוואה לפיקדון הוא בגמ' (דף ג"ט:) ואמר רב נחמן האי מאן דיהיב זוזי לקוראה וקא אזלי ארבע ארבע ואמר ליה יהיבנא לך חמש חמש איתנהו גביה שרי ליתנהו גביה אסור פשיטא לא צריכא דאית ליה אשראי כמתא מהו דתימא כיון דאית ליה אשראי כמתא כעד שיבא בני או עד שאמצא מפתח דמי

נחזור לדיון הראשון בגדר הכסף המופקד בבנק האם מוגדר הוא כהלוואה לבנק מאחר וברשות הבנק להשתמש בכסף על פי החלטתם, או שהכסף מוגדר כפיקדון בידי הבנק עבור הבעלים.

אך לפני שניכנס לצדדי השאלה יש לעיין במקור הדין בגדר החילוק בין הלוואה לפיקדון לגבי דין יש לו, האם ההבדל הוא כי מלווה להוצאה ניתנה וממילא זה לא שלו וודאי לא נחשב כיש לו משא"כ פיקדון שהיכן שהוא נמצא

קא משמע לן כיון דמחסרי גוביינא כמאן דליתנהו דמי, ועל דברי הגמ' כתב הב"י וז"ל מיהו אפשר דהני מילי כשאחרים חייבים לו בתורת חוב אבל אם הייתה לו סאה מופקדת אצל אחרים חשיב יש לו ולווה עליה דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, ותדע דאם לא כן לישמענין רב נחמן היכא דאית ליה פיקדון ומינה הוה שמעינן לאית ליה אשראי במכל שכן.

ומדברי הגמ' מבואר שאפי' בהלוואה כל סיבת האיסור היא לא בגלל שזה לא שלו אלא סיבת האיסור היא משום שבאופן של אשראי יש כאן חיסרון גביה ולכן לא נחשב כיש לו אבל באופן שאין חיסרון גביה אפי' שזה לא שלו נחשב הדבר כיש לו, [למעשה אנחנו פוסקים כשיטת הרמב"ם (מלו"ל פ"ט ה"ו) שבכל חוב לא נחשב כיש לו, אך בכדי לסבר את האוזן נביא את דברי המהרא"ל שכתב שלדברי רש"י אם יש לו חוב אצל אחרים שחייבים לו מחמת הלוואה וכיוצ"ב נחשב הדבר כיש לו שהרי יכול לגבות מהם וכל מה שאוסרת הגמ' זה דווקא בחוב של פסיקה שאחרים חייבים לו מחמת שפסק עימם ועל כן אין זה חוב אמיתי, וכן מוכח גם מדברי הגהות מרדכי שהביא הרמ"א (קס"ב, ב) שגם בפיקדון אם יש לו אצל אחר ואין לו דרך לשם אסור.

והנה אנו רואים כלפי איסור סאה בסאה ופסיקה מועיל אפי' יצא השער וטעם ההיתר ביצא השער כתבו הראשונים דהוה כיש לו כיוון שהוא

מצוי אצל הכל, ולפי"ז לכאורה באופן שיש לאדם מוצר שאינו שלו אך אינו מחוסר גוביינא יוכל לפסוק עליו ואני יקח לדוגמא כאן בארץ מאוד מקובל כשחברה מוכרת מוצר לחנות היא כותבת בהסכם שכל עוד המוכר לא שילם עבור המוצר מה שקורה בדר"כ שמשלמים רק אחרי חודש או חודשיים, הרי המוצר עדיין בבעלות החברה, (לא ניכנס במאמר זה לנושא עד כמה יש תוקף לסעיף זה), עכ"פ כעת השאלה דלכאורה כל החילוק בין הלוואה לפיקדון הוא אם המוצר מחוסר גוביינא או שאינו מחוסר גוביינא, וא"כ באופן זה אפי' שאין המוצר שלו אך עכ"פ אינו מחוסר גוביינא.

וכעת יש לדון בין אם נאמר שהמעות המופקדות בבנק דינם כהלוואה ובין אם נאמר שדינם כפיקדון יש לדון האם נחשב כמחוסר גוביינא או לא, והספק בזה הוא משתי פנים אם נאמר שאין זה מחוסר גוביינא הרי אפי' אם מוגדר כהלוואה הרי כל שאינו מחוסר גוביינא מותר, ואם מעות אלו מחוסרים גוביינא הרי אף אם דינם כפיקדון עדיין מחוסרים גוביינא הם.

למעשה אנו דנים כעת בשתי שאלות מרכזיות שמהם נגזרות שלש שאלות מעשיות.

שאלה א' האם הכסף בבנק מוגדר כהלוואה וממילא באופן שהבעלים יהודיים אסור לקבל שום הטבה על הכספים המופקדים שם, או שדינם כפיקדון ומותר לקבל רווחים

הזה בכ"מ ואע"פ שאין היובל נוהג כדי שלא תשתכח תורת שמיטת הכספים מישראל, ע"כ. והמבואר בזה דשמיטת כספים נוהגת בין בארץ ובין בחו"ל וכן הוא בשו"ע (חור"מ פז, א) דשמיטת כספים נוהגת בזמן הזה בכל מקום.

וכדהשתא יש לדון אדם שיש ברשותו כסף בחשבון בנק של יהודים האם דינם כהלוואה לבנק וכל עוד שאינו חתום על פרוזבול הרי ששמיטה משמטת החוב, או שדין המעות כפיקדון ואין צורך בפרוזבול.

אותה השאלה לגבי ירושה דהנה איתא בשו"ע (חור"מ רעח) אין הבכור נוטל פי שנים במלווה, אף על פי שהיא בשטר, ע"כ. אבל בפיקדון גובה הבכור פי שניים, וכדהשתא יש לדון האם דין המעות המופקדות בבנק דינם כהלוואה וממילא הוי כראוי ואין הבכור נוטל בו פי שניים, או שדינם כפיקדון בבנק, והוי כמוחזק שהבכור גובה בו פי שניים.

ולמעשה בטעם החילוק בין מלווה לפיקדון גבי ירושה כתב הרשב"ם (ב"ב קכ"ה:) דהיינו טעמא דבמלווה לאו האי קרקע ולאוי האי מעות שבק להון אבוהון, ולפי"ז אפשר לדון דאף אם נצא מתוך נקודת הנחה שמעות המופקדות בבנק דינם כאינם מחוסרים גוביינא מכל מקום גבי ירושה לא יגבה הבכור פי שניים משום דלאו אותו ממון שבק להון אבוהון.

מאידך גיסא בסמ"ע (סקי"ז) כתב טעם אחר לחלק בין הלוואה לפיקדון, דכל שמחוסר גוביינא לא מקרי מוחזק.

עליהם, וגם אולי אדם שהפקיד לחשבון הבנק של חברו על מנת שלא יוכל להשתמש בהם יוכל לקבל שכירות עבור מעות אלו שאינם אלא פיקדון בבנק.

שאלה ב' האם כספים אלו מחמת זה שהבנק מוציא כספים אלו ומחזיר כספים אחרים תחתיהם, נחשבים כספים אלו כמחוסרי גוביינא, או שמכיוון שבכל עת הבנק מעמיד כספים אלו למשיכה יתכן שנידון כאינו מחוסר גוביינא, וממילא יתאפשר ללוות מט"ח על חשבון כספים אלו המופקדים בבנק או למוכרם בפסיקה או בפסיקה בהוולח.

גם על הצד שנחשב כהלוואה ומחוסר גוביינא האם יש לחלק בין הלוואת סאה בסאה לבין פסיקה,

שאלה זו לא נוגעת לעניין ריבית דווקא, והדבר נודע למעשה גם לעניין מצוות שמיטה, [לדאבונו הרב בזמן הזה שאין בביהמ"ק קיים, מצוות שמיטה היא רק מדרבנן כמבואר בשו"ע (חור"מ סז, א)]. איתא במתני" (שביעית פ"י מ"א) שביעית, משמטת את המלווה בשטר ושלא בשטר. וכן נפסק בשו"ע (חור"מ סז, ב). דשביעית משמטת את המלווה, ואפילו מלווה שבשטר שיש בו אחריות נכסים.

וכתב הרמב"ם (שמיטה ויובל פ"ט ה"ב וג')... אמרו חכמים בזמן שאתה משמיט קרקע אתה משמיט כספים בכל מקום בין בארץ בין בחוצה לארץ ובזמן שאין שם שמיטת קרקע אין אתה משמיט כספים בשביעית אפילו בארץ, ומדברי סופרים שתהא שמיטת כספים נוהגת בזמן

והמבואר בזה דאף הדיעות המחשיבים מעות הבנק כמוחזק היינו טעמא דכהאי גוונא אינו מחוסר גוביינא, ולא התייחסו כלל לטענת הרשב"ם דלאו אותו קרקע שביק אבוהון, והיעב"ץ בדבריו כת' הטעם שנחשב לראוי דמאחר שאינה נגבית אלא בראית הפנקסים הנאמנים ומכוונים, א"כ דין מלווה עליהו, (וכן מבואר בנתיבות, לקמן).

היוצא לעניינינו דוודאי כו"ע מודו דנחשב כהלואה שהרי מוציאם ומחזיר אחרים תחתיהם, רק נחלקו בגדר מעות אלו אם דינם כמחוסרי גוביינא אי לאו.

ולפי"ז לעניין ריבית יש לחלק בין שתי השאלות ששאלנו קודם לכן, דגבי שכירות מעות כיוון שנחשב כהלואה, א"כ אסור לראובן ליטול שכר על מעות שהפקיד לחשבוננו של שמעון, דאף שלשמעון אסור להשתמש במעות אלו, מכל מקום כיוון ששמעון הלווה מעות אלו לבנק נחשב הדבר לשימוש, שהרי אין מחזיר את אותם המעות כלל, (וכן מבואר בעטרת משה יו"ד קכ"א) ומשום הכי גם לא יכול לקבל איזה הטבה מהבנק של יהודים כיוון דנחשב כהלואה, אמנם כלפי השאלה אם נחשב הדבר כיש לו לעניין סאה בסאה ופסיקה, בזה כיוון שלכאורה כל החיסרון הוא במלווה לעניין יש לו הוא מחוסר גוביינא, א"כ לשיטת הפוסקים דהוי כמוחזק שפיר אפשר דה"ה הכי חשיב כיש לו.

אלא יש מקום להגביל העניין, דאף אם נאמר שאין הכסף בבנק מחוסר

ולדעתו אם נוכיח שמעות המופקדות בבנק דינם כראוי הרי שיש לנו הוכחה שהם מחוסרים גוביינא.

למעשה לעניין ירושה מצינו בזה מחלקות הפוסקים.

דעת היעב"ץ (ח"ב סי' לא) דכסף המופקד בבנק דינו כראוי ואין בכור נוטל בה פי שתיים, דאע"ג דנחשב בטוח מאד. מ"מ אינה נגבית אלא בראית הפנקסים הנאמנים ומכוונים, וכ"ש היכא שמשמש בהם והם עליו באחריות דאבד' דפשיטא טובא. דאינו נוטל בהם חלק בכורה. דמלווה גמורה היא. וכן הוא דעת הגינת ורדים (אבהע"ז ח"ד סי' יט) דמעות המופקדות בבנק דינם כראוי לעניין ירושת בכור, שאע"פ שתהיה ההלוואה בטוחה הרבה, מ"מ שם הלואה עליה. וכן הוא באנ"מ (אבהע"ז ח"א סי' קד) דדין מלווה עליהו שהרי ניתנו להבאנק להוצאה. וכן הוא בששה"ל (ח"ד, רטו), וכן הוא בפתחי חושן (ירושא פ"ב, לו).

מאידך גיסא מדברי שתי הלחם (סי' מה) מחלק קצת בסוגי הבנקים יש שדינם כמוחזק ויש שדינם כראוי, בתבואות שמש (ח"מ סי' א) כתב בפשיטות דדינם כמוחזק כיוון דאינם מחוסרים גוביינא שעומדים מוכנים ומזומנים בכל שעה ורגע להציג כספי המפקיד, וכן במנחת אשר (ח"א סי' ק"ט) נקט דדינם כמוחזק, גם בתשובות והנהגות (ח"א סי' תתנ"ב) כתב בפשטות דמעות הנמצאים בעו"ש דינם כמוחזק ומכל מקום למעשה כתב דראוי להתפשר בשיטות לצאת כל הדיעות.

גוביינא, מכל מקום לגבי מט"ח בפשטות מחוסר הוא גוביינא שהרי לא בכל כספומט ניתן למשוך מט"ח וגם לא תמיד יש בכספומט. ומכל מקום בכספים המופקדים בגמ"ח ובעלי הגמ"ח מלווים אותם לאחרים בזה ודאי אין צד שיחשב כמוחזק שהרי אינם מוכנים בכל שעה להחזיר הפיקדון לבעלים, ובוודאי שנחשב הדבר כנתן הלוואה, ואין זה מוחזק.

מה קורה באופן שהנהלת הבנק היהודי חתמו על היתר עיסקא האם באופן זה יהיה שונה הדין, והשאלה בזה היא כפולה גם לעניין הפלגה מלווה, אם אכן דין מלווה וכן לעניין החלק הפיקדון אם דין פיקדון עליהם גם לעניינינו.

ובאמת כבר נדרשו לעניין זה הפוסקים גבי שמיטה וירושה ונציע השיטות.

שמיטה

רק פלגא מלווה נשמט

כתב בשו"ע (ח"מ סו, ג) וז"ל מי שיש לו עסקא משל חברו, שביעית משמטת פלגא שהיא מלווה.

גם חלק המלווה הוא מוחזק

דעת שער המשפט (סק"ב) והשבות **יעקב** (ח"א סי' קע"ב) מהר"ם ש"ק (סי' קמה) ערך לחם (ח"מ רע"ח, ז) גינת ורדים (ח"ד סי' י"ט) דהבכור נוטל פי שנים בכל העיסקא כמו בשאר פיקדון שהוא ביד אחרים.

אפי' פלגא מלווה לא נשמט

מאיך גיסא הקצות (סק"ב) פליג בדבר וסבירא ליה דבעיסקא אפי' חלק המלווה לא נשמט, דאין זה כשאר מלווה שניתנה להוצאה, דכאן אין המקבל רשאי להוציאה ורק נחשב כמלווה לטובת המפקיד. וכן כתב הרדב"ז (ח"ד סי' ריד וסתר למ"ש ח"ג סי' תקס"ד גבי בכור דחלק המלווה הוא הלוואה).

גם חלק הפיקדון נחשב מלווה והוא ראוי

בנתיבות (ח"מ רע"ח, סק"ד) הביא מס' דברי ריבות דשטר עיסקא הוי ראוי, אף שאסור להמקבל להוציאן רק לצורך העיסקא. וכתב הנתיבות דמסתבר טעמיה דהא מחוסר גוביינא הוא, וגם לאו הני מעות שבק אבוהון כדאמרינן פרק יש נוחלין [ב"ב קכ"ה ע"א]. וכן הוא בחומט השני (סי' א).

גבי ירושה מצינו בזה ג' דיעות (הביאם הפ"ת רע"ח סק"ד).

לענין מעשה הנוגע לעניינינו.

באופן שהבנק היהודי אינו חתום על היתר עיסקא, כיוון שהמעות ניתנו להבנק להוצאה, דעת רוב הפוסקים דדין מלווה עליה וממילא אסור לקבל מהם ריבית עבור המעות המופקדות

פלגא מלווה הוי ראוי ופלגא פיקדון הוי מוחזק

הרדב"ז (ח"ג סי' תקס"ד) ופנ"י (ח"ב סי' ק"ד) והחיד"א בשו"ת חיים שאל (ח"א סי' ע"ח) - דפלגא מלווה הוא ראוי אך עכ"פ פלגא דפיקדון מיקרי מוחזק.

שכר דבר קצוב, דמחזי כריבית, ולכן לא יוכל ראובן לבקש שכירות עבור מעות שהפקיד אצל שמעון שנתנו להבנק בעיסקא,

ולגבי אם שמעון יקבל איזה רווחים מהבנק יכול ליתנם לידי ראובן, לא מדין שכירות אלא מדין פיקדון, וכן לעניין אם נחשב כיש לו, בזה יש לדון בשתי פנים.

א: דהנה כתב בס' בית רדב"ז (על פאת השולחן שביעית פ"י סו"ס) וז"ל לעניין הלכה בזה"ז לא שייך כלל ההיתר הזה דדווקא בעיסקא שהיה אז דהיו הנותן והמקבל שותפים בהסחורה והנותן ידע וראה חשבון מהסחורה ואם היה שכר והפסד היה לחצאין אז שייך דברי הרדב"ז וכו' משא"כ בזה"ז אחר תיקון מהר"ם ז"ל דהנותן הכסף אינו יודע כלל מהסחורה ומה עושה המקבל הלווה וכו' לא שייך כלל שום היתר גבי שמיטה ומחוייב לכתוב פרוזבול. ולפי"ז ה"ה לעניינינו, ומכל מקום יש שחלקו וסבירא ליה דגם בזמנינו עכ"פ הנותן הוא שותף בכל העסקאות.

ואף אם נימא דעכ"פ העיקא עומדת לרשות הנותן מכל מקום יש לדון בזמן הזה שכתוב בשטרי ההיתר עיסקא דכל תוקף ההיתר"ע הוא דווקא באופן שיש חשש ריבית אבל אם אין בו חשש ריבית אין שום תוקף בשטר ההיתר"ע, א"כ בכהאי גוונא שהבנק נותן הלוואה לגוי בזה ודאי שוב לא נחשב כמוחזק, והוי מחוסר גוביינא.

אצלם, ולעניין אם נחשב כיש לו יש לחלק העניין לב' פנים, לגבי אם יכול לגבות שכירות על מעות שהפקיד חברו בבנק אף שאין לו זכות להשתמש באלו המעות לכאורה כיוון שבפועל המעות ניתנו בהלוואה להבנק הרי שוב לא שייך דין שכירות שהרי אין המעות חוזרים בעין. אמנם לעניינו יש לו כלפי הלוואת סאה בסאה ופסיקה, א"כ זה תלוי במחלוקת הפוסקים אם נחשב כהאי גוונא מחוסר גוביינא. דלדעת היעב"ץ והנתיבות נחשב כמחוסר גוביינא ולדעת הרב תבואות שמש והגר"מ שטרנבוך נחשב כאינו מחוסר גוביינא.

ומכל מקום אפשר דיש לחלק בין הלוואת סאה בסאה לפסיקה דהנה כתב בתורת חיים דכל מה שאסרה הגמ' ביש לו אשראי היינו דווקא בפסיקה בהזלה אבל בפסיקה רגילה ניתן להתיר דנחשב כיש לו אפי' באשראי, וברעק"א כתב דסאה בסאה גרע טפי מפסיקה בהזלה וודאי אסור בזה.

אמנם מדברי מהר"ם אלשקר (ס"ו ל"ד) משמע דגם בסתם פסיקה לא מהני יש לו באשראי, וכן דעת מורינו הברית פנחס דיש להחמיר כדבריו.

ובאופן שהבנק היהודי חתום על היתר עיסקא, אף אם נימא כדעת שער המשפט ודעימיה גבי בכור, דהוי כמוחזק וכדעת השו"ע גבי שמיטה דאין שביעית משמטה, מכל מקום לעניין ריבית כבר פסק המחבר (ס"ו קע"ז, ו) דאף בעיסקא שכל האחריות על הנותן אסור לקבל

ד. העברה בנקאית

מצד שלישי אולי יש כאן עכ"פ מכירת חובות.

ושאלה זו מתחלקת לעוד כמה ענפים

א. האם יש נפק"מ באם העברה נעשית באותו בנק או לבנק אחר, שבאותו בנק לכאורה אין שום העברת כספים אלא רק העברת מספרים ותו לא, משא"כ בבנקים שונים שלבסוף יקבל מעות אלו לאחר קיוויו ?.

ב. האם יש נפק"מ בין אם העברה נעשית מיתרה עודפת או שעל ידי העברה הנתון נכנס למינוס בבנק, שהרי גם אם נאמר שהוי כאומר לו חוב שאצלך תנהו לפלוני, זה דווקא כשיש חוב, אך אם אין חוב הרי וודאי אין כאן נתינה. ?.

ג. האם יש הבדל בין נעשה העברה באדם אחר, או הבנק בעצמו נתן ההלוואה

ד. האם תלוי באם משך את הכסף בפועל מהבנק או שעדיין לא משך.

אחר שהוברר שדעת רוב הפוסקים שכשאדם מפקיד כסף בבנק, העניין מוגדר כהלוואה לבנק, אם כן, כשאני נותן הוראה לבנק לעשות העברה לפלוני הרי זה כמי שאומר לחברו חוב שיש לי אצלך תנאו לפלוני, ולפי"ז יש לדון האם דינו כנתינה לראובן או שאין זו נתינה כלל שהרי בפועל לא נתן לו כלום, בסך הכל ראובן שחייב לי התחייב לך ואין כאן בפועל שום נתינה.

ושאלה זו יש בה נפק"מ בעוד כמה וכמה עניינים, כמו לעניין. 1. מתנות לאביונים, האם אדם שעשה העברה בנקאית לעני קיים מצוות מתנות לאביונים. 2. העברה לשם קידושין האם חלו הקידושין. 3. פדיון הבן על ידי העברה, ועוד.

וכעת יש לעיין האם אכן העברה בנקאית אין בה שום נתינה, ובסך הכל אינה אלא העברת מספרים מאחד לשני ותו לא, או אולי למעשה נחשב כנתינה,

הנידון לגבי צ"ק

כתיבת הצ"ק הרי היא ככתיבת שטר חוב. **לעניין** מעשה בבר"י (פט"ו י"ז) כתב דכל שיש לנותן הצ"ק מעות בבנק הרי זה כמכירת חוב שהרי הבנק מחוייב לתת את הכסף למחזיק הצ"ק, אך למעשה בעיקרי דינים (פי"א ה"כ ובהערה ל"ו) חזר בו וכתב דאין אלא כשטר חוב, דהיינו שנותן

השאלה כיצד להתייחס לצ"ק האם יש לו דין של שטר חוב וכיוצ"ב כבר נידונה רבות בדברי פוסקי זמנינו **ומצינו** בזה ג' דיעות: א. באופן שיש לו כסף בחשבון הבנק הרי זה כמכירת חוב. ב. אין זה אלא הוראה לבנק שיעביר סך מסויים למחזיק הצ"ק. ג. עצם

דבר ועניין, ובזה אין היתר ללוות בלא לקיחת אחריות.

וזה נפק"מ גדול ומסתעף לסוגיות רבות, כמו אדם שקנה ד' מינים בצ"ק דחוי לאחר סוכות, אם יצא יד"ח, או אדם שקנה טלית בצ"ק דחוי אם יכול לברך עליה, אדם ששילם חובו בצ"ק ועדיין המלווה לא פרעו אם משמט, ועוד כיוצ"ב.

והיה מקום לרון שאולי יועיל מצד תן כזכי שבשעה שנותן הוראה לבנק להעביר לפלוני הרי הבנק זוכה מיד עבור פלוני, אמנם זה אינו, דתן כזכי לא שייך אלא כשנותן לו מעות עכשיו כמבואר בחו"מ (רכ"א, ז)^ק. ואף אם נאמר דהכסף בבנק מוגדר כפיקדון, מכל מקום כיוון שלא ניתן על מנת כן לא מהני בו תן כזכי, אלא שיש שרצו לומר דמכיוון שמתחילה הרי הונח הכסף בבנק על מנת שיוכלו להעבירו לאחר שייך בזה תן כזכי. אמנם לפי היסוד שנתבאר קודם לכן דהכסף המונח בבנק דינו כהלוואה, אם כן אף אם מתחילה אמר לו שיפרע למי שיאמר לו לא שייך בזה תן כזכי, ובכל אופן קודם שהגיע הצ"ק לידי הבנק ודאי לא שייך כל נידון זה.

אמנם כבר מצינו בפתחי חושן וכן נקטו רוב פוסקי דורנו² שצ"ק הרי

הצ"ק הרי הוא מתחייב בשטר לשלם למקבל הצ"ק.

אז למעשה לומר שנתנית צ"ק הרי היא כמכירת חוב זה קשה לומר משתי סיבות ראשית כיצד נמכר החוב באיזה קניין, ובנוסף הרי ודאי שהבנק אינו מחוייב למחזיק הצ"ק מאומה שהרי אם אין כיסוי או כל סיבה אחרת לא ניתן לחבוע את הבנק שישלם, הרי שאין שום חוב מצד הבנק.

גם לומר שכתבת צ"ק הרי היא כהתחייבות בשטר קשה שהרי הצ"ק מנוסח בצורה כזו של 'שלמו לפלוני' והרי זה הוראה לבנק להעביר לפלוני ולא בצורה של הריני מתחייב וא"כ אין לזה דין של שטר חוב.

ובאופן הפשוט ביותר נתנית צ"ק הרי היא כהוראה לבנק להעביר למחזיק הצ"ק סך מה מתוך יתרת חשבוני או כתן מנה לפלוני ואחייב אני לך.

ולכן באופן עקרוני אין מציאות למכור צ"ק על ידי כתיבה ומסירה כמו כל מכירת שטרות שצ"ק זה אין לו דין שטר כלל ועיקר, ולפי"ז לכאורה לא יועיל כל ההיתר של מכירת צ"קים בלי אחריות שאינו עניין למכירת שטרות המותר וכאן אין כל מכירה אלא הלוואה גמורה לכל

א. יעוי' פתחי חושן הלוואה פ"י

ב. בעל האג"מ, המנח"י (ח"ז סד), ויעויין במשנה הלכות (ח"ט סי' רז) הגרשז"א, הגריש"א, האבן ישראל, הפתחי חושן, העטרת משה, הגר"מ שטרנבוך ועוד רבים. וכן נהוג כיום בכל בתי הדין

והמשולח עדיין מסרב לקחת, וכיון שהמשולח היה אדם מכובד מאד, והגביר לא היה יכול להפטר ממנו, אמר לו הגביר כמה אתה רוצה שאני אתן, השיבו המשולח, מאה אלף דולר... הגביר לא התווכח וכתב המחאה על סכום של מאה אלף דולר, המשולח פנה לבנק לגבות את הסכום, והפקיד השיב לו כי אין בחשבון כיסוי להמחאה כזו, המשולח המתוחכם הצליח לברר בערמה שיש בחשבון תשעים אלף דולר, והפקיד בחשבון של הגביר עוד עשרת אלפים דולר. ועתה הציג שוב את ההמחאה, ופדה את כל המאה אלף דולר. כשנדע הדבר לגביר, צעק בקול גדול שלא נתכוון לתת את הסכום למשולח, וידע שיש לו בבנק רק תשעים אלף דולר, ולכן שיטה במשולח כי ידע שלא יכול לפדות את ההמחאה, ורק רצה לשלחו בכבוד ולא בבושת פנים, ולכן דורש חזרה את כספו.

וכת' הגר"י זילברשטיין (חשוקי חמד ב"ב דף מ:), שלכאורה כיון שהגביר נתן למשולח צ"ק כתוב וחתום כהלכתו, גם אם אין לו כיסוי בבנק הרי הוא משמש כשטר חוב ויכול לתבוע בבית דין או בערכאות, אלא שלמעשה שיתכן שהמשולח צריך להחזיר את התשעים אלף דולר לגביר, מטעם דמתנה באונס אינה מתנה, (ב"ב מ:), וכמבואר בסמ"ע (רמב א) דכל דלא ניחא ליה ונותן חשיב כאונס, וכן הוא בשו"ע הרב (נזקי ממון יח) דמחילה ומתנה שאינה בלב שלם אינה כלום. אך עכ"פ מצד השטר הרי הוא כשטר חוב לכל דבר.

כהתחייבות ואף שלא נכתב בדרך התחייבות הוי כשטר חוב, וכן נוקטים בבתי הדין.

יש טוענים שדעת הרב וואזנר זצ"ל שצ"ק אינו מוגדר כשטר חוב, וכן באמת מבואר בשו"ת שבה"ל (ח"ז רכ"ב) שכתב בנו הגרמ"מ בעניין אדם שנתן צ"ק מתנה ולאחר מכן קודם שהפקידו חזר בו וכתב שם שיכול לחזור בו, והסכים עמו אביו בזה"ל הריני מסכים לכל דברי בני הגרמ"ה שליט"א וכדבריו כן יעשה. אמנם בס' הצ"ק בהלכה (עמו' ד) מביא תשובה מכת"י שחזר בו לאחר מכן וכת' דהוי כשטר"ח.

בביאור העניין שמעתי מכמה וכמה גדולים שהוא מצד סיטומטא דאף שהצ"ק אינו אלא הוראה לבנק להעביר את הכסף לפלוני מכל מקום כיוון שעל פי מנהג המדינה כיום לקנות ולמכור בצ"קים דחויים או בהעברה הרי שזה הוא קניין סיטומטא, ואף אם נסבור כדעת הנתיבות (ח"מ סי' ר"א) דלא מהני קניין סיטומטא למכירת חובות ודלא כדעת המהרשד"ם (סי' ש"פ, ובמשפט שלום סי' ר"א) דמהני, מכל מקום לעניינינו אפשר דהוי כדינא למלכותא דמהני אף לדעת הנתיבות, ואפי" בלאו הכי מכל מקום מהני הסיטומטא לחייב את עצמו כשטר חוב.

ידוע הסיפור בשד"ר שהגיע לעשיר גדול להתרימו עבור מוסדות תורה, הגביר הסכים לתת לו אלף דולר, והמשולח סירב לקחתו, הגביר הוסיף ואמר לו שייתן שלושת אלפים דולר,

כקבלת המעות אלא כקבלת טובת הנאה ובין לאותם הסוברים דערב נחשב כקבלת המעות (כדמשמע בפוסקים יו"ד סי' קס יד אסור ליתן מאה על מנת שיחזיר להקדש מאה ועשרים) מכל מקום ודאי לא קיבל יותר ממה שקיבל חברו וא"כ כיוון שמחייב עצמו יותר ממה שקיבל אותו פלוני הרי שתוספת זו יש בה משום ריבית.

אמנם זה וודאי שאף שהלווה כבר נתחייב משעת נתינת הצי"ק או פעולת ההעברה, אך כל עוד שלא קיבל את הכסף בפועל אין החוב אלא מצד דין ערב כתן מנה לפלוני ואחייב אני לך או מצד השעבוד מה שנתן לו שטר חוב, ולכן מצד דין מתנות לאביונים ופדיון הבן אפשר שכל עוד שלא נכנס הכסף בפועל לחשבוננו או אפשר שעד שלא הוציא המעות מחשבון הבנק לא יצא יד"ח, והוא הדין לעניין חיוב דבימו תיתן שכרו.^ג

ולכן גם לעניין ריבית אדם שלוה מחברו סך 1000 אסור לו לתת בתמורה צ"ק של 1500 שאמנם כתיבת הצי"ק מחייב אותו מצד שטר חוב כדאמרינן מכל מקום כיוון דלמעשה יכנס לחשבוננו יותר הרי שיש בזה ריבית.

אותו דבר לעניין הלוואת סא"ב אדם שלוה מחברו סך 1000 אירו

וכיוון שכן הרי באופן אם לא כתוב בצי"ק למוטב בלבד הרי שדינו כשטר ממרני שכת' הש"ך (חו"מ ק"צ) שמהני אפי' לקידושי אישה וה"ה למקח. ובכלל בשטר חוב של עצמו במחנה אפרים (קנין מעות סימן ה') הביא בשם ספר מקח וממכר לרב האי גאון (שער יג), דשטר חוב דידיה קונה כמו כסף, ועדיף מכסף שקונה קנין גמור אפילו במטלטלין, דהא לא שייך בזה הטעם שאמרו בכסף נשרפו חיטיך בעלייה. אך מכל מקום העניין בזה שהצי"ק דינו כשטר חוב, וכהיום שהדרך לקנות בזה הרי שמועיל בו לעניין מקח מצד קניין סטומתא, לחייב את שכנגדו בחוב.

וכיוון שמסר השטר חוב לחברו הרי חברו מתחייב לו כנגדו בחוב גמור.

כדאתינא להכא מבואר דאדם שנתן לחברו הלוואה בצי"ק או עשה לו העברה לחשבוננו עצם התחייבותו מחייבת את שכנגדו לשלם החוב, וכיוון שקוצץ עימו שיתן לו יותר הרי שיש כאן ריבית,

ואף אם העביר לחשבון אחר הרי זה כתן מנה לפלוני ואחייב אני לך שמחוייב, ואם מתחייב יותר הרי בין לאותם הסוברים שדין ערב לא נחשב

ג. בפתחי חושן חלק א' (שכירות עמוד רלה) כתב שאם נתן לו צ"ק בשעה שהבנק סגור יש להסתפק בזה. וכל שכן בצי"ק דחוי שאינו נחשב כמזומנים. ומיהו אפשר דהוי כשוה כסף שיכול הפועל ללוות עליו. ע"כ, בחוט השני (ה"ב) הביא שיש שכתבו שאם השכיר לא פדה את הצי"ק באותו יום, לא קיים מצות ביומו נתן שכרו, ובתשובות והנהגות ח"ג (סי' תע) כתב, דצי"ק נחשב שפיר תשלום, שכן צורת התשלום היום.

דלאחר שחל החיוב שוב אסור לו להוסיף שום תוספת עבור המתנת הזמן, ושם גם החוב אינו בא מכח הלוואה אלא מצד ההתחייבות, ובאמת בשו"ע הרב (יו) דהוי ריבית קצוצה. ויעיין עוד בחו"ד (קס"ח סק"ח), ומכל מקום לדעת הש"ך בנוקדה"כ לגבי שכירות אפשר שגם כאן אין זה ר"ק ולא ברירה כל כך.

עוד יש לעיין לפי זה דא"כ כל זה הוא דווקא באופן שראובן לווה משמעון על ידי צ"ק או על ידי העברה בנקאית אך אם לווה מהבנק עצמו באותו בנק שאין כל התחייבות א"כ הרי שלדברינו הוא אינו מחוייב כל עוד לא משך הכסף מחשבון הבנק, ואכן בברית יהודה (פ"ב סעיף ה' הערה יב) כת' שאף על פי שנכנס הסכום לחשבוננו כל זמן שלא משך אותו אין כאן הלוואה.

עוד יש לדון באופן שהעביר לאדם אחר האם נחשב כקבלה.

בצ"ק או בהעברה, אף שעצם ההתחייבות חלה מיד בשעת נתינת הצ"ק מכל מקום חישוב השער יהיה לפי שעת הקבלה בפועל שאף שהוא התחייב לשלם לו 1000 אירו אך השער נקבע לפי הזמן שקיבל הכסף בפועל, ולכן מצד היתר של יש לו לכתחילה ודאי צריך שיהיה לו בשעת קבלת המעות בפועל ולא בשעת נתינת הצ"ק.

היוצא לפי דברינו שאם נאמר שעד שלא משך את הכסף בפועל מחשבון הבנק הרי כל חיובו הוא רק מצד התחייבות כמקח או מצד ערבות א"כ אפשר שאין כאן איסור דאורייתא אלא רק איסור דרבנן, שהרי אין כאן חיוב מצד הלוואה אלא מצד שעבוד או ערבות, ולפי"ז יש מקום גדול להקל בכל מיני אופנים בצירוף איזה צירופים, כל שאינו מושך את הכסף.

וכדהשתא יש לעיין בדין נדוניית חתנים המבואר ברמ"א (יו"ד קע"ו, ו)



אזרח משפט

**חידו"ת מהרבנים הגאונים
חברי שיעורי השימוש שליט"א**

הרה"ג שלמה אדלר שלימ"א

דין גידור חורבה - סי' קנז

שאלה:

ליד הבנין שלנו, יש מקום חורבה שהוא מועד לפרענות, וכבר קרו מקרים רבים, שבבילות הגיעו משם גנבים וגנבו דברים יקרי ערך בדירות השכנים, עשינו אסיפת שכנים והחלטנו שלצורך הבנין צריך לגדור את המקום ולנקות אותו, ואנו שואלים האם אפשר לחייב את השכנים שבבנין לגדור את המקום ולנקותו, כדי שלא יהיה מקום שמזמין אינשי דלא מעלי ליד הבנין, והאם השכנים שהסכימו לזה, יכולים לטעון שמתחרטים ולא רוצים.

תשובה:

כתב המחבר בסימן קנ"ז ס"א, חצר השותפין שיש בה דין חלוקה, יש לכל אחד מהם לכוף את חבריו, לבנות את הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חבריו בשעה שמשתמש בחלקו, ואפילו עמדו כך שנים רבות בלא מחיצה, כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה, וכתב הרמ"א, ואפילו יש מנהג בעיר שלא לעשותו, אין הולכין אחריו, וכופין לעשותו, ואפילו אמר האחד, החזקתי כך בלא כותל, ואתה מחלת לי, לא מהני, אא"כ יש עדים שמחלו זה לזה, על היזק ראייה, שוב אין יכולין למחות.

העדה, וכיון דרצו בונין את הכותל בעל כרחו, אלמא היזק ראייה שמיא היזק, אי הכי האי שרצו לעשות מחיצה, שרצו לחצות מבעי ליה, אלא מאי גודא, בונין את הכותל, בונין אותו מבעי ליה, אי תנא אותו, הוה אמינא במסיפס בעלמא, קמ"ל כותל.

והלכתא היזק ראייה שמיא היזק, וכתבו האחרונים, למה צריך לבנות כותל, יש סוברים שהוא משום היזק ראייה,

איתא בב"ב דף ב' ע"א, מתני', השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונין את הכותל באמצע, ובגמרא, סברוה מאי מחיצה גודא, כדתניא מחיצת הכרם שנפרצה, אומר לו גדור, חזרה ונפרצה, אומר לו גדור, נתייאש הימנה ולא גדרה, ה"ז קידש וחייב באחריותו, טעמא דרצו, הא לא רצו, אין מחייבין אותו, אלמא היזק ראייה לאו שמיא היזק, ואימא מחיצה פלוגתא, כדכתיב ותהי מחצת

ולא שמרו, דומה לנפרצה אומר לו גדור, ונתייאש ולא גדרה, שחייב, דהוי גיריה דיליה, שמעכשיו מתחיל ההיזק, אפילו לא עשה שום דבר, כי פירצה קוראה לגנב, וכמו שיש הבדל בין גרמא לגרמי, דגרמא הוא שלא עשאו בידיים, דאם הרוח הפילה סכינא מראש הגג פטור, כמו ליבתה הרוח פטור, כן הוא כאן, בגיריה דיליה, דיש שלש שיטות מהו גיריה דיליה, האחד, אם זה בידיים, והשני, אם זה מיד, והשלישי, דברי היזיקא, וכמו שהבין הנתיבות המשפט, את ההבנה בין אבות נזיקין לבין הרחקת נזיקין, דבאבות נזיקין חייב לעשות מקסימום שלא יזיק, אבל בהרחקת נזיקין שאינו יכול לעשות יותר כי צריך לגור כאן וא"א לגור אחרת, אינו גיריה דיליה, ולהרמב"ן הוא דין של חזקה, ואם אינו יכול, השני חייב להרחיק, ובגיריה דיליה, הוא חייב, כשהוא מזיק, ור' יוסי שסובר על הניזק להרחיק את עצמו, מודה כשהוי גיריה דיליה, ובפירצה יכול לעשות גדר, ואם לא עשאו הוי גיריה דיליה, כשבאו גנבים וגנבו.

ובטור, מביא את הרא"ש, אם שום אחד לא תבע את הגדר, ואח"כ טוען שהחזיק, היכא שהמחזיק ניזוק כמו שהוא מזיק, יכול לומר לא חשבתי למחות עד שאתה מוחה, ומקשה הבית יוסף, דהרא"ש עצמו סובר, שחזקה הוא ראייה שהוא שלו, ולא נהיה על ידי זה שלו, כן כתב בחזקת תשמישים, דלא כהרמב"ם, שכתב שהוא דין שנהיה שלו בהחזקתו, וגם תחילת דבריו הוא שבא בטענה, וסוף דבריו שלא מיחה הפסיד,

אבל האבן האזל ור' ראובן סוברים, שהוא חיוב שותפות, כמו בית שער וכדומה.

ומקשים האור זרוע והדבר אברהם, הרי הלכה כר' יוסי, שעל הניזק להרחיק את עצמו, וא"כ למה מחויבים לבנות כותל שלא יזיק, הרי על הניזק להרחיק את עצמו, ומתרצים דהוי גיריה דיליה, שמודה בה ר' יוסי, והר"י מיגאש מקשה, למה בחלון צריך להרחיק, משמע, שבכותל הבין שהוא חיוב שותפות.

ובסעיף ב' כתב המחבר, מקום שאין בו דין חלוקה, שרצו שותפין לחלקו, אע"ג שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא, אבל אם בירר כל אחד מהם חלקו, ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית, וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם, וכו'.

וכתב הטור, בשם הרמ"ה דשנים שיש להם חצר, וחורבה סמוכה לו, ובאו גנבים, וגנבו ממנו, חייב לשלם לו דהוי גיריה דיליה, ומקשה הב"י, למה הוי גיריה דיליה, והב"ח כתב, דהרא"ש עצמו כתב, מי שיש לו תבואה ליד הגפן, חייב לעשות גדר, אפילו שהפורץ גדר בפני בהמת חברו פטור, כאן חייב, דחשיב מעשה וברור היזיקא, כיון שאמר לו גדור, וגם הגאונים כתבו, דגנבים הבאים מכוחו הוי גיריה דיליה, והרא"ש כתב דאם הנזק גדול ומיד, הוי גיריה דיליה.

וזה תלוי בהבנה, שמעכשיו מתחיל היזיקא, והואיל והוא היזק גדול

לכנות כותל, יזהר שלא יזק, וא"כ אם מחל לו החיוב ממון, אע"פ שההיזק ראיה נתחדש, יזהר ממנו, ואם מחל לו בקנין, הוי כמחל החוב, ואם אח"כ יאמר לו אתה מזיקני, יאמר לו תזהר, והרא"ש לשיטתו, שכתב שהחזקה הוא, הואיל ולא מיחה ג' שנים הוי ראיה שזה שלו, וגם הוי כקוטרא ובית הכסא, דהוי גיריה דיליה, דאין שייך מחילה, וצריך קנין.

ומובן, דלכן לא הוי כקרע כסותי והפטר שיכול לחזור בו, וכאן אינו יכול לחזור בו, דהוה חיוב השותפין, דחייב לו ממון, אבל מחילה בקנין יועיל, אפילו זה היזק גדול, ומובן ג"כ מה שכתב המחבר בסעיף ג', דאם יש לאחד שני חלקים בחצר, ולאחד חלק אחד, צריך לחלק ההוצאה של הכותל בשוה, דהוי כחיוב השותפין.

וכתב הב"ח, דלהרא"ש הואיל ולא מיחה יהיה חזקה לאחר ג' שנים, דאין את הריעותא אחוי שטרך, כי לא מחזיקים שטר יותר מג' שנים, דהועיל ולא מיחה אינו נזהר בשטרו יותר, וגם הפרישה כ"כ.

ועוד צריך להבין דבקרע כסותי יכול לחזור בו, ולמה כאן כתב הרמ"א דאם יש עדים שמחל לו, אינו יכול לחזור בו, והרא"ש הקשה קושיא זאת, ותירץ שיש כאן תביעת ממון ביניהם, שנתחייב לסייעו בבנין הכותל, וכמו כשחייב לו ממון, יכול למחול לו עליו, גם כאן יכול למחול לו בקנין, ויש שרוצים לומר ברא"ש, שהוא חיוב השותפין, והחזו"א כתב, שיש את שניהם, את חיוב הרחקת נזיקין, ואח"כ חיוב השותפין, וצ"ל, דלחיוב ממון כאן, אינו מועיל מחילה בלי קנין, וכמו שכתב הטור בשם ר' יהודה ברצלוני, שאם הוא עני ואין לו

היוצא לנו לדינא:

שברור שצריך לגדור את המקום, וכולם חייבים להשתתף בזה, והשכנים אינם יכולים לחזור בהם, ולפי גודל הדירות יחלקו את העלות כל מטר מרובע כך וכך.



בעניין מתנה לגוי לשם הערכה

אודות השאלה האם מותר ליתן מתנה לגוי שעבד עם זקן כמה שנים וכעת עוזב הגוי הזה והולך לחוץ לארץ ומגיע גוי אחר, השאלה אם כעת שעוזב הגוי אם מותר לתת לו מתנה כהערכה על עבודתו ומפני נימוס ודרכי שלום או שאסור.

א.

אחד גר ואחד גוי בין במכירה בין לנתינה ולא אמר הכתוב במכירה בגוי ונתינה בגר אלא להקדים נתינה דגר למכירה לגוי. וסתם מתניתין כרבי מאיר. ועוד שלא אמרו אלא מתנת חנם הא לסבה אפילו במקום שיעזרנו הגוי או יתן לו להבא מותר שאין זו מתנת חנם. וכן אפילו משום דרכי שלום. ואמרינן בפרק בתרא דעבודה זרה (דף ס"ז ב') רב יהודה שדר קורבנא לאבידרנא ביום אידו. אמר ידענא ביה דלא פלח לעבודה זרה. וכן רבא שדר קורבנא לבר שישך. ע"כ. וע"ע במאירי (ע"ז כ.), ובחינוך (מצוה תכו).

ובגמ' (ע"ז כ.) לא תחנם לא תתן להם מתנת חנם^א, ומתנת חנם גופה תנאי היא דתניא לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך תתנה ואכלה או מכור לנכרי אין לי אלא לגר בנתינה ולעובד

תתן בחולין (ע"ז): שולח אדם ירך לעובד כוכבים שגיד הנשה בתוכה מפני שמקומו ניכר. ע"כ. ופירש רש"י (שם ד"ה שולח): ואין חוששין שמא יחזור וימכרנה לישראל ויאכלנה בגידה דכיון דשלימה היא מקומו של גיד הנשה היה ניכר אם נחטט הימנה והלוקח מבין שלא ניטל ונטולו וכו'. ע"כ.

וכתב הרשב"א בתשובה (ח"א סימן ח): ומה ששאל ממך הנער בשולח אדם ירך לנכרי איך יתישב עם מה שאמרו אסור לתת מתנת חנם. ואמרת לו דההוא דשולח ירך לנכרי לא לחנם אלא לגמול למה שקדם או בגוי שאינו עובד עבודה זרה יפה אמרת. ומקרא מלא דבר הכתוב (דברי י"ד) לגר אשר בשעריך תתנה ואכלה או מכור לנכרי. וכש"כ לרבי מאיר דאמר

א. וכתב החינוך (מצוה תכו): משרשי המצוה, לפי שתחילת כל מעשה בני אדם היא קביעות המחשבה במעשים והעלות הדברים על שפת לשון, ואחר המחשבה והדבור בה תעשה כל מלאכה, ועל כן בהמנענו במחשבה ובדבור ממצוא בעובדי עבודה זרה תועלת וכן, הננו נמנעים בכך מלהתחבר עמהם ומלרדוף אחר אהבתם ומללמוד דבר מכל מעשיהם הרעים וכו'. יעו"ש.

כוכבים במכירה לגר במכירה מנין תלמוד לומר תתננה או מכור לעובד כוכבים בנתינה מנין תלמוד לומר תתננה ואכלה או מכור לנכרי נמצא אתה אומר אחד גר ואחד עובד כוכבים בין בנתינה בין במכירה דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר דברים ככתבן לגר בנתינה ולעובד כוכבים במכירה. ע"כ. וקיימא לן (עירובין מו:): הלכתא כרבי יהודה.

והקשה ריב"ם (תוס' שם ד"ה רבי) דהכא אסור מתנת חנם לעובד כוכבים לרבי יהודה ובפרק כל שעה (פסחים דף כב. ושם ד"ה ור') מוקמינן ההיא דשולח אדם ירך לעובד כוכבים כרבי יהודה ותירץ רבי דבתוספתא תניא גבי מילתיה דרבי יהודה דהכא בעובד כוכבים המכירו מותר מפני שהוא כמוכרו לו והא דאמר' בפרק הדר (עירובין דף סד:) דא"ל לההוא עובד כוכבים טול גלוסקין מאילעא ואף על פי שלא היה מכירו כדמשמע התם שאני התם שהיה מתלווה עמו בדרך וא"ת למאן דאסור וכי לית ליה ההיא דמפרנסין עניי עובדי כוכבים עם עניי ישראל מפני דרכי שלום, וי"ל דדרכי שלום אין זו מתנת חנם וכו'. ע"כ.

ובשו"ת בית יהודה [עייש] (יו"ד סימן ד) כתב: ואחר העיון י"ל ולבאר

אגב דבריהם דמעיקרא הקשו לר"י כיון דמדאורי' אסור מתנת חנם לעכו"ם היכי שרו רבנן לפרנסן משום דרכי שלום ותירצו דקרא לא אסור אלא מתנת חנם דהיינו שאין טעם באותה נתינה אבל אם נותן מחמת חשש איבה דהיינו מפני דרכי שלום אין זה בחנם דאף על גב דקרא אחרינא קאמר או מכור לעכו"ם דמשמע דאין היתר אלא במכירה מ"מ ההיא חששא דאיבה היא הנאה דשויא זווי וחשיב כאלו קביל מניה שום דבר והו"ל כמוכרו לו וכו'. עכ"ד יעו"ש. וכ"כ המבי"ט בתשובה (ח"ב סימן קכב). יעו"ש. וע"ע בספר חסידים (סימן תשמ"ו), ובשו"ת יהודה יעלה (או"ח סימן ט), ובשו"ת יביע אומר (ח"י יו"ד סימן מא).

ובשו"ת עטרת פז (ח"א כרך ג אה"ע סימן ה עמ' קצו) כתב: וא"כ שפיר מבואר מהכי נמי דכל האי דשרינן משום דרכי שלום גבי איסור דאורייתא הוא דוקא גבי לא תחנם לא ליחן מתנת חנם דכל כהאי גוונא שיש לו בזה מהגוי איזה הנאה לאו חנם מקרי, אבל לעולם גבי שאר איסורי דאורייתא וכי הא דהוי הכא לא תחנם לא תיתן להם חן אה"נ דאסור אף דאיכא משום דרכי שלום. ודו"ק. עכ"ד יעו"ש"ב. וראה עוד בדבריו (שם חו"מ

ב. וכבר כתב המשנ"ב (סימן של ס"ק ח) אהא דפסק מרן גבי כותית דאין מילדין אותה בשבת אפילו בדבר שאין בו חילול שבת, וז"ל: ואפילו בשכר דבחול מילדין משום איבה כמבואר ביו"ד סימן קנ"ד הכא אסור משום דיכולה להשתמט ולומר דאין מחללין שבת כ"א להווא דמנטר שבתא וכתב המג"א ובמקום דאיכא למיחש לאיבה גם בכה"ג שרי אם אין בה חלול. ודע דהרופאים בזמנינו אפי' היותר כשרים אינם נזהרים בזה כלל דמעשים בכל שבת שנוסעים כמה פרסאות לרפאות עובדי כוכבים וכותבין ושוחקין סממנים בעצמן ואין להם על מה שיסמוכו דאפילו אם

מתנת חנם לגוי וכו' וכדאיתא סוף פרק קמא דעבודה זרה. עכ"ד. וע"ע בשו"ת מנחת חן (ח"א יו"ד סימן ח אות י).

וכן הוא ברמב"ם (פ"ג מהל' זכיה ומתנה הי"א) שכתב: אסור לישראל ליתן לעכו"ם מתנת חנם, אבל נותן הוא לגר תושב, שנאמר "לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה או מכור לנכרי", במכירה ולא במתנה, אבל לגר תושב בין במכירה בין בנתינה מפני שאתה מצווה להחיותו, שנאמר גר ותושב וחי עמך. ע"כ.

ובמעשה רוקח (שם) הביא מדברי הבי"ה והבי"ח הנ"ל וכתב דהרמב"ם ג"כ לא יחלוק על זה דהא לנכרי כתב דהיינו שאינו מבני עמנו אף אם לא יעבוד עכו"ם, אך לא ידעתי למה לא ביאר רבינו לא כאן ולא בפרק י' דהלכות עבודה זרה דבמכירו או שכנו מותר כמו שכתב הרא"ש והטור (יו"ד סימן קנא), גם התוספות בעבודה זרה (דף כ' ע"א ד"ה רבי יהודה) ובחולין דף קיד ע"ב ד"ה רבי יהודה) וחילייהו מהתוספתא כי היכי דלא תקשה מההיא דשולח אדם ירך לנכרי וגיד הנשה בתוכה, ואפשר דרבינו מודה לזה ולא ביארו מפני שזה מלתא דפשיטא היא דאין זו מתנת חנם, ועוד דלא גרע מפרנסת

סימן יב עמ' תקסה ד"ה וא"כ) שכתב גבי יהודי שיש לו פועלים יהודים וגויים ואם יבואו להפלות לרעה את הפועלים הגויים, שלא לתת להם מתנות לקראת החגים, בעוד שלפועלים היהודים כן יתנו, יגרום הדבר לאיבה קשה ביניהם ח"ו, וממילא איכא ביה טובא מפני דרכי שלום, ולהכי מישרא שרי ליתן להם גם כן המתנות וכו'. יעוש"ב.

ב.

וכתב הטור (חור"מ סימן רמט)^ג: אסור ליתן מתנת חנם לעובד עבודה כוכבים אבל מותר ליתן לגר תושב שהרי מצוה להחיותו. ע"כ. וביאר הבי"ה (שם): לאו לאפוקי ישמעאלים, אלא לאפוקי גר תושב, דהיינו שקיבל עליו שבע מצות בני נח, וזהו שאנו מצווים להחיותו, אבל שאר גוים כולם דין אחד להם. עכ"ד. ובב"ח (שם) כתב: ולפי דבריו קשה למה לו לרבינו לכתוב לעובד עבודה זרה ולתת מכשול שיבינו למעט ישמעאלים. ולפע"ד נראה דלפי שהמלכות מקפידים אם יזכירו שם גוי בספרינו במקום שאיננו לכבוד על כן הסירו מלת גוי וכתבו במקומו לעובדי עבודה זרה אבל עיקר הנוסחא בספרי רבינו היא אסור ליתן

נימא דמותר לחלל שבת באיסור דרבנן משום איבה בין העו"ג [אף דג"ז אינו ברור עיין בפמ"ג] איסור דאורייתא בודאי אסור לכו"ע ומחללי שבת גמורים הם במזיד השם ישמרנו. עכ"ד.

ג. והא דכתב הטור (יו"ד סימן קיז סעיף ב) מי שנזדמן לו נבילה וטריפה יכול למוכרה לנכרי או ליתנה לו במתנה. יעו"ש. ביאר בספר מראה הנגה (פ"ג מהל' זכיה ומתנה הי"א) דהתם לא נחית הטור לדין מתנת עכו"ם כלל אלא עיקר דינו היינו לדין הנוגע לדברים האסורים לעשות בהם סחורה ומשו"ה לא חילק שם דאיירי דוקא בגוי המכירו דסמך על מ"ש בסי' קנ"א וזה פשוט. יעו"ש שכתב כן גם בשם הרש"ל בפרק כל הבשר (סימן קג).

עניייהם שכתב רבינו סוף פרק י' דהלכות עבודה זרה וכו'. עכ"ד יעו"ש.

וכדאיתא בגטין (סא.) ת"ר מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל וכו'.

ע"כ. וכן פסק הרמב"ם (פ"ז מהל' מתנות עניים ה"ז), וכן הוא בשו"ע (י"ד סימן קנא ס"ב): מותר לפרנס עניייהם ולבקר חוליהם ולקבור מתייהם ולהספידן ולנחם אבליהם, משום דרכי שלום. ע"כ. וכן כתב הרמ"א (י"ד סימן רנא ס"א). יעו"ש.

ובר"ן (גטין כ: בדפי הרי"ף ד"ה כל המשחרר עבדו) כתב: משמע דלאו עשה גמור הוא דבגמ' פרכינן מיתיבי מעשה ברבי אליעזר שנכנס לבית הכנסת ולא מצא שם עשרה ושחרר עבדו והשלימו לעשרה ומפרקינן מצוה שאני ואי עשה גמור הוא היכי דחינן עשה שבתורה משום האי מצוה ויש מתרצים שלא אמרה תורה לעולם בהם תעבודו אלא משום שלא יתן להם מתנת חנם כענין שכתוב בעובדי כוכבים לא תחנם וכיון דאיכא מצוה לאו משום חנינה דידהו קא עביד אלא לצורך עצמו והוה ליה כנותן דמי עצמו. עכ"ד. וע"ע במג"א (סימן צ ס"ק ל), ובשו"ת שואל ומשיב [תניינא] (ח"ב סוף סימן עז), ובשו"ת כתב סופר (או"ח סימן סא).

וראה בשו"ת מנחת חן (ח"א י"ד סימן ח) שהאריך בזה, וכתב (במסקנתו אות א): יש מחלוקת גדולה בין האחרונים כשמכוין לטובת עצמו ולא להרויח את הנכרי אי שייך בו לא תחנם, דהכתב סופר ס"ל דאסור ליתן מתנת חנם לנכרי גם כשמכוין לטובת עצמו, אבל רוב

הפוסקים ס"ל דמותר, הברכי יוסף והשואל ומשיב והשדי חמד, וכן מוכח מכל האחרונים, דלא תירצו הקו' מסוגי' דע"ז (סד) כהחת"ס לחלק בין גוי לעבד. יעו"ש"ב.

ג

ופסק מרן (ח"מ סימן רמט סעיף ב): עובד כוכבים שאינו גר תושב, אסור ליתן לו מתנה, אלא אם כן הוא מכירו או אם יש בו בדבר משום דרכי שלום. ע"כ. ובי"ד (סימן קנא סעיף יא) פסק מרן: אסור ליתן מתנת חנם לעובד כוכבים שאינו מכירו. ע"כ. וביאר הט"ז (שם ס"ק ח): דגם זה נכלל בלא תחנם לא תתן להם מתנות חנם אבל אם מכירו לא הוה עלייהו שם מתנה אלא כמכירה שהרי ישלם גמולו או כבר שילם לו. יעו"ש.

וכ"כ בשו"ע הגר"ז (י"ד הל' ריבית והיתר עיסקא סעיף עה): ומצוה מן התורה ליקח רבית מן הנכרי ואסור להלוותו בחנם שנאמר: "לנכרי תשיך", כלומר תשוך זו מצות עשה ליקח ממנו נשך ולא להלוותו בחנם, כמו שנאמר: "ולא תחנם", לא תתן להם מתנת חנם, אלא אם כן הוא נכרי המכירו, כמ"ש בהלכות עבודה זרה ועובדיה. ע"כ.

ובפתח הדביר (ח"ג סימן רמו ס"ק ה) הביא דברי הרשב"א הנ"ל, וכתב: הראת לדעת דלא מיבעיא היכא שנותן דרך גמול למה שקדם הגוי ונתן כבר לישראל דשרי, אלא אפילו להקדים הישראל ולתת לגוי שהוא מצפה לתשלום גמול מהגוי להבא או שיעזרנו באיזה ענין

שרי, והכא נמי הותר מתנה לגוי בכהאי גוונא. ותו דהכא ודאי בגוי המכירו איירי דאי לא היה מכירו פשיטא דלא היה משאיל או משכיר לו בהמתו מעיקרא, ובמכירו או שכנו שרי כמו שאמרו בתוספתא. ואיברא דהא דכתב הרשב"א ז"ל דבגוי שאינו עובד עבודה זרה שרי, הגם דאיכא מאן דסבר כוותיה, מ"מ לאו כולי עלמא מודו בה, ומרן ז"ל בב"י (חור"מ סימן מט"ד ס"ב) קאי דלא כוותיה דבכל גוי אסור אפילו ישמעאל, לאפוקי גר תושב, ורבים אשר אתו בסברא זו, והוי מחלוקת הפוסקים כמו שאסף איש טהור רחימו דנפשיין רב אחא משבחה אברהם אוהבי נר"ו בספריה דרבי אבהו ע"ט"ר מוריני הרב נר"ו נשמת כל חי (חיר"ד סימן ד"ן). מיהו שאר החילוקים דכתב הרשב"א בתשובה זו מוסכמים הם כיע"ש וכו'. עכ"ד יעוש"ב.

ובשו"ת שבט הלוי (ח"ד סימן ריג) כתב: ומכ"מ בעיקר מחלוקת הרשב"א והראשונים הנ"ל שכתבנו גם דעת המאירי כהרשב"א שהרי כ' בסו"ד דאומות שגדרו עצמן מעבודה זרה מותר ליתן להם, ולדינא כפי שביארנו הרמב"ם והטור מחמירים בגוי שאינו עע"ז וכמש"כ רבינו הב"י, וכ"ה דעת התוס' (פסחים כ' א', חולין קי"ד וע"ז כ') מדלא תי' על האי דשולח ירך לנכרי כהרשב"א דמיירי באינו עובד ע"ז, ודעת הרשב"א ומאירי להקל, וכן נוטה דעת הרא"ה כאמור, ועכ"פ מספיקא דאורייתא לא נפקא כנ"ל, מלבד במקום החזקת טובה כמש"כ פוסקים הנ"ל. עכ"ד יעוש"ב.

וכן העלה בשו"ת דברי שלום [מזרחי] (או"ח ח"ג סימן קיב): כל היכא שהנותן מתנה לגוי מתכוין להנאתו וטובת עצמו של הנותן, או מפני דרכי שלום, אין בזה איסור דלא תחנם, וכמ"ש השד"ח שנראין דברי הרב פתח הדביר בפשט דברי הפוסקים. יעו"ש. וע"ע בשו"ת תולדות יעקב (יר"ד סימן כא), ובשו"ת ארחותיך למדני (ח"ג סימן פז אות א).

ובשו"ת מנחת חן [אהלבוים] (ח"א יר"ד סימן ח אות לב) כתב: וכן לענין מה שהרבה שואלים אי מותר לתת לפועל נכרי מתנת חנינם "טיפ", הנה לפי הט"ז (יר"ד סימן קנא ס"ק ח) פשוט שזה מותר, שהרי מכירו, אבל כל זה שייך בפועל שעובד אצלו בתמידות ומותר לתת לו "טיפ" מזמן לזמן, אבל מה יהיה הדין בשוכר את הפועל נכרי לעבוד אצלו חד פעמי ולא יראה אותו עוד, האם כשמשלם לו מותר להוסיף לו "טיפ", וכן כשנוסע ב"טעקסי" של נכרי, האם מותר להוסיף לו "טיפ", והנראה לי שגם זה מותר מכח שלש טעמים, א. דכיון דכך המנהג להוסיף "טיפ", אם לא יתן "טיפ" יש חשש איבה, ומבואר בתוס' (ע"ז כ. ד"ה ר"י וכן כו: ד"ה לאפוקי) דבכה"ג ליכא משום 'לא תחנם'. ב. עוד סברא להתיר, דכיון דהמנהג לתת "טיפ" אם כן כבר נכנס זה בגדר עצם התשלומין, והפועלים כבר סומכים על זה ולקוחין בחשבון המשכורת שלהם כמה ירויחו בשבוע על ידי הכנסה של ה"טיפ". ג. מילתא דמסתבר דכשנותן "טיפ" ברוב פעמים אינו מכוין לטובת הנכרי רק לטובתו, משום דבושה הוא לו

אם לא יתן לו ה"טיפ" ולכן מותר וכו'.
עכ"ד יעוש"ב. וכל הני טעמי שייכי בנידון
דידן.

ד.

וכן מצאנו עוד אופנים דשרי למיהב לנכרי
מטעמים אחרים שיש בהם צורך,
וכגון הא דפסק מרן (סימן שכג סעיף ז וסימן
קכ סעיף טז): מותר להטביל כלי חדש הטעון
טבילה, ויש אוסרים. וירא שמים יצא את
כולם ויתן הכלי לא"י במתנה ויחזור
וישאלנו ממנו, ואין צריך טבילה. ע"כ.
וע"ע בשו"ת עבודת הגרשוני (סימן כד),
ובשו"ת בית יצחק (ח"ב יו"ד סימן קכח אות
ג).

ועוד פסק מרן (סימן תמח סעיף ג): חמץ של
ישראל שעבר עליו הפסח, אסור
בהנאה אפילו הניחו שוגג או אנוס. ואם
מכרו או נתנו לאינו יהודי שמחוץ לבית
קודם הפסח, אף על פי שהישראל מכרו
לאינו יהודי ויודע בו שלא יגע בו כלל
אלא ישמרנו לו עד לאחר הפסח ויחזור
ויתננו לו, מותר ובלבד שיתננו לו מתנה
גמורה בלי שום תנאי, או שימכרנו לו
מכירה גמורה בדבר מועט, אבל מתנה
על מנת להחזיר לא מהני. ע"כ.

וכתב בחק יעקב (שם ס"ק יב): והיינו
במכירו, דאי לאו הכי אסור,
כמבואר ביורה דעה סימן קנ"א סעיף י"א
משום לא תחנם, יע"ש. או י"ל דמותר
ליתנו לו כיון שאינו שוה לו כלום ואסור
בהנאה. ובזו הסברה יישב בני הוותיק
מהר"ר שמעון בבחרותו דברי התוספות
בפרק הדר [עירובין] דף ע"ב ד"ה

ולמדנו וכו' ואם תאמר [כו'], על שלא
מקשה תוספות קושיא זו מקודם, ע"ש,
ודוק היטב. עכ"ד. והביאו בכף החיים
(סימן תמח ס"ק מא). וע"ע בשו"ת בית שערים
(אור"ח סימן קצה), ובשו"ת משנת יוסף (ח"ט
סימן קיח), ובשו"ת חיי הלוי (ח"ה אור"ח סימן
טו אות ה), ובשו"ת מנחת חן (ח"א יו"ד סימן
ח אות כד ובמסקנתו אות ד).

ועוד פסק מרן (סימן תמב סעיף יא): עריבות
שלשין בהן חמץ, אין לסמוך על
מה שרוחצים אותן בחמץ ומנקרין החמץ
מהן, כי אי אפשר לנקרן שלא ישאר בהן
בין הכל כזית, והכלי מצרפו, וצריך ליתנן
במתנה לא"י עד לאחר הפסח, או לטוחן
בטיט וכו'. ע"כ. וביאר המג"א (שם ס"ק
יז) ולא שיאמר לעכו"ם כן אלא יתנם לו
במתנה גמורה ואחר הפסח יחזור ויטלם
ממנו עסי' תמ"ח. יעו"ש.

וכתב בשו"ת משנת יוסף (ח"ט סימן קיח)
דאין לא תחנם בנותן חמץ לעכו"ם
לפני פסח לפ"ד החו"י שלא יהי' שוה
כלום, ולפ"ד הבית שערים אם נותן
לתועלת עצמו להינצל מבל יראה הוי
כמוכרו לו, וסמך לזה מתוספות (עירובין
סד: ד"ה ולמדנו) דלעכו"ם המתלוה בדרך
מותר לתת מתנה ולא הוי ל"ת, דהוי
כצורך עצמו, וכמו לדרכי שלום שמותר.
אבל מציין כת"ר לדרשות החת"ס (ח"ב דף
שז ע"ב ד"ה כתיב בפי') שכתב כל הנותן מתנת
חינם לעכו"ם חוטא כי כל מה שברשות
ישראל הוא בקדושה, ועתה מכניסו
לטומאה על מגן עכ"ל [החת"ס]. ולענ"ד
בנדר"ד לא הוי על מגן וכו', וכמו שע"פ
שחל בשבת שמה שנשאר מהחמץ

משליכם לביהכ"ס, הגם שהוא שיירי לחם משנה שהכינו לש"ק, מ"מ כיון דאיתעביד ב" מצוה חדא, שבירכו עליו על השולחן אשר לפני ה', ליעבד ב" מצוה אחריתי לבערו מן העולם, אשר זה רצון התורה, ולא איכפת לן מה שמכניסו למקום רוח רעה שאסור שם אפילו בהרהור ד"ת. כמו כן לתיתו לעכו"ם הגם שמכניסו לטומאה, מ"מ זה רצון התורה לבערו מרשותנו. ואעפ"כ לשורפו ודאי עדיף שיש בזה גם ענין פנימי לרמוז שהחמץ השאור שהוא כנגד היצר הרע, וכל הסט"א כולה כעשן תכלה וכו'. עכ"ד.

ה.

ונראה עוד טעם בזה, היות ואם כך המנהג בעולם שאחר עבודה כזו נותנים מתנה, אם ימנעו מכך יכל הדבר לבוא חלילה לחילול ה', וזה עוד צד להתיר מפני הנימוס ולהרבות שלום לקדש שם שמים, וממילא אין בזה מתנת חינם. וע"ע בספר משנת אליעזר [עקשטיין] (שבת ח"ג סימן דש אות ג).

וכדאיתא ביומא (פ"ו) כדתניא ואהבת את ה' אלהיך שיהא שם שמים מתאהב על ידך שיהא קורא ושונה ומשמש תלמידי חכמים ויהא משאו ומתנו בנחת עם הבריות מה הבריות אומרות עליו אשרי אביו שלמדו תורה אשרי רבו שלמדו תורה אוי להם לבריות שלא למדו תורה פלוני שלמדו תורה ראו כמה נאים דרכיו כמה מתוקנים מעשיו עליו הכתוב אומר ויאמר לי עבדי אתה ישראל אשר כך אתפאר אבל מי שקורא ושונה ומשמש תלמידי חכמים ואין משאו ומתנו באמונה

ואין דבורו בנחת עם הבריות מה הבריות אומרות עליו אוי לו לפלוני שלמד תורה אוי לו לאביו שלמדו תורה אוי לו לרבו שלמדו תורה פלוני שלמד תורה ראו כמה מקולקלין מעשיו וכמה מכוערין דרכיו ועליו הכתוב אומר באמר להם עם ה' אלה ומארצו יצאו. ע"כ.

ובסנהדרין (ע"ו) והמחזיר אבידה לנכרי עליו הכתוב אומר למען ספות הרוה את הצמאה לא יאבה ה' סלח לו וכו'. ע"כ. ופירש רש"י (שם ד"ה והמחזיר): השווה וחבר נכרי לישראל, ומראה בעצמו שהשבת אבדה אינה חשובה לו מצות בוראו, שאף לנכרי הוא עושה כן שלא נצטווה עליהם. ע"כ.

ובב"ק (ק"ג:) תניא רבי פנחס בן יאיר אומר במקום שיש חילול השם אפי' אבידתו אסור. ע"כ. וכן פסק הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה ואבידה ה"ג): אבידת הגוי מותרת שנאמר (דברים כב, ג): "אבידת אחיך", והמחזירה הרי זה עובר עבירה מפני שהוא מחזיק ידי רשעי עולם, ואם החזירה לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה הרי זה משובח, ובמקום שיש חילול השם אבידתו אסורה וחייב להחזירה, ובכל מקום מכניסין כליהם מפני הגנבים ככלי ישראל מפני דרכי שלום. ע"כ. וכן הוא בשו"ע (חו"מ סימן רסו סעיף א). יעו"ש. וע"ע בשו"ת משנה הלכות (ח"ז סימן רע"א).

וכן גבי עדות, פסק מרן (חו"מ סימן כח סעיף א): אם עובד כוכבים תובע לישראל,

1.

ובספר מלכים אמניך (פרק יב ס"ק יז) נשאל גבי כומר שהציל יהודי, האם חייבים להכיר לו טובה, או שמא מכיון דעובד ע"ז אין להכיר לו טובה. והשיב: ביונתן בן עוזיאל (בראשית מז, כב) נאמר, שלכן לא קנה יוסף אדמת הכהנים בגלל "דחמון ליה זכותא בזמן דבעא רבוניה למקטליה ושיזבוהי מן דין דקטול". וכתב פירוש יהונתן: "שמצאו לו זכות באמרם שלובן ביצה היתה, ובדקן שסולד מן האור, ולכן חס על הכומרים". וכך מצינו אצל משה רבינו, שהכיר תודה וטובה ליתרו שהיה כהן מדין, וחז"ל למדו ממנו שהפותח פתח לחברו, נפשו חייב לו, הרי שחייבים הכרת הטוב גם לכומר. ויעוין בספר חסידים (סימן תשמז) שכתב: יהודי שעשה לו גוי טובות כשזכרו צריך לומר עליו זכרונו לברכה. ע"ש. גם נכרי של שבת יש להכיר לו טובה אחרי גמר פעולתו כשהדבר מותר. עכ"ד יעו"ש.

וכן נראה מדברי רבינו החתם סופר (תורת משה פרשת בשלח כב: ד"ה וחמושים) שכתב: "וחמושים עלו בני ישראל מארץ מצרים", ברש"י וחמושים מזוינים, ויש לומר כיון שיצאו ישראל מזוינים למלחמה למה בעמדם על הים לא ציוה הקב"ה לבני ישראל שילחמו עם מצרים וה' ילחם להם וינצחו ישראל בדרך הטבע, ולא יזהו טעם עשה הקב"ה נס גדול שלא בדרך הטבע לקרוע להם הים ולנער פרעה וחילו בים סוף. אבל באמת מדרך המוסר איננו נכון שישאל בעצמם יעמדו נגד המצרים ללחום נגדם בחרב שבידם כי אכסניה היו להם ומפני כך ציוה הקב"ה "לא תתעב

ויש ישראל יודע עדות לעובד כוכבים נגד ישראל, ואין עד אלא הוא, והעובד כוכבים תובעו שיעיד לו במקום שדיני העובדי כוכבים לחייב ממון ע"פ עד אחד, אסור להעיד לו. ואם העיד, משמתין אותו. ואם מתחילה יחדו העובד כוכבים לישראל להיות עד, איכא חילול ה' אם לא יעיד לו (ויעיד לו). ע"כ. וע"ע בספר עולת איש (אבידה ומציאה [שרבאני] פ"ג ס"ק ט).

ועוד פסק מרן (ח"מ סימן שמח סעיף ב): כל הגונב אפילו שוה פרוטה עובר על לאו דלא תגנובו (ויקרא יט, יא) וחייב לשלם, אחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון של גוים, ואחד הגונב מגדול או מקטן. ע"כ.

וכתב בבאר הגולה (שם ס"ק ה): וכ"כ הרמב"ם בפ"א מה' גזילה (ה"ד) שהי' כאבידתו ומותר' וביאר שם כיצד כגון שעשה העכו"ם חשבון וטעה צריך שיאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך וכו'. וע"ל ר"ס רס"ו שאם החזיר האבידה לעכו"ם לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה ה"ז משובח וכו'. וכן הדין בהחזרת הטעות שטעה העכו"ם מעצמו, ואני כותב זאת לדורות שראיתי רבים גדלו והעשירו מן טעות שהטעו העכו"ם ולא הצליחו וירדו נכסיהם לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה, וכמ"ש בספר חסידים (סימן תתרעד) רבים אשר קדשו ה' והחזירו טעיות העכו"ם בדבר חשוב גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתנם לעולליהם. עכ"ד. וע"ע ברמ"א (יו"ד סימן רלא סעיף א, ובח"מ סימן שמח סעיף ב).

מצרי כי גר היית בארצו ובירא דשתית מיא מיניה לא תישדי ביה קלא¹, לכן ציוה הקב"ה ויבואו בני ישראל בתוך הים ביבשה ויבקעו המים ולא ילחמו בני ישראל בעצמם נגדם וזה דמשיענו קרא הכי מוסר וכו'. עכ"ד.

ובשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סימן קיז) כתב: ובאם צריכים לעשות בענקעט לאיזה נכרי שעשה טובה לבני העיר להכרת טובה על מה שעשה להם מכבר ולא למטרת אספת כספים לצדקה הוא דבר המותר ממש. יעו"ש. ועוד כתב בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סימן קל) בדבר הגיורת שמתנהגת בדת ישראל והיתה מרוחקת מאביה ואמה הנכרים מעת שנתגיירה זה עשרים שנה אף שהם בעיר אחת ועתה נחלתה אמה הנכרית ומבקשת

שתבוא היא עם בניה לראותה כי מתגעגעת מאד לראות את נכדיה, ואף שיודעת הגיורת שמדין התורה אין לה שום שייכות עם הוריה מ"מ שואלת אם רשאה מחמת שחפצה חזק מאד כי יש לה כפי הטבע אהבה להוריה והיתה רוצה לעשות בקשתה בעת חוליה. והשיב: דהוא מענין איסור כפוי טובה שמצינו בדברי אגדה שהקפיד הקדוש ברוך הוא על אדם הראשון וכן על ישראל, וא"כ הוא דבר האסור השוה בין לישראל בין לבני נח אף שלא מצינו זה בהלאוין דישראל ובהז' מצות דבני נח משום דהוא כמו שלא נאמר איסור מפורש על מידות הרעות אף שהם דברים מאוסים ומגונים ונענשים ע"ז² בין בישראל בין בבני נח וכו'. עכ"ד יעו"ש"ב.

ד. וכתב החינוך (מצוה תקסג): שורש המצוה נגלה, כי הוא להודיענו שלא נתנהג באיסור עם זרע אדום ולא נרחיקם בקל וחומר מבני עמון לומר עמון ומואב בשביל פעם אחת שלא קדמו אותנו בלחם ובמים הרחיקנו האל מהם, אדומיים ומצריים שצערנו את ישראל כמה על אחת כמה וכמה, על כן באתנו האזהרה עליהם שלא להמנע מהתחתן בהם. כי השעבודין ששעבדו הם בנו גזרת השם היא עלינו ואין לנו לקבוע עליהם שנאה בלבבנו על כך ואחינו יקראו בהתגירם ובואם לחסות תחת כנפי השכינה וכו'. עכ"ד. וביסוד הדברים הארכתי בס"ד בתשובה, ואכמ"ל.

ה. וכמ"ש בהגהות היעב"ץ (גטין נח) גבי המעשה בשוליא דנגרי, דעל אותה שעה נתחתם גזר דין, וז"ל: מכאן נראה ברור שיש עון שאינו מפורש ומבואר בשום מקום והוא חמור מאד ושנוי בעיני המקום יותר מעבירות חמורות להעניש הרבים בעבורו בשביל שאין חוששין לו כלל. עם היותו מתנגד לשכל. והוא מפני שהיה דבר מתמיד בפרסום בכלל דסגי לך לחברך לא תעביד. עכ"ל.

ו. ועוד כתב (שם): וענין מצות כבוד אב ואם הוא גם כדי שלא יהיה כפוי טובה כדתן בב"מ דף ל"ג שאביו הביאו לעוה"ז ואם היה רק גזה"כ בעלמא לא היה זה טעם שרבו יהיה קודם משום שהביאו לחיי העוה"ב, ולכן משמע שהוא לטעם על המצוה דכבוד אב שלא יהא כפוי טובה שלטעם זה הא טובת רבו עדיף לו וצריך לכבדו יותר ולהקדימו. ולפ"ז אם נפטר ע"י הגרות מכבוד אב ואם יאמרו באנו מקדושה חמורה שהיינו אסורים מלהיות כפוי טובה לקדושה קלה שאין אסורים להיות כפוי טובה. ואף שאין זה איסור ממש הא גם בישראל עכ"פ יש לאסור גם

וחשו לטובתם כאשר היא קיום הבריאה וכו'. עכ"ד יעו"ש.

ז.

אלא שבנידון דידן יש ליזהר שלא ישלח לו את המתנה ביום חגם, דאיפסקא הלכתא (יר"ד סימן קמח סעיף ה): אסור לשלוח דורון לעובד כוכבים ביום חגם, אלא אם כן נודע שאינו מודה בעבודת כוכבים ואינו עובדם. וכן עובד כוכבים ששלח ביום חגו דורון לישראל, לא יקבלנו ממנו. ואם חושש לאיבה, מקבלו, ויזרקנו בפניו לבור או למקום האבד, כלאחר יד. ע"כ.

ועוד דבר שצריך ליתן עליו הדעת בנידון דידן, הוא שיעור גודל המתנה, דהנה בספר מעדני יום טוב [זנגר] (ח"ו יר"ד עמ' תקפב) כתב: יהודי שנתן מתנה גדולה מאוד לגוי בתור הכרת הטוב ולא בגדר מתנה כדי שימשיך להנות ממנו כמו שמקובל במי שיש לו פועל נכרי, שנותן לו מתנה כדי לזרוזו לעבוד יותר טוב, דהתם יקבל תמורה למתנתו, משא"כ במי שמת שלא ינהג ממתנה שנתן אבל לכאורה לפמש"כ הט"ז (יר"ד סי' קנ"א סק"ח)

וכבר כתב הנצי"ב בהעמק דבר (פתיחה לספר בראשית) בביאור הטעם שהאבות נקראו ישרים, ואלו דברי קדשו: והענין דנתבאר בשירת האזינו על הפסוק: "הצור תמים פעלו וגו' צדיק וישר הוא". דשבח ישר הוא נאמר להצדיק דין הקדוש ברוך הוא בחרבן בית שני שהיה דור עקש ופתלתל. ופירשנו שהיו צדיקים וחסידים ועמלי תורה, אך לא היו ישרים בהליכות עולמם. ע"כ מפני שנאת חנם שבלבם זה את זה חשדו את מי שראו שנוהג שלא כדעתם ביראת ה' שהוא צדוקי ואפיקורס. ובא על ידי זה לידי שפיכות דמים בדרך הפלגה ולכל הרעות שבעולם עד שחרב הבית. ועל זה היה צדוק הדין, שהקב"ה ישר הוא ואינו סובל צדיקים כאלו אלא באופן שהולכים בדרך הישר גם בהליכות עולם ולא בעקמימות, אף על גב שהוא לשם שמים, דזה גורם חרבן הבריאה והריסות ישוב הארץ. וזה היה שבח האבות שמלבד שהיו צדיקים וחסידים ואוהבי ה' באופן היותר אפשר, עוד היו ישרים, היינו שהתנהגו עם אומות העולם אפילו עובדי אלילים מכווערים, מכל מקום היו עמם באהבה

מאסור זה אף שאין בו חיוב דכבוד אב ואם ממש ויאמרו שבאו מחמורה קלה. וניחא לפ"ז מש"כ הרמב"ם אלא שנוהג בו מקצת כבוד שלכאורה איזה שיעור יש בזה, אבל הוא כפי מה שלא יתחשב בעיני הבריות לכפוי טובה שלזה לא יצטרך לכבדו בכבוד הגדול והמורא שחייבתו תורה, אלא בכל מקום וזמן לפ"מ שחושבין אז הבריות וזהו לע"ד באור הנכון בדברי הרמב"ם. ובעצם אפשר מטעם שלא יהיה כפוי טובה מחוייב ממש במידת כבוד זה, אבל מכיון שעל כפוי טובה לא נאמר איסור ממש כתב הרמב"ם טעם שלא יאמרו באנו מחמורה שמצד זה הוא איסור ממש. עכ"ד יעו"ש"ב.

דההיתר של מכירו הוא דמה שנותן לו אינו מתנה אלא כמכירה דהרי ישלם לו גמולו או שכבר שילם לו, א"כ אפשר ה"ה הכא הרי הגוי כבר שילם לו בעבודתו המסורה. אבל שמעתי ממו"ר הגר"י זילברשטיין שליט"א בשם מרן הגריש"א שליט"א [זצ"ל] דאין הכלל הזה נאמר בכל מקום, דמעשה שהיה באשה ניצולת שואה שנפגשה עם הגויה שהציל את חייה משך כל שנות השואה והגויה

היתה צריכה להשתלת כליה והיהודיה בתור הכרת הטוב רצתה לתת לה הכליה שלה ובאו לשאול מרן הגריש"א זצ"ל האם יש בזה משום 'לא תחנם', דסוף סוף זהו התשלום שהיא יכולה לשלם לגויה על שהצילה את החייה בשואה, ופסק להם דאין היתר כזה אלא כשמדובר בדבר המקובל, ליתן סכום כסף מכובד, אבל לתת כליה בודאי נחשב ללאו של 'לא תחנם' וכו'. עכ"ד.

מסקנא דדינא

גוי שעבד עם זקן כמה שנים וכעת עוזב הגוי הזה והולך לחוץ לארץ, ורוצים לתת לו מתנה כנהוג מצד הערכה מחמת הנימוס באופן שמחזיק לו טובה מפני דרכי שלום, אין בזה איסור ד"לא תחנם", הואיל ואין זה בחינם אלא עושה כן כדי שלא יהיה כפוי טובה^ז, וגם כדי לקדש שם שמים ולמנוע חילול ה', רק יזהר שלא יתן לו ביום חגם, וגם ערך המתנה לא יהיה בסדר גודל יותר מן המקובל.



ז. וראה בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סימן קל) בענין כפיות טובה, שמצינו בדברי אגדה שהקפיד הקדוש ברוך הוא על אדם הראשון וכן על ישראל, והוא דבר האסור השווה בין לישראל בין לבני נח אף שלא מצינו זה בהלאוין דישאל ובהז' מצות דבני נח משום שהוא כמו שלא נאמר איסור מפורש על מדות הרעות אף שהם דברים מאוסים ומגונים ונענשים ע"ז בין בישראל בין בבני נח. יעו"ש.

הרה"ג נפתלי בנדר שליט"א

בענין מכירה בזול הפקדה בהגמ"ח המרכזי לאחר

מעשה באחד שרצה למכור לחבירו זכותו בגמ"ח המרכזי ושואל דכיון דעד שהקונה ירשם בהגמ"ח יעבור כחודש וחצי ובגלל דחקותו לכסף מכר בזול לקבל המעות מיד אם הוי ריבית.

תשובה מותר, ובלבד שלא יפרש שמוזיל בגלל ההקדמה.

(חשוב להדגיש שכל הנידון מתיחס רק להגמ"ח המרכזי ולא לעושר וכבוד שעובדים בצורה שונה לחלוטין).

ביאור סיבת ההיתר

בלשונם מענק וביותר דאף עיקר ההלוואה אינה התחייבות מצידם להלוות. (מצויר העתק אחרי התשובה מהאתר שלהם).

וא"כ ליכא כלל צורך במעמד שלשתם או מכירת שטר, אלא נותן הקונה הכסף למוכר בתנאי שיסכים לרושמו במקומו כאדם הראוי להלוואה.

ועוד דאף אי נימא דכן היה התחייבות מצידם להחזיר הפקדון ולתת ההלוואה לא דמי לכל מוכר שטר חוב, דהכא הרי מחזירים לבסוף חצי מהסכום שהפקיד ובודאי אין זה כונת הקונה בקניה אלא הזכות להלוואה ונמצא דהך קונה נתן מאה עכשיו וקיבל לאחר זמן הלוואה בתוספת חלק מהמאה ולא דמי לכל מוכר שטר חוב דנותן שמונים וקיבל מאה. ומעתה מאן לימא לן דהוי הך זכות תוספת ביחס לכסף שנתן, והוי כפסיקה

דלכאורה נראה דיש לדון בזה בשני נידונים, חדא בגדר מכירת הזכות, וגם בהא דהקדים חודש וחצי לפני שנרשם הקונה.

והנה בעיקר מכירת הזכות, לכאורה יש לדון דבפשטות הרי המפקיד בהגמ"ח הפקיד סכום גדול בהלוואה וכעת מוכר ההלוואה וצריך קנין המועיל כמבואר בסימן קע"ג, והכא קשה למצוא הקנין המועיל.

ונראה, דהכא לא דמי כלל למוכר שטר חוב, דהתם הקונה נתן למוכר שמונים ואם לא קנה השטר על כרחך דהפרעון דלוה הוי למלוה הראשון וכשנותנו לקונה השטר נמצא מחזיר מאה בעד שמונים, משא"כ בהגמ"ח המרכזי דמפורש בהתנאים בהגמ"ח דאין כלל התחייבות להחזרת הכסף שהופקד ונקרא

משלם כל חודש קצת, וכמו שכתב החו"ד בריש סימן קס"א דכל שטר חוב מחירו שונה.

ודין דבר זה מבואר בהרמ"א סימן קע"ג סעיף ז דמותר, ואף דהט"ז פליג, והש"ך הצריך יצא השער, יעוין כברית יהודה ובתורת הריבית דלהלכה התירו פסיקה בהזלה באין שומתו ידועה, ובלבד שלא יפרש שמוזיל בגלל ההקדמה.

בהזלה באין שומתו ידועה דדינו יתבאר להלן דמותר.

ונמצא דבקונה הזכות בהגמ"ח ונרשם מיד ודאי מותר, ואכתי יש לדון אם הכא גרע משום דהוזיל בגלל דרוצה הכסף מיד.

ונראה דהא דמי לכל פסיקה בהזלה באין שומתו ידועה, (דודאי אין מחיר קנית הזכות בהגמ"ח המרכזי בתשלום אחד גדול כמו

נ.ב.מצורף העתק חלקי מהאתר

לכן בגמ"ח המרכזי מותנה מראש עם כל התורמים, שהתרומה ניתנת כתרומה גמורה לכל דבר, ואין לגמ"ח כל התחייבות הלכתית או להבדיל ע"פ חוקי המדינה לתת את ההלוואה, וכן לא להחזיר את התרומה במידה וההלוואה לא תינתן, ואף שהגמ"ח עושה כמובן את כל המאמצים לעמוד בתכנית, אבל אין כאן מחוייבות [ומטעם זה גם התירו גדולי פוסקי הדור לתרום לגמ"ח ממעשר כספים], וממילא חוזרת התרומה להיות כריבית מוקדמת שאינה אסורה אלא מדרבנן.



הרה"ג דוד צבי גומשטיין שלי"ט

תשובה בדיני הריבית בסוגי הלוואות המתבצע באמצעות פעולות בנקאיות בכמה סוגי מטבעות דרך כמה מדינות

השאלה

הכרטיס שבו אפשר למשוך בכספומנט כאן בא"י מחשבון הבנק הנמצא באמריקה, והמציאות הוא שכאן בא"י האפשרות למשוך כסף בהבנק באמריקה הוא רק למשוך הסכום בשקלים וכפי השער יציג של שעת המשיכה יורד דולרים מחשבון הבנק, וראובן משך מהכספומנט שקלים לפי הערך של חמשת אלפים דולר על סמך דמי הצ'ק שהבנק יזכה לשמעון בעוד שבוע, והמעשה היה שבתוך שבוע זה עד שהבנק יזכה לחשבון של שמעון את דמי הצ'ק התייקר שער הדולרים וכשהבנק יזכה בפועל דמי הצ'ק לחשבון של שמעון היה השער של החמשת אלפים דולר בכמה מאות שקלים יותר מסכום השקלים שמשך ראובן מהכספומנט לפני שבוע כפי שהיה אז השער של חמשת אלפים דולר.

ושאלתך היא א. האם בתחילה היה מותר לשמעון להעביר דמי הצ'ק לראובן לפני שהבנק מזכה בפועל את חשבוננו בדמי הצ'ק, ב. האם עכשיו צריך שמעון להחזיר לראובן את ההפרש לפי מה שנתייקר הדולרים בין הזמן שמשך ראובן השקלים לזמן שהבנק יזכה לשמעון את דמי הצ'ק.

בדבר השאלה בנוגע למעשה שהיה כאן בעיה"ק ירושלים ת"ו, בראובן איש ירושלים שקיבל במתנה צ'ק בסך חמשת אלפים דולר להכנסת כלה ורצה לפדות הצ'ק למזומנים, וכדי שלא יצטרך לשלם דמי הטירחא שמבקש השולחני (צינג' בלע"ז) עבור פדיית הצ'ק למזומנים, בא שמעון תושב אמריקה הנמצא עכשיו לתקופה קצרה בירושלים ויש לו חשבון בבנק באמריקה המתנהל בדולרים והתנדב לפדות הצ'ק שיש לראובן, והפקיד אותו בחשבון הבנק שלו המתנהל בדולרים, וסיכמו שאחרי שהבנק יזכה את החשבון בסכום הדולרים הנקוב בצ'ק יעביר שמעון לראובן את דמי הצ'ק במזומנים, ולמעשה היה שאחרי כמה ימים הודיע הבנק לשמעון שהצ'ק מאושר לזכות עליו המזומנים אבל בפועל יזכה הבנק לחשבוננו בסכום המזומנים רק אחרי שבוע ימים ורק מאז יוכל להשתמש בדמי הצ'ק, ומיד כשקיבל שמעון ההודעה מהבנק הודיע לראובן שהוא מוכן כבר מיד עכשיו להעביר לו את סכום הדולרים כפי הנקוב בצ'ק ועל סמך שאחר שבוע יזכה הבנק את חשבוננו בסכום זה, והאופן שהעביר לו עכשיו דמי הצ'ק היה ע"י שנתן לו

מבוא לתשובה

הנה בשאלה זו יש בו כמה סוגי הגדרות ויסודות שיש לדון בהלוואות המתבצע בכמה סוגי מטבעות בכסף מזומן או בצ'קים או בכרטיסי אשראי וכדו', והיות שנידונים אלו מאוד נוגע למעשה בכמה וכמה סוגי אופנים, ע"כ הרחיב בביאור הדברים למען יבין וילמד המעיין וידע לדון בשאר סוגי אופנים של הלוואות הדומה לשאלה זו, ובסופו הסכם בקצרה הפסק הלכה למעשה על שאלה זו, וזכיתי להציע שאלה זו קמיה מו"ר הגאון ר' מאיר אליהו שטיינברג שליט"א והאיר עייני רבות בנידונים אלו, ועיקרי הדברים מה שיש לדון בשאלה זו הוא, באיזה סוג מטבע נחשב שהתבצע ההלוואה האם בשקלים או בדולרים וגם באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה האם בא"י או באמריקה, ויש בזה כמה וכמה נפק"מ הלכה למעשה וכפי שיבואר כ"ז כאן בס"ד.

הנידון בכל סוגי ההלוואות האלו באיזה סוג מטבע נחשב שהתבצע ההלוואה

בתחילה יש לדון בכל סוג הלוואה של מעות באופן שמרשות המלוה יוצא סוג אחד של מטבע והלוה מקבל בפועל את ההלוואה בסוג מטבע אחרת, כגון ראובן שיש לו חשבון בנק באמריקה המתנהל אך ורק בדולרים והלוה סך של אלף דולר לשמעון תושב ירושלים, והאופן שקבל שמעון את ההלוואה היה ע"י שראובן נתן לו האפשרות למשוך כאן בא"י מהבנק של ראובן הנמצא באמריקה, והמציאות הוא שכשמעון

מושך הכסף במכשיר הכספומנט כאן בירושלים יכול למשוך רק שקלים ולפי סכום השקלים שמושך יורד מחשבון הבנק של ראובן בסך דולרים לפי השער של דולרים בעת המשיכה, נמצא שמחשבון בנק של ראובן המלוה יצא דולרים לטובת ההלוואה אבל בפועל קיבל הלוה את ההלוואה בשקלים, או באופן אחר הדומה לזה, והוא שראובן שהחשבון שלו מתנהל בדולרים נתן בהלוואה לשמעון את הכרטיס אשראי שלו לקנות בו כאן בא"י ואח"כ יפרע לו שמעון לראובן כפי מה שקנה בכרטיס, והמציאות הוא שבכל רכישה והשתמשות שמעון משתמש וקונה בכרטיס בחנות וכדו' יורד מהחשבון בנק של ראובן סכום דולרים לפי סכום הרכישה שמעון קנה בכרטיס, אבל בפועל בעל החנות או שאר בעלי העסקים המקבלים כסף על הרכישה בכרטיס מקבלים הכסף מחברת האשראי של הכרטיס בשקלים ותמורת השקלים נותנים מוצרים או שאר שירותים לשמעון שמשמש בכרטיס של ראובן, נמצא שמרשות ראובן המלוה יצא דולרים לטובת ההלוואה, אבל בפועל קיבל הלוה את המוצר מבעל העסק תמורת שקלים שקיבל בעל העסק, וה"ה באופנים אלו להיפך כגון מי שיש לו חשבון בנק בא"י המתנהל בשקלים ומלוה מעות למי שנמצא באמריקה והלוה מושך מעות ההלוואה בכספומנט באמריקה שיוצא שם דולרים וע"י המשיכה יורד מחשבון המלוה הנמצא כאן בא"י שקלים לפי השער שמשך הלוה את הדולרים

משה בכמה דוכתי נקט דדולר בא"י חשיב מטבע היוצא, ואפשר דבשנים האחרונות שנתמעט בהרבה השימוש בדולרים גם האגרו"מ יודה דינו כפירי, א"כ הרי דינו כהלוואת סאה חטיף בסאה חטיף שמותר רק באחד מג' תנאים המבואר בסימון קסב, ואלו הן, א' עשאו דמים, ב' יש לו מעט, ג' יצא השער, (ואיסורו הוא רק מדרבנן כמבואר שם), ובדולרים כאן בא"י אין ההיתר של יצא השער (כמו שפסק בספר ברית יהודה - עיקרי דינים פרק יג סעיף ט, ובהערה שם נשאר בצ"ע על שו"ת שבט הלוי ח"ג סימן קט שכתב שיש בדולרים ההיתר של יצא השער, ואולי לפי המציאות של היום שבכל רגע נתון משתנה השער של הדולר גם השבט הלוי יודה בזה), נמצא דמותר להלוות דולרים כאן בא"י רק בהיתר של עשאו דמים או בהיתר של יש לו, ואם לווה סאה בסאה באיסור ונתייקר הסאה בתוך זמן הלוואה הדין הוא שאסור לפרוע כל הסאה שלוה, רק צריך לנכות מהכמות כפי מה שנתייקר הסאה בין הלוואה לפרעון כמבואר בשו"ע שם.

ואם נתייחס שיש בהלוואה זו הלוואה משקלים לדולרים הרי דינו כהלוואת סאה חטיף בסאה דוחן שמותר רק בהיתר של עשאו דמים ואין ההיתר של יש לו או יצא השער כמבואר בשו"ע שם, (וכן נפק"מ לשיטת החו"ד בסימן קסא ס"ק א' דהלוואה בשני מינים האיסור לשלם עליו רבית הוא רק מדרבנן), וכן נפק"מ אם דיברו בלשון מקח שאם נתייחס שיש כאן הלוואה מדולרים לדולרים הו"ל הלוואה ופרעון במין אחד שהדין הוא שגם אם דיברו בלשון מקח הוה הלוואה ודינו כהלוואת סאה בסאה וכנ"ל, ואם נתייחס שיש כאן

באמריקה, או שהלוה משתמש בכרטיס אשראי באמריקה מהמלוה שהחשבון שלו הוא בא"י המתנהל בשקלים אבל בעלי העסקים באמריקה מקבלים הכסף בדולרים ותמורת הדולרים נותנים השירות או מוכרים חפץ ללוה, וה"ה בכל סוגי מטבע מקומי היוצא בכל מדינה ומדינה שמהחשבון בנק של המלוה יורד בגלל ההלוואה את הכסף בסוג אחד של מטבע אבל בפועל מקבל הלוה את ההלוואה בסוג מטבע אחר.

ובכל סוגי ההלוואות המתבצע באופנים אלו יש לדון מצד הלכות רבית באיזה סוג מטבע מתייחסים שהתבצע ההלוואה האם בסוג המטבע שיצאה מרשות המלוה או בסוג המטבע שקיבל בפועל הלוה, והנפק"מ לדינא הוא טובא, כגון במלוה ולוה הנמצאים בא"י וסיכמו על הלוואה בדולרים ופרעון בדולרים אבל בפועל יצא המעות מחשבון בנק של המלוה בדולרים אבל הלוה קיבל המעות בשקלים, הרי אם נתייחס שההלוואה התבצע בדולרים הרי יש כאן הלוואה בדולרים ופרעון בדולרים, ולפי מה שנקטו הפוסקים דכאן בא"י נחשב הדולר כפירי ששייך בו יוקר וזול כיון שאין הדולר מטבע היוצא בא"י (כן פסק החו"א סימן עב סעיף ט לענין מטבע מאר"ק שבמדינת רוסיה דינו כפירי ויש בו איסור הלוואת סאה בסאה, וכן פסקו בשבט הלוי ח"ג סימן קט, ובברית יהודה פרק יח סעיף ה, ובנתיבות שלום סימן קסב סעיף א, אבל בשו"ת מנחת שלמה סימן כז אות ד נשאר בצ"ע אמאי יש בדולר בא"י איסור הלוואת סאה בסאה, אבל נראה שם מדבריו שלמעשה לא רצה להקל בזה, ובשו"ת אגרות

הלוואה משקלים לדולרים הו"ל שני מינים שאם דיברו בלשון מקח מועיל דבריהם שיחשב כאן מקח של דולרים תמורת שקלים, ודינו כפוסק על הפירות שמותר רק בהיתרים של יש לו הכול או יצא השער, (ובדולרים כאן בא"י שאין ההיתר של יצא השער וכנ"ל יהא מותר רק אם יש לו ללוה ברשותו בשעת הפסיקה כשיעור כל הדולרים שמתחייב לפרוע למלוה), ואם פסק באיסור ונתייקר הדולרים בין זמן הפסיקה לזמן הפרעון צריך בשעת פרעון לנכות מסכום הדולרים שלווה ולפרוע רק כמי השער שהיה הדולרים בשעת ההלוואה, וכן נפק"מ להיפך אם סיכמו לפרוע בשקלים שאם נתייחס שיש כאן הלוואה בשקלים הו"ל הלוואה משקלים על שקלים וכאן בא"י דשקלים הוא המטבע היוצא שלא שייך בו יוקר וזול מותר ההלוואה משקלים על שקלים ואין כאן משום איסור הלוואת סאה בסאה, וגם אם יזול השער של הדולר בין הלוואה לפרעון יהא מותר לפרוע כל סכום השקלים שלווה, ואפילו שלפי חשבון של השער של הדולר נמצא שפורע יותר ממה שלווה, משא"כ אם נתייחס שיש כאן הלוואה מדולרים על שקלים זה ודאי שאם יזול הדולר מותר לו לשלם רק כפי מה שהיה שוה הדולר בשעת ההלוואה ולא יותר מזה, וכנהג יש עוד כמה וכמה נפק"מ בדין זה.

ביאור הדברים שעיקר הספק הוא אם יש כאן הלוואה דגולה או הלוואה מדין מוציא הוצאות על פיו

וביאור הדברים הוא כך, דזה ודאי שאם נתייחס לסוג הלוואה זו כהלוואה רגילה שמה שהלוה מקבל בפרוע

מהמלוה או משליחו של המלוה ע"ז חל שם ההלוואה ומכח מה שקיבל בפרוע הלוה ע"ז מתחייב הלוה לפרוע את חוב ההלוואה למלוה, ולכך מתייחס ההלוואה לפי סוג המטבע שקיבל בפרוע הלוה או שלוחו, ואין זה נפק"מ אם הלוה מקבל את ההלוואה מהמלוה עצמו או משלוחו של המלוה, ולכך באופנים הנ"ל שהלוה מקבל את ההלוואה בא"י משלוחו של המלוה בשקלים וכגון שמשך את כסף ההלוואה בכספומנט והרי הכספומנט מוציא השקלים בשליחותו של הבנק שבו מתנהל חשבוננו של המלוה והבנק הרי הוא שלוחו של המלוה, נמצא שהכספומנט שמוציא השקלים בא מכח המלוה, וא"כ הלוה קיבל את ההלוואה מכח המלוה בסוג מטבע של שקלים, ולכך הרי זה הוא עיקר הקובע, שאם הלוה מקבל בפרוע את ההלוואה בשקלים נחשב להלוואה של שקלים, ואם הלוה מקבל בפרוע את ההלוואה בדולרים נחשב להלוואה של דולרים, וכן באופן הנ"ל של כרטיסי אשראי שאם חברת האשראי הבא מכוחו ושלוהו של המלוה מעביר בפרוע לבעל העסק את הכסף בשקלים ועל סמך השקלים שמקבל בעל העסק הוא נותן החפץ ללוה א"כ נחשב שההלוואה התבצע בשקלים, וכן להיפך כגון שהעסק נמצא באמריקה וחברת האשראי של המלוה מעביר בפרוע את הכסף לבעל העסק בדולרים הרי זה נחשב להלוואה בדולרים.

אמנם בכל סוגי האופנים אלו שהלוה מקבל את ההלוואה בסוג מטבע

לשקלים כדי להלוותו ללוה, יש ב' סוגי אופנים שאפשר להתייחס להלוואה זו, הא' י"ל שחוב ההלוואה נוצר מכח מה שהלוה קיבל את כסף ההלוואה בידו ואז הו"ל כהלוואה רגילה, ולפי"ז מייחסין את ההלוואה לפי סוג המטבע שקיבל הלוה בפועל דהיינו בשקלים, ואופן הב' י"ל שחוב ההלוואה חל מכח זה שהמלוה הוציא הדולרים והחליפו לשקלים על פיו של הלוה, ולפי"ז מייחסין את החוב לפי סוג המטבע שהוציא המלוה דהיינו דולרים.

ודוגמא לדבר כגון שראובן מבקש לשמעון שיקנה עבורו חפץ כל שהוא ויתן לו החפץ, וסיכמו שאחר שבוע יפרע ראובן לשמעון את הכסף של כפי מה שעלה החפץ, הרי באופן זה יש ב' סוגי אופנים שיש להתייחס לחוב, די"ל דכיון שבפועל קיבל שמעון מראובן את החפץ ועל סמך זה נתחייב לשלם לראובן לאחר שבוע את השקלים א"כ נמצא שראובן מכר לשמעון את החפץ עבור השקלים, או י"ל דעי"ז שראובן הוציא את השקלים על פיו של שמעון וקנה את החפץ עבור שמעון נתחייב בגלל השקלים שהוציא ראובן על פיו וא"כ הו"ל הלוואה משקלים על שקלים.

איך מחליטים על ההלוואה האם היא הלוואה רגילה או הלוואה מדין מוציא הוצאות

רק השאלה הגדולה היא דאיך באמת מחליטים בכל סוגי האופנים אלו האיך להתייחס לחוב, האם כדין הלוואה רגילה שאז העיקר תלוי בסוג המטבע

אחרת ממה שמוציא המלוה לצורך לצורך ההלוואה, יש צד לומר שחוב ההלוואה לא יחול כהלוואה רגילה שאז מתייחסין לפי סוג המטבע שקיבל הלוה בפועל וכנ"ל, רק חוב ההלוואה יחול מדין מוציא הוצאות על פיו המבואר בשו"ע חו"מ סימן צא וסימן שו ובעוד מקומות, והיינו שאפילו אם בפועל קיבל הלוה את ההלוואה בשקלים מ"מ הרי בחשבון בנק של המלוה היה לו בתחילה דולרים וכל מה שפעל המלוה להחליף את הדולרים האלו לשקלים היה רק על פיו של הלוה, דעל פיו של הלוה פעל המלוה שיתחלף הדולרים האלו לשקלים, ע"י שפעל שהלוה יוכל למשוך מהכספומנט שקלים או בכרטיס האשראי פעל המלוה שבעל העסק יקבל מחברת האשראי שקלים, נמצא שאפילו בפועל קיבל הלוה את ההלוואה בשקלים מ"מ כל מה שפעל המלוה להוציא את הדולרים ולהחליפו לשקלים היה רק על פיו של הלוה, א"כ י"ל שהחוב של הלוה לא נוצר מזה שקיבל בפועל השקלים אלא מזה שהמלוה הוציא הדולרים על פיו של הלוה, ולפי צד זה מייחסין את ההלוואה לפי סוג המטבע שהוציא המלוה מרשותו ולא לפי מה שקיבל הלוה בפועל, כיון דהחוב אינו מעצם ההלוואה אלא ממה שהוציא המלוה הדולרים על פיו של הלוה.

נמצא לסיכום שבכל סוגי אופנים האלו של הלוואות שהמלוה מוציא את מטבע שברשותו ומחליפו למטבע אחרת כדי להלוותו ללוה כגון שמחליף דולרים

נתייקר הדולרים בין הלוואה לפרעון צריך הלוה בשעת הפרעון לנכות מסכום הדולרים שלוה לפי מה שנתייקר השער בין הלוואה לפרעון, משא"כ אם לא היה כאן איסור הלוואת סאה בסאה חייב הלוה לפרוע למלוה כל סכום הדולרים שלוה, ומדין הקרן שלוה, והדין בספק הוא שכל שיש אפילו רק צד אחד שהלוה מותר לפרוע למלוה מכח קרן של ההלוואה הרי הוא נכלל בכלל ספק קרן, והרי יש לנו הכלל הידוע שכתב הראב"ד בספרו תמים דעים (סימן ט) שכל מה שנכלל בספק קרן מותר ללוה לשלם למלוה ואין ע"ז איסור רבית, ומ"מ אין המלוה יכול לתבוע בדין את הלוה שיפרע לו כל סכום הדולרים שלוה, כיון שיש צד שהלוה חייב לפרוע רק כפי השער של שעת ההלוואה (הראב"ד שם מיירי בדין עיסקא שיש למתעסק ספק אם הרויחו מעותיו של הנותן, ופסק שם דכל זמן שלא נתברר לו שלא הרויחו מעותיו יכול לשלם החלק ברווחים לנותן העיסקא, שהרי לצאת ידי שמים חייב ליתן לו כל קצבותיו כיון שהוא מסופק אם חייב לו אם לאו עכ"ד, אמנם בשו"ת מהרש"ג יו"ד סימן א, נקט לענין ספק פלוגתא באיסור הלוואת סאה בסאה דהמלוה יכול לתבוע בדין את הלוה שישלם לו לפי כל הסכום שלוה ואפילו אם נתייקרו הפירות בין הלוואה לפרעון, ואולי בספק במציאות ס"ל ג"כ למהרש"ג דא"א לתבוע בדינא (צ"ע).

סיכום דין קביעות סוג מטבע ההלוואה

ולכך באופנים הנ"ל כגון באופן שיש הלוואה מדולרים על דולרים בארץ ישראל, ויש לנו ספק אם ההלוואה חל בדולרים או בשקלים, והיה כאן היתר של יש לו שהיה לו ללוה מעט דולרים בשעת

שקיבל הלוה בפועל וכנ"ל, או כדין מוציא על פיו שאז העיקר תלוי מה שהוציא המלוה על פיו של הלוה וכנ"ל.

התשובה לזה הוא, דביד המלוה להחליט בכל פעם האיק יחול ההלוואה, האם כהלוואה רגילה שיחול כשמגיע הכסף ליד הלוה ואז אזלינן אחר סוג המטבע שקיבל הלוה בפועל, או כדין מוציא הוצאות על פיו שאז חל ההלוואה בשעה שהמלוה מוציא הכסף שברשותו על פיו של הלוה לצורך ההלוואה, וגם אזלינן בתר סוג המטבע שהוציא המלוה.

ולכך בכל פעם כשמלוה מלוה סוג הלוואה זו שיש להתייחס ההלוואה בשתי סוג אופנים בידו להחליט בתחילה באיזה אופן יחול ההלוואה ועפ"ז חל כל דיני הרבית הנוגע להלוואה זו.

ובאופן שהמלוה לא נתן דעתו מתחילה להחליט באיזה אופן יחול ההלוואה (כפי שמצוי ברוב הפעמים), הדין הוא שאם יש אומדנא דמוכח שדעתו היה שיחול ההלוואה לצד אחד כגון שיחול מדין מוציא הוצאות על פיו של הלוה אמרינן דההלוואה חל לפי סוג המטבע או החפץ שהוציא המלוה בגלל הלוואה זו.

ובאופן שאין אומדנא דמוכח לשום צד, יש לו דין ספק באיזה סוג מטבע חל ההלוואה, ויש בזה גם ספק לדינא, שאם ההלוואה חל על אופן שיש איסור הלוואת סאה בסאה, הדין הוא שאם

ההלוואות הנ"ל שמרשות המלוה יוצא סוג מטבע אחד ולרשות הלוה נכנס סוג מטבע אחרת היה הנידון באיזה סוג מטבע נחשב שהתבצע ההלוואה ונפק"מ טובא להלכות רבית וכנ"ל.

הנידון באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה

ועכשיו יש לדון ג"כ לענין מקום ההלוואה דבאיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה, דהיינו בכל האופנים של סוגי ההלוואות הנ"ל, כגון באופן של ראובן שיש לו חשבון בנק באמריקה המתנהל בדולרים ומלוה לשמעון הנמצא בא"י ע"י שנותן לשמעון אפשרות למשוך מהבנק של ראובן דרך מכשיר הכספומנט שיוצא ממנו שקלים, או ששמעון משתמש בכרטיס אשראי של ראובן והחנות או שאר בעל העסק הנמצא כאן בא"י מקבל שקלים בשליחות הבנק של ראובן ותמורת השקלים נותן החפץ לשמעון, וכשהלוה מושך בכספומנט או משתמש בכרטיס האשראי כאן בא"י ע"ז יורד מסכום הדולרים שיש לו לראובן בחשבון הבנק באמריקה וכשיעור השקלים שמשך הלוה או שהשתמש בכרטיס האשראי של ראובן המלוה, וכמבואר לעיל לגבי סוג המטבע שיש ב' אופנים שיש להתייחס באיזה סוג המטבע התבצע ההלוואה, האם הוא כדין הלוואה רגילה שאז מתייחסין לפי מה שקיבל הלוה בפועל, או מדין מוציא הוצאות שאז מתייחסין לפי מה שהמלוה הוציא הוצאות על פיו של הלוה.

ועפ"י הדרכים האלו יש ג"כ לדון באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה, האם במקום שקיבל הלוה את ההלוואה

ההלוואה, ונתייקר שער הדולר בין שעת ההלוואה לשעת הפרעון, שתלוי אם ההלוואה חל בדולרים שאז הו"ל הלוואה ופרעון במין אחד שמועיל ההיתר של יש לו, ואז היה מותר לכתחילה להלוות באופן זה, וגם בסוף כשנתייקר הדולר מותר לפרוע הדולרים כפי שעת היוקר ואין צריך לנכות מסכום הדולרים שהלוה מתחילה, ולפי צד זה יכול המלוה לתבוע ללוה שיפרע לו כל הדולרים מכח הקרן שהלוה לו מתחילה, ואם נאמר שההלוואה חל בשקלים שאז הו"ל ההלוואה והפרעון בשני מינים שלא מועיל ההיתר של יש לו וכנ"ל, והיה אסור להלוות כן מתחילה וגם בסוף כשנתייקר שער הדולר צריך הלוה לנכות מסכום שלוה ומותר לו לשלם רק כפי שער הדולר שהיה בשעת ההלוואה, וא"כ נמצא שיש לנו עכשיו ספק כמה צריך הלוה לפרוע למלוה מכח הקרן שלוה, ויש לנו כאן ההיתר הנ"ל של הראב"ד שכל מה שנכנס בכלל ספק קרן מותר ללוה לשלם למלוה, ולכך באופן זה מותר ללוה לפרוע למלוה כל סכום הדולרים שלוה וכפי שער היוקר, כיון שהוא בכלל ספק קרן ואין כאן איסור רבית, אבל המלוה לא יוכל לתבוע בדין את הלוה לשלם כל הסכום וכפי שעת היוקר כיון שיש כאן ספק שיש צד שהיה ההלוואה באיסור ואז אסור לו ללוה לשלם ההתייקרות רק צריך לנכות ולפרוע רק כפי שער הזול שהיה בשעת ההלוואה.

ועד כאן היה הנידון על איזה סוג המטבע התבצע ההלוואה, דהיינו בכל סוגי

ומטבע היוצא זהו הכסף שבזה קונה הפירות, ונפק"מ טובא לדיני פסיקה וטרשא.

מחלוקת הפוסקים בדין אם המטבע יוצא דק במקום ההלוואה או דק במקום הפרעון

ועוד יש לנו לדעת, מה שדרנו הפוסקים האחרונים על דין הלוואה במטבעות באופן שההלוואה הוא במקום אחד והפרעון הוא במקום אחר, וההלוואה והפרעון הוא בסוג מטבע אחד אבל אותו המטבע הוא מטבע היוצא רק במקום ההלוואה או רק במקום הפרעון, האם באיסור הלוואת סאה בסאה עיקר הקובע הוא מקום ההלוואה או מקום הפרעון, כגון שלוח דולרים באמריקה ע"מ לפרוע הדולרים בא"י, דאם אמרינן שמקום ההלוואה קובע אין כאן איסור הלוואת סאה בסאה ואם אמרינן דמקום הפרעון קובע יש כאן איסור הלוואת סאה בסאה.

ובספר ברית יהודה (עיקרי דינים פרק יג סעיף יב) נקט דהעיקר הקובע הוא מקום הפרעון ואם במקום הפרעון הוא מטבע היוצא אין איסור הלוואת סאה בסאה, אבל אם אין המטבע יוצא במקום הפרעון דינו כהלוואת פירות שיש בו איסור הלוואת סאה בסאה, ובחידושים וביאורים (להגרי"ח גריינמן זצ"ל, ב"מ כז ס"ק ו) נקט דהעיקר קובע מקום ההלוואה, וכן פסקו בספר חוט שני (להגר"נ קרליץ זצ"ל פרק יא סעיף ז) ובספר נתיבות שלום סימן קסב סעיף א, ובספר תורת רבית פרק יט סעיף יד רצה להתיר בכל אופן שאפילו אם המטבע יוצא רק במקום ההלוואה או רק

בפועל או במקום שבו מתנהל החשבון בנק של ראובן ששם ירד בחשבונו מסכום הדולרים לפי סכום ההלוואה שהלווה לשמעון, והנפק"מ היא טובא, וכמבואר לעיל מה דאמרינן בגמרא בריש פרק הזהב (ב"מ דף מד) דמטבע היוצא באותה מדינה דינו כטבעא דהיינו מעות דלא שייך בו יוקר וזול, ולכך אין בו איסור של הלוואת סאה בסאה דלא שייך בו הטעם של שמא יתייקר וכמבואר שם, אבל מטבע שאינו יוצא באותה מדינה דינו במדינה זו כפירות ששייך בו יוקר וזול ויש בו האיסור של הלוואת סאה בסאה, וא"כ נפק"מ באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה דלפי מקום זה צריך לילך אחריו, שאם מטבע ההלוואה הוא יוצא באותו מקום אין בהלוואה זו משום איסור הלוואת סאה בסאה, אבל אם אין המטבע יוצא באותו מקום הו"ל הלוואה בפירות שיש בזה איסור הלוואת סאה בסאה ומותר רק בהיתרים הנ"ל, נמצא באופן הנ"ל תלוי אם אמרינן שההלוואה התבצע באמריקה אז תלוי הדין אם ההלוואה הוא בדולרים שהוא המטבע היוצא באמריקה ואז הו"ל הלוואה בטבעא שלא שייך בו יוקר וזול, ואם ההלוואה הוא בשקלים דינו כהלוואת פירות שיש בו איסור הלוואת סאה בסאה, משא"כ אם אמרינן שההלוואה התבצע בא"י דינו להיפך דבדולרים דינו כהלוואת פירות דאסור משום הלוואת סאה בסאה ובשקלים דינו כהלוואת טבעא דאין בו איסור, וכן נפק"מ בדרך מקח וממכר שאם מחליף מטבע היוצא במטבע שאינו יוצא בדרך מקח דמטבע שאינו יוצא זהו הפירי הנקנה

במקום הפרעון מותר ואין איסור משום הלוואת סאה בסאה.

ביאור הצדדים בקביעות מקום ההלוואה

והנה באופן שמתייחסין להלוואה כהלוואה רגילה שתלוי לפי מה שקיבל הלוה בפועל וכמבואר לעיל לענין קביעות מין מטבע ההלוואה, הרי ברור שגם לענין קביעות מקום ההלוואה העיקר מה שקובע הוא המקום שבו קיבל הלוה או שלוחו את ההלוואה בפועל, ולא משנה כלל באיזה מקום נמצא הלוה בשעת ההלוואה רק העיקר מה שקובע היכן נמצא הכסף בשעה שנמסר ללוה או לשלוח ונכנס ברשותו ובאחריותו של הלוה, ובאופן שמתייחסין להלוואה כדין מוציא הוצאות על פיו שאז העיקר תלוי לפי מה שהוציא המלוה על פיו של הלוה וכנ"ל, א"כ גם לענין מקום ההלוואה מתייחסין לפי המקום שבו הוציא המלוה את הכסף על פיו של הלוה, וכמבואר לעיל שביד המלוה להחליט בכל פעם קודם ההלוואה באיזה אופן יחול ההלוואה האם כהלוואה רגילה או כדין מוציא הוצאות על פיו.

ולפי כלל זה יש לדון את קביעות מקום ההלוואה בכל האופנים הנ"ל, כגון באופן ששמעון הלוה מושך כסף ההלוואה בכספומנט כאן בא"י שמקבל ההלוואה בשקלים אבל מחשבון הבנק של המלוה הנמצא באמריקה יורד הבכסף בדולרים, או באופן ששמעון משתמש בא"י בכרטיס אשראי של ראובן באופן שהחנות כאן בא"י מקבל הכסף בשקלים ותמורת זה נותן המוצר או שאר שירותיו

לשמעון הלוה, ובפועל יורד מחשבון בנק של המלוה דולרים, הרי בכל סוגי אופנים אלו תלוי בהחלטת המלוה ואם המלוה החליט שיחול ההלוואה כדין הלוואה רגילה שאז העיקר תלוי לפי מה שקיבל הלוה בפועל, וא"כ הרי הלוה קיבל שקלים בא"י ולכך שפיר נחשב הלוואה זו כמטבע היוצא ובמקום היוצא שהרי שקלים הוא המטבע היוצא כאן בא"י, ואז אם התנו על הפרעון שהלוה יפרע למלוה בשקלים בא"י, הו"ל שפיר הלוואה ופרעון כמטבע היוצא ובמקום היוצא ואין בו משום איסור הלוואת סאה בסאה, ואם התנו שהלוה יפרע למלוה בשקלים באמריקה א"כ הו"ל הלוואה כמטבע היוצא רק במקום ההלוואה ואינו יוצא במקום הפרעון, וזה תלוי במחלוקת הפוסקים הנ"ל, דלשיטת הפוסקים דאזלינן אחר מקום ההלוואה א"כ שפיר הרי ההלוואה הוא בשקלים במקום שהוא מטבע היוצא שהוא בא"י ואין כאן איסור הלוואת סאה בסאה, ולשיטת הברית יהודה דאזלינן אחר מקום הפרעון א"כ אם הפרעון הוא בשקלים במקום שהשקלים אינו מטבע היוצא יש כאן איסור הלוואת סאה בסאה ומותר רק אם יש לו ללוה ברשותו מעט שקלים בשעת ההלוואה, וצריך שאותו המעט שברשות הלוה יהא מצוי במקום שיש לו למלוה או ללוה דרך להגיע למקום ההוא או הם בעצמן או ע"י שלוחן כגון ששירות מצויות (ברמ"א סימן קסב סעיף ב פסק שצריך שיהא למלוה דרך להגיע לשם, ולמעשה נקטינן שגם אם יש ללוה דרך לשם מהני), ואם התנו שהלוה יפרע למלוה דולרים בא"י אז הדין שכיון

לדון באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה, ולמעשה העיקר זה תלוי באיזה מקום נתחלף הכסף מדולרים לשקלים שבמקום זה הוציא המלוה ההוצאות על פיו של הלוה ובמקום זה התבצע ההלוואה, וזה תלוי במציאות הדברים, שאם המציאות היא שהבנק באמריקה מחליף את הדולרים לשקלים ומעביר את השקלים לבנקים או לחברות וכדו' הנמצאים כאן בא"י שהם נותנים השירות למשוך את הכסף כאן בא"י במזומן או ע"י כרטיס אשראי, והבנק באמריקה מעביר להם את הכסף בשקלים, אז נחשב שמקום ההלוואה הוא באמריקה, אבל אם המציאות היא שהבנק באמריקה מעביר לבנקים או לחברות כאן בא"י את הכסף בדולרים והם מחליפים כאן בא"י את הדולרים לשקלים (ולפי תחילת בירווי בזה נראה שזה הוא המציאות הקיים בימינו), אז נחשב שמקום ההלוואה הוא כאן בא"י.

ובאופן שהמלוה לא החליט מתחילה באיזה אופן יחול ההלוואה אם כדין הלוואה רגילה או כדין מוציא הוצאות על פיו, א"כ לפי מה שמבואר לעיל הדין לענין קביעות מין מטבע ההלוואה ה"נ הדין כן לענין קביעות מקום ההלוואה, שאם יש אומדנא דמוכח שהיה דעת המלוה לאופן אחד אזלינן אחר אופן זה, ואם אין שום אומדנא לשום צד, ולפי צד אחד יש כאן הלוואה באיסור ואסור לשלם לפי כל הסכום שלוה רק צריך לנכות לפי מה שנתייקר הדולר בין זמן ההלוואה לזמן הפרעון, משא"כ לצד השני מותר לשלם לפי כל הסכום שלוה,

שהפרעון הוא בדולרים שהוא המטבע שאינה יוצאה בא"י, יש בזה איסור הלוואת סאה בסאה ולא מועיל ההיתר של יש לו כיון שהוא הלוואה בשני מינים, ומותר רק בדרך מקח שע"י השקלים פוסק לקנות דולרים ומותר רק אם יש לו ללוה ברשותו בשעת הפסיקה כסכום כל הדולרים שפסק אבל אין צריך בזה שיהא אז למלוה או ללוה דרך לדולרים הנמצא ברשות הלוה (כן מפורש בכרית' סימן קסב ס"ב דבפסיקה אי"צ שיהא למלוה או ללוה דרך לשם, וכן משמע מסתימת דברי השו"ע הרב בסעיף כג, ובמחנ"א סימן כט דן בזה לענין פסיקה בהוולה משמע שלענין פסיקה בלא הוולה אי"צ כלל דרך), ואם התנו שהלוה יפרע למלוה בדולרים באמריקה ששם הדולר הוא המטבע היוצא, אז לכו"ע יש כאן איסור הלוואת סאה בסאה, דהרי גם במקום ההלוואה המטבע שהתנו בו לפרוע אינה יוצאה במקום ההלוואה וגם במקום הפרעון מטבע ההלוואה אינה יוצא בו, וכיון שהוא הלוואה בשני מינים לא יועיל בו ההיתר של יש לו ודינו שמותר רק בדרך מקח וביש לו הכול וכנ"ל (ויש לציין דכל זה הוא רק אם התנו לפרוע דולרים לפי השער של יום ההלוואה אבל אם התנו לפרוע דולרים לפי השער שיהא שוה ביום הפרעון כסכום השקלים שלוה הרי זה דינו כדין הלוואה בשקלים על שקלים).

ואם באופנים הנ"ל החליט המלוה שיחול ההלוואה מדין מוציא הוצאות על פיו שאז תלוי לפי מה שהוציא המלוה על פיו של הלוה, ובאופנים אלו הרי הוציא המלוה דולרים על פיו של הלוה ולכן הו"ל הלוואה בדולרים, אבל יש

הרי דינו כנ"ל שכל זה נכלל בכלל ספק קרן וכל מה שבכלל הספק מותר ללוה לשלם למלוה אבל אין המלוה יכול לתבוע בדין את הלוה שישלם לפי כל הסכום שלוה כיון שיש כאן ספק.

סיכום התשובה לשאלה הלכה למעשה

ולפי כל האמור לעיל התשובה לשאלה הוא כך, שזה ודאי שהפרעון של החוב אינו ע"י זה שראובן נתן הצ'ק לשמעון כאן בא"י, רק הפרעון הוא ע"י זה שהבנק באמריקה זיכה לחשבון של שמעון בסכום של הצ'ק, ולכך זה ברור שמין הפרעון הוא בדולרים ומקום הפרעון הוא באמריקה, ומה שיש לדון הוא רק באיזה מין מטבע התבצע ההלוואה ובאיזה מקום התבצע ההלוואה, וזה תלוי מה היה החלטת שמעון באיזה אופן יחול ההלוואה, אם כהלוואה רגילה שזה תלוי בעיקר מה שקיבל הלוה בפועל והרי הלוה קיבל בפועל שקלים בא"י, נמצא דהו"ל הלוואה בשקלים בא"י ופרעון בדולרים באמריקה שמותר רק בדרך ולשון מקח ורק אם יש לו ללוה ברשותו בשעת ההלוואה כסכום כל הדולרים שמתחייב לפרוע למלוה, ואי"צ שיהא בשעת ההלוואה למלוה או ללוה דרך לדולרים שברשות הלוה (ויש לסמוך בזה גם על הצ'ק שביד הלוה שרשום בו כל סכום הדולרים של הפרעון שזה לבד מספיק לדין יש לו הכול ואין צריך חוץ מזה שיהא ללוה עוד דולרים ברשותו וכמו שכתב בחידושי רעק"א (סימן קסב ס"ק ב בשם תורת חיים) שבפסיקה בלא הוזלה מותר גם ביש ללוה אשראי במתא ואי"צ שיהא הדולרים ברשותו ממש, אמנם זה

רק באופן שהיה כאן שהבנק כבר אישר את הצ'ק ובעל הצ'ק כבר אינו יכול לבטל את הצ'ק, אבל קודם שהבנק מאשרו לכאורה א"א לסמוך ע"ז כיון שמייירי כאן בצ'ק של אמריקה שעפ"י החוק שם אפשר לבטלו וכן מצוי המנהג שם שמבטלים צ'קים ואין על המקבל הצ'ק שום זכות תביעה, ובפרט שמייירי כאן בצ'ק מתנה של הכנסת כלה שגם מדין תורה אין כאן חוב גמור), ובאופן שלא דיברו בלשון מקח רק דיברו בלשון הלוואה או אפילו דיברו בסתמא בלשון תן דהוה לשון הלוואה (ואפילו שלשון תן לפריטת צ'ק אפשר שהוא לשון מקח מ"מ כאן שלא היה ההלוואה בשעת פריטת הצ'ק רק אח"כ הלווה על חשבון הדולרים שבצ'ק הדין הוא שכל שלא דיברו בפירוש בלשון מקח הוה הלוואה), ודינו כהלוואת חיטיין ברוחן שאין בזה שום היתר, וכן באופן שהיה בלשון מקח רק לא היה ההיתר של יש לו, ובאופנים אלו יוצא שההלוואה או המקח היה בתחילתו באיסור, וגם בשעת הפרעון צריך שמעון להחזיר לראובן דולרים לפי הפרש הסכום שנתייקר הדולרים בין הלוואה לפרעון.

ואם החלטת שמעון היה שיחול ההלוואה כדין מוציא הוצאות על פיו, דהיינו שע"י זה שהוציא שמעון הדולרים שבחשבון הבנק שלו על פיו של ראובן בזה נתחייב ראובן לשלם לשמעון, נמצא שבדרך זה הו"ל הלוואה בדולרים ופרעון בדולרים, ורק יש לדון באיזה מקום נחשב שהתבצע ההלוואה, וכפי המבואר לעיל זה תלוי במציאות הדברים באיזה מקום מתחלף הכסף מדולרים לשקלים, שאם

ובאופן ששמעון לא החליט בפירושו בדעתו בתחילה באיזה אופן יחול ההלוואה ועכשיו כבר נמצאים אחר זמן ההלוואה, והשאלה הוא כמה צריך ראובו לפרוע, אז הדין כנ"ל, שאם יש אומדנא דמוכח באיזה אופן היה רוצה שיחול ההלוואה אזלינן לפי האומדנא (וכנראה שכאן האומדנא הוא שהיה דעתו שיחול כדין מוציא הוצאות על פיו ולא כדין הלוואה רגילה), ואם אין אומדנא לשום צד, דינו כנ"ל שאם לצד אחד לא היה כאן איסור הלוואת סאה בסאה ומותר לפרוע כל סכום הדולרים לפי מה שלוה, ולצד השני היה כאן איסור ואז מותר לשלם דולרים רק כפי שעת ההלוואה וצריך לנכות מסכום הדולרים שבצ'ק וששמעון יחזיר לראובן ההפרש, א"כ יש כאן ספק קרן וכנ"ל שכל מה שבכלל הספק של הקרן מותר ללוה לשלם ואין בזה משום איסור רבית, אבל המלוה אינו יכול לתובעו בדין שישלם ההפרש, וכאן שכל סכום הדולרים כבר ברשותו של שמעון הרי מדין רבית יכול ראובן להשאיר כל סכום הדולרים אצל שמעון, אבל אפשר שאם רוצה יכול גם לתבוע את שמעון בדין שיחזיר לו את ההפרש של הדולרים לפי מה שנתייקר בין הלוואה לפרעון.

זה מתחלף באמריקה נחשב שההלוואה התבצע באמריקה, וא"כ הו"ל הלוואה בדולרים ופרעון בדולרים ומקום ההלוואה והפרעון הוא באמריקה ששם הדולרים הוא מטבע היוצא, וזה מותר לכתחילה ואין בזה משום איסור הלוואת סאה בסאה, אבל אם המציאות הוא שבא"י מתחלף הדולרים לשקלים (כפי שנראה שזה הוא המציאות), נמצא שמקום ההלוואה הוא בא"י, וא"כ הו"ל הלוואה בדולרים על דולרים, אבל מקום ההלוואה הוא בא"י ששם הדולרים אינו מטבע היוצא, ומקום הפרעון הוא באמריקה ששם הדולרים הוא מטבע היוצא, וזה תלוי במחלוקת הפוסקים הנ"ל, דלשיטת הפוסקים דאזלינן אחר מקום הפרעון אין כאן איסור הלוואת סאה בסאה כיון שהפרעון הוא באמריקה, ולשיטת דאזלינן אחר מקום ההלוואה יש כאן איסור הלוואת סאה בסאה במין אחד שמועיל היתר של יש לו, וצריך שיהא לו ללוה ברשותו בשעת ההלוואה מעט דולרים ומועיל דוקא אם יש לו ללוה או למלוה דרך קל להגיע לדולרים אלו (ולשיטה זו דינו כנ"ל שאם לא היה ההיתר של יש לו הו"ל ההלוואה באיסור וגם בשעת הפרעון צריך המלוה להחזיר ללוה ההפרש לפי מה שנתייקר הדולרים בין הלוואה לפרעון).

הרה"ג אהרן דויטשער שליט"א

שטחים משותפים

פרק א

הגדרות הרכוש המשותף, והאם חוק בתים משותפים נוהג ע"פ ד"ת

הגדרות הרכוש המשותף:

פעמים רבות מצוי לצערנו סכסוכים בין שכנים או אף שאינם מסוכסכים, רק שכל אחד מבין השכנים בטוח כי הוא עשוק, בעקבות השתלטות אחד מהדיירים על שטחים משותפים וסיפוח לדירתו ונחלתו, או שמשכירו לאחרים, וכ"א בטוח שהצדק עמו, הן השכנים הבונים, שאינם מבינים מדוע צרה עיני שכניהם בהוספת שטחים הללו לנחלתם, והן שאר השכנים הטוענים, כי שטח זה הינו משותף לכלל הדיירים. ויש לדון דין אמת לאמיתו, בבירור מיהו הבעלים על שטחים אלו, לאור ההלכה ובמציאות הקיימת כיום. וראשית יש להקדים דברי הגמ' והשו"ע שדנו בכיוצ"ב, ולאחמ"כ יבורר מהו המנהג כיום, והאם הוא תקף ע"פ הלכה.

חלוקת הצר

שלאחר שחלקו את הבתים וקיבל א' מהם יותר פתחים, שעל אחיו ליתן לו חלק יותר גדול בחצר, וכמה תירוצים נאמרו בזה. הר"י הלוי חילק, דהכא מיירי בזכו מן ההפקר ובנו הבתים ופתח א' לביתו ב' פתחים, והב' פתח א', ואח"כ הקיפו את החצר בגדר^א, ובאחים שחלקו אין להם זע"ז כלום, ואילו רש"י ור"ת חילקו דהכא מיירי באב שחילק נכסיו ע"פ, ונתן לא' בית עם ב' פתחים, ואחים שחלקו, הכוונה מעצמם שאין לא' על חברו כלום,

בב"ב יא. אמר רב הונא חצר מתחלקת לפי פתחיה, ורב חסדא אמר נותנין ד"א לכל פתח ופתח, והשאר חולקין בשוה. וכן הוא בסוכה ג: וטעם דברי רב הונא הוא משום שהחצר עשוי לשימוש הבית, ואם קיבל יותר חלק בבתים, יש ליתן לו חלק יותר גדול בחצר, ורב חסדא חולק, ובראשונים הקשו מהמבואר ב"ב ז. דאחים שחלקו לקוחות הם ואין להם זע"ז כלום, א"כ היאך אמרינן הכא

א. דאילו גדרו מקודם שבנו זכו בחצר בשווה, ואין לו ד"א לפתחו.

ושם סעיף ב' ז"ל בד"א כששני הבתים שוים, וחלקו בית כנגד בית ולא הוצרכו לשום אותם ולהעלות בדמים, אבל אם אינם שוים ושמו אותם והעלום בדמים, ואותו שהגיע לחלקו הבית שיש בו שני פתחים נתן לחבירו הדמים ששוה יותר על שלו, בכלל זה העילוי, ג"כ ד"א שבחצר, וזכה בהם כמו שזכה במה שביתו שוה יותר משל האחר, אע"פ שבעוד שלא חלקו לא היו הד' אמות שלו לגמרי, אלא לפרק בו משאו, וחבירו היה משתמש בו ג"כ כשהיה מוצא אותם פנויים, עתה שחלקו הם שלו לגמרי. עכ"ל לעניינינו. וע"ש שנחלקו הפוס' בגדר עילוי, ואכמ"ל בזה. נמצינו למדים שבעלי דירות שקנו בשוה, ע"פ הלכה, אין לא' מהם חלק יותר גדול בחצר, שהם החללים וכל הרכוש המשותף, מלבד הדירות עצמם, אלא יד כולם שוה בו. ולהלן יבואר המנהג למעשה.

בבנין קומות למי הבעלות בחצר

בגמ' ב"מ קיז: תניא אין לו לא לזה ולא לזה, אין לו לבעל עלייה בקרקע כלום, רבי נתן אומר תחתון נוטל שני חלקים, והעליון שלישי, ואחרים אומרים תחתון נוטל שלשה חלקים, והעליון נוטל רביעי, אמר רבה נקוט דרבי נתן בידך, דדיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, קא סבר כמה מפסיד עלייה בבית, תילתא, הלכך אית ליה תילתא. עכ"ל.

והרא"ש כת' לחלק דהכא מיירי כשאין הבתים שווים ועלו אהדדי, ובכלל העילוי הוא גם הד"א של הפתח יתר על חלקו, אף שלא אמרו בפירוש, וכ"כ הרשב"א, ובאחים שחלקו מיירי בבתים שווים. ולהלכה בשו"ע סי' קעב' סעיפים א ב קי"ל כרב חסדא ודלא כרב הונא, ויש לכל השותפים חלק שוה בחצר, ובביאור הסתירה הסכימו הפוס' כדעת כל הראשונים הנ"ל^ב, וז"ל המחבר חצר המתחלקת, נותן לכל פתח ד"א, והשאר חולקים בשוה, שכל פתח צריך וכו'. ואם יש לא' פתוח לחצר בית שיש לו ב' פתחים, ולשני בית שאין לו אלא פתח א', אותו שיש לו ב' פתחים נוטל לכל פתח ד"א, כפי מה שהם פתחיו, ובעל הפתח א' אין לו אלא ד"א לפני פתחו, בד"א בשנים שקנו מההפקר, כגון: שבנו במקום הפקר, זה בנה לו בית ופתח בו ב' פתחים, וזה בנה לו בית ופתח בו פתח אחד, ואח"כ הקיפו אותם עד שנעשה להם לחצר, הגה: וי"א דהוא הדין אם חלק נכסיו על פיו, ונתן לאחד מבניו בית עם שני פתחים, ולא' עם פתח א' אבל שנים שקנו או שירשו, קנו וירשו בשוה חלק כחלק, בין בבתים בין בחצר, ולא יטול הא' יותר מחבירו כלום, ואפילו אם קדמו וחלקו הבתים קודם חלוקת החצר, לא אמרינן אותו שעלה לחלקו הבית שיש לו שני פתחים, זכה בד"א החצר לכל אחד מפתחיו, אלא חולקים בשוה. עכ"ל.

ב. ודלא כמ"ש ביד רמ"ה שבכל גווי יש לכל פתח ד"א, דכל הראשונים חלקו עליו, ועיין פרישה ודרישה סי' קעב' ג' מהלכים בכוונתו.

לו זכות בקרקע, וא"צ לפנים. ובכנה"ג סי' קסד' דן כשיש ב' עליות ע"ג הקרקע, והביא ממוהר"ש הלוי, שגם בזה התחתון יקבל שלישי, והעליונים שניהם יחלוקו בשליש הנותר^ד. ועלה לנו שע"פ הגמ' והשו"ע כשבאים לחלוק את השטחים המשותפים בקרקע שעליהם לחלוק בצורה שבעל דירה בקומת קרקע יקבל חלק יותר גדול, מאשר הקומות העליונים.

בעלות הג

מבואר בב"ב ריש פרק המוכר את הבית דאם יש לו מעקה גבוה י' טפחים, לא נמכר בכלל הבית עד שיכתוב לו קני מתהום ארעא עד רום רקיעא, וכ"פ המחבר בסי' ריד' ז"ל המוכר בית לחבירו אע"פ שכתב לו הקניתי לך עמקו ורומו, צריך לכתוב לו קנה מקרקע התהום עד רום רקיע, שהעומק והרום אינה נקנה בסתם, וכיון שקנה העומק והרום, קנה הרום שהוא האויר בלבד, והעומק שהוא עובי הארץ, אבל לא קנה הבנינים שבעמקים ושבאויר, וכיון שכתב לו מקרקע התהום עד רום הרקיע, קנה הבור והדות שבעובי הקרקע ומעזיבות והמחילות שבין המעזיבות למעלה. ובסעיף ד', כת' המחבר דאם לא כתב לו עומק ורום כלל, אלא מכר הבית סתם, אין לו באויר שעל גג הבית, ולא למטה ולא כלום בין בבית בין בחצר, שלא קנה אלא עד ראש כותלי החצר, ואם בא

וכוונת הגמ' בבית ועליה שנפלו ושניהם עניים ואין להם מעות לבנותם, חלוקת השטח לר' נתן הוא שני שלישי לבעל קומת קרקע, ושלישי לבעל העליה, מטעם שהעליה מפסידה לימי קיום הבית שלישי, וכן הוא להלכה בשו"ע סי' קסד' ס"ה, וראה מ"ש הרמב"ן בב"ב סג. בביאור גמ' זו שהכוונה שיש לבעל העליה חלק בגוף הקרקע, רק שכך הוא צורת החלוקה ביניהם^ג, וברמ"א סי' קעה' סעיף נא' הביא מתשו' הרא"ש כלל צד' סי' ג' דהבית והעלייה של שנים, ומכר הא' ביתו למצרן, אין בעל העלייה יכול לסלקו דלא מקרי שותפים זה לזה, רק דינן כמצרנים. ע"כ דבריו. ובט"ז שם הקשה על זה מהמבואר לעיל שבית ועליה הם שותפים והחלוקה ביניהם כנ"ל, וכן הכריע להלכה, וכן בסמ"ע שם ס"ק צה' האריך להקשות על הרמ"א והב"י שהבינו כן מתשו' הרא"ש ושם מבואר להיפך, וכן הסכים בש"ך שם ס"ק נא', והביא שכ"כ בתשו' מהר"א ששון סי' קכז', ויש להוסיף שגם דברי הרמ"א והשו"ע קאי רק בבית ועליה סתם, אבל אילו יש לבעל הבנין זכות בקרקע שלא יוכל לומר לו הרום בנין, כת' שם בהדיא שנחשבים כשותפים גמורים, וכמו שכת' שם הסמ"ע [במוסגר] שיש לבאר דעת הרמ"א שיש חילוק בין בעל בנין שיש לו זכות בקרקע עולמית לבין בעל עליה סתם, ופשוט שכיום, כל בעל דירה בבנין קומות, יש

ג. ועיין במ"ש המהרי"ט ח"ב סי' סח', ולכאו' מהרמב"ן מוכח דלא כדבריו.

ד. וראה בשו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' יא'.

להגביה ולבנות על אויר הבית או לחפור תחת הקרקע, אינו רשאי, דעומק ורום משוייר הוא, ואם בא מוכר לבנות עליה באויר ע"ג עמודים, בונה, אבל א"י לבנות על הכתלים שמכר, וכן אם בא לחפור מבחוץ ולהשפיל תחת קרקע הבית, עושה, ובלבד שלא יזיק בחפירתו לבעה"ב, וכו' עכ"ל. וע"ש עוד דיעות בזה. ומזה נלמד גם לחללים שע"פ דינא דגמ' ושו"ע, ה"ה משוייר למוכר.

ולהלכה פשוט וברור שכיום אין זו צורת החלוקה, והטעם שכל רוכש דירה כפוף לחתימת ידו על החוזה המצוי בעת רכישת דירה מקבלן, ושם נכתב שהוא מעוניין ביצירת בית משותף, והיינו שמתחילה כל הרוכשים זכות לדירה מקבלן (על הניר) או בקבוצת רכישה, ה"ה שותפים כולם במגרש, כ"א כפי חלקו היחסי, ונקרא בחוקה "מושע"י, ובחתימת ידם על החוזה, הם מבקשים מהקבלן או מהחברה המשכנת או בעלי הזכויות בקרקע, ליצור עבורם בית משותף, ומשמעותו חלוקה לחלקות ולתתי חלקות, (פרצלציה) ובזה יחול על מגרש זה חוק בתים משותפים, והנה בחוק זה נכתב בסעיף 52 כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות, הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד,

חדרי המדרגת, מעליות, מקלטים, מתקני הסקה, המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם. ושם סעיף 57 נכתב ששיעור החלק ברכוש המשותף הוא לפי יחס שטח רצפת הדירה. יוצא א"כ שע"פ החוק מלבד הדירות הרשומים ומשורטטים בתשריט המכר השייכים לבעלי הדירות, כל השטח הנמצא בתוך קרי הבנין, מתהום ארעא ועד רום רקיעא, הינו משותף, ואין לא' מהם יותר מהשני, בין אם הוא קרוב למקום זה ויכול לספחו לדירתו, ובין אם הוא בקומה עליונה, ויש להוסיף שגם האויר הסמוך לדירות הינו בשיתוף ע"פ הכללים הללו, רק שניתנת הרשות לבעלי הדירות להוציא היתר בניה ולהצמיד חלק זה לשם הרחבת הדירה, באישור של 75% מכלל השותפים¹. והקבלן אינו משייר לעצמו מאומה (כ"ז שלא נכתב בפירוש אחרת) אלא כל השטחים מלבד הדירות הם נכללים ברכוש המשותף.

חוק בתים משותפים תקף ע"פ ד"ת

ונשאר לברר האם חוק זה תקף ע"פ הלכה, שהרי הרשב"א בשו"ת ח"ו סי' רנד' הפליג בדברים נוראים, בעניין א' שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות שיחזיר לו את הנדוניה, כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים,

ה. העות'מאני שהיה בארץ בטרם הקמת המדינה.

1. המשמעות, שהכל מעורבב, החלקות ותתי החלקות ולא נעשה במגרש זה פרצלציה, וישנם עדיין כמה מאות בנינים כאלו בארץ, בעיקר בי-ם בשכונות הישנות.

2. ויש לדון בתיקונים שבוצעו לאחר הרכישה בחוק, האם הם מחייבים, וראה להלן פרק ב'.

ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים, חלילה, לא תהא כזאת בישראל ח"ו, שמא תחגור התורה שק עליהם. עכ"ל. והביא מרן הב"י תשו' זו בסי' כו' מחודש ז'. וכ"כ הרמ"א בסי' שסט' סי"א בשמו, והוסיף לבאר שלא אמרינן דינא דמלכותא דינא רק בדבר שיש למלך הנאה או שהוא לתקנת בני המדינה^ח, אבל לא דינונו בדיני הגויים שא"כ בטלו כל דיני ישראל. עכ"ל. ובשו"ת הריב"ש סי' נב' חולק ע"ז שכת' דמי שעשה צוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של גויים ובאו אח"כ לדון בדיני ישראל, בכה"ג אמרינן דירושה יש לה הפסק כדיניהם, והביאו הרמ"א להלכה בסי' רחמ' ס"א, ודבריו סותרין אהרדי לכאורה, ומקודם יש להוסיף דשם על אתר כת' הקצות החושן, דהתשב"ץ ח"א סי' סא' חולק, וכת' על דברי הריב"ש דחלילה להפקיע זכותו ולאבד זכות ישראל, וכ"כ בשם המהרי"ט חחו"מ סי' ו' שהסכים דלא כהריב"ש, וכן הק' בגליון אמרי ברוך שם על הרמ"א, ובישוב הסתירה, בתשו' חת"ס חו"מ סי' קמב' ביאר שחלילה לומר שעלה על דעת הריב"ש לעקור דיני התורה, ולא נאמרו דבריו רק במקום שהלשון הולך אחר הכוונה וכיון שכל הנהגותיהם ע"פ הערכאות, א"כ גם בדיני התורה אליזנין בתר כוונה למתנה ולא

וכל הנושא אשה במקום זה כאילו התנה כן, וכגמלי דערביא לפי שאשה סומכת עליהם, (כתובות טז.) וכל דבר שבממון, תנאו קיים, והשיב ע"ז הרשב"א שאסור לנהוג כן, אם כל המנהג נובע מחמת משפט הגויים, לפי שהוא מחקה את הגויים, וע"ז הזהירה התורה לפנייהם ולא לפני גויים, אע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון, שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו, על רצונם שייקרו חוקות הגויים ודיניהם, ולא אפילו לעמוד לפנייהם לדין אפילו בדבר שדיניהם כדיני ישראל, והמביא ראיה לזה מגמלי דערביא, טועה, דכתובה מן הדין היה לגבות ממטלטלי, דמיניה ואפילו מגלימא דאכתפיה, אלא ששמו רבנן שאין סמיכת האשה עליהם משום שגבייתה לזמן מרובה, ובערביא שכל עסקיהם בגמלים, סמיכתה עליהם, אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם, ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה, וכ"ש עתה אם יוסיפו לחטוא לעקור נחלה, הסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה, מפיל חומת התורה ועוקר שורש וענף, והתורה מידו תבקש, ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה, וגזלן הוא, וכו' ובכלל עוקר כל דיני התורה השלימה, ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחיברו לנו רבי ואחריו רבינא, ורב אשי, ילמדו את בניהם דיני הגויים,

ח. ומקור דין זה נמצא בתשו' הרמב"ן סי' כב' ושיטמ"ק ב"ב נד' בשם הראב"ד, ותשו' מהרי"ק שורש קצב', ומכאן היה אפשר לדון בנידו"ד ובכל מקום שיש בזה תקנת בני המדינה, אילו באמת היה כן, ולהלן יבואר מ"ש ע"ז הש"ך והפוס'.

דבמה שאינו מפורש בתורה אזלינן בתר דמ"ד, והרי כל הדינים מפורשים בתורה או בגמ', וע"י דימוי מילתא למילתא, וביאר דכוונת הש"ך דבמשכון סתם, צריך בי"ד לשקול את האומד עד כמה מחל לו שלא יתבענו, ודינא דמלכותא מוכרעת את האומד, וכיון דמורגל אצלנו דמ"ד, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע על בני"א לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים, וזו כוונת הראב"ד בש"ך ס"ק לו', ונמצא שאנו דנים בדיננו ולא בדיניהם. עכ"ל^א.

ובהכרעת ההלכה במחלוקת זו בין הרמ"א להש"ך, יש לציין למ"ש הקצו' סי' קד' ס"ב סק"ו בעניין גביית חוב בעדות גוי, שהסכים לדעת העי"ש ודלא כהסמ"ע שם, ומטעם דברי הש"ך, וז"ל שישראל דנין ע"פ דיני התורה שנצטוו עליהם מהר סיני, ואין לשנות דין בישראל וישראל, וכמ"ש הש"ך בסי' עג' סקל"ט, וכך הוא הסכמת הנתי"ש שם סק"ג מטעם אחר, וראה עוד מ"ש הנתי"ש סי' קמט' סק"ד, שהזכיר דברי הש"ך הללו, אולם בשו"ת דובב מישורים ח"א סי' עו' כת' שדעת הש"ך יחידאה הוא, וא"א לומר אף קים לי כן. ועיין במשפט שלום סי' קצד' ס"ב שדייק מדברי

לירושה, והובאו דבריו בפת"ש שם ס"ק ב', ובסמ"ע סי' שסט' סק"כ כת' כעי"ז, וכ"כ הנתי"ש בסי' רחמ' סק"ג דהטעם משום שאזלינן בתר הכוונה^ט.

דעת הש"ך

ובסי' עג' סי"ד בעניין אימת יכול המלווה למכור את המשכון, כת' הרמ"א בשם המרדכי דאזלינן בתר דיניהם, ובש"ך שם ס"ק לו' וס"ק לט' אריכות גדולה בזה לחלוק על דברי הרמ"א, והעולה מדבריו דחלילה לבטל דין תורה ולילך אחר הגויים, ואף לפוס' שאמרינן דמ"ד בכל דבר אף שאינו להנאת המלך, מ"מ היינו דווקא בדברים שאינו נגד דין תורתנו, אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, לא תהא כזאת בישראל, וציין לדברי הרשב"א הנ"ל, וכת' לחלוק על מ"ש הרמ"א בסי' שסט' הנ"ל, שבכל מקום שיש תקנת בני המדינה אזלינן בתר דיניהם, דאין מקור לדבריו, ורק בדבר שאינו מפורש אצלנו, ואין לנו בו מנהג ידוע, בכה"ג הולכים אחר מנהג שלהם, וזהו קרוב לדמ"ד שהם דנים ע"פ המנהג. כמ"ש שם בשם הראב"ד בתמים דעים סי' נ'. ובחזו"א ליקוטים לחו"מ סי' טז' אות א', הקשה על הש"ך מה כוונתו

ט. ויש לבאר דברי הנתי"ש לשיטתו כמ"ש בסי' קמט' סק"ד להסכים לדברי הש"ך שיובא להלן, ובביאור הגר"א חולק, ופירש כוונת הרמ"א משום דמ"ד.

י. ובמנחת יצחק ח"ב סי' פו' הביא משו"ת השיב משה סי' צ' שבספר בית לוי כת' מקור לדברי הרמ"א, וכמ"ש לעיל הערה 6.

יא. ועיין עוד מ"ש החזו"א בב"ק סי' י' אות ט', בביאור דברי הרשב"א הנ"ל.

המהרש"ל בשו"ת סי' לו' שחולק על הש"ך וס"ל כהרמ"א, וכ"כ בשו"ת להורות נתן ח"א סי' ע', שבמקום תקנת בני המדינה אזלינן בתר דמ"ד, וע"ש סי' קב', ובשו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' פו' נראה הכרעתו דהוי ספיקא דדינא.

כשהותם בעצמו על יצירת הבית המשותף
כו"ע יודו

אולם נראה שנידון חוק בתים משותפים ל"ד למ"ש הש"ך, ויודה בכה"ג, מכיון וכל דברי הש"ך נאמרו רק משום שאין דמ"ד בזה כשהוא נגד דין תורה המפורש אצלנו, אבל אילו יעשו בנייהם תנאי מפורש, בוודאי שכל תנאי שבממון קיים, וכמ"ש הרשב"א בהדיא בתשו' הנ"ל, והרי החוק הזה נוצר רק ע"י חתימת % 100 מבעלי המגרש, ואם חסר חתימת דייר א', לא יוצר בית משותף במגרש זה, א"כ יש לדמות נידון זה למה שדנו הפוס' בסי' כו' בנכתב בפירוש בשטר שידונו בערכאות, שכת' המחבר שם ס"ג בשם בעה"ת שער סב' ח"א דל"מ, וביאר שם הסמ"ע סק"א בשם הרא"ש בתשו' כלל יח' סי' ד' שרק אם אין זכות בדיני הגויים, ל"מ משום דהוי ק"ד, אבל במקום שיש זכות בדיניהם יותר מדינינו, חל הקנין על אותה הזכות, וסיים הסמ"ע ולא מצאתי מי שחולק ע"ו, וכן דייק מלשון המחבר בסי' קג' ס"ז דרק אם נכתב כן בשטר ולא נוהגים כן,

פירש הרא"ש כוונת השטר לע"א ע"ש, אבל אם יש מנהג וזכות בדיניהם, אזלינן בתריה, ככל תנאי שבממון, וכ"כ הסמ"ע בסי' סא' ס"ו, ובט"ז וביאור הגר"א בב' המקומות חלקו על הסמ"ע, וס"ל דהוי מתנה על מ"ש בתורה דל"מ תנאי בזה, וכ"פ התומים בסי' כו', ובנתי' סי' סא' סק"ט כת' דא"צ לילך לערכאות אלא אף דיני ישראל יפסקו לו כן, ועפ"י יש ליישב קושיית הט"ז והגר"א על הסמ"ע שאין זה היתר לילך לערכאות, אלא דיני ישראל ידונו באותה זכות שמועיל תנאם³, ועוד יש לעיין במ"ש הט"ז סי' רחמ' הנז"ל שתמה על דברי הרמ"א, דהריב"ש לא התיר לבי"ד ישראל לדון בערכאות, אלא שיכולים לדון בערכאות כיון שכן מנהגם מעולם במקום זה, ומשמע שמועיל מנהג לעבור על ד"ת, וא"כ אמאי לא יועיל תנאי בזה.

ובספר מנחת צבי שכנים סי' טז' האריך להוכיח דחוק זה אינו תקף ע"פ ד"ת, ונימוקו מהט"ז והגר"א והתומים הנ"ל שהם בתראי וחולקים על הסמ"ע, ולכן העלה שהתחייבות לחוק בתים משותף לא תקפה, ויש לבדוק בכל מקרה לגופו כיצד המנהג, וע"ש עוד באורך, אבל ישל"ע בדבריו לעניין חוק בתים משותפים שאינו הסכם לילך לערכאות, אלא תנאי שיהיו בעלות הרכוש המשותף ע"פ החוק, ונלע"ד שאף הגר"א והט"ז יודו בכה"ג, שכל מחלוקתם על הסמ"ע,

יב. ומהסמ"ע נראה שלענין גביית חוב בשמיטה שמיירי בזה הרא"ש א"י בי"ד ישראל לדון, ואכמ"ל בזה.

היינו בקיבלו ע"ע לדון בערכאות, וס"ל שבזה הוי מתנה עמ"ש בתורה, אבל אילו קיבלו ע"ע לדון באיזה זכות שלא ע"פ דין התורה, מהכ"ת שלא יועיל, והרי הוי תנאי שבממון, וכמ"ש לעיל מהנתי סי' סא' שדייני ישראל ידונו לו כן. ושם כת' דדברי הנתי אינם מוסכמים, והאריך לבאר שהרשב"א מיירי בכה"ג שכיון שהוא בא לחקות את חוקי הגויים, ל"מ, אולם כאמור נחלקו עליו בזה, ראה בספר משכנות ישראל להגר"י גרוסמן סי' א' - ג' שכת' דחוק בתים משותפים לעניין בעלות הרכוש המשותף, תקף, ויש לנהוג על פיו, ועיין בפתחי חושן שותפים פ"ד הערה ל', וכ"כ הגר"צ ברומן" שליט"א. ויש להוסיף עוד שאף אם בעת החתימה לא עלה ע"ד שזה משמעות החתימה אפ"ה מועיל, כמבואר בסי' מה' ס"ג, וסי' סא' סי"ג. ולהלן פרק ג' יובא באורך.

מנהג המדינה

טעם נוסף שכו"ע יודו בזה, הוא ע"פ מ"ש הרמב"ם והביאו מרן המחבר בסי' רטו' ס"ח ז"ל אף במוכר ולוקח, אין כל אלו הדברים האמורים וכיוצ"ב אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפנ"ע, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך, מכר כך, ה"ז מכור, וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג. עכ"ל. ושנה הדברים

בסי' ריח' סעיף יט', ושילשם בסי' רכ' סט"ו, ובשו"ת הרשב"א ח"ב סי' רסח' האריך בעניין מנהגים, ובתוך הדברים כת' וז"ל וכן מנהג התגרים שנוהגים כן תמיד אע"פ שלא הסכימו בכך ולא התנו כן לא הם ולא בני העיר אלא שנוהגים לעשות כן תמיד, מן הסתם כל מי שנושא ונותן סתם על הדבר הנוהג הוא עושה, וכאילו התנו ביניהם בפירוש או שתיקנו להם בית דין. עכ"ל לעניינינו. וע"ש שהאריך בראיות מהש"ס וביאר בארוכה גדרי מנהג. ולכן זה פשוט וברור שלא עלה על דעת אדם מעולם לטעון שיקבל בעל דירה בקומת קרקע יותר חלק בחלוקת החצר משאר הדיירים (כשלא הוצמד אליו חלק זה בפירוש) וכן נתינת ד"א, לא שייכת בזה"ז, וז"ל הגר"ש וואזנר זצ"ל בשו"ת שבה"ל ח"ט סי' שו' אות ב', דלפי המציאות והסכמה כהיום, החצר הוא שטח משותף שכולם משתמשים בו בשוה. עכ"ל לעניינינו. ועיין בשו"ת מנחת יצחק ח"ז סי' קכו' לעניין תיקון גג בבית משותף שהמנהג שהגג הוא משותף, ויש לילך אחריו ע"פ הדין, ע"ש שהאריך מאוד בטעמי הדבר שאזלינן בתר מנהג אף שהוא נגד הדין, וכ"כ בשו"ת תשובות והנהגות ח"ג סי' תנו' בעניין הנ"ל, ונימוקו שכן הוא המנהג, ועוד שחתימה על חוזה שנכתב בו שיירשם כבית משותף, מחייב לתקנון המצוי, וכנ"ל. וכ"כ בעמק המשפט ח"ג סי' נח', וכ"כ בקונטרס שים שלום סי' קנה' ובכ"מ

בהלכות נזקי שכנים, שהתקבל חוק בתים משותפים למנהג, ויש לילך אחריו^ד.

אך יש להוסיף דישנם דברים שלא נתקבלו כמנהג, למשל, חלוקת תשלום ועד בית שנכתב שם שהולכים ע"פ גודל הדירות, וכן איטום הגג שע"פ החוק, כל בעלי המגרש חייבים לישא בהוצאות, אף דיירים מכניסה אחרת, ובשכונות החרדיות לא נהגו כן, ואינו קושיא על הנז"ל כיון שכן המנהג, ורשאים בני העיר לנהוג כן בין אם הוא מצד החוק ובין אם הוא מצד המנהג, רשאים בני העיר לנהוג אחרת, וכל הנכנס לגור בבנין, הוי כהתנו, שהכי הוא תנאי השותפות בענינים אלו, וכמו"כ בחללים המפולשים בקומות הקרקע, אין נוהגים לחלקם בין בעלי המגרש שהוא בדר"כ כמה כניסות או בנינים סמוכים, אלא בכל בנין בלחוד, והוי כחלקו השותפות לעניין זה, וכלענ"ד לעניין גגות, שלא מקובל לחלוק בין כל בעלי המגרש (המכונה גוש) אלא דיירי בנין זה בלחוד. עכ"פ זה ברור שישנם דברים שנתקבלו, וישנם דברים שלא, אבל בסתם, כ"ז שלא ידוע על מנהג אחר, החוק נתקבל למנהג מכוח חתימת כל בעלי המגרש.

ונראה לומר שיש נפק"מ בין אם הטעם משום מנהג ובין אם הטעם משום

החתימה, שבמנהג צריך בירור שנתקבל המנהג, כמבואר באריכות ברשב"א הנ"ל ח"ב סי' רסח', וכן הוא לשון הרמב"ם הלכות אישות פכ"ג ה"ט, מנהג המדינה עיקר גדול הוא, ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה. ע"כ. וברמ"א סי' שלא' הביא תשו' הריב"ש סי' תעה' שאינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים, אינו קרוי מנהג. ובסי' קסג' כת' הרמ"א ס"ג שאינו קרוי מנהג אלא אם נהגו כן ג"פ^{טו}, וראה עוד בגליון חכמת שלמה סי' רא', ואם לא יוברר הדבר שפשוט המנהג כן, ל"מ, ומשא"כ אם הטעם משום החתימה ליצירת בית משותף, ה"ז מחייב בכל פרטיה ודקדוקיה מכוח חתימתו, כמו בחותם על שטר שלא הבינו, המבואר בסי' מה' וסא' בתנאים רגילים וסבירים המקובלים בין בנ"א. וכמו"כ נפק"מ נוספת הוא אף לדעת הרמב"ם פרק טז' מהלכות אישות שרק באם ידע מהמנהג, זה מחייבו, אבל בלא"ה או שנסתפק לנו, יש להתיישב הרבה בדבר, והובא בש"ך סי' מב' סקל"ו, ומשא"כ אם חתם בעצמו על השטר שאף לדעה זו, יועיל כמ"ש הכסף הקדשים סי' סא' שאם חתם בעצמו על השטר, אף הש"ך יודה שמחייבו כנכתב בשטר. וראה להלן פרק ג'. ודו"ק.

ד. ושם נראה שטעמו הוא רק משום שכן נהגו, ולא משום שחתמו, וישל"ע.

טז. והטעם, ע"ש בביאור הגר"א ס"ק נז' דנלמד משור המועד, וצ"י ליבמות סד', ואכמ"ל בזה.

פרק ב

המקומות הנכללים ברכוש המשותף, ודין כפיה על מידת סדום

המקומות הנכללים ברכוש המשותף

ולאחר שנתברר באורך בס"ד שהחוק נתקבל למנהג בעניין זה, יש לברר מהם המקומות הנכללים ברכוש המשותף. כאמור לעיל כל השטח הקיים במגרש מלבד הדירות עצמם, ה"ה בשיתוף כלל הרשומים, ולכן שטח שנוצר רק ע"י תוספת בניה, ה"ה משותף. ויש להדגיש בזאת שלמרות שהוצמדה לדייר העליון, הגג, זה לא נותן לו יתרון לבנות תוספת של קומה נוספת יותר משאר הדיירים^{טז}, רק תוספת בניה ככל שאר הדיירים בקומת המגורים, וקומת הגג יכול לבנותה בעצמה אבל לא לבנות מעל התוספת, כיון שהגג של התוספת בניה, הופך להיות חלק מהרכוש המשותף, וה"ה בשטח בקומת קרקע שישנם הבונים בחללים המפולשים, באם נוצר שם שטח מקורה נוסף בעקבות תוספת בניה, ה"ה משותף, ולשם בירור הדברים, הנני להעתיק מ"ש הגר' צ ברומן שליט"א^{יז},

וזה לשונו, למעשה ע"פ כללי הבתים המשותפים, השטח החדש למרות שהוא נבנה ונוצר ע"י הדייר העליון, הופך גם הוא להיות כגג עצמו וכחלק מהשטח המשותף השייך לכל הדיירים, כיון שכל שטחי הבנין בבתיים משותפים מכל צדדיו, שייכים לכלל הדיירים, לפיכך כאשר דייר בקומה עליונה שיצר והגדיל את שטח הגג ע"י הרחבת דירתו שהיא הקומה שמתחת לגג, והוא מבקש לבנות על הגג כולו, היינו כולל החלק החדש שנוצר על ידו, הרי מכיון וכאמור גם החלק החדש שייך לכלל הדיירים, על הדייר המבקש לבנות, לשלם לשאר הדיירים עבור חלק זה של הגג, אולם מכיון וההוצאות ליצירת הגג שולמו ע"י הדייר הבונה, הרי אם הדיירים האחרים מעוניינים לראות בגג שנוצר כחלק מהגג השייך להם, ולקבל עבורו תשלום, עליהם לשלם את חלקם בהוצאות יצירת הגג, ולהשתתף בהוצאות בניית חלק זה של הגג המשותף.

טז. ובערכאות ישנו תקדים המכונה פסיקת שמגר, שלפיו בשטח הגג המוצמד, אינו מקנה לו זכות בניה שלא באישור שאר השכנים, ככל תוספת בניה רגילה באויר הצמוד לדירות, ולפרשנות שלו להצמדה, שהיא רק בכדי "להשתזף בשמש", וזה ברור שע"פ הלכה אינו נכון, שהרי קנאו מותחילה ע"מ לבנותו, וכן המנהג בכל הריכוזים החרדיים, במקום שאינו מקפח את שאר השכנים, ואולי דבריו נתקבלו בשכונות שאינם שומרי תו"מ, מכיון ופסיקה זו רווחת מאוד בערכאות, מאחר וכבר עברו מעל 35 שנה, וממילא יתכן שיוכלו שאר השותפים בבנין (בשכונות כאלו) לטעון שלא זכה בעל הגג לבנות ללא אישור, אף שהוצמד לו.

יז. בספרו מפינקס ביה"ד סי' ט' אות ב'.

עכ"ל^{יח}. ומדבריו יש ללמוד גם לקומת קרקע שנוצר בה שטח נוסף לבניה ע"י תוספת בניה, ששטח זה הוא בשיתוף, רק שעל השכנים הרואים בשטח זה כמשותף, לשלם את חלקם בהוצאות הבניה, כנ"ל. (ולהלן פרק ה' יבואר שיעור התשלום שעליהם לשלם לו, וכמה פרטי דינים נחוצים בזה)

היתר בניה אינו הוכחה על בעלות

והנה רבים טועים לומר שאם ניתן היתר בניה לבנות על הגג או בשטח מסויים, הדבר מהווה ראייה לבעלות על המקום, ואינו נכון, שאף אם ניתן היתר בניה, אין הדבר מוכיח על בעלות, שהרי העירייה אינו גוף שיש לו סמכות לדון ולהכריע בזכויות בעלי הקרקע וא"י להפקיע מהבעלים את רכושם, ומחמת טעות נפוצה זו ישנם רשויות מקומיות המדגישים זאת בכל היתר בניה כי אינו הוכחה על בעלות, וההיתר הוא רק תכנוני ולא קניני, רק שיש תנאי סף שא"א לפתוח תיק להיתר ללא זיקת בעלות או אחוז מסויים מהבעלים החתומים, אבל אינו שום ראייה על בעלות מסוימת, ועובדא הוה בא' שבנה על הגג בשטח משותף, והצליח לקבל היתר במקום זה, מאחר וקנה מטרים מדיירים שלא היו מעוניינים לבנות, ולאמור לעיל, מכיון והצמדת חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, משמעותה הפקעת בעלות מהבעלים שהם

כלל הדיירים, לא יועיל מכירת אחוזי בניה.

ולשם בירור הדברים יש להבין את השתלשלות החוק, בחוק המקרקעין המקורי, לא היה כל אפשרות הצמדת חלק מסויים לדירה פלונית, אא"כ בהסכמת כל בעלי המגרש, (100%) ודבר זה הקשה על בעלי דירות להרחיב את הדירות, שהרי תמיד יהיה שכן א' שיעכב, אם מטעם נכון או לא, ולכן נוצר תיקון לחוק בתשנ"ה, ולהבנת הדברים יש להעתיקם, סעיף 71 ב (א) רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות, (75%) ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסויים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה, שמטרתה הרחבת אותה דירה. ע"כ. ושם בהמשך סעיף (ד) יש התייחסות שאין לבעל דירה מסוימת הרשות לבצע הרחבה, אא"כ גם לשאר בעלי הדירות ישנה אפשרות עתידית של הרחבה כזו, ובאם לאו, עליו לשלם להם תשלום הנקרא "תשלומי איזון", ולכן כשבעל דירה בקומה עליונה מנצל אחוזי בניה, יתר על חלק שאר השכנים, והיינו שהם אינם יכולים לבנות כ"כ הרבה מטרים, ה"ה מפקיע חלק מהרכוש המשותף שלא כדין, ועליו לקבל אישור מלכה"פ 75% מכלל השותפים, ולא מספיק קניית מטרים משכן בודד^{יט},

יח. וכן א"ל הגר"צ פלדהיים שליט"א חבר ביה"ד לממונות י-ם.

יט. וגם בזה דנו פוס' זמנינו, בבנינים ישנים שנבנו לפני התיקון הנ"ל, האם שינוי זה תקף כלפיהם, וה"ה שיש לדון בשינוי שנעשה לאחרונה לעניין היתר בתמ"א 38 שהוא באחוזים נמוכים יותר,

ולכן על אף קבלת היתר בניה, אינו מוכיח על בעלות, כנ"ל. ויש לחלק בין בניה על אויר סמוך לדירות שכ"ז שאינו מקפח את שאר השותפים, יש לו רשות לכך, ע"פ דברי הסמ"ע סי' קנד' סק"ד דהחצר הסמוך לבתים משועבד להחדרים המצורפים לבית זה שעומד כבר בה², וע"ש נתי' סק"ג, לבין בניה על גג חדש שנוצר, שאינו בכלל השיעבוד להבית מתחילה, ודו"ק. ויש בזה פעמים רבות קיפוח לשאר השכנים כדלהלן, ויש לדון בכל מקרה לגופו.

חללים

במקרים רבים בבניה על צלע הר או בבניה מדורגת נוצרים חללים בצידי הבנין שנגרמים מחמת תוכניות הבניה או סיבות הנדסיות, ומנהג העולם לקיים בזה דין, הקרוב, קרוב קודם, וישנם הטוענים כי ביהודה ושומרון (שם החללים מאוד נפוצים עקב הבניה בסמיכות להרים) לא חלים שם חוקי המקרקעין של המדינה, אלא החוק העות'מאני (מג'לה) ולכן לא חלים במקומות אלו דיני הבית המשותף, אלא הם קרקעות שנשארו בבעלות המדינה, (מירי^{כא}) וה"ה הפקר לכל הקודם, ודעות דיני זמנינו חלוקים בזה, ובספר משפט

צדק דיני הבית המשותף הביא ד' דיעות בזה, ובבי"ד שע"י המועצה ד' י-ס^{כב} בראשות הגר"מ שמואלביץ שליט"א, פסקו בד"ת בעניין זה, שחלל זה אף ביו"ש, הינו משותף לכלל הדיירים, ומטעם שאף בחוק העות'מאני (שעליו מסתמכים הדיירים שמשלטים על החללים), קיימת אפשרות שקרקע בבעלות מדינה (מירי) תהפוך להיות קרקע בבעלות פרטית (מולק) ע"י שיעברו 50 שנה מעת בניית הבית, ומכיון והמדינה איפשרה לרשויות המקומיות לתת היתר בניה, ולא תוכל לטעון בעלות על קרקעות אלו בעתיד, ה"ה נהפכים כבר עתה להיות קרקעות בבעלות פרטית, על כל המשתמע מכך, ומה שעדיין לא נרשמו בטאבו כבית משותף אלא במינהל האזרחי, אין זה אלא עיכוב פרוצדורה, ואינו מוכיח על שינוי בזכויות כלל השותפים במגרש, וכן ראיתי בקובץ אוצר המשפט ח"א עמ' שפו' דעת הגר"ש זעפרני שליט"א, וישנם שכונות שעשו הכרעה ע"פ בית דין המוסכם על בני השכונה, ויש לנהוג ע"פ חכם העיר כמבואר בסי' רלא' שרשאים לתקן תקנות אף אם אינו מהדין, והכרעת הגר"צ

ולאחר ההיתר יוכלו להפקיע את חלקו ברכוש המשותף, ובתכנית פינוי בינוי יוכלו אף לכפות עליו להרוס דירתו, בתמורה לבניה חדשה, ויש לדון אם תיקון זה מחייב דיירים שרכשו בטרם התיקון.

כ. ולכן אף מתירים ניצול אחוזי בניה כשרוכש מטרים משכן אחר, כשאין בזה קיפוח לשאר השכנים, וכ"כ בשו"ת שבה"ל ח"ח סי' רצט' שמקובל לאפשר הוצאת מרפסת על האויר המשותף הסמוך לדירה, וביאר הטעם משום הסכמת בתי דינים, ומשא"כ בבניה על הגג כדלהלן.

כא. וכל זכויות בעלי הדירות הם רק שימוש ואחזקה בדירות עצמם ולא מעבר לכך.

כב. שם הנני זוכה לשמש כספרא דדיינא.

נחשב דבר שיכולים להרויח בו, שהרי כ"א יודע שע"פ רוב, בניה על הגגות, או על קומת קרקע, בדר"כ הינה למטרת השכרת המקום ליח"ד או לסופרים וכד', לכל המרבה במחיר, ודבר זה ודאי שגם שאר השכנים יכולים לעשות, ושייכים דברי המרדכי והרמ"א סי' שסג' הנ"ל^{כד}. וכן בשטח חדש שנוצר בקומת קרקע^{כה}.

דעת המרדכי והרמ"א

אולם יתירה מזו שאף דברי הרמ"א הנ"ל אינם מוסכמים להלכה, או שאין פירושו כפשוטו^{כז}, דהנה הרי נחלקו הרמב"ם והרא"ש בעניין כופין עמ"ס בחלוקת אחין ושותפין, האם יכול לטעון א' מהם מעלינן כנכסי דבי בר מריון, כמ"ש בסי' קעד', והרמ"א כת' שם דהוי ספק, וכל דאלים גבר, והיאך כת' בסי' שסג' שרק אם הוא דבר שיכול להרויח בו, כן הק' בשו"ת נוב"ת סי' כד', וכת' שדברי הרמ"א שם אזלי כדעת הרמב"ם המובא בסי' קעד', אבל להרא"ש שם, אף שא"י להרויח בו כלום, אין כופין, וכן בתשו' בית אפרים סי' מט', כת' וז"ל

ברוומן שליט"א^{כג} שאף שהחלל הוא משותף, רשאי דייר סמוך לחלל זה להשביח את הרכוש המשותף ע"י בניית חלל זה, ולהשתמש בו שימוש לעצמו, אבל להשכיר לאחרים, אין לו רשות, וטעם החילוק מבואר ברמ"א סי' שסג' סעיף י', וכמ"ש הנתי' בסי' קעא' סק"ט, ולהלן פרק ה' יבואר עוד באורך בזה בס"ד.

כופין על מידת סדום

והנה רבים וטובים טועים בזה לטעון שמכיון ואין לאף שכן האפשרות להשתמש בחלל או בגג שנוצר, הוי מידת סדום למעכב בזה, והמרדכי ב"ק סי' טז' הביא מהראב"ה שאף לכתחילה כופין שייתן לו משלו, ולא יהיה בכלל מידת סדום, והובאה דיעה זו בקצו' סי' קנז' סק"א בשם המהרש"ל בב"ק פ"ב סי' טז', ומלבד שדיעה זו דחויה מהלכה, שהרי המרדכי שם הביא חולקין על ראב"ה וס"ל שאם הוא דבר שיכול להרויח בו, אין כופין, אבל בלא"ה, והיינו דבר שא"י להרויח בו, כופין עמ"ס, וכן נפסק ברמ"א סי' שסג' ס"ו, ובנידו"ד פשוט שהוא

כג. מפניקס ביה"ד סי' א' אות ז'.

כד. ויש להוסיף שע"פ תיקון לחוק התשנה' הנ"ל, כל האפשרות של הרחבה אפילו באישור, הינה רק למטרת הרחבת אותה הדירה, ולא למטרת בניה של יח"ד נוספת שהיא עבירה על החוק, וזה טענה נוספת לאלו המסתמכים על החוק ואישור הבניה שניתן רק למטרה זו, ופשוט, אמנם כיום מונחת על השלחן, יוזמה להקלה בחוק זה לשם בנית "דיורית", אבל הדין לא ישתנה, שהרי גם בהצעה הנ"ל, מוגבלת אפשרות זו באם הדבר יפריע למגורים הקיימים ובהתנגדות השכנים, ואכמ"ל בזה, ולא מפיהם אנו חיים.

כה. אולם בחללים באמות יש מקום לטענה זו, אבל עדיין לפמ"ש להלן שדברי הרמ"א לא נאמרו ככה"ג שמשתמש בגוף הממוון שלו, או שאין הלכה כדבריו בזה, יתכן שאף בזה יכולים לעכב.

כו. והיינו שאף אילו לא יוכלו שאר השכנים להרויח, מ"מ יכולים לעכב.

וצ"ע על הרמ"א בסי' שסג' שכת' טעמא כיון שהוי מצי לארווחי אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי, אבל מדברי הפוס' לא משמע כן, אלא דאפילו היכא דל"ש האי טעמא, ל"מ לכופו לכתחילה, עיין בנימוק"י ב"ק בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא מדברי התוס' ב"ב יב: בשם הריצב"א והר' ישעיה הובא בשיטמ"ק ב"ק כ: שתי' דהא דאיצטריך קרא בבכור דפלגינן ליה אמצרי, משום דבעלמא אין כופין על מ"ס אם הוא מוחה ומונע עכ"ל. והביאו הפת"ש שם סק"ג, וכן בסי' קע', וראה מ"ש בביאור הגר"א סק"ז שתמה גם על הרמ"א מב"ק הנ"ל שמוכח שאי לאו טעמא דשאיה יוכת שער, יהיה חייב לשלם, אבל מהכ"ת לכופו לההנותו בחינם. ובשו"ת דברי מלכאל ח"ג סי' קנד' כת' לבאר דאף להמרדכי, א"י לכוף את חבריו שייתן לו משלו, וס"ל גם כמ"ד מעלינן, רק שבא המרדכי להוסיף דין, דאף היכא שאין משתמש בשלו ממש, מ"מ אם היה יכול להרוויח, יכול לעכב עליו, נמצא לפי דבריו, שבנידוד' שהוא משתמש ברכוש שלו ממש, להלכה יכול לעכב עליו, ואין בזה מ"ס כלל.

סתירה לדעה זו והכרעת הפוס'

ובסי' קנג' דנו הפוס' לעניין זיו פחות מטפח בכותל חברו, שדעת הר"י ברצלוני שכופין עמ"ס וא"י לעכב עליו, והטור תמה עליו שלא מסתבר כלל, ובסעיף ד' הכריע הרמ"א כדעת הטור, שיכול למחות אף בזיו כ"ש, ושם סי"ג לעניין סולם קטן נחלקו הראשונים, ודעת הרשב"ם והרמב"ם שמניחו בתוך חצר

חבירו, ובסולם קטן כיון שלא קביע תשמישו וא"י להשתמש רק דרך רשות חברו, א"י לעכב עליו, שהרי אומרים לו כ"ז שתמצה תוכל לבנות ולבטל תשמישו, אבל בטור שם תמה דהיאך ישתמש הלה בשל חברו בע"כ, והביא דעת ר"י שכוונת הגמ', היינו שהסולם בחצר של עצמו ורק רוצה לסמוך על כותל חברו, ובזה נאמר החילוק בין קטן לגדול, אבל אם נכנס לרשות חברו, ודאי קפיד בזה, וממילא הוי חזקה אף בסולם קטן. וביאר הרה"מ שם וז"ל זה לא נזכר בגמ' בביאור, אבל נזכר בגמ' בהרבה דינין שכל שזה נהנה וזה אינו חסר, כופין אותו על מ"ס, וכו' אבל בסולם שאין יכול להשתמש בו אלא דרך רשות חברו, וחבירו יכול לבטלו כל זמן שירצה, ודאי אינו יכול למחות בידו על ההנאה, והכל מודים בזה וזה פשוט. עכ"ל. ושם נתקשו הפוס' בדברי הרמ"א היאך בס"ד פסק כהטור, ואילו בסי"ג שתק להמחבר שהביא דברי הרמב"ם, ע"ש בב"ח והפרישה, ובסמ"ע סק"י נראה שנתכוון לתרץ זה, שכת' הטעם בזיו כ"ש שמעכב עליו משום שהזיו מקלקל את הכותל, ולכן יכול למחות, ומשא"כ בסולם, ולא העתיק את טעם שכת' הטור שיכול לעכב שלא ישתמש בשלו אף בלא טעם, והב"ח באמת משום קושיא זו הכריע דלא כדעת הרמ"א בס"ד, שהרי בסי"ג סתמו כדעת הרמב"ם שיכול לכפות עמ"ס, אבל הש"ך השיג עליו וז"ל גם מה שהביא מסולם לא דמי כלל. עכ"ל. ולא פירש מה החילוק, ואולי כוונתו כהסמ"ע, ובישוב סתירות פסקי הרמ"א מקעד' וכן משסג' לכאן, שסתרי אהדדי,

ממונית כשחורריתא דאשייתא^כ, מ"מ כבר אין בזה מידת סדום ומגלגלין עליו את הכל. בפרט שישנם הרבה מקרים שגם שאר השכנים היו יכולים לעשות שימוש בשטח זה אם לבניית מחסן או חדר עבודה וכד', וה"ז חסר ממש.

השבת אבידה

ואדרבה יש בזה מצות השבת אבידה, ע"פ מ"ש הטור סי' קנד' סי"א מתשו' הרא"ש כלל צט' שאם טעו ביד' וחייבו להרחיק חלון שלא כדין, יש להודיע לבעל דין, וכמ"ש בסי' רנט' שאבידת קרקע, ג"כ חייב להשיב, ואם ראה מים באים לשטוף שדה חבריו, חייב לגדור בפניהם, כדי להציל. וכמו שדרשו לכל אבידת אחיך, וראה בפת"ש סי' יט' סק"א בשם השעמ"ש שם שאף אם אינו שואלו הבע"ד מעצמו, מ"מ יש להודיעו, ודלא כהכנה"ג שהובא שם בקצו' סק"א, ובלא"ה שם מיירי רק באם היה טעות בד"ת, ומשא"כ בנידו"ד בהרבה פעמים אין הבעלים יודעים מבעלותם כלל, ועפ"ז יש לכל מי שמודע לעובדה זו, להודיע לשאר השכנים שיש להם אבידה, נכס משותף שלהם, שעלותו נאמדת לפעמים בעשרות אלפי ואל להם לאבד ממנו, רק שיש לנהוג בתבונה אימת

נראה לחלק כעין מ"ש לעיל מהדברי מלכיאל שחילק בין שסג' וקעד', ולפי"ז ה"נ י"ל שבסולם הוא דבר צדדי ואינו לוקח הימנו חפץ או שטח שלו, ולכן ל"ד לקעד', ומשו"ה רשאי להניח סולם קטן, אבל בנטילת שטח ואו רכוש משותף לעצמו, ודאי שלכו"ע ל"ש בזה כופין עמ"ס, ולהיפך שהנוטל הוא העושה מ"ס שנוטל ללא תשלום הוגן רכוש של מישוהו אחר, וה"ז מעשה גזילה, ועיין בשו"ת שבה"ל ח"ח סי' רצט', משכן שלום מילואים פרק ו' ענף ב' אות יט', עמק המשפט ח"ג סי' א', וע"ש סי' נח', ונט'.

חסר ממש

ויתכן עוד שיש לומר שנחשב זה נהנה וזה חסר, לא מיבעיא באם הבניה גורמת לניצול אחוזי בניה מהמגרש, אלא אפילו בלא"ה, כגון: שקנה מא' הדיירים או ברשויות שיש שינוי תב"ע, מ"מ יש לדון שנחשב חסר, באופן שבונה יח"ד נוספת, וה"ז חסר לשכנים בתוספת עלויות, צפיפות, ובעיות במערכות המים, חשמל, אינסטלציה, כידוע, ובשו"ת נו"ב תנינא סי' כד' כת' שנחשב חסר אף היכא שאינו חסר בגוף הדבר אלא בד"א^{כז}, וכ"כ בשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קנד', וראייתו מהקצו' בסי' שסג' סק"ה כת' שהיכא שהוא חסר אף שאינו תביעה

כז. אך ראה בספר ישועות מלכו סי' כב', והגהות הגר"פ החולקים.

כח. ועיין בסי' קנה' סל"ז, שנראה דלא כדבריו והוי כן תביעת ממון, ועיין גם נתי' סי' שמ', אבל עכ"פ מוכח שאף בדבר מועט מגלגלין עליו את הכל וכדברי הרמ"ה שהובא בסי' קנח', ובדברי מלכיאל ביאר שתלוי במחלו' רש"י ותוס' שיובא להלן בכל מקיף וניקף האם בעינין שיהיה הכותל על מקום שניהם או לא, ואכמ"ל בזה.

יגרום לסכסוכים בין השכנים, שלפעמים הגזק רב מהתועלת, ויש לעשות שאלת חכם בכל מקרה לגופו של דבר, וכבר האריך בזה הגר"צ ברומוק^{כט}.

פרק ג

צו הריסה, ודין יאוש בקרקע, תקנת השבים, ומשמעות התימת שכן

על תוספת בניה

דלא תסיג, ששייך רק בא"י, ובסמ"ע כת' דס"ל דאינו עובר על לאו זה, אולם מלשון הטור שהביא תשו' הרא"ש בסי' שעא' נראה דגם בקרקע עובר על הלאו, וראה מ"ש הב"ח בזה.

תקנת השבים

ודין גזלן קרקע מבואר בסי' שס' ס"א שאין בזה תקנת השבים ולא הקילו עליו כגזול מריש, וז"ל הרמ"א גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל, ולהשיב קרקע לבעלים דלא עשו תקנת השבים בקרקע. עכ"ל. ומקור הדברים ברבינו ירוחם נתיב לא' ח"ו, וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קפח' הובא בב"י סי' שעו', ובבאר הגולה ופת"ש שם הביאוהו, והטעם שלא עשו בזה תקנת השבים, בסמ"ע כת' דכיון שהוא דבר קבוע ועומד לא היה לו לבנותו, כן הוא ע"פ גירסת החת"ס והנתי' שם, ובט"ז נתן טעם משום שרק במטלטלין שאפשר שישרפו או ירקבו ולא יבואו לידי השבה, לכן עשו תקנה להקל על הגזלן, אבל בקרקע שאינה נגזלת, ומצויים הן בעלי

קרקע אינה נגזלת

והנה לאחר שנתברר בס"ד ששטח זה, ה"ה משותף, והבונה שם ולוקחו לעצמו, ה"ה גזלן, יש לברר מה דינו, קי"ל בשו"ע סי' שעא' דבקרקע ל"מ יאוש לעולם, וכדעת חכמים בב"ק קיז' ודלא כראב"י, כמבואר בסוכה ל: וכדעת הרמב"ם פ"ח מגזילה, רש"י ותוס' בסוכה שם, ודלא כתוס' בב"ב מד. ד"ה דווקא. והרא"ש שם, וביאר הש"ך שם ס"ק ב' דאנן לא קי"ל כהירושלמי בזה, אלא קי"ל כחכמים, כנ"ל, ע"ש.

לאו דלא תסיג

ואף שאין הקרקע נגזלת, מ"מ י"א שהוא עובר על לאו דלא תגזול, וי"א שהוא רק דרבנן, ומקור הדברים בסי' שעו' שכת' המחבר בשם הרמב"ם ז"ל המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחומו, אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה, הרי זה גזלן, ואם הסיג בסתר, ה"ז גנב, ואם בא"י הסיג הגבול, ה"ז עובר בשני לאוין, בלאו גניבה או בלאו גזילה, ובלאו דלא תסיג. עכ"ל. ובטור שם הושמט לאו דגזילה ורק לאו

כט. שם סי' ג' וט'.

זרוע ליפול, ע"כ לא עשו תקנה בזה, והעיר שושן כת' הטעם כע"ז, שרק במטלטלין חשו חכמים שלא יעלים הגזלן את החפץ ולא יעשה תשובה, אבל בקרקע שא"א להבריחה, לא עשו תקנה, והובא בפת"ש, ולפי"ז היה על הבונה לסתור כל המקום ולהשיב לשכניו, ולא מצוי שיפסקו כן בבתי דינים.

דעת המב"ט

והטעם אולי ע"פ דברי המב"ט ח"ג סי' קמג' שאם הבנאים הכניסו לתוך תחום חבירו חצי אמה, ולא ידע בעה"ב מכך, מחזיר רק הדמים, כיון שלא ידע שעבר על איסור לא תסיג, והביאו בפת"ש שם, אבל סיים דהמשנה למלך שהביאו בפ"ז מגניבה, חולק עליו, ובשער המשפט תלה דין זה במחלוקת הפוס' המובא ברמ"א סי' רעד' בישוב לו נחיל של דבורים על אילנו, האם כופין אותו לקוץ הענף וליתן לו דמיו, וראה בערך שי שחולק על השעמ"ש, שהרי לא נאמר דין זה אלא בענף שאינו דבר של קיימא, ול"ד לקרקע שמהכ"ת יכופו אותו למכור בשביל הפסד חבירו, והוסיף שלא היה לו לבעל הבנין להאמין לבנאים, וע"ש עוד.

והאמת דקשה לומר שזה טעם שלא כופים בי"ד לסתור, שהרי דברי

המב"ט מלבד שרבו החולקים עליו כנ"ל, אבל העיקר שהמב"ט מירי בנכנס חצי אמה כנו' בלשונו, ולא בנוטל לעצמו קרקע כה גדולה כגג משותף או שטח בקומת קרקע, ובפתחי חושן פרק ב' הערה לה' כת' שבכה"ג שנבנה קרקע שלימה, אף אם נעשה בטעות, לא מסתבר שיהיה חייב בעל הקרקע לקבל דמיו, ויוכל לדרוש שיסתור הבנין. ועוד שדברי המב"ט נאמרו בבונה שלא ידע מהסגת הגבול, והכא קשה לקבל טענת הבונה שלא ידע, והרי עשה כן ביודעין, רק שיתכן שאינו יודע את הדין, אבל לא גרע מגנב בעצמו בשוגג, שחייב, והמב"ט לא מירי מזה, וכנ"ל, ובערך שי הוסיף להקשות דדמי לספק תקנה שהרי כל דין תקנת השבים אינו מן הדין, ובכל ספק שיש בתקנה אוקמוה אדינא כמ"ש הרה"מ פ"ד מהלכות גזילה, ועיין בסי' צ' ס"ד לא.

סיוע המערער

אך עדיין יש לדון בנידו"ד מצד המבואר בסי' קמב' שאם סייע בעל הקרקע למי שבנה את הקרקע בגזל, שא"י לתבעו, שחזקה שאילו היה הקרקע שלו לא היה מסייע לו, ומקור הדברים בב"ב לה', ושם בשו"ע מבואר שכל סיוע של המערער בעל הקרקע מועיל, הן אם שלח לו

ל. ויש לדון מי נחשב המוחזק שיוכל לטעון קים לי, ונראה פשוט שכל השותפים מוחזקים, שהרי בקרקע ל"מ תפיסה, כמבואר בכ"מ. וישל"ע.

לא. ובאחרונים הקשו מסי' שפח' ס"ז, ומסי' שסב' ס"ו, וראה מ"ש בגליון רעק"א סי' צ', וכ"כ בבית מאיר סי' קיב' ס"ה. וראה עוד מ"ש בקצו' סי' שסב' סק"ג, ובגליון חכמת שלמה, אולם בשעהמ"ש סי' קצח' חולק ע"ז, ובפת"ש שם הביא מספר נאות דשא סי' נח', ותשו' פרח מט"א סי' יא' לחלוק על השעהמ"ש, וכדעת החכמ"ש הנ"ל, ואכמ"ל בזה.

לעניין חתן שטען שלא הבין מה שקראו הכתובה לפניו ולא נתכוין להתחייב חיוב זה, דל"מ טענה זו, והוסיף שם הרמ"א מהריב"ש סי' תפ' דאף בשאר דיקדוקים שיש לדקדק מן השטר, ולא אמרינן דהאי גברא לא דיקדק כ"כ, ומה שכת' כן משום שטעה בדעתו וסבר שהוא כך, ולכן טעה וכתב כן, אלא הבי"ד הם מפרשים לשון השטר, וע"פ המבואר שם טו' וטז' דאזלינן אחר הכוונה ולא אחר לשון הכתוב (רוח הדברים) וכמו בנדריים.

וראה מ"ש בשו"ת חתם סופר חתו"מ סי' ה' דאם חותם עצמו על השטר ממש^{לב}, אזי כל מ"ש בשטר הוא בכלל הסכמתו, ומתחייב ע"כ (ואף אם עשה שדהו מיצר לאחר, עיי"ש) ומשא"כ אם לא חתם בעצמו אלא רק נחתם ע"י עדים בציווי שלו, אזי דווקא גוף הענין כגוף חיוב הכתובה, אבל ענין צדדי אינו נכלל, ונסתפק שם דאולי הרשב"א מייירי שם רק בכלה ביום חופתה שידוע וחזקה שלא קראה, אבל בעלמא אפשר אפי' בכה"ג, השטר בתוקף, וכ"כ האורים שם סי' סא', וכן בחכמת שלמה כ' שם לחלק בין עיקר החיוב, לסניפין היכא דלא חתם בעצמו^{לג}.

הטעיה

אולם כל הנ"ל לא יועיל בנידו"ד ע"פ מ"ש בתשו' חוות יאיר סי' קצד', לעניין מלווה שאמר לסופר לכתוב תנאי

מהפירות כדורון וקיבלם, והן אם שכר ממנו את הקרקע, והן אם סייע לו בבנין, וא"כ הרי השכנים חתמו לו על ההיתר הבניה, והוי כסייע אותו לבנות, ומבואר ברמב"ן שם דבכה"ג הוי חזקה לאלתר, וכ"כ המחבר בשו"ע, וראה מ"ש בזה הקצות החושן סי' קלה', אך האמת דגם זה אינו, שהרי שם מבואר שאם נתברר שטעה, ל"מ, וה"נ רוב האנשים שלא תובעים את שכניהם, וחותרים להם על ההיתר, (הגורבוצ'קה) טועים הן, ומצוי הדבר שהחתימה על ההיתר לעיריה נעשית במרמה, ולפעמים שכן העליון מחתים שכן תחתון על היתר בניה כולל, והתחתון לא מעלה על דעתו שבונה עוד קומה נוספת, שכאמור הוא שטח משותף.

חתימה על היתר בניה

והנה בסי' מה' ס"ג מבואר דכל החותם על שטר, ה"ה מתחייב בכל מה שכתוב בו אף אם ברור שלא ידע מה נכתב בו, וז"ל המחבר שם הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של גויים, והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו. עכ"ל. ומקור הדברים הוא מתשו' הרמב"ן סי' צד', וכן הוא באבהע"ז סי' סו' סי"ב, (וע"ש שלכתחילה צריך לבאר לחתן מהות חיובי הכתובה) ואותו הדין נו' גם בחו"מ סי' סא' סי"ג מתשו' הרשב"א

לב. ולא רק נחתם ע"י עדים בציווי ככתובה.

לג. ועיין עוד בכסף הקדשים סו"ס סא' דיש יתרון במה שכיום ע"פ דינא דמלכותא אין תוקף להסכם, רק אם הוא נחתם ע"י הבע"ד, שהרי זה ידוע לכל הדיוט שהסכם הנכתב באריכות, יש בו כמה יפויים לטובת בעל השטר, וסבר וקיבל. וראה בתשו' ר' בצלאל סי' כה' כו' כעיי"ז.

לדון בכ"מ, עד כמה הבין וידע משמעות החתימה, ואם ייווכחו בי"ד לראות שהבונה ניצל תמימות וחוסר ידע של שכניו, ובנה בצורה המקפחת את שכניו לבנין, אם יטענו שלא ראו ולא הבינו התוכנית, שייך סברא הנ"ל.³³

וא"כ עלה לנו שלכאור' יש מקום לחייב לסתור את הבנין. ויתכן שטעם שלא מחייבים אותו לסתור, משום שדנים אותו כיורד לרשות חברו, והרי סתם חורבה עשויה להיבנות כמ"ש בסי' שעה' ס"ו וס"ז שבכה"ג א"י לומר לו טול עצך ואבניך, אלא שמין לו, ויבואר להלן פרק ה', ועדיין יש לדחות משום שכיון שעשה כן על דעת לבנותו לעצמו ולא לחברו, ורק לאחר שדנו בביה"ד שמין לו, בכה"ג יכול לומר טול, כמבואר שם.

פשרה

ואולי הטעם על דרך הפשרה בין השכנים ולא מצד הדין. שהרי בכל שטר בוררות נכתב הן לדין והן לפשרה, וישנם המוסיפים גם, הן משום יושר, ואין פשרה זו נוטה לצד א', שאסור להטות הפשרה

ללא ידיעת הלווה, דשלא כדין הוא. והובא בפת"ש סי' ס"ה, ועל כן באופן שניכר לעיני הבי"ד שסעיף מסוים בחוזה הוא לא סביר או לקיחת שטח נוסף שלא עלה ע"ד שיבנה שם, ל"מ, ויועיל רק בהתחייבויות סבירות שדרך בני אדם להתחייב זה לזה בעת מכירת אקניית דירה או שכירות וכד', כיון שיתכן שא' הצדדים הוסיפו בתרמית וניצול תמימות או חוסר ידע של הצד השני, לא יהיה תוקף לזה, וכן מבואר בסמ"ע שם שהעתיק דברי הרשב"א ז"ל וכל שתיקה בעניינים אלו, הוא ליה כקבלה שקיבל עליו לקיים מה שהסופרים נוהגים לכתוב בשטרות ובכתובות ובדקדוקיהן. עכ"ל. מבואר בלשונו שרק מה שנוהגים הסופרים לכתוב מועיל, ול"מ באם ימצא סעיף המחייב יותר ממה שנוהגים הסופרים לכתוב³⁴, ובערוה"ש שם כת' שאם רימו אותו וקראו לפניו שלא כמו שכתוב בשטר, השטר פסול, אם יש עדים שהיה כן, וראה מ"ש הגר"י סילמן שליט"א³⁵ בנידון כיוצ"ב של"ש סברת הרמב"ן אף שחתם בעצמו³⁶, וכ"כ בעמק המשפט ח"א סי' יט', וכן לענין חתימה של בניה של שכנים, יש

³³ לד. וגם ע"פ חוק החוזים, ישנם סעיפים שלא יתקבלו, באם מדובר בעניין מהותי שהוכנס באותיות קטנות ולא מודגשות, ואינו ההתנהלות רגילה של עסקאות מעין אלו, ייחשב שנעשה שלא בתום לב, וניצול א' הצדדים, וכן נאמר לי ע"י עו"ד.

³⁴ לה. בקובץ הישר והטוב כרך י' עמ' צח'.

³⁵ לו. מלבד שהיה ניכר שם הזיוף שנוסף זה בכ"י בין ההסכם לחתימה.

³⁶ לז. ומשא"כ עצם החתימה על יצירת בית משותף שמשמעותה התחייבות לכל סעיפי החוק באם לא ידוע על מנהג אחר, מועילה, וכמ"ש בפרק א' באורך, שהרי אין בזה שום תרמית, והיושר הוא כן, כמ"ש בתשו' והנהגות ח"ג סי' תנו', הובא לעיל, ולפמ"ש הכסף הקדשים הנז"ל הערה 33, יועיל אף להש"ך החולק על הב"י, ואכמ"ל בזה.

כשם שאסור להטות הדין^{לח}, כיון שבפועל נודע לשכנים שבונה, רק שלא ידעו שיש להם חלק ברכוש זה או שלא רצו לעורר מחלוקת ומדנים, ואין בזה מחילה ברורה, אבל לאחר שייתן להם את חלקם במעות לפי הפשרה, ה"ז היושר והוגן שהם קיבלו את חלקם, וראה מ"ש הרא"ש ב"מ פ"ח סי' כג', שבחורבה העשויה להיבנות, אין שומעין לו לומר טול עצך ואבניך, וכתב דהכי מסתבר, היכא דלא היה משתמש בחורבתו, ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין, וכו' ע"כ דבריו לעניינינו. והובא

בסמ"ע סי' שעה' סקי"ג, ויש לדמות לנידו"ד, שהרי בדרך הזו של הפשרה אין שום קיפוח פרנסתו, באם השכירות תשלם את ההוצאות, ולאחמ"כ השטח יהיה מכלל הרכוש המשותף, ואם ממאן בזה ואומר 'טול', לפעמים הוא בכלל תואנה הוא מבקש להפסיד לבעל הבנין, שמבואר לעיל שאין שומעין לו, אך עדיין ישל"ע שאולי יטענו שאין רצונם כלל בתוספת דיורים, שהרי הדבר מהווה בפעמים רבות מיטרד גדול לדיירי הבית מחמת בעיות באינסטלציה, במערכות המים והחשמל, צפיפות בחדר מדרגות, כידוע, ויש לדון בזה לפי ראות עיני הבי"ד^{לט}.

פרק ד

חזקת קרקעות או תשמישים

ועתה יש לברר דיני חזקה ברכוש המשותף, שהרי אם נדון את השכן הבונה ברכוש המשותף כמי שהשתלט על רכוש של אחר, יתכן שיועיל לו חזקה. וראשית יבואר האם נחשב מעשה זה חזקת קרקעות או חזקת תשמישים, שבהם ידועה מחלוקת

הראשונים שלדעת הרמב"ם והמחבר הוי חזקה מיד ואף בלא טענה, ולהתוס' והרא"ש בעי ג"ש וטענה.

חתימה כסיוע

והנה אם נדון חתימה על ההיתר בניה כסיוע הנז"ל מסי' קמב', א"כ

^{לח}. סי' יב' ס"ב, ובגליון רעק"א שם כת' דהפשרה בטלה, אם היה נוטה לצד א', כטעות בדין.

^{לט}. ועובדא הוה בשכנים שבאו לד"ת, והטעו את הבי"ד שאינם רוצים בפשרה, ולכן מחקו תיבות הן לפשר' מהסכם הבוררות, ולאחמ"כ נאלצו הבי"ד להכריע שעליו להרוס את הגג, כיון שלא היו מוכנים להתפשר, ובעקבות זה השכן הבונה הוצרך לפצותם במעות מרובים, אשר ע"כ יש להתיישב הרבה בדבר, וידוע שמי שאינו מוכן לחתום על תיבות הן לפשר נחשב מסרב, ראה בשו"ת ציץ אליעזר ח"ז סי' מח' קונ' אורחות המשפטים פ"ז, שהרי כל בי"ד דנים כן, ולא גרע מבי"ד של סוחרים הנז' בגליון רעק"א סי' ג', וכיון שלא ימצא אף בי"ד שישמיט תיבות אלו, חשיב כמסרב, ע"ש.

וכו', אלא אמר ר"נ אמר רבה בר אבוא הכא ברחבה של אחורי בתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, ואמחיצה קפדי. רב פפא אמר אידי ואידי בחצר השותפין, ואיכא דקפדי, ואיכא דלא קפדי, גבי ממונא לקולא, גבי איסורא לחומרא. רבינא אמר לעולם לא קפדי, והא מני ר' אליעזר היא דתניא ר"א אומר אפילו ויתור אסור במודר הנאה. עכ"ל הגמ'. ונחלקו הראשונים בהכרעת ההלכה, ודעת הרמב"ם נז' בב' מקומות, בפ"ב מהלכות טוען, והובא בשו"ע סי' קמ' סט"ו, ז"ל היה מעמיד בהמה במקום מסוים לחצר חבירו או שהיה מגדל שם תרנגולים או מעמיד שם תנור וכיריים ורחיים או שנתן שם זבלו, בין שהעמיד שם מחיצה בין שלא העמיד, אם נשתמש בדברים אלו וכיוצ"ב ג"ש, וטען על בעל החצר, ואמר אתה נתת לי מקום זה או מכרתו לי, ה"ז חזקה. עכ"ל. ואילו בפ"ה משכנים ה"ה כת', ז"ל אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או רחיים וכיוצ"ב בחצר, ולא מיחה בו שותפו, ה"ז מעכב עליו כ"ז שירצה. ואם העמיד בפני בהמה זו וכיוצ"ב מחיצה גבוהה י"ט, החזיק, שהשותפין מקפדין על המחיצה, והואיל והניחו מחל. בד"א בחצר השותפין, אבל בחצר חבירו אפי' העמיד בהמתו ועשה לו מחיצה, לא החזיק, שהדבר ידוע שאין זה אלא דרך שאלה. וה"ה לכל מעמיד

מבואר שם דהוי חזקה לאלתר ואף בלא טענה וכמ"ש הקצור סי' קלה' משום דהוי ראייה גדולה^מ, אולם הרעק"א הביא את דעת הרמב"ן החולק, וס"ל דל"מ סיוע לחזקה כלל, והגמ' מיירי רק בטענות על מקום הכותל ע"ש, אך לפמ"ש לעיל באם לא ידע שיש לו זכות, ל"מ, ובנתי' שם כת' שאם אומר טעם הניכר לבי"ד על הסיוע, יהיה נאמן, ע"ש, והכא בנידו"ד אלו שחותמים, ברוב המקרים לא יודעים שבונה במקום זה, ולא הוי בכלל ההיתר, כמ"ש לעיל דל"ד לסי' מה' וואו לא יודעים שיש להם זכות במקום זה, והוא מכלל הרכוש המשותף, שרבים הם הטועים בזה, כידוע.

העמדת מחיצה בחצר המשותף

ולחלון יבואר עוד טעמים בזה של"מ בזה חזקה. והוא דבגמ' ב"ב נז' על המשנה שם אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה, היה מעמיד בהמה בחצר, תנור, ריחים, וכיריים, ומגדל תרנגולים, ונותן זבלו בחצר, אינה חזקה, אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה י"ט, וכן לתנור, וכן לכיריים, וכן לריחים, הכניס תרנגולין לתוך הבית ועשה מקום לזבלו עמוק ג' או גבוה ג', ה"ז חזקה. והקשו שם מ"ש רישא ומ"ש סיפא וכו' אלא אמר ר"נ אמר רבה בר אבוא הכא בחצר השותפין עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי

מ. ע"ש מה שביאר בדעת הרמב"ן דבכל חזקת קרקעות הוא מיד, רק שיש ריעותא של אחוי שטרך, ובכה"ג שיש ראייה גדולה, אין ריעותא זו, אך ראה מ"ש הנתי' סי' קמד' לחלוק ע"ז, ואכמ"ל בזה.

מחילה מיד כמו מחילת שעבודים^{מב}, אבל אם השותף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד, דינו כאחר דבעי ג"ש וטענה. עכ"ל. ולפי"ז לא מיבעיא אם משתמש בו השכן הבונה ע"מ להשכירו לאחרים, שחשיב חזקת קרקעות, ול"מ בכה"ג, אלא אף אם ישתמש בו רק לעצמו, וירחיב את דירתו וכד', מ"מ כיון שמטרתו לא רק לשימוש, אלא שלא ישתמשו בו שאר הדיירים עולמית^{מד}, פשוט דדמי לחזקת קרקעות. וכ"כ במשכן שלום מילואים פ"ו אות נג'.

מחאה

ולאחר שנתברר שדינו כחזקת קרקעות, א"כ מן הראוי שהשכנים יעשו מחאה כדינה בפני ב' עדים, והם יכתבו להם וכמ"ש בשו"ע סי' קמו' ס"ה. ועתה יבואר של"מ חזקה בזה מכמה טעמים^{מד}.

א. חזקה בלא טענה

ז"ל המחבר סי' קמו' ס"ט כל חזקה שאין עמה טענה, אינה חזקה, כיצד הרי שאכל פירות שדה זו כמה שנים, ובא המערער וא"ל מאין לך שדה זו, שלי היא, השיבו איני יודע של מי הוא, וכיון שלא אמר לי אדם דבר, ירדתי לתוכה, אין זו חזקה, שהרי לא טען שלקחה, ולא שנתנה לו, ולא שירשה. עכ"ל לעניינינו.

תנור וכיריים ומגדל תרנגולין וכיוצ"ב, שאם תאמר החזיק, אין לך אדם שמשאיל מקום לחבירו. עכ"ל. והעולה מהדברים דבחצר חבירו בעינן בכל גוני ג"ש וטענה, ובחצר השותפים יש חילוק, דבהעמדת מחיצה וכן כל דבר שהשותפים מקפידים עליו, הוי חזקה מיד, ובלא מחיצה, אינה חזקה, והרמב"ם אזיל לשיטתו בכל חזקת תשמישים הוי חזקה מיד ובלא טענה, רק שיהיה תשמיש שמקפידים עליו, ובדעת הרמ"א נחלקו הפוס', בסמ"ע כת' דס"ל דבעי ג"ש וטענה^{מא}, ובנתי' חולק שא"כ היה לו להביא החילוקים הנז' בסי' קמט' וכדלהלן, ועוד כת' הנתי' שם, שלגבי השותפים, הוי שימושים אלו כדבר המופקר כיון שאינם מקפידים.

וע"פ האמור היה מקום לדון בנידו"ד אליבא דהרמב"ם שיועיל חזקת הבונה את הגג וכד' מדין חזקת תשמישים, אך זה אינו, דזה לשון הנתי' שם שאני הכא, דאחר רוצה להחזיק בגוף הקרקע, שהרי רוצה להשתמש בו עולמית, ושהבעה"ב לא ישתמש בו כלל, ולכן בעינן חזקת ג"ש וטענה, משא"כ בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לעניין שיהיה יכול להעמיד בהמות, דכיון שהחצר עשוי לכניסה ויציאה דרך השותפים להקפיד על העמדת בהמות, שבזה הוי שתיקה

מא. ומה שלא כת' בפירוש, משום שגם המחבר לא כת' דעת הרמב"ם בפירוש.

מב. ונראה מדבריו שכוננתו לא מדין חזקת תשמישים, אלא מחילת שיעבודים, ואכמ"ל בזה.

מג. והראיה, שהרי אם ימכור את דירתו, יוסיף מחיר מפולפל בשביל שטח זה שאינו שלו, אלא משותף, וכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, כאמור.

מד. וחלק מהטעמים שייכים גם בחזקת תשמישים.

כמוהרי"ט, וגם המהרי"ט עצמו לא החליט כן להלכה רק לפלפולא בעלמא. ובנידוד לדברי המהרי"ט לכאורה הוי חזקה אם השכירה לאחרים, אבל עדיין יכולים שאר השותפים לטעון שהוא רק גובה בעדם את השכירות ומחלק לכל השותפים לאחר תקופה, כמו שמקובל בהרבה בנינים, שלא מחלקים בכל חודש דמי השכירות, אלא פעם בתקופה, וכך יש להם לטעון שאולי הסך הראשון הוא לכיסוי הוצאות הבניה, כדלהלן, ורק אם גבה כבר שכירות יותר ממה שנוכל ע"פ אומד ביד בסברות הללו, יש לו חזקה למהרי"ט, וגם בזה השבו"י חולק כנ"ל, וכיון שהוא שנוי במחלו' הפוס', נראה ששאר השכנים נחשבים מוחזקים ויכולים לטעון קי"ל כהשבו"י.

ג. שיפוצים

בב"ב לו' איפליגו תנאים ואמוראים בניר, וקי"ל דלא הוי חזקה. ושם אמר ר"נ אפיק כורא ועייל כורא, לא הוי חזקה. עכ"ל. וביאר הרשב"ם שם דכיון דליכא הרווחה, לא הוי חזקה, דלא חשש זה למחות. עכ"ל. ולפי"ז יש לדון היכא שלא כיסה הבונה את הוצאות הבניה עדיין, והנה כת' הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קמט' דדווקא אם הקרקע כחושה שאין מוציאה אלא מה שמכניסים או פחות, אבל אם הוציא עליה הרבה הוצאות ממקום אחר, והקרקע עצמה הוציאה פירות כראוי לה, ה"ז חזקה, אף שלא הרוויח כלום, וסברתו שאל"כ ביטלת כל החזקות בזה"ז שגרם החטא ונתרבו המיסים, וראיתו הוא מאכלה ערלה המבואר שם, שע"כ מיירי

ג. חזקה בחצר השותפים

מבואר בריש סי' קמט', ומקור הדין מב"ב מב' במשנה האומנין והשותפין וכו' אין להם חזקה. ובגמ' אבזה דשמואל ולוי תנו שותף אין לו חזקה, וכל שכן אומן. שמואל תני אומן אין לו חזקה, אבל שותף יש לו חזקה. ואזדא שמואל לטעמיה דאמר שמואל השותפין מחזיקין זע"ה, ומעידין זע"ה, ונעשים שומרי שכר זל"ז. רמי ליה רבי אבא לרב יהודה במערתא דבי רב זכאי מי אמר שמואל שותף יש לו חזקה, והאמר שמואל שותף כיוורד ברשות דמי. לאו למימרא דשותף אין לו חזקה, לא קשיא הא דנחית לכולה, הא דנחית לפלגא, אמרי לה להאי גיסא, ואמרי לה להאי גיסא. רבינא אמר הא והא דנחית לכולה, ול"ק הא דאית בה דין חלוקה, הא דלית בה דין חלוקה. עכ"ל לעניינינו. והטעם שאין לו חזקה משום שיכול לומר שכך הייתה החלוקה מתחילה ביניהם שהוא יאכל כמה שנים ואח"כ יאכל שותפו. וכ"פ המחבר מהרמב"ם, ולכן בנידוד לא הוי חזקה, אא"כ יש בשטח זה כדי חלוקה, ונחית לכולה, דקי"ל כרבינא ול"ש הסברא הנ"ל, שהרי הם יכולים לחלוק, ובשו"ת מהרי"ט חח"מ סי' כו' כת' שאם השכיר את כל הבית המשותף, אם עדיין לא נטל דמים מהשוכר, יכולים שאר השותפים לומר לו, בודאי השוכר היה משלם לכולנו, ואין לו חזקה, אבל אם נטל הדמים לבד לעצמו, ולא הביא לשותפיו, יש לו חזקה, שהרי בדמי השכירות יש כדי חלוקה, והביאו הרעק"א שם, אולם ציין לשו"ת שבו"י ח"ג סי' קסא' שחולק, וכת' שאין הלכה

שאכל הזמורות אף שהוציא עליה יותר ממה שהרוויח מכיון שהקרקע עצמה עשתה פירותיה הראויים לה. וכנ"ל. אולם הטור סי' קמא' כת' לעניין אכלה ערלה דבעינן שיהיה בזמורות רווח יותר מההוצאה, וראה בב"ח שם שהוא מחלוקת ראשונים, וכתב דדברי הרשב"א הנ"ל מסתברים לדינא, ועיין תומים שם. וע"פ האמור יש לדון בנידו"ד שכל זמן שעדיין לא עלו דמי השכירות לדמי ההוצאות של הבניה, לא עלו לו חזקה לדעת הטור, שה"ז דומה לעייל כורא ואפיק כורא, ואכלה ערלה. וזמן הבניה ודאי שלא מצטרף לג"ש, כמבואר שם בסמ"ע סקי"ד דדמי לניר, ע"ש ואכמ"ל בזה.

ד. גזלן אין לו חזקה

בב"ב מז' ושו"ע סי' קמט' סי"ג שאם הוחזק על קרקע זו כגזלן, שוב אין לו חזקה בקרקע זו לעולם, ויתכן שבנידו"ד שהוברר לעיל שנחשב גזלן קרקע, ממילא לא יועיל לו חזקה, ולעולם יצטרך להביא שטר ראיה, אך יש לדחות שהכא עדיין לא הוחזק גזלן רק עכשיו, ומשא"כ בשו"ע וגמ' מיירי שהוחזק גזלן מכבר על קרקע זו, ועדיין ישל"ע בזה.

ה. לא ידעו הבעלים שהוא קרקע שלהם

כת' הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קצה' בראובן שנתן לשמעון אחיו במתנת בריא, בתים וכרמים, והפקיד השטר ביד נאמן, ע"מ שיתנו לאחיו לאחר פטירתו, ואח"כ נשא ראובן אשה והוליד בנים, ונפטר, ומסרו הנאמן לשמעון, והאלמנה והיורשים מוחים, וטענו כי חזר ראובן ולקחו, והחזיק שני חזקה, ולא מיחה

שמעון אחיו, ושמעון טען שלא מיחה מפני שלא ידע במתנה, והשיב הרשב"א שטענתו יפה, ודומה למה שאמרו בפ"ב דכתובות אין מחזיקים בנכסי קטן אפי' הגדיל, ומסקנת הרשב"א לחלק אם מודים לו היורשים שלא ידע במתנה זו, שאזי טענתו טובה, לבין אם אין מודים לו שבכה"ג עליו הראיה שכל מי שטוען לא הייתי יודע שקרקע זה שלי או שזה החזיק בקרקעי, עליו הראיה וכו' ע"כ דבריו. והביאו הב"י סי' רנ', והרמ"א סי' קמו' ס"ד העתיק חלק מתשו' זו ע"ש, ובקצו' שם סק"ב הביא מחלו' הרא"ש והרמב"ן על מי להביא ראיה, והמחבר הכריע בסי' קמג' ס"ב כהרא"ש שעל המערער להביא ראיה, וביאר הקצו' שהכא כו"ע יודו שעל המחזיק להביא ראיה וכדעת הרמב"ן, דכשטוען שאינו יודע שקרקע זו שלו, הוי חסרון בחזקה, שהרי החזקה אינה נשמעת אלא לבעלים, והוא לא יודע שהוא הבעלים, והביא שם הקצו' תשו' מהרי"ק שורש כ' ענף ג' בשם תשו' רבינו אביגדור שהמחזיק ג"ש בדבר שאין יודע בעל דינו שמן הדין א"י לעשותו, ולבסוף נודע דשלא כדין עשה, דיכול לערער, דאין זו חזקה כלל, כי מה שלא מיחה לפי שלא היה יודע שהמחזיק עושה שלא כדין, וסוף דבריו ז"ל, מיהו לא כל הענינים שוים דאם הוא דבר שהדעת טועה, מצי טעין הכי, ונאמר למחזיק זיל ברר אכילתך, ואם אין הדעת טועה בהכי, שאין רגילין בני אדם לטעות בכך, לאו כל כמיניה לומר לא ידעתי שהייתי יכול למחות לבטל חזקתו של זה. עכ"ל. וראה בנתי' שם שנראה הסכמתו להרשב"א,

וע"פ האמור בנידו"ד שמצוי שטועים הרבה בני"א בכך, וסבורים שאין להם חלק בגג הנבנה, יתכן שיוכלו לטעון ע"פ המהרי"ק הנ"ל של"מ חזקה^מ, ואולי יש לחלק בין שטח הנוצר ע"י תוספת בניה בגג, לבין שטח הנוצר ע"י תוספת בניה בקומת קרקע, שבגג יותר בני אדם עלולים לטעות שאין להם חלק בשטח זה^מ, ומשא"כ בקומת קרקע יותר בני"א מודעים לעובדה שהשטח הוא משותף, ודו"ק. ובחללים לכאורה דומים יותר לגג, בפרט אם אין ידוע הדבר שנבנה שטח זה כלל, וזה עוד טעם שלא יועיל חזקה כמבואר בסי' קמג', וישל"ע בזה.

ז. הטאבו כמחאה

המהרש"ם ח"א סי' ה' כת' דבכל מקום שיש טאבו, (ובלשונו טאבליציא) הוי כמחאה, וא"צ למחות, וראיתו

מהרשב"א ח"ב סי' צה' שאם יש לו פתח, לא הפסיד בהכרזה, ואף שלא הראה זכותו אחר ההכרזה, לא איבד זכותו בשתיקתו, לפי שפתחו מכריז על זכותו, ע"ש, והובא בב"י סי' קסב', וא"כ ה"נ הטאבו מכריז זכותו וליכא הוכחה משתיקתו. וראה עוד מ"ש בח"ג סי' שעו', וא"כ בנידו"ד יתכן שנחשב מחאה, שהרי השטחים המשותפים רשומים בטאבו על כל השכנים, ואילו בנה ללא היתר, בודאי שכל רכוש שלא הוצמד לאחד הדיירים שנכלל ברכוש המשותף, ויתכן שאף באם בנה בהיתר מצד העירייה, מכיון וההיתר הוא לא קנייני רק תכנוני כנז"ל, ואין ביד העירייה הסמכות להפקיע רכוש משותף לא' מהם, ולפעמים ההיתר נחתם במרמה והטעיה לשכנים, כידוע, ע"כ יש לדון בזה טובא מצד מחאה, מלבד טעמים הנז"ל.

פרק ה

דמי שכירות, ותשלום הוצאות לבונה

תשלום שכירות

ולאחר שנתברר שאין לו חזקה והוא רכוש משותף, יש לברר באם תובעים אותו השכנים כסף על זמן שנשתמש ברכושם ללא רשות, ובזה יש לחלק באם השתמש לעצמו לשם הרחבת דירתו, לבין אם השכירה לאחרים, דהנה

ברמ"א סי' קעא' ס"ח כת' בשם הרשב"א ח"ב סי' קמא' זה לשונו, לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אח"כ האחר לומר אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו, כל אחד בשלו הוא משתמש. עכ"ל. ושם ברשב"א מבואר הטעם שיכול לומר בשלי

מה. ולפי"ז, אף אם נדון מעשה זה כחזקת תשמישים, מ"מ, לא מהני, שהרי לא ידע למחות, ושייך סברת המהרי"ק.

מו. בפרט אם הגג המקורי הוצמד לבעל הדירה העליונה, שאזי סבורים הטועים שה"ה החלק החדש שנבנה כעת, הוא בכלל ההצמדה. וסיבה נוספת לטעות העולם, שסבורים שמכיון ורק

צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו, ומקורו מדברי הרשב"א הובא בב"י שם, וכ"כ הנת' כאן ז"ל ואם לא השתמש בו לעצמו, אלא השכירה לאחרים, פשיטא דהשכר לאמצע, ע"כ דבריו. ולענ"ד נראה הטעם בפשיטות, משום דכיכד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, דבשלמא אם משתמש לעצמו, שייך לומר בשלי אני משתמש, אבל במשכיר, הרי השוכר משלם דמים על הקרקע, וכשהקרקע שייך לאחר, הדמים שייכים לבעל הקרקע, וכמבואר בארוכה בסי' שסג', וכמ"ש הרעק"א בגליון סי' שע' לענין דמי העצים והאבנים, וכדלהלן. ובפתחי חושן שם הערה סד' נתקשה בחילוק בין שכירות לשימוש, ולענ"ד הדברים פשוטים כנ"ל.

השכרה ושימוש עצמי

וע"פ האמור שטח משותף שנעשה בו שימוש פרטי שלא בהסכמת השותפים, יש לחלק שאם השכיר לאחרים חלק זה, יש להתחלק עם כל השותפים, ואם השתמש לעצמו, לפמ"ש לעיל יכול לומר בשלי אני משתמש, אם לא מנע מהם שימוש לבקשתם, ע"פ מ"ש המנח"פ משו"ת בי"ש, ודברי החולקים על הרשב"א מכיון ולא הובאו בשו"ע, נראה דא"א לומר קי"ל כוותיהו, אך גם אילו יתחייב לשלם שכירות לשאר השכנים,

אני משתמש, דקי"ל כר' אליעזר בן יעקב בנדריים ר"פ השותפין, דיש ברירה, ובאותה שעה כל החצר שלו, ובמנחת פתים הביא מהתשב"ץ ח"ג סי' רח' החולק על הרשב"א, ולפי דברי התשב"ץ יוכלו שאר השותפים לדרוש להשתמש כדרך שנשתמשת אתה, ועוד כת' שם משו"ת בית שלמה חו"מ סי' מח' שדברי הרשב"א נאמרו דווקא בשתקו שאר השותפים, אבל אם רצו להיכנס, והלה לא הרשה, צריך לשלם לו שכירות, ובפעמוני זהב כת' לחדש שרק בהשתמש בחלקו כשלא חלקו, יכול לומר כן, אבל אילו השתמש בכולו, אין זה שימוש בשלו, אלא בשל השותף, ויכול לתבעו שישתמש כנגדו, וציין לספר משכנות הרועים^{מז}, וצ"ע לכאורה שהרי דברי הרשב"א ברור מיללו אליבא דראב"י, והוא מיירי בחצר השותפים שיכול המודר הנאה להשתמש בכל החצר, ובפתחי חושן פ"ד הערה סג' נתקשה בדבריו, ע"ש, ובספר בית יעקב כת' דמסידור דברי הרמ"א נראה דמיירי באין בו כ"ח, אבל בתשו' הרשב"א גופיה הנ"ל מבואר בהדיא דאף ביש בבית או בחצר כ"ח יכול לומר לו כן, וציין לספר דברי גאונים כלל ק' שחולק, וראה גם בערך שי שהביאו, וברמ"א סי' שסג' סעיף י' כת' וז"ל שני שותפין בבית, והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו,

בעל הגג יש לו גישה למקום זה, ה"ה שייך רק לו, דבר שאינו נכון לא לפי המציאות, ולא לפי ההלכה כמבואר לעיל באריכות.

מז. מערכת ש' סי' צ'.

אין יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, ושאינו משאר יורד, משום דכיון שעל דעת ליטול מבעה"ב בנה, הו"ל כאומר לחבירו זכה לפלוני זה מנה אם ירצה, דכיון שרצה הלה, זכה זה בשבילו, ה"נ כיון שנתרצה זכתה לו חצירו, ושוב אין הלה יכול לחזו"ב, וב"ב ה' גם כת' כע"ז שברור לן שע"ד כן בנאו שיהיה שלו כ"ז שירצה, ע"כ. ועיין בבאור הגר"א שם ס"ק יז' מ"ש בשם תלמידי הרשב"א שזוכה בעל החצר מיד וסיים ודלא כנ"י, ונראה שלדעתם זוכה בעל החצר עוד לפני ששילם, ובקצות החושן בכמה מקומות הסכים עם דברי הנ"י, בס"י קנז' ס"ק יג', וכ"כ בשם הרה"מ פ"ג משכנים ה"א, ובס"י קנח' ס"ק ו', וס"י שסג' ס"ק ה', (וע"ש בהגהות אמרי ברוך) וע"פ זה הכריע שזוכה בעל החצר למפרע מעת שבנה, כיון שזיכה לו בקנין חצר, וכ"כ בס"י יז', וע"ש בנתי' שביאר דברי הרמ"א שם ס"ב בבעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט, והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, שאין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע, ואם פסק לו יותר, הוי טעות בדין וחוזר, ומקור דבריו המה ע"פ סוגיא דפ"ק דב"ב בהא דרונאי אקפיה רבינא וכו', ודייק כן מהריב"ש בס"י רכז', ונתקשו האחרונים שם מהכ"ת לומר כן, שאין הכרח לדין זה, ובדין ודברים שבינ רבינא לרונאי, יתכן שוויתר לו משלו, ולמה שלא יקיימו בתובע זה פתח פיך לאילם המבואר שם בשם הירושלמי, שכשהתובע טועה, יש לומר כן, והאריכו האחרונים מאוד שם, והנתי' שם ביאר ע"פ סברת הרמב"ן שחיוב הניקף הוא משום שהמקף חשיב

מ"מ הרי השכירות היא גם על מה שהוא בנה והשביח, דהיינו ההשקעה שלו, ואם השכנים רואים שטח זה כמותף, עליהם לישא בהוצאות הבניה, וכל זמן שדמי השכירות לא עלו יותר מהשקעת הבונה, אין להם תביעה עליו, וכמ"ש הרמ"א ס"י שעה' ס"ז השכירה הבונה לאחרים וקיבל שכר, מנכין לו מהוצאותיו, וברעק"א בגליון שם כת' בשם הראנ"ח ח"ב ס"י ג' דאף בכה"ג, לא כל השכירות ילך לבעל הקרקע, כי דמי העצים והאבנים, של הבונה הוא, וכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא צריך לחלק את השכירות, וחלק מה שהיה מגיע לקרקע בלא הבנין, שייך לבעל הקרקע, והשאר לבונה.

יורד לשדה חבירו

ומן הראוי לבאר דבר זה, הנה דברי הראנ"ח נאמרו ביורד לרשות חבירו, ויש להתבונן האם נידו"ד דמי ליורד, שעל פי הדינים המבוארים בב"מ קא' ושו"ע ס"י שעה' ס"ז החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות, ולפיכך הבונה בחצר חבירו, ה"ז כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמן לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום. וברמ"א כת' שלא יוכל הבונה לומר בנייני אני נוטל. ולפי"ז גם כאן אילו בנה בחצר ועליות, בנין המועיל הראוי, מן הדין היה ליתן לו כיוור ברשות, ובזה מיירי הראנ"ח, אך יש לפקפק שהנה היסוד בחיוב של נהנה מהוצאה של יורד, הוא משום דירד ע"ד להשביח לחבירו, ובנימוקי יוסף בב"מ שם כת' דבעל הבנין

דווקא בשבנה^י על דעת כן, דנקנה לחבירו קודם שנעשה מחובר, משא"כ היכא דמתחילה בנאו לעצמו, א"א להקנותו לאחמ"כ בחצר, ולכן הכריע האבנ"ז שיכול הבונה לומר עצי ואבני אני נוטל, ושם סי' ט' ביאר שבכל יורד בשדה העשויה ליטע ולהיבנות שכת' הסמ"ע סי' שעה' סק"ד שא"י לומר לו טול, הוא משום שאדעתא דהכי בנאו, שיישאר כאן, ומשא"כ אם בנאו ברשות, ודעתו היה לזמן, ולא עבור הבעלים, יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, וע"ש עוד.

גזן המשביה

וע"פ האמור בנידו"ד כיון שלא נתכון הבונה אלא לבנות לעצמו, נמצא ממילא שאליבא דהש"ך בסי' שצא' והנתי' הנז"ל אין דינו כיוורד, וכן לפמ"ש האבנ"ז כיון שנתכון לעצמו, ולכאו' נידו"ד דמי יותר להמבואר בסי' שעב' ס"ג בגזל שדה והשביחה, והנגזל בא לטורפה, שמין לו וידו על התחתונה, ואם השבח יתר על ההוצאה, נוטל ההוצאות בלבד מהנגזל, ואם ההוצאה יתירה על השבח, אין לו מההוצאות אלא שיעור השבח. ולא נזכר חילוק בין שדה העשויה ליטע וחורבה העשויה להיבנות או לא, ונראה שהגזלן מקבל בכ"מ הוצאה שיעור שבח בכ"מ ולא כיוורד ברשות^{נא}. וכ"כ בערוה"ש

כיוורד לשדה חבירו שלא ברשות, וכת' הש"ך בסי' שצא' ס"ק ב' את ב' תירוצי התוס' בב"ק קא', שלאחד התירוצים עולה, שאם ירד לשדה חבירו ונתכון לעצמו ולא עבור חבירו, אינו חייב, וממילא בכה"ג אין הנהנה חייב לשלם ליורד, ועוד כת' הנתי' ע"פ סברת הנימוק"י הנ"ל שהיה בדעתו להקנות לו מתחילה ע"י קנין חצר, ועפ"ז חידש שאין הניקף - הנהנה חייב לשלם אא"כ נתכון היורד לכך מתחילה לבנות עבורו, אבל אם לא נתכון ולא תובעו, פטור מלשלם לו, וכ"כ בקצו' ע"ש, ודברי הש"ך סי' שצא' הנ"ל הוזכרו גם בנתי' סי' רלו' סק"ז, אולם הקצו' שם סק"א חולק, וכן הוא בנתי' סי' קנח' סק"ח, וסי' קסד' סק"א.

ובשו"ת אבני נזר חו"מ סי' ח' דן במי שבנה בנין בקרקע הקהל ברשות^{מח}, ולאחר זמן רצו היורשים לסלק העצים שבנו, כיוורד האומר עצי ואבני אני נוטל, והקהל רצו שיניחו שם את העצים ויתנו להם את דמיהם, וביאר שם שכל דברי הנ"י נאמרו רק היכא דבונה עבור הנהנה או השותפים, אבל כשבונה רק לעצמו, ל"ש לומר שיקנוהו אח"כ בקנין חצר, משום דאין מחובר לקרקע נקנה בקנין חצר^{מט}, והנימוק"י מיירי

מח. ונידון דידיה, בהרה"ק מגאסטנין ז"ע, שהיה המרא דאתרא, והיה ביתו שם ובנה סוכה בקרקע זו.

מט. ושם סי' ט' החלקת יואב השיב לו, ונראה שחולק עליו בזה, ע"ש.

נ. ומ"ש שם בסוף ד"ה ועוד בשקנה, נראה ט"ס, וצ"ל בשבנה, ודו"ק.

נא. וכן א"י לומר עצי ואבני אני נוטל, כיון שבנאו ע"ד שיישאר בקרקע, וישל"ע אם יכול הבעלים לומר לו טול בעשויה ליטע ולהיבנות.

בידו, אולי לא יקנסוהו, כעין מ"ש הש"ך לעניין גרמי בשוגג ריש סי' שפו' למאן דס"ל שהוא מטעם קנס²¹, ומשא"כ אם נאמר שפטור הנגזל לשלם לגזלן את השבח כיוור ברשות הוא מצד הדין, כמו שנראה מדברי הש"ך והערוה"ש, א"כ אף אם בנהו בשוגג, לא יקבל הוצאות, ולכן לדברי החזו"א יצא שלא יקבל אף הוצאות. וישל"ע בזה.

שכן המשביח

ועיין בשו"ת משכנות ישראל סי' כא' שדן בשכן שהשביח את הרכוש המשותף, וכת' שיש לחלק בין דברים שהדרך לעשותם שדינו כיוור ברשות לבין אם אין דרך לעשותו שדינו כיוור שלא ברשות, אך יש לחלק מנידו"ד, ששם בכוונה תחילה השביח עבור השותפים והשאלה היא כמה לשלם לו, אבל הכא עשאו בכוונה תחילה רק לעצמו, נראה דדמי לגזלן המשביח, וכנ"ל.

שתיקת הבעלים

ומאידך יש לדון גם בשתיקת השכנים בעלי הרכוש המשותף שלא מיחו בו עד היום, האם יוכלו לומר לו טול. א. ע"פ הנתי' סי' שעה' סק"ב, וסי

שדינו הוא כיוור שלא ברשות אף אילו השדה עשויה ליטע, והטעם יעויין בחידושי הרשב"א ב"ק צד' שהוא משום שקנסוהו, ומה שנוטל שבח מחמת הוצאות, הוא מסברא דאנא מפטימנא ואת שקלת, הנז' בב"ק סה' ובשו"ע סי' שנד' ס"א, אולם בחזו"א ב"ק סי' יז' אות ט' כת' דאף שבח מחמת הוצאה מן הדין לא היה לו לקבל, ואינו מדינא רק מתקנת השבים²², אך מדברי הש"ך בסי' שסג' סקי"ד שכת' לחלוק על ספר תורת חיים וס"ל שאפילו היכא שאין הגזלן קונה את השבח, מ"מ צריך ליתן לו כיוור שלא ברשות, וצ"ע להא דגזלן שהשביח מסי' שעב', מוכח מדבריו שאף בכה"ג יתנו לו, וצ"ל טעמו כמ"ש לעיל מהרשב"א, ובסי' שעג' ס"א כת' הרמ"א דאף הלוקח מגזלן, אם הכיר בה שאינה שלו, הפסיד אפילו את ההוצאה, אך הסכימו הפוס' להלכה דיש לו שבח מחמת הוצאות, כמ"ש הש"ך שם שאף שאין קרקע נגזלת מ"מ שמין לו כיוור שלא ברשות וכ"כ הגר"א שם, וע"ש בנתי' שהסכים עמו לדינא²³.

ואולי יש לומר נפק"מ בין הטעמים, דאם הוא משום קנס, א"כ היכא שהבונה לא ידע שהוא משותף והוא גזל

נב. וצ"ע שלפי"ז בקרקע שלא תיקנו תקנת השבים כמבואר בסי' שס' ושעו' ואינה נגזלת, לא יצטרך לשלם אף שבח מחמת הוצאות, ול"ד לאנא מפטימנא הנ"ל דמירי בהמה שהוא מטלטלין הנגזלין כנ"ל, והיאך יבאר את פסק השו"ע סי' שעב' ס"ג הנ"ל, וצ"ע.

נג. אף שלא הסכים עמו בפירושו בדברי הרא"ש, ע"ש.

נד. וראה מחלו' הקצו' והנתי' סי' כה' סק"א בעניין גזלן בשוגג אם יתחייב באונס, והנתי' שם הסכים להקצות שלא לחייבו בחיוב אונסין בשוגג, כיון שהוא קנס, אבל חיוב מדין מזיק במקום שהוא גרם לזק, חייב אף בשוגג, דבמזיק נתרבה שוגג כמזיד.

קיימים, מהווים מטרד גדול לדיירי הבית מחמת בעיות במערכות החשמל, המים, האינסטלציה, צפיפות בחדרי המדרגות והמעליות, והדברים ידועים, א"כ יתכן שאם יטענו כן השכנים שתתקבל טענתם, אך יש לזכור את לשון הרא"ש שכת' לעיל מהסמ"ע סק"ג שיש פעמים שניכר שתואנה הוא מבקש להפסיד ליורד.

וראה בכדק הבית סי' שעה' על דברי הרא"ש בסייד וכייד בתים ובנה חדרים, שחשיב אינה עשויה להיבנות, וביאר הבה"ב שאף שחצרות וחורבות עשויים להיבנות ולהוסיף עליהם בתים ועליות, מ"מ הכא החשיב הרא"ש כאינה עשויה להיבנות, דשאני במקום שיכול להשכירם בפנ"ע חשיב כעשויים להיבנות, ומשא"כ בנידון הרא"ש שאינו עשוי להשכיר בפנ"ע, ולפי"ז יש לדון היכא שבנה יח"ד הראוי להשכרה בפנ"ע.

אמידת טול

ב. כב"י הביא דברי הנ"י שאם לא מיחה בו הבעלים מתחילה, ידו על העליונה, ובתשו' הרשב"א ח"ו סי' קיא' שדווקא משום שצווח מיד, דינו כאינו עשויה ליטע וליהבנות ויכול לומר לו טול, ובאם לא צווח מיד, א"י לומר לו טול, והובא בב"י ס"ד, ובמוהרי"ט ח"א סי' קר' הביא דבריו, וחילק שאם היורד יש לו רשות לאכול הפירות, כשוכר המשביח בזמן השכירות, ככה"ג יודה הרשב"א שאף בשותק יכול לומר לאתמ"כ טול, שיכולים הבעלים לטעון שהיה סבור שעושה לצורך שעה לעצמו, ובכנה"ג כת' לבאר שאין המהרי"ט חולק על הרשב"א, והם מיירי

שו' סק"ז שבמקום שאין יכול ליקח את מה שהשביח למקום אחר, א"י לומר לו טול, ובחזו"א בשני מקומות כת' מענין זה בב"ק סי' כב' אות ו' הביא דברי הנתי' ותמה שהרי גם בנטיעות מפסיד, אך סיים שאפשר שבדבר שא"א להעביר, יתכן שאין אמירה זו אלא כמצחק בו. ע"כ דבריו, ואילו בב"ב סי' ב' אות ו' כת' שבכה"ג יש לדון שאם יש מעשה המוכיח על נחותא, הוי כעשויה ליטע, ואם הנחותא הוא רק בדיעבד, הוי כאינה עשויה ליטע, ובספק לפני הבי"ד נשבע בעה"ב דלא ניחא ליה ונפטר, ובמנחת פתים כת' שכל דברי הנתי' דווקא בעשויה ליטע ולהיבנות ובבגד העשוי להיצבע, אבל בלא"ה ודאי שיכול לומר לו טול, ומהכ"ת נכוף אותו להנות במה שאינו רוצה, וע"ש מה שהעיר על הנתי', ובספר פתחי חושן ס"פ ח' הערה נו' כת' לדייק מתשו' הרא"ש כלל צא' סי' א' שכל שלא מיחו בו שאר השכנים, דינו כיורד ברשות ואפילו שאינו עשויה להיבנות, חייבים לשלם לו, אבל יש לדחות דשם מיירי באופן שנוכל לפרש שכונתו עבור הבעלים ומשא"כ בנידו"ד.

חורבה העשויה להיבנות

ולכן יש לביה"ד לדון האם גג וקומת קרקע וחללים, נחשבים כשדה העשויה להיבנות שלא יוכלו לומר לו טול, שהרי על אף שלשון המחבר בשעה' ס"ז שעשויים להיבנות, מ"מ הרי סיים בלשונו ובלבד שיהיה בנין המועיל הראוי לאותו חצר כמנהג המקום, והרי בפעמים רבות תוספת הדיוורים על בניני מגורים

מקומת הקרקע לכה"פ בג' קירות מבטון, שעלות הבניה יקרה מאוד, ואם נקבל את טענת השכנים ששטח זה הוא רכוש משותף, וממילא כבר קיבל את חלקו, אבל עדיין לטענתו, אין זו חלוקה הוגנת, שהרי הם מקבלים שטח שעלות הבניה היא נמוכה, מכיון ויש להם כבר הכנה של תקרה, ולפעמים גם קירות, ואילו הוא הוצרך בכדי לקבל את חלקו (לטענתם) להוציא ממון רב, בבניה של ממ"ד, והרי מבואר בב"ב סופ"ק דהשותפים יש להם לחלוק חלוקה שווה, ואם יש לא' נגר ולא' דרך, יש לחלוק בקרנזול, וכמ"ש בשו"ע סי' קעא' בארוכה, וע"כ אם הם רואים בשטח זה רכוש משותף, לא יוכלו לקזז באופן מלא את חלקו, ללא שינכו את דמי עלות הבניה, רק שיש לדון אם צריכים לנכות דמי בניית תקרה רגילה או בניית ממ"ד, שיש ביניהם פער גדול כידוע^{נה}.

וכמו"כ יש לדון בבעל דירה עליונה שמשתמש בגג שנוצר ע"י בניית ממ"ד בשיעור התשלום שיש לנכות לו, הנה בגמ' ב"ב בסוגיא דמקיף וניקף, מבואר דאם גדר את הרביעית מגלגלין את הכל, ונחלקו רש"י והרמב"ם עם התוס', האם דינו רק בבונה על מקום שניהם ומשום שקונה את הכותל והאבנים, ולכן צריך לשלם דמיהם, ובלא"ה, כגון: שהקיף מבחוץ, א"צ לשלם, והביאור הוא ע"פ דברי הרה"מ

מב' ענינים כנ"ל, ממילא לפי"ז יש לדון בנידו"ד ששתקו השכנים מתחילה, אם יוכלו לומר טול, אולם נראה לענ"ד שאינו דומה, מכיון שבהרבה מקרים השתיקה נובעת מטעות שלא יודעים שהשטח שייך להם, והוא מכלל הרכוש המשותף, ויש לדון בזה.

אך בזאת נאות לטענת הבונה, באם דורשים השכנים דמי שכירות מעתה על מקום זה, שודאי שא"י לומר לו טול, שהרי גילו דעתם שניחא להו, וממילא צריכים לישא בהוצאות הבניה, רק שיש לפקפק אם ייחשב כיווד ברשות ויהיה ידו על העליונה שיקבל גם שבח, או כיווד שלא ברשות שיקבל רק הוצאות, מכיון ומתחילה עשה כן רק ע"ד להשביח לעצמו, ולא לבעל הקרקע וע"פ הש"ך בסי' שצא' והנתי' סי' יז' והקצו' בכ"מ, כנ"ל, ומן הראוי והיושר לפשר בזה.

שיעור התשלום לבונה

ובגופא דעובדא הנז"ל, בנין השטח בקומת הקרקע שנוצר ע"י תוספת בניה, לא תבעו השכנים ממש את הבונה בשכירות או בהריסה, אלא באו לחלוק את כל קומת החלל המפולשת בין השכנים, ולא נתנו לו את חלקו, בטענה שהוא קיבל כבר את חלקו מתחת לשטח הנוצר שבנאו לעצמו, וטענת הבונה הייתה, ששטח זה נוצר על ידי בניית ממ"ד, שכידוע לשם בנייתו יש להתחיל

נה. ויש לעשות הערכת שמאי לכל החלל בהתחשב בכל הנתונים, חזית, עורף, השטח ומטרות הבניה, (לחנות - עדיף חזית, ומשא"כ ביה"ד) ועלות הבניה, נגישות.

מלאכה פשוטה בג', אין להם אלא ג' ע"ש¹¹, וא"כ ה"נ בנידו"ד א"א לחייב את הבעלים דהיינו כל הדיירים בבניית קירות יקרים שאין הדרך לעשות כן. ובעמק המשפט ח"ג סי' סא' דן לעניין בניה בבלוק איטונג יקר, שאם אין המנהג כן, א"י לחייבו, וטעמו שהרי מחייבים אותו ע"פ דברי הנ"י והה"מ וא"א לחייבו לקנות בניה יקרה שאינו נהוג ולחייבו במעות יתרים אלו, וא"כ י"ל דה"ה בבניית קיר ממ"ד, אם לא נהגו כן.

והכא בנידו"ד נראה של"ש דברי הנ"י והה"מ כיון שלטענת השכנים שכבר קיבל הבונה את חלקו במקום זה, א"כ א"א לומר שקנו את האבנים והעצים בקנין חצר, שהרי טוענים שחלק מהם ואינו שלהם, רק שהנידון הוא כמה לשלם לו עבור הבניה של חלק זה, מכיון ואינו חלוקה שוה, ולדברי האבנ"ז גם בגג או חלל ל"ש סברת הנ"י שהרי הוא בנה מתחילה לעצמו, א"כ ראוי לדון בזה רק מצד נהנה, ע"פ דברי התוס' ולכן אם אין המנהג כן, לכאורה א"א לחייבם. בפרט אם בנה את הכותל הרביעי בקיר רגיל, אך אילו מקום זה לא היה מאושר לבניה

והנ"י שנז' לעיל שקנאו בחצר, ולהתוס' אף בבנאו מבחוץ, מ"מ אם הוא מקום שנהגו לגדור, צריך לשלם לו, ובשו"ע סי' קנח' ס"ו הביא המחבר דעת הרמב"ם, והרמ"א את דעת תוס', ושם ס"ז כת' המחבר בשם הרמב"ן שדוקא בגדר את הרביעית באבנים, וע"ש בנתי' סק"ז שחייב הניקף היכא שהמנהג הוא כן, אבל אם גדר רביעית בקנים, א"צ ליתן לו רק דמי קנים, ולפי"ז כשבאים לנכות דמי עלות בניית קומת הקרקע, באם הקיר הרביעי נבנה מקיר רגיל, לכאור' יוכלו לקזז לו בניית קיר רגיל ולא של ממ"ד, כמ"ש בס"ז, ובאם הקיר הרביעי הוא גם ממ"ד, בזה יש לדון אם יכול לחייבם בעלות יקרה כזו, ונראה שאם אין מנהג בזה, אין יכול לחייבם יותר מהמנהג, ויש להביא ראיה מדברי הש"ך בסי' שלב' ס"ק ח' לעניין שליח ששכר פועלים וא"ל בד' ועשו מלאכה ששווה ד', אבל אף א' לא שוכר פועלים בד', שהכרעת הש"ך כמ"ש הרא"ש שם סי' א' שא"צ ליתן להם אלא ג', ואפילו שמלאכתם באמת שווה ד', כגון: שהיא משובחת ביותר, מ"מ כיון שאין בני העיר שוכרים אלא

נו. ולשם המחשה יובא דוגמא לזה, כגון: אם הפועלים השביחו בקרמיקה את הקירות עד לגובה התקרה, והמלאכה משובחת ביותר וניכרת ששווה כמו שאמרו הם, אבל אף א' מאנשי העיר לא מחפה קירות (של חדר שינה פשוט) עד התקרה, א"כ ודאי שא"י לחייב את הבעלים, ולא גרע מאמירת 'טול', וראה שם בש"ך שכת' לפי"ז שלא פליגי הפוס' כלל, אמנם המנחת פתים שם לא הבין כן בדברי הש"ך, והקשה עליו שע"כ פליגי, אבל אם הפירוש בדברי הש"ך כנ"ל, לק"מ, ואמת ונכון הוא, ולענ"ד אף אם בפירוש כוונת הש"ך העיקר כהמנחת פתים, אבל לדינא ל"פ, שהרי לא גרע מ'טול', ואין אפשר לחייבו בהנאה בדבר שאין הדרך לעשות כן, ולכאור' אף הנת' בסי' שו' סק"ז יודה בכה"ג, וישל"ע, אך בלא"ה החזו"א חולק עליו, ואכמ"ל בזה, ודו"ק.

אא"כ המנהג כן, או באופן שלא היו יכולים לקבל היתר בניה אילולי בניית ממ"ד, ובנידון הגג שייכים סברות הנ"י והה"מ, שהרי טענת השכנים ששטח זה הוא מכלל הרכוש המשותף ובנאו בקרקע שלהם, וה"ה זכו בקנין חצר לדבריהם, אך כאמור לעיל לפמ"ש האבנ"ז, ל"ש בכה"ג שבנה לעצמו סברא זו, אך מ"מ כת' לעיל שנראה לדמותו לגזלן המשביח שדה שלא מצינו שיוכל לומר עצי ואבני אני נוטל.

בבניה רגילה מחמת חריגה מקווי הבנין וכד' וכל ההיתר ניתן רק מחמת בניית ממ"ד, שכידוע הרשויות נותנות הקלות בבניה זו, הרי שבזה יצטרכו לשלם לו את הבניה היקרה, שהרי אילולי הוצאות יקרות הללו, לא היו מקבלים שאר השכנים חלק גדול יותר בחלל הקיים, ואינם יכולין להנות משטח זה ללא חלוקה הוגנת, כנ"ל. וכמו"כ בקומת הגג החדש שנוצר ע"י בניית ממ"ד, אין על השכנים להשתתף אלא בעלות של בניה רגילה,



דין, יורד המשביח - בנכסי שבוי, בנכסי אשתו, ובנכסים המוחזקים כשלו

מעשה שהיה, בראובן שהבטיח לחתנו לתת לו בנדוניה דירה לבעלותו. ואכן כבר בזמן החתונה העמיד ראובן אחת מדירותיו למגורי הזוג. אך מסיבות כלכליות עדין לא העביר בטאבו את בעלות הדירה על שם חתנו. מיד אחר החתונה, השקיע החתן סכום כסף גדול ועבודה רבה, לשיפוץ הדירה. לאח"ז הזיוג לא עלה יפה, ונתפרדה החבילה. מסיבות שונות נקבע שמעתה אין ראובן חייב לקיים התחייבותו בענין הדירה. אך עדין באים הם לדון בענין הכסף והעבודה שהשקיע החתן בבית. החתן טוען כיון שהוצאותיו גרמו להשבחה מרובה לבית, רוצה הוא ליטול בהאי שבת, [כלומר שישומו בכמה עלה מחיר הדירה, ויטול כאריס]. ואילו ראובן טוען לא רק שאינך ראוי ליטול בשבח, אלא אפילו הוצאות אינך ראוי ליטול, שהרי משנה מפורשת היא^א, הבעל שהוציא הוצאות על נכסי אשתו, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל. הדין עם מי.

שאינן השבוי קטן]. וישנו לדין רטושין שענינו שיצא הבעלים לדעת, שבזה לכ"ע אין מורידין קרוב, ואף מוציאין קרוב שירד.

הבריתא סיימה, "וכולן שמין להן כאריס". ודנה הגמ' שם במה עסקינן, אי אשבויין [ששמעו שמת], השתא זריז ונשכר, כאריס מבעיא. היינו כיון ששנינו שאוכל לגמרי בזמן שירד, ואפילו כשמע שהבעלים חי יכול הוא

[א]

בדין השבחת נכסיו של אדם, שיצא ממקומו. מבואר בבריתא בכבא מציעא^ב שישנן שלשה דרגות. דישנו דין שבוי, שענינו שברח בעה"ב ושמעו בו שמת, ובזה לכ"ע מורידין קרוב לנכסיו, ואוכל הוא מן השדה. ישנו דין נטושין שענינו שברח ולא שמעו בו שמת, ובזה פליגי האם מורידין קרוב לנכסיו, שלפי רבנן ורב אין מורידין לו קרוב, ואילו לפי רשב"ג ושמואל מורידין לו קרוב. [ובלבד

א. כתובות דף ע"ט עמ' ב'.

ב. דף ל"ח עמ' ב'.

להזדרזו ולאכול, כ"ז שלא חזרו הבעלים לנכסיהם. אם כך פשיטא שכשהבעלים יגיעו יקבל כאריס, ואין צורך לפרש ד"ז. ואי אנטושיין קשה ממה נפשך, לפי רבנן ורב שמוציאין, א"כ ודאי שלא יקבל כאריס. ואילו לפי רשב"ג ושמואל, הרי הם סברי שנטושיין כשבויין, ותהדר פירכא דליכא בזה חידוש. ואמרה הגמ' שאינן כשבויין לגמרי, וע"כ איכא חידוש בכך ששמין כאריס. [ונחלקו רש"י ורמב"ן עם תוס' האם הכונה שבנטושיין לעולם לא יאכל פירות כבעלים גמור, או שהכונה שרק לית להו את המעלה של זריז ונשכר, וכלומר שאם כבר שומעים שהבעלים חי, לא יחטוף כ"ז שלא הגיעו לנכסים].

עכ"פ מבואר שבנטושיין איכא לדינא דשמין כאריס, והקשתה הגמ' מ"ש מבעל בנכסי אשתו ששנינו! שאם התגרשו, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, ומבואר שלא שמין לו כאריס. ותרצה הגמ' שהכא דמי לבעל בנכסי אשתו קטנה, שמתקנינן ליה כאריס דחיישינן לפסידא.

[ב]

ובפשטות מתבאר, שחזרה בה הגמ' ולעולם מעיקר הדין ליכא לדינא דשמין כאריס, ואף שהיה לו זכות גמורה לאכול. רק במקום שחיישינן

לפסידא איכא תקנתא שיקבל כאריס. וכך סבר הרא"ש¹, ועפ"ז פסק שדוקא בנטושיין שלא שמעו שמת, נוטל כאריס, שאז ישנה סיבה לתקנתא, משום שאם לא נתקן שמקבל כאריס, יחשוש להשביח כיון שבפשטות יחזרו הבעלים והוא לא יהנה מהשבחתו. אבל שבויין ששמעו בו שמת שליכא סיבה לתקנתא, דאינו חושש שיבואו הבעלים, בזה לא יטול כאריס. אך הרמ"ז² בדין קרוב שירד וזוכה כאריס סתם דבריו, ולמד מזה הב"י³ השחולק וסובר שאף למסקנא, גם בשמעו בו שמת נוטל כאריס. וכך מבואר להדיא בדברי הרמב"ן⁴, שכתב שאף למסקנא חלוק דין שבויין מדין בעל. והטעם שבעל לא נוטל כאריס, הוא משום שכיון שאינה יוצאה מרשותו בחייו אלא לדעתו, לאו אדעתא למשקל כאריס עבד, וכיון שאכל מחל. אבל הכא, [בקרוב שירד] ליכא למימר שמחל, וכיון שברשות ירד כ"ש שנוטל כאריס. עכ"ד. וצריך באור לדבריו שבקרוב יש סיבה מעיקר הדין שיטול כאריס, א"כ מדוע אמרה הגמ' שכל הטעם הכא שנוטל כאריס, זהו שדמי לבעל שהשביח נכסי אשתו קטנה, שבזה הסיבה שנוטל זהו רק מכח תקנתא.

ועל כרחק חזינן בדברי הרמב"ן שמה שאמרינן שנוטל כאריס מכח

ג. שם סי' י"ב, והובא בטוש"ע חו"מ סי' רפ"ה.

ד. פרק ז' מהל' נחלות.

ה. בס"י רפ"ה.

ו. בב"מ דף ל"ט עמ' א'.

תמיהה גדולה על דברי הרא"ש שכתב שקרוב שירד להשביח לא יטול לולא תקנתא.

עוד יש להעיר שבדברי רב אמי שאמר גדולה מזו אמרו, מבואר שמה שמרי השביח הדבר לעצמו, מהוה יותר סיבה שיטול כאריס. ויל"ע מדברי הרמב"ן שם שכתב גבי רטושין שיצא הבעלים לדעת, שמי שירד והשביח להם, יש לו דין יורד שלא ברשות, בתנאי שידעי מי הבעלים. אבל במקום דלא ידעי לא שקלי אלא הוצאה אפילו בעשויה ליטע, דהא לאו בתורת אריסות ירד, ולא ליטול כלום ירד. ומבואר שכשירד על ד"ע מהוה הדבר סיבה שלא יטול כלל, ולהיפך מסברת רב אמי.

[ד]

והנראה והנראה בזה דישנם שתי סיבות הגורמות ליורד מעצמו, לקבל שבח כאריס. דישנו לדין יורד, באחד שפועל להשביח נכסי חבירו. ובזה נתחדש^ט שאף שירד מדעת עצמו וללא הסכמה מהבעלים, אעפ"כ אם הוה עשויה ליטע וכלומר שצורת הדבר להשתבח, ע"י כזאת פעולה. בזה אמרינן כיון שפעולתו מוגדרת השבחת השדה, דנין להאי יורד, כפועל גמור שנשכר ע"י הבעלים, ונוטל כאריס. וכיון שהסיבה לקבל כאריס הוא שכר של פועל, ויסודו הוא תביעה

תקנתא, אין הכונה לקבלת ממון שאין לו זכות כלפיו, ומקבלו רק כדי לגרום לו להשביח נכסים. אלא ענין התקנתא להגדירו לבעל בנכסי אשתו קטנה כיורד ברשות, וכיון ששמו כירד ברשות, ראוי ליטול כאריס מעיקר הדין. ומה שלמדה הגמ' קרוב מבעל, זהו רק לענין דין ירידה ברשות, וכפי שיבואר להלן.

[ג]

בהמשך בהמשך הסוגיא שם^א, דנה הגמ' במעשה של מרי בר איסק שירד לכל נכסי אביו, והשביחן. ולא ידע שיש לו אח שראוי גם לירש וליטול בנכסים. לאח"כ נתברר מכח עדים, שיש לו אח. ובאו לדון האם יקבל גם את כל שבח חלקו בנכסים, או שמרי יקבל כאריס בשבח חלקו האח. ופסק רב חסדא שכיון ששנינו במתני^ב שכשהשביחו גדולים נכסי קטנים מה שהשביחו השביחו לאמצע. ה"ה הכא הכל לאמצע. ודחה ליה אביי התם הרי ידעי הגדולים מהקטנים, ומחלי, אך הכא מרי בר איסק לא ידע ולא מחל. שדרוה קמיה דרב אמי, ופסק כאביי שנוטל מרי בר איסק כאריס, וכלשונו, גדולה מזו אמרו שמין להם כאריס, השתא דידיה לא יהיבין ליה. וחזינן מדברי רב אמי שאף שודאי לא שייך ענין תקנתא במרי, שהרי חשב שמשביח לעצמו, ואין כל חשש שיפסיד את השדה, אעפ"כ נוטל כאריס. וזוהי

ז. דפים ל"ט, ומ'.

ח. ב"ב דף קמ"ג.

ט. בבא מציעא דף ק'.

ופשטה ספיקתה מדין בעל, שהרי גם בעל בזמן הנשואין הוה כבעלים גמור על ענין הפירות. מאידך כיון שכל זכותו מכח היותו בעל, א"כ ברור שכשנתגרשו, בטלה סיבת זכותו בדבר. וממילא אם שנינו שאחר שנתגרשו אינו אוכל פירות, מוכח שאף שבזמן העבודה היה כבעלים גמור, אעפ"כ כיון שבזמן אכילת פירות אינו כבעלים לא יאכל. ודחתה הגמ' אמנם בבעל רגיל חזינן הכא, אבל מאידך בבעל בנכסי אשתו קטנה מבואר שאוכל פירות גם אחר המיאון. ומוכח שכיון שהיה כבעלים בזמן העבודה מהוה הדבר סיבה לקבל זכות גמור גם על האכילת פירות שנוצרו מכח האי עבודה, ואף שעכשיו נתגרשו. והאמנם שזה מכח התקנה, אבל כיון שאין הגדר שתקנו שיאכל פירות במתנה כדי שלא יפסיד, אלא שמכח התקנה, הגדירו את ענין עבודתו, שנעשה כבעל זכות גמור על ענין העבודה, וכנ"ל. לכן אפשר ללמוד מזה, למקום שאף ללא התקנה, דינו בזמן העבודה, כבעלים גמור.

ועדין יש לדון, מהו הטעם שהוצרכו לתקן בבעל, שזכותו בעבודת השדה היא כבעלים גמור. האם זה דין בדיני הממונות וכלומר שלולא התקנה, אף שהיה לו זכות כמו בעלים בזמן העבודה, אעפ"כ אי"ז סיבה שיאכל פירותיה תמיד, דסו"ס אינו בעלים גמור. או לעולם די בכך שיש לו זכות כבעלים בזמן העבודה, כדי שיאכל את שבח העבודה. אבל זה בתנאי שכשעבד כונתו היתה לצורך עצמו. ועל כן בבעל שמחל, היינו שמראש כל כונתו לא היתה

מהבעלים. חיוב זה שייך רק שמשביח עבור חבירו, שבזה מתפרשת עבודתו כעבודת פועל, וראוי ליטול ממנו שכר פועל. אבל אם השביח לצורך עצמו, לעולם לא יחשב פועל, ואין שכרו כשכר פועל.

וישנה סיבה נוספת ליטול כאריס, וזה בירד ברשות. וכלומר שאמנם ירד מעצמו אבל היה לו זכות לרדת לשדה ולהשביחה כאילו השדה בודאי שלו היא. שבזה אמרינן כיון שהוה בעלים גמור על ענין העבודה והשבח. א"כ חשיב שהשבח שנוצר בשדה נוצר מכח שני שותפין. היינו הבעלים על השדה, והבעלים על העבודה. וכיון שכך זוכה המשביח בחלק מהשבח, שהרי זה תוצאת עבודתו. וכיון שסיבת זכיותו כשותף ולא כפועל, בזה אם בזמן עבודתו עשה עבור הבעלים ולא עבור עצמו, מיגרע גרע.

[ה]

וייש לברר בדין השני, היאך יוגדר משביח שבזמן עבודתו היה לו זכות להשביח כבעלים גמור, אך בזמן אכילת הפירות נתברר שעתה בטלה סיבת זכותו להשביח. האם נאמר שכיון שהוה תוצאה של עבודתו כבעלים, ממילא הוה כבעלים גם על אכילת הפירות. או שנאמר כיון שמראש היה כבעלים לזמן מסוים, על כן פירות שנוצרו באותו זמן יאכל, אך מה שנוצר אח"כ לא יאכל.

ונראה שד"ז גופא דנה הגמ' בקרוב שירד, ועכשיו חזרו הבעלים, ובטלה סיבת ירדתו, האם יטול כאריס.

להשביח לעצמו, אלא רק בתור בעל. בזה אמרינן שויתר על זכותו להשביח לעצמו, וכשהתגרש ואין לו זכות כבעל, אינו נוטל בזכות עצמו ללא תקנה.

ויש לומר, שבזה פליגי הרמב"ן והרא"ש, דהרא"ש סבר שהוה דין בדיני הממונות, וע"כ הוא סובר שגם קרוב שירד ברשות להשביח. לולא תקנה, לא יאכל פירותיה, כשחזרו הבעלים ובטלה סיבת זכיתו בדבר. וזהו שפסק שבשמעו בו שמת, שליכא סיבת לתקנתא שהרי אינו חושש שיבואו הבעלים. הדין שכשהגיעו הבעלים לא יאכל פירות. ודינו כדין בעל רגיל. אך הרמב"ן והרמ' סברי שדוקא בבעל שמראש עבד בתור בעל, ולא עבור עצמו, וכלשון הרמב"ן לאו אדעתא למישקל כאריס. בזה בעינן לתקנתא. אבל היכא שכל ירידתו, היתה לצורך עצמו, והיה לו רשות על כך. לעולם יאכל שבח עבודתו, וכבעלים גמור. ולכן בקרוב שירד ברשות, לצורך עצמו. לעולם יאכל הפירות, ואף בשמעו שמת שליכא סיבה לתקן תקנה.

[1]

ויש להוסיף ולומר שיתכן שגם הרא"ש שסבר שאף בקרוב שירד ברשות, אין די בכך שהיה לו רשות בזמן העבודה, לאכול פירות תמיד. ובעינן לתקנה. אפשר שזהו דוקא בקרוב שמראש ידע שאיכא בעלים גמור על השדה, וכל זכותו לירד ולהשביח, זהו כי תלינן שהבעלים מת.

בזה אמרינן שכבר מתחילה לא היתה עבודתו כבעלים גמור בדבר. אבל היכא דבתחלה לא ידעינן כלל שיש בעלים על השדה, וירידתו היתה כבעלים גמור, בזה יודה הרא"ש שלעולם יאכל שבח עבודתו, ואף כשיתברר שיש בעלים על השדה. ונראה שזהו טעמא דרב אמי שמרי בר איסק שירד ברשות גמור להשביח, וכלל לא ידע שיש בעלים על השדה. אמרינן שזוכה הוא בשבח עבודתו, אף כשנתברר שיש לו עוד אח. וזהו ענין הק"ו שאומר רב אמי, וכלומר כיון שבבעל ובקרוב מצינו תקנה לענין השבח, והגדר הוא שמכח התקנה חשיב הוא כבעלים גמור על העבודה, ועל כן לעולם יטול בשבח. ממילא כ"ש היכא שמראש לא ידע שיש לו אח, וירידתו היתה ברשות גמור. ודאי שהוה כבעלים גמור על העבודה, ויאכל לעולם בשבח פירותיה. ובזה מיושבת תמיהת האחרונים היאך פסקי הרא"ש והשו"ע, שגדול שהשביח לאחיו, ולא ידע ליה. נוטל כאריס, ואף שליכא סיבה לתקן תקנה. ומאידך בקרוב שירד, סברי הרא"ש והרמ"א שלולא תקנתא אינו נוטל כאריס. דכשנ"ת שאני קרוב שלא ירד בודאי לצורך עצמו, וע"כ בעינן לתקנה, וכמו בעל. ובפשטות זה גופא כונת הסמ"ע בישוב האי סתירה וכלשונו שאני קרוב שידע שאולי יבוא אחיו או מורישו.

[2]

הגמ' הסיקה שאף לפי רב אמי שמרי בר איסק ראוי ליטול כיון שירד

עבד עבור עצמו, אלא כל עבודתו בתור בעל, וזה הטעם שאינו נוטל כאריס מדין יורד ברשות וכנ"ל. לכן הקשה הר"ן אי הכי שלא חשיב שעובד עבור עצמו, א"כ נימא שיחשב כפועל שמשביח נכסי אשתו, ולא יגרע מיוורד שלא ברשות שבשדה עשויה ליטע נוטל כאריס כי חשיב כפועל. ותירץ שאה"נ והוה כפועל עבור האשה, אבל לגבה אי"ז כעשויה ליטע כיון שבפועל אינה אוכלת את הפירות.

[ה]

ובזה מדוקדקים מאוד סוף דבריו שם, שכתב שבאשתו קטנה היה אפ"ל שגדר התקנה שבעשויה ליטע יטול שבת, ובאינה עשויה ליטע לא יטול שבת. אבל כתבו למעלה שהוה כיוורד ברשות. ולמתבאר כונתו שיש לדון, האם באשתו קטנה עדין חשיב כאינו עובד עבור עצמו, והוה בכלל דינא דיוורד בעלמא. רק תקנו שאף שהבעל אוכל את הפירות, אעפ"כ דנין שדה זו כעשויה ליטע. או שגדר התקנה שהוה כיוורד ברשות, כלומר שעובד עבור עצמו, ובכה"ג סיבת זכיתו אינו כפועל, אלא כי הוא בעלים על העבודה. ואין נפק"מ אם עשויה ליטע או לאו. והסיק שסיבת זכיתו כיוורד ברשות, ונוטל תמיד²⁷.

ברשות ולא ידע ליה לאחיו, אעפ"כ אם אחיו קטן הוא, בזה לעולם לא יטול והוה כירד שלא ברשות. ויש לתמוה מה בכך שהוה כיוורד שלא ברשות, הרי עסקינן בשדה העשויה ליטע, ובכה"ג אף בשלא ברשות נוטל כאריס. אך הבאור כמו שכתב הרמב"ן הנ"ל, שדין יורד שלא ברשות זהו היכא דידע המשביח מיהו הבעלים והשביח עבורו. אבל היכא דלא ידעי, אינו נוטל שבת דהא לאו בתורת אריסות ירד. וכך מבואר בריב"ש²⁸. והבאור בזה עפמשנ"ת, והיינו כיון שסיבת החיוב כיוורד שלא ברשות זהו מדין פועל, ע"כ זה שייך היכא שעבד עבור הבעלים ושייך להחשיבו כפועל, משא"כ כשירד עבור עצמו.

הר"ן י"ב הקשה גבי בעל האי קושיא, וכלומר אמאי אמרינן שאינו נוטל שבת, הרי בפשטות הוה עשויה ליטע ויטול ככל יורד. ותירץ כיון שהבעל אוכל את הפירות, לא חשיב לגבי האשה כעשויה ליטע. ולכאור' מעצם קושיתו נראה שפליג על הרמב"ן והריב"ש הנ"ל, דלפי דבריהם קושיא מעיקרא ליתא. אך באמת ליכא כל פלוג' ביניהו, ואדרבה כל קושיתו היא בגלל שסבר כהרמב"ן בגדר בעל. והיינו כיון שבעל כבר בתחלה לא

יא. תשו' תקט"ו.

יב. כתובות דף ל"ח מדפי הרי"ף, והובאו דבריו בבית שמואל באהע"ז סי' פ"ח.

יג. ועיין בקרבן נתנאל סי' ט' סק"ח, שסבר שהרא"ש שלא גרס כיוורד ברשות, כונתו לפלוגי ארי"ף והר"ן הנ"ל, וכלומר שבשדה שמצד עצמה אינה עשויה ליטע לא יטול כאריס. ולמתבאר, שייטתו שנוטל ככל יורד שלא ברשות. ורק כשהשדה עשויה ליטע, תקנו שיקבל כאריס, ואף שבאמת כלפי האשה שאינה מקבלת פירות, אי"ז עשויה ליטע. אך זה קשה מאוד דלדבריו הדרא קושיא,

[ט]

עלה בידינו משביח נכסי חבירו שלא מדעתו, ישנם שתי סיבות לומר שיטול כאריס. דבמקום שבעל הקרקע ראוי לקבל את שבח העבודה, ככה"ג הסיבה שיקבל המשביח כאריס, זהו אם נחשיבו ליורד המשביח, כפועל שנשכר עבור הבעלים. ולזה בעינין שיהא עשויה ליטע. וכמו"כ בעינין שהמשביח באמת נתכוין להשביח עבור הבעלים, וכלומר דידע מיהו הבעלים, ונתכוין להשביח עבורם.

אך ישנה סיבה נוספת לקבל כאריס, והיא במקום שיש למשביח זכות גמור על ענין העבודה, כה"ג מקבל הוא את שבח העבודה ככל בעלים שנוטל שבח נכסיו. וזכות זו קיימת לכ"ע [הרמב"ן הרמ"ו והרא"ש]. ולהלכתא דפסקינן כרב אמי, אמרינן שהיכא שבזמן העבודה זכותו היתה כבעלים גמור, ולא רק מכח ספיקא. כה"ג זכות זו קיימת אף במקום שבזמן אכילת הפירות, פקעה זכות המשביח. והטעם דכיון שהשבח נוצר גם מכח השדה, וגם מכח העבודה, תשיבי הבעלים על השדה, והבעלים על זכות העבודה כשותפין, ולכך נוטל כאריס. וזהו דינא דיורד ברשות.

[י]

עפמשנ"ת, בנידון דידן שבזמן שהחתן השביח את הדירה, היה לו זכות גמורה לעשות האי שבת, ועשה הדבר לדעת עצמו, ולא כנכסי מלוג. שהרי זו היתה התחייבות ראובן להעמיד לבעלותו האי דירה. ממילא אף שפסקו שכשהתגרשו נפקע האי חיוב, אי"ז מבטל את זכותו שהיתה בזמן הנשואין להיות בעלים גמור על שבח הדירה. וכיון שהיה לו רשות להתנהג כבעלים לענין העבודה וההשבתה. ראוי הוא לקבל בהאי שבח כאריס. וכדין יורד ברשות. ויש להוסיף שכיון שזוהי סיבת זכותו, אי"ז תלוי אם הוה עשויה ליטע או לאו, וכשנ"ת בדברי הר"ן גבי משביח נכסי אשתו קטנה.

[יא]

יש להאיר שאף שמסקינן שדינו כיוורד ברשות, ושמין כאריס. אעפ"כ כתב הנמוק"י¹⁷ שכל כה"ג, אי"ז כעשויה ליטע גמור, ואין ידו על העליונה במקום שההוצאה יתירה על השבת. וכך פסקו הרמ"א הסמ"ע והגאון¹⁸. אך הבית שמואל¹⁹ פליג וכתב שמסתימת הפוסקים משמע דלא כך ולעולם ידו על העליונה, ויטול כל ההוצאה.

אי הכי שכל זכותו באשתו קטנה היא כיוורד שלא ברשות, ומה שנוטל כאריס הוה רק תקנה שלא יפסיד. היאך ילפינן למרי בר איסק, שלא שייך ביה ענין התקנה בגדרי יורד שלא ברשות, דהרי הוא עביד לעצמו, וכנ"ל באריכות. עכ"פ להלכתא הרמ"ו והמחבר שכתבו שדינו של בעל כיוורד ברשות, מבואר שסברי שזהו גדר התקנה, ויטול תמיד ואף באינה עשויה ליטע, וכמסקנת הר"ן.

יד. בפרק חזקת הבתים דף כ"ג מדפי הר"ף.

טז. חו"מ סי' קע"ח.

טז. אהע"ז סי' פ"ח סק"כ.

עוד יש להביא דברי הבית יעקב^י, שכשמקבל כאריס הגדר הוא נוטל את כל הוצאת הממון, ומה שהשביח יותר מההוצאה נוטל כאריס. אבל אינו נוטל שכר טרחה.

[כ]

אדם שהשביח נכסי חברו לצורך עצמו שלא ברשות, מבואר ברמב"ן הנ"ל שאף שודאי לא יטול בשבח. עדין נוטל את ההוצאה. וכלשונו גבי רטושין, אבל בדלא ידעי, [ועל כן השביח לצורך עצמו]. לא שקלי אלא הוצאה אפילו בשדה העשויה ליטע. והיינו שכיון שלא עשה עבור חברו, אין שמו כפועל, ולא יקבל שכר פועל. אבל כיון שלמעשה נהנה הבעלים משבח שנוצר ע"י הוצאת ממון, ודאי צריך לשלם על כך. וכן כתב במלחמות, ופליג שם על בעה"מ שסבר שלפעמים קנסינן ליה, ואף הוצאה אינו נוטל.

אך בלוקח שקנה מהגזלן, והוצרך להחזיר את הדבר לנגזל. בזה פליגי הקצות^י, והנתיבות^ט, האם נוטל הוצאה, כלומר האם נוטל מהנגזל את הדמים שהוצרך לשלם לגזלן. דהקצות סבר שאם לולא הוצאת הני דמים לא היו מוציאים מהגזלן את השדה, יצטרך הבעלים לשלם לו הני

דמים, שהרי ההנהו בכך. והנתיבות סבר שרק במקום שאיכא לתקנת השוק, אבל בלא זה לא יצטרך להחזיר לו הני דמים. וחזק דבריו מדברי הש"ך^כ, שכתב שנהנה יש רק אם גופו נהנה ע"י אחר, או שממונו עשה בעצמו מעשה. אבל בלאו הכי כל החיוב הוא מדין יורד שלא ברשות, וזהו כשנתכוין להשביח לבעלים. ונראה כונת דבריו, שכיון שנתבאר שבמקום שהשביח עבור עצמו אין המחייב מדין פועל, אלא רק בגלל שלמעשה נהנה השתא המקבל מהממון שהוציא המשביח, סבר הנתיבות שזה שייך רק אם אוכל פירות שנהיו מכח הוצאת האי ממון. אבל גבי גנב שהוצאת הממון היתה רק לסלק הגנב, ולא ליצור שבח, לא שייך האי חיוב, שהרי אינו אוכל ממון חברו. ולמד הנתיבות ד"ז מהש"ך, שמכך שאמר הש"ך שכשלא עשה פעולה עבור חברו, כה"ג היכולת לחייב, זה רק אם גופו נהנה שישנה לקיחה ע"י גופו. או שממונו יעשה מעשה ממש. מוכח שלמד הש"ך שכשא"א לחייבו מדין פועל, אלא מדין נהנה. בעינן שיחשב שלקח לעצמו הנאה מחברו. ואם כך ברור שאם למעשה השתא אינו נהנה מממון חברו, ליכא חיוב ממון. ואף שחברו גרם לכך שיוכל להנות משדהו.

יז. אהע"ז סי' פ"ח ס"י.

יח. חו"מ שנ"ו סק"ג.

יט. חו"מ רל"ו סק"ז.

כ. חו"מ שצ"א סק"ב.

חידוש בהגדרת פועל וקבלן

קוצב לו שכר לפי הימים או השבועות או החדשים דאיקלעי המלאכה חשוב קבלנות, כמו קמה לקצור דימי הקציר נמי ידועים הם". עכ"ל.

ג. ולענ"ד נראה דגם התרוה"ד אינו חולק על יסוד ההגמ"י דבכל אופן שאינו יכול להבטל מן המלאכה ולהשלים אח"כ, יש לו דין פועל. אלא שישנו שלב ממוצע, שמצד אחד אינו חייב לעבוד בכל יום, ומצד שני מחוייב לימי הקציר ולכן מוכרח במשך כמה שבועות לסיים את מלאכתו, ובמצב בינים כזה, תלוי הדבר בצורת קציצת השכראם הוא לפי זמן (ימים או שעות) או לפי מלאכה.

דהיינו דין הא דפועל יכול לחזור בו היינו כיון דמשועבד לבעה"ב והי כעבד ושייך עבדי הם ולא עבדים לעבדים. משא"כ כששכרו לעשות עמו בבציר כיון דיכול לעשותו במהירות אינו נחשב עבדי הם.

ויש עוד סברא בזה דכל שנותן שכרו לפי זמן הוי דומה לעבד והקפידה תורה משא"כ ששכרו למלאכה אחת, אינו דומה לעבד ולא הקפידה תורה על זה.

ויש לחדד, דהנה כדי שיהיה דין פועל שיכול לחזור בו מדין עבדי הם, צריך שיהיה דומה לעבד, שמחוייב לעשות מלאכה בשעה זו ואינו יכול

בהלכות שכירות פועלים יש חילוק לגבי דינים רבים, בין פועל - שכיר יום, לבין קבלן. בפוסקים מובא מחלוקת לגבי אופן הגדרת החילוק שבין פועל וקבלן, שלכאורה ישנם שני אופנים כיצד לקבוע על כל שכירות אם נחשב שכירות פועלים או קבלנות.

א. כתב הרמ"א (ח"מ סימן שלג ס"ה) שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל. אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן.

ומקורו מתשובת ר"י הזקן (שו"ת מהר"ם ד"פ סי תעז, ד"ק סי' עא, הגמ"י פ"ט מהל' שכירות אות ה), "מלמד דין פועל יש לו כיון ששכרוהו לזמן קצוב ואין רשאי להתבטל כשירצה, דומיא דשכיר יום או שכיר חדש. אבל אם שכרוהו ללמוד כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ללמוד בו ויכול להתבטל כשירצה אז ודאי חשוב כקבלן".

ב. בש"ך (שם סק"כ) כתב בשם תרומת הדשן דכשקוצב שכר לפועל לפי הימים או שבועות או חדשים, הוי פועל ולא קבלן.

והנה בתרוה"ד (ח"א סי' שכט), בתוך דבריו כ' וז"ל, "ונראה דנ"ד קבלנות היא, ואף על גב דימי הבציר קצבתו ידוע ואינו משועבד רק זמן הזה, מ"מ הואיל ואינו

ובזה מיושבת הסתירה שבדברי הש"ך בסי' שלג, שבס"ק כ, מביא את דברי התרוה"ד, ומשמע שמסכים עמו. ובס"ק כ"ו מביא את דברי תשובת ר"י להלכה. ועל כרחק דלא פליגי.

להשתמט מכך ולהשלים בשעה אחרת. ואם יכולל להשתמט אלא שמחוייב עכ"פ בתקופה זו לסיים את עבודתו, שדומה מעט לעבד, אם יש לו דמיון לעבד גם מצד השכר, נחשב פועל ויכול לחזור בו.



בענין פיצויי פיטורין ע"פ ההלכה

שאלה:

עובד שעבד שנים רבות בעסק מסויים, והעסק עבר בעלות. המנהל החדש פיטר עובדים רבים, וטוען שהחוב לשלם פיצויי פיטורין הינו על המעסיק הקודם.

שמוכן מאליו שיסוד חוק פיצויי פיטורין יוצא מנקודת הנחה, שאם הוצרכו לפטר עובד הרי זה באשמת המעסיק המבקש לחסוך בעלויות וכדו', ללא קשר לטיב עבודתו של העובד, שהרי אם לא כן מצינו חוטא נשכר, ועובד שהוצרכו לפטרו באשמתו ירוויח.

ג. **מנהג** פיצויי הפיטורין אינו דומה כלל לדין הענקה המבואר בתורה ובגמ' קידושין (טז, א ואילך), לגבי עבד עברי היוצא בסוף שש, מכמה טעמים וחילוקים. א' הא דעבד עברי יוצא בסוף שש היה ידוע מתחילה ועל דעת זאת נמכר או מכרוהו ב"ד, ואינו דומה לפיטורין. ב' לגבי ע"ע אין התקנה כדי

א. **יש** להקדים שנושא הפיצויים לא הגיע מצד החוק שמחייב את המעסיקים, אלא להיפך, תחרות בין מעסיקים שבקשו למשוך לשורותיהם עובדים ע"י תנאי עבודה נוחים, גרמה למצב שהמעסיקים כולם החלו להבטיח פיצויי פיטורים כחלק מתנאי השכר עד שהפך הדבר למנהג קבוע ונזקקו לקבוע את גדריו בחוק, כמו שכום חודש לשנה ועוד.

ב. **ברור** ופשוט שההגדרה של פיצויי פיטורים הינה כעין בטוחה לעובד שיידע נאמנה שהמעסיק לא יפטר אותו סתם כך ללא עילה מוצדקת. כעין תקנת כתובה כדי שלא תהא בעיניו להוציאה (יבמות פט, א). ויש להדגיש,

כך פיצויי הפיטורין שהינם כאמור מעין ביטוח שהינו חלק מן המשכורת, חל חוב ושעובד על נכסי החברה. ולכן אף שלבעלים החדשים אין כלום עם העובד הוותיק שפוטר מיד עם החלפת הבעלות. עדיין חייב המנהל החדש לשלם פיצוי פיטורין לעובד. שהרי העסק שרכש משמש גם כ'חברת ביטוח', לביטוח משכורת העובדים.

ו. ואין לדחות ולומר שמכיון שהחוב הוא רק בתנאי שיפוטר, נמצא שעדיין לא חל החוב, וא"כ אין החוב על החברה אלא על המעסיק הראשון שהתחייב לכך. שהרי גם כתובה אינה אלא חוב בתנאי ואעפ"כ חל חיוב על נכסי הבעל. ועוד שהרי גם חוב בתנאי הינו חוב להחיל שעבוד על הנכסים.

ז. ואף אם בנוסח החוזה היה כתוב שההתקשרות הינה בין המעסיק לעובד ולא בין ההחברה בע"מ לעובד. מכל מקום הרי החוב על המשכורת חל על החברה וגם החוב על הפיצויים.

ח. אף אם ישנה התייחסות לדבר מצד החוק, יש לדון הרבה אם יש לחוק אפשרות לקבוע בדברים שאינם מצויים כ"כ. שהרי אין אנו דנים לפי החוק אלא מצד 'מנהג המדינה' ומשכך, הרי קבע הרמ"א (סי' שלא סעי' א), לא שייך מנהג אלא בדבר המצוי ורגיל תדיר. ולא בדברים שאינם מצויים. ולכן אף אם החוק מתייחס לכל פרט שאינו מצוי. י"ל שאין אנו הולכים אחריו.

שלא יוציאנו רבו לחירות, שהרי אין רצון התורה שישאר אצלו, ודין הענקה אינו 'קנס' לאדון על שמפטר עובד. ג' דין הענקה לרוב הראשונים אינו נוהג אלא במכרוהו ב"ד ולא במוכר עצמו. ועוד חילוקים ברורים ופשוטים.

ודברים אלו פשוטים וברורים, ואין ענין לדון כאן במח' המשל"מ (עבדים פ"ג הט"ו), עם הסמ"ע והש"ך (סי' פו סק"ב), אי דין הענקה הוי בגדר חוב או בתורת צדקה.

ד. לפי החוק יש מעין 'חיוב' על המעסיק להפריש מידי חודש או מידי שנה את דמי הפיצויים, כדי שיהיו מוכנים בידו בבא היום. אך בפועל בד"כ אינו כך. ומ"מ יתכן ופרט זה מגלה לנו מה היא הגדרתו של חיוב פיצויי פיטורים בכללותו. כמו שיש ביטוח על כל חפץ או דירה וכדו' שמשלם כל חודש סכום מסויים לחברת ביטוח כדי לקבל החזר בעת שריפה או נזק וכדו'. כך הגדרתו של פיצוי פיטורין הוא כעין ביטוח עבודה, ונחשב מצד אחד חלק מן המשכורת, שהרי מלבד המשכורת הקבועה משלם המעסיק גם כסף ל'ביטוח פיטורין'. ומצד שני, הרי אין כאן חברת ביטוח חיצונית, והמעסיק עצמו נותן את הביטוח. כך שחוב רובץ על המעסיק עצמו.

ה. ולכן, עובד שעבד בעסק מסויים, ולאחר כמה שנים עבר העסק לבעלות חדשה, מסתבר שהחוב על פיצויי הפיטורין חל על נכסי החברה. שהרי כשם שהמשכורת הינה חוב על נכסי החברה

לא היה השטר ממון הפועל. עי' נתה"מ סי' קצא.

ויש לציין לשו"ת מגח"י (ח"ו סי' קסו), דאע"ג דכל ספק במנהג אוקמי אדין תורה, מ"מ י"ל דבספק מציאות אינו כן, ועדיין י"ל דכיון דספק הוא א"א להוציא ממון.

פ. ויש לחדד כאן כמה פרטים, א. חוזה עבודה שחתמו עליו שני הצדדים, יש לו תוקף גמור של שטר לגבי שעבוד נכסים. ב. חברה בע"מ היא שעבוד נכסים גמור, ולא נחלקו הפוסקים אלא אם יש בנוסף לכך גם שעבוד הגוף. ג. חלות קנין שטר הוא אפילו



עסקת חבילה בחנות רהיטים

שאלה

הזמין עסקת חבילה בחנות רהיטים, והתקשרו לומר שלגבי אחד מהרהיטים שהזמין, לא תהיה הספקה בשנה הקרובה. הלקוח רוצה לבטל את כל החבילה, המוכר טוען שכבר ביצע את שאר ההזמנות, ואם יבטל יצטרך לשלם דמי ביטול.

הלא גם כאן י"ל סברא זו שלא קנה כלום, כיון שלא רצה אלא המקח כולו כמות שהוא.

וביאר הנתה"מ, דבסי' קפב לא ידע הלוקח שיחול המקח במקצתו, והיה סבור שיחול המקח כולו, משא"כ בסי' רג וסי' קצב, שהיה ללוקח לידע שכיון שלא נתן דמי כולו או שלא משך כנגד כולו לא יחול כל המקח. וכתב הנתה"מ שכע"ז נמצא במשנה למלך (פי"ב מזכיה ומתנה הי"ג).

וכתב עוד דהיינו דוקא במדה מסויימת של מין אחד, אבל בשני מינים ודאי אין האחד תלוי בחבירו כלל. וכמו קני את וחמור, דבסי' רי (סעי' ג), קי"ל דקנה מחצה. וכן בסי' רט (סעי' ד), דמכר

תשובה. לכאור' יש קצת סתירה בדין זה בכמה מקומות בשו"ע ונבוא בעז"ה לבירור הדבר. א. בנתה"מ (סי' קפב סק"ח), האריך בזה, דהנה בשו"ע שם בסי' קפב מבואר דאם המשלח אמר למכור סאה והשליח מכר סאתים, לא חל המקח אלא על סאה אחת, ויכול הלוקח לבטל המקח כולו. והקשה הנתה"מ מסי' רג (סעי' ב), דאם מכר פרה וטלה נגד חטים, ומשך רק את הפרה, לא קנה חטיטין אלא כנגד הפרה. וקשה לפי המבואר כאן יהיה רשות בידו לחזור בו מן המקח כולו.

והביא עוד דבסי' קצב מבואר דאם מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, אם לא נתן דמי כולם לא קנה אלא כנגד מעותיו, וקשה למה קנה כנגד מעותיו

דבר שלא בא לעולם עם דברשכבר בא לעול, קנה מה שבא לעולם.

ב. בגמ' ב"ב (ט, ב), מבוואר שאם מכו לחבירו "ארעא ודיקלי", מחוייב לתת לו שני דקלים מלבד הקרקע, ואם אין לו דקלים חייב לקנות וליתן ללוקח. כן הוא לפי פי' הרשב"ם (שם) והרא"ש (סי' יב), והרי"ף ביאר, שאינו חייב לקנות, אלא אם רוצה שיתקיים המקח ושלא יחזור הלוקח מהמקח, יקנה לו המוכר ב' דקלים, והלוקח אינו יכול לעכב, וכן פסק הרמב"ם (פכ"ד מהל' מכירה הי"ג). אבל הרשב"א הקשה עליהם, שמכירת השדה והדקלים הם שתי מכירות שונות, ואף אם אין לו דקלים, מכו השדה קיים. אמנם במחנה אפרים (הל' מכירה סי' א) ביאר דלוקח יכול לטעון שאת עיקר הדמים נתן עבור

הדקלים, וכיון שאי אפשר לעמוד על דעתו, אפשר שהמקח בטל. ועי' סי' רטז סעי' ה ע"ש.

ג. לענין עסקת חבילת רהיטים, יש אומדנא דמוכח שכוונת לוקח על מקח שלם מכמה סיבות, א' בד"כ מבצעים הזמנה של רהיטים בעלי עיצוב או סגנון עיצוב דומה, או משתלב. ב' בד"כ יש הנחה ניכרת על הזמנה של חבילת ריהוט ונמצא שיש נזק ללוקח אם יבצע רכישה חלקית

למעשה, הלוקח יכול לטעון שאינו מוכן לקיים את הרכישה בחלקה, והיה על המוכר לוודא לפני שמאשר את ההזמנה, שאין מחסור במלאי. ובעל חנות הריהיטים יספוג את הנזקשל דמי הביטול.



ביטול שכירות צימר במירון מחמת האסון

שאלה: שכר צימר בישוב מירון לשב"ק ל"ד בעומר התשפ"א, וכיון שהושבתה השמחה עקב האסון (שהתרחש בליל ו' עש"ק), אינו רוצה לבא לצימר, ודורש את כספו בחזרה. וטענתו, דכל מה שרצה לשלם סכום גדול כ"כ עבור השבת במירון כיון שיש שם שמחה עצומה יותר מכל השנה. אבל עתה שהושבתה השמחה, המחיר הוא נמוך בהרבה ממה ששולם.

שישמח בדירה כמות שהיא. וכיו"ב כ' בשו"ת חינוך בית יאודה (סי' ק), דגם במלחמה אם יכול לדור בדירה ע"י שומר, אינו יכול לטעון דהוי מכת מדינה, ודימה ד"ז ליבש הנהר הקטן.

אמנם כד דייק פורתא, אינו דומה לנ"ד כלל, דהנדון בגמ' הוא על הטירחא שיש בהשקיית השדה, ולעולם אין ההשקיה מטרה ורק אמצעי, אבל כאן הנדון על מטרת בואו למירון, וכאן המטרה לכשעצמה אינה כמו שהיתה בתחילה, שהרי אירע האסון ואינו יכול לשמוח כמו שחשב בתחילה. ולפיכך יתכן לדון כאן דהוי מכת מדינה.

אמנם מצאנו ברמ"א (סי' שלד ס"א) שכ' וז"ל: אם ברחו מחמת שינוי אור, הוי כשאר אונס והוי פסידא דפועל. ונתקשו האחרונים מדוע אינו בגדר מכת מדינה, ובמכת מדינה ההפסד על המשכיר.

תשובה: מבואר במשנה בפ' המקבל (ק"ג): דאם ירד לשדה לחכירו, ואחרי שירד לשדה יבש המעיין, ההפסד על האריס או החוכר היורד לשדה. ונתבאר בגמ' טעם הדבר, דאם יבש הנהר הגדול, ההפסד על בעל הבית כיון שזה מכת מדינה. וכאן הנדון שיבש הנהר הקטן, ויכול בעל השדה לומר לחוכר, אמנם קיבלת את השדה כשיש בה נהר קטן ובכך קל לך להשקות, אבל גם עכשיו אתה יכול לעשות כן ע"י שתדלה מהנהר הגדול. ואף שיש בזה טורח רב. וביארו התוס', דכל זה נכון אפי' אם יבשו כל הנהרות והיה כאן מכת מדינה, מ"מ כיון שסוף סוף יכול להשקות את השדה, ההפסד על הלוקח.

ולכאן י"ל דה"ה בנ"ד, דאף שעיקר מטרתו לבא למירון הוא בשביל השמחה הגדולה שיש בל"ג בעומר, מ"מ כיון שאין אבילות בשבת, ומוטל עליו לשמוח בשבת, יכול השוכר לומר לו,

על הפועל. ולכן במגיפה שגם הפועל ברח ואינו מוכן לעשות מלאכתו בכה"ג ההפסד גם על הפועל. וכיסוד זה כ' גם בשו"ת זקן אהרן ח"ב (סי' קמג). ולדבריו א"ש ביאור דברי הרמ"א, דרק בנדון שינוי האויר שהמלמד ברח ג"כ, ההפסד עליו, ושאיני מכל מכת מדינה.

וביאור נוסף כ' הש"ך (סי' קג), דדברי הרמ"א המה רק באופן שהמיעוט ברחו, אבל במקום שהרוב ברחו הוי מכת מדינה. ולפ"ז, מש"כ הרמ"א בתחילת הסעיף לדון מדיני מכת מדינה, אינו שייך לדין שינוי האויר, דבדין זה מדובר שרק המיעוט ברחו, ולכן אינו מכת מדינה.

ונראה שהעיקר בדעת הרמ"א זה כדברי הש"ך. דהנה מקור ד' הרמ"א המה מד' המהרי"ל (סי' מא) והמהר"ם פדואה (סי' פז). והמעייין במהרי"ל, יראה שבכל תשובתו לא מזכיר כלל ענין מכת מדינה, ודימה ענין זה לאונס בסתמא. ויותר מפורש כן בתשו' המהר"ם פדואה, שאין נדון זה שייך כלל למכת מדינה, וכמ"ש שם וז"ל: ולא שמיע לי, כלומר לא סבירא לי לכנות נדון דידן מכת מדינה, וכי כל הדריים בויניזיה ברחו ונתבטלו מלימודם, הלא מיעוטא דמיעוטא ברחו, וכו', ובנ"ד המכה אינה כוללת. ויתר על כן יש להעיר, כי גם במהרי"ל וגם במהר"ם פדואה לא נזכר כלל ענין שינוי האויר, ורק הב"י בסו"ס שלד הבין שזה הכוונה במהרי"ל, ונמשך אחריו רמ"א, וכן הבין בתשובותיו. ובמהר"ם פדואה

והנה דין זה שהביא הרמ"א, הוא בסוף סעיף א', ובתחילת הסעיף, אחרי שביאר הרמ"א דבכל אונס בסתמא הוי פסידא דפועל, כ' דין נוסף וז"ל: ואם הוי מכת מדינה עי' לעיל סי' שכא. ועי' בסמ"ע (סי' ב') שפירש ד' הרמ"א, דר"ל דמ"מ בכמת מדינה הפסידא על בעה"ב ולא הוי פסידא דפועל, דיד פועל על העליונה. וכן הבין הגר"א (שכא ס"ז). והט"ז (סי' שכא, וסי' שלד).

אבל הנתיבות (סי' שכא סק"א) מפרש, דהרמ"א סובר דבמכת מדינה יד הפועל על התחתונה, ואין כונת הרמ"א דבמכת מדינה ההפסד על בעה"ב. וכפשטות ד' הרמ"א בסוף הסעיף שכ' אם ברחו מחמת שינוי אויר, הוי כשאר אונס והוי פסידא דפועל. והנתיבות הכריח כן מסברא, דאם בסתם אונס הוי פסידא דפועל, כ"ש באונס דמכת מדינה, שבעה"ב לא פשע כלל, דהוי פסידא דפועל.

אמנם לשיטת הסמ"ע והגר"א עלינו להבין מש"כ הרמ"א בסוף הסעיף דבשינוי אויר הוי פסידא דפועל. וצ"ע, דהא הוי מכת מדינה, ולהרמ"א במכת מדינה הוי פסידא דבעה"ב.

ועי' בערוך השלחן (סעיף י'), שכ' לבאר באופן מחדש ד' הרמ"א, דמכת מדינה זה רק במקום שהפועל מוכן לקיים את מלאכתו ורק מחמת המכה אינו יכול לקיים, וכגון אכלה חגב, משא"כ במקום שגם הפועל אינו יכול לקיים מלאכתו אין כאן דיני מכת מדינה, וההפסד הוא גם

את הגזירה על האנשים ולא על הבתים. ע"כ.

ויתכן לדד' המחנ"א יש לדון בנ"ד שעל המשכיר להתחשב בשכירות. דיש לומר דכיון שמחירי השכירות המה גבוהים בימים אלו רק מחמת השמחה העצומה שיש במירון, וכיון שהושבתה השמחה באופן כליל, שוב הגזירה היא גם על הבתים, שהרי כל מחירי השכירות המה נגזרים ישירות מהשמחה העצומה והא בהא תליא. מיהו אין זה מוכרח. דאפשר דהמחירים גבוהים גם מחמת קדושת המקום. ומנהג ישראל לפקוד את קברות הצדיקים ביום היא"צ, ולהרבה שיטות יום זה הוא יום היא"צ, ויתכן שאף לולי השמחה, היו הרבה קופצים מחמת עיצומו של היום.

ביאור נוסף מצאנו בדעת המהר"ם מטיקטין, כ' בערוך השלחן (סעיף יב), לשיטתו לעיל, דמכת מדינה זה רק במקום שהפועל מוכן לקיים את מלאכתו ורק מחמת המכה אינו יכול לקיים, וכגון אכלה חגב, משא"כ במקום שגם הפועל אינו יכול לקיים מלאכתו אין כאן דיני מכת מדינה, וההפסד הוא גם על הפועל. ולכן במגיפה שגם הפועל ברח ואינו מוכן לעשות מלאכתו בכה"ג ההפסד גם עליו. ולפי דבריו בנ"ד אינו מכת מדינה כיון שכאן הפועל - הוא בעל הצימר - מוכן לקיים מלאכתו, ורק השוכר רוצה לברות.

וכשנבא לדון בנ"ד, הנה לדד' המחנ"א בדעת המהר"ם טיקטין, יתכן שהשוכר חייב לשלם כיון שאין המכה

נזכר ענין 'נגף'. וכנראה שלא היה זה מגיפה ממש. ונמצא, דמש"כ הש"ך דהכא אינו מכת מדינה משום שהמיעוט ברחו, כן הוא לפי האמת במקור דברי הרמ"א.

וייש להביא ראיה נוספת להבנת הש"ך מד' הרמ"א גופיה בשו"ת (סי' נ) שדיבר מזה ולא הבין שזה מכ"מ ורק אונס גדול. וכן הבין בשו"ת חינוך בית יהודה (סי' ק') שכ' דהגם דמלחמה זה מכת מדינה שהרי כולם הוצרכו לברוח, אבל שינוי האויר שדיבר ממנו הרמ"א אינו מכת מדינה, דלא נשמע מעולם כל המדינה בורחים שלא נשאר קצתם. ובשינוי האויר אין הכרח לברוח, וגם אמרו בשעת הדבר כנס רגלך. עכ"ד. וכדברים האלה כ' הט"ז (סו"ס שכא) דד' הרמ"א בענין שינוי האויר אינו מכת מדינה.

והנה הביא הש"ך שם ד' מהר"ם מטיקטין (דבריו במלואם אינם במהדורות הש"ס האחרונות, ונדפסו במאסף מוריה (כרך שלב, ג עמ' כה). ע"ש), שכ' דמי שהשכיר בית לחבירו, ונכנס בו ואח"כ נתהוה שינוי האויר ודבר ב"מ, והוכרחו לברוח, ופסק שצריך השוכר לשלם לו. וסיים הש"ך ודבריו צ"ע לדינא. וכוונתו, דלכא' הנדון בדבר ומגיפה דהוי מכת מדינה, ומדוע על השוכר לשלם.

ובביאור ד' מהר"ם טיקטין מצאנו כמה דרכים. במחנה אפרים (שכירות סי' ד) כ', דכיון שהבית קיים, ולא אירע האונס בגוף הבית, יכול לומר לו לשוכר הא ביתא קמך. ובדבר ומגיפה יש לראות

בגוף הבית ורק דבר חיצוני. וכן להערוך השולחן בנ"ד אין לדון מדיני מכת מדינה כיון שהבעה"ב מוכן להעמיד לו את הבית.

ומ"מ גם בדעת המחנ"א אין זה מוכרע, כיון שיתכן שבמצב זה הרי זה כמכה בגוף הבית כיון שמחיר השכירות ירד כמו בשאר ימות השנה. ואף שאנשי מירון ממשיכים לגור כאן כרגיל, כיון שגוף ביתם לא נפגע, מ"מ הרי ענף התירות כולו נפגע במכת מדינה, ומחיר הדירות ירד פלאים. וכבר נתבאר בד' המהר"ם פדואה (סי' לט) שגם במקום שענף מסחרי מסוים נפגע הרי זה בדין מכת מדינה, וה"ה בנ"ד.

אמנם בד' הש"ך נתבאר, דאף אם אין המכה בגוף המושכר, ורק דבר חיצוני כמו מגיפה, הרי זה בכלל מכת מדינה. ולכאוי"ה בנ"ד דאין המכה בגוף המושכר. אכן יש לומר, דגם להש"ך שאני מגיפה, דאף שאין זה בגוף הבית ממש, מ"מ עדיין זה בגוף המושכר כיון שא"א לגור בדירה הזאת מחמת המגיפה, והרי זה כמכה בגוף הבית. ואין לנו ראייה ברורה בדעת הש"ך לפרט זה.

ומשום כך נראה, דאם השוכר שילם אין מוציאין מידו, כיון שיכול לטעון קים לי כהערוה"ש. וגם יש לו סיוע מד' המחנ"א. ומאידך אם השוכר עדיין לא שילם מחיר מלא, יכול לשלם מחיר כשאר ימות השנה, וא"א לכופו לשלם מחיר מלא כיון שיכול לטעון קי"ל כהש"ך, ואפשר שיש לו סיוע מד' המחנ"א.

ובהאי ענינא אמרתי לצרף כאן מה שאמרתי בישוב קו' הקצוה"ח בסוגיא זו, דהנה מצאנו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד (ד"פ סי' שפח) שכ' וז"ל: ראובן ששכר בית משמעון לב' שנים, והקדים ונתן לו השכר של ב' שנים ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודים מן העיר מפני פיקו"נ וברח גם הוא, והניח הבית ריקם, ואח"כ חזרו, ורוצה שישלם לו שמעון מה שהיה חוץ מביתו, ושמעון משיב ביתי היה לפניך ואתה ברכת ואיני משלם לך. נראה בעיני טענת ראובן טענה ברורה לפי שמכת מדינה היא, ואעפ"כ יחלוקו ההפסד, שמעון ינכה לראובן חצי מה ששהה חוץ מביתו ושאר חציו ישלם לו לפי ששמא יהודי אחר שלא נגזר עליו היה שוכר הבית, שהרי מיעוט הקהל נשאר ולא היה נפסד כלום, וכיון דאיכא לספוקי יחלוקו. עכ"ל.

וחזינן מדבריו דמצב של פקו"נ הוי כמכת מדינה, ואין לדון ולחלק ביניהם. וכן נראה מדברי שו"ת הרא"ם (סי' כב). ושו"ת חינוך בית יהודה (סי' ק). אלא שחידש המהר"ם מרוטנבורג דאפ"ה יחלוקו ההפסד, ולא אמרינן שכל ההפסד על המשכיר, כיון שיש לחוש שמא אדם אחר ממיעוט הקהל היה שוכר את הבית. ולכאוי"ה דבריו צ"ב שהמה נגד פשטות הסוגיא, דאף שיש מכת מדינה רק ברוב השדות, מ"מ לא חיישינן למיעוטא, ואמרינן שכל ההפסד על המשכיר, וא"כ צ"ע מש"כ המהר"ם דאף שהמכה היתה ברוב העיר מ"מ יחלוקו משום שיכול לומר שמא אדם אחר ממיעוט הקהל היה

לשלם החצי משום דהדיין לא יכול לידע והוי ספק, לכאור' לולי דבריו היה נראה ביאור אחר בדעת המהר"ם, דהנה מצאתי בראב"ן (סי' צח, והובא במחנ"א שכירות סי' ז') שנשאל את אותה השאלה שנשאל המהר"ם, וז"ל: ראובן ששכר בית משמעון לשתי שנים, והקדים ונתן לו השכר של ב' שנים, ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודים מן העיר מפני פחד נפשם, וברח גם הוא, והניח הבית ריקם ואח"כ חזרו היהודים וגם הוא, וכו', ונמצא שתורף שאלתו היא ממש כנדון המהר"ם, והראב"ן שם כ' וז"ל: דהתם היתה כל המכה על השדה של מחכיר שהרי נשדפה רובה דבאגה, ולא היתה המכה על החוכר, אבל הכא איכא למימר גזירת המכה על שניהם, היתה על הבתים להיות בדודים ועל האנשים להיות גולים, הלכך לתא דשניהם הוא יחלוקו ההפסד. עכ"ד. ומבואר שהבין דהטעם שיחלוקו הוא גם משום דהגזרה היתה על הבתים, וזה גוף החילוק בין נדונו לנדון הגמ', דבנדון הגמ' דהשדות נשדפו הגזרה היתה על השדות, אבל בנדונו ברחו האנשים מפני פחד נפשם, א"כ הגזרה היתה גם על האנשים. ובכזאת יש לפרש גם דברי המהר"ם, ומה גם דמה שסיים המהר"ם וכו', דשמא יהודי אחר היה שוכרו ממנו, וכו', דברים אלו נמצאים גם בראב"ן שם. ודו"ק.

שוכר, והלא בגמ' חזינן שאינו יכול לטעון כן, ואזלינן בתר רובא.

ועי' בקצוה"ח (סי' שכב סק"א) שעמד בזה וכ' ליישב, וז"ל: התם המכה באנשים ולא בבתים וכיון דמיעוט אנשים נשארו אמרינן שהיה שוכרו זה שלא ברח, אבל הכא דהמכה בשדות וזו השדה נמי נשדפה בכלל הרוב, ואם היה משכיר זו השדה לאיש אחר גם כן, לא היה משלם כיון דנשדפה. עכ"ל.

אמנם עדיין צ"ע מש"כ המהר"ם דצריך לשלם חצי, וממ"נ ישלם או הכל או כלום, ואם אכן יכול לטעון דהייתי משכיר לא' ממיעוט הקהל, א"כ למה לא יקבל הכל. וביאר הקצוה"ח, דכ' בהגהת אשר"י, דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה הלכה בתיקו הוי ספק וחולקין. וא"כ זהו טעמו של המהר"ם שכתב כיון ד"איכא לספוקי", והיינו דאין הדיין יכול לידע, ולכן חולקין. וא"כ לדידן דקי"ל כל היכא דקיימא ממונא תיקום, ואפילו בספיקא דתיקו, א"כ ה"נ אין המשכיר צריך להחזיר כלום. עכ"ל. ולפ"ז בנ"ד, לדעת הקצוה"ח אם לא שילם אינו צריך לשלם כלום, ולדעת המהר"ם צריך לשלם חצי בכל אופן.

אכן מש"כ הקצוה"ח בביאור דעת המהר"ם דמה שכ' דמ"מ צריך

